

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

قسم العلوم الإنسانية
شعبة العلوم الإسلامية



جامعة الوادي
كلية العلوم الاجتماعية
والإنسانية

أحكام الشُّفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة ليسانس
في العلوم الإسلامية- تخصص: الشريعة وقانون.

إشراف الأستاذة:

نجاة غانية

من اعداد الطالبات:

أسية قمولة ✍

مريم ضو ✍

هناء قريرة ✍

السنة الجامعية : 1434-1435هـ الموافق لـ : 2013-2014م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشكر والتقدير

قَالَ تَعَالَى: ﴿لِيَن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم: 7]

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من لم يشكر الناس لم يشكر الله». أولا الشكر لله تعالى الذي خصنا بالعلم الشرعي ويسر لنا السبل ومهد لنا الطريق للوصول إلى هذه المرحلة وأماننا على إنجاز وإتمام هذه المذكرة . كما نغتنم هذه الفرصة لتتقدم بخالص الشكر والاحترام للأستاذة: **نباة خانبة** على مشاركتها لنا وتحملها معنا مشوار العمل والبحث بتزويدنا بالملاحظات والنصائح القيمة

كما نتقدم بعظيم تقديرنا ،وخالص محبتنا إلى أبائنا وأمهاتنا الذين شجعونا وساعدونا على طلب العلم، وخرسوا فينا حب الدين في قلوبنا، فإننا نتضرع إلى الله العلي القدير أن يبارك في أعمارهم، وجزاهم الله خير الجزاء، وأن يحتم لهم بخاتمة السعادة.

كما نتقدم بالشكر لجميع أساتذتنا، وخاصة أساتذة تخصص شريعة وقانون . وفي الأخير نتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من كانوا عوننا في مشوارنا هذا ولو كان ذلك بكلمة طيبة أو ابتسامة صادقة فنسأل الله أن يجزيهم كل الخير والثواب.

أسية هناء مريم

المخلص

لقد عرفنا أنّ حق الشفعة هو حق ضعيف شرعا، ولا يثبت شرعا ولا قانونا إلا بتوافر أركانه وشروطه الشرعية وإجراءاته القانونية من وقت العلم بالبيع الحاصل بين البائع والمشتري وإلا سقط الحق في الشفعة، كما أنّ حق الشفعة هو حق لا يقبل التجزئة مطلقا فلا يجوز للشفيع الذي ثبتت له الشفعة أن يأخذ جزءا من العقار المشفوع، ويترك جزء منه ولو على جبرا المشتري (لأن ذلك فيه ضررا فاحشا بالمشتري) فإن الشفعة وحدة لا تتجزأ إلا إذا تعدد الشفعاء واتحد العقار المشفوع فيه كان لكل واحد منهم أن يأخذ بنصيبه ويترك للآخرين نصيبا.

summary

We had known that the right of pre-emption is a weak right, and does not prove religiously neither legally. However, the availability of his ordinances, his terms of legitimacy, and his legal actions from the time that the seller and the buyer knows about the sale, otherwise, the right in taking the pre-emption is fall. Also the right of pre-emption accept never retail, and may not be the patron saint who prove his pre-emption to take a part of the property as supplemented and leaves a part of it. Even if against the buyer, because that has obscene damage for the buyer. The pre-emption indivisible unit but if multiplicity of the mediators and the unity of supplemented property. In this case, each one can take his share and leave a share for others.

قائمة الرموز والإشارات المستخدمة في البحث

ج	جزء
ص	صفحة
هـ	هجري
ت	توفي
م	ميلادي
*	شرح الكلمات
لا.ن	لا ناشر
لا.م	لا مكان طبع
د.ت	بدون ذكر تاريخ
لا.ط	لا طبعة

المبحث التمهيدي

مفهوم الشفعة بين الفقه الإسلامي

والقانون المدني الجزائري

لدراسة أحكام الشفعة، يجب التطرق أولاً لمفهوم الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ولهذا سنتطرق لدراستها في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الشفعة والحكمة منها

المطلب الثاني: حكم الشفعة وأركانها

المطلب الأول تعريف الشفعة والحكمة منها

سننطق في هذا المطلب لتعريف الشفعة لغة واصطلاحاً، وتبيان حكمها ودليل مشروعيتها والحكمة من الشفعة، ثم نتناول تعريفها في القانون المدني الجزائري.
الفرع الأول: تعريف الشفعة والحكمة منها في الفقه الإسلامي

أولاً : تعريفها

(1) لغة:

- الشفعة: بسكون الفاء، واشتقاقها من الشفع وهو الربح لأنها ضم جزء إلى جزء.¹
- هي الضم، بمعنى الزيادة.²
- هي الزيادة بمعنى أنه يشفعك فيما تطلب، حتى تضمه إلى ما عندك، فتزيده وتشفعه بها، أي أنه كان وترا وأصبح شفعاً.³

(2) اصطلاحاً :

- أ- عند المالكية: الشفعة هي استحقاق شريك أخذ بمبيع شريكه، من عقار بثمنه، أو قيمته أو بصيغة.⁴
- ب- عند الشافعية: الشفعة هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك يعوض.⁵
- ج- عند الحنفية: الشفعة هي حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري، بما قام عليه، من ثمن وتكاليف، لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار.⁶

1- أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة الفقهية. تحقيق: د. الهادي حمو، ود. محمد أبو الأجنان، (ط: 18؛ بيروت: دار العرب الإسلامي، 1406هـ/1986م)، ص 27.

2- سائر بصمة جي، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ دمشق: الصفحات للنشر والتوزيع، 2009م)، ص 340.

3- ابن منظور، لسان العرب. ج 25 (لا. ط.؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت)، ص 2290.

4- الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته. ج 5 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة المعارف، 1430هـ/2009م)، ص 153.

5- أبي حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي. تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ج 5 (ط: 1؛ بيروت: شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1418هـ/1997م)، ص 387.

6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج 5 (ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 1405هـ/1985م)، ص 792.

د- **عند الحنابلة:** عرفها الإمام موفق الدين بن قدامة الحنبلي¹ بقوله: «هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه»².
ونستخلص من التعريفات السابقة أن المذاهب الأربعة قد حصروا الشفعة في العقار دون المنقول.

ثانيا: الحكمة من الشفعة

قد شرع الإسلام الشفعة لمنع الضرر ودفع الخصومة، لأن حق تملك الشفيع للبيع الذي اشتراه أجنبي ليدفع عنه الضرر الذي قد ينزل به واختار الشافعي أن الضرر هو ضرر مؤونة القسمة واستحداث المرافق وغيرها، وقيل ضرر سوء المشاركة³.
أي دفع الضرر عن الشريك⁴.

الفرع الثاني : تعريف الشفعة وتكييفها في القانون المدني الجزائري

أولاً: آراء الفقهاء القانونيين في تعريف الشفعة

- **عرفها عبد الفتاح تقيّة:** الشفعة هي استحقاق الشريك أخذ ما عوض به شريك من عقار بثمنه أو قيمته⁵.

- **عند الشيخ خليل:** الشفعة أخذ شريك حصة شريكه، والمقصود هي أخذ الشفيع الفعلي للحصة المشفوعة من يد المشتري وإخراجها من ذمته المالية أو إدخالها، وتملكها⁶.

- **الشفعة هي:** رخصة قانونية للشفيع محل المشتري في بيع عقار إذا توافرت حالاتها وشروطها، وهي واقعة مادية.

1- شيخ الإسلام أبو عمر محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي الجماعيلي الحنبلي الزاهد، واقف المدرسة، ولد سنة 528هـ كتب الكثير بخطه، كتاب الحلية وإبانة ابن بطة ومعالم التنزيل وعدة مصاحف وغيرها حيث كان قطبا في آخر عمره وقد توفي في 28 ربيع الأول سنة 607هـ. (الإمام شمس الدين محمد بن احمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء22/166)

2- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري. (ط:2؛ الجزائر : دار هومه، 2008م)، ص 14.

3- السيد سابق، فقه السنة. ج 3 (لا. ط؛ القاهرة : دار الفتح للأعلام العربي، د.ت)، ص 152.

4 - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات. (ط:2؛ الجزائر: دار الكتاب الحديث، د.ت)، ص358.

5 - عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي. (لا.ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1998)، ص106.

6 - أحمد أباش، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي، (ط:1؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2008)، ص112.

- والشفعة بذلك ليست حقا شخصيا ولا حقا عينيا وإنما هي حق مالي وهي سبب لكسب الملكية في العقار دون المنقول¹.

ثانيا: قانونا

عرفتها المادة 794 من القانون المدني الجزائري: «الشفعة رخصة تجيز الحلومحل المشتري في بيع العقار»².

نستخلص أن تعريف المادة 794 للشفعة متفق مع ما ورد في الشريعة الإسلامية، كونها حق تملك العقار المبيع، ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن.

دفع الضرر تطبيقا لمبدأ ((لا ضرر ولا ضرار)) فإن البائع إذا أراد بيع عقاره فليس له مانع من البيع لأي شخص يقدم له أعلى سعر فالأصل أن شخصية المتعاقدين ليست محل اعتبار في البيع، فلا ضرر بأن يبيع للشفيع، فإن أبي رضاء ذلك فيمكن إجباره على الأمر بحلول الشفيع جبرا محل المشتري³.

منع تجزئة العقار ببيعه لأجنبي وجمع عنصري حق الملكية معا في يد واحدة⁴.

ثالثا : تكييفها القانوني

فالتكييف القانوني للشفعة، اختلف شراح القانون المدني في طبيعة حق الشفعة، في كونه حق عيني، أم حق شخصي، ومعنى ذلك أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية إنما حق شخصي لصيق به وهو الحق فيأن يصير شخصي بالنسبة للشفيع، وحق عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه.

والراجح هو أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا، بل هي واقعة قانونية طبيعية، وسبب من أسباب كسب الملكية، وهي ليست حقا بل هي مصدر للحق⁵.

1- السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في الشفعة كسب لكسب الملكية في العقار. (لا.ط؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، د.ت)، ص 07.

2- قانون رقم 07-05 المؤرخ في : 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم 2007م.

3- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية. (ط: 1؛ لا.م، لا.ن، د.ت)، ص 171.

4- السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في الشفعة كسب لكسب الملكية في العقار، المرجع السابق، ص 07.

5- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 20.

المطلب الثاني حكم الشفعة وأركانها

سنتناول في هذا المطلب حكم الشفعة وأركانها الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: حكم الشفعة وأركانها في الفقه الإسلامي

أولاً: حكم الشفعة في الفقه الإسلامي

الأصل أنه لا تجوز الشفعة، لأن فيها بيع الرجل ملكه بغير رضاه، لأن الأصل في البيع أن يكون بالتراضي أي أن يكون هناك إيجاب وقبول، إلا أن الشارع الحكيم رخص فيها لضرورة وهي دفع ضرر الشريك¹.

1- دليل مشروعيتها

ورد دليل مشروعيتها في السنة النبوية والإجماع.

أ- دليلها في السنة

- حديث جابر بن عبد الله²: « أن رسول الله ﷺ قال: « قضى النبي ﷺ بالشفعة فيما لا يُقسمُ فإذا وقعتِ الحدودُ، وصُرِفَتِ الطُّرُقُ، فلا شفعة »³.
- وحديث جابر بن عبد الله⁴: « أن رسول الله ﷺ قال: « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كلِّ شركٍ لم يُقسم: ربعة* أو حائط* . لا يحلُّ له أن يبيعَ حتى يؤذَنَ شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء تركَ فإذا باعَ ولم يؤذنه فهو أحقُّ به »⁴.

1 - أحمد خالدي، الشفعة بين الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص14.

2 - جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة بن حرام بن كعب بن غنم بن كعب بن سلم، صحابي جليل من الأنصار، وكان من أهل بيعة الرضوان شهد العقبة الثانية، روى عن النبي ﷺ علماً كثيراً، وكان مفتي المدينة في زمانه، وشهد مع النبي ﷺ 16 غزوة، توفي سنة 78هـ. (الإمام شمس الدين محمد بن احمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء 189/3).

3- أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري. (ط:1؛ بيروت: دار بن كثير، 1423هـ/2002م)، كتاب الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، ص538.

* ربعة: الدار بعينها، حيث كانت. المحلة والمنزل. (مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ت817، القاموس المحيط. تحقيق: محمد نعيم الوقسوسي، ط:8؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426هـ / 2005م، ص718).

* حائط: البستان. (شهاب الدين أبو عمر، القاموس الوافي. مراقبة وتصحيح: يوسف البقاعي، ط:1؛ بيروت: دار الفكر، 1324هـ / 2003م، ص386).

4- أخرجه: الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ت458هـ، السنن الكبير. تحقيق: د. عبد السند حسن يمامة ج 12 (ط:1؛ القاهرة: دار الهجرة، 1432هـ/2011م) كتاب الشفعة، باب: لا شفعة فيما ينقل ويحول، ص88.

ب- دليلها في الإجماع

قال الإمام إبراهيم بن المنذر¹: « أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط » ولم يعلم أحد خالف هذا إلا الأصم، لأن في ذلك إضرار بأرباب الأعمال².

ثانياً: أركانها في الفقه الإسلامي

للشفعة أركان منها الآخذ أو الشفيع، والمأخوذ منه وهو المشفوع منه، أي؛ الشريك والبائع والمأخوذ به، وهو الثمن والشيء المأخوذ، وهو المشفوع فيه، أي العقار المبيع، وقد أخذنا بهذا التقسيم الذي وصفه الفقهاء الأعلام :

1- الآخذ بالشفعة

وهو الشفيع الذي يكون شريكاً في الملك فقط دون الجار وذلك على رأي الجمهور .
أما رأي الحنفية فالشفيع عندهم هو الشريك والجار، ودليلهم حديث أبو رافع³ قال رسول الله ﷺ « الجارُ أَحَقُّ بِسِقْبِهِ * »⁴ أي أحق بالشفعة بسبب قرب داره من دار جاره.
أما الحديث الذي استدل به الجمهور فهو حديث جابر ﷺ قال رسول الله ﷺ « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »⁵ وفي رواية

1- إبراهيم بن المنذر بن عبد الله بن المنذر بن المغيرة بن عبد الله بن خالد بن حزام بن خويلد بن أسد، الإمام الحافظ الثقة، أبو إسحاق القرشي الأسدي الجزافي المدني ، من أكبر شيوخه سفيان ، توفي في شهر محرم سنة 236هـ. (الإمام شمس الدين محمد بن احمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء 10 / 689) .
2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 793.
3- أبو رافع الصائغ، المدني ثم البصري، من الأئمة التابعين الأولين، وهو مولى آل عمر اسمه نفيح وذلك في حياة النبي ﷺ، وكان من نظراء أبي العالية وابنته. ت سنة نيف وتسعين. (الإمام شمس الدين محمد بن احمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء 4/ 414).
* سقبه: قاربه. (مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ت817، القاموس المحيط. تحقيق: محمد نعيم الوقسوسي، ط: 8؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426هـ / 2005م ، ص608).
4- أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجة توفي 273 هـ، سنن ابن ماجة. تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، (ط:1؛ الرياض: مكتبة المعارف، د.ت) كتاب الشفعة، باب: الشفعة بالجار، ص425.
5 - أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري. (ط:1؛ بيروت: دار بن كثير، 1423هـ/2002م)، كتاب الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، ص538.

أخرى عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: « إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شَفْعَةَ »
حديث حسن صحيح¹.

2- المأخوذ

وهو المشفوع فيه أي العقار، واتفق الفقهاء على أن الشفعة حق في العقار واختلفوا فيما عداها، كما قررت المذاهب الأربعة أن لا شفعة في منقول كالحيوان والثياب والعروض التجارية وذلك استنادا لحديث جابر رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَرَكٍ؛ رِبْعَةٌ أَوْ حَائِطٌ، لَا يَصِلِحُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذَنَ شَرِيكُهُ، فَإِنْ بَاعَ فَإِنَّهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُؤْذَنَهُ»². لأن الشفعة رخصة جائزة لإزالة الضرر عن الشريك بسبب الدوام والاستمرار، والمنقول لا يدوم بخلاف العقار.

واشترط جمهور الفقهاء - غير الحنفية - أن يكون العقار قابلا للقسمة استدلالا بحديث جابر³.

3- المأخوذ منه

وهو المشفوع منه وهو من تجدد ملكه اللازم باختيار واللازم احترازا من بيع الخيار وقيد الاختيار احترازا من الإرث، وقال الحنفية إن الشفعة تجب بعقد البيع أي تستحق بعد البيع، ولو كان البيع فاسدا أو مشتملا على خيار للمشتري.

وقال المالكية تملك الشفعة بأحد الأمور الثلاثة بصدور حكم قضائي، أو دفع ثمن من الشفيع للمشتري أو إشهاد بالأخذ بالشفعة ولو في غيبة المشتري، ولا شفعة في بيع فاسد، لأنه باطل أي منعدم شرعا عنده واتفق الفقهاء على أن الشفيع يأخذ البيع بالثمن والعوض الذي ملك به، لا بمثل البيع الذي يملكه المشتري، لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملك به قدرا وجنسا⁴.

1 - أخرجه: محمد ناصر الدين الألباني، سنن الترمذي. (ط:1؛ الرياض : مكتبة المعارف، د.ت) ، كتاب الأحكام، باب: ما جاء إذا حدثت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة، ص323.

2 - أخرجه: الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ت 458هـ، السنن الكبير. تحقيق: د. عبد السند حسن يمامة ج 12 (ط:1؛ القاهرة: دار الهجرة، 1432هـ/2011م) كتاب الشفعة، باب: لا شفعة فيما ينقل ويحول، ص 88.

3 - أحمد خالدي ، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص127-128.

4 - المرجع نفسه، ص133-135.

* الشقص: القطعة من الشيء أو النصيب.

(شوقي ضيف، المعجم الوسيط. ط:4؛ القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م، ص489).

4- المأخوذ به

مثل الثمن أو قيمته في المقوم فإن لم يقوم كالمهر والخلع وصلح العمد ودرهم جزاف بقيمة الشقص* يوم العقد، وقيل: في المهر صداق المثل، وقيل: تبطل في الدراهم فإن اشترى مع غيره في ما يخصه ويلزم المشتري البائع به لم يجر: وثواب الهبة كالثمن فلا يخذ إلا بعد، وقال أشهب: إن فات قبله أخذه بالأقل، وما حظ من الثمن لعيب فيحط اتفاقا ولإبراء (فإن أشبه أن يكون باقي ثمن الشقص بغير غبن أو غبن معتاد وضع عند الشفيع وما وضع عن المشتري)، قال أشهب يحط، وقال ابن القاسم: إن كان مثله يحط عادة ولا تنقض الشفعة يرد الثمن المقوم بعيب أو باستحقاق، وعلى الشفيع قيمته عند ابن القاسم، وقيمة الشقص عند سحنون، فيخير الشفيع على المشتري قيمة الشقص ولو وقع قبلها، أما النقود فبدلها وفي غيرها قولان - بدلها وقيمة الشقص فيجزيء في الشفيع القولان، ولو تنازعا في قدر الثمن فالقول قول المشتري يشبه بيمين، وإلا فقول الشفيع، وقال أشهب قول المشتري فيما يشبه بغير يمين، وفي غيره بيمين ولو أنكر: المشتري الشراء - والبائع مقر - حلف وسقطت العهدة، وقيل يأخذه لأن البائع مقر أنه أحق¹.

الفرع الثاني: حكم الشفعة وأركانها في القانون المدني الجزائري

أولا: حكم الشفعة

بما أن أحكام الشفعة في القانون المدني مستوحاة من الشريعة الإسلامية، نستنتج أن حكم الشفعة في القانون جائز وهذا لدفع الضرر عن الشريك.

ثانيا: أركانها في القانون المدني الجزائري

1- الشفيع

لقد نصت المادة 795 من القانون المدني على أنه ثبت حق الشفعة :

أ- لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع المناسب للرقبة.

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

ج- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها².

1- جمال الدين بن عمرو بن حاجب المالكي، جامع الأمهات. تحقيق: أبو عبد الرحمان الأخضرى، (ط:2؛ بيروت : اليمامة، 1431هـ / 2000م)، ص419.

2- المادة 795 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ويستخلص من هذا النص أن الشرع استرشد بإعتبارات لإثبات صفة الشفيع وهذه الاعتبارات

هي:

- جمع شتات الملكية بعد تفرقها.
- إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد الشركاء كلما أمكن ذلك.

• منع مضايقات الجواز¹.

وللشفيع شروط وهي كالتالي :

- أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به.
- أن يكون الشفيع قد توفرت فيه الأهلية الواجبة.
- أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه².

2- المشفوع فيه

لقد رأينا فيما سبق أن الفقه المالكي لا يجيز الشفعة إلا في العقار، دون المنقول. أما في القانون المدني يتضح هذا في المادة 794 منه حيث تقول: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار »³.

والخلاصة، أن العقارات الخاضعة لنظام الشفعة، هي العقارات بطبيعتها، وأن العقارات بالتخصيص فلا تجوز فيها الشفعة، إلا إذا بيعت تبعا للعقار المتصل⁴.

3- المشفوع منه

يشترط في مشتري المشفوع منه ألا يكون من الأقارب الذين لا يجوز الشفعة ضدهم، ولا تتوافر فيه الشروط التي تجعله شفيعا من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة، أو من طبقته حيث:

1) نصت المادة 798 في الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه: « لا شفعة... إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية... ».

1- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 51-52.

2 - المرجع نفسه، ص 72-73.

3- المادة 794 من القانون المدني رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

4 - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 132.

2) نصت المادة 796 من القانون المدني : « إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية :

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
- إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل الشفعاء من طبقتهم أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمهم الذين هم من طبقة أعلى»¹.

4- المأخوذ به

وهو الثمن أي إن يأخذ المشفوع منه قيمته لكل الشيء الذي دفع فيه الشخص، وعن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشخص بذلك القدر².

تعرفنا من خلال هذا المبحث أن الشفعة في الفقه الإسلامي هي حق تملك جبري يثبت للشفيح، وهذا ما اتفقت عليها لمذاهب الأربعة، أما بالنسبة لمفهومها في القانون المدني الجزائري فهي رخصة تجيز للشفيح الحلول محل المشتري، ومن خلال هذا نتبين الحكمة منها المتمثلة في دفع الضرر عن الشريك، وبعد التعرض لمفهوم الشفعة في المبحث التمهيدي سنحاول التفصيل في المبحث الأول في أحكام الأخذ بالشفعة .

1- المواد 798 و796 و795 من القانون رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2 - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 155.

المبحث الأول

أحكام الأخذ بالشفعة

إن الأخذ بالشفعة شروط منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، وهذا ما سنتطرق إليه في:

المطلب الأول: شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

المطلب الأول

شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

وسنتناول في هذا المطلب دراسة شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي.

أولاً: أن تكون الشفعة في العقار

أي أنه لا يمكن نقله كالأرض أو الدار فلا تثبت الشفعة في المنقولات لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا شفعة إلا في ربع أو حائط » وتتبع الأشجار والحيطان الأرض والمنازل لأن الحديث فيه لفظ الربع وهو يتناول الأبنية ولفظ الحائط يتناول الأشجار، وأما إذا بيعت الأنقاض والأشجار وحدها فلا شفعة فيها، لأنها منقولة وإن أريدت للدوام¹.

وكذلك عن أبي هريرة² قال قال رسول الله ﷺ: « لا شُفْعَةَ إِلَّا فِي دَارٍ أَوْ عَقَارٍ »³.

ثانياً: أن تكون الشفعة بعقد معاوضة صحيح

لا يثبت الحق في الشفعة إلا إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد معاوضة وهو البيع، ففي البيع تجب الشفعة إلا إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد معاوضة وهو البيع، ففي البيع تجب الشفعة لإنتقال المبيع إلى المشتري بعوض وفي الهبة بعوض تجب الشفعة عند الحنفية إن تقابضا، لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض، فإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة. ولا يشترط التقابض عند جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - فالهبة عندهم عقد لازم، وأوضح الحنابلة أن لا تجب الشفعة بفسخ يرجع به المبيع إلى البائع، كرده بعيب أو إقالة وقال الحنفية: إذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم فلا شفعة لجارهم بالقسمة، لأنها ليست بمعاوضة مطلقاً، ولأن الشريك أولى من الجار⁴.

1- أحمد عيسى عاشور، الفقه الميسر في العبادات والمعاملات، (لا. ط؛ القاهرة: مكتبة القرآن، 1984م)، ص 197.

2- أبو هريرة. إمام الفقيه المجتهد الحافظ، صاحب رسول الله ﷺ، أبو هريرة الدوسي اليماني، سيد الحفاظ الأثبات، كان اسمه في الجاهلية عبد الشمس، أبو الأسود، فسماه رسول الله ﷺ: عبد الله؛ وكناه: أبا هريرة، روى على النبي ﷺ علماً كثيراً، وكان حفظه الخارق من معجزات النبوة. (الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء 578/2).

3- أخرجه: الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ت 458هـ، السنن الكبير. تحقيق: د. عبد السند حسن يمامة ج12 (ط:1؛ القاهرة، دار الهجرة، 1432هـ/2011م) كتاب الشفعة، باب: لا شفعة فيما ينقل ويحول، ص 88.

4 - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 165-166.

والشفعة تكون في حالة إنشاء العقد وقال المالكية والشافعية يكفي أن يكون العقد عقد معاوضة سواء أكانت بمال أو بغير مال كما اتفق الفقهاء أن يكون العقد صحيحا، لأن المطلوب هو زوال حق البائع في المبيع، فلا تثبت الشفعة في المبيع بيعا فاسدا، لأن هذا العقد يجب نقضه للتخلص من الفساد ورد المبيع إلى ملك مبيعه ورأى المالكية أن لا شفعة في البيع الفاسد لأنه باطل أي منعدم شرعا¹.

ثالثا: أن يكون الشفيع شريكا

لكل شريك في الملك المشاع الذي لم يقسم، أن يكون شفيعا إذا بيع العقار المشفوع فيه ولو كان الشفيع كافرا وذلك على رأي جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - الذين يرون أن الشفعة تثبت للجار عندهم².

رابعا: أن يكون الشفيع مالك للعقار المشفوع به وقت البيع

اتفق الفقهاء على شرط أن يكون الشفيع مالكا ما يشفع به قبل البيع، واختلفوا في استمرار الملك حتى القضاء بالشفعة على رأيين:

- قال الحنفية يشترط استمرار ملك الشفيع حتى يقضى له بالشفعة، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، سواء أن كان شريك أو جار.
- وقال الجمهور الفقهاء: يشترط شروط ملك الشفيع وقت البيع ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة³.

خامسا: عدم رضا الشفيع بالبيع

اتفق الفقهاء على اشتراط أن لا يصدر من الشفيع العقار المشفوع به، لأن الشفيع بالخيار بين الأخذ والترك، لأن الشفعة حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه⁴.

1- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 166 - 167.

2 - المرجع نفسه، ص 163.

3- المرجع نفسه، ص 167.

4- المرجع نفسه، ص 169.

الفرع الثاني: شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

تتلخص شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري إلى شرطين هما:

أولاً: الشفعة لا تكون إلا في العقار

لقد وجدنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قالوا أن الشفعة لا تكون إلا في العقار دون المنقول لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً، وإنما وجبت لخوف ضرر الدخيل، أما في القانون المدني فيتضح هذا من تعريف الشفعة الواردة في المادة 796 تكون الشفعة في العقار ولا تكون الشفعة في المنقول.

وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد، لا حق الشفعة، وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي، وهذا لأن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الشفعة¹.

ولما كانت المنقولات التي يصفها صاحبها في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص، وتصير من ملحقات العقار الذي تخدمه، فإن التصرف في هذا العقار يشملها في الأصل، ولذلك إذا بيع عقار وتوافر سبب الأخذ بالشفعة فيه وتشتمل الشفعة هذا العقار والعقارات بالتخصيص، ما لم تكن قد استبعدت من البيع.

ولكن إذا فصلت عن العقار وبيعت على استقلال، فلا تجوز الشفعة فيها².

أما فيما يتعلق بالحقوق العقارية فقد أثبت القانون فيها الشفعة، إذا ما تحققت الشروط المنصوص عليها، فلمالك الرقبة أن يطلب حق الأخذ بالشفعة في بيع حق الانتفاع.

والخلاصة أن العقارات التي تخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها، ومنها الأغراس والأبنية، أما العقارات بالتخصيص فلا تجوز فيها الشفعة، إلا إذا بيعت مستقلة عنه فتعتبر في حكم المنقول، ولا شفعة فيها.

وهذا لأن المشرع الجزائري يحصر الأخذ بالشفعة في عقد البيع وحده دون سائر التصرفات

والوقائع القانونية³.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) ج 9 (ط:2؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م)، ص 481-482.

2 - حسن كيرة، الوجيز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، (لا.ط؛ القاهرة: منشأة المعارف، 1998)، ص 559-596.

3- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 175.

ثانيا: في عدم تجزئة الشفعة

وهذا يعني أن الشفعة غير قابلة للتجزئة، لأنه لا يجوز لشفيح أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع بصفته واحدا دون البعض الآخر فالقاعدة أن الشفعة لا تقبل التجزئة ويجب التمييز في هذا الصدد بين حالتين¹:

(1) حالة أولى: حالة تعدد المشترين مع وحدة العقار

يتحقق هذا الغرض في حالة شراء عدة أشخاص لعقار واحد كأن تكون أرضا يبيعها مالكاها لثلاثة مشترين لكل منهم الثلث مثلا².

فيجوز لشفيح أن يأخذ نصيب أحد المشترين، لأن الأخذ بالشفعة هنا لا يتضمن تفريق الصفقة، لأنها حصلت متفرقة وقت وجودها، أي أن كل أحد من المشترين اشترى جزءا مفرزا من العقار بثمن مسمى ومعنى ما تقدم أن الشفيح يقوم مقام أحد المشترين، فلا تتفرق الصفقة بالنسبة لمن أخذ منهم.

أما إذا كان كل واحد من المشترين قد اشترى جزءا مفرزا من العقار في صفقة مستقلة، ولو في عقد واحد مع المشترين، فالمناط هنا في وحدة الصفقة، وتعددتها يكون إذا بيع العقار لعدد مشترين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها، وإذا بيع عقار واحد لعدد مشترين على الشيوع، وكان أحد المشترين من أصول أو فروع البائع، فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة لأنها تبطل بالنسبة لسائر المشترين³.

(1) حالة ثانية: بيع عدة عقارات لمشتري واحد

إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد، وبثمن واحد، وفي صفقة واحدة وجب التمييز بين ثلاث حالات:

أ- إذا بيعت عدة عقارات في صفقة واحدة وتوفرت فيها جميع شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يجب على الشفيح أن يشفع في كل هذه العقارات، فالصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها، أما إذا كانت منفصلة، فيجوز للشفيح أن يأخذ بالشفعة في العقار المتصل بملكه ويترك الآخر⁴.

1 - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 178.

2- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية، (لا.ط؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م)، ص 156.

3- أحمد خالدي، الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 179.

4- المرجع نفسه، ص 180.

ب- أما إذا بيعت عدة عقارات لمشتر واحد، في صفقة واحدة، متوفرة فيها جميع شروط الأخذ بالشفعة كان للشفيع أن يشفع في العقار الذي تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة فقط، وإذا كانت العقارات المنفصلة، قد توفرت فيها شروط الشفعة وكانت صفقة لا تقبل التجزئة بطبيعتها أو بحسب الغرض المقصود منها، فإن الشفيع لا يجوز الأخذ بالشفعة فيها جميعا وتكون الصفقة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها، إذا كانت العقارات متفاوتة الجودة، أما إذا كانت العقارات قد توافرت شروط الشفعة في جزء منها ولم تتوفر في جزء آخر كانت الشفعة لا تقبل التجزئة¹.

ج- أما إذا بيعت العقارات لمشتر واحد في عدة صفقات وكانت العقارات منفصلة فالقاعدة أن الشفيع لا يشفع إلا في العقارات، التي توفرت فيها شروط الشفعة².

ونلاحظ هنا أن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصا قانونيا يضبط هذه الحالات التي يتضمنها مبدأ عدم تجزئة الشفعة، وهذا الأمر الذي أدى للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لأنها المصدر الأصلي والتاريخي لأحكام الشفعة.

1 - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص181.

2- المرجع نفسه، ص180-182.

المطلب الثاني

إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

سننطلق في هذا المطلب لدراسة إجراءات الشفعة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي

بما أن الشفعة حق ضعيف، فلا تكون سبيلا للتملك إلا بإجراءات خاصة يطلبها من الشفيع بمجرد العلم بالبيع، وحق يحكم له بها، وتتمثل هذه الإجراءات في الطلبات التالية:
أولاً: طلب الموائبة

أي المبادرة والسرعة، وهو أن يطلب الشفيع في مجلس علمي بالبيع الأخذ بالشفعة بلفظ يفهم منه الطلب.

وقال الحنفية: بقاء الحق في الطلب مادام الشفيع في مجلس العلم بالبيع مهما امتدّ.

أما الشافعية: يشترط عندهم المطالبة بالشفعة على الضرر بمجرد العلم بالبيع.

وكذلك قال الحنابلة: الشفعة بالموائبة ساعة العلم بالبيع أي على الفور بدليل

قوله ﷺ: (الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ)¹.

أما المالكية: فوقت الطلب عندهم على التراخي، لمدة سنة².

وجزاء تأخر الشفيع عن طلب الموائبة في المجلس علمه بالبيع دون عذر، كأن اشتغل بأمر

آخر، أو قام من المجلس بدون أن يطلب الشفعة، سقط حقه في الشفعة.

فإن وجد عذر مانع من المبادرة بالطلب فوجود حائل مخيف من وحش أو سيل مثلاً، لا

تبطل شفيعته حين يزول المانع³.

ثانياً: طلب التقرير

وهو أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد به الطلب الأول وقد يكون الطلب الأول عن رغبة

عارضة من الشفيع، ثم يتبين أمره وظروفه وإمكانيته المادية، فلا بد من هذا الطلب لتأكيد الطلب

الأول.

1 - أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجة ت 273 هـ ، سنن ابن ماجة. تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، (ط:1؛ الرياض:

مكتبة المعارف، د.ت) كتاب الشفعة، باب: طلب الشفعة، ص426.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص820.

3 - المرجع نفسه، ص830.

ويشترط في هذا الطلب أن يكون على فور الطلب الأول، والإشهاد عليه، كما أن الإشهاد ليس بشرط لصحة طلب الواثبة، وإنما هو لتوثيقه عند إنكار الخصم، وإن كان الشفيع في محل بعيد، يوكل آخر، فإن لم يجد أرسل مكتوباً.

ولو أصر الشفيع طلب التقرير والإشهاد، مدة تمكين إجرائها فيها، ولو برسالة مكتوبة، يسقط حق شفيعته¹.

1- حكم طلب التقرير

إذا قام الشفيع بطلب التقرير، استقرت شفيعته، ولم تسقط بعده بالتأخير، لأن الحق متى ثبت استقر كما ورد عند أبي حنيفة، وقال الحنابلة: إذا حدث الإشهاد على الطلب، فللشفيع مخاصمة المشتري ولو بعد سنتين.

وحدد المالكية مدة الطلب الأول سنة كاملة، فإذا سكت بلا مانع سنة كاملة بعد العقد سقطت شفيعته، لأن سكوته دليل الإعراض عن أخذه بالشفعة.

ثالثاً: طلب الخصومة والتمليك

يتمثل في أن يتقدم الشفيع بطلب إلى القضاء يطلب فيه الحكم بالشفعة وتسليم المبيع، كأن يقول: اشتري فلان داراً، أو أي عقار فأنا شفيعها، فأطلب منه تسليم الدارالي².

ولو أصر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد، شهراً من دون عذر شرعي، كأن يكون في ديار أخرى يسقط حق شفيعته³.

الفرع الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

إذا توفر في الشفيع سبب من أسباب الشفعة حق له أن يطلب الأخذ بها. ولكن قد لا يطلب الشفيع ذلك أو قد لا يسلم المشتري بالشفعة فيظل الحق في الشفعة قائم لكنه حق استثنائي يخلّ بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد. لذلك رسم المشرع للبائع والمشتري طريقاً ليحسم به الأمر وهو توجيه إنذار للشفيع لتبدأ بعد ذلك سلسلة الإجراءات⁴.

وتتمثل هذه الإجراءات في ثلاث مراحل، مرحلة الإنذار، مرحلة إعلان الرغبة في الشفعة مرحلة إيداع الثمن، مرحلة رفع دعوى الشفعة.

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 829 - 830.

2 - المرجع نفسه، ص 829 - 830.

3 - أحمد خالدي، الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 199.

4- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها- مصادرها. (لا. ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 2002م)، ص 397.

أولاً: مرحلة الإنذار الرسمي

يجوز لكل من المشتري والبائع توجيه إعلان رسمي إلى الشفيع يتضمن إعلانه بحصول البيع وعودته إلى إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا كان لديه رغبة في ذلك. ويترتب على الإنذار إجبار الشفيع على تحديد موقفه إذا كان يرغب في أخذ العقار المبيع بالشفعة، حيث ينبغي عليه إتباع الإجراءات التي رسمها القانون وإلا سقط حقه في الشفعة¹. إذا لم يعلن رغبته في الشفعة ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار سقط حقه²، حسب ما تنص عليه المادة 799 من ق م ج: >> على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك³ وبشترط لكي يترتب الإنذار شرطان: بحسب ما تنص عليه المادة 800 من القانون المدني الجزائري: >> 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 واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون (30) يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799⁴.
- 1- بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا، وذلك يكون بتعيين موقعه وحدوده ومساحته وكذلك أي بيان آخر من شأنه أن يرفع الجهالة عن العقار .
- 2- بيان الثمن الذي بيع به العقار، وبيان المصاريف الرسمية. ويقصد بهذه المصاريف رسوم التسجيل وما يماثلها، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والصررة، فليس من الواجب ذكرها لأنها تكون محلاً لمطالبة مستقلة على حدة. فالقانون لم يشترط سوى أن تذكر فقط المصاريف الرسمية في الإنذار .
- 3- بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه وصناعته وموطنه، وذلك حتى يتعين للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك .

1 - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية. (لا. ط؛ القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003)، ص 535 .

2- المرجع نفسه، ص 535 .

3- المادة 799 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

4- المادة 800 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

4- شروط البيع للعقار المشفوع فيه، المقصود بشروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الإنذار، هي شروطه الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم على ذلك¹.

وإذا كان شرط منح أجل في الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة في موفقه للأخذ بها أو تركها، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال².

طبقاً لأحكام المادة 2/801 من القانون المدني: >> يجب إيداع الثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين(30) يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة>>³.

كما أن الشفيع لا يستفيد من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضا البائع طبقاً للمادة 804 من القانون المدني: >> يحلّ الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع عن البائع إذا ما استرد الغير للعقار بعد الشفعة>>⁴.

ثانياً: إعلان الرغبة في الشفعة

يقضي المشرع على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، وهذا يعني أن إعلان الرغبة يجب أن يوجّه لكل من البائع والمشتري، فإذا تعدّد البائعون أو المشترون وجب إعلامهم جميعاً بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني. فإذا وجب الإعلان إلى أحدهما أو وجّه الإعلان إلى أحدهما في الميعاد الآخر بعد فواته، كان الإعلان باطلاً وجاز لمن وصله الإعلان متأخراً أن يتمسك بسقوط حق الشفعة للشفيع، ولما كان هذا الحق لا يتجزأ فإن السقوط بالنسبة لواحد يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين، الذين أعلنوا إعلاناً صحيحاً. وإذا حدث وكان الإعلان ناقصاً، فالشفيع أن يكمل هذا الإعلان بطلب لاحق.

1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها. (لا.ط؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2003م)، ص 331.

2- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 331.

3- المادة 801 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

4- المادة 804 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

وتتمثل المدة المحددة للإعلان الرغبة في أخذ الشفيع بالشفعة، أن يعلن رغبته خلال ثلاثين يوماً، حسب ما تنص عليه المادة 799. أما فيما يتعلق بإعلان الرغبة في الشفعة¹، فقد رأينا المادة 1/801 من القانون المدني تنص على أنه: >> يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلاً. ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً².

ومعنى أن يكون بعقد رسمي هو أن يقوم بتحريه الموثق مع ما في ذلك من تسجيل وشهر لأن الشكلية الرسمية بالنسبة لإعلان الرغبة تعتبر إجراءً جوهرياً من إجراءات الشفعة، وقررت لجعل هذا الإعلان حجة على الغير³.

ثالثاً: إيداع الثمن

تقضي المادة 2/801 من القانون المدني: >> يجب إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وإذا لم يتم الإيداع في هذا الأجل سقط الحق في الشفعة⁴. ومن خلال هذا نستنتج أن إيداع الثمن يكون خلال 30 يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان طلب الشفعة، ويلاحظ كذلك على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع⁵.

رابعاً: رفع دعوى الشفعة

نص المشرع في المادة 802 من القانون المدني على أنه: >> يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق⁶.

وكذلك تقضي المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية: >> ترفع الدعوى إلى المحكمة: إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما

1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 333 - 334 .

2- المادة 801 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

3- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 220 .

4- المادة 801 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

5- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 338-339 .

6- المادة 802 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

بحضور المدعي أمام المحكمة وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير 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 الجلسة¹ .

وعليه فإن رفع دعوى الشفعة يكون بقيام الشفيع بإعداد وتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقعة من المدعي أو وكيله أو محاميه، يضمنها بعد الديباجة الشكل والموضوع، بحيث يلخص الطلب ومستنداته، ويقدمها إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة أمام القسم العقاري فيقوم الكاتب بقيد الدعوى، مع بيان أسماء الأطراف، ويحدد تاريخ الجلسة ويؤشر على أصل العريضة ونسخها، ويسلم النسخة إلى المدعي من أجل تسديد الرسوم القضائية، ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة .

وعليه يكفي الشفيع أن يقوم الشفيع خلال 30 يوما بقيد الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة فيكون بذلك قد أودع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق وأعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري بعقد رسمي، وسجله بالشهر العقاري طبقا للمادة 801 من القانون المدني² . يقوم الشفيع برفع الدعوى، ويشترط فيه أهليه التصرف، ويجوز له رفع الدعوى بنفسه أو بواسطة الوكيل، أما إذا كان الشفيع ناقص أهليه أو محجورا عليه فإن رفع دعوى الشفعة تكون من الولي أو الوصي أو القيم .

أما على من ترفع الدعوى، ترفع على المشتري والبائع، وإذا رفعت على أحدهما دون الآخر كانت غير مقبولة، ويتعرض حق الشفيع للسقوط³ .

أما فيما يخص المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة، وضع المشرع في المادة 802 من القانون المدني حكما خاصا يحدد المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة على: >> يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل 30 يوما وإلا سقط الحق⁴ فدعوى الشفعة هي من الدعوى العينية، حيث يطالب فيها

1- حسن علام، قانون الإجراءات المدنية. (ط:2؛ الجزائر: الشركة الوطنية، د.ت)، ص17.

2- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص231-232 .

3- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص341-342 .

4- المادة 802 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن

القانون المدني المعدل والمتمم .

الشفيع بملكه العقار المشفوع فيه سبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة، لذلك فإن محكمة موقع العقار هي المختصة بالنظر في هذه الدعوى .

وفي شأن تحديد الاختصاص النوعي يجب مراعاة ما يقضي به قانون الإجراءات المدنية لبيان ما إذا كانت المحكمة الجزئية أو الابتدائية هي المختصة بالنظر في الدعوى¹ وهذا طبقاً للمادة 08 من قانون الإجراءات المدنية حيث تنص: >> في الدعاوى العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها<<²، أما بالنسبة لطبيعة الحكم الصادر بثبوت حق الأخذ بالشفعة نصت عليه المادة 803 من القانون المدني حيث تقول: >> يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري<<³ .

نستخلص من هذا المبحث أن للشفعة شروطاً، والمتفق عليه من هذه الشروط بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري أن الشفعة لا تكون إلا في العقار دون المنقول، وأنها غير قابلة للتجزئة، وبالإضافة لهذه الشروط هناك إجراءات يجب على الشفيع القيام بها لأن الشفعة حق ضعيف لا يثبت إلا باتخاذ هذه الإجراءات التي قد تطرقنا لها في هذا المبحث وتترتب على هذه الشروط والإجراءات مسقطات وآثار سنحاول تفصيلها في المبحث الثاني .

1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص343.

2- حسن علام، قانون الإجراءات المدنية. (ط:2؛ الجزائر: الشركة الوطنية، د.ت)، ص13.

3- المادة 803 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

المبحث الثاني

المسقطات والآثار المترتبة عن أحكام الأخذ بالشفعة

في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

سنتعرض في هذا المبحث لدراسة مسقطات الشفعة والآثار المترتبة عن أحكام الأخذ بالشفعة، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري حيث سندرس في:

المطلب الأول: مسقطات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون

المدني الجزائري

المطلب الثاني: آثار الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المطلب الأول

مسقطات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

سنحاول في هذا المطلب دراسة مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الجزائري

الفرع الأول: مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي

إن الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط حق الشفعة في الفقه الإسلامي، هي خمسة حالات:

أولاً: بيع الشفيع ما يشفع به من عقار قبل أن يقضى له بالشفعة

إذا باع الشفيع ما يشفع به قبل العلم بالشفعة، أو بعد العلم بالشفعة، وقبل الحكم بها سقطت شفעתه باتفاق المذاهب الأربعة، لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، فبطلان هذه الشفعة أمر منطقي، بانتفاء الضرر عن الشفيع الشريك، أو الجار عند الحنفية¹.

ثانياً: تسليم الشفعة أو الرغبة عنها بعد البيع

أما بيان ما تسقط به الشفعة نوعان، اختياري وضروري، والاختياري نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة، أما الأول وجهان²:

فيقول الشفيع أسقط شفعتي أو أبرأتك منها³، ونحو ذلك لأن الشفعة خالص حقه، فيملك التصرف فيها انتفاء وإسقاطا سواء كان الشفيع عالما بالبيع أو لم يكن يعلم⁴.

بعد أن كان البيع لأن الإسقاط حق صريح، وصريح الإسقاط يستوي به العلم والجهل بخلاف الإسقاط عن طريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه إلا بالعلم⁵، والإسقاط في الشفعة دلالة أو ضمناً يستخلص من كل عمل أو تصرف يقوم به الشفيع، ويدل بوضوح على انصراف رغبته عن الأخذ بالشفعة والصور التي يقع فيها مثل هذا التنازع كثيراً، ومن الألفاظ التي يعتبرها

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 840.

2- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج5(ط: 2)؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1394هـ/1974م)، ص 19.

3- سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني. (ط: 1؛ الأردن، دار الخليج، 1431هـ/2010م)، ص 137.

4- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 19.

5- المرجع نفسه، ص 19.

الفقهاء مسقطاً للشفعة دلالة إذا طلب المقاسمة أو المزارعة أو قال له بع ما شئت، وبهذا قد اختلف الفقهاء في إسقاط الشفعة دلالة على قولين:

- 1- تسقط إذا أسقطها من له حق الشفعة دلالة وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية وجمهور الشافعية والحنابلة ودليلهم على ذلك أن الشفعة تسقط بدليل الرضا أي بدلالة الرضا.
- 2- عدم إسقاط الشفعة إذا أسقطها من له حق الشفعة دلالة وهذا ما ذهب إليه المالكية والقاضي أبي يعلى من الحنابلة ودليلهم على ذلك أنه على حق ما لم يصرح بالعفو لما فرق به في الخطبة بين حكم التصريح والتعريض¹ في قوله تعالى:

﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ﴾ [سورة البقرة، الآية 235]

ووجه الدلالة من الآية هي قياس إسقاط الشفعة دلالة على التعريض من خطبة النساء.

- 3- والقول الراجح هو الأول أي إسقاط الشفعة دلالة².

ثالثاً: ضمان الدرك

أي ضمان الشفيع للبائع فيما يدرك المشتري من استحقاق للمبيع ونحو، فإذا ما ضمن الشفيع للبائع المشتري في الثمن، أو ضمن للمشتري درك البيع، كان ذلك رضا بتمام البيع للمشتري، فيسقط حقه في الشفعة³.

رابعاً: تجزئة المشفوع فيه

اتفق الفقهاء على أن الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فإذا تنازل الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلاً، سقط حقه في كل المبيع، لأنه لما سلم في النصف بطل حقه فيه بصريح الإسقاط، وبطل حقه بالباقي، لأنه لا يملك حق تفريق الصفقة عن المشتري، وسقطت شفيعته بالكل من إضرار المشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزول بالضرر، لكن كما قال أبو يوسف ورأيه هو الراجح عند الحنفية: لا تسقط الشفعة في حال طلب المشفوع فيه ويظل الحق للشفيع في أخذ الكل أو ترك الكل.

1- سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 143-146.

2- سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المرجع السابق ص 146-147.

3- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية. (لا:ط؛ القاهرة، دار الفكر العربي، 1429هـ/2008م)، ص174.

وإذا تعدد الشفعاء، فليس لبعضهم أن يهب حصته لبعض وإن فصل أحدهم أسقط حق شفيعته، وإن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم، فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع، وإن أسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخرين أن يأخذ حقه¹.

خامسا: موت الشفيع

إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه فيسقط حقه بالأخذ بالشفعة لموته، ولا ينتقل إلى ورثته²، وقد اختلف الفقهاء في توريث الشفعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إسقاط الشفعة مطلقا، سواء طالب بها قبل موته أم لم يطالب وذهب إلى القول الحنفية وهو قول عند الحنابلة، والدليل على ذلك: إن الأخذ بالشفعة حق يثبت للشفيع يتوقف على مشيئة الشفيع، ولأن مجرد الرأي والمشية لا يتصور فيه الإرث، لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه³.

القول الثاني: إذا طالب الشفيع بحقه ثم مات يثبت الحق لوارثته وذهب إلى هذا القول الحنابلة⁴، وأن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بطلبه دون حاجة إلى رضا من المشتري أو قضاء من القاضي، وعلى هذا إذا توفي الشفيع بعد الطلب، فقد توفي وهو مالك للمشفوع فيه فيورث عنه لأنه عين مالية مملوكة، أما إذا توفي قبل الطلب فلا يكون للوارث حينئذ حق الشفعة لسقوطه بالموت⁵، أي أن الشفعة حق للشفيع فلا يتبين بدون مطالبة⁶.

الفرع الثاني: مسقطات الشفعة في القانون المدني الجزائري

حدد المشرع مسقطات الحق في الشفعة بالنص في المادة 807 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

أ- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.

ب- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 844.

2- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 175.

3- سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 115-116.

4- سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 117.

5- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 175.

6- سليمان يوسف الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 118.

ج- في الأحوال التي نص عليها القانون.¹

أولاً: إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع

– إذا تنازل الشفيع عن الشفعة سواء كان ذلك قبل ثبوت حقه فيها، أي قبل البيع أو بعد البيع، وقد يكون التنازل صريحا أو ضمنيا، فقد يحرر به إقرارا ويوثق وقد يستفاد من تصريح الشفيع كأن يتوسط في الصفقة أو يكون وكيلاً عن البائع، أو عن المشتري أو يشهد على البيع الذي يجريه المشتري أو يرتب لنفسه حقا عينيا على العقار، ويشترط في ذلك ألا يتحفظ الشفيع في تصرفاته أو يعترف بموجبها بملكية المشتري للعقار على وجه بات نهائي، ولا تدل موافقة الشركاء في الشروع على تجنيب حصة لأحدهم على نزولهم عن الشفعة في حالة بيع الشريك². وإذا ثبت الحق في الشفعة لأكثر من شفيع ونزل أحدهم عن حقه فلا يمتد هذا النزول إلى باقي الشفعاء، باعتبار أن هذا النزول تصرف قانوني ينحصر أثره في التنازل وفقا للأثر النسبي للتصرفات القانونية وسواء كان النزول صريحا أو ضمنيا قبل البيع أو بعده فإنه يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة، ولما كان الساقط لا يعود، فلا يجوز للشفيع أن يعدل عن نزوله³.

وأن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا، أما النزول الضمني عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة، وهذا هو مفهوم النزول الضمني عن الشفعة والنزول عن الحق في الشفعة، هو تصرف يجب أن يصدر من الشفيع نفسه، أو من وكيل مفوض في ذلك بموجب توكيل خاص أو توكيل ينص فيه صراحة عن التنازل عن الحقوق دون تخصيص للحق في الشفعة، فإذا لم يتوافر هذا التوكيل، فإن التنازل الضمني الصادر من الوكيل لا يحاج به إلا إذا أجاز باعتبار أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، بحيث أن تكون واضحة، ولا يشترط أن تكون صريحة بل تجوز أن تكون ضمنية⁴.

1- المادة 807 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني. ج5 (لا: ط؛ الأزريطية: المكتب الجامعي الحديث، 2001م)، ص464-465.

3 - أنور طلبية، الشفعة والتحليل لإسقاطها. (لا: ط؛ لا.م: المكتب الجامعي الحديث، 2004م)، ص522.

4- المرجع نفسه، ص523-524.

ولما كان النزول عن الحق في الشفعة في العلاقة بين الشفيع والمشفوع ضده، يعتبر واقعة مادية، يجوز بإثباته بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيه البينة والقرائن¹.

ثانياً: إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع

إذا انقضت مدة سنة من يوم تسجيل عقد البيع، يسقط الحق في الأخذ بالشفعة وهذا ما نصت عليه المادة 807 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقاً. وهذه المدة قرينة قاطعة على علم الشفيع بالبيع فيسقط حقه حتماً بمجرد انقضاء هذه المدة وهي ميعاد سقوط فلا يرد عليها الوقف ولا الانتطاع وتسري بحق الكافة وحتى الغائبين وناقص الأهلية، وتحتسب من اليوم التالي للتسجيل بالتوقيت الميلادي².

ثالثاً: الأحوال التي نص عليها القانون

1- مخالفة أحكام إعلان الرغبة:

لقد نصت المادة 799 من القانون المدني على أنه: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك"³. ولهذا أوجب القانون على الشفيع أن يعلن رغبته عن الأخذ بالشفعة خلال 30 يوماً من تاريخ إنذاره بحصول البيع⁴.

2- مخالفة أحكام إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق:

المادة 02/801 من القانون المدني التي تنص: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 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"⁵.

1- أنور طلبية، الشفعة والتحليل لإسقاطها، المرجع السابق، ص524-525.

2- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص465.

3- المادة 799 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

4- أنور طلبية، الشفعة والتحليل لإسقاطها، المرجع السابق، ص551.

5- المادة 801 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

فإن أخل الشفيع بأي من هذه الإجراءات أو المواعيد سقط حقه في الشفعة، وذلك على التفصيل الذي تم ذكره في إجراءات الأخذ بالشفعة¹.

3- مخالفة أحكام رفع دعوى الشفعة

لقد نصت المادة 802 من القانون المدني على أنه: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 802 وإلا سقط الحق"².

رابعاً: سقوط الحق في الشفعة - عند عدم الإنذار وعدم تسجيل البيع - بمضي خمسة عشرة عاماً على البيع دون إعلان الرغبة خلالها

سقوط دعوى الشفعة بالتقادم المسقط بانقضاء 15 سنة: ونفرض الآن فرضاً يندر وقوعه وهو أن المشتري لم يندر بوقوع البيع، ولم يسجل في الوقت ذاته عقد البيع، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بانقضاء 15 يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر ولا بانقضاء 30 يوماً من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل.

فإذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمي فإنه يبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة ويبقى محتفظاً بها الحق ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمناً وقد يؤول طول سكوته عن استعمال الحق كله بوقوع البيع مقترباً بظروف أخرى بأنه نزول ضمني عن الحق.

فإذا لم يستخلص هذا النزول الضمني من الظروف والوقائع، فلا مناص من القول أن الشفيع يبقى محتفظاً بالحق في طلب الشفعة، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشتري وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة، ويبقى هذا الوضع قائماً إلى أن تنتضي خمسة عشر سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وعندئذ يسقط حق الشفيع في رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط، وشأن دعوى الشفعة في ذلك شأن سائر الدعاوى التي تسقط بخمسة عشرة سنة وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة بشأن التقادم المسقط³.

1- أنور طلبية، الشفعة والتحليل لإسقاطها، المرجع السابق، ص552.

2- المادة 802 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص632-633.

المطلب الثاني

آثار الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

سنقوم في هذا المطلب بدراسة آثار الشفعة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: آثار الشفعة في الفقه الإسلامي

هناك تغييرات تطرأ على العقار المشفوع فيه عندما يكون تحت يد المشتري قبل القضاء بالشفعة للشفيع ومن هذه التغييرات قد تنشأ بعض العقود والتصرفات أو نماء المشفوع فيه وزيادته أو نقصانه فما أثر ذلك؟

أولاً: العقود والتصرفات

قد تصدر تصرفات من المشتري في الشيء المشتري قبل أن يقضى للشفيع بالشفعة وتلك التصرفات هي:

1- التصرفات الناقلة للملكية

في حالة البيع مثلاً: يخير الشفيع بين أن يأخذ العقار المبيع بالثمن الذي تم به الشراء الأول أو الثاني، لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة كما قال السرخسي ولأن حق الشفيع سابق على هذا التصرف، فلا يبطل به¹.

2- التصرفات المرتبة لحق الانتفاع

اتفق الحنفية والشافعية والمالكية على جواز نقض ما لا شفعة فيه ابتداءً، كالوقف وجعله مسجداً أو مقبرة، والهبة له، والوصية به².

وقال الحنابلة: تسقط الشفعة إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل طلب الشفعة بهبة أو صدقة أو وقف على معين كمسجد كذا، أو جعله عوضاً عن طلاق أو صلح من دمر عمد ونحوه مما لا شفعة فيه ابتداءً، لأن في الشفعة إضراراً بالموقوف عليه، والموهوب له، ونحوه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، والضرر لا يزال بالضرر، ولا يصح عند الحنابلة تصرف المشتري بعد طلب الشفعة³.

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 834.

2 - المرجع نفسه، ص 834.

3 - المرجع نفسه، ص 834.

ثانيا: نماء المشفوع فيه وزيادته

قد يحدث نمو طبيعي في العقار المشفوع فيه، وقد يحدث المشتري فيه زيادة قبل الحكم بالشفعة فمن هو الأحق بذلك الشفيع أم المشتري، وإذا كان المستحق هو المشتري فهل يعوض عن حقه وما هو التعويض؟

1- النماء الطبيعي:

- إذا نما المبيع في يد المشتري، كأن أثمر الشجر في يده بعد الشراء.

فقال الحنفية: القياس ألا يكون للشفيع، لأنه نما على ملك المشتري وبعلمه، والاستحسان أنه للشفيع لأن الثمر متصل خلقه بالشجر، فكان تبعا له، ولأنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل (الشجر) الحادث قبل الأخذ، كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض، فإن المشتري يملك الولد تبعا للأمر أي يأخذه الشفيع، لأنه مبيع تبعا لأصله.

وقال المالكية: الغلة قبل الشفعة للمشتري، لأنه الضمان عليه، والغلة والخراج بالضمان.

وقال الشافعية والحنابلة: للنماء حالتان:

أ- إذا كان نماء متصلا: كالثمرة غير الظاهرة والشجر إذا تكاثر فهو للشفيع¹، يأخذ المبيع مع زيادته، لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك، كما يتبعه في حالة الرد بالعيب أو الخيار أو الإقالة¹.

ب- وإذا كان النماء منفصلا، كالثمرة الظاهرة والطلع المؤجر، والغلة والأجرة، فهي للمشتري لا حق للشفيع فيها عند الحنابلة، وفي المذهب الجديد للشافعي لأنها حدثت في ملك المشتري، فلا تتبع المبيع، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالقهر، ولا يستحق شيء بغير تراض².

2- الزيادة المحدثة:

- إذا أحدث المشتري زيادة في المبيع بالبناء أو العرس أو الزرع:

أ- ففي حالة الزرع الذي له نهاية معلومة اتفق الفقهاء على أن للشفيع الأخذ بالشفعة ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى أوان الحصاد، وعليه الأجرة عند الحنفية عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد.

- وقال الشافعية والحنابلة: يبقى الزرع بلا أجر على المشتري، لأنه زرعه في ملكه.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص835.

2- المرجع نفسه، ص 835.

ب- وأما في حالة البناء والغرس فللشفيع الأخذ بالشفعة أيضاً، لكن الفقهاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس.

- فقال الحنفية في ظاهر الرواية: إذا بنى المشتري أو غرس فيما اشتراه، ثم قضى للشفيع بالشفعة، كان للشفيع الخيار: 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، لا للشفيع لزوال التبعية بالانفصال، وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً أي مستحق القلع أنقاضاً¹.

- وقال الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) ورأيهم هو الأعدل: إن اختار المشتري قلع الغرس والبناء، لم يمنع إذا لم يكن فيه ضرر إذ لا ضرر ولا ضرار، لأنه ملكه، فيملك إزالته ونقله، ولا يلزمه تسوية الأرض، لأنه غير متعد، وإن لم يختار المشتري القلع، فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة، وبين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء².

والسبب في اختلاف الرأيين كما قال ابن رشد الحفيد: تردد تصرف المشفوع عليه العالم بموجب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغائب، وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس، وذلك أنه وسط بينهما، فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة، ومن غلب عليه شبه التعدي قال: له أن يأخذه بنفسه أو يعطيه قيمته منقوصاً³.

ثالثاً: نقص المشفوع فيه

وإذا نقص المشفوع فيه في يد المشتري، اختلف حكمه باختلاف سبب هذا النقص.

1- إن كان النقص من غير تعد، كانهدام البناء لتصدعه أو لزلزال حدث، وكجفاف الشجر لآفة أصابته لم يكن للشفيع إذا أراد الشفعة إلا أن يأخذ العقار المشفوع بثمنه دون نقص منه في مقابلة ما انهدم من البناء، أو جف من الشجر، لأنهما دخلا في عقد البيع إلا تبعا، وما كان كذلك لا يخصه حصة من الثمن، فإن زال لم ينقص الثمن بسبب زواله، ولكن إذا بقيت أنقاض البناء أو أخشاب الشجر لم يأخذها الشفيع، لأنه لا يأخذها إلا باعتبارها تابعة للعقار، إذ لا شفعة في المنقول، ولا تعتبر تابعة إلا عند اتصالها وإنما يأخذها المشتري لانفصالها عن العقار، ولا

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 836-237.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 837.

3 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ج 2 (ط:6؛ بيروت: دار المعرفة،

1402/1982م)، ص 264.

يأخذها مجاناً، بل تحتسب عليه بحصة من الثمن تتناسب مع قيمتها وقت أخذها ولا يلزم الشفيع حينئذ إلا بدفع الباقي¹.

2- إن كان النقص بتعد: كأن اعتدى على البناء متعد فهدمه، أو على الشجر فقلعه، سواء أكانت المشتري أم غيره، فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن وهي ما يبقى بعد ما يخص البناء أو الشجر، ثم يقوم كذلك عند العقد وقد خلا من البناء أو الشجر، ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى، فتكون هذه النسبة هي نسبة حصة الأرض في الثمن إلى الثمن جميعه.

3- إن كان النقص في هذا العقار المشفوع فيه، أو فيما نص عليه في العقد من تابع له كالزرع في الأرض، فإن الشفيع يأخذ باقي المبيع بحصته من الثمن بالطريقة التي بينها من قبل، سواء أكان ذلك النقص نتيجة اعتداء أم كان من غير اعتداء، فإذا بيعت أرض ما عليها من الزرع "قمح أو شعير أو خضر" وكانت على حافة نهر فأصاب الزرع عند المشتري آفة أهلكته، فإن الشفيع يأخذ باقي المبيع بحصته من الثمن، وذلك بأن يقوم الزرع ثم تنسب القيمة إلى قيمة المبيع كله وقت العقد ثم ينقص من الثمن بقدر تلك النسبة فيأخذ الشفيع بما بقي وتكون الأنقاض للمشتري².

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن أحكام الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

إذا توافرت للشفعة شروط ولم يتحقق سبب من أسباب سقوطها ترتبت عليها آثار والآثار الرئيسي هو تملك الشفيع للعقار والمشفوع فيه بما قام عليه من ثمن ونفقات.

غير أن الملكية لا تنتقل بمجرد التراضي أو بقضاء القاضي، وإنما عند التسجيل العقاري³. وفيما يلي سنوضح هذه الآثار:

أولاً- علاقة الشفيع بالبائع

لقد نصت المادة 804 من القانون المدني على أنه: " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة"⁴.

1 - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص168.

2- المرجع نفسه، ص168-189.

3 - محمد طه البشير وآخرون، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، ج1، (لا: ط؛ لام: لان، لا:ت)، ص 196.

4 - المادة 804 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

1- التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع:

من آثار الأخذ بالشفعة أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سنداً لملكية الشفيع تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع الذي يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع¹.

ويصبح الشفيع مالكا للمشفوع فيه في أربع حالات التي أدلى بها الفقه القانوني:

أ- يملك الحصة المبيعة من تاريخ صدور البيع.

ب- لا يملك الحصة إلا من يوم صدور الحكم النهائي بالشفعة.

ج- يملك الحصة من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وعرض الثمن.

د- يملك الحصة من تاريخ رفع دعوى الشفعة².

إلا أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة التسجيل للعقد والشهر، ومن هنا يحرر المشتري إقرار بتسليمه الشفعة للشفيع وذلك بعقد رسمي أمام الموثق، ويتأكد المحافظ العقاري من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أما إذا لم يقم المشتري بتسجيل عقده، فإن الإقرار بتسليم الشفعة يجب أن يكون موقعا من البائع والمشتري والشفيع، ويكون موثقا، ويجب أن يوقعه المشتري معهما إثباتا لتسليمه بالشفعة، ويسجل هذا الإقرار ويشهر ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل عقد إعلان الرغبة فيها³.

2- التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع:

تعتبر الشفعة رخصة تجيز للشفيع أخذ العقار المبيع متى ثبت حقه في ذلك، وبهذا تقضي المحكمة بثبوت حق الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة، فإن كان العقار تحت يد البائع التزم بتسليمه للشفيع رضاء، أو بتنفيذ حكم الشفعة جبرا عنه، وإن كان العقار تحت يد المشتري⁴. وإذا لم يقم البائع بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، فإنه يكون مسؤولاً عن الإخلال بهذا الالتزام، حتى ولو كان عدم التسليم راجعا إلى سبب أجنبي، ومعنى هذا أن تبعه هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم تكون على عاتق البائع لا الشفيع⁵.

1- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص 590.

2- أحمد أباش، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 326.

3- أحمد خالد، الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 286.

4- أنور طلبة، الشفعة والتحليل لإسقاطها، المرجع السابق، ص 501.

5- أحمد خالد، الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 288.

3- التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع:

نص المشرع في المادة 804 من القانون المدني على أنه: " لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة"¹.

والمستفاد من هذه المادة أنه مادام للشفيع الحلول قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، فمن هذه الحقوق، حق المشتري في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق وفقا لقواعد الضمان، وبالتالي يكون حق الشفيع في هذا الرجوع هو ذات حق المشتري².

4- التزام الشفيع بدفع الثمن إلى البائع:

إن دفع الثمن من قبل الشفيع يعد أثرا من أثار الشفعة وفقا للمادة 801 من القانون المدني وكذلك يلتزم الشفيع بدفع النفقات التي تكبدها المشتري في سبيل الحصول على المبيع والتي يلزمه القانون بتحملها³.

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي لأحكام الشفعة في القانون المدني، وبالتالي عندما نتعرض لهذه المسائل ومنها:

ثانيا: علاقة الشفيع بالمشتري:

تتجلى علاقة الشفيع بالمشتري في مسألتين:

1- تتعلق بتملك الشفيع لثمار العقار المشفوع فيه.

2- تتعلق بحكم بناء أو غراس المشتري في الأرض المشفوع فيها.

وعلى هذا سنقوم بدراسة وتفصيل المسألتين في القانون المدني.

1- لم يتضمن القانون المدني الجزائري نصا يفصل في مشكلة ثمار العقار المشفوع فيه

قبل صدور الحكم بالشفعة، وعلى هذا هناك آراء مختلفة.

أ- الرأي الذي يذهب إلى أن الحكم بالشفعة يعد مقرا وكاشفا عن ملكية الشفيع من وقت

طلب الشفعة على اعتبار المشتري أنه سيء النية، فإذا جنى ثمار العقار المشفوع فيه قبل

إعلانه بطلب الشفعة يملكها لأنه حسن النية وقت الجني، وإذا جنى بعد طلب إعلان الشفعة

فيلزم ردها لأنه كان سيء النية.

1 - المادة 804 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- أنور طلبية، الشفعة والتحليل لإسقاطها، المرجع السابق، ص506.

3- علي هادي لعبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية.(ط:3؛الأردن: دار الثقافة،1432هـ/2000م)، ص153.

ب- الرأي الذي يذهب إلى أن الحكم يقرر حق الشفيع في الملكية من وقت البيع، يرى أن تكون الثمار للشفيع من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، وعلى أساس أنه كان حائز حسن النية.

ج- الرأي الذي يذهب إلى أن الحكم بالشفعة يعد كاشفا لحق الشفيع في الملكية منذ تاريخ رفع الدعوى، أما الثمار التي جناها المشتري حتى تاريخ رفع الدعوى فإنها تكون من حقه لاعتباره حسن النية، وقد نصت المادة 825 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه¹ " ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى"².

2- تنص المادة 805 من القانون المدني على أنه: " إذا بني المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما مبلغ الذي أنفقته أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس"³.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان 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"⁴.

لقد حدد المشرع مصير إقامة المشتري في العقار المأخوذ به بالشفعة من بناء أو غرس أشجار مفرقا في ذلك بين إعلان الرغبة فيها وقبل إعلان الرغبة فيها.

- فإذا قام المشتري بالبناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الرغبة، فليس للشفيع أن يطلب طلب الإزالة للبناء أو الغراس لأن إقامته تمت قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة"⁵.

1- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص295-296.

2 - المادة 825 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3 - المادة 805 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

4 - المادة 805 من القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

5- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص298-299.

- أما إذا قام المشتري بالبناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة، فهنا ليس للمشتري أي أحقية في إقامة بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه بعد الإعلان.

ثالثا : علاقة الشفيع بالغير:

إن تحقق حلول الشفيع في مواجهة البائع والمشتري من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا ينفذ في حق الغير الذين تم التصرف إليهم في العقار المشفوع فيها وترتبت لهم عليه حقوق إلا بتسجيل إعلان الرغبة والمشرع صريح على أن هذا الإعلان لا يكون حجة على الغير، إلا إذا كان مسجلا، وذلك وفقا للمادة 801 من القانون المدني في الفقرة الأولى. ويجب التفريق بين الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة من قبل البائع أو المشتري، وبين الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة من قبل البائع والمشتري وستعرض لذلك فيما يلي:

1- الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في

الأخذ بالشفعة:

أ- الحقوق العينية التي رتبها البائع:

المقصود أنه كل التصرفات التي يربتها البائع من خلال تصرفاته كالبيع للعقار أو رهنه حيازيا، وغيرها من التصرفات قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فهي تسري في حق الشفيع، بشرط أن يكون صاحب هذا الحق -المتصرف إليه- قد شهر حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل المشتري عقد شرائه، فإذا تحقق ذلك كانت هذه التصرفات في حق الشفيع والمشتري¹.

ب- الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

فإذا قام المشتري ببعض التصرفات كالرهن الحيازي للعقار المشفوع فيه، أو رهنا رسميا أو ترتبت عليه حق اختصاص أو امتياز، قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فإن هذا الحق يسري على الشفيع².

1 - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 301-302.

2- المرجع نفسه، ص 300.

2- الحقوق العينية المترتبة على العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

أ- الحقوق العينية التي رتبها البائع

إذا رتب البائع حقوق عينية على العقار المشفوع فيه، ولم تشهر أو تسجل إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة في الشفعة، أي؛ بعد أن سجل المشتري عقد شرائه فإن هذه الحقوق لا تنفذ في حق الشفيع¹.

ب- الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

تعتبر الحقوق العينية التي يربتها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد التسجيل لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، لا تسري في حق الشفيع، ويشترى الشفيع العقار من المشتري بالشروط التي اشترى بها².

نستنتج من هذا المبحث أن حق الشفيع يسقط عندما لا يتخذ هذا الأخير الإجراءات التي رسمها له القانون، أما الآثار المترتبة عند الأخذ بالشفعة، فهي انتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع وعلى اثر انتقال الملكية تترتب عليها علاقات مختلفة بين كل من الشفيع والبائع والمشتري والغير.

1- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص301.

2- المرجع نفسه، ص302.

الختامة

الخاتمة

وفي الأخير قد توصلنا إلى أن أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري تتمثل في النتائج التالية:

1- من خلال تعريف الشفعة سواء بالنسبة للفقه الإسلامي أو القانون المدني الجزائري استنتجنا أنهما متفقان على أنها تمليك المبيع ولو جبرا على المشتري وان الحكمة منها هي دفع الضرر عن الشريك، ولكن موطن الاختلاف بينهما يكمن في تكييف الشفعة حيث وجدنا ان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يكن بينهم أي خلاف في تكييفها فقد اجمعوا على أنها حق كما رأينا، أما بالنسبة لفقهاء القانون فقد اختلفوا حولها فهناك من قال بأنها حق عيني وهناك من قال أنها حق شخصي ورأينا أن القول الراجح هو أن الشفعة ليست لا حقا عينيا ولا حقا شخصيا إنما هي مصدر للحق وهي سبب من أسباب كسب الملكية .

2- واستنتجنا أيضا أن حكم الشفعة هو الجواز حيث تمخض هذا الحكم استثناء للقاعدة العامة أن أصل عقد البيع يقوم على التراضي .

3- أما بالنسبة لشروط الشفعة فقد وجدنا توافق أيضا بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ومن بين أهم نقاط التوافق هي أن تكون الشفعة إلا في العقار، ولاحظنا من خلال هذه الشروط أيضا أن المشرع الجزائري في شرط عدم تجزئة الشفعة ذكر حالتان - حالة تعدد المشتريين مع وحدة العقار وحالة بيع عدة عقارات لمشتري واحد - قد رجع في كلتا الحالتين إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

4- أما في ما يخص إجراءات الأخذ بالشفعة فنجد فرقا بين ما ورد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، فالشريعة الإسلامية لم تشدد كثير بالنسبة لهذه الإجراءات بينما رأينا أن القانون المدني الجزائري جعل لكل إجراء شروط يجب إتباعها من طرف الشفيع وإلا كانت مطالبته لشفعته ليس لها جدوى .

5- أما فيما يتعلق بمسقطات الشفعة سواء بالنسبة للفقه الإسلامي أو القانون المدني فإنها تسقط بعدم استقفاء تلك الشروط المنصوص عليها في كل إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة بالنسبة للقانون المدني أو الفقه الإسلامي .

6- أما عن الأثر الرئيسي الذي يترتب على أحكام الشفعة فهو بصفة عامة في الفقه الإسلامي أو القانون المدني الجزائري هو انتقال الملكية إلى الشفيع بعد التزامه بدفع الثمن إلى البائع .

7- ومن أهم ما تبين لنا في نهاية دراستنا لموضوعنا هذا أن كل أحكام الشفعة في القانون المدني الجزائري مستمدة من الفقه الإسلامي والذي يعتبر المصدر الأصلي والتاريخي للشفعة .

التوصيات

- جعل الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريعات الوضعية.
 - القيام بمزيد من الدراسات حول أحكام الشفعة .
 - الإهتمام أكثر بهذا الموضوع خاصة من قبل الطلبة .
- وأخيرا هذه الدراسة ماهي إلا جهد بشري لا يخلو من الأخطاء فإن أخطأنا فمن الشيطان وإن أصبنا فمن الله وحده وهو المستعان ، وعليه قصد السبيل.
- هذا ونسال الله عز وجل التوفيق والسداد في هذا البحث المتواضع .

والحمد لله رب العالمين

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم برواية ورش

أولاً: كتب الحديث

- 1) الألباني: محمد ناصر الدين، سنن الترمذي. ط:1؛ الرياض: مكتبة المعارف، د.ت.
- 2) البخاري: محمد بن إسماعيل، ط1بيروت دار ابن الكثير 1432هـ 2002م.
- 3) البيهقي: أبي بكر، احمد بن الحسين بن علي، السنن الكبير. تحقيق: د عبد السند حسن يمامة. ج12. ط:1؛ القاهرة: دار الهجر، 1432هـ/2011م
- 4) بن يزيد بن ماجة: محمد، سنن بن ماجة. تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني. ط:1؛ الرياض: مكتبة المعارف، د.ت.

ثانياً: المعاجم والقواميس

- 5) ضيف: شوقي، المعجم الوسيط. ط:4 القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م.
- 6) أبو عمر: شهاب الدين؛ القاموس الوافي. مراقبة وتصحيح: يوسف البقاعي. ط:1؛ بيروت: دار الفكر، 1824هـ/2003م.
- 7) الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط. تحقيق: محمد نعيم الوقسوسي، ط:8؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426هـ/2005م.
- 8) ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب. الجزء 25. لا. ط؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت.

ثالثاً: الكتب

- 9) أباش: احمد، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي. ط:1؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2008 م.
- 10) بصمة جي: سائر، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الإسلامي. ط:1؛ دمشق: الصفحات للنشر والتوزيع، 2009 م.
- 11) تقيّة: عبد الفتاح، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي. لا. ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1998م
- 12) الجزائري: أبو بكر جابر، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وعبادات ومعاملات. ط:2؛ الجزائر: دار الكتاب الحديث، د.ت.

- 13) خالدى : اءمء، الشفةة بىن الشرىعة الإسلامىة والقانون المءنى الءزائرى. ط: 2 ؛
الءزائر: ءار هومة، 2008م.
- 14) الءففى: على، أءكام المعاملات الشرىعىة. لا. ط؛ القاهرة: ءار الفكر العربى،
1429هـ 2008 م.
- 15) الءهبى : الإمام شمس الءىن محمد بن اءمء بن عثمان، سىر أعلام النبلاء. ط: 3؛
بىروت: مؤسسه الرساله، 1405هـ 1985م.
- 16) الءهلى : وهبه، الفقه الإسلامى وأءلته. ج 5. ط: 2؛ ءمشق: ءار الفكر، 1405هـ
1985م.
- 17) سابق : السىء، فقه السنة، ج3. لا.ط؛ القاهرة: ءار الفءء للإعلام العربى، ء. ء.
- 18) سعد : نبىل إبراهىم، الءقوق العىنىة الأصلىة أءكامها_مءاءرها. لا.ط . الإسكندرىة:
منشاء المعارف، 2002 م .
- 19) أبو السعود : رمضان، الوءىز فى الءقوق العىنىة أءكامها ومءاءرها الءقوق العىنىة
الأصلىة. ل. ق بىروت: منشرات الءلبى الءقوقىة، 2002م.
- 20) أبو السعود : رمضان، الوءىز فى الءقوق العىنىة أءكامها ومءاءرها لا. ط.
الإسكندرىة: ءار المءبوعاء الءامعىة، 2003 م.
- 21) السنهورى : عبء الرزاق، الوسىط فى شرح القانون المءنى الءىء أسباب كسب الملكىة
مع الءقوق العىنىة الأصلىة المءفرعة عن الملكىة ءق الارئاق. ج9. ط: 2: بىروت: منشرات
الءلبى الءقوقىة، 2000م.
- 22) الشىءان : سلىمان ءوسف، مسقطاء الشفةة فى الفقه الإسلامى والقانون المءنى. ط:
1؛ الأردن: ءار الءلىء، 1431هـ 2010م.
- 23) ابن الطاهر: الءبىب، الفقه المالكى وأءلته. ج5. ط: 1؛ بىروت: مؤسسه المعارف،
1430هـ/2009م.
- 24) طلبة: أنور، الشفةة والءللل لإسقاطها. لا. ط؛ م: المءكب الءامعى الءءىء،
2004م.
- 25) طلبة: أنور، الوسىط فى القانون المءنى. ج5. لا.ط؛ الازارىطة: المءكب الءامعى
الءءىء، 2001م.

- 26) طه البشير: محمد وآخرون ، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية الأصلية _
الحقوق العينية التبعية. ج1. لا. ط؛ م: لا. ن، لات.
- 27) عاشور: احمد عبس، الفقه الميسر في العبادات والمعاملات. لا. ط؛ القاهرة: مكتبة
القران، 1984م.
- 28) عبد الحلیم عبد المجید عبد الباری: رضا، الوجیز فی الملكية والحقوق العينية
التبعية. لا. ن، د. ت.
- 29) عرفة: السيد عبد الوهاب، الوجیز فی الشفعة لكسب الملكية فی العقار. لا. ط؛
الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، د. ت.
- 30) علام: حسن، قانون الإجراءات المدنية. ط: 2؛ الجزائر: الشركة الوطنية، د. ت.
- 31) الغزالي: أبي حامد، الوجیز فی فقه الإمام الشافعي. تحقيق: علي معوض وعادل
عبد الموجود. ج1. ط: 1؛ بيروت: شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1418هـ/1997م.
- 32) القرطبي: محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد.
ج2. ط: 6؛ بيروت: دار المعرفة، 1402هـ/1982م.
- 33) القيرواني: أبي محمد عبد الله بن أبي زيد، الرسالة الفقهية. تحقيق: د. الهادي حمو،
9د. محمد أبو الأجنان، ط: 18؛ بيروت: دار العرب الإسلامي، 1406هـ/1986م.
- 34) الكاساني الحنفي: علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع.
ج5. ط: 2؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1349هـ/1974م.
- 35) كيرة: حسن، الوجیز فی أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها
ومصادرهما. لا. ط؛ القاهرة: منشأة المعارف، 1998م.
- 36) لعبيدي: علي هادي، الوجیز فی شرح القانون المدني الحقوق العينية. رط. 3؛ الأردن:
دار الثقافة، 1432هـ/2011.
- 37) المالكي: جمال الدين بن عمرو بن حاجب، جامع الأمهات. تحقيق: أبو عبد
الرحمان الأخضرى. ط: 2؛ بيروت: اليمامة، 1431هـ/2000م.
- 38) منصور: محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها.
أسباب كسب الملكية. لا. ط؛ القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003م.

رابعاً: النصوص القانونية

38- القانون رقم 75-158 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 31، السنة 2007، 13 ماي 2007).

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	الآية أو شطرها - السورة ورقمها
سورة البقرة [02]		
29	235	﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به...﴾
سورة الجاثية [45]		
أ	26	﴿ولله ملك السموات والأرض...﴾

فهرس الاحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
10	إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
09	الجار أحق بسقبه
10	الشفعة في كل شرك
20	الشفعة كحل العقال
08	قضى النبي ﷺ بالشفعة
08	قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك
09	قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم
15	لا شفعة إلا في دار أو عقار

فهرس الأثر

رقم	الراوي	طرف الأثر
09	إبراهيم بن المنذر ت 236هـ	اجمع أهل العلم على إثبات الشفعة ..

فهرس الأعلام المترجم لهم

رقم الصفحة	الاسم
09	إبراهيم بن المنذر
08	جابر بن عبد الله ت 78 هـ
09	أبو رافع
06	أبو عمر بن احمد بن محمد بن قدامه ت 607 هـ
15	أبو هريرة الدوسي اليماني ت 57 هـ

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	ملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية
	قائمة الرموز والإشارات المستخدمة في البحث
	شكر وتقدير
أ	المقدمة
4	المبحث التمهيدي: مفهوم الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
5	المطلب الأول: تعريف الشفعة والحكمة منها
5	الفرع الأول: تعريف الشفعة والحكمة منها في الفقه الإسلامي
5	أولاً: تعريفها
6	ثانياً: الحكمة من الشفعة
6	الفرع الثاني: تعريف الشفعة وتكييفها في القانون المدني الجزائري
6	أولاً: آراء الفقهاء القانونيين في تعريف الشفعة
7	ثانياً: قانوناً
7	ثالثاً: تكييفها القانوني
8	المطلب الثاني: حكم الشفعة وأركانها
8	الفرع الأول: حكم الشفعة وأركانها في الفقه الإسلامي
8	أولاً: حكم الشفعة في الفقه الإسلامي
9	ثانياً: أركانها في الفقه الإسلامي
11	الفرع الثاني: حكم الشفعة وأركانها في القانون المدني الجزائري
11	أولاً: حكم الشفعة في القانون المدني الجزائري
11	ثانياً: أركانها في القانون المدني الجزائري
14	المبحث الأول: أحكام الأخذ بالشفعة
15	المطلب الأول: شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
15	الفرع الأول: شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي

15	أولاً: أن تكون الشفعة في العقار
15	ثانياً: أن تكون الشفعة بعقد معاوضة صحيح
6	ثالثاً: أن يكون الشفيع شريكا
6	رابعاً: أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه وقت البيع
6	خامساً: عدم رضا الشفيع بالبيع
16	الفرع الثاني: شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري
7	أولاً: الشفعة لا تكون إلا في العقار
18	ثانياً: عدم تجزئة الشفعة
20	المطلب الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
20	الفرع الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي
20	أولاً: طلب الموائبة
20	ثانياً: طلب التقرير
21	ثالثاً: طلب الخصومة والتمليك
21	الفرع الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري
22	أولاً: مرحلة الإنذار الرسمي
23	ثانياً: إعلان الرغبة في الشفعة
24	ثالثاً: إيداع الثمن
24	رابعاً: رفع دعوى الشفعة
27	المبحث الثاني: المسقطات والآثار المترتبة عن أحكام الأخذ بالشفعة في الإسلام والقانون المدني الجزائري
28	المطلب الأول: مسقطات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
28	الفرع الأول: مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي
28	أولاً: بيع الشفيع ما يشفع به من عقار قبل أن يقضى له بالشفعة
28	ثانياً: تسليم الشفعة أو الرغبة عنها بعد البيع
29	ثالثاً: ضمان الدرك

29	رابعاً: تجزئة المشفوع فيه
30	خامساً: موت الشفيع
31	الفرع الثاني: مسقطات الشفعة في القانون المدني الجزائري
32	أولاً: إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع
32	ثانياً: إذا مرت سنة من يوم تسجيل البيع
32	ثالثاً: الأحوال التي نص عليها القانون
33	رابعاً: سقوط الحق في الشفعة
34	المطلب الثاني: آثار الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
34	الفرع الأول: آثار الشفعة في الفقه الإسلامي
34	أولاً: العقود والتصرفات
35	ثانياً: نماء المشفوع فيه وزيادته
36	ثالثاً: نقص المشفوع فيه
37	الفرع الثاني: آثار الشفعة في القانون المدني الجزائري
37	أولاً: علاقة الشفيع بالبائع
39	ثانياً: علاقة الشفيع بالمشتري
41	ثالثاً: علاقة الشفيع بالغير