

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة :

• لحضيبي وردية

من إعداد الطلبة

• أبركان جهيدة

• أيت أعراب سارة

لجنة المناقشة :

دكتور : تريكي فريد رئيسا

الأستاذة : لحضيبي وردية مشرفا

الأستاذ : لفقيري عبد الله ممتحنا

السنة الجامعية
2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

بداية أشكر الله العظيم الذي أمدنا بالصبر والعزيمة لأداء هذا العمل المتواضع
والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله أشرف المرسلين
إلى أعز شخص في حياتي - إلى من كان دعاؤها سر نجاحي.
إلى من أمدني بالحب والحنان والعتاء، إلى قرّة عيني.

"أمي الغالية"

إلى من شاءت إرادة الله عزّ وجلّ أن يرحل إلى

"روح والدي الطاهرة"

فدعائي الخالص أن يرحمه الله برحمته الواسعة ويسكنه فسيح جنانه.

إلى أختي الوحيدة "رادية".

إلى إخوتي كلّ باسمه.

إلى جميع عائلتي من قريب أو من بعيد.

إلى رفيقتي التي شاركتني هذا العمل زميلتي الغالية "جهيدة".

إلى جميع الصديقات، أخصّ بالذكر سعيدة، سهام، ويسام التي طالما قدمت لي يد
المساعدة.

"إلى من كان سندا لي"

إلى كلّ من أعانني وساندني ولو بالكلمة الطيبة وساهم في إنجاح هذه المذكرة من
قريب أو بعيد.

تقبلوا مني فائق الشكر والتقدير والاحترام.

سارة

إهداء

الحمد لله الذي وفقني لهذا بغير حول ولا قوة مئني، والصلاة والسلام على سيدنا المصطفى وعلى آله وصحبه أجمعين.

أهدي ثمرة جهدي إلى العزيزين والغاليين على قلبي **والديّ أبي وأمي**، أدعو الله أن يحفظهما و يمدهما بالصحة و العافية، اللذان كانا لي دعما طيلة مشواري الدراسي.

إلى أخي وأختي الحبيبان بلال وخليدة.

إلى كل عائلتي من قريب أو بعيد.

وأخص بالذكر أختي وصديقتي الغالية "سارة"، التي تقاسمنا هذا العمل من بدايته إلى نهايته وهذا بفضل الله عزّوجلّ.

إلى أعز أصدقائي الذين كانوا سندا لي

بداية بصديقات الدراسة... **ريمه، سهام، أنيسة، سعيدة والغالية ويسام... عبد الحق وسليم**

الذين كانوا دعما لي و ساندوني بالتشجيع والكلمة الطيبة.

تقبلوا مني جزيل الشكر.

جهيدة

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

" ربّ أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ وأن أعمل صالحا ترضاه".
صدق الله العظيم. الآية 19 من سورة النمل

نشكر الله العليّ القدير الذي رزقنا بالعلم والمعرفة وأنار لنا دربنا لأداء هذا العمل المتواضع .

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الاستاذة المحترمة "لحضيبي وردية" التي كانت سندنا لنا، ونعم السند

وأمدتنا بنصائحها القيّمة، وأشرفت على عملنا هذا من بدايته حتى نهايته.

والشكر الجزيل للأستاذ " لفقيري " الذي زودنا بالمراجع ولم يبخل علينا بالنصائح.

إلى لجنة المناقشة المحترمة كلّ باسمه.

نتقدم بوافر التقدير والاحترام إلى كلّ من ساندنا وأمدنا ولم يبخل علينا في عملنا هذا وشكرا.

من طرف

أبركان جهيدة

أيت أعراب سارة



قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

د : الدكتور.

ص: صفحة.

ص ص : صفحة صفحة.

ج : الجزء.

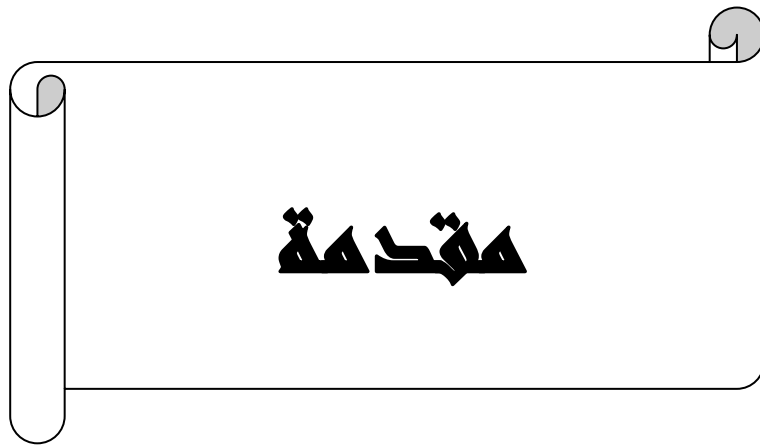
ج ر : جريدة رسمية .

د ط : دون طبعة.

د.ب.ن: دون بلد نشر.

ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

ق.إ.م.إ : قانون إجراءات مدنية إدارية.



يعتبر حق الملكية من الحقوق التي تسمح للشخص بتملك ما شاء من الأموال، منقولة كانت أو عقارية ولكن باحترام الضوابط والمعايير التي تقضي بها التشريعات. وفقا لما نصت عليه المادة 674 من القانون المدني الجزائري التي تقضي أنّ " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرّمه القوانين والأنظمة".

ونجد أن الملكية كغيرها من الحقوق العينية الأخرى تكتسب بأسباب مختلفة. فقد تكون عن طريق الاستيلاء على مال لا يملكه أحد، أو انتقال المال من مالك إلى آخر، وهنا الانتقال يكون إمّا بسبب الوفاة، كالميراث والوصية أو بين الأحياء إمّا بالتراضي كالعقد، أو جبرا على إرادة المالك الأول كالشفعة، ونجد أنّ المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى الشفعة في أحكامه، فالقانون الجزائري جعل من الشريعة الإسلامية مرجعا أصليا.

فالشفعة وفقا لذلك هي من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية فتعتبر هذه الأخيرة هي المصدر التاريخي لها، والتي أقرت الشفعة لغاية رفع الضرر عن الشفيع، بسبب اتصال ملكه بالعقار فهي تمنع تجزئته، وتؤدي بذلك وظيفة تجميع الحصص الشائعة المبعثرة في يد واحدة.

وبمبادئ الشريعة الإسلامية تأثر المشرع الجزائري، ونظم أحكام الشفعة في المواد من المادة 794 إلى المادة 807 من القانون المدني الجزائري، وهذا ضمن الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية.

ف نجد أنّ كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني، قد بيّنوا أحكاما حتى لا تعد الشفعة وسيلة لسلب أموال الناس بغير وجه حق، باعتبار أنّ هذه الأحكام هي المعيار لاستحقاق الشفعة للشفيع، فوضعوا مجموعة من الشروط الواجب توافرها للأخذ بالشفعة، سواء تعلق الأمر بالشخص الشفيع أو بالتصرف المشفوع فيه أو بالمال المشفوع فيه.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع و المشاكل التي تصادف المتقاضين، وكثرة اختلافهم في قضايا الشفعة، وبالنظر لكون موضوع الشفعة لم يحظى بالدراسات الكافية، خصوصا من طرف الباحثين

الجزائريين وهذا ما لوحظ في إطار البحث عن المراجع الجزائرية خاصة، فهذا ما دفع بنا لدراسة موضوع الشفعة والإحاطة بكل مشتملاتها كدراسة مقارنة بين ما أقرته الشريعة الإسلامية وبين ما أخذ به المشرع الجزائري.

وهذا من خلال الإجابة عن الإشكالية: ما هو النظام القانوني لحق الشفعة في الفقه الإسلامي ومدى أخذ المشرع الجزائري به؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية الجوهرية قسمنا البحث إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول النظام التشريعي للشفعة في مبحثين مرتبطين في الغاية والهدف من حيث البحث عن ماهية الشفعة وأحكام تنظيمها، وتطرقنا في الفصل الثاني للآثار المترتبة عن الشفعة في مبحثين تطرقنا في المبحث الأول لآثار الشفعة والمبحث الثاني مسقطات الشفعة وذلك في إطار دراسة مقارنة بين ما جاءت به شريعتنا الغراء ومدى أخذ المشرع الجزائري بها وهل وفق في ذلك.



الفصل الأول

الفصل الأول

النظام التشريعي للشفعة

تعتبر الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية، فلا تعتبر سببا اختياريا، بل تعدّ من قبيل نزع الملكية من صاحبه جبرا والحلول محله، فيجد المشتري نفسه مجبرا على التخلّي عن المال الذي اشتراه لفائدة شخص آخر لا يعرفه ألا وهو الشفيع وهذا بعد تمام الصفقة مع البائع لكون الشفيع قد توافرت فيه جملة من الشروط واتبع جملة من الإجراءات تجعله يمتلك هذا المال دون المشتري.

وعلى هذا سنحاول التطرق في هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في كل مبحث ماهية الشفعة وأحكام تنظيمها على التوالي بين ما أقرته الشريعة الإسلامية وبين ما أخذ به المشرع الجزائري.

المبحث الأول

ماهية الشفعة

تعتبر الشفعة أثر من آثار عقد البيع، وهذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية وكما أنّ المشرع الجزائري نظّم أحكامها ضمن القانون المدني في 14 مادة.

سنتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الشفعة في مطلب أول وأركان الشفعة في مطلب ثان بالإضافة إلى شروط الشفعة في مطلب ثالث.

المطلب الأول

تعريف الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الشفعة ومشروعيتها في الشريعة الإسلامية في فرع أول وتعريف الشفعة وتكييفها في القانون المدني في فرع ثاني.

الفرع الأول

تعريف الشفعة ودليل مشروعيتها في الشريعة الإسلامية

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشفعة لغة واصطلاحاً، ثم إلى دليل مشروعيتها في الشريعة الإسلامية.

أولاً: تعريف الشفعة

سنتناول التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي

أ- لغة:

الشفعة بضم الشّين وتسكين الفاء، لفظ مأخوذ من الشفع، وهو الضم أي ضد الوتر وجاء

في المصباح المنير للفيومي في مادة شفع، قول شفعت الشيء من باب نفع أي ضمته إلى الفرد وشفعت الركعة أي جعلتها اثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة⁽¹⁾.

وقيل لغة أنّ الشفعة مشتقة من الزيادة، فقد سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: اشتقاقها من الزيادة وهي أن تشفع فيما تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده، أي أنّه كان وترا واحداً فضمّ إليه ما زاده وشفعه به.

والشفعة يصح أن تؤخذ من شفع بمعنى ضم-وسميت بذلك لما فيها من ضم نصيب إلى نصيب⁽²⁾، ويصحّ أن تؤخذ من شفع بمعنى زاد- لأنّه يزيد ملكه بسبب الشفعة⁽³⁾.

وقيل في قوله تعالى "من يشفع شفاعه حسنة"⁽⁴⁾، معناه من يزد عملاً صالحاً إلى عمله⁽⁵⁾.

ب-اصطلاحاً

عرفها بعض فقهاء المالكية فقالوا هي استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته الذي باع به بجملة⁽⁶⁾، لكن الشفعة عند الحنفية تثبت للشريك والجار.

وأما جمهور الفقهاء غير الحنفية، فقد عرفها على أنّها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار، بثمنه أو قيمته.

وقد عرف الإمام علي بن أبي طالب-كرم الله وجهه- الشفعة على أنّها حق الشريك أو الجار تملك العقار المبيع بالثمن الذي تم به البيع جبراً عن البائع والمشتري.

¹- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوقية العينية الأصلية، مصادرها وأحكامها في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص.102.

²- محمد صبحي بن حسن، اللباب في فقه السنة والكتاب، مكتبة الصحابة، الإمارات، 2007، ص.450.

³- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.103.

⁴- الآية 85 من سورة النساء.

⁵- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 3، المكتبة العصرية، بيروت 2004، ص.461.

⁶- قاسم محمد النوري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المجلد 7، دار المنهج للطباعة والنشر والتوزيع، 2000، ص.527.

فالشفعة ممّا سبق إذن هي حق تملك الشفيع للعقار جبراً وهو العنصر الجوهرى والمميز للشفعة، مع دفع الثمن للمشتري كمقابل لتنازله عن العقار.

ثانياً: دليل مشروعية الشفعة

تستمد الشفعة دليل مشروعيتها من الشريعة الإسلامية في كلّ منّ السنّة والإجماع الذين أقرّوا بجواز الأخذ بها، فقد اختلف الفقهاء من حيث ثبوت الشفعة من عدمها.

أمّا من حيث السنّة

ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلّم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود(*) وصرفت الطرق(*) فلا شفعة⁽¹⁾ متفق عليه.

وما ورد في موطأ الإمام مالك-رحمه الله- روى عن جابر رضي الله عنه قال: "قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة(*) أو حائط(*) لا يحل له أن يبيع حتى يستأذنه فهو أحق به"⁽²⁾.

وعليه يظهر لنا أنّ الشريعة الإسلامية أخذت بالشفعة وما يؤكد لنا ذلك هو عمل الصحابة والخلفاء الراشدون عليهم رضوان الله، إذ قضى بها الكثيرون ومنهم الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه⁽³⁾.

*- وقعت الحدود: صارت مقسومة.

*- صرفت الطرق: بيّنت.

¹- هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة حديث رقم 2099، صحيح البخاري، ج 02.

*- ربعة: المنزل ودار الإقامة.

*- الحائط : البستان.

²- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، المجلد 5، المكتبة العصرية للطباعة والنشر بيروت، 2007، ص 2873.

³- علي عيشور، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مذكرة تخرج لنيل رتبة في القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004، ص 4.

أما من حيث الإجماع

يقول الإمام إبراهيم بن المنذر: "أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط، والمعنى من ذلك أنّ أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكّن من بيعه لشريكه، وذلك لتخليص شريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي فالشرع هنا أقرّ بأحقية الشريك في الشفعة وتفضيله على الأجنبي"⁽¹⁾.

وقد خالفه الرأي أبو بكر بن الأصم إلى عدم ثبوت الشفعة؛ لأنّ في ذلك إضرار بأرباب الأملاك فالمشتري لو علم أنّه يؤخذ منه إذا ابتاعه لما ابتاعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فسيتضرر المالك، وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار والإجماع المنعقد قبله والجواب على ذلك من وجهين:

أولها: أن نشاهد الشركاء يبيعون ولا يتقدم من يشتري منهم غير شركائهم، ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

ثانيها: أنّه يمكن إذا ألحقته بذلك مشقّة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة⁽²⁾.

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مشروعية الشفعة وإباحتها، وأنّها حق الشريك والجار، فله أن يطالب به وذلك بقوة أدلتهم، وملائمتها لروح العدالة التي تتميز بها الشريعة الإسلامية، فبالشفعة يرتفع الضرر الذي قد يصيب بينما لا يضر الأجنبي، لأنّه سيحصل على الثمن الذي دفعه. وحديث الرسول الله ﷺ "لا ضرر ولا ضرار" ما يؤكد على ذلك.

ثالثا: حكم الشفعة

الأصل أنّه لا تجوز الشفعة لأنّ فيها بيع الرجل ملكه بغير رضاه؛ لأنّ أصل البيع يكون

¹ - عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد حلو، الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج 15، الهجر للطباعة والنشر والتوزيع 1993، ص. 358-359.

² - خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2008، ص. 17.

بالتراضي فالشفعة تثبت للشريك قصد دفع الضرر عنه، إذا تصرف شريكه بالبيع بجزء في العقار، وتتخذ بالثمن الذي وقع به البيع.

الفرع الثاني

تعريف الشفعة وتكييفها في القانون المدني

بعدما تطرقنا إلى تعريف الشفعة في الشريعة الإسلامية، سنتناول في هذا الفرع تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري وتكييفها القانوني.

أولاً: تعريف الشفعة

عرّف المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 من القانون المدني التي تنص على أنّ "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"⁽¹⁾.

وهذا ما جاءت به معظم التشريعات الأخرى مثل القانون المصري في المادة 935⁽²⁾.

ونستنتج من مضمون المادة 794 ق.م.ج؛ أنّ الشفعة تعد سبب من أسباب كسب الملكية إذا ما استعملها الشفيع لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع، الذي يحل محل هذا المشتري بشروط مذكورة في المواد التالية للمادة 794 ق م ج⁽³⁾، وهنا نفترض وجود عقد بيع وارد على عقار.

ويتفق هذا التعريف مع ما ورد في الشريعة الإسلامية من تعريف للشفعة، كونها حق تملك العقار المبيع كلّهُ أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن.

¹- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 20-12-1975، المعدل والمتمم.

²- تنص المادة 935 من القانون المدني المصري " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها بالمواد التالية: ..."

³- علي عيشور، المرجع السابق، ص.6.

ثانيا: التكييف القانوني للشفعة

بعدها رأينا تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري، سننتقل إلى التكييف القانوني لها.

لقد ثار جدل فقهي وقانوني بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للشفعة، فطرحنا عدة تساؤلات حول الطبيعة القانونية لهذه الأخيرة، هل هي حق شخصي أم هي مجرد رخصة؟ أم أنّها سبب من أسباب كسب الملكية.

في اعتبارها حق عينيا نجد بأنّ الذين يقرّون بهذا الرأي، يستندون في قولهم إلى أنّ الشفعة باعتبارها حق عيني مصدره ملكية العقار المشفوع به. وهناك من اعتبرها حقا شخصيا ومعنى ذلك أنّ الشفيع لا يستعمل دعوى عينية؛ إنّما حقا شخصيا لصيقا به وهو أن يصير مشتريا بالأفضلية.

وهناك من اعتبرها طريق من طرق كسب الملكية، أي أنّها رخصة استثنائية حيث تؤدي إلى تقييد حرية التصرف وحرية التعاقد، ويتضح لنا أنّ الشفعة لا تعد حقا عينيا ولا شخصا إذ لا يمكن أن يكون السبب المكسب للحق العيني هو بحد ذاته حقا عينيا. فالشفعة من الحقوق الترخيفية أو المنشئة، التي تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري⁽¹⁾.

ويرى البعض أنّ الشفعة هي رخصة وهنا للشفيع الخيار بالأخذ بها أو عدمها، ومن ثم فلا يكره عليها ولا تجوز إلّا في العقار، ومتى ثبت الحق فيها، تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بموجب حكم صادر من القضاء ويعتبر عقدا حقيقيا حلّت فيه سلطة القضاء محل الإرادة⁽²⁾، وهناك جانب آخر يرى بأنّ الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، بل ليست بحق أصلا، وإنّما سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على عقار كحق الانتفاع مثلا؛ لأنّ الفرق واضح بين الحق نفسه وبين كونه سبب من أسباب كسبه.

¹- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص ص 8-9 .

²- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج 5، الملكية، المجرى والمسيل، حق المرور، وضع الحدود الحائط، المشترك المطلات والمناور الشرط المانع من التصرف، الشيوع الاستيلاء، الميراث، الوصية الالتصاق، الشفعة، د ط، المكتب الجامعية الحديث، الإسكندرية، 2001، ص 342.

فمما سبق ذكره من آراء حول تكييف الشفعة فالرأي الراجح، هو أنّ الشفعة ليست حقا عينيا ولا شخصا، إنّما هي واقعة مادية مركّبة وسبب من أسباب كسب الملكية، كما أنّها تعد مصدرا للحق⁽¹⁾، وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري بإيجاز في نص المادة 794 من ق.م.ج أين اعتبر الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري، تتطلب إتباع إجراءات دقيقة حدّدها القانون.

وما نخلص إليه أنّ فقهاء الشريعة اعتبروا الشفعة على أنّها حق تملك جبري يثبت للشفيع فيما ذهب القانون المدني إلى اعتبار الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري، لذا فالاختلاف واضح في تكييف الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

المطلب الثاني

أركان الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

للشفعة أركان وهي الشفيع والمشفوع فيه والمشفوع منه والثمن، وعلى هذا سنتطرق لأركان الشفعة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول

الشفيع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

سنعرض في هذا الفرع إلى الشفيع في كل من الشريعة الإسلامية والشفيع في القانون المدني وكذا الشفيع في القوانين الخاصة.

أولا: الشفيع في الشريعة الإسلامية :

يرى جمهور الفقهاء أنّه لا شفعة إلاّ لشريك في ذات المبيع، حقه مازال مشاعا لم يفرز، فلا شفعة لشريك مقاسم، وتثبت الشفعة للكافر على مسلم عند المالكية، كما تثبت للكافر على

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9 : أسباب كسب الملكية، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.445.

الكافر إذا احتكما إلى الشريعة الإسلامية لأتّهما تساويا في الدين⁽¹⁾.

وقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في أنواع الشفعة وصفة الشفيع، وهذا ما سنراه كما يلي:

أ- الشفعة للمحبس

إذا حبس أحد الشريكين حصته قبل أن يبيع شريكه حصته، فللشريك الأول أن يأخذها بالشفعة ليحسبها في مثل ما حبس فيه نصيبه، وإذا لم يقصد التحبّيس فليس له الأخذ بالشفعة ومثال ذلك: أسامة ومصطفى شريكان في عقار وأنّ أسامة قام بتحبيس نصيبه على جمعية خيرية بينما أراد مصطفى أن يبيع نصيبه في العقار المشاع، فمن حق أسامة أن يأخذ نصيب شريكه ليقوم بتحبيسه على الجمعية الخيرية التي سبق له وأن حبس عليها نصيبه الأول⁽²⁾.

ب- الشفعة لولي القاصر والمحجور عليه

الشفعة من باب تنمية المال وهو من الأفعال النافعة نفعا محضا، والشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك ولذلك فالشفعة حق للصغير ونحوه من المحجور عليهم.

وطلب شفعة الصغير يقوم به أبوه أو وصيّيه، فإن لم يكن فالأم وإلا فالولي والقاضي وليّ لمن لا وليّ له. وعلى وليّ الصغير أن يراعي ما فيه مصلحة الصغير في الأخذ بالشفعة، فإذا أخذ الولي بالشفعة، فلا يملك الصغير نقضها بعد البلوغ باتفاق المذاهب الأربعة، والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء؛ لأنّه محجور عليه وكذلك السفية⁽³⁾.

ج- الشفعة لناظر الوقف والميراث

يقصد بالشفعة لناظر الوقف والميراث؛ أنّه إذا حبس شخص دار على جهة خيرية ولها ناظر فإذا باع الشريك نصفه فليس لناظر الأخذ بالشفعة ولو ليحبس، والشفعة إنّما تكون للمالك وليس

¹- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995 ص.213.

²- خالد أحمد، المرجع السابق، ص.29.

³- المرجع نفسه، ص.31-35.

الناظر كالمحبس. والمالكية أجازوا الأخذ بالشفعة لبيت المال وينتج على ما سبق إرث حق الشفعة، فإذا مات أحد الشريكين ولا وارث له أخذ السلطان^(*) نصيبه لبيت المال ثم باع الشريك الآخر حصته للسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال⁽¹⁾.

د- الشفعة في الميراث

قال الإمام مالك رحمه الله؛ إنَّ الإخوة إذا ورثوا أرضاً، فیتوفى أحدهم عن أولاد ورتوه. ثم باع أحد الأولاد نصيبه؛ فإنَّ إخوة البائع أحقَّ بشفعة ما باع من أعمامه؛ لأنَّ شركتهم أخص، وبسبب إزالة الضرر من القسمة، فكانت الشفعة بينهم أولى.

فجمهور الفقهاء- عدا الحنفية- يقرون بثبوت حق الأخذ بالشفعة للوارث، إذا طالب به الشفيع المورث بعد بيع العقار المشفوع فيه قبل موته، بخلاف ما إذا مات الشفيع قبل أن يطلب الأخذ بالشفعة؛ لأنَّ الوارث خليفة المورث فله كل حقوق مورثه، ومنها حق الشفعة⁽²⁾.

ثانيا الشفيع في القانون المدني

نصت المادة 795 من ق.م.ج أنه " يثبت حق الشفعة وذلك مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة،
- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

فمن خلال هذه المادة فالمشرع استرشد باعتبارات لإثبات صفة الشفيع وتتمثل فيما يلي:

1- جمع شتات الملكية بعد تفرقها.

*- السلطان: الدولة.

¹- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.40.

²- المرجع نفسه، ص.47.

2-إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركاء في الملكية الشائعة، والتقليل من عدد الشركاء كلما أمكن ذلك⁽¹⁾.

فالمادة 795ق.م.ج ذكرت ترتيب الشفعاء وهم كآآتي:

أ- الشفعة لمالك الرقبة

صفة الشفيع تثبت لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة طبقاً للفقرة الأولى من المادة 795 من ق.م.ج .

والحكمة من تقرير حق الشفعة في هذه الحالة، هي أنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة فتجتمع للمالك سلطاته على الشيء⁽²⁾.

هذه الحالة إن كانت نادرة الحصول في الواقع العملي، إلا أنه يمكن أن نتصور تحققها في فروض مختلفة منها:

-إذا كان هناك عقار مملوك لشخص، ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر، فإذا باع المنتفع حقه لشخص آخر غير مالك الرقبة، فمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع، فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة جمع عناصر ملكيته ففي هذه الحالة لا يوجد شفيع آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة⁽³⁾.

-أن يكون مالك العقار قد رتب حق انتفاع لمصلحة شخصين أو أكثر في الشروع، فإذا باع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الانتفاع ونفرض أنها النصف، فلمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة، فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار، ومالكا لرقبة النصف الآخر، ولا

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص ص.51-52.

² - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 1995، ص.410.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.554.

يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المباعة في حق الانتفاع بالشفعة؛ لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوغ⁽¹⁾.

ب- الشريك في الشيوغ

الشريك في الشيوغ تثبت له صفة الشفيع في المرتبة الثانية، وفقا نص المادة 2/795 من ق.م.ج⁽²⁾.

والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة، هي منع دخول أجنبي بين الشركاء في العقار الشائع، وإما إلى التقليل من عدد الشركاء إذا كانوا في الأصل متعددين⁽³⁾.

فإذا كانت حصة شائعة يملكها الشريك، فقام ببيعها لأجنبي كان لكل من الشركاء في الشيوغ أخذ الحصة المباعة بالشفعة، ويشترط للأخذ بالشفعة في حالة الملكية الشائعة عدة شروط منها:

يجب أن يكون هناك عقار شائع: فإذا تم تقسيم هذا العقار بين الشركاء المشاعين وأصبح لكل واحد منهم حصة مفرزة، وتصرف أحدهم بالبيع في حصته، فلا يجوز لأحد الشركاء الباقين أن يأخذها بالشفعة، حيث أنهم بعد الشيوغ أصبحوا جيرانا⁽⁴⁾.

يجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة: تثبت الشفعة للشريك المشاع في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة، أما بيع الشريك لحصة مفرزة وإن كان هذا البيع صحيحا إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، بالتالي لا يعتبر المشتري شريكا مع شركاء البائع، فالشفعة لا تجوز إلا

1- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.53.

2- انظر المادة 795 الفقرة الثانية من الأمر 75-58، المرجع السابق.

3- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.544.

4- مهدي كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة على ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألف لتوزيع الكتب القانونية، مصر، 2000، ص.38.

إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه⁽¹⁾ وهذا ما قضت به المادة 714 من ق.م.ج⁽²⁾.

يجب أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي: لا تثبت الشفعة بسبب الشركة في الشيوخ إذا بيعت حصة شائعة من العقار، إلا إذا كان البيع لأجنبي عن الشركاء، وهذا حسب المادة 794 من ق.م.ج.

ج- الشفعة لصاحب حق الانتفاع

صاحب حق الانتفاع تثبت له صفة الشفيع في المرتبة الثالثة، حسب المادة 795 ق.م.ج فلصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة أو بعضها الحق في أخذها بالشفعة، ولكن إذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفاع، كما لو كان لحق الانتفاع صاحبين في الشيوخ، فله الحق في أخذ هذه الحصة بالشفعة كشريك في الشيوخ ويأتي في المرتبة الثانية، أما في حالة الأخذ بالشفعة عند بيع كل الرقبة أو بعضها فيأتي في المرتبة الثالثة.

وفي حالة ما إذا كان هناك عقار مملوك لشخصين مناصفة فيما بينهما، ورتباً عليه حق انتفاع لشخص آخر، فإذا باع أحد ملاك الرقبة حصته، كان لهذه الحصة شفيعان هما مالك النصف الآخر من الرقبة باعتباره شريكا في الشيوخ وصاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا لهذا الحق، وطلب كل منهما الأخذ بالشفعة، يقدم مالك نصف الرقبة باعتباره شريكا في الشيوخ، ويشغل المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع الذي يشغل المرتبة الثالثة، أما إذا لم يطلب مالك نصف الرقبة الأخذ بالشفعة في هذه الحصة، كان لصاحب حق الانتفاع الحق في أن يأخذها بالشفعة⁽³⁾.

ثالثا: الشفيع في القوانين الخاصة

قررت بعض القوانين حق الأخذ بالشفعة في حالات نتناولها كما يلي:

¹-حسن كيرة، المرجع السابق، ص.551.

²- تنص المادة 714 من ق.م.ج "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها.....الشركاء."

³- مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص.50.

1- المجاورون للأراضي الفلاحية

الجوار واقعة مادية تستلزم القرب والتلاصق بين العقار المبيع والمشفوع به، ونجد المادة 57 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري تنص على ما يلي: "يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة"⁽¹⁾.

من هذه المادة يتبين لنا أنّ المشرع خصّ الأراضي الفلاحية لتكون محل الشفعة في الجوار والهدف من ذلك هو توسيع المستثمرات الفلاحية وذلك في إطار المادة 55 من قانون 90-25⁽²⁾.

2- حق الدولة في الأخذ بالشفعة

يثبت حق الشفعة للدولة من خلال القانون رقم 87/19⁽³⁾، من خلال المادة 24 منه التي تتضمن ممارسة الدولة للشفعة على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة.

ونجد المادة 52 من قانون 90-25 فللدولة ممارسة حق الشفعة، في حالة بيع أراضي فلاحية خصبة أو خصبة مملوكة ملكية خاصة بالمزاد العلني، بسبب عدم استغلالها مدة موسمين فلاحيين متتاليين.

والمادة 55 من قانون التوجيه العقاري، أجازت للدولة ممارسة حق الشفعة في حالة بيع أرض فلاحية خصبة جدا أو خصبة تابعة للأفراد، أي أنّ الدولة أجازت لها ممارسة حق للشفعة بالرغم من أنها ليست مالكة ولا صاحبة حق انتفاع⁽⁴⁾.

¹ - قانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر، عدد 49، الصادر في 20/11/1990.

² - ربيع فتيحة، قدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في ق.م.ج، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012-2013، ص.17.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 87/19 الذي يضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموالك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 16، صادر في 19/04/1989.

⁴ -خالدي أحمد، المرجع السابق، ص ص.98-99.

ونجد نص المادة 71 من القانون 90-25، قد أعطت للدولة والجماعات المحلية الأسبقية قبل أصحاب الحقوق، الذين نصّ عليهم القانون المدني في المادة 795، وهذا بغية توفير ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية، طالما أنّها تقوم بإنجاز مشروع في إطار المصلحة العامة⁽¹⁾.

وأما المادة 118 من قانون التسجيل فقد جاءت في القسم الخاص بالعقوبات الجبائية وتنص: " تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه والذي ترى فيه أن ثمن المبيع غير كاف مع دفع مبلغ الثمن، ما زاد فيه العشر/10 لذوي الحقوق وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد 101 إلى 106، وخلال أجل ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح، ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق، إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط، وإما برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام، يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة."

إذن فالإدارة المالية لها حق ممارسة الشفعة في الأملاك العقارية التي تم التصريح بها، فهذه المادة جاءت من أجل الحد من التلاعب والتهرب الضريبي الذي يقوم به الأفراد لاسيما في البيوع العقارية، ولمنع الأفراد من تقديم تصريحات كاذبة لإدارة التسجيل.

من خلال ما سبق يتبين أنّ المشرع لم يقر صفة الشفيع مثلما أقرته الشريعة الإسلامية، فالمشرع قد منح الشفعة لأشخاص محددين في نص المادة 795 ق.م.ج، وكما أنّ القوانين الخاصة قد منحت الشفعة للجار المالك وهذا ما نجده في المجاورين للأراضي الفلاحية.

¹ - علي عيشور، المرجع السابق، ص.11.

رابعاً حكم تعدد الشفعاء في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

1- حكم تعدد الشفعاء في الشريعة الإسلامية

إذا تعدد الشفعاء وأصبح كل واحد منهم يطلب الشفعة؛ فإنّ مرتبة كل واحد منهم هي التي تحدد مركزه وذلك كما يلي:

2- إذا كان الشفعاء من مرتبة واحدة

يرى جمهور الفقهاء- عدا الحنفية- أنّه إذا تعدد أهل الطبقة من الشفعاء، يقسم العقار المشفوع بينهم على قدر حصصهم وأنصبتهم في الملك، لأنّ الشفعة ناشئة بسبب الملك⁽¹⁾.
فلو كانت أرض بين ثلاثة أشخاص لواحد نصفها، ولآخر ثلثها وثلث سدسها، فباع الأول حصته أخذ الثاني سهمين، والثالث سهماً واحداً؛ لأنّ الشفعة شرعت لإزالة الضرر والضرر داخل على كل واحد من الشركاء بحسب نسبة ما يملكه لا بحسب التساوي، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على تلك النسبة من الحصص.

3- إذا لم يكن الشفعاء من مرتبة واحدة

فإن كان أحدهم شريكاً في المبيع والآخر شريكاً في حق الارتفاق، والآخر جارا ملاصقا، فيقدم الشريك في المبيع أولاً، ثم الشريك في حق المبيع (حق الارتفاق) ثم الجار.
والمشارك في حائط الدار يكون في حكم المشارك في الدار نفسها، وكل من صاحب الطابق الأعلى والأسفل جار ملاصق، وصاحب حق الشرب مقدّم على صاحب حق الطريق⁽²⁾.

¹- الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر والطبع، مصر، 1996، ص. 151.

²- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص. 805.

غيبية بعض الشفعاء

إذا كان أحد الشفعاء غائب، لم يسقط له حقه في طلب الشفعة مهما تطاول أمد غيبيته مادام لم يعلم⁽¹⁾، فإذا طلب الحاضر الشفعة فيقضى له، لأنّ الحاضر ثابت بيقين.

فإذا جاء الغائب وطلب الشفعة، وكان مع الحاضر في مرتبة واحدة، قاسم الحاضر فيما أخذ وإن لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر الذي أخذ بالشفعة-وهذا لا يتصور إلاّ عند الحنفية- فإن كان الغائب أعلى من الحاضر كالشريك مع الجار، قضي له بكل العقار المشفوع فيه وإن كان أدنى منه كالجار مع الشريك منع من الشفعة.

ويتفق جميع الفقهاء في ثبوت حق الشفعة للغائب لعموم قوله صلى الله عليه وسلم "الشفعة فيما لم يقسم"⁽²⁾.

حكم إسقاط بعض الشفعاء حقه في الشفعة

قال الحنفية: إذا أسقط بعض الشفعاء حقه:

أ- فإن كان قبل أن يقضى لهم، فلمن بقي أخذ كل المشفوع فيه لزوال المزاحمة.

ب- وإما إن أسقط حقه بعد القضاء بالشفعة، فليس لمن بقي أخذ نصيب التارك، لأنّه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر⁽³⁾.

أما المالكية والشافعية والحنابلة، يرون أنّه إذا أسقط أحد الشفعاء حقه في الشفعة فيسقط حقه و يخير الآخر بين أخذ جميع العقار المشفوع فيه أو تركه كله⁽⁴⁾.

1- الشيخ طه عبد الرؤوف سعد، الموطأ لإمام الأئمة وعالم المدينة، أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، مصر 2003 ص.435.

2- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.807.

3- علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد 2، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 2003، ص.820.

4- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.808.

3- حكم تعدد الشفعاء وتزاحمهم في القانون المدني

بينت المادة 796 من ق.م.ج حكم تزاحم الشفعاء في حالات ثلاثة ونتعرض إليها كالتالي:

أ- تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة

إذا تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة، استحق الشفعة من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات الأدنى، وهذا الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من ق.م.ج التي تبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتي⁽¹⁾:

- **الطبقة الأولى مالك الرقبة:** عندما يشفع في حق الانتفاع، فإذا كان مثلاً حق الانتفاع مقرر لشخصين وباع أحدهما حقه، كان الشفعاء اثنين، مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكاً في الشيوع (في حق الانتفاع)، فإذا تزاحم الاثنان في طلب الشفعة، كانت الشفعة لمالك الرقبة وحده.

- **الطبقة الثانية الشريك في الشيوع** يراد بالشريك في الشيوع ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكية تامة لعدد من الشركاء في الشيوع، بل أيضاً الشريك في الشيوع في رقبة العقار، أو في حق الانتفاع في العقار، فإذا وجد عقار شائع مملوك لاثنتين وباع أحدهم حصته إلى أجنبي، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك الآخر في الرقبة، وصاحب حق الانتفاع ويتقدم عند التزاحم في طلب الشفعة الشريك المشاع الآخر في الرقبة على صاحب حق الانتفاع⁽²⁾.

- **الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع** عندما يشفع في الرقبة⁽³⁾.

- **الطبقة الرابعة المجاورون للأراضي الفلاحية** بالنسبة لترتيب ممارسة حق الشفعة على العقار الفلاحي، طبقاً للمادة 57 من قانون رقم 90-25⁽⁴⁾.

¹- مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص.77.

²- المرجع نفسه، ص.78.

³- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.236.

⁴- خالد أحمد، المرجع السابق، ص.99.

ب-تزامم الشفعاء وهم من طبقة واحدة

بالرجوع إلى نص المادة 2/796 من ق.م.ج فتنطبق هذا المبدأ على الطبقات الأربعة، لايشير أدنى صعوبة إذ يستحق كل منهم قدرا من العقار المشفوع فيه، يوازي نصيبه مع مراعاة أنه في حالة انفراد كل شفيع بطلب الشفعة لنفسه مستقلا عن غيره من الشفعاء فعليه طلب الأخذ بالشفعة في كامل العقار المبيع طبقا لما تقضي به قاعدة عدم تجزئة الشفعة⁽¹⁾.

ج- التزامم بين الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم

باستقراء المادة 3/796 من ق.م.ج، بموجب هذا النص فالمشتري قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، وهذا ما يفترض وجود ثلاثة حالات لل التزامم بينهم كما يلي:

1- التزامم المشتري مع شفعاء من نفس طبقتة

واضح أنّ المشرع قد انحاز للمشتري في هذا الفرض، بالرغم من أنه في مركز واحد مع باقي الشفعاء، ويبدو لنا أنّ المشرع قدّر أنّه قد توافر لديه صفتان في نفس الوقت. صفته كمشتري وصفته كشفيع. مثال ذلك إذا اشترى أحد الشركاء على الشيوخ في ملكية الرقبة حق الانتفاع المناسب لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون في الرقبة الشفعة في هذا الحق، فضّل عنهم الشريك المشتري⁽²⁾.

2- التزامم المشتري مع شفعاء من طبقة أدنى

يفضّل المشتري على هؤلاء الشفعاء وفقا للترتيب المنصوص عليه في المادتين 795 و 796 ق.م.ج، مثال ذلك أن يقوم الشريك في حق الانتفاع ببيع حصته الشائعة في العقار إلى مالك

¹ - نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص.42.

² - نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، المرجع السابق، ص.442.

الرقبة وطلب الشفعة شريك آخر في حق الانتفاع، فيكون الأفضلية هنا للمشتري مالك الرقبة؛ لأنه أعلى طبقة من صاحب حق الانتفاع⁽¹⁾.

2- تزامم المشتري مع شفعاء من طبقة أعلى

في هذه الحالة يتقدم الشفعاء على المشتري، مثال إذا باع شريك في حق الانتفاع بالعمارة حصته الشائعة إلى شريك آخر، وطلب فيها مالك الرقبة الشفعة، فضل هذا الأخير⁽²⁾.

والملاحظ هو الاتفاق الحاصل بين الشريعة والقانون المدني، حول مسألة تعدد الشفعاء وتزاممهم ماعدا تزامم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم، أين نجد أنّ هذه الحالة لم تتطرق لها الشريعة الإسلامية عكس القانون المدني.

الفرع الثاني

المشفوع فيه في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

بعدما تطرقنا إلى الركن الأول والمتمثل في الشفيع، سنتناول الآن المشفوع فيه (العقار) في كل من الشريعة أولاً ثم في القانون المدني ثانياً.

أولاً: المشفوع فيه في الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء المسلمون على أنّ الشفعة حق في العقار من دور، أراضي، بساتين وآبار وما يتبعها من بناء وأشجار، واختلفوا فيما عداها كما قررت المذاهب الأربعة، وذلك استناداً للحديث " قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في أرض أو ربع أو حائط"⁽³⁾.

لأنّ الشفعة شرعت لإزالة الضرر عن الشريك بسبب الاستمرار والدوام، فالمنقول لا يدوم

¹- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص.364.

²- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها، المرجع السابق، ص.365.

³- أحمد محمد عزوز، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، 2003، ص.66.

بخلاف العقار ولأنّ الشفعة تملك بالجبر والقهر وتقييد حرية التصرف والبيع⁽¹⁾، واشترط جمهور الفقهاء غير الحنفية، أن يكون العقار قابلاً للقسمة استدلالاً بدليل الخطاب في حديث ابن جابر المشار إليه "الشفعة فيما لا يقسم"، فكأنه قال: الشفعة فيما يمكن القسمة فيه لأنّ علة مشروعية الشفعة دفع ضرر الشركة أو القسمة.

وذهب المالكية إلى القول بأنّ لا شفعة في الطريق المجاز الذي يؤدي إلى ساحة الدار إذا قسم بين الشريكين أو الشركاء إذا بقي الممر مشتركاً بينهما، فلما كان تابعاً لها لا شفعة فيه.⁽²⁾ فالمذاهب الفقهية الإسلامية، اتفقت على أنّ الشفعة لا تكون إلاّ في العقار دون المنقول.

ثانياً المشفوع فيه في القانون المدني

تنص المادة 794 ق.م.ج على أنّ "الشفعة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...". فيظهر لنا من نص المادة أنّ الشفعة تكون في العقار أما فيما يخص المنقول فيخضع لأحكام الاسترداد، مع أنّ المشرع قد عمّم حق الاسترداد على المنقول هو العقار الشائع قبل القسمة، وذلك بموجب المادة 721 ق م التي تنص : "الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة...". ويلاحظ أنّ حق الاسترداد في القانون المدني الجزائري في حالة بيع المنقول أو العقار الشائع، له نفس وظيفة الشفعة⁽³⁾.

الفرع الثالث

المشفوع منه في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

سنتناول في هذا الفرع المشفوع منه في الشريعة الإسلامية والقانون المدني على التوالي:

¹- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.128.

²- د.وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.795.

³- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.174.

أولاً: المشفوع منه في الشريعة الإسلامية

هو المأخوذ منه، أي من تجدد ملكه اللازم باختياره، إذ بمقتضى عقد البيع الذي حصل بينه وبين البائع صار هو المالك للعقار المشفوع فيه⁽¹⁾.

ثانياً: المشفوع منه في القانون المدني

هو المشتري الذي يحلّ محله الشفيع في شراء العقار. ويشترط في المشتري المشفوع منه ألا يكون من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم حسب المادة 798 ق.م.ج، ولا تتوافر فيه الشروط التي تجعله شفيعاً من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة أو من طبقته⁽²⁾.

الفرع الرابع

التمن في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

سنتطرق في هذا الفرع إلى ركن التمن في كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

أولاً: التمن في الشريعة الإسلامية

هو العوض الذي يدفعه المأخوذ منه في مقابل العقار المشفوع فيه. والفقهاء اتفقوا على أنّ الشفيع يأخذ المبيع بالتمن الذي ملك به أو بمثل التمن الذي تملك به المشتري.

كما اتفق الفقهاء على أن يأخذ في البيع بالتمن إن كان حالاً، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل فقال المالكية يأخذ بلك الأجل إذا كان موسراً، وقال الشافعية إنّ الشفيع مخير فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تتأخر إلى وقت الأجل⁽³⁾.

¹ - الشيخ علي معوض، الشيخ عادل عبد الموجود، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ج 1، دار الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص.388.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.447.

³ - الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 6، المجلد 2، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، 192، ص.259.

ثانيا: الثمن في القانون المدني الجزائري

يقصد بهذا الركن الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع دون نقصان، وهو الأصل إلا إذا أقيم الدليل على عكس ذلك⁽¹⁾.

ونلاحظ الإتفاق الحاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية وما أخذ به المشرع الجزائري حول المشفوع فيه والمشفوع منه والثمن.

المطلب الثالث

شروط الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

للأخذ بالشفعة لابد من توافر شروط، فبدونها لا يمكن للشفيع المطالبة بها، وهذه الشروط متعددة سواء في الشريعة الإسلامية، أو ق.م.ج وهذا ما سنتناوله من خلال شروط الشفعة في الشريعة الإسلامية (فرع أول) وشروط الشفعة في القانون المدني (فرع ثان).

الفرع الأول

شروط الشفعة في الشريعة الإسلامية

سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط الشفعة في الشريعة الإسلامية كالتالي:

أولاً: أن تكون الشفعة في العقار

ذهب الإمام مالك -رحمه الله - إلى أنّ الشفعة تكون في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر، وخصّت العقار لأنه أكثر الأنواع ضرراً، واتفق علماء الشريعة على أنه لا شفعة في الحيوان والثياب وسائر المنقولات⁽²⁾.

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 621.

² - خالد أحمد، المرجع السابق، ص. 163.

ثانيا: أن تكون الشفعة في عقار مشاع لم يقسم

استنادا لحديث رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم: "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة"⁽¹⁾.

فمن هذا الحديث يجب أن يكون العقار مشاعا قابلا للقسمة، فإذا قسم وظهرت الحدود ورسمت الطرق بينهما فلا شفعة⁽²⁾

ثالثا: أن يكون الشفيع شريكا

لكل شريك في الملك المشاع الذي لم يقسم ولم يفرز نصيبه، أن يكون شفيعا إذا بيع العقار المشفوع فيه، وذلك على رأي جمهور الفقهاء، عدا الحنفية الذين يرون أنّ الشفعة تثبت للشريك و للجار⁽³⁾.

رابعا: أن تكون الشفعة بعقد معاوضة

فالتصرف المجيز للشفعة هو عقد معاوضة وهو البيع، فلا تثبت الشفعة في الهبة والصدقة أو الوصية لأنّ الشفعة توجب أن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل ما ملكه به من أخذه، فإذا أخذ بلا عوض فلا تثبت الشفعة⁽⁴⁾.

واتفق الفقهاء على أن يكون العقد صحيحا، فلا تثبت الشفعة في المبيع بيعا فاسدا، فهذا البيع يجب نقضه لأنّه قبل ذلك يحتمل أن يرجع البائع ويفسخ البيع، فالشفعة يجب أن يبنى ثبوتها على أمر لا يحتمل البطلان من جانب البائع⁽⁵⁾.

¹ - محمد صبحي بن حسن حلاق، المرجع السابق، ص.450.

² - السيد سابق، فقه السنّة، ط 2، المجلد 4، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 1999، ص ص.122-123.

³ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.256.

⁴ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.153.

⁵ - المرجع نفسه، ص ص. 153-154.

خامسا: أن يكون الشفيع مالكا للعقار وقت البيع

ولا بد أن يستمر الملك إلى وقت الحكم بملكية العقار المشفوع فيه له، فإذا حدث الملك بعد العقد لا تثبت الشفعة؛ لأنّ الشفيع هو الذي يعتبر دخيلا على من انتقل العقار إليه. وإذا كان الملك ثابتا وقت العقد، ولكن زال عن المالك بأي سبب من الأسباب سقطت الشفعة؛ لأنّ سببها هو اتصال الملكية وقد زال، فتزول تبعاً له⁽¹⁾.

سادسا: عدم رضا الشفيع بالبيع

فإذا ثبت هذا الرضا عند حصول العقد، فليس له أن يطالب بالشفعة، ويشترط لتمام الرضا أن يكون عالما بالمشتري والتمن، فإن رضي بالعقد على فرض ثمن خاص أو مشتر خاص، فتبين أنّ الثمن أقل مما سلم في الشفعة على فرضه، ففي هذه الحال لا يعتبر راضيا؛ لأنّ الرضا قام على فرض، والواقع غيره⁽²⁾.

سابعا: أن يأخذ الشفعة في جميع المبيع

فإن عفا عن البعض أو لم يطلبه سقطت شفته؛ لأنّ في أخذ البعض تفريقا لصفقة المشتري وفيه إضرار به⁽³⁾.

الفرع الثاني

شروط الشفعة في القانون المدني

سننترق في هذا الفرع إلى شروط الشفعة في القانون المدني، سواء ما تعلق بالشفيع أو التصرف المشفوع فيه أو المال المشفوع فيه.

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 156.

² - المرجع نفسه، ص. 158.

³ - عبد الله بن عبد المحسن التركي، الكافي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ج 3، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، (د.ب.ن)، 1997، ص. 534.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في الشفيع

وهذه الشروط منها ما تعلق بالأهلية الواجبة أو ملكية الشفيع للعقار، وألاً يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه.

1- توافر الأهلية في الشفيع

الأهلية التي يجب توافرها في الشفيع عند طلب الأخذ بالشفعة، هي أهلية التصرف وليست أهلية الإدارة⁽¹⁾، وأهلية التصرف هي بلوغ 19 سنة كاملة⁽²⁾، حيث أنّ الشفعة من أعمال التصرف، فإذا كان الشفيع قد بلغ سن الرشد، غير محجور عليه، كان له الحق في الأخذ بالشفعة، ولا يجوز للوكيل وكالة عامة طلب الأخذ بالشفعة، فلا بد من وكالة خاصة؛ لأنّ الأخذ بها يعد من أعمال التصرف وفقاً للمادة 574 من ق.م.ج⁽³⁾.

أما إذا كان الشفيع قاصراً وله أب، فالأب يكون ولياً على أولاده القصر، فيجوز له أن يأخذ بالشفعة في جميع الأعمال النافعة نفعاً محضاً، بشرط أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، تحت إشراف القضاء، إذا كان التصرف يتضمن مساساً بالذمة المالية للقاصر، وهذا وفقاً لأحكام المادة 88 من قانون الأسرة⁽⁴⁾، لاسيما أنّ الأخذ بالشفعة تصرف في مال القاصر، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، وأن يودع تمهيداً لذلك كل المبلغ الحقيقي الذي حصل به البيع لدى الموثق طبقاً للمادة 2/801 من ق.م⁽⁵⁾. ولا نجد هذا في الشريعة الإسلامية لأنها لم تقرر الشفيع مثلما أقرّه القانون المدني.

1- أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به

يجب أن تستمر الشفعة إلى حين تمام الأخذ بها أما إذا زالت ملكية الشفيع للعقار المشفوع

¹ - مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص.73.

² - راجع المادة 40 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

³ - مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص.24.

⁴ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24 الصادر في 19/06/1984 المعدل والمتمم.

⁵ - راجع المادة 801 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

به قبل الأخذ بها فإن ذلك يؤدي إلى زوال الشفعة ، وبالتالي يؤدي إلى سقوط حق الشفيع⁽¹⁾ وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية، إضافة أنه لا تجوز الشفعة لشخص بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة، ولا بدار جعلها مسجدا لأنه في كل هذه الأحوال لا يكون مالكا.

2- ألا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه

حسب نص المادة 410 ق.م.ج⁽²⁾ نجد أن هناك حالات:

فلا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشفع في العقار الذي كلف ببيعه، بموجب هذه النيابة أو التفويض، لأنه يتمتع عليه شراء هذا العقار، وهذا لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا⁽³⁾. كذلك نجد المشرع قد منع بموجب المادة 402 من ق.م.ج أشخاصا أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة اسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان بيعا باطلا، فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظورا على أسرة القضاء، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفوعوا في هذا العقار المتنازع فيه، إذا توافرت أسباب أخذه بالشفعة⁽⁴⁾.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في التصرف المشفوع فيه

سنتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في التصرف المشفوع، والمتمثلة في كون التصرف بيعا واستبعاد البيوع التي لا يجوز فيها بالشفعة بالإضافة إلى الشفعة عند توالي البيوع.

¹ - عبد القادر محمد شهاب، محبين عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر 2008 ص.113.

² - تنص المادة 410 من ق.م.ج: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزد العلي ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى."

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.229.

⁴ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص.83.

1- أن يكون التصرف بيعا

من خلال استقراءنا لنص المادة 794 من ق.م.ج يفهم منها؛ أن المشرع قد حصر عقد البيع دون غيره من العقود، لجواز الأخذ بالشفعة فيجب أن يكون نقل الملكية المجيز للأخذ بالشفعة بعقد البيع فقط فما عدا ذلك من التصرفات لا تجيز الأخذ بالشفعة، وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية، وبمقتضى ذلك فلا تثبت الشفعة في التصرفات الناقلة طالما لم يثبت لها صفة عقد البيع كالوفاء بمقابل، فالتصرف وإن كان يشبه البيع إلا أنه ليس بيعا لتخلف الثمن.

ولا تثبت الشفعة كذلك في التصرفات الكاشفة كالقسمة والصلح، ولا في التصرفات التبرعية سواء كانت مضافة إلى ما بعد الموت كالوصية، أم كانت منجزة كالهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغا من النقود، ما لم يتبين أن العوض يساوي قيمة العقار، أو يكاد يساويها فيكون العقد في حقيقته بيع ولو أنه سمي هبة⁽¹⁾.

وكما لا تجوز الشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، فالنزع للمنفعة العامة لا يعد بيعا، حتى لو حصل المنزوع ملكيته على تعويض يعادل ثمن العقار فهذا تعويض وليس ثمن⁽²⁾.

كذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطل بطلانا مطلقا، ذلك أن العقد الباطل لا وجود له على عكس البيع القابل للإبطال فإنه يجوز الأخذ بالشفعة لأنه عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله، وكذلك بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ⁽³⁾.

2- استبعاد البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة

رأينا فيما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حرّموا البيع الفاسد، إذ لا تثبت الشفعة عندهم، أما المشرع بيّن في المادة 798 البيوع التي لا تجوز الشفعة فيها:

¹- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 49-50.

²- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 173.

³- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص 372.

أ- البيع بالمزاد العلني

لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقا لإجراءات رسمها القانون، والعلة من هذا الاستثناء هي أنّ هذه البيوع تسمح للشفيع وغيره أن يدخل في المزاد، علاوة على أنّ هذه البيوع تحاط بإجراءات تسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن، ويشترط لمنع الشفعة في هذه البيوع شرطان:

1- أن يتم البيع بطريق المزاد العلني، فإذا لم يتم البيع على هذا النحو فإنه يجوز فيه الشفعة.

2- أن يتم البيع بطريق المزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، تأكيدا لعدالة المزايدة والبعد فيها عن أيّ تحكم فإذا توافر في البيع هذان الشرطان فإنه يستوي بعد ذلك في أن يكون البيع جبريا أو اختياريا وسواء أمام القضاء أو أمام جهات الإدارة⁽¹⁾.

ب- البيع بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو الأصهار إلى الدرجة الثانية

في هذه الحالات لا يجوز للشخص المطالبة بالشفعة نظرا لصفة المشتري العائلية، فشخص المشتري ذو اعتبار خاص لدى البائع⁽²⁾، وهذا وفقا لما تنص عليه المادة 2/798 من ق.م.ج.

فالصلة الوثيقة هي التي أدت إلى البيع على هذا النحو، بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر، ومراعاة لهذه الاعتبارات امتنع الأخذ بالشفعة حتى لا يحل محل المشتري شخص لا تتوافر بالنسبة له هذه الاعتبارات، والقانون قد حصر الفئات التي يمتنع الأخذ منها بالشفعة:

- بيع الزوج لزوجته، أو بيع الزوجة لزوجها.
- بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لأصوله مهما علوا.
- بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة.
- بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية⁽³⁾.

¹- حسن كيرة، المرجع السابق، ص ص. 634-635.

²- عبد القادر محمد شهاب، محمد بن عبد القادر محمد، المرجع السابق، ص. 115.

³- راجع كيفية حساب درجات القرابة في المواد 32، 33، 34، 35 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

ج- بيع العقار ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة

تنص المادة 3/798 من ق.م.ج: " إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة." فالمشرع قد راعى الاعتبارات الدينية، فجعلها أولى من اعتبار مصلحة الشفيع، وبناء على ذلك لا شفعة فيمن يشتري عقارا لجعله مسجداً أو ليلحقه بمسجد قائم من أجل توسيعه أو من أراد إنشاء مبنى ملحق بدار العبادة كمستوصف أو ملجأ أو مدرسة لتحفيظ القرآن، فمثل هذه الملاحق تعد ملحقة بمحل العبادة، ويتحقق المانع أيضاً كل ما يجعل محل عبادة أو ملحق به لديانة أخرى غير الإسلام. ويراعي أخيراً أنه يشترط لتحقيق المانع، أن يكون الغرض من البيع هو جعل العقار محل للعبادة أو إلحاقه به فعلاً، وبالتالي يجوز للشفيع أن يثبت أن العقار المبوع لم يحقق الغرض المتقدم فتجوز له الشفعة في مواعيدها⁽¹⁾.

1- الشفعة عند توالي البيوع

قد يحدث بيع عقار تجوز فيه الشفعة قانوناً، دون أن يتمكن من له الحق في الشفعة من أخذ هذا العقار، وهذا بسبب إقدام المشتري على بيع هذا العقار مرة ثانية، دون أن يترك للشفيع فرصة لاستعمال رخصة الشفعة وتملك العقار بدلاً من بيعه إلى مشتر آخر⁽²⁾.

وعلى هذا هل يمكن للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة في البيع الأول أم البيع الثاني؟

بالرجوع لنص المادة 797 من ق.م.ج نجد أنها تنص: " إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها".

إن هذه المادة قد قضت بالأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، والسبب يعود إلى أن البيع الأول لم يعد قائماً بالنسبة للشفيع، وأما الثاني فهو الساري المفعول والقائم في حقه لذا عليه المطالبة بالشفعة في هذا البيع بنفس الشروط.

¹- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.201.

²- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2011، ص.166.

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع

سنتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه، المتمثلة في كون المال المبيع عقارا وعدم تجزئة الشفعة.

1- كون المال المبيع عقارا

في المادة 794 من ق.م.ج⁽¹⁾، وكما أنّ العقار الذي تجوز فيه الشفعة هو العقار بالطبيعة وهذا من خلال المادة 683 من ق.م. التي تنص: " كلّ شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

أما العقار بالتخصيص-المنقولات التي خصصها مالکها بإرادته لخدمة عقاره- فلا ترد عليها الشفعة، فهي في الأصل من المنقولات وذلك ما لم يشملها بيع العقار كبيع منزل أو شقة بكل مشتملاتها، وأمّا المنقولات بحسب المآل فإذا بيعت على هذا الأساس فلا يتصور فيها الشفعة كمبنى آيل للسقوط وبيع على اعتباره أنقاضاً لإزالته⁽²⁾. وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية.

2- عدم تجزئة الشفعة

المقصود بعدم تجزئة الشفعة، أنّه إذا توافر سبب الأخذ بالشفعة فينبغي استعماله بما لا يلحق ضرر بالمشتري، بتفريق الصفقة عليه⁽³⁾، فعلى كل شفيع من الشفعاء أن يطلب الشفعة في كل العقار المبيع، فلا يجوز أن يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به وهي قاعدة واجبة التطبيق⁽⁴⁾. وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية.

ولم يتضمن القانون المدني الجزائري نصاً يقرر عدم تجزئة الشفعة، وعليه وجب الرجوع لقواعد الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾، فتأصيل المسألة يقوم على أنّه إذا تعددت الصفقة، جاز للشفيع أن

¹ - راجع المادة 794 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

² - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.205.

³ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.596.

⁴ - عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة، (دراسة تأصيلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص.11.

⁵ - تنص المادة 2/1 من القانون المدني "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

يأخذ بالشفعة في بعضها إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة، فإذا قام المالك ببيع عقار واحد لعدة مشترين وتوافرت شروط الشفعة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، إما في جميع العقار أو في جزء أحد المشترين الذي له فيه شفعة ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، ونجد أن الشريعة الإسلامية قد أقرت بهذه المسألة⁽¹⁾.

أما إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقات متفرقة، كان للشفيع إذا توفرت شروط الشفعة أن يأخذ بها في بعض الصفقات دون البعض، ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، في حين أنه إذا تم البيع بصفقة واحدة، كان على الشفيع بتوافر الشروط أن يأخذ العقارات كلها أو يدعها كلها حتى لا يضار المشتري⁽²⁾، وهذه الحالة أقرتها الشريعة الإسلامية أيضا⁽³⁾.

المبحث الثاني

أحكام تنظيم الشفعة

بعدما تناولنا في المبحث الأول كل من تعريف الشفعة وشروطها وأركانها، كان لابد من التطرق إلى المرحلة التي تلي استحقاق الشفعة والمتمثلة في إجراءات الأخذ بها، فعلى الشفيع إتباع سلسلة من الإجراءات، والتي يجب أن تتم في مواعيد محددة حتى يصل إلى تملك المشفوع بالشفعة شرعا وقانونا، فسنتناول في المطلب الأول إجراءات الشفعة في الشريعة الإسلامية ثم الإجراءات في القانون المدني في المطلب الثاني.

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص. 182.

² - نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص. 71.

³ - د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 798.

المطلب الأول

إجراءات الشفعة في الشريعة الإسلامية

لطلب الشفعة في الشريعة الإسلامية لابد من توفر إجراءات خاصة، ولقد اختلف الفقهاء حول وقت وجوب الشفعة، فاشتراط الحنفية طلب الشفعة فور العلم بالبيع؛ لأنها حق ضعيف فيتقوى بالطلب الفوري بحسب المعتاد ويلزم في الشفعة ثلاث طلبات وهي كالتالي:

الفرع الأول

طلب المواثبة

ويكون بأن يطلب الشفيع الشفعة عقب العلم بالبيع والتمن والمشتري، حتى لو علم بالبيع والخبر في أوله⁽¹⁾، فلو سكت عن الطلب بعد البيع وقبل العلم به لم تبطل الشفعة، أي يظل حقه في الشفعة قائم؛ لأنه ترك الطلب قبل وقته ثم إن علمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل عن طريق الغير، فلو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة بطل هنا حق الشفعة⁽²⁾.

وبما أن الأصل هو ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: "الشفعة لمن وثبها" وروى عنه أيضا ﷺ أنه قال: "إنما الشفعة كمنشط عقال، إن هو قيد مكانه ثبت وإلا ذهب"، ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القواعد الفقهية عند الأكثرين وبما أن الشفعة وجدت لمصلحة الشفيع ولدفع الضرر عنه، وهذا ما جاء به الشافعية وهو موافق لرواية الأصل والصحيح من مذهب الحنابلة⁽³⁾.

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 159.

² - الشيخ علي محمد عوض، الشيخ عادل أحمد عبد المودد، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن حبيب الماوردي البصري، ج 7، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994 ص. 238.

³ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 160.

الفرع الثاني

طلب التقرير والإشهاد

هذه المرحلة اختص بذكرها الحنفية فقالوا: يجب على الشفيع بعد طلب الموائبة أن يشهد ويطلب التقرير، وهو أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده، أو على المشتري وإن لم يكن العقار في يده، ويطلب الشفعة فيه الآن، والشفيع محتاج الى الإشهاد لإثباته عند القاضي، والإشهاد ليس شرط لصحته كما أنه ليس بشرط لصحة طلب الموائبة، وإنما لتوثيقه عند إنكار الخصم⁽¹⁾.

الفرع الثالث

طلب الخصومة والتمك

يقصد به طلب الشفيع المخاصمة لدى القاضي، فيدعي الشراء وطلب الشفعة⁽²⁾، ويسأله القاضي فإذا اعترف بملكه للعقار الذي يشفع به، وإلاّ كلفه بإقامة البينة، فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما علم أنّ المدعي مالك للذي ذكره ممّا يشفع به، فإن نكل أو قامت للشفيع بيّنة ثبت حقه في المطالبة، فبعد ذلك يسأل القاضي المدعي عليه هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر الابتاع قيل للشفيع أقم البيّنة؛ لأنّ الشفعة لا تجب إلاّ بعد ثبوت البيع بالحجة، فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره الشفيع، ولا يلزم الشفيع إحضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء، فيجوز له المنازعة وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القضاء⁽³⁾.

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص ص. 197- 198 .

² - نعيم أشرف نور، المحيط البرهاني، للإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري ج 11 مكتبة الرشد، نزيه كركي للطباعة والنشر، لبنان، 2003، ص. 33.

³ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص ص. 200-201.

المطلب الثاني

إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني

بعد توفر شروط الأخذ بالشفعة في الشفيع، على هذا الأخير أن يتبع إجراءات معينة قانوناً للمطالبة بالشفعة، وهذا في حالة ما إذا لم يوافق المشتري على الشفعة. وتظهر الإجراءات التي يجب على الشفيع إتباعها، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد 799 إلى 803 من القانون المدني الجزائري كآتي: الإنذار بوقوع البيع، إعلان الرغبة في الشفعة، إيداع الثمن ورفع الدعوى.

الفرع الأول

الإنذار بوقوع البيع

أقرّ المشرع الجزائري هذا الإجراء في المادة 799 ق.م.ج التي تنص على أنه: "من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع المشتري في أجل 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع و المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

كما تنص المادة 800 ق.م.ج بأنه: "يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 ق.م.ج على البيانات التالية وإلا كان باطلاً.

بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافياً.

بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري، ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً لإعلان المنصوص عليه في المادة 793".

ومن خلال هذه المادة نستخلص جملة من البيانات المحددة وهي⁽¹⁾:

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص. 204.

أولاً بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً يكون ذلك بتعيين موقعة وحدوده ومساحته، أي بذكر كل مواصفاته لنفي الجهالة عن العقار المشفوع فيه، والسلطة التقديرية هنا للقاضي في تحديد ما إذا كان البيان المتعلق بالعقار كافياً أم غير كافياً⁽¹⁾.

ثانياً بيان الثمن الذي يبيع به العقار والمصاريف الرسمية يقصد بالمصاريف هنا رسوم التوثيق والتسجيل، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فليس من الواجب ذكرها، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حداً، بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها⁽²⁾.

ثالثاً بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه نعني بشروط البيع هنا التي استلزم القانون بيانها في الإنذار وهي شروط أساسية لا بد من علم الشفيع بها، حتى يستطيع أن يوازي بين أن يقدم طلب الشفعة أو لا يقدم.

رابعاً بيان اسم كل من المشتري والبائع واللقب والمهنة والموطن وذلك حتى يتعين تعييننا كافياً⁽³⁾.

خامساً ذكر الأجل المقدر بثلاثون يوم فعلى الشفيع القيام بإعلان رغبته خلال هذه المدة وإلا سقط حقه في الشفعة.

الفرع الثاني

إعلان الرغبة في الشفعة

متى علم الشفيع بوقوع البيع، ذلك من خلال الإنذار الرسمي الذي وجه إليه من قبل البائع أو المشتري، فإنه يجب عليه التصريح برغبته في الشفعة كما نصت المادة 799 ق.م.ج، وفي الميعاد المحدد قانوناً وهي مدة 30 يوم من تاريخ الإنذار الرسمي.

¹ - علي عيشور، المرجع السابق، ص.31.

² - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص.302-303.

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.331.

وعليه يتضح لنا أنه يجب على الشفيع أن يصرح برغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، فإذا تعدد البائعون أو المشترون، وجب إعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة وذلك حسب الميعاد المقرر. فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر، أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر والآخر بعد الميعاد كان باطلا، وهنا يسقط حقه في الشفعة⁽¹⁾.

ويجب على الشفيع أن يوجه الإعلان إلى موطن كل من الباعين والمشتريين كل على حدى وفي موطنه، أي محل الإقامة المعتادة وهذا ما نصت عليه المادة 36 ق.م.ج "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي...".

ولقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، وذلك وفقا لأحكام المادة 1/801 ق.م.ج التي تنص: "... يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي...". أي أنه يجب أن يحضر لدى الموثق وذلك طبقا لأحكام المواد 324 و 324 مكرر 1 ق.م.ج، تحت طائلة البطلان.

كما نص المشرع الجزائري كذلك على أنه يجب التصريح بالرغبة في الشفعة لكل من البائع المشتري عن طريق كتابة الضبط، وبعد صدور القانون المنظم لمهنة المحضر القضائي⁽²⁾، جعل المحضر القضائي ضابطا عموميا، يعمل لحسابه الخاص، وألغيت مصلحة التبليغ والتنفيذ من التنظيم القضائي الجزائري، لذلك فإعلان الرغبة في الشفعة يجب أن يكون رسميا على يد المحضر القضائي، وذلك تحت طائلة البطلان (ملحق رقم 1)⁽³⁾.

ويختلف ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة بحسب ما إذا وجد الإنذار أو من عدمه، وإذا ما كان عقد البيع مسجلا أم لا وهذا ما سنتناوله في الحالات الآتية:

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص ص. 628-629.

² - قانون رقم 06-03، مؤرخ في 21 محرم عام 1425، الموافق ل 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، المعدل والمتمم، ج ر عدد 14.

³ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 606.

في حالة ما إذا كان هناك إنذار فميعاد الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، هي 30 يوم من تاريخ الإنذار الموجه لهما وإلا سقط حقهما في الشفعة، حسب المادة 799، أي أنّ العبرة من الإنذار لا بعلم الشفيع، و30 يوم تبدأ سريانها من تاريخ تسليم الإنذار إليه أو إلى كل من يمثله على يد المحضر القضائي.

ولا يستطيع أيّ من البائع والمشتري أن يحتج على الشفيع بعلمه بوقوع البيع؛ لأنه لا يغني عن الإنذار الرسمي ثبوت علم الشفيع بوقوع البيع بأيّ طريق آخر⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/6/26 "إذا لم يوجه البائع أو

المشتري الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 إلى من يريد الإنذار بالشفعة فإنّ الميعاد المذكور لا يبدأ...⁽²⁾.

في حالة عدم إنذار البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، أو كان الإنذار باطلا، غير أن البائع سجل عقد البيع:

ففي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع وإلا سقط حقه حسب المادة 02/807 ق.م.ج⁽³⁾.

فهنا افتراض القانون افتراضا غير قابل لإثبات العكس، وهو أنّ المشتري إذا سجّل عقد البيع فالعلم به حاصل لا محالة وهي مهمة شهر العقود، ولكن لما كان العلم افتراضيا، فقد أطلّ المشرع المدة التي يتعين خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة وجعلها سنة كاملة من يوم تسجيل العقد.

وتحسب مدة السقوط بالتقويم الميلادي، طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 03 ق.م.ج.

¹ - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 34707، المؤرخ في 26-06-1985، المجلة القضائية، صادرة في 1989 عدد 04، ص.61.

² - حمدي عمر باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط 9، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.236.

³ - أنظر المادة 807 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

أن جميع المواعيد تحسب كاملة، فلا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم نهايتها⁽¹⁾، ويعتبر سقوط حق الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها من النظام العام لا تجوز مخالفتها⁽²⁾.

في حالة عدم إنذار البائع والمشتري الشفيع بوقوع البيع وعدم تسجيله في الوقت نفسه

فهنا الشفعة لا تسقط بمضي الثلاثين يوم من يوم الإنذار، لعدم حصول الإنذار حقا ولا بمضي سنة من يوم تسجيل العقد؛ لأنّ هذا الأخير غير مسجل.

يظل حق الشفيع قائما في حالة عدم إثبات أنّه تنازل عن حقه في طلب حق الشفعة صراحة أو ضمنا إلى غاية مرور 15 سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه⁽³⁾.

الفرع الثالث

إيداع الثمن ورفع الدعوى

بعدما تطرقنا إلى الإجراءات السالفة المتتمثلين في كلّ من الإنذار بوقوع بالشفعة وإعلان الرغبة في الشفعة في الفرعين السابقين، سنرى في الفرع الثالث إيداع الثمن ورفع الدعوى.

إنّ إيداع الثمن يكون لدى الموثق طبقا للمادة 2/801 ق.م.ج. وبعد رفع دعوى الشفعة ضد البائع والمشتري للحصول على حكم قضائي يثبت حقه في الشفعة حسب المادة 802 ق.م.ج.⁽⁴⁾.

أولا: إيداع الثمن والمصاريف القضائية لدى الموثق:

بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الشفعة يقوم باستكمال الإجراءات وذلك بإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق (ملحق رقم 2).

¹- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.217.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.644.

³- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.218.

⁴- أنظر المادة 802 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

ونجد المادة 02/801 من ق.م.ج تنص على أنه: " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر...".

ويظهر لنا من خلال نص المادة، أنه على الشفيع إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة.

من المقرر على الشفيع أن يودع الثمن كاملا أمام الموثق حتى ولو كان جزء من الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري، فحتى لو قام المشتري بدفع الثمن على أقساط أو تأجيل في دفع الثمن فالشفيع لا يستفيد من ذلك وعليه إيداع الثمن كله وذلك قبل رفع دعوى الشفعة⁽¹⁾.

يعتبر إيداع الثمن من الإجراءات الجوهرية المقررة قانونا لقبول دعوى الشفعة، وبالتالي لا يملك البائع الإعفاء منه حتى لو حدث اتفاق بينه وبين الشفيع على التأجيل⁽²⁾.

وللمحكمة الحكم بسقوط حق الشفيع في الشفعة عند عدم دفع الثمن، ففي إيداع الثمن كله محافظة على حقوق ذوي المصلحة. الذين لهم الحق في كل الثمن المودع أو بعضه عندما يحكم بالشفعة. وسواء كان صاحب الحق المشتري أو البائع أو الدائنون المقيدة حقوقهم حسب نص المادة 804 ق.م.ج، لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع.

أ- المصاريف:

وتشمل المصاريف كل من رسوم توثيق عقد بيع العقار المشفوع فيه، ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت⁽³⁾.

¹- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.338.

²- نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، ص.110.

³- خالد أحمد، المرجع السابق، ص.224.

ب - ميعاد إيداع الثمن ومكانه:

1- ميعاد إيداع الثمن

نص المشرع على الميعاد في نص المادة 2/801 ق.م.ج " ... خلال ثلاثين يوما من تاريخ

التصريح بالرغبة...⁽¹⁾.

إذن ميعاد إيداع الثمن هو ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ويحتسب الميعاد من اليوم الموالي لتسليم إعلان الرغبة للبائع والمشتري وينقضي بتمام مرور الثلاثين يوم.

2- مكان إيداع الثمن:

للتأكد من جدية الأخذ بالشفعة، فقد أوجب المشرع على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يودع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق في ميعاد محدد وإلا سقط حقه بالأخذ بالشفعة، وهذا ما جاء في المادة 2/801 ق م ج " ... بين يدي الموثق... " يستنتج مما سبق ذكره أنّ إيداع الثمن لدى الموثق من بين الشروط الأساسية لقبول الدعوى. وإلا قضت المحكمة بسقوطها من تلقاء نفسها وهذا ما سنتطرق إليه في مسقطات الشفعة.

ثانيا: رفع الدعوى

بعد إتمام الإجراءات السالفة الذكر، يعد رفع الدعوى كخاتمة لهذه الإجراءات ولقد نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة 802 ق.م.ج " يجب رفع دعوى على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق ". وكذلك المادة 803 " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري ". من خلال هاتين المادتين يظهر لنا جملة من المسائل الواجبة التطرق إليها كل على حدى بداية بأطراف الخصومة في

¹ - المرجع نفسه، ص.225.

الدعوى ثم كيفية رفع الدعوى وميعادها، وكذا المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى والحكم الفاصل فيها.

أ- أطراف الخصومة

سنتطرق في هذا العنصر إلى تبيان الأشخاص الذين لهم الحق في رفع الدعوى، وعلى من سترفع الدعوى وهم كالاتي:

1- الشفيح:

وهو الشخص المخول لرفع الدعوى، وإن تعددوا تقبل منهم جميعا كشفعاء، وكما سبق الذكر أنّ الأخذ بالشفعة تعد من أعمال التصرف⁽¹⁾، أمّا إذا كان الشفيح ناقص الأهلية محجورا عليه، فإنّ رافع الدعوى الشفعة يكون هنا الوليّ أو الوصيّ أو المقدّم، فإن لم يكن للقاصر ولي أو وصي، عين له القاضي- رئيس المحكمة- مقدما يأخذ بالشفعة⁽²⁾.

2- البائع والمشتري

ترفع الدعوى على البائع والمشتري معا، بحكم أنّهما المدعى عليهم في دعوى الشفعة فالشفيح يخاصم هنا كلّ من المشتري والبائع في دعوى الشفعة؛ لأنّ الشفيح سيحلّ محل المشتري في أخذ العقار بالشفعة، وفي حالة عدم رفع الدعوى من قبل الشفيح على البائع والمشتري معا. يتقرر بطلان الدعوى شكلا لبطلان الإجراءات.

ب- كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها:

1- كيفية رفع دعوى الشفعة

تخضع دعوى الشفعة للأحكام المقررة في ق.إ.م.إ. وهذا لعدم نص المشرع الجزائري، فنجد بأنّ المادة 12 من ق.إ.م.إ. التي تنص على أنّه "ترفع الدعوى إلى المحكمة إمّا بإيداع عريضة

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.681.

² - خالد أحمد، المرجع السابق، ص.235.

مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط محضر بتصريح المدعي. الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع. وتفيد الدعاوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص. تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف، ورقم القضية وتاريخ القضية⁽¹⁾.

يفهم من نص المادة السالفة الذكر؛ أنّ رفع دعوى الشفعة يكون بتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعي أو وكيله أو محاميه (ملحق رقم 3). وتأتي بعد الديباجة الشكل والموضوع، بحيث يلخص الطلب ومستنداته، وتكون عدد النسخ بعدد المدعى عليهم، وتودع لدى كاتب ضبط المحكمة المختصة، أي أمام القسم العقاري، والكاتب بدوره يقوم بتقييد الدعوى في اليوم نفسه في سجل مخصص لذلك.

ويجب أن يتضمن أسماء الأطراف، وترقم القضية حسب ترتيبها وقيدها في السجل، وأن يحدّد لها تاريخ الجلسة. وبعد أن يؤشر على أصل العريضة، ونسخها يقوم بالاحتفاظ بالأصل ويسلم نسخ العريضة إلى المدعي من أجل أن يقوم بتسديد الرسوم القضائية مقابل وصل بذلك، ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة⁽²⁾، بعد التكليف بالحضور يقوم المحضر القضائي بتبليغه إلى المدعي في أجل ثلاثين يوم المحددة في المادة 802 ق.م.ج.

والجدير بالذكر أنّ عريضة افتتاح دعوى الشفعة، لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم رقم 76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي تنص على أنّه: " دعاوى القضاء الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا"⁽³⁾.

¹ - قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

² - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص ص. 231-232.

³ - المرسوم رقم 76-63، مؤرخ في 25-03-1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 30 الصادرة بتاريخ 13/04/1976.

ولقد أكدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 26-04-2000، والذي نص على ما يلي:
الثابت من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة شكلا بسبب عدم قيامها بإشهار عريضتها لرفع الدعوى في النزاع المتعلق بإثبات حقوق الشفعة، قد أخطأ في تطبيق القانون لأنّ المادة 85 من المرسوم المذكور أعلاه، تخصّ الدعاوي القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء، ونقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، والحال أنّ دعوى الطاعنة تتعلق بالشفعة وشروط ممارستها، ومن هنا فإنّ القرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون وعارض قضاة النقض⁽¹⁾.

لكن بصدور ق.إ.م.إ. السالف الذكر، حيث تنص المادة 03/17 منه " يجب إشهار عريضة رفع دعوى الشفعة لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ما لم يثبت إيداعها لإشهار." ويفهم هنا بأنّ دعوى الشفعة يجب أن تخضع لإجراء الشهر.

أ- ميعاد رفع الدعوى

لقد نصت المادة 802 ق.م.ج السالفة الذكر على ميعاد الثلاثين يوم لرفع دعوى الشفعة، ولا يجب تجاوزه وهذا من تاريخ إعلان التصريح الرغبة في الأخذ بالشفعة.

وفي حالة اختلاف وصول الإعلان إلى علم كل من البائع والمشتري، فمدة الثلاثين يوم تحسب من تاريخ آخر إعلان، ولقد ثار خلاف حول ما إذا كان هذا الميعاد، يضاف له ميعاد المسافة، ونجد أنّ المشرع الجزائري قد نص عليه في المادة 799 ق.م.ج المتعلق بإعلان الرغبة في الشفعة، وسكت عن ذكرها في المادة 832 ق.م.ج بالنسبة للمدة المحددة لرفع الدعوى⁽²⁾.

والرأي الراجح في الفقه القانوني، رغم سكوت المشرع عن ميعاد المسافة وفي حالة ما إذا كان هناك عطلة رسمية في اليوم الأخير، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها.

¹ - قرار المحكمة العليا، رقم 194437، المؤرخ في 26-04-2000، المجلة القانونية عدد 02، ص.146.

² - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.240.

وفي حالة عدم قيام الشفيع برفع الدعوى في الميعاد القانوني يفقد حقه في الشفعة، كما هو منصوص عليه في المادة 802 من ق.م.ج. وهنا يستطيع كل من البائع المشتري أن يدفعوا بسقوط حق الشفعة لهذا السبب وهذا ما سنراه في مسقطات الشفعة⁽¹⁾.

ج- المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى:

بما أنّ دعوى الشفعة هي دعوى عينية عقارية، بحكم أنّ الشفيع يطالب بمقتضاها الحصول على حق عيني عقاري بملكية العقار أو الرقبة أو حق الانتفاع.

بحيث نجد المشرع الجزائري في المادة 802 ق.م.ج. نص " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما... إلا سقط الحق"⁽²⁾.

ونستنتج أنّ المحكمة المختصة هي محكمة موطن العقار، وتنص المادة 03 ق.إ.م.إ. أنّه "في الدعاوى العقارية... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها".

وفي حالة رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، من شأنه قطع ميعاد والسقوط المقرر في المادة 802 ق.م.ج. ويستمر هذا الأثر إلى غاية صدور الحكم بعدم الاختصاص. ويبدأ سريان التاريخ من يوم صدور الحكم، وذلك عملا بالمادة 317 ق.م.ج، أي بداية احتساب الثلاثين يوم تبدأ من تاريخ صدور حكم بعدم الاختصاص كميعاد جديد للشفيع، وله في هذه المدة أن يرفع دعواه من جديد وخلال وأمام المحكمة المختصة⁽³⁾.

ونجد أنّ المشرع الجزائري اهتم بالجانب الإجرائي ووسع فيه، على عكس الشريعة الإسلامية.

¹- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.239.

²- أنظر في هذا الصدد أيضا قرار المحكمة العليا، رقم 34131، مؤرخ في 19-11-1984، المجلة القضائية، عدد، سنة 1990، ص.52.

³- دغيش أحمد، المرجع السابق، ص.342.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

بعدما تطرقنا في الفصل الأول إلى تعريف الشفعة وأركانها وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون المدني، كان لزاماً علينا التطرق للآثار المترتبة على الشفعة. فإذا ما توفرت في الشفيع الشروط التي تجعله شفيعاً، وجب أن يحلّ الشفيع محل المشتري بانتقال ملكية العقار المشفوع فيه إليه، وهذا ما يترتب عليه نشوء علاقات بين الشفيع والمشتري والبائع والغير.

وفي حالة ما إذا لم يلتزم الشفيع بالإجراءات المحددة للأخذ بالشفعة، سقط حق الشفيع بالأخذ بها وعلى هذا سنعرض في المبحث الأول إلى آثار الشفعة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني أمّا المبحث الثاني سنتناول أسباب سقوط الشفعة.

المبحث الأول

آثار الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

سنتعرض في هذا المبحث لآثار الشفعة في كل من الشريعة الإسلامية من جهة والقانون المدني من جهة أخرى، وهل أنّ المشرع الجزائري قد وافق الشريعة الإسلامية بخصوص الآثار المترتبة أم أنّه خالفه وأقرّ حالات أخرى، هذا ما سنتعرف عليه من خلال مطلبين، المطلب الأول سنتعرض لآثار الشفعة في الشريعة الإسلامية والمطلب الثاني لآثار الشفعة في القانون المدني.

المطلب الأول

آثار الشفعة في الشريعة الإسلامية.

سنتطرق في هذا المطلب إلى آثار الشفعة في الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع، وكذا وجود علاقات تربط الشفيع بالبائع والمشتري. وهذا ما سنراه في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه.

ينتج عن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه حلول الشفيع محل المشتري وهذا ما سنراه كما يلي:

أولاً: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة.

يرى أبو حنيفة، إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري من دون تسليمه من البائع، بمعنى بمجرد

عقد البيع، فإذا استحقه الشفيع لا يكفي بمجرد طلبه للعقار⁽¹⁾؛ لأنّ حق الشفعة ضعيف فلا

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.162.

يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بعقده. ولذا لا يملك الشفيع العقار إلا بوجود

أمرين:

الأول: تسليمه من المشتري عن رضا منه، فيتملكه الشفيع من وقت تسلمه.

الثاني: قضاء القاضي له، فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلاً⁽¹⁾.

ثانياً: حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.

يذهب الحنفية في أكثر أقوالهم إلى أنّ الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت التراضي بينه وبين

المشتري أو من وقت قضاء القاضي فيكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع⁽²⁾.

ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أنّ الشفيع يستقر حقه بطلب المواتبة وطلب الإشهاد والتقريب دون

حاجة إلى قضاء القاضي، فلا يكون قضاء القاضي إذن في هذا القول ضرورياً لاستقرار حق

الشفيع، ومن ثمّ لا يكون حكم الشفعة هو الذي ينشئ حق الشفيع.

والمذاهب الثلاثة الأخرى ترى أنّ تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه لا يعتمد على رضا

المشتري أو قضاء القاضي، بل يملكه قبل ذلك بمجرد طلب الشفعة عند الحنابلة، أمّا الإمام مالك

بمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن. وبطلبها عند الشافعي إذا قام الشفيع بدفع الثمن إلى المشتري.

وبالتالي فحق الشفعة لا يكون منشئ لحق الشفيع ما دام أنّ قضاء القاضي غير ضروري لتملك

الشفيع للعقار المشفوع فيه⁽³⁾.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 729.

² - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 163.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 730.

الفرع الثاني

العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة.

سنتعرض في هذا الفرع إلى العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة، وهذه العلاقات ناشئة بموجب حلول الشفيع محل المشتري، وهذه العلاقات تتمثل في علاقة الشفيع بالبائع، وعلاقة الشفيع بالمشتري وهذا كله في الفقه الإسلامي.

أولاً: علاقة الشفيع بالبائع.

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى رأيين:

رأي جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - ذهب للقول بعدم نفاذ تصرفات البائع في مواجهة الشفيع متى أعلن رغبته ودون انتظار حكم القضاء أمّا قبل إعلان الرغبة، فالبائع حرّ في التصرف في ملكه.

ورأي فقهاء الحنفية فيؤكدون على أنّ علاقة البائع بالشفيع تكون خلال المدة التي تفصل بين إعلان الشفيع لرغبته وحكم القاضي له بالشفعة، بالتالي فتصرفات البائع لا تسري في حق الشفعة المعلن لرغبته وإنّما تنفذ في حقه التصرفات السابقة عن إعلان الرغبة⁽¹⁾.

ثانياً: علاقة الشفيع بالمشتري.

سنتعرض في هذه العلاقة ما قد يطرأ على العقار وهو في يد المشتري من تغييرات، وهذا قبل أخذ الشفيع العقار بالشفعة. وذلك كما يلي:

¹ - علي عيشور، المرجع السابق، ص.31.

1. العقود والتصرفات:

قد تصدر تصرفات من المشتري قبل أن يقضى للشفيع بالشفعة، إمّا ناقلة للملكية كالبيع والهبة وجعل المبيع مهرا في الزواج. وإمّا مرتبة لحق انتفاع، أو حبس كالإجارة والإعارة والرهن⁽¹⁾. وانتقلت المذاهب الأربعة على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية وهو البيع، بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقّها، لتعلق حق الغير في المبيع، كما اتفقوا على جواز نقض الرهن والإيجار والإعارة مما لا شفعة فيه⁽²⁾.

2. نماء المشفوع فيه وزيادته:

قد يحدث النمو الطبيعي في العقار المشفوع فيه، وقد يحدث المشتري فيه زيادة البناء أو الغراس، قبل الحكم بالشفعة لصاحبها، فمن أحقّ بذلك، الشفيع أو المشتري؟⁽³⁾

أ. النماء الطبيعي:

يرى الحنفية أنّه إذا نما المبيع في يد المشتري بعد الشراء كإثمار الشجر، فالقياس أن لا يكون للشفيع؛ لأنّه نما على ملك المشتري وبعمله. وقال الشافعية والحنابلة للنماء حالتين:

- فإذا كان نماءً متصلاً كالشجر إذا تكاثر فهو حق للشفيع.
- وإذا كان النماء منفصلاً كالثمرة الظاهرة فهي حق للمشتري؛ لأنّها حدثت في ملك المشتري.⁽⁴⁾

¹- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 835.

²- الشيخ عادل أحمد، الشيخ علي محمد عوض، روضة الطالبين، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، ج 1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص. 179. انظر في هذا الصدد، د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص ص. 833-834.

³- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 835.

⁴- عبد الله بن عبد المحسن التركي، الكافي، المرجع السابق، ص. 543.

وخلصه هذين المذهبين يلتقيان مع مقتضى القياس عند الحنفية⁽¹⁾.

ب. الزيادة المحدثة:

إذا أحدث المشتري زيادة في المبيع بالبناء أو الغرس أو الزرع؛ فإنه يجب التفريق بين هذه

الأمور على النحو التالي:

الحالة الأولى: الزرع الذي له نهاية معلومة.

هنا للشفيع الأخذ بالشفعة ويكون الزرع للمشتري بشرط أن يبقى في الأرض إلى وقت

الحصاد وهذا باتفاق الفقهاء.

وقال الحنفية على المشتري دفع الأجرة عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين

الحصاد عكس الشافعية والحنابلة فلا يلتزم المشتري بدفع الأجرة؛ لأنه زرع في ملكه.

الحالة الثانية: البناء والغرس.

لشفيع الأخذ بالشفعة، لكن الفقهاء اختلفوا فيمن يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس.

فقال الحنفية: إذا بنى المشتري أو غرس فيما اشتراه، ثم قضى للشفيع بالشفعة، كان للشفيع

الخيار:⁽²⁾

- إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخلية الأرض مما أحدث فيها؛ لأنه وضعه في محل تعلق به

حق متأكد للغير من غير إذن وتكون الأنقاض للمشتري.

- وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً⁽³⁾.

¹- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص 279-280.

²- المرجع نفسه، ص 281.

³- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 836.

المطلب الثاني

آثار الشفعة في القانون المدني.

بعدما تطرقنا إلى آثار الشفعة في الفقه الإسلامي، سنتعرض الآن إلى نفس الآثار في القانون المدني الجزائري.

يترتب على الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء مجموعة من الآثار التي تخص الشفيع والبائع والمشتري⁽¹⁾. إذا توفر سبب من أسباب الشفعة وشروطها، فعلى الشفيع أن يبدأ إجراءات الشفعة بالإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة، إلى كل من البائع والمشتري، فإذا استجاب المشتري لرغبة الشفيع فهنا تتم الشفعة بالتراضي. وقد لا يستجيب لهذه الرغبة فيضطر الشفيع إلى أن يستكمل الإجراءات ليحصل في النهاية على حكم يثبت له حقه في الشفعة⁽²⁾.

ففيما تتمثل هذه الآثار؟ وماهي العلاقات التي تنشأ عن هذا الحق؟

الفرع الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع.

لقد اعتبرت الشريعة الإسلامية الشفعة حقا للشفيع لتملك العقار المشفوع فيه، وذلك بتوفر الشروط والأسباب المقررة لها. ويترتب على ثبوت حق الشفعة آثار، إما من وقت صدور الحكم

¹ - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 7، الأردن، سنة 2010، ص.152.

² - نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص.140.

بثبوت الشفعة أو من وقت البيع، وهذا ما جاء في المادة 794 ق.م.ج وأقرته المادة 804 ق.م.ج أيضا⁽¹⁾.

أولاً: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة.

إنّ حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع يكون إمّا من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بثبوت حق الشفعة أو من وقت التراضي عليها بين المشتري والشفيع. يعتبر الحكم القاضي بالشفعة حكم منشئ لحق الشفيع لا مقرر له، فتنتقل ملكية العقار المشفوع من المشتري إلى الشفيع مع مراعاة قواعد التسجيل أي أنّ المشتري يظلّ مالكا للعقار إلى غاية تاريخ تسجيل العقار المشفوع فيه.

ينتقل حق ملكية العقار المشفوع للشفيع من تاريخ صدور الحكم النهائي في دعوى الشفعة ومن هنا يعد مالكا للمبيع بدلا من المشتري، أمّا قبل صدور الحكم فيظل المشتري المالك الأصلي للعقار، وهنا تعد كل التصرفات الصادرة من المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة، نافذة في حق الشفيع، فمثلا إذا قام المشتري الأول ببيع العقار لمشتري ثان فهنا الشفيع له حق أخذ العقار بالشفعة من المشتري الثاني ليس من المشتري الأول⁽²⁾.

ثانياً: حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.

بما أنّ الشفعة هي واقعة مركبة من ثلاث عناصر، العقار المشفوع وبيع العقار المشفوع فيه للمشتري، وإعلان الشفيع الرغبة في الأخذ بالشفعة. ومتى وجدت هذه العناصر الثلاث وجدت الشفعة وأنتجت آثارها، ومنها حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين البائع والمشتري

¹ - راجع المواد 794 و804 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص. 741-742.

وإذا ما قام الشفيع بالإعلان عن رغبته بالأخذ بالشفعة، حلّ محل المشتري من وقت البيع لا من وقت الإعلان عن الرغبة في الشفعة.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري

نستخلص موقف المشرع من نص المادة 803 ق.م.ج التي تنص على: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري." فيتضح لنا جلياً أنّ المشرع الجزائري ذهب إلى اعتبار حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة.

وهذا الرأي الغالب في الفقه القانوني من أنّ حلول الشفيع محل المشتري، يكون من وقت حكم القاضي الذي يقضي بثبوت الشفعة. وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية بالتحديد رأي أبو حنيفة.

الفرع الثاني

العلاقات المترتبة عن حلول الشفيع محل المشتري.

يترتب على حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، الذي تمّ بين البائع و المشتري انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ونشوء علاقة من بين الشفيع وكل من البائع والمشتري والغير⁽¹⁾، ويتضح لنا من هذا أنّ هناك آثار والتزامات بين الأطراف وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع، أولاً علاقة الشفيع بالبائع، ثم علاقته بالمشتري ونعرج أخيراً إلى علاقته بالغير.

أولاً: علاقة الشفيع بالبائع:

تنص المادة 804 ق.م.ج على أنّه: "يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشتري في جميع حقوقه

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.738.

والتزاماته، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا
البائع، ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذ ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

ونستنتج من نص المادة أنه متى اكتسب الشفيع حقه في الشفعة، سواءً بالتراضي أو
التقاضي. حلّ الشفيع محل المشتري وأصبحت العلاقة هنا بين الشفيع والبائع في هذا البيع، مما
يرتب انتقال التزامات المشتري إلى الشفيع قبل البائع، ونفس الشيء بالنسبة للبائع فتنشأ التزامات
بينهما وهذا كما يلي⁽¹⁾:

أ- التزامات البائع:

يمكن لنا استخلاص الالتزامات التي تنشأ على عاتق البائع اتجاه الشفيع في نقل ملكية
المبيع وتسليمه إليه، والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق إضافة إلى ضمان العيوب الخفية
ونستعرض لها كالاتي:

1- التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع:

يلتزم البائع بنقل ملكية العقار المشفوع إلى الشفيع، وهذا بحكم أنّ الشفيع حل محل المشتري
في كل التزاماته وحقوقه.

كما أنّ هذه الملكية لا تنتقل إلاّ بشهر إقرار المشتري بتسليمه الشفعة للشفيع، سواءً تم
بالتراضي أو بالتقاضي، أي شهر الحكم الصادر إذا تمت الشفعة بالتقاضي وهذا كالاتي:

- فإذا تمت الشفعة بالتراضي وكان عقد البيع الصادر للمشتري قد تم شهره، فيكفي في هذه

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.740.

الحالة أن يحزر المشتري إقرار تسليمه الشفعة للشفيع، موقعا عليه من طرفه، وذلك بعقد رسمي أمام الموثق⁽¹⁾.

- أما إذا لم يتم المشتري بتسجيل عقده؛ فإن الإقرار بتسليم الشفعة يجب أن يكون موقعا من البائع والمشتري والشفيع، ولكن يجب أن يوقعه المشتري معهما إثباتاً لتسليمه بالشفعة، فإذا ما تم شهر وتسجيل هذا الإقرار والعقد انتقلت الملكية إلى الشفيع⁽²⁾.

- في حالة ما إذا تمت الشفعة بالتقاضي، فهنا إذا ما قام الشفيع برفع دعوى الشفعة وصدر حكم قضائي يقر له بالشفعة، فعليه شهر هذا الحكم ومتى شهر الحكم انتقلت الملكية إلى الشفيع من البائع مباشرة. وهذا ما جاء في المادة 803 ق.م.ج التي تنص على أنه "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

1- التزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع:

تطبق عليه نفس أحكام تسليم المبيع، بحيث نجد أن المشرع الجزائري في المادة 364 ق.م.ج⁽³⁾، يلتزم البائع بتسليم العقار إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع.

يتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة، إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع أو كان هناك عرف يقضي تسليم المبيع في ميعاد معين، ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه، وعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسليمه⁽⁴⁾.

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.741.

²- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.287.

³- تنص المادة 364 على أنه "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

⁴- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص.150.

ففي حالة الإخلال بالتزام تسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيح فإنّ البائع يكون هنا مسؤولاً عن ذلك حتى ولو كان عدم التسليم راجع لسبب أجنبي، فطبقاً للمادة 369 ق.م.ج التي تنص "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع."

فتبعية هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم، وقبل إعدار الشفيح الذي هو المشتري الجديد تكون على عاتق البائع. فالمرجع الجزائري جعل تبعية الهلاك على من يكون بحوزته العقار المشفوع⁽¹⁾ لأنّه تبعية الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة ليس بانتقال الملكية⁽²⁾.

فإذا هلك العقار وهو لا يزال في يد البائع ولم يسلمه إلى الشفيح، فإنّ تبعية الهلاك هنا تكون على البائع قبل التسليم وعلى الشفيح بعد التسليم. فهنا إذا قبض البائع ثمن العقار الهالك وهو لا يزال في يده فعليه رد الثمن للشفيح وإذا كان لم يقبضه بعد فلا يحق للبائع مطالبة الشفيح به، أمّا إذا تسلّم الشفيح العقار وهلك في يده فهنا جاز للبائع أن يقبض الثمن ولا يجوز للشفيح المطالبة برده في حالة هلاك العقار وهو في يده⁽³⁾.

في حالة تبعية الهلاك الجزئي أو الهلاك الكلي، فإذا هلك العقار جزئياً أو أنتقص من قيمته بسبب تلف أصابه؛ فإنّ التبعية تكون على البائع قبل التسليم، وعلى الشفيح بعد التسليم وللشفيح في هذه الحالة إمّا طلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن لما يتناسب مع ما هلك من العقار. وهذا ما جاء في المادة 370 ق.م.ج التي تنص على أنّه " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه

¹ - تنص المادة 369 ق.م.ج على أنّه "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع.

² - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص ص.612-613.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.744.

جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن.

2- التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق:

نص المشرع في المادة 804 ق.م.ج "لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة". ولقد تضمن النص العربي نقصاً بالنسبة للنص الفرنسي⁽¹⁾، بحيث لم يتضمن حرف الاستثناء والصواب هو "لا يرجع الشفيع إلا على البائع..." وهذا طبقاً للنص الفرنسي وبذلك أصبح من حق الشفيع الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده دون المشتري؛ لأنه يعد من نتائج حلول الشفيع محل المشتري في كل الحقوق والالتزامات، فهنا البائع يجب عليه التزام بهذا الضمان، فتطبق عليه القواعد العامة المنظمة لعقد البيع الواردة في القانون المدني الجزائري في المواد 371 و 372 و 379 في كل من ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية⁽²⁾. فالبايع يقوم بضمان التعرض الصادر منه شخصياً أو الصادر من الغير ويتدخل في ذلك ضمان الاستحقاق.

والتعرض بنوعيه مادياً كان أو قانونياً⁽³⁾، فالتعرض المادي مثل قيام البائع بتحويل طابع الأرض المشفوع فيها من أرض فلاحية إلى غير ذلك.

أما التعرض القانوني فيتحقق متى ادعى البائع حقاً على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع، سواءً كان هذا الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له.

¹ - Article 804/2, op.cit , dicte : « si, après la préemption, l'immeuble est revendiqué par un tiers, le préempteur n'a recours que contre le vendeur ».

² - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.290.

³ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.662.

في هذه الحالة يجوز للشفيع بدفع دعوى البائع بالتزاماته بضمان التعرض الصادر منه⁽¹⁾.

في حالة التعرض الصادر من الغير فالبائع لا يضمن إلاّ التعرض القانوني فقط، فالتعرض

المادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع مادام هذا الغير لا يدعي لنفسه حقا على العقار. أي

أنه يجب أن يكون الحق المطالب به من الغير سابق على البيع أو تاليا له ولكنه مستمد من البائع

وفقا لنص المادة 2/371 ق.م.ج⁽²⁾.

فهنا البائع يكون ملزما بالضمان وتنفيذه عينيا، فإن عجز عن تنفيذ التزامه وجب عليه

التعويض.-تعويض الشفيع عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه- وهذا هو

الاستحقاق، وهو إما أن يكون ضمانا عن استحقاق كلي طبقا للمادة 375 ق.م.ج أو ضمانا عن

استحقاق جزئي طبقا لأحكام المادة 376 من نفس القانون، بالإضافة إلى نص المادة 377

ق.م.ج.

3- التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

يلتزم البائع أخيرا نحو الشفيع بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه، وهذا ما جاء

في المادة 379 ق.م.ج، بحيث يجب أن يكون العيب في العقار المشفوع فيه مؤثرا أي يبلغ حدا

من الجسامة، بحيث لو علم به قبل الأخذ بالشفعة لما أخذ بها، والشفيع هنا له خيارين: الأول إما

رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة

الاستحقاق الكلي أما الخيار الثاني إبقاء العقار لديه مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.748.

²- انظر المادة 371 من ق.م.ج على أنه " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه."

بسبب العيب⁽¹⁾. تنقضي دعوى ضمان العيوب الخفية بالتقادم بمرور سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري، وهنا من وقت تسليم للشفيع وهذا ما جاء في المادة 383 ق.م.ج. و نفس المادة جاءت بما قد يكون من اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، إما بالزيادة أو بالنقصان أو بالإسقاط. وهنا الشفيع هو الذي يكون محل المشتري لكن في حالة تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع يحول بسقوط الضمان⁽²⁾.

أ- التزامات الشفيع.

عند حلول الشفيع محل المشتري تترتب عليه التزامات التي كانت على عاتق المشتري وانتقالها للشفيع، ونجد منها الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بتسليم العقار المشفوع فيه.

1- التزام الشفيع بدفع الثمن إلى البائع:

تتم الشفعة تتم بالتراضي أو بالتقاضي، ففي حالة قيامها بالتراضي، بحيث لم يكن قد تم إيداع الثمن لدى الموثق، ولم ترفع هناك دعوى، فعلى الشفيع دفع الثمن إلى البائع، وإذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعه، يكون الثمن مستحقاً للبائع⁽³⁾. أمّا في حالة تمامها بالتقاضي، فيجب الالتزام بما فرضه المشرع على الشفيع، من وجوب إيداع كل الثمن الذي حصل به البيع والمصاريف، لدى الموثق المحرر للتصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة وهذا طبقاً للمادة 2/801 ق.م.ج⁽⁴⁾.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص.152.

² - انظر المادة 383 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

³ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.661.

⁴ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص.291.

أما بالنسبة لمدى استعادة الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن، ففي كلتا الحالتين حالة التراضي أو حالة التقاضي، فإنّ المشرع قد قرر خروجاً عن الأصل المقرر في حلول الشفيع محل المشتري في جميع التزاماته وحقوقه. أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل المضروب لدفع الثمن المتفق عليه بين البائع والمشتري في العقد، حسب المادة 804 ق.م.ج، أي أنه يجب دفع الثمن فوراً للبائع، إلا إذا تنازل البائع عن حقه في فورية الدفع.

والمقصود من هذا الاستثناء أنه قد يراعي البائع المشتري لاعتبارات شخصية قد لا تتعدى إلى شخص الشفيع⁽¹⁾.

في حالة ما إذا قبل البائع بتأجيل دفع الثمن، وهذا لا يأتي إلا بعد الأخذ بالشفعة، أما في أثناء الإجراءات فلا يحق للشفيع بذلك وبالتالي عليه إيداع المبلغ كلّه لدى الموثق ولو برضا البائع بتأجيل الثمن، فإذا ثبت حق الشفيع بالشفعة، ورضى البائع بتأجيل الثمن أو بتقسيمه، سحب الشفيع الثمن من لدى الموثق وسدد للبائع حسب ما تم الاتفاق عليه.

وأما في حالة أخذ الشفعة بالتراضي فإنّ الثمن مؤجل أو مقسط تبعاً لما تم الاتفاق بين البائع والشفيع⁽²⁾.

2- التزام الشفيع بتسليم المبيع:

يقصد به أن يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه، إما من البائع أو المشتري إذا انتقل إليه وهذا ما نصت عليه المادة 394 ق.م.ج، في صدد تسليم المشتري وبما أنّ الشفيع قد حل محله تطبق عليه نفس الأحكام. والتسليم في أغلب الأحيان هو العملية المتممة للتسليم، فالبائع يلتزم

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.662.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.754-755.

بتسليم المبيع والشفيع يلتزم بتسليمه، والمادة 395 ق.م.ج تنص على أنّ نفقات التسليم تكون

على المشتري الذي هو الشفيع هنا، ما لم يوجد اتفاق أو عرف بغير ذلك⁽¹⁾.

ثانياً: علاقة الشفيع بالمشتري:

يحلّ الشفيع محل المشتري في عقد البيع، وبثبوت حق الشفعة إما قانوناً أو بالتراضي في كل التزاماته وحقوقه، ولو أنّ المشتري لم يعد طرفاً في العقد إلا أنّ العلاقة بين المشتري والشفيع تظل قائمة وتتّشأ التزامات بينهما وهي على النحو التالي:

1- التزامات المشتري:

يلتزم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، لأنّه اكتسبه من طريق الشفعة وكما يلتزم أيضاً برد ثمار المبيع ونفصل فيها كما يلي:

أ- التزام المشتري بتسليم العقار المبيع للشفيع:

يجب على المشتري إذا تسلّم العقار المشفوع فيه من البائع وثبت الحق بالشفعة للشفيع، فعلى المشتري أن يلتزم بتسليمه للشفيع، ونجد بأنّ نفس الأحكام السالفة الذكر في تسليم العقار من البائع للشفيع تسري على تسليم العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع.

ويكون التسليم بالحالة التي كان عليها العقار وقت البيع وبالمقدار المعين في العقد وبالملحقات التي تتبعه، ويكون التسليم بتمكين الشفيع منه والانتفاع به دون عائق ومع ما يتفق مع طبيعة العقار وفي حالة ما إذا تأخر المشتري في التسليم، كان للشفيع المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من هذا التأخير⁽²⁾.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.758.

² - المرجع نفسه، ص.768.

أما فيما يخص تبعة الهلاك تكون على الشفيع في حالة التسلم، وكذلك إذا أعذره المشتري قبل الهلاك بالتسلم كانت عليه تبعة الهلاك أيضا.

لكن في حالة هلاك العقار المشفوع فيه لسبب أجنبي، نجد أنه اختلفت الآراء فهناك اتجاهين اتجاها يرى بأن التبعة تقع على المشتري في حالة ما إذا لم يسلم العقار للشفيع و لم يعذره بالتسلم.

واتجاه آخر يرى بأن تبعة الهلاك تقع على المالك والمالك هنا هو الشفيع متى شهر سند شفيعته⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، نجد أنه نص المادة 842 والمادة 843 ق.م.ج قد بينت على من تقع تبعة الهلاك إذا هلك الشيء وهو في يد الحائز، إذ أن المشتري قبل تسليمه العقار للشفيع، يعتبر حائزا له ويكون حائزا حسن النية قبل إعلان الشفيع بالرغبة في الشفعة وحائزا سيء النية بعد إعلانه لهذه الرغبة.

فالمادة 842 ق.م.ج مفادها أن تبعة الهلاك تكون على الشفيع إذا هلك العقار بسبب أجنبي وهو في يد المشتري قبل إعلانه الرغبة في الشفعة، لحسن نية المشتري الحائز للعقار. والمادة الثانية 843 ق.م.ج والتي يفهم منها أن تبعة الهلاك تكون على المشتري إذا هلك العقار وهو في يده بعد إعلان الرغبة في الشفعة، أي عندما يعتبر الحائز سيء النية⁽²⁾.

ونفس الأحكام تطبق سواء في الهلاك الكلي أو الهلاك الجزئي. قبل الإعلان في الرغبة في الشفعة، الشفيع هو المسؤول عن الهلاك أو التلف الجزئي، أما في حالة ما بعد الإعلان عن الرغبة بالشفعة فإن التبعة تكون على المشتري كما هو الأمر في الهلاك الكلي⁽³⁾.

ب- التزام المشتري برد ثمار المبيع للشفيع:

يحق للشفيع في ثمار العقار المشفوع فيه من يوم انتقال ملكية العقار وهذا طبقا لنص المادة 803 من ق.م.ج السالفة الذكر، يحق للشفيع ملكية العقار من يوم شهر الحكم القاضي بثبوت

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.769.

² - أنظر المواد 842 و 843 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.770.

الحق في الشفعة ولهذا فالشفيع له الحق في ثمار العقار من تاريخ شهر هذا الحكم. و بالمقابل يتحمل الشفيع تكاليف حفظ العقار وصيانة ونفقات الاستغلال... إلخ و هذا ما جاءت به نص المادة 389 ق.م.ج⁽¹⁾.

2- التزامات الشفيع:

تتجلى التزامات الشفيع قبل المشتري في دفع الثمن ومصروفات البيع، والتعويض عن النفقات اللازمة، والتعويض عما أقامه المشتري من بناء وغرس. وسنتعرض إليها كآآتي:

أ- التزام الشفيع بدفع الثمن ومصاريف البيع:

يلتزم الشفيع بدفع ثمن العقار المشفوع فيه للمشتري، بحيث أن هذا الأخير قام بدوره بالوفاء وبما كان عليه للبائع، فثبتت حق الشفعة قضاءا كان على المشتري أن يتوجه إلى الموثق لسحب الثمن فيسترد بذلك ما دفعه للبائع⁽²⁾، وهنا يكون الشفيع قد وقى بالتزامه نحو المشتري بدفع الثمن أمّا إذا كانت الشفعة بالتراضي فهنا على الشفيع دفع الثمن المتفق عليه فورا للمشتري⁽³⁾ وعلى الشفيع أيضا رد مصاريف البيع للمشتري سواء كانت مصاريف رسمية مثل مصاريف التوثيق الطابع، التسجيل ورسوم الإعلام العقاري، أو غير رسمية، كالسمسة وأنعاب المحامي ومصاريف معاينة الأرض المشفوع فيها، وهذا ما بينته المادة 393 ق.م.ج "إنّ نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك." وعليه يسترد المشتري كل هذه المصاريف وذلك طبقا لقاعدة الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن.

¹- أنظر المادة 389 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

²- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها، مصادرها)، المرجع السابق ص.389.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.761.

ب- التعويض عن المصاريف الضرورية والنافعة والكمالية:

قد يحدث وأن ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه، بعد أن تسلمه من البائع مصاريف سواء كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية، لاعتباره كان حائزا للعقار، فهنا يحق للمشتري الرجوع بهذه المصروفات على المالك ألا وهو الشفيع.

وهذا ما نصت عليه المادة 839 ق.م.ج "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة".

ويحق للمشتري أيضا المطالبة بالتعويضات عن المصارف النافعة طبقا لقواعد الالتصاق المنصوص عليها في المادتين 784 و785 ق.م.ج.

ويستثنى من هذه المصروفات الكمالية، فلا يحق له المطالبة بها، وهنا للشفيع الخيار الإبقاء على الكماليات المستحدثة من قبل المشتري، مقابل دفع قيمة مستحقات الإزالة أو أن يجبر المشتري على إزالتها وإعادة العقار إلى حالته الأولى⁽¹⁾، حسب المادة 3/839 ق.م.ج التي تنص " وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت، بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى، إلا أنه إذا اختار المالك أن يبقيها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم".

ج- مصير البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه:

وهنا نكون أمام حالتين إما قبل الإعلان الرغبة في الشفعية أو بعد الإعلان عنها، وهذا ما جاء في نص المادة 805 ق.م.ج "إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجار قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا 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".

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.764.

- في حالة البناء أو الغراس قبل الإعلان:

هنا نجد بأنّ المشرع الجزائري قد راعى جانب المشتري وهذا ما يظهر في المادة 5/805 السالفة الذكر فهنا لا يحق للشفيح المطالبة بإزالة البناء أو الغرس مع التزام الشفيح بتعويض المشتري على ما أنفقه في سبيل البناء والغراس والملاحظ أنّ المشرع قد منح للمشتري حق الخيار والمشتري هنا سيختار أكبر القيمتين⁽¹⁾.

وقد راعى المشرع أيضا في توفير معاملة أفضل للمشتري عامله معاملة أفضل من الباني أو مقيم المنشآت حسن النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق حسب المادة 785 ق.م.ج الذي يأخذ أقل القيمة في البناء والغرس لا أكبرها⁽²⁾.

- في حالة البناء أو الغراس بعد الإعلان:

من خلال ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 805 من القانون المدني أعلاه، يتبين لنا أن المشرع أعطى للشفيح الحق في المطالبة بإزالة البناء أو الغرس على نفقه المشتري وإعادة العقار لما كان عليه من قبل مع التعويض إذا اقتضى الأمر.

ويحق للشفيح استبقاء البناء أو الغرس إذا شاء، على أن يعرض المشتري بما يعادل نفقات البناء أو الغرس، ويعامل المشتري معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت سيء النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق الواردة في المادة 784 فقرة أولى من القانون المدني، الذي لا يستحق إلا أقل قيمة المنشأة مستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض نتيجة إقامة المنشآت⁽³⁾.

من خلال ما سبق نجد توافق المشرع مع ما أقرته الشريعة الإسلامية وهذا ما نجده في نص المادة 805 ق.م.ج.

ثالثا: علاقة الشفيح بالغير:

لا ينفذ في حق الغير الذين تم التصرف إليهم في العقار المشفوع فيه، أو ترتبت لهم عليه حقوق إلا بتسجيل إعلان الرغبة، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 806 ق.م.ج "لا تكون

¹- حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 668.

²-خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.297.

³- المرجع نفسه، ص.298.

حجة على الشفيح الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

ومفاد هذه المادة أنه في حالة ترتيب الحقوق العينية على العقار المشفوع فيه، فمتى تسرى في حق الشفيح، وهنا يجب التفريق بين الحقوق العينية المترتبة قبل تسجيل إعلان الرغبة، والتي ترتب على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة.

أ- الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

قد يحصل وأن يقوم البائع بمجموعة من التصرفات في العقار، مثل البيع أو المقايضة أو الهبة ويمكن أن تكون تصرفات أخرى كأن يترتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق، وكما قد ترتب أيضا حق عينيا تبعا، مثل الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي. قد يحدث أيضا وأن يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع، أو يترتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمته⁽¹⁾.

تعتبر آثار الحقوق العينية المقيدة قبل تسجيل إعلان الرغبة، والمرتبة للغير، وإن كانت نافذة في حق الشفيح، فلو انتقل العقار إليه وهو مثقل بها، فيحق للشفيح مطالبة البائع بما يقابل النقص في قيمة العقار سبب وجود هذا الحق.

لكون الشفيح أنه قام بدفع الثمن الذي دفعه المشتري، عندما أخذ العقار دون أن يكون محملا بشيء⁽²⁾.

فإذا ترتبت هذه الحقوق قبل تسجيل الشفيح إعلان رغبته في الشفعة، فإنها تسري في حقه، شرط أن يشهد صاحب هذا الحق حقه قبل التسجيل.

والمشتري أيضا بدوره يمكن له أن يقوم بنفس التصرفات والحقوق السالفة الذكر، وهذا قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، ففي هذه الحالة تسري نفس القواعد المذكورة سابقا، ومثال ذلك

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.360.

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.671.

أن يقوم المشتري ببيع العقار المشفوع إلى مشتري ثاني وهذا قبل إعلان الرغبة في الشفعة من قبل الشفيع، يكون هذا العقد نافذا في حق البائع، والبائع هنا يمكن له المطالبة بالشفعة لكن من المشتري الثاني، وبنفس الشروط حسب المادة 801 ق.م.ج (1).

ب- الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة: إذا رتب البائع على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية السالفة الذكر. لكن صاحب هذا الحق، لم يقدّم بشهر حقه إلا بعد تسجيل الإعلان عن الرغبة في الشفعة. فإنّ هذا الحق لا يسري في مواجهة الشفيع. كأن يبيعه مثلا لشخص ما قبل تسجيل الرغبة في الشفعة، فلا يعد هذا البيع نافذا في مواجهة الشفيع.

أما الحقوق العينية التي يترتبها المشتري بعد تسجيل الإعلان بطلب الشفعة، وهذا ما نصت عليه المادة 806 من القانون المدني، التي تبين أنّ الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري، بعد تسجيل إعلان الرغبة، لا يعد نافذا في مواجهة الشفيع (2). مثال ذلك أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثاني، فالشفيع هنا يكون بصدد المطالبة بالشفعة من المشتري الأول أي البيع الأول.

لكن في حالة الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي قد يقوم بها المشتري على العقار، يحق للشفيع في حالة سريانها ونفاذها في حقه، المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وهذا إن كانت لاحقة لإعلان الرغبة في الشفعة.

كخلاصة نجد بأنّ المشرع الجزائري، لا يلزم الشفيع في تسجيل رغبته في الأخذ بالشفعة لكن القيام به أمر مقرر لمصلحته، وهذا لعدم نفاذ تصرفات المشتري على العقار المشفوع فيه في حق الشفيع (3).

1- أنظر المادة 801 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 680، 681.

3- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 104-105.

ونجد أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا لعلاقة الشفيع بالغير عكس القانون المدني الذي تطرّق لها وهذا ما نجده في نص المادة 806 منه. وأما العلاقات الأخرى أخضعها المشرع للقواعد العامة.

المبحث الثاني

مسقطات الشفعة

بعد معالجة آثار الشفعة في المبحث الأول، سنتطرق بالدراسة إلى مسقطات الشفعة في المبحث الثاني، وسنعالج المسقطات المقررة في الشريعة الإسلامية في المطلب الأول، ثم المسقطات المقررة في القانون المدني في مطلب ثان.

المطلب الأول

مسقطات الشفعة في الشريعة الإسلامية

نجد أنّ الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط الشفعة، هي التي سبق الإشارة إليها في شروط الأخذ بالشفعة، ففي حالة تخلف أحدها يؤدي الأمر إلى سقوطها، باعتبارها من الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة، فيزوالها يسقط الحق في الشفعة⁽¹⁾.

ويمكن تصنيف هذه المسقطات إلى نوعين، إمّا مسقطات اختيارية أو مسقطات إجبارية وهذا ما سنستعرضه في الفروع الآتية:

¹ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص. 259.

الفرع الأول

المسقطات الاختيارية

قد يحدث وأن يسقط الحق في الشفعة، وذلك بسبب مسقطات اختيارية المتمثلة في الإعراض عن الشفعة صراحة أو الإعراض عنها دلالة، أي التنازل عنها من قبل الشفيع، وضمان الدرك.

أولاً: الإعراض عن الشفعة صراحة

يقصد به تنازل الشفيع عن الشفعة صراحة كأن يقول الشفيع: أبطلت الشفعة أو أسقطت حقي في العقار المشفوع فيه، أو نحو ذلك من العبارات الصريحة في ترك الشفعة، ولأن شرط الشفعة خالص للشفيع المطالبة به والتمسك أو التنازل عنه، وإذا تنازل عن حقه سقطت الشفعة، ولكي يتم هذا السقوط يجب على الشفيع إقراره بعد البيع وقبل الحكم، لأن قبل البيع لم يثبت السبب الداعي للشفعة، فلا تثبت ولا معنى لإسقاط حق لم يثبت بعد، وبعد القضاء بالشفعة قد تثبت ملكيته للعين المشفوع فيها، فلا يسقط الحق إلا بالفسخ وذلك بعقد بينه وبين المشتري⁽¹⁾.

ثانياً: الإعراض عن الشفعة دلالة

ويقصد به أن يظهر الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري، وهو ثبوت الملك له⁽²⁾ ويكون ذلك أيضاً بصدور تصرف من الشفيع يدل على ترك الشفعة دلالة، كأن يترك طلب الموائبة أو التقرير في وقتها المقرر، وأن يستأجر العقار المشفوع من المشتري أو يساومه فيه، وهنا يعد هذا التصرف من قبل الشفيع كإقرار واعتراف بملكية العقار للمشتري. وإسقاط لحقه في الشفعة⁽³⁾.

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 168.

² - خالد أحمد، المرجع السابق، ص. 260.

³ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 168. 169.

فيفهم ممّا سبق ذكره أنّ الشفيع قد لا يقوم بالإجراءات في وقتها، أو القيام بتصرفات من قبله تدل على أنّه تنازل عن حقه في الشفعة، فهنا يسقط حقه، وهذا في حالة ما إذا علم بالبيع ولم يقم بالإجراءات اللازمة لأخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة.

ثالثاً: ضمان الدرك

يقصد بضمان الدرك هو أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشتري من استحقاق المبيع ونحوه. فإذا ضمن الشفيع الدرك عن المشتري للبائع، أي ضمن له الثمن عند المشتري فتسقط شفيعته فهنا يتبين لنا بأنّ الشفيع قد رضى بالبيع الحاصل بين البائع والمشتري.

هنا اختلف الفقهاء على رأيين، الرأي الأول أصحابه الحنفية والرأي الثاني أصحابه جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة، فالحنفية يرون بسقوط الشفعة في ضمان الدرك؛ لأنّ هذا الأخير يقصد من القيام به، الرضا بالبيع للمشتري والموافقة عليه، فهنا الشفيع يفقد حقه في الشفعة ويسقط في حالة قيامه بالضمان.

الرأي الثاني يرى بعدم سقوط الشفعة بضمان الدرك، ذلك بأنّ حق الشفعة سابق الوجود عن الإذن بالبيع.

والرأي الراجح في كل من سبق ذكره، هو ما ذهب إليه الحنفية، الذي مفاده أنّ حق الشفعة يسقط بضمان الدرك، فقيام الشفيع بذلك دليل على رضاه وقبوله لتمام البيع وهنا سيصبح شريكا مع المشتري⁽¹⁾.

¹ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص ص 262-263.

الفرع الثاني

المسقطات الإجبارية

بعدما رأينا المسقطات الاختيارية في الفرع الأول، فقد يحدث وأن تطرأ أسباب وحالات تؤدي إلى إسقاط الشفعة إجبارياً وهذا ما سنعرضه في الفرع الثاني، وهي موت الشفيع والحيلة لإسقاط الشفعة .

أولاً: موت الشفيع

ففي حالة ما إذا توفي الشفيع، فما مصير حق الشفعة، فهل ينتقل إلى الورثة أم لا؟ وهذا سنقوم بتبينه وتبيان آراء المذاهب الأربعة فيه كيف فصلوا في هذا السبب المؤدي إلى سقوط حق الشفعة.

أ- رأي الحنفية: يرون أنّ سقوط الشفعة تكون ب وفاة الشفيع، سواء إذا توفي الشفيع بعد طلب المواتبة والتقرير أو قبلهما، وهذا قبل الحكم قضاء بالشفعة للشفيع؛ لأنّ حق الشفعة لا يورث كخيار الشرط، فالحنفية يرون بعدم انتقال الحقوق بالميراث.

ب- رأي الحنابلة: يرون بسقوط الشفعة لكن في حالة ما إذا مات الشفيع قبل أن يطلبها، فلا يحق لورثة الشفيع بالشفعة أصلاً؛ لأنّ الله تبارك وتعالى إنّما جعل حق الشفعة للشفيع لا لغيره والخيار لا يورث، لكن في حالة ما إذا أشهد الشفيع على مطالبته للشفعة ومات، فهنا الشفعة تورث للورثة ولهم المطالبة بها؛ لأنّ بإشهاده على الطلب وكأنّه قام بالطلب بنفسه.

وهنا يتفقون مع الحنفية في عدم انتقال إرث الشفعة قبل الطلب.

ج- رأي المالكية والشافعية: يورث حق الشفعة إذا مات الشفيع بعد الطلب وقبل الأخذ بها فالشفعة مورثة عندهم، أي أنّها تنتقل بالميراث إلى الورثة؛ ولأنّ خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ومع أنّ الشافعية يرون بالزامية الطلب وإلا سقط حق الشفيع فهنا يتفقون مع الحنابلة، أمّا المالكية

فقد أثبتوا للشفيع حق الأخذ بالشفعة في مدة سنة، فإذا مات الشفيع ينتقل إلى الورثة لكن بشرط ألا يكون الحق قد أسقط من طرف القاضي، بناء على طلب من المشتري.

وخلاصة القول أنّ الشفعة لا تورث عند الحنفية بعد الطلب، بعكس جمهور الفقهاء الذين يقولون بانتقالها بعد الطلب، فإذا مات الشفيع قبل القضاء له وقيل بالثمن وقبض المبيع، فالحق ينتقل إلى ورثته بالاتفاق⁽¹⁾.

ثانيا: الحيلة في إسقاط الشفعة

لا يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة؛ لأنّ في ذلك إبطال لحق المسلم، لما روى عن أبي هريرة مرفوعا: "لا تتركبوا ما ارتكب اليهود، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل." وهذا ما أقرّ به المالكية وهو الإقرار بحرمة الاحتيال لإسقاط الشفعة، ذلك لأنّ الشفعة وجدت لدفع الضرر عن الشفيع بعكس أبو حنيفة والشافعي، إذا قالوا أنّه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة، مثلا أن يقرّ له ببعض الملك، فيصبح الشفيع شريكا له، ثمّ يبيعه الباقي أو يهبه له⁽²⁾.

المطلب الثاني

مسقطات الشفعة في القانون المدني

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى أسباب سقوط الشفعة في الشريعة الإسلامية نتطرق في هذا المطلب إلى أسباب سقوط الشفعة في القانون المدني.

تنص المادة 807 من القانون المدني على أنّه: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع،
- إذا مرت سنة من يوم تسجيل حق البيع في الأحوال التي نص عليها القانون.

¹ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص ص. 264-265.

² - السيد سابق، المرجع السابق، ص ص. 121-122.

الفرع الأول

تنازل الشفيع عن الأخذ بحقه في الشفعة

الأصل أنّ حق الأخذ بالشفعة لا ينشأ إلا إذا وقع بيع لعقار تجوز الشفعة فيه، أمّا قبل البيع فلا ينشأ أيّ حق في الشفعة. وكان مقتضى ذلك أنّه لا يجوز التنازل عن حق إلا بعد نشوئه وأنّ التنازل عن حق الأخذ بالشفعة الذي يسقطها لا يكون إلا بعد وقوع البيع المشفوع فيه لا قبله⁽¹⁾.

والقانون المدني في المادة 807 نص صراحة على سقوط الحق في الشفعة، فتنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط الحق، وهذا التنازل هو تصرف قانوني قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، والتنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يكون شفاهيا.

أمّا التنازل الضمني يكون بإتيان الشفيع بعد البيع عملا أو اتخاذه موقفا، يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا التنازل، مثل أن يتصرّف المشتري في العقار المبيع إلى الغير في حضور الشفيع مع شهادته في عقد البيع، وكذا مشاركة الشفيع للمشتري فهي في حقيقتها إظهار الرغبة في عدم الأخذ بالشفعة، أو إقدامه على طلب شراء المشفوع من المشتري فهو يشكل رضا بعقد البيع⁽²⁾، فإذا تمّ الأخذ بالشفعة، فلا يصحّ تنازل الشفيع بعد ذلك؛ لأنّه بصدور الحكم أو بتسليم المشتري بها يحل الشفيع نهائيا محل المشتري في عقد البيع⁽³⁾.

الفرع الثاني

عدم التقيد بإجراءات ومواعيد الشفعة

سننترق في هذا الفرع إلى الأسباب الإجرائية لسقوط الحق في الشفعة.

¹ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص.624.

² - خالد أحمد، المرجع السابق، ص.269-270.

³ - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، والحقوق المشتقة من حقوق الملكية، دار الثقافة، الأردن، 2001، ص.201-202.

أولاً: عدم إظهار الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعادها

باستقراء نص المادة 799 من القانون المدني⁽¹⁾، نجدها قد حددت المدّة الواجب احترامها من أجل المطالبة بالشفعة، في ميعاد 30 يوم من الإنذار الرسمي الذي يوجهه له البائع أو المشتري فالشفيع إذا لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد سقط حقه فيها⁽²⁾.

ثانياً: عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد

يجب على الشفيع إيداع كامل الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذ أنّ عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد أو إيداعه بعد فوات الميعاد أو عدم إيداعه لدى الموثق، يترتب عليه سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة نهائياً⁽³⁾.

وهذا ما نجده في نص ما نجده في نص المادة 2/801 من القانون المدني والتي تنص: " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر 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".

ثالثاً: فوات ميعاد رفع الدعوى

بالرجوع لنص المادة 802 من القانون المدني التي تنص أنّه: "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 - راجع المادة 799 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.614.

³ - عبد الوهاب عرفة، الوجيز في الشفعة كسب لكسب الملكية في العقار، دار المطبوعات الجامعية، 2005، ص.47.

إذن من هذه المّادة نستخلص أنّه يجب رفع دعوى الشفعة في ميعادها المحدد بـ 30 يوماً ورفعها على البائع والمشتري، وأمام المحكمة المختصة الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه⁽¹⁾، فإن لم تتم هذه الإجراءات على الوجه المنصوص عليه سقط حق الشفيع.

رابعاً: مرور سنة من تاريخ تسجيل البيع

استناداً لنص المادة 2/807 من القانون المدني، نجدها تنص على أنّه: "لا يمارس حق

الشفعة في الأحوال الآتية:

إذا مرت سنة من يوم تاريخ تسجيل عقد البيع"

فإذا ما قام المشتري بتسجيل عقد بيعه تسجيلًا رضائياً، أو بعد صدور حكم قضائي لمصلحته بصحة ونفاذ عقد البيع؛ فإنّ فوات مدة سنة على هذا التسجيل يسقط من الشفيع في الأخذ بالشفعة وهذا لأنّ التسجيل هو إعلان للجميع بملكية المشتري للمبيع وعلى من يرغب في الشفعة إعلان رغبته حتى تستقر الأوضاع.

خامساً: بطلان البيع

تبطل للشفعة ببطلان البيع، فإذا قام الشفيع بطلب الأخذ بالشفعة، فتبين أنّ عقد البيع باطل فتسقط الشفعة⁽²⁾، فبطلان العقد يعني سقوط الشفعة لأنّه ما بني على باطل فهو باطل.

¹ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص. 227.

² - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص. 407.

إذا لم ينذر البائع والمشتري -أو أيهما- الشفيع رسميا بالأخذ بالشفعة ولم يتم تسجيل عقد البيع، فيظل للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة حتى سقوط حقه بالتقادم أي بمرور 15 سنة⁽¹⁾.
بمعنى إذا مضت مدة 15 سنة كاملة ولم يطالب الشفيع بحقه في الشفعة فيسقط حقه بالأخذ بها.

الفرع الثالث

أسباب أخرى لسقوط الشفعة

نتطرق في هذا الفرع إلى الأسباب الأخرى لسقوط الشفعة والتي تتمثل في زوال أحد الشروط الشفعية وكذا أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة إضافة إلى استعمال طرق احتيالية لإسقاط الحق في الشفعة.

أولا: زوال أحد شروط الشفعة

يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا زالت أحد الشروط اللازمة للأخذ بها، كزوال صفة الشفيع المنصوص عليها نص المادة 796 من القانون المدني، أي أن يكون مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع أو شريك في الشروع.

كذلك يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا زال سبب الشفعة قبل تمام الأخذ بها، أي قبل صدور الحكم بثبوتها أو تسليم المشتري بها، فالشفعة معلقة على بقاء سببها لحين تملك الشفيع للعين المشفوعة، إما بالتسليم له طوعا بها أو بحكم القاضي، فإذا زال عنه سبب الشفيع قبل ذلك عالما أو جاهلا سقط حقه في الشفعة لزوال سببه، كما لو تصرف الشفيع في الحق الذي يستند إليه في طلب الشفعة تصرفا ناقلا للملكية⁽²⁾.

¹ - ربيع فتيحة، قدوح شريفة، المرجع السابق ص.71.

² - العربي باشا مريم، خالد ليدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2011-2012، ص.76.

ثانياً: أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة

لم ينص القانون الجزائري صراحة على اعتبار أنّ حق الشفعة ينتقل إلى الورثة بعد موت الشفيع أم لا ولكن بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، نجدها تنص على أنّه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..."، فللقاضي أن يحكم بمقتضى هذه المبادئ لأنّ أحكام الشفعة مستمدة من الشريعة الإسلامية.

الأصل في الشريعة الإسلامية ما مذهب إليه جمهور الفقهاء، هو أن تورث الحقوق و الأموال إلّا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال.

أمّا الحنفية منهم، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق؛ لأنّ الذي ثبت عن الشارع هو قول الرسول الله ﷺ: "من ترك مالا فلورثته إلّا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال"⁽¹⁾.

فأبو حنيفة يرى أنّ الشفعة لا تورث لاتصالها بحق الشفيع، فالوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار الوصف المرغوب فيه، على اعتبار أنّ المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق، لا على اعتبار أنّ الذي انتقل إليهم هو حق من الحقوق، أمّا خيار الشفعة فليس متعلقاً بالعين المشفوع بها بل هو راجع إلى محض إرادة الشفيع، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنّه ليس مال.

أمّا جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي والحنبلي فأصلهم أنّ الحقوق والخيارات قررت كما قررت الأموال تنتقل بوفاة المورث⁽²⁾.

وخلاصة القول أنّه إذا كانت الشفعة تتصل بالعقار المشفوع به، فمقتضى ذلك أنّ العقار إذا انتقل إلى الوارث بالميراث فينتقل معه حق أو خيار الشفعة، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف، عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية، فالشفعة لم تنتقل في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقررت له بوصفه لكونه مالكا للعقار المشفوع به، فإذا

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص. 273.

² - عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 47.

انتقل العقار إلى الوارث بالميراث كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة⁽¹⁾.

وخلاصة القول أنّ المشرع لم ينص صراحة على حالة اعتبار حق الشفعة ينتقل إلى الورثة بعد موت الشفيع أم لا ؟ مما يحيلنا للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما أقرته الأئمة الثلاثة(الشافعي المالكي والحنبلي) في انتقال حق الشفعة إلى الورثة.

ثالثا: التحايل لإسقاط الحق في الشفعة

يقصد بالتحايل الغش والخداع الذي يقوم به المشفوع ضده كمحاولة منه لإسقاط حق الشفيع بالأخذ بالشفعة.

فالغش يبطل التصرفات والإجراءات وكل عمل يقترفه الخصم وهذه قاعدة أصيلة يلتزم القضاء بها وبأعمال هذه القاعدة فكلّ تصرف يباشره المشفوع ضده يقصد من خلاله إسقاط حق الشفيع بالأخذ بالشفعة، يقع باطلا فيعتبر ذلك الإجراء كأن لم يكن وهنا على الشفيع مباشرة الإجراءات على هذا الأساس، وأن يلتزم فيها ما أوجبه القانون عليه، وإلا سقط حقه في الشفعة⁽²⁾.

1- صور التحايل لإسقاط الشفعة

تتمثل صور التحايل لإسقاط الشفعة في بيع المشتري للعقار بيعا سوريا وستر البيع في عقد هبة بالإضافة إلى الادعاء بشراء العقار لبناء محل للعبادة و سنعرضها كما يلي:

أ- بيع المشتري للعقار بيعا سوريا

إنّ قيام المشتري ببيع العين المشفوع فيها بيعا جدّيا، يترتب عليه عدم جواز أخذ الشفيع للعين بالشفعة إلاّ وفقا لشروط البيع الثاني وفقا لنص المادة 797 من القانون المدني الجزائري.

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص.276.

² - أنور طلبة الشفعة والتحايل لإسقاطها، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص.554.

ولذلك نجد المشفوع ضده لجأ في محاولة لإسقاط حق الشفيع بإبرام عقد بيع صوري سورية مطلقة، بشروط أكثر تكلفة أو لشخص تمنع الشفعة بالنسبة إليه، بالتالي فالمشفوع ضده لم يتحايل على الشفيع فقط بل تحايل على القانون أيضاً، وهذا سبب لإسقاط الحق في الشفعة. مما يضطرّ الشفيع إلى اتخاذ إجراءات إثبات هذه الصورية وإذا فشل في ذلك فيسقط حقه في الشفعة⁽¹⁾.

ب- ستر البيع في عقد هبة

بالرجوع لنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري نجد أنّ الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع ولا تجوز في عقد الهبة.

لذا قد يلجأ البائع والمشتري إلى هذه الحالة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة وهذه الحيلة تخضع لأحكام الصورية بالتالي يجوز للشفيع إثبات صورية العقد بكافة الطرق المقررة قانوناً كالبينة والقرائن، فيبدأ في إعلان رغبته للبائع والمشتري، ثم يودع الثمن الحقيقي ويرفع دعوى الشفعة، ويتمسك بصورية البيع ويطلب إجراء تحقيق لإثبات الصورية وذلك على أساس الأدلة التي تتوفر في الدعوى⁽²⁾.

ج- الادعاء بشراء العقار لبناء محل عبادة

قد يلجأ المشتري إلى استعمال الحيلة على الشفيع من أجل إبعاده عن حقه فيقوم بإنذار الشفيع بالبيع ويتضمن الإنذار أنّ الشراء تم بغرض إنشاء محل للعبادة، فحسب ما تنص المادة 798 من ق.م.ج أنّه إذا تم بيع عقار ليكون محل عبادة فلا يحق للشفيع المطالبة بالشفعة وبالتالي فالشفيع أن يقوم بالإجراءات في المواعيد المقررة لذلك، وبعد فوات المواعيد المقررة، يشرع المشتري في بناء محل تجاري مثلاً، فهنا يجوز للشفيع اتخاذ إجراءات الشفعة في أي وقت لأنّ الغش والتحايل يبطلان التصرفات⁽³⁾.

¹ - أنور طلبة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص.562.

² - المرجع نفسه، ص.563.

³ - أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، جزء الثالث عشر : الشفعة مواعيدها وإجراءاتها، دعوى الشفعة، التحايل لإسقاط الشفعة المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص. 505.

2- إثبات التحايل لإسقاط الحق في الشفعة

التحايل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها فالشفعة شرعت لدفع الضرر .

فيجوز للشفيع إثباتها بكل الطرق المقررة منها البيّنة والقرائن⁽¹⁾، فلمحكمة الموضوع استخلاص القرائن التي تعتمد عليها في إثبات التحايل من المستندات المقدمة من طرف الخصوم والاعتماد في ذلك على أقوال الشهود.

فإذا قام المشتري بعرض على الشفيع التنازل عن الصفقة وفقاً للشروط التي تضمنها عقد البيع فوافق الشفيع على ذلك، ثم تمسك المشتري بسقوط الحق في الشفعة، فيكون هذا العرض مجرد حيلة اتخذها المشتري أدت إلى عدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال 30 يوم من تاريخ الإنذار⁽²⁾.

3- المسؤولية عن إسقاط الحق في الشفعة

لما كانت الشفعة قد شرعت لدفع الضرر، ومن شأن التحايل أن يسبب ضرراً للشفيع، لما يترتب عليه من إسقاط الحق في الشفعة وباعتبار أنّ التحايل خطأ تقصيري، كان ذلك كافياً لتوفر أركان المسؤولية التقصيرية في جانب المشفوع ضده، ويلزم تحقق الضرر فلا يكفي الخطأ وحده بحيث إذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية التقصيرية، ولما كان الغش يبطل التصرفات والإجراءات ما دام أنّ التحايل هو أحد أوجه الغش. كان للشفيع أن يتمسك بهذه القاعدة لدفع الضرر المترتب على هذا التحايل.

فإن لم يتمسك الشفيع بالتحايل الذي يجب أن يتم في دعوى الشفعة محاولة منه لأخذ العقار بالشفعة، أو تمسك به وعجز عن إثباته انتفت علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي لحق بالشفيع وانتفت تبعاً لذلك مسؤولية المشفوع ضده⁽³⁾.

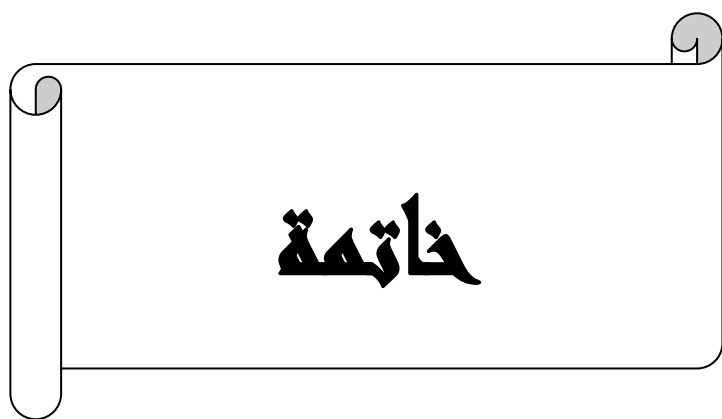
¹ - سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في الصورية والشفعة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.278.

² - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.498-499.

³ - أنور طلبية، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص.560-561.

نجد أنّ المشرع قد وافق المذهب المالكي في حرمة الاحتيايل لإسقاط الشفعة على عكس المذهب الحنفي والشافعي فقد أجازوا الاحتيايل لإسقاط حق الأخذ بالشفعة.

ويفهم ممّا سبق أنّ المشرع الجزائري وافق الشريعة الإسلامية في المسقطات الإلبارية المتمثلة في موت الشفيع و التحايل لإسقاط الشفعة، والمسقطات الاختيارية المتمثلة في التنازل عن الشفعة صراحة وضمنيا، دون ضمان الدرك



خاتمة

تمحورت دراسة موضوعنا حول الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني وعليه استخلصنا أنّ الشفعة حق استثنائي عن الأصل المتمثل في حرية التعاقد والتصرف في الملكية.

فوجدنا بأنّ الشفعة نظام وردت أصوله في الشريعة الإسلامية ومنها استمد المشرع الجزائري أحكامها ونظمها في 14 مادة من 794 إلى 807 من ق.م.ج، ضمن الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية.

كما وجدنا بأنّ غاية الشفعة دفع الضرر وتجميع الحصص في يد واحدة. وعليه تطرقنا إلى دراسة مقارنة للشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني محاولين تبيان أوجه التشابه والاختلاف في كل منهما.

ونخلص أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية كيقوا الشفعة على أنّها نزع الملك جبرا عن صاحبه أمّا في الفقه القانوني فقد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للشفعة فهناك من اعتبرها حق شخصي وآخرون اعتبروها حق عيني، وهناك من لم يجعلها بحق أصلا.

إلا أنّ المشرع الجزائري اعتبرها رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في عقد البيع، وهذا ما نجده صراحة في نص المادة 794 من ق.م.ج.

نستنتج أنّ القانون المدني قد وافق الشريعة الإسلامية في كون الشفعة حق تملك العقار المبيع، بالرغم من عدم رضا المشتري، بالرغم من اختلافهما في تكييفها فالشريعة الإسلامية اعتبرتها حق في حين أنّ المشرع اعتبرها رخصة.

وخلصنا إلى أنّ الأركان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني هي نفسها فيما عدا الشفيع حيث نجد أنّ المشرع أقرّ صفة الشفيع لأشخاص نص عليهم في المادة 795 منه.

- أمّا فيما يخص الشروط فقد اتفق المشرع الجزائري مع ما أقرته الشريعة الإسلامية مع بعض الاختلافات التي تمثل في البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة.

وفيما يتعلق بالإجراءات، نجد أنّ المشرع الجزائري اهتم بالجانب الإجرائي بعكس الشريعة الإسلامية أقرت اجراءاتها في ثلاث مراحل.

وفي نهاية بحثنا تعرضنا إلى آثار الشفعة المتمثلة في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع أولاً والذي يكون من وقت صدور الحكم النهائي وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية.

أما الأثر الثاني يتمثل في العلاقات الناتجة عن عقد البيع، نجد بأنّ الشريعة الإسلامية لم تنص على علاقة الشفيع بالغير على عكس المشرع الجزائري الذي نص عليها في المادة 806 أما باقي العلاقات الأخرى نجد أن المشرع قد حدّدها بموجب القواعد العامة.

أما فيما يخص المسقطات التي تحول دون استحقاق الشفعة للشفيع نجد أنّ الشريعة الإسلامية تناولت المسقطات بنوعين: مسقطات اختيارية وإجبارية، بعكس المشرع الجزائري الذي أخذ بالمسقطات الإجبارية ونص على مسقطات أخرى إجرائية.

ولو أنّ المشرع الجزائري قد حاول التوفيق بين ما أقرته الشريعة الإسلامية وبين ما أخذ به إلّا أنّه أغفل ذكر بعض النقاط والمتمثلة في:

المسألة الأولى

نجد أنّ المشرع في نص المادة 795 قد حدد لمن تثبت لهم صفة الشفيع، وتغاضى عن ذكر شفعة الجار وشفعة الدولة المقررتان بموجب القوانين الخاصة، فحبذا لو أنّ المشرع يتدارك هذا النقص بإدراجهما في فقرات ضمن المادة 795 ق.م.ج.

المسألة الثانية

المشرع في نص المادة 804 ق.م.ج قد حذف أداة الاستثناء "إلّا" في النص العربي هذا ما أدى إلى تغيير المعنى الصحيح على عكس ما ورد في النص الفرنسي المقابل له، على الرغم من الإشارة إليه سابقاً، فنأمل تصحيح هذا الخطأ.

المسألة الثالثة

المشرع ركز على الجانب الإجرائي في اجراءات رفع الدعوى وهذا ما يؤدي إلى ضياع حقوق الكثير من المتقاضين لغياب الوازع الديني ونقص الثقة في المعاملات فنقترح الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية التي مهدت وبسطت الإجراءات في ثلاث مراحل كافية وافية.

المسألة الرابعة

يتضح لنا أنّ المشرع لم يأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية تماما، فحبذا لو يتدارك ذلك أيضا باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع القانوني، وهذا من خلال ما تم دراسته حول موضوع الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

وفي ختام موضوعنا هذا نرجو بأن نكون قد وفّقنا من خلال ما قدمناه وأن يكون مرجعا يستفاد منه، فما كان فيه من خطأ فمن أنفسنا ومن الشيطان، وما كان من صواب فمن الله سبحانه وتعالى.



قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب الفقه الإسلامي

- 1- الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 6، ج 2، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، 1982.
- 2- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
- 3- أحمد بن علي حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، المجلد 5، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، 2007.
- 4- أحمد محمد عزوز، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر بيروت، 2003.
- 5- السيد سابق، فقه السنة، ط 2، المجلد 4، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 1999.
- 6- عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج 15، الهجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1993.
- 7- عبد الله بن عبد المحسن التركي، الكافي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ج 3، الهجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان 1997.
- 8- الشيخ طه عبد الرؤوف سعد، الموطأ لإمام الأئمة وعالم المدينة، أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، مصر، 2003.

9- علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد 2، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.

10- الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، ج 7، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

11- الشيخ علي معوض، الشيخ عادل عبد الموجود، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، للإمام أبي محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ج 1، دار الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع لبنان، 1997.

12- الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، روضة الطالبين، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، ج 1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع لبنان، 2003.

13- قاسم محمد النوري، البيان في المذهب الشافعي، لأبي الحسين يحيى ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المجلد 7، دار المنهج للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ب.ن) 2000.

14- الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 1996.

15- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 3 المكتبة العصرية، بيروت، 2004.

16- محمد صبحي بن حسن حلاق، اللباب في فقه السنة والكتاب، مكتبة الصحابة الإمارات 2007.

17- نعيم أشرف نور أحمد، المحيط البرهاني، للإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري، ج 11، مكتبة الرشد، نزيه كركي للطباعة والنشر، لبنان، 2003.

18- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 2، ج 5، دار الفكر، دمشق، 1985.

ثالثاً: الكتب القانونية

- 1- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، (الملكية، المجرى والمسيل، حق المرور، وضع الحدود، الحائط المشترك، المطلات والمناور، الشرط المانع من التصرف، الشيوع، الإستيلاء الميراث، الوصية، الإلتصاق، الشفعة)، ج 5، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
- 2- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني: (الشفعة مواعيدها وإجراءاتها، دعوى الشفعة، التحايل لإسقاط الشفعة) الجزء 13، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- 3- أنور طلبة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- 4- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 5- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط 9، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 6- خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2008.
- 7- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011.
- 8- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها في القانون المصري واللبناني)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 9- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص في الصورية والشفعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

- 10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9: أسباب كسب الملكية، ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 12- عبد القادر محمد شهاب، عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 13- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في الشفعة، كسب لكسب الملكية في العقار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
- 14- عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 15- علي الهادي لعبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ط 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 16- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية) ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996.
- 17- مهدي كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة على ضوء أحكام محكمة النقض دار الألف لتوزيع الكتب القانونية، مصر، 2000.
- 18- نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
- 19- نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 20- نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001.

رابعاً المذكرات الجامعية

- 1- العربي باشا مريم، خالد ليدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2011-2012.
- 2- ربيع فتيحة، قدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العقاري كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2012-2013.
- 3- عيشور علي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل رتبة في القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.

خامساً: النصوص القانونية

1- النصوص التشريعية

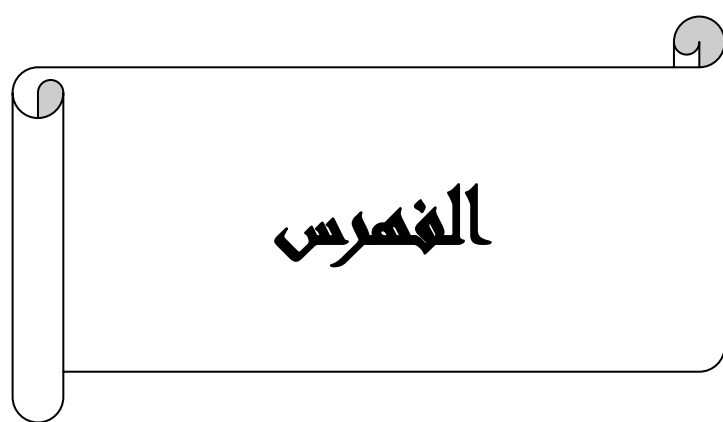
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج ر، عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، الصادرة في 19-06-1984، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر، عدد 21، الصادرة في 20-04-2008.
- قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 49، الصادرة في 20-11-1990.
- قانون رقم 06-03 مؤرخ في 21 محرم عام 1427، الموافق لـ 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 14.

2-النصوص التنظيمية

- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 30، الصادرة بتاريخ 13-04-1976.
- مرسوم تنفيذي رقم 87-19 الذي يضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر، عدد 16، الصادرة في 19-04-1989.

سادسا: الأحكام والقرارات القضائية

- 1- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 34707 مؤرخ في 26-06-1985، المجلة القضائية، عدد 04، 1989، ص.61.
- 2- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 34131 مؤرخ في 19-11-1984، المجلة القضائية، عدد 02، 1990، ص.52.
- 3- المحكمة العليا، قسم الوثائق، الغرفة العقارية، قرار 194437 مؤرخ في 26-04-2000، المجلة القضائية، عدد 02، الصادرة في 2000، ص.146.



01.....	مقدمة.....
03.....	الفصل الأول النظام التشريعي للشفعة.....
04.....	المبحث الأول ماهية الشفعة.....
04.....	المطلب الأول تعريف الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.....
04.....	الفرع الأول تعريف الشفعة ودليل مشروعيتها في الشريعة الإسلامية.....
04.....	أولا تعريف الشفعة.....
06.....	ثانيا ودليل المشروعية.....
07.....	ثالثا حكم الشفعة.....
08.....	الفرع الثاني تعريف الشفعة و تكييفها في القانون المدني.....
08.....	أولا تعريف الشفعة.....
09.....	ثانيا التكييف القانوني للشفعة.....
10.....	المطلب الثاني أركان الشفعة في الشريعة الإسلامية.....
10.....	الفرع الأول الشفيع
10.....	أولا الشفيع في الشريعة الإسلامية.....
12.....	ثانيا الشفيع في القانون المدني.....
15.....	ثالثا الشفيع في القوانين الخاصة.....
18.....	رابعا حكم تعدد الشفعاء في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.....

- 22.....الفرع الثاني المشفوع فيه في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.
- 22.....أولا المشفوع فيه في الشريعة الإسلامية.
- 23.....ثانيا المشفوع فيه في القانون المدني.
- 23.....الفرع الثالث المشفوع منه في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.
- 24.....أولا المشفوع منه في الشريعة الإسلامية.
- 24.....ثانيا المشفوع منه في القانون المدني.
- 24.....الفرع الرابع الثمن في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.
- 24.....أولا الثمن في الشريعة الإسلامية.
- 25.....ثانيا الثمن في القانون المدني.
- 25.....المطلب الثالث شروط الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.
- 25.....الفرع الأول شروط الشفعة في الشريعة الإسلامية.
- 25.....أولا أن تكون الشفعة في عقار.
- 26.....ثانيا أن تكون الشفعة في عقار مشاع لم يقسم.
- 26.....ثالثا أن يكون الشفيع شريكا.
- 26.....رابعا أن تكون الشفعة بعقد معاوضة.
- 27.....خامسا أن يكون الشفيع مالكا للعقار.
- 27.....سادسا عدم رضا الشفيع بالبيع.
- 27.....سابعا أن يأخذ الشفعة في جميع المبيع.

- 27.....الفرع الثاني شروط الشفعة في القانون المدني
- 28.....أولا الشروط الواجب توافرها في الشفيع
- 29.....ثانيا الشروط الواجب توافرها في التصرف المشفوع فيه
- 33.....ثالثا الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه
- 34.....المبحث الثاني أحكام تنظيم الشفعة
- 35.....المطلب الأول اجراءات الشفعة في الشريعة الإسلامية
- 35.....الفرع الأول طلب الموائبة
- 36.....الفرع الثاني طلب التقرير والإشهاد
- 36.....الفرع الثالث طلب الخصومة والتملك
- 37.....المطلب الثاني اجراءات الشفعة في القانون المدني
- 37.....الفرع الأول الإنذار بوقوع البيع
- 38.....أولا بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا
- 38.....ثانيا بيان الثمن الذي بيع به العقار والمصاريف الرسمية
- 38.....ثالثا بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه
- 38.....رابعا بيان اسم كل من المشتري والبائع واللقب والمهنة والموطن
- 38.....خامسا ذكر الاجل
- 38.....الفرع الثاني إعلان الرغبة في الشفعة
- 41.....الفرع الثالث إيداع الثمن ورفع الدعوى

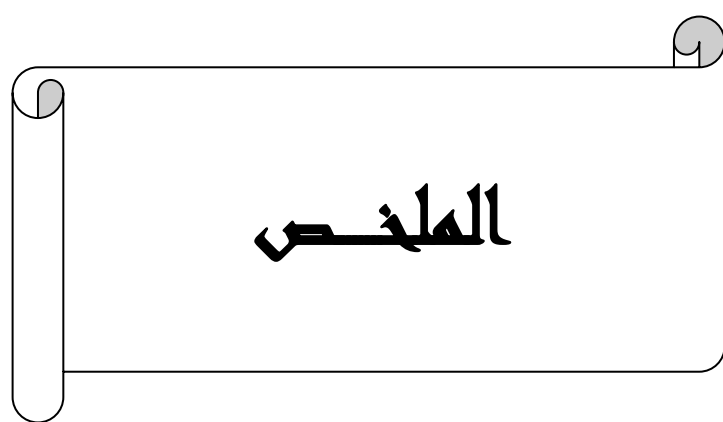
أولا إيداع الثمن والمصاريف القضائية لدى الموثق.....	41
ثانيا رفع الدعوى.....	43
الفصل الثاني الآثار المترتبة عن الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.....	49
المبحث الأول آثار الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.....	50
المطلب الأول آثار الشفعة في الشريعة الإسلامية.....	50
الفرع الأول انتقال ملكية العقار المشفوع فيه.....	50
أولا حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة.....	50
ثانيا حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.....	51
الفرع الثاني العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة.....	52
أولا علاقة الشفيع بالبائع.....	52
ثانيا علاقة الشفيع بالمشتري.....	52
المطلب الثاني آثار الشفعة في القانون المدني.....	55
الفرع الأول انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع.....	55
أولا حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة.....	56
ثانيا حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.....	56
ثالثا موقف المشرع الجزائري.....	57
الفرع الثاني العلاقات المترتبة عن حلول الشفيع محل المشتري.....	57
أولا علاقة الشفيع بالبائع.....	57

- 65.....ثانيا علاقة الشفيع بالمشتري
- 66.....ثالثا علاقة الشفيع بالغير
- 72.....المبحث الثاني مسقطات الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني
- 72.....المطلب الأول مسقطات الشفعة في الشريعة الإسلامية
- 73.....الفرع الأول المسقطات الاختيارية
- 73.....أولا الإعراض عن الشفعة صراحة
- 73.....ثانيا الإعراض عن الشفعة دلالة
- 74.....ثالثا ضمان الدرك
- 75.....الفرع الثاني المسقطات الإجبارية
- 75.....أولا موت الشفيع
- 76.....ثانيا الحيلة لإسقاط الشفعة
- 76.....المطلب الثاني مسقطات الشفعة في القانون المدني
- 77.....الفرع الأول تنازل الشفيع عن الأخذ بحقه في الشفعة
- 77.....الفرع الثاني عدم التقيد بإجراءات ومواعيد الشفعة
- 78.....أولا عدم إظهار الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في مياعدها
- 78.....ثانيا عدم إبداه الثمن في الميعاد المحدد
- 78.....ثالثا فوات ميعاد رفع الدعوى
- 79.....رابعا مرور سنة من تاريخ تسجيل البيع

79.....	خامسا بطلان البيع.....
80.....	سادسا التقادم.....
80.....	الفرع الثالث أسباب أخرى لسقوط الشفعة.....
80.....	أولا زوال أحد شروط الشفعة.....
81.....	ثانيا أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة.....
82.....	ثالثا التحايل لإسقاط الحق في الشفعة.....
87.....	خاتمة.....
91.....	قائمة المراجع.....
97.....	الفهرس.....

الملاحق

الملخص



ملخص المذكرة

الشفعة نظام استثنائي عن الأصل المتمثل في نزع الملك جبرا عن صاحبه.

فالشفعة نظام وردت أصوله في الشريعة ومنها أخذ المشرع الجزائري واستنبط أحكامها ونظمها في القانون المدني

تطرقنا إلى تعريف الشفعة وتكييفها القانوني وأركانها المتمثلة في كل من الشفيع، المشفوع فيه والمشفوع منه والثمن، وكذا الشروط اللازم توافرها للأخذ بالشفعة.

وعالجنا أخيرا آثارها المتمثلة في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع والعلاقات التي تنشأ بين الأطراف (الشفيع، البائع، المشتري والغير)، وكذا مسقطات الشفعة التي تحول دون استحقاق الشفعة للشفيع وهذا كله في إطار دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني مع تبيان أوجه التشابه والاختلاف.

Cette étude juridique se base sur le régime juridique de la chefaâ en serait Algérien et la solliciter musulman.

Ce système reçus ses origines dans la loi, et le législateur algérien prendre et a conçu et organisé par les positions du code civil.

Nous avons abordé la définition juridique de chefaâ et adaptée à tous les coins. (Prompteur, immeuble, l'acquéreur, prix).

Ainsi que les conditions nécessaires sont réunies pour prendre lui.

Enfin, nous avons abordé les effets de la propriété du rapport et le transfert et les relations qui se posent, entre les parties (le patron, le vendeur, l'acheteur et le tiers) ainsi que les déchéances de chofaâ qui empêchent maturité du saint patron et tout, cela dans le contexte d'une étude comparative entre le droit islamique et le droit civil avec une indication des similitudes et des différences.