

الأحكام الموضوعية لاستحقاق الشفعة في القانون المدني اليمني - دراسة تحليلية -

د. منير محمد أحمد الصلوي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق- جامعة عدن
Leoyemen2012@gmail.com

المقدمة

أولاً: الموضوع وأهميته:

تعد الشفعة أحد أنظمة التملك في فقه الشريعة الإسلامية؛ ولذلك فقد لاقت اهتماماً كبيراً من فقهاء الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبهم. وقد انتقل هذا النظام- فيما بعد- إلى القوانين الوضعية، ومنها القانون اليمني، الذي جعل الشفعة أحد أسباب كسب الملكية، ووضعها في مكانٍ رحبٍ في الكتاب الرابع من القانون المدني، المكرس لمعالجة أحكام حق الملكية، حيث أفرد لها الفصل الثالث من القسم الأول منه، وذلك في المواد من (1255 حتى 1312). ولم يلتزم المشرع اليمني بمذهب فقهي معين في تنظيمه لأحكام الشفعة بشكل عام؛ على الرغم من أنه استقى أحكامها من الشريعة الإسلامية، لكنه أخذ من جميع المذاهب بما يتوافق مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية في اليمن، وعلى وجه الخصوص المذهب الزيدي، وهو ما جعل أحكام الشفعة في القانون اليمني تظهر بشكل عام، واضحة وخالية من التعقيد الموجود في التشريعات العربية الأخرى، التي أخذت بنظام الشفعة.

كما ضبط المشرع اليمني مسألة استحقاق الشفعة من حيث تنظيم جانبيين مهمين، أحدهما موضوعي، والآخر إجرائي، فقد بدأ بالجانب الموضوعي وهو بيان السبب والشروط الموضوعية التي تستحق بها الشفعة، ثم أوضح الجانب الإجرائي المتعلق بطلب الشفعة طلباً صحيحاً، والناظر في معظم قضايا الشفعة المنظورة أمام القضاء يجدها تتعلق بأحد هذين الجانبين أو كليهما؛ ولأجل ذلك كانت هذه المسألة ذات أهمية

علمية وعملية في آنٍ واحدٍ، ولا بد أن تنال حظها من العناية البحثية في مجال البحث العلمي.

وقد اقتضت الدراسة البحثية لهذا الموضوع أن يتم تناوله في جزئين، نتناول في الجزء الأول الذي بين أيدينا، الأحكام الموضوعية لاستحقاق الشفعة، على أن يكون الجزء الثاني متعلقًا بالجوانب الإجرائية لاستحقاقها، وسيتم نشره - إن شاء الله - في عدد قادم من أعداد هذه المجلة الرائعة.

ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع

ساهمت عوامل كثيرة ومسوغات متنوعة، في اختيار هذا الموضوع، على الرغم من وجود سوابق قضائية كثيرة متعلقة باستحقاق الشفعة، إلا أنه من خلال نظري في تلك السوابق وجدت تباينًا كبيرًا فيما بينها، والسبب في ذلك - كما أرى - يرجع إلى التباين في فهم النصوص المنظمة للشفعة، سواء ما تعلق منها بالجانب الموضوعي، أو ما تعلق بالجانب الإجرائي، وقد ساهم في ذلك إلى حد كبير، بعض الأمور المتمثلة في الآتي:

- أن أحكام الشفعة في القوانين العربية متباينة إلى حد كبير، بل إن بعض القوانين العربية لا تعترف بنظام الشفعة، كما أن المذاهب الفقهية ذاتها قد اختلفت فيما بينها اختلافًا كبيرًا في تنظيمها أحكام الشفعة، فقد تجد عند هذا تضييقًا في مسألة، وتجدها بشكل أوسع عند آخر، بل إن جمهور الفقه الإسلامي قد سعوا للتضييق من أحكام الشفعة بشكل عام، نظرًا لكونها حق تملك استثنائيًا.
- نظرًا لكل ذلك فإن الباحث في هذا الموضوع في بلد معين لم يعد يجد ضالته في كتاب من الكتب الشارحة لأحكام الشفعة في دولة أخرى، بل لم يعد رجوعه إلى كتب الفقه الإسلامي كافيًا في إيجاد الحل لكل مسألة من المسائل المعروضة عليه، ما لم يتم أولاً تحليل النص القانوني المراد تطبيقه، ومحاولة معرفة قصد المشرع في اختياره هذا النص دون سواه، ومن ثم معرفة المذهب أو المذاهب الفقهية المعتمدة لدى المشرع، التي استقى منها هذا الحكم أو تلك المسألة، ليتم بعد ذلك الرجوع إلى الأصل المستقى منه، ومعرفة ما التبس من حكم، أو حكمة.

- عدم وجود الكتب القانونية الشارحة لأحكام الشفعة في القانون اليمني، الأمر

الذي يؤكد أن الحاجة ملحة وقائمة لبحث أو كتاب أو مرجع قانوني يتناول هذا الموضوع، بشيء من التحليل والتأصيل، في ظل ندرة المراجع المتخصصة التي تعالجه.

- طبيعة أحكام الشفعة في القانون اليمني جاءت بعضها عبارة عن توليفة تشريعية من قوانين أخرى، قد تكون تمذهبت بغير المذهب المعتمد لدى المشرع اليمني، مما جعل تلك الأحكام يكتنفها القصور أو تفتقر إلى مزيد من الإيضاح، وهذا في نظرنا من صميم عمل الفقهاء وشرح القانون اليمني، ولا يخفى ما للبحث العلمي من دور كبير في تحليل النصوص القانونية، وإيضاح أحكامها والمسائل والأحوال التي تعالجها، وكذا إبراز قصد المشرع، والحكمة التي أرادها من تقرير تلك الأحكام.

ثالثاً: منهج البحث

من المعلوم أن هدفنا من هذا البحث قد ظهر جلياً في السطور السابقة، وفي سبيل تحقيق ذلك الهدف، ونظراً لأن الإشكال حاصل في الجوانب العملية والتطبيقية لهذه الأحكام، من حيث تفسيرها وتحليلها، ومعرفة حقيقتها، بما ينسجم مع تلك السياسة التشريعية للمشرع اليمني، أوجب كل ذلك على دراستنا اتباع المنهج الوصفي التحليلي للنصوص المنظمة لاستحقاق الشفعة، في القانون اليمني، وعرضها على مرآة الفقه الإسلامي في المذهب الذي استقى منه المشرع اليمني جل تلك الأحكام، وهو المذهب الزيدي، لإيضاح ما أجمل أو فصل، وبيان ما اختلط عليه أو أشكل، واستكمال ما نقص من الأمور أو أغفل، ولسنا ندعي هنا أننا سنأتي بجديد، بل سنتبع ما رسمه لنا مشرعنا اليمني نفسه من سبيل، وذلك في المادة الأولى من القانون المدني، حيث جعل المرجعية في كل ذلك هي مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذة منها هذا القانون، وقد ابتعدت الدراسة عن المنهج المقارن؛ لعدم الحاجة إلى دراسة مقارنة بين تشريعنا وتشريع دولة أخرى، ولأن ذلك لا يصب في تحقيق الهدف من كتابة هذا البحث، فأحكام الشفعة في القانون اليمني متميزة، وغير معقدة، كما أن المشرع اليمني قد ضيق من أسباب الشفعة.

رابعاً: تقسيم البحث

اقتضت طبيعة هذا الموضوع أن يتم تناوله في ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول: مفهوم الشفعة، من خلال بيان ماهيتها وخصائصها في القانون اليمني، ثم نبين في المبحث الثاني: سبب الشفعة ومراتب استحقاقها، ونخصص المبحث الثالث لبيان شروط استحقاقها في القانون اليمني، وتلحق ذلك خاتمة نسرد فيها بعض الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال البحث، تليها قائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول

مفهوم الشفعة

يقتضي البحث في أحكام الشفعة أن يتم أولاً التعرف على مفهوم الشفعة، قبل أن نتطرق لبيان أحكامها؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ويقتضي تحديد مفهوم الشفعة بوصفها سبباً من أسباب كسب الملكية في القانون اليمني أن نبين ماهيتها، وخصائصها، وهذا ما سيتم التطرق له في مطلبين على النحو الآتي:

– المطلب الأول: ماهية الشفعة.

– المطلب الثاني: خصائص الشفعة في القانون المدني اليمني.

المطلب الأول

ماهية الشفعة

من أجل إبراز ماهية الشفعة في القانون المدني اليمني، لا بد من التطرق في هذا المطلب إلى تعريفها في اللغة (أولاً) ثم في الفقه الإسلامي (ثانياً)، وفي القانون الوضعي (ثالثاً)، وتعريفها في القانون اليمني (رابعاً)، ثم بيان مشروعيتها والحكمة من تشريعها (خامساً)، وصولاً إلى بيان طبيعتها في القانون المدني اليمني (سادساً) وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الشفعة في اللغة

الشفعة بِضَمِّ الشَّيْنِ المشددة وَسُكُونِ الْفَاءِ: اسْمٌ مَصْدَرٍ مأخوذ من الشفع، وهو ضم الشيء إلى مثله، وهو خلاف الوتر وهو الزوج، وقد شفعه شفعا كمنعه أي كان وترًا فصيره زوجًا⁽¹⁾، ومن معانيه: الضم والزيادة والتقوية، يقال: شفعت الشيء شفعا أي ضممته إلى الشيء الفرد فصار به شفعا؛ لأن الشفيع يضم ما يملكه بالشفعة إلى نصيبه فيزيده عليه، ويتقوى به، فقد كان الشفيع منفردًا في ملكه، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه، فصار شفعا ضد الوتر.

والشفعة: اسم للملك المشفوع، مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك، ومنه قولهم: من ثبت له (شُفْعَةً) فأخّر الطلب بغير عذر بطلت (شُفْعَتُهُ)، ففي هذا المثال جمع بين المعنيين، فإن الأولى للمال والثانية للتملك⁽²⁾. وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة، فقال: الشفعة: الزيادة، وهو أن يُشَفِّعَكَ فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي أن تزيده بها، أي أنه كان وترًا واحدًا فضم إليه ما زاده وشفعه به، والشفعة في الملك معروفة، وهي مشتقة من الزيادة؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، كأنه كان واحدًا وترًا فصار زوجًا شفعا⁽³⁾.

والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً⁽⁴⁾ من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه

(1) يُنظر: تاج العروس من جواهر القاموس- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزبيدي- دار الهداية- ج 21- ص 279.

(2) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي- المكتبة العلمية - بيروت- ج 1- ص 317.

(3) لسان العرب- لابن منظور الأفريقي - دار صادر - بيروت- ط 1- ج 8- ص 183- مادة (ش ف ع).

(4) الشقص: بكسر الشين: النصيب، أو الطائفة من الشيء أو الأرض أو الدار، أو القطعة منه أو الجزء.

ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر، حتى يشفعه فيه، فسي ذلك شفعة⁽¹⁾، وسي الأخذ أو صاحب الشفعة: (شفيعاً) وجمعه (شفعاء)، والمأخوذ منه: (مشفوعاً عليه) أو (مشفوعاً منه) هو المشتري، كما يُطلق على الحصة المباعة: (المشفوع فيه)، وعلى حصة الشفيع في العقار المشترك: (المشفوع به)، أما (الاستشفاع) فهو شراء الشفيع لنفسه ما له فيه الشفعة.

ثانياً: الشفعة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في تعريف الشفعة: تبعاً لاختلافهم في موجباتها، وشروطها وفيمن لهم حق الشفعة، فعرفها الحنفية، بأنها: تملك العقار على مشتريه بما قام عليه جبراً⁽²⁾، وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري بشركة أو جوار⁽³⁾، وعرفها المالكية بأنها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه⁽⁴⁾، وعرفها الشافعية بأنها: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض⁽⁵⁾، أما عند

(1) وهذا قول ابن رشد في المقدمات. يُنظر: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل- لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُعيني (ت: 954هـ)- تحقيق: زكريا عميرات - دار عالم الكتب- بيروت- 1423هـ - 2003م - ج 7 - ص 366.

(2) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي المدعو بشيخي زاده- (ت: 1078هـ)، تحقيق خليل عمران المنصور- دار الكتب العلمية- بيروت- 1419هـ - 1998م - ج 1 ص 101.

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق- لزين الدين ابن نجيم الحنفي (ت: 970هـ)- دار المعرفة- بيروت- ج 8- ص 143.

(4) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل- مرجع سابق- ص 367، البيهجة في شرح النخبة - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي- دار الكتب العلمية - بيروت- ط 1 - 1418هـ - 1998م - ج 2- ص 178.

(5) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- محمد الخطيب الشربيني- دار الفكر- بيروت- ج 2- ص 296، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع- محمد الشربيني الخطيب- تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر- بيروت- 1415- ج 2- ص 335.

الحنابلة، فإن الشفعة هي استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من يد مشترکہ⁽¹⁾. وعرفها الزيدية بأنها: (الحق العام السابق لتصرف المشتري الثابت للشريك أو من في حكمه)، وإنما قالوا: (الحق العام)؛ لأن حقها الخاص لا يثبت للشفيع إلا بعد الطلب، ولذا جازت الحيلة لإبطال الشفعة قبل البيع وبعده قبل الطلب، وجاز للمشتري قبل الطلب إتلاف المبيع حساً لعدم الحق الخاص، وقولهم: (لتصرف المشتري)، ولم يقولوا الحق السابق لملك المشتري؛ لأنها لا تثبت إلا بعد تملك المشتري، فلذا لا يصح إسقاطها من ذي الحق قبل الشراء، ولو كان الحق ثابتاً من قبل لصح، وقولهم: (للشريك) المراد به: المشارك في المبيع وهو الخليط ومن في حكمه ممن ثبتت له الشفعة بالشرب والجوار والطريق؛ (لأن الشفعة عندهم تثبت للجار)، وبهذا القيد تخرج شفعة الأولوية، وهي أخذ الوارث لما باعه الوصي من تركة مورثه لقضاء دينه، فإنه يكون للوارث نقضه وأخذه بحق الأولوية لا بحق الشفعة⁽²⁾، إلا أن يكون له سبب من أسباب الشفعة من جوار أو غيره خَيْر، وأما ما باعه الوصي من تركة الميت لما يحتاجه صغار الورثة من نفقة ومؤنة، فليس لهم الاسترجاع، إذ هم كالبائعين بأنفسه⁽³⁾. ومما سبق تظهر العلاقة بين المعنيين اللغوي والشرعي، فإذا كانت الشفعة لغة بمعنى: الضم والزيادة؛ فإن الشفيع بانتزاعه حصة شريكه من يد من انتقلت إليه، يضم

(1) الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني- محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني- المحقق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل- مؤسسة غراس للنشر والتوزيع- الطبعة: الأولى، 1425 هـ / 2004 م- ص 320، 321.

(2) نظم المشرع اليمني أحكام شفعة الأولوية في إطار قانون الأحوال الشخصية، وهناك أوجه شبه واختلاف بينها وبين الشفعة محل البحث، التي نظمها في إطار القانون المدني، وليس هنا محل بسط القول في ذلك، ولكننا نحيل إلى بحثنا بعنوان: (شفعة الأولوية في القانون اليمني - دراسة تحليلية)، المنشور في مجلة القانون- الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة عدن- العدد الثاني والعشرون - سبتمبر- 2020م- ص 263.

(3) يُنظر: التاج المذهب لأحكام المذهب - للقاضي أحمد بن قاسم العنسي- تحقيق: طيب عوض منصور- مطابع المصطفى الحديثة - صعدة (دون رقم طبعة أو تأريخ نشر)- ج 3- ص 2.

تلك الحصة إلى ما عنده فيزيد بها تملكه، فالضم والزيادة موجودان في المعنيين اللغوي والشرعي، غير أن الشفعة في عرف الشرع اعتُبر فيها قيود جعلتها أخص من معناها في اللغة⁽¹⁾، كما يتضح -أيضاً- أن الشفعة في الفقهاء الحنفي والزيدي، تثبت للشريك والجار⁽²⁾، وذلك خلافاً لما هي عليه عند جمهور الفقهاء، الذين يرون أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك فقط⁽³⁾، فلفظ (الشريك) الوارد في تعريفاتهم، يعد قيداً يخرج به الجار، كما يظهر - أيضاً- أن هناك من الفقهاء من ضيق من نطاق الشفعة فقصرها في العقار، وبعضهم وسع من نطاقها لتشمل - أيضاً- المنقول، كالحيوان ونحوه⁽⁴⁾.

ثالثاً: الشفعة في القانون الوضعي

أخذت معظم القوانين العربية بنظام الشفعة⁽⁵⁾، منها قوانين مصر والعراق وليبيا ولبنان والسودان والكويت والإمارات العربية المتحدة، أما القانون المدني السوري فلم يأخذ بنظام الشفعة⁽⁶⁾، ولم يعترف به أساساً قانونياً لكسب الملكية.

(1) يُنظر: بحث بعنوان: حكم الشفعة بالمرافق الخاصة- نُشر في (مجلة البحوث الإسلامية) العدد الثالث- لعام 1397هـ- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء- ج18- ص15.

(2) وحكي ذلك أيضاً عن العترة، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن سيرين. يُنظر: الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت:1250هـ)- الدراري المضية شرح الدرر النيرة- دار الكتب العلمية- د1- 1407هـ - 1987م- ج2- ص273.

(3) وهو المأخوذ به لدى الإمامية- يُنظر- المرجع السابق- ذات الصفحة.

(4) المذاهب الأربعة حصرت الشفعة في العقار، أما الزيدية والإمامية، فقد أجازوها أيضاً في المنقول، كالحيوان ونحوه، وهو ما أخذ به المشرع اليمني.. يُنظر: التاج المذهب للعنسي- مرجع سابق- ج3- ص2.

(5) والسائد في الدول التي فيها أقليات أن نظام الشفعة ينطبق على المسلمين وغير المسلمين تمشيئاً مع روح الشريعة الإسلامية التي منحت هذا الحق للمسلمين والكتابيين والذمييين منذ البداية ولم يشذ بلد عربي واحد بنظام الشفعة عن هذا المبدأ.

(6) لم يأخذ المشرع السوري بنظام الشفعة في إطار القانون المدني، بل عمد إلى إلغاء ما كان قد تبقى في قانون الملكية العقارية - رقم (3339) الصادر عام 1932م في عهد الانتداب الفرنسي- من الأحكام المتعلقة بالشفعة في الملكية العقارية، كما ألغى حق الشفعة في المنقول المشترك، والذي يسمى بحق الاسترداد. إنما احتفظ بحق الاسترداد في بيع الحقوق المتنازع فيها فقط، وقد عللت المذكرة الإيضاحية

يظهر للباحث في القانون المقارن، أن تعريف الشفعة - في القوانين التي أخذت بهذا النظام- قد ظهر فيه تباين واختلاف يُعزى كل ذلك إلى اختلاف وجهات النظر- من مشرع إلى آخر- في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة⁽¹⁾، ولهذا يعرّف المشرع المصري الشفعة في المادة (935) من القانون المدني على أن: (الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال، وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية). وعرفها المشرع الكويتي في المادة (891) من القانون المدني بأنها: (حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول).

أما المشرع الإماراتي فقد عرّفها في المادة (1279) من قانون المعاملات المدنية، بأنها: (استحقاق شريك في عقار بحصة شائعة أخذ حصة شريكه التي عاوض بها بثمنها في المعاوضة المالية وبقيمتها في المعاوضة غير المالية، بما يدل على طلب الأخذ عرفاً). وعرفها المشرع اللبناني في المادة (238) من قانون الملكية العقارية بأنها: (حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في

للتقنين المدني السوري هذا الإلغاء بأن الشفعة من الحقوق الضعيفة، وأن الحياة الاقتصادية والاجتماعية في سوريا لم تعد توجب الاستمرار في العمل بالشفعة.

(1) لم يستقر الفقه القانوني على تحديد طبيعة معينة للشفعة، حيث تباينت الآراء حول ذلك ما بين كونها: رخصة أم حق أم أنها نظام من طبيعة مختلطة...، وهل هي أحد أسباب كسب الملكية مستقل عن الأسباب الأخرى، أي بمعنى آخر هل هي سبب مباشر بنفسه لكسب الملكية، أم أنها مجرد حلول شخص مكان مشتري العقار المبيع؛ فهو إنما يملك العين المشفوع فيها بسبب العقد الذي يبرم بين مالك العقار مع مشتريه وليس بسبب عقد جديد؟ إلى آخر تلك الآراء التي انعكست على تعريف الشفعة في القوانين، وليس هنا مجال بسط القول في ذلك أو البحث في تفصيلاته، كون هذا الأمر في نظرنا ذا طابع فلسفي لا يبنى عليه حكم، إضافة إلى أننا نبحث في موضوع الشفعة في القانون اليمني والذي قد أوضح وجهته في هذا الجانب، فاعتبر الشفعة حقاً، وسبباً مباشراً من أسباب التملك مستقل بذاته، حيث نصت المادة (1290) من القانون المدني اليمني على أنه: (إذا ثبت الملك للشفيع بالتسليم بالتراضي أو بحكم القاضي تبعته أحكام الملك ويعتبر الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ يثبت فيه ما يثبت بالشراء مع مراعاة ما هو منصوص عليه في المواد التالية).

المواد التالية).

ويعرف المشرع العماني الشفعة في المادة (903) من قانون المعاملات المدنية، بأنها: (حق تملك المبيع أو بعضه الذي تجري في الشفعة جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات).

رابعاً: الشفعة في القانون المدني اليمني

عرف المشرع اليمني الشفعة في المادة (1255) من القانون المدني بأنها: (حق تملك عين ولو جبراً ملكت لأخر بعقد صحيح، بعوض مال معلوم، على أية صفة كانت مثلية، أو قيمية منقولة، أو غير منقولة بما قام عليها من العوض والمؤن).

وهذا التعريف - في نظرنا - قد جاء به المشرع اليمني في ظل الاختلافات الواردة في الفقه القانوني، ليحدد فيه نظريته للشفعة التي نظم أحكامها بوصفها سبباً للشفعة، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، إذ يظهر من هذا التعريف أن المشرع اليمني يصف الشفعة بأنها (حق) متأثراً بتعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا يعدها حقاً عينياً ولا حقاً شخصياً، بالمعنى التقليدي المعروف لتقسيم الحقوق، بل إنه: (حق في تملك عين)، وهو هنا نوع من الاعتبار الشرعي، يثبت بشكل عام لكل شريك مختلط توفرت فيه صفة الشفيع، إذا باع شريكه حصة شائعة في العقار المشترك، ولكنه لا يثبت بشكل خاص إلا لمن يطلب الشفعة من الشفعاء، فإذا طلبها طلباً صحيحاً؛ نشأ له حق عيني، وهو حق ملكية العين المشفوعة، وبمعنى آخر فإن وصف المشرع اليمني الشفعة بأنها: (حق تملك)، لا يعدو أن تكون سلطة يمنحها القانون للشخص (الشفيع) بسبب مركز قانوني معين تهيأت أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة⁽¹⁾، فيكون للشفيع أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته المنفردة، بإعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة، وهذا الأثر هو تملك العين المشفوعة، إذ إن التملك هو الأثر المترتب عن مباشرة الحق في

(1) الوقائع المادية التي تهيئ لقيام هذا المركز القانوني هي واقعة الشراكة في الملك، (الخلطة)، وبيع الشريك حصة من ذلك المال المشترك، أو هي بمعنى آخر وبحسب ما يسميها القانون المدني اليمني: اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها.

التملك (الأخذ بالشفعة)، وبهذا فإن المشرع اليمني في نظرنا قد كان موفقاً بإيراد هذا التعريف.

خامساً: مشروعية الشفعة، والحكمة منها

الشفعة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فلقوله تعالى: { وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا }⁽¹⁾، وقد ثبت في حديث جابر رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة⁽²⁾، وفي رواية أخرى، قال جابر - رضي الله عنه -: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تُقسم ربيعة أو حائط، لا يجل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به)⁽³⁾. وهذا الحديث يدل دلالة واضحة على إقرار وثبوت الشفعة بين الشركاء في الملكية الشائعة، وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يُقسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط⁽⁴⁾.

والشفعة مشروعة بكونها وسيلة لرفع الضرر عن الشريك؛ لأن الضرر يجب أن

(1) سورة الحشر - الآية رقم (7)،

(2) أخرجه البخاري، [صحيح البخاري] المسمى: الجامع الصحيح المختصر - محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي - دار ابن كثير - اليمامة - بيروت - ط3 - 1407 - 1987 - ج2 - ح: (2100) - ص770 - تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، وصححه الألباني في إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل - محمد ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي - بيروت - ط2 - 1405 - 1985 - ج5 - باب الشفعة - ص372، مشكاة المصابيح - محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي - المكتب الإسلامي - بيروت - ط3 - 1405 - 1985 - تحقيق محمد ناصر الدين الألباني.

(3) أخرجه مسلم في باب الشفعة ح: (1608) - يُنظر: صحيح مسلم - أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري - (ت: 261هـ) دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي - ج3 - ص 1229، وصححه الألباني في إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل - المرجع السابق - ج5 - باب الشفعة - ص373

(4) المغني لابن قدامة - دار الفكر - بيروت - ط1 - 1405 - ج5 - ص459.

يزال ما أمكن، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار).⁽¹⁾

وتشريع الشفعة في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني اليمني النافذ، يكشف عن حقيقة هي أنّ تصرف الشريك في ملكيته مقيد بعدم الإضرار بغيره من الشركاء، لأن إعطاء المالك حرية البيع لمن يشاء فيه إضرار بشريكه إذا كان له شريك، إضافة إلى أن المشكلات الكثيرة التي قد تنشأ عن المال الشائع بين الشركاء، فإذا باع الشريك حصته لغير الشريك، فإن حالة الشيوع تبقى قائمة، بيد أنه إذا ما تملك الشريك المال فإن حالة الشيوع تنتهي وتزول بتملك الشفيع الحصة المبيعة.

ولذلك شُرعت الشفعة لرفع ضرر الشركة، فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي، إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه، فإنه يصل إلى حقه من الثمن ويصل شريكه إلى استبداده بالمبيع، فيزول الضرر عنهما جميعاً.⁽²⁾

ولما كانت الشركة منشأ للضرر في غالب الأحيان، ويبرز في بعض الأحوال بين الشركاء (الخلطاء) التشاحن والاختلاف بسبب تباين الأهواء والطباع والظروف والأوضاع، فقد شرع رفع الضرر تارة بالقسمة، وانفراد كل شريك بنصيبه مفرزاً، وتارة أخرى بالشفعة، وانفراد أحد الشريكين بكل العقار، ويزول عنه ضرر الشركة.

كما أن المشرع بأخذه بنظام الشفعة لم يهدف فقط إلى دفع أضرار الشركة، بل إن للشفعة وظيفة عمرانية تتمثل بالمساهمة في تنظيم الملكية عندما تجتمع الحصص الشائعة المبعثرة بسبب الشفعة في يد واحدة، فيخلص المال الشائع إلى مالك واحد، فيستقل ذلك المالك بممارسة سلطانه على الشيء فيملك عندئذ تنظيمه - سواء أكان

(1) المدخل الفقهي العام - مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثامنة - فقرة 586 ص 971 - رواه الإمام مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه، ورواه أحمد في مسنده وابن ماجه والدارقطني في سننهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري، وله طرق يقوي بعضها بعضاً، والضرر: إلحاق مفسدة بالغير، والضرار: مقابلة الضرر بالضرر.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين - لابن قيم الجوزية - دار الجيل - بيروت - 1973 - تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد - ج2 - ص140.

عقاراً أم منقولاً- وتغيير أوضاعه، وتحسينه ما لم يملكه كل من الشركاء في حالة الشيوخ، حيث يتجاوز بذلك ما تنطوي عليه إدارة المال الشائع والتصرف فيه من محاذير.

سادساً: طبيعة الشفعة في القانون المدني اليمني

تُعد الشفعة سبباً مستقلاً لكسب الملكية في بعض القوانين، ومنها القانون اليمني، غير أن هناك رأياً آخر يقول بأن الشفعة ليست أحد أسباب كسب الملكية المستقل عن الأسباب الأخرى، وذلك يعود إلى أن كل أسباب الملكية سبب مباشر بنفسه لكسب الملكية، أما الشفعة فهي ليست كذلك؛ لأنها في الحقيقة مجرد حلول شخص مكان مشتري العقار المبيع⁽¹⁾، فهو إنما يملكه بسبب العقد الذي يبرم بين مالك العقار مع مشتريه، وليس بسبب عقد جديد، ولهذا فإن البيع - في نظر أصحاب هذا الرأي - لا ينقض بالشفعة، بل تتحول الصفقة من المشتري إلى الشفيع، فيأخذ بما وجب بالعقد، لا بما أعطى، ولقد عرفوا الشفعة بأنها تملك بمثل ما تملك به المشتري⁽²⁾.

وبلاحظ أن القوانين التي تكرر هذه الطبيعة للشفعة تجعل طلب الشفعة يوجه إلى البائع والمشتري، على نحو ما هو عليه القانون المصري⁽³⁾.

بيد أن اتجاه المشرع اليمني في هذا الجانب واضح من خلال ما ذكرناه سابقاً عند الحديث عن تعريف الشفعة في القانون المدني اليمني، فإذا كان المشرع اليمني قد وصف الشفعة بأنها: حق، فإن ذلك لا يعني أنها حق ملكية ولا نوع آخر من الحقوق العينية، بل هي حق تملك، بمعنى أنها سلطة يمنحها المشرع للشفيع لتملك المبيع ولو

(1) تنص المادة (935) من القانون المدني المصري على أن: (الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية).

(2) حامد مصطفى الملكية العقارية في العراق - الجزء الأول - 1964م - ص 203، كذلك: بدائع الضائع - علاء الدين الكاساني (ت: 587هـ) - دار الكتاب العربي - بيروت - 1982 - ج 5 - كتاب الشفعة - ص 26.

(3) تنص المادة (940) من القانون المدني المصري بأنه: (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك).

جبراً، وعلى هذا فإن الأخذ بالشفعة لا يعني حلول الشفيع محل المشتري بموجب العقد المبرم بينه وبين البائع، بل يعد الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ، أو عقداً جديداً بين المشتري والشفيع، لا يكون البائع طرفاً فيه، ولهذا فإن الطلب يوجه إلى المشتري، وليس إلى البائع، ولذلك نصت المادة (1174) من القانون المدني اليمني على أنه: (... ويكون طلب الشفعة من المشتري، ولو كانت العين المشفوعة في يد البائع ويصح طلبها من وكيل المشتري إذا لم يضاف إليه...)

وعليه فإن الشفعة في القانون اليمني تعد سبباً من أسباب كسب الملكية مستقلاً وقائماً بذاته، فبالأخذ بالشفعة يتحول حق الشفيع في أن يملك العين المبيعة، إلى حقه في ملكيتها⁽¹⁾.

فإذا باع أحد الشريكين في عقار حصته فيه لثالث؛ ثبت الحق لشريكه في أخذها بما منحه القانون من حق في تملكها، فإن استخدم ذلك الحق؛ فإنه يملك العين المبيعة من مشتريها، ولو جبراً بما له من اعتبار شرعي ومركز قانوني، ويصير الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ يثبت فيه ما يثبت بالشراء، وهذا أكدته المادة (1290) من القانون المدني التي نصت على أنه: (إذا ثبت الملك للشفيع بالتسليم بالتراضي أو بحكم القاضي تبعته أحكام الملك ويُعد الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ يثبت فيه ما يثبت بالشراء مع مراعاة ما هو منصوص عليه في المواد التالية).

المطلب الثاني

(1) ينظر: د. محمد حسين منصور - الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني- مطبعة التوني - الإسكندرية - (دون رقم طبعة أو تاريخ نشر)- ص285.

خصائص الشفعة في القانون المدني اليمني

من خلال النظر في النصوص المنظمة للشفعة في القانون المدني اليمني، وتحليل أحكامها سنجد أن للشفعة في القانون اليمني عدة خصائص، فهي تتميز بأنها: سبب استثنائي للتملك (أولاً)، ترد على المنقول والعقار، ولا ترد على المنافع ولا ما لا يباع من الحقوق (ثانياً)، وتثبت للشريك المخالط دون الجار (ثالثاً)، وتقبل الإسقاط⁽¹⁾ (رابعاً)، وفيما يلي توضيح ذلك على الترتيب المذكور.

أولاً: الشفعة حق تملك استثنائي

إذا كانت الشفعة - بحسب تعريف القانون اليمني: حقاً في تملك المبيع ولو جبراً على المشتري، فهي بهذا تثبت على خلاف الأصل، لأنها تنافي قاعدة اشتراط الرضاء في انتقال الملك من شخص إلى آخر، ولكنه استثناء مقرر لتحقيق الحكمة من الشفعة، وهي دفع الضرر عن الشريك.

ونظراً لكون الشفعة حق تملك استثنائياً، فإنها تثير مشكلات متعددة، الأمر الذي يقتضي عدم التوسع في تفسير النصوص الخاصة بها في القانون، لأنها واردة خلافاً للأصل، ومن ثم قصرها المشرع على حالة الشركة (الخلطة) فقط. ثانياً: ترد الشفعة على الأعيان من الأموال (عقاراً أو منقولاً)، ولا ترد على المنافع ولا على ما لا يباع من الحقوق

إن أهم ما يميز به المشرع اليمني في تنظيمه أحكام الشفعة، هو عدم الاقتصار على حالة بيع العقار فقط، بل أجاز الشفعة في بيع العقار والمنقول على السواء، وإذا نظرنا إلى المسألة على ضوء الحكمة من تقرير الشفعة، في الحالات التي أخذ بها المشرع اليمني، فلا يظهر مبرر للتفرقة بين العقار والمنقول، ففي جميع الأحوال تكون الحكمة هي جمع ما تفرق من عناصر الملكية، الأمر الذي لا يقتصر أثره على تحقق مصلحة

(1) إضافة إلى أن من خصائص الشفعة أنها: لا تقبل التجزئة، ولا تثبت في المحقر ولا فيما لا يضر فواته، وسيتم التطرق لذلك عند الحديث عن الشروط المتعلقة بالعين المشفوعة فيها.

الشفيع، بل يؤدي إلى تحقق المصلحة العامة، إذ لا شك أن تجزئة الملكية من شأنها تعقيد طريق الانتفاع بالأموال، وهذه الحكمة تقتضي الأخذ بالشفعة عند بيع العقار أو المنقول على السواء، بل قد يكون إثبات الحق في الأخذ بالشفعة عند بيع بعض المنقولات أولى منه عند بيع العقارات، كما هي الحال عندما يبيع أحد الشركاء حصته في المحل التجاري⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فالشفعة في القانون المدني اليمني ترد على العقارات، كالأراضي الزراعية والمباني، وترد على المنقولات، كالسيارات والذهب والمنقولات الأخرى، إلا أنها لا ترد على المنافع، كالإجارة ولا على ما لا يباع من الحقوق كحق المرور، وهو ما يؤكد المشرع اليمني في المادة (1260 ف1) من القانون المدني، فإن أجر الشريك حصته لغير شريكه، فليس لهذا الأخير أن يشفع المنفعة، كما أنه لو بيعت أرض، ولها حق مرور أو حق مسيل في أرض أخرى، فليس لمالك الأرض التي تقرر عليها حق المرور أن يشفع تلك العين المباعة.

ثالثاً: تثبت الشفعة للشريك⁽²⁾ دون الجار

يأخذ المشرع اليمني برأي جمهور الفقه الإسلامي في هذا الخصوص، بثبوت الشفعة للشريك دون الجار، وذلك على خلاف الحنفية والزيدية الذين تثبت عندهم الشفعة للشريك والجار⁽³⁾، حيث تنص المادة (1256) من القانون المدني اليمني على أن:

(1) تُنظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي- الطبعة الثالثة- 1999م- ص 677/678.

(2) سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً معيناً كمسجد أو جمعية أو مؤسسة، لأن الشخص المعنوي أو الاعتباري المعين يشفع فيما يملكه ملكية خاصة، لا بما وقف عليه، وسواء كان الشخص الطبيعي مسلماً أم كافراً، صغيراً أم كبيراً، عاقلاً أم مجنوناً.

(3) اتفق الأئمة الثلاثة: مالك، والشافعي، وأحمد، على أن الشفعة خاصة للشريك، فلا شفعة بجوار ولا بمرفق خاص مشترك كطريق وبئر ومسيل، وخالف في ذلك بعض الزيدية والإمام أبو حنيفة، حيث أثبتوا الشفعة بالجوار وبالمرافق الخاصة، ووافقهم في ذلك الإمام أحمد في رواية عنه في الشفعة بالمرافق الخاصة. يُنظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع- محمد بن صالح بن العثيمين (المتوفى: 1421هـ)- دار ابن الجوزي- الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ- ج 10- ص 246، التاج المذهب لأحكام

(سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها...) وبين النص صراحة أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك المخالط، أي الشريك على الشيوع في الملك، سواء كان الشفيع شريكاً في ملكية أصل العين، أم شريكاً في ملكية حق من حقوق العين المشفوعة على نحو ما سنبين لاحقاً، ويشمل قليل الشركة وكثيرها.

وهذا يتضح أن المشرع اليمني لم يأخذ بالجوار (اتصال مجاورة) ولم يقرره كسبب للشفعة، إلا إذا كان الجار شريكاً مع جاره في حق من حقوق الارتفاق المملوكة قرارها ملكية خاصة، مثل الطريق أو الشرب، فإن الشفعة تثبت بسبب الشركة في تلك الحقوق وليس لمجرد الجوار⁽¹⁾، وقد عللت الهيئة العلمية الواضعة للقانون المدني اليمني ذلك بأنه اتجاه عام في الأقطار الإسلامية كلها، وموافق لبعض المذاهب الفقهية عملاً بالحديث الشريف: (إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)⁽²⁾، ويؤيده أن الشفعة ما شرعت إلا لدفع الضرر، وهو إنما يحصل في الأغلب مع المخالط في الشيء المملوك، أو في مرفق خاص مشترك، كطريق وبئر ومسيل، ولا ضرر على جار لم يشارك في أصل ولا في مرفق خاص، إلا نادراً، كحجب الشمس والاطلاع على العورات ونحوهما من الروائح الكريهة التي يُتأذى منها، ورفع الأصوات وسماع بعض المنكرات، ولا قائل بثبوت الشفعة لمن كان كذلك، فالضرر النادر غير معتبر؛ لأن الشارع علق الأحكام بالأمر الغالبة⁽³⁾.

المذهب - ج3 - ص7. أبحاث هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية - منشور على المكتبة الشاملة نقلاً عن موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء - ج2 - ص102.

(1) وهذا قول بعض الحنابلة، وبعض الشافعية والزيدية. راجع أعلام الموقعين عن رب العالمين - دار الجيل - بيروت - 1973 - تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد - ج2 - ص: 149، 150 - ونيل الأوطار - محمد بن علي بن محمد الشوكاني - إدارة الطباعة المنيرية - ج5 - ص333، الشرح الممتع على زاد المستقنع - مرجع سابق - ج10 - ص246.

(2) سبق تخريجه.

(3) يُنظر: نيل الأوطار للإمام محمد بن علي الشوكاني - رحمه الله - ج5 - ص333.

فالشفعة للجار لم تعد ملائمة اليوم بعد أن تغيرت ظروف الخطط العمرانية العصرية، وكثرت المباني الكبيرة والناطحات العملاقة التي كان من شأنها انقطاع صلة التعارف والتعامل بين ما يطلق عليهم بالجيران، ومن ثم تخلف الشفعة للجار المالك، وفي ظل حقائق الواقع أصبح الجوار في مثل هذه العقارات جوارًا بين مستأجرين وليس بين ملاك⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار نرى أن المشرع اليمني كان موفقًا حينما قرر عدم منح الجار الحق في الشفعة؛ لأن الظروف والأوضاع الراهنة تستوجب ذلك، حيث إن المشتري عند قيامه بشراء دار للسكن فإنه قد يبيع داره القديمة وأثاثه من أجل سكن جديد لعائلته، فإذا ما تملكها الجار بالشفعة فإنه يفوت عليه فرصة كبيرة ويصاب بضرر أكبر. رابعًا: الشفعة تقبل الإسقاط

قد يسقط الشفيع حقه في الشفعة صراحة أو دلالة قبل الحكم له به، وفي هذه الحالة فإن حقه في الشفعة يسقط، ويكون لمن بقي من الشفعاء أخذ نصيبه لأنه لم يعد يزاحمهم، أما إذا أسقطه بعد الحكم له به؛ فإن حقه لا يسقط، إذ يكون قد تملك نصيبه في العين المشفوعة، وتبعًا لذلك فإنه لا يجوز للشفعاء الآخرين أخذ نصيبه لانقطاع حقهم فيه بتملك الشفيع له⁽²⁾.

ومن الأمور التي يؤخذ منها الإسقاط دلالة قبل الحكم: استئجار الشفيع من المشتري العقار المبيع، أو دفع بدل الإيجار للمشتري إن كان العقار مؤجرًا من البائع قبل البيع، أو إذا ذهب الشفيع إلى المشتري وهنأه بالشراء وبارك له فيه. وعليه فقد نصت المادة (1270) من القانون المدني اليمني على أنه: (يُعدّ تسليمًا

(1) د. رمضان أبو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية- الجزء الأول- بيروت- 1986م- ص 364، كذلك د. سهيل الفتلاوي، حق الملكية القانون المدني اليمني- دار الفكر المعاصر- بيروت- ط1- 1193م.

(2) تنص المادة (1263) من القانون المدني اليمني، على أنه: (إذا أسقط أحد الشفعاء حقه قبل القضاء به، فلمن بقي من الشفعاء أخذ نصيبه وإن أسقطه بعد القضاء فليس لهم أخذه).

من الشفيع كل ما يدل على عدم الرغبة في الشفعة، وتبطل به الشفعة ويسقط حق الشفيع).

المبحث الثاني

سبب الشفعة ومراتب استحقاقها في القانون المدني اليمني

نقصر الحديث هنا على سبب الشفعة كأهم عنصر في الشفعة، إذ إن توفر سبب الشفعة في جانب شخص معين، هو الذي يضيف على هذا الشخص صفة الشفيع، فيكون في مركز قانوني يؤهله للأخذ بالشفعة، كونه صار مستحقاً لها بما ملك من سببها، ثم نبين مراتب استحقاق الشفعة وفقاً لقوة سببها في القانون اليمني، وذلك تبعاً، في مطلبين، على النحو الآتي:

- المطلب الأول: سبب الشفعة.

- المطلب الثاني: مراتب استحقاق الشفعة.

المطلب الأول

سبب الشفعة

السبب في اللغة: اسم لما يتوصل به إلى المقصود، أو هو: كل شيء يتوصل به إلى غيره⁽¹⁾، يعرف علماء الأصول السبب بأنه: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم⁽²⁾، وقد اختار المشرع اليمني هذا التعريف للسبب، إذ أورده في الفقرة الخامسة

(1) لسان العرب لابن منظور- مادة (سبب)- مرجع سابق- ج1- ص455.

(2) يُنظر: شرح الكوكب المنير- لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار(ت: 972هـ)- مكتبة العبيكان- الرياض- ط2- 1418هـ - 1997م- ج1 - 445، تيسير

من المادة (299) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

وقد أوضح القانون المدني اليمني في المادة (1256) منه أن سبب الشفعة: (هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها)⁽¹⁾.

وقد دلت المادة بمنطوقها أو بصريح عبارتها على أن سبب الشفعة هو الخلطة في الملك قبل القسمة، سواء كانت تلك الخلطة في أصل العين أم حق من حقوقها، وعلى أن الشفعة لا تثبت إلا في الملك، وهذا هو المقصود الأصلي من سياق المادة، أما ما يتبادر إلى الذهن من ظاهر النص أن الشفعة تثبت للشريك المخالط في كل الحقوق المتعلقة بالعين دون حصر، فإن هذا المعنى لم يكن مقصوداً أصالة من سياق المادة، لوجود نص آخر يصرفه عن هذا المعنى الظاهر، حيث إن المعنى الظاهر بثبوت الشفعة في كل الحقوق المتعلقة بالعين هو معنى عام خصصته المادة (1257)⁽²⁾ التي عدت صور سبب الشفعة فصرفت المعنى العام الظاهر لنص المادة (1256) إلى معنى آخر، بأن حصرت الحقوق التي تثبت بها الشفعة في: حق الشرب ومجراه، والطريق، وبهذا تكون المادة (1257) قد فصلت المجمع الواضح للدلالة الوارد في المادة (1256)، على وجه لا يبقى فيه احتمال للتأويل؛ لأن هذا التفسير حينئذ جزءاً من النص؛ لأنه ملحق بالصيغة أو اللفظ المشروع نفسه، فيُعد هذا التفسير حينئذ جزءاً من النص؛ لأنه ملحق بالصيغة أو اللفظ الذي يحدد أسباب استحقاق الشفعة، ولهذا فإنه في حالة تعارض النص المجمع

الوصول إلى قواعد الأصول ومعاقد الفصول- للإمام عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي الحنبلي (ت:739هـ)- شرح: عبد الله بن صالح الفوزان- دار ابن الجوزي- ط2- ص43.

(1) أخذ المشرع اليمني برأي جمهور الفقهاء، من غير الحنفية الذين أجازوا الشفعة للجار، إذ تنص المادة (1256) على أنه: (سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها.. وتختلف أسباب الشفعة في القوة طبقاً لما ينص عليه القانون).

(2) تنص المادة (1257) على أنه: (تستحق الشفعة لأصحابها على الترتيب التالي: 1- الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين. 2- الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه. 3- الشريك المخالط على الشيوع في الطريق).

الواضح الدلالة مع نص مفسر واضح الدلالة -أيضاً- يُرجَّح المُفسِّر.
ولهذا نصت المادة (1257) من القانون المدني اليمني على أنه: (تستحق الشفعة لأصحابها على الترتيب التالي:

- 1- الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين.
 - 2- الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه.
 - 3- الشريك المخالط على الشيوع في الطريق).
- ومن جهة أخرى فإنه إذا كانت عبارة النص في هذه المادة قد دلت على ترتيب استحقاق الشفعة، وأنها تستحق وفق الترتيب المذكور فيها (دلالة العبارة)، فإنه يفهم من إشارة نص هذه المادة أنها تدل على انحصار الشفعة في الصور المذكورة في المادة (دلالة الإشارة).

بما يعني أن سبب الشفعة واحد، هو الشركة أو الخلطة في الملك قبل القسمة، وتأتي هذه الخلطة في ثلاث صور حددها المشرع اليمني، ورتبها في إطار هذه المادة، وهذا التعداد وارد على سبيل الحصر، فيما يخص أسباب الشفعة التي نظمها القانون المدني، فالمشرع اليمني ضيق من أسباب الشفعة؛ لأنها حق ضعيف يسبب مشاكل كثيرة⁽¹⁾، فلا شفعة للجار، ولا لصاحب حق الانتفاع، ولا لصاحب حق القرار، ولا لغيرهم ممن لم يرد ذكرهم في المادة السابقة.

وفي هذا يقول الإمام الشوكاني: في الدراري المضية شرح الدرر البهية: إن سبب الشفعة، هو واحد، وهو الشركة قبل القسمة، فما قيل من أن من أسبابها الاشتراك في الطريق والاشتراك في قرار النهر أو مجاري الماء، هو راجع إلى السبب الذي ذكرناه، لأن الاشتراك في طريق الشيء، أو في سواقيه، هو اشتراك في بعض ذلك الشيء⁽²⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني الأسبق (قانون المعاملات الشرعية) - الصادرة عن مجلس الشعب التأسيسي - الكتاب الرابع - ص 458.

(2) الدراري المضية شرح الدرر البهية - للإمام محمد بن علي الشوكاني - مرجع سابق - ج 2 - ص 273.

المطلب الثاني مراتب استحقاق الشفعة

دلت عبارة نص المادة (1257) من القانون المدني اليمني- السابقة الإشارة إليها- على ترتيب استحقاق الشفعة، وأنها تستحق وفق الترتيب المذكور فيها، وترتيب استحقاق الشفعة الوارد في هذه المادة، مبني على قوة سببها، وحيث يكون الضرر على الشفيع أكبر، ولهذا فإننا فيما يلي سوف نفصل القول في هذه المراتب طبقاً لقوتها وأولويتها على النحو الذي حدده القانون المدني اليمني النافذ، في المادة السابقة وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين

نصت المادة (1256) من القانون المدني اليمني أن: (سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها)، ثم بين في المادة (1257) مراتب استحقاق الشفعة، وجعل الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين أعلى مرتبة بين أسباب استحقاق الشفعة، ونظراً لأن الشفعة شرعت في الأساس لدفع ضرر الشركة (الخلطة)، فإن الشركة في أصل العين هي أقوى وأهم أسباب استحقاق الشفعة وذلك لأن ضرر الشركة في هذه الحالة أكبر لكونها شركة في كل جزء من أجزاء المال.

والشفعة في هذه الحالة تكون وسيلة لدفع الضرر عن الشركاء في أصل العين بمنع دخول أجنبي بينهم، كما أنها تعد وسيلة لتقليل عدد الشركاء، أو خلوص المال كله لمالك واحد.

ويستطيع الشريك المخالط في أصل العين أن يشفع حصة شريكه في العين إذا باعها، سواء كان بيع الحصة الشائعة لأجنبي أو لأحد الشركاء، فإن كان البيع لأجنبي؛ فتؤخذ العين المباعة منه رضاءً أو جبراً، وإذا كان البيع لأحد الشركاء من نفس المرتبة كان من حق الشركاء الآخرين مقاسمته في تلك الحصة التي اشتراها، وتقسم بينهم على

عدد الرؤوس وليس بحسب الأنصبة⁽¹⁾.

- شروط تحقق الخلطة على الشيوع في أصل العين:

وإذا كان المشرع اليمني قد اعتبر أن الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين، في المرتبة الأولى من حيث استحقاق الشفعة، إلا أن هذا المركز لا يتحقق للشفيع، إلا في حالة كان المشفوع فيه والمشفوع به عيناً واحدة⁽¹⁾، مملوكة على الشيوع⁽²⁾ بين شخصين فأكثر منهم الشفيع⁽³⁾، بحيث يكون كل منهم صاحب حق ملكية في ذات العين المبيعة - إذ بتحقق ذلك يكون الشفيع شريكاً في أصل العين، بوصفها سبباً من أسباب استحقاق الشريك للشفعة، يجعله في مرتبة ممتازة على سائر الشفعاء من غير مرتبته، وبيان ذلك على النحو الآتي:

1- أن يكون المشفوع فيه، والمشفوع به عيناً واحدة

لكي يمكن وصف الشفيع بأنه شريك على الشيوع في أصل العين فإنه لا بد أن تكون الحصة المبيعة المطلوب أخذها بالشفعة (المشفوع فيه)، وحصة الشفيع التي تخول له الأخذ بالشفعة (المشفوع به) تشكلان في أصلهما - مع حصص بقية الشركاء الآخرين إن وجدوا- عيناً واحدة، ويستوى أن تكون هذه العين عقاراً أو منقولاً، إذ الشفعة في القانون المدني اليمني ترد على العقار والمنقول⁽²⁾، وقد أكدت اللجنة العلمية المكلفة بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية ذلك، معللة رأيها بثبوت علة الشفعة في كل مال يتصرف فيه، وهي دفع الضرر الذي يصيب الشفيع بسبب التصرف للغير، فيما له فيه شفعة⁽³⁾، وهذا ما أكدته المشرع اليمني في المادة (1260 ف1) من القانون المدني

(1) كل ذلك مع مراعاة قواعد التزاحم عند تعدد الشفعاء، إذ تنص المادة (1258) من القانون المدني اليمني على أنه: (إذا تساوى الشفعاء في الطلب قدم صاحب السبب الأقوى على الترتيب المبين في المادة السابقة، وإذا تساوا في الطلب والسبب قسمت الشفعة على رؤوس الشفعاء).

(2) فتخرج ملكية المنافع والديون وملكية ما لا يباع من الحقوق، فلو أجز الشريك حصته لغير شريكه فليس لهذا الأخير أن يشفع المنفعة، كما أنه لو بيعت أرض ولها حق مرور أو حق مسيل في أرض أخرى، فليس لمالك الأرض التي تقرر عليها حق المرور أن يشفع بها ذلك الحق.

(3) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني الأسبق-مرجع سابق- الكتاب الرابع- ص 460.

اليمني بقوله: (يشترط لصحة الشفعة ما يأتي: 1- أن يكون المشفوع عيناً فلا تصح الشفعة في المنافع، ولا فيما لا يباع من الحقوق⁽¹⁾...).

2- أن تكون هذه العين مملوكة على الشيوع

وقوام الشيوع هو تعدد الملاك، وهذا يعني أن يملك اثنان أو أكثر تلك العين على الشيوع، بأن تكون حصة كل شريك فيها غير مفرزة، حتى وإن تحدد قدرها حسابياً، لأن تحديد قدر الحصص لا يعني إفرازها، وإن كان ضرورة لازمة لإجرائه، إذ يقصد بالإفراز: فصل حقوق كل شريك، بعد تعيين الحصص، وعزل حق كل واحد عن الآخر، واختصاص كل شريك بنصيب يوازي حصته في المال الشائع، ويعرفه القانون المدني اليمني بأنه: تمييز النصيب وعزله⁽²⁾.

وعليه فإنه لا يكفي أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عيناً واحدة، بل لابد أن تكون هذه العين مملوكة على الشيوع، بمعنى أن لا تكون قد قسمت بين الشركاء قسمة عينية، وأفرزت الحصص، واختص كل شريك بجزء معين من العين، يمارس عليه سلطاته استقلالاً، إذ بانتهاء حالة الشيوع، وتحقق الإفراز، لا تكون هناك فائدة للحديث عن الشفعة، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، ولا يمكن وصف الملاك في هذه الحالة بأنهم شركاء، بل إنهم يصيرون جيراناً، والمشرع اليمني لا يعترف للجارسواء كان ملاصقاً أم غير ملاصق بالحق في الشفعة.

كما أنه إذا كان طالب الشفعة مشتركاً لجزء مفرز من العقار المشترك، فلا يقبل طلبه الشفعة بوصفه شريكاً، لأن شراؤه لجزء مفرز لا يجعله شريكاً على الشيوع في

(1) المتنافع: كالإجارة، ما لا يباع من الحقوق: كالمروور، فلو بيعت أرض ولها حق مرور في الأخرى؛ فليس لمالك الأرض الذي فيها هذا الحق (وهو المرور) أن يشفع بها ذلك الحق، كما لا تثبت الشفعة في الدين: إذ لو أمهر زوجته عبداً في الذمة ثم اشترى نصفه من إحداهما؛ لم يصح أن تشفع الأخرى فيه.

(2) جاء هذا التعريف ضمن المادة (1213) من القانون المدني اليمني التي نصت على أن: "القسمة جنساً وقدراً بالكيل أو الوزن تكون بالإفراز وهو تمييز النصيب وعزله...".

العقار الذي اشترى جزءاً مفرزاً منه⁽¹⁾، بل هو جار، ولا شفعة للجار، إلا إذا كان للجار سبب آخر يشفع به، كأن يكون شريكاً في حق من حقوق العين، كحق الشرب ومجره، أو الطريق، إذ في هذه الحالة، يكون مستحقاً للشفعة، لا بكونه شريكاً على الشيوع في أصل العين، بل بكونه شريكاً على الشيوع في حق من حقوقها التي حددها القانون، على نحو ما سنبين لاحقاً إن شاء الله.

3- أن يكون الشفيع شريكاً في ملكية أصل العين المشفوع فيها

أصل العين معناه الرقبة، ويتحقق هذا الشرط في حال أن يكون الشفيع صاحب حق ملكية على ذات العين، أي في كل جزء منها، ويستوي في ذلك أن تكون ملكيته ملكية رقبة فقط، أو ملكية تامة تشمل الرقبة والمنفعة.

أما إذا كان لا يملك سوى منفعة العين المباعة فقط؛ فلا يستحق الشفعة، لأنه لا يتحقق له مركز الشريك في أصل العين، وكذلك إن كان شريكاً في الحائط الفاصل بين ملكه وبين العين المباعة، فإنه لا يستطيع أن يشفع بوصفه شريكاً في أصل العين. ولكي يتحقق هذا السبب من أسباب الشفعة، فإنه لا بد أن يكون هذا المركز القانوني للشفيع، قائماً وقت إجراء التصرف المجيز للشفعة، فإذا كانت القسمة قد وقعت، ثم باع متقاسم نصيبه؛ فلا يستطيع متقاسم آخر أن يشفع ذلك النصيب بوصفه شريكاً في أصل العين؛ لأن هذا الوصف قد زال بالقسمة، ولم يعد هناك شيوع في أصل العين.

وخلاصة القول: فإن الشفعة لا تثبت إلا في حالة كون المشفوع فيه والمشفوع به عيناً واحدة، مملوكة على الشيوع، ولم يجر تقسيمها على الواقع، حتى وإن تحدد حسابياً نسبة ملكية كل شريك فيها، فما دامت الشركة والخلطة قائمة في أصل العين، ولم تقسم، ولم تفرز، ولم تنصب الحدود المميزة لحصة كل شريك في العين؛ فإن ذلك يعد السبب الأقوى لاستحقاق الشفعة.

(1) د. جميل الشرقاوي- الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني- الكتاب الأول: حق الملكية- دار النهضة العربية- القاهرة- ط1- 1986- ص270.

ويأتي بعده في قوة السبب: الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه

ثانيًا: الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه

معنى حق الشرب: الشرب (بكسر الشين) في اللغة: النصيب من الماء، قال صالح عليه السلام فيما قصه الله في القرآن الكريم: {هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم} ⁽¹⁾، ويطلق أيضًا على زمن الشرب، ويستعمله الفقهاء في المعنيين، فالشرب يطلق عندهم ويراد به: النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار، وهذا عند أكثر الفقهاء، وقد يستعمل في نوبة الانتفاع ⁽²⁾، بالماء أو زمن الانتفاع لسقي الشجر أو الزرع ⁽³⁾.

والمجرى هو ترعة أو ساقية - وما في حكمها - يجري فيها الماء لسقي قطع من الأرض مملوكات ومنحصرات.

- شروط تحقق الخلطة على الشيوع في حق الشرب ومجراه:

حق الشرب مجراه بوصفه سببًا لاستحقاق الشفعة يرتبط بتلك السواقي والترع وما في حكمها التي تنقل الماء فعليًا، لسقي بعض القطع، ويتحقق الاشتراك في حق الشرب ومجراه بوصفه سببًا لاستحقاق الشفعة، إذا كان مملوكًا ملكية خاصة لأرباب القطع، على سبيل الشيوع ⁽¹⁾، أي أن تكون هناك شركة ملك في الجاري والمجرى، وأن يتحقق الشرب فعليًا بجريان الماء إلى الأرض المشفوع فيها والمشفوع بها عبر ذلك المجرى المملوك ملكية خاصة لأرباب تلك الأراضي ⁽²⁾، وأن يتلزم حق الشرب ومجراه بوصفه سببًا واحدًا للشفعة ⁽³⁾، وأن يتصل المجرى بالعين المشفوع بها والمشفوع فيها ⁽⁴⁾. وتفصيل تلك الشروط على النحو الآتي:

(1) سورة الشعراء، الآية رقم (155).

(2) قد يملك حق الشرب على الشيوع، ويقسم مهياةً زمانية (نوبات).

(3) ويلحق به حق الشفة: وهو حق الشرب (بضم الشين): وهو ما يخص الإنسان والحيوان من الماء لشربه. ويراد به تحقيق حاجة الإنسان إلى الماء لشربه وشرب دوابه. يُنظر: الفقه الإسلامي وأدلته - د. وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق - ط4 - ج6 - ص446.

1- أن يكون حق الشرب ومجره مملوكاً ملكية خاصة لأرباب القطع، وأن تكون شركة ملك تام، لا شركة انتفاع أو إباحة. (ملكية الجاري والمجرى)

وهذا الشرط يقتضي أن تكون العين المشفوع بها، والعين المشفوع فيها، تختصان على الشيوع بذلك الحق ومجره، بحيث يكون حق الشرب ومجره مملوكاً على الشيوع ملكية خاصة لملاك تلك القطع أو العقارات، إذ الشفعة في هذه الحالة تنبي حالة الشيوع في حق الشرب ومجره⁽¹⁾.

والمقصود بالشركة في حق الشرب ومجره هي: الشركة في الشرب الخاص والمجرى الخاص، أي الاشتراك على الشيوع في ملكية حق الشرب وأصل المجرى، وأن تكون تلك الملكية الشائعة تامة للرقبة والمنفعة، أي: ملكية أرض ينبوع النهر، أو قرار البئر أو الغدير أو السد أو نحوه، وكذا ملكية مجاري الماء- التي يجري فيها الماء لتروى منه العين المشفوع فيها والعين المشفوع بها- كالسواقي والترع التي تخدم مجموعة أراضي أو عقارات.

وحق الشرب بوصفه سبباً لاستحقاق الشفعة، هو الحق في سقي الأرض من مسقاة خاصة مملوكة على الشيوع لملاك تلك الأرض، وحق الشرب بناء على ذلك لا يرتبط بملكية الماء ذاته وإنما يرتبط بالماء تبعاً لملكية مقر الماء ملكية خاصة، فلا يكون الماء المستقر في مباح سبباً للشفعة لأنه مملوك للكافة، ولذلك لا تعد مياه الأمطار من

(1) يترتب على ملكية المجرى ملكية خاصة لعدد من الشركاء، ملكية الماء المحرز فيها إن كان ذلك الماء في الأساس مباحاً للكافة قبل الإحراز، فإذا ثبت أن العين المشفوع فيها والعين المشفوع بها تسقيان من ذلك المجرى حقيقة؛ وكان ذلك المجرى مملوكاً على الشيوع ملكية خاصة لأرباب تلك القطع؛ فإنه من ثم تثبت الشفعة لكل منهم على الآخر بسبب الاشتراك في حق الشرب ومجره. بمعنى أنه إذا كان هناك مجرى دون حق شرب فلا تثبت به الشفعة، لأن وظيفة المجرى هي جريان الماء فيه لسقي الأرض، فإذا لم يتحقق هذا الغرض من المجرى فلا تثبت به الشفعة.

قبيل حقوق الشرب التي تثبت بها الشفعة، إلا إذا كان هناك سدًا، أو بركة، أو مأجل⁽¹⁾ قد صنعه الشركاء لصالحهم من أجل حجز مياه الأمطار⁽²⁾ بغرض سقي أراضيهم، أو إذا نزل الماء من صباية إلى مسقى خاص بالعين المشفوع فيها والمشفوع بها؛ فإن الشفعة تستحق بذلك، لأن باستقرار الماء المباح في المسقى المملوك ملكية خاصة يصير مملوكًا على الشيوع لملاك المسقى تبعًا للملكية مقره، إذ لا عبرة بملك الماء وإنما الاعتبار بملك مقر الماء، وفي هذه الحالة تثبت الشفعة بالشرب ومجره معًا، لأن الماء وإن كان مباحًا إلا أنه يملك ملكية خاصة بالنقل والإحراز وما في حكمهما⁽³⁾، وقد صار هنا ملكًا خاصًا، تبعًا لاستقراره في المجرى الخاص⁽⁴⁾.

2- أن يتحقق الشرب فعليًا، بجريان الماء إلى الأرض المشفوع بها والمشفوع فيها عبر ذلك المجرى

ومعنى هذا أنه لا تثبت الشفعة بحق الشرب ومجره إلا إذا جرى الشرب فعليًا في ملك مشترك، أما إذا كان الماء ينزل من السماء على المنحدرات، وتنقله الأرض بطبيعتها الجغرافية المنحدرة إلى الأراضي الواقعة تحت منسوبها، دون أن يكون هناك مجرى خاص يشترك في ملكيته أناس محصورون؛ فإن ذلك لا يعد سببًا لاستحقاق الشفعة، إذ لا شفعة بالشرب مادام أنه لم يجر في ملكٍ مُشْتَرَكٍ تَشْرَبُ منه الأرض، بل

(1) المأجل: محبس الماء، يُحبس حتى يمتلئ ثم يُسْرَح، فيُسْقَى به، أو هو: حوض واسع يجمع فيه الماء ثم يفجر إلى المزارع وغيرها، وجمعه: مأجل.. ينظر: المعجم الوسيط - من إخراج د. إبراهيم أنيس وآخرون - الطبعة الثانية - ج1- الناشر دار إحياء التراث العربي- بيروت (دون سنة نشر) ج1- ص7.

(2) شريطة أن يكون ذلك مملوكًا ملكية خاصة، أو فعلوا ما يوجب الملك، كأن يصنعوا ساقية في مباح توصل الماء إلى أراضيهم فإنهم يملكون الساقية ويثبت بالتالي الشفعة لشركتهم في الساقية. (تهيئة الماء إلى الأرض الموات بغرض إحياءها)

(3) مادة (1359): الماء مباح أصلاً للجميع ولا يملك ملكية خاصة إلا بالنقل أو بالإحراز أو ما في حكمهما وهو مثلي يضمن بمثله، ويعتبر حفر البئر لتلقي الماء إحرازًا له إذا أتى من مباح ومر في المجرى.

(4) والمجرى بوصفه سببًا لاستحقاق الشفعة يرتبط بتلك السواقي أو الترع وما في حكمها إذا كانت مملوكة ملكية خاصة لأرباب تلك القطع.

شَرِيتْ من ذلك المَجْرَى المَبَاحِ، وَسَوَاءٌ شَرِيتْ الأَرْضَ منه مَوْجًا، أَيْ: عَمَّ قِطْعًا كَثِيرَةً، أَمْ سَيِّحًا وَصَبَّابَةً، أَيْ: دخل إلى القطعة الأولى فَسَاحَ مِنْهَا، وَانْصَبَّ إلى الأُخْرَى، لِأَنَّ انْصَبَّابَ الماءِ إلى الأوَّلِ من مَبَاحٍ، ثُمَّ انْصَبَّابُهُ مِنْهَا إلى الأُخْرَى من مِلْكٍ خَاصٍّ إلى مِلْكٍ خَاصٍّ، يُثْبِتُ حَقًّا فَقَطْ⁽¹⁾، هو حق المسيل أو الصرف⁽²⁾، والحقوق من هذا النوع لا تُثْبِتُ بِهَا الشُّفْعَةُ.

كما أنه قد يملك شخصان مورد ماء، ولكن نقل الماء من ذلك المورد لسقي أراضيهم يتم عبر أراضي الغير، باعتباره قيداً قانونياً، أو حق ارتفاق، ففي هذه الحالة لا تثبت الشفعة، لعدم الاشتراك في ملكية المجرى، فلا شفعة لصاحب الأرض المحملة بحق المجرى لعدم قيام سببها، كما لا شفعة لأصحاب القطع المستفيدة من المجرى لعدم ملكيتهم لأرض المجرى، إذ إن جريان الماء على هذا النحو إنما ثبت بوصفه قيداً من القيود القانونية الواردة على الملكية متعلقة بحق الري⁽³⁾، والقيود القانونية يهدف المشرع من خلال تشريعها وفرضها إلى تحقيق الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية فلا تثبت بها الشفعة، لأنه لا شفعة إلا بالملك.

3- ضرورة تلازم حق الشرب ومجره بوصفه سبباً واحداً للشفعة

فحق الشرب إذن هو الحق في سقي الأرض من ماء خاص مشترك سواء كان خروج الماء من ملك مشترك كأصل ينبوع النهر والبئر، أو كان خروجه من مقر له كالمأجل والغدير والسد ونحو ذلك، وكان مملوكاً مشتركاً سواء كان تسقى به جهة واحدة

(1) يُنظر: التاج المذهب - ج 3- 13.

(2) مادة (1371): المسيل هو طريق إسالة المياه الطبيعية أو تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة في ملك الغير.

(3) تنص المادة (1164) من القانون المدني اليمني على أنه: (يلزم صاحب الأرض أن يسمح بمرور المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن موارد المياه أو بمرور المياه الزائدة لصرفها في أقرب مصرف عمومي في مقابل تعويض عادل، وإذا أصاب الأرض ضرر من ساقية أو مصرف يمر بها فإن المالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر وليس لمن في ملكه حق مسيل أو إساحة أن يمنع المعتاد وإن أضر).

أم جهات متفرقة، وكل جهة مشتملة على جملة قطع وهي المعروفة بالجرب، فإذا كان البيع لقطعة من أي الجهات التي تسقى من ذلك الملك المشترك، وهو النهر ونحوه، أو المأجل ونحوه، فالشفعة في القطعة المبيعة تثبت بالشرب⁽¹⁾ والساقية التي تشرب منها قطع تلك الجهة، لأن وجود حق الشرب على هذا النحو لا يكفي ليكون سبباً لاستحقاق الشفعة لجميع الجهات، ما لم يتحقق الشرب فعلاً بجريان الماء إلى الأرض المشفوع فيها والمشفوع بها عبر مجرى خاص، إذ ينحصر الحق في الشفعة - في حال وجود أكثر من جهة وأكثر من مجرى - بين كل من يشتركون بعد ذلك في مجرى خاص، بمعنى أنه إذا كان هناك شريك في حق الشرب فقط دون المجرى⁽²⁾، وشريك في حق الشرب ومجراه فإن الشفعة تثبت للأخير دون الأول، تمشياً مع الرأي القائل بضرورة تلازم حق الشرب ومجراه بوصف ذلك سبباً واحداً للشفعة.

ولكن إذا اقتصر المبيع على حق الشرب، أي أصل مورد الماء (العين أو السد أو المأجل)، دون الأرض المقرر لها هذا الحق؛ فإن الشفعة تثبت لكل الشركاء في العين المبيعة (أصل مورد الماء) لاشتراكهم في أصل العين، أما إذا شمل المبيع حق الشرب، أي أصل مورد الماء (البئر أو السد أو المأجل) إضافة إلى الأرض المقرر لها حق الشرب من هذا الماء؛ فإن الشفعة لا تثبت للشريك المخالط في حق الشرب بكونه شريكاً في أصل العين (البئر أو السد...) لأن التابع لا يفرد بحكم، كما لا تثبت له الشفعة في الأرض المبيعة بكونه شريكاً على الشيوع في حق الشرب طالما لم يكن مشتركاً في حق المجرى، لأن حق الشرب ومجراه يعد سبباً واحداً، وإذا تجزأ السبب صار كأن لم يكن⁽³⁾.

4- ضرورة اتصال المجرى بالعين (المشفوع بها والمشفوع فيها)

ومما ينبغي الإشارة إليه أن المجرى الخاص المشترك الناقل للماء، لا بد أن يكون

(1) ينظر: التاج المذهب - مرجع سابق - ج3 - ص12.

(2) بحيث كان الماء لا يصل إلى المبيع إلا بعد جريه في مباح أو حق عام.

(3) ولذلك إذا كان هناك مجرى قد فقد وظيفته في نقل الماء، فلم يعد ينقل الماء إلى الأرض، فإنه لا يعد سبباً للشفعة، لأن الشفعة مقررة لدفع ضرر الشركة في الجاري والمجري معاً.

متصلاً بالعين المشفوع بها والعين المشفوع فيها، فإذا جرى الماء إلى قطعتين متجاورتين من بئر مملوكة ملكية خاصة لمالكي القطعتين، عبر مجرى خاص بهما إلى مسافة معينة، ثم جرى في مباح أو في ملك الغير إلى أن وصل إلى تلك القطعتين؛ فلا تثبت الشفعة بين مالكي القطعتين، إذا بيعت إحداهما، لعدم توافر الاشتراك في حق الشرب ومجراه على النحو الذي يجعل منه سبباً لاستحقاق الشفعة، لأن المادة (1256) من القانون المدني اليمني تستلزم توافر الاتصال بين ملك الشفيع والعين المشفوع فيها حتى يمكن عده سبباً للشفعة⁽¹⁾.

ونخلص من ذلك إلى أن حق الشرب ومجراه يعد سبباً واحداً لا يتجزأ، حيث تستحق الشفعة بحق الشرب ومجراه للمشاركة على الشيوع في الجاري والمجرى، شركة ملك، لا شركة انتفاع فقط، ولا شركة إباحة للكافة، ولا بوصفه قيداً قانونياً أو حق ارتفاق يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر، لأن من شأن الشفعة أن تنهي حالة الشيوع في ملكية حق الشرب والمجرى، وهذا غير متحقق إذا لم يكن هناك ملك مشترك في حق الشرب ومجراه.

ثالثاً: الشريك المخالط على الشيوع في الطريق

والمقصود بالشركة في الطريق هي الشركة في الطريق الخاص، أي الاشتراك على الشيوع في الطريق المملوك قرارها ملكية تامة للرقبة والمنفعة، لأن هذه الشفعة تنهي حالة الشيوع في الطريق.

- شروط تحقق الخلطة على الشيوع في الطريق:

لكي يتحقق هذا السبب من أسباب الشفعة، فإنه لابد من توافر بعض الشروط وهي: أن يكون قرار الطريق مملوك ملكية تامة على الشيوع، لملاك العين المشفوعة والعين المشفوع بها⁽¹⁾، وأن تتصل الطريق بالعين المشفوع بها والمشفوع فيها⁽²⁾، وأن لا تكون الطريق مسبلة، أو مباحة للكافة⁽³⁾، وتفصيل القول في تلك الشروط على النحو

(1) تنص المادة (1256) مدني يمني على أن سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها...).

الآتي:

1- أن يكون قرار الطريق مملوك ملكية تامة على الشيوع، لملك العين المشفوع بها والعين المشفوع فيها

وصورة الاشتراك في الطريق بوصفه سبباً من أسباب استحقاق الشفعة تقتضي أن تكون الطريق مملوكة ملكية خاصة لأهل الاستطراق، أي مملوكة لأشخاص منحصرين يملكون قرارها، وينتفعون بها -والمقصود بهم: مالك العين المشفوع بها ومالك العين المشفوع فيها- ومتصل ملكها بالعين المشفوع بها والعين المشفوع فيها، كالطريق المنسدة أو طريق نافذة شرعت بين الأملاك⁽¹⁾؛ لأن الاشتراك في طريق الشيء أو في سواقيه هو اشتراك في بعض ذلك الشيء⁽²⁾.

وينبغي الإشارة هنا إلى أن الشيوع في الطريق الذي يعد سبباً لاستحقاق الشفعة، يختلف عن الشيوع في حق المرور، فمن يملك حق المرور فإنه إنما يملك حق الاستطراق لا الطريق، أو بمعنى آخر: فإنه يملك المنفعة، وهذا الحق يرد كقيد على الملكية يقرره القانون على عقار يسمى: (العقار الخادم) لمصلحة عقار آخر يسمى: (العقار المخدوم)، أو كحق ارتفاق يتقرر بموجب اتفاق بين مالكي العقارين أو بموجب العرف، ويكون ذلك في حالة وجود أرض محبوسة عن الطريق العام؛ فيكون لمالكها حق المرور في الأرض المتصلة بالطريق العام وصولاً إلى تلك الطريق، حيث أنه رغم تحمل العقار الخادم بهذا العبء فإن ملكية الرقبة (أصل الطريق) تبقى للجار مالك العقار الخادم، ولهذا فإن سبب الشفعة المتعلق بالطريق، يقتضي ملكية عين الطريق أي رقبتها ومنفعتها، أما حق المرور فإنه لا يعد سبباً للشفعة؛ لارتباطه بملكية المنفعة فقط.

2- أن تتصل الطريق بالعين المشفوع بها والمشفوع فيها

ومقتضى هذا الشرط أنه لا بد أن تؤدي الطريق وظيفتها بشكل دائم في خدمة العين المشفوعة والعين المشفوع بها، والخدمة هنا هي الاستطراق بها من قبل ملاكها

(1) يُنظر: التاج المذهب - ج 3- 15.

(2) الدراري المضية شرح الدرر البهية (273 / 2)

كطريق أساس، بحيث أنه لا طريق غيرها أفضل منها، أما إن كان المالك قد تركا طريقاً بين أملاكهما، هي طريق ليست أساسية، بل هي فُضلة، وبالإمكان الاستغناء عنها لوجود طريق عام تخدم العقارين؛ ففي هذه الحالة لا تثبت الشفعة، لعدم تحقق الحكمة من تشريعها.

وكذلك الحال إذا كانت هناك طريق يسير فيها أهلها، ولكنها لا تتصل بالدور المشفوع فيها والمشفوع بها، بل تصل إلى مسافة معينة ثم تنقطع، فيواصل أصحابها السير في مباح للوصول إلى دورهم؛ فإن الشفعة لا تثبت في هذه الطريق لمالك تلك الدور، لعدم اتصالها بالعين المشفوع بها والعين المشفوع فيها، على النحو الذي تستلزمه المادة (1256) من القانون المدني اليمني حتى يمكن عده سبباً لاستحقاق الشفعة⁽¹⁾.

3- أن لا تكون الطريق مسبلة، أو مباحة للكافة

ومقتضى هذا الشرط أن تكون الطريق مشتركة لدور أو قطع منحصرات، أما إذا كانت الطريق رغم ملكيتها ملكية خاصة، إلا أن ملاكها أباحوها للاستطراق دون قيد، أو كانت لدور غير منحصرات، فإن الشفعة لا تثبت بها، لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة في الطريق، والضرر في هاتين الحالتين غير متحقق.

فالتريق في أعرام⁽²⁾ الأملاك التي ليس لصاحبها منع المار منها، وإذا خربت لزم صاحب المال إصلاحها، فإنها لا تثبت الشفعة، لأنها بالنسبة لما جاورها جار، وكذا لو ترك كل واحد من ملكه شيئاً يكون طريقاً فليس باشتراك في الطريق، وإنما هو جوار فقط⁽³⁾، ولا تثبت الشفعة بالجوار في القانون اليمني.

وأهم صور الطريق التي تثبت بها الشفعة، أن تكون الطريق منسدة، فإن كانت كذلك، وكان لها باب يغلق على بعض الدور فتدخل منه؛ فإنها تكون سبباً أخص من

(1) تنص المادة (1256) مدني يمني على أن سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها...).

(2) الأعرام: هي أطراف قطعة من الأرض، وكأنها حدودها.

(3) التاج المذهب/ ج3/ ص15.

غيرها من الطرق التي ليس لها باب، على نحو ما سنذكر تالياً.

- السبب الأخص⁽¹⁾ :-

ذكرنا أن الشفعة سُرعَت لدفع ضرر الشركة، وقد رتب المشرع اليمني استحقاق الشفعة طبقاً لقوة سببها، حيث يكون الضرر على الشفيع أكبر، ولا شك أن الشركة في أصل العين هي أقوى أسباب استحقاق الشفعة؛ وذلك لأن ضرر الشركة في هذه الحالة أكبر لكونها شركة في كل جزء من أجزاء المال المبيع، ولذلك فلا يعد أي شريك في أصل العين أخص سبباً من شريك من نفس الطبقة حتى إن تفاوتت الحصص، لأن كل شريك يمتلك بقدر نصيبه في كل جزء من أجزاء المال، ولذا فإنه لا تفاضل ولا خصوصية في الأخذ بالشفعة في هذه المرتبة.

بيد أنه في السببين الآخرين من أسباب استحقاق الشفعة، ولكون الشفعة لا تثبت فيهما بسبب الشركة في أصل العين وإنما في حق من حقوقها؛ فإن الضرر أقل من ضرر الشركة في أصل العين، كما أن نصيب كل عين في حق الشرب ومجراه أو في الطريق، يتحدد بالقدر الذي يكفي ولا يتجاوزه، لأن النظر فيه تكون - في الأساس - إلى الحق لا إلى الملك، ولذلك فإن استيفاء ذلك الحق يختلف من شريك إلى آخر بحسب طبيعة قرار الحق وموقع العين المقرر لها ذلك الحق، ولهذا نجد أن هناك من يكون أخص سبباً على نحو ما سنبين إن شاء الله.

ويُعدّ السبب أخص في الطريق المسدود إن كان لها باب يغلق على بعض الدور فتدخل منه، فإن الدور الداخلة من الباب أخص بالنسبة لبعضها من الدور الخارجة عنه، وإن تعددت الطرق الخاصة فتختص بالدار الداخلة الدور الأقرب طريقاً إليها، وهكذا بالنسبة لحق الشرب والسواقي⁽²⁾، فلو كان هناك زقاق غير نافذ، وفيه ثلاثة دور، ومدخل الدور الثلاثة من باب ذلك الزقاق والدار المبيعة في الوسط، فإن صاحب الدار

(1) من المفيد الإشارة إلى أن المشرع اليمني قد استقى أحكام السبب الأخص من الفقه الزيدي.

(2) المادة (1259) من القانون المدني اليمني.

الأولى لا يستحق الشفعة بالطريق، بل صاحب الداخلة والمسامت⁽¹⁾ للمبيعة في الباب لو كان ثمة مسامت، لأنه ينقطع حق صاحب الدار الأولى مقابل بابها في طريق الزقاق الذي لا منفذ له⁽²⁾.

أما إذا كانت الدار المباعة هي الأولى في ذلك الزقاق؛ فإنه يستوي الداخلان في استحقاق الشفعة، وإن بيعت الداخلية: استحق الشفعة الأوسط لأنه أخص بالطريق، وعلى ذلك التحقيق في الطريق وأبواب الدور يكون في الساقية ومناشير الماء الذي يدخل منها إلى القطع.

والطريق المشتركة لدور منحصرات كالمجرى لقطع منحصرات.

ومن المهم هنا التركيز على أنه:

- في السبب الأخص لابد أن يكون الطريق غير نافذ (أي منسد)، وإلا فلا اختصاص لأحد منهم ولا تفضيل.

- كما أن التفرعات عن الطريق الخاص الرئيسي إذا بيع عقار فيه؛ فإن من يشتركون في الفرعي، أخص ممن يشتركون في الطريق الخاص الرئيسي.

المبحث الثالث

شروط صحة الشفعة

إن سبب الشفعة هو شرط وجودها، كما أن توافر السبب يضع الشريك في مركز قانوني يؤهله لاستحقاق الشفعة، إلا أن ذلك مرهون - أيضاً - بتحقق شروط موضوعية يترتب على عدمها العدم، إذ الشرط في الاصطلاح هو: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم

(1) أي: المقابل.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأسبق - الكتاب الرابع - ص 460.

من وجوده وجود ولا عدم لذاته⁽¹⁾، فإذا تخلف شرط من الشروط اللازمة لاستحقاق الشفعة؛ لم تصح الشفعة، ومن ثم يسقط الحق فيها، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالشفيع ذاته، ومنها ما يتعلق بالتصرف المجيز للشفعة، ومنها ما يتعلق بالمشفوع فيه، وقد تضمنت المادة (1260) من القانون المدني اليمني هذه الشروط إجمالاً، وفيما يلي نستعرضها تفصيلاً في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

- المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالشفيع.
- المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالتصرف المجيز للشفعة.
- المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالمشفوع فيه.

المطلب الأول الشروط المتعلقة بالشفيع

بيننا فيما سبق أسباب الشفعة ومراتب استحقاقها، حيث عرفنا أن مراكز الشفعاء تتفاوت وفقاً لسبب الشفعة الذي يملكه كل منهم⁽²⁾، ومع هذا فإن امتلاك الشفيع

(1) وهذا التعريف فيه ثلاثة قيود: القيد الأول هو قوله: (يلزم من عدمه العدم)، احتراز من المانع؛ فإنه لا يلزم من عدمه شيء. والقيد الثاني هو قوله: (ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم)، احتراز به من السبب؛ فإنه يلزم من وجوده الوجود، وهذا القيد يخرج المانع أيضاً لأنه يلزم من وجوده العدم. والقيد الثالث: هو قوله: (لذاته)، احتراز به من مقارنة الشرط للسبب فيلزم الوجود، ينظر: التحرير شرح التحرير في أصول الفقه- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي (ت: 885 هـ)- تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح- مكتبة الرشد- الرياض- 1421 هـ- 2000 م- ج3- ص1067، د. علي أحمد السالوس- الشرط الجزائي- مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي بجدة- تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة- العدد 12، ص

(2) وعلى ذلك فإنه في حال تحقق تزامن الشفعاء في الأخذ بالشفعة؛ نطبق حكم المادة (1258) م القانون المدني اليمني، التي نصت على أنه: (إذا تساوى الشفعاء في الطلب؛ قدم صاحب السبب

للسبب، لا يكفي وحده لاستحقاق الشفعة، بل لا بد من توافر شروط خاصة تتعلق بامتلاك الشفيع السبب أو بالشفيع ذاته، تؤهله لذلك، وذلك بأن يكون امتلاكه السبب الذي يشفع به قائماً من وقت حصول التصرف المجيز للشفعة (أولاً)، حتى تمام الأخذ بالشفعة (ثانياً)، وأن لا يكون الشفيع ذاته ممنوعاً من الشفعة (ثالثاً)، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: أن يكون الشفيع مالاً لما يشفع به في وقت حصول التصرف المجيز للشفعة وهذا الشرط يلزم من وجوده الوجود لا قترانه بالسبب، إذ يشترط القانون لاستحقاق الشفعة أن يكون الشفيع مالاً للعين التي يشفع بها⁽¹⁾، حيث تنص المادة (1260) من القانون المدني اليمني بأنه: (يشترط لصحة الشفعة ما يأتي: 4- أن يكون الشفيع مالاً للسبب الذي يشفع به) فلا شفعة إلا بالملك. والمقصود هنا هو الملك التام، أو على الأقل ملكية الرقبة، فلا تجوز الشفعة لمن تقرر له حق انتفاع على العين، ولا لمن تقرر له حق ارتفاق أو غيرها من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ولا شفعة للمستأجر أو المستعير أو المرتهن، ولا لمن كان عقده باطلاً لا يترتب عليه ملك، ولا شفعة لغاصب، وكل ذلك لعدم توافر سبب الشفعة، وعلى الشفيع إقامة البيئة على ملكه؛ لأن ظاهر اليد (أو الحيازة) لا يكفي لإثبات الاستحقاق.

وامتلاك الشفيع للعين المشفوع بها، لا بد أن يكون قائماً وقت إجراء بيع العين المشفوع فيها، فلكي يجوز للشفيع المطالبة بالشفعة، فإنه يجب أن يكون سببها موجوداً،

الأقوى، على الترتيب المبين في المادة السابقة، وإذا تساوا في الطلب والسبب: قسمت الشفعة على رؤوس الشفعاء)، ولا فضل بتعدد السبب وكثرته بل بخصوصه.

(1) إنما اشترط المشرع اليمني أن يكون الشفيع مالاً للسبب الذي يشفع به؛ لِيُحْتَزَرَ من ثلاثة أشياء لا شفعة بها: (أحدها) أرض بيت المال: ولو اشتراها ذو الولاية فليس للإمام أن يشفع بها؛ لأن الشراء هنا لغير معين بخلاف المسجد، فهو كالأدمي المعين فتثبت الشفعة لملك المسجد، والملك يكون للمسجد في كل ما اشترى له من غلة وقفه، و(الثاني) الموقوف عليه: ويدخل في ذلك المسجد، فلا شفعة له بأرضه الموقوفة عليه، و(الثالث) المستأجر والمستعار فلا شفعة بهما، ينظر: التاج المذهب- مرجع سابق- ج3- ص5.

وأن يكون هذا الوجود سابقاً على انعقاد عقد بيع العين المشفوع فيها، بمعنى أن الحق الذي يستند إليه الشفيع في طلبه الشفعة، يجب أن يكون قائماً وقت إبرام عقد البيع المجيز للشفعة، أما إذا تملك الشفيع السبب بعد ذلك؛ فإنه لا يستحق الشفعة لعدم وجود سببها⁽¹⁾.

وخلاصة القول فإنه يجب لثبوت الحق في الشفعة، أن يكون الشفيع مالكا للسبب الذي يشفع به وقت انعقاد بيع العين المشفوع فيها.

(1) وهنا تثور مسألة ما إذا كان امتلاك الشفيع للسبب الذي يشفع به، كان نتيجة تصرف قانوني، وكان القانون يستلزم لنقل الملكية أن يكون هذا التصرف مسجلاً، فهل يؤثر ذلك على استحقاق الشفعة، فلا تستحق للشفيع إلا بالتسجيل؟ وهل يستحق الشفعة إن قام بالتسجيل بعد انعقاد العقد المجيز للشفعة؟

في هذا الصدد هناك من يرى أن نقل الملكية في عقد بيع العقار غير المسجل، يكون معلقاً على شرط واقف، هو التسجيل، فإن تم التسجيل، ارتد أثره إلى وقت إبرام العقد، حيث يعتبر المشتري مالكا لهذا العقار من ذلك الوقت، وبناء عليه يجوز للشفيع الذي لم يسجل عقده، أن يطلب الشفعة بعد تسجيله، طالما قد انعقد العقد قبل انعقاد العقد المجيز للشفعة، إلا أن المستقر عليه فقهاً وقضاء أنه ليس للتسجيل أثر رجعي، فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة إذا كان عقده غير مسجل، ولو قام بالتسجيل بعد ذلك، وبهذا الخصوص قررت محكمة النقض المصرية في قرارها رقم (40/255/112) أن الحكم الذي قضى برفض دعوى الشفعة بناء على أن الشفيع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها، يوم اشتراها، بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء، لا يكون مخالفاً للقانون في قضية الأثر الرجعي للتسجيل.. يُنظر: منصور فؤاد عبد الرحمن مساد- الشفعة كسبب من أسباب التملك- رسالة ماجستير- جامعة النجاح الوطنية- نابلس، فلسطين- 2008م- ص 51، 52.

إلا أننا نرى بخصوص هذه المسألة أن البيئة اليمنية لها خصوصيتها، فمعظم الملكيات لا يتم تسجيلها، ولا زالت ثقافة التسجيل في المجتمع اليمني غائبة، ولا زال هناك تعارض بين القواعد التي تحكم هذه المسألة في القانون المدني وقانون السجل العقاري، وليس هنا مكان بسط القول في ذلك.. وعليه فإنه لا عبرة بتسجيل سند ملكية الشفيع للسبب الذي يشفع به، إذ المهم في هذه الحالة أن يكون الشفيع مالكا للسبب الذي يشفع به ملكية معتبرة في نظر الشرع والقانون، ولا تخل بذلك القواعد المتعلقة بنظام التسجيل.

ثانيًا: بقاء ملك الشفيع للعين المشفوع بها قائمًا حتى تمام الأخذ بالشفعة لا يكفي أن يكون الشفيع مالكًا سبب الشفعة من وقت إبرام عقد بيع العين المشفوع فيها، بل لا بد أن يبقى هذا الملك قائمًا وموجودًا حسيًا وقانونيًا حتى تمام الأخذ بالشفعة رضا أو قضاء⁽¹⁾، إذ إن خروج جميع سبب الشفعة من ملك الشفيع عالمًا أو جاهلاً باختياره أو بدون اختياره قبل الحكم له بالشفعة أو التسليم له طوعًا يسقط حقه في الشفعة -على نحو ما سنوضحه لاحقًا عند بحث موضوع أسباب سقوط الشفعة، وهو ما أكدته المشرع اليمني في المادة (1269 ف8) من القانون المدني اليمني. فالشرط الأساسي لاستحقاق الشفعة أن يكون الشفيع مالكًا للسبب الذي يشفع به، ويجب أن تكون ملكيته نهائية، وأن تبقى كذلك حتى يتملك العين المشفوع فيها رضا أو قضاء، فإذا زالت ملكيته قبل ذلك سقط حقه في الشفعة.

ثالثًا: أن لا يكون الشفيع ممنوعًا من الشفعة

والمنع من الشفعة رغم توافر سببها في الشفيع قد يكون بإرادة الشخص⁽¹⁾، أو بنص القانون⁽²⁾:

- 1) فيُعَدّ الشخص ممنوعًا من الشفعة إذا كان البائع قد عرض عليه المبيع بشروط معينة، فأظهر الشفيع رغبته عن الشراء بهذه الشروط، وقد نصت المادة (1260) من القانون المدني اليمني على أنه: (يشترط لصحة الشفعة ما يأتي: 5-... أن لا يكون البائع قد عرض المبيع على الشفيع فرغب عن الشراء فيسقط حقه⁽²⁾).
- 2) وقد يكون الشخص -رغم توافر سبب الشفعة- ممنوعًا من شراء العين المبيعة بحكم خاص في القانون. حيث تنص المادة (526) مدني يمني على أنه: يقع باطلاً

(1) ولا يهم بعد ذلك أن يزول ملك العين المشفوع بها، لأن الشفيع يكون قد تملك العين المشفوع فيها.
(2) ينبغي الإشارة هنا إلى أن ما ورد في الفقرة الخامسة من هذه المادة لا يعد من مسقطات الشفعة، لأن الحق في الشفعة لم يثبت، فكيف يسقط قبل ثبوته؟، ولهذا نرى أن ذلك يعد من موانع الشفعة، وكان الأولى بالمشرع اليمني استعمال لفظ: (فيكون ذلك مانعاً من الشفعة)، بدلاً عن لفظ: (يسقط حقه).

الشراء في الأحوال الآتية وسواء تم مباشرة أو بواسطة الغير أو باسم الغير:
* شراء العاملين بالقضاء من قضاة وأعضاء نيابة أو كتبة لأنفسهم المال موضوع النزاع إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص الجهة القضائية الملحقين بها ويسري ذلك أيضًا على المحامين.

* شراء الخبير لنفسه المال المعهود إليه معاينته أو تقدير ثمنه.
* شراء العاملين بالهيئات الحكومية أو وحدات القطاع العام أو الهيئات التعاونية والاجتماعية الأموال المعروضة للبيع عن طريق الهيئة أو الوحدة الملحقين بها، ما لم يتفق الغريمان على البيع من هؤلاء بدون إكراه ولا ضغط وبالثمن المرضي.
وقد اختلف الفقه المصري هل هذا الحظر ينصرف إلى الشفعة أم لا؟
والرأي الراجح أنه ينصرف إليها؛ لأن الشفعة كالشراء، إذ إن الشفعين يصير مشترين بدلًا عن المشتري⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالتصرف المميز للشفعة

يشترط القانون لاستحقاق الشفعة: أن يكون التصرف ناقلًا للملكية بعوض مالي (أولاً)، وأن يكون صحيحًا (ثانيًا) ونافذًا (ثالثًا)، وأن يكون قائمًا وقت طلب الشفعة (رابعًا)، وإيضاح ذلك على النحو الآتي:
أولاً: أن يكون التصرف ناقلًا للملكية بعوض مالي

والشفعة حسب تعريف المشرع اليمني لها في المادة (1255) من القانون المدني هي: (حق تملك عين ولو جبرًا ملكت لأخر بعقد صحيح بعوض معلوم...)، وعليه فالشفعة بناء على ذلك جائزة في كل تصرف بعوض مالي، سواء كان بيعًا، أم أي تصرف من

(1) ينظر: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح ق. م، حق الملكية- ج (8)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 67م - ص 592/593.

التصرفات الناقلة للملكية بعوض مالي، كالهبة بعوض.

ومسألة تحديد طبيعة التصرف تنطوي على أهمية كبرى لمعرفة ما إذا كان هذا التصرف ناقلاً للملكية بعوض مالي فيجوز أخذ الشفعة؛ لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في أي تصرف لا يكون كذلك، ويرجع في هذا التحديد إلى مبادئ القانون المدني الحاكمة للتصرف، حيث يجب أن يكون المشفوع منه قد تلقى ملكية العقار في مقابل ثمن نقدي، وتقع على القاضي مهمة التكييف القانوني لطبيعة العقد في ضوء الهدف العملي والغاية التي استهدفها وقصد إليها المتعاقدان، وعلى هذا الأساس، فإننا نرى أن الشفعة لا تثبت إلا بالبيع؛ لأن البيع معاوضة بعوض، وكذلك الهبة إذا كانت بعوض، ولا تجوز بأي تصرف آخر، لأن إثبات الشفعة في المقايضة -مثلاً- قد يترتب عنه ضرر أكبر من الضرر الذي يراد رفعه بها، فقد تكون مصلحة الشريك البائع لا تتحقق إلا بالمقايضة دون سواها. وانطلاقاً من ذلك فإنه يجب لجواز الشفعة أن يكون ثمة بيع، وأن يكون هذا البيع بيعاً صحيحاً، مستوفياً لكل الشروط القانونية المطلوبة، وأن يكون البيع قائماً وقت طلب الشفعة، وإذا تعلق الأمر بتصرف صوري وجب أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان، فكل ذلك يدل دلالة قاطعة على أن التصرف بالبيع أمر لازم لثبوت الشفعة، فإذا انتفى البيع فإن الشفعة لا تقوم ولا تثبت ابتداءً.

وعليه فإن الشفعة لا تجوز في العقود غير الناقلة للملك، كالإيجار أو غيره، ولا في التصرفات الفردية الناقلة للملك، كالوصية، ولا في العقود الناقلة للملك بدون عوض، كالهبة بدون عوض، ولا في العقود الناقلة للملك بعوض غير مالي، كتقديم العين مهراً أو عوض خلع أو صلح عن دم العمد.

وإذا ستر العاقدان العقد الحقيقي الذي يجيز الشفعة في صورة عقد آخر؛ كان للشفيع إثبات حقيقة العقد بكل الوسائل ليتمكن من الأخذ بالشفعة، وكذلك الحال لو أخفى العاقدان الثمن الحقيقي وأظهرا ثمناً مرتفعاً؛ لأن المشرع اليمني يبطل كل حيلة قُصد بها حرمان الشفيع.

ثانياً: أن يكون العقد صحيحاً⁽¹⁾

تنص المادة: (1261) من القانون المدني اليمني، على أنه: (تثبت الشفعة بالعقد الصحيح، ويستحقها الشفيع بالطلب الصحيح ويملكها بالتسليم طوعاً أو بالحكم بها). وعليه فإن من أهم شروط التصرف المجيز للشفعة، أن يكون العقد المبرم بين البائع، والمشتري صحيحاً، بموجبه ينتقل المال من المالك إلى المشتري، ويكون العقد صحيحاً إذا استوفى أركانه وشروط صحته، طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون المدني⁽²⁾، فلا تثبت الشفعة في العقد الباطل⁽³⁾.

وفي هذا يقول الإمام الشوكاني: أن العقود الصحيحة هي التي حصل فيها المناط الشرعي، وتجردت عن المانع الشرعي، فما كان كذلك؛ ثبت في نفسه، وثبتت فيه الشفعة، وما لم يكن كذلك؛ لم يثبت في نفسه، فضلاً عن أن يثبت ما ترتب عليه⁽⁴⁾. ومما ينبغي الإشارة إليه، أنه لا عبرة بتسجيل عقد البيع المجيز للشفعة؛ لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع طالما نشأ صحيحاً، ولو لم يكن مسجلاً، والقول بغير ذلك ينصدم مع الحكمة من تقرير الشفعة، نظراً لما يتطلبه التسجيل من إجراءات وتكاليف، لا يستفيد منها الشفيع عند انتقال المبيع إليه، إذ يلزمه بعد ذلك اتخاذ إجراءات التسجيل مجدداً، وهذا الأمر يجر ضرراً على الشفيع، بأن يكلف بدفع تكاليف تسجيل

(1) فَلَا يَصِحُّ طَلَبُ الشَّفْعَةِ، وَلَا يُطَالَهَا قَبْلَ الْبَيْعِ.

(2) تنص المادة: (140) من القانون المدني اليمني، على أن: (العقد الصحيح هو العقد الذي استوفى أركانه وشروط صحته طبقاً لما هو منصوص عليه في هذا القانون). كما تنص المادة (141) من ذات القانون، على أن: (العقد غير الصحيح هو العقد الذي اختل فيه ركن أو شرط من شروط صحته مما نص عليه في هذا القانون).

(3) تنص المادة: (1260) مدني يمني، على أنه: (يشترط لصحة الشفعة ما يأتي: 2- أن تكون الشفعة في عقد صحيح فلا تصح في عقد باطل ولا تصح بميراث أو اقرار أو قسمة أو وصية أو هبة بغير عوض). أيضاً بهذا الصدد راجع المادة (1261) مدني يمني.

(4) يُنْظَر: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار- للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت: 1250هـ)- دار ابن حزم- ط1- ص562.

لا يستفيد منه، في حين أن ثبوت الشفعة بمجرد انعقاد البيع صحيحاً، يتفق مع الحكمة التي شرعت من أجلها الشفعة، وهي رفع الضرر عن الشريك.

ثالثاً: أن يكون المتصرف نافذاً

تنص المادة (1260 ف3) أنه من شروط صحة الشفعة: (أن يزول ملك المتعاقد بالعقد فلا شفعة في عقد بخيار إلا بعد نفوذ العقد)، وقد بينت المذكرة الإيضاحية المقصود بزوال ملك المتصرف بقولها: (بأن يكون العقد نافذاً، فإن كان العقد موقوفاً، أو معلقاً على خيار؛ فلا شفعة حتى ينفذ العقد فتثبت الشفعة)⁽¹⁾.

وتشير المادة: (142) من القانون المدني اليمني إلى أن (العقد النافذ: هو ما كانت صفته منجزة غير مضافة إلى أجل، أو معلقة على شرط، ولا يتوقف نفاذه على إذن الغير أو إجازته، فتترتب عليه آثاره بمجرد عقده).

ولهذا فإن العقد إذا كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، فلا يستحق الشفيع الشفعة إلا بعد أن تنتقل الملكية، بتحقق الشرط الواقف، وتخلف الشرط الفاسخ، ونفس الحال ينطبق على العقد غير النافذ، إذ لا شفعة في عقد بخيار إلا بعد نفوذ العقد، كما في بيع الإقالة، وبيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع، ففي بيع الإقالة تؤكد المادة: (578) من القانون المدني اليمني، في الفقرة الرابعة منها أنه إذا أمضى البائع البيع أو انقضت المدة دون رد؛ فإن المبيع يستقر في ملك المشتري وبه يستحق الشفعة، أما فيما يخص بيع الشريك جزءاً من المال الشائع فإن الشفعة لا تثبت إلا في تصرف الشريك في حصة شائعة تساوي حصته أو أقل منها⁽²⁾، لأنه لا ضرر على بقية الشركاء في ذلك، أما إذا وقع التصرف في جزء مفرز من المال الشائع، فإن هذا التصرف وإن كان صحيحاً إلا أنه يكون غير نافذ في مواجهة بقية الشركاء، إذ يكون بالنسبة لهم موقوفاً؛

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأسبق - مرجع سابق - الكتاب الرابع - ص 461.

(2) تنص المادة (1196) من القانون المدني اليمني، على أنه: (إذا تصرف الشريك في حصته في المال الشائع أو في بعضها للغير بعوض كان للشريك الآخر حق أخذها بالشفعة طبقاً لأحكامها المنصوص عليها في بابها).

فلا تثبت به الشفعة إلا من وقت نفاذه، وهذا الأمر يعود لبقية الشركاء، فلهم في مواجهة هذا التصرف أحد خيارين⁽¹⁾:

- إما طلب إبطال التصرف: وذلك عن طريق رفع دعوى الاستحقاق على المتصرف والمتصرف إليه، ليؤكدوا حقوقهم على الجزء المفرز الذي تم التصرف فيه، دون انتظار حصول القسمة. وفي هذه الحالة لا يحل المتصرف إليه محل المتصرف كشريك في الشئوع، إذ لا يكون له الإسهام مع بقية الشركاء في إدارة المال الشائع، ولا يحق له طلب إجراء القسمة، بل يظل هذا الحق من اختصاص المتصرف.

- أو إنفاذ التصرف: فإذا كان للشركاء الباقيين إبطال التصرف، فإن لهم - ومن باب أولى - إمضاء هذا التصرف بإجازته؛ فيصير بذلك نافذاً منذ وقوعه⁽²⁾، والإجازة في هذه الحالة قد تكون صريحة أو ضمنية، وتكون صريحة بإمضاء بقية الشركاء تصرف شريكهم، وفي هذه الحالة يحق لهم طلب الشفعة في نفس المجلس قبل الإعراض، فإن انفض المجلس دون طلبها فإن ذلك يعد تراخياً يسقط حقهم في طلب الشفعة.

وقد تكون الإجازة من بقية الشركاء ضمنية بأن يطلب بقية الشركاء جميعاً الأخذ بالشفعة، فيكون ذلك بمثابة إجازة منهم لتصرف شريكهم في الجزء المفرز طالما أنهم يطلبون من المشتري ذلك الجزء المبيع بالشفعة، لأن بطلبهم للشفعة ينفذ تصرف شريكهم.

وبناء على ما سبق فإنه يشترط في التصرف المجيز للشفعة، أن يكون العقد

1) تنص المادة (1182) من القانون المدني اليمني، على أنه: (لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف يشاء لشريكه مطلقاً ولغير شريكه بدون إذن الشريك الآخر إذا كان التصرف لا يضر نصيبه، وبإذنه إذا كان التصرف يضر نصيبه، وإذا تصرف الشريك في حصته بدون إذن شريكه مع تحقق الضرر كان لشريكه أن يبطل التصرف، ولا يخل ما تقدم بحق الشريك في أخذ حصة شريكه المتصرف فيها بالشفعة طبقاً لشروطها المنصوص عليها في بابها).

2) يُنظر: د. منير محمد الصلوي، د. منصور قاسم حسين- الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني- الجزء الأول- حق الملكية في ذاته- دار النهضة العربية - القاهرة- منظمة القانون والبيئة- تعز اليمن- ط3-2020- ص192.

نافذًا، بمفهوم المادة (142) من القانون المدني اليمني، فلا يكون قد أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال، إذ لا يترتب عن العقد الموقوف أثره في ثبوت الشفعة للشريك المخالط، إلا من حين نفوذه بحلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه.

أما ما تتطلبه بعض القوانين الأخرى، من اشتراط التسجيل سواء كشرط لانعقاد العقد أو لنفاذه، فإن ذلك لا يتماشى مع موضوع الشفعة، لأن ما يترتب عن الشفعة هو نقل الصفقة من المشتري إلى الشفيع، لحكمة تشريعية أرادها الشارع وهي رفع الضرر عن الشفيع، ولهذا فإن نقلها لا بد أن يتوافق مع ذلك، فتنتقل الصفقة بأقل المؤن والتكاليف، لا سيما وكما سبق أن بينا، فإن الشفيع لا يستفيد من التسجيل الذي يمكن أن يقوم به المشتري، ويلزم بإعادة إجراءاته.

رابعاً: أن يكون التصرف قائماً وقت طلب الشفعة

من شروط استحقاق الشفعة المتعلقة بالتصرف المجيز للشفعة، أن يكون التصرف قائماً وقت طلب الشفعة بالصفات التي ذكرناها سابقاً، فإذا انعقد العقد صحيحاً ونافذاً، ثم انفسخ لأي سبب، سواء أكان راجعاً إلى أحد طرفي العقد، أم إلى الطرفين معاً -كأن يقوم البائع والمشتري بالرجوع عن البيع والشراء- بعد طلب الشفعة، فإنه لا أثر لذلك الفسخ في ثبوت الشفعة؛ لأن الشفيع ليس طرفاً في العقد، والفسخ في هذه الحالة قد قامت به مظنة الحيلة على حرمان الشفيع من حق قانوني، فلا تبطل الشفعة.

ولهذا نصت المادة (1267) من القانون المدني على أنه: (لا تبطل الشفعة بالفسخ لعيب أو لغيره بعد الطلب في وجه المشتري)، فهذه المادة تبين حكم الفسخ إذا وقع قبل الطلب، فتنتفي فيه مظنة التواطؤ، فيزول العقد، ويزول معه ثبوت الشفعة للشفيع، أما إذا كان الفسخ بعد طلب الشفعة، فقد قامت به مظنة تواطؤ البائع مع المشتري، على إسقاط حق الشفيع، ومن ثم لا تبطل الشفعة به⁽¹⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأسبق- مرجع سابق- ص 461.

ولهذا قرر المشرع اليمني في أكثر من موضع من القانون المدني اليمني إبطال كل حيلة قصد بها الإضرار بالشفيع، أو حرمانه من حقه في الشفعة⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه

يشترط في المال المشفوع فيه أن يكون عيناً (أولاً)، وأن لا يكون محقراً (ثانياً)، وأن تطلب الشفعة في المال المشفوع فيه كله (لأن الشفعة لا تُجزأ) (ثالثاً)، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: أن يكون المشفوع فيه عيناً

يشترط في المشفوع فيه أن تكون عيناً سواء كانت عقاراً أم منقولاً⁽²⁾، ولا تصح في المنافع ولا فيما لا يباع من الحقوق.

وقد سبق – عند الحديث عن خصائص الشفعة - بيان أن الشفعة في القانون اليمني ترد على العقار والمنقول، وقد أكدت اللجنة العلمية المكلفة بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية ذلك معللة رأيها بثبوت علة الشفعة في كل ما يتصرف فيه وهي دفع الضرر الذي يصيب الشفيع بسبب التصرف للغير فيما له فيه شفعة.

وعلى هذا الأساس فالشفعة في القانون المدني اليمني لا ترد على المنافع ولا على مالا يباع من الحقوق، وهو ما أكدته المادة رقم (1260/ف 1) من القانون المدني اليمني.

(1) تضمنت بعض كتب الفقه ذكر بعض الحيل التي يستخدمها الناس، لحرمان الشفيع من الشفعة، ولكن المشرع اليمني حسم هذا الأمر فقرر بطلان أي حيلة يقصد بها حرمان الشفيع من الشفعة أو الإضرار به، راجع عجز المادتين: (1266، 1287) من القانون المدني اليمني.

(2) إذا كانت الشركة في المواد المكون منها البناء كأخشاب وأحجار وغيرها؛ فإن الشفعة تثبت فيه لحصول الاشتراك في المواد المكونة له، ولو لم تكن الأرض المقام عليها البناء مملوكة لذات الشركاء ملكية تامة، إذ قد تكون وقفاً أو أنهم يملكون المنفعة لا الرقبة بموجب عقد انتفاع من الدولة، أو يملكون حق القرار فقط.

ثانيًا: أن لا يكون المشفوع فيه محقرًا⁽¹⁾

نصت المادة (1262) مدني يمني على أنه: (لا شفعة في المحقر الذي لا يضر فواته)، فإذا كانت الشفعة قد شرعت في الأساس لدفع الضرر عن الشريك؛ فإن هذه العلة تنتفي في بيع المحقر، الذي لا يضر فواته، وهو ما جرت عادة الناس أنهم لا يعتقدون عليه لحقارته، أو هو ما يتسامح الناس في مثله ولا يكون له وزن. ولا يترتب على التصرف فيه ضرر.

ثالثًا: أن تطلب الشفعة في المال المشفوع فيه كله (عدم تجزئة الشفعة)

يقرر المشرع اليمني بأن الشفعة لا تقبل التجزئة، ولذا فإنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون البعض الآخر، وذلك حتى لا تفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك، خاصة إذا كان الثمن جملة، بصرف النظر عن قيمة كل جزء من الصفقة، كما أنه قد يكون الجزء المشفوع أصله من باقي أجزاء الصفقة؛ ولولاه لما رغب المشتري في شراء الصفقة بكاملها ابتداءً⁽²⁾.

ولهذا ألزم المشرع اليمني الشفيع - في الأصل - طلب الشفعة في العين المشفوعة كلها⁽³⁾، ولكن إذا كانت العين المباعة متعددة، وقام سبب الشفعة بأحد أفرادها؛ فإن هذا الواحد كل مستقل بنفسه، ولا يعد طلبه تبعيًّا أو تجزئة للشفعة، كأن يبيع الشريك دارًا وبستانًا ومركبة، وقام سبب الشفعة في واحدة منها، وكذلك الحال إذا

(1) المحقر عند الزيدية: هو: الذي لا يعقد عليه لحقارته لا للتساهل فيه. وحد المحقر عندهم: ما قيمته دون ربع مثقال عند بيعه أو إجارته، ولا شفعة فيه لاختلال العقد، أما عند بعض الحنفية فحده: دون العشرة الدراهم، والمحقرات عند الشافعية هي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة، كرطل خبز، وحزمة بقل، إذ المعاطاة في المحقرات قائمة مقام الإيجاب والقبول لمن جلس في الأسواق للبيع والشراء. يُنظر: التاج المذهب - ج 2 - ص 305، شرح الازهار - ج 3 - ص 8. (المكتبة الشاملة الزيدية)، الفقه الإسلامي وأدلته - الزحيلي - ج 5 - ص 179.

(2) د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص 249.

(3) ولو طلب الشفيع الشفعة له ولزيد أو له ولشركائه، ولم يوكله زيد ولا شركاؤه بطلت شفيعته، إذ كأنه طلب بعض المبيع.. ينظر: التاج المذهب - ج 3 - ص 27.

تعدد المشترون؛ وطلب الشفيع نصيب أحدهم؛ فإنه لا يعد تبعضاً أو تجزئة للشفعة. وقد نصت المادة (1277) مدني يماني على أن: (الشفعة لا تقبل التجزئة، فيلزم الشفيع طلب الشفعة في العين المشفوعة كلها، إلا إذا تعددت العين المشفوعة وقام سبب الشفعة بواحد من أفرادها أو تعدد المشترون، فيجوز للشفيع طلب الشفعة فيما قام به سببها في الحالة الأولى، وطلب نصيب بعض المشتريين في الحالة الثانية، وإذا اشترى الواحد لجماعة ولم يصف إليهم فلا يُعدّ هذا تعدداً).

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أجدني شغوفًا إلى مواصلة التعمق في موضوع الشفعة، نظرًا لما فيه من مسائل دقيقة تتطلب البحث فيها، وتتبعها، إلا أنني وجدت نفسي مجبرًا على أن أوقف السير هنا، لأقدم للقارئ الكريم ما قد جمعته حتى هذه اللحظة من نفاثات العلم والمعرفة الشرعية والقانونية في هذا الموضوع الذي يحتل أهمية علمية وعملية في آن واحد، لأتركه بين يديه كمعين صافٍ يرتوي منه من كان له طالبًا، فأكون كالحالب وهو كالشارب، لأنطلق مجددًا -إن شاء الله- لمواصلة المشوار في الجمع والتحليل، لما بقي من أحكام ترتبط بموضوعنا الذي التزمنا منذ البداية أن نسير فيه على هدى -إن شاء الله- حتى نهايته، فتكتمل الفائدة، ويعم النفع، بعون من الله. ولا يسعني في هذه الخاتمة إلا أن ألقى الضوء على ما توصلت إليه من استنتاجات من خلال الدراسة والتحليل للأحكام الموضوعية لاستحقاق الشفعة في القانون اليمني، وما رأي كاتب هذه الأسطر - رغم طراوة قلمه وتواضع علمه- من توصيات وآراء، نأمل الأخذ بها من قبل المشرع اليمني.

أولاً: الاستنتاجات:

لقد توصلنا من خلال البحث في موضوع استحقاق الشفعة، إلى مجموعة من الاستنتاجات المهمة، المتمثلة في الآتي:

- أن الشفعة كحق عام تثبت لكل شريك في الملك قبل القسمة، إلا أنها كحق خاص لا تثبت إلا لمن يطلبها منهم.
- أن الشفعة في الفقهاء الحنفي والزيدي، تثبت للشريك والجار، وذلك خلافاً لما هي عليه لدى جمهور الفقهاء، الذين يرون أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك فقط، وعلى خطى جمهور الفقه الإسلامي سار المشرع اليمني، هادياً مهدياً.
- هناك من الفقهاء من ضيق من نطاق الشفعة، فقصرها في العقار، وبعضهم وسع من نطاقها لتشمل - أيضاً- المنقول، والحيوان ونحوه، وبهذا أخذ المشرع اليمني، إذ أثبت الشفعة في العقار والمنقول على حد سواء، فكان ذلك مما يحمد له، نظرًا لما للمنقولات

الشائعة من أهمية تزداد يومًا بعد يوم.

- اختلفت التشريعات الوضعية في تعريف الشفعة، وكان ذلك تبعًا لاختلافها في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، أما المشرع اليمني فقد وصف الشفعة بأنها: حق، متأثرًا بتعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا يعدها حقًا عينيًا ولا حقًا شخصيًا، بالمعنى المعروف عند تقسيم الحقوق، بل إنه حق في تملك عين، وهو هنا نوع من الاعتبار الشرعي، يثبت بشكل عام لكل شريك مخالط توفرت فيه صفة الشفيع، إذا باع شريكه حصة شائعة في العقار المشترك، ولكنه لا يثبت بشكل خاص إلا لمن يطلب الشفعة من الشفعاء، فإذا طلبها طلبًا صحيحًا: نشأ له حق عيني، وهو حق ملكية العين المشفوعة، وهذا تكون الشفعة في القانون المدني اليمني سببًا من أسباب كسب الملكية، وبالأخذ بالشفعة يتحول حق الشفيع في أن يملك العين المبيعة، إلى حقه في ملكيتها.

- أن تشريع الشفعة في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني اليمني النافذ، يكشف عن حقيقة أن تصرف الشريك في ملكيته مقيد بعدم الإضرار بغيره من الشركاء، لأن إعطاء الشريك حرية البيع لمن يشاء فيه إضرار بشريكه.

- أن المشرع وهو يأخذ بنظام الشفعة لم يهدف فقط إلى دفع أضرار الشركة، بل إن للشفعة وظيفة عمرانية تتمثل بالمساهمة في تنظيم الملكية حينما تجتمع الحصص الشائعة المبعثرة بسبب الشفعة في يد واحدة، فيخلص المال الشائع إلى مالك واحد، فيستقل ذلك المالك بممارسة سلطانه على الشيء فيملك عندئذ تنظيمه.

- الأخذ بالشفعة في القانون اليمني لا يعني حلول الشفيع محل المشتري بموجب العقد المبرم بينه وبين البائع، بل يعد الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ، أو عقدًا جديدًا بين المشتري والشفيع، لا يكون البائع طرفًا فيه، ولهذا فإن الطلب يوجه إلى المشتري، وليس إلى البائع.

- للشفعة في القانون اليمني عدة خصائص، فهي تتميز بأنها: سبب استثنائي للتملك، ترد على المنقول والعقار، ولا ترد على المنافع ولا ما لا يباع من الحقوق، وتثبت للشريك المخالط دون الجار، وتقبل الإسقاط، ولا تقبل التجزئة، ولا تثبت في محقر.

- أن سبب الشفعة، هو واحد، وهو الشركة قبل القسمة، فما قيل من أن من أسبابها الاشتراك في الطريق والاشتراك في قرار النهر أو مجاري الماء، هو راجع إلى السبب الذي ذكرناه، لأن الاشتراك في طريق الشيء، أو في سواقيه، هو اشتراك في بعض ذلك الشيء.
- أن المعنى الظاهر بثبوت الشفعة في كل الحقوق المتعلقة بالعين الوارد في المادة (1256) هو معنى عام خصصته المادة (1257) التي عدت صور سبب الشفعة فصرفت المعنى العام الظاهر لنص المادة (1256) إلى معنى آخر، بأن حصرت الحقوق التي تثبت بها الشفعة في: حق الشرب ومجراه، والطريق.
- لا يتحقق حق الشرب ومجراه كسبب للشفعة إلا بتحقق الشرب فعلاً بجريان الماء إلى الأرض المشفوع فيها والمشفوع بها عبر المجرى المملوك ملكية خاصة لأرباب تلك الأراضي، بحيث يكون هناك تلازم بين حق الشرب ومجراه بوصفه سبباً واحداً للشفعة، وضرورة اتصال المجرى بالعين المشفوع بها والمشفوع فيها.
- أن حق الشرب ومجراه يعد سبباً واحداً لا يتجزأ، حيث تستحق الشفعة بحق الشرب ومجراه للمشاركة على الشيوع في الجاري والمجرى، شركة ملك، لا شركة انتفاع فقط، ولا شركة إباحة للكافة، ولا بوصفه قييداً قانونياً أو حق ارتفاق يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر.
- يقتضي تحقق سبب الشفعة في الطريق أن تكون الطريق مملوكة قرارها ملكية تامة على الشيوع، لملك العين المشفوعة والعين المشفوع بها، وأن لا تكون الطريق مسبلة، أو مباحة للكافة، وأن تتصل الطريق بالعين المشفوع بها والمشفوع فيها.
- أن سبب الشفعة هو شرط وجودها، كما أن توفر السبب يضع الشريك في مركز قانوني يؤهله لاستحقاق الشفعة، إلا أن ذلك مرهون - أيضاً - بتحقق شروط أهمها أن يكون الشفيع مالاً للسبب الذي يشفع به، ويجب أن تكون ملكيته له نهائية، وأن تبقى كذلك حتى يملك العين المشفوع فيها رضاءً أو قضاءً، فإذا زالت ملكيته قبل ذلك سقط حقه في الشفعة.
- يشترط لصحة الشفعة أن يكون المال المشفوع فيه عيناً، وألا يكون محقراً، وأن تطلب الشفعة في المال المشفوع فيه كله (لأن الشفعة لا تُجزأ).

- الشيع في الطريق الذي يعد سبباً لاستحقاق الشفعة، يختلف عن الشيع في حق المرور، فمن يملك حق المرور فإنه إنما يملك حق الاستطراق لا الطريق.

ثانياً: الرأي والتوصيات:

من خلال البحث التحليلي للأحكام الموضوعية لاستحقاق الشفعة، فقد توصلنا إلى بعض الآراء، وطرحنا بعض التوصيات، وذلك على النحو الآتي:

- أن المشرع اليمني كان موفقاً عندما قرر عدم منح الجار الحق في الشفعة؛ لأن الظروف والأوضاع الراهنة تستوجب ذلك، فالشفعة للجار لم تعد ملائمة اليوم بعد أن تغيرت ظروف الخطط العمرانية العصرية، وكثرت المباني الكبيرة والناطحات العملاقة التي كان من شأنها انقطاع صلة التعارف والتعامل بين ما يطلق عليهم بالجيران، ومن ثم تخلف الشفعة للجار المالك، وفي ظل حقائق الواقع أصبح الجوار في مثل هذه العقارات جواراً بين مستأجرين وليس بين ملاك.

- أن حق الشرب ومجراه سببٌ واحدٌ للشفعة، وإذا تجزأ السبب صار كأن لم يكن، ولذلك كان من الضروري اتصال المجرى بالعين المشفوع بها والمشفوع فيها، لأن الاشتراك في طريق الشيء، أو في سواقيه، هو اشتراك في بعض ذلك الشيء، وهذا البعض لا بد أن يكون متصلاً بالشيء.

- الشفعة لا تثبت إلا بالبيع، لأن البيع معاوضة بعوض، وكذلك الهبة إذا كانت بعوض، ولا تجوز بأي تصرف آخر، لأن إثبات الشفعة في المقايضة -مثلاً- قد يترتب عنه ضرر أكبر من الضرر الذي يراود رفعه بها.

- لا عبرة بتسجيل عقد البيع المميز للشفعة، لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع طالما نشأ صحيحاً، ولو لم يكن مسجلاً، والقول بغير ذلك ينصدم مع الحكمة من تقرير الشفعة، نظراً لما يتطلبه التسجيل من إجراءات وتكاليف.

- أن ما تتطلبه بعض القوانين الأخرى، من اشتراط التسجيل سواء كشرط لانعقاد العقد المميز للشفعة أو لنفاذه، فإن ذلك لا يتماشى مع موضوع الشفعة، لأن ما يترتب عن الشفعة، هو نقل الصفقة من المشتري إلى الشفيع، لحكمة تشريعية أرادها الشارع وهي رفع الضرر عن الشفيع، ولهذا فإن نقلها لا بد أن يتوافق مع ذلك، فتنتقل

الشفقة بأقل المؤن والتكاليف.

- لا عبء بتسجيل سند ملكية الشفيع للسبب الذي يشفع به، إذ المهم في هذه الحالة أن يكون الشفيع مالكا للسبب الذي يشفع به ملكية معتبرة في نظر الشرع والقانون، ولا تخل بذلك القواعد المتعلقة بنظام التسجيل.

- أن البيئة اليمنية لها خصوصيتها، فمعظم الملكيات لا يتم تسجيلها، ولا زالت ثقافة التسجيل في المجتمع اليمني غائبة، ولا زال هناك تعارض بين القواعد التي تحكم هذه المسألة في القانون المدني، وقانون السجل العقاري، ولهذا نوصي المشرع اليمني بأن يتلافى التعارض الحاصل بين مواد القانون المدني، وقانون السجل العقاري بهذا الخصوص.

- أن ما ورد في الفقرة الخامسة من المادة (1260) مدني يمني لا يعد من مسقطات الشفعة، لأن الحق في الشفعة لم يثبت، فكيف يسقط قبل ثبوته؟، ولهذا نرى أن ذلك يعد من موانع الشفعة، ونوصي المشرع اليمني استبدال لفظ: (فيكون ذلك مانعا من الشفعة)، بدلا عن لفظ: (فيسقط حقه) الوارد نهاية الفقرة. وختاماً، نتمنى أن نلتقي مجدداً في العدد القادم، في موضوع: الأحكام الإجرائية لاستحقاق الشفعة.

والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

أولاً: مراجع الحديث الشريف وعلومه:

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل- محمد ناصر الدين الألباني- المكتب الإسلامي - بيروت- ط2- 1405 - 1985- ج5.
- صحيح البخاري، المسمى: الجامع الصحيح المختصر- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي- دار ابن كثير - اليمامة - بيروت- ط3- 1407 - 1987- ج2.
- صحيح مسلم- أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري- (ت: 261هـ) دار إحياء التراث العربي - بيروت- تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي- ج3.

ثانياً: مراجع الفقه الإسلامي وأصوله:

- إعلام الموقعين عن رب العالمين- لابن قيم الجوزية - دار الجيل - بيروت- 1973- تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد- ج2.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع- محمد الشربيني الخطيب- تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر- بيروت- 1415.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق- لزين الدين ابن نجيم الحنفي (ت: 970هـ)- دار المعرفة- بيروت- ج8- ص143.
- بدائع الضائع - علاء الدين الكاساني (ت: 587هـ)- دار الكتاب العربي- بيروت- 1982- ج5.
- البهجة في شرح التحفة - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي- دار الكتب العلمية - بيروت- ط1- 1418 هـ - 1998م- ج2.
- تاج العروس من جواهر القاموس- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزبيدي- دار الهداية- ج21.
- التاج المذهب لأحكام المذهب - للقاضي أحمد بن قاسم العنسي- تحقيق: طيب

- عوض منصور- مطابع المصطفى الحديثة - صعدة (دون رقم طبعة أو تاريخ نشر)- ج3.
- التعبير شرح التحرير في أصول الفقه- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي (ت:885 هـ)- تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح- مكتبة الرشد- الرياض- 1421 هـ - 2000 م- ج3.
- تيسير الوصول إلى قواعد الأصول ومعاقد الفصول- للإمام عبد المؤمن بن عبد الحقّ البغدادي الحنبلي (ت:739 هـ)- شرح: عبد الله بن صالح الفوزان- دار ابن الجوزي- ط2.
- الدراري المضية شرح الدرر البهية- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت:1250 هـ)- دار الكتب العلمية- د1- 1407 هـ - 1987 م- ج2.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار- للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت: 1250 هـ)- دار ابن حزم- ط1.
- شرح الكوكب المنير- لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح المعروف بابن النجار (ت: 972 هـ)- مكتبة العبيكان- الرياض- ط2- 1418 هـ - 1997 م- ج1.
- الشرح الممتع على زاد المستقنع- محمد بن صالح بن العثيمين (المتوفى: 1421 هـ)- دار ابن الجوزي- الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ - ج10.
- الفقه الإسلامي وأدلته- د. وهبة الزحيلي- دار الفكر - دمشق- ط4- ج6.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبوي المدعو بشيخي زاده- (ت: 1078 هـ)، تحقيق خليل عمران المنصور- دار الكتب العلمية- بيروت- 1419 هـ - 1998 م- ج1.
- المدخل الفقهي العام - مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثامنة.
- مشكاة المصابيح- محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي- المكتب الإسلامي - بيروت

- ط 3 - 1405 - 1985 - تحقيق محمد ناصر الدين الألباني.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - محمد الخطيب الشربيني - دار الفكر - بيروت - ج 2.
- المغني لابن قدامة - دار الفكر - بيروت - ط 1 - 1405 - ج 5.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني (ت: 954هـ) - تحقيق: زكريا عميرات - دار عالم الكتب - بيروت - طبعة خاصة: 1423هـ - 2003م.
- نيل الأوطار للإمام الشوكاني - محمد بن علي بن محمد الشوكاني - إدارة الطباعة المنيرية - ج 5.
- الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني - محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني - المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل - مؤسسة غراس للنشر والتوزيع - الطبعة: الأولى، 1425 هـ / 2004 م.

ثالثاً: المراجع اللغوية:

- لسان العرب - لابن منظور الأفرقي - دار صادر - بيروت - ط 1 - ج 8.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المكتبة العلمية - بيروت - ج 1.
- المعجم الوسيط - من إخراج د. إبراهيم أنيس وآخرون - الطبعة الثانية - ج 1 - الناشر دار إحياء التراث العربي - بيروت (دون سنة نشر).

رابعاً: المراجع القانونية:

- د. جميل الشرقاوي - الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني - الكتاب الأول: حق الملكية - دار النهضة العربية - القاهرة - ط 1 - 1986.
- حامد مصطفى الملكية العقارية في العراق - الجزء الأول - 1964م.

- د. رمضان أبو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية د. رمضان أبو السعود- الوسيط في الحقوق العينية الأصلية- الجزء الأول- بيروت- 1986م.
- د. سهيل الفتلاوي، حق الملكية القانون المدني اليمني- دار الفكر المعاصر- بيروت- ط1- 1193م.
- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح ق. م، حق الملكية- ج (8)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 67م
- د. محمد حسين منصور - الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني- مطبعة التوني - الإسكندرية - (دون رقم طبعة أو تاريخ نشر)
- منصور فؤاد عبد الرحمن مساد- الشفعة كسبب من أسباب التملك- رسالة ماجستير- جامعة النجاح الوطنية- نابلس، فلسطين- 2008م.
- د. منير محمد الصلوي، د. منصور قاسم حسين- الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني- الجزء الأول- حق الملكية في ذاته- دار النهضة العربية - القاهرة- منظمة القانون والبيئة- تعزاليمن- ط3- 2020م.

خامساً: الأبحاث:

- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية- منشور على المكتبة الشاملة نقلاً عن موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء- ج2.
- بحث بعنوان: حكم الشفعة بالمرافق الخاصة- نُشر في (مجلة البحوث الإسلامية) العدد الثالث- لعام 1397هـ- من إعداد اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء- ج18.
- د. علي أحمد السالوس- الشرط الجزائي- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة- تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة- العدد 12.
- د. منير محمد الصلوي- شفعة الأولوية في القانون اليمني - دراسة تحليلية-

المنشور في مجلة القانون- الصادر عن كلية الحقوق بجامعة عدن- العدد الثاني والعشرون - سبتمبر- 2020م.

سادساً: القوانين والتشريعات

- القانون المدني اليمني رقم (14) لعام 2002م.
- القانون المدني المصري.
- قانون الملكية العقارية اللبناني.
- القانون المدني الكويتي.
- قانون المعاملات المدنية العماني.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني الأسبق (قانون المعاملات الشرعية)- الصادرة عن مجلس الشعب التأسيسي، في ج.ع.ي.- الكتاب الرابع.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي- الطبعة الثالثة- 1999م.
- المذكرة الإيضاحية للمرسوم التشريعي بالقانون المدني السوري.

الملخص:

الأحكام الموضوعية لاستحقاق الشفعة، في القانون المدني اليمني

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحابه والصلوات، وبعد، فإن نظام الشفعة من الأنظمة المهمة في المجتمع اليمني؛ نظراً لطبيعة الملكيات، التي يغلب عليها طابع الشيوع، بسبب الميراث، حيث إنه ما يزال الشعور لدى العديد من أفراد المجتمع اليمني، أن قسمة الأموال الشائعة ينصدم أو يتعارض مع الترابط الأسري، واللحمة الاجتماعية للأسرة الواحدة الكبيرة، إلا أن هذا الواقع أفرز العديد من النزاعات المتعلقة بالشفعة، وهذه النزاعات ربما طالت أو عرضت، بسبب ما رافقها من تباين في فهم النصوص المنظمة للشفعة، الأمر الذي دفعنا إلى الكتابة حول بعض تلك الإشكالات، فاخترنا ما يتعلق بمسألة استحقاق الشفعة في القانون اليمني.

والمرشح اليمني قد ضبط مسألة استحقاق الشفعة، من حيث تنظيم جانبيين مهمين، أحدهما موضوعي، والآخر إجرائي، ولهذا كان من الأهمية بمكان وضع هذه المسألة على بساط البحث العلمي، لما لذلك من أهمية علمية وعملية في آن واحد. وقد تطرق هذا البحث إلى الجانب الموضوعي للشفعة، متبعاً المنهج الوصفي التحليلي للنصوص المنظمة لأحكامه في القانون المدني اليمني، وذلك في ثلاثة مباحث: تضمن الأول: بيان مفهوم الشفعة، وتصويرها ولو في الجملة، ليكون الحكم عليها بالأحكام الآتية حكماً على مقصود في الجملة؛ فالحكم على الشيء فرع عن تصوره، وتضمن المبحث الثاني: بيان أسباب ومراتب استحقاق الشفعة، وفي المبحث الثالث: تطرقنا إلى شروط استحقاقها في القانون اليمني، لنخرج بعد ذلك بأهم الاستنتاجات والتوصيات حول موضوع البحث.

والحمد لله رب العالمين.

Abstract :

The objective judgments for merit of pre-emption in Yemeni civil law

The objective judgments for merit of pre-emption in Yemeni civil law

By the noun of Allah the most merciful with praying to prophet Muhammed.

The system of pre-emption is one of the most important systems in Yemeni society according to the nature of private properties which is common usually among people, because of inheritance so many people in Yemeni society still feel that dividing common money go against family bond and social union of the one large family, this fact made too many conflicts related to pre-emption these conflicts could increase or decrease because of differences in understanding legal texts which organize the system of pre-emption, that made us write about some of these differences and We chose what relates to the merit of pre-emption in Yemeni civil law, Yemeni legislator arranged the merit of pre-emption through organizing two important sides one of them is objective and the other is procedural, for that reason it was important to put this issue on the table of scientific research because this issue has scientific and practical importance in the same time, this research discussed the objective side of pre-emption fallowing the analytical descriptive method for legal texts that organize it in Yemeni civil law and that was discussed in three topics, the first topic contained statement for the definition of pre-emption and portraying it even in general to be judged by the fallowing judgments and that will be judgment on what was meant in general above all judgment on thing is part of portraying it, the second topic contained statement for the conditions and grades of pre-emption with its merit, in the third topic we discussed the conditions of its merit in Yemeni civil law to come out with the most important conclusions and recommendations regarding the object discussed in the research.

Thank to almighty Allah