

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري-تبزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون

الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون العقاري

تحت إشراف:

أ. جعفرور إسلام

إعدادا لطالبتين:

حميشي شهرزاد

خورسي كاميلية

لجنة المناقشة :

أ/ نسير رفيق، أستاذ محاضره "ب"، جامعه مولود معمري، تبزي وزو.....رئيسا

أ / جعفرور إسلام، أستاذ محاضر "أ"، جامعه مولود معمري، تبزي وزو.....مشرفا ومقررا

أ/ براهيمي جمال، أستاذ مساعد "أ"، جامعه مولود معمري، تبزي وزو.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 27 سبتمبر 2017

إهداء

إِلْمَن لَّا يَمْكَن لِّلْكَلِمَات أَن تُوفِّي حَقَّهُمَا

إِلَى مَنْ لَّا يَمْكَن لِّلْأَرْقَام أَن تُحْصِيَ فِضَائِلَهُمَا

إِلَى وَالِدِي الْعَزِيزِينَ أَدَامَهُمَا اللَّهُ لِي

إِلَى أُخْتِي سَمَاحِ الَّتِي كَانَتْ سِنْدًا لِي طَوِيلَ مَرَاكِلِ دِرَاسَتِي

إِلَى أَسْتَاذِي الدُّكْتُورِ جَعْفُورِ إِسْلَامِ

إِلَى كُلِّ طَلَبَةِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ مَاسْتَرِ تَخْصِصِ قَانُونِ عَقَارِي دَفْعَةِ 2017

إِلَى كُلِّ مَنْ سَقَطَ مِنْ قَلَمِي سَهْوًا أَهْدِي هَذَا الْعَمَلَ

شهرزاد

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى النور الذي ينير دربي أُمي الغالية
وإلى أبي الغالي الذي دعمني وشجعني طيلة مشواري الدراسي.

إلى إخواني وأخواتي

إلى جميع عائلتي من قريب أو من بعيد.

إلى رفيقتي التي شاركت هذا العمل زميلتي الغالية "شهرزاد"

إلى كل من شجعني وساعدني على إتمام هذا العمل

تقبلوا مني فائق الشكر والتقدير والاحترام.

كاملية

شكر وتقدير

الشكر لله أولاً وأخيراً الذي وهب لي العقل والعزيمة

لإتمام عملي ثم أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة وبالأخص الأستاذ المحترم "جعفور إسلام".

الذي تفضل لقبوله الإشراف على هذه المذكرة وعلى كل النصائح والتوجيهات التي قدمها لي طوال فترة إنجازي لهذا العمل.

دون أن أنسى أن أشكر جميع الأساتذة الكرام في كلية الحقوق جامعة مولود معمري - تبزي وزو -

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الزملاء

وكل من ساعدني على إتمام هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد.

مقدمة

حرص الإسلام على صيانة ملكية الفرد من شتى أنواع التعدي، فأتاح له من سبل التملك ما أتاح له من طرق كفيلة لحماية هذه الملكية، غير أن هذه الأخيرة لا تثبت اعتباريا للشخص، وإنما يجب أن تستند إلى مصدر أو سبب لاكتسابها، فجاءت الشريعة بعدة طرق لكسب الملكية، فتشعبت بين ما هو اختياري وبين ما هو جبري، من الطرق الاختيارية نذكر البيع، الهبة وغيرها من الوسائل الناقلة للملكية، ومن الجبرية الشفعة والتي سوف تكون محور بحثنا. حيث تعتبر الشفعة كسبب من أسباب الملكية العقارية دون المنقول، إجراءً ورخصة أقرتها الشريعة الإسلامية والتي كانت معروفة في الجاهلية، وقد عرفت المجتمعات القديمة المختلفة بعض أشكال الشفعة وصورها، إلا أنها لم ترق إلى مستوى النظام المتكامل، إلا في ظل الشريعة الإسلامية.

فالشفعة بذلك نتيجة من نتائج الشركة، وهو حكم إسلامي ونظام استثنائي يمس بحرية التعاقد، وحرية التصرف، وحق الملكية وحقوق المشتريين على السواء، بما يعنيه من إحلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره البائع، فيفرض على البائع مشتر غير الذي ارتضاه، وبمقتضاه يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر غير الذي أراد البيع له.

لذلك فإن موضوع الشفعة من المواضيع الشائكة التي تحتاج إلى دقة متناهية في معالجة أحكامها، لما فيها من الخروج عن القواعد العامة في القانون، التي تقتضي بحرية العقود، وحرية المالك في التصرف بملكه، باعتبارها استثناءً على أصل عام، وهي من أخطر الاستثناءات الواردة على هذا الأصل، فهي حق امتلاك العقار المباع جبرا عن المشتري، بما قام عليه من الثمن والمصاريف وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 794 من التقنين المدني الجزائري

بأنها >> رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية <<¹ .

بذلك فالشفعة رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في حالة بيع العقار المتصل به ملكه، في الشروط والأحوال المنصوص عليها قانونا، رفعا عن ضرر محتمل في حق الشفيع، ونظرا لما في نظام الشفعة من أهمية عملية في حياة كل فرد منا، ولتعلقها في حق الملكية، فمن عناية الشارع بالشفعة ورعاية لها لم تأت عن فراغ، وإنما أتت بالنظر لحاجة الكثير من الناس إليها.

وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع الشفعة بالبحث، وقد خصصوا لها عناية بالغة من خلال كتب الفقه المتنوعة، وبدوره أيضا المشرع الجزائري تعرض لموضوع الشفعة، فنص على أحكامها في القسم الخامس من الفصل الثاني (طرق اكتساب الملكية)، من الكتاب الثالث، الحقوق العينية الأصلية.

وعليه سنوضح كيفية تناول المشرع الجزائري الشفعة في التقنين المدني وإلى أي مدى كرس مبادئ الشفعة المقررة في الشريعة الإسلامية؟
وللإجابة عن الإشكالية المطروحة، فإننا اعتمدنا خطة ذات فصلين، بينا في الفصل الأول الأساس النظري للشفعة ومفهومها، ثم تعرضنا في الفصل الثاني إلى أحكام الشفعة.

¹ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 27 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الفصل الأول

الأحكام العامة للشفعة

تعد الشفعة من الأنظمة الأصلية في الشريعة الإسلامية وفي النظم العربية القديمة، و بالرغم من ورود لفظ الشفعة في كتاب الله تعالى فان ذلك لم يضع حدا لينسبها البعض القوانين مغايرة الإصرار على انه نظام لا يمت للإسلام بصلة فإننا سنبادر من خلال هذا الفصل للتأكد بان الشفعة لفظ عربي وهي من المعاملات المعروفة عند العرب في الجاهلية ثم جاء الإسلام بعد ذلك اقرها و ضبطها.

وعلي ضوء ذلك ستأتي دراسة هذا الفصل في مبحثين سنتعرض في المبحث الأول إلي مصادر الشفعة الذي أوصلها إلي القانون المدني من حيث التنظيم، ثم سنتعرض في المبحث الثاني إلي مفهوم الشفعة.

المبحث الأول

مصادر الشفعة

تعد الشفعة من المعاملات المدنية المعروفة في الشريعة الإسلامية، فهي المصدر الذي اشتقت منه، فكان بذلك مرجعا للمشرع الجزائري وكذا معظم الدول العربية الذي تأخذ بهذا النظام في تشريعاتها المحلية، غير أن هذا لا يتنافى مع حقيقة أن الشفعة كانت معروفة قبل الإسلام بشكل مختلف كحق الاسترداد أو الشراء بالتقاضي، فجاءت الشريعة الإسلامية بعد ذلك وضبطتها بصورة دقيقة، فتناولت جميع أحكام هذا النظام ليختلف عن كل ما سبق، سنحاول ضمن هذا المبحث على طول مطلبين أن نبين ونؤكد مصادر الشفعة و المتمثلة في القرآن الكريم و السنة النبوية إلي جانب الفقه (المطلب الأول) كما سنتعرض إلى كيفية انتقال الشفعة ليطم اعتمادها قانونا (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

المصادر الشرعية

لقد كان الشريعة الإسلامية دور بارز في ذلك من خلال إرساء مبادئ الشفعة حيث أباحت وأثبتته من خلال نصوص السنة النبوية وكذا الإجماع والقياس باعتبارهم المصادر الرسمية الأساسية للتشريع في الفقه الإسلامي بعد القرآن الكريم. انطلاقا مما سبق ذكره سنخصص (الفرع الأول) للقرآن الكريم باعتباره المادة الأولية والأصلية الواجب الرجوع إليه، إضافة للسنة النبوية كمصدر موضوعي للشفعة، وسنخصص (الفرع الثاني) للأصل العقلي في الشريعة الإسلامية المتمثل في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

الشفعة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية

استمد المشرع الجزائري نظام الشفعة وأسس إحكامها استناداً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، التي تعد المصدر المادي و التاريخي لنصوص الشفعة ليكون بذلك السنة النبوية دور بارز في إرساء و تهذيب وشروطها.

فجاءت السنة الشريفة بنظام الشفعة، فكانت بذلك المصدر الموضوعي لها، فكان الرسول صلى الله عليه وسلم يقضي في أمور المسلمين منطلقاً عن القرآن الكريم، فجاءت عنه من الأخبار المأثورة والروايات مما يدل على وجود الشفعة عند العرب قبل الإسلام. حيث كانت الشفعة معروفة عند العرب في الجاهلية، ودليل ذلك: كان الرجل إذا أراد بيع منزل أو حائط أتاه الجار أو الشريك، فيشفعه ويجعله أولى رجل به مما بعد عنه، فسميت شفعة والشفيع فيها شريكاً أو جاراً، والمشفوع عقاراً.¹ وقد وردت بشأن الشفعة مجموعة من الأحاديث النبوية الشريفة نذكر منها ما يلي على سبيل الحصر:

روى الإمام البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:

«قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإن وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة».²

¹ - عائض القرني، الفقه الميسر، العبيكان للنشر، الرياض، 2009، ص.554.

² - هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث رقم: 2099- البخاري، صحيح البخاري، ج2، ضبطه ورقمه وشرح أحاديثه، مصطفى ديب، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص.787، أشار إليه أحمد دغيش، مرجع سابق، هامش رقم01، ص.30.

وعن جابر رضي الله عنه أيضا، أن النبي صلى الله عليه وسلم: « قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة، أو حائط، لا يحل أن يبيع حتى يأذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»¹.

عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم: « قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضية والدور».

كذلك ما رواه سمرة عن النبي (ص) قال: « جار الدار أحق بالدار من غيره »².

الفرع الثاني:

دور الفقه في إرساء مبادئ الشفعة

الفقه في اللغة: الفهم يقال: فقهه (بكسر القاف) الرجل، يفقهه (بفتحها): فهم، يفهم، ومنه الآية: «تُسَبِّحُ لَهُ السَّمَاوَاتُ السَّبْعُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ...»³، أي لا تفهمون تسبيحهم- وأما قولهم فقهه (بضم القاف) الرجل، فيراد به فقه النفس، والحدق، والمهارة ونحوها من الصفات التي تصير سجية في صاحبها.

والفقه في الاصطلاح يطلق على أمرين :

الأمر الأول: معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بأفعال المكلفين وأقوالهم، المكتسبة من أدلتها التفصيلية.

الأمر الثاني: الأحكام الشرعية نفسها.⁴

ومنه أنه وبالرغم من اختلاف المصطلحات والمفاهيم المستخرجة عن نظرية الشفعة، فإن الفقهاء اتفقوا على أن الغاية والهدف منها تحقيق العدل والرخاء بين العباد، ورفع الضرر عن الشفعاء، دون الاتفاق على نوع الضرر المقصود.

¹- مسلم، صحيح مسلم، ج-05، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن، ص.57، أشار إليه أحمد دغيش، مرجع سابق، هامش رقم02، ص.30.

²- رواه الترمذي وأبو داود وصححه أيضا، مرجع سابق، ص. 254. أشار إليه أحمد دغيش، مرجع سابق، هامش رقم04، ص.31.

³- سورة الإسراء، الآية 44.

⁴-05:54-02-17 le، حسن عبد الغني ابو غدة، fiqh.islammessgae.com

حيث يرى كثير من الفقهاء أن الشفعة جاءت على خلاف الأصل والقياس، وأنه أمر استثنائي على غير ما تقتضيه القواعد الفقهية، وفي ذلك يقول ابن قدامه¹: الشفعة تثبت على خلاف الأصل إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه وإجبار على المعاوضة غير أن الشرع أثبتها لمصلحة راجحة.²

غير أنه هناك بعض من العلماء اتخذوا رأياً مخالفاً كابن القيم³ الذي يرى أن الشفعة أصل في الشرع، وهو نضام ثابت بمقتضاه، فلا ينبغي القول أنها مستحسنة فهي ثابتة من السنة.⁴

المطلب الثاني:

المصادر القانونية

بعد أن تبين لنا أن أساس الشفعة هو الشريعة الإسلامية بكل جوانبها وبمختلف أحكامها، أكدنا أن أصول الشفعة عربية قبل الإسلام وازدهرت أحكامها بعد الإسلام فحدد بذلك موضوعها وبين نطاقها وأكمل ما كان منها ناقصاً، سنخصص هذا المطلب لتبيين فيه كيفية انتقال الشفعة إلى نظام واعتماده قانوناً.

الفرع الأول:

تكريس الشفعة في العصور الوسطى

تم تكريس الشفعة، بفضل المرسوم رقم 114 الصادر من الإمبراطور، لاون الحكيم الذي يعود تاريخه إلى ما بين 894 ميلادية و896 ميلادية، وبموجب هذا المرسوم الجديد، فإذا كان مبدئياً، كل مالك صفيّ حرّ في التصرف بملكه لمصلحة أي شخص كان، إلا أنه قد أقر لاكتسابه بحق تفضيل لصالح الجيران.

¹- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه بن مقدم من ذرية سالم بن عمر بن الخطاب العدوي القرشي المقدسي الجماعي والدمشقي الصالحي، أحد أئمة وشيوخ المذهب الحنبلي.

²- 2013، الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، محمد ربيع علي عريف، elshallwy86.blogst.com

³- ابن قيم الجوزية من علماء المسلمين، عاش في دمشق درس على يد ابن تيمية، ولد 1292 وتوفي 1349.

⁴- مرجع سابق، elshallwy86.blogst.com

ثم إن فكرة مذهب الفردية في روما، وربما مذهب النفسانية التي كانوا يتصورونها في ذهنهم عن الملكية، تحول دون كل ما من شأنه إقامة مانع بدرجة ممارسة أهم امتيازات الملك.

وإن كانت قد ظهرت بعض أشكال الشفعة تمثلت في الاسترداد الزراعي والاسترداد النسبي، والاسترداد الإقطاعي.

فالاسترداد الزراعي، كان يفيد سكان نفس المقاطعة وكان يستند إلى قانون الإفرنج، الذي كان يقضي بأنه إذا أراد أجنبي أن يحل محل أحد الأشخاص المقيمين في مصيف فيلا أو جزء منها، برضاه فإنه بالرغم من ذلك كان بإمكان الجيران الغير الموافقين طرده منها. أما الاسترداد النسبي، فكان يتألف من حق القريب أو النسب في أن يسترجع بالاستناد إلى قرابته، ملكا عائليا بيع من أجنبي، على أن يسدد له الثمن والمصروفات وكان الاسترداد النسبي يقضي إلى أن يحفظ العائلة، الأموال التي انتقلت عن طريق الإرث إلى أعضائها، وهذه الأموال التي كان يطلق عليها الخصوصيات كانت تشكل النصاب الوصائي، غير قابل للتصرف خارج عن رضي الأقارب.

أما الاسترداد الإقطاعي، الذي كان مختصا بالسيد، فمتى كان هذا الأخير غير راضي عن المشتري، كان بإمكانه أن ينزع ملكية هذا المشتري نفقاته، محتفظا لنفسه بالإقطاعية، فالفكرة الرئيسية التي كانت توحى بوجود الشفعة، لم تكن سوى حفظ الأموال في العائلة أو القبيلة أو القرية.¹

الفرع الثاني:

الشفعة في قوانين المقارنة

1- الشفعة في القانون الفرنسي:

صدر التقنين المدني الفرنسي سنة 1804، بموجبه تم إلغاء كل من الاسترداد النسبي والإقطاعي، وأبقى بذلك على الاسترداد الوراثي ليلغيه بعد ذلك بموجب القانون الصادر 31-

¹ - فرج أبي راشد، الشفعة (نصوص، اجتهادات فقه)، د.د.ن، بيروت، 1996، ص. ص. 129-132.

12-1975، إضافة إلى قيامه بإلغاء حق استرداد الحصة الشائعة بالقانون الصادر في 13-07-1966.

إضافة إلى أنه هناك صور أخرى للشفعة جاءت على شكل مجموعة من المراسيم والقوانين، منها المرسوم الصادر في 08-08-1935 الذي نص على كل من انتزعت منه ملكيته للمصلحة العامة، بإمكان طلب استرجاع ذلك الملك، في حال قيام الإدارة ببيعه خلال 10 سنوات، كما نص الأمر الصادر في 10-10-1945 على الشفاعة في الأراضي الزراعية، وأكد على هذا النوع من الشفاعة القانون الصادر في 13-04-1946 بفرنسا.¹ إضافة إلى القانون الصادر في 30-06-1945 الذي يخول الشفعة في المنقولات لصالح الدولة.²

2- الشفعة في القانون التونسي:

أول قانون صدر بتونس في مجال المعاملات المدنية والعقارية كان في 1 جويلية 1885، ثم عدّل بقانون 14 مارس 1892 وتضمن هذا القانون السجلات العينية، فأصبح ملاك العقارات يقيدون عقاراتهم في سجلات خاصة، وهذا بصفة اختيارية، ومن هذا نتج نوعان من العقارات، العقارات الغير المسجلة والعقارات المسجلة، الأولى تسري عليها مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بالشفعة مع بعض التعديلات الجزئية، أما العقارات المسجلة فتسري عليها أحكام الشفعة الواردة في قانون 01/07/1885 والملاحظ أن هذا القانون يختلف في أحكامه عن الشريعة الإسلامية وخاصة ما تعلق بأحكام الشفعة.³

3- الشفعة في القانون السوري:

ما يميز القانون السوري هو مرحلتين أساسيتين الأولى كانت قبل 1949، وقتها كانت سوريا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة، والمرحلة الثانية بدأت إثر صدور القانون المدني في 18/05/1949 حيث لم ينص على الشفعة في الملكية العقارية، بل ألغى حتى حق الاسترداد الوارد في المنقولات المشتركة وإنما أبقى فقط على حق الاسترداد

¹- فرج أبي راشد، المرجع السابق، ص. 136.

²- المرجع نفسه، ص. 215.

³- محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص. 602.

عند بيع الحقوق المتنازع عليها،¹ وعليه فقد ألغى التقنين المدني السوري نظام الشفعة تماماً، بحجة أنها نظام مضطرب، لا يأتلف مع النظام الاجتماعي المعاصر لأن حق المشتري يبقى معلقاً حتى استعمال الشفيع حقه فتقيد حرية التعامل، ويبقى البيع وحق المشتري مضطربين، مما لا يتلاءم مع مبادئ العدل التي تمنع القيود المعطلة حرية التعاقد والمزلزلة لأركان العقد، ولو أنه مستمد من الشريعة الإسلامية، فهو حق مكروه يجوز الالتجاء إلى الحيلة لإسقاطه.²

الفرع الثاني

الشفعة في القانون الجزائري

إن تطبيق أحكام الشفعة في الجزائر مر بثلاث مراحل أساسية:

المرحلة الأولى: قبل سنة 1832 وهي الفترة التي كانت الجزائر فيها تابعة للسلطات العثمانية، حيث اعتمدت أحكام الشفعة الواردة في الفقه الإسلامي.

المرحلة الثانية: بعد سنة 1832، تزامنت مع فترة دخول فرنسا للأراضي الجزائرية، صدر قانون 16-06-1851 الذي خول للمحاكم الإذن باستعمال الشفعة تبعاً لطبيعة العقارات، وجاء بعدها قانون فارني في 23-07-1873 والذي حول الشفعة إلى حق استرداد وراثي لا يمكن التمسك به إلا من طرف الأقارب الوارثين شرعاً، وبالشروط التي تحددها المجموعة المدنية الفرنسية، وطبق هذا على التل والأراضي المفرنسة، وباقي الأراضي طبقت عليها أحكام الشريعة الإسلامية.

المرحلة الثالثة: بعد الاستقلال صدر الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن أحكام الشفعة وقد أخذها المشرع الجزائري من القانون المدني المصري المقتبسة من الشريعة الإسلامية.³

¹ - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية)، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص. 119.

² - أحمد أباش، المرجع السابق، ص. 73.

³ - محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص. 605.

المبحث الثاني

مفهوم الشفعة

للإحاطة بمفهوم الشفعة، لا بد أن نتعرض إلى تعريفها تعريفاً دقيقاً وكاملاً من حيث اللغة والاصطلاح في الفقهين الإسلامي والقانوني، لنستخلص بذلك تكييفها القانوني والحكمة منها، لذلك جاءت الدراسة في هذا المبحث للإلمام بأهم التعارف التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون (المطلب الأول) كما سنتطرق إلي شروط الأخذ بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التعريف بالشفعة

من خلال هذا المطلب سنحاول التعرف على الشفعة عن طريق تحديد المقصود بها (الفرع الأول) ملمين بتكييفها القانوني لنرى بعد ذلك كيف اعتبرها الفقه الإسلامي وكيف كیفها الفقهاء القانونيين، إضافة إلى موقف المشرع الجزائري من كل هذا من خلال نصوص القانون المدني منها ثم نتطرق إلى الطبيعة القانونية و الحكمة منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

محاولة تحديد المقصود بالشفعة

سنحاول من خلال هذا الفرع إعطاء تصور عن الشفعة وذلك بالمرور على تعريفها في الفقه الإسلامي لتحديد التعريف اللغوي والاصطلاحي لها، ثم نرجع إلى التعريف القانوني المذكور في القانون المدني الجزائري.

أولاً/ التعريف اللغوي:

الشفعة مأخوذة من الشفع، بمعنى الضم والزيادة بعد الطلب، وشفعت الشيء أي ضمته إليك، أي تضيفه إلى ما عندك، فيتقوى به فيصير زوجاً، والشفع خلاف الوتر، قال الأسود بن يزيد: الشفع يوم الأضحى والوتر يوم عرفة، وقال عطاء: الوتر هو الله سبحانه وتعالى والشفع خلقه، وقال ابن عباس رضي الله عنه: الوتر آدم شفع بزوجته والشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة لأن الشفع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وتراً فصار زوجاً شفيعاً.¹

ثانياً/ التعريف الاصطلاحي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وضع تعريف موحد للشفعة.

1- عند الحنفية:

عرفها الحنفية على أنها حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري بما قام عليه، من ثمن وتكاليف، لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار، فالشفعة عند الحنفية تثبت للجار أو الشريك.² عكس جمهور الفقه الذي خص الشفعة للشريك دون الجار.

2- عند المالكية:

عرفها المالكية بالقول: «الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمن».³

3- عند الشافعية:

عرفها الإمام محمد الخطيب الشريني الشافعي «حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض».⁴

¹- ابن منظور، لسان العرب، ج 3، دار الجيل ودار لسان العرب، بيروت، لبنان، 1988 ص. 333، أشار إليه هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، هامش رقم 02، ص. 07.

²- محمد أمين المشهور بابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان، ج 06 دار الفكر، بيروت، 1989، ص. 209 .

³- أحمد الحراسيس، أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المدني الأردني، دار الجنان للنشر والتوزيع، 2016، ص. 74.

⁴- أحمد ابن محمد بن حمد الدردير، الشرح الصغير علي أقرب المسالك على الإمام مالك، ج 05، دار المعارف، القاهرة، 1986، ص. 310 . أشار إليها هطال رضا، مرجع سابق، هامش رقم 03، ص. 08.

4- عند الحنابلة:

عرفها الإمام موقف الدين بن قدامه الحنبلي بقوله: «هي استحقاق الشريك إنزاع حصة شريكة المنقلة عنه من يد من انتقلت إليه».¹

ثالثاً/ التعريف القانوني:

سنبين فيما يلي تعريف المشرع المصري والجزائري للشفعة.

1- في القانون المصري:

عرف التقنين المدني المصري الشفعة في المادة 935 منه وقد نص على أن «الشفعة تجيز في بيع الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون».²

2- تعريف المشرع الجزائري للشفعة:

ورد تعريف الشفعة في المادة 794 من التقنين المدني كما يلي: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية».

نظم المشرع الشفعة في الكتاب الثالث تحت عنوان الحقوق الأصلية من باب الأول بعنوان حق الملكية في فصله الثاني بعنوان طرق اكتساب الملكية، وجاءت أحكام الشفعة في المواد 794 إلى 807 من التقنين المدني، حيث جعلها سبب من أسباب كسب الملكية العقارية دون المنقولة كما اعتبرها مجرد رخصة للشفيع في الحلول محل المشتري.³ نص التقنين المدني المصري (833) والجزائري (721) على أن لمالك رقبة العقار ولمالك حق الانتفاع في العقار وللشريك الشائع في ملكية العقار الشائع وللجار المالك رخصة تجيز لهم في بيع العقار الحلول محل المشتري بالشروط المنصوص عليها فيهما.⁴

¹ - شمس الدين بن قدامة المقدسي، والشرح الكبير، ج2، دار الكتاب العربية، بيروت، 2000، ص.459، هطال رضا، مرجع سابق، هامش رقم01، ص.09.

² - رقم الصفحة ضمن المجلد:197، التصنيف: القانون الخاص، حق الشفعة، www.arab-ency.com

³ - حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، ط4، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص. 515.

⁴ - le 04-05-2013 a15:23، حق الشفعة، أحمد نادية، www.marefa.org

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية للشفعة والحكمة منها

تعتبر الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية وهي نظام مأخوذ عن أحكام الشريعة الإسلامية، فهي أمر استثنائي يرد على الأصول الثابتة في عقد البيع وقد شرعت لدفع ضرر الشريك عند الجمهور عدا -الحنفية-

عكس فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد ثار جدال كبير حول الطبيعة القانونية للشفعة بين فقهاء القانون، إذا فقد تساءل الكثير من الفقهاء عن هذه الطبيعة، والمشعر الجزائري كان له موقف بين كل هذا التجاذب، في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، وهذا ما سوف نتطرق إليه أنيا.

أولا/ الطبيعة القانونية لحق الشفعة:

1- الشفعة حق:

أ- الشفعة حق عيني:

ذهب بعض الفقه والقضاء إلى اعتبار الشفعة حق عيني متعلق بالعقار المشفوع فيه، وللشفيع بمقتضاه حق التتبع في يد أي شخص انتقلت إليه الملكية، كما له حق التقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشيء، فإذا توفي الشفيع كان لورثته ما كان لمورثهم من حق التتبع والأفضلية، ومفاد ذلك أنه لو كان الحق شخصيا فإن صاحب الحق لا يتقاضى حقه إلا من شخص معين.¹

ب- الشفعة حق شخصي:

وذهب البعض الآخر إلى اعتبار الشفعة حق شخصي، وحثهم في ذلك هو الارتباط المباشر لهذا الحق بشخص الشفيع، فلا يجوز لهذا الأخير التنازل عنه ولا استعماله لصالح

¹ - مصطفى مجدي هرجه، الشفعة في ضوء أحدث الآراء والصيغ القانونية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1998، ص.11.

شخص آخر¹، نهيك أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية بل حقا شخصيا وهو حق الأولوية والأفضلية لشراء العقار المشفوع فيه، ولو كان ذلك ضد إرادة البائع بالتالي فالدعوى شخصية تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في جميع حقوقه².

2- الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية:

الشفعة بحسب ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري ليس بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق أصلا، وليحتملان وصفهما بالحق العيني ولا بالحق الشخصي وإنما هي سبب لكسب ذلك الحق³، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، فقد جاء صريحا في التقنين المدني الجزائري أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية فلا يمكن الدمج بين السبب المنشأ للحق وبين الحق ذاته⁴، فهي بذلك مجرد وسيلة للتوصل إلى كسب الملكية.

3- الشفعة رخصة:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الشفعة رخصة، فللشريك على الشيوع إذا بيعت حصة شريكه في هذا العقار، أن يكون له مركز قانوني يخوله أن يشفع بإرادته المنفردة في الحصة الشائعة، ومفاد ذلك أن للشفيع رخصة تملك العقار المشفوع حيث تمكنه من امتلاك العقار بإرادته المنفردة، بإعلان رغبته في الأخذ بها⁵.

• موقف المشرع الجزائري من الطبيعة:

يظهر موقف المشرع الجزائري في مسألة تحديد الطبيعة القانونية للشفعة والجدل الحاصل فيها بالضبط ما نصت عليه المادة 794 من التقنين المدني الجزائري، هو اعتبار

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية) ج9، منشأ المعارف، مصر، 2004، ص.447.

² - محمد كمال مرسي باشا، مرجع سابق، ص.179.

³ - القاضي منير الفرشيشي، الإجراءات في التسجيل العقاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013، ص.72.

⁴ - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة والقانون، ط02، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.21.

⁵ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.303.

الشفعة رخصة وسبب لاكتساب الملكية العقارية بما أنه نظم الشفعة في القانون المدني بعنوان طرق اكتساب الملكية.

وساير المشرع الجزائري المشرع المصري الذي أكد على نفس الموقف في المادة 935 من التقنين المدني المصري.

وكذلك استمد المشرع الجزائري قواعده من الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر المادي والتاريخي والشرعي لأحكام الشفعة.¹

ثانيا/ الحكمة من تشريع الشفعة:

تقتضي حكمة الشفعة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري إزالة الضرر، فقد شرعت لصالح الشريك، ودفع الضرر عنه؛ لأنه ربما يشتري نصيب شريكه عدو له، أو ذو أخلاق سيئة، أو ممن لا يرغب في جواره، فيحدث بسبب ذلك التباغض والتقاطع، ويتأذى الجار، وتزيد الفرقة والخلاف، كما من شأنها منع تجزأت العقارات وضم ما تفرق من حق الملكية لهذا شرع الله الشفعة دفعا للأذى والضرر من توافرت في حالته حكمة ذلك.²

1- الحكمة من تشريعها في النظام الإسلامي:

تسعى الشريعة الإسلامية من خلال تشريعاتها المختلفة إلى تحقيق مجموعة من المقاصد الهادفة لرفع الضرر عن المكلفين وجلب المصالح، ونظام الشفعة شرع الله بلسان رسوله صلى الله عليه وسلم فلا شك أن في مشروعيتها حكمة اقتضاها عدله تعالى بين عباده ومنه ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا ضَرَرٌ ولا ضَرَارٌ والمصلحة ثابتة في هذا، وحيث تثبت المصلحة فثم شرع الله» وبما أن الضرر ثابت في جميع الأحوال في كل مال مشترك، فقد أوتي بالشفعة لاتقاء الضرر الذي ينشأ من جراء الشراكة أو مجاورة الدخيل الأجنبي ولتقادي جميع النزاعات المحتملة النشوب مستقبلا فقد وجه الشارع الشفيع إذا ما أراد الشراء لكونه الأولى والأحق، فإن أبى بعد ذلك باعه لمن يشاء.³

¹- أحمد دغيش، مرجع سابق، ص.39.

²- محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص. 176-177.

³- على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الهضبة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1990، ص. 449.

2-الحكمة من تشريعها في القانون المدني:

إن المشرع الجزائري من وراء تشريع الشفعة في التقنين المدني يسعى إلى إرساء الأهداف النبيلة للشفعة، والتي تكفل بداية الحد من تجزئة حق الملكية من خلال تقرير الأخذ إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة أو للمنتفع عند بيع الرقبة، كما يهدف إلى رفع عن الضرر عن الشريك في الشيوخ عن طريق إمام أجزاء الملكية.¹

ومنه فالحكمة من الشفعة لكل من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول لها والقانون الجزائري هي إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يدخل عليه من لا يعرف شركته ولا معاملته كما أن الشفعة تمنع تجزئة العقارات إلى قطع صغيرة يبيعها لغير الجار والشريك اللذان باستعمالها للشفعة بضمانها إلى ملكهما فيمنعان تجزئتها.²

المطلب الثاني

نطاق ممارسة الشفعة

سنحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق إلى أهم شروط الأخذ بالشفعة ولما يميز هذه الشروط ومن خلال هذه الدراسة سنسلط الضوء على تبيان مدى التوافق أو الاختلاف الحاصل بين ما أقره الفقه الإسلامي وما قننه المشرع بموجب القانون المدني حيث أخضع المشرع حق استعمال الشفعة لشروط و ألزم من يثبت له استعمال هذا الحق بمراعاتها حتى يمكنه الحلول محل المشتري بالتالي سوف نتطرق إلى هذه الشروط على النحو التالي:

ارتباط حق الشفعة في العقار (الفرع الأول) أما وجود الشفيع سنخصص له (الفرع الثاني)

¹ - تختونياًسماء، مرجع سابق، ص. 153.

² - محمد كمال مرسي باشا، مرجع سابق، ص. 176 - 177.

الفرع الأول

ارتباط حق الشفعة ببيع العقار

الشفعة لا تجوز إلا في بيع العقار وهذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة وأقره المشرع الجزائري، وإلا يكون هذا البيع مستبعدا من نطاق الشفعة وفي هذا الصدد سنتعرض إلى مسألتين، من حيث البيوع التي يجوز بها الأخذ بالشفعة والبيوع المستبعدة من نطاق الشفعة. **أولا/ بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة:**

1- الشفعة لا ترد إلا على العقار:

الشفعة لا ترد إلا على العقار سواء كانت بناء أو أرض زراعية أو أرضا معدة للبناء، بمعنى أنها غير جائزة في المنقول مطلقا فهي حق عقاري خالص لا يتصور وروده إلا على العقارات كما لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال كبناء آيل للهدم، وتجدر الإشارة إلى أن العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد لخدمة العقار أو لاستغلاله بمعنى أخذ صفة العقار مجازا، فإن بيع مستقلا عن العقار اعتبر منقولا ولا شفعة فيه، أما إذا بيع مع العقار جاز أخذه بالشفعة تبعا للعقار¹ لذا نجد المشرع لم يجز الشفعة إلا في العقار دون المنقول، فالمنقول يرد عليه حق الاسترداد الذي مصدره القانون الفرنسي، عكس الشفعة المستمدة من الشريعة الإسلامية، كما جاء في نص المادة 794 من التقنين المدني تنص «على أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات...».

2- الشفعة غير قابلة للتجزئة:

لا يحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض البيع دون بعض، قصد أن لا تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر من جراء ذلك، فإذا تعددت الصفقة جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها دون البعض، إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة فيها، ولا يكون هذا تجزئة للشفعة.²

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 798-799.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج9، ص. 484.

فإذا قام المالك ببيع عقار واحد لعدة مشتريين، وإذا توافرت شروط الشفعة جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، إما في جميع العقار، أو جزء أحد المشتريين الذي فيه له شفعة ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني، غير أن الشريعة نظمتها وأقرتها.¹ أما إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد، وفي صفقة متفرقة كان للشفيع، إن توافرت شروط الشفعة أن يأخذ بها في بعض الصفقات دون بعض، في حين أنه إذا تم البيع بصفقة واحدة، كان للشفيع، بتوافر الشروط، أن يأخذ العقارات كلها أو يدعها كلها حتى لا يضار المشتري، وهذه الحالة أيضا أقرتها الشريعة الإسلامية.²

3- أن يكون التصرف بيعا:

يشترط للمطالبة بالشفعة توفر عقد بيع للعقار يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشفوع به حتى يجوز الأخذ بالشفعة وعقد البيع هو تصرف قانوني صادر من الجانبين وناقل للملكية بعوض، ومنه فإن أي عقد آخر ولو كان ناقلا للملكية لا تجوز فيه الشفعة مثل الهبة، والمقايضة.³

4- الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع:

نصت المادة 797 من التقنين المدني الجزائري على أنه: «إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها». هذه المادة تقترض توالي عدة بيوع على نفس العقار وتحدد في أي بيع منها يجوز للشفيع أن يأخذ فيه بالشفعة.

أجاب نص المادة السالفة الذكر عن حال توالي البيوع، فإن قام شخص معين (المشتري الأول) بشراء عقار تجوز فيه الشفعة ثم قام ببيعه لشخص ثان (المشتري الثاني) قبل أن تعلن إليه رغبة الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل الرغبة، وفي كلا الحالتين سواء أقام المشتري الأول بتسجيل عقد البيع أو لم يفعل فإنه تجوز فيهما الشفعة، بالتالي يكون البيع

¹- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 485 .

²- نفس المرجع، ص. 485 .

³- علي الخفيف، مرجع سابق، ج04، ص. 199.

الثاني هو الساري والقائم في حق الشفيع لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ولا يحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا البيع الثاني.

أما إذا تم البيع بعد إعلان الرغبة في الشفعة، فللشفيع بعد ذلك أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول لا في البيع الثاني وبالتمن الذي اشترى به المشتري الأول.

ثانيا/ البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة:

أجمع الفقه الإسلامي على استبعاد البيع الفاسد من نطاق الشفعة فلا بد من نقضه ورد المبيع إلى بئعه للتخلص من الفساد فلا يكون البيع لازما لاحتمال فسخه من كل المتعاقدين¹، أما في القانون التقنين الجزائري فلقد نص المشرع عن بعض البيوع التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة وذلك في المادة 798 وهي:

1- البيع بالمزاد العلني:

هو عملية بيع وشراء عن طريق تقديم سعر يزيد عن السعر المقدم سابقا، وحتى الوصول إلى السعر الأعلى الذي لا يستطيع أحد أن يزيد عليه، يقوم شخص أو مجموعة بإدارة الجلسة وإتمام عملية البيع لمن يرسى عليه المزداد.²

فلا يجوز الأخذ بالشفعة في العقارات المطروحة للبيع في المزداد العلني وفقا لما نص عليه التقنين المدني الجزائري، إلا بالدخول في المزايدة كبقية المزايدة وفقا لشروط وأسعار المزداد.

2- البيع لبعض الأقارب:

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 798 من التقنين المدني الجزائري على أنه لا شفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ومن ذلك:

- بيع الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها فعلى مثل هذه البيوع لا يجوز الأخذ بالشفعة.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 821.

² - . 2016، مزاد، (الموسوعة الحرة) ويكيبيديا، ar.wikipedia.org/wiki

- بيع الشخص المالك لأحد فروعها أو لأحد أصوله فلا تنقيد القرابة في هذه الحالة بدرجة معينة فإذا قام الأب أو الأم ببيع العقار لأحد أبنائهما، فإن الشفعة لا تجوز، كذلك إذا قام الابن أو البنت ببيع عقار للوالدين أو الجددين فإن الشفعة لا تجوز أيضا في هذه الحالة.
- بيع الشخص لأحد أقربائه من الحواشي إلى غاية الدرجة الرابعة كابن العم مثلا.
- بيع الشخص أملاكه لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية.

3- بيع العقار ليكون محل عبادة:

لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة. وذلك لاعتبارات دينية قدمها المشرع على مصلحة الشفيع. لا يجدر للشفيع أن يأخذ بشفعة قطعة أرض بيعة لتكون محلا لإقامة مسجد مثلا أو محلا للعبادة بشكل عام ولا يقتصر الأمر على الديانة الإسلامية فقط بل يشمل الكنائس ومختلف المعابد لغير المسلمين.¹

الفرع الثاني

وجود الشفيع

تختلف صفة الشفيع من الفقه الإسلامي إلى الفقه القانوني، إذ هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من يجعل ويثبت حق الشفعة للشريك والجار-الحنفية-، وهناك من يقتصرها على الشريك فقط-جمهور الفقهاء-، والمشرع الجزائري قد نص في المادة 795 من التقنين المدني الجزائري الذين لهم حق الأخذ بالشفعة:

« يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي بنص عليها الأمر المتعلق بالثروة

الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسبة للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي.

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 223-224.

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

أولاً/ لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع:

تثبت حق الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة بالتالي تؤدي لكسب حق الانتفاع وتحقق الملكية التامة للشفيع، وتتجمع عناصر الملكية بيد المالك وتثبت الشفعة سواء في حق الانتفاع ككل أو بعضه ومفاد ذلك أن لمالك الرقبة أن يطالب بها إذا كانت الشفعة لعدة شركاء وباع أحدهم حصته الشائعة ولو كان المشتري أحداً من الشركاء، فمالك الرقبة يسبق في الترتيب الشريك في الشيوخ فلا يمكن لهذا الأخير مزاحمته في أخذ الحصة المباعة بالشفعة.¹

ثانياً/ الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي:

في حال قيام أحد الشركاء في الشيوخ ببيع حصته المشاعة أو جزء منها إلى شخص أجنبي، يكون للشركاء الآخرين في الشيوخ أو أحد منهم أن يأخذ بشفعة الحصة الشائعة المراد بيعها أو التي تم بيعها،² كما أنه لا شفعة في حال قيام أحد الشركاء ببيع نصيبه مفرزاً قبل القسمة فإن البيع في هذه الحالة يعتبر غير نافذ في حق باقي الشركاء ولا يعتبر ذلك البائع شريكاً لشركاء البائع.³

ثالثاً/ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها:

تثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وإذا كان حق الانتفاع لعدة أشخاص وبيعت الرقبة كلها كان لهم مجتمعين أن يشفعوا في المبيع، كل حسب نصيبه، وإذا طالب أحدهم بها لم تكن له إلا بقدر نصيبه.⁴ ولكي يتمكن الشفيع من المطالبة بالشفعة يجب أن تتوفر فيه شروط المتمثلة في:⁵

¹- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 13-14.

²- علي عيشور، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل مرتبة القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004، ص. 26.

³- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 15-18.

⁴- علي عيشور، مرجع سابق، ص. 26.

⁵- لويسي نجا، الشفعة وتطبيقاتها في الميدان العملي، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، 2001، ص. 10.

• أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة.

• أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة أي أن يبلغ سن الرشد ولم يحجز عليه ففي هذه الحالة جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أما إذا كان قاصر جاز لوليّه أخذ الشفعة عنه.

• أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه، كأن يكون نائبا عن غيره في بيع مال لهذا الغير أو أن يكون الشفيع من اللذين يحضر عليهم شراء الحقوق والأموال المتنازل عليها كالقضاة والمحامين، وجزاء هذا الحضر هو بطلان البيع لتعلقه بالنظام العام ومن ثمة فلا شفعة لهم في هذه الأموال العقارية.¹

ومن خلال ما سبق يتبين أن المشرع لم يتناول الشفعاء كما تناولتهم الشريعة إذ منح حسب نص المادة 795 التقنين المدني الجزائري، الشفعة لأشخاص معينين جعلهم شفعاء، غير أن الإشكال يكمن في حال تعددهم فمن له الأفضلية في الشفعة، وما يلاحظ في هذه الحالة هو الاتفاق الحاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية وما أقره القانون المدني إذ أن المادة 796 قد بينت حكم تزامم الشفعاء وفرقت بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: تزامم الشفعاء من طبقة واحدة.

نصت المادة 796 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه إذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه، وعلى ذلك إذا تعدد الشفعاء وكانوا من الطبقة الأولى أي ملاك الرقبة فإنهم يقتسمون حق الانتفاع متى شفّعوا فيه، وهذا نصيب كل واحد منهم في ملكية الرقبة، وإذا طلب الشفعة واحد فقط دون باقي الشركاء جاز له أن يأخذ كل العقار، ويضاف إلى هذا أنه متى كان الشفعاء من الدرجة الثانية، الشركاء في الشروع فإنهم يقتسمون حق الانتفاع، وهذا بتطبيق قاعدة الأخص يفضل على الأعم.²

الحالة الثانية: تزامم الشفعاء وهم من طبقة مختلفة

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 805.

² - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 805.

القاعدة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء الأربعة هي "الأخص يقدم ويفضل على الأعم"¹ ومثال ذلك المشارك في حائط الدار كالمشارك فيها، أما صاحب الأخشاب المعدة على الحائط الخاص بالجار فهو جار وليس شريك، ومن ثمة فلا شفعة له ومثالهم الخالص إلى أحقية الشريك في المبيع في الأخذ بالشفعة على الشريك في حق الارتفاق.²

أما المادة 795 من التقنين المدني الجزائري فقد جعلت من الشفعاء ثلاثة طبقات: مالك الرقبة، الشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع، فإن تزاخموا وكانوا من طبقات مختلفة، فإنهم يعلو بعضهم على بعض فالأعلى أولى من الأدنى.

الحالة الثالثة: تزاخم الشفعاء مع المشتري وهو الشفيع مثلهم.

هذه الحالة لم يتطرق لها فقهاء الشريعة الإسلامية وإذا كان المشتري من الغير لا يجوز له أو صاحب حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة لأن مالك الرقبة هو نفسه يعد شفيعا وهو من الطبقة الأولى ويفضل عليهما فيأخذ وحده بالشفعة دونهما، أما لو كان المشتري هو شفيع بدوره فإن الأمر يختلف حيث أنه انطلاقا من المادة 02/796 من القانون المدني نجد أنه بتوافر الشروط التي تجعل المشتري شفيعا فإنه يفضل من الشفعاء من طبقتة ومن الطبقة الأدنى منه، لكن يتقدمه من هو أعلى منه طبقة.³

¹ - نفس المرجع، ص. 805.

² - نفس المرجع، ص. 806.

³ - لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، ع 6، 1999، ص. 38.

الفصل الثاني

أحكام الشفعة

بعدها تطرقنا في الفصل الأول إلى الأساس النظري للشفعة ومفهومها، سنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى إجراءاتها، باعتبار أن الشفعة تقوم أساساً على هذه الأخيرة، لنرى بذلك أهمها وأبرزها، ومدى توافق كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في إقرار هذه الإجراءات، ثم سنطرق إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها (المبحث الأول).

بعد ذلك سنبحث في مسقطات الشفعة، لنحاول بذلك التطرق للمسقطات التي تناولها

الفقه الإسلامي والقانون المدني

المبحث الأول

طرق استعمال الحق في الشفعة

كما هو معلوم فإنه لنيل حق الشفعة طريقتين ثابتتين شرعا وقانونا، فإما أن تأخذ بالتراضي ومفاد ذلك تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح المشتري دون الحاجة لاتخاذ إجراءات قضائية، كما يمكن اللجوء إلى القضاء في حال نشوب نزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وفي هذه الحالة كان اللجوء إلى القضاء حتميا. سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى إجراءات الشفعة من جهة، ونستطلع رأي كل من الفقه الإسلامي وما ذهب إليه المشرع الجزائري من جهة أخرى، كما لا بد لنا أن نتطرق كذلك إلى دعوى الشفعة لنقارن في ذلك بين كلما جاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المطلب الأول

شروط استعمال الحق في الشفعة

متى توفرت الشروط المطلوبة آنفا على الشفيع أن يتبع جملة من الإجراءات وقد بسطت إجراءات الشفعة في التقنين المدني، بحيث يؤدي التخلف عن القيام بالإجراء المطلوب في الشكل والميعاد الذي حدده القانون، إلى سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

الفرع الأول

إعلان الرغبة في الشفعة

لقد اهتم كل من الفقه الإسلامي، والمشرع من خلال القانون الوضعي بإجراءات إعلان الرغبة في الشفعة وأُعتبر إجراءً مهماً لا غنى عنه حيث يترتب عليه السقوط في حال عدم المطالب به، غير أن المشرع جعل الإعلان مرتبطاً بوجوب توجيه إنذار إلى الشفيع من قبل البائع أو المشتري، بالتالي سنتطرق أولاً إلى الإنذار لننتقل بعد ذلك إلى الإعلان عن الرغبة.

أولاً/الإنذار الرسمي بإيداع في الشفعة:

لم تأخذ الشريعة الإسلامية بهذا الإنذار بالمقابل فإن المشرع الجزائري جعله إجراءً مهماً لا بد من أن يتقيد كل من البائع والمشتري به، وعادة ما تفتح إجراءات الشفعة به باعتباره وسيلة لإبلاغ الشفيع قصد تمكينه من الأخذ بالشفعة فإن اتجهت نيته فعلاً للأخذ بها، أعلن رغبته فيها وإلا فلا، والإنذار يوجه إما البائع أو المشتري وفي حال تعدد الشفعاء وجب توجيهه إلى كل واحد منهم على حدى، ولا بد أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر قضائي.

باستقراء نص المادة 799 من التقنين المدني الجزائري نلاحظ أن المشرع لم يحدد شكلاً معيناً لهذا الإنذار، إذ جاءت على النحو التالي «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويزداد على ذلك أجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك».

وقد نصت المادة 800 من من التقنين المدني الجزائري على البيانات الواجب توافرها في الإنذار الرسمي: « يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.
- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع وأسم كل من البائع والمشتري، ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون (30) يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799.

يتضح لنا جليا من خلال النص السابق الذكر أن المشرع حدد البيانات التي يجب أن يشمل عليها الإنذار الرسمي تحت طائلة البطلان، وبما أننا بصدد بيع عقار فلا بد من إضفاء الطابع الرسمي على هذا الإنذار، لهذا فإن فكرة الإنذار الشفوي مستبعدة تماما. كما لا بد أن يكون الإنذار رسميا على يد محضر قضائي¹ ويشمل على البيانات التالية:

1- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا وذلك قصد أن يتعرف عليه الشفيع بصورة كافية واضحة نافية للغموض.

2- بيان الثمن الذي بيع به العقار والمصاريف الرسمية كحقوق التسجيل ومصاريف الشهر العقاري، وأتعاب الموثق وغيرها من المصارف اللازمة، أما المصاريف الأخرى فليس من الواجب ذكرها.

كما لا بد أن يشمل هذا الإنذار على شروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه.²

يترتب عن تخلف أحد البيانات السابقة بطلان الإنذار طبقا لما تنص عليه المادة 1/800 من التقنين المدني الجزائري، فإن خلا الإنذار من بيان موطن البائع مثلا، فإنه يقع باطلا، ولا تفتتح به المواعيد التي يتحتم من خلالها على الشفيع إبداء رغبته في الأخذ

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، ج9، مرجع سابق، ص. 625.

² - علي عيشور، مرجع سابق، ص. 30.

بالشفعة أي لا يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا لم يعلن رغبته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإنذار.¹

ثانياً/ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفعة حق ضعيف، لذا فلا يمكن التملك بها ما لم يبادر الشفيع إلى المطالبة بها، حتى يحكم له بالأحقية في أخذها²، كما أكد بالمثل المشرع في القانون المدني على نفس المعنى واعتبر إعلان الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة إجراءً جوهرياً لا بد من اتخاذه قبل رفع دعوى الشفعة.

1- ميعاد الإعلان عن الرغبة:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد الوقت الواجب إعلان الرغبة فيه، حيث ذهب جمهور الفقه إلى اشتراط الفورية للمبادرة في المطالبة بالشفعة معتمدين على الحديث الشريف لرسول الله صلى الله عليه وسلم³ «الشفعة كحل العقال»، والحكمة من الفورية في إعلان الرغبة هو دفع الضرر عن المشتري لما فيه لتهديد لملكه، فإن كان الشفيع في الصلاة أو الحمام أو حالة قضاء الحاجة لم يكلف بقطع ما هو عليه وله بها إلى حين فراغه مما هو عليه، كما إذا تعذر على الشفيع الإعلان عن رغبته لسبب مرضه أو سفره أو مشابه ذلك فله أن يول وكيلاً عنه، فإن لم يستطع فليشهد شاهدين عدلين، أو رجل وإمرتان ثم له بعد ذلك أن يخاصم المشتري.⁴

¹ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 645.

² - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 827.

³ - نفس المرجع، ص. 827.

⁴ - المحقق ابن العابدين، مرجع سابق، ص. 325.

أما رأي الإمام مالك فهو مخالف للجمهور، في اشتراط الفورية في طلب الشفعة، فلو سكت الشفيع، بلا مانع سنة كاملة، بعد عقد البيع فما دونها، أو غاب وعاد في أثناء السنة، ثم طلب الشفعة أخذها .

وخلاصة رأي الإمام مالك أن طلب الشفيع للشفعة أو إعلان رغبته في أخذها يكون على التراخي لمدة سنة.¹

تطرقنا سالفاً إلي ميعاد الإعلان عن الرغبة في الشريعة وبيننا فيه اختلاف الفقهاء حول تحديد هذه المدة، بين من يرى لزوم الفورية في الإعلان عنها والذي يمثله جمهور الفقهاء، وبين من يرى أن إعلانها يكون على التراخي والذي يمثله الإمام مالك، بين هذا وذاك وباستقراء نص المادة 799 من التقنين المدني الجزائري، نجد أنها تحدد أجل 30 يوماً للشفيع لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وهذا من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه من البائع أو المشتري، بعد إبرام عقد البيع، ويزاد عليه على هذا الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك، بالتالي فإن المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة قد حدد مدة قصيرة ليكون بذلك، قد نحت منحى جمهور الفقهاء في اعتماد واشتراط الفورية في إعلان الشفيع لرغبته في المطالبة في الشفعة.

وذلك كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر 30-04-1990 تحت رقم 64331² من المقرر قانوناً أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع والمشتري وإلا سقط حقه.

1- أحمد ابن محمد ابن أحمد الدردير، مرجع سابق، ص. 430.

2 شريفي إسلام، حق الانتفاع الدائم في ظل المستثمرات الفلاحية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2007، ص. 140.

كما اشترط المشرع أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، وذلك وفقا لأحكام المادة 1/801 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه : «يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا».

أ- عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع غير أن المشتري سجل عقد البيع:

أما إذا لم ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، أو أن الإنذار كان باطلا، غير أن المشتري 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 فيها، كما نصت صراحة على ذلك المادة 2/807 من التقنين المدني الجزائري.¹

ب- عدم إنذار الشفيع وعدم تسجيل البيع:

إذا لم ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، ولم يسجل في الوقت نفسه عقد البيع فإن الشفعة لا تسقط بمضي ثلاثين يوما من يوم الإنذار، لأن هذا الإنذار لم يحصل أصلا ولا بانقضاء سنة من تسجيل عقد البيع، لأن هذا الوقت لم يسجل.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذارا إلى الطاعن مما يجعل حقه في الشفعة يظل قائما.

وبالتالي فإذا لم يثبت يقينا أن الشفيع تنازل عن حقه في الشفاعة صراحة أو ضمنا، فله أن يعلن خمس عشر سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وعندئذ يسقط حق الشفيع في رفع دعوى الشفاعة بالتقدم المسقط.²

¹- تنص المادة 2/807 من من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية: إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.

²- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص. 217-218.

ج- التأخر عن المطالبة بالشفعة :

اعتبر جمهور الفقهاء عدا الإمام مالك التأخر في طلب الشفعة، وعدم المبادرة والفورية في الطلب تراخياً، ينجم عنه سقوط حق الشفيع في الشفعة، غير أنه في حالة وجود مانع، فيستمر الأجل إلى غاية زوال المانع، وبزواله وعدم المبادرة في الإعلان بالرغبة، تكون نتيجة ذلك السقوط أيضاً.¹

أما الإمام مالك فأعتبر فوات أجل سنة دون إعلان الرغبة، ودون وجود مانع سبباً في سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.²

أما المشرع فقد رتب جزاءً عن ترك ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي دون الإعلان عن الرغبة بموجب المادة 799 من التقنين المدني الجزائري ، وهو سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

د- مطالبة القاصر بالشفعة:

اتفق فقهاء المذاهب على أن الصّغير له حق المطالبة بالشفعة، ويطلبها وليه، وكذا الحال لبقية المحجور عليهم، وهذا مراعاة لمصالحهم، فإذا أخذ الولي بالشفعة، لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ باتفاق المذاهب الأربعة.³

وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الولي إذا لم يطلب حق الشفعة للصغير، فلا يجوز له طلبها عند البلوغ، غير أن الإمام ابن حنبل، رأى خلاف ذلك، وأقر بأن للصغير حق طلب الشفعة بعد البلوغ، ، فهي حق ثابت له، لا يمكن للولي إبطاله، كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بالشفعة لم تسقط.⁴

¹- أحمد بن محمد الدردير، مرجع سابق، ص. 439.

²- المرجع نفسه، ص. 439-440.

³- وهيبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 831.

⁴- المرجع نفسه، ص. 832.

فهل يحق قانوناً لوالد القاصر أن يأخذ بالشفعة بدلاً عنه دون أن يستأذن القضاء في ذلك؟

إذا أخذنا بمفهوم المخالفة لما ورد في المادة 88 من تقني الأسرة¹ نجد أن الحالات التي يستوجب فيها طلب الإذن من القاضي وردت علي سبيل الحصر أضف إلي ذلك أن الشفعة تزيد من الذمة المالية للقاصر فهي من أعمال الإثراء كما أن الأب ادري بغيره من مصلحة ابنه.

ومنه يحق لوالد القاصر أن يأخذ بالشفعة بدله دون أن يستدان القضاء في ذلك لأنه من أعمال الإثراء لا الإقفار.

2- تسجيل إعلان الرغبة بالشفعة:

ما تجدر الإشارة إليه هنا، أن التسجيل الذي جاءت به نص المادة 801 في فقرتها الأولى، يعتبر من الإجراءات غير لازمة للشفعة وإنما هو عبارة إجراء يلتزم به الشفيع لضمان منع المشتري من التصرف في العقار المشفوع فيه، بالتالي فإنه قرر لجعل هذا الإعلان حجة على الغير ويستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة أن يمضي في إجراءات الشفعة التالية دون أن يسجل هذا الإعلان، ودون أن ينقض ذلك من صحته.²

وعليه ليس هناك ميعاد محدد للتسجيل، غير أنه كلما تأخر الشفيع كلما عرض لخطر تصرفات المشتري.

¹- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل07 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، ع15 .

²- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية، دار الفكر العربي، 1986، ص. 258.

الفرع الثاني

إيداع الثمن والمصاريف

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول وقت القضاء بالشفعة فهل يتوقف القضاء بها على دفع الشفع للثمن؟

ذهب جمهور الفقه إلى اعتبار أن التملك بالشفعة لا يشترط فيها حكم الحاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشتري، ولا يتوقف صدور الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الشفع الثمن إلى مجلس قضاء، لأن حقه ثبت بمجرد البيع لأجنبي دفعا للضرر عنه، فاعتبر ذلك بمنزلة بيع صادر من البائع من أول الأمر، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن، كالشراء أو البيع بجامع أنه تملك بعوض.¹

غير أن فقهاء المذهب المالكي قالوا: إذا قال الشفع: أنا آخذ بالشفعة، منح له ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أتى به فيها، وإلا سقطت شفيعته.²

لقد تبين لنا من خلال ما سبق أن الشفع إذا أراد الأخذ بالشفعة فعليه أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري فإذا ما أنهى الخطوة الأولى فعليه أن يودع الثمن والمصاريف لدى الموثق كخطوة ثانية، بالتالي سوف نتعرض إلى هذه الأخيرة قانونا بعدما تعرضنا إليها فقها.:

ووفقا لما جاءت به نص المادة 2/801 من التقنين المدني الجزائري التي نص صراحة على أنه: «يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال الثلاثين يوما 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».

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 812.

² - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الشريعة، د.ت.ن، ص. 225.

من خلال استقرار نص المادة السالفة الذكر يتضح لنا غموض حول تاريخ بدأ حساب الميعاد حيث نصت على أنه "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال الثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة" فما هو التاريخ المقصود بالضبط؟

هناك من يرى أن الوقت المحدد لإيداع الثمن والمصاريف ممتد في الفترة الزمنية التي حددتها المادة 2/801 من التقنين المدني الجزائري والمتمثلة في ثلاثين يوماً، فهي بذلك ليست محددة بأيام لها بداية أو نهاية، وإنما هو فاصل زمني غير محدد، والعبرة كلها تكمن في إيداع الثمن والمصاريف قبل رفع الدعوى، لضمان المشرع لجدية طلب الشفعة.¹

وما تجدر الإشارة إليه، أنه في حال تأخر الشفيع لإيداع الثمن والمصاريف إلى يوم الثلاثين فإن حقه في هذه الحالة محفوظ، ولا يعتبر متأخر في الإيداع، غير أنه ملزم أن يرفع دعوى الشفعة في نفس اليوم، ليضمن عدم سقوط حقه فيها.²

بالمثل هذا ما تبنته المحكمة العليا، من خلال قرارها الصادر بتاريخ 10-01-1995 تحت رقم 130337³ والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن عنه عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلاً كما لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً ويجب إيداع الثمن والمصاريف بين الموثق خلال 30 يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط حقه فيها"

¹- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص. 224-225.

²- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 117.

³- شريفي إسلام، مرجع سابق، ص. 144.

في حين أجاب الأستاذ لعروم مصطفى عن هذا الإشكال معتبرا أن التاريخ المقصود هو تاريخ إشهار عقد التصريح بالرغبة فهو يحفظ حقوق الشفيع من خطر تصرفات المشتري التي ترد على العقار.

وقد اعتبر المشرع هذه المدة من النظام العام وهذا ما جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 15-11-1984، في الملف تحت رقم 134331¹، والذي نص على ما يلي: "متى كان من المقرر قانون أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه مباشرة الطاعن لمخالفة أحكام المادة 799 من التقنين المدني غير مؤسس ويجب رده ولما كان ثابتا أن الطاعنين، لم يعلنوا رغبتهم في الشفعة خلال الأجل المحدد قانونا رغم علمهم بالبيع الواقع، وكان ثابتا أنهم لم يرفعوا دعواتهم على البائع والمشتري معا، واكتفوا برفعها على البائع فقط لذا فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على حكم القاضي برفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة التزموا صحيح القانون".

المطلب الثاني

دعوى الشفعة

بعدما تعرضنا في المطلب الأول إلى إجراءات الواجب إتباعها قبل رفع الدعوى، ورأينا أنها إجراءات جوهرية لا بد منها قبل اللجوء إلى رفع الدعوى للوصول على حكم نهائي لفائدة الشفيع، سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى الإجراءات الشكلية الواجبة لرفع الدعوى (الفرع الأول) وسنخصص (الفرع الثاني) للحكم الصادر في دعوى الشفعة، وكل هذا على ضوء الشريعة والقانون.

¹-المرجع نفسه، ص.147.

الفرع الأول

شروط الإجرائية لرفع دعوى الشفعة

أقر الفقه حق الشفيع في اللجوء إلى القضاء بصفته مدعيا للمطالبة بحقه في تثبيت الشفعة ومخاصمة المشتري في ذلك، غير أنها لم تهتم بالشكليات كما اهتم بها القانون الوضعي وبتصفح القانون المدني نجد المادة 802 من التقنين المدني الجزائري تنص على أنه: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط حقه».

بالتالي فإنه قانونا يعد رفع الدعوى خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة ببعضها البعض ارتباطا وثيقا... أين تنص المادة 803 من التقنين المدني الجزائري على أنه: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري».

أولا / أطراف الخصومة في الدعوى.

1- أطراف الخصومة وفقا للقانون المدني الجزائري:

أ- المدعي:

المدعي في دعوى الشفعة هو الشفيع وهو طالب حق الشفعة بموجب دعوى يرفعها ضد البائع والمشتري، وقد يتعدد الشفعاء وفي هذه الحالة قد تصدر منهم جميعا وبعرضية واحدة ولو تنازل أحدهم عنها للآخرين، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعا في إعلان واحد، وفي ميعاد الثلاثين يوما فإنها تكون مقبولة،¹ مع إمكان الشفيع رفع الدعوى بنفسه أو أن يوكل غيره بذلك، ومن الشروط اللازم توفرها في الشفيع المتعلقة بالأهلية إذ يوجب

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، ج 09، مرجع سابق، ص. 677.

القانون فيه توافر أهلية التصرف المنصوص عليه في المادة 2/40 وهي بلوغ سن 19 سنة كاملة، متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه وذلك باعتبار الشفيع بحكم المشتري¹، وألا يكون من الأشخاص الممنوع عليه شراء العقار المشفوع فيه أو من المحظور عليهم الأخذ بالشفعة².

وهنا يثور السؤال التالي: هل يجوز للوكيل الأخذ بالشفعة بدلاً عن الشفيع؟

إذا لم يمنح الشفيع للوكيل صراحة في صلب الوكالة الأخذ بالشفعة، عندها لا يجوز له إبداء رغبته فيها نيابة عن الشفيع فوكالته هنا تقتصر على بعض الأعمال الإدارية فقط، وفي هذه الحالة لا بد من وكالة خاصة ليتم بموجها الأخذ بالشفعة، بما أنها من أعمال التصرف³.

كما أنه لا بد أن تتوفر في هذه الوكالة الشكل المطلوب توفره في العمل القانوني، الذي يكون محل الوكالة، كما أشارت المادة 572 من التقنين المدني الجزائري.

منه نتوصل إلى خلاصة مفادها عدم إمكانية حلول الوكيل محل الشفيع في إتباع إجراءات الشفعة، إلا إذا نص على ذلك صراحة في مضمون الوكالة.

ب- المدعى عليه:

أما المدعى عليه في دعوى الشفعة، فهو كل من المشتري والبايع، فإذا رفعت الدعوى على أحدهما في الميعاد المحدد لذلك، ورفعت على آخر بعد انقضائه، كانت غير مقبولة فلا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع، البائع والمشتري، سواء في أول درجة في الاستئناف، أو في النقض، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع، فإن رفعها أيهما في أي مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم أحد صاحبيه، قضت المحكمة ولو

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 576.

² - راجع ما جاء في المواد 402، 411، 412 من التقنين المدني الجزائري.

³ - لعروم مصطفى، ع7، مرجع سابق، ص. 35.

من تلقاء نفسها بعدم قبولها، إذ لا حكم إلا في دعوى، ولا تقبل الدعوى إن لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم¹.

2- أطراف الخصومة وفقا للمذاهب الإسلامية:

- المدعى عليه:

إن المدعى عليه في دعوى الشفعة، يختلف من مذهب إلى آخر بعكس المدعي الذي يتفق فيه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ذهب المذهب المالكي إلى اعتبار المدعي عليه هو دائماً المشتري، في حين ميز المذهب الحنفي بين حالتين، حالة إذا ما قبض المشتري المبيع من البائع، فالدعوى هنا ترفع على المشتري فحسب، أما إذا لم يقبض المبيع فإن الدعوى ترفع مبدئياً ضد البائع، كما لا بد من إقحام المشتري كخصم في الدعوى، وقد اتفق المذهبين الشافعي والحنفي في اعتبار المدعي عليه هو المشتري في حال قبض المبيع من البائع غير أنهم اختلفوا في ما إذا كان المبيع لا يزال في يد البائع، فهناك من يرى جواز رفعها ضد البائع ومن ثم يتم أخذ المبيع منه، وهناك من يرى وجوب رفعها ضد المشتري، فيجبر المشتري من قبض المبيع ومن ثم يأخذه الشفيع منه، في حين ذهب الحنابلة إلى اعتبار أن الشفيع غير ملزم لرفع دعوى الشفعة فهو يمتلك المال المشفوع بمجرد الطلب، باستثناء الحالة التي يلجأ فيها الشفيع إلى القضاء للحكم بتقرير ملكيته للمال المشفوع فيه، ففي هذه الحالة الدعوى توجه ضد المشتري².

ثانياً/ميعاد رفع الدعوى.

- ميعاد رفع الدعوى في القانون المدني الجزائري:

من خلال نص المادة 802 من التقنين المدني الجزائري، يتبين هناك ميعادا معيناً لرفع الدعوى الشفعة، وهو ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ويبدأ سريان ميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري من اليوم التالي لليوم الذي

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، ج9، مرجع سابق، ص. 659.

² - تختوني أسماء، مرجع سابق، ص. 476-478.

أُعلن فيه كل منهما بالرغبة في الشفعة، ومن ثم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير.¹

أما إذا لم يتم الشفع برفع الدعوى في الميعاد القانوني، فإن حقه في الشفعة يسقط، كما هو مبين بتصريح المادة 802 من التقنين المدني الجزائري، ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب في أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا، وللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق من التمسك به.²

ثالثا/ المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة:

جاء في المادة 802 من التقنين المدني الجزائري: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار».

يستفاد من هذه المادة أن المشرع نص صراحة على اختصاص محكمة العقار، فالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، هي محكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، على اعتبار أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية، بحيث يطالب الشفع فيها بملكية العقار المشفوع فيه، وذلك بسبب من أسباب كسب الملكية، وهو الشفعة وغاية المشرع من ذلك، هي حسم الخلاف الدائر في هذه المسألة، بين كون الشفعة مبررا بذلك أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية عقارية.³

أما من حيث الاختصاص النوعي، فإن محكمة العقار المختصة هي القسم العقاري المنعقد في المحكمة الواقعة في دائرتها العقار، وهي التي تفصل فيها بحكم ابتدائي أو نهائي،

¹-محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 661.

²- أحمد عبد رزاق سنهوري، ج9، مرجع سابق، ص. 684-685.

³- نفس المرجع، ص. 663.

تبعاً للحكم الصادر في الدعوى، والذي وتبعاً لمعطيات النزاع وذلك طبقاً لما قضت به المادة 40 من التقنين المدني الجزائري بنصها :

فضلاً عما وردت في المواد 37، 38، 46 من هذا القانون ترفع الدعاوي أمام الجهات القضائية المبنية أدناه دون سواها:

• في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بال عقار أو دعاوي الإجراءات التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوي المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

كما نصت المادة 33 من التقنين المدني الجزائري أيضاً في فقرتها الثالثة على أن: «وتفصل المحكمة في جميع الدعاوي الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف».

الفرع الثاني

الحكم الفاصل في دعوى الشفعة

نصت المادة 803 من التقنين المدني الجزائري، على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بقواعد الشهر العقاري يتضح من خلال هذا النص أنه إذا صدر حكم نهائي بثبوت حق الشفعة فإن هذا الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه و معنى ذلك أن الحكم النهائي بأحقية الشفيع في الحل محل المشتري في تملك العقار المشفوع هو السبب القانوني المنشئ لذلك الحق. فا الحكم يقرر حقا ولا ينشئه فلا تنتج اثاره الا من يوم صدور ذلك الحكم فلا علاقة لتاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري بمعنى ان الحكم يعتبر دليلا علي الملكية التي قضي بيها.

و بما ان الحكم الذي يصدر يعتبر سنداً لملكية العقار فيجب شهره بمصلحة الشهر العقاري

كسائر الحقوق العينية الأصلية طبقا لما تنصت عليه المادة 793 من التقنين المدني الجزائري كما أن انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، متوقف على مراعاة الإجراء المنصوص عليه قانونا ولا سيما المتعلق بالشهر العقاري.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 130840 الصادر بالتاريخ 1994/02/07، والذي من بين حيثياته : من المقرر قانونا أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية، ولاسيما التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكما نهائيا بأحقية في الشفعة، والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع، يكون قد تحصل على سند الملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري.

¹ - شريفي إسلام، مرجع سابق، ص. 150.

المبحث الثاني:

أسباب سقوط الحق في الشفعة

بعد معالجة طريق التملك بالشفعة في (المبحث الأول) ورأينا أنه لنيل حق الشفعة طريقتين ثابتتين شرعا وقانونا، سنتطرق بالدراسة لمسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي ونخصص له (المطلب الأول) ونخصص للمسقطات المقررة في القانون المدني (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

فقدان الشفعة في الفقه الإسلامي

تقوم الشفعة على شروط معينة سبق لنا وأن ذكرناها في شروط الأخذ بالشفعة، وتخلف أحدها يؤدي إلى سقوطها.

والإسقاط هو إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق تقربا إلى الله بصورة مخصوصة.¹

ويمكن تصنيف هذه المسقطات إلى نوعين: مسقطات اختيارية ومسقطات إجبارية، وكل في ضوء الفقه الإسلامي.

الفرع الأول:

المسقطات الاختيارية

قد يلجأ الشفيع إلى ترك الشفعة وذلك إما عن طريق الترك الصريح أو الترك الضمني أي التنازل عنها من قبل الشفيع، أو ضمان الدرك.

¹ - أحمد الحراسيس، مرجع سابق، ص. 102.

أولا/الترك الصريح:

وذلك بقيام الشفيع بأي عمل يدل على تنازله كقوله أبطلت الشفعة أو أسقطتها، أو غيرها من العبارات الصريحة في ترك الشفعة، ولأن شرط الشفعة خالص، فالشفعة حق يخول للشفيع وله أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه، بشرط أن يكون الترك بعد البيع وقبل الحكم، لأن قبل البيع لم يثبت السبب الداعي للشفعة، فلا تثبت، وبعد الأخذ تثبت ملكية العقار المشفوع فيه، فلا يسقط الحق إلا بالفسخ.

ثانيا/الترك الضمني:

أن يقوم الشفيع بتصرف يدل على الترك مثل السكوت مع رؤية المشتري يهدم أو يبني أو أن يساوم المشتري على شراء ما شراه، لأن مساومته دليل على إرضاه بالأخذ بالشفعة.¹

ثالثا/ ضمان الدرك:

المقصود به أن يضمن البائع فيما يدرك المشتري من إسحاق المبيع ونحوه فإذا ضمن الشفيع الدرك عن المشتري للبائع، أي ضمن له الثمن عن المشتري فتسقط بذلك شفيعته، سيتبين لنا أن الشفيع قد رضي بالبيع الحاصل بين البائع والمشتري.

اختلف الفقهاء وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: والذي يمثله الحنفية، ذهبوا إلى أن ضمان الدرك من شأنه أن يسقط الشفعة، لأنه يقصد من القيام به، الرضا بالبيع للمشتري والموافقة عليه، وهذا يفقد الشفيع حقه في الشفعة ويسقط في حال قيامه بالضمان.

¹ - حنان سامي محمد موافي، الدراسات العليا إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤتة، 2006، ص.160.

الرأي الثاني: والذي يمثله جمهور الفقهاء، يرى بعدم سقوط الشفعة وذلك بأن حق الشفعة سابق الوجود عن الإذن بالبيع.

والرأي الراجح فيما سبق ذكره، هو ما ذهب إليه الحنفية، والي مفاده أن حق الشفعة يسقط لضمان الدرك، فقيام الشفيع بذلك دليل على رضاه وقبوله لتمام البيع وهنا سيصبح شريكا مع المشتري.¹

الفرع الثاني

المسقطات الإجبارية

بعد أن تناولنا في الفرع الأول مسقطات الشفعة الاختيارية التي جاءت في الشريعة الإسلامية، سنتطرق إلى مسقطات الشفعة الإجبارية والمتمثلة في موت الشفيع والحيلة لإسقاط الشفعة.

أولا/ موت الشفيع:

ففي حالة ما إذا توفي الشفيع ما مصير حق الشفعة فهل ينتقل هذا الحق إلى الورثة؟ وهذا ما سوف نبينه.

اختلف الفقهاء حول إمكانية انتقال حق الشفعة إلى الورثة بعد موت الشفيع وظهرت عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: إن هذا الحق لا يورث إلا إذا حكم الحاكم به قبل الموت، فينتقل إلى الوارث سواء أطلب بها الشفيع بعد وجود سببها أو لا، وذلك ما ذهب إليه فقهاء الحنفية.

¹- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص. 262-263.

الاتجاه الثاني: إذا مات الشفيع بعد الطلب وقبل الأخذ بها، نزل وارثته منزلته في الأخذ بالشفعة قياساً على الأموال، أي جواز انتقالها بالميراث إلى الورثة، وهذا ذهب إليه المالكية والشافعية.¹

الاتجاه الثالث: إذا مات الشفيع قبل المطالبة بالشفعة سقطت الشفعة، وإن مات بعد المطالبة بالشفعة انتقل الحق فيها الوارث، لأن الله تعالى جعل من حق الشفعة للشفيع لا لغيره والخيار لا يورث، أما في حالة ما أشهد الشفيع على مطالبته للشفعة ومات، فهنا الشفعة تورث للورثة، كما لهم المطالبة بها، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة.²

لنستنتج بذلك أن الشفعة لا تورث عند الحنفية بعد الطلب، عكس جمهور الفقهاء اللذين يقولون بانتقالها بعد الطلب، فإذا مات الشفيع قبل القضاء له بالثمن وقبض المبيع، فالحق ينتقل إلى ورثته بالاتفاق.³

ثانياً/التحاييل لإسقاط الشفعة:

اختلف الفقهاء حول جواز استعمال التحاييل لإسقاط الشفعة، بين من يحرم ذلك لما فيه من ضرر، وغاية الشفعة في الأصل درء الضرر عن الشفيع، عكس المالكية فإن الشافعية والحنفية ذهبوا إلى جواز استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة، كأن يقر له ببعض الملك فيصبح بذلك الشفيع شريكاً له، ثم يبيعه الباقي أو يهبه له.⁴

¹-حنان سامي محمد موافي، مرجع سابق، ص. 162- 163.

²- نفس المرجع، ص. 163.

³-أحمد خالدي، مرجع سابق، ص. 164- 165.

⁴- السيد سابق، فقه السنة، ج4، ط2، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 1999، ص. 121-122.

المطلب الثاني

فقدان الشفعة في القانون المدني

بعد تناولنا مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي، سوف نعالج في هذا المطلب مسقطات الشفعة في القانون المدني الجزائري والتي حددتها المادة 807 من نفس القانون بحيث:

لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.
 - إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.
 - في الأحوال التي نص عليها القانون.
- سنقوم بإجمال هذه الحالات عبر ثلاثة فروع.

الفرع الأول

تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

إن النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة يعتبر تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة، وقد أجاز المشرع الجزائري النزول عن هذا الحق ولو قبل البيع، وهذا خلاف للقواعد العامة التي تقضي بعدم جواز النزول عن الحقوق إلا بعد ثبوت الحق فيها، وإن التنازل عن حق الأخذ بالشفعة الذي يسقطها لا يكون إلا بعد وقوع البيع المشفوع فيه لا قبله.¹

ورد هذا النزول عن الأخذ بالشفعة كاستثناء خلاف للأصل والقياس، وذلك لمدى تأثير هذا الحق في حركة تبادل العقارات وحرية التعاقد، كما قد وسع المشرع نطاق النزول حتى يضيق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع.²

- حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 624.¹

- نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 132.²

وبما أن الشفيع لا يرغب في استكمال الإجراءات حتى نهايتها فلا معنى من إجباره على الإستمرار في طلبه.

والتنازل قد يكون إما باتفاق مع مالك العقار وهو البائع، أو مع من يرغب في الشراء وهو المشتري، كما يمكن أن يكون بمقابل أو بدون مقابل.¹

وقد يكون التنازل صريحا، لا يدع مجال للشك فيه، كأن يصرح من له شروط الأخذ بالشفعة عن تنازله عن هذا الحق، بعد إبرام عقد البيع أو قبل ذلك، سواء للبائع أو المشتري أو كلاهما، أو قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية، كما يمكن أن يكون شفويا، وفي حالة التنازل الشفوي تقع على المشتري عبئ إثبات حصوله عن طريق القواعد العامة في إثبات التصرف القانوني.²

أما التنازل الضمني فقد يصدر عن الشفيع بعض التصرفات أو الأفعال التي سيستخلص منها تنازله الضمني عن الأخذ بالشفعة، قبل أو بعد البيع، كمشاركة الشفيع للمشتري، أو إقدامه على طلب شراء المشفوع فيه، أو يرحب بالمشتري الجديد ويساعده في ترميم المنزل.

فكل هذه التصرفات تعد تنازلا ضمنيا، ويحق لمحكمة الموضوع استخلاص التنازل الضمني من وقائع الدعوى كما يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات وللشفيع الحق في التنازل ما دام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم أو تسلم المشتري بها، فإذا تم الأخذ بها لا يجوز للشفيع التنازل عنها لأن بعد صدور الحكم أو بتسليم المشتري بها، يحل الشفيع محل المشتري نهائيا في عقد البيع.³

¹ - منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1965، ص. 353.

- لعروم مصطفى، العدد 6، مرجع سابق، ص. 19.

- حسن كيرة، مرجع سابق، ص 642-643.

الفرع الثاني

عدم التقيد بإجراءات ومواعيد الشفعة

سنتناول في هذا الفرع مسقطات أخرى للشفعة من بينها الأجل المنصوص في المادة 807 من التقنين المدني الجزائري، كما سنتعرض إلى مسقطات لم ينص عليها المشرع الجزائري وإنما أشار إليها من خلال عرضه لإجراءات الشفعة.

أولا/ مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع:

هذا الحكم قرره المشرع الجزائري بموجب نص المادة 807 من التقنين المدني الجزائري، حيث أنه يحق للمشتري أن يتمسك بسقوط الحق في الشفعة متى ثبت أن عقد شرائه قد سجل وأنه مضى سنة من يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه.¹

ولا يطلب منه أن يثبت علم الشفيع بالبيع لأن القانون يفترض علم الشفيع بحصول البيع، وهذا من خلال تسجيله وإعطائه مدة سنة تبدأ من يوم التسجيل.

ثانيا/ عدم إظهار الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعادها:

إذا رغب الشفيع في الأخذ بالشفعة عليه أن يحترم إجراءاتها فعدم إلتزامه بإشكال وميعاد هذه الإجراءات يؤدي إلى سقوط حقه في الأخذ بها، حسب المادة 799 من التقنين المدني الجزائري.

وعليه لقد حددت المادة المدة الواجب احترامها من أجل المطالبة بالدفع في ميعاد 30 يوم من الإنذار الرسمي الذي يوجهه له البائع أو المشتري فإذا لم يطلب الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة سقط حقه.²

ويشترط المشرع أن يكون إعلان الرغبة صحيحا، وتحريره وفق عقد رسمي لدى الموثق ويعلق عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان باطلا كما يشترط أن يكون الإعلان على يد

- عبد الحميد شواربي، أحكام الشفعة والقسم في الضوء الفقه والقضاء، منشأ المعارف، مصر، 1986، ص. 159.¹

- حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 614.²

محضر قضائي، كما لا يحتج هذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان مشهر لدى المحافظة العقارية.

ثالثا/عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد

طبقا لأحكام المادة 801 من التقنين المدني الجزائري يجب على الشفيع إيداع الثمن لدى الموثق مع المصاريف الرسمية سواء كانت رسمية أو غير رسمية وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ويترتب على عدم احترام الشفيع لميعاد إيداع الثمن سقوط حقه في الأخذ بالشفعة نهائيا.¹

رابعا/ فوات ميعاد رفع الدعوى

باستقراء نص المادة 802 من التقنين المدني الجزائري يتضح لنا أنه يجب على الشفيع رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وإسقاط حقه في الأخذ بالشفعة.² وقد رتب المشرع الجزائري هذا الجزاء لحث الشفيع وذلك للإسراع في إتمام الإجراءات وحتى لا يظل مصير البيع معلقا.³

خامسا/ التقادم

إذا انقضت مواعيد مطالبة الشفيع لحقه في الأخذ بالشفعة المحددة في القواعد العامة المتمثلة في 15 سنة، فإذا مضت مدة التقادم من تاريخ البيع ولم يتم تسجيله أو لم يتقدم الشفيع للمطالبة بالشفعة سقط حقه بالأخذ بالشفعة، وأصبح لا وجود له، وتقضي المحكمة

- عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص.41.¹

- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص.227.²

-مصطفى محمد الجمال، نضام الملكية، منشأة المعارف، د س ن، ص. 438.³

بذلك من تلقاء نفسها، في أي حالة كانت عليها الدعوى، حتى ولو تنازل عنها صراحة صاحب الحق، وعليه يظل للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة حتى سقوط حقه بالشفعة.¹

سادسا/ بطلان البيع

تبطل الشفعة ببطلان عقد البيع الوارد على العقار المشفوع فيه، الذي نتجت عنه، كما لو اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع، وعملا للقاعدة الشرعية التي عمل بها المشرع الجزائري، وهي: ما بني على باطل فهو باطل، هنا حتى لو كانت الشفعة صحيحة فهي باطلة لأنها ناجمة ومتعلقة بعقد بيع باطل،² لأن من شروط الشفعة شرط استمرارية قيام حق الشفيع إلى حين ثبوتها، فالبيع المرتب للشفعة بعد الحكم ببطلانه يعد باطل لم يعد له وجود قانوني، فلا شفعة في بيع باطل بطلانا مطلقا لأنه بيع منعدم،² إلا أنه يجوز الشفعة في البيع القابل للإبطال وفي البيع المعلق على شرط فاسخ، لأن قبل الحكم بالإبطال أو قبل تحقق الشرط الفاسخ، يكون للبيع وجوده القانوني وعليه يجوز الشفعة.

غير أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ بعد الاستمرار في إجراءات الشفعة أو حكم بإبطال عقد البيع قبل ثبوت الشفعة للشفيع بمقتضى حكم قضائي، فتسقط الشفعة هنا بالرغم من قيام حق الشفيع وقت البيع.³

الفرع الثالث

أسباب أخرى لسقوط الشفعة

بالإضافة إلى ما سبق بيانه من مسقطات الشفعة المذكورة في القانون المدني الجزائري، سنقوم في هذا الفرع بالتطرق للحالات التي تخرج عن تطبيق قواعد الشفعة حيث لا شفعة فيما يلي:

²- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص.87.

-إسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، ج 2، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، د س ن، ص 81.

³- نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 76.

أولا/ سقوط الشفعة بزوال أحد شروطها

تسقط الشفعة إذا زالت أحد الشروط اللازمة للأخذ بها المحددة قانونا أو زوال أحد أسبابها قبل تمام الأخذ بها، أو قبل صدور الحكم بثبوتها أو تسلم المشتري بها، كأن يقوم المشتري ببيع عقاره قبل طلب الشفعة فلا يمكن للشفيع الاحتجاج بحق الشفعة بعد ذلك، فالشفعة معلقة على بقاء سببها لحين تملك الشفيع العين المشفوعة، إما رضاء أو قضاء، فإذا زال عنه سبب الشفعة قبل ذلك عالما أو جاهلا سقط حقه فيها لزوال سببه، كما لو تصرف الشفيع في الحق الذي يستند إليه في طلب الشفعة تصرفا ناقل للملكية.¹

وعليه متى زال حق الشفيع أو انتقل إلى الغير أو تغير محله بما يؤدي إلى تخلف سبب الشفعة، سقط حقه في الأخذ بها.²

ثانيا/ أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة:

لا ينص القانون المدني الجزائري على هذه الحالة والأصل أن الشفعة رخصة منحها المشرع الجزائري للشفيع لاعتبارات معينة وليس حق مالي يورث وينتقل للخلف العام. وبالعودة للقواعد العامة التي تقضي "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..." وبما أن أحكام الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي والمادي لأحكام الشفعة، فالمشرع اعتمد في هذه الحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية. حيث ظهر جمهور الفقهاء الذين ذهبوا للقول بأن تورث الحقوق والأموال إلا إذا قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال.

أما الحنفية فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق.

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

- نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 131.²

• فالشفعة لا تورث لإتصالها بحق الشفيع لأن خيار الشفعة ليس متعلقا بالعين المشفوع بها بل هو راجع إلى محض إرادة الشفيع، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس مال.¹

أما جمهور الفقهاء فأكدوا أن الحقوق والخيارات قررت كما قررت الأموال تنتقل بوفاة المورث.² وعليه إذا كانت الشفعة تتصل بال عقار المشفوع به، فمقتضى ذلك أن حق العقار إذا انتقل إلى الوارث بالميراث فينتقل معه حق أو خيارا معه.

وهذا ما ينطبق مع الأحكام العامة الواردة في القانون المدني التي تنص على أن الشفعة لم تقرر في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقرر له بوصفه مالك للعقار المشفوع به، فإذا إنتقل العقار بالوارث بالميراث، كان من العدل أن ينتقل معه حق الشفعة وعليه لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة.³

ثالثا/ التحايل لإسقاط الحق في الشفعة

من القواعد العامة التي يلتزم بها القضاء أن الغش يبطل التصرفات والإجراءات، وللشفعة عدة أوجه للتحايل يبشرها الغير بقصد إسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وذلك باستعمال كل طرق الغش والخداع، فتعتبر هذه التصرفات باطلة وكأنها لم تكن، وعلى الشفيع مباشرة الإجراءات، ويلتزم فيها بما أوجبه القانون عليه، وإلا سقط حقه في الشفعة⁴، لأن أثر التحايل ينحصر في التصرف الذي توافر به هذا التحايل ولا يمتد إلى الإجراءات التي يتعين على الشفيع اتخاذها بعد ذلك.⁵

1- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص. 273.

2- عبد الوهاب عرفه، الوجيز في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص. 47.

3- حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 648.

4- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص. 276.

5- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج13، الشفعة مواعيدها وإجراءاتها، دعوى الشفعة، التحايل لإسقاط الشفعة المكتب الجامعي الإسكندرية، 2004، ص. 494.

1- صور التحايل لإسقاط الشفعة:

تمثل أوجه التحايل لإسقاط الشفعة في بيع المشتري العقار بيعا صور البيع في عقد الهبة وكذلك الإدعاء بشراء العقار لبناء محل عبادة.

أ- قيام المشتري ببيع العقار بيعا صوريا:

حسب المادة 797 من التقنين المدني الجزائري إذا قام المشتري ببيع العقار قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فلا يجوز أن يأخذ الشفيع العقار بالشفعة إلا وفقا لشروط البيع الثاني وفي مواعيده، ولكن إذا لجأ المشتري تحايلا منه لإسقاط حق الشفيع، وذلك بإبرام عقد بيع صوري بشروط أكثر تكلفة، أو لشخص تمنع الشفعة بالنسبة له، وذلك لتحقيق غرض غير مشروع وهو إسقاط الحق في الشفعة، ويقع على الشفيع عبئ إثبات صورية من العقد الذي قام به المشتري، وإذا خفق ذلك سقط حقه في الشفعة.¹

ب- ستر البيع في عقد الهبة:

بالرجوع لنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري نجد أن الشفعة لا تجوز في عقد الهبة ولو كان ذلك مقابل عوض، فقد يلجأ البائع أو المشتري في هذه الحالة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة وذلك باستعمال عقد البيع في شكل عقد هبة، فيكون العقد الظاهر هو عقد هبة الساتر للعقد الحقيقي وهو عقد البيع، فيجوز للشفيع إثبات صورية العقد بكافة الطرق المقررة قانونا كالبيينة والقرائن، فيقوم الشفيع بإعلان رغبته للبائع والمشتري، ثم يودع الثمن الحقيقي ويرفع دعوى الشفعة، ويتمسك بصورية العقد، ويطلب إجراء تحقيق لإثبات الصورية، ويقضي الحكم بها على أساس الأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى.²

¹ - أنور طلبية، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، دت ن، 2004، ص. 562.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، ج 9، مرجع سابق، ص. 498.

ج-الإدعاء بشراء العقار لبناء محل عبادة:

عملا بنص المادة 798 من التقنين المدني الجزائري، إذا تم بيع عقار لبناء محل عبادة، فلا يحق للشفيع المطالبة بالأخذ بالشفعة، إلا إذا قام المشتري تحايلا منه بإنذار الشفيع بالبيع، ويتضمن الإنذار أن الشراء تم لأغراض دينية فإن تراجع الشفيع عن الأخذ بها اعتقاد منه أن محل العقار مخصصا للعبادة، وبعد انتهاء ميعاد اتخاذ الإجراءات يتبين أن المشتري قام بالبناء لأغراض شخصية ففي هذه الحالة يجوز للشفيع اتخاذ إجراءات الشفعة في أي وقت لأن الغش والتحايل يبطلان التصرفات.¹

2- المسؤولية عن إسقاط الحق في الشفعة:

يعتبر التحايل لإسقاط الشفعة وجه من أوجه الغش الذي يبطل التصرفات والإجراءات بدون الحاجة إلى نص قانوني فالتحايل من شأنه المساس بالشفعة وإسقاطها، ولهذا يقع على عاتق الشفيع إثبات التحايل والتمسك به لدفع الضرر المترتب عليه.

فإن لم يتمسك الشفيع بالتحايل الذي تم في دعوى الشفعة أو عجز عن إثباته انتقت علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالشفيع كما سقطت مسؤولية اتجاه المشرع ضده.²

²- أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 505.

-المرجع نفسه، ص. 500.²

خاتمة

انطلاقاً مما سبق لنا ذكره في بحثنا، والذي تناولنا فيه موضوع الشفعة، فقد رأينا أنها من القيود الواردة على حرية التملك، لذلك فإن المشرع الجزائري نظمها بطريقة عمد فيها أن يخفف من وطئتها كقيد على حق الملكية.

والشفعة حق من الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية لحكمة سامية، وقد استمد القانون أحكامها منها، حيث نظمها ضمن نصوص خاصة لا يجوز التوسع فيها، لأنها جاءت على خلاف الأصل.

منه فقد تطرقنا لموضوع الشفعة من عدة جوانب قصد أن نلتمس مدى تكريس المشرع الجزائري لأحكام الشفعة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وقد كانت النتائج كالتالي:

من ناحية طبيعة الشفعة، فإن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة هو تكييفها على أساس أنها حق مقرر للشفيع لتملك العقار المشفوع فيه متى توفرت شروط الأخذ بها، على خلاف الفقه الإسلامي فإنه ثار جدال كبير بشأن الطبيعة القانونية للشفعة فمنهم من كیفها على أساس أنه حق عيني، ومنهم من كیفها على أساس أنها حق شخصي، وبين من لم يجعلها حقلاً أصلاً، وجعلها رخصة وسبباً من أسباب كسب الملكية العقارية، وعليه نجد المشرع الجزائري عرفها في المادة 794 من التقنين المدني الجزائري على أنها رخصة.

خلصنا إلى اتفاق المشرع الجزائري مع ما أقره الفقه الإسلامي فيما يخص الشروط، مع بعض الاختلافات والتي تتمثل في البيوع التي لا يجوز الأخذ بها في الشفعة.

فيما يتعلق بالإجراءات لاحظنا أن الفقه الإسلامي لم يهتم بها بقدر ما عني المشرع الجزائري بها من اهتمام، فقد ذكرنا من قبل أن الإنذار من الإجراءات الجوهرية التي أدرجت في القانون المدني الجزائري، في حين أن ليس له وجود في الفقه

الإسلامي، أما في يخص ميعاد إعلان الرغبة فقد لاحظنا توافق بين كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ففي الشريعة الإسلامية الرأي الغالب للفقهاء يعتبر أن الشفعة تقوم على فورية الطلب، أي يجب إعلانها فور سماع بيع العقار المراد أخذه بالشفعة، وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بها، ليكون بذلك المشرع وافق وانتهج منهج جمهور الفقهاء في الأخذ بفورية إعلان الرغبة، لذلك حدد أجل ثلاثون يوماً، والذي هو أجل قصير لإعلان الشفيع وتصريحه برغبته في طلب الشفعة.

كما ذكرنا اختلاف فقهاء الشريعة حول وقت القضاء بالشفعة، بين من يرى أن القضاء بها يتوقف على دفع الثمن وبين من يرى عدم لزوم ذلك، معتبرين أن حق الشفيع يثبت بمجرد البيع لأجنبي، فيما قرر المشرع أن الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة، فعليه أن يعلن رغبته في ذلك إلى كل من البائع والمشتري، فإذا ما أنهى الخطوة الأولى، فعليه أن يودع الثمن كخطوة ثانية وفقاً لما جاء في نص المادة 2/801 من التقنين المدني الجزائري، وجعل من تخلف إحدى الإجراءات المذكورة في نص المادة السالفة الذكر سبباً لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وقد اعتبر المشرع المدة التي يتم خلالها إيداع الثمن من النظام العام.

لنستنتج بذلك أنه لا يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الثمن في الفقه الإسلامي، في حين أن القضاء بالشفعة يتوقف على دفع الثمن في القانون الجزائري، لأن هذا الأخير أوجب إيداع الثمن والمصاريف لدى خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى.

من حيث إجراءات رفع الدعوى، فإننا خلصنا إلى أن الشريعة الإسلامية لم تهتم بالجانب الإجرائي، على خلاف القانون المدني الذي فصل في ذلك وجعل من رفع الدعوى خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة بعضها البعض.

في نهاية بحثنا تعرضنا إلى مسقطات الشفعة بنوعها في الفقه الإسلامي، وتبين لنا أن المشرع تناول المسقطات الإجبارية دون الاختيارية عكس الشريعة الإسلامية.

ولو أن المشرع الجزائري قد حاول التوفيق بين ما أقرته الشريعة الإسلامية وبين ما أخذ به، إلا أنه لم يأخذ بأحكامها تماما، فحبذا لو يتدارك ذلك باعتبار الشريعة مصدر التشريع القانوني.

وفي الأخير لا يسعني إلا أن أقول، ما أصبت فمن الله وما أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان.

سبحانك اللهم وبحمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك.

قائمة المراجع

أولاً/الكتب

1- القرآن الكريم

2- كتب الحديث

- البخاري صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة حديث رقم: 2099، البخاري صحيح البخاري ج02، ضبطه ورقمه وشرح أحاديثه مصطفى ديب، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر.

- مسلم، صحيح مسلم، ج05، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن.

- رواه الترميذي، صحيح الترميذي، ج06، دار العلم للجميع، لبنان، د س ن.

3- في الفقه الإسلامي

- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ونهاية المقتصد، ج02، دار الشريعة، د سن.

- أحمد ابن محمد بن احمد الدرر، شرح الضمير على أقرب المسالك إلى الغمام مالك، ج05، دار المعارف القاهرة 1986.

- أحمد الحراسيس، أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المدني الأردني، دار الجنان للنشر والتوزيع، 2016.

- أحمد الحواش، أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، مقارنة بالقانون المدني الأردني، دار الجنان للنشر والتوزيع 2016.

- شمس الدين بن قدامة المقدس والشرح الكبير، ج02، دار الكتب العربية، بيروت، 2000.

- عائض القرني، الفقه الميسر، العيكان للنشر، رياض 2009.

- على الخفيف، المليكة في الشريعة الإسلامية، دار الهضبة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1990.

- فرج ابن راشد، الشفعة (نصوص اجتهادات فقهية) د ط، بيروت 1996.

- محمد أمين المشهور بإبن عيد بن حاشية رد المختار على رد المختار التنوير الأساطر في فقه الإمام ابن حنيفة النعمان، ج06، دار الفكر بيروت، 1989.

- المعفف ابن العايد بن حاشية رد المختار على رد المختار، شرح تنوير الأب في الفقه الغمام حنيفة النعمان، ج06، دار الفكر، بيروت، 1989.

4- في القانون الوضعي

(أ) الكتب المتخصصة:

- أحمد أباش، الأحكام العامة في الشفعة في قواعد الفقه الإسلامي، منشوراتالحابي الحقوقية، لبنان 2008.
- أحمد خالدي، الشفعة بن الشريعة الغلاميةوالقانو، الطبعة 2، دار هومه، الجزائر، 2008.
- أحمد داعيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، الطبعة 2، دار الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- سعيد أحمد شغله، قضاء النقض في الصورية والشفعة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقانو، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
- عبد الحميد الشواربي، احكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، نشأة المعارف، الإسكندرية القاهرة، 1986.
- عبد الوهاب عرفه، الوجيز في الشفعة كسب الملكية العقارية، دار المطبوعات، جامعة، 2005.
- مصطفى مجدي هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الأراء والصيغ القانونية، دار الثقافة للطبع والنشر، القاهرة، 1998.
- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة القاهرة، 1965.
- نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.

(ب) الكتب العامة

- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(أسباب كسب الملكية) ج9، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج02، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، دت.
- أنور طلبة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، د ط، المكتب الجامعي للحديث، الإسكندرية، 2004.

- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث عشر، الشفعة، مواعيدها واجراءاتها، دعوى الشفعة، التحايل لإسقاط الشفعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
 - أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني (الشفعة مواعيدها واجراءاتها، دعوى الشفعة والتحايل لإسقاط الشفعة)، ج13، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
 - حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادها) ، ط4 ، منشأة المعارف، مصر، 1995.
 - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية، دار الفكر العربي، 1986.
 - القاضي منير الفرشيشي، الإجراءات في التسجيل العقاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013.
 - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
 - محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
 - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية، أساس كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
 - مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر د س ن.
 - منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- ثانيا/الرسائل والمذكرات الجامعية**
- أحمد داغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري رسالة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
 - شريفي إسلام، حق الإنتفاع الدائم في ظل المستثمرات الفلاحية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2007.
 - الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2013.

قائمة المراجع

- العربي باشا مريم، خالد ليديّة، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة 2011-2012.
- علي عيشور، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل مرتبة القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.
- لويشي نجاه، الشفعة وتطبيقاتها في الميدان العملي، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، 2001.
- هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعيّة، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أكلي محمد الحاج، بويرة 2013.

ثالثا/المجلات

- لعروم مصطفى "الشفعة في القانون المدني"، مجلة التوثيق ع7، 1999.

رابعا/النصوص القانونية

(1) النصوص التشريعية

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، عدد 78.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، عدد 15.

خامسا/المعاجم

- ابن منصور، لسان العرب، ج03، دار الجبل ودار لسان العرب، بيروت لبنان، 1988.

سادسا/مراجع الأنترنت

- fiqh.islammessage.com، حسن عبد الغني ابو غدة، le 17-02-2013 a 05:54

قائمة المراجع

- الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المصري ، محمد ربيع علي عريف -
2013elshallwy86.blogst.com
- رقم الصفحة ضمن المجلة .197 المتضمن القانون الخاص حق الشفعة www.aaub-encg.com
- www.marefa.or ، حق الشفعة، أحمد نادية، 04-05-2013 a15:23.
- wikipedia.org/wlkr, (الجرة وكيبيديا) 2016. مزاد الموسوعة

الفهرس

Error! Bookmark not defined. مقدمة

الفصل الأول

الاحكام العامة للشفعة

Error! Bookmark not defined..... المبحث الأول: مصادر الشفعة

Error! Bookmark not defined..... المطلب الأول: المصادر الشرعية

5..... الفرع الأول: الشفعة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية

6..... الفرع الثاني: دور الفقه في ارساء مبادئ الشفعة

Error! Bookmark not defined..... المطلب الثاني: المصادر القانونية

7..... الفرع الأول: تكريس الشفعة في العصور الوسطى

8..... الفرع الثاني: الشفعة في قوانين المقارنة

8..... 1- الشفعة في القانون الفرنسي

9..... 2- الشفعة في القانون التونسي

9..... 3- الشفعة في القانون السوري

10..... الشفعة في القانون الجزائري

11..... المبحث الثاني: مفهوم الشفعة

11..... المطلب الأول: تعريف الشفعة

Error! Bookmark not defined. الفرع الأول: محاولة تحديد المقصود بالشفعة

12..... أولاً/ التعريف اللغوي

12..... ثانياً/ التعريف الاصطلاحي

- 1- عند الحنفية 12
- 2- عند المالكية 12
- 3- عند الشافعية 12
- 4- عند الحنابلة 13
- ثالثا/ التعريف القانوني 13
- 1- في القانون المصري 13
- 2- تعريف المشرع الجزائري للشفعة 13
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة والحكمة منها 14
- أولا/ الطبيعة القانونية لحق الشفعة 14
- 1- الشفعة حق 14
- أ- الشفعة حق عيني 14
- ب- الشفعة حق شخصي 14
- 2- الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية 15
- 3- الشفعة رخصة 15
- ثانيا/ الحكمة من تشريع الشفعة 16
- 2- الحكمة من تشريعها في القانون المدني 17
- المطلب الثاني: نطاق ممارسة الشفعة 17
- الفرع الأول: ارتباط حق الشفعة بالعقار 18
- أولا/ بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة 18
- 1- الشفعة لا ترد إلا على العقار 18
- 2- الشفعة غير قابلة للتجزئة 18
- 3- أن يكون التصرف بيعا 19

- 4- الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع 19
- ثانيا/ البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة 20
- 1- البيع بالمزاد العلني 20
- 2- البيع لبعض الأقارب 20
- 3- بيع العقار ليكون محل عبادة 21
- الفرع الثاني: وجود الشفيح 21
- أولا/ لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع 24
- ثانيا/ الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي: 22
- ثالثا/ لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها: 22

الفصل الثاني

أحكام الشفعة

Error! Bookmark not defined. المبحث الأول: طرق استعمال الحق في الشفعة.

Error! Bookmark not defined. المطلب الأول: شروط استعمال الحق في الشفعة
defined.

- الفرع الأول: إعلان الرغبة في الشفعة 27
- أولا/ الإنذار الرسمي 27
- ثانيا/ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة 29
- 1- ميعاد الإعلان عن الرغبة 29
- أ- عدم إنذار الشفيح بوقوع البيع غير أن المشتري سجل عقد البيع 31
- ب- عدم إنذار الشفيح وعدم تسجيل البيع 31
- ج- التأخر عن المطالبة بالشفعة 32

- 32 د- مطالبة القاصر بالشفعة
- 33 2- تسجيل إعلان الرغبة
- 34 الفرع الثاني: إيداع الثمن والمصاريف
- 36 المطالب الثاني: دعوى الشفعة
- Error! Bookmark not defined.** الفرع الأول: شروط الاجرائية لرفع دعوى الشفعة
- 37 أولا / أطراف الخصومة في الدعوى
- 37 1- أطراف الخصومة وفقا للقانون المدني الجزائري
- 37 أ- المدعي
- 38 ب- المدعى عليه
- 39 2- أطراف الخصومة وفقا للمذاهب الإسلامية
- 39 ثانيا/ ميعاد رفع الدعوى
- 40 ثالثا/ المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة
- 41 الفرع الثاني: الحكم الفاصل في دعوى الشفعة
- 43 المبحث الثاني: اسباب سقوط الحق في الشفعة
- 43 المطالب الأول: فقدان الشفعة في الفقه الإسلامي
- 43 الفرع الأول: المسقطات الاختيارية
- 44 أولا/ الترك الصريح
- 44 ثانيا/ الترك الضمني
- 44 ثالثا/ ضمان الدرك
- 45 الفرع الثاني: المسقطات الإجبارية
- 45 أولا/ موت الشفيح

| | |
|----|--|
| 46 | ثانيا/التحايل لإسقاط الشفعة |
| 47 |المطلب الثاني: فقدان الشفعة في القانون المدني |
| 47 |الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ الشفعة |
| 49 |الفرع الثاني: عدم التقيد بإجراءات ومواعيد الشفعة |
| 49 |أولا/ مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع |
| 49 |ثانيا/ عدم إظهار الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعادها |
| 50 |ثالثا/عدم ايداع الثمن في الميعاد المحدد |
| 50 |رابعا/ فوات ميعاد رفع الدعوى |
| 50 |خامسا/ التقادم |
| 51 |سادسا/ بطلان البيع |
| 51 |الفرع الثالث: أسباب أخرى لفقدان الشفعة |
| 52 |أولا/ سقوط الشفعة بزوال أحد شروطها |
| 52 |ثانيا/أثر موت الشفيع على الاخذ بالشفعة |
| 53 |ثالثا/ التحايل لإسقاط الحق في الشفعة |
| 54 |1- صور التحايل لإسقاط الشفعة |
| 54 |أ- قيام المشتري ببيع العقار بيعا صوريا |
| 54 |ب- ستر البيع في عقد الهبة |
| 55 |ج- الإدعاء بشراء العقار لبناء محل عبادة |
| 55 |2- المسؤولية عن إسقاط الحق في الشفعة |
| | خاتمة |
| | قائمة المراجع |

67 الفهرس