

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الحاج لخضر

قسم الحقوق

- باتنة -

التشّفة

بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون
تخصص: القانون العقاري

إشراف الأستاذ:
د. علي قريشي

إعداد الطالبة:
أسماء تخونوي

لجنة المناقشة:

الاسم اللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ صالح بوبشيش	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة	رئيسا
د. علي قريشي	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	مشرفا و مقرا
د. سعاد زغيشي	أستاذة محاضرة	جامعة باتنة	عضوا
د. محمد باوني	أستاذ محاضر	جامعة تبسة	عضوا
د. مراد كاملي	أستاذ محاضر	جامعة أم البواقي	عضوا
د. عز الدين كيجل	أستاذ محاضر	جامعة بسكرة	عضوا

السنة الجامعية: 2013/2012

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

وبعد :

أشكر الله تعالى وأحمده ، أبلغ الحمد وأوفاه وأكمله ، فهو مسدي النعم وصاحب المنن ، فهو أحسن من حمد وأولى من شكر ، أحمده حمدا يليق بجلال وجه وعظيم سلطانه ، على عونه وتيسيره لي انجاز هذا البحث ، وأرفع إليه أكف الضراعة أن يتقبل مني هذا الجهد المتواضع وأن يدّخره لي يوم لا ينفع مالا ولا بنون وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم .

كما أسجل شكري بأسمى عبارات التقدير والامتنان ، للأستاذ الدكتور/علي قريشي الذي أشرف على هذه الرسالة ، ولم يأل جهدا في النصح والتوجيه ، وتذليل صعوبات البحث ، إذ كان له الأثر القيم والبالغ في إنجاز هذا العمل وإتمامه ، بما حباني به من عون صادق ومساهمة فعالة من أجل إخراج هذه الأطروحة بصورتها الحالية .

الإهداء

إلى أقدس وسام قلدت به حياتي ،**الحبيبة أمي** - حفظها الله وأطال عمرها- .
إلى من تعلق اسمه بفكري وكان له المقام الأول في ذاكرتي ، رسم على قلبي أجمل صور
الكفاح والصبر من أجل السمو والحرية ، وقد أعز مقامي فكان لي ويضل المثل الأعلى:
والدي الفاضل - حفظها الله وأطال عمره-
إلى من يعجز اللسان ويجف القلم عن وصفه ، فكان سراجا منيرا وتاجا فوق رأسي ،
وفخرا لي وعونا في هذه الحياة :**زوجي عبد المجيد**
إلى ينبوعي الدفء والحنان ، و من سقياني بعطفهما حتى الثمالة ، إلى من يسري
حبهما في دمي وبراءتهما في روحي وضيائهما في خطواتي ، إلى أغلى وأنقى الأسماء
التي نطق بها قلبي قبل لساني ،**ولديّ :مريم البتول و محمد هادي** .
إلى شموع حياتي ، ومن أناروا دروبي بضيائهم ، فعلموني الوقار وأرادوني دوما ناجحة،
رموز الصفاء والعطاء ، **إخوتي: سمير ، فاروق ، عبد الرحيم** .
إلى كل من تلقيت منه يد العون والمساعدة الدؤوبة حتى استوى البحث على سوقه ، من
عمال وعاملات مكاتب المعاهد المختلفة، إلى كل زملائي وزميلاتي، إلى كل عائلتي.

مقدمة:

الحمد لله ذي العظمة والجلال، المنفرد بالكبرياء والعزة والكمال، المتقدس عن النظر والشبيه والمثال، عالم الغيب والشهادة الكبير المتعال، أحمدوه وهو المحمود على كل حال، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ذو الجود والإفضال، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله الذي أخرجنا بنور هدايته من ظلمات الجهل والضلال، اللهم صلي على عبدك ورسولك محمد وعلى آله وأصحابه خير صلب وآل.

وبعد: فإن الله خلق الخلق وأمرهم بعبادته، وبيّن لهم الطريق الموصل لطاعته، وحذرهم من الانحراف عن طريقه المستقيم. قال تعالى: {وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}. ولقد أكرم الله هذه الأمة بأن جعل فيها خاتم أنبيائه، وآخر أديانه وشرائعه، فجاء هذا الدين متكاملًا يسد حاجة الناس في كل جوانب حياته عبر مراحل تاريخه ومواقع بيئته، فهو منهج متكامل نظم حياة الإنسان في اعتقاده وعبادته، وفي اقتصاده واجتماعه، وهذا معنى العبارة القائلة "الإسلام دين ودولة". ولقد امتازت نصوص التشريع الإسلامي بالمرونة والعموم والحيوية، مما جعلها تواكب عوامل النمو الإنساني، حتى قادت الحضارة الإنسانية في أزهى عصورها، فنعمت هذه الأمة وغيرها بعدالة وهناء لم تشهدها أمة من قبل، وفي تلك المدة كان الاجتهاد نشطا بفضل ما يقوم به العلماء من استنباط للأحكام المستمدة من الكتاب والسنة، ولما طال الأمد وتوالى الأحداث على المسلمين ودخلت الأفكار المغرضة بدأ المسلمون يتخلون عن دينهم، ويتجهون إلى أمم تبطن الحقد والكراهية للإسلام وأهله، وتسعى بكل جهدها إلى إبعاد المسلمين عن دينهم، فظهرت فكرة المناداة بتحكيم القوانين الوضعية في باب المعاملات المالية بين الناس بدلا من التشريع الإسلامي، بحجة أن الفقه الإسلامي لم يعد قادرا على الحكم في قضايا هذا العصر.

لذا فإن دراسة الفقه الإسلامي والاهتمام بأحكامه في هذا العصر أمر يتحتم على العلماء، وطلبة العلم فعله والاتجاه إليه، فكلما كثرت الدراسات للفقه الإسلامي كلما تجلت لنا، وتأكدت قدرته على مواجهة كل ما يستجد بين الناس في جميع جوانب حياتهم.

وقد اخترنا أن يكون موضوع الأطروحة في جانب من تلك الجوانب في الفقه الإسلامي، وهو الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة".

ويعتبر حق الشفعة من الحقوق التي كفلها الإسلام، والتي تبين مدى حرص الإسلام على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء بعيدة عن الخلافات والمنازعات التي تؤدي إلى الإضرار بهم جميعاً، كما تعد الشفعة من الأنظمة الأصلية في الشريعة الإسلامية، وظل نظامها مطبقاً منذ أمد، ويظل الأمر الذي يجعل منها -وخلافاً لأنظمة قانونية عديدة- من سمات الحياة القانونية، رغم محاولات البعض للطعن في نظام الشفعة والإدعاء بعدم دستوريته، لمخالفته مبدأ المساواة أمام القانون، ولمبدأ تكافؤ الفرص، إلا أنها ستظل رغم ذلك النظام الذي يكشف عن مبدأ الإسلام الأصل؛ "لا ضرر ولا ضرار"، لا للمشتري ولا للشفيع، كما يكشف عن عبقرية الفقه، وعمق فكر الإسلاميين، على نحو لا يطاوله أي فقه أو فكر آخر.

والنجاح في الشفعة إنما يتحقق بمراعاة ما تقضي به من إجراءات ومواعيد، رغم أن القانون يعرقها بكونها تلك الرخصة التي تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في عقد بيع عقار.

1- أهمية الموضوع:

من الجانب الشرعي، فإن مواضيع الفقه الإسلامي لها أهمية كبيرة، حيث يلزم المسلمون أن يعملوا بها، بل قال العلماء أنه يصبح فرض عين على كل أهل حرفة أو عمل أن يتعلموا ما يتعلق بعملهم من أحكام، وموضوع الشفعة يحتاجه المسلمون في كثير من معاملاتهم، ويدخل في كثير من أبواب الفقه، كما أنه موضوع غامض الأحكام يحتاج لمعرفة والتعرف عليه البحث في بطون الكتب، ومع ذلك فإن هذا الحكم الشرعي مصدر لكثير من المشاكل بين الناس، وأهمية إبرازه في ظل الشريعة الإسلامية، هي بقدر تميزها وانفرادها بحلول لجميع المسائل، الأعقد منها قبل الأيسر.

أما قانوننا، فإن القانون المدني يقتصر كقاعدة عامة على الحقوق التي تتعلق بالمعاملات المالية، ومن المسلم به، أن للعقارات أهمية تفوق غيرها من الحقوق أو الأموال، وعلى اعتبار أن الشفعة هي طريق من طرق اكتساب ملكية الأموال، وعلى وجه التحديد العقارات دون غيرها، فقد توافر لدينا عنصران جديران بالاهتمام، الحق نفسه وسبب اكتسابه، ونظرا لكون الشفعة ترد على العقارات دون المنقولات، فكان التطرق لموضوع الشفعة هاما، ومن جهة كونها تعدّ قانونا طريقا من طرق اكتساب الملكية وبالتحديد العقارية منها، ومن جهة أخرى، فإن أهمية البحث في موضوع الشفعة يتجلى في الجانب العملي سواء من الناحية الفقهية أو القضائية، الأولى لعدم توافر المؤلفات القانونية التي تشفي الغليل في هذا الصدد، والثانية لاعتبار القضاء هو المجال العملي الذي تطبق فيه القواعد النظرية والذي هو الآخر -أي القضاء- متعطش إلى أبحاث نظرية، وكتب فقهية تبهج عليه أمله المنشود، وتحقق له الغرض الذي وجد من أجله.

فدراسة أحكام الشفعة تتطلب بحثا تنسجم فيه قواعدها، وتتماسك، ويشدّ بعضها بعضا، ومن هنا تتبعث الأهمية البالغة والضرورة القصوى، لاستفسار العقل المعرفي للشفعة وحكّ ذاكرته على أساس قراءة النصوص الشرعية والفقهية والقانونية، ضمن الثوابت العلمية، قراءة تتجاوز في منهجها مجرد استثمار الشّهادات أو الإستدلال المعاصر، إلى استتطاق النصوص وتنسيق مضامينها.

إن دراسة موضوع الشفعة، دراسة تحليلية مقارنة، يقوم بتنشيط وظيفة النصوص الشرعية والتشريعية مرتبطة ارتباطا تأسيسيا وتأثيريا، بنقلها من مجرد أداء الوظيفة الاستشهادية المألوفة -وهي مهمة- إلى الوظيفة البنائية للمعرفة الشرعية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية -وهي الأهم-، وهذا المنحى من الدراسة يقتضي التمييز بين النصوص من حيث نسبتها إلى الشفعة وخدماتها للموضوع، باعتبار أنها أساسية بدءا، دعمية توطئا، وتكميلية ختاما -كما سنوضح في متن الدراسة-، على أساس أن العقل المعرفي للنظرية غني بالمصادر ذات الأولوية والدراسات، وبعض المراجع القانونية، ويستلزم المقام هنا أمرين هامين؛ ترتيب أولويات العقل المعرفي للشفعة، وقراءة نسقها، ولعل أهم وسائل تحقيق الأمر الأول، نقل عقل البحث من الانشغال في جزئيات الموضوع إلى كلياته، أما

الثاني فيتحقق بالتوجه نحو مقاصد وغايات الشارع السامية، وأهداف المشرع المتوخاة لاسيما من وراء تقرير ممارسة الشفعة من طرف الدولة والمتجسد في تحقيق واقع حضاري وتنموي، فكان في تقريره بالشفعة على العقار ذو الطابع الفلاحي، محافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي، وتحقيق فعالية المستثمرة الفلاحية على الصعيدين الجهوي والوطني، فمنذ الاستقلال والخطاب السياسي على اختلاف الإيديولوجيات التي تبناها يؤكد على أهمية الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية، كما تسعى الدولة إلى مكافحة المضاربة التي قد تنجم عن إطلاق حرية الخواص في المعاملات العقارية على العقار الحضري، الذي يستقطب اهتماما خاصا من قبل المضاربين في السوق العقارية، والحفاظ على النسيج العمراني، وإنجاز مشاريع اجتماعية واقتصادية، كما تتدخل الدولة بواسطة مؤسساتها العامة لممارسة الشفعة المقررة لها قانونا على كل تصرف وارد على عقار ذو طابع سياحي، كونه يحظى بحماية خاصة اعتبارا من فوائده الهامة للاقتصاد الوطني بواسطة مناطقه التي تعد بمثابة أقطاب الجذب السياحي، تحتوي على خصوصيات وامتيازات تفرض تهيئتها بطرق منهجية. وهكذا يتبين لنا أهمية الدراسة المقارنة لموضوع الشفعة بين الشريعة الإسلامية، والتشريع الجزائري، ومدى اتساع نطاقه في النظامين، وكيف أنه يتعلق بالمصلحة الفردية و المصلحة العامة على السواء، فكان البحث فيه يطرح إشكالية هامة تتجسد في:

2- إشكالية البحث:

ما مدى إمكانية التوصل لتأصيل الأحكام المتعلقة بالشفعة في التشريع الجزائري، وإيجاد أطر لها ضمن أحكامها المقررة في الشريعة الإسلامية؟

وهي الإشكالية التي تحمل في طياتها، وبين خباياها جملة من التساؤلات أهمها:

1. ما هو حق الشفعة في الشريعة الإسلامية؟ وما مدى صحة التكليف القانوني للشفعة بكونها رخصة؟

2. هل اقتصر المشرع في استسقاء بعض أحكام الشفعة على مذهب معين؟ وهل يمكن تطبيق أحكام الشريعة بمعزل عن أحكام القانون؟

3. ما مدى إمكانية اعتبار الشفعة قاعدة قانونية بحتة؟ وما الهدف من تشريع الشفعة؟ وهل يعود إقرارها -حسب البعض- إلى اعتبارات دينية وتاريخية محضة فقط؟

4. ما مدى انتقال الشفعة بالميراث؟ وهل تجلب الشفعة الضرر للمشتري كما هو معتقد؟
5. هل طبيعة الحكم بالشفعة واحدة أم تختلف بين النظامين؟ ومتى تنتقل الملكية إلى الشفيع؟

3- أسباب اختيار الموضوع:

إن الدراسة هي ثمرة عوامل عديدة ذاتية وموضوعية، تداخلت لتفرز جملة الأسباب التي بصرتني بأهمية البحث في موضوع الشفعة والتعمق فيه ، وأبرزها:

- لقد لفت نظري وشدّ انتباهي، إلى أن ما وجد من دراسات قانونية لأحكام الفقه الإسلامي، وبخاصة أحكام الشفعة، التي حظيت بحجم لا بأس به من الشرح والتعليق من شراح القانون المدني، فقد أغفل الكثير منهم الإشارة إلى الفقه الإسلامي، وهو المصدر الأول والأخير لجميع الأحكام الفقهية في القانون المدني، مع أن القليل فقط من أشاروا إلى ذلك ويرون أن يكفي بأحكام الشريعة الإسلامية في باب الشفعة، لأنه لم يتسنى لوضعي القانون المدني العدول عما في أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، فرأينا القيام بعمل دراسة أحكام الشفعة عند فقهاء كل من الشريعة الإسلامية، وكذا القانون الجزائري، وهو إمتداد لما كنت قد بدأت البحث فيه خلال الدراسة التطبيقية لنيل درجة الماجستير.

- مسائل جمّة في الشفعة تظهر في قضايا كثيرة لا بد من بيانها، وتحقيق حاجة الناس إلى معرفتها، إذ تشكل تلك المسائل مصدرا كبيرا للخلافات والنزاعات بين الناس إما لجهلهم بأحكامها أو لما يترتب عليها من أمور قد لا تُحلّ غالبا إلا بحكم قضائي.

- الرغبة في إبراز الأحكام الشرعية الفقهية حتى يتمكن كل من يحتاج لها أن يصل إليها بسهولة ويسر.

- أن القضايا الشرعية الفقهية هي أكثر البحوث حاجة إلى البحث والتدقيق لإيضاح الراجح في مسائل الخلاف حتى يتسنى لعامة الناس استبانة الصواب.

- محاولة جمع ما تناثر من أحكام الشفعة في ثنايا أمهات الكتب ليكون في متناول الجميع.

- بيان الأحكام المطبقة والمعمول بها في القانون الجزائري في المسائل الخلافية.

4 - اعتاد الباحثون على استعمال عدة مصطلحات مثل: "الشريعة الإسلامية" و"الفقه الإسلامي"، في دراساتهم المقارنة، غير أننا أضفنا توظيف عبارة "الفكر الإسلامي" لأسباب هامة، نأتي على بيانها بعد الإشارة إلى صلة الفقه الإسلامي بالشريعة.

أولاً: صلة الفقه الإسلامي بالشريعة

مع أن كلمة الشرع أو الشريعة كثيراً ما تطلق تجاوزاً ليقصد بها الفقه، إلا أن التمييز بينهما مطلوب من الناحية الاصطلاحية، وذلك للأسباب التالية:

أ- الفقه أخص من الشريعة، لأنه لا يعنى إلا بالقواعد العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات فقط، في حين أن الشريعة تضمّ القواعد الشرعية كافة: الاعتقادية، الأخلاقية والعملية.

ب- الشريعة أساس بناء الفقه، فالفقه يعتمد على أصول الشريعة من قرآن أو سنة نبوية، كما يعتمد بدوره على المصادر التي أقرت لها الشريعة بالحجية كالقياس والإجماع وغيرهما من المصادر الاجتهادية.

ج- الفقه أقل مرتبة من الشريعة من حيث إلزاميته، فهو وإن استند إلى أصول الشريعة إلا أن للرأي والاجتهاد مجالاً واسعاً فيه، تتفاوت القوة الملزمة لقواعد الفقه بتفاوت نصيب الرأي والاجتهاد فيه، فما قلّ فيه جانب الاجتهاد، وجاء متقيداً بقواعد القرآن والسنة، اعتبر جزءاً من الشريعة وامتنعت مخالفته، وما يغلب فيه جانب الرأي والاجتهاد جازت مخالفته، بشرط أن تقوم المخالفة على دليل شرعي أقوى أو على اجتهاد أقرب إلى روح النصوص الشرعية.

وقد استعملنا هذين المصطلحين، بكل ما تقتضيه الدقة في الاصطلاح من عدم إطلاق اسم الشريعة على الآراء الفقهية المحضة، وإنما يحتفظ لهذه الآراء بتسمية الفقه فقط، لأن الشريعة من عند الله وهي مستقرة ثابتة لا يمكن تبديلها أو تغييرها، فإذا أجزنا إطلاق اسم الشريعة على الآراء الفقهية، وهي مما تقبل التغيير والرجوع عنها، لأدى ذلك إلى القول بجواز تغيير بعض قواعد الشريعة الثابتة، وهو الأمر غير الجائز مطلقاً إسلامياً.

ثانياً: دوافع توظيف عبارة "الفكر الإسلامي"

لقد تم توظيف عبارة "الفكر الإسلامي" في عدة مواضع بدلا من عبارة "الفقه الإسلامي" لأسباب هي :

أ- إنّ مصطلح الفكر أوسع من مصطلح الفقه، إذ أنه يشمل كل ما يتوصل إليه النظر العقلي في الأدلة الشرعية، سواء كان متعلقا بالأحكام، بالعقائد، بالسنن والعبر أم بغيرها، أما مصطلح الفقه فهو دقيق في مدلوله، إذ يشمل الأحكام الشرعية العملية لا غير.

ب- المواضيع التي استخدمنا فيها كلمة "فكر" بدلا من كلمة "فقه"، لا تتعلق باستنباط الأحكام الشرعية وإنما بأفكار عامة.

ج - وظفنا أيضا في مواضع أخرى من الدراسة مصطلح "الفكر" بدلا من "الشريعة"، لأن الشريعة -كما قد تم استعمالها خلال البحث- هي الأحكام المنزلة من عند الله وهي صالحة لكل زمان ومكان ولا يتطرق إليها الخطأ والنقص، لكونها من عند الله تعالى، أما الفكر فهو نتاج العقل البشري في تعامله مع الأدلة الشرعية في إطار الزمان والمكان، ومن هنا فإن الفكر عرضة للخطأ والتغير تبعا لتغير الزمان والمكان والأشخاص، هذا ولا يمكن المقارنة بين الفكر الإنساني الخاضع للظروف السابقة والشريعة الإسلامية الثابتة.

أما عن سبب استعمال عبارتي "الفكر القانوني" أو "الفكر الإسلامي" في مواضع كثيرة خلال الدراسة، فرأينا أنها العبارة الأمثل لتوظيف نتاج العقل البشري، الذي هو مجرد آراء توصل إليه الباحثون من خلال تأملهم وبحثهم في الأدلة الشرعية، وكذا في النصوص القانونية، لذلك فإن الخطأ إذا وقع فهو خطأ في النتائج لا في الأدلة، إذ أن الأدلة ثابتة ولا تتأثر بتغير الزمان والمكان والأشخاص، والمتغير هو الفكر.

5- الدراسات السابقة:

استفدت في محاولتي البحثية هذه لبيان أحكام الشفاعة بين الشريعة الإسلامية و القانون، من مؤلفات قديمة هي من أمهات الكتب التي تشرف رفوف المكاتب، وأيضا من كتب حديثة.

أولاً: من المؤلفات القديمة

المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، الفروق للإمام شهاب الدين الصنهاجي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة "ألفها جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام استجابة لأمر السلطان أبي المظفر محي الدين أورك"، كتاب المبسوط للسرخسي، تبیین الحقائق للزيلعي، شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين البابر تي، عمدة الفقه على مذهب الإمام أحمد للإمام موفق الدين ابن قدامة، كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، الأم للإمام الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، نهاية المحتاج للرملي، حاشية الجمل للعلامة سليمان الجمل، المجموع شرح المذهب للنووي، تحفة المحتاج للهيثمي، وغيرها كثير خاصة من كتب السنة كصحيح البخاري، صحيح مسلم، سلسلة الأحاديث الصحيحة للألباني، شرح صحيح البخاري للعسقلاني، سنن ابن ماجه للسندي.

ثانياً: المؤلفات والدراسات الحديثة

الملكية ونظرية العقد للإمام أبو زهرة محمد، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف علي، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي لابن معجوز محمد، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة، الأحكام العامة للشفعة لأحمد أباش ...

ونجد من الدراسات، رسالة دكتوراه للطالب عبد العزيز راجح حسن، تحت عنوان مسقطات الشفعة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين اليمني والجزائري". هذا وبالقدر ذاته، استندت في البحث القانوني إلى مؤلفات وكتب عامة كثيرة، وأخرى متخصصة.

1. أهم الكتب العامة: الوسيط في شرح القانون المدني لعبد الرزاق أحمد السنهاوري، الحقوق العينية الأصلية لمحمد كامل مرسي أباش، شرح القانون المدني للبدر اوي عبد المنعم، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية لرمضان أبو السعود،

2. **الكتب المتخصصة:** الشفعة علما وعملا لإبراهيم سعد، شرح أحكام الشفعة لمهدي كامل الخطيب، الشفعة لفؤاد ظاهر، الشفعة لعفيف شمس الدين، مسقطات الشفعة لرمضان أبو السعود،

3. **الدراسات المنشورة:** وهي كثيرة أهمها: الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية للدكتور محمد الجندي، الشفعة للخفيف علي، الشفعاء ومراتبهم لمحمد كامل مرسي باشا، إشهار التصرفات العقارية لمحمد كامل مرسي باشا، ... وغيرها كثير مما احتوته الدراسة من بحوث منشورة.

6- الصعوبات التي تعرضنا لها أثناء البحث:

إن تعدد المؤلفات والأبحاث التي تناولت موضوع الشفعة، أو تعرضت لبعض أجزائه، خلف صعوبات لنا خلال البحث أهمها:

أولاً: غزارة المادة العلمية في بعض المسائل كتحديد الشفعاء وترتيبهم، وشروط الشفعة وإجراءاتها وآثارها بصفة عامة، وهي مسائل تناولتها جلّ المؤلفات والأبحاث قديمها وحديثها، المتخصص منها والعام، حتى صار العثور على اختلافات في وجهات النظر من الأمور العسيرة إلا نادراً، إذ أن معرفة هذه الاختلافات أو الآراء المتفرقة واختيار الراجح منها كانت إحدى الصعوبات التي تعرضنا لها خلال البحث.

ثانياً: ندرة المادة العلمية أو انعدامها في مسائل أخرى، فتعدد المؤلفات والأبحاث لم يقدم المادة العلمية لكثير من الموضوعات التي تشكل صلب البحث، ومن تلك الموضوعات بل وأهمها طرق وكيفيات ممارسة الدولة للشفعة وآثارها، والتي خلى من بيانها كل من كتب الفقه القانوني وكذا الشرعي.

7- منهج البحث:

إن موضوع البحث كما يتضح من عنوانه: "الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري" -دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- هو محاولة لبيان كيفية تناول الفكر القانوني والفكر الإسلامي موضوع الشفعة، من حيث تحديد المراد به، وأهدافه، ومن هو الشفيع

وآليات ممارسة حقه في الشفعة، ونتائج ثبوت هذا الحق، لذلك اقتضت المقاربة المنهجية توظيف المناهج الآتية:

أولاً: المنهج التحليلي

وهو المتبع في دراسة النصوص المختلفة لاستنتاج أفكارها، سواء كانت تلك النصوص شرعية، فكرية أم قانونية، وهو أيضاً المنهج خلال تحليل وشرح المعطيات التي تقدمها لنا مختلف القوانين المتضمنة أحكام ممارسة الشفعة من جل أطرافها وفي كل مجالاتها، كما تظهر فائدة هذا المنهج في بيان الأسس النظرية والتطبيقية التي تقودنا إلى وضع صورة واضحة عما وصل إليه المشرع الجزائري من أهداف موفقة بين ما تقتضيه المصلحة العامة، ومصلحة الفرد من خلال الأخذ بالشفعة، كما يفرض المنهج نفسه أيضاً في تحليل النصوص الشرعية والفقهية، وقراءة نسقها.

ثانياً: المنهج المقارن

إن المنهج المقارن يفرض نفسه على البحث، فطبيعة الموضوع تقتضي المقارنة بين ما نرجحه من آراء فكرية إسلامية مع ما يراه الباحثون القانونيون لمعرفة أوجه التماثل والاختلاف.

ثالثاً: المنهج التاريخي

والذي يظهر استخدامه في دراسة التطور التاريخي لقانون الشفعة عبر مختلف العصور والأنظمة، إذ يشكل المنهج عونا كبيرا في مجالات البحث عن الحقائق التاريخية والنظم والأصول والقواعد والأفكار الشرعية والقانونية والتنظيمية والإدارية ... التي مسّت كل ما يتعلق بتطور القواعد المنظمة لقانون الشفعة.

8- تقسيم البحث:

بالنظر لما يشتمل عليه البحث من مواضيع و مسائل متفرعة و متفاوتة في الأهمية , فقد احتوى الموضوع بالإضافة إلى المقدمة على بابين , و ستة فصول و خاتمة, و ذلك على الشكل التالي:

- مقدمة: تحدثنا فيها عن أهمية الموضوع، سبب اختياره، وطرحنا إشكالية البحث، والمنهج، والصعوبات، وبيننا أهم الدراسات السابقة.

- الباب الأول: تناولنا فيه الأحكام العامة للشفعة، وقسم إلى ثلاثة فصول:

✓ الفصل الأول: أساس الشفعة، وفيه ثلاثة مباحث هي على التوالي:

- المبحث الأول: أصل الشفعة في الشريعة الإسلامية.
- المبحث الثاني: الأصل التاريخي للشفعة في القوانين المعاصرة.
- المبحث الثالث: الأساس القانوني لحق الدولة في الأخذ بالشفعة.

✓ الفصل الثاني: مفهوم الشفعة، وتضمن على مدى ثلاثة مباحث ما يلي:

- المبحث الأول: تعريف الشفعة وحكمة تقريرها وتشريعها.
- المبحث الثاني: طبيعة الشفعة في الفقه الإسلامي وتكييفها القانوني.
- المبحث الثالث: خصائص الشفعة.

✓ الفصل الثالث: نطاق الشفعة، وبيّن خلال ثلاثة مباحث أيضا النطاقات الآتية:

- المبحث الأول: نطاق الأشخاص في كل من الفكر الإسلامي، وكذا الفكر القانوني.

- المبحث الثاني: نطاق الأموال في الفكرين الإسلامي والقانوني.
- المبحث الثالث: نطاق التصرفات أيضا في الفكرين الإسلامي والقانوني.

- الباب الثاني: وجاء بعنوان الأحكام الخاصة للشفعة، وقسم إلى ثلاثة فصول:

✓ الفصل الأول: تناول شروط الشفعة، وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: الشروط في الفكر الإسلامي.
- المبحث الثاني: الشروط في الفكر القانوني.
- المبحث الثالث: الشروط في التشريعات الخاصة.

✓ الفصل الثاني: حددنا إجراءات الشفعة، وفيه ثلاثة مباحث أيضا بنفس المنوال

الذي جاءت به مباحث الفصل الأول أعلاه

✓ الفصل الثالث: وضعنا فيه آثار ثبوت الشفعة في ثلاثة مباحث تضمنت ما يلي:

- المبحث الأول: الأثر المشترك (الحلول).

- المبحث الثاني: الآثار الأخرى في الفكر الإسلامي.

- المبحث الثالث: الآثار الأخرى للشفعة في الفكر القانوني.

- خاتمة الأطروحة: وتضمنت أساسا الإجابة على الإشكالية الرئيسية للبحث،

المطروحة في مقدمة الدراسة، وأهم النتائج التي توصلنا إليها بعد الدراسة، وقدمنا أيضا جملة من التوصيات الهامة التي نأمل أخذها بعين الاعتبار.

تمهيد:

إن الشفعة نظام إسلامي أصيل، امتازت به الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع السماوية والنظم الوضعية⁽¹⁾، وقد دعت الحاجة إلى هذا النظام لإيجاد حل للمشاكل التي يثيرها الشيوع أو الجوار، وذلك بتمكين الشريك في المال الشائع أو الجار -لدى بعض الأنظمة والمذاهب- بأخذ حصة شريكه أو جاره المباعة لأجنبي، كي يدفع عن نفسه ضرر مشاركة أو مجاورة الأجنبي، هذا بالإضافة إلى ما للشفعة من فوائد اقتصادية تتمثل في وضع حدٍّ لحالة الشيوع، وتجميع ما تفرق من حق الملكية، فتجتمع للمالك سلطاته على العين⁽²⁾.

ولازالت الشفعة من المواضيع التي تثير شكاً حول ملائمة الأخذ بها في القوانين الحديثة، فهي بما تمثله من قيد على حرية التعامل، وبما تؤدي إليه من تكتل للملكية، تبدو كوسيلة شاذة من وسائل اكتساب الحقوق، ولعله السبب الذي دفع بعض القوانين العربية، كالقانون السوري استبعادها، وعدم العمل بها⁽³⁾، فالأصل أن لا يخرج ملك أحد إلا برضاه، وأن من اشترى شيئاً، فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص⁽⁴⁾.

فالشفعة مؤسسة إسلامية تهدف إلى المحافظة على عنصر القرابة والجوار وجمع الملكية، وإن عرف العرب هذه المؤسسة قبل الإسلام، فقد أفاض الفقهاء الإسلاميون في ذلك حديثاً⁽⁵⁾، ورغم ما تحقّقه الشفعة من فوائد اجتماعية واقتصادية، إلا أنها شرّعت على خلاف الأصل العام في التملك⁽⁶⁾، إذ أن التملك يستند إلى الرضا والاتفاق، بينما الأحكام المنظمة للشفعة جعلت منها وسيلة جبرية لكسب الملكية بالإرادة المنفردة للشفيع⁽⁷⁾، ومن ثم فهي تمثل قيداً خطيراً على حرية التصرف، وحرية التملك، وحرية التعاقد، فبمقتضاها يجد المشتري

(1) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة عشر، (1417هـ-1996م)، ص 223.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، (دراسة في القانون اللبناني والمصري)، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بدون تاريخ، ص 346.

(3) محمد الجندي، "الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة"، (دراسة مقارنة مع القانونين المصري والعراقي)، (القسم الأول)، مقال منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الأول، جمادى الثانية، (1405هـ-1985م)، ص 171.

(4) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، (1409هـ-1988م)، ص 257.

(5) علي كحلون، القانون العقاري الخاص، (المبادئ العامة، نظام العقارات المسجلة، نظام العقارات غير المسجلة)، تونس، مركز النشر الجامعي، 2009، ص 289.

(6) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، بيروت، لبنان، دار الفكر، الجزء الخامس، (1412هـ-1992م)، ص 461.

(7) شهاب الدين أحمد الشلبي، حاشية الشلبي على تبیین الحقائق، (وهي مطبوعة بهامش كتاب تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي)، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1315هـ، ص 239.

نفسه مجبرا على التخلي عن المال الذي اشتراه لشخص قد لا يعرفه من قبل، ويجد البائع نفسه طرفا في عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك في انعقاده⁽¹⁾.

ولم تكن المحاذير التي تحيط بالشفعة بخافية عن رجال الفقه الإسلامي، فقد ناقشوا تلك المحاذير بكثير من التعمق والموضوعية، وأبدوا في الكثير مما كتبوا ميلا واضحا لحصر نطاق الشفعة والتضييق من حالاتها، بل إنهم جهدوا -أمام نصوص قاطعة تدل على مشروعيتها- في الكشف عن وسائل مختلفة⁽²⁾، يكون من شأنها إغلاق هذا الباب وترك المجال لإرادة الأفراد للعمل دون اعتراض.

كما أنه ليس من قبيل الصدفة أن نرى جمهرة الفقهاء المسلمين، لا تجيز الشفعة إلا في حالة واحدة هي حالة الشيوع، وإذا كان الأحناف من جانبهم، قد خرجوا عن هذا الإطار، وأجازوا الشفعة في حالات أخرى، إلا أن حرصهم على التضييق من مكنتها بدا واضحا فيما رسموا لها من إجراءات حريصة ودقيقة، كما أن الأحناف قد قرروا في أكثر من مناسبة أن الشفعة حق ضعيف، وأن الهدف من مشروعيتها هو دفع ضرر أكبر يتأتى للشفيع من شركة أو خلطة أو جوار غير ملائم، بضرر أقل، يتمثل في إجبار المشتري على التخلي عن البيع⁽³⁾، وهذه الناحية بلا شك مضافة إلى ما تحققه الشفعة من الفوائد المذكورة، وأيضا إلى الرغبة الواضحة في مسايرة أحكام الفقه الإسلامي المستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء ذات الكمال، وهو ما دفع بمختلف المشرعين إلى التمسك بالشفعة كنظام قانوني مستقل أفرد له العديد من النصوص التشريعية التي اقتدت في أكثر أحكامها بالمصدر التاريخي والأصيل للشفعة.

والأحكام العامة للشفعة في شكلها العام، كما هو متداول على مستوى المنهج، تتناول مدلول الشفعة وأساسها القانوني ومميزاتها وطبيعتها، وهي على المستوى النظري عملية ربط أحكام الشفعة في وحدة متماسكة متشابكة، تشكل إطارا عاما، وهي بناء عام يتكون من ضوابط وقواعد عامة يشد ويشد بالعموم والشمول، تدرج تحته بالضرورة القواعد والأحكام

(1) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997، ص 5.

(2) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 353-355.

(3) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م)، ص 375.

التي تدخل في هذا العموم، لا تتجزأ، تنطلق منه، وتعود إليه، وتتجلى في مدلوله، مميزاته، أساسه، أركانه ...

وعلى هذا الأساس احتوى الباب الأول الذي جاء بعنوان الأحكام العامة للشفعة، على ثلاثة فصول تشكل الإطار العام، وحجر الأساس الذي تقوم عليه مختلف زوايا موضوع الشفعة، حيث بيّنا في **الفصل الأول** أساس الشفعة ، ثم تعرضنا في **الفصل الثاني** لمفهوم الشفعة ، ووضحنا في **الفصل الثالث** أهم خصائص الشفعة .

الفصل الأول: أساس الشفعة

إن المقصود بأساس الشفعة؛ مصدرها، والمصدر من الصَّدَر، وصدر كل شيء عن غيره نشأ، ويطلق في عرف الشرعيين على الدليلين النقلي والعقلي للشفعة، أما عند القانونيين فيقصد به المنبع أو الأصل الذي استمدت منه القاعدة القانونية كيائها ومضمونها، وبالتالي النبع الذي استقى منه المشرع أحكام الشفعة.

وبالرغم من أن لفظ الشفعة عربي أصيل ولسان عربي مبين⁽¹⁾، وارد في كتاب الله العزيز، فقد أصرّ كثير من مؤرخي القوانين المستشرقين على اعتبار الشفعة لا عربية، ولا إسلامية، بل قانونا رومانيا، فإننا نبادر خلال هذا الفصل وبنفس الإصرار إلى التأكيد بأن الشفعة لسان عربي تُفخ فيه الوحي نفخة ربانية، والسنة النبوية مصدر أصلي لحكمها في ضوء الشريعة الإسلامية، وكانت لها بعض الصور والآثار في القوانين القديمة. وعلى ذلك تأتي الدراسة في الفصل الأول من الباب الأول محتوية على ثلاثة مباحث، ولأن الشفعة نظام إسلامي أصالة، نتعرض في المبحث الأول لأصل الشفعة في الشريعة الإسلامية، ثم نبين في المبحث الثاني أساس الشفعة وتطورها التاريخي الذي أوصلها إلى القانون المدني من حيث التنظيم، وفي المبحث الأخير نتعرف على أساس الشفعة التي تمارسها الدولة كما يمارسها الفرد كشخص خاص تماما.

المبحث الأول: أصل الشفعة في الشريعة الإسلامية

تعد الشفعة من الأنظمة الأصلية في الشريعة الإسلامية، وفي النظم العربية القديمة، فالشفعة في العربية عبارة عن ضم شيء واحد إلى آخر فيكونان اثنين، كأن الشريك يضم إلى نصيبه نصيب شريكه، كان شافعا وكانت شفعة، أي تنثي الواحد وتشفيعه بعد الوحدة⁽²⁾، فقد كان الرجل في الجاهلية "إذا اشترى شقصا أو حائطا من منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفعه له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر، فيسمى ذلك شفعة، وسمي الآخر شفيعا، والمأخوذ منه مشفوعا عليه، أو إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفعه إليه، وجعله أولى بالمبيع ممن بعد.

(1) أحمد أباش، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، ص 18.

(2) أبو العلاء محمد المبارك كفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترميذي، بيروت، مؤسسة الرسالة، الجزء السادس، ص 130.

وينكر بعض الفقه كون الروايات السابقة وإن كانت تتحدث عن نظام الشفعة من حيث هيكلها - تعتبر الإسلام سندا تاريخيا لعروبة الشفعة، وهو كلام متناقض وغير متناسق⁽¹⁾، ينفي وجود الشفعة عند العرب، ويقارن ما ورد بالروايات المنتقدة لنظام الشفعة في الإسلام، وما هي فيه في الحقيقة - كما سنسعى لتأكيد - إلا بلفظ عربي مبين، وهو على حاله لا يقطع بعدم وجود الشفعة عند العرب، كما لا ينفي وجودها عند غيرهم.

نحاول ضمن هذا المبحث، وعلى طول ثلاثة مطالب، أن نبين ونؤكد ورود الشفعة في القرآن الكريم، وكيف كان ويظل سندا لعروبة الشفعة، وذلك في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني للتأكيد على أن الشفعة تقنية قديمة، وسابقة للقوانين القديمة التي يرجعها بعض الفقه إليها كالقانون الروماني، وأن العرب قد قضي بها وسار مفعولها في أنظمتهم وعاداتهم قبل نزول الشريعة الإسلامية، إذ نبين ذلك من خلال الأخبار المأثورة والسنة النبوية المطهرة، ونتعرض في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث للأصل العقلي للشفعة في الشريعة الإسلامية والمتجسدة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: القرآن الكريم، تفسيره وعلومه

يعد القرآن الكريم سندا لعروبة الشفعة⁽²⁾، فلقد وردت لفظة شفيع بمشتقاتها في كتاب الله تعالى، ولاشك في أن القرآن المجيد حينما استعملها لم يفاجئ العرب بها، فقد كان بوسعهم فهمها، والخطاب مناسب لمؤهلاتهم، وهو بلسانهم مبين، وما جاء إلا بالألفاظ المعروفة عندهم، فكان لزاما أن يفهم من خلال معهودهم في الخطاب، ومن دلالات الألفاظ كما كانت تستعمل عندهم.

إن هناك ما يسميه العرب شَفَعًا وشفاعة وشفعة، وهذه تقتضي شفيعا ومشفوعا به ومشفوعا عليه أو منه، وفقا لقواعد وضوابط الاشتقاق، وورود الألفاظ حسب مشتقاتها في عشرين سورة، ثمانية عشرة منها مكية، دليل أكيد على أن الشفعة والشفاعة كانت معروفة عند العرب قبل الهجرة إلى المدينة المنورة منزل التشريع، ونؤكد في ظاهر الكتاب المبين من خلال الفرع الأول، ومن خلال تفاسيره وعلومه العربية الأصيلة في الفرع الثاني.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 24.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 24.

الفرع الأول: القرآن الكريم¹⁾

قال الله تعالى:

-{وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا شَفَاعَةٌ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا عَدْلٌ

وَلَا هُمْ يُنصَرُونَ (48)} سورة البقرة - الآية

48

-{مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا

وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقْبِتًا (85)} سورة النساء - الآية 85

-{هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُ يَوْمَ يَأْتِي تَأْوِيلَهُ يَقُولُ الَّذِينَ نَسَوْهُ مِنْ قَبْلُ قَدْ جَاءَتْ رُسُلُ رَبِّنَا

بِالْحَقِّ فَهَلْ لَنَا مِنْ شُفْعَاءَ فَيَشْفَعُوا لَنَا أَوْ نُرَدُّ فَنَعْمَلْ غَيْرَ الَّذِي كُنَّا نَعْمَلُ قَدْ خَسِرُوا أَنْفُسَهُمْ

وَضَلَّ عَنْهُمْ مَا كَانُوا يَفْتَرُونَ (53)} سورة الأعراف - الآية 53

-{يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يَشْفَعُونَ إِلَّا لِمَنْ ارْتَضَى وَهُمْ مِنْ خَشْيَتِهِ

مُشْفِقُونَ (28)} سورة الأنبياء - الآية 28

-{قَمَا لَنَا مِنْ شَافِعِينَ (100)} سورة الشعراء - الآية

100

-{قَمَا تَتَفَعَّلُهُمْ شَفَاعَةُ الشَّافِعِينَ (48)} سورة المدثر - الآية 48

-{وَأَنْذِرْ بِهِ الَّذِينَ يَخَافُونَ أَنْ يُحْشَرُوا إِلَى رَبِّهِمْ لَيْسَ لَهُمْ مِنْ دُونِهِ وَلِيٌّ وَلَا شَفِيعٌ لَعَلَّهُمْ

يَتَّقُونَ (51)} سورة المائدة - الآية 51

-{وَذَرِ الَّذِينَ اتَّخَذُوا دِينَهُمْ لَعِبًا وَلَهْوًا وَعَرَّتْهُمْ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَذَكَّرْ بِهِ أَنْ تُبْسَلَ نَفْسٌ بِمَا

كَسَبَتْ لَيْسَ لَهَا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيٌّ وَلَا شَفِيعٌ وَإِنْ تَعْدِلْ كُلُّ عَدْلٍ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا أُولَئِكَ الَّذِينَ

أُبْسِلُوا بِمَا كَسَبُوا لَهُمْ شَرَابٌ مِنْ حَمِيمٍ وَعَذَابٌ أَلِيمٌ بِمَا كَانُوا يَكْفُرُونَ (70)}

سورة الأنعام - الآية 70

-{إِنَّ رَبَّكُمُ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَى عَلَى الْعَرْشِ يُدَبِّرُ

الْأَمْرَ مَا مِنْ شَفِيعٍ إِلَّا مِنْ بَعْدِ إِذْنِهِ ذَلِكَمُ اللَّهُ رَبُّكُمْ فَاعْبُدُوهُ أَفَلَا تَتَذَكَّرُونَ (03)}

(1) القرآن الكريم (رواية ورش عن نافع المدني)، تشرفت بطباعته؛ منار للنشر والتوزيع، مؤسسة علوم القرآن، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الثانية، 1425هـ.

سورة يونس - الآية 03

-{وَأَنْذِرْهُمْ يَوْمَ الْأَزْفَةِ إِذِ الْقُلُوبُ لَدَى الْحَنَاجِرِ كَاطِمِينَ مَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ حَمِيمٍ وَلَا شَفِيعٍ

يُطَاعُ (18)} سورة غافر - الآية 18

-{وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ مِنْ شُرَكَائِهِمْ شُفَعَاءُ وَكَانُوا بِشُرَكَائِهِمْ كَافِرِينَ (13)}

سورة الروم - الآية 13

-{أَمْ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِ اللَّهِ شُفَعَاءَ قُلْ أُولَئِكَ كَانُوا لَنَا يَمْلِكُونَ شَيْئًا وَلَا يَعْقِلُونَ (43)}

سورة الزمر - الآية 43

-{قُلْ لِلَّهِ الشَّفَاعَةُ جَمِيعًا لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ثُمَّ إِلَيْهِ تُرْجَعُونَ (44)}

سورة الزمر - الآية 44

-{لَا يَمْلِكُونَ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنْ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا (87)} سورة مريم - الآية 87

-{يَوْمَئِذٍ لَا تَنْفَعُ الشَّفَاعَةُ إِلَّا مَنْ أَذِنَ لَهُ الرَّحْمَنُ وَرَضِيَ لَهُ قَوْلًا (109)}

سورة طه - الآية 109

-{وَلَا تَنْفَعُ الشَّفَاعَةُ عِنْدَهُ إِلَّا لِمَنْ أَذِنَ لَهُ حَتَّىٰ إِذَا فُزِّعَ عَن قُلُوبِهِمْ قَالُوا مَاذَا قَالَ رَبُّكُمْ قَالُوا

الْحَقُّ وَهُوَ الْعَلِيُّ الْكَبِيرُ (23)} سورة سبأ - الآية 23

-{وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ (86)}

سورة الزخرف - الآية 86

-{أَتَأْخِذُ مِنْ دُونِهِ آلِهَةٌ إِنْ يُرَدَّنِ الرَّحْمَنُ بِضُرٍّ لَا تُغْنِي شَفَعَتُهُمْ شَيْئًا وَلَا

يُنْقِذُونَ (23)} سورة يس - الآية 23

-{وَكَمْ مِنْ مَلِكٍ فِي السَّمَوَاتِ لَا تُغْنِي شَفَعَتُهُمْ شَيْئًا إِلَّا مِنْ بَعْدِ أَنْ يَأْذِنَ اللَّهُ لِمَنْ يَشَاءُ

وَيَرْضَى (26)} سورة النجم - الآية 26

-{وَالشَّفَعِ وَالْوَثْرِ (03)}

سورة الفجر - الآية 03

الفرع الثاني: التفاسير

وللتعرف على طبيعة ورود كلمة شفع، وما يشابهها من حيث اللفظ في القرآن الكريم، وللتأكد من ورودها بمعناها الذي أتينا على ذكره في مقدمة الفصل، نحاول أن نعرض بعض أهم التفاسير لكلمة شفع ومشتقاتها الموجودة بين حنايا الآيات المذكورة.

أولاً: تفسير الأندلسي

حرف الشين ... شفع: " وَالشَّعَّعَ ": الاثنان⁽¹⁾

ثانياً: تفسير النيسابوري

"... ولأن درجة الشافع درجة عظيمة فلا تصلح ولا تحصل إلا لمن أذن له فيها وكان عند الله مرضياً، فلو حملنا الآية على ذلك كان من إيضاح الواضحات بخلاف ما لو حملت على المشفوع.

وأقول: الاحتمالان متقاربان متلازمان لأن المشفوع لا تقبل الشفاعة في حقه..."⁽²⁾.

ثالثاً: تفسير الأصفهاني

كتاب السين: "... شَفَعَ: الشفع ضمّ الشيء إلى مثله، ويقال للمشفوع: شَفَعَ {وَالشَّعَّعَ وَالْوَتْرَ} قيل: الشفع المخلوقات من حيث إنها مركبات، كما قال: {وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ} والوتر هو الله من حيث إن له الوحدة من كل وجه. وقيل الشفع يوم النحر من حيث إن له نظيراً يليه، والوتر يوم عرفة. وقيل الشفع ولد آدم والوتر آدم، لأنه لآعن والد والشفاعة الانضمام إلى آخر ناصر له وسائله عنه وأكثر ما يتعمل في انضمام من هو أعلى حرمة ومرتبة إلى من هو أدنى.

ومنه الشفاعة في القيامة قال: {لَا يَمْلِكُونَ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنْ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا}، {لَا تَنْفَعُ الشَّفَاعَةُ إِلَّا مَنْ أَذِنَ لَهُ الرَّحْمَنُ}، {وَلَا تُغْنِي شَفَعَتُهُمْ شَيْئًا}، {وَلَا يَشْفَعُونَ إِلَّا لِمَنِ ارْتَضَى}، {فَمَا تَنْفَعُهُمْ شَفَاعَةُ الشَّافِعِينَ} أي لا يشفع لهم {وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الشَّفَاعَةَ}، {مِنْ حَمِيمٍ وَلَا شَفِيعٍ}، {مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً حَسَنَةً}، {مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً سَيِّئَةً} أي من انضم إلى غيره وعاونه، وصار شفعا له أو شفيعا في فعل الخير والشر، فعاونه، وقواه

(1) أثير الدين أبي حيان الأندلسي، تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، (1403هـ-1983م)، ص 187.

(2) نظام الدين الحسن بن محمد بن حسن القمي النيسابوري، غرائب القرآن و رغائب الفرقان، بيروت، لبنان، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، (1416هـ-1996م)، ص 64.

وشاركه في نفعه وضرره، وقبل: الشفاعة ههنا أن يشرع الإنسان للآخر طريق خير أو طريق شر. فيفتدي به فصار كأنه شفع له، وذلك كما قال عليه الصلاة والسلام: "مَنْ سَنَّ سُنَّةً حَسَنَةً فَلَهُ أَجْرُهَا وَأَجْرُ مَنْ عَمَلَ بِهَا، وَمَنْ سَنَّ سُنَّةً سَيِّئَةً فَعَلَيْهِ وَزْرُهَا وَوَزْرُ مَنْ عَمَلَ بِهَا" أي إثمها وإثم من عمل بها، وقوله: "مَا مِنْ شَفِيعٍ إِلَّا مِنْ بَعْدِ إِذْنِهِ"، أي يدبر الأمر وحده لا ثاني له في فصل الأمر إلا أن يأذن للمدبرات والمقسمات من الملائكة فيفعلون ما يفعلونه بعد إذنه واستشفعت بفلان على فلان فتشفع لي، وشقعه أجاب شفاعته، ومنه قوله عليه السلام: "الْقُرْآنُ شَافِعٌ مُشَفَّعٌ". والشفعة هو طلب مبيع في شركته بما بيع به ليضمه إلى ملكه وهو من الشفيع، وقال عليه السلام: "إِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ فَلَا شَفْعَةَ ..."(1).

رابعاً: تفسير الطبري(2)

"... قوله: الشفع والوتر ... اختلف أهل التأويل في الذي عني به من الوتر ... فقال بعضهم: الشفع: يوم النحر، والوتر: يوم عرفة ... والشفع يوم الذبح ... وليال عشر والشف والوتر (قال: أقسم الله بهن لما يعلم من فضلهن على سائر الأيام، وخير هذين اليومين لما يعلم من فضلها على سائر هذه الليالي ... عرفة وتر، والنحر شفع، عرفة يوم التاسع، والنحر يوم العاشر ... وقال آخرون: الشفع: اليومان بعد يوم النحر، والوتر: اليوم الثالث ... قال: الشفع: يومان بعد يوم النحر ... وقال آخرون: الشفع: الخلق كله، والوتر: الله ... ويقال: الشفع صلاة الغداة، والوتر صلاة المغرب ... والشفع والوتر قال: خلق الله من كل شيء زوجين، والله وتر واحد صمد ... قال: الشفع: الزوج، والوتر: الله ... وقال آخرون: عني بذلك الخلق كله شفع ووتر ... كل شيء خلقه الله شفع ووتر: فأقسم بما خلق، وأقسم بما تبصرون وبما لا تبصرون، وقال آخرون: بل ذلك الصلاة المكتوبة، منها الشفع كصلاة الفجر والظهر، ومنها الوتر كصلاة المغرب ... قال: كان عمران بن حصين يقول: (الشفع والوتر) الصلاة ... الشفع الركعتان، والوتر: الركعة الثالثة ... قال: هي الصلاة منها شفع،

(1) أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، بيروت، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ، ص 346-347.

(2) الطبري (محمد بن جرير، أبو جعفر)، (310هـ-923م): مؤرخ وموسوعي، مفسر، مقرئ، محدث، ولد في أمل (طبرستان)، تنقل بين إيران، العراق وسورية ومصر، وأقام أخيراً في بغداد حيث توفي. اختار لنفسه مذهباً في الفقه، له "جامع البيان في تأويل القرآن"، "تاريخ الأمم والملوك"، "تهذيب الآثار"، "اختلاف الفقهاء"، "آداب الفضاة".

ومنها وتر ...⁽¹⁾ الشفع: ضمّ الشيء إلى مثله، والشفاعة الانضمام إلى آخر ناصر له وسائله عنه، والشفع هو الاثنان (أو الزوج) وضده الوتر أو الفرد ...⁽²⁾.

خامسا: تفسير القرطبي

"... الشف (الاثنان)، والوتر (الفرد)، واختلف في ذلك فروي مرفوعا عن عمران بن الحصين عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: الشفع والوتر: الصلاة منها شفع، ومنها وتر ... قال: هو الصبح، وعشر النحر ... والشفع يوم النحر ... قالوا: الشفع: الخلق، قال الله تعالى: ومن كل شيء خلقنا زوجين: الكفر والإيمان، الشقاوة والسعادة، والهدى والضلال، والنور والظلمة، والليل والنهار، والحر والبرد، والشمس والقمر، والصيف والشتاء، والسماء والأرض، والجن والإنس، والوتر: هو الله -عز وجل-، قال جل ثناؤه: {قل هو الله أحد الله الصمد} الشفع: صلاة الصبح ... الشفع: يوما منى: الحادي عشر، والثاني عشر، والثالث عشر الوتر ... إن الشفع والوتر: آدم وحواء: كان آدم فردا فشفع بزوجه حواء، فصار شفعا بعد وتر ... الشفع: درجات الجنة، وهي ثمان، والوتر دركات النار لأنها سبعة ... الشفع: الصفاء والمروة، والوتر الكعبة ... الشفع: الأيام والليالي، والوتر: اليوم الذي لا ليلة بعده ... الشفع: تضاد أوصاف المخلوقين: العز والذل، والقدرة والعجز، والقوة والضعف ... المراد بالشفع والوتر العدد كله، لأن العدد لا يخلو عنهما، وهو اقتسام بالحساب ... وقيل الشفع: مسجدي مكة والمدينة ... وقيل: الشفع: الحيوان لأنه ذكر وأنثى ... وقيل الشفع: ما ينمى، والوتر ما لا ينمى ...⁽³⁾.

سادسا: تفسير السيوطي

"... سئل عن الشفع والوتر فقال: "هي الصلاة، بعضها شفع، وبعضها وتر" ... إن من الصلاة شفعا، وإن منها وترا. قال: وقال الحسن: هو العدد، منه شفع، ومنه وتر ... الشفع ركعتان، والوتر الركعة الثالثة ... أقسم ربنا بالعدد كله؛ الشفع منه والوتر، ... وأخرج عبد بن حميد عن ابن عباس قال: كل شيء شفع فهو اثنان، والوتر واحد، ... الخلق كله شفع ووتر، فأقسم بالخلق ... كل خلق الله شفع، السماء والأرض، والبر والبحر، والإنس والجن،

(1) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، مصر، دار المعارف، 310هـ، ص ص 398-399.

(2) المرجع نفسه، ص ص 108-110.

(3) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار الفكر، [ب س ط]، الجزء العشرون، ص ص 37-38.

والشمس والقمر، ونحو هذا شفّع، والوتر الله وحده ... الله الوتر وخلقه الشفّع؛ الذكر والأنثى ... الشفّع آدم وحواء، والوتر الله، ... سئل عن الشفّع ... فقال يوم النحر ... قال: الشفّع والوتر هي أيام نسك، عرفة والأضحى هما الشفّع وليله الأضحى هي الوتر ... الشفّع اليومان، والوتر اليوم الثالث ... الشفّع أوسط أيام التشريق، والوتر آخر أيام التشريق ... وأخرج عبد بن حميد عن ابن عباس: {والشفّع والوتر} قال: كل شيء شفّع فهو اثنان، والوتر واحد⁽¹⁾.

سابعاً: تفسير الثعلبي

"... الشفاعة مأخوذة من الشفّع، وهما الاثنان، لأن الشافع والمشفوع له شف ... هي في شفاعات الناس بينهم في حوائجهم، فمن يشفع لينفع فله نصيب، ومن يشفع ليجر فله كفل ...⁽²⁾ ويحتمل أن يكون المجرمون يعم الكفرة والوصاة أي إلا من اتخذ عند الرحمن عهداً من عصاة المؤمنين فإنه يشفع لهم ويكون الاستثناء متصلاً، وقال فرقة الضمير في (لا يملكون) للمتقين ... يحتمل أن تكون للشافع ويحتمل أن تكون للمشفوع فيه في قوله تعالى: {إِلَّا مَنْ أَدْنَى لَهُ الرَّحْمَنُ} ...⁽³⁾ ثم قرر في الآية بعد أن الذين يظنون أنهم يشفعون لهم عند الله لا تصح منهم شفاعة لهم إذ هؤلاء كفرة ولا يأذن الله في الشفاعة في كافر⁽⁴⁾ ... حرف الشين و(الشقص) القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، و(المشقص) من النصال ما طال وعرض ... و(الشفّع) الزيادة ...⁽⁵⁾".

إذن فقد وردت لفظ شفّع في كتاب الله تعالى، وهو دليل قاطع على أن القرآن المجيد سند العروبة الشفاعة ولم يفاجئ المسلمين العرب عندما استعملها، فوسعوا في فهمها كون الخطاب مناسب لمؤهلاتهم وهو بلسانهم مبين.

كما وردت مشتقات كلمة شفّع في العديد من آيات الذكر الحكيم؛ كما سبق تلاوتها، وحاصل أقوال المفسرين في هذا الصدد، أن "الشفّع" هو ضمّ الشيء إلى مثله، والشفاعة

(1) جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، القاهرة، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م)، ص 404-405.

(2) الشيخ سيدي عبد الرحمن الثعلبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزء الأول، 1985، ص 79 و ص 472.

(3) المرجع نفسه، الجزء الثالث، ص 32 و ص 62.

(4) المرجع نفسه، ص 379.

(5) الشيخ سيدي عبد الرحمن الثعلبي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 172-173.

الانضمام إلى آخر، ناصرا له وسائله عنه، والشفعة هو الاثنان (أو الزوج)، وضده الوتر أو الفرد.

فقد كانت كلمة شفعة، يشفع وشفاعة من لغة العرب السائدة وقت نزول الفرقان، هذا وقد سمّت العرب شفيعا وشافعا، سئل أبو العباس ثعلب عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمّه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي أن تزيده بها، أي أنه كان وترا واحدا فضمّ إليه ما زاده وشفعه به، وعلى أية حال ومما يؤكد سبق وجود نظام الشفعة قبل الإسلام ما ورد في موطأ الإمام مالك: "قال مالك أنه بلغه سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة، فقال نعم، الشفعة في الدور والأرضين ولا تكون إلا بين الشركاء، فمعنى هذا القول أن سعيد بن المسيب سئل عن نظام كان موجودا من قبل، وهل ورد فيه سنة أم لا؟

وقد عني المسلمون منذ فجر الإسلام، وانبتاق نور الهداية الإلهية على ربوع العالم بالقرآن الكريم، مصدر تلك الهداية، ومنبع ذلك الإشراق، عناية كبرى شملت جميع نواحيه، وأحاطت بكل ما يتصل به، وكان لها آثارها المباركة الطيبة في حياة الإنسان عامة، والمسلمين خاصة، أفاد منها العلم، وأفاد منها العقل، وأفاد منها الدين، وأفاد منها القانون والتشريع، وأفادت منها الفلسفة والأخلاق، وأفادت منها السياسة والحكم، وأفاد منها الاقتصاد والمال، وأفاد منها كل مظهر من مظاهر النشاط الفكري والعلمي عرفه الناس في حياتهم المادية والروحية⁽¹⁾.

وتبعا لهذه الأنحاء المختلفة التي أفادها كتاب الله المجيد، نرى التفاسير ذات ألوان متنوعة، فمنها ما يغلب عليه تطبيق قواعد النحو، وبيان إعراب الكلمات وبنائها، ومنها ما يغلب عليه بيان نواحي البلاغة والإعجاز، ومنها ما يهتم بالفقه والتشريع وبيان أصول الأحكام، كما كان ذلك ظاهر من خلال جملة التفاسير المختارة خلال هذا الفرع، ورغم ذلك فلم ترد الشفعة كنظام له أحكامه الخاصة في القرآن الكريم، ووردت كلفظ متعدد الاشتقاق ومختلف التفاسير، للدلالة على أن الشفعة لسان عربي مبين، عرفها العرب قبل الإسلام وعملوا بها في جاهليتهم، ولما أقرها الإسلام حدد موضوعها، وبين نطاقها، وأكمل ما كان

(1) محمود شلتوت، تفسير القرآن الكريم، بيروت، دار الشروق، [ب س ط]، ص 5.

منها ناقصا وأتى بنظرية خالدة للشفعة جاءت بها السنة النبوية المطهرة، وعني بها الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه عناية خالدة، وهو ما نبين محتواه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: السنة الشريفة

إن السنة النبوية الشريفة⁽¹⁾، مصدر موضوعي⁽²⁾ للشفعة، فقد كان الرسول عليه السلام يشرع ويقضي في شؤون المسلمين بيانا، وتفسيرا لقرآن الكريم أو جوابا عن حكم سكت عنه، فجاء عنه صلى الله عليه وسلم من الأخبار الماثورة الكثير مما يدل على وجود الشفعة عند العرب.

كما كانت سنته صلى الله عليه وسلم من الكثرة بحيث يضيق عندها الحفظ، بدأت بنزول الوحي الإلهي سنة 610 ميلادية على محمد بن عبد الله بن عبد المطلب في مكة المكرمة، ولم يبدأ تدوينها رسميا حتى مستهل القرن الثاني الهجري، إذ وصلنا معظمها عن طريق الأحاد، ومرويا بمعناه، فكان بذلك مثار اختلاف بين فقهاء الحديث من جهة القبول والرد، والثبوت وعدمه⁽³⁾، فأنبنى على ذلك اختلاف الفقهاء في الأحكام المستنبطة منها - كما ستتضح لاحقا -، وهو ما تأتى على بيانه في فروع هذا المطلب، حيث نبين في الفرع الأول تلك الأخبار الماثورة عن النبي الأمين صلى الله عليه وسلم والتي فيها الدليل الواضح على وجود الشفعة عند العرب، ثم نخصص الفرع الثاني لعرض مختلف الأحاديث النبوية الشريفة التي تعتبر أصلا وأساسا ثمينًا، ومصدرا غنيا لأحكام الشفعة، ونخصص الفرع الثالث والأخير لقراءة هذه الأحاديث الشريفة عن السنة المطهرة.

الفرع الأول: الأخبار الماثورة عن النبي الأمين

إن الأخبار الواردة في موضوع الشفعة عن الرسول صلى الله عليه وسلم⁽⁴⁾؛ يستشف منها أن هذا النظام كان معروفا عند العرب، ومعمولا بهم في جاهليتهم قبل الإسلام، فقد

(1) السنة في اللغة الطريقة، وفي الاصطلاح الشرعي معناها العمل المشروع، ففي صحيح ابن حبان بن عبد الرحمن بن تامة قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام ونحن جلوس، فقال الناس: سبحان الله، فلم يجلس، فلما فرغ من صلاته، سجد سجدتين وهو جالس، فقال: إني سمعتكم تقولون سبحان الله كيف أجلس، وليس تلك سنة، وإنما السنة الذي صنعتها، وتطلق عند فقهاء الشافعية على ما كان نقلا عنه النبي، وعند المالكية على ما أمر به وواظب عليه ولم يوجب.

(2) فقد كان المسلمون إلى أوائل النصف الأول من القرن الثاني الهجري يعتبرونها المصدر الثاني للتشريع الإسلامي بجانب كتاب الله، حتى ظهرت طوائف في أواسط القرن الثاني أخذت تقف منها مواقف يختلف بعضها عن بعض، فطائفة رفضت حجبتها في التشريع بصفة عامة، وأخرى رفضت منها ما روي بطريق الأحاد - أو الأخبار الخاصة كما يعبر عنها الشافعية -، وثالثة رفضت منها كل ما لم يعاضده، وهو ما جاء في كتاب الأم للإمام الشافعية.

(3) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 28.

(4) المرجع نفسه، ص 25.

ثبتت الشفعة للجار أو الشريك، وهي في العقار وحده بسبب البيع لا غير، كما يفهم من فحواها أن الشفعة أقرها الإسلام وحدد موضوعها، وبين نطاقها فأكمل ما كان منها ناقصا وأتى بنظرية خالدة، وبديهي أن يصطدم القضاء العربي القديم في شكله الوضعي البدائي بالقضاء الإسلامي الجديد حتى في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، ولعل مختلف الأخبار الملفقة التي حاول بها الرواة الخلط والإدماج بين "الشفعة بالشركة"، و"الشفعة بالجوار"، أو بهما معا بمختلف التأويلات تظهر بوضوح مدى استمرار حكم الجاهلية وعدم استئصاله إن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم المبلغ الشاهد الأمين، أو بعده.

ومما لا شك فيه أن أصحاب الرسول رضي الله عنهم، قد تصدوا لهذا التنازع فأوضحوا أن صاحبهم، إنما جعل الشفعة وقضي بها في المال المشترك وحكم بها للشريك وحده، أما ما يقال عن إيجابها للجار فهو عين ما تحكيه حكايات ابن رشد وابن العربي وابن قتيبة، وهي التي تبنتها أحدث المعاجم المعاصرة واعتمدت عليها في تعريفاتها للشفعة، وحوصل الأخبار الماثورة والروايات قيل دار حول مسألتان تثبتان وجود الشفعة⁽¹⁾؛

المسألة الأولى:

- إذا اشترى أحد جهال (في الجاهلية) العرب حائطا، أو منزلا يأتيه المجاور أو الشريك يطلبه توليته المشتري ليتصل له الملك أو ليندفع عنه الضرر، وهي تتحدث فعلا عن الشفعة، لكنها تتحدث أيضا عن غيرها أو عن نظام شبيه بنظام الشفعة في التراث العربي، وتجعل الشفعة تولية لاتصال الملك أو لاندفاع الضرر، وتعتبرها أثرا للشراء، والشفيع فيها شريكا، أو جارا، والمشفوع عقارا.

المسألة الثانية:

- إذا أراد أحد جهال العرب بيع منزله، أتاه المجاور يطلبه أن يجعله أولى بالبيع ممن بعد سببه، وهي أفضلية بالشراء ممن يعد سببه، وتعتبر عن الشفعة لمجرد إيجاب بيع العقار، والجار، أو أيا كان، شفيعا.

ولا شك أنه بمجيء الشريعة الإسلامية السّمة، قد تغيرت المعالم التي كانت عليها حياة العرب قبل نزولها، فأقرت بعض العادات السائدة، وأبقت على ما كان منها صالحا أو

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 27 .

تناولته بالتهذيب والتقويم، وأوجدت علاقات جديدة غايتها الأسمى تحقيق العدل والإنصاف في المجتمع الإسلامي، وأما عن الشفعة فقد نفخت فيها نفخة إسلامية، وخلصتها مما كان يعترها من نقص وتنظيم وإصلاح للعيوب.

قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ"، وقال تعالى: "وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا"، وروى أبو هريرة أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: "السُّنَّةُ سُنَّتَانِ، سُنَّةٌ فِي فَرِيضَةٍ، وَسُنَّةٌ فِي غَيْرِ فَرِيضَةٍ، السُّنَّةُ الَّتِي فِي فَرِيضَةٍ أَصْلُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، أَخْذُهَا هَدْيٌ وَتَرْكُهَا ضَلَالَةٌ، وَالسُّنَّةُ الَّتِي لَيْسَ أَصْلُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ الْأَخْذُ بِهَا فَضِيلَةٌ، وَتَرْكُهَا لَيْسَ بِخَطِيئَةٍ".

ولفظ الشفعة والشفع والشفاعة والشفيع ... واردة في القرآن الكريم، وفسر معناها أكبر الشراح في أهم كتب علوم القرآن، وتفسيره القيمة، إلا أن الشفعة كفحوى لم نجد لها ذكر في كتاب الله العزيز، ولا أصل لحكمها في القرآن المجيد.

والشفعة سنة نبوية، وكغيرها من الأنظمة الإسلامية، جاءت إما بوحي جلي من الله تعالى عن طريق الملك جبريل عليه السلام، أو إلهام قذف في قلب النبي، وإما بفضاء واجتهاد منه، عليه الصلاة والسلام، وهي قول وعمل بذل الصحابة رضوان الله عليهم جهدهم في حفظها واستيعابها، ونقلها إلى التابعين، غير أن التأخير في تدوينها في مؤلفات في الأجيال الأولى من صدر الإسلام قد سمح بوضع أخبار مزيفة، ونسبتها إلى الرسول المعصوم، إما بدون قصد وإما كذبا وبهتاناً⁽¹⁾.

ولا يخفى أن الصحابة الذين رَوَوْا عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديثه وأخباره، ما كانوا يكتبونها في المجلس الذي سمعوها فيه، ولا كانوا يكررونها فيه بل سمعوها ثم تركوها مخزونة في ذاكرتهم، ولم يرووها إلا بعد مرور فترة من الوقت، ما يلزم معه القطع بتعذر روايتها بنفس ألفاظ الرسول المبلغ، فشاعت الرواية بالمعنى بين المحدثين، وكان أكثرهم لا يراعون ألفاظ النبي الصادق التي نطق بها، وإنما ينقلون إلى من بعدهم معنى ما أراده بألفاظ شتى ومختلفة يزيد بعضها عن البعض الآخر أو ينقص، وعندما انتقل المدونون من عهد الخير المحفوظ في الصدور إلى عهد المخزون في السطور، نقلوا كل ما وصل إليهم، نيتهم

(1) مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، القاهرة، المطبعة العثمانية، الجزء الأول، 1311هـ، ص 3.

وغايتهم أداء شهادتهم وسمعهم، فخطبوا عبر الكتابة الأجيال المقبلة تماماً كما لو كانوا يخاطبون جلساء لهم يقلدونهم أمانة تبليغ أقوالهم⁽¹⁾.

وعموماً، فأخبار الشفعة تتدرج وفقاً لمنهج المحدثين وضوابطهم في علم الرواية والدراية، في خانة الخبر الضعيف، الثابت منها وغيره، فهي عند الرواد عمومها إما مرسل أو متفرد به أو منكر أو شاذ، وإما موضوع⁽²⁾، وهي ما نعرضه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الأحاديث النبوية

ونعرض الأخبار الواردة في نظام الشفعة في ثلاثة أصناف:

أولاً: الصنف الأول

- الترمذي:

1- عن ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "الشَّريكُ شَفِيعٌ وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ".

- ابن أبي شيبة:

2- عن ابن أبي مليكة عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "الشَّريكُ شَفِيعٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ".

3- عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: "الشُّفْعَةُ فِي الْعَبْدِ وَفِي كُلِّ شَيْءٍ".

- ابن حزم:

4- عن جابر قال: "قَضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ"⁽³⁾.

5- عن ابن أبي مليكة قال: "قَضِيَ رَسُولُ اللَّهِ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ الْأَرْضُ وَالْأَرْضُ وَالْجَارِيَةُ وَالْخَادِمُ"⁽⁴⁾.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 30.

(2) المرسل من الحديث؛ ما سقط من سنده راو بين التابعي والرسول، كأن يقول التابعي مباشرة: قال رسول الله. وقد أخذ أبو حنيفة وأحمد ومالك بمراسيل القرون الثلاث الأولى، واختلفوا في إفادة خبر الأحاد علم اليقين أو عدم إفادته له، فذهب الإمام أحمد، وبعض أهل الحديث إلى أنه يفيد العلم ويوجب العلم به، لأنه لا عمل من غير علم، وذهب الحنفية وجمهور المالكية، وغيرهم إلى أنه يفيد الظن ويوجب العمل، وأنه لا تلازم بين وجوب العمل وإفادة علم اليقين، بل يكتفي بوجوب العمل الظن الراجح.

- وقال البعض بين الفرد والغريب رابط مشترك لغة واصطلاحاً، وهو مفهوم التفرد، وقد سوغ هذا الرابط لبعض العلماء بالحكم بترادف الفرد والغريب، ويجتمع المنكر والشاذ في اشتراط المخالفة، ويفترقان في أن الشاذ رواية ثقة أو صدوق، والمنكر رواية ضعيف.

(3) وعن عفان بلفظ "في العبد شفعة وفي كل شيء"، وقال مالك "لا شفعة عندنا في عبد ولا في وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب"، ونسب إليه القول بها في الحيوان.

(4) رواه أبو جعفر الطحاوي، وقال رواة هذا الحديث ثقة، وإن غرب بهذا الإسناد، قال عطاء: إنما الشفعة في الأرض والدار: قال: فقال له: ابن أبي مليكة، تسمعي لا أم لك؟ أقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تقول مثل هذا، وقال ابن حزم: وإلى هذا رجع عطاء، وأضاف: ثنا أبان عن عبد الله البجلي قال: سألت عطاء عن الشفعة في الثوب، فقال: له الشفعة، وسألته في الحيوان، فقال: له الشفعة، وسألته عن العبد فقال: له الشفعة، وهو قول أهل مكة (أعلام الموقعين).

6- عن سعيد بن المسيب: "الشفعة في الدور والأرضين ولا تكون بين الشركاء"⁽¹⁾.

- أبو داود⁽²⁾:

7- عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم: "الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن باع فهو أحق به".
- مسلم⁽³⁾:

8- عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم: "الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه".

9- "قضي رسول الله بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به".

10- عن سعيد بن المسيب: "الشفعة في الدور والأرضين ولا تكون بين الشركاء".
- البيهقي⁽⁴⁾:

11- عن عبادة بن الصامت: "قضي الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء في الدور والأرضين".

12- عن سعيد بن المسيب: "قضي الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء في الدور والأرضين ما لم تقسم فإذا قسمت واقترق فيها الحدود فلا شفعة فيها".

13- عن أبي سلمة وعن أبي هريرة وعن جابر عن النبي قال: "الشفعة فيما لم تقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة"⁽⁵⁾.

و- الطحاوي، (أحمد بن محمد الأزدي)، (321هـ-933م)، فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر، برع في أحاديث الأحكام، ولد في طحا (صعيد مصر)، توفي بالقاهرة، له "شرح معاني الآثار" في الحديث و"المختصر" في الفقه.

(1) رواه البيهقي عن سليمان بن يسار بلفظ "الشفعة في الدور والأرضين" أخرجه الطبراني في الكبير.

(2) أبو داود، (سليمان بن الأشعث السجستاني)، (275هـ-889م): إمام أهل الحديث في زمانه، أصله من سجستان، استقر في البصرة، وتوفي فيها، رحل وجمع وصنف وخرج، أخذ عن الإمام ابن حنبل، وسمع الكثير عن مشايخ الشام ومصر والجزيرة وخراسان والعراق، له كتاب "السنن"، معدود من الكتب الستة، جمع فيه 4800 حديث في الشؤون الفقهية.

(3) مسلم، الحجاج (أبو الحسن القشيري النيسابوري)، (261هـ-875م): حافظ، محدث، من الأئمة، ولد وتوفي بنيسابور، رحل إلى العراق والحجاز والشام، أخذ عن ابن حنبل، روى عنه الترمذي، من نصابه "الصحیح" شأنه كصحيح البخاري، "الكنى والأسماء"، "أوهام المحدثين"، "الطبقات".

أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، القاهرة، مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطباعة والنشر، الجزء الخامس، 1384هـ.

(4) البيهقي، (أحمد بن الحسين، أبو بكر)، (458هـ-1066م)، من أئمة الحديث، فقيه شافعي من الكبار، ولد في خسروجرد ونشأ في بيهق وتوفي بنيسابور، من مؤلفاته الكثيرة "السنن الكبرى"، "السنن الصغرى"، "المبسوط"، "الأسماء والصفات".

(5) الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، القاهرة، دار الريان للتراث، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، (1407هـ-1986م)، والحديث: حدثنا مسدد حدثنا عبد الواحد حدثنا معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"، الشرح: قوله (حدثنا عبد

- النسائي⁽¹⁾:

14- عن أبي سلمة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

- مالك:

15- عن أبي سلمة: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة".

16- "قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فيه".

17- "قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم فإذا صرفت الطرق وقعت الحدود فلا شفعة".

- البيهقي:

18- عن أبي هريرة: "قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود صرفت الطرق فلا شفعة".

19- "قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم فإذا حدثت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

20- "قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم وأيما مال قسم عليه فلا شفعة فيه".

21- عن جابر: "قضى الرسول بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"⁽²⁾.

(الواحد) هو ابن زياد، وقد تقدمت الإشارة إلى روايته في "باب بيع الأرض"، من كتاب البيوع والاختلاف في قوله (كل ما لم يقسم) ولفظ الأول يشعر باختصاص الشفعة بما يكون قابلاً للقسم، قوله (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) أي بينت مصارف الطرق وشوارعها، كأنه من التصرف أو من التصريف، وقال ابن مالك معناه خلصت وبانت، وهو مشتق من الصرف بكسر الميم الخالص من كل شيء، وهذا الحديث أصل في ثبوت الشفعة، وقد أخرجه مسلم عن طريق أبي الزبير عن جابر، وقد تضمن هذا الحديث ثبوت الشفعة في المشاع، وصدره يشعر بثبوتها في المنقولات، وسياقة يشعر باختصاصها بالعقار، وقد أخذ بعمومها في كل شيء مالك في رواية، وهو قول عطاء، وأخرج الطحاوي له شاهداً من حديث جابر بإسناد لا بأس بروايته.

(1) النسائي، (أحمد بن علي بن شعيب، أبو عبد الرحمن)، (303هـ-915م)، محدث، حافظ، ولد بنسا (خراسان) رحل إلى جميع البلاد، وتوفي بمكة، من تصانيفه "السنن الكبرى"، والصغرى، "كتاب الضعفاء والمتروكين".

و- الحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، سنن النسائي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1426-2005هـ، ص 755.

(2) أحمد بن علي محمد الكنانى العسقلاني، التلخيص الحبير، مؤسسة قرطبة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، (1416هـ-1995م)، ص 124، شرح: إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [البخاري بهذا من طريق أبي سلمة عنه، ولمسلم نحوه بمعناه من طريق أبي الزبير، عن جابر وقال ابن أبي حاتم في العلل، عن أبيه: عندي إن من قوله]: إذا وقعت إلى آخره [من قول جابر، والمرفوع منه إلى قوله]: لم يقسم [وعدة الطحاوي بأن الحفاظ من أصحاب الملك أرسلوه، ورد عليه بأنها ليست بعدة قاحلة، وسيأتي الكلام عليه بعد حديث آخر.

22- "إنما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

23- "فإذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها".

24- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "إذا صرفت الحدود وعرف الناس حدودهم فلا شفعة بينهم".

25- عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال: "إذا حدت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

ثانياً: الصنف الثاني

- الترمذي (1):

26- عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بشفعتيه ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً".

- أبو داود:

27- "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً طريقهما واحداً" (2).

- البيهقي:

28- "الجار أحق بشفعة أخيه ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً" (3).

- ابن أبي شيبة:

29- "الجار أحق بشفعة جاره إذا كان طريقهما واحداً ينتظر بها وإن كان غائباً".

- الزيلعي:

30- "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً وإن كان طريقهما واحداً".

(1) الترمذي، (محمد بن عيسى)، (209-279هـ/824-892م): إمام ومحدث، كانت له رحلات واسعة في خراسان والعراق والحجاز في طلب الحديث، وله في ذلك كتاب "الجامع الصحيح" أو "السنن"، يمتاز بملاحظاته النقدية على رجال الإسناد وتبيينه مواضع الخلاف بين المذاهب، من كتبه "العلل"، و"السمائل النبوية".

و- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، القاهرة، شركة القدس للنشر والتوزيع، الجزء الأول، 2009، ص ص 557-558.

(2) وقال أخرجه النسائي بنحوه، ولا وجود له في سنته، أخرجه ابن حزم في المحلى، رواه ابن ماجه.

(3) رواه وقال: قال الشافعي: سمعنا بعض أهل العلم بالحديث يقول: نخاف أن لا يكون هذا الحديث محفوظاً، وقال الخطابي: عبد الملك بن أبي سليمان لين الحديث، وقد تكلم الناس في هذا الحديث، وقال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث غريب ولا نعلم أحداً، رواه غير عبد الملك بن أبي سليمان، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث، وقد روى عنه شعبة وسفيان الثوري، وقال حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم -رواه الدارمي بمعناه.

31- "جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالْأَرْضِ يَنْتَظَرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيفُهُمَا وَاحِدًا".

- الطبراني:

32- "الصَّبِيُّ عَلَى شُفْعَتِهِ حَتَّى يُدْرِكَ فَإِذَا أَدْرَكَ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ".

- البيهقي:

33- "الشُّفْعَةُ بِقَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ".

34- عن فقهاء المدينة يقولون: "فِي النَّقْرِ يَرِثُونَ مِنْ أَبِيهِمْ مَالًا فَيَمُوتُ أَحَدُهُمْ وَيَتْرُكُ وَلَدًا فَيَبِيعُ أَحَدَ وَلَدِهِ حَقَّهُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فَالْوَالِدُ وَأَعْمَامُهُ شُرَكَاءُ فِي الشُّفْعَةِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ إِذَا كَانَ الْمَالُ لَمْ يُقَسَّمْ وَوُضِعَتْ فِيهِ الْحُدُودُ".

- مالك⁽¹⁾:

35- "الشُّفْعَةُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ عَلَى ضَرَرٍ حِصَصِهِمْ يَأْخُذُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ".

36- "لَا تُقَطَّعُ شُفْعَةُ الْغَائِبِ غَيْبَتُهُ وَإِنْ طَالَتْ، وَلَيْسَ لِذَلِكَ عِنْدَنَا حَدٌّ تُقَطَّعُ إِلَيْهِ الشُّفْعَةُ".

37- "فِي الرَّجُلِ يُورِثُ الْأَرْضَ نَفَرًا مِنْ وَلَدِهِ، ثُمَّ يُولَدُ لِأَحَدِ النَّقْرِ، ثُمَّ يَهْلِكُ الثَّابِتُ فَيَبِيعُ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْمَيِّتِ حَقَّهُ فِي تِلْكَ الْأَرْضِ فَإِنْ أَخُ الْبَائِعِ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ مِنْ عُمُومَتِهِ شُرَكَاءُ أَبِيهِ".

- ابن ماجه⁽²⁾:

38- "الشَّرِيكُ أَحَقُّ بِسَقِيهِ مَا كَانَ"⁽³⁾.

- ابن أبي شيبة:

39- عن الشعبي يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشَّفِيعُ أَوْلَى مِنَ الْجَارِ وَالْجَارُ أَوْلَى مِنَ الْجُنُبِ".

- البخاري:

(1) مالك بن أنس، (الأصبحي، أبو عبد الله)، (93-179هـ/712-795م) أحد الأئمة الأعلام، مؤسس المذهب المعروف باسمه وهو أحد المذاهب الفقهية الكبرى في الإسلام، ولد وتوفي بالمدينة المنورة، أصله من أمراء حمير، له: "الموка" الذي هو أساس المذهب: "الرد على القدرية"، "الرسالة إلى الرئيس"، "المدونة الكبرى".

(2) ابن ماجه (محمد بن يزيد القزويني، أبو عبد الله) (273-887م)، محدث من الأئمة، حافظ، مفسر، مؤرخ، ارتحل مطوفا في بلاد العرب وغيرها في طلب العلم، أشهر مؤلفاته "السنن" وهو من الكتب الستة في الحديث.

(3) أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجه بشرح السندي، بيروت-لبنان، دار المعرفة، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، (1416هـ-1996م)، ص 188.

40- "الجار أحق بصقيبه"¹.

41- عن التريد: قلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم قال: "الجار أحق بسقيبه ما كان".

42- عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "جار الدار أحق بالدار من غيره".
- ابن أبي شيبه:

43- عن الحكم وحماد: "إذا كانت الدار إلى جنب الدار ليس بينهما طريق ففيها الشفعة".

ثالثا: الصنف الثالث

- البزار:

44- عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا شفعة إلّا في ربع أو حائط ولا يتبعي له أن يبيع حتى يأمر صاحبه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك".
- البيهقي:

45- عن أبي هريرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "لا شفعة إلّا في دار أو عقار".

- عن شريح:

46- "لا شفعة إلّا في أرض أو عقار".

47- "الغائب على شفعته إذا قديم والصغير على شفعته إذا كبر وليس في الحيوان شفعة".

48- عن عثمان رضي الله عنه قال: "إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في قحْل نخل".

(1) أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الرياض، دار السلام، 2007، الحديث 6577، حدثنا علي بن عبد الله: حدثنا سفيان، عن إبراهيم بن مسيرة: سمعت عمرو بن التريد قال: جاء المسور بن مخزومة فوضع يده على منكبي، فانطلقت معه إلى سعد، فقال أبو رافع للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتي الذي في داري؟ فقال: لا أزيده على أربعمائة، إما مقطعة وإما منجمة، قال: أعطيت خمسمائة نقدا فمنعته، ولولا أني سمعت النبي يقول: (الجار أحق بصقيبه) ما بعته، أو قال: ما أعطيتكه.

و- البخاري: محمد بن اسماعيل الجعفي (194-256هـ/810-870م): محدث، حافظ، فقيه، مؤرخ، ولد في بخارى وتوفي في خرنك (سمرقند)، رحل في طلب العلم إلى سائر محدثي الأمصار، فزار خراسان والعراق والحجاز ومصر والشام، حفظ مئات الآلاف من الحديث وأخرج عنها كتابه "الجامع الصحيح" الذي اشتهر به وقد شرحه ابن حجر العسقلاني والقسطلاني وأبو زيد، من كتبه أيضا "الجامع الكبير"، "المسند الكبير"، "التاريخ" في تراجم رجال الإسناد والحديث (بن المنجد في اللغة والأعلام، بيروت-لبنان، دار المشرق، 1986).

49- "لَا شُفْعَةَ فِي بَثْرٍ وَلَا فِي فَحْلٍ وَالْأَرْفُ يَقْطَعُ كُلَّ شُفْعَةٍ".

50- "لَيْسَ فِي الْحَيَوَانِ شُفْعَةٌ".

51- عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَا شُفْعَةَ لِغَائِبٍ وَلَا لِصَغِيرٍ وَلَا لِشَرِيكَ عَلَى شَرِيكِه إِذَا سَبَقَهُ بِالشَّرَاءِ"⁽¹⁾.

52- "لَا شُفْعَةَ لِغَائِبٍ وَلَا لِصَغِيرٍ وَالشُّفْعَةُ كَحَلِّ عَقَالٍ"⁽²⁾.

53- "لَا شُفْعَةَ لِصَبِيٍّ وَلَا لِغَائِبٍ وَإِذَا سَبَقَ الشَّرِيكَ شَرِيكُهُ بِالشُّفْعَةِ فَلَا شُفْعَةَ وَالشُّفْعَةُ كَحَلِّ عَقَالٍ".

54- "الشُّفْعَةُ كَحَلِّ عَقَالٍ فَإِنْ قُيِّدَتْ ثُبَّتَ حَقُّهُ وَإِلَّا فَالْوَمُ عَلَيْهِ".

55- "الشُّفْعَةُ لَا تَرِثُ وَلَا تُورَثُ".

56- عن شريح: "إِنَّمَا الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَائْتِبَهَا".

- ابن ماجة:

57- عن ابن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "الشُّفْعَةُ كَحَلِّ عَقَالٍ"⁽³⁾.

- ابن أبي شيبة:

58- عن جابر: "قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ وَالْجَوَارِ".

59- عن عمر بن راشد السلمي قال: سمعت الشعبي يقول: "قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ بِالْجَوَارِ"⁽⁴⁾.

60- عن مغيرة ابن ابراهيم قال: "الشَّرِيكَ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكَ فَقَالَ جَارٌ"⁽⁵⁾.

(1) رواه ابن ماجة بلفظ "لَا شُفْعَةَ لِشَرِيكَ عَلَى شَرِيكِه إِذَا سَبَقَهُ بِالشَّرَاءِ وَلَا لِصَغِيرٍ وَلَا لِغَائِبٍ" أي، إذا اشترى أحد الشركاء الثلاثة نصيب واحد منهم فليس للشريك الآخر أن يأخذ شيئاً منه بالشفعة.

(2) في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني، وهو لين الحديث، في الزوائد قال ابن عدي: كل ما يرويه البيلماني قليل منه فيه، وقال: حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة، ولا يجوز الاحتجاج به، ولا أنكره إلا وجه التعجب. قال السبكي في شرح المنهاج: المشهور أن معناه أنها تقوت إن لم يبتدر إليها.

(3) أبو الحسن الحنفي، المرجع السابق، ص 191.

(4) وأخرجه بعدة طرق، رواه النسائي عن محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة عن الفضل بن موسى عن حسين وهو ابن واقد. روي (في باب الشفعة، وفي البيوع باب بيع الشريك، وباب بيع الأرض) في صحيح البخاري لمحمد بن اسماعيل الجعفي البخاري، القاهرة، مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطباعة والنشر، الجزء الخامس، 1384هـ.

(5) أخرجه الزيلعي في نصب الرواية عن ابن أبي شيبة.

61- عن شريح قال: "الشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنَ الْجَارِ وَالْجَارُ أَحَقُّ مِنَ سِوَاهُ"⁽¹⁾.

62- عن أبي سعيد الخدري: "الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الْخَلِيطِ وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الْجَارِ وَالْجَارُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ".

63- عن ابراهيم: "لَا شُفْعَةَ لِلْمُشْرِكِ وَالْأَعْرَابِيِّ وَغَيْرِهِ".

64- عن الشعبي: "لَا شُفْعَةَ لِأَعْرَابِيٍّ وَلَا مُشْرِكٍ".

65- "لَيْسَ لِأَعْرَابِيٍّ وَلَا لِمَنْ لَا يَسْكُنُ الْمِصْرَ شُفْعَةٌ".

66- "لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَلَا نَصْرَانِيٍّ شُفْعَةٌ".

وفيما يلي قراءة مفصلة من الفقه الإسلامي لمجمل ما جاء من عرض للأحاديث النبوية.

الفرع الثالث: قراءة الأحاديث النبوية

من البداهة أن تعطي القراءة الأولى للأخبار السابقة انطبعا باختلال حال الشفعة واضطرابها، فأهل الحديث قاموا بدراسة تحليلية لهذه الأخبار، عن طريق بحثهم ليس عن أجواء الحديث والمناسبة التي قيل فيها، بل بحثوا أحوال الراوي وكذا المروي عنه، وما بقي لغيرهم شيء يقوله، فكما هو معلوم أن لا سبيل إلى معرفة ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من أحاديث وأخبار إلا عن طريق الرواة الذين نقلوها جيلا بعد جيل، وطبقة بعد طبقة، حتى تدوين السنة، ولذلك كان الاطلاع على أحوال أولئك الرواة -وتتبع مسالكهم، وإدراك مقاصدهم وأغراضهم، ومعرفة مراتبهم وطبقاتهم، وتمييز ثقاتهم من ضعافهم- الوسيلة الأهم لمعرفة صحيح الأخبار من سقيمها، ما نتج عنه نشوء علم الجرح والتعديل الذي لا تعرف مثله أم أخرى، فوضعت له القواعد، وأسست له الأسس، وضبطت له الضوابط، فصار مقياسا دقيقا ضبطت به أحوال الرواة، من حيث التوثيق والتضعيف⁽²⁾.

(1) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، إشراف وتصحيح الأستاذ محمد زهري النجار، المطبعة الكبرى الأميرية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 1331هـ ص 133.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 44.

وبالرغم من كون دراسة علماء الحديث للأخبار الواردة في الشفعة دائرة حول الإسناد⁽¹⁾ والمتن من حيث القبول والرد، فإن مما لاشك فيه أنهم عنوا -كما اتضح لنا من خلال العرض- بإسناد الأخبار⁽²⁾ أكثر من متنها، وقد إعتد الفقهاء المسلمين أولا وأخيرا في تحديد صحة وسلامة أخبار الشفعة على عنصر الشكل فيها فقط، رغم التزامهم بقواعد علم الحديث رواية، فصاروا يجرحون ويعدلون ويلفقون، ففهم تساهلوا فيها دراية، فبقيت الأخبار متضاربة ومتناقضة ومتعارضة، لا يمكن قبولها جملة على حالها، وسواء كان مدار الخلاف حول الرواة أو المثنون، وبالرغم من مجهودات الرواة الجبارة في تأسيس حقيقة الشفعة، فإن الأخبار المؤصلة لبنائها، الصحيح منها وغير الصحيح، ما تزال تشكل ذاكرة الشفعة وعقلها، تتناقلها المؤلفات والروايات، مع أنها تمثل نموذجا فريدا تكاد تجتمع فيه مختلف القضايا التي يطرحها مصطلح علم الحديث⁽³⁾.

ومن خلال عرض الأحاديث الواردة في موضوع الشفعة، نجد أن قراءتها تتجسد في ثلاثة أنظمة، الأول نظام الشفعة والآخر نظام الصقب، أما النظام الثالث ففيه ألفاظ منكورة للشفعة⁽⁴⁾؛ وفيما يلي قراءة الأنظمة المذكورة.

أولاً: نظام الشفعة

يتميز هذا النظام بتعدد ألفاظ الخبر⁽⁵⁾ الواحد، غموض وخفاء معناه:

1- تعدد ألفاظ الخبر الواحد

ومن قراءة النصوص عموماً، يتبين لنا لأول وهلة، أن الرواة لم يلتزموا برواية ما حملوه من الأثر، باللفظ الذي تلقوه من الرسول صلى الله عليه وسلم دون زيادة ولا تغيير ولا حذف، مما يدل على عدم الالتزام بمنهج علماء الحديث الذين نهجوا، ولا سيما في بادئ الأمر، أسلوب التشدد في الرواية ولم يكونوا يتساهلون حتى بالحرف الواحد، ولقد استعمل

(1) السند هو الإخبار عن طريق المتن، وهو رفع الحديث إلى قائله ويقال السند والإسناد.

(2) والخبر أجدر في السنة من أن يرادف الحديث، فما التحديث إلا الأخبار، وما حديث النبي عليه السلام إلا الخبر المرفوع له، أما الخبر فقد يأتي عن غيره، فكل حديث خبر، لكن، ليس كل خبر حديثاً، ويسمى المحدث أثرياً.

(3) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 42.

(4) وإذا كان نظام الصقب وعلاقته بالشفعة واضحاً، فإن نظام الشفعة في ذاكرته يتكون في الحقيقة من نسقين متعارضين لا يمكن التوفيق بينهما، لأن الأول وكما سنرى في تحليل النقطة الأولى من هذا الفرع هو نظام وإن كان في مجموع نصوصه أو بنياته مختلفاً، إلا أنه في معناه محتمل، وفي عمومه متوافق مع الشفعة لنظام، أما الثاني، وهذه النقطة الثالثة ضمن هذا الفرع، فهو تعارض في تناقض، يتعارض مع نظام الشفعة وينكرها، ويتناقض مع نفسه، فمثلاً، نسب إلى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قوله "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة" وقوله "لا شفعة إلا في ربع أو حائط ولا ينبغي له أن يبيع حتى يأمر صاحبه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك"، وفي هذا تناقض ظاهر لا يعقل نسبته إلى هذا الصحابي الجليل!

(5) أنظر معناه في هامش الصفحة (السابق).

الرواة ضروبا من الكلام للتعبير عن معنى واحد بصياغات مختلفة أعطيت الأولوية فيها لوفرة الألفاظ، مع أن توثيق المتن يقتضي أدائها مجردة دون زيادة أو نقص، ولا أدنى تصرف⁽¹⁾.

فنجذ مثلا، أبا سلمة بن عبد الرحمن الصحابي الجليل يروي حسب الترتيب السابق، الأخبار من 12 إلى 22، لكنه سرعان ما تراه ما حذف من الخبر 14 الوارد في موطأ الإمام مالك الألفاظ؛ لفظ "بیم ولفظ "الشركاء"، ولفظ "بينهم" من الأخبار من 12 إلى 21، وغير لفظ "فيما" بلفظ "كل ما"، في الأخبار من 12 إلى 21؛ وأضاف جملة "صرفت الطرق" في الأخبار من 16 إلى 21 ليبدل فعل "قضي" الوارد في الأخبار من 14 إلى 20، واستعمل "عرفت" محل "وقعت" الحدود، ولفظ "ما لم" عوض "كل ما لم" في الخبر 13، وحول الجملة الفعلية إلى اسمية ابتدائية في الخبرين 12 و13.

ونفس الشيء بالنسبة لأبي هريرة الذي روي عنه الأخبار 17-18-19-23، وجابر الذي روى الأخبار 4-7-8-12-20-21 والأخبار من 25 إلى 32 التي وقع فيها تقديم وتأخير، واستعمال تارة "الجوار حق بشفعته، وتارة "بشفعة جاره" وأخرى "بشفعة أخيه".

2- غموض معنى الأخبار، وخفاؤه:

إن سبب غموض معنى أخبار الشفعة، وخفاء دلالاته⁽²⁾، إلى حالة الاضطراب في النصوص، والإبهام في الكلمات المكونة لبنياتها ذاتها لحملها معان مختلفة يتشابه تعلقها بها، ما يجعل حل الإشكالية متوقفا على شيء أو دليل آخر خارجي عن كل نص داعم ومدعم، باستثناء حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما الذي يستقل بنفسه، وينخلق على ذاته، ويعبر عنها بكل وضوح، في أصح صورهِ البلاغية.

ويتضح هذا الغموض في:

خبر أبي سلمة: هذا الخبر عمدة المحدثين والفقهاء، تعددت رواياته، وتنوعت تأويلاته بسبب عيوبه أو عدم تناسقه إن على مستوى صياغته ولغته أو على مستوى مضمونه⁽³⁾:

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 46.

(2) خفاء دلالاته : هو استتار معنى اللفظ المراد منه لذاته أو لأمر آخر، فتوقف المراد منه على غيره، وقد يتعذر فهمه ما لم تقم قرينة تدل عليه. أما إشكال الدلالة فيمكن إزالة خفائه بالبحث والتأمل، كأن يكون اللفظ مشتركا بين عدة معان.

(3) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 49.

- فبنية الخبر، كما يظهر، تارة جملة اسمية تبدو كأنها تلقي خبرا ابتدائيا، وتارة جملة فعلية ماضية وصفية، وأخرى حصرية تأكيدية، رفعا للغموض واللبس من ذهن المتلقي الذي يتضح أن له إماما بالحكم يمتزج بنوع من الشك والغموض والإبهام، وله تشوق إلى معرفة الحقيقة المؤكدة، فألقى عليه الخبر بأسلوب عليه مسحة من اليقين، تجعل الأمر يتجلى له، وتدفع عند التردد، متضمنا من وسائل التقوية والتوكيد ما يدعو إلى الإسلام والتسليم.

ويظهر أن التواصل في لحظة رواية الخبر ليس شيئا ثابتا، كما يوحي بذلك النص، وإنما هو حركة ديناميكية تواصلية تحمل لغة النص بمختلف بنياته في طياتها أثرا واضحا لها، تتموضع في إطار التنازع بين القديم والجديد، وتقسم الجملة -أي الحديث أو الخبر- إلى مقولتين وظيفيتين؛

المحور: "الشفعة في كل ما لم يقسم..." وهو نقطة الابتداء، وهو أساس الكلام، أو الجزء الأساس من بنية الجملة الحاملة خبرا معلوما لدى السامع السائل في مقام تواصلية محدد، أو مشكوكا في مضمونه.

التعليق: "إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرُقُ فَلَا شَفْعَةَ"، هو الجزء من الجملة الذي يحمل معلومات جديدة، عن محور الخبر المعلوم أو المجهول لدى السامع، السائل أيضا. ومما لا يخفى أن عناصر البنية، المتمثلة في "يقسم" - "وقعت الحدود" - "صرفت الطرق"⁽¹⁾، هي بنية غير متجانسة مع العناصر الأخرى "الشفعة في ما لم"، "في كل ما"، داخل النص، أو البنية المرفولوجية للخبر، لأن تفاعل جملة هذه العناصر في نسقها يؤدي إلى إبهام وغموض يسهل تحريف المعنى، وإعطائه مفهوما غير مفهوم الخبر الأصل المنقول أو المراد نقله أو توضيحه مضمونه ونطاقه، إذ لا يمكن أو على الأقل، لا يتصور، أن يرد وضع الحدود ووقوعها إلا على شيء مادي في حقيقة اللفظ، وبذلك تبقى طبيعة الرسالة التي تنقلها هذه الرموز تحدها الثقافة التي عاش فيها المرسل والمتلقي، والراوي والمروى عليه، ولذلك نجد استعمال فعل "يقسم" قد نتج عنه التشتت وعدم الترابط العضوي بين

(1) صرفت بضم الأول، وتخفيف الثاني، وقيل تشديدها، أي بينت مصارفها، كأنه من التصريف والتصرف، أي خلصت وبانت، وهو مشتق من الصرف بكسر المهلة - وهو الخالص من كل شيء، سمي بذلك لأنه صرف عنه الخط.

المقاطع الأخرى على مستوى بنية النص، فهذه الكناية عن الشركة أحدثت شرحا واسعا في نظرية الشفعة، وجعلت الخبر محتملا معان تسهل انسياب حكمها وتعدد تطبيقه.

كما أن عنصري البنية "وقعت الحدود" و"صرفت الطرق" غير منسجمين، وجعلا النسق معقدا أو فاسدا في نظامه، ويشيران إلى أن الشفعة لا ترد إلا فيما لم يقسم مما تقع فيه الحدود، وتصرف فيه الطرق كناية عن الأصول المشتركة وذريعة لتخصيص الخبر.

كما يظهر واضحا أن استعمال الألفاظ-جعل، قضي، يقسم، وقع، صرف، إنما، كل ما لم - إنما لتبليغ الحديث النبوي الشريف الأصل "الشريك شفيح والشفعة في كل شيء" قد انتهى إلى الإبهام والغموض، لا إلى البيان والتبيين، فبات النص محلا للاحتمال والتأويل، إن لم يصبح احتماله سببا لسقوط الإذلال به، فكل هذه الأدوات تقم أفكارا خارجة عن النص، وكلها زيادات أو إضافات وتغييرات.

وغني عن البيان الافتراض في الكلام المفيد أمران:

- أن يكون بقدر الحاجة إليه، لا زائدا عليه، وإلا كان عبثا، ولا ناقصا، وإلا أخل بغرض الإفصاح.

- أن يكون لكل عنصر من عناصر الجملة المفيدة موقع محدد داخلها، بحيث يحدد مجموع مواقع وأمكنة هذه العناصر المكونة لبنيتها العلاقات بين تلك العناصر وترتيبها أو شبكة التواصل بينها، وحدود النسق الذي تفصله عما يحيط به.

صحيح أن اللغة العربية لغة الوحي الظاهر، تمتلك خصائص خاصة، وتنفرد بقدرات وأساليب متعددة في تأدية الخبر، والتعبير عن معناه، لكن، كل تقديم لفظ أو تأخير، أو استعمال المصدر، أو الجملة الاسمية أو الفعلية، أو أداة ما، يؤدي إلى تغير في المعنى، لأن كل بنية تعبر عن معنى خاص لا ينضبط مع معنى بنية مماثلة حتى لو تضمنت على مستوى تركيب الجملة المفيدة نفس الكلمات والحروف والأدوات، وخلافا لذلك، لم يهتم علماء الحديث بالفصل بين المصطلحات والمفاهيم، ولم يأخذوا بعين الاعتبار ما بينهما من فروق، وإنما

ركزوا مجهوداتهم على نحت ألفاظ ومصطلحات تتفق مع تصوراتهم، كما أنهم لم يلتزموا الدقة المفروضة في نقل سنة الله في خلقه⁽¹⁾.

إن استعمال أداة الحصر في أول الخبر للتأكيد والحصر، ورفع اللبس وإظهار نطاق الشفعة، حشو أدى إلى تفكيك معنى الخبر وحمله أكثر من معنى، فكما أن هذه الأداة تفيد إثبات المذكور، ونفي ما عداه، قد تفيد كذلك الإثبات بطريق الكمال كما هو معروف عند علماء اللغة والأصول، أي أن الراوي قصد إفادة حصر الشفعة في كل ما لم يقسم بين الشركاء، فجعل صدر الخبر إثبات الشفعة في غير المقسوم، ونفيها عن المقسوم في آخره عند وقوع الحدود وصرف الطرق، غير أن السامع والقارئ قد يفهم من هذه الصياغة شمول الشفعة للمقسوم، لأن أداة الحصر لا تقتضي نفيه، بل تفيده.

وهذا الفهم يسري على الحديث، حتى روايته في صيغة الجملة الاسمية "الشفعة فيما لم يقسم ... فلا شفعة" والتي وإن دلت على انحصار الشفعة في العقار المشترك، لأن "ال" في الشفعة قد تفيد أن الشريك ليس وحده الذي يستحقها، إذا "ال" قد تكون للمبالغة أيضاً، إن قيل "إذا وقعت الحدود فلا شفعة" بمجرد وقوع الحدود، وعندئذ إذا حصل الاشتراك في الطريق، فالشفعة ثابتة، وإن وقعت الحدود، وهذا خلاف يجاب عليه على وجهين:

الوجه الأول: إن من الرواة من اختصر اللفظين، ومنهم من جود الحديث فذكر صرف الطرق، ولا يكون إسقاط من أسقط أحد اللفظين مبطلا لحكم اللفظ الآخر.

الوجه الثاني: إن تصريح الطرق داخل في وقوع الحدود، وهو مشترك الإلزام، لأن الطريق إذا كانت مشتركة لم تكن الحدود كلها واقعة، بل بعضها حاصل، وبعضها منتف، ووقوع الحدود من الوجهين يستلزم تصريح الطرق.

خبر جابر: قوله "الشفعة في كل شرك لم تقسم ربة أو حائط" حصر الشفعة في العقار، وتخصيص عمومها في جميع الأموال الواردة في الروايتين الأخروين "قضى بالشفعة في كل شيء"، وقضى بالشفعة في كل ما لم يقسم".

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ص 52-53.

وظاهر النص هذا الذي تؤيده رواية أخرى عنه بلفظ "لا شفعة إلا في ربع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن..."، لا يعقل أن يقاوم منطوقات الحديث الصحيحة عنه، ويشير التساؤل عن ماهية الشفعة في نظرية جابر، أو على الأقل فيما نسب إليه.

- قوله "لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه إن شاء أخذ وإن شاء ترك"؛ جاء في إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى أن ظاهره أنه يجب على الشريك إذا أراد البيع أن يؤذن شريكه، ومعناه أن الملك على الشياح إذا أراد بيع حصته وجب عليه أن يعرض على شريكه الشراء، أي يوجهه عليه، وهذه المرحلة سابقة لنشوء الحق في الشفعة، وسياقه مصدر لحصر أسباب نشوء حق الشريك في شفعة المبيع، وتفسير غير دقيق لحديث حبر الأمة ابن عباس رضي الله عنه تعالى.

- أما قوله "فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به" ففيه مسألتين⁽¹⁾:

المسألة الأولى: إذا عرض الشريك البيع على شريكه فأذن فيه ثم باع ثم أراد الشريك أن يستعمل حقه في الشفعة، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة أن له أن يأخذ بالشفعة، ولا يكون مجرد الإذن أو العرض مبطلا لها. ويقوم دليل الأولين على الأخبار الواردة في شفعة الشريك الجار من غير تقييد، لأنها منطوقات لا يقاومها مفهوم هذا الحديث، أما دليل الآخرين فمبني على مفهوم الشرط الذي يقضي بعدم ثبوت الشفعة للشريك إذا استؤذن فترك.

المسألة الثانية: إذا باع الشريك حصته دون أن يعرض الشراء على شريكه، فهنا يكاد بعض العلماء يجمعون على نشوء الشفعة للشريك في هذه الفرضية، غير أن البعض يرى أن قوله "أحق به"، يعني بما باعه شريكه، أي، بما أراد شريكه بيعه، لا لأ الشفعة أخذ من المشتري، وهذا أخذ من البائع.

وحقيقة الأمر أن جزء من كلام، فقه، علم وتبليغ جابر في موضوع الشفعة والذي يشكل نظرية الشفعة في علمه، مضمونها يتلخص في أن يعرض الشريك الذي ينوي بيع حصته على الشياح على شركائه، الأمر، ويوجه إليهم إيجابا جديا، فإن قبلوا اشتروا وإن

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ص 56-57.

أعرضوا باع لغيرهم، ولا معنى لقوله "إن شاء أخذ وإن شاء ترك" إلا أن يكون الأخذ شراء بالثمن الذي يتفق عليه الطرفان برضاهما، وأن يقصد بالترك إعراض الشريك الآخر عن الإيجاب الموجه إليه وإسقاط أولويته بالشراء أو أحقيته به، وقد ورد هذا المعنى في رواية مسلم عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من كان له شريك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ وإن كره ترك".

وفي رواية النسائي عنه بلفظ "أيكم كانت له أرض أو نخل فلا يبيعها حتى يعرض على شريكه".

حديث ابن عباس: يتضح بدون عناء أن هذا الحديث يتطابق فيه اللفظ والمعنى، ظاهره يدل على معناه بصيغته على قرينة خارجية تبينه، فلفظ الشيء أدق تعبير لموضوع الشفعة، وعبرة الشريك واضحة لا تحتمل المجاز في الأموال والأشخاص، تستغرق جميع الشركاء في جميع الأموال، لا يتسع لفظه لأكثر من معناه، ويستغرق جميع أفراد ما يصلح له، وبتعبير آخر" عن إرشاد الفحول للشوكاني، أن هذا الحديث من النوع الذي يسميه الأصوليون ببيان التقرير، جلي لا يتطرق إليه التأويل، عام لكثير، غير محصور في عدد معين، وضع وضعاً واحداً يشمل خطابه جميع الأشخاص وجميع الأموال، وظاهره ثبوت الشفعة في كل مال مقوم، عقاراً كان أو منقولاً من أرض أو شجر أو ثمار أو طعام أو حيوان، من أي شيء، لفظه يدل على الحكم الذي سيق من أجله الكلام دلالة واضحة، فهو نص في التماثل بين الأشخاص في صفة الشفع، ونفيه بين الأموال المشتركة والمفرزة في وجوب الشفعة.

وهو ما يلاحظ عليه، بخلاف باقي الأحاديث الواردة في الشفعة، لا علة فيه ولا حزم، ثابت ومتواتر تشهد له أخبار وأحاديث أخرى.

ثانياً: نظام الصقب

الصقب في لغة العرب، القرب، يقال بالسین والصاد، وصقبت الدار أي قربت⁽¹⁾، والصقب الطويل في كل شيء، ونقول: أصقبه فصقب، أي قربه فقرب، والصقب العمود

(1) محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الواسطي الزبيدي الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء الخامس، ص 400-401.

الذي يكون في وسط الخباء، وهو الأطول، والجمع صقوب، و"الجار أحق بصقبه" أي "بما يليه ويقرب منه"⁽¹⁾.

والصقب في عرف العرب أولوية الجار في شراء عقار جاره المراد بيعه ليتصل له الملك أو ليندفع عنه الضرر، وهو من التقاليد والأعراف المتوارثة منذ القديم.

وقد روى البخاري عن عمرو بن التريد أنه قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة ووضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال سع: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال أبو رافع: لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار، ولو لا أنني سمعت النبي يقول: "الجار أحق بسقبه" ما أعطيتكما بأربعة آلاف، وأنا أعطي بهما خمسمائة ديناراً فأعطاهما إياه⁽²⁾.

وقد ثار خلاف كبير بين أهل الحديث والفقهاء حول مضمون هذا الأثر حيث:

1- قال ابن المنذر: ظاهر حديث أبي رافع أنه كان يملك بيتين من جملة دار سعد، لا شقصاً شائعاً من منزله، ويدل على ذلك ما ذكره ابن شبرمة أن سعداً كان اتخذ دارين بالبلاط متقابلين بينهما عشرة أذرع، والتي على يمين المسجد منهما لأبي رافع، فاشترها سعد منه، ثم ساق الحديث، فاقترضى لكلامه أن سعداً كان جاراً لأبي رافع قبل أن يشتري منه داره، لا شريكاً.

2- وقال الإمام الشوكاني: حديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقاً لأنه يقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد، حتى من الشريك.

3- حمل البعض لقب الصقب على الشفعة استناداً إلى قول الشريد بن سويد لرسول الله صلى الله عليه وسلم "أرض ليس لأحد فيها شريك ولا قسم ولا مال، قال عليه الصلاة والسلام: "الجار أحق بسقبه ما كان"، قيل يا رسول الله: ما صقبه؟ قال: "شفعته".

4- قال الشافعي: المراد بالجار الشريك، فقد يطلق اسم الجار على الشفيع، وقال ابن بطال: استدلل به أبو حنيفة وأصحابه على إثبات الشفعة للجار، وأوله غيرهم على أن المراد

(1) المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص 329.

(2) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 14.

به الشريك بناء على أن أبا رافع كان شريك سعد في البيتين، ولذلك دعاه إلى الشراء منه، وأما قولهم: إنه ليس في اللغة ما يقتضي تسمية الشريك جارا فمردود، فإن كل شيء قارب شيئا قيل له جار، وقد قالوا لامرأة الرجل: جارة لما بينهما من المخالطة، فافتضى كلاهما أن سعدا كان جارا لأبي رافع قبل أن يشتري منه داره، لا شريكا له⁽¹⁾.

والواقع أن الاختلاف حول مضمون هذا النص يرجع إلى الالتباس والتداخل الواقع في مفهوم نظامين مختلفين متوارثين قديمين سابقين لظهور الدين الإسلامي في شبه الجزيرة العربية، يجريان كلاهما على العقار، وبعد انتشار الإسلام، تأصلت الشفعة مستقلة عن الصقب، وبني الصقب أو الجوار على أسس ومبادئ تختلف جوهريا عن أسس وضوابط الشفعة، فالشفعة لا تقوم بإرادة الأشخاص بل بنص قطعي الدلالة والثبوت، بينما الصقب لا يلزم البائع أو المشتري، وإنما تلعب في نشوئه إرادة البائع دورا مؤسسا، فحينما يريد مالك عقار أن يبيع عقاره يأتي المجاور يطلبه أن يوليه البيع ليدفع عنه الضرر أو ليتصل له الملك.

وأكد أن اعتماد الفقهاء على الخبر المذكور مع احتمالته أكثر من معنى، لا يمكن ترجيح أحدها على غيره، ما جعل الفقهاء المسلمين يختلفون في أحكام الشفعة بسبب اختلاف طرق ووسائل التعامل مع الخبر، الذي هو القناة الأولى الرئيسية، والمنبع الأصل الذي تدفق منه سيل الاختلافات التي يعرفها فقه الشفعة الذي نبين حيثيات تأسيسه للشفعة في مطلب الموالى.

المطلب الثالث: الفقه الإسلامي

والفقه في لسان العرب "العلم بالشيء والفهم له"، بمعنى: فهم غرض المتكلم من كلامه فهما عميقا نافذا يتعرف غايات الأقوال والأفعال"، وهو في المعاج الوسيط "الفهم والفتنة والعلم"، وفي مجمل اللغة "العلم بالشيء وكل علم بشيء فقه"، أما في اصطلاحهم فهو: "علم الشريعة الإسلامية وأحكامها وفروعها"، أو هو "العلم بالأحكام الشرعية المكتسبة من أدلتها التفصيلية بالاستتلال".

(1) أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الجزء الحادي عشر، الطبعة الثانية، 1392هـ، ص 47.

ويجمع فقه الشفعة مؤلفات من كل جيل وعصر، يميزها تعدد وتناقض الأحكام، فقد جرّ اعتماد الفقهاء المسلمين المؤسسين على اختلاف اتجاهاتهم على خبر الموطأ والدوران حوله إلى اختلافات وخلافات تكاد تصيب نظرية الشفعة بالاضطراب والتفكك، فما كاد العلماء يجمعون على ثبوته حتى تفرقت المذاهب الفقهية في تأويل مصطلحاته وألفاظه ومفاهيمه، فتنوعت قراءتها، وتعددت الأحكام المستنبطة أو المستخرجة منه؛ ويمكن جمع أسباب الاختلاف في تعقيد هذا النص فيما يلي⁽¹⁾:

- ما يرجع إلى النص في ذاته كاختلاف في تصحيحه وتضعيفه، وشروط قبوله أو الاختلاف في ما يلحق دلالاته من الاشتراك اللغوي والحقيقة والمجاز والعموم والخصوص.
- ما يرجع إلى الاجتهاد الفقهي وأدواته وقواعده، كالاجتهاد بالقياس، والاستصلاح، وما يتبعه من اختلاف في إدراك وتحديد علة الحكم.
- وبإيجاز ترجع أسباب اختلاف الفقهاء في تأويل وتعقيد النص إلى النص نفسه من حيث روايته ودلالاته، غير أنهم، وبالرغم من اختلافهم يتفقون في مقصود واحد هو صرف اللفظ عن ظاهره إلى وجه آخر يرجحه كل فريق بما ثبت لديه من الأدلة والقرائن العقلية والعقلية.
- كما تراءى للفقهاء أن أساس تشريع نظرية الشفعة في الفقه الإسلامي ليس شيئاً آخر، غير علتها، أو بسببها أو الغاية منها أو الباعث عليها أو الحكمة أو الهدف منها، دون اعتبار للفروق الواقعة بين هذه المصطلحات، فتصور البعض ذلك في دفع أو رفع الضرر عن الشفعاء، دون اتفاق بينهم في نوع وطبيعة الضرر المقصود درؤه، ولا في من يدفع عنهم هذا الضرر، بينما توهم آخر أن تقنية الشفعة ذاتها خارجة عن أصول الشرع أو مستثناة منه، ويرجع سبب الإشكال كله إلى اختلاف زوايا النظر إلى الشفعة: فمنهم من نظر إلى الشفعة بكونها خلاف للأصل وآخر يقول أن الشفعة خروج عن القياس، ورأي ثالث منه الفقه الإسلامي يرى في الشفعة تنظيم للتركة وجلب للمصلحة أو المنفعة، وهو ما نبين محتواه في فروع هذا المطلب.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 70.

الفرع الأول: الشفعة خلاف الأصل

زعم أبو بكر الأسود، أن الشفعة مخالفة: لقول الله عز وجل: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ} سورة النساء، الآية 29.

و ادعى الأصم وجابر بن زيد أنها لا تثبت للشريك لأن فيها إضراراً بشركائه كما فيها ضرر له، على اعتبار أنه كلما أراد بيع نصيبه يتعذر عليه أن يجد مشترياً له يخاطر بماله مع علمه مسبقاً أن الحصة أو الحق المراد شراؤه قد ينتزع منه، كما أن الشريك نفسه قد يتأخر الشراء، لعلمه أن أحداً لن ينافسه عليه، فيظهر عدم رغبته فيه حتى يبخسه في الثمن.

وقال البعض إنها نظام مضطرب لا يأتلف مع النظام الاجتماعي المعاصر لأن حق المشتري يبقى معلقاً حتى استعمال الشفيع حقه فتنقيد حرية التعامل، ويبقى البيع وحق المشتري مضطربين، مما لا يتلاءم مع مبادئ العدل التي تمنع القيود المعطلة حرية التعاقد والمزلزلة لأركان العقد، ولو أنه مستمد من الشريعة الإسلامية، فهو حق مكروه يجوز الالتجاء إلى الحيلة لإسقاطه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشفعة خروج عن القياس

باستقراء مختلف كتب الفقه الإسلامي، نلمس ظن الفقهاء أن الشفعاء خروج عن قاعدة أساسية ومشهورة في نظرية الرضي، وهي قاعدة (لا يسلب شخص ملكيته إلا برضاه)، فالشفعة فيها قطع ملك المسلم بغير رضاه واختياره، بعد أن توصل إليه بطريق شرعي⁽²⁾، وأن الحق فيها معدول به عن سنن القياس، لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه⁽³⁾، لأن الشفيع بأخذه بالشفعة يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره.

(1) مصطفى مهدي هرجة، الشفعة في أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، عمان-الأردن، دار الثقافة، 1986، ص 05.

(2) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، (1406هـ-1986م)، ص 04.

(3) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 138.

أما البعض فقد اكتفى بالقول: "إنها، وبالرغم من أنها شرعت على خلاف القياس رعاية لمصلحة الشريك ودرء للضرر عنه، فهي قيد على حرية التصرف يستحسن عدم التوسع فيه، وصورة من صور نزع الملكية للمصلحة الخاصة⁽¹⁾."

وقد رد شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المشهور بابن قيم الجوزية بأن القياس ترك هنا بالأخبار، وأن الأصح القول بأن الشفعة أصل في الشرع، ولا يصح أن يقال: إنها مستثناة من القياس، بل هي ثابتة، وقد دلت على ثبوتها الأحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه، وإجماع الأمة، أي، أن الشفعة سنة، وأحد أصول الشرع الإسلامي ومصدره النقل والعقل، ثابتة بالإجماع.

فقد انتقد هذا الجانب من الفقه⁽²⁾، فكيف استباح بعض العلماء لأقلامهم أن تجري بما قرروه من أن الشفعة خروج عن الأصل، أو استثناء من القواعد العامة في المعاملات ومضمونها هو الشرع بذاته! ومن الغريب القول باستثناء قاعدة الشفعة عن الأصل أو بخروجها عن القياس تأسيساً على أن مضمونها يتعارض مع قاعدة إطلاق الحرية الفردية للأفراد في ممتلكاتهم الخاصة، مع أنها قاعدة تنظم الملكية المشتركة، سعياً إلى إقصائها من النظام الشرعي أو تقييد مجال أعمالها؟

فالشفعة تجرى في الأموال المشتركة ولا تتعلق بالأموال المملوكة ملكية فردية حتى تعطي صاحب الحق فيها كل سلطات الحق، ولا شك في أنها قاعدة شرعية ينبغي الخضوع لأمرها دون قيد أو شرط في جميع الأموال المشتركة، مهما كانت الظروف، وبغض النظر عن النتائج والآثار أياً ما كانت، أما مسألة استقصاء مضمونها إن كان يتفق أو لا يتفق مع مقتضى الحرية الفردية للقول بمشروعيتها في الحالة الأولى، وبانعدامها في الحالة الثانية، فتلك مسألة تخرج كلية عن نطاق الشفعة، وكل ما في الشريعة الإسلامية السمحة يوافق العقل، وليس فيها ما يخالف القياس.

(1) محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب كسب الملكية: الاستيلاء-الالتصاق-الشفعة)، مصر، المطبعة العالمية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، 1952، ص 03.

(2) أحمد باشا، المرجع السابق، ص ص 74-75.

الفرع الثالث: الشفعة تنظيم للشركة

من المسلم به أن الشركة تجلب الضرر للشركاء لأن بعضهم يتعدى على البعض، لقول الله تعالى: {وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ⁽¹⁾ يَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ}، وبما أن إنهاء حالة الاشتراك أو الشيوع أو الشيع بالقسمة أو بالتصفية ضررا، لما فيها من مصاريف عديدة، وحرمان المتقاسمين من الانتفاع بالمرافق وإخراجهم من الشيع بغير رضاهم، وبما أن الشريك الجديد قد يسيء للشركاء بما يترتب على دخوله من مضايقات تمنع حسن التصرف، أو قد يطالب بالقسمة، فقد شرع الله تعالى الشفعة كأصل في الشرع لإنهاء هذه الحالة مستقبلا بتقليل عدد الشركاء تدريجيا، ودفع الضرر عنهم حالا.

ويذهب رواد هذا الاتجاه إلى أن في الشفعة تطبيقات عملية لكثير من القواعد والأسس القائم عليها التشريع الإسلامي⁽²⁾، فالبغي والظلم "ضرر شرعت الشفعة لإزالته كما هو الحال بالنسبة لكثير من الأحكام الأخرى كخيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، والإجبار على القسمة، فالضرر يزال، وهي تعمل على رفع الضرر الذي يلحق الشركاء من دخول شريك جديد عليهم، وتخفف الضرر الناتج عن انتزاع الملكية من المشتري بالتعويض له، فلا ضرر ولا ضرار ولا حرج، فقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر عن الشركاء لكنهم اختلفوا في نوع وطبيعة الضرر المراد رفعه، والمضروور المرفوع لمصلحته:

- فذهب الشافعي وفريق من المالكية إلى أن الشفعة مشروعة لرفع ضرر قسمة المال المشترك القابل للقسمة العينية فقط، إذ هو وحده الذي يخشى طلب القسمة فيه، أما ما لا يقبلها، سواء بطبيعته أو بحسب ما أعد له، فلا شفعة فيه.
- ويرى بعض المالكية أن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة بإعطاء الشريك الحق في شفعة ما باعه شريكه للغير، وبذلك يضمن الضرر من غير الاضرار

(1) خلط الشيء بالشيء ضم إليه ومزج به، وخالطه مخالطة وخلطا، مازجه وعاشره، والخلطة: الشركة، الخلط، اختلاط الناس والمواشي، المخالطة: المشاركة، الخليط، ج خلط وخلطاء.

(2) محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، بيروت، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، (1413هـ-1993م)، ص

إلى قسمة ذلك المال المشترك عقارا كان أو شجرا أو حيوانا مما يقبل القسمة أو لا يقبلها، وهو قول الإمام أحمد في رواية.

- وقال الحنفية: إنما هي مشروعة لرفع ضرر الشركة والجوار، فكما يسيء الشريك إلى شريكه، قد يسيء الجار إلى جاره، فورود الشرع هنا يكون ورودا له هناك، وترد في أي عقار.

ويعود سبب الخلاف بين الفقهاء حول تحديد أساس أحكام الشفعة إلى مسألتين: ففضلا عن افتراضهم بأن الشركاء هم الخطاء، افترضوا بأن إضرار المالك الجديد بالشركاء أمر وارد ومؤكد، وإن اختلفوا في نوعه.

وباستقراء مختلف ما جاء في ذلك في الفقه الإسلامي، نجد أن الضرر المجعول علة لسن الشفعة، كما واضح، ليس ثابتا، فزيادة على كونه مرنا ومضطربا، غير منضبط ولا محدد، ولا منعكس، لا يصح اعتباره علة لتشريع الشفعة أو لحكمها.

فأمر ضرر القسمة، وبالرغم من أن القسمة ليست بضرر لأنها مشروعة، كما أن ضرر المالك على الشيعاء اللاحق به بالقسمة لا يرفع بالشفعة إذا كان الشركاء أكثر من اثنين مادام كل شريك يستطيع اللجوء إلى القسمة.

أما ضرر الشركة، سواء بسبب الشركاء أنفسهم أو بسبب شريك جديد عليهم، فيمكن رفعه بالقسمة، أو باللجوء إلى القواعد العامة والقواعد المنظمة للشيعاء، ويبقى هذا الضرر، في كل الأحوال، مجرد ضرر محتمل غير مؤكد الوقوع، وغير معتبر إذا كان المالك الجديد أحد الشركاء.

ويتبين بوضوح أن فكرة الضرر التي بنى عليها جمهور الفقهاء أحكام الشفعة، وأيا ما كانت صورته أو طبيعته، وبكل أشكاله، أمر تقديري نسبي تختلف من شفيح إلى آخر، ومن مال إلى مال، وهو في حقيقته لا يزيد عن كونه مجرد افتراض عقلي بحث عنه الفقهاء الذين اتخذوه مطية لتعليل مشروعية الشفعة لما لم يتبين لهم من النصوص المؤسسة لها أي دليل على اعتبار أو عدم اعتبار المصلحة القائم عليها حكمها، لأن حكم الشفعة لا يرتبط به ارتباطا وثيقا، فوجب من ذلك ربطها وجودا وعدما بأمر آخر منضبط ظاهر ومناسب، لا يتغير ولا يتبدل بتغير أو تبدل الأحوال والأزمان والأشخاص.

فلم يميز الفقهاء حول اصطلاح أساس تشريع الشفعة، ولم يميزوا بين علتها وحكمتها، فسماه البعض حكمة، والبعض علة، والآخر غاية أو هدفاً، ورغم اختلاف هذه المصطلحات أو الألفاظ، وتعدد مناهج البحث ومشارب الباحثين، فإن الجميع يقصد رفع الضرر عن الشريك، وأياً ما كانت مصطلحاتهم المستعملة، فالمعنى واحد هو العلة⁽¹⁾، وبالرجوع إلى الحديث النبوي الشريف "الشريك شفيح والشفعة في كل شيء" كدليل شرعي يبين لنا أن هذا الحصر مبني على مقدمتين.

- الأولى راجعة إلى تحقيق مناط الحكم، وهذه نظرية.

- الثانية راجعة إلى نفس الحكم، وهي نقلية.

فكلما طلب شخص شفعة جزء من ملك على الشيعاء، فإنه لا يتم استشفاع ذلك الجزء حتى يكون متوفراً على صفة تؤهله ليستعمل حقه، فإن طلب شفعة الجزء المذكور، قيل له: هل أنت شريك أم لا، إذ لا بد من النظر في كونه شريكاً أم غير شريك، وهذا هو معنى تحقيق المناط، فإذا ثبتت إمارة الشركة، أو حقيقتها، بنظر معتبر، قيل له: كل شريك شفيح. والشركة أمر ظاهر منضبط، واعتبارها علة لحكم الشفعة فيها مظنة تحقيق الحكمة منه، وعليه، فإن بناء حكمها على هذه العلة الظاهرة المنضبطة أوجب من بنائه على غيرها⁽²⁾.

فالعلة هي الشركة، والحكمة جلب المصلحة، وهذه الحكمة مفترقة ومبنية على قرينة قاطعة، وهي مصلحة مؤكدة للشريك في ضم الحصة المتنقلة من الملك على الشيعاء إلى غيره، إلى حصته غير المفترزة لتوسيع مزرعته أو ضيعته أو مسكنه، أو الاستقلال بسيارته أو سفينته أو طائرته أو مصنوعاته أو خشبه أو كتابه أو جواهره، أو ثيابه أو ثماره أو زرع أو خضره أو مواشيه، أو أدواته أو آلاته المصنعية أو المعملية.

والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي يعتمد من خلال ما وصل إلينا من مصادر فقهية هامة - أساساً على منهج الاستنباط للوصول إلى معاني دقيقة للأخبار والأحاديث، وجاء في لسان العرب أن: "الاستنباط في اللغة هو الاستخراج، وأصله من النبط، وهو الماء الذي يخرج من

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 79.

(2) مهدي فضل الله، الاجتهاد والمنطق الفقهي في الإسلام، بيروت، دار الطليعة، [ب س ط]، ص 181.

البئر أول ما تحفر، ثم استعمل في استخراج الشيء من مأخذه، سواء كان ذلك في الحسيات كاستخراج الماء من البئر، والجوهر من المعدن، أو في المعنويات كاستخراج المعاني من النصوص، غير أن الاستنباط حينما يستعمل في المعنويات يكون مجازاً من قبيل الاستعارة، وقد شاعت هذه الاستعارة حتى صارت حقيقة عرفية، فصار الاستنباط بمعنى التفسير والتبيين، وقال الجرجاني: "والاستنباط ليس بعيداً كثيراً عن دائرة المعنى اللغوي إذ قيل أنه: "استخراج المعاني من النصوص بغرض الذهن وقوة القريحة"، وقال هو: "استخراج للأحكام الشرعية من مصادرها بواسطة القواعد الأصولية التي تعتمد على عملية تفسير النصوص الشرعية تفسيراً فقهياً، لتبقى الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة أساساً للشفعة بكل جوانبها ولمختلف أحكامها، وبعد أن تبين لنا ذلك ونفينا ما قيل عن أصول للشفعة في القوانين القديمة وأكدنا أن الأصول الأولى للشفعة عربية قبل الإسلام، وازدهرت أحكامها بعد الإسلام، فحدد موضوعها، وبين نطاقها وأكمل ما كان منها ناقصاً وأتى بنظرية خالدة للشفعة تبقى المصدر الرسمي والأساسي للشفعة، بالإضافة إلى مصادرها في القوانين المعاصرة والتي تشكل موضوع البحث عنها المبحث الثاني من هذا الفصل.

البئر أول ما تحفر، ثم استعمل في استخراج الشيء من مأخذه، سواء كان ذلك في الحسيات كاستخراج الماء من البئر، والجوهر من المعدن، أو في المعنويات كاستخراج المعاني من النصوص، غير أن الاستنباط حينما يستعمل في المعنويات يكون مجازاً من قبيل الاستعارة، وقد شاعت هذه الاستعارة حتى صارت حقيقة عرفية، فصار الاستنباط بمعنى التفسير والتبيين، وقال الجرجاني: "والاستنباط ليس بعيداً كثيراً عن دائرة المعنى اللغوي إذ قيل أنه: "استخراج المعاني من النصوص بغرض ذهن وقوة القريحة"، وقال هو: "استخراج للأحكام الشرعية من مصادرها بواسطة القواعد الأصولية التي تعتمد على عملية تفسير النصوص الشرعية تفسيراً فقهياً، لتبقى الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة أساساً للشفعة بكل جوانبها ولمختلف أحكامها، وبعد أن تبين لنا ذلك ونفينا ما قيل عن أصول للشفعة في القوانين القديمة وأكدنا أن الأصول الأولى للشفعة عربية قبل الإسلام، وازدهرت أحكامها بعد الإسلام، فحدد موضوعها، وبين نطاقها وأكمل ما كان منها ناقصاً وأتى بنظرية خالدة للشفعة تبقى المصدر الرسمي والأساسي للشفعة، بالإضافة إلى مصادرها في القوانين المعاصرة والتي تشكل موضوع البحث عنها المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: الأصل التاريخي للشفعة في القوانين المعاصرة

إن الشفعة نظام إسلامي أصالة، وأساس الشفعة في الشريعة الإسلامية أو في القانون المدني هو ما جاءت به مصادرها المختلفة على نحو ما بيناه في المبحث الأول، ومن باب البيان نشير إلى أن الشفعة وجدت لها بعض التطبيقات عبر مختلف العصور التاريخية، بسبب وجود ما يسمى "حق التفضيل" لصالح بعض الأشخاص لاكتساب ملكية ذات المال، ولقى ذلك عقبات مختلفة على مر العصور، ففي كل شفعة نقل للملكية من المشتري إلى الشفيع، وذلك التملك تبرزه اعتبارات متعلقة بالمصلحة الاجتماعية أو بالنظام الاقتصادي، ويستخلص ذلك من مراجعة الأسس المختلفة التي استندت إليها الشفعة غير الأجيال؛ وهو ما يشكل محور المطالب التالية.

المطلب الأول: الشفعة في العصور القديمة

إن تاريخ الشفعة مرتبط ارتباطاً وثيقاً بتاريخ الملكية⁽¹⁾، ونعلم أن الملكية كانت قديماً متعلقة

(1) نعيم مغنغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، (دراسة في القانون المقارن)، بيروت، الجامعة اللبنانية، الطبعة الثالثة، 2001، ص 166.

بالعائلة، وأن الجماعة غير العائلية ذاتها، كان لها نوع من حق النقض على جميع التملكات التي كان الأجانب يقومون بها، فإلى أعضاء هذه الجماعة، وبخاصة إلى الأقرب منهم، كان من المقتضى أن يتقدم أولا من كان مزمعا على بيع أرضه، وكذلك أيضا كان ينبغي أن يتصرف من كان ينبغي شراء أرض لم يكن له عليها أي حق تفضيل، أو كمان لسواه عليها حق أسبقية، إذ يشرع بسؤال صاحب الأولوية، ما إذا لم يكن يشاء أن يستعمل حقه، فإذا كان البيع علنيا، سيكون لهم حق تفضيل على الملك أن يمارسوه، قبل أن يخرج هذا الملك من البائع.

ولقد تعرف الرومان على بعض الأشكال للشفعة، أهمها ما وضعه قسطنطين لصالح الأقربين ومساكينهم، والذي لم يدم سوى مدة قصيرة، ثم ألغي بموجب القانون الصادر سنة 391 ميلادي، من فالانتيانيانوس وتاودوسيوس وأركاديوس، وبعد ذلك أعاد جوستينيانوس نفاذه، ولكن فقط على نقل مستأنجر الحكر العائد له على الشيء، إذا كان يحق عندئذ لهذا الأخير، إبلاغ هذا النقل من المالك، الذي كان بإمكانه، إما استرداد الحق الذي نقلت ملكيته، وإما فرض رسم قدرة 2% من الثمن.

ويدعي جانب من مؤرخي القانون الروماني أن نظام الشفعة مقتبس من نظام البروتيميزيس البيزنطي *La Protimésis Byzantine*⁽¹⁾ لمجرد التشابه بين النظامين، ولأن العلم التشريعي الإسلامي لم يتكون في نظرهم إلا في أواخر العهد الأموي، بعد أن فتحت الحضارة الإسلامية أبوابا لمن أسلم من غير العرب الذين يعود إليهم الفضل في نقل المبادئ والأحكام القانونية التي عرفوها إلى السلام، ورأوا أن الشرع الإسلامي ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلا وفق الأحوال السياسية في المعاملات العربية بتبديل لا يذكر.

ولاشك إذن في رومانية الشفعة عندهم، مادام الرومان متواجدين إلى جانب العرب في الشام والعراق زمنا طويلا كاف لتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني، ويزعمون أن

(1) البروتيميزيس، نظام ضريبي، تمت المصادقة عليه في الاتفاق المسمى ببري بروتيميزوس *Protimésosperi* الذي هياه وأنشأه نوفل رومان الأول لوكابين *le capène Novelle romain premier* سنة 922 ميلادية، وأصبحت بمقتضى النظام الجديد كل الأموال الموجودة بمركز حضري مسؤولة بالتضامن عن أداء الضريبة، وفي المقابل أصبح من حق كل ملزم بأداء الضريبة التضامنية أن يسترد الحصة المبيعة كي يتقضى الضريبة عن المشتري متى ظهر عسره مادام هناك تضامن بين الأموال في أداء الضريبة (جاء في مقال للدكتور مصطفى الإدريسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، المغرب، بعنوان: آثار ممارسة الشفعة على الملكية العقارية في ضوء التشريع العقاري المغربي، ص 25).

العرب قد تأثروا بالقانون الروماني، ويزعمون أن العرب قد تأثروا بالقانون الروماني عن طريق اليهود والنصارى، ما أدى إلى تأثر الفقه الإسلامي بطريقة غير مباشرة بالقانون الروماني.

غير أن الأدلة التاريخية الثابتة تؤكد أن القانون اليهودي يعيد بنفسه عن التأثر بالقانون الروماني، وتؤكد أن هذا الأخير هو المتأثر بالقوانين اليهودية، خاصة في العصر البيزنطي، إذ ظل اليهود في بلاد الشام متمسكين بتقاليدهم ودياناتهم رمزا للتجذر والاستقلال عن الحكم الروماني، ما أدى إلى صراع بين الطرفين ترتب عنه تدمير أورشليم في أيلول سنة 70 ميلادية، وإجلاء اليهود وتفرقهم في المدن الآسيوية والكلدانية⁽¹⁾، أما بالنسبة للنصارى، فإن مراكزهم الثقافية في الإسكندرية وأنطاكية بعيدة عن الجزيرة العربية التي لم تكن تدين غالبيتها بالمسيحية، فضلا عن أن العرب قبل الإسلام كانوا أمة أمية غير متأثرين بحضارات الأمم المنحصرة المجاورة لهم، وأن عرب نجران المتصلين بالأحباش أكثر من اتصالهم بالرومان كانوا اليعاقبة لا من النساطرة⁽²⁾، ولم يتأثروا بحضارات جيرانهم إلا تأثرا شكليا، ولم يترتب على علاقات اللخمييين مع الفرس والغساسنة مع الرومان تبديل جوهري في العادات التي فطروا عليها، ولم يكن يطبق عليها القانون الروماني، كما تمسك المصريون والشاميون، والمغاربة، بأعرافهم وعاداتهم وقوانينهم المحلية.

المطلب الثاني: الشفعة في العصور الوسطى

لقد تعرف البيزنطيون، على بعض التطبيقات للشفعة، تتجب عن "المرسوم الجديد" رقم 114 الصادر من الإمبراطور، لاون الحكيم، الذي يعود تاريخه إلى ما بين سنة 894 ميلادية و 896 ميلادية، وبموجب هذا المرسوم الجديد، فإذا كان مبدئيا، كل مالك صفي حر في التصرف بملكه لمصلحة أي شخص كان، إلا أنه قد أقر لاكتسابه بحق تفضيل لصالح الجيران⁽³⁾.

(1) صوفيا أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، القاهرة، مكتبة النهضة، [ب س ط]، ص 63.
 (2) انتشرت النسطورية في الحيرة واليعقوبية في غسان والشام، والنسطورية مذهب من المذاهب المسيحية التي ظهرت في القرن الخامس الميلادي نسبة إلى الأسقف نسطوريوس، ويعتقد أنه يوجد في المسيح شخص إلهي وشخص بشري يتصل أحدهما بالآخر بانسجام تام في العمل، ولكن ليس بتلك الوحدة التي تظهر في شخص واحد، واليعقوبية مذهب آخر ينسب إلى يعقوب البردعاني، ويقول هذا المذهب إن السيد المسيح هو الله والإنسان اتحدا في طبيعة واحدة هي المسيح: ص 309 من كتاب تاريخ سوريا ولبنان وفلسطين لقلبي حتى، بيروت، الجزء الأول، ورد في هامش المؤلف أحمد أباش، المرجع السابق، ص 22.
 (3) فرج أبي راشد، الشفعة، (نصوص، اجتهادات، فقه)، بيروت، 1966، ص ص 129-130.

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

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

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

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

المطلب الثالث: الشفعة في العصر الحديث

إن أول قانون صدر في العصر الحديث، هو التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804م، ومن خلال استقراءنا لهذا القانون، نجد أنه لا يحتوي على أحكام قانونية تتعلق بالشفعة، وإن كانت هناك بعض حالات الشفعة، ولاسيما ما أقره أمر 17 أكتوبر 1945م، والمتعلق بالشفعة بالنسبة للأراضي الزراعية، وتجدر الإشارة أيضا إلى الحق الذي أقره المرسوم التشريعي الصادر في 30 أكتوبر 1935 للمساهمين، بأن يكتتبوا بالأفضلية في

(1) فرج أبي راشد، المرجع السابق، ص ص 131-132.

الزيادات في رأس المال، وإلى الحق الناجم عن المرسوم التشريعي الصادر بتاريخ 08 أوت 1935م، والعائد لمن انتزعت ملكيته في حال نزع الملكية للمصلحة العامة، والذي يخول هذا الأخير طلب استعادة المال المنتزع عندما تبادر الإدارة ببيع هذا الملك خلال مدة عشر سنوات، وكذلك الأمر الصادر بتاريخ 30 جوان 1945 المتعلق بالأسعار، الذي منح الشفعة إلى الإدارات في حال بيع أموال مفروض عليها رسم بالمزاد العلني، وأقر الشفعة لصالح الدولة بالنسبة للحيوانات والحاصلات والسلع المعدة للاستهلاك، وأشياء أخرى، كما نجد أحكام ذلك في قوانين غربية أخرى نبين محتواها في الفرع الأول والثاني من هذا المطلب أما الفرع الثالث فنبين فيه ورود الشفعة في القوانين العربية.

الفرع الأول: القانون المدني الفرنسي

إن الإرهاصات في الفقه الفرنسي موجودة -ولئن هي نادرة- تدل على أن الشفعة ترد على المنقول، خاصة المنقولات التي لها قيمة فنية أو تاريخية، فقانون 31 ديسمبر 1913 معدل بقانون 31 ديسمبر 1921، اهتم المشرع الفرنسي خلاله بالمنقولات ذات القيمة الفنية والتاريخية، إذ أنه أوجب على وزارة الثقافة والفنون أن تقوم بإعداد قائمة بهذه المنقولات ويجري نشرها والإعلان عنها، ويكون ذلك إما بأمر وزاري حال كون المنقول مملوكا لأحد الأشخاص المعنوية العامة، وإما بواسطة مرسوم إذا كان المنقول مملوكا لفرد عادي، والمنقول من هذا النوع يتمتع من إجراء أي تعديل أو ترميم فيه دون إذن وزارة الثقافة وتحت رقابتها⁽¹⁾.

ومن أهم الأحكام التي يبرزها الفقه، التزام كل مالك لمنقول من هذا النوع بإخطار الوزارة المذكورة، فإذا قام المالك بالتصرف فيه عليه أن يتولى تبصير المشتري بصفة هذا المنقول، وطبيعته التي عليها فنيا وتاريخيا، على أن يقوم هذا المتصرف، وهذا المالك، بإخطار وزارة الثقافة خلال خمسة عشرة (15) يوما من تاريخ التصرف، وليس هذا فحسب بل يشير المشرع الفرنسي إلى حكم المادة 37 من قانون 31 ديسمبر 1921، الذي خول فيه

(1) طلبه وهبه خطاب، الشفعة في المنقول، مصر، الولاء للطبع والنشر والتوزيع، (1989م-1990م)، ص ص 83-84.

المشرع للدولة من خلاله حق الشفعة حال التصرف بالبيع في المنقولات ذات القيمة التاريخية والفنية، والدولة لها حق الحلول محل المشتري، وغير خاف أن حلول الشفيع جوهر الشفعة. إضافة إلى المنقولات ذات القيمة التاريخية أو الفنية، والتصرف بالبيع فيها يجعل الشفعة حق يقوم للدولة تمثلها وزارة الثقافة، يتكلم الفقه الفرنسي عن الوثائق التاريخية، التي تخضع للذات بخصوص الشفعة، حيث يتعين على المالك الحائز لوثائق من هذا النوع أن يقوم بإخطار وزير الثقافة، ويمتنع عليه التصرف فيها إلا بعد مرور خمسة عشر (15) يوما على هذا الإعلان⁽¹⁾.

وإذا كانت الشفعة لا تحظى في القانون المدني الفرنسي بأهمية خاصة، فإن "حق الاسترداد" قد حظي باهتمام واضعي القانون المدني الفرنسي، كما أن الفقه الفرنسي يجدد في هذا الحق وسيلة يتمكن معها من استجلاء غموض ما يتقل المال أثناء تحويله إلى حق، ومع ذلك فقد نشأ تزاخم بين الشفعة والاسترداد، وسعى الفقه الفرنسي سعيا حثيثا إلى إثبات استقلالية الاسترداد عن الشفعة؛

فهو بسبيل تحليل حق الشفعة، أو الشفعة باعتبارها فكرة، يذهب الفقه الفرنسي إلى أن الشفعة حق يخول صاحبه ميزتين هما: الأفضلية من ناحية، والاستحقاق من ناحية أخرى، فهو يجعل صاحبه في وضع بأولوية ويتأتى له من خلالها استحقاق هو موضوعها، إذ في حالة البيع بالمزاد تكون الشفعة بمثابة حق في الحلول، وكذا الاسترداد إلى جانبه، أما لو كان البيع بالتراضي فإن الشفعة تكون بمثابة حق أو أفضلية أو أولوية.

وعن الاسترداد فإن جوهره يتشكل من حق المسترد في أن يأخذ مكان شخص طرف في صفقة ليحل محله باعتباره مالكا، فالاسترداد لا يتعدى، في قوامه، تدخل شخص من الغير (هو المسترد) في عقد سبق إبرامه، ويحل محل المسترد منه، وبهذا ينتهي به الأمر بصيرورته حينئذ مالكا، وعلى ذلك فحق الاسترداد الوراثي عند الوارث المسترد يحل محل المتنازل له في حقوقه.

أما الشفعة في ممارستها، فنجد فيها أولوية، ولئن تتفق مع الاسترداد فيه، فإنها تقوم على عكسه، قبل استقرار المتعاقدين البائع والغير، فهي أولوية تكون بمناسبة مشروع عقد لم

(1) طلبه وهبة خطاب، المرجع السابق، ص 85.

يتم تثبيت نقل الملكية بمقتضاه بعد. كما أن حق الشفعة يكون لمجرد نية البيع وبمناسبة بيع كما يزل مشروعاً، إذ المالك يلزم بأن يقدم إلى المستفيد من الشفعة العقد المزمع إبرامه مع الغير، والعلاقة بين البائع وهذا الغير في مرحلة المفاوضات، كما أن ممارسة الشفعة تكون سابقة للبيع، وهذا ما يميزها عن حق الاسترداد، ومنذ اللحظة التي يتم فيها العقد بين البائع والغير في إبرامه نخرج من مجال الشفعة لندخل في مجال الاسترداد.

فقد عني المشرع الفرنسي بحق الاسترداد، وأسدى له أهمية خاصة، ووقف عند ثلاثة صور له، لم يعرف التقنين المدني الفرنسي غيرها، وتأتي في مقدمتها⁽¹⁾:

أولاً: الاسترداد الورائي أو المبرائي، الذي كرس له أحكام المادة 841 من التقنين المذكور، وخولت المادة المذكورة الشركاء في الإرث، حق إقصاء المتنازل له الأجنبي من القسمة لجهة الحصة الإرثية المنقولة إليه من قبل أحد الورثة، وذلك بتسديد ثمن الشراء، إلى المتنازل له المنوه به.

ثانياً: استرداد الحقوق المتنازع فيها، وقد أورد المشرع أحكامه في المادة 1669 وما بعدها من التقنين المشار إليه.

ثالثاً: استرداد الحصة الشائعة، وقد جاءت أحكامه في المادة 1408 -الفقرة الثانية- من التقنين المدني الفرنسي ولم تكن هذه الصورة مدونة في القانون الفرنسي القديم، وعلى أية حال فقد ألغي الاسترداد في هذه الصورة بقانون 13 جوان 1965.

والى جانب الصور المذكورة، وقد انتظمها التقنين المدني الفرنسي بأحكامها، يضعنا الفقه الفرنسي أمام صور أخرى للاسترداد نظمها المشرع خارج إطار التقنين المدني، فقد تكلم الفقه، عما يسمى باسترداد الجوار، ويقوم في إطار نوع من الملكية أساسه العصبية العائلية، وإطاره ملكية مشتركة، وقوامه عصبية القبيلة أو العشيرة أو حتى الأسرة، والإطار الذي يحتضن هذه الصورة، هو الملكية المشتركة للعشيرة أو القبيلة، ومضمون هذه الصورة يتحصل في حق كل عضو في العشيرة في استرداد ما تصرف فيه أحد منها إلى أجنبي.

(1) طلبه وهبة خطاب، المرجع السابق، ص 104.

وقريبا منها، يعرض الفقه لصورة أخرى للاسترداد، يطلق عليها استرداد القرابة العائلية أو الأسرية، ويبني على القرابة والنسب دعامة يستهدف حماية الملكية المشتركة للأسرة، وجوهر هذه الصورة صون الأسرة من التصرفات التبرعية، فهذه، دون ما يتم معاوضة، يعد المجال الحقيقي للاسترداد، ويضاف قيذا أو شرطا في هذه الصورة من صور الاسترداد، أن الحق يثبت للمتقاسم، فليس لغيره ولو كان قريبا، ولا يقوم له بتوافر القيد أو الشرط المذكور، إذا كان التصرف معاوضة، ولذا، وفي حدود قيد أن يكون المسترد متقاسما، يقرب الفقه هذه الصورة من صورة الاسترداد الوراثي، التي حظيت بعناية خاصة في التقنين المدني الفرنسي على غيرها من الصور.

الفرع الثاني: القوانين الغربية الأخرى

لقد نص القانوني المدني الألماني، هو الآخر على الاسترداد الإرثي في المادة 2034 وما يليها⁽¹⁾، ونص على الشفعة بنصوص خاصة، في المواد 504-514، والمواد من 1094 إلى 1104 من مجموعته المدنية التي جاءت فيها أحكام الشفعة كالآتي:

"لكل من له حق شفعة بشيء أن يستعمل حق الشفعة متى أبرم الملزم بهذا الحق عقد بيع على الشيء"⁽²⁾، ويحصل استعمال حق الشفعة بإعلان الملزم بهذا الحق، ولا يخضع الإعلان للإجراءات المقررة لعقد البيع، ومتى استعمل حق الشفعة انعقد البيع بين الشفيع والملزم بالشفعة وفقا للشروط المتفق عليها بين الملزم بالشفعة والغير⁽³⁾، ولا يسري على الشفيع الاتفاق المبرم بين الملزم بحق الشفعة والغير، والذي يتضمن تعليق البيع على عدم استعمال حق الشفعة، أو الذي بمقتضاه يحتفظ بحق الفسخ الملزم بالشفعة فيما إذا استعمل حق الشفعة⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 2034 من القانون المدني الألماني على أن: "إذا باع أحد الورثة حصته إلى آخر كان لباقي الورثة حق الشفعة عليه، وميعاد استعمال هذا الحق شهران، وحق الشفعة تجوز ورثته"،

وتنص المادة 2035 منه أيضا: "إذا سلمت الحصة المباعة إلى المشتري جاز للورثة أن يستعملوا ضده حق الشفعة الذي تخولهم إياه المادة 2034 ضد البائع، وينقضي حق الشفعة اتجاه البائع بتسليم حصته في التركة، ويجب على البائع أن يعلم بهذا التسليم باقي الورثة من غير تأخير" -كما تنص المادة 2036 منه أيضا: "تسليم الحصة الموروثة إلى الورثة يخلي المشتري من مسؤوليته في التزامات التركة، ومع ذلك فتبقى مسؤوليته مادام مسؤولا نحو دائني التركة بحسب نصوص المواد 1978 إلى 1980، وتطبق نصوص المادتين 1990 و1991".

(2) المادة 504 من القانون المدني الألماني.

(3) المادة 505 من القانون المدني الألماني.

(4) المادة 506 من القانون المدني الألماني.

وإذا التزم الغير في العقد بأداء تعهد تابع لا يستطيع الشفيع القيام به كان على الشفيع أن يؤدي بدلا من التعهد التابع قيمته، وإذا لم يكن التعهد التابع قابلا للتقدير نقدا فلا يجوز استعمال حق الشفعة، ومع ذلك لا يعتد بالتعهد التابع لو أن العقد مع الغير كان ممكنا إبرامه بدون ذلك التعهد⁽¹⁾.

أما إذا اشترى الغير الشيء الذي تعلق به حق الشفعة مع أشياء أخرى مقابل ثمن إجمالي وجب على الشفيع أن يدفع جزءا نسبيا من الثمن الإجمالي، وللملزم بالشفعة أن يشترط أن تتناول الشفعة كل الأشياء التي لا يمكن فصلها دون الإضرار به⁽²⁾.

وإذا منح الغير، في العقد أجلا للقيام بدفع الثمن، فليس للشفيع أن يستفيد من هذا الأجل إلا إذا قدم كفالة بالنسبة إلى المقدار الذي أجل الوفاء به، وإذا كان محل الشفعة عقارا، فتقديم الكفالة لا يكون لازما في الحالة التي يتفق فيها على ترتيب رهن تأميني على العقار لضمان الثمن الذي أجل الوفاء به، أو إذا اتفق على أن يخصم من ثمن المبيع دين مضمون برهن تأميني على العقار⁽³⁾.

كما يجب على الملزم بحق الشفعة أن يعلم الشفيع من غير تأخير بفحوى العقد المبرم مع الغير، ويكون إعلام الغير ممثلا لإعلام الملزم بالشفعة، ولا يجوز استعمال حق الشفعة في العقار إلا في ميعاد شهرين، وفي غير العقار في ميعاد أسبوع من وقت تسلم الإعلام، وإذا عين الميعاد لاستعمال الحق فإنه يسري بدل الميعاد القانوني⁽⁴⁾.

وعند الشك لا يسري حق الشفعة على البيع الحاصل لوارث شرعي باعتبار ما سؤول إليه في تركة مستقبلية⁽⁵⁾.

ولا يستعمل حق الشفعة إذا وقع البيع بطريق التنفيذ الجبري أو بمعرفة سند يك التقلية⁽⁶⁾.

(1) المادة 507 من القانون المدني الألماني.

(2) المادة 508 من القانون المدني الألماني.

(3) المادة 509 من القانون المدني الألماني.

(4) المادة 510 من القانون المدني الألماني.

(5) المادة 511 من القانون المدني الألماني.

(6) المادة 512 من القانون المدني الألماني.

وإذا كانت الشفعة من حق متعددين معا لا يسوغ استعمالها إلا بالنسبة إلى كل المال المشفوع فيه، فإذا سقط حق أحد الشفعاء أو إذا لم يستعمل أحدهم حقه كان للباقيين استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى كل المال المشفوع فيه⁽¹⁾.

ولا يجوز النزول للغير عن حق الشفعة، ولا انتقاله إلى ورثة الشفيع، إلا إذا نص على خلاف ذلك، وإذا قيد استعمال الحق بميعاد معين فإنه عند الشك ينتقل بالميراث⁽²⁾.

هذا ويجوز أن يحمل العقار المصلحة الغير بحق الشفعة ضد المالك، ويجوز كذلك أن يترتب حق الشفعة لمصلحة مالك عقار آخر أيا كان هذا المالك⁽³⁾.

أما الجزء الشائع من العقار لا يجوز تحميله بحق الشفعة إلا إذا كون حصة أحد الملاك⁽⁴⁾، ويجوز أن يتناول حق الشفعة التوابع المبيعة مع العقار، وعند الشك يجب افتراض افتراض تناوله هذه التوابع⁽⁵⁾.

ونصت المادة 1097 من المجموعة المدنية الألمانية على أن: "لا يوجد حق الشفعة إلا في حالة البيع، فمن يكون وقت ترتيب هذا الحق مالكا للعقار أو من ورثته، ومع ذلك يجوز ترتيبه بالنسبة إلى عدة حالات بيع أو لكل حالات البيع".

والمادة 1098 من نفس التقنين: "تنظم العلاقات القانونية بين الشفيع والملزم بحق الشفعة على حسب المواد 504 إلى 514، ويجوز استعمال حق الشفعة لو بيع العقار وديا بمعرفة سنديك التقليدية".

وإذا اشترى العقار غير، فله أن يعلم الشفيع بفحوى عقد البيع بنفس الطريقة التي للملزم بالشفعة، ويكون لذلك الآثار المبينة في الفقرة الثانية من المادة 510 السابق بيان محتواها، ويجب على الملزم بحق الشفعة أن يعلن المالك الجديد بمجرد استعمال حق الشفعة أو سقوطه".

يجوز للمالك الجديد إذا كان هو المشتري أو وارث المشتري أن يرفض رضائه بقيد الشفيع كمالك وتسليم العقار حتى يدفع إليه ثمن المبيع المتفق عليه بينه وبين الملزم بحق

(1) المادة 513 من القانون المدني الألماني.

(2) المادة 514 من القانون المدني الألماني.

(3) المادة 1094 من القانون المدني الألماني.

(4) المادة 1095 من القانون المدني الألماني.

(5) المادة 1096 من القانون المدني الألماني.

الشفعة إن كان قد دفع، وإذا حصل الشفيع على قيده كمالك فللمالك السابق أن يطلب منه مقابل تسليم العقار وأداء الثمن المدفوع⁽¹⁾.

وعندما يكون الشفيع ملزماً وفقاً للمادة السابقة بدفع ثمن البيع إلى المشتري أو إلى وارثه القانوني فإنه يبرأ من الملتزم بدفع الثمن المستحق من أجل الشفعة⁽²⁾.

وإذا فقد المشتري أو وارثه القانوني ملكية العقار بسبب استعمال حق الشفعة فإنه يظل بريئاً من الالتزام بدفع الثمن وإن كان قد دفعه فليس له أن يسترده⁽³⁾.

إن حق الشفعة الذي لمالك العقار أياً كان هذا المالك لا يجوز فصله عن ملكية العقار المذكور، وحق الشفعة الذي يكون لشخص معين لا يجوز ارتباطه بملكية عقار⁽⁴⁾، وإذا كان الشفيع مجهولاً جاز إسقاط حقه في الشفعة بواسطة الإجراءات التحريضية إذا توافرت شروط المادة 1170 الخاصة بإسقاط حقوق الدائنين المرتهنيين وحكم الإسقاط المذكور يترتب عليه انقضاء حق الشفعة، وهذا النص لا ينطبق على حق الشفعة الذي لمالك العقار أياً كان هذا المالك⁽⁵⁾.

فحق الشفعة المقرر في المجموعة المدنية الألمانية، كما نلاحظ ليس حقاً قانونياً، لأن مصدره إما الاتفاق وإما التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، ويكون في الغالب لمصلحة البائع في حالة بيع المشتري ما اشتراه عقاراً كان أو غير عقار، وعلى ذلك فهو يختلف عن الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري، والتي ينظمها لمصلحة أشخاص معينين، على أن حق الشفعة في القانون الألماني قد يكون قانوناً أيضاً، كما هو الحال بالنسبة إلى حق الاسترداد الوراثي الذي تقررته المواد 2034 إلى 2036 لمصلحة الورثة، ولكن هذا الحق يختلف عن الشفعة، وهو خاص بمجموع الحصة الموروثة، ولا يقرر حقاً مباشراً على كل الأشياء التي تكونها.

أما القانون المدني الإسباني، الصادر في 24 جويلية 1889، فقد ذكر نوعين من حقوق الاسترداد القانونية، الأول لمصلحة الشركاء في الملك (المادة 1522 منه) والثاني لمصلحة

(1) المادة 1100 من القانون المدني الألماني.

(2) المادة 1101 من القانون المدني الألماني.

(3) المادة 1102 من القانون المدني الألماني.

(4) المادة 1103 من القانون المدني الألماني.

(5) المادة 1104 من القانون المدني الألماني.

الجيران (المادة 1523)، وهذا النوع الثاني هو الذي يقابل الشفعة، ويكون لمصلحة ملاك الأراضي المجاورة في حالة بيع عقار زراعي لا تزيد مساحته على هكتار، وفي حالة التزاحم بين عدة جيران يقدم مالك العقار الذي تكون مساحته أقل، وإذا تساوت العقارات يقدم من طلب الاسترداد أولاً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: القوانين العربية

أما بالنسبة لقوانين البلاد العربية، فإننا نلاحظ أن الأقاليم التي كانت قبل عام 1914م تؤلف أجزاء من السلطة العثمانية، أخذت بنظام الشفعة عن الشريعة الإسلامية. ففي السودان، فقد صدر قانون خاص للشفعة، مستمدة حكاه من قانون الشفعة المصري، وهو القانون رقم 11 الصادر في 05 جويلية 1928، والذي ألغى قانون الشفعة الصادر قبله في سنة 1918 والمعدل في سنة 1922م.

أما بالنسبة لسوريا، فقد كانت هي الأخرى تابعة للسلطة العثمانية، وقد أخذت بنظام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وذلك وفقاً للمذهب الحنفي، وهو المذهب السائد والذي اعتنقته الدولة العثمانية، غير أن القانون المدني السوري الصادر في 18 ماي 1949، قد ألغى نظام الشفعة تماماً، بحجة أنها نظام مضطرب لا يتألف مع النظام الاجتماعي المعاصر لأن حق المشتري يبقى معلقاً حتى استعمال الشفيع حقه فتتقيد حرية التعامل، ويبقى البيع وحق المشتري مضطربين، مما لا يتلاءم مع مبادئ العدل التي تمنع القيود المعطلة حرية التعاقد والمزلزلة أركان العقد، ولو أنه مستمد من الشريعة الإسلامية، فهو حق مكروه يجوز الالتجاء إلى الحيلة لإسقاطه⁽²⁾، فقد أسقطه القانون السوري صراحةً وألغاه، مستنداً إلى ذلك الاتجاه من الفقه الذي يرى أن الشفعة خلاف الأصل.

أما في لبنان، فقد أخذ هو الآخر بنظام الشفعة، وفقاً للمذهب الحنفي، عندما كان تابعا للسلطة العثمانية، وفي عهد الانتداب الفرنسي، فإن نظام الشفعة قد حدد شموله قانون الملكية العقارية في المواد من 238 إلى المادة 254 المرقم 3339، الذي ألغى شفعة الجوار، وقيد شفعة الخليط في حقوق الارتفاق، وأبقى على شفعة الشريك في الملك بشروط جديدة، ثم حذا

(1) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 606.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 73.

هذا المشرع حذو المشرع المصري، فأصدر قانون 5 فبراير 1948 والمعدل للقرار 3339، حيث أدمجت أحكامه في قانون الملكية المتعلقة بالشفعة، والذي استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية، ثم عدل قانون الشفعة هذا، بموجب القانون رقم (795/461) بتاريخ 1995/08/31، حيث ألغى تماماً المادة 241، وعدل المواد 239، 240، 242 من قانون الشفعة، كما تضمن القانون رقم 461 أحكاماً إضافية تطبق على الدعاوى متى تبين للمحكمة أن الحق بالشفعة يرتكز إلى سبب قانوني وصحيح⁽¹⁾، وعرف القانون الجديد الشفعة بأنها حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية، كما يسري حق الشفعة بهذا المعنى على العقارات الملك وعلى العقارات الأميرية، وتظل ملغاة حقوق الرجحان والطابو المنصوص عليها في قانون الأراضي العثماني، كما نشير إلى أن قانون الملكية العقارية اللبناني أورد الشفعة في الفصل الخامس من الباب التاسع وعنوانه (في اكتساب حق القيد في السجل التجاري)⁽²⁾، وفصل أحكامها، ورغم ذلك اعتبرت كثير من الأحكام القضائية أن الشفعة حق استثنائي يخالف النصوص والقواعد العامة التي تطلق حرية تصرف المالك بملكه، فيقتضى أن يمارس هذا الحق في نطاقه المحدود، وأن تفسر النصوص المتعلقة به تفسيراً ضيقاً⁽³⁾، دون الإشارة من هذه الاجتهادات إلى ضرورة إلغائه لكونه كذلك.

أما في تونس، فقد أصبح العقاري مزدوجاً بعد صدور قانون 01 جويلية 1885 المكمل بقانون 14 مارس 1892، وقد أدخل هذان القانونان في تونس نظام السجلات العينية، فأجيز للملاك قيد عقاراتهم في سجلات خاصة، وجعل القيد اختياريًا، ونشأ عن ذلك وجود نوعين من العقارات، العقارات غير المسجلة، والعقارات المسجلة. أما بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة فتتطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة، وقد عدلتها بعض العادات المحلية.

(1) بيار إميل طوبيا، الشفعة، (في عودج البيع غير المسجلة)، بيروت-لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 17.

(2) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، (الملكية العقارية)، بيروت-لبنان، منشورات زين الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 2011، ص 464.

(3) فؤاد ظاهر، الشفعة، (نص- فقه- اجتهاد)، لبنان، طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، [ب س ط]، ص 04.

وأما العقارات المسجلة فتسري عليها أحكام الشفعة الواردة في قانون 01 جويلية 1885، والتي تختلف أحكامها عن الشريعة الإسلامية، إلى غاية صدور القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 11 شوال 1384 الموافق لـ 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، حيث ضمن الشفعة مقتضيات الكتاب الأول المعنون بـ "الحقوق العينية بوجه عام"، وجاءت واردة ضمن الجزء المتعلق بأحكام الشيوع، وذلك من المادة 103 إلى المادة 115⁽¹⁾، ويرى الفقه التونسي أن الشفعة مؤسسة إسلامية تهدف إلى المحافظة على عنصر القرابة والجوار وجمع الملكية، وهي كذلك قيد ترد على حق الملكية، وتمنع المالك من التصرف بحرية، ولكن المشرع التونسي كان مقتضبا إلى أبعد الحدود في بيان نظام الشفعة، فلم يورد إلا ثلاثة عشر فصلا من 103 إلى 115 من مجلة الحقوق العينية، وقد نقل فيها بعض الأحكام الواردة بمجلة الأحكام العدلية، وبعض الأحكام الفقهية للملكية.

وبقيت جملة من المبادئ الهامة في قانون الشفعة التونسي غامضة في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، وفي اعتبارها مصدر من مصادر الملكية أم خلافا، واختلف فقه القضاء في ذلك، كما اختلف الفقه كذلك، فمنهم من ذهب إلى أن الشفعة حق عيني لأنها تؤدي في النهاية إلى السيطرة على العين، ومنهم من ذهب إلى أنها حق شخصي لأنها مرتبطة بالشخص، ومنهم من ذهب إلى أنها مؤسسة قانونية لأن الشرع تكفل بتحديد نظامها بقواعد استثنائية⁽²⁾، والحقيقة أنها مؤسسة مركبة ومتشعبة، فهي تستند إلى واقعة الاشتراك وهي واقعة مادية، وكذلك مشيئة ورغبة الشفيع وهو تصريح من جانب واحد، وربما الأقرب أن نقول أن الشفعة مؤسسة قانونية مستقلة بقواعدها، ولذلك لم يرد ذكرها لا في باب الحقوق العينية، ولا في باب مصادر الملكية بل جاءت كجزء لحالها في باب الشيوع، وفي نهاية الأمر فإن الشفعة مؤسسة قانونية أو مركز قانوني بمعنى أن يتكفل القانون بتحديد ضوابط هذه المؤسسة أو هذا الإطار، ولكن الملاحظ أن المشرع التونسي لم يحافظ على هذا المفهوم، فلا تكاد تدرك حقيقة الشفعة من خلال تلك الفصول، ولا تكاد تدرك مذهب المشرع في الشفعة⁽³⁾.

(1) مجلة الحقوق العينية، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2009، ص 36.

(2) علي كحلون، القانون العقاري الخاص، (المبادئ العامة، نظام العقارات المسجلة، نظام العقارات غير المسجلة)، تونس، مركز النشر الجامعي، 2009، ص 289.

(3) علي كحلون، المرجع نفسه، ص 290.

أما في المغرب العربي، فإنه يفرق بين نوعين من الأراضي، كما هو عليه في تونس، بين الأراضي المسجلة، والأراضي غير المسجلة، وقد صدر في 02 جويلية 1915 تشريع خاص بالأراضي المسجلة، والذي تختلف أحكامه عن الشريعة الإسلامية، بينما تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة على الأراضي غير المسجلة، فالقانون المغربي، وإن كان مقتبسا في تنسيقه من القوانين الأوروبية، وخاصة منها الفرنسية، تابع من أحكام الشريعة الإسلامية، ويتضمن مواضيع أهملتها المدونة الفرنسية أو لم تعرفها أوربا هي من صميم الشرع كما هو الحال في الشفعة.

ومرجع أحكام المشرع في الشفعة، عموما، أحكام الفقه المالكي، اقتبس منه ما قننه وأحال إلى قواعده فيما لم يرد في تقنينه، فقد جاءت الفصول الثلاثة المنظمة للشفعة، في ظهير الالتزامات والعقود، هذا ويقرر القضاء المغربي أن قواعد الفقه المالكي المتعلقة بالشفعة هي التي دونها المشرع المغربي في الفصول 25 وما بعده من ظهير 02 جويلية 1915، ويرى فيها أنها مقتضية وغير كافية لفض كل النزاعات التي تنشأ عن ممارسة حق الشفعة، كما أشار إلى أن هناك أحكام تختلف فيما بينها وبين ما جرى العمل به في أحكام المذهب، والواقع أن أحكام الشفعة في التشريع المغربي، وإن اختلفت بين الظهيرين المذكورين، فهي مستمدة كلها من أحكام المذهب المالكي، ولا تخرج عنه، إلا ما كان من أعراف مغربية مؤصلة فيه، أو ما تقتضيه طبيعة التحفيظ العقاري من قواعد ومساطر، هي من صميم وصلب الإصلاحات المغربية، وأدوات جديدة لسلطان دولة القانون، أي أن أحكام المذهب المالكي، وبعض الأعراف مصدر مادي وتاريخي للقانون المدني المغربي، لا يجوز للقضاء الرجوع إليها إلا من أجل التفسير إذا لم يف الظهيران (القانونان) بالحكم⁽¹⁾.

وأما في العراق، فالشفعة نظام إسلامي يكاد أن يكون الإجماع منعقدا على الأخذ به⁽²⁾، فقد اقتبس المشرع العراقي في تقنينه المدني أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية، فجاءت أغلب أحكامها تقريرا لقواعد مجلة الأحكام العدلية التي تعتمد المذهب الحنفي، وأفرد لها المشرع المواد من 1128 إلى 1144 وعرفها في المادة 1128 بأنها: "الشفعة حق تملك

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 100.

(2) محمد طه البشير، وغني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية)، بغداد، العراق، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، [ب س ط]، الجزء الأول، ص 17.

العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة"، وهو تعريف مقتبس من المادة 90 من مرشد الجيران.

وما يلاحظ على قانون الشفعة العراقي، وحتى على القانون المدني عموماً، أنه قد صدر في وقت كانت تسود المجتمع العراقي النزعة الفردية والنظام الإقطاعي، ولما كانت النصوص القانونية تمثل انعكاساً فوقياً لواقع الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في مجتمع ما، وفي ظل فترة زمنية معينة، فإنه من الطبيعي جداً أن يفرد القانون المدني العراقي سبع عشرة (17) مادة للشفعة، فقد كان الملاك والدائنون قبل ربع قرن في مراكز نفوذ وجهتها النصوص القانوني لخدمتهم، وحماية مصالحهم، وكان حق الشفعة وسيلة لتركيز الملكيات في أيدي رجال القطاع والملاك والدائنين⁽¹⁾.

أما الآن، وبعد تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لصالح المجتمع، فإن المصلحة العامة تتطلب استثمار الملكيات ووسائل الإنتاج الأخرى بأسلوب جديد يتفق والمرحلة الراهنة، ولذلك فإن بقاء نظام الشفعة يتعارض صراحة مع بناء الطبيعة الجديدة للملكية في القانون العراقي، ويعطل الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة⁽²⁾.

وأما عن الوضع عندنا في الجزائر، فقد أجاز قانون 16 جوان 1851، للمحاكم أن تأذن أو ترفض بحسب طبيعة العقار وظروف الأحوال، استعمال الشفعة قبل الأوربيين، وحول قانون 26 جويلية 1873، الشفعة إلى حق استرداد وراثي لا يمكن أن يتمسك به قبل المشتريين، إلا الأقارب الذين يرثون بمقتضى الشريعة الإسلامية، وبالشروط التي تقرها المادة 841 من المجموعة المدنية الفرنسية، والتي أشرنا إليها آنفاً، وقصر تطبيق هذا القانون على التل، وعلى الأراضي المفرنسة، أما بالنسبة إلى غيرها من الأراضي، فبقيت الشريعة الإسلامية مطبقة في حالة البيع بين المسلمين، وقد خلق قانون سنة 1873 صعوبات جمة، ولذلك أوجد قانون 16 فبراير 1897 نوعاً جديداً من الشفعة يطبق في حالات معينة، فالمادة 17 منه تقرر أنه إذا طلب شريك في الملك أو وصي أو قيم أو دائن أحد الشركاء في الملك

(1) مندر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 111.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

قسمة عقار زراعي، يملك نصفه على الأقل وطنيون مسلمون قسمة عينية أو بطريق التصفية، كان للمحكمة، إذا مكن ذلك، أن تخص المدعي بجزء من العقار يعادل حقوقه.

وإذا كان العقار لا تسهل قسمته فلا تطبق المادة 827 من القانون المدني، وفي هذه الحالة تحصل القسمة بين الأسرات، ويكون للشريك في الملك أو للشركاء في الملك في الحصة المخصصة للأسرة التي ينتمي إليها المدعي الخيار بين قبول التصفية، وبين أن يدفع، إليه مبلغ من النقود، يعادل قيمة حقوقه في العقار، وعند عدم الاتفاق الودي بين الشركاء في الملك في الحصة التي وقعت في نصيب الأسرة يحتكم إلى المحكمة، التي تعين مقدار ما يدفع من النقود، ويصدر حكمها بإلزام المدعي عليهم متضامنين بدفع المقدار المذكور مع الفوائد والمصروفات، وتطبق المادة 17 على الأراضي المسماة بالمفرنسة، وكذلك على غيرها من الأراضي إذا كانت دعوى القسمة أو التصفية قد رفعها دائن أوربي أو شريك في الملك أوربي، ولا تنطبق إذا رفع الدعوى مسلم على غيره من المسلمين⁽¹⁾.

ومما تقدم، نقول إن الاستعمار الفرنسي في الجزائر، فرق بين الأراضي المسماة بالأراضي المفرنسة، وغيرها من الأراضي، فبالنسبة للأولى يجوز للأوربيين كما يجوز للوطنيين استعمال حق الاسترداد الوراثي وفقا لأحكام المادة 841 من المجموعة المدنية الفرنسية، على أن يكون تعيين الورثة بين المسلمين بحسب أحكام الشريعة الإسلامية، وللوطنيين فقط استعمال نوع الشفعة الجديد الذي ينظمه قانون سنة 1897، أما بالنسبة للنوع الثاني من الأراضي وهي غير المفرنسة، فيجوز للوطنيين أن يستعملوا فيما بينهم الشفعة وفقا للشريعة الإسلامية، ولا يجوز أن يستعملوا قبل الأوربيين إلا نوع الشفعة الجديد الذي نظمته قانون 1887⁽²⁾.

وبعد الاستقلال صدر الأمر (58/75) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، وقد احتوى أحكاما للشفعة أخذها المشرع الجزائري من القانون المدني المصري، الذي اقتبس أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية، فمصر التي كانت هي الأخرى تابعة للسلطة العثمانية، أخذت بالشفعة وفقا للمذهب الحنفي، بالرغم من أنها كانت تتمتع

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 605.

(2) المرجع نفسه، ص 606.

باستقلال ذاتي بالنسبة إلى "الباب العالي"، فقد نشر الخديوي مرسومين أحدهما بتاريخ 1900/03/26 للقضاء المختلط، والآخر بتاريخ 1901/03/23، وكلاهما واردان بذات النصوص، ورغم الإقرار بأن الشفعة نظام مصدره الشريعة الإسلامية، فقد كانت في الوقت نفسه عند إعداد التقنين المدني المصري موضع خلاف، كما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي: "بين اتجاه مضيق لها، وآخر موسع منها، وثالث منكر لها أيضا، وكذلك كان عليه الوضع بين أعضاء اللجنة التي شكلت لإنجازه، فرأى بعضهم "الإبقاء على الشفعة"، ورأى البعض الآخر أن "الشفعة حق ينطوي على اعتداء صارخ على حق الملكية الذي من خصائصه الأساسية حرية التصرف"، كما أن من بين الأضرار الملازمة له تلك المساومات العديدة التي تجرى بين بعض الجيران، والتي يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية، ووجوده قد يكون سببا من أسباب تخفيض قيمة الملك، واقتراح قصره على الشريك في الملك مع ربطه باسترداد الحصة الشائعة، وكان الاعتراض موجهها على الخصوص إلى الشفعة بسبب الجوار، إذ هي موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامي، ولا يقول بها إلا المذهب الحنفي ... ومهما يكن من أمر استقاء الشفعة سببا لكسب الملكية، ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الجوار، فقد شاعت في نصوص التقنين المدني الجديد في الشفعة روح التضيق من هذا الحق ..."⁽¹⁾.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بما جاء في مناقشات مشروع تنقيح القانون المدني المصري، الذي هو بدوره تأثر بمعظم مذاهب الفقه الإسلامي دون الأحناف، وذلك بعدم نصه على شفعة الجوار، وأن الجوار أصبح لا يعتد به الآن، وقد لا يعرف الجار جاره، وأن التوسع في الأخذ بالشفعة ينافي الشعور السائد في منع تكتل الملكية، ولهذا حرص التقنين المدني الجزائري على عدم النص على شفعة الجوار، لكونها قيда خطيرا على حرية التعاقد، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها، وأن الجوار قد أصبح في الوقت الحاضر ليس بذي خطر، كما كان في الماضي، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة.

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الجزء التاسع، 2004، ص ص 460-459.

بل أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل، عندما اقتصر على النص على الشفعة في شركة الملك، وفي مجال حق الانتفاع، دون شفعة الجوار، متأثرا بذلك بالمذهب المالكي، ويكون بذلك قد ضيق من نطاق الأخذ بالشفعة دون أن يستأصلها تماما هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أنه ليس من الصواب استعمال الشفعة بحدودها الواسعة التي أقرها الفقه الحنفي، لما تؤدي إليه من تركيز الملكية العقارية في أياد قليلة، مما يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية، والاتجاه الاشتراكي الذي تبنته ثورة فاتح نوفمبر الخالدة، حيث اتجهت نحو توزيع الثروة العقارية على جميع أفراد الشعب، بغية القضاء على استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، وبناء مجتمع جديد، تسوده المحبة والإخاء، وبذلك يكون مشرعنا قد منع خطرا اجتماعيا رهيبا قد يشكله الاتجاه الأول.

وفي نهاية هذا المبحث نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أورد الشفعة في التقنين المدني الجزائري، في الكتاب الثالث منه، والمعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية"، من الباب الأول منه، وفي الفصل الثاني تحت اسم "طرق اكتساب الملكية"، وقد نص المشرع على الشفعة في القسم الخامس منه، حيث اشتملت نصوص الشفعة على أربعة عشرة مادة ابتداء من المادة 794 مدني جزائري، وانتهاء بالمادة 807 مدني جزائري.

والشفعة في القانون الجزائري، منظمة أحكامها بين القانون المدني وبعض التشريعات الخاصة، من منطلق كون القانون المدني منظم لأحكام الشفعة التي يمارسها أشخاص القانون الخاص، وأما التشريعات الخاصة فهي تنظم أساسا الشفعة الممارسة من طرف الدولة، والتي صارت لها في أي دراسة للشفعة مجالا منها، وفي المبحث الأخير من هذا الفصل نضع الأساس القانوني لحق الدولة في الأخذ بالشفعة ونبين أسانيده.

المبحث الثالث: الأساس القانوني لحق الدولة في الأخذ بالشفعة

إن الشفعة حق استثنائي، من شأنه أن يخل بحق المالك في التصرف بملكه الخاص لمن يريد، سواء كان شخصا من أشخاص القانون الخاص (الأفراد) أو كانت الدولة ممثلة بمؤسساتها وهيئاتها العمومية، والمشرع عندما قرر لهذه الأخيرة ممارسة الشفعة في مجالات معينة، بموجب نصوص قانونية خاصة، هدفه هو تحقيق جملة من الاعتبارات، تبعا لشكل العقار أو التصرف الذي تمارس عليه هذا الحق، فتسعى إلى المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي، وتحقيق فعالية المستثمرة الفلاحية، كذلك مكافحة المضاربة التي قد تنجم عن إطلاق حرية الخواص في المعاملات العقارية، وإنجاز التجهيزات الاجتماعية، والحفاظ على النسيج العمراني والمناطق السياحية، كما أن الشفعة المقررة للدولة تضع ضوابط تحول دون تعسف الأفراد وتهربهم من دفع الرسوم المستحقة للخزينة العمومية.

ويتحدد الأساس القانوني لحق الدولة في الأخذ بالشفعة، ببيان تنظيمها التشريعي في القوانين الخاصة، والذي يتوزع في الكثير منها تبعا لتوسع مجالات ممارسة الدولة للشفعة، حيث نحاول تحديدها بغية وضع تنظيم تشريعي خاص بها يعد الأصل للدولة في ممارسة الشفعة.

كما يتحدد هذا الأساس بتحديد الطبيعة القانونية للأموال العقارية الخاضعة للشفعة، وذلك ببيانها وتحديد الخاضعة منها لممارسة الشفعة عليها، كما يتحدد أخيرا هذا الأساس بتحديد طبيعة قرار الأخذ بالشفعة وتكييفه القانوني وهي المحاور المخصصة للمناقشة في ظل هذا المبحث.

المطلب الأول: التنظيم التشريعي

خضعت بلادنا عنوة لاحتلال فرنسي طويل دام 132 سنة، استعمل فيها كل وسائل الحرب والتدمير للقضاء على أية مقاومة، والتي كانت تثار من حين لآخر، أو ما من شأنه مجرد التفكير في الاستقلال، إلى غاية سنة 1954، أين اقتنع بعض السياسيين والوطنيين بضرورة خوض حرب شاملة لتحرير الوطن، فكانت ثورة عظيمة في مبادئها وأهدافها، اعترف بها الصديق والعدو، ورضخ بذلك الاستعمار للمفاوضات مع المقاومين التي انتهت

بإعلان الاستقلال والاعتراف بالدولة الجزائرية كدولة مستقلة ذات سيادة، وبدأ المعمرون الفرنسيون، ومن ولاهم مغادرة أرض الوطن في دفعات مشاركة، اعتقاداً منهم بغير صواب أن المقاومين سينتقمون منهم، تاركين وراءهم العقارات التي كانوا يحوزونها ظلماً، وهي بطبيعة الحال كل الأراضي الخصبة وكل البنايات السكنية التي كانت تشكل أحياء كاملة في المدن، إلا أن البعض منهم، ومن الجزائريين الذين اغتتموا هذه الفرصة وأبرموا صفقات عقارية أو تجارية مشبوهة، لاسيما بعد الإعلان عن الاستقلال، فهذا حرر عقد بيع أمام موثق فرنسي بأبخص الأثمان، وذلك كتب محرراً عرفياً يصرح فيه أنه باع مسكنه أو أرضه لفلان، والثالث تعاقد مع جزائري في فرنسا يبيع له أرضاً في الجزائر، بل فيهم من كتب محرراً عرفياً بأنه مدين لفلان، والتي أصبحت فيما بعد موضوع دعاوى أمام الجهات القضائية لتثبيتها كمعاملات قانونية⁽¹⁾.

وأمام هذه الوضعية التي تنبعت لها السلطة الوطنية، بادر المشرع بإصدار أوامر ومراسيم تحمي هذه الأموال، وتبين كيفية تسييرها، باعتبارها أملاكاً شاغرة، لا بد من إيلولتها إلى الدولة، ثم وضع قيوداً على المعاملات العقارية والتجارية، وبعدما استقرت الأوضاع السياسية، وتم التحكم في الثروات الوطنية، وتماشياً مع النظام الاشتراكي الذي تبنته بلادنا وقتذاك، أصدر المشرع في سنة 1970، الأمر رقم (70-91) المتعلق بالتوثيق، المشهور بالمادة 12 الذي أوجب الشكلية الرسمية في أية صفقة عقارية أو تجارية، ثم تلاه الأمر رقم (71-73) المتضمن الثورة الزراعية، الذي جعل كل الأراضي باسم الصندوق الوطني للثورة الزراعية باستثناء مساحات صغيرة جداً ملكاً للدولة، يخدمها فلاحون ضمن مجموعات تسمى المزرعة، ونصوص آخر تتعلق بطرق اقتناء القطع الأرضية للبناء، ومسح الأراضي، والسجل العقاري، والتنازل عن أملاك الدولة، وحياسة الأراضي الفلاحية، ثم أعيد النظر في تنظيم مزارع الثورة الزراعية التي هيكلت من جديد في مستثمرات فلاحية.

(1) بشير قدوج، النظام القانوني للملكية العقارية، (من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999)، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، (2001-2002)، ص 07.

بعد التحول الكبير الذي عرفته بلادنا في أواخر الثمانينات في المجال السياسي والاقتصادي، ظهرت نصوص قانونية أخرى مواكبة لهذا التطور، منها من تعالج أوضاعاً جديدة، كقانون التوجيه العقاري، الذي كان مهد الشفعة الأول، ومنها التي تلغي أو تعدل نصوصاً سابقة، واكتسى موضوع العقار أهمية بالغة، كونه موضوع واسع ومتعدد الجوانب، فالعقار بمفهومه الواسع لا يعني فقط تلك البقعة الأرضية أو تلك البناية، فهو بالإضافة إلى ذلك يشمل معايير تصنيف الأرض حسب نوعية التربة وخصوبتها، وطرق تنظيم الإقليم الوطني من حيث ضبط المساحة في مخططات طبوغرافية تبين موقع وشكل كل وحدة عقارية، وتخطيط المدن كاتجاهات الشوارع وقنوات المياه وعلو البنايات وحجمها، وبصفة عامة كل ما يتعلق بتنظيم الملكية العقارية والتعامل فيها، وكذا الوسائل القانونية لانتقائها والتي من أهمها "الشفعة"، وفيما يلي النصوص التشريعية التي تحول للدولة ممارسة الشفعة إلى يومنا هذا.

الفرع الأول: الأوامر والقوانين

وأهمها:

أولاً: القانون رقم (90-25) المؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق لـ 18 نوفمبر سنة 1990، يتضمن التوجيه العقاري:

- المادة 52: "وضع الأرض حيز الاستثمار أو التأجير المشار إليه في المادة 51 مخصص للحالات التي يكون فيها المالك، لأسباب قاهرة، عاجزاً مؤقتاً على استغلال الأراضي المقصودة، ويمكن أن يطرأ هذا الإجراء بمجرد تبليغ الإنذار، وفي جميع الحالات الأخرى يعمد لإجراء البيع، وفي هذا الإطار، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعاً للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975".

- المادة 55: "تتجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية، ويجب ألا تلحق هذه المعاملات ضرراً بقابلية الأراضي للاستثمار، ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس

التوجيه العقاري وبرامجه، ويتم ذلك مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 36 أعلاه، وممارسة حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 52 أعلاه".

- المادة 56: "كل معاملة تمت بخرق أحكام المادة 55 أعلاه باطلة وعديمة الأثر، ويمكن في هذه الحالة، الموافقة على نقل الملكية الذي تحققه هذه المعاملة إلى الهيئة العمومية المؤهلة بدفع ثمن عادل".

- المادة 57: "يمتد حق الشفعة، كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 إلى المجاورين، في إطار أحكام المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقدي في المستثمرة".

ثانيا: القانون رقم (90-29) المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لأول ديسمبر سنة 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير.

- المادة 41: تتكون المحفظة اعقارية للبلدية من:

الأراضي التي تملكها البلدية.

الأراضي المقتناة في السوق العقارية.

الأراضي المتحصل عليها من ممارسة حق الشفعة طبقا للتشريع المعمول به".

ثالثا: الأمر رقم (76-105) المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل.

- المادة 118: تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف مع دفع مبلغ هذا الثمن مزاد فيه العشر (10/1) لذوي الحقوق، وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 من هذا القانون، وخلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح.

وبيلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط، وإما برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي يوجد في نطاقها الأموال المذكورة.

رابعاً: الأمر رقم (26-66) المؤرخ في 26 مارس 1966 المتضمن المناطق والأماكن السياحية.

- المادة 4: "يكون للدولة في داخل المناطق والأماكن المذكورة في المادة الأولى، حق الشفعة على كل عقار قد يكون موضوع تصرف إرادي بعوض أو بدون عوض، وستحدد بموجب مراسيم شروط ممارسة هذا الحق وآثاره، ولاسيما كيفية تحديد السعر".

الفرع الثاني: المراسيم التنفيذية

والتي جاءت تنفيذا للأوامر السابقة، ونذكر أهمها:

- المرسوم التنفيذي (83-724) المؤرخ في 10 ديسمبر 1983 المحدد لكيفيات تطبيق القانون (18/83) المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

- المرسوم التنفيذي (89-51) المؤرخ في 18 أبريل 1989 المتضمن تطبيق المادة 29 من القانون (87-19) المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

- المرسوم التنفيذي (90-405) المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، الذي يحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

- المرسوم التنفيذي (90-50) المؤرخ في 06 فيفري 1990 المتضمن تطبيق المادة 28 من القانون (87-19) المذكور أعلاه.

- المرسوم التنفيذي (91-454) المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك.

- المرسوم التنفيذي (97-487) المؤرخ في 24 فيفري 1997 يضبط تشكيلة هيئة وإجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

- المرسوم التنفيذي (98-70) المؤرخ في 21 فيفري 1998 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتنمية السياحية.
- المرسوم التنفيذي (03-03) المؤرخ في 17 فيفري 2003 يحدد مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية.
- المرسوم التنفيذي (06-385) المؤرخ في 28 أكتوبر 2006 يحدد كفايات ممارسة الوكالة الوطنية للتنمية السياحية حق الشفعة داخل مناطق التوسع والمناطق السياحية. وهي المراسيم وأخرى التي نبين محتوياتها خلال الباب الثاني عند التطرق لأحكام ممارسة الدولة للشفعة من حيث شروطها وإخراجها.

الفرع الثالث: التعليمات الوزارية

وأهمها:

- أولاً: المذكرة الوزارية رقم 140 الصادرة عن المديرية العامة للضرائب في 25 فيفري 1994 بينت؛ "كفايات استعمال حق الشفعة وحددت المعايير التالية:
- 1- إحصاء الحالات المتعلقة بالتصريحات المحفوظة من ضمن القيود المتضمنة نقل الأملاك ذات القيم الأقل أهمية، وعليه تستعمل الدول حق الشفعة بالنسبة للأموال العقارية المرتفعة القيمة.
 - 2- تعيين الأملاك المعنية، وتكوين ملفات الشفعة بشكل يسمح للجنة المختصة من دراسة هذه الملفات.
 - 3- مبلغ العقار المعنى بحق الشفعة، يجب أن يفوق ثلاث ملايين دينار جزائري للعقارات المبنية وغير المبنية، ومليون دينار جزائري للمحلات التجارية.
 - 4- إن أهمية المعاينة يجب أن يفوق فيها التخفيض 50% من القيمة المصرح بها.
 - 5- انتقاء هذه الأموال يجب أن يسري على كامل التراب الوطني.
 - 6- إنجاز ملف حق الشفعة في مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ تسجيل العقد أو التصريح المعين بالعملية، وهو ما تؤكد نص المادة 118 من قانون التسجيل".

ثانيا: التعليمات الوزارية رقم 16 الصادرة عن وزارة الداخلية بتاريخ 17 فيفري 1991:

"ممارسة الجماعات المحلية لصالحها، وعن طريق الوكالات المحلية لحق الشفعة على المعاملات العقارية من أجل تغطية احتياجاتها من العقارات المخصصة لتحقيق برامجها الاستثمارية..."

وهذه بعض الأوامر والقوانين والمراسيم المنظمة لحق الشفعة الممارسة من طرف الدولة، والتي تعتبر الأصل الأول لظهور هذا الحق، وفي الواقع ورغم هذه النصوص القانونية، وغيرها كثير -نأتي على بيانها في الفصول القادمة-، والتي تتيح للدولة استعمال هذه الرخصة في شتى المجالات لضم بعض الأملاك إلى ذمتها لتكوين الملكية الوطنية، وإنجاز المشاريع الاقتصادية، فإنها بقيت مجمدة دون تجسيد عملي نكتشف سببه حين الدراسة المعمقة لأحكام تلك الممارسة، وفيما يلي تحديد الأموال العقارية الخاضعة للشفعة ضمن المطلب الثاني.

المطلب الثاني: تحديد الأموال العقارية الخاضعة للشفعة

إن ممارسة الدولة للشفعة، عن طريق مؤسساتها العمومية -والتي سنحددها في حينها- يتفرع بين أموال هي ضمن الأملاك الوطنية كالعقار الفلاحي والعقار السياحي وأموال تابعة للخواص في العقارات الحضرية مثلا، ويتحتم علينا المقام بذكر الأملاك الوطنية أن نحدد بدقة الفئة المقصودة بممارسة الشفعة عليها، حيث أن النظام القانوني للأملاك الوطنية في الجزائر عرف عدة تطورات منذ الاستقلال، ونظرا للارتباط الوثيق بين نظام الملكية بصفة عامة، والنظام السياسي والاقتصادي المطبق عليها في البلاد، فمن فكرة الأملاك العامة التي تبناها المشرع في البداية باعتبار أن الدولة في النظام الاشتراكي تتدخل في كل المجالات، ولا مجال لتطبيق النظرية التقليدية المكرسة لازدواجية الأملاك التي كانت سائدة قبل الاستقلال والتي استبعدتها صراحة قانون (16/84) المؤرخ في 30/05/1984 المتعلق بالأملاك الوطنية، جاء دستور 1989/02/23 ليكرس من جديد النظرية التقليدية المبنية على التفرقة بين الأملاك العمومية التي تهدف لتحقيق المنفعة العامة والأملاك الخاصة التي

تمتلكها الدولة والجماعات المحلية لتحقيق أغراض امتلاكية بحتة، وبالتالي فالمليكتين لا تتمتعان بنفس الحماية ولا بنفس النظام القانوني، معلنا عن توجه سياسي واقتصادي جديد يكرس مبادئ الليبرالية المبنية على حماية الملكية الخاصة والمبادرة الحرة وتضييق مفهوم المنفعة العمومية، وتكريسا لهذا التوجه الجديد، صدر قانون التوجيه العقاري وقانون الأملاك الوطنية ليجسد هذه المبادئ⁽¹⁾.

وحتى نبرز من بين هاتين الفئتين، الفئة الخاضعة لممارسة الشفعة عليها وجب تحديد مفهوم الأملاك الوطنية والتعرف على النظام القانوني لفئتيها فنستنتج حينئذ الأملاك العقارية الوطنية الخاضعة لتلك الممارسة وهو موضوع البحث في الفرع الأول.

الفرع الأول: الأملاك الوطنية

وردت في دستور 23 فبراير 1989 ومادتين تحدد أن مفهوم الأملاك الوطنية وهما المادة 17 والمادة 18 وعملا بهما فإن الأملاك الوطنية تشتمل على مجموع الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها المحلية في شكل ملكية عمومية أو خاصة،

ومن هاتين نستنتج أن الدستور أخذ بمبدأ ازدواجية الأملاك الوطنية وازدواجية الملكية عامة وخاصة، وتبنى أيضا مبدأ الإقليمية التي لا تدخل ضمن الأملاك الوطنية سوى الأملاك التابعة للأشخاص المعنوية المتمتعة بإقليم، أي الدولة، البلدية والولاية، وبالتالي استبعدت من ممارسة حق الملكية الإدارية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، وكذا المؤسسات الاقتصادية والشركات العمومية التي عملا بهذا المبدأ فإن ممتلكاتها لا تدرج ضمن الأملاك الوطنية إلا عند طريق التخصيص أو العقد ولاسيما عقد الامتياز، وفي هذا السياق صدر قانون التوجيه العقاري رقم (25/90) المؤرخ في 18/11/1990، وكرس هذه المبادئ في المواد 24، 25، 26 منه، ثم صدر قانون الأملاك الوطنية (30/90) المؤرخ في 01/12/1990 ليحدد الأملاك الوطنية ونظامها القانوني.

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، الجزائر، دار هومة، الطبعة الأولى، 2006، ص 89.

والمشروع في هذا القانون الأخير (30/90) اعتمد على المعايير المعروفة في النظرية التقليدية للتفريق بين الأملاك الوطنية العمومية والأملاك الوطنية الخاصة، وتتمثل هذه المعايير على وجه الخصوص في معيار الغرض من استغلال الأملاك، أو الغرض المخصص له المال، فنص على أن الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها، أما الأملاك الخاصة فهي تلك الغير مصنفة ضمن الأملاك العمومية ولكن تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية، بنص المادة 03 من قانون الأملاك الوطنية (30/90)، وكذا معيار عدم قابلية الأملاك العمومية للتملك الخاص، والذي معناه أن هذه الأملاك غير القابلة للتصرف فيها ولا التنازل عنها مادامت مخصصة للنفع العام أو المرافق العامة وإن كان يمكن التنازل عنها إذا رفع عنها التخصيص، ويحتوي هذا المعيار على أساسين هاميين:

- **الأساس الأول:** الوظيفة التي يؤديها المال العام، وهذا الأساس يمكن من الفصل بين النشاط الإداري، و النشاط الاقتصادي فوظيفة الأملاك الوطنية العمومية هي تحقيق مهمة من مهام المرفق العام، وعليه عند تسييرها يحق للإدارة استعمال صلاحيات السلطة العامة في حين لا يجوز لها ذلك عند تسيير الأملاك الخاصة المخصصة أساسا حسب ما جاء في القانون لأغراض امتلاكية.

- **الأساس الثاني:** ازدواجية النظام القانوني، فالقانون كرس ازدواجية الملكية من جهة وازدواجية الأملاك من جهة أخرى، ويترتب عن ذلك مبدئيا ازدواجية النظام القانوني فالأملاك العمومية تخضع للقانون العام، والأملاك الخاصة تخضع للقانون الخاص هذا مبدئيا⁽¹⁾.

فحسب النظرية التقليدية، الأملاك العمومية هي تلك المخصصة للمرافق العامة، بينما الأملاك الخاصة ليست محل تخصيص أي التميز يكون حسب الوظيفة التي يؤديها المال، غير أن المشروع الجزائري لم يقتصر على معيار التخصيص للاستعمال الجماهيري العام والمرفق العام حسب المادة 17 من الدستور أدرج ضمن الأملاك الوطنية العمومية الثروات

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 91.

الطبيعية، وبعض النشاطات وعليه أصبحت الأملاك العمومية في النظام الجزائري تشمل أملاك عمومية بحكم الدستور وأملاك وعمومية بحسب التخصيص، أما الأملاك الأخرى غير المخصصة فهي أملاك وطنية تستخدم لأغراض مالية وامتلاكية، غير أن هذا التعريف غير صحيح في القانون الجزائري، لأن الثروات الطبيعية المصنفة ضمن الأملاك العمومية تؤدي وظيفة مالية بحتة، وعليه نص قانون الأملاك الوطنية على أنها تخضع للقوانين الخاصة التي تحكمها، هذا فضلا على أن الأملاك الوطنية الخاصة لا تؤدي دائما وظيفة مالية بحتة، ومثال ذلك العقارات المنقولة المخصصة للمصالح الإدارية غير مصنفة ضمن الأملاك الوطنية العمومية، كما نص عرض الأسباب لقانون 30/90 على ازدواجية النظام القانوني للأملاك الوطنية مؤكدا أن الأملاك الوطنية العمومية وحدها التي تخضع للقانون العام وتتمتع بحماية خاصة، وإن كان الأمر سهلا في فرنسا لأن التمييز يؤدي إلى ازدواجية المنازعات، فالأملاك العمومية وحدها التي تكون من اختصاص القاضي الإداري، فإن المعيار الشكلي الوارد في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية يحول دون ذلك في الجزائر⁽¹⁾.

وفي هذا الفرع وتحليلا لما سبق، وحتى نصل إلى الفئة الممكن التصرف فيها بالشفعة من طرف المؤسسات العامة، يجدر بنا أن نفصل أولا في النظام القانوني لنوعي الأملاك الوطنية ثم نحدد الطبيعة القانونية لحق الأشخاص الإدارية على كليهما لنحدد أخيرا المال المقصود بأحقية ممارسة الشفعة عليه.

أولا: النظام القانوني للأملاك الوطنية العمومية

حسب الفقه والقضاء الفرنسي فإن الأملاك العمومية تشمل على مجموع الأموال والأشياء الموضوعة تحت تصرف المواطنين بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق المرافق العامة، وفي الجزائر إلى جانب هذا التعريف يجب إضافة الأملاك الوطنية العمومية بحكم المادة 17 من الدستور أي الثروات الطبيعية، وبعض النشاطات ولا سيما

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 91.

النشاط الجوي والبحري والبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية بنص المادة 21 من قانون الأملاك الوطنية.

1- الأملاك العمومية حسب مفهوم النظرية التقليدية:

إن المادة الثانية من القانون 30/90 عرفت الأملاك العمومية على أنها مجموع الممتلكات والحقوق العقارية والمنشورة التي تحوزها الدولة وجماعاتها المحلية، لكل حسب القانون فإن الشخص العام تمتلك هذه الدولة وليس مجرد حارسا أو حائزا لها، وهذه الملكية تخضع لمبدأ الإقليمية كما سبق وأن قلنا، وهي غير قابلة للتملك الخاص ومخصصة للاستعمال العام، إما أن يكون جماعيا ومشتركا وإما فرديا، فإما الاستعمال الجماعي العام هي الأملاك التي يستعملها الجمهور مباشرة دون المرور عن المرافق العامة كالطرق والحدائق العامة والشواطئ إلى غير ذلك، وأما الاستعمال عن طريق المرافق العامة، فهذه الأملاك يجب أن تكون بطبيعتها ضرورية للمرفق العام أو هيئت خصيصا له، ويستعملها الجمهور عن طريق هذه المرافق وتتميز عن الأملاك الأخرى التي تحوزها الهيئات المسيرة للمرفق العام دون أن تكون ضرورية له.

2- الأملاك العمومية بحكم الدستور:

هي المناجم والمقالع، باطن الأرض، موارد الطاقة، الثروات المعدنية الطبيعية والحية، والمياه والغابات، كذلك نقل السكك الحديدية، النقل البحري والجوي، البريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية بنص المادة 17 من الدستور، وحسب نفس المادة، هذه الأموال والنشاطات هي ملك للمجموعة الوطنية، وعليه فهي ليست ملك للدولة، ولا يحق لها التصرف فيها، وبما أن المجموعة الوطنية ليست شخص قانوني، فإن الدولة هي التي تمتلكها، وهو ما أكدته القانون 30/90 المذكور آنفا، والقاعدة التي كرسها الدستور هي أن هذه الأملاك تبقى دائما عمومية، فلا يمكن للدولة التصرف فيها برفع التخصص عنها لا تخضع لقانون الأملاك الوطنية، وإنما لقوانينها الخاصة، وليست للمجموعات المحلية أي

حق عليها ، لأن قانون الأملاك الوطنية أدرجت ضمن الأملاك التابعة للدولة، ولكن لا يمكن لهذه الأخيرة التصرف فيها⁽¹⁾.

3- التحديد القانوني لقائمة الأملاك الوطنية العمومية

التجأ المشرع بالإضافة إلى تعريف الأملاك العمومية إلى تعداد بعض الأملاك، ويميز بين الأملاك الطبيعية والصناعية:

3-1- الأملاك الطبيعية: وتشمل الأملاك البحرية وهي ملك للدولة وحدها دون الجماعات المحلية، وتشمل شواطئ البحار، المياه الإقليمية، الامتداد القاري، أراضي طرح وكشف البحر، الأراضي المستخلصة من قاع البحر بمقتضى عقود الامتياز، الموانئ والخلجان، البحيرات والجزر، الأموال العامة لمنابع ومجاري المياه العذبة، المجاري المائية بمختلف أنواعها، مجاري المياه الجافة، كما تشمل أيضا المجال الجوي أي مساحة الجو الواقعة فوق إقليم الدول وإلى الحدود العليا التي تصلها قدرة الدولة في مد سيادتها، وكذا المجال الجوي الإقليمي، وكل الثروات الطبيعية التي تحكمها قوانين خاصة⁽²⁾.

3-2- الأملاك الصناعية: وهي تنتج عن العمل والجهد للإنسان، وتتحكم في تكوينها صنعة الإنسان وإرادته، وتضم العناصر التالية: الأموال العامة المتعلقة بطرق الاتصال، أموال طرق الاتصال البحرية، الطرق العامة البرية، السكك الحديدية، طرق الاتصال الجوية، طرق الاتصال السلكية اللاسلكية، الأموال العامة الأثرية و المنشآت والأعمال الفنية، المباني الإدارية، المباني الدينية وملحقاتها وأموال الأوقاف العمومية، الحدائق المهيبة والعمومية الهياكل الأساسية الثقافية والرياضية المدنية، المحفوظات الوطنية، حقوق التأليف والملكية الثقافية العامة.

وهذا التعداد ليس على سبيل الحصر، فكل الأملاك المخصصة للاستعمال العام هي أملاك عمومية ونادرا ما يتدخل ويحصر الأموال العامة حصرا مطلقا، ففي الغالب الأعم يقوم بذكر أمثلة للأموال العامة⁽³⁾.

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 92 – 93.

(2) محمد فاروق عيد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 02.

(3) محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأماك الإدارة والأشغال العمومية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1992، ص 26.

4- قواعد اكتساب المال الصفة العمومية:

يتم اكتساب المال من طرف الإدارة، إما بطريقة عادية كالشراء والمبادلة أو التقادم أو بالطرق الجبرية كنزع الملكية أو إثبات الشعور أو ممارسة الشفعة المقررة قانوناً لفائدة الإدارة، ويتم إدماج المال ضمن الأملاك الوطنية العمومية إذ توافرت الشروط المذكورة أعلاه بموجب قرار صادر عن السلطة المختصة، كما يمكن إفراجه منها بنفس الوسيلة ويختلف الإدماج باختلاف طبيعة الأموال⁽¹⁾.

4-1- إدماج الأملاك الطبيعية: الأملاك الطبيعية توجد بفضل الطبيعة، وتكتسبها الإدارة بفعل الواقع وليس بقصر قانوني، فيتم الإدماج بصورة آلية، ويقتصر قرار الإدارة على كشف الحدود الطبيعية للمال كالشواطئ والامتداد القاري والأنهار، وكل الأملاك المنصوص عليها في المادة 17 من الدستور، وتلزم الإدارة بإجراء تحقيق يتم بحضور الملاك المجاورين لتمكينهم من إبداء ملاحظاتهم وإن اقتضى الأمر الطعن في نتائج التحقيق بمقتضى نص المادة 29 من قانون الأملاك الوطنية.

4-2- إدماج الأملاك الصناعية: وهي كما سبق وقلنا أنها نتيجة عمل بشري وتهيئة خاصة، وعليه يشترط صدور قرار بإدماجها، ضمن الأملاك العمومية وتخصيصها لأهداف المنفعة العمومية، وإن كان القضاء يكتفي بالنسبة للطرق بأن تفتح للجمهور، وبالنسبة للمنشآت الجديدة بأن يتم استلامها، والوسائل القانونية المعروفة هي:

• **قواعد تعيين الحدود (La délimitation):** فالإدارة تقرر تعيين حدود ملكيتها العمومية بإرادتها المنفردة، ولا يمكن للأفراد إجبارها على ذلك، ويتم تعيين الأملاك الطبيعية بإصدار قرار إداري، والقرار هو قرار تصريحي وليس منشئ للحق، ويتم بموجب تحقيق لضمان حماية حقوق الملاك المجاورين الذين تمكنهم الطعن في قرار الوالي أمام القضاء.

• **قواعد التصفيف (L'alignement):** ويتعلق هذا الإجراء بوضع حدود الطريق وتختص الوالي بالطرق الولائية والوزير بالطرق الوطنية، وفي حالة توسيع الطريق تدمج

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق، ص 94.

الأمالك المجاورة عن طريق نزع المكية إذا كانت تابعة للأفراد وفي حالة إلغاء التصنيف يمكن للملاك المجاورين استعمال الشفعة لاسترجاع المستغنى عنها.

• **قواعد التخصيص (Le classement)** وتتعلق بالأمالك العمومية الاصطناعية الأخرى، وتتم بموجب قرار إداري يحدد فيه الغرض المخصص له المال، وفي حالة عدم احتياج المرفق العام للمال، يرفع عنه التخصيص ويُدْرَج ضمن الأمالك الخاصة التابعة للدولة، علماً أنه يمكن أيضاً أن يصدر قرار بتصنيف بعض الأمالك لإضفاء حماية خاصة عليها دون أن تدرج بالضرورة، فمن الأمالك الوطنية العمومية، ومثال ذلك تصنيف التحف والآثار⁽¹⁾.

5- قواعد استعمال الأمالك الوطنية العمومية:

تختلف قواعد استعمال المال العام حسب طبيعة التخصيص، ونميز عادة بين الاستعمال الجماعي العام والاستعمال الفردي وفي الاستعمال الفردي نميز بين الاستعمال العادي المطابق للأهداف المتصلة بالأمالك والاستعمال غير العادي.

5-1- الاستعمال الجماعي العام: هو الاستعمال العادي للأمالك الوطنية العمومية، لأنه يتطابق مع الأهداف العامة، للتخصيص كاستعمال الطريق، الشاطئ أو البحار والأنهار من طرف الجميع، ويحكم هذا الاستعمال مبادئ عامة تمثل في المساواة وحرية الاستعمال والمجانية، فأما المساواة المستمدة من مبدأ مساواة المواطنين في الاستفادة من المزايا التي يقدمها المرفق العام وفي تحمل أعبائه وحرية الاستعمال مستمدة من ممارسة الحريات العامة ولاسيما حرية التنقل عليه، فإن هذا الاستعمال لا يحتاج لرخصة مسبقة من الإدارة التي لا تملك سوى سلطة التنظيم والضبط لضمان حسن الاستعمال، لأن الحرية ليست مطلقة، فلا يمكن استعمال المال لغير الغرض المخصص له، فمثلاً أماكن العبادة تخصص للعبادة والمساواة لغرض تنظيم إقبال الجمهور على الأمكنة، وتقيد بقيود الضبط الإداري لضمان المحافظة على سلامة المال وحسن استعماله، أما مجانية الاستعمال فإنها مبدئياً تعفي المواطن من دفع مقابل أو إتاحة عن مروءة في الطريق مثلاً أو التتزه في الشاطئ،

(1) ليلي زروقي وحلمي باشا، المرجع السابق، ص 94.

لكن هذا المبدأ هو في تراجع مستمر بعد أن اعتبر المال العام ثروة يسمح للإدارة باستغلالها بأفضل السبل، وعليه يمكنها إلزام المستعملين دفع رسوم لدخول المتاحف أو دخول الشواطئ المهيئة أو أماكن توقيف السيارات إلى غير ذلك، لكن يبقى المبدأ أن الاستعمال الجماعي هو استعمال مجاني وبدون ترخيص مسبق وهو ما يميزه عن الاستعمال الخاص⁽¹⁾.

5-2- الاستعمال الخاص للأماكن العمومية: والذي يمكن السماح به استثناء للقاعدة

العامة ويجب التمييز في الاستعمال الخاص بين الاستعمال العادي والاستعمال غير العادي. فالاستعمال غير العادي يتعلق بالأماكن المخصصة للاستعمال الجماعي، فهو إذا لا يتطابق مع الغرض المخصص له المال، لكن لا يتعارض مع أهداف التخصيص كبيع الجرائد على الرصيف أو في الأكشاك، لكن هذا الاستعمال لا يكون إلا برخصة مسبقة تضعها السلطة المختصة لمقابل مالي لمدة محددة في الرخصة، وعليه فهو قابل للسحب في أي وقت عند الحاجة، ويشتمل على رخصة الوقوف، وفي بعض الأحيان تمنح على أساس علاقة تعاقدية كعقد شغل جزء من الأماكن المخصصة للاستعمال الجماعي، فبالنسبة للاستعمال الخاص للأماكن عن طريق الرخص الإدارية، فيكون بانتزاع جزء من الأماكن العمومية المخصصة للاستعمال العام المشترك وتخصيصها لفائدة شخص معين، ونصت المادة 68 من قانون الأملاك الوطنية على أن هذا النوع من الاستعمال يمنح بترخيص وبمقابل ويعطي للمستفيد حق مانع، وله الحق في منع الآخرين من الاستعمال، وذلك لغاية انتهاء مدة الرخصة أو سحبها، لأنها قابلة للسحب في أي وقت تطبيقاً للمبدأ العام الذي لا يترتب لشاغل الأملاك الوطنية العمومية حقوق امتلاكية، كما أنه لا يمكن للمستفيد المطالبة بالتعويض إلا إذا سحبت الرخصة منه قبل انقضاء أجلها، وبدون داعي المنفعة العمومية أو خطأ المستفيد، وتشكل الرخصة ما يعرف برخصة الطريق ورخصة الوقوف، وتسلم من طرف الوالي أو رئيس البلدية "حسب الحالة" ويمكن إرفاقها بدفتر شروط يلزم المستفيد باحترام قواعد الأمن ويحمل أعباء الصيانة العادية للمال العام وبالتعويض إذا ألحق به أضرار، وتتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في منح الرخصة أو رفضها بشرط أن لا

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق، ص 94.

يتعارض الاستعمال الخاص مع الغرض المخصصة له الأملاك كخلق الطريق، وأن لا يعرقل عملية ضبط المحافظة وأن لا يمس بحقوق مكتسبة علما أن الترخيص في مثل هذه الحالات لا ينتقل لورثة المستفيد⁽¹⁾، أما بالنسبة لشغل الأملاك العمومية بناء على عقد شغل الأماكن، وهو اتفاق يبرم بين الإدارة وأحد الأفراد أو مع شخص معنوي للسماح له بشغل جزء من الأملاك الوطنية العمومية المخصصة للاستعمال الجماعي⁽²⁾.

وستند عقد شغل جزء من الأملاك الوطنية العمومية على امتياز مرفق عام أو على مهمة من مهام المنفعة العامة التي يأتي تكملة لها وفق دفتر شروط يحدد طبقا لاتفاقية نموذجية ينص على بنودها مرسوم، ومثال ذلك شغل الأماكن من طرف سونلغاز لتمرير الأنابيب، وتوصيل الكهرباء والغاز بنص من المواد 167 وما يليها من المرسوم 54/91 المؤرخ في 1991/11/23 المعدل والمتمم المتعلق بشروط وكيفية استعمال الأملاك الوطنية التابعة للدولة، وقد نصت المادة 168 من المرسوم المذكور أعلاه أن الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية المخصصة للاستعمال الجماعي له طابع مؤقت وقابل للنقض، وتملك الإدارة التي رخصت به حق إلغائه وحرية إبرام العقد أو رفضه أو الاعتراض على تجديده بدافع المنفعة العامة ماعدا الحالات التي ينص القانون فيها على خلاف ذلك وحددت نفس المادة حقوق المستفيد في حالة الفسخ قبل انقضاء الأجل المتفق عليه وأحالت على القضاء المختص لحسم المنازعات التي يثيرها⁽³⁾.

وبالنسبة للاستعمال العادي المطبق للغرض المخصص له المال العام، فيمكن أن يكون شغل الأماكن شغلا عاديا أي مطابق للغرض المخصص له المال العام كامتياز المقابر وشغل الأماكن في الأسواق، وعليه فإن الإدارة لا تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في علاقاتها، مع المستفيد الذي يمكنه الاستمرار في شغل الأماكن حتى توفرت الشروط المنصوص عليها قانونا، وذلك أن الطابع العادي للاستعمال يخول المستعملين حق مكتسب في حدود الأماكن المتوفرة حتى في حالة تحويل المنشآت أو إبعاد التخصيص، ولا يمكن للإدارة رفض منح الرخصة المطلوبة إلا بسبب النظام العام أو الحرص على حسن استعمال المرفق العام أو

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق، ص 97.

(2) عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة، (دراسة مقارنة)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص 56.

(3) ليلي زروقي وحمدى عمر باشا، المرجع السابق، ص 97.

احترام ترتيب الأسبقية، علما أنه بالنسبة لامتياز المقابر فإن الإدارة لا تملك سوى سلطة الضبط الإداري، ولا يمكنها إلغاء التخصيص أصلا، وهو الاستثناء الوحيد لقاعدة الطابع الموقت القابل للإلغاء في أي وقت في الاستعمال الخاص للأمالك الوطنية العمومية بنص المادة 169 من المرسوم (454/91) عن طريق تخصيصها للهيئات والمؤسسات العمومية بمقتضى نص قانوني أو بموجب عقد امتياز، وذلك لاحتياج المرافق العامة التي تكلف تسييرها لها، وفي هذه الحالة فإن المادة 171 من المرسوم المذكور تخول للمستفيد الحق في استعمال المانع وفق شروط تضبط فيها البنود التنظيمية والاتفاقية ويمكن للمستفيد أيضا أن يحل محل الإدارة، وتمنح ترخيصات للغير ويستوفي إتاوات منهم، ويمكنه القانون اسم الدولة في حالة التعدي على الأملاك التي يستغلها، والمطالبة بالتعويض، كما يحق له المطالبة بالتعويض من المالك إذا لحق ضرر بفعل الإدارة شريطة أن لا يكون الضرر ناتج عن المخاطر العادية أو إجهاله ويمكن أيضا أن تمنح الأملاك العامة للمؤسسات العمومية أو الخاصة عن طريق عقد امتياز المرفق إليها أو في إطار تسيير بعض المرافق العامة بواسطة المؤسسات العمومية والخواص⁽¹⁾.

6- حماية الأملاك الوطنية العمومية

لقد خص المشرع الجزائري، الأملاك الوطنية لحماية قوية شملت جميع عناصر هذه الأملاك بصورة مطلقة، وبغض النظر عن نوعيتها الفرعية، فهي تستفيد من قواعد الحماية الاستثنائية، وهو الأمر الذي يمثل أقوى الحجج على تشكيل الأملاك الوطنية لقطاع موحد، ويضم جميع نوعياتها الفرعية المختلفة، ونميز في هذا المجال بين أربع صور من صور حماية الأموال العامة، وهي دستورية، مدنية، إدارية وجنائية⁽²⁾، نجسد محتواها في النقاط الثلاثة الآتية:

6-1- قواعد الحماية ضد تصرفات الإدارة: حيث تلزم الإدارة بصيانة الأملاك

الوطنية العمومية وهي محمية بمبدأ جواز التصرف فيها، ويشمل هذا المبدأ عدم قابلية المال

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق، ص 99.

(2) محمد فاروق عبد الحميد، المرجع السابق، ص 342 - 343.

العام للتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو الإيجار ما دام مختص،⁽¹⁾ وإذا تم التصرف فيه فالعقد باطل وليس للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض من الإدارة، والجانب الأهم في هذه النقطة أنه لا تجوز الشفعة في مثل هذه الأموال من الأملاك الوطنية طبقاً لقاعدة عدم جواز التصرف فيها، لنؤكد ذلك عند دراسة طبيعة حق الأشخاص الإدارية على المال العام.

كما يشمل المبدأ عدم جواز تملك المال العام بالتقادم المكسب لأن المال العام طالما أنه لا يجوز التصرف فيه بنقل ملكيته، فمن باب أولى لا يجوز أن يكتسبه أحد الأفراد بالتقادم، وهذه القاعدة لها من الأهمية العلمية والتطبيقية مكانه أكبر من القاعدة الأولى، لأنه من النادر عملاً أن تقوم الدولة أو أحد الأشخاص العامة بالتصرف في مال من أموال الإدارة، ولكن من الجائر في كثير من الحالات أن يعتدي لأحد أشخاص القانون الخاص طبيعياً كان أم معنوياً على جزء من الأموال العامة، ويصنعون عليها بينهم مدة طويلة في مثل هذه الحالات إذا تنبّهت الإدارة، وعلمت بمثل هذه الواقعة، فإن لها أن تقوم استرداد المال العام مهما طالّت مدة وضع اليد، ولا يمكن لمن استولى على هذه الأموال حتى ولو كانت بضعة أمتار مربعة أن يحتج بأنه اكتسب المال بالتقادم المكتسب، وفقاً للقانون المدني، ويستعمل الدعاوي القانونية المترتبة على ذلك⁽²⁾ فهي إذن النتيجة المنطقية لعدم جواز التصرف فيه، وهي من النظام العام وعليه لا نسري على المال العام قاعدة الحيازة في المنقول سبب الملكية أو التملك عن طريق الالتصاق أو التقادم.

ويشمل أيضاً عدم جواز الحجز على الأملاك العمومية، ومكمل للمبدئين السالفين الذكر، وهو مقرر لمصلحة المرافق العامة لضمان استمراريتها، وهذا المبدأ يطبق حتى على الأموال الخاصة تطبيقاً لمبدأ جواز التنفيذ الجبري على أموال الإدارة لأنه يفترض فيها الثراء أو الملاءة، وأنها قادرة على تنفيذ التزاماتها دون ضغط أو إكراه ويترتب على ذلك أنه لا يجدد ترتيب أية حقوق عينية تبعية على المال العام، وذلك ضماناً للديون التي تشغل ذمة الشخص العام، كما تلتزم الإدارة بصيانة الأملاك العمومية، ويترتب على عدم القيام بالصيانة جزاءات خاصة إذا نتج عن ذلك ضرر للمستعملين، والصيانة تفرض أساساً على

(1) محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 49.

(2) المرجع نفسه، ص 51.

المالك كالتجديد المستمر لشبكة الطرق، علماً أن صيانة الأموال المخصصة للمرافق العامة يتكفل بها المالك، والمسير للمرفق، فيلزم المسير بالصيانة العادية، ويلزم المالك بالإصلاحات الكبرى⁽¹⁾.

6-2- حماية الأملاك العمومية من تصرفات الإدارة:

ويمنع على الأفراد استعمال الأملاك العمومية بصفة سيئة تؤدي إلى الإضرار بها، كما لا يجوز بدون ترخيص وإذا لم يحترم هذا المبدأ يخضع المخالفون لجزاءات عقابية، وتواجه الإدارة سوء استعمال سلطتها في إصدار الوالي عن لوائح الضبط الإداري العام التي تهدف إلى الحفاظ على النظام العام، والتي تستعمل في مجال تنظيم استعمال الأموال العامة دون أن تشمل عقوبات جزائية، كما هو الحال بالنسبة لضبط المحافظة، ويطبق ضبط المحافظة على الأملاك العمومية دون سواها، ويشمل مخالفات الطرق التي نص عليها قانون العقوبات، وفي حالة الشغل غير الشرعي للأملاك العمومية أي بدون رخصة أو بعد انقضاء أجل الرخصة، بحكم القاضي الجزائي بالعقوبة والطرده، ويمكن للإدارة دون اللجوء للقاضي اتخاذ قرار بإزالة الشغل غير الشرعي عند الضرورة وتنفيذه دون اللجوء للقاضي، ويمكن لها أيضاً رفع دعوى أمام القاضي الإداري تطلب طرده، ويكتفي القاضي بالطرد دون أن يكون له الحق في منح أي مهلة للمخالف كما يفعل القاضي المدني في المنازعات بين الأفراد عند الاقتضاء.

كما يمنع الأفراد وضع اليد على المال العمومي بنية التملك مهما طالَّت الإقامة لعدم جوازها للتملك الخاص سواء تعلق الأمر بالمال في حد ذاته أو توقيع حقوق امتلاكية عليه كحق الارتفاق مثلاً أو رفع دعوى الحيازة على المال العام، وفي حالة ثبوت الفعل المادي للتعدي، لا يحتاج القاضي إلى إثبات الركن المعنوي، ولا يعفي المخالف إلا في حالة القوة القاهرة، ولا يعفي تسامح الإدارة في غياب الترخيص من العقوبة، ويلزم المخالف في كل الحالات بالتعويض إلى جانب المخالفات، نص قانون العقوبات على عدة جرائم تستهدف المال العام وتعاقب بأكثر شدة عليها⁽²⁾.

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باثاء، المرجع السابق، ص 100.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

6-3- علاقة الجوار بالأماكن العمومية:

وتنص المادة 67 من قانون الأماكن الوطنية على أعباء الجوار لصالح الأماكن العمومية، وأهمها الارتفاقات الإدارية ارتفاق توصيل المياه الصالحة للشرب وتصريف المياه القذرة، هذا فضلا عن الارتفاقات العادية الأخرى المنصوص عليه في القانون المدني والتي تستفيد منها الأماكن العمومية دون أن تقع عليها.

أما الارتفاقات الإدارية فتقرر لحماية الملكية الإدارية فيمكن أن تفرض على الملك المجاورين ارتفاقات سلبية تمنعهم من ممارسة أحد الحقوق على عقاراتهم كارتفاق الابتعاد أو البناء، وارتفاق عدم التعرض للإدارة عند القيام ببعض الأعمال المجاورة لدخول الأماكن العمومية أو ارتفاقات ايجابية كفرض إزالة المنشآت والأموال في مساحة محيطة بالأماكن العسكرية أو بالمطارات مثلا، وهذه الارتفاقات مرتبطة بالنظام العام، وتشكل أحد أبعاده لأنها تهدف لتحقيق النفع العام، وعليه فالإدارة والأفراد ملزمين بالخضوع لأحكامها وهذا ما يبرر حمايتها بعقوبات جزائية، كما تفرض الإدارة رسوما على المجاورين للطرق العامة للمشاركة في صيانتها.

7- الطبيعة القانونية لحق الدولة والأشخاص الإدارية على الأماكن العمومية:

يثور التساؤل حول تكييف الطبيعة القانونية لحق الملكية المعترف به للشخص العام على أمواله العامة، هل هو حق ملكية عادية تتماثل في أحكامها مع الملكية الخاصة التي تنظمها قواعد القانون المدني؟ أم هي ملكية من نوع خاص تتميز بقواعدها غير العادية والمستمدة من أحكام القانون العام⁽¹⁾؟

ونعالج وجوبا، وحتى تكتمل الدراسة الدقيقة لمعرفة مدى إمكانية استعمال الدولة بواسطة مؤسساتها العامة للشفعة على الأماكن العمومية، موضوع طبعة حق الهيئات الإدارية على الأموال العامة، علنا نجد استثناء عن القواعد السابقة يجيز ذلك، وهذا الموضوع انقسم فيه الفقه إلى قسمين:

(1) محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام، القاهرة، مطبعة خطاب، الطبعة الأولى، 1983، ص 574.

الرأي الأول: الرأي المنكر لحق ملكية الدولة لأموالها العامة

حيث ينكر فريقان من الفقهاء لذلك، أحدهما من فقهاء القانون الخاص، والآخر من فقهاء القانون العام، حق ملكية الدولة لأموالها العامة، ويستند الفريق الأول إلى قواعد القانون المدني والثاني إلى إنكار الشخصية المعنوية للدولة، ونستعرض في هذا المقام آراء هذين الفريقين:

• الفريق الأول: آراء المنكرين لحق ملكية الدولة استناداً إلى أحكام القانون المدني:

يذهب هذا الفريق الذي يتزعمه الفقيه الفرنسي "برودون" إلى القول بأن الأموال العامة لا تعتبر مملوكة للدولة، أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، كملكية الأفراد لأموالهم الخاصة، تلك الملكية المعروفة في القانون المدني.

ويتلخص هذا الرأي في أن الملكية في القانون المدني تتميز باختصاص مالك الشيء به، وقصر الانتفاع به على شخصه مما لا يقابل له في المال العام، فعناصر حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف لا تتوفر في المال العام كتوافرها في الملكية الخاصة، فاستعمال المال العام يشمل الكافة، وليس خاصاً بالإدارة، وحق الاستغلال غير متوافر إلا نادراً، كما أن حق التصرف لا تتمتع به الإدارة ونتيجة لذلك أن الدومين العام يعتبر على حد تعبير "برودون" هو دومين حماية وليس دومين ملك، أي أن حق السلطة العامة على الدومين العام ليس سوى حق ولاية إشراف وحفظ وصيانة، ومن شأن هذا التكييف الحد من تدخل الدولة في شؤون هذا الدومين، وقصر نشاطها على القدر الضروري لتمكين الجمهور من الانتفاع به، الانتفاع المهيأ له المال، بحيث تقتصر الدولة على مباشرة سلطتها الضابطة لصون الصالح العام وحمايته، وقد كيف هذا الحق كذلك بعض الفقهاء من هذا التعريف على أنه حق السيادة أي أقوى من حق الملكية، ويبدو أن كثيراً من أصحاب هذه النظرية هم من الفقهاء الذين يأخذون بنظرية طبيعة المال للتمييز بين الأموال العامة والأموال الخاصة، ولذا أضاف هؤلاء الفقهاء بحجة مفادها أن المال العام لا يقبل بطبيعة التملك، ومن ثم لا يجوز للدولة ولا للأفراد تملكه⁽¹⁾، وقد استند في تأييد نظريتهم إلى نص المادة 538 مدني فرنسي التي نصت على أن "تعتبر داخلية في الدومين العام كافة أجزاء الإقليم التي لا تقبل أن تكون مملوكة ملكية خاصة".

(1) عبد العزيز السيد الجوهري، المرجع السابق، ص 19 - 20.

• الفريق الثاني: آراء المنكرين لحق الدولة استنادا إلى إنكار الشخصية الاعتبارية للدولة

ويرى هذا الفريق من الفقهاء أن حق الدولة على المال العام ليس حق ملكية لأن فكرة الشخصية الاعتبارية التي تأسس عليها هذا الرأي، إنما هي فكرة لا معنى لها، ومن ثم فإن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية لا تملك هذه الأموال سواء كانت عامة أو خاصة، ويزعم هذا الفريق العميد "دوجي" والفقير "جينر".

ويقوم مذهب "دوجي" الواقعي هي هذا الشأن على أساس رفض فكرة الشخصية المعنوية والاستعاضة عنها بفكرة التخصيص أو الذمة المالية المخصصة لغرض معين، فالذمة المالية ليست إلا مجموعة من الأموال المخصصة لمنفعة فردية أو مشتركة يحميها القانون بما يمنحه من وسائل مختلفة للمنتفع بها فردا كان أو جماعة، ويكفي القول بأن الموظفين العموميين يختصون فقط [أن يباشروا كل الأعمال التي تتفق مع ما خصص به، ويعترض أصحاب هذا الرأي على نقل فكرة الملكية التي انبثقت أساسا من مجال القانون المدني إلى مجال القانون العام لأنها لا تتفق وهذا القانون⁽¹⁾].

الرأي الثاني: الآراء المقررة بحق ملكية الدولة للأموال العامة

فحق الدولة وغيرها من الأشخاص الإداريون على الأموال العامة هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، غير أن الخلاف قد ثار بعد ذلك حول طبيعة هذه الملكية، فمن الفقهاء من قال بأنها ملكية عادية لا تختلف عن الملكية المعروفة في القانون المدني، ومنهم من قال بأنها ملكية موصوفة تختلف في قليل أو كثير عن الملكية العادية المعروفة، وقد تفرق هؤلاء الأخيرون في شأن الوصف الذي يرد على هذه الملكية الاجتماعية ومنهم من اعتبرها ملكية عامة وآخر اعتبرها ملكية إدارية⁽²⁾، ونستعرض فيما يلي للنظريات المختلفة التي قيل بها في تحليل طبيعة حق ملكية الدولة وغيرها من الأشخاص الإدارية على المال العام، ثم نعقب ذلك برأينا الخاص في الشأن، والنتيجة المستخلصة من هذه الدراسة على موضوعنا "حق الشفعة للدولة على المال العام".

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق، ص 20.

(2) إبراهيم عبد العزيز شيجا، الأموال العامة، مصر، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 433.

• الفريق الأول: نظرية الملكية العادية أو الخاصة

ونشأت هذه النظرية القائلة بأن ملكية الدولة وغيرها من الأشخاص الإدارية للأموال العامة هي ملكية عادية أو خاصة في أول الأمر في ألمانيا ثم انتصر لها الفقه بعد ذلك في سويسرا وبلجيكا وفرنسا، وتنطلق هذه النظرية من أنه لا يوجد سوى نوع وحيد من الملكية، وهي الملكية المدنية أو الخاصة، فقد خلص القائلون بهذه النظرية إلى وحدة ملكية الدولة لأموالها جميعا العامة منها والخاصة، وأنه لا يترتب على تخصيص بعض الأموال المملوكة للإدارة للمنافع العامة تغيير في طبيعتها، أو ما من شأنه التأثير على جوهر حق الملكية الثابت لها، على هذه الأموال، ولذلك رفض أنصار هذه النظرية فكرة الملكية الموصوفة، وبصفة خاصة فكرة الملكية العامة التي قال بها الفقيه "أوتوماير" من الفقه الألماني و"هوريو" من الفقه الفرنسي، وفي بيان ذلك يقول الفقيه "فوتير" أنه يكون من الخطأ إذا اعتبرنا حق ملكية الإدارة على أموال الدومين العام حقا له طبيعة خاصة كنعته بحق الملكية العامة، فهذا الحق لا يعد أن يكون حقا عاديا وتقليديا للملكية، وإن كانت هذه الملكية بحكم تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة في شبه سباق قانوني، حتى ينتهي التخصيص المذكور، فإذا ما تحقق ذلك استيقظ حق الملكية وارتفعت عنه القيود المخدرة لمظاهرة، وقد تعرضت نظرية الملكية العادية لحملة شديدة من النقد ساقها بصفة خاصة أنصار فكرة الملكية العامة، ويمكن إجمال هذه الانتقادات في المأخذين التاليين:

- **المأخذ الأول:** أنها تقوم على أساس خاطئ في تصور شخصية الدولة، إذ ينتسب إليها أصحابها شخصية تظهر في أولهما في شخص بيت المال، وفي الأخرى في مظهر صاحبة السيادة والسلطان، وإذا كان شخص الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان، عند أنصار هذه النظرية يتعارض مع تحويلها حقوقا ذات طابع مالي ومنها حق الملكية، فقد ذهب أنصارها إلى إسناد ملكية الأموال العامة إلى الدولة باعتبارها شخص بيت المال، ولكن شهر الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان على حماية تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، فيمتنع على بيت المال التصرف فيها، ولا يجوز تملكها بالتقادم عن طريق الأفراد أو ما من شأنه عرقلة الانتفاع العام بها.

- **المأخذ الثاني:** أن هذه النظرية تقوم على التحايل المطلق لما بين ملكية الأموال العامة والملكية المدنية أو العادية من فوارق يترتب على بعضها اتساع في نطاق الأموال العامة، ويترتب على بعضها الآخر ضمور وتضييق لنطاق هذه الملكية المدنية أو العادية، ومن أمثلة الفوارق الأولى التي يترتب عليها اتساع لنطاق ملكية الأموال العامة، الحقوق التي تباشرها الدولة بما لها من ميزة السلطة العامة كتخصيصها للمنفعة العامة، أو تجريدها من عموميتها، وتعيين حدودها بمقتضى قرارات إدارية واستخدام سلطتها الضابطة في حفظها وصيانتها، ومثال الفوارق الثانية التي تترتب عليها ضمور في نطاق ملكية هذه الأموال أن الدولة لا يجوز لها التصرف فيها، ويكون حق الدولة في استعمالها واستغلالها مقيدا بوجوب احترام التخصيص الذي رصدت من أجله هذه الأموال⁽¹⁾.

• الفريق الثاني: نظرية الملكية الاجتماعية

قال بهذه النظرية ودافع عنها " بونار" من الفقه الفرنسي، وتقتضي بأنه كان استثناء مالِك الشيء بمنافع الشيء المملوك هو طابع الملكية الخاصة أو الفردية وفقا للتعريف الوارد في التقنين المدني، إلا أن ذلك لا يمثل جوهر الملكية في معناها العام وإنما يقوم هذا الحق على كرتين أساسيين و الأول هو حيازة الشيء، والثاني هو مكنة صاحب في التصرف في منافع الشيء المملوك، فإذا حجز هذه المنافع لنفسه كنا بصدد ملكية فردية، أما إذا أسندها إلى غيره كنا بصدد ملكية اجتماعية، وهذا النوع من الملكية هو الثابت للدولة على أموالها العامة المخصصة لاستعمال الجمهور أي الكافة، ذلك أن الإدارة تعطي للأفراد حق الانتفاع بهذه الأموال مع احتفاظها بحيازتها، ولم تلق نظرية " بونار" لدى الفقه الفرنسي المعاصر صدى بل تعرضت لبعض الانتقادات، يمكن إيجازها في النقاط الآتية؛

- أن هذه النظرية على فرض صحتها لا يمكن الأخذ بها إلا بشأن الأموال العامة المخصصة لاستعمال الجمهور دون الأموال المخصصة للمرافق العامة، إذ يكون المستفيد - في هذه الحالة - بمنافع هذه الأموال هي الإدارة نفسها.

- إن التسليم بهذه النظرية من شأنه أن يؤدي إلى ازدواج في تكييف حق ملكية الإدارة على أموالها العامة فنكون بصدد ملكية اجتماعية - بالنسبة للأموال المخصصة

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق ، ص 440.

للمرافق العامة، وهو ما لا يقبله المنطق بحال، إذ لا يكون مقبولا في نظر البعض أن ترى في ملكية الإدارة لهذه الطائفة الأخيرة من الأموال نوعا من الملكية الفردية أي الملكية الخاصة مع خضوعها في نفس الوقت لقواعد غير مألوفة لقواعد القانون الخاص.

- إن هذه النظرية لا يمكن الأخذ بها حتى بشأن الأموال المخصصة لاستعمال الجمهور، إذ يوجد في الواقع مشاطرة وقسمة حقيقية في الانتفاع بهذه الأموال بين الإدارة من جهة، وبين المنتفعين بها من الأفراد من جهة أخرى.

- كما أن هذه النظرية كما لاحظ عليها البعض، على الرغم من بساطتها تكون مصدرا للتعقيد، فهي لا تخرج عن حقيقة النظريات التي تقوم على تشبيه ملكية الأموال العامة بالملكية العادية أو الخاصة⁽¹⁾.

• الفريق الثالث: نظرية الملكية العامة

دعا إلى هذه النظرية وأبرزها "أوتوماير" من الفقه الألماني، وتخلص في أن أهم ما تتميز به ملكية الأموال العامة عن ملكية الأموال الخاصة هو خضوعها خضوعا تاما لأحكام وقواعد القانون العام، ونفورها من الخضوع لأحكام وقواعد القانون الخاص، ويرى "أوتوماير" لأنه يترتب على خضوع ملكية الأموال العامة لقواعد القانون العام شمولها بأوجه كثيرة من الحماية نجد أساسها في سلطة البوليس التي تستعين بها الدولة في حماية هذه الأموال، ولذلك لا يتردد "أوتوماير" في تقرير حق الدولة في الالتجاء إلى وسائل القوة لحماية هذه الأموال، ودون حاجة ما إلى وجود سند تشريعي يرخص لها باستعمال هذه الوسائل، ويرى أن التجاء الدولة إلى وسائل القانون الخاص المقررة لحماية الملكية - كدعاوى الاستحقاق والحياسة - أمر يكشف عن ضعفها والنيل من هبتها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان، ويضيف "أوتوماير" أنه إذا كانت ملكية هذه الأموال لا تخضع للتصرفات التي يجيزها القانون المدني كالبيع أو الهبة، إلا أنها تقبل أن تكون محلا لتصرفات تتلاءم وطبيعة القانون العام، وتتفق والتخصيص المرصود عليه هذه الأموال ومما تقدم يتبين أن نظرية "أوتوماير" تقوم على الفصل التام بين ملكية الأموال العامة وملكية الأموال الخاصة،

(1) ليلي زروقي وحلمي باشا، المرجع السابق، ص 441.

فتخضع الأولى لأحكام وقواعد القانون العام، بينما تخضع الثانية لأحكام وقواعد القانون الخاص، وقد خضعت هذه النظرية لانتقادات نستطيع إجمالها فيما يلي:

إن هذه النظرية يعييبها الشطط في محاولتها قطع الصلة بين القانون العام والقانون الخاص، الأمر الذي أدى بأوتوماير كما سبق ورأينا أن يرفض التجاء الدولة إلى وسائل القانون الخاص لحماية الأموال العامة ولذلك رأى الفقه أنه لا يوجد اعتبار قانوني سليم يحول دون تضافر وسائل الحماية المقررة في كل من القانونين لحماية الأموال العامة والدفاع عنها.

وأن فكرة الملكية واحدة في أساسها ونطاقها هو الذي تختلف سعة وضيقا بحسب مجالي القانون العام والقانون الخاص⁽¹⁾.

• الفريق الرابع: نظرية الملكية الإدارية

وتجمل هذه النظرية في أنه إذا كان حق ملكية الدولة، وغيرها من الأشخاص الإدارية على الأموال العامة لا يفترق في جوهره عن الملكية العادية التي يعرفها القانون الخاص، فإن مقتضيات القانون الإداري، وما تتميز به العلاقات التي ينظمها القانون من خصائص السلطة العامة، قد أضفى على هذا الحق في الملكية طابعا خاصا يجعلها تختلف عن حق الملكية المدنية من حيث طرق اكتسابها وترتيب الحقوق على ما تضمها من الأموال، وأفراده بقواعد خاصة من حيث تنظيمها وحمايتها، ويرى القائلون بهذه النظرية أنه يترتب على توافر عنصر السلطة العامة في شخص الدولة المالكة للأموال العامة اتساع حقيقي في نطاق هذه الملكية ومداها، فالإدارة لا تلجأ في اكتسابها أو في تنظيمها إلى وسائل القانون الخاص المقررة في هذا الشأن، بل أنها تستطيع أن تلجأ بما لها من سلطة عامة، وولاية أمره إلى إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة لاكتساب هذه الأموال، وإلى الأساليب المقررة في القانون الإداري في تعيين حدودها كاعتماد خطوط التنظيم وفي اختفاء الصفة العامة عليها، وتجريدها من هذه الصفة، وتتمتع هذه الأموال بحماية خاصة لا نظير لها في القانون الخاص نتيجة ما تباشره الإدارة عليها في سلطات البوليس فضلا عن تقرير عقوبات جنائية على من يعتدي عليها أو يعرقل الانتفاع العام بها على أن تقري مثل هذه الحماية ليس معناه

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق، ص 440.

التجاهل أو الاستغناء عن ضروب الحماية المقرر من القانون الخاص إذ يكون للأشخاص الإدارية إلى جانب وسائل الحماية المقررة أصلاً في القانون الإداري، الحق في رفع دعاوي الاستحقاق ودعاوي الحيازة، وهي من وسائل الحماية المعروفة في القانون الخاص⁽¹⁾.

ويقدر هؤلاء الفقهاء أنه إذا كان اتساع نطاق الملكية الإدارية بالشكل السابق إبرازه فكما اقتضته دواعي الصالح العام وولاية الأشخاص الإدارية الآمرة نتيجة توافر عنصر السلطة العامة، فإنه يترتب على تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة ووجوب احترام هذا التخصيص، تضيق من نطاق هذه الملكية، وانكماش في حقوق الإدارة عليها بالقدر الذي يستلزمه بقاء هذا التخصيص، ويتمثل هذا الضرر فيما يصيب حقوق الإدارة على هذه الأموال من استغلال واستعمال وتصرف، إذ يجب أن يجرى الاستعمال في حدود التخصيص للمنفعة العامة واستغلالها لهذه الأموال يجب أن لا يترتب عليه تعطيل لمظاهر الانتفاع، ولا يكون للدولة حق التصرف في هذه الأموال⁽²⁾.

وهذا ويرى جانب من الفقه أن طبيعة حق ملكية الدولة وغيرها من الأشخاص الإدارية على الأموال العامة هو ملكية عادية مقيدة بهدف التخصيص للمنفعة العامة، فهي ملكية عادية لأن الأشخاص الإدارية تملك جميع عناصر الملكية المعروفة في القانون المدني فيكون لها حق استعمال هذه الأموال واستغلالها والتصرف فيها، وهي في ذات الوقت مقيدة بهدف التخصيص للمنفعة العامة لأن الأشخاص الإدارية تكون مقيدة في استعمالها لحقوق الملكية على هذه الأموال بوجوب احترام التخصيص الذي رصدت من أجله، فحقها في استعمال هذه الأموال يجري في حدود التخصيص المذكور، وحقها في الاستثمار يجب أن لا يعرف سبل الانتفاع بهذه الأموال، وهي لا تستطيع في النهاية أن تتعرف فيها إلى الأفراد فينقطع التخصيص للمنفعة العامة⁽³⁾.

إلا أننا في ختام هذا التحليل للاتجاهات الفقهية، نأبى أن نساير أي منها -الاتجاهات الفقهية المعاصرة السابقة- سواء في مصر أو في فرنسا، لنصف حق ملكية الدولة والأشخاص الإدارية على الأموال العامة بأنه حق ملكية ذو طبيعة خاصة، حيث يفرض

(1) ليلي زروقي وحمدى باشا، المرجع السابق، ص 445.

(2) المرجع نفسه، ص 446.

(3) المرجع نفسه، ص 448.

المشرع الجزائري حصرا على الإدارة في التصرف في الأموال العامة سواء بالبيع أو الهبة أو بغير ذلك من التصرفات إذ يقصد بهذا المبدأ إخراج المال العام عن دائرة التعامل القانوني بحكم القانون ومن ثم لا يجوز للشخص الإداري نقل ملكية المال العام إلى أحد الأفراد أو إحدى الهيئات الخاصة بمقتضى قانون أو قرار بالفعل، فيمنع على الإدارة أن تنقل ملكية أموالها العامة إلى أحد الأفراد إلا إذا أرادت بذلك أن تجردها من صفتها العامة وتحويلها إلى أموال خاصة، بمعنى ذلك أن التصرف يجوز في الأموال الخاصة للدولة لا في الأموال العامة⁽¹⁾، وهو ما يدعونا إلى تأكيد ذلك و مداه بالتعرف على النظام القانوني للأموال الخاصة التابعة للدولة، والتي يجوز التصرف فيها من حيث تحديدها ووسائل كسبها وكذا طبيعة التصرفات الواردة عليها وهل تعتبر الشفعة أحدها؟

كل ذلك هو موضوع للجزء الثاني من هذا الفرع

ثانيا: النظام القانوني للأموال الوطنية العامة

وقبل البحث في النظام القانوني للأموال الوطنية الخاصة، والتي هي محل التصرف بالشفعة من قبل الأشخاص والمؤسسات العمومية-كما سنؤكد-، نشير إلى أن هذه الفئة من الأموال لم تلق أي اهتمام من الدراسة رغم أنها تمثل جانب كبيرا من نشاط الإدارة، وعليها يتوقف نمو في المجالات الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية وذلك من خلال المداخل التي تدرها للخرينة العمومية، وتمكين مختلف المتعاملين من تلبية حاجياتهم قصد أداء مهامهم ونشاطاتهم كالاستثمار وترقية العقار، متابعة مختلف الأعمال المتعلقة بالقيام بوظيفة المرفق العام والاضطلاع بالجانب الاجتماعي، والتكفل بالسكن، غير أن هذه الأموال لن تلعب هذا الدور الجوهري إلا إذا روعيت طرق التسيير العقلاني والإدارة الرشيدة، ذلك من خلال مراعاة النصوص السارية المفعول، والأداء الجيد للخدمة العامة، لأنه كثيرا ما يشتكي المتعاملون مع الغدارة من طول الإجراءات والبطء في استكمالها مما يفوه عليهم فرصا ثمينة، ويعرض مشاريعهم للخطر، ولا يهما في هذه الدراسة كيفية أداء الإدارة لمهامها تعكف على ماهية هذه الأموال الخاصة وموضع التصرفات الواردة عليها لاسيما الشفعة.

(1) عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 25.

1- تحديد الأملاك الوطنية الخاصة: تعتبر أموالاً خاصة بالدولة والجماعات المحلية بمفهوم المادة الثالثة/القوة 2 من قانون الأملاك الوطنية تلك الأملاك التي تؤدي وظيفة تمليلية ومالية وبما أن الشفعة ترد على العقار دون المنقول فسوف نحاول فقط تحديد الأملاك العقارية فقط وهي:

• العقارات غير المصنفة في فئة الأموال العامة (كالعقار السياحي الذي نحن بصدد بيان الشفعة عليه)

• الأملاك الملغى تخصيصها أو تصنيفها وفقدت صفة العمومية.

• الأملاك والحقوق الناتجة عن تجزئة حق الملكية (حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق الارتفاق).

• الأملاك المشغولة بدون سند وتم استرجاعها بالطرق القانونية.

ثم راح المشرع يعدد على أفراد كل من الأملاك الخاصة بالدولة والولاية والبلدية، وذلك على سبيل المثال فتتكون الأموال الخاصة بالدولة من:

• العقارات المبنية وغير المبنية المخصصة للمصالح العامة والهيئات الإدارية.

• المباني والأراضي التي اكتسبها أو أنجزتها الدولة أو مصالحها أو هيئاتها الإدارية أو التي آلت إليها.

• المباني ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري وكذلك المحلات التجارية.

• الأراضي الجرداء غير المخصصة.

• الممتلكات المخصصة لوزارة الدفاع الوطني، والتي تشكل وسائل الدعم، الأملاك العقارية غير المصنفة في الأملاك العامة وتشمل على وجه الخصوص:

- العقارات ذات الاستعمال السكني.

- فنادق ونوادي المواقع.

- المنشآت الاجتماعية.

- العقارات الموضوعية تحت تصرف المؤسسات العسكرية ذات الطابع الصناعي والتجاري بقصد الاستعمال.

- العقارات المخصصة للمثليات العسكرية في الخارج.
 - العقارات غير المدرجة في الأملاك العامة الصناعية أو لم تعد تنتمي إليها.
 - الأملاك العقارية الآيلة للدولة عن طريق الهبات والوصايا، التركات بدون وراثة الأملاك الشاغرة وبدون مالك، الحطام والكنوز.
 - الأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي.
 - الأراضي الرعوية ذات الطابع الرعوي.
 - الأملاك العقارية التي تحوزها المؤسسات العامة والمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، والتي تعود إلى الجماعات المحولة إلى الدولة مجاناً.
- وبعد أن انتهينا من سرد الأملاك العقارية الخاصة بالدولة، توضح تحديد الأملاك العقارية الخاصة بالولاية هي:
- المباني والأراضي التي خصصتها الولاية للمصالح العامة والهيئات الإدارية.
 - المحلات ذات الاستعمال السكني، وملحقاتها التي أنجزتها واقتنتها الولاية بإمكانياتها الخاصة.
 - العقارات غير المخصصة التي اقتنتها أو أنجزتها الولاية.
 - الأراضي الجرداء التي لم تخصصها الولاية.
 - الهبات والوصايا التي موضوعها عقاراً، والتي قبلتها الولاية وفقاً للأشكال والشروط المنصوص عليها قانوناً.
 - الأموال العقارية الخاصة التي تتنازل عنها الدولة والبلدية لصالح الولاية.
- أما عن الأموال الخاصة بالبلدية فهي:
- المباني والأراضي التي خصصتها البلدية للمصالح العامة والهيئات الإدارية.
 - المحلات ذات الاستعمال السكني وملحقاتها التي أنجزتها البلدية بوسائلها الخاصة.
 - الأراضي الجرداء التي لم تخصصها البلدية.
 - العقارات غير المخصصة التي اكتسبتها البلدية أو أنجزتها بوسائلها الخاصة.

- العقارات والمحلات ذات الاستعمال المهني، التجاري أو الحرفي المخول ملكيتها إلى البلدية وفقا للقانون.
- الهبات والوصايا التي موضوعها عقار التي قبلتها البلدية وفقا للأشكال والشروط المقررة قانونا.
- الأملاك العقارية التي تنازلت عنها الدولة أو الولاية لصالح البلدية.

بعد أن حددنا الأموال الخاصة العقارية التابعة للدولة، نجد كما سنأتي على بيانه في المباحث القادمة من هذا الفصل أن مجالات استعمال الشفعة، وأوردنا تصنيفها بدقة لقلنا أنها تنفرع بين الأملاك العقارية الخاصة للدولة وهي العقار الفلاحي والسياحي، وبين الأملاك الخاصة التابعة لأشخاص القانون الخاص كما هو الحال في ممارسة الهيئات العمومية للشفعة في العقار الحضري وبعض المعاملات العقارية غير المصرح بحقيقة قيمتها، وفي ذات الصدد من الدراسة للأملاك الخاصة للدولة، نميز بالضرورة بين الأموال العامة والخاصة التابعة للدولة، ثم نبين التصرفات الواردة عليها وكذا مصادر الاكتساب.

2- التمييز بين الأموال الخاصة والأموال العامة:

ومن سمات الأموال العامة أنها غير قابلة للتصرف والتقادم والحجز - كما سبق بيانه - فبخصوص السمة الأولى يقصد فقط التصرفات الناقلة للملكية، بينما التصرفات التي لا تتعارض مع تخصيص المال للنفع العام جائزة، ويتعلق الأمر فقط بتحويل التسيير، منح تراخيص الشغل المؤقت وتقرير حق الارتفاق.

أما الأموال الخاصة التابعة للأشخاص العامة فتقبل التصرفات الناقلة للملكية-كما سيأتي بيانها- وتتفق مع الأموال العامة بشأن عدم القابلية للتقادم والحجز، ولئن كان حجز الأموال الخاصة مما يتعارض وهيبة السلطة العامة، فإن عدم تملكها بالتقادم أصبح اليوم غير مبرر لاعتبارين أساسيين هما:

- الاعتبار الأول: من المقرر في الشريعة الإسلامية أن من أحيا الأرض فهي له، عملا بقوله عليه الصلاة والسلام "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتًا فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٌ حَقٌّ" رواه أبو داود.

• **الاعتبار الثاني:** بعد رحيل المعمرين استرجعت الدولة الجزائرية مساحات أرضية معتبرة، ومنها 2.3 مليون هكتار، من الأراضي الفلاحية لتصبح هذه الأخيرة مقدرة ب 3.7 مليون هكتار بعد تطبيق أحكام الأمر (73/71) المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية، فالأصل أن هذه العقارات تعود للفلاحين الجزائريين بدليل أنه في سنة 1843 نزلت منهم أكثر من ألف هكتار التي قسمت على رجال الدين، ولما انتسبت الأمور للسلطة الجزائرية لم يكن بالإمكان إرجاع الأراضي المستحوذ عليها لملاكها الأصليين بسبب إتباع "السياسة الاشتراكية" التي قلصت الملكية الفردية وزادت في تجريد الملاك الشرعيين، ولقد تم تدارك هذا الخطأ بعد مباشرة "سياسة الإصلاحات الاقتصادية فأعيدت العقارات المنزوعة في إطار الثورة الزراعية لملاكها شريطة أن يكونوا جزائريي الجنسية إذ كان ذلك يدل على شيء فإنما يدل على أن قصد المشروع يتجه إلى النفور من الوضع السابق المتميز بالظلم وتهميش الملكية الفردية، لذلك يجب فتح قنوات أخرى لتمكين الخواص من تملك الأموال الخاصة للأشخاص العامة بالتقادم⁽¹⁾، خاصة وأن المادة 81 من القانون (25/90) المؤرخ في 1990/11/18 المعدل والمتمم بالأمر رقم (26/95) المؤرخ في 1995/09/25 المتضمن التوجيه العقاري، قد أوصد الباب أمام طلبات جديدة حينما قررت بأنه إذا لم يودع الطلب في أجل اثني عشرة (12) يوما اعتبار من يوم 1995/09/27، فإن الأراضي غير المطالب بها تدرج تلقائيا في الأملاك الخاصة بالدولة.

- ومما يؤكد وجهة النظر هذه، أي السماح للخواص بتملك الأموال الخاصة للأشخاص العامة بالتقادم، هو أن المادة 76 من قانون التوجيه العقاري تنص على أن الأراضي التي لم تملكها بالتقادم ليست موضوع إرجاع لملاكها الأصليين، ويستفاد من هذا النص أن الأراضي التي آلت إلى الدولة بموجب الأمر رقم (73/71) المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية، يمكن تملكها بالتقادم، وعليه فينبغي تعميم هذا الحكم على جميع الأملاك الخاصة بالدولة والجماعات المحلية، خاصة وأن قانون الأملاك الوطنية سكت عن حماية

(1) عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 30-31.

هذه الأموال الخاصة بقاعدة عدم القابلية للتقادم مما يوحي بالجواز لأن الأصل في الأشياء الإباحة، إلا إذا ورد نص مانع.

- أما ما ذكر في نص المادة 689 من القانون المدني بشأن عدم تملك أموال الدولة بالتقادم سواء كانت عامة أو خاصة إذ جاء كما يلي "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم..." فهو محل نظر اليوم، لأن الظروف التي وضع فيها هذا النص غير ظروف المرحلة الراهنة، ففي السابق سلك المشرع الجزائري نهج وحدة الأموال لأسباب منطقية نظرا لتبني الفلسفة الاشتراكية، أما اليوم فتغيرت الظروف وتم اعتماد ثنائية الأموال وفقا لقانون الأملاك الوطنية لسنة 1990 السالف الذكر، لذلك ينبغي إعادة النظر في المادة 89 السابقة، للتحليل السابق تماشيا مع روح الشريعة الإسلامية من جهة، ومع التفتح الليبرالي الذي انتهجته الدولة الجزائرية من جهة أخرى، وهكذا نقترح صياغة هذا النص كما يلي "لا يجوز التصرف في الأموال العامة التابعة للدولة والجماعات المحلية أو حجزها..." فقد يعتقد البعض أننا قد توصلنا إلى نتيجتين متناقضتين فمن جهة نرى أن الأموال الخاصة بالدولة والجماعات المحلية لا يمكن تملكها بالتقادم، ومن جهة أخرى نقترح إعادة النظر وجوبا في صياغة المادة 689 وتقرير قاعدة قابلية هذه الأموال للتملك بالتقادم، وفي الواقع لا يوجد أي تناقص في هذا المجال لأن التحليل القانوني المعمق والسليم يجعلنا نعتبر أن القانون الجزائري يأخذ بقاعدة عدم قابلية الأموال الخاصة للأشخاص العامة للتقادم، في حين أنه يجب تجاوز هذه القاعدة بحكم الانتماء الحضاري والتوجه الليبرالي⁽¹⁾، كما أسلفنا من قبل، على أن تقرير قاعدة التقادم بشأن الأموال الخاصة للأشخاص العامة لا يخلو من فائدة تعود على هذه الأشخاص نفسها، ذلك لأن هذه القاعدة تجعل السلطات العمومية بل لا تحثها على الاعتناء بأموالها، والسهر على حمايتها والقيام بالإجراءات الضرورية بقصد ردع المعتدين عليها، الأمر الذي يبدو أنها بعيدة عنه كل البعد⁽²⁾.

فعلى سبيل المثال نجد قانون الأملاك الوطنية في المادة 08 يلزم هيئات الدولة والجماعات المحلية لإعداد جرد عام لأموالها العامة والخاصة فتنص على أن: "يتمثل الجرد

(1) عبد العزيز السيد الجوهري، المرجع السابق، ص 33.

(2) المرجع نفسه، ص 34.

العام للأموال الوطنية في تسجيل وصفي وتقييمي لجميع الأملاك التي تحوزها مختلف مؤسسات الدولة وهيكله والجماعات الإقليمية.

يتعين إعداد جرد عام للأموال الوطنية على اختلاف أنواعها حسب الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، هدفه ضمان حماية الأملاك الوطنية والحرص على استعمالها وفقا للأهداف المسطرة لها.

- ويبين هذا الجرد حركات هذه الأملاك ويقوم العناصر المكونة لها " غير أن عملية الجرد العقاري بطيئة جدا إن لم نقل التطبيق لها أصلا رغم صدور النصوص التطبيقية في هذا المجال، ولا سيما المرسوم التنفيذي رقم (455/91) المؤرخ في 1991/11/23 المتعلق بجرّد الأملاك الوطنية.

3- مصادر اكتساب الأموال الخاصة التابعة للدولة:

نصت المادة 26 من قانون الأملاك الوطنية على أن الأملاك المراد إدراجها في الملكية الخاصة للأشخاص تكتسب بأسلوبين هما: وسائل القانون الخاص ووسائل القانون العام.

3-1- وسائل القانون الخاص:

وتتمثل هذه الوسائل حسب المادة 26 من قانون الأملاك الوطنية، في العقد/ التبرع/ التبادل والحياسة، على أن المادة 48 وما بعده من نفس القانون تضيف طريقة أخرى لاكتساب الأملاك الوطنية الخاصة هي حالة الأملاك الشاغرة، لذلك سندرس الطرائق كل واحدة على حدة.

أ- فالطريقة الأولى: هي العقد أو الشراء، وفيما يتعلق بشراء العقارات والحقوق العقارية بين المصالح والمؤسسات التابعة للهيئات المحلية، فيكون في إطار القواعد المحددة في هذا المجال وقانون الولاية وقانون البلدية، وما يرد في التنظيم إن اقتضى الأمر لنص المادة 91/ الفقرة 02/ من القانون الأملاك الوطنية، وفي هذا المجال يجب التمييز بين حالتين هما:

- الحالة الأولى: إذا كان العقار في المحيط العمراني، ويقصد من الشراء إجراء المضاربة العقارية فإن عملية الاقتناء يكون عن طريق الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، وهو ما تضمنته المادة الثالثة/ الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي 405/90 السابق الذكر، ومما يؤكد أن الوكالة المذكورة تقوم بالمضاربة العقارية ما ورد في نص المادة 06 من المرسوم نفسه إذ تنص أن: "ماعداء الأحكام المخالفة لدفتر الشروط المشار إليه في المادة 05 تتدخل الوكالة حسب القواعد السرية المفعول عادة وتقاليد وأعراف الممارسة وفن إجراء الاقتناء أو البيع العقاري".

- الحالة الثانية: إذا كان العقار المراد اقتنائه يقع خارج المحيط العمراني أو يستجيب لمقتضيات المنفعة العامة فإن إجراءات نقل الملكية تكون بواسطة أجهزة الهيئات المحلية المعنية على أن هذه الأخيرة لها أن تطلب الرأي والاستشارة من إدارة أملاك الدولة في مجال إجراء هذا الاقتناء سواء فيما يخص الثمن أو تحرير العقد وما إلى ذلك من مسائل وطيدة الصلة بالعملية المراد تحقيقها بنص المادة 186 من المرسوم (454/91).

ب- أما الطريقة الثانية: فهي التبرعات التي تنقسم إلى قسمين: الوصايا والهبات، فإذا كان التبرع لصالح مؤسسة عامة وطنية ذات طابع إداري يجب على وزير المالية أن يطلب رأي الوزير الوصي لإصدار قرار مشترك بينهما والمثل يقال عن التبرعات المقدمة للمصالح الإدارية التابعة للوزارات الأخرى، أما إذا كنا بصدد مؤسسة وطنية عامة ذات طابع صناعي وتجاري، فلا يشترط القرار المركزي إذا كان موضوع التبرع غير مثقل بأي عبء أو شرط أو تخصيص خاص، في هذه الحالة يقبل التبرع أو يرفض في حالة محددة قانوناً وفقاً للقانون الأساسي للمؤسسة⁽¹⁾، وفي كلتا الحالتين فإنه على من يريد التبرع للدولة ممثلة في الوالي أو مؤسسة عامة وطنية (ذات طابع إداري، صناعي، أو تجاري) يجب عليه أن يصرح بذلك أمام الموثق الذي يلتزم بإرسال الملف إلى الوالي المختص لإقليمها وممثل المؤسسة العامة المعنية، على أن يقوم الوالي بتحويل الملف إلى وزير المالية الذي يأمر إدارة أملاك الدولة المختصة بدراسة الملف، وتحديد أهمية موضوع التبرع والتعرف على

(1) عبد العزيز السيد الجوهري، المرجع السابق، ص ص 69-70.

موقف الورثة، ومهما يكن ينبغي على الوزير أن يتخذ قراره بشأن التبرع في أجل ثلاثة أشهر اعتباراً من تاريخ إرسال الوالي.

ج- الطريقة الثالثة: فتكتسب الأموال الخاصة بالتبادل استناداً إلى أحكام المادة 413 من القانون المدني بينما نجده أو قد حصر عملية التبادل بين الأشخاص العامة الخواص فقط في العقارات بنص المادة 92 المادة 02 ، وفيما بين الأشخاص العامة بنص المادة 95/ الفقرة 01 من قانون الأملاك الوطنية، ولما كان هذا الأخير نصاً خاصاً والقانون المدني نصاً عاماً، فإن التبادل بين الأشخاص العامة والخواص يخص فقط العقارات وفقاً لقاعدة "الخاص يقيد العام"، أم تبادل العقارات فيما بين الأشخاص العامة فيكيف على أنه تغيير مزدوج في التخصيص.

د- الطريقة الرابعة: كما تكتسب الأموال الوطنية الخاصة بالحيازة، فلم تتضمن النصوص الخاصة بالأملاك الوطنية موضوع الحيازة سوى الإشارة إليها كسبب من أسباب دخول المال في الأملاك الخاصة للأشخاص العامة، كما هو منصوص عليه في المادة 26 من قانون الأملاك الوطنية المشار إليها آنفاً، شرط أن تكون هذه الحيازة لمدة 15 سنة بدون انقطاع على أن الحقوق الميراثية لا تمتلك بالتقادم إلا بعد ثلاثين سنة.

هـ- الطريقة الخامسة: هي الشغور وتكون التركة شاغرة كلياً أو جزئياً فإنها في ثلاث حالات تضم إلى ملكية الدولة الخاصة.

- انعدام المالك أو جهله أو انعدام الوارث أو جهله أو إهمال التركة، ويجب قبل ذلك استصدار حكم بانعدام الوارث ووضع التركة تحت الحراسة القضائية.

- تخلي أحد الورثة عن حصته في التركة لصالح الهيئات المحلية وفقاً للإجراءات المبينة عند دراسة التبرعات لصالح المؤسسات.

- أملاك المفقودين أو الغائبين بعد أن ترفع عن طريق الوالي المختص إقليمياً دعويين، دعوة لطلب النطق للعقد ودعوة أخرى لاستصدار حكم بموت المفقود⁽¹⁾.

(1) عبد العزيز السيد الجوهري، المرجع السابق ، ص 71.

3-2- وسائل قانون العام:

نصت المادة 26 من قانون الأملاك الوطنية على وسيلتين للقانون العام، يمكن بمقتضاهما أن تكتسب الأشخاص العامة الأموال الخاصة هما:

أ- **الوسيلة الأولى:** هي نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يسوغ المشرع نزع الملكية شريطة أن يكون المشروع المزمع تحقيقه على العقار المراد نزعها مصلحة عامة، ويجب أن نعطي عبارة "مصلحة عامة" مفهوما واسعا مثل إنشاء هياكل المصالح العامة، مكافحة التلوث، حماية الثروات الطبيعية، أو الأموال العامة، وعلى ذلك يكون الإجراء معيبا إذا قصد منه تحقيق الربح المادي وممارسة المضاربة العقارية، ومهما يكن يفترض في كل عملية نزع الملكية أنها تستجيب لمقتضيات الصالح العام، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على الانحراف عن هذه الغاية أمام القضاء الإداري، وهذا وأن القراءة المتأنية للقانون المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة، والقانون المتعلق بالنشاطات المنجمية المعدل والمتمم تجعلنا نقرر وبصفة قاطعة أن أشخاص القانون الخاص هم المخاطبون دون سواهم بإجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة وهو ما تتميز به الطريقة الثانية من طرق كسب المال الخاص.

- فإذا أريد إقامة مشروع ذي منفعة عامة على عقار مملوك ملكية خاصة لشخص عام فقد أجاز المشروع بنصوص خاصة استثناء ممارسة الشفعة باسم ولحساب الدولة ومن أشخاص إدارية محددة قانونا وفقا لتلك النصوص، ويبين في نصوص تنفيذية إجراءات ذلك.

ب- **الوسيلة الثانية:** الشفعة هي وسيلة للتصرف في ذلك المال الخاص كما هي وسيلة لكسب المال العقاري التابع لأشخاص القانون المدني، فإذا باع أحد الأفراد عقارا لفرد آخر، حق للدولة أو إحدى الجماعات المحلية أن تحل محل المشتري لقاء دفع ثمن هذا العقار وهو ما يطلق عليه بالشفعة وتعتبر هذه المؤسسات العامة " كما سنبينها لاحقا " باسم الدولة شفعاء ممتازين إذ يكونون في المرتبة الأولى بالمقارنة مع الشفعاء الآخرين الذين يخضعون للقانون الخاص، ويترتب على ذلك أنهم إذا أرادوا التمسك بالحق في الشفعة، فلا مجال لذلك إذا كان محل البيع "حق انتفاع أو عقار" يمكن أن يستعمله أحد الأشخاص العامة لغرض من أغراض النفع العام وعلى حد علمنا أن هذه الصورة من صور ممارسة الدولة للشفعة على

ملكية عقارية خاصة كان موضوع البيع فيها حق انتفاع، تمارسها هيئات محددة ولعدم صدور نصوصها التنظيمية المبينة لإجراءات ذلك نجد أن إدارة أملاك الدولة هي من تقوم بذلك حاليا إلى غاية صدور تلك النصوص في حين نجد أن عدم نشر تلك النصوص في الجريدة الرسمية يعني بالتبعية عدم إمكانية أي شخص عام من اللجوء إلى هذا الإجراء⁽¹⁾.

4- التصرفات الواردة على الأموال الخاصة التابعة للدولة:

وتتمثل هذه التصرفات في تصرفات ناقله للملكية، وتصرفات غير ناقله للملكية، نبداً بذكر هذه الأخيرة، لنركز أكثر على الأولى كون الشفعة وهي بيت القصيد أحد أهم التصرفات الناقلة للملكية.

4-1- التصرفات غير الناقلة للملكية:

وتتمثل أساسا في عمليات التخصيص، الامتياز، التأجير، والتسيير الحر. فالتخصيص هي عملية تقتضيها مصلحة المرفق العام، وتتمثل في أن تضع مصلحة عامة منقولا أو عقارا تحت تصرف مصلحة عامة أخرى لتمكينها من أداء مهامها النظامية⁽²⁾ وبناء على ذلك يتحدد اختصاص السلطة العامة في إطار هذه العملية كما يلي:

- تخصص العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة بقرار وزير المالية بناء على اقتراح مصلحة أملاك الدولة، إذا كان المستفيد من التخصيص وزارة أو مؤسسة وطنية ذات طابع إداري أو جماعة محلية.

- وتخصيص العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة بقرار الوالي بناء على اقتراح مصلحة الأملاك الوطنية إذا كان المستفيد مصلحة إدارية تابعة للدولة على المستوى الإقليمي (مديرية الصحة/ مديرية التربية/ مديرية الضرائب، مصلحة الطرق).

كذلك العقارات التابعة للهيئات المحلية، يكون تخصيصها بقرار الوالي، لكن بناء على اقتراح المجلس الشعبي المعني الذي يتخذ مداولة لهذا الغرض سواء كان التخصيص من هيئة محلية أخرى أو لصالح مصلحة تابعة للدولة ولو كانت ذات اختصاص وطني كما قد يكون التخصيص مجانا أو يعوض بنص المادة 86 من قانون الأملاك الوطنية.

(1) إسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص 18.

(2) أعرم يحيواوي، المرجع السابق، ص 121.

- بالنسبة للتصرف غير الناقل للملكية بعد التخصيص، هو الامتياز ويأتي على ثلاث أنواع:

أ- **امتياز حق الاستعمال:** وهو عقد لمدة محدودة بمقتضاه تساهم السلطة العامة على سبيل مد يد المساعدة في تعزيز نشاطات والجمعيات والهيئات ذات الطابع الاجتماعي وذلك من خلال وضع المنقولات والعقارات مجاناً تحت تصرفها قصد تسهيل أداء مهامها الرامية إلى حماية الفئات المحرومة ...، وبناء على ذلك يتحدد طرق الامتياز في السلطة مانعة الامتياز، والمستفيد، فالأولى تتمثل في إحدى السلطات التالية (إما الوزير الذي تخضع الإدارة أو المؤسسة العامة المستفيدة من التخصيص وإما الوالي عندما يكون الملك محل الامتياز تابعاً للدولة، وإما رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة ما إذا كان الملك يعود للبلدية) أما الثانية أي المستفيد وهو كل جمعية أو هيئة تختص بتحقيق المنفعة العامة من خلال ترقية وحماية الفئات السابقة وإدماجها المهني والاجتماعي.

ب- **امتياز السكن:** وهو السكن الممنوح للموظف قصد الأداء الحسن والفعال للخدمة العامة، ويتخذ هذا الامتياز إحدى صورتين فالأولى تتمثل في الضرورة الملحة للخدمة حيث تمنح السكن للضرورة الملحة للعمل يمكن أن يكون حاضراً في مكان عمله ليلاً ونهاراً، أو الموظف الذي يتحمل مسؤولية تبعات خاصة تتطلب منه حضوراً دائماً دون أن يكون ضرورياً أن يسكن في مقر عمله، والصورة الثانية هي منفعة الخدمة حيث يمنح امتياز السكن في إطار منفعة الخدمة عندما يمكن المسكن الأداء الحسن للخدمة أو يشجع تزويد مناطق معينة بكفاءات إضافية.

ج- **الامتياز في إطار الاستثمار والترقية العقارية:** فبالنسبة للأولى كانت الدولة تباع بالتراضي الأراضي التابعة لأملاتها الخاصة للمستثمرين، وفقاً للمادة 161 من القانون 25/91 المؤرخ في 18/12/1991 المتضمن قانون الملكية لسنة 1992، لكن ذلك جعل بعض المستفيدين يمارسون المضاربة بشأن هذه العقارات بإعادة البيع الكلي أو الجزئي تغيير التخصيص، التأجير، عدم استعمال العقار ... دون تحقيق لمشاريعهم الاستثمارية، فمن أجل وضع حد لهذه الممارسات غير المطابقة ودون الإضرار بتنمية البلاد قررت

السلطات العامة اللجوء إلى نظام الامتياز الذي هو نظام بموجبه تمنح الدولة قطعة أرضية لمدة محددة لمستثمر معين قصد تحقيق مشروع اقتصاد لقاء دفع أجر امتياز.

- وكذلك كما ذكرنا هناك الامتياز في إطار الترقية العقارية واستثناء على قاعدة البيع بالمزاد العلني، نص قانون المالية المذكور على الامتياز العلني بالنسبة للعقارات الموجهة للاستثمار فقط، وعلة ذلك هو أن السلطات العامة تريد تشجيع إنجاز سكنات نظرا للأزمة التي تمر بها البلاد في هذا المجال⁽¹⁾.

- نواصل في سلسلة التصرفات غير الناقلة للملكية هو التصرف ما قبل الأخير، وهو التأجير للأموال الخاصة للدولة من طرف مديرية أملاك الدولة التابعة لوزارة المالية، والتي تسيورها مباشرة أو المخصصة للمصالح العامة التابعة للدولة، وما يهمنا هو الأموال العقارية، فتؤجر العقارات التابعة لدولة لمدة 9 سنوات على الأكثر قابلة للتجديد بمعرفة إدارة أملاك الدولة إذا كان العقار مخصصا لمصلحة عامة، أو مسيرا من هذه الإدارة، على أن التأجير غير السكنات، فهو يكون بالمزاد العلني.

- والعقارات التابعة للجماعات المحلية فيؤجرها رئيس البلدية أو الولي المعني بعد أخذ رأي المجلس الشعبي البلدي⁽²⁾.

- وآخر هذه التصرفات هو التسيير الحر، حيث يمن للدولة والجماعات المحلية أن تؤجر محلاتها التجارية للغير قصد استمرار نشاط هذا المجال، ويترتب عن هذا العقد المعد في الشكل الرسمي أن المستأجر يتحول إلى تاجر ويلتزم بالتزامات التجار، فيسجل السجل التجاري، ويمسك الدفاتر التجارية، وعليه فهو خاضع لنظام الإفلاس، إذا توقف عن دفع ديونه لكنه لا يسأل إلا في حدود أمواله الشخصية لأن المؤجر غير مسؤول عن التزامات المستأجر طبقا للقواعد العامة، كما أن أموال الدولة والجماعات المحلية غير قابلة للحجز⁽³⁾.

- لنصل الآن إلى محور كل هذه الدراسة، والقصد المقصود منها، ألا وهو الوصول إلى التصرفات الناقلة للملكية، فهل يجوز للدولة والجماعات المحلية بواسطة هيئاتها الإدارية

(1) عمر يحيوي، المرجع السابق، ص 126 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه، ص 143.

(3) المرجع نفسه، ص 146.

التصرف في الأموال الخاصة بها أمام عدم جواز ذلك في الأموال العامة التابعة لها بتصرفات مختلفة؟.

4-2- التصرفات الناقلة للملكية:

يجوز التصرف في الأموال الخاصة التابعة للدولة بنوعين من التصرفات الناقلة للملكية حيث نميز في هذا الصدد بين الأصل وهو البيع بالمزاد والاستثناء هو البيع بالتراضي.

أ- وبالنسبة للتصرف الأول: البيع بالمزاد، فمبدئياً تباع المنقولات والعقارات التابعة للأموال الخاصة للدولة والجماعات المحلية بالمزاد العلني، ففيما يخص العقارات، تنص المادة 10 من المرسوم 454/91 على أن : "يكون بيع الممتلكات العقارية التابعة للأموال الخاصة للدولة عن طريق المزاد العلني ..." وهو ردده قانون المالية لسنة 1998، في مجال الاستثمار الخاص، إذ نص في المادة 51 على:

"يمكن التنازل ... عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية بالمزاد العلني ...".

وتمتد إجراءات البيع بالمزاد العلني إلى العقارات التابعة للبلدية أو الولاية لأن المادة 06 من المرسوم التنفيذي 405/90 المؤرخ في 1990/12/22 المحدد لقواعد إنشاء وتنظيم الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، تنص على أن "باستثناء الأحكام المخالفة التي ينص عليها دفتر الشروط المشار إليه في الفقرة 05 أعلاه، تتدخل الوكالة، حسب القواعد السارية عادة، والأعراف والعادات الممارسة وقت القيام بالشراء أو البيع العقاري".

ب- أما التصرف الثاني: البيع بالتراضي، لأموال الدولة الخاصة، فإذا كان الأصل أن تباع تلك الأموال بالمزاد العلني، فإن الاستثناء أن تباع بالتراضي، فبالنسبة لما يهمننا وهي العقارات فنجد أساس هذا البيع في المادة 11 من المرسوم 454/91 التي تنص على: "يمكن أن تباع العقارات التابعة للأموال الوطنية المذكورة في المادة 10 أعلاه بالتراضي لفائدة:

- الولايات والبلديات والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية والجمعيات.

- الخواص، في حالة

- الشيوع.
- الأراضي المحصورة.
- الشفعة القانونية.
- ضرورة إعادة إسكان الملاك المنزوعة ملكيتهم .
- إذا لم يتأتى بيع العقار بعد عمليتين للبيع بالمزاد .
- الهيئات الدولية التي تكون الجزائر عضوا فيها والبعثات الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة بالجزائر "...".
- كما تباع عقارات الجماعات المحلية بالتراضي، سواء عن طريق نفسها أو عن طريق الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، فقد تتبع الجماعة المحلية العقار مباشرة لفائدة شخص عام دون غيره وإلا كان التصرف باطلا، وهو تضمنته المادة 73- الفقرة 02- من قانون التوجيه العقاري، إذ تنص:
- "كل عقد التصرف الذي تقوم به مباشرة الجماعة المحلية المعنية لفائدة غير شخص عام يعد باطلا وعديم الأثر".
- أما البيع بالتراض عن طريق الوكالة العقارية فيستند إلى نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 405/90 المذكور سابقا، فبعد أن وضع هذا النص المبدأ العام، وهو البيع بالمزاد العلني، قيّد هذا المبدأ بالأحكام المخالفة، المتضمنة في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 05 من المرسوم والمحدد لحقوق وواجبات الوكالة اتجاه الهيئة المحلية المعنية.
- وهنا بيت القصيد بعد هذا البحث في الأموال العامة والخاصة لنصل إلى أن الدولة تمارس تصرف الشفعة عن طريق هيئاتها على الأموال العقارية الخاصة التابعة للدولة والتي نعرفنا على نظامها القانوني ف هذا الجزء لنحددها أكثر وبصورة أكثر دقة في المباحث القادمة مع كفاءات ممارسة الدولة للشفعة عليها، وأكدنا في ذات الصدد أنه لا يجوز التصرف في الأموال العامة التابعة للدولة وذلك من خلال دراسة النظام القانوني للأموال العامة.

واستثناء يجوز للخواص في حالات محددة ممارسة الشفعة طبقاً لنصوص خاصة كما ورد في المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 1993/3/1 المتعلق بالنشاط العقاري عندما أنشأ الشفعة للمستأجرين بنص المادة 23 منه، أو في إطار تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك لفائدة الهيئات الدبلوماسية أو في إطار الترقية العقارية، تشجيع الاستثمار، إنجاز عمليات تعمير، أو بناء أو لفائدة المؤسسات العمومية أو الجمعيات⁽¹⁾، كما جاء النص على إطلاقه - المادة 11 من المرسوم (454/91) بجواز التصرف من قبل المؤسسات العمومية دون أن يحدد نوع التصرف، هذا ونصت قوانين أخرى على حق الهيئات الإدارية في ممارسة الشفعة حتى على الملكية العقارية الخاصة التابعة لأشخاص القانون الخاص كالأمر (105/76) المتضمن قانون التسجيل، في إطار التصريح غير الحقيقي للمعاملات، وقانون التوجيه العقاري (25/90) في إطار التنازل عن الملكة العقارية الخاصة في مناطق حضرية ...، وغيرها من النصوص تأتي على تحليلها في المباحث القادمة، فقط يجدر بنا المقام أن نوضح من الفرع الموالي ماهية هذه الملكية العقارية الخاصة الخاضعة لممارسة الشفعة عليها، بالوقوف على أهم نقطة في هذا الصدد وهو ضرورة تمييزها عن تلك الأموال الخاصة التابعة للدولة.

الفرع الثاني: الملكية العقارية الخاصة

ويحكمها القانون المدني والقوانين المتفرعة عنه، حسب طبيعة الإشكال، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني، فإن الملكية الخاصة نظمتها المواد 674 وما يليها، فهي إما أن تكون تامة، ويستجمع فيها المالك، السلطات الثلاثة: حق الاستعمال - حق الاستغلال وحق التصرف على الشيء العقاري المملوك، وما يتفرع عنه من ثمار، منتجات وملحقات، وما شملته الملكية ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، وذلك فيما عدا ما يستثنيه القانون أو الاتفاق، طبقاً للمادتين 27 و 28 من قانون التوجيه العقاري، كما قد تكون هذه الملكية مجزأة في حالة ما إذا تنازل المالك عن حقه في استعمال العقار أو استغلال لصاحب حق الانتفاع فتبقى له ملكية الرقبة، كما قد تكون ملكية مشاعة إذا تعدد المالكون في الشيء

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 103.

الواحد بدون أن تتحدد حصص كل واحد منهم، ويطلق على كل منهم بأنه مالك على الشيوع أو مشاع أو شريك في الملك، كما قد تكون هذه الملكية مشتركة وهي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة⁽¹⁾، والأصل أن الأملاك التابعة للخواص تتميز بسمات ثلاثة أساسية هي التصرف، الاستغلال والاستعمال.

- ففي جانب التصرف، لا يوجد فرق بين الأموال الخاصة التابعة للأشخاص العامة والأموال التابعة للخواص من الناحية المبدئية، لكن الاختلاف يكمن في إجراءات هذا التصرف، فالمالك في الحالة الأولى لو كنا مثلا بصدد عقد إداري يتضمن بيع قطعة أرض تابعة للدولة فإن إدارة أملاك الدولة لا تقوم بإعداد العقد إلا بعد استكمال الرخص التي يحددها القانون، ففي إطار الاستثمار لابد من أخذ موافقة وكالة ترقية ومتابعة الاستثمار، وكذلك الأمر بالنسبة للهيئات المحلية فلا يمكن لها بيع عقار ما إلا بعد موافقة المجلس الشعبي بمداولة، أما في الحالة الثانية أي عندما يتعلق الأمر بالخواص، فثمة خلاف، إذ يمكنه اللجوء مباشرة إلى الموثق لإجراء البيع العقاري لأحد الأفراد وفقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المقررة في القانون المدني مع مراعاة الأحكام العامة في العقود.

- وأهم نتيجة تترتب عن ذلك هي أن العقد الرسمي الذي يتضمن البيع في الحالة السابقة لا يحصل عليه بسهولة إذا كان في الشكل الإداري، لأن الإدارة بطيئة في أداء الخدمة العامة بسبب طول الإجراءات وضرورة موافقة الجهاز الإداري، أصنف إلى ذلك بعض التماطل غير المبرر، رغم الإجراءات التي تتخذها السلطة المركزية باستمرار لمكافحة ظاهرة البيروقراطية، أما العقود التي يعدها الموثقون فيحصل عليها أصحابه في الآجال المعقولة عادة نظرا لانتفاء الإجراءات المعقدة في هذا المجال⁽²⁾.

- وفيما يخص الاستعمال والاستغلال، فكثيرا ما تمنحها الدولة والجماعات المحلية لأشخاص آخرين لقاء قيمة إيجار شهرية أو سنوية، وفي هذا الخصوص يمكن أن نشير إلى

(1) عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، الجزائر، دار هومة، 2004، ص ص 12 - 13.

(2) أعمار يحيوي، المرجع السابق الذكر، ص ص 22 - 23.

يجار العقارات المعدة للاستعمال السكني واستغلال الأراضي الفلاحية ولا يختلف ذلك عن الملكية الخاصة لأن الخواص لهم أن يمنحوا هذين الحقين للغير وفقا لأحكام القانون المدني.

- وأما عن الاختصاص القضائي في المنازعات والتي تأتي على تحليلها في حينها، حيث مبدئيا ينعقد الاختصاص للقضاء العادي بصدد كل منازعة تتعلق بملكية خاصة طبقا للمادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية، ويتوزع الاختصاص بين القاضي العادي والقاضي الإداري طبقا لأحكام المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾.

• غير أن هناك خلافات جوهرية - بغض النظر عن الاختصاص القضائي - بين الفئتين من الأموال.

- فالأموال التابعة للخواص يمكن تملكها بالتقادم وفقا للشروط المقررة في القانون المدني، بينما الأموال الخاصة التابعة للدولة لا ينطبق عليها هذا الحكم، وذلك بصريح المادة 689 من القانون المدني التي تنص على أن "... لا يجوز تملكها بالتقادم ..." فالنص يشير فقط إلى أملاك الدولة سواء عامة أو خاصة، لأنه جاء مطلقا، فما الحكم بالنسبة للأموال الخاصة التابعة للجماعات المحلية، فبدون شك يتعدى الحكم السابق أموال هذه الجماعات إعمالا للقياس، بناء على ذلك فإن كل عقد شهرة يحرره الموثق يعد باطلا وعديم الأثر ولو استوفى إجراءات الشهر العقاري ذلك لأن المادة 689 تعتبره من النظام العام وللإدارة طلب الإبطال في أي وقت، وهكذا يحق للأشخاص العامة استرجاع عقاراتها المستحوذ عليها بطريق الغش وتهاون بعض المسؤولين، وفي ذلك مصلحة للإدارة والخواص على السواء، فبالنسبة للإدارة لا يحرم من مداخل عقاراتها، الشيء الذي يساهم في عائدات الخزينة ويخفف من وطأة الضرائب أو الإفراط فيه، مما يخدم مصلحة المواطنين، كذل إذا حوفظ على عقارات الجماعات المحلية كما ينبغي بالتالي يقل اللجوء إلى نزاع الملكية أو الاستيلاء⁽²⁾.

- وثمة خلاف جوهري هو أن الأموال المتتابعة للخواص يمكن أن تكون موضوع حجز طبقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية، بينما الأموال الخاصة بالأشخاص

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 103.

(2) أعرم يحيوي، المرجع السابق، ص 26.

العامة لا يمكن حجزها بأي حال من الأحوال لأن ذلك يمس بهيبة السلطة العامة، كما أن ذم الدولة والجماعات المحلية يعتبرها القانون دائما ملبئة.

وبعد هذه الدراسة القانونية الشاملة للأموال العقارية الخاضعة للشفعة من طرف المؤسسات العامة للدولة، نحاول في المطلب الثاني بيان الطبيعة القانونية للقرار بممارسة الشفعة الذي هو الأساس المثبت لهذه الممارسة.

المطلب الثالث: تكييف القرار بممارسة الشفعة من طرف الدولة

انتهى الفقه الإداري إلى اعتبار كل عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث أثارا قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم، هو قرار إداري، كما استقر القضاء على أن إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا، وكان الباعث عليه بابتغاء مصلحة عامة هو قرار إداري، فقرار الدولة للأخذ بالشفعة هو قرار إداري كونه يصدر عن أحد هيئاتها الإدارية، وحتى نؤكد ذلك، وكذا طبيعة الهيئة الإدارية (إدارة مركزية أو لا مركزية)، وعن النظام العام للقرار الإداري، نتطرق في هذا المطلب وضمن ثلاثة فروع على التوالي، إلى طبيعة القرار الإداري، وفقا لقواعد توزيع الاختصاص الواردة بالنظام القانوني للدولة حسب المعيار العضوي الذي أخذ به المشرع الجزائري وفقا للمادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية، وكذا خصائص هذا القرار، وأركانه الهامة التي تجعله صحيحا نافذا لتقادي المنازعات التي قد تتجم تبعا لعدم مراعاة الأشكال والإجراءات القانونية لاتخاذ القرار الإداري.

الفرع الأول: طبيعة القرار الإداري بممارسة الشفعة

يمكن تصنيف القرارات الإدارية إلى عدة أنواع تبعا للمعيار المعتمد في التصنيف حيث يمكن تقسيمها إلى:

- قرارات بسيطة وقرارات مركبة، من حيث تكوينها.
- قرارات منشئة وقرارات كاشفة من حيث مدى ترتيب الأثر القانوني.

- قرارات قابلة للرقابة القضائية وقرارات غير قابلة للرقابة القضائية (أعمال السيادة)، من حيث مدى إمكانية الطعن القضائي فيها⁽¹⁾.

إلا أن أهم التصنيفات، والتي اعتمدنا عليها أصلاً، في القول أن قرار الدولة بممارسة الشفعة هو قرار إداري، وهو المعيار العضوي أو الشكلي بالاعتماد على الجهة التي أصدرت القرارات أو أيضاً الأخذ بمعيار آخر، وهو المعيار الموضوعي بالنظر إلى مضمون القرار وطبيعة المراكز القانونية المتعلقة بها.

ووفقاً للمعيار العضوي المذكور، يمكن تقسيم القرارات الإدارية إلى عدة أنواع حسب الجهة الإدارية التي أصدرتها، وذلك وفقاً لقواعد توزيع الاختصاص الواردة بالنظام القانوني بالدولة، وبناء عليه فإن أهم أنواع القرارات الإدارية هي التي تتمثل في الأشكال الثانية، والتي من بينها نحدد بدقة طبيعة الجهة المصدرة للقرار وكذا طبيعة القرار الإداري.

أولاً: الشكل الأول

يتمثل في قرارات الإدارة المركزية، ويقصد بالإدارة المركزية مجموعة الأجهزة والهيكل والأجهزة والتنظيمات الإدارية القائمة والعاملة في إطار السلطة التنفيذية، والتي لها اختصاص ذو طابع وطني، وهو الأمر الذي يختلف من دولة إلى أخرى حسب المعطيات العامة السائدة بها، وطبيعة نظامها.

وفي الجزائر، فإن أهم وحدات الإدارة المركزية، يمكن ردها إلى ما يلي: رئاسة الجمهورية، رئاسة الحكومة، الوزارة، الهيئات والمؤسسات الوطنية.

1- **رئاسة الجمهورية:** حيث يصدر رئيس الدولة ما يسمى بالأوامر، وهي تتعلق بمجال القانون حيث تنصب أساساً على المجالات المخصصة للسلطة التشريعية أصلاً ويذهب الفقه والقضاء في فرنسا لتكييف هذه الأوامر إلى التمييز بين حالتين، الأولى قبل المصادقة على هذه الأوامر من البرلمان فتعتبر مجرد أعمال إدارية قابلة للطعن فيها أمام مجلس الدولة، والحالة الثانية بعد المصادقة عليها من طرف البرلمان، حيث تتحول الأوامر إلى أعمال تشريعية، غير قابلة للطعن فيها أمام مجلس الدولة شأنها شأن باقي القوانين

(1) محمد الصغير بعللي، الوجيز في المنازعات الإدارية، الجزائر، عناية، دار العلوم، 2005، ص 130

الصادرة عن السلطة التشريعية⁽¹⁾، كما يصدر رئيس الدولة "المراسيم" وهي مجموعة القرارات الإدارية التي يتخذها ويصدرها الرئيس بصدد ممارسة وظيفته الإدارية المحددة بنصوص الدستور أو بموجب العرف الدستوري⁽²⁾.

2- **رئاسة الحكومة:** حيث يصدر رئيس الحكومة في إطار ممارسة السلطة التنفيذية ما يسمى بالمراسيم التنفيذية، وهي قرارات إدارية يمكن الطعن فيها أمام مجلس الدولة ليفصل فيها ابتدائيا ونهائيا، ما لم تشكل عملا من أعمال السيادة أو الحكومة.

3- **الوزارة:** حيث يتمتع أعضاء الحكومة خاصة الوزراء بسلطة إصدار قرارات إدارية تخص القطاع التابع لكل وزير، سواء كانت قرارات تنظيمية أو فردية، كما يمكن إصدار قرارات وزارية مشتركة صادرة عن الوزارية تنشر أصلا في النشرة الرسمية للوزارة.

4- **الهيئات العمومية الوطنية:** ويقصد بالهيئات العمومية، تلك الأجهزة والتنظيمات المكلفة بممارسة نشاط معين تلبي لاحتياجات المجموعة الوطنية في مختلف مجالات الحياة العامة للدولة إلى جانب السلطات الإدارية المركزية، ومثالها: المجلس الأعلى للوظيفة العامة، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي ...، وإذا كانت الهيئات الوطنية الاستشارية سواء المرتبطة برئيس الجمهورية أو المرتبط برئيس الحكومة، والمنشأة بموجب مراسيم تنفيذية ذات اختصاص استشاري أساسا من حيث تقديم آرائها، واقتراحاتها إلى السلطات الإدارية المركزية، وهي التصرفات (الاقتراحات والآراء) التي لا تتمتع بالطابع التنفيذي مما يجعلها غير قابلة للطعن فيها قضائيا، فإنها تصدر أيضا تصرفات تتمتع بخصائص ومميزات القرار الإداري كتلك المتعلقة أو الخاصة بالموظفين الإداريين، العاملين بها⁽³⁾.

كما يمتد مفهوم الهيئة العمومية الوطنية أيضا إلى السلطات الأخرى أي السلطة التشريعية والقضائية حينما تمارس بعض أجهزتها أعمالا ذات طبيعة إدارية صرفة من قبيل القرارات الإدارية.

(1) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، الجزائر، عناية، دار العلوم، 2005، ص 19.

(2) عمار عوابدي، القانون الإداري، (النشاط الإداري)، الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، 2005، ص 141.

(3) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 26.

وكخلاصة للشكل الأول هذا، فيما يتعلق بقرارات الإدارة المركزية لا نجد للهيئات المقصودة بممارسة الشفعة كالدواوين والوكالات المحلية والوطنية محلا ضمنها وبالتالي فقرار الشفعة ليس من القرارات الإدارية المركزية، فماذا عن الشكل الثاني؟

ثانيا: الشكل الثاني

وهي قرارات الإدارة اللامركزية، حيث يذهب أغلب فقه القانون الإداري إلى التمييز من حيث الواقع والتطبيق بين صورتين أو شكلين للنظام اللامركزي هما:

(1) الإدارة اللامركزية الإقليمية:

وهي القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات المختصة لكل من الولاية والبلدية باعتبارهما وحدتي الإدارة اللامركزية الإقليمية (الإدارة المحلية) طبقا للمادة 15 من الدستور: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية، البلدية هي الجماعة القاعدية".

- بالنسبة للقرار الولائي، فإنه وتبعا للازدواجية في الاختصاص التي يتمتع بها الوالي كممثل لولاية تارة، وللدولة تارة أخرى، يسمح الأمر بتقسيم قرارات الوالي إلى نوعين بناء على المادة 103 من قانون الولاية، فالنوع الأول يتعلق بقراراته باعتباره ممثلا للدولة إعمالا لسلطات الواردة في الباب الرابع من قانون الولاية أو استنادا إلى نص تشريعي أو تنظيمي آخر، ولا يشترط في هذا النوع توقيع عريضة الاستئناف أمام مجلس الدولة من طرف محام فيما يصدر من قرارات قضائية عن الغرفة الإدارية الجهورية المختصة بالطعن فيها بالإلغاء، والنوع الثاني هي القرارات التي يصدرها الوالي باعتباره ممثلا للولاية، ويشترط فيها من حيث الإجراءات ضرورة توقيع عريضة الاستئناف من طرف محام مقبول أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة تحت طائلة رفض الاستئناف شكلا.

- أما بالنسبة للقرار البلدي، ونفس الشيء بالنسبة لرئيس البلدية، ونشير إلى أنه يعتبر مرؤوسا بالنسبة للقرارات التي يتخذها كممثل للدولة خاضعا بذلك لجميع مقتضيات نظام السلطة الرئاسية، بينما يخضع لنظام الوصاية، بالنسبة للقرارات التي يتخذها كممثل للدولة.

ولا نجد ضمن هذا الشكل أيضا محلا لقرارات الدولة بممارسة الشفعة لعدم وجود محل للمؤسسات المقصودة⁽¹⁾.

(2) الإدارة اللامركزية المرفقية:

إذ يترتب على منح المرافق العامة، وإضفاء الشخصية المعنوية عليها، الاستقلال القانوني، عن الجهات التي أنشأتها سواء كانت مركزية أو لا مركزية مع بقاء خضوعها إلى وصايتها، وتظهر الإدارة اللامركزية المرفقية في شكل مؤسسات عامة بغض النظر عن مدى ونطاق اختصاصها أن كان وطنيا أو محليا، مثل: الجامعات - المعاهد العليا - الدواوين الوطنية - المؤسسات العمومية الولائية والبلدية العاملة في شتى المجالات كالنقل، النظافة، والسكن التي تدخل قانونا في صلاحيتها،

- ولما كانت المؤسسة العامة هي طريقة لإدارة المرافق العامة، فإنه يترتب على التقسيم الثنائي لهذه الأخيرة إلى مرافق عامة إدارية وأخرى صناعية تجارية، تقسم المؤسسات العامة أيضا إلى:

* مؤسسات إدارية عامة إدارية.

* مؤسسات عامة صناعية تجارية⁽²⁾.

وهو التقسيم الذي اعتمده قانون الإدارة المحلية الجزائرية طبقا لنص المادة 137 من القانون البلدي، "تكون المؤسسات العمومية ذات طابع إداري أو صناعي أو تجاري وفقا للغرض الذي أنشأت من أجله، كما يجب على المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية أن توازن بين إيراداتها ونفقاتها.

- تحدد قواعد إنشاء المؤسسات العمومية البلدية وتنظيمها وعملها عن طريق التنظيم". وهذا بيت القصيد من هذه الدراسة، حيث من ضمن هذه الأخيرة تدخل الدواوين والمؤسسات التي تخول لها الدولة ممارسة الشفعة باسمها ولحسابها، وبذلك نتمكن من تكييف قرار الأخذ بالشفعة بكونه وهو ما يكون موضوع البحث في الفرعين الموالين.

(1) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 26-33.

(2) المرجع نفسه، ص 34.

الفرع الثاني: خصائص قرار الأخذ بالشفعة

وباعتباره قرارا إداريا بالدرجة الأولى، كما سبق تعريفه، يكون عمل قانوني إنفرادي يصدر بإدارة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث أثارا قانونية بإنشاء ووضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم فهو يتمتع بالخصائص الآتية.

أولاً: القرار الإداري عمل قانوني، تخلق أثارا قانونية عن طريق إنشاء مراكز قانونية عامة أو خاصة لم تكن موجودة وقائمة، وتعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة أو خاصة كانت موجودة وقائمة، وبذلك تختلف القرارات الإدارية باعتبارها أعمالا قانونية عن الأعمال الإدارية المادية التي تأتيها، وتقوم بها السلطة الإدارية دون أن تستهدف من وراء القيام بها بإحداث أثارا قانونية معينة.

ثانياً: القرار الإداري عمل قانوني صادر من سلطة إدارية مختصة، أي القرارات الإدارية أعمال صادرة من سلطة إدارية وبذلك يختلف القرار الإداري عن الأعمال التي تصدر من السلطات السياسية والتشريعية والقضائية التي لا تعتبر قرارات إدارية وفقا للمعيار العضوي السائد حاليا في القانون الوضعي كأصل عام.

ثالثاً: القرار الإداري عمل قانوني إنفرادي، صادر من سلطة إدارية بإرادتها المنفردة والملزمة، وبذلك يختلف القرار الإداري عن العقد الإداري باعتباره عملا إداريا قانونيا اتفاقيا ورضائيا بناء على توافق إرادتين متقابلتين أحدهما إرادة السلطة الإدارية وإرادة الطرف المتعاقد معها⁽¹⁾.

القرار الإداري باعتباره عملا قانونيا إداريا، فله أركان أساسية يقوم عليها وتحقق وجوده المادي والقانوني، وهي محور التقديم في الفرع الموالي الأخير من هذا المطلب.

الفرع الثالث: أركان قرار الأخذ بالشفعة

لقرار أخذ الدولة بالشفعة أركاناً يتعين توافرها، حتى يرتب القرار آثاره ونتائجه، من حيث التنفيذ المباشر وقابليته للطعن فيه بالإلغاء⁽²⁾، ونشير بادئ الأمر أن تفصيل هذه الأمور

(1) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 93.

(2) محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، مصر، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 20.

نحتاجها حتى لا يتحتم علينا في مبحث المنازعات الإشارة التفصيلية لكل عنصر على حدة، وهذه الأركان تتمثل في:

أولاً: ركن الاختصاص

هو السلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار في إصدار قراره بمعنى مدى صلاحية عضو السلطة الإدارية للتعبير عن الإرادة الملزمة للإدارة، والقانون هو الذي يحدد الاختصاص، وتعتبر قواعده من النظام العام، ولذلك لا يجوز للإدارة أن تتنازل أو تعدل أو تتفق على عكس قواعد الاختصاص ولذلك، فإن العيب في الاختصاص الذي يشوب القرار الإداري يجعله قابلاً للإلغاء، وللمحكمة أن تتعرض لعيب عدم الاختصاص من تلقاء نفسها، ولو يتمسك به الطاعن في القرار الإداريين وتتمثل صور عدم الاختصاص في ثلاث صور:

- (1) **عدم الاختصاص من الموضوعي:** فمن المقرر وجوب صدور القرار ممن يملك الاختصاص بإصداره وإلا شاب القرار عيب عدم الاختصاص من حيث الموضوع، أو اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة هي رئاسة لها، أو اعتداء سلطة رئاسية على اختصاصات سلطة أدنى، وأخيراً اعتداء سلطة مركزية على اختصاص سلطة لا مركزية؛
- (2) **عدم الاختصاص المكاني:** إذ بغض النظر عن الهيئات والسلطات الإدارية التي تمارس اختصاصها عبر كامل إقليم الدولة، فإن القانون يحدد ويقيّد نطاق الاختصاص الإقليمي هيئات أخرى، حيث يترتب على تجاوزها لذلك النطاق بطلان قراراتها لأنها مشوبة بعدم الاختصاص المكاني؛
- (3) **عدم الاختصاص الزمني:** حيث يكون القرار الإداري محترماً للاختصاص الزمني، فإذا حدد القانون مدة وفترة زمنية معينة للقيام بالتصرف، فإنه يتحتم على الشخص أو الإدارة المختصة موضوعياً، أن تقوم به خلالها، وإلا فإنه يتم إلغاؤه نظراً لبطلان زمانه، وهذا ويعتبر الزمن أمر مهم في ممارسة الشفعة من طرف الدولة من الناحية الإجرائية⁽¹⁾.

(1) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 71.

ثانيا: ركن الشكل والإجراءات.

الأصل أنه لا يشترط أن يصدر القرار الإداري في شكل معين ما لم يقرّ القانون بذلك، وفي هذه الحالة تلتزم الإدارة بإتباع هذا الشكل ويترتب على ذلك حتى يكون القرار مشروعاً، مراعاة هذه الشكليات، وإتباع الإجراءات من الجهة الإدارية المختصة بإصداره، فإذا لم تتبع الجهة الإدارية قواعد الشكل والإجراءات المقررة كان القرار معيباً، ولقواعد الشكل والإجراءات أهمية كبيرة لكونها مقررة لحماية المصلحة العامة في إلزام الإدارة أن تصدر قراراتها وفقاً لقواعد الشكل والإجراءات المقررة.

والقرار الإداري لا يمكن إبطاله لمجرد تجاهله لشكلية معينة أيا كانت أهميتها، وإذا كان القانون يفرض في بعض الأحيان على الإدارة الالتزام بشكل معين، أو إجراءات معينة وذلك لتوفيره الضمانة لحسن إصدار الإدارة لقراراتها بعد فحص ودراسة ومراعاة الظروف والملابسات المختلفة، ويفرق القضاء بين:

1- الشكليات والإجراءات الجوهرية: ومن أمثلها، الاستشارة الإلزامية أو التقرير المسبق، أو ضرورة الأخذ باقتراح جهود أخرى قبل إصدار القرار، وكذلك من ناحية الشكل كالكتابة للقرار، فإذا ثبت أنه أغفل إجراءً جوهرياً كان يتعين اتخاذه قبل إصدار قرار الأخذ بالشفعة، فإنه يبطله في ذاته.

2- الشكليات والإجراءات غير الجوهرية: وهي الشكليات والإجراءات التي لم يوجب القانون مراعاتها، ولم يرتب البطلان على مخالفتها من جانب الإدارة، وأيضا الأشكال التي لا تؤثر على مضمون القرار ومحتواه بحيث لا يتيح عن مخالفتها أي تغيير في محتوى القرار الإداري، على أن تحديد ما إذا كان الإجراء جوهرياً، أو غير جوهرياً أمام غيبة النصوص المحددة لذلك يرجع إلى تقدير القضاء مجلس الدولة الذي يحدد ذلك في كل حالة على حدة وعلى حسب ظروفها والتطبيقات القضائية⁽¹⁾.

ثالثاً: ركن التسبب

والسبب هو الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار، والواقعة إلى تدخل الإدارة لاتخاذها، وبناء على ذلك فإن السبب هو الوقائع والظروف المادية أو القانونية التي تبرر

(1) محمد أنور حمادة، المرجع السابق، ص 27-28.

إصدار القرار، فلا يكون القرار الإداري للأخذ بالشفعة كما سبق وقلنا صحيحا، إذا لم يتضمن القرار تسببا كافيا ويكون الرجوع في ذلك إلى الوقائع والظروف من حيث هي في حقيقتها المادية أو القانونية⁽¹⁾.

والسبب يختلف بحسب ما إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة أو كانت سلطة الإدارة تقديرية على النحو الآتي:

- **فتمثل السلطة المقيدة**، إذ حدد المشرع أسبابا معينة يتعين توافرها قبل اتخاذ القرار، فإذا توافرت هذه الشروط تكون الإدارة ملزمة بإصدار القرار الإداري، فلا تستطيع بذلك جهة الإدارة أمام وجود السبب القانوني إلا أن تصدر القرار به.

- **أما السلطة التقديرية**، فإن المشرع لا يحدد الأسباب التي يستند إليها القرار الإداري أو يقوم بتحديد مع تر الحرية للإدارة في اختيار نوعية القرار الذي يصدر بناء عليها، ولكن مع ذلك يجب توافر شرطين في سبب القرار الإداري، فالأول بأن يكون قائما وموجودا حتى تاريخ اتخاذ، والثاني بأن يكون السبب مشروعاً، فإذا استندت الإدارة إلى أسباب غير التي حددها المشرع في السلطة المقيدة فإن القرار غير مشروع وفي حالة السلطة التقديرية لا يكفي أن يكون السبب موجودا بل يتعين أن يكون صحيحا من الناحية القانونية مبررا لإصدار القرار الإداري⁽²⁾.

رابعاً: ركن المحل

ويقصد بمحل القرار الإداري هو موضوع القرار، وهو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة، ويكون ذلك بالتعبير في المركزي القانونية سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، ويشترط الفقه والقضاء لصحة القرار الإداري:

- أن يكون ممكناً وليس مستحيلاً بترتيبه أثره القانوني.

- أن يكون مشروعاً، فيجب أن يكون الأثر القانوني الذي تقصده

الإدارة ترتيبه جائز قانوناً، من حيث اتفاقه وعدم تعارضه، ومخالفته للنظام القانوني السائد بالدولة ضماناً لمبدأ المشروعية.

(1) محمد أنور حمادة، المرجع السابق، ص 29

(2) المرجع نفسه، ص 31.

خامسا: ركن الغاية

والمقصود به أن كل القرارات الإدارية تستهدف المصلحة العامة كغاية لها، وهي تمثل الهدف لها، وعلى السلطات الإدارية أن تلتزم بهذه الغاية في كل أعمالها لكون أن المشرع خول للإدارة السلطات والامتيازات باعتبارها وسائل تساعد في تحقيق الغاية الرئيسية التي تسعى إليها، وهي المصلحة العامة وحتى من قرار الشفعة موضوع بحثنا، ويتم تحديد الغاية من القرار الإداري وفقا لقاعدتين رئيسيتين:

- **القاعدة الأولى:** استهداف المصلحة العامة، وبناء على هذه القاعدة أنه يجب على رجل الإدارة أن يتخذ قراراته، وبصفة عامة، بهدف تحقيق المصلحة، فإذا خرج على هذا المبدأ أو سعى إلى تحقيق نفع شخصي أو محاباة الغير فإنه يفقد صفته كفرد من أفراد الإدارة ويصبح عمله اعتداء ماديا.

- **القاعدة الثانية:** احترام قاعدة التخصيص، فإذا ما حدد القانون هدفا مخصصا، فلا يجوز لرجل الإدارة أن يسعى إلى تحقيق غيره حتى ولو كان الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه متعلقا بالمصلحة العامة فإذا ما خالفت الإدارة إحدى القاعدتين تكون قد ارتكبت إساءة استعمال السلطة أو التعسف في استعمال السلطة.

ومن خلال هذه الدراسة المهمة التي عرفتنا على جميع جوانب الأساس القانوني لأخذ الدولة بالشفعة، في المجالات المختلفة، يقر بإمكانية ممارسة هذه الرخصة على أموال الدولة العقارية الخاصة، باعتراف القانون لها بجواز التصرف فيها من طرف مؤسساتها العامة والخواص على حد سواء، وبشروط قانونية دقيقة كاستثناء من الأصل وهو التعرف بالمزاد العلني، وشرط التخصيص للمنفعة العامة، كما وصلنا إلى عدم جواز التصرف في المال العام للدولة بالشفعة ليس فقط من أشخاص القانون المدنيين بل حتى من الإدارة ذاتها ومهما كان تمثيلها، كما استعرضنا في المطلب الأخير طبيعة قرار الدولة في الأخذ بالشفعة، وعدم الاكتفاء بكونه قرارا إداريا بل القول بأنه قرار إداري لا مركزي مرفقي، وهذا لا يعني تجاهلنا لأهمية كونه قرارا إداريا حيث تظهر بأكثر دقة تلك الأهمية عند التطرق للمنازعات التي تثار بصدد مخالفة هذا القرار في أحد أركانه السابق بيانها لاسيما من ناحية الإجراءات التي نشير إلى اختلافها من مجال ممارسة إلى مجال ممارسة آخر.

أما الدراسة في الفصل الموالي فتختص بالتعرف على الشفعة، وأهم التعاريف التي وضعها فقهاء الشريعة والقانون، وبيان طبيعتها الشرعية وتكيفها القانوني، وعلى هذا جاء بعنوان: مفهوم الشفعة.

الفصل الثاني: مفهوم الشفعة.

إن من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك، لأن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخلطاء يكثر فيهمبغي بعضهم على بعض، فشرّع الله سبحانه رفع هذا الضرر؛ بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذ لا يمكن على الآخر ضرر في ذلك، وكان هذا من أعظم العدل وحسن الأحكام المطابقة للعقول.⁽¹⁾

ولكن يمكن الإحاطة بمفهوم الشفعة، يجب أن نتعرض إلى تعريفها تعريفا دقيقا كاملا من حيث اللغة والاصطلاح في الفقهاء الإسلامي والقانوني، لنستخلص أهم مميزاتها وخصائصها، وكذا وجوب بيان طبيعتها الشرعية وتكييفها القانوني، ولذلك جاء الفصل الأول مقسما إلى ثلاثة مباحث، حيث نبين في **المبحث الأول** تعريف الشفعة وحكمتها، ونوضح في **المبحث الثاني** طبيعة الشفعة ونكرس **المبحث الثالث** لبيان خصائص الشفعة.

المبحث الأول: تعريف الشفعة وحكمتها

إن التداول الحر للأموال لقي بعض العقبات على ممر العصور، فلم يكن مباحا لمالك العقار أن ينقل ملكيته إلى الشخص الذي يختاره، بحيث كان هناك دوما حق تفضيل لصالح بعض الأشخاص لاكتساب ملكية ذات المال، وهذا هو المعنى الحقيقي للكلمة اللاتينية preemption (شراء بالتفضيل)، اليونانية الأصل (protimesis)، والتي اشتقت منها الكلمة الفرنسية (préemption)، أما في اللغة العربية فتستعمل كلمة (شفعة)⁽²⁾، وفي كل شفعة نقل للملكية من المشتري إلى الشفيع، وهذا التملك تبرره اعتبارات متعلقة بالمصلحة الاجتماعية أو بالنظام الاقتصادي وهو ما نأتي على بيانه بالتفصيل في المطالب الآتية.

(1) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 92.

(2) نعيم مغنغب، المرجع السابق، ص ص 165-166.

المطلب الأول: تعريف الشفعة

الفرع الأول: الشفعة في اللغة

أولاً: معنى كلمة "شفعة" في لسان العرب⁽¹⁾

الشفع: خلاف الوتر، وهو الزوج. تقول كان وثرًا فَشَفَعْتُهُ شفعا.

وشفع الوتر من العدد شفعا: صيَّره زوجا؛ وقوله أنشده ابن الأعرابي لسويد بن كراع وإنما هو لجرير: وما بات قوم ضامنين لنا دما فيشفينا، إلا دماء شوافع أي لم نك نطالب بدم قتيل منا قوما فنشتقي إلا بقتل جماعة، وذلك لعزتنا وقوتنا على إدراك الثأر. والشفيع من الأعداد: ما كان زوجا، نقول: كان وثرًا فَشَفَعْتُهُ بآخر؛ وقوله: لنفسي حديث دون صحبي، وأصبحت تزيد لعينيّ الشخوص الشوافع لم يفسره ثعلب؛ وقوله: ما كان أبصرني بغرات الصبا، فالن قد شَفَعْتَ لي الأشباح معناه أنه يحسب الشخص اثنين لضعف بصره. وعين شَافِعَةٍ: تنظر نظرين.

والشفع ما شُفِعَ به، سمي بالمصدر، والجمع شِفَاعٌ؛ قال أبو كبير: وأخو الإباءة، إذ رأى خُلَانَهُ، تَلَّى شِفَاعًا حوله كالإدخِر، شبههم بالإدخِر لأنه لا يكاد ينبت إلا زوجًا زوجًا. وفي التنزيل: والشفع والوتر. قال الأسود بن يزيد: الشفع يوم الأضحى، والوتر يوم عرفة، وقال عطاء: الوتر هو الله، والشفع خلقه. وقال ابن عباس: الوتر آدم شُفِعَ بزوجه، وقيل في الشفع والوتر: إن الأعداد كلها شَفَعٌ ووثرٌ.

وشفعة الضحى: ركعتا الضحى، وفي الحديث: من حافظ على شفعة الضحى غُفِرَ له ذنوبه، يعني ركعتي الضحى من الشَّفَعِ الزَّوْجِ، يُرَوَى بالفتح والضم، كالغُرْفَةِ والغُرْفَةِ، وإنما سماها شَفَعَةً لأنها أكثر من واحدة. قال القتيبي: الشفع الزوج ولم أسمع به مؤنثا إلا ههنا، قال: وأحسبه ذهب بتأنيثه إلى الفَعْلَةِ الواحدة أو إلى الصلاة.

وناقة شافع: في بطنها ولد يَبْعُهَا أو يَبْعُهَا ولد يَشْفَعُهَا، وقيل: في بطنها ولو يَشْفَعُهَا آخر ونحو ذلك تقول منه: شَفَعَتْ الناقة شَفَعًا؛ قال الشاعر: وشافع في بطنها لها ولَدٌ، ومعها

(1) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، 1428-1429 هـ، 2008، ص ص 722-723.

مِنْ خَلْفِهَا وَلَدَ وَقَالَ: مَا كَانَ فِي الْبَطْنِ طَلَاها شَافِعٌ، وَمَعَهَا لَهَا وَلِيدٌ تَابِعٌ وَشَاءَ شَفُوعٌ وَشَافِعٌ: شَفَعَهَا وَلَدَهَا.

وفي الحديث: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بَعَثَ مُصَدِّقًا فَأَتَاهُ رَجُلٌ بِشَاةٍ شَافِعٍ فَلَمْ يَأْخُذْهَا، فَقَالَ: ائْتِنِي بِمُعْتَاظٍ؛ فَالشَّافِعُ: الَّتِي مَعَهَا وَلَدَهَا، سَمَّيْتُ شَافِعًا لِأَنَّ وَلَدَهَا شَفَعَهَا وَشَفَعَتْهُ هِيَ فَصَارَ شَفَعًا.

وفي رواية: هَذِهِ شَاةُ الشَّافِعِ بِالإِضَافَةِ كَقَوْلِهِمْ صَلَاةُ الْأُولَى وَمَسْجِدُ الْجَامِعِ. وَشَاءَ مَشْفَعٌ: تُرَضِّعُ كُلَّ بَهْمَةٍ؛ عَنْ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ.

وَالشَّفُوعُ مِنَ الْإِبِلِ: الَّتِي تَجْمَعُ بَيْنَ مُحْلِبَيْنِ فِي حَلَبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ الْقُرُونُ. وَشَفَعَ لِي بِالْعَدَاوَةِ: أَعَانَ عَلَيَّ؛ قَالَ النَّابِغَةُ: أَتَاكَ امْرَأٌ مُسْتَبْطِنٌ لِي بَغْضِهِ، لَهُ مِنْ عَدُوٍّ مِثْلُ ذَلِكَ شَافِعٌ وَتَقُولُ: إِنْ فَلَانًا لِيَشْفَعُ لِي بِعَدَاوَةِ أَيِّ يُضَادُّنِي؛ قَالَ الْأَحْوَصُ: كَانَ مِنْ لَامِنِي لِأَصْرَمَها، كَانُوا عَلَيْنَا بَلُومِهِمْ شَفَعُوا مَعَنَاهُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا أَغْرَوْنِي بِهَا حِينَ لَامُونِي فِي هَوَاهَا، وَهُوَ كَقَوْلِهِ: إِنَّ اللَّوْمَ إِغْرَاءٌ، وَشَفَعَ لِي يَشْفَعُ شَفَاعَةً وَتَشَفَّعَ: طَلَبَ.

وَالشَّفِيعُ: الشَّافِعُ، وَالْجَمْعُ شَفَعَاءُ، وَاسْتَشْفَعَ بِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ، وَتَشَفَّعَ لَهُ إِلَيْهِ فَشَفَعَهُ فِيهِ. وَقَالَ الْفَارَسِيُّ: اسْتَشْفَعَهُ، طَلَبَ مِنْهُ الشَّفَاعَةَ أَيَّ قَالَ لَهُ كُنْ لِي شَافِعًا.

وفي التنزيل: مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا، وَمَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا.

وَقَرَأَ أَبُو الْهَيْثَمِ: مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً حَسَنَةً أَيَّ يَزِدَادُ عَمَلًا إِلَى عَمَلٍ. وَرَوَى عَنِ الْمُبَرِّدِ وَثَعْلَبَ أَنَّهُمَا قَالَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: {مَنْ ذَا الَّذِي يَشْفَعُ عِنْدَهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ}، قَالَا: الشَّفَاعَةُ الدَّعَاءُ هَهُنَا.

وَالشَّفَاعَةُ: كَلَامُ الشَّفِيعِ لِلْمَلِكِ فِي حَاجَةِ يَسْأَلُهَا لِغَيْرِهِ. وَشَفَعَ إِلَيْهِ: فِي مَعْنَى طَلَبَ إِلَيْهِ.

وَالشَّافِعُ: الطَّالِبُ لِغَيْرِهِ يَتَشَفَّعُ بِهِ إِلَى الْمَطْلُوبِ. يُقَالُ: تَشَفَّعْتُ بِفُلَانٍ إِلَى فُلَانٍ فَشَفَّعَنِي فِيهِ، وَاسْمُ الطَّالِبِ شَفِيعٌ؛ قَالَ الْأَعَشَى: وَاسْتَشْفَعْتُ مَنْ سَرَّاقِ الْحَيِّ ذَاتِقَةٍ، فَقَدْ عَصَاهَا أَبُوها وَالَّذِي شَفَعَ وَاسْتَشْفَعْتُهُ إِلَى فُلَانٍ أَيَّ سَأَلْتُهُ أَنْ يَشْفَعَ لِي إِلَيْهِ، وَتَشَفَّعْتُ إِلَيْهِ فِي فُلَانٍ فَشَفَّعَنِي

فيه تشفيعاً؛ قال حاتم يخاطب النعمان: فَكُتِّ عَدِيًّا كُلُّهَا مِنْ إِسَارِهَا، فَأَفْضِلْ وَشَقَّعْنِي بِقَيْسِ بْنِ جَحْدَرٍ، وَفِي حَدِيثِ الْحُدُودِ: إِذَا بَلَغَ الْحُدَّ السُّلْطَانُ فَلَعَنَ اللَّهَ الشَّافِعَ وَالْمُشَقَّعَ.

وقد تكرر ذكر الشفاعة في الحديث فيما يتعلق بأمور الدنيا والآخرة، وهي السؤال في التَّجَاوُزِ عَنِ الذُّنُوبِ وَالْحَرَائِمِ.

وَالْمُشَقَّعُ الَّذِي يَقْبَلُ الشَّفَاعَةَ، وَالْمُشَقَّعُ: الَّذِي تُقْبَلُ شَفَاعَتُهُ.

وَالشُّفْعَةُ وَالشَّفْعَةُ فِي الدَّارِ وَالْأَرْضِ: الْقَضَاءُ بِهَا لِصَاحِبِهَا.

وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: الشُّفْعَةُ الزِّيَادَةُ وَهُوَ أَنْ يُشَقَّعَكَ فِيمَا تَطْلُبُ حَتَّى تَضُمَّهُ إِلَى مَا عِنْدَكَ فَتَزِيدَهُ وَتَشَقَّعَهُ بِهَا أَيْ أَنْ تَزِيدَهُ بِهَا أَيْ أَنَّهُ كَانَ وَتَرَا وَاحِدًا فَضُمَّ إِلَيْهِ مَا زَادَهُ وَشَقَّعَهُ بِهِ.

وقال القتيبي في تفسير الشفعة: كَانَ الرَّجُلُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا أَرَادَ بَيْعَ مَنْزِلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَشَقَّعَ إِلَيْهِ فِيمَا بَاعَ فَشَقَّعَهُ وَجَعَلَهُ أَوْلَى بِالْمَبِيعِ مِمَّنْ بَعَدَ سَبَبُهُ، فَسُمِّيَتْ شُقْعَةً، وَسُمِّيَ طَالِبُهَا شَفِيعًا.

وفي الحديث: الشفعة في كل ما يُقَسَّمُ، الشفعة في المُلْكِ معروفة، وهي مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فَيَشَقَّعُهُ بِهِ كَأَنَّهُ كَانَ وَاحِدًا وَتَرَا فَصَارَ زَوْجًا شَقْعًا.

وفي حديث الشعبي: الشفعة على رؤوس الرجال؛ هو أن تكون الدار بين جماعة مختلفي السَّهَامِ فَيَبِيعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ نَصِيبَهُ، فَيَكُونُ مَا بَاعَ لَشُرَكَائِهِ بَيْنَهُمْ عَلَى رُؤُوسِهِمْ لَا عَلَى سَهَامِهِمْ.

وَالشَّفِيعُ: صَاحِبُ الشَّفْعَةِ وَصَاحِبُ الشَّفَاعَةِ، وَالشُّفْعَةُ: الْجُنُونُ، وَجَمْعُهَا شُقْعٌ، وَيُقَالُ لِلْمَجْنُونِ مَشْفُوعٌ وَمَشْفُوعٌ؛ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ: فِي وَجْهِهِ شَقْعَةٌ وَسَقْعَةٌ وَشُنْعَةٌ وَرَدَّةٌ وَنَظَرَةٌ بِمَعْنَى وَاحِدٍ.

وَالشَّفْعَةُ الْعَيْنُ.

وَأَمْرَأَةٌ مَشْفُوعَةٌ: مُصَابَةٌ مِنَ الْعَيْنِ، وَلَا يُوصَفُ بِهِ الْمَذَكَّرُ.

وَالْأَشَقُّعُ الطَّوِيلُ.

وَشَافِعٌ وَشَفِيعٌ: اسْمَانِ.

وَبَنُو شَافِعٍ: مَنْ بَنَى الْمُطَلَبُ بْنُ عَبْدِ مَنْفٍ، مِنْهُمْ الشَّافِعِيُّ الْفَقِيهُ الْإِمَامُ الْمُجْتَهِدُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَنَفَعْنَا بِهِ.

وروي عن ابن عباس، رضي الله عنهما، أنه قال : الوتر آدم، عليه السلام، والشفع شفَعَ بزوجته، وقيل: الشفع يوم النحر والوتر يوم عرفة، وقيل: الأعداد كلها شفع ووتر، كثرت أو قلت، وقيل: الوتر الله الواحد والشفع جميع الخلق خلقوا أزواجا، وهو قول عطاء؛ كان القوم وترا فشَفَعْتُهُمْ وكانوا شَفَعًا فَوْتَرْتَهُمْ. ابن سيده: وَتَرَهُمْ وَتَرًا وَأَوْتَرَهُمْ جَعَلَ شَفَعَهُمْ وَتَرًا.

ثانيا: معنى كلمة "شفعة" في القاموس المحيط

الشفع: خلاف الوتر، وهو الزوج، وقد شَفَعَهُ كَمَنَعَهُ، ويوم الأضحى، وقيل في قوله تعالى: {وَالشَّفَعِ وَالْوَتْرِ}: هو الخلق؛ لقوله تعالى: {وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ}، أو هو الله عز وجل لقوله تعالى: {مَا يَكُونُ مِنْ نَجْوَى ثَلَاثَةٍ إِلَّا هُوَ رَابِعُهُمْ}. وَعَيْنٌ شَافِعَةٌ: تَنْظُرُ نَظْرَيْنِ.

وشَفَعْتُ لِي الْأَشْبَاحُ، بالضم، أي: أرى الشخص شخصين لضعيف بصري وانتشاره. وبنو شافع: من بني المطلب بن عبد مناف، منهم: الإمام الشافعي (رحمه الله تعالى) ونَظَمَ نَسَبَهُ الرَّافِعِيُّ فَقَالَ:

مُحَمَّدٌ إِدْرِيسُ عَبَّاسٌ وَمِنْ	بَعْدَهُمْ عُثْمَانُ ابْنُ شَافِعٍ
وَسَائِبُ ابْنُ عُبَيْدٍ سَابِعٌ	عَبْدُ يَزِيدَ ثَامِنٌ وَالتَّاسِعُ
هَاشِمُ الْمُؤَلَّدُ ابْنُ الْمُطَلِّبِ	عَبْدُ مَنَافٍ لِلْجَمِيعِ تَابِعٌ

وإنه لِيَشْفَعُ عَلِيٌّ بِالْعَدَاوَةِ: أَيِ يُعِينُ عَلِيَّ، وَيُضَارِئُنِي.

وقوله تعالى: {مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً حَسَنَةً}، أي من يزد عملا إلى عمل، و{لَا تَنْفَعُهُمَا شَفَاعَةٌ}: نفي للشافع، أي: ما لها شافعٌ فَتَنْفَعُهَا شَفَاعَتُهُ، وكأمير: صاحب الشَّفَاعَةِ، وصاحب الشَّفَعَةِ، بالضم، وهي أن تشفع فيما تطالب، فتضمه إلى ما عندك فَتَشْفَعُهُ، أي: تزيده، وعند الفقهاء: حق تملك الشَّقْص على شريكه المتجدد ملكه قهرا بعوض.

وقول الشعبي: الشَّفَعَةُ على رؤوس الرجال، أي إذا كانت الدارين جماعةً مُخْتَلَفِي السَّهَام، فباع واحد نصيبه، فيكون ما باع لشركائه بينهم سواءً على رؤسهم لا على سهامهم. والشفعة أيضا: الجنون.

ومن الضحى: ركعته، ويفتح.

والمشفوع: المجنون.

وناقة أو شاة شافع: في بطنها ولدٌ يَتَّبِعُهَا آخِرُ، سُمِّيَتْ شافِعًا، لأن ولدها شَفَعَهَا أو شَفَعْتَهُ، (كَمَنَعَ)؛ شَفَعًا، أو المَصْدَرُ من ذلك، بالكسر، كالضَرِّ من الضَّرَّة. والشافع: النَّيْسُ، أو هو من الضَّضَانِ، الكَثِيس من المِعْزَى، أو الذي إذا أَلْفَحَ أَلْفَحَ شَفَعًا لا وثرًا.

وناقة شَفُوعٌ: كَصَبُورٍ: تجمع بين مَحْلَبَيْنِ في حَلَبَةٍ واحدة.

وكأمير: جَدُّ عبد العزيز بن عبد الملك المقيري.

وكزبير: أبو صالح بن إسحاق المحتسب المحدث.

والشفائع: ألوان الرُّعي يَنْبُتُ اثْنَيْنِ اثْنَيْنِ.

وشَفَعْتُهُ فيه تَشْفِيعًا حين شَفَعَ، كَمَنَعَ.

شفاعة: قَبِلْتُ شَفَاعَتَهُ، وَاسْتَشْفَعَهُ إِلَيْنَا: سَأَلَهُ أَنْ يَشْفَعَ⁽¹⁾.

ثالثًا: المعنى اللغوي للشفعة في المذاهب الأربعة

1- الشفعة لغة في المذهب المالكي:

الشفعة بضم الشين وإسكان الفاء وحكي ضمها وفتح العين مأخوذة من الشفع ضد الوتر، لأن الشفيع بضم ما يأخذه إلى حصته فتصير شفعا، والآخذ بالشفعة يسمى شافا وشفيعا⁽²⁾، والشافع هو الجاعل الوتر شفعا، والشفيع "فعيل" بمعنى فاعل، والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل، أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه، ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه، فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخذ شفيعا، والمأخوذ منه مشفوعا عليه⁽³⁾.

(1) محي الدين محمد بن يعقوب الفيزو آبادي، القاموس المحيط، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 2007، ص ص 752-753.

(2) أحمد بن غنيم بن سالم بم مَهَّنَا النفرواي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (وهو شرح للرسالة للإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، ص 246.

(3) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، (1416هـ-1995م)، ص 159.

2- الشفعة لغة في المذهب الحنبلي:

الشفعة بإسكان الفاء مأخوذة من الشفاعة، أو الزيادة، أو التقوية، أو من الشفع، وهو أحسنها؛ لأن الشفيع هو الزوج، فإن الشفيع كان نصيبه منفردا في ملكه، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه، أو لأن نصيبه كان وترا فصار شفعا، والشافع هو الجاعل الوتر شفعا، والشفيع فعيل بمعنى فاعل⁽¹⁾، وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه⁽²⁾.

3- الشفعة لغة في المذهب الحنفي:

الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع، وهو الضم ضد الوتر، ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الفائزين، يقال شفع الرجل شفعا إذا كان فردا فصار له ثان، والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ إلى ملكه فلذلك سمي شفعة⁽³⁾.

والشفعة هي الضم، ومنه الشفع في الصلاة، وهو ضم ركعة إلى أخرى، والشفع: الزوج الذي هو ضد الفرد، **والشفيع** لانضمام رأيه إلى رأي المشفوع له في طلب النجاح، وشفاعة النبي صلى الله عليه وسلم - للمذنبين لأنها تضمهم إلى الصالحين، **والشفعة** في العقار لأنها ضم ملك البائع إلى ملك الشفيع⁽⁴⁾.

4- الشفعة لغة في المذهب الشافعي:

الشفعة من شفعت الشيء إذا ضمته وثنيته، ومنه شفع الأذان، وسميت شفعة لضم نصيب إلى نصيب، والرَّبْعَة والرَّبع بفتح الراء وإسكان الباء، والرَّبع الدار والمسكن ومطلق الأرض وأصله المنزل الذي كانوا يرتبكون فيه، والرَّبعَة تأنيث الربع وقبل واحدة، والجمع الذي هو اسم الجنس ربع كثمرة وتمر⁽⁵⁾.

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع، (1402هـ-1982م)، ص 135.

(2) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المغني، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، (1405هـ-1985م)، ص 178.

(3) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1313هـ، ص 239.

(4) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختارة، الرياض، دار الخير للنشر والطباعة، الجزء الثاني، (1419هـ-1998م)، ص 292.

- وشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، المجلد السابع، الجزء الرابع عشر، (1398هـ-1978م)، ص 90.

- وابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - فقه أو حنفية، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء السادس، (1421هـ-2000م)، ص 216.

(5) أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج، المرجع السابق، ص 45.

والشفعة بإسكان الفاء وضمّ الشين، (من الشفع) وهي عبارة المغني والبرماوي مأخوذة من الشفع بمعنى الضم على الأشهر، من شَفَعَت الشيء أي ضَمَمْتَهُ، سميت بذلك لضمّ نصيب الشريك إلى نصيبه، وبمعنى التقوية أو الزيادة وقيل من الشفاعة، وقوله (ويرجعان لما قبلهما) أي يرجع الزيادة والشفاعة إلى الشفع، لأن الشفاعة في اللغة مدلولها أيضا الزيادة فيصير مآل الكل إلى الزيادة⁽¹⁾.

وخلاصة هذا الفرع أن الشفعة لغة مأخوذة من الشفع، وهو ضم شيء إلى مثله ليصير المجموع شَفْعًا بد أن كان كل منهما وثراً، ومنه اشتق لفظ الشفاعة الدال على الانضمام إلى آخر طلبا لنصرته والعفو عنه. قال تعالى: {مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا} أي من انضم إلى غيره معاونة له في خير أو شر كان له من ذلك خطة، ومن هذا سمّي طلب الإنسان لمبيع يشتره غيره "شَفْعَةً" لأنه يضمه إلى ما يملك فصار به شَفْعًا⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشفعة في الاصطلاح

أولاً: في الفكر الإسلامي

تتعدد تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية وتتنوع، ولكن يمكن عموماً تصنيفها على الشكل الآتي:

1- الصنف الأول:

- الشفعة تملك المشفوع فيه جبراً عن المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات⁽³⁾.
- الشفعة هي تملك العقار على مشتريه جبراً يمثل ثمنه⁽⁴⁾.
- الشفعة تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه⁽⁵⁾.

(1) عبد الحميد الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء السادس، بدون تاريخ، ص 53.

(2) علي الخفيف، الشفعة، مصر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، السنة الثانية بعد العشرون، العدد الأول، مارس 1952، ص 445.

(3) السيد سابق، فقه السنة، القاهرة، دار الفتح للإعلام العربي، (1421هـ-2000م)، ص 152.

(4) نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد الهروي القاري، فتح باب العناية بشرح الثّقاية، بيروت، لبنان، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، ص 389.

(5) زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، [ب س ط]، ص 143.

- وفخر الدين عثمان بن علي الديلمي الحنفي، المرجع السابق، ص 239.

- المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾: (الشفعة هي تملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري).

- الشفعة هي حق تملك العقار أو ما كان في حكم العقار من الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري، أي أنه يملك ذلك بإعطاء مثله للمشتري إذا كان مثلياً، وقيمه إذا كان قيمياً بدون أن يلتفت إلى رضا المشتري، أما التملك فيحصل على ما ذكر في المادة 1036 من مجلة الأحكام العدلية، بتسليم المشتري إياه بالرضا أو بحكم الحاكم وقضائه⁽²⁾.

- الشفعة تملك البقعة المشتراة يمثل الثمن الذي قام على المشتري⁽³⁾.

- الشفعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار⁽⁴⁾.

- الشفعة حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض⁽⁵⁾.

- الشفعة حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض، لدفع الضرر أي ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ... وقيل ضرر سوء المشاركة ولكونها تؤخذ قهراً جعلت أثراً لغضب إشارة إلى استثنائها منه⁽⁶⁾.

والملاحظ من هذا الصنف من التعريفات، أنها تمثل نموذجاً حياً لاختلاف حال الشفعة الفقهي، حتى في المذهب الواحد نفسه، وهو أمر يشير حتماً إلى قدرة اللغة العربية في التعبير عن معنى واحد بطرق مختلفة وأساليب متنوعة.

إن استعمال هذه التعريفات لفظ "تملك"، وهو مصدر أضيف إلى مفعوله الثاني بعد حذف الفاعل، بمعنى: مَلَكْتُ المحكمة أو القاضي الشريك العقار، يفيد أن الشفعة عند هؤلاء

(1) وهي التقنين المدني العثماني الذي كان مطبق في كثير من البلدان العربية، وقد استمدت موادها من الفقه الحنفي.

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء العاشر، [ب س ط]، شرح المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية، ص 145.

(3) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، ألفها جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام استجابة لأمر السلطان أبي المظفر محي الدين أورنگ، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الخامس، (1411هـ-1991م)، ص 160.

(4) الإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، بيروت، لبنان، دار الفكر، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، [ب س ط]، ص 420.

(5) محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الخامس، (1404هـ-1984م)، ص 194.

(6) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، الجزء السادس، [ب س ط]، ص 53.

الفقهاء هي الأخذ جبرا والضم والتقوية، فضلا عن أنها تحصر الشفعة في العقار، تجعل المجاور للعقار المقصود بيعه شفعيا.

وقد انتقدت التعاريف المذكورة على أساس أنه إن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة هي "التملك" المذكور في عامة الكتب، يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم من أن الشفعة تجب أي تثبت بعقد البيع، وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ، إذ سلمها المشتري أو حكم بها حاكم، لأن ذلك صريح في تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي أو قضاء القاضي، فإن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة الإسلامية نفس ذلك التملك، لزم أن لا تكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة، إذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التملك، وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي، لا محالة، فلم يوجد التملك أيضا، فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك، كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع، واستقرارها بالإشهاد⁽¹⁾.

أيضا قد صرح أصحاب التعريفات المذكورة في الصنف الأول - بأن حكم الشفعة: جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضاء، فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة، وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة وذلك:

- لأن الأول، فلاشك أن المقصود طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى تملك البقعة المشفوعة، وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الغرض المذكور، لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة بضرورة، وحكم الشيء يقارب ذلك لا لشيء أو يعقبه، ولا يتقدم عليه، فلم يصلح جواز طلب الشفعة حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك⁽²⁾؛

- وأما الثاني، "فلأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى، وحكم الشيء ما يغيره ويترتب عليه، فلم يصلح ثبوت الملك، أيضا، لأن يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك"⁽³⁾.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 09.

(2) الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص 376.

(3) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 09.

2- الصنف الثاني:

- الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوضه شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغته⁽¹⁾.
- الشفعة هي استحقاق شريك أخذ ما أخذ ما عوض به شريك من عقار بثمنه أو قيمته⁽²⁾.
- الشفعة استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها⁽³⁾.
- الشفعة هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه⁽⁴⁾.
- الشفعة هي استحقاق انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض ما لي بثمنه الذي استقر عليه العقد⁽⁵⁾.
- الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه أي طلب الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه الذي باع به سواء أخذ أو لم يأخذ، فالشفعة معروضة للأخذ وعدمه⁽⁶⁾.
- الشفعة أخذ الشريك حصة شريكه جبرا بالشراء.
- وبالرغم من استعمال التعريفات المذكورة في هذا الصنف الثاني، عبارات "الانتزاع"، "الاستحقاق"، "الأخذ"، و"الجبر"، وهي ألفاظ تظهر مضامين بنياتها مشحونة بقوة وقهر، فإن ذلك لا يثير أي تعجب، ولا غرابة فيه لسببين اثنين⁽⁷⁾:
- الأول؛ ففضلا عن أن هذه العبارات تفيد فعلا نوعا من المطالبة القهرية لأن الشفعة سلطة مشروعة للشفيع خصه الشرع بها يمارسها إراديا على حصص باقي شركائه، يمكن حملها على القضاء.

(1) أبو عبد القدوس بدر الدين مناصرة، الفقه المالكي وأدلته، (فقه المعاملات-الأحكام المالية)، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص 210.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، [ب س ط]، ص 106.

(3) بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني -رضي الله عنه-، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، [ب س ط]، ص 272.

(4) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المغني، المرجع السابق، ص 178.

(5) صالح إبراهيم البليهي، السلسيل في معرفة الدليل، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، (1421هـ-2000م)، ص ص 185-186.

- وعبد القادر ابن عمر الشيباني، نيل المآرب شرح دليل الطالب، (على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل رضي الله عنه)، القاهرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1325هـ، ص 112.

(6) علي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي العدوي، حاشية العدوى على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1997، ص 326.

(7) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 10.

الثاني، أن هذه الألفاظ لا تتنافى مع موجبات العدل والأخلاق، بل هي في واقع الأمر تؤيدها وتعززها، وتأتي في إطار منسجم يؤلف بين المصالح المتعارضة للشركاء، والمشفوع منه ضمن أحكام الشيعاء التي تهدف إلى تنظيم حياة الملاك المشتركين الجماعية، وإقرار الشفعة لكل شريك وسيلة مثلى إلى ذلك.

كما أن التعريف الأخير الذي يرى الشفعة بكونها "أخذ الشريك حصة شريكه جبرا شراء، هو تعريف معترض، حيث عبّر بالأخذ، وأجيب بأنه من إطلاق اسم المسبب، وهو الأخذ على سببه، وهو الاستحقاق، والقرينة على هذا "استعمال الفقهاء إذ أنهم يطلقونها على استحقاق الأخذ"، ويناقش أيضا هذا التعريف بأنه غير مانع، لاقتضائه ثبوتها في العروض، وهي لا شفعة فيها⁽¹⁾.

3- الصنف الثالث:

- الشفعة شرعا هي انتقال حصة شريك إلى شريك كانت قد انتقلت إلى أجنبي يمثل العوض المسمى⁽²⁾.

ويعد هذا التعريف من بين التعريفات الأكثر تداولاً وشهرة، مع أنه يعاب عليه كونه يفهم منه أن الشفعة هي انتقال الحصة من يد المعاوض الأجنبي إلى الشريك الذي أدى البذل، ويتحدث عن أثر الشفعة ونتيجتها المتمثلة في انتقال الحصة يد الأجنبي إلى يد الشريك الذي استعمل حق الشفعة⁽³⁾.

غير أن أقبح ما يعاب عليه مخالفته الحديث النبوي الشريف الموجب الشفعة لكل شريك، ضد كل من انتقلت إليه حصة من الملك المشترك، أجنبيا كان أو أحد المشتركين، وهو بهذه المخالفة، وإن لم يميز بين الأموال موضوع الشفعة من حيث طبيعتها، يُعبّر عن حال الشفعة في جاهلية العرب⁽⁴⁾.

وخلاصة القول في هذا الفرع أن الشفعة في اصطلاح الفقه الإسلامي هي ذلك الحق المعطى للشريك على الشيعاء في أن يسترجع من المشتري ما بذله فيها من ثمن ومصاريف،

(1) علي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي العدوي، المرجع السابق، ص 326.

(2) محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيروت، لبنان، دار الجيل، الجزء الخامس، 1973، ص 80.

(3) محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 17.

(4) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ص 07-08.

وعند الاقتضاء ما أدخله عليها من تحسينات، وبغض النظر عن خلاف بعض المذاهب فيما يتعلق بحصر الشفعة للشريك، كما ورد في التعريف.

ثانياً: في الفكر القانوني

وقد وردت فيه تعاريف مختلفة، ويمكن بيان أمثلة منها كالآتي:

- الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون، علماً أن دعاوى الشفعة من الدعاوى العينية العقارية المعينة القيمة⁽¹⁾.

- الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري، ضمن شروط محددة في القانون⁽²⁾.

- الشفعة جواز أخذ المالكين على الشياع حصة أحدهم إذا باعها لأجنبي مقابل أن يدفع له الثمن ومصرفات العقد والمصرفات الضرورية التي أنفقها منذ البيع أو المعاوضة⁽³⁾.

- الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياع عقارات أو حقوقاً عقارية، في أن يأخذ الحصة المبيعة بدلاً من مشتريها بعد أدائه المبلغ المؤدي في شرائها، وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات، وما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد⁽⁴⁾.

- الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات⁽⁵⁾.

- الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري.

- ويعرف الفقه القانوني الشفعة في القانون المدني الجزائري، بأنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها قانوناً.

غير أن هذه التعاريف منتقدة، كون الشفعة ليست برخصة، كما أنها ليست بحق، بل إنها منزلة وسطى، فهي دون الحق وفوق الرخصة، فالفقه القانوني قد فرق بين الحق والرخصة، فالحق حسب النظرية الحديثة، والتي حمل لواءها الفقيه البلجيكي "جان دابان"، والذي جاء

(1) حنا بدوي، موسوعة القضايا العقارية، (الشفعة)، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية والأدبية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 2011، ص 7.

(2) فؤاد ضاهر، المرجع السابق، ص 03.

(3) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 11.

(4) سيدي الفاطمي بن محمد الشراي، تسهيل النجعة بمراتب الشفعة، الرباط، المغرب، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، (1428هـ-2007م)، ص 09.

(5) محمد الجندي، المرجع السابق، ص 174.

بتعريف مستحدث للحق يقول فيه: "الحق استثناء بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه"⁽¹⁾.

أما الرخصة فهي "مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة"⁽²⁾.

ويضرب فقهاء القانون لذلك مثلاً للتفرقة بين الرخصة والحق، إذ أن حرية التملك هي رخصة، أما الملكية فهي حق، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري³ في التفرقة بين الحق والرخصة ما يلي: "ويقصد بالحق في هذا الصدد، كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان، أو حقه في اقتضاء دين، أو حقه في طلاق زوجه. أما ما عدا ذلك من المكنات التي يعرفها القانون للناس كافة، دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز، فرخص وإباحات كالحريات العامة، وما إليها".

فالحريات إذن لا تفترض وجود استثناء، أو روابط قانونية، بحيث تتفاوت بشأنها المراكز القانونية بين الأشخاص، بل تفترض وجود الأفراد جميعاً في ذلك المركز العام المشترك، من إمكان التمتع بها من قبل الجميع تمتعاً لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين⁽⁴⁾.

ويتضح من خلال ما سبق، أن الحق يفترض وجود استثناء، أما الرخصة، فإنها لا تفترض ذلك الاستثناء، بل إنها تثبت لكافة الناس، بينما نجد أن الشفعة على العكس من ذلك لا تثبت لكافة الناس، وإنما فقط لأشخاص أوردهم القانون على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وإذا كان المشرع قد عرف الشفعة في المادة 794 من الأمر (58/75) الصادر بتاريخ: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنها رخصة تجيز الحلول في بيع العقار محل المشتري ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها قانوناً، فإنه يكون بذلك قد أخذ بنفس التعريف الذي أورده المادة 935 من القانون المدني المصري –

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1977، ص 75.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات، الجزء الأول، 1967، ص 09.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 432-433.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، بيروت، منشورات الحلبي، 1979، ص 571.

الذي استمد المشرع الجزائري أحكام الشفعة منه - حيث عرفته هي الأخرى الشفعة، بأنها رخصة، بحيث إذا استعملها صاحبها وهو الشفيع، تملك بها عقارا كله أو بعضه -، باعه صاحبه لشخص آخر غيره، وتجيز هذه الرخصة للشفيع أن يحل محل المشتري في هذا البيع، إذا ما توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون.

فالشفعة تقتض أن هناك شفيعا وهو الذي يأخذ الشفعة، ومشفوعا منه وهو المشتري الذي يحل محله، وبائعا لهذا المشتري وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشتريا، محل المشتري الأصلي، وعقارا مشفوعا به، وهو العقار المملوك للشفيع، وقد شفيع به، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفيع فيه الشفيع.

وبخلاف القانونين الجزائري والمصري، نجد أن جل القوانين العربية قد اعتبرت أن الشفعة حق، كما سنأتي على بيانها لاحقا.

وخلاصة القول أن الشفعة قدرة أو سلطة تخول أن 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⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المقارنة

أولا: أوجه التباين

- تعددت وتتوعد أصناف التعاريف لدى الفقه الإسلامي، ومن خلال ما سبق ورودها، نجد اختصاص كل مذهب بصنف من التعاريف؛

- فقد اختص فقهاء المذهب المالكي وكذا المذهب الحنبلي بتعريف الشفعة كونهما:

"استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه أي طلب الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه الذي باع به سواء أخذ أو لم يأخذ، فالشفعة معروضة للأخذ وعدمه.

- واختص فقهاء المذهب الشافعي وكذا المذهب الحنفي بتعريف الشفعة بكونها حق تملك العقار أو ما كان في حكم العقار من المالك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على

(1) حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، 1995، ص 515.

المشتري، أي أنه يمتلك ذلك بإعطائه مثله للمشتري إذا كان مثليا، وقيمته إذا كان قيميا بدون أن يلتفت إلى رضا المشتري.

- واختص بعض كتب الفقه الحديث بتعريف الشفعة بكونها انتقال حصة شريك إلى شريك كانت قد انتقلت إلى أجنبي يمثل العوض المسمى.

- أما الفقه القانوني فقد انقسم في تعريف الشفعة بين الرخصة والحق.

فالملاحظ والحق أن الدراسة المفاهيمية السابقة تمثل نموذجا حيا على اختلاف حال الشفعة الفقهي سواء في المذهب الواحد أو الاتجاه القانوني الواحد أيضا والذي يمكن إرجاعه إلى قدرة اللغة العربية في التعبير عن معنى واحد بطرق مختلفة.

ثانيا: أوجه التماثل

- نلاحظ اتحاد التعاريف السابقة في احتوائها على أركان الشفعة من شفيع ومشفوع منه ومشفوع به، بعض النظر عن اختلافها في كيفية الأخذ بها وطريقة ذلك ومحلّه. وبالاستعانة بالتعاريف اللغوية والفقهية السابقة نحاول استخلاص الحكمة من تقرير الشفعة في الشريعة الإسلامية، وكذا الحكمة من تشريعها قانونا، وذلك ضمن المطلب المالي.

المطلب الثاني: حكمة الشفعة

الفرع الأول: الحكمة من تقرير الشفعة

إن الشفعة نظام إسلامي أصيل، استيقت أحكامه من الشريعة الإسلامية الغراء، حيث احتوت على مبادئ سامية صالحة لكل زمان ومكان، منها ما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ وَالْمَصْلَحَةُ ثَابِتَةٌ فِي هَذَا، وَحَيْثُ تَنَبَّأُ الْمَصْلَحَةُ فَتَمَّ شَرْعُ اللَّهِ". وبما أن الضرر ثابت في كل مال مشترك لهذا شرعت الشفعة لرفع الضرر عن الشفع، بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع اتصال شركة أو اتصال جوار، إما بسبب مشاركته لشخص لا تؤمن عواقبه، وإما بسبب مجاورته له، فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع رديء الخلق سيء المعاشرة بين الأثرة، لا يرفع لجاره، أو لشريكه حرمة، ولا يعرف له حقا، ولا يلحظ

له وجودا، يؤلمه بأفعاله، ونظرائه، ويسوؤه بأقواله وصياحه، وفي البعد عنه رحمة، وفي الخلاص من شروره نعمة⁽¹⁾.

فحكمة الشارع اقتضت رفع الضرر ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر، بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك؛ فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد⁽²⁾.

وقد اختلفت أفهام العلماء في الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة:

أولاً: الضرر اللاحق بالقسمة

إن الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة هو الضرر اللاحق بالقسمة، لأن كل واحد من الشريكين إذا طالب شريكه بالقسمة، كان عليه في ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم؛ 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، فمكّن الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المضرة عن نفسه، بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه، وحرّم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه حتى يؤذن له شريكه، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به، وإن أذن في البيع، وقال لا غرض لي فيه لم يكن له الطلب بعد البيع؛ هذا مقتضى حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا معارض له بوجه، وهو الصواب المقطوع به، وهذه طريقة من يرى أنه لا شفعة إلا فيما يقبل القسمة⁽³⁾.

(1) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1990، ص 449.

(2) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 92.

(3) المرجع نفسه، ص ص 92-93.

ثانيا: الضرر اللاحق بالشركة⁽¹⁾

وقالت طائفة أخرى، إنما شرّعت الشفعة لرفع 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 جميعا، وهذا مذهب من يرى الشفعة في الحيوان، والثياب والشجر والجواهر والدور الصغار التي لا يمكن قسمتها، وهذا قول أهل مكة وأهل الظاهر، ونص عليه الإمام أحمد في رواية حنبل، قال: قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار أو ما كان من نحو ذلك، قال: هذا كله أو كد؛ لأن خليطه الشريك أحق به بالثمن، وهذا لا يمكن قسمته؛ فإذا عرضه على شريكه، وإلا باعه بعد ذلك، وقال اسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يعرض على شريكه عقارا بينه وبينه أو نخلا، فقال الشريك: لا أريد، فباعه، ثم طلب الشفعة بعد، قال: له الشفعة في ذلك. واحتج لهذا القول بحديث جابر الصحيح: "قَضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقَسَّمْ"، وهذا يتناول المنقول والعقار، وفي كتاب "الخراج" عن يحيى بن آدم عن زهير بن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ كَانَ لَهُ شِرْكٌ فِي نَخْلٍ أَوْ رُبْعَةٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكُهُ، فَإِنْ رَضِيَ أَخَذَ، وَإِنْ كَرِهَ تَرَكَ"، وهذا الإسناد على شرط مسلم؛ وفي الترمذي من حديث عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي ملكية عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء" تفرد به أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بهذا الإسناد، ورواه أبو الأحوص سلام بن سليم بن عبد العزيز ولم يذكر ابن عباس، ولفظه: "قَضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ الْأَرْضِ وَالْدَّارِ وَالْجَارِيَةِ وَالْخَادِمِ"، وكذلك رواه أبو بكر بن عياش وإسرائيل بن يونس عن عبد العزيز مرسلا؛ فهذا علة هذا الحديث، على أن أبا حمزة السكري ثقة احتج به صاحبنا الصحيح، وإن قلنا: "الزِّيَادَةُ مِنَ النَّقَّةِ مَقْبُولَةٌ" فرفع الحديث إذا صحيح، وإلا فغايته أن يكون مرسلا قد عضدته الآثار المرفوعة والقياس الجلي، وقد روي أبو جعفر الطحاوي عن

(1) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 93.

محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبيد الله بن إدريس عن ابن جريج عن عطاء عن جابر قال: "قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء" ورواة هذا الحديث ثقة، وهو غريب بهذا الإسناد، قالوا: ولأن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة؛ فإذا كان الشارع مريدا لرفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع، قالوا: ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقار والعروض المنقسمة فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيها لا يقبل القسمة⁽¹⁾.

ثالثا: الضرر اللاحق بالأصل في التملك

إن الأصل عدم انتزاع الإنسان مال غيره إلا برضاه، ولكن تركنا ذلك في الأرض والعقار لثبوت هذا النص فيه، ولكن تركنا ذلك في الأرض والعقار لثبوت هذا النص فيه، وأما الآثار المتضمنة لثبوتها في المنقول فصعيفة معلولة؛ وقوله في الحديث الصحيح: "إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"⁽²⁾. يدل على اختصاصها بذلك، وقول جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم: "الشفعة في كل شيء في أرض أو ربع أو حائط" يقتضي انحصارها في ذلك، قالوا: وقد قال عثمان بن عفان: "لا شفعة في بئر ولا فحل، والأرف يقطع كل شفعة، والفحل: النخل، والأرف بوزن الغرف المعالم والحدود". وقال أحمد: ما أصح من حديث! قالوا: والفرق بين المنقول وغيره أن الضرر في غير المنقول يتأبد بتأبده، وفي المنقول لا يتأبد؛ فهو ضرر عارض فهو كالمكيل والموزون، قالوا: والضرر في العقار يكثر جدا؛ فإنه يحتاج الشريك إلى أحداث المرافق⁽³⁾، وتغيير الأبنية، وتضييق الواسع، وتخريب العامر، وسوء الجوار، وغير ذلك مما يختص بالعقار، فأين ضرر الشركة في العبد والجوهرة والسيف من هذا الضرر؟⁽⁴⁾.

فالأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه لما فيه من الظلم له والإضرار به، فأما ما لا يتضمن ظلما ولا إضرارا بل مصلحة له بإعطائه الثمن، فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه؛ فليس الأصل عدمه، بل هو مقتضى أصول الشريعة، فإن أصول الشريعة

(1) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 94.

(2) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 451.

(3) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص 53.

(4) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 94.

توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة، وإن لم يرض صاحب المال، وترك معاوضته ههنا لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه وإضرار بشريكه فلا يمكنه الشارع منه، بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك.

الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الشفعة

إن الحقوق بجميع أنواعها، سواء كانت شخصية أم عينية، تنشأ إما عن واقعة قانونية قد ترجع إلى فعل الإنسان، وإما خارجة عن إرادته، فالتصرف القانوني الإرادي عبارة عن اتجاه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانوني، وهذا العمل قد يكون بإرادة منفردة، كما قد يكون باجتماع إرادتين أو أكثر، فالوقائع هي مصدر الروابط القانونية، سواء كانت وقائع قانونية أو وقائع مادية نتيجة عمل طبيعي، يؤدي إلى قيام وضع واقعي ينشأ عن حدوث تعديل فعلي في الأوضاع القائمة، يرتب عليه القانون اكتساب الملكية ابتداء أو انتقالا من الغير، وقد تعرض القانون المدني الجزائري إلى نوعين كبيرين تقليديين من الحقوق المترتبة على روابط المعاملات المالية، إذ بعد الفراغ من الكتاب الأول الذي تناول فيه الأحكام العامة، تعرض في الكتاب الثاني للالتزامات والعقود، وفي الكتاب الثالث للحقوق العينية الأصلية، وقد قسم التقنين المذكور، هذا الكتاب الأخير إلى بابين، تعرض في الباب الأول لحق الملكية وفي الباب الثاني تجزئة حق الملكية، وقدم في الفصل الأول منه حق الملكية بوجه عام، من حيث نطاقه ووسائل حمايته، وما يرد عليه من قيود، وما يلحق به من وصف الشيوع، وتعرض في الفصل الثاني لطرق اكتساب الملكية في ستة أقسام.

وقد سلك المشرع في تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا عمليا قريبا، فميز بين كسب الملكية ابتداء في شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية، ويتمثل ذلك في الاستيلاء، وبين كسب الملكية تلقائيا عن مالك سابق، وهذا هو شأن أسباب كسب الملكية الأخرى، والتي إما تكون بسبب الوفاة، ويتمثل ذلك في الميراث والوصية، أو فيما بين الأحياء، ويتمثل ذلك في الالتصاق، عقد الملكية، الشفعة والحيازة، فكان نصيب الشفعة في القسم الخامس ضمن طرق اكتساب الملكية.

ومن المنطلق التاريخي الذي يعترف بالارتباط الوثيق بين تاريخ الشفعة وتاريخ الملكية أضحت في كل شفعة نقل للملكية، وذاك التملك تسيره اعتبارات متعلقة بالمصلحة الاجتماعية وأخرى متعلقة بالنظام الاقتصادي والمصلحة العامة، وتتحقق من خلال تشريع الشفعة كالآتي:

أولاً: الحكمة في القانون المدني

إن المشرع من وراء تشريع الشفعة في الأمر (58-75) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ليمارسها أشخاص القانون الخاص (الأفراد) يسعى إلى ترسيخ الأهداف النبيلة للشفعة والتي تكفل بداية الحد من تجزئة حق الملكية من خلال تقرير الأخذ إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة، أو للمتتفع عند بيع الرقبة.

كما يهدف إلى إبعاد ضرر الأجنبي عن الشريك في الشيوخ، فضلاً عن حرصه على بقاء الملكية داخل العائلة المستشف من خلال عدم جواز الترخيص بالشفعة، فيما لو كان التعامل داخل العائلة.

ثانياً: الحكمة في القوانين الخاصة

فقد قرر المشرع للدولة حق الأخذ بالشفعة بغية تحقيق واقع حضاري وتنموي من خلال:

- المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي، وتحقيق فعالية المستثمرة الفلاحية على المستويين الجهوي والوطني، فينص المادة 48 من القانون رقم (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري، يكون صاحب الأرض ملزماً بوضع الأرض حيز الاستغلال، وأجاز للدولة متى كانت تلك الأراضي خصبة أو خصبة جداً - ممارسة حقها في الشفعة، كما نص المشرع على أسباب واسعة يثبت فيها لها هذا الحق - كما سنأتي على تحليله لاحقاً -.

- كما تسعى الدولة إلى مكافحة المضاربة التي قد تتجم عن إطلاق حرية الخواص في المعاملات العقارية في العقار الحضري، الذي يستقطب اهتماماً خاصاً من قبل المضاربين في السوق العقارية، ولمحاربة ظاهرة المضاربة والحفاظ على النسيج العمراني، وكذا لإنجاز

مشاريع اجتماعية واقتصادية خول القانون للدولة والجماعات المحلية ممارسة الشفعة على تلك المعاملات متى توفرت أسباب ذلك.

- كما أن كل تصرف وارد على عقار سياحي، قد تتدخل الدولة في شأنه لممارسة الشفعة المقررة لها قانونا، كون العقار السياحي يحظى بحماية خاصة، باعتبار أنه يدر فوائد للاقتصاد الوطني بواسطة مناطق التي تعد بمثابة أقطاب الجذب السياحي، تحتوي على خصوصيات وامتيازات تفرض تهيئتها بطرق منهجية، كما أن كل التصرفات والأشغال التي تجرى عليها يجب أن تخضع لموافقة الجهة المكلفة المختصة.

- كما تدخل الدولة في معاملات أخرى واردة بممارسة الشفعة بمقتضى قانون التسجيل لفائدة الخزينة العامة، بغية وضع حد للغش والتهرب الضريبي في حالة عدم التصريح بالثمن الحقيقي لإدارة التسجيل.

الفرع الثالث: المقارنة

أولاً: أوجه التماثل

1- تقتضي حكمة الشفعة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، إزالة الضرر عن الشريك، حتى لا يدخل عليه من لا يعرف شركته ولا معاملته، ولا يلزم لكي تثبت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلا، لأن من المقرر شرعا وقانونا، أنها تثبت متى توافرت في الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة، ولا يجوز للمدعى دفع دعواه بها بحجة أن الضرر الذي شرعت الشفعة من أجله لم يكن محققا، لأنه مهما يكن من الحكمة التي توخاها المشرع في تقرير الشفعة، فإنه طرد الباب وأطلق الحكم، ولم يقتصر طلب الشفعة على من توافرت في حالته حكمة ذلك، فلا محل للتخصيص والتقييد⁽¹⁾.

2- وللشفعة ميزة أخرى مشتركة، ألا وهي منع تجزئة العقارات إلى قطع صغيرة، يبيعها لغير الجار والشريك، اللذين باستعمالهما الشفعة يضمنانها إلى ملكهما، فيمنعان تجزئتهما، خاصة وأن شفعة الملك تؤدي وظيفة عمرانية جلية، هي الإسهام في تنظيم الملكية العقارية، عندما تجتمع الحصص الشائعة المبعثرة في يد واحدة تستقل بممارسة

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص ص 176-177.

سلطاتها عليها، وبذلك تتحاشى وتتفادى ما تنطوي عليه إدارة المال الشائع، واستغلاله، والتصرف فيه من محاذير.

ثانيا: أوجه التباين

1- تقتضي حكمة الشفعة في الشريعة الإسلامية، في كونها تقي الشفيع ما قد يتوقع من ضرر يصيبه بسبب مجاورة شخص لا تؤمن عواقبه، فقد يكون ذلك الشخص الدخيل غليظ الطبع رديء الخلق، سيء المعاشرة بين الأثرة، لا يراعى لجاره حرمة، ولا يعرف له حقا، ولا يلحظ له وجودا، يؤمه بأفعاله ونظراته، ويسوؤه بأقواله وصياحه، وفي البعد عنه رحمة، وفي الخلاص من شروره نعمة، والضرر يجب أن يرفع، ولهذا الغرض سنت الأحكام، وشرعت الشرائع وبخاصة إذا ما كان الضرر سيصيب الجار الذي يستحق الإكرام لقوله صلى الله عليه وسلم: "وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ"، ومن وسائل إكرامه دفع الأذى عنه، وتفضيله في البيع على غيره. أما القانون الجزائري فلم يقرر الشفعة للجار.

2- ولما كان شرع الشفعة متفقا مع الأصول العامة للشريعة، مطابقا لروحها، محققا لأغراضها، وإن جاء على خلاف ما جعل للملكية من آثار، وما وضع للعقود من أحكام، وما رتب عليها من نتائج، وعارض ما للمالك من حق في اختيار ما يملكه، وفي الإبقاء على ملكه إذا ما ملكه، فلا يؤخذ منه إلا عن رضا وطيب نفس، لأنه استثناء دعت إليه المصلحة ومن صرف الصفقة عنه إلى غيره ظلم نهى عنه الشارع، فقدم عليه ذلك دفعا للضرر، والضرر يدفع بما هو أقل منه، وعلى هذه الأسس السامية قامت الشرائع وسنت الأحكام.

3- إن الشفعة في القانون الجزائري هي رخصة استثنائية، من شأنها أن تخل بحق المالك في التصرف في ملكه في أي وقت، لاسيما عندما أقر المشرع الجزائري للدولة حق الأخذ بالشفعة في:

- الأراضي الفلاحية متى ثبت عدم الاستغلال الأمثل من صاحبها، والحكمة في ذلك تتجسد في المحافظة على وجهتها الفلاحية، وتخفيف فعالية المستثمرة الفلاحية من خلال ممارسة الشفعة في حق الانتفاع الدائم في حالات بينها القانون ومكن الدولة ممارسة ذلك متى توافرت الأسباب.

- الأراضي ذات الطابع الحضري، والحكمة في ذلك مكافحة المضاربة التي قد تتجم عن إطلاق حرية الخواص في المعاملات العقارية، وكذا إنجاز المشاريع والتجهيزات الاجتماعية، والحفاظ على النسيج العمراني.
- الأراضي ذات الطابع السياحي والمواقع السياحية، والحكمة من تشريع الشفعة للدولة فيها، كون هذه العقارات تدر فوائد جمة، ولا تحصى للاقتصاد الوطني، إذ تعد بمثابة أقطاب الجذب السياحي.
- بعض المعاملات العقارية بين الأفراد، والحكمة من ممارسة الدولة للشفعة فيها هو وضع حد للغش والتهرب الضريبي من خلال تصريح الأفراد بالأثمان غير الحقيقية للمعاملات، فالشفعة فيها تحمي الأفراد والخزينة العامة على السواء.
- وهكذا تتبين لنا الحكمة الجلية والواسعة النطاق للشفعة، وكيف أنها تسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة على السواء، وهو الأمر الذي يجعلنا في محل المتسائل عن طبيعتها، وكيف قام فقهاء القانون بتكييفها؟ وما هي طبيعتها عند الفقهاء المسلمين، وهو ما يكون محور البحث في المبحث الثاني.

- الأراضي ذات الطابع الحضري، والحكمة في ذلك مكافحة المضاربة التي قد تتجم عن إطلاق حرية الخواص في المعاملات العقارية، وكذا إنجاز المشاريع والتجهيزات الاجتماعية، والحفاظ على النسيج العمراني.

- الأراضي ذات الطابع السياحي والمواقع السياحية، والحكمة من تشريع الشفعة للدولة فيها، كون هذه العقارات تدر فوائد جمة، ولا تحصى للاقتصاد الوطني، إذ تعد بمثابة أقطاب الجذب السياحي.

- بعض المعاملات العقارية بين الأفراد، والحكمة من ممارسة الدولة للشفعة فيها هو وضع حد للغش والتهرب الضريبي من خلال تصريح الأفراد بالأثمان غير الحقيقية للمعاملات، فالشفعة فيها تحمي الأفراد والخزينة العامة على السواء.

وهكذا تتبين لنا الحكمة الجلية والواسعة النطاق للشفعة، وكيف أنها تسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة على السواء، وهو الأمر الذي يجعلنا في محل المتسائل عن طبيعتها، وكيف قام فقهاء القانون بتكييفها؟ وما هي طبيعتها عند الفقهاء المسلمين، وهو ما يكون محور البحث في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: طبيعة الشفعة

إن الدين الإسلامي أسس مبادئه على قواعد الحكمة والسداد، ووضع قوانينه على أتم إحكام وأقوم طريق، فقد ربط معاملات جميع الخلق بأحكامه الإلهية، فبين الحدود والحقوق والواجبات، فهو دين يراعي المصالح، حيث وضع لها من التشريع ما يحققها ويكفل حراستها، وحدد للمعاملات أنظمة تضمن للناس المحافظة على ما لم لهم من حقوق في الحياة، فالإسلام عقيدة وشريعة، ومن محاسن هذه الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة، فهي في الواقع تجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانوني، الذي جعل الشفعة مصدرا مركبا يمس حرية التعاقد، وحق التصرف، وحقوق المشترين، وحق الملكية على السواء، وبما ينتهي إليه هذا الحق من أخذ الشفيع العقار المبيع جبرا على المشتري، وبذلك كان نظام الشفعة استثنائيا، نحاول التعرف على طبيعته لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ونكيهه قانونا من خلال آراء فقهاء القانون حول طبيعة الشفعة.

المطلب الأول: أوصاف الشفعة في الفكر الإسلامي

تختلف الشفعة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، في مواضع مختلفة، ومرد اختلافهم فيها هو اختلاف زوايا نظرهم إلى جوهر الشفعة ذاتيا وموضوعيا.

الفرع الأول: الأوصاف الذاتية

وهي الأوصاف الموجودة في وصف ذات الشفعة في التراث الفقهي في مختلف مذاهبه المعتمدة علميا وتطبيقيا، وهي ثلاثة أوصاف:

أولاً: الشفعة أخذ

فقد عرف الفقه كما بينا في المبحث الأول، بعض فقهاء الشريعة الإسلامية - الشفعة أخذ شريك حصة شريكه، والمقصود أن الشفعة هي أخذ الشفيع الفعلي للحصة المشفوعة من يد المشتري وإخراجها من ذمته المالية، وإدخالها في ذمته، وضمها ضما، وتملكها تملكا. وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الاعتبار، وأخذ عليه كونه يفيد أن الشفعة هي أن يأخذ الشريك النصيب المشفوع بالفعل، وهي حقيقتها ليست كذلك، لأنها معروضة له ولنقيضه، وهو تركها، والمعرض لشئئين متناقضين ليس عين أحدهما، وإلا اجتمع نقيضان⁽¹⁾.

ورد عليه البعض الآخر بأن الشريك الذي يتخلى عن نصيبه في العقار لشخص آخر يكون له الحق في أن يأخذ ذلك النصيب أولا يأخذه، فإذا أخذه من يد من انتقل إليه، فإنه يكون قد استعمل حق الشفعة، وإن تركه بيد ذلك الشخص، فإنه لا يكون قد استعمل حق الشفعة، أي لم يأخذ بها، وهذا يعني أن الشفعة هي الأخذ بالفعل، والدليل على ذلك هو أن الشريك الذي يترك النصيب بيد من انتقل إليه لا يسمى تركه هذا شفعة، وإنما يسمى تركا لها، أي أنه لم يستعمل حقه في الشفعة الذي هو أخذ النصيب من يد من انتقل إليه⁽²⁾.

ثانياً: الشفعة استحقاق

يذهب جانب من الفقه إلى أن الشفعة إنما هي استحقاق الأخذ، أي أن يثبت للشفيع الحق في الاختيار بين أن يأخذ نصيب شريكه الذي انتقل إلى شخص آخر أو لا يأخذه، إذ أن هذا الاختيار هو ما يسمى بالشفعة، وليس الأخذ نفسه، ويقصد بالاستحقاق ثبوت صفة أو حالة

(1) خليل علي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، بيروت، دار الفكر، الجزء السادس، 1990، ص 169.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أو مركز استحق بها الأخذ"، أي كونه بحيث يجب له ذلك، بمعنى صيرورة الشريك مستحقاً للأخذ وأهلاً له، أو أنه صفة حكيمة توجب له صحة الأخذ، فالسين والتاء للصيرورة أو أنهما للطلب، ويفسر جانب آخر ذلك بأنه لا مانع يمنع من أن تكون الشفعة هي الأخذ بالفعل لأن هذا أمر اصطلاحى، والذي عليه كلام الناس أن الشفعة تطلق في الاصطلاح باعتبارين، فقولهم "هذا له الأخذ بالشفعة" و"فلان أخذ بشفعته" يدلان عليه، أي، له الأخذ بسبب استحقاقه للأخذ، أي، في الكلام مجاز بالحذف، أو أنه من إطلاق اسم المسبب على السبب، وإطلاق الأخذ على استحقاقه⁽¹⁾.

ثالثاً: الشفعة رغبة ومشينة

يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الشفعة مجرد رغبة وإرادة ومشينة لصيقة بشخص الشفيع، لما كانت الشفعة تقوم على اعتبارات شخصية بحتة تترك لمحض إرادته وتقديره، إن شاء أخذ وإن شاء ترك⁽²⁾.

وهذا التكييف يخلط بين وجوب الشفعة وبين ممارستها، فالشفعة توجد ولو دون تدخل من الشريك، ولكن ممارستها ووضع موضع التنفيذ لا يكون إلا عن طريق إرادة الشريك.

الفرع الثاني: الأوصاف الموضوعية

وهي كثيرة نذكر منها:

أولاً: الشفعة من الأحوال الحائز نزع الملك فيها

1- الشفعة من الأحوال التي يجوز نزع الملكية فيها لمصلحة فردية أخرى⁽³⁾:

ومقتضى هذا التكييف، أن الشريعة الإسلامية تحمي الملكية الخاصة، وحرمت التعدي عليها، بما فرضته من العقوبات والتعزيزات والتعويضات، وقررت أن الأساس في انتقال ملك الإنسان وخروجه من بين يديه، إنما هو رضاه وطيب نفسه، فيقول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا مَالَ أَمْرٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِّنْهُ}، كما نص الفقهاء على التملك القهري خلاف مقتضى الملك، وهذا هو الأصل والأساس، بيد أن الضرورة قد تدعو إلى

(1) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، (1417هـ-1996م)، ص 169.

(2) أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الثالث، [ب س ط]، ص 473.

(3) أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، [ب س ط]، ص 73-83.

نزع الملكية الفردية من صاحبها في أحوال متعددة، ما مراعاة لمصلحة فردية أو تلبية لمصلحة عامة، ومن ضمن الأحوال التي يجوز فيها نزع الملكية لمصلحة فردية أخرى أجازت الشريعة الإسلامية ذلك عند تعارض المصلحتين، وظهور أن المصلحة الأخرى أولى بالاعتبار والعناية، كما في الشفعة وبيع مال المدين.

أما الشفعة ففي ذلك حماية الإنسان من الأضرار المتوقعة بسبب سوء الجوار أو من معاملة من يضاده في الطباع والأخلاق، وقد عرفها الحنفية بأنها تملك العقار من مشتريه جبراً، ويقصد بالعقار ماله أصل من دار وضيعة، وما في حكمه، وأما المنقول فلا تثبت فيه الشفعة إلا بتبعية العقار.

2- الشفعة من الأحوال التي ينتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه⁽¹⁾:

إن أسباب انتقال الملكية هي العقود الناقلة للملكية، والعنصر الفعال في هذه العقود هو الرضا، إذ يعتبر القاعدة العامة لنقل الأموال في الشريعة الإسلامية؛ لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}، بيد أنه قد ينتزع الملك من صاحبه بغير رضاه في سبيل النفع العام، أو لدفع الأذى عن غيره، بحيث تكون المنفعة التي ينالها المالك من بقاء العين في ملكه أقل من الضرر الذي ينال غيره بهذا البقاء.

والأحوال التي ينتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه ترجع إلى ثلاث:

أ- نزع الملك لمنافع الكافة كنزع الملك للطرق العامة أو شق النزع:

وقد اعتبر بعض الفقهاء من المنافع العامة توسيع المساجد، حتى لا تضيق بالناس، فقد نقل في حاشية أبي السعود عن الزيلعي، أنه إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ما حوله ممن الأراضي بكرهه، وأدخلوها في المسجد، وهذا من الإكراه الجائز، والأصل في هذا هو ترجيح منفعة الكافة على منفعة الآخذ، ولأنه لا يترتب على الآخذ من المالك ضرر كبير به، لأنه يعوض بالقيمة، والقيمة تقدر بمعرفة أهل الخبرة العدول.

(1) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، 1946، ص ص 163-164.

ب- نزع الملك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه ظلماً:

فللقاضي في هذه الحال أن يحجر عليه، فيمنعه من التصرف في ماله إذا رفع الدائنون الأمر إليه، ويؤدى الدين من أمواله فيؤخذ من النقود، فإن لم تكن نقود أو نفذت، ولم تف، يبيع ما يخشى عليه التلف أو ما يكون معداً للبيع كعروض التجارة، فإن لم تف ببيع العقار، وليس للقاضي أن يبيع مال الشخص بغير رضاه، ويؤدى منه الدين رغم أنفه، بل يحبس حتى يوفي هو الدين بأي طريق أحب، والحجة في ذلك أن المصلحة في الوفاء ظلم، والظلم واجب رفعه، فإذا امتنع الظالم عن أداء الحق مختاراً قام القاضي مقامه في رد الحقوق إلى ذويها، لأنه نصب لإقامة العدل بين الناس، انتقد من حيث أن التصرف في ماله من غير إرادته إهدار لأهليته، وهو ضرر عظيم لا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص، ويمكن دفع الظلم بالحبس وحمله على أن يؤدي ما عليه من حقوق من غير التعرض لأمواله التي لا يصح أن تمس إلا برضاه.

ج- الأخذ بالشفعة أثر من آثار عقد البيع:

فالشفعة ليست سبباً اختيارياً من أسباب الملك بل تعد من قبيل نزع الملك جبراً عن صاحبه، وقرر هذا الجانب من الفقه أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس، فهي أمر استثنائي، وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه إلى غيره إلا بطيب نفسه ورضاه، وفي الشفعة يملك العقار جبراً عن صاحبه، وهو المشتري⁽¹⁾، إذ بمقتضى عقد البيع صار هو المالك، ومع ذلك ينزع ملكه جبراً عنه، ومن جهة أخرى نرى في تقرير مبدأ الشفعة إضراراً بالمالك الأصلي وهو البائع، لأنه إذا علم الراغبون في الشراء أنهم إن اشتروا نزع ملكهم منه، لا يقدمون على الشراء، فإذا كان المالك مضطراً للبيع، كان بين حالين: إما احتمال الضرر النازل به الذي يضطره للبيع، وذلك أذى لا ريب فيه، وإما لترغيبه في المبيع الذي أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس فيه غبن فاحش عليه، ولكن قد اضطر إليه⁽²⁾.

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 166.

(2) المرجع نفسه، ص 166.

ومن أجل هذه الاعتبارات قالوا إن أحكام الشفعة جارية على غير ما تقتضيه القواعد الفقهية، بل من أجل هذه الاعتبارات أنكر بعض الفقه الشفعة.

ومع ذلك نجد الرد على هذا الرأي بإجماع فقهاء المسلمين على إثبات الشفعة، وبأن الضرر الذي يقال بالنسبة للبائع ليس كبيراً لأن الملاك يجدون مشترين مع ثبوت الشفعة.

وباستقراء مؤلفات الفقه الحنفي نجدها تفصل في أحكام الشفعة بعد الغصب مباشرة، ووجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما، والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته -أي الغصب- للاحتراز عنه مع كثرتة بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإيجارات والشركات والمزارعات، فأوجب تقديمها⁽¹⁾، وقول (لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرتة) يعني عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة، ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول، بخلاف الشفعة، والأهم يستحق التقديم⁽²⁾.

وحذا حذو هذا الرأي بعض كتب الفقه الإسلامي الحديثة، حيث يرى أحدهم⁽³⁾، الشفعة بكونها حق تملك المال المشفوع من مالكة الجديد، ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف، فإذا كان لشخصين دار مشتركة، فباع أحدهما حصته لثالث كان للثاني الحق في أن يملك هذه الحصة المباعة من مشتريها، فيأخذها بما دفع فيها من الثمن والنفقات الضرورية سواء رضي أو لم يرض، فيلزمه القضاء بتسليمها جبراً.

ثانياً: الشفعة من أسباب الملك التام⁽⁴⁾

فالملك اختصاص، يمكن صاحبه شرعاً من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي، فإذا ما حاز عينا من الأعيان واختص بها، كان له شرعاً أن ينفرد بالتصرف فيها بالبيع ونحوه، وأن ينفرد بالانتفاع بنفسه، وإما بواسطة غيره عن طريق الإيجار أو الإعارة أو غيرهما، وينقسم هذا الملك إلى قسمين: ملك تام وملك ناقص.

(1) برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، (مطبوع مع شرح فتح القدير)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م)، ص 376.

(2) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص 376.

(3) محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، لبنان، طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، بدون تاريخ، ص 440.

(4) رمضان علي السيد الشرنياصي، محمد كمال الدين، وجمال عبد الهادي سالم شافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، (النشأة-التطور- المعاصرة)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 459 إلى 461.

فيكون الملك ناقصا إذا كان مقصورا على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها، ويكون الملك تاما إذا كان شاملا للعين ومنفعتها جميعا، أي لرقبة الشيء المملوك، مادته وذاته ولمنافعه كذلك، ولهذا الملك خصائص منها⁽¹⁾:

1- للمالك مطلق التصرف في العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة من بيع وإجارة وإعارة وغيرها، وهذا الإطلاق لا يتقيد بشيء غير عدم الضرر بالغير، سواء كان الغير فردا أو جماعة أو الدولة نفسها، ويظهر ذلك في صور نزع الملك جبرا.

2- للمالك حق الانتفاع بالشيء المملوك بأي وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدد، ولا بمكان معين، ولا بشكل معين ما لم يكن ذلك محرما شرعا كأن يجعل داره ناديا للقمار مثلا.

3- هذا الملك ليس له زمن محدد ينتهي عنده، لأنه لا يقبل التقيد بالزمان ولا بالمكان، ولا ينتهي ذلك الملك إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعي ناقل للملك، أو بالميراث إذا مات المالك، أو هلكت العين المملوكة.

4- إذا أتلّف المالك الشيء المملوك له لا يجب عليه ضمان، لأن الضمان حينئذ يكون عبثا، وليس معنى ذلك أنه يباح له أن يتلف ماله كيفما شاء، ويعفى من المؤاخذه إذا قتل حيوانا مملوكا له فيعزّره ولي الأمر، وقد يحجر عليه إذا ثبت سفهه.

5- إن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، فلو أسقط شخص ملكيته لعين لا تسقط، وتبقى مملوكة له.

وأسباب الملك التام بمعناه هذا هي:

- 1- الاستيلاء على المال الذي لا مالك له.
- 2- العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والوصية ونحوها.
- 3- الخلفية، وهي أن تخلف شخص آخر فيما كان يملكه، وهي تتحقق بالإرث.
- 4- الشفعة وهي حق تملك المال المشفوع من مالكه الجديد ولو جبرا لما قام عليه من الثمن والتكاليف⁽¹⁾.

(1) محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، (تعريفه وتاريخه ومذاهبه، نظرية الملكية والعقد)، القاهرة، الدار الجامعية، الطبعة العاشرة، (1405هـ-1985م)، ص 587.

وقد خالفهم جانب آخر من الفقه، فلم يجعلوه سببا مستقلا، بل أرجعوها إلى أحد الأسباب الثلاثة، وهو العقود الناقلة للملكية، وهو خلاف ناشئ عن الخلاف في الشيء المثبت للملك للملك في الشفعة، أهو الطلب من الشفيع؟ أم التراضي بين الشفيع والمالك الجديد؟ أو القضاء عند إيبائه التسليم للشفيع بحقه؟

- فالأئمة الثلاثة "مالك والشافعي وأحمد بن حنبل" يذهبون إلى أن الملك للشفيع يثبت بطلبه لذلك الحق -على خلاف بينهم في اشتراط دفع الثمن - وهذا الطلب ليس استيلاء ولا عقدا ولا إرثا، فتكون الشفعة سببا من أسباب الملك التام.

- أما الحنفية⁽²⁾ يذهبون إلى أن الملك في الشفعة لا يثبت بمجرد الطلب، بل يثبت بأحد أمرين:

- 1- التراضي بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك، وهو عقد جديد غير العقد الأول.
- 2- قضاء القاضي عند إيبائه وعدم تسليمه، وهو بمثابة عقد ينوب فيه القاضي عن الممتنع، وعلى هذا لا تكون الشفعة سببا جديدا للملك، بل تكون داخلة في العقود الناقلة للملكية.

ثالثا: الأوصاف الأخرى للشفعة

وتختلف دراسة أحكام الشفعة في كتب الفقه الإسلامي ضمن أشكال مختلفة:

1- الشفعة من صور القيود الملزمة بالتصرف⁽³⁾:

- ويراد بها القيود التي تجبر المالك على التصرف، مع أن الأصل حرية المالك في عدم التصرف، وتتبدى هذه القيود في الصور الآتية:
- إجبار المالك على ترتيب حق ارتفاق للآخرين على ملكه.
 - القيود التي يفرضها التكافل الاجتماعي.

- إجبار المالك على نقل ملكية ماله إلى الآخرين، وأولى صور هذا القيد، الشفعة، التي يعبر عنها بكونها رخصة، تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري، وينزع فيها الملك

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 588.

(2) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي، المرجع السابق، ص 246.

(3) محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، [ب س ط]، ص 137.

جبرا على صاحبه المشتري، بغية الحفاظ على مصلحة جار البائع أو شريكه، وشرعت لدفع الضرر عن الشفيع، وإن اختلف في نوعية هذا الضرر.

2- الشفعة من أنواع الشركات⁽¹⁾:

ومن ضمن أنواع المعاملات المالية الشائعة في الإسلام؛ الشركات أو المشروعات المالية التي تقوم على أساس التعاون بين شخصين أو أكثر على الاشتراك في الجهد للكسب بواسطة الأموال والأعمال معا، وهو جائز وحلال، والشركة أن يشترك اثنان فأكثر في مال ليعملوا فيه بتنميته في تجارة أو صناعة أو زراعة ونحوها، وتنقسم الشركة إلى ثلاثة أقسام:

- شركة الأموال.

- شركة الأبدان.

- شركة الوجوه⁽²⁾، وهي أن يشترك شخصان أو أكثر على غير مال ولا عمل على أن يشتريا شيئا في ذمتهم بالسيئة، وبيعها بمالها في واجهة الناس، وإذا باعاه اقتسما ربحه وهي غير جائزة لما فيها من الغرر، وفيها اشتراك الشفعاء في الشفعة، وهي استحقاق شريك أخذ ما أخذ ما عوض به شريك من عقار بثمنه أو قيمته، وهي رخصة، والأصل عدم جوازها لأن فيها بيع الشخص ملكه بغير رضاه، إلا أن الشرع رخص فيها دفعا لضرر الشريك، ويشترك الشفعاء في الشفعة إذا كانت الشفعة بين أكثر من شفيع، وهم أصحاب سهام متفاوتة في الأنصبة، فكل واحد منهم يأخذ من البيع قدر سهمه⁽³⁾.

3- الشفعة من باب إحياء الموات⁽⁴⁾:

ويستعمل باب إحياء الموات ثلاثة أقسام هامة:

(1) أهمية إصلاح الأرض وعمارتها.

(2) الإحياء.

(3) أسباب كسب الملكية في الشريعة الإسلامية، وهي أربعة:

- الاستيلاء على المباحات، وهو سبب منشئ للملكية بالأصالة.

(1) عبد الفتاح تقي، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 99.

(2) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 103.

(3) عبد الفتاح تقي، المرجع السابق، ص ص 107-108.

(4) محمد فوزي فيض الله، الفقه الإسلامي، دمشق، مطبعة طربين، الطبعة الثانية، (1977-1978م)، ص ص 46-47.

- الخلافة، ويقصد بها الإرث.

- العقد، وهو سبب ينقل الملكية الثابتة.

- الجبر، وهو سبب يؤدي إلى حلول شخص محل آخر في ملكية ما اشتراه بما قام عليه، كالشفعة، التي هي عبارة عن حق تملك العقار جبرا على المشتري بما قام عليه، وصورتها المتفق عليها؛ أن تكون أرض مشتركة شائعة بين محمد وعلي، فيبيع محمد حصته من هذه الأرض من أحمد بمبلغ ألف ليرة سورية -مثلا- فيحق لعلي أن يأخذ حصة محمد المباعة جبرا عن أحمد بالثمن الذي بيعت به ذاته⁽¹⁾.

4- الشفعة من توابع الملكية:

وتقسم توابع الملكية إلى اثني عشر تابعا مرتبة كالآتي:

- أحكام الأراضي.
- إحياء الموات.
- أحكام المعادن والحمى والإقطاع.
- حقوق الارتفاق.
- عقود استثمار الأرض.
- اتفاق القسمة.
- الغصب والإتلاف.
- دفع الصائل.
- اللقطة واللقيط.
- المفقود.
- السبق.

⁽¹⁾ محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص 110.

• الشفعة⁽¹⁾، وهي من توابع الملكية، مأخوذة من الشفع، بمعنى الضم أو الزيادة والتقوية، نقول: شفعت الشيء، ضممته، لأن الشفع يضم ما يملكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه، فيزيده عليه، ويتقوى به، فقد كان الشفع منفردا في ملكه، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه، فصار شفعا ضد الوتر، وفي الاصطلاح الفقهي، هي حق تملك العقار المبيع جبرا عن المشتري بما قام عليه من ثمن وتكاليف، وحكمتها دفع ضرر الدخيل الأجنبي الذي يأتي على الدوام، بسبب سوء المعاشرة والمعاملة، في استعمال أو استحداث المرافق المشتركة، أو إعلاء الجدار، أو إيقاد النار، أو منع ضوء النهار، وإثارة الغبار، وإيقاف الدواب، ولعب الأولاد، لاسيما إذا كان خصما أو ضدا، والمقرر في الإسلام "لا ضرر ولا ضرار".

وهذا مجمل ما جاء في الفقه الإسلامي من تكييف لطبيعة الشفعة، لنتعرف في المطلب الموالي على هذا التكييف في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للشفعة

إن الشفعة قانونا تجمع بين جوهر الواقعة القانونية فيما تستند إليه من واقعة تفوق عناصر الملكية أو الشيوع، والتي تمثل وقائع مادية بالنسبة للشفيع، وبين جوهر التصرف القانوني فيما تتطلبه من اتجاه إرادة الشفع إلى الأخذ بالشفعة، وهو الجمع الذي جعل الشفعة مصدرا مركبا يمس حرية التعاقد من خلال ما يعنيه إحلال الشفع محل المشتري الذي اختاره البائع، وبما تنتهي إليه من أخذ الشفع العقار المبيع جبرا على المشتري، فكان نظاما استثنائيا جعل شراح القانون المدني يختلفون حول الطبيعة القانونية للأخذ بالشفعة، فذهب البعض إلى القول بأن الشفعة حق، وآخر يرى أن الشفعة مصدر للحق، وأري يقول بأنها من الحقوق الترخيصية المنشئة، ليقرر الرأي الآخر بأنها رخصة.

وهي الآراء تكون محور النقاش في ما يأتي من فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: الشفعة حق

إن الجدل العنيف الذي ساد فقهاء القانون المدني، لم يكن بين رأي وآخر فقط، بل ازداد عنفا حتى داخل الرأي الواحد، فمن قال بأن الشفعة حق زادت شهرته لما انقسم بين قائل بأن

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (الملكية وتوابعها)، دمشق، دار الفكر المعاصر، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، (1418هـ-1997م)، ص 4886.

الشفعة حق ولكنها حق عيني تخول للشفيع حقا مباشرا يسري بالنسبة للكافة، وبين قائل بأنها حق شخصي وليست بحق عيني حيث تمنح لاعتبارات تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة، وقال آخر بأنها ذو طبيعة مختلطة ترد على عقار لتكون حقا عينيا، وتقرر لاعتبارات شخصية فهي حق شخصي وآخر قال بأن الشفعة مصدر للحق. ونتعرض لآراء هذا الاتجاه ضمن النقاط الآتية:

أولاً: الشفعة حق عيني

يرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن حق الشفعة أقرب إلى الحق العيني⁽²⁾، منه إلى الحق الشخصي، فللشفيع بمقتضاه ما يشبه حق التتبع وحق الأولوية اللذين يخولهما الحق العيني، فحق التتبع لأن الشفيع له أن يطالب العقار ممن هو في يده أيا كان، فإذا المشتري العقار آخر، فللشفيع الحق في طلبه من المشتري الجديد، ويستنتج من ذلك أنه لو كان الحق شخصيا فإن صاحب الحق لا يتقاضى حقه إلا من شخص معين، أما حق الأولوية لأن الشفيع مقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع، إذا توافرت فيه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة، ومتى قام بالإجراءات التي يوجبها القانون.

فالشفعة وإن كانت من حق كل مالك في حالة بيع عقار شريكه، وتكون له في كل مرة يباع فيها هذا العقار، فإنها مع ذلك ليست حقا شخصيا بالمعنى الذي يخصصه القانون لهذه العبارة، مقابل عبارة الحق العيني، فالشفعة حق عيني حقيقي، ومصدر هذا الحق وأساسه، هو الحق العيني لملكية العقار الشافع التي تخول مالك هذه العقار حقا على العقار المشفوع⁽³⁾.

والشفعة حق عيني يتولد من حق ملكية العقار، وينتقل من مالك إلى مالك بانتقال الملك من شخص إلى شخص، وحق عيني ثابت على العقار، وأنه متى ترتب هذا الحق بمجرد حصول البيع، يكون تابعا للعقار في يد أي كان، ولا يزول عنه إلا بمسوخ قانوني، كالنزول عنه صراحة أو دلالة، وعدم المطالبة به لمدة معينة قانونا.

(1) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 178.

(2) الحق العيني: سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين بموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية.

(3) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 178.

ويلاحظ أن أصحاب هذا الرأي، قد استعملوا عبارة "الحق العيني" بمعناها المعروف، وقد اتجهت نيتهم إلى القول بأن الشفعة حق عيني، من أجل ترتيب نتيجة، مفادها، أن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة، هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه، ولكن هؤلاء ليسوا في حاجة إلى القول، بأن الشفعة حق عيني لتحقيق هذه النتيجة، بل إن مجرد قولهم أن الشفيع، يكتسب ملكية العقار المشفوع فيه عن طريق الشفعة، يكفيهم للوصول إلى هذه النتيجة، لأن الشفيع عندما يرفع دعوى الشفعة، إنما يطالب بحق عيني عقاري، فيثبت الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرة نطاقها العقار المشفوع فيه للنظر في دعوى الشفعة⁽¹⁾.

ثانياً: الشفعة حق شخصي

يرى بعض الفقه والقضاء⁽²⁾، أن الشفعة حق شخصي⁽³⁾ لا حق عيني، يرتبط بالشخص وهو الشفيع، ولا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر، أو النزول عنه للغير، ذللك لأن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع، فإذا توفي هذا الأخير، لا ينتقل حق الشفعة إلى ورثته، كما لا تجوز حوالاته، كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا حق الشفعة باسمه، وقد قررت بعض الأحكام⁽⁴⁾ أن الشفعة حق شخصي لا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر أو النزول عنه للغير.

والشفعة ليست حقاً عينياً، وأنه ن كان غرض الشفيع الحصول على الملكية، لكنه لا يصل إليها إلا بواسطة عقد بالحلول قبل البائع محل المشتري في كل حقوقه والتزاماته، ومع هذا أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية، بل حقاً شخصياً، وهو الحق في أن يصير مشترياً بالأفضلية على المشفوع فيه، ولو ضد إرادة البائع، وبذلك تكون له الحقوق التعاقدية التي كانت للمشتري السابق، فدعوى الشفعة ليست عينية، بل هي دعوى شخصية للحلول في حقوق المشتري، ولا يكتسب الملكية إلا بالتسليم الاختياري أو بحكم قضائي⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، المرجع السابق، ص 429.

(2) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 181.

(3) الحق الشخصي يقصد به تلك الرابطة القانونية، ما بين شخصين، دائن ومدين، يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمله.

(4) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 179.

(5) المرجع نفسه، ص 160.

يلاحظ أن أصحاب هذا الرأي، أن ينتهم قد اتجهت إلى أن عبارة "الحق الشخصي" التي استعملت من قبلهم، لم تستعمل بالمعنى المقابل للحق العيني، بل أن هذه العبارة، قد استعملت بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفيع، فلا يجوز أن ينتقل هذا الحق بطريق الميراث إلى الورثة، كما لا يجوز حوالة هذا الحق، ولا يجوز أيضا لدائني الشفيع أن يستعملوا هذا الحق باسمه، ولكن هؤلاء ليسوا في حاجة إلى معارضة الحق العيني بالحق الشخصي، ذلك لأن عبارة الحق الشخصي الذي اتجهت نيتهم إليه، لا تتعارض مع عبارة الحق العيني⁽¹⁾.

ثالثا: الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة

يرى بعض الفقه والقضاء⁽²⁾، بأن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة، أي أنه حق شخصي عيني، فهو من ناحية حق شخصي بالنسبة إلى الشفيع ينظر فيه إلى اعتبارات تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة، ومن ناحية ثانية، أن الشفعة، حق عيني، ينظر فيه إلى العقار المشفوع فيه، لأنه يتولد من حق ملكية العقار، ويكون تابعا لهذا العقار في يد أي كان، ولا يزول عنه إلا بمسوخ قانوني، ومن هنا جاء تكييف هذا الرأي، بأن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة أي حق شخصي عيني.

الفرع الثاني: الشفعة مصدر للحق

يرى بعض الفقه والقضاء، بأن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية، وهو أقرب إلى الحق العيني منه إلى الحق الشخصي، فللشفيع بمقتضاه ما يشبه حق التتبع وحق الأولوية اللذين خولهما الحق العيني؛

حق التتبع، لأن للشفيع أن يطلب العقار ممن هو في يده، أيا كان، فإذا باع المشتري العقار إلى خر، فللشفيع الحق في طلبه من المشتري الجديد، ويستنتج من ذلك أنه لو كان الحق شخصيا، فإن صاحب الحق لا يتقاضى حقه إلا من شخص معين.

وحق الأولوية، لأن الشفيع مقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع، إذا توافرت فيه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة، متى قام بالإجراءات التي يوجبها القانون.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 429.

(2) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 181.

فالشفعة وإن لم تكن دعوى عينية عقارية، فإنها ليست دعوى شخصية، بما أن الغرض منها كسب ملكية عقار⁽¹⁾، ولا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حلّ، فقد جاء صريحا في القانون المدني أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، كالعقود والميراث ووضع اليد، ولا يتصور أن السبب المنتج للحق يسمى نفسه حقا عينيا، فليست إذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء، كالملكية أو حق الانتفاع، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني، أو بعبارة أخرى هي مجرد وسيلة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط، وفي أحوال مخصوصة، وهذه الوسيلة لا تنتج حقا إلا إذا استعملت، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع، وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به.

ولاشك في أن الشفعة بناء على حلول الشفيع محل المشتري - تؤدي إلى اكتساب حق الملكية، بل أن هذا الحق هو المجال الأهم للشفعة، ولذلك تشيع عبارة "التملك بالشفعة"، ويراد بذلك في الواقع الإشارة إلى اكتساب الملكية أو أي حق عيني متفرع عنها يصلح اكتسابه عن طريق الشفعة، ولعل ما أعان على هذا الملك الأخذ بالغالب في العمل من أن حق الملكية هو الذي يكسب أساسا بالشفعة، وكون المشرع - كما سبق - قد وضع كل أحكام الشفعة في الفصل المخصص لأسباب كسب الملكية، مكتفيا - في صدد كل حق عيني آخر متفرع عن الملكية يصلح للاكتساب عن طريق الشفعة - بمجرد الإشارة إلى إمكان كسبه بالشفعة، فالشفعة بذلك يمكن أن تؤدي أيضا إلى اكتساب بعض الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، ولكن الاكتساب عن طريق الشفعة، مقصور على حقين منها، هما حق الانتفاع، وحق الحكر، ومنحصر فيهما في سبب وحيد، وهو الشركة في الشيوع⁽²⁾.

فالشفعة وفقت هذا الرأي، ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا، بل هي واقعة مركبة قانونية طبيعية، وهي من أسباب كسب الملكية ما بين الأحياء⁽³⁾، فهي ليست بحق بل هي مصدر للحق، وسبب لكسبه، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حق عيني على العقار والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه، فالملكية مثلا حق عيني، وتكتسب

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 180.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 523.

(3) منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 108.

بالاستيلاء والميراث والوصية أو الالتصاق والعقد والحيازة والشفعة، ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية والالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عيني أو حق شخصي؟ فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي؟

ويرى ذات الاتجاه أن الشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة اقترن فيها الشيوع أو الجواز أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهذه واقعة مادية ببيع العقار المشفوع فيه، وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، وثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الشفعة من الحقوق الترخيصية أو المنشئة

ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الشفعة من الحقوق الترخيصية أو المنشئة⁽²⁾، « les droit formateurs » ou « potestatifs »، والحق الترخيصي أو المنشئ هو الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب من تقرر له، والحق الترخيصي أو المنشئ، وبصفة خاصة الحق الترخيصي المستقل le droit potestatif autonome يجد مصدره في المركز القانوني الذي يتواجد فيه صاحبه، ولذلك فهو لا يتقرر لأي شخص، لأنه لولا وجود هذا المركز القانوني ما كان لإعلان إرادة من تقرر له أي أثر قانوني.

ولم تأخذ فكرة الحقوق الترخيصية مكانها المناسب في القوانين الوضعية؛ الجزائري، المصري والفرنسي، ومهد فكرة الحقوق الترخيصية هو القانون الألماني والقانون الإيطالي، وقد انتقلت إلى القانون السويسري، مع بعض التحفظ وتحت اسم « les droits formateurs ».

ويقسم الفقه الألماني والإيطالي هذه الحقوق الترخيصية إلى نوعين:

- الحقوق الترخيصية المستقلة أو الذاتية les droits potestatifs autonomes
- الحقوق الترخيصية المساعدة les droits potestatifs auxiliaires

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 431.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 09.

ومثال الأولى إعلان الغبة في الأخذ بالشفعة، ومثال الثانية حق الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود غير محددة المدة، وحق طلب الإبطال لعقد لعيب من عيوب الإرادة أو لنقص الأهلية، أو حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، أو حق اختيار محل الوفاء في الالتزامات التخيرية.

ويمكن القول بصفة عامة أن الحقوق الترخيصية المستقلة هي الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة، وينشأ عنها مركز قانوني جديد منشئ لحقوق والتزامات، وهذه الحقوق لهل قيمة مالية، أما بالنسبة للحقوق الترخيصية المساعدة، فإنها ترتبط بمركز عقدي معين أكثر من ارتباطها بشخص معين، ويترتب على ذلك أنها تنتقل بالتبعية لانتقال المركز العقدي المرتبطة به ولا يمكن نقلها استقلالا عن هذا المركز.

فالحق في الأخذ بالشفعة باعتباره حقا ترخيصيا يعبر عن مكنة اختيارية تنقرر في حالة بيع عقار -يسمى العقار المشفوع فيه، لشفيع عيّن القانون أحواله، وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة- ويسمى بالعقار المشفوع به -ليحل محل المشتري- ويسمى بالمشفوع منه- إذا توافرت شروط معينة⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الشفعة منزلة وسطى بين الرخصة والحق

عرف القانون المدني الجزائري في المادة 794 منه، الشفعة بكونها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها قانونا، والرخصة هي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة⁽²⁾، أما كون الشفعة حق فقد تعرضنا له في الفرع السابق.

ويرى جانب من الفقه أن الذي ضلل الناس في أمر الشفعة، أنها تجعل الشفيع في منزلة من له الحق في أن يمتلك العين المشفوع فيها، وهذه المنزلة، هي منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك، والحق في الملك.

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص ص 10-11.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 09.

ويعتبر فقهاء القانون لذلك مثلاً للتفرقة بين الرخصة والحق؛ فحرية التملك هي رخصة، أما الملكية فهي حق، ويقصد بالحق في هذا الصدد، كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان، أو حقه في اقتضاء دين من الديون، أو حقه في طلاق زوجته، أما ما عدا ذلك من المكنات التي يعرفها القانون للناس كافة، دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز، فرخص وإباحات كالحريات العامة، وما إليها.

فالحريات إذن لا تفترض وجود استثناء، أو روابط قانونية، بحيث تختلف بشأنها المراكز القانونية بين الأشخاص، بل تفترض وجود الأفراد جميعاً في ذلك المركز العام المشترك من إمكان التمتع بها من قبل الجميع تمتعاً لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين⁽¹⁾.

ويبرر هذا الجانب من الفقه، هذه المنزلة الوسطى، من خلال كون الحق يفترض وجود استثناء، أما الرخصة فإنها لا تفترض ذلك الاستثناء، بل أنها تثبت لكافة الناس، بينما نجد الشفعة على العكس من ذلك، فهي لا تثبت لكافة الناس، وإنما فقط لأشخاص أوردتهم القانون على سبيل الحصر، لا على سبيل المثال.

فالشفعة منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك، والحق في الملك، لأنها تشتمل على وقائع متسلسلة، مركبة من تصرف قانوني ووقائع مادية، ونظراً لكون الوقائع المادية المكونة لها هي العنصر الغالب فيها، لذلك فلا بد من إدخال الشفعة في نطاق الوقائع المادية⁽²⁾، إذ تظهر الواقعة المادية بسبب الارتباط القائم بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه سواء اقترنت الشفعة بالشيوع أو بأي ارتباط آخر، كما تتجسد الواقعة المادية أيضاً بالنسبة إلى الشفيع، في حالة بيع العقار المشفوع فيه، وهذه واقعة مادية أخرى، بالاقتران مع التصرف القانوني الذي يتجسد بإظهار الشفيع رغبته، وذلك عن طريق التعبير عن إرادته في الأخذ بالشفعة.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، المرجع السابق، ص 571.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 07.

فيلاحظ أن هناك واقعتان ماديتان وتصرف قانوني، ونظرا لكون الواقعة المادية باعتبارها العنصر الغالب على التصرف القانوني، فيمكن إدخال الشفعة في نطاق الوقائع المادية.

والواقع أن هناك مراكز قانونية، بحيث يستطيع الشخص أن يكسب الحق بإرادته المنفردة إذا ما تهيأت له أسباب قيام هذه المراكز القانونية، كما في حالة العقار المملوك لعدة شركاء على الشيوع، باع أحدهم حصته الشائعة في العقار، فهنا يتهيأ للشريك مركز قانوني⁽¹⁾، يستطيع بإرادته المنفردة أن يشفع في الحصة الشائعة، فتكون له رخصة في أن يمتلك العقار المشفوع فيه بالشفعة، وهذه الرخصة تنشأ بقيام هذا المركز القانوني.

والواقع أن الأصح أن يقال أن هذا المركز القانوني ينشأ عنه حق الشخص في أن يمتلك، لا أن تنشأ عنه مجرد رخصة في التملك، بحيث توجد هناك منزلة وسطى بين الحق في الملك والرخصة في التملك، هي حق الشخص في أن يمتلك.

المطلب الثالث: المقارنة

رغم التباين الواضح والجلي في تكييف الشفعة لدى كل من طرفي الدراسة -أي الفقه الإسلامي والفقه القانوني-، والذي يتجاوز إلى الاختلاف والجدال العنيف في تحديد طبيعة الشفعة حتى في الطرف الواحد ذاته، إلا أنه يمكننا استخلاص وجه للتماثل، نحاول أن نبين حيثياته مع أوجه الخلاف، في فرعي هذا المطلب.

الفرع الأول: أوجه التباين

أولاً: الفقه الإسلامي

وقد كيّف فقهاء الشريعة الإسلامية، الشفعة، بأصناف متعددة -كما سبق بيانها- نختصرها في نقاط:

1- الشفعة من الأحوال التي يجوز نزع الملك فيها من غير رضا صاحبه، سواء لمصلحة فردية أخرى أو لمنافع الكافة.

(1) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 204.

2- الشفعة من أسباب الملك التام، الذي يكون لصاحبه مطلق التصرف فيه، وفي منفعه بكافة التصرفات المشروعة، وهو الملك الذي لا يقبل الإسقاط ولا ينتهي بزمان معين.

3- الشفعة من صور القيود الملزمة بالتصرف، التي تجبر المالك على نقل ملكية ماله إلى الآخرين.

4- الشفعة من أنواع الشركات في الشريعة الإسلامية، المتجسد في شركة الوجوه، وصورتها اشتراك الشركاء في الشفعة.

5- الشفعة من باب إحياء الموات، الذي يشتمل على ثلاثة أقسام، أهمها أسباب كسب الملكية الأربعة، وأهمها الشفعة.

6- الشفعة من توابع الملكية الاتني عشر في الشريعة الإسلامية.

وعرفت بالأوصاف الموضوعية، أما الأوصاف الذاتية هي:

1. الشفعة أخذ.

2. الشفعة استحقاق.

3. الشفعة رغبة ومشية.

ولا وجود لهذه الأوصاف في الفقه الإسلامي، الذي كانت له أوصافه الخاصة نبيها في النقطة الموالية:

ثانياً: الفقه القانوني

والذي ساد الجد العنيف خلال التكييف القانوني للشفعة، نختصر محتواه في النقاط الآتية:

1- الشفعة حق عيني، تخول للشفيع سلطة على العقار المشفوع فيه، تتجسد في الحقوق المباشرة والسارية بالنسبة للكافة، سيما حقي التتبع والأولوية.

2- الشفعة حق شخصي، مرتبط بشخص الشفيع، ولا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر، أو النزول عنه للغير.

3- الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة "حق شخصي عيني"، فهو حق شخصي بالنسبة إلى الشفيع لاعتبارات تتعلق بشخصه وظروفه الخاصة، وهو حق عيني لاعتبارات متعلقة بالعقار المشفوع فيه.

4- الشفعة مصدر للحق، وسبب من أسباب اكتساب الملكية.

5- الشفعة من الحقوق الترخيصية أو المنشئة، يتوقف نشوؤها على إعلان إرادة من جانب من تقرر له.

6- الشفعة منزلة وسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك.

الفرع الثاني: أوجه التماثل

كما سبقنا الذكر أن التشابه نادر في تحديد طبيعة الشفعة بين كل من الفكرين، القانوني والإسلامي في ظاهر الأمر.

لكن الجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي، قد أكد وجود هذه المنزلة الوسطى، فقد جاء في كتاب الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، ما يلي⁽¹⁾:

"أعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضي الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا، قولان ... وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة ... وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين، وإذا كان الآن قادرا على أن يتزوج، فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها، والإنسان مالك أن يملك خادما أو دابة، فهل يقول أحد أنه يعد الآن مالكا لهما، فيجب عليه كلفتها ومؤونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة، بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه ... بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية، ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطي حكم من ملك قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ولذلك مسائل ... (المسألة

(1) شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية للنشر، الجزء الثالث، [1418هـ-1998م]، ص 20.

الرابعة⁽¹⁾ الشريك في الشفعة، إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشقص المبيع بالشفعة، لا يكون مالكا إلا بأخذه بالشفعة بالفعل، ولم أر خلافا في أنه غير مالك. (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق منه كالفقر والجهاد والقضاء...، فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور قولان. فهذه القاعدة، على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك، في تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها، أما هذا المفهوم، وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقا من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتملك ولا غير ذلك من القيود، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان لضعف المناسبة جدا أو لعدمها البتة، أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة، تنزيلا لسبب السبب منزلة المسبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيل وقوع قاعدة في الشريعة، أما مجرد ما ذكره فليس إلا مجرد الإمكان والقبول للملك، وذلك في غاية البعد عن المناسبة، فلا يمكن جعله قاعدة".

فيتبين لنا مما تقدم، أن القرافي ميّز بين ثلاث حالات⁽²⁾:

- **الحالة الأولى: حالة صاحب الرخصة** "من ملك أن يملك"، كمن ملك أن يملك خادما، ومن ملك أن يتزوج، ومن ملك أن يملك أربعين شاة، فهؤلاء جميعا لا يملكون، لأن من ملك أن يملك خادما، لا يجب عليه أن يتحمل مصاريف الصداق والنفقة، ومن ملك أن يملك أربعين شاة، لا تقع عليه فريضة الزكاة، وهؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك، وإنما لهم رخصة التملك وفقا لاصطلاح الفقه الغربي، والرخصة ليست بحث.

- **الحالة الثانية: حالة صاحب المنزلة الوسطى** "من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك"، كما في بيع الشريك حصته الشائعة بالنسبة إلى شريكه الشفيع، وفي بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد، هؤلاء أيضا، على خلاف في الرأي، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتملك.

(1) شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، بيروت، دار الكتب العلمية للنشر، الجزء الثاني، (1418هـ-1998م)، ص 262.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 10.

ذلك لأن الشفيع لا يملك الحصة الشائعة المبيعة إلا إذا أخذ بالشفعة وكذلك الفقير فإنه لا يملك شيئاً من بيت المال، إلا إذا طالب فأعطى، إما إذا سرق قبل ذلك من بيت المال، وجب عليه الحدّ، فهذه منزلة وسطى بين رخصة التملك وحق الملك، وفقاً لاصطلاح الفقه الغربي، فهي دون الملك، وفوق الرخصة.

الحالة الثالثة: حالة صاحب الحق من جرى له سبب الملك، كمن شفع في دار أو اشترى عقاراً، فهذا هو الذي له حق الملك.

ونخلص من خلال الدراسة العميقة في هذا المبحث حول طبيعة الشفعة إلى أن، ما بين الرخصة والحق، توجد منزلة وسطى⁽¹⁾، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق، فحق التملك وحق الملك، الأول رخصة والثاني حق، وما بينهما منزلة وسطى، هي حق الشخص في أن يتملك، فلو أن شخصاً رغب في شراء بيت ريفي، نلاحظ أنه قبل أن يصدر له إيجاب من البائع بالبيع، كان له حق التملك عامة في هذا البيت الريفي وفي غيره، فهذه رخصة، غير أنه بعد أن يصدر منه قبول بشراء هذا البيت الريفي، صار له ملكية، وهذا حق ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب فيه منزلة وسطى بين الرخصة والحق، فهو من جهة ليس له فقط مجرد رخصة في تملك البيت الريفي كغيره من الأشياء التي لا يملكها، وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك فيه، بل هو بينه وبين، له أكثر من رخصة التملك، وأقل من حق الملك، له الحق في أن يتملك، إذ يستطيع بقبوله البيع أي بإرادته وحده أن يصبح مالكا لهذا البيت الريفي، ونشير إلى أن الفقه الغربي لم يصل إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل في الرقي إلى مرحلة بعيدة، حيث يدعو الفقيه "فون تور"⁽²⁾ هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشئ، ويعرفه بأنه مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص، في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته، ويأتي بأمثلة لهذا الحق، كحق من وجّه إليه الإيجاب، وحق المسترد في أن يسترد الحصة الشائعة، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة، إلا أن ذلك التحليل لا يمكن أن يرتقي بأي حال إلى تلك المنزلة الوسطى لأن الشفعة، كما تقدم، ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، كما أنها ليست بحق ذو

(1) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 179-180.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 10.

طبيعة مختلطة، بل أنها ليست بحق أصلاً، لأنها كما ذكرنا هي دون الحق، وفوق الرخصة، إذن هي منزلة وسطى بين الحق والرخصة.

فلا تكون الشفعة سبباً لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين، حيث تنتهي أسبابه، باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع الحق في أن يملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة إذا أعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا الإعلان تصرف قانوني صادر من جانب واحد، تتكامل فيه عناصر الشفعة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملك عن طريق اقتران الواقعة المادية بالتصرف القانوني، عندها يملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ويتحول حقه في أن يملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته عن طريق حله محل المشتري.

فإذا كانت الشفعة منزلة وسطى، فماذا يترتب عن هذا القول من خصائص؟ وهي الإجابة التي ستكون محور التبيين في المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل.

طبيعة مختلطة، بل أنها ليست بحق أصلاً، لأنها كما ذكرنا هي دون الحق، وفوق الرخصة، إذن هي منزلة وسطى بين الحق والرخصة.

فلا تكون الشفعة سبباً لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين، حيث تنتهي أسبابه، باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع الحق في أن يملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة إذا أعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا الإعلان تصرف قانوني صادر من جانب واحد، تتكامل فيه عناصر الشفعة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملك عن طريق اقتران الواقعة المادية بالتصرف القانوني، عندها يملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ويتحول حقه في أن يملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته عن طريق حله محل المشتري.

فإذا كانت الشفعة منزلة وسطى، فماذا يترتب عن هذا القول من خصائص؟ وهي الإجابة التي ستكون محور التبيين في المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل.

المبحث الثالث: خصائص الشفعة

بعد أن تعرضنا آنفاً إلى طبيعة الشفعة، وعرضنا خلالها مختلف الآراء فيها، إن كان في الفقه الإسلامي، أو في الفقه القانوني، أكدنا أن الشفعة هي تلك المنزلة الوسطى، التي دون الحق وفوق الرخصة، وقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية قبل الفقه القانوني العربي والغربي، ولما كانت كذلك فإننا نتعرض إلى خصائصها التي نجدها مشتركة بسبب اتحاد التكليف فيها، فنبين خلال هذا المبحث كخاصية أولى معنى كون الشفعة لا ترد إلا على عقار، وثانياً أن الشفعة لا تقبل التجزئة، وأخيراً الخاصية التي تحتاج إلى كثير من التفصيل ألا وهي خاصة الشفعة بشخص الشفيع.

المطلب الأول: الشفعة ترد على العقارات

ومقتضاها أن الشفعة ترد العقارات فقط، نتعرف على حيثيات هذه الخاصية في الفقه الإسلامي، وذلك ضمن الفرع الأول، ونتعرض على معنى ورود الشفعة على العقار لدى الفقه القانوني، وذلك ضمن الفرع الثاني، ونضع المقارنة كفرع أخير من هذا المطلب، وفيما يأتي تحليل ذلك:

الفرع الأول: في الفكر الإسلامي

قال أبو عمر⁽¹⁾: أجمع العلماء على أن الشفعة في الدور، والأرضين، والحواريات، والرّباع كلها بين الشركاء في المشاع من ذلك كله، وأنها سنة مجتمع عليها يجب التسليم لها ... وأما السنة المجتمع عليها، فعلى ما قال سعيد من المُسيّب، وعلى ما حكاه مالك أنه الأمر الذي لا اختلاف فيه عندهم -يعني في المدينة-، وفيه من الأخبار المنقولة بنقل العدول الآحاد حديث بن شهاب المذكور في هذا الباب، وقد أسنده معمر وجوّده.

وباستقراء كتب الفقه الإسلامي، نجد في المشفوع مذهبان فقهيان بارزان⁽²⁾، الأول يحصر الشفعة في العقار، والثاني يعممها في كل الأموال العقار والمنقول.

أولاً: المذهب الأول (الشفعة في العقار)

اتفق جمهور علماء المسلمين الرواد على ثبوت الشفعة في العقار، لكنهم اختلفوا اختلافاً بيناً في تحديد مفهوم العقار الذي تثبت فيه، بين من يرى أنه العقار الذي يقبل القسمة، ومن يقول أنها لا تثبت إلا في العقار الذي لا يقبلها، وبين من يذهب إلى أنها تثبت في كلا الشكليين.

1- الشفعة لا تثبت إلا في العقار المنقسم فقط

يرى فقهاء المذهب المالكي والشافعي، وأحمد بن حنبل في رواية، أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار المنقسم فقط، أما ما لا ينقسم مما تبطل بقسمته منفعتة كالبرّ ونحوه فلا شفعة فيه، ودليلهم على حصر الشفعة في العقار، والعقار الذي لا ينقسم، و دليلهم:

- "... وفي الموطأ مرسلاً: "قُضِيَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يُقسَم، فإذا وقعت الحدود وصرفّت الطرُق فلا شفعة". مالك: ذلك السنة التي لا خلاف فيها عندنا: وفي حديث الموطأ دليل على أنه لا شفعة في غير العقار، لأن ضرب الحدود إنما يكون في العقار ..."⁽³⁾.

(1) أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البرّ النمري القرطبي، الاستذكار، (الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م)، ص 67.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 82.

(3) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنّا النفراوي الأزهرى المالكي، المرجع السابق، ص 248.

- "... قال العلماء: الحكمة في ثبوت الشفعة إزالة الضرر عن الشريك، وخصت بالعقار، لأنه أكثر الأنواع ضرراً، ... ولا شفعة فيما قد قُسم: لقوله في الحديث "إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ". وقال: لأن الشفعة شرعت إما لضرر القسمة أو لضرر الشركة، وذلك غير موجود في المقسوم فلذلك لم تجب فيه شفعة ..."(1).

- "... (عقارا) مفعول لأخذ شريك المضاف لفاعله، وهو بيان للمأخوذ بالشفعة وهو العقار؛ الأرض وما اتصل بها ... ثم أفاد أن شرط العقار الذي فيه الشفعة قبوله القسمة بقوله (أن انقسم) ..."(2).

- "... والأصل فيها خبر البخاري عن جابر رضي الله عنه: "قَضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ"، وفي رواية له: "فِي أَرْضٍ أَوْ رُبْعٍ أَوْ حَائِطٍ"، والرَّبْعُ: المنزل، والحائط: البستان. والمعنى فيه ضرر مؤنة القسمة أو استحداث المرافق كالمصعد والمَنَوَرِ والبالوعة في الحصة الصائرة إليه، وقيل: دفع ضرر المشاركة وضرر مؤنة القسمة ... هذا الخلاف مبني على ما مرّ من أن علة ثبوت الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق إلخ، والثاني: مبني على أن العلة دفع ضرر الشركة فيما يدوم. وكل من الضررين حاصل قبل البيع، ومن حق الراغب فيه من الشريكين أن يخلص صاحبه منهما بالبيع له، فإذا باع لغيره سلّطه الشرع على أخذه منه لما روى مسلم عن جابر: "قَضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي كُلِّ شِرْكََةٍ لَمْ يُقَسَّمْ رُبْعَةً أَوْ حَائِطٍ ..."(3).

- "... الصورة الثالثة قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم، وهذا يلتحق بالصورة التي قبله ... ولو جعلنا التسليم أخص من تحليل الصلاة كان خلاف موضوع اللغة ولو جعلنا الشفعة فيما يقسم لم يكن كل الشفعة منحصرًا فيما لم يقسم وهو خلاف الموضوع ..."(4).

(1) علي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي العدوي، المرجع السابق، ص 326-327.

(2) أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الثالث، [ب س ط]، ص 476.

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 382-383.

(4) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، الرياض، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود، الجزء الأول، 1399هـ، ص 272.

- "... باب الشفعة وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها، ولا تجب إلا بشروط سبعة ... أن يكون عقارا ... وأن يكون مما ينقسم فأما ما لا ينقسم فلا شفعة فيه ..."(1).

- "... واستدل أصحابنا وغيرهم بهذا الحديث على أن الشفعة لا تثبت إلا في عقار محتمل القسمة بخلاف الحمام الصغير والرحى ونحو ذلك، واستدل به أيضا من يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة ..."(2).

2- الشفعة ترد على العقار فقط قابل للقسمة أو غير قابل:

يرى فقهاء الحنفية، أن الشفعة إنما تثبت في العقار فقط، سواء كان يقبل القسمة أو لا يقبل، والمراد بالعقار عندهم، ما له أصل ثابت مثل الدار، ويحتجون بكون الشفعة جاءت لرفع ضرر الشركة والجوار، وهو موجود في العقارين، وذلك أولى لأن القصد بالشفعة فيما لم يقسم ليس بيان "ما تجب فيه الشفعة مما ينقسم أو لا ينقسم"، وإنما هو بيان "سقوط الشفعة فيما قد قسم"، فإذا كان معنى الشفعة إزالة الضرر فإن هذا المعنى قائم في البئر وفيما أشبهها، وإلى هذا ذهب أبي العباس بن سريح بقوله: "إذا كانت إزالة الضرر فيما يمكن إزالته واجبة، ففيما لا يمكن إزالته أولى". ودليلهم في ورود الشفعة على العقار فقط، يقبل القسمة أو لا يقبل:

- "تنص المادة 1017 من مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾: "يشترط أن يكون المشفوع ملكا عقاريا، بناء عليه لا تجرى الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف والأراضي الأميرية".

- "... أن يكون عقارا، يعني إنما تجري الشفعة مقصودة في العقار المملوك، أما في المنقولات فلا تجرى الشفعة مقصودة وإن كانت الشفعة تجرى في المنقولات تبعا للعقار. العقار، كالأراضي العشرية والخراجية، والعرصة والكروم الواقعة في الأرض المملوكة، والدار والرحى، والبئر والحانوت، والروضة وما إلى ذلك من الأشياء، كذلك لو اشترى أحد

(1) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، 2001، ص 76.

(2) أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج، المرجع السابق، ص 46.

(3) مجلة الأحكام العدلية، (وهي التقنين المدني العثماني الذين كان مطبق في كثير من البلدان العربية، وقد استمدت موادها من الفقه الحنفي)، الأردن، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص 117.

أشجاراً في أرض مملوكة مع أصولها ومواضعها، أي مع الأرض المغروسة فيها فتجري في ذلك الشفعة أيضاً، والمراد من العقار غير المنقول ... ويفهم من ذكر العقار مطلقاً أن الشفعة تجري في العقار، سواء أكان قابلاً للقسمة كالقصر والعرصة الواسعة أم لم يكن قابلاً للقسمة كالحمام والبئر، يعني تجري الشفعة في كلتا صورتين في العقار لأن الشفعة قد شرعت عند الحنفية لدفع ضرر الجوار ...⁽¹⁾.

- "... وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام: "الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ" من باب تخصيص الشيء بالذكر، وهو لا يدل على نفي ما عداه، وبأن قوله "فإن وقعت الحدود وصرفت الطرق" مشترك الإلزام، لأنه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالأمرين، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحد تجب الشفعة، وإنما نفي الشفعة في هذه الصورة لأنها موضع الإشكال، لأن في القسمة معنى المبادلة، فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أولاً ...⁽²⁾.

- "... والشفعة واجبة في العقار، وإن كان مما لا يقسم ولا شفعة في العروض والسفن ...⁽³⁾.

- "ولا شفعة إلا في العقار، وتجب في العقار سواء كان مما يقسم أو مما لا يقسم"، قال: ولا شفعة إلا في العقار لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا شُفْعَةٌ إِلَّا فِي رُبْعٍ أَوْ حَائِطٍ"، ولأن الشفعة وجبت في العقار لدفع ضرر الدخيل فيما هو متصل على الدوام ... والمنقول ليس كذلك، لأنه لا يدوم دوام العقار فلا يلحق به. وتجب في العقار سواء كان مما يقسم كالدار والحوانيت والقرى، أو مما لا يقسم كالبئر والرحى والطريق، لأن النصوص الموجبة للشفعة لا تفصل وسببها الملك المتصل، والمعنى الذي وجبت له دفع ضرر الدخيل، وذلك لا يختلف في النوعين. وقال عليه الصلاة والسلام: "الشفعة في كل شرك ربع أو حائط"⁽⁴⁾.

- "... أن يكون المبيع عقاراً، وما هو بمعناه، فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه ... وهو العقار ولنا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا شفعة إلا في ربع أو

(1) علي حيدر، المرجع السابق، ص 689.

(2) أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، المرجع السابق، ص 426.

(3) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، القاهرة، إدارة جامع الأزهر، الجزء الثاني، [ب س ط]، ص 193.

(4) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، المرجع السابق، ص 292-293.

حائط" لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق إلا في العقار، ولا تجب إلا في العقار أو ما في معناه وهو العلو على ما نذكره إن شاء الله تعالى سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحا والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا رحمهم الله ...⁽¹⁾.

3- الشفعة ترد على العقار، وما يتصل به مما هو ثابت:

يرى فقهاء المذهب المالكي أن الشفعة تثبت في العقار، وما يتصل به مما هو ثابت لا ينقل، كالْبئر والغرس، إذ العقار اسم للأرض وما اتصل بها، لكنهم يميزون بين ما يلي:

3-1- العقار بالطبيعة:

أ- العقار المنقسم:

ويجمع فقهاء المذهب المالكي على ثبوت الشفعة فيه، ولا إشكال، ودليلهم:

- "... عقارا، مفعول لأخذ شريك المضاف لفاعله، وهو بيان للمأخوذ بالشفعة، والعقار هو الأرض وما اتصل بها ... ثم أفاد أن شرط العقار الذي فيه الشفعة قبوله القسمة بقوله (إن انقسم) لا إن لم يقبلها، أو قبلها بفساد ... أي إنها تكون فيما ينقسم لضرر الشركة الطارئة التي هي علة الأخذ بالشفعة ...⁽²⁾.

ب - العقار غير القابل للقسمة:

ويميز فيه المالكية بين حالتين⁽³⁾:

- إذا كان تعذر القسمة العينية راجعا لتعدد الملاك، فإنهم يجمعون على ثبوت الشفعة فيه.

- إذا كان تعذر القسمة العينية راجعا لطبيعة العقار أو لما أعد له كالْبئر، أو الساحة والطريق فإن عن مالك روايتين:

✓ رواية في المدونة بأن لا شفعة فيه، ودليل ذلك⁽⁴⁾: "قلت لابن القاسم: رأيت لو أن قوما اقتسموا دارا بينهم، فعرف كل واحد منهم بيوته ومقاصيره، إلا أن الساحة بينهم لم

(1) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، المرجع السابق، ص 12.

(2) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 476.

(3) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 84.

(4) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، كتاب الشفعة الأول، [ب س ط]، ص 215.

يقسموها، أتكون الشفعة بينهم أم لا، في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا شفعة بينهم إذا اقتسموا. قلت: فإن لم يقتسموا الساحة، وقد اقتسموا البيوت، فلا شفعة بينهم في قول مالك؟ قال: نعم، قال: وقيل لمالك: أرأيت إذا كانت الساحة واسعة، فأرادوا قسمتها فيأخذ كل إنسان منهم قدر حصته يحوزه إلى منزله فيرتفق به؟ قال: إذا كانت كذلك ولم يكن ضررا رأيت أن يقسم. قلت: أرأيت السكة غير النافذة تكون فيها دور لقوم، فباع أحدهم داره، أكون لأصحاب السكة الشفعة في ذلك أم لا في قول مالك؟ قال: لا شفعة لهم عند مالك، قلت: ولا تكون الشفعة -في قول مالك- بالشركة في الطريق؟ قال: نعم، لا شفعة بينهم إذا كانوا شركاء في الطريق، ألا ترى أن مالكا قال: لا شفعة بينهم إذا اقتسموا الدار وإن كانت الساحة بينهم لم يقتسموها.

✓ ورواية أخرى في العتبية بأنه فيه الشفعة -أي ثبوت الشفعة إذا كان تعذر القسمة راجعا لطبيعة العقار أو ما أعد له-، وهذه الرواية الأخيرة يشاطره فيها ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب وأصبغ، وهي المشهورة، وعليها دار عمل قرطبة، قال ابن عاصم⁽¹⁾:

وَمِثْلُ بئرٍ وَكَفَحْلٍ النَّحْلُ تَدْخُلُ فِيهِمَا تَبَعًا لِلْأَصْلِ

(والماء) الجاري كالعين والساقية من النهر ونحوهما حان كون ذلك الماء (تابع لها) أي للأصول التي تسقى به وترزع عليه (فيه) أي في ذلك الماء (احكم) بالشفعة أيضا إذا بيع مع متبوعه لأن هذا التابع المذكور، وإن كان لا يقبل القسمة في نفسه لكنه حكم له بحكم متبوعه حيث بيع معه اتفاقا (و) كذا يحكم له بحكمه اتفاق أيضا إذا بيع (وحده إن أرضه) ونحوها من المتبوعات (لم تقسم) ماء كان ذلك التابع الذي لم يقسم متبوعه أو بئرا أو فعلا أو ساحة أو طريقا، فإن بيع التابع بعد قسم متبوعه ففيه خلاف؛ فإن باع أحدهما حظه من الساحة خاصة بعد قسم البيوت كان لشريكه أن يرد بيعه إذا بقي البائع يتصرف إلى البيوت كما كان لأن ذلك ضرر، وإن كان قد أسقط تصرفه من الساحة وتصرف إلى بيوته من دار أخرى،

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام الشولي، البهجة في شرح التحفة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (1418هـ-1998م)، ص 36.

فإن كان بيعه من أهل الدار جاز، ولبقية أشراكه الشفعة لوجوب الشفعة فيما لم ينقسم، وإن كان بيعه من غير أهل الدار فلهم الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.
وجاء عند الفقهاء الحنابلة⁽²⁾:

"... ومنه الشقص المشفوع إذا كان فيه شجر فنما قبل الأخذ بالشفعة، فإنه يأخذه بنمائه بالثمن الذي وقع عليه في الزيادة وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فنما، وقلنا يتبع في الشفعة كما هو أحد الوجهين فيهما ولو تأبّر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشفيع ففيه تبعيته وجهان لتعلق حقه بالطلع ونمائه".

- "... ومنها الشفيع إذا انتزع الأرض وفيها زرع للمشتري فهو محترم وهل يستحق أجرة المثل على المشتري؟ على وجهين، أحدهما: لا يستحق شيئاً وهو المذكور في المغنى والتلخيص وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقاً له ببيع الأرض المزروعة فإن الأخذ بالشفعة نوع بيع قهري. والثاني: له الأجرة من حين أخذه ذكره أبو الخطاب في انتصاره، وهو أظهر لأن حق الشفيع في العين والمنفعة، جميعاً لوقوع العقد عليهما جميعاً وفي ترك الزرع مجّاناً تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض"⁽³⁾.

وخلاصة القول في حكم الشفعة في العقار غير القابل القسمة أن المالكية يسيرون على ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة بطبيعته، ولو كان لا يقبلها بحسب ما أعد له، ويرون أن العقار غير المنقسم بحسب طبيعته لا شفعة فيه.

ج - الثمار:

يرى فقهاء المالكية، ثبوت الشفعة في الثمار، كالباذنجان والقرع والزيتون والقطن وال فول الأخضر وثمره العنب والتمر والرمّان والليمون، وورق التوت، والقثاء والبطيخ، صيفية كانت أو خريفية، تدّخر أو لا تدّخر، والزرع والخضر، وما كان مغيباً في الأرض كالجزر واللفت، ويفرق بين حالتين:

- إذا بيعت الثمار بعد نضجها، على أصولها أو منفصلة عنها، فلا شفعة فيها.

(1) وهو شرح التحفة لـ:

وَمَثَلُ بَيْتٍ وَكَفَلَ النَّخْلُ
وَالْمَاءُ تَابِعٌ لَهَا فِيهِ احْكُمُ
تَنْخُلُ فِيهِمَا تَبَعًا لِلْأَصْلِ
وَوَحْدَهُ إِنْ أَرْضُهُ لَمْ تَقْسَمَ

(2) القواعد الفقهية لابن رجب، المسألة 381.

(3) القواعد الفقهية لابن رجب، القاعدة 368.

- إذا بيعت الثمار قبل نضجها، ففيها فرضيتان:
 - الفرضية الأولى: إذا بيعت مع العقار فإن الحكم يختلف بحسب الآتي:
 - إذا كانت الثمار يوم البيع غير مثمرة ولا مؤبرة للشريك فيها الشفعة.
 - إذا كانت الثمار يوم البيع قد أزهرت ونضجت فإن فيها روايتين:
 - رواية ابن القاسم: بأن للشريك الشفعة فيها، وهو المشهور في المذهب باعتبار الشفعة استحقاقاً.
 - رواية أشهب: بأن لا شفعة فيها له وإنما له شفعة العقار فقط، مستند إلى الحديث "من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط".
 - الفرضية الثانية: إذا بيعت وحدها دون العقار، فقد روي عن مالك روايتان⁽¹⁾:
 - رواية ابن المواز عن ابن الماجشون: لا شفعة فيها.
 - رواية ابن القاسم وأشهب: الشفعة فيها.
- وهذه الفرضية الأخيرة هي رأي معظم أصحاب مالك، والمشهورة عنه، والمثبتة في المدونة والعتبة، وإثبات الشفعة في الثمار، من المسائل التي انفرد بها مالك الذي يقول:
- "... إنه لشيء ما علمت أنه قال في الثمرة أحد من أهل العلم قبلي: إن فيها الشفعة، ولكنه شيء استحسنته ورأيت، فأرى أن يعمل به، ويرى أصحابها ثبوت الشفعة في كل أنواع الثمار صيفية كانت أو خريفية، سواء كانت تدخر كالتمر والزيتون أو لا تدخر كالرمان، وجميع أنواع المقاتي، ولذلك قال ابن القاسم عن مالك: إن في ثمرة العنب والزيتون شفعة، وجرى العمل بوجوبها في المدخر وغيره.
- ونظراً إلى أن الثمار، إذا بيعت وحدها قبل يُبْسِها وانفصالها عن أشجارها، يمكن اعتبارها عقاراً لاتصالها بالعقار، كما يمكن اعتبارها منقولاً بحسب مآلها، لأنها بيعت لتقطف وتتفصل عن أصولها، نجد الإمام مالك يقول مرة بأن الثمار التي تباع في أصولها تثبت فيها الشفعة تشبيهاً لها بالعقار لأنها تكون متصلة به، وأخرى بأن لا شفعة فيها، لأنها ليست بعقار، ولا يطول ضرر التركة فيها.

(1) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 244.

وإعمالاً للروايتين، وتحقيقاً للغرض والغاية أو للعلة التي رأوا أن الشفعة شرّعت من أجلها، عمل العلماء المغاربة على التفريق بين الشفعة في الثمار الصيفية، والشفعة في الثمار الخريفية، فحكموا بوجوبها في النوع الأول دون الثاني كما يلي:

- إذا كانت الثمار صيفية فلا شفعة فيها لأنه لا يطول زمان جذاذها (قطافها) وبالتالي ضررها.

- إذا كانت الثمار خريفية تثبت فيها الشفعة لأن جذاذها وقطفها يطول.

غير أن بعض المتأخرين ألحقوا الثمار الصيفية بالثمار الخريفية، فقد أفتى العلامة الشيخ المهدي الوزاني بثبوت الشفعة في البرتقال بالرغم من أنه لا يدخر⁽¹⁾.

وَفِي الثَّمَارِ شُفْعَةٌ إِنْ تَنَقَّسِمَ	وَدَّ إِنْ الْمَشْهُورُ فِي ذَلِكَ التُّزَمَ
وَمِثْلُهُ مُشْتَرَكٌ مَعَ الثَّمَرِ	لِلْيُسِّ إِنْ بَدَوُ الصَّلَاحِ قَدْ ظَهَرَ
وَوَرَقُ الثُّوتِ بِهِ الشُّفْعَةُ لَا	فِي الْقَوْلِ الْأَخْضَرِ عَلَى مَا فَصَّلَا
وَفِي الزَّرُّوعِ وَالْبُقُولِ وَالْخَضَرِ	وَفِي مُغَيَّبٍ فِي الْأَرْضِ كَالْجَزَرِ ⁽²⁾

د - الزرع:

يفرق فقهاء المذهب المالكي بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المالك على الشيعاء البائع أو المعاوض هو الذي زرع، فلا شفعة إلا في الأرض دون الزرع، سواء كان أخضر أو يابساً أو لم ينبت بعد، على أن يحط ثمن ذلك الزرع من الثمن الإجمالي الذي تم به البيع.

الحالة الثانية: إذا كان المشتري هو الذي زرع، ففي المسألة حكمان:

- إذا طالب الشفيع بالشفعة قبل أن ينبت الزرع، فالشفعة في الأرض والزرع مع أداء قيمة الزرع مقوماً على الرجاء والخوف.

- إذا طالب الشفيع بالشفعة بعد أن نبت الزرع فإن الشفعة في الأرض وحدها، والزرع للمشتري تبعاً للقاعدة الفقهية المشهورة التي تقضي بأن الزرع إذا أبر لا يدخل مع الأرض عند بيعها.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 87.

(2) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 46.

وَفِي النَّارِ عِقْدُهَا الْإِبَارُ وَالزَّرْعُ أَنْ تُدْرِكُهُ الْأَبْصَارُ

أما لدى فقه المذهب الحنبلي فلا شفعة مطلقا في الثمرة والزرع ولا في المنقول ودليلهم:

- "... ما رواه أحمد والنسائي وابن ماجه وابن الجارود ... وفي أرض تجب قسمتها ويتبعها الغراس والبناء لا الثمرة والزرع لأنه ليس بعقار ..." (1).

- "... ولا شفعة أيضا (فيما ليس بعقار كشجر) مفرد (وحيوان وبناء مفرد) عن أرض (وجوهر وسيف ونحوها) كسفينة وزرع وثمره، لأن من شرط وجوبها أن يكون المبيع أرضا لأنها تبقى على الدوام ويدوم ضررها ... وكذا نهر وبئر وقناة ودولاب فتؤخذ بالشفعة تبعا للأرض لا مفردة ... ولا زرع لأنهما لا يدخلان في البيع فلا يدخلان في الشفعة كقماش الدار، لأن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري (فإن بيع الشجر) مع أرض فيها شفعة وأخذ الشجر تبعا للأرض بالشفعة (وفيه) أي: الشجر (ثمره غير ظاهرة كالطلع غير المتشقق دخل) الثمر (في الشفعة) أي: المشفوع تبعا له حيث أخذه الشفيع قبل التشقق، لأنه يتبع في البيع فيتبع في الشفعة، لأنها بيع في المعنى، فإن لم يأخذه حتى تشقق بقي الثم لمشتري إلى أن أخذه ... ولا شفعة فيما لا تجب قسمته ..." (2).

2-3- العقار بالتخصيص:

والمقصود به الأشياء التي يجعلها المالك لمصلحة أرضه أو منزله واستغلاله سواء كانت عقارا أو كانت منقولا.

أ- بالنسبة للعقار:

ميّز الفقهاء الملكية في ما يتعلق بأحكام الشفعة في العقار بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان العقار المخدوم ما يزال مشتركا، فتثبت الشفعة في العقار الخادم أو التابع والمتبوع سواء باع أحد الملاك نصيبه من العقار المتبوع وحده أو باعه مع نصيبه من العقار التابع.

(1) صالح بن إبراهيم البليهي، المرجع السابق، ص 186-187.

(2) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 140.

الحالة الثانية⁽¹⁾: إذا كان العقار المتبوع قد قسم وبقي العقار التابع مشتركاً، فيمكن تصور ذلك، فيما إذا كانت الأرض التي توجد فيها البئر أو العين قد قسمت وبقيت البئر أو العين مشتركة، ثم باع أحد الشركاء نصيبه، فقد روى عن مالك روايتان، إحداهما في المدونة لا ترى في الشفعة، ورواية في العتبية وترى في ذلك الشفعة.

فإن بيع العقار التابع مع أصله ففيه الشفعة، وكذا إذا بيع وحده ولم يقسم متبوعه، فإن قسم العقار المتبوع ففيه خلاف.

ب - بالنسبة للمنقول:

أي الأشياء المنقولة التي تخصص لخدمة العقار، وتشمل الحيوانات المخصصة للزراعة والإرث والحصاد والجرارات والبذور، وحمام الأبراج، وخلايا النحل وأسماك البرك والآلات الضرورية لاستغلال المنازل والمعامل، والمصانع⁽²⁾.

وحكم الشفعة في هذه الأشكال من المنقولات يتفرع إلى حالتين:

الحالة الأولى: إذا بيعت الأشياء المنقولة مع العقار.

الحالة الثانية: إذا بيعت الأشياء المنقولة وحدها، والعقار المتبوع ما يزال مشتركاً بين المشتركين ولم يقسم بعد.

وحقيقة الأمر، أن الفقه المالكي لم يقولوا بالشفعة في هذه الأموال اعتماداً على طبيعتها، وإنما لاعتبارها متصلة بالعقار، وخادمة له ولا تتفصل عنه، وإذا فقدت هذا الاعتبار فلا شفعة فيها، كما لو بيعت وحدها، والعقار المتبوع مقسوم، فالحكم المشهور فيه هو أن "لا شفعة في المنقول"، ودليلهم⁽³⁾:

وَالْحَيَوَانَ كُلَّهُ وَالْبَيْرَ وَجَمْلَةَ الْعُرُوضِ فِي الْمَشْهُورِ

"... (و) منعت أيضاً في (الحيوان كله) عاقل أو غيره إلا أن يكون تابعا لما فيه الشفعة كما لو كان يعمل عليه في حائط وباع حظه في الحائط والحيوان ففيه الشفعة حينئذ، فإن باع حظه من الحيوان فقط دون الحائط فلا شفعة (و) منعت أيضاً في (البير) بعد قسم أرضها،

(1) محمد بن عرفة السوقي المالكي، المرجع السابق، ص 482.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 88.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 86.

وظاهرة اتحدت البئر أو تعددت كان لها فناء أم لا، وهو أحد تأويلين، والتأويل الآخر أن محل عدم الشفعة إن اتحدت، ولم يكن لها فناء وإلا ففيها الشفعة، وما ذكره من عدم الشفعة فيها جار على القول بأن الشفعة خاصة بما يقبل القسمة، وتقدم أن العمل على خلافه (و) منعت أيضا في (جملة العروض) كالثياب والسلاح وغيرهما "...".

3-3- الحقوق الملازمة للعقار:

وباستقراء كتب الفقه الإسلامي، نجد أن الحقوق التي تقع على الأشياء العقارية، أو الملازمة للعقار هي:

- الكراء: انقسم الفقهاء المالكية في حكم الشفعة في الكراء العادي أو المحدد المدة إلى فريقين:

• الفريق الأول: لا يرى فيه الشفعة، ودليلهم⁽¹⁾:

"... قال مالك: ولو أن رجلا ابتاع أرضا فزرعها فأتى رجل فاستحقها، لم يكن له من الزرع قليل ولا كثير، وإنما له كراء مثلها إذا، وكان بمنزلة ما لو زرعها وهي في يده قبل ذلك لما مضى من السنين. قلت: فإن استحق بعضها وأخذ البقية بالشفعة، أكون له فيما أخذ بالشفعة كراء أم لا؟ قال: أما حقه الذي استحقه فله فيه كراء مثلها على ما وصفت لك. وأما الذي يأخذ بالشفعة فلا كراء له، لأنه لم تجب له الأرض إلا بعدما أخذها وقد زرعها صاحبها قبل ذلك ...".

• الفريق الثاني: يرى فيه الشفعة شرط أن يشفع ليسكن بنفسه، وهو المشهور، وما جرى به عمل الحنفية، الشافعية والحنابلة.

- الرهن: والرهن لغة هو حبس الشيء لأي سبب، يقول الله تعالى: {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ} أي محبوسة، وشرعا هو حق عيني تبغي ينشأ لشخص في حبس مال متقوم مملوك لشخص آخر مدين له بدين معين حتى يستطيع صاحب الحق استيفاء حقه، ويسمى الدائن بالمرتهن والمدين بالراهن، والشيء المحبوس مرهونا، وحق الرهن مشروع بقول الله

(1) مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 235.

عز وجل: {إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ} البقرة 283، وبسنة الرسول الأمين عليه السلام: "إِذَا اشْتَرَى مِنْ يَهُودِي طَعَامًا وَرَهْنَهُ بِهِ دَرْعَةً".

ويذهب فقهاء المذهب المالكي إلى أن للشريك في العقار المرهون أن يشفع في الحصة المرهونة على ما جرى به العمل من الشفعة في الكراء، فيجوز العقار لينتفع به عوضاً عن المرتهن شريطة أن يؤدي له قيمة تلك المنفعة على حسب ما يراه أهل الخبرة الذين يعهد إليهم تقدير قيمة منفعة الشيء المرهون خلال الأجل، ودليلهم تكيف صاحب البهجة للهرن قائلاً: "... وأما الرهن فإن البائع إذا باع السلعة بعشرة مثلاً إلى أجل أعطاه المشتري نصف دار في دينه، وأباح له الانتفاع إلى الأجل، فقد باع السلعة بشيئين العشرة المؤجلة ومنفعة النصف المرهون، فبعض السلعة في مقابل العشرة بيع، وبعضها في مقابل المنفعة كراء، فعلى أن الشفعة كراء يكون للشريك الراهن الشفعة بقيمة المنفعة، فيقال: ما يساوي كراء النصف منحل للأجل المسمى، فإذا قيل: عشرة فيشفع بها بشرط أن يسكن بنفسه ..."(1).

ثانياً: المذهب الثاني (الشفعة في كل شيء)

وهي واردة في رواية عن مالك، أن الشفعة في كل شيء عقاراً كان أو منقولاً، من أرض وشجر وسيف أو طعام وحيوان، سواء كان ذلك الشيء مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها. قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين، قال هذا كله أوكد لأن خليطه الشريك أحق به بالثمن، وقد احتج أصحاب هذا المذهب -الحنبلي- بما يلي(2):

- حديث أبي سلمة: "قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

- حديث ابن عباس "قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء".
وتلك هي نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الخاصية الأولى والأهم من خصائص الشفعة، والمتجسدة في كون الشفعة ترد على العقارات فقط، وما بدى لهذه الخاصية من استثناءات متعددة بتعدد الروايات حتى في المذهب الواحد، لنخصص الفرع الثاني الموالي للتعرف على ماهية كون الشفعة ترد على العقار فقط لدى الفقه القانوني.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 91-92.

(2) المرجع نفسه، ص 92.

الفرع الثاني: في الفكر القانوني

إن الشفعة كنظام قانوني وردت على سبيل الاستثناء، فهي لا ترد إلا على العقارات فقط، وفيها تقييد لحرية التعاقد ولحق الملكية، فبمقتضاها يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذي أراد البيع له.

إذ يجب أن تكون العين المبيعة عقارا، لجواز الأخذ بالشفعة فيه، كما بينه المشرع، وحدده، وأكدته الفقه القانوني، فإذا أردنا تأصيل هذه المسألة قانونا نقول:

- تنص المادة 683 من الأمر (58/75) الصادر بتاريخ 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أن:

"كل شيء مستقر بحدوده وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

- تنص المادة 795 من القانون المدني على أن:

"يثبت حق الشفعة:

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

- تنص المادة 844 من نفس التقنين على أن:

"يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة، وبالتقادم أو بمقتضى القانون".

- تنص المادة 684 منه أيضا:

"يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".

فالشفعة ترد على العقارات فقط، واستثناء على حق الانتفاع كمال عقاري تجوز فيه الشفعة⁽¹⁾، وتتعرض لمقتض هذه الخاصة لدى فقهاء القانون انطلاقا من تصنيف القانون المدني أعلاه للعقار، يكون إما عقارا بالطبيعة، وإما عقارا بالتخصيص.

(1) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 461.

أولاً: العقارات بطبيعتها

إن الشفعة ترد على العقارات بطبيعتها، سواء كانت أرضاً أم بناء، حيث البناء وحده يعتبر عقاراً بقطع النظر عن الأرض القائم عليها، فتقع فيه الشفعة، كبيع طابق في منزل مقسم إلى عدة طبقات، أو شقة في طبقة واحدة مقسمة إلى عدة شقق، وإذا كان الحكم على البناءات والأشجار هي أنها عقارات بالطبيعة وتجاوز فيها الشفعة مطلقاً، فإن جانباً آخر من الفقه⁽¹⁾ يرى بكونها -أي البناء والأشجار- عقارات بالتخصيص وتجرى فيها الشفعة، متى بيعت تبعاً للأرض، وجاء هذا الرأي مستنداً إلى قرار قضائي مفاده أن:

"كلمة العقار الواردة في باب الشفعة من القانون المدني -العراقي- توضح المقصود منها من أحكام الشفعة كلها، فهي تعني الأرض فقط دون الأشجار أو البناء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يرد في أحكام الشفعة نص صريح بالنسبة للأشجار التي تباع وحدها دون الأرض، وهو الإشكال الذي حلته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي بالرجوع إلى العرف، وإذا لم يوجد فتحكم المحكمة بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة، وحيث أن أحكام الشفعة المنصوص عليها في القانون المدني العراقي أخذت برمتها من الشريعة الإسلامية، يقتضي إذن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند الفصل في هذه الحادثة القضائية، وفيها أنه لو بيعت الأرض المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية، تجري الشفعة في الأشجار والأبنية تبعاً للأرض، وأما إذا بيعت الأشجار والأبنية وحدها فلا تجرى فيها الشفعة"⁽²⁾.

ثانياً: العقارات بالتخصيص

وهي منقولات بطبيعتها، وإنما رصدت لخدمة العقار أو استغلاله، ولذلك فهي تتبع العقار الذي رصدت لخدمته أو استغلاله، والشفعة واردة عليها كونها من ملحقات العقار الأصلي⁽³⁾، أما إذا بيعت مستقلة عن العقار الذي رصدت لخدمته، أو استغلاله، يرد عليها حق الاسترداد دون الشفعة، كما لو بيعت مزرعة بما فيها من آلات وموشي فإن الشفعة ترد على المزرعة وما تشتمل عليه من عقارات بالتخصيص، أما إذا بيعت الآلات والمواشي

(1) سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، (الحقوق العينية الأصلية)، بغداد، العراق، دار الحرية للطباعة، الطبعة الأولى، 1973، ص 174.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 237.

بشكل مستقل عن المزرعة، لا يجوز أخذها بالشفعة، وإنما بحق الاسترداد، لأنها بيع منقولات⁽¹⁾.

كما أن الأموال العقارية الثابتة بالنسبة إلى الشيء المتعلقة به، فتصبح الشفعة فيها، إذا تحققت الشروط التي يتطلبها القانون، فقد أجاز القانون كما سبق ذكره، لمالك الرقبة أن يطالب بالشفعة في حالة بيع حق الانتفاع والملابس لها.

ثالثاً: لا شفعة في المنقول

فإذا كانت العين المباعة منقولا، فإنه لا تجوز الشفعة فيها، وإنما يرد عليها حق الاسترداد دون الشفعة، ويثبت حق الاسترداد في المنقول الشائع، كما إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة بطريق الممارسة لأجنبي، ولحق الاسترداد قواعد تختلف عن قواعد الشفعة، كما أنه له إجراءات ومواعيد تختلف هي الأخرى عن إجراءات ومواعيد الشفعة.

وإذا كانت هذه الأخيرة نظام إسلامي أصيل، فإن حق الاسترداد مستمد أصالة من القانون الفرنسي⁽²⁾، على أن طبيعة الشفعة هي نفس طبيعة حق الاسترداد، وما الشفعة إلا حق استرداد يثبت في العقار في أحوال خاصة، وبشروط معينة، نختصر محتواها كالآتي:

- أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من المال، أو في منقول معين بالذات.
- أن يرد هذا البيع على حصة شائعة.
- أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركات، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء.
- ويتم الاسترداد قبل القسمة، ويجب طلب الاسترداد خلال شهر من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به.

وإجراءات حق الاسترداد لا ترقى إلى مستوى الدقة والتعقيد بالقدر الذي هي عليه إجراءات الشفعة، فهي إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول، ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد نص في المادة 721 من القانون المدني على أن:

"للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 472.

(2) طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص 98.

تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ...".

وكما أشرنا إليه أن العقار ترد عليه الشفعة، بينما المنقول يرد عليه حق الاسترداد، لذلك فما وجود لفظ العقار، في هذا النص إلا تزييدا وحشوا ليس له معنى، للأسباب التي بيناها سابقا، لذلك يجدر من المشرع تلافي الخطأ وإلغاء لفظ العقار، بغية انسجام النصوص وتكامل الأحكام.

فلا ترد الشفعة في المنقول بحسب المآل، كبيع بناء معد للهدم، أو غراس معد للقلع، كما لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة، لأنها منقول في القانون، وبالتالي يرد عليها حق الاسترداد.

الفرع الثالث: المقارنة

وبعد هذه الدراسة المعمقة في حيثيات الخاصية الأولى من خصائص الشفعة، والمتجسدة في كونها لا ترد إلا على العقارات فقط، فإننا لا نلمس الاختلاف ذو الأثر الكبير بين جزئيات هذه الخاصية لدى كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني، بقدر ما نلمس الاختلاف داخل الجانب الواحد، بل حتى داخل المذهب الواحد، ومهما يكن من أمر نحاول استخلاص أوجه التباين والاختلاف، وكذا نقاط التماثل والتشابه كما يلي:

أولا: أوجه التباين

- الشفعة ترد على الحقوق الملازمة للعقار كالكراء والرهن، وانفرد بجوازها الفقه الإسلامي.
- المذهب الثاني: ورود الشفعة في كل شيء عقارا كان أو منقولا.

• في الفقه القانوني:

أكد الفقه القانوني على خاصية ورود الشفعة على العقارات فقط، وبالمعنى الذي حدده القانون لها في المادة 683 من القانون المدني، حيث تشكل أحكامه نقاط التطابق مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، ولم تكن للفقه القانوني أحكاما خاصة ودقيقة بالشكل الذي جاءت به الشريعة الإسلامية السمحة، وتلك النقاط هي موضوع الجزء الثاني من هذا المقارنة.

ثانيا: أوجه التماثل

يتفق فقهاء القانون المدني، وفقهاء الشريعة الإسلامية، في ورود الشفعة على:

- العقارات بطبيعتها أو كما سماها فقهاء الشريعة الإسلامية "الأرض"، وهي كل ما هو مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف سواء كانت أرضا أو بناء، مع الإشارة إلى انفراد الشفعة واختلافها حول اعتبار البناء من المنقولات ولا تجوز الشفعة فيه إلا إذا بيع مع الأرض (عند الشافعية - الحنبلية - الحنفية) أما (المالكية) فاعتبروا البناء عقارا وتجوز فيه الشفعة.

- العقار بالتخصيص، وتجوز فيه الشفعة، ويتفق الفقه القانوني في جزء من إحدى الحالات التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية والتي سبق تحليل مقتضياتها -، والمنقولات بطبيعتها التي رصدت لخدمة العقار أو استغلاله، وورود الشفعة فيها من جانب كونها ملحقات للعقار الأصلي.

وفي ختام هذا المطلب، يجدر بنا الذكر أن الفقه الحديث، يجد أن المذهب الذي يقضي بأن الشفعة في كل شيء كان عقارا أو منقولا هو أكثر عدلا وموافقة للحديث الشريف "الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ"، الذي ظاهره ثبوت الشفعة في كل مال مقوم عقارا كان أو منقولا، ولفظه يدل -على عموم الحكم الذي سبق من أجله الكلام - دلالة واضحة، إذ يشكل نصا في التماثل بين الأشخاص في صفة الشفع، ونفيه بين الأموال المشتركة والمفرزة في وجوب الشفعة، وهذا هو المعنى المقصود من سياقه، وهو أجدر أن يكون مصدرا لأحكام الشفعة من غيره، ولكنه ورغم ذلك، لم يسلم هذا المذهب ولا أنصاره من الانتقاد، لأنه وإن كان صحيحا أن وجوب الشفعة في العقار مؤسس ومؤطر بكل النصوص الشرعية الواردة في الشفعة لدفع

الضرر الكثير عن الشركاء، كما يرى جمهور علماء المسلمين، لكنه ليس وحده الذي يحصل فيه ذلك الضرر، بل إن من المنقول ما يتضاعف فيه الضرر أضعافاً مضاعفة. وطالما أن الشفعة ترد على العقارات ودون المنقولات فإنها غير قابلة للتجزئة لاعتبارات أقر الفقه رجوعها إلى طبيعة العقارات نفسها، وهي الخاصية التي سندرس محتواها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الشفعة غير قابلة للتجزئة

ويقصد بذلك أن الشفيع لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون بعض، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، فيتضرر من ذلك، وإنما يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في كل العقار⁽¹⁾، ولو وجد معه شفعاء آخرون غيره، وكذلك إذا بيع العقار لعدة مشترين، فإنه لا يجوز للشفيع يأخذ بالشفعة من بعضهم دون بعض، لأن ذلك يؤدي إلى تفريق الصفقة ويسبب ضرراً للمشتريين، وهو الحكم أيضاً في الفقه الإسلامي. فالشفعة لا تقبل التجزئة وإن تعددت العقارات في الصفقة الواحدة، كما أنها لا تقبل التجزئة وإن تعدد الشفعاء، ولا تتجزأ الشفعة إذا تعدد المشتريين أيضاً، وهي المسائل التي تكون مواضيع لفروع هذا المطلب.

الفرع الأول: تعدد العقارات المباعة

أولاً: في الفكر الإسلامي

ذهب كل من الفقهاء المالكية، الشافعية والحنفية والحنبلية، إلى أنه، لو تعدد المبيع، بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد وتوافر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعاً بالشفعة، وليس له أخذ أحدهما، وترك الأخرى، لما في ذلك من تفريق الصفقة على المشتري. أما إذا تعدد العقد، أو كانت شروط الشفعة لا تتوافر إلا في إحدى الدارين، كان للشفيع في الحالة الأولى أخذ الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد، وكان له في الحالة الثانية أخذ الدارين توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى، لأنه لا يشفع إلا فيها، ودليلهم على ذلك:

(1) محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 237.

- "... وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني، فقال ابن القاسم: إما أن يأخذ الكل أو يدع، وقال أشهب: فأما إذا باع رجلان شقصا من رجل، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني، فإن أبا حنيفة منع ذلك، وجوزّه الشافعي"⁽¹⁾.

- "... قال مالك⁽²⁾: فأما أن يشتري رجل من رجل من شركائه حقه، فيقول أحد الشركاء: أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي، ويقول المشتري: إن شئت أن تأخذ الشفعة كلها أسلمتها إليك، وإن شئت أن تدع فدع، فإن المشتري إذا خير في هذا وأسلمه إليه، فليس للشفيع إلا أن يأخذ الشفعة كلها، أو يُسَلِّمَهَا إليه، فإن أخذها فهو أحقّ بها، وإلا فلا شيء له ... قال أبو عمر: على نحو هذا مذهب الشافعي أيضا، ذكره المزني عنه، قال: فإن حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن، فإن حضر الثاني أخذ منه النصف بنصف الثمن، فإن حضر الثالث أخذ منه الثلث بثمن الثلث، حتى يكونوا سواء، فإن كانوا اثنين اقتسما كان للثالث نقض قسمتها، وإن أسلم بعضهم لم يكن لبعض إلا أخذ الكل، أو الترك ... وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: لو اشترى رجل دارا من رجلين، فقبضها، أو لم يقبضها صفقة واحدة، وأراد الشفيع أن يأخذ ما باع أحدهما دون ما باع الآخر، فليس ذلك [لآخر]، وإنما له أن يأخذها كلها [أو يدعها كلها]، وإن كان الذي ابتاع الدار رجلين كان للشفيع أن يأخذ ما باع، ويدع ما ابتاع الآخر. قالوا: ومن اشترى دارين صفقة واحدة [من رجلين]، ولهما شفيع واحد، فأراد الشفيع أن يأخذ إحدهما دون الأخرى، فليس له ذلك ...".

- "... والمسألة بحالها من اتحاد الصفقة أي إذا وقع الشراء لجماعة في صفقة واحدة وتميز لكل ما يخصه، تعدد البائع أو اتحد فليس للشفيع الأخذ في البعض دون البعض بل أخذ الجميع أو ترك الجميع إلا أن يرضى من يريد الأخذ منه. وهذا مذهب ابن القاسم في المدونة فعلم أن المدار في عدم التبعض على اتحاد الصفقة فقط كما تقدم ..."⁽³⁾.

- تنص المادة 1041 من مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾:

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن راشد القرطبي، المرجع السابق، ص 261.

(2) أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي، المرجع السابق، ص 75.

(3) أبو البركات أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 490.

(4) مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص 119.

"الشفعة لاتقبل التجزئة، بناء على ذلك ليس للشفيع حق في أخذ مقدار من العقار المشفوع، وترك باقيه".

- "... ولو كان للمشتري شرك بكسر الشين في الأرض كأن كانت بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه لأحد شريكه، فالأصح أن الشريك لا يأخذ كل المبيع بل حصته، وهي السدس في هذا المثال كما لو كان المشتري أجنبيا لاستوائهما في الشركة ولا نقول: إن المشتري استحقها على نفسه بل دفع الشريك عن أخذ حصته فلو ترك المشتري حقه لم يلزم الشفيع أخذه، وقيل يأخذ الكل أو يدع الكل ..."(1).

- "... للأخذ بالشفعة، أن يأخذ الشريك جميع الشقص المبيع لئلا يتضرر المشتري بتبعض الصفة في حقه بأخذ بعض المبيع مع أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشركة فإذا أخذ البعض لم يندفع الضرر، وهذا الشرط كالذي قبله شرط لاستدامة الشفعة لا لثبوتها كما نبه عليه الحارثي فإن طلب الشريك أخذ البعض من المبيع مع بقاء الكل دون أن يتلف من المبيع شيء سقطت شفيعته؛ لأن حق الأخذ إذا سقط بالشرك في البعض سقط في الكل ..."(2).

ثانيا: في الفكر القانوني

إذا تعددت العقارات المباعة صفقة واحدة، وقد توافرت في جميعها شروط الأخذ بالشفعة -والتي سنبينها في مقتضيات الباب الثاني-، فهنا يجب على الشفيع أن يطلب أخذ الصفة كلها بالشفعة، بحيث لا يجوز له أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض الآخر، تقريبا للصفة على المشتري(3).

وتعتبر الصفة واحدة إذا كانت العقارات متصلة بعضها ببعض، أو منفصلة ولكنها مخصصة لعميل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث يكون استعمال الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع، كمبنى مخصص ليكون مدرسة، وعلى بعدٍ منه قطعة أرض منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة، هذا بالنسبة للعقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد، أما بالنسبة للعقارات

(1) شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص 65.

(2) منصور بن يونس بن إدريس اليهودي، المرجع السابق، ص 147.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 465.

المخصصة لطريقة استغلال واحدة، كأرض زراعية منفصلة بعضها عن بعض، ولكنها خصصت كلها لزراعة الشمندر لتزويد مصنع السكر به، وعلى كل يترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع، فيقضي في ذلك بناء على أسباب مسوغة مستهديا بالظروف الخاصة بكل صفقة، وبما يحيط بها من ملايسات.

أما إذا لم تتوافر شروط الأخذ بالشفعة إلا بعض العقارات المبعة دون بعضها الآخر، يقتصر حق الشفيع على طلب الشفعة في العقار أو العقارات التي تتوافر فيها الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة، غير أن المشتري إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يسبب له ضرراً، يجوز له أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع كل العقارات بالشفعة، توافرت فيها شروط الشفعة أو لم تتوافر، فيكون الخيار للشفيع بين أن يأخذ بالشفعة كل هذه العقارات أو أن يتركها كلها، منعا لتفريق الصفقة على المشتري⁽¹⁾.

وقد جرى القضاء على هذه القواعد في أحكام متعددة، وأن عدم جواز تجزئة الصفقة ليس معناه أن يكون للشفيع حق الشفعة في جميع الصفقة بما فيه العقار الذي لا شفعة فيه أصلاً، وإنما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك إذا شاء، وإلا كان حق الشفيع مقصوراً على العقار الذي له حق الشفعة فيه وحده، فمبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع⁽²⁾.

هذا وقد ذهب فريق من الفقه⁽³⁾، إلى عدم جواز تجزئة الشفعة في حالة ما إذا كانت العقارات قد توافرت شروط الشفعة في بعضها ولم تتوافر في البعض الآخر، وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة بالمعنى الذي بيّناه، بحيث لا تجوز الشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة، ولا تجوز في العقارات جميعها لأن من بينها عقارات لا تتوافر فيها شروط الشفعة، غير أنه يؤخذ على هذا الرأي أنه يخالف ما جاءت به نصوص الشفعة، بحيث يسلب الشفيع حقاً قرره القانون.

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 467.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 475.

الاستثناء:

1- وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد، ولكن في صفقات متعددة، ومثل ذلك؛ كأن تكون العقارات منفصلة بعضها عن بعض، ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة لأن الصفقات متعددة، ومبدأ عدم التجزئة لا يسري إلا في حالة وحدة الصفقة.

2- هذا ورأي جانب من الفقه أن الشفعة تقتصر على العقار أو العقارات التي توافرت فيها شروطها، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات الأخرى التي تتوافر فيها شروط الشفعة، كما يجوز للمشتري أن يجبر الشفيع على الأخذ بالشفعة، وأكّد هذا الرأي قضاء: "حيث أنه إذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد وكانت منفصلة بعضها عن بعض، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها، دون العقارات الأخرى التي لا يستطيع أن يشفع فيها لو بيعت مستقلة، أما إذا كانت العقارات المبيعة متصلة، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها⁽¹⁾."

الفرع الثاني: تعدد الشفعاء

أولاً: في الفكر الإسلامي

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه إذ تعدد الشفعاء من طبقة واحدة، أو من طبقات مختلفة، يجب على كل واحد من الشفعاء طلب الشفعة في العقار كله، ولا يجب أن يقتصر طلبه على الأخذ بالشفعة في الجزء الذي يتناسب مع نصيبه في العقار المشفوع فيه، لأن في اقتصار طلبه على الشفعة في جزء من العقار المبيع تفريق للصفقة على المشتري وهو الحكم المعتمد لدى فقهاء القانون، ودليلهم في ذلك:

- "... المسألة الثالثة: لو اشترى أحد عقارا من اثنين، فليس لشفيعه أن يأخذ حصة أحد البائعين فقط، سواء أقبض المشتري العقار أم لم يقبضه، لأنه بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فينضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه..."⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 467-468.

(2) علي حيدر، المرجع السابق، 733.

- "... وكذلك لو كان الشفعاء جماعة فأسقط بعضهم حقه فللباقين أن يأخذوا الكل بالشفعة ..."(1).

- "... فلو تعدد الشفعاء مع تعدد البائع ففي النواذر قال ابن القاسم وأشهب: من ابتاع حظاً من دار من رجل وحظاً من حائط من آخر وشفيعهما واحد، فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك الجميع ... وكذا إن كان الشفعاء جماعة فليس لهم أن يأخذوا النخل دون، فإما أخذوا الجميع أو تركوا ..."(2).

- "... وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد: أعني الإشراف، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقي في البيوع، فالجمهور على أن للمشتري أن يقول للشريك إما أن تشفع في الجميع أو تترك، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك، وأنه ليس له أن يبيع الشفعة على المشتري إن لم يرض بتبويضها. وقال أصبغ من أصحاب مالك: إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته فقط ..."(3).

- "... قال ابن القاسم: إذا وجبت الشفعة لرجلين، فسلم أحدهما فليس للآخر إلا أن يأخذ الجميع أو يدع ..."(4).

- "... وإذا تعدد الشفعاء أن يأخذوا الكل أو يتركوا الكل ..."(5).

ثانياً: في الفكر القانوني

وإن تعدد الشفعاء يجب أن يطلب كل واحد منهم الشفعة في كل العقار المبيع، بحيث لا يقتصر في طلبه على الجزء الذي يتلاءم مع نصيبه في العقار المشفوع فيه، لمجرد وجود احتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء، أو لمجرد احتمال أن لا يطلبها أحد غيره، أو لمجرد احتمال أن يسقط طلب أحد الشفعاء لسبب يتعلق بإجراءات الشفعة، حيث يكون اقتصره على الشفعة في جزء من العقار المبيع تفريق للصفقة على المشتري(6).

(1) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 06.

(2) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ص 171.

(3) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 261-262.

(4) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي، المرجع السابق، ص 76.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 148.

(6) المرجع نفسه، ص 473.

فإذا طلب أحد الشفعاء الأخذ بالشفعة في جزء من العقار المشفوع فيه، كان طلبه باطلا ولا يجوز له بعد ذلك أن يعود إلى طلب الشفعة في العقار كله إلا في خلال المدة التي حددها القانون له، وعلى ذلك إذا كان العقار المشفوع به يملكه ثلاثة شركاء على الشيوع توافرت فيهم شروط الشفعة، وطلب شريكان الشفعة، لكل منهما الثلث بينما طلب الشريك الثالث الشفعة في كل العقار، أخذ الشريك الأخير دون الشريكين الآخرين هذا العقار كله بالشفعة، ففي حالة تعدد الشفعاء، فإن عدم جواز تفريق الصفقة، تقرر لمصلحتهم، كما تقرر لمصلحة المشتري، ولا يجوز بناء ذلك للمشتري إذا لم يطلب الأخذ بالشفعة سوى أحد الشفعاء أو بعضهم أن يجبر الشفيع على الاقتصار في الأخذ بالشفعة على نصيبه بناء على أن عدم تفريق الصفقة مقرر له وحده، ذلك لأن الشفيع يقصد بالأخذ بالشفعة، إخراج المشتري، ولا يتحقق قصده هذا، إذا لم يطلب الشفعة بقية الشفعاء، إلا بأخذ العقار كله⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تعدد المشتريين

أولاً: في الفكر الإسلامي

وهو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية أيضاً، حيث لو تعدد المشترون للعقار فلا تجوز الشفعة إلا في العقار كله، ودليلهم:

- "... (كتعدد المشتري على الأصح) والمسألة بحالها من اتحاد الصفقة أي إذا وقع الشراء لجماعة في صفقة واحدة وتميز لكل ما يخصه تعدد البائع أو اتحد، فليس للشفيع الأخذ في البعض دون البعض بل أخذ الجميع أو ترك الجميع إلا أن يرضى من يريد الأخذ منه، وهذا مذهب ابن القاسم في المدونة فعلم أن المدار في عدم التبعض على اتحاد الصفقة فقط، كما تقدم ومقابل الأصح في هذه صحح أيضاً وشبهه في عدم التبعض عاطفاً على قوله كتعدد المشتري ..."⁽²⁾.

"... وروى عن مالك، وعليه أكثر أصحابه، وذكر ابن حبيب، عن أصبغ أنه قال: إن كان تركه وتسليمه رفقا بالمشتري، وتجاوفاً له كأنه وهبه شفعتة، فلا يأخذ الآخر حصته فلو

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 473-474.

(2) أبو البركات أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 490.

كان المشتري رجلين، فأراد الشفيع أن يأخذ حصته أحدهما. فابن القاسم قال: ليس له أن يأخذ إلا حصتهما جميعاً، أو يتركهما جميعاً إذا طلبت صفقة واحدة...⁽¹⁾.

ثانياً: في الفكر القانوني

وفي حالة تعدد المشترين للعقار، فإذا كان لكل واحد منهم يملك حصة شائعة فإنه لا تجوز الشفعة إلا في العقار كله، حين يعتبر البيع صفقة واحدة وفقاً للرأي السائد⁽²⁾؛ بحيث لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، حصة بعض المشترين دون البعض الآخر، وذلك حتى لا تتفرق عليهم الصفقة إذ تجمعهم في العدة وحدة المصلحة، أو علاقة القرابة، فإذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع، وكان أحد هؤلاء المشترين من فروع البائع أو أصوله -كما سنبين ذلك لاحقاً- تبطل الشفعة بالنسبة إلى سائر المشترين، فهنا يتحتم على الشفيع أن يشفع بتمام العقار حتى لا تتفرق الصفقة وهو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة، وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع بتمام العقار فتسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشترين.

أما إذا عين لكل مشتر جزء مفرز من العقار المبيع، حين يتضمن البيع صفقات عديدة مستقلة فإنه يعتبر بيوعاً متعددة، ويجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون البعض الآخر، شرط توافر شروط الأخذ بالشفعة فيما يأخذه الشفيع، كما يجوز له أن يأخذ كل العقار.

والملاحظ في هذه الخاصية الهامة من خصائص الشفعة المتمثلة في عدم قابلية الشفعة للتجزئة أن التطابق التام ساد فيها نبع منها من أحكام بين كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، وهو ما لا يدع مجالاً للمقارنة. ولما كانت الحكمة التي قامت عليها الشفعة هي اعتبارات شخصية بحتة يترك تقديرها لمحض إرادة الشفيع نفسه، جاءت الشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به، وهي الخاصية الثالثة والأخيرة التي نتعرف على مقتضياتها في المطلب الموالي.

(1) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البرّ النمري القرطبي، المرجع السابق، ص 76.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 476.

المطلب الثالث: اتصال الشفعة بشخص الشفيع

إن الشفعة متصلة بشخص الشفيع دون غيره، بل ولصيقة به، وذلك لاعتبارات شخصية بحتة يترك تقديرها لمحضر إرادة الشفيع، إن شاء أخذ بها، وإن شاء لم يأخذ بها، وتتجسد تلك الاعتبارات خاصة في تضرر الشفيع، ولقد شرعت الشفعة لرفع الضرر، ولما كانت الشفعة كذلك، فلا يجوز للشفيع بعد ثبوت حقه في الشفعة أن ينقل هذا الحق إلى الغير، بطريق الحوالة شأنه في ذلك، شأن جميع الحقوق المتصلة بشخص الدائن⁽¹⁾، هذا فضلا عن أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به، ولا تنفصل عنه وجودا وعدما.

وطالما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع فإنه لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة⁽²⁾، ثم إن الشفعة رخصة وليست بحق كما جاء في المادة 794 من القانون المدني الجزائري، وأنه من المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة، أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص، ولهذا فإنه لا يجوز للدائنين استعمال الشفعة نيابة عن المدين، مثلها في ذلك مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين. فإذا كانت مقتضيات خاصية اتصال الشفعة بشخص الشفيع؛ عدم جواز انتقالها بطريق الحوالة، وكذا عدم جواز استعمالها نيابة عن الشفيع، فإن هذه الخاصية تمكننا من استخلاص نتيجتين هامتين هما:

أولاً: حق الشفيع في النزول عن الشفعة.

ثانياً: انتقال الشفعة بالميراث، وفيه خلاف.

وهاتين النتيجتين الهامتين تشكلان موضوع المناقشة في فرعي هذا المطلب.

الفرع الأول: حق الشفيع في النزول عن الشفعة

إن الشفعة حق خالص للشفيع، فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطا كالأجراء عن الدين، والعفو عن القصاص ونحو ذلك⁽³⁾، وأن الأخذ بها ليس متعلقا بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الشفيع، الذي يحوز له وفقا لمصلحته أن يأخذ أو يتنازل عنه:

(1) جمال الدين محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، القاهرة، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1978، ص 282.

(2) عبد المنعم الببراوي، الحقوق العينية الأصلية، (الملكية والحقوق المنقردة عنها وأسباب كسبها)، القاهرة، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1968، ص 510.

(3) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني، المرجع السابق، ص 19.

أولاً: في الفكر الإسلامي

يجوز للشفيع التنازل عن حق الأخذ بالشفعة بإحدى صورتين:

1- الصورة الأولى (التنازل الصريح):

وهي أن يفصح الشفيع عن إرادته في التنازل عن الشفعة بطريقة مباشرة، وذلك بأن يكون المظهر الذي يتخذه الشفيع مظهراً موضوعاً للكشف عن إرادته بحسب المؤلف بين الناس، وهو ما يعرف بالتنازل الصريح عن الشفعة، وذلك نحو أن يقول الشفيع، أبطلت شفعتي، أو أسقطتها، أو أبرأت المشتري منها، أو سلمتها، أو عفوت عن الشفعة، أو تركتها، أو تنازلت عنها، وحالات هذا الشكل من التنازل عن الشفعة بطريقة مباشرة هي ثلاث حالات⁽¹⁾:

أ- قد يأتي تنازل الشفيع عن الشفعة للمشتري على شكل عقد صلح⁽²⁾: يتنازل بموجبه الشفيع عن الشفعة مقابل عوض يدفعه له المشتري، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى كون هذا التصالح على التنازل عن حق الشفعة مقابل عوض مسقط لحق الشفعة، وانقسموا إلى فريقين:

الفرق الأول: (رأي المالكية) ويرى فقهاء المذهب المالكي سقوط حق الشفيع في الشفعة إذا تنازل الشفيع عن الشفعة مقابل عوض، وهو (رأي الحنفية، والحنابلة في صحيح المذهب عندهم)، ويرون إسقاط حق الشفعة بمجرد قول الشفيع (أسقطت)، هذا بالإضافة إلى أن الشفيع يطبع العوض عن الشفعة يكون قد رضي بتركها، ولأن ترك المطالبة بها كاف ومع طلب عوضها أولى.

الفريق الثاني: (رأي الشافعية) ويرى عدم سقوط حق الشفيع في الشفعة إذا صالح عنها على عوض. والأرجح في هذه الحالة هو رأي المذهب المالكي، وذلك لأن تنازل الشفيع بعد البيع المجيز للشفعة لم يكن تنازلاً عن المال

(1) عبد العزيز راجح حسن، "أسباب سقوط الشفعة" (في الفقه الإسلامي، والقانونيين اليمني والجزائري -دراسة مقارنة-)، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، رسالة دكتوراه، عنابة، الجزائر، (2007-2008)، ص 112.

(2) ويعرف الصلح بأنه عقد يرفع النزاع، ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما، فإذا ادعى إنسان على آخر حقاً فصالحه عنه المدعى عليه جاز، وكان طالب الحق مصالحاً والحق المطلوب مصالحاً عنه، وما أعطي للطالب مصالحاً عليه أو بدل الصلح.

المشفوع فيه الذي لم يملكه الشفيع بعد، بل هو تنازل عن حق وجب له؛ والحق إذا وجب جاز التنازل عنه بعوض أو بدون عوض⁽¹⁾.

ب - التنازل عن الشفعة لأجنبي:

• **في المذهب الحنفي:** فإذا تنازل الشفيع عن حق الشفعة لأجنبي بقصد تملكها لهذا الأجنبي سواء كان بعوض أو بغير عوض، فإنه تنازل غير صحيح ولا تسقط به الشفعة. أما إذا تنازل الشفيع عن حق الشفعة لأجنبي ولم يقصد من تنازله تملك الأجنبي هذا الحق، وسواء كان بعوض أو بغير عوض فإنه يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة. ودليلهم على ذلك:

- "... فقال له الشفيع سلّمت لك شفعة هذه الدار خاصة دون غيرك كان هذا تسليمًا صحيحًا للأمر، كذا في المحيط، ولو قال لأجنبي سلّمت شفعة هذه الدار سقطت كذا في محيط السرخسي، ولو قال الشفيع لأجنبي ابتداء سلّمت شفعة هذه الدار لك أو قال عرضت عنها لك لا يصح تسليمه ولا تبطل شفّعته قياسًا واستحسانًا ... وإذا قال أجنبي للشفيع أصالحك على كذا على أن تسلّم الشفعة فسلّم فكان تسليمًا صحيحًا ولا يجب المال ولو قال أصالحك على كذا على أن تكون الشفعة لي كان الصلح باطلاً وهو على شفّعته ... ولو أن أجنبيًا قال للشفيع أصالحك على كذا من الدراهم على أن تسلّم الشفعة ولم يقل لي فقبل الشفيع لا يجب المال على الأجنبي ولا تبطل شفّعته ..." (2).

• **في المذهب المالكي:** انقسم فقهاء المالكية في مدى صحة التنازل عن الشفعة لأجنبي إلى فريقين: فريق يرى عدم صحة هذا التنازل، ويرى فريق آخر صحة تنازل الشفيع عن الشفعة لأجنبي بعد الأخذ بها.

• **في المذهب الحنبلي:** يرون عدم صحة تنازل الشفيع عن الشفعة لأجنبي⁽³⁾، وبالتالي فلا ينقل الحق فيها إلى المتنازل له الأجنبي، سواء وقع هذا التنازل بعوض أو بدون عوض، وهو رأي يتفق مع ما قال به فقهاء المالكية الذين يرون عدم صحة هذا التنازل.

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 116.

(2) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 183.

(3) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، (1412هـ-1992م)، ص 492.

والرأي الأرجح عدم صحة تنازل الشفيع عن الشفعة لأجنبي ولأن القول بجوازه يخرج الشفعة عن الحكمة التي شرعت من أجلها فتتحول من وسيلة لدفع الضرر عن الشفيع إلى وسيلة لإلحاق الضرر بالمشتري.

ج- تنازل الشفيع عن جزء من الشفعة: وهو جائز، وفيه خلاف حول مسألة سقوط الشفعة إذا تنازل الشفيع عن جزء منها.

• **في الفقه الحنفي:** يرى جمهور الحنفية⁽¹⁾، بأن الشفيع إذا تنازل عن جزء من الشفعة سقط حقه في كل المال المشفوع فيه، لأنه لما تنازل عن جزء من الشفعة سقط حقه في هذا الجزء بصريح الإسقاط، وسقط حقه في الجزء الباقي لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري، فسقطت شفيعته في كل المال المشفوع فيه، كما أن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً واستيفاء وبالتالي فلا يتجزأ إسقاطاً أيضاً، وما لا يتجزأ فذكر بعضه كذلك كله⁽²⁾.

• **في الفقه الشافعي:** هناك روايتان في مسألة تنازل الشفيع عن جزء من الشفعة⁽³⁾:

- **الرواية الأولى:** وهي أن الشفيع إذا أسقط بعض شفيعته، سقط حقه في الشفعة بشكل عام، كالقصاص إذا أسقط المستحق له بعضه سقط كله، وهي أصح الروايات⁽⁴⁾.

- **الرواية الثانية:** أن حق الشفعة لا يسقط بإسقاط الشفيع بعض شفيعته، كالعفو عن بعض حد القذف إذا عفا المستحق له عن بعضه لا يسقط منه شيء.

2- الصورة الثانية (التنازل الضمني):

وهي أن يعبر الشفيع عن إرادته في التنازل عن الشفعة بطريقة غير مباشرة، وذلك بأن يكون المظهر الذي يتخذه الشفيع ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن إرادته بحسب المؤلف بين الناس، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذا التنازل، وهذا ما يعرف بالتنازل الضمني عن الشفعة، وذلك كأن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالبيع وثبوت الملك للمشتري؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت للشفيع دفعا لضرر المشتري فإذا صدر

و- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 148.

(1) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 111.

(2) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 111.

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 306.

(4) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص 76.

من الشفيع ما يدل على رضاه بالمشتري شريكا أو جارا سقطت شفعته لرضاه بضرر الدخيل الجديد⁽¹⁾.

وحالات التنازل الضمني لا حصر لها، نظرا لأن التنازل الضمني يمكن استخلاصه من كل عمل أو تصرف يقوم به الشفيع يدل بطريقة غير مباشرة على انصراف رغبته عن الأخذ بالشفعة، وإذا حاولنا جمع حالات التنازل الضمني عن الشفعة، نجد رجوعها إلى ثلاث حالات رئيسية هي⁽²⁾:

أ- تولى الشفيع العقد المثبت للشفعة نيابة عن غيره⁽³⁾، وذلك بأن يكون الشفيع وكيلًا أو وليا أو وصيا عن البائع أو المشتري، فيقوم ببيع أو شراء ما هو شفيع فيه بالنيابة عن له عليه الوكالة أو الولاية أو الوصاية.

أ- اعتراف الشفيع بأن المشتري قد أصبح مالكا بصفة نهائية.

ب- حالة توقف سريان العقد على إرادة الشفيع، ويكون سريان العقد متوقفا على إرادة الشفيع، إذا ضمن الشفيع الالتزام المترتب في ذمة أحد المتعاقدين، أو شرط أحد المتعاقدين الخيار للشفيع في إجازة العقد أو فسخه وقبل الشفيع ذلك.

ثانيا: في الفكر القانوني

من المقرر في القواعد العامة، أنه لا يجوز النزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق نفسه، بمعنى أنه لا يجوز للشفيع النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت حقه فيها، غير أن التقنين المدني الجزائري سادت في نصوصه روح التضييق للأخذ بالشفعة بحيث حصره في نطاق ضيق، فقد أجاز المشرع للشفيع أن ينزل عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل ثبوت هذا الحق، وذلك كما جاء صراحة في المادة 807 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أن:

"لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

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

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 111.

(2) المرجع نفسه، ص 127.

(3) برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني، الهداية شرح بداية المبتدئ، الرياض، المكتبة الإسلامية، الجزء الرابع، [ب س ط]، ص 38.

فالحق لا يثبت - كما هو مقرر في القواعد العامة - للشفيع إلا بعد وقوع البيع، ومع ذلك فقد أجاز المشرع، النزول عن الحق في الشفعة، وذلك حتى قبل أن يثبت للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة.

وإذا ثبت حق الشفيع في النزول عن الشفعة قبل قيام سببها، فإنه من البديهي أن يثبت له حق النزول عن الشفعة بعد قيام سببها، أي بعد قيام هذا الحق، سواء كان هذا النزول بشكل صريح أو ضمني.

1- النزول الصريح:

ويكون النزول صراحة عن الشفعة من قبل الشفيع، إما كتابة أو شفاهة، والكتابة قد تكون رسمية أو عرفية، غير أن عبء الإثبات يقع - طبقاً للقواعد العامة - على من يتمسك بهذا النزول.

كما يكون التنازل الصريح عن الشفعة بأي عبارة تفيد هذا المعنى، كقول الشفيع "تنازلت عن حقه" أو "شفعته" أو "أسقطها" أو "أبطلتها"، فالشفعة رخصة وهي طالما كانت كذلك يجوز التنازل عنها بمثل هذا النزول الصريح⁽¹⁾.

2- النزول الضمني:

ويكون بأي يصدر من الشفيع، يفيد حتماً أنه نزل عن حقه، وذلك كأن يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير، ويكون الشفيع وسيطاً بين المشتري والمتصرف له، ودلائل النزول الضمني متروكة لتقدير محكمة الموضوع، والشفيع لا يعتبر متنازلاً عن حقه في الشفعة ضمناً إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكا نهائياً للمبيع⁽²⁾.

ثالثاً: المقارنة

1- أوجه التباين:

- اتفقت المذاهب الأربعة على أن النزول عن الشفعة بمقابل، أي الصلح عنها جائز، ويترتب عليه استحقاق الشفيع للعوض، وسقوط حقه في الشفعة، أما القانون المدني الجزائري فقد خلا من النص على تنازل الشفيع عن الشفعة بعوض.

(1) رمضان أبو السعود، مسقطات الشفعة، القاهرة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1992، ص 258.

(2) المرجع نفسه، ص 265.

- اتفقت المذاهب الأربعة على بطلان النزول عن الشفعة وعدم صحته إذا حدث قبل البيع، أما القانون المدني الجزائري فقد نص على جواز النزول عن الشفعة قبل البيع، بنصه على ذلك صراحة في المادة 807.
- أخذ الفقه الإسلامي بعدم جواز التنازل عن الشفعة لأجنبي، أما القانون المدني الجزائري فلم ينظم حالة تنازل الشفيع عن الشفعة للأجنبي.
- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز النزول جزئياً أي تنازله عن جزء من الصفقة، كما اتفقوا على أن نزول الشفيع لا يؤثر في حق شفيع آخر -شريك له- في الأخذ للكل دون البعض، أما القانون المدني الجزائري فقد خلا من أي حكم ينص على ذلك.
- اتفقت مذاهب الشريعة الإسلامية على أن النزول عن الشفعة ضمناً، يمكن أن يتم عن طريق الشفع ذاته أو وكيله المفوض أو وصيه أو الحاكم، وما لم نجده عند الفقه القانوني كاعتبار للنزول الضمني.

2- أوجه التماثل:

- اتفقت المذاهب الأربعة وكذا الفقه القانوني، على جواز النزول عن الشفعة صراحة أو دلالة، فرخصة الشفعة مقررة لمصلحة الشفيع، فله أن ينزل عنها، كما اتفقوا على أن النزول إذا كان دلالة فيشترط لصحته علم الشفيع بالبيع.
 - تنص المادة الأولى من القانون المدني على أن:
- "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لام يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

- ولما خلا القانون المدني من النص على تنازل الشفيع عن الشفعة بعوض، فلا يوجد مانع من الأخذ برأي المذهب المالكي السائد، والذي يجيز للشفيع التنازل عن الشفعة بعد البيع مقابل عوض بدفعه المشتري، فيترتب على ذلك سقوط حقه في الشفعة واستحقاقه العوض

المدفوع من المشتري، وهو الرأي الذي يتناسب مع اتجاهات القانون المدني الجزائري في مسألة تنازل الشفيع عن الشفعة.

- تطبيقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، وتسائرا مع ما نصت عليه المادة الأولى منه أعلاه، ولخلو القانون من تنظيم مسألة جواز التنازل عن الشفعة لأجنبي من عدم ذلك، فقد ذهب المالكية إلى عدم جواز التنازل عن الشفعة لأجنبي، وهو ما يضع كلا من الفقه الإسلامي والفقه القانوني موضع التطابق في أحكام ذلك.

- يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية، والفقه القانوني على صحة التنازل عن الشفعة، متى تم هذا التنازل بعد البيع.

- اتفق الفقه الإسلامي والفقه القانوني على حالة واحدة فقط من الحالات الثلاثة التي أقر بها فقهاء الشريعة الإسلامية للتعبير عن النزول الضمني، وهي حالة الاعتراف، أي اعتراف الشفيع بأن المشتري قد أصبح مالكا بصفة نهائية.

ولما فصلنا في مقتضيات أحد أهم النتائج التي تقرها خاصية اتصال الشفعة بالشفيع، والمتجسدة في حق الشفيع في النزول عن الشفعة، نحاول وضمن الفرع الثاني المحلل لهذه الخاصية، أن نبين مسألة هامة وهي النتيجة الأخرى لهذه الخاصية والمتجسدة في مدى انتقال الشفعة بالميراث، إن في الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني.

الفرع الثاني: انتقال الشفعة بالميراث

باستقراء الأحكام المنظمة للشفعة في القانون المدني، لا نجد فيها نصا صريحا حول مدى إمكانية انتقال حق الشفعة إلى الورثة بعد موت الشفيع؟ من عدم ذلك؟

وبالرجوع إلى مقتضى المادة الأولى من القانون المدني، ولانعدام النص في القانون، فهي ترخص لنا الأخذ بما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة، فقد احتدم النقاش في الفقه الإسلامي، وثار الجدل حول مسألة ميراث الشفعة، ويمكن رد هذه الاختلافات أو الآراء إلى اتجاهات ثلاث؛ الاتجاه الأول ومفاده جواز انتقال الشفعة بالميراث مطلقا وفي كل الحالات، (ويمثله فقهاء المذهب المالكي والشافعي)، أما الاتجاه الثاني (مفاده

عدم جواز انتقال الشفعة (ويمثله فقهاء المذهب الحنفي)، أما الاتجاه الثالث فقد جاء وسطاً بين الاتجاهين الأولين ويمثله فقهاء المذهب الحنبلي، وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: الاتجاه الأول

يرى فقهاء المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، أن الشفعة لا تسقط بموت الشفيع مطلقاً، وإنما تنتقل إلى ورثته، سواء كانت وفاة الشفيع قبل الطلب أو بعده، فالشفعة لصيقة بالمال المشفوع به وليس بشخص الشفيع، فإذا انتقل هذا المال إلى الورثة، انتقل معه حق الأخذ بالشفعة، كما أن الشفعة خيار ثابت لدفع الضرر عن المال.

وبالتالي فإن الشفعة تورث، ودليلهم في ذلك:

- "... (وإن مات الشفيع قبل العفو، والأخذ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كالرد بالعيب)..."

- "... فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياساً على الأموال..."⁽³⁾.

- "... مات وله شقص من دار، وعليه دين مستغرق، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين: للورثة أخذه بالشفعة..."⁽⁴⁾.

ونخلص مما تقدم، إلى أن المالكية والشافعية يذهبون إلى جواز انتقال الشفعة بالميراث حيث يحل الوارث محل الموروث في حق الشفعة، لأنه حق متعلق بالمال معتبر شرعاً كحق الرد بخيار العيب، وكحق القصاص، وقد ثبت للشفيع بسبب العقار الذي يملكه، فإذا انتقل العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه.

ثانياً: الاتجاه الثاني

يرى فقهاء الحنفية، أن الشفعة لا تورث، ودليلهم:

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 288.

(2) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 398.

(3) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 288.

(4) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامي، الجزء الخامس، (1412هـ-1992م)، ص 115.

- "... وأما الضروري (فيما يبطل به حق الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين؛ قبل الأخذ بالشفعة، فتبطل شفيعته، وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا تبطل ولو ارثه حق الأخذ، ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث، عندنا لا يورث، وعنده يورث، والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط..."⁽¹⁾.

- "... إذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بالشفعة عندنا، وعند الشافعي له ذلك، والكلام في هذه المسألة نظير الكلام في خيار الشرط، وقد بيناه في البيوع، فإن عنده كما تورث الأملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وإن حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشية لا يتصور فيها الإرث لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته، وهو ملكه وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط لثبوت حق الأخذ له، ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بأن باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك إذا زال بموته والثابت للوارث جوازا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة..."⁽²⁾.

ويتبين لنا مما تقدم، إلى أن الأحناف ذهبوا إلى سقوط الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه بالتراضي أو بحكم القاضي، سواء كان موته قبل الطلب الشفعة أو بعده، ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته، لأن الشفعة ليست مالا، ولكنها إرادة ومشية، والوارث لا يرث مورثه في رغباته لأنها صفات شخصية، إذن "فالشفعة لا ترث ولا تورث"، كما روى سقوطها بالموت أيضا كثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة.

ثالثا: الاتجاه الثالث

يفرق الفقهاء الحنابلة، بين حالتين في سقوط الشفعة لموت الشفيع هما:

- الحالة الأولى: موت الشفيع قبل الطلب، وفيها تسقط الشفعة ولا تنتقل إلى الورثة.

(1) أبو بكر بن سعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ص 22.

(2) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 116.

• الحالة الثانية: موت الشفيع بعد الطلب، فلا تسقط فيه الشفعة، وحق الشفيع ينتقل إلى ورثته.

مع الإشارة إلى أن المقصود بوقت الطلب عند الفقهاء الحنابلة هو وقت تملك المال المشفوع فيه، ودليلهم في ذلك:

- "... والشفعة لا تورث، إلا أن يكون الميت طالب بها، وجملة ذلك أن الشفيع، إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة. قال أحمد يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة، هذه الثلاثة الأشياء، إنما هي بالطلب، فإذا لم يطلب، فليس تجب، إلا أن يشهد أي على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ... قال أبو الخطاب ويخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب، ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتملك أشبه خيار القبول، أما خيار الرد بالعيب، فإنه لاستدراك جزء فات من البيع. (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب، وقد ذكرنا نص أحمد عليه، لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده، وقبله يسقط"⁽¹⁾.

- "... (وإن مات الشفيع قبل الطلب بطلت) الشفعة لأنه نوع خيار للتملك أشبه خيار القبول، وإن مات بعده أي بعد الطلب تثبت (لوارثه) لأن الحق قد تقرر بالطلب ولذلك لا تسقط بتأخير الأخذ بعده (ويأخذ) الشفيع الشقص (بكل الثمن) الذي استقر عليه الحق لحديث جابر فهو أحق به بالثمن رواه أبو إسحاق الجرزياني في المترجم ..."⁽²⁾.

فيستفاد من ذلك، أن الإمام أحمد بن حنبل، قد اتخذ موقفاً وسطاً، فهو يورث الشفعة إذا ما تقرر بالمطالبة بها، فإذا توفي الشفيع، قبل المطالبة بالشفعة، سقط الحق فيها، أما إذا توفي بعد المطالبة بالشفعة، ثبت حقه فيها وانتقل إلى وارثه لأن الشفيع، في أرجح الآراء عند الحنابلة، يملك العقار المشفوع فيه بطلبه، دون حاجة إلى رضاء أو قضاء، فإذا توفي الشفيع

(1) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 216.

(2) عبد القادر ابن عمر الشيباني، المرجع السابق، ص 114.

بعد طلب الشفعة فقد توفي وهو مالك للعقار المشفوع فيه فيورث عنه لأنه عين مالية مملوكة.

وهذا الاختلاف الواضح بين فقهاء الشريعة الإسلامية كان له انعكاسا واضحا على تباين الآراء حول مسألة "ميراث الشفعة" عند فقهاء القانون الوضعي، إذ اختلفوا هم الآخرون، في اتجاهات ثلاثة؛ فمنهم من يرى أن الشفعة تنتقل بالميراث مطلقا، بينما يرى اتجاه آخر أن الشفعة لا تنتقل إلى الورثة مطلقا، ويرى اتجاه ثالث جواز انتقال الشفعة بالميراث إذا توفي الشفيع بعد إعلان رغبته عن الأخذ بالشفعة.

والراجح، أنه إذا 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، فضلا عن أنه يتفق مع المبادئ العامة للقانون المدني الجزائي، فالشفعة لم تنقرر في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقررت له بوصفه لكونه مالكا للعقار المشفوع به 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، وهو ما يتفق مع المقرر عموما في الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة⁽¹⁾.

وفي ختام هذا الفصل الثاني من الباب التمهيدي، والمحلل لمختلف الأحكام التي تندرج تحت مفهوم الشفعة، نخلص إلى أن الشفعة، بضم الشين، أخذت للدلالة على المعنى القانوني لها، لأن الشفيع يضم حصة شريكه على حصته، فتصير حصتين فيكون شفعا بعد أن كان وترا، وأن الشفعة هي قدرة أو سلطة أو مكنة، تخول أن يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري، إذا أظهر إرادته في ذلك، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه، ولو جبرا على المشتري، وبذلك تكون الشفعة رخصة استثنائية فيها تقييد على حرية التصرف، وهي باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي تلك المنزلة الوسطى بين الرخصة في التملك والحق في

(1) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 475.

الملك، وهي المنزلة التي توصلنا إليها بعد عرض وحسم الجدل المحتدم حول طبيعتها إن في الفقه الإسلامي أو القانوني.

كما تجدر الإشارة إلى أنه، وبالإضافة إلى خصائص الشفعة الدقيقة في أحكامها، والتي سبق بيانها خلال هذا الفصل، فإن الفقه الحديث أوجد مميزات مستحدثة للشفعة تتجسد في:

- الشفعة تحافظ على الملكية العقارية؛ من خلال تقليص عدد الملاك المشتركين، وتوحيد الحصص المشتركة بالتدرج، وبالتالي إلى إنهاء حالة الشيعاء، والحيلولة دون تفتيت الملكية وتقسيمها إلى ملكيات صغيرة تحول دون استغلال الشيء المشترك وفقا لما أعد له أصلا، ويعوقه عن أداء وظيفته الاجتماعية والاقتصادية⁽¹⁾.

ولعل في إقرار القانون المدني منح الشفعة في العقار بالمعنى الذي حددته لها، وفي المال العقاري كحق الانتفاع - كما وصلنا إليه في تحليل الخاصية كون الشفعة لا ترد إلا على العقار - هو رغبة أكيدة في المحافظة على وحدة الملكية، ووحدة عناصرها وجمعها إن تفرقت، وبقاء العقار وعاء للاستقرار الاجتماعي والنفسي الذي تهدف إلى المحافظة على المجتمعات المعاصرة.

- الشفعة وسيلة لجلب المنافع الاجتماعية منها والاقتصادية⁽²⁾؛ إذ لا شك في أن الشفعة قاعدة اجتماعية، هدفها الأول والأساس تنظيم تمتع واستفادة الملاك من الشيء على الشيعاء، وضمان حقوقهم في الانتفاع به، وتحقيق رغباتهم بحسن تسييره وتدييره، ضمن إطار ملزم، يحقق ويحفظ الأمن والاستقرار النفسي لهم، وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الحكم كوسيلة لتفادي وقوع كثير من الأضرار، ولعل ربط الإنسان بأصوله ماديا ونفسيا واجتماعيا، وجعله متشبثا بها ومدافعا عنها تبقى السلوك المرغوب والغاية المثلى المستهدفة.

وبعد أن تعرفنا طوال الفصل الثاني على مفهوم الشفعة، بما يحتويه هذا الاصطلاح من معاني هامة، وتعرضنا بالتفصيل للجدال حول طبيعتها القانونية ولدى فقهاء الشريعة الإسلامية، في كونها تلك المنزلة الوسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك بإقرار من كلا الفكرين، وكذا بينا الخصائص المميزة للشفعة عن غيرها من الحقوق والرخص، فإنه

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 125.

(2) المرجع نفسه، ص 128.

ولما كانت الشفعة حلول شخص يسمى الشفيع محل شخص آخر هو المشتري المشفوع منه في عقد البيع عقاري وبثمنه، فإننا نكتشف شكلين لنطاق الشفعة؛ نطاق الأشخاص ونطاق الأموال وهو ما نحاول تحليل حيثياته وتفصيلها لدى كل من الفكر الإسلامي والفكر القانوني خلال الفصل الموالي.

الفصل الثالث: نطاق الشفعة.

إن الشفعة مؤسسة إسلامية تهدف إلى المحافظة على عنصر القرابة والجوار وجمع الملكية، فقد عرفها العرب قبل الإسلام، وأفاض الفقهاء الإسلاميون فيها حديثاً، وهي مؤسسة قانونية لأن المشرع تكفل بتحديد نظامها بقواعد استثنائية سيما تلك التي تميّز بها عندما نظم حق الدولة في ممارسة الشفعة، بل والأكثر من ذلك، أن الشفعة مؤسسة مركبة ومتشعبة، فهي تستند إلى واقعة الاشتراك، وهي واقعة مادية، وكذلك مشيئة ورغبة الشفيع وهو تصريح من جانب واحد، وربما الأقرب والأمثل هي أنها مؤسسة إسلامية قانونية مستقلة بقواعدها، تتوافر للشخص في صورة وجوده في ظروف محددة بنطاق فريد، نابع عن نظام الشفعة الفريد العظيم الذي جاء به الوصي الإلهي، والذي لم تعرف مثله كثير من الأنظمة الوضعية البشرية.

والدراسة في هذا الفصل، تتناول طبيعة هذا النطاق الفريد للشفعة، فنطاق الشفعة أو مجال أعمالها، مجال خصب، تنتشعب خصوبته بين نطاق الأشخاص والمتجسد أساساً في شخص الشفيع، وكذا المشفوع منه - ونطاق الأموال - وهو المحل الأول للشفعة -، وكثيراً نطاق التصرفات - وهي المحل الثاني للشفعة -.

وعبارة شخص الشفيع، لم تكن وليدة الصدفة، بل جاءت لاعتبار هام، فالمقصود بها الشخصية القانونية، وهي كما تثبت للإنسان تثبت لغيره، وقد جرى الفقه على تسمية شخصية الإنسان بالشخصية الطبيعية - وهو الشفيع كفرد، المنظمة شفعته في القانون المدني والشرعية الإسلامية - وتلك التي لغيره بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية الممثلة بمجموعة من الأشخاص الاعتبارية كالجمعيات والشركات والمؤسسات الخاصة، والعامة والمرافق العمومية، وهذه الأخيرة التي وإن كان القانون قد أقرها صراحة ونظم كفاءاتها في الممارسة، إلا أن الشريعة الإسلامية يبقي النقاش فيها بخصوص ذلك محتدماً.

وتقتضي منا الطبيعة الفريدة لنطاق الشفعة، أن نبحثه في المجالات الثلاث المذكورة أعلاه، فنبين في المبحث الأول نطاق الأشخاص، وفي المبحث الثاني نطاق الأموال، ونخصص المبحث الثالث لنطاق التصرفات وما تقتضيه من أحكام خاصة.

المبحث الأول: نطاق الأشخاص

إن المقصود بنطاق الأشخاص هو تبيان الأحكام المتعلقة بالأشخاص الذين لهم علاقة - قريبة كانت أم بعيدة، مباشرة أو غير مباشرة - بأحقية استعمال الشفعة، والمعنيين بهذا الحديث أساساً هما: الشفيع والمشفوع منه.

والشفيع على وزن فعيل، بمعنى فاعل، أي من له حق الشفعة، أما في الاصطلاح الفقهي، سواء القانوني أو الشرعي، فتتفرع معاني هذا الشفيع وتعدد وتفرع صفاته، فهو عموماً في الشريعة الإسلامية، ذلك الشريك على الشيوع في أصل الملك بالإجماع، الشريك على الشيوع في حقوق الارتفاق الخاصة وكذا الجار المالك لدى فقهاء الحنفية، أما في القانون المدني الجزائري، فالشفيع هو مالك الرقبة إذا بيع جزء أو كل حق الانتفاع والملابس، وصاحب حق الانتفاع إذا بيعت بعض الرقبة أو كلها، وكذا الشريك على الشيوع في أصل الملك إذا بيعت حصة مفرزة من الملك الشائع لأجنبي.

أما بالنسبة للشفيع في التشريعات الخاصة، فيمثل الدولة في ممارسة حق الشفعة في الأراضي ذات الطابع الفلاحي المؤسسة المسماة، الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، أما في الأراضي ذات الطابع الحضري المؤسسة المسماة "بالوكالة الوطنية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين، أما في العقار ذي الطابع السياحي، فتمارس الشفعة عن طريق "الوكالة الوطنية للتنمية السياحية"، وتمارس الشفعة لفائدة الخزينة العمومية، مدير الضرائب لدى الولاية التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة.

أما المشفوع منه، فهو أيضاً شخص هام، ليس بذات أهمية شخص الشفيع، ولكن قد يرتقي إلى مقامه، لأنه قد يشتري يوماً جزءاً من الملك على الشيع أو حق الانتفاع، ويكون في مركز يعتبر فيه شفيعاً.

وعلى هذا تأتي الدراسة في هذا المبحث مقسمة إلى ثلاث مطالب، يتخصص فيها كل مطلب بقراءة مفصلة لهؤلاء الأشخاص في كل من الشريعة الإسلامية، ثم في القانون المدني، وأخيراً في التشريعات الخاصة.

المطلب الأول: أشخاص الشفعة في الفكر الإسلامي

إن أسباب الشفعة في الشريعة الإسلامية ثلاثة، هي الشركة في أصل الملك، وذلك على رأي الجمهور، الشركة في حقوق الارتفاق الخاصة، والجوار في الملك على رأي فقهاء المذهب الحنفي، ويطلق عليها أيضا بالأسباب المؤدية إلى جمع عناصر الملكية.

فأشخاص الشفعة، في الفكر الإسلامي بالإضافة إلى المشتري المشفوع منه، نجد الشفيع محددا بالأسباب الثلاثة أعلاه، وقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في صفة الشفيع تفصيلا سواء فيما يتعلق بالمجلس، أو ولي القاصر والمحجوز عليه، وهي صفات استثنائية قد تتوافر في الشفيع، كما تعرض الفقه الإسلامي لمسألة تعدد الشفعاء تعرضا لا يدع مجالا لأي تساؤل، وهي النقاط التي تكون موضوع الدراسة في هذا المطلب على التوالي، حيث نبين الشفيع ونحدد أحكامه بصفاته الاستثنائية في الفرع الأول، ونخصص الدراسة في الفرع الثاني لبيان حكم تعدد الشفعاء في الشريعة الإسلامية، أما الفرع الثالث فنخصصه لبيان الشخص الآخر، وهو شخص المشتري لمشفوع منه في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الشفيع

الشفيع هو الآخذ، والذي يكون شريكا في الملك فقط دون الجار، وذلك على رأي الجمهور، أما رأي الحنفية، فإن الشفيع هو الشريك والجار، بحيث قالوا تثبت الشفعة للشريك الخليط في المبيع نفسه، أو في حق من حقوق الارتفاق الخاصة، وللجار الملاحق للمبيع، كما أنه لا فرق بين مسلم وذمي في استحقاق الشفعة لعموم أدلة مشروعيتها ولتساويهما في سبب الشفعة وحكمتهما في تساويان في الاستحقاق، وأما رأي الجمهور فإنه لا شفعة إلا لشريك في ذات المبيع لم يقاسم أي حقه مازال مشاعا لم يفرز، فلا شفعة عندهم لشريك مقاسم ولا شريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع ولا للجار، وتثبت الشفعة للذمي الكافر على المسلم عند الملكية والشافعية، كما تثبت للذمي على الذمي إذا احتكما إلى شريعة الإسلام لأنهما تساويا في الدين والحرمة، فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم، وهو ما انفصله في نقاط هذا الفرع.

أولاً: الشريك على الشيوع في أصل الملك

وتثبت الشفعة للشريك على الشيوع في الملك، إذا تم بيع حصة شائعة فيه، بشرط أن يكون شريكا في نفس المال الذي وقع البيع على شيء منه، وعلى ذلك فلا تثبت الشفعة للشريك في الجدار الفاصل بين ملك الشفيع، والعقار المبيع بوصفه شريكا على الشيوع في الملك.

فإذا كان من المسلم به أن تثبت الشفعة للشريك على الشيوع إذا بيعت حصة شائعة في العقار الشائع، فإن بيع أحد الشركاء حصة مفرزة من العقار الشائع قد أثار خلافا في الفقه القانوني، ودليل ذلك:

- "... الشفعة بضمّ الشين وسكون الفاء، أخذ شريك أي استحقاقه الأخذ، أخذ بالفعل أم لم يأخذ ... له الأخذ بالشفعة، فالأخذ كضده أي الترك عارض له، والعارض لشيء غير ذلك الشيء المعروف، فالأخذ أي استحقاقه جنسا، وإضافته للشريك خرج به استحقاق أخذ الدائن دينه، والمودع وديعته، والموقوف عليه منابه من ربع الوقف ونحوهم، ولو كان الشريك ذميا باع شريكه المسلم شقصه لذمي، أو لمسلم فللذمي الأخذ من المشتري الذمي، أو المسلم، وخص الذمي، لأنه المتوهم، فالمسلم إذا باع نصيبه لذمي كانت المخاصمة بين ذميين فيتوهم أن لا نتعرض لهما، وعلى هذا فما قبل المبالغة خمس صور؛ لأن الشريكين إما مسلمان باع أحدهما لمسلم، أو ذمي وإما ذميان باع أحدهما لمسلم، وإما مسلم وذمي باع الذمي لمسلم، أو المسلم لمسلم وصورة المبالغة سادسة، والسابعة قوله كذميّين تحاكموا إلينا، يعني أنه إذا كان كل من البائع، والمشتري، والشفيع الذين هو شريك البائع ذميا، فلا نقضي للشفيع بالشفعة إلا إذا ترفعوا إلينا راضين بحكمنا بخلاف الصور الست التي قبلها فتأبته ..."(1).

- "... الشافع، ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ... الشفعة مرتبة، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ... ولا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم ..."(2).

(1) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 474.

(2) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 256.

- "... والشافع هو الجاعل وترا شفعا، والشفيع فعيل بمعنى فاعل. قال ابن عرفة هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بئمنه..."⁽¹⁾.
- "... والآخذ بالشفعة يسمى شافعا وشفيعا، وحقيقتها كما قال ابن عرفة: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بئمنه، أي طلب الشريك أخذ مبيع شريكه بئمنه الذي باع به سواء أخذ أو لم يأخذ ... والشفعة معروضة للأخذ وعدمه، وأركانها أربعة: الآخذ بالمد وهو الشافع..."⁽²⁾.
- "... الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع..."⁽³⁾.
- "... وأجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار ما لم يقسم ... والشفعة في كل شرك..."⁽⁴⁾.
- "... وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم، أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه"، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، ولأن الضرر في العقار بتأييد من جهة الشريك فتثبت فيه الشفعة لإزالة الضرر..."⁽⁵⁾.
- "... وتثبت الشفعة لشريك في أرض تجب قسمتها..."⁽⁶⁾.
- "... الشفعة استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه..."⁽⁷⁾.

ثانيا: الشريك على الشيوع في حقوق الارتفاق الخاصة

وتثبت الشفعة للشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع، وهو الذي قاسم، وبقيت له شركة في حق العقار الخاص، كالشرب والطريق الخاصين، ولا فرق في ثبوت حق الشفعة لصاحب حق الارتفاق بين الأرض المجاورة للمبيع والبعيدة عنه، ولا بين التي

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام الشولي، المرجع السابق، ص 56.

(2) أحمد بن غنيم بن سالم بم مهنا، المرجع السابق، ص 246.

(3) برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني، المرجع السابق، ص 24.

(4) أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص 45.

(5) أبو زكريا، محي الدين يحيى بن شرف النووي، كتاب المجموع، المرجع السابق، ص 77.

(6) عبد القادر بن عمر الشيباني، المرجع السابق، ص 112.

(7) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 178.

تسقى من المجرى الخاص، أو من جدول مأخوذ منه، مادام أن الكل يشرب من المجرى، وأن سبب الاستحقاق واحد، وهو الاشتراك في المرفق الخاص⁽¹⁾.

والشفعة في حقوق الارتفاق الخاصة لها سنداً في الشريعة الإسلامية، حيث أجازها فقهاء الحنفية، سيما في حق الشرب، وحق الطريق الخاص.

وق الشرب شرعا، هو النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار، يشرب نهر صغير، وهو الذي لا يجري فيه أصغر السفن، وما تجري فيه السفن فهو عام، ويعرف المجرى بأنه حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من الشجر والزرع⁽²⁾، أما حق الطريق فهو حق الإنسان أن يصل إلى ملكه، داراً أو أرضاً بطريق يمر فيه، والطريق الخاص هو الذي لا يكون نافذاً، فكل أهله شفعاء، فإن كان الشرب والطريق عامين، فلا شفعة بهما، والمراد بعدم نفاذ الطريق، أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم⁽³⁾.

ورجوعاً إلى فقه الحنفية نجدهم مختلفون حول معيار الشرب الخاص⁽⁴⁾، فالشرب الخاص عند أبي حنيفة محمد بن الحسن، أن يكون نهراً صغيراً لا تجري فيه السفن، أما إذا كان النهر كبيراً بحيث يسمح بجريان السفن فيه فلا يعد خاصاً، وبالتالي لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه، كما يرى الفقه الحنفي أنه إذا كان النهر تسقى منه أراضيهم لا يحصون فهو كبير، وإن كانوا يحصون فهو صغير، ولكنهم اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى، فقدر البعض ما لا يحصى بأربعين شخصاً، فإذا كانوا أقل من ذلك استحقوا الشفعة، وقدرهم البعض الآخر بخمسمائة شخص، أما أبو يوسف فذهب إلى أن النهر الخاص هو ما يسقى منه قراحان، أو ثلاثة، أما ما زاد على ذلك فهو نهر عام، وقيل أن مسألة تحديد الشرب الخاص الذي بسببه تثبت الشفعة للشريك متروك إلى رأي كل مجتهد في زمانه⁽⁵⁾.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4898.

(2) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، (1417هـ-1996م)، ص 72.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4899.

(4) محمد كامل مرسي باشا، "الشفعاء ومراتبهم في الشريعة الإسلامية وفي القانونين الأهلي والمختلط"، مصر، كلية الحقوق، مطبعة الرغائب، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الخامس، رجب 1351 - نوفمبر 1932، ص ص 579-580.

(5) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 240.

والطريق الخاص التي تثبت به الشفعة هو الزقاق الذي لا ينفذ⁽¹⁾، والمراد بعدم النفاذ عند فقهاء الحنفية أن يكون الطريق خاصا بحيث يستطيع أهله أن يمنعوا غيره من أن يستطرقونه، فإذا بيعت دار لها باب إلى طريق خاص كان لجميع أصحاب الدور التي لها أبواب إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة، ونتصور الشفعة بسبب الشرب مثلا، إذا بيعت رض لها حق الشرب في مجرى نهر خاص مشترك بين قوم تسق أراضيهم منه، فلكل أهل الشرب الشفعة، سواء أكانت أراضيهم المجاورة للنهر ملاصقة له، أم بعيدة عنه. ودليلهم على ذلك:

- "... تجب الشفة للخليط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا ..."⁽²⁾.

- "... والخليط هو بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق، مثلا: لو كان لأحد حصة في نهر خاص وآخر فيه حصة كذلك، فكل منهما يكون خليطا للآخر ... فالشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالأشخاص المعدودين، وأما أخذ الماء من الأنهر التي ينتفع بها العامة، فليس من قليل الشرب الخاص. الشرب الخاص (بكسر الشين) هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالأشخاص المعدودين أي: المخصوص لسقي وري مزارع أولئكم الأشخاص المعدودين، ويقال: للأشخاص الذين دون المائة أشخاص معدودين ... وأما أخذ الماء من الأنهر كالفرات والدجلة والنيل التي ينتفع بها العامة لسقي المزارع فليس من قبيل الشرب الخاص، وعليه فإذا كان الشرب الخاص مشفوعا به فلا يصح أن يكون هذا النوع من الشرب مشفوعا به، في تعريف الشرب الخاص ثلاثة أقوال، القول الأول: إذا كان المشتركون في النهر أشخاصا معدودين يكون نهرا خاصا، ويقال في حق أخذ الماء منه شرب خاص، وإذا كان المشتركون في النهر غير معدودين، فيقال له نهر عام، والقول الذي أخذت به المجلة هو هذا القول، الأشخاص المعدودين: اختلف الفقهاء في مقدار ما يطلق عليه لفظ (الأشخاص) فبعضهم قال يطلق على ما دون المائة، وبعضهم قال حتى خمسمائة، وبعض المتفقهين قال حتى الأربعين، إلا أن البعض قال: يجب

(1) المادة 956 من مجلة الأحكام العدلية.

(2) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 239.

أن يفوض تعيين المقدار لرأي مجتهد العصر، إلا أن المجلة قد قبلت الرأي الأول الذي هو لغاية مائة شخص، القول الثاني: النهر هو الذي يتفرق على أراضي أشخاص معدودين، وينقسم عليها ويتلاشى إذا انتهى إلى آخر الأراضي، فلا يكون له منفذ لمفازة، ويقال في حق الأخذ من هذا النهر الشرب الخاص. 3 القول الثالث: النهر الخاص عبارة عن النهر الذي لا تجري فيه السفن، ويقال في حق أخذ الماء منه (الشرب الخاص) والمقصود من السفن هي صغرها أي الزوارق، وقد قبلت المجلة في هذه المادة - المذكورة أعلاه - القول الأول والثاني، فكما أن الماء الجاري المنحصر في أشخاص معدودين يعدّ شرباً خاصاً... (1) والطريق الخاص هو الزقاق غير النافذ، والواقع لي كل زقاق لا ينفذ طريقاً خاصاً، كما أنه ليس كل زقاق ينفذ طريقاً عاماً، وعليه لو سد منفذ الطريق العام يبقى طريقاً عاماً، كما أن الطريق الخاص لا يصير عاماً فيما لو فتح له أصحابه منفذاً فاتصل بالطريق العام، وعليه فهذا التعريف ليس جامعاً لأفراده ولا مانعاً أغيار أيضاً فيجب تعريف الطريق الخاص بأنه الطريق الذي يكون ملكاً لأصحابه، ولما كان الطريق الخاص مملوكاً فلأصحابه أن يمنعوا غيرهم من المرور فيه، فلو فتح أصحاب الطريق الخاص باباً على الطريق العام ووصلوه، به فلهم أن يمنعوا الناس من المرور من ذلك الطريق" (2).

ثالثاً: الجار المالك

أثبت فقهاء الحنفية، الشفعة للجار المالك، بعد كل من الشريك في أصل الملك، والشريك في حقوق الارتفاق الخاصة، والجار هو من له عقار متصل بالعقار المبيع، والملاصق من جانب واحد، ولو بثبر، كالملاصق من ثلاثة جوانب، فهما على سواء، وكذا المنفصل انفصلاً تاماً (3).

وقد استندوا في إثبات الشفعة للجار المالك بعدد من الأدلة؛

- "... قال عليه الصلاة والسلام: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظره بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً"، رواه أبو داود، وأحمد وابن ماجه. وقال عليه الصلاة والسلام: "جار الدار أحق بالدار من غيره" رواه أحمد، وأبو داود الترميذي وصححه، وقال عليه

(1) علي حيدر، المرجع السابق، ص 593.

(2) المرجع نفسه، ص 594.

(3) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 580.

الصلاة والسلام: "الجار أحق بسقبة ما كان" رواه أحمد والنسائي وابن ماجه، وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا ... لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلاحقه من جهته على ما بينا، فكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص بالضرر: وأشدّ تعباً معه فكان أحق بها لقوة الموجب لها فليس للأضعف أن يأخذ مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فحينئذ يأخذ إذا أشهد بأنه يطلبها عند علمه بالبيع، وإن لم يشهد عند ذلك سقط حقه ...⁽¹⁾.

- "... من ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء عقارا وربيع من ذلك ما بدأ محمد ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضي الله عنه عرض بيتا له على جار له، فقال: خذه بأربعمائة أما إني قد أعطيت به ثمانمائة ولكن أعطيكه بأربعمائة لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بسقبة وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فإنه ينبغي له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولأنه أقرب إلى حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضي الله عنه وحط عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى، وقيل لإتمام الإحسان، وإن تمام الإحسان أن يحط الشطر لما روي أن الحسن بن علي رضي الله عنه كان له دين على إنسان فطالب غريمه فقال أحسن إليّ يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال وهبت لك النصف فقليل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى وأحسنوا إن الله يحب المحسنين سمعت جدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الإحسان أن يحط الشطر فأما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبة فقد وري هذا الحديث بالسین والمراد القرب وبالصاد والمراد الأخذ والانتزاع يعني لما جعله الشرع أحق بالأخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا، وهو دليل لنا على أن الشفعة تستحق بالجوار"⁽²⁾.

- "... عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "جار الدار أحق بالدار من غيره" رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، وعن الشريد بن سويد قال: "قلت يا رسول الله

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 239-240.

(2) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 90-91.

أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا بالجوار، فقال: "الجار أحق بسقبه ما كان" رواه أحمد والنسائي وابن ماجة ولابن ماجة مختصر "الشريك أحق بسقبه ما كان..."⁽¹⁾.

هذه النصوص وغيرها كثيرة التي تثبت الشفعة بسبب الجوار وحجتهم في ذلك:

- منع مضايقة الجار، فإن الجار قد يسيء إلى جاره غالبا أو كثيرا، فيعلي الجدار، ويتبع العقار، ويمنع الضوء، ويشرف على العورة، ويطلع على العثرة، ويؤدي جاره بأنواع الأذى، كما يشهد به الواقع.

- ما أوصى به الله ورسوله في القرآن والسنة من إكرام الجار والإحسان إليه.

- وأن الحكم بالشفعة ثبت في الشركة، لإفضائها إلى ضرر المجاورة، فإنهما إذا اقتسما تجاورا، ولهذا اختصت بالعقار دون المنقولات، فإذا ثبتت في الشركة في العقار، لإفضائها إلى المجاورة، فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها.

- وأن هذا معقول النصوص لو لم ترد بالثبوت فيها، فكيف وقد صرحت بالثبوت فيها أعظم من تصريحها بالثبوت للشريك، وحكم أخرى كثيرة⁽²⁾.

رابعاً: الصفات الاستثنائية

لقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية صفة الشفع تفصيلا استثنائيا، لم تتطرق له شريعة أخرى، ولا قانون آخر، وتتجسد هذه الصفات الاستثنائية فيما يتعلق بالمحبس أو ولي القاصر والمحجور عليه.

1- الشفعة للمحبس:

إذا حبس أحد الشريكين حصته قبل أن يبيع شريكه حصته، فللشريك الأول أن يأخذ بالشفعة، ليحبسه في مثل ما حبس نصيبه، وإذا لم يقصد التحبيس فلبس له الأخذ بالشفعة، ومثال ذلك: أن "أسامة" و"مصطفى" شريكان في عقار، وأن "أسامة" قام بتحبيس نصيبه على جمعية خيرية، بينما أراد مصطفى أن يبيع نصيبه في العقار المشاع بينهما، فإنه من حق الشريك أسامة أن يأخذ نصيب مصطفى بالشفعة، ليقوم بتحبيسه على الجمعية الخيرية، التي سبق وأن حبس عليها نصيبه الأول.

(1) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 84.

(2) محمد كامل مرسي، "الشفعاء ومراتبهم"، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، مطبعة الرغائب، العدد الخامس، السنة الثانية، (رجب 1351هـ - نوفمبر 1932م)، ص ص 569-570.

وللشافعية في أخذ صاحب الوقف رأيان، قيل: ليس للمحبس شفعة، وإن أراد أن يجعله فيما جعل فيه الأول، وهو أقيس، لأنه أصل يستشفع به، ولو كان الحبس على معينين جرى على القولين، ودليلهم على ذلك:

- "... فعلى الصحيح: ينظر إن كان التصرف مما لا ثبت الشفعة كالوقف، الهبة والإجارة، فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة ... وفي وجه: لا ينقض الوقف، وينقض ما سواه ..."⁽¹⁾.

- "... قوله ولموقوف عليه (ينبغي امتناع أخذه، وإن جوزنا قسمة الملك عن الوقف لعدم ملكه على الأصح، أو ضعفه على خلاف الأصح بخلاف شريك الوقف إذا باع شريك لهما آخر فله الأخذ إن جوزنا القسمة لكونها إفرازا، وينبغي حينئذ أن يجمع الجميع، لأن جهة الوقف لعدم استحقاقها بمنزلة العدم ..."⁽²⁾.

- "... تصرف المشتري في الشقص المشفوع كبيع وهبة ووقف وإجارة ورهن وغير ذلك صحيح لأنه ملكه وإن كان غير لازم كتصرف المرأة في الصداق قبل الدخول، وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه مما لا يستحق به الشفعة لو وجد ابتداء، كالوقف والهبة والإجارة، وحكم جعله مسجدا كالوقف كما قاله ابن الصباغ: وأخذه أي الشقص بالشفعة، لأن حقه سابق على هذا التصرف فلا يبطل به"⁽³⁾.

فعلى قول مالك رحمه الله: لا يرجع بعد انقراض المعينين إلى المحبس، وعلى القول برجوعه ملكا يشفع وإنما يلحقه بالحبس، قال صاحب النوادر: قال مطرف: إن كان مرجع الحبس للمجلس عليه إلحاقه بالحبس، وقال أصبغ: إن حبس على المساكين أو في سبيل الله، فله الأخذ إن جعله فيما جعل فيه، وإلا فلا شفعة إن أخذه ليمسكه"⁽⁴⁾.

- "إن الشيخ ابن أبي زيد سئل عن حبس حبسا على المساكين أو على المساجد، فيباع ما هو مشاع معه، فهل يؤخذ للمساكين والمساجد بالشفعة؟ فأجاب بأن قال: سئلت عنها قديما ولم يظهر لي فيها شيء فتوقف فيها، وأجاب أبو عمران:

(1) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ص 961.
(2) ابن قاسم العبادي، حاشية العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء السادس، [ب س ط]، ص 58.
(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 391.
(4) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، النخيرة، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، الجزء الثامن، 1981، ص 114.

- أما على ما ذهب إليه ابن حبيب عن مطرف وابن المجاشون، وأصبغ في الحبس المؤبد، يبيع أحدهم أن لشريكهم في الشفعة، ولم يأت من العقب -أي الخلف فواضح الأخذ بالشفعة للمساكين والمساجد ولا إشكال فيه.

- وأما على ما عند ابن المواز: فلا شفعة للمساكين والمساجد.

وفي العتبية للإمام المالك، في حائط بين رجلين تصدق أحدهما بنصيبه على قوم وعلى عقبهم ما عاشوا، ثم باع الشريك نصيبه فأراد أهل الصدقة الأخذ بالشفعة، فقال مالك رحمه الله: "لا شفعة لهم في الصدقة إلا أن يلحقه بالحبس فله ذلك، وقال ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أن أهل الصدقة أرادوا أن يأخذوا بالشفعة لأنفسهم، لذلك لم ير لهم شفعة، ولو أرادوا أن الأخذ بالشفعة ليلحقوها بالحبس لكان ذلك لهم"، وسئل عنها أحمد بن نصر الداودي فقال: "لا شفعة للحبس من مالها، ومن طلب أن يشفع لها فليستشفع، أي فليأخذ بالشفعة"، وأجاب أبو عمران القنطري رحمه الله، بأنه إذا كان الشقص المبيع نصفه الآخر للمسجد حبسا، فإن للنظر في الحبس فليستشفع، أي فله أن يأخذ بالشفعة للمسجد، غير أنه لا يكون النصف المستشفع حبسا⁽¹⁾، ومن الأدلة أيضا:

- "... الباب الرابع في أحكام (الحبس) ويرادفه الوقف وحده، ابن عرفة مصدرا بقوله: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا، واسما بقوله: ما أعطيت منفعة مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا فخرج عطية الذات، فإنها إما هبة أو صدقة، وأشار بقوله: ولو تقديرا إلى صحة وقف غير المملوك على تقدير ملكه كقوله: إن ملكك هذا فهو وقف، كما يصح العتق كذلك، وإلى صحة الوقف على تقدير وجود الموقوف عليه نحو: هذا وقف على من سيحدثه الله لزيد، وأركانه أربعة: الواقف والعين الموقوفة، والموقوف عليه، والصيغة، فعائد الهبة والصدقة والحبس شرطه أن يكون من أهل الشرع بأن يكون مكلفا رشيدا مالكا لما تبرع به، فيدخل المريض والزوجة في الثلث، فلا يصح شيء من الثلث من غير المالك ولا من صبي ولا من مجنون ولا سفيه، وكذا لا يلزم من زوجة ومريض في زائد الثلث ... (ولا) يجوز بمعنى يحرم أن (يباع) العقار (الحبس وإن خرب) بحيث صار لا ينتفع به ولو لم يرج عوده، قال مالك رضي الله عنه: لا يباع

(1) أحمد بن يحيى الوثرسي، المعيار المعرب، بيروت، لبنان، دار الراغب الإسلامي، الجزء الثامن، 1981، ص 114.

العقار الحبس ولو خرب، وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك، وعند بعضهم يجوز بيعه إن كان في بقائه ضرر ولا يرجى عوده، وحكى على ذلك الاتفاق ولاشك في مخالفته لما قال الإمام، ولعل وجه كلامه رضي الله عنه لما يلزم عليه من التطرق إلى بيع الأوقاف بدعوى الخراب، والإمام بنى على مذهبه على سد الذرائع، وكما لا يجوز بيع العقار الحبس لا يجوز بيع أنقاضه ...⁽¹⁾.

- "... وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة، كالوقف والهبة والرهن، وجعله مسجداً، فقال أبو بكر: للشفيع فسخ ذلك التصرف، ويأخذه بالثمن الذي وقع به البيع، وهو قول مالك والشافعي، وأصحاب الرأي لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث، مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفيع أسبق، وجنبته أقوى، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه، ولا يتمتع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات، رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، بل لهم إبطال العتق، فالوقف أولى، وقال القاضي: المنصوص عن أحمد، في رواية علي بن سعيد، وبكر بن محمد، إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة ... وقال ابن أبي موسى: من اشترى داراً، فجعلها مسجداً، فقد استهلكها، ولا شفعة فيها، ولأن في الشفعة هاهنا إضرار بالموهوب له، والموقوف عليه، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر والضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه، فلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب رد المعوض إلى غير المالك، وسلبه عن المالك، فإذا قلنا بسقوط الشفعة، فلا كلام، وإن قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده، ويفسخ عقده، ويدفع الثمن إلى المشتري. وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له، لأنه يأخذ ملكه، ولنا أن الشفيع يبطل الهبة، ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول، ولو لم يكن وهب، كان الثمن له، كذلك بعد الهبة المفسوخة ...⁽²⁾.

(1) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، المرجع السابق، ص 271.

(2) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 193.

2- الشفعة لولي القاصر والمحجور عليه:

إن الشفعة هي من باب تنمية المال، وتنمية المال هو من باب الأفعال النافعة نفعا محضاً، كما أن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك، ولذلك فإن الشفعة حق للصغير ونحوه من المحجور عليهم⁽¹⁾.

فإن طلب شفعة الصغير يقوم به أبوه أو وصيه، فإن لم يكونا فالأم وإلا فالولي، والقاضي ولي من لا ولي له، ويجب على ولي الصغير أي الصبي القاصر، أن يراعي ما فيه مصلحة الصغير في الأخذ بالشفعة، مثل كون ثمن المبيع رخيصاً أو بئس المثل، وأن يكون للصغير مال لشراء العقار المشفوع فيه، فإذا أخذ الولي بالشفعة فلا يملك الصغير نقضها بعد البلوغ باتفاق المذاهب الأربعة⁽²⁾.

وإذا لم يطلب الولي حق شفعة الصغير فلا تبقى له صلاحية طلب الشفعة بعد البلوغ، لأن من ملك الأخذ بها، ملك العفو عنها كالمالك، وهذا رأي الحنفية⁽³⁾.

إلا أن بعض الفقهاء يرى أن لا شفعة للصبي، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ، لما فيه من الإضرار بالمشتري، وليس للولي الأخذ بالشفعة لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ، ورد على هذا الرأي:

- "... ولنا عموم الأحاديث ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال، فيثبت في حق الصبي، كخيار الرد بالعيب، وقولهم لا يمكن الأخذ بالشفعة غير صحيح، فإن الولي يأخذ بها كما يرد المعيب، وقولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها، وبالرد بالعيب، فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد، ولأن في الأخذ بالشفعة تحصيلاً للملك لصالح الصبي ونظراً له، وفي العفو تضييع وتفريط في حقه، ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ، ملك ما فيه تضييع، ولأن العفو إسقاط لحقه، والأخذ استيفاء له..."⁽⁴⁾.

ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه -أي الصغير والمحجور عليه-، ملك إسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وإنما يأخذ الولي بالشفعة انتظاراً بلوغ الصبي، كما ينتظر

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 31.

(2) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ص 271.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4928.

(4) موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامة المغني، المرجع السابق، ص 195.

قدوم الغائب⁽¹⁾، وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغيبة، وإذا ثبت هذا فإن ظاهر قول الخرقى، أن للصغير إذا كبر الأخذ بالشفعة، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف، وسواء أكان الحظ في الأخذ بها أم في تركها، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور، أن للصبي الأخذ بالشفعة إذا بلغ فاختر ولم يفرق، وهذا قول الأوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن، وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه، لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن، فلم يسقط بترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها، وقبل: إن تركها الولي لحظ الصبي، أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت، وهذا ظاهر مذهب الشافعي، لأن الولي فعل ما له فعله، فلم يجز للصبي نقضه، كالرد بالعيب، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي فصَحَّ كالأخذ مع الحظ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقط، وهذا رأي المالكية⁽²⁾.

وقال الحنفية، تسقط بعفو الولي عنها في الحالين، لأن من ملك الأخذ بها، ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحبه في هذا، لأنه أسقط حقا للمولى عليه، لا حظ له في إسقاطه فلم يصحّ، ولا يصح كالإبراء وإسقاط خيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك، لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي⁽³⁾، وأما الولي فإن كان للصبي حظ في الأخذ بالشفعة، مثل أن يكون الشراء رخيصة، أو بثمان المثل، وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة، لأن عليه الاحتياط له، والأخذ بما فيه الحظ، فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي، ولم يملك نقضه بعد البلوغ، في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي.

وقال الأوزاعي ليس للولي الأخذ بها، لأنه لا يملك العفو عنها، فلا يملك الأخذ بها كالأجنبي، وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر، ولا يصح هذا لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال، فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فإن ترك الأخذ بالشفعة مع الحظ فيها فللصبي الأخذ بها إذا كبر، ولا يلزم لذلك غرم، لأنه لم يفوت شيئاً من ماله، وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه، فأشبه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ في شرائه، وإن كان الحظ في تركها، مثل أن يكون المشتري قد غبن، أو كان الأخذ

(1) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 486.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 32.

بها يحتاج إلى أن يستعرض ويرهن مال الصبي، فليس له الأخذ، لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه، فإن أخذ فهل يصح؟ في ذلك روايتان:

إحدهما: لا يصح، ويكون باقيا على ملك المشتري، لأنه اشترى له مالا يملك شراءه فلم يصح، كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل، أو اشترى معيبا يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع، لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح، فأشبه ما لو تزوج بغير إذنه فإنه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما كذا هنا وهذا مذهب الشافعي¹.

ثانيهما: يصح الأخذ للصبي، لأنه يشتري له ما يندفع به الضرر عنه فصح، كما لو اشترى معيبا لا يعلم عيبه، والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له الحظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه، والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه، ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع⁽²⁾.

وإذا باع وصي الأيتام لأحدهم نصيبا في شركة آخر، كان له الأخذ للآخر بالشفعة لأنه كالشراء له، وإن كان الوصي شريكا لمن باع عليه لم يكن له الأخذ بالشفعة، لأنه متهم في بيعه، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة إذا كان له الحظ فيها، لأن التهمة منتفية، فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافق، ولأن الثمن حاصل له من المشتري، كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم، فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشق صبه إذا رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه، فالوصي الأخذ بالشفعة حينئذ لعدم التهمة، فقال الإمام الشافعي رحمه الله: "أنه إذا كانت الشفعة لليتيم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول له الشفعة، فإن كان له وصي أخذها بالشفعة، وإن لم يكن له وصي، كان على شفيعته إذا أدرك، فإن لم يطلب الوصي الشفعة بعد علمه، فليس لليتيم شفعة إذا أدرك".

(1) أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، 1977، ص 77.
(2) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، المرجع السابق، ص 468.

وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "وإذا بيع الشقص من الدار ولليتيم فيه شفعة، أو للغلام في حجر أبيه، فلولي اليتيم والأب أن يأخذ الذي يليان بالشفعة إذا كانت غبطة، فإن لم يفعلوا، فإذا بلغا أن يلبيا أموالهما كان لهما الأخذ بالشفعة، فإذا علما بعد البلوغ فتركا الترك الذي لو أحدث البيع في تلك الحال فتركاه انقطعت شفعتهما ولا شفعة إلا فيما لم يقسم"⁽¹⁾.

وإن كان مكان الوصي أب، فباع شقص الصبي، فله أن يأخذه بالشفعة، لأن له أن يشتري من نفسه مال والده لعدم التهمة، وإن بيع شقص في شركة حمل، لم يكن لوليه أن يأخذه بالشفعة، لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصي، وإذا ولد الحمل ثم كبر، فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر، وإذا عفا ولي الصبي عن شفعتي التي له فيها حظ، ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب، لأنها لم تسقط بإسقاطه، ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر، ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها، لأن ذلك يؤدى إلى الصبي إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخير حينه، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم، فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها، والأمر على ما كان، لم يملك ذلك، كما لم يملكه ابتداء، وإن صار فيها حظ أو كان معسرا عند البيع فأيسر بعد ذلك، انبنى ذلك على سقوطها بذلك، فإن قلنا لا تسقط وللصبي الأخذ بها إذا كبر، فحكمها حكم ما فيه الحظ، وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال، لأنها قد سقطت على الإطلاق⁽²⁾، فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعتي.

والحكم في المجنون المطبق، كالحكم في الصبي سواء، لأنه محجور عليه لحظه، وكذلك السفیه، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه، وحكمه حكم الغائب، والمجنون ينتظر إفاقته⁽³⁾.

وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة، والعفو عنها، وليس لغرمائه الأخذ بها، لأن الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها، ولا إجباره على الأخذ بها، لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات، ليس لهم إجباره على العفو، لأنه إسقاط حق فلا يجبر عليه، وسواء أكان له حظ في الأخذ بها أم لم يكن، لأنه يأخذ في ذمته، وليس محجورا عليه في ذمته، لكن لهم

(1) محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 08.

(2) موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 197-198.

(3) موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 197.

منعه من دفع ماله في ثمنها، لتعلق حقوقهم بماله، فأشبهه ما لو اشترى في ذمته شقصا غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به، سواء أخذه برضاهم أم بغيره، لأنه مال له فأشبهه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الأخذ والترك، وليس لسيده الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده، وأما المأذون له بالتجارة من العبيد فله الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء، وإن عفا عنها لم ينفذ عفو، لأن الملك لسيده، ولم يأذن له في إبطال حقوقه، وإن أسقطها السيد سقطت، ولم يكن للعبد الأخذ، لأن للسيد الحجر عليه، ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط بإسقاطه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حكم تعدد الشفعاء

باستقراء كتب الفقه الإسلامي، نخلص منها في هذا الحكم، أنه إذا تعدد الشفعاء، وأصبح كل واحد منهم يطلب الشفعة، فإن مرتبة كل واحد منهم هي التي تحدد مركزه، وذلك كما سيأتي بيانه في النقاط الآتية.

أولاً: الشفعاء من مراتب مختلفة

إذا كان أحد الشفعاء شريكا في المبيع، والآخر شريكا في حق من حقوق الارتفاق الخاصة، والآخر جارا ملاصقا، فيقدم الشريك في البيع أولاً، ثم الشريك في حق الارتفاق ثم الجار، والمشارك في حائط الدار يكون في حكم المشارك في الدار نفسها، وأما صاحب الأخشاب الممتدة على حائط جاره فيعد جارا ملاصقا لا شريكا له، وكل صاحب الطابق الأعلى والأسفل، فهو جار ملاصق، وصاحب حق الشرب مقدم على صاحب حق الطريق، فإذا باع صاحب حق الشرب أو الطريق الخاص أرضه فقط دون حق الارتفاق فليس للشركاء في الارتفاق شفعة، وإذا اجتمع صنفان من الشركاء يقدم الأخص على الأعم، فالمشتري في شرب من جدول من الشرب أولى من المشترك في الشرب.

ثانياً: الشفعاء من مرتبة واحدة

إذا كان الشفعاء من مرتبة واحدة كالشركاء في المبيع، قسم العقار المشفوع فيه بين طالبي الشفعة جميعا بالتساوي، بحسب عدد الرؤوس لا بمقدار الملك أو السهام، لاستوائهم في سبب استحقاق الشفعة، وهو الاتصال بالشركة أو الجوار، أي لأنهم متساوون في أصل

(1) موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 197.

الملك، وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية، بأن يقسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء، على قدر حصصهم أو أنصبتهم، في الملك لا على الرؤوس، لأن الشفعة حق ناشئ بسبب الملك، فكان على قدر الملك، فيأخذ كل واحد من الشركاء الشفعاء بقدر ما يملكه في العقار محل الشفعة.

فلو كانت الأرض بين ثلاثة أشخاص، لواحد نصفها، ولآخر ثلثها وثلث سدسها، فباع الأول حصته أخذ الثاني سهمين والثالث سهمًا واحدًا، لأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر، والضرر داخل على كل واحد من الشركاء بحسب نسبة ما يملكه لا بحسب التساوي، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على تلك النسبة من الحصص.

وقال فقهاء المالكية في تزاحم الشركاء بأنه يقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة على غيره، ومعنى الأخص هو الأقوى والأزيد في القرب، وهو المشارك في السهم أي الفرض، فلو مات مالك عقار عن جدتين وزوجتين وأختين، فباعت إحداهن نصيبها، فالشفعة لمن شاركتها في السهم دون بقية الورثة، حتى ولو كان المشارك في السهم أختًا لأب مع أخت شقيقة، أو بنت ابن مع بنت، فإذا باعت الأخت الشقيقة أو البنت نصيبها، فلأخت لأب أو لبنت الابن الأخذ بالشفعة دون العاصب.

ويدخل الأخص أي الأقوى في القرب من ذوي السهام (الفروض) على الأعم، وهو غير المشارك في السهم، أي غير ذوي الفروض، وهو غير قوي في القرابة كالعاصب وغيره، فإذا مات شخص عن بنت فأكثر، وعن أخوين أو عمين، فباع أحد الأخوين، فإن البنات يدخلن في الشفعة، ولا يختص الحق بالأخ أو العم الذي لم يبع.

وإذا مات شخص عن ثلاث بنات، ثم ماتت إحداهن عن بنتين، فباعت إحداهن أخوات الميتة حصتها، فبنات الميتة يدخلن على خالاتهن، إذ الطبقة السفلى أخص، لأنهن أقرب إلى الميت الثاني والعليا أعم، ويدخل الوارث ذو الفرض أو العاصب على الموصي لهم بعقار باع أحدهم حصته، فلا يختص بالشفعة بقية الموصي لهم، بل يدخل معه الوارث، وأما الموصي لهم فلا يدخلون مع الوارث إذا باع أحد الورثة لأن الأهم لا يدخل مع الأخص.

ومما تقدم يتضح بأن مراتب الشفعاء خمس وهي: المشارك في السهم، وذو الفرض، فالعاصب، فالموصي له، فالأجنبي، كما أنه يقدم الوارث مطلقًا، سواء أكان ذا فرض أم

أم عاصبا على الأجنبي الذي يقدم إن أسقطك الوارث حقه.

ثالثا: حكم غيبة بعض الشفعاء

وإذا كان بعض الشفعاء حين البيع وطلب الشفعة غائبا، وطلب الحاضر فيقضي له بالشفعة، لأن الحاضر ثابت بيقين، والغائب مشكوك في طلبه الشفعة، فلا يؤخر الحاضر، لأن المشكوك فيه لا يزاحم المتيقن، لاحتمال عدم طلب الغائب فلا يؤخر بالشك، ثم إذا جاء الغائب، وطلب الشفعة وكان في مرتبة واحدة مع الحاضر، قاسم الحاضر فيما أخذ، أي تعاد قسمة العقار، أما إذا لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر الذي أخذ بالشفعة -ولا يتصور ذلك إلا عند الأحناف- كالشريك والجار، فإن كان الغائب أعلى من الحاضر كالشريك مع الجار، قضي له بكل العقار المشفوع فيه، وإن كان أدنى منه -كالجار مع الشريك- منع من الشفعة.

ويتفق جميع الفقهاء في ثبوت حق الشفعة للغائب، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة فيما لم يقسم"، ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة للغائب فيثبت له كالإرث، ولأن الغائب شريك لم يعلم بالبيع، فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع، ويندفع ضرر المشتري المشفوع عليه بدفع القيمة له⁽¹⁾.

رابعا: حكم إسقاط بعض الشفعاء حقه في الشفعة

إذا أسقط بعض الشفعاء حقه في الشفعة، يجب التفريق بين حالتين عند الأحناف وهما:

الحالة الأولى: إذا كان إسقاط الحق في الشفعة من بعض الشفعاء قبل أن يقضي لهم بها، فلمن بقي متمسكا أخذ كل المشفوع فيه لزوال المزاحمة.

الحالة الثانية: أما إذا أسقط بعض الشفعاء حقه بعد القضاء بالشفعة، فليس لمن بقي أخذ نصيب التارك، لأنه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر، وذلك على رأي المذهب الحنفي.

وأما المالكية والشافعية والحنابلة، فإنهم يرون أنه إذا أسقط أحد الشفعاء حقه في الشفعة، بأن تنازل أو عفا سقط حقه كسائر الحقوق المالية،

⁽¹⁾ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 1903.

وتخيّر الآخرين أن يأخذ جميع العقار المشفوع فيه أو أن يتركه كله⁽¹⁾، وليس له أن يأخذ حقه أو الاقتصار على حصته فقط، لأن الشفيع الواحد إذا أسقط بعض حقه سقط كله كالقصاص لئلا تتبعض الصفقة على المشتري، وفي ذلك يقول ابن المنذر رحمه الله: "أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم هذا، أن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر".

الفرع الثالث: المشفوع منه

والمشفوع منه في قواعد الفقه الإسلامي، هو كل شخص تملك حصة أحد الشركاء على الشيوع في المنقول أو العقار، نتيجة تصرف بعوض، سواء كان هذا الشخص من الغير أو كان من أحد الشركاء، أو هو الشخص الذي تستعمل الشفعة ضده ليأخذ الشفيع من يده النصيب الذي ملكه، أي، الشخص الذي انتقل إليه نصيب الشريك القديم وحلّ محله فيه، وبعبارة أخرى: "هو من تملك بعوض حصة شائعة في عقار بصفة لازمة واختيارية"⁽²⁾.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد صفة المشفوع منه في تيارين بارزين، أحدهما يرى أن المشفوع منه لا يمكن أن يكون إلا شخصا أجنبيا عن الشركاء، والثاني يذهب إلى أنه كل شخص انتقلت إليه حصة من الملك على الشياع.

أولاً: المشفوع منه أجنبي

يذهب بعض الحنفية إلى أن المشفوع منه شخص غير شريك على الشياع الذي بيعت منه الحصة المشفوعة، وأجنبي عن الشركاء، وليس واحدا منهم، ويستدل هذا الاتجاه يكون حق الشفعة مشروعا لدفع الضرر المحتمل الذي قد يلحق بالشركاء بدخول شريك أجنبي عنهم جديد وغير معروف.

والملاحظ أن أساس هذا الاتجاه مؤسس على مجرد التخمين، ولا يستقيم، إذ لا يتصور حصول الضرر إذا كان المالك الجديد للحصة أحد الشركاء.

(1) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 479.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 160.

ثانيا: المشفوع منه شريك وغير شريك

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن المشفوع منه هو كل من انتقلت إليه حصة الملك المشاع يعوض سواء كان شريكا أو غير شريك، وحجتهم⁽¹⁾:

1- عموم الأخبار المنسوبة إلى الرسول الأمين القاضية بالشفعة لكل شريك دون اعتبار لشخص، أو صفة المشفوع منه، بحيث لا يهم أن يكون من الشركاء القدامى أو أجنبيا عنهم.

2- استحقاق الشركاء كلهم حق الشفعة بسبب الشركة عندما يقع انتقال حصة من الملك المشترك بعوض إلى مالك جديد، وهم متساوون في هذا الحق، وليس هناك ما يمنع أحدهم من استعمال حقه في الشفعة، ولا ما يستلزم استثنائه بالحصة التي يحق للجميع شفعتها. والواقع أن المذاهب الفقهية قد تمسكت كلها برأي الجمهور، فثبتت للشركاء الحق في شفعة الحصة المنتقلة من الملك على الشياح إلى مالك جديد أيا ما أو من كان، من هؤلاء الشركاء أو أجنبيا عنهم، طبيعيا أو اعتباريا.

وهذا بيان كل ما يتعلق بنطاق الأشخاص، وأهمهم، وحكم تعددهم في الشريعة الإسلامية، وفي المطلب الموالي، ندرس نفس النقاط ولكن على ضوء القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: أشخاص الشفعة في القانون المدني

إن نطاق الأشخاص في القانون المدني على العموم لا يختلف عن ما شمله الفكر الشرعي، إلا فيما اختص كل شخص من أحكام في جوهره، وعلى نفس المنوال الذي قدمناه في المطلب الأول، نقدم في المطلب الثاني كل من الشفعاء في القانون المدني، وحكم تعددهم، في الفرعين الأول و الثاني، ثم في الفرع الثالث نبين أحكام شخص المشفوع منه في نفس القانون.

الفرع الأول: الشفيع

تنص المادة 795 من القانون المدني على ما يلي:

"يثبت حق الشفعة:

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 162.

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

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

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

فالغرض الذي قصده القانون من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوعة، وقد بينهم القانون بمراتبهم، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل، أن يأخذوا الصفة لأنفسهم، فيحلوا محل المشتري على الرغم منه ومن البائع، ولذا لا يمكن لغير الشفعاء الذين عينهم القانون أن يستفيدوا من الشفعة، لا مباشرة ولا بطريق التحايل، وقد استهدى المشرع في تحديد الأشخاص الذين يثبت لهم الحق في الأخذ بالشفعة باعتبارين.

أولهما: جمع شتات الملكية بعد تفرقها، ويتأسس عليه ثبوت صفة الشفيع لمالك الرقبة، إذا بيع حق الانتفاع، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة، وذلك كله جمعا لما تفرق من حق الملكية.

وثانيهما: إبعاد الأجنبي عن الدخول بين الشركاء في الملكية الشائعة، والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك، ولهذا ثبتت صفة الشفيع للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقد المشاع إلى أجنبي.

ونظرا لأن المادة 795 من القانون المدني، قد عدت الشفعاء مرتبين بشكل يتفاضلون به عند تراحمهم، فإننا نعرض في ثلاث نقاط، للشفعاء على الترتيب الذي وردوا فيه في النص.

أولا: مالك الرقبة

تثبت صفة الشفيع لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، طبقا لفقرة الأولى من المادة 795 من القانون المدني، وهذه الحالة وإن كانت نادرة الحصول في الواقع العملي، إلا أنه يمكن أن نتصور تحققها في صور مختلفة⁽¹⁾:

الصورة الأولى: إذا كان هناك عقار مملوك لشخص ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر، فإذا باع المنتفع حقه كله أو بعضه إلى شخص آخر غير مالك الرقبة، فإن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 528-529.

لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة، أن يشفع في الانتفاع المبيع، ففي هذه الحالة لا تكون الشفعة سببا لكسب الملكية، بل تكون سببا لكسب حق الانتفاع، فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة، جمع عناصر ملكيته، وأصبح كما كان مالكا للعقار ملكية تامة، وهذا هو الغرض الذي من أجله أعطي مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع، وفي هذه الحالة لا يوجد شفيع آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة.

الصورة الثانية: ومن صور الشفعة في حق الانتفاع، أن يكون للعقار مالكان على الشيوع بالتساوي، وقد رتبنا معا، على هذا العقار حق انتفاع لصالح شخص آخر، فيصبحان مالكين في الشيوع لرقبة العقار، فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه، يستطيع مالكا الرقبة، أن يأخذا معا بالشفعة، حق الانتفاع المبيع، كما يستطيع أحد مالكي الرقبة أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع، باعتباره النصف الملابس لنصف الرقبة الذي يملكه، فيصبح مالكا لنصف حق الانتفاع، مضافا إليه ما يملكه من نصف الرقبة، وبذا يتملك نصف العقار ملكية تامة على الشيوع، بينما يبقى النصف الآخر من العقار، يملكه اثنان، أحدهما مالكا للرقبة، والآخر صاحب حق الانتفاع، وهو المشتري لهذا الحق، غير أنه في حالة ما إذا تمسك المشتري لحق الانتفاع بعدم تفرق الصفقة، حيث أنه قد اشترى كل حق الانتفاع، ولم يخلص له إلا نصفه، فهنا يتحتم على مالك نصف الرقبة الذي أخذ نصف حق الانتفاع، إما أن يأخذ بالشفعة، كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا، فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة، ومالكا للنصف الآخر من حق الانتفاع، وإن لم يأخذ مالك نصف الرقبة بالشفعة أصلا، فإن الصفقة لا تتفرق على المشتري لحق الانتفاع، فيتملكه كله، بينما يبقى للرقبة مالكان على الشيوع.

غير أن هناك رأيا آخر في الفقه، يرى أنه لا يجوز لأحد مالكي الرقبة أن يشفع وحده في نصف حق الانتفاع المناسب لنصف الرقبة الذي يملكه،

وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة كما أنه لا يستطيع في نفس الوقت أن يشفع وحده في كل حق الانتفاع لأنه لا يملك الشفعة في النصف الآخر، غير أنه يجوز لمالكي الرقبة معاً، أن يأخذا بالشفعة كل حق الانتفاع، لأن المنفعة في هذه الحالة لا تتجزأ، كما أن كل جزء من حق الانتفاع مشفوع فيه⁽¹⁾.

الصورة الثالثة: ومن صور الشفعة أيضاً في حق الانتفاع، أن يكون للعقار مالكان على الشيوع بالتساوي وقد رتبا على هذا العقار حق انتفاع لصالح شخصين في الشيوع بالتساوي، فإذا باع أحد صاحبي حق الانتفاع دون الآخر، النصف الشائع الذي له، يستطيع أحد مالكي الرقبة أن يأخذ بالشفعة هذا النصف وحده، كما يستطيع مالكا الرقبة أن يأخذا بالشفعة هذا النصف معاً، وإذا باع صاحبا حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد، يستطيع مالكا الرقبة أن يأخذا بالشفعة حق الانتفاع معاً، كما يستطيع أحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع المناسب لحقه في الرقبة، إلا في حالة ما إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فهنا يتحتم على مالك نصف الرقبة، إما أن يأخذ بالشفعة كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً، ونحن نفضل ذلك، هذا وقد أشرنا آنفاً أن هناك رأياً آخر مفاده، أنه لا يجوز لواحد من مالكي الرقبة أن يشفع وحده في نصف حق الانتفاع المناسب لنصف ما يملكه من الرقبة، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة، كما أنه لا يستطيع أن يشفع وحده في كل حق الانتفاع لأنه لا يملك الشفعة في النصف الآخر، غير أنه يجوز لمالكي الرقبة معاً أن يأخذ بالشفعة كل حق الانتفاع، لأن المنفعة في هذه الحالة لا تتجزأ، كما أن كل جزء من حق الانتفاع مشفوع فيه.

إذن، فالملاحظ من نص المادة 795 -الفقرة الأولى- من القانون المدني، على أن مالك الرقبة لا يجوز له الأخذ بالشفعة، إلا في حالة بيع حق الانتفاع من صاحبه، ولكن القاعدة العامة في الشفعة، كما تقدم، هي أنها لا تكون إلا في العقارات المادية، فلا تكون في العقارات غير المادية، أي في حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات، وعلى ذلك يكون

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ص 411-412.

تحويل مالك الرقبة للأخذ بالشفعة، في حالة بيع حق الانتفاع استثناء من القاعدة العامة، وقد جاء النص بهذا الاستثناء لحكمة توخاها المشرع وهي جمع شتات الملكية، ليتمكن مالك الرقبة من التخلص من حق المنفعة التي تكون للغير على عقاره، فيتملك العقار ملكية تامة.

ثانياً: الشريك في الشيوخ

وتثبت صفة الشفيع للشريك في الشيوخ، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، وفقاً للفقرة الثانية، من المادة 795 من القانون المدني، التي جعلت من الشريك في الشيوخ شفيعاً في المرتبة الثانية، ووفقاً لهذا النص فالشفعة لا تكون إلا إذا كان العقار شائعاً، ولا تجوز إلا إذا باع الشريك حصته الشائعة، كما أن الشفعة مرتين ثبوتها بوقوع هذا البيع لأجنبي، وهي الأجزاء التي نبينها بالتفصيل في ما يأتي:

1- ثبوت الشفعة في العقار المشاع:

إن العقار المشاع، هو العقار الذي يملكه عدد من الشركاء على الشيوخ، دون أن تفرز حصة كل واحد منهم، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا العقار، وتجاوز الشفعة فيه، بسبب الشركة في الشيوخ، أما إذا قسم العقار إلى أجزاء مفرزة، بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز فيه، لا تجوز فيه الشفعة، بسبب الشركة في الشيوخ، فإذا باع أحد الشركاء جزءه المفرز لا يستطيع الشركاء الآخرون أن يأخذوا فيه بالشفعة، باعتبارهم شركاء في الشيوخ، لأنهم بعد القسمة لم يعودوا شركاء في الشيوخ، بل أصبحوا جيراناً، ولا شفعة للجار في القانون المدني.

إن سبب قيام وضع من الشيوخ في عقار، يفترض وجود عدد من أصحاب الحق في العقار المشاع، ولكل واحد منهم حصته فيه رمزية أو حسابية، وليس جزءاً محدداً، فإذا باع أحد الشركاء في الشيوخ حصته إلى أجنبي، ثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا البيع.

ولا يقوم وضع الشيوخ، إلا إذا كان حق الشريك في العقار الشائع ثابتاً وقت بيع جزء منه، فإذا كان هذا الحق ناشئاً عن تصرف قانوني، لم يكن مسجلاً عند البيع فلا يكون شريكاً بعد، وبالتالي لا تجوز له الشفعة فيه، ولذلك إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار الشائع،

فلا تجوز الشفعة فيها لمن اشترى حصة أخرى فيه من شريك آخر، إذا كان عقده غير مسجل وقت بيع الحصة المشفوع فيها.

ولا يعد شريكا في الشيوع، من اشترى من أحد الشركاء جزءا مفرزا من العقار الشائع⁽¹⁾، فلا تجوز له الشفعة إذا باع أحد الشركاء من بعد حصته الشائعة في العقار، لأن هذا البيع وإن كان صحيحا بين أطرافه لصدوره من مالك، إلا أنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، فلا يصبح المشتري به شريكا لهم في العقار الشائع، وقد أثار نص لمشرع على ثبوت الشفعة بهذا السبب للشريك في الشيوع، خلافا حول تحديد المقصود بالشريك، فذهب رأي إلى أنه منحصر في الشريك المالك، أي الشريك في حق الملكية، بحيث لا يثبت للشريك في حق الانتفاع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا الحق، وذلك على أساس أنه لا يجوز التوسع في تفسير نصوص الشفعة، وأن المشرع قصر حق المنتفع في الشفعة على حالة بيع ملك الرقبة⁽²⁾، ولكن نص المشرع مطلق بحيث لا يجوز تقييده دون نص مخالف.

إن اصطلاح العقار المشاع الذي يستخدمه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني لإثبات الشفعة للشريك، ينبغي تفسيره في ضوء التحديد الذي أورده المشرع للمال العقاري، الذي يشمل كل حق عيني على عقار، وفقا للمادة 684 من القانون المدني، سواء أكان حق ملكية أم حقا عينيا آخر، وذلك فضلا عن توافر الحكمة في شفعة الشريك في الانتفاع، توافرها في شفعة الشريك في الملك، ولذلك استقر رأي جمهور شراح القانون المدني في ثبوت الشفعة للشريك في الانتفاع، بوصفه شريكا في الشيوع، وبذلك تثبت الشفعة لأي شريك في عقار شائع، أيا كانت الشركة فيه، شركة في الملكية الكاملة، أو في حق الانتفاع، أو في ملك الرقبة، مع ملاحظة أنه لا تتحقق شفعة الشريك في الانتفاع إذا بيعت حصة شائعة فيه لأجنبي، إلا إذا أحجم مالك الرقبة عن طلب أخذها بالشفعة، إذ لو طلبها مزاحما في ذلك الشريك في الانتفاع، لكان مالك الرقبة مفضلا عليه، لأنه أعلى منه مرتبة عند تزام الشركاء⁽³⁾.

(1) قرار مؤرخ في 2000/05/31، ملف رقم 194 838، المجلة القضائية، عدد خاص بالغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص 240.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 547.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 530.

فالمقصود بالشركة في الشيوع، الشركة في ذات العقار المبيع جزء منه، ولذلك لا تجوز الشفعة لمن كان مجرد شريك في جدار أو فناء أو مجرى سقي مشترك أو في آلة ري مشتركة، وليس شريكا في العقار الذي وقع البيع على جزء منه، وينطبق نفس الحكم على الدار المقسمة إلى شقق أو طبقات، مملوك كل منها ملكية مستقلة، إذا بيعت شقة أو طبقة منها، فلا يجوز لمالك شقة أو طبقة أخرى من الدار الشفعة في الشقة أو الطبقة المبيعة، استنادا إلى شركته في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار، إذ هو ليس شريكا في ملكية الشقة أو الطبقة المبيعة، ومع ذلك يرى بعض الفقهاء ثبوت الشفعة لمالك كل شقة أو طبقة من الدار، إذا بيعت شقة أو طبقة أخرى، ولو لم تكن ملاصقة، على أساس الشيوع في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار، بما فيها الأرض، وأن البيع الوارد على الشقة أو الطبقة يشمل كذلك بيع حصة مالكها في هذه الأجزاء، ولكن هذا الرأي يتجاهل المبدأ المسلم به، من أن مجرد الاشتراك في ملكية التوابع أو الملحقات، لا يخول الشفعة في بيع الشيء الأصلي، ويبرر بعض المؤيدين لهذا الرأي، استبعاد أعمال المبدأ المذكور في هذه الحالة بأن الأرض المقامة عليها الدار هي الأصل، لا التابع⁽¹⁾.

غير أن القول بأن الأرض لا تزال هي الأصل في هذه الحالة، طبقا للوضع المتعارف عليه عادة، لا يتفق مع الأحكام التي أوردها المشرع، واعتبر فيها الأجزاء المشتركة من الدار بما فيها الأرض، تابعة للشقق أو الطبقات، ومن هذه الأحكام أن ملاك الشقق أو الطبقات، يعدون شركاء في ملكية الأرض، وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وأن الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك شقة أو طبقة، أن يتصرف في نصيبه في الأجزاء المشتركة، تصرفا مستقلا عن تصرفه في شقته أو طبقته، وبذلك يؤكد المشرع تبعية الأجزاء المشتركة من الدار، كل ذلك في إطار أحكام المواد 743 / 744 / 745 / 746 / 747 و 749 من القانون المدني، وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها بحيث أنه لا يجوز لأحد أن يغير وجهة الأجزاء المشتركة وتحويلها عن الغرض الذي أنشئت من أجله، دون موافقة شريكه في الملكية المشتركة، وفقا للمادة 748 من القانون المدني وما بعدها.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 532.

2- ثبوت الشفعة في حالة بيع حصة شائعة:

تثبت الشفعة للشريك المشتاع، في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة، ولكن يثور الخلاف عند بيع أحد الشركاء لجزء مفرز من المال الشائع، فهل تجوز الشفعة في هذا البيع؟ فقد وقع اختلاف بين فقهاء القانون المدني حول هذه المسألة، وكان منشأ الخلاف هو انقسام الآراء في حكم تصرف الشريك المشتاع لحصة مفرزة من المال الشائع قبل حدوث القسمة. فذهب رأي إلى بطلان البيع، لأنه ليس للشريك في الملك حق الشفعة في حالة بيع شريك آخر جزءا معيناً من العقار المشترك، لأن البيع في هذه الحالة يكون باطلاً، وبطلانه يضع الأشياء في الحالة السابقة التي كانت عليها.

وذهب رأي آخر إلى عدم بطلان هذا البيع، واعتباره بيعاً موقوف على نتيجة القسمة، لأن للشريك على الشيوع حق الشفعة ولو وقع البيع على التحديد، فالشفعة جائزة مادام الشيوع قائماً، ويكون نفاذها معلقاً كالبيع نفسه على نتيجة القسمة.

أما في ظل القانون المدني الجزائري فنلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 714 تنص على أن: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي ل إلى المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

وبناء على هذا النص يذهب بعض شراح القانون المدني إلى أن بيع الشريك المشتاع لحصة مفرزة من المال الشائع، ولو أنه يقع صحيحاً فيما بين المتعاقدين، في حالة ما إذا كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المفرز إنما يملك في الشيوع، إلا أن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء، فلا يصبح المشتري مالكا على الشيوع معهم، وبناء على ذلك لا يجوز للشريك في الشيوع، أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع قام ببيعه شريك آخر، ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه.

ويجب تفسير عبارة: "إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي"، الواردة في المادة 795 -الفقرة الثانية- من القانون المدني بأن لفظ الجزء مقصود به حصة شائعة، فيكون المقصود من عبارة "بيع جزء من العقار المشاع" بيع حصة شائعة في هذا العقار.

3- ثبوت الشفعة عند بيع الحصة الشائعة لأجنبي عن الشركاء:

ويتفق هذا الحكم مع علة إثبات شفعة الشريك، وهي رفع الضرر من مشاركة الأجنبي، أخذاً في الاعتبار، أن تضرر الشركاء من بيع أحدهم حصته الشائعة، إنما يتحقق في حالة البيع لأجنبي، إذ يدخل عليهم في الشيوع غريب عنهم ليأخذ بالشفعة نصف الرقبة والملابس للنصف الذي يملكه في حق الانتفاع، فيصبح مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة، ويبقى النصف الآخر من العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة إلا في حالة ما إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، حيث أنه قد اشترى كل الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها، ففي هذه الحالة يتحتم على صاحب نصف حق الانتفاع الذي أخذ نصف الرقبة بالشفعة، إما أن يأخذ النصف الآخر من الرقبة حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري لكل الرقبة، أو أن يترك الشفعة في نصف الرقبة الذي أراد أن يأخذه بالشفعة، فإذا أخذ بالشفعة كل الرقبة، صاحب حق الانتفاع يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة، ومالكا للرقبة في النصف الآخر، وإن ترك الشفعة صاحب نصف حق الانتفاع، خلص للمشتري الرقبة كاملة الرقبة التي سبق أن اشتراها، وهنا لا تتفرق عليه الصفقة، وبقي صاحباً حق الانتفاع مالكين على الشيوع في حق المنفعة بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة.

وهناك من الفقهاء⁽¹⁾، من يرى أنه إذا كان حق الانتفاع يملكه عدة أشخاص وبيعت كل الرقبة، لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة واحد من أصحاب حق الانتفاع في الجزء من الرقبة الذي يقابل حق منفعته، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة، كما لا يستطيع أيضاً أن يشفع وحده في الرقبة كلها، لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها، إنما يجوز لكل أصحاب الانتفاع

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ص 411-412.

مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في كل الرقبة لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ، كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه.

ومن صور الشفعة أيضا، أنه قد يمتلك العقار بالتساوي، مالكان على الشيوع، ويرتبان معا حق الانتفاع بمصلحة شخصين بالتساوي في الشيوع، يجوز في هذه الحالة لمالكي حق الانتفاع أن يأخذا بالشفعة معا، النصف الشائع من الرقبة إذا باعه أحد مالكيه في الرقبة، ذلك لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة في حالة ما إذا لم يطلب الشريك الآخر في الشيوع، شراءه، بحيث يتقدم الشريك في الشيوع في الرقبة في المرتبة على الشريك في الشيوع في حق الانتفاع، كذلك يستطيع أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة المبيع، أحد مالكي حق الانتفاع وحده، إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، كما يجوز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذا معا بالشفعة، كل حق الرقبة إذا باعها مالكاها، ويستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع كذلك، أن يأخذ نصف الرقبة لرفع هذا الضرر، باستبعاد المشتري الأجنبي، وأخذ الحصة المبيعة منه، كما يتفق مع سياسة المشرع في التضييق من أسباب الشفعة⁽¹⁾.

ثالثا: صاحب حق الانتفاع

نقضي المادة 795 -الفقرة الثالثة- من القانون المدني، بأن تثبت صفة الشفيع، لصاحب حق الانتفاع الذي يشفع في الرقبة، فإذا كان هناك عقار يملكه شخص ملكية تامة، وقد رتب عليه مالكة حق انتفاع لشخص آخر، فإن مالك العقار يصبح مالكا للرقبة فقط، وتكون المنفعة لصاحب حق الانتفاع.

فإذا باع الرقبة مالكاها لصاحب حق الانتفاع، كان لهذا الأخير أن يشفع في الرقبة المبيعة، فيصبح صاحب حق الانتفاع مالكا للعقار ملكية تامة، فيلزم بذلك شتات الملكية، وهذا هو الغرض الذي أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة في الرقبة.

ومن صور الشفعة في الرقبة، أن يمتلك العقار بالتساوي مالكان، ويرتبان معا حق الانتفاع لمصلحة شخص واحد، فيصبحان مالكين لرقبة العقار في الشيوع، فإذا باع أحدهما نصف الرقبة التي يملكها، كان لهذا النصف شفيعان، مالك النص الآخر للرقبة وصاحب حق الانتفاع، فإذا لم يأخذ مالك النص الآخر للرقبة بالشفعة، وهو في المرتبة الثانية من

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 551.

الشفعاء، جاز لصاحب حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة، وهو في المرتبة الثالثة بين الشفعاء، فإذا أخذ هذا الأخير بالشفعة النصف المبيع من الرقبة، لمّ بذلك شتات ملكية العقار في نصفه، حيث يصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف، ويبقى في النصف الثاني من العقار صاحب حق انتفاع.

فإذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذي يملكه، فإن صاحب حق الانتفاع يأخذ بالشفعة النصف المبيع من الرقبة، باعتباره شريكا في الشيوع في الرقبة، كما يأخذه باعتباره صاحب حق انتفاع يشفع بالرقبة، وفي الحالين يملك العقار ملكية تامة، ولمّ بذلك شتات الملكية.

ومن صور الشفعة في الرقبة أيضا، أن يملك العقار شخص ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين في الشيوع بالتساوي، فإذا باع هذه الرقبة مالكا، يستطيع صاحبا حق الانتفاع أن يشفعا معا بالتساوي في الرقبة فيتملكان العقار بالتساوي ملكية تامة، كذلك يستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع أن يأخذ المناسب لحقه في الانتفاع بالشفعة، ولكن يستطيع المشتري أن يعترض بعدم تفرق الصفقة، عندها يستوجب على الشفيع إما أن يأخذ كل الرقبة أو يترك الأخذ بالشفعة أصلا.

وهناك رأي آخر، تقدم ذكره، أنه لا يجوز لأحد من صاحبي حق الانتفاع، أن يشفع وحده في النصف الشائع من الرقبة المناسب لنصف ما يملكه من حق الانتفاع، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة، كما أنه لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يشفع وحده في كل الرقبة، لأنه لا يملك الشفعة في النصف الآخر، وإنما يجوز لصاحبي حق الانتفاع معا، يأخذا بالشفعة كل الرقبة، لأن الرقبة في هذه الحالة لا تتجزأ، كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعدد الشفعاء وتزاحمهم

تنص المادة 796 من القانون المدني على أن:

"إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

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

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 540.

- وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفعياً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

فإذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بضا في طلب الأخذ بالشفعة، فهنا تجب البحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على النحو الذي وضحته المادة 796 من القانون المدني أعلاه، والتي أوردت حالات ثلاث لتزاحم الشفعاء وهي على التوالي:

أولاً: تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة

إذا كان الشفعاء من طبقات أو مراتب مختلفة، وتزاحموا فيما بينهم في طلب الشفعة، فيكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني على النحو التالي:

- **ففي الطبقة الأولى** مالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، فإذا كان هناك عقار، قد رتب عليه مالكة حق انتفاع لمصلحة ثلاثة أشخاص في الشيوع، وباع أحد من أصحاب حق الانتفاع حصته كان الشفعاء في هذه الحصة هم مالك الرقبة، ثم صاحب حق الانتفاع الآخرين باعتبارهما شريكان في الشيوع في حق الانتفاع، فإذا تقدم جميع الشفعاء للأخذ بالشفعة، استقل مالك الرقبة وحده في الأخذ بالشفعة، حيث يفضل على الشفعاء الآخرين باعتباره في الطبقة الأولى من الشفعاء، ثم يليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع باعتباره في الطبقة الثانية من الشفعاء.

- **وفي الطبقة الثانية** الشريك في الشيوع، والمقصود بالشريك في الشيوع هنا، هو الشريك في الشيوع في رقبة العقار، أو في حق انتفاع في عقار، فإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوع، وقد رتباً عليه حق انتفاع لشخص آخر، فإذا باع أحد الشريكين حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي، كان هناك شفعان، الشريك المشتاع الآخر في الرقبة، وصاحب حق الانتفاع، ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة، والشريك المشتاع الآخر في الرقبة في الطبقة الثانية، باعتباره شريك في الشيوع، لذلك يفضل هذا الأخير على صاحب حق الانتفاع، وبالتالي يأخذ وحده بالشفعة.

-وفي الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع، عندما يشفع في الرقبة فإذا كان هناك عقار يملكه شخص وقد رتب عليه مالكة حق انتفاع لمصلحة شخص آخر، بحيث يصبح مالكا للرقبة وحدها، فلو باع الرقبة مالكةا إلى أجنبي، فإن صاحب حق الانتفاع يفضل عليه، وبالتالي يأخذ وحده بالشفعة.

ثانيا: تعدد الشفعاء من طبقة واحدة

ويتصور هذا التزام عندما يتعدد الشفعاء الذين يملكون حق الرقبة عندما يباع حق الانتفاع، أو في حالة وجود شركاء في الشيوع، عندما يباع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي، أو في حالة وجود شركاء في حق الانتفاع عندما تباع الرقبة⁽¹⁾، ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني أعلاه، وعلى ضوء ذلك نوضح كيفية التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة فيما يلي:

1- **تزام ملاك الرقبة:** ويتصور عندما يتعدد الأشخاص، الذين يريدون أن يشفعوا في حق الانتفاع، وهم كلهم من طبقة واحدة، فالقاعدة في هذا الصدد هي أن يستحق كل منهم الشفعة، على قدر نصيبه، فإذا كانوا ثلاثة، لأحدهم نصف الرقبة في الشيوع، وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، اقتسموا حق الانتفاع الذي تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم، بنسبة نصيب كل واحد منهم في ملكية الرقبة، وعلى ذلك يأخذ الأول بالشفعة نصف حق الانتفاع، ويأخذ الثاني ثلثه، ويأخذ الثالث سدسه.

ولكن إذا تعدد ملاك الرقبة وبيع حق الانتفاع، ولم يتقدم لطلب الأخذ بالشفعة إلا واحد منهم فقط، فهل يشفع هذا المالك في جزء من حق الانتفاع المبيع على قدر حصته في ملكية الرقبة؟ أم أنه يجب عليه أن يشفع في كامل حق الانتفاع المبيع؟ فإذا قلنا وجوب الشفعة - لمالك الرقبة - عند تعدد الملاك وإحجام بعضهم عن طلب الشفعة - في كل حق الانتفاع، لكان معنى ذلك أن شفيعته قد زادت على حصته في الرقبة زيادة لا سند لها، وإذا قلنا بقصر حق مالك الرقبة في أن يشفع في الجزء المناسب لحقه في الرقبة، لأدى ذلك إلى تجزئة الصفقة على المشتري، خلافا لمبدأ عدم تجزئة الشفعة.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 382.

أما لو رجعنا إلى نص الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني لوجدنا أن نية المشرع قد اتجهت إلى أن مالك الرقبة لا يشفع في حق الانتفاع المبيع، إلا بالقدر المناسب لحقه فقط، ومعنى ذلك أن المشرع قد خرج على مبدأ عدم تجزئة الشفعة، بما يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري، لذلك استقر الفقه على طرح هذه النية إعمالاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة، ولذلك إذا كان طلب الشفعة في جزء من حق الانتفاع يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري على خلاف ما كان ينبغي، كان لهذا المشتري لزام الشفع، إما أن يأخذ الكل أو يدع، لأن مبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر هنا لمصلحة المشتري⁽¹⁾.

2- تزامم الشركاء في الشيوع: سواء كانوا مالكين للعقار كاملاً، أم كانوا شركاء في الرقبة، أم كانوا شركاء في حق الانتفاع، فإن استحقاق كل واحد منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

فإذا تعدد الشركاء في العقار، وطالبوا جميعاً بالشفعة فيما بيع منه، قسم المبيع قسمة تناسبية، بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض، فإذا كان العقار مملوكاً لثلاثة أشخاص على الشيوع، للأول النصف، وللثاني الربع، وللثالث الثلث، وإن صاحب النصف قام ببيعه إلى أجنبي، فلكل واحد من الشريكين أن يأخذ بالشفعة في الجزء المبيع على قدر حصته في الملك، وإذا تنازل أحد الشريكين عن حقه في الشفعة، جاز للشريك الآخر أن يأخذ النصف المبيع بكامله بالشفعة، فإذا تعدد طالبوا الشفعة، وتنازل أحدهم لآخر عن حقه، فلا يستأثر المتنازل له بهذا النصف، بل يرجع إلى كافة الشركاء، ليأخذوا كل بقدر نصيبه، وذلك لأن المتنازل لم يملك شيئاً، حتى يصح عنه⁽²⁾.

3- تزامم أصحاب حق الانتفاع: فإذا تعدد أصحاب حق الانتفاع، فلا إشكال في الأمر إذا تقدموا جميعاً لطلب الأخذ بالشفعة فيما بيع من الرقبة، حيث يسري عليهم نص الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني، فيأخذ كل منتفع من الرقبة المبيعة على قدر نصيبه، فإذا كان شخصان مثلاً، يملكان حق الانتفاع على الشيوع، لأحدهما الثلثان، وللآخر الثلث، وبقيت الرقبة، فإن صاحبي حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة، بنسبة نصيب كل منهما في حق الانتفاع،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 582.

(2) المرجع نفسه، ص 583.

فيصبح الأول مالكا للعقار في الشيوع ملكية تامة، بمقدار الثلثين، ويصبح الآخر مالكا للعقار في الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلث.

ولكن يطرح الإشكال حول الحكم إذا تقدم واحد فقط من أصحاب حق الانتفاع بطلب الشفعة دون الباقيين، فهل يقبل طلبه؟ فالمنتفع لا يجب أن يحرم من طلب الشفعة، إذا لم يتقدم باقي أصحاب حق الانتفاع لطلبها، غاية ما في الأمر أن يكون من حق المشتري أن يجبر الشفيع على التحمل بالصفقة بكاملها حتى لا تتفرق عليه، ولا يجوز للشفيع أن يقصر طلبه على ما يعادل نصيبه في ملكية الرقبة حتى لا يضار المشتري من تفريق الصفقة عليه، ويجبر بالتالي على مشاركة شخص قد لا يرغب في مشاركته.

ثالثا: تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم:

يستفاد من نص المادة 796 من القانون المدني السابقة، أن المشتري الذي توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت شراء العقار، فهنا يتزاحم الشفعاء مع المشتري باعتباره شفيعا مثلهم⁽¹⁾، ويختلف الحكم بحسب ما إذا كان المشتري يزاحمه شفعاء من طبقتهم أو يزاحمه شفعاء ليسوا من طبقتهم، وبذلك تكون لدينا حالتان للمشتري، ندرسهما في نقطتين، تعالج في الجزء الأول من هذا الفرع حالة المشتري عندما يكون من طبقة الشفعاء، وفي الجزء الثاني عندما يكون المشتري ليس من طبقة الشفعاء.

الحالة الأولى: المشتري من طبقة الشفعاء

إذا زاحم المشتري شفعاء من نفس طبقتهم، فقد كان تطبيق الفقرة الأولى من المادة 796 من القانون المدني أن يكون استحقاق أي واحد للشفعة كل منهم بقدر نصيبه، غير أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة، وقضى في الفقرة الثانية من المادة 796، بأن المشتري يفضل على الشفعاء من طبقتهم، وعلى ذلك، إذا كان هناك عقار يملكه ثلاثة على الشيوع ورتبوا عليه حق انتفاع فأصبحوا ملاكا للرقبة فقط، واشترى واحد منهم حق الانتفاع، لا يجوز للشريكين الآخرين في الرقبة أن يأخذا بالشفعة من الشريك المشتري، ويشاركانه في حق الانتفاع، ذلك لأن المشتري شفيع من الطبقة الأولى، وهي نفس الطبقة التي ينتمي إليها الشريكين الآخرين.

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 571.

وإذا كان هناك عقار يملكه أربعة على الشيوع، وباع أحدهم حصته الشائعة لشريك آخر، فإنه لا يجوز للشريكين الآخرين أن يأخذا بالشفعة من الشريك الذي تقدم لشراء الحصة الشائعة المبيعة ذلك لأن الشريك المشتري، شافع من الطبقة الثانية وهي ذات الطبقة التي ينتمي إليها الشريكين الآخرين.

وإذا كان هناك عقار يملكه شخص ملكية تامة، وقد رتب عليه ماله حق انتفاع لمصلحة ثلاثة أشخاص على الشيوع، فأصبح مالكا للرقبة، ثم باعها مالكا لأحد من أصحاب حق الانتفاع، فإنه لا يجوز لصاحبه حق الانتفاع الآخرين أن يأخذا الرقبة بالشفعة ويشاركانه فيها، لأن المشتري صاحب حق الانتفاع شافع من الطبقة الثالثة، وهي ذات الطبقة التي ينتمي إليها صاحب حق الانتفاع الآخرين.

الحالة الثانية: المشتري ليس من طبقة الشفعاء

إذا كان الشفعاء من درجات مختلفة، وتوافرت في المشتري أسباب الأخذ بالشفعة، كون أمام حالتين:

الحالة الأولى: المشتري أعلى طبقة من الشفعاء

إذا زاحم المشتري شفعاء أدنى طبقة منه، فمن المسلم به أن يفضل عليهم، ذلك أن المشتري الذي توافرت له وقت شرائه شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، يفضل على الشفعاء الذين هم أدنى طبقة منه، ولا يستطيع أحدهم أن يشفع في العقار الذي اشتراه، فإذا اشترى مالك الرقبة حصة أحد الشريكين، في حق الانتفاع، وتقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع، لا يستطيع هذا الأخير، أن يأخذها بالشفعة منه، لأن المشتري باعتباره مالكا للرقبة في الطبقة الأولى، فإنه يفضل على صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع في الطبقة الثانية بين الشفعاء.

الحالة الثانية: المشتري أدنى طبقة من الشفعاء

فإذا زاحم المشتري شفعاء أعلى طبقة منه، فمن البديهي كذلك ألا يكون لواقعة شراء العقار المشفوع فيه أثر على حقوق هؤلاء الشفعاء، بحيث يفضل الشافع على المشتري لأنه أعلى منه طبقة، ويجوز له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري، ولا يكون للمشتري

حق الاعتراض على ذلك، لأن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري، كما لا يكون للبائع أن يؤثر المشتري على الشفيع، وعلى ذلك إذا رتب مالك العقار بحق انتفاع على عقاره لشريكين في الشيوع، فأصبح يملك الرقبة فقط دون حق الانتفاع، ثم باع أحد الشريكين في حق الانتفاع حصته الشائعة في هذا الحق للشريك الآخر، يستطيع مالك الرقبة أن يأخذ بالشفعة هذه الحصة الشائعة من المشتري، ولا يستطيع المشتري الشريك في حق الانتفاع أن يعترض على الشفيع بحجة أنه، هو أيضا شريك في الشيوع، ذلك لأن الشفيع مالك الرقبة أعلى طبقة من المشتري الشريك في الشيوع باعتبار أن الأول في الطبقة الأولى، في حين أن الثاني في الطبقة الثانية.

الفرع الثالث: المشفوع منه

إن مصطلح المشفوع منه في ضوء القانون غير دقيق، وله أكثر من معنى⁽¹⁾، ويشترط في المشتري المشفوع منه في القانون المدني الجزائري، أن لا يكون من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم، ولا تتوافر فيه الشروط التي تجعله شفيعا من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة أو من طبقته:

أولا: أن لا يكون من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم⁽²⁾

فقد نصت المادة 798 -الفقرة الثانية- من القانون المدني على أن:

" لا شفعة ... وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ...".

فإذا كان المشتري واحد من هؤلاء الأقارب المذكورين في المادة، فإن الشفعة لا تجوز ضده، والحكمة في هذا المنع أن البيع الذي يقع لواحد من هؤلاء تراعي فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشتري، وغالبا ما تكون هذه الاعتبارات هي التي دفعت إلى التصرف على نحو معين لهذا الشخص دون غيره من الأشخاص، الأمر الذي لا يجوز معه أن تباح الشفعة لشخص آخر لا تتوفر بالنسبة إليه هذه الاعتبارات، ولهذا فإن الشفعة لا تجوز في مثل ذلك

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 160.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ص 637-638.

البيع ولو كان طالب الشفعة أقرب إلى البائع من المشتري، وعليه فإن الشفعة لا تجوز في البيع الذي يقع بين الأقارب في الحدود الآتية:

1- البيع بين الأصول والفروع، حيث لا تجوز الشفعة في هذا البيع، أيا كانت درجة القرابة بين البائع والمشتري كما لو باع الأب لابنه، أو باع الجد لحفيده، ويستوي أن يكون البائع هو الأصل أو يكون هو الفرع.

2- البيع بين الزوجين، فلا تجوز فيه الشفعة مادام أنه يقع أثناء قيام الزوجية، أما البيع السابق على قيام الزوجية أو اللاحق لها فتجوز فيه الشفعة.

3- البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، والمقصود بهؤلاء هم الأقارب الذين تجمع بينهم قرابة الحواشي، لا القرابة المباشرة، فهم غير الأصول والفروع، لأن هؤلاء ذكرهم النص دون قيد من حيث درجة القرابة، فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأقارب الحواشي لغاية الدرجة الرابعة.

وتحسب درجة الحواشي طبقا لما تقضي به المادة 34 من القانون المدني، بأن تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة، كالبيع الذي يصدر للأخ أو للأخت، والبيع الذي يصدر لابن الأخ أو لابن الأخت، أو للعم أو للعممة أو للخال أو للخالة، والبيع الذي يصدر لابن العم أو لابن العممة أو لابن الخال أو ابن الخالة، حيث يعتبر البيع الأول بين أقارب في الدرجة الثانية، ويعتبر البيع الثاني بين أقارب في الدرجة الثالثة، ويعتبر البيع الثالث بين أقارب في الدرجة الرابعة، أما إذا زادت درجة القرابة عن ذلك فإن الشفعة تجوز.

4- البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، والأصهار هم أقارب أحد الزوجين بالنسبة إلى الزوج الآخر، فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، وتحسب درجة القرابة بينهم طبقا لما تنص به المادة 35 من القانون المدني، بأن يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر، كالبيع الذي يصدر لأب الزوج أو الزوجة، أو لأم الزوج أو الزوجة أو لزوج البنت أو لزوجة الابن، والبيع الذي يصدر لأخ الزوج أو الزوجة، أو لأخت الزوج أو الزوجة، حيث يعتبر البيع الأول بين

أصهار في الدرجة الأولى، ويعتبر البيع الثاني بين أصهار في الدرجة الثانية، أما إذا زادت الدرجة عن ذلك، كما لو صدر البيع من أحد الزوجين لعم الزوج الآخر أو لابن أخيه فإن الشفعة تجوز.

ثانياً: عدم توافره على الشروط التي تجعله شفيحاً

سواء من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة أو من طبقته، فإذا توافرت هذه الشروط في المشتري، فلا تجوز الشفعة، لأنه يفضل حينئذ على الشفعاء الذين يزاحمونهم طبقاً لما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 706 من القانون المدني.

وهكذا نكون قد فصلنا أحكام الأشخاص من شفعاء ومشفوع منه في القانون المدني الجزائري، لنقدم في المطلب الأخير من هذا المبحث نطاق الأشخاص في بعض التشريعات الخاصة الجزائرية، وبالأخص سنقدم بالبحث والتحليل ماهية الأشخاص المعنوية التي تمارس الشفعة باسم الدولة.

المطلب الثالث: أشخاص الشفعة في التشريعات الخاصة

نظراً للدور الاقتصادي الأساسي للعقار، الذي يجسد العمود الفقري في كل تنمية بشرية، اقتصادية وعمرانية، وبسبب ما تعرفه المعاملات العقارية من منافسات ومضاربات ومناورات وهروب من أداء الضرائب والرسوم، فقد أصدر المشرع العديد من القوانين والمراسيم التي تخول الدولة عن طريق مؤسساتها العامة ممارسة الشفعة صراحة، باسمها، أي، أخذ الشيء المتصرف فيه بالأفضلية والأسبقية أو الأولوية، تعرف خلال هذا المطلب عن هذه المؤسسات بحسب طبيعة ومجالات ممارسة الشفعة، ففي العقار ذي الطابع الفلاحي، نجد المؤسسة المكلفة لممارسة الشفعة هي ما يعرف "بالديوان الوطني للأراضي الفلاحية"، وفي العقار ذي الطابع الحضري نجد "الوكالة الوطنية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، وفي العقار السياحي والمواقع السياحية تمارس الدولة الشفعة عن طريق الوكالة الوطنية للتنمية السياحية، وتمارس الخزينة العمومية ممثلة بمدير الضرائب الشفعة على المعاملات غير المصرح بقيمتها الحقيقية، وفيما يلي بيان تلك المؤسسات.

الفرع الأول: الديوان الوطني للأراضي الفلاحية

يعتبر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي (87-96) المؤرخ في 1996/02/24 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري، أنشئ بموجب المرسوم المذكور، ويتولى باعتباره أداة تابعة للدولة، بالتصرف لحسابها، تنفيذاً للسياسة العقارية الفلاحية المقصودة، ويكلف بهذه الصفة بجميع المهام التي لها علاقة بهدفه.

وتزوّد الدولة، الديوان الوطني للأراضي الفلاحية عن طريق التخصيص بالوسائل البشرية والمادية الضرورية لنشاطاته، وذلك بغية تحقيق أهدافه، والقيام بمهامه.

وتتص المادة الأولى من المرسوم المذكور على أن:

"عملاً بالقانون رقم (25-90) المؤرخ في 1990/11/18، تحدث مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تحت اسم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتدعى في صلب النص "الديوان".

ويخضع الديوان للقواعد الإدارية المطبقة على الإدارة في علاقاته مع الدولة، ويعدّ تاجراً في علاقاته مع الغير".

فالطبيعة القانونية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، فهو الأداة الأساسية لتنفيذ السياسة الوطنية العقارية الفلاحية، يوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة، ويكون مقره في مدينة الجزائر، ونبين في الجزء الأول تنظيمه الإداري، وفي الجزء الثاني تنظيمه المالي، ونوضح أدوار ومهامه في الجزء الثالث من هذا الفرع.

أولاً: التنظيم الإداري للديوان الوطني للأراضي الفلاحية

ويدير الديوان مجلس إداري، ويسيره مدير عام، الذي يقترح بمداولة مجلس الإدارة، ويثبت بموافقة الوزير الوصي عليه، حيث يكلف هذا المجلس بدراسة كل تدبير مرتبط بتنظيم الديوان وعمله لاسيما:

- تنظيم الديوان وسيره العام ونظامه الداخلي.

- برنامج عمل الديوان السنوي أو المتعدد السنوات وحصيلة نشاطاته.
 - برنامج استثمارات الديوان السنوي والمتعدد السنوات وقروضه المختلفة.
 - الشروط العامة لإبرام الاتفاقيات والصفقات والمعاملات الأخرى التي تلزم الديوان.
 - مدى ملائمة حيازة الديوان أراضي فلاحية وشروط ذلك.
 - جداول تقرير إيرادات الديوان ونفقاته.
 - نظام الديوان المحاسبي والمالي والقانون الأساسي لمستخدميه، وشروط دفع مرتباتهم.
 - قبول الهبات والوصايا التي تقدم للديوان وتخصيصها⁽¹⁾.
- وتعرض مداوالات مجلس الإدارة على السلطة الوصية لتوافق عليها خلال خمسة عشر يوما، من تاريخ المصادقة عليها، ويتكون مجلس إدارة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية من:

- ممثل الوزير المكلف بالفلاحة رئيسا.
 - ممثل وزير العدل.
 - ممثل الوزير المكلف بالأموال الوطنية.
 - ممثل الوزير المكلف بالجماعات المحلية.
 - ممثل الوزير المكلف بالمالية.
 - ممثل الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية.
 - ممثلين عن الغرفة الوطنية للفلاحة.
 - ممثلين عن المنظمات النقابية الأكثر تمثيلا.
- ويعينون بقرار من الوزير المكلف بالفلاحة، بناء على اقتراح السلطة التي ينتمون إليها لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.
- ويعتبر المدير العام للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المعين بمرسوم تنفيذي بناء على اقتراح الوزير المكلف بالفلاحة بهذه الصفة:

(1) انظر المادة 12 من المرسوم (87-96) المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

- مسؤولا عن السير العام للديوان في ظل احترام صلاحيات مجلس الإدارة.
- ممثلا للديوان في كل أعمال الحياة المدنية، وأمام القضاء.
- تمارس السلطة السلمية على مستخدمي الديوان.
- يعد التقارير الواجب عرضها على مجلس الإدارة ليتداول بشأنها ثم يعرضها على السلطة الوصية لتوافق عليها.
- يعد الميزانية التقديرية للديوان، وينفذها.
- يبرم جميع الصفقات والعقود والاتفاقات.
- ينفذ نتائج مداولات مجلس الإدارة ويحضر اجتماعاته⁽¹⁾.

ثانيا: التنظيم المالي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية

يزود الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، برأسمال أولي يشترك في تحديد مبلغه الوزير الوصي، والوزير المكلف بالمالية، ويقوم الديوان كل سنة بإعداد ميزانية للسنة المالية وتتضمن:

- الحصائل وحصائل الحسابات، والنتائج المحاسبية التقديرية مع التزامات الديوان إزاء الدولة.
- برنامج مادي ومالي للاستثمار.
- مخطط التمويل.

وتبدأ السنة المالية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية في الفاتح يناير (جانفي)، وتنتهي في 31 ديسمبر من كل سنة، وتمسك المحاسبية حسب الشكل التجاري، ووفقا للمخطط الوطني للمحاسبة، ويقوم محافظ الحسابات بمسك المحررات المحاسبية وتداول الأموال، وتشمل ميزانية الديوان على بابين:

- الباب الأول للإيرادات، وفيه:

✓ إعانات الدولة المرتبطة بتبعات الخدمة العمومية.

✓ ممتلكات الديوان وأمواله.

⁽¹⁾ أنظر المادة 18 من المرسوم (87-96) المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

✓ الأموال التي يقترضها الديوان طبقا للتنظيم المعمول به.

✓ الهبات والوصايا المقبولة.

- الباب الثاني للنفقات، وفيه:

✓ نفقات التسيير.

✓ نفقات التجهيز.

✓ وكل النفقات الأخرى الضرورية لإنجاز مهامه⁽¹⁾.

ويعد المدير العام جداول الديوان التقديرية السنوية، ويرسلها إلى مجلس الإدارة ليتداول بشأنها، ثم تعرض على السلطة الوصية وعلى كل سلطة أخرى ينص عليها نظام الديوان المعمول به، وتعرض الحصيلة السنوية وملاحقها مرفقة بتقرير المدير العام للديوان على هيئات الموافقة والرقابة حسب ما جاء في المرسوم التنفيذي (87-96) المنشئ للديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

ثالثا: مهام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية

إن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية يمارس مهام الخدمة العمومية، طبقا لدفتر شروط تبعات الخدمة العمومية، ففي إطار نشاطاته الخاصة، يمكن للديوان أن يقتني أي مستثمرة أو أرض فلاحية أو ذات طابع فلاح، تسند تهيئتها، أو تثمينها أو استصلاحها عن طريق التعاقد، في حين يكون ملزما بالتنازل في إطار ممارسة مهامه عن الأراضي الفلاحية التي استعادها وهيئها وثمرتها لحساب الدولة⁽²⁾.

أما في إطار تنفيذ السياسة الوطنية العقارية الفلاحية، يجب أن تساهم النشاطات المحددة في دفتر الشروط في الاستعمال الأمثل للأموال العقارية الفلاحية الوطنية، والحفاظ عليها⁽³⁾. ويكلف الديوان في إطار مهامه، على الخصوص كما يأتي⁽⁴⁾:

- يضع الأراضي المصرح بأنها غير مستغلة، قيد الاستغلال أو الإيجار أو البيع.

- تمارس حق الشفعة لامتلاك الأراضي الموضوعة للبيع.

(1) أنظر المادة 22 من المرسوم (87-96) المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

(2) أنظر المادة 03 من المرسوم نفسه .

(3) أنظر، المادة نفسها.

(4) أنظر المادة 02 من ملحق المرسوم (87-96) المتضمن دفتر شروط تبعات الخدمة العمومية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

- يحوز بموجب المادة 56 من القانون (25-90) المؤرخ في 18-11-1990، الأراضي التي كانت موضوع معاملات جرت خرقا للمادة 55 من القانون (90-25) المذكور.

- يطوّر بموجب المادة 58 من القانون (25-90) الوسائل التقنية والمالية التي تشجع تحديث المستثمرات الفلاحية بواسطة المبادلات الودية، وعمليات إعادة ضم قطع الأراضي إلى بعضها مهما تكن الفئة القانونية التي تتبعها.

- يعد بطاقة المستثمرات الفلاحية، ويضبطها باستمرار.

- ينشئ بنك المعطيات الذي يعنى بالعقار الفلاحي، ويسيره ويقوم بتطويره.

هذا ويجب على الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتحقيقا للأهداف المسندة إليه القيام بما يأتي:

- أن يعدّ برنامج عمل ويفرضه على وزير الفلاحة ليوافق عليه في بداية كل سنة فلاحية⁽¹⁾.

- يقوم بالعمليات اللازمة لتحقيق أهدافه على أساس برنامج يوافق عليه الوزير الوصي، ويجب أن يزود وزير الفلاحة دوريا بالمعلومات المتعلقة بحالة تنفيذ البرنامج المقرر والموافق عليه.

- يرسل الديوان إلى الوزير الوصي قبل 30 أبريل من كل سنة مالية تقريرا عن المبالغ المالية التي يجب أن ترفع له لتغطية أعباء تبعات المرفق العام، بموجب دفتر الشروط، هذا ويقرر الوزير المكلف بالمالية مخصصات الاعتماد بموافقة الوزير الوصي، ويمكن أن تراجع هذه المخصصات خلال السنة إذا ما عدلت أحكام تنظيمية هذه التبعات⁽²⁾.

هذا وتساهم الدولة في تمويل كل الاستثمارات والمشاريع اللازمة لتطوير الديوان على أساس برنامج يندرج في إطار مخططات التنمية الوطنية، وهو ما يجعلنا بعد الدراسة التنظيمية والإدارية والوظيفية أن نبدي ملاحظة هامة، هي أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية يقوم بنشاط مرفقي خاضع لوصاية ودفتر شروط وله امتيازات السلطة العامة، وهو

(1) أنظر المادة 03 من ملحق المرسوم (87-96) المتضمن دفتر شروط تبعات الخدمة العمومية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

(2) أنظر المادة 04 من الملحق نفسه.

ما يجعله يتقارب أكثر من المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لكن حقيقة طبيعته القانونية، كما رأينا وفقا لمرسوم إنشائه هي أنه مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، كما نلاحظ أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هو صاحب الحق في ممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها على كل المعاملات العقارية، وفقا للمادة 52 من القانون (90-25)، ومن شأن ذلك الحكم بإبعاد الجماعات المحلية على السوق العقارية الفلاحية، أو على الأقل لا يخولها أية سلطة أو وسيلة خاصة للتدخل فيها، رغم أن قانون التوجيه العقاري المذكور، يؤكد على وجوب تمثيل الجماعات المحلية داخل الهيئة العمومية المكلفة، بتنظيم العقار الفلاحي - أي الديوان الوطني للأراضي الفلاحية - في مادته الثالثة وستون (63)، غير أن النص التنظيمي السابق تحليله وجدناه أنه قد أسقط حق تلك الجماعات في المشاركة داخل مجلس الإدارة، ويعدّ ذلك "تشديدا" على مركزية القرار، بالنسبة للسياسة الفلاحية بصفة عامة، والسياسة العقارية الممارسة على الأراضي الفلاحية، بصفة خاصة، وهو أمر غريب على التوجه الجديد في الميدانين الاجتماعي والاقتصادي، وزيادة على ذلك يفسّر تجاهل النص التنظيمي لدور الجماعات المحلية، وحقها في المشاركة في تسيير الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، على أنه خرق للقاعدة التشريعية المنصوص عليها في المادة 63 من قانون التوجيه العقاري (90-25).

هذا ويكلف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، زيادة على المهام المذكورة آنفا، ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم (09-339) المؤرخ في 2009/10/22 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم (96-87) المؤرخ في 1996/02/24 والمتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وهو كالاتي:

- دراسة طلبات الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، بالاتصال مع مصالح أملاك الدولة، وبالتفويض، وتنفيذ الإجراء المنصوص عليه لهذا الغرض.

- ضمان متابعة شروط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، الممنوحة للامتياز، ووضع أدوات تقييم استعمالها المستدام والأمثل من أصحاب الامتياز.

- السهر أن لا تؤدي أية صفقة تتعلق بالأراضي الفلاحية إلى تغيير وجهتها الفلاحية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية كونه مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وبالتالي يخضع في النزاع لقواعد اختصاص القضاء العادي، فهذه المؤسسة لم تنصّب إلا مؤخراً، ولم تمارس الدولة أصلاً الشفعة في العقار ذي الطابع الفلاحي، إلى غاية صدور التعليمات الوزارية المشتركة بين وزارة الفلاحة ووزارة المالية رقم 07 المؤرخة في 15 جويلية 2000، المتعلقة بالتنازل عن حق الانتفاع الدائم الممنوح للمستفيدين في إطار القانون (87-19) الذي يأتي على بيانه في حينه، ومن ثم فإن ممارسة حق الشفعة وفقها يعود إلى المدير الولائي لأمالك الدولة⁽¹⁾، باعتباره المؤهل قانوناً لتسيير الأملاك الوطنية الخاصة، وبذلك ألزمت هذه التعليمات الموثقين قبل تحرير عقد التنازل إبلاغ مدير أملاك الدولة للولاية لممارسة حق الشفعة، وذلك ما يجعل النزاع من اختصاص القضاء الإداري.

ومن جهة ثالثة، فإنه يقرّ أغلب الموثقين بأن موضوع المستثمرات الفلاحية بدوره شائك، ويخضع للتشريع والتنظيم المعمول به، لاسيما القانون رقم (87-19) المؤرخ في 1987/12/08، ولا نتناول منه إلا مشكلة واحدة مازالت مطروحة إلى يومنا هذا، وفي غالبية الولايات، ويتعلق الأمر، باستعمال حق الشفعة لفائدة الدولة، وهو أمر مقرر ومنظم قانوناً لاسيما بمقتضى تعليمات وزارية مشتركة، تحمل رقم (07) المذكورة آنفاً، المتضمنة كيفيات استعمال هذا الحق، إلا أنه في مجال التطبيق يصطدم الموثق بعدم إجابة الإدارة عن الإشعارات الموجهة إليها حول رغبتها في استعمال حق الشفعة من عدمه خلال مدة شهر واحد، وذلك عندما يتناول أحد الأعضاء في المستثمرة عن حصصه في المنشآت، وفي حق الانتفاع الدائم المحددة شروطها في القانون والتنظيم، ويتمثل الحرج في كون التنظيم المعمول

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 123.

به، يجبر الموثق على ذكر مراجع إجابة أملاك الدولة في العقد، وأن حق الدولة يسقط خلال شهر من ممارسة حق الشفعة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين

لقد خول المرسوم (90-405) للمجالس الشعبية البلدية، والمجالس الولائية وحدها، أو فيما بينها بالتعاون إنشاء مؤسسات تكلف بتسيير سنداتها العقارية، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 73 من قانون التوجيه العقاري، دون أن يحدد طبيعة المؤسسة، فيما إذا كانت مؤسسة عمومية أو طابع إداري، أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، كما كلفها بالعمل على استقرار السوق العقارية، ودورها الهام في تكوين المحفظة العقارية للبلدية بوسيلتي الاقتناء الرضائي، والاقتناء الإجمالي المتمثل أساساً في ممارستها للشفعة أو إجراء نزع الملكية، وفي هذا الفرع نحاول توضيح كل ذلك، بالوقوف على كيفية إنشاء الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين وتنظيمها الداخلي في الجزء الأول، أما في الجزء الثاني من الفرع نبين مهام هذه الوكالة سيما مهمة اقتناء الأراضي عن طريق ممارسة حق الشفعة.

أولاً: التنظيم الداخلي للوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضريين

يخضع إنشاء الوكالة لنص المادة 73 من قانون التوجيه العقاري (90-25) بقولها: "تسير المحافظة العقارية التابعة للجماعات المحلية في إطار أحكام المادة 71 السابقة، هيئات التسيير والتنظيم العقاريين المتميزة والمستقلة الموجودة أو التي ينبغي إنشاؤها. وكل تصرف تباشره الجماعة المحلية مباشرة، ولا يكون لفائدة شخصية عمومية يعد باطلاً وعديم الأثر".

وتطبيقاً للمادة 73 من القانون (90-25) السابقة، تكون المجالس الشعبية البلدية أو الولائية، ملزمة بإنشاء بصفة منفردة أو باشتراك فيما بينها، وكالات محلية من أجل تسيير وتنظيم العقار الحضري التابع لها، وفي حالة الوجود الفعلي لوكالة عقارية محلية، فيتم تحويل نظامها الأساسي لكي يكون مطابقاً للنصوص الجديدة، وهذا طبقاً للمادة 02 من

(1) الملخص الخاص باليوم الدراسي الأول بين موثقي وقضاة مجلس قضاء باتنة، بحضور الأطراف المتدخلة في المجال العقاري، حول "الإشكالات العقارية والسندات الخاضعة للإشهار العقاري"، الجزائر، باتنة، مجلس قضاء باتنة والغرفة الجهوية لموثقي الشرق، 10 ماي 2004، ص 23.

المرسوم التنفيذي رقم (405/90)⁽¹⁾، التي تنص: "يتعين على المجالس الشعبية الولائية، وحدها أو بالتعاون فيما بينها، إنشاء مؤسسة تكلف بتسيير السندات العقارية الحضرية للجماعات المحلية، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 73 من القانون رقم (90-25) المؤرخ في 1990/11/08. يمكن إنشاء فروع للوكالة على مستوى البلديات أو الدوائر داخل الولاية نفسها تدعى المؤسسة المسماة "الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين في صلب النص "الوكالة".

وبالتالي تنشأ هذه المؤسسات حسب الحالات من طرف:

- بلدية واحدة.
- بلديتان أو عدة بلديات من ولاية واحدة.
- وتتم عملية الإنشاء حسب الحالات التالية:
- إما بتحويل الوكالة العقارية المحلية المنشأة بموجب المرسوم (86-04) المؤرخ في 1986/01/07 إلى وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، وإخضاعها إلى أحكام المرسوم (90-405) المعدل والمتمم.
- وإما إنشاء وكالات تخضع لبلدية واحدة أو عدة بلديات إذا لم توجد وكالات في البلدية أو البلديات.
- وإما أخيراً أن تعقد اتفاقات مع وكالة أخرى تابعة لنفس الولاية وفقاً لدفتر شروط يحدد الحقوق والواجبات الواقعة على كل طرف -البلدية والوكالة-.
- وتنشأ الوكالة عن طريق تداول المجالس الشعبية البلدية المعنية التي تريد الاشتراك في وكالة واحدة، وتخضع عمليات تحويل الوكالة السابقة إلى نفس الإجراءات، وبناء على المداولة يتخذ قرار الإنشاء الذي يجب أن يحظى بالمصادقة حسب الحالات التالية⁽²⁾:
- بالنسبة للهيئة التي تنتمي إلى بلدية واحدة، أو تنتمي إلى بلديتين أو أكثر تابعة لولاية واحدة يجب أن تتم المصادقة بقرار من الوالي.

(1) والمعدلة بموجب المرسوم التنفيذي (408/03) المؤرخ في 2003/11/05.
(2) أنظر، التعليمات الوزارية الصادرة عن وزارة الداخلية رقم 06 المؤرخة في 1991/02/17.

- بالنسبة للهيئة التي تنشأ بين بلديتين أو عدة بلديات تنتمي إلى ولايتين أو عدة ولايات تكون المصادقة بقرار من وزير الداخلية.
- وهذه الحالة لا يمكن حصولها كون المادة 02 من المرسوم (90-405) المعدلة بالمرسوم (03-408) نصت في فقرتها الجديدة: "... يمكن إنشاء فروع للوكالة على مستوى البلديات أو الدوائر في داخل الولاية نفسها ...".
- ويتضمن التنظيم الداخلي لوكالة التسيير والتنظيم العقاري، طبقا لنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي (03-408) المؤرخ في 2003/11/05 المعدل والمتمم للمرسوم (90-405) من؛

1- مجلس الإدارة:

- يدير الوكالة مجلس إدارة يشمل أعضاء من مختلف المصالح، بالإضافة إلى ممثلي الجماعة المحلية المعنية، ويرأسه الوالي أو ممثله، والأعضاء هم:
- رئيس المجلس الشعبي الولائي أو ممثله.
- مسؤولو مصالح الدولة على مستوى الولاية المكلفون بالإدارة المحلية، وبالتنظيم والشؤون العامة وبالأملات الوطنية، وبالبيئة والتهيئة العمرانية، وبالسكن وال عمران وبالفلاحة والسياحة والتجارة.
- ممثل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمارات.
- رئيسا مجلسين شعبيين بلديتين ينتخبها نظراؤهما.
- ممثلان عن جمعيات يرمي هدفها إلى حماية إطار المعيشة والبيئة، ويعين هذان الممثلان بمبادرة من رئيس المجلس.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني بموضوع اجتماع مجلس الإدارة.
- ويمكن أن يستعين رئيس مجلس الإدارة عند الحاجة، بممثل أو ممثلين عن القطاعات الأخرى لحضور أشغال مجلس الإدارة.

ويقوم مجلس الإدارة بتنشيط عمل الوكالة وتوجيهه وتنسيقه ومراقبته⁽¹⁾، ويداول في البرامج وحصائل النتائج أو الشروط العامة لإبرام الاتفاقيات، وغيرها من العقود الملزمة للوكالة، كما ينظر في الجداول التقديرية للإيرادات والنفقات والحسابات السنوية، والنظام المالي الحسابي للوكالة، كما أنه يحدد القانون الأساسي للوكالة ودفع رواتب المستخدمين، ويداول بشأن قبول الهبات والوصايا وتخصيصها، وذلك عن طريق مداولات في اجتماع ثلثي أعضاء المجلس في دورة طارئة يطلب من مدير الوكالة، كما أن مداولات مجلس الإدارة تكون نافذة⁽²⁾، بالأغلبية البسيطة، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً، وتسجل هذه المداولات في محاضر خاصة، وتدون في سجل يفتح خصيصاً لهذا الغرض، ويوقع عليها رئيس مجلس الإدارة وكاتب الجلسة.

2- المديرية:

يسهر على المديرية، مدير يعين بموجب قرار من الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية بناء على اقتراح من الوالي، من بين الموظفين والأعوان المنتمين لأسلاك المتصرفين الإداريين أو المهندسين أو الأسلاك المماثلة والحائزين على شهادة التعليم العالي، والذين لهم أقدمية لا تقل عن خمس (05) سنوات في ميدان نشاط الوكالة⁽³⁾، والتي يمثلها في جميع أعمال الحياة المدنية، ويكلف بالخصوص على⁽⁴⁾:

- تنفيذ قرارات مجلس إدارة الوكالة.
 - التمثيل القانوني للوكالة، ويرافع عنها أمام القضاء.
 - ممارسة السلطة السلمية على جميع مستخدمي الوكالة.
 - إعداد وتنفيذ الميزانية التقديرية.
 - تحضير اجتماعات مجلس الإدارة.
- وتتشكل المديرية عموماً من المصالح التي تحتويها، وهي ثلاثة:

(1) أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي (90-405) المؤرخ في 1990/12/22 المحدد لقواعد إحداث وكالات التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

(2) أنظر المادة 10-15 من المرسوم نفسه.

(3) أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي (90-408) المعدل للمرسوم (90-405).

(4) أنظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي (90-405) السابق.

- مصلحة الإدارة والمالية؛ والتي تهتم على العموم بإدارة الوكالة، والتكفل بالشؤون المالية لها، وهي من أجل ذلك تتفرع إلى مصلحتين؛ واحدة خاصة بالإدارة، وأخرى بالمحاسبة والمالية.

- المصلحة التقنية؛ وهي مكلفة بالقيام بالدراسات الخاصة بالأموال العقارية التي تسيورها الوكالة، وذلك من أجل القيام بالتهيئة العقارية، وتزويدها بمختلف التجهيزات والمرافق الحياتية كالطرق والشبكات المختلفة، وكذا القيام بعمليات التجزئة ... إلخ.

- المصلحة القانونية؛ وتقوم هذه المصلحة بمتابعة العمليات العقارية، والتسيير العقاري، من شراء وبيع وإعداد العقود، كما تقوم بمسك الملفات الخاصة بالمنازعات الناشئة عن مختلف المعاملات العقارية.

إن فقد خول المرسوم (90-405) للمجالس الشعبية البلدية، والمجالس الولائية وحدها، أو بالتعاون فيما بينها إنشاء مؤسسات تكلف بتسيير سندات العقارية دون أن تحدد طبيعة المؤسسة، فيما إذا كانت مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

إلا أن القضاء قد فصل في هذه النقطة من خلال تفسير أحكام المرسوم التنفيذي (90-405) واعتبر أن الوكالة تعد بحكم هذا المرسوم مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار 998-130 المؤرخ في 1995/04/30 الذي جاء فيه:

"من المقرر قانونا بالمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم (90-405) المؤرخ في 1990/12/22 الخاص بتنظيم وتسيير الوكالات العقارية المحلية.

إن هذه الأخيرة هي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذ تمسك حساباتها على الشكل التجاري طبقاً للأمر (75-35)، وعليه فإن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع الذي تكون فيه مثل هذه المؤسسات طرفاً فيه، مما يستوجب إلغاء الأمر الاستعجالي موضوع الطعن الحالي، والتصريح برفض العريضة الأصلية".

وبالرجوع إلى نص المادة 24 من المرسوم (90-405) فإن الوكالة تمسك حساباتها على الشكل التجاري طبقاً للقواعد المقررة في مخطط المحاسبة الوطنية في الأمر (75-35) المؤرخ في 1975/04/29، وهذا ما يجعل الوكالة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، حسب المفهوم الوارد في المادة 44 من القانون (88-01) المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، التي تنص على أن:

"تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئياً أو كلياً عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري، ينجز طبقاً لتعريفه معدة مسبقاً ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عاتق الهيئة، والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها، وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين، فإنها تأخذ تسمية هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري".

وهذا ما يستفاد أيضاً من منطوق الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي (90-405) السالفة الذكر، التي تمكن الوكالة أن تبادر بعمليات حيازة العقارات أو الحقوق العقارية، لحسابها الخاص والتنازل عنها، وهذا في حد ذاته يعتبر في نظر القانون نشاطاً تجارياً، فالنظام المالي الذي تسير عليه الوكالة، فإنه ينبغي القول بشأنه أنها تتمتع بالاستقلال المالي، وبهذه الصفة فهي تتولى مصاريف الإنشاء والتسيير والصيانة، والتجهيز في ميزانياتها التي تشتمل على قسمين؛ قسم للتسيير، وقسم للتجهيز والاستثمار⁽¹⁾.

ثانياً: مهام الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين

وأهم ما أنشئت لأجله الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين هو تكوين المحفظة العقارية للبلدية، ومن أجل تكوين هذه المحفظة اللازمة لتلبية احتياجاتها من الأراضي القابلة للتعمير، تلجأ الجماعات المحلية إلى عدة طرق وأساليب قانونية، منها ما هو رضائي، ومنها ما هو إجباري، وذلك على النحو التالي، طبقاً للتعليمات الوزارية الصادرة عن وزارة الداخلية رقم 16 بتاريخ 1991/02/17؛

(1) أنظر المادة 04 من المرسوم (90-405) المذكور آنفاً.

- ممارسة الجماعات المحلية لصالحه، وعن طريق الوكالات المحلية لحق الشفعة على المعاملات العقارية من أجل تغطية احتياجاتها من العقارات المخصصة لتحقيق برامجها الاستثمارية.
- شراء الأراضي من السوق العقارية عن طريق نفس الوكالات.
- اقتناء الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة التي يمكن أن تتنازل عنها وديا لصالح الجماعة المحلية عن طريق الوكالة.
- اقتناء الأراضي عن طريق إجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف، وذلك بـ:

1- الاقتناء بالتراضي:

إضافة إلى الشراء من السوق العقارية، تقوم الوكالات باقتناء الأراضي من مصالح أملاك الدولة، وفي هذا الصدد تنص المادة 20 من قانون أملاك الدولة:

"إن الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة أو الولاية التي تتنازل عنها كل منها للبلدية أو آلت إليها أيلولة الملكية التامة".

ذلك أن العقارات التابعة للدولة يمكن أن تباع بالتراضي استنادا لرخصة من الوزير المكلف بالمالية بثمان لا يقل عن قيمتها التجارية لفائدة الولايات والبلديات، والهيئات العمومية، والمؤسسات العمومية الاقتصادية، وحتى لفائدة الخواص وفقا للشروط المحددة قانونا، بالإضافة إلى كون العقارات المبنية أو غير المبنية التابعة للدولة، تباع على سبيل التراضي لفائدة متعاملين عموميين، أو خواص، والتعاونيات العقارية، وذلك بعد موافقة الوزير المكلف بالبناء، عندما تكون هذه العقارات مخصصة لكي تستعمل في إنجاز عملية التعمير والبناء⁽¹⁾.

وبدیهي أن اقتناء العقارات المذكورة لصالح الوكالة يخضع لجملة من الإجراءات أهمها، تقديم ملف يحتوي على جملة من الوثائق المرتبطة بهوية الطالب والمميزات الأساسية للأرض، طبيعة البرنامج المراد إنجازه، إلى مدير الولاية المكلف بالتعمير الذي يحيله بدوره

(1) أنظر المادة 11 من المرسوم (91-454) المؤرخ في 1991/11/23.

إلى اللجنة التقنية الولائية التي تبحث في الطلب، حيث تأخذ اللجنة بعين الاعتبار على الخصوص عند اختيار الترشيحات وترتيبها، أهمية المشروع من حيث إنشاء مناصب الشغل، والتكامل الاقتصادي الوطني، والاستعاضة عن الواردات، وترقية أنشطة التعاون الثانوي والصيانة ...

ويكلل تحقيق اللجنة التقنية للولاية بمحضر يوضع في ملف الاقتناء، ثم توجيهه إلى مدير مصالح الأملاك الوطنية بالولاية المعنية المؤهل لتحديد السعر الحقيقي للأرض، وتحرير العقد المتضمن عملية التنازل.

2- الاقتناء الإجباري:

ويخول القانون للوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، باعتبارها هيئة عمومية تتصرف لحساب الجماعة المحلية أن تكتسب عقارات باستعمال أساليب غير رضائية تتمثل في إجراء نزع الملكية، وممارسة حق الشفعة.

بالنسبة لنزع الملكية كإجراء لاكتساب الأراضي، ينص الدستور في مادته 20 على أن: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف". ويعتبر إجراء نزع الملكية، طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية، وزيادة على ذلك لا يكون هذا الإجراء ممكناً إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل: التهيئة والتعمير، العمليات المتعلقة بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية⁽¹⁾.

وتخضع عملية نزع الملكية لإجراء يشمل مسبقاً ما يلي:

- التصريح بالمنفعة العمومية.
- تحديد كامل الحقوق والأملاك العقارية المطلوب نزعها، وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق الذين تنتزع منهم الملكية.
- تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزع ملكيتها.

(1) أنظر المادة 02 من القانون (11-91) المؤرخ في 1991/04/27 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

- توافر الاعتمادات اللازمة للتعويض القبلي عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.

فمن الواضح أن المشرع قد نظم إجراءات نزع الملكية بكثير من الدقة والتفصيل، وبالتالي فلا داعي إلى عرضها، يبقى فقط أن نشير إلى الدور الذي تلعبه الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المتمثل خصوصا في المفاوضات التي تجريها مع الملاك الواقعة أملاكهم في المحيط العمراني، قصد اقتناء أملاكهم، وفقا للأسعار المعمول بها في السوق العقارية، بالإضافة إلى دورها في مجال إجراء التحقيق والتقويم وإنشاء العقود.

أما بالنسبة لممارسة حق الشفعة، فقد أنشأ القانون (90-25) المتضمن التوجيه العقاري، في مادته 71، حق الشفعة لصالح الدولة والجماعات المحلية، على كل المعاملات العقارية، ويتم تطبيق هذا الحق بواسطة مصالح وهيئات معينة تحدد عن طريق التنظيم، وهي الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، فقد أجاز القانون هذا الإجراء بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة وتحقيق أهداف معينة على أساس المنفعة العمومية.

وتعتبر الشفعة طريقة استثنائية لاكتساب العقارات، والمعبرة عن ممارسة السلطة العمومية، فهي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار الذي تطبق عليه مواصفات الطابع الحضري، ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، وتمارس الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين الشفعة في العقار الحضري من قبل الأشخاص المخول لهم قانونا ذلك على الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني.

"وما تجدر الإشارة إليه أن وكالة التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين لولاية الجزائر، التي نتخذها كمثال تطبيقي يختلف تنظيمها الداخلي عن النظام الذي رأيناه طبقا للنصوص التنظيمية المحددة في المرسوم التنفيذي (405/90).

ذلك أنه بعد إنشاء محافظة الجزائر الكبرى، فإنه تم ضمّ الوكالات العقارية ما بين البلديات، إلى الوكالة العقارية للتسيير والتنظيم العقاري، وذلك بموجب القرار رقم 484

المؤرخ في 1997/10/01 لمحافظة الجزائر الكبرى، وأصبحت تضم ثلاثة وثلاثين بلدية، وتتفرع إلى خمس وحدات".

وطبقا للمادة الثانية من القرار رقم 138 المؤرخ في 1999/08/10 المتمم للقرار 180 المؤرخ في 1992/03/18 المتضمن إنشاء الوكالة العقارية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، توسعت مهام وصلاحيات الوكالة على مستوى كل إقليم محافظة الجزائر الكبرى، والوكالات العقارية المنظمة لها، وذلك طبقا لأحكام المادة 14 من الأمر رقم (97-15) المؤرخ في 1997/05/31 التي تخول إلى المجلس الشعبي لمحافظة الجزائر الكبرى الصلاحيات المتعلقة بالاحتياطات العقارية، كما نصت المادة الثالثة منه على أن مدير الوكالة يعين من طرف الوزير المحافظ للجزائر الكبرى، دون إشارة إلى إنشاء مجلس إدارة خاص بهذا التغيير، ورغم إلغاء الأمر (97-15)، فإن الوكالة أصبحت تخضع للمجلس الشعبي الولائي لولاية الجزائر، وتحت إشراف السيد الوالي، وأن الجماعات المحلية والمجالس الشعبية للبلديات لم تعد في تشكيلة الوكالة، بل أن الوكالة تعمل حاليا دون مجلس إدارة، عكس ما تنص عليه الأنظمة، وأن سير العمل بها قائم بواسطة المديرية والمصالح التابعة لها.

وعليه تجدر بنا أن نتساءل عن مدى إمكانية هذه الوكالة أن تلعب الدور الأساسي الذي سطره لها المشرع في غياب أهم جهاز محرك في تشكيلها بالنظر إلى الصلاحيات المنوطة لمجلس إدارة الوكالة، ففي رأينا أن هذا الاختلال في تشكيلة الوكالة قد انعكس سلبا على نشاطها وعلاقتها مع الجماعات المحلية في تسيير احتياطاتها العقارية، مما أدى إلى خلق فجوة بينهما، وكثيرا ما أصبحت البلديات تتصرف بنفسها في الأملاك العقارية التابعة لها دون المرور على الوكالة، فاقصر دور هذه الأخيرة على تسوية الوضعية القانونية للعقارات التي كانت محل معاملات سابقة لإنشاء الوكالات العقارية بتحرير عقود الملكية، في حين أن مهامها أوسع بكثير من ذلك.

الفرع الثالث: الوكالة الوطنية لتنمية السياحة

وبموجب المرسوم التنفيذي (98-70) المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، تم استحداث الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، وهي بمثابة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية، وتعتبر أداة لتطبيق السياسة الوطنية لتنمية السياحة، وتخضع إلى وصاية الوزير المكلف بالسياحة. ولكون الوكالة هي الجهاز المكلف بتنشيط، وتأطير وترقية النشاطات السياحية، في إطار السياسة الوطنية لتطوير السياحة والتهيئة العمرانية، فهي مكلفة على الخصوص وفقا للمادة الرابعة من المرسوم المنشئ لها بما يلي:

- السهر على حماية مناطق التوسع السياحي، والحفاظ عليها.
- اقتناء الأراضي الضرورية لإنشاء الهياكل السياحية وملحقاتها.
- القيام بالدراسات والتهيئة المخصصة للنشاطات السياحية والفندقية، الحمامات المعدنية ...
- المساهمة مع المؤسسات المعنية في ترقية الأماكن داخل مناطق التوسع السياحي، وحول منابع المياه المعدنية سواء في الجزائر أو في الخارج.
- السهر على التسيير العقلاني للأماكن والتجهيزات ذات المنفعة المشتركة، وتقديم كل اقتراح يهدف إلى ضرورة تحسينها وتحديثها، وفي سبيل تحقيق هذه السياسة للوكالة حق ممارسة الشفعة بمقتضى المادة السادسة من هذا المرسوم لحساب الدولة على كل عقار يكون موضوع تصرف إرادي بعوض أو بدون عوض طبقا للمادة الرابعة من الأمر (66-62) المتضمن المناطق والأماكن السياحية.

ويبقى التساؤل قائما، حول ما إذا كان المرسوم التنفيذي المنشئ للوكالة الوطنية للتنمية السياحية قد ألغى ضمنا الأمر (66-75) الذي نص إجراءات ممارسة حق الشفعة في العقار السياحي، حيث يستخلص منه، أنه تمارس بموجب قرار إداري في إطار امتيازات السلطة العامة، والقول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة نشاط هذه الوكالة التي تعتبر بمثابة مؤسسة عمومية، ذات طابع تجاري، تخضع بدون شك لقواعد القانون الخاص، فأطراف الشفعة كل

من الوكالة والمالك كلاهما تخضعان للقانون الخاص، فلا مجال لتطبيق قواعد القانون العام التي تضمنها الأمر (66-75) في حالة نزاع قائم، وتجدر الإشارة إلى أن هذا المرسوم الجديد أبقى على بعض أحكام المرسوم (66-75) تطبيقاً للأمر (66-62) والمتعلق بطبيعة التصرفات الواردة على العقار السياحي الذي قد يكون محلاً للشفعة من قبل الدولة، حيث يشترط دائماً أن يكون التصرف الوارد عليه إرادي.

وجاء مؤخراً المرسوم (06-385) المؤرخ في 2006/11/28، المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية، ويهدف هذا المرسوم إلى تحديد كيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حقها في الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي، التي تدعى في صلب النص "الوكالة".

الفرع الرابع: الإدارة الجبائية

إن الإدارة الجبائية، ممثلة بمفتشية التسجيل والطابع، خول لها المشرع بمقتضى الأمر (76-105) المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل الجزائري، استعمال حق الشفعة للعقارات التي تكون محل نقل الملكية بمقابل مصرح به، وهذا المقابل يكون أقل من القيمة الحقيقية التجارية لهذا العقار، والمتعرف على هذه المصلحة أي مفتشية التسجيل والطابع، نتطرق باختصار على كيفية نشأة هذه المؤسسة، وضمن الجزء الأول من هذا النوع، ونوضح طبيعتها القانونية ضمن الجزء الثاني.

أولاً: مراحل نشأة مفتشية التسجيل والطابع

إن مفتشية التسجيل والطابع هي مصلحة عمومية جبائية تابعة لوزارة المالية، وظيفتها تسجيل جميع التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل، أو التي أراد أصحابها إعطاءها تاريخاً ثابتاً⁽¹⁾، وقد مرت مفتشية التسجيل والطابع، بعدة مراحل إلى أن وصلت إلى ما هي عليه في الوقت الحالي، فبصدور قانون التسجيل الفرنسي عام 1800 المتضمن حقوق التسجيل لأجل تحصيل الضريبة المفروضة على المعاملات، حيث أنه في مرحلة الاحتلال الفرنسي للجزائر والتي امتدت من 1830 إلى غاية 1962 ظهرت للوجود قوانين فرنسية

(1) خالد رمول وآسيا دوة، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2007، ص 47.

دخيلة على المجتمع الجزائري، وفي هذا الصدد صدر قانون 1834، والذي مفاده تطبيق القوانين الفرنسية إلى الجزائر، ومن بينها قانون التسجيل، وبالضرورة كانت هناك هيئة أوكلت لها مهمة التسجيل تحت سلطة الإدارة الفرنسية، هذه الأخيرة قامت بتقسيم الأراضي إلى أراضي الملك للجزائريين وأراضي العرش تشغل من طرف الجزائريين فقط، وليس لهم عليها سوى حق الانتفاع وتخضع لرقابة الإدارة المختصة، والنوع الثالث هو الأراضي المفرنسة.

غير أنه في مرحلة بعد الاستقلال، وبمقتضى القانون رقم (62-157) المؤرخ في 1962/12/31، مدد التشريع المعمول به، قبل هذا التاريخ باستثناء القوانين التي تتعارض والسيادة الوطنية إلى غاية سن قوانين جزائرية، من بينها ما يتعلق بتنظيم التسجيل، وكذلك الهيئات القائمة عليه، فكانت مصالح التسجيل والطابع تتلقى دفاتر تحتوي على كل العقود قصد التأشير عليها وفيض حقوق التسجيل، وبقيت على هذا الحال إلى غاية صدور مرسوم (71-259) المؤرخ في 1971/10/19 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، فكانت مفتشية التسجيل والطابع، تابعة للمديرية العامة للضرائب، وهذه الأخيرة قسمت إلى ثلاثة مديريات جهوية تابعة لكل من الجزائر ووهران وقسنطينة، وكانت توجد في كل مديرية جهوية من هذه المديريات مديرية التسجيل وقضايا أملاك الدولة، وكل هذه المديريات تحت وصاية وزارة المالية.

إلا أنه بعد صدور القرار الوزاري المشترك والمؤرخ في 1975/12/12 المتضمن تحديد شروط تنظيم وتسيير مديرية المصالح المالية التابعة للولاية، جرى تعديل في مصالح التسجيل والطابع، فأصبحت في شكل مديريات فرعية في كل من الجزائر، ووهران وقسنطينة.

أما في باقي الولايات فكانت هناك أربع مديريات فرعية هي المديرية الفرعية للضرائب، والمديرية الفرعية لأملاك الدولة والشؤون العقارية، وخزينة الولاية والمراقبة المالية، ومصلحة التسجيل والطابع كانت في شكل مكتب تابع إلى المديرية الفرعية للضرائب، أما فيما يتعلق بمهمة مكتب التسجيل والطابع تجسدت فيما يلي:

- تسيير المحاسبة فيما يخص الطوابع الحجمية والطوابع المنفصلة.
- بيان الإحصائيات.
- مراقبة العمليات العقارية العمومية، والجماعات المحلية.
- تطبيق التشريع الجبائي الخاص بتسجيل العقود والتصريح بنقل الأموال، من جراء الوفايات باستثناء العقود القضائية وغير القضائية، التي لا تهم الملكية العقارية.
- مراقبة الممارسة فيما يخص تنفيذ بعض الالتزامات بالنسبة للموتقين طبقا للأمر (70-91) المؤرخ في 1970/12/15 المتعلقة بتنظيم التوثيق.

غير أنه عرفت مفتشيات الضرائب تغيرا بموجب المرسوم (60-91) المؤرخ في 1991/09/23⁽¹⁾، وكذلك بموجب المقرر المؤرخ في 1994/02/09 الذي جاء لتنظيم المفتشيات المتعددة الاختصاصات بعد إلغاء نظام المفتشيات المتخصصة⁽²⁾، وبعد تلاشي مفتشية التسجيل والطابع نتيجة تقلصها ودمجها ضمن مصلحة الجباية العقارية في إطار المفتشية المتعددة الاختصاصات، ونظرا كذلك لتعدد المعاملات خاصة فيما يتعلق بمواد التسجيل بخصائص تميزها عن باقي المواد الجبائية فإن الإدارة المركزية، لاحظت نقصا كبيرا في إيرادات الدولة، ورت أن إعادة الاعتبار لهذه المصالح ضرورة لا مفر منها، فقررت إنشاء مصالح التسجيل ضمن النظام الهيكلي الموجود حاليا، ولهذا الغرض صدر القرار الوزاري المؤرخ في 1999/07/14 المتضمن إنشاء مفتشيات التسجيل والطابع والشركات والبطاقية وتحديد اختصاصها الإقليمي، فأصبحت هناك مفتشية التسجيل والطابع، ومفتشية الشركات والبطاقية في كل المديريات الولائية للجزائر، وهران وقسنطينة، غير أنه توجد مفتشية التسجيل والطابع والتركات البطاقية، في باقي المديريات الولائية في الولايات الأخرى، فإجراءات تسجيل العقود مهما كانت طبيعتها، وكذا التصريحات الخاصة بالمواريث والعقود الأخرى المتعلقة بها، وعمليات المراقبة وإعادة التقييم للممتلكات محل نقل تبقى مؤقتا من اختصاص مفتشية الضرائب المتعددة الصلاحيات المختصة إقليميا⁽³⁾.

(1) المرسوم التنفيذي رقم (60-91) مؤرخ في 1991/02/23 المحدد لتنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وصلاحياتها.

(2) خالد رمول وآسيا دوة، المرجع السابق، ص 50.

(3) المرجع نفسه، ص 51.

ثانيا: الطبيعة القانونية لمفتشية التسجيل والطابع

لقد نص المشرع الجزائري في القرار المؤرخ في 1999/07/14 في مادته الأولى: "تحدث مفتشية التسجيل والطابع ضمن مديريات الضرائب..."، والمشرع لم يبين الطبيعة القانونية لمفتشية التسجيل، غير أنه يمكن تحديد طبيعتها القانونية، باعتبار أنها محدثة على مستوى المديريات الولائية للضرائب عبر الولايات، وهي خاضعة للتبعية الإدارية يشرف عليها مفتش التسجيل الذي يخضع بدوره إلى التسلسل الإداري، فهو يخضع للقانون اللائحي، وعلاقته مع مفتشية التسجيل هي وضعية قانونية يحكمها المرسوم (93-334) المؤرخ في 1990/10/27 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المتعلقة بالمالية.

وعليه يمكن القول أن مفتشية التسجيل مصلحة عمومية مكلفة بعملية التسجيل، وهي موضوعة تحت وصاية المديرية العامة للضرائب التابعة لوزارة المالية، فهي خاضعة للتسلسل الإداري، تقوم بمهامها تحت الرقابة المباشرة للمديرية الولائية للضرائب، هذه الأخيرة بدورها تخضع بالتبعية إلى المديرية الجهوية الموجودة في نطاقها الإقليمي. وهذه كل الأشخاص المعنوية التي تمارس الشفعة باسم الدولة ولحسابها، يتسع نطاق هؤلاء الأشخاص باتساع مجالات ممارسة الشفعة.

- مقارنة:

وفي آخر هذا المبحث، نخصص ختامه لبيان أهم النقاط المميزة بين نطاق الشفعة من حيث الأشخاص في الفكر الإسلامي عن نظيره القانوني؛

- أوجه التماثل:

- * يتفق كل الفكر الإسلامي، والفكر القانوني على أن الشفعة تثبت للشخص الطبيعي، وقد جرى الفقه على تسمية الإنسان بالشخصية الطبيعية.
- * يتفق أي الجمهور مع رأي فقهاء القانون في أن كل شريك شفيح، ووقع الاتفاق فقط في ثبوت الشفعة للشريك في أصل الملك إذا تم بيع حصة شائعة فيه.

* يتفق الفكر الإسلامي والفكر القانوني في أنه إذا تعدد الشفعاء، وأصبح كل واحد منهم يطلب الشفعة، فإن مرتبة كل واحد منهم هي التي تحدد مركزه، أما إذا تعددوا من مرتبة واحدة، فكل يأخذ بالشفعة بحسب نصيبه.

* يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون عموماً على أن المشفوع منه هو كل شخصي تملك حصة أحد الشركاء على الشيوع في المنقول أو العقار، نتيجة تصرف بعوض، سواء كان هذا الشخص من الغير (أجنبياً بلغة القانون)، أو كان من أحد الشركاء.

أوجه التباين:

* تثبت الشفعة في الشريعة الإسلامية للشريك في حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع سيما حق الشرب وحق الطريق الخاصين، كما تثبت الشفعة للجار المالك.

* جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام مفصلة لصفات استثنائية قد تتوافر في الشفيع خلال ممارسة الشفعة سيما: المحبس، وولي القاصر والمحجور عليه.

* يثبت حق الشفعة في القانون المدني إضافة للشريك في أصل الملك، أيضاً، مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، كما فصل القانون الجزائري بواسطة بعض التشريعات الخاصة تفصيلاً دقيقاً وواضحاً للشفعاء الأشخاص المعنوية، التي تمارس الشفعة باسم الدولة ولحسابها، كما سبق بيانها، بينما لا نجد للأشخاص المعنوية أثر من التحليل في مدى صلاحيتها للأخذ بالشفعة، في أي من كتب الفقه الإسلامي، إلا ما جاء في بعضها من إقرار حول احترام النقاش بين فقهاء المالكية حول اعتبار الشخص المعنوي شفيعاً، فذهب البعض إلى القول إلى أن الشخص المعنوي له أن يأخذ بالشفعة، أي ينشأ له حق ممارسة الشفعة إذا بيعت حصة من ملكه على الشيعاء، وذهب رأي آخر إلى أن لا شفعة لناظر بيت المال أو أبو المواريث، لأنه إنما جعل ليحوز ما ضاعت أرباحه فقط، أي في الشركات الشاغرة، وهو فقط ما وجدناه بخصوص ذلك في كتب الفقه الإسلامي وما وجد أيضاً يدور حول ذات النقاش، إلا أن الفقه الحديث بدأ يعترف بضرورة وجود شفعة الدولة نظراً للدور الاقتصادي

والعمراني لها، وبسبب ما تعرفه المعاملات العقارية من منافسات ومضاربات ومناورات وهروب من أداء الضرائب والرسوم.

وفيما يلي من المبحث الثاني يتناول الجانب المالي في خطاب الشفعة، والذي ينفرع إلى المال المشفوع فيه، وإلى المال المشفوع به، وهما شكلي المشفوع الذين سنتناول أحكامها بالتفصيل في كل من الفقه الإسلامي وكذا الفقه القانوني.

والعمراني لها، وبسبب ما تعرفه المعاملات العقارية من منافسات ومضاربات ومناورات وهروب من أداء الضرائب والرسوم.

وفيما يلي من المبحث الثاني يتناول الجانب المالي في خطاب الشفعة، والذي ينفرع إلى المال المشفوع فيه، وإلى المال المشفوع به، وهما شكلي المشفوع الذين سنتناول أحكامها بالتفصيل في كل من الفقه الإسلامي وكذا الفقه القانوني.

المبحث الثاني: نطاق الأموال

إن المال في الشريعة الإسلامية، يذكر ويؤنث، يقال هذا المال وهذه المال، وورد ذكر المال في القرآن الكريم في أكثر من تسعين آية، وهو في اصطلاح فقهاءها، ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعا معتادا، فلا يعد الشيء مالا إلا إذا توافر فيه أمران؛ إمكان إحرازه، وإمكان الانتفاع به انتفاعا عاديا، وبعبارة أخرى، فإن مالية الأشياء لا تتوافر إذا فقد أحدهما أو كلاهما، فليس من المال ما لا يمكن حيازته، أو من الأمور المعنوية، كما تخرج أيضا الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلا كالأشياء التي تفسد وتتلف لعدم صلاحيتها، وقد عرف تاريخ الأموال تقسيمات عديدة تختلف باختلاف الشرائع والقوانين وعصور التاريخ، لذا تختلف الأحكام المتعلقة بالأموال باختلاف أنواعه، وقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان أقسام المال تبعا لاختلاف أحكامه على النحو التالي:

- المال المتقدم والمال غير المتقوم، بالنسبة لحرمة وحمايته.
- العقار والمنقول، من حيث استمراره ووضع.
- مثلى وقيمي بالنظر لتمائل أحاده وأجزائه وعدم تماثلها.
- والأموال أو المشفوع في النظرية العامة للالتزامات هو عين الشيء، أو الحق محل التزام البائع أو المعاوز، والأشياء كموضوع مباشر لحق الشفعة الذي تقع عليه الدعاوى بلغة القانون وهي أموال مشتركة من جهة الأشخاص فيها، مادية كانت أو مجردة.
- والشفعة لا تكون في الحصة المبيعة من الملك على الشيعاء فقط، ولكنها تمتد بقوة القانون، إلى ما يدخل فيها باعتباره من توابعها، بل يصح أن تكون في توابع الحصة المشاعة وحدها إذا بيعت مستقلة عنها.

كما يشمل المشفوع في الجانب الآخر، ما يدفعه الشفيع إلى المشفوع من يده بدلا للصفة المشفوعة.

وهذين الجزئين الأساسيين من المشفوع يشكلان محور النقاش والبيان والتبيين إن في الفكر الإسلامي أو الفكر القانوني على السواء.

المطلب الأول: المال المشفوع (فيه - به) في الفكر الإسلامي

إن نطاق الأموال في الفكر الإسلامي يشمل شكلين من الأموال، فالمشفوع عموما هو الحصة من الشيء على الشياخ، وهو المشفوع فيه، أو ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه عند الشفعة مقابل حصوله على النصيب المشفوع، وهذا هو المشفوع به.

والمقصود بالشيء هو كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص كالأرض والبناء والحيوان وغيرها مما لا يجرّد الحصر، وليس حتما أن يكون الشيء موضوع الحق ماديا، أي يشغل حيزا، ويعرف بالحواس، بل يمكن أن يكون شيئا معنويا غير محسوس، والحصة من الشيء على الشيء في الشريعة الإسلامية قد تكون حصة من عقار، وهو ما نبينه في الفرع الأول، كما قد تكون حصة من الحقوق العينية وهو ما نبرزه في الفرع الثاني، ونخصص الفرع الثالث والأخير لبيان المشفوع به وحكمه في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الحصة من العقار

اتفق الفقهاء المسلمون على أن الشفعة حصة في العقار من دور وأراضين، وبساتين وآبار، وما يتبعها من بناء وأشجار، واختلفوا فيما عداها، كما قرر فقهاء المذاهب الأربعة، أن لا شفعة في المنقول كالحيوان والثياب والعروض التجارية، ولأن الشفعة رخصة جائزة لإزالة الضرر عن الشريك بسبب الاستمرار والدوام، والمنقول لا يدوم بخلاف العقار، ولأن الشفعة تملك بالجبر والقهر وتقييد لحرية التصرف والبيع، فمناسب أن يكون عند شدة الضرر، سواء أكان ضرر الشركة أم ضرر القسمة، ومثال ما تقدم أنه إذا باع أحد الشريكين نصيبه من البئر والأرض التي تزرع عليها، أو من النخيل والفحل، أو من الساحة والدار، أو من الطريق والبستان، فإن للشريك الشفعة في التابع والمتبوع اتفاقا⁽¹⁾.

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 153.

ويعرف العقار بأنه الشيء المستقر بحيزه الثابت فيه، الذي لا يمكن نقله منه بدون تلف أو تغيير في صورته أو شكله، والحصّة من العقار بالطبيعة في الفقه الإسلامي بالاتفاق، هي الأرض والمباني والبنائيات أو ما عبّر عنها بالأصول عند المالكية.

أولاً: الأرض

ترد الشفعة في الأرض بجميع أنواعها، سواء كانت معدة للبناء أو للزراعة أو الغرس، أو لم تعد لهذا الغرض أو ذاك، سطحها دون ما يقام فوقه من مبان أو منشآت أو بنيت من زرع أو يغرس من شجر، وجوفها بكل عناصره المختلفة، من صخور وأحجار أو تربة ورمال ومعادن.

ثانياً: المباني

يخضع كل ما ينشئه الإنسان على سطح الأرض، أو في جوفها من مباني إذا اندمجت فيها وأصبحت ثابتة ومستقرة لحكم الشفعة، وتعتبر من المباني المنازل والمخازن والمصانع والجسور والخزانات ولا تقتصر صفة البناء على العقار، بل تلحق أيضاً جميع أجزاء البناء التي تكمله بحيث لا يعتبر تاماً بغيرها كالأبواب والنوافذ والمصاعد الكهربائية وأنابيب المياه.

ثالثاً: البنائيات والثمار

تثبت الشفعة في كل ما ينبت على سطح الأرض سواء بفعل الطبيعة كالغابات أو بفعل الإنسان كالزراعة والغراس المثبتة بالأرض، ولا يمكن نقلها بدون تلف، لأن كل الثمار والمحصولات والمزروعات التي تثبت مباشرة في الأرض، وتنفذ جذورها فيها تعتبر عقاراً بطبيعته، بل حتى لو قطعت أو فصلت عنها وأصبحت منقولات لفقدانها عنصر الثبات والاستقرار، وسواء اعتبرت المحصولات الزراعية والثمار عقاراً بالطبيعة أو منقولات بحسب المآل والمصير، يصح الأخذ فيها بالشفعة لكونها مصلحة للشركاء لأنها تبعد عنهم كثيراً من الأضرار، سواء بيعت مع العقار الذي أنتجها، أو بيعت وحدها مستقلة، وسواء كانت الثمار خريفية أو صيفية.

رابعاً: العقار بالتخصيص

وكما سبق ووضحنا ذلك، أن العقار بالتخصيص الذي ترد فيه الشفعة شيء منقول بطبيعته، وهو عقار حكماً لا حقيقة، شريطة أن يكون مخصصاً لخدمة العقار بصورة ذاتية

ليست عرضية، وأن يكونا في ملكية مالك واحد، ومثلها الدواب المخصصة لحرث الأرض وآلات الحرث والدرّاس، ولا يشترط أن يكون هذا المنقول ضروريا لخدمة العقار واستغلاله حتى ترد فيه الشفعة، بل يكفي أن يكون هذا المنقول ضروريا لخدمة العقار واستغلاله حتى ترد فيه الشفعة، بل يكفي أن يخصص لهذه الخدمة أو الاستغلال، ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك، ويفهم منه أن لا شيء يمنع من أن تخضع المنقولات للشفعة، ولو لم تكن مخصصة لخدمة العقار، حيث الشفعة في كل مال مشترك أو في كل شيء، أو قلّ في كل ما لم يقسم.

الفرع الثاني: الحصة من الحقوق العينية

الحقوق العينية أو العقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه حقوق تقع على الأشياء العقارية، وتتمثل هذه الحقوق في الفكر الإسلامي هي حق الانتفاع والأحباس وحق الاستعمال والسكنى، والكراء الطويل الأمد، وحق السطحية والرهن الحيازي، والتكاليف العقارية والامتيازات والرهن الرسمية والحقوق العرفية الإسلامية كالجزاء والاستئجار والجلسة والزينة والهواء والدعاوى العقارية⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المؤلفات الفقهية في الموضوع، يتبين أن الفقهاء المسلمين عرفوا أربعة أنواع من الارتفاق، وهي حق الشرب، وحق المرور والمجرى والمسيل وحق التعلي وحق الحائط المشترك. وقد ثار خلاف هام بينهم حول ما إذا كانت هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر، أم أنها واردة على سبيل المثال، وبالتالي يجوز استحداث غيرها من الحقوق مع تطور الزمان وجريان العرف بين الناس.

ففي حين ذهب الأحناف إلى تحديد حقوق الارتفاق في الأنواع السابقة فقط على سبيل الحصر⁽²⁾، ومنعوا إنشاء أخرى، لا بعقد معاوضة، ولا بعقد تبرع، وذهب الحنابلة والمالكية إلى أن هذه الحقوق ليست محددة، لا يجوز للمالك أن ينشئ على عقاره ما يشاء من حقوق الارتفاق لمصلحة عقار غيره سواء بمقابل أو يتبرّع، وفيما يلي بعض أحكام الحقوق المذكورة والعقود:

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 176.

(2) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ص 31.

أولاً: الشفعة في حق السطحية

حق السطحية إما ملكية بنايات، وإما ملكية أغراس فوق ملك الغير، وبصاحبه أن يفوته في أي وقت وأن يرهنه رهنا رسمياً⁽¹⁾، وإذا كان حق السطحية منصبا على دار على الشياع لأشخاص متعددين، وباع أحدهم حصته من حقه، فإن للآخرين أن يشفعوها، ومثال ذلك، أن عدة أشخاص يملكون على الشياع سطح منزل وباع أحدهم حصته من هذا الحق فإن للآخرين أن يشفعوها ممن شراها.

ثانياً: الشفعة في الرهن الحيازي

الرهن الحيازي إما أن يكون ضمانا لسلف، ولا شفعة فيه، لأنه سلف بمنفعة، وإما أن ضمانا لدين ناشئ عن معاوضة حيث يمكن للمرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون كأن يسكن الدار المرهونة أو يأخذ ثمار الأشجار خلال مدة الرهن، فتكون فيه الشفعة⁽²⁾.

ثالثاً: الشفعة في الكراء الطويل الأمد

وهو الكراء الطويل الأمد الذي تتجاوز مدته ثمانية عشر عاماً دون العادي للعقار غير المحفظ الذي تثبت، وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي، فيه الشفعة، فإذا كان الكراء الطويل الأمد منصبا على عقار محفظ مشترك بين عدة أشخاص، وباع أحد المشتركين حصته فيه جاز للآخرين ممارسة الحق الناشئ لهم كل بقدر نصيبه.

وعموماً اشترط جمهور الفقهاء غير الحنفية - أن يكون العقار قابلاً للقسمة استدلالاً بدليل الخطاب في حديث جابر المشار إليه "الشفعة فيما لم يقسم ... أي فكأنه قال: الشفعة فيما يمكن فيه القسمة، لأن علة مشروعية الشفعة هو دفع ضرر الشركة أو القسمة، وما لا ينقسم فلا حاجة للشفعة فيه، فلا يترتب فيه ضرر الشريك بعدم الشفعة⁽³⁾، وقد ألحق الحنفية بالعقار ما في حكمه، كالعلو وإن ما لم يكن طريقه في السفلى، لأنه التحق بالعقار بما له من حق القرار، فلا فرق في العقار بين كونه سفلاً أو علواً⁽⁴⁾.

(1) أحمد بن معجوز، المرجع السابق، ص 443.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 180.

(3) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 12.

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4890.

أما فينا يتعلق بحقوق الارتفاق، كما فصلنا سابقا، فإن الشفعة تثبت في حقوق العقار كالشرب والطريقين الخاصين، فإن لم يكونا خاصين -بالمعنى المحدد سابقا- فلا يستحق بهما الشفعة، وذهب المالكية إلى القول بأن لا شفعة في الطريق المجاز الذي يؤدي إلى ساحة الدار، إذا قسم بين الشريكين أو الشركاء متبوعهما من البيوت، إذا بقي الممر مشتركا بينهما، لأنه لما كان تابعا لما لا شفعة فيه، وهو البيوت المنقسمة كان لا شفعة فيه، وكذلك العرصة وهي ساحة الدار التي تتوسط بيوتها، وتسمى في عرف عامة الناس بالحوش، فلا شفعة فيها إذا قسم متبوعها فحكم حكم الطريق المشار إليه⁽¹⁾، وأما فيما يتعلق بالزرع والشجر والثمار، فإنه لا شفعة فيها عند جمهور الفقهاء⁽²⁾، ماعدا المالكية⁽³⁾، فيما ليس بعقار، كالبناء والشجر المفرد عن الأرض، فإن كان تبعا في البيع للأرض وجبت الشفعة فيه، كما أن الغراس والبناء تابعين للأرض لأنهما يؤخذان تبعا للأرض ففيهما الشفعة، وإن الحنابلة لم يتبعوا الورع والثمار للأرض، لأن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضا، لأنها هي التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها، ومما يتبع الأرض عند الشافعية ثمر لم يؤبر، لأنه يتبع الأصل في البيع، فيتبعه في الأخذ قياسا على البناء والغراس، وأجاز فقهاء المالكية، الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلا عن الأرض، لأن كلا منهما عندهم عقارا، والعقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، فلا شفعة في حيوان أو عرض تجاري إلا إذا بيع تبعا للأرض⁽⁴⁾، كما أجازوا -أي المالكية- الشفعة في الثمار والخضر مما له أصل تجنى ثمرته ويبقى في الأرض وقتا معينا، ولم يجيزوا الشفعة في الزرع والكتان، وفي البقول مما ينزع أصله، فلو بيع الورع مع أرضه فلا شفعة فيه، وإنما هي في الأرض فقط بما بنو بها من الثمن الذي يشكل موضوع الحديث في الفرع الأخير من هذا المطلب.

الفرع الثالث: الثمن

اتفق الفقهاء أن يؤخذ في البيع بالثمن إن كان حالا، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل، فهل يأخذ الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل، أو يأخذ المبيع حالا، أو هو مخير؟

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 417.

(2) علي حيدر، المرجع السابق، ص 770.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 153.

(4) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

فقال المالكية رأيان؛

- يلزم الشفيع بدفع البذل حالا، ولا يمنح الأجل، لأن التأجيل ممنوح للمشتري، وهذا قول مالك وأصبغ وغيرهما.
- يمنح الشفيع نفس الأجل الممنوح للمشتري⁽¹⁾، وبه يقول مطرف وابن الماجشون وابن حبيب وصوبه ابن يونس، ونسبه التتائي إلى الإمام مالك: وقال اللخمي، إنه الأحسن، لأن المشتري ملك ذلك النصيب، واستغله طيلة الأجل، وبعد ذلك أدى الثمن، ومن حق الشريك أن يملك وينتفع خلال مثل ذلك الأجل، ثم يؤدي الثمن، ويبرر الفقهاء عدم جواز أخذ الشفيع المشفوع حالا بنفس الثمن المؤجل الممنوح للمشتري بأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد، والأجل في الثمن لم يجب به، وإنما وجب بالشرط، والشرط خاص بالمشتري دون الشفيع⁽²⁾، ورضي البائع بتأجيل الثمن بالنسبة للمشتري لا يعد رضاء بتأجيله بالنسبة للشفيع، والناس يتفاوتون في أداء الديون.

ويرى الشافعية، أن الشفيع مخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ المشفوع حالا، وبين أن يؤخره إلى حلول الأجل ثم يدفعه فيأخذ المشفوع⁽³⁾، وقال الثوري: لا يأخذها إلا بالنقد، لأنها قد دخلت في ضمان الأول، قال ومنا من يقول: تبقى في يد الذي باعها، فإذا بلغ الأجل أخذها الشفيع.

- ويرى الحنفية، أن الشفيع يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ المشفوع بالشفعة حالا وبين أن يطلب الشفعة في الحال ويدفع الثمن عند حلول الأجل، وحينئذ يأخذ المشفوع، ولا يضره أن يؤخر طلب الشفعة إلى حلول الأجل على ما رجع إليه أبو حنيفة⁽⁴⁾، كما كان له في إلزامية الشفيع بأداء مثل الثمن للمشفوع منه عند المطالبة بالشفعة -أي تعجيل الثمن- رأيان:
- أن القاضي يحكم للشفيع بشفعته عند المطالبة بها، سواء أحضر الثمن أو لم يحضره، ثم يأمره بدفع الثمن معجلا ولا يؤجل إلا بموافقة المشفوع منه، فإن لم

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 420.

(2) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني، المرجع السابق، ص 27.

(3) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 301.

(4) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 196.

يحضره في الحال حبسه حتى يؤديه ولا يسقك حقه، وهذا هو المشهور عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

- وأن القاضي لا ينبغي له أن يحكم بالشفعة للشفيع إلا بعد إحضار الثمن، فإذا حكم وطلب الشفيع أجلا، وأبى المشفوع منه إعطاءه له حبسه وإن لم يؤده حكم بسقوط شفيعته⁽¹⁾.

وعلى نفس المنوال الذي درسنا به المشفوع بجزئيه في الشريعة الإسلامية، تتنازل أيضا ذلك على ضوء الفكر القانوني.

المطلب الثاني: المال المشفوع (فيه - به) في القانون المدني

لقد حدد القانون المدني الجزائري نطاق الأموال في الأخذ بالشفعة، والأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة في بيع العقار، بموجب المادة 794 منه حيث تقول: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ..."، فالعقار هو المشفوع الأول، ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه، والثمن -المشفوع الثاني- لا يوجد إلا في البيع، وما في معناه من المعاولات المالية، وعلى ضوء ذلك نخصص الدراسة في هذا المطلب للمشفوع فيه والمشفوع به اللذان يشكلان نطاق الشفعة المالي في الفكر القانوني.

الفرع الأول: العقار

وكما سبق أن فصلنا في ذلك، خلال الفصل السابق، نذكر أن العقارات التي تخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها، ومنها الأغراس والأبنية، أما العقارات بالتخصيص فلا تجوز فيها الشفعة إلا إذا بيعت تبعا للعقار المتصلة به، أما إذا بيعت مستقلة عنه، فتعتبر في حكم المنقول، ولا شفعة فيها، أما فيما يتعلق بالحقوق العقارية، فقد أثبت القانون فيها الشفعة إذا ما تحققت الشروط المنصوص عليها فيه، فلمالك الرقبة أن يطلب حق الأخذ بالشفعة في بيع حق الانتفاع، وهكذا.

الفرع الثاني: الثمن

ويتكون المشفوع به أو الثمن، من ثمن الحصة المشفوعة والمصاريف، وهما عنصران متلازمان لا يغني دفع أحدهما عن دفع الآخر، يلزم منهما ما كان حقيقيا وجديا.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 195.

أولاً: عناصر الثمن

غالباً ما يتكون المشفوع به من ثمن أصلي متفق عليه بين المفوّت للحصة من الملك على الشياخ، وبين المفوّتة إليه المشفوع منه، ومن مصاريف إضافية لازمة⁽¹⁾.

وإذا كان المشفوع به مقدراً بالنقود، وجب على الشفيع أن يؤديه بالنقود الوطنية معايينة أو اعترافاً، بواسطة الغير أو بواسطة الأوراق التجارية على شرط أن يحصل الأداء فعلاً، ولا يسوغ أن يقوم مقامه شيء آخر، ولو كان مقوماً، أو له سعر معروف في البورصة أو الأسواق⁽²⁾.

كما قد يكون المشفوع بع عبارة عن قيمة الشيء المشفوع نفسه، كما قد يكون عبارة عن قيمة الشيء الذي كان المشفوع عوضاً له، وقد يكون في صور أخرى، وأياً ما كان نوع المشفوع به أو شكله فإنه يخضع للقواعد التالية:

- إذا كان المقابل مما لا يمكن معرفة قيمته كما إذا كان المشفوع صداقاً أو تعويضاً فإن الشفيع ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه القيمة التي كان المشفوع يساويها يوم العقد ولا اعتبار لارتفاع أو انخفاض قيمته يوم المطالبة به.
- إذا كان المقابل مما لا يمكن معرفة قيمته، فإن الشفيع ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه قيمته التي كان يساويها يوم انتقال الحصة من ملكية شريكه ودخولها في ملكية شريك جديد.

وكما يشمل المشفوع به المصروفات الضرورية والنافعة، وهي مختلف الأداءات التابعة للثمن الأصلي والملحقة به وتشمل المصروفات اللازمة للعقد مثل رسوم الكتابة والتسجيل والتوثيق والإشهار، لكن الشفيع لا يؤدي منها إلا ما كان عادياً، ولا يلزم بأداء القدر الزائد عن الثمن الحقيقي، وتتكون عادة المصروفات النافعة من⁽³⁾:

- المصروفات اللازمة لإدارة المشفوع واستغلاله، وتشمل كل ما أنفقه المشفوع منه منذ الشراء، كما إذا ساهم في إصلاح البناء أو المجاري المائية المعطلة، أو ساهم في بناء السواقي أو الأحواض المائية، أو ساهم في نفقات إدارة الشيء المشاع.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 190.

(2) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 191.

(3) المرجع نفسه، ص 192.

- وأيضا قيمة التحسينات التي أدخلها المشفوع منه على المشفوع فيه، والتي يلزم الشفيع أن يؤدي قيمة تلك التحسينات للمشفوع منه، إذا أذن له في إنفاقها⁽¹⁾. وعلى العموم يلزم الشفيع أن يدفع للمشفوع منه زيادة على الثمن، كل ما دفعه من المصروفات، فهي جزء لا يتجزأ من عنصر الثمن.

ثانيا: أوصاف الثمن

تقتضي مشروعية الثمن، كونه حقيقيا، والعبرة في حقيقته في ضوء مسألة الجدية فيه بالثمن المناسب العادل الذي يصح به التعاقد.

والثمن الحقيقي هو الثمن الذي يؤديه المشتري مقابل القيمة الفعلية للحصة المشفوعة، الذي يصرح به في عقد البيع أو المعاوضة، دون تحايل ولا محاباة، ودون غبن بزيادة فاحشة على المشتري والثمن الجدي أو الحقيقي لا يعتبر سوريا ولا تافها.

فأما الثمن السوري هو الثمن الذي يظهر في العقد ولا يلتزم به المشتري فعلا، ويكون الغرض استكمال شكل عقد البيع لستر عقد الهبة، وقد يكون غرض المتعاقدين قيام اتفاق آخر في الخفاء بينهما لغرض ما، وإذا كانت الصورية في الثمن لا تظهر في عقد البيع نفسه فإن إثباتهما يخضع للقواعد العامة، فإذا ذكر الثمن في العقد الثابت بالكتابة تعين على العاقد الذي يتمسك بصوريته أن يثبت ذلك بالكتابة أيضا، أما غير العاقدين وكذلك وارث أحد العاقدين فإنه إذا طعن في تصرف مورثه بأنه صدر إضرارا بحقه في الميراث فيجوز له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن⁽²⁾.

أما الثمن التافه فهو مبلغ من النقود يصل من القلة إلى حد لا يمكن أن يتناسب مع قيمة المبيع، وأن البائع لم يكن جادا في اشتراطه كمقابل للبيع. فهو ينزل عن حقه في الثمن الحقيقي تبرعا، فالثمن التافه كالثمن المعدوم، وإذا كان كذلك فلا يتم البيع⁽³⁾.

أما إذا كان الثمن سوريا كالثمن الباهض الذي يثقل كاهل الشفيع/ ويجعله يترك الأخذ بالشفعة، فإنه لا يعتد به وفقا للقواعد العامة.

(1) أحمد بن معجوز، المرجع السابق ص 443

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2008، ص ص 157-158.

(3) المرجع نفسه، ص 159.

كما قد ينشأ حق الشفيع ببيع معجل، قد ينشأ أيضا ببيع مؤجل، فيكون أداء الثمن فوراً أو مؤجلاً، فقد أجمع فقهاء القانون على إلزامية الشفيع بأداء مثل الثمن للمشفوع منه عند مطالبته بالشفعة، إن كان مثلياً، أو قيمة المشفوع التي كان يساويها يوم حصول المعاوضة، أما إذا كان الثمن مقوماً، فيلزم الشفيع بأن يؤدي للمشفوع منه عند طلب الشفعة مثل ذلك التي بالرغم من كونه مقوماً، أما إذا كان مثلياً، فقد اختلف الفقه حول ما إذا كان الشفيع ملزماً بدفعه حالاً أو يستفيد من الأجل الممنوح للمشفوع فيه، وهو نفس الخلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية، والسابق عرض حكمهم في ذلك، ونرى أن الصحيح القول بحق الشفيع في أخذ المشفوع في الحال إذا كان الثمن مؤجلاً، لأن الأجل صفة للثمن، وللشفيع حق الأخذ بنفس الثمن الذي ملك به المشفوع منه الحصة المطلوب شفعتها جنساً وقدراً وصفة، مادام المشرع لم يفصح عن غيره، خليفته في ذلك إضماره اعتبار الشفعة بيعاً⁽¹⁾.

وتجدر الملاحظة من استقراء مختلف الأحكام القضائية، وأمام عدم وجود نص صريح يلزم الشفيع بما التزم به المشتري للبائع في أداء البديل يطبق القواعد الآتية:

- إن التزم المشتري بأدائه للبائع من جنس معين، مثل النقود وسائر المثليات، أداه الشفيع كذلك.
- إن التزم المشتري بأدائه مقوماً أدى الشفيع قيمته.
- إن كان الثمن معجلاً أو مقيداً بأجل أداه كذلك ولو كان الشفيع غنياً.
- يخصم من الثمن عن الشفيع ما وقع خصمه عن المشتري صلحاً عن عيب ظهر بالمبيع بعد الشراء، وقبل الأخذ بالشفعة.
- ليس للمشتري أن يحيل البائع على الشفيع في أداء ما بقي عليه من الثمن المؤجل، لأن الحوالة لا تصح إلا بما حل من الدين، وليس بما هو مؤجل منه⁽²⁾.

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 197.

(2) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 119.

المطلب الثالث: المال المشفوع في التشريعات الخاصة

وكما اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون المدني على ثبوت الشفعة في المال العقاري، وفي حصته من الحقوق العينية، لم تخرج القوانين والمراسيم الجزائية الخاصة، خلال تنظيمها لأحكام ممارسة الدولة للشفعة عن هذا النطاق في الأموال، فتثبتت الشفعة في العقار وحدة على أصناف عدة، وتثبت في الحقوق العينية كحق الانتفاع، وهو ما ندرسه من خلال ما يقتضيه نطاق الأموال في التشريعات الخاصة -في هذا المطلب، حيث نبين ماهية العقار الفلاحي - في الفرع الأول، وتعرف على العقار ذو الطابع الخصري في الفرع الثاني، والعقار السياحي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: العقار الفلاحي

إن الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، صنفها القانون رقم (90-30) المتعلق بالأمالك الوطنية، في المادة 18 منه، ضمن الأملاك الوطنية الخاصة -كما سبق بيان ذلك خلال الفصل الأول-، واقتضت المادة 105 منه، بأن استغلال هذه الأراضي يتم وفقا لأحكام القانون رقم (87-19) المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، الذي صدر في ظل دستور 1976، وتطبيقا للقانون رقم (84-16) المؤرخ في 1984/06/30 المتعلق بالأمالك الوطنية آنذاك، وهو عبارة عن إعادة النظر في كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة، التي نظمها قانون الثورة الزراعية، والنصوص المتعلقة بالتسيير الذاتي للمزارع.

وقانون الأملاك الوطنية بإحالته على القانون رقم (87-19)، كرس وحدة نظام استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة، علما أن القانون رقم (87-19) ألغى النصوص المتعلقة بالتسيير الذاتي للمزارع، وكذا المواد من 358 إلى 866 من القانون المدني.

في حين ألغى قانون التوجيه العقاري، قانون الثورة الزراعية، وأضاف الأمر رقم (95-26) المؤرخ في 1995/09/25 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري أحكاما

أخرى⁽¹⁾، وقد حدد القانون (87-19) كيفية استغلال الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية التابعة للدولة عن طريق منح هذه الأراضي من طرف الدولة للمنتجين في شكل حق انتفاع دائم، إلى جانب التنازل الكلي عن مجمل الأملاك العقارية المبنية والمنقولة المخصصة لاستغلال هذه الأراضي، وسنعرض خلال هذا الفرع على التوالي، المشفوع كعقار فلاح، سواء كان أرضا فلاحية فضاء في الجزء الأول منه، وفي الجزء الثاني نتعرف على شكله الآخر وهو المستثمرة الفلاحية ثم نبين في الجزء الثالث الحق العيني الذي يعتبر مشفوعا فيه أيضا وهو حق الانتفاع الدائم.

أولا: الأرض الفلاحية الفضاء

إن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالقانون (95-26)، يعتبر القانون المرجعي لتطبيق السياسة العقارية بصفة عامة، والعقارات الفلاحية على وجه الخصوص، والتي خصصها بجزء هام من أحكامه، وبعد صدور هذا القانون، كان من المفروض أن يعاد النظر في كل النصوص المطبقة على الأراضي الفلاحية، بما فيها القانون المدني، وقانون المستثمرات الفلاحية التابعة للدولة، والنصوص المتعلقة باستصلاح الأراضي والأراضي السهبية، والحلفائية لأن كل النصوص التي يحكمها صدرت في ظل دستور 1976، وقانون الثورة الزراعية، وعليه لا تعكس الإستراتيجية التي تبناها قانون التوجيه العقاري⁽²⁾.

وعلى العموم باستقراء قانون التوجيه العقاري (90-25) المعدل والمتمم، فإن الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون، هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان، أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله، ونصنف الأراضي الفلاحية إلى أراض خصبة جداً، وأراضي خصبة، ومتوسطة الخصب، وضعيفة الخصب، تبعا لضوابط علم التربة، والانحدار والمناخ والسقي.

فالأراضي الفلاحية الخصبة جدا أي طاقاتها الإنتاجية عالية، وهي الأراضي العميقة الحسنة التربة المسقية أو القابلة للسقي.

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 112.

(2) ليلي زروقي، التقنيات العقارية، (العقار الفلاح)، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2001، ص 09.

أما الأراضي الفلاحية الخصبة هي الأراضي المتوسطة العمق، المسقية أو القابلة للسقي، أو الأراضي الحسنة العمق غير المسقية، الواقعة في مناطق رطبة أو شبه رطبة، ولا تحتوي على أي عوائق طبوغرافية.

وتتمثل الأراضي الفلاحية المتوسطة الخصب، على ما يلي:

- الأراضي المسقية المحتوية على عوائق متوسطة في الطبوغرافية، وفي العمق.
- الأراضي غير المسقية المتوسطة العمق، ونسبة الأمطار فيها متغيرة، ولا تحتوي على عوائق طبوغرافية.

- الأراضي غير المسقية التي تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية، وفي العمق ورسوخها كبير، ونسبة الأمطار فيها متغيرة.

- الأراضي غير المسقية المتوسطة العمق، ونسبة الأمطار فيها متوسطة ومرتفعة مع عوائق متوسطة في الطبوغرافيا.

وأما الأراضي الفلاحية الضعيفة الخصب، هي الأراضي التي تحتوي على عوائق طبوغرافية كبيرة وعوائق في نسبة الأمطار، والعمق، والملوحة والبنية والانجراف.

هذا وتتص المادة 10 من قانون التوجيه العقاري على أن:

"تعتمد أدوات تقنية ملائمة في ترتيب الأراضي ضمن مختلف الأصناف السابق بيانها، حسب كفاءات تحدد عن طريق التنظيم"، والملاحظ أنه ومنذ صدور قانون التوجيه العقاري، لم يصدر تنظيم يحدد بدقة كيفية تصنيف الأراضي الفلاحية، ومكان تواجدها ماعدا ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم (490/97) المؤرخ في 1997/12/20 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، وهذا المرسوم بموجب مادته الرابعة أحال على المادتين 80 و81 من القانون (33/88) المؤرخ في 1988/12/31، والمتضمن قانون المالية لسنة 1989 التي حددت أصناف الأراضي الجافة والمسقية على النحو التالي حيث:

- تتص المادة 80 على أن:

"تحدد سنويا الهكتار الواحد الأتاوة المنصوص عليها في المادة 6 من القانون رقم (19/87) المؤرخ في 1987/12/08 المذكور آنفا، وأصناف الأراضي المسقية والجافة كما يلي:

أصناف الأراضي		
المناطق	1 (المسقية)	2 (الجافة)
-أ-	1.200 دج	720 دج
-ب-	900 دج	540 دج
-ج-	480 دج	288 دج
-د-	120 دج	

ويطبق هذا الجدول اعتبار من الفاتح يناير سنة 1989.

وتنص المادة 81 من القانون (33/88) المذكور أعلاه على أن: "تحدد المناطق المشار

إليها في المادة أعلاه كما يلي:

- **المنطقة أ:** تضم هذه المنطقة أراضي السهول الساحلية والمجاورة للسواحل المستفيدة من كميات أمطار تفوق 600 ملم.

- **المنطقة ب:** وتضم أراضي السهول المستفيدة من كميات أمطار تتراوح بين 450 و600 ملم.

- **المنطقة ج:** وتضم أراضي السهول المستفيدة من كميات أمطار تتراوح بين 350 و450 ملم.

- **المنطقة د:** وتضم كافة الأراضي الفلاحية الأخرى المستفيدة من كميات أمطار تقل عن 350 مم وكذا الواقعة منها بالجبال.

- وتعتبر أراضي السهول، الأراضي التي يقل منحدرها عن نسبة 12,5%.

- يحدد تصنيف البلديات ضمن المناطق المذكورة أعلاه بقرار مشترك بين وزيرى الفلاحة والمالية".

فالقصد من القول بأنها أرضا فضاء حتى نميز بينها وبين أرض فلاحية يبني عليها، ونقصد بالأرض الفضاء كل الأراضي العارية المخصصة للنشاط الفلاحي، مهما كان صنفها أو طبيعتها، وتحديد للمقصود بالأرض الفلاحية تصريح الأخذ بمفهوم المخالفة، وعليه لا يمكن استعمال الشفعة في التصرف في:

- كل أرض تم تغيير طبيعتها الفلاحية قبل التصرف فيها، حتى وإن استمر استغلالها في الفلاحة، وعادة ما تكون أراضي متواجدة على أطراف المناطق الحضرية، ويتم اعتمادها في أدوات التهيئة والتعمير على اعتباره أراضي قابلة للتعمير على الأمد المتوسط أو الطويل.

- كل أرض ملحقة مباشرة بعقار غير فلاحى كالحدايق والبساتين العائلية، الأراضي المستعملة كحواضر، أو مراكز تخزين حتى في المناطق الحضرية والصناعية.

- كل أرض مستعملة كمساحة غابية.

- كل أرض مخصصة من أجل استغلال المناجم والمقالع.

هذا بالنسبة للشكل الأول من الأراضي الفلاحية الجائر أخذ الشفعة فيها من طرف الدولة وهي الأرض الفضاء، لنتعرف في الجزء الثاني من هذا الفرع على شكل آخر هو:

ثانيا: المستثمرة الفلاحية

تتكون الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة في شكل مستثمرات فلاحية، وذلك لاستغلالها كقاعدة عامة جماعيا وعلى الشيوع حسب حصص متساوية بين كل عضو من أعضاء الجماعة المشتركين بصفة حرة⁽¹⁾، وتنص المادة 03 من قانون (19/87) على أن:

"تتكون الأراضي المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون، وكذا الوسائل الأخرى المتعلقة بها في شكل مستثمرات فلاحية متجانسة تتطابق مساحتها مع عدد المنتجين الذين تتألف منهم الجماعة وقدرتهم على العمل، ومع مناهج الإنتاج المتوفرة وقدرات الأراضي".

واستثناء، فإن هذه الأراضي تستغل بصفة فردية معينة نصت عليها المادة 87 من القانون المذكور.

والهدف من تكريس مبدأ الاستغلال الجماعي للأراضي هو المحافظة على الأراضي المختصة في إنتاج بعض المحاصيل الزراعية الهامة كالقمح والشعير وغيرهما.

(1) عمر صدوق، تطور التنظيم القانوني للقطاع الزراعي في الجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 74.

والمستثمرة الفلاحية هي اصطلاح اقتصادي تعني وحدة ترابية مسيّرة ومستغلة طيلة السنة، من طرف شخص أو عدة أشخاص، تنظم وسائل الإنتاج وذلك لخدمة الإنتاج الفلاحي، قانونا تكون ملكا للشخص أو الأشخاص المستغلين لها، ويصبح للمستثمرة الفلاحية وجود قانوني عند نشر العقد الإداري في سجل الحفظ العقاري⁽¹⁾، وبالتالي تخضع للأحكام الأساسية المحددة في المواد من 13 إلى 39 من قانون (19/87)، وبالرجوع إلى هذه المواد نتعرف على المستثمرة الفلاحية من خلال النقاط الآتية:

1- الطبيعة القانونية للمستثمرة الفلاحية.

2- شروط العقد الإداري.

3- التزامات وحقوق المستفيدين.

(1) الطبيعة القانونية للمستثمرة الفلاحية:

فالعلاقة القانونية بين الدولة وجماعات المنتجين عقدية، حيث يبرم عقد إداري يحدد قطعة الأرض، ومبلغ الأملاك المتنازل عنها وكيفيات الدفع، وينص على حق الانتفاع الدائم على الشيوع وبحصص متساوية، ويكون هذا العقد مكتوبا ومسجلا في سجل الحفظ العقاري، كما يمكن أن نستنتج وجود عقد عرفي، فيما بين أعضاء المستثمرة الواحدة، لأنهم يشكلون جماعتهم عن طريق الاختيار المتبادل، وبمحض إرادتهم، لكن هذا العقد العرفي يتحول إلى عقد إداري مكتوب بعد إبرامهم العقد الجماعي مع الدولة، ويقبلون محتوى هذا العقد الذي يضمنهم⁽²⁾.

وأما الطبيعة القانونية للمستثمرة الفلاحية، فقد اعتبر المشرع، الجماعة المكونة للمستثمرة الفلاحية الجماعية شركة أشخاص مدنية لأن العمل الذي يقوم به المستفيدون، لا يعد عملا تجاريا بل هو عمل مدني وفيه الاعتبار الشخصي هو الغالب، لذلك فهي تخضع لأحكام القانون المدني وقانون (19/87) السابق الذكر.

ومنحت المستثمرة كامل الأهلية في الاشتراط والالتزام والتعاقد والتقاضي، غير أن منح الأهلية للمستثمرة تعبير غير سليم لأن هذه الصفة تضافي على الشخص الطبيعي، فيكون

(1) بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2001، ص 163.

(2) عمر صدوق، المرجع السابق، ص 77.

المصطلح الصحيح هو منح المستثمرة الشخصية المعنوية، ويترتب عن ذلك ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لكل مستفيد، والتي تتكون - ذمة المستثمرة من حق الانتفاع الدائم الذي منح للمجموعة وكذا مجمل الأموال المتنازل عنها بصفة مطلقة، فهذه الأموال هي ملك للمستثمرة وليس بملك مشاع بين المستفيدين، ويترتب عن ذلك أن حصة العضو في المستثمرة هو دائما منقول، ألا وهي الأرباح، ولدائنيه حقوقا على هذه الحصة، فالمادة 436 من القانون المدني تنص على أن:

"إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا ديونهم إلا من نصيب ذلك الشريك في الأرباح دون نصيبه في رأس المال..."، ولذا فإنه لا يجوز لدائن المستفيد أخذ اختصاص أو رهن على حصته في رأس مال المستثمرة، لكن لهم الحق في الحجز عليها، كما يجوز لدائن المستثمرة الفلاحية الحجز على أموالها⁽¹⁾.

وعن أهلية المستثمرة تنص المادة 20 من القانون (03-10) المؤرخ في 2010/08/15 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأحكام الخاصة للدولة: "تكتسب المستثمرة الفلاحية الجماعية بكامل الأهلية القانونية الكاملة للاشتراط والالتزام والتعاقد طبقا لقواعد القانون المدني"، فالشيء الملاحظ على هذه المادة، أن المشرع يستعمل مصطلح الأهلية القانونية التي تمنح للشخص الطبيعي لا غير، فالمستثمرة الفلاحية الجماعية والتي هي ليست بشخص طبيعي، فلا يكون لها سوى صفة الشخصية المعنوية، وقد أكد على ذلك القانون المدني حيث أن المادة 49 منه تنص:

"الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، والولاية والبلدية.
- المؤسسات والدواوين العامة ضمن الشروط التي يقرها القانون.
- المؤسسات الاشتراكية والتعاونيات والجمعيات، وكل مجموعة يمنحها القانون شخصية اعتبارية".

(1) - بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص ص 164 و 165.

والمرجع قد استعمل مصطلح الشخصية المعنوية في المادة 17 من القانون المدني المتعلقة بعقد الشركة إذ تنص:

"تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا"، وعلى هذا الأساس يجب تعديل المادة 14 من قانون (19/87) وصياغتها بالشكل الذي يتلاءم مع قواعد القانون المدني، إذ نقترح الصياغة التالية: "تتمتع المستثمرة الفلاحية الجماعية بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها بصفة قانونية...".

باستثناء هذه الملاحظة، فإن للمستثمرة الفلاحية أهلية أداء وأهلية وجوب شأن كل شخص معنوي، إذ تستطيع أن تشتري مالا من الغير أو تبيع مالا إلى الغير، ولها الحق في رفع الدعوى على الغير أو على أحد المستفيدين أو مجموعة من المستفيدين في حالة الإخلال بالالتزامات المنصوص عليها في قانون (19/87)، كما ترفع عليها الدعاوى من الغير أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها موطنها، وهو المكان الذي فيه مركز إدارتها⁽¹⁾.

2) شروط العقد الإداري:

فلا يمكن تسليم العقد الإداري للمستثمرة الفلاحية الجماعية أو الفردية، إلا بتوفر عدة شروط تتعلق بالأطراف وأخرى تتعلق بالموضوع.

2-1 - الشروط المتعلقة بالأطراف:

فعملية توزيع الأراضي على المستفيدين لا يمكن أن تتم بشكل عاطفي أو عشوائي، وإلا فقدت الغرض الذي خصصه من أجله فنجد المادتين 9 و 10 من قانون (19/87) قد وضعت شروطا تتمثل فيما يلي:

- لا يمكن أن تمنح الأرض إلا للأشخاص الطبيعيين المتمتعين بالجنسية الجزائرية، ويتم إثبات ذلك عن طريق بطاقة التعريف لا غير.

- وطبقا للمبدأ القائل "الأرض لمن يخدمها" اشترط القانون (19/87) في المادة 10 منه بأن يكون المستفيد عاملا دائما في القطاع الفلاحي أو مستخدما في المستثمرات

⁽¹⁾ بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص ص 170-171.

الفلاحية القائمة عند تاريخ صدور هذا القانون، أو مهندسا، أو تقنيا فلاحا، أو عاملا موسميا أو فلاحا شابا أو مجاهدا أو من ذوى الحقوق.

2-2- الشروط المتعلقة بموضوع العقد:

وهناك شروط أخرى متعلقة بموضوع العقد، إذ بالرجوع إلى المادتين 6 و7 من قانون (19/87) السابق الذكر، نجدها تنحصر في المحل، الشكلية والإتاوة، وثن الممتلكات المتنازل عنها بصفة كاملة؛

- فبالنسبة للمحل، فهناك محلات لهذا العقد، أولهما هو حق الانتفاع الدائم الذي يمارس على الأراضي الممنوحة وثانيهما الممتلكات المكونة لذمة المستثمرة المتنازل عنها، إن وجدت، وبالنسبة لتخصيص هذه الأخيرة تقوم اللجنة الداخلية لإعادة التنظيم بتخصيص المعدات والأدوات والمباني والمنشآت والمواشي ... وغير ذلك، من الوسائل وعوامل الإنتاج على أساس جرد المزرعة التي تضبط مسبقا، ويوافق عليها الرئيس والمسير، وتباع هذه الممتلكات على الشيوع وبالتساوي للجماعات المكونة من المنتجين، أما وسائل الإنتاج التي لا يمكن توزيعها لعدم كفايتها أو لاستحالة توزيعها، فإنها تستعمل استعمالا مشتركا في إطار يضبطه المنتجون بمحض إرادتهم⁽¹⁾.

- أما بالنسبة لحق الانتفاع الدائم، فإن كل تصرف بعوض أو بغير عوض فيه تشفع فيه الدولة، ونتعرف على ماهية الحق وخصائصه وشروطه في الجزء الأخير من هذا الفرع.

- أما بالنسبة للإتاوة، وثن الممتلكات المتنازل عليها، فإنه يحدد وعائها وكيفية تحصيلها وتخصيصها قانون المالية بنص المادة 6- فقرة 02 من قانون (19/87)، ويكون مبلغها زهيدا بغية دفع المستفيدين إلى خدمة الأرض وتسدد في شكل نقود.

3) التزامات وحقوق المستفيدين:

فإذا قامت المستثمرة الفلاحية الجماعية بصفة قانونية كان على عاتق كل عضو فيها واجبات نص عليها قانونها الأساسي في المواد من 16 إلى 21، وفي مقابلها رتب المشرع

⁽¹⁾ بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 135.

حقوق لكل من المستفيدين والدولة مثل التصرف في حق الانتفاع الدائم أو التصرف في المستثمرة، من جانب المستفيدين، وكذا حق ممارسة الشفعة من جانب الدولة.

3-1 - الالتزامات:

لقد حدد قانون تنظيم المستثمرات الفلاحية التزامات وواجبات المستفيدين في ظله كالآتي ملخصها:

- إنتاج الخيرات خدمة للأمة والاقتصاد الوطني.
- المحافظة على المستثمرة الفلاحية واستمراريتها.
- تحسين الإنتاج والإنتاجية بصفة متواصلة.
- عصانة أساليب ووسائل الإنتاج.
- استغلال كل الأراضي المخصصة استغلالاً أمثل وبصفة جماعية وعلى الشيوخ.
- المحافظة على الطابع الفلاحي للأراضي، وتنفيذ كل عمل من شأنه أن يزيد من قيمتها.
- التجنب فردياً وجماعياً لكل عمل من شأنه أن يعرقل السير الحسن للمستثمرة.
- المشاركة المباشرة والشخصية في الأشغال ضمن إطار جماعي.
- وإذا ما أخل بهذه الالتزامات أحد أعضائها أو كلهم، فلا بد أن يخضع للعقوبات المنصوص عليها في المادتين 28 و 29 من هذا القانون، إذ أن عدم احترام الجماعة لالتزاماتها يؤدي إلى فقدان حقوقها، وبالتالي دفع تعويض عن الضرر أو التلف أو نقص القيمة لصالح الدولة، كما أن عدم الوفاء بالالتزامات من قبل عضو في جماعة معينة يؤدي إلى فقدانه لحقوقه، وبالتالي دفع تعويض لصالح الأعضاء الآخرين⁽¹⁾.
- هذا باختصار عن مضمون التزامات أعضاء المستثمرة الفلاحية أما عن حقوقهم؛

3-2 - الحقوق:

ومن أهم الحقوق التي تترتب للمستفيد عند تكوين المستثمرة الفلاحية الجماعية هو التصرف في حصته، وانتقالها إلى ورثته، كما له الحق في الاستفادة من القروض، وعدم

(1) عمر صدوق، المرجع السابق، ص 78.

تجريد هذا الحق إلا وفقا للقانون المتعلق بنزع الملكية، وممارسة حق الشفعة من طرف الدولة في حالة التنازل عن الحصة من طرف العضو في المستثمرة.

فالأصل أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في حصته مادامت المستثمرة الفلاحية الجماعية قائمة، لأنه مرتبط بعقد اجتماعي ابتدائي قبل تكوين المستثمرة، كما أنه قد اختير من طرف الجماعة للعمل معهم بناءً على اعتبارات شخصية، ورغم ذلك فإن المشرع قد أجاز التنازل عن هذا الحق بعوض أو بدون عوض بنص المادة 23 من القانون (19/87)، وبالمقابل أجاز للدولة في جميع الحالات السابقة، عن طريق الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري ممارسة حق الشفعة⁽¹⁾، إذ تنص المادة 24/ فقرة 02 من القانون المذكور على أن: "... ويمكن للدولة في جميع الحالات أن تمارس حق الشفعة ..."، كما نصت المادة 62 من قانون التوجيه العقاري على ما يلي:

"تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من القانون (19 /87) المؤرخ في 1987/12/08".

ثالثا: حق الامتياز

وحق الامتياز هو البديل لحق الانتفاع الدائم، أو اللفظ المرادف له، والامتياز⁽²⁾ -طبقا للقانون (03-10) المؤرخ في 2010/08/15 المحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة - هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية، يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الامتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم، لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها، وتخصيصها بموجب قانون المالية، ويقصد في مفهوم القانون (03-10) المذكور أعلاه بـ "الأمالك السطحية مجموع الأملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية ولاسيما منها المباني والأغراس ومنشآت الري، ويمنح

(1) أنظر المادة 23 من قانون (19/87) المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

(2) أنظر المادة الرابعة من القانون (03-10) المؤرخ في 2010/08/15 المذكور أعلاه.

الامتياز المنصوص عليه في هذا القانون، لأعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية⁽¹⁾، وبالرجوع إلى أحكام القانون (03-10) نجد أن هذا الحق يتميز بعدة مميزات.

1- مميزات حق الامتياز:

إن القانون (03-10) المؤرخ في 2010/08/15، يمنح حق الامتياز مجموعة من المميزات:

أ- **حق الامتياز مؤقت:** جاء في نص المادة الرابعة من القانون (03-10) أن حق الامتياز هو حق استغلال للأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد.

ب- **حق الامتياز قابل للتنازل:** جاء في نص المادة 13 من نفس القانون أن حق الامتياز هو حق قابل للتنازل، وبالتالي أجاز المشرع هنا، للمستفيدين في المستثمرات الفلاحية الجماعية أو الفردية التنازل عن حقوق الامتياز بمقابل أو بدون مقابل، ولكن بشروط منصوص عليها في التعليمات الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 2002/07/15 المتعلقة بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين بموجب القانون (03-10) المؤرخ في 2010/08/15، كاشتراط الجنسية الجزائرية في المترشح للشراء وله صفة العمل بالقطاع الفلاحي، لا يمتلك حق انتفاع في إطار مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية ...

ج- **حق الامتياز قابل للحجز عليه:** طبقا لنص المادة 13 من القانون (03-10) المذكور أعلاه، فإن حق الامتياز هو حق عقاري قابل للحجز عليه، وتطبق عليه إجراءات الحجز على عقار، وهذا ما لم يكن مسموح به في ظل قانون الثورة الزراعية وقانون التسيير الذاتي⁽²⁾.

2- شروط منح حق الامتياز:

جاء في القانون (03/10) المؤرخ في 2010/08/15 المذكور سابقا للأمولاك الوطنية، في المادة الرابعة منه، أنه الدولة تمنح للمنتجين الفلاحين حق الامتياز على كل الأراضي

(1) أنظر المادة 05 من القانون (03-10) السابق .

(2) أنظر المادة 08 من القانون (19-87) المؤرخ في 1987/12/08 والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم.

التي تتألف منها المستثمرة الفلاحية، وذلك مقابل دفع إتاوة من طرف المستفيدين، يحدد وعائها وكيفيات تحصيلها وتخصيصها في القوانين المالية.

كما أنه طبقا لمذكرة وزارة الفلاحة رقم 508 المؤرخة في 1992/11/02، فإنه يتم منح حق الانتفاع الدائم من طرف لجنة تتشأ خصيصا لهذا الغرض على مستوى كل ولاية يرأسها مندوب الإصلاح الزراعي وتتكون من:

- مدير المصالح الفلاحية.

- مدير أملاك الدولة للولاية.

- المدير المحلي للوكالة الوطنية للمسح.

وتتمثل الشروط الواجب توافرها لمنح حق الانتفاع الدائم في فئتين من الشروط، حيث تتجسد الفئة الأولى في الشروط الواجبة في المستفيد أو المستفيدين، وأخرى الواجبة لاستغلال الأراضي الفلاحية.

أ - الشروط الواجب توافرها في المستفيدين (الأطراف)

إن حق الامتياز المنصوص عليه في القانون (03/10) تمنحه الدولة، بشروط يجب توافرها في المستفيدين، والمنصوص عليها في المادة الرابعة من نفس القانون وأهمها:

1- إن حق الامتياز يمنح بمقابل وليس مجانا، كما جاء في نص المادة الرابعة، والأمر يتعلق بإتاوة يحدد وعائها قانون المالية، وتم ذلك لأول مرة بموجب القانون رقم (33/88) المؤرخ في 1988/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1989.

2- أن يكون الشخص طبيعي، وبالتالي الشخص المعنوي لا يمكن له الاستفادة من هذه الأراضي.

3- أن يكون ذو جنسية جزائرية، وتثبت هويته عن طريق بطاقة التعريف الوطنية.

4- أن لا يكون له مواقف معادية لثورة التحرير الوطني.

ولكن المشكل في هذه الحالة، أنه ليس هناك إطار قانوني يحدد قائمة الأشخاص المعادين لثورة التحرير الوطني رغم وجود فريق عمل مشترك بين وزارة المجاهدين ووزارة الفلاحة لدراسة هذا المشكل.

5- أن يكون عاملاً دائماً في القطاع أو حائزاً على شهادة تكوين في الفلاحة عند تاريخ إصدار هذا القانون.

6- أن لا يكون عضواً في مستثمرة فلاحية أخرى طبقاً لنص المادة السابعة من القانون (03/10)⁽¹⁾.

7- ليس للشخص أرض ملكية، ولا تمارس أي نشاط مهني آخر.

8- إن يكون الشخص قاطناً في نفس البلدية أو ضواحيها.

9- على المستفيدين أن يمارسوا شخصياً النشاط الفلاحي داخل المستثمرة أي أن مجهود الشخص المستفيد محل اعتبار.

10- يستلزم على المترشح للشراء الحصول على الاعتماد الممنوح من طرف باقي أعضاء المستثمرة، وفي كل الحالات تعطى الأولوية للمجاهدين وذوي الحقوق طبقاً لنص المادة 10/ فقرة 02 من القانون (19/87).

ولكن الملاحظ ميدانياً أن هذه الشروط لم تحترم من طرف الإدارة، ومنحت أراضي لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط، وغالباً ما يتم الاختيار على أساس القرابة أو معرفة الشخص، كما أن أغلب المستثمرات الفلاحية الجماعية لا تقوم بدفع الإتاوة المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون (03-10) ورغم ذلك لم تقم مديرية أملاك الدولة بمقاضاتها لإجبارها على تسديدها.

ب- الشروط الواجبة لاستغلال الأراضي الفلاحية (موضوع العقد):

يقصد هنا بالشروط الواجبة لاستغلال الأراضي الفلاحية طبقاً لقانون (19/87) الشروط الواجبة في موضوع أو محل العقد، وللعقد هنا محلين:

- حق الامتياز الذي يمارس على الأرض الممنوحة، وثانيها الممتلكات المكونة لزمة المستثمرة الفلاحية المتنازل عنها إن وجدت، فقد قضت المادة 02 - فقرة 02 من المرسوم التنفيذي (50/90) المؤرخ في 1990/02/06 والمتعلق بإعداد العقد الإداري على أن هذا العقد الذي تعده الإدارة المكلفة بأملاك الدولة، يحدد الأساس العقاري الذي يمارس عليه حق

(1) تنص المادة 07 من القانون (03-10) على أن: "يقصد من الاستفادة من أحكام هذا القانون الأشخاص: الذين حازوا الأراضي الفلاحية المذكورة في المادة 2 أعلاه، أو الذين أجروا معاملات أو اكتسبوا حقوق انتفاع و/أو أملاك سطحية...".

الامتياز الممنوح للمنتجين الفلاحين المعنيين في إطار القانون (03/10) المؤرخ في 2010/08/15، وكذلك قوائم الأملاك المتنازل عنها لهم على سبيل التملك الكامل، ومبلغها وكيفيات دفع هذا المبلغ عند الاقتضاء.

- والسبب في جمع حق الامتياز الدائم (الأرض) مع حق تملك الأملاك المتنازل عنها هو استقرار المستثمرة المنبثقة عن إعادة تنظيم الأرض الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، وتعزيز مكانة المستفيدين الذين تتوفر فيهم المقاييس الذي حددها القانون⁽¹⁾، وبالرجوع إلى القانون (19/87) والمراسيم المطبقة له لاسيما المرسوم التنفيذي رقم (51/89) المؤرخ في 1989/04/18 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 29 من القانون السالف الذكر، والمرسومين رقم (50/90) و(51/90) المؤرخين في 1990/02/06 اللذان يحددان الشروط التي يجب احترامها في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة.

ومن أهم هذه الشروط:

- أن استغلال الأرض يكون جماعيا في شكل مستثمرة فلاحية جماعية، هي عبارة عن شركة مدنية تتكون من ثلاثة (03) أشخاص على الأقل، تهدف إلى استغلال قطعة أرض أو عدة قطع أرضية منحت لأعضائها من طرف الدولة بصفة جماعية وعلى الشيوخ الأشخاص الذين يكونون المستثمرة الفلاحية هم أشخاص طبيعيين، وكل عضو هو شريك يقدم حق الامتياز على الأرض، وكذلك نصيبه من الوسائل المتنازل عنها بصفة نهائية وعمله المباشر فيها، وهذا يكون حصته.

- وتنشأ المستثمرة الفلاحية جماعية كانت أو فردية بإعداد عقد إداري، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم (50/90) المؤرخ في 1990/02/06 المتضمن شروط إعداد العقد الإداري الذي يثبت الحقوق العينية الممنوحة للمنتجين الفلاحين، والذي جاء مطابقا للمادة 12 من القانون (19/87).

كما نصت المادة 02 من المرسوم السابق الذكر، على أنه إذا تكونت المستثمرة الفلاحية جماعية كانت أم فردية بصورة قانونية ضمن احترام أحكام القانون (03/10) المؤرخ في

(1) أنظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي (50/90) المتضمن شروط إعداد العقد الإداري الذي يثبت الحقوق العينية الممنوحة للمنتجين الفلاحين.

2010/08/15 ولاسيما المواد 20 و 21 وجب إثبات الحقوق العقارية الممنوحة في هذا الإطار للمنتجين المعنيين دون تأخير إعداد العقد الإداري.

وهذا العقد الذي تعدّه إدارة أملاك الدولة يحدد الأساس العقاري الذي يمارس عليه حق الامتياز الممنوح للمنتجين الفلاحين المعنيين بالقانون رقم (03/10) وكذلك قوائم الأملاك المتنازل عنها لهم على سبيل التملك الكامل ومبلغها وكيفيات دفع هذا المبلغ عند الاقتضاء⁽¹⁾.

ويحرر من نسختين وأصل، تخصص نسخة للإشهار والحفظ العقاري، ونسخة للمستثمرة الفلاحية بعد أن تستوفي جميع إجراءات التسجيل والشهر العقاري (المادة 33 من القانون (19/87) والمادة 03 من 50/90.

وبعدها يسلم العقد الإداري الذي يثبت الحقوق العقارية للمنتجين الفلاحين والتي لا يمكن نزاعها، إلا في إطار القضاء أو ضمن إجراءات نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة بعد أن تستوفي إجراءات التسجيل والشهر العقاري طبقا لنص المادة 33 من قانون (19/87) والمادة 03 من المرسوم (50/90).

فهذا العقد يعد مصدر حقوق والتزامات المستفيدين كما جاء في نص المادة 12 من قانون (19/87)، فهو بمثابة شهادة ميلاد المستثمرة الفلاحية، إذ بموجبه تصبح الحصص ملكا لها، وليس للشركاء لأنها شركة مدنية لها شخصيتها المعنوية والاستقلال المالي، يترتب على ذلك:

1- حصة الشريك هي حق شخصي في ذمة المستثمرة، لكن ولدائنيه حقوق عليه وليس لهم حقوق مباشرة على ممتلكات المستثمرة لكن لدائنيه حقوق في ذمة أعضائها بصفة تضامنية⁽²⁾.

2- إذا حلت المستثمرة يصبح كل عضو مالك لحصته أي يسترجع نصيبه في الشركة إلا في حالة إسقاط هذا الحق.

(1) أنظر المادة 02 من المرسوم (50/90) والمادة 12 من القانون (19/87) السابقة الذكر.

(2) أنظر المادة 17 من القانون (19/87) المذكور أعلاه.

3- لا يجوز لدائني المستفيد توقيع تخصيص أو رهن على أموال المستثمرة ولكن يحق لهم حجز حصته من الأرباح.

4- يجب على أعضاء المستثمرة الفلاحية استغلال الأرض الممنوحة لهم استغلالاً أمثل والمحافظة على وجهتها الفلاحية، ويجب أيضاً دفع الإتاوة التي يحدد وعاءها بموجب قانون المالية طبقاً للتعليمات الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 2002/07/15 المتعلقة بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية في إطار قانون (19/87).

وإذا احتلت أو انعدمت أحد الشروط المذكور سابقاً، فلا تتوفر في المستفيد مثلاً الشروط المنصوص عليها في المدة 10 من قانون (19/87) كأن يكون الشخص الذي منحت له الأرض غير فلاح، أو تكون له مواقف معادية لحرب التحرير الوطني، فإن العقد الإداري يكون باطلاً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن ستمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقاً لنص المادة 102 من القانون المدني، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد⁽¹⁾.

3- حقوق والتزامات المستفيدين:

أحال القانون (03-10) المذكور آنفاً، إلى القانون (19-87) فيما يخص حقوق والتزامات المستفيدين بنص المادة 5 منه، إذ عندما يتسلم المستفيدون، العقود الإدارية، وفقاً للشروط القانونية المطلوبة، تترتب حقوق والتزامات على عاتق المستفيدين، نتعرض لها في نقطتين.

أ- حقوق المستفيدين:

1- حق الانتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتكون منها المستثمرة، وعلى الشيوخ وبحصص متساوية بين أعضائها طبقاً لنص المادة 06 من القانون (19/87)، وهي حصص قابلة للنقل والتنازل والحجز مع احترام الطابع الجماعي للمستثمرة طبقاً

(1) - بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 140.

للمادة 23 من نفس القانون، ويتم التنازل عن هذا الحق بمقابل مالي يحدد وعائها، وكيفيات تحصيلها في قوانين المالية.

2- التنازل من طرف الدولة للمنتجين على جميع الممتلكات العقارية (ما عدا الأراضي) والمنقولة التي تخصص لاستغلال الأرض وأهمها السكنات، والمباني والمعدات الفلاحية، هذه الممتلكات يتم التنازل عنها بمقابل مالي، وتدخل في ذمة المستثمرة الفلاحية بعد تكوينها قانوناً مثلها مثل حق الانتفاع وتشكل الحصص التي يقدمها المنتجون، عند تكوينها (المادة 07 من قانون (19/87)) مع إمكانية التنازل عن هذه الحصص مع حق الانتفاع أي أنه لا يمكن للمستفيد أن يبيع حق الانتفاع منفصلاً عن الأموال المتنازل عنها، لأن حصة المستفيد تتكون من نصيبه في حق الانتفاع وحصته في الأموال المتنازل عليها له فهي وحدة واحدة لا تتجزأ، بنص المادة 31 من قانون (19/87)، أما فيما يخص المنشآت التي يتم إنجازها من طرف المنتجين بعد تكوين المستثمرة الفلاحية الجماعية فتعد ملكاً لهم، وتخضع إقامة هذه المنشآت إلى ترخيص مسبق لاحتزام الطابع الفلاحي للأرض مع احترام الأحكام الخاصة برخصة البناء ورخصة التجزئة⁽¹⁾.

3- عدم تقييد الملكية أو التجريد منها إلا عن طريق نزع الملكية المنفعة العامة طبقاً للقانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة بنص المادة 42 من قانون (19/87).

4- عدم تدخل الإدارة في تسيير وإدارة المستثمرة الفلاحية جماعية كانت أو فردية طبقاً للمادة 43 من قانون (19/87) وهذا لضمان عدم إخضاع المستثمرة للتسيير الإداري.

5- يمكن للمستفيدين التنازل بمقابل أو مجاناً لأحدهم، وتعطى الأولوية في هذه الحالة للشباب الذين استفادوا من تكوين فلاحي وللعاملين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية، أي أن الأرض لا تمنح إلا لمن يتخذ الفلاحة حرفة له، وهذا منعا لتدخل الوسطاء بين المستفيدين والدولة، بإعادة تأجيرها من الباطن.

(1) أنظر المادة 31 من قانون (19/87) المذكور آنفاً.

وتجدر الإشارة أنه في كل الحالات يمكن للدولة أن تمارس حق الشفعة بصفقتها مالكة للرقبة طبقاً لأحكام المادة 795 من القانون المدني، ويمارس هذا الحق بواسطة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الذي أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 1996/02/24.

ب - التزامات المستفيدين:

مقابل الحقوق التي خولها القانون للمستفيدين، رتب عليهم التزامات يمكننا حصرها فيما يلي:

(1) استغلال الأراضي الممنوحة في إطار قانون (19/87) يكون جماعياً وعلى الشروع حسب حصص متساوية بين كل عضو من أعضاء الجماعات المشتركة بصفة حرة، ولا يجوز لأي منتج الحصول على أكثر من حصة واحدة، ولا الانضمام إلى أكثر من جماعة، ويمكن استثناء استغلال الأرض بصفة فردية في الحالات الخاصة طبقاً لنص المادة 09 من قانون (19/87).

(2) يتعين على منجي المستثمرات الفلاحية إنتاج الخيرات خدمة للأمة والاقتصاد الوطني، لتحسين الإنتاج والإنتاجية بصفة متواصلة، وعصرنة أساليب ووسائل الإنتاج طبقاً للمادة 16 من نفس القانون.

(3) التزام أعضاء المستثمرة الفلاحية بما يتعهد به أحدهم باسم المستثمرة وذلك بصفة تضامنية ومطلقة، بمعنى أن كل شريك محل اعتبار التزامات الشركاء باسم المستثمرة تضامنية، ولا يمكن التخلص منها في مواجهة الغير، طبقاً لنص المادة 17 من قانون (19/87).

(4) المحافظة على الطابع الفلاحي للأرض، وتنفيذ كل عمل من شأنه أن يزيد في قيمتها طبقاً للمادة 18 من القانون (19/87).

(5) المشاركة المباشرة والشخصية في العمل الفلاحي ضمن إطار جماعي، وهذا ما جعل المشرع يشترط أن تمنح الأرض، لمن يتخذ من الفلاحة جرفة له، ويكرّس مبدأ "الأرض لمن يخدمها" المنصوص عليها في المادة 692 من القانون المدني.

(6) عدم إمكانية التنازل عن الحصص إلا في حالة الوفاة مدة خمس (05) سنوات من تاريخ إنشاء المستثمرة الفلاحية الجماعية، وقد تم رفع هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب المادة 84 من القانون (25/90) المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، غير أن هذه المادة ألغيت بموجب الأمر (26/95) المؤرخ في 1995/09/25 المعدل والمتمم للقانون (25/90) في المادة 12 منه وعلى هذا الأساس أصبح المستفيد يتنازل عن حقه سواء كان حق انتفاع أو مالا آخر، في أي وقت كان⁽¹⁾.

(7) دفع المنتجين للدولة مقابل استغلالهم للأرض إتاوة يتم تحديد وعائها وكيفيات تحصيلها وتخصيصها في قوانين المالية، بنص المادة 216 من قانون (19/87).

(8) دفع عن الممتلكات المتنازل عنها (غير الأرض)، ويتم هذا الدفع، في أجل يضبط بموجب اتفاق بين المستفيد في حالة الاستغلال الجماعي أو المستفيد، والبنك الفلاحي للتنمية الريفية.

(9) يلتزم المستفيدون التأمين على أنفسهم بصفة إلزامية ضد مخاطر المرض والأمومة، والوفاة والعجز وكذلك تأمين اليد العاملة البديلة في العوائق القانونية.

وبصفة عامة يلتزم المنتجون احترام القيود الواردة في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم (51/90) المؤرخ في 1990/02/06 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 28 من القانون رقم (19/87) والمتعلقة بالشروط التي يحكم فيها، بفقدان الحقوق العقارية كإيجار الأراضي، تحويل الأراضي عن وجهتها الفلاحية، تخصيص مباني الاستغلال الفلاحي، لأعمال لا صلة لها بالفلاحة، وعدم المساهمة المباشرة في أعمال الإنتاج أو التسيير في المستثمرة...⁽²⁾

هذه أهم الأحكام الواجب توافرها في العقار المشفوع فيه، فقد يكون إذن أرضا فلاحية، كما يمكن أن يكون أرضا مبنية في شكل مستثمرة فلاحية، كما تقع الشفعة على حق عيني عقاري كحق الانتفاع الدائم كما سبق دراسته، أما في الفرع الثاني الموالي، نحاول التعرف

(1) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 144.

(2) أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي (51/90).

على المال العقاري المشفوع فيه والذي تمارس عليه الدولة الشفعة أيضا وهو ما يسمى بالعقار الحضري أو ذو الطابع الحضري

الفرع الثاني: العقار الحضري

لقد أصبح من النادر، وجود أرض عارية في المناطق الحضرية، بل كثيرا ما تكون مبنية، أو تكون ملحقة بالبناء، ونظرا لكثرة الطلب على الأراضي العمرانية وقلة العرض، عموما يكون اللجوء إلى استعمال حق الأخذ بالشفعة ذا أهمية خاصة، لأنه يمارس على جميع الأراضي العمرانية بدون استثناء، غير أن ما يجدر ذكره أن الطلب والعرض للأراضي العمرانية، لا يكون متساويا في جميع المناطق المحددة بموجب أدوات التعمير، لذلك فقد يكون استعمال حق الأخذ بالشفعة أكثر نجاعة بتحديد المنطقة التي يجب أن تكون خاضعة له، بدل أن يبقى معها على كافة الأراضي العمرانية دون استثناء، ونبين في جزئي هذا الفرع تصنيف الأراضي العمرانية محل الشفعة، وآثار أدوات التعمير على هذا التصنيف في الجزء الثاني حتى يتسنى لنا معرفة هذه الأراضي ذات الطابع الحضري.

أولا: تصنيف الأراضي العمرانية محل الشفعة

إن تصنيف الأراضي الحضرية الخاضعة لممارسة الشفعة من طرف الدولة، يتم على مرحلتين، حيث قسمت البلديات المكونة للقطر الوطني، إلى أربعة مناطق وفقا للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1994/05/24، والمتضمن تصنيف البلديات حسب المناطق والمناطق الفرعية لتحديد القيمة الإيجارية الجبائية في مجال الرسم العقاري المطبق على الملكيات غير المبنية، وتقييم الأملاك العقارية في حالة وجود نقص في التصريح، وفي مرحلة ثانية يتم تقسيم الأراضي الحضرية للبلدية الواحدة وفقا للتقسيم المحدد في أدوات التعمير⁽¹⁾ على النحو الآتي:

1. تصنيف البلديات:

حيث صنف البلديات وفقا للجدول الملحق بالقرار الوزاري المشترك المذكور أعلاه، إلى أربع مناطق، كل منطقة، بها ثلاث مناطق فرعية أي أن السوق العقارية في الجزائر تحتوي على اثني عشر (12) منطقة رئيسية للنشاط العقاري، وهذا وفق الجدول التالي:

(1) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص 103.

المنطقة الفرعية (ج)	المنطقة الفرعية (ب)	المنطقة الفرعية (أ)	
111	129	124	المنطقة 1
250	22	61	المنطقة 2
373	22	109	المنطقة 3
225	12	17	المنطقة 4

2. تصنيف الأراضي داخل كل بلدية:

يتم تصنيف الأراضي الحضرية داخل البلدية عن طريق أدوات التهيئة والتعمير، وهذا حسب طبيعة النشاط الممارس على إقليم كل منطقة (حضري-سكني-صناعي-تجاري... إلخ) وعوامل التقييم (المادي-القانوني والاقتصادي) يتم تحديد القيمة التجارية بالنسبة لكل منطقة.

ثانياً: تصنيف الأراضي الحضرية وفق أدوات التعمير

وتصنف أدوات التعمير، الأراضي الحضرية إلى قطاعات، ونميز بين نوعين من القطاعات الأساسية:

1. القطاعات المعمرة (الأراضي العامرة):

وهي تشمل كل الأراضي، حتى وإن كانت غير مجهزة بجميع التهيئات التي تشغلها بنايات مجتمعة، ومساحات فاصلة، وما بينها ومستحوزات التجهيزات، والنشاطات ولو غير مبنية كالمساحات الخضراء، الحدائق، الفسحات الحرة، والغابات الحضرية الموجهة إلى خدمة البنايات المجتمعة كما تشتمل أيضاً الأجزاء الواجب تجديدها، إصلاحها وحمايتها.

2. القطاعات القابلة للتعمير:

وهي الأراضي المخصصة للتعمير وفقاً للأجل المحددة في أدوات التهيئة، والتعمير⁽¹⁾، ونميز على هذا الأساس بين نوعين:

(1) أنظر المادة 21 من قانون التوجيه العقاري.

• **القطاعات المبرمجة للتعمير:** تشمل كل الأراضي المخصصة للتعمير على الأمدين القصير والمتوسط والذين لا يتعدى آفاق عشر سنوات.

• **قطاعات التعمير المستقبلية:** هي كل الأراضي المخصصة للتعمير على الأمد البعيد (الطويل)، أي في آفاق عشرين سنة، وتكون هذه الأراضي خاضعة مؤقتاً لارتفاع عدم البناء عليها، ولا يرفع الحضر إلا بموجب المصادقة على مخطط شغل الأراضي في نهاية الآجال المحددة أعلاه.

وسياسة الشفعة في الأراضي الحضرية في القانون الفرنسي كما جاء به الكاتب هنري جاكوت في مؤلفه "قانون التعمير" هي: "بالتأكيد من المواد الخام للسياسات والتخطيط الحضري، لأنها تشكل الأساس للتنمية الحضرية القائمة أساساً على إتباع سياسة حيابة الأراضي، والتي ينبغي أن يوضح المشرع أهداف هذه السياسة بمختلف الوسائل القانونية والمالية لدعم توفير الأرض، للسماح ببناء المساكن واستضافة النشاط الاقتصادي للمجتمعات العمرانية العامة، ويمنح هذا الغرض إمكانية استخدام تقنية معينة، والحق في القيام بإجراءات احترازية وقائية، والتي عكست تنوعاً لأغراض العمل في الأراضي العامة".

وعلى العموم، فإن المناطق المتواجدة بوسط المراكز الحضرية ذات الموقع الإستراتيجي هي الأكثر حاجة لاستعمال حق الأخذ بالشفعة، نظراً لحيوية النشاط الاجتماعي والاقتصادي بها، وكذلك تلك الواقعة على أطراف المدن، لأنها تعد مناطق حساسة، كونها تشكل خط التماس بين عالم المدينة وعالم الريف، وبذلك الموقع تستقطب اهتمام المضاربين الذين يلجأون إلى الاستثمار بشرائها، تحسباً للتوسع العمراني المرتقب.

الفرع الثالث: العقار السياحي

إن أساس الشفعة في العقار السياحي هو الأمر رقم (66-62) المؤرخ في 1966/03/06 المتضمن المناطق والأماكن السياحية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم (98-70) المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتنمية السياحية وتحديد قانونها الأساسي، ثم المرسوم التنفيذي (385/06) المؤرخ في 2006/10/28 المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية

للتنمية السياحية، حق الشفعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية المنظم لها قانون (03-03) المؤرخ في 2003/02/17.

وتعتبر من مناطق التوسع السياحي⁽¹⁾ كل منطقة ومساحة من الأرض تتمتع بميزات أو خصائص طبيعية، ثقافية وبشرية ملائمة للتنزه السياحي، من شأنها أن تسمح بإقامة أو تنمية منشآت سياحية يمكن استغلالها لتنمية شكل أو عدة أشكال من الإيراد السياحي.

وتعتبر من الأماكن السياحية كل منظر طبيعي أو مكان ذي جاذبية سياحية بمنظره الخلاب أو بما يحتويه من أهمية تاريخية وفنية أو أسطورية، أو ثقافية بحيث تتم صيانته واستثمار ندرته، والمحافظة عليه من التلف الطبيعي أو الناتج بفعل الإنسان⁰

ولهذا يحظى العقار السياحي بحماية خاصة، كون كما رأينا يقع في مناطق سياحية تدر فوائد للاقتصاد الوطني، فهي بمثابة أقطاب الجذب السياحي تحتوي على خصوصيات وامتيازات تفرض تهيئتها بطرق منهجية، وكل التصرفات والأشغال التي تجرى عليها يجب أن تخضع لموافقة الجهة المكلفة بالسياحة، وعليه فكل تصرف وارد على عقار سياحي قد تتدخل الدولة في شأنه بممارسة حق الشفعة المقرر لها قانونا.

- مقارنة:

وهكذا يتسع نطاق المشفوع فيه في القانون، فهو يشمل العقار بأشكال مختلفة، وكل شكل منظم قانونا ويتميز بميزات قانونية خاصة وخصائص واسعة النطاق، ولأن الشفيع يحل محل المشتري في مقابل الثمن الذي اشترى به، وهو واحد في الفكرين -أي الثمن-، وأنه لا يوجد ثمن إلا في عقد البيع، الذي يجسد نطاق الشفعة الأخير، وهو نطاق التصرفات، والذي مقتضاه عدم جواز الشفعة إلا في عقد البيع، وهو موضوع التحليل في المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل.

(1) أنظر المادة الأولى من المرسوم (66-75) المؤرخ في 1966/04/04 المتضمن المناطق والأماكن السياحية.

المبحث الثالث: نطاق التصرفات

لنشوء حق الشفعة، لابد من أن تخرج حصة على الأقل من الملك على الشياح من ملكية أحد الشركاء خروجاً قاطعاً، وأن تنتقل منه انتقلاً تاماً بعوض مالي، والتصرفات العوضية المنشئة لحق الشفعة أساساً هو البيع، باتفاق الفقه الإسلامي والقانوني على السواء. والبيع في اللغة مصدر باع الشيء، بمعنى أخرجه من ملكه أو أدخله فيه بعوض، فهو بمعنى المبادلة والمقابلة، مبادلة شيء بآخر، بضاعة بضاعة أو بضاعة بثمن، وفي لسان العرب؛ البيع ضد الشراء، وهو من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء، ويستعمل في لسان قريش في معنى الإخراج، ولفظ الشراء في الإدخال، وهذا المعنى دج عليه الفقهاء المسلمون، وتبنوه، وهو ما جعل المشرع أكثر دقة ووضوحاً في أن لا شفعة إلا بدخول ملكية حصة من الملك المشاع في ذمة المشتري، وتطبيقاً للقواعد العامة يشترط في عقد البيع حتى ينشأ به حق الشفعة أن يكون موجوداً، أي أن لا يكون باطلاً أو سورياً.

ومبدئياً متى وجد البيع بعد توافر شروط الشفعة -التي بينها في جنبها- صح الطلب، ولكن البيوع أنواع إن في الشريعة الإسلامية وإن في القانون، نحاول أن نبين ضمن هذا المبحث وفي مطلبين على التوالي أشكال البيوع والعقود وقابليتها للأخذ فيها بالشفعة.

المطلب الأول: العقود والتصرفات في الفكر الإسلامي

لا تجوز الشفعة في الشريعة الإسلامية، إلا في بعض الأحوال التي تنتقل فيها ملكية العقار من شخص إلى آخر، ونقسم هذه الأحوال إلى فرعين، ندرس في الفرع الأول، أنواع خاصة من البيوع، ومدى جواز الشفعة فيها، وآراء فقهاء المذاهب الأربعة، وفي الفرع الثاني ندرس بعض العقود التي تنتقل فيها الملكية بعوض غير البيع، وذلك على ضوء المتفق عليه في الشريعة الإسلامية في أن الشفعة إنما تجب متى كان انتقال الملك بعوض، دون تحديد لطبيعة وشكل هذا العوض.

الفرع الأول: أنواع خاصة من البيوع

أولاً: بيع الثنيا

بيع الثنيا هو العقد الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يردّ إليه المبيع متى أتاه بالثمن، الذي دفع إليه إذا لم يحدد لذلك أجل معين، أو أن يتفقا على أن يردّ إليه المبيع إذا أتاه بالثمن في أجل مسمى متفق عليه، وإلى هذا المعنى أشار ابن عاصم:

والشرح للثنيا رجوع ملك من باع إليه عند إحضار الثمن

وهو بيع مفسوخ في المدونة، "فمن باع السلعة على أن البائع إن رد الثمن فالسلعة له، لم يجز"، غير أن فقهاء المالكية⁽¹⁾، اختلفوا في علة فسخه في رأيين؛ حيث يفسخ بيع الثنيا، لأنه سلف جرّ نفعاً، وهو رأي سحنون وابن الماجشون.

ويفسخ بيع الثنيا لأنه باب من أبواب الربا، إذا وقع يفسخ فوراً بمجرد الاطلاع عليه، ولا يفوت بأي شيء مما تفوت به البيوع الفاسدة.

واختلفوا في حكمه في ثلاثة آراء:

- فرأى أخذ بحديث جابر⁽²⁾، المشهور الذي اشترط فيه على النبي صلى الله عليه وسلم، ظهر الجمل إلى المدينة فوفى له، فالبيع صحيح والشرط صحيح وبه أخذ ابن شبرمة.

- ورأى أخذ بحديث بريرة⁽³⁾، عن عائشة رضي الله عنهما، فقد اشترط أهل بريرة في البيع، أن يكون الولاء لهم، فأخبرت عائشة رضي الله عنهما الرسول صلى الله عليه وسلم، فقال: "خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق" ففعلت، فالبيع صحيح والشرط باطل، وبه أخذ ابن أبي ليلى.

- ورأى أخذ بحديث جابر الذي نهى فيه الرسول الأمين عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا، ورخص في العرايا، وفسروا الثنيا ببيع وشرط، وبهذا أخذ الإمامان أبو حنيفة والشافعي، فقالا في البيوع المقرونة بشرط أن البيع فاسد والشرط فاسد.

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 112.

(2) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 483.

(3) أحمد بن علي بن جعر العسقلاني، المرجع السابق، ص 376.

ثانيا: بيع الخيار

وهذا البيع قديم، معروف عند الرومان، لا يقتصر التعامل به على الدول المطبقة أو التي كانت تطبق الفقه الإسلامي في معاملاتها، ومقتضاه جواز الاشتراط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو البائع، في نقضه خلال مدة محددة، ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا، ويجوز الاتفاق عليه⁽¹⁾.

وهذا البيع محل خلاف العلماء في كونه ينشئ أولا، للشريك الحق في الشفعة في فرضيتين:

الفرضية الأولى: إذا باع شخص نصيبه في عقار مشترك واشترط أن يبقى له الخيار في إمضاء البيع ونقضه، فقد اتفق الفقهاء على أن شريك البائع لا شفعة له إذ قرر البائع إمضاء البيع، لأن الشفع إنما يأخذ من المشتري، وهو لما ينقل الملك إليه بعد.

الفرضية الثانية: إذا اشترى شخص نصيبا في عقار، واشترط أن يكون له الخيار مدة يمضي بعده البيع، أو ينقضه، فقد اختلف الفقهاء في ما إذا كان يحق للشريك أن يشفع أولا: فيرى الشافعية، أيضا، أن لا شفعة للشريك مادام البائع لم يقرر إمضاء البيع، وهذا رأي الحنابلة، وهو المعتمد في المذهب المالكي، كما يرى الشافعي في أحد قوليه⁽²⁾، أن الشريك ينشأ له حق الشفعة في هذه الحالة، ويعلل ذلك بكون الملكية متنقلة ومستقرة للمشتري ولزم البيع للبائع.

ويبرر البعض هذا الرأي، بأن "المشتري بالخيار مادام لم يقرر إمضاء العقد يكون مخيرا، بين الإمضاء والرد⁽³⁾، فإذا قلنا: إن للشريك الحق في الشفعة من يده في زمان الخيار، فإننا نكون قد ألزمناه بآثار ذلك العقد، وأوجبنا عليه أن يقبله، وأرغمناه على أن يتحمل بضمن المشفوع تجاه

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 241.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) صادق عبد الرحمن الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، الجماهيرية الليبية، منشورات جامعة الفاتح ودار الكتاب الجديد المتحدة للطباعة، 2005، ص 234.

الشفيع في الوقت الذي يمكنه فيه أن يتحلل من هذا الضمان فيما إذا اختار رد البيع⁽¹⁾.

ثالثاً: الإقالة

الإقالة اتفاق البائع والمشتري على الرجوع عن العقد الذي أبرماه، ورجوع كل واحد منهما إلى الحالة، التي كان عليها حين البيع، برجوع كل من العوضين لصحبه، والأصل في التقايل وحقيقته أن المتعاقدين، يعقدان عقد بيع نافذ وناقل للملكية، ثم يعقدان عقداً آخر يلتزمان بمقتضاه بالتحلل اختارياً ورضائياً، من التزاماتهما التعاقدية إذا قام كل منهما بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر، والعودة التي كانا عليها قبل إبرام العقد⁽²⁾، ومعنى هذا أن الإقالة تفترض بمجرد إبرامها التزاماً متبادلاً بين الطرفين أحدهما برد الثمن، والآخر برد المبيع، وتتمثل حقيقتها في الوعد التبادلي بالبيع والشراء.

وإذا اشترى مشتر حصة مالك على الشيع، ثم وقعت الإقالة بينهما، فقد اختلف الفقهاء في نشوء حق شريكه في الشفعة باختلافهم في تكييف الإقالة بيعاً أو نقضاً وفسخاً للبيع:

- فيرى الشافعية، أن الإقالة ليست بيعاً جديداً، يتجدد للشفيع بها حق الشفعة، ويقولون إن الشريك إذا باع شقصاً وعفى شريكه عن الشفعة ثم رجع الشقص لبائعه بالإقالة، فإن الشريك لا ينشأ له الحق في الشفعة لأن الشقص لم يملك بعوض، وإنما انفسخ البيع، ورجع المبيع إلى مالكه بغير بدل⁽³⁾، ومعناه أن البائع والمشتري إذا تقايلا قبل طلب الشفعة زال الحق فيها لأن التقايل فسخ إرادي، متى حدث قبل المطالبة بالشفعة اعتبر البيع كأن لم يكن، ولا يترتب عليه إنشاء بيع جديد، وإنما فسخ للبيع الأول، وبالتالي فلا شفعة به.

- ويذهب المالكية إلى أن الإقالة بمثابة البيع⁽⁴⁾، سينشأ بها للشريك حق الشفعة، ولو أقال البائع المشتري، لأنها تقويت، ولا أثر لها على طلب الشفعة، وينشأ حق الشفعة للشريك بمجرد البيع، وإذا وقعت الإقالة بين الأطراف رضاء، فإن حق الشفعة الناشئ له سبب البيع لا يسقط، لأنه اكتسبه بوجه صحيح على الأشياء التي هي محل الإقالة، فإذا لم يمارسه بالبيع

(1) محمد بن معجوز، المرجع السابق، ص 170-171.

(2) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص 381.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ص 232.

الأول تجدد له بالبيع الثاني، لأن الإقالة بيع وليست فسخاً له، والإقالة قد تقع بنفس الثمن الذي وقع به البيع أو بأكثر أو بأقل منه:

✓ فإذا وقعت بنفس الثمن الذي وقع به البيع، فقد ذهب الملكية إلى أنها باطلة ومعدومة.

✓ أما إذا وقعت بأكثر أو بأقل من ثمن البيع فإنها في الحالتين بيع جديد ينشأ عنه حق الشفعة.

وخلاصة الأمر، أن لا أثر للإقالة على نشوء حق الشفعة، فإذا كان البيع المنشئ لحق الشفعة قد وقعت الإقالة فيه بين البائع والمشتري إقالة برضاها، فلا يسقط حق الشفع للناشئ له بسبب البيع الذي ترتبت عليه الإقالة، بل إنها تجدد للشفيع حق الشفعة لاعتبارها بيعاً جديداً، ويشترط فيها ما يشترط في البيع، ويمنع فيها ما يمنع فيه، وتترتب عليه آثاره من شفعة وغيرها، ويجرى عليها ما يجري على تعدد البيوعات على الحصة الواحدة، غير أن بعض الفقه يرى أن الشفع يكون له في حالة تعدد البيوعات الحق في أخذ الحصة بأي بيع شاء، ويشترط لهذا الاختيار أن لا يكون الشفع يعلم بتعدد البيوعات أو علم بها وهو غائب، أما إذا علم بذلك وهو حاضر، فيرى أن لا خيار له، وإنما يأخذ فقط بالبيع الأخير، وواضح أنه موقف لا ينبع لا من القواعد الفقهية التي تمنع الشفع من الأخذ من البائع، ولا من القواعد القانونية التي لا يعتبر مشفوعاً منه فيها إلا من توجد الحصة المفوتة من الملك على الشيع قانونياً بيده⁽¹⁾، ولأن الشفعة كما ذكرنا في الفقه الإسلامي تثبت في كل انتقال للملك بعوض، ندرس في الفرع الثاني ثبوت الشفعة في بعض صور المعاوضات غير البيوع.

الفرع الثاني: أنواع خاصة من المعاوضات

المعاوضة عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئاً منقولاً أو عقاراً، أو حقاً معنوياً في مقابل أو يدل شيء غير النقود أو حقاً آخر من نفس نوعه أو من

(1) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 246.

نوع آخر. وقد وقع خلاف كبير وحاد، بين الفقهاء المسلمين حول نشوء حق الشفعة بالمعاوضة غير البيع⁽¹⁾؛

فيرى المالكية⁽²⁾: أن المشهور عن مالك، أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض، كالبيع وهبة الثواب، والصلح، والمهر، والخلع، وغير ذلك، وأما المنتقل بغير عوض، كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث، فلا شفعة فيه؛ وبهذا قال الشافعي، وحكى عن مالك رواية ثانية في المنتقل بهبة أو صدقة. أن فيه الشفعة، ويأخذه الشفيع بقيمته، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى، لأن الشفعة تثبت لإزالة ضرر الشركة، وهذا موجود في الشركة كيفما كان، فأقدام المشتري على شراء الشقص وبذله فيه دليل حاجته إليه، فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه.

ويرى الشافعية⁽³⁾: ثبوت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع، لحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، وتثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض، كالإجارة والزواج والخلع، لأنه عقد معاوضة، فجاز أن تثبت في الشقص المملوك به كالبيع. فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض، كالهبة والوصية من غير عوض، فلا تثبت فيه الشفعة، لأنه ملكه بغير بدل كما لو ملكه بالإرث.

ويرى الحنابلة⁽⁴⁾: يشترط أن يكون المشفوع شقصا منتقلا بعوض، فالمنتقل بغير عوض أشبه الميراث، ولأن محل الوفاق هو البيع، والخبر ورد فيه، وليس غيره في معناه، لأن الشفيع يأخذ من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه، ولا يمكن هذا في غيره، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه، لا بقيمته، وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا.

(1) محمد كامل مرسي، "العقود التي تجيز الشفعة والتي لا تجيزها، مجلة القانون والاقتصاد، مصر مطبعة نوري، الجزء الأول، السنة الخامسة، (شوال 1353 - يناير 1935)، ص 345.

(2) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، المرجع السابق، ص 251-252.

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 391.

(4) أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المرجع السابق، ص 249.

ويرى الحنفية⁽¹⁾: لا تثبت الشفعة عند الحنفية إلا بعقد البيع، وما في معناه من المعاوضات المالية، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث، وذلك أن مفهومها يقتضي أن في المبيعات، بل ذلك نص فيها، فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع، حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية، لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه بما تملك هو، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع إما أن يأخذ بالقيمة أو مجاناً، ولا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يملك بالقيمة، ولا إلى الثاني لأن الجبر على الشيوع ليس بمشروع، فامتنع الأخذ أصلاً، وتثبت الشفعة سواء أصدر البيع من المالك نفسه، أم من وكيله، أم من النائب عنه، ويشترط أن تكون المعاوضة معاوضة مال بمال، فإذا لم يكن البذل مالا معلوم المقدار فلا تصح الشفعة، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة.

ومما تقدم نرى أن الفقهاء يفرقون في المعاوضات بين المنتقل بعوض والمنتقل بغير عوض، ولا خلاف عندهم في جواز الشفعة فيما عوضه المال، وهذه بعض صور المعاوضة التي تحدث فيها فقهاء الشريعة الإسلامية.

أولاً: الصلح

الصلح معاوضة تنشئ حق الشفعة عند المالكية، وفقاً لمبدأ الأصل⁽²⁾، غير أن العمل كان يجري عندهم على التمييز بين ما إذا كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار الشريك الذي صالح بنصيبه، فإذا ادعى شخص على آخر بأنه يملك نصيباً في العقار الموجود بيد المدعى عليه فيصالحه، على ذلك مقابل نقود يدفعها له، أو مقابل شقص يدفعه له من عقار آخر، فإذا كان لهذا المدعى عليه شريك في العقار موضوع الشفعة أو كان هناك شريك في العقار الذي دفع للمدعي نصيب منه، وطالب بالشفعة، فإن الأمر لا يخلو من⁽³⁾:

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 160.

(2) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، المرجع السابق، ص 251.

(3) أحمد أباش، المرجع السابق، ص 251.

- أن يكون الصلح قد وقع عن إقرار، بمعنى إقرار المدعى عليه بما يدعيه المدعي، ثم يصالحه، حينئذ يثبت الحق للشريك في الشفعة سواء كان شريكا في العقار المتنازع حوله، أو في العقار الذي وقع الصلح بجزء منه.
- أو أن يكون الصلح قد وقع عن إنكار، أي أن ينكر المدعى عليه ما يدعيه المدعي، ولكنه مع ذلك يصالحه رغبة منه في إنهاء الدعوى، ففي هذه الحالة لا شفعة للشريك في العقار موضوع النزاع، أما الشريك في العقار الذي وقع الصلح بجزء منه فله الشفعة.

ثانيا: تقديم الحصة مهرا في عقد الزواج

تتوعد أحكام الفقهاء حول هذه المسألة حيث، يرى الحنفية وأحمد بن حنبل أن العقار إذا خرج من ملك صاحبه بعوض غير مالي كأن قدمه مهرا في عقد الزواج، أو قدمته المرأة بدل الخلع، أو قدم المال العقار أجرة على عمل قام به أجير، لم تثبت الشفعة فيه، لأن الملك المشفوع فيه يكون بما قام عليه من الثمن والتكاليف، والعوض في كل هذه الحالات غير مالي، فلا يتصور تقديم مثله أو قيمته⁽¹⁾.

ويرى الإمام مالك ثبوت الشفعة في هذه الأعواض، وإلزام الشفيع بدفع فقط قيمة العقار الممهور، أو المخالغ به، أو المصالح عليه ولا يلزم بدفع مثل العوض أو قيمته.

ويرى الشافعي ثبوت الشفعة وإلزام الشفيع بدفع قيمة العوض، فالشفيع يأخذ العقار بمهر المثل إذا كان العقار قد قدم مهرا للزوجة، ويأخذه بمهر المثل أيضا، إذا كان العقار قد قدمته الزوجة بدل الخلع، ويأخذه بالأجرة التي جرى بها العرف إذا كان العقار قد قدم أجرة في عقد إجارة، فقال الرملي: "يؤخذ الشقص الممهور بمهر مثلها يوم النكاح، وكذا شقص هو عوض خلع، فيؤخذ بمهر مثلها يوم الخلع سواء أنقص قيمة الشقص أم لا، لأن البضع متقوم، وقيمه مهر المثل، ولو أمهرنا شقصا مجهولا وجب لها مهر المثل، ولا شفعة لبقاء الشقص على ملك الزوج"⁽²⁾.

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص160.

(2) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ص 201.

والظاهر أن قول مالك أعدل، فقد يتسامح في المهور زيادة ونقصا، فتعطى الزوجة نصف دار قيمته أضعاف مهر مثلها أو على النصف من مهر مثلها، فإذا أخذه الشفيع بمهر المثل دفع فيه أقل من قيمته في الصورة الأولى، وضعف قيمته في الصورة الثانية، وليس في ذلك معادلة.

ثالثا: هبة الثواب

الهبة في اللغة مصدر وهب الشيء أو الحق، بمعنى أعطاه بلا عوض، والهبة هي العطية بدون عوض.

وهبة الثواب هي أن يهب شخص لآخر حصة من الملك على الشيعاء على أن يرد له في مقابلة شيئا آخر، ولذلك سميت هبة الثواب، لأن صاحبها الواهب لا يتبرع، وإنما يعطي ليأخذ، ويرى المالكية⁽¹⁾ أن الشفعة تثبت للشريك إذا دفع الموهوب له للواهب الثواب وأخذه أو أخذ قيمة الشيء الموهوب، ويبقى حقه في شفيعته محفوظا ولو طال الأمد، فقد روى الإمام مالك، أن من وهب أرضا مشتركة أو شقفا فأثابه الموهوب له بها نقدا أو عوضا، فإن الشركاء يأخذونها بالشفعة إن شأؤوا، ويدفعون إلى الموهوب له قيمة مثوبة دنائير أو دراهم.

رابعا: التبرعات

ويرى أبو حنيفة والشافعي والحنابلة ومالك في رواية، أن تبرع أحد المالكين على الشيعاء، بحصته لا ينشأ عنه حق الشفعة لباقي الشركاء، ويبنون هذا الحكم على تصريح بعض الأخبار الواردة في الشفعة، بثبوت الشفعة في البيع فقط⁽²⁾، وعلى حمل ما لم يذكر البيع من الأخبار الأخرى على التي ذكرته وفقا لقاعدة حمل المطلق على المقيد⁽³⁾، ونتيجة لذلك لا يرون الشفعة في التبرعات كالهبة، الوقف، الوصية...، ويذهبون على العموم إلى حجة هامة، وهي تعذر معرفة المشفوع به في الغالب، وهو ركن أساسي في الشفعة -كما سبق توضيحه-، ويرى ابن أبي ليلى ومالك في رواية أخرى أن الشفعة تثبت في كل التبرعات، ويحتجون على ذلك بكون الشفعة مشروعة لإزالة ضرر الشركة، وهذا الضرر

(1) مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 228.

(2) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام الحنفي، المرجع السابق، ص 387.

(3) أبو البركات أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 477.

موجود في كل شركة ولو نتجت عن تبرع، غير أن المشهور في المذهب المالكي أن لا شفعة فيما انتقل بتبرع.

والواقع أن فقه الشفعة حائر ومتعدد ودائر بين القول بنشوء حق الشفعة بكل أنواع التصرفات، وبين القول بنشوءه ببعضها فقط، فاختلفت آراؤه، وتعددت أحكامه، والأصل أن "الشريك شفيع والشفعة في كل شيء"، والعبرة في تعليل حكم الشفعة بالشركة لا بالتصرف المنشئ للحق فيها، فمتى انتقلت حصة أحد المالكين على الشياخ من ملكية أحدهم، نشأ للآخرين حق تشفيع حصته، سواء انتقلت بمعاوضة أو بتبرع.

ويبدو لنا أن الرأي الذي يقول بثبوت الشفعة في التبرعات، هو القول الأقرب إلى المنطق، والأرجح من حيث الدليل، لأنه يحقق المصلحة التي شرعت الشفعة من أجلها، وهي دفع الضرر وجلب المنفعة، والعمل على تقليل الشياخ.

وبعد التعرف عموماً على نطاق التصرفات في الشفعة خلال المطلب الأول، نحاول أن نبين التصرفات والعقود الجائز الأخذ فيها بالشفعة والتي لا تجيزها.

المطلب الثاني: العقود والتصرفات في الفكر القانوني

إن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع⁽¹⁾، وذلك وفقاً للمادة 794 من القانون المدني، والتي مقتضاها، أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، وأن الحكمة التي توخاها المشرع من اقتصار الشفعة على عقد البيع وحده واضحة، ذلك لأن الشفيع يحل محل المشتري. في مقابل الثمن الذي اشترى به، ولا يوجد ثمن إلا في عقد البيع، فلو أجزيت الشفعة في أقرب العقود إلى البيع وهو عقد المقايضة، لاستوجب الأمر أن يأخذ الشفيع العقار بقيمته وإجبار المالك، خلافاً لما أراده، على تقاضي قيمة العقار الذي قايض به بدلاً من العين التي قايض عليها، ولذلك كان من المناسب أن لا تجوز الشفعة في المقايضة، وأنها لا تجوز إلا في عقد البيع، كما أن معظم نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشتري، على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع.

فلا بد من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه حتى يجوز الأخذ بالشفعة، والجدير بالذكر أنه يقع على الشفيع عبء إثبات البيع الذي يجوز الأخذ

(1) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 402.

فيه بالشفعة، كما يثبت الشفيع أن هذا البيع قد قام بعد أن توافرت في الشفيع شروط الأخذ بالشفعة، واستمرت هذه الشروط قائمة إلى حين طلب الشفعة، ويستطيع الشفيع أن يثبت البيع بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن، طالما أن البيع بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية، وهو لم يكن طرفا فيها.

هذا ويجب أن يكون البيع الصادر إلى المشفوع منه بيعا صرفا، أي أن لا يكون البيع قد روعيت فيه اعتبارات خاصة تتعلق بشخص المشتري، أو بمصلحة عامة اقتصادية أو اجتماعية⁽¹⁾، وإذا كانت الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع فقط دون غيره من العقود، لسبب أساسي هو أن الشفيع يحل محل المشتري في مقابل الثمن الذي اشترى به، ولا يوجد ثمن إلا في عقد البيع، فإنه تجدر بنا أن نتعرض ونحن في هذا الصدد، لأنواع البيوع التي يجوز الأخذ فيها بالشفعة، وذلك في الفرع الأول، ونخص البيع غير المسجل بأهمية خاصة من الدراسة للخلاف والصراح المحتدم بشأن مدى جواز الأخذ فيه بالشفعة، وذلك خلال الفرع الثاني، أما الفرع الثالث والأخير، فنبين فيه بعض العقود التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة.

الفرع الأول: البيوع التي يجوز فيها الشفعة

ونتعرض خلال هذا الفرع لأنواع من البيوع الكثيرة في التعامل بها، فننتعرف أولا على البيع القابل للإبطال، وثانيا لبيع ملك الغير، وثالثا للبيع المعلق على شرط، ورابعا للبيع مقابل إيراد لمدى الحياة.

أولا: البيع القابل للإبطال

يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع قابلا للإبطال، لأنه بيع موجود ونافذ، ولا يزول إلا إذا حكم بإبطاله.

فإذا أجاز البائع البيع القابل للإبطال، يزول سبب البطلان، وبالتالي ينقلب البيع صحيحا بآثر رجعي، ويصبح الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ملكية صحيحة، أما إذا تقدم البائع بطلب إلى المحكمة، يطلب فيها إبطال البيع، وصدر له حكم بذلك، يزول البيع بآثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن، وبالتالي تزول ملكية الشفيع عن العقار المشفوع فيه، وتعود إلى البائع كما كان يقع للمشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ص 456-457.

وإذا انقضت مواعيد الشفعة التي يبدأ سريانها منذ تاريخ إبرام البيع القابل للإبطال، دون أن يتقدم الشفيع، هلال هذه المدة، بطلب للأخذ بالشفعة، ثم أجاز البائع البيع القابل للإبطال، بحيث أصبح البيع صحيحا، فإنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، لأنه فوت عليه مواعيدها، بحيث لم تتفتح له مواعيد جديدة، يبدأ سريانها منذ إجازة البيع القابل للإبطال⁽¹⁾.

ثانيا: بيع ملك الغير

إن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك من جهة، وبيع قابل للإبطال لصالح المشتري من جهة ثانية، وهذا البيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة⁽²⁾، فإذا كان الشفيع قد أخذ فيه بالشفعة، وأقر المالك الحقيقي هذا البيع، سرى مفعوله عليه، وصار ناجزا في حق المشتري، وانقلب البيع صحيحا نافذا في حق المالك، وهذا ما نصت عليه المادة 398 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بأنه إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري.

أما إذا لم يقر المالك هذا البيع، يكون غير نافذ في حقه، ولا يسري مفعوله عليه، حتى ولو أجازته المشتري، وهذا ما قضت به المادة 397 في الفقرة الثانية، غير أنه قد تقرر لمصلحة المشتري قابلية إبطال بيع ملك الغير، وفقا للفقرة الأولى من المادة 397 من القانون المدني التي تقضي، بأنه لو باع شخص شيئا معيناً بالذات، وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك، ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. فإذا كان الشفيع قد أخذ فيه بالشفعة وحل محل المشتري، لا يجوز للشفيع طلب إبطال البيع، كما كان يجوز للمشتري، لأنه عندما قبل أخذ العقار بالشفعة، يكون قد أجاز البيع.

ثالثا: البيع المعلق على شرط

والبيع المعلق على شرط، قد يكون معلقا على شرط واقف أو فاسخ، وقد يكون معلقا على شرط يحذف بنقل الملكية، كما قد يكون معلقا على شرط عدم استعمال الشفعة. فأما الأول، أي البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ، وطبقا للرأي السائد في الفقه، الذي يرى بجواز الأخذ بالشفعة فيه، لأن البيع في الحالتين يكون موجودا، وإن كان وجوده

(1) محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص 334.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 491.

على خطر الزوال، فلو صح العكس، أي عدم جواز الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف، بسبب عدم خروج العقار من ملك البائع خروجاً باتاً قاطعاً، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضاً في البيع المعلق على شرط فاسخ، لأن ملكية العقار في هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقلاً باتاً قاطعاً، نظراً لكون البيع المعلق على شرط فاسخ، يزول بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط الفاسخ⁽¹⁾.

أما الثاني، فيرى الشراح⁽²⁾ أن البيع الذي اشترط فيه البائع على المشتري في عقد البيع، بعدم انتقال ملكية العين المبيعة إلى المشتري، إلا بعد دفع جميع أقساط الثمن، تجوز فيه الشفعة، سواء كان هذا الشرط معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، وبصورة خاصة إذا كان الشفع لا يستفيد من التقسيط الذي منحه البائع للمشتري، إنما يجب على الشفع أن يودع كل الثمن وملحقاته، وبذلك يحل محل المشتري في البيع المبرم بين البائع والمشتري سواء تحقق فيه الشرط الواقف، أو تخلف فيه الشرط الفاسخ.

أما الغرض الثالث، يُعلق البائع البيع المبرم بينه وبين المشتري، على شرط عدم استعمال الشفع للشفعة، بحيث إذا استعمل الشفع الشفعة انفسخ البيع، فالغاية من هذا الشرط، إسقاط الشفعة على الشفع، لكن البيع في هذه الحالة يبقى صحيحاً، ويقع الشرط باطلاً، لأنه مخالف للنظام العام، حيث يترتب عليه حرمان غير المتعاقدين من استعمال حق قرره القانون لذلك على اعتبار أن البيع المعلق على شرط فاسخ فيه الشرط يبطل ويبقى البيع صحيحاً ومنتجاً لآثاره، ويستمر العقد دون شرط، وبالتالي يجوز الأخذ فيه بالشفعة⁽³⁾، وهذا ما قضت به المادة 204، الفقرة الأولى، من القانون المدني بنصها بما يأتي:

"لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً أما إذا كان الشرط فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم".

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 488.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

رابعاً: البيع مقابل إيراد مدى الحياة

يرى أغلب الشراح⁽¹⁾، أنه يجوز طلب الشفعة في البيع مقابل إيراد مدى الحياة، ولم تراع فيه اعتبارات شخصية تتعلق بالمشتري، بحيث يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة ويتحمل أعباء دفع الإيراد للبائع طيلة حياته، وأن الشفيع لا يودع من الثمن إلا أقساط الإيراد المستحقة الأداء، اعتباراً من تاريخ الأخذ بالشفعة، ويجوز للقاضي أن يطلب من الشفيع تقديم كفيل يضمن دفع الإيراد، سواء كان هذا الكفيل شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كأن يقدم الشفيع كفيلاً مليناً يضمن تلك الأقساط طيلة حياة الشفيع، أو أن يتكفل إحدى شركات التأمين، يدفع أقساط الإيراد مدى حياة الشفيع للبائع، وبالمقابل يقدم الشفيع لشركة التأمين مقدراً معيناً من المال، مقابل تكفلها بوفاء الأقساط عليه.

إذن يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الذي يلتزم فيه الشفيع بدفع إيراد مرتب لمدى الحياة، طالما أن هذا البيع، لا يعتبر عقداً ذا صفة خاصة، بحيث لم تراع فيه اعتبارات تتعلق خاصة بشخص المشتري، أو أنها مرتبطة بمصلحة عامة، سواء كانت هذه المصلحة اقتصادية أو اجتماعية.

الفرع الثاني: البيع غير المسجل

إن البيع الابتدائي هو بيع تام، ينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل، يترتب على ذلك أن البيع الابتدائي، وهو بيع غير مسجل، ينشئ التزامات البائع، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وتسليم المبيع وبضمان التعرض ونزع اليد، وبضمان العيوب الخفية، وينشئ البيع الابتدائي أو البيع غير المسجل كذلك، جميع التزامات المشتري، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات، وبأن يتسلم المبيع، وقد سمي بيعاً ابتدائياً، أو بيعاً غير مسجلاً، لأن الالتزامات الأنف ذكرها، لا يقصد المتعاقدان تنفيذها في الحال، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي المعد للتسجيل، الذي اتفق المتعاقدان على إبرامه في ميعاد معين، والسبب الذي دفع المتعاقدان إلى إبرام البيع الابتدائي أو البيع غير المسجل اعتبارات عملية محضة، فقد يريد المشتري بعد أن قيد البائع بالبيع، وتقيد هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار، فإذا ما رآه خالياً من التكاليف أبرم العقد النهائي وسجل البيع، وإلا

(1) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 351.

فسخ البيع، فالبيع غير المسجل أو البيع الابتدائي، هو بيع تام ملزم للطرفين ينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل.

وقد قام خلاف في الفقه، فيما إذا كان يجوز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل، وانقسموا إلى اتجاهين:

أولاً: الاتجاه الأول

لقد نادى الاتجاه الأول⁽¹⁾ بجواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل، واستند إلى المبررات التالية⁽²⁾:

1- إن عدم جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل، له نتائج خطيرة لا تتفق مع أحكام القانون لأنها تؤدي في حالات كثيرة إلى احتمال تعطيل حق الشفعة، وهو حق أقره القانون.

2- أن نصوص الشفعة، لم تورد لصحة رفع الدعوى، أن تكون موجهة ضد المالك الأصلي والمالك الجديد، بل ذكر القانون وجوب رفع الدعوى، على كل من البائع والمشتري، وهذا مستفاد من نص المادة 802 من القانون المدني، حيث تقضي وجوب رفع الدعوى على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار.

3- أن نصوص الشفعة في المادة 799 من القانون المدني أوجبت على الشفيع أن يعلن رغبته في استعمال الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، لا من تاريخ تسجيل عقد البيع.

4- إن القول باعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب في الشفعة، يترتب عليه أن يسقط حق الشفيع الذي يبادر إلى الطلب خلال ثلاثين يوماً حسب نص المادة 799 من القانون المدني، مع أن نصوص الشفعة نفسها تنص على أن حق الأخذ في الشفعة لا يسقط إلا إذا سكت الشفيع عن الطلب مدة سنة كاملة اعتباراً من يوم تسجيل عقد البيع وفقاً للمادة 807 من القانون المدني، ولا يخف ما في ذلك من التناقض والتعارض.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 466.

(2) محمد كامل مرسي باشا، "الشفعة في البيع غير المسجل"، مصر، كلية الحقوق، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الثاني، (1352هـ-1933م)، ص ص 77-78.

5- في الواقع لا يتلقى الشفيع حق الملكية من المشتري كي ينتظر تسجيل العقد، وإنما يحل بقوة القانون محل المشتري وفقا للمادة 794 من القانون المدني في جميع حقوقه والتزاماته، بحيث يختفي شخص المشتري، ويعتبر البيع كأنه صادر إليه من البائع مباشرة ودون المشتري.

6- أن تسجيل حكم الشفعة في حالة أخذها بالتقاضي يقوم مقابل تسجيل العقد، لذلك لا ضرر من عدم تسجيل عقد البيع.

ثانيا: الاتجاه الثاني

ونادى الاتجاه الثاني⁽¹⁾، عدم جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل، واستند هو الآخر إلى جملة من المبررات أهمها:

1- أن الشفعة كما عرفها الفقهاء هي: حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بما عليه من الثمن والمؤن، فالشفعة إنما هي في الملكية دون سواها، إذا انتقلت بالبيع، وإذا لم تنتقل فلا يجوز الأخذ بالشفعة.

2- إن ما جاء في أسانيد الفقهاء الذين يقولون بجواز الأخذ بالشفعة، بأن القانون لم يوجب رفع الدعوى على كل من المالك الأصلي والمالك الجديد، وهاتان الصفتان، تصدقان على البائع والمشتري حتى عند عدم تسجيل عقد البيع، محل نظر، لأن العبرة بالمعنى وليس بالمبنى، وكما هو معروف أن نقل الملكية، هو جوهر عقد البيع، فإذا كان العقد غير ناقل للملكية فهو ليس بيعا، بالرغم من تسمية المتعاقدين له بهذا الاسم، ولا يمكن وصف كل منهما بائعا ومشتريا رغم انتحالهما هاتين الصفتين، بل هما متعاقدان على عقد خاص ليس له أثر سوى التزامات شخصية.

3- يشترط في القانون وفي الشريعة، لجواز الأخذ بالشفعة، أن يكون المشتري مالكا للعقار المبيع، ولا يكون المشتري كذلك إلا بتسجيل عقد البيع، أما عقد البيع غير المسجل فهو غير ناقل للملكية بشكل نهائي، وبالتالي فلا يترتب عليه إذن حق الأخذ بالشفعة.

(1) محمد كامل مرسي باشا، "الشفعة في البيع غير المسجل"، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

4- لا يوجد هناك اضطراب ولا تناقض، للقول بعدم جواز الأخذ بالشفعة إفا في البيع المسجل، لأن مواعيد الشفعة في هذه الحالة لا يمكن أن تسري إلا من يوم علم الشفيع يستحيل عقد البيع، أما علمه بالبيع قبل التسجيل فلا يترتب عليه سريان هذه المواعيد.

5- والقول بأن في اعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب في الشفعة تعارضا مع نصوص القانون في غير محله، لأنه يتفق كثيرا ألا يعلم الشفيع بالبيع إلا من التسجيل، وفي هذه الحالة يسقط حقه في الشفعة بمضي ثلاثين يوما، إذا لم يبدي رغبته فيها، ولا يمكنه الانتفاع بميعاد سنة كاملة المقررة في المادة 807/ الفقرة الثالثة.

ومهما يكن من خلاف، فإننا نرى أنه لا بد من القول بجواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل وهو بيع ابتدائي، وهو ما انتهى إليه واستقر عليه الفقه والاجتهاد القضائي، وكما أنه لا يشترط التسجيل في البيع، كلي يمكن الأخذ بالشفعة، فإنه لا يشترط أيضا أن يكون البيع المشفوع فيه ثابت التاريخ، لكون الشفيع ليس من الغير لا في الصورية ولا في ثبوت التاريخ، فإذا أبرم عقد بيع غير ثابت التاريخ بين البائع والمشتري، يستطيع المشتري أن يحتج على الشفيع بهذا التاريخ المذكور في العقد، إلى أن يقوم دليل آخر يثبت عكس ذلك.

وإذا كان لا يشترط التسجيل في بيع العقار المشفوع فيه، لكي يمكن الأخذ بالشفعة، فإنه على العكس من ذلك، يشترط التسجيل في بيع العقد المشفوع به، لكي يمكن الأخذ بالشفعة، لأن الشفيع لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة إلا إذا كان مالكا للعقار المشفوع به، ولا تتوفر للشفيع صفة المالك إلا بتسجيل عقد بيع العقار المشفوع به، لذلك يشترط لجواز الأخذ بالشفعة، أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به، وأن تكون ملكيته مسجلة، وسابقة في التاريخ على بيع العقار المشفوع فيه، وأن تستمر هذه الملكية إلى حين الأخذ بالشفعة.

الفرع الثالث: العقود التي لا تجوز فيها الشفعة

ونتعرض خلال هذا الفرع لبعض العقود الشبيهة بعقد البيع، ولأنواع من عقود البيع، لكون الشفعة لا تجوز فيها، فنتعرض أولا للوعد بالبيع، وثانيا للبيع المتقابل فيه، وثالثا للهبة، ورابعا للصالح.

أولاً: الوعد بالبيع

إذا كان الوعد بالبيع مصحوباً بالوعد بالشراء، وحصل الاتفاق على المبيع والثلث، فإن حكمه حكم البيع، وعلى ذلك يجوز فيه طلب الشفعة، أما إذا كان الوعد من جانب واحد فلا يوجد بيع حتى يوجد القبول من الطرف الآخر، وعلى ذلك لا تجوز فيه الشفعة حتى يتم العقد بتلاقي الإيجاب والقبول.

ثانياً: البيع المتقابل فيه

إن التقابل يؤدي إلى فسخ البيع القائم لا إنشاء لبيع جديد، ومن ثم لا يستطيع الشفيع أخذ العقار بالشفعة في بيع غير موجود وقت طلب الشفعة، طالما أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له، مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة، على اعتبار ظان الفسخ يعدم أثر البيع الأول وبالتالي فإنه لا يبقى هناك مجال لطلب الشفعة.

ثالثاً: الهبة

يرى بعض الشراح⁽¹⁾، أنه يصح القول بجواز الشفعة في عقد الهبة المقترنة بشرط العوض في حالة ما إذا كان العوض كبيراً، وأن يلزم الشفيع بدفع الثمن الحقيقي لا العوض المسمى في العقد على أننا نرى مع بعض الشراح⁽²⁾، أنه لا تجوز الشفعة بسبب الهبة، لأنها لا تجوز إلا في حالة البيع كما تقدم، حتى ولو كانت الهبة بعوض للواهب أو لغيره، ولو كان العوض مبلغاً من النقود مادامت أنها هبة حقيقية أو كانت هبة تضمنها عقد بيع، ولو كانت بعوض لا تجيز الشفعة ولو كان العوض كبيراً، إلا إذا كانت حقيقة العقد بيعاً ألبس ثوب الهبة بعوض، لمنع الأخذ بالشفعة، أو لغرض آخر، حيث يكون العقد في حقيقته، بيعاً لا هبة فيجوز الأخذ فيه بالشفعة، وإن الشفيع يأخذ العقار بالعوض الوارد في العقد، إلا إذا ثبت أنه أقل من الثمن الحقيقي الذي اتفق عليه، لإلباس البيع هبة بعوض، فعندها يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض الوارد في العقد، أما إذا كان البيع هو الذي يستر الهبة، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع.

(1) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 323.

(2) محمد كامل مرسي باشا، "الشفعاء ومراتبهم في الشريعة الإسلامية وفي القانونين الأهلي والمختلط"، المرجع السابق، ص 155.

رابعاً: الصلح

لا تجوز الشفعة في الصلح أيضاً⁽¹⁾، فإذا وجد شخصان متنازعان في ملكية عقار، دفع أحدهما إلى الآخر مبلغاً من النقود، مقابل نزوله عن ادعائه بملكيته، فإنه لا ينبغي عليه طلب الشفعة، بحيث لا يجوز أن يؤخذ بالشفعة، العقار المتصالح عليه، لأن عقد الصلح ليس منشأً للملكية بل هو عقد كاشف لها، كما أن بدل الصلح لا يعتبر ثمنًا للعقار، هذا فضلاً عن أن الشفعيع يتعذر عليه الحلول، محل المشفوع منه في جميع ما كان له، وعليه من الحقوق والواجبات التي يستلزمها الصلح من المتصالحين.

مقارنة:

وهذا مجمل ما يمكن أن نقرّ به من أحكام فيما يخص مبحث نطاق التصرفات، والذي فصلنا فيه وفي الجانبين الشرعي والقانوني تفصيلاً دقيقاً، العديد من أنواع البيوع والتصرفات، ومدى جواز الأخذ فيها بالشفعة من عدم جواز ذلك، لتصل إلى نتيجة هامة متفق عليها بين الفقهاء مفادها، أن لا شفعة إلا في عقد بيع العقار، والملاحظة الأهم في بيان أوجه التباين هو انفراد وتفرد الشريعة الغراء بالتفصيل في أنواع خاصة من البيوع والمعاوضات لا ذكر حتى لأسمائها في القانون، كبيع الثياب، بيع الخيار، البيع المقدم فيه المهر حصّة من عقد زواج، هبة الثواب، والتبرعات، بل ما هو إلا تفرد في بيان ما هو خارجي وكذا فرعي في أحكام الشفعة، وفي آخر هذا الفصل، تبين لنا أن نطاق تطبيق الشفعة أو مجال أعمالها، سواء من حيث الأشخاص، أو الأموال أو التصرفات، مجال خصب جداً، وفي كل المجالات المذكورة دون استثناء، وترتبط خصوصيته أساساً بطبيعة هذا النظام الفريد الذي جاء به الوحي الإلهي، ولم تكن تعرف مثله كثير من الأنظمة الوضعية البشرية، والتي عرفت منها أقرب بأن الشفعة من النظم القانونية التي أعارها الشرع الإسلامي أهمية كبرى، وأنها مؤسسة إسلامية أصيلة، إذ كرّس الفقهاء لبيان أحكامها فصولاً مطولة من مصنفاتهم.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 455.

خاتمة :

لاشك أن الاعتبارات الاجتماعية في حياة الجموع وفي المدن خاصة، كان لها التأثير الكبير، فمن أقوى العوامل من هذا القبيل حب استقلال كل شخص مع أهله بملكه وأنوفه عن المخالطة أو المجاورة غير المستحبة، كما أن المجاورة والمشاركة لشخص ما قد يؤدي إلى اضطراب العلاقات ووقوع الضرر، إذا كان هذا الشخص غليظ الطبع رديء الخلق سيء المعاشرة، فالضرر يجب أن يدفع ويجتنب ما أمكن، فلا ضرر ولا ضرار وخاصة إذا ما أصاب الجار الذي يستحق المعاملة الحسنة، فنطاق الأشخاص من شريك وجار ومالك للرقبة وصاحب حق الانتفاع - زاد ثراء بتقرير الشفعة للدولة كشخص معنوي، لاعتبارات اقتصادية وثقافية وتحقيقا لمصلحة عامة، وزاد ثراء للشفعة من حيث طبيعة ونوع العقار المشفوع فيه، والذي ميّزنا فيه ذلك التفصيل الدقيق لكل صغيرة وكبيرة لكل ما له علاقة بالعقار ظاهرا كان أو باطنا، وذلك مرده لا محال إلى أصل الفقه الإسلامي من تلك الشريعة الغراء الكاملة التي لا نقص فيها.

ولهذا كان تشريع الشفعة متفقا مع أصول الشريعة وقواعدها العامة ومحققا لروحها، وإن كان على خلاف ما وضع للملكية من حدود، وما سنّ لعقودها من قواعد، وما جعل لها من آثار، وإن كان ذلك من محاسن الشريعة وعدّلها وقيامها بصالح العباد.

وتلك هي الأحكام العامة في "شكلها العام"، من مدلول، وأساس قانوني وشرعي، وكذا بيان لنطاقها الخصب، والتي تعتبر البناء العام المكون لضوابط وقواعد عامة يشد ويشدّ بها العموم والشمول، ويندرج تحته بالضرورة القواعد والأحكام الخاصة للشفعة، الآتي بيانها في الباب الثاني من الأطروحة.

تمهيد:

الأصل أن الإنسان حر في تملك ما شاء من أموال منقولة أو عقارية، فكانت له الحرية التامة في التصرف فيما يملك، متى كان تصرفه في إطار مشروع، غير أن الشفعة تمثل على ذلك الأصل قيذا خطيرا على حرية التصرف وحرية التملك والتعاقد، بموجبها يجد المشتري نفسه مرغما على التخلي عن عقار كان قد اشتراه، و يجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداء، ثم يكون ملزما بذلك بحكم القانون إذا توفرت شروط و أحوال معينة.

فالشفعة كانت وفقا لذلك أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء، لحكمة ولحكم سامية، واستمد القانون بالمجمل أحكامه بهذا الخصوص منها، إذا تعتبر الشريعة الإسلامية، ومبادئ الفقه الإسلامي المصدر المادي والتاريخي للشفعة، حيث شاع استعمالها في كثير من عقود البيع رغم الجدل الذي دار حولها، إلا أنها تثبت بالنصوص القاطعة، ونظمها القانون بناء على ذلك ضمن نصوصه، إلا انه عمل على التضييق من نطاقها، وحصرها في حالات محددة وشروط دقيقة، وإجراءات أكثر دقة، وآثار ثقيلة، وذلك منها للتوسع فيها كونها جاءت خلافا للأصل، وعلى المنوال الأخير جاء تقسيم الباب الثاني من هذه الدراسة المتخصصة للشفعة من جانبها الخاص، فذاتية الشفعة وتفردها يظهر ويتجسد أساساً في ما سنبينه في **الفصل الأول** الذي يأتي بعنوان شروط الشفعة، والتي تشكل نقطة البداية في مسلسل الشفعة، كما تتجلى هذه الذاتية في الإجراءات الدقيقة والمركزة للشفعة وآثارها الثقيلة، وهو ما نوضحه في **الفصلين الثاني والثالث** من هذا الباب.

الفصل الأول: شروط الشفعة.

إن الطبيعة الخاصة والاستثنائية للشفعة، فيها خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد الفقه الإسلامي، والقانون المدني، والتي تقضي بأن لا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، وهو ما كان له الانعكاس الواضح على شروط الشفعة وعلى الجزاء المترتب على مختلف هذه الشروط، إن في الفكر الإسلامي أو في القانون المدني وحتى في شروط الشفعة في القوانين الخاصة الجزائية، وذلك على طول ثلاثة مباحث تبين ذلك على التوالي وبنفس الترتيب.

المبحث الأول: الشروط في الفكر الإسلامي

اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية شروطاً للأخذ بالشفعة، تختلف باختلاف طبيعة السبب الذي أنشأ الشفعة، وتتفق في خلو هذا السبب مما تسقط به الشفعة، وعلى ذلك ارتأينا تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب، يتبين في المطلب الأول الشروط المتعلقة بشفعة الشريك على الشيوع، ونعرض في المطلب الثاني شروط شفعة الجوار، أما المطلب الثالث فتخصصه لبيان ما تسقط به الشفعة في قواعد الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بشفعة الشريك على الشيوع

وشروط الفقهاء للأخذ بالشفعة كلها هامة رغم اتفاقهم على بعضها، واختلافهم في البعض الآخر، وذلك على أن تكون الشفعة في عقار مشاع لم يقسم بعد، وأن يكون الشفيع شريكا مالكا للعقار الذي يشفع به وقت العقد، وأن لا يرضى الشفيع بالبيع، وهي المحاور التي تفصلها في الفروع الآتية.

الفرع الأول: أن تكون الشفعة في عقار مشاع لم يقسم

ومقتضى هذا الشرط أن تكون الشفعة في عقار مشاع لم يقسم، فإن وقعت قسمته فلا شفعة، لأن الشفعة في المشاع، ولا شفعة فيما قد قسم، كما أنه لا شفعة فيها لا ينقسم، والعقار المشاع هو العقار المملوك لشريكين أو أكثر، وذلك استنادا إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال: "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"، وقال الفقهاء، وكأنه قال: الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم، وأما سند من أجازها في كل

شيء، ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الشريك شافع، والشفعة في كل شيء"، ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء، وإن كان في العقار اظهر، وقد أجرى الإمام مالك رحمه الله ما يتبع العقار مجرى العقار على أن يكون قابلاً للقسمة⁽¹⁾، وذهب الإمام مالك رحمه الله إلى أن الشفعة في المشاع، يعني الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر، وخصت بالعقار لأنه أكثر الأنواع ضرراً، والحكمة في ثبوت الشفعة، إزالة الضرر عن الشريك، واتفق علماء المذهب على أنه لا شفعة في الحيوان والثياب والأمتعة وسائر المنقولات، و يشترط فيما فيه الشفعة أن يكون قابلاً للقسمة احترازاً عما يقبلها بفساد و ضرر كالحمام⁽²⁾.

الفرع الثاني: أن يكون الشافع شريكاً مالكا وقت العقد

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

فقال الحنفية: يشترط استمرار ملك الشافع حق له بالشفعة⁽³⁾، فلو يبيع عقار فطلبه الشريك، ثم باع ما يشفع به سقط حقه فيها، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشافع، سواء أكان شريكاً أم جاراً، ولا ضرر يصيبه من المشتري بعد بيع ملكه، وكذلك لو باع الشافع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة، سقط حقه سواء أكان عالماً ببيع الدار المشفوع فيها أم لم يعلم.

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية، فيشترط ثبوت ملك الشافع وقت البيع فقط، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة، و عليه قال الشافعية، لو باع حصته أو أخرجها، من ملكه بغير البيع كالهبة جاهلاً بالشفعة فالأصح بطلانها، لزوال سببها وهي الشركة أي وقت البيع⁽¹⁾.

ويترتب على هذا الشرط بالاتفاق، أن لا شفعة لشخص بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة، ولا يدار باعها قبل بيع المشفوع فيه، ولا يدار جعلها مسجداً، ولا يدار جعلها وقفاً، فلا شفعة

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4890.

(2) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 258.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4905 - 4918.

(4) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، المرجع السابق، ص 298.

لوقف، أي ليس لناظر الوقف أن يطلب تملك العقار المبيع بجوار العقارات الموقوفة، إذ لا مالك للوقف.

أما إذا بيع الوقف عند الحنفية القائلين بجواز الاستبدال بالعين الموقوفة للضرورة أو الحاجة والمصلحة، فيثبت حق الشفعة للجار، لأنه بالبيع يصبح غير موقوف، فيجوز أخذه بالشفعة، كذلك تثبت الشفعة عند الحنفية في حالة بيع الموقوف غير المحكوم به، لأن الوقف لا يلزم ويزول ملك الواقف عنه، إلا إذا حكم به القاضي أو علقه الواقف بموته.

وأجاز المالكية للسلطان أن يأخذ بالشفعة لبيت المال، كما إذا مات أحد الشريكين و لا وارث له، فأخذ السلطان نصيبه لبيت المال، ثم باع الشريك الآخر حصته، فلسلطان أن يأخذ بالشفعة لبيت المال، و كما إذا مات شخص عن بنت مثلا، فأخذت البنت النصف، ثم باعتها، كان للسلطان الأخذ بالشفعة من المشتري لبيت المال.

كما يتفرع على الخلاف السابق بين الفقهاء، في شرط استمرار ملك المشفوع به إرث الشفعة، فقال الحنفية، لا يثبت لو ارث حق الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد طلب الشفعة قبل القضاء، فليس للوارث الشفعة في عقار بيع في حياة مورثه، لأن الوارث لم يكن مالكا ما ورثه وقت العقد، وقال الجمهور، بأن يثبت حق الشفعة للوارث إذا طلب منه الشفيع المورث بعد البيع قبل موته، بخلاف ما إذا مات قبل الطلب لأن الوارث خليفة المورث، فله كل حقوق مورثه، و منها حق الشفعة، دفعا لضرر الدخيل عن نفسه، ومنشأ الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في إرث خيار الشرط، والسؤال هل تورث الحقوق كما تورث الأموال، فعند الحنفية لا تورث و عند الجمهور تورث⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أن لا يرضى الشفيع بالبيع

اتفق الفقهاء على اشتراط أن لا يصدر من الشفيع ما يدل على رضاه ببيع العقار المشفوع فيه، فإن رضي بالبيع أو بحكمه قولاً أو فعلاً بأن باع الشفيع العقار المشفوع به، أو سكت مدة طويلة من الزمن من غير عذر، سقط حقه في طلب الشفعة، لأن الشفيع بالخيار بين الأخذ والترك، لأن الشفعة حق ثبت له لدفع الضرر عنه، فيخير بين أخذه وتركه، وقدّر المالكية مدة السكوت، فقالوا؛ أن لا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط الشفعة من قول أو

(1) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا التفراوي الأزهرى المالكي، المرجع السابق، ص 329.

فعل أو سكوت، مدة سنة كاملة بعد العقد فأكثر، بل لا مانع مع علمه و حضوره. لكن يشترط لسقوط هذا الحق، أن لا يكون هناك تدليس، أو خديعة للشفيع، لإسقاط الشفعة عن طريق المشتري، أو الثمن أو قدر المبيع نفسه، فإذا أخبر بأن المشتري فلان، و كان المشتري بالفعل غيره، أو أن الثمن كذا و كان الثمن بالفعل أقل، أو من جنس أو نوع أو وصف آخر، أو أن المبيع جزء معين، و كان المبيع بالفعل جزءاً أو أكثر أو كل المبيع، فتنازل عن الشفعة أي أعرض عنها، ثم تبين الحقيقة و الواقع، بقي حقه و كانت له الشفعة، لأنه إنما ترك الشفعة لغرض ثم ظهر خلافه، و لم يتركه رغبة عنه⁽¹⁾.

لكن لو كان الأمر على عكس بعض هذه الحالات الثلاث السابقة، كأن أخبر بأن الثمن ألف، فظهر أنه أكثر من ألف، أو أن المبيع كله فظهر بعضه، سقط حقه في الشفعة خوف ضرر الشركة، و الحالة الأخيرة هي الرواية المشهورة عند الحنفية، وهي في مذهب المالكية، أي تسقط إذا أخبر الشفيع أن شريكه باع الكل، فترك الشفعة ثم تبين أنه لم يبيع إلا النصف، مثلاً.

و خلاصة الأمر، أن الشفيع إذا أخبر بما هو الأنفع له فترك الآخذ بالشفعة، بطل حقه أما فيما يتعلق باللجوء إلى الحيلة لإسقاط الشفعة بعد ثبوتها أي بعد البيع، فإن ذلك مكروه كراهة تحريم عند الحنفية، و أما اللجوء إلى الحيلة لدفع ثبوت الشفعة قبل البيع، فإن هناك اختلاف، فأما المالكية و الحنابلة فقد حرموا صراحة الاحتيال لإسقاط الشفعة، وإن فعل لم تسقط⁽²⁾. لأنها شرعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالتحايل لترتيب الضرر، لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة، وإن فعل لم تسقط.

وقال الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله، لا يجوز شيء من الحيل في إبطال حق مسلم، ومعنى الحيلة أن يظهروا في المبيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤون في الباطن على خلافه، فالحيلة خديعة، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم؛ "لا تحل الخديعة لمسلم"، ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالتحايل للحق الضرر فلم تسقط⁽³⁾.

(1) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق ص 511.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) صالح بن إبراهيم البيهلي، المرجع السابق، ص 186.

وتلك هي شروط الشفعة للشريك في الشيوع في الفقه الإسلامي، فما هي شروطها في شفعة الجوار.

المطلب الثاني: شروط شفعة الجوار

أثبت فقهاء الحنفية⁽¹⁾ الشفعة للجار المالك، لتوافر العلة قياساً على شفعة الشريك، وهي دفع الضرر، فالعلة عند الحنفية عموماً هي دفع ضرر سوء العشرة على الدوام⁽²⁾.

ولشفعة الجوار شروط ينبغي توافرها للأخذ بها، نبينها على التوالي في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الجوار

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متجاورين، ويتحقق الجوار بتلاصق العقارين، والتلاصق هنا هو الاتصال المباشر بين العقارين، وقد اختلف الفقه في تحديد التلاصق الذي تثبت فيه الشفعة، فقليل الجار الملاصق يكون على وجهين:

الأول يكون بتلاصق ظهر العقار المشفوع بظهر العقار المشفوع به، ففي هذه الحال يكون باب العقار المشفوع به على سكة أخرى، سواء أكانت السكة الأخرى نافذة أم لم تكن كذلك، والوجه الثاني، يكون بتلاصق الجنب، يعني بتلاصق طرف اليمين أو اليسار، وبذلك يكون باب العقار المشفوع به باب العقار المشفوع على الطريق العام، أما إذا كان باب العقار على طريق خاص كان كل منهما خليط للآخر في حق المبيع وكان جميع أهل السكة شفعاء، سواء كان مقابلاً أو ملاصقاً، ويرى جانب آخر أن الظاهر من كلمة ملاصق مطلقاً، أن الملاصق ويشير واحد من جهة واحدة، يشتري مع الملاصق من ثلاث جهات في حق الشفعة، وكما أن المتصل اتصالاً أزيد من غيره، لا يحرم الآخر من الشفعة، فليس له أن يأخذ حصة أزيد من المشفوع، والملاصق يعني المتصل بالمبيع ولو كان ذلك الاتصال حكماً⁽³⁾.

الفرع الثاني: أن يكون الجار مالكا للعقار الذي يشفع به

ولكي تثبت الشفعة بسبب الجوار يجب أن يكون الشفيع مالكا ملكية تامة⁽⁴⁾ للعقار المشفوع به عند البيع، ويترتب على ذلك أن الشفعة لا تستحق للجار صاحب حق الانتفاع أو

(1) علي حيدر، المرجع السابق، ص 675.

(2) قمر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 240.

(3) علي حيدر، المرجع السابق، ص 677.

(4) مصطفى الجمال، نظام الملكية، (مصادر الملكية)، مصر، الدار الجامعية، 1987، ص 127.

الاستعمال أو الحكر، أو الجار المستأجر إذا بيع العقار المجاور له، وكما ثبت الشفعة للجار المالك ملكية مفرزة تثبت أيضا للجار المالك على الشيوع⁽¹⁾، فإذا بيع العقار المجاور كان للشركاء المشتاعين جميعا أن يطلبوا الشفعة، كما يحق لكل واحد من هؤلاء الشركاء، ولو لم يطلبها معه الباقيون أن يطلب الشفعة بمفرده ويأخذ كل العقار المبيع بالشفعة، ولا يعترض على ذلك بحجة أن نتيجة القسمة للعقار المشفوع به قد لا تفسر عن اختصاص الشريك الشفيع بجزء من العقار يلاصق العقار المبيع، نظرا لأن نتيجة القسمة التي قد تفسر باختصاص الشفيع بجزء من العقار لا يلاصق العقار المبيع، لا تؤثر على استحقاقه للشفعة، كون الشرط الأساسي في ذلك أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع فيه، وأن يستمر ذلك حتى تملك الشفيع العقار المشفوع فيه قضاءً أو رضاءً، فإذا وقعت القسمة قبل تملك الشفيع العقار المشفوع فيه، وأسفرت هذه القسمة عن اختصاص الشفيع بجزء من العقار الشائع لا يلاصق العقار المبيع، فإن الشفعة حينئذ تسقط لتخلف شرط الجوار.

الفرع الثالث: أن يكون البيع وارد على ملكية العقار المشفوع فيه

ولكي يتم استحقاق الجار للشفعة يتطلب إلى جانب الشرطين السابقين، أن يكون البيع واردا على ملكية العقار المشفوع فيه، سواء كانت الملكية تامة أو ورد البيع على ملكية الرقبة، وعلى هذا الأساس فإن الشفعة لا تثبت للجار المالك إذا انصب البيع على حق الانتفاع المقرر على العقار، ونظرا لأن الشفعة في بيع حق الانتفاع مقصورة على مالك الرقبة الملابس لها، وكما هو الحال بالنسبة للشرط الثاني، فإن الشفعة تثبت للجار المالك إذا تم بيع حصة شائعة في العقار المجاور⁽²⁾، ولا يعترض على هذا الحكم بحجة أن قسمة العقار المشفوع فيه قد لا تفسر عن استقرار الحصة المبيعة في جزء مفرز يلاصق عقار الشفيع، كون القسمة إذا أسفرت فيما بعد عن حرمان الشفيع من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه، لا تؤثر على استحقاق الشفعة للجار، لأن الفقه إنما يشترط التلاصق وقت صدور البيع، وأن يبقى ذلك حتى وقت تملك الشفيع العقار المشفوع فيه، كما أن التلاصق يعد متوفرا وقت صدور البيع، لأن الحصة المبيعة تكون شائعة في العقار المجاور كله، أما إذا وقعت القسمة قبل تملك الشفيع

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 21.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 221.

المال المشفوع فيه، وترتب على القسمة اختصاص المشتري بجزء مفرز لا يلاصق العقار المشفوع به، فإن حق الجار في الشفعة يسقط، وذلك لتخلف شرط الجوار قبل تملك الشفيع المال المشفوع فيه⁽¹⁾.

فالشفعة بسبب الجوار إذن، لا تثبت للجار إلا إذا كان مالكا ملكية تامة، وكان البيع واردا على ملكية العقار المشفوع فيه، فلا تثبت الشفعة بالجوار لمن له حق انتفاع مثلا على العقار الملاصق للعقار المبيع، وإنما تثبت في هذه الحالة لمالك الرقبة، ولا تثبت الشفعة إذا بيع حق الانتفاع المقرر على عقار لمالك العقار المجاور، ولكن الشفعة تثبت بالجوار، ولو كان الجار مالكا على الشيوع⁽²⁾.

ونخصص المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث، لبيان ما تسقط به الشفعة في الشريعة الإسلامية، فخلو الشفعة من مسقطات الشفعة يشكل الشرط الأهم لقيام الشفعة.

المطلب الثالث: خلو الشفعة من مسقطاتها

تنشأ رخصة الشفعة بمجرد حصول البيع، ومع حصول هذا البيع قد يقضى بأن لا شفعة بمناسبة هذا البيع، وقد تنشأ هذه الرخصة، و يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة، ومع ذلك ولسبب أو لآخر، قد يتعرض هذا الشفيع لإخفاق في الحصول على العقار المشفوع فيه، أو بعبارة أخرى، يتعرض حقه للسقوط، ولذلك نلاحظ أن الفقه يتكلم أحيانا عن إبطال الشفعة، وأحيانا أخرى عن سقوطها، وقد يقول أخيرا بعدم جواز الأخذ أي بمنعها⁽³⁾.

ولا بد لنا قبل التعرض لتحديد مسقطات الشفعة، أن نضبط المصطلحات السابقة، ففي هذا الصدد يفرق البعض بين موانع الشفعة وبين مسقطاتها، فالمانع من الشفعة يكون سببا متصلا بأصل الحق ومعاصرا لنشوءه، ومن ثم فلا تنشأ الشفعة لهذا السبب رغم توافر أسبابها وشروطها، أما المسقط فهو عيب طارئ يصيب الحق بعد نشوءه فعلا فيسقط، وقد يتصل هذا العيب بإجراءات الشفعة، فيكون متعلقا بشكل الدعوى، كما قد يتصل بأصل الحق، فيكون متعلقا بموضوع الدعوى تبعا لظروف الحال، فموانع الشفعة غير مسقطاتها، فالمانع يلغي الشفعة ابتداءً، أما المسقط فيلغي الشفعة بعد أن تقوم.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 380.

(2) مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 127.

(3) رمضان أبو السعود، مسقطات الشفعة، المرجع السابق، ص 40.

وعليه فأسباب سقوط الشفعة في الشريعة الإسلامية، منها ما هي مسقطات موضوعية تضمنتها محتويات الفرع الأول من هذا المطلب، ومنها ما هي مسقطات إجرائية نبينها في الفرع الثاني، وهناك تصرفات أخرى رأي الفقه الإسلامي إسقاطها للشفعة نبينها ضمن الفرع الثالث.

الفرع الأول: المسقطات الموضوعية

يختص هذا الفرع بدراسة الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة، وهذه الأسباب ترجع إما إلى زوال المركز القانوني للشفيع بوفاته، وإما إلى تصرف الشفيع في المال المشفوع فيه، وإما إلى تنازل الشفيع عن الشفعة ذاتها.

ويرتبط سقوط الشفعة للأسباب الموضوعية، بمسألة هامة هي وقت تملك الشفيع المال المشفوع فيه، لأن زوال المركز القانوني للشفيع قبل هذا الوقت يؤدي في أغلب الأحوال إلى سقوط حق الشفيع في الشفعة، كما أن تنازل الشفيع أو تصرفه لا يرتب أثره في سقوط الشفعة إلا إذا تم قبل تملك الشفيع المال المشفوع فيه⁽¹⁾، وبناء على ذلك جاء تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة أجزاء، نبين في الجزء الأول سقوط الشفعة بسبب تنازل الشفيع عن الشفعة ذاتها، وفي الجزء الثالث مدى سقوط الشفعة بسبب تصرف الشفيع في المال المشفوع فيه، لعله أو بجزء منه ونخصص الجزء الرابع للتعرف على مدى سقوط الشفعة بضمان الدرك.

أولاً: زوال المركز القانوني للشفيع بوفاته

إن مسألة مدى جواز إرث الشفعة، عالجناه آنفاً-ضمن مقتضيات الباب الأول- ووضحنا بالتفصيل مسألة الوفاة، وتأثيرها على سريان باقي إجراءات الشفعة؛ كما ذكرنا أن ذلك لم يكن له محل من المناقشة والبيان مطلقاً لدى الفقه القانوني، وبالتحديد في القانون المدني الجزائري فلا بأس من أخذهم بما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي و التاريخي لأحكام الشفعة، غير أن الخلاف قد احتدم في الفقه الإسلامي، حول مسألة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة لوفاة الشفيع، لذا نتناول آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة سقوط الشفعة، في النقاط الأربعة الموالية؛

(1) عبد العزيز راجح حسين، المرجع السابق، ص7.

1- **الفقه الحنفي:** يرى فقهاء الحنفية⁽¹⁾، سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا توفي الشفيع، قبل

تمام الأخذ بالشفعة، أي قبل تملك الشفيع المال المشفوع فيه قضاءً أو رضاءً، مما يعني عندهم عدم انتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع، بغض النظر عن وقت حدوث هذه الوفاة، طالما أنها قد وقعت بعد وجوب سبب الشفعة، وقبل تملك المال المشفوع فيه، ودليلهم:

• "... و تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله، و لا تورث عنه، و لا تبطل بموت الشفيع"⁽²⁾.

• "... إذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بالشفعة عندنا..."⁽³⁾.

2- **الفقه المالكي و الشافعي:** ذهب المالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، إلى القول بأن الشفعة لا تسقط

بموت الشفيع مطلقاً، وإنما تنتقل إلى ورثته، سواء كانت وفاة الشفيع قبل الطلب أو بعده، واستدل أصحاب هذا الرأي على عدم سقوط الشفعة مطلقاً إذا توفي الشفيع بعد البيع المشفوع فيه، وقبل تمام الأخذ بالشفعة، بأن الشفعة لصيقة بالمال المشفوع به، وليس بشخص الشفيع، فإذا انتقل هذا المال إلى الورثة انتقل معه حق الأخذ بالشفعة، ودليلهم: "...اعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه قال من مات عن حق فلورثته، وهذا اللفظ ليس على عمومته، بل من الحقوق ما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث ... وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا..."⁽⁶⁾.

3- **الفقه الحنبلي:** ويفرق فقهاء الحنابلة⁽⁷⁾، في سقوط الشفعة لوفاة الشفيع بين حالتين:

الحالة الأولى: موت الشفيع قبل الطلب، وفي هذه الحالة فإن الشفعة تسقط، ولا تنتقل إلى

الورثة، وقد شبهوا الحنابلة "سقوط الشفعة" لوفاة الشفيع قبل الطلب بخيار القبول.

(1) برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني، المرجع السابق، ص 38.

(2) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص ص 257 - 258.

(3) شمس الدين محمد بن أحمد السرحسي، المرجع السابق، ص 116.

(4) شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي الفروق، المرجع السابق ص 277.

(5) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ص 344.

(6) شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي، المرجع السابق، ص 277.

(7) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص 344.

الحالة الثانية: موت الشفيع بعد الطلب لا يسقط حق الشفعة، كون الشفيع تملك المال المشفوع فيه بمجرد الطلب.

ثانياً: تنازل الشفيع عن الشفعة

يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، إذ أن الأخذ بالشفعة ليس متعلقاً بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الشفيع الذي يجوز له وفقاً لمصلحته أن يأخذ به أو يتنازل عنه. والتنازل عن الشفعة - كما وضحناه بالتفصيل سابقاً -، قد يأتي بصورة صريحة تدل دلالة قاطعة على رغبة الشفيع في عدم الأخذ بالشفعة، كما قد يأتي بصورة ضمنية، ويظهر ذلك من كل عمل أو تصرف يقوم به الشفيع يدل بطريقة غير مباشرة على انصراف رغبته من الأخذ بالشفعة، ونحاول خلال هذا الجزء بيان بعض المسائل المتعلقة بالتنازل، وأهمها مدى سقوط الشفعة في حالة التنازل الأجنبي، وكذا مسألة مدى سقوط حق الشفعة في حالة التنازل عن جزء من الشفعة، كما سيأتي توضيحها؛

1- التنازل عن الشفعة لأجنبي:

ونعرض موضوع التنازل عن الشفعة الأخير في مذاهب الفقه الإسلامي، لنرى مدى سقوط الشفعة في هذا التنازل.

حيث يفرق فقهاء المالكية في مسألة سقوط الشفعة لتنازل الشفيع عنها لأجنبي، بين أن يتم هذا التنازل قبل الأخذ بالشفعة وبين أن يتم بعد الأخذ بالشفعة، فإذا تنازل الشفيع عن الشفعة قبل الأخذ بها، فإنه لا خلاف في المذهب، في عدم صحة هذا التنازل، ويترتب على ذلك سقوط حق الشفيع في الشفعة، لأن الشفيع قد باع أو وهب ما ليس عنده، وهذا لا يصح فيفسخ البيع أو الهبة وتسقط الشفعة⁽¹⁾، أما إذا كان التنازل قد تم بعد الأخذ بالشفعة فقد اختلف فقهاء المالكية في مدى صحة هذا التنازل، ومدى سقوط الشفعة نتيجة لهذا التنازل إلى فريقين؛ حيث يرى الفريق الأول عدم صحة هذا التنازل، وبه تسقط الشفعة عن الشفيع، ويرد النصيب المشفوع فيه إلى المشتري⁽²⁾، كون الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة عن الشفيع، و يرى الفريق الثاني صحة

(1) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفزاوي المالكي الأزهرى، المرجع السابق، ص 215.

(2) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 452.

تتنازل الشفيع عن الشفعة لأجنبي بعد الأخذ بها، ولا يؤدي هذا التنازل إلى سقوط حق الشفيع فيها، شرط أن يكون له نفع من هذا التنازل⁽¹⁾.

كما يفرق فقهاء الحنفية، بين ما إذا وقع التنازل لهذا الأجنبي بقصد التمليك أو بغير قصد التمليك، فإذا تنازل الشفيع عن حق الشفعة لأجنبي يقصد تمليكها لهذا الأجنبي، فإنه تنازل غير صحيح ولا تسقط به الشفعة⁽²⁾، أما إذا تنازل الشفيع عن حق الشفعة لأجنبي ولم يقصد من تنازله تمليك الأجنبي هذا الحق، فسواء كان هذا التنازل بعوض أو بدون عوض، فإنه يؤدي إلى سقوط حق الشفيع في الشفعة⁽³⁾.

وذهب فقهاء الحنابلة⁽⁴⁾، إلى عدم صحة تنازل الشفيع عن الشفعة لأجنبي، وبالتالي فلا ينتقل الحق فيها إلى المتنازل له الأجنبي، لأن هذا التنازل الذي وقع للأجنبي سواءً بعوض أو بغير عوض، دليل على تراخي الشفيع وإعراضه عن الشفعة، فتسقط بذلك شفيعته⁽⁵⁾.

2- تنازل الشفيع عن جزء من الشفعة

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة سقوط الشفعة إذا تنازل الشفيع عن جزء منها، وقد تناولها فقهاء الفقه الحنفي وفقهاء الشافعية.

ففي الفقه الحنفي، يرى جمهور الحنفية⁽⁶⁾، بأن الشفيع إذا تنازل عن جزء من الشفعة سقط حقه في كل المال المشفوع فيه، لأنه لما تنازل عن جزء من الشفعة سقط حقه في هذا الجزء بصريح الإسقاط، وسقط حقه في الجزء الباقي لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري، فسقطت شفيعته في كل المال المشفوع فيه⁽⁷⁾، كما أن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً واستيفاءً، وبالتالي فلا يتجزأ إسقاطاً أيضاً، وما لا يتجزأ فذكر بعضه كذكر كله، كما لو طلق الرجل نصف امرأته⁽⁸⁾.

أما في الفقه الشافعي⁽⁹⁾، فهناك روايتين في مسألة تنازل الشفيع عن جزء من الشفعة؛

(1) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 218.

(2) الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 183.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 148.

(5) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 123.

(7) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8) شمس الدين محمد بن أحمد السرخيسي، المرجع السابق، ص 111.

(9) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ص 214.

الرواية الأولى: وهي أن الشفيع إذا أسقط بعض شفعته، سقط حقه في الشفعة بشكل عام، كالقصاص إذا أسقط المستحق له بعضه سقط كله، وهذه الرواية هي أصح الروايات في المذهب الشافعي.

الرواية الثانية: أن حق الشفعة لا يسقط بإسقاط الشفيع بعض شفعته، كالعفو عن بعض حد القذف إذا عفا المستحق له عن بعضه لا يسقط منه شيء.

ثالثاً: تصرف الشفيع في المال المشفوع فيه

لقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية، بين تصرف الشفيع بكل المال المشفوع به قبل تملك المال المشفوع فيه، وبين تصرفه بجزء من هذا المال، كما فرقوا أيضاً بين تصرف الشفيع بالمال المشفوع به قبل العلم بالبيع المشفوع فيه، وبين تصرفه بهذا المال بعد العلم.

1- تصرف الشفيع بكل المال المشفوع به:

يرى جمهور الفقهاء الإسلامي من الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، و الشافعية⁽³⁾ و الحنابلة⁽⁴⁾، بأن تصرف الشفيع بكل المال المشفوع به قبل تملك المال المشفوع فيه، يؤدي إلى سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، لأن سبب استحقاق الشفيع للشفعة قد زال قبل تملكه المال المشفوع فيه، كما أن الشفعة ضد شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، و لا ضرر يصيبه من المشتري بعد تصرفه بملكه.

2- تصرف الشفيع بجزء من المال المشفوع به:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في سقوط الشفعة إذا تصرف الشفيع بجزء من المال المشفوع به قبل تملك المال المشفوع فيه.

فيرى فقهاء المالكية⁽⁵⁾، عدم سقوط الشفعة إذا باع الشفيع جزء من المال الذي يشفع به، لكنهم اختلفوا؛ هل يأخذ الشفيع الشفعة بقدر ما بقي ماله الذي يشفع به، أم يأخذ المال المشفوع فيه؟ والمعتمد في المذهب، أن الشفيع يأخذ بقدر ما بقي من المال المشفوع به.

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص258

(2) محمد بن أحمد بن غرقة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص226

(3) شمس الدين محمد بن أبي أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ص218

(4) منصور بن يونس بن إدريس اليهودي، المرجع السابق، ص157 - 158

(5) أبو الحسن علي بن عبد السلام الشولي، المرجع السابق، ص201 - 202

أما فقهاء الحنفية⁽¹⁾، فقد فصلوا في هذا الأمر، ورأوا بأن الشفيع إذا باع جزء شائع من المال المشفوع به، فلا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة، لأن ما بقي من المال المشفوع به، يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداءً فأولى أن يصلح للبقاء، لأن البقاء أسهل من الابتداء، أما إذا باع جزءاً معيناً، كأن يبيع حجرة من داره التي يشفع بها، فإن كان ذلك لا يلي الدار المشفوع فيها، فلا تسقط الشفعة، لأن السبب وهو جوار الملك لا يزال قائماً، وإن كان مما يلي الدار المشفوع فيها، فإن استغرق الجزء المباع حدود تلك الدار سقطت الشفعة، لأن الجوار قد زال، وإن بقي من حد الدار المشفوع فيها شيء ملاصق لما بقي من الدار المشفوع بها، فلا تسقط الشفعة من أن هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداءً فأولى أن يصلح للبقاء، وإذا كان الشفيع يملك سببين للشفعة كأن يكون شريكاً و جاراً، في آن واحد، فباع أحد السببين فلا تسقط بذلك شفيعته، لأنه إن باع نصيبه المشاع الذي يشفع به مثلاً، فقد بقي السبب الآخر وهو الجوار، فإذا كان يستحق به الشفعة ابتداءً فالأولى استحقاقه به إذا بقي⁽²⁾.

وللشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، في تصرف الشفيع بجزء من المال المشفوع به وجهان:

الوجه الأول: سقوط الشفعة، لأنها استحققت بجميع المال المشفوع فيه، فإذا تصرف الشفيع ببعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة، فتسقط جميعها، لأنها لا تتبعض، كما لو عفى الشفيع عن بعض المال المشفوع فيه.

الوجه الثاني: عدم سقوط الشفعة، لأنه يبقى من نصيب الشفيع ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع، كما أن الشفعة تستحق بكثير.

3- تصرف الشفيع قبل و بعد العلم بالمبيع المشفوع فيه:

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾، على أن تصرف الشفيع بالمال المشفوع به بعد العلم بالمبيع المشفوع فيه، يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، لأن تصرفه بالمال الذي يشفع به بعد علمه بالمبيع الذي يستحق فيه الشفعة دليل على رضاه بترك الشفعة.

(1) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني، المرجع السابق، ص122.

(2) عبد العزيز راجح حسين، المرجع السابق، ص30 - 31.

(3) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، 331.

(4) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المرجع السابق، ص514.

(5) شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص81.

أما إذا تصرف الشفيع بالمال المشفوع به قبل أن يعلم بالبيع الذي يستحق فيه الشفعة، فقد اختلف الفقهاء في سقوط الشفعة بهذا التصرف، فذهب المالكية، والشافعية⁽¹⁾، وبعض الحنابلة⁽²⁾ إلى عدم سقوط الشفعة، لأنه ليس في تصرفه بالمال الذي يشفع به قبل علمه بالبيع تنازل عن الشفعة، وذهب الحنفية⁽³⁾، والبعض الآخر من الحنابلة⁽⁴⁾، إلى سقوط الشفعة، لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معييا فلم يعلم عيبه، حتى زال أو حتى باعه.

رابعاً: ضمان الشفيع لأحد المتعاقدين

قد يضمن الشفيع عن أحد المتعاقدين ما هو ملزم به للمتعاقد الآخر بموجب عقد البيع، وذلك كأن يضمن الشفيع عن البائع الدرك للمشتري⁽⁵⁾، أو يضمن عن المشتري ثمن المبيع للبائع، وتبعاً لذلك فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في سقوط الشفعة إذا ضمن الشفيع عن أحد المتعاقدين، ويمكن إجمال ما قاله الفقهاء في هذه المسألة في رأيين هامين هما:

الرأي الأول: وهو رأي الشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، ويرون عدم سقوط الشفعة إذا ضمن الشفيع الدرك للمشتري أو ضمن الثمن للبائع، لأن الضمان سبب سبق وجود الشفعة، فلم تسقط به الشفعة، كالإذن في البيع، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع⁽⁸⁾.

الرأي الثاني: وهو رأي فقهاء الحنفية⁽⁹⁾، حيث يرون سقوط الشفعة إذا ضمن الشفيع الدرك للمشتري، أو ضمن ثمن البيع للبائع، لأن ضمان الشفيع الدرك للمشتري يعني بأن تمام البيع إنما كان من جهة الشفيع، كون المشتري لم يرض بالبيع إلا بضمانته، ومن ثم فلا يكون للشفيع نقض ما تم من جهته لأنه منزل منزلة البائع⁽¹⁰⁾.

(1) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص 331.

(2) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 515.

(3) علاء الدين أبي بكر سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 121.

(4) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 484.

(5) ضمان الدرك هو أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشتري من استحقاق للمبيع ونحوه.

(6) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ص 219.

(7) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 483.

(8) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 543.

(9) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 254.

(10) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 309.

كما أن ضمان الشفيع للدرك، وكفالاته للثمن فيه تقرير للبيع ورضاء بحكم العقد المتمثل بثبوت الملك للمشتري⁽¹⁾.

ونشير في ختام هذا الفرع إلى مسألة هامة يرى بعض الفقهاء إسقاطها للشفعة، وهي اشتراط احد المتعاقدين الخيار للشفيع، والمقصود بالخيار هنا خيار الشرط، ويعرف بأنه اشتراط أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد خلال مدة معلومة من الزمان⁽²⁾، ومن هذا التعريف يتضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية، كما يجيزون للمتعاقدين الخيار لغيره، كان لهذا الغير حق إمضاء العقد المشروط فيه الخيار أو فسخه لإرادته المنفردة.

وقد تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، بخصوص اشتراط أحد المتعاقدين الخيار للشفيع في إجازة العقد أو فسخه، وأثر ذلك على حق الشفيع في الشفعة، فقد ذهب فقهاء الشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، إلى عدم سقوط حق الشفيع في الشفعة إذا شرط له الخيار من قبل أحد المتعاقدين فاختار إمضاء العقد، لأن المسقط للشفعة هو الرضاء بتركها بعد وجوبها بالبيع وهذا لم يوجد⁽⁵⁾، يوجد⁽⁵⁾، كما أن إجازة العقد من قبل الشفيع هو سبب سبق وجوب الشفعة فلن تسقط له الشفعة كالإذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع⁽⁶⁾.

وذهب فقهاء الحنفية⁽⁷⁾، إلى التفرقة بين أن يشترط البائع الخيار للشفيع، وبين أن يشترطه المشتري، فإذا كان المشتري للخيار هو البائع وقبل الشفيع ذلك، فلا شفعة لهذا الشفيع، والسبب أن الشفيع إذا أجاز العقد المشروط فيه الخيار نفذ هذا العقد، فيؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة، لأن البيع يعتبر كأنه تم من قبل الشفيع فإذا اخذ بالشفعة كان ساعيا في نقض ما أوجبه للمشتري كما أن إجازة العقد من قبل الشفيع دليل على رضاه بشركة المشتري أو جواره، أما إذا فسخ الشفيع العقد فلا شفعة أيضا، لأن الشفعة إنما تثبت بالبيع، وقد ارتفع هذا البيع بالفسخ فلم يتحقق شرط خروج المبيع من ملك بائعه⁽⁸⁾.

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 145.

(2) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 147.

(3) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 309.

(4) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 543.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 145.

(6) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 484.

(7) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 259.

(8) وقد ذكر فقهاء الحنفية أن الحيلة في الخروج من هذا الوضع هي أن الشفيع لا يجيز العقد ولا يفسخه، حتى يجيز البائع، لبيع بنفسه أو يصبح البيع نافذا نافذا يمضي مدة الخيار، فيجدر له حينئذ الأخذ بالشفعة.

وهذه مجمل الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة التي حاولنا استخلاصها من كتب الفقه المتوفرة - وفيما يلي النوع الثاني الخاص ببيان مسقطات الشفعة الإجرائية.

الفرع الثاني: المسقطات الإجرائية

أن اعتبار الشفعة حق ضعيف، شرع على خلاف الأصل العام في التملك انعكس على طريقة الوصول إلى الحق موضوع الشفعة، فأحيط التملك عن طريقها بمجموعة من الإجراءات التي ينبغي على الشفيع التقيد بها، وصراعاتها بدقة وإلا سقط حقه في الشفعة ويمكن إمام هذه المسببات بعد استقراء كتب الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أسباب، حيث نضمن الجزء الأول من هذا الفرع سقوط الشفعة للإخلال بميعاد الطلب، في الجزء الثاني، أما الجزء الثالث فنخصصه لبيان سقوط الشفعة لإخلال الشفيع بميعاد رفع الدعوي.

أولاً: ميعاد الطلب المسقط لحق الشفعة

اختلاف فقهاء المذهب الشافعي في ميعاد الطلب المسقط لحق الشفيع في الشفعة إذا علم الشفيع بالبيع مع القدرة على الطلب، إلى أربعة آراء هي:

الرأي الأول: أن ميعاد طلب الشفعة على الفور⁽¹⁾، فإن علم الشفيع بالبيع المشفوع فيه، ولم يبادر إلى طلب الشفعة فور علمه سقط حقه في الأخذ بالشفعة.

الرأي الثاني: إن ميعاد طلب الشفعة على التأييد، أي أن الشفعة لا تسقط بعدم الطلب مطلقاً، ما لم يتم إسقاطها بسبب من أسباب السقوط، وتتحصر أسباب السقوط وفقاً لذلك في ثلاثة أقول⁽²⁾:

القول الأول: أن الشفعة تسقط بالتنازل الصريح عنها أو بالتنازل الضمني، أو بأن يرفع المشتري الأمر إلى القاضي، فيلزم الشفيع الأخذ أو الترك، فإن شاء أخذ، وإلا حكم بسقوط الشفعة.

القول الثاني: أن الشفعة تسقط إما بالتنازل الصريح عنها، أو بالتنازل الضمني.

(1) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 7.
(2) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص ص 227 - 228.

القول الثالث: أن الشفعة تسقط بالتنازل الصريح عنها، أما ما عدا ذلك فلا تسقط به الشفعة والدليل على أن الشفعة على التأييد، أن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون، بالإضافة إلى ذلك فإن الشفعة مثلها مثل الخيار في القصاص، لا تسقط إلا بالتنازل⁽¹⁾.

الرأي الثالث: إن ميعاد طلب الشفعة هو ثلاثة أيام، يبدأ من تاريخ العلم بالبيع، فإذا لم يطلب الشفيع الشفعة خلال الثلاثة أيام التالية لتاريخ علمه بالبيع سقط حقه في الشفعة.

الرأي الرابع: إن ميعاد طلب الشفعة يمتد مدةً تتيح التأمل في مثل ذلك المبيع، وهو قول لم يحدد ميعاد الطلب بمدة معينة، بل جعلها مقدرة بالمدة التي يستطيع فيها الشفيع التروي والتأمل ومن ثم الترجيح في الأخذ أو الترك على ضوء الثمن والمبيع والمشتري.

ثانياً: صيغة الطلب المسقط للشفعة

إن حق الشفيع يتعرض للسقوط، إذا طلب العين المشفوعة بغير لفظ الشفعة، إذا كان عالماً أن ذلك مسقطاً لحقه في الشفعة، كأن يطلب شرائها، أو أن توهب له، مع علمه بأن ذلك يسقط حقه في الشفعة، فإن كان يجهل ذلك حمل طلب شراء العين المشفوعة على أنه استشفاع فيها، وإذا ادعى الشفيع ملكية العين المشفوعة بغير الشفعة، فإن ذلك يسقط حقه فيها، لأن هذا يدل على أن الشفيع لا حاجة له في طلب الشفعة طالما أنه يملك العين المشفوعة.

ثالثاً: إخلال الشفيع بميعاد رفع الدعوى

ندرس خلال هذا الجزء، ميعاد رفع الدعوى المسقط لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة.

1- الفقه المالكي: يمكن القول بأن ميعاد رفع الدعوى المسقط لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع إذا كان حاضراً في البلد عالماً بالبيع وكتب شهادة في عقد البيع المشفوع فيه، فإن هذا الميعاد يكون شهرين كما سنوضحه بالتفصيل خلال الفصل الثاني من هذا الباب - من وقت إبرام العقد، حتى وإن كان الشفيع قد غاب بعد إبرام العقد، أما بالنسبة للشفيع الحاضر في البلد العالم بالبيع⁽²⁾، ولكنه لم يكتب شهادته في العقد فإن ميعاد السقوط لعدم رفع الدعوى، يكون سنة كاملة من وقت العلم بالبيع حتى وإن كان الشفيع قد غاب بعد إبرام عقد البيع.

(1) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص 319 - 323.
(2) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 325.

أما إذا كان الشفيع غير عالم بالبيع سواءً كان حاضراً في البلد، أو غائباً عنها، سواءً كان غيابه قبل إبرام العقد أو بعده، فإن شفيعته لا تسقط إذا لم يرفع دعوى الشفعة خلال ميعاد معين، فإذا علم بالبيع كان عليه أن يرفع الدعوى خلال مدة سنة من وقت علمه بالبيع والإسقاط حقه⁽¹⁾.

2- الفقه الحنفي: اختلف فقهاء الحنفية حول ميعاد رفع الدعوى المسقط لحق الشفيع في

الأخذ بالشفعة إلى عدة آراء هي:

الرأي الأول: وهو رأي أبي حنيفة، وإحدى الروايات عن أبي يوسف⁽²⁾، ويذهب هذا الرأي إلى أن ميعاد رفع دعوى الشفعة على التأييد، أي أن الشفعة لا تسقط إذا لم ترفع الدعوى بها بعد طلب التقرير والإشهاد مهما طالت المدة.

الرأي الثاني: وهو رأي زفر وإحدى الروايتين عن محمد بن الحسن ورواية عن أبي يوسف⁽³⁾، ويرون أن ميعاد رفع دعوى الشفعة يمتد إلى شهر بعد طلب التقرير والإشهار، فإذا لم يرفع الشفيع دعوى الشفعة خلال هذا الميعاد سقط حقه في الشفعة.

الرأي الثالث: ويرى أن الميعاد الذي يلزم الشفيع يرفع دعوى الشفعة خلاله هو ثلاثة (3) أيام، لأن المدة هذه هي المهلة التي ضربت لإبلاء الأعداء، كإمهال الخصم للنفع والمدين للقضاء، فإذا أمضت هذه المدة من غير أن يرفع الشفيع دعواه سقطت شفيعته وهذا رأي محمد بن الحسن في الرواية الثانية عنه⁽⁴⁾.

3- الفقه الشافعي: وقال الشافعي أنه إذا اعلم الشفيع بالبيع ولم يبادر إلى رفع دعوى

الشفعة لدى الحاكم سقطت شفيعته، ما لم يكن له عذر يمنعه من الوصول إلى الحاكم، فإن كان له عذر كان على شفيعته حتى يتمكن من رفع الدعوى، قال الشافعي:

"وإذا بيع الشخص من الدار والشفيع حاضر عالم فطلب مكانه فله الشفعة، وإن أخر الطلب فذكر عذراً من مرض أو امتناع من وصول إلى سلطان أو حبس سلطان أو ما أشبهه من العذر

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 326.

(2) برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني، المرجع السابق، ص 28.

(3) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 118.

(4) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 244.

كان على شفيعته، لا وقت في ذلك إلا أن يمكنه، وعليه اليمين ما ترك ذلك رضا بالتسليم للشفعة، ولا تركا لحقه فيه⁽¹⁾.

4- **الفقه الحنبلي:** يرى الفقهاء الحنابلة، بأن رفع الدعوى إلى الحاكم بعد طلب الشفيع الشفعة من المشفوع منه، لا يعد إجراءً من إجراءات الشفعة، كون إجراءات الشفعة تنتهي بتملك الشفيع المال المشفوع فيه، وهذا التملك قد تم بالطلب، وينبغي على ذلك أن حق الشفعة لا يسقط إذا لم يرفع الشفيع الدعوى خلال ميعاد معين، بل كما قال فقهاء الحنابلة، بأن للشفيع الحق في رفعها بعد الطلب ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين⁽²⁾.

الفرع الثالث: أسباب السقوط الأخرى

وهي بعض حالات التصرف في المال المشفوع فيه، المسقطة للشفعة التي ارتأينا توضيحها وبيانها حتى نكون قد بينا على الأقل أهم مسقطات الشفعة في الشريعة الإسلامية، وعموماً، باستقراء كتب الفقه الإسلامي اقتطفنا التصرفات الأخرى المسقطة للشفعة بالتحديد الآتية ذكرها:

أولاً: بيع الشفيع ماله فيه الشفعة بالوكالة عن غيره

إن الفقه الإسلامي في مسألة بيع الشفيع، ماله فيه الشفعة بالوكالة عن غيره، وأثرها على حق الشفيع في الأخذ بالشفعة رأيان:

الرأي الأول: ويرى سقوط الشفعة إذا باع الشفيع المال المشفوع فيه بالوكالة عن البائع، وهذا هو رأي الحنفية⁽³⁾، وبعض الشافعية⁽⁴⁾، وبعض فقهاء المذهب المالكي⁽⁵⁾، وهو أيضاً رأي القاضي من الحنابلة⁽⁶⁾، وحجة أصحاب هذا الرأي، هي أن قيام الشفيع ببيع المال المشفوع فيه نيابة عن البائع هو دلالة على الرضى بالعقد وثبوت الملك للمشتري، كما أن مباشرة الشفيع للعقد بالنيابة عن البائع يرتب على الشفيع التزاما بتسليم المبيع إلى المشتري وإتمام تلك الصفقة له، فإذا أجزى للشفيع في هذه الحالة أخذ المبيع بالشفعة كان ساعياً في نقض ما تم من جهته⁽⁷⁾، ومن سعى

(1) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 7.

(2) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 141.

(3) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكسائي الحنفي، المرجع السابق، ص 114.

(4) ابن القاسم العبادي، حاتية العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء السادس، بدون تاريخ، ص 80.

(5) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ص 389.

(6) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق ص 542.

(7) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 259.

سعى إلى نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه، بالإضافة إلى أن نوكل الشفيع في بيع المال المشفوع فيه يلحق التهمة بالشفيع في أنه باع بأقل من الثمن تمهيدا لأخذ هذا المال بالشفعة لنفسه بأقل من الثمن، وهذا من شأنه أن يسقط حق الشفيع في الشفعية⁽¹⁾.

الرأي الثاني: ويرى عدم سقوط الشفعة إذا قام الشفيع ببيع المال المشفوع فيه بالوكالة عن البائع، وهذا رأي جمهور المالكية⁽²⁾، وأصح أقوال الشافعية⁽³⁾، والأرجح عند الحنابلة⁽⁴⁾، الحنابلة⁽⁴⁾، ودليل أصحاب هذا الرأي في عدم سقوط الشفعة هو أن الملك لا ينتقل إلى الوكيل، الوكيل، ومن ثم فلا يكون مستحقا للشفعة على نفسه، أما تهمة الشفيع في البيع بأقل من الثمن إذا وكل في بيع ماله فيه شفعه الذي يقول به أصحاب الرأي الأول فيجاب عليه بأن الموكل ناظرا لنفسه، والناظر يعترض على البيع إذا رأى تقصير من جانب الوكيل⁽⁵⁾، كما أن الموكل الموكل قد وكل الشفيع وهو عالم بثبوت شفيعته راضيا بتصرفه مع ذلك، فلا يؤثر كما لو أذن الموكل لوكيله في أن يشتري هذا الوكيل لنفسه ما وكل في بيعه⁽⁶⁾.

ثانيا: بيع الولي أو الوصي ماله فيه الشفعة نيابة عن غيره

يرى الحنفية، وبعض المالكية، أن قيام الشفيع ببيع مال من له عليه الولاية أو الوصاية، وكان هذا المال مما يحوز للشفيع أخذه بالشفعة - يعد مسقطا لحق هذا الشفيع في الشفعة، وذلك لما علوه من أن تسليم المبيع يتعلق بمن أبرم العقد نيابة عن الغير، وأن في تسليم المبيع تسليم للشفعة ورضى بثبوت الملك للمشتري.

أما جمهور المالكية⁽⁷⁾، فيرون عدم سقوط الشفعة ببيع الولي ماله فيه شفعة نيابة عن غيره، ويجب الرفع إلى الحاكم في هذه الحالة، لاحتمال بيع الولي أو الوصي هذا المال كي يأخذه بالشفعة. ويفرق الحنابلة⁽⁸⁾، في مسألة سقوط الشفعة بين بيع الوصي، وبين بيع الولي ماله فيه الشفعة نيابة عن الغير، فأروا سقوط في بيع الأول، لوجود التهمة في بيعه لأنه

(1) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق ص 483.

(2) مالك بن أنس الأصحبي، المرجع السابق، ص 419.

(3) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين الزملي، المرجع السابق، ص 219.

(4) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 483.

(5) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 129.

(6) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق ص 483.

(7) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 230.

(8) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 497-498.

بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة، وعدم سقوطها في بيع الثاني، لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده التهمة.

ثالثاً: تصرف الشفيع المضارب في مال المضاربة

المضاربة هي نوع من أنواع الشركات، وقد عرفت الشريعة الإسلامية بأنها عقد على الاشتراك في الربح، على أن يكون رأس المال من طرف والعمل فيه من الطرف الآخر، ويقال لصاحب رأس المال⁽¹⁾، رب المال، وللعامل مضارب⁽²⁾.

فإذا انعقدت المضاربة بين رب المال، والمضارب، صار المضارب بهذه العقد وكيات عن رب المال من حيث تصرفه في رأس المال⁽³⁾، فيحق للمضارب البيع من أموال الشركة، كما يحق له شراء أموال الشركة، وفي كلا الحالتين فإن المضارب عندما يقوم بهذه التصرفات إنما يقوم بها نيابة عن رب المال.

إذا قام المضارب بالتصرف في مال المضاربة بالبيع أو الشراء وكان شفيعاً لما قام بشرائه، أو بيعه، فهل يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة باعتبار قيامه بإبرام العقد نيابة عن رب المال يعد تنازلاً ضمنياً عن حقه في الشفعة؟

وفرق الفقه الإسلامي بين قيام الشفع المضارب بالبيع من ماله المضاربة، وبين قيامه بالشراء من مال المضاربة.

فإذا قام المضارب بشراء عين من الأعيان بمال المضاربة، وكانت هذه العين مما يجوز للمضارب أخذها بالشفعة لنفسه⁽⁴⁾، فقد ذهب جمهور الفقه من الفقه من الحنفية⁽⁵⁾، والمالكية⁽⁶⁾ والمالكية⁽⁶⁾ والشافعية⁽⁷⁾، والحنابلة⁽⁸⁾، إلى عدم سقوط حق الشفيع المضارب في أخذ هذه العين بالشفعة، كون شراء المضارب ماله فيه شفعة لا يعد إعراضاً عن الأخذ بها، بل أن هذه الشراء هو الذي يثبت حقه في الشفعة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان مع المضارب شفيع آخر، جاز لهذا الشفيع أن يأخذ بالشفعة، فإذا أخذ بالشفعة كان للمضارب أن

(1) على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1996، ص 493.

(2) أنظر المادة 1404 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 493.

(4) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 134.

(5) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 259.

(6) مالك بن أنس الأصمعي، المرجع السابق، ص 447 - 448.

(7) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 309.

(8) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 165.

يشاركه في الأخذ بالشفعة، وبالتالي فإذا كانت شفعة المضارب لا تسقط إذا أخذ مع الشفيع الآخر، فمن باب أولى عدم سقوطها إذا لم يكن معه شفيع آخر⁽¹⁾.

وقد اختلفت فقهاء الشريعة الإسلامية في سقوط الشفعة إذا باع المضارب مال من أموال المضاربة، وكان المضارب نفسه شفيعاً لهذا المال إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وتمليه فقهاء الحنفية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، وعندهم تسقط الشفعة إذا قام المضارب، ببيع مال من أموال المضاربة، وهو شفيع لهذا المال، دليلهم لسقوط الشفعة هي نفس أدلة سقوط الشفعة في حالة بيع الشفيع ماله فيه الشفعة بالوكالة عن البائع - كما سبق بيانها في الجزء السابق -.

الاتجاه الثاني: وتمثله فقهاء المذهب المالكي⁽⁴⁾، ويرون عدم سقوط المضارب إذا باع من أموال المضاربة ماله فيه الشفعة، وذلك قياساً على عدم سقوط شفعة الوكيل، إذا باع ماله فيه الشفعة.

رابعاً: مساومة الشفيع للمشتري

إذا ساوم الشفيع المشتري على المال المشفوع فيه، وذلك بأن طلب منه أن يبيعه هذا المال أو يهبه له، فقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من المالكية⁽⁵⁾، والحنفية⁽⁶⁾، وبعض الشافعية⁽⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁾، إلى سقوط حق هذا الشفيع في الشفعة.

ودليل قول الجمهور بالسقوط هو أن مساومة الشفيع للمشتري على شراء المال المشفوع فيه يدل على رضاه بشراء المشتري، ورضاه بالشراء دليل على تركه الأخذ بالشفعة⁽⁹⁾، كما أن رغبة الشفيع في طلب هذا المال بعقد جديد هو دليل على تثبيت تملك المشتري للمال المشفوع فيه، بالإضافة إلى ذلك فإن طلب الشفيع تملك المال المشفوع فيه بالطريق الاختياري بدلاً من التملك الجبري بعد تقصيرا مفوتاً للفورانية، تسقط به الشفعة.

(1) مالك بن أنس الأصحبي، المرجع السابق، ص 447 - 448.

(2) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 259.

(3) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 547.

(4) أبو الحسن علي بن عبد السلام الشولي، المرجع السابق، ص 190.

(5) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المرجع السابق، ص 383.

(6) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكسائي الحنفي، المرجع السابق، ص 122 - 123.

(7) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص 313.

(8) منصور بن يونس بن إدريس البهوني، المرجع السابق، ص 145.

(9) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 154.

أما البعض الآخر من الشافعية⁽¹⁾، فيرون عدم سقوط الشفعة لمساومة الشفيع للمشتري على شراء المال المشفوع فيه، و دليل هذا القول أن المساومة من باب التعريض لا التصريح، وقد فرق الله بين حكم التعرض التصريح في خطبة النساء في زمن العدة، وقياسا على ذلك فإن التعريض بالعفو عن الشفعة لا يسقطها على عكس التصريح بالعفو عنها، الذي يؤدي إلى سقوطها⁽²⁾.

خامسا: طلب الشفيع قسمه المال المشفوع فيه

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية، في إثر طلب الشفيع قسمه المال المشفوع فيه، على حقه في الشفعة بين قائل سقوط هذا الحق، و بين قائل بعدم السقوط.

ففقهاء المالكية، لهم في هذه المسألة رأيان؛

الرأي الأول: في سقوط الشفعة إذا طلب الشفيع من المشتري قسمه المال المشفوع فيه، ولو لم تحصل القسمة بالفعل، لأن هذا دليل الإغراض عن الأخذ بالشفعة، وهذا الرأي هو رأي أبي القاسم الجزيري، ومن وافقه من فقهاء المالكية⁽³⁾، وقال عنه ابن عرفة بأن الرأي الراجح في هذا المذهب⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: وهو عدم سقوط حق الشفعة لمجرد طلب الشفيع من المشتري قسمة المال المشفوع فيه، كون المسقط للشفعة هو المقاسمة بالفعل، فإذا لم تحصل بقي حق الشفيع في الشفعة، وقد قيل عن هذا الرأي بأنه الرأي المعتمد في هذا المذهب المالكي⁽⁵⁾.

أما فقهاء الشافعية⁽⁶⁾، فلهم رأيان أيضا في مسألة طلب الشفيع قسمة المشفوع:

الرأي الأول: وهو سقوط الشفعة، لأن طلب الشفيع قسمة المال المشفوع فيه بعد تنازلا ضمنيا عن حقه في الشفعة كالتنازل عن طريق التصريح.

الرأي الثاني: وهو عدم سقوط الشفعة، لأن طلب الشفيع قسمة المال المشفوع فيه، وإن كان بعد تنازلا عن طريق التعريض، إلا أنه لا يسقط الشفعة كالتنازل عن طريق التصريح،

(1) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ص 312.

(2) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 141.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 191.

(4) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 226.

(5) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص 313.

وذلك لما فرق الله تعالى، بين حكم التعريض والتصريح في خطبة النساء في زمن العدة، كما رأينا سابقاً.

أما فقهاء المذهب الحنبلي⁽¹⁾، فيرون أن طلب الشفيع قسمة المال المشفوع فيه يترتب عليه سقوط حقه في الشفعة، لأن في ذلك دلالة على رضى الشفيع بشراء المشتري، وتركه الأخذ بالشفعة.

وهذا مجمل ما يمكن قوله في شروط الشفعة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فما هي شروط الشفعة لدى فقهاء القانون، وبالضبط في القانون المدني أي شروط شفعة أشخاص القانون.

⁽¹⁾ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 481.

وذلك لما فرق الله تعالى، بين حكم التعريض والتصريح في خطبة النساء في زمن العدة، كما رأينا سابقا.

أما فقهاء المذهب الحنبلي⁽¹⁾، فيرون أن طلب الشفيع قسمة المال المشفوع فيه يترتب عليه سقوط حقه في الشفعة، لأن في ذلك دلالة على رضى الشفيع بشراء المشتري، وتركه الأخذ بالشفعة.

وهذا مجمل ما يمكن قوله في شروط الشفعة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فما هي شروط الشفعة لدى فقهاء القانون، وبالضبط في القانون المدني أي شروط شفعة أشخاص القانون.

المبحث الثاني: الشروط في القانون المدني

لا تجوز الشفعة في القانون المدني، إلا إذا توفرت شروط معينة منها ما يتعلق بالشفيع، ومنها مل يتعلق بالمشفوع فيه، والشرط الأهم خلو الشفعة من موانع الشفعة و كذا مسقطاتها، وهي المواضيع التي نحاول تحليلها خلال مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الشفيع

وفقا للمبادئ العامة، فإنه يجب أن تتوافر في الشفيع الشروط اللازمة كي يستطيع الأخذ بالشفعة، فينبغي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة²، وأن تتوافر فيه الأهلية اللازمة لذلك، بالإضافة إلى كون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه، ولذلك جاء تقييم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع تعالج هذه الشروط على التوالي.

الفرع الأول: أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع و مستمرة لحين الأخذ بالشفعة

يشترط القانون في الشفيع أن تكون ملكيته سابقة على عقد بيع العقار المشفوع فيه، حيث يجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة، ويقع على الشفيع إثبات كونه مالكا وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة، أي قبل تملك المشفوع به، لا بعده، إضافة إلى بقاء مالكا للعقار المشفوع به حتى يتملكه رضاء أو قضاء.

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 481.

(2) محمد طه الشير وغني حسون طه، المرجع السابق، ص 189.

وإذا كان يشترط في الشفيع أن يكون مالكا، فهل يجوز أن تكون ملكيته معلقة على شرط واقف أو شرط فاسخ، وهو ما نبينه في النقطة الأولى من هذا الفرع، أما في الجزء الثاني فنبحث فيه حكم عقد الشفيع إذا كان باطلا، أما في الجزء الثالث فنتعرض حكم عقد الشفيع إذا كان غير مسجل.

أولاً: الشفيع مالك تحت شرط

اختلف الفقه⁽¹⁾ حول شرط كون الشفيع، مالكا لما يشفع به ملكية تامة، أم أنه يجوز لمطلب الشفعة، وإن كان عقد تملكه معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ، فذهب رأي إلى القول بعدم الجواز لغير المالك ملكية تامة أن يأخذ العقار بالشفعة، فلا للمالك تحت شرط واقف أو فاسخ أن يطالب بها، لأن كليهما لا يعتبر مالكا ملكية تامة، ذلك لأن المالك تحت شرط واقف لا يكون مالكا وقت بيع العقار المشفوع فيه، ولذلك فلا يجوز له الأخذ بالشفعة، وكذلك بالنسبة للمالك تحت شرط فاسخ، وإن كان مالكا وقت بيع العقار المشفوع فيه، فإنه عند تحقيق الشرط الفاسخ تزول ملكيته بأثر رجعي، ولذلك لا يجوز له الأخذ بالشفعة لكونه غير مالك، ولكن تم الرد على هذا الرأي، بأن المالك تحت شرط واقف وإن لم يكن مالكا وقت بيع العقار المشفوع فيه، فإنه إذا تحقق الشرط يصبح مالكا بأثر رجعي، بحيث يعتبر مالكا من وقت إبرام العقد، ولذلك فليس من العدل حرمانه من الشفعة، أما بالنسبة للمالك تحت شرط فاسخ، فهو يعتبر مالكا وقت بيع العقار المشفوع فيه، فإذا تخلف الشرط ففي هذه الحالة تستقر ملكيته، لذلك ليس من العدل حرمانه من الشفعة أيضا.

وذهب رأي ثان⁽²⁾، بأنه يجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ بالشفعة، ذلك لأن الملكية تنتقل إليه من وقت حصول ملكيته⁽³⁾، وعلى العكس من ذلك، المالك تحت شرط واقف، حيث لا يجوز له الأخذ بالشفعة، لأن ملكيته لا تكون إلا إذا تحقق الشرط.

وذهب رأي ثالث⁽⁴⁾، إلى جواز الأخذ بالشفعة، لكل مالك سواء كان مالك تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ، إلا أن أنصار هذا الرأي قد اختلفوا في كيفية المطالبة ووقت

(1) محمد كامل مرسى باشا، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 258.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 446 - 447.

(3) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 623.

(4) محمد كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص 278.

حصولها، ويبررون ذل بأنه عند بحث ما إذا كان للمشتري وفاء أو البائع وفاء حق الشفعة، كما أن الشفيع يلزم أن يكون مالكا لما يشفع به، والملكية هنا معلقة بين البائع والمشتري، ولا تستقر لهذا الأخير إلا بفوات المدة مع عدم الفسخ، ولا يمكن معرفة ذلك من قبل، فيلزم أن يكون له حق الطلب، وإنما لا يقضي له إلا بعد مضي المدة وعدم الفسخ، أو يجز القضاء في الحال، إنما يكون نفاذ الحكم مقيداً بنفس الشرط المقيد به الملك، بحيث إذا فسخ البائع البيع سقط البيع ومعه الشفعة، وإذا مضت المدة ولم يفسخ البيع استقر، واستقرت الشفعة أيضاً، كذلك إذا كان ملك الشفيع لمل يشفع به معلقاً وجوده على شرط، فإنه يكون له حق الطلب، ولكن لا يقضي له إلا إذا تحقق هذا الشرط، وأيضاً تم الرد على هذا الرأي، بكيفية إمكان أن يكون للمالك تحت شرط طلب الشفعة مع عدم الاستمرار في إجراءاتها، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة، وما هو السند القانوني لهذا الرأي⁽¹⁾.

وتحت نقر الرأي الثاني ذلك أنه إذا كان لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بيعاً معلقاً على شرط واقف، لأن ذلك يرجع إلى أن ملكية الشفيع للعقار المشفوع بهم وقوفه وغير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه، حتى ولو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة، بحيث لا يعتد بالأثر الرجعي للشرط الواقف، لأن الأثر الرجعي للشرط الواقف مجرد افتراض ولا تأثير له في مجال الشفعة.

وعلى العكس من ذلك، فإنه يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بيعاً معلقاً على شرط فاسخ، ذلك لأن الملكية القائمة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف التي لا تجوز فيها الشفعة، وإذا أخذ الملك تحت شرط فاسخ بالشفعة، ثم تحقق شرط الفاسخ، وزالت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بأثر رجعي، فإن الأثر الرجعي للشرط لا يعتد به في مجال الشفعة، كما ذكرنا، وبالتالي فإن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤثر في ثبوت حق الشفيع بالشفعة، وعلى العكس من ذلك يسقط حق الشفيع في الشفعة في حالة ما إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة، بحيث تنفسخ

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 278.

ملكية الشفيع، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة، فيسقط حقه في الأخذ بالشفعة.

ثانياً: حكم عقد الشفيع إذا كان باطلاً

ومقتضى ذلك أن عقد الشفيع إما أن يكون قابلاً للإبطال، وإما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإذا كان العقد قابلاً للإبطال، فإن العيب الذي يشوب العقد لا يمنع من انتقال الملكية، وإنما يكون العقد قابلاً للإبطال، وإن الذي يكون له طلب الإبطال، هو من شرع الإبطال لمصلحته، ولذلك يجوز للشفيع الذي يكون عقده قابلاً للإبطال أن يتقدم للأخذ بالشفعة، وليس للمشفوع منه، أي المشتري أن يدفع بالإبطال لأن الذي له أن يدفع بالإبطال هو صاحب المصلحة، أما إذا كان عقد الشفيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإنه لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة العقار المبيع، وهنا يجوز للمشتري المشفوع منه، أن يدفع ببطلان عقد الشفيع لأن البطلان هنا من النظام العام، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يدفع بالبطلان، كما يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

ثالثاً: حكم عقد الشفيع إذا كان غير مسجل

اختلف الفقه القانوني، فيما إذا كان عقد الشفيع غير مسجل، حيث يجوز الأخذ فيه بالشفعة أم لا، وذلك فيما يخص نص المادة 793 من القانون المدني والتي تقضي بأن: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدبر مصلحة شهر العقار".

وقد انقسم الفقه، بهذا الصدد إلى فريقين، فريق يرى بعدم جواز الأخذ بالشفعة إذا كان عقد الشفيع غير مسجل، أما الفريق الثاني فإنه يرى بجواز الأخذ بالشفعة إذا عقد الشفيع غير مسجل، و فيما يلي هذان الرأيان:

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 447.

الرأي الأول:

يرى بعض الفقه⁽¹⁾، أنه إذا كان عقد الشفيع غير مسجل، وكان لا يستند في الملكية إلى كسبها، بوضع اليد، فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة، لأن قانون الشفعة يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به، وبمقتضى قوانين الشهر العقاري، لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل، وهو رأي غالبية جمهور الفقهاء.

الرأي الثاني:

يرى أنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه، يشترط أن يسجل عقد شرائه، إما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة، وانتقد هذا الجانب، الرأي الأول لأنه لو قيل به، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه، ولا شك في أنه.

ونحن من جهتنا نفصل هذا الرأي الأخير، -أي الثاني-، ونرى أن الرأي الأول يبقى محل نظر، لأنه لا يشترط أن يكون عقد الشفيع مسجلا لأجل المطالبة بالشفعة، بل يكفي وجود العقد المثبت لشراء الشفيع، وعلى ذلك يجوز للجار المشتري، بعقد غير مسجل أن يطلب الشفعة، ولكن بشرط أن يسجل عقد شرائه، فإذا اعترض على ما نقول به، بأن البيع قبل التسجيل غير ناقل للملكية، إلا أنه بيع فيه مشتري وبائع بواجبات وحقوق، وأن تبعة الهلاك تقع على المشتري بعد تسليم المبيع إليه برغم اعتبار البائع لازال مالك، فيجوز للشفيع أن يدعي بأنه مشتر مثلاً للعقار المشفوع به، ولو أن عقده لم يسجل بعد، إلا أنه مشتر على كل حال، وأنه عندما يسجل عقده يعتبر مالكا، لا من وقت التسجيل، بل من وقت الشراء أي أن للتسجيل أثرا رجعيا في نقل الملكية فيعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت التسجيل، و على ذلك تصح تصرفاته في العقار قبل التسجيل.

(1) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، 230.

الفرع الثاني: الأهلية الواجبة

يجب أن يتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة، فإذا كانت الشفعة ترتكز على آلية معينة، وهي حلول الشفيع في عقد البيع محل المشتري وكما يترتب على ذلك من آثار قانونية، لذلك فإنها تعتبر من أعمال التصرف، وليست من أعمال الإدارة⁽¹⁾.

ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة لأن الشفعة عبارة عن مجرد شراء العقار المشفوع فيه، بحيث يحل الشفيع بتصرفه القانوني محل المشتري، لذلك يجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية اللازمة للقيام بذلك التصرف، وهي أهلية التصرف. ويستطيع الشفيع أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما توافرت شروطها، و قد توافرت فيه الأهلية اللازمة للأخذ بالشفعة، وهي أهلية التصرف كما ذكرنا، بحيث يكون الشفيع كامل الأهلية، أي بالغاً سن الرشد، وهو تسعة عشر (19) سنة، متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه عندها يستطيع مباشرة حقوقه المدنية⁽²⁾.

وإذا كان للشفيع وكيل بوكالة عامة، فإن هذه الوكالة مقصورة على أعمال الإدارة دون التصرف، وبالتالي لا يجوز للوكيل أن يأخذ بالشفعة نيابة عن الشفيع لأن الشفعة من أعمال التصرف، فلا بد من وكالة خاصة للأخذ بها⁽¹⁾.

أما إذا كان الشفيع قاصراً، وقد تولى الولاية عليه أبوه، فإنه يجوز لوليه أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة أما إذا تولى الولاية عنه الجد، يستطيع الجد بعد استئذان المحكمة، أن يأخذ الشفعة نيابة عن القاصر.

أما إذا لم يكن للقاصر ولي، فإن الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه هو الوصي الإجباري أو الاختياري، و لكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة، ويأخذ نفس الحكم القيم على المحجورة عليه، فإذا كان الشفيع محجوراً عليه، فإن القيم هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه بعد استئذان المحكمة.

(1) نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، (في القانون المصري و اللبناني، دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 467

(2) أنظر المادة 40 من القانون المدني.

(1) أنظر المادة 574 من القانون المدني.

الفرع الثالث: أن يكون الشفيع غير ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه

لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء العقار المشفوع فيه، على اعتبار أن الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه، بحيث يحل الشفيع محل المشتري الأصلي، ويصبح هو المشتري للعقار، ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إذا كان ممنوعاً قانوناً من شراء العقار المشفوع فيه، ونتعرض لذلك في جزئين هامين، حيث نعالج في الجزء الأول من هذا النوع، موظفو المحاكم والمحامون والمدافعون القضائيون ممنوعون من شراء الحقوق المنازع فيها، وفي الجزء الثاني تبين الوكلاء ممنوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها.

أولاً: موظفو المحاكم والمحامون والمدافعون القضائيون ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها

اختلف الفقه بشأن منع القضاة والمدافعين القضائيين، والمحامين، والموثقين وموظفو المحاكم عموماً، من أن يشفعوا في الحق المتنازع فيه إذا كان النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها⁽¹⁾، وذلك بالنظر إلى تفسير المادة 402 من القانون المدني التي تنص:

"لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين، ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة، ولا بواسطة اسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلاً".

وكذلك الحال حول نص المادة 403 من القانون المدني بقولها:

"لا يجوز للمحامين، ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة".

فقد انقسم الفقه حول تفسير هذه المواد إلى فريقين⁽²⁾:

(1) محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، (ب س ط)، ص 277.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الفريق الأول⁽¹⁾: يري بأنه إذا كان يحظر شراء الحقوق المتنازع فيها، من قبل القضاة والمدافعين القضائيين، والمحامين والموثقين وكتاب الضبط، سواء كانوا يشترون هذه الحقوق كلها أو بعضها بطريق مباشر أو غير مباشر بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار فاه يحظر عليهم كذلك أخذها بالشفعة، فمثلا أن القاضي في مدينة الجزائر يمنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها، إذا كان ذلك النزاع يدخل في اختصاص محكمته، كما أن المستشار في المجلس القضائي بولاية الجزائر يمنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها، إذا كان ذلك النزاع يدخل في اختصاص أي محكمة تقع في دائرة نطاق المجلس القضائي، وكذلك عليه الوضع بالنسبة للمستشار في المحكمة العليا، أو في أي درجة من درجات التقاضي، يمنع عليه الشراء في جميع أنحاء الجزائر، لأن ذلك النزاع يدخل في اختصاصه.

ويلاحظ أنه يجب أن تتوفر صفة المنع في الوقت الذي يتم فيه الشراء، فلو أن المشتري لم يكن قاضيا في محكمة مدينة الجزائر، حين اشترى حقا متنازعا فيه من اختصاص المحكمة المذكورة، ثم نقل إليها، وبعد ذلك رفع النزاع أمام محكمة الجزائر، فإن الشراء يكون صحيحا، إنما يجب على القاضي المذكور أنفاً، أن يتتبع عن نظر القضية، وكذلك عليه الحال لو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائما قبل ذلك وانحسم، ويشترط كذلك أن يكون موظف القضاء عالما بوقوع النزاع في الحق وقت الشراء، وإذا كان محصورا على رجال القضاء شراء الحقوق المتنازع فيها، متى كانت تدخل في اختصاصهم، فكذلك عليه الحال لا يجوز لهم أن يأخذوا بالشفعة العقار المتنازع فيه، فيما إذا توافرت لهم شروط الأخذ بالشفعة.

أما الفريق الثاني⁽¹⁾: فيري بأنه ما يحرم على رجال القضاء شراؤه يجوز لهم أخذه بالشفعة، لأن العلة التي من أجلها منع الشارع هؤلاء الموظفين والمحامين والمدافعين من شراء الحقوق المتنازع فيها غير متحققة هنا، لأن القاضي أو المحامي أو المدافع الذي يريد الأخذ بالشفعة في العقارات الممنوع من شرائها لا يقصد المضاربة، وإنما يرغب في اتقاء الإصرار التي شرعت من أجلها الشفعة أو حرمانه من الشفعة هو حرمان من حق مشروع

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 449.

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 293-294.

أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس، ولم يستثني موظفي المحاكم والمحامين والمدافعين لمنصوص عليهم في المادة 402 من القانون المدني السالفة الذكر.

ولو أن الشارع أراد استثنائهم لنص على ذلك صراحة في نصوص الشفعة مع من استثناهم منه، والقول بأن الشفيع باستعمال الشفعة يحل محل المشفوع منه يعتبر أنه اشترى الصفة من المشتري مباشرة هو افتراض قانوني لا يصح التوسع فيه.

غير أن هذا الرأي محل نظر، لأن المشرع عندما منع الأشخاص الأنف ذكرهم، فما ذلك إلا لشدة رغبته في المحافظة والاحتفاظ بحرمة القضاء وكرامته، فقد خشي أن يحال القاضي أو الموظف المشتري زملاؤه في القضاء فيتأثر بذلك سير العدالة، وإذا لم يحابوه، فلا أقل من أن يتهمهم الناس ويظنوا به ويهم الظنون، وكلاهما مضيع لحرمة القضاء.

لهذا فلا يجوز لموظف القضاء أو للمحامي أو للمدافع الموكل في نزاع، بل حتى ولو لم يكن موكلاً فيه متى كان نظر النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها فلا يجوز لهم أن يشتروا العقار أمامهم، فما تحرم عليهم شراؤه، تحرم عليهم كذلك أخذه بالشفعة، فلو توافرت في قاض أسباب الأخذ بالشفعة، وحل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه، فإن النزاع لا يزال داخلاً اختصاصه، وبالتالي يصعب على من ينازع البائع في ملكية هذا العقار أن يطمئن إلى حيطة رجال القضاء، وواحد منهم هو الخصم والحكم في أن واحد، حتى ولو تتحى رجل القضاء عن نظر النزاع، فحتى لو أبيح لهم أخذ الحق المتنازع فيه بالشفعة، لا يجوز لهم أن يستعملوا الأخذ بها سبيلاً للتحايل، كان يتواطأ رجل القضاء مع البائع في بيع العقار المتنازع فيه إلى أجنبي، ثم يأخذ رجل القضاء بالشفعة هذا العقار من هذا الأجنبي، وكما ذكرنا ما يخطر على رجال القضاء شراؤه يخطر عليهم أخذه بالشفعة⁽¹⁾، وإن جزاء الخطر هو بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، ولا يكون له أثر لا فيما بين المتعاقدين، ولا بالنسبة إلى الغير وفقاً للقواعد المقررة في البطلان، وأن البطلان يقوم على أساس أن التصرف مخالف للنظام العام، فما يخالف النظام العام أن يشغل رجل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها وإذا كان لم يقصد أن يشغل نفوذه فعلاً، فعلى الأقل تثور حوله الشبهة في حيطة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه.

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 640

ثانيا : الوكلاء الممنوعون من شراء الأشياء المنوط لهم بيعها

تنص المادة 401 من القانون المدني على أن:

"لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

كما نصت المادة 411 من القانون المدني على أن:

"لا يجوز للسماسرة و لا لخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار".

ويتبين من النصين الأنفي الذكر، انه لا يجوز لمن ينوب عن غيره في بيع ماله أن يشتري لنفسه هذا المال المكلف ببيعه عن مالكه، وذلك سبب تعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه، وبأنها في نفس الوقت.

فالنيابة من بيع مال الغير⁽¹⁾، قد تكون بنص قانوني كالولاية، وقد تكون النيابة بأمر من السلطات المختصة، كما هو عليه الحال في القيم والوصي والسندبك والوكيل عن الغائب والحارس القضائي، ما قد تكون النيابة اتفاقية كما هو عليه الحال في الوكالة، فالنائب عن غيره في بيع مال الغير، لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه، أصيلا في الشراء عن نفسه، ونائبا في البيع عن غيره، فلا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، وإذا كان يخطر عليه شراء العقار المكلف ببيعه، فانه يخطر عليه أيضا أن يأخذه بالشفعة، بحيث لو سمح لمن كلف ببيع عقار، أن يأخذه بالشفعة، لما أعياه أن يتواطأ مع المشتري بشروط يسيرة وثمان بخس، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أفاد من ذلك.

غير انه في حالة كون النيابة مصدرها الاتفاق⁽²⁾، كالوكيل الذي رضي أن يكون نائبا في بيع العقار الأجنبي، وقد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، يعتبر ذلك نزولا ضمنيا عن

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 469.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

حقه في الأخذ بالشفعة، وتشير إلى انه يجوز النزول مقدما عن الأخذ بالشفعة وفقا للمادة 807- الفقرة الثانية - من القانون المدني.

وكذلك عليه الحال بالنسبة للسماسة والخبراء في من ينوب عن الغير في بيع من له، بحيث لا يجوز لهم شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء كان الشراء باسمهم أو باسم مستعار بحيث يسري عليهم نفس الحكم، أي عدم جواز الأخذ بالشفعة كما هو عليه الوضع في النيابة.

والحكمة من هذا المنع، هو التعارض القائم بين مصلحة هؤلاء الوكلاء وواجبهم، فقد يتساهلون مع المشتري في شروط البيع، كي يستشهدوا من ذلك، إذا يترتب على الأخذ بالشفعة أن يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وإذا أراد أد من هؤلاء الوكلاء أن يأخذ بالشفعة وجب عليه أن يتتحي عن مباشرة البيع.

ويتضح من جزئي هذا الفرع أن هناك حالتين رئيسيتين، يمنع فيها الأخذ بالشفعة وهما:

الحالة الأولى: أن المشرع منع بموجب المادة 402 من القانون المدني، القضاء والمحامين وكتاب الضبط والمحضرين والمدافعين القضائيين والموثقين، أن يشتوا لأنفسهم، مباشرة أو بواسطة اسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا، وقد ذهب المشرع إلى ابعاد من ذلك، بحيث منع التعامل في الحقوق المتنازع من اجلها، بالنسبة لهيئة الدفاع من محامين ومدافعين قضائيين فقد قصت المادة 403 من القانون المدني بعدم الجواز لهم بذلك، وإلا كان تعاملهم باطلا، فإذا كان شراء عقار متنازع فيه، محظورا على أسرة القضاء وهيئة الدفاع، الذين سبق ذكرهم من وقع النزاع في اختصاصهم، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه، إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة، فإذا باع شخص عقار ينازعه شخص آخر في ملكيته، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا النزاع، أو المحامي الموكل في النزاع، بل حتي ولو لم يكن موكلا فيه متى كان نظر النزاع من اختصاص المحكمة المتواجد بها مقر مكتبة، فلا جوز له أن يشتري هذا العقار، وإمعانا في درء الشبهات والظنون عن سمعة القضاء ، فلو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه

صاحبه الأجنبي، وتوافرت لقاضي أو محام أو لأي عامل آخر من عمال سلك القضاء أسباب أخذه بالشفعة لم يجز له أخذه، فما يحرم عليه شراؤه، يحرم كذلك عليه أخذه بالشفعة، كل ذلك حفاظا على سمعة القضاء، ونزاهة وحيادة القاضي.

الحالة الثانية: أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير، فلا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً، مع مصلحة ينوب عنه باعتباره بائعاً والنيابة في بيع المال الغير، فقد تأتي بموجب اتفاق، وهذه هي الوكالة، وقد تأتي عن طريق نص في القانون، كما قد تأتي عن طريق أمر من السلطات القضائية المختصة، كما هو الشأن في الوصي والمقدم والمصفي والوكيل لمنصرف القضائي، ومحافظ البيع بالمزايدة والسמاسة والخبراء، فهم في حكم من ينوب عن الغير ف-أي البيع ماله، ويسري عليهم نفس الحكم وفقاً لنص المادة 411 من القانون المدني.

فالنائب عن غيره من بيع حال هذا الغير، يمنع عليه شراء هذا المال لنفسه، فلا يجوز أن يتعاقد مع نفسه، نائباً في البيع وأصيلاً في الشراء، فإذا كان النائب ممنوعاً من أن يشتري لنفسه عقاراً كلف ببيعه بالنيابة، كذلك لا يجوز له إذا باع العقار الخاص بالوكيل أن يشفع فيهن والسبب في ذلك هو التعارض القائم بين مصلحة النائب، والواجب الملقى على عاتقه، فهو ممنوع أصلاً من شراء هذا العقار، كما أنه لو أجازت له الشفعة، فقد يتساهل النائب مع المشتري في شروط البيع، إذ باستعماله حق الشفعة يحل محل المشتري، في جميع ماله وما عليه، كذلك إذا كانت النيابة في بيع العقار مصدرها الاتفاق أو الوكالة، فإن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكيلاً في بيع العقار لأجنبي، يكون قد تنازل بذلك تنازلاً ضمناً عن حقه في أخذ العقار بالشفعة وهذه هي الحالات التي يكون فيها الشفيع ممنوع من الأخذ بالشفعة.

وفي ختام هذا المطلب، تشير إلى أن بعض الفقه القانوني يضيف شرطاً يره أساسياً، وأطلق عليه اصطلاح الشرط الأولي في الشفيع، وهو كون الشفيع شخصاً من أشخاص

القانون، وحيث أن الشفعة حق من الحقوق المالية، لذلك فإنه يكون لكل من ثبتت له الشخصية القانونية صلاحية اكتساب هذا الحق⁽¹⁾.

وهذا كل ما يتعلق بشروط الشفيع، أما الشروط الخاصة بالمشفوع فيه إن كان تصرفاً أو عقاراً فنعالجها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الشروط الواجبة في المشفوع

إن المشفوع هو الشيء الذي يشكل موضوعاً مباشراً لحق الشفعة، ولما كانت الشفعة حق استثنائي، وفيه خروج واضح على قاعدة جوهريّة من قواعد القانون المدني، والتي تقضي بأن لا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، كان لذلك الانعكاس الواضح على محمل شروط المشفوع فيه في حق الشفعة.

والمشفوع فيه إن كان تصرفاً أو مالا له شروط محددة حتى تقوم به الشفعة لصاحبها، وبنفس الترتيب نوضح ضمن ثلاثة فروع على التوالي شروط المال المشفوع فيه في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني لبيان شروط التصرف المشفوع فيه، لنبين في الفرع الثالث مسألة هامة تتجسد في حكم الشفعة عند توالي البيوع.

الفرع الأول: شروط المال المشفوع فيه

هناك شرطان يجب توافرها في المال المبيع المشفوع فيه، أولهما؛ شرط كون المبيع عقاراً، والثاني وجوب أن يطلب الشفيع الشفعة في العقار كله¹، فالمبدأ أن الشفعة لا تطيل التجزئة على النحو الذي سنبينه.

أولاً: أن يكون المبيع المشفوع فيه عقار

يشترط في المبيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراً مملوكاً²، فلا شفعة إلا في العقار -كما سبق بيانه بالتفصيل-، وهو أمر مستفاد من التعريف القانوني للشفعة ذاته، وكذلك من جميع الأحكام المنظمة للشفعة، والشفعة لا تكون إلا في البيع الذي يرد على عقار بوصفه عقاراً، فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً بصب المال، كما لو بيع البناء المعد للهدم، فإن الشفعة لا تجوز فيه، كما أن الشفعة لا تجوز في بيع العقار بالتخصيص استقلالاً عن

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 466-467.

(1) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 65.

(2) على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية)، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 146.

العقار الأصلي، ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلي، فإن الشفعة تشملها باعتباره من ملحقاته، وهو ما وافق أحكام القضاء أيضاً، حيث جاء في القرار رقم 101371 المؤرخ في 21-06-1992⁽¹⁾.

"... حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي، وقضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع، والقضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار، فالمادة 794 من القانون المدني تنص أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها قانوناً، ولم تنص على الوعد بالبيع".

وكما هو واضح فإن العقار الذي تجوز فيه الشفعة هو العقار بالطبيعة، وهو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، ويستوي أن يكون هذا العقار أرضاً أو بناء، ويستوي أن تكون أراضي معدة للبناء أو غير معدة للبناء، مع التفصيل في أحكام ذلك كما سبق في الباب الأول.

والعبرة بالشفعة هي بحالة العقار المشفوع فيه وقت بيعه، فإن أقام المشتري عليه بناء أو غرس فيه أشجار سواء قبل أو بعد إعلان الرغبة، فإن ذلك لا يحول دون الحق للشفيع بأهميته للشفعة طالما قد توافر لديه أسبابها، واستوفى إجراءاتها القانونية، وآية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحق بثبوت الشفعة⁽²⁾.

وأما العقارات بالتخصيص، وهي المنقولات المخصصة لخدمة العقار واستغلاله، فإنها تتبع العقارات التي اتصلت بها، ولا شفعة فيها إذا بيعت مستقلة، لأنها تكون منقولة في هذه الحالة⁽³⁾.

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

(1) أنظر المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الرابع، ص 156.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 66.

(3) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، (شرح تفصيلي لدعوى الشفعة، و دعوى قسمة المال الشائع)، القاهرة، منشأة المعارف للنشر، {ب س ط}، ص 72.

وفيما يتعلق بالأموال العقارية الثابتة بالنسبة إلى الشيء المتعلقة به، فتصبح الشفعة فيها، إذا تحققت الشروط التي يتطلبها القانون، فقد أجاز لمالك الرقبة أن يطالب بالشفعة في حالة بيع حق الانتفاع الملابس بها، ونخصص له دراسة مستقلة للبيان في الجزء الموالي.

ثانيا: حق الانتفاع

1-تعريفه: يعرف حق الانتفاع بأنه حق عيني باستعمال شيء يخص الغير وبالتمتع به، ويبدل خلاله المنتفع من العناية في المحافظة عليه ما يبذله الشخص العادي، وينتهي هذا الحق بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين⁽¹⁾.

2-خصائصه: ويتميز حق الانتفاع في كونه حقا متفرعا عن حق الملكية، فهو يقتطع من عناصرها ويجزئها، فيكون لمالك الرقبة التصرف في الشيء، أما المنتفع فيكون له الاستعمال والاستغلال فقط دون التصرف.

ولأن الانتفاع حق عيني فهو يخول لصاحبه حق التمتع⁽²⁾، فبمقتضى السلطة المباشرة التي يمارسها صاحب الحق العيني على الشيء، يستطيع أن ينتفع هذا الشيء نفسه، ويستعيده من أية يد انتقل إليها، أو التنفيذ عليه، ولو خرج من يد المدين الأصلي، وله أن يحتج بحقه ضد أي حائز له.

كما يمنح الحق العيني صاحبه حق التقدم أو الأولوية أو الأفضلية⁽³⁾، فالحق العيني يضمن صاحبه من مزاحمة أي شخص آخر في ممارسة سلطانه على الشيء، ويوليه حق الأفضلية على غيره، لاسيما على الدائنين العاديين أو أصحاب الحقوق العينية الأدنى منه مرتبة، في الحصول على الشيء أو اقتضاء ثمنه بعد بيعه.

فحق التمتع والأفضلية للذين يتمتع بهما أصحاب الحق العيني يجعلان هؤلاء في وضع متميز، وأقوى من أصحاب الحقوق الشخصية، فلا يكون لهم حق مباشر على شيء معين، ويعتبر التأقيت أهم خصائص حق الانتفاع، فهو حق مؤقت ينتهي حتماً بوفاة المنتفع، ويرجع

(1) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، 2011، ص205، ص206.

(2) ندين محمد مشوشي، حق الانتفاع، (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص56.

(3) المرجع نفسه، ص 57.

إلى مالك الرقية، فتعود له ملكية العين الكاملة، وقد قضي بعدم صفة ورثة صاحب حق الانتفاع للحلول محل في الدعوى، إذ جاء في أحد الأحكام⁽¹⁾:

"... وحيث و إن كان في الأصل يتعين تصحيح الخصومة بوجه ورثة المنفذة، إلا أن ذلك يبقى لازماً في الحقوق القابلة للانتقال، بحيث تصح الخصومة بوجه من يتلقى الحق وليس هو الوارث بالضرورة.

وحيث من الثابت أن المنفذة المحكوم لها باسترداد المأجور لإسقاط المستأنف المنفذ عليه من حقه بالتمديد القانوني، هي صاحبة حق انتفاع في العقار موضوع الدعوى، وإن حقها هذا انقضى وسقط بوفاتها.

وحيث أن انقضاء الحق المذكور (أي حق الانتفاع) بالوفاة وعدم انتقاله إلى ورثتها الطبيعيين، لا يجعل من الأخيرين أصحاب مصلحة وصفة لتصحيح الخصومة بوجههم، وأن تلك المصلحة والصفة تكون لمن يعود إليه الحق المحكوم به ووفاة صاحبه الأصلي.

وحيث أن بانقضاء حق الاستثمار (والمقصود حق الانتفاع) وسقوطه تعود كافة الحقوق اللصيقة به والناشئة عنه إلى مالك الرقية.

وحيث يبدو من الإفادة العقارية المبرزة أن السيد ... هو المالك الحالي للعقار، فيكون هو صاحب الصفة والمصلحة لتصحيح الخصومة بوجهه، بحيث يقتضي إحلاله محل المنفذة في هذه المحاكمة.

وهذا لا يعني أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل، و متى انتهى الأجل المحدد له انتهى حق الانتفاع ولو قبل وفاة المنتفع، بالمقابل، إذا توفي المنتفع قبل انقضاء الأجل، فإن حق الانتفاع ينتهي حتماً رغم أن الأجل لم ينقض، والحكمة من ذلك هو أنه يحمل الملكية بعبء ثقل من شأنه أن يحد من حركة وتداول المال، ويؤثر ذلك سلباً على الوضع الاقتصادي، فلا مالك الرقية ولا المنتفع يمكنهما التصرف بالملكية الكاملة طيلة المدة المحددة للانتفاع بالمال، لذا ارتأى المشرع أن ينهي هذا الوضع بموت المنتفع حتى يجتمع الملكية بكامل عناصرها بيد مالك الرقية وحده.

(1) ندين محمد مشموشي، المرجع السابق، ص 62-63.

وسنداً لهذا الاعتبار، فبالإمكان القول أن هذه القاعدة تتعلق بالنظام العام الاقتصادي وكل اتفاق مخالف لها يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقد قضي بأن⁽¹⁾.

"قاعدة عدم ديمومة حق الانتفاع تتعلق بالنظام العام ولا يمكن مخالفتها".

3- الشفعة كسب لاكتساب حق الانتفاع:

و تنص المادة 844 من القانون المدني على أن:

"يكسب حق الانتفاع بالتعاقد، وبالشفعة، وبالتقادم أو بمقتضى القانون".

فتعتبر الشفعة أهم التصرفات القانونية المكسبة لحق الانتفاع، إذ ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان في الأخذ بالشفعة⁽²⁾، فالإدارة هي عمل ذهني داخلي يتجه فيها الفكر إلى أمر معين، ويصمم على تحقيقه، ثم يعمل على إتمامه وإبرازه، إلى العالم الخارجي، وهذه الإرادة تستلزم من صاحبها، الذي يرغب بإجراء عمل قانوني صحيح وملزم، أن يكون مميزاً عاقلاً واعياً لما يقوم به، جدياً في التزامه، حراً لا تشوب إرادته أي عيب مفسد للرضاء، متوسلاً سبباً مشروعاً وقاصداً غاية مباحة قانوناً، فالإرادة ذات طبيعة نفسية داخلية، فلا يمكن تلمسها إلا إذا جاء التعبير عنها بمظهر مادي خارجي يدل عليها، فيكون من شأن هذا المظهر إبلاغ الشخص الذي تتعلق به بإرادة من عبر عنها صراحة أو ضمناً، وفي كل مرة تتمخض الإرادة لأحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون هذا الأثر، تكون أما تصرف قانوني، والتصرف القانوني⁽¹⁾، هو فعل الإرادة المتجهة لإحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر، ويمكن أن يقوم على تطابق إرادتين أو بإرادة منفردة، وهو في الحالتين قد ينشئ الحقوق الشخصية، أو قد يكسب الحقوق العينية، كما يمكن أن يقضي على هذه الحقوق أو يرتب آثاراً قانونية غيرها، وتبعاً لذلك ينشأ حق الانتفاع بموجب العقد الذي هو اتفاق بين إرادتين أو أكثر، وغالباً ما يكون عقد البيع أو الهبة⁽²⁾، كما يكتب حق

(1) ندين محمد مشموشي، المرجع السابق، ص 63

(2) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية؛ أنواع الملكية، الحقوق المتفرعة عن حقوق الملكية، الانتفاع، الاستعمال، السكنى، الحكر، الارتفاق)، مصر، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2005، ص 347.

(1) حلمي محمد الحجار، المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق، القاهرة، بدون دار نشر، 1997، ص 84.

(2) عفيف شمس الدين، الوسيط القانوني العقاري، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 210.

الانتفاع عن طريق الوصية، فقد يتم الإيحاء، برقية العقار لشخص وبحق الانتفاع لشخص آخر، ويليق في هذه الحالة ما يطبق على الوصية إن من حيث الشكل أو النصاب⁽¹⁾.

ولأن العقارات بحكم طبيعتها تتمتع، وبما لها من حيز ثابت، بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها الحقوق العينية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، وأهم هذه التصرفات "الشفعة"، حيث تكسب الشفعة صاحبها حق الانتفاع، لا ينشأ حق الشفعة إلا اعتباراً، من تاريخ تسجيل المشفوع في السجل العقاري، فيكون بالتالي حق طلب الشفعة غير مستحق الأداء، وحق الانتفاع غير مسجل⁽²⁾.

ولأن الشفعة ترمي إلى نزع العقار المشفوع فيه من المشفوع منه، الأمر الذي يفترض أن يكون هذا الأخير قد أصبح مالكا بالتسجيل بالمعني الحقيقي، وحيث أن الفقه والاجتهاد⁽³⁾، استمر على اعتبار أن مهلة دعوى الشفعة لا تسري إلا بعد تسجيل العد، أي من تاريخ نقل الملكية بتسجيل العقد في السجل العقاري لدى المحافظة العقارية، وأن التسجيل الذي يجب الأخذ به لتحديد بدء سريان مهلة دعوى الشفعة هو التسجيل الذي يوقعه أمين السجل العقاري أو المحافظ العقاري.

ويجب تسجيل حق الانتفاع، قبل إقامة دعوى الشفعة، لأن الحق المطلوب تملكه بالشفعة، يجب أن يكون حقا عينيا ثابتة ملكيته في صحيفة السجل العقاري، ولأن الحكم الذي يفصل في دعوى الشفعة إيجاباً يعتبر من الأحكام المنشئة للملكية، فلا تتسحب مفاعليه إلى تاريخ إقامة الدعوى، بل تقوم من تاريخ الحكم، لأن لهذا الحكم طبيعتين؛ فهو يعلن من جهة حق الشفيع في التقدم بطلب التملك بالشفعة، وهو من جهة أخرى، يعتبر منشأ لحق الملكية ابتداءً من تاريخ تقريرها للشفيع قضاء⁽⁴⁾.

إن هدف المشرع من إقرار الشفعة في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 795 من القانون المدني، هو جمع ما تفرق من حق الملكية، وتوحيد عناصرها في يد شخص واحد، ويتمثل ذلك في إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة، حتى يلم شتات الملكية بصم حق الانتفاع

(1) عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص ص 211-212.

(2) ندين محمد مشموشي، المرجع السابق، ص 174.

(3) عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد العقاري، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، 2011، ص 298.

(4) ندين محمد مشموشي، المرجع السابق، ص 176.

إلى الرقية، وفي إثبات صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع حتى يجمع عناصر الملكية بضم الرقية إلى حق الانتفاع، فقد قضي بأنه⁽¹⁾، لم يرد نص يعطي حق الشفعة للشريك في العقار الشائع إذا بيع حق الانتفاع في مالا يملك رقبته، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني، تنص على حق الشريك في الشيوع ممارسة حق الشفعة في حال بيع حصة في العقار، ومن الواضح أن الحصة في العقار تشمل على الرقبة، وحق الانتفاع معا دون فصل بينهما، إلا في حال بيع الرقية منفصلة عن حق الانتفاع، أو بيع حق الانتفاع منفصلا عن الرقية فإنه يخضع لأحكام الفقرتين الأولى والثالثة عملا بصراحة النص، وحيث بيع حق الانتفاع لا يولى حق الشفعة للشريك في العقار الذي لا يملك الرقية التي لا يعود لها حق الانتفاع المبيع في غياب أي نص يجيزه.

4- حالات الشفعة في حق الانتفاع⁽²⁾:

سنعرض خلال ذلك حالات تباع لمعرفة كيفية وحالات ممارسة الشفيع لحقه.

الحالة الأولى: يقدم مالك عقار على ترتيب حق انتفاع عليه لمصلحة المنتفع، ويقدم هذا الأخير بدوره على بيع حقه إلى الغير، هنا يحق لمالك الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع ليجمع ما تفرق من حق الملكية، ففي هذه الحالة، لا تكون الشفعة سببا لاكتساب حق الملكية، بل تكون سببا لاكتساب حق الانتفاع، في صبح الشفيع مالكا ملكية تامة،

الحالة الثانية: يقدم مالك عقار على ترتيب حق انتفاع عليه لمصلحة شخصين، فإذا باع أحد الشركاء في حق الانتفاع حقه، كلن لمالك الرقية أن يشفع في الحصة المباعة، فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار مثلا - إذا كانت حصتا المنتفعين متساويتين في حق الانتفاع - ومالكا لرقية النصف الآخر، ولا يزاحمه في طلب الشفعة الشريك الآخر في حق الانتفاع، لأن مالك الرقية يتقدم على الشريك في الشيوع، فالشفعة تثبت لمالك الرقية، و لو كان حق الانتفاع مملوكا من عدة شركاء على الشيوع عند بيع أحدهم حصته الشائعة، حتى ولو كان المشتري هو أحد هؤلاء الشركاء، فمالك الرقية يتقدم إلى الأولوية بالشفعة على الشريك في ملكية حق الانتفاع،

(1) ندين محمد مشموشي، المرجع السابق، ص 185 .

(2) المرجع ، ص ص185 - 186.

الحالة الثالثة: يملك شخصان عقارا على سبيل الشيوع مناصفة مثلا، ويرتبان معا على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر، فيصبحان مالكين في الشيوع لرقية العقار، فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه، فلا شك في أن مالكي الرقية يستطيعان أن يطالبا معا بشفعة هذا الحق المباع، ويعودان مالكين للعقار بالشيوع ملكية تامة، كذلك يحق لأحدهما ممارسة حق الشفعة دون الآخر على نسبة حصته في حق الرقية، فيصبح مالكا لنصف العقار بالشيوع ملكية تامة، ومالكا لحق الرقية في النصف الآخر منه، في حين أن مشتري حق الانتفاع يقتصر حقه على نصفه فقط⁽¹⁾.

ونشير إلى أننا حللنا سابقا مثل هذه الحالات، ولجميع الشفعاء، لكن خلال هذا الجزء من البحث ركزنا فقط على شفعة المنتفع ومعنى حقه هذا، لأننا لم تقدم له البيان الكافي سابق، والجدير بالذكر في كل أن خلال تحليل أي نقطة من بحر الشفعة، عدم التوسع في تفسير نصوص الشفعة، فحق الشفعة باعتبارها حقا استثنائيا يجب أن نفسر نصوصها بصورة حصرية، وتكتفي بهذا ونحن بصدد تحليل حق الانتفاع كمشفوع فيه في حق الشفعة. ولجواز الشفعة يشترط أن يطلب الشفيع الشفعة في العقار المبيع كله منعا لتجزئة الصفقة على المشتري، وهو محور النقاش والبيان في الجزء الثالث من هذا الفرع.

ثالثا: شرط عدم تجزئة المال العقاري

ومقتضى ذلك، أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع في صفقة واحدة دون البعض الآخر، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، فيضار بذلك⁽¹⁾، وبيننا ذلك بالتفصيل سابقا لكن في الفقه الإسلامي، ولا تختلف القاعدة كثيرا عن ذلك في الفقه القانوني، فالقاعدة أن الشفعة لا تقبل التجزئة⁽²⁾، ويجب التمييز في هذا الصدد بين حالة ما إذا ورد البيع على عقار واحد، وحالة ما إذا ورد البيع على عدة عقارات، وإذا صدر البيع لعدة أشخاص وجب التمييز بين ما إذا كان هناك بيع واحد، وما إذا كانت هناك بيوع متعددة، ونتعرض بشرح هذه الفروض التي تثير مبدأ عدم تجزئة الشفعة.

(1) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، 336.

(1) سعيد أحمد شعله، الصورية و الشفعة، القاهرة، منشأة المعارف للنشر و التوزيع، 1995، ص240.

(2) حسن كبرة، المرجع السابق، ص596.

1- بيع عقار واحد لعدة مشترين:

إذا ورد البيع على عقار واحد من عدة مشترين، كأن تكون أرضاً بيعت لثلاثة أشخاص، لكل واحد منهم الثلث مثلاً، فيجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين، لأن الأخذ بالشفعة هنا، لا يتضمن تفريق الصفقة، لأنها حصلت متفرقة وقت وجودها، أي أن كل واحد من المشترين اشترى جزءاً مفرزاً من العقار بثمن مسمى، ولو كان ذلك في عقد شراء واحد لهذه الصفقات، فلا يقع الأخذ بالشفعة تفريقاً لحصول التفريق قبله، سواء كان بعد القبض أو قبله، ومعنى ما تقدم أن الشفيع يقوم عندئذ مقام أحد المشترين، فلا تتفرق الصفقة بالنسبة لمن أخذ منهم، وقد يرضى الشفيع بمشاركة الآخرين دونه، فإذا باع المالك عقاراً واحداً لمشتريين متعددين على الشيوع، لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه، حتى لا تتفرق الصفقة وهذا بخلاف ما إذا كان كل واحد من المشترين قد اشترى جزءاً من العقار في صفقة مستقلة، ولو في عقد واحد مع سائر المشترين، فالمناط في وحدة الصفقة وتعددتها يكون إذن ببيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوع، فتكون الصفقة واحدة، ولا يجوز تفريقها⁽¹⁾، أو بيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين، لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة، ويجوز الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون البعض الآخر.

وإذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع، وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه، أو من أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة، أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية، فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة، لأنها تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين، ذلك بأن الشفيع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة، وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه، فتسقط شفعته بالنسبة إلى جميع المشترين، وذلك ما لم يطعن بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين، بعقد صوري تحايلاً لمنع الأخذ بالشفعة، فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفيع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة في كل العقار، ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصوري، وأن يدخله خصماً في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهته صورية عقده، وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 470.

فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتري واحد أو لمشتريين متعددين على الشيوع، ولكنه يعمل إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذي يلاصق العقار المشفوع به، فيبيعه مفرزا بيعا سوريا، لشخص آخر، حتى يفصل بذلك الجزء الكبير من العقار المبيع عن العقار المشفوع به، فيمنع الأخذ بالشفعة، فإذا أثبت الشفيع ذلك كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع⁽¹⁾.

2- بيع عدة عقارات لمشتري واحد:

إذا باع المالك عقارات متعددة، لمشتري واحد في صفقة واحدة، و بثمن واحد⁽²⁾، وجب التمييز بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا بيعت عدة عقارات لمشتري واحد في صفقة واحدة، وتوافرت في شأنها جميع شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات، فالصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها، و مما يؤكد وحدة الصفقة أن تكون العقارات المتعددة متصلة ببعضها ببعض.

فقد قضي⁽¹⁾، بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله، أن يكون المبيع عقارا واحدا أو عقارات متعددة أي متلاصقة.

أما إذا كانت منفصلة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار المتصل ويترك الآخر، واستثناء من هذا الأصل يشترط لعدم جواز التجزئة في الشفعة في هذه الحالة، أن تكون العقارات مخصصة لعمل واحد، أو لطريقة استغل واحدة، بحيث يكون استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع⁽²⁾، فعندئذ يجبر الشفيع على أخذ الكل بالشفعة، إلا إذا رضي المشتري بعكس ذلك.

الحالة الثانية: إذا بيعت عدة عقارات لمشتري واحد، في صفقة واحدة، وتوافر في بعضها شروط الأخذ بالشفعة، دون البعض الآخر، فقضاء نجد أن من المبادئ القضائية⁽³⁾ أن المبيع إذا ورد على عقارات عدة مستقلة عن بعضها بعقد واحد، فيجوز للشفيع أن يأخذ

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص471

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص602

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص471.

(2) معوض عبد الثواب، الشفعة السورية، مصر، دار الفكر الجامعي للتوزيع والنشر، الطبعة الخامسة، 2000، صص 120 -121.

(3) بدوى حنا، موسوعة القضايا العقارية، (الشفعة)، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 2011، ص86.

بالشفعة العقار الذي يختاره، وتتحقق فيه الشروط، دون أن يكون في ذلك تجزئة للشفعة، أما فقها، فيرى فقهاء القانون أن للشفيع أن يشفع في العقار الذي تتوافر في شأنه شروط الأخذ بالشفعة فقط، فإذا كان الثمن قد حدد في العقد إجمالاً لكل العقارات، فإن قيمة العقار الذي يطلب الشفيع أخذه بالشفعة، تقدر بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الموحد، تل النسبة ينبغي أن تتفق مع مساحة العقار وصفته بالنسبة لباقي العقارات، و لكن يجوز للمشتري، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به، أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات، ما توافرت فيه شروط الشفعة وما لم تتوافر، وذلك حتى لا تتجزأ عليه الصفقة، وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط⁽¹⁾.

وعليه إذا كانت العقارات المفصلة، قد توافرت فيها جميعاً شروط الشفعة، وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة بطبيعتها، أو بحسب الغرض المقصود منها، فإن الشفيع لا يجوز له أن يشفع إلا فيها جميعاً، وتكون الصفقة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها، إذا كانت العقارات تتفاوت في الجودة، إلى حد كبير، كما لو كان المبيع قطعاً متفرقة من أرض زراعية بعضها جيد والبعض الآخر ضعيف، حيث لا يجوز للشفيع أن يقتصر على طلب الشفعة في القطع الجيدة، ويترك الأخرى، أو كان أخذ بعض العقارات بالشفعة يؤثر في الانتفاع بالبعض الآخر، كما لو كان المبيع قطعتين من أرض زراعية، وكان أخذ إحداها بالشفعة يجعل الاستغلال الأخرى أمراً شاقاً، وتكون الصفقة غير قابلة للتجزئة بحسب الغرض المقصود منها، إذا قصد من شراء العقارات المنفصلة أن تخصص جميعها لغرض واحد⁽¹⁾، بحيث أن استعمال الحق في طلب الشفعة بالنسبة إلى بعضها، يترتب عليه أن يصبح الباقي غير صالح لتحقيق هذا الغرض، كما لو خصصت العقارات جميعها لإنتاج ما يحتاج إليه مصنع قائم بجوارها، وذلك لأن ثبوت الشفعة في مثل هذه الحالات يضر بالمشتري ضرراً بليغاً، ومما شرعت الشفعة في الأصل إلا لدفع الضرر عن الشفيع، ومن التناقض أن يدفع الضرر بالضرر.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص472.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص432.

أما إذا كانت هذه العقارات قد توافرت شروط الشفعة في بعضها ولم تتوفر في البعض الآخر، وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة بالمعنى المذكور سلفاً، فإن الشفعة لا تجوز فيها إطلاقاً، حيث لا تجوز الشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة، ولا تجوز في العقارات جميعها لأن من بينها عقارات لا تتوفر فيها شروط الشفعة، وهذا هو الحل الذي يتفق مع ما يمليه مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة من ناحية، وما تمليه القواعد العامة من ناحية أخرى.

الحالة الثالثة: إذا بيعت عقارات لمشتري واحد في صفقات متعددة وكانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض، ولم تكن مخصصة كلها لعمل واحد، أو لطريقة استعمال واحدة، فالقاعدة أن الشفيع يشفع إلا في العقارات التي توافرت في شأنها شروط الأخذ بالشفعة، ولا محل هنا لإعمال مبدأ عدم تجزئة الشفعة، وذلك لتعدد الصفقات، والشفيع عندما يشفع في البعض دون البعض الآخر، فهو لا يجزء الصفقة، الصفقات متعددة ومجزأة من حيث الأصل، وهو لم يشفع إلا في صفقة واحدة منها ولم يجزئها⁽¹⁾، وبالتالي لا يجوز للمشتري هنا أن يتمسك بوجوب أخذ الشفيع لكل العقارات كما في الحالة السابقة.

هذا ونشر إلى أن القانون المدني لم يتضمن نصاً قانونياً يضبط هذه الحالات التي تضمنها مبدأ عدم تجزئة الشفعة، وهو المر الذي يجب فيه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كونها المصدر المادي والتاريخي لأحكام الشفعة، وبذلك نؤكد أن ما جاء به الفقه القانوني مطابقاً لحكام الشريعة الإسلامية حول تجزئة الشفعة والتي سبق بيانها، وفيما يلي نحدد شروط التصرف المشفوع فيه الذي يجسد موضوع الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: شروط التصرف المشفوع فيه

يجب أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعاً، ويجب أن يكون موجوداً، حقيقياً، وصرفاً⁽²⁾.

فالشفعة لا تجوز إلا في بيع العقار، فلا يخضع أي تصرف قانوني آخر للشفعة، ومؤدى ذلك أن الشفعة لا تثبت في المقايضة أو الوفاء بمقابل، ولا تجوز كذلك في كل من

(1) حسن كبرة، المرجع السابق، ص 605.

(2) محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 627.

عقد الصلح⁽¹⁾، أو عقد القسمة، أو عقد الهبة، ولو كانت بعوض نقدي، ما لم يكن هذا العوض مساويا لقيمة العقار، هنا يكون في حقيقة بيعا، ولو أنه سمي هبة، ولا تجوز كذلك في التقابل في البيع قبل طلب الشفعة⁽²⁾، ولا تثبت الشفعة في حالة كسب الملكية بالوصية، أو بالميراث، أو التقادم، فضلا عن ذلك يشترط في البيع المشفوع فيه ما يلي:

أولاً: أن يكون للبيع وجود قانوني

يشترط للمطالبة بالشفعة، أن يكون هناك بيع قائم، وموجود فعلا، فلا مجال للأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطلا بطلانا مطلقا، حيث إن العقد الباطل لا وجود له، وكذلك الحال بالنسبة للبيع الصوري صورية مطلقة، ولكن لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع القابل للإبطال، لأنه عقد قائم منتج لآثاره، إلى أن يحكم بإبطاله، ونفس الحكم بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ لأنه عقد صحيح قائم منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ، وكذلك الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف، فهو وإن كان غير نافذ إلا أنه موجود⁽³⁾.

ثانياً: أن يكون البيع حقيقيا وقائما إلى أن تتم الشفعة

إذ يجب أن يستمر البيع المشفوع فيه قائما إلى أن تتم الشفعة، ذلك أن الشفعة تؤدي إلى حلول الشفع محله المشتري في عقد البيع، ويقتضي هذا بقاء العقد الذي سيتم فيه الحل. ويترتب على ذلك زوال الحق في الشفعة إذا زال البيع المشفوع فيه، كما لو تحقق الشرط الفاسخ، أو تخلف الشرط الواقف، وكذلك الحال إذا تم إبطال العقد⁽⁴⁾، أو فسخه أو انفساخه بقوة القانون لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة.

كما يقتضي هذا الشرط، أن يكون البيع المشفوع فيه هو التصرف الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدون:

(1) فالشفعة لا تجوز إلا في بيع العقار، ولو كان بعقد غير مسجل، ولا تجوز في الصلح الواقع في شأن ملكية عقار، لأنه ليس ناقلا للملكية بل كاشفا عنها، ومقررا لها، ولما تقتضيه طبيعته من أن يترك كل طرف شيئا من حقه، فلا يجوز أن ينتفع الجاني بفائدة مقررة لمنفعة المصالح، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبي عن العقد مثل طالب الشفعة، إلا أن الصلح الذي يقع بين الخصوم، و يصدق عليه القاضي في دعوى صحة و نفاذ البيع التي تقوم بقصد تنفيذ التزامات البائع، والتي من شأنها نقل الملكية لا يترتب عليه قانونا انحلال البيع الذي صدر الصلح في شأنه ليحل هذا الصلح محله، وإنما يظل التصرف الأصلي، وهو البيع قائما و متجا لآثاره، وبالتالي تجوز فيه الشفعة.

(2) التقابل في البيع لا يعتبر بيعا جديدا يتولد عنه للشفع حق الشفعة لأن التقابل في البيع هو فسخ له يترضى الطرفين لا إنشاء ببيع جديد، ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع، و محو كل أثر له بما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة، فمتى كان التقابل قد حصل قبل طلب الشفعة، فإنه يعدم أثر البيع، الأول و لا يبقى محل لطلب الشفعة.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 629.

(4) فالشفعة لا تثبت إلا في بيع قائم وقت طلبها، وإذا أبطل العقد -القابل للإبطال- قبل الحكم بالشفعة سقط حق الشفع في الأخذ بالشفعة، أما إذا أبطل العقد بعد الحكم بها زال حق الشفع على العقار المبيع.

- إذا كان البيع مستورا بتصرف آخر، كما لو كانت هناك هبة ساترة للبيع، جاز للشفيع إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، فإذا نجح في إقامة الدليل على أن العقد في حقيقته بيع وليس هبة، جاز له طلب الشفعة في هذا العقد⁽¹⁾.
- وإذا كان البيع يستر هبة، فإن الشفيع باعتباره من الغير يجوز له التمسك بالعقد الصوري الظاهر، وهو البيع متى كان حسن النية⁽²⁾، ويمكنه طلب الأخذ بالشفعة دون أن يستطيع المشتري الدفع في مواجهته بالعقد الحقيقي المستور، إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد أو بوجود ورقة الضد⁽³⁾.
- إذا كان الثمن المذكور في عقد البيع صوريا، فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الثمن المذكور أكبر أو أقل من الثمن الحقيقي، فإذا كان الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي، جاز للشفعة إثبات الثمن الحقيقي بجميع طرق الإثبات، فإذا نجح في هذا الإثبات، فإنه لا يلتزم إلا بدفع هذا الثمن⁽⁴⁾.
- وإذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، يقصد التهرب من رسوم التسجيل مثلا، فإن الشفيع، باعتباره من الغير لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر، متى كان حسن النية ويجوز له الأخذ بالشفعة مقابل الثمن الوارد في هذا العقد ولا يجوز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي للاحتجاج به على الشفيع⁽⁵⁾.
- العبرة بالبيانات الواردة في العقد المشفوع فيه، و لكن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، و من ثم يمكنه إثبات عكس ما ورد فيها⁽⁶⁾.

(1) فالشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين-المشتريين- و بين المطوعون عليهما التاسع و العاشر-البائعين- فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق و من بينها البيئة و القرائن اخذا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية، لا تصرفا قانونيا، و ذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع او هبة مستترة في صورة عقد بيع، (حكم قضائي).

(2) الشفيع على ما جرى به القضاء- يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر، فمتى كان عقدا البيع قد اشهر، فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه.

(3) ومن المقرر قانونا وقضاء، أن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان في حقيقته عقدا صوريا بين عاقيه دون إعداد قبله بالعقد الحقيقي المستتر، إلا أن يكون شيء النية، أي يعلم بصورية العقد الظاهر و حقيقة العقد المستتر، و على من يدعي سوء نية الشفيع إثبات ذلك، فإن عبئ الإثبات يقع في هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده، بحيث إذا أفلح في ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر، اما إذا أخفق ظلت الحجة للعقد الظاهر.

(4) محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 631.

(5) فالشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي البيع سبب الشفعة، و لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية، و قضى بأن الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه إذا كان صوريا و أقل من الثمن الحقيقي، فإن للشفيع باعتباره من الغير في هذا العقد ان يأخذ بالعقد الظاهر طالما كان حسن النية، ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه، و بحث توافر حسن النية لدى الشفيع و مدى علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه، هو من مسائل الواقع الني لمحكمة الموضوع الحق في تقديرها ولا رقابة للمحكمة العليا عليها في ذلك باعتبارها محكمة قانون، متى كان استخلاصها سائغا.

(6) فالعبرة في بيان العقار المطلوب اخذه بالشفعة هي بما ورد بالعقد المشفوع فيه ما لم يثبت صوريته و علم الشفيع بها، و ليس بما يقوم البائع بتسليمه للمشتري، فالشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي البيع المشفوع فيه بحيث لا يحاج بما ورد فيه، و يجوز له إثبات ما يخالفه بكافة طرق الإثبات

ثالثا: ان يكون البيع صرفا و تاما

ينبغي أن يكون البيع المشفوع فيه بيعا خالصا، قائم على اعتبار مادي بحت، حيث تحدد فيه الثمن مقابل المبيع دون أي اعتبار أو عامل آخر، فلا تجوز الشفعة في البيع الذي روعيت فيه اعتبارات خاصة أو شروط معينة تتعلق بشخص المشتري، أو تحقيق مصالح عامة اقتصادية أو اجتماعية، فهذا بيع من نوع خاص لا يتم نظير الثمن فحسب لأن هذا الثمن يكون في الغالب أقل من القيمة الحقيقية للعقار⁽¹⁾.

كما ينبغي أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية وأصبح ملزما، فلا تجوز الشفعة إذا اقتصر الأمر على مجرد المفاوضات، أو مجرد الوعد بالبيع أو الشراء، وتجاوز الشفعة في البيع الابتدائي، و البيع المقترن بالعربون، فلا يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مسجلا، أو ثابت التاريخ⁽²⁾.

ويطرح في هذا الصدد فقهاء القانون مسألة هامة، تتجسد في طبيعة المعنى الذي تفيد به المادة 797 من القانون المدني، وبعبارة أخرى، ما حكم الشفعة عند توالي البيوع، وهو ما تبين محتواه خلال الفرع الموالي.

الفرع الثالث: حكم الشفعة عند توالي البيوع

تنص المادة 797 من القانون المدني على أن:

"إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة، أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها".

تتحدث هذه عن بيع قد توالى، ففي أي بيع منها يأخذ الشفيع بالشفعة؟ فالمعنى الذي تفيد به المادة 797 من القانون المدني، انه إذا قام المشتري ببيع العقار إلى شخص آخر، فإنه يجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني وبشروطه، ويستوي أن تكون شروط

القانونية، إلا أنه يجوز للشفيع مع هذا ان يتمسك إذا شاء قبل طرفي البيع بما ورد فيه، و لا يكون لهما في هذه الحالة أن يحتجا قبله بصوريته، ا وان يتمسكا قبله بعقد آخر خلاف ذلك إلا إذا أثبت أنه كان سيء النية بأنه كان يعلم بحقيقة العقد المستتر، و بصورية العقد الظاهر المشفوع فيه.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 633.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 634.

البيع الثاني أشد أو أحق من شروط البيع الأول، وفي هذا الشأن تنثور عدة تساؤلات مختلفة تتعين الإجابة عليها في ضوء هذه المادة في الأجزاء الثابتة.

أولاً : حكم الشفعة عند بيع المشتري العقار قبل تسجيل الرغبة

ويتحدث هذا الجزء، عن الحكم إذا باع المشتري العقار الذي اشتراه قبل إبداء أي رغبة في أخذه بالشفعة، وتسجيل هذه الرغبة، فهل يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الأول أم في البيع الثاني؟ فطبقاً لنص المادة 797 أعلاه، يجب رفع دعوى الشفعة على المشتري الثاني، وطلب الشفعة منه حسب شروط عقده، حيث لا يعتبر البيع الأول موجوداً، فلا تقبل دعوى الشفعة إذا رفعت على المشتري الأول وحده.

والسبب في ذلك أن كل تصرف يصدر من المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة يسرى في حق الشفيع، وهذا هو مفهوم المخالفة من المادة 806 من القانون المدني، وطالما أن البيع الثاني يسري في مواجهة الشفيع، فمعنى ذلك أن البيع الأول يكون قد فسخ لأن الشفيع لم يأخذ فيه بالشفعة، وعلى ذلك يجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع القائم فعلاً، وهو هنا البيع الثاني، وهو يأخذ بالشفعة طبقاً لشروط هذا البيع الأخير في مواعيده، طالما لم يوجد هناك مانع من الشفعة⁽¹⁾.

ونلاحظ في هذا الغرض أن الشفيع إذا لم يكن قد وجه إليه الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني، وأراد أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني فيشترط في ذلك أن يكون هذا البيع مسجلاً، لأنه بالتسجيل يستطيع الشفيع أن يعلم بالبيع الثاني، فإذا لم يسجل هذا البيع جاز للشفيع رفع دعواه على المشتري الأول، أما إذا كان الشفيع يعلم بالبيع الثاني - كما إذا انذر رسمياً من المشتري الثاني - فعن الدعوى يجب أن ترفع على هذا المشتري الأخير⁽²⁾.

ولكن هل يشترط حتى يحتج على الشفيع بالبيع الثاني، فيلتزم بالأخذ بالشفعة فيه دون البيع الأول، أن يكون المشتري الأول قد سجل عقده قبل إجراء البيع الثاني؟ فالواقع أن البيع الذي تجوز فيه الشفعة، هو ذلك البيع الذي يقع على ملكية العقار ذاتها، فهي محل طلب

(1) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 382.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 502.

الشفيع، ولا يكون البيع كذلك، إلا إذا صدر من مشتري مسجل، ويقصد بالتسجيل القيام بإجراءات الشعر العقاري، وبناء عليه يكون تصرف المشتري المشفوع منه بالبيع قبل تسجيل و شهر عقد شرائه هو غير ملزم للشفيع بتوجيه الإجراءات إلى المشتري الثاني، لأن مثل هذا التصرف لا يقع على ملكية العقار لصدوره من غير مالك⁽¹⁾، بل إنه في الحقيقة ليس بيعاً، بل مجرد حوالة للحقوق الشخصية التي كسبها المشتري الأول بالبيع الصادر له، فيكون من التجوز وصف المحال إليه بأنه مشتر ثان يستفيد من حكم المادة 797 من القانون المدني، وبالتالي يكون توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الأول صحيحاً، حتى ولو كان عقد المحال إليه ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الشفعة، وثبت علم الشفيع بتلك الحوالة.

وإذا كان يلزم أن يكون عقد البيع الصادر للمشتري الأول مسجلاً في الغرض المتقدم-، فهل يلزم أن يكون عقد بيع المشتري الثاني- حتى تتوجه إليه إجراءات الشفعة دون المشتري الأول- مسجلاً، أم أنه يكفي في هذا الصدد أن يكون قد تعاقد هو مع مشتري بعقد مسجل، حتى ولو لم يتم بتسجيل عقده بعد؟ فقد استقرت الأحكام القضائية، على أنه لا يشترط قانوناً في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون العقد مسجلاً أو ثابت التاريخ⁽²⁾، ولذا وجب طلب الشفعة إلى المشتري الثاني متى ثبت أن البيع له قد تم تسجيل طلب الشفعة، ولو لم يكن عقده مسجلاً، أي مشهراً في المحافظة العقارية:

أما الفقه القانوني، فقد اختلفوا حول هذه المسألة، وانقسموا إلى ثلاثة آراء بارزة:

الرأي الأول⁽³⁾: ويرى أنه يشترط لسريان التصرف في حق الشفيع، أن يكون مسجلاً، قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، وهذا محض تطبيق لقواعد التفضيل بين ذوي المصلحة في الحقوق العينية العقارية، على أساس التسبيق في التسجيل، أي بمجرد إعلان الشفيع رغبته في الشفعة بصفة رسمية، وإلا فتح الباب واسعاً للإصرار بحقوق الشفيع، فقد قرر المشرع أنه بمجرد إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، فقد تعلق له حق بالعقار، وإذا تطلب منه المشرع بعد ذلك أن يسجل إعلان هذه الرغبة، فإن معنى هذا أن المشرع قد

(1) عبد الرزاق احمد السهوري ، المرجع السابق ، ص 502 .

(2) أنور طلبة، المرجع السابق، ص 375.

(3) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 618.

وضع في الاعتبار واقعة تعلق حق الشفع بالقرار، وانه قد رغب لهذا السبب في أن يهيئ سبيلا لحسم التزام بين تسجيلين، تسجيل الشفع، وتسجيل المشتري الثاني، شأن الشفع في هذا شأن أي من الغير ممن يتلقون حقوقا عينية على القرار، وطبقا لهذا التصور، فإن البيع الذي يجريه المشتري لا يسري في حق الشفع، فيما لو لم يكن مسجلا قبل تاريخ تسجيل إعلان الرغبة، حتى ولو كان البيع ثابت التاريخ قبل ذلك، فلسنا بصدد الغير في ثبوت التاريخ كما بيناه سلفا-، وإنما بصدد الغير في تسجيل، ومن ثم فإن المفاضلة يجب أن تجري على أساس الأسبقية في التسجيل، وذلك بصرف النظر عن أسبقية التصرف غير المسجل في ثبوت التاريخ⁽¹⁾.

إن نستفيد من هذا الرأي، وجوب أن يكون عقد البيع الثاني مسجلا حتى يمكن توجيه الإجراءات إلى المشتري الثاني، فإذا لم يكن كذلك أمكن للشفع توجيه إجراءات الشفعة إلى المشتري الأول.

الرأي الثاني⁽²⁾: فيذهب هذا الرأي إلى اشتراط أن يكون عقد البيع الثاني ثابت التاريخ، فالمادة 328 من القانون المدني تنص على أن:

"لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من:

- يوم تسجيله.
 - يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
 - يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
 - يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.
- غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيقا هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

فالشفيع بدون شك من الغير بالنسبة لعقد البيع الثاني، فلا يكون حجة عليه في تاريخه، إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويعتبر تاريخ هذا البيع ثابتا بذكره، في الإنذار الذي يوجهه

(1) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 385.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 502.

المشتري الثاني إلى الشفيع، فإذا كان الشفيع قد سجل إعلان الرغبة قبل توجيه هذا الإنذار إليه، فلا يجوز مطلقاً أن يحتج عليه بتاريخ العقد العرفي السابق لتسجيل إعلان الرغبة، ولو ثبت علمه بالبيع الثاني، وخاصة بعد أن قرر القانون أن علم الشفيع لا يثبت غلاً بالإنذار الرسمي، فهذا الرأي يفيد أن الشفيع لا يحتج بالبيع الثاني إذا لم يكن ثابت التاريخ قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة.

الرأي الثالث: ويذهب هذا الرأي إلى أن الشفيع لا يعتبر غيراً في ثبوت التاريخ، فالتاريخ العرفي للبيع الثاني، يكون حجة على الشفيع، وإن كان للشفيع إثبات عدم صحته بكافة طرق الإثبات، فإن هو أفلح في ذلك فإن البيع لا يسري في حقه، وإلا فإنه يسري حتى ولو لم يسجل قبل تسجيل إعلان الرغبة، استناداً على أن الشفيع قبل قيامه بتسجيل إعلان الرغبة، فإن المشتري الثاني يكون معذوراً في جهله بتعلق حقوق الشفيع بالعقار، ثم يتعين ترجيح جانب هذا المشتري حسن النية، خاصة وأنه قد تعاقد مع مالك، أضف إلى هذا إقرارهم بعدم اشتراط التسجيل في التصرف المجيز للشفعة⁽¹⁾.

ونحن نفضل الرأي الثاني الذي يشترط على الشفيع، حتى يحتج بالبيع الثاني، أن يكون هذا البيع ثابت التاريخ قبل إعلان الرغبة وتسجيلها، إذ تكون هنا بصدد تعارض بين المصالح، مصلحة المشتري الثاني، ومصلحة الشفيع، والأصل أنه في حالة تعارض المصالح، فإن العبرة تكون بالغيرية في ثبوت التاريخ⁽²⁾، ولذلك بعد الشفيع غيراً في ثبوت التاريخ.

ثانياً: حكم الشفعة عند بيع المشتري العقار بعد تسجيل الرغبة في الشفعة

نشير قبل تحليل حكم ذلك، أننا خلال جزئي هذا الفرع اخترنا لفظً تسجيلاً بديلاً من لفظ إعلان، وذلك لسبب رئيسي وهام، هو أن إعلان الرغبة في الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سُجِّل، وصياغة المادة 797 من القانون المدني، توحي لنا بالتخيير بين زمنين، أي بين مجرد إعلان الرغبة، وبين زمن تسجيل هذه الرغبة، وأن استعمال حرف هنا في غير موضعها، إذ أن هذا الحرف يفيد التخيير بين زمنين، أي بين زمن إعلان الرغبة، وزمن

(1) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 386.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 618.

تسجيلها مع أنهما لا يعبران عن نفس القصد، كما لا يقعان في نفس الوقت، بل إن التسجيل عادة يعقب الإعلان، وليس من الجائز الاحتجاج على المشتري الثاني بإعلان الرغبة غير المسجل، لكونه من الغير، فهذا الإعلان لا يكن حجة على الغير ما لم يكن مسجلاً، ومن ثم فالزمن المعتبر لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو وقت تسجيل إعلان الرغبة، ولا عبرة مطلقاً بتاريخ حصول الإعلان، فكان الأوفق والأفضل من حيث الصياغة اختيار كلمة "تسجيل".

وعليه فإنه إذا ثبت أن البيع الثاني، قد تم بعد إعلان الرغبة وقبل تسجيلها، فإن هذا البيع يسري في مواجهة الشفيع طالما كان ثابت التاريخ وفقاً لما بيناه سلفاً، أما إذا أثبت أن البيع الثاني قد تم بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فإن هذا البيع لا يسري في حق الشفيع، وإنما الذي يسري في حقه هو البيع الأول وبشروطه¹، فيأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول، وطالما أنه سجل إعلان الرغبة، فعليه أن يمضي في إجراءات الشفعة في مواجهة المشتري الأول إلى نهايتها، وللشفيع إذا وجد أن شروط البيع الثاني أخف وأيسر من شروط البيع الأول أن يتنازل عن طلب الشفعة في البيع الأول، ويتخذ إجراءات جديدة للشفعة بالنسبة للبيع الثاني بشروطه، وفي مواعيده.

ثالثاً: أحكام أخرى

1- حكم الشفعة عند بيع المشتري العقار لأشخاص لا تجوز الشفعة منهم

أو بعبارة أخرى، ما الحكم إذا باع المشتري العقار موضوع الشفعة إلى أحد الأشخاص الذين لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة، وذلك قبل إيداء الشفيع لرغبته في الشفعة؟ وهل يجوز للشفيع أن يشفع في البيع الأول؟

وفي هذا الصدد يرى بعض شراح القانون المدني²، أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب، امتنع على الشفيع الأخذ بها، حتى ولو كان البيع الأول يجيزها، ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني ولا شفعة فيه، ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول بعد أن فسخه البيع الثاني، وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني صادراً من المشتري

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 618.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 101.

الأول إلى زوجه أو أحد أقاربه أو أصهاره - كما سنرى لاحق - ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة، أو كان المشتري الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قابض عليه، لم يستطع الشفيع أن يأخذ بالشفعة، فقد فاتته الأخذ بها في البيع الأول، وامتنع عليه الخ ذبها في التصرف الذي صدر من المشتري الأول، ولكن يشترط أن لا يكون البيع الثاني سوريا، وللشفيع إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، واختصام المشتري الثاني - أي إدخاله في الخصام - في دعوى الشفعة، فإذا أفلح في ذلك ظل البيع الأول وحده هو القائم وتصح الشفعة فيه⁽¹⁾.

ويذهب رأي آخر، أن الشفعة تثبت عند بيع العقار لأول مرة، وحق الشفعة متى ثبت لا يمكن إنكار وجوده أو إبطال مفعوله، ومن التناقض حرمان الشفيع من حقه لصفة كانت بالمشتري الثاني أو التصرف الثاني، إذ أن هذه الصفة لا تغير من جوهر الأمر شيئا، فيجوز للشفيع أن يباشر حقه وفقا لظروف التصرف الثاني، طالما أن حق الشفعة الذي نشأ منذ حصول البيع الأول لا يزال قائما، وهذا يؤدي بنا إلى القول بأن الشفعة لا تمتنع بعد ثبوتها، وهذا هو الفارق بين المانع والمسقط، إذ المانع عيب أصيل يحول دون نشوء الشفعة ابتداء، أما المسقط فهو عيب طارئ على الشفعة يسقطها بعد ثبوتها للشفيع، فمتى تثبت الشفعة ابتداءً فإنها تسقط ولكنها لا تمتنع أبدا.

وعلى هذا الأساس يتعين القول بأنه، إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه تصرفا لا تثبت فيه الشفعة كالهبة والوقف، كان من حق الشفيع أن لا يعتد بهذا التصرف الثاني، وأن يأخذ العقار بشروط البيع الأول، فيأخذ الشفيع العقار ممن هو في يده، ويبطل التصرف الثاني، ويدفع الثمن إلى المشتري، إذ أن الشفعة قد تثبت له بحكم البيع، فلا يملك المشتري أن يتصرف تصرفا يبطل حقه، ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه و عليه دين، فإنه إذا مات رد وقفه إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه.

(1) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 190.

أما إذا كان التصرف الثاني بيعاً، وكان المشتري الثاني أحد الأشخاص الذين قام بهم مانع من طلب الشفعة، فلا يكون من شأن هذا المانع تعطيل حق الشفيع الثابت له منذ البيع الأول، والقول بخلاف ذلك مؤداه القول بسقوط حق الشفعة بعد ثبوته، مع أن أسباب السقوط محددة في القانون، وليس من بينها بيع العقار ثانية لأحد الأشخاص الذين لا يجوز استعمال الشفعة ضدهم، فصفة المشتري الثاني لا تغير من جوهر الحق شيئاً⁽²⁾.

ولا شك أن الرأي الأخير أقرب إلى المنطق، فطالما أن المشرع سكت عن تنظيم هذه المسألة فيجب الرجوع عندئذ إلى المصدر التاريخي لأحكام الشفعة، فالرأي المعمول به في الفقه الإسلامي يذهب إلى عدم تأثر الشفيع بأي تصرف يقوم به المشتري، بما يبطل دق الشفيع، وهو الحكم الثابت في الشريعة الإسلامية، وينبغي الأخذ به طالما أنه لا يتعارض مع مبادئ القانون المدني، أما إذا كان البيع ضرورياً، فللشفيع أن يطعن في صورية هذا العقد، ويأخذ بالشفعة في عقد البيع الأول وبشروطه، على أنه يجب عندئذ أن يختصم المشتري الثاني، بأن يدخله في الخصام في الدعوى حتى يصبح الحكم الصادر فيها حجة عليه.

2- حكم بيع المشتري العقار المشفوع فيه بعقد صوري

ما الحكم إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان بعقد صوري؟ فإذا ثبت أن المشتري باع العقار المشفوع فيه إلى مشتر آخر بعقد صوري، معنى ذلك أن الملكية لم تخرج بعد من ذمة المشتري الأول، فإذا ثبت ذلك فإن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الأول وبشروطه، ويقع عليه عبء إثبات صورية البيع الثاني، فهو صاحب المصلحة في ذلك، ويستطيع الشفيع أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، وله في ذلك اللجوء إلى اليمين الحاسمة لإثبات صورية البيع الثاني، وأن يوجه تلك اليمين إلى المشتري الثاني⁽¹⁾.

وإذا قام الشك في صحة البيع الثاني وجب تفسير الشك في مصلحة المدعى عليه في دعوى الشفعة، ومن القرائن التي تدل على صورية عقد البيع الثاني، أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في البيع الأول، وقبل أن يقوم بتسجيل هذه الرغبة يبادر المشتري إلى بيع العقار بثمن كبير مبالغ فيه إلى مشتر ثان بعقد ثابت التاريخ، بحيث لا تمضي بين تاريخ

(2) المرجع نفسه، ص191

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص192

عقد البيع الأول، وتاريخ عقد البيع الثاني سوى فترة زمنية وجيزة، لا تبرر هذا الارتفاع المفاجئ في قيمة العقار.

3- حكم الشفعة إذا سقط حق الشفيع في البيع الأول

فقد يحدث أن يباع العقار موضوع الشفعة إلى المشتري، ثم يتم إنذار الشفيع، بإبداء رغبته فيسكت عن ذلك حتى يفوت ذلك الميعاد-و هو ثلاثون يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري طبقاً للمادة 799 من القانون المدني-، ثم يقوم المشتري ببيع هذا العقار إلى مشتر جديد، فهل تثبت الشفعة للشفيع في البيع الثاني رغم سقوط حقه في البيع الأول؟

يعتبر البيع الثاني مستقلاً عن البيع الأول، ولذلك إذا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في البيع الأول، فإن هذا لا يؤدي إلى إسقاط حقه في البيع الثاني، حيث ينشأ له بمقتضى البيع الثاني الجديد خيار جديد ليس هو الخيار الأول في البيع الأول، وهذا هو الحكم المستفاد من نص المادة 797 من القانون المدني الذي يقضي بأن الشفيع إنما يأخذ الشفيع بالشفعة من المشتري الثاني، وبالشروط التي اشترى بها، أي أن الشفيع هنا، إنما يستعمل حقاً أو خياراً جديداً مستقلاً عن الحق الذي كان له بمقتضى البيع الأول⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة يكفي الشفيع أن يوجه إجراءات الشفعة إلى المشتري الأول والمشتري الثاني فهو غير ملزم بتوجيهها إلى البائع الأول، وهذا ما استقرت عليه أحكام القضاء والفقه الجزائريين.

ومن تحليل ما اقتضته المادة 797 من القانون المدني، نحلل ما بعدها، أي المادة 798 من القانون المدني والتي تشير إلى شرط انعدام موانع الشفعة ومسقطاتها في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 189-190.

المطلب الثالث: شرط انعدام موانع الشفعة ومسقطاتها

إن الأحكام المنظمة للشفعة، جعلت منها وسيلة جبرية لكسب الملكية بالإرادة المنفردة للشفيع⁽¹⁾، ومن ثم فهي تمثل قيذا خطيرا على حرية التصرف وحرية التملك وحرية التعاقد، فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عما اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفا في عقد لم يناقش شروطه، ولم يشترك في انعقاده، فكان لطبيعة الشفعة انعكاس واضح على كل شروطها كما وضحنا في الشروط السابقة-حتى على شرط انعدام موانع الشفعة ومسقطاتها، فتم التوسيع من موانعها وكذا مسقطاتها، فأحييت بمجموعة هامة منها، نبينها على التوالي في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: موانع الأخذ بالشفعة

تنص المادة 798 من التقنين المدني على أن:

" لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون
 - وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
 - إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة."
- إن تضمين موانع الشفعة كأحد أهم شروط الشفعة، وتقديمها على بيان إجراءات الشفعة، لم يكن وليد الصدفة، بل لسبب أساسي، حيث أن المانع من الأخذ بالشفعة يتعلق بالبيع الذي يؤخذ بها فيه، فإن حصر هذا المانع فهو يلغي الشفعة بداءة دون حاجة إلى القيام ومواصلة باقي الإجراءات.

والواقع أن موانع الشفعة بالنسبة للبيوع التي نص عليها المشرع، مردها عدة اعتبارات، فإما أن ترد إلى الطريقة التي تم بها البيع، كما في حالة البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، وإما أن يكون مردها العلاقة بين المشتري والبائع، بحيث تكون علاقة داخل أفراد العائلة، تمنع دخول الأجنبي بين أعضائها، ولا تسمح له أن يأخذ بالشفعة

(1) قد قال فقهاء الشريعة الإسلامية بأن الشفعة تشبه الغصب، لأن في كل منهما يتملك الإنسان بغير رضاه، لذا يتناول الفقهاء الشفعة في مؤلفاتهم بعد فراغهم من دراسة الغصب.

العقار المبيع، كالبيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، ومنها ما يرجع إلى الغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع، كما في حالة بيع عقار يكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة ويتعرض خلال هذا الفرع إلى موانع الشفعة في ثلاثة أجزاء، نتناول في الجزء الأول منه، البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، وفي الجزء الثاني حالة البيع بين الزوجين والأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو الأصهار لغاية الدرجة الثانية، أما الجزء الثالث، فنبين فيه حالة البيع ليكون العقار محل عبادة أو لإلحاقه بمحل عبادة.

أولاً: البيع بالمزاد العلني

فرض المشرع مانعا من الأخذ بالشفعة في هذا البيع، بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، وفقا للفقرة الأولى من المادة 798 من القانون المدني، وحكمه المنع في هذه الحالة ظاهرة بحيث تكون الفرصة متاحة للشفيع، لدخول المزاد، و أخذ العقار بالمزايدة دون حاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزايدة بموجب هذا المنع المفروض تؤدي المزايدة ثمارها من الحصول على أعلى ثمن بعد أن تحرر المتزايدون من خطر التهديد بأخذ العقار من بعد بالشفعة، ويلاحظ أن المزايدة التي تمنع الشفعة في البيع، هي المزايدة العلنية التي تحصل بالنداء بالأثمان⁽¹⁾، فمثل تلك المزايدة هي التي تمكن الشفيع من الدخول فيها ومن متابعة الزيادة إن أراد أن يرسوا عليه المزاد، ويستوي في هذه المزايدة أن تتم إجراءاتها أمام القضاء أو أمام الإدارة، فالمهم أن تكون إجراءات المزايدة قد نص عليها القانون، سواء كان قانون الإجراءات المدنية أو قانون آخر، كما يستوي في هذه المزايدة أن يكون البيع بمقتضاها جبريا أم اختياريا⁽²⁾، فإن حكمة المنع متوفرة في الفرضين، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل في المزاد، طالما أن إجراءات البيع قد رسمت بمعرفة القانون، كما لا يخفى أن البيوع التي تتم عن طريق القضاء إنما تهدف إلى تحقيق مصلحة اقتصادية هي بيع العقار بأعلى ثمن ممكن حفاظا على الحقوق

(1) حسن كبرة، المرجع السابق، ص 634.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 195.

والرسوم، كما أن علانية البيع وإجراءات المزايمة كفيلة بتمكين كل راغب في الأخذ بالشفعة من الدخول في المزاد لشراء العين المبيعة، و يشترط لقيام هذا المانع تحقق شرطين:

الشرط الأول: أن يكون البيع بالمزاد العلني، تأكيد للعلانية التي تكفل حرية المزايمة وجديتها.

الشرط الثاني: أن يجري هذا البيع وفقا لإجراءات رسمها لقانون تأكيد العدالة المزايمة، والبعد فيها عن أي تحكم، ولا بد من تحقق الشرطين بحيث يكفي تخلف أحدهما لعدم قيام المانع من الشفعة، فإذا تحقق الشرطان قام المانع، سواء أكان البيع جبريا أم اختياريا، حيث يكون في إمكان الشفيع الدخول في المزاد في الحالين، وسواء أجبر البيع بالمزاد أمام القضاء أو أمام الإدارة، وبناء على ما تقدم، فإن الشفعة لا تجوز في البيوع الآتية⁽¹⁾:

- البيع الذي يتم بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء، و ذلك بناء على طلب الدائنين لنوع ملكية عقار مدينهم، و بيعه جبرا عليه لاستيفاء حقوقهم من ثمنه، فهذا البيع قد تم بالمزاد العلني، كما أنه جرى وفقا لإجراءات رسمها قانون الإجراءات المدنية، وعليه فلا تجوز فيه الشفعة.

- بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا دون ضرر، يتم طبقا لحكام المادة 728 من القانون المدني، التي تنص على أن:

"إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايمة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

وبالتالي لا تجوز فيه الشفعة

- بيع العقار المثقل بتأمين عيني بالمزاد العلني، ذلك أنه يجوز لمن تقرر لصالحه حق امتياز أو تخصيص أو رهن رسمي أو رهن حيازي على عقار مدينه، أن يطلب بيعه بالمزاد العلني، بناء على قائمة بشروط البيع يودعها لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة، طبقا لأحكام الكتاب الرابع، المتعلق بالحقوق العينية التبعية أو

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 514- 515.

التأمينات العينية، المكرس في المواد 882 و ما بعدها من القانون المدني، وبالتالي فلا يجوز فيه الشفعة.

- بيع الدولة لملاكها الخاصة بطريق المزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في التشريعات المتعلقة بذلك، فهذا بيع بالمزاد العلني تم أمام جهة الإدارة، وطبقا لشروط و أوضاع منصوص عليها في القانون، فلا يجوز فيه الشفعة.
- البيوع التي تتم جبرا للعقارات المحجوز عليها جزا إداريا استيفاء لمستحقات الدولة، طبقا للأوضاع والشروط المنصوص عليها في التشريعات السارية المفعول، إذ أن جميع هذه البيوع لا تجوز الشفعة فيها.
- أما بيع العقار بالمزاد العلني الذي يجريه الأفراد دون أن يتم أمام القضاء، فإن الشفعة تجوز فيه لعدم توافر الضمانات التي يتطلبها القانون لكفالة العلانية وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر، ويشترط لانطباق هذا الحكم شرطان أساسيان:

الشرط الأول: أن يتم البيع بالمزاد العلني، فإذا لم يكن المزاد علنيا، فإن الشفعة تجوز في البيع، لأن الشفيع لا يستطيع حينئذ أن يعرف الثمن الذي عرضه غيره حتى يعرض ثمنا أكبر، للحصول على العقار المباع، وبذلك تنتفي الحكمة في منع الشفعة.

الشرط الثاني: أن يتم المزاد وفقا لإجراءات رسمها القانون، إذ أن هذه الإجراءات فضلا عن كفالتها علانية العطاءات، يكون من شأنها أن تؤدي إلى إيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة في العقار المباع أن يشترك في المزايعة، ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد.

ثانيا: البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو بين الأصهار لدرجة معينة

نص المشرع على مانع عدم جواز الأخذ بالشفعة، غذ وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، ويأخذ هذا المانع في الاعتبار الصلة القائمة بين البائع والمشتري، وأن هذه الصلة قد روعيت

في البيع، مما يغلب أخذ شخصية المشتري في الاعتبار⁽¹⁾، ومحاباته عادة في الشروط والتمن، مما يجعل المشتري أولى بالعقار من الشفيع بما لا يجيز الشفعة فيه.

والصلة التي تربط بين البائع والمشتري، 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، وإما قرابة غير مباشرة أي قرابة حواش، حيث يجمع القارب فيها أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر.

وأما قرابة المصاهرة، فهي قرابة أحد الزوجين لقارب الزوج الآخر، وتكون في نفس القرابة والدرجة للزوج الآخر، ولكن بالمصاهرة، وتتعرض لهذا المانع بالنسبة لهؤلاء الأشخاص المذكورين على النحو الذي جاء في نص المادة 798 من القانون المدني:

1- البيع بين الأصول والفروع: يعد مانعاً من الشفعة أن يقع البيع بين الأصول والفروع، سواء أكان الأصل أم الفرع هو البائع، وذلك دون تقييد لدرجة معينة للقرابة، حيث لم يحدد المشرع درجة القرابة المانعة، فيوجد المانع على ما يقع من بيع بين الأصول والفروع مهما تباعدت درجة القرابة بين البائع والمشتري.

فإذا باع الأب أو الأم عقاره لابنه أو ابنته أو ابن ابنه أو لبنت ابنته أو لابن بنته مهما نزل الفرع، فإن الشفعة لا تجوز في هذا البيع.

كذلك إذا باع الابن أو البنت عقاره لأبيه أو أمه، أو لأبي أبيه أو لأم أبيه، أو لأبي أمه أو لأم أمه، مهما علا الأصل، فإن الشفعة لا تجوز في هذا البيع⁽¹⁾.

كما أن هذا الحكم يرى في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع، فإن هذا الحكم إنما جاء ضمن أحكام الشفعة، لأن مثل هذا النوع من البيع إنما يكون في الحقيقة هبة، ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره، مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين، وليست الحكمة منه منع الأجنبي من تملك ما أراد الأصل أن يملكه لفرعه، وبناء على ذلك، فإنه إذا باع الجد عقاره لحفيده، فلا يجوز لابن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 518

(1) حسن كبرة، المرجع السابق، ص 638

البائع أن يشفع في هذا البيع، ولو قام به سبب من أسباب الشفعة، بدعوى أنه أقرب للبائع من المشتري⁽²⁾.

2- البيع بين الزوجين: فإذا باع الزوج عقاره لزوجته، أو باعت الزوجة عقارها لزوجها، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع، أما إذا باع المالك عقاره لمطلقة، أو باعت المطلقة عقارها لزوجها السابق، أو باع الخاطب عقاره لخطيبته، أو باعت الخطيبة عقارها لخطيبها، فتجوز الشفعة في هذا البيع لتخلف رابطة الزوجية⁽³⁾.

3- البيع بين الأقارب من الحواشي: يقصد بالقرابة هنا، قرابة الحواشي، التي هي الرابطة ما بين أشخاص، يجمعهم أصل واحد، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، طبقاً لأحكام الفقرة الثانية، من المادة 33 من القانون المدني، وعند حساب درجة قرابة الحواشي وترتيبها، فإنه عند ترتيب درجة الحواشي، تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة وفقاً لأحكام المادة 34 من القانون المدني.

ومعنى ذلك، أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب، فيحسب الأخ درجة، ومنه نصعد إلى الأب وهو الأصل المشترك، فلا يحسب ثم ننزل من الأب إلى الأخ الآخر، فيحسب هذا أيضاً درجة، فهاتان درجتان فيكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها بيعاً لا تجوز فيه الشفعة⁽¹⁾.

ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة، إذ أن الأصل المشترك هو الجد، فيحسب العم درجة، ومنه نصعد إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب، ثم ننزل من الجد إلى ابن الأخ بدرتين، للأخ درجة، ولابنه درجة ثانية، فيكون مجموع الدرجات ثلاثاً، ويسري الحكم على العمة والخال والخالة، فيكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الخال أو الخالة

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص198

(3) المرجع نفسه، ص199

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص519.

لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة، فلا تجوز فيه الشفعة⁽¹⁾.

وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله، وهكذا لأن البيع وقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة، ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين، فيكون مجموع الدرجات أربعاً، ويكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة، فلا تجوز فيه الشفعة، ونفس الحكم ينطبق على بنت العم وابن العم، وابن الخال وبنت الخال، وابن الخالة وبنت الخالة، فهؤلاء جميعاً هم أقارب من الدرجة الرابعة، فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز الشفعة فيه، ذلك ما قرره القضاء في أحد أحكامه، باعتبارها أي صفة ابن الخال تحرمه من الأخذ بالشفعة⁽²⁾، ولن البيع الواقع بين الشخصين وابن ابن عمه، يكون بيعا بين أقارب من الدرجة الخامسة، فتجوز الشفعة فيه⁽³⁾.

4- البيع بين الأصهار: وتعني قرابة المصاهرة أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة، بالنسبة إلى الزوج الآخر، وتحسب درجة القرابة طبقاً لما تنص عليه المادة 35 من القانون المدني، فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، فالبيع الذي يصدر من الزوج لأبي زوجته أو أبي الزوجة للزوج، وكذلك البيع الذي يصدر من الزوجة لبي زوجها أو من أبي الزوج للزوجة، كل هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى، فلا تجوز فيه الشفعة.

أما أخو الزوجة، فإنه يعتبر في الدرجة الثانية من ناحية المصاهرة بالنسبة إلى الزوج، فالبيع الصادر من الزوج لأخي زوجته، أو الصادر من أخي الزوجة للزوج، يعتبر بيعا واقعا بين الأصهار من الدرجة الثانية، ولا تجوز الشفعة فيه⁽⁴⁾.

أما البيع الصادر من الزوج لهما الزوج أو عم الزوجة، فإنه يعتبر بيعا بين الأصهار من الدرجة الثالثة فتجوز فيه الشفعة.

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 519.

(2) أنظر القرار المؤرخ في 29-03-2000 ملف رقم 196.675 المجلة القضائية لسنة 2004، الغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الأول، ص 251.

(3) أنور طلبة، المرجع السابق، ص 398 - 399.

(4) بدوي حنا، عقاري، (اجتهادات و نصوص)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، 1998، ص ص 202-203.

وللإشارة فقط، أنه يجب في تحديد درجة القرابة الرجوع إلى نصوص القانون المدني والتي نظمت هذه المسألة في المواد 32-33-34 و 35 منه، وعليه فأسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد ذكرا كان أم أنثى، كما تؤكد الذكر أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة. تكون مختصة أيضا بالفصل في القرابة المانعة للشفعة ولدرجتها، باعتبار أن هذه المسألة مدنية ومتفرعة عن دعوى الشفعة، وأن القاعدة أيضا هي أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

ثالثا: بيع العقار ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة

نص المشرع على مانع عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة، أو ليلحق بمحل العبادة، والمنع من الأخذ بالشفعة هنا، ليس مقصورا على أماكن العبادة الخاصة بالديانة الإسلامية، بل أن المنع من الأخذ بالشفعة يشمل كل الأديان المعروفة كالمسيحية، و اليهودية، بحيث يتناول المساجد والكنائس والمعابد وغيرها، والحكمة التي توخاها المشرع من منع الأخذ بالشفعة في بيع العقار من المالك إلى المشتري هو غرض ديني، تحت شرط أن يخصص العقار لعبادة دون غيرها، أو ليلحق بمحل العبادة.

حيث إذا بيع عقار لغرض غير ديني كالعبادة، كأن يباع عقار ليكون معهدا دينيا، أو مقرا لجمعية دينية تجوز فيه الشفعة، فقد منع المشرع الأخذ بالشفعة من المشتري الذي يخصص العقار يكون مسجدا، أو ليلحقه بمسجد، والذي من شأنه توسيع المسجد، أو التيسير على من يرتادون المسجد في تأدية شعائهم الدينية⁽¹⁾، أو تيسير الدخول إليه، أو لتخزين بعض المفروشات الخاصة به أو لإقامة العاملين فيه⁽²⁾، أو لبناء مقصورة تخصص للنساء اللواتي يأتين المسجد من أجل أداء الصلاة، أو لإلحاق العقار بالمسجد لبناء دورة مياه، ولا ينصرف الحكم على المستشفيات، والملاجئ والمدارس، ونحو ذلك من المنشآت الاجتماعية التي لا تعتبر دور العبادة⁽³⁾، أو على الأعمال الخيرية الأخرى⁽⁴⁾.

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 86.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 224.

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 86.

(4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 224.

فالغرض الذي أدى بالمشرع إلى النص على عدم جواز الأخذ بالشفعة في هذا البيع، حتى لا يضيع على المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه، ولا يقتصر الأمر في محل العبادة على الدين الإسلامي، بل هو يتناول كل دين آخر من الأديان السماوية، فيشمل المنع من الشفعة كل دور العبادة، كالمساجد والكنائس وغيرها من المعابد.

وعليه فموانع الشفعة هي التي تحول دون قيام حق الشفعة ابتداءً، كحالات المادة 798 من القانون المدني، أما مسقطات الشفعة، فإنها تنثور، بعد أن يكون للشفيع الحق في الشفعة ولكنه لأسباب معينة يسقط حقه فيها، وهو ما نبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مسقطات الشفعة

تعرضنا آنفاً لموانع الشفعة، وقلنا أن موانع الشفعة غير مسقطاتها، فالمانع حيث لا تقوم الشفعة ابتداءً، ويلغي الشفعة قبل قيامها، أما مسقطات الشفعة، فإن الشفعة تقوم فيها ابتداءً، ولكنها تضيع على الشفيع بعد قيامها، فالمسقط إذن يلغي الشفعة بعد قيامها، كما هو الحال عندما لم يراع الشفيع، الإجراءات التي نصص عليها المشرع، فإن الشفعة تسقط انتهاءً، بعد أن قامت ابتداءً.

ولذلك نتعرض لمسقطات الشفعة، فنتناول أولاً تنازل الشفيع عن الشفعة، وثانياً عدم التصريح بالرغبة في الأجل القانوني، ثم ثالثاً عدم إيداع الثمن والمصاريف في الأجل القانوني، ورابعاً عدم رفع دعوى الشفعة في الأجل القانوني، وخامساً مضي سنة من تسجيل البيع، ثم سادساً مضي خمسة عشر سنة على البيع غير المسجل على النحو التالي:

أولاً : تنازل الشفيع عن الشفعة⁽¹⁾

ومن المقرر في القواعد العامة أنه لا يجوز النزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق نفسه، وكما ذكرنا بأن التقنيين المدني قد سادت في نصوصه روح التضييق للأخذ بالشفعة، لهذا أجاز المشرع للشفيع أن ينزل عن الأخذ بالشفعة قبل ثبوت هذا الحق أصلاً، سواء كان هذا النزول صريحاً أو ضمناً، وفقاً لما جاءت به المادة 807 من القانون المدني، ينصها:

"لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

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

(1) أنظر تفصيل ذلك، خلال الفصل الثاني من الباب الأول.

ثانيا : عدم التصريح بالرغبة في الأجل القانوني

قضت المادة 799 من القانون المدني الجزائري، انه على من يريد أخذ العقار بالشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بها إلى كل من البائع والمشتري في أجل حدده القانون بثلاثين يوما، اعتبارا من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه أحد المتابعين بوقوع البيع، وعلى ذلك فانه لا يعتد، بعلم الشفيع بوقوع البيع بطريق غير الإنذار، مهما أقام المشتري من دليل على علم الشفيع، بالبيع من هذا الوقت، ويستطيع الشفيع أن ينتظر ولا يطلب الشفعة حتى يصله الإنذار بوقوع البيع، ويبقى محتفظا بحقه في طلب الشفعة المدة التي تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار مهما طالت فإذا ما وصله الإنذار من احد المتابعين بوقوع البيع، فعند ذلك يسري ميعاد الثلاثين يوما، ويتعين عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته في ذلك خلال هذه المدة إلى كل من البائع والمشتري، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة وهذا الميعاد يعتبر ميعاد سقوط، لا ميعاد تقادم، كيفية مواعيد الشفعة، حيث لا يقبل الوقف ولا الانقطاع، ويسري حتى على الغائبين، ومن كان غير أهل للتصرف.

ثالثا : عدم إيداع الثمن و المصاريف في الأجل القانوني

قضت المادة 801 الفقرة الثانية من القانون المدني، بأنه يجب على الشفيع إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، ويجب أن يتم هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، حيث أن نص المادة أو أوجب على الشفيع أن يودع الثمن والمصاريف الذي حصل به البيع لدى الموثق أولا، ثم أوجب عليه ثانيا أن يرفع دعوى الشفعة، وكل هذا يجب عليه أن يقوم به في خلال الثلاثين يوما الثانية لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، ولما كان الإيداع يجب أن يتم قبل رفع الدعوى فان الشفيع يستطيع الإيداع، ورفع الدعوى في نفس الأجل، فإذا أودع الثمن والمصاريف لدى الموثق في اليوم الثلاثين لم يكن متأخرا في الإيداع ولم يسقط حقه من هذه الناحية، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يقدم عريضة دعوى الشفعة إلى كتابة الضبط في نفس اليوم، ويعتبر تقديم عريضة الدعوى مدة السقوط، ويعتبر في الوقت ذاته قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة، غير انه يترتب على عدم الإيداع ورفع الدعوى على الوجه الذي فرضه القانون، وفي الأجل الذي حدده إلى جزاء ينزل بالشفيع، بسقوط حقه في الشفعة، وإن هذا السقوط، يسبب انقضاء الميعاد القانوني كبقية مواعيد الشفعة يتعلق بالنظام العام، حيث

تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وقد قضي في خصوص إيداع الثمن⁽¹⁾، بأن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن خلال المدة القانونية، كما يستطيع البائع أو المشتري أن يتمسك بهذا السقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى، و يترتب كذلك أنه يجوز إيداع الدفع بسقوط الحق في الشفعة لنفس السبب، لأول مرة أمام المجلس القضائي.

رابعاً: عدم رفع دعوى الشفعة في الأجل القانوني

يتبين من نص المادة 802 من القانون المدني، أن الشفيع يسقط حقه في الأخذ بالشفعة، وذلك إذا لم يرفع الدعوى في ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، ويلاحظ أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 802 المذكورة، متعلق بالنظام العام، كيفية مواعيد الشفعة، فإذا انقض هذا الأجل، يجوز للمحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو تنازل صاحب الحق عن التمسك بها، ومن باب أولى فإن الدفع بالسقوط متأخراً لا يسقط الحق فيه⁽¹⁾.

خامساً : مضي سنة من تسجيل البيع

تنص المادة 807 من القانون المدني على أن:

"لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية : ...

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون"

ويستفاد من النص أن القانون افتراض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس⁽²⁾، وهو أن الشفيع وقد علم بالبيع إذا سجله المشتري، فالغاية من التسجيل هي شهر عقد البيع، ولما كان علم الشفيع بوقوع البيع، ما هو إلا علم افتراض، فقد أطال القانون المدة التي يجب على الشفيع أن يطلب خلالها الشفعة فجعلها سنة كاملة، اعتباراً من يوم تسجيل البيع، دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق، فانه يكون من اليسير على المشتري أن يضيع حق الشفيع، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع، وينتظر سنة، يحتمل غالباً أن يبقى الشفيع جاهلاً بوقوع البيع أثناءها فتتقضي المدة دون أن يطلب الشفيع الشفعة فيسقط حقه فيها، ويمكن الرد على

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 656

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 574.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 621.

ذلك بان المشتري قد يجهل الشفعاء حتى يوجه إليهم إنذارا بوقوع البيع، كما انه يجهل ما إذا كان حقهم في الأخذ بالشفعة ثابتا، وأن بقاءه في حالة من عدم الاطمئنان والقلق لا يجوز أن يبقى كذلك مدة طويلة، فتوخيا لاستقرار المعاملات، ولأن الشفعة واردة على سبيل الاستثناء، ترك المشرع مدة سنة للمشتري بانقضائها يطمئن إلى العقار المبيع، بسقوط حق الشفع، ولأن الصفقة قد خلصت له على وجه يقين، بالإضافة إلى ذلك فان مدة سنة كاملة كافية للشفيع، فإما أن يأخذ بها، وإلا يمضيها يسقط حقه فيها، على فرض انه علم بها ولكنه لم يعبر عن رغبته للأخذ بالشفعة ونشير إلى أن مدة السنة هذه، هي ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع وتسري في حق الغائبين، ومن كان غير أهل للتصرف⁽¹⁾.

سادسا: مضي خمسة عشر سنة على البيع غير المسجل

إن الشفع يبقى محتفظا بحقه في الأخذ بالشفعة، ولو علم بوقوع البيع من غير طريق الإنذار، ما لم يصدر منه ما يفيد أنه تنازل ضمنا عن ذلك الحق، إذن فالشفعة لا تسقط بانقضاء ثلاثين يوما طالما أن المشتري لم ينذر الشفع بوقوع البيع، كما أن الشفعة لا تسقط بمضي سنة كاملة طالما أن هذا العقد لم يسجل أيضا، بحيث يبقى للشفيع الحق في طلب الشفعة، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشتري، ويجوز له أن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد إيداع الثمن والمصاريف لدي الموثق، ويبقى الوضع على هذه الحال إلى أن تنتضي خمسة عشر سنة ابتداء من وقت تمام البيع المشفوع فيه، بعد ذلك يسقط حق الشفع في رفع دعوى الشفعة شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوي التي تسقط بانقضاء خمسة عشر سنة، وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة، فيما يتعلق بالتقادم المسقط⁽¹⁾.

فإذا كانت هذه مجمل ما يمكن قوله في شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني، فما هي الشروط الواجبة لممارسة الدولة حقها في الأخذ بالشفعة، وهو موضوع النقاش خلال المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل.

(1) محمد كامل مرسي باشاء الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 578.

(2) أنظر المادة 308 من القانون المدني.

المبحث الثالث: الشروط في التشريعات الخاصة

يختص هذا المبحث بإبراز شروط ممارسة الدولة للشفعة، ومقتضيات هذه الشروط على مختلف مجالات تلك الممارسة، حيث نبين في المطلب الأول منه، شروط ممارسة الشفعة في العقار ذي الطابع الفلاحي، ونعرض في المطلب الثاني، شروط نفس الممارسة ولكن في العقار ذي الطابع الحضري، ويتخصص المطلب الثالث والأخير لبيان شروط ممارسة الدولة للشفعة في العقار السياحي وبعض المعاملات العقارية، وهو الآتي تفصيله:

المطلب الأول : شروط الشفعة في العقار الفلاحي

إن الأراضي الفلاحية في المادة 23 من قانون التوجيه العقاري تتدرج تحت ثلاثة أصناف قانونية، فيمكن أن تكون أراضي فلاحية ملك للخواص، أو أراضي وقفية أو أملاك وطنية، وحسب قانون الأملاك الوطنية فإن الأراضي الفلاحية، محل ممارسة الشفعة من طرف الدولة، هي تلك التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، بنص المادة 18 من قانون الملاك الوطنية، ونظم القانون (19/87) المؤرخ في 1987/12/08 كيفية استغلالها.

غير أنه ونظرا للأهمية الاقتصادية والاجتماعية للأراضي الفلاحية، فإن المشرع وبغض النظر عن صنفها القانوني أعطي للدولة صلاحيات واسعة للتدخل ضمان استغلالها استغلالاً أمثل و عدم تركها بوراً أو التعامل فيها بشكل يقلص من إنتاجها وذلك تحت طائلة توقيع جزاءات تذهب إلى حد التجريد من الملكية، كما منع تحويلها إلى عن وجهتها الفلاحية خارج الحالات التي نظمها قانون التهيئة و التعمير⁽¹⁾.

والمشرع أعطى للإدارة -كما سبق وقلنا- صلاحيات واسعة تمكنها من التدخل للمحافظة على الوجهة الفلاحية للأرض بإجراءات جديدة، لو طبقت فعلاً لأعطت أكثر فعالية للوسائل القانونية الممنوحة للدولة كالشفعة -أحد أهمها- ووفق شروط قانونية دقيقة، والتي منها ما يتعلق بالهد المتبع، وأخرى بالعقار والتصرف المشفوع فيهما، وشروط متعلقة بالهيئة المخولة قانوناً بممارسة الشفعة للدولة باسمها ولحسابها، والآتي تحليلها:

(1) ليلي زروقي وعمر حمدي باشاء، المرجع السابق، ص 177.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالهدف

يهدف المشرع من وراء إنشاء الشفعة للدولة، واستعمالها في السوق العقارية الفلاحية وجوبا، إلى جملة من الهداف المقررة قانونا، وإلا شاب قرارها عيب الغاية، وتعرض للطعن، وهذه الهداف نجملها في النقاط الآتية.

أولاً: تدعيم عمل الأرض

وهذا بفتح مجال الملكية العقارية لفائدة الفلاحين الشباب، وإعادة تنصيب الفلاحين المنزوعة ملكيتهم، وكذا لفائدة المستثمر المستأجر في حالة بيع الأرض التي يستثمرها.

ثانياً: المحافظة على هذا النوع من الأراضي

نتيجة للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بالعقار الفلاحي، وأكدت المادة 36 من القانون رقم (25/90) المتضمن التوجيه العقاري، بالمحافظة على وجهتها الفلاحية، طبقاً للزراعة أهمية بالغة، لكونها ثروة مستقلة لا يهددها الاستنزاف، المحتوم مثل الثروات المعدنية، ولا تكون عرضة للنقادم الذي تتعرض له الصناعة التي يتحتم عليها ملاحقة التطور التكنولوجي على الدوام، لذا تعد الزراعة إحدى قواعد النمو الاقتصادي في البلاد، وعامة ذو أهمية كبرى في التقدم الاجتماعي⁽¹⁾.

وللمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي أكدت المادة 36 من قانون التوجيه العقاري على أن القانون هو الذي يرخص بتحويل أي أرض فلاحية خصبة أو خصبة جداً إلى صنف الأراضي القابلة للتعمير، كما يحدد القانون التقنية القدرة التقنية والمالية، التي يجب أن ترافق إنجاز عملية التحويل حتماً، ونظراً لحجم ظاهرة تحويل الأراضي عن طابعها الفلاحي خلال السنوات الأخيرة، رغم ما يوجد من تشريعات قانونية ونصوص تطبيقية لحماية الأراضي الفلاحية، صدرت التعليمات الرئاسية رقم 05 المؤرخة في 14 مارس 1995، التي دعت جميع الأطراف المعنية إلى التطبيق الصارم والفوري لهذه النصوص القانونية وتجسيدها ميدانياً⁽²⁾.

(1) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 9

(2) عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004، ص 106

ثالثاً: حماية قابلية استغلال المستثمرات الفلاحية

المعرضة لتهديد توسيع البنايات التحتية أثناء إنجاز الأشغال العامة⁽¹⁾، وقبل ذلك أدى ضعف النتائج الاقتصادية المسجلة في الميدان الفلاحي للقطاع العام خلال السبعينات بالدولة إلى إعادة النظر في هيكلة قطاع التسيير الذاتي في الفلاحة، وتعاونيات قدماء المجاهدين، وكل التعاونيات الإنتاجية للثورة الزراعية الخاسرة والتي تقدر بحوالي ستة آلاف تعاونية، وذلك بموجب قانون (19/87) المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 والذي جسد عملية إعادة تنظيم القطاع الفلاحي العمومي، وذلك بإنشاء مستثمرات فلاحية جماعية وفردية على مساحات متوسطة، وتشكيل جماعات صغيرة من الفلاحين للتحكم في استغلال هذه الأراضي، وكذا تقادي ما لحق هذه المستثمرات، حيث بعد ثماني سنوات من تطبيق القانون (19/87)، تبين أن إتباع النتائج المحققة لم تكن في مستوى الآمال التي كانت منتظرة منه، من إهمال للأراضي أو بيعها، بمساهمة بعض الموثقين بسبب غياب الرقابة من طرف المعنيين مع انعدام نظام فلاحى عادل الذي أدى إلى حدوث فوضى في مجال الاستفادة من الأراضي الفلاحية، إذ منحت لأشخاص لا علاقة لهم بالفلاحة، ولذا أصبحت هذه الأرض الطيبة محل أطماع واختلاسات تعسفية لفائدة عمران زاحفٍ أو لإنشاء مناطق مخصصة لنشاطات صناعية وسياحية أو لبناء سكنات اجتماعية⁽²⁾.

رابعاً: توسيع و تحسين قدرات المستثمرات الفلاحية

بما يتماشى مع التطور في طرق الاستغلال⁽³⁾، وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجب على كل مالك لحقوق عينية عقارية أو حائزها وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموماً، وبالتالي أصبح استغلال الأرض بمثابة التزام قانوني أي قيد على ممارسة حق الملكية العقارية⁽⁴⁾.

(1) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص103

(2) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص11

(3) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص103

(4) عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص107

خامسا: حماية الأملاك الفلاحية العائلية، والمحافظة على تابعها

سادسا: محاربة المضاربة في سوق الأراضي الفلاحية

إذ بعد إلغاء الأمرين المتعلقين بالثورة الزراعية والاحتياطات العقارية للبلديات بموجب قانون التوجيه العقاري، فإن المعاملات العقارية قد أصبحت حرة لا تخضع إلا لبعض الشروط وهي تتجسد في عدم الإلحاق بهذا التصرف ضررا بقابلية الأرض للاستثمار، وأن لا تسبب في تكوين أرض تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه، فيكون للدولة في مخالفة ذلك الحق في ممارسة الشفعة طبقا للمادة 55 من قانون التوجيه العقاري.

سابعا: حماية الأراضي والمستثمرات الفلاحية المتواجدة فوقها من عملية القسمة

وتجزئة الأراضي⁽¹⁾

ونشير في هذا الصدد إلى ظاهرة خطيرة، في بلادنا، انتشرت عبر كافة ولايات الوطن تتمثل في استحواد المجموعات المحلية (البلديات) على مساحات شاسعة من الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتجزئتها، ثم بيعها للخواص، للبناء عليها خارج أدوات التعمير أو في غيابها، وبدون أن تنتقل لها الملكية بقرارات من السلطة الإدارية المعنية تخول لها ملكية هذه الأراضي، فضلا عن أن البلدية ليس لها حق التدخل في الأراضي الفلاحية لأنها لا تدخل في ملكيتها، ولا يوجد أي تحويل قانوني يجيز لها أي حق للتصرف فيها أو تسييرها، وتعد هذه التصرفات في نظر الاجتهاد القضائي بمثابة "تصرف في ملكية الغير"، كون أن الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية التابعة للأملاك الوطني الخاصة هي ملك للدولة بحكم نص المادة 18 من قانون الملاك الوطنية، وبالتالي فعلى المصالح الفلاحية التابعة لوزارة الفلاحة، وكذا إدارة أمك الدولة والشؤون العقارية، والسادة الولاية بصفتهم الهيئات الرسمية المخولة قانونا بالمحافظة على هذه الأراضي أن يضعوا حدا للتصرفات التي تقوم بها البلديات خارج الحالات التي نص عليها القانون، علما أن رئاسة الجمهورية أصدرت الكثير من التعليمات التي تحت على المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي الزراعية، لكنها بقيت مجرد حبر على ورق، لأن الإدارة المكلفة بحماية الأراضي الفلاحية لم تلعب الدور المنوط بها.

(1) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص103

إن هذه جملة الأهداف التي تبنى عليها وجوبا، غاية ممارسة الدولة للشفعة في العقار الفلاحي ضمن القرار الذي تصدره، وإلا شاب غيب الغاية.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعقار المشفوع فيه

إن الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، صنفها القانون رقم (30/90) المتعلق بالأمالك الوطنية في المادة 18 منه، ضمن الأملاك الوطنية الخاصة، التابعة للدولة، ونصت المادة 105 منه على أن استغلال هذه الأراضي يتم وفقا لأحكام القانون رقم (19/87) المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم وتمارس عليها الدولة حق الشفعة سواء كانت أرضا فلاحية فضاء بأصنافها المبنية سابقا، أو في شكل بناء لمستثمرة فلاحية على الشكل الموضح ضمنا مقتضيات نطاق الأموال في الباب الأول، فلا حاجة لتكرارها.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالتصرف المشفوع فيه

إن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع عقار، بحيث يدخل في مدلول هذا الأخير كل حق عيني على عقار كحق الانتفاع مثلا، والأصل في التصرف الوارد على الملكية العقارية هو الحرية شريطة احترام القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني من تراضي، محل وسبب، وكذا إتمام التصرف في شكل عقد رسمي، غير أن قانتون التوجيه العقاري يدخل استثناءات خاصة على القاعدة العامة، الشفعة في حالات غير ما يعرف بالتصرف بعوض كالبيع مثلا، بل ثبت لها هذا الحق في الاستثناءات الآتية حيث:

- في ظل قانون (19/87) المذكور، نصت المادة 105 من القانون (30/90) المتضمن قانون الملاك الوطنية على أن استغلال الأراضي الفلاحية، وذات الوجهة الفلاحية، يتم وفقا لأحكام القانون (19/87) والذي حدد كيفية استغلالها، وأجاز للدولة ممارسة الشفعة ولو أنها لا مالكة للرقية، ولا هي صاحبة حق الانتفاع ولا حتى شريكة في الشروع، وذلك محافظة على الوجهة الفلاحية وتحقيقا للأهداف السابق بيانها.

• وانطلاقاً من كون حق الانتفاع الدائم على هذه الأراضي أو من الاستفادة في ظل قانون المستثمرات الفلاحية، هو حق عيني عقاري ينتقل إلى الورثة، ويمكن التنازل عنه والحجز عليه، ورهنه، وبالمقابل القيام بكل الالتزامات على عاتقه صاحبه والمذكورة سابقاً، خول القانون على هذا الأساس للدولة ممارسة رقابتها في استعمال الصلاحيات المخولة لها قانوناً وأهمها التدخل عند رغبة أحد أعضاء المستثمرة في التنازل على حقه، ممارسة الشفعة في ذاك الحق.

• وثبت للدولة استثناء آخر في حالة إسقاط هذا الحق، وفي حالة وفاة صاحب حق الانتفاع دون ترك وارث تتوفر فيه الشروط المطلوبة في المستفيد.

نتطرق لتفصيل مضمون هذه الشروط، و التي نشير بادئ ذي بدء أن مجرد توافر أحدها فقط، يخول للدولة ممارسة الشفعة على واحد من العقارات المذكورة آنفاً حسب طبيعة التصرف، و ذلك تحقيقاً للأهداف الموضحة في الفرع الأول من هذه الدراسة.

أولاً عدم الاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية

• إذا كانت القاعدة في الملكية أن المالك حر في أن يستغل أو يستغل ملكيته، ولا يترتب عن عدم استغلاله لها سقوط حقه، فإن هذه القاعدة قيدها المشرع في ظل قانون التوجيه العقاري⁽¹⁾، ذلك أن مالك أو حائز الأرض الفلاحية ليس له الخيار في ترك أرضه الفلاحية بوراً، ذلك أن الملكية عرفت تطوراً جعل من ملكية الأرض الفلاحية مجموعة وسائل إنتاج بعدما كانت الأرض منتجة فقط لثمار يكتفي المالك بقطفها كما أن الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها، جعلت على عاتق كل مستغليها واجب الاستغلال، وإلا اعتبر متعسفاً في استعمال حقه، فعلى من يقع هذا الواجب؟ وما المقصود بعدم الاستغلال المرخص للدولة ممارسة الشفعة؟ وما هو التكييف القانوني له؟ هذا ما سنتطرق إليه في كل نقطة مستقلة من هذا الجزء الأول.

(1) أنظر المادة 48 من القانون (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري

1- الملزمون باستغلال الأراضي الفلاحية

نصت الفقرة الثانية، من المادة 48 من القانون (25/90) المتضمن التوجيه العقاري، أنه يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا، على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، وكل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموما، وأن الالتزام باستغلال الأراضي الفلاحية لا يقع على المالك وحده بلي يعني:

• المالك.

• صاحب حق عيني على الأرض.

• كل شخص طبيعي أو معنوي له الحيازة.

فهذه القائمة تبين نية المشرع الجزائي في التفرقة بين ملكية الأرض الفلاحية واستغلالها، ونجد تبرير موقفه في مفهوم الملكية العقارية في ظل قانون التوجيه العقاري، والذي نص في مادته 27 على أن الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها، وهذا التعريف للملكية العقارية الخاصة نستشف منه أننا أمام مالكين؛ مالك المال العقاري، ومالك الحقوق العينية.

فإذا كانت الملكية أرضا فلاحية فالمالك "بالمفهومين" والحائز لها، ملزمين بالمحافظة على وجهتها الفلاحية واستغلالها استغلالاً أمثل، وعدم تركها بوراً فالأولوية منحت الاستغلال لا الملكية، و لم يشترط المشرع أن يتم الاستغلال بصفة شخصية و مباشرة، كما فعل في الأراضي الفلاحية المستغلة في ظل الثورة الزراعية، بل يجوز أن يتم الاستغلال بصفة غير مباشرة عن طريق الإيجاز مثلا⁽¹⁾.

فالوظيفة الاجتماعية للأراضي الفلاحية جعلت لمليكتها مفهوم خاص، و من عنصر الاستغلال أهم عناصرها، فأصبح المالك مجرد موظف أو وكيل للمصالحة العامة المتمثلة في استغلال الأرض الفلاحية.

(1) أنظر المادة 48 من القانون (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم

إلا أن المشرع بالرغم من ذلك لم يجدد كيفية استغلال الأراضي الفلاحية، بل ركز أكثر على الحالات التي تكون فيها أما حالة عدم الاستغلال و ذلك بوضعه معايير مختلفة فنشرها في النقط الموالية.

2- مفهوم عدم استغلال الأراضي الفلاحية:

إن حالة عدم الاستغلال ظاهرة قائمة من حيث الفعل والواقع، ففي الحقيقة لم يعرف المشرع الجزائري عدم الاستغلال لكن يمكن أن نستشف من نص المادتين 48 و 49 من القانون (25/90) المتضمن التوجيه العقاري، خمسة معايير يمكن أن تدلنا على مفهومه.

المعيار الأول: إن عدم الاستغلال يجب أن يكون فعليا، ذلك أن واجب استغلال الأراضي الفلاحية هو بذاته فعليا، لكن نتساءل بالنسبة لهذا المعيار حول الحالة التي يتحقق فيها عدم الاستغلال، هل هي حالة الانعدام الكلي للزراعة أم نكتفي بزراعة جزئية وغير كافية؟ فمن المعلوم أنه تقدير عدم الاستغلال يجب أن يؤخذ فيه بعين الاعتبار طبيعة الأرض وموقعها، وكذا العوامل المناخية والفلاحية⁽¹⁾.

المعيار الثاني: عدم الاستغلال يعني كافة الأراضي الفلاحية دون التمييز بين أصنافها وأهمية الاستغلال الفلاحي فيها، فالنصوص لا تميز ولا تأخذ بعين الاعتبار مساحة الأرض المستغلة والوسائل المستعملة، وعليه يمكن القول بأن المزارع الصغيرة العائلية التي يخدمها أصحابها لحاجياتهم الشخصية معنية بهذا المفهوم⁽²⁾.

المعيار الثالث: يدخل ضمن عدم الاستغلال، الاستعمال غير الفلاحي للأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية.

المعيار الرابع: عدم الاستغلال مرتبط بالمدة، بحيث يتحقق إذا استمر فعليا، طيلة موسمين فلاحيين متتاليين، وذلك بصريح نص المادة 49 التي تنص: "تعد أرضا غير مستثمرة في مفهوم هذا القانون كل قطعة أرض فلاحية تثبت بشهرة علنية أنها لم تشغل الاستغلال فلاحيا فعليا مدة موسمين فلاحيين متعاقبين على الأقل، وهذا الحد الأدنى الذي

(1) انظر الفقرة الثانية من المادة 48 من القانون (25/90) المتضمن التوجيه العقاري

(2) انظر المادة 49 من القانون (25/90) المذكور

يتحقق فيه عدم الاستغلال مرتبط بخصوبة الأرض المعينة، وكذا العوامل الفلاحية والطبيعية للمنطقة.

المعيار الخامس: عدم الاستغلال الفعلي يجب أن يكون علنيا.

3- التكييف القانوني لعدم استغلال الأراضي الفلاحية:

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من القانون (25/90) المذكور على أن المستغل للأرض الفلاحية والذي هو بمثابة "مدين" بالالتزام باستغلالها، يكون متعسفا في استعمال الحق في حالة إخلاله بهذا الالتزام، ولتوضيح هذا الوصف، يتعين علينا الرجوع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها، في المادة 41 من القانون المدني، والتي تنص على أن:

"يعتبر عدم استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الأضرار بالغير.
 - إذا كان يؤدي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ.
 - إذا كان الغرض من الحصول على فائدة غير مشروعة.
- يتبين من هذا النص أن المشرع قد وضع ضوابط ثلاثة يقوم عليها معيار التعسف في استعمال الحق، بحيث لا يعتبر استعمال الشخص لحقه منطويا على تعسف إلا إذا توفر في شأنه احد هذه الضوابط وهي:

الضابط الأول: قصد الإضرار بالغير:

كلما كان الدافع لاستعمال الحق مزيجا من قصد الأضرار وابتغاء المنفعة أضحي استعمال الحق مشروعا ما دام أن لهذه المنفعة أهميتها، إذ قورنت بالشرر الذي يلحق بالغير، بينما يكون استعمال الحق غير مشروع إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأساسي الذي دفع الشخص إلى استعمال الحق.

الضابط الثاني: رجحان الضرر على المصلحة رجحان كبير

ويتحقق ذلك إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، بسببها، وهذا معيار موضوعي بحث يختلف

عن سابقه، في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق، وإنما يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير، فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة صارخة كان استعمال الحق في هذه الحالة انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي، وتتحقق المسؤولية.

الضابط الثالث: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

ويعتبر الشخص متعسفا في استعمال الحق، إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، والمعيار هنا موضوعي وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية للقصد من استعمال الحق.

4- تدخل الدولة لمراقبة عدم استغلال الأراضي الفلاحية:

إن المشرع الجزائري، أعطى للدولة صلاحيات واسعة في مجال الرقابة والتدخل في حالة الإخلال بواجب الاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية⁽¹⁾، ولما كانت الدولة هي المسؤولة على المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي واستغلالها استغلالاً امثل فهي تمارس الرقابة عليها عن طريق أدوات معينة تتمثل أساساً في "لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية"، وهي هيئة معتمدة بنص المادة 50 من قانون التوجيه العقاري، والتي تنص على أن:

"عدم الاستثمار الفعلي للأراضي الفلاحية المنصوص عليها في المادتين 48 و 49، أعلاه، تعينه هيئة معتمدة خاصة، يحدد تكوينها وإجراء تطبيق المعاينة عن طريق التنظيم".

وقد تم تحديد هذه الهيئة بموجب المرسوم التنفيذي رقم (484/97) المؤرخ في 1997/12/15⁽²⁾، والذي جاء فيه حول إنشاء اللجنة ونشاطها ما يلي:

إنشاء اللجنة:

تم إنشاء لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية على مستوى كل ولاية من ولايات القطر، وهذا لمدة ثلاث سنوات، بعد صدور قرار الوزير المكلف بالفلاحة، وتشكل اللجنة من:

- مدير المصالح الفلاحية بالولاية رئيساً.

(1) أنظر المادتين 49 و 50 من ق (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري.

(2) المرسوم التنفيذي رقم (484/97) المؤرخ في 1997/12/15، المتعلق بإنشاء لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

- عضو من الغرفة الفلاحية بالولاية يعينه رئيسه.
 - عضو من المجلس الشعبي الولائي يعينه رئيسه.
- هذا ويمكن للجنة أن تستعين بكل شخصية، ترى استشارتها مفيدة لعملها، يتم تحديد في أول اجتماع لأعضاء اللجنة "النظام الداخلي"، على أن تجتمع لزوماً مدة واحدة في كل شهر، ويجوز الاجتماع في دورات استثنائية، كلما اقتضت الضرورة ذلك.
- وكما يدل عليه اسم اللجنة، فهي مكلفة بالتحقيق، ومعاينة عدم استغلال الأراضي الفلاحية، سواء كان عدم الاستغلال راجع للمالك أو للمستأجر أو الحائز.

ثانياً: التصرف بعوض في المستثمرة الفلاحية

إن التصرفات التي يمكن أن تكون محل استعمال حق الشفعة من قبل المعينات العمومية، هي تلك التي ترد على انتقال الملكية العقارية في الأراضي الفلاحية بعوض أي بصفة عامة، البيوع بمختلف أنواعها، غير أنه ثمة استثناءات على القاعد، نذكرها بعد توضيح طبيعة هذه التصرفات بعوض و التي تتلخص أساساً في:

1- **البيوع:** وهي كافة التصرفات الناقلة للملكية العقارية في الأراضي الفلاحية، بمقابل نقدي حتى ولو لم يتم تكييفها على أنها عقد بيع من قبل الأطراف، فالعبرة أن تكون طبيعتها شبيهة بعقد البيع ونذكر منها:

- البيع بالمساومة.
- التبادل سواء بدفع معدل مقايضة أو لا.
- بيع مقابل إيراد لمدى الحياة.
- البيع بالمزاد العلني ما لم يكن القانون قد ألزم ذلك البيع.
- الرهنية أي وفاء عيني لدين⁽¹⁾.

وفكرة بيع الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية لم تكن وليدة اليوم، بل طرفها مؤتمر طرابلس في شهر جوان 1962، حيث اجتمع المجلس الوطني للثورة الجزائرية في

(1) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص 245

ذلك الوقت بالعاصمة الليبية طرابلس وأعد برنامجاً للإصلاح الزراعي، جاء فيه على الخصوص ما يلي:

"... مع توفير الأراضي الضرورية لإجراء الإصلاح الزراعي بصفة جذرية، فإنه يتطلب القضاء على القواعد الاقتصادية للاستعمار الفرنسي، وتحديد الملكية العقارية، وبن يتم الإصلاح إلا بتطبيق المبدأ القائل "الأرض لمن يخدمها"..."

وفي هذا الإطار، يقدم المجلس بثلاثة طروحات لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة⁽¹⁾ هي:

- بيع أو إيجار المزارع الشاغرة للجزائريين.

- توزيع هذه الأراضي للفلاحين الفقراء.

- التسيير لجماعي للمزارع، كما هي تحت إشراف الدولة.

وتبنت الحكومة في بداية الاستقلال، الطرح الثالث على أساس أنه ثوري، واستبعدت الطرح الأول لأنه يفتح المجال أمام الرأسمالية العقارية، كما أنها رفضت توزيع هذه الأراضي على الفلاحين الفقراء لأنه قد تواجههم مشاكل اقتصادية وفنية عديدة تؤثر سلباً على الإنتاج الزراعي بسبب عدم قدرتها للتغلب عليها، وازدواجية الاستغلال عن طريق التسيير الذاتي في الفلاحة والثورة الزراعية، وظل هذا الطرح مطبقاً حتى مطلع الثمانينات، وهي الفترة التي بدأت تعرف فيها الجزائر بعض المتاعب الاقتصادية بسبب انخفاض سعر البترول وعدم مردودية الأسلوب الاشتراكي في الميدان الفلاحي، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إعادة تنظيم المزارع الاشتراكية، وخصوصة الإنتاج الزراعي بمقتضى القانون (19/87) المذكور.

وبعد عشر سنوات من تطبيق هذا القانون، تبين بان التحولات التي أحدثتها لم تلق التجاوب المنتظر من قبل المنتجين، إذ كان بعيداً عن الآمال المرجوة رغم تملك المستفيدين بحق الانتفاع، فلقد لوحظت عدة مشاكل من بينها:

- أرض غير مستقلة أو مستقلة بصفة غير كافية.

(1) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق الذكر، ص 195

- عدم استغلال المباني الفلاحية أو تحويلها عن طبيعتها.
- إهمال الممتلكات التي تم التنازل عنها للمستفيدين الذين لم يدفعوا الحد الآن الأقساط المستحقة عليهم.

وهذه الأوضاع المزرية، دفعت بالمشروع إلى التفكير فغي تبني الطرح الأول لمؤتمر طرابلس، والمتمثل في بيع أو إيجار هذه الأراضي، فمجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 1997/12/14 تحت رئاسة السيد رئيس الجمهورية قد صادق وبصفة نهائية على تقديم مشروع للقانون المحدد لشروط وكيفيات بيع أو إيجار هذه الأراضي إلى المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وذلك لمناقشة والمصادقة عليه في دورته المقبلة، وبهذا يكون المشروع قد استنفذ طروحات مؤتمر طرابلس، فكان الجديد في هذا المشروع هو "عملية بيع الأراضي الفلاحية".

فعملية بيع الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة تندرج في إطار تنازل الدولة عن عناصر ملكيتها الثلاثة (التصرف، الاستعمال والاستغلال)، والتي شرعت فيها منذ الاستقلال بصفة تدريجية، ولم يبق لها سوى ملكية الرقبة أي حق التصرف.

وبعد تجربة مريرة دامت حوالي خمسة وثلاثون سنة، كانت الدولة تبحث من خلالها عن الفلاح الذي يحتضن هذه الأرض ويرعاها، لأنها الثروة التي لا تغني، ومرآة تاريخ هذا الشعب الأبدي، صدر مشروع قانون ينص على تنازل آخر لعنصر من عناصر الملكية ألا وهو ملكية الرقبة، وبهذا الإجراء تتحول هذه الأرض من الملاك الوطنية إلى الأملاك الخاصة، ومن الأراضي التي تكون محلاً للبيع نجد الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، وهي تلك الأراضي التي كانت تشغل طبقاً لقانون (19/87) وهي الأراضي الفلاحية التي لا مالك لها أو لا وارث لها، والأراضي المؤممة والمتبرع بها، للصندوق الوطني للثروة الزراعية، وكذلك الأراضي الموضوعة تحت حماية الدولة التي لم يطلب بها أصحابها في الآجال المحددة في المادة 11 من المرقم (26/95) المؤرخ في 1995/09/25 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري، أو لم تتوفر فيهم الشروط المتعلقة بإعادة الأراضي المذكورة سلفاً لملاكها الأصليين، وينشئ من ذلك بيع الأراضي الفلاحية

المخصصة للهيئات العمومية بسبب مهامها، وتبقى خاضعة لقانون الملاك الوطنية، الأراضي الفلاحية تحت تصرف المؤسسات الاقتصادية، والأراضي الفلاحية المدمجة ضمن المحيطات القابلة للتعمير وفقاً لقانون البناء والتعمير⁽¹⁾، والجدير بالملاحظة أن هذه الأراضي المعنية بعملية البيع، كانت الدولة قد تنازلت عن حق الانتفاع فيها، بصفة مؤيدة بمقتضى قانون (19/87)، وعليه فإن عملة البيع تنصب على ملكية الرقبة دون حق الانتفاع الذي يعد أهم عنصر في الملكية.

وفي مجال العقار الفلاحي، الذي يتميز بكونه يحدد قانوناً الأشخاص الذين لهم الحق في شراء هذه الأراضي، حيث الأولوية في شراء هذه الأراضي مستفيد في المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية الحائزين لحق الانتفاع الدائم، على أساس أن لهم حق الشفعة طبقاً للمادة 795 من القانون المدني.

والمستغل في المستثمرة الفلاحية لا يكون له حق انتفاع دائم، إلا إذا كان حائزاً لعقد إداري، يحدد هويته ومحتو وثمن الأملاك المتنازل عنها بصفة كاملة والأراضي التي تمارس عليها حق الانتفاع طبقاً لقانون (19/87)، وعليه فإن البيع الآن يكون إلا للمنتجين الحائزين على عقود إدارية⁽²⁾، ولهذا السبب نجد المشروع يشترط على المستفيدين الذين لهم قرارات إدارية فقط، الاتصال بمديرية أملاك الدولة خلال شهرين، تبدأ من تاريخ تبليغ الإعذار الموجه من قبل مديرية الفلاحة بالولاية، وذلك لتقديم الوثائق اللازمة بتحرير وتسلم العقد، وإلا يجردون من حقوق الاستفادة بالأرض، وبالتالي يحرمون من عملية الشراء.

ويشمل البيع كافة أراضي المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية، الأراضي المستردة أو التي لم توزع بعد أراضي البور والأراضي الغابية التابعة للمستثمرة، لكن يبدو أن المشرع لم يأخذ بالاعتبار ما رتبته قانون (19/87) من آثار، إذ أن هذا الأخير قد ملك المستفيدين حق الانتفاع، ولم يبق للدولة سوى ملكية الرقبة، وبالتالي فإن تحديد الثمن يكون بالشكل التالي:

(1) بن رقبة بن يوسف، المرجع السابق، ص 196-197

(2) بن رقبة بن يوسف، المرجع السابق، ص 201

- يحدد ثمن ملكية الرقبة، ويكون أقل من ثمن حق الانتفاع لأنها لا تمثل إلا شيئاً مجرداً من ناحية الواقع.

- يحدد ثمن حق الانتفاع على أساس متوسط عمر المستفيد، وليكن مثلاً ستون سنة مضروب في مبلغ الإتاوة التي تدفع كل سنة، ناقص مبالغ الإتاوة التي دفعت خلال العشر سنوات الماضية، ثم يضاف إليها ثمن البناءات والأموال المنتازل عنها، عند تكوين المستثمرة بمقتضى القانون (19/87).

وأما فيما يخص الأراضي المستردة والأراضي التي لم توزع بعد فإن سعرها يحدد على أساس سعر السوق، ويكون الدفع غماً فورياً وهنا يستفيد المشتري مهما كانت صفته بتخفيض الثمن، أو بالتقسيم لمدة لا تتجاوز 25 سنة، وتطبق هذه الحالة على المستفيدين دون المجاهدين وذوي الحقوق فائدة متصاعدة تسري ابتداء من السنة السادسة لعملية البيع⁽¹⁾.

2- الاستثناء:

لا يمكن الاحتجاج بممارسة الشفعة في الحالات التالية:

- البيع مقابل إيراد لمدى الحياة إذا كان المقابل يمثل كله، أو في جزئه الأكبر في خدمات عينية.

- تقديم العقار كحصة في شركة.

- كل تصرف يتم على أساس المشرع وتدخل في إطار هذا الحكم كل من الهبة و القسمة.

- التنازل على ملكية الرقبة لصالح صاحب الانتفاع.

- نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

زيادة على تلك الاستثناءات تضاف تلك المنصوص عليها في المادة 798 من القانون

المدني:

- إذا تم البيع داخل العائلة الواحدة بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار إلى الدرجة الثانية.

(1) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص ص 204-205.

- وإذا كان القصد من بيع العقار بناء محل للعبادة أو ملحقا له.

ثالثا: التنازل عن حق الامتياز

إن القانون رقم (10-03) المؤرخ في 15-08-2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، قد اوجب على أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية بموجب عقد رسمي مستمر أو بقرار من الوالي - إيداع طلباتهم لتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في أجل ثلاث سنوات من تاريخ نشر هذا القانون، فالأصل أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في حصته ما دامت المستثمرة الفلاحية قائمة، لأنه مرتبط بعقد جماعي ابتدائي قبل تكوين المستثمرة كما أنه قد اختير من طرف الجماعة للعمل معهم بناء على اعتبارات شخصية، ورغم ذلك فإن المشرع قد أجاز التنازل عن هذا الحق بعوض أو بدون عوض لكن بشروط وهي:

الشرط الأول: أن يتم التنازل للعمال في القطاع الفلاحي: وتكون الأولوية هنا للشباب الذين استفادوا من تكوين فلاحي والعمالين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية⁽¹⁾.
غير أن الترخيص للعمالين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية في شراء حصة المستفيد الذي يريد التنازل عن حقه يتعارض مع المادة 09 من قانون (19/87) التي لا تجيز لأي منتج الحصول على أكثر من حصة واحدة، ولذا نقترح حذف عبارة، "وللعمالين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية من المادة 24 من قانون (19/87)".

الشرط الثاني: أن ينال المتنازل له باستثناء الدولة والعمالين فيا المستثمرة الفلاحية الجماعية رضا بقية الأعضاء الآخرين مسبقا، ويهدف هذا الشرط إلى تفادي النزاع التي قد تحدث بين المستفيد داخل المستثمرة و ذلك عند دخول شخص جديد غير مرغوب فيه⁽²⁾.

الشرط الثالث: يجب تحرير هذا التصرف في شكل رسمي يخضع لإجراءات التسجيل والإشهار بنص المادة 34 من القانون (19/87) على أن "لكل صفقة يترتب عليها تغيير

(1) أنظر المادة 24 من القانون (19/87) السابق.

(2) أنظر المادة 25 من القانون نفسه.

التكوين الأول لأعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية وهويتهم باطلّة، إذا لم يثبتها عقد رسمي يخضع لإجراءات التسجيل والإشهار".

ويترتب عن هذا التنازل حلول المتنازل له محل التنازل في الحقوق والواجبات، بما في ذلك المحلات السكنية بنص المادتين 25 فقرة 02 والمادة 31 من قانون (19/87)، وبهذا يمكن القول أن التنازل هنا أقرب إلى حوالة الحق، وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع يشترط قبول المستثمرة الفلاحية الجماعية مسبقاً، حتى يكون التنازل نافذاً في حقها⁽¹⁾.

وخلاصة القول أن لكل عضو في مستثمرة فلاحية جماعية، الحق في الانسحاب منها، متى أراد دون أن تتأثر، فالمادة 32 من قانون (19/87) تنص: "لا يؤدي إلى التقسيم انسحاب عضو أو حدوث أي ظرف يغير تشكيلة المستثمرة الفلاحية"، عكس ما هو عليه في الشركة المدنية، إذ أنها تنتهي بمجرد انسحاب أحد الشركاء بنص المادة 440 من القانون المدني على: "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة...".

رابعاً: إسقاط حق الامتياز

تمارس الدولة الشفعة في حق الامتياز، عند إسقاطه من المستفيدين منه، ويسقط حق الامتياز في حالة الإخلال بأحد الالتزامات السابق بيانها، والمقررة قانوناً لأصحاب حق الامتياز، وفقاً لما نص عليه كل من المرسوم التنفيذي رقم (51/89) المؤرخ في 1989/04/18 المتضمن كفايات تطبيق المادة 29 من القانون (19/87)، وكذا المرسوم التنفيذي رقم (90-51) المؤرخ في 1990-02-06 الذي يحدد كفايات تطبيق المادة 28 من القانون (19/87) أيضاً.

"ويعد إخلالاً بالالتزامات المستثمر صاحب الامتياز في حالة⁽²⁾:

1. تحويل الوجهة الفلاحية الأراضي و/أو الملاك السطحية.
2. عدم استغلال الأراضي و/أو الأملاك لسطحية خلال فترة سنة واحدة.
3. التأجير من الباطن للأراضي و/أو الأملاك السطحية.

(1) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 186

(2) أنظر المادة 29 من القانون (03-10) المؤرخ في 2010-08-15 المحدد لشروط وكفايات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

4. عدم دفع إتاوة بعد سنتين متتاليتين.

وفضلاً عن إسقاط صاحب حق الامتياز عنه هذا الحق، فإنه يتعرض لعقوبات الإخلال بالالتزامات المنصوص عليها على التوالي في المواد 26، 27 و 28 من القانون (10-03) المؤرخ في 15-08-2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الشفعة في العقار الحضري

تتفرع الشروط الواجب توافرها للأخذ بالشفعة من طرف الدولة في العقار المتصف بالطابع الحضري، إلى عدة فروع، منها ما يتعلق بالهدف والغاية من وراء هذه الشفعة، وأخرى متعلقة بالمشفوع فيه بفرعيه الرئيسيين (العقار والتصرف) وأخرى واجب توافرها في الشفيع، نحاول علاجها واستعراضها بنفس الترتيب و على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالهدف

نشير بادئ ذي بدء، أن هناك أهداف محددة، يجب على إدارة المؤسسة العمومية المؤهلة بممارسة الشفعة باسم ولحساب الدولة أن تسبب بواسطتها اتخاذ قرارها وإلا كان قرارها-وفقاً للقواعد المدروسة آنفاً- غير مشروع، ومعيب من حيث الغاية، وجب إلغاؤه، إذ يهدف المشرع من وراء تقرير استعمال الشفعة في العقار الحضري إلى تحقيق ما يلي:

أولاً: استقرار السوق العقارية الحضرية

إذ يجب أن تسعى الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري الحضري، والمخولة بإصدار قرار الشفعة، إلى تنظيم السوق العقارية بإلغاء المضاربة على العقارات أو على الأقل التقليل منها، وقد خول لها القانون ذلك صراحة حيث أجاز لها القانون أن تبادل بعمليات حيازة العقارات أو الحقوق العقارية، لحسابها الخاص، وبذلك تكون الهيئة تاجرة في معاملاتها مع الغير، فتقوم بعرض الأملاك العقارية، لاسيما منها القابلة للتعمير التي تحصلت عليها، في إطار مهمة تكوين المحفظة العقارية للبلدية بعد إقرار هذه الأخيرة، بالإضافة إلى الأراضي التي اقتنتها لصالحها الخاص، و يتجلى هذا الهدف الأول في محاولة التوفيق بين العرض والطلب، والمساهمة في القضاء على المضاربة التي هي من الأهداف الأساسية

لقانون التوجيه العقاري والذي اعتمد طريقتان لزيادة عرض الأراضي وإحقاق التوازن بين العرض والطلب وهما⁽¹⁾:

الطريقة الأولى: وتتمثل في الإجازة للأفراد ببيع أراضيهم في السوق العقارية الحرة، غير أنه يلاحظ أن هذا الإجراء رغم إيجابيته لم يؤد دوره كاملاً وذلك لعدة أسباب:

- الحاجز النفسي وانعدام الخبرة لدى الخواص جراء احتكار الدولة للمعاملات العقارية مدة طويلة من الزمن.

- وعدم وجود العوامل المحفزة على إقبال الخواص على عرض عقاراتهم للبيع خاصة منها الإعفاءات الضريبية ولعل هذه الأسباب هي التي دفعت المشرع إلى فتح مجال الترقية العقارية، واعتبار المتعاملين فيها، سواء كانوا أشخاصاً معنويين أو طبيعيين، تجاراً، كما اعتبر المعاملات العقارية موضوع الترقية أعمالاً تجارية بحكم عرضها، وقد أوردتها على سبيل الحصر كما يلي:

- كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها.

- كل نشاطات الوساطة في الميدان العقاري لاسيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها.

- كل نشاطات الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير.

الطريقة الثانية: وتتمثل في إجازة قانون الملاك الوطنية حق التصرف في الأملاك الخاصة للدولة، عن طريق بيعها بالتراضي لصالح متعاملين عموميين أو خواص بأسعار تحدد على أساس السوق، وكل هذه المعاملات، نلاحظ أن الهيئة المكلفة بالتنظيم الحضري تعد طرفاً فعالاً في تنظيم السوق، والسهر على حرية المعاملات العقارية، سواءً تعلق الأمر بالشراء أو البيع أو الوساطة في هذه المعاملات.

ثانياً: خلق التوازن بين مختلف الأراضي الحضرية وأنماط البناء والأنشطة المتنوعة

وهو الهدف الذي تم التأكيد عليه في ظل القانون (29/90) المؤرخ في 1990/12/01

المتعلق بالتهيئة والتعمير، وهذا بنصه في المادة 11 على أن أدوات التهيئة، تحدد التوجهات

(1) أنظر المادتين 3 و4 من القانون (03/93) المؤرخ في 1993/3/3 المتعلق بالنشاط العقاري.

الأساسية لتهيئة الأراضي المعنية، كما تضبط توقعات التعمير وقواعده، وتحدد على وجه الخصوص الشروط التي تسمح من جهة بترشيد استعمال المساحات ووقاية النشاطات الفلاحية، وحماية المساحات الحساسة، والمواقع والمناظر، ومن جهة أخرى، تعيين الأراضي المخصصة للنشاطات الاقتصادية ذات المنفعة العامة، والبنائات المرصودة للاحتياجات الحالية والمستقبلية في مجال التجهيزات الجماعية المتعلقة بالخدمات والنشاطات والمساكن وتحدد أيضا شروط التهيئة والبناء للوقاية من الأخطار الطبيعية.

وعلى هامش تحقيق هذا الهدف، نجد المشرع وفقا للقانون المذكور أعلاه، قد ألزم البلديات بأن تتزود بنوعين من أدوات التعمير، وأولهما يطلق عليه بالمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، الذي يحدد التوجه الأساسي لتهيئة الإقليم والتسيير الحضري للبلديات المعنية بمخططات التهيئة والتنمية المحلية كما يعرف بنقاط ومعالم شغل الأراضي في هذه البلدية⁽¹⁾، أما الأداة الثانية فهو مخطط شغل الأراضي، والذي يضبط بصفة محددة حقوق الاستعمال والبناء في إطار المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، ولتحقيق هاتين الأداتين، فعلى البلدية الاستعانة بالهيئة العمومية للتنظيم الحضري -التي نتعرف عليها في حينها- والتي تتكفل ضمن مهامها العامة بتحضير هذه الأدوات، وترقية الأراضي المفروزة، والمناطق المختلفة الأنشطة، تطبيقا لوسائل التعمير والتهيئة، وتبادر بعمليات حيازة العقارات أو الحقوق العقارية.

ثالثا: محاربة تدهور النسيج العمراني⁽²⁾

وذلك يتحقق عن طريق التدخل المباشر للهيئة العمومية المكلفة بالتسيير الحضري، فيما يتعلق باستعمال وتسيير الأراضي، لاسيما في مجال البناء والتمركز العمراني، وإنشاء مرافق الخدمة والبنائات وتهيئة الإقليم العمراني والبيئة والتراث الطبيعي والثقافي والتاريخي يتعين عليها القيام بالسهر على احترام و توفير أدوات التعمير والتهيئة للبلدية المعنية، وطبقا للمادة 67 من القانون (25/90) المتعلق بالتوجيه العقاري التي تنص على أن "تطبق الأجهزة المؤهلة التابعة للدولة والجماعات المحلية كل التدابير اللازمة لتعد أو تكلف من يعد أدوات

(1) انظر المادة 16 من القانون (03/93) السابق.

(2) اسماعين شامة، المرجع السابق ، ص244.

التهيئة والتعمير المنصوص عليها في التشريع المعمول به، كما تسهر على إيجاد ذلك بانتظام وعلى تنفيذه".

وعليه فإن هذه الأجهزة المؤهلة هي الأجهزة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري، وتتمثل في وكالة التسيير والتنظيم العقاري، فهي تعمل على احترام أدوات التهيئة والتعمير والسهر على إقامة التوازن بين مختلف وظائف الأراضي وأنواع البناءات ومختلف النشاطات الترقية، وأن كل تعدي على الملاك الخاصة للبلدية أو كل مخالفة للتشريعات المتعلقة بالتعمير ترفعه الوكالة المذمورة إلى علم البلدية والتي بدورها تتخذ الإجراءات الاحتياطية الضرورية— ويمتد دور الوكالة في دراسة الأراضي العمرانية أو القابلة للتعمير طبقاً لقانون التوجيه العقاري إلى الأراضي الفلاحية كذلك.

رابعاً: تدعيم السياسة المحلية للسكن

فالوضعية الجديدة تلزم على الجماعات المحلية عن طريق وكالاتها ومن خلال الشفعة كأهم طريقة لها لاقتناء الأراضي، أن تضمن التسيير المثل والحقيقي لاحتياجاتها العقارية، وتحدد ذلك في قرارها بدقة بأن توجه الأراضي المشفوع فيها مباشرة لإقامة منشآت ومرافق جماعية.

فالهيئة العمومية المكلفة بممارسة الشفعة لفائدة الدولة مكلفة بعد ذلك بانجاز المشاريع والبرامج السكنية والنشاطات المسندة لها من طرف البلدية بموجب أمر إداري أو رسالة ممضاة من طرف رئيس البلدية ليضع في متناولها الوسائل المالية اللازمة، فوجب أن تكون الهيئة المذكورة مؤهلة للقيام بإنجاز المشاريع والبرامج السكنية والنشاطات وذلك على القطع الأرضية المقتناة عن طريق الشفعة، ليبقى لها فقط البحث وتجنييد المصادر المالية من طرف أية مؤسسة مالية، كما أن الوكالة أو الهيئة المعنية ملزمة بإبرام عقود تأمين مع الشركات المعتمدة في سوق التأمين اتجاه الأخطار التي قد تلحق بأراضيها المسؤولة تحديداً على حمايتها وصيانتها فقد اقتنتها في فئة من الأراضي الحساسة، إضافة ولأن الهيئة العمومية المكلفة بممارسة الشفعة على الأراضي الحضرية تعتبر متعاملاً في الترقية العقارية، فهي بإمكانها القيام بأي نشاط في الترقية والاستثمار في ميادين العقار قصد توسيع نشاط عملها في الأراضي المشفوع فيها، وتوسيع مداخيلها المالية عن طريق:

- إنجاز مساكن ترقية في الأراضي المشفوع فيها.

- إنجاز مشاريع استثمارية ذات نشاط تجاري أو خدماتي.

- إجاز دراسات عمرانية و هندسية.

- إنشاء مناطق نشاطات و إدارتها في حدود الإمكانيات المادية و المالية للهيئة المعنية

وفي هذا المجال تتصرف الوكالة المذكورة سواءً لحسابها الخاص كمتعامل اقتصادي، أو لحساب البلدية فإنها تبقى دائماً تخضع لاحترام إجراءات أدوات التعمير في مجال البناء أو في مناطق النشاط، وبالتالي نجد مثلاً عقود البيع التي تحررها تكون دائماً مرفوعة بدفتر الشروط الذي يضمن احترام الهدف و الإجراءات إذ يتضمن دفتر الشروط المتعلق بالبناء مثلاً أهم بندين هما:

1- إلزام المشتري بعدم التنازل سواءً عن جزء أو كل القطعة الممنوحة له في إطار إنجاز مسكنه إلا بعد انتهاء الانجاز المثبت بشهادة المطابقة المسلمة من قبل المصالح المختصة.

2- تحتفظ الوكالة بحق الشفعة اتجاه الجماعات المحلية المعنية، من أجل اكتساب جزء أو

كل القطع الأرضية الممنوحة أو التي تسمح للتعاونيات أو المستفيدين حينما يكون:

- المستفيد يكون في حالة عدم قدرته على إنجاز مسكنه.

- عدم استيفاء ورثة المستفيد للشروط المحددة قانوناً لاستكمال وإنجاز البناء أو

يوجدون في حالة إفسار مادي ومالي لانجاز و إتمام البناء.

- حينما تكون مساحة القطعة الأرضية تفوق المساحة المحددة في الوثائق

ويعجز المستفيد عن تسديد الفارق الإضافي.

- في حالة قيام المشتري بمحض إرادته بالتنازل جزئياً أو كلياً على المساحة

المحددة في العقد.

خامساً: مساعدة تامين المحفظة العقارية مبنية كانت أم لا

و ذلك قصد بالمحفظة العقارية، الأملاك العقارية التابعة للدومين الخاص، وبالأحرى الممتلكات العقارية الحضرية المخصصة للتعمير التابعة لملاك البلدية، وتتكون المحفظة العقارية وفقاً للمادة 41 من القانون (29/90) المتعلق بالتهيئة والتعمير.

-الأراضي التي تملكها البلدية سابقاً، والمدمجة بصورة نهائية في احتياطاتها العقارية قبل صدور القانون (25/90).

الأراضي التي هي موضوع مداولة موافق عليها قانوناً، أو كانت موضوع رخص البناء أو رخص التجزئة، والتي تدمج نهائياً وبقوة القانون في الاحتياطات العقارية للبلدية. الأراضي المقتناة من الشوق العقاري أي الأراضي التي تقوم البلدية بشرائها عن طريق الوكالات العقارية المختصة.

كما يمكن للبلدية الالتجاء إلى نزع الملكية للمنفعة العامة وفقاً للإجراءات القانونية وبمقابل تعويض نقدي عادل ومنصف طبقاً للمادة 72 من قانون التوجيه العقاري.

الأراضي المتحصل عليها من ممارسة حق الشفعة تطبيقاً للمادة 71 من قانون التوجيه العقاري⁽¹⁾.

وذلك أنه بعد إلغاء الأمر (26/74) المتعلق بالاحتياطات العقارية، يمكن للبلدية في إطار تطبيق أدوات التهيئة و التعمير أن تكون محفظة عقارية تحل محل الاحتياطات العقارية قصد إشباع حاجياتها للأراضي من أجل البناء، وأحد أهم وسائلها في ذلك ممارسة الشفعة لتلبية احتياجاتها من الأراضي القابلة للتعمير، وقد كلفت الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين بحيازة جميع العقارات أو الحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب البلدية، وتقوم بنقل ملكية هذه العقارات أو الحقوق العقارية.

كما تجد الإشارة إلى أن الأراضي المدمجة في الاحتياطات العقارية البلدية، والتي جزئت قبل صدور قانون التوجيه العقاري تبقى من اختصاص البلديات وليس الوكالات

(1) أنظر المادة 41 من القانون (29/90) المتضمن قانون التهيئة و التعمير.

العقارية التي تبقى مجرد مسير لصالح البلديات، وهو ما أشار إليه مجلس الدولة الغرفة الثانية في القرار رقم 193.370 المؤرخ في 28/05/2000، غير منشور، جاء فيه:

حيث أنه فيما يتعلق بالوجه الذي أثاره العارض فيما يخص منح ممثلي الجماعات المحلية من التصرف في القطع الأرضية العارية التابعة للغير، وذلك بموجب القانون رقم (25/90) المؤرخ في 18/11/1990، وأنه في قضية الحال باطل بما أن تحرير العقد هو الذي تم لوحده ف 21/11/1990، وأنه عكس ذلك فغنه خلال مداولة البلدية وحتى عند قيام "ب.ع" في 1989 بالدفع فإن البلدية كانت مختصة لتحرير مثل هذه العقود.

وأنه بالفعل، فإن عقد البيع هو النتيجة الطبيعية للإجراء المتخذ قبل صدور القانون المؤرخ في 18/11/1990.

سادسا: تطوير أماكن الترفيه و السياحة⁽¹⁾

سابعا: إنشاء احتياط عقاري لتحقيق الأهداف المذكورة أعلاه⁽²⁾

إذن إلغاء المر المتضمن الاحتياطات العقارية، قد خلف حالات عديدة محل نزاع، لم يستطع المشرع أن يحددها حلاً فورية، بل أسند المهمة إلى الوكالات المحلية لتسوية هذه النزاعات والانتقال إلى النظام العقاري الجديد، وتسيير هذه المرحلة تعتبر مرحلة انتقالية في مفهوم التشريعات الجديدة يستمد أساس من نص المادة 86 من قانون التوجيه العقاري، التي تحدد شروط وكيفيات تسوية أوضاع الأراضي المدخلة في مساحات عمليات التعمير وغير المدمجة نهائياً في الاحتياطات العقارية، ويتم بذلك إنشاء احتياط عقاري على نحو ما تنص عليه المادة المذكورة.

"تسوى على النحو الآتي أوضاع الأراضي المدخلة في مساحات التعمير طبقاً لأحكام المواد 2، 3، 4 و 6 من المر رقم 74-26 المؤرخ في 20/02/1974 المذكور أعلاه، ولم تدمج نهائياً في الاحتياطات العقارية البلدية:

1. تدمج نهائياً في الاحتياطات العقارية للبلدية المعنية الأراضي المدخلة في مساحات عمليات التعمير في شكل مناطق حضرية جديدة أو منطق صناعية، أو مناطق

(1) إسماعين شامة، المرجع السابق، ص 244.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أعمال و برامج سكنية و تجهيزية أخرى انطلقت قبل إصدار هذا القانون، وكانت حسب الحالات موضوع مداولات موافق عليها قانوناً، أو موضوع رخص للبناء أو رخص تجزئة الأراضي لأجل البناء أو أعمال إنسانية.

-وتجول هذه البلديات تلك القطع الأرضية إلى الهيئات العمومية الموجودة أو التي ستحدث بغية فتح المجال لمتابعة العمليات طبقاً للمخططات المقررة والكيفيات الأخرى لتصحيح عمليات شراء القطع الأرضية السالفة الذكر وبيعها هي تلك المنصوص عليها لتطبيق الأمر (26/74) المذكور.

-ويتحمل مستعمل القطعة مصاريف العمليات مع دفع التعويضات المحتملة.

2. تحول ملكية القطع الأرضية العادية التي اقتتبت بمقتضى الأمر (26/74) إلى هيئات عمومية محلية مختصة، تتولى تسييرها حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم.

3. تظل القطع الأخرى غير المبنية تحت تصرف ملاكها وتخضع لأحكام هذا القانون وأحكام التسريع المعمول به".

إذن فهذه الأراضي تكون موضوع إدماج نهائي في الاحتياطات العقارية للبلدية وتحول إلى الوكالات العقارية المحلية التي تتولى تسييرها، إلا أنها تحتفظ بتخصيصها الأصلي الممثل سواء في بناء سكنات، أو إقامة تجهيزات عمومية، أو مناطق صناعية أو نشاطات، وتكلف الوكالة في هذا المجال بمتابعة التعمير التي انطلقت فيها الجماعات المحلية، ولم تتم بعد عند صدور القانون المتضمن التوجيه العقاري. ويتعين لذلك توافر الشروط الثلاثة الثابتة:

1- أن تكون عمليات التعمير الواقعة على الأراضي المراد دمجها قد انطلقت قبل صدور قانون التوجيه العقاري أي قبل 1990/11/18.

2- أن تكون هاته العمليات محل ترخيص من السلطة الإدارية المختصة على شكل:

- مداولات مصادق عليها.
- قرار الإنشاء أو التخصيص صادر من الوالي.

- رخصة تجزئة.

- رخصة بناء.

3- أن تكون الأراضي واقعة داخل المحيط العمراني و غير مرجحة نهائيا عي الاحتياطات العقارية⁽¹⁾.

إذن تكون الأراضي المبنية الواقعة داخل محيط عمليات التهيئة والتعمير في شكل مناطق حضرية جديدة أو مناطق صناعية أو مناطق أعمال وبرامج سكنية وتجهيزية أخرى، مدمجة نهائيا في الاحتياطات العقارية للبلدية

- فبالنسبة للأراضي التابعة للخواص، فيجب التمييز بين حالتين:

• حالة الأراضي غير المدخلة في مساحات عمليات التعمير، حيث تظل تحت تصرف ملاكها.

• وحالة الأراضي المبرمجة للتعمير، والتي تكون محب نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، تدمج على إثرها في الاحتياطات العقارية للبلدية وخاصة الممارسة عليها حق الشفعة كذلك.

ثم تحول هذه الأراضي بقوة القانون من طرف البلدية إلى الوكالة المخلية للتسيير والتنظيم العقاري التي تضمن تسييرها، وذلك من أجل إمكانية متابعة العمليات التي تم الضروع فيها طبقا للمخططات المعدة.

- أما بالنسبة للأراضي الأخرى غير المبنية والتي لم تكن موضوع أي عقد تخصيص أو تنازل تحول بحكم القانون إلى الوكالات العقارية التي تتولى تسييرها.

- وبذلك يتكون احتياط عقاري، تحقق بموجبه الهيئة العمومية المكلفة بالتسيير والتنظيم العقاريين الأهداف الأولى المذكورة.

- هذا من جهة، ونشير إلى أن المشروع الفرنسي وليس بعيدا عن الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها المشروع الجزائري ينص على أن الشفعة في الأراضي الحضرية هي ذات غايات ووسائل عامة، تتجسد أساسا في احتجاجات الإسكان، والمرافق والأنشطة الاقتصادية

(1) أنظر المادة 86 من القانون (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري.

من خلال إنتاج الأراضي الصالحة للبناء، والعمل على سير عمليات الثراء بطريقة طبيعية معينة تنجح في تحقيق التوازن، بين توافر الأراضي وأسعارها، وهذه السياسة-الشفعة- تواجه صعوبات لأنها تعتمد على العديد من الشروط التي تختلف كثيرا عن لعبة العرض والطلب الحديثة، كما أن ثمن الأراضي يتأثر سلبيا في المعالم التي ليست ذات طابع اقتصادي، من جهة، ويتدخل المشروع بسياسة الشفعة أساسا للمحافظة على الخصائص الدقيقة وأهمية التداول في سوق الأراضي، كما يعتبر الشفعة من الإجراءات الاحترافية والوقائية للمحافظة على المناطق الطبيعية الحساسة ضد تجاوزات التخطيط الحضري غير الدقيق، وليست هي الوسيلة الوحيدة في قانون التعمير، وتمارس وفقه على نطاقين، نطاق إقليمي، ونطاق مادي، وقد اقتضت ضرورة البحث في الباب الأول أن وضحنا النطاق الإقليمي للشفعة وفصلنا في طبيعة وشكل العقار الحضري الذي تمارس فيه الشفعة باسم الدولة ولحسابها، و بالتالي فلم يكن هناك أي داع لتكرار ذلك، ونفس الحكم بالنسبة للشفيع الممثل في الوكالة الوطنية للتسيير والنظم العقاريين الحضريين.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالتصرف

إن كل التصرفات التي ترد على انتقال الملكية العقارية يعوض، يمكن أن نتكون محل استعمال حق الشفعة من طرف الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم الحضري، أي بصفة عامة البيوع باختلاف أنواعها عقد بيع من قبل الأطراف، فالعبرة أن تكون طبيعتها شبيهة بعقد البيع، ونذكر منها، البيع بالمزاد العلني ما لم يكن القانون قد ألزم ذلك البيع، والرهنينة أي وفاء عيني لدين، هذا ولا يمكن الاحتجاج بممارسة الشفعة في الحالات المذكورة.

وأما عن شروط ممارسة الشفعة من طرف الدولة في العقار السياحي وكذا المعاملات العقارية غير المصرح بثمنها الحقيقي، فهو موضوع البيان في المطلب الأخير من هذا المبحث.

المطلب الثالث: شروط الشفعة في العقار السياحي و بعض المعاملات العقارية

ويتخصص هذا المطلب، وعلى مدى فرعين بدراسة وتبيان شروط ممارسة الدولة حقها في الشفعة على كل تصرف وارد على عقار سياحي، كون مناطق هذا النوع من العقارات يحتوي على خصوصيات وامتيازات فهو يعد بمثابة أقطاب الجذب السياحي التي تدر فوائد جمة للاقتصاد الوطني بواسطة مناطق الجذابة والخالدة.

كما ندرس من جهة أخرى في فرع آخر شروط تدخل الدولة بممارسة الشفعة المقررة لها قانونا على معاملات واردة على عقارات أو منقولات معنوية (كمحل تجاري أو أحد عناصره)، بمقتضى قانون التسجيل لفائدة الخزينة العامة بغية وضع حد للغش والتهرب الضريبي في حالة عدم التصريح بالثمن الحقيقي للمعاملة محل الشفعة، وفيما يلي بيان ذلك.

الفرع الأول: شروط الشفعة في العقار السياحي

أن أساس الشفعة هو الأمر (62/66) المؤرخ في 1966/03/26 المتضمن المناطق والأماكن السياحية، وكذا المرسوم التنفيذي (70/98) المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتنمية السياحية وتحديد قانونها الأساسي، ثم المرسوم التنفيذي (385/06) المؤرخ في 2006/10/28 المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة، ومن هذه القوانين نستشف الشروط التالية:

أولاً: الشروط متعلقة بالهدف، فتسبب القرار بممارسة الشفعة لا يخرج عن كونه يسعى لتحقيق الأهداف التالية:

- 1- تحقيق مخطط خاص بالتنظيم السياحي.
- 2- حماية خصوصية المناطق السياحية ومواقع التوسيع السياحي وتجهيزها واستثمارها⁽¹⁾.
- 3- المحافظة على الخصائص والميزات الطبيعية، والثقافية والبشرية.
- 4- إقامة وتنمية المنشآت السياحية.

(1) أنظر المادة 01 من الأمر (62/66) المذكور أعلاه.

5- المحافظة على المنظر الخلاب، والأهمية التاريخية والفنية والأسطورية بحمايتها من التلف الطبيعي أو الناتج بفعل الإنسان⁽¹⁾.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالتصرف محل الشفعة إذ تمارس الدولة حقها في الشفعة على كل عقار قد يكون موضوع تصرف إرادي بعوض أو بدون عوض في عقار مبني أو غير مبني، داخل منطقة سياحية، ويترتب على ذلك:

1- أن يكون التصرف الوارد على العقار السياحي، تصرفاً إرادياً وبالتالي نستبعد البيع الجبرية بالمزاد العلني.

2- أن يكون التصرف يعوض أي بمقابل كالبيع، أو بدون مقابل أو عوض كالهبة، وهذا خلافاً للقواعد العامة للشفعة، حيث يشترط للأخذ بها، أن يكون هناك كبيع العقار.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالعقار إذ لا شفعة في غير مناطق التوسيع والمواقع السياحية، كما بينها وحددها بدقة المرسوم التنفيذي (10-131) المؤرخ في 2010/04/29 المتضمن تحديد مناطق التوسيع والمواقع السياحية والتصريح بها وتصنيفها، إذ صرح هذا المرسوم بقطع أراضي التراب الوطني وصنفها كمناطق توسع ومواقع سياحية، وقبله المرسوم التنفيذي (09-338) المؤرخ في 2009/10/22⁽²⁾.

رابعاً: أن يكون الشفيع، الوكالة الوطنية لتنمية السياحية المحدثة بموجب المرسوم التنفيذي (70/98) المذكور سابقاً.

الفرع الثاني : شروط ممارسة الشفعة وفق قانون التسجيل

يسمح قانون التسجيل بموجب المادة 101 منه للإدارة الجبائية ويمكنها من القيام بممارسة حقها في الشفعة، متى توافرت لديها الشروط الآتية:

أولاً: التصريح غير الحقيقي بقيمة المعاملة العقارية⁽³⁾، ويثبت ذلك بعد القيام بإجراءات إعادة تقييم الأموال المصرح بقيمتها بشكل أقل من قيمتها الحقيقية، خاصة وقد

(1) أنظر المادة 01 من المرسوم التنفيذي (70/98) المذكور أعلاه

(2) المرسوم التنفيذي (09-338) مؤرخ في 3 ذي القعدة 1430 الموافق لـ 22 أكتوبر 2009، يعدل الملحق بالمرسوم رقم (88-232) المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 1988 و المتضمن الإعلان عن مناطق التوسع السياحي.

(3) إن تدابير المادة 101 من قانون التسجيل في مجال نقص القيم تم تدعيمها، و هذا لتطبيق المرسوم التنفيذي رقم (93-273) المؤرخ في 10-11-1993 الذي يحدد القيم المعتمدة و المعمول بها أثناء إعادة التقويم بصفة آلية للعقارات المبنية أو غير المبنية.

بينت الخبرة أن هذا الإجراء لا يكفي لإجبار الخاضعين لضريبة على التصريح بالقيم الحقيقية للعمليات التي يقومون بها، فيصرحون بقيمة أقل من القيمة الحقيقية وهذا من أجل التهرب من الحقوق الواجبة، وهو السبب الذي جعل المشرع يلجأ إلى إجراء حق الشفعة، وفقا لمضمون نص المادة 118 من قانون التسجيل، وهو استقرت عليه أحكام القضاء كما جاء في القرار رقم 009/514 المؤرخ في 2003/01/21 الصادر عن مجلس الدولة، الغرفة الأولى: "... حيث أن الثمن المصرح به لا يناسب القيمة التجارية الحقيقية في السوق العقارية، وأن المادة 101 من قانون التسجيل تعطي الحق في هذه الحالة لإدارة الضرائب بإعادة وضع تقييم جديد، و بناء عليه فإن الاستئناف الحالي غير مؤسس ويتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف.

ثانيا: ممارسة الدولة للشفعة خلال سنة من تاريخ تسجيل المعاملة، وإلا سقط حقها في ذلك، وهو ما أكدته أحكام القضاء كما جاء به القرار رقم 96/235 الصادر في 1996/07/20 عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء البلدة:

"... احتياطيا في الموضوع: نقول أن ادعاءات المدعى غير مؤسسة لأن إدارة التسجيل بلغت له بتاريخ 19/02/1985 أي في خلال السنة مارستها وحق الشفعة مع عرض الثمن المصرح به زائد العشر، وعليه رفض دعواه لعدم تأسيسها.

ثالثا: وجود شفيع ممثل للدولة، وقانونا هو مديرية الضرائب، وهو أيضا ما أكدته القرار رقم 96/235 المذكور أعلاه حيث جاء فيه: "... حيث أن المدعى رفع الدعوى ضد إدارة التسجيل بدلا من مديرية الضرائب المخولة قانونا لتمثيل الدولة في مثل هذه المنازعات

..."

رابعا: هذه الشفعة هو محاربة الغش، ومكافحة التهرب الضريبي، ولا يخرج تسبب القرار عن هذا الهدف وإلا تعرض للطعن، وعدم القبول، وهو ما أكدته القرار 96/235 المذكور أعلاه أيضا: "... حيث أن هذا الإجراء هو الوحيد المطالب به قانونا لأن حق الشفعة المنصوص عليه في قانون التسجيل هو إجراء خاص يهدف لمحاربة الغش، وهو من صلاحيات السلطة العامة المخولة لإدارة الضرائب..."

خامساً: محل الشفعة هو معاملة عقارية واردة على عقار أو متقلد معنوي كمحل تجاري أو أحد عناصره.

مقارنة:

من خلال الدراسة المفصلة لشروط الشفعة في رحاب كل من الفكر القانوني وفكر الشريعة الإسلامية، لا يمكننا أن نستخلص إلا أمر هاماً، هو أن الشريعة الغراء لم تترك مجالاً للسؤال عن أي من نقاط موضوع شروط الشفعة لتكون بحق الأكل والأعظم في كل زمان ومكان، سواء ما تعلق بشروط العقار المشفوع فيه الذي فصلت مدى إمكانية الشفعة حتى في حمام الدور، أو ما تعلق بشروط التصرف فلم يعقل ولم يغفل ولم يخفي عليها أي تصرف من التصرفات أو العقود التي تحرز والتي لا تجوز فيها الشفعة، أما شرط انعدام موانع الشفعة ومسقطا شرط، فنجد الفكر القانوني قد أحال إلى الفكر الشرعي في عدة مواضع لم يناقشها القانون ولم يضع لها أحكاماً، كمدى سقوط الحق في الشفعة عند الوفاة، وأمور كثيرة أخرى كالحالات التي تضمنها مبدأ عدم تجزئه الشفعة، والتي بينهاها سابقاً بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية كونها المصدر المادي والتاريخي لأحكام الشفعة، وكذا مسألة الثمن فإن قال الفقه القانوني يركن الثمن كمشفوع بها فقهاء الشريعة الإسلامية طرحوا أسئلة حول هذا الموضوع، فقالوا: بماذا يأخذ الشفيع؟ وكم يأخذ؟ ومتى يأخذ؟ ووجدنا الإجابة لديهم بالتفصيل الممل وبالأدلة الكثيرة الوافية عن النبي صلى الله عليه وسلم، فلم نرى من خلال الدراسة في هذا الفصل ولا في ما سبقه أيضاً إلا التفسير الوافي والشرح الكافي لكل نقطة من بحر الشفعة في الشريعة الإسلامية، وعليه ضمن فصل بيان الشروط هذا، نجد اتفاق الفكرين - الشرعي والقانوني - حول شرط كون الشفعة في العقار المشاع فقط وأن تكون بعقد معاوضة وشرط كون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع، وعدم رضاه بالبيع، وأهم الشروط القيام الشفعة انعدام موانعها التي تطيل الشفعة ابتداء قبل أحقيتها، وكذا انعدام مسقطات الشفعة التي تسقط حق الأخذ بالشفعة بعد ثبوت أحقيتها للشفيع خلال مدد معينة لإجراءات محددة، والتي نجد أن الشريعة الإسلامية قد أوفت كل ما يثير التساؤل

بإجابة دقيقة وبالأدلة الماثورة، فتميزت عن القانون ببيان نقاط فرعية هامة بإمكانها إسقاط الشفعة عن الشفيع وهي:

- بيع الشفيع ماله الشفعة فيه بالوكالة عن غيره.
- بيع الولي ماله فيه الشفعة نيابة عن غيره.
- تصرف الشفيع المضارب في مالي المضاربة.
- مساومة الشفيع للمشتري.
- طلب الشفيع قسمة المال المشفوع فيه.

وهي مسائل غاية في الأهمية في عصرنا هذا والتي لا تجد لها إجابات في قانون الشفعة، ومسائل أخرى تفردت ببيانها بالفصل كتب الفقه الإسلامي كشفة الجوار، وفضلا عن هذا النقص الملموس على القانون المدني في بيان المسائل الفرعية الهامة لعصرنا هذا، نجده يحيل إلى الشريعة الإسلامية أيضا في أمور جوهرية ناقشها الفقه القانوني على ضوء الشريعة، الكاملة الغراء، كمسألة تنازل الشفيع عن الشفعة، ومسألة مدى انتقال الشفعة بالميراث.

وفي هذا الصدد لا تفوتنا الإشارة إلى أمر هام هو التفرقة بين مدد التقادم ومدد السقوط، فقد اتفق كل من الفكر الإسلامي وكذا الفكر القانوني على أن المدد المقررة في الشفعة هي مدد سقوط لا تقادم، لان حق الشفعة حق ناقص غير كامل، فلا يدلله من إجراءات، والحق يتعلق وجوده نهائيا عليها، فإذا لم يحصل في المدد المعينة زال الحق المعلق وعله فلا تقبل المدد وقفا ولا قطعا، فإذا رفعت الدعوى، ولم تقيد، فلا يجوز اعتبار مجر رفاها سببا كافيا لقطع مدة الإجراءات، ولذلك يسقط حق الشفعة إذا رفعت الدعوى في مدة الثلاثين يوما، و لكن لم يقيد بها في بحر هذه المدة، وأن قواعد السقوط في الشفعة قررها القانون والحق ذاته مستمد منه، فالفرق بين مدة السقوط في الشفعة قررها القانون والحق ذاته مستمد منه، فالفرق بين مدة السقوط ومدة التقادم فرق عظيم، فالتقادم يقيد أن هناك حق تكون من قبل وتام التكوين لا ينقصه شيء لخلقه وإيجاده، وهذا الحق الكامل تام الخلق والوجود يسقط إذا مضت مدة دون المطالبة به، وإما مدة السقوط فهي مدة خاصة يحق خاضع

لإجراءات خاصة، ومقيد بقيود معنية، بحيث لا يعتبر بدون هذه الإجراءات حق كامل الخلق والوجود، ولأن الشفعة بمجرد البيع تكون رخصة في التملك - كما اشرنا إلى ذلك في مواضع سابقة أو بإعلان الرغبة تصبح حقا في التملك ولا تكون حقا في الملك إلا بصدر الحكم النهائي أو بتراضي الأطراف - كما نثبتته لاحقا في الفصل الموالم - وعلى ذلك فان هذه الرخصة وذلك الحق في التملك لا تخضع لأحكام التقدم، حيث لا يسري التقدم إلا على الحقوق المكتملة وإنما نخضع لأحكام السقوط التي نتناول الرخص دون الحقوق.

ومن ذلك نرى أن حق الشفعة حق ناقص غير كامل، لابد له من إجراءات، بخلاف الحق الكامل تام الوجود فليست له إجراءات لازمة لسد النقص فيه، مادام انه كامل غير ناقص ولابد في الإجراءات الخاصة بالشفعة أن تحصل في أوقات معينة لأن الحق معلق وجوده وجودا نهائيا على هذه الإجراءات المبينة في الفصل الثاني الآتية أحكامه.

الفصل الثاني : إجراءات الشفعة.

إذا كان الفكر القانوني يقر بأن حق الشفعة، حق خاضع لإجراءات خاصة، ومقيد يقود دقيقة، بحيث لا يعتبر بدون هذه الإجراءات حقا كامل الوجود والحلق، فقيه لا يعتبر الشفيع مالكا ملكا تاما بمجرد حصول البيع من المالك للعقار المشفوع للمشتري منه، بل لا بد له لأجل تكوين هذا الحق تكويننا كاملا أن يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف مدة معينة، وأن يرفع الدعوى في مدة معينة بحيث إذا لم يعمل ذلك في المدد المذكورة يزول عنه الحق الناقص الذي قرر له البيع، و يعبر عن ذلك الفكر الإسلامي بالحق الضعيف، إذ أن اعتبار الشفعة حق ضعيف شرع على خلاف الأصل العام في التملك، انعكس على طريقة الوصول إلى الحق موضوع الشفعة، فأحيط التملك عن طريقها بمجموعة من الإجراءات التي ينبغي على الشفيع التقيد بها، ومراعاتها بدقة، والاحتراز على مواعيدها الدقيقة وأحكامها الضيقة. وعلى ذلك جاء تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، حيث نخصص المبحث الأول لبيان إجراءات الشفعة في الفكر الإسلامي، ونتعرض في المبحث الثاني لإجراءات الشفعة وفقا للقانون المدني الجزائري، ونبين في المبحث الثالث إجراءات الشفعة في التشريعات الخاصة الجزائرية المنظمة لإجراءات ممارسة الدولة للشفعة عن طريق هيئاتها المختلفة ومجالاتها المتعددة.

المبحث الأول : الإجراءات في الفكر الإسلامي

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية بأن الشفعة حق ضعيف، ولا تكون سبيلا للتملك بها، إلا باتخاذ إجراءات خاصة يطلبها من الشفيع، بمجرد العلم بالبيع، حتى يحكم له بها، ويستحسن قبل التعرض لشرح الإجراءاتيين الهامين اللذين يمر بهما الشفيع، بيان اختلاف الفقهاء هل وقت وجوب الشفعة أو وقت طلبها، وذلك في المطلب الأول من هذا المبحث ، ونخصص المطلب الثاني لشرح أحكام إجراء طلب الموائبة، ويضيف فقهاء الحنفية له طلب التقرير والإشهاد، أما المطلب الثالث فنشرح فيه الإجراءات الذي تتحقق به الملكية، وهو طلب الخصومة والتملك.

المطلب الأول: وقت طلب الشفعة

إن وقت طلب الشفعة، هو وقت علم الشفيع بالبيع، حتى لو سكت عن طلب بعد البيع، طلب بل العلم به لم تبطل شفيعته، لأنه ترك الطلب قبل وقته، ثم إن علمه بالبيع قد يحصل بإخبار غيره، وأما شرطه فهو أن يكون على فور العلم بالبيع، إذا كان قادراً عليه حتى ولو علم بالبيع، وسكت عن الطلب مع القدر: بطل حق الشفعة.

ويتحقق علم الشفعة بحصول البيع لدى فقهاء الحنفية بالعدد، حيث ذهب أبو حنيفة بأنه يشترط في المخبر إما العدد، أي أن يكون المخبر رجلين أو رجلاً أو امرأتين، وإما العدالة، أي أن يكون المخبر شخص واحداً عدلاً، كون هذا الإخبار فيه معنى الإلزام، نظراً لأنه يترتب عليه سقوط حق الشفيع إذ لم يطلب الشفعة بعد الخبر، فأشبهه بالشهادة، ومن ثم لا بد من توافر أحد شرطي الشهادة في هذا الخبر وهو العدد أو العدالة⁽¹⁾، أما أبو يوسف ومحمد بن الحسن⁽²⁾ فلا يشترطان في المخبر العدد أو العدالة، ومن ثم يثبت علم الشفيع بالبيع إذ أخبره شخص واحد سواء كان عدلاً أو فاسقاً، بالغاً أو صبيّاً، ذكراً أو أنثى فأجمع فقهاء الحنفية⁽³⁾، بأنه يثبت علم الشفيع اليسع إذ كان المخبر رجلاً واحداً غير عدل، يشترط أن يصدقه الشفيع في ذلك، أما إن كذب الشفيع هذا الخبر، فيرى أبو حنيفة عدم تحقيق علم الشفيع بالبيع حتى وإن ظهر صدق الخبر، على عكس أبي يوسف ومحمد بن الحسن اللذين يريان تحقق العلم بالبيع إذ ظهر صدق الخبر، كما يجمع فقهاء الحنفية أيضاً بأن علم الشفيع بحصول البيع يتحقق إذ أخبر المشتري الشفيع بنفسه، حتى وإن لم يكن المشتري عدلاً، لأن المشتري خصم، و العدالة غير معتبرة في الخصوم.

أما فقهاء المذهب المالكي، فإن علم الشفيع بحصول البيع المشفوع فيه يتحقق عن طريق حضور الشفيع مجلس عقد البيع المشفوع فيه، أو كتابة شهادته في وثيقة البيع، كما يمكن أن يتحقق علم الشفيع مجلس عقد المشفوع فيه، أو كتابة شهادة في وثيقة البيع، كما يمكن أن يتحقق علم الشفيع بالبيع بحياسة المشتري للعين المبيعة وتصرفه فيها بالحرث أو

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 243.

(2) لشيخ نظام و جماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 172.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

البناء أو غيرها بشرط أن يكون الشفيع حاضرا، ويرى هذه التصرفات، وفي غيره هذه الأحوال إذ ادعى الشفيع عدم العلم بالبيع فإنه يصدق بيمينه⁽¹⁾.

ويتحقق علم الشفيع بحصول البيع في الفقه الشافعي⁽²⁾، إذ كان المخبر عدلين ولو جهلت عدالتهم أو عدلا وامرأتين لأن شهادتهما مقبولة، وكذلك إذا كان المخبر شخصا واحدا ثقة سواء كان رجلا أو امرأة، أما إذا أخبره من لا يقبل خبره كالفسق والصبي، وغيرهما فإن علمه بالبيع لا يتحقق، بشرط أن لا يبلغ المخبرون للشفيع حد الثوار، فإن بلغ المخبرون حد التواتر ولو كانوا صبيانا أو كفارا أو فساقا فإن هذا يؤدي إلى علم الشفيع بالبيع.

أما الفقهاء الحنابلة⁽³⁾، فيرون ثبوت علم الشفيع بحصول البيع ومن ثم يبدأ ميعاد السقوط، إذ أخبر الشفيع مخبر سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا يقبل بشرط أن يصدق الشفيع، لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدق، كما أنه قد يحصل العلم بالبيع إذ كان المخبر ممن بشهادته كرجلين عدلين، حتى وإن لم يصدقهما الشفيع، لأن قولها حجة تثبت بها الحقوق، ويتحقق علم الشفيع بالبيع أيضا إذ أخبره رجل عدل واحد، لأن الخبر لا يتطلب فيه شروط الشهادة، وبالتالي يقبل الخبر من العدل كالرواية والإفتاء وسائر الأخبار الدينية، كما أن الخبر يختلف عن الشهادة كون الشهادة، يحتاط لها باللفظ والمجلس، وحضور المدعى عليه وإنكاره، وتوجب الحق على المنكر، وهذه الأمور غير متطلبة في الخير.

وأما وقت طلب الشفعة فيه لدى فقهاء المذاهب الأربعة، أقوال مختلفة نخصص فروع هذا المطلب لبيان تلك الآراء والأقوال.

الفرع الأول: في الفكر المالكي

تختلف المواعيد التي حددها فقهاء المالكية كطلب الشفيع الأخذ بالشفعة في الحالة الاعتيادية التي يطلب فيها الشفيع الشفعة عن المواعيد المحددة لطلب الشفعة في حالة رفع المشتري دعوى ضد الشفيع لمطالبته بالإعراب عن رأيه في الأخذ بالشفعة أو تركها⁽⁴⁾.

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 189

(2) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 308

(3) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 479-480.

(4) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 219.

أولاً: الحالة الاعتيادية لطلب الشفيع الأخذ بالشفعة

فرق فقهاء المالكية في ميعاد طلب حق الشفيع في الشفعة في الحالة الاعتيادية التي يطلب فيها الشفيع الشفعة بين أن يكون الشفيع حاضراً في البلد، وبين أن يكون الشفيع غائباً عن البلد.

1- الشفيع الحاضر:

إذا كان الشفيع حاضراً في البلد، فإن الأمر لا يخلو من فرضين هما، أحدهما أن يكون الشفيع غير عالم بالبيع، والثاني أن يكون عالماً به، ففي الفرض الأول فإن الشفعة لا تسقط بعدم الطلب أبداً طالما ظل الشفيع غير عالم بالبيع⁽¹⁾، أما في العرض الثاني فإن ميعاد الطلب تختلف تبعاً لما إذا كان الشفيع قد كتب شهادته في وثيقة البيع، أو لم يكتب شهادته في وثيقة البيع، ففي الحالة الأولى فإن ميعاد طلب الشفعة هي شهران يبدأ من وقت عقد البيع⁽²⁾، باعتبار وقت العقد هو وقت العلم بالبيع، أما في الحالة الثانية فإن ميعاد الطلب يكون سنة كاملة يبدأ من العلم بالبيع، وليس من وقت عقد البيع⁽³⁾، فإذا مرت هذه المواعيد، ولم يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة حقه فيها.

2- الشفيع الغائب:

أما الشفيع الغائب عن البلد، فإما أن يكون غائباً عند إبرام عقد البيع المشفوع فيه، وإما أن يكون غيابه بعد عقد البيع، ولكل حالة من الحالتين حكمهما الخاص.

أ - غياب الشفيع حين العقد:

إذا كان الشفيع غائباً عن البلد من العقد فإنها لا توجد مدة لسقوط الشفعة سواء علم بالبيع أو لم يعلم "... (قلت) رأيت الغائب إذا علم بالشراء وهو شفيع ولم يقدم بطلب الشفعة حتى متى تكون له الشفعة، (قال) قال مالك لا تقطع عن الغائب الشفعة بغيبته (قلت) علم أو لم يعلم (قال) ليس ذلك عندي إلا فيما علم وأما فيما لا يعلم فليس فيه كلام ولو كان حاضراً..."⁽⁴⁾، ويفهم من ذلك أن حق الشفيع الغائب في الشفعة يظل باقياً مهما طالت فترة

(1) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 418.

(2) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 227.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 187.

(4) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 418.

غيابه، أما إذا عاد الشفيع الغائب من سفره، فإن حكمه حكم الشفيع الحاضر العالم بالبيع، والذي يكون له الحق في طلب الشفعة خلال مدة سنة⁽¹⁾، وتبدأ في هذه المدة في سريان من تاريخ علم الشفيع بعد رجوعه من غيبته إذا لم يكن قد علم أثناء غيابه، أما إذا علم أثناء غيابه فإن المدة تبدأ في السريان من تاريخ رجوعه من غيبته مباشرة.

ب - غياب الشفيع بعد إبرام العقد:

إذا كان غياب الشفيع بعد إبرام عقد البيع وكان عالم بالبيع، فإن مدة طلب الشفعة تكون سنة كاملة تبدأ في السريان من وقت العلم بالبيع، أما إذا كان الشفيع عالماً بالبيع، وكتب شهادته في وثيقة البيع، فإذا لم يطلب الشفعة خلال هذه المواعيد سقطت شفعته، كل ذلك ما لم يعيقه عائق قصري عن الحضور، فإذا لم يتمكن من الحضور لعائق قهري وشهدت له بينه أو قرينه وحلف يمين بأنه على شفعته، أي أنه لم يتنازل عن الشفعة، فإن حقه في الشفعة لا يسقط ولو طال الزمن⁽²⁾.

والغيبة المقصودة في تطبيق أحكام الشفعة، هي الغيبة في مكان بعيد، أما إذا كان الشفيع الغائب في مكان قريب من مكان المشتري، ولا كلفة عليه في الذهاب إلى هذا المكان، فإنه يعامل كالشفيع الحاضر، وبالتالي فإن شفعته تسقط بمضي سنة من تاريخ العلم بالبيع⁽³⁾، وحد الغيبة القريبة التي يعتبر فيها الشفيع كالحاضر يرجع إلى اجتهاد القاضي بحسب الظروف والأحوال⁽⁴⁾.

كما أن الغيبة المعتبرة هي غيبة الشفيع عن بلد المشتري المشفوع منه، ومن ثم إذا كان المشفوع منه غائبا هو أيضا في نفس بلد الشفيع، وكان العقار المبيع في غير هذا البلد، فإن الشفيع يعتبر حاضرا، وبالتالي فإن الشفعة تسقط بعدم المطالبة بها بعد مرور سنة تاريخ العلم بالبيع⁽⁵⁾.

(1) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 229.

(2) محمد بن أحمد عرفة، الدسوقي، المرجع السابق، ص 228.

(3) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 222.

(4) محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 252.

(5) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص ص 418-419.

ثانياً: حالة مبادرة المشتري برفع الدعوى ضد الشفيع

إذا كان فقهاء المذهب المالكي قد توسعوا في مواعيد طلب الشفعة فأعطوا الشفيع أجلاً طويلاً لطلب الشفعة، وهذا من شأنه أن يلحق الضرر بالمشتري المشفوع منه، فيظل مهتماً باستعمال الشفعة من قبل الشفيع خلال تلك المواعيد الطويلة، إلا أنهم مع ذلك قد ابتكروا وسيلة عملية تمكن المشتري من اختزال تلك الآجال الطويلة، وتخلصه من تهديد الشفيع باستعمال حق الشفعة، وهذه الوسيلة تتمثل في أحقية المشتري بمطالبة الشفيع بالإعراب عن رأيه في حق الشفعة فيما إذا كان يأخذ بها أو لا، وعليه فإن المشتري المشفوع منه إذا استخدم هذه الوسيلة فإنه يستطيع أن يفتح أمام الشفيع مواعيد أخرى قصيرة لطلب الشفعة غير تلك المواعيد الطويلة المذكورة سلفاً، أي أن المشتري يقوم باستعمال الشفيع بالأخذ أو الترك حسب تعبير فقهاء المذهب المالكي، وذلك حتى لا يلحقه الضرر من انتظار الشفيع كي يأخذ بالشفعة وفقاً للمواعيد الطويلة⁽¹⁾.

وقد اشترط فقهاء المالكية⁽²⁾، وجوب أن يكون استعجال الشفيع أم القضاء، عن طريق دعوى يرفعها المشتري ضد الشفيع يطالبه فيها بالأخذ بالشفعة أو تركها، ومن ثم فإن المشتري إذا طلب من الشفيع الإعراب عن موقفه من الشفعة بوسيلة أخرى غير الدعوى فإن ذلك لا ينسخ أي أثر، وبالتالي فلا يلزم الشفيع أن يعرب فوراً عن رأيه في الشفعة، وإنما يبقى على حقه في الشفعة إلى أن تنتهي المدة التي يحق له طلب الشفعة خلالها، أو إلى أن يصرح الشفيع بإسقاط حقه في الشفعة.

وعلى هذا الأساس فإن المشتري، إذا رفع دعوى ضد الشفيع طالبا منه الإعراب عن رأيه في الشفعة، فإن المواعيد المقررة لسقوط الشفعة والأحكام المتعلقة بها تختلف في ذلك تبعاً للموقف الذي يتخذه الشفيع أو الشفيع في ذلك قد يتخذ واحداً من أربعة خيارات، إما أن يترك الأخذ بالشفعة، أو يأخذ بها، أو يرفض الإفصاح عن رأيه في الأخذ أو الترك، أو يطلب من القاضي إمهاله أجلاً للأخذ أو الترك⁽³⁾.

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص222.

(2) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص199.

(3) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص223.

الفرض الأول: وهو أن يترك الشفيع الأخذ بالشفعة، ففي هذا الفرض فإنه من المنطقي أن يحكم القاضي مباشرة بسقوط الشفعة لتنازل الشفيع عنها، وبالتالي يستقر المال المشفوع فيه بيد المشتري بصفة نهائية.

الفرض الثاني: وهو أن يقرر الشفيع الأخذ بالشفعة، ففي هذا الفرض فإن القاضي يمنح الشفيع أجل ثلاثة أيام كي يؤدي الثمن والمصاريف خلالها للمشتري، فإذا لم يؤدها للمشتري خلال هذه المدة سقط حقه في الشفعة⁽¹⁾.

الفرض الثالث: وهو أن يرفض الشفيع الإفصاح، عن رأيه في الأخذ أو الترك، فإذا طلب منه المشتري ذلك، فإن القاضي هذه الحالة لا يملك سوى خياراً واحداً هو الحكم بسقوط شفعته فوراً.

الفرض الرابع: وهو أن يطلب الشفيع إعطاء مهلة كي يقرر الأخذ بالشفعة أو يتركها، والشفيع قد يطلب هذه المهلة إما لغرض التروي لينظر هل يشفع أو لا، وإما لغرض النظر إلى المال المشفوع فيه، أو لغرض إحضار الثمن:

1- طلب الشفيع التروي لينظر هل يشفع أم لا:

إذا طلب الشفيع إعطاء مهلة التروي لينظر هل يشفع أم لا، فإن للمالكية في ذلك رأيين⁽²⁾:

الرأي الأول: وهو أن القاضي يمنحه أجل ثلاثة أيام كي يتروي خلالها، ومن ثم يقرر أن يطلب الشفعة أو يتركها، فإذا مر هذا الجل من غير أن يطلب الشفيع الشفعة أو يتركها سقط حقه فيها.

الرأي الثاني: وهو أن القاضي لا يمنحه أجل للتروي ولو ساعة، وإنما يأمره بأن يعرب عن موقفه فوراً، فإن ذكر أنه يشفع حكم له بالشفعة، وإن صرح بأنه يتنازل عنها، سجل القاضي ذلك، ولا يبقى له أي حق في الشفعة، وإن امتنع الشفيع من الإعراب عن رأيه، أو أصر على طلب أجل للتروي حكم القاضي بسقوط حقه في الشفعة، وهذا الرأي هو المشهور، والمعمول به في المذهب المالكي.

(1) محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص256.

(2) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص232.

2- طلب الشفيع النظر إلى المال المشفوع فيه:

إذا طلب الشفيع من القاضي منحه مهلة كي ينظر إلى المال المشفوع فيه، ثم يقرر بعد ذلك هل يأخذ بالشفعة أم يترك، فإن للفقهاء⁽¹⁾، ثلاثة آراء في هذه المسألة وهي:

الرأي الأول: يجب على القاضي أن يمنح الشفيع أجلاً بمقدار مدة المسافة ذهاباً إلى المكان الموجود فيه العقار، ثم الرجوع مضافاً إليه مدة النظر، فإذا لم يأخذ بالشفعة بعد انقضاء هذا الأجل سقط حقه في الشفعة.

الرأي الثاني: إذا كانت المسافة بين مكان العقار أو مكان الشفيع لا تزيد عن ساعة، أمهل القاضي الشفيع أجل بقدر هذه المسافة، أما إذا زادت المسافة عن الساعة فلا يمهل، بل يستعجله القاضي في الأخذ أو الترك، ولكن ينبغي أن يوصف له العقار المبيع، إذ لا بد من علم المشتري بما اشتراه و لو بالوصف.

الرأي الثالث: لا يمهل الشفيع، بل يستعجله القاضي في أخذ الشفعة حالاً، أو تركها حالاً، بشرط أن يوصف له العقار للمبيع، فإن لم يأخذ بالشفعة حالاً أو يتركها حالاً، حكم القاضي بسقوطها.

3- طلب الشفيع أجلاً لإحضار الثمن:

إذا طلب الشفيع من القاضي أجلاً لإحضار الثمن، فإن القاضي يمنحه أجل ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإذا لم يحضر الشفيع الثمن في الأجل الممنوح له و طلب المشتري الحكم بسقوط الشفعة، حكم القاضي بسقوطها⁽²⁾.

الفرع الثاني: في الفكر الحنفي

اختلف فقهاء الحنفية في ميعاد طلب الشفعة، الذي يجب على الشفيع القيام به كي يحافظ على حقه في الشفعة إلى رأيين بارزين:

الرأي الأول: (الطلب فور العلم)

وهو رأي عامة مشائخ المذهب⁽³⁾، وذهب هذا الرأي بأنه يلزم الشفيع طلب الموائبة فور علمه بالمبيع، فإذا علم الشفيع بالمبيع علماً يعتد به، ولم يطلب الشفعة فور هذا العلم أو علم

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 119.

(2) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 234.

(3) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ص ص 242-243.

وسكت ولو لمدة قصيرة أو تكلم بكلام لغو، سقط حقه في الشفعة.
وتطبيقاً للفورية في طلب الشفعة بعد العلم بالبيع، قال أصحاب هذا الرأي، بأنه لو أخبر الشفيع بكتاب، وكانت عبارة البيع والتمن والمشتري في أوله أو في وسطه، وتمادى الشفيع في القراءة إلى آخر الكتاب، سقط حقه في الشفعة، لأن تماديه في القراءة دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

وسند أصحاب هذا الرأي، ودليلهم ما رواه محمد بن عبد الرحمن بن البيهقي عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: "الشفعة كحل العقال"، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: "إنما الشفعة لمن واثبها"⁽²⁾، ولن الشفعة حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس، إذ الأخذ بالشفعة يملك مال معصوم بغير إذن مالكة لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم، فلا يستقر إلا بالطلب على الموائبة⁽³⁾.

وقد أخذت مجلة الحكام العدلية بهذا الرأي، حيث جاء في المادة 1029 منها، بأنه يلزم الشفيع أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال، كقوله أنا الشفيع المبيع، أو أطلبه بالشفعة، ويقال لهذا الطلب طلب الموائبة، ورتبت المجلة على تأخير الشفيع طلب الموائبة، سقوط حقه في الشفعة بنص المادة 1032 منها، وهذا الرأي هو أحد قولي لإمام محمد بن الحسن، و عليه الفتوى في المذهب الحنفي⁽⁴⁾.

ثانياً: الرأي الثاني: (الطلب إلى نهاية مجلس العلم)

وهو رأي الشيخ أبي الحسن الكرخي، وهو أحد قولي الإمام محمد بن الحسن، وميعاد طلب الشفعة عندهم يمتد إلى نهاية مجلس العلم بالبيع، ما لم يصدر من الشفيع ما يدل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة فإذا عم الشفيع بالبيع، ولم يطلب الشفعة في مجلس علمه سقط حقه في طلب الشفعة.

ولا يعتبر إعراضاً عن طلب الشفعة في مجلس العلم وفقاً لهذا الرأي، قول الشفيع بعد علمه بالبيع، الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قوله سبحانه الله، لأن الأول حمد لله على

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزليعي، المرجع السابق، ص 243.

(2) محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 87.

(3) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 117.

(4) علي حيدر، المرجع السابق، ص 577.

الخلاص من جوار البائع، والثاني تعجب منه لقصد إضراره، والثالث لافتتاح كلامه، كما لا يعتبر إعراضاً عن طلب الشفعة أيضاً سؤال الشفيع عن الثمن الذي يبعث به العين، أو سؤاله عن المشتري، لأنه قد يرضى بالعين المبيعة بثمن دون ثمن، وقد يرضى بمجاورة إنسان دون غيره، ففي كل هذه الأحوال فإن ذلك لا يعد إعراضاً في طلب الشفعة، ومن ثم فلا يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة.

وحجة أصحاب هذا الرأي، هو أن خيار الشفعة أشبه بخيار القبول الموجه إلى المشتري، والذي يمتد إلى نهاية المجلس ما لم يظهر من المشتري ما يستدل به على الإعراض عن القبول، وكالمخبرة في الطلاق، بالإضافة إلى هذا، فإن حق الشفعة قد ثبت للشفيع دفعا للضرر، وبالتالي فإنه يحتاج إلى التأمل أن المبيع يصلح له بمثل الثمن، وأنه يتضرر بشراكة أو جوار المشتري فيأخذ الشفعة، أو لا يتضرر فيترك كل ذلك يستلزم القول بامتداد ميعاد طلب الموائبة نهاية مجلس العلم بالبيع⁽¹⁾.

الفرع الثالث: في الفكر الشافعي

يرى فقهاء الشافعية أن ميعاد طلب الشفعة يختلف تبعا لعلم الشفيع بالبيع المشفوع فيه، أو عدم علمه بهذا البيع، وسنبين فيما يلي حكم كل حالة:

أولاً: علم الشفيع بالبيع

إذا علم الشفيع بالبيع المشفوع فله فيه حالتان، إما أن يكون قادراً على الطلب، وإما أن يكون غير قادر على الطلب.

1- الشفيع العالم بالبيع القادر على الطلب:

اختلف فقهاء الشافعية في ميعاد الطلب المسقط لحق الشفيع إذا علم الشفيع بالبيع مع القدرة على الطلب إلى أربعة أقوال هي:

القول الأول: أن ميعاد طلب الشفعة على الفور⁽²⁾، فإن علم الشفيع بالبيع المشفوع فيه ولم يبادر إلى طلب الشفعة فور علمه سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وهذا القول هو اخطر أقوال الشافعية.

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص218.

(2) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص307.

ودليلهم على أن طلب الشفعة على الفور، هو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "الشفعة لمن واثبها، وكذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الشفعة كحل العقل فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه⁽¹⁾، كما أن الشفعة حق ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب⁽²⁾.

وضابط الفورية في طلب الشفعة، وفقا لهذا القول يرجع إلى العرف، فما عدة العرف ثوانيا وتقصيرا في الطلب، كان مسقطا للشفعة، وما لا يعده العرف كذلك لا يسقط الحق في الشفعة⁽³⁾، ووفقا لذلك فقد ذكر الفقهاء بعض الحالات التي لا يعد فيها الشفيع تاركا لطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ومنها، قول الشفيع السلام عليكم أنا مطالب بالشفعة، لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة لأنه يجوز الدعاء للصفقة بالبركة كونها أوصلته إلى الأخذ بالشفعة، كما لا يعد ثوانيا عن طلب الشفعة أيضا إتمام الصلاة أو الطهارة أو الطعام أو لبس الثوب أو إغلاق الباب، كل هذه الحالات تعد إخلالا بالفورية في طلب الشفعة ومن ثم فلا يؤدي إلى سقوط الشفعة.

وقد استثنى فقهاء الشافعية من الفورية في طلب الشفعة عشر صور، فلا يلزم طلب الشفعة على الفور في هذه الصور، وهي إذا اشترط الخيار للبائع أو للبائع والمشتري التأخير لانتظار إدراك الورع وحصاده، إذ أخبر بالبيع على غير ما وقع من زيادة في الثمن، إذا كان أحد الشفيعين غائبا فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلى حضوره، إذ اشترى المشتري يؤجل، إذ ادعى الشفيع عدم علمه بأن الشفعة على الفور، إذا كان المال المشفوع به مغصوبا، إذا أخذ الولي الشفعة لليتيم، إذا بلغ الشفيع الشراء بثمن مجهول

القول الثاني: أن ميعاد طلب الشفعة على التأييد⁽⁴⁾، أي أن الشفعة لا تسقط بعدم الطلب مطلقا، ما لم يتم إسقاطها بسبب من أسباب السقوط، و تتحصر أسباب السقوط وفقا لذلك في ثلاثة أقوال⁽⁵⁾:

(1) محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 87.

(2) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 319.

(3) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 319.

(4) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ص 216.

(5) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 323.

القول الأول: أن الشفعة تسقط بالتنازل الصريح عنها أو بالتنازل الضمني، أو بان يرفع المشتري الأمر إلى القاضي، فيلزم الشفيع الخ ذاو الترك، فإن أخذ و إلا حكم بسقوط الشفعة.

القول الثاني: أن الشفعة تسقط إما بالتنازل الصريح منا، أو بالتنازل الضمني.

القول الثالث: أن الشفعة تسقط بالتنازل الصريح عنها فقط، أما ما عدا ذلك فلا تسقط به الشفعة.

والدليل على أن الشفعة على التأييد، وفقا لهذا القول هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "فإن باع المشترك أحق به حتى يؤذنه⁽¹⁾، و لن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون، بالإضافة إلى ذلك فإن الشفعة مثلها مثل الخيار في القصاص، لا تسقط إلا بالتنازل⁽²⁾.

القول الثالث: أن ميعاد طلب الشفعة هو ثلاثة أيام⁽³⁾، يبدأ من تاريخ العلم بالبيع، فإذا لم يطلب الشفيع الشفعة خلال الثلاثة الأيام التالية لتاريخ علمه بالبيع سقط حقه في الشفعة، و هذا القول اتخذ موقف وسط في ميعاد طلب الشفعة بين القول الأول الذي يرى بأن هذا الميعاد على الفور، والقول الثاني الذي يرى بأن هذا الميعاد على التأييد.

والحجة في تحديد ميعاد طلب الشفعة بثلاثة أيام وفقا لهذا القول، هو أن الثلاثة الأيام هي حد لمدة الخيار في الشرع كما أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة، علاوة على أن الله تعالى قضى بهلاك قوم أمهلهم بعد: ثلاثة أيام لقوله تعالى: {تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعَدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ}⁽⁴⁾، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أذن أن يقيم الحاج بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثة أيام⁽⁵⁾.

القول الرابع: أن ميعاد طلب الشفعة يمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك المبيع، وهذا القول لم يحدد ميعاد الطلب بمدة معينة، بل جعلها مقدرة بالمدة التي يستطيع فيها الشفيع التروي و التأمل، و من ثم الترجيح في الأخذ أو الترك على ضوء الثمن، والمبيع والمشتري

(1) محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص80.

(2) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 323.

(3) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص307.

(4) سورة هود، الآية 65.

(5) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، المرجع السابق، ص216.

وهذه المدة تختلف من حالة إلى أخرى، إذ أن المعيار هنا ليس معيارا عاما ينطبق على كل الحالات.

2- الشفيع العالم بالبيع غير القادر على الطلب:

وكما سبق وذكرنا، أن أظهر الأقوال عند الشافعية في ميعاد طلب الشفعة، هو أن هذا الطلب على الفور، غير أنهم خصوا الشفيع الذي يعلم بالبيع ولكنه غير قادر على طلب الشفعة كالمحبوس، والمريض، بأحكام خاصة، ووفقا لذلك فرق فقهاء الشافعية، بين الشفيع غير القادر على الطلب ولا على التوكيل، والشفيع غير القادر على الطلب، ولكنه قادر على التوكيل⁽¹⁾، فإذا كان الشفيع غير قادر على الطلب وعلى التوكيل، فلا تسقط شفعته، لأنه ترك الطلب لعذر، وعلى الشفيع أن يحلف يمين بأن تركه للطلب لم يكن تسلما بالشفعة، وإن كان الشفيع غير قادر على الطلب، ولكنه قادر على التوكيل، فيفي ذلك ثلاثة آراء⁽²⁾:

الرأي الأول: وهو رأي القاضي أبي حامد، ويرى أن الشفعة تسقط بترك التوكيل مع القدرة عليه، لأن ترك التوكيل مع القدرة أشبه بترك الطلب مع القدرة.

الرأي الثاني: وهو رأي أبي علي الطبري، ويرى أن الشفعة لا تسقط بعدم التوكيل، لأن التوكيل إن كان يعوض لزم الشفيع غرم، وفيه ضرر عليه، وإن كان بغير عوض احتاج إلى الإلزام منه، وفي تحملها مشقة، وهذا عذرا لا تسقط به الشفعة.

الرأي الثالث: وهو رأي بعض المتأخرين من الشافعية، ويرون بأنه إذا وجد الشفيع من يتطوع بالوكالة، ولم يوكل سقطت شفعته، لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإذا لم يجد الشفيع من يتطوع للقيام بالوكالة لا تسقط شفعته، لانه ترك الطلب للضرر.

ثانيا: عدم علم الشفيع بالبيع

يرى فقهاء الشافعية⁽³⁾، بأن الشفيع إذا لم يعلم بالبيع المشفوع فيه، فهو على شفعته، ولو مضى على هذا البيع عدة سنين، فإذا علم بالبيع تعين عليه طلب الشفعة خلال ميعادها، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، والشفيع غير العالم بالبيع كالمشتري إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم.

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص229.

(2) المرجع نفسه، ص231.

(3) شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص78.

وإذا اختلف الشفيع والمشتري في وقت العلم، فقال المشتري للشفيع تقدم علمك على زمان الطلب، وقال الشفيع لم أعلم إلا وقت الطلب، فالقول قول الشفيع مع يمينه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: في الفكر الحنبلي

فرق فقهاء الحنابلة في ميعاد طلب الأخذ بالشفعة بين الشفيع العالم بالبيع والشفيع غير العالم:

أولاً: الشفيع العالم بالبيع

إذا علم الشفيع بالبيع المشفوع فيه، فإما أن يكون قادراً على طلب الشفعة، وإما أن يكون غير قادر على الطلب.

1- الشفيع العالم بالبيع القادر على الطلب:

إذا علم الشفيع بالبيع وكان قادراً على طلب الشفعة، فباستقراء كتب الفقه الحنبلي نستخلص في ذلك آراء ثلاثة.

الرأي الأول: وهو أحد قولي الإمام أحمد، ومقتضى هذا الرأي هو أن ميعاد طلب الشفعة على الفور⁽²⁾، فإذا طلب الشفيع بالشفعة فور علمه بالبيع أخذ بالشفعة، وإن تراخى عن الطلب بعد علمه بالبيع سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وهذا القول الصحيح في المذهب⁽³⁾. وقد استند الحنابلة⁽⁴⁾، في قولهم هذا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة محل العقل، وفي لفظ أنه قال: "الشفعة كنشطة العقل إن قدرت تثبت وإن تركت فاللوم على من تركه، وكذلك ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الشفعة لمن واثبها، كما أن إثبات الشفعة على التراخي يضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه على المبيع، حيث يمنعه من التصرف فيه خشية أخذه منه بالشفعة، ولا يندفع عن الضرر بدفع قيمته لن خسارته في الغالب أكثر من قيمته مع تعب قلبه وبدنه عند إبرام البيع. وإذا كان الأصل وفقاً لهذا القول بأن الشفعة على الفور إلا أن هناك اعذاراً تجيز تأخير طلب الشفعة⁽⁵⁾، مثل أن يعلم الشفيع بالبيع ليلاً فيؤخر الطلب إلى الصباح، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل الشفيع أو

(1) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 329.

(2) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، المرجع السابق، ص 473.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 477.

(4) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 232.

يشرب، أو لطهارة أو إغلاق باب، أو ليخرج من الحمام، أو ليؤذن ويقيم ويؤتي بالصلاة وسننها، أو ليشهدها في جماعة، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة، ولكن يشترط الأخذ بهذه الأعذار أن لا يكون المشتري حاضراً عند الشفيع في الموال المذكورة، فإذا كان المشتري حاضراً عند الشفيع، ولم يطلب الشفعة سقط حقه فيها⁽¹⁾، باستثناء حالة واحدة وهي الصلاة، فلا تسقط الشفعة بتأخير الطلب للصلاة وسننها، حتى ولو كان المشتري حاضراً عند الشفيع، لأن العادة تأخير الكلام عن الصلاة⁽²⁾.
الرأي الثاني: وهو القول الآخر للإمام أحمد، وهو أن ميعاد طلب الشفعة على التأييد⁽³⁾، أي أن الشفعة لا تسقط بعدم الطلب مطلقاً ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على التنازل عنها أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك.

الرأي الثالث: وهو رأي القاضي، ويرى أن ميعاد طلب الشفعة يمتد إلى نهاية مجلس العلم بالبيع⁽⁴⁾، وإن طال هذا المجلس، لأن المجلس كله في حكم حالة العقد، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حال العقد، فإذا طالب الشفيع بالشفعة قبل أن ينفذ مجلس علمه بالبيع أخذ الشفعة، وإذا لم يطلب الشفعة في هذا المجلس سقط حقه فيها.

2- الشفيع العلم بالبيع غير القادر على الطلب

تختلف أحكام طلب الشفعة بالنسبة للشفيع العالم بالبيع، ولكنه غير قادر على الطلب لعذر، عن الشفيع العالم بالبيع والقادر على الطلب، والعذر المانع للشفيع من الطلب قد يرجع وفقاً لفقهاء الحنابلة، أو حبسه أو مرضه كما يأتي بيانه:

أ - غيبة الشفيع: إذا علم الشفيع بحصول البيع المشفوع فيه، وكان غائباً عن البلد فإن له الشفعة لأن الشفعة حق ماله وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث.
 وميعاد طلب الشفعة بالنسبة للشفيع الغائب هو فور علمه بالبيع، فإذا طالب بها فور علمه بالبيع استحق الشفعة، وإلا سقطت شفيعته، ويشترط أن يشهد الشفيع على طلبه للشفعة إذا أمكنه ذلك، فإذا لم يشهد على الطلب مع القدرة عليه سقطت الشفعة، لأن الإشهاد قائم مقام

(1) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 477.

(2) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص 142.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 477.

(4) بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، المرجع السابق، ص 278.

الطلب، وتسقط الشفعة أيضاً، إذا كان الشفيع غير قادر على الإشهاد، ولكن بإمكانه السفر أو التوكيل لطلب الشفعة، ولم يفعل ذلك، لأنه يعد تارك لطلب الشفعة مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب⁽¹⁾.

ب- **حبس الشفيع ومرضه:** فرق الفقهاء الحنابلة⁽²⁾، في مسألة حبس الشفيع بين ما إذا كان الشفيع محبوساً ظلماً أو بدين لا يستطيع أدائه، وبين ما إذا كان محبوساً بحق يلومه أدائه وهو قادر عليه، ففي الحالة الأولى فحكمه حكم الشفيع الغائب في الإشهاد والتوكيل، أما في الحالة الثانية فهو كالشفيع العالم بالبيع القادر على الطلب، فإذا لم يبادر إلى المطالبة بالشفعة فور علمه، ولم يوكل فيها سقطت شفيعته، لأنه تركها مع القدرة على الطلب.

أما الشفيع المريض إذا كان مريضاً مرضاً يمنع المطالبة كالحمل، و أمثالها فهو كالغائب في الإشهاد و التوكيل، أما إذا كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير، والألم القليل فهو كالصحيح، و من ثم تسقط شفيعته بعدم المطالبة بها على الفور⁽³⁾.

ثانياً: الشفيع غير العالم بالبيع

المستفاد والظاهر من كلام فقهاء الحنابلة⁽⁴⁾، أن الحق في طلب الشفعة لا يبدأ حساب ميعاد، من وقت العلم بالبيع، وهذا يعني أن الشفيع غير العالم بالبيع لا تسقط شفيعته مطلقاً مهما طالت المدة ما دام ظل غير عالم بالبيع.

هذا فيما يخص الإجراء الأول أو بعبارة أخرى الميعاد الذي يجب فيه على الشفيع طلب شفيعته، ويتحقق هذا الأخير بداية بطلب الموائبة ودفع الثمن وهو ما نبين أحكامه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: طلب الموائبة ودفع الثمن

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن طلب الشفعة يبدأ أساساً بطلب الموائبة، ويليه إجراء دفع الثمن، على أن فقهاء الحنفية اختصوا بطلبات أخرى كطلب التقرير والإشهاد، وفيما يلي بيان ذلك:

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص486.

(2) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 477- 478.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص488.

(4) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص140.

الفرع الأول: طلب الموائبة

الموائبة مشتقة من الوثب، أي العد و التسديد، وهي على وزن مفاعلة، ويقصد بذلك تصريح الشفيع فور علمه بالبيع برغبته في أحد المبيع بالشفعة⁽¹⁾، و قد عرفت مجلة الحكام العدلية طلب الموائبة، بأنه مبادرة الشفيع إلى طلب الشفعة، بأن يقول كلاما يعرب فيه عن رغبته في أخذ العقار المبيع في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال، كقوله أنا فيع المبيع أو أطلبه بالشفعة⁽²⁾، وقد سمي هذا الطلب بطلب الموائبة للدلالة على غاية التعجيل كأن الشفيع يثبت طالبا الشفعة، وفيما يلي بيان أهم أحكام طلب الموائبة:

أولاً: صيغة طلب الموائبة

ففي الفقه الحنفي، فإن طلب الموائبة يشترط لصحته، أن يفهم منه طلب الشفعة، سواء بلفظ الماضي أو الحاضر أو المستقبل، كقول الشفيع، طلبت الشفعة و أطلبها وأنا طالبها، أما إذا طلب الشفيع الشفعة بلفظ آخر غير ما ذكر كقوله، الشفعة لي أطلبها، أو قال للمشتري أنا شفيحك وأخذ الدار منك بالشفعة، بطل الطلب و ترتب على ذلك سقوط حقه في الشفعة⁽³⁾. أما في الفقه المالكي⁽⁴⁾، فيشترط في صيغة طلب الشفعة أن تكون بلفظ الماضي، وذلك بأن يقول الشفيع أخذت بالشفعة، فإذا عرف الشفيع الثمن كان الطلب صحيحا و لازما، أما إذا لم يعلم الثمن فالطلب صحيح، ولكن غير لازم على المشهور في المذهب، أما إذا كان الطلب بصيغة المضارع كقول الشفيع آخذ بالشفعة، أو بصيغة اسم الفاعل، كقوله أنا آخذ بالشفعة، فإن الطلب لا يصح، ولا يترتب عليه أي أثر في تملك المال المشفوع فيه. وفي الفقه الشافعي⁽⁵⁾، يشترط في صيغة طلب الشفعة، لفظ من الشفيع كقوله، تملك، أو أخذت بالشفعة ونحو ذلك، كاخترت الأخذ بالشفعة، ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس المفهمة، ولا يصح المعاطاة في الأخذ بالشفعة، كما لا يصح الطلب بقول الشفيع أنا مطالب بالشفعة.

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص215.

(2) المادة 1029 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص172.

(4) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص233.

(5) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ص230.

أما في الفقه الحنبلي⁽¹⁾، فإن صيغة الطلب تكون بكل لفظ يدل على أخذ المال المشفوع فيه، كأن يقول الشفيع قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن، أو نحو ذلك إذا كان الثمن والمال المشفوع فيه معلومين.

ثانياً: توجيه طلب الموائبة

يميز الفقه الحنفي في مسألة توجيه طلب الموائبة وإعلان الرغبة، بين أن يكون المبيع في يد البائع، وبين أن يكون في يد المشتري؛

1- فإذا كان العقار المبيع في يد البائع، فالشفيع بالخيار إن شاء طلب الشفعة من البائع، وإن شاء طلب من المشتري، وإن شاء طلب حيث توجد الدار، أما الطلب من البائع والمشتري، فلأن كل واحد منهما خصم، البائع باليد، والمشتري بالملك، فكان كل واحد منهما خصماً، فصح الطلب من كل واحد منهما، وأما الطلب حيث توجد الدار⁽²⁾، فلأن الحق متعلق بها، فإن سكت عن الطلب من أحد المتابعين وعند الدار مع القدرة عليه، بطلت شفيعته لأنه فرط في الطلب.

2- وإذا كان العقار المبيع في يد المشتري، فإن شاء الشفيع أن يطلب من المشتري، وإن شاء أن يطلب حيث توجد الدار، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصماً لزوال يده، ولا ملك له، فصار بمنزلة الأجنبي، ولو لم يطلب من المشتري ولا حيث الدار، وشخص إلى البائع للطلب منه، والإشهاد بطلب شفيعته لوجود دليل الإعراض.

ولو تعاقد البائع والمشتري في الموضع الذي توجد فيه الدار، فليس على الشفيع أن يأتيهما، ولكنه يطلب حيث الدار ويشهد عليه، لأن الشفيع إذا كلن بجانب الدار والعاقدان، غائبان، تعينت الدار للطلب عندها والإشهاد، فإن لم يطلب عندها وشخص إلى العاقدين بطلت شفيعته⁽³⁾، لوجود الإعراض عن الطلب، هذا إن كان قادراً على الطلب من المشتري أو البائع أو حيث الدار.

فأما إن كان هناك مانع، فلا تبطل شفيعته بترك الموائبة، إلى أن يزول ذلك المانع، وأما الإشهاد على هذا الطلب - كما سنبينه لاحقاً - فليس شرطاً لصحته، كما ليس بشرط لصحة

(1) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 537.

(2) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 18.

(3) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 18.

طلب الموائبة، وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول، وكذا تسمية المبيع وتحديد، ليس بشرط لصحة الطلب والإشهاد شرط، لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، والعقار لا يصبر معلوماً إلا بالتحديد، فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه.

وحكم طلب الموائبة لدى فقهاء الحنفية هو استقرار الحق، فالشفيع إذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه، ولكي يحافظ الشفيع على حقه في الشفعة من السقوط، فإنه يلزمه -وفقاً لفقهاء الحنفية- بعد طلب الموائبة أن يقوم بطلب آخر، وهو طلب التقرير والإشهاد، كي يؤكد به طلبه الأول، وقد نصت المادة 1030 من مجلة الأحكام العدلية بأن:

"على الشفيع بعد طلب الموائبة أن يشهد ويطلب طلب التقرير والإشهاد، وهو أن يقول في حضور رجلين أو رجل وامرأتين عند المبيع إن فلاناً قد اشترى هذا العقار، أو عند المشتري أنت قد اشتريت العقار الفلاني، أو عند البائع إن كان العقار موجوداً في يده أنت قد بعث عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة، وكنت طلبت الشفعة والآن اطلبها، أشهد، وإن كان الشفيع في محل بعيد و لم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بنفسه على هذا الوجه يوكل آخر، وإن لم يجد وكيلاً أرسل مكتوباً".

ويجمع فقهاء المذهب الحنفي⁽¹⁾، أن ميعاد طلب التقرير والإشهاد مقدر بمدة التمكن من القيام به، فإذا مضت المدة التي يمكن للشفيع القيام بطلب التقرير والإشهاد عند المبيع، أو عند المشتري أو عند البائع دون أن يقدم بذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

وعلى ذلك فإذا كان الشفيع والبائع والمشتري والمبيع في بلد واحد، فذهب الشفيع إلى أي منهم، وطلب التقرير جاز ذلك، بشرط أن لا يتجاوز من كان أقرب فإذا تجاوز الأقرب، ولم يطلب التقرير وذهب إلى الأبعد سقطت شفعته، وإذا كان الشفيع خارج البلد، وكان أحد المتابعين يقيم في نفس البلد الذي يقيم فيه الشفيع، فذهب الشفيع إلى البلد الذي فيه المبيع أو المتعاقد الآخر لطلب التقرير، سقط حقه في الشفعة⁽³⁾.

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 244.

(2) المادة 1033 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 172.

ويلزم الشفيع الغائب أن يوكل شخصاً آخر لطلب التقرير والإشهاد، فإذا لم يجد وكيلاً أرسل مكتوباً، وإذا أراد أن يحضر بنفسه ليطالب التقرير والإشهاد فإن مدة السفر إلى مكان البائع والمشتري أو المبيع لا تدخل في حساب ميعاد الطلب⁽¹⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله أن الحق للشفيع تثبت بالطلبين، والأصل أن الحق متى ثبت للإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد، لأن تأخير المطالبة منه لا يكون إبطالا، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون، وقوله يتضرر المشتري ممنوع، فإنه إذا علم أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة، فالظاهر أن يتمتع من البناء والغرس خوفاً من القلع فلئن فعل فهو الذي أصر بنفسه، فلا يضاف ذلك إلى الأخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة⁽²⁾.

والإشهاد إنما هو لإثبات الطلب ثم الحاجة فإذا كان الشفيع حاضراً أو المشتري غائباً، وعلم الشفيع الحاضر بالبيع، وكان في الصلاة أو في الحمام، أو في حالة قضاء الحاجة، فله إتمامها، ولا يكلف بقطعها، ولا يلزمه الاختصار في الصلاة على الأقل ما يجزئ، فإذا فرغ طالبه بالشفعة.

وخلاصة القول أن طلب الموائبة عند الحنفية يبدأ الشفيع في مجلس علمه بالبيع، فيطلب الأخذ بالشفعة، بلفظ واضح مثل: اطلب الشفعة، أو أنا طالبها، أو أنا شفيع المبيع واطلبه بالشفعة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة لمن واثبها، والموائبة هي المبادرة والسرعة، ولا يلزم الإشهاد من الشفيع على هذا الطلب، وإنما هو أفضل لمخافة جحود أو إنكار الخصم (المشتري) الطلب في ساحة القضاء، فالمعتبر هو الطلب، وإنما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهادة عند الإنكار، كالطلب والإشهاد لهدم الحائط المائل، لا يشترط الإشهاد للضمان، وإنما الإثبات سبب الضمان، والأصح عند الحنفية هو بقاء الحق في الطلب ما دام الشفيع في مجلس العلم بالبيع مهما امتد.

وأما طلب التقرير الذي اختص به الحنفية دون غيرهم، فهو أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد طلبه الأول، إذ قد يكون الطلب الأول صادراً عن رغبة عارضة من الشفيع، ثم يتبين أمره وظروفه وإمكانياته المادية، إذن فلا بد من هذا الطلب لتأكيد وتقرير الطلب

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص244

(2) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص19.

الأول⁽¹⁾، ويشترط في هذا الطلب، أن يكون على فور الطلب الأول، والإشهاد عليه، بأن يشهد الشفيع، على رغبته بالشفعة، رجلين أو رجل وامرأتين، و مدة هذا الطلب ليست على فور المجلس في الأكثر، بل هي مقدرة بمدة التمكن من الإشهاد.

وأما الإشهاد، فيكون على البائع إن كان المبيع بيده، أو على المشتري، وإنما يكن قد تسلم المبيع لأنه مالك، أو عند العقار لتعلق الحق به.

وصورة الإشهاد و الطلب أن يقول الشفيع: إن فلانا اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك، ويلاحظ أن الإشهاد على هذا الطلب ليس شرطاً لصحته، كما أنه ليس بشرط لصحة طلب الموائبة، وإنما هو لتوثيقه عند الإنكار، أي عند إنكار الحكم، وإن كان الشفيع في محل بعيد، ولم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بهذا الوجه، يوكل شخصاً آخر، أو يجد وكيلاً يرسل مكتوباً أو خطاباً بذلك، و إذا كان الشفيع قد تقدم بطلب الموائبة أمام شهود عند البائع إذا كان المبيع في يده أو عند المشتري، أو عند المبيع نفسه، كفاه ذلك عن طلب التقرير لحصول المقصود، وهو إظهار كونه مصراً على طلب الشفعة.

وحكم طلب التقرير هو استقرار حق الشفيع، فإذا فعل الشفيع طلب التقرير استقرت شفعته أي استقر حقه فيها، ولم تسقط بعده بالأخير، لأن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بالإسقاط كما ورد عند أبي حنيفة، وقال محمد إن تركها شهراً بعد الإشهاد من غير عذر بطلت شفعته، لئلا يتضرر المشتري بالتأخير، وقد قال بعض الحنفية، والفتوى اليوم على قول محمد، لتغيير أحوال الناس في قصد الإضرار⁽²⁾، وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي، فقد جاء في المادة 1034 منها:

أما في الفقه المالكي⁽³⁾، فالواضح من كلام فقهاء المذهب أن إعلان الرغبة يجب توجيهه إلى المشتري فقط، كونه المكلف بقبض المبيع وتسليمه إلى الشفيع، ويستلزم فقهاء المالكية أن يصل طلب الشفعة إلى علم المشتري خلال المدة المحددة للطلب، فإذا لم يعلم المشتري برغبة الشفيع في أخذ المبيع بالشفعة إلا بعد مضي المدة سقط حقه في الشفعة، لم

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 479-480.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4926.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 188.

يشترطوا لمطالبه بالشفعة بمدة سنة كاملة، فإذا سكت بلا مانع مع علمه بهدم أو بناء سقطت شفעתه، لن سكوته دليل الإعراض عن أخذه بالشفعة.

وفي الفقه الشافعي⁽¹⁾، فيوجه طلب الموائبة إلى المشتري إذا كان قد قبض المبيع، أما إذا كان المبيع لا يزال في يد البائع و لم يقبضه المشتري، ففي ذلك قولان:

القول الأول: جواز الأخذ من البائع.

القول الثاني: عدم جواز الأخذ من البائع، بل يجبر المشتري على قبض المبيع، ثم يأخذه الشفيع منه، لأن الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة، كونه يفوت به التسليم، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة وكما سبق وذكرنا أن فقهاء الشافعية اشترطوا على الظهر، المبادرة إلى طلب الشفعة على الفور، أي بعد عليم الشفيع بالمبيع على الفور، لأنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور كالرد بالعيب، والمراد بكونها على الفور، هو طلبها، وإن تأخر التملك، ومقابل الأظهر أقوال، أحدها تمتد إلى ثلاثة أيام، وثانيهما تمتد مدة تسع، للتأمل في مثل ذلك الشخص، وثالثها على التأييد ما لم يصرح بإسقاطها، أو يعرض به كبيعته لمن شئت.

وأما فقهاء الحنابلة⁽²⁾، فإن طلب الشفعة يتم توجيهه إلى المشتري إذا كان المبيع في يد المشتري، أما إذا كان المبيع هلا يزال في يد البائع فإن الشفيع يأخذه من البائع، وكان كأخذه من المشتري، لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيع في ملك المشتري، فيجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشتري، غير أن القاضي من الحنابلة، يرى بأنه ليس للشفيع أخذ المبيع من البائع، وإنما يجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه، والحنابلة هم كالشافعية في اشتراط المطالبة بالشفعة على الفور بمجرد العلم بالمبيع، ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالمبيع فلا شفعة له، ومعنى ذلك أن حق الشفعة على الفور، إن طالب بها ساعة يعلم بالمبيع وإلا بطل، كما ورد عن إمام أحمد في رواية أبي طالب فقال: الشفعة بالموائبة ساعة يعلم، وفي رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة.

(1) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 338.

(2) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 475-176.

ثالثاً: جزاء الإخلال بأحكام طالب الموائبة

آخر الشفيع طلب الموائبة عن مجلس علمه بالمبيع بدون عذر، كأن اشتغل بأمر آخر، أو بحث في أمر آخر، أو قام من المجلس من دون أن يطلب الشفعة سقط حقه فيه، فإن وجد عذر مانع من المبادرة كوجود حائل مخيف لا تبطل شفيعته حتى يزول المانع⁽¹⁾، والجدير بالذكر في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي أكد على قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة عند الطلب، حيث اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية على الشفيع أن يطلب الشفعة في كل المال المشفوع فيه، مرتبون على مخالفة الشفيع هذه القاعدة سقوط حقه في الشفعة إن ورد ذلك في طلب الموائبة؛

ففي المذهب الحنفي، نصت المدة 1041 من مجلة الأحكام العدلية بأن الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع فيه و يترك باقيه، فلو اتحدت الصفقة، وكان المباع كله ملاصقا ملك الشفيع كما إذا كان كلاهما جارين أو شريكين فأراد الشفيع أخذ البعض، وترك الباقي، هل تبطل شفيعته بذلك؟ فقال فقهاء الحنفية؛ ولو طلب أخذ الشريكين النصف بناء على أنه يستحقه فقط بطلت شفيعته، إذ شرط صحتها أن يطلب الكل، لأنه يستحق الكل، و القسمة للمزاحمة⁽²⁾.

وفي المذهب الشافعي، فإن طلب الشفيع جزء من المال المشفوع فيه يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة، حيث ورد في المجموع⁽³⁾، إن من وجبت له الشفعة في شخص لم يجز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض الآخر، لأن في ذلك إضراراً بالمشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفيعته، لأنه لا يتبعض، فإذا عفا عن البعض سقط على الجميع كالقصاص.

وفي المذهب الحنبلي، جاء في الشرح الكبير⁽⁴⁾، أن الشرط الرابع أن يأخذ جميع المبيع، فإن طلب أخذ البعض سقطت شفيعته.

وعليه فطلب الموائبة لا بد أن يشمل جميع المبيع وإلا فلا يصح، وتسقط شفعة الشفيع.

(1) المادة 1034 من مجلة الحكام العدلية

(2) علي حيدر، المرجع السابق، ص 588

(3) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص 325.

(4) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 489.

الفرع الثاني: إجراءات دفع الثمن

وارتأينا مناقشة هذه المسألة، لسبب رئيسي، هو ذلك الاختلاف الواضح والملموس في كتب الفقه الإسلامي في كون عدم دفع الثمن قبل الحكم في دعوى الشفعة مسقطاً للحق في الشفعة، وبالتالي اعتبار دفع الثمن إجراء هاماً يسبق إجراء الخصومة والتملك، وفيما يلي آراء فقهاء المذاهب فيما يتعلق بإجراء دفع الثمن.

أولاً: في الفكر المالكي

اشتراط الفقهاء المالكية للحكم في دعوى الشفعة، إحضار الشفيع ثمن المال المشفوع فيه إلى مجلس القضاء، فإن تخلف الشفيع عن إحضار الثمن، فإن الغالب أن ترفض دعواه، وبحكم القاضي بسقوط حقه في الشفعة.

1- إذا كان الثمن معجلاً:

فرق فقهاء المذهب المالكي⁽¹⁾، في الحكم إذا كان الثمن معجلاً بين أن يرفع الشفيع دعوى الشفعة على المشتري، وبين أن يرفع المشتري الدعوى على الشفيع للإعراب عن رأيه في الأخذ بالشفعة أو الترك.

أ- حالة رفع الشفيع دعوى الشفعة ضد المشتري:

تتحدد آجال إحضار الثمن، وكذلك الحكم بسقوط الحق في الشفعة لعدم إحضار الشفيع الثمن، وفقاً للموقف الذي يبديه المشتري المشفوع منه من دعوى الشفعة، فهو قد يأبى التسليم بالشفعة، أو قد يسلم بحق الشفعة للشفيع⁽²⁾؛

فإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة، وأبى المشتري التسليم له بحق الشفعة، فإن الحاكم يلزم الشفيع بدفع الثمن حالاً، فإن دفعه قضي له بالشفعة، وأجبر المشتري على قبض الثمن، وإن لم يدفع الشفيع الثمن حالاً حكم بسقوط حقه في الشفعة.

وإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة وسكت المشتري، فإن أحضر الشفيع الثمن حالاً، حكم له الحاكم بالشفعة، وأجبر المشتري على قبض الثمن، وإن لم يحضر الشفيع الثمن حالاً، فإن الحاكم يمنحه الأجل الذي يراه كافياً لإحضار الثمن، فإذا أمضى هذا الأجل، ولم يأت بالثمن،

(1) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 412.

(2) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 305.

فإن المشتري بالخيار، إما أن يطلب الحكم بسقوط حق الشفيع في الشفعة، فيحكم الحاكم بالسقوط، وإما أن يطلب المشتري الثمن، وفي هذه الحالة يباع المال المشفوع فيه على حساب الشفيع ليحصل المشتري على ما دفعه من ثمن، فإن لم يكف ثمن المال المشفوع فيه لتسديد ما دفعه المشتري، فيباع بعض أملاك الشفيع لهذه الغاية.

أما إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة و سلم له المشتري بهذا الحق، فإن أحضر الشفيع الثمن حالا، حكم له بالشفعة، وإن لم يأت الشفيع بالثمن حالا أجله القاضي ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن لم يحضر الثمن خلال هذا الجل فيتم بيع المال المشفوع فيه على حساب الشفيع لاستيفاء الثمن.

ب - حالة رفع المشتري الدعوى على الشفيع للإعراب عن رأيه:

من المعلوم بأنه من حق المشتري رفع دعوى ضد الشفيع لاستعجاله، وتحديد موقفه من حق الشفعة، هل يأخذ بالشفعة أم يترك⁽¹⁾، فإذا رفع المشتري هذه الدعوى فقرر الشفيع الأخذ بالشفعة، وطلب أجلا لإحضار الثمن، فإن الحاكم يضرب له أجل لا يتعدى ثلاثة أيام، فإن أحضر الثمن خلال هذا الجل حكم له بالشفعة، وإن لم يحضر الثمن خلال هذا الأجل حكم بسقوط حقه في الشفعة.

2 - إذا كان الثمن مؤجلا:

يرى الفقهاء⁽²⁾، بأن الحكم في هذه الحالة يختلف بحسب الحالة المادية للشفيع، وذلك كما يلي:

أ - إذا كان الشفيع ملئاً بالثمن أو مساو للمشتري في العدم:

فإن هناك فرضان لهذه الحالة:

الفرض الأول: إذا كان المشتري قد أحضر ضامن لدفع الثمن للبائع، فإنه يلزم الشفيع إحضار ضامن لدفع الثمن للمشتري، أو تعجيل الثمن، فإذا لم يحضر الشفيع ضامن، ولم يعجل الثمن، حكم القاضي بسقوط شفيعته.

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 306.

(2) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 208-209.

الفرض الثاني: إذا كان المشتري لم يحضر ضامن لدفع الثمن للبائع، فلا يلزم الشفيع إحضار ضامن لدفع الثمن للمشتري، كما لا يلزمه تعجيل الثمن.

ب - إذا كان الشفيع عديماً وكان أشد من المشتري في العدم:

فيجب على الشفيع في هذه الحالة أن يأتي بضامن أو يقوم بتعجيل الثمن للمشتري، فإذا لم يأت بضامن ولم يعجل الثمن، فإن المشتري بالخيار، إما أن يطلب المشتري دفع الثمن فيبيع المال المشفوع فيه، على حساب الشفيع لدفع الثمن للمشتري، فإن لم يفي ثمن المال المشفوع فيه بالغرض ثم بيع بعض أملاك الشفيع لتكملة الثمن المستحق للمشتري⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن الثمن الذي يلزم الشفيع بإحضاره قبل الحكم في دعوى الشفعة يشمل إلى جانب ثمن المال المشفوع فيه أيضاً المصاريف التي دفعها المشتري في سبيل إتمام عقد البيع، حيث جاء في أرجوزة تحفة الحكام⁽²⁾.

وما ينوب المشتري فيما اشترى يدفعه له الشفيع محضراً

وهذا يعني أن الشفيع ملزم بإحضاره أجره الدلال، إذا كانت عادة البلد تقضي بأن يتحملها المشتري، وكذلك أجره كتابة عقد الشراء، وثمن ما يكتب فيه العقد، كما يلزم الشفيع أيضاً دفع المكس⁽³⁾، لأن المشتري لم يتوصل للشخص إلا به⁽⁴⁾.

ثانياً: في الفكر الحنفي

إن فقهاء المذهب الحنفي، كما هو واضح، متفقون على عدم سقوط الشفعة لعدم دفع الشفيع الثمن بعد الحكم بالشفعة، أما عدم دفع الشفيع الثمن قبل الحكم في دعوى الشفعة فإن للحنفية رأيان⁽⁵⁾:

1- الرأي الأول: وهو رأي جمهور الحنفية، حيث يرون بأنه لا يشترط لقبول دعوى

الشفعة، أو الحكم فيها إحضار ثمن المال المشفوع فيه إلى مجلس القضاء، ومن ثم

عدم سقوط الشفعة، إذا لم يحضر الشفيع الثمن قبل الحكم بالشفعة، كون الثمن قبل

القضاء غير واجب على الشفيع، نظراً لأن إحضار الثمن إلى مجلس القضاء يكون

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 307.

(2) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 209.

(3) ويقال له المكوس، وهو ما أخذ من المشتري عند الشراء من تسجيلات و تنابر وصوابر التحفيظ.

(4) محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 211.

(5) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 245.

الغرض منه التسليم للمشتري، وهو أمر غير واجب قبل وجوب الثمن، وبالتالي فلا معنى لإحضار الثمن قبل القضاء بالشفعة، فإذا حكم القاضي بالشفعة وجب على الشفيع أن يحضر الثمن، فإذا لم يحضره كان للمشتري حبس المال المشفوع فيه في يده حتى يستوفي الثمن، ولا تسقط الشفعة لعدم إحضار الشفيع الثمن في هذه الحالة لتأكيدا بالقضاء.

2- الرأي الثاني: وهو رأي محمد بن الحسن الشيباني، ورواية الحسن عن أبي حنيفة، ويريان بأن القاضي لا يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع ثمن المال المشفوع فيه، لأن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع، والقضاء قبل إحضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري، لاحتمال إفلاس الشفيع، ودفع الضرر عن الإنسان بإضرار غير جائز شرعاً، ويجب على القاضي قبل أن يقضي بالشفعة أن يعطي الشفيع أجل يومين أو ثلاثة لإحضار الثمن، فإذا لم يحضر الشفيع الثمن خلال الأجل الذي حدده القاضي، حكم بسقوط حقه في الشفعة، وكذلك إذا قال الشفيع للمشتري، إن لم أعطك الثمن إلى وقت كذا فأنا بريء من الشفعة، ولم يقم بإحضار الثمن خلال الجبل الذي حدده لنفسه، فإن حقه في الشفعة يسقط، لأن هذا تعليق إسقاط حق الشفعة بالشرط، والإسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط⁽¹⁾.

وإذا كان الإمام محمد بن الحسن يرى سقوط الشفعة لعدم إحضار الشفيع الثمن خلال الأجل الممنوح له من قبل القاضي قبل القضاء بالشفعة، فإن له رأياً آخر بعد القضاء بالشفعة، وهو عدم سقوط حق الشفيع إذا لم يقيم بدفع الثمن بعد الحكم بالشفعة، كون الشفعة قد تأكدت بالخصومة عند القاضي، ولكن يحبس الشفيع حتى يقوم بدفع الثمن، وهذا ما يفهم من عبارات كتب الفقه الحنفي، حيث ورد فيها، بأنه إذا قضي القاضي بالشفعة للشفيع قبل إحضار الثمن "ينفذ القضاء عند محمد أيضاً، لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه، فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفيعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي"⁽²⁾، كما جاء أيضاً في كتاب آخر، بأنه إذا قضي القاضي له بالشفعة

(1) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 28

(2) برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشدي المرغيناني، المرجع السابق، ص 29.

قبل إحضار الثمن فـللمشتري أن يحبس العقار عنه، حتى يدفع الثمن إليه لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري، وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضا، لأنه فصل مجتهد فيه، ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال أدفع الثمن إليه لا تبطل بالإجماع لتأكدها بالقضاء بخلاف ما إذا أخر قبل القضاء بعد الإشهاد عند محمد رحمه الله حيث تبطل لعدم التأكد⁽¹⁾، وبهذا فإن رأي محمد بن الحسن يتفق مع رأي جمهور الحنفية من حيث عدم سقوط حق الشفيع الذي ثبت له عن طريق حكم الشفعة في حالة عدم دفع الشفيع ثمن المال المشفوع فيه.

وقد وفق آخرون⁽²⁾، بين الرأي الأول والثاني، مجيزين للقاضي أن يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف، لأن لفظ محمد بن الحسن "ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال" لا يدل على أنه ليس على أنه أن يقضي، بل هو إشارة إلى نوع احتياط ولهذا لو قضي جاز ونفذ قضاؤه، نص عليه محمد⁽³⁾.

ثالثا: في الفكر الشافعي

يرى فقهاء الشافعية⁽⁴⁾، بأن تملك الشفيع بالشفعة يكون بأحد أمور ثلاثة هي قيام الشفيع بدفع الثمن إلى المشتري، أو رضا المشتري بأن يكون الثمن في ذمة الشفيع، أو حكم الحاكم بالشفعة للشفيع.

وعلى هذا الأساس، فإن الشفيع إذا قام يدفع الثمن للمشتري استطاع أن يملك المال المشفوع فيه، وهذا يعني أن التملك لا يتم إلا بعد دفع الثمن للمشتري، أما إذا رضي المشتري بأن يكون الثمن في ذمة الشفيع تعين على الشفيع الأخذ بالشفعة حالا، وإلا سقط حقه في الشفعة⁽⁵⁾.

أما إذا قام الشفيع برفع دعوى إلى الحاكم لتمكنه المال المشفوع فيه وطلب منه الحاكم قبل الحكم بالشفعة إمهاله لإحضار الثمن، جاز أن بمهله الحاكم يوماً أو يومين وأكثر ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أحضر الثمن كان على حقه من الشفعة، وإن أخره عن المدة التي

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص245.

(2) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص28

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المنهاج، المرجع السابق، ص200

(5) شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص68

أمهله الحاكم سقطت شفعته⁽¹⁾، أما إذا حكم الحاكم بالشفعة قبل أن يدفع الشفيع الثمن، فليس له أن يتسلم المال المشفوع فيه حتى يؤدي الثمن للمشتري حتى وإن كان الثمن مؤجلاً، فإذا لم يؤدي الشفيع الثمن للمشتري بعد الحكم بالشفعة أمهله الحاكم ثلاثة أيام فإن لم يحضر الشفيع الثمن خلال المدة فسخ الحاكم التملك، واستقر المال المشفوع فيه في ملك المشتري، وقيل يبطل هذا التملك بدون فسخ⁽²⁾.

رابعاً: في الفكر الحنبلي

يرى فقهاء الحنابلة⁽³⁾، بأن التملك عن طريق الشفعة لا يتوقف على حكم الحاكم، نظراً لأن الشفعة حق ثبت بالنص والإجماع، وبالتالي فهو ليس بحاجة إلى حكم الحاكم كالرد بالعيب، كما يرون أيضاً بأن التملك يكون من وقت المطالبة بالشفعة، وهذا يهني بأن تملك الشفيع المال المشفوع فيه، لا يتوقف على إحضار الثمن كالبيع⁽⁴⁾، غير أنهم لا يجيزون الأخذ بالشفعة للشفيع غير القادر على دفع لثمن، فإذا عجز عن بعضه سقطت شفعته، لأن أخذه المبيع من غير دفع الثمن، أو بعضه إضرار بالمشتري، ولا يزال الضرر بالضرر، كما لا يلزم المشتري قبول رهن أو ضمين بالثمن، ولو كان الرهن محرراً أو الضمين مليئاً، وكذلك لا يلزمه قبول عوض عن الثمن كأن يكون الثمن نقداً فدفع الشفيع بدلاً عنه عرضاً⁽⁵⁾.

وإذا أخذ الشفيع بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم المال المشفوع فيه حتى يقبض الثمن حالاً، فإذا تعذر على الشفيع دفع الثمن في الحال، وطلب إعطائه أجل لإحضار الثمن، فإن الفقهاء متفقون على إعطائه أجل لإحضار الثمن، لكنهم اختلفوا في مدة هذا الأجل، فيرى الإمام أحمد في رواية حرب، أن الأجل يوم أو يومان بقدر ما يرى الحاكم، ولا يجوز أن تزيد المدة على ذلك⁽⁶⁾، وقال آخرون إن هذه المدة تكون يومين أو ثلاثة⁽⁷⁾، فإذا مضى الأجل ولم يحضر الشفيع الثمن، فسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشتري، لأنه تعذر عليه

(1) أبو زكريا يحيى الدين بن شرف النووي، المجموع، المرجع السابق، ص312.

(2) شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص65.

(3) منصور بن يونس إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص159.

(4) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص521.

(5) بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العدة، المرجع السابق، ص277.

(6) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص510.

(7) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص159.

الوصول إلى الثمن، فملك الفسخ كالبائع بضمن حال، وقبل إن الفسخ لا يستلزم حكم الحاكم، لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم حاكم، فلا يقف فسخ الأخذ بها على حكم حاكم أيضا كالرد بالعيب⁽¹⁾.

وإذا أفلس الشفيع بعد الأخذ بالشفعة، والثمن كله لا يزال في ذمته، كان المشتري بالخيار بين فسخ الأخذ بالشفعة، وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن، كالبائع إذا أفلس المشتري⁽²⁾.

وهذا مجمل ما يمكن قوله في مرحلة هي من أهم مراحل الشفعة في الفقه الإسلامي والمتعلقة بإجراء دفع الثمن، لنخصص المطلب الموالي والأخير من هذا المبحث لبيان أحكام أهم تلك الإجراءات، والذي يثبت الشفعة للشفيع بصفة نهائية، ألا وهي مرحلة الخصومة والتملك.

المطلب الثالث: طلب الخصومة والتملك

إن طلب الخصومة والتملك يتمثل في أن يقدم الشفيع طلبا للحاكم، يطلب فيه الحكم له بالشفعة وتسليم المبيع، و ندرس خلال هذا المطلب ثلاثة أمور هامة، حيث نخصص الفرع الأول لبيان أطراف الدعوى في الفقه الإسلامي، ونعرض في الفرع الثاني معاد رفع الدعوى، لنبين في الفرع الأخير طبيعة الحكم بالشفعة لدى المذاهب الإسلامية.

الفرع الأول: أطراف الدعوى

أولاً: المدعى

إن المدعى في دعوى الشفعة في الفقه الإسلامي هو الشفيع، وهو الذي يطلب تملك المال المشفوع فيه، ويشترط فيه أن يكون أهل للتصرف، وأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه، كون الأخذ بالشفعة في معنى التجارة لأنها مبادلة مال بمال⁽³⁾، فإن كان الشفيع غير أهل للتصرف كان لوليه أو وصية أو القيم، أو من في حكمهم رفع دعوى الشفعة نيابة عنه، غير أن سكوتهم أو تركهم رفع دعوى الشفعة عن الشخص غير الأهل

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص159.

(2) موقف الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص510.

(3) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص340.

للتصرف خلال الميعاد يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة⁽¹⁾، أما إذا لم يكن لعديم الأهلية أو ناقصها من يقوم برفع دعوى الشفعة، فإن حقه في الشفعة لا يسقط، ويكون له طلب الشفعة ورفع الدعوى عند زوال المانع⁽²⁾.

ويجوز للشفيع أن يقوم بتوكيل شخص آخر نيابة عنه لطلب الشفعة، ورفع الدعوى بها أمام القاضي⁽³⁾، حتى ولو كان الشفيع قادراً على القيام بذلك بنفسه لأن من ثبت له حق، فله الخيار في استيفائه بنفسه أو بواسطة وكيله⁽⁴⁾، وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى سقوط حق الشفيع غير القادر على رفع الدعوى لعذر كمرض أو غياب أو حبس خصوصاً إذا كان قادراً على التوكيل⁽⁵⁾، وليس للوكيل عن الشفيع بوكالة عامة رفع دعوى الشفعة، فإذا رفعت دعوى الشفعة بناء على الوكالة، فلا تكون مقبولة، لأن الوكالة العامة، لا تخول للموكل طلب الشفعة، فلو وكل رجلاً بطلب كل حق له، وبالخصوصة والقبض ليس له أن يطلب شفيعته وله أن يقبض شفعة قد قضى بها للموكل⁽⁶⁾.

ثانياً: المدعى عليه

إن المدعى عليه في دعوى الشفعة، فيختلف من مذهب إلى آخر كما يلي:

1- في الفكر المالكي:

إن المدعى عليه في دعوى الشفعة لدى فقهاء المذهب المالكي، هو دائماً المشتري، كونه هو المكلف بقبض المبيع وتسليمه إلى الشفيع⁽⁷⁾، غير أن فقهاء المذهب لم يرتبوا على مخالفة الشفيع توجيه دعواه ضده المشتري سقوط حقه في الشفعة.

2- في الفكر الحنفي:

يختلف المدعي عليه في دعوى الشفعة في الفقه الحنفي، بحسب ما إذا كان المشتري قد قبض المبيع أو لم يقبض، فإذا كان المشتري قد قبض المبيع من البائع، فإن دعوى الشفعة

(1) برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني، المرجع السابق، ص41.

(2) أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، المرجع السابق، ص423-424.

(3) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص452.

(4) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص327-328.

(5) المرجع نفسه، ص324.

(6) الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص191.

(7) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص188.

يجب أن ترفع ضد المشتري فقط⁽¹⁾، فإذا رفعت الدعوى ضد البائع سقطت الشفعة، لأن البائع قد أصبح أجنبياً، إذ أنه لم يبق له يد، ولا ملك على المبيع⁽²⁾.

أما إذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع من البائع، فإن دعوى الشفعة يجب أن توجه ابتداءً ضد البائع، ويجب على الشفيع أن يدخل لمشتري خضماً في هذه الدعوى، لأن للبائع يداً على المبيع وللمشتري الملك، فكان لابد من اجتماعهما في الدعوى، وأن أخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم إمكان تسليم المبيع قبل القبض، وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشتري، ولا يجوز الفسخ إلا في حضوره⁽³⁾، وإذا كان يتوجب على الشفيع أن يختصم البائع والمشتري في دعوى الشفعة إذا كان المبيع لا يزال في يد البائع، فهل يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا خالف الشفيع ذلك؟

لم يشر فقهاء المذهب صراحة إلى سقوط حق الشفيع في الشفعة إذا لم يختصم البائع والمشتري قبل قبض المبيع، لكنهم أشاروا إلى أن الشفيع إذا لم يختصم البائع والمشتري في الدعوى، فإنه لا يقضي له بالشفعة⁽⁴⁾، وعدم القضاء بالشفعة يعني عدم قبول دعوى الشفيع لهذا السبب، وهو ما يقتضي سقوط حقه في الشفعة، وإذا تم الشراء عن طريق وكيل المشتري، وتسلم الوكيل العقار المشفوع فيه من البائع، ولم يسلمه إلى المشتري، فإن دعوى الشفعة يجب أن ترفع على وكيل المشتري، لأن الشفعة من حقوق العقد، وهي راجعة إلى الوكيل في البيع والشراء، وهذا هو ظاهر الرواية عند الحنفية⁽⁵⁾، فإن سلم الوكيل المبيع إلى المشتري وجب رفع الدعوى على المشتري، وعلى هذا فإن الشفيع إذا وجه دعواه ضد وكيل المشتري بعد أن سلم الوكيل المبيع إلى الموكل، سقط حقه في الشفعة، لأن الوكيل بعد التسليم لم يعد خصماً، إذ أنه لم يبق له يد ولا ملك على المبيع⁽⁶⁾.

3- في الفكر الشافعي:

إن المدعى عليه في دعوى الشفعة لدى الشافعية، فكلما هو مقرر في أحكام طلب الموائبة، فإن الدعوى يجب أن توجه إلى المشتري إذا كان قد قبض المبيع، أما إذا كان

(1) برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشدي المرغيناني، المرجع السابق، ص29.

(2) علي حيدر، المرجع السابق، ص579.

(3) أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، المرجع السابق، ص387-388.

(4) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص246.

(5) أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، المرجع السابق، ص389.

(6) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص191.

المبيع لا يزال في يد البائع، فهناك من يقول بجواز رفع الدعوى ضد البائع، ومن ثم يتم أخذ المبيع منه، وهناك من يقول بأن الدعوى يجب أن توجه ضد المشتري، فيجبر المشتري على قبض المبيع، و من ثم يأخذه الشفيع منه، فإذا رفعت الدعوى ضد البائع وتم الأخذ منه، أدى ذلك إلى إسقاط الشفعة، نظراً لأن الأخذ من البائع يفوت التسليم وهذا من شأنه بطلان العقد، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة⁽¹⁾.

4- في الفكر الحنبلي:

كما وضحنا سلفاً، فإن فقهاء الحنابلة يقرون بأن الشفيع يملك المال المشفوع فيه، بمجرد الطلب، وبذلك فهو ليس بحاجة إلى رفع دعوى لتمكنك هذا المال، عدا الحالة التي يلجأ فيها الشفيع إلى القضاء للحكم بتقرير ملكيته للمال المشفوع فيه، ففي هذه الحالة، فإن دعواه يجب أن توجه ضد المشتري، لأنه عادة هو من ينازع الشفيع في حق الشفعة، وهذا ما يفهم من كلام بعض فقهاء الحنابلة، حيث يقول: "إن الشفيع بعد أن يطلب الشفعة له أن يخاصم المشتري ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين"⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن الشفيع إذا أخطأ في توجيه دعواه، فلا يؤدي ذلك إلى سقوط حقه في الشفعة، لن الشفيع قد تمل المال المشفوع فيه بالطلب، وبالتالي فلا حديث عن السقوط بعد الطلب.

الفرع الثاني: ميعاد رفع الخصومة

ندرس من خلال هذا الفرع ميعاد رفع الدعوى، والذي بفواته يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة.

أولاً: في الفكر المالكي

إن الأخذ بالشفعة عند المالكية يبدأ بالطلب، أي بطلب الموائبة، تمهيداً لتملك المال المشفوع فيه، الذي يكون يأخذ أمور ثلاثة، هي حكم الحاكم، أو دفع ثمن البيع، أو بالإشهاد على الأخذ بالشفعة، وهذا يعني أن مرحلة الخصومة ليست مرحلة إلزامية للتملك بالشفعة⁽³⁾، كون الشفيع يمكن أن يملك عن طريق دفع ثمن المبيع للمشفوع منه، أو عن طريق الإشهاد

(1) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص338

(2) أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، المرجع السابق، ص141.

(3) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص232.

على الأخذ بالشفعة، وبالتالي فلا يكون بحاجة إلى دفع دعوى الشفعة إلى الحاكم⁽¹⁾، أما إذا لجأ الشفيع للتملك عن طريق حكم الحاكم، فإنه يقع عليه رفع دعوى الشفعة إلى القضاء، فيكون الحكم الصادر لصالحه، هو مصدر تملكه بالشفعة، إذن فلا بد من معرفة الميعاد المسقط لحق الشفيع في الشفعة إذا لم يرفع الشفيع الدعوى خلاله.

فلم يرد في كتب المذهب المالكي، أي إشارة لتحديد ميعاد رفع دعوى الشفعة أمام القضاء ولا إجراءاتها، و لكن ذكر بعض فقهاء المذهب المعاصرين⁽²⁾، بأن ميعاد رفع دعوى الشفعة، هو نفس ميعاد الطلب الموجه للمشتري والذي يعلن فيه الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، أو قام الشفيع باللجوء إلى القضاء مباشرة لطلب الشفعة، دون أن يطلبها من المشتري، ففي كلا الحالتين فإنه يقع على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة خلال الميعاد المحدد لطلب الشفعة من المشتري، وإلا سقط حقه ف الشفعة، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن القول بأن ميعاد رفع الدعوى المسقط لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع إذا كان حاضراً في البلد، عالماً بالبيع، و كتب شهادة في عقد البيع المشفوع فيه، فإن هذا الميعاد يكون شهرين من وقت إبرام العقد، حتى وإن كان الشفيع قد غاب بعد إبرام العقد، أما بالنسبة للشفيع الحاضر في البلد العالم بالبيع، ولكنه لم يكتب شهادته في العقد، فإن ميعاد السقوط لعدم رفع الدعوى يكون سنة كاملة من وقت العلم بالبيع، حتى وإن كان الشفيع قد غاب بعد إبرام عقد البيع.

أما إذا كان الشفيع غيباً عالم بالبيع سواء كان حاضراً في البلد أو غائباً عنها، وسواء كان غيابه قبل إبرام العقد أو بعده، فإن شفيعه لا تسقط إذا لم يرفع دعوى الشفعة خلال ميعاد معين، فإذا علم بالبيع كان عليه أن يرفع الدعوى خلال مدة سنة من وقت علمه بالبيع وإلا سقط حقه⁽³⁾.

ثانياً: في الفكر الحنفي

وكما ذكرنا سلفاً، أن الأخذ بالشفعة في الفقه الحنفي يمر بثلاث مراحل؛ طلب الموائية، ومرحلة طلب التقرير والإشهاد، و مرحلة طلب الخصومة والتملك، وفيما يخص هذه

(1) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص325.

(2) محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص264.

(3) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص326.

الأخيرة نلمس اختلاف فقهاء المذهب الحنفي في ميعاد رفع الدعوى وانقسامهم إلى عدة آراء:

الرأي الأول: وهو رأي أبي حنيفة، وإحدى الروايات عن أبي يوسف⁽¹⁾، ويذهب هذا الرأي إلى أن ميعاد رفع دعوى الشفعة على التأييد، أي أن الشفعة لا تسقط إذ لم ترفع الدعوى بها بعد طلب التقرير والإشهاد مهما طاللت المدة، وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بأن حق الشفعة يثبت بطلب التقرير والإشهاد، والأصل أن الحق ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال شرعي، ولم يوجد لأن تأخير المطالبة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لا يعد إبراء، بالإضافة إلى ذلك فإن الشفيع إذ كان غائبا ولم يعلم بالبيع لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة وإن طاللت غيبته، والضرر الناتج عن تأخير المطالبة بالشفعة إذ كان الشفيع غائبا أكبر من الضرر الناتج من تأخير الدعوى بعد طلب التقرير والإشهاد، إذ أن المشتري بإمكانه دفع الضرر يرفع الأمر إلى القاضي لكي يأمر الشفيع بالأخذ، وإلا اعتبر سكوته إعراضا عن الشفعة فيسقط حقه فيها، وإذا كان هذا الضرر في حال الغيبة يمكن احتماله باتفاق الفقهاء وهو أعظم، فأولى أن يحتل ما قد يتوقع من ضرر بعد طلبي التقرير والإشهاد، وهو أدنى، خاصة بعد أن تبين إمكان دفعه⁽²⁾.

الرأي الثاني: وهو رأي زفر، وإحدى الروايتين عن محمد بن الحسن ورواية عن أبي يوسف، ويرون أن ميعاد رفع الشفيع دعوى الشفعة خلال هذا الميعاد سقط حقه في الشفعة. وقد علل أصحاب هذا الرأي رأيهم بأنه لو لم تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب أكثر من شهر للحق المشتري ضرر من جهة الشفيع، لأنه يمتنع عن التصرف بملكه خشية أن يأخذه الشفيع وينقص تصرفاته التي تمت فيه، والضرر مدفوع لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁾، و قال شيخ الإسلام وقاضي خان بأن الفتوى اليوم على كآنه إذ أخر الشفيع رفع الدعوى شهرا سقطت الشفعة لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير⁽⁴⁾، و بهذا الرأي أخذ عامة المشائخ⁽⁵⁾، كما أخذت به مجلة الأحكام العدلية حيث

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 244

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 161

(3) الإمام محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ص 498

(4) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 244

(5) علي حيدر، المرجع السابق، ص 583

نصت في المادة 1034 بأنه: "لو أصر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً بدون عذر شرعي كوجوده في ديار أخرى يسقط حق شفيعته".

الرأي الثالث: ويرى أن الميعاد الذي يلزم الشفيع برفع دعوى الشفعة خلاله هو ثلاثة أيام، لأن هذه المدة هي المهلة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإهمال الخصم للدفع والمدين للقضاء، فإذا أمضت هذه المدة من غير أن يرفع الشفيع دعواه سقطت شفيعته، وهذا الرأي هو رأي محمد بن الحسن في الرواية الثانية عنه⁽¹⁾.

الرأي الرابع: ويرى أن ميعاد رفع دعوى الشفعة يتحدد بالمدة التي يستطيع الشفيع رفع الدعوى فيها، ولهذا قيل أن الشفيع إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القضاء من غير عذر سقطت شفيعته، حتى وإن كان القاضي يجلس في كل ثلاثة أيام، فإذا أمضى مجلس من مجالسه، ولم يخاصم الشفيع فيه اختياراً سقطت شفيعته، لأنه دليل الإعراض والتسليم، كما في تأخير طلب الموائبة وطلب التقرير والإشهاد، وهذا الرأي هو رأي أبي يوسف في إحدى الروايات عنه⁽²⁾، ويبدأ سريان ميعاد سقوط دعوى الشفعة عند من يرون تقييد الدعوى لمدة معينة من تاريخ إيداع آخر طلب من طلبات إعلان الرغبة وهو طلب التقرير والإشهاد.

ثالثاً: في الفكر الشافعي

وتجب الشفعة عند الشافعية بعقد البيع، ثم تستحق بالطلب الصادر من قبل الشفيع، أما تملك المال المشفوع فيه، فلا يكون إلا بحصول أمر من ثلاثة أمور، وهو دفع الشفيع الثمن إلى المشتري، أو رضا المشتري بأن يكون الثمن في ذمة الشفيع، أو حكم القاضي⁽³⁾، ومن الواضح أن مرحلة الخصومة ليست مرحلة إلزامية للتملك عند الشافعية مثلهم في ذلك مثل فقهاء المالكية، نظراً لأن الشفيع لا يحتاج إلى رفع دعوى الشفعة إذا اختار التملك في ذمة الشفيع، أما إذا اختار التملك عن طريق حكم القاضي، وجب عليه رفع دعوى الشفعة إلى

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي الحنفي، المرجع السابق، ص 244

(2) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 118

(3) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 326.

القضاء كي يحكم بها، وفي ذلك يقول أحد فقهاءهم: "وأما قضاء القاضي له بالشفعة إذ أحضر مجلسه وأثبت حقه، فيملك به في الأصح"⁽¹⁾.

ولما كانت مرحلة الخصومة ليست مرحلة إلزامية للتملك بالشفعة، فإن فقهاء الشافعية، لم يفصلوا الكلام عنها، فلم يشيروا إلى إجراءات رفع دعوى الشفعة ولا إلى مواعيد تقديمها، لكن الذي يفهم من كلامهم هو أن طلب الشفعة يمكن أن يوجه إلى المشفوع منه، ويمكن أن يوجه هذا الطلب على شكل دعوى إلى القضاء مباشرة، حيث جاء في كلام بعضهم: "... أو قضى له القاضي بالشفعة بعد إثبات حقه فيها عنده و طلبه لها لأنه منزل منزلة المشتري حتى كأن العقد وقع له" أو أيضا: "إذا حضر مجلسه وأثبت حقه فيها وطلبه فيملكه به في الأصح لتأكد اختبار التملك بحكم الحاكم"⁽²⁾.

وطالما أن طلب الشفعة يمكن أن يوجه إلى المشفوع منه، أو إلى القضاء مباشرة، فإنه يمكن القول بأن ميعاد تقديم الطلب إلى القضاء هو نفس ميعاد تقديم الطلب إلى المشفوع منه، وهذا الميعاد وفقا لأظهر أقوال الشافعية هو على الفور، فإذا علم الشفيع بالبيع ولم يبادر إلى رفع الدعوى لدى الحاكم، سقطت شفעתه، ما لم يكن له عذر يمنعه من الوصول إلى الحاكم، فإن كان له عذر كان على شفעתه حتى يتمكن من رفع الدعوى، وعليه أن يحلف اليمين بأن تركه للطلب لم يكن تنازلا عن الشفعة، فقال الشافعي:

"... وإذا بيع الشخص من الدار و الشفع حاضر عالم فطلب مكانه فله الشفعة، وإن أخر الطلب فذكر عذرا من مرض أو امتناع من وصول إلى سلطان أو ما أشبه من العذر كان على شفעתه، لا وقت في ذلك إلا أن يمكنه، وعليه اليمين ما ترك ذلك رضا بالتسليم للشفعة و لا تركا لحقه فيه..."

أما الشفيع غير العالم بالبيع، فهو على شفעתه، ولو طلب المدة، فإذا علم بالبيع وجب عليه رفع الدعوى خلال الميعاد وإلا سقط حقه في الشفعة.

(1) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص 200.

(2) شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص 65.

رابعاً: في الفكر الحنبلي

يرى فقهاء الحنابلة، بأن الشفيع يملك المال المشفوع فيه بمجرد طلب الشفعة، بشرط أن يكون الشفيع عالماً بالمال المشفوع فيه وثمانه، وبالتالي فلا يحتاج التملك عن طريق الشفعة إلى حكم حاكم، لأن هذا الحق قد ثبت بالنص والإجماع⁽¹⁾، ويرى فقهاء الحنابلة أن رفع الدعوى إلى الحكم بعد طلب الشفيع الشفعة من المشفوع منه، لا يعد إجراء من إجراءات الشفعة، كون إجراءات الشفعة تنتهي بتملك الشفيع المال المشفوع فيه، وهذا التملك قد تم بالطلب، وينبني على ذلك أن أحق الشفعة لا يسقط إذ لم يرفع الشفيع الدعوى بها خلال ميعاد معين، بل كما قالوا - أي فقهاء الحنابلة - بأن للشفيع الحق في رفعها بعد الطلب ولو بعد أيام وشهور أو سنين - كما سبق ووضعنا ذلك - أما بخصوص طبيعة الحكم الصادر في دعوى الشفعة لدى الفقه الإسلامي فهي محور البيان في الفرع الموالي والأخير من هذا المطلب.

الفرع الثالث: طبيعة الحكم بالشفعة

إذ تقدم الشفيع ليأخذ بالشفعة، وادعى شراء الدار المشفوع فيها، وثار نزاع بينه وبين المشتري، ورفع الأمر إلى القضاء، فإن القضاء يسأل الشفيع عن موضوع الدار وحدودها لدعواه فيها حقاً، ثم هل قبض المشتري الدار إذ لو لم يقبض لم تصح دعواه على المشتري ما لم يحضر البائع، ثم لم يسأل القاضي عن سبب شفعة الشفيع، وحدود ما يشفع به، إذ قد تكون دعواه بسبب غير صالح، ثم يسأل عن طلب التقرير كيف كان، وعند من أشهد، فإذا تحقق ذلك كله صحت الدعوى، ثم يسأل القاضي المدعي عليه عن ملكية الشفيع لما يشفع به، فإن أقر بملكية الشفيع ما يشفع به فيها، وإن أنكر تلك الملكية، كلف القاضي الشفيع بإقامة البينة على ملكه، لأن ظاهر اليد أي الحيازة، لا يكفي لإثبات الاستحقاق، فإن عجز الشفيع عن إقامة البينة استحلف المشتري، بالله ما لم يعلم أن الشفيع مالك لما ذكره مما يشفع به، فإن نكر المشتري عن اليمين، أو إقامة بينة للشفيع، ثبت ملك الدار التي يشفع بها، وثبت له حق الشفعة، ثم يسأل القاضي المدعي عليه أيضاً: هل اشترى الدار المشفوع فيها أم؟ فإن أقر فيها، وإن أنكر الشراء - الابتياح - قيل للشفيع: أقم البينة على شراؤه، لأن

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 7

الشفعة لا تثبت لا يعد ثبوت البيع بالحنة، فإن عجز عنها، استحلقت المشتري بالله ما اشترى هذه الدار، أو بالله ما يستحلقت عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره الشفيع على ما يدعي قضي له بها، وإذ لم ينكر المشتري طلب الشفيع الشفعة: فإن أنكر فالقول له أي للمشتري بيمينه، فإن أنكر طلب الموائبة حلف على العلم أي ما يعلم به، وإن أنكر طلب التقرير، حلف على الثبات أي الجزم بأنه لم يحصل⁽¹⁾.

وقد اختلف آراء المذاهب الإسلامية حول طبيعة الحكم بالشفعة.

إذ تعد الشفعة في المذهب الحنفي بمثابة الشراء الجديد، ويملك الشفيع العقار المشفوع فيه، من وقت التراضي، أو من وقت صدور الحكم من القضاء ولا ملك له قبل ذلك، وإنما الملك للمشتري لأن سبب الملك قائم وهو الشراء، كما يعد الحكم القضائي أنه حول أو نقل الصفة من المشتري إلى الشفيع.

ويرى فقهاء المالكية، أن الشفيع لا يحل محل المشتري في الصفة من تاريخ إبرامها، وإنما يعد تملكه بمثابة الشراء الجديد من المشتري، ويتحقق التملك من وقت القضاء أو دفع الثمن أو الإشهاد ولو في غيبة المشتري.

أما الشافعية، فيرون أن الشفعة لا تؤثر في عقد البيع السابق، فهو قائم ويتملك الشفيع الشخص المشفوع فيه بأمر من أمور ثلاثة، بتسليم العوض من المشتري، أو رضاء المشتري، أو بقضاء الحاكم له بالشفعة، ويحدث التملك من هذا الوقت فقط.

وأما الحنابلة، فيرون أن الشفعة، هي حلول الشفيع محل المشتري في الصفة، من تاريخ قضاء القاضي، أو من تاريخ تسليم المشتري بشفعة الشفيع، إذ توافر العلم بالثمن والمبيع، وعليه نخلص إلى أن طبيعة الحكم الصادر في الدعوى المرفوعة من الشفيع سيكون حكماً مقررًا وكاشفاً لملكية الشفيع على المال المشفوع فيه، وليس منشئاً لها، فالشفيع قد تملك هذا المال بالطلب.

وهذا فيما يخص كل إجراءات الحصول على الملك بالشفعة في الفقه الإسلامي، وفي المبحث الموالي نبحث نفس الإجراءات لكن على منوال وضوء القانون المدني.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4929

المبحث الثاني: الإجراءات في القانون المدني

إن الإجراءات القضائية في الأخذ بالشفعة -والتي ستكون محور البيان خلال هذا المبحث- لا تطبق إلا في حالة واحدة وهي عدم تملك العقار المشفوع فيه بالتراضي، فإذا طلب الشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة، وأذعن المشتري لحكم القانون وسلم بها، فإنه يملك العقار رضاءً، ولا حاجة إلى إجراءات قضائية، فإذا لم يذعن المشتري ولم يسلم بالشفعة، وجب على الشفيع أن يتخذ إجراءات معينة، حتى يصل إلى تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة بحكم من القضاء.

ولتوفير الاستقرار والنزاهة للمعاملات، وحتى لا يتخذ الشفيع من الشفعة ذريعة للمضاربة على العقارات، وحتى لا يجعل منها أداة للمساومة، فإن المشرع الجزائري حرصاً منه على تقادي كل ذلك، نص على إجراءات صارمة للأخذ بالشفعة، وحدد لها مواعيد قصيرة، لمنع بقاء المشتري مهدداً دائماً بطلب الشفعة، فقد أتاح القانون لكل من البائع أو المشتري أن يتخذ إجراء يحفز به الشفيع، على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد معين وإلا سقط حقه، وهذا الإجراء هو عبارة عن إنذار رسمي، يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، وفي هذا الإنذار يتم إعلان الشفيع بحصول البيع، ودعوته إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، إذا كان يريد ذلك فهو يعتبر فاتحة الإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها⁽¹⁾.

ويمكن تقسيم الإجراءات التي تمر بها الشفعة إلى ثلاث مراحل، تضمن محتوياتها مطالب هذا المبحث، حيث نبين في المطلب الأول مرحلة الإنذار، ونتعرض في المطلب الثاني لمرحلة الطلب، ونكرس المطلب الثالث والأخير لبيان مرحلة الدعوى والحكم.

المطلب الأول: مرحلة الإنذار

تنص المادة 799 من القانون المدني على أن:

"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 الجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص435.

وتنص المادة 800 من القانون المدني:

"يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً:

1- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

2- بيان الثمن والمصاريف الرسمية، وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799."

تبدأ إجراءات الأخذ بالشفعة، كما هو مستفاد من النصوص القانونية أعلاه، بإنذار يوجهه أحد المشايخين إلى الشفيع، والغاية من هذا الإنذار، هو إخطار الشفيع بوقوع البيع، كي يتخذ احتياطاته، ويتدبر أموره، بحيث يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة خلال مدة معينة، ويوجه الإنذار، إما من قبل البائع، أو من قبل المشتري، أو من كليهما، بحيث إذا وجه أحدهما يغني عن الآخر، والإنذار يكون موجهاً إلى الشفيع إذا كان واحداً، أو إلى جميع الشفعاء إن تعددوا، حتى ولو كانوا من طبقات مختلفة، لاحتمال أن يأخذ بالشفعة ذوا الطبقة المتأخرة⁽¹⁾، في حالة ما إذا ترك الشفعاء ذوا الطبقة المتقدمة شفعتهم.

ويجب أن يشمل الإنذار على بيانات محددة تتعرض لها في الفرع الأول، وجزاء تخلفها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: بيانات الإنذار بوقوع البيع

أولاً: بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً

حيث يكفي لبيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً، تعيين موقعه وحدوده ومساحته، وذكر أي بيان ضروري آخر، من شأنه أن يجعل الشفيع عالماً بالعقار المبيع، ذلك لأن مقصود المشرع من البيانات التي أوجبها هو تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً نافياً للجهالة، بحيث يستطيع أن يعمل رأيه في الصفق فيأخذ بالشفعة أو يترك، وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع في التكليف بإبداء الرغبة قد وقع كافياً أم غير كافٍ متروك لقاضي الموضوع.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 436.

ثانياً: بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل

ويقصد بالمصاريف رسوم التوثيق والتسجيل وما يماثلها، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة، فليس من الواجب ذكرها، حيث يمكن أن تكون محلاً للمطالبة مستقلة، وإذا طلبت هذه المصاريف أثناء سير الدعوى، فلا تبطل الإنذار، ولا يجوز الدفع بعدم قبول طلبها لعدم ورودها في الإنذار، فالقانون اشترط ذكر المصاريف الرسمية في الإنذار، أما المصاريف الأخرى، فيستطيع المشتري أن يطالب بها بعد ذلك على حدة.

أما شروط البيع فيقصد بها تلك الشروط التي استلزم القانون بيانها في الإنذار، وهي شروطه الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها، حتى يستطيع أن يوازن بين أن يقدم على طلب الأخذ بالشفعة أو لا يقدم، وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً للوفاء ببعض الثمن، لا يتوقف عليه تقرير صاحب الحق في الشفعة لموقفه، من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقاً لأحكام المادة 801 -الفقرة الأولى من القانون المدني، بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به بين يدي الموثق، وذلك من خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، وقبل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، كما أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، وذلك طبقاً للمادة 804 من القانون المدني، وحتى في حالة حصول هذا الرضا، فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن، بما في ذلك المؤجل في الميعاد القانوني، ومن ثم فليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها، وبالتالي، فإن عدم اشتغال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط، لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار، كما أنه لا يعتبر من شروط البيع التي توجب المادة 800 من القانون المدني اشتغال الإنذار عليهما ورد في عقد البيع الصادر للمشتري، من أن البائع له تلقى ملكية ما باعه بطريقة الشراء من آخر بعقد، كما أنه لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط تملك البائع.

كما يجب أن يشمل على تعيين كافٍ لمهنة البائع أو المشتري وموطنها وكذا بيان اسم كل منهما بياناً نافعاً، حتى يمكن للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك.

ثالثاً: مدى اشتراط الرسمية في الإنذار

يلاحظ أن المادة 799 من القانون المدني، لا تشترط الرسمية في الإنذار الموجه من قبل البائع أو المشتري إلى الشفيع، فيكفي لسريان مدة الثلاثين يوماً لإعلان الرغبة في الشفعة، مجرد الإنذار، سواء كان التعبير عنه بطريقة شفوية أو كتابية، فالمنتزع اشترط صدور الإنذار من حيث الموضوع دون أن تقيده من حيث الشكل، هذا يعكس ما هو عليه الحال في القانون المدني المصري، حيث اشترط أن يكون الإنذار الذي يوجهه المتبايعان رسمياً بنص المادتين 940 و 941 منه، بحيث لا يغني عن هذا الإنذار الرسمي أي ورقة رسمية أخرى، ككتاب مسجل و لو كان بعلم الوصول⁽¹⁾.

ونشير في هذا الصدد، أنه على الرغم من أن المصدر التاريخي للقانون المدني الجزائري هو القانون المدني المصري، فأحكام الشفعة مأخوذة منه، بحيث يشترط أن يكون الإنذار رسمياً في القانون المدني المصري، وفقاً للنص العربي، وعلى الرغم من وحدة الترجمة الفرنسية لكل من المادتين 940 و 941 من القانون المدني المصري، المادتين 799 و 800 ومن القانون المدني الجزائري، والتي لم تشترط الرسمية في الإنذار الذي يوجهه البائع والمشتري إلى من يريد الأخذ بالشفعة.

كما أن المشرع أكد عدم اشتراط الرسمية في الإنذار الموجه من قبل أحد المتبايعين إلى الشفيع في المادة 800 -الفقرة الأولى- من القانون المدني، وهو بصدد تحديد ما يجب أن يشمل عليه الإنذار، حيث جاء فيها، على أنه: "يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً...".

(1) محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 443.

فقد ذكر المشرع الإنذار، دون أن يردفه بلفظ الرسمية، بعكس ما هو عليه الحال بالنسبة للمصاريف التي أوردتها بالرسمية في الفقرة الثالثة من المادة 800 من القانون المدني والتي تقضي "بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع ...".

فلو أراد المشرع اشتراط الرسمية، لأكد عليها في الفقرة الأولى من المادة 800 من القانون المدني الجزائري، وهو بصدد تحديد ما يجب أن يشتمل عليه الإنذار، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادتين 799 و 800، فهما تتشابهان مع النص الفرنسي للمادتين 940 و 941 من القانون المدني المصري، فقد ورد في كلا النصين الجزائري والمصري، عبارة « la sommation »، ويقابلها في اللغة العربية لفظ الإنذار، لذلك فإن النص الجزائري، سواء العربي أو الفرنسي في المادتين 799 و 800 من القانون المدني الجزائري يتشابه مع النص الفرنسي للقانون المدني المصري في المادتين 940 و 941 من القانون المدني المصري، والذي يؤدي إلى أن المشرع قد أورد الإنذار في النص دون اشتراط الرسمية فيه.

ثم إذا قبل أن عدم اشتراط الرسمية في الإنذار، ربما يؤدي إلى فوات الفرصة على الشفيع، وضياع حقه، فالرد على ذلك، أن الشفعة واردة على سبيل الاستثناء، وبالتالي لا يجوز التوسع في تفسير نصوصها عن تأويلها، فلأخذ بهذا الاستثناء لابد من وروده صراحة في القانون.

فالمشرع لم يقصد الرسمية في الإنذار الموجه إلى الشفيع من قبل البائع أو المشتري، لذلك أغفل النص عليه، في كل من المادة 799 و 800 من القانون المدني الجزائري، ولهذا نرى أن نأخذ بصياغة النص الجزائري، لأنها تتماشى وروح التضييق التي تبناها المشرع في أحكام الشفعة، بحيث لا يشترط الرسمية في الإنذار الموجه إلى الشفيع، من قبل البائع أو المشتري، غير أن ذلك لا يمنع من تسجيل هذا الإنذار إذا ما رغب صاحب الشأن في ذلك⁽¹⁾.

(1) مدحت محمد الحسني، إجراءات الشهر العقاري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص 110.

الفرع الثاني: جزاء تخلف بيانات الإنذار

إذا لم يشتمل الإنذار على بيان من البيانات المتقدمة، أو لم يكن رسمياً بالمفهوم السابق، أو على الشفيع في غير موطنه، فإن هذا الإنذار يعد باطلاً، ولكن بطلان هذا الإنذار لا يؤدي إلى سقوط حق الشفعة إذا لم يعلن رغبته فيها خلال المدة القانونية، لأن حساب المدة لا يبدأ إلا إذا كانت الإجراءات صحيحة، ولكن ليس معنى وجوب إنذار الشفيع بحصول البيع، أنه لا يستطيع إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة، إلا بعد وصول هذا الإنذار إليه، بل إن عدم إنذاره أساساً لا يحول دون أن يعلن رغبته بمجرد علمه بالبيع الحاصل دون حاجة إلى انتظار الإنذار، وقد قضت المحكمة العليا⁽¹⁾ بأنه:

"إذا كان يؤدي نص المادة 799 من القانون المدني أنه يوجب على كل من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها كل من البائع والمشتري، في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، فإن عدم القيام بذلك في الأجل المحدد يسقط حقه فيها"⁽²⁾.

كما قضت المحكمة العليا، بأن المشرع قد حدد الإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشفعة في المواد 797 وما بعدها من القانون المدني، وحدد في أحكام المادة 799 من نفس القانون أجل شهر من تاريخ الإنذار الذي يوجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة، وإذا لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانوناً لاحتساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله، فإن فوات الجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة، والمستكمل للشروط، هو المسقط لحق الشفعة لا غير⁽³⁾.

المطلب الثاني: مرحلة الطلب

إذا وقع بيع العقار الذي تجوز الشفعة فيه، وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة، يفتح بذلك لمن قام به سببها، خيار الشفعة في هذا العقار بإرادته المنفردة، واستعمال هذا الخيار بإعلان الإرادة، وهو العنصر الأساسي والجوهرى الذي يحقق الشفعة، وقد تطلب المشرع لإحقاق الشفعة، أن يقوم الشفيع بإعلان رغبته ضمن شروطها، ومواعيدها، ويتأكد هذا

(1) القرار: ملف رقم 030.33 المؤرخ في 1985/10/02

(2) المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، الجزائر، قسم الوثائق و المستندات للمحكمة العليا، ص 64.

(3) المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، قرار في الملف رقم 704.34 المؤرخ في 26.05.1985.

الإحقاق بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، وهما الجزأين الرئيسيين الذين سنخصصهما بالتحليل خلال فرعي هذا الطلب، حيث نتعرض في الفرع الأول لأحكام التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ونبين في الفرع الثاني أحكام إيداع ثمن البيع والمصاريف.

الفرع الأول: التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

تنص المادة 799 من القانون المدني، على ما يأتي:

"على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار..."

يجوز لكل من البائع و المشتري إبلاغ الشفيع بإنذار بحصول البيع، إذا رغبا في الاطمئنان إلى موقفه، حتى يعلن إليهما رغبته، إذا ما أراد الأخذ بالشفعة، هذا وقد حدد المشرع ميعداً قصيراً وهو ثلاثون يوماً، لإعلان رغبته في الشفعة، ليتوافر للمعاملات الاستقرار، بحيث لا يبقى البيع مهدداً لمدة طويلة، فعلى من يريد أخذ العقار بالشفعة، أن يعلن رغبته في الأخذ بها إلى المتبايعين، بعد علمه بوقوع البيع، سواء كان هذا العلم بطريق الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري أو بدونه، ذلك لأن حق الشفيع في إعلان الرغبة في الشفعة غير معلق على توجيه هذا الإنذار إليه، بل يجوز له قبل الإنذار أن يرفع دعوى الشفعة بعد إيداع الثمن متجاوزاً في ذلك مرحلة إعلان الرغبة، ومن ثم يعتبر إعلان عريضة الدعوى، إعلاناً للرغبة في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾، ويعتبر الإعلان صحيحاً متى تم تسليمه إلى شخص البائع والمشتري، أو إلى أحد أقاربه أو تابعيه، أو البوابين أو إلى أي شخص آخر يقيم بالمنزل معه، وفي حالة عدم وجود موطن، فإن الإعلان يكون في محل الإقامة.

وقد بين المشرع أن إعلان الرغبة للأخذ بالشفعة، يجب أن يتم إفراغه في شكل رسمي، وخلال مدة معينة، حددها القانون بثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه أحد المتبايعين إلى الشفيع، وأوجب المشرع على الشفيع تسجيل هذه الرغبة، توفيراً للنزاهة في المعاملات القانونية، وبذلك يكون لدينا ثلاث حالات، ندرسها خلال هذا النوع، حيث نعالج

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص483.

في الجزء الأول، شكل الإعلان بالرغبة للأخذ بالشفعة، ونتعرض في الجزء الثاني لميعاد إعلان الرغبة للأخذ بالشفعة، ونبين في الجزء الثالث تسجيل الإعلان بالرغبة في الشفعة.

أولاً: شكل الإعلان بالرغبة في الشفعة:

تنص المادة 801 من القانون المدني الجزائري على أن:

"يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلاً، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً".

فإذا أراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة، فعليه أن يبدي رغبته في ذلك عن طريق تصريح رسمي يدلي به الشفيع أمام الموظف المكلف بكتابة الضبط، بحيث يصرح الشفيع أمام كاتب الضبط برغبته في الأخذ بالشفعة، ويوجه هذا التصريح المتضمن رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة إلى موطن كل من البائع والمشتري، أي إلى المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى، يحل محلها مكان الإقامة العادي، أما الموطن فهو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود مسكن يحل محلها مكان الإقامة العادي، ونشير أن مهمة التبليغ والتنفيذ لورقة الإعلان بالرغبة في الشفعة، أصبح يقوم بها المحضر القضائي بدلاً من كاتب الضبط القائم بالتبليغ والتنفيذ كما كان سابقاً قبل صدور القانون رقم (91-03) المؤرخ في 08-01-1991، المتضمن تنظيم مهنة المحضر، ونلاحظ أنه يجب على الشفيع أن يوجه التصريح الرسمي للأخذ بالشفعة إلى المكان الذي يقيم فيه عادة كل من المتبايعين، بحيث لا يجوز له أن يوجه التصريح إلى المكان الذي يباشر فيه المشتري أو البائع مهنته أو تجارته، فإن هذا المكان لا يعتبر موطناً له إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه المهنة أو التجارة، وهذا ما نصت عليه المادة 37 من القانون المدني بنصها على أن:

"يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

ولا يغني إعلان التصريح بالرغبة في الشفعة أحدهما دون الآخر، وإذا تعدد البائعون أو المشترون، وجب إعلانهم جميعاً بالرغبة في الشفعة خلال المدة القانونية، وإذا تعدد

الشفعاء أيضا وجب على كل واحد منهم ان يوجه تصريحاً رسمياً عن طريق المحضر القضائي إلى كل من البائع والمشتري.

ونشير إلى أن الشفيع إذا وجه التصريح إلى أحد المتبايعين في الميعاد المحدد قانوناً، ووجه التصريح على الثاني بعد انقضاء الميعاد القانوني، سقط حقه في الشفعة، لأن كلا من البائع والمشتري، طرف في الشفعة إذا تمت بالتراضي، وخصم فيها إذا أخذت بالتقاضي، ومن ثبت للشفيع الحق في الشفعة، حل محل المشتري في مواجهة البائع، يتحمل التزاماته ويكتب حقوقه، ومن ثم كان الشفيع طرفاً في الشفعة وكل من المشتري والبائع طرفاً آخر فيها.

ويجب أن يكون إعلان الرغبة رسمياً، بعقد توثيقي خاضع للتسجيل والشهر العقاري، أو كما عبرت عليه صراحة المادة 801 -الفقرة الأولى- من القانون المدني الجزائري، أن يكون التصريح بالرغبة بورقة رسمية عن طريق كتابة ضبط المحكمة، وإلا كان هذا التصريح باطلاً، فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة كما ذكرنا، ولم يمض في إجراءاتها، كأن لم يودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق، أو أنه لم يرفع دعوى الشفعة خلال المدة القانونية يسقط حقه في الشفعة، وإن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة تصرف قانوني صادر من جانب واحد⁽¹⁾، وهي العنصر الذي يشكل به الشفيع عناصر الأخذ بالشفعة، لذلك لا يجوز للشفيع الرجوع عنها بعد إعلانها إلى كل من البائع والمشتري إلا برضاء المشتري، ومن باب أولى إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة وأراد بعد ذلك العدول عن طلبها⁽²⁾.

وهناك رأي يقول بأن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة إلا بصدور حكم ثبوت حقه أو بالتراضي، لذلك يجوز للشفيع العدول عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها، ما لم يقبل المشتري طلب الشفيع ويسلم له بالشفعة ويخطر به هذا القبول، عند ذلك لا يجوز للشفيع أن يرجع في طلبه لحصول تعاقد صريح بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيها إلا بتراضي جديد.

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص452.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

كما يجوز للشفيع بدل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، أن يرفع دعوى الشفعة مباشرة، خلال الميعاد القانوني، وهو ثلاثون يوماً على كالم البائع والمشتري من يوم الإنذار بوقوع البيع، حتى تصلح عريضة الدعوى لأن تكون إعلاناً بالرغبة في الأخذ بالشفعة، حيث أن الإعلان ليس واجباً إذا رفعت دعوى الشفعة خلال الأجل القانوني في المقرر للإعلان، لأن القانون لم ينص على بطلان دعوى الشفعة إذا لم يحصل إعلان الرغبة بورقة مستقلة سابقة على إعلان دعوى الشفعة، ولا شيء في القانون سيلزم الشفيع أن يفصل بين إعلان الرغبة وبين عريضة الدعوى، وأن لا يجمع بينهما، وأن ينتظر كل المدة المرخص له فيها في إقامة الدعوى، فمن الجائز إذن أن يقتصر الشفيع على إظهار الرغبة في ذات إعلان الدعوى، بحيث يقوم الإعلان المذكور في هذه الحالة مقام إعلان الرغبة، ما دام قد استكمل الشروط القانونية.

ويجب إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق قبل رفع الدعوى، حتى يكون رفع الدعوى صحيحاً، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني، بقولها: "... يشترط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى الشفعة".

وبعدها يكون للشفيع أن يمضي في الإجراءات، ويلاحظ أنه إذا سلم المشتري بشفعة الشفيع، عند بدء إجراءات الدعوى، فإن هذا الخير هو الذي يتحمل مصاريف الدعوى، إذا تبين أنه كان في غنى عن رفعها.

والجدير بالذكر فهذا الصدد حول ما ورد في نص المادة 801 من القانون المدني السالفة، حيث جاء فيها: "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط..."، فنلاحظ أنه قد ورد لفظ "بعقد رسمي"، وهذا اللفظ الوارد في النص محل نظر، وهو نفسه قد ورد في النص الفرنسي أيضاً، لأن المشرع أورد إجراءات الشفعة في خمس مواد، ابتداءً من المادة 799 من القانون المدني إلى المادة 803 من القانون المدني، وأن المادة 801 من القانون المدني، التي نحن بصدددها، أوردتها المشرع في سياق المواد المذكورة آنفاً، حيث تعرضت هذه المواد لإجراءات الواجب على الشفيع إتباعها كي يستطيع الأخذ بالشفعة، ومن جملة هذه الإجراءات، يتعين على الشفيع أن يفصح عن رغبته

في الأخذ بالشفعة، بواسطة تصريح، كما جاء ذلك صراحة في نص المادة 801 من القانون المدني، وقد أراد المشرع أن يكون هذا التصريح رسمياً، بحيث يتم الإدلاء به أمام كاتب الضبط، وحالياً يحرره الموثق ويتولى تبليغه المحضر القضائي، وما دام الوضع كذلك، فلماذا أورد المشرع لفظ "بعقد رسمي"، طالما أن المادة 801 مذكورة تتحدث عن التصريح، وقد ورد هذا اللفظ ثلاث مرات فيها، أولها التصريح بالرغبة، وثانيها "هذا التصريح باطلاً"، وثالثها "يحتج بالتصريح ضد الغير"، فكان بإمكان المشرع أن يورد "بتصريح رسمي" للمرة الرابعة بدلاً من أن يورد "بعقد رسمي".

بالإضافة إلى ذلك، فإن عبارة "بعقد رسمي" لا تعطي المعنى الحقيقي للغرض الذي شرعت المادة من أجله، فكما هو معلوم أن العقد يتم بإيجاب وقبول، وكما هو ظاهر في المادة، أننا لسنا بصدد عقد، حتى يكون هناك إرادتان، فهناك شخص الشفيع فقط يدلي بإرادته المنفردة بالتصريح أمام كاتب الضبط، كي تتجسد هذه الإدارة في شكل رسمي، وبالتالي من أخذ العقار بالشفعة، لهذا نرى ضرورة إلغاء عبارة "بعقد رسمي"، وتعويضها بعبارة "بتصريح رسمي"، وذلك اتفاقاً مع المعنى الذي شرع النص من أجله، وعلى المشرع إعادة النظر في النصين العربي والفرنسي على السواء، بوضع العبارة الصحيحة في مكانها، انسجماً مع المعنى والمبنى للنص.

ثانياً: ميعاد إعلان الرغبة للأخذ بالشفعة

يمكن للشفيع بمجرد علمه بوقوع البيع، ولو قبل إنذاره من البائع أو المشتري أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، بل يجاوز ذلك إلى رفع الدعوى مباشرة بإيداع الثمن والمصاريف⁽¹⁾، لدى الموثق.

غير أنه في حالة ما إذا وجه أي من المتبايعين إنذاراً إلى الشفيع بوقوع البيع، فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلا خلال ثلاثين يوماً من هذا الإنذار، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 799 من القانون المدني السابقة، بحيث يجب على الشفيع إذ ما أراد الأخذ بالشفعة، بعد توجيه إنذار إليه من قبل أحد المتبايعين أن يعلن رغبته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصول الإنذار إليه بوقوع البيع، إلى كل من المشتري والبائع يعلمهم

(1) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 254.

فيها رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، حتى ولو أثبت المشتري علم الشفيع بالبيع، ذلك لأن الجل القانوني لا يسري إلا من تاريخ الإنذار الموجه إلى الشفيع، ذلك أن هذا الأخير، يستطيع الانتظار، ودون أن يطلب الشفعة، حتى يصله الإنذار، بحيث يبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة طوال المدة التي تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار، مهما طالّت هذه المدة، فإذا ما وصله الإنذار بوقوع البيع، فعند ذلك يسري أجل الثلاثين يوماً، اعتباراً من تاريخ وصوله.

وإذا ما أراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة، يجب عليه أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري، خلال الثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإنذار، و لحساب هذه المدة، يتعين الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية في هذا الصدد، وإن كان هذا القانون لم يتعرض إلى كيفية حساب هذه المواعيد، فإنه يمكن حسابها بناء على ما هو وارد في القانون المدني، وبالرجوع إلى أحكامه، نرى أنه قد تعرض للكيفية التي يتم بها حساب مدة التقادم دون أن يتعرض للكيفية التي يتم بها حساب مدة السقوط، لذا نرى أنه يمكن حساب هذه المدة الخيرة قياساً على كيفية حساب مدة التقادم، والتي نصت عليها المادة 314 من القانون المدني بقولها.

"تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها".

حيث لا يحسب وفقاً للقاعدة العامة - اليوم الذي يتسلم فيه الشفيع الإنذار، وإلا كان الميعاد ناقصاً، لذلك يجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة بحيث يصل إعلانه إلى كل من المشتري والبائع في ميعاد نهايته اليوم الثلاثون من اليوم التالي لليوم الذي تسلم فيه الشفيع الإنذار، وذلك وفقاً لنص المادة 314 السالفة الذكر، بحيث ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه.

هذا ونصت العبارة الأخيرة من المادة 799 من القانون المدني، والتي سبقت الإشارة على أن:

"يزاد على ذلك الجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

وطالما أن المسافة هي خاصة بالإعلان رغبة الشفيع إلى البائع والمشتري فتكون المسافة المقصودة هنا، هي المسافة بين موطن الشفيع، وبين موطن البائع والمشتري، ويتم تحديد مدة المسافة التي تضاف إلى ميعاد الثلاثين يوماً، بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، وقد نصت المادة 16 منه على أنه يجب احترام أجل عشرين (20) يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، وإذا لم يكن للشخص المبلغ بالحضور موطن أو محل للإقامة في الجزائر، فتكون المهلة المذكورة شهراً واحداً إذا كان يقيم بتونس أو المغرب، وشهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى، ولما كانت هذه المهلة، تتعلق فيما يخص رفع الدعاوى، فإنه يمكن أن يؤخذ بها باعتبارها ميعاد مسافة، ونحن بصدد التعرض لأحكام الشفعة، نلاحظ أن المشرع قد فرق بين حالة وجود موطن للشفيع في الجزائر، وحالة عدم وجود موطن له داخل الجزائر، وفي الحالة الأخيرة، فرق المشرع أيضاً بين حالة وقوع موطن الشفيع في تونس والمغرب، وحالة وقوع موطن الشفيع في بلاد أخرى.

فإذا كان للشفيع موطن في الجزائر، فإن المشرع حدد ميعاد المسافة بعشرين يوماً، بحيث تضاف هذه المدة إلى مدة الثلاثين يوماً، فيصبح الميعاد خمسون يوماً، وإذا كان للشفيع موطن في بلاد أخرى، فإن المشرع حدد ميعاد المسافة بشهرين، بحيث تضاف مدة الشهرين إلى مدة الثلاثين يوماً، فيصبح الميعاد شهرين و ثلاثين يوماً⁽²⁾.

وإذا وقع اليوم الأخير من الثلاثين يوماً لإظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في يوم عطلة رسمية، فلا يمد الميعاد إلى اليوم الذي يليه، بل يعتد بأيام العطل الداخلة ضمن هذه الآجال عند حسابها، إذ تعتبر أيام عطلة بمفهوم ذا القانون، أيام الأعياد الرسمية وأيام الراحة الأسبوعية طبقاً للنصوص الجاري العمل بها، و إذا كان اليوم الأخير من الأجل ليس يوم عمل كلياً أو جزئياً، يمدد الأجل إلى أول يوم عمل موالي⁽³⁾، بحيث لا يحتسب آخر يوم إذا كان من أيام العيد أو العطلة، لأن نص المادة السابقة الذكر عام، يشمل كل المواعيد التي عينها القانون، ومنها المواعيد المقررة في نصوص الشفعة، فإذا صادف ختام الميعاد أكثر

(1) القانون رقم (09-08) مؤرخ في 25 فيفري 2008.

(2) انظر المادة 404 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) انظر المادة 405 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من يوم عيد أو عطلة، فلا يعطي صاحب الحق في الميعاد إلا يوماً واحداً بعد نهاية العيد لعمل الإجراءات المطلوبة، وهذا اليوم يقوم مقام أيام العيد جميعها ويكمل الميعاد، بمعنى أن هذه القاعدة تبين أن ما قصد الإبدال منه هو اليوم الخير وحده أياً كان نوع الأيام السابقة عليه، ولو كان المر على غير ذلك لجاز لمن كان له ميعاد انتهى بيوم غير يوم عيد، وبيقه ثلاثة أيام أخرى، كما يجوز أن يجاب المدعى إلى طلبه أن يبذل من الأيام الثلاثة العيد، ثلاثة أيام أخرى، ولم يقل بذلك أحد، ويجب أن تراعى الحكمة التي دعت إلى وضع المادة المذكورة، وهي ضرورة تمكين صاحب الحق في الإعلان، من إجراء الإعلان إذا خطر له حتى آخر يوم في الأجل القانوني خاطرة استعمال حقه، ولما كانت القاعدة أن الضرورات تقدر بقدرها، كان اليوم الواحد كافياً، سواءً أكان العيد هو آخر يوم في الأجل أم كان آخر ثلاثة أيام فيه، إذ أنه ليس ما يمنع صاحب الحق من التفكير في استعمال حقه في اليوم الأخير لأن اليوم الأخير للعيد يصلح للتفكير، كما تصلح له الأيام الأخرى، فإذا صحت عويمته على ذلك الاستعمال في آخر يوم من أيام أجله، واتفق أنه كان آخر يوم عيد، أعطى له القانون الزمن اللازم لتمكينه منه، ولا عبرة بالأيام السابقة عليه، إن كانت أيام عمل أو أيام عطلة، فقد حددتها المادة 405 من قانون الإجراءات لمدينة في الفقرة الثانية، باعتبار أيام عطلة، أيام الأعياد الرسمية، وأيام الراحة الأسبوعية، ومن ثم فلا يعتبر يوم عطلة غير ما ذكر، وإن ميعاد الثلاثين يوماً الواردة في المادة 799 من القانون المدني هو ميعاد سقوط وليس ميعاد تقادم، بحيث لا يقبل هذا الميعاد، الوقف ولا الانقطاع، ويسري على الكافة حتى على الغائبين، ومن كان غير أهل للتصرف، لأنه يتعلق بالنظام العام، كيفية مواعيد الشفعة، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق على مخالفته⁽¹⁾، هذا ونشير إلى حالة عدم قياس البائع أو المشتري، بإنذار الشفيع رسمياً بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلاً⁽²⁾، غير أن المشتري سجل عقد البيع في الشهر العقاري، فإن المشرع قد منح للشفيع أجلاً يبدأ سريانه من تاريخ تسجيل عقد البيع، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 807 من القانون المدني: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية: ... وإذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي

(1) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 405.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 626.

نص عليها القانون"، فيفهم من هذا النص أن الشفيع إذا لم يعلم بوجود البيع -لعدم إنذاره أو لكون الإنذار اعتبر باطلا- و لكن سجل هذا البيع، لذلك اعتبر المشرع أن التسجيل وسيلة كافية وقاطعة لإعلام الشفيع بالبيع⁽¹⁾، بحيث لا يجوز له إدعاء عدم علمه بالبيع رغم التسجيل، فالمشرع يفترض بدون شك افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد لحظة تسجيله، فمهمة التسجيل هي الإشهار، وقد وقع الإشهار، ولكن نظراً لكون هذا العلم يعد علماً افتراضياً، فإن المشرع قد أطال الميعاد الواجب على الشفيع طلب الشفعة فيه، فجعله سنة من وقت التسجيل، فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته خلال هذا الميعاد، وإلا سقط حقه في الشفعة⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى القول⁽³⁾ بأن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت مدة سنة من يوم تسجيل عند البيع، دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق، يجعل من اليسير على المشتري إضاعة حق الشفيع، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل عقد البيع، مع الاحتمال الأكبر بقاء الشفيع جاهلاً بوقوع البيع، فينقضي الميعاد دون أن يطلب الشفيع الشفعة، فيسقط حقه فيها، ولكن رد على هذا الرأي، بأن المشتري قد لا يعلم على وجه محقق من عم الشفعاء، حتى ينذرهم بوقوع البيع، ولا يدري كذلك ما إذا كان حقهم في الأخذ بالشفعة، حقاً ثابتاً لا يتطرق إليه الشك، وبقاؤه -أي المشتري- في حال من القلق وعدم الاطمئنان، لا يجوز أن يدوم طويلاً، فتوخياً لاستقرار التواصل، ولن الشفعة حق استثنائي من شأنه أن يحل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد، جعل المشرع سبيلاً ميسراً للمشتري يطمئن معه إلى سقوط حق الشفعة، وإلى أن الصفقة التي عقدها قد خلصت له على وجه حاسم، وسبيله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع، فإذا مضت المدة القانونية دون أن يطلب أحد الشفعة، اطمأن المشتري إلى صفقته، وأيقن أن العقار الذي اشتراه أصبح بمنجاة من أن يأخذه أي شفيع بالشفعة، هذا إلى أن الشفيع يكون عادةً شريكاً للبائع، فإذا وقع بيع هذا العقار، فالغالب أن يشعر الشفيع بذلك، فإذا أراد أن يتأكد من وقوع البيع، فما عليه إلا أن يكشف عن العقار في سجلات الشهر

(1) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص110.

(2) مهدي كامل الخطيب، شرح أحكام الشفعة، القاهرة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 200، ص103.

(3) المرجع نفسه، ص103-104.

العقاري، فيجد البيع مسجلاً فيها، و له سنة من يوم التسجيل يستطيع خلالها أن يطالب بالشفعة.

والواقع أن هذا الرأي قد اغفل أن المشتري إذا بادر بالتسجيل، فقد يجدوه في ذلك سوء النية، حيث أخفى الصفقة عن الشفيع - خاصة إذا كان الشفيع شريكاً له في ملكية العقار -، وانتظار حتى ينقضي الميعاد، فيسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، ولذلك نرى أنه رغم تسجيل وشهر عقد البيع، فإن ذلك لا يحول دون أن يأخذ الشفيع بالشفعة، إذ أثبت الغش والتواطؤ في جانب البائع والمشتري، إضراراً بحق الشفيع، عندئذ يجب أن تقبل دعوى الشفعة، وفي ذلك قضت المحكمة العليا بشأن تطبيق المادة 799 من القانون المدني، وأوجب الاجتهاد توجيه الإنذار من البائع أو المشتري إلى الشفيع للإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة أو الترك في أجل ثلاثين يوماً، وإلا سقط حقه وبمفهوم المخالفة أنه في حالة عدم توجيه الإنذار المنصوص عليه في المادة 799، فإن الأجل يبقى مفتوحاً في هذا الشأن.

كما أن ميعاد، السنة المشار إليه، يسري من اليوم الموالي لليوم الذي وقع فيه تسجيل عقد البيع، حتى لا يكون الجل ناقصاً، ولكن إذا لم تكن بصدد تسجيل عقد البيع، وإنما بخصوص دعوى صحة التعاقد، فإن الميعاد يسري ليس من يوم تسجيل عريضة افتتاح الدعوى المرفوعة من المشتري على البائع في شأن البيع المشفوع فيه، وإنما يبدأ الميعاد في السريان من يوم النطق بالحكم بصحة عقد البيع، لا من يوم تسجيل عريضة افتتاح الدعوى.

وتحسب مدة السقوط بالنقويم الميلادي⁽¹⁾، طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة الثالثة من القانون المدني، وأن جميع المواعيد تحسب كاملة، فلا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم نهايتها، وإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه طبقاً لأحكام المادة 405 السابقة الذكر من قانون الإجراءات المدنية، ويقع عن إثبات استعمال رخصة الشفعة خلال السنة من يوم تسجيل عقد البيع على عاتق الشفيع، ولكن إذا أثبت أن الشفيع قد استعمل هذه الرخصة خلال الأجل المحدد، ولكنه أخطأ في بعض البيانات، خطأ لم يكن من شأنه إيقاع المشتري في أي لبس، فإن تصحيح هذا الخطأ فيما بعد، لا يعد طلباً جديداً، وقد يحدث أن لا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع، أو يقوم بإنذاره، ولكن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 630.

الإنذار يقع باطلاً، وأن لا يتم كذلك تسجيل عقد البيع، فله إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، في أي وقت إذ لا يوجد في القانون المدني ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع، وعليه فلا يتصور سريان المواعيد السابقة، في حق الشفيع، لأن الوقائع التي تنفتح معها هذه المواعيد لم تحدث لذلك يظل حق الشفيع في طلب الشفعة قائماً طالما لم يسقط، ومدة سقوطه خمسة عشر سنة، من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه، ولا يحرم الشفيع من طلب الأخذ بالشفعة قبل انقضاء خمسة عشرة سنة من تاريخ البيع، إلا إذا أثبت يقيناً أنه تنازل عن حقه في طلب الشفعة صراحة أو ضمناً⁽¹⁾.

وكملاحظة نشير إلى أن المشرع لم يتعرض لبيان مضمون التصريح بالرغبة في الشفعة، ولكن من الواضح أنه يجب أن يتضمن البيانات المتعلقة بالبيع المشفوع فيه، محلاً وشروطاً وثنماً وأطرافاً، زيادة عن إظهار إرادة الشفيع القاطعة في الأخذ بالشفعة في البيع المذكور، ويستمد الشفيع البيانات المتعلقة بالبيع المشفوع فيه، من الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، أو من تسجيل البيع إذا وقع، وإلا ضمن بحثه وتحرياته، وأن لا يتضمن التصريح أي تحفظ، أو أي شروط من شأنها التعديل في شروط عقد البيع، فالشفعة إنما تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في كافة حقوقه والتزاماته كما تحددت في العقد، إلا ما يستثنيه المشرع طبقاً لحكام المادة 804 من القانون المدني التي تنص على أن:

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

فمن خصائص الحقوق الإدارية التي ينتمي إليها حق الشفعة، أنها حقوق غير مشروطة، لا تعلق على شرط، ولا تربط بتحفظ، وتصريح الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة إنما هو استعمال للخيار الذي انفتح له، نتيجة حصول بيع عقار جائز الشفعة فيه، وتوافر سبب الشفعة أصلاً في الشفيع، ومن شأن استعمال هذا الخيار، بإرادة الشفيع المنفردة، وإعلانها للبائع والمشتري، بطريقة قانونية صحيحة، ترتب آثاراً هامة، منها أن ينقيد الشفيع بإرادته المعلنة، فلا يملك الرجوع عنها بإرادته المنفردة من بعد، ما لم يوافق البائع والمشتري

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 631.

على هذا الرجوع، لأن الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة، نهائية وملزمة لمن استعملها بإعلان إرادته، تبعاً للخيار المفتوح له، ومن الآثار أيضاً، أن يجعل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، غرض هو القصد الأساسي من الشفعة⁽¹⁾.

ثالثاً: تسجيل الإعلان بالرغبة للأخذ بالشفعة

اقتضت المادة 801 من القانون المدني، أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلاً، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً، وكما بينا سلفاً، أن الشفيع عندما يريد الأخذ بالشفعة، يوجه تصريحاً رسمياً إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وغايته في ذلك هو إعلام المتبايعين عن رغبته في الأخذ بالشفعة، غير أن هذا التصريح لا يمنع البائع أو المشتري من أن يتصرف ثانية في العقار المشفوع فيه، بحيث يستطيع المشتري أن يتصرف ثانية في هذا العقار، ولا يمكن للشفيع أن يحتج بهذا التصريح في مواجهة الغير إلا بعد تسجيله، وحتى يتوفى الشفيع تصرفات المشتري، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل هذا التصريح، وذلك بقية عدم نفاذ التصرفات التي ترد على العقار المشفوع فيه، ومعنى أن يكون التصريح بعقد رسمي، هو أن يتولى تحريره موثق، مع ما في ذلك من تسجيل وشهر، لأن الرسمية بالنسبة لإعلان الرغبة هي إجراء جوهري من إجراءات الشفعة، وقررت لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، لأن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته منذ إعلان الرغبة في الشفعة، ومن نتائج ذلك كف يد المشتري عن القيام بأعمال مادية تضر بهذا الحلول، باعتبار إعلان الرغبة حجة على المشتري، فكان لابد من مواجهة التصرفات القانونية التي يقوم بها المشتري، ويرتب بموجبها حقوقاً للغير على العقار المشفوع فيه، فكان من الطبيعي عدم الاكتفاء بإعلان الرغبة لمنع نفاذه هذه التصرفات في حق الشفيع، إذ لا توجد وسيلة مؤكدة لعلم الغير بهذا الإعلان، وقد قررت المحكمة العليا⁽²⁾، أنه إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة، وجوب تسجيل عقد طلب

(1) حسن كبرة، المرجع السابق، ص 616.

(2) القرار: ملف رقم 766-78 المؤرخ في 1991/12/24، المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الأول، ص 69.

الشفعة وإشهاره، ومن ثم فإن النص على القار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير سليم، ويستوجب رفضه، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاء الموضوع لرفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم احترام إجراءات الشفعة طبقوا صحيح القانون.

وبالرجوع إلى أحكام المادة السادسة من القانون رقم (27/88) المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تنظيم التوثيق نجدها تنص على أن:

"يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على إعلانها ونشرها في الأجل المحددة".

وبما أن التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، يجب أن يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلاً، وليس له أثر اتجاه الغير، إلا إذا كان مسدلاً، فإن عملية تسجيل عقد إعلان الرغبة في الشفعة، تتم على يد الموثق الذي يحرر أصل عقد التصريح⁽¹⁾، بعد أن يعلن لكل من البائع والمشتري على يد محضر قضائي، طبقاً لأحكام المادة الخامسة -الفقرة الأولى- من القانون رقم (03/91) المؤرخ في 1991/01/08 المتضمن تنظيم مهنة المحضر، ويكون التسجيل بمكتب الشهر العقاري التابع لموقع العقار المشفوع فيه، ذلك ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، حيث جاء في أحد قراراتها⁽²⁾، أنه 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 النفي على القار المطعون فيه تأسيساً على ما هو مثار يخرق أحكام المادة 801 من القانون المدني، بدعوى أن القانون يشترط تحرير رسم توثيقي بطلب من القائم بالشفعة عن قصده هذا، وإعلان ذلك عن طريق كتابة الضبط يكون في غير محله ويتعين رده، ولما كان الثابت أن المطعون ضدها قد أعلن عن رغبتها في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط، فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف الذي قضى بصحة التصريح بالرغبة في الشفعة، التزموا بتطبيق القانون.

والملاحظ في الميدان، أنه في حالة عدم قيام الشفيع بتسجيل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة فإنه قد يتعرض لخطر قيام المشتري بالتصرف في العقار المشفوع فيه، فيصبح هذا

(1) أنو طلبه، المرجع السابق، ص418.

(2) أنظر القرار: ملف رقم 33030 المؤرخ في 1985/10/02، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص64

التصرف ساريا في حق الشفيع الذي لم يسجل إعلان الرغبة، حتى ولو كان قد حصل على حكم بثبوت حقه في الشفعة، فلو أراد الشفيع أن يتقاضي هذا الخطر، فعليه تسجيل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فمنذ هذا التسجيل لا يسري في حقه أي تصرف يصدر من المشتري، حيث تنص المادة 806 من القانون المدني على أن:

"لا تكون حجة الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدر منه، وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه، إذا كان كذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائن المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

والجدير بالذكر، أن المشرع لم يحدد زمنا معيناً لتسجيل إعلان الرغبة، فيمكن إجراء هذا التسجيل في أي وقت، وحتى بعد رفع دعوى الشفعة، غير أن للشفيع مصلحة في الإسراع بتسجيل الإعلان، حتى يأمن من خطر الاحتجاج عليه بتصرفات المشتري، التي كثيرا ما تقع عمليا، وأي حالة توالي البيوع⁽¹⁾، أي أن المشتري يقوم بإعادة بيع العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان، وأن هذا الخير يقوم بدوره ببيعه إلى مشتر ثالث، مما يثير التساؤل عن مدى الاحتجاج على الشفيع بالبيع أو البيوع المتتالية، وينبغي التفريق في ذلك بين صورتين⁽²⁾:

الصورة الأولى: وهي إعادة البيع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة على مشتر ثان، فإن هذا البيع الثاني لا ينفذ في حق الشفيع الذي سجل و أشهر تصريح رغبته في الأخذ بالشفعة، وبذلك أصبح التصريح المسجل حجة ضد الغير، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني، ومعنى ذلك أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، متى كان مسجلاً في الشهر العقاري، فإنه يظل صحيحاً دون اعتداد بالبيع الثاني أو الثالث، لحصولهما بعد تسجيل الإعلان المذكور.

(1) حسن كبرة، المرجع السابق، ص 618

(2) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 418.

الصورة الثانية: وهي إعادة البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، أو حتى قبل إعلان أية رغب إلى مشتر ثانٍ، فيكون البيع الثاني نافذاً في حق الشفيع، وذلك طبقاً لأحكام المادة 797 من القانون المدني التي تنص على أن:

"إذا اشترى شخص تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وحسب الشروط التي اشترى بها".

فلا يعتد البيع الأول، ولا بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيه، وعلى الشفيع أن يوجه إعلان رغبته ثانية في البيع الثاني وبشروطه، على أن يتم توجيه الإعلان بالرغبة إلى المشتري الأول بوصفه بائعاً في البيع الثاني، وإلى المشتري الثاني بوصفه مشترياً منه: على شرط أن تكون الشفعة جائزة في البيع الثاني، بحيث لا يوجد أي مانع قانوني من الأخذ بالشفعة فيه، كأن يكون المشتري الثاني زوجاً للمشتري الأول البائع له، أو قريباً له بالنسب لغاية الدرجة الرابعة، وفقاً للفقرة الثانية من المادة 798 من القانون المدني، فلا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة لا في البيع الثاني لقيام المانع، ولا في البيع الأول الذي لم يعد يعتد به في مواجهة الشفيع، ولكن يشترط لذلك أن لا يكون البيع الثاني، سورياً، وللشفيع في هذه الحالة، أو في حالة البيع الثاني الجائز الشفعة فيه، إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات، فإذا نجح في ذلك في ظل البيع الأول وحده هو القائم بحيث تصح فيه الشفعة، ويسرى نفس الحكم بشأن البيع الثاني قبل تسجيل إعلان الرغبة، في حالة حصول بيع ثالث قبل التسجيل المذكور⁽¹⁾.

هذا وإذا تصرف المشتري في العقار، قبل تسجيل التصريح بالرغبة تصرفاً لا تجوز فيه الشفعة فيه، كما لو كان هبة، أو قاب عليه، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، وكذلك إذا باع المشتري العقار لشخص لا تجوز الشفعة ضده، كما لو باعه لأحد فروعه أو أصوله أو لزوجته أو لقريب لغاية الدرجة الرابعة أو لصهر لغاية الدرجة الثانية، وأبرم هذا البيع قبل تسجيل التصريح بالرغبة في الشفعة، يكون هذا البيع نافذاً في مواجهة الشفيع الذي لا

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 619.

يستطيع أن يأخذ بالشفعة غلا فيه، وعلى اعتبار أن البيع الثاني لا تجوز الشفعة فيه، يترتب عليه سقوط الحق فيه بالشفعة، وإذا كان التصرف منشأ لحق عيني -إنفاذا في مواجهة الشفيع أيضا، وحتى يتحاشى الشفيع ذلك، ويأمن تصرفات المشتري التي تصبح نافذة في حقه، فما عليه إلا أن يتوجه إلى مكتب التوثيق، ويقوم بتحرير التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة أمام الموثق الذي يوجب عليه القانون إحالة المحرر الرسمي الذي قام بتوثيقه إلى المحافظة العقارية الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه.

هذا بالنسبة للمرحلة أو الخطوة الأولى في مرحلة الطلب، و ننتقل للمرحلة الأخرى وهي مرحلة إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق كخطوة ثانية في مرحلة الطلب.

الفرع الثاني: إيداع ثمن البيع و المصاريف

تنص المادة 801 -الفقرة الثانية- من القانون المدني على أن:

"يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف 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".

إذ تستوجب هذه المادة على الشفيع، أن يقوم بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، ويتم الإيداع في ميعاد ثلاثين يوماً، اعتباراً من تاريخ التصريح الرسمي بالرغبة للأخذ بالشفعة، على أن يتم الإيداع خلال الميعاد القانوني، وقبل رفع الدعوى، وعليه نقسم الفرع لدراسة ذلك إلى ثلاثة أجزاء، حيث نتناول في الجزء الأول كيفية إيداع ثمن البيع لدى الموثق، ونكرس الجزء لثاني كيفية إيداع المصاريف لدى الموثق، أما الجزء الثالث فنبحث فيه جزاء عدم إيداع الثمن والمصاريف في الأجل القانوني، وبالكيفية الصحيحة.

أولاً: إيداع ثمن البيع لدى الموثق

إن المشرع أوجب على الشفيع إيداع ثمن البيع لدى الموثق، خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة، شرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وهو ما نستفيدة من نص المادة 801 الفقرة الثانية، ويكون الإيداع صحيحاً

إذا تم حين التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة⁽¹⁾، و يستطيع الشفيع أن يتراخى في إيداع ثمن البيع إلى ما بعد التصريح بالرغبة، غير أنه لا يجوز أن يتأخر الإيداع بحيث يجوز ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، ولأن التصريح بالرغبة يوجه إلى كل من البائع والمشتري، فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر، فلا تبدأ مدة ثلاثين يوماً إلى من تاريخ التصريح الأخير، باعتبار هذا التاريخ ثابتاً لدى كتابة ضبط المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه، فيسري الميعاد من تاريخ وصول التصريح بالرغبة إلى كل من البائع والمشتري، مع العلم أنه لا يحسب يوم وصول التصريح بالرغبة، لذا يجب أن يتم الإيداع في اليوم الثلاثين على الأكثر، فإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه كما تقتضيه أحكام المادة 405 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إن إيداع ثمن البيع يجب أن يتم بين يدي الموثق، الذي يحيل بدوره من الناحية القانونية- هذه المبالغ التي تم إيداعها لديه، إلى خزنة المحكمة التي يتبعها الموثق، وهي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه، ويفهم من ذلك أن الإيداع يتم أمام نفس الجهة التي يتم بها لتصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة، والغرض الذي قصده المشرع من إيداع الثمن أمام نفس الجهة، هو تحقيق الانسجام بين الفقرة الأولى و الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني السالف ذكرها، لأن الإيداع يكون في نهاية الأمر، لدى الموثق التابع اختصاصه للمحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه، وهي ذات الجهة التي يتم بها التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة.

وحيث أن الغاية من إيداع الثمن هو تمكين المشفوع فيه من قبضه عند الاقتضاء، دون أن يتعرض لعدم ملاءة الشفيع أو لأية صعوبات أخرى⁽²⁾.

والمشرع حين نص على إيداع ثمن البيع لدى الموثق، فإنه لم يحدد الثمن الذي يجب إيداعه، فيما إذا كان هو الثمن الحقيقي أم الثمن الصوري، وطالما أن نص المادة 801 من القانون المدني جاء مطلقاً، وكما يقال أن المطلق يؤخذ على إطلاقه، لذلك يستفاد من النص من أجلها، فبالرجوع إلى القانون المدني المصري باعتباره المصدر التاريخي للقانون المدني

(1) بيار أميل طوبيا، المرجع السابق، ص 120.

(2) عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد العقاري، بيروت، صيدا، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، 2011، ص 107.

الجزائري، لكون أحكام الشفعة مأخوذة عنه، نجد أن المادة 942 من القانون المدني المصري، والتي تقابل المادة 801 من القانون المدني الجزائري تنص على وجوب إيداع "الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع".

والحقيقة، فإننا نرى الأخذ بصياغة المادة 942 من القانون المدني المصري، والتي تقضي بوجوب إيداع الثمن الحقيقي، لأن استقرار المعاملات القانونية يفترض دائماً، أن الثمن المذكور في عقد البيع هو الثمن الحقيقي، إلا إذا قام الدليل على غير ذلك⁽¹⁾، ومن ثم يتعين على الشفيع أن يودع الثمن المذكور في العقد والذي يعتد به، إما من الإنذار بحصول البيع الذي يوجهه إليه، وإما بالكشف عنه في مكتب التوثيق الذي حرر فيه عقد البيع، ويستطيع الشفيع، بعد إيداع الثمن المذكور في العقد، أن يقيم الدليل بكافة طرق الإثبات على أن هذا الثمن يزيد على الثمن الحقيقي، وقصد بالمبالغة في ذكره، إعاقته عن الأخذ بالشفعة، فإذا نجح في هذا الإثبات يستطيع أن يسترد ما أودعه زيادة على الثمن الحقيقي⁽²⁾، بل ويجوز للبائع أو للمشتري أن يقيم الدليل وفقاً لقواعد القانون في الإثبات بين العاقلين على أن الثمن المذكور في العقد، يقل عن الثمن الحقيقي، تهرباً من رسوم التسجيل⁽³⁾، حين يكون الإيداع الذي قام به الشفيع صحيحاً رغم هذا الإثبات، لأنه اطمأن إلى الثمن المذكور في العقد، وعليه أن يدفع الفرق بين الثمن الحقيقي، وما أودعه فعلاً لدى الموثق، فإذا ما أودع الشفيع، الثمن المذكور في العقد اطمأن إلى سلامة الإجراء الذي قام بهذا، ولكن قد يكون هذا الثمن مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فيقتصر على إيداع الثمن الحقيقي، بل هو معادل له أو يزيد عليه، كان الإيداع صحيحاً، لأن ما يلتزم به وفقاً لما نرى من تبني ما جاء به النص المصري المقابل للنص الجزائري - هو إيداع الثمن الحقيقي وليس الثمن المذكور في العقد⁽⁴⁾، أما إذا لم ينجح في هذا الإثبات، أو تبين أن ما أودعه يقل عن الثمن الحقيقي الذي يجب عليه إيداعه⁽⁵⁾، ولو أظهر الشفيع عند الإيداع استعداده لتكملة المبلغ لو ظهر أن الثمن يزيد عليه أو قام بتكاملته أثناء نظر الدعوى، سقط حقه في الشفعة، لذلك نرى ضرورة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 643.

(2) المرجع نفسه، ص 647.

(3) عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق، ص 491-492.

(4) المرجع نفسه، ص 491.

(5) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 463.

توضيح النص⁽¹⁾، بإضافة عبارة "التمن الحقيقي" إليه، فيصبح كالتالي: "يجب إيداع التمن الحقيقي للبيع..." وذلك انسجاماً مع المعنى والمبنى الذي شرع النص من أجله.

هذا ويجب أن يتم الإيداع دائماً، قبل رفع دعوى الشفعة، وإذا تأخر الشفيع في إيداع تمّن البيع بحيث يجاوز الميعاد القانوني، وهو ثلاثون يوماً، سقط حقه في الأخذ بالشفعة، ونشير إلى أنه لا يشترط أن يحصل الإيداع في اليوم السابق لرفع الدعوى، بل أنه يجوز أن يحصل في نفس اليوم الذي ترفع فيه الدعوى، ما دام قد حصل قبل رفع الدعوى، وعلى الشفيع إيداع تمّن البيع في الوقت الذي حدده القانون، حتى ولو كان التمن مؤجلاً أو مقسطاً للمشتري، لأنه لا يستطيع الاستفادة من تأجيل التمن أو تقسيطه إلا برضاء البائع، بعد ثبوت حقه في الشفعة بنص المادة 804 من القانون المدني، على اعتبار أن تأجيل التمن أو تقسيطه على المشتري، قد روعيت فيه اعتبارات خاصة به، لذا يجب على الشفيع إيداع كل تمّن البيع قبل رفع دعوى الشفعة، فإذا أراد أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط، تعين عليه أن يحصل على رضاء البائع بذلك، بعد أن ثبت له الشفعة.

ويجب على الشفيع أيضاً إيداع كل التمن في الميعاد القانوني، حتى ولو كان المشتري لم يدفع للبائع شيئاً، من التمن في حالة تأجيله، أو دفع جزء منه في حالة التقسيط، بل يجب على الشفيع إيداع التمن فوراً لدى الموثق، حتى ولو حصل الشفيع مقدماً على رضاء البائع بالتأجيل أو بالتقسيط، بحيث أصبح غير ملزم بدفع كل التمن فوراً للبائع على اعتبار أن الإيداع هو إجراء ضروري من إجراءات الشفعة لابد من القيام به، فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة، كما أن إلزام الشفيع بإيداع التمن، يؤكد مظهر تقييد أحكام الشفعة وعدم التوسع فيها.

ثانياً: إيداع المصاريف لدى الموثق

إذا كان المشرع قد أوجب على الشفيع أن يودع تمّن البيع، فإنه في نفس الوقت لم يفته أن يشير أيضاً إلى وجوب إيداع المصاريف لدى الموثق، وفي نفس الميعاد القانوني، وهو ثلاثون يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، كما أشارت إلى ذلك المادة 801 - الفقرة الثانية - من القانون المدني السالف ذكرها.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 650.

غير أن المشرع ذكر المصاريف فقط، دون أن يحدد فيما إذا كانت رسمية أم غير رسمية أم غير رسمية، فجاءت عبارته في المصاريف عامة مطلقة، وكما يقال المطلق يؤخذ على إطلاقه، لذلك فإن المصاريف التي قصدها المشرع، هي المصاريف الرسمية وغير الرسمية، بحيث لو أراد المشرع أن تودع المصاريف الرسمية فقط دون المصاريف غير الرسمية، لما فاته النص عليها في المادة الأنفة الذكر، ونشير في هذا الصدد وكاستخلاص من عندنا، أن المشرع حين ذكر في شأن البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع بوقوع البيع في المادة 800 من القانون المدني، وأن من بين هذه البيانات "بيان الثمن و المصاريف الرسمية"، فلم يغفل المشرع الإشارة إلى المصروفات، كما أنه لم يغفل تحديد نوعها بأنها رسمية، فلو أنه أراد أن يودع مع الثمن المصاريف الرسمية، لما أغفل ذكرها، ولنص عليها صريحا، كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار، لذلك فإن المصاريف التي قصدها المشرع هي المصاريف الرسمية والمصاريف غير الرسمية، فالمصاريف غير الرسمية كالمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه، وكذلك المصروفات اللازمة والنافعة، طبقا للقواعد التي قررتها النصوص القانونية في شأنها، كما يجب على الشفيع أيضا إيداع المصاريف التي أنفقها المشتري قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، عن البناء و الغراس، والتي أخذتها في العقار المشفوع فيه وهذا طبقا لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون في المادة 805 من القانون المدني والتي ستأتي على بياناتها بالتفصيل لاحقا.

وإذا كان الشفيع ملزماً بإيداع المصاريف الرسمية وغير الرسمية، أو ملحقات الثمن لدى الموثق، فهو من باب أولى ملزم أيضا بإيداع ما يستحق في ذمته للمشتري بسبب المصروفات اللازمة والنافعة، وبسبب ما يحدثه هذا الأخير من بناء وغراس في العقار المشفوع فيه، لذا يجب على الشفيع بالإضافة إلى إيداع ثمن البيع، أن يودع المصاريف بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى، بحيث أن الشفيع لو أودع المصاريف الرسمية دون أن يودع المصاريف غير الرسمية قبل رفع الدعوى، لأدى ذلك إلى سقوط الشفعة⁽¹⁾.

(1) عبد الرزاق أحد السنهوري، المرجع السابق، ص 656.

ثالثاً: جزاء عدم إيداع الثمن والمصاريف:

إن إيداع الثمن هو من القيود التي فرضها القانون على استعمال الشفعة لضمان جدية طلب الشفعة، والمحافظة على حقوق المشفوع منه، بتمكينه في حال الحكم الشفعة، من الحصول على حقه دون أية عقبة⁽¹⁾، معتبراً أن الجدية لا تتحقق إلا عبر هذه الوسيلة، بحيث جعلها شرطاً وإجراءً هاماً من إجراءات الدعوى، الذي يتم عن جدية الطلب⁽²⁾.

نص المشرع في الجزء الأخير من المادة 801 -الفقرة الثانية- من القانون المدني على ما يلي:

"... فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة".

فيثبت من النص أنه المشرع رتب على عدم إيداع الشفيع الثمن والمصاريف لدى الموثق -على الوجه الذي استلزمه القانون، وفي الأجل الذي حدده هو-، سقوط حقه في الشفعة، ذلك لأن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها يتعلق بالنظام العام، لذلك يستطيع البائع أو المشتري أن يتمسك بهذا السقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى، سواء كان هذا التمسك أما المجلس القضائي، أو أمام المحكمة العليا، وذلك عن طريق دعوى يرفعها أمام القضاء.

وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط الشفعة، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، بل وحتى لو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك به.

وإذا كان يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط حق الشفيع من تلقاء نفسها بسبب عدم إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق، وفي الجل القانوني يترتب على ذلك أنه يجوز إبداء الدفع بسقوط الشفعة و لو لأول مرة سواء كان عليه الوضع أمام المجلس القضائي أو أمام المحكمة العليا.

وفيما يلي المطلوب الأخير من هذا المبحث والذي نوضح فيه بالتفصيل المرحلة الأخيرة التي تمر بها إجراءات الشفعة، و هي مرحلة رفع دعوى الشفعة.

(1) عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد العقاري، لبنان، صيدا، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، 2011، ص 224-225.

(2) بدوى حنا، عقاري، المرجع السابق، ص 259.

المطلب الثالث: مرحلة رفع دعوى الشفعة

تثبت الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي، فإذا طالب الشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة، ورضي المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه، إلى الشفيع ترتب على الشفعة أثرها، بحيث يحل الشفيع محل المشتري في البيع الذي أبرمه مع البائع، فيكتسب حقوقه، ويتحمل التزاماته، غير أنه قد يمتنع المشتري عن تسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع بالتراضي، فينازع المشتري في الشفعة، وهنا يلتجئ الشفيع إلى المحاكم لفض هذا النزاع، فيرفع دعوى الشفعة، فإذا نجح فيها، ثبت حقه بصدور حكم من القاضي، هذا وقد نص المشرع على إجراءات صارمة لمرحلة رفع دعوى الشفعة وهي الواجب مراعاتها بدقة من الشفيع، والتي تنطرق إليها، في أربعة فروع، حيث تبين في الفرع الأول وجوب رفع الدعوى في الميعاد القانوني، وفي الفرع الثاني نبين المحكمة بنظر دعوى الشفعة، ونوضح في الفرع الثالث الخصوم في دعوى الشفعة، أما الفرع الرابع فنعرض فيه للطبيعة القانونية للحكم الصادر في دعوى الشفعة.

الفرع الأول: وجوب رفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني

تنص المادة 802 من القانون المدني على أن:

"يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة في دائرتها العقارية في أجل ثلاثين يوما من الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".

فالشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة، يوجب عليه القانون أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري، بعد إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثوق، ولأن الشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه، ولذلك تقتضي أن تتوافر لدى الشفيع الأهلية اللازمة لذلك، ولأن ثبوت الحق أيضا يترتب عليه حلول الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع، ويجب أن ترفع الدعوى من طرف الشفيع أو وكيله على البائع والمشتري، وترفع الدعوى إلى المحكمة بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير مخصر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه، وقد أوجب

قانون الإجراءات المدنية والإدارية على كاتب الضبط، قيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة فوراً، ويكون ذلك في سجل خاص حسب ترتيبها مع بيان رقمها وتاريخ الجلسة. ويجب رفع الدعوى من طرف الشفيع أو وكيله، وذلك خلال أجل حدده القانون بثلاثين يوماً، ويسرى هذا الأجل من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، وغني على البيان، أن الشفيع إذا لم يرفع الدعوى خلال الميعاد المحدد قانوناً، يسقط حقه في الشفعة.

ويثور التساؤل، فيما إذا كان الميعاد يزداد عليه ميعاد المسافة إذ اقتضى الأمر ذلك أم لا؟ ويرجع هذا التساؤل إلى أن المشرع قد ذكر ميعاد المسافة في المادة 799 من القانون المدني، حيث قضي بإضافة إلى المادة المحددة لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، بينما سكت عن ذكره في المادة 802 من القانون المدني، بالنسبة إلى المادة المحددة لرفع الدعوى، وكإجابة عن السؤال المطروح تشير إلى أن ميعاد رفع الدعوى، لأن نص المادة 799 من القانون المدني السالفة الذكر، تقتضي بأنه يجوز لمن يريد الأخذ بالشفعة، دون أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، أن يتوجه مباشرة إلى المحكمة الكائن في دائرتها العقار، ويرفع أمامها دعوى الشفعة بعد إيداع الثمن والمصاريف خلال الأجل القانوني، فيغني رفع الدعوى عن الإعلان المذكور، بشرط أن يتم إعلان عريضة الدعوى خلال الثلاثين يوماً حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة.

بينما نجد أن نص المادة 802 من القانون المدني السالفة الذكر، والتي تقضي أن المشروع أوجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المبيع، بعد إيداع الثمن و المصاريف، إذا ما رغب في الأخذ بالشفعة، سواء قام بإعلان رغبته فيها البائع أو المشتري أو لم يرفع، إلى لشفيع ينتهي بإيداع عريضة مكتوبة، من المدعي أو وكيله لدى كتابة الضبط، فتتقطع مدة الثلاثين يوماً، ولم يعد الشفيع في حاجة إلى إضافة ميعاد للمسافة⁽¹⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 673.

أما بالنسبة للمادة 799 من القانون المدني، فإنها تقتضي بأن من يريد أخذ العقار بالشفعة، أن يعلن رغبته فعلاً، إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً، لذلك أضاف المشروع ميعاداً للمسافة في عجز هذه المادة، غير أن هناك من يرى⁽¹⁾، أن المشروع حين قصد عدم إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً الواردة في المادة 802 من القانون المدني، ونص صراحة على إضافة ميعاد المسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي بوقوع البيع، لأن الشفعيع يكون قد فوجئ بالعلم بالبيع في الحالة الثانية، في الحالة الأولى.

والخلاصة أن ميعاد الثلاثين يوماً الواردة في المادة 802 من القانون المدني، والمتعلق بميعاد رفع الدعوى، لا يزيد عليه ميعاد المسافة، وإذا وقع اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوماً في يوم عيد أو عطلة رسمية، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يأتي بعد نهاية العيد أو العطلة، وإن ميعاد الثلاثين يوماً هذا، متعلق بالنظام العام، بحيث إذ انقضى هذا الميعاد، سقط الحق قفي الشفعة، ويعتبر هذا الميعاد، كبقية مواعيد الشفعة، ميعاد سقوط، لا ميعاد تقادم، فلا يرد عليه الوقف ولا الانقطاع، بحيث يترتب على فواته دون رفع الدعوى سقوط الحق في الشفعة.

ولمحكمة أن تقتضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها لأن هذا الميعاد متعلق بالنظام العام حتى ولو نزل صاحب الحق عن التمسك به، ومن باب أولى يستطيع البائع أو المشتري أن يتمسك بهذا السقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يترتب على ذلك أنه يجوز إيداع الدفع بسقوط الحف في الشفعة لنفس السبب، ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي أو المحكمة العليا، كما أن الجدير بالذكر أن من الدعاوى التي يجب تسجيلها والتأثير عليها، دعاوى استحقاق الحقوق العينية، التي يكون القصد منها القضاء للمدعي بأحقيته بحق من الحقوق العينية، وهو من الأمور الواجب عدم إعفائها فيما يخص أحكام دعاوى الشفعة⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 487.

(2) محمد كامل مرسي باشا، "تسجيل الدعاوى"، القاهرة، كلية الحقوق، مجلة القانون و الاقتصاد، السنة التاسعة، العدد الأول، ذي القعدة 1357 هـ - يناير 1939م، ص 5-6.

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة

جاء في المادة 802 من القانون المدني ما يأتي:

"يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار...".

يستفاد من هذه المادة أن المشرع نص صراحة على اختصاص محكمة العقار بالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، على اعتبار أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية، بحيث يطالب الشفيع فيها بملكية العقار المشفوع فيه، وذلك بسبب من أسباب كسب الملكية، وهو الشفعة وغاية المشرع من ذلك، هي حسم الخلاف الدائر في هذه المسألة، بين كون الشفعة مبررا بذلك أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية عقارية⁽¹⁾.

أما من حيث الاختصاص النوعي، فإن محكمة العقار المختصة هي القسم العقاري المنعقد في المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وهي التي تفصل فيها بحكم ابتدائي أو نهائي، تبعا للحكم الصادر في الدعوى، والذي وتبعا لمعطيات النزاع وذلك طبقا لما قصت به المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها:

"فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات، القضائية المبينة أدناه دون سواها:

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإجراءات التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال...".

كما نصت المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أيضا في فقرتها الثالثة على أن: "... وتفصل (المحكمة) في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف".

(1) عبد الرزاق أحمد السهنوري، المرجع السابق، ص 663.

فإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة خلال الميعاد القانوني، وهو ثلاثون يوما من تاريخ التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة أمام محكمة غير مختصة، فهناك رأي⁽¹⁾ يذهب إلى أنه يترتب عليه انقطاع الميعاد، ويبقى هذا الانقطاع قائما إلى أن يصدر الحكم بعدم الاختصاص، ويزول الانقطاع بصدور هذا الحكم، ولو ظل ميعاد استئنافه مفتوحا لعدم إعلانه، بحيث إذ لم يرفع الشفيع دعواه في خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الحكم، فإن حقه في الشفعة يسقط، وذلك استنادا إلى المادة 317 من القانون المدني والتي تنص على أن: "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة...".

بحيث يمكن أن يقاس على انقطاع مدة من التقادم، انقطاع مدة السقوط، فيسرى الميعاد قانونا، وهو ثلاثون يوما اعتبارا من وقت صدور الحكم من المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، إلا إذا استأنف الشفيع الحكم بعدم الاختصاص خلال الميعاد القانوني للاستئناف أمام المجلس القضائي، فإن الانقطاع يعود من جديد، ويضل قائما إلى أن يصدر حكم في الاستئناف، ومقتضى هذا أنه صدر الحكم بالاستئنافي، مؤيدا لعدم الاختصاص، وجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة من جديد أمام المحكمة المختصة في خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الحكم النهائي.

غير أن هناك رأيا آخر⁽²⁾، يذهب إلى أن ميعاد الثلاثين يوما الجديدة لا يشترى من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص، إنما يسري من وقف انقضاء ميعاد استئناف هذا الحكم، وضرورته بذلك نهائيا، بحيث يبقى الانقطاع مستمرا طوال تلك المدة التي يجوز فيها استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص، ولا حاجة لرفع الاستئناف فعلا.

ولما كانت المدة تنقطع برفع الدعوى إلى المحكمة غير مختصة بناء على نص في القانون، خاص بذلك (المادة 317 من القانون المدني)، ولكن لم يرد فيه مثل له في باب السقوط، لذلك فإنه لا يسوغ التمييز بينهما فيما يتعلق بانقطاع المدة، لأن صاحب الحق في كلتا الحالتين يعمل كل مل في استطاعته للوصول إلى تقرير حقه، ومسائل الاختصاص هي في الواقع بالتقادم والحرمان منها بفوات مدة قررها القانون هو الإهمال الذي يشعر بتركها،

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 492.
(2) عبد الرزق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 677.

ولا إهمال عند رفع دعوى الشفعة إلى محكمة غير مختصة قاطعا لمدة الثلاثين يوما المقررة لسقوط الحق فيها، قياسا على انقطاع مدة التقادم المنصوص عليها في القانون، وتسري مدة الثلاثين يوما المقررة من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص.

الفرع الثالث: الخصوم في دعوى الشفعة

أولا المدعي:

يرفع الشفيع دعوى الشفعة، باعتباره مدعيا فيها، و إذ تعدد الشفعاء، قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعا بعرضية واحدة و لو نزل أحدهم عنها للآخرين، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعا في إعلان واحد، وفي ميعاد الثلاثين يوما⁽¹⁾ والشفعة كما ذكرنا آنفا، هي بمثابة الشراء⁽²⁾، ولذلك تقتضي أن تتوافر لدى الشفيع أهلية التصرف، على أن الأخذ بالشفعة هو عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لذا يشترط في الشفيع أن يكون كامل الأهلية، أي بالغ سن الرشد و هي تسعة عشر (19) سنة كاملة، متمتعا بقواه العقلية، غير محجور عليه، كما نصت على ذلك المادة أربعين (40) من القانون المدني، عندها يجوز له أن يرفع دعوى الشفعة، كما يجوز له أن يوكل غيره في رفعها بوكالة خاصة، أما إذا كان الشفيع قاصرا أو محجوزا عليه، قولية أو وصية هو الذي يرفع دعوى الشفعة سواء بترخيص من المحكمة أو بدون ترخيص⁽³⁾.

وإذا طلب الولي أو الوصي الشفعة لنفسه بالأصالة فظهر أن العقار الذي يشفع به المملوك للقاصر المشمول بولايته أو وصايته، فلا يصح طلبه الشفعة لنفسه، طلب للشفعة نيابة عن محجوره، بل لابد من طلب جديد باسم المحجور يقدم في الميعاد القانوني، وإذا باع الولي أو الوصي المشتري، فإن المحكمة هي التي تعين للمحجور وصيا خاصا ينوب عنه في الأخذ بالشفعة⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 677.

(2) غفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد العقاري، لبنان، صيدا، منشورات زين الحقوقي، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، 2011، ص 209.

(3) غفيف شمس الدين، المصنف، (في الاجتهاد العقاري)، لبنان، صيدا، منشورات زين الحقوقي، الطبعة الثانية، الجزء الأول، 2011، ص 458.

(4) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 477.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه لا يجوز لداني الشفيع أن يرفعوا دعوى الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى الغير المباشرة، لأنها دعوى شخصية، وهذا تطبيقاً للمادة 189 من القانون المدني.

ثانياً: المدعى عليه

أما المدعى عليه في دعوى الشفعة، فهو كل من المشتري والبائع، فإذا رفعت الدعوى على أحدهما، في الميعاد المحدد لذلك، ورفعت على الآخر بعد انقضائه كانت غير مقبولة⁽¹⁾، فقد قضي في هذا الصدد بأنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع والبائع والمشتري، سواء في أول درجة أو في الاستئناف، أو في 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، إذ لا حكم إلا في دعوى، ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم⁽²⁾، لأن الدعوى لا تعتبر قائمة إلا ن تاريخ رفعها على المشتري والبائع معاً، وهذا راجع إلى أن ثبوت الحق في الشفعة يجعل الشفيع يحل محل المشتري في مواجهة البائع في جميع حقوقه والتزاماته، وطالما أن حقوق البائع تسقط قبل المشتري، ولا يستطيع في مواجهة البائع في جميع حقوقه والتزاماته، وطالما أن حقوق البائع تسقط قبل المشتري، ولا يستطيع البائع أن يطالب بها إلا الشفيع الذي حل محل المشتري، ولكون الشفيع يصبح هو الدائن للبائع بضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، فإن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم يمس البائع بقدر ما يمس المشتري، ولهذا لا بد من رفع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال الأجل القانوني، وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة، وإذا تعدد البائع تجهيل اسم المشتري، فليس به أن يدفع بعدم قبول دعوى الشفعة، لأنها لم ترفع على المشتري، إذ لا يجوز أن يستفيد من تضليله، ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعي العقار في الأجل و لو كلن ذلك بعد انقضاء الميعاد المحدد قانوناً وإذا بيع عقار على الشيوع لشخصين، وكان لا يمكن استعمال الشفعة إلا في كل العقار لا

(1) غفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 457.

(2) عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 659.

تصح الدعوى إلا إذا رفعت الميعاد القانوني من كل من المشتريين، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر سقط حق الشفيع بالنسبة إلى الكل⁽¹⁾. وإذا توفي أحد الخصوم عن عدة ورثة، وجب على الشفيع أن يختصم جميع الورثة، فإذا طعن أحد ورثة المشتري أو البائع دون باقي الورثة في الحكم الصادر لمصالحة الشفيع، فإن الطعن يكون غير مقبول من حيث الشكل⁽²⁾.

وإذا تعدد البائعون أو المشترون يجب على الشفيع أن يختصمهم جميعا في الدعوى حتى ولو كان يدعي بصورية عقود بعض المشتريين، لأن الطعن بالصورية لا يمنع من اختصام المشتريين المطعون في عقودهم في دعوى الشفعة، كما أن مثل هذا الإدعاء يستوجب أن توجه الدعوى إلى المطعون بصورية عقدة حتى يصح الاحتجاج قبله بالحكم الصادر فيها.

ثالثا: المدخل في الخصومة

لابد من أن يدخل الشفيع في الخصومة جميع الباعين والمشتريين، كما أن هؤلاء هم الخصوم في محكمة أول درجة، فإنهم يبقون كذلك إذ استأنف الحكم أمام المجلس القضائي أو طعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا، فبالنسبة للاستئناف أمام المجلس القضائي، فإنه يجب على المستأنف للحكم الابتدائي أن يدخل الخصمين الآخرين في الدعوى أمام المجلس القضائي في خلال الميعاد القانوني، فإذا استأنف الشفيع الحكم الابتدائي الصادر برفض دعوى الشفعة وجب عليه أن يدخل في الاستئناف كلا من المشتري والبايع في ميعاده، إلا إذا كان غير مقبول، وإذا استأنف المشتري الحكم وجب عليه إدخال الشفيع والبايع، وكذلك عليه الحال بالنسبة للبايع، حيث يجب عليه إدخال المشتري والشفيع في الخصومة في حالة استئنافه للحكم، وإذا كان يجب إدخال كلا من الخصمين الآخرين في الاستئناف في الميعاد القانوني، وإلا كان الاستئناف باطلا، فإنه يجب أيضا إعلان كل من البائع والمشتري في ميعاد الاستئناف، ليكون مقبولا من حيث الشكل وإلا كان الاستئناف، فلا يقبل استئنافه إلا إذا كان البائع قد انضم إلى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة، بخلاف ما إذا كان لم

(1) عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 660 - 661

(2) المرجع نفسه، ص 661.

يحضر، فإن الغائب يعتبر دائما أنه معارض للدعوى⁽¹⁾، وقد قضى أيضا بأن عدم إدخال البائع في الاستئناف المرفوع عن حكم صادر في دعوى الشفعة يجعل الاستئناف غير مقبول، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف عليه حق الدفع إذا كان حضوره قد حصل بعد فوات ميعاد الاستئناف، واكتسب المستأنف عليه حق الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلا ومع ذلك يكون حضور البائع من تلقاء نفسه أمام الاستئناف بعد الميعاد مقبولا، إذا كان البائع قد انضم إلى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة⁽²⁾، على أن هناك حكم قضى فيه أنه إذا كان الاستئناف مرفوعا من المشتري فإنه يكون مقبولا، ولم يعلن البائع، لأن شرط إعلان البائع لا يستلزمه القانون إلا بالنسبة للشفيع، وبما أن البائع ليس له مصلحة في ذلك، تكون مصروفات إدخاله في الدعوى على من خسر الدعوى، أي على المشتري أو على الشفيع.

والجدير بالذكر، أنه يجب أن لا يعاب على الشفيع المستأنف للحكم الصادر في دعوى الشفعة، باعتبارها دعوى غير قابلة للانقسام، أن يكون قد فاتته أن يعلن البائع في الميعاد القانوني، إذا كان قد أعلن المشتري في الميعاد القانوني ذلك لأن الحكم في الدعوى غير القابلة للتجزئة بناء على القواعد العامة المقررة للاستئناف، والتي تقضي بأن الحكم أن يكون واحدا بالنسبة إلى البائع والمشتري، فلا يصح أن يصدر فيها بالنسبة إلى أحدهما حكم ثم يصدر فيها بالنسبة للآخر حكم ثان قد يتعارض مع الأول ولذلك فإن الاستئناف إذا وقع في الميعاد القانوني بالنسبة إلى أحد الخصوم، صح الاستئناف، ولو لم يعلن الباقي إلا بعد الميعاد القانوني⁽³⁾، و لكن قضى من جهة أخرى، دون الأخذ بذلك، وإن المادة 802 السالفة الذكر تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا، وإلا سقط الحق فيها، ذلك لأن إدخال البائع في دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه، أي أنه شرط في صحة استعمالهن بحيث إذا اختلف هذا الشرط سقط حق الشفعة نفسه، أي أنه شرط في صحة استعماله، بحيث إذا اختلف هذا الشرط سقط حق الشفعة، وحكمة ذلك أن طلب الشفعة هو طلب موجه في الحقيقة إلى البائع والمشتري في آن واحد، والحكم في هذا الكلب

(1) محمد كامل مرسي بإشياء، المرجع السابق، ص497.

(2) المرجع نفسه، ص498.

(3) المرجع نفسه، ص503.

هو حكم عليهما معا، لأن الشفيع، بموجب المادة 804 من القانون المدني، يحل بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من الحقوق، وعليه من الواجبات، وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع، فتسقط حقوق البائع قبل المشتري، ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذي حل محله، وكما تكون حقوق البائع قبل المشتري، ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذي حل محله، وكما تكون حقوق البائع قبل الشفيع لبا قبل المشتري يكون كذلك ما عليه من الواجبات باعتباره بائعا للشفيع لا للمشتري، فيكون البائع أن يطالب بالثمن، ويكون عليه أن يضمن له المبيع، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك، ولما كان الاستئناف مقبولا شكلا أن يعلن إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد الاستئناف⁽¹⁾.

والخلاصة، انه في دعوى الشفعة يجب اختصاص الشفيع والمشتري و البائع سواء في أول درجة، أو في الاستئناف أو في النقض، ولم يخاصم أحد صاحبيه قضية المحكمة ولو من تلقاء نفسها، بعدم قبولها، إذ لا حكم إلا في دعوى، ولا تقبل الدعوى إذ لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم، فإذا حصل إعلان البائع بتقرير الطعن بالنقض بعد الميعاد القانوني، فمن البديهي، أنها تنتهي بصدور حكم فيها، فإذا لم يحضر المشتري أو البائع أو من يمثلها رغم صحة التبليغ، فإن المحكمة تقضي في الدعوى بحكم غيابي، أما إذا تغيب الشفيع أو وكيله عن الحضور في الميعاد القانوني باعتباره مدعيا من تبليغه تبليغا صحيحا، فإن المحكمة تقضي بشطب الدعوى.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية لحكم الصادر في دعوى الشفعة

ونناقش في هذا الفرع مسألتين هامتين، حيث تتعرض في الجزء الأول للجدال حول القصد من نص المادة 803 من القانون المدني، ونبين في الجزء الثاني مسألة شهر الحكم الصادر في دعوى الشفعة.

أولاً: طبيعة الحكم بالشفعة

نصت المادة 803 من القانون المدني على أن:

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص499.

"يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

وقد اختلف الفقه والقضاء حول المعنى المقصود من عبارة "الحكم ... يعتبر سنداً لملكـية الشفيع" الوارد.

وفي نص المادة 803 من القانون المدني، والواقع أن ما يستخلص من هذا النص أن صدور حكم نهائي بثبوت الشفعة للشفيع، يعتبر سنداً لملكـية الشفيع للعقار المشفوع فيه، غير أن التساؤل المطروح: ما هو المقصود بعبارة أن الحكم يعتبر "سنداً لملكـية الشفيع"، فذهب البعض⁽¹⁾، بصدد تفسير هذه العبارة إلى أن المقصود "بسند الملكية"، هو السبب المنشئ لحق الملكية، لا دليل الملكية وحجيتها، وذهب رأي آخر بالقول بأن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكيته للعقار المشفوع فيه، كما هو عليه الحال بالنسبة لحكم القسمة، إذ ما هو إلا دليل المتقاسم على ملكية الجزء الذي اختص به نتيجة القسمة، وأن سبب الملكية غير دليلها، لأنه سابق على الحكم في كلتا الحالتين، وإن الشفيع في ذلك يشبه حالة صاحب حق الاسترداد الوراثي، إذ يعتبر الحكم الصادر لمصلحة المسترد مقراً لا منشئاً، وأن أثر الاسترداد يرجع إلى يوم وقوع البيع الذي حل فيه المسترد.

محل المشتري، بحيث لا يبدأ من يوم صدور الاسترداد⁽²⁾، وإذا كان المشرع -حسب الرأي الأول- قد نص في المادة 803 من القانون المدني، على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكـية الشفيع، فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التي قضي بها، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة 338 من القانون المدني⁽³⁾، والتي نصت على حجية الأحكام، بل أن الذي أراده المشرع هو اعتبار حكم الشفعة شبيهاً قانونياً لملكـية الشفيع، وكلمة "سند" الواردة في عجز النص، إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجتها، ومتى حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع إلا بعد هذا الحكم، أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، والواقع نرى أن عبارة "يعتبر الحكم ... سنداً لملكـية الشفيع"، تحتل

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 686.

(2) المرجع نفسه ، ص 687

(3) محمد كامل مرسي باشا، " إشهار التصرفات العقارية" (أحكام قانون التسجيل الجديد)، المرجع السابق، ص 4

معنيين، الأول هو السبب القانوني في المنشئ لحق الملكية، والثاني هو الدليل الملكية وحجيتها، ولكن جرى العمل فقها و قضاءً على الأخذ بأن عبارة "سند الملكية الشفيع" يقصد بها السبب القانوني المنشئ لملكية الشفيع لا دليل الملكية وحجيتها وهو القول الأكثر منطقية من غيره.

ثانياً: شهر حكم الشفعة

ويترتب على كون حكم الشفع منشئاً لملكية الشفيع أن تسجل هذا الحكم يجري تطبيقاً للمادة 793 من القانون المدني والتي تنص على أن:

"لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

فقبل شهر الحكم، لا تنتقل ملكية العقد المشفوع فيه، لا بين ذوي الشأن، ولا بالنسبة إلى الغير، فإذا ما سجل الحكم انتقلت الملكية إلى الشفيع، ويكون انتقالها من وقت شهرها سواء بين ذوي المصلحة أو بالنسبة إلى الغير، والجدير بالملاحظة أن القول بالآثر الكاشف أو المقرر للحكم بالشفعة معناه رجوع أثر هذا الحكم إلى تاريخ سابق على صدوره، فالقول بذلك لا يخرج عن رجوع هذا أثر، أي رجوع كملكية الشفيع، إما إلى تاريخ البيع، أو إلى تاريخ إعلان الرغبة في حصول الرضا أو القضاء أي حق ملك، وأن هذا الحق لا يكون إلا بعد حصول التراضي أو صدور حكم القضاء، ولذلك يتعذر منطقياً اعتبار الحكم بالشفعة من الأحكام المقررة لحقوق، وعليه فإن حق الشفيع لا يكون إلا من وقت التراضي أو صدور حكم قضائي، وإن المشتري قبل حصول ذلك يكون مالكا للعقار المشفوع فيه ملكية تامة، فإذا ما وقع التراضي أو صدور حكم قضائي بثبوت الشفعة للشفيع، فإن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع يكون حق المشتري وليس من البائع وذلك يكون الحكم ناقلاً للملك، كما نقل عقد البيع الملك من البائع إلى المشتري، ولكي تنتقل الملكية فعلياً ويصبح سند الشفيع حجة يجب شهر حكم الشفعة⁽¹⁾، ففقد الحق في السجل العقاري يكسبه قوة ثبوته مطلقة وعليه من شأنها حماية هذا الحق، وتوفير الاطمئنان للتعامل على أساسه، وهو ما

(1) غيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، لبنان، صيدا، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، 2011، ص 475.

يؤكد الأثر المنشئ أو الإنشائي للتسجيل أيضا⁽¹⁾، فيرى بعض الفقه من جانبه⁽²⁾، أنه يتعين ومراعاة للمصلحة العامة، ضمان إشهار التصرفات العقارية، بتقرير جزاء قانوني يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين، فيتحكم إذن جعل التسجيل شرطا أساسيا لانتقال الملكية و الحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين، ولغير المتعاقدين على السواء.

هذا كل ما يتعلق بإجراءات ممارسة الشفعة على ضوء القانون المدني، لنخصص المبحث الأخير من هذا الفصل لبيان إجراءات ممارسة الدولة للشفعة بواسطة هيئاتها العامة.

(1) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، لبنان، صيدا، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، 2011، ص318.

(2) محمد كامل مرسي باشا، "إشهار التصرفات العقارية"، المرجع السابق، ص48.

يؤكد الأثر المنشئ أو الإنشائي للتسجيل أيضاً⁽¹⁾، فيرى بعض الفقه من جانبه⁽²⁾، أنه يتعين ومراعاة للمصلحة العامة، ضمان إشهار التصرفات العقارية، بتقرير جزاء قانوني يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين، فيتحكم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية و الحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين، ولغير المتعاقدين على السواء.

هذا كل ما يتعلق بإجراءات ممارسة الشفعة على ضوء القانون المدني، لنخصص المبحث الأخير من هذا الفصل لبيان إجراءات ممارسة الدولة للشفعة بواسطة هيئاتها العامة.

المبحث الثالث: الإجراءات في التشريعات الخاصة

أن النظام القانوني المطبق على الملكية العقارية، وأصنافها ووسائل إثباتها واكتسابها، عزز أهمية الوجهة المختصة للأرض وطبيعة النصوص المطبقة عليها، وأثر في المكانة التي تحتلها وجهة الأرض والوظيفة التي أوكلت لها في المجتمع لتطبيق السياسات التنموية المنتهجة، وكان قانون التوجيه العقاري الأساس الأول لتطبيق الشفعة في الملكية الفلاحية أو في العقارات الحضرية فقد أعاد النظر في مفهوم الملكية العقارية الفلاحية، وإذا كان القانون المدني يعطي حرية للمالك في استغلال ملكية من عدمها، فإن قانون التوجيه العقاري جاء بمبدأ جديد وهو الالتزام باستغلال الأراضي الفلاحية، نظراً لأهمية وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية الهامة، فقد أقر بأن الأرض لمن يخدمها وأن ترك الأرض بدون استغلال مؤثر سلباً على الاقتصاد، وطبقاً لأحكام ذات القانون فإن الالتزام باستثمار الأراضي الفلاحية منوط بكل شخص له حق الاستغلال مهما كان مصدر هذا الحق، مالكا كان أم حائزاً أم صاحب حق عيني، وعدم الاستغلال في ظل التوجيه العقاري هو خطأ مدني يشكل تعسف في استعمال الحق لكن جزاؤه ليس جبراً للضرر بالتعويض، كما هو مقرر في نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في القانون المدني، بل له جزاءات أخرى بعد التحقيق و إثبات عدم الاستغلال المثلي للأرض الفلاحية، فبنص

(1) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، لبنان، صيدا، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، 2011، ص318.

(2) محمد كامل مرسي باشا، "إشهار التصرفات العقارية"، المرجع السابق، ص48.

المادة 48 من قانون التوجيه العقاري، يكون صاحب الأرض ملزماً بوضع الأرض حيز الاستغلال أو عرضها للتأجير، أو بيعها إن كانت خصبة أو خصبه جداً، وفي الحالة الأخيرة جاز للدولة ممارسة حقها في الشفعة، هذا بالنسبة للأرض الفلاحية الفضاء، كما يثبت لها ممارسة ذات الحق في الأرض الفلاحية المبنية كالمستثمرة الفلاحية إذا تصرف أحد أعضائها في حصته بعوض كالبيع مثلاً، أو تنازل عن حقه في الامتياز، أسقط حقه فيه، وهوما نوضحه خلال هذا المبحث بتبيان إجراءات إثبات عدم استغلال الأرض الفلاحية وإجراءات ممارسة الشفعة في هذا النوع من العقارات، و هو العقار ذو الطابع الفلاحي في المطلب الأول منه.

هذا ويعتبر قانون التوجيه العقاري أساس الشفعة أيضاً في العقار الحضري، فقد عرف هذا القانون بطبيعة المواصفات الواردة في قواعده والتي تضيف على العقار الطابع الحضري، كونها الفئة التي تستقطب اهتماماً خاصاً من قبل المضاربين في السوق العقارية، ولمحاربة ظاهرة المضاربة و الحفاظ على النسيج العمراني، وكذا لانجاز مشاريع اجتماعية واقتصادية خول القانون للدولة والجماعات المحلية ممارسة الشفعة وفقاً لإجراءات نصت عليها قوانين خاصة، هي أيضاً موضوع التحليل و البيان خلال هذا المطلب الثاني، كما نحاول بيان التطورات التي مرت بها إجراءات ممارسة الشفعة في العقار السياحي وأيضاً في المعاملات العقارية غير المصرح بقيمتها الحقيقية، في المطلب الثالث.

المطلب الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة في العقار الفلاحي

وندرس خلال هذا المطلب على التوالي فروع إجراءات إثبات عدم استغلال الأرض الفلاحية و ذلك في الفرع الأول، ونبين إجراءات ممارسة الشفعة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات إثبات عدم الاستغلال

تتدخل اللجنة المكلفة بالتحقيق، ومعاينة عدم استغلال الأراضي الفلاحية، السابق بيان أحكامها - من أجل فتح تحقيق بصدد عدم استغلال الأراضي الفلاحية المتواجدة على تراب الولاية، إما بمبادرة من أعضائها أو بمبادرة من المصالح الفلاحية، أو بناء على تبليغ من

أي شخص، والتحقيق الذي تقوم به اللجنة ينتهي لزوماً بتحرير محضر معاينة، وتسلم نسخة منه لكل من الوزير المكلف بالفلاحة، وكذا الوالي⁽¹⁾.

وبمجرد ثبوت حالة عدم الاستغلال تقوم اللجنة بإعذار المالك أو مالك الحق العيني العقاري بضرورة استغلال الأرض، وهذا في أجل يتم تحديده، وفقاً لخصوصية ونوعية التربة، وكذا العوامل المناخية والطبيعية للمنطقة التي توجد بها لأرض المعنية، ومهما تكن تلك الظروف، فلا يجوز أن تتعدى مدة سنة أشهر من تاريخ تبليغ الإعذار للمعني بموجب ظرف موصى عليه مع وصل الاستلام⁽²⁾.

وبعد إنتهاء الأجل المذكور أعلاه، وفي حالة عدم الاستجابة المعني للإعذار، يتم إعذاره مرة ثانية، على أن يمهل مدة سنة واحدة من أجل إعادة استغلال الأرض مع مطالبة المعني بذكر الأسباب التي حالت دون استغلاله للأرض.

وبمجرد استلام الإنذار الثاني يمكن للمعني بالإجراء، أن يقدم اللجنة توضيحاته بخصوص أسباب عدم استغلاله للأرض⁽³⁾، فكما نلاحظ أن دور اللجنة يقتصر على المعاينة الميدانية لحالة عدم استغلال الأرض الفلاحية فقط، والمرسوم التنفيذي لم يذكر معيار ثبوت عدم الاستغلال، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة 125 من القانون الريفي الفرنسي، حيث جعل معيار تقدير الأرض الفلاحية غير المستغلة هو المقارنة مع أرض فلاحية من نفس القيمة الزراعية، و في نفس ظروف الاستغلال.

علاوة على ذلك فإن الإنذارات التي ترسلها اللجنة بعد أن تحققت من عدم الاستغلال، فإنه من المفروض أن تكون مصحوبة بجميع الإجراءات اللاحقة والجزاءات التي ستوقع عليه في حالة تعنت المستغل، وتماطله في عدم استغلال الأرض، كما أن المرسوم التنفيذي لم يشر إلى ما إذا كان المعني بحالة ثبوت عدم الاستغلال له الحق في اللجوء إلى القضاء للطعن في القرار المذكور، ونرى بأن قرارات اللجنة قابلة للطعن طبقاً لمعايير القرارات الإدارية، فهو عمل صادر عن هيئة إدارية نظراً لتشكيلتها، وكونها تغيّر من المراكز القانونية.

(1) أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي (484-97) المؤرخ في 15-12-1997

(2) أنظر المادة 06 و المادة 08 من المرسوم نفسه.

(3) أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي (484-97) السابق.

هذا وإذا بقيت الأرض بدون استغلال بعد انتهاء المدة الإضافية المذكورة أعلاه، تقوم اللجنة بإبلاغ الديوان الوطني، للأراضي الفلاحية بمباشرة الإجراءات المالية، كما نبينها في الفرع المالي:

الفرع الثاني: إجراءات ممارسة الشفعة

وبصدور حكم قضائي بإسقاط حقوق المستفيدين لعدم الاستغلال الأمثل للأراضي الفلاحية، أو بإسقاط حق الامتياز للإخلال بالالتزامات المفروضة على المستفيد قانوناً، أو عدم توفر شروط الاستفادة فيه، أو حتى التنازل عن حصة صاحب حق الامتياز في المستثمرة الفلاحية، وفقاً للإجراءات والشكليات الموضحة آنفاً، أو وفاة صاحب هذا الحق دون ترك وارث يتوفر على صفة المستفيد، وكذا التصرف بعوض الصادر عن صاحب الحق، وكل تلك هي شروط وأسباب، ولمجرد توفر أحدها، فإنه وكما سبق ووضحنا، يبادر المدير الولائي لأملاك الدولة بممارسة الشفعة باسمها ولحسابها -أي للدولة- بموجب التعليمات الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 15-07-2000، وذلك قبل تنصيب الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وبعد تنصيبه فعلياً أحيل القيام بإجراءات ممارسة الشفعة إلى مديره، والتي تتحدد حسب طبيعة التصرف المشفوع فيه، إذ تميز بين الإجراءات في حالة التصرف بعوض، وبين الإجراءات في الحالات الأخرى.

أولاً: الإجراءات في حالة التصرف بعوض

ونقصد بذلك التصرف بعوض في المستثمرة الفلاحية، كالبيع مثلاً، أو التنازل عن حق الامتياز، فالأمر المشترك بين سببي الشفعة هذين، هو أن كلاهما يتم بعقد رسمي أمام الموثق، وفي هذا الصدد، نصت المادة 08 من مشروع المرسوم المتعلق بممارسة حق الشفعة من طرف الدولة⁽¹⁾، على ما يلي:

"... أو التنازل عن حق عيني عقاري بموجب القانون رقم (19/87) المؤرخ في 08-12-1987 والتي يتبادر بها ملاكها أو أصحابها، وذلك إذا نصب على المحيطات الخاضعة لممارسة حق الشفعة، يجب حتماً وتحت طائلة بطلان المعاملة أن ترفع إلى علم الهيئة

(1) بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، المرجع السابق، ص189.

العمومية المؤهلة، وذلك من قبل الموثق المكلف بتحرير العقد"، وعليه تتجدد إجراءات فيما يأتي:

1- التصريح بنية التصرف:

إذ يكون كل من البائع و المشتري أو المتنازل والمتنازل له، المتصرفون في العقار محل الشفعة عموماً، ملزمون قبل إتمام تصرفهما في شكل عقد نهائي رسمي بتصريح على نيتهما بالتعاقد للديوان الوطني للأراضي الفلاحية مبدئياً، وفي غياب نص قانوني واضح يحدد إجراءات ذلك، يكون من الأفضل كما جاءت به التعليمات الوزارية المشتركة رقم (07) السابقة الذكر، أن يتم التصريح المذكور في شكل محرر رسمي⁽¹⁾، على أن يتكفل الموثق بتحريره، وتبليغه لمدير الديوان الوطني للأراضي الفلاحية وقد نصت المادة 09 من مشروع المرسوم على مشتملات رسالة الإحضار هذه و هي:

- بيان كافي للأماكن والحقوق العينية العقارية الخاضعة لحق الشفعة.
- بيان الثمن واسم كل من البائع والمشتري ولقبهما وموطنهما ومهنتهما.
- عقد الملكية أو وثيقة أخرى تقوم مقامها مرفوعة بشهادة كشف من المحافظة العقارية.
- قيمة الحصص المعتمدة من قبل المالكين على الشيوع أو قيمة الحق العيني العقاري، إذا تعلق المر بمستثمرة فلاحية فردية.

ويفسر التصريح المذكور من الناحية القانونية، بأنه إيجاب للتعاقد، وعليه ترى أن يتكفل القانون بتحديد الجل الممنوح للهيئة من أجل الرد على ذلك العرض، وهذا حماية للطرفين الأصليين في العقد المزمع إبرامه، وبالمقابل تنص المادة 16 من مشروع المرسوم المذكور أعلاه، على أنه عندما تقرر الهيئة العمومية المؤهلة تملك الأملاك العقارية، والحقوق العينية العقارية الموضوعة للبيع، فإن المعاملة يجب أن تتم تحت طائلة البطلان في مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ إخطار الموثق عن موافقتهم لاستكمال إجراءات البيع، ونشير إلى أن التعليمات الوزارية المشتركة رقم (07) قد حددت المهلة الأخيرة هذه، بشهر واحد.

(1) رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، المرجع السابق، ص 189.

2- موقف الهيئة العمومية من التصريح بنية التصرف:

وعند تسلم الهيئة العمومية رسالة الإحضار، فإن لها مهلة ستين (60) يوما لإعلام الموثق عن نيتها في أحد المواقف الآتية:

القبول: الذي يجب أن يكون صريحاً، ويبلغ لطرفي العقد، كما تشعر الهيئة العمومية الموثق المكلف بإجراء البيع لصالحها بتحرير العقد في الأجل المحدد لذلك، وهذا خروجاً على قواعد الشفعة في القانون المدني، حيث يمكن للهيئة المعنية من تغيير الثمن المتفق عليه أصلاً، بين البائع والمشتري، وعليه يمكننا تصور قبول ممارسة حق الشفعة وفق إحدى الصور الآتية:

(1) قبول الهيئة بالثمن المحدد في التصريح بنية التصرف، ففي هذه الحالة ينعقد العقد بين البائع والهيئة المعنية بإبرامه في شكل عقد رسمي.

(2) قبول الهيئة للعرض مبدئياً، غير أنها تعرض ثمناً مغايراً (أقل من المصرح به)، ففي هذه الحالة يمكن تصور إحدى الفرضيتين⁽¹⁾:

الفرضية الأولى: يقبل البائع بذلك، فينعقد العقد، ويبقى على الأطراف أن يفرغا تصرفهما في شكل عقد رسمي.

الفرضية الثانية: يرفض البائع العرض، ويبقى على الهيئة العمومية اللجوء إلى القضاء المختص لتحديد ثمن العقار المعروض للبيع.

الرفض: وقد يكون صريحاً يتخلى الهيئة العمومية عن ممارسة حق الشفعة، بعد إخطار الموثق برسالة موصى عليها تبلغ للطرفين الأصليين في العقد، أو رفضاً ضمناً، يستخلص عن عدم رد الهيئة العمومية بعد مهلة ستين (60) يوماً، فيعد ذلك ضمناً بمثابة عدول عن شراء المبيع، ويجب على الموثق هنا أن يبين في مضمون العقد المثبت للمعاملة العدول أو عدم الرد تحت طائلة البطلان طبقاً للمواد 10، 12 و 13 من المرسوم المتعلق بممارسة حق الشفعة من طرف الدولة.

(1) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص 251.

ثانياً: الإجراءات في حالة عدم الاستغلال الفعلي للأرض الفلاحية

فمن مضمون المادتين 51 و 52 من قانون التوجيه العقاري، يمكن أن نستشف، أن المشرع وقع على المخل بواجب استغلال الأرض الفلاحية عقوبات أو جزاءات تتمثل في الوضع الجبري للأرض خير الاستغلال أو التأجير، فإذا ثبت وجود أسباب قاهرة جعلت المالك عاجزاً مؤقتاً عن استغلال الأرض الفلاحية، يتدخل الديوان الوطني للأرض الفلاحية لوضع الأرض الفلاحية حيز الاستغلال تحت نفقته، ولحساب الملك أو الحائز الظاهر أو عرضها للتأجير، فالمعيار الذي اعتمدته المشرع لتقرير هذا الجزاء هو الأسباب القاهرة، وأول ما أثار انتباهنا عند قراءة المادة 52 من قانون التوجيه العقاري، أنها جاءت في النص الفرنسي المقابل بعبارة *Cas de Force Majeure*، فنتساءل ما إذا كانت الترجمة صحيحة أم خاطئة، فإذا توجهت نية المشرع إلى القوة القاهرة، ضمن المعروف أن القوة القاهرة بمفهوم نص المادة 127 من القانون المدني تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً سواء بالنسبة للمستغل نفسه أو لأي مستغل آخر، لذلك فالنص العربي أصاب فيه المشرع الترجمة، فهو لا يراد به القوة، وإنما الأسباب كما جاء في نص المادة 52 من قانون التوجيه العقاري.

فإذا لم توضع في الأرض حيزاً للاستغلال، فقد وقع المشرع جزءاً آخر هو بيع الرضا لفلاحي الخصبة أو الخصبة جداً جبراً، في حالة ثبوت عدم استغلالها، والديوان الوطني للأراضي الفلاحية، هو الذي يتكفل بالعملية، ويتخذ شكل البيع بالمزاد العلني، فمالك الأرض الفلاحية الذي أخل بواجب استغلال أرضه يكون قد ارتكب خطأ أكثر من ذلك، كما رأيناه سابقاً يكون متعسفاً في استعمال حق الاستغلال، فينشأ ضمن هذا الخطأ مسؤوليته التقصيرية، و يجد نفسه ملزماً بالتعويض للمتضرر، وعليه فما ذنب المالك الذي سيوقع عليه نفس الجزاء، والذي لم يكن المتسبب المباشر في عدم استغلال الأرض الفلاحية، فيجد نفسه مجرد من ملكيته من أجل خطأ لم يرتكبه شخصياً، فهذا الجزاء تبرره الوظيفة الاجتماعية المنوطة بالأرض الفلاحية، فالمالك الذي لا يستغل أرضه الفلاحية خاصة الخصبة، أو الخصبة جداً، فإنه غير جدير بتملكها، ومن هذه اللحظة تفقد خاصيتها بكونها حق شخصي، وتصبح حق للمجتمع.

وعند إثبات لجنة عدم استغلال الأراضي الفلاحية ذلك، وبعد قيامها بالإجراءات السابقة، فإنه وطبقاً للمادة التاسعة من المرسوم (97-484) الأنف الذكر، تقوم اللجنة، بإبلاغ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بغرض تطبيق التدابير المقررة وفقاً لأحكام المادة 51 و 52 من قانون التوجيه العقاري، حيث تقول له الفقرة الثالثة من المادة 52 المذكورة، ممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها بيع الأرض الفلاحية الخصبة أو الخصبة جداً تبعاً للرتبة المحددة في نص المادة 795 من القانون المدني، ويلزم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بإظهار رغبته والقيام بالإجراءات المذكورة مسبقاً.

وأيضاً في حالة الحكم بإسقاط حق الامتياز، فإن الهيئة المكلفة بالتنظيم العقاري أي الديوان الوطني للأراضي الفلاحية - تحل محل المستفيد أو المستفيدين الذي أسقطت حقوقهم طبقاً لنص المادة 62 من قانون التوجيه العقاري وتمارس الهيئة العمومية حق الشفعة المنصوص عليه قانوناً.

المطلب الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في العقار الحضري

وندرس خلال هذا المطلب، وضمن فرعي، إجراءات ممارسة الشفعة، وذلك في الفرع الأول، ونبين في الفرع الثاني الاختصاص القضائي للمنازعات التي تكون فيها الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين طرفاً فيها.

الفرع الأول: إجراءات ممارسة الشفعة

ومن خلال ما سبق بيانه في طبيعة الشفعة الممارسة في العقار الحضري، اتضح لنا أن الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، هي أداة أساسية لتدخل الدولة والجماعات المحلية في المجال العقاري الحضري، فهي تعتبر من الناحية النظرية أنجع وسيلة نظراً للدور الذي تؤديه، والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها، بحيث أنها الأداة الفعالة للتحكم في التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، والقضاء على الاختلافات الناتجة عن التطور السريع لاستهلاك الأراضي القابلة للتعمير، والمضاربة عليها، وتهدف من خلال حقها القانوني في ممارسة الشفعة أساساً إلى تحفيز البلديات بالأراضي الضرورية لإنجاز مختلف برامجها الاستثمارية والتجهيزية والسكنية، غير أنه من الناحية التطبيقية يتضح أن تعميم الوكالات العقارية على مجموع التراب الوطني يبقى أمراً صعباً إذا أخذنا بعين

الاعتبار نقص الإمكانات المادية والبشرية والمالية الضرورية لانجازها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن جهل الهيئات المحلية بقانون التوجيه العقاري جعلها تهمل تماماً وجود الوكالة، و الدور المحدد لها، وكثيراً ما تحسبها أنها أنشأت من أجل الاستيلاء على ملكيتها العقارية، مما أدى في الواقع إلى تضارب مصالح الجماعات المحلية، ومصالح الوكالة، مما جعل هذه الوكالات تعاني، إن لم نقل تخفق في التحكم في تسير كل الأملاك العقارية التابعة لمجموع البلديات، أما ما تعلق بممارسة الوكالة للشفعة من الناحية الإجرائية، جاء فقيراً في غياب التنظيم المقصود بذلك، فضلاً عن أن النص التنظيمي (405/90) المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي (408/03) خص الجماعات المحلية دون الدولة بإنشاء تلك الوكالات، في حين تبقى الدولة صاحبة حق تمارسه مباشرة عن طريق مديرية الأملاك بوزارة المالية ودوائرها الخارجية المتمثلة في المحافظات العقارية، وعليه تكون أمام حقين للشفعة⁽¹⁾:

- حق للدولة

- وحق للجماعة الإقليمية المحلية.

دون أن يكون هناك نص صريح يحدد ترتيبها، ونرى فيما يخص ذلك أن يتم تفضيل حق الشفعة المقرر لصالح الجماعة المحلية عملاً بمبدأ اللامركزية الذي يطبع السياسة العقارية الحضرية ودور الجماعة المحلية في توجيه التهيئة والتعمير، تمارسه وفقاً للإجراءات الآتية بيانها:

أولاً: التصريح بنية التصرف

يكون كل من البائع والمشتري للعقار ذو الطابع الحضري، ملزمان قبل إتمام تصرفهما، في شكل عقد نهائي، أو حتى التنازل يعوض أو يغير عوض، بعقد رسمي، أن يوجهها أو أحدهما إنذاراً إلى الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، مشتملاً على البيانات التالية:

- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع، واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهمته وعنوانه⁽²⁾.

(1) اسماعين شامه، المرجع السابق، ص 250-251.

(2) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 435.

ويكون هذا الإنذار بأنه تصريح على نيتها بالتعاقد إلى الوكالة المحلية للتسيير العقاري المختصة وفي غياب نص قانوني واضح يجدد بقية الإجراءات، فإنه يجب على الوكالة المختصة إعلان رغبتها من عدم ذلك، ويتم التصريح المذكور في شكل محرر رسمي، على أن يتكفل الموثق بتحريره وتبليغه للهيئة المذكورة تبعا للبيانات المذكور أعلاه، إلى جانب كل المعلومات التي تسمح للهيئة المعنية بتقدير المعاملة، وأخذ قرار بشأنها، هذا ويفسر التصريح المذكور من الناحية القانونية بأنه إيجابا للتعاقد، وعليه تقترح أن يتكفل المشرع بتجديد الجل الممنوح للهيئة من أجل الرد على ذلك العرض، وهذا حماية للطرفين الأصليين في العقد المزمع إبرامه، ويمكن تقدير ذلك بشهرين على الأقل، أو ثلاث أشهر على الأكثر⁽¹⁾.

ثانيا: موقف الوكالة من التصريح بنية التصرف

ويكون احد الموقفين الآتيين:

- 1- **الرفض:** الذي قد يكون صريحا إذا تم تبليغه للطرفين الأصليين في العقد بعقد رسمي، أو إلى الموثق المكلف بالتحرير، أو ضمينا بسكوت الهيئة المعنية على الرد خلال الأجل القانوني الممنوح لها، وعليه يمكن للمتعاقدين إتمام العقد الأصلي.
- 2- **القبول:** الذي يجب أن يكون صريحا، ويبلغ لطرفي العقد الأصليين، وفقا للقواعد العامة، والمتمثل في التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يحرره موثق، ويعلن عن طريق كتابة الضبط خلال ثلاثين (30) يوما على كل من الطرفين، ابتداء من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إلى الوكالة أحد الطرفين، إضافة إلى ذلك وجب على الشفيع إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالشفعة.

هذا وخروجا على قواعد الشفعة في القانون المدني يمكن للوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين تغيير الثمن المتفق عليه أصلا، بين طرفي العقد الأصليين، فيكون في هذه الحالة ممارسة الشفعة وفق إحدى الصورتين:

(1) اسماعين شامه، المرجع السابق، ص251.

1- قبول الهيئة بالثمن المحدد في التصريح بنية التصرف، ففي هذه الحالة ينعقد العقد بين البائع، أ، المتنازل، والوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري بإبرامه في شكل عقد رسمي.

2- قبول الوكالة للعرض مبدئياً، غير أنها تعرض ثمناً مغايراً (أقل)، ففي هذه الحالة يمكننا تصور إحدى الفرضتين:

الفرضية الأولى: يقبل البائع بذلك، فينعقد العقد، ويبقى على الأطراف أن يفرغا تصرفهما فيشكل عقد رسمي.

الفرضية الثانية: يرفض البائع، ويبقى على الهيئة -الوكالة المحلية للتسيير العقاري والتنظيم العقاريين الحضريين- إلا أن تلجأ إلى القضاء لتحديد ثمن العقار المعروض للبيع⁽¹⁾، شرط أن يتم رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار الحضري المشفوع فيه، كما يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بقبول الشفعة سنداً للملكية الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي

فكثيراً ما يدفع القاضي العادي بعدم الاختصاص النوعي، والتمسك بالاختصاص أما القضاء الإداري في النزاعات التي فيها الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم الحضريين طرفاً فيها، فولاية النظر في هذه النزاعات في رأينا تتحدد حسب تكييف النزاع المطروح، فإذا كان النزاع يتعلق أساساً بمهام أو دور الوكالة، بخصوص تسوية المعاملات العقارية، وإجراءات نقل الملكية، وتحرير العقود اتجاه الخواص، فإن القاضي الإداري غير مختص، وإنما يختص به القاضي العادي ذلك لأن الوكالة هي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، ويخضع للقضاء العادي، وأن هذه المعاملات، تتم لفائدة أشخاص القانون الخاص، وأطراف النزاع الأصلية هم من أشخاص القانون الخاص، البلدية إن أدخلت في الخصام فتكون طرف مدخل لا يؤثر على تحويل طبيعة النزاع، وهذا ما جاء في قرار للغرفة المدنية لمجلس قضاء الجزائر تحت رقم 2000/1284 المؤرخ في 27-02-2000، والشفعة بطبيعة الحال من التصرفات الناقلة للملكية في حالة البيع أو التنازل من طرف الخواص على ملكيتهم في الأراضي العمرانية.

(1) اسماعين شامه، المرجع السابق، ص252.

المطلب الثالث: إجراءات الأخذ بالشفعة في العقار السياحي

سبق وصرحنا آنفاً، أن إجراءات الشفعة في العقار ذي الطابع السياحي مرت بمراحل ومحطات هامة بينهما في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: إجراءات الشفعة في ظل الأمر رقم (62/66)

اقتضت المادة الأولى من الأمر (62/66) المؤرخ في 26-03-1966 المتضمن المناطق والأماكن السياحية، على أنه ومن أجل تحقيق مخطط خاص بالتنظيم السياحي، سيجري تحديد مناطق وأماكن ذات أولوية سياحية خاضعة لتدابير خصوصية لحمايتها، حيث تبذل الجهود لتجهيزها، واستثمارها، وستحدد كيفية تعيينها وتحديداتها، وكذا طريقة ترتيبها، وسنطبق تدابير خصوصية لحماية هذه المناطق والأماكن، وسيكون للدولة في داخل المناطق والأماكن المذكورة في المادة الأولى، حق الشفعة على كل عقار قد يكون موضوع تصرف إداري بعوض أو بدون عوض، وستحدد بموجب مرسوم شروط ممارسة هذا الحق وآثاره ولاسيما كيفية تحديد السعر⁽¹⁾.

وتطبيقاً لهذا الأمر صدر في نفس السنة، المرسوم (75/66) المؤرخ في 04-04-1966 المتضمن المناطق والأماكن السياحية، حيث جاء في مادته الأولى، على أن تعتبر من مناطق التوسع السياحي كل منطقة ومساحة من الأرض، تمتع بميزات أو خصائص طبيعية ثقافية وبشرية ملائمة للتنزه السياحي، من شأنها أن تسمح بإقامة أو تنمية منشآت سياحية يمكن استغلالها لتنمية شكل أو عدة أشكال من الإيراد السياحي، كما تعتبر من الأماكن السياحية كل منظر طبيعي أو مكان ذي جاذبية سياحية بمنظره الخلاب، أو بما يحتويه من أهمية تاريخية وفنية أو أسطورية، أو ثقافية، بحيث تتم صيانته واستثمار ندرته، والمحافظة عليه من التلف الطبيعي أو الناتج بفعل الإنسان.

وألزم هذا المرسوم، كل تصرف إرادي لملك بعوض أو بدون عوض في عقار مبني أو غير مبني، داخل منطقة سياحية أن يخضع لتصريح من المالك يذكر فيه السعر، وشروط التصرف المنوي القيام به، وتوجيه هذا التصريح حسب الأشكال المقررة، بموجب قرار من وزير السياحة إلى الوالي الذي يوجد بدائرتة العقار.

(1) أنظر المادة 04 من المرسوم (62/66) المتضمن المناطق والأماكن السياحية.

ومن خلال هذا التصريح جاز لوزير السياحة استعمال الشفعة، وفي هذه الحالة يبلغ قراره إلى المالك خلال أربعة (04) أشهر من استلام التصريح عن طريق الوالي، وفي حالة عدم القيام بهذا الإجراء، يعتبر ذلك عدولاً عن استعمال حق الشفعة.

وإذا لم يحصل اتفاق في تحديد الثمن يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة بنزع الملكية (الغرفة الإدارية)، وتجدر الإشارة أنه بموجب المرسوم رقم (232/88) المؤرخ في 05-11-1988 تم الإعلان عن المناطق الموصوفة بمناطق التوسع السياحي، حيث حدد هذا المرسوم المناطق عبر الإقليم الجزائري بخرائط تبين كل منطقة على حدى، وعليه فإن العقار الواقع داخل المناطق التي تضمنها المرسوم (232/88) المذكور، بوصف بأنه عقاراً سياحياً، قد يتعرض لحق الشفعة من قبل الدولة في أي تصرف إرادي بعض أو بدون عوض يرد عليه مع توافر الشروط الآتية:

- أن يكون التصرف الوارد على العقار السياحي تصرفاً إرادياً، وبالتالي تستعيد البيوع الجبرية بالمزاد العلني.
- أن يكون التصرف بعوض أي بمقابل كالبيع، أو بدون مقابل أو عوض كالهبة، وهذا خلافاً للقواعد العامة في الشفعة، حيث يشترط للأخذ بها، أن يكون هناك بيع عقار.

الفرع الثاني: إجراءات الشفعة في ظل المرسوم التنفيذي رقم (98.70)

وبموجب المرسوم التنفيذي (98-70) المؤرخ في 21-02-1998 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، ثم استحدثت الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، وهي بمثابة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية، وتعتبر أداة لتطبيق السياسة الوطنية لتنمية السياحة، ويخضع إلى وصاية الوزير المكلف بالسياحة. ولكون الوكالة هي الجهاز المكلف بتنشيط وتأطير وترقية النشاطات السياحية في إطار السياسة الوطنية لتطوير السياحة، والتهيئة العمرانية فهي مكلفة على الخصوص وفقاً للمادة الرابعة من المرسوم المنشئ لها، كما يلي:

- السهر على حماية مناطق التوسع السياحي والمحافظة عليها.
- اقتناء الأراضي الضرورية لإنشاء الهياكل السياحية وملحقاتها.

- القيام بدراسات والتهيئة المخصصة للنشاطات السياحية والفندقية، الحمامات المعدنية.

- المساهمة مع المؤسسات المعنية في ترقية الأماكن داخل مناطق السياحي وحول منابع المياه المعدنية سواء في الجزائر أو في الخارج.

- السهر على التسيير العقلاني للأماكن والتجهيزات ذات المنفعة المشتركة، وتقديم كل احترام يهدف إلى ضرورة تحسينها وتحديثها، وفي سبيل التحقيق هذه الساسة للوكالة حق ممارسة الشفعة بمقتضى المادة السادسة من هذا المرسوم لحساب الدولة على كل عقار يكون موضوع تصرف إرادي يعوض أو بدون عوض طبق للمادة الرابعة من الأمر (62/66) المتضمن المناطق والأماكن السياحية.

ويبقى التساؤل مطروحا، هل هذا المرسوم التنفيذي المنشئ للوكالة الوطنية للتنمية السياحة، قد ألغي ضمنا الأمر (75/66) السابق الذكر، الذي نص على إجراءات ممارسة حق الشفعة في العقار السياحي، حيث يستخلص منه أنه يمارس بواجب قرار إداري في إطار امتيازات السلطة العامة، والقول بخلاف ذلك، يتنافى مع طبيعة نشاط هذه الوكالة التي تعتبر بمثابة مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، تخضع بدون شك لقواعد القانون الخاص، فأطراف الشفعة، كل من الوكالة والمالك كلاهما يخضعان للقانون الخاص فلا مجال لتطبيق قواعد القانون العام التي تضمنها الأمر (75/66) في حالة نزاع قائم بين الطرفين، وتجدر الإشارة إلى أن هذا المرسوم الجديد أبقى على بعض أحكام مرسوم (75/66) تطبيقا للأمر (62/66) والمتعلقة بطبيعة التصرفات الواردة على العقار السياحي، الذي قد يكون محلا للشفعة من قبل الدولة، حيث يشترط دائما أن يكون التصرف الوارد عليه، إراديا، و بالتالي نستنتي البيوع الجبرية بالمزاد العلني، كما أنه يستوي أن يكون التصرف بعوض أو بدون عوض.

الفرع الثالث: إجراءات الشفعة في ظل المرسوم التنفيذي رقم (385/06)

جاء في المادة الأولى من المرسوم (385/06) المؤرخ في 28-11-2006 المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع والمواقع

السياحية، وتطبيقاً لحكام المادة 21 من القانون (03/03) المؤرخ ففي 2003/02/17 الذي يهدف إلى تحديد كفاءات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حقها في الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي، التي تدعى في صلب النص "الوكالة".

وتمارس الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حقها في الشفعة على كل عقار أو بناء يقع في الجزء القابل للبناء لمنطقة التوسع السياحي، كما هو محدد في مخطط التهيئة السياحية الموافق عليه، والمنجز في إطار أهداف القانون رقم (03/03) المؤرخ في 2003/12/17 والذي يكون موضوع تنازل بمقابل أو بدون مقابل⁽¹⁾.

ويلزم المرسوم (385/06) المذكور أعلاه، المالك للعقار أو البناء المنجز في إطار مخطط التهيئة السياحية عندما يقرر بيع أملاكه تقديم تصريح مسبق للوزير المكلف بالسياحة يعد طبقاً لنموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالسياحة.

ويقوم الوزير المكلف بالسياحة بعد إخطاره بالتصريح بالبيع من أطراف العقد الأصليين، بإشعار الوكالة في أجل خمسة عشر (15) يوماً قصد السماح لها بممارسة حقها في الشفعة⁽²⁾.

وللوكالة أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ إشعارها من الوزير المكلف بالسياحة للفصل في اقتناء الملاك المعنية طبقاً لقانونها الأساسي، من عدم ذلك، ونميز في هذا الصدد بين موقفين للوكالة:

القبول: وذلك بتقرير الوكالة مباشرة حقها في الشفعة صراحة، بإعلام الوزير المكلف بالسياحة في الآجال المطلوبة مع تبرير ردها.

ويلتزم الوزير المكلف بالسياحة في حالة ممارسة الوكالة حقها في الشفعة بإعلام المالك في أجل خمسة عشرة يوماً ابتداءً من تاريخ انتهاء أجل الثلاثة أشهر.

الرفض: الذي قد يكون صريحاً، أو يستخلص من:

1- نص المادة 06/ الفقرة الثانية، من المرسوم (385/06) التي جاء فيها:

(1) أنظر المادة 02 من المرسوم (385/06) المحدد لكفاءات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حقها داخل مناطق التوسع السياحي.

(2) أنظر المادة 04 من المرسوم نفسه.

"... بعد انقضاء هذا الجل -الثلاثة أشهر- وفي حلة عدم الرد من الوكالة، تعد هذه الخيرة، كأنها تنازلت عن ممارسة حقها في الشفعة".

2- أيضا من نص المادة 08 من نفس المرسوم بقولها:

"عند انتهاء اجل أربعة أشهر، وفي حالة عدم رد وزير السياحة، يصبح للمالك مباشرة البيع المقرر.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الوكالة ملزمة وقبل اتخاذ قرارها، وخلال الآجال الممنوحة لها - أي الثلاثة أشهر - أن تقوم بإعداد دراسة تقنية تبرز فيها الوصف، والمحتوي والتقييم، والوسائل المالية الضرورية لاقتناء الأملاك المعنية، وفي حالة غياب اتفاق بالتراضي مع المالك، تحدد الهيئة القضائية المختصة ثمن اقتناء الملكية موضوع حق الشفعة.

وكما أشرنا في مقدمة هذا المبحث، أن الدولة لا بد أن تمارس الشفعة أيضا في بعض المعاملات العقارية غير المصرح بقيمتها الحقيقية، إذ يسمح قانون التسجيل بموجب المادة 101 منه للإدارة الجبائية، ويمكنها من القيام بإجراءات إعادة تقييم الأموال المصرح بقيمتها بشكل أقل من قيمتها الحقيقية، هذا خاصة و بينت الخبرة أن هذا الإجراء لا يكفي لإجبار الخاضعين للضريبة على التصريح بالقيم الحقيقية للعمليات التي يقومون بها، فيصرحون بقيمة أقل من القيمة الحقيقية، وهذا من أجل التهرب من الحقوق الواجبة، وهو السبب الذي جعل المشرع يلجأ لإجراء ثان، والمتمثل في حق الشفعة، وبالرجوع إلى مضمون نص المادة 118 من قانون التسجيل نستخلص إجراءات ممارسة حق الشفعة، حيث يتم تبليغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط -المحضر القضائي- وإما برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها مدير الضرائب للولاية التي توجد بدائرة اختصاصها الأموال العقارية المذكورة في نص المادة 118 من قانون التسجيل، والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين كلهم خاضعين لحق الشفعة على قدم المساواة، فتحتفظ الدولة بحق الشفعة، وتقوم بشراء الأموال العقارية على أساس الثمن المصرح به مع الزيادة في الثمن تقدر بالعشر، والآجال القانونية التي تستعمل الدولة فيها حق الشفعة هي مدة سنة ابتداء من تاريخ تسجيل العقد أو التصريح، وإذا تجاوزت هذه

المدة لا يمكن استعمال هذا الحق، وعليه يسقط حقها في الشفعة وفقاً لنص المادة 118 من قانون التسجيل، ويبقى لذوي الحقوق حق الطعن أما لجنة المصالحة المنصوص عليها بموجب المادة 102 من قانون التسجيل، والتي لها دور في تقدير حالة ما إذا كان للطاعن الحق في الاحتفاظ بحقوقه.

مقارنة:

إن إجراءات الأخذ بالشفعة أو المطالبة بالشفعة في اصطلاح الفقه الإسلامي، وممارستها والأخذ بها، والتملك جبراً، والاستشفاع، وإعلان الرغبة في الشفعة والتعبير عن الإرادة فيها، ورفع دعوى الشفعة أو المخاصمة، ألفاظ رغم صراحتها ووضوحها، لا تعبر -إن في الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني- سمو عن العزم القاطع، والإرادة الجازمة، والنية الخالصة، ليس فقط عن أخذ الشفيع بشفعته -نظرياً- ولكن عن عدم تركه، عملياً وواقعياً الحصة المتنقلة من الملك على الشيع في يد شريكه الجديد إما زيادة في المال، وإما وقاية من عشرة، وإن اختلفت طرق ووسائل وإجراءات تفعيلها، ولا يفهم منها إلا تمكين المشفوع منه مما تملك به تلك الحصة، ودفعه له، دفعا فعلياً، أو أدائه له أداء قانونياً، وانتزاع الحصة منه وضمها إلى ملكه، غير أن المشرع تميز في التعبير عن الخيار للشفيع، فهو وإن ترك للشفيع الاختيار بين مباشرة حقه أو تركه، فإنما خيره في ذلك في أجل محدد ودقيق، معرضاً حقه للتلاشي والسقوط، ونحاول خلال هذه الخاتمة للفصل المخصص للإجراءات أن نضع المقارنة بين الفقهاء القانوني والإسلامي، فإذا كان قد اتفق كل من الفقه الإسلامي وكذا الفقه القانوني على اعتبار إخلال الشفيع بميعاد إعلان الرغبة يؤدي إلى سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة فقد اختلف النظامين موضع الدراسة اختلافاً بارزاً في أمور إجرائية كثيرة:

- ففي ميعاد إعلان الرغبة ميزت النظام محل البحث، بين الشفيع العلم بالبيع المشفوع فيه، وبين الشفيع غير العالم بهذا البيع، فبالنسبة للشفيع العالم بالبيع حدد القانون المدني ميعادان لإعلان الرغبة، يتحدد كل منهما بحسب مصدر علم الشفيع بهذا البيع، فإذا علم الشفيع بالبيع عن طريق الإنذار الموجه إليه من البائع أو المشتري، (علماً قانونياً)، كان ميعاد إعلان الرغبة ثلاثين يوماً يبدأ من تاريخ هذا الإنذار، أما إذا علم الشفيع بالبيع عن طريق تسجيل عقد البيع المشفوع فيه (العلم الافتراضي)، فإن ميعاد إعلان الرغبة يكون

سنة كاملة يبدأ من تاريخ هذا التسجيل، أما في التشريعات الخاصة فيراوح ميعاد إعلان الرغبة بين الشهر الواحد إلى أربعة أشهر -لاختلاف القوانين مع التعليمات والاستخلاصات الفقهية في التطبيق، أما الفقه الإسلامي فلم يتفق فقهاؤه على تحديد ميعاد إعلان الرغبة بالنسبة للشفيع العالم بالبيع، حيث حدده المالكية بشهرين إذا كتب الشفيع شهادته في العقد، وسنة إذا لم يكتب شهادته في العقد، وذهب جمهور الحنفية والشافعية في إظهار أقوالهم والحنابلة، في الصحيح عنهم، إلى أن هذا الميعاد يكون فور علم الشفيع بالبيع، وحدد الشافعية في أحد أقوالهم هذا الميعاد بثلاثة أيام، وقد رجح الفقه الحديث ميعاد إعلان الرغبة بثلاثة أيام باعتباره رأياً وسطاً يحفظ حقوق الشفيع والمشتري معاً، ولا يلحق الضرر بأحدهما لحساب الآخر، أما بالنسبة للشفيع غير العالم بالبيع المشفوع فيه، فالأمر يختلف في القانون الجزائري عنه في الفقه الإسلامي، فالقانون المدني حدد ميعاد إعلان الرغبة بالنسبة للشفيع إذا لم يعلم بالبيع عن طريق العلم القانوني أو عن طريق العلم الافتراضي بخمسة عشر سنة يبدأ من تاريخ إبرام عقد البيع المشفوع فيه، وهذا الميعاد لم ينص عليه المشرع الجزائري باعتباره ميعاداً لإعلان الرغبة، وإنما الأخذ به يعد تطبيقاً للقاعدة العامة في التقادم، أما الفقه الإسلامي فلم يقيد الشفيع غير العالم بالبيع بميعاد معين لإعلان رغبته، مما يعني عدم سقوط الشفعة بالنسبة للشفيع غير العالم بالبيع إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة طالما ظل عالماً بالبيع.

وبخصوص وسائل العلم بالبيع المشفوع فيه الذي يبدأ منه ميعاد إعلان الرغبة، فالاختلاف بين النظم موضوع الدراسة يكمن في أن القانون الجزائري يعتد في بدء سريان الميعاد بوسيلتين هما العلم القانوني المتمثل بالإنذار الموجه إلى الشفيع من البائع أو المشتري، أو العلم الافتراضي المتمثل بتسجيل عقد البيع المشفوع فيه، على عكس الفقه الإسلامي الذي يعتد في بدء سريان الميعاد بوسيلتين مختلفتين، هما العلم الحقيقي المتمثل بسماع الشفيع شخصياً لألفاظ انعقاد البيع (الإيجاب-و القبول)، أو إخبار الشفيع بواقعة البيع من قبل شخص آخر، ويستثني من ذلك الفقه المالكي الذي لا يعتد بالوسيلة الثانية من وسائل العلم بالبيع، وهي كتابة الشفيع شهادته في وثيقة البيع المشفوع فيه، كما يضيف وسيلة أخرى يمكن أن يتحقق عن طريقها علم الشفيع بالبيع، وهي حيازة المشتري للعين المبيعة وتصرفه

فيها بالحرث أو البناء أو غيرها، بشرط أن يكون الشفيع حاضراً، ويرى هذه التصرفات، وهذا المصدر للعلم بالبيع يشبه العلم الافتراضي المتمثل بتسجيل عقد البيع المشفوع فيه في القانون الجزائري.

إن القانون المدني أوجب على الشفيع توجيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى شخصين هما البائع و المشتري، فإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب توجيه الإعلان إلى كل واحد منهم، أما في الفقه الإسلامي، فإن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى شخص واحد فقط، وهو إما البائع أو المشتري، وذلك وفقاً لها إذا كان المبيع لا يزال في يد البائع أو تم تسليمه إلى المشتري، باستثناء المالكية الذين يرون أن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى المشتري لا غير، حيث ألزم الشفيع إعلان رغبته إلى المشتري فقط، سواء كانت العين المشفوعة لا تزال في يد البائع أو قد سلمت للمشتري.

وإذا كان القانون المدني قد نص صراحة على أن مخالفة الشفيع توجيه إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة من حيث الأشخاص، يؤدي إلى سقوط حقه في الشفعة، فإن الأمر يختلف في الفقه الإسلامي من مذهب إلى آخر، حيث نجد فقهاء المذهب المالكي والشافعي والحنبلي، بعد أن بينوا الشخص المتوجب على الشفيع إعلان رغبته إليه خلال الميعاد، لم يبينوا الجزاء المترتب على مخالفة الشفيع توجيه إعلان رغبته، مما يعني أن مخالفة الشفيع لا يترتب عليه سقوط حق الشفعة، بينما نجد المذهب الحنفي يترتب سقوط الحق في الأخذ بالشفعة على قيام الشفيع بتوجيه إعلان رغبته إلى شخص لا يتوجب إعلان الرغبة إليه.

ويختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامي من حيث أن الأول قد ألزم الشفيع توجيه إعلان رغبته إلى موطن كل من البائع و المشتري، أو إلى محل الإقامة في حالة عدم وجود موطن، مرتباً على مخالفة ذلك سقوط حق الشفعة، أما الفقه الإسلامي و انطلاقاً من موقفه في عدم اشتراط الشكل الرسمي لإعلان الرغبة، فإنه لا يشترط توجيه هذا الإعلان إلى موطن الشخص المتوجب على الشفيع إعلان الرغبة إليه، غير أن القانون المدني والفقه المالكي يتفقان حول ضرورة وصول إعلان الرغبة إلى الشخص المطلوب إعلانه خلال الميعاد المحدد لإعلان الرغبة، فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال الميعاد،

ولكن وصل هذا الإعلان إلى الشخص المطلوب إعلانه بعد انقضاء الميعاد المحدد لإعلان الرغبة، أدى ذلك إلى سقوط حقه في الشفعة.

أخذ الفقه الإسلامي بقاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة عن الطلب، حيث اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية على الشفيع أن يطلب الشفعة في كل المال المشفوع فيه، مرتبون على مخالفة الشفيع هذه القاعدة سقوط حقه في الشفعة، أما القانون المدني فقد خلا من النص على قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة، كما خلا من النص على الجزاء المترتب على مخالفة هذه القاعدة، وإزاء عدم وجود نص في القانون ينظم المسألة، فإنه يتعين الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني، باعتبار الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني للقانون المدني الذي ينبغي الرجوع إليه في حالة خلوه من نص ينظم مسألة ما.

إن القانون المدني يختلف عن الفقه الإسلامي، في أنه يلزم الشفيع بإيداع ثمن البيع قبل رفع دعوى الشفعة مرتباً في الوقت ذاته على مخالفة الشفيع هذا الإجراء سقوط حقه في الشفعة، أما الفقه الإسلامي فلم يلزم الشفيع إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة، ولكن بعض المذاهب الفقهية كالمالكية اشترطوا للحكم في دعوى الشفعة، ولكن بعض المذاهب الفقهية كالمالكية اشترطوا للحكم في دعوى الشفعة إحضار الثمن إلى مجلس القضاء، وإن تخلف الشفيع عن إحضار الثمن خلال الميعاد المقرر، فإن الغالب أن ترفض دعواه و يحكم بسقوط حقه في الشفعة، و إلى مثل ذلك ذهب الشافعية في حالة اختيار الشفيع التملك بالشفعة عن طريق القضاء، و طلب إعطائه مهلة لإحضار الثمن.

أما بخصوص المصاريف الناتجة عن عقد البيع المشفوع فيه، فقد قرنها القانون المدني بثمن البيع، فالزام الشفيع بإيداعها مع ثمن البيع قبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه، أما في الفقه الإسلامي فقد اعتبر الفقه المالكي ما ينطبق على الثمن من إجراءات ينطبق على المصاريف، مرتباً على عدم مراعاة هذه الإجراءات أن سقوط حق الشفيع في الشفعة.

اختلف النظامين موضع الدراسة، في تحديد ميعاد إيداع الثمن والمصاريف، كما اختلف أيضاً في تحديد الجزاء المترتب على مخالفة الشفيع هذا الميعاد، فالقانون المدني ألزم الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة مرتباً

على عدم مراعاة الشفيع هذا الميعاد سقوط حقه في الشفعة، أما في الفقه الإسلامي فإن ميعاد دفع الثمن والمصاريف تختلف من مذهب إلى آخر، ومن حالة إلى أخرى، كما بيناه في هذا الفصل، أما عن الجزاء المترتب على عدم مراعاة الشفيع هذا الميعاد فيختلف من حالة إلى أخرى، ففي بعض الحالات يكون الجزاء هو سقوط حق الشفيع في الشفعة، وفي حالات أخرى يكون الجزاء هو فسخ التملك، و أحيانا يكون الجزاء غير ذلك، وهو بيع المال المشفوع فيه على حساب الشفيع لاستيفاء الثمن.

لقد أوجب القانون المدني على الشفيع أن يقوم بإيداع الثمن والمصاريف لدى مكتب التوثيق التابع للمحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، باعتبار هذه المحكمة هي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، فإذا أخل الشفيع بهذا الإجراء ترتب على ذلك سقوط حقه في الشفعة، ومثل هذا الحكم لا وجود له في الفقه الإسلامي.

كما أوجب القانون المدني رفع دعوى الشفعة كمرحلة إلزامية، قاطعة ونهائية، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، أما الفقه الإسلامي سيما فقهاء المالكية والشافعية، فقد اعتبروا أن مرحلة الخصومة ليست مرحلة إلزامية للتملك بالشفعة، كون الشفيع يمكن أن يملك عن طريق دفع ثمن المبيع للمشفوع منه، أو عن طريق الإشهاد على الأخذ بالشفعة، وبالتالي فلا يكون بحاجة إلى رفع دعوى الشفعة إلى الحاكم، و في تحديد الميعاد فقد اختلفت المذاهب الفقهية بين من قال بثلاثة أيام، وآخر قال أن الميعاد على التأييد، وجانب آخر قال أن ميعاد رفع الدعوى هو نفسه ميعاد الطلب.

وفيما احتدم الخلاف في الفقه القانوني حول طبيعة الحكم بالشفعة، بين من قال يكون حكم كاشف لاعتبارات وضحتها سلفاً، وبين من يؤكد أن الحكم بالشفعة منشئ، ووصلنا إلى أن الفقه و القضاء جرى العمل لديهما على اعتبار الحكم بالشفعة منشئاً لملكية الشفيع، وعلى خلاف ذلك قال فقهاء الشريعة الإسلامية أنه ما من شك في أن الحكم بالشفعة سيكون مقرراً وكاشفاً لملكية الشفيع على المال المشفوع فيه، و ليس منشئاً لها، نظراً لأن الشفيع قد تملك هذا المال بطلب.

الفصل الثالث: آثار الشفعة.

إذا كان الشفيع يستحق الشفعة متى تحققت شروطها، مستلزماتها وميكانيزماتها فإن استشفاعه يرتب أثارا بصورة تلقائية. واختلف علماء الفقه وكذا علماء القانون حول طيبة ونوع هذه الآثار وزمان حدوثها بل واختلافهم داخل الجانب الواحد- أي فقها إسلاميا أو فقها قانونيا أعقد بكثير من اختلافهم ببعضهم- فوجد الآراء الفقهية في كل منها تختلف من مذهب إلى آخر ومن اتجاه إلى آخر حول كثير من المسائل الجوهرية التي تطرحها آثار الشفعة وخاصة ما يتعلق منها بزمان انتقال الحصة المشفوعة من يد الشريك إلى ذمة الشفيع وضمونها إليها وكذا فيما يتعلق بضمان العيوب وضمان الاستحقاق على أساس ذلك الحصة إذا تداولتها أيد مختلفة.

وعموما يترتب على ثبوت الشفعة أثر مشترك وهو الأثر الجوهري والأساسي المتمثل في الحلول أي حلول الشفع محل المشتري وأثار أخرى تتجم أساسا عن أثر الحلول في علاقة الشفيع بالبائع ثم علاقته بالمشتري وأيضا أثر الحلول على علاقة بين البائع والمشتري وعلاقة المشتري بالغير

ولذلك جاء تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، حيث نخصص المبحث الأول لبيان الأثر الرئيسي وهو الحلول، ونعالج في المبحث الثاني لأثار الأخرى الناجمة أساسا عن هذا الحلول في ظل الفقه الإسلامي، وندرس في المبحث الأخير أثر الشفعة في القانون الجزائري.

المبحث الأول: الأثر المشترك (الحلول)

يترتب على ثبوت الشفعة أثر مشترك بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون والمستجد في حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته فالأثر الجوهري للشفعة. هو انتقال ملكية العقارية المشفوع فيه إلى الشفيع، ولكن هذه الملكية لا تنتقل إلى الشفيع إلا بالتسجيل، وفقا للقواعد المتعلقة بالشهر العقاري -السابق بيانها-، لذلك فإن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل من البائع إلى الشفيع، ولا يحتج بها على الغير، إلا بتسجيل سند التراضي، أو بتسجيل حكم الشفعة في حال أخذها بالتقاضي.

غير أن الآراء اختلفت في تحديد الوقت الذي يتم حلول الشفيع محل المشتري، وهذا الخلاف مرده أحكام الشفعة ذاتها، لا قواعد التسجيل والإشهار العقاري، حيث اختلفت الآراء الفقهية في وقت حلول الشفيع محل المشتري، لا وفي وقت تمام البيع المشفوع فيه أم انه يتم من وقت التراضي، أو الحكم بالشفعة، على أساس أنه منشئ وليس كاشف، ومن ثم جدير منا أن نتعرض لهذه الآراء سواء في الفقه الإسلامي، أو في الفقه القانوني.

ومنه جاء تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث نكرس المطلب الأول لبيام الاختلاف في الفقه الإسلامي، ثم نخصص المطلب الثاني للاختلاف في الفقه القانوني، ثم نأتي في المطلب الثالث لوضع المقارنة.

المطلب الأول: الاختلاف في الفكر الإسلامي

إن حلول الشفيع محل المشتري، يثير التساؤل حول ما إذا كان حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع، بحيث يتم هذا لحلول من تاريخ صدور حكم بثبوت الشفعة في حالة التقاضي، أم أن هذا الحكم كاشف، ومن ثم يتم حلول الشفيع محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، في حالة التراضي، وهو ما نتعرف عليه خلال تعرضنا لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: المذهب المالكي

يذهب فقهاء المذهب المالكي، إلى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه، بمجرد قوله أخذته بالشفعة، أو بلفظ آخر يؤدي إلى هذا المعنى، سواء رضي المشتري أم أبى ودليلهم على ذلك:

"... وملك الشفيع الشخص بسبب (حكم) من حاكم له به، أو (دفع ثمن) للمشتري، وإن لم يرضى به أو إشهاد بالأخذ للشخص بالشفعة، واستعجل الشفيع في الأخذ بالشفعة، أو تركه، إن قصد الشفيع ارتباء أي تأجيل ليرتوي ويستشير فيه في الأخذ بالشفعة أو الترك، فلا يجاب لذلك أو قصد نظراً للشخص المشتري بفتح الراء، فيوصف له ويؤمر بأخذه أو تركه حالاً بلا تأخير ... ولزم الشفيع الأخذ بالشفعة إن أخذ أي قال أخذت بصيغة الماضي، والحال أنه قد عرف الثمن الذي اشترى به المشتري الشخص فإن أخذ قبل معرفته، فلا يلزمه الأخذ، فإذا عرفه فله الرجوع عن الأخذ، وإذا عرف الثمن وقال أخذته ولزمه الأخذ،

ولم يأت بالثمن (فبيع للثمن) أي يباع من مال الشفيع ما يوفي بثمن الشخص المشفوع فيه، ولزم الأخذ (المشتري) أيضا إن كان سلم أي قال سلمت بعد قول الشفيع أخذت فلا رجوع لأحدهما (فإن سكت) المشتري بعد قول الشفيع أخذت ولم يقل سلمت وأجل الشفيع في الثمن فتم الأجل، ولم يأت به فله أبي المشتري (نقضه) أي فسخ أخذ الشفيع بالشفعة، وأخذ الشخص وسقطت شفيعته، وإن قال الشفيع أنا أخذ بصيغة المضارع، وطلب التأخير أجل ثلاثا من الأيام (للقصد) أي دفع الثمن فإن أتى به فيها ثم أخذه بها (وإلا) أي وإن لم يأت بالثمن في الأيام الثلاثة سقطت شفيعته وتم الشقص لمشتريه...⁽¹⁾.

- "... ولو بعت حطا من دارين من رجل واحد، ولكل حظ شفيع، فكل واحد منهما أخذ ما هو شفيع فيه، دون ما لا شفعة فيه، يفض الثمن بينهما يم يأخذ بالشفعة، ولو أخذ بالشفعة قبل صرفه ما يصيب ما يأخذه من الثمن، لكان أخذه باطلا، قال له ابن القاسم وأشهب، ووجه ذلك أنه إنقاذ البيع بثمن مجهول، وذلك غير جائز ومعنى ذلك عندي على مذهب من يرى الشفعة بيعا أن ينفذ الأخذ بالشفعة فيلزم الشفيع والمشتري، وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة، و لم يعرف الثمن فإنه ليس يأخذ لازم له، و له الخيار إذا عرف الثمن، ولكن له تأثير في أخذ الشفعة و الله أعلم واحكم ..."⁽²⁾.

ويستفاد من خلال تعرضنا لآراء فقهاء المذهب المالكي، أن الشفيع يمتلك العقار المشفوع فيه، بمجرد قوله عبارة تؤدي إلى هذا المعنى، سواء كانت هذه العبارة في صيغة الماضي أو الحاضر أو المستقبل، كأن يقول الشفيع أخذت العقار المشفوع فيه بالشفعة، أو أنني سأخذ العقار بالشفعة، فإنه يمتلك المشفوع فيه بمجرد التلفظ، حتى ولو لم يرضى المشتري، وإن الشفيع ملزم بالأخذ بالشفعة بمجرد بالشفعة، بمجرد قوله أخذت بالشفعة، بشرط أن يكون عالما بالثمن، أما إذا كان جاهلا بالثمن، فله الرجوع عن الأخذ بالشفعة بعد أن صدر منه تعبير بالأخذ بها، وهذا التعبير الصادر من الشفيع بمثابة قبول موجه إلى البائع، وكأن الإيجاب الصادر من البائع موجه إلى الشفيع مباشرة، وليس إلى المشتري، لأن

(1) صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك، القاهرة، بدون تاريخ، الجزء الثاني، ص 161—162.

(2) سليمان الباجي الأندلسي، المنتقى، (الشرح موطأ الإمام مالك)، القاهرة، الجزء السادس، الطبعة الأولى، 1331 هـ، ص 216..

الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بمجرد قبوله بالأخذ بالشفعة، دون أن يتوقف ذلك على رضا المشتري، فالشفيع يملك المشفوع فيه دون اشتراط قضاء القاضي أيضاً.

الفرع الثاني: المذهب الشافعي

يذهب فقهاء المذهب الشافعي، إلى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه، بمجرد قوله أخذته بالشفعة، أو بلفظ يؤدي إلى هذا المعنى، كأن يقول تملك المشفوع فيه، ولكن يشترط أن يقوم الشفيع بدفع ثمنه إلى المشتري.

"... لا يشترط في التملك بالشفعة حكم حاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشتري، ويشترط لفظ من الشفيع، كتملك أو أخذت بالشفعة، ويشترط مع ذلك إما تسليم العوض إلى المشتري، فإذا تسلمه أو ألزمه القاضي التسلم ملك الشفيع الشقص، وإما رضي المشتري بكون العوض في ذمته، وإما قضاء القاضي له بالشفعة إذا حضر مجلسه وأثبت حقه فيملك به في الأصح ولا يملك شقصاً لم يره الشفيع على المذهب..."⁽¹⁾.

ونستفيد من ذلك من خلال ما جاء في بعض كتب الفقه الشافعي، أن الشفيع يملك المشفوع، بمجرد قوله تملك العقار المشفوع فيه، أو أخذته بالشفعة، أو ما يؤدي إلى هذا المعنى، دون أن يتوقف ذلك على رضا المشفوع، بل يستطيع الشفيع أن يملك المشفوع فيه، حتى في غياب المشتري، غير أنه يشترط في تملك الشفيع بأن يؤدي الثمن إلى المشتري، ويكون بذلك بأحد طريقتين، إما بتسليم الثمن إلى المشتري، أو برضاء المشتري لكون الثمن باقٍ في ذمة الشفيع، على أن يكون الشفيع عالماً بالعقار المشفوع فيه، ويلاحظ أن تملك الشفيع للمشفوع فيه، لا يتوقف على رضا المشتري بالشفعة، ولا على قضاء القاضي بها.

الفرع الثالث: المذهب الحنبلي

يذهب فقهاء الحنابلة إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه، بأي لفظ يدل على أخذه بالشفعة، كأن يقول الشفيع تملك المشفوع فيه أو أخذته بالشفعة، فإن حصول التملك يتم بمجرد الطلب، حتى ولو لم يعلم الشفيع بالثمن طالما أن الثمن والعقار المشفوع فيه معلومين من قبل البائع والمشتري، بحيث لا تتوقف ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه على علمه بالثمن

(1) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 300.

ولا على علمه بالعقار المشفوع فيه، فالتملك يتم للشفيع دون أن يكون عالماً بالثمن ودون أن يكون عالماً بالثمن و دون أن يكون عالماً بالمشفوع فيه، لأن الشفيع يعتبر مالكا بمجرد طلب الأخذ بالشفعة، بالثمن الوارد في العقد المبرم بين البائع والمشتري، وهذا الثمن لا بد أن يكون معلوما بالنسبة لهما، كما أن مطالبة الشفيع بالأخذ بالشفعة، بمثابة قبول صادر منه تلاقي مع إيجاب صادر من البائع، وهذا الإيجاب كأنه موجه إلى الشفيع وليس إلى المشتري، ولذلك تكفي المطالبة لوقوع التملك، ولهذا فإن ملكية الشفيع لا تتوقف على رضا المشتري ولا على قضاء القاضي، ودليلهم:

"...ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه، بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك، إذا كان الثمن والشقص معاومين، ولا يفتر إلى حكم حاكم، وبهذا قال الشافعي وقال القاضي، وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة، لأن البيع السابق سبب، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع، انظم إليه القبول..."⁽¹⁾.

الفرع الرابع: المذهب الحنفي

يذهب بعض فقهاء الحنفية، إلى القول بأن الشفيع يملك المشفوع فيه، من وقت رضا المشتري أو من وقت صدور حكم من القاضي، والبعض الآخر إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه بمجرد المبادرة إلى طلب الشفعة، دون اشتراط قضاء القاضي، بقولهم:

"... وجه قول محمد وزفر أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمن الإضرار بغيره، وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبد الإضرار بالمشتري لأنه لا يبني ولا يغرس خوفا من النقص والقلع فيتضرر به، فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به، فقدرنا بالشهر لأنه أدنى الآجال، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فيتبطل شفيعته (وجه) قول أب حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد، لأن تأخير المطالبة منهلا يكون إبطالا، كتأخر استيفاء القصاص وسائر الديون، وقوله يتضرر المشتري ممنوع فإنه إذا علم أن الشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفا من النقص والقلع فلئن فعل فهو الذي أضر بنفسه فلا يضاف ذلك إلى الأخذ

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص474.

بالشفعة و لهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع ولا يقال أن فيه ضررا بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس لما قلنا كذا هذا...⁽¹⁾.

"... وأصل بيان طريق التملك بالشفعة وبيان كيفية، فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقتين إما بتسليم المشتري، وإما بقضاء القاضي، أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر، لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه يبد له الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء، والشراء تملك، وأما بقضاء القاضي فالكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان كيفية التملك بالقضاء بالشفعة، وفي بيان شرط جواز القضاء بالشفعة، وفي بيان وقت القضاء بالشفعة، أما الأول فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع، ذكر الكوفي أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقص البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم، و روي عن أبي يوسف أنه لا ينتقص، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم البيع لا ينتقص، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع، و قال بعضهم ينتقص البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، وهذا قول محمد، وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه من البائع إيجابان، أحدهما من المشتري والآخر من الشفيع، فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه وانتقض من أضيف إلى المشتري، سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل، ووجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة، لأنه من شرائط وجوب الشفعة، فإذا انتقض لم يجب، فتعذر الأخذ، ووجه قول من قال بالانتقاض لا بالتحول ... أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري، ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشتري، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع و لما ورد فقد زالت الضرورة، فينبغي أن يعود الشراء، ولأنها تحولت إليه لصار المشتري وكيلاً للشفيع، لأن عقد يقع له، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه، وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال، يأخذ بثمن حال، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذ بثمن مؤجل، وكذا لو اشتراها على أن البائع برئ من كل عيب بها عند البيع، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيباً، فله أن يردها على من أخذها منه، ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع، لما ثبت له حق

(1) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص9.

الرد، كما لم يثبت للمشتري، فدلّت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض، ويأخذ الشفيع بشراء مبتدأ بعد إيجاب مبتدأ مضاف إليه، وقد خرج الجواب عن قولهم أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لانه لا يأخذ بذلك العقد لانقاضه، بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع والشفيع على ما بينا تقريره، وإن كان المبيع في يد المشتري، أخذه منه ودفع الثمن إلى المشتري، فالبيع الأول صحيح، لأن التملك وقع على المشتري، فيجعل كأنه اشترى منه ثم أخذ الدار من يد البائع بدفع الثمن إلى البائع، وكانت العهدة عليه ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد نقد، وإن أخذا من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري وكانت العهدة عليه، لأن العهدة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحضر منهما، أن الشفيع يأخذ الدار من البائع و ينقد الثمن للمشتري، و العهدة على المشتري، وإن كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن إلى البائع و العهدة على البائع لأنه إذا كان نقد الثمن فالملك لا يقع على البائع أصلا لأنه لا ملك له ولا بد أيضا لبطان حق الحبس نقدا لثمن بل يقع على المشتري فيكون الثمن له، والعهدة عليه وإذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار إلا بدفع الثمن إلى البائع فكانت العهدة على البائع، وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحضره المقضي عليه لأن القضاء على الغائب لا يجوز فجملة الكلام فيه أن المبيع إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري فإن كان في يد البائع، فلا بد من حضرة البائع والمشتري لأن كل واحد منهما خصم، أما البائع فباليد، وأما المشتري فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه، فيشترط حضرتها لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وأما إن كان في يد المشتري فحضره البائع ليست بشرط و يكفي بحضرة المشتري...⁽¹⁾.

إن ما ورد في المذهب الحنفي، يوحى إلى وجود اتجاهين في تملك الشفيع للمشفوع فيه، فيرى بعضهم، بأن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بمجرد المبادرة إلى طلب الأخذ بالشفعة، بحيث تثبت الشفعة للشفيع بمجرد طلبها، فإذا بادر الشفيع للأخذ بالشفعة ثبت له حق فيها، و متى ثبت هذا الحق للشفيع، استقرت له ملكية المشفوع فيه، وهذا الحق باق للشفيع،

(1) علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 23-24

لا يسقط إلا بسبب من أسباب السقوط، كأن يبطل البيع المشفوع فيه، أو يتنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة، وإلا يثبت للشفيع حقه في الأخذ بالشفعة، وذلك من وقت طلبها، ولذلك فإن ملكية الشفيع للمشفوع فيه، لا تتوقف على رضا المشتري أو قضاء القاضي، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع بل هو مقرر له، وأما البعض الآخر من فقهاء الحنفية فهم يذهبون إلى أن الشفيع لا يملك المشفوع فيه إلا من وقت رضا المشتري أو قضاء القاضي، ذلك لأن الحكم الذي يقضي بثبوت الشفعة للشفيع يؤدي إلى نشوء بيع جديد بين البائع و الشفيع، وبالتالي زوال البيع الذي كان المشتري قد أبرمه مع البائع، ولذلك فإن حكم الشفعة يعتبر منشأ لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا مقرر لها، كما نلاحظ أن هناك اتجاه آخر للأحناف يذهب إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه بمجرد طلب الأخذ بالشفعة، وهو يلتقي في ذلك مع فقهاء المذهب المالكي والشافعي والحنبلي، فالمالكية يذهبون إلى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه، بمجرد قوله أخذته بالشفعة وما في معناه، متى كان الشفيع عالماً بالثمن، دون اشتراط رضا المشتري أو قضاء القاضي، وكذلك عليه الحال بالنسبة للشافعية، حيث يملك الشفيع بالطلب بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري، أما الحنابلة فإن الشفيع عندهم يملك المشفوع فيه بالطلب ولو لم يعلم بالثمن، فجمهور الفقهاء المسلمين يذهبون إلى أن الملكية تثبت للشفيع، دون اشتراط رضا المشتري أو قضاء القاضي، وهذا يعني أن حكم الشفعة ليس منشأ لحق الشفيع، بل هو مقرر له.

المطلب الثاني: الاختلاف في الفكر القانوني

اختلف فقهاء القانون في وقت حلول الشفيع محل المشتري، ويعود هذا الاختلاف إلى نص المادة 804 من القانون المدني و التي تنص على أن:

"يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته..."

وقد تجسد اختلاف الفقهاء في تحديد الوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري في أربعة آراء، فمنهم من يرى أن هذا الحل يتم من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وهناك من يرى أن هذا الحل يتم من وقت إعلان الرغبة بالشفعة، ويرى اتجاه ثالث أن هذا الحل يتم من وقت رفع دعوى الشفعة، أما الرأي الخير إلى القول بأن هذا الحل يتم من وقت صدور حكم بالشفعة على أساس أن الحكم منشئ للحقوق وليس كاشف لها.

ولذلك جاء بيان ذلك في هذا المطلب أيضا على أربعة فروع، حيث نبين في الفرع الأول، الرأي القائل بحلول الشفيع محل المشتري من وقت تمام البيع، ونتعرض في الفرع الثاني للرأي القائل بحلول الشفيع محل المشتري من وقت إعلان الرغبة بالشفعة، ونخصص الفرع الثالث للرأي القائل بحلول الشفيع محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة، ثم نتعرض في الفرع الرابع للرأي القائل بحلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور حكم بالشفعة.

الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع

يرى بعض الفقه⁽¹⁾، أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، لأن القواعد القانونية تقضي بأن الحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها، بمعنى أن الحق الذي قضى للشخص به، يعتبر أنه مكتسب من يوم وجوده، لا من وقت القضاء له به، فبناء على ذلك يكون الشفيع الذي يطلب الأخذ بالشفعة مالكا للعقار من يوم وقوع البيع، وقد قضى بأن البيع الحاصل من الشفيع بعد صدور حكم ابتدائي في صالحه لا يلغي لمجرد حصوله له قبل صدور الحكم النهائي الذي جاء مؤيدا للأول، وجاء في أسباب هذا الحكم أن الشفعة تثبت بالطلب المستوفي للشرائط القانونية، ومتى ثبت انفسخ البيع للمشتري، وحل الشفيع محله، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكا له من يوم البيع، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التي يكون قد قررها عليه المشتري، وحيث أن الحكم بها للشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام المتخاصمين بالنتائج القانونية المترتبة عليها، فهو من الحكام المبينة للحقوق لا المنشئة لها، خلافا لما قرره قضاء أول درجة، وحيث أنه بناء على ذلك لا يعتبر بيع العقار المشفوع فيه بعد طلب الشفعة، وقبل القضاء فيه من قبل بيع الآمال ولا بيع ما يملكه الإنسان، بل هو من قبيل بيع الحقوق المتنازع فيها، وهذا جائز بلا خلاف، وحيث أنه مع ذلك فإن بيع الأصل، أي الشيء الذي يأمل الإنسان امتلاكه في المستقبل جائز، إلا في بعض المستثنيات، ومتى تحقق الأمل نفذ البيع، وحيث أنه من جهة أخرى فلا يصح قانونا لمن باع مالا يملك أن يحتج ببطلان البيع إذا صار مالكا للمبيع، لأن هذا البطلان ليس من قبيل

(1) محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية، (مبادئ النقص المؤهلة بشأن المشكلات العملية للشفعة والصورية)، القاهرة، دار النهضة العربية للتوزيع، (1414 هـ - 1994م)، ص232

البطلان المطلق، بل البطلان النسبي الذي يقبل التصحيح، ولا يسوغ أن يتمسك به إلا من تقرر في مصلحته.

فهذا الرأي يرى أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة فيملك من وقت البيع الأول، ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلاً، إلا أنه استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة، فهو يملك الثمار بالحيازة، إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت، وما دام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن، ومنذ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك للمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار.

الفرع الثاني: حلول الشفيع محل المشتري من وقت إعلان الرغبة

يرى بعض الفقه⁽¹⁾، أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ويستند في هذا الرأي فضلاً عن الحجج السابقة التي قيلت لصالح الرأي الذي يقول بحلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع، إلى ما يقضي به القانون في المادة 806 من القانون المدني والتي تنص على أن:

"لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه، المشتري أو ترتب عليه، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة..."

فلا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري أو ضده في خصوص العقار المبيع إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة، إذ أن هذا الحكم لا يستقيم إلا مع اعتبار الشفيع مالكا من هذا التاريخ، ويترتب على هذا الرأي، أنه إذا استمر المشتري واضعاً يده، على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فإنه يكون مسئولاً عن الثمار قبل الشفيع، من يوم الإعلان إلى يوم التسليم بعد خصم المصروفات، وأتعاب الإدارة وفوائد ثمن البيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن⁽²⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 509.
(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 695.

الفرع الثالث: حلول الشفيع محل المشتري من وقت رفع الدعوى

يرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة على كل من البائع و المشتري، وحجة هذا الرأي أن الشفيع يعتبر مالكا للعين المشفوع فيها من يوم رفع الدعوى، و ذلك لأن صدور حكم بثبوت حق الشفيع بالشفعة يكون بأثر رجعي، اعتبارا من الوقت الذي يكون فيه الشفيع قد استكمل الإجراءات القانونية للأخذ بالشفعة، و لذلك إذا استمر المشتري واضعا يده بعد رفعها، فإنه يكون مسؤولا قبل الشفيع عن ثمرتها من يوم رفع الدعوى إلى يوم التسليم.

وقد قابل أصحاب هذا الرأي، بأن حكم الشفعة يرد بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة وفقا لنصوص القانون، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزا قانونيا يستند إليه حقه في تملك العقار المشفوع.

الفرع الرابع: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم

هذا الرأي هو الرأي السائد في الفقه⁽²⁾، والذي يذهب إلى أن حلول الشفيع في البيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي بثبوت حقه في الشفعة، أو من وقت التراضي عليها، ويستند هذا الرأي إلى كون الشفعة سببا لكسب الملكية ينهض باعتبار حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع لا مقررا له، ذلك أن المسألة لا تتعلق بنزاع على الملكية، ولا بإبطال البيع أو فسخه، و إنما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بها أن يكسب ملكية العقار المبيع بدلا من المشتري، و مقتضى هذا أن لا يكسب الشفيع الملكية إلا حين يسلم المشتري بالشفعة أو يحكم بها، أما قبل ذلك فإن المشتري يعتبر مالكا للعقار المشفوع فيه، كما هو الشأن بالنسبة إلى أي مشتر آخر، و لهذا فإن تصرفات المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة تكون نافذة في حق الشفيع، و انه إذا باع المشتري العقار في هذا الوقت لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني مما لا يسوغ معه مطلقا أن تستند ملكية الشفيع إلى وقت البيع، كما يقول الرأي الأول، وإذا كان الشارع قد جعل التصرفات التي تصدر من المشتري أو تصدر ضده في خصوص العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة غير نافذة في حق

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 695

(2) محمد كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص 483.

الشفيع، فإن هذا لا يفيد استناد ملكية الشفيع إلى هذا التاريخ كما يقول الرأي الثاني، إذ لو كان الأمر كذلك لما كان الشارع في حاجة إلى إيراد هذا الحكم، لأنه لو صح أن ملكية الشفيع تسند إلى هذا التاريخ لأدى ذلك إلى خلاص العقار من هذه التصرفات دون حاجة إلى نص، فكل ما يفيد هذا الحكم أن الشارع أراد أن يحمي به الشفيع من تصرفات المشتري سيئ النية، و ما يقضي به القانون من أن الشفيع يحل محل المشتري، في جميع حقوقه و التزاماته، لا يفيد أن هذا الحل من الوقت الذي يتم فيه الأخذ بالشفعة، إما بتسليم المشتري بها أو بمقتضى حكم⁽¹⁾، و قد قضي بأنه لا يكون للشفيع الحق في ربع العقار المشفوع فيه إلا من تاريخ التراضي أو قضاء القاضي⁽²⁾، فالشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور حكم له بثبوت حقه في الشفعة، وبأن حكم الشفعة منشئ لا كاشف، يكون قد أخطأ في تفسير المادتين 804 و 803 من القانون المدني، وخالف أحكام قانون الشفعة نفسها، كما خالف بذلك المبادئ العامة للقانون وللشريعة الإسلامية.

أما خطؤه في تفسير المادتين السابقتين، فوجهه انه استند إلى هاتين المادتين في القول بأن حكم الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها، في حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدي إلى ذلك، لن ما نص عليه في المادة 803 من القانون المدني، من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها، في حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدي إلى ذلك، لأن ما نص عليه من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، لا يفيد أكثر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكية العين المشفوعة، كما أن حكم القسمة هو دليل المتقاسم على ملكية ما اختص به في القسمة، أما سبب الملكية، وهو غير دليلها، فسابق على الحكم في كلتا الحالتين، أما المادة 804 من القانون المدني فتتص على حلول الشفيع محل المشتري بالنسبة إلى البائع في كل مكان له وعليه من الحقوق.

وهذا الحل ليس معناه، أن الشفيع، وقد حل محل المشتري، لا يكون مالكا إلا من يوم الحكم له بالشفعة، بل معناه أن البيع الذي صدر إلى المشتري كان يجب أن يصدر إلى

(1) عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق، ص 511-512

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 516.

الشفيع، إذ هو أحق به، فهو بهذه المثابة يجب أن يعتبر حالاً محل المشتري من اليوم الذي أظهر فيه رغبته و أعلنها إلى المشتري منبها عليه، بأنه أولى منه بالصفقة و الشفيع في ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثي، و الحكم له فيما بعد هو مجمع عليه في فرنسا، أما ما قيل من التفرقة بين حق الأخذ بالشفعة وحق التملك بها، و أن الحق الأول ينشأ بالبيع مع قيام سبب الشفعة، وأن الحق الثاني لا ينشأ إلا بالتراضي، أو قضاء القاضي، وما رتب على هذه التفرقة من أن حكم القاضي بالشفعة يكون مقرراً لحق طلبها منشأ لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري، أما ما قيل من ذلك وما رتب عليه فلا أساس له إلا اعتبار المشتري بائعاً مع أنه ليس بائع، بل هو متخل عن الصفقة، والبائع هو البائع ذاته، وأما مخالفته قانون الشفعة فوجهه أن القانون المدني يقضي بأنه، إذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير ليس للشفيع أن يرجع، إلا على البائع، والمعتبر في هذا النص أن الشفيع يتلقى حقه مباشرة من البائع، وعلى هذا أوجب النص المذكور رفع دعوى الضمان عليه، ومقتضى هذا الاعتبار أن حق الشفعة قائم من وقت البيع، و أن طلبها هو بداية استعمال هذا الحق وأن ملكية الشفيع ترجع إلى هذا الطلب، وإن مخالفة المبادئ العامة في القانون المدني وفي الشريعة الإسلامية، فوجهه أن المعتدي على الحق أو المنكر له يجب أن لا يفيد من مطلبه، وأن صاحب الحق يجب أن يعرض عما يلاقيه من ضرر بسبب عنت خصمه، ولهذا كان من الصول الثابتة أن الأحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها، والقول بأن حق الشفعة ينشئ ملكية الشفيع و لا يقررها مناقض لهذا الأصل، كما أنه مناقض لأحكام الفقه الإسلامي التي تقضي باعتبار المشتري كالغاصب في كل ماله علاقة بالمباني أو الغراس في الأرض المشفوعة، وهذا لا يتفق مع القول بأن حكم الشفعة منشئ لا مقرر، لأن لازم كونه منشأ، أن يعتبر المشتري مالكا حتى صدور الحكم، ومن ثم ذا حق في أن يجري في الملك ما يشاء من بناء وغراس، أما أن يعتبر المشتري غاصباً، وأن يعامل معاملة الغاصب فذلك يتفق كل الاتفاق مع اعتبار حق الشفيع قائماً منذ طلبه واعتبار الحكم مظهراً للحق لا منشأ له، وما ذلك إلا تماشياً مع اتجاه المشرع في التصنيف من حق الشفعة، وضماناً بالجدية طلبها⁽¹⁾.

(1) محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص232.

وقد رد الأحكام القضائية على ذلك معززة بالحجج التالية⁽¹⁾:

1- إن الشارع إذا كان قد نص في المادة 803 من القانون المدني على أن حكم الشفعة يعتبر سند الملكية الشفيع، فإنه لم يرد لهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية، التي قضي بها، وإلا لكان عبئاً مع وجود المادة 338 من القانون المدني، و التي نصت على حجية الأحكام، بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً لملكية الشفيع، كما أراد اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً لملكية من رسا عليه المزداد، و كما أراد اعتبار مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً لملكية واضع اليد على المنقول، وكلمة "سند" التي وردت في هذه النصوص كلها، إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية، ولم تجئ على معنى دليل الملكية أو حجيتها، ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشؤها فإن مقتضا هذا النظر ولازمه أن لا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم، وأما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشأً للحقوق لا ينسحب على الماضي.

2- إن ما جاء في المادة 805 من القانون المدني⁽²⁾، مقيداً حق المتري في أن يبني وأن يغرس في العين المشفوعة، وما جاء في المادة 806 من القانون المدني، قاضياً بأن لا يسري على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه، وكل بيع، وكل حق عيني قبله المشتري أو كسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة، ما جاء من ذلك في قانون الشفعة لا يمكن أن يفيد أن الشارع قد أراد أن يجعل حكم الشفعة، ذا أثر رجعي، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة، و يجعل في الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط واقف هو الحكم له بطلب، بحيث إذا صدر هذا الحكم، وتحقق الشرط الفاسخ لملك المشتري والواقف لملك الشفيع زالت ملكية المشتري

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص700.

(2) وتنص المادة 805 من القانون المدني على أن: ص إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجار 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 سبب البناء أو الغراس، أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، و إذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء، وأجده العمل أو نفقات الغراس.

واعتبرت كأن لم تكن، واعتبر الشفيع مالكا منذ إعلان طلبه، وهذا تقدير غير مقبول، لأن حق الشفيع سيتولد عند البيع، هو حق متعلق بعقار، لا حق ملكية، وهو لا يخول صاحبه إلا مداعة المشتري بدعوى شخصية، ثم إن الأصل في التصرفات التنجيز، والتعليق يثبت بعارض الشرط، والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الإلتزامات الاتفاقية، فإذن لا يمكن أن يثبت للمشتري -الذي اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقيد به ثم سجل عقده، إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التي تؤدي إلى هذا الزوال، أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة، لمجرد أن البيع الذي كان علة لها، قد ولد حقا لمن قام به بسبب من أسباب الشفعة، فذلك يأتي قانونا، هذا كله إذا كان المشرع قد أتى من عنده بجدية فيما أورد من أحكام المادتين 805 و 806 من القانون المدني، ليجوز الخلاف على مراده من إيراد هذه الأحكام، وليجوز القول في غمرة هذا الخلاف بأنه أراد بهذا أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي، و لكن الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين جملة، من فقه الحنفية، فقد كان الرأي عند أبي يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض، ووجه هذا الرأي أن المشتري كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل في أمر الشفعة، و إذ لم يفعل وبنى وغرس في عين تعلق بها حق غيره لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر، وقد وقف المشرع بين هذين الرأيين، فأخذ بالثاني في الحال التي يكون فيها البناء أو الغراس، بعد الطلب، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه، فإن كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجاني على نفسه، وأخذ بالرأي الأول إذا كان البناء أو الغراس قبل الطلب، لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة، فهو يتصرف في ملكه، وكما استمد لمشرع من فقه الحنفية ما شرعه من أحكام لتصرفات المشتري المادية في العين المشفوعة، كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام لتصرفات المشتري المادية في العين المشفوعة، كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام

للتصرفات القانونية في هذه العين، إذ المقرر في الفقه الحنفي أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في البيع، و لا تدفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالبيع، وهذا الحق هو استحقاق لأخذه جبرا عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنقذ تلك، وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرفات في ملكه، لا فرق في ذك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها، فتعتبر تصرفاته تعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها، لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة، إذ يكون له في هذه الحال أن يمضي هذه التصرفات وأن يفسخها، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره، فلا ينفذ تصرفه منعا للإضرار بالشفيع، وهذا الذي قرره فقهاء الحنفية قد أجرى حكمه في المادة 806 من القانون المدني على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة لأن المشرع قد أوجب تسجيل هذا الطلب كان خليقا بأن يجعل هذا التسجيل شرطا لحق الشفيع في نقض تصرفات المشتري.

فتبين لنا أن الفقه الحنفي هو مصدر قانون الشفعة، فيما شرعه من أحكام المادتين أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله إلا في تصرفات الفضولي إذا أجازت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعي، بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع ما تعارض بين مصلحتي المشتري والشفيع، فإن القول بأن المشرع الذي أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاقتها الفقهية، قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا اثر رجعي، يكون قولاً ظاهراً الفساد

3- إن النص في المادة 804 من القانون المدني، على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه و التزاماته بالنسبة إلى البائع، لا يمكن أن يفيد ما ذهب إليه الطاعن من اعتبار الشفيع الذي حكم له بطله حالا محل المشتري منذ هذا الطلب، إذا اعتبره كذلك لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري، و هو تقدير يتنافى مع ما تقرر قبل، من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع، لأن لازم كونه منشئاً أن لا

تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع إلا بعد الحكم، و لما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هي جوهر الحق الذي يجعل فيه محل المشتري، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعا، فإن حوله فيها قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعا أيضا، هذا و إن كان العمل قد جرى في فرنسا على غير ذلك في خصوص حق الاسترداد الوراثي فذلك لأن المشرع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشأ لحق المسترد، كما جعل المشرع هنا حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع، و على هذا يكون الحكم المطعون فيه، قد أصاب الرأي إذ قال تأسيسا على المادة 803 من القانون المدني أن هناك فرقا بين حق طلب الشفعة و حق التملك بها، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ، فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضي نيابة عنه، و من أجل هذا كان حكم الشفعة مقررًا لحق الشفيع في طلب الأخذ منشأ لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري على ما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني.

4- أن النص في الفقرة الأخيرة من المادة 804 من القانون المدني، على أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع، فهذا النص لا يمكن أن يفيد زوال ملك المشتري للعين المشفوعة بمجرد حكم الشفعة، واعتباره كأنه لم يكن مالكا لهذه العين، لأن الشفيع إذ يرجع بالضمان في حالة الاستحقاق إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذي حل محله، و لا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه، بل الذي يتأتى أن يرجع على البائع الذي ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق، وعلى ذلك فلا يتعارض بين نفي اثر الرجعي لحكم الشفعة، واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم، وبين إيجاب الضمان في حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري، كذلك لا تعارض بين اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة، وبين ما جاء من الأحكام في الفقه الإسلامي خاصا ببناء المشتري أو غرسه في العين المشفوعة، لن هذه الأحكام ليس مبناها عند فقهاء الحنفية اعتبار المشتري غاصبا، بل مبناها اعتبار المشتري خاطئا ببنائه أو غرسه في ملكه الذي تعلق به حق الشفيع، أما القول بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم في الشفعة فيه خروج على

القاعدة التي تقضي بأن الحكام مقرررة لا منشأة للحقوق فردة أن المشرع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراسي عليه المزداد فكان النزول على حكم المشرع واجبا لا بد منه.

5- إنه وقد بان مما تقدم ان العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة، فإن دعوى الشفعة بربع هذه العين عن المدة السابقة على هذا الحكم تكون دعوى لا سند لها في القانون، ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا، وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة و لا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه، فإذا كان قد ألزم بما لم يلزمه به القانون فهو و شاه، على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه⁽¹⁾.

وفي ختام هذا المبحث نأتي على خلاصة هامة، مفادها أن الحجج التي أسندت إليها، الرأي القائل بأن الشفيع يحل محل المشتري في العقار المشفوع فيه يقوم على أساس أن حكم الشفعة منشئ للحقوق لا كاشف عنها، وإن جميع الأحكام القضائية الصادرة أيضا، بعد ذلك التزمت المبدأ الذي قرره هذا الرأي، وتبنت نفس الحجج السابقة، إلا أنه قد رد على الحجج التي اسند إليها القضاء في تعزيز الحكم الذي قررته⁽²⁾، حيث جاء في هذا الصدد:

1- إن ما قيل في المادة 803 من القانون المدني، يقصد به أن حكم الشفعة

يعتبر سندا لملكية الشفيع، و أن المشرع لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضي بها، وإلا لكان عبثا، مع وجود المادة 338 من القانون المدني، والتي نصت على حجية الأحكام، يحتاج إلى تأمل، فالقضاء يبدو أنه يريد أن يسند معنى لكلمة "سند" لم يخطر على بال أحد أن سنده لها، لأن نص المادة 338 من القانون المدني يتعرض لحجية المر المقضي فيه، ولم يقل أحد أن المشرع قصد في المادة

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 705.

(2) المرجع نفسه، ص 706.

803 من القانون المدني، أن يكون حكم الشفعة حجة بما جاء فيه، فيكسب بذلك حجية الأمر المقضي فيه، ولكن الفقهاء يرون أن كلمة "السند" تحتل معنيان مختلفان، فإن عددا من النصوص القانونية تستعمل كلمة "السند" على المعنى الذي أخذ به القضاء، و يقصد بذلك أنه السبب القانوني لتلك الكلمة، غير أن كثيرا من النصوص تستعمل كلمة "سند" على معنى آخر، وهو دليل الملكية التي قضي بها، ولكن هذا المعنى هو الذي يقصد به في النصوص التي استعملت كلمة "سند".

2- و إذا كان لكلمة "السند" معنيان، فهناك احتمال، فلماذا أخذ القضاء بمعنى السبب المنشئ دون دليل الإثبات، وما هي القرينة التي تغلب أحد الاحتمالين على الآخر، بل ربما تتوالى الاحتمالات في المادة 803 من القانون المدني، قرينة تدل على أن المقصود "بالسند" هو دليل الإثبات، فإن نص المادة 803 من القانون المدني، والتي مقتضاها بأن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، وعلى القضاء أو المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية، و بالنظر إلى الحجج التي استند إليها القضاء في تعزيز قراره، بالرد على الاعتراضات الموجهة له، فبالنسبة للاعتراض الموجه إليه من أن حلول الشفيع محل المشتري، لا يكون من وقت الحكم بل هو من وقت وقوع البيع، لأن البيع الذي صدر إلى المشتري كان يجب أن يصدر إلى الشفيع، إذ أحق به، وبالتالي يجب أن يحل محله من يوم إعلان رغبته إلى المشتري، ولكن القضاء رد على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشتري يتم من وقت صدور حكم بالشفعة، لا من وقت إبرام عقد البيع، لأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع، لكن هذا الرد يكفي لدحض الاعتراض، لأن القول بأن الشفيع يحل محل المشتري بصدور حكم الشفعة، معناه أن يبقى المشتري مالكا للعقار المشفوع فيه، من يوم إبرام عقد البيع إلى صدور هذا الحكم، يكون بذلك قد تلقى ملكية العقار المشفوع فيه من

المشتري، وليس من البائع، وهذا يعني أن المشتري هو المالك وقت صدور حكم الشفعة، وهذا شيء غير منطقي، لذلك فإن الشفيع يحل محل منذ صدور البيع، لا من تاريخ الحكم.

3- بالنسبة للاعتراض الذي يقول بأن المادة 804 من القانون المدني، والتي

تنص على أنه، إذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق

للغير، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، فإن المادة صريحة في أن

الشفيع يتلقى حقه مباشرة من البائع، وعلى هذا أوجب النص المذكور في

رفع دعوى الضمان عليه، و مقتضى ذلك، إن حق الشفيع في الشفعة قائم

من وقت البيع، فلو أن الشفيع تلقى الملكية من المشتري لكان الواجب أن

يرجع عليه بالضمان، وقدرة القضاء بأن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق

أن يرجع إلا على البائع، لأن الشفيع عندما يرجع بالضمان على البائع إنما

يستعمل حقا من حقوق المشتري، وقد حل الشفيع محله، ولا يتأتى من هذا

الوضع أن يرجع على المشتري نفسه، بل الذي يتأتى أن يرجع على البائع

الذي ادعى ملك ما باع، ثم نقضت دعواه بالاستحقاق، وعلى ذلك، فلا

تعارض بين نفي الأثر الرجعي لحكم الشفعة، و اعتبار المشتري مالكا غلى

يوم هذا الحكم وبين إيجاب الضمان في حالة الاستحقاق على البائع دون

المشتري.

وهذا القول يتناقض صراحة مع النص الذي يقضي بأنه ليس للشفيع أن يرجع إلا على

البائع لأن ما يريده القضاء يقولها من أن الشفيع في رجوعه على البائع، إنما يستعمل حقا من

حقوق المشتري، ولو أراد المشرع أن يكون رجوع الشفيع باسم المشتري، لما كان هناك

حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفيع بالدعوى غير المباشرة على البائع، ذلك لأن

القواعد العامة هي التي تتكفل هذا الرجوع دون حاجة إلى نص، بل لما منع ذلك من أن

الشفيع يرجع رجوعا مباشرا على المشتري إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على

البائع، وإذا كان القضاء تقصد أن الشفيع يرجع رجوعا مباشرا على البائع بضمان

الاستحقاق، كما كان يرجع المشتري، لأن الشفيع يستعمل حق المشتري الذي انتقل إليه منذ

صدور الحكم بالشفعة، فإن هذا القول لا يمنع أيضا من أن الشفيع يرجع أيضا رجوعا

مباشراً، على المشتري بضمان الاستحقاق، مستمداً هذا الرجوع من أن الملكية قد انتقلت إليه من المشتري لا من البائع، فإن في هذا القول أيضاً يكون للشفيع أن يرجع رجوعاً مباشراً بضمان الاستحقاق على أي من البائع والمشتري، ولكن المشتري منع صراحة رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري وجعل الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، وهذا يعني أن الشفيع حل محل المشتري منذ إبرام البيع، لا من صدور الحكم، ولكن الصحيح هو أن نص المادة 804 من القانون المدني قاطع في أن الشفيع يحل محل المشتري منذ وقت البيع، فتقوم علاقة مباشرة بين الشفيع و البائع، فيكون للشفيع أن يرجع مباشرة بضمان الاستحقاق على البائع، وهذه المادة هي التي تغلب معنى كلمة "السند" بأنه حجة أو دليلاً على الملكية، لا أن يكون سبباً منشأً لها.

لذلك فإن حكم الشفعة كاشف لا منشئ، وأن الشفيع يحل محل المشتري منذ وقت البيع، و بالنسبة للاعتراض الموجه إلى القضاء، والذي يقول، أنه لو كان الشفيع لا يمتلك العقار المشفوع فيه، إلا بصدور حكم الشفعة، لاقتضى أن يبقى المشتري مالكا إلى وقت صدور هذا الحكم، بحيث إذا بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه، لكان يبني أو يغرس في العين المشفوعة، ولكن القضاء يجيب على أنه لا يمكن أن يفيد أن المشرع قد أراد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي، لأن هذا الأثر لا يستقيم، إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة، ويجعل في الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط واقف، وهو الحكم له بطلبه، وأن الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق، يثبت بعارض الشرط: وأن التعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية، ويرى بعض الفقه¹، في هذا الصدد أن زوال ملكية المشتري بأثر رجعي على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة، لم يخطر ببال المعترضين، بل إن هؤلاء إنما يقولون بأن حكم الشفعة كاشف وليس منشئ، فهم لا يقصدون أن يعلقوا ملكية المشتري على شرط فسخ هو الحكم بالشفعة للشفيع، إنما يقصدون أن يقولوا أن حكم الشفعة كاشف ع حق الشفعة كسائر الأحكام فهي كاشفة، وإن حق الشفيع قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة، وأكثر ما في الأمر، أن الحكم كشف عن وجوده، ثم إن المبدأ العام في الأحكام أنها كاشفة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص710.

وليست منشئة، بينما رأى القضاء أن حكم الشفعة يخالف المبدأ العام، فهو منشئ لا كاشف، وقد استند في تبرر ذلك، إلى أن المشرع هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع، كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراسي عليه المزداد، ومن ثم يجب النزول عن إرادة المشرع، ولكن التبرير الذي استند إليه القضاء لا يسعفه في القول بأن المشرع هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ وليس كاشفاً، ولذلك لا يحل لاستثناء حكم الشفعة عن المبدأ العام والذي يقضي بأن الأحكام كاشفة لا منشئة.

وبعد استعراض الحجج التي أسندت إليها الأحكام القضائية والرد عليها، فإننا نرى مع بعض الفقه⁽¹⁾، أن حكم الشفعة كسائر الأحكام كاشف لا منشئ، ولهذا فالشفيع يحل محل المشتري، من وقت إبرام البيع المشفوع فيه، لأن التراضي على الشفعة أو الحكم بثبوتها لا يجعل من الشفعة سبباً لإنتاج أثارها، بل يقتصر على فض النزاع الذي يثور بين أطرافه، فإذا ما حل هذا النزاع بالتراضي أو بالتقاضي، عندها يجعل الشفيع بقوة القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه، و تصبح العلاقة قائمة بين البائع والشفيع، بعد أن قائمة بين البائع والمشتري، منذ إبرام عقد البيع بين البائع والمشتري، ومن ثم لا يكون التراضي على الشفعة أو الحكم فيها منشأ لحق الشفيع، لذلك لا يمكن الاستناد على المادة 803 من القانون المدني، والتي تقرر بأن حكم الشفعة يعتبر "سند الملكية الشفيع"، للقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع، و بأن حلول الشفيع محل المشتري يتم من وقت صدور الحكم بالشفعة، ومما يؤكد ذلك، إذا ما رجعنا إلى ما ورد في المادة 804 من القانون المدني والتي تنص على أن "... ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة..."

فالنص صريح، حيث يرجع الشفيع بالضمان مباشرة على البائع، أما حسب رأي أحكام القضاء، فإنه يترتب أن تنتقل الملكية بالبيع من البائع إلى المشتري، ثم بعدها تنتقل من المشتري إلى الشفيع بالشفعة، فلو كان الوضع هكذا، فإنه يستوجب على الشفيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري، لأن الملكية، انتقلت من هذا الأخير إلى الشفيع، وبالتالي يستطيع الشفيع أن يرجع على البائع بطريق الدعوى غير المباشرة، و ذلك باسم المشتري، بينما نجد أن نص المادة صريحة، بحيث لا يرجع الشفيع بالضمان إلا على البائع، فالشفيع

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 714.

إذن لا يحل محل المشتري من وقت صدور حكم بالشفعة، بل إنما يجعل محله من وقت إبرام البيع المشفوع فيه، لأن الحكم يكشف عن ثبوت حق الشفيع وعن حلوله محل المشتري، عندما يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا الحل لا يتم من وقت الحكم، بل من وقت تمام البيع، وإذا كان الشفيع لا يحل محل المشتري من وقت الحكم، فإن هذا الحل، لا يكون من وقت رفع دعوى الشفعة، أو من وقت تسجيل التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة.

كما أنه لا يمكن الاستناد إلى الفقه الإسلامي أيضاً، ففيه الخلاف أيضاً حتى بين مذاهبه، وامتد الخلاف حتى داخل المذهب الواحد، كما جرى لدى فقهاء الحنفية، فقد ذهبوا في بعض أقوالهم إلى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه من وقت الحكم له بالشفعة، وعدد آخر من الفقهاء ذهبوا إلى أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يثبت له قبل الحكم له بالشفعة، أما المالكية و الشافعي و الحنابلة، فإنهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه قبل صدور الحكم له بالشفعة.

ولذلك بالرجوع إلى أحكام الشفعة وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية، نجد أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، بحيث يختفي المشتري من العلاقة القائمة بينه وبين البائع، لتقوم هذه العلاقة بين البائع والشفيع، ولما كان المبدأ في الأحكام، أنها كاشفة وليست منسئة، يترتب عليه أن حكم الشفعة -كيفية الأحكام - كاشف لا منشئ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع، بل كاشف له، ولذلك فإن الشفيع يحل محل لمشتري من تاريخ إبرام البيع المشفوع فيه بين البائع و المشتري، لا من تاريخ صدور حكم بالشفعة.

هذا كل ما يتعلق بالأثر المشترك المتمثل في الحلول على ضوء كل من الفقه القانوني، وكذا الفقه الإسلامي، وفيما يلي من مباحث نوضح الآثار الأخرى للشفعة، وتأثيرها على علاقات الشفيع المختلفة، إن مع أشخاص الشفعة، أو مع الغير، حيث نخص المبحث الثاني لبيان ذلك لدى الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الآثار الأخرى للشفعة في الفكر الإسلامي

لقد عرف الوقت الذي يصبح فيه الشفيع مالكا للمشفوع نقاشا فقهيًا، وتعددت اتجاهات العلماء المسلمين فيه، إذ تنتقل ملكية المشفوع إلى الشفيع عند الإمام أبي حنيفة إلى الشفيع، بمجرد إتيان الشفيع بطلب الموائبة، وبمطلب الإشهاد والتقارير صحيحين، وهذا الحكم ظاهر مذهب الحنفية، وعليه الفتوى¹، ويفسر الكرخي⁽²⁾، سبب ثبوت الحق للشفيع وانتقاله قائلاً: "إذ قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم، وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة إلى الشفيع، وقال بعضهم وهو قول محمد: ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، وينعقد للشفيع بيع آخر، كأنه كان من البائع أيجابان، أحدهما من المشتري والآخر من الشفيع، فإذا قضى القاضي بالشفعة، فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه، وانقض ما أضيف إلى المشتري، سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه، أو لم يقبل⁽³⁾."

أما المذهب المالكي، فتنتقل ملكية الحصة الشائعة بإحدى هذه الوسائل:

- إذا عرض المشفوع به على الشفيع منه مباشرة وقضاء.
- إذا شهد عدلين بحضور المشفوع منه على أنه استعمل حقه في الشفعة.
- إذا حكم باستحقاقه للشفعة بعد إثباته لمواجبتها.

فإذا تحققت إحدى هذه الوسائل أصبح الشريك مالكا للحصة المشفوعة، ويحقق له التصرف فيها بقوة الضوابط الشرعية الموضوعة في ذلك، إلا أن ثبوت الشفعة للشفيع يترك آثاراً، تتجسد أساساً في بيان ما قد يطرأ على المشفوع فيه في يد المشتري، قبل القضاء بالشفعة للشفيع، وما مصيره، و يتمثل ذلك أساساً في بعض العقود والتصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة، أو مرتبة لحق انتفاع وغيره كالإجارة والإعارة، أو حدث زيادة كبناء أو غرس، أو نقص كهلاك وهدم أو نقص، فما أثر هذه التغييرات؟

(1) الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 173.

(2) علي الخفيف، "الشفعة"، المرجع السابق، ص 119-120.

(3) المرجع نفسه، ص 119-120.

وعلى ذلك جاء تقييم هذا المبحث؛ إلى ثلاث مطالب نبين في المطلب الأول أثر ثبوت الشفعة للشفيع على ما طرأ من عقود وتصرفات، ونكرس المطلب الثاني لبيان نفس الأثر في حالة نماء المشفوع فيه وزيادته، ونخصص المطلب الثالث لبيان أثر ثبوت الشفعة أيضا في حالة نقص المشفوع فيه.

المطلب الأول: العقود و التصرفات

قد تصدر تصرفات من المشتري في الشيء المبيع قبل أن يقضي للشفيع بالشفعة، وتلك التصرفات نوعان؛ إما تصرفات ناقلة للملكية، كالبيع والهبة مع التسليم والوقف، وجعل المبيع مهرا في زواج -وهو ما نبينه في الفرع الأول- وإما تصرفات مرتبة لحق انتفاع أو حبس، كالإجارة والإعارة والرهن -وهو موضوع الفرع الثاني- من هذا المطلب -؛

الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية

اتفقت المذاهب الأربعة، على أن التصرفات الناقلة للملكية كالبيع مثلا، فإنه يجوز نقضها بعد أن يحكم القاضي بالشفعة لمستحقيها، لتعلق حق الغير في المبيع، و مثل ذلك جواز نقض الرهن والإجارة والإعارة، مما فيه ابتداء⁽¹⁾.

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 الأخذ له بالشفعة، ولأن حق الشفيع سابق على هذا التصرف، فلا يبطل به، ودليلهم⁽²⁾:

- "... ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعا بغير ثمن، فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد، فعرفنا أنه لا يمكن إلحاق الجميع بأصل العقد في حق الشفيع بخلاف حظ البعض، فإن زاد البائع المشتري في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الأول، لأنه قد استحق أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة والمشتري لا يملك إبطال الحق الثابت له، فلا يملك غيره أيضا يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئا للبائع، ويلزم الشفيع مثل ذلك، وله الدلالة على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه يوجد بيعا مع البائع بأكثر من الثمن الأول صح ذلك في حقه، وكأن للشفيع أن أخذ بالثمن

(1) وهية الزحيلي، المرجع السابق، ص 4931

(2) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 108

الأول، فقد فرق بين الزيادة والحط، في حق الشفيع، وسوى بينهما في بيع المراجعة غير مستحق على المشتري، فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المراجعة أبطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة ولو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من الثمن الأول، كان للشفيع الخيار لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة، الخيار فإن اختار الأخذ بالشراء الثاني يأخذها من يد المشتري الثاني، ولا يشترط حضرة المشتري الأول، وإن اختار الأخذ بالثمن الأول بحكم الشراء الأول كان ذلك له لأن المشتري الأول لا يتمكن من إبطال حق الشفيع بتصرفه وإذا أخذها بالشراء الأول دفع الثمن إلى المشتري الأول، وعهده عليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأول وإنما أوفاه من الثمن لأن البيع الثاني قد انفسخ، فإن الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثاني، ولم يشترط حضرة المشتري الأول إذ أراد أخذها بالثمن الأول، في قول أبي حنيفة و محمد، وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من إنسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له في قول أبي حنيفة و محمد حتى يحضر المشتري وعند أبي يوسف هو خصم لأنه يدعي حقه في العين الذي يزعم ذو اليد أنه ملكه، فيكون هو خصما له في ذلك، كما إذا ادعى مبك العين لنفسه، و هما يقولان الشفيع لا يدعي حقا على الموهوب له لا في ملكه، وإنما يدعي حقه على المشتري الأول في ملكه، فما لم يعد ملكه لا يتبين محل حقه، وإنما يعود ملكه إذ انفسخ العقد الثاني، وفسخ العقد عليه لا يجوز إلا بحضرته وتام بيان المسألة في المأذون، وكذلك لو تصرف المشتري في الدار تصرفا آخر بأن رهنها أو تزوج عليها، فللشفيع أن يبطل ذلك كله، ويأخذها بالشفعة الأولى، وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن، إنما الثمن للمشتري الأول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن، كما لا يأخذ المشتري الدار من البائع حتى ينقله ثمنه، ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق، وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لأن المسمى من الصداق قد استحق⁽¹⁾.

قال المصنف رحمه الله تعالى⁽²⁾. فصل، وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع، فإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والإجارة، فللشفيع أن

(1) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 109

(2) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص 114

ينسخ و يأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ، فملك الفسخ، وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق، فهو بالخيار بين أن يأخذ بالعقد الأول، وبين أن يأخذ بالعقد الثاني لأنه شفيع بالعقدين، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما، وإن قابل البائع أو رده عليه بعيب، فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب، ويأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب، فملك الفسخ، الشرح⁽¹⁾: الأحكام؛ على المنصوص من حق الشفيع يقدم الملك أن يفسخ تصرف المشتري في الشخص إذ يذله فيما لا تستحق به الشفعة كأن وقفه أو وهبه أو رهنه أو أجره لسبق حقه على التصرف الحادث بعد قيام حقه في الشفعة لأنه لا يملك الأخذ للشقص مادام تصرفه نافذا فلا مناص من الفسخ، أما البيع والصداق فهو مخير بين أن يأخذ بأحد العقدين، فإما أن يأخذ بالثمن الذي بذله المشتري أو بالثمن الذي أخذه أو بمهر المثل بما هو الأخط له. فإذا تباع الرجلان شقصا فعفا الشفيع هم شفعتة، فلا شفعة فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد، وليست استيفاء و لم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطالا للإقالة لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة، ثم يأخذ الشخص بشفعة البائع فلو كان مشتري الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع، فللشفيع إبطال الوقف و أخ الشقص بالشفعة، وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وأخذه بالشفعة، ولو أجره أخذ ثم له الخيار في إمضاء الإجارة وفسخها، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن، فإن أمضاها الشفيع فالأجرة للمشتري دون الشفيع لأنه عقدها في ملكه، ولو كان المشتري قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيرا بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشتري الثاني، وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشتري الأول...⁽²⁾.

- "... وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه ابتداء كالوقف والهبة والإجارة. وقال الماوردي وإذا أمضى الإجارة، فالأجرة للمشتري لسبق حقه، والمراد بالنقض الأخ، لا أن يحتاج للفظن فقولته و أخذه عطف تفسير، ويتخير فيما فيها شفعة كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني أو ينقض ويأخذ بالأول، لأن كلا منهما صحيح وربما كانت أخذهما ثمنه أقل أو جنسه أيسر عليه

(1) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص 115

(2) المرجع نفسه، ص 116

وأوهن⁽¹⁾ ... أو تصرف المشتري بما لا يزيل ملكه كرهن و إجارة، فإن فسخها فذاك، وإن قررهما فالأجرة للمشتري...⁽²⁾.

- ... (وتصرف المشتري في الشقص) المشفوع (كبيع) وهبة (ووقف وإجارة) ورهن وغير ذلك (صحيح) لأنه ملكه وإن كان غير لازم كتصرف المرأة في الصداق قبل الدخول، (وللشفيع نقض مالا شفعة فيه) مما لا يستحق به الشفعة لو وجد ابتداء، (كالوقف) والهبة فإن قيل: حق فتح البائع بالفبس يبذل بتصرف المشتري، ... (ويتخير) الشفيع (فيما فيه شفعة كبيع) وإصدار (بين أن يأخذ). (بالباع الثاني) أو الإصدار، (أو ينقضه أو يأخذ). (بالأول) لما مر، وفائدته أن الثمن في الأول قد يكون أقل أو الجنس فيه أسهل. والمراد بالنقض الفسخ، ثم الأخذ بالشفعة بل الأخذ بها، وإن لم يتقدمه لفظ فسخ قبله... تنبيه: لو عبر بالإبطال أو الفسخ كان أولى، فإن النقض رفع الشيء من أصله...⁽³⁾.

- ... وللشفيع نقض أم لا شفعة له فيه كالوقف والهبة والإجارة، وإذا أمضى الإجارة، فالأجرة للمشتري، و يتخير فيما فيه شفعة كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني أو ينقض، وبأخذ بالأول لما مر، إذن الثمن قد يكون في الأول أقل أو حبسه أيسر، و(أو) هنا بمعنى الواو الواجبة في حيز بين لكن الفقهاء كثيرا⁽⁴⁾، ما يتسامحون في ذلك، وليس المراد بالنقض الفسخ ثم الأخذ بالشفعة، بل الأخذ بها، وإن لم يتقدمه لفظ فسخ كما استنبطه في المطلب من كلامهم خلافا لما يقتضيه كلام أثل الروضة، وإنما لم يكن تصرف الأصل فيما وهبه لفرعه رجوعا بخلافه هنا، لأن الأصل هناك هو الواهب فلا بد من أن يرجع عن تصرفه لخلاف الشفيع...⁽⁵⁾.

- "فصل" وإذا تصرف المشتري في الشقص قبل أخذ الشفيع لم يخل من خمسة أضرب: أحدهما: تصرف بالبيع ما تستحق به الشفعة، فللشفيع خيار بين أن يأخذ بالعقد الثاني و بين فسخه، ويأخذ بالعقد الأول لأنه شفيع في العقدين فملك الأخذ بما شاء منهما فإن أخذه بالثاني دفع إلى المشتري الثاني مثل ثمنه، وإن أخذه بالأول دفع إلى المشتري الأول

(1) شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص 73

(2) المرجع نفسه، ص 74

(3) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص 391.

(4) شمس الدين محمد بن أبي العباسي أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ص 210

(5) المرجع نفسه، ص 211

مثل الذي اشترى به، و أخذ الشقص ويرجع الثاني على الأول بما أعطاه ثمنًا، وإن كان ثم ثالث رجع الثالث على الثاني.

الثاني: تصرف برد وإقالة فللشفيع فسخ الإقالة والرد ويأخذ الشقص لأن حقه أسبق منهما ولا يمكنه الأخذ معهما.

الثالث: وهبة أو وقفه أو رهنه أو أجره، ونحوه ، فعن أحمد رضي الله عنه تسقط الشفعة لأن في الأخذ بها إسقاط حق الموهوب الموقوف عليه بالكلية، وفيه ضرر بخلاف البيع لأنه يوجب رد العوض إلى غير المالك، وحرمان المالك، و قال أبو بكر: تجب الشفعة لأن حق الشفيع أسبق، فلا يملك فسخ التصرف بما سقط حقه، ولأنه ملك فسخ البيع مع إمكان الأخذ به، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، فعلى هذا تفسخ هذه العقود، ويأخذ الشقص، و يدفع الثمن إلى المشتري...⁽¹⁾.

- "... ومنها تصرف المشتري في الشقص المشفوع بالوقف قبل الطلب، ينبغي أن يخرج على الخلاف في التي قبلها، وصرح القاضي بجوازه، وظهر لامة في مسألة التخييل على إسقاط الشفعة تحريمه وهو الأظهر، ويدل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشريك حتى يغررض على شريكه ليأخذ أو يذر، مع أن حقه من الأخذ لا يسقط بذلك، فأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية ...، فأما تصرف أحد المتابعين فيما بيده من العوض إذا شحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خلف في صفة فيجوز، ذكره القاضي في خلافه لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من رد ما بيده فإذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي بدله إن كان باقيا و إلا رجع ببذله وقياس هذا أن للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار، وظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم أن للبائع التصرف في الثمن مدة الخيار، إلا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالا ويأخذ منه ما يشفع به صورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه، وإن كان على غيره وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف في الثمن"⁽²⁾.

(1) عبد الله أبو محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام البجل أحمد بن حنبل.

(2) الحافظ ابن رجب، القواعد الفقهية، القاعدة الرابعة و الخمسون.

"... مسألة: وإن أجره المشتري أخذه الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه، لأنه صار ملكه بأخذه. مسألة: وإن استغله المشتري فالغلة له، نماء ملكه ..."(1).

"... فصل: وإن تصرف المشتري قبل الطلب يوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه(2)، في رواية علي بن سعد، وبكر بن محمد، لأن الشفعة إنما تثبت في الملك، وقد خرج هذا عن كونه مملوكا، ولأن فيها ههنا إضرارا بالموقف عليه والموهوب له، لأن ملكه قد زال عنه بغير عوض، والضرر لا يزال بالضرر، قال ابن أبي موسى: من اشترى دارا فجعلها مسجدا، فقد استهلكها ولا شفعة فيها، وكذا إذ تصرف فيها برهن أو صدقة، أو إجارة فللشفيع فسخ ذلك، وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع... وإن باع المشتري، فللشفيع الأخذ بأي البيعين شاء، لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد كل واحد منهما، ولأنه في العقدين، واقتضى ذلك صحة نصرف المشتري، لأنه ملكه، و صح قبضه، وإن كان الشفيع له أن يملكه، ل يمنع من تصرفه، كما لو كان أحد العوضين في المبيع مبيعا، فإنه لا يمنع التصرف في الآخر، وكالابن يتصرف في العين الموهوبة له، وإن جاز لأبيه الرجوع فيها فإن أخذ بالأول رجع الثاني على الأول، لأنه لم يسلم له الآخران، وله أن يأخذ بالثاني، وينفسخ العقدان الآخران، وله أن يأخذ بالثاني، وينفسخ الثالث، وله أن يأخذ بالثالث، ولا ينفسخ بشيء من العقود، و جعل ابن أبي موسى هذا الحكم إذا لم يكن الشقص في يد واحد منهم بعينة، أما إذا كان في يد أحدهم، فالمطالبة له وحده..."(3).

"... وإن تصرف المشتري في الشقص بما تجب به الشفعة، كالوقف والهبة والرهن، وجعله مسجدا، فقال أبو بكر، للشفيع فسخ ذلك التصرف، ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به، وهو قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي: لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث، مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه

(1) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على مثن المقنع، المرجع السابق، ص 511.

(2) أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المرجع السابق، ص 217.

(3) المرجع نفسه، ص ص 218-219.

الأخذ أولى، و لأن حق الشفيع أسبق، وجنيته أقوى، يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه...

وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له، لأنه يأخذ ملكه، ولنا، أن الشفيع يبذل الهبة، ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول، ولو لم يكن و هب، كان لثمن له، كذلك بعد الهبة الممنوحة...⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التصرفات المرتبة لحق الانتفاع

إن التصرفات المرتبة لحق الانتفاع، فقد اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية على جواز نقص مالا شفعة فيه ابتداء، مثل الرهن وافجازة و الإعارة، وغيرها، ومثل الوقف وجعله مسجداً أو مقبرة، و الهبة له، والوصية به، و رأي فقهاء الحنابلة - من خلال الأدلة السابقة تلاوتها - أن الشفعة تسقط إذا تصرف المشتري بالبيع قبل طلب الشفعة، بهبة أو صدقة أو وقف على معين كمسجد كذا، أو على الفقراء، والمساكين أو على المجاهدين، أو جعله عوضاً في صلح عن جناية القتل العمدى ونحوه، مما لا شفعة ابتداء، لأن في الشفعة إضراراً بالموهوب له، والموقف عليه، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري بعد طلب الشفيع الشفعة، وذلك بسبب انتقال الملك إلى الشفيع بالطلب في الأصح.

المطلب الثاني: نماء المشفوع فيه وزيادته

قد يحدث نمو طبيعي في العقار المشفوع فيه، و قد يحدث المشتري فيه زيادة بالبناء أو الغراس، قبل الحكم بالشفعة لصاحبه⁽²⁾، فمن الأحق بذلك، الشفيع أم المشتري، وإذا كان المستحق هو المشتري فهل يعرض عن حقه، وما التعويض؟ ولذلك يأتي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نبين في الفرع الأول آثار ثبوت الشفعة على نماء المشفوع فيه نماء طبيعياً، وندرس في الفرع الثاني حالة الزيادة المحدثه.

(1) موقف الين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 193.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4932.

الفرع الأول: النماء الطبيعي

إذا نما المبيع في يد المشتري، كأن أثمر الشجر في يده بعد الشراء، فقال فقهاء الحنفية: القياس أن لا يكون للشفيع، لأنه نما على ملك المشتري، ويعلمه، والاستحسان أنه للشفيع، لأن الثمر متصل خلقه بالشجر، فكان تبعا له، ولأنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل (الشجر) الحادث قبل الأخذ، كالمبيعية إذا ولدت قبل القبض، فإن المشتري يملك الولد تبعا للأم، والخلاصة أنه يأخذه الشفيع، لنهم بيع تبعا لأصله.

وقال المالكية: الغلة قبل الشفعة للمشتري، لأن الضمان عليه، والعلة (أو الخراج) بالضمان وقال الشافعية والحنابلة: للنماء حالتان⁽¹⁾.

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

الحالة الثانية: وإذا كان نماء منفصلا، كالثمرة الظاهرة، والطلع المؤبر، والغلة والجرة، فهي للمشتري لا حق للشفيع فيها عند الحنابلة، وفي المذهب الجديد للشافعي، لأنها حدثت في ملك المشتري، فلا نتبع المبيع، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد، ولا يستحق شيء بغير تراض.

والخلاصة أن هذين المذهبين يلتقيان مع مقتضى القياس عند الحنفية.

الفرع الثاني: الزيادة المحدثه

إذا أحدث المشتري زيادة في البيع، بالبناء أو الغرس أو الزرع؛

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

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

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4933

الحالة الثانية: وهي حالة البناء والغرس، فالشفيع الأخذ بالشفعة أيضاً، لكن الفقهاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء و الغراس.

قال الحنفية: إذا بنى المشتري أو غرس فيما اشتراه 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 بالانفصال.

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

وقال جمهور المالكية والشافعية والحنابلة، ورأيهم هو الأعدل، إن اختار المشتري قلع الغراس والبناء، لم يمنع إذا لم يكن فيه ضرر، إذ لا ضرر ولا ضرار، لأنه ملكه فيملك إزالته و نقله، ولا يلزمه شوية الأرض، لأنه غير معتد.

وإن لم يختار المشتري القلع، فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة، و بين دفع قيمة البناء و الغراس مستحق البقاء.

وهذا هو رأي أبي يوسف أيضاً، والسبب في اختلاف الرأيين، كما قيل هو تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين سببه تصرف الغاصب، وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق، عندما بنى في الأرض أو غرس، فمن غلب على فعلته شبه الاستحقاق وهم الجمهور، قرر انه لا بد للمشتري من أن يأخذ القيمة، ومن غلب على فعله شبه التعدي قال وهم الحنفية: للشفيع أن يعطي قيمة البناء والغراس منقوصاً⁽¹⁾.

والأدلة على ذلك كثيرة، نأخذ منها ما يلي:

"... الأصل في المشفوع عدم التغيير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة، فهو بالخيار، إن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي اشتراه به المشتري وقيمة البناء أو

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4934--4935.

الغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه، و عن أبي يوسف (أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك) وهو احد قولي الشافعي، وله قول آخر وهو له أن يقلع و يعطي قيمة البناء، ولأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناء على انه ملكه، والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان، واستوضح ذلك بالموهوب له، فإذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع، ويرجع في الأرض، وبالمشتري شراء فاسداً إذا بنى، وبالمشتري إذا زرع، فإنه ليس له أن يكلفه قلع لم يزرع اتفاقاً (وهذا) أي ما قلنا إنه لا يكلف (لن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشتري و هو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الدنى) وهو زيادة الثمن على اشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء و الغرس فيجب المصير إليه) وجه ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكد للغير) بحيث لا يقدر على إسقاطه جبراً (من غير تسليط من جهة من له الحق) و كل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالراهن إذا بنى في المرهون، وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب و المشتري بالشراء الفاسد فإن بنائها حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) و يجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا (لأنه) أي الشفيع (يتقدم عليه) أي على المشتري، و لهذا ينقض بيعه، وهبته وغيره من تصرفاته كإجارته، وجعله مسجداً أو مقبرة، فكذا تنقض تصرفاته غرسا و بناء، وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته ينقض، وبخلاف الشراء ألف معطوف عليه، وإنما قيد بقوله عن أبي حنيفة، لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بين المشتري في المشتري، إنما هو قوله، وإما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية⁽¹⁾، قوله (ولأن حق الاسترداد معطوف على قوله لأنه حصل قوله: (فيهما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف) (ولهذا لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق) أي حق الشفعة ويبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي، قيل فيه نظر، لأن الاسترداد بد البناء في البيع الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة، فالاستدلال به لا يصح، والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية، أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما، وقوله: (فلا معنى لا يوجب القيمة) يعني

(1) الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام الحنفي، المرجع السابق، ص408.

إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى بخلافهما، و قوله (فلا معنى لا يجاب القيمة) يعني إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لا يجاب القيمة على الشفيع، لأن الشفيع بمنزلة المستحق و المشتري إذا بنى أو غرس⁽¹⁾، ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق، فكذاك ها هنا، وقوله (والزراع يقلع) جواب عن قوله، وكما إذا زرع المشتري، ولم يجب عن قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لأن حقه أو قوى من حق المشتري تضمن، ذلك لأن الترجيح يدفع أعلى الضررين بالأهون، إنما يكون بعد المساواة في أصل الحق، ولا مساواة لأن حق الشفيع مقدم، وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة، وصبغها بأشياء كثيرة، فإن الشفيع بالخيارين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصيغ، وبين أن يتركها، وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف، ولو كان بالاتفاق، فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كثيرا لسلامة النقص له، بخلاف الصيغ، وقوله: (وإذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير، وتقريره الشفيع بالخيارات شاء كلف القلع، وإن شاء أخذه بالقيمة، فإن كلفه فذاك، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحققت الأرض رجوع بالثمن) لا غيره أخذه من البائع أو المشتري (لأنه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لأنه متملك عن المشتري في لا منزلة البائع و المشتري، ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء، فكذاك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه...⁽²⁾.

"... الباب الثامن: في تصرف المشتري في الدار المشفوعة قبل حضور الشفيع إن بنى المشتري بناءً أو غرسها أو زرع ثم حضر الشفيع يقضي له بالشفعة ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس في تسليم الساحة إلى الشفيع إلا إذا كان في القلع نقصان بالأرض، فللشفيع الخيار إن شاء أخذ⁽³⁾، الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا، وإن شاء أجبر المشتري على القلع، وهذا جواب ظاهر الرواية، وأجمعوا أن المشتري ثم حضر الشفيع أنه

(1) الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام الحنفي، المرجع السابق، ص 409.

(2) المرجع نفسه، ص ص 410-411.

(3) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 179.

لا يجبر المشتري على قلعه، ولكنه ينتظر إدراك الزرع ثم يقضي له بالشفعة فيأخذ الأرض بجميع الثمن، كذا في البدائع، ثم إذا ترك الأرض في يد المشتري يترك بغير أجر ومن هذا الجنس مسألة في فتاوى الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى، وصورتها رجل أخذ أرض زراعية وزرعها فلما صار الزرع بقلًا اشترى المزارع الأرض مع نصيب رب الأرض من الزرع ثم جاء الشفيع فله الشفعة في الأرض و في نصف الزرع لكن لا يأخذ حتى يدرك الزرع كذا في المحيط، وفي جميع الفتاوى لو اشترى أرض فزرعها، فنقصتها الزراعة، ثم جاء الشفيع يقسم الثمن على الأرض ناقصة وعلى قيمتها يوم اشتراها فيأخذ الشفعة بذلك الثمن كذا في التتار خالية اشترى دار وصبغها بألوان كثيرة فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها و أعطاه ما زاد الصبغ فيها، و إن شاء ترك⁽¹⁾.

-... قال : (و إذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار، غن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه)⁽²⁾ وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء، لأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً، وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع، وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه ... مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع إما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير، فلما أن المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة قوله. (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحققت رجوع بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه، وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه ممتلك عليه فنزلاً منزلة البائع والمشتري، والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص180.

(2) شمس الدين أحمد بن قودور المعروف بقاضي زادة، المرجع السابق، ص408.

جهته، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه، قال: (وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار، إن شاء أخذها بجمع الثمن) لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر، فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة لكل الثمن في هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفأنت بعض الأصل...»⁽¹⁾.

- "... قال رحمه الله : (وبالثلث وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كلف المشتري قلعهما) أي إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة⁽²⁾، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثلث، وقيمة البناء والغرس مقلوعاً، وإن شاء كلف المشتري قلعهما فيأخذ الأرض فارغة، وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يكلفه بالقلع، ولكنه بالخيار غن شاء أخذها بالثلث، وقيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك، وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لأنه ليس بمتعة في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء، فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً، وكما إذا زرعها المشتري فإن كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه، فكذا المشتري في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع، وهذا لأن ضرر الشفيع بالإزام قيمة البناء و الغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لن الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض، وهو البناء والغرس فلا يعد ضرراً، ولم يحصل للمشتري بمقابلته القلع شيء فكان الأول أهون فكان أولى بالتحمل، ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالأهون إذا بنى في المرهون، وإنما قلنا ذلك لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري، ولهذا تنقض جميع

(1) شمس الدين أحمد بن قودور المعروف بقاضي زادة، المرجع السابق، ص411، ص412.

(2) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص250.

تصرفات المشتري حتى الوقوف والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له على قول أبي حنيفة رحمه الله والمشتري شراء فاسداً لأنه بتسليط منه، ولا تسليط من الشفيع هنا، و لأن حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف و لهذا لا ينقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء، وحق الشفيع قوي فيبقى بعده كما يقلع المستحق بناء المغرور وغرسه، وله أن يأخذه بقيمته مقلوعاً كالمستحق، ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر⁽¹⁾، لأن الترجيح إنما يصار إليه عند الشاري وربما لا يوافق فيحتاج إلى قلعه فيلحقه ضرر زائد، و في الزرع القياس أن يقلع إلا أنا استحسننا، وقلنا لا يقلع لأن له نهاية معلومة كي لا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض، وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لأنه يترك بأجر قال رحمه الله: (وإن فعلهما الشفيع فاستحقت رجعة بالثمن فقط) معناه أن الشفيع بالقلع فقلع البناء و الغرس رجعة الشفيع على المشتري بالثمن لأنه تبين أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق لأن الأرض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن، ولا يرجع بقيمة البناء و الغرس لا على البائع إن كان أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه، معناه لا يرجح بما نقص بالقلع.

-وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع به لأنه متملك عليه فكان كالمشتري، و وجه الظاهر، وهو الفرق بينه وبين المشتري أن المشتري مغرور من جهة البائع، و مسلط له من جهته، ولا غرور، ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لأن الشفيع أخذها منه جبراً، و نظيره الجارية المأسورة إذا أخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده و ضمن قيمة الولد رجعة عليه بما دفع إليه من القيمة أو الثمن، ولا يرجع بقيمة الولد لأنه لم يغره بخلاف ما لو كان مشترياً حيث يرجع لهما على البائع لأنه مغرور من جهته...»⁽²⁾.

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص250.

(2) المرجع نفسه، ص251.

- "المادة 1044 من مجلة الأحكام العدلية: (لو زاد المشتري على المال المشفوع شيئاً من ماله كصبغة، فشفيعه مخير إن شاء تركه وإن شاء تملكه بإعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة، وإن كان المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه أشجاراً فالشفيع بالخيار إن شاء تركه وإن شاء تملك المشفوع بإعطائه ثمنه وقيمة البنية والأشجار، وليس له أن يجبر المشتري على قلع الأبنية أو الأشجار).

- شرح⁽¹⁾: لو اخذ المشتري الثمر الحادث و الحاصل في المشفوع واستهلكه وهو في يده قبل أن يصير الشفيع مالكا له بأحد الوجهين المذكورين فلا يلزم ضمان، مثلا لو كان المشفوع كرما وأخذ واستهلك المشتري، وهو في يده العنب الحادث فيه، أي العنب الحادث بعد البيع، فلا يلزم المشتري ضمان، كما أنه لو حكم للشفيع بالشفعة فليس له أن يطلب تنزيل شيء من ثمن البيع مقابل ما استهلك من الثمار، لأن الملك ثابت للمشتري وهو مخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك، المسألة الخامسة: لو أجر المشتري المشفوع لآخر واخذ أجرته قبل أن يملكه الشفيع على الوجه المشروع، كانت هذه الجرة طيبة للمشتري، المسألة السادسة: لو باع المشتري المشفوع قبل أن يملكه الشفيع من آخر جاز، ويكون الشفيع في هذه الصورة مخير إن شاء أخذه بالشفعة بالبيع الأول أو البيع الثاني، المسألة السابعة: للمشتري أن يهدم العقار المشفوع قبل أن يملك الشفيع المشفوع -شرح المادة 1044"⁽²⁾.

- "... عند أبي يوسف ونكره عند محمد، إذا بنى المشتري أو غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار: إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وإن شاء كلف المشتري قلعه، وإذا أخذها الشفيع فبنى أو غرس ثم استحققت رجع بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس..."⁽³⁾.

(1) علي حيدر، المرجع السابق، ص726.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، المرجع السابق، ص195.

- "... فإن وقع البيع ولا ثمر في الشجر ثم أثمر بعده ثم حضر الشفيع فما دام متصلاً يأخذه الشفيع مع الأرض بالثمن الأول استحساناً، لأنه ثبت حكم البيع فيه ثبت لثبوته في الأرض بواسطة الشجر، فكان مبيعاً تبعاً فثبت حق الشفعة تبعاً سواء حدث في يد المشتري أو في يد البائع، لأن الشفعة موجودة في الحالين، فإن زال الاتصال فحضر الشفيع، فإن كان حدث في يد المشتري فالشفيع يأخذ الأرض والشجر بالثمن الأول إن شاء، وإن شاء ترك ولا يسقط شيء من الثمن..."⁽¹⁾.

- "فصل: وإن زرع في الأرض، فالشفيع الأخذ بالشفعة، ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد، لأن ضرره لا يتبقى، ولا أجرة عليه، لأنه زرعه في ملكه، ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع، فكان له مبقى إلى الحصاد بلا أجرة، كخير المشفوع.

وإن كان في الشجر ثمر ظاهر، أثمر في ملك المشتري، فهو له منفي إلى الجذاذ، كالزرع.

فصل: وإذا نما المبيع في يد المشتري، لم يخل من حالين، أحدهما، أن يكون نماء متصلاً، كالشجر إذا كثر، أو ثمرة غير ظاهرة، فإن الشفيع يأخذه بزيادته؛ لأن هذه زيادة غير متميزة، فتبعث الأصل، كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة، الحال الثاني: أن تكون الزيادة منفصلة، كالغلة، والأجرة، والطلع المؤبر، والثمرة الظاهرة، فهي للمشتري حق للشفيع فيها، لأنها حدثت في ملكه، وتكون للمشتري مبقاة في رؤوس النخل إلى الجذاذ، لأن أخذ الشفيع من المشتري شراءً ثانٍ، فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر، فأبره، ثم أخذه للشفيع، أخذ الأصل دون الثمرة، ويأخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، كما لو كان المبيع شقصاً وسيناً..."⁽²⁾.

(1) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكسائي الحنفي، المرجع السابق، ص 29.

(2) موفق الدين عبد الله بن أحمد بد قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 199-200.

- "... فصل، و إذا نَمى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين، أحدهما: أن يكون نماء متصلا كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة، فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأنها زيادة غير متميزة فتبعث الأصل، كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة ... الحال الثاني: أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والجرة والطلع المؤجر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لأنها حدثت في ملكه، وتكون مبقاة في رؤوس النخل إلى الجذاذ لأن أخذ الشفيع من يشتري شراء ثان، فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه، وإن اشتراه وفيه طلع غيره مؤبر فأبرا ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ويأخذ الأرض و النخل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصا... مسألة: وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة إلى الحصاد و الجذاذ، فإذا زرع المشتري الرض للشفيع الأخذ بالشفعة، ويبقى زرع المشتري إلى الحصاد، لأنه ضرره لا يتبقى ولا أجره عليه لأنه زرعه في ملكه، ولن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع ببلائع، فكان له مبقى إلى الحصاد بلا أجره كخير المشفوع، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري، فهو له مبقى إلى الجذاذ كالزراع"⁽¹⁾.

- "... وكذا أفتى⁽²⁾ في الأقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر، والزرع قائم فيها، و منها: الشفيع إذا انتزع الأرض وفيها زرع للمشتري، فهو محترم، وهل يستحق أجره المثل على المشتري؟ على وجهين: أحدهما لا يستحق شيئا، وهو المذكور في المغنى، والتلخيص وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقا له ببيع الأرض المزروعة، فإن الأخذ بالشفعة نوع بيع قهري، والثاني: له الجرة من حين أخذه ذكره أبو الخطاب في انتصاره، وهو أظهر لأن حق الشفيع في العين والمنفعة جميعا لوقوع العقد عليهما جميعا، وفي ترك الزرع مجانا تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض فلا

(1) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقع، المرجع السابق، ص 511-512.

(2) ابن رجب القواعد الفقهية، القاعدة 368.

يجوز، ومنه الشقص المشفوع إذا كان فيه شجر فنما قبل الأخذ بالشفعة⁽¹⁾، فإنه يأخذه بنمائه بالثمن الذي وقع عليه العقد، ولا شيء عليه في الزيادة، وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فنما وقلنا يتبع في الشفعة، كما هو أحد الوجهين فيها ولو تأثر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشفيع، ففي تبعيته وجهات لتعلق حقه بالطلع ونمائه.

- "... فرع: لو بنى المشتري أو غرس أو زرع في المشفوع ولم يعلم الشفيع بذلك ثم علم قلع ذلك مجانا لعدوان المشتري، نعم إن بنى أو غرس في نصيبه بعد القسمة ثم أخذه بالشفعة لم يقلع مجانا، فإن قيل: القسمة تتضمن غالبا رضى الشفيع بتملك المشتري، أجيب بأن ذلك يتصور بصور: منها أن يظهر المشتري أنه هبة ثم تبين أنه اشتراه أو أنه اشتراه بثمن كبير ثم ظهر أنه بأقل، أو يظن الشفيع أن المشتري وكيل للبائع، ولبناء المشتري وغراسه حينئذ حكم بناء المستعير وغراسه، إلا أن المشتري لا يكلف تسوية الأرض إذا اختار القلع لأنه كان متصرفا في ملكه، فإن حدث في الأرض نقص فيأخذه الشفيع على صفته أو يترك ويبقى زرعه إلى أوان الحصاد بلا أجره، وللشفيع تأخير الأخذ بالشفعة إلى أوان الحصاد، لأنه لا ينتفع به قبله، وأي جواز التأخير أو أن جماد الثمرة، فيما إذا كان في الشقص شجر عليه ثمرة لا تستحق بالشفعة؟ وجهان: أحدهما لا، والفرق أن الثمرة لا تمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع، ولو ادعى المشتري إحداث بناء وادعى الشفيع أنه قديم صدق المشتري كما في الشامل، وإن توقف فيه في المطلب، ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن الذي اشترى به الشقص أو قيمته إن تلف ولا بينة بيمينه لأنه اعلم بما باشره من الشفيع،..."⁽²⁾.

(1) ابن رجب القواعد الفقهية، القاعدة 381.

(2) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 391-392.

المطلب الثالث: نقص المشفوع فيه

للفقهاء حول هذه النقطة رأيان متعارضان؛ رأي الحنفية وقريب منه مذهب المالكية ورأي الشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

الفرع الأول: الرأي الأول

قال الحنفية: قد يكون النقص جزء من توابع الأرض، أو متصلاً بالأرض، أو بعضاً من الأرض نفسها.

الحالة الأولى: فإذا كان النقص جزءاً من توابع الأرض، مثل قطف الثمر، وهلاك الآلات الزراعية أو الصناعية ثم حكم بالشفعة للشفيع، سقط من الثمن قيمة هذه الثمار والآلات، سواء أكان الهلاك بأفة سماوية، لأنها كانت بعض المعقود عليه، ودخلت في البيع مقصودة، فيقابلها حصتها من الثمن.

الحالة الثانية: وإن كان النقص جزءاً متصلاً بالأرض، مثل يبس الشجر أو جفافه، وانهدام البناء، واحتراقه، ونقصه، ثم قضي للشفيع بالشفعة، فإن كان ذلك بصنع المشتري أو غيره نقص من الثمن قيمة ما زال، كالحالة الأولى، فتقوم الأرض بدون شجر وبناء، وتقوم وفيها البناء والجر، ويسقط عن الشفيع مقدار التفاوت أو الفرق بينهما، لوجود التعدي والإتلاف، فيقابل به شيء من الثمن، وتكون الأنقاض حينئذ للمشتري.

وأما إن حدث ذلك بلا تعد من أحد، وإنما بأفة سماوية، كزلزال أو صقيع أو ريح عاتية، كان على الشفيع دفع الثمن كله، ولا يسقط منه شيء مقابل الجزء التالف أو الضائع، لأن النقص ليس بجناية أحد، ولأن الشجر والبناء تابعان للأرض، حتى إنهما يدخلان في عقد البيع بدون ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن، لأن الأصل أن الثمن يقابل الأصل لا الوصف.

وأما مصير الأنقاض من أحجار و أخشاب، فإن لم يبق منها شيء، فلا إشكال، وإن بقي منها شيء، وأخذ المشتري لانفصاله من الأرض وعدم تبعيته لها، سقطت حصته من الثمن، بقيمة يوم الأخذ، وأما الدار فتقوم يوم العقد، ويوزع الثمن بين الدار والأنقاض بحسب قيمتها على النحو المذكور.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4935--4936

وإن لم يأخذ المشتري الأنقاض، كأن هلك بعد انفصالها، لم يسقط شيء من الثمن، لعدم حبس الأنقاض من قبله، ولأنها من التوابع، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن، وبالأخذ بالشفعة تحولت الصفقة إلى الشفيع.

الحالة الثانية: وأما إن كان النقص في الأرض نفسها، لا فيما عليها من شجر أو بناء، كأن أغرقها السيل، فأزال بعضها، كان للشفيع الخيار بين ترك الشفعة، وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن، لأن حقه ثابت في الكل، وقد تمكن من أخذ البعض، فيأخذ بحصته من الثمن لهلاك بعض الأصل.

ومذهب المالكية إجمالاً كمذهب الحنفية، فإنهم قالوا: لا يضمن المشتري نقص الشقص (الجزء المشفوع فيه) إذا طرأ عليه بسبب سماوي⁽¹⁾، أو بسبب من المشتري لمصلحة، كان هدم لمبنى أو لأجل توسعه، فإن كان النقص بسبب من المشتري، كأن هدم لا لمصلحة، ضمن.

فإن هدم وبنى، فالمشتري قيمته يوم البناء على الشفيع قائماً، لعدم تعديده، و تحسب للشفيع من الثمن قيمة الأنقاض يوم الشراء، فيحط عنه من الثمن، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائماً، ودليلهم على ذلك:

- "... (وإذا انهدمت الدار ... الخ) كلامه ظاهر، والتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال إنهم: يعني أئمتنا زعموا أن البناء إذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع، وإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن فلأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسف لقلة التأمل، فإن منشأ الفرق ليس فعل الماء، وإنما منشؤه أن البناء وصف والوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إذا فات من غير صنع أحد، وأما بعض الأرض فليس يوصف لبعض آخر، فلا بد من إسقاط حصة ما غرق من الثمن (وإن نقص المشتري البناء) فالشفيع إن شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك لأن البناء صار مقصوداً بالإتلاف، ويقابله شيء من الثمن، وقد مر في البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقص لأنه صار مفصلاً فلم يبق تبعاً) فبقي منقولا ولا شفعة فيه، قال (وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان

(1) تقي الدين ابن تيمية، فتاوى الفقهاء، (الإجماع على أن تعذر المنفعة بأمر سماوي يسقط الأجرة)، الرياض، المملكة السعودية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السادسة، العدد الثاني والعشرون، 1415 هـ، ص 265

بغير فعل أحد، فالشفيع بالخيار، إن شاء أخذها بجمع الثمن) لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذلك، فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل، قال (وإن شاء ترك) لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله، قال: (وإن نقض المشتري البناء قبل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها، وإن شئت فدع) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلة شيء من الثمن، بخلاف الأول لأن الهلاك بأفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) إنه صار مفصولا فلم يبق تبعاً...⁽¹⁾.

- "... وإذ اشترى رجل دار وهدم بناءها أو هدمها أجنبي أو انهدم بنفسه، ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة البناء مبنياً، و على قيمة الرض فما أصاب الأرض أخذها الشفيع بذلك، معنى المسألة: إذ إنهدم البناء وبقي النقض على حاله إلا أنه إذا انهدم بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً، و إذا انهدم بنفس يقسم الثمن على قيمته مهدوماً لأن بالهدم دخل في ضمان الهادم فتعتبر القيمة على الوصف الذي دخل في ضمانه، وبالإلتهام لم يدخل في ضمان أحد، فتعتبر قيمته على الحالة التي عليها مهدوماً حتى أنه إذا كان قيمة الساحة خمسمائة وقيمة البناء خمسمائة، فانهدم البناء، وبقي النقض وهو يساوي ثلاثمائة، فالثمن يقسم على قيمة الساحة خمسمائة وعلى قيمة النقض ثلاثمائة أثماناً فيأخذ الشفيع الساحة بخمسة أثمان الثمن ولو اخترق البناء أو ذهب به السيل، ولم يبق شيء من النقض يأخذ الشفيع الساحة بجميع الثمن لأنه لم يبق في يد المشتري شيء له ثمن، ولو لم يهدم المشتري البناء، و لكن باعه غيره من غير أرض ثم حضر الشفيع فله أن ينقض البيع ويأخذ الكل كذا في المحيط وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها وإن شئت فدع، وليس له أن يأخذ النقض، وكذا إذا هدم البناء أجنبي، وكذا إذا إنهدم بنفسه، ولم يهلك لن الشفعة سقطت عنه، وهي عين قائمة، ولا يجوز أن يسلم للمشتري بغير شيء، وكذا لو نزع المشتري باب الدار وباعه تسقط عن الشفيع حصته كذا في السراج الوهاج، وإذا اشترى دار فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجري فيه الماء لا يستطيع رد

(1) الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المرجع السابق، ص 412.

ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن إن شاء، وإذا اشترى فوهب بنائها الرجل أو تزوج عليها، وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل، ولكن يأخذ الأرض بحصتها من الثمن وإن كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشتري، ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن، كذا في المبسوط وإذا اشترى أرضاً فيها نخلاً أو شجراً فيه ثمر، واشترط ثمرة في البيع ثم جاء الشفيع والثمرة قائمة فله أن يأخذ ذلك اجمع استحساناً فإن جاء وقد جذه البائع أو المشتري أو أجنبي فلا شفعة في الثمرة، ويأخذ الأرض والنخل بالحصّة من الثمن إن شاء وتسقط عنه حصّة الثمرة، يقسم الثمن على قيمة الأرض والنخل والثمر يوم العقد فما أصاب الثمرة سقط عن الشفيع، وقيل له خذ الأرض والنخل بحصتهما إن شئت فإن أخذهما الشفيع وبقيت الثمرة في يد البائع، فإن محمد رحمه الله قال "يلزم المشتري الثمرة ولا خيار له في ردها ولو كانت الثمرة قائمة فقبضها المشتري وأكلها أو باعها أو تلفت في يده على وجه من الوجوه فأراد الشفيع الأخذ سقط عنه حصّة الثمرة، وإن كان البيع قد وقع ولا ثمرة ثم أثمر في يد البائع بعد البيع قبل القبض، ثم جاء الشفيع، فإنه يأخذ الأرض والنخل والثمر وليس له أن يأخذ بعضها دون بعض، ويكون عليه جميع الثمن، ولوجده البائع أو المشتري أو أجنبي، وهو قائم في يد البائع أو المشتري أخذ الشفيع الأرض والنخل بحصته إن شاء وإن كانت الثمرة ذهبت بغير فعل أحد بأن احترقت أو أصابتها آفة فهلك فلم يبق منها شيء له قيمة أخذها الشفيع بجميع الثمن إن شاء وإن شاء ترك⁽¹⁾، ولو كان البائع أو المشتري صرم الثمر ثم هلك بعد ذلك بغير فعل أحد بأن أصابه سيل فذهب به أو نار فاحترق، فإن أبا يوسف رحمه الله قال "ذلك سواء لن ذلك قد صار للمشتري ولا شفعة فيه، فلا أبالي هلكت بفعل المشتري أو بغير فعله لأن الثمرة لما انفصلت سقط حق الشفيع عنها فكأنها كانت في الأصل منفصلة ولو كان المشتري قبض الأرض والنخل، ولا ثمرة فيه ثم أثمر في يده، ثم جاء الشفيع والثمر متعلق بالنخل فله أن يأخذ الأرض والنخل والثمر بالثمن الذي وقع عليه البيع لا يزداد عليه شيء فإن كان المشتري لما حدثت الثمرة في يده جذها ثم جاء الشفيع وهي قائمة أو قد

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص180.

استهلكها المشتري ببيع أو أكل، فإن الشفيع يأخذ الأرض و النخل بجميع الثمن إن شاء و لا سبيل له على الثمر كذا في السراج الوهاج...⁽¹⁾.

- "...قال (وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها، وإن شئت فذع) لأنه صار مقصودا بالإتلاف، فيقابل به شيء من الثمن، بخلاف الأول لأن الهلاك بأفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا..."⁽²⁾.

- "... قال رحمه الله: (وبكل الثمن إن خرجت الدار أو جف الشجر)، ومعناه لو اشترى أرض فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن، ولا يسقط من الثمن شيء لأنهما تابعا للأرض حتى يدخلان في البيع من غير ذلك فلا يقابلهما شيء من الثمن، ولهذا يبيعهما في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لأن الفأنت بعض الأصل هذا إذا إنهدم البناء، ولم يبق له نقض، ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب، و أما إذا بقي شيء من ذلك، وأخذ المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعا للأرض، فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لأنه عين مال قائم بقي محتسبا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد، وعلى قيمة النقض يوم الأخذ⁽³⁾ ... قال رحمه الله : (وبكل الثمن إن خرجت الدار أو جف الشجر) ومعناه لو اشترى أرضا فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء لأنهما تابعان للأرض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن، ولهذا يبيعهما في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لأن الفأنت بعض الأصل هذا إذا إنهدم البناء، ولم يبق له نقض، ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب، و أما إذا بقي شيء من ذلك، وأخذ المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعا للأرض، فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لأنه عين مال قائم بقي محتسبا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص181.

(2) شمس الدين أحمد بن قودور المعروف بقاضي زادة افندي روملي، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار، بيروت، لبنان، دار الفكر، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، ص408.

(3) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص251.

يوم العقد، وعلى قيمة النقض يوم الأخذ⁽¹⁾... وإن هلك بأفة سماوية فكذلك لأنه لما دخل بالتسمية صار أصلاً فيسقط بحصته من الثمن بفواته، وأما في الفصل الثاني فيأخذ الأرض و النخل بجميع الثمن، لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يدخل عند الأخذ في المبيع إلا تبعاً، فلا يقابله شيء من الثمن، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً يحط عنه من الثمن في الفصل الثاني أيضاً، لأن حال المشتري مع الشفيع محال البائع مع المشتري قبل قبض المبيع، ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب من أنه لا يسقط شيء من الثمن لأن الشفيع يأخذ بما قام على المشتري، وهو قام عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن فيأخذه به، وهذا لأن الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف ما إذا كانت موجودة عند العقد لأنها حدثت على ملك المشتري، ويكون لها حصة من الثمن إذا صارت مقصودة بورود القبض عليها أو بالاستهلاك، وليس للشفيع أن يأخذ الثمر بعد الجداد في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الأخذ، والله أعلم بالصواب⁽²⁾.

- "... وإذا إنهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد، فللشفيع الخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك، وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع: إن شئت فخذ العرصة بحصتها، وإن شئت فدع وليس له أن يأخذ النقض، ومن ابتاع أرض، وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها فإن أخذه المشتري سقط عن الشفيع حصته وإذا قضي للشفيع بالدار، وإن لم ين رآها فله خيار الرؤية، وإن وجدها عيباً، فله أن يردها به، وإن كان المشتري قد شرط البراءة منه..."⁽³⁾.

- "... وسواء كان زواله بأفة سماوية وهو قائم بعد الزوال أو هالك، أو كان زواله بفعل أحد، أما إذا كان بأفة سماوية وهو قائم أو هالك؛ لأنه كان تبعاً لحالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصبر به مقصوداً، والتبع لا يصير له حصة من الثمن بدونه، وأما إذا كان الزوال بصنع العبد بأن جذه المشتري وهو قائم أو هالك؛ فلأنه لم يرد عليه العقد ولا القبض، وإن كان حدث في يد البائع، فإن كان الزوال بأفة سماوية وهو قائم أو هالك؛ فكذلك اخذ الشفيع

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 251.

(2) المرجع نفسه، ص 251-252.

(3) عبد الغني القمي الدمشقي الميداني الحنفي، المرجع السابق، ص 195.

الأرض والشجر بجميع الثمن إن شاء؛ لأنه لم يوجد فعل يصير به مقصودا فيقابلة الثمن، وإن كان بفعل البائع بأن استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصبرورته مقصودا بالإتلاف...⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الرأي الثاني

وقال الشافعية والحنابلة: إن تلف الشقص (الجزء المشفوع فيه) أو بعضه، في يد المشتري فهو من ضمانه، لئنه ملكه، تلف في يده.

ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعض المشفوع فيه، أخذ الموجود بحصته من الثمن، سواء أكان التلف بفعل الله تعالى، أم بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كنقصه البناء، أو بغير اختياره كانهدام البناء نفسه.

والأنقاض إن كانت موجودة أخذها الشفيع مع الأرض بحصتها من الثمن، وإن كانت معدومة أخذ الأرض وما بقي من البناء.

ودليلهم على ذلك:

- "... وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري، فهو من ضمانه، لأنه ملكه تلف في يده، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه، أخذ الموجود بحصته من الثمن، سواء كان التلف بفعل الله تعالى، أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري، كنقصه للبناء، أو بغير اختياره، مثل إن إنهدم، ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرضة بالحصة.

... وقال أبو عبد الله بن أمد: إن كان التلف بفعل آدمي، كما ذكرنا، وإن كان بفعل الله تعالى، كانهدام البناء نفسه، أو حريق، أو غرق، فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن، أو يترك - وقول للشافعي؛ لأنه متى كان النقص بفعل آدمي، رجع بدله إلى المشتري، فلا يتضرر، ومتى كان بغير ذلك، لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه إضرارا به والضرر لا يزال بالضرر، ولنا: أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، فكان له بالحصة من الثمن، كما لو تلف بفعل آدمي سواء، أو كما لو كان له شفيع آخر، أو نقول: أخذ بعض ما دخل معه في العقد، فأخذه بالحصة، كما لو كان معه سيف⁽²⁾.

(1) علاء الدين أبي بكر بن سعود الكسانى الحنفى، المرجع السابق، ص29.

(2) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ص200.

وأما الضرر فإنما حصل بالتلف، ولا صنع للشفيع فيه، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه، فلا يتضرر المشتري بأخذه. وإنما قلنا: يأخذ النقاض وإن كانت منفصلة، لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع، وفي تل الحال كان متصلا اتصالا ليس ما له إلى الانفصال، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذ تأبرت، فإن مآلها إلى الانفصال والظهور، فإذا ظهرت فقد انفصلت، فلم تدخل في الشفعة.

وإن انقضت القيمة مع بقاء صورة المبيع، مثل إن انشق الحائط، واستهدم البناء، وشعث الشجر، وبارت الأرض، فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو الترك، لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن، بخلاف الأعيان، ولهذا قلنا: لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة⁽¹⁾.

- "... وإن تلف بعض المبيع فهو من ضمان المشتري، لأنه ملكه تلف في يده، وللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، ويأخذ أنقاضه لأنه تعذر أخذ البعض، فجاز أخذ الباقي كما لو أتلفه الآدمي، وقال ابن حامد: إن تلف بفعل الله تعالى لم يملك الشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن و يترك، لأن في أخذه بالبعض إضرارا بالمشتري، فلم يملكه كما لو أخذ البعض مع بقاء الجميع..."⁽²⁾.

- "... فإن حدث في الأرض نقص، فيأخذه الشفيع على صفته أو بترك، وإن لم يختار المشتري القلع، فللشفيع الخيار على الصفة بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة، وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ، وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص المذكورة في المعير إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق، وإن كان قد زرع، بقي زرعه إلى أن يدرك، فيحصده..."⁽³⁾.

وهذا كل ما يخص آثار ثبوت الشفعة للشفيع رضاءً أو قضاءً، في نظر الفكر الإسلامي، وبالدليل الواضح لكل أثر، وفي المبحث الآتي ندرس الآثار الأخرى فضلا أثر الحلول لثبوت الشفعة في ظل القانون الجزائري.

(1) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص200.

(2) عبد الله أبو محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، المرجع السابق

(3) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، المرجع السابق، ص95.

المبحث الثالث: الآثار الأخرى للشفعة في الفكر القانوني

تتجسد الآثار الأخرى للشفعة والناجمة أساساً عن الأثر الجوهري المتمثل في حلول الشفيع محل المشتري، في تأثير الحكم بالشفعة على علاقة الشفيع إن بأطراف الشفعة أو بالغير، وتأثر هذه العلاقة وعلاقات أخرى بصدر الحكم بالشفعة وتحقيق الحلول، وعلى ذلك تأتي الدراسة خلال هذا المبحث متفرعة على ثلاثة مطالب، نبين في المطلب الأول علاقة الشفيع بأشخاص الشفعة، ونخصص المطلب الثاني لبيان علاقة الشفيع بالغير، ونوضح في المطلب الثالث علاقة أساسية أخرى، وهي علاقة البائع بالمشتري.

المطلب الأول: علاقة الشفيع بأشخاص الشفعة

ويتحلل هذا المطلب إلى فرعين أساسيين، نبين في الفرع الأول منه علاقة الشفيع بالبائع، وعلاقة الشفيع بالمشتري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع

تنص المادة 804 من القانون المدني على أن

"يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة.

إذ يترتب على ثبوت الشفعة، سواء بالتراضي أو بالتقاضي حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه، والتزاماته، أيان يكون البيع بين الشفيع و البائع، بعد ان كان بين المشتري والبائع، وبالتالي يختفي شخص المشتري من الصفقة، و لا يعتبر أن هناك بيعاً قد انعقد بين البائع والمشتري، بل هو بيع واحد انعقد بين البائع و الشفيع، بحيث قامت بينهما صلة مباشرة، و أن عقد البيع هو الذي يحدد العلاقة ما بين البائع والشفيع، بحيث يصبح الأخير مشترياً، و إن حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري يترتب عليه حقوقاً والتزامات لكل منهما، فيلزم الشفيع اتجاه البائع بجميع التزامات المشتري، كما يلزم البائع اتجاه الشفيع بجميع التزامات البائع.

لذلك نقسم هذا الفرع إلى جزئين هامين، نتناول في الجزء الأول التزامات البائع، ونعالج في الجزء الثاني التزامات الشفيع.

أولاً: التزامات البائع:

إن ثبوت حق الشفيع بالشفعة، سواء بالتراضي أو بحكم القضاء، يترتب عليه حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، كما يترتب عليه التزام البائع اتجاه الشفيع بجميع التزاماته التي كانت اتجاه المشتري، وبذلك فإننا نتعرض لالتزامات البائع قبل الشفيع، في أربعة نقاط، نبين فيها على التوالي، التزام البائع بنقل ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع، تسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، التزام البائع بضمان التعرض، ونزع اليد للشفيع، والتزام البائع بضمان العيوب الخفية للشفيع.

1- التزام البائع بنقل ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع

يلتزم البائع بنقل ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع، و لكن هذه الملكية لا تنتقل سواء في حق الغير، أو فيما بين المتعاقدين، إلا بعد مراعاة القواعد المتعلقة بتسجيل وشهر العقار، وهذا ما نصت عليه المادة 165 من القانون المدني، والتي تنص على أن:

"التزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

كما أكدت المادة 792 من القانون المدني بنصها على أن :

"تنتقل الملكية، وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 165 وذلك مع مراعاة النصوص التالية".

وتنص المادة 793 من القانون المدني على أن:

"لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

فإذا تمت الشفعة بالتراضي، أي يسلم المشتري بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة، فالأمر لا يخلو من فرضين.

الفرض الأول: إذا كان المشتري قد سجل عقده وأشهره، فعندئذ يحرر هذا المشتري إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع، وذلك بعقد رسمي أمام الموثق⁽¹⁾، وفقاً لأحكام المادة 324- مكرر 1- من القانون المدني، ويتأكد المحافظ العقاري من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وذلك للاستيثاق من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالاً لحق الشفعة، وليس بيعاً جديداً صادراً عن المشتري إلى الشفيع، ثم يقدم الإقرار المفرغ في الشكل الرسمي إلى مصلحة الطابع والتسجيل لتسجيله، ثم إلى المحافظ العقاري للتأشير بمضمونه على هامش عقد البيع، وعلى هامش تسجيل عقد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

الفرض الثاني: إذا لم يقيم المشتري بتسجيل عقده، فإن الإقرار بتسليم الشفعة، يجب أن يكون موقفاً من البائع والمشتري و الشفيع، ويكون موثقاً، ويجوز أن يحرر الموثق عقد بيع جديد من البائع إلى الشفيع، ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتاً لتسليمه بالشفعة، و يسجل هذا الإقرار ويشهر ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل عقد إعلان الرغبة ولكن إذا وقع المشتري هذا الإقرار، أو وقع عقد البيع، ولكنه امتنع بعد ذلك، أو امتنع البائع عن قيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل والإشهار، عندئذ يجوز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري على كل من البائع والمشتري، فإذا تحصل على حكم بصحة الإقرار بالشفعة، فإنه يسجله ويشهره فتنقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه⁽²⁾.

أما إذا لم تتم الشفعة بالتراضي، وإنما تحصل الشفيع على حكم قضائي بالشفعة، فإنه يجب أن يسجل هذا الحكم ويشهره، فتنقل إليه الملكية مباشرة من البائع، ويقدم مكتب الشهر العقاري المختص بالتأشير على هامش عقد تسجيل إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة، لما يفيد صدور هذا الحكم النهائي، وكذلك يقوم نفس المكتب بإجراء التأشير بمنطوق الحكم على الهامش تسجيل عقد البيع، الذي صدر أولاً من البائع إلى المشتري، إذا كان هذا الأخير قد قام بتسجيل هذا العقد.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 726.

(2) المرجع نفسه، ص 727.

وإذا ما تم التسجيل والإشهار على النحو ما يقدم، فإن الشفيع لا يمتلك العقار المشفوع فيه، إلا من وقت صدور الحكم، وإقرار المشتري بحق الشفعة للشفيع، ومن هذا الوقت يجوز للشفيع، أن يتصرف في العقار المشفوع فيه، بأي نوع من أنواع التصرفات، باعتباره مالكا يتصرف في ملكه⁽¹⁾.

2- التزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع:

يلتزم البائع بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، إذا لم يكن قد سلمه للمشتري، وينطبق على هذا الالتزام فضلا عن النصوص الخاصة به في عقد البيع، جميع القواعد العامة التي وضعها القانون في شأنه، فالبائع يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع⁽²⁾، وبنفس المقدار الذي عين له في العقد، وبملحقاته، وتعتبر من ملحقات العقار المشفوع فيه، كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك طبقا لما يقضي به العرف⁽³⁾.

ويكون التسليم، بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به، دون عائق، ولو لم يتسلمه تسليما ماديا، مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع⁽⁴⁾، ويتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفعة للشفيع، إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم، أو إذا اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه، أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد معين، ويتم تسليم العقار المشفوع فيه في المكان الذي يوجد فيه العقار، بحيث يتسلمه الشفيع في ذلك المكان، فلو تأخر البائع عن تسليمه، يستطيع الشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء هذا التأخير.

وإذا امتنع البائع عن تسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، فالقاعدة أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية، هذا وقد نصت المادة 369 من القانون المدني على أن: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 727.

(2) انظر المادة 364 من القانون المدني.

(3) انظر المادة 365 من القانون المدني.

(4) انظر المادة 367 من القانون المدني.

فإذا هلك العقار في يد البائع، لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإن تبعة الهلاك تقع على البائع، قبل التسليم، فإن كان البائع قد تسلم الثمن من المشتري، أو من الشفيع في حالة الشفعة بالتراضي، أو قبض ما أودعه الشفيع لدى الموثق، وجب عليه أن يردده للشفيع، وإن كان لم يقبضه لم تجز له مطالبة الشفيع أو المشتري، غير أن تبعة الهلاك تقع على الشفيع بعد تسلمه العقار، ولم تم التسليم قبل انتقال الملكية إليه، بحيث أنه لم يسجل سند التراضي أو حكم الشفعة، فإذا تسلم الشفيع العقار ثم هلك، فهذا الأخير هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، فيجوز للبائع أن يقبض الثمن من الموثق إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك، وإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده⁽¹⁾.

غير أننا نلاحظ أن نص المادة 369 من القانون المدني الأنفة الذكر، قد أوردت حالة خاصة، وهي: "إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع"، بحيث يتحمل الشفيع تبعة الهلاك بصورة استثنائية، وذلك في حالة ما إذا وقع الهلاك بعد إعداره من قبل البائع من أجل تسليم المبيع، ومما تجدر الإشارة إليه، أن العقار يعتبر في حكم المسلم للشفيع من تاريخ إعداره من طرف البائع من أجل تسلم العقار، فإذا هلك، ولو وقع الهلاك قبل التسليم الفعلي، فإن تبعة الهلاك تكون على الشفيع.

أما بالنسبة لما يصيب العقار من تلف، فقد نصت المادة 370 من القانون المدني على أن: "إذا انقضت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري، إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

ويفهم من هذا النص أنه في حالة ما إذا كان الهلاك جزئياً، أو أدى إلى نقص في قيمة العقار بسبب تلف أصابه، ففي هذه الحالة يقع على البائع قبل التسليم تحمل التبعة، وعلى الشفيع بعد التسليم، كما هو عليه الحال في حالة الهلاك الكلي السابقة.

غير أنه تتبغي التفرقة في حالة الهلاك الجزئي، قبل تسليم العقار إلى الشفيع بين ما إذا أخذت الشفعة رضاءً أو قضاءً، فإذا تمت الشفعة رضاءً⁽²⁾، يكون الشفيع بالخيار بين الفسخ أو

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 729.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 541.

إنقاص الثمن، فإذا اختار الشفيع الفسخ، فهل يسري على المشتري، ففي الواقع أن المشتري ليس له الحق في أن يطالب بالعقار المبيع بعد إنقاص الثمن، أو حتى بعد دفع الثمن بأكمله، فلا بد من عقد جديد بين البائع والمشتري يأخذ بموجبه المشتري العقار بالثمن الذي يتفق عليه مع البائع، وكما ذكرنا يكون للشفيع الخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بقيمة تتناسب مع الهلاك الجزئي أو نقص القيمة، دون أن يكون له الحق في التعويض، ذلك لأن النقص أو الهلاك قد وقع بحادث فجائي أو قوة قاهرة، غير أن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لم يبلغ قدرا من الجسامه، بحيث لو وقع قبل العقد، لما تم البيع، فهنا لا يستطيع الشفيع أن يطلب الفسخ، فليس له حق في ذلك، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط⁽¹⁾.

أما إذا أخذت الشفعة قضاء، حيث صدر حكم بثبوت حق الشفيع بالشفعة، فإنه لا يكون هناك مجال للشفيع بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن، وإنما يجب عليه أن يستبقي المبيع مع إنقاص الثمن.

3- التزام البائع بضمان التعرض ونزع اليد للشفيع:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 804 من القانون المدني على أن: "... ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة"، وذكرنا سابقا أن هذا النص يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشتري منذ تاريخ إبرام عقد البيع، بحيث يختفي المشتري من الصفقة، وتكون هناك صلة مباشرة بين البائع والشفيع، لذلك فإن البائع يلتزم للشفيع، كما كان يلتزم للمشتري بضمان تعرضه الشخصي، سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا، كما يلتزم بضمان نزع اليد، ويرجع الشفيع بذلك على البائع وحده.

والجدير بالإشارة إليه، أن النصوص السارية في هذا الصدد، هي نصوص ضمان التعرض ونزع اليد الواردة في عقد البيع، هذا وتنص المادة 371 من القانون المدني على أن: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 729-730.

البائع مطالباً بالضمان، ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

والمستفاد من النص أن البائع، يلتزم بضمان التعرض ونزع اليد للمشتري، وطالما أن الشفيع حل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، فإن البائع يلتزم بضمان التعرض ونزع اليد اتجاه الشفيع باعتباره مشترياً، كما أن للشفيع أن يرجع بالضمان على البائع أيضاً، فيرجع الشفيع بضمان التعرض ونزع اليد الصادر من البائع نفسه، كما يرجع الشفيع على البائع أيضاً بضمان التعرض ونزع اليد الصادر من الغير.

أما بالنسبة لأعمال التعرض الصادرة من البائع، فلقيام ضمان التعرض، يجب أن يكون التعرض الذي وقع فعلاً، عملاً من شأنه أن يجول دون انتفاع الشفيع كلياً أو جزئياً بملكية العقار المشفوع فيه، بحيث لا يكفي مجرد الاحتمال وقوع التعرض، وإنما يجب وقوع التعرض فعلاً سواء كان هذا التعرض مبنياً على سبب مادي، أو أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني.

فالتعرض المبنى على سبب مادي، قسماً؛ قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع -سواء قبل البيع أو بعده- يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع الشفيع بملكية العين المشفوعة، ويلاحظ فيما يتعلق بالتصرفات القانونية الصادرة من البائع، أن التصرف القانوني الذي يصدر من البائع إلى الغير يعد عملاً مادياً، بالنسبة إلى الشفيع لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف.

ومثل التعرض القائم على أعمال مادية محضة، كأن يكون للبائع عقاران متجاوران، وقد رتب على العقار الثاني حق انتفاع لشخص آخر، بحيث أصبح البائع مالكا للرقبة في العقار الثاني، بينما يمتلك فيه حق الانتفاع لشخص آخر، أما العقار الأول فيتملكه البائع ملكية تامة، ثم باع البائع ما يملكه من الرقبة في العقار الثاني لصاحب حق الانتفاع الذي شفع بالرقبة، وأصبح مالكا للعقار ملكية تامة، حيث ضم إلى حق الانتفاع الرقبة الملازمة لها، ثم قام البائع بتعليق الجدار الفاصل بين عقاره، والعقار الثاني الذي شفع فيه صاحب حق الانتفاع، بقصد

حجب النور والهواء عن العقار الثاني الذي أخذه صاحب حق الانتفاع بالشفعة، يكون البائع في هذه الحالة ملزماً بضمان تعرضه الشخصي القائم على عمل مادي.

ومثل التعرض القائم على تصرفات قانونية، كأن يمتلك البائع ملكية الرقبة في عقار، وكان قد رتب عليه حق انتفاع لشخص آخر، ثم باع البائع ما يملكه من الرقبة، فأخذها صاحب حق الانتفاع بالشفعة، ثم رهن البائع ما يملكه من الرقبة بعد بيعها، وقيد الدائن المرتهن رهنه، قبل تسجيل صاحب حق الانتفاع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فيسري الرهن في حق الشفيع، نكون هنا بصدد تعرض صادر من البائع، قائم على تصرف قانوني، وفي الوقت ذاته تعرض صادر من جانب الغير وهو الدائن المرتهن.

أما التعرض القائم على سبب قانوني، فيقع إذا ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع، سواء كان الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له، مثل الحق السابق على البيع، أن يكون البائع قد أفرز عقارا، وذلك بناء على قسمة قابلة للإبطال، ثم باع العقار لمشتري، فأخذها شفيع بالشفعة، ففي هذه الحالة لا يجوز للبائع المطالبة بإبطال القسمة لئلا يبطل البيع، فتبطل الشفعة⁽¹⁾، ومثل الحق اللاحق للبيع، كأن يبيع شخص أرضا زراعية غير مملوكة له، فيأخذها شفيع بالشفعة، ثم يملكها البائع بالميراث فيحتج البائع على الشفيع بعد البيع، بهذا الملك الحادث، فهنا يستطيع الشفيع أن يدفع دعوى البائع، الذي يقع عليه التزام بضمان التعرض الشخصي، والقائم على سبب قانوني لاحق للبيع.

ولكن المشرع في هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع، وهو بيع ملك الغير، تنتقل إلى المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 398 من القانون المدني بقولها: "... وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

وإن التزام البائع بعد التعرض للشفيع هو التزام دائم، بحيث يتمتع على البائع التعرض للشفيع، في أي وقت بعد البيع، ولو بمضي مدة التقادم المنصوص عليها في المادة 308 من القانون المدني، وهي خمسة عشرة (15) سنة، فإذا تعرض البائع فعلا للشفيع بحيث أخل

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 732.

بالتزامه بعدم التعرض، ينتج التزام جزائي بالتعويض، وهذا الالتزام الجزائي متولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض، وإن الذي يسقط بالتقادم بمضي خمسة عشر (15) سنة، هو الالتزام الجزائي، بحيث لا يستطيع الشفيع بعد ذلك أن يطالب به البائع، وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يترتب على قيام ضمان التعرض، حيث تختلف طريقة تنفيذه باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض، فإذا كان التعرض الذي وقع على الشفيع مبنياً على أعمال مادية محضة، وصادرة من البائع، نفسه، كتعلية الجدار الفاصل بين عقار البائع، والعقار المشفوع فيه، بغية حجب النور والهواء عن عقار الشفيع، فهنا يقوم البائع بدفع تعويض عن الأضرار التي أصابت الشفيع، كما يجوز للشفيع أن يجبر البائع على إعادة الجدار الفاصل بينهما، إلى ما كان عليه، وذلك بواسطة التنفيذ العيني، أما إذا كان التعرض الذي وقع على الشفيع مبنياً على تصرفات قانونية وصادرة من البائع نفسه، كما هو الحال في المثال السابق، حيث قام البائع برهن رقبة العقار المشفوع فيه، وقيد الدائن المرتهن رهنه، قبل تسجيل إعلان الرغبة للأخذ بالشفعة، فهنا يستطيع الشفيع أن يرجع على البائع بالتعويض، إما بناء على ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع نفسه، والقائم على تصرف قانوني لأن الدائن المرتهن قد استمد حقه من البائع نفسه، أو بناء على أن الغير وهو الدائن المرتهن قد استحق العقار استحقاقاً جزئياً، وهو حق الرهن.

أما إذا كان تعرض البائع مبنياً على سبب قانوني، كما إذا ادعى البائع حقا على العين المشفوعة في مواجهة الشفيع⁽¹⁾، سواء كان الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له، كما في حالة كون البائع قد أفرز عقارا بناء على قسمة قابلة للإبطال، ثم باع العقار لمشتري فأخذه شفيع بالشفعة، ثم أراد البائع إبطال القسمة، كي يسترد الملكية، فإن الجزاء يتمثل في رد دعوى البائع، لأنه كما يقال أن الاستيراد والضمان لا يجتمعان، فمن وجب عليه الضمان لا يحق له الاسترداد.

وقد يتفق البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع، إما بإسقاط هذا الضمان أو بإنقاصه أو بالزيادة فيه، يسري هذا الاتفاق على الشفيع باعتباره حل محل المشتري، غير أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان سواء في حق المشتري، أو في حق

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 732.

الشفيع، فإذا كان البائع لا يستطيع الاحتجاج بالاتفاق على إسقاط الضمان في مواجهة المشتري، فإنه لا يستطيع الاحتجاج بهذا الاتفاق على الشفيع، وهذا ما نصت عليه المادة 378 في فقرتها الأولى من القانون المدني بقولها: "يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك"، فلا يجوز إذن الاتفاق على إسقاط الضمان في مواجهة المشتري، وكذلك الحال بالنسبة للشفيع، وإنما يجوز الاتفاق على إنقاصه أو زيادته فيه.

أما فيما يتعلق بالتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيًا على سبب قانوني حتى يضمنه البائع، أما التعرض المبني على سبب مادي، والصادر من الغير⁽¹⁾، لا يضمنه البائع غير أنه يشترط في التعرض المبني على سبب قانوني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع، أو أن يكون تالياً له، ولكنه مستمد من البائع، أما إذا كان الحق تالياً للبيع وغير مستمد من البائع، فإن البائع لا يلتزم بالضمان، ومثل الحق السابق على البيع، عندما يقوم البائع ببيع عقار، وكان هذا العقار في حيازة الغير، ثم أخذه الشفيع بالشفعة، وبعد ذلك تبين أن الغير الجائر للعقار، كان قد اكتسب ملكية هذا العقار بالتقادم، فهنا يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر من الغير في مواجهة الشفيع، والمبني على سبب قانوني، ومثل الحق التالي للبيع على أن يكون مستمداً من البائع نفسه، كما في المثال السابق، حيث باع البائع الرقبة التي يملكها، وشفع فيها صاحب حق الانتفاع، ثم رهن البائع الرقبة بعد بيعها، وقيد الدائن المرتهن رهنه، قبل تسجيل إعلان الشفيع بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فهنا نكون بصدد تعرض مبني على سبب قانوني صادر من الغير، ومستمد من البائع، حيث يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر من الغير في مواجهة الشفيع، ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، فإن البائع تجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً⁽²⁾، بحيث يجعل الغير الذي تعرض للشفيع أن يكف عن تعرضه، وينزل عن ادعائه، فإذا نجح الغير بإثبات ما يدعيه، وصدر له حكم بالحق المدعى به، ويكون ذلك في حالة ما إذا عجز البائع عن التنفيذ العيني، فهنا استلزم على البائع أن يقوم بتنفيذ التزامه بالضمان، وذلك

(1) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 140.

(2) المرجع نفسه، ص ص 140-141.

بطريق التعويض، فيعوض الشفيع عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق العقار المشفوع فيه، وهذا ما يسمى بنزع اليد، أو ضمان الاستحقاق، وهذا يكون إما ضمانا عن نزع اليد الكلي أو الجزئي، هذا وقد نصت المادة 375 من القانون المدني على أن:

"في حالة نزع اليد الكلي عن البيع فللمشتري أن يطلب من البائع:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد.
 - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.
 - المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع، وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.
 - جميع مصاريف دعوى الضمان، ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منه لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.
 - وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر، وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.
 - كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله.
- ويفهم من النص، أن العقار كان مملوكا لغير البائع، ثم انتزعه المالك الحقيقي من يد المشتري أي الشفيع، ومن ثم يرجع المشتري أي الشفيع على البائع بدعوى نزع اليد الكلي أو ضمان الاستحقاق، وهذه الدعوى تفترض أن عقد البيع باق، ولذلك فإن التعويض في هذه الدعوى ما هو إلا تنفيذ بطريق التعويض لعقد البيع، بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذا عينيا، لذلك يقدر التعويض على أساس تعويض المشتري أي الشفيع عن فقده للمبيع، فيأخذ قيمته اعتبارا من الوقت الذي رفعت فيه دعوى نزع اليد الكلي، بالإضافة إلى قيمة الثمار التي ألزم المشتري أي الشفيع بردها لمن استحق المبيع من وقت علمه بنزع اليد الكلي إلى يوم رفع الدعوى إن علم بذلك، وكذلك المصاريف النافعة، وهي التي أنفقها المشتري أي الشفيع على الترميمات الضرورية التي أجراها على العقار سواء كان المشتري أو الشفيع حسن النية أو سيئها، كالمصاريف التي أنفقها في بناء شقة جديدة فوق طبقته الأصلية، ويرجع المشتري أي الشفيع بهذه المصاريف على نازع اليد الكلي أي المستحق، ويرجع المشتري (الشفيع) أيضا على

البائع لا على نازع اليد الكلي بالمصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية، وتتمثل هذه المصاريف في النفقات التي صرفها على زخرفة العقار ودهنه، كما أن المشتري (الشفيع) يرجع أن البائع بمصروفات دعوى الضمان ودعوى نزع اليد الكلي، كما يرجع على البائع أيضا بالتعويض بما لحقه من خسارة، وما فاتته من كسب⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 376 من القانون المدني على الضمان عن نزع اليد الجزئي بقولها: "في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه، وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

فنزع اليد الجزئي، كما هو مستفاد من النص، يتحقق عندما يستحق جزء من العقار، أو عندما يكون العقار مثقلا بحق رهن أو حق اختصاص، ويلاحظ أن النص يميز بين فرضين؛

الفرض الأول: إذا كانت خسارة المشتري أي الشفيع بلغت بسبب نزع اليد الجزئي، من

الجسامة، قدرا لو علمه وقت إبرام البيع لما أبرمه، كما لو اشترى المشتري (الشفيع) أرضا لإقامة مصنع فاستحق جزء منها، فصار الجزء المتبقي لا يكفي لتحقيق الغرض المطلوب، ولا يشترط في هذا الفرض أن يكون المشتري غير عالم وقت إبرام البيع بنزع اليد الجزئي، بل قد يكون عالما به، ولكن المشتري (الشفيع) يعتقد أن البائع سيدفعه عنه، كما هو الحال عندما يكون العقار مرهونا في دين، ثم أكد له البائع أنه سيظهر العقار من الرهن، وفي هذه الحالة، يكون للمشتري (الشفيع) إذا تمت الشفعة بالتراضي، بالخيار بين استبقاء العقار مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من خسارة بسبب نزع اليد الجزئي، أو أن يرد

(1) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص ص 142-143.

العقار وما حققه من فائدة إلى البائع، ويطالبه بالتعويضات التي يستحقها في حالة نزع اليد الكلي، والتي نصت عليها المادة 375 من القانون المدني.

أما إذا أخذت الشفعة بالتقاضي، لا يكون هناك مجال للمشتري (الشفيع) بالخيار، بل يتعين عليه أن يستبقي العقار مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من خسارة بسبب نزع اليد الجزئي.

الفرض الثاني: إذا لم تبلغ خسارة المشتري (الشفيع) بسبب نزع اليد الجزئي قدرا من الجسامة فهنا سواء تمت الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي، فإن المشتري (الشفيع) يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء نزع اليد الجزئي.

هذا وقد يتجنب الشفيع نزع اليد الكلي أو الجزئي، وذلك يدفع مقابل للنازع، وبهذا قضت المادة 374 من القانون المدني بما يلي:

"عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه يدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام".

ويتطرق هذا النص لحالتي نزع اليد الجزئي، ونزع اليد الكلي، فالمفروض هنا أن المشتري (الشفيع) قد تجنب صدور حكم من المحكمة بنزع اليد الكلي أو الجزئي عن العقار، حيث أنه اتفق مع نازع اليد، على تقادي نزع اليد الكلي أو الجزئي عن العقار بأن يدفع المشتري (الشفيع) النازع اليد مبلغا من النقود، أو أن يؤدي له شيئا آخر، مقابل نزول نازع اليد عن ادعائه، وترك العقار في يد المشتري (الشفيع) سليما من نزع اليد الكلي أو الجزئي، وغالبا ما يقع هذا الاتفاق، عندما يرفع نازع اليد، دعوى نزع اليد على المشتري (الشفيع)، سواء تدخل البائع في هذه الدعوى أو لم يتدخل، وقد يقع الاتفاق أيضا، دون أن يرفع نازع اليد الدعوى، وبالتالي يخلص العقار للمشتري (الشفيع) خاليا من أي نزاع، وهذا الاتفاق يعتبر بالنسبة إلى البائع نزع اليد على المبيع، ويوجب عليه القانون الضمان، فيرد البائع للمشتري

(الشفيع) المبلغ الذي دفعه هذا الأخير لنزع اليد، كما يدفع له المصاريف التي تكبدها في ذلك، سواء كانت هذه المصاريف نتيجة الاتفاق، أو بسبب رفع دعوى نزع اليد أمام القضاء. كما يجوز للبائع والمشتري الاتفاق على تعديل أحكام نزع اليد، سواء الكلي أو الجزئي، الصادر من الغير، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه⁽¹⁾، وفقا للمادة 377 من القانون المدني والتي تنص على أن: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه ... ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير".

وعليه فإن هذا الاتفاق يسري على الشفيع لأنه حل محل المشتري، غير أن المادة أشارت إلى أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا، إذا تعمد البائع أن يخفي حق الغير، كذلك فإن هذا الشرط يقع باطلا بالنسبة للشفيع أيضا، وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يتعمد البائع إخفاء حق الغير، كان مع ذلك مسؤولا عن رد قيمة المبيع وقت نزع اليد، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب نزع اليد، ويعتمد في العلم بالمشتري لا بالشفيع، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته، وإن هذه الأحكام تسري أيضا على الشفيع، وقد حل محل المشتري⁽²⁾.

4- التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

يلتزم كذلك البائع، بضمان العيوب الخفية، حيث يرجع الشفيع به على البائع وحده، وقد نصت المادة 379 من القانون المدني بما يلي:

"يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 734.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (البيع والمقايضة)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 626.

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه".

ويتبين لنا من هذا النص، أنه حتى يوجب الضمان على البائع، يجب أن يكون هناك عيب في العقار المشفوع فيه، ويجب أن يكون هذا العيب مؤثرا، وأن العيب المؤثر الموجب للضمان، هو العيب الذي يقع في مادة العقار المشفوع فيه، فمعيار العيب هنا موضوعي، كما يلاحظ من النص أنه يشترط أن يكون العقار المشفوع فيه عيب "ينقص من قيمته"، فقد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة العقار المادية، أو من نفعه المادي، وقيمة العقار ونفعه، أمران متميزان، حيث أن العيب قد ينقص من قيمة العقار المشفوع فيه دون أن ينقص من نفعه، فإذا كان العقار صالح لتحقيق الأغراض المقصودة منه، ولكن في جدرانه عيب خفي مما لا يؤثر في صلاحيته للسكن، فإذا كان هذا العيب ينقص من قيمة العقار المشفوع فيه نقصا محسوسا، بحيث يعتبر مؤثرا، عندها يستطيع الشفيع أن يرجع بضمان العيب الخفي على البائع.

وقد ينقص العيب من نفع العقار المشفوع فيه، دون أن ينقص من قيمته كأرض زراعية فيها عيب خفي يجعلها غير صالحة لبعض المنافع، ولكنها مع ذلك تحتفظ بقيمتها المادية، فإذا كانت المنفعة لا تفي بالأغراض المقصودة كان للشفيع أن يرجع بضمان العيب الخفي على البائع، ولتحديد المنافع المقصودة من العقار، ينبغي الرجوع إلى طبيعة العقار المشفوع فيه، والغرض الذي أعد له لتحديد تلك المنافع.

ويشترط في العيب أيضا، أن يكون قديما⁽¹⁾، أي أن يكون العيب موجودا في العقار المشفوع فيه وقت تسليمه للمشتري أو للشفيع، سواء كان موجودا وقت البيع أو وجد بعد البيع، ولكنه بقي إلى حين التسليم، فإن البائع يكون مسؤولا عن ضمانه، أما إذا حدث العيب بالعقار المشفوع فيه بعد تسليمه للشفيع، فإن البائع لا يكون ضامنا له، وإذا حدث العيب بالعقار بعد تسليمه للمشتري، وقبل أن يتسلمه الشفيع، فإن المشتري يكون ضامنا له.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 631.

وقد يوجد سبب العيب قبل التسليم، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم، يضمنه البائع، لأن العيب الذي يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم.

كما يشترط أيضاً، أن يكون العيب خفياً⁽¹⁾، بحيث إذا كان العيب ظاهراً حين تسلم المشتري أو الشفيع العقار المشفوع فيه، ورضي به فإن البائع لا يضمنه غير أن العيب إذا لم يكن ظاهراً، لكن البائع أثبت أن المشتري لا الشفيع كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه، لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادي، فإن البائع لا يضمنه، ومع ذلك يجب الضمان على البائع في هذه الحالة إذا أثبت الشفيع أحد أمرين، إما أن يكون البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب المعين الذي وجد به ذلك، ويستطيع الشفيع أن يثبت هذا التأكيد من البائع للمشتري بكافة طرق الإثبات، أو أن البائع قد نعلم إخفاء هذا العيب عن المشتري غشاً منه، وللشفيع أن يثبت ذلك أيضاً بكافة طرق الإثبات، وكما ذكرنا أنه يجب أن يكون العيب خفياً، وغير معلوم للمشتري وقت أن تسلم العقار، فإذا كان الشفيع هو الذي تسلمه من البائع مباشرة وجب أن يكون العيب غير معلوم به.

فإذا توافرت بالعقار أحد العيوب بالصفات المذكور آنفاً، يجب على الشفيع أن يبادر إلى إخطار البائع، ويرجع عليه بالضمان، ويجب الإشارة إلى وجوب التفريق بين ما إذا كان العيب جسيماً، بحيث لو كان المشتري يعلمه وقت إبرام عقد البيع لما أقدم على الشراء، وبين ما إذا كان العيب لم يبلغ حداً من الجسامة، ففي الحالة الأخيرة، لا يستطيع الشفيع إلا أن يطالب البائع بالتعويض، من جراء الضرر الذي أصابه بسبب العيب، أما في الحالة الأولى، أي إذا كان العيب جسيماً، فإذا تمت الشفعة بالتراضي يكون الشفيع بالخيار بين رد العقار المشفوع فيه، وما حقق له من فائدة إلى البائع، وأن يطالب بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة نزع اليد الكلي وفقاً للمادة 375 من القانون المدني -الآنف ذكر محتواها-، وهي قيمة المبيع وقت نزع اليد، وقيمة الثمار، والمصاريف النافعة، والمصاريف الكمالية في حالة كون البائع سيئ النية، ومصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، وتعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، أو أن يختار الشفيع بين استبقاء العقار المشفوع فيه، مع المطالبة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 632.

بالتعويض من جراء الضرر الذي أصابه بسبب البيع، أما إذا أخذت الشفعة بالتقاضي، فإنه يتعين على الشفيع أن يستبقي العقار المشفوع فيه مع المطالبة بالتعويض.

والجدير بالذكر، أن دعوى ضمان العيوب الخفية تسقط بالتقادم بمضي سنة من يوم تسليم المبيع إلى المشتري⁽¹⁾، فإذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشتري، فمن وقت تسليمه مباشرة إلى الشفيع، هذا وقد نصت المادة 383 من القانون المدني في هذا الصدد، على أن:

"تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه".

وقد يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية⁽²⁾، ويكون ذلك إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه، وعلى اعتبار أن الشفيع قد حل محل المشتري، فإن هذا الاتفاق يسري على الشفيع، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في العقار المشفوع، غشا منه، وقد ورد في المادة 384 من القانون المدني ما يلي:

"يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيد في الضمان أو أن ينقص منه، وأن يسقط هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

إذن فرجوع الشفيع المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية، هو مثل رجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض ونزع اليد، لدليل قاطع على أن الشفيع قد حل محل المشتري، من وقت إبرام عقد البيع⁽³⁾.

ثانياً: التزامات الشفيع

وكما ذكرنا، أن عقد البيع هو الذي يحدد العلاقة ما بين البائع والشفيع، بحيث يصبح الأخير مشرياً، ويحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، بحيث يلتزم الشفيع اتجاه البائع بجميع التزامات المشتري، كما يلزم البائع اتجاه الشفيع بجميع

(1) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 144.

(2) المرجع نفسه، ص 144.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 735.

التزامات البائع، وتتمثل التزامات المشتري في دفع الثمن والمصاريف، وتسليم المبيع، ومن ثم تكون هي التزامات الشفيع، نعالج محتواها في جزئين هامين، أحدهما تتعرض فيه لالتزام الشفيع بدفع الثمن والمصاريف للبائع، ونكرس الثاني لالتزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع.

1- التزام الشفيع بدفع الثمن والمصاريف للبائع:

إن الشفيع الذي أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة يصبح ملتزماً بدفع ثمنه للبائع إذا لم يكن هذا الأخير، قد قبضه من المشتري⁽¹⁾، وإن مقدار الثمن والمصاريف يكون مُعيباً بالاتفاق بين جميع الأطراف، إذا أخذت الشفعة بالتراضي، بحيث يلتزم الشفيع في هذه الحالة بدفع كل الثمن والمصاريف المتفق عليها للبائع، لأنه لا يكون قد أودع شيئاً من الثمن والمصاريف بين يدي الموثق، غير أنه إذا أخذت الشفعة بالتقاضي، فإن الشفيع يكون قد أودع الثمن والمصاريف لدى الموثق، وفي هذه الحالة يستطيع البائع أن يتسلم الثمن الذي أودعه الشفيع بين يدي الموثق، وبهذا يكون الشفيع قد وقى بالتزامه بدفع الثمن.

وكما أشرنا إليه آنفاً في الفصل السابق من هذا الباب -، إلى ما جاء في المادة 801 من القانون المدني، والتي تنص على وجوب إيداع الثمن الحقيقي، وقد رأينا ضرورة الأخذ بصياغة المادة 942 من القانون المدني المصري، وذكرنا بأن البائع يستطيع أن يتسلم الثمن الذي أودعه الشفيع بين يدي الموثق، وعادة ما يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، فإذا أثبت البائع أو المشتري، أن الثمن المودع أقل من الثمن الحقيقي، فهنا يجب على الشفيع دفع الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن المودع لدى الموثق إلى البائع على اعتبار أن الثمن الحقيقي يزيد على الثمن المودع، وهو الثمن الذي ذكر في العقد، غير أن الشفيع قد يودع أكثر من الثمن الحقيقي، أي أن يكون الشفيع قد أودع لدى الموثق الثمن المذكور في العقد، ثم تمكن الشفيع أن يثبت في دعوى الشفعة أن الثمن المذكور، في العقد أكثر من الثمن الحقيقي، فهنا يستطيع الشفيع أن يسترد الفرق بين الثمن المودع لدى الموثق⁽²⁾، والثمن الحقيقي، لكون الثمن المودع، وهو الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي، ويستطيع الشفيع بالإضافة إلى ذلك، أن

(1) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 145.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يطلب تعويضا من البائع والمشتري، أمام المحكمة التي تنظر في دعوى الشفعة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابته من جراء إيداع الثمن المذكور في العقد، لكونه أكبر من الثمن الحقيقي، وذلك نتيجة تواطؤ المتبايعان معا، على أساس المسؤولية التقصيرية، إن كان هناك محل للتعويض، وسواء تسلم البائع الثمن من الشفيع إذا تمت الشفعة بالتراضي، أو تسلم ما أودعه الشفيع لدى الموثق في حالة أخذ الشفعة بالتقاضي، فإن الشفيع يكون قد وقى بالتزامه بدفع الثمن، وسواء تسلم البائع الثمن من الشفيع إذا تمت الشفعة بالتراضي، أو تسلم ما أودعه الشفيع لدى الموثق في حالة أخذ الشفعة بالتقاضي، فإن الشفيع يكون قد وقى بالتزامه بدفع الثمن، وسواء تسلم البائع الثمن والمصاريف من الشفيع أو قبضه من بين يدي الموثق، فإنه يلتزم بدفعه فورا، حتى ولو كان البائع قد اتفق مع المشتري على تأجيل الثمن، هذا وقد قلنا أن المادة 804 من القانون المدني تنص في هذا الصدد على ما يلي: "... إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع...".

فيتبين لنا من النص، أن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري سواء عن كل الثمن أو بعضه إلا برضاء البائع، وهذا استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، فالحكمة من ذلك واضحة، لأن تأجيل الثمن في عقد البيع، يتأسس على اعتبارات شخصية بين البائع والمشتري، والثقة في شخص هذا الأخير، وقد يرضى البائع بمنح المشتري لدفع الثمن أجلا لا يرضى بمنحه إلى غيره⁽¹⁾، كما قد تربطه بالمشتري من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل الثمن للمشتري دون الشفيع، أما إذا رضي البائع بتأجيل الثمن للشفيع أو تقسيطه بعد الأخذ بالشفعة، فإنه يتأجل أو يقسط كذلك بالنسبة له على الوجه الذي ارتآه البائع، ويستطيع الشفيع بعد الحصول على إذن من البائع سحب الثمن إذا كان قد أودعه بين الموثق، ليفي به للبائع في الأجل المتفق عليه، أو في الأقساط المتفق عليها، وتسري القواعد العامة في هذا الصدد على إخلال الشفيع بالتزامه بدفع الثمن⁽²⁾، وإذا كان العقار لازال في يد البائع، ولم يسلمه للمشتري، كان للشفيع الحق في ثماره، ويتحمل تكاليفه، وذلك من تاريخ إبرام البيع، وهذا تطبيقا للمادة 389 من القانون

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 516.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 740.

المدني، والتي تنص على أن: "يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك".

فالمشتري يستحق ثمار الشيء المبيع، ونماؤه من يوم انعقاد البيع، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضاً، وإن استحقاق المشتري للثمرات، والنماء لا يرجع إلى أنها تعتبر من ملحقات المبيع، فتسلم إليه مع المبيع بل يرجع ذلك، إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع، وباعتباره كذلك، فإنه يمتلك ثمار ملكه ونماؤه، وبالتالي يتحمل تكاليفه، وطالما أن الشفيع قد حل محل المشتري، فإنه لا يمتلك ثمار العقار المشفوع فيه وغاءه، إلا من وقت تمام البيع، سواء كان العقار لا يزال في يد البائع، فهو الذي يستولي على ثماره، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يجني هذه الثمار، لذلك فإن الشفيع يملك الثمار من هذا الوقت، وبمعنى آخر، أن العقار إذا كان لا يزال في يد البائع، ولم يتسلمه المشتري، وعلى اعتبار أن الشفيع قد حل محل المشتري، فإنه يمتلك الثمار، وهي في يد البائع من الوقت الذي كان المشتري يمتلكها فيه، وقد أشارت المادة 389 من القانون المدني الأنفة الذكر، إلى ما يفيد ذلك، لهذا فإن الشفيع يمتلك الثمار، وهي في يد البائع من وقت تمام البيع، فله أن يطالب البائع بها، ويجب عليه أن يرد للبائع أيضاً، تكاليفها كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته، ونفقات الاستغلال، ومصرفات تحصيل الثمار ...، وذلك من وقت إبرام عقد البيع.

2- التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه من البائع:

إن التسلم هو العملية المتممة للتسليم، فيلزم الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه، فإذا كان العقار لا يزال في يد البائع، فإنه يتسلمه منه، أما إذا كان المشتري قد تسلمه من البائع، فإن الشفيع يتسلمه من المشتري⁽¹⁾، ونشير في هذا الصدد إلى أن المادة 394 من القانون المدني تنص على أن:

"إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم".

(1) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 145.

وطالما أن الشفيع قد حل محل المشتري، فإن البائع يلتزم بتسليم المبيع، والشفيع يلتزم بتسلمه بأن يستولي فعلا، وأنه لا يجوز لهذا الأخير بعد القضاء له بالشفعة أن يرفض تسليم العقار المشفوع فيه، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته، وأنه متنازل عنه، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشتري أو للبائع، وهو قبض الثمن⁽¹⁾، كما أنه لا يجوز للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له، لتسلم العين ودفع الثمن⁽²⁾.

أما بالنسبة لنفقات التسلم، فإن المادة 395 من القانون المدني أشارت إلى أن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري، وقد حل الشفيع محله، أما نفقات تسليم المبيع فإنها تكون على البائع، إلا إذا كان هناك اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري

يترتب على ثبوت الشفعة للشفيع، حله محل المشتري، وهذا الحل يؤدي إلى نشوء حقوق والتزامات بين الشفيع والمشتري، ومن هنا تنشأ العلاقة التي تربط كل واحد منهما بالآخر، تتمثل هذه العلاقة الرابطة بينهما، بأن يكون لكل من المشتري والشفيع حقوقا اتجاه الآخر، وبالتالي يتحمل كل واحد منهما بالالتزام بذلك نحو الآخر، وعلى ضوء هذه المقدمة البسيطة، نقسم هذا الفرع إلى جزئين هامين، نخصص الأول للالتزامات الشفيع، والتزامات المشتري في الجزء الثاني.

أولا: التزامات الشفيع

إن حلول الشفيع محل المشتري، يعتبر الأثر الجوهري والمباشر الذي يترتب على ثبوت الشفعة للشفيع، وهذا الحل يؤدي إلى أن يتحمل الشفيع الالتزامات التي كان يتحملها المشتري، حيث كان يلتزم المشتري بدفع ثمن البيع والمصاريف للبائع⁽³⁾، فيلتزم بها الشفيع للمشتري، في حالة ما إذا وفاها هذا الأخير للبائع، كما يلتزم الشفيع بالتعويض للمشتري عن النفقات اللازمة، والنافعة التي أنفقها على العقار المشفوع فيه، كما أن المشتري يسترد من الشفيع تعويضا، عما أحدثه في العقار المشفوع فيه، من بناء أو غراس، لذلك جاء تقسيم هذا الجزء إلى ثلاثة نقاط هامة، نعالج في الأولى التزام الشفيع بدفع ثمن البيع والمصاريف

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 536.

(2) المرجع نفسه، ص 528.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 737.

للمشتري، ونخصص النقطة الثانية لبيان التزام الشفيع بالتعويض على المصروفات اللازمة والنافعة للمشتري، ونتناول في النقطة الثالثة التزام الشفيع بالتعويض عن البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه للمشتري.

1- التزام الشفيع بدفع ثمن البيع والمصاريف للمشتري:

إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع، يلتزم الشفيع، إذا تمت الشفعة بالتراضي، دفع الثمن المتفق عليه إلى المشتري، وأيا كان المبلغ الذي يلتزم الشفيع بدفعه، فإنه يلتزم بدفعه للمشتري، ولا يجوز للمشتري أن يطلب من الشفيع مبلغا يزيد على الثمن الذي اشترى به، والذي قام الوفاء به للبائع، بحجة غلاء المعيشة وارتفاع الأسعار، وبالتالي فإن العقار قد ارتفعت قيمته، وبالمقابل فإنه لا يجوز للشفيع كذلك أن يطلب إنقاص ثمن البيع، بحجة انخفاض الأسعار، وبالتالي فإن العقار قد نقصت قيمته⁽¹⁾.

وإذا أخل الشفيع بالتزامه يدفع الثمن، تطبق في هذا الصدد القواعد العامة، فإذا كان المشتري قد وقى الثمن للبائع، فإنه لا يجوز للأول أن يطلب من البائع فسخ البيع، بحجة أن الشفيع لم يحم بوفاء الثمن له، وهو الثمن الذي قبضه البائع، وبالتالي فإنه لا يجوز للمشتري أن يتذرع بعدم وفاء الشفيع بالثمن الذي دفعه للبائع، ويطلب الفسخ، ذلك لأن المشتري حين قام بوفاء ثمن البيع للبائع إنما يكون قد وقى التزاما قائما في ذمته، وإذا رجع المشتري على الشفيع بغية استرداد المبلغ الذي دفعه للبائع باعتباره ثمنا للبيع، فإن المشتري يرجع على الشفيع بالثمن والمصاريف وفقا لما تقضي به قواعد الإثراء بلا سبب، لذلك فلا يحق للمشتري أن يطلب الفسخ، وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع، وله حق الحبس على العقار المشفوع فيه، حتى يسترد الثمن من الشفيع.

ويسترد المشتري كذلك من الشفيع مصاريف البيع سواء كانت هذه المصاريف رسمية كرسوم توثيق العقار المشفوع فيه ورسوم التسجيل... وغيرها، أو كانت هذه المصاريف غير رسمية كأتعاب المحاماة والسمسرة ومصاريف معاينة العقار المشفوع فيه، وهذه المصاريف قد التزم بها المشتري عند شرائه العقار، هذا وقد نصت المادة 393 من القانون المدني على أن:

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 528.

"إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

أما إذا أخذت الشفعة بالتقاضي، بحيث أودع الشفيع الثمن بين يدي الموثق، يكون للمشتري أن يسحب الثمن الذي أودعه الشفيع لدى الموثق حيث يعتبر الشفيع قد وقى التزامه اتجاه المشتري، وقد أشرنا سابقا إلى ما يجب على الشفيع إضافته إلى الثمن الحقيقي، إذا أثبت المشتري أو البائع أنه أقل من الثمن الحقيقي، وما يجب على الشفيع إلا استرداد الفارق بين الثمن الذي أودعه لدى الموثق والثمن الحقيقي، إذا أثبت الشفيع أن المبلغ المودع أكبر من الثمن الحقيقي⁽¹⁾.

2- التزام الشفيع بالتعويض عن المصروفات اللازمة والنافعة للمشتري:

إذا أنفق المشتري على العقار المشفوع فيه، مصروفات لازمة أو نافعة أو كمالية، بعد تسلم العقار من البائع، فهنا يعتبر المشتري حائزا للعقار المشفوع فيه، وبالتالي فإنه يرجع بهذه المصروفات على المالك، وهو هنا الشفيع، وذلك بناء على القواعد العامة، وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 839 من القانون المدني بما يلي:

"على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة.

وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبق المادتان 784 و785.

وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقياها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم".

ويفهم من النص، أنه على المالك وهو هنا الشفيع، أن يدفع إلى الحائز وهو هنا المشتري جميع المصروفات اللازمة، ويقصد بهذه المصروفات، تلك المصروفات غير العادية التي ينبغي إنفاقها بغية المحافظة على العقار المشفوع فيه، كالمصروفات التي ينفقها المشتري لإنقاذ العقار من حريق تسبب فيه الغير، يكاد يلتهمه، وكذلك المصروفات التي ينفقها المشتري

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 748.

على ترميم جدار في العقار المشفوع فيه آيل للسقوط، كل هذه المصروفات تدخل في عداد النفقات اللازمة⁽¹⁾.

فإذا أنفق المشتري هذه المصروفات على العقار المشفوع فيه، فإنه يستردها من الشفيع، وأن المشتري يرجع بالمصروفات اللازمة على الشفيع حتى ولو كان المشتري سيء النية، على اعتبار أن الشفيع نفسه كان مضطراً لدفعها لو أن العقار بقي في حيازته، وعليه أن يثبت مقدار هذه المصروفات أثناء نظر المحكمة في دعوى الشفعة، حتى تقضي له بها، كما يكون له أن يرفع بها دعوى على حدة⁽²⁾.

أما بالنسبة للمصروفات النافعة، فإنه يسري في شأنه أحكام المادتين 784 و785 من القانون المدني، والمصروفات النافعة، هي المصروفات التي ينفقها المشتري لتحسين العقار، والزيادة من قيمته، والإكثار من طريق الانتفاع به، كتمديد الإضاءة الكهربائية أو إدخال أنابيب الغاز والمياه إلى العقد المشفوع فيه.

فهذه المصروفات، ليست غايتها المحافظة على العقار، وإنما غايتها تحسين الانتفاع به، والزيادة في قيمته، بحيث لو بقي العقار في حيازة المالك، وهو هنا الشفيع كان غير ملزم بإنفاقها عليه، فهي تشبه المنشآت التي تقام في أرض الغير، فيتملكها صاحب الأرض بالالتصاق مقابل تعويض يدفعه لمن أقامها، لذلك أخضعها المشرع لأحكام الالتصاق، والتي نص عليها في المادتين 784 و785 من القانون المدني، حيث تنص الأولى (784 قم) على أن:

"إذ أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت، إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها، أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها.

(1) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 545.
(2) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب كسب الملكية)، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص 210.

ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً إلا إذا اختار صاحب الأرض استبقاءها طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

فنستفيد من ذلك أن النص، يتعلق بكل شخص يقيم منشآت في أرض الغير، وبمواد من عنده، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له، فإذا رفع مالك الأرض دعوى نزع اليد الكلي على الحائز واسترد الأرض، فهنا تطرح مشكلة المنشآت، وكما هو واضح من النص القانوني، فإنه يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه مالك الأرض بإقامة المنشآت حيث يكون لمالك الأرض خلال هذه السنة، بالخيار بين أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها، ويطلب منه بالإضافة إلى تعويضاً عما يحدثه إزالة المنشآت من ضرر بالأرض، على اعتبار أن من أقام المنشآت، كان يعلم أن الأرض غير مملوكة له، فهو بذلك سيء النية.

أما إذا لكم يطلب مالك الأرض إزالة المنشآت، ولم يعلن في خلال السنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، عن إرادته في استبقاء المنشآت في الأرض، فإنه يتملكها بالالتصاق، ويجب أن يدفع مقابل ذلك تعويضاً لصاحب المنشآت يتمثل في أقل القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أي أنه يدفع قيمة الانقراض مخصوماً منها نفقات الهدم، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض، بسبب هذه المنشآت أي المقدار الذي اغتنى به مالك الأرض بسبب إقامة المنشآت.

الحالة الثانية: تبدأ عند انقضاء السنة، فإذا انقضت السنة دون أن يختار مالك الأرض الإزالة، أو دون أن يعلن عن إرادته في استبقاء المنشآت، ودون أن يطلب صاحب المنشآت نزعها، إذا كان النزع لا يلحق ضرراً بالأرض، فإن المنشآت تبقى في الأرض، ويتملكها مالك الأرض بالالتصاق، ويجبر

مالك الأرض على استبقائها، لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد انقضاء السنة، كما يجبر على دفع أقل القيمتين⁽¹⁾.

أما المادة 785: من القانون المدني فإنها تنص بما يلي:

"إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نيته أنه له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد، وأجرة العمل، أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية، وكان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

إذ يفترض هذا النص (أي المادة 785 ق.م)، أن من يقيم منشآت في أرض غيره، وبمواد من عنده، حسن النية، بحيث يعتقد الباني للمنشآت أن له الحق في إقامة المنشآت، فذا كان نص المادة 784 من القانون المدني السالف ذكرها، أجاز لمالك الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز، فإن الحائز هنا حسن النية، لذلك فإنه لا يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت، بل يجوز للحائز أن يطلب استبقاء المنشآت في الأرض، ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق، وعليه أن يعرض الحائز، ويكون لصاحب الأرض الخيار في دفع التعويض للحائز، في أن يدفع أقل القيمتين، فإما أن يدفع قيمة المواد، وأجرة العمل، وهذه هي القيمة التي افتقر بها الحائز، أو أن يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت، وهذه هي القيمة التي اغتنى بها مالك الأرض، إذا يكون لمالك الأرض أن يدفع أقل القيمتين، بحيث لا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، كما هو عليه الحال عندما يكون الحائز سيء النية⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 750-751.

(2) المرجع نفسه، ص 751.

ونشير في هذا الصدد، إلى أن هذه القواعد، تميز بين الحائز حسن النية، والحائز سيء النية، ويعتبر المشتري حسن النية، فيما ينفقه بعد التصريح بالرغبة في الشفعة، وتطبق عليه أحكام المادة 784 من القانون المدني، وكلتا الحالتين، حالة كون المشتري سيء النية أو حسن النية، فإنه يطالب الشفيع بالتعويض عن المصروفات النافعة طبقاً لهذه القواعد، إما من دعوى خاصة بها أو أثناء نظر المحكمة في دعوى الشفعة⁽¹⁾.

أما المصروفات الكمالية، فهي مصروفات لا تعود بالنفع الكلي على العقار، وإنما تنفق لزخرفة العقار وتزيينه، كطلاء الجدران أو فرش الأرض بزرابي مطروزة، وهذه المصروفات لا يجوز للحائز أن يطالب المالك بردّها له، إنما كل ما يستطيعه هو أن ينزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتحميل، على أن يعيد العقار إلى حالته الأولى، على نفقته، غير أنه يجوز للمالك أن يطلب استبقاء هذه المنشآت، على أن يدفع للحائز قيمتها مستحقة الإزالة. ولا يجوز للمشتري أن يطالب الشفيع بالمصروفات الكمالية، سواء أنفق هذه المصاريف قبل التصريح بالرغبة في الشفعة أو بعده، وإنما يكون للشفيع بالخيار بين أن يستبقي المنشآت الكمالية التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو أن يجبر المشتري على إزالتها، وإعادة العقار كما كان عليه، وللشفيع أن يطالب المشتري، إما في دعوى خاصة، أو أثناء نظر دعوى الشفعة، وبالمقابل يستطيع المشتري أن يحبس العقار المشفوع فيه كي يسترد، ما يستحقه من المصاريف اللازمة والنافعة والكمالية من الشفيع.

3- التزام الشفيع بالتعويض عن البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه للمشتري:

تنص المادة 805 من القانون المدني على أن:

"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.

(1). عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 751.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس".

فالمشرع وضع أحكاماً خاصة لحالة بناء المشتري أو غرسه أشجاراً في العقار المشفوع فيه، وذلك بعد أن تسلمه من البائع، وقد حددت المادة ما يلتزم به الشفيع من التعويض للمشتري بسبب البناء أو الغراس، حيث ميّز المشرع، بين حالة بناء المشتري أو غرسه أشجاراً قبل التصريح بالرغبة في الشفعة، حين اعتبره حائزاً حسن النية، وحالة بنائه أو غرسه أشجاراً بعد التصريح بالرغبة في الشفعة، حين اعتبره حائزاً سيئ النية.

والملاحظ من المادة، أن المشرع لم يطبق في كلتا الحالتين، الأحكام العامة في الالتصاق، بل الحرف عنها كثيراً، بحيث عامل المشتري في كلتا الحالتين، حالة كونه حسن النية، وحالة كونه سيئ النية، معاملة أفضل من تلك التي تقضي بها القواعد العامة في الالتصاق، والحكمة من ذلك أن المشتري عندما يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها، إنما يبني أو يغرس في عقار اشتراه، فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك، فيبني أو يغرس، وحتى بعد إعلانه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب، قد يكون على حق في هذه المعارضة، أو في القليل يعتقد أنه على حق فيها، فلم يشأ أن يشلّ نشاطه، وأقبل يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه، ففي الحالة الأولى، إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجاراً قبل التصريح بالرغبة في الشفعة⁽¹⁾، فإن المشتري يكون بالخيار بين أن يطالب الشفيع، إما بالمبلغ الذي أنفقه في البناء أو الغراس، وإما بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس⁽²⁾، بحيث يكون للمشتري أن يقتضي أكبر القيمتين، قدر ما أنفقه، وقدر ما زاد في قيمة العقار بسبب ذلك، بعكس ما هو عليه الحال للمشتري الحائز حسن النية، وفقاً لقواعد الالتصاق، حيث يكون للمشتري أن يتقاضى أقل القيمتين، قدر ما أنفقه، وقدر ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

(1) عبد النواب معوض، مدونة القانون المدني، القاهرة، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، الجزء الثاني، 1987، ص 1790.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 166.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المادة 785 من القانون المدني التي وردت في أحكام الالتصاق، والتي نصت على أن: "... غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية وكان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

تعطي لصاحب الأرض الحق في أن يتفادى تعويض الحائز للبناء أو الغراس، بأن يطلب تمليكه الأرض نظير تعويض عادل، أما في الشفعة، فإن الشفيع لا يستطيع أن يتفادى تعويض المشتري عما أحدثه من البناء أو الغراس، بأن يطلب تمليكه العقار نظير تعويض عادل، لأن نصوص الشفعة لا تحتوي على أحكام تؤدي إلى هذا المعنى، كالذي ورد في أحكام الالتصاق، وهذا يرجع، إلى أن الشفيع، إذا رغب في تفادي التعويض الذي يدفعه للمشتري عن البناء أو الغراس، كان أولى به أن لا يطلب الشفعة أصلا بالعقار بدلا من أن يأخذ، ثم يعيده إلى المشتري نظير تعويض عادل.

إن القواعد العامة للالتصاق تجيز للحائز، أن يطلب إزالة المنشآت التي استحدثها، على أن يعيد الأرض كما كانت عليه (المادة 785 -الفقرة الأولى- من القانون المدني)، وهذا الوضع جائز أيضا في الشفعة، فيجوز للمشتري أن يطلب إزالة البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه، على أن يعيد العقار إلى ما كان عليه، وذلك بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة 805 من القانون المدني.

أما في الحالة الثانية⁽¹⁾، إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا بعد التصريح بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع بالخيار بين أن يطلب إما الإزالة، وإعادة العقار إلى ما كان عليه على نفقة المشتري مع التعويض إن كان له وجه، وإما استبقاء البناء أو الغراس، على أن يدفع الشفيع للمشتري قيمة ما أنفقه على البناء أو الغراس⁽²⁾.

ففي حالة استبقاء البناء أو الغراس، يلاحظ أنه يجوز لصاحب الأرض في أحكام الالتصاق، ويجوز كذلك للشفيع في أحكام الشفعة أن يطلب كل واحد منهما استبقاء البناء أو الغراس، غير أن هناك اختلافا في المعاملة بين الحائز سيء النية في أحكام الالتصاق، وبين

(1) عبد النواب معوض، المرجع السابق، ص 1790.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 166.

المشتري في أحكام الشفعة، حيث يعامل الحائز سيء النية معاملة أسوأ مما يعامل به المشتري بالشفعة، فالحائز سيء النية في أحكام الالتصاق، إذا استبقى البناء أو الغراس، فإنه يأخذ تعويضا هو أقل القيمتين، قيمة البناء أو الغراس مستحقة الإزالة، أو قيمة الزيادة التي طرأت على ثمن العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما بالنسبة للمشتري في الشفعة، فإنه يأخذ من الشفيع مقابل ما أنفقه بسبب البناء أو الغراس، وفي حالة الإزالة وإعادة العقار إلى ما كان عليه مع التعويض إن كان له وجه، ففي هذه الحالة يتساوى كل من الحائز سيء النية في أحكام الالتصاق والمشتري في الشفعة، بحيث يجوز لكل من الحائز سيء النية في الالتصاق والمشتري في الشفعة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقته، مع دفع تعويض إن كان هناك مجال للتعويض.

ثانياً: التزامات المشتري

إن المادة 805 من القانون المدني الأنفة الذكر، تلزم الشفيع بالتعويض عن النفقات اللازمة والنافعة للمشتري، كما أنه يلتزم بالتعويض عن البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه إلى المشتري، بالإضافة إلى التزامه بدفع الثمن والمصاريف للمشتري، إذا كان البائع قد قبض ذلك من المشتري، وبالمقابل لذلك فإن المشتري يلتزم بدوره اتجاه الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه إليه، كما يلتزم أيضا برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع. وعليه تأتي الدراسة في هذا الجزء مقسمة إلى نقطتين، نبين في الأولى، التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، ونبحث في الثانية التزام المشتري برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع.

1- التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع:

إذا كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع، فإنه يلتزم بتسليمه للشفيع على الوجه الذي يلتزم فيه البائع بتسليمه له، بحيث يلتزم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه، بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وبالمقدار الذي ذكر في العقد، وبملحقاته، ويكون التسليم فورا، ويتم التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

وإذا هلك العقار في يد المشتري، لسبب أجنبي لا يد له فيه، قبل أن يتسلمه الشفيع، فإن كثيرا من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعة الهلاك تقع على المشتري⁽¹⁾، ذلك لأن تبعة هلاك المبيع تكون على البائع قبل التسليم لأنه ملتزم بالتسليم، وقد أصبح المشتري هو الملتزم بالتسليم، إذن تقع عليه تبعة الهلاك⁽²⁾.

وقد أخذ على هذا الرأي، بأن تبعة الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية، فيكون الالتزام بالتسليم ليس في حقيقته إلا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية⁽³⁾، لأن الملكية لا تخلص فعلا إلا به، ولكن المشتري ليس ملتزما بنقل الملكية للشفيع، لأن الذي يلتزم بنقلها إليه هو البائع، الذي ارتفع عنه هذا الالتزام بتسليم العقار إلى المشتري، ولا يكون من ثم، لتحمل المشتري تبعة الهلاك أساس يقوم عليه، لأن التزامه بالتسليم، هو التزام مستقل وليس متفرعا عن التزام بنقل الملكية، لذلك فإن هناك رأيا آخر⁽⁴⁾، يذهب إلى الرجوع للمبادئ العامة في تحمل تبعة هلاك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبي، وهو لا يزال في يد المشتري قبل أن يسلمه للشفيع، والتي تقضي -أي القواعد العامة- بأن تبعة هلاك الشيء تقع على مالكة، والمالك هو الشفيع متى سجل سند شفيعته فكان ينبغي أن يتحمل الشفيع تبعة الهلاك، غير أن المشتري قبل تسليمه العقار المشفوع فيه للشفيع يعتبر حائزا حسن النية قبل التصريح بالرغبة في الشفعة، وحائزا سيء النية بعد هذا التصريح، وقد نص القانون صراحة على من تقع عليه تبعة هلاك الشيء إذا هلك، وهو في يد الحائز، وفي هذا الصدد نصت المادة 842 من القانون المدني بما يلي:

"إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولا اتجاه من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع. ولا يكون الحائز مسؤولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت عن هذا الهلاك أو التلف".

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 539.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 513.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 752.

(4) المرجع نفسه، ص 753.

فالمستفاد من النص، أنه إذا هلك العقار بسبب أجنبي، وهو في يد المشتري، طالما كان هذا الأخير حائزاً حسن النية، أي قبل التصريح بالرغبة في الشفعة، فإن تبعة الهلاك تقع على المالك، وهو هنا الشفيع، غير أن الملاحظ من الناحية العملية، أن الشفيع إذا علم -قبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة- بهلاك العقار، وهو في يد المشتري، فلن يتقدم بطلب الأخذ بالشفعة، في عقار قد هلك، وبالتالي يتحمل هو تبعة هلاكه، لذلك ففي هذه الحالة، يبقى البيع قائماً بين المشتري والبائع، ويتحمل المشتري تبعة هلاك العقار بعد أن تسلمه من البائع.

أما المادة 843 من القانون المدني، فتتص على أن:

"إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف، ولو بقي في يد من يستحقه".

فالمستفاد منه، أنه إذا هلك العقار، وهو في يد المشتري باعتباره حائزاً سيء النية، أي بعد التصريح بالرغبة في الشفعة، فإن تبعة الهلاك تقع على المشتري، غير أنه يلاحظ من الناحية العملية أن المشتري يتحمل تبعة هلاك العقار المشفوع فيه، سواء قبل التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، أو بعده، على أنه قد تظهر فائدة عملية من تأسيس تحمل التبعة على المادتين اللتين سبق ذكرهما، في فرضين؛

الفرض الأول: أنه إذا هلك العقار قبل التصريح بالرغبة في الشفعة، فإن الشفيع هو الذي يتحمل التبعة دون المشتري، وذلك في حالة طلب الشفيع الأخذ بالشفعة، دون أن يعلم بهلاك العقد المشفوع فيه.

الفرض الثاني: إذا هلك العقار بعد التصريح بالرغبة في الشفعة، فإن الشفيع هو الذي يتحمل التبعة أيضاً، في حالة ما إذا ثبت أن العقار المشفوع فيه، كان يصيبه الهلاك حتى ولو تسلمه الشفيع.

أما إذا كان الهلاك جزئياً، أو سبب نقصاً في قيمة العقار لتلف أصابه، فإن التبعة تكون على الشفيع إذا كان قبل التصريح بالرغبة، وتقع التبعة على المشتري بعد التصريح بالرغبة، وهنا في هذه الحالة تتبغي التفرقة، فيما إذا أخذت الشفعة رضاء أو قضاء؛

فإذا تمت الشفعة رضاء، فإنه يجوز للشفيع، إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً، بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن⁽¹⁾. أما إذا أخذت الشفعة قضاء، حيث صدر حكم بثبوت حق الشفيع بالشفعة، فإنه لا يكون هناك مجال للشفيع، بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن، وإنما يتعين عليه أن يستبقى المبيع مع إنقاص الثمن.

2- التزام المشتري برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع:

تنص المادة 389 من القانون المدني على أن:

"يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك".

يستحق المشتري -وقد حل الشفيع محله-، ثمار الشيء ونماءه من يوم انعقاد البيع، وعليه تقع تكاليفه من هذا الوقت أيضاً، وإن استحقاق المشتري للثمار والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع، بل يرجع ذلك إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع، وباعتباره كذلك، فإنه يملك ثمار ملكه ونماءه، وبالتالي يتحمل تكاليفه.

وطالما أن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع المشفوع فيه، لذلك يجب أن نحدد متى يعتبر الشفيع مالكا، حتى يستحق من هذا الوقت الثمار فيستردها من المشتري، وبالتالي يكون ملتزماً بالتكاليف، وحتى يتسنى لنا تحديد الوقت الذي يصبح فيه الشفيع مالكا، ينبغي أن نحدد وقت حلوله محل المشتري، ولا يتأتى معرفة ذلك إلا بتحديد الوقت الذي يصبح فيه المشتري مالكا.

في الواقع أن ملكية العقار المبيع، لا تنتقل فيما بين المتعاقدين، إلا بتسجيل البيع، فإذا ما انتقلت الملكية بالتسجيل، فهل هي تنتقل من وقت التسجيل، أو أن انتقالها يستند بأثر رجعي إلى وقت إبرام عقد البيع، بحيث يعتبر المشتري بعد التسجيل مالكا فيما بينه، وبين البائع من وقت تمام البيع.

وهذه المسألة يتنازعها رأيان؛

(1) أنظر نص المادة 370 من القانون المدني.

الرأي الأول: وهو الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء⁽¹⁾، والذي يرى بأن الملكية تنتقل من وقت التسجيل، بحيث لا يكون لانتقالها أثراً رجعياً يستند إلى الماضي، وقد استند أصحاب هذا الرأي في تعزيز ما ذهب إليه إلى الحجج التالية⁽²⁾:

1- إن نصوص القانون جاءت مطلقة، حيث تقرر بشكل واضح أن عقد البيع ينبغي شهره بطريقة التسجيل، لأن عدم تسجيل البيع يؤدي إلى عدم انتقال الملكية، لا فيما بين المتعاقدين، ولا بالنسبة إلى الغير، فالمرشح يجعل المتعاقدين والغير في مركز واحد بالنسبة إلى انتقال الملكية، بحيث لا تنتقل إلا بالتسجيل، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى غيرهم، ولم يورد في أي من نصوصه الخاصة بذلك، أنه يفرق بين المتعاقدين والغير، في وقت انتقال الملكية وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً، فلا يجوز مخالفة نصوص التشريع في هذا الصدد.

2- إن نية المشرع قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير، بحيث يستوي الجميع في كيفية انتقال الملكية، وفي وقت انتقالها، فقد نص -المشرع- على أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية، لا تنشأ ولا تنتقل، ولا تتغير ولا تزول إلا من تاريخ التسجيل دون أن ينسحب أثر التسجيل إلى تاريخ التصرف نفسه.

3- إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع قصد المشرع الذي يذهب إلى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل، وذلك توطيداً لدعائم الملكية العقارية واستقراراً لنظام انتقالها، وهو حافز للمتعاقدين في نفس الوقت لتسجيل عقودهم، ما دامت الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، ولو قلنا أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل من وقت التعاقد، لاتسعت أمام المشتري أسباب التراخي في تسجيل عقده، لأنه يوقن بأنه مهما أبطأ في هذا التسجيل، فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله، فيستوي عنده إذن أن يسيء في التسجيل، أو أن يبطئ ما دامت النتيجة واحدة في كلتا الحالتين.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 754.

(2) المرجع نفسه، ص ص 756-757.

4- إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين، ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير، يعتبر خروجاً عما قصده المشرع في قواعد التسجيل العقاري، حيث جرى قصد المشرع على القضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير.

الرأي الثاني: وهو الرأي الذي يرى أن يكون للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين، وقد استند أصحاب هذا الرأي⁽¹⁾، في تعزيز ما ذهبوا إليه، إلى الحجج التالية:

1- إن الملكية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل، لأن طبيعة التسجيل تقتضي ذلك، فالغاية من التسجيل هي إعلام الغير بوقوع تصرف قانوني، كي يسري في حقهم، ولا يتأتى ذلك إلا من وقت التسجيل، بل يمكن القول أن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد، ولكن انتقالها لا يسري في حق الغير إلا من وقت التسجيل، بحيث أن انتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقاً، وتراخيه إلى وقت التسجيل في حق الغير هو عدم نفاذ لا عدم انتقال.

2- ن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعي للتسجيل، استناد خاطئ، لأن الشرط الواقف لا يكون إلا في منطقة الإرادة، أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً، فإن الحكم المشروط لا يوجد إلا من وقت تحقق الشرط، لأن الأثر لا يسبق المؤثر، وما كان من الشروط مردوداً إلى إرادة المشرع، كشرط التسجيل لنقل الملكية، لا ينسحب أثره إلى الماضي.

3- إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية، ذلك أن تقرير الأثر الرجعي أو إنكاره، لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التي تعرض لتطبيق كل من القولين، ولكن القول بالأثر الرجعي من ناحية الصناعة القانونية أكثر استساغة من إنكار هذا الأثر في بعض المسائل، وفي مسائل أخرى قليلة، يكون دون غيره هو القول الحق، وفي هذه

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 759.

المسائل وحدها تبرز أهميتها العملية، وكمثال نبين فيه أن تقرير الأثر الرجعي وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية، ولكن القول بالأثر الرجعي يكون أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية، وهو ما نصت عليه المادة 389 من القانون المدني السالفة الذكر، حيث تقضي المادة بأن ثمر المبيع ونماءه يكون للمشتري من وقت تمام البيع -لا من وقت التسجيل-، ومن هذا الوقت يتحمل تكاليفه، ذلك لأن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع، وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماءه، وبالتالي يقع عليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا. وهذا التأصيل يقتضي القول بالأثر الرجعي للتسجيل، فإذا سجل المشتري عقد البيع، انتقلت إليه ملكية الشيء المبيع بالتسجيل، ولكن هذا الانتقال يكون من وقت تمام البيع، ولذلك يتملك ثمار المبيع ونماءه من هذا الوقت، ويكون عليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا، ومن جهتنا نرى الأخذ بالرأي الأخير، والذي يذهب إلى أن ملكية العقار لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل عقد البيع، ولكن انتقالها يستند بأثر رجعي إلى وقت إبرام البيع، ويعتبر المشتري بعد التسجيل مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت تمام البيع.

وطالما أن الشفيع، يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، وكما ذكرنا أن هذا الحلول يتم من وقت إبرام البيع المشفوع فيه، لذلك فإن الشفيع لا يتملك ثمار العقار المشفوع فيه ونماءه، إلا من وقت تمام البيع، سواء كان العقار لا يزال في يد البائع يستولي على ثماره، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يجني هذه الثمار، لذلك فإن الشفيع يملك الثمار من هذا الوقت، وبالتالي يقع عليه تحمل تكاليفه من هذا الوقت أيضا.

وإذا كان المستقر قضاء⁽¹⁾، بأن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي، إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة، وأن الثمار -في المدة السابقة على هذا الحكم أو ذاك التراضي-، تكون من حق المشتري وحده، ولا يكون للشفيع حق فيها إلا ابتداء من تاريخ صدوره، حين تنقطع صلة المشتري بها، ولا يكون له ثمة حق عليها، لذلك قضي بأن الشفيع يستحق ثمار العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الحكم النهائي، ومن ذلك الوقت يلتزم برد التكاليف إلى المشتري.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 756.

ولكننا أخذنا بالرأي الأخير، لاقتناعنا يكون حكم الشفعة كاشف لا منشئ، وبالتالي فإن حلول الشفع محل المشتري منذ إبرام البيع، لا منذ صدور الحكم بالشفعة، وذكرنا أن الملكية لا تنتقل إلى الشفع إلا إذا سجل الحكم النهائي أو سند التراضي، سواء حل الشفع محل المشتري وقت تمام البيع على الرأي الذي نأخذ به، أو من وقت صدور الحكم النهائي، أو من وقت إعلان الرغبة، أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به الفقهاء الآخرون، فإن الملكية لا تنتقل في جميع هذه الآراء إلا بتسجيل سند التراضي أو الحكم النهائي، سواء فيما بين الشفع والمشتري، أو فيما بين الشفع والغير، وعلى اعتبار أن الشفع ليس من الغير، فإن الملكية تنتقل إليه بالتسجيل، ولكن هذا الانتقال يكون من وقت تمام البيع، ولذلك فإن الشفع يملك الثمار، وهي في يد المشتري من وقت تمام البيع، كما كان يملكها لو كانت في يد البائع، حيث يختلف موقف الشفع من المشتري عن موقفه من البائع، فالمشتري يعتبر حائزاً للعقار منذ أن تسلمه، بعد أن ثبت الحق في الشفعة للشفع، ويعتبر حائزاً حسن النية قبل التصريح بالرغبة في الشفعة، وسيء النية بعد التصريح، ويعتبر الشفع مالكا للعقار من وقت البيع بالنسبة إلى المشتري، لذلك فإن موقف الشفع من المشتري بالنسبة إلى الثمار، هو إذن موقف المالك من الحائز، بحيث يملك المشتري الثمار، فلا يلتزم بردها إلى الشفع، إلى وقت التصريح بالرغبة في الشفعة، بحيث يعتبر حائزاً حسن النية، ويقع عليه التكاليف إلى ذلك الوقت، ويصبح حائزاً سيء النية من وقت التصريح بالرغبة، فتكون الثمار للمالك أي للشفع، ويستطيع أن يستردها من المشتري، وعليه تكاليفها، وهذا الحل هو الذي تمليه القواعد العامة، والتي نصت عليها المادة 837 -الفقرة الأولى- من القانون المدني، والتي تقضي بأن:

"يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية".

كما تنص المادة 838 من القانون المدني، على أن:

"يكون الحائز سيء النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من

الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها".

فهذا الحل يقوم على اعتبار أن المشتري قبل إعلانه بطلب الشفعة، من حقه أن يتصرف تصرف المالك في العقار الذي اشتراه، وله بوجه خاص أن يقبض ثماره⁽¹⁾، ولا يكون مسؤولاً عن ردها لأحد، فإذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب، وأن يواجه احتمال نجاح الشفيع في أن يأخذ العقار بالشفعة، فيطالبه بالثمار من وقت إعلانه بهذا الطلب فيكون عندئذ مستعداً لردّ هذه الثمار⁽²⁾.

هذه مجمل تفاصيل آثار ثبوت الشفعة، على علاقة الشفيع بمختلف أطراف الشفعة، لنخصص المطلب الثاني الموالي لبيان آثار ثبوت الشفعة على علاقة الشفيع بما يسمى، بالغير.

المطلب الثاني: علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 من القانون المدني على أن:

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

إذ تظهر علاقة الشفيع بالغير، في حالة ما إذا رتب المشتري حقوقاً عينية على العقار المشفوع فيه، ولكننا ينبغي أن نميز هنا، بين الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، قبل شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، والحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، بعد شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، وعليه يأتي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث مخصص الفرع الأول لبيان الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، ونبين في الفرع الثاني الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة.

الفرع الأول: الحقوق العينية التي رتبها المشتري قبل شهر الإعلان

إذا رتب المشتري، على العقار المشفوع فيه، حقوقاً عينية أصلية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حقوقاً عينية تبعية، كرهن رسمي أو رهن حيازي أو يؤخذ على العقار حق

(1) فؤاد ظاهر، المرجع السابق، ص ص 188-189.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص ص 757-758.

اختصاص من قبل دائني المشتري، أو يترتب عليه حق امتياز، بحيث يكفل دينا في ذمة البائع،/ أو أن المشتري يتصرف في ملكية العقار نفسها، فيبيع العقار نفسه لشخص آخر، فإذا رتب المشتري حقا من هذه الحقوق على العقار المشفوع فيه، قبل تسجيل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، تكون هذه الحقوق نافذة في مواجهة الشفيع⁽¹⁾، وهذا حسب مفهوم المخالفة للمادة 806 من القانون المدني، والملاحظ هنا أن الفقهاء الذين قالوا بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع، وليس كاشفا، يتخذون من هذه القاعدة حجة على صحة ما يذهبون إليه، على اعتبار أن المشتري يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه، حتى صدور هذا الحكم، بحيث أنه مادامت تصرفات المشتري تعتبر حجة في مواجهة الشفيع، فليس هذا إلا لأن المشتري يعتبر مالكا للعقار، وقد تصرف فيه، ومن ثم فإن تصرفه يعتبر نافذا في حق الشفيع⁽²⁾.

ولكن هذا الدليل لا يستقيم، بحيث لو تمسكنا به، لنتج عنه أن المشتري وقد بقي مالكا للعقار المشفوع فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة، فكان ينبغي أن تسري تصرفاته في حق الشفيع، ليس فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة، وهذا ما يخالف صريح نص المادة 806 من القانون المدني، المذكورة أعلاه، ويمكن ببساطة تامة، تبرير نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفيع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشتري دون اللجوء إلى فكرة مفادها أن المشتري يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه، وكما أشرنا آنفا إلى أن المشتري، يعتبر منذ تمام عقد البيع حائزا للعقار المشفوع فيه، وذلك بعد أن يأخذ الشفيع بالشفعة، ويعتبر المشتري بمثابة المالك الظاهر للعقار، وكل من يتعامل معه يكون حسن النية، إذا ظنه مالكا، وذلك قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة، ومن ثم فإن التعامل الذي يجريه، يعتبر ساريا في حق المالك الحقيقي وهو هنا الشفيع، ونلاحظ أن الشفيع يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب، شأنه في ذلك كل مالك حقيقي عندما يرجع على المالك الظاهر الذي تعتبر تصرفاته نافذة في حقه، على أن من يتعامل مع المشتري بعد تسجيل إعلان الشفيع للمشتري بطلب الشفعة يعتبر سيء النية، حيث بمكانه العلم بأنه يتعامل مع مشتر، ملكيته مهددة

(1) فؤاد ظاهر، المرجع السابق، ص 188.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 510.

بالزوال، بسبب طلب الأخذ بها بالشفعة، وبهذا فإن تعامله مع المشتري لا يعتبر حجة في مواجهة المالك الحقيقي، وهو هنا الشفيع⁽¹⁾، ولذلك فإن الحقوق التي رتبها المشتري قبل تسجيل إعلان الشفيع للمشتري بطلب الشفعة تسري في حق الشفيع⁽²⁾.

فإذا باع المشتري العقار الذي اشتراه، وبادر إلى تسجيله، قبل تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة، فإن هذا البيع يعتبر نافذاً في حق الشفيع، بحيث لا يستطيع الأخذ بالشفعة من المشتري الأول، إنما يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، وبشروط هذا البيع، غير أنه يجوز للشفيع أن يطعن في هذا التصرف بالصورية، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، فإذا ثبتت الصورية، فإن هذا التصرف لا يكون نافذاً في حق الشفيع.

الفرع الثاني: الحقوق العينية التي رتبها المشتري بعد شهر الإعلان

إذا رتب المشتري حقوقاً عينية على العقار المشفوع فيه، فإن هذه الحقوق لا تكون حجة على الشفيع، وذلك إذا ما تمت بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة، وذلك بصريح نص المادة 806 من القانون المدني الأنفة الذكر، وعلة ذلك أن المشتري، وإن كان يعتبر مالكا ظاهرا كما قدمنا على بيانه، لكنه يتعامل في العقار بعد شهر الإعلان بالرغبة، وكل من يتعامل معه يعتبر سيء النية، فبإمكانه أن يكشف بكل سهولة عن حقيقة مركز المشتري، وذلك من خلال اطلاعه على سجلات الشهر العقاري.

فإذا رتب المشتري رهنا رسميا أو رهنا حيازيا على العقار المشفوع فيه، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز، يكفل ديناً في ذمته، وكان ذلك بعد شهر الإعلان بالرغبة، فإن هذه الحقوق لا تكون حجة على الشفيع، بحيث ينتقل العقار المشفوع فيه إلى الشفيع خالياً من هذه الحقوق، وهنا يحتفظ الدائن بحق الأفضلية، فيما آل للمشتري من ثمن العقار، إذا كان المشتري قد فع للبائع ثمنه، ومن ثم يرغب في تقاضيه من الشفيع، بحيث يفضل الدائن الذي قيد حقه على الدائنين العاديين للمشتري، فيما يخص الثمن الذي أودعه الشفيع لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة أو في الثمن الذي يكون في ذمة الشفيع للمشتري.

(1) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ص 213-214.

(2) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 546.

هذا ويبني بعض الفقهاء حق الأولوية للدائن المقيد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولا عينيا، ذلك أن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع، يترتب عليه أن استحقاق حق آخر للمشتري، بدلا من العقار، بحيث ينتقل الرهن إلى هذا الحق، وهو هنا الثمن، والسبب في ذلك أن الثمن قد حل حلولا عينيا محل العقار المرهون، والذي تملكه الشفيع بالشفعة، وبالتالي أصبح الثمن مرهونا مقل العقار، ومن ثم فإن دائني المشتري المقيدة حقوقهم، تنتقل ضماناتهم إلى الثمن الذي حل محل العقار، وهذا هو الرأي السائد فقها، بحيث يحل الثمن حلولا عينيا محل هذا العقار، وينتقل حق الدائن المرتهن، بحكم هذا الحلول العيني، من العقار المشفوع فيه إلى الثمن، فيختص به الدائن المرتهن ويستوفي منه دينه، وينقلب الرهن في هذه الحالة إلى رهن حيازي للنقود.

غير أن بعض الفقهاء، يذهبون إلى أن حق الأولوية، إنما هو تطبيق للقواعد العامة في حق الأولوية، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن، بل يمتد إلى كل مقابل نقدي للشيء محل الحق، لذلك فلا توجد فائدة تذكر من اللجوء إلى فكرة الحلول العيني، ويكفي أن يقال أن الدائن المرتهن يبني حقه في التقدم على المقابل الذي حل محل العقار، وذلك بموجب الرهن نفسه، وهم يستندون في ذلك إلى المادة 907 من القانون المدني والتي تقضي بأن يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار⁽¹⁾، بحسب مرتبة كل منهم، ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد، فالدائنين المرتهنين -حسب نص المادة 907- رهنا رسميا، والذين تقدموا بغية استيفاء ديونهم، تحسب مرتبة كل واحد منهم، وأن السابق في المرتبة هو السابق في القيد، فإذا استنفذنا هؤلاء الدائنين، يأتي الدائنون العاديون وكلهم متساوون في المرتبة، فيتزاحمون على ما يبقى من أموال المدين.

وأن مرتبة الدائنين المرتهنين، يحددها مرتبة القيد، كما جاء في المادة 908 من القانون المدني، وأن حق التقدم هذا يكون فيما يتعلق بالدين المضمون بالرهن، حيث يشمل أصل الدين وملحقاته المضمونة بالرهن، كمصروفات العقد والقيد والتجديد، كما يشمل حق الأفضلية،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 765.

المال الذي حل محل العقار المرهون، بحيث لا يستوفي الدائن المرتهن رهنا رسميا حقه من ثمن العقار المرهون فحسب، بل يستوفيه أيضا من المال الذي حل محل العقار المرهون. ونأخذ في هذا الصدد بالرأي السائد، والذي يرى بأن الدائنين المقيدین لهم حق الأفضلية على اعتبار أن الثمن حل محل العقار حلولا عينيا، وبالتالي فإن دائني المشتري المقيدة حقوق لهم حق الأفضلية⁽¹⁾ على الثمن الذي حل محل العقار حلولا عينيا، وتظهر الأهمية العملية لنظرية الحلول، في حالة ما إذا كان حق الدائن غير مستحق الأداء، كما لو كان الدين معلقا على شرط ولم يعرف بعد مصير الشرط، أو أن أجل الدين لم يحل، فهنا من غير المقبول القول بمباشرة حق التقدم، فيبقى المال الذي استبدل بالعقار مخصصا لضمان دين الدائن، وهذا ما يعبر عنه بالحلول العيني.

وكما سبق ذكره، فإن الحقوق المترتبة على العقار المشفوع فيه، لا تسري على الشفيع بعد شهر الإعلان بالرغبة، إنما يستوفي الدائنون المقيدة حقوقهم، من الثمن الذي حل محل العقار حلولا عينيا، أما من الشفيع في حالة ما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، أو فيما يخص الثمن الذي تم إيداعه لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة، أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع، فإنه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة، وعلى ذلك لا يكون الشفيع مدينا بالثمن للمشتري، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائني المشتري المقيدین حق الأولوية على الثمن⁽²⁾.

وفي المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث، نبين آثار ثبوت الشفعة على نوع آخر من العلاقات الناجمة عن ممارسة الشفعة، ألا وهي علاقة البائع بالمشتري.

المطلب الثالث: علاقة البائع بالمشتري

إن الشفعة لا تؤخذ إلا في البيع الذي أبرم بين البائع والمشتري، ويترتب على ثبوتها، حلول الشفيع محل المشتري، فإذا كان الحلول يؤدي إلى نشوء علاقات بين البائع والشفيع، بعد أن كانت قائمة بين البائع والمشتري، فإن هذه الصلة التي كانت قائمة بين هذين الأخيرين لا

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 765.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 555.

تتقطع تماما، إنما تبقى آثارها فيما بين البائع والمشتري، وتظهر هذه العلاقة في الحقوق التي يربتها البائع على العقار المشفوع فيه، قبل شهر الإعلان بالرغبة للأخذ بالشفعة، وكذلك الحقوق التي يربتها البائع على العقار المشفوع فيه، بعد شهر الإعلان بالرغبة للأخذ بالشفعة. وعليه جاء تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في الفرع الأول للحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه قبل شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، ونخصص الفرع الثاني للحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه بعد شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة.

الفرع الأول: الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار قبل شهر الإعلان

إذا رتب البائع، على العقار المشفوع فيه، حقوقا عينية أصلية كحق الانتفاع أو حق ارتفاق، أو حقوقا عينية تبعية كرهن رسمي أو رهن حيازي، أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع، أو يترتب عليه حق امتياز، بحيث يكفل دينا في ذمة البائع، أو أن البائع يتصرف في ملكية العقار نفسها، فيبيعها مثلا.

فإذا رتب البائع حقا من هذه الحقوق على العقار المشفوع فيه، وشهر صاحب هذا الحق حقه، قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق تعتبر نافذة في مواجهة المشتري، وتعليل ذلك أن صاحب الحق العيني الذي ترتب على العقار، لا يستطيع أن يكشف عن البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري، إذا كان المشتري لم يسجل عقد شرائه لدى المحافظة العقارية، وكذلك عليه الحال بالنسبة للشفيع، فيما إذا رتب البائع حقا من هذه الحقوق على العقار المشفوع فيه، قبل أن يسجل الشفيع، التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإن هذه الحقوق تسري على الشفيع أيضا⁽¹⁾، وبالتالي ينتقل العقد المشفوع فيه إلى الشفيع، سواء عن طريق تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة، أو بتسجيل سند التراضي بالشفعة متقلا بهذه التكاليف.

فإذا رتب البائع مثلا حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه، وسجل صاحب الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق، قبل أن يسجل المشتري العقار، وقبل أن يسجل الشفيع التصريح بالرغبة في الشفعة، فإن المشتري ينتقل إليه العقار محملا بحق الانتفاع أو بحق

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 726.

الارتفاق، وبالتالي فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملاً بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق، ويرجع بضمان نزع اليد على البائع.

الفرع الثاني: الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار بعد شهر الإعلان

وهذه الحالة، تختلف عن سابقتها، فيما إذا رتب البائع، حقوقاً عينية على العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تسري في مواجهة المشتري، وكذلك عليه الحال بالنسبة للشفيع، فيما إذا رتب البائع هذه الحقوق على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإن هذه الحقوق لا تسري في مواجهة الشفيع⁽¹⁾. فإذا رتب البائع على العقار، بعد بيعه، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه، أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته، ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه، أو قبل أن يسجل الشفيع التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإن هذا الحق لا يحتج به على المشتري، وكذلك الحال فإنه لا يحتج به على الشفيع، وبالتالي فإن العقار يخلص للمشتري خالياً من هذه الحقوق، كما يخلص أيضاً للشفيع خالياً منها، إنما يبقى مع ذلك للدائنين المقيدة ديونهم، ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للبائع من ثمن العقار، أو فيما آل للمشتري من ثمن العقار بعد أخذها بالشفعة.

فإذا قيد الدائنون حقوقهم على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل المشتري عقد شرائه، أو بعد تسجيل الشفيع التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة، فإن هذه الحقوق تكون غير نافذة، لا في مواجهة المشتري، ولا في مواجهة الشفيع، بحيث لا يستطيعون تتبع العقار المشفوع فيه في يد المشتري أو في يد الشفيع، إنما يحتفظون مع ذلك بميزة الأولوية أو التقدم على الثمن الذي يستحقه البائع في مقابله⁽²⁾.

مقارنة :

من خلال ما سبق، نجد أنه قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، خلال عرضهم لآثار الشفعة، حول نقطة هامة ومحورية، تتجسد في المعيار الذي تبني عليه الدراسة لآثار ثبوت الشفعة، فكان واضحاً تركيز الفقه الإسلامي في سرد آثار الشفعة دقيق وأساسي

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 760.

(2) المرجع نفسه، ص 761.

على المشفوع فيه وما قد يطرأ عليه -عقارا أو تصرف- كمعيار أساسي لبيان تلك الآثار، بينما نجد أن الفقه القانوني قد وضع معيار الزمن -زمن إعلان الرغبة في الشفعة- أساسا لضبط آثار الشفعة وثبوتها على جميع أطراف العلاقة.

1- بالنسبة للأثر المشترك:

فمهما يكن من أمر، فقد اتفق كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني على الأثر الجوهري لثبوت الشفعة، وهو أثر مشترك بينهما، والمتمثل في حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته، رغم الاختلاف ليس بينهما، بل داخل الجانب الواحد من جانبي الدراسة، وسبب الاختلاف بين فقهاء كل منهما -أي الإسلامي، والقانوني- هو وقت انتقال الملكية إلى الشفيع:

- **الفقه الإسلامي:** ذهب المالكية إلى أن الشفيع يمتلك العقار المشفوع فيه بمجرد قوله أخذته بالشفعة وما في معناه، متى كان الشفيع عالما بالثمن، دون اشتراط رضا المشتري أو قضاء القاضي، وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية -إذ قال الآخرون أن الشفيع لا يمتلك المشفوع فيه إلا من وقت رضا المشتري أو قضاء القاضي-، وكذلك عليه الحال بالنسبة للشافعية حيث يمتلك الشفيع بالطلب بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري، أما الحنابلة فإن الشفيع عندهم يمتلك المشفوع فيه بالطلب، ولو لم يعلم بالثمن.

وبالتالي تأكد لنا أن جمهور الفقه الإسلامي يذهب إلى اعتبار حكم الشفعة مقررا لحق الشفيع، فالملكية له تثبت عندهم دون اشتراط رضا المشتري، أو قضاء القاضي.

- **الفقه القانوني:** اختلف فقهاء القانون اختلافا حادا، في تحديد وقت الحل، إذ ذهب فريق منهم إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، لأن القواعد القانونية تقضي بأن الأحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها، وذهب فريق ثاني إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو قال فريق ثالث أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري، أما الفريق الرابع وهو الرأي السائد بين الفقه والقضاء، فقد ذهب إلى أن حلول الشفيع في البيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي بثبوت حقه في الشفعة، أو من وقت تسجيل سند التراضي عليها.

2- بالنسبة للآثار الأخرى:

إذ يترتب على ثبوت الحق في الشفعة، وتملك العقار المشفوع فيه بالتراضي، أو بقضاء القاضي، إنشاء علاقات مختلفة وآثار هامة، اعتمد الفقه الإسلامي معيار المشفوع فيه -العقار أو التصرف- لتقييم هذه الآثار، بينما ركز الفقه القانوني على معيار الأشخاص والزمن لبيان تلك الآثار وهذه هو الاختلاف البارز، وبقراءة تلك الآثار وسردها خلال هذا الفصل لا نجد في جوهر الآثار اختلافا بقدر ما نلمس من الاتفاق الكامل خاصة فيما تعلق بنتائج تلك الآثار وحلولها، بل ونجد أن المشرع أخذ في مسائل هامة بما ذهب إليه الفقه الإسلامي كونها المصدر التاريخي والمادي لأحكام الشفعة، وعموما يمكن تلخيص هذه الآثار لدى كل من الفكرين كالآتي:

- **الفقه الإسلامي:** وكما قلنا اعتمد في تحديد هذه الآثار على معيار المشفوع فيه -عقارا كان أو تصرفا- كالآتي:

• **العقود والتصرفات:** فقد تصدر من المشتري في الشيء المبيع قبل أن يقضي للشفيع بالشفعة نوعان من التصرفات؛ إما تصرفات ناقلة للملكية، كالبيع والهبة مع التسليم والوقف وجعل المبيع مهر في زواج أو بدل خلع، فإنه يجوز نقضها بعد أن يحكم القاضي بالشفعة لمستحقيها، وإما تصرفات مرتبة لحق الانتفاع، فقد اتفق الفقهاء على جواز نقض مالا شفعة فيه ابتداء مثل الرهن والإجارة والإعارة وغيرها، ومثل الوقف وجعله مسجدا أو مقبرة والهبة له والوصية به.

• **نماء المشفوع فيه أو نقصه:** فإذا نما المبيع نموا طبيعيا في يد المشتري، كان ثمر الشجر في يده بعد الشراء، أما إذا أحدث المشتري زيادة في المبيع بالبناء أو الغرس أو الزرع، فن الزرع الذي له نهاية معلومة، فهو للمشتري ويبقى في الأرض إلى وقت الحصاد، وعليه -أي المشتري- أيضا الأجرة عن المدة الماضية بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد، أما حالة البناء والغرس، فقد اتفق الفقهاء على أن للشفيع الأخذ بالشفعة أيضا، وقال جمهور الفقهاء أن للمشتري الخيار بين قلع الغراس وهدم البناء، وبين دفع قيمتها مع بقاءها.

وهو ما ذهب إليه فقهاء القانون في حال قيام المشتري بذلك بعد إعلان الرغبة في الشفعة.

أما في حالة نقص المشفوع فيه، فقد فصل الفقه الإسلامي في ذلك تفاصيل حول ذلك فقالوا: بأنه إذا كان النقص جزءاً من توابع الأرض كقطف الثمار، سقطت من الثمن قيمة هذا النقص، أما إذا كان النقص جزءاً متصلاً بالأرض كيبس الشجر أو انهدام البناء، فإن كان ذلك يصنع المشتري أو غيره نقص من الثمن قيمة هذا الزوال أو النقص ويسقط عن الشفيع مقدار التفاوت أو الفرق، وأما إن حدث النقص بأفة سماوية كان على الشفيع أن يدفع الثمن كله، ولا يسقط منه شيء مقابل التلف أو الضياع.

وهو نفس الحكم أيضاً في القانون المدني إذا حدث ذلك النماء أو النقص بعد إعلان الرغبة في الشفعة.

- **الفقه القانوني:** وقد اعتمد معيار زمن إعلان الرغبة في الشفعة لتقسيم هذه الآثار، ففضلاً عن الالتزامات التي نص عليها القانون والتي أساسها عقد البيع العقاري، والخاصة بكل طرف من أطراف الشفعة -كما بينهاها خلال الفصل-، صرح المشرع بآثار أخرى والمتمثلة في مصير البناء أو الغراس، وكذا مصير الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه؛

* **فحكم هذه البناء أو الغراس، وكذا الحقوق والتصرفات، هو ذاته كما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية أعلاه، لكنه حكم مقبول بعد إعلان الرغبة في الشفعة، ولا حاجة لتكرارها، فما مصير ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة.**

1- مصير البناء والغراس: أقر فقهاء القانون بأنه ليس للشفيع طلب الإزالة، أي إزالة البناء أو الغراس، إذ أن إقامته تمت قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا لم يزل المشتري البناء أو الغراس، فيلتزم الشفيع بالتعويض للمشتري عنه، وقد راعى المشرع جانب المشتري مراعاة كبيرة في تحديد مقدار التعويض المستحق له، إذ جعل له الخيار بين إحدى القيمتين: إما مبلغ نفقات البناء أو الغراس، أو مقدار الزيادة في قيمة العقار نتيجة البناء أو الغراس.

2- مصير الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه: قرر المشرع بمقتضى

المادة 806 من القانون المدني على أن الحقوق العينية التي يربتها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، لا تسري في حق الشفيع، أما إذا كان التصرف حق انتفاع أو حق ارتفاق رتبة المشتري على العقار المشفوع فيه، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسري في حق الشفيع، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو حق الارتفاق.

أما إذا كان التصرف رهنا رسميا أو رهنا حيازيا رتبة المشتري على العقار المشفوع فيه، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه، أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته، ولم يتم قيد هذه الحقوق إلا بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا تسري هذه الحقوق بالنسبة إلى الشفيع ويأخذ هذا الأخير العقار خاليا منها.

خاتمة

وفي ختام هذا الباب، نذكر بأهم ملاحظة أو نتيجة يخلص إليها دراسة الأحكام الخاصة للشفعة، من شروط وإجراءات وآثار، أنها تثير في الواقع العمل عدة إشكالات نظرية وعملية في فرعياتها لا في إطارها أو بناءها - كما جاء به القانون -، أما تلك المشكلات الفرعية - التي سبقت بيانها خلال الباب - فقد ثابر علماء الفقه الإسلامي - قد بما حديثا - على إيجاد مفاتيح لكثير منها، واهتموا بها اهتماما كثيرا بالدراسة الوافية وبالأدلة المقنعة لكل زمان، بحيث لا تعرض مشكلة إلا وجد لها حلا أو أكثر، فجاءت الشفعة في ظل الشريعة الإسلامية بأحكام مرنة، متجددة ومتطورة، وصالحة للتطبيق في كل الأحوال، لاسيما ما وجدناه خلال بيان الأحكام الخاصة للشفعة، وهو ما تتميز به شريعتنا الإسلامية الغراء ذاتها.

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم، (رواية ورش عن نافع المدني)، تشرفت بطباعته منار للنشر والتوزيع، ومؤسسة علوم القرآن، واليامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الثانية، 1425هـ.

ثانياً: في الفكر الإسلامي

1) القرآن الكريم: تفسيره وعلومه:

1- الأصفهاني أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، بيروت، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ.

2- الأندلسي أثير الدين أبي حيان، تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، (1403هـ-1983م).

3- الثعالبي سيدي عبد الرحمن، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزء الأول، 1985.

4- الثعالبي سيدي عبد الرحمن، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزء الثالث، 1985.

5- الثعالبي سيدي عبد الرحمن، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزء الخامس، 1985.

6- السيوطي جلال الدين، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، القاهرة، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م).

7- شلتوت محمود، تفسير القرآن الكريم، بيروت، دار الشروق، بدون تاريخ.

8- الطبري أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، مصر، دار المعارف، 310 هجري.

- 9- **القرطبي** أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء العشرون، بدون تاريخ .
- 10- **النيسابوري** نظام الدين الحسن بن محمد بن حسن القمي، غرائب القرآن ورغائب الفرقان، بيروت، لبنان، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، '1416هـ-1996م).
- 2) **الحديث النبوي الشريف، مجموعاته، شروحه، وعلومه:**
- 11- **ابن الأثير** مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، القاهرة، المطبعة العثمانية، الجزء الأول، 1311هـ.
- 12- **البخاري** أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، الرياض، دار السلام للطباعة، 2007.
- 13- **الترمذي** محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، القاهرة، شركة القدس للنشر والتوزيع، الجزء الأول، 2009.
- 14- **السندي** أبو الحسن الحنفي، سنن ابن ماجه بشرح السندي، بيروت، لبنان، دار المعرفة، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، (1416هـ-1996م).
- 15- **العسقلاني** الحافظ أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، القاهرة، دار الريان للتراث، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، (1407هـ-1986م).
- 16- **العسقلاني** أحمد بن علي محمد الكنائي، التلخيص الحبير، مؤسسة قرطبة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، (1416هـ-1996م).
- 17- **المباركفوري** أبو العلاء محمد، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، بيروت، مؤسسة الرسالة، الجزء السادس، بدون تاريخ.
- 18- **النيسابوري** أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، القاهرة، مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطباعة والنشر، الجزء الخامس، 1384هـ.

- 19- النسائي الحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، سنن النسائي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، (1426هـ-2005م).
- (3) اللغة والتراجم:
- 20- ابن منظور الإفريقي المصري أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، 1428-1429هـجري، 2008م.
- 21- الفيروز آبادي محي الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 2007.
- 22- المنجد في اللغة والأعلام، بيروت، لبنان، دار المشرق، 1986.
- (4) الفقه:
- (1) الفقه المالكي:
- 23- الأصمعي مالك بن أنس، المدونة الكبرى، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، كتاب الشفعة الأول، بدون تاريخ.
- 24- الأندلسي سليمان الباجي، المنتقى، (شرح الموطأ للإمام مالك)، القاهرة، دار المعارف، الجزء السادس، الطبعة الأولى، 1331هـ.
- 25- التسولي أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (1418هـ-1998م).
- 26- الدردير أبو البركات أحمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الثالث، بدون تاريخ.
- 27- الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء الثالث، بدون تاريخ.

- 28- الرّعيني أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، (1416هـ-1995م).
- 29- الزرقاني خليل علي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، بيروت، دار الفكر، الجزء السادس، 1990.
- 30- الشوكاني محمد بن علي ابن محمد، نبل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيروت، لبنان، دار الجبل، الجزء الخامس، 1973.
- 31- العدوى علي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي، حاشية العدوى على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1997.
- 32- عبد السميع صالح، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، القاهرة، دار المعارف، الجزء الثاني، بدون تاريخ.
- 33- الغرياني صادق عبد الرحمن، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، الجماهيرية الليبية، منشورات جامعة الفاتح ودار الكتاب الجديد للطباعة، 2005.
- 34- القرافي شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي، الفروق، بيروت، دار الكتب العلمية للنشر، الجزء الثاني (1418هـ-1998م).
- 35- القرافي شهاب الدين أبو العباس، الفروق، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الثالث، بدون تاريخ.
- 36- القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الذخيرة، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، الجزء السابع، الطبعة الأولى، 1994.

- 37- **القرطبي** محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، (1409هـ-1988م).
- 38- **القرطبي** أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري، الاستذكار، (الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م).
- 39- **النفراوي** أحمد غنيم بن سالم بن مهنا الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (وهو شرح لرسالة الإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (1418هـ-1927م).
- 40- **الونشريسي** أحمد بن يحيى، المعيار المعرب، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، الجزء الثامن، 1981.
- (2) **الفقه الحنفي:**
- 41- **ابن عابدين**، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (فقه أبو حنيفة)، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء السادس، (1421هـ-2000م).
- 42- **البابرتي** أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، بيروت، لبنان، دار الفكر، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- 43- **الحنفي** زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- 44- **حيدر علي**، شرح مجلة الأحكام العدلية، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء العاشر، بدون تاريخ.

- 45- **الراشداني** برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدئ، الرياض، المكتبة الإسلامية، الجزء الرابع، بدون تاريخ.
- 46- **روملي** قاضي زادة أفندي شمس الدين أحمد بن قودور، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، بيروت، لبنان، دار الفكر، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- 47- **الزيلي** فخر الدين عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1313هـ.
- 48- **السرخسي** شمس الدين محمد بن أحمد، المسبوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، المجلد السابع، الجزء الرابع عشر، (1398هـ-1978م).
- 49- **السيواسي** كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م).
- 50- **الشيخ نظام** وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، (المسماة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة)، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الخامس، (1411هـ-1991م).
- 51- **الشلبي** شهاب الدين أحمد، حاشية الشلبي على تبیین الحقائق، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1315هـ.
- 52- **الغنيمي** عبد الغني الدمشقي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، القاهرة، إدارة الجامع الأزهر، الجزء الثاني، بدون تاريخ.
- 53- **القاري** الهروي نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد، فتح باب العناية بشرح النفاية، بيروت، لبنان، شركة دار الأرقم أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م).

- 54- الكاساني علاء الدين أبي بكر بن سعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب في الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، (1406هـ-1986م).
- 55- المرغيناني برهان الدين بن علي أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدئ، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م).
- 56- الموصلي عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، الرياض، دار الخير للنشر والطباعة، الجزء الثاني، (1419هـ-1998م).
- (3) الفقه الشافعي:
- 57- الرملي محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الخامس، (1404هـ-1984م).
- 58- الشافعي محمد بن إدريس، (إشراف وتصحيح الأستاذ محمد زهري البخار)، الأم، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 1331هـ.
- 59- الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م).
- 60- الشرواني عبد الحميد، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء السادس، بدون تاريخ.
- 61- العبادي ابن قاسم، حاشية العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء السادس، بدون تاريخ.
- 62- الغزالي أبو حامد، الوسيط في المذهب الشافعي، مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، 1977.

- 63- النووي أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، الرياض، المملكة العربية السعودية، جدة، مكتبة الإرشاد، الجزء الخامس عشر، بدون تاريخ.
- 64- النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامي، الجزء الخامس، (1412هـ-1992م).
- 65- النووي أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، المنهاج، (شرح صحيح مسلم بن الحجاج)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الجزء الحادي عشر، الطبعة الثانية، 1392 هجري.
- 66- الهيثمي أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، الجزء السادس، بدون تاريخ.
- (4) الفقه الحنبلي:
- 67- ابن رجب الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن، القواعد الفقهية، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1972.
- 68- البليهي صالح بن إبراهيم، السلسيل في معرفة الدليل، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، (1421هـ-2000م).
- 69- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع، (1402هـ-1982م).
- 70- الحنبلي أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، بيروت، المكتب الإسلامي، الجزء الخامس، (1421هـ-2000م).
- 71- المقدسي بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، بدون تاريخ.
- 72- المقدسي شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، (1412هـ-1992م).

- 73- المقدسي عبد الله بن أحمد بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، الرياض، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود، الجزء الأول، 1399 هجري.
- 74- المقدسي موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، 2001.
- 75- المقدسي موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني على مختصر الخرق، بيروت، دار الفكر، الجزء الخامس، 1992.
- 76- الشيباني عبد القادر ابن عمر، نيل المآرب شرح دليل الطالب، (على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل -رضي الله عنه-)، القاهرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1325 هجري.
- (5) المذاهب المقارنة وعموميات في الفقه الإسلامي:
- 77- أباش أحمد، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008.
- 78- ابن معجوز محمد، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، بيروت، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، (1413هـ-1993م).
- 79- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، 1946.
- 80- أبو طالب صوفيا، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، القاهرة، مكتبة النهضة، بدون تاريخ.
- 81- بن أبي بكر شمس الدين أبو عبد الله محمد المعروف بابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، (1414هـ-1993م).

- 82- **تقية عبد الفتاح**، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ.
- 83- **حاطوم نور الدين**، تاريخ العصر الوسيط، القاهرة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1967.
- 84- **الخفيف علي**، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1990.
- 85- **الخفيف علي**، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1996.
- 86- **الزحيلي وهبة**، الفقه الإسلامي وأدلته، (الملكية وتوابعها)، دمشق، دار الفكر المعاصر، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، (1418هـ-1997م).
- 87- **زيدان عبد الكريم**، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة عشر، (1417هـ-1996م).
- 88- **سابق السيد**، فقه السنة، القاهرة، دار الفتح للإعلام العربي، (1421هـ-2000م).
- 89- **السنهوري عبد الرزاق أحمد**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات، الجزء الأول، 1967م.
- 90- **سوار محمد وحيد الدين**، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون تاريخ.
- 91- **الشرباصي رمضان**، وكمال الدين محمود، وشافعي جمال عبد الهادي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، (النشأة- التطور- المعاصر)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002م.

- 92- شلبي محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، (تعريفه وتاريخه ومذاهبه)، نظرية الملكية والعقد)، القاهرة، الدار الجامعية، الطبعة العاشرة، (1405هـ-1985م).
- 93- الشراذي سيدي الفاطمي بن محمد، تسهيل النجعة بمراتب الشفعة، الرباط، المغرب، مستويات دار الأمان، الطبعة الأولى، (1428هـ-2007م).
- 94- فيض الله محمد فوزي، الفقه الإسلامي، دمشق، مطبعة طربين، الطبعة الثانية، (1977م-1978م).
- 95- فراج حسين أحمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون تاريخ.
- 96- فضل الله مهدي، الاجتهاد والمنطق الفقهي في الإسلام، بيروت، دار الطليعة، بدون تاريخ.

ثالثاً: في الفكر القانوني

(1) الكتب:

- 97- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
- 98- أبو السعود رمضان، مسقطات الشفعة، القاهرة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1992.
- 99- أبو سعد محمد شتا، الشفعة والصورية، (مبادئ النقض مؤصلة بشأن المشكلات العملية للشفعة والصورية)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.
- 100- أبي راشد فرج، الشفعة، (نصوص - اجتهادات - فقه)، بيروت، دار الفكر، 1966م.
- 101- بن يوسف بن رقية، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2001م.

- 102- البدر اوي عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، (الملكية والحقوق المفرغة عنها وأسباب كسبها)، القاهرة، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1968م.
- 103- بعلي محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية، الجزائر، دار العلوم للطباعة والنشر، 2005م.
- 104- بعلي محمد الصغير، القرارات الإدارية، الجزائر، دار العلوم للطباعة والنشر، 2005م.
- 105- البشير محمد طه وحسون غني، الحقوق العينية، (الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية)، بغداد، العراق، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزء الأول، بدون تاريخ.
- 106- جمال مصطفى، نظام الملكية، (مصادر الملكية)، مصر، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1987.
- 107- جعفر محمد أنس قاسم، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1992.
- 108- الجوهري عبد العزيز السيد، محاضرات في الأموال العامة، (دراسة مقارنة)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983.
- 109- الحسيني مدحت محمد، إجراءات الشهر العقاري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1995.
- 110- الحجار حلمي محمد، المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق، القاهرة، 1997.
- 111- حنا بدوي، موسوعة القضايا العقارية، (الشفعة)، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 2011.

- 112- حنا بدوي، عقاري، (اجتهادات ونصوص)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، 1998.
- 113- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، 2004.
- 114- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، 2004.
- 115- حمادة محمد أنور، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، مصر، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004.
- 116- خطاب طلبة وهبة، الشفعة في المنقول، مصر الولاء للطباعة والنشر والتوزيع، (1989-1990م).
- 117- الخطيب مهدي كامل، شرح أحكام الشفعة، مصر، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2000.
- 118- الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1977.
- 119- رمول خالد ودوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2007.
- 120- زروقي ليلي، التقنيات العقارية، (العقار الفلاحي)، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2001.
- 121- زروقي ليلي، وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2006.
- 122- زكي جمال الدين محمود، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1978.

- 123- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، (عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2008.
- 124- سعد نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، (في القانونين المصري واللبناني)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- 125- سعد نبيل إبراهيم، الشفعة علما وعملا، مصر الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997.
- 126- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الجزء التاسع، 2004.
- 127- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، (البيع والمقايضة)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الجزء الرابع، 2004.
- 128- سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب كسب الملكية)، عمان، الأردن، مكتبة الثقافة، الطبعة الأولى، 1999.
- 129- الشواربي عبد الحميد، أحكام الشفعة والقسمة، (شرح تفصيلي لدعوى الشفعة، ودعوى قسمة المال الشائع)، القاهرة، منشأة المعارف، بدون تاريخ.
- 130- شمس الدين عفيف، الوسيط في القانون العقاري، (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2011.
- 131- شمس الدين عفيف، الوسيط في القانون العقاري، (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، 2011.
- 132- شمس الدين عفيف، المصنف في الاجتهاد العقاري، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، 2011.

- 133- شمس الدين عفيف، المصنف في الاجتهاد العقاري، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، 2011.
- 134- شعلة سعيد أحمد، الصورية والشفعة، القاهرة، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، 1995.
- 135- شوقي أحمد محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه)، مصر، منشأة المعارف، 2004.
- 136- شيحا إبراهيم عبد العزيز، الأموال العامة، مصر، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006.
- 137- شامة اسماعين، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002.
- 138- صدوق عمر، تطور التنظيم القانوني للقطاع الزراعي في الجزائر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
- 139- الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، (دراسة في القانون اللبناني والمصري)، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بدون تاريخ.
- 140- الصدة عبد المنعم فرج، أصول القانون، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1979.
- 141- طلبة أنور، الوسيط في القانون المدني، مصر، الأزاريطه، المكتب الجامعي الحديث، الجزء الخامس، 2001.
- 142- طوبيا بيار إميل، الشفعة، (في عقود البيع غير المسجلة)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
- 143- ظاهر فؤاد، الشفعة، (نص - فقه - اجتهاد)، لبنان، طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، بدون تاريخ.

- 144- **العبيدي علي هادي**، الوجيز في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية)، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
- 145- **عبد التواب معوض**، مدونة القانون المدني، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، الجزء الثاني، 1987.
- 146- **عبد التواب معوض**، الشفعة والصورية، مصر، دار الفكر الجامعي للتوزيع والنشر، الطبعة الخامسة، 2000.
- 147- **عبد الحميد محمد فاروق**، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
- 148- **عبد الحميد محمد فاروق**، المركز القانوني للمال العام، القاهرة، مطبعة خطاب، الطبعة الأولى، 1983.
- 149- **عوابدي عمار**، القانون الإداري، (النشاط الإداري)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، 2005.
- 150- **الفضل منذر عبد الحسين**، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
- 151- **قاسم محمد حسن**، موجز الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون تاريخ.
- 152- **قدوج بشير**، النظام القانوني للملكية العقارية، (من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999)، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، (2001-2002).
- 153- **كحلون علي**، القانون العقاري الخاص، (المبادئ العامة، نظام العقارات المسجلة، نظام العقارات غير المسجلة)، تونس، مركز النشر الجامعي، 2009.

- 154- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، 1995.
- 155- مبارك سعيد عبد الكريم، شرح القانون المدني العراقي، (الحقوق العينية الأصلية)، بغداد، العراق، دار الحرية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1973.
- 156- المغربي محمود عبد المجيد، تاريخ القوانين، لبنان، طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، بدون تاريخ.
- 157- مشموشي ندين محمد، حق الانتفاع، (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006.
- 158- منصور محمد مبین، الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 159- مرسي محمد كامل باشا، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب كسب الملكية: الاستيلاء - الالتصاق - الشفعة)، مصر، المطبعة العالمية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، 1952.
- 160- مرسي محمد كامل باشا، شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية: أنواع الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الانتفاع، الاستعمال، السكنى، الحكر، الارتفاق)، مصر، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2005.
- 161- مغيب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، (دراسة في القانون المقارن)، بيروت، الجامعة اللبنانية، الطبعة الثالثة، 2001.
- 162- هرجة مصطفى مهدي، الشفعة (في أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية)، عمان الأردن، دار الثقافة، 1986.

- 163- يحيوي أعر، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، الجزائر، دار هومة، 2004.
- (2) الدوريات:
- 164- ابن تيمية تقي الدين، "فتاوى الفقهاء"، (الإجماع على أن تعذر المنفعة بأمر سماوي يسقط الأجرة)، الرياض، المملكة العربية السعودية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السادسة، العدد الثاني بعد العشرون، 1415 هجري.
- 165- الجندي محمد، "الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة"، (دراسة مقارنة مع القانونين المصري والعراقي)، الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، كلية الحقوق، السنة التاسعة، العدد الأول، القسم الأول، جمادى الثانية 1405 هجري - مارس 1985م.
- 166- الخفيف علي، "الشفعة"، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة فؤاد الأول، كلية الحقوق، السنة الثانية بعد العشرون، العدد الأول، مارس 1952.
- 167- كامل مرسي باشا محمد، "الشفعاء ومراتبهم في الشريعة الإسلامية وفي القانونين الأهلي والمختلط"، مصر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، مطبعة الرغائب، السنة الثانية، العدد الخامس، رجب 1351 هجري - نوفمبر 1932م.
- 168- كامل مرسي باشا محمد، "الشفعة في البيع غير المسجل"، مصر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثاني، 1352 هجري - 1933م.
- 169- كامل مرسي باشا محمد، "تسجيل الدعاوى"، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، السنة التاسعة، العدد الأول، ذو القعدة 1357 هجري - يناير 1939.

- 170- كامل مرسي باشا محمد، "إشهار التصرفات العقارية"، (أحكام قانون التسجيل الجديد)، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، 1349 هجري - 1934م.
- 171- كامل مرسي باشا محمد، "العقود التي تجيز الشفعة والتي لا تجيزها"، مصر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، مطبعة نوري، السنة الخامسة، العدد الأول، شوال 1353 هجري - يناير 1935م.
- 172- مجلة الأحكام العدلية، (التقنين المدني العثماني)، الأردن، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999.
- 173- مجلة الحقوق العينية، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2009.
- 174- الملخص العام باليوم الدراسي الأول بين موثقي وقضاة مجلس قضاء باتنة بحضور الأطراف المتدخلة في المجال العقاري، حول "الإشكالات العقارية والسندات الخاضعة للإشهار العقاري"، الجزائر، باتنة، مجلس قضاء باتنة والغرفة الجهوية لموثقي الشرق، 10 ماي 2004.
- (3) الرسائل العلمية:
- 175- راجح حسن عبد العزيز، "أسباب سقوط الشفعة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عنابة، الجزائر، 2007-2008.
- (4) النصوص القانونية:
- (1) الأوامر والقوانين:
- 176- الأمر رقم (62/66) المؤرخ في 26-03-1966 المتضمن المناطق والأماكن السياحية.

- 177- الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 178- الأمر رقم (105/76) المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل.
- 179- الأمر رقم (01/81) المؤرخ في 07-02-1981 المتضمن قانون التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني والتابع لديوان الترقية والتسيير العقاري.
- 180- القانون رقم (19/87) المؤرخ في 08-12-1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.
- 181- القانون رقم (25/90) المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم (26/95) المؤرخ في 26-09-1995.
- 182- القانون رقم (29/90) المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون التهيئة والتعمير.
- 183- القانون رقم (405/90) المؤرخ في 22-12-1990 المحدد لقواعد إحداث وكالات التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.
- 184- القانون رقم (30/90) المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.
- 185- القانون رقم (09-08) المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 186- القانون رقم (03-10) المؤرخ في 15-08-2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.
- (2) المراسيم:
- 187- المرسوم التنفيذي (454/91) المؤرخ في 23-11-1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة وتسييرها ونضبط كيفية ذلك.

- 188- المرسوم التشريعي (03/93) المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري.
- 189- المرسوم التنفيذي (87/96) المؤرخ في 01-03-1996 المنظم لإنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.
- 190- المرسوم التنفيذي (487/97) المؤرخ في 24-02-1997 الذي يضبط تشكيلة هيئة وإجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية.
- 191- المرسوم التنفيذي (70/98) المؤرخ في 21-02-1998 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتنمية السياحية.
- 192- المرسوم التنفيذي (03/03) المؤرخ في 17-02-2003 المحدد لمناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية.
- 193- المرسوم التنفيذي (385/06) المؤرخ في 28-10-2006 المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية للتنمية السياحية حق الشفعة داخل مناطق التوسع والمناطق السياحية.
- 194- المرسوم التنفيذي (338/09) المؤرخ في 22-10-2009 المعدل للمرسوم (88-232)، والذي يتضمن الإعلان عن مناطق التوسع السياحي.
- 195- المرسوم التنفيذي (339/09) المؤرخ في 22-10-2009 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.
- (3) التعليمات:
- 196- التعليمات الوزارية رقم [140] المؤرخة في 25-05-1994 المتضمنة كيفيات استعمال حق الشفعة لفائدة الخزينة العامة، المديرية العامة للضرائب.
- 197- التعليمات الوزارية المشتركة (الفلاحة - المالية)، رقم [07] المؤرخة في 15-07-2002 المتعلقة بالتنازل عن حق الانتفاع الدائم الممنوح للمستفيدين في إطار القانون (19/87).