



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة ابن خلدون تيارت



كلية الحقوق والعلوم السياسية

ملحقة السوقر

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر

شعبة حقوق

تخصص: قانون عقاري

حق الشفعة

بين الشريعة الإسلامية والقانون

تحت إشراف

من إعداد الطالب

د.قاصدي فايزة

بن خليفة نورالدين

لجنة المناقشة

اللجنة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر "ب"	د. مبخوتي محمد
مشرفا ومقررا	أستاذة محاضرة "ب"	د.قاصدي فايزة
مناقشا	أستاذة محاضرة "أ"	د.صافا خيرة

السنة الجامعية 2020/2019

الله أكبر
1433

شكر وتقدير

وبعد :

أشكر الله تعالى وأحمده أبلغ الحمد وأوفاه وأكمله ، فهو مسدي النعم وصاحب المنن ، فهو أحسن من حمد وأول من شكر أحمده حمدا يليق بجلاله وعظيم سلطانه على عونه وتيسيره لي لإنجاز هذا البحث المتواضع كما أسجل شكري بأسمى عبارات التقدير والامتنان للأستاذة الدكتورة **قاصدي فايذة** التي أشرفت على هذه المذكرة ولم تدخر جهدا بالنصح والتوجيه وتذليل صعوبات البحث إذ كان لها الأثر القيم والبالغ لإنجاز هذا البحث وإتمامه .
فالحمد لله رب العالمين .

إهداء

إلى أقدس وسام قلدت به حياتي الحبيبة **أمي** حفظها الله وأطال في عمرها .

إلى من تعلق إسمه بفكري وكان له المقام الأول في ذاكرتي **والدي** الفاضل حفظه الله وأطال في عمره .

إلى من يعجز اللسان ويجف القلم بوصفه فكانت سراجا منيرا وتاجا فوق رأسي **زوجتي الحبيبة** .

إلى ينبوع الدفء والحنان إلى من يسري حبه في دمي وبراءته في روحي وضيائه في خطواتي ولدي **جود**.

إلى إخوتي جميعا وكل من تلقيت منه يدى العون والمساعدة وإلى كل عائلتي شكرا لكم .

قائمة المختصرات

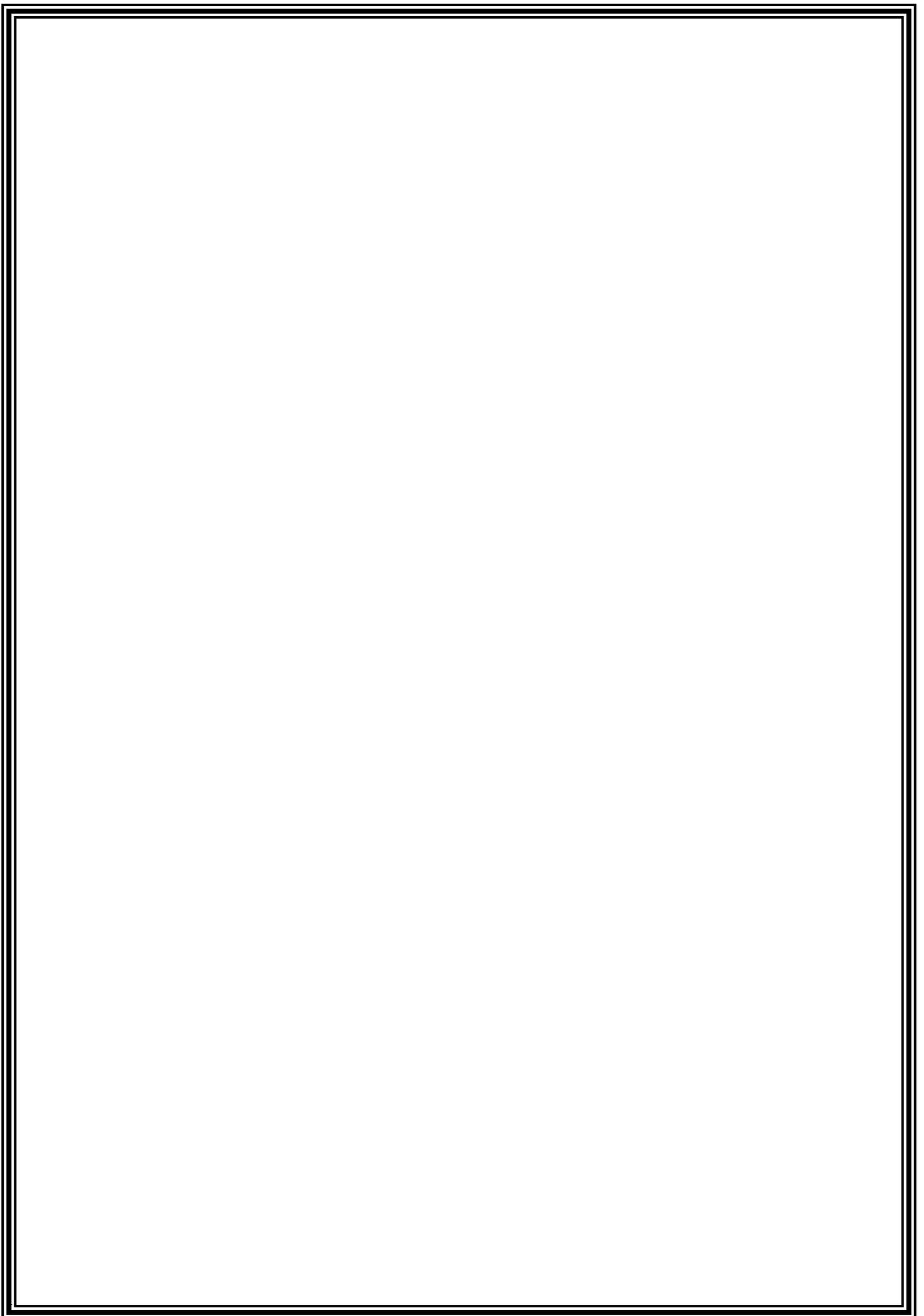
ق.م : القانون المدني

ص : الصفحة

ط: الطبعة

م: المادة

المقدمة



الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، وهي تكتسب بأسباب معينة تناولها المشرع الجزائري ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني، تحت عنوان "طرق اكتساب الملكية" والتي تضم كلا من الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق بالعقار العقد، الشفعة والحيازة.

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.

وعلى هذا، يبدو أن الأسلوب الأمثل لدراسة الشفعة، يجب أن يكون مصدرها الشريعة الإسلامية، ثم مادتها العلمية الأولية والأساسية، أحكام الفقه والقضاء للتغلب على الصعاب والمشاكل التي تعرض في هذا المجال خاصة وأن الكثير من المتقاضين تضيع حقوقهم بسبب جهلهم لإجراءات الشفعة، وهنا يأتي دور المختصين سواء علماء الدين أو القانونيين في توجيه المتنازعين 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 أصلاً 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 الشفيع محل المشتري ، طرح خلاف بين الشريعة والقانون ، فهل يكون الحل من وقت عقد البيع ؟ أم من وقت إعلان الرغبة ؟ أم من وقت صدور حكم قضائي يقضي بثبوت الشفعة ؟

إن بحثنا هذا ونظراً لإتساعه وتشعبه فإنه يطرح عدة إشكاليات هامة إضافة إلى ما سبق التساؤل عنه ، لذا فضلنا حصر إشكالية موضوع البحث في الإشكالية المحورية التالية

ماهية الشفعة ؟ وماهي أحكامها شرعاً وقانوناً ؟

وبناء عليه، ارتأيت أن تكون الدراسة وفق منهج وصفي على رؤية الشريعة الإسلامية واستعراض النصوص القانونية ، كوني سأقوم بتسليط الضوء على ما تضمنته الشريعة الإسلامية من أحكام ومدى تطابق أو إختلاف النصوص القانونية المنظمة لموضوع الشفعة والمنصوص على أحكامها في القانون المدني وفي نصوص قانونية أخرى.

وعليه فقد تطرقنا في بداية بحثنا من خلال الفصل الأول إلى ماهية الشفعة متناولاً في المبحث الأول الشفعة كسبب في كسب الملكية العقارية ، وذلك في مطلبين على التوالي كما تناولت وبالتفصيل في المبحث الثاني إلى شروط الأخذ بالشفعة سواء كانت متعلقة بالعقار في المطلب الأول أو تلك المتعلقة بالشفيع وذلك في المطلب الثاني .

أما الفصل الثاني فبينت أهم الإجراءات الواجب مراعاتها عند الأخذ بالشفعة من خلال المبحث الأول، سواء تعلق الأمر بإعلان الرغبة في الشفعة أو بإيداع الثمن والمصاريف أو برفع دعوى الشفعة وذلك في مطلبين مع الإشارة إلى الجزء الذي يمكن أن يترتب جراء تخلف إجراء من هذه الإجراءات لنصل في الأخير من خلال المبحث الثاني إلى تحديد أهم الآثار التي يمكن أن تترتب عند الأخذ بالشفعة والمتمثلة أساساً في حلول الشفيع محل المشتري، مع تبيان أهم ما ينتج عن هذا الحل وذلك في مطلبين.

الفصل الأول

ماهية الشفاعة

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

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

المبحث الأول: الشفعة كسبب لكسب الملكية العقارية

إذا بيع العقار وقام سبب يجعل القانون بموجبه لشخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري فيكون لمن تحقق به هذا السبب - إذا أراد - استبعاد المشتري والحلول في البيع محله، فيقال إن له أخذ العقار المبيع بالشفعة .

وقبل التطرق إلى مختلف الجوانب المتعلقة بنظام الشفعة والخوض في أحكامها، لا بد من الوقوف أولاً على مفهوم الشفعة و طبيعتها القانونية.

ونتعرض لهذا كله في المطالب الآتية :

المطلب الأول: مفهوم الشفعة

سنحاول من خلال هذا المطلب التعرف على الشفعة وخصائصها في الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

الفرع الأول: مدلول الشفعة

أولاً: لغة:

الشفعة في اللغة هي الضم والزيادة وهي مشتقة من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم شيء إلى شيء وهي أيضاً مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه فالشفيع يشفع ماله بها فيضم إليه مال غيره ويزيدها.¹

فمثلاً إذا باع أحد الشريكين في الشيوخ حصته في عقار لغير شريكه الآخر فيه، جاز للشريك أن يظهر رغبته في أخذ هذه الحصة بالشفعة باعتباره شريكاً في الشيوخ ليحل محل المشتري في تملكها إذا وفي بما دفعه المشتري فيها.²

1. - عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 188.

2. - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 151

ويسمى الآخذ بالشفعة "الشفيع"، ويسمى المشتري "المشفوع منه"، ويسمى العقار المبيع "العقار المشفوع أو المشفوع فيه"، ويسمى عقار الشفيع أو حقه الذي يشفع بموجبه "العقار أو الحق المشفوع به" وبذلك يكون الشفيع في مركز قانوني يعطيه نتيجة قيام سبب من الأسباب التي يعتد بها القانون - أفضلية على المشتري المشفوع منه، بحيث يكون له - إذا أراد - استبعاده والحلول محله في بيع العقار المشفوع فيه.

وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري بقوله في نص المادة 794 ق.م أن "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد الآتية".

فالشفعة إذن قدرة أو سلطة تخول من يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك، وهذا الحلول حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة، نتيجة هذا الحلول إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبرا على المشتري.

ثانياً: اصطلاحاً

الناظر في كتب علماء المذهب يجد لهم تعريفات متعددة للشفعة نختار منها التعاريف الآتية:

- 1- تعريف ابن عرفة (رحمه الله): "الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه".
فقوله: "استحقاق": أي في حالة يثبت له بها حق، أو حالة توجب له الاختصاص بذلك، بسبب بيع شريكه. وقوله: "شريك" قيد أخرج به غير الشريك كالجار.
وقوله: "مبيع شريكه" قيد أخرج به غير ما يبيعه شريكه لأنه لا شفعة له فيه وقوله: "بثمنه" أخرج به ما إذا استحقه بملك ملكه به وأخذه من يده.¹

1- سعاد سطحي، أحكام الشفعة في المذهب المالكي، مقال متواجد على الرابط الإلكتروني asjp.cerist.dz تاريخ النشر . 2010/07/15

2- تعريف ابن الحاجب: "أخذ الشريك حصة شريكه جبرا شراء". فقوله: "الشريك" قيد مخرج للجار لأنه لا شفعة له عند المالكية.

وقوله: "جبرا" قيد مخرج لما يأخذه بالشراء الاختياري ولكن تعريف ابن الحاجب قد اعترض عنه بكونه غير مانع من دخول غير حد الشفعة فيه، لأنه يقتضي وجوب الشفعة في العروض، وهي لا شفعة فيها.

3- تعريف الصاوي: "استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه، أو قيمته بصيغة". قوله: "استحقاق شريك" قيد خرج به استحقاق غير الشريك كدين، أو ودیعة، أو منفعة بوقف سلعة، ونحو ذلك.

وقوله: "أخذ ما عاوض به شريكه" قيد مخرج للهبة، والصدقة والوصية بشقص وقوله: "من عقار" قيد خرج به غير العقار كالحيوان والعروض

وقوله: "بثمنه" أي بالثمن الذي وقع به البيع. وقوله: "بصيغته" أي بكل ما يدل على الأخذ.¹

1- سعاد سطحي، المرجع السابق.

ثالثا: في القانون المدني الجزائري

جاء تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني الجزائري وهو النص المطابق للمادة 935 م ن القانون المدني المصري وكذا المادة 939 من التقنين المدني الليبي، وقد نصت المادة 794 من القانون المدني السالفة الذكر على أن: "الشفعة هي رخصة تحيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ض من الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية." ويستخلص من هذا التعريف أن الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية، إذا ما أستعملها الشفيع التملك 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، لأنّ المشرع الفرنسي لم يعرف الشفعة ولم يبين أحكامها.¹

1 - علي عاشور، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج قضاء، ص 08

الفرع الثاني: خصائص الشفعة

إنّ من أهم خصائص الشفعة ومميزاتها أنها غير قابلة للتجزئة وأنها متصلة بشخص الشفيع وأنها لا ترد إلا على العقارات¹ ونتطرق لهذه الخصائص تباعاً كالاتي:

أولاً: عدم قابلية الشفعة للتجزئة

استقر الفقه الإسلامي على مبدأ هام هو مبدأ عدم التجزئة في استعمال الشفعة والمقصود به أنه إذا توافر سبب الأخذ بالشفعة فينبغي استعماله بما لا يلحق الضرر بالمشتري بتفريق الصفقة عليه، بحيث تجب الشفعة في البيع بأكمله طالما كان يمثل صفقة واحدة وكان سبب الشفعة متوافراً في شأنه كله وفي تطبيق مبدأ عدم التجزئة في الشفعة، يستوجب الاعتداد بجملة من الاعتبارات أهمها:²

. يرتهن مبدأ عدم التجزئة بوجود صفقة واحدة متكاملة وغير متفرقة يخشى من أن يؤدي الأخذ بالشفعة فيها إلى تفريقها على المشتري، وبذلك يستبعد من نطاق هذا المبدأ وجود صفقات متفرقة ولو جمعها عقد واحد، إذ مع تفرقها الأصلي لا حرج من الشفعة في بعضها دون البعض.

. ينبغي ألا يؤدي إعمال مبدأ عدم التجزئة إلى إجبار الشفيع على أخذ ما لا شفعة له فيه، فهذا المبدأ يفترض الالتزام في الشفعة بالحدود التي قررها المشرع لها ولكن مع مراعاة عدم تفريق الصفقة على المشتري.

. ليس من شأن إعمال مبدأ عدم التجزئة حرمان الشفيع في الأصل من الشفعة طالما التزم في شفيعته بحدودها المقررة، ومع ذلك ينبغي ألا ينجم عن استعمال الشفعة إلحاق ضرر فاحش أو جسيم بالمشتري.

أنّ مبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر لمصلحة المشتري، والأمر متروك له في تقرير مصلحته، بحيث يكون له التمسك به إذا شاء، وإذا لم يتمسك به فيؤدي الأخذ بالشفعة بالتالي إلى التجزئة وتفريق الصفقة على المشتري.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص155

2. حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني. دار الفكر العربي. القاهرة. ط 03. 1994، ص597.

إذا كان من شأن الأخذ بالشفعة تجزئة المبيع، وخاصة إذا شفع الشفيع في بعض العقارات المبيعة دون البعض الآخر الذي لا شفعة له فيه، فليس ثمة ما يمنع من التراضي بين الشفيع والمشتري على أخذ الشفيع كل العقارات المبيعة، وفي هذه الحالة يكون أخذ العقارات الأولى منها بالشفعة وأخذ العقارات الأخرى بالتراضي وفي ضوء الاعتبارات السابقة، نورد أهم التطبيقات التي يثور فيها إعمال مبدأ عدم التجزئة في الشفعة فيما يلي:¹

1. إذا بيع عقار واحد المشتري واحد، فليس لمن قام به سبب الشفعة أخذ بعض العقار دون البعض إذ أن تفريق الصفقة على المشتري واضح ولا مبرر له، فلا يكون له إلا الشفعة في العقار بتمامه وكذلك إذا بيع عقار لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز مستقل، فللشفيع الأخذ بالشفعة في جزء أو أكثر من الأجزاء المفترزة طالما يتوافر له فيها سبب الشفعة، دون الأجزاء الأخرى التي لا يتوافر له فيها هذا السبب إذ يتعلق الأمر بصفقات متعددة ومتفرقة منذ البداية.

أما إذا بيع العقار لمشتريين متعددين لكل منهم حصة شائعة فيه، فيتعين في هذه الحالة الأخذ بما كان يراه الفقه الإسلامي من جواز الشفعة في حصة أحد المشتريين، وكذلك الشأن إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار لعدة مشتريين، فيجوز الأخذ بالشفعة في نصيب أحد المشتريين دون أنصبة الآخرين.

2. إذا بيعت عقارات متعددة لمشتري واحد وكانت متصلة أو منفصلة ولا تجمعها | وحدة متكاملة فيتعلق الأمر في حقيقته بصفقات متعددة، بحيث يجوز الأخذ بالشفعة في بعض هذه العقارات دون البعض الآخر طالما يتوافر سبب الشفعة فيما يؤخذ منها.

ولكن قد تكون العقارات المبيعة متصلة أو منفصلة وتمثل في الحالتين وحدة متكاملة ففي هذه الحالة يتعلق الأمر بصفقة واحدة متكاملة، بحيث لا يجوز الشفعة فيها إلا بتمامها دون تجزئة إذا كان سبب الشفعة متوافر فيها جميعاً.

1. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 156.

أما إذا توافر سبب الشفعة في بعضها دون البعض، فالأصل هو الأخذ بالشفعة في العقارات التي يتحقق فيها سبب الشفعة دون العقارات التي يتخلف فيها هذا السبب، مما يعني تجزئة العقارات المبيعة وللمشتري إذا رأي في هذه التجزئة إلحاق ضرر جسيم به، أن يتمسك بوجود أخذ الشفيع لكل العقارات ما توافر في شأنها شروط الأخذ بالشفعة وما لا يتوافر منها، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري وللشفيع عندئذ الخيار بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل.

3. وفي حالة تعدد الشفعاء، فالثابت في الشريعة الإسلامية أنه إذا تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أم من مراتب مختلفة، وسواء صدر الطلب من شفيع واحد أم أكثر، فيجب أن يطلب كل منهم أخذ العقار كله بالشفعة والسبب في ذلك عدم جواز تفرق الصفقة على المشتري، فيلحقه أبلغ الضرر.

وعلى ذلك إذا باع شريك حصته في عقار شائع، وطلب أحد شركائه فيه أن يأخذ من الحصة المبيعة ما يتناسب مع حصته فيه فقط، ولم يطلب بقيته اعتماداً على أنها مطلوبة لغيره من الشركاء، فلا اعتبار لهذا الطلب ويسقط به حقه في الشفعة، وذلك لأن تركه المطالبة بالجزء الآخر مع احتمال ترك شركائه في الشفعة حقهم فيه دليل رضاه بمشاركة المشتري، وبالتالي يسقط حقه في الشفعة، لأنها ما شرعت إلا لدفع الضرر من الشركة وقد رضي بها.

ويجب على كل شفيع في حالة التعدد أن يطلب العقار المبيع كله بالشفعة وإلا سقط حقه فيها، فإذا حدث التعدد وطلب كل الشفعاء العقار المبيع بكامله، فإنهم يأخذون العقار بالنسب التي ينص عليها القانون فلا تتفرق الصفقة على المشتري على أنه لا يجوز للمشتري إجبار الشفيع على أن يقتصر طلبه على مقدار نصيبه وذلك بدعوى أن عدم التجزئة مقررة لمصلحة المشتري، فالواقع أن هذا المبدأ يراعي كذلك مصلحة الشفيع من إخراج المشتري نهائياً من الصفقة.¹

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 161.

ثانياً: ورود الشفعة على العقارات

لا شفعة إلا في العقار، وذلك بصريح نص المُشرِّع في تعريف الشفعة في نص المادة 794 ق.م وفي مختلف نصوصها الأخرى بحيث تختلف الشفعة من هذا الوجه عن الاسترداد الذي يكون في المنقول وفي المجموع من المال.

ويتحدد العقار وفقا لمعناه في القانون المدني بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف"، وهذا هو العقار بالطبيعة تجوز الشفعة في بيعه إذا توافر سببها، سواء أكان هذا العقار أرضا أم أرضا عليها بناء بيع بمفرده دون الأرض.

ولما كانت المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص وتعتبر من ملحقات العقارات الذي تخدمه فإن التصرف في هذا العقار يشملها في الأصل، ولذلك إذا بيع عقار وتوافر سبب الأخذ بالشفعة فيه، فتشمل الشفعة هذا العقار والعقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته أو استغلاله، ما لم تكن قد استبعدت من البيع، ولكن إذا فصلت عن العقار الذي تخدمه وبيعت على استقلال، فلا تجوز الشفعة فيها، إذ أنها بذلك تكون قد عادت لها صفتها المنقولة ولا شفعة في منقول.

ولا تجوز كذلك في بيع المنقولات بالمال، وهي العقارات بالطبيعة المعدة للفصل عن أصل ثباتها واستقرارها، إذ تعامل لذلك معاملة المنقول، ولا شفعة في منقول، ولذلك لا تجوز الشفعة في بيع بناء معد للهدم، إذ يرد البيع في الحقيقة على أنقاضه المتخلفة عن الهدم وهي منقولات.

1. حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 596.

ثالثاً: اتصال الشفعة بشخص الشفيع

إن الحكمة من الشفعة هي تضرر الشفيع من شريك جديد وهذا التضرر يترك تقديره للشفيع، فإن رأى تحققه طالب بالشفعة وإن رأى تخلفه أحجم عن هذا الطلب ولذلك اعتبرت الشفعة قائمة على اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع. ويترتب على كون الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع النتائج التالية:¹

عدم إمكان دائني الشفيع استعمال هذه الرخصة نيابة عنه، حتى ولو أدى عدم استعمالها ضياع فرصة أو صفقة رابحة فنطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق دون الرخص، كما أنه لا يجوز للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

أن الشفعة لا تنتقل بالحوالة، فلا يجوز للشفيع عندما تثبت له الشفعة أن يحيل حقه في الأخذ بها إلى الغير وذلك لأن الشفعة وطالما قد اتصلت بشخص الشفيع، فلا يجوز النزول عنها وبالتالي لا يجوز حوالتها. كما أن الشفعة قد تثبت للشفيع بسبب معين كالشركة مثلاً، ولذلك لا يجوز منطوقاً حوالتها منفصلة عن العقار الذي كان سبباً لها، فهي تتبع العقار ولا تنفصل عنه، وتنتقل إلى من اتصلت إليه ملكية العقار المشفوع به.

يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة وذلك ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 01/807 ق.م. والتنازل قد يكون صريحاً أو ضمناً، فالتنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يتم شفاهة، ولكن على من يتمسك بحصول هذا التنازل إثباته طبقاً للقواعد العامة للإثبات. أما التنازل الضمني فيتحقق إذا صدر من الشفيع أي عمل يفيد نزوله عن حقه، كاستئجار الشفيع للعقار المبيع من المشتري ودفعه للأجرة إن كان العقار مؤجراً من البائع قبل البيع، أو أن يتصرف المشتري في العقار بالبيع إلى الغير في حضور الشفيع ومع شهادته في البيع، والفرق بين التنازل الصريح والتنازل الضمني.

1. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص163.

هو أن التنازل الصريح يتحقق ويحدث أثره سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع، أما التنازل الضمني فإنه لا يسقط حق الشفيع في الشفعة إلا إذا علم به يصح

التنازل صراحة أو ضمنا عن الحق في الأخذ بالشفعة حتى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة، كما يجوز للشفيع بعد أن يطلب الأخذ بالشفعة أن يتنازل عنها، ولا تتحقق في جانبه مسؤولية إتجاه المشفوع منه كما يجوز للشفيع بعد أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، أن يعيد طلب الشفعة عند حدوث بيع جديد للعقار المشفوع فيه¹، هذا وقد يتحقق التنازل قبل ثبوت الحق في الشفعة، حيث نصت المادة 01/807 ق م على أنه "لا يمارس حق الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع"، وذلك حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء، ويصح في هذا التنازل أن يكون صريحا، كتابة أم شفاهة كما يصح أن يكون ضمنيا بأن يسلك الشفيع مسلكا يفيد حتما هذا التنازل، كأن يتوسط بين البائع والمشتري في الصفقة.

انتقال حق الأخذ بالشفعة إلى ورثة الشفيع² اختلف الفقه الإسلامي حول هذه المسألة، فيذهب أبي حنيفة إلى أنه إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالتراضي أو بقضاء القاضي، تبطل الشفعة بموته، سواء مات قبل الطلب أو بعده، فلا ينتقل حقه فيها إلى ورثته. فحق الشفعة ليس بمال إنما هو إرادة ومشئئة، ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ قد بطل بموته، وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع إلى زمن الأخذ بالتراضي أو حكم القاضي، وملك الورثة جاء بعد البيع، فلم يوجد سبب وقت حصول البيع، ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه فلو باع حقه في الشفعة، بطل حقه لوجود الإعراض ولزم رد العوض. أما الشافعية والمالكية فيذهبون إلى عكس ما تقدم لأن حق الشفعة معتبر شرعا كحق الرد بخيار العيب ويفرق الحنابلة بين فرضين، فإن مات الشفيع قبل الطلب بها، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة، أما إذا طالب الشفيع بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة، لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده، وقبله يسقطه.³

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 166.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 488

3- حمدود خولة، الشفعة في القانون الجزائري، شهادة ماستر في الحقوق، جامعة مستغانم 2019/2018 ص 16

وفي غياب النص القانوني الصريح الذي يفصل في هذه المسألة، فإن الراجح من الفقه يذهب إلى أن الشفعة لا تورث قبل المطالبة بها، أما إذا تمت هذه المطالبة وتوفي الشفيع، فإن حقه في الأخذ بالشفعة ينتقل إلى ورثتها للأسباب الآتية:¹

أنّ المُشْرِع عرف الشفعة بأنها رخصة والرخصة هي أكثر من الحرية ودون الحق، فهي مجرد رغبة ومشية، وبالتالي فلا يجوز القول بتوارث الرخص إذا ما ظلت في مرحلة الاختيار وهي في هذه المرحلة ليست بحق أو بمال ولذلك فإن التركة المنتقلة من الشفيع إلى ورثته لا تشملها، ولكن متى تجاوزت الرخصة حد الاختيار والإرادة وانتقلت إلى مرحلة الحسم، فعندئذ تتأكد وتنتقل إلى حق وهي لن تصل إلى هذه المرحلة الحاسمة إلا إذا طالب الشفيع بالشفعة، ومتى تحقق ذلك اعتبر صاحب حق ويمكن بالتالي أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته.

أنّ من شروط الشفعة هو أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه، وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة، ووارث الشفيع - إذا لم يكن الأخير قد طالب بالشفعة قبل وفاته - لم يكن مالكا للعقار وقت البيع، كما أنه لا يعد خلفا للمورث في حق لم يثبت لهذا الأخير بعد، أما إذا مات الشفيع بعد المطالبة بالشفعة، فإن وارثه وإن لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع، إلا أنه يعد خلفا للشفيع في حقه في الشفعة الذي تأكد بالمطالبة القانونية.

1. السنهوري، المرجع السابق، ص 458

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة

سنتطرق في هذا المطلب إلى دليل مشروعية الشفعة وتكييفها

الفرع الأول: دليل مشروعية الشفعة

أولاً: من الشريعة

قال الإمام الآبي (رحمه الله): "رخصة أرخص فيها دفعا لضرر الشريك" فالمسلمون متفقون على وجوب الحكم بالشفعة¹ وقد استندوا في ذلك إلى الأدلة الآتية:

أ - من السنة النبوية الشريفة: وردت عدة أحاديث في هذه المسألة وبروايات مختلفة منها:

1- عن جابر بن عبد الله، قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

2- عن أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الجار أحق بصقبة". أخرجه البخاري والحاكم

3- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا". رواه أحمد والأربعة

4- عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم، فلا شفعة فيه". وهذا الحديث الأخير هو عمدة المالكية في هذه المسألة.

ب - من الإجماع: أجمع العلماء على مشروعية الشفعة، ولم يخالف في ذلك أحد من العلماء إلا أبو بكر الأصبم، الذي لم يعتد بمخالفته، لأن ما ذهب إليه مخالف للأحاديث الصحيحة والصريحة في هذه المسألة. قال الإمام ابن عبد البر (رحمه الله): "أجمع العلماء على أن الشفعة في الدور والأرض والحوانيت والرباع كلها بين الشركاء في المشاع من ذلك كله وأنها سنة مجتمع عليها يجب التسليم لها".

1 - سعاد سطحي، مرجع السابق .

ثانياً: من القانون الوضعي

أ - 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.

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

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

تم النص على استكمال حق الشفعة في ظل هذا القانون من خلال المادتين 52 و71 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 25/90² أنه في جميع الحالات الأخرى التي يعمد فيها الإجراء 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 1957/09/26 المتضمن القانون المدني.

1- قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم. الملغى بالقانون 03/10 الذي حول الأنتفاع الدائم إلى عقد إمتياز

2- قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 جريدة رسمية رقم 49. الصادرة بتاريخ 1990/11/18. المعدل والمتمم بالقانون 16/08 .

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 خولت 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 لاستعمال 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.¹

ج - 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، ما زاد 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 استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط وإما برسالة موصى عليها مع الإشعار بالإستلام بوجهها 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 الإدارة التسجيل.

1 - لويشي نجاه، الشفعة وتطبيقاتها في الميدان العملي، مذكرة ماستر، جامعة الجزائر، 2001، ص 28

د - المرسوم التشريعي 93/03 المؤرخ في 01/03/1993 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 المُشْرِع 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.¹

وعلى هذا الأساس فإن الشاغل القانوني يمكن أن يحتج بالشفعة أمام دواوين الترقية والتسيير العقاري التي يمكن لها أن تؤجر الأملاك العقارية التابعة لها، سواء كانت محلات سكنية أو مهنية، طبقا للمرسوم 146/76² المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري.

وما تحب 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 إلى آخر البحث.

1 - لويشي نجاة المرجع السابق ، ص 28

2- للمرسوم 146/76 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري

الفرع الثاني: تكييف الشفعة

أولاً: شرعاً

لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، وكان الخطاء والجيران كثيراً ما يبغى بعضهم على بعض شرع الله لك رفع هذا الضرر بأحد طريقين:

- بالقسمة تارة، وانفراد كل من الشريكين بنصيبه.

- وبالشفعة تارة أخرى، وانفراد أحدهما بالمبيع بالجملة.

وقد اختلف العلماء في الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة على قولين:

أ - القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الشفعة شرعت لدفع أذى الدخيل وضرره، فثبتت للشريك كما تثبت للجار.

قال علي حيدر: سبب مشروعيتها دفع ما ينشأ من سوء الجوار على وجه التأييد والقرار، كإيقاد النار وإعلاء أجدار وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وإيقاف الدواب والصغار. وقد قيل: أضيقت السجود معاشرة الأضداد.

ب- القول الثاني:

سبب الشفعة هو دفع ضرر الشركة، وعلى هذا فلا تثبت للجار، وهذا مذهب الحنابلة، وأحد القولين في مذهب المالكية.

جاء في شرح منتهى الإرادات (الشفعة على خلاف الأصل دفعا لضرر الشركة).

وجاء في شرح ميارة: الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، وهل ذلك لدفع ضرر الشركة، فتجب الشفعة في ذلك حتى لا يتضرر بشركة الداخل. أو إنما ذلك لدفع ضرر القسمة ؛ لأن أحد الشركاء له طلب الباقيين بالقسمة.¹

1 - ديبان بن محمد الدبنيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المجلد العاشر، الطبعة الثانية، الرياض، 1432هـ، ص 167

فإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشي الباقيون أن يدعوهم إلى القسمة، وقد يكون ذلك مضراً بهم؛ لأن كل واحد منهم يحتاج إلى استحداث مرافق في نصيبه غالباً فشرعت الشفعة لدفع هذا الضرر، فعلى هذا لا شفعة فيما لا ينقسم لعدم حصول هذا الضرر فيه، والأول أظهر.

قال ابن القيم: قالت طائفة أخرى: إنما شرعت الشركة لدفع الضرر اللاحق بالشركة، فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان بإرث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي؛ إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه، فإنه يصل إلى حقه من الثمن، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع، فيزول الضرر عنهما جميعاً. وهذا مذهب من يرى الشفعة في الحيوان والنبات والشجر والجواهر والدور الصغار التي لا يمكن قسمتها، وهذا قول أهل مكة، وأهل الظاهر، ونص عليه أحمد في رواية حنبل.

قال: قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار أو ما كان من نحو ذلك؟ قال: هذا كله أوكد؛ لأن خليطة الشريك أحق به بالثمن، وهذا لا يمكن قسمته، فإذا عرضه على شريكه، وإلا باعه بعد ذلك.

ج - القول الثالث:

يرى فريق من العلماء أن سبب الشفعة لدفع ضرر القسمة، وهذا يتفق مع القول السابق في عدم ثبوتها للجار، ولا تثبت إلا فيما يقبل القسمة، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والقول الثاني في مذهب المالكية.

قال ابن رشد: "وعلى هذا يأتي اختلاف المتأخرين من أصحابنا في الضرر الذي من أجله جعلت الشفعة. فمن رأى أن الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم من الأصول لم يعلل بضرر الشركة؛ لإمكان انفصالهما عنه بالقسمة، وقال: إن العلة في ذلك ضرر القسمة... ثم ذكر وجوه الضرر بالقسمة..."¹

1 - ديبان بن محمد الدبنيان، المرجع السابق، ص 169

ومن رأى أن الشفعة تكون فيما ينقسم وفيما لا ينقسم، قال: إن العلة فيما لا ينقسم ضرر الشركة؛ إذ لا يقدر أحد من الشركاء أن يتصرف في المال المشترك بشيء من وجوه التصرف دون إذن شريكه.

وجه ذلك: أن القسمة قد تكون سياً في نقص القيمة، وقد تضطره إلى استحداث مرافق جديدة، وإلى دفع أجرة القاسم، وإلى الضيق في مرافق المنزل، فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها، وبأي موضع شاء منها، فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار، وقصر على موضع منها، وفي ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به. فمكته الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المضرة عن نفسه، بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه.

هذه العلة الثلاث ليست متضادة، بل كل واحدة منها تصلح علة، ولا مانع من التعليل للحكم بأكثر من علة، فإذا انتفت كلها انتفى الحكم، وإذا وجد أحدها وجد الحكم، فالشفعة لدفع الضرر، وهذا الضرر يتنوع، قد يكون الضرر الدفع أذي الدخيل الطارئ، فيحق للجار أن يشفع لدفع أذاه إذا كان مشتركاً في مرافق المبيع، وقد يكون بسبب الشركة، وقد يكون بسبب القسمة، والضرر فيها جنس، وهي بمنزلة الأنواع، فلا مانع عندي من التعليل بها كلها مجتمعة، أو منفردة، والله أعلم.¹

1 - دبيان بن محمد الدينيان، المرجع السابق، ص 170

ثانياً: قانوناً

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 حقاً شخصياً، معنى ذلك أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية لحماية حق عيني وإنما يباشر دعوى شخصية لحماية حق شخصي لصيق به، وهو حقه في أن يصير مشترياً بالأفضلية، وهذا الحق لا يورث عنه ولا تحوز حوالبته، كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه.¹

- وهناك من اعتبر الشفعة طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، أي: رخصة استثنائية تؤدي إلى تقييد حرية التصرف والتعاقد وعلى هذا النحو، فهي ليست حقاً عينياً أو شخصياً إذ لا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقاً عينياً، فالشفعة من الحقوق الترخيفية أو المنشئة، تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري.

- ويرى الأستاذ: أنور طلبية، أن الشفعة هي رخصة، أي خيار للشفيع، فله أن يأخذ ما أو أن يتركها، ومن ثم فلا يكره عليها ولا تحوز إلا في العقار، ومتى ثبت الحق فيها، تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري، موجب حكم صادر من القضاء يعتبر عقداً حقيقياً حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة.²

غير أن الأستاذ السنهوري يرى بأن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، بل هي ليست بحق أصلاً، وإنما هي سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقاً عينياً على عقار، كحق الانتفاع مثلاً، لأن الفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه فالشفعة باعتبارها سبباً لكسب الحقوق العينية، فهي واقعة مركبة اقترن فيها الشبوع أو الصلة المادية القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، وببيع العقار المشفوع فيه وهي بالنسبة للشفيع واقعة مادية أخرى.³

1- لويشي نجاه، المرجع السابق، ص 25

2- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثالث، جامعة القاهرة، 1992، ص 178

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 474

وبإعلان 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 الشخص، استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة بعد إعلان رغبته في ممارسة الشفعة حيث يكون للشفيع رخصة في أن يمتلك العقار المشفوع فيه، فالشفعة هي رخصة، وتتولد هاته الرخصة في التملك بقيام المركز القانوني، حيث تخول هاته الرخصة للشفيع الحق في أن يمتلك العقار المشفوع فيه بإرادته متى تهيأت أسبابه بإجماع وقائع مادية معينة، فلا يكون للشفيع حق الملك بل الحق في أن يمتلك هذا العقار، ثم يتحول حقه في أن يمتلك العقار المشفوع فيه إلى حقه في ملكية هذا العقار وذلك عن طريق حله محل المشتري.¹

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 شخصيا، وإنما هي واقعة مادية مركبة و سبب من أسباب كسب الملكية، كما أنها تعد مصدرا للحق. وهذا الرأي ما حذا حذوه المُشرِّع 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، اعتبروا أن الشفعة هي حق تملك جبري يثبت للشفيع فيما ذهب القانون المدني إلى اعتبار الشفعة رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري، لذا فالاختلاف واضح في تكييف الشفعة بين الشريعة والقانون المدني.

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص474.

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 الإختلاف الحاصل بين ما أقرته الشريعة الإسلامية وما قننه المشرع بموجب القانون المدني.

المطلب الأول: بيع العقار

كي يتم الأخذ بالشفعة لابد 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 الأصل فيه جواز الاخذ بالشفعة

يمكن القول أنه مجرد وقوع بيع عقاري، يفتح باب الشفعة من 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:

أولا - لا شفعة في المنقول

فالشفعة لا ترد إلا على العقار، لذا فلا ترد على بيع حصة شائعة في السفينة لأنها منقول كما لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال البيع بناء آيل للهدم أو غراس للقلع، وتجدر الإشارة إلى أن العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد لخدمة العقار أو لاستغلاله، فإنه بيع مستقلا عن العقار أعتبر منقولا ولا شفعة فيه أما إذا بيع مع العقار جاز أخذه بالشفعة تبعا للعقار وفقا للقواعد العامة قرار رقم 181 155 مؤرخ في 1997/11/18

جاء فيه:¹ "إن المادة 794 من القانون المدني تنص على أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات، ولا يمكن ممارسته في المحلات التجارية".

1- نشرة القضاة 1999، العدد 54، ص 78.

قرار رقم 100 150 مؤرخ في 19/11/1997

جاء فيه¹ " من المقرر قانوناً أنه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد، بالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون." ومن المقرر أيضاً 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 الأجنبي.

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 تسبباً كافياً، وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأسباب ليس في محله".

ثانياً - الشفعة غير قابلة للتجزئة

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

ثالثاً - 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 ناقلاً للملكية لا تجوز فيه الشفعة مثل: الهبة والمقايضة.

1 - المجلة القضائية 1997 العدد 02 ص 55 .

كما أنه إذا إنتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني للميراث أو الإلتصاق أو التقادم فلا شفعة؛ وحتى لو إنتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني من جانب واحد فلا شفعة، وهو الحال عليه في الوصية؛ 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.¹

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 العلق 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 ولكنه موجود، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة وتحسب المواعيد من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط، فإذا مارس الشفيع الشفعة في المواعيد حل محل المشتري في هذا البيع ويتحقق الشرط ينفذ البيع بأثر رجعي وتنفذ معه الشفعة وإذا تخلف زال البيع بأثر رجعي ومعه الشفعة، أما إذا فوت الشفيع المواعيد سقط حقه في الشفعة²، كما تحوز الشفعة كذلك في عقد البيع القابل للإبطال، لأنه موجود ونافذ والمواعيد فيه تحسب من يوم إبرام العقد، وجدير بالذكر أن الشفيع قد يكون معرضا للمطالبة بالإبطال من حل محل المشتري.

1- على عاشور، المرجع السابق، ص 19

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 503

وتجدر الإشارة في ختام هذه المسألة إلى أن جميع النصوص والمواد المنظمة للشفعة تحدثت عن البائع والمشتري 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 10/01/1995 إذ جاء فيه: "حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي وقضوا 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، ولم تنص عليها في الوعد بالبيع".¹

رابعاً - الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع

لقد نصت المادة 797 من القانون المدني الجزائري على أنه: إذا إشتري شخص عقارا تحوز 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 أشتري بما "، 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 بما قائمة في البيع الأول.²

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 504

2- على عاشور، المرجع السابق، الصفحة 20

خامسا - جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل

السؤال المطروح في هذه المسألة يتمحور حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل أو غير المشهر، إن المُشرِّع سكت عن هذه المسألة ولم يتعرض لها لذا سنحاول في هذا المجال إستقراء إلى ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري، 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.

الفرع الثاني: البيوع التي لا يجوز 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 أما القانون المدني فقد تعرض لبعض البيوع الصحيحة والتي تتوفر فيها شروط الأخذ بالشفعة ومع ذلك فقد ورد النص على استثنائها وعدم الشفعة فيها، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 798 من القانون المدني، وهي تتعلق إما بالبيع وإما بالمشتري¹ فبالنسبة لموانع الشفعة المتعلقة بالبيع، فقد أورد التقنين المدني مانعين من الشفعة والمنع فيهما مطلق نعرض لبيانها فيما يأتي:

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 193.

أولاً: البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون

فرض المشرع مانعا من الأخذ بالشفعة في هذا البيع، وذلك بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون» استنادا إلى المادة 1/798 من القانون المدني ، وحكمة المنع في ذلك تتمثل في كون الفرصة متاحة للشفيع الدخول المزاد وأخذ العقار بالمزايدة دون حاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزاد، فضلا عن أنه - بالمنع المفروض - تؤتي المزايدة ثمارها من الحصول على أعلى ثمن بعد أن تحرر المزايدون من خطر التهديد بأخذ العقار من بعد بالشفعة .

ويشترط لقيام هذا المانع تحقق شرطين، الأول أن يكون البيع بالمزاد العلني تأكيدا للعلانية التي تكفل حرية المزايدة وجديتها، والشرط الثاني يتمثل في أن يجري هذا البيع وفقا لإجراءات مرسومة بالقانون، تأكيدا لعدالة المزايدة و البعد فيها عن أي تحكم، ولا بد من تحقق الشرطين بحيث يكفي تخلف أحدهما لعدم قيام المانع من الشفعة وإذا تحقق الشرطان قام المانع سواء أكان البيع جبريا أم اختياريا حيث يكون بإمكان الشفيع الدخول في المزاد في الحالتين، وسواء أجري البيع بالمزاد أمام القضاء أم أمام الإدارة وذلك ما تعنيه عبارة "وفقا لإجراءات رسمها القانون" التي تشمل كل بيع بمزاد علني وفقا للإجراءات رسمها القانون سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي.¹

ثانيا: البيع لإقامة محل عبادة أو للإلحاق بمحل عبادة

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة "إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة" استنادا إلى المادة 3/798 من القانون المدني والمقصود بهذا المنع حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار وهو إقامة محل عبادة جديد أو الإلحاق بمحل عبادة قائم، إذ يصير المشتري بهذا الغرض أولى بالعقار من الشفيع، ويجوز للشفيع الطعن بصورية الغرض المدعي، وله إثبات ذلك بكافة الطرق.

1. حسن كبيرة، المرجع السابق، ص635

ويكفي لقيام المانع أن تكون العبادة تتعلق بدين من الأديان المعترف بها في البلاد وينبغي قصر المنع على حدود ما نص عليه المشرع دون توسع، فلا ينصرف المنع إلى بيع عقار بغرض إقامة مقر الجمعية دينية أو لمعهد ديني، بل تجوز الشفعة فيه. وإذا تعدد الغرض من شراء العقار، فلا يتوافر المانع إلا إذا كانت إقامة محل عبادة هي الغرض الأساسي بينما الغرض الآخر مجرد غرض تابع لخدمته، كما لو اشترى عقار لإقامة محل عبادة وبيت صغير للمؤذن.¹

هذا عن موانع الشفعة المتعلقة بالبيع، أما عن الموانع المتعلقة بالمشتري، فقد فرض المشرع مانعا مطلقا منع بموجبه الأخذ بالشفعة على كافة الشفعاء إذا كان المشتري زوجا للبائع أو قريبا له لغاية درجة معينة وهو ما نبينه فيما يلي

ثالثا: قيام علاقة زوجية أو قرابة لدرجة معينة بين المشتري والبائع

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة "إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار الغاية الدرجة الثانية"، استنادا إلى نص المادة 2/798 من القانون المدني ويؤخذ هذا المانع في الاعتبار الصلة القائمة بين البائع والمشتري، وأن هذه الصلة قد روعيت في البيع مما يغلب أخذ شخصية المشتري في الاعتبار ومحاباته عادة في الشروط والتمن مما يجعل المشتري أولى بالعقار من الشفيع بما لا يجيز الشفعة فيه.

والصلة التي تربط بين المشتري والبائع والتي تقيم المنع هي صلة الزواج أو صلة القرابة لغاية درجة معينة والقرابة تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة وقرابة النسب إما قرابة مباشرة بين الأصول والفروع (المادة 1/33 ق.م) وإما قرابة غير مباشرة أي قرابة الحواشي حيث يجمع الأقارب فيها أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر (المادة 2/33 ق.م). أما قرابة المصاهرة، فهي قرابة أحد الزوجين الأقارب الزوج الآخر وتكون في نفس القرابة والدرجة للزوج الآخر ولكن بالمصاهرة، ونظرا لأن الصلة العائلية هي أقوى ما تكون في قرابة النسب المباشرة بين الأصول والفروع فلم يحدد المشرع درجة للقرابة يقف عندها المانع،

1. السنهوري، المرجع السابق، ص 538.

فلا تجوز الشفعة في بيع يكون فيه المشتري أصلاً للبائع مهما علا ولا فرعا له مهما نزل أما في شأن قرابة الحواشي غير المباشرة فقد وقف المشرع بالمانع لغاية الدرجة الرابعة في القرابة، وبناء على ذلك يقوم المانع ولا تجوز الشفعة في بيع بين أخوين حيث قرابتهما من الدرجة الثانية، ولا في بيع بين عم و ابن الأخ أو بين خال وابن الأخت حيث تكون القرابة من الدرجة الثالثة ولا في بيع بين ابني عم أو ابني خال حيث تكون القرابة من الدرجة الرابعة ولكن لا يتوافر المانع في بيع يكون المشتري فيه ابنا لابن عم البائع أو العكس إذا تكون القرابة بينهما من الدرجة الخامسة، بحيث تجوز الشفعة في هذا البيع.

أما في شأن القرابة بالمصاهرة، فقد توقف المشرع بها عند الدرجة الثانية، فيقوم بذلك المانع ولا تجوز الشفعة في بيع بين أحد الزوجين وأب الزوج الآخر، حيث قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الأولى، ولا في بيع بين أحد الزوجين وأخ الزوج الآخر حيث قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الثانية. بينما لا يقوم المانع بحيث تجوز الشفعة في بيع بين أحد الزوجين وعم الزوج الآخر إذ قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الثالثة أو في بيع بين أحد الزوجين وابن عم الزوج الآخر إذ قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الرابعة¹ في هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 29/03/2000 ملف رقم 675196 بما يلي :

حيث يتضح من خلال الاطلاع على القرار المنتقد أن الطرف الشاري للعقار محل طلب الشفعة هو ابن خال كل الأطراف لأن البائع هو أخ الطاعنين وعلى هذا اعتمد القضاة في تأسيس قرارهم وأشاروا إلى أن تطبيق أحكام المادة 798 ق.م التي تنص على أنه "لا شفعة.... إذا وقع البيع بين الأصول والفرع أو بين الزوجين أو بين الأقارب الغاية الدرجة الرابعة"

وحيث إن ابن الخال يقع في الدرجة الرابعة من القرابة لجميع الأطراف، مما يجعل استعمال حق الشفعة منعدما تماما وهو ما ذهب إليه قضاة المجلس.

1. حسن كيرة، المرجع السابق، ص638.

المطلب الثاني: وجود شفيع

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرف إلى مسألتين:

الفرع الأول: من هو الشفيع؟

الفرع الأول: من هو الشفيع؟

لقد سبقت الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء أعتبر أن الشفعة تثبت للشريك، أما الحنفية فقد إعتبروا أن الشفعة تثبت للشريك وجار، فهل أن المُشَرِّع الجزائري نحي هذا المنحى من خلال نصوص القانون المدني؟ أم أنه أقر غير هذا؟

- إن المادة 795 من القانون المدني تنص: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية":¹

- 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 الشفعة مرتين فسنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذي يتفاضلون به عند تراحمهم كما سنرى لاحقا.

أولا - لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع

هذه الحالة تكاد تكون نادرة في الحياة العملية، إلا أنه يمكن تحققها، كأن يكون هناك عقار مملوك لشخص معين ورتب عليه حق الانتفاع لشخص آخر، فإذا باع صاحب حق الانتفاع هذا الحق كان الملك العقار الذي أصبح مالكا لحق الرقبة بعد أن رتب حق الإنتفاع لغيره أن يشفع في حق الانتفاع المبيع، فإذا أخذ مالك الرقبة هذا الحق بالشفعة ضم بذلك حق الانتفاع لملكيته وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة (ملكية وانتفاع) وهذا هو الغرض الذي من أجله أعطى المُشَرِّع مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة، حق الانتفاع، وفي هذا الإحتمال لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة.²

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

2- على عاشور، المرجع السابق، ص 24

كما يمكننا أن نتصور إجمالاً آخر، كأن يرتب شخص مالك العقار معين حق إنتفاع لأكثر من شخص في الشيوع، فإذا باع أحدهما حقه المشاع في الإنتفاع لشخص ثالث، كان لمالك الرقبة أن يستعمل حق الشفعة من أجل شراء الحصة المباعة 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 المباعة في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة يسبق في الترتيب الشريك في الشيوع، المستفيد من حق الانتفاع.¹

ثانيا - 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:²

- 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 حق الشفعة يثبت للشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من العقار الأجنبي، دون الإشارة إلى كون ه ذا الشريك وارثا أم لا.

1- على عاشور، المرجع السابق، ص 24

2- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، عدد 6، سنة 1999، ص36

- ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن أصبح مالكا على الشيوخ مع بقية الورثة المطعون ضدهم، عندما إشتري مناب أختهما في كل حقوقها العقارية، بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 1991/01/29 مسجل ومشهر، ومن ثمة فإنه لم يعد أجبي عن العقار المشاع لما إشتري مرة ثانية كل الحقوق العقارية التي آلت إلى أختها الثانية بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 1996/12/23، عملا بأحكام المادة 795 من القانون المدني، كما ذهب إليه خطأ قضاة المجلس عندما برروا موقفهم بأن الطاعن أجبي عن الملكية الشائعة، لأنه ليس وارثا، وكرسوا للمدعي عليهما الطعن في حق إستعمال الشفعة، وبذلك فقد أخطئوا في تطبيق القانون، مما يتعين نقض قرارهم¹

ثالثا- 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 أجبي في حين أنه كان قد رتب حق إنتفاع لفائدة شخص آخر ففي هذه الحالة فإن القانون بخول لصاحب حق الإنتفاع أن يتبع الإجراءات المنظمة للشفعة، ذلك أنه بإستعماله هذا الحق يكون قد ضم حق الرقبة له وبذلك يستجمع عناصر الملكية التي ذكرناها سالفا ألا وهي 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 مطروحا، هو المتعلق بنوع الشروط الواجب توافرها في الشفيع حتى يستحق المطالبة بالشفعة ويصبح شريكا. مفهوم المادة 795؟ ويمكن القول في إطار الإجابة على هذا السؤال أن هناك شروطا يجب أن تتوفر في الشفيع حتى يطالب بالشفعة، تتمثل أساسا في:²

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

1- على عاشور، المرجع السابق، الصفحة 25

2 - لويستي نحاة، مرجع سابق، ص 10

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 المُشْرِع لم يقر الشفعاء كما أقرهم 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 تزامم الشفعاء؟ وللإجابة على هذا السؤال نتطرق إلى النقطة الثانية من هذا المطلب.

الفرع الثاني: تزامم الشفعاء

قد يتعدد الشفعاء وفي هذه الحالة تتور إشكالية أفضلية من يشفع قبل التحرر وما يلاحظ حول هذه الحالة، هو الإتفاق الحاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وما أقره القانون المدني إذ حدنص المادة 796 قد بينت حكم تزامم الشفعاء وفرقت بين ثلاث حالات:

أولاً : تزامم الشفعاء من طبقة واحدة

نصت المادة 796 الفقرة 01 على أنه إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه، وعلى ذلك إذا تعدد الشفعاء وكانوا من الطبقة الأولى، أي: ملاك رقبة، فإنهم يقتسمون حق الإنتفاع مني شفعا فيه، وهذا بقدر نصيب كل منهم في ملكية الرقبة، وفي حالة ما إذا طلب الشفعة واحد فقط ولم يطالب باقي الشفعاء كما أو أسقطوها، جاز للشفيع المطالب أن يأخذ الشفعة في كل العقار.

1- لعروم مصطفى، المرجع السابق، ص 38

غير أنه من الضروري التأكيد على أن أي شفيع من طلب كل الشفعاء الشفعة فالقسمة هي التي تكون حسب نصيب كل منه في ملكية الرقبة. ويضاف إلى هذا أنه متى كان الشفعاء من الطبقة الثانية، وهم شركاء في الشروع، فإنهم يقتسمون حق الإنتفاع، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عدا الحنفية وأضافوا أن الأخص يفضل ويقدم على الأعم، فالأخص في الشركة يقدم على الأعم.¹

ثانيا : تراحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة

القاعدة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء الأربعة هي: "الأخص يقدم ويفضل على الأعم. 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.

أما المادة 795 فقد جعلت من الشفعاء ثلاث طبقات، مالك الرقبة، الشريك في الشروع وصاحب حق الإنتفاع، فإن تراحموا وكانوا من طبقات مختلفة، فإنهم يعطى 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 الشروع في حق الإنتفاع.

ثالثا : حالة تراحم الشفعاء مع المشتري وهو 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 الانتفاع أخذ الشفعة لأن مالك الرقبة هو نفسه يعد شفيعا وهو من الطبقة الأولى، ويفضل عليهما، فيأخذ وحده بالشفعة دولهما، أما لو كان المشتري هو شفيع بدوره، فإن الأمر يختلف حيث أنه إنطلاقا من المادة 796 /2 من القانون المدني بحد أنه يتوافر الشروط التي تجعل من المشتري شفيعا، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته ومن الطبقة الأدنى منه، لكن يتقدمه من هو أعلى منه طبقة.²

1- على عاشور، مرجع سابق، ص 25

2- لعروم مصطفى، المرجع السابق، ص36

مما سبق يتضح لنا أن الفقه الإسلامي والفقه القانوني عرف الشفعة تعريفا دقيقا مفاده دفع الضرر عن الشريك ، كما خصاها بخصائص تمثلت في عدم قابلية الشفعة لتجزئة وهذا في حالة وجود صفقة واحدة متكاملة وغير متفرقة ، كما أنه لا ينبغي إعمال هذه الخاصية إلى إجبار الشفيع إلى أخذ ما لا شفعة له فيه .

الخاصية الثانية هي أن الشفعة لا ترد إلا على العقار سواء كان العقار بالطبيعة أو بالتخصص .
الخاصية الثالثة وهي إتصال الشفعة بالشفيع فحكمة من الشفعة هي دفع الضرر عن الشفيع الذي قد يلحقه أذى من شريك جديد فإذا تحقق ذلك طالب بالشفعة .

بالإضافة إلى هذا توصلنا إلى أن مصدر الشفعة في القانون هو الشريعة الإسلامية وذلك كونها ثابتة من السنة ومشروعة بقوانين وأوامر ومراسيم ولها شروط أتفق عليها كل من الشريعة والقانون تمثلت في بيع العقار ووجود الشفيع .

الفصل الثاني

أحكام الشفعة

من الثابت شرعاً وقانوناً أنّ الشفعة تؤخذ بالتراضي أو بالتقاضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية ودون نزاع يذكر، ويحل بذلك الشفيع محل المشتري، ويصبح متمتعاً بحقوق المشتري وتقع عليه التزاماته، ويصح التسليم في أي وقت، ومتى سلمت يبرم عقد البيع ويشرع في مباشرة الإجراءات الناقلة لملكية 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 المشرّع الجزائري في هذا المجال، كما يجدر بنا أن نتطرق كذلك إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها، لنقارن بين الشريعة ووضعية القانون المدني في هذا الشأن، ونتبين هل أن الشريعة اهتمت أيضاً بالإجراءات والشكليات وذلك من خلال المبحثين التاليين: المبحث الأول تطرقنا إلى إجراءات الشفعة أما المبحث الثاني فتناولنا آثار الشفعة.

المبحث الأول: إجراءات الشفعة

أحاط المشرّع الشفعة بإجراءات محددة وربطها بمواعيد صارمة وقصيرة ينبغي الالتزام والتقيّد بها وإلا سقطت الشفعة والإجراءات التي حددها المشرّع ثلاثة نصت عليها المواد من 799 إلى 803 ق.م وهي: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن لدى الموثق ورفع دعوى الشفعة، وعلى ذلك سنتطرق في المطالب التالية إلى الإجراءات السابق ذكرها بالإضافة إلى التعرض للجزاء المترتب على عدم التقيد بإجراءات الشفعة والمتمثل في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، وهذا ما أقرته أيضاً الشريعة الإسلامية كما يلي: في المطلب الأول تناولنا إعلان الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن والمصاريف، أما المطلب الثاني فخصصناه لدعوى الشفعة.

المطلب الأول: إعلان الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن والمصاريف

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بإعلان الرغبة في الشفعة واعتبرته إجراء مهما رتب عليه السقوط في حالة عدم المطالبة به، وذهب جماهير أهل العلم إلى أنه لا يشترط في طلب الشفعة لفظ أو صيغة معينة على الصحيح بل تصح بكل ما يدل عليها من قول أو فعل.¹

1 - ديبان بن محمد الدبنيان، مرجع سابق، ص 175

وهذا ما أقرّه المُشرِّع من خلال القانون المدني حيث فرضت المادة 799 من القانون المدني على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري وذلك في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وبينت المادة 800 ق.م. مشتملات الإنذار المنصوص عليه في المادة 799، كما أوضحت المادة 801 ق.م. كيفية إعلان الرغبة في الشفعة وميعادها وقد أوجبت المادة 2/801 ق.م. على الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع دعوى الشفعة.

الفرع الأول: الإنذار الموجه إلى الشفيع

لم تهتم الشريعة الإسلامية بهذا الإنذار ولم تعرفه أما القانون فقد أتاح لكل من البائع والمشتري أن يتخذ إجراء يحفز به الشفيع على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد معين وإلا سقط حقه، وهذا الإجراء عبارة عن إنذار يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع يعلنه فيه بحصول البيع ويدعوه إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذا كان يريد ذلك فهذا الإنذار يعتبر فاتحة للإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها حيث تقضي المادة 799 ق.م. بأنه: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه". ودون اشتراط الرسمية¹، وضع المُشرِّع الجزائري شروطاً معينة في الإنذار وهي:

أولاً - أن يوجه الإنذار إلى الشفيع

ويقوم المشتري أو البائع بتوجيه هذا الإنذار إلى الشفيع، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك على أن يوجهه الآخر، كما يجوز أن يوجه هذا الإنذار إلى وكيل الشفيع إذا كان مفوضاً في تمثيل موكله أمام المحاكم وفي أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام في حالة تعدد الشفعاء يجب توجيه الإنذار إليهم جميعاً على اختلاف طبقاتهم في ترتيب دون الاكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى، وذلك لاحتمال ألا يرغب شفعاء هذه طبقة في الأخذ بالشفعة مما يفتح باب الشفعة لمن هم أدنى منهم في الطبقة وإغفال إنذار أي من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلاً ولا ينتج أثره، فلا يبدأ منه الميعاد المحدد للشفيع الإعلان الرغبة، وينبغي أن يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل منهم أي محل إقامته المعتادة.

1 - حمود خولة، المرجع السابق، ص 51

ثانيا - أن يشتمل الإنذار على بيانات محددة

أوجب المُشرِّع أن يشتمل الإنذار الموجه إلى الشفيع على بيانات محددة، مرتبا بالعلان على تخلفها وذلك ما جاءت به المادة 800 ق.م،¹ وهذه البيانات في البيانات الأساسية المتعلقة بالبيع الجائز الشفعة فيه ولكن يجوز للشفيع توجيه أية بيانات أخرى إضافية يراها مفيدة والبيانات الأساسية المحددة التي أوجب المُشرِّع اشتمال الإنذار عليها هي الآتية:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا (م 800/1 ق.م). ويراد بالبيان الكافي للعقار المبيع البيان الذي يكون من شأنه تعريف الشفيع بالعقار تعريفا نافيا للجهالة، وهذه المسألة واقعية يقدر فيها قاضي الموضوع كفاية البيان.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية كمصاريف الشهر العقاري وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ق.م وذلك ما نصت عليه المادة 2/800 ق.م.

الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفعة حق ضعيف، فلا يمكن التمسك بها ما لم يبادر الشفيع بإعلان رغبته فيها، وإلا ترتب عليه السقوط.

وقد اختلف فقهاؤها في تحديد الوقت الواجب إعلان الرغبة فيه، إذ نجد أن جمهور المشكل من الأئمة: الشافعي، أبو حنيفة، ابن حنبل قد اشترطوا فورية المطالبة، معتمدين على الحديث الشريف لرسول الله -صلى الله عليه وسلم: "الشفعة كحل العقال"، ولذلك فقد أقروا بأن طلب الشفعة يكون على الفور وهذا بمجرد علم الشفيع بالبيع لأنها حق ثبت لدفع الضرر، وأضافوا أنه في حال مرض الشفيع أو غيبته عن بلد المشتري أو خوفه من عدو، فوجب عليه أن يوكل وكيفا عنه، فإن لم يستطع فليشهد شاهدين عدلين أو رجل وامرأتان، ثم له بعد ذلك أن يخاصم المشتري، ولو بعد أيام أو شهور أو سنين ومناطق كل ما سبق هو أن ثبوت الشفعة على التراخي ربما يضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه.¹

1 -حمود خولة، المرجع السابق، ص 51

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص430

أما رأي الإمام مالك فهو مخالف للجمهور، في اشتراط الفورية في طلب الشفعة، فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة، بعد عقد البيع فما دونها، أو غاب وعاد في أثناء السنة، ثم طلب الشفعة أخذها لأن السكوت عند الإمام مالك لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن الأحوال ما يدل على إسقاطه وخلاصة رأي الإمام مالك أن طلب الشفيع للشفعة أو إعلان رغبته في أخذها يكون على التراخي لمدة سنة.

بخلاف القانون المدني حيث تقضي المادة 799 ق.م على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك.¹

كما نصّت المادة 801 ق.م على أنه يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلاً.²

فبالنسبة لكيفية إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فحسب المادة 799 ق.م، فإن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع والمشتري، فإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب إعلانهم جميعاً بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني، فإذا وجه الإعلان إلى أحدهما فقط أو وجه الإعلان إلى أحدهما في الميعاد والأخر بعد فواته، كان إعلان الرغبة باطلاً وجاز لمن وصله الإعلان متأخراً أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة.

ولما كان هذا الحق لا يتجزأ فإن السقوط بالنسبة لواحد يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين حتى ولو أعلنوا إعلاناً صحيحاً.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 253

2 - حمدود خولة، المرجع السابق، ص 53

وإذا حدث وكان الإعلان ناقصاً، فللشفيع أن يكمل هذا الإعلان بطلب لاحق ولا بد من إعلان هذا الطلب اللاحق إلى البائع والمشتري في الميعاد القانوني وإلا سقطت الشفعة، وذلك لأن الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يعتد به، ولأن الطلب اللاحق الذي يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانوني فلا يعتد به.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/10/02 تحت رقم 33030 بما يلي:¹ حيث إن المشرع حدد الإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشفعة في المواد 794 ق.م وما بعدها من ق.م وقد حدد في المادة 799 أجل شهر من تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع والمشتري للراغب في الشفعة، ولم يثبت أن الطاعن أو البائعة قد وجه الإنذار المنصوص عليه في المادة أعلاه لاحتساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله ففوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة وليس مجرد العلم والسكوت.

كما قضت أيضاً المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/04/26 تحت رقم بما 193704 مايلي:²

إن قضاة الموضوع قد أخطوا بين التصريح والإعلان عن الرغبة في الشفعة والذي يوجهه الشفيع المحتمل إلى كل من المشتري والبائع والمنصوص عليه بالمادة 799 من ق م وبين الإنذار الذي يوجهه المشتري والبائع للشفيع المحتمل والمنصوص عليه بالمادة 800 التي تحيل على المادة 799، ونتيجة لهذا السبب الذي وقع لهم أخطاء في تطبيق المادتين المذكورتين.

ويشترط المشرع أن يكون إعلان الرغبة "رسمياً وإلا كان باطلاً" (م 1/801 ق.م) ويقتضي ذلك وجوب إعلان الرغبة إعلاناً رسمياً على يد محضر، بحيث يقع باطلاً الإعلان بطريقة غير رسمية كالإعلان برسالة موصى عليها ومضمونة الوصول، وذلك في موطن كل من المشتري والبائع.³

1 - حمود خولة، المرجع السابق ص 54

2- حمود خولة، المرجع نفسه ص 54

3 - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 606

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/10/02 تحت رقم 33030 بما يلي:¹

من المقرر قانوناً أنه يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلاً ولما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه تأسيساً على ما هو مثار بخرق أحكام المادة 801 ق م بدعوى أن القانون يشترط تحرير رسم توثيقي بطلب من القائم بالشفعة إعلاناً عن قصده هذا، وإعلان ذلك عن طريق كتابة الضبط يكون في غير محله ويتعين رده.

ولما كان الثابت أن المطعون ضدها قد أعلنت عن رغبتها في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف الذي قضى بصحة التصريح بالشفعة التزموا بتطبيق القانون.

ويلاحظ أن إعلان الرغبة ليس واجباً إذا رفعت دعوى الشفعة في الميعاد القانوني المقرر للإعلان وهو خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى يمكن اعتبار عريضة الدعوى متضمنة لمعنى إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ولكن يشترط في هذه الحالة إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق قبل رفع الدعوى حتى يكون رفعها صحيحاً وهذا ما ورد في الفقرة 2 من المادة 801 حيث جاء فيها أنه يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.

وعلى ذلك يمكن القول أن إعلان عريضة الدعوى قد حل محل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضي في الإجراءات.²

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/05/31 تحت رقم 194391 بما يلي:³

1 - المجلة القضائية 1989 العدد 04 قسم الوثائق المحكمة العليا ، ص 64 حمدود خولة، المرجع السابق، ص 55

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 254

3- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزء 01 2004 ، ص 236 ، حمدود خولة، المرجع نفسه، ص 55

إنّ قضاة الموضوع بنوا قرارهم أساساً وعلى وجه الأسبقية على عدم تبليغ الطاعنين رغبتهم في الشفعة كما تشترطه المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة البطلان، ولما كان طلب الشفعة يجب أن يرفع تحت طائلة سقوط الحق في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 ق.م، فإنه ولما ثبت لقضاة الموضوع من الإجراءات المتبعة في الدعوى أن الطاعنين لم يقوموا بتبليغ التصريح بالرغبة في الشفعة مكتفين بوضع ثمن المبيع والمصاريف لدى الموثق بموجب عقد 1989/09/16 (علماً أن الدعوى رفعت في 1991/04/07) فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، وبالتالي يكفي لما توصلوا إليه قولهم أن التصريح بالرغبة في الشفعة لم يتم تبليغه من قبل الطاعنين للقول بسلامة القرار المنتقد.

أما عن مواعيد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فقد أشرنا من قبل إلى أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع فإنه يستطيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري دون انتظار أن يصله الإنذار المشار إليه في المادة 799 ق.م، بل ويستطيع الشفيع حتى ولو قبل إنذاره أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق ويقوم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

إلا أن حرية الشفيع في إعلان رغبته تنقيد من حيث الميعاد إذا ما أُنذر، حيث يجب عليه أن يعلن رغبته في خلال ثلاثين يوماً من هذا الإنذار، وإذا لم يحصل هذا الإنذار وأشهر البيع فهو لا يستطيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من وقت إشهار البيع (وهو المقصود بالتسجيل)، وإذا لم ينذر ولم يسجل البيع فله الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم أي بمضي 15 سنة من إتمام عقد البيع.¹

ونتعرض لهذه الحالات كالاتي:

أولاً - حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع

انطلاقاً من نص المادة 799 ق.م، فإنه يجب على الشفيع إذا أُنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع وأراد أن يشفع، فعليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار إليه بوقوع البيع.

1 - حمدود خولة، المرجع السابق، ص 56

ولا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، بل وحتى إذا قام الدليل القاطع بأنه قد علم بالبيع في وقت معين، فإن الميعاد مع ذلك لا يسرى من هذا الوقت، وإنما من وقت وصول الإنذار إليه. وتجدر الإشارة إلى أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 ق.م يعد من مواعيد السقوط وليس من مواعيد التقادم، ومن ثمة تسري على الغائبين وعلى من لم تكن لديه أهلية التصرف، وهي مدة لا تقبل الوقف أو الانقطاع.

ثانيا - حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وإشهاره

إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا، غير أن المشتري أشهر عقد البيع، فينفتح للشفيع في هذه الحالة ميعاد آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع، وهذا ما يفهم من نص المادة 807/ق.م والتي جاء فيها أنه لا يمارس حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل (ويراد به الشهر) عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون. فإذا لم يعلم الشفيع بوجود البيع وذلك لعدم إنذاره أو لكون إنذاره عد باطلا، ولكن سجل هذا البيع، فإن ذلك يعني أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد شهره، فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في خلال هذا الميعاد وإلا سقط حقه في الشفعة.

هذا وأن ميعاد السنة من تاريخ الشهر، يعد مدة سقوط لا مدة تقادم وبالتالي لا ينقطع ولا يقف ويسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية.

ثالثا - حالة عدم إنذار الشفيع وعدم شهر عقد البيع

قد يحدث ألا ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، وقد لا يقوم المشتري بشهر العقد، عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع. ولذلك يظل حق الشفيع في طلب الشفعة قائما طالما لم يسقط، وهو لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه.¹

أما بالنسبة لشهر إعلان الرغبة في الشفعة، فإذا كان الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه منذ إعلان الرغبة وكان من نتائج ذلك كف يد المشتري عن القيام بأعمال مادية تضر بهذا الحلول باعتبار إعلان الرغبة حجة على المشتري، فكان لا بد من مواجهة التصرفات

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 254

القانونية التي قد يقوم بها المشتري ويرتب بها حقوقا للغير على العقار المشفوع أو متعلقة به وكان طبيعيا عدم الاكتفاء بإعلان الرغبة لمنع نفاذ هذه التصرفات في حق الشفيع، إذ لا توجد وسيلة مؤكدة لعدم العلم الغير بهذا الإعلان، ولذلك نص المشرع على أن: "إعلان الرغبة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا" تطبيقا لنص المادة 1/801 ق.م.

ويُقصد بالتسجيل المشار إليه في هذه المادة الشهر العقاري، وبذلك يصبح من مصلحة الشفيع المبادرة إلى شهر إعلان الرغبة ليضمن عدم نفاذ التصرفات الواقعة بعد هذا الشهر في حقه هي وما رتبته من حقوق أما ما تم منها قبل إجراء الشهر فيظل نافذا في حق الشفيع هذا وتجدر الإشارة إلى حالة مهمة من الناحية العملية تتمثل في توالي البيوع ومدى الاحتجاج به على الشفيع، إذ يمكن القول في هذا الصدد أنه قد يحدث أن يقوم المشتري بإعادة بيع العقار المشفوع فيه، كما قد يحدث أن يقوم المشتري الثاني بإعادة بيع العقار إلى مشتر ثالث، مما يثير التساؤل عن مدى الاحتجاج على الشفيع بالبيع أو البيوع المتتالية وينبغي التفريق في هذا الصدد بين الصورتين الآتيتين:¹

رابعاً - إعادة البيع بعد شهر الإعلان

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة إلى مشتر ثان، فيصرح المشرع بعدم سريان البيع الثاني في حق الشفيع وذلك بمقتضى نص المادة 806 ق.م ومعنى ذلك أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في البيع الأول يظل صحيحا دون اعتداد بالبيع الثاني لحصوله بعد إشهار الإعلان ويستمر الشفيع في مواصلة باقي خطوات الشفعة في البيع الأول. ويسري نفس الحكم لو تعلق الأمر ببيع ثالث بعد شهر الإعلان .

خامساً - إعادة البيع قبل شهر الإعلان

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة أو حتى قبل إعلان أية رغبة إلى مشتر ثان فيكون البيع الثاني نافذا في حق الشفيع، ويترتب على ذلك تطبيقا لنص المادة 797 ق.م أنه "لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها".

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 617.

ومعنى ذلك أنه لا يعتد بالبيع الأول ولا بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيه، وعلى الشفيع توجيه إعلان رغبة ثان في البيع الثاني وبشروطه، على أن يتم توجيه الإعلان إلى المشتري الأول بوصفه بائعا في البيع الثاني وإلى المشتري الثاني بوصفه مشتريا منه، ولا لزوم لتوجيهه إلى البائع في البيع الأول.

غير أنه يشترط للأخذ بالشفعة في البيع الثاني أن يكون جائزا الشفعة فيه، بحيث إذا قام مانع قانوني من الأخذ بالشفعة فيه بأن كان المشتري الثاني مثلا زوجا للمشتري الأول البائع له أو قريبا له بالنسب لغاية الدرجة الرابعة، فلا تجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني لقيام المانع ولا في البيع الأول الذي لم يعد يعتد به في مواجهة الشفيع، ولكن يشترط لذلك ألا يكون البيع الثاني صوريا، وللشفيع في هذه الحالة أو في حالة البيع الثاني الجائز الشفعة فيه إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، فإذا أفلح في ذلك، ظل البيع الأول وحده هو القائم بحيث تصح الشفعة فيه.¹

الفرع الثالث: إيداع الثمن والمصاريف

اتفق 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 بمثل ما يملك به قدرا وجنسا، لحديث جابر " فهو أحق به بالثمن" كما يلزم الشفيع بما أنفقه المشتري كأجرة سمسار وكاتب ورسوم غير أن الفقهاء اختلفوا في الإجابة عن السؤال الذي يتمحور حول مدى توقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع للثمن؟

فذهب كل من الإمام الشافعي وابن حنبل ومالك وأبو حنيفة في ظاهر الرواية إلى أنه لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن ولا حضور المشتري ولا 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.²

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 620.

2- عبد المنعم الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 166

فكأنه اشتراه من البائع، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن كالشراء أو البيع المبتدأ بجامع أنه تملك بعبء غير أن فقهاء المذهب المالكي قالوا: "إن قال الشفيع: أنا أخذ بالشفعة، منح له ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أتى به فيها، وإلا سقطت شفيعته". وقال محمد بن الحسن: لا يقضي القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، دفعا للضرر عن المشتري، لأن 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 المحذور، يمكن دفعه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف بأن للمشتري حبس العين في يده، حتى يدفع الشفيع الثمن، لذا فرأى بعض الفقهاء بوجوب إيداع الشفيع للثمن لدى القضاء قبل الحكم له بالشفعة، ما هو إلا احتياط لأجل دفع الضرر عن المشتري.

أما المادة 2/801 من القانون المدني فقد ألزمت الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع دعوى الشفعة بقولها: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم يسقط الحق في الشفعة"¹.

وستنطبق في هذا الصدد لإيداع الثمن والمصاريف كإجراء من إجراءات الشفعة مع التطرق أيضاً لمسألة الثمن الصوري.

فبالنسبة لإيداع الثمن والمصاريف، فقد ألزم المشرع الجزائري الشفيع بمقتضى نص المادة 2/801 ق.م بإيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق، ويقصد به الثمن المذكور في عقد البيع، أما الثمن الحقيقي الذي أخفاه البائع والمشتري تهربا من دفع حقوق التسجيل فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الشفيع لأن ما ذكر في الورقة الرسمية يعد حجة على أطرافه وورثتهم وذوي الشأن المادة 324 مكرر 6 فقرة 1 ق.م.

وقد أوجب المشرع أن يتم إيداع الثمن والمصاريف "خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة".

1- المادة 801 من القانون المدني، المعدل والمتمم

ويتضح من ذلك أن ميعاد الإيداع ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الرغبة ويتم حساب هذا الميعاد من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة للبائع والمشتري أو للتسليم الأخير لأي منهما إن لم يتعاصر الإعلان وينتهي الميعاد بنهاية اليوم الثلاثين، على أن يزداد عليه ميعاد المسافة عند الاقتضاء، وإذا وقعت عطلة رسمية في اليوم الأخير من الميعاد ولو كان متصلاً بميعاد المسافة، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها.

ومدة ميعاد الإيداع كباقي مدد مواعيد الشفعة هي مدة سقوط لا مدة تقادم بحيث لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، ولا يكفي المُشَرِّع بميعاد الثلاثين يوماً فقط، بل يفيد ذلك بأن يتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة.¹

وفيما يتعلق بمكان الإيداع، فقد نصّت المادة 2/801 ق.م على أن يتم الإيداع "بين يدي الموثق" ويلاحظ أن المُشَرِّع لم يفصح عن نيته في تحديد الموثق الذي يتم لديه إيداع الثمن والمصاريف، فهل يشترط أن يتم الإيداع لدى الموثق الذي حرر عقد البيع؟ أم يكفي أن يتم ذلك لدى أي موثق؟

وتثور هذه المسألة لكون الموثق ليس مقيداً باختصاص محلي، فقد يكون العقار محل الشفعة كائناً بدائرة اختصاص محكمة الجزائر بينما عقد البيع حرره موثق يقع مكتبه بمدينة وهران، فإذا قلنا بوجود إيداع الثمن لدى الموثق الذي حرر عقد البيع، نكون قد ألزمتنا الشفيع للذهاب إلى مدينة وهران لإيداع الثمن، ولا يخفى ما في ذلك من مشقة على الشفيع ولما كان المُشَرِّع غامضاً في هذه المسألة، وجب تفسير هذا الغموض لصالح الشفيع حتى لا يتحمل مشقة لم يتسبب فيها.

هذا وتجدر الإشارة إلى الجزاء المترتب على مخالفة أحكام الإيداع، حيث كان المُشَرِّع لما في هذا الصدد، فلم يكتف ببطلان الإجراء المخالف بحيث يمكن إعادته من جديد على صحيح، بل جاوز ذلك إلى ترتيب سقوط حق الشفعة على المخالفة، إذ نص صراحة "فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة"²

1 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 625.

2 - حمود خولة، المرجع السابق، ص 61

وبناء على ذلك يسقط حق الأخذ بالشفعة إذا لم يودع الثمن والمصاريف أصلاً أو تم الإبداع في الميعاد ولكن ليس لكل الثمن.

ويعتبر ترتيب جزاء السقوط هذا متعلقاً بالنظام العام، بحيث يمكن الدفع بالسقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يحصل التمسك به أو حتى ولو نزل عن التمسك به صاحب الحق فيه.¹

هذا وإذا ادعى البائع أو المشتري أن الثمن المذكور في العقد أكبر أو أقل من الثمن الحقيقي، فتثور حينئذ مسألة صورية الثمن ومدى إمكان الاحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي

وعليه إذا كان الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي جاز للشفيع أن يثبت الثمن الحقيقي فإذا نجح في هذا الإثبات فلا يلتزم إلا بالثمن الحقيقي الذي أقام الدليل عليه وفي هذه الحالة يستطيع الشفيع أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي، ويكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل أثناء نظر الدعوى على صحة اعتقاده، فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة، ولا يحول دون هذا السقوط أن يقوم بتكملة الثمن أثناء نظر الدعوى، إذ يعتبر أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى، ولذلك ومن باب الاحتياط أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى، وهذا إذا كان يريد الأخذ بالشفعة حتى لو كان ذلك بالثمن المذكور في العقد في حالة عجزه عن إثبات الصورية.

وإذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، جاز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي فإذا نجح في هذا الإثبات وجب على الشفيع أن يدفع الثمن الحقيقي الذي قام الدليل عليه وفي هذه الحالة يكفي أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، حتى إذا ما ثبت الثمن الحقيقي أثناء نظر الدعوى وجب عليه أن يكمل الثمن. ولا يعتبر حينئذ أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى، لأنه لم يكن يعلم بهذا الثمن وله عذره في ذلك.²

1. حسن كيرة، المرجع السابق، ص 626

2. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 172

المطلب الثاني: دعوى الشفعة

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

كما نصّت المادة 807 من القانون المدني على الجزاء المترتب على تخلف إجراء من إجراءات الشفعة وعلى ذلك سننظر في هذا المطلب إلى النقاط التالية:

الفرع الأول رفع دعوى الشفعة الفرع الثاني سقوط الحق في الشفعة

الفرع الأول: رفع دعوى الشفعة

أقرت الشريعة الإسلامية حق الشفيع في اللجوء إلى القضاء بصفته مدعياً للمطالبة بحقه في تثبيت الشفعة ومخاصمة المشتري في ذلك، غير أنها لم تهتم بالشكليات كما اهتم بها القانون الوضعي وبتصفح القانون المدني نجد المادة 802 تنص على أنه:¹

"يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق". ويثير هذا النص عدة مسائل تتعلق بكيفية رفع الدعوى والمحكمة المختصة التي يتم رفع وأمامها وميعاد رفع الدعوى وجزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى.

أولاً : كيفية رفع الدعوى

لم يضع القانون المدني قواعد خاصة لكيفية رفع دعوى الشفعة مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة في رفع الدعاوى والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- المادة 802 من القانون المدني، المعدّل والمتمم

وقد قضت المحكمة العليا بخصوص شهر عريضة الدعوى المتعلقة بالشفعة في قرارها المؤرخ في 26/04/2000 تحت رقم 194437 بما يلي¹: وحيث فعلا أن قضاة المجلس استفسروا قضاء هم برفض دعوى الطاعنة شكلا على كون هذه الأخيرة لم تقم بإشهار عريضتها طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1973 (المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993)، إلا أنه وبالرجوع إلى أحكام هذه المادة يتضح أنها تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها والحال أن دعوى الطاعنة إنما تتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها (ه. ل. ق) والذي باعته هذه الأخيرة للمطعون ضدهما، وهي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة وحدد شروط ممارستها (المواد 794 إلى 807 من القانون المدني)، ولا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 أعلاه إلا أنه وبتعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ولما كانت الشفعة حق عيني عقاري فالأجدر تطبيق نص المادة 17 منه والتي تنص على أنه يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار و/ أو حق عيني عقاري مشهور طبقا للقانون.

ثانيا: الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى

يعتبر طلب الشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لذلك يجب في الشفيع الذي يرفع دعوى الشفعة أن تتوافر لديه أهلية التصرف، وإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها فلا يجوز للوصي أو المقدم أن يطلب الشفعة باسمه إلا بإذن المحكمة ولا تكفي الوكالة العامة في طلب الشفعة باسم الموكل لأن هذه الوكالة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، بل لا بد من وكالة خاصة. ولأن الشفعة مجرد رخصة لا يجوز للدائنين أن يطلبوا الشفعة باسم مدينهم بطريق الدعوى غير المباشرة.²

1- حمود خولة، المرجع السابق، ص 64

2- عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص 174

وبمقتضى نص المادة 802 ق.م، فإن دعوى الشفعة ترفع على كل من البائع والمشتري، وهذا نظرا إلى أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته قبل البائع، وفي حالة تعدد البائع أو المشتري أو تعددهما معا، يجب رفعها على كل البائعين وكل المشتريين جميعا دون إغفال أي منهم وإلا ترتب على الإغفال سقوط حق الشفعة. فيجب اختصاصهما معا، الأول بوصفه بائعا والثاني بوصفه مشتريا وأيا كان المشتري فيجب اختصاصه ولو كان الشفيع يطعن في عقده بالصورية.

وإذا كان واجبا رفع الدعوى على البائع والمشتري بحيث تقوم الخصومة بين أطرافها الثلاثة: الشفيع والبائع والمشتري، فيسري هذا الحكم في كل مراحل التقاضي بما فيها مرحلة النقض.

وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع، فإن رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم أحد صاحبيه، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها.¹

ثالثا: المحكمة المختصة بنظر الدعوى

نصت المادة 802 ق.م على أن: "ترفع دعوى الشفعة... أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار... وإلا سقط الحق فيها". فدعوى الشفعة من الدعاوى العينية، حيث يطلب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة، لذلك فإن محكمة موقع العقار هي المختصة بنظر هذه الدعوى.

وبالاستناد إلى نص المادة 802 ق.م، فإن رفع الدعوى أمام محكمة أخرى يترتب عليه سقوط الحق في الشفعة إلا أن هناك جانب من الفقه يعتبر أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة من شأنه قطع ميعاد السقوط المقرر بالمادة 802 ق.م، ويستمر أثر هذا الانقطاع حتى الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من تاريخ صدور هذا الحكم ميعاد جديد يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة.²

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص264

2- رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص266

وبما أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 802 ق.م هو ميعاد سقوط لا تقادم، وجب أن يقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط.

رابعاً : ميعاد رفع الدعوى

عين المُشْرِع ميعادا محددًا لرفع دعوى الشفعة ينبغي عدم تجاوزه، إذ نص على أن ترفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط الحق فيها المادة 802 ق.م، وهو ذاته الميعاد المحدد لإيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق ولكن مع وجوب سبق الإيداع لرفع الدعوى.

ويبدأ حساب ميعاد رفع الدعوى من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة أو من اليوم التالي للتسليم الأخير للإعلان عند عدم تحقق التعاصر، دون أن يعلق على انقضاء ميعاد إعلان الرغبة وينتهي الميعاد بانقضاء اليوم الثلاثين، وإذا وقعت عطلة رسمية في اليوم الأخير، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها. وتعتبر مدة ميعاد رفع الدعوى مدة سقوط لا مدة تقادم بحيث لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع¹.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16/06/1999 تحت رقم 186433²

بما يلي:

حيث يستخلص من القرار المطعون فيه والوثائق المرفقة له أن الطاعنة المدعية في أصل الدعوى صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي مؤرخ في 25/05/1993 وأعلنت البائع والمشتري بهذه الرغبة بموجب محضر قضائي محرر في 22/06/1993.

وحيث إن المدعية رفعت دعواها أمام الجهة القضائية المختصة بعريضة مسجلة بكتابة الضبط في 01/07/1993.

وحيث إن قضاة الموضوع لرفض دعوى المدعية صرحوا أنها جاءت خارج مهلة ثلاثين يوماً المنصوص عليها في المادة 802 ق.م بما أن المدعية الراغبة في الشفعة صرحت برغبتها في 25/05/1993 ولم ترفع دعواها إلا في 12/07/1993.

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 631

2 - المجلة القضائية قسم الوثائق بالمحكمة العليا حمدود خولة، مرجع سابق، ص 66

وحيث إن المادة 801 ق.م تميز بين التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يكون بموجب عقد رسمي والإعلان به الذي يتم عن طريق كتابة الضبط. وحيث إن المادة 802 ق.م تنص على أنه يجب رفع الدعوى في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 ق.م.

وحيث إن قضاة الموضوع خالفوا المادة 802 بما أنهم أخذوا بتاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وليس بتاريخ الإعلان به كما قضت المحكمة العليا أيضاً في قرارها المؤرخ في 1999/10/27 تحت رقم 190693 1 بما يلي:

حيث فعلا إن ممارسة حق أحد الورثة في الشفعة تخضع لبعض الشروط والإجراءات المبينة في المواد من 794 إلى 807 مدني، وفي هذا الصدد فإن المادة 802 من القانون المذكور توضح الكيفيات التي يجب إتباعها على الخصوص والتي تفيد بأنه يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق.

حيث إنه بالرجوع إلى أوراق ملف القضية يتضح أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلنته عن طريق المحضر إلى كل من البائعة (ه ع والمشتري ه ح) في 1995/12/19 وفي 1995/12/18، ثم رفعت دعوى الشفعة في 1995/12/25، وعلى هذا فإن حقها في الشفعة على الأرض موضوع النزاع لم يسقط كما ذهب إليه القرار المنتقد.

خامسا : جزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى

شدد المُشرِّع في فرض احترام الأحكام المتعلقة بالشفعة، حيث رتب جزاء سقوط الشفعة على مخالفة الأحكام التي أوردها في شأن رفع الدعوى، وبناء على ذلك، يسقط الحق في الشفعة إذا رفعت الدعوى بها بعد الميعاد، أو إذا رفعت في خلال الميعاد ولكن مع اختصام البائعين والمشتريين دون البعض الآخر أو مع رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

1 - إجتهد قضائي الغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2004، حمود خولة، المرجع السابق، ص 67

ويعتبر ترتيب جزاء سقوط الحق في الشفعة أمراً متعلقاً بالنظام العام، بحيث يمكن الدفع بالسقوط في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، بل وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يتم التمسك به أو حتى ولو نزل عنه صاحب الحق في التمسك به¹.

هذا وتنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها، فإذا رفعت بعد ذلك دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة فلا يشترط لقبولها اختصام البائع فيها، حيث يجوز للمشتري أن يقتصر فيها على مخاصمة الشفيع، وإذا طعن الشفيع بالنقض في الحكم الصادر بسقوط حقه في الشفعة المحكوم له بها، جاز له أن يقتصر على مخاصمة المشتري، ذلك أن وجوب اختصام البائع والمشتري في دعوى الشفعة إجراء أوجبه القانون على خلاف الأصل الذي يقضي بأن المدعي حر في توجيه دعواه إلى من يشاء، ومن ثم لا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء.²

سادساً : الحكم الفاصل في دعوى الشفعة

لقد أقرت الشريعة الإسلامية أنه متى تقدم الشفيع إلى القاضي للمطالبة بالشفعة وادعي شراء الدار المشفوعة، فإن القاضي يسأله أولاً عن موضع الدار وحدودها، لدعواه فيها حقاً 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.³

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

ثم يسأل القاضي المدعي عليه أيضاً هل اشترى الدار المشفوعة، أم لا؟ فإن أقر فيها وإن أنكر الشراء قيل للشفيع: أقم البينة على شراؤه، لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيان.

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 632

2 - المجلة القضائية قسم الوثائق بالمحكمة العليا ، ص 113 حدود خولة، مرجع سابق، ص 68

3- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 194

بالحجة، فإن عجز عنها استحلقت 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 منشئ فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الإشهاد والتقرير، دون حاجة إلى قضاء القاضي، وبذلك لا يكون الحكم ضروريا لاستقرار 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.

وجدير بالذكر أنه لا تسمع البيعة على البائع، حتى يحضر المشتري، لأنه المالك ويفسخ بحضوره، فإن سلم المبيع للمشتري لا يلزم حضور البائع لزوال الملك والحيازة عنه تجدر الإشارة إلى طبيعة هذا الحكم، فإلى جانب اعتباره سندا لملكية الشفيع استنادا إلى نص المادة 803 من القانون المدني بقولها: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا للملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري "

ولما كان الشفيع لا يتقرر له حق الملك إلا بحصول التراضي أو صدور حكم القاضي، فيستتبع ذلك بالضرورة أن يكون حكم القضاء بالشفعة هو المنشئ أو الناقل لحق الملكية ومنذ لحظة صدور هذا الحكم فقط لا قبل ذلك.

والقول بالأثر المقرر للحكم بالشفعة معناه ارتداد أثر هذا الحكم إلى تاريخ سابق على صدوره أي تاريخ البيع أو تاريخ إعلان الرغبة وشهرها أو تاريخ رفع دعوى الشفعة ولكن في كل هذه المراحل لا يكون للشفيع هذا الحق على وجه الإطلاق، فقبل حصول الرضاء أو القضاء ليس للشفيع إلا حق التملك أي حق استعمال رخصة التملك وهو حق الشفعة أما حق الملكية فلا يثبت له إلا بعد حصول التراضي أو صدور حكم قضائي يقضي بصحة الشفعة، وعلى ذلك فلا يمكن اعتبار الحكم بالشفعة من الأحكام المقررة للحقوق¹.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 194

الفرع الثاني: سقوط الحق في الشفعة

نصت المادة 807 من القانون المدني على الحالات التي يسقط فيها الحق في الأخذ بالشفعة بقولها: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية":

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

وتجدر الإشارة قبل التطرق إلى مسقطات الشفعة التمييز بينهما وبين موانع الشفعة التي سبق التعرض إليها والمتمثلة في الموانع الواردة ضمن نص المادة 798 ق.م، إذ أن المانع من الشفعة أمر يمنع قيام الشفعة ابتداءً، أما مسقط الشفعة فهو أمر يؤدي. رغم إمكان الأخذ بالشفعة. وبعد نشوئها إلى سقوط الحق فيها¹.

وقد عدد المشرع مسقطات الشفعة بالنص على أنه لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: - إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع

- في الأحوال التي نص عليها القانون. (المادة 807 ق.م)

وقد سلفت الإشارة إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بمضي سنة من يوم تسجيل

(ويراد به الشهر) عقد البيع المشفوع فيه دون إعلان الرغبة خلال هذا الميعاد.²

أما الأحوال الأخرى التي نص المشرع عليها لسقوط الشفعة فتتمثل في مخالفة أحكام إعلان الرغبة (المادة 799 ق.م)، ومخالفة أحكام إيداع الثمن (المادة 2/802 ق.م) ومخالفة أحكام رفع دعوى الشفعة (المادة 802 ق.م)³.

1- عبد منعم الصدة، المرجع السابق، ص 192

2- حسن كيرة، مرجع سابق، ص 641

3- حمدود خولة، مرجع سابق، ص 70

ويضاف إلى هذه الحالات ما سلفت الإشارة إليه من سقوط الحق في الشفعة، عند عدم الإنذار وعدم شهر عقد البيع، بمضي خمسة عشر سنة على البيع دون إعلان الرغبة خلالها.¹

وقد تم التطرق إلى مختلف الحالات السابقة ذكرها، ماعدا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة، وهي الحالة التي سنتطرق إليها مع الإشارة إلى الخلاف القائم حول اعتبار موت الشفيع مسقطاً للشفعة.

أولاً : تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

إن نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط هذا الحق، وهذا التنازل تصرف قانوني قد يقع بمقابل، وقد يقع بغير مقابل، كما أنه قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً فإن وقع صريحاً خضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني، وإن كان ضمناً جاز إثباته بجميع الطرق ويستفاد التنازل من كل عمل أو تصرف يؤخذ منه تنازل الشفيع عن حقه، كأن يقوم الشفيع بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص التنازل الضمني وذلك من مجموع وقائع الدعوى وظروفها.²

ويجوز للشفيع أن يتنازل عن الشفعة بعد طلبها، ويظل له الحق في التنازل مادام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم قضائي أو بتسليم المشتري بالشفعة، فإذا تم الأخذ بالشفعة فلا يصح التنازل من الشفيع بعد ذلك، لأنه بصدور الحكم أو بتسليم المشتري بالشفعة يحل الشفيع نهائياً محل المشتري في عقد البيع.

والغالب في الحياة العملية أن يتم التنازل عن الشفعة مقدماً، فقد يحصل هذا التنازل بمقتضى اتفاق يبرم بين المشتري والشفيع قبل أن يقدم المشتري على الشراء، وكثيراً ما يحصل التنازل في نفس العقد الذي تملك الشفيع بموجبه العقار الذي يشفع فيه، كما هي الحال في العقود التي تبرمها شركات الأراضي، حيث تشترط على من يشتري قطعة من أراضيها التنازل مقدماً عن الحق في الأخذ بالشفعة في بيع القطع الأخرى.³

1- أبو السعود، المرجع السابق، ص 255

2- عيد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص 182

3- عيد المنعم الصدة، المرجع نفسه، ص 185

وبشأن مدى إلزام التنازل عن الشفعة للخلف الخاص، فإن المادة 109 من القانون المدني تنص على أن: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء"، فالتنازل عن الشفعة مقتضاه الالتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الالتزام من شأنه أن يحد من حرية المتنازل في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه مالكا، فهو من هذا يحد من حرية الانتفاع بالمال، فيعتبر محددًا للشيء، ومن ثم يكون من مستلزماته ونتيجة ذلك أن ينتقل الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة إلى المشتري الثاني إذا كان يعلم به وقت صدور عقد شرائه.¹

ثانيا : مدى اعتبار موت الشفيع مسقطا للشفعة

اختلفت الآراء في هذا الصدد ويعود ذلك بالدرجة الأولى إلى الخلاف حول تأصيل الشفعة وتأرجح الرأي بين اعتبارها رخصة واعتبارها حقا، والملاحظ في هذه المسألة هو الإفراط في تضخيم اتصال الشفعة بشخص الشفيع، فهي إذا كانت متصلة به نتيجة فتحها خيارا له للحلول بإرادته إذا شاء محل المشتري المشفوع منه إلا أنها في ذات الوقت متصلة بال عقار المشفوع به، بل أن اتصالها بالعقار أقوى من اتصالها بشخص الشفيع إذ لولا حق الشفيع على هذا العقار لما قام به سبب الشفعة، فلا وجود للشفعة دون العقار المشفوع به بحيث لا يتصور نقلها إلى الغير منفصلة عن هذا العقار.

ويذهب الرأي الراجح² في الفقه إلى اعتبار أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به، فلا تنفصل عنه. وإذا كانت الشفعة تتصل بالعقار المشفوع به، فمقتضى ذلك أن العقار إذا انتقل إلى الوارث بالميراث فينتقل معه حق أو خيار الشفعة، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية على اختلاف تدرجها، فضلا على أنه يتفق مع المبادئ العامة للقانون.

1 عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص186

2- حسن كيرة، مرجع سابق، ص647

فالشفعة لم تتقرر في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقررت له بوصفه مالكا للعقار المشفوع فيه أو صاحبا للحق عليه، فإذا انتقل العقار إلى الوارث بالميراث، كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة. وتجدر الإشارة إلى أن الخلاف حول توارث الشفعة أو عدم توارثها ليس بالخلاف عميق الأثر من الناحية العملية خلافا للظاهر، فأهم القائلين بعدم توارث الشفعة يحرصون ذلك في حالة وحيدة هي موت الشفيع بعد البيع المشفوع فيه وقبل إعلانه رغبته في الأخذ بالشفعة، ويسلمون بتوارث الشفعة فيما عدا ذلك، حيث يقع موته بعد إعلان الرغبة وسواء أكانت دعوى الشفعة لم ترفع بعد أم كانت مرفوعة.¹

1- حسن كبيرة، المرجع نفسه، ص 648

المبحث الثاني: آثار الشفعة

سننترق من خلال هذا المبحث الآثار الشفعة لنتبين 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 الإختلاف الحاصل بين الشريعة والقانون المدني.

المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

لقد أقرت الشريعة الإسلامية، كما أسلفنا الذكر أن الشفعة حق للشفيع، يمارسها لتملك العقار المشفوع فيه من توافرت شروط الشفعة وأسبابها، ونفس القاعدة تقريبا أقرها القانون المدني مع الإختلافات 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 قانون 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.¹

وهذه النصوص تتضمن قاعدة عامة، مفادها إنتقال جميع الحقوق والإلتزامات 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، لا بد من التطرق إلى الإختلاف الظاهر الذي وقع بين فقهاء الشريعة والقانون حول وقت حلول الشفيع محل المشتري، لتلاحظ تضارب الرؤى في هذا المجال.

1- علي عاشور، المرجع السابق، ص 47

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 أداءه الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحقه شفيعة بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه، لأن 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 مائي يقضي بثبوت حقه في الشفعة أو من وقت التراضي عليها، بحيث يعتبر هذا التراضي أو الحكم القاضي بثبوت الشفعة، منشأ لحق الشفيع لا مقرراً له، ومن ثم ناقلاً لملكية العقار المشفوع فيه بتسجيله، ويظل المشتري إلى تاريخ التسجيل مالكا للعقار المشفوع فيه.

ويستند هذا الرأي إلى أن الحكم بالشفعة منشأ لحق الشفيع لا مقرراً له، وبالتالي فإن الشفيع يعد مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت ثبوت الحكم النهائي بالشفعة، وهذا راجع إلى أن المسألة لا تتعلق بتراخ 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 بما، أما قبل صدور الحكم بالشفعة فإن المشتري يعد مالكا للعقار المشفوع فيه.

1- علي عاشور، المرجع السابق، ص 48

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 المُشْرِع 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 تضر به والتي تحول دون أخذه بالشفعة فالمُشْرِع وضع قيوداً 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 الموائبة ثم طلب الإشهاد والتقريب بشكل صحيح، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه، لأن الحق ثبت للشفيع بالطلبين، والأصل أن الحق متى ثبت للإنسان لا يبطل إلا بإبطال، لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا تأخير إستيفاء القصاص وسائر الديون.¹

أما المذاهب الأخرى الثلاثة، فنجد أن الإمام مالك فقد إرتأى أن الشفيع يملك المشفوع فيه بقوله، أخذته بالشفعة وما في معناه دون إشتراط قضاء من القاضي أو رضاء من المشتري متى كان عالماً 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

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 728

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 728

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 السنهوري، 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 فمتى 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، ولكن 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.¹

وتجدر الإشارة إلى وجوب التوقف عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، ولكن لتقرير أن الشفعة قد تكاملت عناصرها، وقامت 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 بيانه².

الفرع الثالث : موقف المُشْرِع الجزائري

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن الموقف الذي اتخذه المُشْرِع، يتماشى مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية، وما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه القانون من أن حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة للشفيع، ويتضح هذا بصفة جلية في نص المادة 803 من القانون المدن والتي تنص على ما يلي: "يعتبر الحكم الذي يصدر مائيا بثبوت الشفعة سند الملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 729-730

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 732

فمن خلال هذه المادة، يمكن استقراء مبدئي ومذهب المشرع في إعتبار حلول الشفيع محل المشتري، يكون من وقت صدور حكم مائي 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، وسنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى هذه العلاقات.

الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع

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

ويترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه، وهذا نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع المبرم بينه وبين البائع، وبهذا ونتيجة لهذا الحل، يخرج المشتري من المعاملة، ويصبح كأنه لم يكن، ويبقى العقد الذي تم قائماً بين طرفين هما البائع والشفيع، وبالتالي ينتج هذا البيع آثاره القانونية فيما بين البائع والشفيع ونتيجة لهذا، يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري، فيلتزم البائع نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وهذا بعد تسجيل الشفيع للحكم القاضي له بالشفعة وشهرف كما يلتزم البائع بتسليم الشفيع العقار المشفوع فيك 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 التزامات البائع، حيث يقع عليه ضمان الإستحقاق.

1- علي عاشور، المرجع السابق، ص 50

وقد نصّت المادة السالفة الذكر على أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع ولذا فإن أراد الشفيع الإستفادة من هذا الأجل، وجب عليه التفاوض مع البائع على هذا، وبهذا نكون أمام واقعة قانونية جديدة تخضع للإيجاب والقبول وعرض تفاصيل تمس العقد وتتم بإتفاق البائع والشفيع.

والملاحظ في الشريعة الإسلامية، أن هناك رأيان رأي يمثله فقهاء الحنفية، والذين يؤكدون على أن علاقة البائع بالشفيع تكون خلال المدة التي تفصل بين إعلان الشفيع لرغبته وحكم القاضي له بالشفعة، وعلى ذلك فإن تصرفات البائع خلال هذه المدة لا تسرى في حق الشفيع المعلن لرغبته وإنما تنفذ في حقه التصرفات السابقة عن إعلان الرغبة، 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 ملكه¹.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري

لا تنشأ علاقة تعاقدية بين الشفيع والمشتري، ومع ذلك فقد تنشأ بينهما علاقات قانونية أو التزامات متبادلة نتيجة حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه، وقد نصّت المادة 805 من القانون المدني على ما يلي: "إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس، أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة وإذا إختار أن يستبقي البناء أو الغراس، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العامل أو نفقات الغراس.

وعليه فقد يستلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع، وهذا هو الغالب فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجل، فإن له حقوقاً تنشأ قبل الشفيع وتنشأ للشفيع حقوق قبل المشتري، ولما كان المشتري قد إختفى من الصفقة نتيجة حلول الشفيع محله، ولكنه وطالما أنه تسلم العقار المشفوع فيه يمكن إعتبره حائزاً لهذا العقار، ويكون حائزاً حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة وحائزاً سيئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة.

1- علي عاشور، المرجع السابق، ص 51

وتجدر الملاحظة بأن المشتري إذا لم يستلم العقار المشفوع فيه من البائع فإن علاقته بالشفيع تنحصر في إسترداد مصروفات البيع التي دفعها فقط وإستردادها 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:

أولاً : 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، ومؤدي هذا أن يدفع الشفيع بأكبر هاتين القيمتين وأساس ذلك أن المشتري عندما بني أو غرس في العقار المشفوع فيه، كان ذلك في أرضه، ولا يوجد بذلك أي مانع يمنعه من ممارسة الملكية على ملكه² كما له أن يبني عندما يوجه له طلب الشفعة وعارض هذا الطلب، لأنه قد يكون على حق في معارضته.³

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية نفس المذهب، غير أنه فرقوا بين التصرفات التي ينشئها المشتري أو العقود التي يبرمها وبين نماء المشفوع فيه وزيادته 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

1- علي عاشور، المرجع السابق، ص 52

2- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 517

3- السنهوري، المرجع السابق، ص 766

4- علي عاشور، المرجع نفسه، ص 52

ثانياً : بناء المشتري أو غراسه بعد إعلان الشفيع لرغبته 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 المدن السالفة الذكر قررت بأن للشفيع الحق في إمكانية طلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري، وإعادة العقار إلى أصله، مع التعويض إذا كان له مقتضى¹، 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 يخير 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 يبطل³.

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

أ - الصورة 1: النماء الطبيعي

فإذا نمت 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، وعلّة ذلك كون الثمر حدث في ملك المشتري ولذا ف لا يتبع المبيع.

1- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 517

2- عبد الرزاق تاسنهوري، المرجع السابق، ص 766

3- علي عاشور، المرجع نفسه، ص 53

ب- 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 ويبقى 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، أما حالة البناء والغراس فالشفعة للشفيع وذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية، إلى 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 البقاء¹.

أما الحنفية فذهبوا إلى القول بأنه متى بين المشتري أو غرس فيما إشتهر ثم قضي للشفيع بالشفعة، كان للشفيع الخيار.

- إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخلية الأرض مما أحدث فيها، لأنه وضعه في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير إذن، وتكون الأنقاض للمشتري لا للشفيع لزوال التبعية 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، ولا سيما رأي الحنفية مع ما أقره المشرع بنصوص القانون المدني، لاسيما المادة 805 منه.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير

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

1- علي عاشور، المرجع السابق، ص 54

نلاحظ أن النص يتطرق إلى محمل 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.

وسنتعرض 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.

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 تبعيا، كرهنه رهنا رسميا أو حيازيا وغير ذلك من الحقوق، فإذا تتربت 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، ومثال ذلك إذا باع البائع - بعد البيع الأول - العقار إلى مشتري آخر، وقام هذا الأخير بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقده، وقبل أن يسجل الشفيع رغبته، فإن هذا البيع يسري في حق الشفيع ولا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني في مواعيده وبالثمن 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 الأول عقد شرائه قبل تسجيل الشفيع إعلان رغبته في الشفعة.¹

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 776

فإن هذا البيع يصبح نافذا في حق الشفيع ولا يمكن له أن يأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني في مواعيده، بثمنه وبشروطه¹ وهذا ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني لقولها: "إذا اشترى شخص عقارا تحوز 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 الشاي وحسب الشروط التي اشترى بها.

وتجدر الملاحظة إلى أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يربتها المشتري قبل تسجيل الشفيع لرغبته تسري في مواجهته وتنتقل إليه الملكية مثقلة بهذه الحقوق.²

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 الإعلان لرغبته أو بعد تسجيل المشتري عقد شرائه لذا فإن هذا الحق لا يسري في مواجهة الشفيع.

ومثالنا دائما، هو تصرف البائع ببيع العقار المشفوع فيه، فإذا باع البائع - بعد البيع الأول - العقار إلى مشتر آخر وقام هذا الأخير بتسجيل عقده بعد تسجيل الشفيع لرغبته 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 للأحكام 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 بالشفعة³.

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 780

2- علي عاشور، المرجع السابق، ص 55

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 778

أما الحقوق العينية التي يربتها 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 الأول بثمنه وفي مواعيد وشروطه، أما إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل، جاز له أن يتزل عن الشفعة في البيع الأول، ويطلب بما في البيع الثاني بشروطه، ثمنه ومواعيده، وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني، لا يجيز الشفعة كما لو كان قد تم بين الأصول والفروع مثلاً، 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.

وجدير بالذكر أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يربتها المشتري على العقار، تسري في حق الشفيع، وتنتقل إليه الملكية مثقلة بهذه الحقوق، غير أن للشفيع حق الرجوع على المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا كان تصرف المشتري لاحقاً على تسجيل الشفيع الإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة.¹

1- علي عاشور، المرجع السابق، ص 56

وخلاصة لما سبق ذكره، فإن علاقة الشفيع بالغير، تظهر إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوقاً عينية أصلية أو تبعية، فمن أندر الشفيع بوقوع البيع، تعين عليه أن يعلن رغبته في 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 تبعي 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: 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 خالياً من أي حق، وعلى ذلك إذا باع للمشتري العقار للشفيع 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، بثمنه وطبقاً لشروطه، وإذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر، والثمن أقل، جاز له أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ويطلبها في الثاني.

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

خاتمة

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 و نظراً لما تمثله الشفعة من قيد، فقد اعتنى المشرع على غرار فقهاء الشريعة بوضع أحكامها و تحديد إجراءاتها وشروطها .

وقد ذكرنا بأن فقهاء الشريعة يكتفون 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، واعتبرها وسيلة وسبباً لكسب الملكية العقارية ، إلا أن المشرع الجزائري اعتبرها بصريح نص المادة 794 من القانون المدني، رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في عقد البيع.

كما تطرقنا إلى خصائص الشفعة ورأينا التوافق الحاصل بين فقهاء الشريعة والقانون، إذ أقروا بأن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع لا يجوز له التنازل عنه أو تحويله للغير، كما لا يمكن لدائني الشفيع استعمال هذا الحق عن طريق الدعوى غير المباشرة ، كما لاحظنا الجدل الثائر 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 للاجتهاد القضائي وسلطة القاضي التقديرية .

كما خلصنا 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 العلاقة القرابية أو الطريقة التي تم بها البيع كالمزاد العلني .

أما بخصوص الشرط الثاني و المتمثل 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 بضم حق الانتفاع إلى الرقبة، أو إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد الشركاء أما فيما يتعلق بإجراءات الشفعة ، فقد خلصنا 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 إعلام فور السماع ببيع العقار المراد أخذه بالشفعة وإلا سقط حق الشفيع في أخذها ، وقد حذا المشرع حذوا هذا الرأي ، إذ نجده نص على مواعيد قصيرة لإعلان الرغبة في أخذ الشفعة ، فحدد مدة ثلاثين يوما للشفيع من تاريخ الإعلان الذي يوجه إليه من قبل البائع والمشتري لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا الإنذار وجب أن يكون رسميا ومحتويا على بيانات جوهرية ، مخالفتها قد 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 75678 إلى وجوب الشهر .

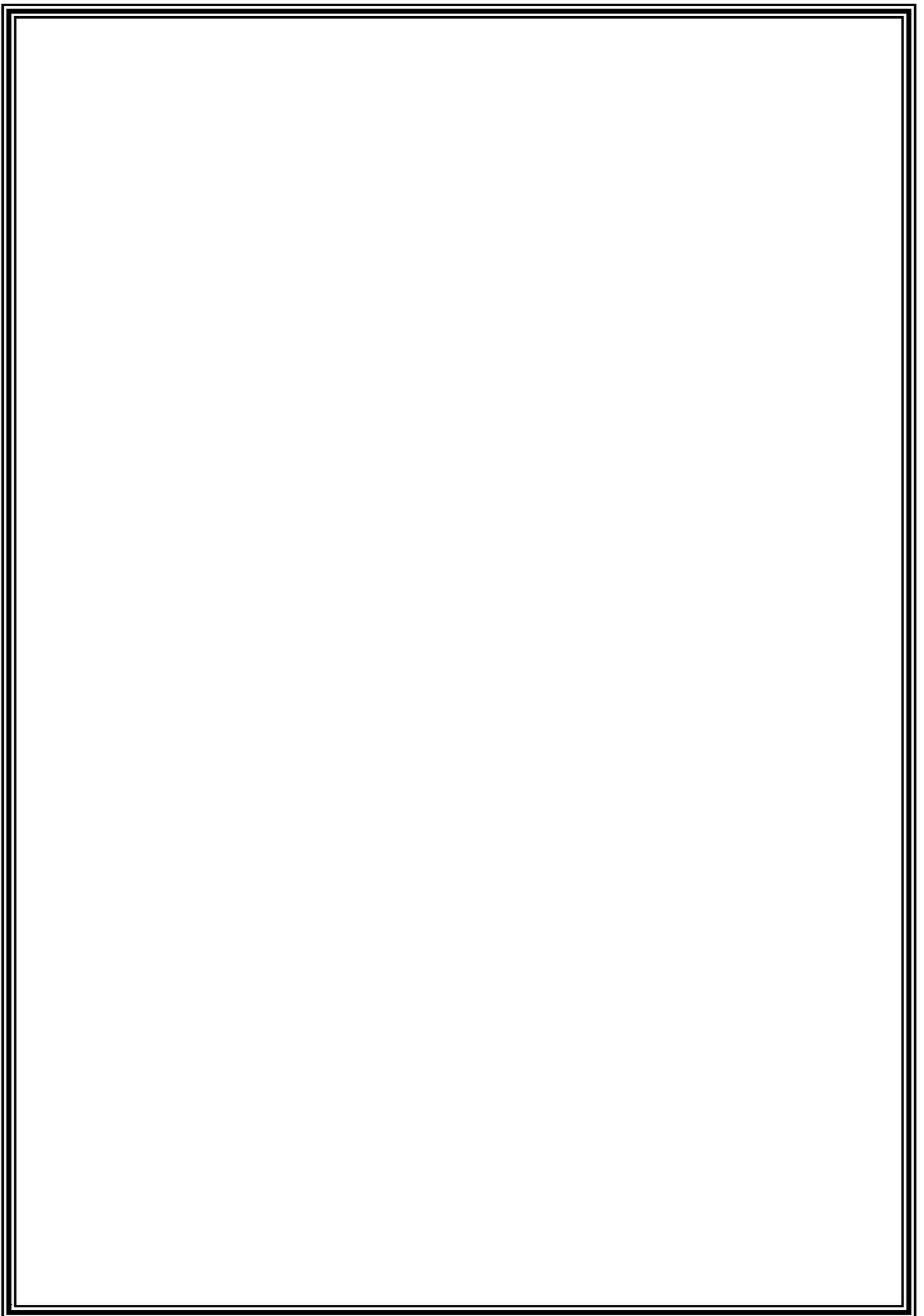
كما لاحظنا الإجراء الثاني والمتمثل في وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة وقد إعتبر المشرع المدة التي يتم خلالها إيداع الثمن من النظام العام .

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 إلى عدم شهرها وقد أيدت هذا الاتجاه، المحكمة العليا في قرارها إذ أكدت أن هذه الدعوى لا تتطوي على ما أقرته المادة 85 من المرسوم 63/ 76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، أما الشريعة الإسلامية فلم تعرف الشهر ولم تقره .

وفي خاتمة هذا العمل تعرضنا إلى آثار الشفعة، و انتهينا إلى أول أثر و هو إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى 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 إلى 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 أنهما محددة بموجب القواعد العامة .

وختاماً لهذه الدراسة المتواضعة ، فإنني أرجو أن أكون قد وفقت بعون الله ولو بجزء يسير في الإحاطة بالموضوع.

الملاحق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العدل

الغرفة الوطنية للموثقين

مكتب الأستاذ/ باشا سليمان

موثق ب.....

الموقع أدناه

إشهاد بإيداع ثمن

بشهاد الأستاذ/.....

موثق ب.....

أن السيد:.....

المولود:.....

المهنة:.....

السكن:.....

قد أودع مبلغا إجماليا قدره:.....دج

في حساب الزيان بالخزينة العمومية لولاية.....

رقم:.....

يتضمن ثمن بيع والمصاريف رغبة منه في استعمال حق الشفعة التي يخولها له القانون والحلول محل المشتري.

طبقا لأحكام المادة 801 من القانون المدني.

من أجل رفع الشفعة أمام المحكمة الواع العقار في دائرة اختصاصها.

حرر بمكتب التوثيق في:.....

بناء على طلب المعنى بالأمر.....

توقيع وختم الأستاذ/.....

نموذج من الإنذار الذي يوجه إلى الشفيع

من يريد الأخذ بالشفعة

إلى

السيد:

العنوان:

بموجب عقد رسمي تلقاه الأستاذ/.....

مؤثق 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 لنوار.....

أصل الملكية:

.....
.....

أبرم عقد البيع طبقاً للشروط التالية:

..... 1

..... 2

..... 3

وقع البيع السيد/.....

المولود:.....

فلاح مقيم بالمشتة..... بلدية..... ولاية.....

نموذج عقد التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يعلن عنه الشفيع

عن طريق كتابة الضبط

لدى الأستاذ/.....

موثق به.....

الموقع أسفله

حضر/

السيد:.....

المولود:.....

إسم الأب:..... إسم الأم:.....

المهنة:.....

الإقامة:.....

جزائري الجنسية

رقم بطاقة التعريف الوطنية:.....

الصادرة من..... بتاريخ.....

الذي صرح للموثق أدناه بموجب هذا العقد، أنه يبدي
رغبته المؤكدة في استعمال حق الشفعة قصد شراء
قطعة أرض ذات طبيعة فلاحية مشاعة كائنة ببلدية

..... تابعة للدائرة

العقارية بـ.....

تدعى طبة.....

تبلغ مساحتها:..... هكتار..... وأو..... ستتبار

بحدها:

من الناحية الشمالية:.....

من الناحية الجنوبية:.....

من الناحية الشرقية:.....

من الناحية الغربية:.....

مقتطعة من قطعة أرض أكبر منها تعرف بإسم..... كائنة بنفس المكان تحمل

رقم:..... من التحقيق الجزئي لدوار.....

ملاحظة: يعلن هذا العقد عن طريق كتابة ضبط المحكمة المتواجدة العقار المشفوع فيه بدائرة اختصاصها بعد إتمام الإجراءات الخاصة بالتسجيل والشهر حتى يحتج به على الغير.

قائمة

المراجع

قائمة المراجع

أولا : الكتب

- أنور الطلبة ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثالث ، جامعة القاهرة ، 1992
- حسن كير، الموجز في أحكام القانون المدني ، دار الفكر العربي القاهرة ، الطبعة 03 ، 1994
- ديبان محمد ديبان ، المعاملات المالية أصالتها ومعاصرة ، المجلد العاشر ، الطبعة الثالثة ، رياض ، 1432 هـ
- عبد المنعم الصدة ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، دار الفكر العربي القاهرة ، دون سنة نشر
- عبد الرزاق سنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1968 .
- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002
- عبد الناصر التوفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون سنة نشر
- لعروم مصطفى ، الشفعة في القانون المدني ، مجلة الموثق ، العدد 06 ، 1999

ثانيا : نصوص قانونية

- القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين ووجباتهم
- القانون 71/73 المؤرخ في 1971/11/18 المتضمن قانون الثورة الزراعية
- قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 جريدة رسمية رقم 49.الصادرة بتاريخ 1990/11/18.
- الأمر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التجهيز
- المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري

ثالثا مجلات والدوريات

- نشرة القضاة 1999 العدد 54
- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1997
- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية قسم الوثائق بالمحكمة العليا 2004 الجزء الأول
- المجلة القضائية قسم الوثائق بالمحكمة العليا العدد 04 لسنة 1989
- المجلة القضائية قسم الوثائق بالمحكمة العليا العدد 02 لسنة 1999

رابعا : المذكرات

- حمدود خولة الشفعة في القانون الجزائري ، شهادة ماستر في الحقوق ، جامعة ابن باديس مستغانم ، 2018/2019 غير منشورة
- علي عاشور ، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج للقضاة المدرسة للقضاة ، الجزائر
- لويشي نجاة ، الشفعة وتطبيقاتها في الميدان العملي ، مذكرة ماستر ، جامعة الجزائر ، 2001 ،

خامسا : مقالات

- سعاد سطحي ، أحكام الشفعة في المذهب المالكي ، مقال متواجد على الرابط asjp.cerist.dz تاريخ النشر 2010/07/15

الفهرس

02.....	مقدمة
04.....	الفصل الأول: ماهية الشفعة.
04.....	المبحث الأول: الشفعة كسبب لكسب الملكية العقارية.
04.....	المطلب الأول: مفهوم الشفعة.
04.....	الفرع الأول: مدلول الشفعة .
08.....	الفرع الثاني: خصائص الشفعة .
15.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة .
15.....	الفرع الأول: دليل مشروعية الشفعة .
19.....	الفرع الثاني: تكييف الشفعة .
24.....	المبحث الثاني: شروط الأخذ بالشفعة .
24.....	المطلب الأول: بيع العقار .
24.....	الفرع الأول: بيع العقار الأصل فيه جواز الاخذ بالشفعة.
28.....	الفرع الفرع الثاني: البيوع التي لا يجوز الاخذ فيها بالشفعة.
32.....	المطلب الثاني: وجود شفيع.
32.....	الفرع الأول: من هو الشفيع؟.
35.....	الفرع الثاني: تزامم الشفعاء.
39.....	الفصل الثاني : أحكام الشفعة .
39.....	المبحث الأول: إجراءات الشفعة.
39.....	المطلب الأول: إعلان الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن والمصاريف.
40.....	الفرع الأول: الإنذار الموجه إلى الشفيع.
41.....	الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده.
48.....	الفرع الثالث: إيداع الثمن والمصاريف.
52.....	المطلب الثاني: دعوى الشفعة.

52.....	الفرع الأول: رفع دعوى الشفعة.....
59.....	الفرع الثاني: سقوط الحق في الشفعة.....
63.....	المبحث الثاني: آثار الشفعة.....
64.....	المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع.....
64.....	الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة.....
65.....	الفرع الثاني: حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.....
66.....	الفرع الثالث : موقف المُشْرِع الجزائري.....
67.....	المطلب الثاني: العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة
67.....	الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع.....
68.....	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.....
71.....	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير
76.....	خاتمة

ملخص

مما سبق يتضح لنا أن الفقه الإسلامي والفقه القانوني عرف الشفعة تعريفاً دقيقاً مفاده دفع الضرر عن الشريك ، كما خصاها بخصائص تمثلت في عدم قابلية الشفعة لتجزئة وهذا في حالة وجود صفقة واحدة متكاملة وغير متفرقة ، كما أنه لا ينبغي إعمال هذه الخاصية إلى إجبار الشفيع إلى أخذ ما لا شفعة له فيه .

الخاصية الثانية هي أن الشفعة لا ترد إلا على العقار سواء كان العقار بالطبيعة أو بالتخصص .

الخاصية الثالثة وهي إتصال الشفعة بالشفيع فحكمة من الشفعة هي دفع الضرر عن الشفيع الذي قد يلحقه أذى من شريك جديد فإذا تحقق ذلك طالب بالشفعة .

بالإضافة إلى هذا توصلنا إلى أن مصدر الشفعة في القانون هو الشريعة الإسلامية وذلك كونها ثابتة من السنة ومشروعة بقوانين وأوامر ومراسيم ولها شروط أتفق عليها كل من الشريعة والقانون تمثلت في بيع العقار ووجود الشفيع .

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 خالياً من أي حق، وعلى ذلك إذا باع للمشتري العقار للشفيع 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، بثمنه وطبقاً لشروطه، وإذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر، والثمن أقل، جاز له أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ويطلبها في الثاني.

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

Summary

From the above, it becomes clear to us that Islamic jurisprudence and legal jurisprudence have defined precisely the principle of warding off harm on behalf of the partner, as well as specifying it with characteristics represented in the inability to divide the pre-emption, and this is in the case of a single, integral and undifferentiated deal, and that this feature should not be used to force the intercessor to take What no intercession for him.

The second characteristic is that pre-emption is only given to the property, whether the property is by nature or by specialization.

The third characteristic, which is the connection of the intercession with the intercessor, so a wisdom of intercession is the payment of harm to the intercessor, which may be caused by harm from a new partner.

In addition to this, we concluded that the source of pre-emption in the law is Islamic Sharia, as it is fixed from the Sunnah and legitimate by laws, orders and decrees, and it has conditions agreed upon by both Sharia and the law, represented in the sale of the property and the presence of the intercessor.

It is noticeable that the registration of the declaration of the desire for pre-emption is the boundary between the actions that are carried out against the right of the intercessor and the actions that are not implemented against him. Actions prior to the registration are implemented in the right of the intercessor, even if they were not publicized, while the subsequent ones are not executed even if they are publicized. The intercessor is for everyone who receives a right over the real estate after this registration and takes the property free of any right, and accordingly if he sells the property to the buyer to defend it after registering the desire, he does not have the right of the intercessor for the second sale issued by the buyer to the second buyer, and the intercessor takes pre-emption in the first sale in His appointments, with its price and according to his conditions, and if he thinks that the conditions of the second sale are easier, and the price is less, he may withdraw from the pre-emption request in the first sale and request it in the second.

It is noticeable that the jurists of Islamic law did not talk about the relationship of the intercessor with others. Rather, their focus was on the relationship of the intercessor with the seller, especially the relationship of the intercessor with the buyer.