

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل
المعهد الوطني للقضاء
مديرية التربصات



مذكرة التخرج تحت عنوان

الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون
المدني الجزائري

من إعداد الطالب القاضي:
مكان التبرص:

عـيـشـور
مجلس

علي
قضاء المدينة

الدفعة الثانية عشر

2004-2001

مقدمة:

الأصل أن الإنسان حر في تملك ما شاء من أموال منقولة أو عقارية ، وعلى هذا كانت له الحرية التامة في التصرف فيما يملك ، متى كان تصرفه في إطار مشروع .
غير أن معضلة الشفعة ، تكمن في كونها تمثل قيذا خطيرا على حرية التملك ، حرية التصرف والتعاقد. فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبرا عن التخلي على العقار الذي اشتراه كما يجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر، غير الذي باع له، وفي الوقت نفسه يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش بنوده ولا شروطه، ولم يشترك حتى في إنعقاده .

وهذه الطبيعة الخاصة للشفعة كان لها انعكاس واضح وعميق على تحديد أحكامها ، سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون ، فنجد أن المشرع قد أحاط الشفعة بمجموعة من القيود الاجرائية والموضوعية وقد أدى هذا إلى كثير من التعقيدات في الميدان العملي ، فبمجرد استقراءنا للنصوص التشريعية ، نلاحظ أن المشرع قد وضع الضوابط اللازمة لاستعمال هذا الحق، وحدد الجزاءات المترتبة على مخالفتها . كما أن القضاء حاول معالجة هذا الموضوع في كل مناسبة كان يعرض عليه فيها هذا الموضوع ، ونظرا لعدم إطلاع الكثير من المتقاضين على أحكام وإجراءات الشفعة من جهة، وعدم إحترام هذه الإجراءات عمليا من جهة أخرى ، حاولت أن أعالج هذا الموضوع للوقوف على الصعوبات والمشاكل التي تشغل بال الكثير سواء كانوا قضاة أو متقاضين .

وعلى هذا ، وقع في اعتقادي أن الأسلوب الأمثل لدراسة الشفعة ، يجب أن يكون مصدرها أي الشريعة الإسلامية ، ثم مادتها العلمية الأولية والأساسية ، أحكام الفقه والقضاء للتغلب على الصعاب والمشاكل التي تعرض في هذا المجال خاصة وأن الكثير من المتقاضين تضع حقوقيهم بسبب جهلهم لإجراءات الشفعة ، وهنا يظهر بصورة جلية دور الدفاع العامل في المجال القانوني ، والذي عليه توجيه المتقاضين للاتجاه السليم والذي لا يتحقق إلا بالاطلاع الواسع على التراث الإسلامي والقانوني بخصوص مادون في موضوع الشفعة.

وقد ثار جدل كبير في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للشفعة ، هل هي حق عيني أم شخصي ؟ أم أنها ليست أصلا بحق ، بل هي مجرد سبب من أسباب كسب الملكية العقارية على عكس الشريعة الإسلامية التي أجمع فقهاؤها على أنها حق .

كما أثار الخلاف حول وقت إعلان الرغبة في الشفعة في الشريعة الإسلامية ، عكس القانون المدني الذي حسم موقفه .

كما أن التساؤل حول وقت حلول الشفع محل المشتري ، طرح خلاف بين الشريعة والقانون ، فهل يكون الحل من وقت عقد البيع ؟ أم من وقت إعلان الرغبة ؟ أم من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة ؟

وجدير بالذكر ، أن المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى الشفعة لأنه لم يعرفها ولم يعمل بها ، عكس القانون المدني الجزائري الذي نص على الشفعة ، وخصها بمواد مبينة وواضحة ، لذا فالسؤال مطروح في هذا الصدد يتعلق بمحاولة معرفة مصدر الشفعة في القانون المدني هل هو الشريعة الإسلامية ؟ أم غير ذلك ؟ وهل أن المشرع إختلف أم إتفق مع أقرته الشريعة الإسلامية بخصوص الشفعة ، طبيعتها ، شروطها ، إجراءاتها ، وأثارها ؟ وللإجابة على هذا السؤال المحوري وما يثار بشأنه ، سنحاول معالجة موضوع الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء الخطة الإتي بياها :

الخطوة:

الفصل الأول: ماهية الشفعة
المبحث الأول: الشفعة كسبب لكسب الملكية العقارية .

المطلب الأول : مفهوم الشفعة.

الفرع 1 : تعريف الشفعة

الفرع 2 : دليل مشروعية الشفعة

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للشفعة.

الفرع 1 : تكييف الشفعة.

الفرع 2 : خصائص الشفعة

المبحث الثاني: شروط الأخذ بالشفعة

المطلب الأول: بيع العقار

الفرع 1 : بيع العقار ، الأصل فيه، جواز الأخذ بالشفعة.

الفرع 2 : البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة.

المطلب الثاني: وجود الشفيع.

الفرع 1 : من هو الشفيع؟

الفرع 2 : تزامم الشفعاء؟

الفصل الثاني : إجراءات وأثار الشفعة.
المبحث الأول : كيفية الأخذ بالشفعة .

المطلب الأول : إجراءات الشفعة.

الفرع 1 : إعلان الرغبة في الشفعة.

الفرع 2 : إعلان الثمن لدى الموثق

المطلب الثاني: دعوى الشفعة

الفرع 1 : رفع الدعوى.

الفرع 2 : الحكم الفاصل في دعوى الشفعة.

المبحث الثاني : أثار الشفعة.

المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع.

- الفرع 1 : حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة
- الفرع 2 : حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.
- المطلب الثاني : العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة.
- الفرع 1 : علاقة الشفيع بالبائع.
- الفرع 2 : علاقة الشفيع بالمشتري.
- الفرع 3: علاقة الشفيع بالغير.

الخاتمة:

الملحق:

المراجع:

الفصل الأول : ماهية الشفعة

قبل الغوص في دراسة الشفعة، باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، ومحاولة معرفة نقاط التوافق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، لابد من التطرق إلى بيان مفهوم الشفعة وشروط الأخذ بها.

وعلى هذا سنخصص دراستنا في هذا الفصل على ماهية الشفعة، فنبرز في المبحث الأول الشفعة كسب لكسب الملكية ، أما المبحث الثاني فنتناول فيه شروط الأخذ بالشفعة.

المبحث الأول : الشفعة كسبب لكسب الملكية العقارية.

المطلب الأول : مفهوم الشفعة.

سنحاول من خلال هذا المطلب التعرف على الشفعة ودليل مشروعيتها في الشريعة الإسلامية

والقانون المدني .

الفرع الأول : تعريف الشفعة.

أولا لغة:

الشفعة، بضم السين وتسكين الفاء ، لفظ مأخوذ من الشفع وهو الضم أي ضد الوتر، وقد جاء في المصباح المنير للفيومي في مادة شفع ، قوله " شفعت الشيء شفعا من باب نفع أي ضمته إلى الفرد وشفعت الركعة أي: جعلتها اثنين ، ومن هنا إشتقت الشفعة." (1)

وقد عرفت الشفعة كذلك على أنها مأخوذة من الفعل شفع ، وهو يطلق إطلاقين : فيطلق بمعنى - ضم- ومنه الشفع بمعنى الزوج ، لأن كل واحد ضم إلى الآخر، ويطلق بمعنى -زاد- ومنه شاة شافع، إذا كان معها ولدها لأنه زاده ، والشفعة يصح أن تؤخذ من شفع بمعنى -ضم- لأن الشفيع يضم العقار المبيع إلى ملكه ، ويصح أن تؤخذ من شفع بمعنى -زاد- لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة. (2)

ثانيا اصطلاحا :

أ) في الشريعة الإسلامية : عرفها الحنفية على أنها حق تملك العقار المبيع جبرا عن المشتري بما قام عليه ، من ثمن وتكاليف، (أي النفقات التي أنفقها) لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار، فالشفعة عند الحنفية تثبت للجار والشريك. (3)

أما جمهور الفقهاء غير الحنفية ، فقد عرفها على أنها إستحقاق. شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار ، بثمنه أو قيمته، بصيغة وبعبارة أخرى فهي : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض. (4) ويرى الجمهور بأن الشفعة حق للشريك فقط دون الجار.

¹ - الدكتور: رمضان أبو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية-ص 244 دار الفكر العربي طبعة 1986

² -المرجع السابق ص 245

³ -المحقق: محمد أمين المشهور بابين عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، جزء 6

كتاب الشفعة ص 219 دار الفكر بيروت 1989

⁴ -العلامة : أحمد بن محمد بن أحمد الدردير،الشرح الصغير على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك جزء 5 ص 310 — دار المعارف — مصر

وقد عرف الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه الشفعة على أنها حق الشريك أو الجار في تملك العقار المبيع بالثمن الذي تم البيع به جبرا عن البائع والمشتري⁽¹⁾. فكل هذه التعاريف تصب في مفهوم واحد للشفعة ألا وهو كونها حق تملك الشفيع للعقار جبرا وهو العنصر الجوهرى والمميز للشفعة، ومن ثمة دفع الثمن والمؤن والتكاليف للمشتري وهو مقابل التنازل على العقار⁽²⁾.

ب) في القانون المدني الجزائري:

جاء تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني وهو النص المطابق للمادة 935 من القانون المدني المصري وكذا المادة 939 من التقنين المدني الليبي ، وقد نصت المادة 794 من القانون المدني السالفة الذكر على أن: "الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية."

ويستخلص من هذا التعريف أن الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية ، إذا ما أستعملها الشفيع لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع ، الذي يحل محل هذا المشتري بشروط سيتم بيانها لاحقا .

ولهذا فالشفعة لا تكون بحسب المادة إلا في بيع العقار، ويسمى، العقار المشفوع فيه ومن شفيع وهو طالب الشفعة ، وقد عين القانون أحواله ومن مشتر هو المشفوع منه والذي يحل محله الشفيع، والبائع، وعقارا مشفوعا به وهو العقار الذي يملكه الشفيع والذي يستند إليه في طلب الشفعة لضمه إلى العقار المشفوع فيه .

والملاحظ مما سبق أن المصدر التاريخي الذي أستند وأستمد منه المشرع الشفعة وأحكامها هو الشريعة الإسلامية ومن رأي الجمهور تحديدا ، لأن المشرع الفرنسي لم يعرف الشفعة ولم يبين أحكامها⁽³⁾

الفرع الثاني : دليل مشروعيتها.

تستمد الشفعة في الشريعة الإسلامية دليل مشروعيتها من السنة وإجماع علماء المسلمين على جواز الأخذ بها، فقد ثبتت الشفعة بقضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بها، إذ روي في الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قوله: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما ينقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) متفق عليه⁽⁴⁾.

¹ -الدكتور : محمد رواس قلعي موسوعة فقه الإمام علي بن أبي طالب ص143 دار الفكر سوريا — دمشق — الطبعة الأولى 1983

² - الدكتور : رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 249 .

³ - الأستاذ : لغوم مصطفى الشفعة في القانون المدني — مجلة الموثق ص العدد 06 سنة 1999.

⁴ -الشيخ: أبو بكر جابر الجزائري منهاج المسلم ص 379 دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة الطبعة الاولى 1981.

- كما روى بن أبي ملكية عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (الشريك شفيع والشفعة في كل شيء).⁽¹⁾

وكذا حديث أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " الجار أحق بصقبة " متفق عليه ⁽²⁾.
وروي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد قضى بالشفعة في الدين ، وبه قال أشهب من أصحاب الإمام مالك ⁽³⁾.

فمن خلال هذه السنن الفعلية والقولية للنبي -صلى الله عليه وسلم- تتجلى مشروعية الشفعة وجواز الأخذ بها وبذلك عمل الصحابة والخلفاء الراشدون عليهم رضوان الله، إذ قضى بها الكثيرون، ومنهم الإمام علي بن أبي طالب -كرم الله وجهه- والخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه⁽⁴⁾.
أما في القانون الجزائري فنجد أن الشفعة جار بها العمل، وقد نظمها المشرع في القانون المدني وفي نصوص خاصة أخرى .

فقد أوردها المشرع في القانون المدني في الباب الأول المتعلق بحق الملكية الواقع في الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية ، إذ نجدها في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق اكتساب الملكية⁽⁵⁾، وخصها بنحو أربع عشرة مادة، بدءا من نص المادة 794 إلى غاية 807 من نفس القانون.

كما نجدها منظمة في إطار نصوص خاصة أخرى، منها :

1- القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي

الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، إذ منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية، وقد حددت المادة 24 هذا الحق .

¹ - الإمام : محمد بن أحمد بن رشد القرطبي بداية للمجتهد ونهاية المقتصد ص200 الجزء 02 دار الشريعة ، الجزائر .

² - الإمام : ابن رشد القرطبي المرجع السابق ص 254

³ - الإمام : ابن رشد القرطبي المرجع السابق ص 341

⁴ - الدكتور: محمد رواس قلعجي المرجع السابق ص 341

⁵ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

ف نجد أن المادة 62 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 تنص على مايلي: " تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من القانون 19/87 المؤرخ في 08/12/1987 " (1).

2- قانون التوجيه العقاري: 25/90 المؤرخ في 18/11/1990

تم النص على استكمال حق الشفعة في ظل هذا القانون من خلال المادتين 52 و 71 فالأولى تتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات الفلاحية ، أما المادة الثانية فتتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء.

وما يمكن قوله حول هذا القانون ، هو منحه حق ممارسة الشفعة للدولة ، رغم أنها ليست مالكة ولا صاحبة حق إنتفاع، وتمارس الدولة حق الشفعة عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

فقد جاء في نص المادة 52 من القانون 25/90 أنه في جميع الحالات الأخرى التي يعمد فيها لإجراء البيع لهاته الأراضي ، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم بشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني.

أما نص المادة 71 من القانون 25/90 فقد أعطى للدولة والجماعات المحلية الأسبقية والحق وأنزلهما المرتبة الأولى قبل أصحاب الحقوق الذين نص عليهم القانون المدني في المادة 795 ، إذ حولت المادة للدولة أو الجماعات المحلية ممارسة حق الشفعة، في حالة ما إذا أراد أصحاب الحقوق العقارية التنازل عنها، وهذا دون حاجة من الدولة أو الجماعات المحلية لإستعمال إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، طالما أنها تقوم بإنجاز مشروع في إطار المصلحة العامة وتمارس امتيازات السلطة العامة.

والملاحظ أن المادة السالفة الذكر نصت على أن الدولة أو الجماعات المحلية تمارس حق الشفعة بواسطة مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم ، غير أنه لم يصدر بعد. (2)

¹ - القانون 19/87 المؤرخ في 08/12/1987 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

² - الطالبة : لويشي نجاة - الشفعة وتطبيقها في الميدان العملي - ص 27 ، مذكرة نهاية التخرج 2001 .

03 - الأمر 105/76 مؤرخ في 1976/12/09 والمتضمن قانون التسجيل.

تضمن القسم الرابع من هذا الأمر حق الشفعة، لاسيما المادة 118 منه، حيث جاء فيها: "تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الإستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف مع دفع مبلغ الثمن، مازادا فيه العشر" 10/1 " لذوي الحقوق وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 وخلال أجل ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح، ويبلغ قرار إستعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط وإما برسالة موصى عليها مع الإشعار بالإستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة".

فالملاحظ هنا أن الإدارة المالية لها حق ممارسة الشفعة في الأملاك العقارية التي تم التصريح بها، إنطلاقا من أثمان على وجه التبرع ومن ثمة فهذه المادة جاءت من أجل الحد من التلاعب والتهرب الضريبي الذي يقوم به الأفراد لاسيما في البيوع العقارية ، ولمنع الأفراد من تقديم تصريحات كاذبة لإدارة التسجيل⁽¹⁾.

4 - المرسوم التشريعي 93/03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

تنص المادة 23 من المرسوم على ما يلي : " إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها، أجزاء، يستفيد الشاغل القانوني للجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه ، وتبين بدقة نية البيع على الخصوص ثمن البيع المطلوب، كما يجب أن تبلغ برسالة موصى عليها مع وصل إستلام إلى الشاغل الذي يتعين عليه أن يجيب خلال أجل لا يمكن أن يتجاوز شهرا واحدا، ويصبح حق الشفعة دون أثر، إذا إنقضى هذا الأجل".

نلاحظ أن المشرع هنا مكن المستأجر من ممارسة حق الشفعة، وهو خروج عند القاعدة العامة، غير أن الإيجار لا بد أن يكون بين شخص معنوي هو المؤجر وشخص آخر يسمى بنص المادة الشاغل القانوني.

وعلى هذا الأساس فإن الشاغل القانوني يمكن أن يحتج بالشفعة أمام دواوين الترقية والتسيير العقاري التي يمكن لها أن تؤجر الأملاك العقارية التابعة لها، سواءا كانت محلات سكنية أو مهنية، طبقا

للمرسوم 147/76 المؤرخ في 23.10.1976 المتضمن العلاقات بين المؤجر والمستأجر لحل محل للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري⁽¹⁾ .

وما تجب الإشارة إليه هو أن هذه القوانين لا تعيننا في هذه الدراسة إذ سنركز دراستنا على ما جاءت به نصوص القانون المدني ، وحسب ، ونترك مجال دراسة الشفعة بموجب هذه القوانين والمراسيم لمباحث آخر.

المطلب الثاني : طبيعتها القانونية.

من خلال هذا المطلب سنحاول معرفة تكييف الشفعة أو الطبيعة القانونية لها ، فنرى كيف اعتبرتها الشريعة الإسلامية وكيف كيفها الفقهاء القانونيون وموقف المشرع من كل هذا ، من خلال نصوص القانون المدني ثم نتطرق بعدها إلى خصائص الشفعة ، لنحاول معرفة مميزاتها .

الفرع الأول : تكييف الشفعة.

جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق جملة من المقاصد ، ومن أهمها حفظ المال ، لذا فقد كان من الأصول الثابتة شرعا، أن مال الإنسان لا يتبرع به ، إلا برضاه ولما كان الرضا بين البائع والمشتري ليس شرطاً للأخذ بالشفعة ، فإنها تعد بذلك إستثناء من عموم الأصول الثابتة في التراضي في عقد البيع، وقد شرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشريك عند الجمهور - عدا الحنفية - .

وقد إعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الشفعة والأخذ بها بمثابة شراء مبتدأ أي جديد يستحقها الشفيع بعد البيع ، فيثبت بها ما يثبت بالشراء ، كالرد بخيار الرؤية و العيب⁽²⁾ .

أما في الفقه القانوني ، فقد ثار جدل كبير حول الطبيعة القانونية للشفعة، أي: عكس فقهاء الشريعة الإسلامية ، لذا فقد تساءل الكثير من فقهاء القانون عن الطبيعة القانونية للشفعة ، فهل هي حق شخصي ؟ أم حق عيني ؟ أم هي مجرد رخصة ؟ أم أنها سبب من أسباب كسب الملكية ؟

في هذا الإطار هناك من اعتبر الشفعة حقا شخصيا ، معنى ذلك أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية لحماية حق عيني و إنما يباشر دعوى شخصية لحماية حق شخصي لصيق به ، و هو حقه في أن يصير مشتريا بالأفضلية ، و هذا الحق لا يورث عنه و لا تجوز حوالة، كما لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوه باسمه⁽³⁾.

¹ - الطالبة لويشي نجاة - المذكرة السابقة ص 25.

² - د/ وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته - الجزء الخامس - ص 795 - دار الفكر دمشق - الطبعة الثانية 1985

³ - د/ محمد خيال - الحقوق العلمية الأصلية - ص 177 - جامعة القاهرة 1992

- و هناك من اعتبر الشفعة طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، أي: رخصة استثنائية تؤدي إلى تقييد حرية التصرف و التعاقد و على هذا النحو، فهي ليست حقا عينيا أو شخصا إذ لا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا عينيا ، فالشفعة من الحقوق الترخيضية أو المنشئة، تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري.⁽¹⁾

- و يرى الأستاذ : أنور طلبة ، أن الشفعة هي رخصة، أي خيار للشفيع ، فله أن يأخذ بها أو أن يتركها، و من ثم فلا يكره عليها ولا تجوز إلا في العقار، و متى ثبت الحق فيها، تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري ، بموجب حكم صادر من القضاء يعتبر عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة⁽²⁾.

غير أن الأستاذ السنهوري يرى بأن الشفعة ليست بحق عيني و لا بحق شخصي ، بل هي ليست بحق أصلا ، و إنما هي سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على عقار ، كحق الانتفاع مثلا ، لأن الفرق واضح بين الحق نفسه و بين سبب من أسباب كسبه فالشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية، فهي واقعة مركبة اقترن فيها الشيوع أو الصلة المادية القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، وبيع العقار المشفوع فيه وهي بالنسبة للشفيع واقعة مادية أخرى، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد. فهذه الوقائع المتسلسلة والمركبة، الغلبة فيها، للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية ، فأمكن القول أن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص، استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة بعد إعلان رغبته في ممارسة الشفعة حيث يكون للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع فيه، فالشفعة هي رخصة، وتتولد هاته الرخصة في التملك بقيام المركز القانوني، حيث تحول هاته الرخصة للشفيع الحق في أن يملك العقار المشفوع فيه بإرادته متى تهيأت أسبابه بإجماع وقائع مادية معينة، فلا يكون للشفيع حق الملك بل الحق في أن يملك هذا العقار، ثم يتحول حقه في أن يملك العقار المشفوع فيه إلى حقه في ملكية هذا العقار وذلك عن طريق حله محل المشتري⁽³⁾.

من خلال ما سبق ذكره من آراء حول تكييف الشفعة، يمكن القول، أن الرأي الراجح هو رأي الأستاذ السنهوري، من أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا شخصا ، وإنما هي واقعة مادية مركبة

¹ - د / نبيل إبراهيم سعد - الشفعة علما و عملا - ص 08 09 منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة 1997

4-المستشار : أنور طلبة - الوسيط في القانون المدني - جزء الثالث ص 178 جامعة القاهرة 1992 .

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء التاسع- ص 474 - دار النهضة العربية- القاهرة 1968.

وسبب من أسباب كسب الملكية، كما أنها تعد مصدرا للحق. وهذا الرأي ما حذا حذوه المشرع من خلال نص المادة 794 من القانون المدني، إذ إعتبر الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري وتتطلب إتباع إجراءات دقيقة حددها القانون .

وما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء الشريعة، إعتبروا أن الشفعة هي حق تملك جبري يثبت للشفيع فيما ذهب القانون المدني إلى إعتبار الشفعة رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري. لذا فالإختلاف واضح في تكييف الشفعة بين الشريعة والقانون المدني.

الفرع الثاني : خصائص الشفعة

لقد سبقت الإشارة إلى أن الشفعة وسيلة لاكتساب حق الملكية بشروط حددها القانون، ونظرا لكونها رخصة تهيئ مركزا قانونيا للشفيع، فإنها تتميز بجملة من الخصائص، ونظرا لكون الشريعة الإسلامية هي مصدر الشفعة، وهي الأساس الذي أخذ منه المشرع النصوص المنظمة لها في القانون المدني، فإنها تشترك وتتماثل في الخصائص والمميزات، وسنحاول في هذا الفرع التطرق إلى أهم خصائص الشفعة في القانون ومطابقتها لما جاء في الشريعة الإسلامية .

01 - الشفعة واردة على سبيل الإستثناء:

من الأصول الثابتة شرعا وقانونا أن الأصل في العقود هو الرضائية، غير أن الشفعة تعد خروجاً عن القاعدة العامة ، وبذلك فهي إستثناء لما فيها من تقييد لحرية التعاقد⁽¹⁾، فبسبب الشفعة يجد المشتري نفسه مجبراً على التخلي عن العقار الذي اشتراه ، ويحل محله شخص آخر، لم يشأ البائع أن يبيعه العقار .

وقد نجد أن البائع قد عامل المشتري حين إبرم عقد البيع معاملة ممتازة من حيث شروط البيع أو من حيث الثمن، لإعتبارات خاصة موجودة بينهما، فيستفيد الشفيع بذلك من هذه المعاملة حتى وإن كانت لا توجد هذه الإعتبارات بالنسبة إليه، ولهذا لا يجب التوسع في نصوص الشفعة، وهو ما فعله المشرع من خلال النصوص المنظمة للشفعة والمضمنة بالقانون المدني، إذ نجد المادة 798 منه، تنص على أنه لا شفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الحواشي إلى غاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار إلى غاية الدرجة الثانية. كما أن المشرع قلص من مدة المطالبة بالشفعة وإلا سقطت. والملاحظ في هذا المقال ، أن الشريعة الإسلامية طابقت القانون في هذه الخاصية .

02 - الشفعة لا ترد إلا على العقار.

لقد قررت المذاهب الأربعة أنه لا شفعة في منقول⁽¹⁾ كالحيوان والثياب والعروض التجارية للحديث السابق " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : بالشفعة في أرض أوربع أو حائط". ورواية الحديث عن مسلم والنسائي وأبو داود: "أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط" ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الشركة بالاتفاق، بسبب الاستمرار والدوام، ولأن المنقول لا يدوم بخلاف العقار، لذا فهي جائزة في العقار، وأجاز المالكية الشفعة في البناء أو الشجر إذا بيع أحدهما مستقلا عن الأرض، لأنه عندهم عقار وهو الأرض وما إتصل بها⁽²⁾. ولذا نجد أن المشرع لم يجز الشفعة إلا في العقار دون المنقول، لأن المنقول يرد عليه حق الاسترداد، الذي مصدره القانون الفرنسي، عكس الشفعة المستمدة من الشريعة الإسلامية.⁽³⁾ وثبتت هذه الخاصية بنص المادة 794 من القانون المدني، التي جعلت الشفعة لا تكون إلا في العقار .

03 - عدم قابلية الشفعة للتجزئة :

إن مقتضى هذه الخاصية أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون بعض، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وقد كان تأصيل المسألة يقوم على أنه إذا تعددت الصفقة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها دون البعض، إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة فيها، ولا يكون هذا تجزئة للشفعة⁽⁴⁾. فإذا قام المالك ببيع عقار واحد لعدة مشترين، وتوافرت شروط الشفعة جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، إما في جميع العقار أو في جزء أحد المشترين الذي له فيه شفعة ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني، غير أن الشريعة نظمته وأقرتها⁽⁵⁾. أما إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد، في صفقات متفرقة، كان للشفيع، إذا توافرت شروط الشفعة أن يأخذ بها في بعض الصفقات دون بعض، ولا يعد هذا تجزئة للشفعة. في حين أنه إذا تم البيع بصفقة واحدة، كان على الشفيع، بتوافر الشروط، أن يأخذ العقارات كلها أو يدعها كلها حتى لا يضر المشتري ، وهذه الحالة أقرتها أيضا الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾.

¹ - د/ وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 795

² - د/ وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 796

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 484

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 485

⁵ - الإمام - ابن رشد القرطبي - المرجع السابق ص 235

⁶ - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 485

وقد أقرت الشريعة الإسلامية أيضا حالة أخرى تتجسد في البيع الذي يتعدد فيه الشفعاء وفي هذه الحالة، وجب على كل واحد منهم أن يطلب أخذ العقار بالشفعة أو يتركه، ويجوز المطالبة بجزء منه دون جزء و ليس في ذلك تجزئة للعقار ومن ثمة للشفعة، فيقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة عن غيره وهذا رأي مالك⁽¹⁾ ، ونجد أن نص المادة 796 من القانون المدني أقر انه في حالة تعدد الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة حسب الترتيب الآتي :

أ - إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

ب - وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى. والجدير بالملاحظة هو توافق المشرع من خلال نصوص القانون المدني مع ما أقرته الشريعة الإسلامية والتي تعد مصدر الشفعة في القانون المدني .

4 - اتصال الشفعة بالشفيع:

أقرت الشريعة الإسلامية والقانون المدني بأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، وهي متروكة لتقديره وخياره، إن شاء أخذ بها وإن شاء تركها ن ويترتب على هذا الإتصال مايلي:

- لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة، فالشفعة رخصة وليست حقا، كما لا يجوز للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة للمطالبة بالحقوق المتصلة بشخص المدين تطبيقا للقواعد العامة⁽²⁾.

- لا يجوز للشفيع، إحالة حقه في الشفعة إلى الغير عن طريق الحوالة ، بعد أن يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة ، كما أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه، فإذا أراد الشفيع النزول عن الشفعة لغيره، وجب عليه أولا أن يتزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير لتتبع الشفعة هذا العقار، وتنقل بالتبعية إلى من إنتقل إليه العقار متى كان مالكا له وقت بيع العقار المشفوع به⁽³⁾.

وقد ثار خلاف في الفقه حول إنقضاء الشفعة بوفاة الشفيع وعدم إنتقالها للورثة، وقد سكت القانون المدني عن هذه الحالة، غير أننا نلاحظ أن هناك إجماعا في الفقه القانوني على أن الشفعة تنتقل إلى

¹ - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 798

² - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 466

³ د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 466 - 467 16

الورثة بعد إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة لأنه وفي هاته الحالة تكون عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه قد تكاملت، وللورثة الإستمرار في إجراءات الشفعة أيا كان الوقت الذي يثبت فيع للشفيع الحق في الحلول محل المشتري سواء كان وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم، وفي هذه الحالة فالورثة لا يأخذون الشفعة أصالة عن أنفسهم ولكن نتيجة حلولهم محل مورثهم⁽¹⁾.

وقد أجمع جمهور الفقهاء على تأكيد الحالة السابقة، عدا الحنفية، الذين أكدوا بأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع، ومتى توفي فلا تنتقل الشفعة إلى الورثة سواء قبل أو بعد إعلان الرغبة على أساس أنها حق خيار وهذا الحق لا ينتقل لأنه لصيق بالشخصية وهو حق خيار ومشية⁽²⁾.

وجدير بالملاحظة أن جمهور الفقهاء وكذا فقهاء القانون قد أجمعوا على عدم جواز إنتقال الشفعة إلى الورثة قبل إعلان الرغبة في الأخذ بها، لعدم تكامل أسباب كسب الملكية ولإعتبار هذا الحق مجرد حق خيار واعتبار الشفعة في هذه المرحلة مجرد رخصة أو منزلة وسطى بين الرخصة والحق، وبذلك لا تنتقل إلى الورثة، لأن ما ينتقل إليهم هي الحقوق الكاملة التي تثبت للمورث⁽³⁾، وهذا ما يتفق مع المبادئ العامة للقانون والواجب تطبيقه في النزاعات المثارة أمام القضاء في هذا الشأن.

المبحث الثاني : شروط الأخذ بالشفعة

سنحاول من خلال هذا المبحث 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 أقرته الشريعة الإسلامية وما قننه المشرع. بموجب القانون المدني .

المطلب الأول : بيع العقار

كي يتم الأخذ بالشفعة لأبد من وجود عقار معد للبيع، هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة وأقره المشرع الجزائري إذ لا شفعة في المنقول.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقال هو: هل أن كل بيع عقاري يمكن أن يؤخذ فيه بالشفعة؟ وللإجابة عن هذا السؤال سنتعرض إلى مسألتين:

الفرع الأول : بيع العقار الاصل فيه جواز الاخذ بالشفعة.

¹ - المستشار أنوار الطلبة المرجع السابق ص 342 - 343

² - د/ وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 799

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 468 .

يمكن القول أنه بمجرد وقوع بيع عقاري، يفتح باب الشفعة متى توافر شروط الأخذ بها، فالأصل هو جواز الأخذ بالشفعة في البيع العقاري، وقد أقرت الشريعة الإسلامية ووافقها القانون المدني جملة من المسائل تدخل في هذا الإطار سنتناولها فيما يأتي :

1 - لا شفعة في المنقول:

فالشفعة لا ترد إلا على العقار، لذا فلا ترد على بيع حصة شائعة في السفينة⁽¹⁾ لأنها منقول كما لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المآل لبيع بناء آيل للهدم أو غراس للقلع⁽²⁾، وتجدر الإشارة إلى أن العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد لخدمة العقار أو لاستغلاله ، فإنه بيع مستقلا عن العقار اعتبر منقولا ولا شفعة فيه أما إذا بيع مع العقار جاز أخذه بالشفعة تبعا للعقار وفقا للقواعد العامة قرار رقم 155 181 مؤرخ في 1997/11/18 جاء فيه:⁽³⁾ "إن المادة 794 من القانون المدني تنص على أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات ، ولا يمكن ممارسته في المحلات التجارية " .

قرار رقم 150 100 مؤرخ في 1997/11/19 جاء فيه⁽⁴⁾ " من المقرر قانونا أنه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد ، بالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون."

و من المقرر أيضا أنه يثبت حق الشفعة:

- 1- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
 - 2- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي.
 - 3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.
- ولما ثبت في قضية الحال - بأن قضاة المجلس قرروا بأن صفة الطاعنين كمستأجرين للأمكنة لا تسمح لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة ، ولا يمكن اعتبارهم كذلك كمنتفعين حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني، فإنهم سببوا قرارهم تسببا كافيا ، وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأسباب ليس في محله".

2 - الشفعة غير قابلة للتجزئة:

¹ - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 798

² - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 799

³ - نشرة القضاة 1999 العدد 54 ص 78

⁴ - المجلة القضائية 1997 عدد 02 ص 55

تتعلق هذه المسألة بالحالة التي إذا بيع فيها عقار ، فلا يجوز للشفيع أن يشفع في جزء من هذا العقار دون جزء آخر ، فإما أن يشفع فيه كله أو يتركه كله .
وهذه المسألة قد تم تبيانها سابقا ضمن خصائص الشفعة

3 - لا شفعة إلا في عقد البيع:

إن فحوى هذه المسألة هو وجوب توافر 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 يعوض، وعلى هذا فأى عقد آخر ولو كان ناقلا للملكية لا تجوز فيه الشفعة مثل: الهبة والمقايضة⁽¹⁾ .

كما أنه إذا إنتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني للميراث أو الإلتصاق أو التقادم فلا شفعة⁽²⁾ وحتى لو إنتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني من جانب واحد فلا شفعة، وهو الحال عليه في الوصية⁽³⁾ وما تجدر الإشارة إليه، هو حالة ما إذا كان عقد المعارضة الناقل للملكية هو عقد للبيع جاز الأخذ فيه بالشفعة ومع ذلك لا يؤخذ فيه بالشفعة، ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل لأنه لاوجود له .

و يجوز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف، لأن البيع في الحالتين موجود وإن كان وجوده قائم على خطر الزوال، ففي البيع المعلق على شرط فاسخ، يكون البيع نافذا من وقت إبرامه، وعلى الشفيع أن يراعي مواعيد الشفعة وتسري من وقت إبرام العقد، فإذا أخذ بالشفعة في مواعيدها، حل محل المشتري في هذا البيع المعلق على شرط فاسخ، فإذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعي كما كان يزول بالنسبة للمشتري ولو لم يأخذ الشفيع بالشفعة أما إذا فوت الشفيع المواعيد فإن حقه يسقط. أما البيع المعلق على شرط واقف، فالبيع يكون غير نافذ و لكنه موجود، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة و تحسب المواعيد من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط، فإذا مارس الشفيع الشفعة في المواعيد حل محل المشتري في هذا البيع وبتحقق الشرط ينفذ البيع بأثر رجعي وتنفذ معه الشفعة و إذا تخلف زال البيع بأثر رجعي و معه الشفعة، أما إذا فوت الشفيع المواعيد سقط حقه في الشفعة⁽⁴⁾ كما تجوز الشفعة كذلك في عقد البيع

¹ - د/ علي الخفيف - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية - الجزء الثاني ص 199 طبعة 1969

² - د/ علي الخفيف - المرجع السابق - ص 199 - 200

³ - د/ توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص 373 - دار للطباعة و النشر - دون سنة

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 503 .

القابل للإبطال، لأنه موجود و نافذ و المواعيد فيه تحسب من يوم إبرام العقد ، و جدير بالذكر أن الشفيع قد يكون معرضا للمطالبة بالإبطال متى حل محل المشتري.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة في ختام هذه المسألة إلى أن جميع النصوص و المواد المنظمة للشفعة تحدثت عن البائع و المشتري على أساس أن الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع كما أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الوعد بالبيع في العقار وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 337 - 130 المؤرخ في 1995/01/10 إذ جاء فيه: " حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي و قضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع القضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه ، في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار، فالمادة 794 من ق م تنص على أن الشفعة في بيع العقار، و لم تنص عليها في الوعد بالبيع ."

4 - الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع:

لقد نصت المادة 797 من القانون 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 ، إن هذه المادة تفترض توالي عدة بيوع على نفس العقار، وتحدد في أي بيع منها يجوز للشفيع أن يأخذ فيه بالشفعة، ولتوضيح ذلك نفترض أن البائع قام ببيع عقاره لمشتري ما، ثم قام هذا المشتري ببيع نفس العقار لمشتري ثان ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة، في البيع الأول أم الثاني ؟

أجابت المادة على هذا التساؤل، وقضت الأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، إذا لم تعلن الرغبة في الشفعة أو قبل تسجيلها، وهذا حسب الشروط التي اشترى بها، والسبب من وراء أخذ الشفعة في البيع الثاني، أي: من عند المشتري الثاني، هو أن البيع الأول لم يعد قائما بالنسبة للشفيع، وأما البيع الثاني فهو الساري المفعول والقائم في حقه لذا عليه المطالبة بالشفعة في هذا البيع بنفس الشروط، ولذا فإن كان هذا العقار مثلا غير قابل للشفعة لأي سبب منع على الشفيع الأخذ بالشفعة حتى ولو كانت شروط الأخذ بها قائمة في البيع الأول.⁽²⁾

5 - جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل:

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 504 505.

² - الأستاذ العروم مصطفى - مجلة الوثائق - ص 40 العدد 06 سنة 1999.

السؤال المطروح في هذه المسألة يتمحور حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل أو غير المشهر .

إن المشرع سكت عن هذه المسألة ولم يتعرض لها لذا سنحاول في هذا المجال إستقراء إلى ما ذهب إليه الأستاذ السنهاوري، وما أكدته أيضا محكمة النقض المصرية، فقد ذكر أن الشفعة جائزة في بيع العقار غير المسجل طالما أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه، ومنها التزام في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري الذي حل محله الشفيع، إذ يستطيع الشفيع إلزام البائع بتنفيذ هذا الالتزام عينا، بل أن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع إذا ما قام بتسجيله، بنقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع، وهو ما ذهب إليه الفقه، طالما أن نقل الملكية ليس ركنا في البيع، بل وأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المشهر، سيما وأن حق الشفعة ينشأ من يوم البيع ولا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد فوقت قيام سبب الشفعة هو وقت قيام العقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: البيوع التي لايجوز الاخذ فيها بالشفعة
أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريم البيع الفاسد إذ لا تثبت عندهم الشفعة، في المشتري شراء فاسدا، لأن هذا العقد يجب نقضه، ورد المبيع إلى ملك بائعه، للتخلص من الفساد، فلا يكون البيع لازما لاحتمال فسخه من كل المتعاقدين⁽²⁾، أما في القانون المدني فقد نصت المادة 798 منه على ما يلي:

لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون
 - وإذا وقع البيع بين الاصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية،
 - إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل العبادة."
- وبتفحص المادة يمكن القول بأن الفقرة الاولى تتحدث صراحة على أنه لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني بإجراءات رسمها القانون ، ومن المعلوم قانونا أن البيع بالمزاد العلني هو البيع الجبري ، الذي يتم بناء على أمر قضائي ، استنادا إلى طلب الدائنين قصد استيفاء حقوقهم من ثمنه ويتم وفقا لإجراءات رسمها القانون وهو ما يخص الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة على العقارات والحائزين على سند تنفيذي ، وقد حدد القسم الثاني من الباب السادس من قانون

¹ - الأستاذ العروم مصطفى - نفس المرجع السابق - ص 41 .

² - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 821 .

الاجراءات المدنية التدابير والاجراءات التي يتم بمقتضاها بيع العقارات بالمزاد العلني ، نظمتها المواد من 379 إلى 399 منه ⁽¹⁾ وعليه :

- البيع بالمزاد العلني لعقار شائع لا يمكن قسمته فلا تجوز الشفعة فيه .
- بيع الدولة لأملكها الخاصة وفقا للإجراءات المقررة في التشريعات الجاري العمل بها، فهو بيع بالمزاد تلجأ إليه الإدارة في حالات معينة، فلا تجوز الشفعة فيه.
- المحجز الإداري و بيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها ، يتم وفقا لإجراءات غالبا ما تقررها التشريعات الجبائية، فهذا البيع لا تجوز فيه الشفعة.
- بيع عقار المفلس و عديم الأهلية والغائب بالمزاد العلني أمام جهة القضاء، فلا شفعة هنا.
- بيع أملاك القاصر العقارية بالمزاد العلني، بعد استئذان القاضي لما نصت عليه المادة 89 من قانون الأسرة، هو بيع لا تجوز الشفعة فيه.
- أما قراءة الفقرة الثانية من المادة 798 من القانون المدني، فإننا نجدها تنص على أنه لا شفعة إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية و من ذلك :
- بيع الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها ففي مثل هذه البيوع لا يجوز الأخذ بالشفعة
- بيع الشخص المالك لأحد فروع أو لأحد أصوله فلا تنقيد القرابة في هذه الحالة بدرجة معينة فإذا قام الأب أو الأم ببيع العقار لأحد أبنائهما أو أحفادهما ، فإن الشفعة لا تجوز، كذلك إذا قام الإبن أو البنت ببيع عقار لأحد الوالدين أو الجددين فإن الشفعة في هذه الحالة أيضا لا يجوز الأخذ بها.
- بيع الشخص لأحد من أقربائه من الحواشي إلى غاية الدرجة الرابعة كإبن العم مثلا، فإن الشفعة في هذه الحالة لا يجوز الأخذ بها.
- بيع الشخص أملاكه لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية مثل: الأب ، الزوجة أو لإبن زوجته من زوج أول ، أو لأخ زوجته أو أختها ، فهؤلاء الأشخاص يغلقون باب الشفعة على الشفيع، فلا يجوز له إستعمال الشفعة عند حدوث هذا البيع.
- أما الفقرة الأخيرة من المادة السالفة الذكر ، فتقرر أنه لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة، فالمنع هنا تمليه إعتبارات دينية قدمها المشرع على مصلحة الشفيع .

¹ - أمر رقم 66 - 154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية

فإن باع شخص قطعة أرض لبناء مسجد فوقها أو ليلحقها بمسجد لغرض توسيعه، أو إقامة سكن للإمام، أو لبناء حمام يضاف للمسجد، أو لإقامة دورة مياه للمسجد، أو لبناء جناح صلاة للنساء، ففي كل هذه الحالات لا يمكن للشفيع أن يأخذ بالشفعة، وجدير بالملاحظة أن مثل هذه البيوع لا تشمل محلات العبادة للمسلمين فقط ، بل تتسع لتشمل أيضا الكنائس والمعابد لغير المسلمين.⁽¹⁾

و ما يمكن قوله حوله هذه المادة عموما هو، حظرها للشفعة مطلقا في هذه الحالات السالفة الذكر، فالشفعة بنص هذه المادة حظرت على الشفيع الأخذ بالشفعة ، تارة بالنظر إلى طريقة البيع، كحالة البيع بالمزاد العلني، وتارة إلى نوع العلاقة التي تربط طرفي عقد البيع كحالة القرابة، وتارة أخرى إلى الغرض الذي يقع البيع لأجله وتتجلى هذه الحالة في الفترة الأخيرة .

المطلب الثاني : وجود شفيع

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرف إلى مسألتين:

الفرع الأول : من هو الشفيع؟

الفرع الثاني : تراحم الشفعاء

الفرع الأول : من هو الشفيع؟

لقد سبقت الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء اعتبر أن الشفعة تثبت للشريك، أما الحنفية فقد اعتبروا أن الشفعة تثبت للشريك وجار، فهل أن المشرع الجزائري نحى هذا المنحى من خلال نصوص القانون المدني ؟ أم انه أقر غير هذا ؟

- إن المادة 795 من القانون المدني تنص : "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية : ⁽²⁾

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

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

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها"

ولطالما أن المادة قد عدت الشفعاء مرتبين فسنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذي يتفاضلون به عند تراحمهم كما سنرى لاحقا.

¹ - الأستاذ / لعروم مصطفى — مجلة الموثق ص 37 عدد 6 سنة 1999

² - القانون رقم :73/71 المؤرخ في 18/11/1971 ، المتضمن قانون الثورة الزراعية

1- لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع:

هذه الحالة تكاد تكون نادرة في الحياة العملية، إلا أنه يمكن تحقيقها، كأن يكون هناك عقار مملوك لشخص معين ورتب عليه حق الانتفاع لشخص آخر، فإذا باع صاحب حق الانتفاع هذا الحق كان لملك العقار الذي أصبح مالكا لحق الرقبة بعد أن رتب حق الانتفاع لغيره أن يشفع في حق الانتفاع المبيع، فإذا ما أخذ مالك الرقبة هذا الحق بالشفعة ضم بذلك حق الانتفاع للملكية وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة (ملكية وإنتفاع) وهذا هو الغرض الذي من أجله أعطى المشرع مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة، حق الانتفاع، وفي هذا الإحتمال لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة⁽¹⁾

كما يمكننا أن نتصور إحتمالا آخر، كأن يرتب شخص مالك لعقار معين حق إنتفاع لأكثر من شخص في الشيوع، فإذا باع أحدهما حقه المشاع في الإنتفاع لشخص ثالث، كان لملك الرقبة أن يستعمل حق الشفعة من أجل شراء الحصة المبيعة فيصبح حينئذ مالكا ملكية تامة لنصف الإنتفاع ومالكا لرقبة النصف الآخر، وفي هذه الحالة فإن المالك أسترده النصف الشائع من حق الانتفاع وضمه للرقبة كلها، وهكذا، لأن الشريك الآخر في حق الإنتفاع، لا يستطيع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة يسبق في الترتيب الشريك في الشيوع، المستفيد من حق الانتفاع⁽²⁾.

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

يتضح من هذه الفقرة أنه إذا قام أحد الشركاء في الشيوع ببيع حصته المشاعة أو جزء منها إلى شخص أجنبي، يكون الشركاء الآخرين في الشيوع أو أحد منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة شائعة المراد بيعها، أو التي تم بيعها، وفي هذا المجال يجب أن تتوفر ثلاثة عوامل وهي⁽³⁾:

- وجوب توافر عقار شائع
- قيام أحد الشركاء على الشيوع ببيع حصته المشاعة
- أن يكون البيع لفائدة أجنبي عن العقار قرار رقم 202 380 مؤرخ في 2000/11/22 الغرفة العقارية، القسم الثالث، "غير منشور جاء فيه:" من المقرر قانونا بالمادة 795 من القانون المدني، أن

¹ - الاستاذ / لعروم مصطفى - المرجع السابق - ص 37.

² - د/ نبيل غبراهيم سعد - المرجع السابق - ص 13-14

³ - - أ/لعروم مصطفى - مجلة الموثق عدد 6 ص36- 1999

حق الشفعة يثبت الشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من العقار لأجنبي، دون الإشارة إلى كون هذا الشريك وارثاً أم لا.

- ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعن أصبح مالكا على الشيوع مع بقية الورثة المطعون ضدهم ، عندما إشتري مناب أختهما قي كل حقوقها العقارية ، بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 1991/01/29 مسجل ومشهر، ومن ثمة فإنه لم يعد أجنبي عن العقار المشاع لما إشتري مرة ثانية كل الحقوق العقارية التي آلت إلى أختهما الثانية بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 1996/12/23 ، عملاً بأحكام المادة 795 من القانون المدني ، كما ذهب إليه خطأ قضاة المجلس عندما برروا موقفهم بأن الطاعن أجنبي عن الملكية الشائعة ، لأنه ليس وارثاً ، وكرسوا للمدعي عليهما الطعن في حق إستعمال الشفعة، وبذلك فقد أخطئوا في تطبيق القانون، مما يتعين نقض قرارهم⁽¹⁾

3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها :

و يتضح من هذه الفقرة أن صاحب حق الإنتفاع هنا يشفع في الرقبة، ولذلك يأتي في المرتبة الثالثة، وصورة ذلك تتجلى في إقدام مالك الرقبة على البيع إلى أجنبي في حين أنه كان قد رتب حق إنتفاع لفائدة شخص آخر ففي هذه الحالة فإن القانون بخول لصاحب حق الإنتفاع أن يتبع الإجراءات المنظمةة للشفعة ، ذلك أنه بإستعماله هذا الحق يكون قد ضم حق الرقبة له و بذلك يستجمع عناصر الملكية التي ذكرناها سالفاً ألا و هي السلطة القانونية التي يباشرها المالك على عقاره. -هذه الصور الثالث السالفة الذكر هي ما أقره القانون المدني الجزائري ، إذ جعل الشفعة تثبت لأصحاب هذه الصور ، لكن السؤال الذي يبقى مطروحاً، هو المتعلق بنوع الشروط الواجب توافرها في الشفيع حتى يستحق المطالبة بالشفعة و يصبح شريكاً بمفهوم المادة 795 ؟

و يمكن القول في إطار الإجابة على هذا السؤال أن هناك شروطاً واجب أن تتوفر في الشفيع حتى يطالب بالشفعة ، تتمثل أساساً في⁽²⁾:

أ - أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه، إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة ، أي وجب أن يكون مالكا للرقبة أو صاحب حق إنتفاع، وإن كان الشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة، وملكيته سابقة

¹ - القاضي - حمدي باشا عمر - القضاء العقاري - ص 180 - دار هومة - الجزائر - طبعة 2002

على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة ، فإن كانت الملكية بموجب عقد بيع، وجب أن يكون تاماً ومسجلاً وسابقاً على البيع المشفوع فيه ، ولا بد أن تستمر هذه الملكية حتى وقت ثبوت الشفعة.

ب - ألا يكون الشفيع وقفاً فلا شفعة في الوقف شرعاً وقانوناً.

ج - أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة، أي أن يبلغ سن الرشد ولم يحجر عليه، ففي هذه الحالة جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، أما إذا كان قاصراً جاز لوليّه أخذ الشفعة عنه.

د - أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه، كأن يكون نائباً عن غيره في بيع مال لهذا الغير، أو أن يكون الشفيع من الذين 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 قوله، يتبين لنا أن المشرع لم يقر الشفعاء كما أقرتهم الشريعة، إذ منح حسب نص المادة 795 من القانون المدني، الشفعة لأشخاص محددين وجعلهم شفعاء، ولكن السؤال المطروح يتعلق بكيفية منح الأولوية في الشفعة عند تراحم الشفعاء ؟ وللإجابة على هذا السؤال نتطرق إلى النقطة الثانية من هذا المطلب.

الفرع الثاني : تراحم الشفعاء

قد يتعدد الشفعاء وفي هذه الحالة تنور إشكالية أفضلية من يشفع قبل الآخر وما يلاحظ حول هذه الحالة، هو الإتفاق الحاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وما أقره القانون المدني إذ نجد نص المادة 796 قد بينت حكم تراحم الشفعاء و فرقت بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : تراحم الشفعاء من طبقة واحدة

نصت المادة 796 الفقرة 01 على أنه إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه ، و على ذلك إذا تعدد الشفعاء و كانوا من الطبقة الأولى، أي: ملاك رقبة، فإنهم يقتسمون حق الإنتفاع متى شفّعوا فيه، و هذا بقدر نصيب كل منهم في ملكية الرقبة، و في حالة ما إذا طلب الشفعة واحد فقط و لم يطالب باقي الشفعاء بها أو أسقطوها، جاز للشفيع المطالب أن يأخذ الشفعة في كل العقار، غير أنه من الضروري التأكيد على أن أي شفيع متى طلب كل الشفعاء الشفعة فالقسمة هي التي تكون حسب نصيب كل منه في ملكية الرقبة. و يضاف إلى هذا أنه متى

¹ - الأستاذ لعروم مصطفى - مجلة الموثق ص 37 عدد رقم 06 سنة 1999

كان الشفعاء من الطبقة الثانية، وهم شركاء في الشيوع، فإنهم يقتسمون حق الإنتفاع، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عدا الحنفية وأضافوا أن الأخص يفضل و يقدم على الأعم ، فالأخص في الشركة يقدم على الأعم⁽¹⁾ .

الحالة الثانية : تراحم الشفعاء و هم من طبقات مختلفة

القاعدة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء الأربعة هي: "الأخص يقدم و يفضل على الأعم."⁽²⁾ ومثالهم المشارك في حائط الدار كالمشارك فيها، أما صاحب الأخشاب الممددة 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 الإرتفاق.⁽³⁾

أما المادة 795 فقد جعلت من الشفعاء ثلاث طبقات ، مالك الرقبة ، الشريك في الشيوع وصاحب حق الإنتفاع، فإن تراحموا وكانوا من طبقات مختلفة ، فإنهم يعلو بعضهم على بعض، فالأعلى أولى من الأدنى ومثال ذلك :

لو أن عقارا رتب عليه شخصان حق إنتفاع، فإن أراد أحدهما بيعه، أي بيع حق إنتفاعه، كان الأحق بالشفعة في هذه الحالة هو مالك الرقبة متى طلبها، لأنه يقدم على الشخص الآخر، الشريك على الشيوع في حق الإنتفاع .

الحالة الثالثة : حالة تراحم الشفعاء مع المشتري و هو شفيع مثلهم.

هذه الحالة لم يتطرق لها فقهاء الشريعة الإسلامية. وبالرجوع الى المثال السابق في الحالة الثانية فالمشتري يعد من الغير، لذا فلا يجوز لهذا الغير أو صاحب حق الإنتفاع أخذ الشفعة لأن مالك الرقبة هو نفسه يعد شفيعا و هو من الطبقة الأولى، ويفضل عليهما، فيأخذ وحده بالشفعة دونهما، أما لو كان المشتري هو شفيع بدوره، فإن الأمر يختلف حيث أنه إنطلاقا من المادة 796 / 2 من القانون المدني نجد أنه بتوافر الشروط التي تجعل من المشتري شفيعا، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته ومن الطبقة الأدنى منه، لكن يتقدمه من هو أعلى منه طبقة.⁽⁴⁾

¹ - د / وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 805

² - د / وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 805

³ - د / وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 806

⁴ - الأستاذ / لعروم مصطفى مجلة الموثق عدد 6 ص 38 سنة 1999

الفصل الثاني : إجراءات و آثار شفعة

بعدما تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية الشفعة ، سنحاول من خلال هذا الفصل

التطرق إلى إجراءاتها، باعتبار أن الشفعة تقوم أساسا على الإجراءات ، فنرى ما هي أهم إجراءات الشفعة؟ ومدى توافق الشريعة و القانون المدني في إقرار هذه الإجراءات، ثم نتطرق إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها .

وأخيرا نبحت الآثار الناجمة عن الأخذ بالشفعة، ونستطلع رأي الشريعة والقانون المدني فيما يخص هذه الآثار، لنحاول المقارنة بين رأي كل منهما.

المبحث الأول : كيفية الأخذ بالشفعة

من الثابت شرعا وقانونا أن الشفعة تؤخذ بالتراضي أو بالتقاضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون الحاجة إلى إتخاذ إجراءات قضائية ودون نزاع يذكر، ويحل بذلك الشفيع محل المشتري، ويصبح متمتعاً بحقوق المشتري وتقع عليه إلتزاماته، ويصح التسليم في أي وقت، ومتى سلمت يبرم عقد البيع و يشرع في مباشرة الإجراءات الناقلة للملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، غير أنه قد يثور نزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وفي هذه الحالة كان اللجوء إلى القضاء حتمية لا مفر منها.

وجدير بالذكر أن الشفعة مؤسسة على الإجراءات ، لذا سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى معرفة إجراءات الشفعة، وسنستطلع رأي الشرع وما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا

المجال، كما يجدر بنا أن نتطرق كذلك إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها، لنقارن بين الشريعة والقانون المدني في هذا الشأن ونتبين هل أن الشريعة إهتمت بالإجراءات والشكليات أم أنها أهتمت بإحقاق العدل وحسب ؟

المطلب الأول: إجراءات الشفعة

إن الشفعة مؤسسة على الإجراءات بصورة جلية، و قد نص القانون على وجوب إتخاذ جملة من الإجراءات الأولية، قبل اللجوء الى القضاء، وهذا ما أقرته أيضا الشريعة الإسلامية، فكان مفروضا على القاضي في كل من الشريعة والقانون أن يناقش هذه الإجراءات ويبحثها. فما هي هذه الإجراءات؟ وكيف نظمتها الشريعة و القانون المدني ؟

الفرع الأول : إعلان الرغبة في الشفعة

لقد إهتمت الشريعة الإسلامية بإعلان الرغبة في الشفعة و اعتبرته إجراء مهما ، رتبت عليه السقوط في حالة عدم المطالبة به.⁽¹⁾ وهذا ما أقره المشرع من خلال القانون المدني، غير أنه جعل الإعلان مرتبطا بوجوب توجيه إنذار إلى الشفيع من قبل البائع أو المشتري، لذا سنحاول معرفة فحوى هذا الإنذار ثم نتطرق إلى الإعلان.

1 - الإنذار:

لم تهتم الشريعة بهذا الإنذار، و لم تعرفه على عكس المشرع الذي نص على وجوبه، فقد ألزم كلا من البائع و المشتري على إتخاذ هذا الإجراء الذي من شأنه أن يثير إهتمام الشفيع ويحفزه على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة و في ميعاد معين ومحدد قانونا فبمجرد إبرام عقد البيع، يجب على طرفيه -البائع و المشتري- توجيه إنذار للشفيع بوقوع البيع على العقار المشفوع فيه حتى يتدبر أمره، فإن أراد الأخذ بالشفعة أعلن رغبته في ذلك وإن لم يرد لم يعلن، مع الإشارة إلى أنه في حالة تعدد الشفعاء وجب توجيه الإنذار إلى كل واحد منهم.

والملاحظ أن القانون المدني لم يحدد شكلا معيناً للإنذار الذي يوجه للشفيع، فباستقراء نص المادة 799 من القانون المدني لا نجد لها نص على شكلية محددة ، إذ جاءت على النحو التالي: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ

¹ - الامام - ابن رشد القرطبي - المرجع السابق - ص 225

الإنداز الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه أو يزداد على ذلك أجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك."

وبالرجوع إلى نص المادة 800 من القانون المدني التي تنص: "يجب أن يشمل إنذار المنصوص عليه في المادة 795 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً:

– بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا

– بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع وإسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والآجل الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799."

فهذه المادة، لم تحدد أيضا شكلية معينة للإنداز، وإنما حددت البيانات الواجب ذكرها فيه تحت طائلة البطلان، لذا فإن فكرة الإنداز الشفوي مستبعدة، وعليه وجب أن يكون هذا الإنداز مكتوبا ورسميا يتم على يد محضر قضائي، فالإنداز الشفوي أو الموجه بالبريد غير كافٍ، لأننا بصدد بيع عقار، لذا وجب إضفاء الطابع الرسمي على هذا الإنداز، والذي يتولى ذلك هو الضابط العمومي المكرس في شخص المحضر القضائي⁽¹⁾ ومتضمننا البيانات التالية:

1 – بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا:

والغرض من هذا البيان أن يتعرف الشفيع على العقار بصورة كافية نافية للجهالة ولقاضي الموضوع مسألة تقدير كافية بيان العقار من غيره، وهذا في حالة وقوع نزاع حول الكفاية من عدمها.⁽²⁾ ويكون بيان العقار بتعيين موقعه، وحدوده، ومساحته، معالمه، طبيعته والأماكن العقارية التابع لها.

ب – بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع وأسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه ويقصد بهذا وجوب بيان الثمن الذي يبيع به العقار أو الثمن المصرح به في طلب العقد إضافة إلى المصاريف التي يتطلبها تحرير عقد البيع المضافة إلى الثمن، ونعني بهذا حقوق التسجيل ومصاريف الشهر العقاري وأتعاب الموثق والطوابع والرسم على القيمة المضافة وغيرها من المصاريف الواجبة الأداء، التي يتلقاها الموثق عند إمضاء عقد البيع⁽³⁾.

ج – ذكر أجل ثلاثين يوما في الإنداز:

¹ – الأستاذ / لعروم مصطفى – مجلة الموثق – العدد 06 سنة 1999

² – الأستاذ / لعروم مصطفى – نفس المرجع السابق – ص 40

³ – الأستاذ / لعروم مصطفى – نفس المرجع السابق – ص 31

وهذه المدة هي الأجل الذي حدده المشرع للأخذ بالشفعة، إبتداءً من تاريخ هذا الإنذار. وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن عدم توجيه الإنذار للشفيع يجعل حقه في المطالبة بالشفعة قائماً وقد أكدت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا هذا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/04/30 في الملف رقم 64331 المنشور في المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1991 الصفحة 28 والذي جاء نصه كمايلي: "المادة 799 من المقرر قانوناً أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون. ولما كان من ثابت في قضية الحال، أن كلا من البائع والمشتري لم يوجها إنذاراً إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائماً، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن، الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة، يكونون قد اخطئوا في تطبيق القانون⁽¹⁾ وكذا القرار الصادر بتاريخ 1985/01/02 تحت رقم 33030 إذ جاء فيه: ⁽²⁾: وإذا لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانوناً لإكساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله فإن فوات الآجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة، والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير"

2 - 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 أخذها، ⁽³⁾ وأكد القانون المدني هذا المعنى، إذ جعل إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة إجراءً جوهرياً وجب المبادرة بإتخاذه قبل رفع دعوى الشفعة والسؤال الذي يطرح نفسه، هو وقت وجوب إعلان الرغبة والجزاء المترتب عن عدم القيام بهذا الإعلان؟ وهل يجوز للقاصر أن يطالب بالشفعة؟ وللإجابة على هذا السؤال، سنتطرق إلى وقت

¹ - المجلة القضائية العدد الثاني ص 28 سنة 1991

² - المجلة القضائية العدد الرابع ص 64 سنة 1989

وجوب إعلان الرغبة ، ثم الجزاء المترتب عن عدم القيام بهذا الإجراء حسب رأي المشرع والقانون وأخيرا نظرهما لمطالبة القاصر بالشفعة .

أ- وقت وجوب الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة :

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد الوقت الواجب إعلان الرغبة فيه ، إذ نجد أن جمهور الفقهاء المشكل من الأئمة : الشافعي ، أبو حنيفة ، ابن حنبل قد اشترطوا المبادرة في المطالبة بالشفعة، أي على الفور معتمدين على الحديث الشريف لرسول الله -صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾: "الشفعة كحل العقال". و لذلك فقد أقرروا بأن طلب الشفعة يكون على الفور، و هذا بمجرد علم الشفيع بالبيع ، لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، فإذا علم الشفيع بالبيع فليبادر على العادة ، فلو كان الشفيع في الصلاة أو في الحمام أو حالة قضاء الحاجة لم يكلف قطع ما هو فيه، وإنما له تأخير إلى الفراغ، وأضافوا أنه في حال مرض الشفيع أو غيبته عن بلد المشتري أو خوفه من عدو ، فوجب عليه أن يوكل وكيلا عنه ، فإن لم يستطع فليشهد شاهدين عدلين، أو رجل وامرأتان، ثم له بعد ذلك أن يخاصم المشتري، ولو بعد أيام أو شهور أو سنين و مناط كل ما سبق هو أن ثبوت الشفعة على التراخي ربما يضر بالمشتري لعدم إستقرار ملكه.⁽²⁾

أما رأي الإمام مالك فهو مخالف للجمهور، في إشتراط الفورية في طلب الشفعة، فلو سكنت الشفيع بلا مانع سنة كاملة، بعد عقد البيع فما دونها ، أو غاب و عاد في أثناء السنة، ثم طلب الشفعة أخذها لأن السكوت عند الإمام ملك لا يبطل حق إمرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن الأحوال لا يدل على إسقاطه و خلاصة رأي الإمام ملك أن طلب الشفيع للشفعة أو إعلان رغبته في أخذها يكون على التراخي لمدة سنة.⁽³⁾

و بإستقراء نص المادة 799 من القانون المدني ، نجد أنها تحدد أجل 30 يوما للشفيع لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة و هذا من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه من البائع أو المشتري بعد إبرام عقد البيع، و يزداد على هذا الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك .

وأول ملاحظة تثار حول هذه المادة هي تحديدها لأجل قصير، أي: أنها نحت منحى جمهور الفقهاء في إعتداد وإشتراط الفورية في إعلان الشفيع لرغبته في المطالبة بالشفعة⁽¹⁾

¹ - وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 827

² - المحقق ابن عابدين المرجع السابق ص 325

أما الملاحظة الثانية، فهي حسم المشرع لما يمكن أن يثار من منازعات حول واقعة العلم بالبيع، لذا جعل الميعاد بادئ السريان من تاريخ توجيه الإنذار المكتوب والمحرر في عقد رسمي والذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع .

كما أنه بإستقرار الفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني و التي تنص على: " 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". و ما يمكن قوله ، أن التصريح الذي يتقدم به الشفيع ليعبر بموجه عن رغبته في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، يجب أن يكون بعقد رسمي، أي أن يتولى تحريره موثق مؤهل قانونا، ويؤكد الشفيع في طلب هذا التصريح أنه يرغب في شراء العقار المبيع طبقا للبيانات الواردة في الإنذار الذي وجه له من قبل البائع أوالمشتري كما يجب أن يعلن هذا العقد المتضمن الرغبة في الشفعة بغية الحلول محل المشتري عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة⁽²⁾. وقد إستقر رأي المحكمة العليا على هذا في قرارها المؤرخ في 1982/10/17 إذ جاء فيه:"على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أوالمشتري وإلا سقط حقه ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط".

و يترتب عن عدم الإعلان عن طريق كتابة الضبط البطلان الإجرائي و يكون إعلان الرغبة من قبل الشفيع إلى كل من البائع و المشتري طبقا للنص المادة 799 من القانون المدني. وما تجدر الإشارة إليه هو حالة تعدد الشفعاء ، ففي هذه الحالة وجب على كل واحد منهم أن يعلن رغبته إلى البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الموجه إليهم، ويجب أن يتم الإعلان بموجب عقد رسمي و عن طريق كتابة الضبط.

و نجد أن الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر إعتبرت أنه لا يمكن الإحتجاج بهذا التصريح في مواجهة الغير إلا إذا كان مسجلا، والمقصود بهذا التسجيل هو الشهر العقاري ، و هذا ما جاء بموجب القرار الصادر عن محكمة العليا بتاريخ 1991/12/24 ملف رقم 75678 إذ نص على أنه⁽³⁾: " إذا كان مؤدى المادة 801 من القانون المدني، أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة

¹ - الأستاذ / لعروم مصطفى - مجلة الموثق - عدد 6 ص 40 سنة 1999

² - المجلة القضائية - العدد 4 ص 47 سنة 1990

³ - المجلة القضائية - العدد 1 ص 69 سنة 1993

وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير سليم، ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم إحترام إجراءات الشفعة طبقوا صحيح القانون " ويستخلص من هذا أن تسجيل⁽¹⁾ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، لأنه في هذه الحالة يعرض الشفيع نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه، ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع مادام قد صدر قبل تسجيل إعلان الرغبة، حتى لو صدر بعد ذلك، حكم يقضي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيع ، ومن ثمة فيجدر به أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان وقيده في مكتب الشهر العقاري، حتى يأمن من تصرفات المشتري، وتصبح غير نافذة في حقه، فالتسجيل هنا شرع لحماية مصلحة الشفيع، ولذا فليس هناك ميعاد محدد للتسجيل، لكن كلما تأخر الشفيع كلما عرض نفسه لخطر تصرفات المشتري، كما أسلفنا الذكر .

من خلال كل ما سبق ذكره، نلاحظ أن المشرع وافق جمهور الفقهاء في وجوب فورية إعلان الرغبة ، ولهذا حدد أجل الثلاثين يوما ، والذي يعد أجلا قصيرا لإعلان الشفيع وتصريحه برغبته في طلب الشفعة.

ب - جزاء التأخر في المطالبة بالشفعة:

أعتبر جمهور الفقهاء — عدا مالك — التأخر في طلب الشفعة، وعدم المبادرة والفورية في الطلب تراخيا، 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 أيضا⁽²⁾ أما الإمام مالك، فاعتبر فوات أجل السنة دون إعلان الرغبة و دون وجود مانع، سببا في سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة⁽³⁾

أما المشرع، فنجد أنه قد رتب جزاء عن ترك ميعاد الثلاثين يوما يمر دون إعلان الرغبة، وهو سقوط حق الشفيع في الشفعة، وهذا بنص المادة 799 من القانون المدني.

أما المادة 801 فقد رتب البطلان على الإعلان الذي يكون محررا في عقد رسمي، ولا يعلن عن طريق كتابة الضبط، وهو بطلان إجرائي لم تعرفه الشريعة الإسلامية ولم تقره.

¹ - محاضرات الأستاذ / ملزي عبد الرحمان ، طرق التنفيذ، ص 2004.

² - العلامة / أحمد بن محمد بن الدردير الرجع السابق ص 439.

³ - العلامة / أحمد بن محمد بن الدردير الرجع السابق ص 439-35440

ج - مطالبة القاصر بالشفعة :

إتفق فقهاء المذاهب على أن الصغير له حق المطالبة بالشفعة، ويطلبها وليه، وكذا الحال لبقية المحجور عليهم ، و هذا مراعاة لمصالحهم ، فإذا أخذ الولي بالشفعة، لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ بإتفاق المذاهب الأربعة⁽¹⁾.

وذهب رأي الجمهور، كمالك وأبو حنيفة و الشافعي، بأن الولي إذا لم يطلب حق الشفعة للصغير، فلا يجوز له طلبها عند البلوغ، لأن الولي فعل ما كان صالحا للصغير غير أن الإمام ابن حنبل، رأى غير هذا، وأقر بأن للصغير حق طلب الشفعة بعد البلوغ، إذا لم يطلبها وليه وسواء كانت فيها مصلحته بعد أو قبل بلوغه، لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء كان له فيها الحظ أم لم يكن، فهي حق ثابت للصغير، لا يمكن للولي إبطاله، كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بالشفعة لم تسقط⁽²⁾.

أما في القانون المدني ، فلم يرد ذكر هذه الحالة ، غير أن التساؤل المطروح ، هل أن الشفيع إذا كان قاصرا ، جاز لوليه أن يطالب بالشفعة و يعلن رغبته بدلا عنه دون أن يستأذن القاضي في ذلك؟ وجوابا على ذلك ، إذا تأملنا المادة 88 من قانون الأسرة⁽³⁾، وأخذنا بمفهوم المخالفة، فنجد أن الحالات التي يستوجب فيها طلب الإذن من القاضي وردت على سبيل الحصر، أضف إلى ذلك أن الشفعة تزيد من الذمة المالية للقاصر فهو إثراء و ليس إفتقار مع مراعاة أن الأب أو الأم أحرص الناس على مصلحة الإبن القاصر.

و يرى الأستاذ : السنهاوري أن القاصر أو المحجوز عليه ، لوليه أو وصيه طلب أو إعلان الرغبة في الشفعة بدلا عنه بإذن أو دون إذن المحكمة لأنه عمل من أعمال الإثراء لا الإفتقار⁽⁴⁾ و نحن نميل إلى هذا الرأي لما فيه من منطق ورجاحة فكر.

و تجدر الإشارة كذلك، إلى أن الوكيل، لا يجوز له إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة نيابة عن الشفيع الموكل متى كانت حاملا لوكالة عامة، لا تجيز له صراحة هذا الإعلان، ولما كانت الوكالة العامة تقتصر على بعض أعمال الإدارة، وجب على الموكل حتى يتسنى له إعلان الرغبة أن يحصل على وكالة خاصة من الموكل. الشفيع، و يجب أن تتوفر في هذه الوكالة الأشكال المحددة قانونا، حسب نص المادة 572 من القانون المدني .

¹ - د / وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 831.

² - د / وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 832.

³ - قانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الطبعة الثالثة د و أ ت 1999

⁴ - د / عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 618

الفرع الثاني : إيداع الثمن لدى الموثق :

أفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن أو العوض الذي ملك به، أو يمثل الثمن الذي تملك به المشتري ، لا يمثل المبيع الذي يملكه المشتري لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري. يمثل ما يملك به قدرا و جنسا ، لحديث جابر⁽¹⁾: "فهو أحق به بالثمن" كما يلزم الشفيع. بما أنفق المشتري كأجرة سمسار و كاتب و رسوم ، غير أن الفقهاء اختلفوا في الإجابة عن السؤال الذي يتمحور حول مدى توقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع للثمن ؟

فذهب كل من الإمام الشافعي و ابن حنبل و مالك و أبو حنيفة في ظاهر الرواية إلى أنه لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، و لا إحضار الثمن و لا حضور المشتري و لا يتوقف صدور الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الشفيع الثمن إلى مجلس القضاء، لأن حقه ثبت بمجرد البيع لأجنبي دفعا لضرر عنه، فصار كما لو صدر الشراء له من البائع من أول الأمر، أو لأن الشفيع يصير ممتلكا المشفوع فيه. بمقتضى القضاء بالشفعة، فكأنه اشتراه من البائع، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن كالشراء أو البيع المبتدأ بجامع أنه تملك بعوض.⁽²⁾

غير أن فقهاء المذهب المالكي قالوا: "إن قال الشفيع: أنا آخذ بالشفعة، منح له ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أتى به فبها، وإلا سقطت شفيعته"⁽³⁾.

وقال محمد بن الحسن : لا يقضي القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، دفعا للضرر عن المشتري، لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضار الثمن ، ويؤجله القاضي ليومين أو ثلاثة تمكينا له من نقد الثمن، إذ لا يصح دفع الضرر عن الشفيع بإضرار غيره، لكن ما يخشاه محمد بن الحسن من هذا المخذور ، يمكن دفعه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف بأن للمشتري حبس العين في يده، حتى يدفع الشفيع الثمن⁽⁴⁾.

لذا فرأى بعض الفقهاء بوجوب إيداع الشفيع للثمن لدى القضاء قبل الحكم له بالشفعة، ما هو إلا احتياط لأجل دفع الضرر عن المشتري.

أما الملاحظ في القانون المدني ووفقا لما جاء به نص المادة 2/820 التي تنص صراحة على أنه: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال الثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح

¹ - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 811 و لحديث رواه أبو إسحاق الجوزاني في المترجم

² - د./ وهبة الزحيلي المرجع السابق - ص 812

³ - الإمام ابن رشد القرطبي - المرجع السابق - ص 301

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 "

إذن، بعد إنتهاء الإجراء الأول من إجراءات الشفعة والمتمثل في إعلان الرغبة ، في الأخذ بالشفعة يأتي الإجراء الثاني وهو إيداع الثمن لدى الموثق والذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر والتي نخلص بعد تصفحها إلى الملاحظات التالية:

1- وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق الكائن مقره بدائرة وجود العقار المشفوع فيه والمقصود بالثمن هو ثمن العقار ، أما المصاريف، فهي التي يقتضيها تحرير العقد، كالرسوم وحقوق التسجيل ، إضافة إلى المصاريف التي يقتضيها تحرير العقد في حساب الزبائن التابع لمكتب التوثيق بالخزينة العمومية، أي: أن كل هذا يتم بمعية موثق⁽¹⁾.

هذا وقد لا يذكر في العقد الثمن الحقيقي للبيع ، ويذكر بدله له ثمن صوري قهرا من دفع الرسوم وبذلك يكون الثمن المعبر به في صلب العقد ، لايعبر عن القيمة الحقيقية للعقار المبيع ، فمبدئيا الشفيع يأخذ بالظاهر إلى أن يثبت العكس ، وحينها يرجع المشتري على البائع للمطالبة بالمبالغ التي لجأ إلى إخفائها لكن قد يقع أحيانا أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغ فيه بقصد إرهاب الشفيع ، هنا يقع عبء إثبات ذلك على الشفيع، فإذا ما ثبت أن المبلغ الذي أودعه لايقبل عن الثمن الحقيقي للعقار وكان أكبر منه ، فإن الإيداع يكون صحيحا حتى ولو كان أقل من الثمن المذكور في العقد، وله أن يسترد الفارق.

2- وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي موثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، وذكرنا سابقا أن هذا التصريح يكون مجسدا في عقد رسمي، ويعلن إلى كل من البائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه، ونلاحظ أن المادة 2/801 ذكرت أنه يجب الإيداع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة ، عكس ما ذهبت إليه المادة 2/942 من القانون المدني المصري والتي تحدد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان عن التصريح بالرغبة لذلك فهي أكثر وضوحا، لأنها بذلك وحسب رأي الأستاذ السنهوري⁽²⁾ ، فإن الميعاد في الإيداع يبدأ حسابه خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصول الإعلان في الرغبة إلى البائع والمشتري ، وبذلك فلا يحسب يوم وصول الإعلان ، ويبدأ الميعاد في اليوم الموالي له ، وينقضي بانقضاء ثلاثين يوما ابتداء من هذا اليوم ، فإن صادف يوم عطلة إمتد الميعاد إلى اليوم الذي يلي أول

¹ - أ / لعدم مصطفى - مجلة الموثق - عدد 07 - سنة 1999

أيام انتهاء العطلة ، وقد يصل إعلان الشفيع إلى البائع والمشتري في يومين مختلفين ، فتكون العبرة في بدء حساب الميعاد باليوم الأخير لوصول الإعلان إلى أحدهما لا إلى الأول.

أما القانون المدني الجزائري في مادته 2/801 ، فإنه يثير إشكالا في تحديد تاريخ بدء حساب الميعاد، حين أقر أنه يكون الإيداع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، فهل هذا التاريخ هو تاريخ تحرير عقد التصريح بالرغبة لدى الموثق بعد أن يتحصل على الإنذار؟ أم هو تاريخ تسجيل العقد المتضمن التصريح بالرغبة لإعطائه تاريخا ثابتا ؟ أم من تاريخ إشهار عقد التصريح بالرغبة في مصلحة الشهر العقاري ؟ يرى الأستاذ لغوم مصطفى⁽¹⁾ أن التاريخ المعني، هو تاريخ الشهر العقاري المتعلق بعقد التصريح بالرغبة ، لأن هذا الشهر يحفظ حقوق الشفيع من تصرفات المشتري التي قد ترد على هذا العقار، غير أن المحكمة العليا اعتبرت أن التاريخ يبدأ سريانه من يوم إعلان الرغبة وذلك في قرارها الصادر عن الغرفة الشخصية بتاريخ 19 نوفمبر 1984 في الملف رقم 34.331 إذ أقرت: "متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة."⁽²⁾ وقرارها الصادر بتاريخ⁽³⁾ 1995/01/10 تحت رقم: 130.337 إذا جاء فيه: "من المقرر قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة ، يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن عنه عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا.

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

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

وبهذا فإن الإيداع يكون خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة. والعبرة بمدة ثلاثين يوما من تاريخ التصريح فهي فسح المجال للشفيع ليتدبر أمره ويتكفل بجمع المبلغ الذي يتضمن ثمن البيع والمصاريف التي يقتضيها عقد البيع.

¹ - أ / لغوم مصطفى - مجلة الموثق - عدد 07 - ص - 1999

² - المجلة القضائية - العدد الثاني - ص 52 - سنة 1990

³ - المجلة القضائية - العدد الثاني - ص 194 - سنة 1995

وقد أعتبر المشرع هذه المدة من النظام العام ، فإذا لم تحترم تفقد صاحبها الحق في طلب الشفعة، بمعنى أن هذا المبدأ، يعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ، يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، وهذا ما أشار إليه القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالحكمة العليا بتاريخ 19 نوفمبر 1984 في الملف رقم 34.331 والقاضي بما يلي:

"متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار ، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في 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 بمباشرة الطاعن بمخالفة أحكام المادة 799 من القانون المدني غير مؤسس ويستوجب رده.

ولما كان ثابتا أن الطاعنين، لم يعلنوا رغبتهم في الشفعة خلال الأجل المحدد قانونا رغم علمهم بالبيع الواقع، وكان ثابتا أنهم لم يرفعوا دعواتهم على البائع والمشتري معا واكتفوا برفعها على البائع فقط، لذا فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم القاضي برفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة التزموا صحيح القانون.

3 - وجب أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، أي: أن الشفيع عقب رفع دعوى الشفعة يتعين عليه أن يستظهر الوثائق الثبوتية التي تؤكد أن الشفيع قد قام فعلا بإيداع الثمن والمصاريف، ويتضح بذلك من الوصل الذي يسلم له من قبل الموثق ويؤكد بمقتضاه أن الشفيع قد دفع فأودع الثمن في الخزينة العمومية وهذا الوصل يعتبر سنداً أساسياً في رفع دعوى الشفعة، مضافاً له عقد التصريح بالرغبة في الشفعة.

وخلاصة القول أن المشرع أعتبر أن إيداع الثمن لدى الموثق يعد إجراءً جوهرياً قبل رفع دعوى الشفعة، وهو ما لم يقره فقهاء الشريعة الإسلامية عموماً.

المطلب الثاني: دعوى الشفعة

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى الإجراءات الواجب اتخاذها قبل رفع الدعوى، ورأينا أنها إجراءات جوهرية وأولية قبل اللجوء إلى رفع الدعوى لاستصدار حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيع، سنحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق إلى الإجراءات الشكلية الواجبة في رفع الدعوى، فتطرق في فرع أول إلى المسائل التالية : الخصوم في دعوى الشفعة، المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى وميعاد رفعها، أما الفرع الثاني فسنخصصه للحكم الصادر في دعوى الشفعة،

وكل هذا على ضوء الشريعة والقانون المدني.

الفرع الأول: رفع الدعوى

أقرت الشريعة الإسلامية حق الشفيع في اللجوء إلى القضاء بصفته مدعيا للطالبة بحقه في تثبيت الشفعة ومخاصمة المشتري في ذلك ، غير أنها لم تهتم بالشكليات كما إهتم بها القانون الوضعي وبتصفح القانون المدني نجد المادة 802 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. " ومحاوله معالجة إجراءات الدعوى نحاول الإجابة على الأسئلة التالية: من يرفع الدعوى؟ وعلى من ترفع؟ ماهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة؟ وهل هناك ميعاد محدد قانونا لرفع الدعوى؟

أ - من يرفع دعوى الشفعة:

إن الشفيع هو المخول لرفع دعوى الشفعة وطلب الأخذ بالشفعة عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لذلك يشترط في الشفيع توافر الأهلية الواجبة للقيام بهذا العمل، أي أن يكون الشفيع كامل الأهلية بالغاً سن الرشد على الأقل وغير محجور عليه، كما له أن يوكل في رفع الدعوى غيره، بشرط أن تكون الوكالة خاصة⁽¹⁾، لأن الوكالة العامة تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف.

وفي حالة كون الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه، فوليه أو وصيه هو الذي يرفع دعوى الشفعة بإذن المحكمة أو بدون إذن⁽²⁾.

وفي هذا المجال، نجد أن الشريعة الإسلامية قد تبنت نفس القواعد في اعتبار الشفيع مدعياً في دعوى الشفعة.

ب - على من ترفع الدعوى:

ترفع الدعوى على البائع والمشتري معا ، فالشفيع مجبر على مخاصمة كل من البائع والمشتري في دعوى الشفعة ، لأن الشفيع سيحل محل المشتري في أخذ العقار بالشفعة، وعدم رفع الدعوى من قبل الشفيع ضد البائع والمشتري معا يجعل من الدعوى مرفوضة شكلاً لبطلان الإجراءات.

¹ - أ/ لعدوم مصطفى - مجلة الموثق - عدد 7 ص سنة 1999

² - أ/ لعدوم مصطفى - مجلة الموثق - عدد 8 ص سنة 1999

أما الشريعة الإسلامية فنلاحظ، أن الخصم الشفيع هو المشتري مطلقاً، سواء تسلم المبيع أم لا لأنه مالك، والبائع قبل التسليم لقيام حيازته⁽¹⁾، وبذلك يلاحظ الخلاف القائم بين الشريعة والقانون المدني الذي يستوجب رفع الدعوى ضد البائع والمشتري معاً.

ج- المحكمة المختصة بنظر الدعوى:

إن دعوى الشفعة من الدعاوى العينية لأن الشفيع يطالب بملكية العقار المشفوع فيه نتيجة توافر سبب من أسباب الملكية، وهو الشفعة، وعلى هذا فإن المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى هي المحكمة الواقع بدائرتها العقار، اعتماداً على نص المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية ونص المادة 802 من القانون المدني، هذا من حيث الاختصاص المحلي، أما من حيث الاختصاص النوعي فالقسم المختص هو المدني أو العقاري.

وتجدر الملاحظة إلى أن الدعوى المتعلقة بممارسة حق الشفعة لا يجب شهرها وفقاً لما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر في الملف رقم: 194437 بتاريخ 2000/04/26 إذا جاء فيه مايلي: "من الثابت قانوناً أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً.

ولما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شكلاً لأنها لم تشهر دعواها طبقاً لنص المادة 85 من المرسوم رقم: 76/63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعوى القضائية الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها، وهي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقص."⁽²⁾ وكذا القرار رقم: 34131 الصادر بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار وذلك في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة. ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائياً."⁽³⁾

¹ - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 832

² - المجلة القضائية - العدد الأول - ص 156 سنة 2000

وجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تحدد هذه الإجراءات ولكن يستنتج أنها اعتبرت موقع وجود العقار المشفوع فيه هو مكان رفع الدعوى.

د - ميعاد رفع الدعوى:

لقد أكدت المادة 802 من القانون المدني على وجوب رفع دعوى الشفعة في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإذا تعذر أو تأخر إعلان كل من البائع أو المشتري فالمدة تبدأ بالسريان من تاريخ الإعلان الأخير بشرط عدم فوات ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ الإعلان وإلا سقط حقه في الشفعة.

ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعي العقار في حالة تعددهم في الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين. بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني، وعلى هذا وجب على الشفيع رفع الدعوى في الميعاد القانوني المحدد بثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/16 ملف رقم 186433 وقد جاء فيه¹: " من الثابت قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي والإعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط كما أنه يجب أن ترفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 - ولما تبين من القرار المطعون فيه أنه تم رفع دعوى الطاعنة الرامية الى ممارسة حقها في الشفعة على أساس ورودها خارج مهلة ثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ، فإنهم خالفوا القانون لما أسسوا الدعوى ابتداء من تاريخ التصريح بالرغبة في حين ان المادة 802 من القانون المدني ، تفرض وجوب رفع الدعوى ابتداء من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

وبهذا نجد أن القانون المدني قد حدد ميعادا وأجلا قصيرا قدر بثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، عكس ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية باتفاق المذاهب على أن ميعاد رفع الدعوى مفتوح للشفيع متى شاء أخذ به، غير أن الفورية تكون لإعلان الرغبة كما بينا فيما سبق بيانه.

الفرع الثاني : الحكم الفاصل في دعوى الشفعة

¹ المجلة القضائية - العدد الثاني - ص 111 سنة 1999

لقد أقرت الشريعة الإسلامية انه متى تقدم الشفيع إلى القاضي للمطالبة بالشفعة ، وادعى شراء الدار المشفوعة، فإن القاضي يسأله أولا عن موضع الدار وحدودها ، لدعواه فيها حقا ، ثم هل قبض المشتري ثمن الدار فإن لم يقبض لم تصح دعواه على المشتري ما لم يحضر البائع. ويواصل القاضي سؤال الشفيع عن سبب وحدود ما يشفع به ، إذ قد تكون دعواه بسبب غير صالح، فإذا تحقق ذلك كله صحت دعواه⁽¹⁾ .

ويسأل القاضي المدعى عليه - المشتري - عن ملكية الشفيع لما يشفع به ، فإن أقر بملكية الشفيع ما يشفع به ، فبها ، وإن أنكر تلك الملكية ، كلف القاضي الشفيع إقامة البينة على ملكه ، لأن الحيازة لا تكفي لإثبات الاستحقاق ، فإن عجز الشفيع عن البينة، استحلف - بطلب الشفيع - المشتري ، بالله ما يعلم أن الشفيع مالك لما ذكره ، مما يشفع به ، فان نكل المشتري عن اليمين ، أو قامت بينة الشفيع ، ثبت ملكه الدار التي يشفع بها ، وثبت له حق الشفعة⁽²⁾ .

ثم يسأل القاضي المدعي عليه أيضا هل اشترى الدار المشفوعة ، أم لا؟ فان أقر، فبها ، وإن أنكر الشراء قيل للشفيع: أقم البينة على شراؤه ، لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيان بالحجة ، فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ، ما ابتاع هذه الدار أو بالله ، ما يستحق علي في هذه الدار شفعة، من الوجه الذي ذكره الشفيع ، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الحكم القاضي بثبوت الشفعة كاشف لا منشأ. فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الإشهاد والتقريير، دون حاجة إلى قضاء القاضي، وبذلك لا يكون الحكم ضروريا لإستقرار حق الشفيع ولذلك فالحكم ليس هو المنشأ لحق الشفيع، أما المذاهب الثلاثة الأخرى، فلا يتوقف تملك الشفيع للعقار والمشفوع فيه على رضا المشتري أو على قضاء القاضي، بل يتملكه قبل ذلك، بمجرد طلب الشفعة عند الإمام أحمد بن حنبل، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعي⁽³⁾ .

وجدير بالذكر أنه لا تسمع البينة على البائع، حتى يحضر المشتري، لأنه المالك ويفسخ بحضوره، فان سلم المبيع للمشتري لا يلزم حضور البائع لزوال الملك والحيازة عنه⁽⁴⁾ .

أما إذا تصفحنا القانون المدني فإن المادة 803 منه تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة، يعد سنداً لملكية الشفيع دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري ، ويستفاد من

¹ - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 832

² - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 832

³ - د/ علي الخفيف - المرجع السابق ص 290

⁴ - د/ علي الخفيف - المرجع السابق ص 300

هذا الفحوى للنص بأن الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفيع في الشفعة يعد سندا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ، وعليه فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع وهذا الحكم يعد بالنسبة للشفيع كسند ملكية يغنيه عن إبرام عقد بيع بينه وبين البائع .

وعلى هذا وجب على الشفيع أن يقوم بتسجيل الحكم وشهره حتى تنتقل له ملكية العقار المشفوع فيه وقد أكدت ذلك المادة 793 من القانون المدني التي أكدت عدم إنتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات المنصوص عليها قانونا ولا سيما المتعلقة بالشهر العقاري.

وقد أقرت المحكمة العليا هذا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/02/07 ملف رقم: 30.840 وجاء فيه: "من المقرر قانونا أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية ولا سيما التي تدير مصلحة شهر العقار، وعليه، فالشفيع الذي يستصدر حكما نهائيا بأحقية في الشفعة، والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع، يكون قد تحصل على سند للملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري" (1).

ويمكن القول بأن الحكم بالشفعة هو حكم كشف عن حلول الشفيع محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك، وبذلك فالحكم هو بمثابة حكم بصحة التعاقد، ولكن لا لمصلحة المشتري الأصلي، بل لمصلحة الشفيع (2).

وبنوعي أن يتضمن الحكم القاضي بثبوت الشفعة جميع إجراءات المطالبة بها لأن الإكتفاء بذكر عموميات فقط يعد قصورا في التسبيب، يوجب النقض وفي هذا الإطار فقد ورد في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1985/01/09 ملف رقم: 33798 مايلى: "من المقرر قانونا أن القرار الذي لا تكفي أسبابه لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أبدى من طلبات ودفع أطرافها فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب.

ولما كانت جهة الاستئناف لم تقم فعلا باحتساب الآجال المحددة بالمواد 799 ، 801 و 802 من القانون المدني بالنسبة للعمليات الصادرة عن الطالبة في طلبها استعمال حق الشفعة، والإنذار الموجه لها من البائعة والمشتري حتى يتسنى للمجلس الأعلى استعمال حق الرقابة عليها.

¹ - المجلة القضائية - العدد الثاني - ص 158 سنة 1994

² - عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 700

واقترنت على ذكر عموميات لا تفي بالمطلوب، وقضت بالمصادقة على الحكم المستأنف لديها والقاضي برفض الدعوى لسقوط حق المدعية، فإنها بهذا القضاء شوهدت قرارها بالغموض والقصور في التسبيب، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽¹⁾.
وخلاصة القول أن هناك إتفاقا بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني على إعتبار الحكم القاضي بثبوت الشفعة، هو حكم كاشف لا منشأ، فهو يكشف عن حلول الشفع محل المشتري في أخذ العقار المشفوع فيه باستعمال الشفعة.

المبحث الثاني : آثار الشفعة

¹ - المجلة القضائية - العدد الرابع - ص 19 سنة 1989

سنتطرق من خلال هذا المبحث لآثار الشفعة لتبين أن هذه الآثار تتجسد في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وبروز جملة من العلاقات التي تربط بين الشفيع وكل من البائع والمشتري والغير.

ومن خلال هذه الدراسة سنحاول دائما معرفة مدى التوافق أو الاختلاف الحاصل بين الشريعة والقانون المدني.

المطلب الأول: إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

لقد أقرت الشريعة الإسلامية، كما أسلفنا الذكر أن الشفعة حق للشفيع، يمارسها لتملك العقار المشفوع فيه متى توافرت شروط الشفعة وأسبابها، ونفس القاعدة تقريبا أقرها القانون المدني مع الاختلافات التي تم إبرازها سابقا.

وقد سبقت الإشارة إلى أن الشفعة واقعة مركبة، وهي تشتمل على عناصر ثلاثة سيما الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، بيع العقار المشفوع فيه وإعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة، ومتى تكاملت هذه العناصر، قامت الشفعة كسب قانوني يحدث أثره مباشرة، وهو حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي أبرمه البائع مع المشتري وهذا ما حددته المادة 794 من القانون المدني وأكدته المادة 804 من نفس القانون.

وهذه النصوص تتضمن قاعدة عامة، مفادها إنتقال جميع الحقوق والالتزامات التي كانت مقررة أصلا لصالح المشتري، ثم صارت مقررة لصالح الشفيع بموجب الشفعة.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو ضرورة معرفة الوقت الذي يتم فيه حلول الشفعة محل المشتري ، هل من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بالشفعة؟ أم من وقت إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة؟

وللإجابة على هذا السؤال، لابد من التطرق إلى الاختلاف الظاهر الذي وقع بين فقهاء الشريعة والقانون حول وقت حلول الشفيع محل المشتري، لنلاحظ تضارب الرؤى في هذا المجال.

الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة

ذهب رأي بعض فقهاء الحنفية إلى أنه إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا إستحقه شفيع بالشفعة لم يملكه

بمجرد طلبه ، لان حق الشفعة ضعيف ، فلا يتقوى إلا بطلبه من القاضي ، وعلى هذا فلا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين: الأول: تسلمه من المشتري عن رضا منه، فيتملكه الشفيع من وقت تسلمه ، والثاني: قضاء القاضي له به ، فيتملكه من وقت القضاء وإن لم يملكه فعلاً⁽¹⁾.

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني إلى الميل إلى هذا الرأي ، إذ اعتبروا أن حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت حقه في الشفعة أو من وقت التراضي عليها ، بحيث يعتبر هذا التراضي أو الحكم القاضي بثبوت الشفعة ، منشأ لحق الشفيع لا مقرر له ، ومن ثم ناقلا للملكية العقار المشفوع فيه بتسجيله ، ويظل المشتري إلى تاريخ التسجيل مالكا للعقار المشفوع فيه⁽²⁾.

ويستند هذا الرأي إلى أن الحكم بالشفعة منشأ لحق الشفيع لا مقرر له، وبالتالي فإن الشفيع يعد مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت ثبوت الحكم النهائي بالشفعة، وهذا راجع إلى أن المسألة لا تتعلق بتزاع حول الملكية ولا بإبطال البيع أو فسخه، وإنما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بواسطتها أن يكسب ملكية العقار المبيع بدلا من المشتري، وهذا يعني أن الشفيع يملك العقار من وقت تسليم المشتري بالشفعة أو الحكم بها، أما قبل صدور الحكم بالشفعة فإن المشتري يعد مالكا للعقار المشفوع فيه، ويتصرف فيه كما يشاء وهذا الكلام ينطبق على أي مشتري إنتقلت إليه ملكية هذا العقار وعلى ذلك فإن جميع التصرفات التي تصدر من المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة تكون نافذة في حق الشفيع وإذا بيع العقار المراد أخذه بالشفعة إلى مشتر ثان في هذا الوقت، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وهو ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني كما رأينا سالفاً.

وإذا كان المشرع من خلال نصوص القانون المدني المتعلقة بالشفعة قد قرر إبطال التصرفات الصادرة من المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فهذا لا يعني إنتقال الملكية إلى الشفيع من هذا التاريخ، وإنما قرر ذلك لحمايته من التصرفات التي قد تضربه والتي تحول دون أخذه بالشفعة فالمشرع وضع قيودا على المشتري في البناء أو الغراس في العقار بعد حصول الطلب كما جاء في نص المادة 805 من القانون المدني.

الفرع الثاني : حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع

يرى أبو حنيفة بأن الشفيع إذا طلب المواثبة ثم طلب الإشهاد والتقارير بشكل صحيح، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه، لأن الحق ثبت للشفيع بالطلبين،

¹ - د علي الخفيف - المرجع السابق ص 120

² - د/ محمود خيال - المرجع السابق ص 215

والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال، لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا كتأخير إستيفاء القصاص وسائر الديون⁽¹⁾.

أما المذاهب الأخرى الثلاثة، فنجد أن الإمام مالك قد إرتأى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله، أخذته بالشفعة وما في معناه دون إشتراط قضاء من القاضي أو رضا من المشتري متى كان عالما بالثمن، لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله وكذا قال الإمام أحمد، أما الإمام الشافعي فقال بأنه يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري⁽²⁾.

ومما سبق قوله، فإن جمهور الفقهاء الأربعة تعتبر بأن قضاء القاضي لا يكون ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع.

وأما في الفقه القانوني فيرى الأستاذ السنهاوري، بأن المبادئ العامة في الشفعة، ترجع أساسا إلى التكيف الصحيح لطبيعة الشفعة التي تعد واقعة مركبة من عناصر ثلاثة، الإرتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة فمضى تكاملت هذه العناصر فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين البائع والمشتري، منذ تمام هذا البيع فالشفعة لا تحدث أثرها إذن إلا عند إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، و لكن متى أحدثت هذا الأثر، فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته ، وعلى هذا يجب إستبعاد القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة، أو من وقت رفع الدعوى، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو من وقت إعلان الرغبة أساسا⁽³⁾.

و تجدر الإشارة إلى وجوب التوقف عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، و لكن لتقرير أن الشفعة قد تكاملت عناصرها ، و قامت سببا قانونيا لحلول الشفيع محل المشتري من وقت إبرام البيع بحيث يختفي شخص المشتري من الصفقة ، فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذي تم بيانه⁽⁴⁾.

موقف المشرع الجزائري:

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 728

² - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 728

³ - د / السنهوري - المرجع السابق ص 729 - 730

⁴ - د/ السنهوري - المرجع السابق - ص 732

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن الموقف الذي اتخذه المشرع، يتماشى مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية، وما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه القانوني من أن حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة للشفيع، و يتضح هذا بصفة جلية في نص المادة 803 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي : "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند الملكية الشفيع ، و ذلك دون إحلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري". فمن خلال هذه المادة ، يمكن استقراء مبتغى و مذهب المشرع في إعتبار حلول الشفيع محل المشتري، يكون من وقت صدور حكم نهائي بثبوت الشفعة .

المطلب الثاني : العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة :

إن حلول الشفيع محل المشتري في أخذ الشفعة ، تنشأ عنه جملة من العلاقات تربط بين البائع، المشتري والشفيع أو بين الغير والشفيع ، و سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى هذه العلاقات.

الفرع الأول : علاقة الشفيع بالبائع:

لقد نصت المادة 804 من القانون المدني على ما يلي : "يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته، إلا أنه لا يمكن له الإلتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع ، و لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة". و يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه ، و هذا نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع المبرم بينه و بين البائع ، و بهذا و نتيجة لهذا الحلول ، يخرج المشتري من المعاملة ، و يصبح كأنه لم يكن ، و يبقى العقد الذي تم قائما بين طرفين هما البائع والشفيع ، و بالتالي ينتج هذا البيع آثاره القانونية فيما بين البائع و الشفيع و نتيجة لهذا ، يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع إلتزامات البائع، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع إلتزامات المشتري، فيلتزم البائع بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وهذا بعد تسجيل الشفيع للحكم القاضي له بالشفعة وشهره، كما يلتزم البائع بتسليم الشفيع العقار المشفوع فيه، إن لم يكن قد سلمه له، كما يلتزم بالضمان، فإذا إستحق العقار بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، وهذا ما يفهم من النص الفرنسي لأن النص العربي ورد مخالفا لهذا المعنى، فقد ورد فيه أن الشفيع لا يرجع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة؟ فهل يفهم منه أن البائع لا يلزم بالضمان في حالة إستحقاق المبيع بعد أخذه بالشفعة ولهذا فنحن نعتقد أن ذلك مجرد ترجمة غير صحيحة ولكن ولطالما أن النص العربي هو الأصل وهو واجب التطبيق، فوجب تطبيقه كما هو وأن كان فيه خروج على

القواعد العامة في مجال إلتزامات البائع، حيث يقع عليه ضمان الإستحقاق.

وقد نصت المادة السالفة الذكر على أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع و لذا فإن أراد الشفيع الإستفادة من هذا الأجل ، وجب عليه التفاوض مع البائع على هذا ، و بهذا نكون أمام واقعة قانونية جديدة ⁽¹⁾ تخضع للإيجاب و القبول و عرض تفاصيل تمس العقد و تتم بإتفاق البائع والشفيع .

والملاحظ في الشريعة الإسلامية ، أن هناك رأيان رأي يمثلها فقهاء الحنفية ، و الذين يؤكّدون على أن علاقة البائع بالشفيع تكون خلال المدة التي تفصل بين إعلان الشفيع لرغبته و حكم القاضي له بالشفعة، و على ذلك فإن تصرفات البائع خلال هذه المدة لا تسرى في حق الشفيع المعلن لرغبته وإنما تنفذ في حقه التصرفات السابقة عن إعلان الرغبة ⁽²⁾ ، أما رأي جمهور الفقهاء فقد ذهب إلى القول بعدم نفاذ تصرفات البائع في مواجهة الشفيع متى أعلن رغبته ودون انتظار حكم القضاء ، أما قبل إعلان الرغبة فالبائع حر في التصرف في ملكه ⁽³⁾.

الفرع الثاني : علاقة الشفيع بالمشتري:

لا تنشأ علاقة تعاقدية بين الشفيع و المشتري ، و مع ذلك فقد تنشأ بينهما علاقات قانونية أو إلتزامات متبادلة نتيجة حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه ، و قد نصت المادة 805 من القانون المدني على ما يلي: " إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ، أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة و إذا إختار أن يستبقي البناء أو الغراس، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العامل أو نفقات الغراس ."

وعليه فقد يستلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ، و هذا هو الغالب فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجل ، فإن له حقوقا تنشأ قبل الشفيع و تنشأ للشفيع حقوق قبل المشتري ، و لما كان المشتري قد إختفى من الصفقة نتيجة حلول الشفيع محله ، و لكنه وطالما أنه تسلم العقار المشفوع فيه يمكن إعتباره حائزا لهذا العقار ، و يكون حائزا حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة وحائزا سيئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة .

¹ - الأستاذ لعروم مصطفى - مجلة الموثق ص 09 عدد 08 سنة 1999

² - الإمام ابن رشد القرطبي - المرجع السابق ص 260

³ - الإمام ابن رشد القرطبي - المرجع السابق ص 262

وتجدر الملاحظة بأن المشتري إذا لم يستلم العقار المشفوع فيه من البائع فإن علاقته بالشفيع تنحصر في إسترداد مصروفات البيع التي دفعها فقط و إستردادها يتم من الثمن الذي قام الشفيع بإيداعه كإجراء من إجراءات الشفعة.⁽¹⁾

ويتضح من نص المادة 805 السالفة الذكر ، أن مسألة بناء أو غراس الشفيع في العقار المشفوع فيه تختلف آثارها حسب الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : بناء المشتري أو غراسه في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الشفيع رغبته .

في هذه الحالة، فلا يحق للشفيع طلب الإزالة للبناء أو الغراس الذي أقامه المشتري ولكن يجب عليه أن يأخذ العقار بالحالة التي هو عليها، وبذلك يلتزم الشفيع تبعاً لما يختاره المشتري إما بدفع مقدار مازاد في قيمة العقار أو دفع المبلغ الذي أنفقه، و مؤدي هذا أن يدفع الشفيع بأكبر هاتين القيمتين وأساس ذلك أن المشتري عندما بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه، كان ذلك في أرضه ، ولا يوجد بذلك أي مانع يمنعه من ممارسة الملكية على ملكه⁽²⁾ كما له أن يبني عندما يوجه له طلب الشفعة و عارض هذا الطلب ، لأنه قد يكون على حق في معارضته.⁽³⁾

و قد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية نفس المذهب، غير أنه فرقوا بين التصرفات التي ينشئها المشتري أو العقود التي يبرمها و بين نماء المشفوع فيه و زيادته لدى المشتري ، سواء كان هذا النماء طبيعياً أو محدثاً .

ففيما يخص التصرفات والعقود المنشئة من قبل المشتري قبل إعلان الشفيع رغبته فقد إتفقت المذاهب الأربعة على عدم جواز نقض هذه التصرفات والعقود.

أما فيما يخص النماء الطبيعي أو المحدث الذي ينشئه المشتري في العقار المشفوع فيه، قبل إبداء الشفيع لرغبته، فإن المذاهب الأربعة جعلته من حق المشتري على قول المالكية : "الغلة قبل الشفعة للمشتري"⁽⁴⁾.

الحالة الثانية: بناء المشتري أو غراسه بعد إعلان الشفيع رغبته في الشفعة.

في هذه الحالة إذا قام المشتري ببناء أو غراس في العقار المشفوع فيه، بعد إعلان الشفيع لرغبته في الشفعة، فإن الفقرة الثانية من المادة 805 من القانون المدني السالفة الذكر قررت بأن للشفيع الحق في إمكانية طلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري، وإعادة العقار إلى أصله، مع التعويض إذا

¹ - الأستاذ/ لغروم مصطفى - مجلة الموثق - عدد 8 ص 10 سنة 1999

² - د/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص 517

³ - د/ السنهوري - المرجع السابق - ص 766

⁴ - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 835

كان له مقتضى⁽¹⁾، كما له أن يستبقي على البناء أو الغراس، فلا يلزم إلا بدفع ما أنفقه المشتري، أي قيمة أدوات البناء والغراس، وتقدير هذه النفقات والمصروفات متروك لسلطة القاضي التقديرية⁽²⁾. أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد سبق القول بأنهم يميزون بين العقود والتصرفات التي يبرمها المشتري بعد إعلان الشفيع لرغبته وبين نماء المشفوع فيه وزيادته.

فبالنسبة للعقود والتصرفات المبرمة من قبل المشتري بعد إعلان الشفيع لرغبته، فإن المذاهب الأربعة إتفقت على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية وهو البيع بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقها، لتعلق حق الغير في البيع، كما اتفقوا على جواز نقض الرهن والإجازة والإعارة، مما لا شفعة فيه ابتداءً وفي حالة البيع بخير الشفيع بين أن يأخذ العقار المبيع بالثمن الذي تم به الشراء الأول أو الثاني، لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الشفعة، ولأن حق الشفيع سابق على هذا التصرف، فلا يبطل⁽³⁾.

أما بالنسبة لنماء المشفوع فيه وزيادته فيفرق الفقهاء بين حالتين أو صورتين:

الصورة 1 : النماء الطبيعي:

فإذا نما المبيع في يد المشتري، كأن أثمر الشجر في يده بعد الشراء، فإن رأي الحنفية ذهب إلى القول بأحقية الشفيع في أخذ هذا الثمر، لأنه مبيع تبعاً لأصله، أما الشافعية والحنابلة فقالوا بأن الشفيع يأخذ المبيع مع زيادته متى كان النماء متصلاً، أما إذا كان النماء منفصلاً، فهو للمشتري يأخذه دون الشفيع ومثاله الثمرة الظاهرة والطلع المؤبر، وعلة ذلك كون الثمر حدث في ملك المشتري ولذا فلا يتبع المبيع⁽⁴⁾.

الصورة 2 : الزيادة المحدثه:

قد يحدث المشتري زيادة في العقار المشفوع فيه، كالزراع أو الغرس أو البناء، وهذا بعد إعلان الشفيع لرغبته وعلى هذا يرى الفقهاء على أنه في حالة الزرع الذي له نهاية معلومة، فإن الشفيع يأخذ الشفعة ويقيم الزرع من حق المشتري، غير أن الزرع يبقى في الأرض إلى غاية الحصاد، والأجرة على المشتري عند الحنفية عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد، وليس عليه أجرة عند الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، أما حالة البناء والغراس فالشفعة للشفيع وذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية، إلى

¹ -د/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص 517

² -د/ عبد الرزاق تاسنهوري - المرجع السابق - ص 766

³ -د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 835

⁴ -د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 836

⁵ -د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 837

القول بأن للمشتري الخيار في القلع أو الإزالة دون ذلك، فإن اختار القلع والإزالة لم يمنع إن لم يكن هناك ضرر للشفيع لأنه بنى في ملكه، وإن لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة وبين دفع قيمة البناء أو الغراس مستحق البقاء⁽¹⁾.

أما الحنفية فذهبوا إلى القول بأنه متى بنى المشتري أو غرس فيما إشتراه ثم قضى للشفيع بالشفعة، كان للشفيع الخيار⁽²⁾.

– إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخلية الأرض مما أحدث فيها، لأنه وضعه في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير إذن، وتكون الأنقاض للمشتري لا للشفيع لزوال التبعية بالإنفصال.

– وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه للمشتري، على أن يدفع قيمة البناء أو الغرس مقلوعاً، أي مستحق القلع أنقاضاً.

من خلال ما سبق ذكره، فإننا نلاحظ توافق رأي الشريعة الإسلامية، ولاسيما رأي الحنفية مع ما أقره المشرع بنصوص القانون المدني، ولاسيما المادة 805 منه.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 من القانون المدني: "لا تكون حجة على الشفيع رهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع منه، وكل حق عيني رتبه المشتري عليه، إذا كان كل ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى الدائنين المسجلة ديونهم، ما لهم من حقوق الأفضلية، فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

نلاحظ أن النص يتطرق إلى مجمل الحقوق العينية، التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، ويميز النص بين ما ترتب من حقوق قبل تسجيل الشفيع لرغبته في الشفعة وما ترتب من حقوق بعد تسجيل الشفيع لرغبته في الشفعة، كما نجد أن النص، قد نص على ما يترتب من حقوق من جانب البائع سواء قبل أو بعد تسجيل الشفيع لإعلان رغبته في الشفعة. وستعرض إلى جملة الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه سواء من قبل البائع أو المشتري قبل أو بعد تسجيل إعلان الرغبة من الشفيع.

أولاً: الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة.

¹ - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 838

² - د/ وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 836

قد تترتب هذه الحقوق من جانب البائع ، وهي متنوعة بحسب أنواع التصرفات التي يقوم بها البائع ، كأن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه أو كأن يرتب عليه حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع أو الإرتفاق أو أن يرتب عليه حقا عينيا تبعا ، كرهنه رهنا رسميا أو حيازيا وغير ذلك من الحقوق . فإذا تترتب هذه الحقوق قبل تسجيل الشفيع إعلان رغبته في الشفعة ، فإنها تسري في حقه ، شرط أن يشهر صاحب هذا الحق حقه قبل التسجيل ، أو حتى قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه أو صحيفة دعواه بصحة التعاقد ⁽¹⁾ ، ومثال ذلك إذا باع البائع - بعد البيع الاول - العقار إلى مشتري آخر ، وقام هذا الأخير بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشتري الاول عقده ، وقبل أن يسجل الشفيع رغبته ، فإن هذا البيع يسري في حق الشفيع ولا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني في مواعيده وبالتمن الذي ورد فيه وبالشروط التي تم بها .

ونفس القول بالنسبة للمشتري الذي يمكن أن يرتب نفس الحقوق التي تم بيانها سابقا وهذا قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، ففي هذه الحالة تسري على الشفيع نفس القواعد السالفة الذكر . ومثال ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري الثاني من المشتري الاول عقد شرائه قبل تسجيل الشفيع إعلان رغبته في الشفعة ، فإن هذا البيع يصبح نافذا في حق الشفيع ولا يمكن له أن يأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني في مواعيده ، بتمنه وبشروطه ⁽²⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني لقولها : "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 "

وتجدر الملاحظة إلى أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يرتبها المشتري قبل تسجيل الشفيع لرغبته تسري في مواجهته وتنتقل إليه الملكية مثقلة بهذه الحقوق ⁽³⁾ .

ثانيا: الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في الشفعة.

قد يترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع حقوق على الوجه المتقدم ذكره ، لكن صاحب هذا الحق ، لم يشهر حقه إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان رغبته أو بعد تسجيل المشتري عقد شرائه لذا فإن هذا الحق لا يسري في مواجهة الشفيع.

¹ - د / السنهوري - المرجع السابق - ص 776

² - د / السنهوري - المرجع السابق - ص 780

ومثالنا دائما ، هو تصرف البائع ببيع العقار المشفوع فيه ، فإذا باع البائع -بعد البيع الاول- العقار إلى مشتر آخر وقام هذا الأخير بتسجيل عقده بعد تسجيل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا التصرف لا يسري في حق الشفيع والذي لا يسري في حقه هو البيع الأول، عكس ما يحدث في حالة التصرف قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيأخذ الشفيع العقار بالشفعة ويرجع المشتري طبقا لأحكام القانون - ولو سجل هذا الأخير عقده، على المشتري الأول، فلا يسري في حقه في مواجهة الشفيع، مادام أنه لا يسري في مواجهة المشتري الأول، وفي هذه الحالة فإن حق الشفيع لا يسري، إلا على البيع الأول، فيأخذ فيه بالشفعة.⁽¹⁾

أما الحقوق العينية التي يرتبها المشتري بعد تسجيل الإعلان بطلب الشفعة ، وهذا ما تحدده المادة 806 من القانون المدني ، التي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسري في حق الشفيع.

وعلى ذلك فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا يسري هذا البيع في حق الشفيع ، ويأخذ بذلك الشفيع الشفعة في البيع الاول بتمنه وفي مواعيده وشروطه ، أما إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسرا أو أن الثمن فيه أقل، جاز له أن يتزل عن الشفعة في البيع الأول، ويطلب بها في البيع الثاني بشروطه ، ثمنه ومواعيده⁽²⁾ ، وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني، لا يجيز الشفعة كما لو كان قد تم بين الأصول والفروع مثلا، لا تثبت فيه الشفعة ، ومع ذلك إذا أثبت الشفيع صورية البيع الثاني أو أنه تم نتيجة غش أو تواطؤ للتهرب من الشفعة أو تعقيدها ، فإنه يكون للشفيع أن يتمسك بعدم وجود التصرف بالنسبة له أو يطلب عدم سريانه في مواجهته⁽³⁾.

وجدير بالذكر أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يرتبها المشتري على العقار ، تسري في حق الشفيع ، وتنقل إليه الملكية مثقلة بهذه الحقوق ، غير أن للشفيع حق الرجوع على المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا كان تصرف المشتري لاحقا على تسجيل الشفيع لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة.⁽⁴⁾

وخلاصة لما سبق ذكره، فإن علاقة الشفيع بالغير، تظهر إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية أصلية أو تبعية، فمتى أندر الشفيع بوقوع البيع، تعين عليه أن يعلن رغبته في

¹ - د/ السنهوري - المرجع السابق - ص 778

² - د/ السنهوري - المرجع السابق - ص 782

³ - د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 388

⁴ - المستشار أنور طلحة - المرجع السابق - ص 462

الشفعة إلى كل من البائع والمشتري، والقانون لم يلزم الشفيع بتسجيل إعلان رغبته في أخذ الشفعة، ولكن قيام الشفيع بتسجيل هذا الإعلان مقرر لمصلحته، لأنه يحول دون نفاذ تصرفات المشتري على العقار، ودون ترتيب حق عيني أصلي عليه، كحق الانتفاع أو الارتفاق ودون ترتيب حق عيني تبعية عليه، كحق الرهن، اختصاص أو إمتياز.

ورغم إلزام القانون الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، إلا أنه يستفاد من النص أن تسجيل هو حجة على الغير، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 1991/12/24 ملف رقم 75678، والذي جاء نصه كالتالي⁽¹⁾: "إذا كان مؤدى المادة 801 من القانون المدني، أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة، وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون، غير سليم يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لرفضهم لدعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم احترام إجراءات الشفعة، طبقوا صحيح القانون."

والملاحظ أن تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، هو الحد الفاصل بين التصرفات التي تنفذ في حق الشفيع والتصرفات التي لا تنفذ في حقه، فالتصرفات السابقة على التسجيل تنفذ في حق الشفيع، ولو لم تكن مشهورة، أما اللاحقة فلا تنفذ ولو كانت مشهورة، وعلى هذا يفضل الشفيع على كل من يتلقى حقا على العقار بعد هذا التسجيل ويأخذ العقار حاليا من أي حق، وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل الرغبة لم يسر في حق الشفيع البيع الثاني الصادر من المشتري إلى المشتري الثاني، ويأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول في مواعيده، بتمنه وطبقا لشروطه، وإذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر، والتمن أقل، جاز له أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ويطلبها في الثاني.⁽²⁾

والملاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية، لم يتحدثوا عن علاقة الشفيع بالغير، بل أن جل تركيزهم كان على علاقة الشفيع بالبائع وخصوصا علاقة الشفيع بالمشتري.

¹ - المجلة القضائية العدد الأول ص 69 سنة 1993

² - د/توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 390.

الـخاتمة

إنطلاقاً مما سبق بيانه من خلال هذا العمل المتواضع ، والذي تناول موضوع الشفعة بين الشريعة والقانون المدني، نخلص إلى أن الشفعة حق استثنائي من شأنه أن يقيد المالك في التصرف بملكه، ولهذا السبب ونظراً لما تمثله الشفعة من قيد، فقد اعتنى المشرع على غرار فقهاء الشريعة بوضع أحكامها وتحديد إجراءاتها وشروطها .

وقد ذكرنا بأن فقهاء الشريعة يكييفون الشفعة على أنها حق للشفيع لتملك العقار المشفوع فيه متى توافرت شروط الأخذ بالشفعة، غير أن الخلاف في الفقه القانوني ثار بشأن الطبيعة القانونية للشفعة، فهناك من اعتبرها حقاً عينياً، وهناك من اعتبرها حقاً شخصياً، وهناك من لم يجعلها بحق أصلاً، وإعتبرها وسيلة وسبباً لكسب الملكية العقارية ، إلا أن المشرع الجزائري إعتبرها بصريح نص المادة 794 من القانون المدني، رخصة تجيز للشفيع⁵⁸ الحلول محل المشتري في عقد البيع.

كما تطرقنا إلى خصائص الشفعة ورأينا التوافق الحاصل بين فقهاء الشريعة والقانون، إذ أقرروا بأن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع لا يجوز له التنازل عنه أو تحويله للغير، كما لا يمكن لدائي الشفيع استعمال هذا الحق عن طريق الدعوى غير المباشرة، كما لاحظنا الجدل النائر حول إمكانية توريث حق الشفعة من عدمه، فرأينا بأن جمهور الفقهاء ذهب إلى عدم توريثه لأنه ليس حقاً كاملاً، بل هو حق خيار وهذا قبل إعلان الرغبة، أما بعدها فيجوز إنتقاله إلى الورثة، وهذا ما ذهب إليه وأيده فقهاء القانون، غير أن المشرع لم يتناول هذه الحالة في القانون المدني وتركها للإجتهد القضائي ولسلطة القاضي التقديرية.

كما خالصنا إلى توافق الشريعة والقانون المدني حول شروط الأخذ بالشفعة، والتي تم حصرها في بيع العقار. إذ لا شفعة في المنقول، ووجود الشفيع. ففيما يخص الشرط الأول، والمتمثل في بيع العقار، فهناك إجماع على وجوب الأخذ بالشفعة في البيوع الواردة على العقارات حصراً، وقد لاحظنا أن المشرع لم يجز الأخذ بالشفعة في بيوع معينة لاعتبارات دينية أو لعلاقة القرابة أو الطريقة التي تم بها البيع كالمزاد العلني.

أما بخصوص الشرط الثاني والمتمثل في وجود الشفيع، فقد لاحظنا الفرق الواضح بين الشفيع أو من له حق الشفعة في الشريعة، ومن له هذا الحق في القانون المدني، ففي الشريعة نجد أن جمهور الفقهاء جعلها للشريك وزاد الحنفية الجار على الشريك، فيما قرر المشرع في القانون المدني أن الشفعة تثبت لمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية يضم حق الانتفاع إلى الرقبة، أو إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد الشركاء.

أما فيما يتعلق بإجراءات الشفعة، فقد خالصنا إلى أن الشريعة لم تهتم بالجانب الإجرائي، كما إهتم به المشرع في القانون المدني، إذ جعل الشفعة قائمة على الإجراءات.

ففي الشريعة الإسلامية نرى أن الرأي الغالب للفقهاء يعتبر أن الشفعة تقوم على فورية الطلب أي يجب إعلانها فور السماع ببيع العقار المراد أخذه بالشفعة وإلا سقط حق الشفيع في أخذها، وقد حذا المشرع حذاً وهذا الرأي، إذ نجده نص على مواعيد قصيرة لإعلان الرغبة في أخذ الشفعة، فحدد مدة ثلاثين يوماً للشفيع من تاريخ الإعلان الذي يوجه إليه من قبل البائع والمشتري لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا الإنذار وجب أن يكون رسمياً ومحتوياً على بيانات جوهرية، مخالفتها تؤدي إلى بطلان الإنذار، وقد ثار خلاف حول ضرورة شهر إعلان الرغبة من عدمه، فهناك من يرى عدم وجوب الشهر لكون الشهر مقرر لحماية الشفيع من تصرفات المشتري على العقار المشفوع فيه، وهناك من رأى وجوب الشهر ونجد أن المشرع نص على وجوب تسجيل هذا الإعلان وقد ذهب تفسير وإجتهد المحكمة العليا حسب قرارها الصادر بتاريخ 1991 تحت رقم

كما لاحظنا الإجراء الثاني والمتمثل في وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة وقد إعتبر المشرع المدة التي يتم خلالها إيداع الثمن من النظام العام .

وفي معرض حديثنا عن دعوى الشفعة خلصنا إلى الدعوى ترفع أمام المحكمة الواقع بدائرتها العقار، ضد البائع والمشتري معا ، وقد ثار خلاف حول شهر هذه الدعوى من عدمه ، فإتجه رأي إلى وجوب الشهر وأما الرأي الآخر فقد اتجه الى عدم شهرها وقد أيدت هذا الاتجاه، المحكمة العليا في قرارها إذ أكدت أن هذه الدعوى لا تنطوي على ما أقرته المادة 85 من المرسوم 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، أما الشريعة الإسلامية فلم تعرف الشهر و لم تقره .

و في خاتمة هذا العمل تعرضنا الى آثار الشفعة، و انتهينا الى أول أثر و هو إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع وخلصنا الى أن الشريعة أقرت بإجماع على أن الإنتقال يكون بحكم القاضي للشفيع بالشفعة رغم أن حلول الشفيع يكون من وقت إبرام عقد البيع ، و قد ذهب المشرع في القانون المدني مذهب بعض فقهاء القانون الى إعتبار الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بالشفعة و تنتقل إليه الملكية بإتمام إجراءات الشهر أما الأثر الثاني، و المتمثل في علاقة الشفيع بالبائع ، المشتري والغير ، فقلنا أنها محددة بموجب القواعد العامة .

والجدير بالملاحظة في هذا المجال، كون أنني كنت أود أن تكون الإنطلاقة الأولى و الأساسية لهذا الموضوع هي المادة العلمية و الأولية و التي تتمثل أساسا في أحكام القضاء خاصة على مستوى مجلس قضاء المدينة ، جهة التدريب الميداني ، و ملاحظة مدى تجسيدها لأحكام القانون في مجال الشفعة لكن البحث على مستوى أرشيف المحكمة و المجلس القضائي بالمدينة لم يثمر على أي حكم أوقرار مجسد لأحكام الشفعة ، و هذا راجع لعدم وجود أي نزاع في هذا الشأن ، ومرد هذا كون المتقاضين يجهلون أحكام الشفعة و لهذا فقد حاولت تحديد المبادئ العامة و تطبيق نصوص القانون المدني عليها مع تحديد موقف المحكمة العليا في كل مناسبة وهذا من جهة و من جهة أخرى مقارنة النصوص والمبادئ العامة مع ما أقرته الشريعة الإسلامية التي تعد مصدرا للشفعة في القانون المدني كون المشرع الفرنسي لم يعرف الشفعة و لم ينظم أحكامها .

وختاما لهذه الدراسة المتواضعة ، فإنني أرجو أن أكون قد وفقت بعون الله ولو بجزء يسير في

الإحاطة بالموضوع وتقديم إضافة جديدة متواضعة الحجم غنية القيمة لما تحتزنه مكتبة المعهد الوطني للقضاء من مذكرات وأبحاث موضوعية تحت تصرف الطلبة القضاة وكل متلهف للمعرفة .

المرفقات

نموذج من الإنذار الذي يوجه إلى الشفيع

من يريد الأخذ بالشفعة

إلى

السيد:

العنوان:

بموجب عقد رسمي تلقاه الأستاذ/.....

موثق بـ.....

بتاريخ:.....

تم بمقتضاه بيع قطعة أرض ذات طبيعة فلاحية مشاعة كائنة ببلدية.....

تابعة للدائرة العقارية بـ..... تدعى طبة.....

تبلغ مساحتها:..... هكتار..... أر..... سنتيار

يحدّها:

من الناحية الشمالية:.....

من الناحية الجنوبية:.....

من الناحية الشرقية:.....

من الناحية الغربية:.....

مقطعة من قطعة أرض أكبر منها تعرف باسم..... كائنة بنفس المكان تحمل رقم:.....

من التحقيق الجزئي لدوار.....

أصل الملكية:

.....

.....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العدل
الغرفة الوطنية للموثقين

مكتب الأستاذ/ لعروم مصطفى

موثق بـ.....

الموقع أدناه

إشهاد بإداع ثمن

يشهد الأستاذ/.....

موثق بـ.....

أن السيد:.....

المولد:.....

المهنة:.....

السكن:.....

قد أودع مبلغا إجماليا قدره:..... دج

نموذج عقد التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يعلن عنه الشفيع
عن طريق كتابة الضبط

لدى الأستاذ/.....
موثق بـ.....

الموقع أسفله
حضر /

السيد:.....
المولود:.....
إسم الأب:..... إسم الأم:.....
المهنة:.....
الإقامة:.....
جائري الجنسية
رقم بطاقة التعريف الوطنية:.....
الصادرة من..... بتاريخ.....

قائمة المراجع:
المؤلفات :

أ-١

لدكتور - رمضان أبو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية - دار
الفكر العربي - طبعة 1986

أ-٢

لدكتور - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -
الجزء التاسع - دار النهضة⁶⁵ العربية - القاهرة 1968

ウ -

لدكتور - محمد خيال - الحقوق العينية الأصلية - جامعة القاهرة 1992

エ -

لدكتور - نبيل إبراهيم سعد - الشفعة علما و عملا - منشأة المعارف
الإسكندرية - طبعة 1997

オ -

لمستشار - أنور طلبة - الوسيط في القانون المدني - الجزء الثالث - جامعة
القاهرة 1992

カ -

لدكتور - محمد رواس قلعجي - موسوعة فقه الإمام علي بن أبي طالب - دار
الفكر - دمشق سورية - الطبعة الأولى 1983

キ -

لدكتور - وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته - الجزء الخامس - دار
الفكر - دمشق - سورية الطبعة الثانية 1985

ク -

لشيخ - أبو بكر جابر الجزائري - منهاج المسلم - دار البعث بالطباعة و
النشر - قسنطينة الجزائر طبعة الأولى 1981

ケ -

لمحقق - محمد أمين المشهور بإبن العابدين - حاشية رد المحتار على الدر
المختار - شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان - الجزء
السادس ، دار الفكر ، بيروت 1989

コ -

لعلامة - أحمد بن محمد بن أحمد الدردير - الشرح الصغير على أقرب
المسالك لمذهب الإمام مالك - الجزء الخامس - دار المعارف - مصر
1986

サ -

لإمام - محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - الحفيد - بداية المجتهد و نهاية
المقتصد - الجزء الثاني - دار الشريعة الجزائر .

シ -

لدكتور - علي الخفيف - ملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين
العربية - الجزء الثاني الطبعة 1969

ス -

لدكتور - توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الأصلية - الدار

للطباعة و النشر - دون سنة

٧-

لقاضي - عمر حمدي باشا - القضاء العقاري - دار هومة - الجزائر طبعة

2002

الرسائل :

الطالبة - لويشي نجا - الشفعة و تطبيقاتها في الميدان العملي - مذكرة نهاية التخرج من

المعهد الوطني للقضاة 2001

المقالات:

الأستاذ لعروم مصطفى - الشفعة في القانون المدني - مجلة الموثق العدد 06،07،08

سنة 1999

المجلات القضائية :

1 - المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع

2 - المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد الثاني

3 - المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد الرابع

4 - المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثاني

5 - المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول

6 - المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الثاني

7 - المجلة القضائية لسنة 1995 ، العدد الأول

8 - المجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد الثاني

9 - المجلة القضائية لسنة 1999 ، العدد الثاني

10 - نشرة القضاة لسنة 1999 ، العدد 54

11 - المجلة القضائية لسنة 2000 ، العدد الأول

النصوص القانونية و التنظيمية:

1 - الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975

، يتضمن القانون المدني ، معدل و متمم

- 2 - الامر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 ، يتضمن قانون الاجراءات الجزائية.
- 3 - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 14104 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الاسرة الجزائري
- 4- القانون رقم 87-19 مؤرخ في 08 ديسمبر 1987 المتضمن كيفية غستغلال الاراضي الفلاحية التابعة لاملاك الدولة وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم .
- 5- قانون التوجيه العقاري 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم بالامر 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995
- 6- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري
- 7 - المرسوم 76-147 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقار.