جامعة القاهـرة
كلية الحقوق

أسباب التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني

« دراسة مقارنة »

رسالة للحصول على درجة الدكتواره في الحقوق

مقدمة من

عبدالله محمد علي صالح

المدرس المساعد بكلية الشريعة والقانون – جامعة صنعاء

حدد للمناقشة يوم / / ١٩٩٤

وقد شكلت لجنة لمناقشة الرسالة والحكم عليها من

الاستاذ الدكتور / جميل متولي الشرقاوي

عميد كلية الحقوق والشريعة والقانون بجامعتي القاهرة وصنعاء الأسبق

استاذ القانون المدني – بحقوق القاهرة

مشرفاً ورئيساً

الاستاذ الدكتور / عبدالغفار إبراهيم صالح

عميد كلية الحقوق – جامعة المنوفية

واستاذ الشريعة الإسلامية بالكلية

عضواً

الاستاذ الدكتور / سعيد سليمان جبر

استاذ القانون المدني – جامعة القاهرة

عضواً

١٩٩٤

شكر وتقدير

احمد الله تعالى واشكره على نعمه التي لا تحصى ولا تعد وبعد أن مَنّ علي بانجاز هذه الرسالة ، لا يسعني إلا أن اتقدم بشكري وعظيم تقديري إلى استاذنا العالم الجليل الدكتور/ جميل متولي الشرقاوي الذي شرفني بقبوله الإشراف لإعداد هذه الرسالة ، وعلى ما أحاطني به من رعاية واهتمام وذلل كل صعوبة طوال فترة إعداد الرسالة حتى ظهرت على هذا النحو .

وعليه فأني اسأل الله جل وعلا أن يغمره بالصحة والسعادة وأن يجزيه خير الجزاء .

عبدالله محمد علي صالح

إهـــداء

إلى زوجتي .. التي رافقتني في غربتي .. ومنحتني الكثير
من حياتها .. وعاشت معي كل مشاق الدراسة ..
ومعاناة البعد عن أفراد الأسرة ..
وإلى أولادي .. هالة .. وعمرو ..

بِسْمِ اللَّه الرحْمنَ الرَّحِيمْ

« قَالُـوا سُبحَانَكَ لاَ علمَ لَنَا إلاَّ مَا عَلمْتَنَا
إِنَّـكَ أَنْـتَ الْعَلِـيمُ الْحَكِـيمُ»

(صَدق اللَّه العَظِيم - الأية ٣٢ سورة البقرة)

المقدمة

تتميز الشفعة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية عن غيرها من أسباب كسب الملكية الأخرى التى حددتها القوانين الوضعية ، بأنها حق تملك جبرى بحكم الشرع لما فيها من انتزاع ملك الغير من غير رضاه، ومصدرها الشريعة الاسلامية، لما ورد من احاديث ثابتة بالسنة النبوية الشريفة وإجماع العلماء المسلمين على مشروعيتها وثبوتها، وقد قصد الشارع من إثبات الحق فى الشفعة تحقيق مصلحة الفرد، فالشريعة لها اهدافها من مصالح للمجتمع تبتغى دائما تحقيقها وذلك رفع الضرر عن الأفراد، عملاً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم« لا ضرر ولا ضرار»(١) لذا فإن الحق فى الشفعة لا يثبت للكافة وإنما فى أحوال محددة وإلا لعمت الفوضى فى المجتمع، فالاسلام يحترم ملكية الانسان ويجعل له السلطان الكامل على ملكه وليس لا حد سلبه منه بدون رضاه، يقول الله تعالى « يايها الذين امنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»(٢) فهذه الأية تجعل الرضاء أساس التبادل بين المتعاقدين.

والشفعة كسبب لكسب الملكية خروج عن مقتضى قاعدة التراضي بين المتعاقدين بما تمثله من تملك العين المبيعة رغماً عن كل من المتصرف والمتصرف إليه(٣) لذلك كان من الأهمية استقصاء الحالات التى يثبت فيها

---

(١) سنن ابن ماجه، دار احياء التراث العربى، القاهرة، بدون تاريخ، ج٢ ص ٧٨٤.
(٢) سورة النساء أية (٢٩).
(٣) يقال لمن له حق الشفعة الشفيع وللعقار أو المنقول الذي تعلق به حق الشفعة المشفوع فيه ولمالك الشفيع الذي وجبت به الشفعة المشفوع به ويسمى المشتري
=

الفهـــرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة وتقسيم	١
الباب التمهيدي	٤
تعـريف الشفعة وطبيعتها القانونية وشـروط التملك بها	٤
الفصل الأول	٥
تعريف الشفعة وطبيعتها القانونية	٥
أولاً : تعريف الشفعة لغة	٥
ثانياً : تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي	٦
ثالثاً : تعريف الشفعة في القانون	١١
* طبيعة الشفعة	١٢
أولاً : موقف الفقه الإسلامي من طبيعة الشفعة	١٢
ثانياً : الطبيعة القانونية للشفعة في القوانين الوضعية	١٥
الفصل الثاني	٢٥
شروط التملك بالشفعة	٢٥
أولاً : العقود التي يجوز بمقتضاها الأخذ بالشفعة	٢٥
١- العقود المجيزة للأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي	٢٦

أولاً : عقود المعاوضة المالية ٢٧

* حكم الهبه بشرط العوض ٢٨

ثانياً : عقود المعاوضة غير المالية ٣٠

٢- العقود التي يجوز بمقتضاها الأخذ بالشفعة في القوانين الوضعية ٣٤

* ثبوت الحق في الشفعة بمقتضى عقد البيع ٣٦

* الشفعة عند تعاقب البيوع ٤٧

* البيوع التي لا يجوز الأخذ بها بالشفعة ٤٩

ثانياً : فيما تثبت فيه الشفعة (المشفوع فيه) ٥١

* شروط الاعيان المشفوع فيها : ٥١

١- في الشريعة الإسلامية ٥٢

* اختلاف الفقهاء ٥٢

* المثبتوت للشفعة في العقار ٥٢

* المثبتوت للشفعة في العقار والمنقول ٥٤

* العقار الذي لا يقبل القسمة ٥٦

* عدم تجزئة المال المشفوع فيه ٥٧

٢- شرو المال المشفوع في القوانين الوضعية ٥٩

* عدم قبول الشفعة للتجزئة ٦٣

القسم الأول ٧٠

الشفعاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري
وبعض التشريعات العربية الأخرى ٧٠

الباب الأول ٧١

تحديد الشفعاء في الفقه الإسلامي ٧١

الفصل الأول ٧٢

الخلاف الفقهي حول تحديد الشفعاء ٧٢

المبحث الأول :الشفعاء المتفق عليهم في الفقه الإسلامي ٧٤

* الشريك على الشيوع في الملك ٧٤

* أدلة ثبوت الحق في الشفعة للشريك على الشيوع ٧٥

* الحكمة من ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع ٧٧

* شروط ثبوت الحق في الشفعة للشريك ٧٩

المبحث الثاني : الخلاف الفقهي في شفعة الشريك في حقوق
العقار المبيع والجار الملاصق ٨٧

* نصوص الفقهاء وأدلتهم ٨٨

* المناقشة والترجيح ٩٤

* الخلاصة ١٠٠

الفرع الأول : الشريك على الشيوع في حقوق العقار ١٠٣

*الحكمة من ثبوت الشفعة للشريك في حقوق المبيع ١٠٤

* حالات الشركة في حقوق العقار المبيع ١٠٤

الحالة الأولى : الشركة في حق الشرب الخاص ١٠٤

* تعريف الشرب الخاص ١٠٤

* ضابط الشفعة في الشرب الخاص ١٠٨

الحالة الثانية : الشركة في الطريق الخاص ١١١

* تعريف الطريق الخاص ١١١

* ضابط الشفعة في الطريق الخاص ١١٢

الحالة الثالثة :حكم الشفعة لصاحب المسيل الخاص ١١٥

الفرع الثاني :شفعة الجار الملاصق في الفقه الإسلامي ١١٦

* شروط ثبوت الحق في الشفعة للجار ١١٧

الشرط الأول : شرط التلاصق ١١٧

* انتقاء التلاصق ١٢٠

* حكم التلاصق في حالة تعدد العقارات المبيعة ١٢١

* استعمال الحيل لاسقاط شفعة الجوار ١٢٣

الشرط الثاني:ملكية الجار الملاصق للعقار المشفوع به ١٢٥

* حكم الشفعة بالبناء وبالبناء ١٢٧

* أساس ثبوت الشفعة بين صاحب السفل والعلو (ملكية الطبقات) ١٢٩

المبحث الثالث : موقف الفقه الإسلامي من الشفعة في حق الانتفاع أو به . ١٣٤

الفصل الثاني	١٣٦
تعدد الشفعاء وتزاحمهم في الفقه الإسلامي	١٣٦
المبحث الأول : تزاحم الشفعاء من مراتب مختلفة	١٣٧
* ترتيب الشفعاء	١٣٧
* أساس ترتيب الشفعاء	١٤٢
* طلب الشفعة في حالة تعدد الشفعاء	١٤٣
المبحث الثاني : تزاحم الشفعاء وهم من مرتبة واحدة	١٤٥
* ترتيب الشفعاء في حقوق العقار المبيع	١٤٦
* تقديم الأخص على الأعم	١٤٦
* تشعب حق الشرب أو الطريق الخاصين	١٤٩
المبحث الثالث : حكم ما إذا كان المشتري أحد الشفعاء	١٥٨
الباب الثاني	١٦٣
تحديد الشفعاء في القانون المدني المصري وبعض التشريعات العربية الأخرى	١٦٣
الفصل الأول	١٦٤
الشـــفعاء	١٦٤
المبحث الأول : الشفعاء المتفق عليهم في القوانين الوضعية التي نقارن بينها	١٦٧

* الشريك على الشيوع ١٦٧
* حكم ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع في حق الانتفاع ١٧٢
* حكم الشفعة إذا بيعت حصة مفرزه في المال الشائع ١٧٣
المبحث الثاني : اختلاف القوانين الوضعية في تحديدها لباقي الشفعاء ١٧٨
الفرع الأول : شفعة الجوار ١٧٩
* ما أثارته شفعة الجار من اعتراضات في القانون المدني المصري ١٨٠
* ثبوت الشفعة للجار المالك في القانون المدني المصري ١٨٥
* شروط شفعة الجوار ١٨٦
الشرط الأول : وجود تلاصق بين العقارين المتجاورين ١٨٦
* مقدار التلاصق ١٨٦
* انتفاء التلاصق ١٨٨
* استعمال الحيل لمنع التلاصق وأثره في ثبوت الشفعة بين المتجاورين ١٩٠
الشرط الثاني: ملكية الجار الشفيع للعقار المشفوع به ١٩٢
* حالات الجوار ١٩٤

الحالة الأولى : ثبوت الشفعة للجار في المباني أو الأراضي المعدة للبناء ١٩٤

* شروط ثبوت الشفعة في هذه الحالة ١٩٤

* حكم الشفعة في البناء بالبناء ١٩٦

* الشفعة في ملكية الطبقات والشقق ١٩٩

الحالة الثانية : ثبوت الشفعة في الأراضي التي يقوم بينها علاقات ارتقاق ٢٠٣

* شروط ثبوت الشفعة في هذه الحالة ٢٠٣

الحالة الثالثة : ثبوت الشفعة للجار إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ٢٠٩

* شروط ثبوت الشفعة في هذه الحالة ٢١٠

الفرع الثاني : الشفعة في حق الانتفاع أو به ٢١٤

* شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع ٢١٥

* شفعة صاحب حق الانتفاع في الرقبة ٢١٩

* ما أثارته شفعة حق الانتفاع من اعتراضات ٢١٩

* مدى شفعة صاحب حق الانتفاع ٢٢٠

* شفعة مالك رقبة الأرض المحكرة في حق الحكر وشفعة المستحكر في الرقبة ٢٢٢

الفصل الثاني ٢٢٥

تعدد الشفعاء وتزاحمهم في القانون المصري والتشريعات الأخرى التي نقارن بينها ٢٢٥

المبحث الأول : تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة ٢٢٨

المبحث الثاني : تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ٢٣١

المبحث الثالث : التزاحم بين شفعاء يكون المشتري واحد منهم . ٢٣٨

* تطور المسألة في الفقه القضاء في مصر ٢٤١

القسم الثاني ٢٤٤

الشفعاء في القانون المدني اليمني ٢٤٤

الباب الأول ٢٤٥

تحديد الشفعاء ٢٤٥

الفصل الأول ٢٤٧

الأشخاص الذين يثبت لهم الحق في الشفعة في القانون المدني اليمني ٢٤٧

المبحث الأول : الشريك على الشيوع في أصل العين ٢٤٨

* الحكمة من ثبوت الشفعة للشريك ٢٤٩
* شروط ثبوت الشفعة للشريك في أصل العين ٢٤٩
* هل تجوز الشفعة للشريك في حق الانتفاع ٢٥٤
* حكم الشفعة إذا كان التصرف وارداً على جزء مفرز من المال الشائع ٢٥٧
المبحث الثاني : الشريك على الشيوع في حقوق العين المبيعة ٢٦١
* الحكمة من ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع في حق من حقوق العين المبيعة ٢٦٢
* شروط ثبوت الحق في الشفعة للشريك في حقوق العين المبيعة ٢٦٢
* تحديد الشركاء في حقوق العين المبيعة ٢٧٠
١- الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه ٢٧١
٢- الشريك المخالط على الشيوع في الطريق الخاص ٢٧٣
* تأسيس الأخذ بالشفعة بين ملاك الطبقات ٢٧٥
* الخلاصة ٢٧٩
الفصل الثاني ٢٨٠
موقف القانون اليمني من الشفعة للجار الملاصق والشفعة في حق الانتفاع أو به ٢٨٠
المبحث الأول : موقف القانون المدني اليمني من شفعة الجوار ٢٨١

* لا شفعة للجار الملاصق في القانون اليمني. ٢٨١
* مبررات استبعاد الجوار كسبب للشفعة في القانون اليمني ٢٨٣
المبحث الثاني: موقف القانون اليمني من الشفعة في حق الانتفاع أو به ٢٨٦

الفصل الثالث ٢٨٩
شفعة الأولوية المنصوص عليه في قانون الأحوال الشخصية ٢٨٩
* المقصود بشفعة الأولوية ٢٨٩
* الشفعاء في حق الأولوية ٢٨٩
* الفرق بين شفعة الأولوية والشفعة العادية ٢٩٠

الباب الثاني ٢٩٢
تعدد الشفعاء وتزاحمهم في القانون المدني اليمني ٢٩٢

الفصل الأول ٢٩٣
تزاحم الشفعاء وهم من مراتب مختلفة ٢٩٣
* ترتيب الشفعاء ٢٩٣
* طلب الشفعة عند تعدد أسبابها ٢٩٥

الفصل الثاني	٢٩٧
التزاحم بين الشفعاء وهم من مرتبة واحدة	٢٩٧
* عدم تفريق الصفقة في حالة غياب أحد الشفعاء	٣٠٠
* حكم التزاحم بين الشفعاء إذا تعددت الصفقات المبيعة	٣٠٣
* تحديد صاحب السبب الأخص في حالة الاشتراك في الشرب ومجراه	٣٠٥
* تحديد صاحب السبب الأخص في حالة الاشتراك في الطريق الخاص	٣٠٧
* كلمة ختامية	٣١٠
الفصل الثالث	٣١٢
حكم الأخذ بالشفعة من مشتر شفيع	٣١٢
الخلاصة	٣١٧
الخاتمة	٣١٨
المقترحات	٣٢٣
قائمة المراجع	٣٢٤
فهرس الموضوعات	٣٦٠