

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة و قانون.

الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية

دراسة مقارنة بين الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري

تحت إشراف:

الدكتورة : حبار أمال.

إعداد الطالبة:

لابد أسماء.

لجنة المناقشة:

جامعة وهران -1- أحمد بن بلة	رئيساً	أ د: حزاب ربيعة
جامعة وهران -1- أحمد بن بلة	مشرفاً مقررأ	د: حبار أمال
جامعة وهران -1- أحمد بن بلة	عضوا مناقشأ	د : شوالين محمد سنوسي
جامعة وهران -1- أحمد بن بلة	عضوا مناقشأ	د . طاهري بلخير

السنة الجامعية 1436هـ - 1437هـ : 2015-2016م.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إلى من تعبوا في تربيّتي وتنازلوا لمصلحتي وتحملوا عثرات الحياة من أجل
سعادتي والديّ العزيزان -حفظهما الله-

إلى من قاسمني نفسه وماله واختارني شريكة لحياته زوجي الغالي.

بارك الله له في وبارك لي فيه

إلى طفلي الصغير ياسر جعله الله من الصالحين.

إلى إخوتي وأخواتي وأخص بالذكر أخي الصغير عبد الرحمن وفقه الله إلى
ما يحبه ويرضاه.

إلى كل الأقارب والأصحاب.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا البحث المتواضع.



أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من:

—أستاذتي الدكتورة: أمال حبار على قبولها الإشراف عليّ وعلى صبرها

وتحملها لي طيلة هاته الفترة.

—أستاذتي الدكتورة: ليلي جمعي، صاحبة المشروع على إتاحة هاته

الفرصة التي طالما تمنيتها.

—الأستاذة المناقشين على ما بذلوه من وقت وجهد في مناقشة هذا

البحث.

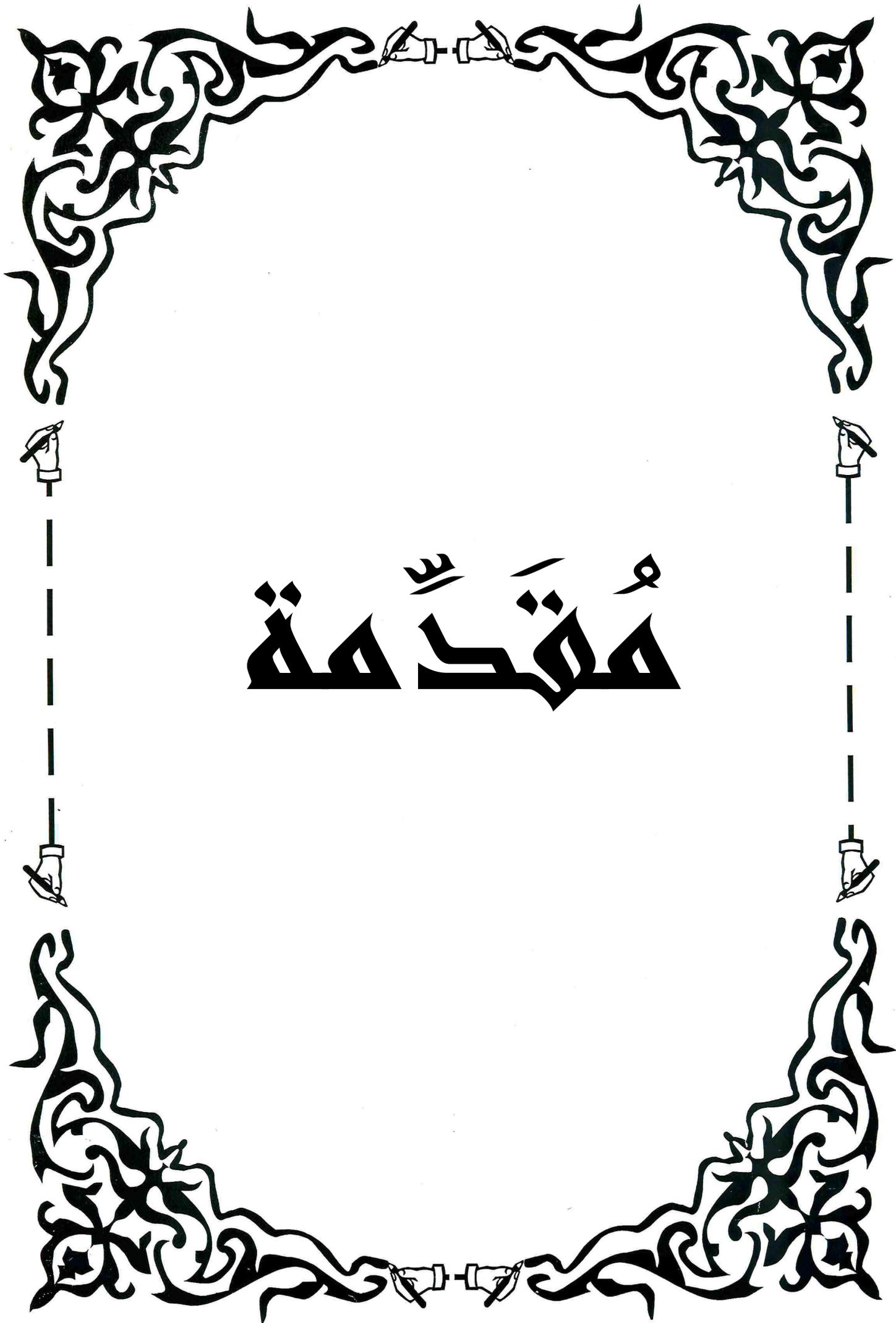
—وشكري موصول إلى كل أساتذتي بكلية العلوم الإنسانية والعلوم

الإسلامية.

—وإلى كل من ساندني ووقف بجانبني ودعمني سواء من بعيد أو من

قريب.

مُقَدِّمَةٌ



إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله أما بعد:

الحرية تقتضي أن يبيع الشخص لمن يشاء ويشتري ممن يشاء دون أن يعترض طريقه شخص آخر، والبيع ناقل للملكية بمعنى أن هذا الاعتراض يؤدي إلى نزع الملكية، والملكية حق محفوظ ومصون شرعا وقانونا أيعقل أن تنتزع بهذا الشكل؟ إن كان كذلك فأين الحماية الممنوحة لهذا الحق؟ الأصل حرية التملك ولكن كل أصل له استثناء، ومن بين أخطر الاستثناءات الواردة على هذا الأصل الشفعة وهي حق امتلاك العقار المبيع جبرا عن مشتريه، بما قام عليه من الثمن والمصاريف وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 794 من القانون المدني بأنها: «رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية» .

وعليه فإن الشفعة تجعل المشتري مرغما على التحلي عن عقار كان قد اشتراه، كما أنها تجعل البائع طرفا في عقد مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداءا.

والشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذي يأخذ بالشفعة ومشفوعا منه، وهو المشتري الذي يحل محله الشفيع، وبائعا لهذا المشتري وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك للشفيع وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي.

وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع الشفعة بالبحث فنجدهم قد خصصوا له باب أو كتاب على حسب التقسيم الذي اعتمده في كتاباتهم، وبدوره أيضا المشرع الجزائري تعرض لموضوع الشفعة فنص على أحكامه في القسم الخامس من الفصل الثاني (طرق اكتساب الملكية)، من الكتاب الثالث الحقوق العينية الأصلية من القانون المدني.

وعليه بما أن الشفعة خلافا الأصل فما هي أحكامها في الفقه المالكي؟ وكيف نظمها المشرع

الجزائري في القانون المدني؟

و يتفرع عن هذا الإشكال عدة إشكالات أهمها:

- هل الشفعة إستثناء من مبدأ الرضائية أما أنها تفيد الرضا؟

- وهل هي حق أم رخصة، وما هي النتائج المترتبة على ذلك؟

- على ما ذا ترد الشفعة على عقار أم منقول أم على كليهما؟

- من هم الشفعاء؟ وهل هناك اتفاق في تحديدهم؟ أم أن هناك خلاف؟

- وما مدى التوافق بين ما جاء في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري من أحكام؟

من أهم ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أهميته البارزة باعتبار أن الشفعة خلاف الأصل، فالأصل أن الشخص يبيع لمن يشاء، ولكن جاءت الشفعة كاستثناء خصه المشرع بأحكام خاصة تستحق أن تكون موضوعا للبحث.

إضافة إلى رغبتني في الوصول إلى مدى التوافق بين ما جاء في الفقه المالكي والقانون المدني

الجزائري من أحكام بخصوص الشفعة.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في كون الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية، وهي تعتبر وقاية

من الوقوع في التعسف في البيع، إضافة إلى كونها وسيلة لتقليل من الشركاء، وذلك بإعطاء الأولوية

لشريك وقد نظمها المشرع وفق أحكام خاصة لا يجوز التوسع فيها لأن الشفعة إستثناء والإستثناء لا

يتوسع فيه.

أما عن أهداف البحث فهي:

أولاً: محاولة وضع دراسة مختصرة لموضوع الشفعة تبرز أهم ما ورد فيها من أحكام في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

ثانياً: إظهار التكيف الفقهي والقانوني للشفعة واختيار أحسن تكيف لها.

ثالثاً: تحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بين ما جاء في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري من أحكام.

و لإنجاز هذه الدراسة اتبعت المنهج الاستقرائي وذلك بتتبع جزئيات الموضوع ومحاولة حصرها وفق الخطة المقترحة إضافة إلى المنهج الاستدلالي وذلك بذكر الرأي مع أدلته، وبما أن هذه الدراسة مقارنة اقتضى الأمر أن أقارن بين ما جاء في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، وذلك بإبراز حكم المسألة أولاً في الفقه المالكي، ثم في القانون المدني الجزائري، ومن ثم أبين ما اتفقا فيه أو ما اختلفا فيه وذلك في نهاية الفرع أو المطلب أو المبحث.

و من خلال بحثي استعنت ببعض الدراسات السابقة التي أنارت لي طريق البحث وهي:

1 -رسالة ماجستير بعنوان: الشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري

للطالب الضيف كيفاجي نوقشت بجامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة سنة 1998-1999م، تطرق

من خلالها إلى تعريف الشفعة وحكمها وتكييفها والنتائج المترتبة على ذلك في فصل تمهيدي، ثم محل

الشفعة، وشروط تملكها في الفصل الأول، والشفيع في الفصل الثاني، وإجراءات الشفعة في الفصل

الثالث، وآثار الشفعة في الفصل الرابع، وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، إلا

أنه ركز على الجانب الفقهي في دراسته حيث ذكر آراء المذاهب الأربعة خاصة إضافة إلى بعض

المذاهب الأخرى كالظاهرية، والإباضية والزيدية.

مقدمة _____ الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري

2 -مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء بعنوان: الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مجلس قضاء المدينة، من إعداد الطالب عيشور علي، سنة 2001-2004، وقد تناول الطالب ماهية الشفعة في الفصل الأول، وإجراءات وآثار الشفعة في الفصل الثاني، وقد ركز بدراسته على الجانب القانوني، كما دعم دراسته بقرارات الصادرة عن المحكمة العليا.

3 -رسالة ماجستير بعنوان: الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية دراسة مقارنة، للطالب منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، سنة 2008، وقد تضمنت رسالته فصل تمهيدي بعنوان ماهية الشفعة، وفصل أول تحقق الشفعة وشروطها، وفصل ثاني إجراءات الشفعة وفصل ثالث سقوط الشفعة وأثارها، وتعتبر هذه الدراسة دراسة قانونية بحثه حيث قارن فيها، بين مجموعة من القوانين العربية كالقانون المصري والأردني إضافة إلى مجلة الأحكام العدلية.

أي عمل قد يتعرض إلى صعوبات تحول دون إنجازه ولعل الصعوبات التي واجهتها لم تكن علمية بقدر ما كانت ظروف خاصة أثرت تأثيرا سلبيا على مسار دراستي، وحالت دون حصولي على المادة العلمية اللازمة -للقيام ببحثي ودون الحصول على الاستشارات التي قد تسهل علي القيام بمهمتي، وذلك أني لم أتردد إلى الجامعة إلا في مرات قليلة جدا.

خطة البحث:

اعتمدت في تقسيم البحث على التقسيم الأكاديمي حيث قسمته إلى مقدمة وفصول وكل فصل إلى مباحث وكل مبحث إلى مطالب وكل مطلب إلى فروع فإن تضمن الفرع عدة أجزاء قسمته عن طريق أولا، ثانيا، وفي الأخير خاتمة.

وجاءت الخطة كما يلي:

مقدمة: عرفت فيها بالموضوع ثم طرحت إشكالية البحث الرئيسة، ومن ثم الإشكالات الفرعية، وبعدها تطرقت إلى أهمية الموضوع وأسباب اختياره والهدف من دراسته، ثم تبيين المنهج المتبع وذكرت الدراسات السابقة، وبعدها صعوبات البحث وفي الأخير الخطة المعتمدة.

الفصل الأول تعرضت فيه إلى ماهية الشفعة، وقد قسمته إلى مبحثين: تضمن المبحث الأول مفهوم الشفعة وطبيعتها وذلك من خلال مطلبين، المطلب الأول مفهوم الشفعة، والمطلب الثاني: في طبيعة الشفعة، أما المبحث الثاني فقد تضمن أيضا مطلبين، المطلب الأول وجود الشفيع، والمطلب الثاني بيع العقار.

أما الفصل الثاني فقد تناولت فيه إجراءات الشفعة وأثارها ومسقطاتها، وذلك من خلال ثلاث مباحث، تضمن المبحث الأول إجراءات الشفعة، بينت في المطلب الأول الشفعة في الفقه المالكي، والمطلب الثاني الشفعة في القانون المدني الجزائري، والمبحث الثاني قد بينت فيه آثار الشفعة، وذلك من خلال مطلبين، المطلب الأول في الفقه المالكي، والمطلب الثاني في القانون المدني الجزائري، كما تعرضت في المبحث الثالث إلى مسقطات الشفعة، وذلك أيضا من خلال مطلبين، الأول في الفقه المالكي، و الثاني في القانون المدني الجزائري.

وفي الأخير خاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها إضافة إلى بعض التوصيات.

الفصل الأول

ماهية الشفعة

تقتضي دراسة أي موضوع التطرق إلى ماهيته فكان لزاماً أن أبدأ بها، وذلك من خلال عرض لتعريف الشفعة ومشروعيتها وتحديد طبيعتها الفقهية و القانونية، وقد ارتئيت أن أبدأ بحثي بما قاله ابن رشد في المقدمات عن أصل تسمية الشفعة بهذا الاسم والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذ اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً⁽¹⁾ من حائط أو منزل آتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشقعه فيه فسمي ذلك شفعة وسمي الآخذ شفيعاً والمأخوذ منه مشفوعاً عليه⁽²⁾.

(1)- الشقص: النصيب في العين المشتركة من كل شيء قليلاً كان أو كثيراً. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً/ سعدي أبو حبيب، دار الفكر، ط2، (1408هـ، 1988م)، بيروت، ص. 199.

(2)- مواهب الجليل شرح مختصر خليل/ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق/ ضبط وخرج آياته وأحاديثه زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج7، ص. 366.

المبحث الأول:

مفهوم الشفعة وطبيعتها

المطلب الأول: مفهوم الشفعة:

الفرع الأول: تعريف الشفعة.

الفرع الثاني: مشروعية الشفعة.

المطلب الثاني: طبيعة الشفعة.

الفرع الأول: الخلاف في تحديد طبيعة الشفعة.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على هذا الخلاف.

المطلب الأول: مفهوم الشفاعة:

سأحاول من خلال هذا المطلب إعطاء تصور عن الشفاعة وذلك بتعريفها لغة، وشرعا وقانونا مع تبين حكمها والحكمة منها فالقاعدة تقتضى بأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

الفرع الأول: تعريف الشفاعة:

أولا: التعريف اللغوي:

للشفاعة معاني متعددة تتناسب في معظمها مع المعنى الاصطلاحي نذكر منها ما يلي:
 فقد جاءت بمعنى الزوج فشفع خلاف الوتر، وهو الزوج تقول كان وترا فشفعة شفعا وشفع
 الوتر من العدد شفعا صيره زوجا وقوله أنشده ابن الأعرابي لسويد بن كراع وإنما هو لجرير
 وما بات قوم ضامين لنا دما فشفينا إلا دماء شوافع
 أي لم نكن نطلب بدم قتيل منا قوما فنستشفى إلا بقتل جماعة وذلك لعزتنا وقوتنا على
 إدراك الثأر، والشفيع من الأعداد ما كان زوجا تقول كان وترا فشفعته بآخر⁽¹⁾.
 وجاءت بمعنى الإعانة، فالشافع المعين يقال فلان يشفع لي بالعداوة أي يعين علي ويضارني
 فقد قال النابغة:

أتاك أمرئ مستعلن شنانه له من عدو مثل ذلك شافع
 أي معين وقال الأحوص:
 كأن من لا مني لأضيرنهما كانوا علينا بلومهم شفعا
 أي أعانوا⁽²⁾.

(1)- لسان العرب/ جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، حققه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، منشورات محمد علي بيضون، لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، مج8، ص. 217.

(2)- كتاب العين مرتبا على حروف المعجم/ تصنيف الخليل بن أحمد الفراهيدي، ترتيب وتحقيق عبد الحميد هندواي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، مج2، ص. 342.

وجاءت أيضا بمعنى الضم والزيادة وصاحب الشفعة بالضم وهي أن تشفع فيها تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده⁽¹⁾.

ومناسبة هذا المعنى الشرعي هو أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه كما أن الشفيع يضم حصة شريكه إلى حصته فيصيران شفعا وقد كانت حصته وترا وهذا فيه معنى الزوج⁽²⁾.
بناء على ما سبق يتضح التناسب بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي الذي سيأتي ذكره.

ثانيا: التعريف الشرعي:

أطلق المالكية عدة إطلاقات على الشفعة، فمنهم من يقول أنها أخذ، ومنهم من يقول أنها استحقاق وسأذكر من خلال هذا الفرع بعض تعريفات المالكية للشفعة :

1- الشفعة أخذ شريك ولو ذميا باع المسلم لذمي: كذمين تحاكموا إلينا أو محبسا ليحبس كسلطان لا محبس عليه أو جار وإن ملك تطرقا، وقد ذكر الخطاب في شرحه لمختصر خليل أن تمام الرسم قوله ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة عقارا بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص، وهو قريب من قول ابن الحاجب.

وهذا التعريف اعترضه ابن عرفة بقوله بأنه رسم الأخذ لا ماهية الشفعة.

2- عرفها ابن عرفة بأنها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه، وقد اعترض عليه الخطاب بقوله انه غير جامع لخروج ما تكون فيه الشفعة بقيمة الشقص⁽³⁾.

(1)-القاموس المحيط/ مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزي أبادي الشيرازي الشافعي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج3، ص. 59.

(2)- بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق وتعليق ودراسة علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب أهل السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، مج05، ص. 196.

(3)- مواهب الجليل شرح مختصر خليل/ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق/ ضبط وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج7، ص ص. 366-367.

3- الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بتمنه أو قيمته بصيغة فلشريك أو وكيله الأخذ جبرا ولو ذميا⁽¹⁾.

وقد اخترت أن أذكر هذا التعريف آخرًا لأنه لم يقع فيه ما انتقد به التعريفان السابقان وعلى هذا فهو تعريف جامع.

ثالثا: التعريف القانوني:

ورد تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني الجزائري والتي عرفتها بما يلي: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»⁽²⁾.

فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري عرف الشفعة على أنها رخصة وليست حق بخلاف ما جاء في بعض التقنيات الأخرى كالقانون الأردني الذي عرفها في المادة 1150 بأنها: «حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما أداه من الثمن»⁽³⁾.

ومن المؤكد أن هناك فرق بين الحق والرخصة فالحق هو مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة فمثلا حرية تملك رخصة أما الملكية فحق⁽⁴⁾.

كما أن الحق ممتاز بالنسبة للآخرين فمن خلاله يستأثر الشخص بمضمون الحق دون غيره، أما الرخصة فلا تفاوت فيها بين مراكز الأشخاص فهي تفترض وجود الأشخاص في مركز واحد من حيث التمتع والاستعمال.

(1)-الشرح الصغير/ أحمد الدردير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية، مؤسسة العصر، منشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج3، ص.254.

(2)- القانون المدني/ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395م، الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم وفقا لأحدث التعديلات، ص. 195.

(3)-الشفعة كسبب من أسباب الملكية/ دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، إعداد منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، إشراف علي السرطاوي، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، (2008م)، ص. 05.

(4)-مصادر الحق في الفقه الإسلامي/ عبد الرزاق السنهوري، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ط2، الجديدة، (1998)، ج1، ص. 265.

وهناك فرق آخر بين الحق والرخصة، فالحق ينشأ ويقوم بناءً على سبب معين بذاته أما الرخصة فسببها الإذن العام من المشرع⁽¹⁾.

وهناك منزلة وسطى بين الحق والرخصة سأتكلم عنها لاحقاً في التكييف القانوني لشفعة.

الفرع الثاني: مشروعية الشفعة

أولاً: حكم الشفعة:

العمل بالشفعة واجب بالنص والإجماع وقد شدّد عن هذا القول الأصم وابن علية فقد أبطلها رداً للإجماع ومنعاً من خبر الواحد متمسكين بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) وهذا خطأ لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالتواتر والإجماع عليه منعقد⁽²⁾.

وقد إرتثيت في هذا المقام أن اسرد بعض الأحاديث الواردة في الشفعة وإن كان هناك خلاف في الاستدلال بها سائير إليه لاحقاً في المبحث المتعلق بالشفيع.

عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم: (قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)⁽³⁾ رواه البخاري.

(1)-الشفعة كسب من أسباب الملكية/ منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، ص ص. 6-7.

(2)-الحاوي الكبير/ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، قدم له محمد بكر إسماعيل عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1414هـ/1994م) ج7، ص. 227.

(3)- رواه البخاري واللفظ له في كتاب الشفعة/ باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، رقم 2257 ص. 538. وفي كتاب الشركة، باب إذا قسم الشركاء الدور أو غيرها فليس لهم رجوع ولا شفعة، رقم 2496، ص 605، =وفي كتاب الحيل، باب في الهبة والشفعة، رقم 6976، ص. 1727. صحيح البخاري/ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، دمشق - بيروت، ط1، (1423هـ/2002).

ورواه مالك في كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة، رقم 1420، الموطأ/ الإمام مالك بن أنس، ويليه فهرس أطراف أحاديث الموطأ على حروف المعجم، ضبط وتوثيق وتخريج، صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط01، (1429-1430هـ/2009م)، ص. 357.

وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم (قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربه أو حائط، لا يجل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ و إن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به) رواه مسلم⁽¹⁾.

وعن عمر بن الشريد قال: (وقفت على سعد بن أبي وقاص ف جاء المسور بن مخزومة ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم" فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك فقال سعد: والله ما أبتاعها فقال المسور: والله لتبتاعنها فقال سعد: والله ما أزيد على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال: أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الجار أحق بسقيه ما أعطيتها بأربعة آلاف، وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه) رواه البخاري⁽²⁾.

وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم : (قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور) رواه عبد الله بن أحمد في المسند⁽³⁾.

أما في القانون الجزائري فقد جرى العمل بالشفعة، حيث نظمها المشرع في القانون المدني ونصوص خاصة أخرى.

وردت في القانون المدني ضمن القسم الخامس من الفصل الثاني (طرق اكتساب الملكية) من الباب الأول (حق الملكية) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية) ضمن المواد التالية من 794 إلى 807.

كما وردت في بعض النصوص الخاصة نذكر منها:

(1) - رواه مسلم في كتاب المساقاة باب الشفعة رقم 1608. صحيح مسلم/ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، (1412هـ/1991م)، ج3، ص. 1229.

(2) - رواه البخاري/ في كتاب الحيل، باب الهبة والشفعة، رقم 6977، ص. 1727. وفي كتاب الشفعة باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، وقال الحكم: إذا أذن له قبل البيع فلا شفعة له وقال الشعبي: من بيعت شفعتة وهو شاهد لا غيرها فلا شفعة له، رقم 2258، ص. 538.

(3) - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار/ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الجيل، بيروت- لبنان، مج 3، ص. 334.

1) القانون رقم 87-19 المؤرخ في 1987/12/08 والمتضمن استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين واجباتهم فهذا القانون يمنح الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية.

2) قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/10/18 وقد نص هذا القانون على استكمال حق الشفعة من خلال المادة 52 والمتعلقة بالمعاملات المنصبة على العقارات الفلاحية، والمادة 71 المتعلقة بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء.

3) الأمر 76/105 المؤرخ في 1976/12/09 والمتعلق بقانون التسجيل، وقد تضمن القسم الرابع من هذا الأمر حق الشفعة حيث نصت المادة 118 منه على أنه تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار والاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف مع دفع مبلغ الثمن ما زاد فيه العشر لذوي الحقوق وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 وخلال أجر ابتداءً من يوم تسجيل العقد أو التصريح ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط إما برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة وهذه المادة تعطي حق ممارسة الشفعة للإدارة المالية في الأملاك العقارية المصرح بها⁽¹⁾.

ثانيا: الحكمة من الشفعة:

من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودهما بالشفعة، وقد اقتضت حكمة الشارع رفع الضرر عن المكلفين ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر إما بالقسمة بحيث ينفرد كل من الشريكين بنصيبه وإما بالشفعة وانفراد

(1) - الشفعة، بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري/ (مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء)، إعداد الطالب عيشور علي، مجلس قضاء المدينة، (2001-2004)، ص ص. 09-11.

أحد الشريكين بالجملة، إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك فكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد⁽¹⁾.

وقد اختلفت آراء العلماء في الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة فمنهم من يقول أنه الضرر اللاحق بالقسمة ومنهم من يقول أنه الضرر اللاحق بالشركة وما يهمننا في هذا ما قاله المالكية في هذا الصدد.

وفي هذا يقول "الباجي في كتابة المنتقى" أنه: "ثبت أن الشفعة إنما تثبت لإزالة الضرر ولا تصح أن تكون لإزالة ضرر القسمة على الإطلاق فإن ضرر الشركة أثبت فيما لا يقسم كالعبد الواحد والثوب الواحد، ولا شفعة فيه، ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة على الإطلاق لأن في القسمة مالا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل والمعدود فلم يبقى ما يمكن أن يشار إليه إلا الضرر اللاحق بنوع من القسمة وهو ما يلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والأرضين فإنه يقسمها غالبا قوم يختصون بعلم ذلك ويتمون لهم مؤونة وأجرة غالبا..."⁽²⁾.

وهناك قول آخر ذكر في حاشية الدسوقي وهو: "قوله: (لأن الضرر الذي شرعت لأجله الشفعة ضرر الشركة) أي أو ضرر المقاسمة بناء على عمومها لما يتقسم وغيره أو خصوصها بالمنقسم"⁽³⁾.

من خلال هذين القولين يتضح أن المالكية يرون أن الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعه هو الضرر اللاحق بالقسمة وليس القسمة بإطلاقها، وإنما بنوع محدد منها وهو ما يتطلب مؤونة أو أجرة غالبا باعتبار أن الضرر اللاحق بالشركة بعم ما ينقسم وما لا ينقسم وهذا الأخير لا شفعة فيه".

(1) - أعلام الموقعين عن رب العالمين/ أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن القيم الجوزية، ضبط وتعليق وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، ط2، (1998م)، ج2 ص. 123.

(2) - المنتقى شرح موطأ إمام مالك/ لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ط1، (1331هـ)، ج6، ص. 200.

(3) - حاشية الدسوقي/ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير وبالهامش تقارير المحقق محمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش، خرج آياته وأحاديثه محمد عبد الله الشاهين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، (1417هـ/1996م)، ج5، ص. 214.

المطلب الثاني: طبيعة الشفعة:

نتعرف من خلال هذا المطلب على الطبيعة الفقهية والقانونية للشفعة وما وقع من خلاف في هذه المسألة في كل من الفقه والقانون مع إبراز أهم النتائج المترتبة على هذا الخلاف.

الفرع الأول: الخلاف في تحديد طبيعة الشفعة:

أولاً: الخلاف الفقهي:

من خلال تعريف الشفعة نجد ان من الفقهاء من عرفها بأنها اخذ ومنهم من عرفها بأنها استحقاق، والأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ يستحقها الشفيع بعد البيع فيثبت بها ما يثبت بالشراء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن الشفعة يتنازعها جانبان، جانب البيع المذكور أعلاه وجانب الاستحقاق لأن الشفيع جعل له التنازع سلطان أخذ المبيع بغير رضا المشتري فهو عقد لازم لا خيار للمشتري فيه بعد تحقق سببه.

وبما أن الشفعة شرعت لرفع الضرر فإنها بهذا لا تكون من الحقوق المقررة وإنما تعتبر من الحقوق المجردة وهي التي لا تترك أثراً بالتنازل عنها بل يبقى محل الحق بعد التنازل كما كان قبل التنازل فالشفيع إذا اسقط حقه في الشفعة كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل⁽²⁾.

وفي هذا يقول الشافعي في حديثه عما تبطل به الشفعة "أن هذا (أي حق الشفعة)، حق معتبر في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب، وقد رد على هذا القول الزيلمي وهو من الحنفية: "ولنا أنه (أي حق الشفعة) مجرد حق وهو حق التملك وأنه مجرد رأي...."⁽³⁾.

(1)- الفقه الإسلامي وأدلته/ وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط2، (1405هـ/1985م)، ج5، ص. 810.

(2)- الشفعة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني/ رسالة ماجستير، الضيف كيفاجي، ص ص. 15-17.

(3)- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق/ عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مج9، ص. 462.

فالحنفية يعتبرون الشفعة مجرد رأي ومشئعة أما الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل فالشفعة عندهم حق يعتبره الشارع⁽¹⁾.

وقد ورد في المعونة الكلام عن خيار الشفعة "بأنه حق مستفاد بالملك"⁽²⁾.

ولعل أفضل الأقوال تعبيراً عن الشفعة ما قاله القراني وهو من المالكية في كتابه الفروق في القرن الحادي والعشرون والمائة بين قاعدة من ملك أي يملك هل يعد مالكا أم لا وبين قاعدة من انعقد له سبب المطالبة بالملك هل يعد مالكا أم لا "إعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضي الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا قولان....

وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة، وتلك الفروع لها مدارك غير ما ذكره، أو بيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين؟

وإذا كان قادرا الآن على أن يتزوج فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها والإنسان مالك أن يملك خادما دابة فيقول أنه الآن أحد مالكا لها فيجب عليه كلفتها ومؤونتها؟ على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه... بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها أن من جرى له سبب يقضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك؟

قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع، ولذلك مسائل.

(المسألة الرابعة) الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشقص المبيع بالشفعة ولم أرى خلافا في أنه غير مالك.

(1)- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ص. 181.

(2)- المعونة/ على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله ملك ابن أنس إمام دار الهجرة، تصنيف أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج2، ص.

(المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق... فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليها الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور، قولان، فهذه القاعدة على ما فيها من قوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك، في تمثيتها عسرا لأجل كثرة النقوض عليها.

أما هذا المفهوم وهو قولنا: من ملك أن يملك مطلقا من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتملك، ولا غير ذلك من القيود، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان أو لعدمها البتة.

أما إذا قلنا: انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب فهذا يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة، أما مجرد ما ذكره فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك، وذلك في غاية البعد عن المناسبة، فلا يمكن جعله قاعدة،...⁽¹⁾.

فمن ملك أن يملك بقباله الرخصة في الاصطلاح القانوني ومن جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك يقابله المنزلة الوسطى فالأول لا يمكن اعتباره مالك على الإطلاق ويبقى الثاني محلا للنظر على ما قاله القرافي في كلامه السابق.

وقد استخلص السنهوري مما قاله القرافي ثلاث أوضاع هي:

1) وضع من ملك أن يملك، كمن ملك أن يملك أربعين شاة... فهؤلاء جميعا لا يملكون، فلا يجب على الأولى الزكاة...

وترجمة ذلك إلى الفقه الغربي أن هؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك، وإنما لهم رخصة التملك، والرخصة ليست بحق.

2) وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك كما في بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع... هؤلاء أيضا على خلاف في الرأي لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي

(1)- الفروق / أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق، لأبي القاسم بن عبد الله بن شاط، وبجاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنوية في الأسرار الفقهية لمحمد علي محمد بن الحسين المكي المالكي، ضبطه وصححه خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (1998م)، ج3، ص ص. 38-41.

المطالبة بالتملك... فالشفيع لا يملك الشقص المبيع إلا إذا أخذنا بالشفعة... وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هذه هي المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك، فهي دون الملك وفوق الرخصة.

(3) وضع من جرى له سبب الملك، كمن اشترى أرضاً أو شفع في دار، فهذا الذي له حق الملك⁽¹⁾. وعلى هذا يمكن القول بأن الشفعة ليست بحق ولا رخصة وإنما هي منزلة وسطى بين الحق والرخصة وهذا ما قال به القرافي.

ثانياً: الخلاف القانوني:

ثار في الفقه القانوني جدل كبير حول طبيعة الشفعة هل هي حق عيني أم حق شخصي؟ وذلك لأجل البحث في بعض الآثار الخاصة بالشفعة والتي تعتمد أساساً على تحديد طبيعتها، كتحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة وتحديد مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع.

فذهب البعض إلى القول بأن الشفعة هي حق عيني، وذهب البعض الآخر إلى القول بأنها حق شخصي، وقد توسط آخرون بين الرأيين السابقين فقالوا بأن الشفعة ليست حق عيني بحت ولا حق شخصي بحت وإنما هي حق ذو صفة مختلطة فهو من جهة منصب على عقار، ومن جهة أخرى لا يمنح للشفيع إلا بناء على اعتبارات شخصية خاصة به⁽²⁾.

وقد نحي آخرون منحي آخر، وقالوا بأن الشفعة ليست أصلاً بحق وإنما هي رخصة وهذا ما ورد في تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني الجزائري وهو نفس التعريف الوارد في القانون المدني المصري.

وهناك منزلة وسطى بين الحق والرخصة هذه المنزلة أعلى من الرخصة وأدنى من الحق، ومن الأمثلة على ذلك حرية التملك، فحق التملك رخصة وحق الملك حق وبينهما منزلة وسطى وهي حق الشخص في أن يملك، وهذه المنزلة الوسطى تكلم عنها الفقيه الجرمانى فون تور و قد سماها

(1)- مصادر الحق/ السنهاوري، ج1، ص. 08.

(2)- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/ مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، رمضان أبو السعود، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (2002)، ص. 153.

بالحق المنشئ وعرفه بأنه: "مكنة تعطي للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته".

وقد مثل لها بعدة أمثلة نذكر منها ما يتلاءم وموضوعنا وهو حق الشفعة في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

وقد ذهب السنهوري إلى القول بأن الشفعة سبب لكسب الحق فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة... والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة⁽²⁾.

وفي هذا يقول السنهوري أن الشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تنهياً أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع الحق في أن يتملك، فإذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة وهذه إرادة منفردة تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيمتلك الشفيع العقار المشفوع فيه ويتحول حقه في أن يتملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري⁽³⁾.

وعلى هذا فإن الشفعة ليست بحق ولا رخصة وإنما هي منزلة وسطى بينهما، وهي سبب من أسباب كسب الملكية على ما قاله السنهوري وهو موافق لما قال به القرافي. ومن وجهة نظري فإن رأي السنهوري يعتبر من أفضل الآراء وبما أن عنوان مذكرتي هو الشفعة كسب من أسباب الملكية فإني بهذا اعتمدت على قول السنهوري وأسير عليه من خلال هاته الدراسة.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على هذا الخلاف:

أولاً: النتائج المترتبة على الخلاف الفقهي:

ولعل أهم ما ينتج عن هذا الخلاف وخاصة فيما يتعلق بكون حق الشفعة إرادة ومشية أو أنه حق معتبر شرعاً هو مسألة الميراث فهل الشفعة مورثة أم لا؟ بمعنى هل ينتقل حق الشفعة إلى

(1)- مصادر الحق/ السنهوري، ج1، ص ص. 09-10.

(2)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص ص. 447-448.

(3)- المرجع نفسه، ج9، ص ص. 450-451.

ورثة الشفيع أم أنه لا ينتقل إليهم؟ وفي هذا خلاف فعند الحنفية ليس للوارث ان يطالب بالشفعة بعد موت الشفيع قبل الحكم له لأن حق الشفعة لا يورث عندهم فهو مجرد إرادة ومشئئة وهما حالان للشخص ينتهيان بوفاته ولا وجود لهما من بعده حتى يخلفه الوارث فيهما وبالتالي فإن الشفعة تنتهي بوفاة الشفيع عندهم.

وقال الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل أن الشفيع إذا طالب بأخذ العين بالشفعة ثم مات ينتقل الحق إلى ورثته فهذا الحق معتبر شرعا والوارث خليفة المورث فيما يملك من حقوق وأموال⁽¹⁾. فالشفعة موروثه عندهم لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار العيب⁽²⁾.

والظاهر مما نقل عن المذهب المالكي والشافعي في كتب غيرهم أن حق الشفعة يورث ولو قبل طلبها إضافة إلى إطلاق عباراتهم⁽³⁾.

فقد جاء في المدونة الكبرى في كتاب الشفعة الأولى ورثة الشفعة: "قلت أرأيت الشفعة، هل تورث في قول مالك؟ قال: نعم"⁽⁴⁾.

فهذا كلام مطلق لم يحدد فيه ما إذا كانت تورث قبل الطلب أو بعده وكذلك ورد في المعونة القول بأن: "خيار الشفعة موروث خلافا لأبي حنيفة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "من ترك مالا أو حقا فلورثته"⁽⁵⁾، وهذا أيضا دليل آخر على إطلاق المالكية لعباراتهم فيما يتعلق بتوريث الشفعة.

(1)-الملكية، نظرية العقد، محمد أبو زهرة، ص. 181.

(2) - تبيين الحقائق/ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شرح كنز الدقائق لأبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي ومعه حاشية الشلي على هذا الشرح، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (1420هـ/2000م)، ج6، ص. 246.

(3)-الفقه الإسلامي وأدلته/ وهبة الزحيلي، ج5، ص. 846.

(4)- المدونة الكبرى/ للإمام مالك بن أنس، رواية سحنون ابن سعيد التنوخي، عن عبد الرحمن بن قاسم وبليها مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (1415-1994م)، ج4، ص. 228.

(5)- المعونة/ القاضي عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، ص. 236.

كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد اختلاف الفقهاء في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثه قياسا على الأموال⁽¹⁾.

وقال أبو حنيفة "الشفعة لا تورث وقد بطلت بموت الشفيع" مستدلا بأنه خيار موضوع لاستخلاف مال، فوجب أن يبطل بالموت قياسا على خيار البذل والقبول ولأن الشفيع يستحق بشفعته رفع الضرر عن ماله، كالزوج، يستحق باللعان رفع الضرر الداخل عليه في نسبه، وقد ثبت أن اللعان يبطل بالموت، ولا يصير موروثا فوجب أن تبطل الشفعة بالموت ولا تصير موروثه⁽²⁾.

ومن خلال ما ذكرته سابقا تتضح حدة الخلاف بين الفقهاء في هاته المسألة، وبما أن دراستي مقتصرة على المذهب المالكي فسأعتمد على ما ذهب إليه هؤلاء وهو القول بتوريث الشفعة دون أن يضعوا على توريثها قيد، فهي تورث عندهم مطلقا.

ثانيا: النتائج المترتبة على الخلاف القانوني:

سأتكلم هنا عن اتصال الشفعة بشخص الشفيع باعتبار أن أساس قيام الشفعة هو تضرر الشفيع من الشريك الجديد وهذا اعتبار شخصي بحث يعطي للشفيع الحق في أن يأخذ بالشفعة أو أن لا يأخذ بها فالشفعة إذا متصلة بشخص الشفيع ويترتب على هذا نتائج:

أولها: لا يجوز لدائي الشفيع استعمال الشفعة نيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة لأن الشفعة رخصة وليست حق وهي متصلة بشخص الشفيع ووفقا لقواعد الدعوى الغير المباشرة لا يجوز للدائنين استعمال ما لمدينهم من رخص كما لا يجوز لهم أن يستعملوا ما كان متصلا بشخص مدينهم خاصة.

ثانيها: لا تنتقل الشفعة بالحوالة من الشفيع إلى الغير فلا يجوز للشفيع عندما تثبت له الشفعة أن يحول حقه في الأخذ بها إلى الغير وذلك لأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز النزول عنها

(1)-بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد، ج2، ص. 263.

(2)-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع/ علاء الدين بكر بن مسعود الكساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان،

1424هـ./ 2003م)، ج5، ص. 120.

مما أتمها تابعة للعقار المشفوع به فلا تنفصل عنه، فإذا بيع هذا العقار أي العقار المشفوع به انتقلت إلى مشتريه بالتبعية⁽¹⁾.

ثالثها: يجوز للشفيع النزول عن حقه في الأخذ بالشفعة قبل ثبوت هذا الحق أو بعده صراحة أو ضمنا.

وقد يكون النزول صراحة بعد ثبوت الشفعة بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يكون شفاهة وعلى من يتمسك به عبئ إثباته وفقا للقواعد المقررة في قواعد الإثبات.

وقد يكون النزول عن الشفعة بعد ثبوتها ضمنيا كأن يصدر من الشفيع أي عمل يفيد نزوله عن حقه كالإنفاق على حقوق إرتفاق أو على قسمة العقار قسمة زراعية إن كان مشتركا أو أن يتصرف المشتري في العقار بالبيع إلى الغير في حضور الشفيع ومع شهادته في البيع...

كما يعد نزول الشفيع عن الشفعة إلى الغير نزولا ضمنيا.

ويصح النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة⁽²⁾.

وقد ينزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة قبل ثبوت الحق فيها والغرض من ذلك هو أن يأمن المشتري جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء.

وقد يكون هذا النزول صريحا إما كتابة أو شفاهة كما يمكن أن يكون ضمنيا وذلك بأن يأتي الشفيع بفعل يستفاد منه حتما هذا النزول كأن يتوسط الشفيع بنفسه بين المشتري ومالك العقار المشفوع فيه أو أن يكون وكيفا عن المشتري في شراء العقار المشفوع فيه أو وكيفا عن البائع في بيع هذا العقار...

رابعها: لا تنتقل الشفعة إلى الورثة إذا مات الشفيع قبل ان يستعمل حقه فيها، فإذا مات بعد استعماله لحقه فيها كأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته فيعتبر حقه فيها قد ثبت وبالتالي ينتقل هذا الحق إلى ورثته، وهذا لا خلاف فيه، وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع

(1) - الوسيط/ السنهوري، ج9، ص ص. 152-153.

(2) - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/ رمضان أبو السعود، ص ص. 164-165.

العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة فهل ينتقل هذا الحق أي حق الأخذ بالشفعة إلى ورثة الشفيع أم لا؟

اختلفت الآراء حول هذه المسألة اختلافا كبيرا، ففريق يرى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة فالشفعة عندهم لا تورث وفريق يرى بأنه يجوز للورثة الأخذ بالشفعة.

وفي هذا يقول السنهوري بأنه ينبغي النظر إلى هذه المسألة من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامي.

فمن ناحية تطبيق القواعد العامة للقانون المدني فإن في هاته الحالة أي الحالة التي يموت فيها الشفيع قبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة فإن الشفيع لم يثبت حقه في العقار المشفوع فيه والشفعة في هاته المرحلة ما هي إلا رخصة أو منزلة وسطى بين الرخصة والحق، وفي كلتا الحالتين فإنها لم تكسب الشفيع حقا كاملا في العقار المشفوع فيه ولا ينقل إلى الورثة إلا الحقوق الكاملة الثابتة لمورثهم والرخصة والمنزلة الوسطى ليست حق ثابت وبالتالي لا تنقل إلى الورثة.

أما من ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامي فالمذهب الفقهي الأقرب إلى المبادئ العامة للقانون هو المذهب الحنفي الذي يعتبر الشفعة إرادة ومشئنة وهذا ما يقابل الرخصة أو المنزلة الوسطى في القانون فهي لا تورث في القانون ولا في المذهب الحنفي⁽¹⁾.

وهذا هو الرأي الذي يأخذ به السنهوري وهو يأخذ بالمذهب الحنفي لأنه يرى بأنه المذهب الذي ينسجم مع مبادئ القانون المدني وهذا باختصار الخلاف الوارد في هاته المسألة مع العلم أن هذا الخلاف موجود في الفقه الإسلامي والفقه القانوني والقضاء.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة ميراث الشفعة وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء منتهجا في هذا منهج نظيره المشرع المصري.

وبما أن المذهب المالكي هو المذهب المعتمد عندنا فالأجدر أن يعمل المشرع الجزائري بما جاء فيه هاته المسألة خاصة أن القول بتوريث الشفعة ليس قولاً شاذاً وإنما هو قول معتبر وله أصوله في الشرع والقانون.

(1)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص ص. 458-469.

المبحث الثاني

شروط الأخذ بالشفعة

المطلب الأول: وجود الشفيع

الفرع الأول: من هم الشفعاء؟

الفرع الثاني: شروط الشفيع

الفرع الثالث: تعدد الشفعاء

المطلب الثاني: بيع العقار

الفرع الأول: المبدأ جواز الأخذ بالشفعة في بيع العقار

الفرع الثاني: البيوع التي لا تجب فيها الشفعة

يتطلب الأخذ بالشفعة توافر شرطان أولهما: وجود الشفيع وثانيهما: بيع العقار، سأحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى هذان الشرطان بالتفصيل، وذلك بتخصيص مطلب لكل شرط سأتكلم في المطلب الأول عن وجود الشفيع وفي المطلب الثاني عن بيع العقار وذلك في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، مع إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف بين كل منهما.

المطلب الأول: وجود الشفيع.

الشفيع هو الشخص الذي يحل محل المشتري في بيع العقار، وقد وقع خلاف حول تحديد من هو الشفيع؟ أهو الشريك أم الجار أم مالك الرقبة أم مالك حق الانتفاع أو أن كل واحد من هو هؤلاء يصلح أن يكون شفيع.

وفي حالة تعدد الشفعاء كيف نقدم أحدهم على الآخر، وما هي الشروط التي ينبغي أن تتوفر فيهم حتى يتمكنوا من الأخذ بالشفعة؟ وإذا كانوا من نفس المرتبة كيف نقسم بينهم سأطرق إلى كل هذه العناصر من خلال ثلاث فروع: الفرع الأول وتعنون به من هم الشفعاء، والفرع الثاني تطرقت فيه إلى شروط الشفيع، والفرع الثالث تناولت فيه تعدد الشفعاء

الفرع الأول: من هم الشفعاء

أولاً: الفقه المالكي:

قال أبو القاسم: "لا يجب الشفعة إلا للشريك المقاسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"⁽¹⁾.

يتضح من خلال هذا القول أن الشفعة للشريك لا غير وقوله: "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"، يقتضي أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم مما يعني أنه لا شفعة للجار وهذا متفق عليه عند المالكية.

(1)-المغني/ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامي على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الحزقي، وبيده الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبي فرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامي المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص. 461.

وقد ورد في تهذيب مسائل المدونة، ولا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة أو غيرها ولا بالشركة في الطريق⁽¹⁾.

أما الخلاف الحاصل في هذه المسألة فهو في الفقه الإسلامي عامة ففريق يرى بأن الشفعة تجب للجار وفريق يرى عدم وجوبها.

- الفريق الأول: الشفعة تجب للجار

وهو قول ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وعندهم الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار وعند أبو حنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشركا كالدرج لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرج الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا تثبت للملاصق من درج آخر خاصة.

وقد استدلو بما روى أبو رافع قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الجار أحق بسقبة"، رواه البخاري⁽²⁾.

وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم (قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) أخرجه أحمد في مسنده.

وقال صلى الله عليه وسلم: (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا) رواه أبو داود وأحمد في المسند وابن ماجه وقال صلى الله عليه وسلم (جار الدار أحق بالدار من غيره) رواه أحمد في المسند وأبو داود والترمذي وصححه⁽³⁾.

- الفريق الثاني: الشفعة لا تجب للجار

وبهذا قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري، ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي وقد

(1)-تهذيب المسائل المدونة/ المسمى تهذيب في اختصار المدونة، خلف بن أبي القاسم محمد الأسدي القيرواني البراذعي، تحقق وتعليق، أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، (2006)، ج2، ص. 289.

(2)-المغني/ بن قدامة، ج5، ص. 461.

(3)-المرجع نفسه، ج5، ص. 461-463، أنظر: كتاب النيل وشفاء العليل/ شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، ط3، (1405هـ/1985م)، ج11، ص. 337.

استدل هؤلاء بقوله صلى الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت للحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه البخاري.

وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها) رواه أبو داود. ولأن الشفعة تثبت في موضوع الوفاق على خلاف الأصل بمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته وبطلب الداخل المقاسمة يدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم.

وقد رد هؤلاء على أدلة الفريق الأول بقولهم بأن حديث أبي رافع ليس صريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسين والصاد فيحتمل أنه أراد به الإحسان إلى جاره وصلته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم و بقية الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث.

قال ابن المنذر الثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم: (حديث جابر الذي رويناہ ، وما عداه من الأحاديث فيها مقال ، فيحتمل أنه أراد بالجار الشريك)⁽¹⁾.

وهناك رأى يتوسط هذين الرأيين "وهو إن كان (أي الجار) شريكا في حقوق الملك تثبت له الشفعة وإلا فلا وهو قول ابن تيمية فقد قال أن النبي صلى الله عليه وسلم "إذا أثبت الشفعة فيما يقبل القسمة فما لا يقبل القسمة أولى بثبوت الشفعة فيه لأن الضرر بها يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة وما لا يقبل القسمة يكون ضرر المشاركة فيه أشد"⁽²⁾.

(1)-تبيين الحقائق/ الزيلعي، ج6، ص. 350.

(2)-مجموع الفتاوى/ لشيخ الإسلام، تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الخرائي، تحقيق: مصطفى عبد القدر عطا، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (1421هـ/2000م)، مج17، ج30، ص. 160.

وقد اختاره تلميذه ابن القيم، وهو رواية عن أحمد وقول عمر بن عبد العزيز والقاضيين سوار بن عبد الله وعبد الله ابن الحسن العنبري وأهل البصرة وقد ذكر ابن القيم الأدلة التي تؤيد هذا الرأي وهي:

حديث جابر الذي أنكره بعض أهل العلم على عبد الملك صريح فيه فقد أثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ونفاها مع اختلاف الطريق فمفهوم حديث عبد الملك يعينه منطوق حديث أبي سلمة والذي دل عليه حديث عبد الملك بمنطوقه هو ما دلت عليه سائر أحاديث جابر بمفهومها وحديث أبي رافع الذي رواه البخاري يدل على مثل ما دل عليه حديث عبد الملك فإنه دل على الآخذ بالجوار في حالة الشركة في الطريق.

والمعنى الذي وجبت لأجله شفعة شركة الملك موجود في الشركة في حقوقه وعليه يحمل الاختلاف عن عمر رضي الله عنه، فقد روى عنه روايتان الأولى قوله لا شفعة وهذا إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق والثانية قوله بالشفعة وهذا إذا لم تصرف الطرق.

وبالتأمل في الأحاديث التي تثبت الشفعة بالجوار يتضح بطلان حملها على الشريك.

أما عن حديث جابر وأبي هريرة: "فإذا وقعت الحدود فلا شفعة"، فأصحاب هذا القول يثبتون الشفعة بالاشتراك في الطريق وهذا خلاف للحديث والجواب من وجهين:

الأول أن من الرواة من اختصر أحد اللفظين ومنهم من ذكرهما، وإسقاط أحد اللفظين لا يبطل حكم اللفظ الآخر.

والثاني أن تصريف الطريق داخل في وقوع الحدود فإذا كانت الطريق مشتركة فهذا يعني أن الحدود لم تقع كلها، وبهذا يعتبر هذا المذهب أعدل المذاهب وأجمعها للأدلة⁽¹⁾.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 795 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- ممالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

(1) - أعلام الموقعين/ بن القيم الجوزية، ج2، ص ص. 132-133.

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها».

وفي هذا يقول السنهوري بأن المشرع أثبت صفة الشفيع بناء على اعتبارات ثلاث:

(1) جمع شتات الملكية وذلك بإثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة حتى يضم حق الانتفاع للرقبة ولصاحب حق الانتفاع حتى يضم الرقبة إلى حق الانتفاع.

(2) إبعاد الأجنبي عن اقتحام الملكية الشائعة والتقليل من عدد الشركاء قدر الإمكان وبهذا تثبت صفة الشفيع لشريك في الشيوع بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

(3) منع مضايقات الجوار وبهذا تثبت صفة الشفيع للجار المالك⁽¹⁾.

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري اعتد باعتبارين الأول والثاني، أما الثالث فليس له وجود في القانون المدني الجزائري إذ أن المشرع الجزائري لا يثبت صفة الشفيع للجار المالك في أي حال من الأحوال.

وبهذا فإن صفة الشفيع في القانون المدني الجزائري تثبت لثلاث أشخاص سأتطرق إليهم وفقا لترتيب الذي جاءت به هذه المادة.

1) شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع:

تثبت الشفعة للمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

وهنا تؤدي الشفعة إلى كسب حق الانتفاع وتحقق بذلك الملكية التامة للشفيع، وبهذا تتجمع عناصر الملكية بيد المالك وتثبت الشفعة في كل حق الانتفاع أو بعضه بمعنى أن مالك الرقبة له أن يطلب الشفعة إذا كانت الشفعة لعدة شركاء وباع أحدهم حصته الشائعة ولو كان المشتري أحد الشركاء⁽²⁾.

2) شفعة الشريك في الشيوع:

تثبت الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار إلى أجنبي وذلك بشروط:

(1)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص ص. 542-543.

(2)- الحقوق العينية الأصلية/ محمد حسين منصور، الدار الجامعية، ص. 206.

- يجب أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع في العقار المبيع ذاته أما الشريك في الجدار الفاصل بين ملكه والعقار المبيع فلا يعد شريك وأيضا بالنسبة للشريك في حجر أو قناة أو طريق مشترك بين عقارين.

- يجب أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع وقت البيع فإذا تمت القسمة وباع أحد المتقاسمين نصيبه فلا يحق للمتقاسم الآخر أن يشفع في هذا النصيب باعتباره شريك لأنه بمجرد وقوع القسمة يزول عنه وصف الشريك.

- يجب أن يكون البيع لأجنبي فإذا كان المشتري أحد الشركاء فلا يجوز لباقي الشركاء طلب الشفعة.
- يجب أن يكون البيع لحصة شائعة: وهذا لا خلاف فيه ويقع الخلاف في ما إذا باع أحد الشركاء نصيبه مفرزا وذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا التصرف صحيح كالتصرف في حصة شائعة تعادل قدر المتصرف فيه وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا الرأي.

وذهب فريق آخر إلى القول بعدم جواز الشفعة إذا باع أحد الشركاء نصيبه مفرزا قبل القسمة باعتبار أن هذا البيع يعتبر غير نافذ في حق الشركاء ولا يعتبر البائع شريكا مع شركاء البائع، ولذلك تنتفي الحكمة من الشفعة في هذه الحالة⁽¹⁾.

3) شفعة المنتفع في ملكية الرقية:

ثبتت الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقية كلها أو بعضها وإذا كان حق الانتفاع لعدة أشخاص وبيعت الرقية كلها كان لهم مجتمعين أن يشفعوا في المبيع، كل بقدر نصيبه، وإذا طلب الشفعة أحد هؤلاء لم يكن له الأخذ بالشفعة إلا بقدر نصيبه وهذا إذا كانت الصفقة قابلة للتجزئة أما إذا كانت غير قابلة للتجزئة فلا يجوز للمنتفع الأخذ بالشفعة لا الجزء من الرقية حتى لا تتجزأ الصفقة ولا كل الرقية لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها⁽²⁾.

(1)- الشفة علما وعملا/ نبيل إبراهيم سعد، ص ص. 15-18، أنظر: موجز الحقوق العينية الأصلية/ محمد حسين قاسم، ص ص. 264-265.

(2)- الحقوق العينية الأصلية/ عبد المنعم فرج الصدة، ص ص. 357-388.

وبعد التعرف على الشفيع في كل من الفقه المالكي، والقانون المدني الجزائري نلاحظ أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه المالكي في إثبات صفة الشفيع للشريك ويخالفه في إثباتها لمالك الرقية ومالك حق الانتفاع ولعل ما ذهب إليه المالكية هو الأصح باعتبار أن الشفعة إستثناء والإستثناء لا يجوز التوسع فيه، وبهذا ضيقوا من إعمال بالشفعة باختصارها على الشريك.

الفرع الثاني: شروط الشفيع

بعد التعرف على الشفيع ينبغي التعرف على الشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى يتمكن من الأخذ بالشفعة.

أولاً: في الفقه المالكي:

1) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت العقد وأن يستمر ذلك إلى أن يتملك العقار المشفوع فيه.

فإذا بيع العقار المشفوع به قبل ثبوت حقه في الشفعة سقط حقه فيها لعدم استمرارية ملكيته إلى حين التملك بالشفعة كما لا يمكن لمن اشترى هذا العقار الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له وقت البيع.

وعليه لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقار الموقوف، لا لناظره ولا لمستحقيه لأنهم ليسوا مالكين له⁽¹⁾.

وقد جاء في حاشية الدسوقي بأن: "ناظر الوقف لا شفعة له لأنه لا ملك له إلا أن يجعل له الواقف الأخذ ليحبس"⁽²⁾.

2) أن يكون غير راض بالعقد:

بمعنى ألا يثبت رضا الشفيع بالعقد الذي تم بين المالك والمشتري، فإن ثبت هذا الرضا عند حصول العقد لم يكن له المطالبة بالشفعة لأن مطالبته تعتبر نقضا لما تم من جهته.

(1) - أحكام المعاملات الشرعية/ علي الحفيف، دار الفكر العربي، ط1، (1417هـ/1996)، ص. 141.

(2) - حاشية الدسوقي/ الدسوقي، ج5، ص. 211.

ولتمام الرضا بشرط أن يكون عالما بالثمن والمشتري فإن افترض ثمن معين أو مشتري ما، وثبت أن ما اقترضه غير صحيح لا يعتبر راضيا لأن الرضا قام على فرض والواقع غيره. وقد يكون التعبير عن الرضا صريح، وقد يكون بالدلالة فالصريح ما كان بعبارة مفيدة لرضاه بالمشتري والدلالة ما كان بتصرف يدل على رضا الشفيع بالمشتري كأن يكون هو وكيل البائع في البيع⁽¹⁾.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري:

1) أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة.

فإذا كان الشفيع برقبة أو حق انتفاع وجب أن يكون مالكا لهذه الرقبة أو صاحب لحق الانتفاع، وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع وجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع على أن يكون هذا البيع تاما ومسجلا وسابقا لبيع العقار المشفوع فيه على أن تستمر ملكيته لهذا العقار إلى حين ثبوت حقه في الشفعة.

2) أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة:

بما أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة وجب أن تتوفر في الشفيع أهلية التصرف إذ لا تكفي أهلية الإدارة بمعنى يجب أن يكون كامل الأهلية أي بالغ سن الرشد وغير محجور عليه.

وإذا كان له وكيل جاز له الأخذ بالشفعة على أن تكون وكالته خاصة لأن الوكالة العامة مقصورة على أعمال الإدارة فحسب وإذا كان قاصرا جاز لوليّه أخذ الشفعة نيابة عنه.

(1) - الملكية ونظرية العقد/ محمد أبو زهرة، ص. 182.

3) أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه:

كالنائب عن غيره فهذا الأخير لا يجوز له أن يشفع في العقارات المكلف ببيعها كما لا يجوز الأخذ بالشفعة على المحضورين من شراء الأموال والحقوق المتنازع عليهما كالقضاة والمحامين والمحضرين⁽¹⁾.

كما أنه لا يجوز للوقف الأخذ بالشفعة وقف ما نصت عليه المادة 02/939 من القانون المدني المصري⁽²⁾: "لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة"، وعليه لا يجوز للوقف باعتباره شخصا اعتباريا أن يأخذ بالشفعة في العقار ولو توافر به سبب من أسباب الشفعة⁽³⁾.

ومن الملاحظ أن الفقرة الأولى من هذه المادة مطابقة المادة (798) من القانون المدني الجزائري إلا أن المشرع الجزائري حذف الفقرة الثانية منها والمتعلقة بالوقف.

وفي الأخير يمكن القول أن شروط الشفيع في الفقه المالكي على العموم تعتبر موافقة للشروط الشفيع في القانون المدني الجزائري.

ف نجدهم يتفقون تماما في الشرط الأول وهو أن يكون الشفيع مالكا العقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة، أما عن كون الشفيع لا يكون راضيا بالعقد فإنني لم أذكره كشرط في القانون المدني الجزائري إلا أن هذا الشرط له وجود فيه وذلك يتضح من خلال إعلان الرغبة الذي سأطرق إليه لاحقا في الفصل الثاني، فإذا ما أُنذر الشفيع بالبيع ولم يعلن رغبته فمعنى هذا أنه رضي بالعقد.

كذلك فيما يخص الأهلية فكما اشترطها المشرع الجزائري اشترطها الفقه المالكي، وهذا ما يستفاد من طلب الشفعة للقاصر فإذا كان القاصر لا يقوم بشفعته وإنما يقوم بها وليه أو غيره باعتباره ناقص الأهلية، فالمفهوم المخالف هو قيام كامل الأهلية بشفعته بنفسه.

(1)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص. 580.

(2)- كذلك نصت المادة 1159 من القانون المدني الأردني: «على أنه لا شفعة في الوقف ولا له»، شرح القانون المدني والحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية والحقوق المنشقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، محمد وحيد الدين سوار، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار الثالث، (1999)، ص. 173.

(3)- موجز الحقوق العينية الأصلية/ محمد حسين قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، (2005)، ج1، ص. 278.

وفيما يتعلق بمنع أشخاص معينين من شراء العقار المشفوع فيه، فإننا نجد أن العقد المالكى منع ناظر الوقف من ذلك في حين أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا في القانون المدني، وعليه يمكن الأخذ في هذه المسألة بما جاء في الفقه المالكى باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول للقانون.

الفرع الثالث: تعدد الشفعاء

أولاً: في الفقه المالكى:

سأتكلم عن تعدد الشفعاء من خلال ثلاث عناصر أولها مراتب الشفعاء ثم كيف تقسم الشفعة بينهم ثم الحالة التي يغيب فيها أحد الشركاء.

1) مراتب الشفعاء

مراتب الشفعاء أربع على الراجح وهي المشارك في السهم ثم صاحب الفرض ثم العاصب ثم أجنبي، وقيل خمس المشارك في السهم فالفرض فالعاصب فالموصى له فأجنبي⁽¹⁾. وهناك رأي آخر وهو أن مراتب الشفعاء ثلاث وهي أهل السهم ثم أهل الميراث ثم باقي الشركاء وهذا قول مالك في الموازية والمجموعة، ولم يختلف فيه أصحابه المغيرة وغيره إلا ابن دينار وإذا كان مع أهل السهام عصبه وباع أحد العصبه فالشفعة لأهل السهام والعصبه على قول ابن القاسم وقد قال به مالك وأصحابه إلا أشهب فإنه قال الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهام، وهذا يعني أن الشفعاء من المرتبة الأعلى يدخلون مع من أدنى منهم مرتبة في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

(1) - الشرح الصغير/ الدردير، ج3، ص. 264. أنظر أيضاً: جواهر الإكليل/ شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، صالح عبد الشفيق الآبي الأزهرى، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، مج 2، ص ص. 243-244.

(2) -المنتقى/ الباجي، ج6، ص. 211.

2) كيف تقسم الشفعة بين الشفعاء:

"قال مالك إنما الشفعة على قدر الأنصباء وليس على عدد الرجال وقال ابن القاسم وأخبرني الداروردي عن سفيان الثوري عن علي بن أبي طالب أنه قال: "الشفعة على قدر الأنصباء"⁽¹⁾.
 وورد في تهذيب مسائل المدونة بقوله: "إذا وجبت الشفعة للشركاء فقسمت بينهم على قدر أنصبتهم لا على عددهم".

وقد قال أشهب في كون الشفعة تقسم على قدر أنصباء لا على عدد الرؤوس "لأن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا لعددهم فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة"، وعلى هذا فإن المتفق عليه في هذا المذهب المالكي هو تقسيم الشفعة على قدر الأنصباء⁽²⁾.

وقد ذكر الضيف كيفاجي في رسالته أن المالكية بنو نظريتهم في ترتيب الشفعاء على قواعد الميراث، وذلك بقولهم أن المشتركين في السهم الواحد إذا باع أحدهم نصيبه فإن شريكه في السهم أولى به من بقية الشركاء، ولكن بالنظر إلى موضوع الشفعة نجد أن الشارع قد راع اعتبار بالشركة لا سببها فكلما وجد شركاء وأراد أحدهم بيع نصيبه ثبت للآخرين حق الشفعة بغض النظر عن سبب هذه الشركة، إضافة إلى أن الشفعة شرعت لدفع ضررًا للشريك وهو حق ثابت لكن الشركاء وتخصيص أهل السهم دون غيرهم ليس له دليل وهكذا فإن ما ذهب إليه المالكية ليس له أصل يعتد به لأن أساس قيام الشفعة هو الشركة لا سببها⁽³⁾.

3) غيبة أحد الشركاء:

عند تعدد الشفعاء قد يحدث أن يكون أحدهم غائبًا وقد أثبت أكثر أهل العلم الشفعة للغائب وروي هذا عن شريح والحسن وعطاء ربه وبه قال مالك والليث والثوري والأوزاعي والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لأن الشفعة حق مالي وجد بسببه عند الغائب ويثبت له

(1)- المدونة الكبرى/ سحنون، ج4، ص. 215.

(2)- تهذيب مسائل المدونة/ خلف بن أبي القاسم محمد الأسدي القيرواني البراذعي، مج2، ص. 289.

(3)- الشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الضيف كيفاجي، ص 172

كالإرث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع تثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر الذي كتم عنه البيع، والغائب غيبة قريبة.

وإن لم يعلم بالبيع إلا حين قدومه فله المطالبة بالشفعة إن طالت غيبته لأنه خيار ثابت لإزالة الضرر عن المال، وبالتالي تراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب⁽¹⁾.

وإذا تم البيع وكان أحد الشركاء غائبا قسم العقار بين الحضور وإذا جاء الغائب وطالب بالشفعة وكان مع الحاضر في مرتبة واحدة قاسم الحاضر فيها أخذ على قدر نصيبه وإن حضر بعد هذا غائب آخر كان الأمر بمعنى تنقض القسمة الأولى ويقسم العقار بين الشركاء مرة أخرى⁽²⁾.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 796 من القانون المدني الجزائري: «على أنه إذ تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
 - وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكنه يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى».
- يتضح من خلال هذه المادة أن تعدد الشفعاء يأخذ ثلاث حالات وهي:
- تعدد الشفعاء من طبقة واحدة، تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة، تعدد الشفعاء يكون المشتري واحد منهم.

1) تعدد الشفعاء من طبقة واحدة:

إذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة يكون استحقاق كل واحد منهم للشفعة بقدر نصيبه. وعلى هذا فإن الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقة واحدة يتساوون في المرتبة فلا يحجب واحد منهم الآخر ويقسم العقار المشفوع فيه بينهم بنسبة أنصبتهم، وإذا انفرد كل شفيع بطلب الشفعة

(1)-المغني/ ابن قدامة، ج5، ص. 485.

(2)-الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته/ دراسة مقارنة، محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، (1417هـ/1996م)، ص. 214.

لنفسه لزمه أن يطلبها في العين المبيعة كلها ولا يقتصر على نصيبه فحسب لأنه قد يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون البعض الآخر وقد لا يطلبها أحد غيره، وقد يسقط حق أحدهم فيها لسبب ما، فيؤدي ذلك إلى تفريق الصفقة على المشتري وهذا غير جائز⁽¹⁾.

2) تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة:

إذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقات مختلفة قدم بعضهم على الآخر وفق للترتيب الوارد (795) ق.م.ج والتي جعلت الشفعاء في ثلاث طبقات، مالك الرقية ثم الشريك في الشيوخ ثم صاحب حق الانتفاع.

وعليه إذا كان حق الانتفاع شائعا وباع أحد الشركاء حصته لأجنبي فإن الأخذ بالشفاعة مقصود على مالك الرقية والشريك ويفضل مالك الرقية لأنه من الطبقة الأولى وهكذا...⁽²⁾

3) تعدد الشفعاء ويكون المشتري واحد منهم:

في هذه الحالة يكون المشتري نفسه شفيعا بمعنى أنه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فإذا زاحمه أحد الشفعاء أو بعضهم فإن هذا التراجم لا يخلو من ثلاث فروض:
الفرض الأول: وأن يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقة أدنى وهنا يقدم المشتري على غيره من الشفعاء.

الفرض الثاني: أن يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقة أعلى فيقدم باقي الشفعاء على المشتري لكونه أدنى منهم مرتبة.

الفرض الثالث: أن يزاحم المشتري شفعاء آخرون من نفس المرتبة وفي هذه الحالة يقدم المشتري على غيره من الشفعاء⁽³⁾.

وفي نهاية هذا الفرع يمكن القول أن المشرع الجزائري اتفق مع الفقه المالكي في أن الشفعة تقسم على قدر الأنصباء لا على عدد الرؤوس.

(1)-الحقوق العينية الأصلية/ محمد حسين منصور، ص. 214، أنظر أيضا: حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، حسن محمد أحمد بودي، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية (2004م)، ص. 193.

(2)- الشفعة علما وعملا/ نبيل إبراهيم سعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 41.

(3)-الحقوق العينية الأصلية/ محمد حسين منصور، ص. 215.

واختلف معه في ترتيب الشفعاء وهذا الخلاف ناتج عن اختلافهم في تحديد من هم الشفعاء، فالشفيع في الفقه المالكي هو الشريك فقط ومع ذلك فاضلو بين الشركاء فجعلوا أولاً أهل السهم ثم أهل الميراث ثم باقي الشركاء وانفقوا في القول بأن الشفعاء من المرتبة الأعلى يدخلون مع الشفعاء من المرتبة الأدنى في الأخذ بالشفعة.

أما عن غيبة أحد الشفعاء فإن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة في القانون المدني.

المطلب الثاني: بيع العقار

حتى يتم الأخذ بالشفعة لا بد من أن يتم بيع العقار فهل كل بيع للعقار يجيز الأخذ بالشفعة أم أنه هناك بيوع لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة سأتكلم عن المبدأ العام والذي يجيز الأخذ بالشفعة في بيع العقار ثم أتكلم عن الاستثناء وذلك بذكر البيوع التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة رغم أنه يتم فيها بيع العقار وذلك طبعا في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: المبدأ جواز الأخذ بالشفعة في بيع العقار

كلما تم بيع لعقار انفتح باب الشفعة متى توافرت شروط الأخذ بها فالأصل يقضي بجواز بالشفعة في هذا البيع، ويتعلق بهذه للجزئية عدة مسائل سأطرق إليها في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

أولاً: في الفقه المالكي.

1) لا تجوز الشفعة في المنقول:

فمن خلال ما ذهب إليه المالكية يتضح أن الشفعة في ثلاث أنواع أولها مقصود وهو العقار من الدور، والحوانيت والبساتين وثانيها ما تعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل كالبر، ومحال النخل، وثالثها ما تعلق بهذه كالثمار، ولا تجوز الشفعة فيها عدا هذا من العروض والحيوان⁽¹⁾.

وقد ورد في المدونة في باب مالا تقع فيه الشفعة قول مالك: "لا شفعة إلا في الدور والأرضين والنخل والشجر، قلت والشجر قال: قال الشجر بمنزلة النخل، قال: وقد جعل مالك في الثمر الشفعة قلت: ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن وبز ولا طعام ولا في شيء من

(1) - بداية المجتهد/ ابن رشد، مج5، ص. 206.

العروض ولا سارية ولا حجر و لا في شيء من الأشياء سوى ما ذكرت لي كان مما يقسم أو لا يقسم في قول مالك؟ قال: نعم. لا شفعة في ذلك ولا شفعة إلا فيما ذكرت لك" (1).

أما الثمار فقد ورد فيها عن مالك خلاف فروى عنه ابن القاسم وأشهب ثبوت الشفعة فيها وقد قال أشهب في المجموعة وذلك ما لم يزايل الأصل وروى ابن المواز عن ابن الماجشون لا شفعة في الثمار وحكاها القاضي أبو محمد عن مالك (2).

وكذلك ورد الخلاف في الدين بمعنى هل الذي عليه الدين أحق به أم لا؟ فقال: أشهب بالشفعة في الدين وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين (3).

وقد جاء في الذخيرة قول: اللخمي أنه اختلف في الشفعة في اثني عشر موضعاً (4).

كما نقل الكساني عن الإمام مالك قوله بالشفعة في السفن باعتبارها أحد المسكنين وهذا لم يصح عن مالك.

قال ابن عبد السلام: "ما نقله بعض الحنفية عن مالك في السفينة لا يصح" (5).

وعليه فإن الشفعة تجب في العقار دون غيره من منقولات.

2) هل تجوز الشفعة في عقد البيع فقط أم تجوز في غيره من المعاملات؟

المشهور عند المالكية جواز الشفعة إذا انتقل الملك يعوض كالباع، والصلح والمهر وأرش الجنایات وغيرها مما ينتقل بعوض (6).

فإذا وهب لثواب وتصدق على عوض أو أوصى على عوض اعتبر هذا بيع تقع فيه الشفعة بقيمة العوض إن كان مسمى أو مثله إن كان عيناً (7).

(1) - المدونة الكبرى / سحنون، ج4، ص. 216.

(2) - المنتقى / الباجي، ج6، ص. 201.

(3) - بداية المجتهد / ابن رشد، مج5، ص. 26.

(4) - الذخيرة / شهاب أحمد بن إدريس القراني، تحقيق: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، (1994م)، ج7، ص. 280.

(5) - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج5، ص. 799.

(6) - المنتقى / الباجي، ج6، ص. 200.

(7) - الذخيرة / القراني، ج7، ص. 223.

وقال مالك في المدونة "الشفعة في هبة الثواب إلا بعد العوض وهنا تساءل البعض عن سبب تجويزه الهبة بغير ثواب مسمى، قال: لأنه على وجه التفويض في النكاح".

وقد قال ابن عرفة: "المعروف لا شفعة فيها حدث ملكية بهبة لا ثواب فيها، ولا في صدقة ونقل غير واحد الاتفاق على نفي الشفعة في الميراث"⁽¹⁾.

في حين أن ابن يونس قال: "اختلف قول مالك في هبة غير الثواب"⁽²⁾، رغم ورود بعض الخلاف في هذه المسألة، إلا أن الثابت جواز الشفعة في المعاوضات.

3) الشفعة عند توالي البيوع:

قد يحدث أن يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه دون أن يعلم الشفيع بالشفعة، أو قبل أن يأخذ بها، كأن يبيع العقار المشفوع فيه، فالشفيع بالخيار إما أن يفسح البيع الثاني ويأخذ بالبيع الأول بثمنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري، وإما أن يمضي تصرفه ويأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، لأنه شفيع في العقدين فله أن يأخذ بأي منهما شاء، وإن تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ العقار بالبيع الأول وبالتالي يفسخ العقدان الآخرين وله أن يأخذ بالثاني وهكذا يفسخ العقد الثالث وحده وله أن يأخذ بالثالث، وبهذا لا يفسخ أي عقد من العقود، فإذا أخذ بالبيع الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولا يرجع على أحد أما إذا أخذ بالبيع الأول أو الثاني دفع إلى كل منهما الثمن الذي اشترى به ويرجع كل واحد منهما على آخر بما أعطاه⁽³⁾.

4- عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

فعلى الشفيع أن يأخذ بالشفعة في جميع العقار حتى لا تتبعض الشفعة على المشتري وهنا ينبغي التطرق إلى عدة حالات.

(1)- مواهب الجليل/ الخطاب، ج7، ص. 373-374.

(2)- الذخيرة/ القراني، ج7، ص. 308.

(3)- المغني/ ابن قدامة، ج5، ص. 489، أنظر أيضا: التفريع/ في فقه الإمام مالك بن أنس أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، ص. 347.

أ) الحالة التي يكون فيها المشفوع عليه عقارا واحدا:

فإذا كان المشفوع عليه عقارا واحدا وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة في جزء منه لم يجبر المشتري على التبعض بمعنى ليس له تبعض الصفقة ما لم يوافقه في ذلك المشتري⁽¹⁾.

ب) حالة تعدد المشفوع عليه:

فإذا كان المشفوع عليه إثنان أو أكثر وأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الآخر فليس له ذلك قال ابن القاسم: إما أن يأخذ الكل أو يدع.

وقال أشهب: "له أن يشفع على أيهما أحب"⁽²⁾.

ومثالها أن يكون لرجل دار وحنوت وبستان شركة بين اثنين وباع أحدهما حصته في ثلاثة لأجنبي فليس للشفيع أخذ بالشفعة في بعضهما دون البعض الآخر إلا برضا المشتري فصفقته هنا واحدة لا يجوز تفريقها⁽³⁾.

ج) حالة تعدد الشفيع:

فإذا كان الشفعاء أكثر من واحد وأراد بعضهم أن يشفع ويسلم له بالباقي في البيع فعلى المشتري أن يقول للشريك بأن يشفع في الجميع أو يترك إذ ليس له أن يشفع بحسب نصيبه إلا بموافقة المشتري فليس له تبعض الشفعة ما لم يرضى المشتري بتبعضها⁽⁴⁾.

د) حالة تعدد المشتري:

ففي هذه الحالة قد يشتروا العقار على الشيوع، وقد يشترونه على الإفراز، فإذا اشتروه على الشيوع كما لو اشترى ثلاثة رجال من ثلاث رجال دارا أو أرضا ونحلا وشفيع ذلك كله واحد فقد قال ابن القاسم في المدونة أن له أن يأخذ ذلك كله أو يترك سواء اشترى ثلاثة من

(1)-حاشية الدسوقي/ الدسوقي، ج5، ص. 212.

(2)-بداية المجتهد/ ابن رشد، مج5، ص. 212.

(3)-حاشية الدسوقي/ الدسوقي، ج5، ص. 235.

(4)-المنتقى/ الباجي، ج6، ص. 215.

ثلاثة أو ثلاثة من واحد أو واحد من ثلاثة إذا كان في صفقة، وقال أشهب في الموازية والمجموعة أن له أخذ حصة أحدهم من الباقيين⁽¹⁾.

إما إذا اشتروا على الإفراز كما لو باع أحد الشريكين نصف الدار مثلا لثلاثة كل واحد باع له السدس، وكان البيع للثلاثة صفقة واحدة، قال أشهب وسحنون بالتبعيض أي أن له الأخذ من أحدهما دون الأخذ واختاره اللخمي، وقال ابن الشاش أنه الأصح لأن المأخوذ من يده لم تبعض عليه الصفقة وقوله أيضا أي كما صحح الأول لأنه مذهب ابن القاسم في المدونة وهو القول بعدم التبعض بمعنى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة من أحدهما دون الآخر⁽²⁾.

والعبرة عند المالكية في وحدة الصفقة فتعددها بتعدد العقد ولا عبرة بتعدد البائع أو المشتري أو الحصص المبيعة بما قاله خليل في مختصره "وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم تبعض كتعدد المشتري على الأصح"⁽³⁾.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري:

1) لا تجوز الشفعة في المنقول:

الشفعة لا تكون إلا في عقار، وبالتالي لا ترد المنقول وإنما يرد على هذا الأخير حق الاسترداد وهو مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي.

وعليه لا ترد الشفعة في البيع حصة شائعة في السفينة لأن السفينة منقول كما لا ترد الشفعة على المنقول بحسب المال كبيع بناء الهدم أو غراس للقلع أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالا عن الأرض كبيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا تملك طابقه الأسفل، فهذا بيع العقار وليس بيع لمنقول.

والعقار بالتخصيص إذا بيع مستقلا عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول فلا يجوز فيه الشفعة أما إذا بيع مع العقار، فإنه يتم فيه الأخذ بالشفعة تبعا للعقار⁽⁴⁾.

(1)- بداية المجتهد/ ابن رشد ، مج5، ص. 212.

(2)- حاشية الدسوقي/ الدسوقي، ج5، ص. 285.

(3)- الشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون/ الضيف كيفاجي، ص. 73.

(4)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص ص. 481-482.

2) لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع:

لجواز الأخذ بالشفعة يجب أن يكون هناك بيع، وعليه لا يجوز الشفعة إذا انتقلت الملكية بسبب من أسباب التي لا تعتبر تصرفاً قانونياً كالميراث والالتصاق، والتقادم أيضاً إذا انتقلت الملكية بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية.

وكذلك إذا انتقلت الملكية بمقتضى تصرف من التصرفات المقررة أو الكاشفة ولذلك لا تجوز بسبب القسمة والصلح.

كما أنه لا تجوز الشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة أما بالنسبة للمقايضة فهناك من يرى بعدم جواز الشفعة فيها إلا أن الرأي الراجح يرى بجوازها.

وذلك إذا كان المعدل المرفوع كبيراً بحيث يفوق بكثير قيمة البدل وهذا يعني أن العقد في حقيقته بيع وليس مقايضة لذا ينبغي أن يدفع الشفيع المبلغ الذي اعتبر معدلاً إضافة إلى قيمة العقار التي يحددها أهل الخبرة إذا اقتضى الأمر.

وأيضاً لا يجوز الشفعة في الهبة كقاعدة عامة إلا أن البعض يرى جوازها إذا كانت يعوض وكان العوض كبيراً، ففي هذه الحالة يلتزم الشفيع بدفع الثمن الحقيقي لا العوض المسمى في العقد.

كما لا تجوز الشفعة في الوفاء بالمقابل وذلك إذا أعطى المدين الدائن عقاراً وفي المقابل الدين حتى ولو زاد ثمنه على هذا الدين ولا يجوز الشفعة في البيع الباطل بطلاناً مطلقاً لأنه عقد لا وجود له في المقابل تجوز في عقد البيع الباطل بطلاناً نسبياً⁽¹⁾.

كذلك لا يؤخذ بالشفعة في الهبة المستمرة في عقد البيع الصوري لأنه عقد لا وجود له، لذا لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع لأن البيع الذي يستر الهبة، إنما هو عقد بيع صوري، ولا يعترض على ذلك بأن الشفيع يعتبر من الغير في الصورية، فله أن يأخذ بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، إذا كان حسن النية، وعلى هذا الأساس له أن يأخذ بالشفعة وقد قال السنهوري بأنه لا يجوز هذا الاعتراض لأن الشفيع لا يعتبر من الغير في الصورية وعلى ذلك إذا

(1) - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/ رمضان أبو السعود، ص ص. 172-178.

ذكر في العقد ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل فهنا يسري على الشفيع الثمن الحقيقي وليس له التمسك بالثمن الصوري المخفض لأنه ليس من الغير.

ويجوز الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي لأنه عادة بيع تام بات وإنما سمي كذلك لأن كل من البائع والمشتري لا يقوم بتنفيذ التزاماته في الحال.

وإنما تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي المعد للتسجيل، وقد يقترن العقد الابتدائي بعربون ومفاده أن لكل من المتعاقدين العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك وعلى ذلك يعتبر هذا العقد موجود وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه وعليه يجوز فيه الأخذ بالشفعة.

ولا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط فاسخ أو واقف لأن البيع في الحالتين موجود وإن كان معرضا لخطر الزوال.

ولا تجوز الشفعة في الشركة إذا كانت حصة الشريك فيها عقارا فلا يأخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاه الشفيع قيمته لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا

العقار بذات، وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار.

باعتبار أن عدم قبولها له نتائج خطيرة فالتسجيل قد يؤدي إلى تعطيل الشفعة إذ يكفي أن يحجم المشتري بإرادته عن تسجيل العقد، فلا يستطيع الشفيع أن يشفع إضافة إلى أن دعوى الشفعة ترفع على البائع والمشتري ولم يأتي نص على رفعها على المالك السابق والمالك الحالي للعقار⁽¹⁾.

وهناك من يرى عدم جوازها، لأن الشفعة إنما هي في الملكية دون غيرها وإذا انتقلت بالبيع فلا بد أن تنتقل الملكية بالتسجيل، وأيضا توجيه طلب الشفعة يجب أن يتم إلى شخص تجتمع فيه صفة المشتري والمالك، وهذا لا يكون إلا بالتسجيل، كذلك قيل بأن الشفعة إنما شرعت لدرء الضرر عن الشفيع من الشريك وهذه الحكمة تقتضي بيع ناقل للملكية وهذا لا يكون إلا بالتسجيل.

(1)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص ص 497-503.

وهذا الخلاف أيضا وارد في الأحكام القضائية إلى أن صدر حكم من محكمة الاستئناف المصرية بدوائرها المجتمعة مرجحا الرأي الأول أما بالنسبة لعقد البيع الغير مسجل فهناك من يرى جواز الشفعة فيه باعتبار أن نقل الملكية ليس ركن من أركان البيع، وإنما أثر من آثاره وهذا ما استقر عليه القضاء في المجموعة⁽¹⁾.

3) الشفعة عند توالي البيوع:

نصت المادة 797 على أنه: "إذ اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها".

تفرض هذه المادة توالي عدة بيوع وتحدد لأي منها يأخذ الشفيع بالشفعة فنفرض أن شخص باع عقاره لمشتري وباع هذا الأخير عقاره لمشتري ثاني ففي أي بيع يأخذ الشفيع بالشفعة؟

أجابت هذه المادة عن هذا السؤال وذلك بأن الشفيع لا يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، إذا لم تعلن الرغبة في الشفعة أو قبل تسجيلها وحسب الشروط التي اشترى بها لأن البيع الثاني، يعتبر ساري في حق الشفيع وبالتالي فإنه يكون قد فسخ البيع الأول.

لذلك لا يستطيع لأخذ بالشفعة في البيع الأول لأنه مفسوخ وإنما يأخذ بالشفعة في البيع الثاني لأنه البيع القائم في حقه وعليه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى ولو كان البيع الأول يجيزها⁽²⁾.

4) عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

بمعنى أنه يجب على الشفيع أن يشفع في العقار المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري وهنا ينبغي التفريق بين عدة فروض:

(1)- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/ رمضان أبو السعود، ص ص. 181-182.

(2)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص ص. 520-521.

- **الفرض الأول:** أن يكون المبيع عقارا واحدا فهنا يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في المبيع كله وليس له أن يطلبها في جزء دون الآخر.

- **الفرض الثاني:** أن يكون المبيع عدة عقارات بيعت في صفقة واحدة وهذه العقارات إما أن تكون منفصلة وغير مخصصة لعمل واحد فهنا للشفيع أن يطلب الشفعة فيما توافرت فيها أسباب الشفعة دون العقارات الأخرى، وإما أن تكون هذه العقارات متصلة أو منفصلة ولكن مخصصة لعمل واحد، وبالتالي استعمال حق الشفعة في جزء منها، يجعل الباقي غير صالح لما أعدله من انتفاع وهنا للشفيع أن يأخذ بالشفعة في جميع العقارات حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري إذا توافرت فيها شروط الشفعة.

أما إذا توافرت شروط الشفعة في بعضها دون البعض الآخر فلا تجوز الشفعة في كل العقارات لأن منها ما لم تتوفر فيه شروطها ولا تجوز في البعض الذي توافرت فيه الشروط حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري.

- **الفرض الثالث:** أن يكون المبيع عقارا واحدا بيع لعدة أشخاص ففي هذه الحالة وقد يكون البيع لعدة أشخاص على الشيوع فيذهب أغلب الفقهاء بالقول إلى أن الشفعة لا تجوز إلا في العقار بتمامه ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن ما ذهب إليه غالبية الفقهاء ليس له سند تشريعي فوجب العمل بما جاء في الفقه الإسلامي.

قد يكون البيع لعدة أشخاص ولكل منهم حصة مفرزة فهنا تكون الصفقة متعددة وعليه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون البعض إذا توافرت فيها شروطها دون أن يكون في ذلك تجزئة للصفقة⁽¹⁾.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري اتفق مع الفقه المالكي في بعض المسائل واختلف معه في أخرى فنجدهم قد اتفقوا على القول بجواز الشفعة في العقار دون المنقول كما اتفقوا على القول على جواز الشفعة في البيع إلا أن الفقه المالكي توسع في ذلك فجعل الشفعة جائزة في كل المعاوضات من بيع وصلاح ومهر وخلع وغيرها رغم وجود بعض الخلافات في هذه المسألة.

(1) - الشفعة علما وعملا/ نبيل إبراهيم سعد، ص ص. 66-71.

فمثلا الهبة لا تجوز فيها الشفعة كقاعدة عامة في القانون لكن البعض يجيزها إذا كانت يعوض وهذا نفسه ما جاء في الفقه المالكي إذا أننا نجدهم يجيزون الشفعة في هبة الثواب ولا يجيزونها في هبة غير الثواب.

واختلفوا في الشفعة عند توالي البيوع فذهب فقهاء المالكية إلى القول بأن للشفيع الأخذ بأي بيع شاء في حين أن المشرع الجزائري ألزم الشفيع بأخذ البيع الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها المشتري الثاني وفيما يتعلق بتجزئة الشفعة فإننا نجد أن كل منهما يقول بعدم قابلية الشفعة للتجزئة.

الفرع الثاني: البيوع التي لا تجب فيها الشفعة:

أولا: في الفقه المالكي:

(1) البيع الفاسد:

لا تؤخذ الشفعة في المشتري شراءً فاسداً لأن هذا العقد يجب نقضه ورد المبيع إلى ملك بائعه لتخلص من الفساد وبهذا لا يكون البيع لازماً لاحتمال فسخه من كلا العاقدين وإثبات الشفعة فيه تقدير للفساد⁽¹⁾.

(2) بيع الخيار:

لا شفعة في بيع الخيار حتى يتم البيع سواء كان الخيار للبائع أو المشتري لأن المبيع في زمن الخيار على ملك البائع وبالتالي لم يتحقق الانتقال الذي تترتب عليه الشفعة⁽²⁾.

ثانياً: في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 798 على أنه: " لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.
- وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(1) - الفقه الإسلامي وأدلته/ وهبة الزحيلي، ج5، ص. 821.

(2) - الذخيرة/ القراني، ج7، ص. 821.

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة".

فمن خلال هذه المادة يتضح أن هناك موانع للشفعة:

وهناك فرق بين المانع والمسقط⁽¹⁾ فالمانع يلغي الشفعة ابتداءً أما المسقط يلغي الشفعة بعد قيامها.

وعليه سأتكلم عن هذه الموانع وفقاً للترتيب الذي جاءت به المادة المذكورة أعلاه:

1. البيع بالمزاد العلني:

لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون.

2. البيع لبعض الأقارب:

فلا تجوز الشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة كأخ وابن الأخ والعم والخال وأولاد العم وأولاد الخال أو الخالات أو العمات، وبين الأوصهار لغاية الدرجة الثانية كالبيع لوالد الزوجة أو أخيها.

3. بيع العقار ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة:

فلا تجوز الشفعة إذا تم البيع ليجعل العقار محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة وهذا ينطبق على كل دور العبادة كالمساجد والكنائس والمعابد⁽²⁾.

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري حدد البيوع التي لا تجب فيها الشفعة في المادة 798 من القانون المدني، وهذه البيوع المذكور في المادة لم يأتي ذكرها في الفقه المالكي حسب ما اطلعت عليه، إلا أن هناك مسألة في المدونة جاءت مخالفة لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة "798" إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.

وهذه المسألة متعلقة بمن اشترى شقفاً فبناه مسجداً ثم أتى الشفيع، قال ابن القاسم بأنه لم يسمع في هذا عن مالك شيء، إلا أنه حين بيع هذا الشقص كانت له الشفعة فلا تبطل بما أحدث المشتري في ذلك وهذا على حسب رأيه⁽³⁾.

(1)- الوسيط، السنهوري/ ج9، ص. 526.

(2)- الحقوق العينية الأصلية/ محمد حسين منصور، ص. 223-224. أنظر أيضاً: الحقوق العينية الأصلية/ توفيق حسن فرج، ص. 380.

(3)- المدونة الكبرى/ سحنون، ج4، ص. 258.

الفصل الثاني

إجراءات الشفعة وأثارها

ومسقطاتها

قد تأخذ الشفعة بطريقتين إما بالتراضي وإما بالتقاضي، وأخذها بالتراضي يعني تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لمصلحة الشفيع ويحل بهذا الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، وفي هذه الحالة لا يتم اللجوء إلى القضاء.

وقد لا يحدث هذا التنازل فيضطر الشفيع إلى رفع دعوى قضائية للحصول على حقه في الشفعة مروراً بعدة إجراءات أساسية فمن المعلوم أن الشفعة مبنية أساساً على الإجراءات.

فما هي الإجراءات اللازمة للأخذ بالشفعة في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري؟ وما مدى التوافق بين هذه الإجراءات في كل منهما؟

ويترتب على الأخذ بالشفعة حلول الشفيع محل المشتري فمتى يكون هذا الحل في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

وبحلول الشفيع محل المشتري تنشأ عدة علاقات فما هي؟ وهل هناك اتفاق حول أحكامها في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري؟

وقد يحدث أن يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لعدة أسباب فما هي؟ وهل هناك اتفاق في تحديدها بين ما جاء في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.؟

المبحث الأول

إجراءات الشفعة

المطلب الأول: في الفقه المالكي

الفرع الأول: طلب الشفعة.

الفرع الثاني: القضاء بالشفعة.

المطلب الثاني: في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: الإنذار الرشمي وإعلان الرغبة.

الفرع الثاني: إيداع الثمن ورفع الدعوى

المبحث الأول: إجراءات الشفعة

وضع الفقهاء المالكية بدورهم أيضا مجموعة من الإجراءات لازمة القيام قبل اللجوء إلى القضاء حتى يتمكن الشفيع من أخذ الشفعة وسأتكلم عن هذه الإجراءات من خلال مطلبين: المطلب الأول طلب الشفعة، والمطلب الثاني الثمن وإثبات الدعوى.

المطلب الأول: في الفقه المالكي

الفرع الأول: طلب الشفعة

أولا: وقت طلب الشفعة

هناك اختلاف بين الفقهاء حول الوقت الذي يجب أن تطلب فيه الشفعة فهناك من يقول بضرورة الطلب وهناك من يقول بالتراخي في الطلب.

وقد ذهب الفقهاء المالكية إلى القول بأن الشفعة على التراخي وليست على الفور فوقت وجوبها متسع وقد اختلف في هذا الوقت أهو محدد أم لا؟ فهناك من يقول أنه غير محدد وأنها لا تنقطع أبدا إلا أن يحدث المتاعب، أو تغييرا كبيرا بمعرفته، وهو حاضر عالم ساكت وهناك من يرى أنه محدد وقد روي عن مالك السنة وهو الأشهر وقيل أكثر من سنة.

قيل عنه أن خمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة⁽¹⁾.

وقد قال مالك: الشفيع على شفيعته حتى يترك أو يأتي من طول الزمان ما يعلم أنه تارك لشفيعته وإذا علم الشراء فلم يطلب شفيعته سنة فلا يقطع ذلك شفيعته، وإن كان قد كتب شهادته في الشراء، ولم يرى مالك أتسعة أشهر ولا السنة بالكثير إن تباعد هكذا، يحلف ما كان وقوفه تركا لشفيعته، قال ابن موزان عن مالك: يحلف في خمسة أشهر فأكثر ولا يحلف في شهرين وأما إذا حضر الشراء وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام فأشد ما عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركا لشفيعته ويأخذها.

قال مالك إذا جاوز السنة بما يعد تاركا فلا شفعة له⁽²⁾.

(1) - بداية المجتهد/ ابن رشد، مج5، ص. 214.

(2) - الفقه الإسلامي / وهبة الزحيلي، ج5، ص. 814.

وعليه فإن المشهور في مذهب مالك هو طلب الشفعة خلال سنة سواء كان الشفيع حاضرا أو غائبا ما لم تدل القرائن للحال على تركه.

ثانيا: طلب الشفعة للقاصر

يقوم بشفعة الصغير الولي أو الوصي لأنها من باب تنمية المال فإن لم يكونا، فالأم، وإلا ترفع إلى الإمام لأن الإمام ناظر لمن لا ناظر له.

فإن عدم الأب والوصي بموضعا إمام به أخذ بها إذا بلغ لأنها حقه ولم يسقطها ولو سلمها الأب أو الوصي أو الإمام امتنع أخذه بها إذا بلغ⁽¹⁾.

لأن الولي فعل ما كان عليه فعله فلم تجز لصبي نقضه ولأنه فعل ما فيه للحظ لصبي، فإن أسقط الولي الشفعة بلا نظر ودون تقدير لمصلحة الصبي لم تسقط وبالتالي يثبت فيها الحق للصغير إذا بلغ⁽²⁾.

ويحسب للصغير بعد بلوغه ورشده مدة سنة عند أشهب لأنه يقطعها بها قال ابن يونس: قال محمد: الشفعة للمولى عليه والصغير أبدا حتى يقيما بعد زوال الولاية سنة لعدم الأهلية قبل ذلك. قال اللخمي: "إذا رشد الصبي لم يكن له أخذ ما ترك وليه ولا رد ما أخذ إلا أن يثبت أن الأخذ ليس حسن نظر أو أن الترك محاباة".

وعن مالك إذا علم أن تركه سوء نظر فلا شفعة وإذاحكم برشده فله تمام السنة من يوم وجبت فإن لم يكن له ناظر ولا وصي استوفيت السنة عند محمد من يوم ولي أمره، وعند أبي حبيب من يوم البلوغ نظرا إلى التمكن من التصرف⁽³⁾.

(1)- الذخيرة/ القرائن، ج7، ص. 271.

(2)- مواهب الجليل/ الخطاب، ج7، ص. 384.

(3)- الذخيرة، القرائن/ ج7، صص. 271 - 273.

ثالثا: طلب الخصومة والتملك

وهو أن يقدم الشفيع الطلب للقضاء يطلب فيه الحكم بالشفعة وتسليم المبيع، بأن يقول اشترى فلان دار كذا وأنا شريكه فيها، فأطلب منه تسليم الدار لي⁽¹⁾.
ويترتب على عدم تقديم طلب الشفعة سقوط الحق في الأخذ بها.

الفرع الثاني: القضاء بالشفعة

أولا: هل يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع للثمن:

قال المالكية: لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشتري فلا يتوقف صدور الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الشفيع الثمن إلى مجلس القضاء لأن حقه ثبت بمجرد البيع إلى أجنبي دفعا لضرر عنه، فصار كما لو صدر الشراء له من البائع من أول الأمر، أو لأن الشفيع يصير ممتلكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة فكأنه اشتراه من البائع، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن كالشراء أو البيع المبتدئ بجامع أنه تملك بعوض.

قال المالكية: "إذا قال الشفيع أنا أخذ الشفعة أجل ثلاثة أيام لإحضار الثمن فإن أتى به أخذ بها وإلا سقطت شفيعته"⁽²⁾.

ثانيا: متى يدفع الشفيع الثمن:

يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد أمور ثلاث: بحكم من حاكم أو دفع الثمن للمشتري أو إسهاد بالأخذ ولو في غيبة المشتري، ويلزم الشفيع الأخذ بالشفعة إن قال أخذت في حال معرفته بالثمن، فإن لم يعلم الثمن فالأخذ صحيح غير لازم على المشهور، وقيل بل فاسد لأن الأخذ بالشفعة ابتداء بيع بثمن مجهول فيرد وله الأخذ بعد ذلك وهنا ينبغي التفريق بين عدة حالات:

(1) - الفقه الإسلامي / وهبة الزحيلي، ج5، ص. 830.

(2) - حاشية الدسوقي / الدسوقي، ج5، صص. 232 - 235.

الفصل الثاني إجراء البيع الشفعة وأثارها ومستلزماتها

1. أن يقول الشفيع أخذت وقد عرف الثمن وسلم له المشتري الأخذ وهنا يلزم المشتري تسليم الشقص للشفيع ولا رجوع لواحد منهما فإن أتى الشفيع بالثمن فلا كلام وإن لم يأتي به أجله له الحاكم ثم يبيع من ماله بقدر الثمن.

2. أن يقول الشفيع أخذت مع علمه بالثمن ويسكت المشتري إذا أتى الشفيع بالثمن أجبر المشتري على أخذه وإن لم يأتي الشفيع بالثمن أجله الحاكم باجتهاده، فإن مضى الأجل ولم يأتي به له أن يبقى على طلب الثمن فيباع له من مال الشفيع بقدره، وله أن يبطل أخذ الشفيع ويبقى الشقص المشفوع فيه لنفسه.

3. أن يقول الشفيع أخذت ويأبى المشتري ذلك فإن عجل الشفيع الثمن أجبر على أخذه وإن لم يعجله أبطل الحاكم شفيعته من غير تأجيل، إن أراد المشتري ذلك، وإن رضي بإتباعه بالثمن، يباع له من مال الشفيع بما في ذلك الشقص المشفوع فيه، ففائدة السكوت والمنع ابتداءً أن له النقص ما لم يعجل له الثمن بخلاف ما إذا أسلم له ابتداءً فهذا ليس له النقص.

4. إذا قال الشفيع أن آخذ بالشفعة بصيغة اسم الفاعل أو المضارع فإن سلم له المشتري وعجل الشفيع الثمن فلا كلام وإن لم يعجل أجل ثلاثاً لإحضار النقد فإن أحضره فيها أو بعدها فالأمر ظاهر وإن لم يحضر سقطت شفيعته.

فمن خلال الحالات السابقة الذكر يتضح أن الشفيع يثبت له الحق في الشفعة متى أحضر الثمن فإن عجز عن إحضاره أجل مدة من الزمن بحسب اجتهاد القاضي فإن أحضره ثبتت شفيعته وإلا سقط حقه فيها وهذا في جميع الحالات ما عدا الحالة الثالثة وهي الحالة التي يرفض فيها المشتري تسليم الشقص ففي هذه الحالة لا يؤجل وإذا انقضى الأجل الذي حدده القاضي لإحضار الثمن ولم يحضره الشفيع أصبح الثمن دين في ذمة الشفيع يباع من ماله لسداده بما في ذلك العقار المشفوع فيه وذلك إن رضي المشتري.

المطلب الثاني: في القانون المدني الجزائري

على من يريد الأخذ بالشفعة القيام بعدة إجراءات ضرورية في مواعيد محددة قانونا قبل اللجوء إلى القضاء فماهذه الإجراءات وكيف نظمها المشرع وما هو الجزاء المترتب على الإخلال بها؟

الفرع الأول: الإنذار الرسمي وإعلان الرغبة

نصت المادة 799 من القانون المدني الجزائري: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها، إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك". يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري علق الإعلان بوجوب توجيه إنذار إلى الشفيع من طرف البائع أو المشتري وعليه سأتكلم أولا عن الإنذار الرسمي ومن ثم إعلان الرغبة.

أولا: الإنذار الرسمي:

لقد أزم المشرع الجزائري كل من البائع والمشتري باتخاذ هذا الإجراء وعادة ما تفتح إجراءات الشفعة به بغرض إخطار الشفيع بوقوع البيع، الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة حتى يتمكن الشفيع من تدبر أمره فإذا أراد الأخذ بالشفعة أعلن رغبته فيها، وإلا فلا، وهذا الإنذار يوجهه إما البائع أو المشتري ويكفي أن يوجهه أحدهما وفي حالة تعدد الشفعاء وجب توجيه الإنذار إلى كل واحد منهم. ويجب أن يكون هذا الإنذار رسميا على يد محضر قضائي، فالإنذار الشفوي أو المكتوب لا يكفي إن لم يكن رسميا⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 800 من القانون المدني الجزائري: على البيانات الواجب توافرها في الإنذار الرسمي: «يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية، وإلا كان باطلا:

- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري، ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون (30) يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799».

(1) - الوسيط، السنهوري/ ج9، ص. 625.

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستأثما

فمن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معيناً لهذا الإنذار وإنما حدد البيانات التي يجب أن يشمل عليها تحت طائلة البطلان وهذه البيانات تتمثل في ما يلي:

1. بيان العقار المشفوع فيه بيانا كاملا كافيا حتى يتعرف الشفيع عليه بصورة كافية نافية للجهالة، وذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته.

2. بيان الثمن والمصاريف الرسمية كحقوق التسجيل ومصاريف الشهر العقاري وأتعاب الموثق...، وغيرها من المصاريف الواجبة الأداء التي يتلقاها الموثق عند إمضاء عقد البيع.

كما ينبغي أن يشمل هذا الإنذار على شروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه⁽¹⁾.

وقد ذكر المشرع في هذه المادة أجل 30 يوما، وهي مدة محددة للأخذ بالشفعة ابتداء من تاريخ هذا الإنذار وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن عدم توجيه الإنذار للشفيع يجعل حقه قائما في المطالبة بالشفعة وهذا ما أكدته الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 30-1984-04، في الملف رقم 64331، المنشور في المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1991 الصفحة 28، والذي جاء نصه كما يلي: "المادة 799 من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن كلا من البائع والمشتري لم يوجها إنذارا إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما، ومن ثم فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون".

وكذا القرار الصادر بتاريخ 21-01-1985، تحت رقم 33030 والذي جاء فيه: "وإذا

لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانونا لإكساب أجل الشهر الواجب إعلان

(1) - الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري/عشور علي، ص. 30.

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستقاتها

الرغبة في الشفعة خلاله فإن فوات أجل...الإندار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير⁽¹⁾.

ثانيا: إعلان الرغبة:

يجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة بمجرد وصول الإندار الرسمي إليه (وقد نصت المادة "01/801 على أنه: يجب أن يحدث هذا الإعلان بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا".

وينبغي أن تعلن هذه الرغبة من الشفيع إذا كان واحدا من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة في حالة تعدد الشفعاء على أن يوجه هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد هذا الميعاد اعتبر هذا الإعلان باطلا وبالتالي تسقط الشفعة ، ذلك أن كل من البائع والمشتري خصم في دعوى الشفعة إذا كانت بالتقاضي وطرف فيها إذا تمت بالتراضي.

ويوجه هذا الإعلان إلى موطن كل من البائع والمشتري أي إلى المحل الذي يقيم فيه.

ويمكن للشفيع الاستغناء عن إعلان الرغبة وذلك برفع دعوى الشفعة على أن تعلن عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري في الميعاد المقرر للإعلان وهو ثلاثين يوما من يوم الإندار بوقوع البيع حتى يصلح اعتبار العريضة إعلانا عن الرغبة في الأخذ بالشفعة بشرط إيداع الثمن في خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى حتى يكون رفعها صحيحا، وهذا ما نصت عليه المادة 2/801 «يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على أكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة».

وعندئذ تحل العريضة مكان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن

يمضي في باقي الإجراءات⁽²⁾.

(1)-المرجع السابق، صص. 31 - 32.

(2)- الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 627- 632.

1. ميعاد إعلان الرغبة:

للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذاره وله أيضا أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن خزانة المحكمة، وبهذا تقوم العريضة مقام إعلان الرغبة كما رأينا سابقا. ولكن هناك وقت محدد لإعلان الرغبة، وبانتهائه يسقط حق الشفيع في الشفعة. فإن ما أنذر الشفيع بوقوع الشفعة فعليه أن يعلن رغبته خلال ثلاثين يوما من يوم الإنذار، وإذا لم ينذر من طرف البائع أو المشتري بوقوع البيع فعليه أن يعلن رغبته خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع مع العلم أن هذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري وإذا لمينذر ولم يسجل البيع فله أن يعلن رغبته خلال 15 سنة من تمام عقد البيع وهذه هي مدة التقادم. وبالتالي فإنها ثلاث حالات يختلف فيها ميعاد إعلان الرغبة سأذكرها فيما يلي:

1. حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع:

وفقا لما نصت عليه المادة 799 من القانون المدني فعلى الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما أنذر من طرف البائع أو المشتري خلال ثلاثين يوما من وصول الإنذار إليه. ولا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ولو قام دليل قاطع على علمه به في وقت معين ولا يسري ميعاد إعلان الرغبة من هذا الوقت وإنما من وقت وصول الإنذار الرسمي إليه⁽¹⁾. "ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك". فإذا كان بين موطن الشفيع أو موطن البائع أو المشتري مسافة حسب هذه المسافة ميعاد بحسب البعد.

وهذا الميعاد يعتبر ميعادا للسقوط لا ميعادا للتقادم فيسري على الغائبين ومن لم تكن له أهلية التصرف وهذا الميعاد لا يقبل الانقطاع ولا الوقف⁽²⁾.

(1) - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/رمضان أبو السعود، صص. 254-255.

(2) - الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 639-641.

2. حالة عدم إنذار الشفيع:

وهذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري كما أشرت سابقا، فإذا لم ينذر البائع أو المشتري الشفيع، بوقوع البيع، أو كان الإنذار باطلا وسجل عقد البيع، فإن للشفيع أن يعلن رغبته خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل البيع، وفق ما نصت عليه المادة 948 من القانون المدني المصري لأن المشرع يفترض افتراضا لا يقبل العكس لأن الشفيع قد علم بالبيع باعتبار أن مهمة التسجيل هي الإشهار، وقد تم وبما أن هذا العلم يعد افتراضيا فإن المشرع قد أطال في المدة المحددة للإعلان وهي أربعة أشهر، وعلى الشفيع أن يعلن رغبته خلال هذه المدة، وإلا سقط حقه في الشفعة.

3. حالة عدم إنذار الشفيع وعدم تسجيل البيع:

إذا لم ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، ولم يتم تسجيل هذا البيع فللشفيع الحق في المطالبة بالشفعة خلال 15 سنة من تاريخ وقوع البيع وبانقضاء هذه المدة يسقط حق الشفيع في رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط⁽¹⁾.

4. تسجيل إعلان الرغبة:

نصت المادة 1/801 من القانون المدني على أنه: «يجب أنت يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا، ولا يحتج بتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا».

وهذا التسجيل الذي نصت عليه المادة لا يعتبر إجراء لازما من إجراءات الشفعة، وإنما قرر لجعل هذا الإعلان حجة على الغير ويستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة أن يمضي في إجراءات الشفعة التالية دون أن يسجل هذا الإعلان ولكن عدم تسجيل الإعلان يعرضه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع الذي لم يسجل إعلان

(1)-المرجع السابق، ج9، ص. 646. أنظر أيضا: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/رمضان أبو السعود، صص. 255-

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستأثما

الرغبة حتى إذا حصل على حكم بثبوت حقه في الشفعة، ولهذا على الشفيع أن يسجل إعلان الرغبة حتى يؤمن نفسه من خطر تصرف الشفيع⁽¹⁾.

وقد جاء بموجب القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/12/26 ملف رقم 75678 الذي ينص على أنه: "إذا كان مؤدى المادة 801 من القانون المدني أنها تشرط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير سليم، ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم احترام إجراءات الشفعة طبقوا صحيح القانون"⁽²⁾.

الفرع الثاني: إيداع الثمن ورفع الدعوى:

وتعد هذه المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة فبعد أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة عليه أن يباشر باقي الإجراءات وفي الميعاد المحدد حتى لا يسقط حقه في الشفعة وتشتمل هذه المرحلة على إجرائيين الأول هو إيداع الثمن خزانة المحكمة والثاني رفع الدعوى.

أولاً: إيداع الثمن خزانة المحكمة

نصت المادة 2/802 على ما يلي: «يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوماً على أكثر من تاريخ التصريح بالرغبة بالشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة».

سأطرق من خلال هذا الفرع إلى عدة مسائل والمتمثلة في: متى يتم الإيداع؟ وأين؟ وما الذي يجب إيداعه؟ وما الجزاء المترتب على مخالفة أحكام الإيداع؟

1. متى يتم الإيداع وأين؟

يجب أن يتم إيداع الثمن لدى الموثق خلال ثلاثين (30) يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة بالأخذ بالشفعة وفق ما نصت عليه المادة 2/801 في حين أن المادة 2/942 من القانون المدني

(1)- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/رمضان أبو السعود، ص. 258.

(2)- الشفعة بين الشريعة والقانون/عيشور علي، ص. 34.

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستلزماتها

المصري نصت على أنه «يجب إيداع الثمن خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإعلان عن التصريح بالرغبة»، وهي بهذا أكثر وضوحاً⁽¹⁾.

وعلى هذا، فقد ذكر السنهوري بأن الحساب يبدأ من اليوم التالي للوصول للإعلان إلى البائع والمشتري، وبالتالي لا يحسب اليوم الذي يصل فيه الإعلان، وقد يحدث أن يصل الإعلان إلى البائع في يوم وإلى المشتري في يوم آخر، والعكس وفي هذه الحالة يبدأ الحساب من آخر يوم وصل فيه الإعلان، وينقضي بانقضاء 30 يوما ابتداء من هذا اليوم، وقد يصادف آخر يوم من أيام العطلة، فيمتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل الذي يلي العطلة. ويجب أن يتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة⁽²⁾.

أما نص المادة 2/801 من القانون المدني الجزائري فإنه يثير إشكالا حول تاريخ بدأ حساب الميعاد "فقد نصت على أنه "يجب إيداع الثمن خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ التصريح بالرغبة" فهل هذا تاريخ تحرير عقد التصريح بالرغبة؟ أم تاريخ تسجيل عقد التصريح بالرغبة؟ أم تاريخ إيداع عقد التصريح بالرغبة؟

وقد ذهب الأستاذ لعروم مصطفى إلى القول بأن التاريخ المعني هو تاريخ إيداع عقد التصريح بالرغبة لأنه حسب رأيه أن هذا الشهر يحفظ حقوق الشفيع من تصرفات المشتري التي قد ترد على هذا العقار.

في حين أن المحكمة العليا اعتبرت أن التاريخ يبدأ سريانه من يوم إعلان الرغبة، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1995/01/10، تحت رقم 130337، والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن عنه عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا".

(1)- المرجع السابق، ص. 38.

(2)- الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 665-666.

الفصل الثاني إجراء اء الشفعة وأثارها ومستأانها

كما لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا، ويجب أن يتم إيداع ثمن البيع خلال ثلاثين (30) يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فيها.

ولما تثبت في قضية الحال أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع والمصاريف لم يتم في الأجل على الوجه المذكور أعلاه، فإن التمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله، وينجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها.

وقد اعتبر المشرع هذه المدة من النظام العام وهذا ما جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 15/11/1984 ، في الملف تحت رقم 34331، والذي نص على ما يلي: "متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار وذلك في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من أشكال الجوهريّة في الإجراءات ومن النظام العام وتطبيق تلقائيا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمباشرة الطاعن لمخالفة أحكام المادة 799 من القانون المدني غير مؤسس ويستوجب رده، ولما كان ثابتا أن الطاعنين، لم يعلنوا رغبتهم في الشفعة خلال الأجل المحدد قانونا رغم علمهم بالبيع الواقع، وكان ثابتا أنهم لم يرفعوا دعواتهم على البائع والمشتري معا، واكتفوا برفعها على البائع فقط، لذا فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم القاضي يرفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة التزموا صحيح القانون"⁽¹⁾.

ويجب أن يتم إيداع الثمن في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، وهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة⁽²⁾.

(1) - الشفعة بين الشريعة والقانون/عيشور علي، صص. 38-40.

(2) - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/رمضان أبو السعود، ص. 259.

ما الذي يجب إيداعه؟

يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف وفق ما نصت عليه المادة 2/801 «ثمن البيع يعني ثمن العقار والمصاريف التي يقتضيها تحرير العقد كرسوم وحقوق التسجيل والمصاريف التي يقتضيها تحرير العقد في حساب الزبائن التابع لمكتب التوثيق للخرينة العمومية أي أن كل هذا يتم بمعية الموثق»⁽¹⁾. وقد لا يذكر الثمن الحقيقي للبيع، فغالبا ما يتواطؤ البائع والمشتري على وضع ثمن صوري في العقد بقصد تعجيز الشفيع في طلب الشفعة، والطعن بصورية الثمن من جانب الشفيع يحتمل فرضين:

الفرض الأول: إذا قدر أن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي وأودع الثمن الذي اعتبره حقيقي فهنا يقع عليه عبئ إثبات هذه الصورية بكافة طرق الإثبات ولكن إذا لم يتمكن من إثباتها اعتبر متخلفا عن الإيداع وبالتالي تسقط شفيعته ذلك أن الطعن بصورية الثمن لا يعني من إيداع هذا الثمن وإيداع الثمن الذي يعتبره حقيقي يعتبر مخاطرة على الشفيع أن يتحملها إذا لم يتمكن من إثبات هذه الصورية.

الفرض الثاني: إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ويتصور هذا إذا جعل البائع والمشتري الثمن المسمى في العقد أقل من الثمن الحقيقي تهربا من دفع الرسوم. وفي هذه الحالة على الشفيع أن يأخذ بالعقد الظاهر ويدفع الثمن المذكور ولا يلزم بغير ذلك لأنه يعتبر من الغير في هذا العقد، وقد لا يتمكن الشفيع من معرفة الثمن الذي تم به البيع كأن لم يتم إنذارهم طرف البائع أو المشتري، ولم يتم تسجيل العقد، ففي هذه الحالة له أن يدفع الثمن الذي يعتبر مقابلا لقيمة العقار فإذا اتضح أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقي فللشفيع

(1) - الشفعة بين الشريعة والقانون/عشور علي، ص. 37.

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستقاتها

أن يقوم بتكملة الثمن الحقيقي وقبل رفع الدعوى حسب ما ذهبت إليهم محكمة النقض التي قررت صحة الإيداع ما دام أنه تم وفق الإجراءات والمواعيد المنصوص عليها⁽¹⁾.

كما أنه لا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع وحتى في حالة حصوله على رضاء البائع فهذا لا يعفيه من إيداع الثمن خزانة المحكمة في الميعاد المحدد قانوناً لأن إيداع الثمن يعتبر إجراءً ضرورياً من إجراءات الشفعة وهو ليس مراعاة لمصلحة البائع فحسب حتى يسقط برضاه، وإنما هو مظهر من مظاهر تقييد الشفعة فإذا ما قام به الشفيع ثبت حقه في الشفعة وله بعدها أن يلزم البائع بما اتفق عليه فيسحب كل الثمن أو بعضه من خزانة المحكمة بإذن منه ويسدده له بعد ذلك في الأجل المتفق عليه⁽²⁾.

الجزاء المترتب على مخالفة أحكام الإيداع:

يترتب على عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة في الميعاد المحدد قانوناً سقوط حق الشفيع في أخذ بالشفعة وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 801/2 «...فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة»⁽³⁾.

وللمشتري أو البائع حق الدفع بسقوط الشفعة لهذا السبب، وأيضاً للمحكمة أن تفضي بذلك من تلقاء نفسها في أي حالة كانت عليها الدعوى لأن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها يعتبر من النظام العام⁽⁴⁾.

ثانياً: رفع الدعوى

نصت المادة 802 على أنه: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق».

(1)- الشفعة علماً وعملاً/ نبيل سعد إبراهيم، صص. 111-113.

(2)- الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 663-664.

(3)- الشفعة علماً وعملاً/ نبيل سعد إبراهيم، ص. 119.

(4)- الوسيط/ السنهوري، ج9، ص. 668.

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستأثما

فهذه المادة حددت إجراءات رفع الدعوى، ومن خلالها نتمكن من الإجابة على عدة تساؤلات وهي على من ترفع الدعوى؟ وما هي المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة؟ وما هو الأجل المحدد قانونا لرفع الدعوى؟

أ- إجراءات رفع الدعوى

- على من ترفع دعوى الشفعة؟

ترفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري ورفعها على أحدهما دون الآخر يؤدي إلى سقوط حق الشفيع فيلزم لقبولهما اختصام البائع والمشتري والشفيع مهما تعددوا في جميع مراحلها ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

على أن يقوم برفع الدعوى الشفيع، وطلب الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة وبالتالي يشترط أن تتوافر في الشفيع أهلية التصرف فإذا كان كامل الأهلية له أن يرفع الدعوى بنفسه أو عن طريق وكيله على أن تكون هذه الوكالة خاصة. وإذا كان الشفيع قاصرا جاز رفع الدعوى من طرف وليه أو وصيه⁽¹⁾.

- المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة:

تعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى العينية لأن الشفيع يطالب بملكية العقار المشفوع فيه كسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة وعلى هذا فإن المحكمة المختصة هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه وهذا ما نصت عليه المادة "802" من القانون المدني.

ومن الملاحظ أن دعوى الشفعة لا يجب شهرها وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في الملف رقم 194437 بتاريخ 2000/04/26 والذي جاء فيه "من الثابت قانونا أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء ونقص حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا".

(1)- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/رمضان أبو السعود، صص. 264-265.

كما يتبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شكلاً لأنها لم تشهر دعواها طبقاً لنص المادة 85 من المرسوم رقم 76/63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعوى القضائية الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها، وهي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض⁽¹⁾.

-الأجل المحدد قانوناً لرفع الدعوى:

يجب أن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فإذا تم إعلان البائع في يوم والمشتري في يوم آخر يبدأ الحساب من آخر يوم على أن لا يتجاوز ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان وإلا سقط الحق في الشفعة وقد يرفع الشفيع لدعوى على بعض البائعين دون البعض الآخر إذا كانوا متعددين لعدم علمه بهم، فله بعد ذلك رفع الدعوى عليهم بمجرد علمه بهم ولو بعد فوات الميعاد القانوني.

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/16 ملف رقم 186433 والذي جاء فيه ما يلي: "من الثابت قانوناً أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي والإعلان يتم عن طريق كتابة الضبط كما أنه يجب أن ترفع الدعوى في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة (801) ولما تبين من القرار المطعون فيه أنه تم رفع دعوى الطاعنة الرامية إلى ممارسة حقها في الشفعة على أساس ورودها خارج مهلة ثلاثين يوماً اعتباراً من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، فإنهم خالفوا القانون لما أسسوا الدعوى ابتداءً من تاريخ التصريح بالرغبة في حين أن المادة (802) من القانون المدني تفرض وجوب رفع الدعوى ابتداءً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة (801) من القانون المدني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

(1) - الشفعة بين الشريعة والقانون/عشور علي، صص. 41-42.

-الحكم الفاصل في دعوى الشفعة:

نصت المادة 803 من القانون من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري». وبالتالي فإن الحكم النهائي بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، وعليه فإن هذا الحكم يغنيه من إبرام عقد مع البائع ويجب على الشفيع تسجيل الحكم وشهره وفق ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني: «لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري».

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/02/07، ملف رقم 30.840 والذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية ولاسيما التي تدير مصلحة الشهر العقاري وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكما نهائيا بأحقية في الشفعة والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع، يكون قد تحصل على سند الملكية إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري».

ويعتبر الحكم الفاصل في دعوى الشفعة حكما كاشفا عن حلول الشفيع محل المشتري فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد لمصلحة الشفيع⁽¹⁾.

وفي نهاية هذا المبحث يمكن القول أن الفقه المالكي وضع إجراءات ينبغي القيام بها حتى يتمكن الشفيع من الأخذ بالشفعة، وهذا تماما ما أقره القانون المدني إلا أنهم اختلفوا في نوعية هذه الإجراءات.

فمثلا الإنذار الرسمي الذي نص عليه المشرع الجزائري ليس له وجود في الفقه المالكي فالفقهاء المالكية لم يهتموا بهذا الإنذار.

(1)-المرجع السابق، صص. 42-45.

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستقاتها

أما الإعلان عن الرغبة فكما هو مهم في القانون المدني فهو لا يقل أهمية في الفقه المالكي، إلا أن المشرع الجزائري جعل مدة هذا الإعلان قصيرة، وذلك حتى يستقر الملك في يد صاحبه، لكن فقهاء المالكية أطالوا مدة الطلب في جعلها سنة في المشهور عندهم فهم يقولون بالتراخي في طلب الشفعة في حين أن المشرع الجزائري انتهج منهج الجمهور وهو القول بفسورية الشفعة.

أما عن دفع الثمن فإنه لا يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الثمن عند الفقهاء المالكية، لأن المشرع الجزائري ألزم الشفيع بإيداع الثمن والمصاريف خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى لأنه لا يتم القضاء بالشفعة إلا بدفع الثمن.

المبحث الثاني

آثار الشفعة

المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

الفرع الأول: في الفقه المالكي

الفرع الثاني: في القانون المدني الجزائري

المطلب الثاني: العلاقات المترتبة على ممارسة الشفعة

الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير

أول أثر ينتج عن ممارسة الحق في الشفعة هو حلول الشفيع محل المشتري وبحلول الشفيع محل المشتري تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ويترتب على ذلك قيام عدة علاقات والمتمثلة في علاقة الشفيع بالمشتري وعلاقته بالبائع وعلاقته بالغير، وعليه سأحاول من خلال هذا المبحث دراسة هذه الآثار في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك من خلال مطلبين، الأول انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع والثاني. العلاقات المترتبة على ممارسة الشفعة

المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

الفرع الأول: في الفقه المالكي

ذهب المالكية إلى القول بأن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بقوله أخذت بالشفعة وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضي أو رضا من المشتري متى كان عالما بالثمن فإن لم يكن يعرف الثمن لا يملك وقيل لا يجوز له الأخذ بالشفعة لألا يكون ابتداء شراء بثمن مجهول. وقد جاء في منح الجليل أن الشفيع يملك المشفوع فيه بتسليم الثمن وإن لم يرض المشتري وبقضاء القاضي له عند الطلب وبقوله أخذت وتملكت ثم يلزمه إن كان علم بمقدار الثمن وإن لم يعلم لم يلزمه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: في القانون المدني الجزائري

تعتبر الشفعة واقعة مركبة تشمل على ثلاث عناصر الارتباط بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع أرادته في أخذ بالشفعة. فمتى تكاملت هذه العناصر قامت الشفعة كسب قانوني يحدث أثره المباشر وهو حلول الشفيع محل المشتري سواء كان الدليل على تكامل هذه العناصر هو التراضي أو التقاضي.

(1) - الشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون/ الضيف كيفاجي، ص. 223.

ومعنى حلول الشفيع محل المشتري هو أن تنتقل إليه جميع حقوق المشتري والتزاماته ومن حقوق المشتري انتقال ملكية المبيع إليه، وبالتالي تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه والسؤال الذي يطرح هنا هو متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع؟ ومتى يحل الشفيع محل المشتري؟ وهذه مسألة فيها خلاف، فهناك من يقول ان الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام بيع المشفوع فيه، وهناك من يقول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت إعلان رغبته بأخذ الشفعة، وهناك من يذهب إلى القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة في حين استقر قضاء محكمة النقض على أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة.

أولاً: يحل الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة:

وهذا هو رأي محكمة النقض وذلك باعتبار أن حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع لا كاشف عنه، وبالتالي لا يملك العقار المشفوع فيه إلا بعد صدور هذا الحكم. وقد أصدرت في عهد قانون الشفعة السابق حكماً أساسياً في هذه المسألة ونصت فيه بأنه: "إذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المصوغ فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي، إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة، ولا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأودعه خزانة المحكمة أثر رفضه"، وذلك بأن المشرع نص في المادة 18 من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية أو حجيتها وبالتالي فإن المشفوع فيه لا يصير ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم⁽¹⁾.

ولم تعدل محكمة النقض عن المبدأ القاضي بأن حكم الشفعة منشئ لها لا كاشف في القانون المدني الجديد، فنجد نص المادة 944 من هذا القانون يطابق نص المادة 18 من القانون القديم، وذلك بأن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وعلى ذلك لا

(1) - الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 707-711.

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستأثما

تنتقل الملكية للشفيع في القانون المدني الجديد إلا من تاريخ الحكم بالشفعة، وهذا ما كان عليه الوضع سابقا أي في القانون المدني القديم.

والحجة الرئيسية التي اعتمدها محكمة النقض في تفسيرها للمادة 18 من قانون الشفعة السابق، المطابقة للمادة 944 من القانون المدني الجديد.

«الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا ملكية الشفيع».

المراد من هذا النص على رأي محكمة النقض هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا ملكية الشفيع وليس اعتبار الحكم حجة أو دليلا على الملكية التي قضى بها.

ثانيا: محل الشفيع محل المشتري من وقت البيع:

وهذا ما ذهب إليه السنهوري بقوله أن هذا ما يتفق مع طبيعة الشفعة فيرجع إلى التكيف الصحيح لطبيعة الشفعة وهو اعتبار الشفعة واقعة مركبة من ثلاث عناصر: الإرتباط بالعقار المشفوع فيه، والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه.

إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، فمتى تكاملت هذه العناصر قامت الشفعة كسبب قانوني يحدث أثره والمتمثل في حلول الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع الذي تم بين البائع والمشتري. فالشفعة تحدث أثرها عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وعند حدوث هذا الأثر يحل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع وليس من وقت إعلان الرغبة وعليه تستبعد القول بحلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة وكذلك القول بحلول الشفيع محل المشتري من وقت رفع الدعوى وأيضا القول بحلوله محل المشتري من وقت إعلان الرغبة أو من تاريخ تسجيل هذه الرغبة.

كما أنه يجب الوقوف عند إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وذلك لتقرير بأن الشفعة قد تكاملت عناصرها وقامت كسب قانوني لحلول الشفيع محل المشتري من وقت إبرام البيع لا من

الفصل الثاني إجراء الشفعة وأثارها ومستأثما

وقتي إعلان الرغبة، وبالتالي يختفي شخص المشتري من الصفقة بحيث لا يتوسط بين البائع والشفيع وتكون بذلك الصلة بينهما مباشرة⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري انتهج منهج محكمة النقض وهو القول بان الشفيع يحل محل المشتري من وقت ثبوت الحكم له بالشفعة وهذا مستفاد من نص المادة 803 من القانون المدني «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند ملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري».

فمن خلال ما ذهب إليه المالكية يتضح أن حكم الشفعة عندهم كاشف لحق الشفيع وليس منشئ له ذلك أنهم يرون أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت البيع بعكس ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري.

وهو اعتبار حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع لا كاشف عنه بقولهم أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت ثبوت الحكم له بالشفعة.

رغم الخلاف الوارد في هذه المسألة في الجانبين الفقهي والقانوني فإننا نجد أن السنهوري ابتعد عن هذه الخلافات وبنى رأيه على المبادئ العامة القاضية بحلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع وهو رأي المالكية على ما ذكرت سابقا.

المطلب الثاني: العلاقات المترتبة على ممارسة الشفعة

الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع

أولا: في الفقه المالكي

1) ما الذي يجب دفعه؟

يجب دفع مثل الثمن في ما اشترى بعين أو مثلي، وقيمة ما اشترى بمقوم، وما اشترى بمقوم ينظر إلى قيمته يوم الصفقة.

(1) - المرجع السابق، صص. 731-732.

2) الثمن المؤجل:

قال مالك: "من ابتاع شقصا بثمان إلى أجل فالشفيع أن يأخذ بالثمان إلى ذلك الأجل إذا كان مليا أو أتى بضامن ثقة ملئ"، ونقل ابن يونس أن للشفيع من أجل مستأنفا مثل أجل المشتري الأول⁽¹⁾.

3) الحط من الثمن أو زيادة فيه

فإذا وضع البائع عن المشتري من الثمن بعد أخذ الشفيع أو قبل، صلح ما بقي ثمنا يتغابن بمثله وضع ذلك عن الشفيع لأن ما أظهر أولا كان لقطع الشفعة وإلا لم يحط وهو هبة للمشتري وقال أيضا إذا زاد المبتاع البائع في الثمن فنقد الثمن فأخذ بالثمان الأول لأنه يبيع تعين، قال ابن يونس: قال أشهب: "للمبتاع الرجوع على البائع بما زاد بعد أن يحلف ما زاده إلا حذارا من الشفعة وإلا فلا رجوع له.

وأما في زيادة المشتري للبائع، فقال عبد الملك: هي للشفيع فإن شاء أخذ بما زاد أو سلم ولا يتهم المشتري أن يزيد لإصلاح البيع⁽²⁾.

وجاء في المدونة: "قلت رأيت إن اشترت شقصا من دار مشتركة ثم أتاني البائع فقال إسترخست فزدني في الثمن فزدته ثم جاء الشفيع ليأخذ بالشفعة، فقال: يأخذ بالثمان الأول ولا يلتفت إلى الزيادة لأن هذا حق قد وجب"⁽³⁾.

بمعنى أن الشفيع لا يلتزم بهذه الزيادة وفي المقابل يستفيد من النقصان.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 804 على أنه: «يجل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة».

(1) - مواهب الجليل / الخطاب، ج7، صص. 375-376.

(2) - الذخيرة / القراني، ج7، ص. 351.

(3) - المدونة الكبرى / سحنون، ج4، ص. 223.

وعليه فإنه متى ثبت حق الشفيع في الشفعة تحول البيع بين أن يكون البائع والمشتري إلى أن يكون بين البائع والشفيع ويختفي شخص المشتري تماما من الصفقة.

وبالتالي فإن العلاقة بين الشفيع والبائع يحددها عقد البيع فيحل الشفيع محل المشتري ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع كما يلزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري.

1) التزامات البائع:

أ- نقل ملكية المبيع:

يلزم البائع بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وبما أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل كان على الشفيع أن يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه في الشفعة وهذا إذا تمت الشفعة بالتقاضي، أما إذا تمت بالتراضي وكان البيع الصادر إلى المشتري تم تسجيله، ففي هذه الحالة يكفي أن يوقع للمشتري إقرار بتسليمه الشفعة للشفيع على أن يكون هذا لإقرار موثقا ومصدقا على التوقيع فيه.

ب- تسليم العقار المبيع إلى الشفيع:

وفي هذه الحالة يفترض أن العقار المشفوع فيه لا يزال في يد البائع وعليه يلتزم بتسليمه إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبالمقدار الذي عين له في العقد، وبالملاحقات التي تتبعه. وإذا لم يسلم البائع العقار إلى الشفيع حتى ولو كان لسبب أجنبي فإن البائع يعتبر غير مؤدي لالتزامه، وبالتالي يصبح مسؤولا عن ذلك.

وعليه فإن تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع وليست على الشفيع حتى لو يسجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها، أما إذا تسلم الشفيع العقار المشفوع فيه فإن تبعة هلاك تقع عليه حتى لو لم يسجل حكم الشفعة، أو إقرار المشتري بها، وعليه فإن تبعة الهلاك تنتقل مع الحيابة وليس مع انتقال الملكية.

معنى تحمل تبعة الهلاك بالنسبة للبائع هو أنه إذا هلك العقار قبل أن يسلمه إلى الشفيع فليس له المطالبة بالثمن إن لم يقبضه بعد، وعليه أن يرد إذ كان قد قبضه إذا هلك العقار بعد أن تسلمه، وبالنسبة إلى الشفيع فليس له المطالبة برد الثمن إن كان قد قبضه البائع وعليه دفعه إذ لم يكن قد قبضته.

وإذا هلك العقار المشفوع فيه بعد إعدار الشفيع بتسليم، فإن تبعة الهلاك تكون على الشفيع حتى ولو لم يتسلم العقار فعليا.

وإذا هلك العقار المشفوع فيه هلاكاً جزئياً كأن نقصت قيمته بسبب تلف أصابه، فإن تبعة الهلاك تكون على البائع قبل التسليم وعلى الشفيع بعده⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة للشفيع أن يطالب بالفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار وليس له المطالبة بالتعويض لأن الهلاك قد وقع بقوة قاهرة وإذا كان الهلاك لم يبلغ من الجسامة، بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم فلا يملك هنا الشفيع الفسخ وإنما له حق إنقاص الثمن فقط.

ج) ضمان التعرض والاستحقاق للشفيع:

وتسري هنا أحكام التعرض والاستحقاق في البيع باعتبار أن الشفيع قد حل محل المشتري، فيرجع على البائع بضمان التعرض الصادر منه أو الصادر من الغير.

ويتحقق ضمان البائع بتعرضه إذا صدر منه عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً من انتفاع الشفيع بالعقار المشفوع فيه سواء كان التعرض مبنياً على سبب مادي أو قانوني.

أما فيما يتعلق بالتعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني، فإذا ادعى شخص حقاً على العقار المشفوع فيه التزام البائع بضمانه على أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع أو تالياً له ولكن يستمد من البائع، ويجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان التزاماً عينياً، وإذا عجز عن التنفيذ العيني، التزم بالتعويض، فيعوض الشفيع عن ما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه، وهذا هو ضمان الاستحقاق⁽²⁾.

فيما يخص ضمان التعرض والاستحقاق فإن ما ذكرته فيه يتفق مع ما جاء في نص المادة 804 باللغة الفرنسية أما النص العربي فقد ورد مخالفاً لهذا المعنى حيث نص على أنه: «... لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة»، وهذا يعني أن البائع لا يلتزم بالضمان في حالة، استحقاق العقار المشفوع فيه بعد الشفعة، والظاهر أن هذه ترجمة غير صحيحة ومع ذلك

(1) - الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 744-740.

(2) - المرجع نفسه، صص. 749-745.

فإن النص العربي هو الأصل فوجب تطبيقه وإن كان مخالفا للأحكام العامة المتعلقة بالتزامات البائع⁽¹⁾.

د- ضمان العيوب الخفية للشفيع:

يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه للشفيع والعيب الذي يوجب الضمان يجب أن يكون مؤثرا وموجودا في العقار قبل تسليمه وأن يكون خفيا وأن يكون غير معلوم للمشتري أو الشفيع وقت تسلمه للعقار⁽²⁾.

2) التزامات الشفيع:

أ- دفع الثمن:

يلتزم الشفيع بدفع الثمن للبائع، على افتراض أنه لم يقبضه من المشتري سواء أخذ الشفيع العقار بالتقاضي أو بالتراضي، فإن كان أخذه بالتقاضي فيفترض أنه قد أودع الثمن خزانة المحكمة فما على البائع إلا سحبه منها إلا أنه قد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من الثمن الحقيقي كأن يودع الثمن المذكور في العقد ويثبت بعد ذلك أن ما ذكر في العقد أكثر من الثمن الحقيقي فهنا له الحق في سحب ما زاد عن الثمن الحقيقي من خزانة المحكمة، وقد يكون الثمن الذي ذكر في العقد أقل من الثمن الحقيقي فهنا عليه أن يدفع ما تبقى من الثمن للبائع إذا أثبت المشتري أو البائع ذلك، أما في حالة التراضي يلتزم الشفيع بدفع كل الثمن المتفق عليه للبائع.

على أن يكون دفع الثمن فوري إذ أن الشفيع لا يمكن له الاستفادة من الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع وفق ما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني، وهذا الرضا يأتي بعد الأخذ بالشفعة، لأنه قبل ذلك يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى لو رضي البائع بالتأجيل.

(1) - الشفعة بين الشريعة والقانون/عيشور علي، ص. 50.

(2) - الوسيط/ السنهوري، ج9، ص. 751.

ب- تسليم العقار المشفوع فيه: كما أن الشفيع يلتزم بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع إذا لم يسلمه إلى المشتري أو من المشتري إذا تسلمه هذا الأخير، ونفقات التسليم تكون على البائع أما نفقات التسلم تكون على الشفيع لأنه حل محل المشتري⁽¹⁾.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري:

أولاً: في الفقه المالكي:

1) التزام الشفيع بدفع النفقات:

يلتزم الشفيع بدفع أجرة الدلالة وأجرة كاتب الوثيقة، وثن ما كتب به إلى المبتاع أي المشتري لأنه بذلك وصل إلى الإبتاع، وإذا كان المبتاع أدي من الأجرة أكثر من المعهود بين الناس لم يلزم الشفيع سوى المعهود قال ابن سهل: "ولا مخالف في هذا"⁽²⁾.

2) عهدة الشفيع:

يقصد بالعهد رجوع من انتقل الملك إليه، وهو الشفيع على من انتقل الملك عنه من بائع أو مشتري بالثمن عند الاستحقاق والتعويض عند ظهور عيب من العيوب⁽³⁾.

عهدة الشفيع على المشتري وليست على البائع، ودركه في الاستحقاق لازم للمشتري وعليه يرجع بالثمن، سواء أخذ الشقص قبل قبض المشتري إياه أو بعده.

والدليل أن الشفعة تؤخذ من ملك المشتري دون البائع، ذلك أن المبيع حصل في ملك المشتري بنفس العقد المطلق، ومنه يتلف قبل القبض وبعده، وإن حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري فقد صح أن يأخذ من المشتري بعد تقرر ملكه عليه فيجب أن تكون العهدة عليه.

وقال ابن أبي ليلى: "العهد على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع كان رجوعه عليه كالمشتري"⁽⁴⁾.

(1) - المرجع السابق، ج 9 صص. 753-758.

(2) - مواهب الجليل / الخطاب، ج 7، ص. 376.

(3) - الفقه الإسلامي / وهبة الزحيلي، ج 5، ص. 815.

(4) - المعونة/ أبي محمد عبد الوهاب المالكي، ج 2، ص. 234.

وجاء في المدونة في باب عهدة الشفيع: قلت: أرأيت إن اشترت شقصا في دار، فلم أقبض الشقص ولم أدفع الثمن حتى قام الشفيع على شفيعته، فأراد أن يأخذها ممن يأخذ الدار؟ وإلى من يدفع؟ وعلى من تكون عهده في قول مالك؟ قال: قال مالك: "من أخذ شقصا في دار بشفعة فإنما عهده على المشتري وليس على البائع. قال: لم يختلف عند مالك قبض أو لم يقبض"⁽¹⁾.

3) زيادة المشفوع فيه وهلاكه:

أ- زيادة المشفوع فيه: وهذه الزيادة قد تكون طبيعية وقد تكون محدثة،

● **الزيادة الطبيعية:** كأن يثمر الشجر في يد المشتري بعد الشراء⁽²⁾، فقد قال مالك: "من ابتاع نخلا

لا ثمر فيها فاغتلها سنين فلا شيء للشفيع من الغلة"⁽³⁾، بمعنى أن الغلة للمشتري قبل الشفعة.

● **الزيادة المحدثة:** فإذا أحدث المشتري بناء أو غراسا في العقار المشفوع فيه ثم جاء الشفيع

فليس له أن يطالب المشتري بقلع بناء أو غراسه، ولكن يدفع له قيمة بناء أو غراسه قائما

ويأخذ بشفيعته إذا شاء، وإلا فلا شفعة له، وبه قال الشافعي بخلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة

وهو أن للشفيع قلع بناء المشتري وغراسه أو أمره بفعل ذلك.

ودليل الملكية هو أن المشتري وضع بناء وغراسه على وجه جائز ولم يضعه على أن يقلعه، أو

يقلع عليه والدليل على أن ما فعله حق هو أنه يبني ويغرس في ملكه الذي لاحق لأحد سواه.

والقول بنقض البناء أو الغراس فيه إضرار بالمشتري، ولما لم يجز له نقض شراؤه والأخذ

بالشفعة إلا بما قام به من ثمن، فأیضا لا يجوز نقض بناء أو غراسه إلا بعد دفع ما قام به عليه⁽⁴⁾.

ب- هلاك المشفوع فيه:

قد تحدث أن يهلك العقار المشفوع فيه سواء بفعل المشتري أو بآفة سماوية، ولقد جاء في

المدونة عدة حالات لهلاك العقار للمشفوع فيه:

(1) - المدونة الكبرى / سحنون، ج4، ص. 218.

(2) - الفقه الإسلامي / وهبة الزحيلي، ج5، ص. 835.

(3) - مواهب الجليل / الخطاب، ج7، ص. 399.

(4) - تهذيب المسالك / أبي الحجاج يوسف الفندلاوي، صص. 489-490.

الفصل الثاني إجراء البيع الشفعة وأثارها ومستلزماتها

- إذا هدم العقار للمشفوع فيه في يد المشتري بعد أن أخذه الشفيع بالشفعة، فليس له تركها وعليه أخذ العقار بثمنه لأن الشفعة قد وجبت له فما أصاب العقار من شيء فهو عليه.
- إذا هدم المشتري العقار، وأتى الشفيع بالأخذ بالشفعة فعليه أن يأخذ العقار مهدوماً، بجميع الثمن ويأخذ النقص مهدوماً ولا يكون له على المشتري قليل ولا كثير.
- إذا هدم البناء بفعل سماوي وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة فعليه أن يأخذها بجميع الثمن أو يترك.
- إذا هدم المشتري العقار، تم بناه فعلى الشفيع أن يأخذه بجميع ما اشترى وقيمة ما عمر فيه فإن أبي لم تكن له الشفعة⁽¹⁾.

فمن خلال هذه الحالات يتضح أن مالك قد فرق بين هلاك العقار للمشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة وبعد الأخذ بها.

ثانياً: في القانون المدني الجزائري:

- نصت المادة 805 على أنه «إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له، إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.
- أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس».
- وعليه فإن المشتري، إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع، وعندها تنشأ بينه وبين الشفيع عدة علاقات بسبب حيازته للعقار المشفوع فيه، ويكون حائزاً حسن النية قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة.

(1) - المدونة الكبرى / سحنون، ج4، ص. 224.

وحائزاً سيء النية بعد إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، وأما أن لا يتسلم العقار المشفوع فيه ففي هذه الحالة تنحصر علاقته بالشفيع في مطالبته في إرجاع مصروفات البيع التي دفعها سواء كان المشتري قد سجل عقد شراءه أو لم يسجله.

وبالرجوع إلى نص المادة 805 مدني نجد أن المشرع الجزائري فرق بين الحالة التي يبني فيها المشتري أو يغرس قبل إعلان الرغبة، والحالة التي يبني فيها ويغرس بعد إعلان الرغبة.

1) إذا بنى المشتري أو غرس في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الرغبة:

ففي هذه الحالة يكون الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري، إما بدفع المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس، أي أن يدفع الشفيع أكبر قيمة، وهذا باعتبار أن الشفيع يبني ويغرس في عقار قد اشتراه فله من الأسباب ما يكفي لتبرير أنه يتصرف تصرف المالك حتى ولو كان بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة ومعارضته لهذا الطلب لأنه قد يكون على حق في معارضته أو على الأقل يعتقد أنه على حق⁽¹⁾.

2) إذا بنى المشتري أو غرس في العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة:

وهنا للشفيع أن يطلب من المشتري إزالة ما أحدثه من بناء أو غراس وله أيضاً أن يستبقي البناء أو الغراس، ولا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 805 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير

أولاً: في الفقه المالكي

قد يتصرف البائع أو المشتري في العقار المشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة، أو بعدها بتصرفات ناقلة للملكية أو مرتبة لحق انتفاع، فأما عن التصرفات التي قد يجدها البائع في العقار المشفوع فيه فهي غير نافذة في حق الشفيع إذا أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ودون انتظار حكم

(1) - الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 765-766.

الفصل الثاني إجراء البيع الشفعة وأثارها ومستلزماتها

من القضاء، أما ما قد يحدثه البائع من تصرفات قبل إعلان الرغبة فالبائع حر في تصرفه لأنه يتصرف في ملكه وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء⁽¹⁾.

أما عن تصرف المشتري فقد اتفقت المذاهب الأربعة على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقيها كما اتفقوا على جواز نقض ما لا شفعة فيه ابتداء⁽²⁾.

بمعنى أن تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه تنقض سواء كانت قبل الأخذ بالشفعة أو بعدها، وفيما يخص البيع فإن للشفيع الأخذ بأي بيع شاء فإن أخذ بالبيع الأول بطل ما بعده، وإن أخذ بالأوسط صح ما قبله وبطل ما بعده، وإن أخذ بالآخر صح كل البيعات، وترادوا لأصل الأثمان سواء اتفقت الأثمان أو اختلفت⁽³⁾.

وقد جاء في المدونة "قلت: رأيت لو أن رجلاً اشترى شقصاً من دار مشتركة ثم قدم الشفيع، أيا يكون له أن يأخذها بأي الأثمان شاء في قول مالك؟ قال: نعم، له عند مالك أن يأخذها بأي ثمن شاء... قلت: وكذلك لو أن المشتري تصدق بما اشترى ثم جاء الشفيع فقال: أنا أخذ بالشفعة، أفسخ الصدقة في قول مالك، ويأخذها بالشفعة؟ قال: نعم والثلث للمتصدق عليه بالشفقة⁽⁴⁾.

وهذا القول الذي ورد في المدونة موافق لما ذكرت سابقاً.

أما إذا رتب المشتري على العقار انتفاع كأن قام بكراءه ففيه خلاف فقد قال ابن سهل: "إذا أكرى الشقص مشترية ثم قام الشفيع فأخذه هل له أن يفسخ ذلك الكراء؟ أفتى ابن مغيث وغيره بعدم الفسخ وأفتى ابن عتاب وغيره بالفسخ⁽⁵⁾.

(1) - الشفعة بين الشريعة والقانون/عشور علي، ص. 50.

(2) - الفقه الإسلامي وأدلته/ وهبة الزحيلي، ج5، ص. 834.

(3) - المعونة/ أبي محمد عبد الوهاب المالكي، ج2، ص. 235.

(4) - المدونة الكبرى/ سحنون، ج4، صص. 222-223.

(5) - مواهب الجليل/ الخطاب، ج7، ص. 399.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 806 مدني على أنه «لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعية، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري تطرق الى معظم الحقوق العينية التي قد يرتبها المشتري على العقار أو التي قدر ترتب عليه بمعنى التي يرتبها البائع على العقار مع التمييز بين ما ترتب على العقار من حقوق قبل تسجيل الإعلان بالرغبة وما ترتب على العقار بعد تسجيلها. وعليه سأتكلم عن الحقوق العينية التي ترتب على العقار قبل تسجيل الإعلان بالرغبة وبعدها، سواء ترتبت هذه الحقوق من قبل البائع أو المشتري.

1- الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة بالشفعة:

فإذا ترتب على العقار المشفوع فيه حق عيني وأشهر صاحب هذا الحق حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل أن يسجل المشتري عقد شراؤه، فإن هذا الحق يسري على الشفيع والمشتري، فإذا باع البائع العقار مرة ثانية وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل الشفيع الإعلان بالرغبة فإن البيع الثاني يكون نافذا في حق الشفيع فلا يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وبالشروط التي اشترى بها، وإذا رتب البائع حق ارتفاق أو حق انتفاع بعد بيعه سجل صاحب هذا الحق قبل أن يسجل المشتري والشفيع فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو الارتفاق، ويرجع بعدها على البائع بضمان الاستحقاق⁽¹⁾، والكلام الذي ذكرته سابقا ينطبق على الحقوق العينية التي يرتبها المشتري على العقار قبل تسجيل الإعلان بالرغبة⁽²⁾.

(1)- الوسيط/ السنهوري، ج9، صص. 776-777.

(2)- المرجع نفسه، صص. 780-781.

الفصل الثاني إجراء البيع الشفيع وأثارها ومقتضاها

2- الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفيع:

إذا رتب البائع على العقار المشفوع فيه حقا عينيا ولم يسجل صاحب هذا الحق حقه إلا بعد تسجيل الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفيع أو بعد تسجيل المشتري لعقد شراءه، فإن هذا الحق لا يسري على الشفيع، وعليه إذا باع البائع بعد بيع الأول العقار مرة ثانية ولم يسجل المشتري هذا البيع قبل تسجيل الشفيع لرغبته فإنه لا ينفذ هذا التصرف على الشفيع وإنما يسري في حقه أو ارتفاعه على العقار للمشفوع فيه، ولم يسجل صاحب هذا الحق قبل تسجيل إعلان الرغبة أو قبل تسجيل المشتري لعقد شراءه، فإن هذا التصرف لا يسري على المشتري ولا على الشفيع، وبالتالي يأخذ العقار بالشفيع حاليا من هذه الحقوق، ويرجع صاحب هذا الحق على البائع بالضمان⁽¹⁾.

وهذا بضبط ما ينطبق على الحالة التي يرتب فيها المشتري على العقار المشفوع فيه حقا من الحقوق العينية بعد تسجيل الإعلان بالرغبة، وهذا هو الفرض الذي نصت عليه المادة 806 التي تقرر أن الحقوق العينية التي يرتبها المشتري على المشفوع فيه بعد تسجيل الإعلان بالرغبة لا تسري على الشفيع⁽²⁾.

ويستخلص مما سبق أنه تترتب على الشفيع عدة علاقات إلا أن الفقه المالكي ركز على إحدى هذه العلاقات وهي علاقة الشفيع بالمشتري باعتبار أن ملك العقار المشفوع فيه قد انتقل إليه.

وعليه يمكن القول أن العلاقة التي تجمع بين الشفيع والبائع في الفقه المالكي تتمثل في التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع إذا كان لم يقبضه من المشتري، ويلزم البائع بتسليمه الشقص إذا لم يتسلمه المشتري إن لم يسلمه المشتري ويستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن بشرط أن يكون ملي أو يأتي بضامن ثقة مليء كما يستفيد من إنقاص ولا يلزم بالزيادة.

(1)- الوسيط/ السنهوري ، ج9، صص. 778-779.

(2)- المرجع نفسه، ج9، ص. 781.

الفصل الثاني إجراء البيع الشفعة وأثارها ومسئولياتها

في حين أن العلاقة بين الشفيع والبائع في القانون المدني يحددها عقد البيع بمعنى أن الشفيع يلتزم بجميع التزامات المشتري وفي المقابل يلتزم البائع بجميع التزامات البائع والمتمثلة في نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وتسليمه له وضمنان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية للشفيع، وضمنان التعرض والاستحقاق لا يسري في حق البائع وفق ما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني. ويلتزم الشفيع بدفع الثمن ولا يستفيد من الأجل الممنوح إلى المشتري إلا برضاء البائع، كما انه ملزم بدفع ما تبقى من الثمن إذا أثبت البائع أو المشتري أن ما دفعه أقل من الثمن الحقيقي، وإذا أثبت الشفيع أن ما دفعه أكثر من الثمن الحقيقي له أن يسترد ما زاد عنه كما يلتزم بتسلم العقار المشفوع فيه وبالتالي فإن علاقة الشفيع بالبائع محل خلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري. أما عن علاقة الشفيع بالمشتري فهذه هي العلاقة التي ركز عليها الفقه المالكي كما قلت سابقا حيث يلتزم الشفيع بدفع نفقات البيع بالمشتري وتكون عهدة الشفيع عليه والعهدة يقابلها ضمان التعرض والاستحقاق في القانون، بمعنى أن ضمان التعرض والاستحقاق يقع على المشتري في الفقه المالكي.

أما نماء العقار المشفوع فيه فإننا نجد أن الفقهاء المالكية فرقوا بين النماء الطبيعي والمحدث فالنماء الطبيعي تكون فيه الغلة للمشتري أما النماء المحدث كإحداث بناء أو غراس فإنهم يجرون الشفيع بين أن يأخذ العقار بالشفعة ويدفع للمشتري قيمة ما بين أو غرس أو يترك إذ ليس له مطالبته بالقلع سواء كان الإحداث قبل الأخذ أو بعده.

في حين أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى النماء الطبيعي إنما تكلم عن المحدث وذلك في المادة 805 حيث فرق بين الحالة التي يبي فيها المشتري أو يغرس قبل الإعلان بالرغبة أو بعدها، فوافق الفقه المالكي في الحالة الأولى أي في الحالة التي يبي فيها أو يغرس قبل إعلان الرغبة وذلك بإلزام الشفيع بدفع المبلغ الذي أنفقه المشتري أو قيمة ما زاد في العقار على حسب اختيار المشتري.

الفصل الثاني إجراء البيع الشفعة وأثارها ومستقاتها

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري جعل الخيار للمشتري في إلزام الشفيع بدفع إما نفقات البناء أو الغراس أو ما زاد في قيمة العقار، والفقهاء خيروا الشفيع بين أن يدفع قيمة بناء المشتري أو غراسه قائما أي قيمة ما زاد أو أن يترك وهذا هو محل الخلاف.

أما الحالة الثانية أي الحالة التي يبني فيها المشتري ويغرس بعد الإعلان بالرغبة، فقد خير المشرع الجزائري الشفيع بين أن يطلب الإزالة أو يستبقي البناء أو الغراس ويدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل نفقات الغراس وهذه الحالة يتطرق إليها الفقهاء المالكية وذلك لأنهم لم يفرقوا في حكمهم بينما تم من إحداث قبل الأخذ بالشفعة أو بعدها.

وإنني أرى ما نص عليه المشرع الجزائري هو الأنسب لاسيما أنه يجمع رأيين مختلفين فقد اخذ في الحالة الأولى برأي المالكية وفي الحالة الثانية برأي الحنفية.

ففي الحالة الأولى لا يتوقع طلب الشفعة إضافة إلى انه يتصرف في ملكه وفي الحالة الثانية يكون المشتري قد أقدم على البناء وهو يعلم أن العين ستأخذ منه فإن كلف القلع أو الهدم وتضرر فهو الجاني على نفسه⁽¹⁾.

وفيما يخص علاقة الشفيع بالغير فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بأن التصرفات التي يحدثها البائع أو المشتري قبل الأخذ بالشفعة أو بعدها لا تنفذ بحق الشفيع إلى انه في الحالة التي يتصرف فيها البائع أو المشتري في العقار بالبيع فإن للشفيع الأخذ بأي بيع شاء.

أما المشرع الجزائري فقد فرق بين الحقوق العينية التي تترتب على العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة وبعدها، فالحقوق العينية التي تترتب على العقار سواء من قبل البائع أو المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة تسري على الشفيع فمثلا إذا ترتب على العقار بيع فعلى الشفيع أن يأخذ بالبيع الثاني وبالشروط التي اشترى بها المشتري الثاني وإذا ترتب عليه حق الانتفاع أخذ العقار محملا بهذا الحق أما إذا ترتب على العقار حق عيني بعد تسجيل الإعلان بالرغبة فإن هذا الحق لا يسري في حق الشفيع سواء رتب البائع أو المشتري وهذه الحالة موافقة لما جاء في الفقه المالكي وبالتالي فإن العلاقة بين الشفيع والغير تكاد تكون منعدمة في الفقه المالكي وهي محدودة في القانون المدني الجزائري.

(1) - الملكية ونظرية العقد/محمد أبو زهرة، ص. 191.

المبحث الثالث

مسقطات الشفعة

المطلب الأول: في الفقه المالكي.

الفرع الأول: الترك.

الفرع الثاني: مرور الزمن

الفرع الثالث: مسقطات أخرى

المطلب الثاني: في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه بالأخذ بالشفعة

الفرع الثاني: مرور سنة على تسجيل عقد البيع

الفرع الثالث: في الحالات التي نص عليها القانون

المطلب الأول: في الفقه المالكي:

الفرع الأول: الترك:

قد تسقط الشفعة بترك الشفيع لها صراحة بتصرف يدل على الترك أو بمرور الزمن.

أولاً: الترك الصريح:

كأن يقول الشفيع أبطلت الشفعة، أو أسقطت حقي في العقار المشفوع فيه، وغيرها من العبارات الصريحة في دلالتها على الترك، ذلك أن من شروط الشفعة عدم الرضا بالبيع ولأن الشفعة حق الشفيع فله أن يتمسك به كما له أن يتنازل عليه، فإذا تنازل سقطت شفيعته والساقط لا يعود إلا بسبب جديد.

على أن يكون هذا الترك بعد البيع وقبل الأخذ، لأنه قبل البيع لم يثبت السبب الداعي للشفعة، فلا تثبت وبعد الأخذ تثبت ملكية العقار المشفوع فيه فلا يسقط الحق إلا بالفسخ⁽¹⁾.

قال أبو عمران: ست مسائل لا يعتبر فيها إسقاط الحق وذكر منها الشفعة قبل الشراء⁽²⁾.

وقد جاء في المدونة: "ولو قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء اشترى فقد أسلمت لك الشفعة، وأشهد بذلك، فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له، وإن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، إن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفيعته"⁽³⁾.

وورد فيها أيضاً: "قلت: رأيت رجلاً قال: إشهدو أنني قد أخذت شفيعتي ثم قال: قد بدى لي؟ قال: قال مالك: إذا كان قوله ذلك بعد اشتراء وقد علم بالثمن فقد لزمه ذلك، وإن كان لم يعلم بالثمن فله أن يترك إن أحب"⁽⁴⁾، بمعنى له أن يسقط شفيعته بعد الطلب ما لم يعلم بالثمن.

ثانياً: الترك الضمني: وتسقط الشفعة أيضاً بقيام الشفيع بتصرف يدل على الترك كالمقاسمة، والسكوت مع رؤية المشتري يهدم ويبنى ويغرس.

(1) - الملكية ونظرية العقد/محمد أبو زهرة، ص. 194.

(2) - الذخيرة/ القرافي، ج7، ص. 379.

(3) - مواهب الجليل/ الخطاب، ج7، ص. 391.

(4) - المدونة الكبرى/ سحنون، ج4، ص. 231.

الفصل الثاني إجراء البيع الشفعة وأثارها ومستأثما

وقال اللحمي: يسقطها سبعة: وذكر منها إحداث المشتري البناء والغرس والهدم ومساومة الشفيع للمشتري أو مساقاته أو كراهه وهذه فيها خلاف.

قال أشهب: "لا يضر الشفيع كراء الشقص من المبتاع ولا مساومته ولا مساقاته لأنه يقول فعلت ذلك كما يفعله غيري بحضرتي وسامته لأعلم الثمن، وكذلك لو حضر وهو يباع في المزايدة فزايده ثم يبع لحضرتة، قال أشهب: ولو قاسم المشتري الشفيع بطلت شفيعته".
والخلاف في المساقاة إنما هو في أقل من سنة، أما السنة فأكثر فيبطلها⁽¹⁾.

ثالثا: رجوع الشفيع عن شفيعته بعد تركها:

وقد تحدث أن يترك الشفيع شفيعته ثم يرجع فيها كأن يترك لكثرة الثمن ثم يظهر قلته فله الأخذ ويحلف أنه ما سلم إلا لكثرة الثمن.
وقد يقال له اشترى نصف النصيب ثم يتبين له أنه الجميع فله الأخذ لأنه قد رغب في الجميع دون بعضه.

وقد يقال أن المشتري فلان فيظهر انه مع غيره فله الأخذ أيضا لأنه قد يريده مستقلا لا شريكا.

وقال ابن يونس: "لا يمين له عند أشهب في كثرة الثمن لظهور سبب التسليم".⁽²⁾

الفرع الثاني: مرور الزمن:

إذا ترك الحاضر الأخذ بالشفعة مع علمه بوجودها ففيه روايتان:

الأولى: إذا مرت سنة انقضت شفيعته بمعنى سقط حقه فيها.

الثانية: أنه لا تسقط شفيعته أبدا سواء كان حاضرا أو غائبا ما لم يسقطها أو يظهر منه ما يدل على إسقاطها⁽³⁾، بمعنى أن سقوط الشفعة بمروءة الزمن له خلاف.

(1) - المرجع السابق، ج4، ص. 231.

(2) - الذخيرة/ القراني، ج7، ص. 376.

(3) - التفريع/ أبي القاسم ابن الجلاب البصري، مج2، ص. 345.

وقد ورد في المدونة: أن مالك لا يرى السنة قاطعة للشفعة حتى لو كتب شهادته على أن يحلف مكان وقوفه تركا للشفعة ولو تباعد⁽¹⁾.

وعن أشهب: إذا أحدث المبتاع هدمًا أو مرمة انقطعت قبل السنة وإلا فسنة⁽²⁾.

وعليه فإنني أرى أن ما ذهب إليه أشهب هو الأنسب ذلك أن السنة مدة كافية للمطالبة بالشفعة، وأيضا تحديد المدة لسنة يجعل الملك يستقر في يد صاحبه بخلاف إذا لم تحدد مدة للسقوط أو حددت مدة طويلة.

الفرع الثالث: مسقطات أخرى:

أولا: بيع الشفيع العقار المشفوع به قبل أن يقضى له بالشفعة.

فإذا باع الشفيع العقار المشفوع به قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها وقبل الحكم بها سقطت شفيعته، وباتفاق الفقهاء لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه⁽³⁾.

وهذا ما ورد في قول اللخمي: وهو أن يبيع الشفيع للشقص الذي يستشفع به يسقط الشفعة⁽⁴⁾.

ثانيا: تجزئه المشفوع فيه:

اتفق الفقهاء على أن الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فإذا تنازل الشفيع عن جزء من نصيبه في العقار المشفوع فيه كالنصف مثلا سقط حقه في الشفعة في كل المبيع، فتسليمه النصف يسقط حقه فيه صراحة، ويسقط حقه في الباقي، لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري، وبالتالي يسقط حقه في الشفعة في كل العقار المشفوع فيه⁽⁵⁾.

(1)-المدونة الكبرى/ سحنون، ج4، ص. 217.

(2)-الذخيرة/ القراني، ج7، ص. 373.

(3)- الفقه الإسلامي وأدلته/ وهبة الزحيلي، ج5، ص. 840.

(4)-الذخيرة/ القراني، ج7، ص. 375.

(5)-الفقه الإسلامي وأدلته/ وهبة الزحيلي، ج5، ص. 844.

ثالثا: وتسقط الشفعة أيضا:

إذا لم يدفع الشفيع الثمن للمشتري خلال ثلاثة أيام أو خلال المدة التي يحددها الحاكم وذلك حسب الحالات التي ذكرتها سابقا والمتعلقة بمتى يدفع الشفيع الثمن؟⁽¹⁾.

المطلب الثاني: في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 807 من القانون المدني على أنه: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

- إذا تناول الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.
 - إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.
 - في الأحوال التي نص عليها القانون»
- وعليه سأعرض مسقطات الشفعة في ثلاث فروع وفقا للترتيب الذي جاءت به المادة.

الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:

تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يعتبر تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يؤدي إلى سقوط الشفعة⁽²⁾. وهذا النزول قد يكون بمقابل وقد يكون بغير مقابل كما يمكن أن يكون صريحا ويمكن أن يكون ضمنيا.

فالنزول الصريح يخضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني والنزول الضمني يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات.

ويعتبر نزولا ضمنيا كل عمل أو تصرف يستفاد منه نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة كأن يتوسط الشفيع بين البائع والمشتري في البيع، أو يتفق مع المشتري على تقرير حق إرتفاق لمصلحة العقار المبيع أو عليه أو يضمن المشتري في الثمن...

أما عن الوقت الذي يتم فيه النزول فإنه يجوز للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد طلبها ويضل حقه في النزول قائما ما دام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم أو بتسليم المشتري الشفعة، فبتمام

(1) - حاشية الدسوقي/ الدسوقي، ج5، صص. 234-235.

(2) - الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية/ منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، ص. 95.

الأخذ لا يصح الشفيع النزول عن حقه في الشفعة، لأنه يكون حل نهائي محل المشتري في عقد البيع⁽¹⁾.

كما يجوز للشفيع النزول عن حقه في الأخذ بالشفعة حتى قبل البيع وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 01/807 «إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع».

وقد كانت هذه المسألة محل خلاف في القانون المصري القديم فالقواعد العامة تقضي بعدم جواز النزول عن الحقوق وغيرها من المراكز القانونية قبل ثبوتها، إلا أن المشرع المصري حسم الأمر بنص المادة 948 من القانون المدني والتي تنص على جواز التنازل عن حق الشفعة حتى قبل البيع، ويرجع هذا الخروج عن القواعد العامة إلى رغبة المشرع في التضييق من نطاق الشفعة.

وكثيرا ما يرد النزول المتقدم عن الشفعة في العقد الذي تلقى به الشفيع ملكية عقاره.

كما ثار الخلاف حول سقوط الشفعة بموت الشفيع بمعنى هل تورث الشفعة أم لا؟ فذهب البعض إلى أنها لا تورث باعتبار أن المشرع اعتبرها رخصة، والميراث يقتصر على الحقوق بالمعنى الدقيق، ولا يمتد إلى الرخص التي تكون متصلة بشخص صاحبها اتصالا لا يؤدي إلى سقوطها بوفاة.

وذهب آخرون إلى القول بأن حق الشفعة يورث فإذا توفي الشفيع قبل الإعلان بالرغبة كان خلفه العام أن يطالب بالشفعة ويستند هذا الرأي خاصة إلى أن الشفعة وإن كانت مجرد رخصة إلا أنها ترتبط بعقار معين ولا ترتبط بشخص الشفيع، وبالتالي تنتقل إلى ورثته لأنها تتعلق بالأمر المالية⁽²⁾.

الفرع الثاني: مرور سنة على تسجيل عقد البيع:

فإذا بيع العقار المشفوع فيه، وتم تسجيل عقد البيع، ومرت سنة بعد تسجيل عقد البيع دون أن يعلم الشفيع بالبيع سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

(1) - الحقوق العينية الأصلية/ عبد المنعم فرج الصدة، ص. 468.

(2) - نظام الملكية/ مصطفى محمد الجمال، منشأة المعارف، الإسكندرية، صص. 438-440.

أما في القانون المصري فإن سقوط حق الشفيع في الشفعة يكون بمرور أربعة أشهر بعد تسجيل عقد البيع، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 02/948 من القانون المدني المصري: «إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقدة البيع»⁽¹⁾.

فالمشروع المصري وضع مدة قصيرة لسقوط حق الشفيع في الشفعة في حين أن المشروع الجزائري أطل المدة نوعا ما حتى يتسنى للشفيع المطالبة بالشفعة باعتبارها حق من حقوقه.

الفرع الثالث: في الحالات التي نص عليها القانون:

فمن خلال نص المادة 03/807 يتضح أن المشروع الجزائري أن يذكر مسقطات الشفعة على سبيل الحصر، وذلك قوله: «في الأحوال التي نص عليها القانون» .

بمعنى انه توجد حالات أخرى تؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة سأذكرها فيما يلي:

- يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا زال سبب الشفعة قبل تمام الأخذ بها، أي قبل صدور الحكم بثبوتها، أو تسليم المشتري بها، كما لو تصرف الشفيع في العقار المشفوع به تصرفا ناقلا للملكية قبل تمام الأخذ بالشفعة، أو زال عنه هذا الحق نتيجة لتحقق شرط فاسخ، أو لإبطال العقد الذي كسب به هذا الحق⁽²⁾.

- عدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وفقا لنص المادة 799 من القانون المدني الجزائري.

- يجب أن يتم إيداع ثمن البيع والمصاريف خزانة المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة على أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وفقا لنص المادة 801 من القانون المدني الجزائري.

- عدم رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وفق نص المادة 802 من القانون المدني الجزائري.

- بمرور (15) سنة على عقد البيع الغير مسجل وهذه هي مدة التقادم⁽³⁾.

(1)- الحقوق العينية الأصلية/ عبد المنعم فرج الصدة، ص. 464.

(2)- المرجع نفسه، ص. 465.

(3)- الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، ص. 102.

ويستخلص مما سبق أن هناك بعض الاتفاق حول مسقطات الشفعة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

فجدهم يتفقون في القول بأن الشفعة تسقط بتنازل الشفيع سواء كان هذا التنازل صريح أو ضمني إلا أنهم يختلفون في القوت الذي يتم فيه التنازل فالفقهاء المالكية يرون أن للشفيع النزول عن حقه في الشفعة بعد البيع وقبل الأخذ، إلا أن القانون المدني الجزائري نص صراحة على جواز نزول الشفيع عن حقه في الشفعة حتى قبل البيع.

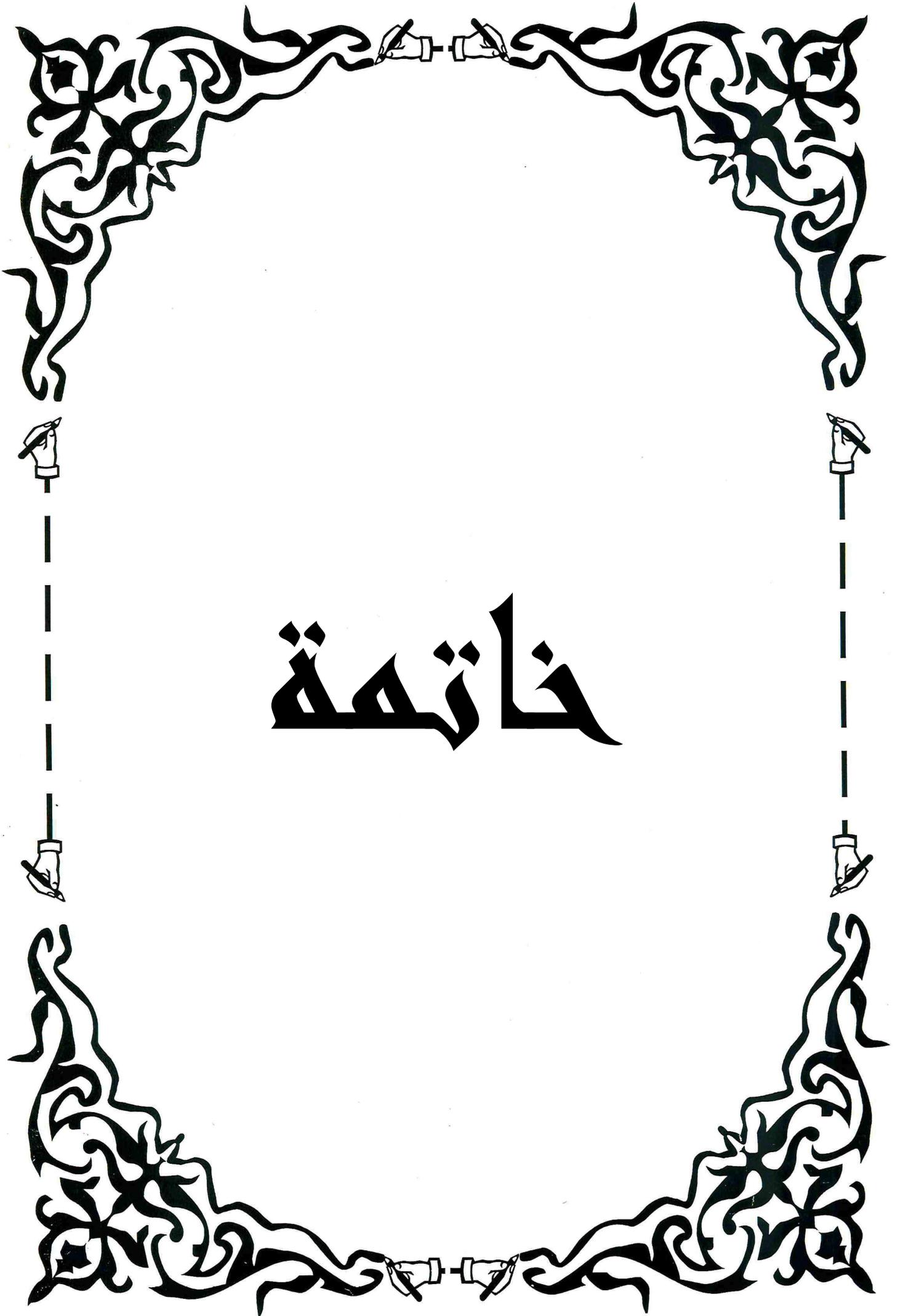
أما عن سقوط الشفعة بمرور الزمن فنجد أن الفقهاء المالكية اختلفوا فيه فمنهم من يقول بسقوطها بمرور سنة، ومنهم من يقول بعدم سقوطها مهما طال الزمن، إلا أن المشرع الجزائري حسم هذا الأمر وحدد المدة بسنة من تسجيل عقد البيع، وبهذا يكون قد أخذ بأحد آراء المالكية.

كما اتفقوا على سقوط الشفعة في الحالة التي يخرج فيها العقار المشفوع به عن ملك الشفيع قبل البيع، وقبل ثبوت حقه فيها.

كما تسقط أيضا إذا لم يدفع الشفيع الثمن للمشتري خلال ثلاثة أيام أو خلال المدة التي يحددها الحاكم في الحالة التي يصرح فيها بالأخذ في حين أن المشرع الجزائري نص على سقوط الشفعة في الحال التي لا يودع فيها الشفيع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة. وهذه الحالة محل خلاف وهو ناتج أساسا على الاختلاف حول اشتراط دفع الثمن قبل رفع الدعوى إذ أن الفقه المالكي لا يشترط ذلك؟

وعليه يمكن القول أن مسقطات الشفعة تتعلق في معظمها بتخلف شرط من شروط الشفعة أو الإخلال بإجراءاتها.

خاتمة



الحمد لله الذي أنعم علي ووفقني إلى إتمام هذا البحث وإن كان لا يخلو من القصور والزلات، وقد حاولت جاهدة أن لم بموضوع الشفعة باعتباره موضوع كثير التشعبات.

وسأذكر فيما يلي أهم النتائج التي توصلت إليها.

أولا النتائج:

- 1) وجود تناسب بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للشفعة.
- 2) الإختلاف حول تحديد طبيعة الشفعة في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وأنسب تكييف لها، هو اعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية وهذا ما قال به القرآني وأخذ به السنهوري.
- 3) الشفعة تورث عند الملكية أما القانون المدني الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة، وهي مسألة خلافية في الفقه القانوني.
- 4) الشفيع في الفقه المالكي هو الشريك فقط أما في القانون المدني فالشفيع هو مالك الرقبة، والشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع.
- 5) عند تعدد الشفعاء يتم ترتيبهم عند الملكية حسب قواعد الميراث فأهل السهم أولا، ثم أهل الميراث ثم باقي الشركاء، وفي القانون المدني يتم ترتيبهم على حسب ما جاء في المادة 795 بمعنى مالك الرقبة، ثم الشريك بالشيوع ثم صاحب حق الانتفاع.
- 6) يتم الأخذ بالشفعة في حالة بيع العقار، وليس المنقول.
- 7) تجب الشفعة عند الملكية في عقود المعاوضات، أما في القانون المدني فلا تجب إلا في عقد البيع.
- 8) عند توالي البيوع للشفيع أن يأخذ بأبيها شاء في الفقه المالكي وليس له إلا الأخذ بالبيع الثاني وفق الشروط التي اشترى بها المشتري الثاني في القانون المدني الجزائري.
- 9) الشفعة على التراخي في الفقه المالكي وعلى الفور في القانون المدني الجزائري.
- 10) يعتبر الإنذار الرسمي إجراء جوهري في القانون المدني الجزائري في حين ليس له وجود في الفقه المالكي.

11) لا يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الثمن في الفقه المالكي في حين أن القضاء بالشفعة يتوقف على دفع الثمن في القانون المدني الجزائري لأن هذا الأخير أوجب إيداع الثمن ومصاريف خزنة المحكمة قبل رفع الدعوى.

12) يحل الشفيع محل المشتري من وقت البيع في الفقه المالكي، ويحل الشفيع محل المشتري من وقت ثبوت الحكم له بالشفعة في القانون المدني الجزائري.

13) يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري في دفع ثمن إذا كان مليا أو أتى بضامن ثقة ملئ عند الفقهاء المالكية، إلا أنه لا يستفيد من ذلك الأجل إلا برضاء البائع في القانون المدني الجزائري.

14) يستفيد الشفيع من إنقاص الثمن ولا يلزم بالزيادة عند المالكية، ويلزم بدفع ما تبقى من الثمن إذا أثبت البائع أو المشتري أن ما دفعه أقل من الثمن الحقيقي، كما له أن يسحب ما يزداد عن الثمن إذا أثبت أن ما دفعه أكثر من الثمن الحقيقي في القانون المدني الجزائري.

15) لا تنفذ التصرفات التي يحدثها البائع أو المشتري في حق الشفيع سواء قبل الأخذ أو بعده إلا إذا تصرف فيه بالبيع فله أن يأخذ بأي بيع شاء، أما في القانون المدني فتسري على الشفيع التصرفات التي تصدر من البائع أو المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة ولا يسري عليه ما يصدر بعدها.

16) تسقط الشفعة بالنزول عنها صراحة أو ضمنا بعد البيع وقبل الأخذ في الفقه المالكي وتسقط ولو قبل البيع في القانون المدني الجزائري .

17)- تسقط الشفعة بمرور الزمن على خلاف الفقه المالكي و بمرور سنة على تسجيل عقد البيع في القانون المدني الجزائري.

18) تسقط الشفعة بخروج العقار المشفوع به قبل البيع عن ملك الشفيع قبل طلب الشفعة أم بعد الطلب وقبل تمام الأخذ.

19) وجود نسبة لا بأس بها من التوافق بين ما جاء في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري من أحكام بخصوص الشفعة .

ثانيا التوصيات:

- 1) بما أن المشرع الجزائري قد استمد أحكام الشفعة من القانون المصري والذي جاءت أحكامه موافقة للمذهب الحنفي باعتباره المذهب المعتمد عندهم كان على المشرع الجزائري إعادة صياغة النصوص المتعلقة بأحكام الشفعة وفق ما جاء في الفقه المالكي باعتباره المذهب المعتمد عندنا.
 - 2) هناك العديد من المسائل التي لم ينص عليها المشرع الجزائري وترك حكمها للفقه والقضاء الذي لم يستقر فيها على رأي أو قرار، وعليه ينبغي على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في هذه المسائل وينص عليها في القانون المدني حتى تتكامل أحكام الشفعة فيه.
- وفي الأخير لا يسعني إلا أن أقول ما أصبت فمن الله وما أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان.
- سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك.

فهرس

المصادر والمراجع

أولاً: كتب الحديث

- صحيح البخاري: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، (1423هـ/2002م). PDF
 - صحيح مسلم: أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1412هـ - 1991م). PDF
 - الموطأ: الإمام مالك بن أنس، ويليه فهرس أطراف أحاديث الموطأ على حروف المعجم، ضبط وتوثيق وتخرّيج، صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع-بيروت- لبنان، ط01، (1429-1430هـ/2009م)، في كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة، 1420.
 - المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط1، (1331هـ)، ج6.
- ثانياً: كتب الفقه المذهبي:

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق وتعليق ودراسة علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب أهل السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، مج05.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين بكر بن مسعود الكساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (1424هـ./2003م)، ج5. PDF
- تبين الحقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شرح كنز الدقائق لأبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي ومعه حاشية الشلي على هذا الشرح، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1420هـ./2000م)، ج6.
- التفريع: في فقه الإمام مالك بن أنس أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، تحقيق السيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، مج2.
- تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك: أبي الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي المغربي، تحقيق عثمان غزاك، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1(2007م).

- تهذيب مسائل المدونة المسمى التهذيب في اختصار المدونة: خلف بن أبي القاسم محمد الأسدني القيرواني البراذعي، تحقيق وتعليق، أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (2006)، ج2.
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، صالح عبد الشفيح الآبي الأزهري، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، مج 2.
- حاشية الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير وبالهامش تقارير المحقق محمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش، خرج آياته وأحاديثه محمد عبد الله الشاهين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (1417هـ/1996م)، ج5.
- الحاوي الكبير: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق وتعليق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، قدم له محمد بكر إسماعيل عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1414هـ/1994م) ج7، PDF.
- الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، (1994م)، ج7.
- الشرح الصغير: أحمد الدردير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية، مؤسسة العصر، منشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج3.
- الفروق: أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق، لأبي القاسم بن عبد الله بن شاط، وبجاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية لمحمد علي محمد بن الحسين المكي المالكي، ضبطه وصححه خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (1998م)، ج3.

- كتاب النيل وشفاء العليل: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، ط3، (1405هـ/1985م)، ج11.
 - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس: روية سحنون ابن سعيد التنوخي، عن عبد الرحمن بن قاسم ويليها مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، (1415-1994م)، ج4، PDF.
 - المعونة على مذهب عالم المدينة: أبي عبد الله ملك ابن أنس إمام دار الهجرة، أبي محمد عبد الوهاب علي بن نضر المالكي، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج2.
 - المغني: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامي على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخزقي، ويلي شرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبي فرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامي المقدسي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
 - مواهب الجليل شرح مختصر خليل: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، ضبط وخرج آياته وأحاديثه زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج7.
- ثالثا: كتب الفقه العام:

- أحكام المعاملات الشرعية: علي الحفيف، دار الفكر العربي، ط1، (1417هـ/1996).
- أعلام الموقعين عن رب العالمين: أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن القيم الجوزية، ضبط وتعليق وتخرىج محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، ط2، (1998م)، ج2.
- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته: دراسة مقارنة، محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، (1417هـ/1996م).

• الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط2، (1405هـ/1985م)، ج5.

PDF

• مجموع الفتاوى: لشيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الخرائي، تحقيق: مصطفى عبد القدر عطا، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، (1421هـ./2000م)، مج17، ج30.

• الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي. PDF

• نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الجيل، بيروت- لبنان، مج3.

رابعا: كتب القانون:

• الحقوق العينية الأصلية: محمد حسين منصور، الدار الجامعية.

• الحقوق العينية الأصلية: توفيق حسن فرج، الدار الجامعية.

• حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني: حسن محمد أحمد بودي، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية (2004م).

• شرح القانون المدني والحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية والحقوق المنشقة من حق الملكية: دراسة موازنة بالمدونات العربية، محمد وحيد الدين سوار، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار الثالث، (1999).

• الشفعة علما وعملا: نبيل إبراهيم سعد، منشأة المعارف، الإسكندرية.

• القانون المدني: أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395م، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم وفقا لأحدث التعديلات.

• مصادر الحق في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق السنهوري، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط2، الجديدة، (1998م)، ج1.

• موجز الحقوق العينية الأصلية: محمد حسين قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، (2005)، ج1.

• نظام الملكية: مصطفى محمد الجمال، منشأة المعارف، الإسكندرية.

• الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، رمضان أبو السعود، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (2002).

• الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج9.

خامسا: كتب اللغة:

• القاموس الفقهي لغة واصطلاحا: سعدي أبو جيب، دار الفكر، ط2، (1408هـ، 1988م)، بيروت.

• القاموس المحيط: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزي أبادي الشيرازي الشافعي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج3.

• كتاب العين مرتبا على حروف المعجم: تصنيف الخليل بن أحمد الفراهيدي، ترتيب وتحقيق عبد الحميد هندواي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، مج2.

• لسان العرب: جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، حققه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، منشورات محمد علي بيضون، لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، مج8.

سادسا: الدراسات السابقة:

• الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري: (مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء) للطالب القاضي عيشور علي، دفعة 12، (2001-2004).

- الشفعة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني: رسالة ماجستير، إشراف محمد الأخصر المالكي، الضيف كيفاجي، سنة (1998-1999م).
- الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير إعداد منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، إشراف علي السرطاوي.



فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	3
شكر وتقدير	4
مقدمة	6

الفصل الأول: ماهية الشفعة

المبحث الأول: مفهوم الشفعة وطبيعتها	12
المطلب الأول: مفهوم الشفعة	13
الفرع الأول: تعريف الشفعة	13
أولاً: التعريف اللغوي	13
ثانياً: التعريف الشرعي	14
ثالثاً: التعريف القانوني	15
الفرع الثاني: مشروعية الشفعة	16
أولاً: حكم الشفعة	16
ثانياً: الحكمة من الشفعة	18
المطلب الثاني: طبيعة الشفعة	19
الفرع الأول: الخلاف في تحديد طبيعة الشفعة	19
أولاً: الخلاف الفقهي	19
ثانياً: الخلاف القانوني	23
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على هذا الخلاف	24
أولاً: النتائج المترتبة على الخلاف الفقهي	24
ثانياً: النتائج المترتبة على الخلاف القانوني	26
المبحث الثاني: شروط الأخذ بالشفعة	29
المطلب الأول: وجود الشفيع	30
الفرع الأول: من هم الشفعاء	30

30	أولاً: في الفقه المالكي
33	ثانياً: في القانون المدني الجزائري
36	الفرع الثاني: شروط الشفيع
36	أولاً: في الفقه المالكي
37	ثانياً: في القانون المدني الجزائري
39	الفرع الثالث: تعدد الشفعاء
39	أولاً: في الفقه المالكي
41	ثانياً: في القانون المدني الجزائري
43	المطلب الثاني: بيع العقار
43	الفرع الأول: المبدأ جواز الأخذ بالشفعة في بيع العقار
43	أولاً: في الفقه المالكي
47	ثانياً: في القانون المدني الجزائري
52	الفرع الثاني: البيوع التي لا تجب فيها الشفعة
52	أولاً: في الفقه المالكي
52	ثانياً: في القانون المدني الجزائري

الفصل الثاني: إجراءات الشفعة وأثارها ومسقطاتها

55	المبحث الأول: إجراءات الشفعة
55	المطلب الأول: الفقه المالكي
55	الفرع الأول: طلب الشفعة
55	أولاً: وقت طلب الشفعة
56	ثانياً: طلب الشفعة للقاصر
58	ثالثاً: طلب الخصومة والتملك
58	الفرع الثاني: القضاء بالشفعة
58	أولاً: هل يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع الثمن
58	ثانياً: متى يدفع الشفيع الثمن
60	المطلب الثاني: في القانون المدني الجزائري

60	الفرع الأول: الإنذار الرسمي وإعلان الرغبة
60	أولاً: الإنذار الرسمي
62	ثانياً: إعلان الرغبة
65	الفرع الثاني: إيداع الثمن ورفع الدعوى
65	أولاً: إيداع الثمن خزانة المحكمة
69	ثانياً: رفع الدعوى
74	المبحث الثاني: آثار الشفعة
75	المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع
75	الفرع الأول: في الفقه المالكي
75	الفرع الثاني: في القانون المدني
76	أولاً: محل الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة
77	ثانياً: محل الشفيع محل المشتري من وقت الدفع
78	المطلب الثاني: العلاقات المترتبة على ممارسة الشفعة
78	الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع
78	أولاً: في الفقه المالكي
79	ثانياً: في القانون المدني الجزائري
83	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري
83	أولاً: في الفقه المالكي
85	ثانياً: في القانون المدني الجزائري
86	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير
86	أولاً: في الفقه المالكي
88	ثانياً: في القانون المدني الجزائري
91	المبحث الثالث: مسقطات الشفعة
92	المطلب الأول: في الفقه المالكي
92	الفرع الأول: الترك

92	أولاً: الترك الصريح
93	ثانياً: الترك الضمني
94	ثالثاً: رجوع الشفيع عن شفيعته بعد تركها
94	الفرع الثاني: مرور الزمن
95	الفرع الثالث: مسقطات أخرى
95	أولاً: بيع الشفيع العقار المشفوع به قبل أن يقضى له بالشفعة
95	ثانياً: تجزئة الشفعة
	ثالثاً: تسقط الشفعة أيضاً إذا لم يدفع الشفيع الثمن للمشتري خلال ثلاثة أيام أو المدة التي يحددها
96	الحاكم
96	المطلب الثاني: في القانون المدني الجزائري
96	الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة
97	الفرع الثاني: مرور سنة على تسجيل عقد البيع
98	الفرع الثالث: في الحالات التي نص عليها القانون
101	الخاتمة
105	قائمة المصادر والمراجع
112	فهرس الموضوعات

الملخص

تعتبر الشفعة من اخطر القيود الواردة على حرية التملك – حرية التصرف والتعاقد – فموجبها يجد المشتري نفسا مجيرا عن التخلي عن العقار الذي اشتراه كما يجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر غير الذي باع له وأيضا يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش بنوده و شروطه ولم يشارك في انعقاده . هذه الطبيعة الخاصة للشفعة أدت بالمشروع إلى إحاطتها بمجموعة من القيود الإجرائية الموضوعية. والشفعة حق من الحقوق المقررة في الشريعة الاسلامية لحكمة سامية، وقد إستمد القانون أحكامه منها حيث نظمها ضمن نصوص خاصة لا يجوز التوسع فيها لأنها جاءت خلاف الأصل وقد ثار جدل كبير حول تحديد الطبيعة القانونية للنفقة فمنهم من اعتبرها حق شخصي، ومنهم من لم يعتبرها حق أصلا وإنما إعتبرها رخصة، وعليه فإننا نجد أن المشرع الجزائري عرفها في المادة 794 من القانون المدني بأنها رخصة.

الكلمات المفتاحية

الحقوق العينية؛ الملكية؛ الملك التام؛ الرخصة؛ الإرادة المنفردة؛ أسباب التملك؛ بيع العقار؛ حقوق الغير؛ حرية التملك؛ الشفعة.

نوقشت يوم 27 أبريل 2016