

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية



# أحكام الشّفة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستري في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ :

د. حمد بوجمعة

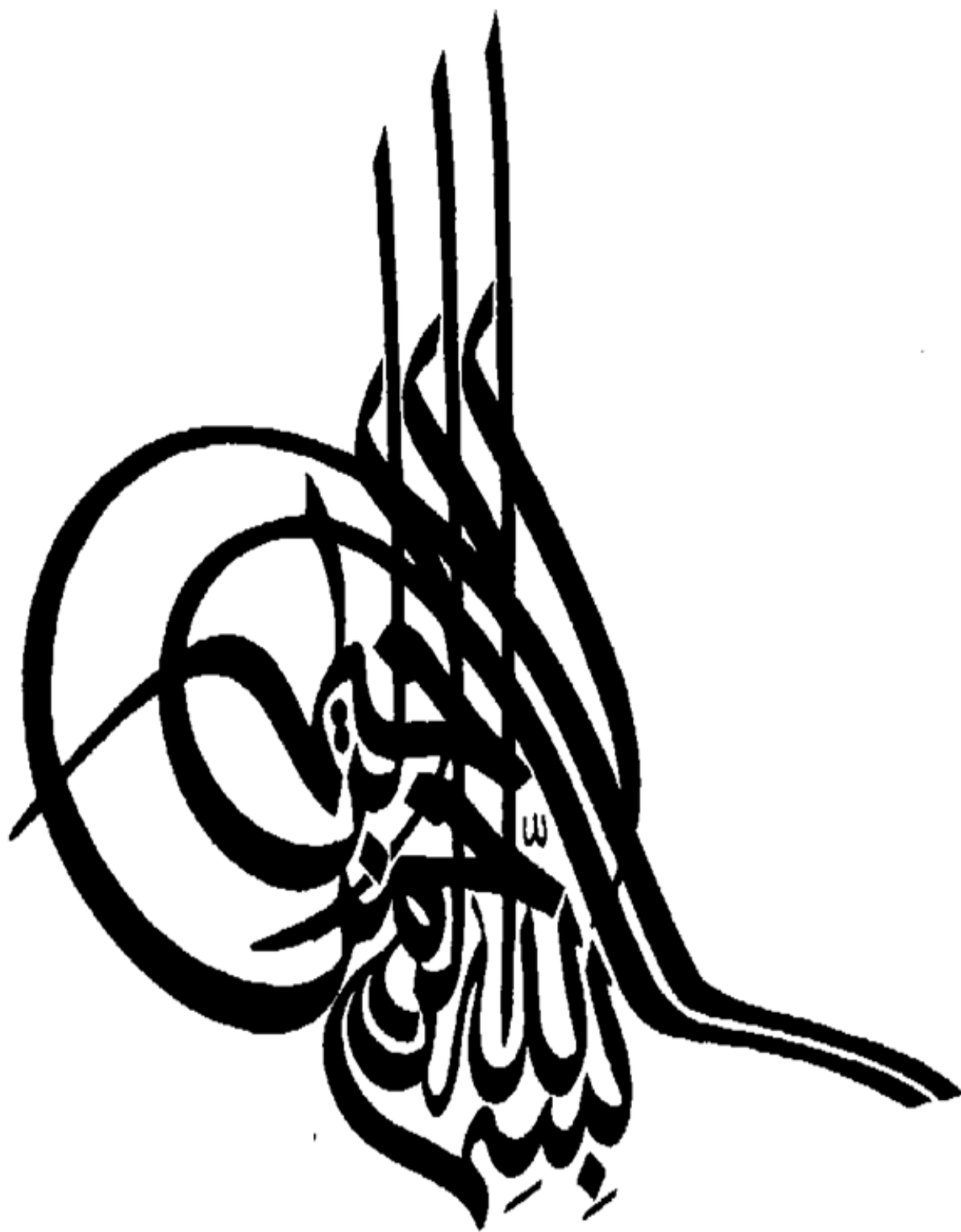
إعداد الطالبان:

- جمال الصديق

- نش نورالدين

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
		محمد بوضياف-المسيلة	رئيسا
حمد بوجمعة	أستاذ محاضر "أ"	محمد بوضياف-المسيلة	مشرفا ومقررا
		محمد بوضياف-المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية : 2021/2020



# شكر و تقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

نشكر الله سبحانه وتعالى على فضله وتوفيقه لنا

والقائل في محكم تنزيهه: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ...﴾ [سورة إبراهيم 7]

والصلاة والسلام على رسوله الكريم ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين

الحمد لله تعالى الذي بارك لنا في إتمام هذه الدراسة

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ المحترم الدكتور: **محمد بوجمعة**

لإشرافه على هذا العمل فله أخلص تحية وأعظم تقدير على كل ما قدمه لنا من توجيهات وإرشادات

وعلى ما خصنا به من جهد ووقت طوال إشرافه على هذا العمل

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى جميع أساتذة قسم العلوم الإسلامية و على رأسهم الأستاذ: **أحمد زايد**

إهداء

إلى روح والدي.....أسكنه الله فسيح جناته

و والدي.....أطال الله عمرها و عافاها

إلى زوجتي.....تقديرا و عرفانا

إلى أبنائي : عماد عبد الحكيم, محمد عبد النور, أشرف وسيم و آدم

إلى إخوتي و إخواني و أصدقائي

أهدي هذه الرسالة

جمال الصديق

## إهداء

إلى أبي رحمه الله

و أمي الغالية أطال الله في عمرها

إلى زوجتي.....و بناتي أروى و مارية

إلى كل الأساتذة الكرام

إلى كل أصدقائي

إلى كل من عرفني من بعيد أو قريب

أهدي هذه الرسالة

نش نور الدين



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
People's Democratic Republic of Algeria  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
Ministry of Higher Education and Scientific Research  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
University Mohamed Boudiaf of M'sila



Faculty of Humanities and Social Sciences  
Van-Donkha of the College for Studies and  
Student Success

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
نهاية المادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة  
الرقم: 2021/

تصريح شفهي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضى أدناه:

السيد (ة)، الصدوق جمال

الصفة: طالب، استاذ باحث، باحث دائم،

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم 100543994

الصادرة بتاريخ 2016/04/13 عن دائرة العلمية

المسجل بكلية العلوم الإنسانية قسم العلوم الإسلامية

تخصص حزبي ومقارن تحت رقم التسجيل 161635076791

والمكلف بإنجاز أعمال بحثية مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)

عنوانها: أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

الجزري - دراسة مقارنة -

أصرح بشرفي بأنني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة

الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه

المسيلة في، 2021 06/10



أعضاء المهني (ة)

المرجع، القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في، 28-07-2016 المعدد للقواعد المتعلقة بالوثائق من السرقات العلمية ونسختها.



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
People's Democratic Republic of Algeria  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
Ministry of Higher Education and Scientific Research  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
University Mohamed Boudiaf of M'sila



Faculty of Humanities and Social Sciences  
Vice-Dean of the College for Studies and  
Student Status

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
قيادة المادة للدراسات والمعامل المرتبطة بالطلبة  
الرقم: 2021/

**تصريح شرقي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث**

أنا المعنى أدناه،

السيد (ة) أمن نور الدين

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث دافع)، طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم، 201130227

الصادرة بتاريخ، 2017/06/26 عن دائرة، بلدية المعاضيد بلدية

المسجل بكلية، العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم، علوم إسلامية

تخصص، شريعة وقانون تحت رقم التسجيل، 1492231

والمكلف بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها، أحكام الشريعة في الفقه الإسلامي والقانون

المدني الحزاني - دراسة مقارنة

اصرح بشرحي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة

الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في، 2021/06/17

امضاء المعنى (ة)،

المرجع، القرار الوزاري رقم، 933 المؤرخ في، 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

## فهرس المختصرات:

ق م ج : القانون المدني الجزائري

ق أ : قانون الأسرة

ق إ ج : قانون الإجراءات الجزائية

ص : صفحة

ج : جزء

ط : طبعة

د ط : دون رقم طبعة

د ت : دون تاريخ طبعة

د ت م : دون تاريخ و مكان للنشر

مقدمة

## مقدمة:

﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَىٰ عَبْدِهِ الْكِتَابَ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ عِوَجًا (1) فَيَمَّا لَيُنذِرَ بِأَسَا شَدِيدًا مِّن لَّدُنْهُ وَيُبَشِّرَ

الْمُؤْمِنِينَ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ الصَّالِحَاتِ أَنَّ لَهُمْ أَجْرًا حَسَنًا (2) ﴾ [ الكهف: 1-2 ]

إن الحمد لله نحمده, و نستعينه, و نستغفره, و نتوب إليه, من يهده الله فهو المهتد و من يضل فلا هادي له. و نشهد أن لا إله إلا الله وحده شهادة تبعدنا عن الزلل و تقربنا إلى الطاعة و المغفرة و الرضوان , و نصلي و نسلم على الذي لم ينطق إلا بالحكمة , و لم يتكلم إلا بالتي هي أحسن ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ (4) عَلَّمَهُ شَدِيدُ الْقُوَىٰ (5) ﴾ [ النجم : 3-4-5 ].

إن الإسلام هو الدين القويم فقد أسس مبادئه وقواعده على الحكمة والرشد والساد ووضعت طرق قويمه وقوية فبين الحدود والحقوق والواجبات التي تكون في معاملات الناس وذلك من أجل مراعاة المصالح ومحاربة كل ما يعارض مصالح العباد العامة والخاصة, كما أن الإسلام جاء لفض النزاعات بين الناس والحفاظ على تماسك المجتمعات وروابطها من الأخوة و المجاورة وغيرها وقد جاء القانون مكملًا للفقهاء الإسلامي.

حيث نجد أن الملكية تعتبر سلطة مباشرة لشخص على شيء معين أو حق عيني تحوله سلطة الانتشار باستعماله وهذا الحق العيني يكتسب بأسباب مختلفة كاستيلاء أحد الأشخاص على مال لا يملكه أحد أو قد يكتسب انتقالًا من مالك إلى آخر وهذا الانتقال يكون بجملة من الأسباب كالوفاة أو الوصية أو الميراث وغيرها من المسببات ولأجل حل المشاكل بين العباد سواء في العقارات أو المنقولات جاء الفقه الإسلامي وتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري بحل قويم وسديد يتمثل فيما يسمى بالشفعة التي حفظت حقوق الضعفاء وأعطت حق القريب والجار في شراء العقار وتملكه بصفة شرعية وقانونية وهذا الموضوع -الشفعة- اختارنا ليكون عنوانًا لبحثنا من أجل إثرائه ومعرفة أحكامه و كل ما يتعلق به سواء في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .

1- أهمية موضوع البحث:

- \_ تقريب موضوع الشفعة والاحاطة بكل مشتملاتها من خلال دراسة مقارنة بين ما أقره الفقه الإسلامي وما أخذ به القانون المدني الجزائري.
- \_ كون الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية.
- \_ اتصال موضوع الشفعة بمعاملات الأفراد فيما بينهم .

2- أسباب اختيار موضوع البحث:

- \_ الرغبة الملحة في دراسة موضوع الشفعة .
- \_ كثرة المشاكل المتعلقة بموضوع الشفعة والجهل بالإجراءات المتبعة للمطالبة بالحقوق الضائعة .

\_ ان الشفعة من أسباب فض النزاعات بين الافراد.

\_ قلة المواضيع التي تطرقت لأحكام الشفعة.

3- أهداف موضوع البحث:

- \_ معرفة كل الاحكام المتعلقة بالشفعة في الفقه الإسلامي .
- \_ الاطلاع على ما جاء به القانون المدني الجزائري.
- \_ مقارنة أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري.

4- الإشكالية:

" ما مفهوم الشفعة وما هي أحكامها في كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني

الجزائري؟ "

5- منهج الدراسة:

تم تناول الدراسة باتباع المنهج التاريخي ، التحليلي و المقارن وذلك باستعراض النصوص القانونية في القانون المدني الجزائري، و دراسة مدى مطابقتها أو اختلافها مع الفقه الإسلامي.

**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 والتي مست كل ما يتعلق بتطور القواعد المنظمة لقانون الشفعة.

**المنهج التحليلي :** من خلال دراسة النصوص المختلفة لاستنتاج أفكار منها، سواء كانت تلك النصوص شرعية أم قانونية، وهو أيضا المتبع خلال تحليل وشرح المعطيات التي تقدمها لنا مختلف القوانين المتضمنة أحكام ممارسة الشفعة من جل أطرافها وفي كل مجالاتها، كما يفرض المنهج نفسه أيضا في تحليل النصوص الشرعية والفقهية، وقراءة نسقها.

**المنهج المقارن :** وذلك من خلال فرض نفسه على البحث، فطبيعة الدراسة تقتضي المقارنة بين ما نرجحه من آراء فقهية إسلامية مع ما يراه فقهاء القانون لمعرفة أوجه التوافق والاختلاف.

#### 6- الدراسات السابقة:

استقدنا في محاولتنا البحثية هذه لبيان أحكام الشفعة بين الفقه الإسلامي و القانون من دراسات سابقة منها :

**دراسة أسماء تخونوي،** الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012 . والتي طرحت في موضوع بحثها الإشكالية : ما مدى إمكانية التوصل لتأصيل الأحكام المتعلقة بالشفعة في التشريع الجزائري وإيجاد اطر لها ضمن احكامها المقررة في الشريعة الإسلامية؟

حيث ان بحثها قام على اسقاط ما جاء به الفقه الإسلامي في موضوع الشفعة على التشريع الجزائري، في حين أن اشكالية موضوع بحثنا كانت:

ما هي الأحكام المتعلقة بالشفعة في الفقه الإسلامي و كيف تعامل معها القانون المدني الجزائري ؟ وهي على شكل دراسة مقارنة لموضوع الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

ومن بين النتائج التي توصلت إليها أن دراسة الأحكام الخاصة للشفعة من شروط و آثار و إجراءات تثير في واقع العمل عدة إشكالات نظرية و عملية في فرعياتها لا في إطارها أو بنائها كما جاء به القانون.

دراسة لآبد أسماء، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية، جامعة احمد بن بلة، وهران، 2016. حيث كانت اشكالية بحثها بعنوان: ماهي احكام الشفعة في الفقه المالكي؟ وكيف نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني؟ حيث نجد ان دراستها كانت مقارنة بين مذهب واحد وهو المالكي وما قرره الفقه المدني الجزائري، في حين أن بحثنا كان على شكل دراسة مقارنة للشفعة في الفقه الإسلامي عامة والقانون المدني الجزائري .

7\_ الصعوبات والعوائق: تعرضنا خلال بحثنا هذا لمجموعة من الصعوبات والعوائق منها:

\_ قلة المراجع التي تناولت موضوع الشفعة خاصة المتعلقة بالقانون المدني الجزائري.

\_ جائحة كورونا التي أصابت العالم ومنها الجزائر.

## 8- الخطة العامة لموضوع البحث:

قسمنا البحث إلى فصلين، الفصل الأول بعنوان ماهية الشفعة مقسم إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الشفعة في الفقه الإسلامي وكذلك الشفعة وتكييفها في القانون المدني الجزائري، المبحث الثاني جاء تحت عنوان أركان الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

أما الفصل الثاني فكان بعنوان اثار الشفعة ومسقطاتها قسمناه إلى مبحثين الأول تمحور حول الآثار المترتبة على الشفعة في حين ان البحث الثاني إلى مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

# الفصل الأول: ماهية الشفعة

و فيه مبحثان:

المبحث الأول : مفهوم الشفعة

المبحث الثاني: أركان الشفعة شروطها وإجراءات الأخذ بها

من المتفق عليه أن الرجوع إلى مبادئ الفقه الاسلامي هو الرجوع إلى المبادئ الكلية له، دون التقيد بمذهب معين من مذاهبه الفقهية، على أن يكون الحكم المستخلص من تلك المبادئ مصدرا لمبادئ القانون المدني الجزائري.

حيث أن الشفعة تعد طريقا مسطرا من أجل سلامة العلاقة بين الافراد ودرء المفساد وجلب المصالح ولأجل ذلك توجب علينا معرفة المعنى اللغوي والاصطلاحي للشفعة وحكمها ودليل مشروعيتها وذلك من خلال مبحثين:

### المبحث الأول: مفهوم الشفعة

سنتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي ودليل مشروعيتها في مطلب أول، أما في المطلب الثاني سنتطرق إلى الشفعة وتكييفها في القانون المدني الجزائري

#### المطلب الأول: تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي ودليل مشروعيتها

ان موضوع الشفعة قد جمع بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ومن أجل معرفة هذه الأحكام قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول ضمناه تعريف الشفعة لغة و اصطلاحا و تعريف الشفعة عند المذاهب الأربعة أما الفرع الثاني فتطرقنا فيه لدليل وحكمة مشروعية الشفعة من السنة النبوية و من الإجماع كما بينا في هذا الفرع الحكمة من مشروعية الشفعة.

#### أولا: تعريف الشفعة لغة واصطلاحا.

##### 1- الشفعة لغة:

الشفعة بضم الشين وسكون الفاء هي خلاف الوتر، وهو الزوج، نقول كان وترا فشفعته شفعا وشفع الوتر من العدد جعله زوج، يقال شفعت الركعة جعلتها اثنتين<sup>1</sup>.

1 - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، دس، ج 8 ص581.

2\_ ابن منظور المرجع نفسه.

وكلمة الشفعة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة بما فيه من ضم عدد إلى عدد أو

شيء إلى شيء، والشفيع يضم المبيع إلى ملكه و ورد في القرآن الكريم قوله تعالى :

﴿ مَّن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا ۖ وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُّقْتَدِرًا ﴾ [النساء: 85]. بمعنى من يزد عمله، فيضم عملا إلى عمل.

والشفعة في الملك مشتقة من الزيادة، لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به،

كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا<sup>1</sup>.

### 2- الشفعة اصطلاحا

عرفها الفقه الإسلامي على أنها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار

بثمنه أو قيمته الذي باع به بصيغة<sup>2</sup>.

- أما في القانون المدني الجزائري جاء تعريف الشفعة في المادة 794: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية"

ونستتبط من هذا التعريف أن الشفعة تعد كسبب من أسباب كسب الملكية، إذا ما

استعملها الشفيع التملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع، الذي يحل محل هذا المشتري بشروط يتم بيانها لاحقا.

ولهذا فالشفعة لا تكون بحسب المادة إلا في بيع العقار، و يسمى العقار المشفوع فيه من

الشفيع و هو طالب الشفعة، و قد عين القانون أحواله و من المشتري هو الشفيع منه و

الذي يحل محله الشفيع، و البائع، و عقار مشفوعا به و هو العقار الذي يملكه الشفيع و

الذي يستند إليه في طلب الشفعة لضمه إلى العقار المشفوع فيه.

3\_ أحمد الدردير، الشرح الصغير، على مختصر أقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك، دار المعارف 1986، ج

3ص254.

### ثانيا: تعريف الشفعة عند المذاهب الأربعة

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة تبعا لاختلاف مذاهبهم في تحديد الأحكام المتعلقة بها ونورد أهم تلك التعاريف على النحو الآتي:

فقد عرف فقهاء الحنفية الشفعة بأنها: "تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه"<sup>1</sup> وهذا التعريف ورد في غالبية الشروح إلا أنه ورد في بعضها تملك العقار بدل البقعة، وعرفها بعضهم بأنها حق تملك العقار جبرا عن المشتري بما قام عليه لدفع ضرر الجوار

أما المالكية فقد عرفوا الشفعة" بأنها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة"<sup>2</sup>، والمقصود بالاستحقاق، طلب الشريك أخذ ما باعه شريكه للغير بثمنه الذي باع به أو قيمة العقار الذي عاوض به.

وعرفها الشافعية "بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحديث فيما ملك بعوض"<sup>3</sup>، أي أن ذلك الاستحقاق قهري يثبت للشريك بمجرد البيع من غير رضا المشتري الحديث، ومعنى كونه قهريا، أي أنه متى بذل المستحق الثمن فوجدت الصيغة حصل قهرا من المشتري الأول.

وعرفها الحنابلة بأنها "استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكة المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العق وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه"<sup>4</sup>

مما سبق نخلص إلى القول بان تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي لا يخرج عن أصل معناها اللغوي، وهو الضم أي أن الشفيع يمتلك العقار المشفوع فيه فيضم ذلك العقار إلى ملكه.

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ج8، ص 144.

2 - الزيلعي، الهداية، دس، ج5، ص239.

3 - ابن نجيم، مرجع نفسه، ص144.

4 - ابن قدامة المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، إعادة طبع دار الكتاب العربي، س 2015، ج 5، ص459.

الفرع الثاني: دليل وحكمة مشروعية الشفعة:

أولاً: دليل مشروعية الشفعة

1- من السنة النبوية:

فقد ثبت بقضاء الرسول صلى الله عليه و سلم بها، إذ روي في الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قوله : ( قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة ) متفق عليه.<sup>1</sup>

و في الموطأ عن أبي سلمة بن عبد الرحمان ( أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء , فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه )<sup>2</sup>

2 - من الإجماع :

فقد قال الإمام إبراهيم بن المنذر : «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط، والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي تقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه، ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم فإنه قال : لا تثبت الشفعة لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبيعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فينتظر المالك وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار والإجماع المنعقد قبله، والجواب على ذلك من وجهين<sup>3</sup> :

- أولهما : إنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

- ثانيهما : إنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة».

<sup>1</sup> - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 1990، ص 10.

<sup>2</sup> الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، ج4 دار ابن حزم بيروت، ط1، 2008، ص166

<sup>3</sup> - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، ط 3، 2013، ص25 و26.

ومن خلال ذلك تتجلى مشروعية الشفعة و جواز الأخذ بها و بذلك عمل الصحابة و الخلفاء الراشدون عليهم رضوان الله، إذ قضى بها الكثيرون، و منهم الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه و الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه<sup>1</sup>.

### ثانياً: الحكمة من مشروعية الشفعة

شرعت الشفعة في الإسلام، من أجل دفع ضرر الدخيل، وهو المشتري، عن الشفيع على الدوام لسوء المعاشرة والمعاملة الواقعة أو المتوقعة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»<sup>2</sup>.

إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يدخل عليه من لا يعرف شركته ولا معاملته، وعلى رأي آخر فهي دفع ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأييد والقرار، وقد قيل أضيقت السجون معاشر الأضداد، ويخرج من ذلك المنقول والعقار المعار أو المؤجر، لأن عدم ثبوت الشفعة في العقار المعار أو المؤجر ناشئ عن كون سوء المجاورة فيه ليست على وجه التأييد، لأنه ينتهي في الإعارة والإجارة بفسخ الإعارة وختام وانتهاء مدة الإجارة، ولذلك خرج المستعير والمستأجر<sup>3</sup>.

### قال الإمام العلامة ابن القيم رحمه الله :

" ومن محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد إتيانها بالشفعة، ولا يليق بها، غير ذلك، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخطاء يكثر فيهم بغية 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

<sup>1</sup> - جمال مهدي محمود الأكنة، أثر الشفعة في العقار والمنقول، دار الفكر العربي، ط 1، 1995، ص 15-20

<sup>2</sup> عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ (قال): لا ضرر ولا ضرار. (حديث حسن رواه ابن ماجه والدار قطني وغيرهما مسنداً. و صححه الألباني في إرواء الغليل، حديث رقم 896، المكتب الإسلامي بيروت، ط 1979، ج 1، ص 408.

<sup>3</sup> - علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، ج 2، ص 749.

عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض 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، ومن هنا يعلم أن التحايل لإسقاط الشفعة مناقض لهذا المعنى الذي قصده الشارع ومضاد له<sup>1</sup>.

لهذا يتضح لنا جلياً أن مشروعية الشفعة تتفق مع الأصول العامة للفقهاء الإسلامي وإن كانت على خلاف ما وضع من حدود للملكية، حيث إن إباحة الشفعة للشفيع واستعماله لها يترتب عليها أخذ ما في يد المشتري جبراً عنه، وهذا مما لا ريب فيه ينافي قاعدة اشتراط الرضا في انتقال الملكية بين الأشخاص<sup>2</sup>.

فالشفعة بمثابة استثناء تدعو إليه المصلحة التي شرعت من أجلها الشفعة ولم يترتب عظيم ضرر لطرفي عقد البيع، لا للبائع ولا للمشتري، فقد توفر للبائع معه ما يبقى من المال عوضاً عن المبيع، كما أن المشتري كان في غنى عما اشتراه قبل شرائه، خاصة وقد وجد من هو أحق منه، ومن في صرف الصفقة عنه إلى غيره من الضرر ما لا يخفى على ذي عقل، فقدم عليه دفعاً للإضرار به، وتمكينه من حقه، خاصة وأن المشتري لم يخسر شيئاً؛ لأن الشرع أوجب له أخذ ما دفعه ثمناً لما اشتراه.

فمشروعية الشفعة من أجل هذا متفقة تماماً والأصول العامة للشرع الإسلامي، الذي يسعى دائماً لتحقيق مثل هذه الغاية وغيرها من الغايات النبيلة والتي ما شرعت الشرائع السماوية إلا من أجل تحقيقها.

<sup>1</sup> - ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن حزم، ج 2، ص 139.

<sup>2</sup> - جودة عبد الغني بسيوني، الشفعة في الفقه الاسلامي، ج1، كلية الشريعة والقانون، مصر، دس، ص2

### المطلب الثاني: تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري

قسمنا هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الأول ضمناه تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري أما الفرع الثاني فتطرقتنا فيه للتكييف القانوني للشفعة.

#### الفرع الأول: تعريف الشفعة

عرفت المادة 794 من ق م ج : «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية...»<sup>1</sup>

ويتفق هذا التعريف، مع ما ورد في الفقه الإسلامي من تعريف للشفعة كونها حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بما قدر من الثمن والمؤن، أو أنها أخذ الشريك حصة شريكه جبرا ومما تقدم يتضح بأن الشفعة نظام ورد في الفقه الإسلامي، وأخذه القانون المدني الجزائري مثل بقية المشرعين في الدول العربية ومنها المشرع المصري.

والشفعة في القانون المدني الجزائري جار بها العمل، حيث نظمها المشرع في نصوص خاصة. فأوردها في الباب الأول المتعلق بحق الملكية الواقع في الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية، إذ نجدها في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق اكتساب الملكية، وخصها بنحو أربعة عشر مادة بدأ من المادة 794 إلى غاية المادة 807 من نفس القانون متضمنة هذه المواد "شروط الشفعة إجراءاتها أثارها وسقوطها"

كما نجدها منظمة في إطار نصوص أخرى منها :

2- القانون رقم 19 / 87 المؤرخ في 12 / 1987 / 08 المتضمن كيفية ضبط استغلال

الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم، إذا

منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية، و

قد حددت المادة 24 من هذا الحق، فنجد أن المادة 62 من قانون التوجيه العقاري

<sup>1</sup> الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1995 و المتضمن ق م ج المعدل و المتمم و المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 30/09/1975 العدد 78

رقم 25 / 90 المؤرخ في 18/11/1990 ينص على ما يلي « تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليها في المادة 24 من القانون 87/19 المؤرخ في 08/12/1987.

3- قانون التوجيه العقاري 25 / 90 المؤرخ في 11 / 18 / 1990 : تم النص على استكمال حق الشفعة في ظل هذا القانون من خلال المادتين 52 و 71 فالأولى تتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات الفلاحية أما المادة الثانية فتتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء.

وما يمكن قوله حول هذا القانون، هو منحه حق ممارسة الشفعة للدولة، رغم أنها ليست مالكة و لا صاحبة حق انتفاع و تمارس الدولة حق الشفعة عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية فقد جاء في نص المادة 52 من القانون 25 / 90 أنه في جميع الحالات الأخرى التي يعتمد فيها الإجراء البيع لهاته الأراضي، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تقوم بشراء الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من القانون المدني أنزلها المرتبة الأولى قبل أصحاب الحقوق الذين نص عليهم القانون المدني في المادة 795، إذ خولت المادة للدولة أو الجماعات المحلية ممارسة حق الشفعة، في حالة ماذا أراد أصحاب الحقوق العقارية التنازل عنها، و هذا دون حاجة من الدولة أو الجماعات المحلية لاستعمال إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، طالما أنها تقوم بإنجاز مشروع في إطار المصلحة العامة و تمارس امتيازات السلطة العامة والملاحظ أن المادة السالفة الذكر نصت على أن الدولة أو الجماعات المحلية تمارس حق الشفعة بواسطة مصالح و هيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم، غير أنه لم يصدر بعد.

3- الأمر 105 / 76 مؤرخ في 12 / 09 / 1976 و المتضمن قانون التسجيل تضمن القسم الرابع من هذا الأمر حق الشفعة، لاسيما المادة 118 منه، حيث جاء فيها: «تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل الصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو

المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار كله أو جزئه» و الذي ترضى فيه بأن ثمن البيع غير كافي مع دفع مبلغ الثمن، ما زاد فيه العشر « 1 / 10 » لذوي الحقوق و ذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد 102 إلى 106.

### الفرع الثاني: التكييف القانوني للشفعة

أما التكييف القانوني للشفعة، فإنها تجمع بين جوهر الواقعة القانونية فيما تستند إليه من واقعة تفوق عناصر الملكية أو الشيوخ، ومن واقعة بيع العقار المشفوع فيه، التي تمثل واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيح، وبين جوهر التصرف القانوني، فيما تتطلبه اتجاه إرادة الشفيح إلى الأخذ بالشفعة ووجوب إعلانه ذلك، وهذا الجمع بين جوهر القاعدة القانونية، وجوهر التصرف القانوني، هو الذي جعل من الشفعة مصدرا مركبا يمس حرية التعاقد وحق التصرف، وحقوق المشترين، وحق الملكية على السواء، بما يعنيه من إحلال الشفيح محل المشتري الذي اختاره البائع، وبما ينتهي إليه من أخذ الشفيح العقار المبيع جبرا على المشتري، ولذلك فهو نظام استثنائي يجب التشدد في شروطه وإجراءاته والتضييق من نطاقه<sup>1</sup> اختلف فقهاء القانون المدني حول طبيعة الحق في الشفعة، فذهب البعض إلى اعتباره حقا عينيا مصدره الحق العيني لملكية العقار المشفوع به وذهب البعض الآخر إلى اعتباره حقا شخصيا، ومعنى ذلك أن الشفيح لا يستعمل دعوى عينية إنما حقا شخصيا لصيقا به، وهو الحق في أن يصير مشتريا بالأفضلية، وذهب فريق ثالث إلى اعتباره حقا شخصيا عينيا فهو حق شخصي بالنسبة للشفيح، وحق عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه.

والراجح أن الشفعة هي واقعة قانونية طبيعية وسببا من أسباب كسب الملكية، كما أنها تعتبر مصدرا للحق نفسه، وليست حقا و فقط.

وبالرجوع إلى كتب الفقه القانوني، نجد أن شراح القانون المدني قد استخدموا المصطلحات التي سبق وأن استخدمها قبلهم فقهاء الشريعة الإسلامية، بحيث إنه إذا بيع

<sup>1</sup> - حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط3، 1994، ص 513.

عقار وقام سبب يجعل القانون بموجبه لشخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري، فيكون لمن تحقق به هذا السبب استبعاد المشتري والحلول في البيع محله، فيقال: إن له أخذ العقار المبيع بالشفعة، ويسمى الآخذ بالشفعة الشفيع، ويسمى المشتري مأخوذ منه أي المشفوع منه، ويسمى العقار المبيع، العقار المشفوع فيه، أي الشيء المأخوذ، ويسمى عقار الشفيع أو حقه، الذي يشفع بموجبه، العقار أو الحق المشفوع به وبذلك يكون الشفيع في مركز قانوني يعطيه أفضلية على المشتري المشفوع منه، بحيث يكون له إذا أراد استبعاده والحلول محله في بيع العقار المشفوع فيه، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري بإيجاز في نص المادة 794 من ق م ج.

وقد استمد المشرع الجزائري نظام الشفعة من الفقه الإسلامي، الذي يعد المصدر المادي و التاريخي لأحكام الشفعة، ومن ثم يكون الرجوع في تفسير هذه النصوص والأحكام إلى الفقه الإسلامي، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة الأولى من الأمر رقم 58 / 75 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني

التي تنص على أنه : " ... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية "، حيث تكون الشريعة الإسلامية في هذه الحالة مصدراً رسمياً للقاعدة التي يطبقها القاضي، وفي حالة الرجوع إلى الفقه الإسلامي يجب عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، كما يجب أن يراعي الآخذ بأحكام هذه الشريعة التوفيق بين هذه والمبادئ العامة التي تحكم التشريع المدني<sup>1</sup>.

والشفعة إذ تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً على المشتري فإنها تعتبر قيوداً على حرية التصرف، فهي تثبت في الفقه الإسلامي على خلاف الأصل والقياس، وإنما يأخذ بها هذا الفقه دفعا لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع.

<sup>1</sup> - عبد النعيم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ط1، بيروت، لبنان، 1982، ص 346.

كما أن للشفعة فوائد تتعلق بجمع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع إلى حق الرقبة، عن طريق الأخذ بالشفعة، كما تتعلق بإنهاء حالة الشيوخ في حالة ما إذا باع الشريك حصته لأجنبي.

وقد راعى المشرع أن الشفعة قيد يرد على حرية التصرف يحسن عدم التوسيع فيه، فضيق فيها سواء من ناحية الموضوع، أو من ناحية الإجراءات، وقد نظم القانون المدني الجزائري الشفعة في المواد : من 794 إلى 807 ضمن القسم الخامس من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية.

من الملاحظ أن المشرع لم يفرق بين أركان الشفعة وشروطها، مثل ما هو الشأن بالنسبة للفقهاء الإسلامي، ولذلك نجد أنه نص في المادة 795 من ق م ج : « يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

(1) مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

(2) للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

(3) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها» .

كما أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا قد كرس ذلك في عدة قرارات، بحيث استقر على أن الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة، المذكورون على سبيل الحصر، وهم ثلاثة أصناف، مالك الرقبة، والشريك في الشيوخ، وصاحب حق الانتفاع، وإن من لم يبين أو يثبت أن له صفة من الصفات الثلاث المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني. فإن تمسكه بحق الشفعة يعتبر خارجا عن كل إطار قانوني، وهذا الجمع بين جوهر القاعدة القانون، وجوهر التصرف القانوني، هو الذي جعل الشفعة مصدرا مركبا، يمس حرية التعاقد، وحق التصرف، وحقوق المشترين، وحق الملكية على السواء، بما يعنيه من إحلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره البائع، وبما ينتهي إليه من أخذ الشفيع العقار المبيع جبرا على المشتري، ولذلك فهو نظام استثنائي يجب التشدد في شروطه وإجراءاته والتضييق من نطاقه.

## المبحث الثاني: أركان الشفعة شروطها وإجراءات الأخذ بها

للشفعة أركان و شروط وإجراءات من أجل الأخذ بها ، و ذلك ما سنوضحه من خلال هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب:

### المطلب الأول : أركان الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

تطرقنا في هذا المطلب إلى أركان الشفعة في الفقه الإسلامي و ق م ج من خلال فروع ثلاثة :

الفرع الأول: و شرحنا فيه الشفيع في الفقه الإسلامي و فيه الشفعة للمحبس و الشفعة لولي القاصر والمحجور عليه و الشفعة في المهر والخلع الشفعة في الصلح في العمد والخطأ الشفعة في الميراث . ثم تطرقنا للشفيع في القانون المدني الجزائري ووضحنا هنا صفة الشفيع.

ثم تناولنا بعد ذلك حكم تعدد الشفعاء في الفقه الإسلامي و بينا إذا كان الشفعاء في مرتبة واحدة أ في مراتب مختلفة.

ثم تطرقنا إلى حكم تعدد الشفعاء في القانون المدني الجزائري و فصلنا فيه تزامم الشفعاء و هم من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة.

الفرع الثاني : و فيه بينا أحكام المشفوع فيه في الفقه الإسلامي و كذا في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث : و فيه بينا أحكام المشفوع منه في الفقه الإسلامي و كذا في القانون المدني الجزائري.

### الفرع الأول: الشفيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

للشفعة أركان وهي الشفيع والمشفوع فيه والمشفوع منه، وعلى هذا سنتطرق لأركان الشفعة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

أولاً: الشفيع في الفقه الإسلامي: يرى جمهور الفقهاء أنه لا شفعة إلا لشريك في ذات المبيع، حقه مازال مشاعاً لم يفرز، على مسلم عند المالكية، كما تثبت للكافر فلا شفعة

لشريك مقاسم، وتثبت الشفعة للكافر على الكافر إذ احتكما للفقهاء الإسلامي لأنهما تساويا في الدين<sup>1</sup>.

وقد فصل فقهاء الفقه الإسلامي في أنواع الشفعة وصفة الشفيع، كما يلي:

### أ- الشفعة للمحبس:

إذا حبس أحد الشريكين حصته قبل أن يبيع شريك حصته، فللشريك الأول أن يأخذها بالشفعة ليحبسها في مثل ما حبس فيه نصيبه، وإذا لم يقصد التحبيس فليس له الأخذ بالشفعة.

وسئل عنها أحمد بن نصر الدواودي فقال " لا شفعة للمحبس من مالها، ومن طلب أن يشفع لها فليستشفع، أي فليأخذ بالشفعة"، وأجاب أبو عمران القنطري رحمه الله، بأنه إذا كان الشخص المبيع نصفه الآخر للمسجد حبسا فإن الناظر في الحبس فليستشفع، أي فله أن يأخذ بالشفعة للمسجد، غير أنه لا يكون النصف المستشفع حبسا<sup>2</sup>.

### ب - الشفعة لولي القاصر والمحجور عليه:

الشفعة من باب تنمية المال وهو من الأفعال النافعة نفعا محضا، والشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك ، لذلك فالشفعة حق للصغير ونحوه من المحجور عليهم. وإن طلب شفعة الصغير يقوم به أبوه أو وصيه، فإن لم يكن فالأم و إلا فالولي والقاضي ولي لمن لا ولي له. وعلى ولي الصغير أن يراعي ما فيه مصلحة الصغير في الأخذ بالشفعة، فإذا أخذ الولي بها، فلا يملك الصغير نقضها بعد البلوغ باتفاق المذاهب الأربعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي ج2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص213.

<sup>2</sup>- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، دار الغرب

الإسلامي بيروت، 1981، ج8، ص114.

<sup>3</sup>- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص29.

ج- الشفعة في المهر والخلع

اختلف الفقهاء في التملك بعوض غير مالي، كالمهر وبدل الخلع، أو عوض في الصلح عن دم جناية العمد أو الخطأ، لأن من شروط الأخذ بالشفعة أن يكون الشقص منتقلا بعوض، أي عقد معاوضة، أي معاوضة مال بمال، فلا شفعة إذا كان العوض غير مال، لأن الشيء في المعاوضة غير المالية يشبه الموهوب والموروث، ولأن هذه الأعواض لا مثل لها حتى يأخذ الشفيع الشيء بمثلها، فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعاً، كما أن الشفعة لا تجب بفسخ يرجع به المبيع إلى البائع كرده بعيب أو إقالة.

وقد قسم الفقهاء الشيء المنتقل بعوض إلى قسمين :

- أولهما : ما عوضه المال كالبيع، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف، وكذلك كل عقد جرى مجرة البيع، كالصلح بمعنى البيع، والصلح عن الجنایات الموجبة للمال، وبهذا يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي.

إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا: لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا، لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض، فأشبهت البيع بشرط الخيار، وخالفه في ذلك الحنابلة فقالوا: ولنا أنه يملكها بعوض هو مال، فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع.

- ثانيهما : ما انتقل بعوض غير المال، مثل أن يجعل الشخص مهراً و عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد، فقال بعض الفقهاء أنه لا شفعة فيه، لأنه لم يتعرض في جميع مسأله لغير البيع"، وقال آخرون إن كان الشخص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق، أخذ الشفيع بمهر المرأة، لأنه ملك الشخص در دل ليس له مثل، فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة، كما لو باعه بعوض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقل معاوضة فأشبهه البيع<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص36.

ح- الشفعة في الصلح في العمد والخطأ

اختلف الفقهاء في من انتقل إليه الملك بغير شراء وذلك على النحو التالي، فقد نصت المادة 1025 من مجلة الأحكام العدلية على أن : «يشترط أن يكون البديل مالا معلوم المقدار، بناء عليه لا تجرى الشفعة في العقار الذي ملك بالبديل الذي هو غير مال....»

وبالدل الذي ليس بمال، هو المنفعة والمهر وبديل الصلح عن دم العمد، فلو تصالح القاتل عمدا مع ورثة المقتول عن دم على عقار، فليس للشخص الذي يتصل ملكه بذلك العقار حق الشفعة، وكذلك لو اشترط الورثة على القاتل إعطائه أيضا ألف درهم علاوة، فلا تجري الشفعة في هذا العقار.

أما لو وقع الصلح على مبلغ معين عن دم العمد، وأعطى في مقابل بدل الصلح عقارا فتجري الشفعة في هذا العقار، كذلك لو وقع الصلح عن جناية توجب الدية أو الإرث - أي التعويض - فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه لأن بدل هذا العقار مال.

أما ولو وقع الصلح على عقار عن جنايتين: إحداها توجب القصاص، والأخرى توجب الدية أو التعويض، فلا تثبت الشفعة في مقدار ما عند الإمام أبو حنيفة رحمه الله<sup>1</sup> والمشهور عند الإمام مالك رحمه الله : إن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر التعويض وغير ذلك، وفي رواية ثانية عنه :

أن الشفعة تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض، ما عدا الميراث، فإنه لا شفعة فيه، و وافقه الإمام الشافعي رحمه الله<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، تع: فهمي الحسيني، ط1، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1991، ج 2 ، ص 784.

<sup>2</sup> - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 419.

خ - الشفعة في الميراث :

قال الإمام مالك رحمه الله: " الرجل يورث الأرض نفرا من أولاده، ثم يولد لأحد نفر ثم يهلك الأب، فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الأرض، فإن أخا البائع أحق بشفעתه من عمومته شركاء أبيه، قال مالك وهذا الأمر عندنا<sup>1</sup>.

فجمهور الفقهاء يقرون بثبوت حق الأخذ بالشفعة للوارث، إذا طالب به الشفيع المورث بعد بيع العقار المشفوع فيه قبل موته، بخلاف ما إذا مات الشفيع قبل أن يطلب الأخذ بالشفعة، لأن الوارث خليفة، الموروث فله كل حقوق مورثه، ومنها حق الشفعة .

ثانيا: الشفيع في القانون المدني الجزائري

حسب المادة 795 من ق م ج فإن المشرع الجزائري استرشد باعتبارات لإثبات

صفة الشفيع وهي :

- 1- جمع شتات الملكية بعد تفرقتها.
- 2- إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك .
- 3- منع مضايقات الجوار.

فالمادة 795 ق م ج ذكرت ترتيب الشفعاء وهم كالاتي:

- الشفعة لمالك الرقبة
- الشفعة للشريك في الشبوع
- الشفعة لصاحب حق الانتفاع

<sup>1</sup>- أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تح: محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996، ج 5، ص 475.

ثالثاً: حكم تعدد الشفعاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

### 1- حكم تعدد الشفعاء في الفقه الإسلامي:

إذا تعدد الشفعاء وأصبح كل واحد منهم يطلب الشفعة، فإن مرتبة كل واحد منهم هي بالتحديد مركزه وذلك كما يلي:

#### أ- إذا كان الشفعاء في مرتبة واحدة

يرى جمهور الفقهاء أنه إذا تعدد أهل الطبقة من الشفعاء، يقسم العقار المشفوع بينهم على قدر حصصهم وأنصبتهم في الملك، لأن الشفعة ناشئة بسبب الملك<sup>1</sup>.

فلو كانت أرض بين ثلاثة أشخاص لواحد نصفاً، ولآخر ثلثها وثلث سدسها، فباع الأول حصته أخذ الثاني سهمين، والثالث سهماً واحداً، لأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر والضرر داخل كل واحد من الشركاء بحسب نسبة ما يملكه لا بحسب التساوي، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على تلك النسبة من الحصص.

#### ب- إذا لم يكن الشفعاء في مرتبة واحدة.

فإذا كان أحدهم شريكاً في المبيع والآخر شريكاً في حق الارتفاق، والآخر جارا ملاصقاً، فيقدم الشريك في المبيع أولاً، ثم الشريك في حق المبيع (حق الارتفاق) ثم الجار. والمشارك في الحائط الدار يكون في حكم المشارك في الدار نفسها، وكل من صاحب الطابق الأعلى والأسفل جار ملاصق، وصاحب حق الشرب مقدم على صاحب حق الطريق<sup>2</sup>

### 2- حكم تعدد الشفعاء وتزاممهم في القانون المدني

بينت المادة 796 من ق م ج حكم تزامم الشفعاء في حالات ثلاثة وتعرض إليها كالتالي:

#### أ- تزامم الشفعاء وهم من طبقة واحدة :

<sup>1</sup> - الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1996، ص 515.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 80.

بالرجوع الى نص المادة 796 الفقرة 2 من ق م ج فتطبيق هذا المبدأ على الطبقات الأربعة لا يثير أدنى صعوبة إذ يستحق كل منهم قدرا من العقار المشفوع فيه، يوازي نصيبه مع مراعاة أنه في حالة انفراد كل شفيح بطلب الشفعة لنفسه مستقبلا عن غيره من الشفعاء فعليه طلب الأخذ بالشفعة في كامل العقار المبيع طبقا لما تقضي به قاعدة عدم تجزئة الشفعة<sup>1</sup>.

### ب- تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة

إذا تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة، استحق الشفعة من كان أعلاهم طبقة دون غيره من طبقات الأدنى، وهذا الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من ق م ج التي تبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتي<sup>2</sup>:

- **الطبقة الأولى مالك الرقبة:** عندما يشفع في حق الانتفاع، فإذا كان مثلا حق الانتفاع مقرر لشخصين وباع أحدهما حقه، كان الشفعاء اثنين، مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوخ (في حق الانتفاع) فإذا تزامم الاثنان في طلب الشفعة، كانت الشفعة لمالك الرقبة وحده

- **الطبقة الثانية الشريك في الشيوخ:** يراد بالشريك في الشيوخ ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكية تامة لعدد من الشركاء في الشيوخ، بل أيضا الشريك في الشيوخ في رقبة العقار، أو في حق الانتفاع في العقار فإذا وجد عقار شائع مملوك الاثنان وباع أحدهم حصته إلي أجنبي، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريف الآخر في الرقبة، وصاحب حق الانتفاع ويتقدم عند التزامم في طلب الشفعة الشريك المشاع الآخر في الرقبة علي صاحب حق الانتفاع.

- **الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع:** عندما يشفع في الرقبة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 42.

<sup>2</sup>- مهدي كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة على ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفية لتوزيع الكتب القانونية، مصر، ص 77.

<sup>3</sup>- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوقية العينية الأصلية، مكتبة الصحابة، الامارات، 2007، ص 236.

- الطبقة الرابعة المجاورون للأراضي الفلاحية: بالنسبة لترتيب ممارسة حق الشفعة على العقار الفلاحي، طبقا للمادة 57 من القانون رقم 90-25.<sup>1</sup>

ج- التزاحم بين الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم :

باستقراء المادة 796 الفقرة 3 من ق م ج، بموجب هذا النص فالمشتري قد توافرت فيه وقت الشراء شروط لأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، وهذا ما يفترض وجود ثلاث حالات للتزاحم بينهم كما يلي:

1- تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس الطبقة:

واضح أن المشرع قد انحاز للمشتري في هذا الفرض، بالرغم من أنه في مركز واحد مع باقي شفعاء، ويبدو لنا أن المشرع قدر أنه قد توافر لديه صفتان في نفس الوقت، صفته كمشتري وصفته كشفيع، مثال ذلك إذا اشترى احد الشركاء على الشيوخ في ملكية الرقبة حق الانتفاع المناسب لنصيبه وطلب الشركاء الآخرين في الرقبة الشفعة في هذا الحق فظل عنهم الشريك المشتري.

2- تزاحم المشتري مع شفعاء من طبقة أدنى:

يفضل المشتري على هؤلاء الشفعاء وفقا لترتيب المنصوص عليه في المادتين 795 و 796 ق.م. ج مثال ذلك أن يقوم الشريك في حق الانتفاع ببيع حصته الشائعة في العقار إلى مالك الرقبة وطلب شفعة الشريك الآخر وهو حق الانتفاع، فيكون الأفضلية هنا للمشتري مالك الرقبة، لأنه أعلى طبقة من صاحب حق الانتفاع.

3- تزاحم المشتري مع شفعاء من طبقة أعلى:

في هذه الحالة يتقدم الشفعاء على المشتري، مثال إذا باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى شريك آخر، وطلب فيها مالك الرقبة الشفعة، فضل هذا الأخير. والملاحظ هو الاتفاق الحاصل بين الشريعة والقانون المدني، حول مسألة تعدد

<sup>1</sup>- أحمد خالدي، مرجع سابق، ص99.

الشفعاء وتزاحمهم ما عدا تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم، أين نجد أن هذه الحالة لم تنطرق لها الشريعة الإسلامية عكس القانون المدني.

### الفرع الثاني: المشفوع فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

بعدما تطرقنا إلى الفرع الأول والمتمثل في الشفيع، سنتناول الآن المشفوع فيه (العقار) في كل من الشريعة والقانون المدني.

#### أولاً: المشفوع فيه في الفقه الإسلامي

أجمع الفقهاء المسلمون على أن الشفعة حق في العقار من دور، أراضي، بساتين وآبار وما يتبعها من بناء وأشجار واختلفوا فيما عداها كما قررت المذاهب الأربعة، وذلك استناداً للحديث " قضى رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام بالشفعة في أرض أو ربع أو حائط<sup>1</sup>. وذهب المالكية إلى القول بأنه لا شفعة في الطريق المجاز الذي يؤدي إلى ساحة النار إذا قسم بين الشريكين أو الشركاء إذا بقي الممر مشتركاً بينهما، فلما كان تابعاً لها لا شفعة فيه<sup>2</sup>.

#### ثانياً: المشفوع فيه في القانون المدني الجزائري

تنص المادة 794 ق م ج، على أن الشفعة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...." فيظهر لنا في نص المادة أن الشفعة تكون في العقار أما فيما يخص المنقول فيخضع لأحكام الاسترداد، مع أن المشرع قد عمم حق الاسترداد على المنقول وهو العقار الشائع قبل القسمة وذلك بموجب المادة 721 ق م ج التي تنص: " للشريك في المنقول الشائع أو المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة...". ويلاحظ أن حق الاسترداد في القانون المدني الجزائري في حالة بيع المنقول أو العقار الشائع، له نفس وظيفة الشفعة.

<sup>1</sup> - أحمد محمد عزوز، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي لموفق الدين أبي محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، 2003، ص 66.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 795.

الفرع الثالث المشفوع منه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أولا المشفوع منه في الفقه الإسلامي:

هو المأخوذ منه أي أن تجدد ملكه اللازم باختياره اذ بمقتضى عقد البيع الذي حصل بينه وبين البائع صار هو المالك للعقار المشفوع فيه.

ثانيا: المشفوع منه في القانون المدني:

هو المشتري الذي يحل محله الشفيع في شراء العقار. ويشترط في المشتري المشفوع منه ان لا يكون من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم حسب المادة 798 ق م ج و تتوفر فيه الشروط التي تجعله شفيعا من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة أو من طبقتة.

### المطلب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي و في الفرع الثاني شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

### الفرع الأول: شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي

سننظر في هذا الفرع إلى شروط الشفعة في الشريعة الإسلامية كالتالي:

#### أولاً: أن تكون الشفعة في العقار

ذهب الإمام مالك - رحمه الله - إلى أن الشفعة تكون في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر، وخصت العقار لأنه أكثر الأنواع ضرراً، واتفق علماء الشريعة على أنه لا شفعة في الحيوان والثياب وسائر المنقولات<sup>1</sup>.

#### ثانياً: أن تكون الشفعة في عقار مشاع لم يقسم

استناداً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة".

فمن هذا الحديث يجب أن يكون العقار مشاعاً قابلاً للقسمة، فإذا قسم وظهرت الحدود ورسمت الطرق بينهما فلا شفعة<sup>2</sup>.

#### ثالثاً: أن يكون الشفيع شريكاً

لكل شريك في الملك المشاع الذي لم يقسم ولم يفرز نصيبه، أن يكون شفيعاً إذا بيع العقار المشفوع فيه، وذلك على رأي جمهور الفقهاء، عدا الحنفية الذين يرون أن الشفعة تثبت للشريك و للجار.

رابعاً: أن تكون الشفعة بعقد معاوضة فالتصرف المجيز للشفعة هو عقد معاوضة وهو البيع، فلا تثبت الشفعة في الهبة والصدقة أو الوصية لأن الشفعة توجب أن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل ما ملكه به من أخذه، فإذا أخذ بلا عوض فلا تثبت الشفعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 163.

<sup>2</sup> - السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، ط2، 1999، ص 122-123.

<sup>3</sup> - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.153.

وانتقد الفقهاء على أن يكون العقد صحيحا، فلا تثبت الشفعة في المبيع بيعا فاسدا، فهذا البيع يجب نقضه لأنه قبل ذلك يحتمل أن يرجع البائع ويفسخ البيع، فالشفعة يجب أن يبنى ثبوتها على أمر لا يحتمل البطلان من جانب البائع.

### خامسا: أن يكون الشفيع مالكا للعقار وقت البيع

لابد أن يستمر الملك إلى وقت الحكم بملكية العقار المشفوع فيه له، فإذا حدث الملك بعد العقد لا تثبت الشفعة؛ لأن الشفيع هو الذي يعتبر دخيلا على من انتقل العقار إليه. وإذا كان الملك ثابتا وقت العقد، ولكن زال عن المالك بأي سبب من الأسباب سقطت الشفعة؛ لأن سببها هو اتصال الملكية وقد زال، فتزول تبعا له.

### سادسا: عدم رضا الشفيع بالبيع

فإذا ثبت هذا الرضا عند حصول العقد، فليس له أن يطالب بالشفعة، ويشترط لتمام الرضا أن يكون عالما بالمشتري والثمن، فإن رضي بالعقد على فرض ثمن خاص<sup>1</sup> أو مشتر خاص، فتبين أن الثمن أقل مما سلم في الشفعة على فرضه، ففي هذه الحال لا يعتبر راضيا؛ لأن الرضا قام على فرض، والواقع غيره.

### سابعا: أن يأخذ الشفعة في جميع المبيع

فإن عفا عن البعض أو لم يطلبه سقطت شفعته؛ لأن في أخذ البعض تفريقا لصفقة المشتري وفيه إضرار به<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: شروط الأخذ الشفعة في القانون المدني

سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط الشفعة في القانون المدني، سواء ما تعلق بالشفيع أو التصرف المشفوع فيه أو المال المشفوع فيه.

<sup>1</sup> - الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 1996، ص156.

<sup>2</sup> - عبد الله بن عبد المحسن التركي، الكافي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ج 3، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1997، ص 534.

### أولاً: الشروط الواجب توافرها في الشفيع

وهذه الشروط منها ما تعلق بالأهلية الواجبة أو ملكية الشفيع للعقار، وألا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه.

#### 1- توافر الأهلية في الشفيع

الأهلية التي يجب توافرها في الشفيع عند طلب الأخذ بالشفعة، هي أهلية التصرف وليست أهلية الإدارة، وأهلية التصرف هي بلوغ 19 سنة كاملة حيث أن الشفعة من أعمال التصرف، فإذا كان الشفيع قد بلغ سن الرشد، غير محجور عليه، كان له الحق في الأخذ بالشفعة، ولا يجوز للوكيل وكالة عامة طلب الأخذ بالشفعة، فلا بد من وكالة خاصة؛ لأن الأخذ بها يعد من أعمال التصرف وفقاً للمادة 574 من ق.م.ج.

أما إذا كان الشفيع قاصراً وله أب، فالأب يكون ولياً على أولاده القصر، فيجوز له أن يأخذ بالشفعة في جميع الأعمال النافعة نفعاً محضاً، بشرط أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، تحت إشراف القضاء، إذا كان التصرف يتضمن مساساً بالذمة المالية للقاصر، وهذا وفقاً لأحكام المادة 88 من قانون الأسرة، لاسيما أن الأخذ بالشفعة تصرف في مال القاصر، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، وأن يودع تمهيداً لذلك كل المبلغ الحقيقي الذي حصل به البيع لدى الموثق طبقاً للمادة 801 الفقرة 2 من ق.م.ج.، ولا نجد هذا في الشريعة الإسلامية لأنها لم تقر الشفيع مثلاً أقره القانون المدني.

#### 2- أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به

يجب أن تستمر الشفعة إلى حين تمام الأخذ بها أما إذا زالت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به قبل الأخذ بها فإن ذلك يؤدي إلى زوال الشفعة، وبالتالي يؤدي إلى سقوط حق الشفيع<sup>1</sup> وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية، إضافة أنه لا تجوز الشفعة لشخص بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة، ولا بدار جعلها مسجداً لأنه في كل هذه الأحوال لا يكون مالكا.

<sup>1</sup> - عبد القادر محمد شهاب، محمدين عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر 2008 ص 113.

3- ألا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه

حسب نص المادة 410 ق م ج نجد أن هناك حالات:

"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 ما كلف ببيعه، بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في التصرف المشفوع فيه

سننظر إلى الشروط الواجب توافرها في التصرف المشفوع، والمتمثلة في كون التصرف بيعاً واستبعاد البيوع التي لا يجوز فيها بالشفعة بالإضافة إلى الشفعة عند توالي البيوع.

1- أن يكون التصرف بيعاً

من خلال استقراءنا لنص المادة 794 من ق م ج يفهم منها؛ أن المشرع قد حصر عقد البيع دون غيره من العقود، لجواز الأخذ بالشفعة فيجب أن يكون نقل الملكية المجيز للأخذ بالشفعة بعقد البيع فقط فما عدا ذلك من التصرفات لا تجيز الأخذ بالشفعة، وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية، وبمقتضى ذلك فلا تثبت الشفعة في التصرفات الناقلة طالما لم يثبت لها صفة عقد البيع كالوفاء بمقابل، فالتصرف وإن كان يشبه البيع إلا أنه ليس بيعاً لتخلف الثمن.

ولا تثبت الشفعة كذلك في التصرفات الكاشفة كالقسمة والصلح، ولا في التصرفات التبرعية سواء كانت مضافة إلى ما بعد الموت كالوصية، أم كانت منجزة كالهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغاً من النقود، ما لم يتبين أن العوض يساوي قيمة العقار، أو يكاد يساويها فيكون العقد في حقيقته بيع ولو أنه سمي هبة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 49 و50.

وكما لا تجوز الشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، فالنزع للمنفعة العامة لا يعد بيعا، حتى لو حصل المنزوع ملكيته على تعويض يعادل ثمن العقار فهذا تعويض وليس ثمن .

كذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطل بطلانا مطلقا، ذلك أن العقد الباطل لا وجود له على عكس البيع القابل للإبطال فإنه يجوز الأخذ بالشفعة لأنه عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله، وكذلك بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ<sup>1</sup> .

### 2- استبعاد البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة

رأينا فيما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حرّموا البيع الفاسد، إذ لا تثبت الشفعة عندهم، أما المشرع بين في المادة 798 ق م ج البيوع التي لا تجوز الشفعة فيها:

#### أ- البيع بالمزاد العلني

لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقا لإجراءات رسمها القانون، والعلة من هذا الاستثناء هي أن هذه البيوع تسمح للشفيح وغيره أن يدخل في المزاد، علاوة على أن هذه البيوع تحاط بإجراءات تسمح ببيع العقار بأكثر ثمن ممكن، ويشترط لمنع الشفعة في هذه البيوع شرطان:

1- أن يتم البيع بطريق المزاد العلني، فإذا لم يتم البيع على هذا النحو فإنه يجوز فيه الشفعة.

2- أن يتم البيع بطريق المزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، تأكيدا لعدالة المزايدة والبعد فيها عن أي تحكم فإذا توافر في البيع هذان الشرطان فإنه يستوي بعد ذلك في أن يكون البيع جبريا أو اختياريا وسواء أمام القضاء أو أمام جهات الإدارة<sup>2</sup>.

ب- البيع بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو الأصهار إلى الدرجة الثانية

<sup>1</sup> - ص 372.

<sup>2</sup> - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998، ص 634-635

في هذه الحالات لا يجوز للشخص المطالبة بالشفعة نظرا لصفة المشتري العائلية، فخص المشتري ذو اعتبار خاص لدى البائع، وهذا وفقا لما تنص عليه المادة 798 الفقرة 2 من ق م ج ، فالصلة الوثيقة هي التي أدت إلى البيع على هذا النحو، بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر، ومراعاة لهذه الاعتبارات امتنع الأخذ بالشفعة حتى لا يحل محل المشتري شخص لا تتوافر بالنسبة له هذه الاعتبارات، والقانون قد حصر الفئات التي يمتنع الأخذ منها بالشفعة:

- بيع الزوج لزوجته، أو بيع الزوجة لزوجها.
  - بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لأصوله مهما علوا.
  - بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة
  - بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية.
- ج- بيع العقار ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة**

تنص المادة 798 الفقرة 3 من ق م ج: " إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة." فالمشرع قد راعي الاعتبارات الدينية، فجعلها أولى من اعتبار مصلحة الشفيع، وبناء على ذلك لا شفعة فيمن يشتري عقارا لجعله مسجدا أو ليلحقه بمسجد قائم من أجل توسيعه أو من أراد إنشاء مبنى ملحق بدار العبادة كمستوصف أو ملجأ أو مدرسة لتحفيظ القرآن، فمثل هذه الملاحق تعد ملحقة بمحل العبادة، ويتحقق المانع أيضا كل ما يجعل محل عبادة أو ملحق به الديانة أخرى غير الإسلام. ويراعي أخيرا أنه يشترط لتحقيق المانع، أن يكون الغرض من البيع هو جعل العقار محل للعبادة أو إلحاقه به فعلا، وبالتالي يجوز للشفيع أن يثبت أن العقار المبيع لم يحقق الغرض المتقدم فتجوز له الشفعة في مواعيدها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 201 .

### ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع

سنتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه، المتمثلة في كون المال المبيع عقاراً وعدم تجزئة الشفعة.

#### 1- كون المال المبيع عقاراً

في المادة 794 من ق م ج ، وكما أن العقار الذي تجوز فيه الشفعة هو العقار بالطبيعة وهذا من خلال المادة 683 من ق م ج التي تنص: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". أما العقار بالتخصيص المنقولات التي خصصها مالؤها بإرادته لخدمة عقاره فلا ترد عليها الشفعة، فهي في الأصل من المنقولات وذلك ما لم يشملها بيع العقار كبيع منزل أو شقة بكل مشتملاتها، وأما المنقولات بحسب المال فإذا بيعت على هذا الأساس فلا يتصور فيها الشفعة كمبني آيل للسقوط وبيع على اعتباره أنقاضاً لإزالته<sup>1</sup>. وهذا ما نجده في الفقه الإسلامي.

#### 2- عدم تجزئة الشفعة

المقصود بعدم تجزئة الشفعة، أنه إذا توافر سبب الأخذ بالشفعة فينبغي استعماله بما لا يلحق ضرر بالمشتري، بتفريق الصفقة عليها، فعلى كل شفيع من الشفعاء أن يطلب الشفعة في كل العقار المبيع، فلا يجوز أن يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به وهي قاعدة واجبة التطبيق<sup>2</sup>، وهذا ما نجده في الفقه الإسلامي. ولم يتضمن القانون المدني الجزائري نصاً يقرر عدم تجزئة الشفعة، وعليه وجب الرجوع لقواعد الفقه الإسلامي، فتأصيل المسألة يقوم على أنه إذا تعددت الصفقة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة، فإذا قام المالك ببيع عقار واحد لعدة مشتريين وتوافرت شروط الشفعة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، إما في

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مرجع نفسه، ص 205 .

<sup>2</sup> - عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة، (دراسة تأصيلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 11

جميع العقار أو في جزء أحد المشتريين الذي له فيه شفعة ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، ونجد أن الفقه الإسلامي قد أقر بهذه المسألة.

أما إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقات متفرقة، كان للشفيع إذا توفرت شروط الشفعة أن يأخذ بها في بعض الصفقات دون البعض، ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، في حين أنه إذا تم البيع بصفقة واحدة، كان على الشفيع بتوافر الشروط أن يأخذ العقارات كلها أو يدعها كلها حتى لا يضر المشتري، وهذه الحالة أقرها الفقه الإسلامي أيضا<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: إجراءات الأخذ بالشفعة

إذا طالب الشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة، وأذعن المشتري لحكم القانون وسلم بها، فإنه يمتلك العقار بالتراضي دون الحاجة إلى إجراءات قضائية، وإذا لم يذعن المشتري ولم يسلم بالشفعة وجب على الشفيع أن يتخذ إجراءات معينة، حتى يصل إلى تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة بحكم القضاء.

### المطلب الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول تناولنا فيه إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي و خصصنا الفرع الثاني لدراسة إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

### الفرع الأول : إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي

قال الفقهاء إن الشفعة حق ضعيف فلا تكون سبيلا للتملك بها، إلا باتخاذ إجراءات خاصة يطلبها من الشفيع، بمجرد العلم بالبيع حتى يحكم له بها ويستحسن قبل التعرض لشرح هذه الإجراءات، بيان اختلاف الفقهاء حول وقت وجوب الشفعة، ويلزم الشفعة طلبات ثلاثة هي:

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصدرها، مرجع سابق، ص 71.

أولاً : طلب الموثبة

يبدأ الشفيع بطلب الشفعة عند الحنفية في مجلس علمه بالبيع فيطلب الأخذ بالشفعة، بلفظ واضح مثل<sup>1</sup> : أطلب الشفعة، أو أنا طالبها، أو أنا شفيع المبيع وأطلبه بالشفعة، لقوله ﷺ: (الشفعة لمن واثبها)، والموثة 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.

والأظهر عند الشافعية كما تقدم، أن هذا الطلب يأتي على الفور، وكذلك قال الحنابلة فإن الشفعة بالموثبة ساعة العلم بالبيع أي على الفور.

أما المالكية فوقت الطلب عندهم كما تبين سابقاً، فإنه على التراخي لمدة سنة على أشهر أقوال مالك رحمه الله.

ثانياً : طلب التقرير

وهو أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول، إذ قد يكون الطلب الأول صادراً رغبة عارضة من الشفيع، ثم يتبين أمره وظروفه وإمكانياته المادية، إذن فلا بد من هذا الطلب لتأكيد وتقرير الطلب الأول<sup>2</sup>.

ويشترط في هذا الطلب : أن يكون على فور الطلب الأول، والإشهاد عليه بأن يشهد الشفيع، على رغبته بالشفعة، رجلين أو رجل وامرأتين، ومدة هذا الطلب ليست على فور المجلس في الأكثر، بل هي مقدرة بمدة التمكن من الإشهاد.

1 - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص196.

2 - ابن قدامة المقدسي، كتاب المغني على الشرح الكبير، ج5، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1983، ص ص 479 - 480.

والإشهاد يكون على البائع إن كان المبيع بيده، أو على المشتري، وإنما يكن قد تسلم المبيع لأنه مالك، أو عند العقار لتعلق الحق به.

وصورة الإشهاد والطلب أن يقول الشفيع : إن فلانا اشتري هذه الدار وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك.

ويلاحظ أن الإشهاد على هذا الطلب ليس شرطا لصحته، كما أنه ليس بشرط لصحة طلب الموائبة، وإنما هو لتوثيقه عند الإنكار، أي عند إنكار الخصم وإن كان الشفيع في محل بعيد، ولم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بهذا الوجه، يوكل شخصا آخر، وإنما يجد وكيفا أرسل مكتوبا أي خطابا بذلك.

وإذا 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 الحصول المقصود، وهو إظهار كونه مصرا على طلب الشفعة.

### • حكم طلب التقرير

إذا فعل الشفيع طلب التقرير استقرت شفيعته أي استقر حقه فيها، ولم تسقط بعده بالتأخير، لأن الحق متى ثبت واستقر، لا يسقط إلا بالإسقاط كما ورد عند أبي حنيفة رحمه الله.

وحدد المالكية لطلب الشفعة الأول مدة سنة كاملة، فإذا سكت بلا مانع سنة كاملة بعد العقد، أو سكت بلا مانع مع علمه بهدم أو بناء سقطت شفيعته، لأن سكوته دليل الإعراض عن أخذه بالشفعة.

### ثالثا : طلب الخصومة والتملك

إن طلب الخصومة والتملك يتمثل في أن يقدم الشفيع طلبا للقضاء يطلب فيه الحكم له بالشفعة وتسليم المبيع، أي بعبارة أخرى أن يرفع دعوى أمام القضاء المختص نوعيا ومحليا، بعريضة يصرح فيها بأن فلانا اشتري دارا أو أي عقار آخر مما تجوز فيه الشفعة على التفصيل السابق، وأنه هو شفيعها، ويطلب الحكم له بالشفعة وتسليمه العقار المشفوع

فيه، مقابل تسديده الثمن المتفق عليه في عقد البيع أمام الموثق، وأن القضاء سيحكم لمن له الحق في ذلك.

### 1- جزء التأخير في تقديم هذه الطلبات

لو أصر الشفيع طلب المواثبة 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 فيها، فإن وجد عذر مانع من المبادرة بالطلب كوجود حائل مخيف لا تبطل شفيعته حتى يزول المانع<sup>1</sup>.

وقال أكثر الفقهاء : أن للصغير الأخذ بالشفعة، ويقوم بطلبها وليه، فاعلا ما يراه المصلحة للصغير في الأخذ بها، مثل أن يكون ثمن البيع رخيصا أو بئس المثل، وللصغير مال لشراء العقار، فإذا أخذ الولي بالشفعة لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ، باتفاق المذاهب الأربعة.

وإذا لم يطلب الولي حق شفعة الصغير، فلا تبطل له عند الحنفية صلاحية و الشفعة بعد البلوغ، لأن من ملك الأخذ بها، ملك العفو عنها كالمالك<sup>2</sup>.

وقال المالكية والشافعية : ليس للصغير إذا بلغ المطالبة بالشفعة إذا عفا عنها وليه لمصلحة رآها للصغير، أو لم يكن للصغير ما يأخذها به فتسقط الشفعة، لأن الولي فعل ماله عليه، فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالبيع، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي، فإذا أسقط الولي الشفعة بلا نظر ولا تقدير للمصلحة لم تسقط و يكون للصغير الحق فيها إذا بلغ<sup>3</sup>.

وقال الحنابلة وبعض فقهاء الحنفية : للصغير إذا بلغ حق المطالبة بالشفعة، سواء عفا عنها الولي أم لم يعف، وسواء أكان في الأخذ بها أم في تركها مصلحة أم لا؟ لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء أكان فيها الحظ أم لم يكن، فهي حق ثابت للصغير، لا يملك الولي إبطاله، فلم يسقط بترك غير الصغير له، كالعائب إذا ترك وكيله الأخذ بها .

<sup>1</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1966، ج5، ص 4926.

<sup>2</sup> - ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 495.

<sup>3</sup> - أحمد بن محمد أحمد الدردير، مرجع سابق، ص 409.

### 2- عرض النزاع بشأن الشفعة على القضاء

إذا تقدم الشفيع ليأخذ بالشفعة، وادعى شراء الدار المشفوع فيها، وثار نزاع بيه وبين المشتري، ورفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي يسأل الشفيع عن موضع الدار وحدودها لدعواه فيها حقاً، ثم هل قبض المشتري الدار إذ لو لم يقبض لم تصح دعواه على المشتري ما لم يحضر البائع، ثم 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 المدعى عليه عن مالكية 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 - بطلب الشفيع - المشتري، بالله يعلم أن الشفيع مالك لما ذكره مما يشفع به، فإن نكل المشتري عن اليمين، أو قامت بينة للشفيع، ثبت ملك الدار التي يشفع بها، وثبت له حق الشفعة.

ثم يسأل القاضي المدعى عليه أيضاً: هل اشترى الدار المشفوع فيها أم لا؟ فإن أقر فيها، وإن أنكر الشراء - الابتاع - قيل للشفيع: أقم البينة على شرائه، لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيع بالحجة، فإن عجز عنها، استحلف المشتري بالله ما اشترى هذه الدار، أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره الشفيع، فإن نكل المشتري عن اليمين، أو أقر بالشراء، أو برهن الشفيع على ما يدعي قضي له بها.

إذا لم ينكر المشتري طلب الشفيع الشفعة: فإن أنكر، فالقول له أي للمشتري بيمينه، فإن أنكر طلب المواثبة حلف على العلم أي ما يعلم به، وإن أنكر طلب التقرير، حلف على البتات أي الجزم بأنه لم يحصل.

ويلاحظ أن الخصم للشفيع هو المشتري مطلقاً، سواء تسلم المبيع أم لا، لأنه مالك، والبائع قبل التسليم لقيام حيازته، لكن لا تسمع البينة على البائع، حتى يحضر المشتري لأنه

المالك، ويفسخ بحضوره، فإن سلم المبيع للمشتري لا يلزم حضور البائع، لزوال الملك واليد (الحياسة) منه.

- آراء المذاهب الفقهية الإسلامية حول طبيعة الحكم بالشفعة :

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 قد حول أو نقل الصفقة من المشتري إلى الشفيع.

ويرى المالكية أن الشفيع لا يحل محل المشتري في الصفقة 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 عقد قائم ويتملك الشفيع الشخص المشفوع فيه بأمر من أمور ثلاثة<sup>1</sup>:

أ- بتسليم العوض من المشتري.

ب- أو رضا المشتري .

ج- أو بقضاء القاضي له بالشفعة، ويحدث التملك من هذا الوقت فقط .

وأما الحنابلة فيرون أن الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في الصفقة، من تاريخ قضاء القاضي، أو من تاريخ تسليم المشتري بشفعة الشفيع، إذا توافر العلم بالثمن والمبيع.

ويتبين مما تقدم أن المذاهب النقابية الإسلامية متفقة في المسائل التالية :

1- إن عقد البيع الذي هو سبب الشفعة يظل قائماً صحيحاً.

2- إن الشفيع لا يملك بمجرد طلب الشفعة، بل لا بد من إجراء يتلو ذلك.

3- إن الشفعة تعتبر بمنزلة الشراء من المشتري.

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 202.

4- إن دخول العقار المشفوع فيه في ملك الشفيع لا يكون من وقت الطلب، وإنما من وقت تحقق الوسيلة المؤدية إلى الأخذ بالشفعة، وإن هذا التملك لا يكون من تاريخ عقد البيع. 5- في حالة صدور حكم قضائي بالشفعة، فإن هذا الحكم يعد أنه قد نقل الصفقة محل عقد البيع، من عاتق المشتري إلى الشفيع ابتداء من تاريخ صدوره .

### الفرع الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

إذا طلب الشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة، وأذعن المشتري لحكم القانون وسلم بها، فإنه يملك العقار بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات قضائية وإذا لم يذعن المشتري ولم يسلم بالشفعة، وجب على الشفيع أن يتخذ إجراءات معينة، حتى يصل إلى تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة بحكم من القضاء .

وقد 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، ويمكن تقسيم الإجراءات التي تمر بها الشفعة إلى ثلاث مراحل : مرحلة أولى وهي مرحلة الإنذار، ثم مرحلة الطلب، وأخيرا مرحلة الدعوى، وسنتكلم عن ذلك فيما يلي<sup>1</sup> :

### أولاً: الإنذار الرسمي في القانون المدني.

تنص المادة 800 ق م ج على أنه: يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في

المادة 799 على البيانات الآتية وإلا كان باطلا:

بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا، بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون 30 يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 والمقصود بالبيان الكافي للعقار البيان الذي

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 625.

يمكن به الشفيع من معرفة هذا العقار معرفة نافية للجهالة، وذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، وذكر أي بيان آخر ضروري من شأنه جعل الشفيع عالماً بالعقار المبيع، بحيث يستطيع أن يتدبر في أمره الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك، وتقدير كفاية هذا البيان من عدمه متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

### ثانياً: المدة المحددة لإعلان الرغبة.

من الثابت أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع فإنه يستطيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري دون انتظار أن يصله الإنذار الرسمي المشار إليه في المادة 799 ق م ج بل ويستطيع الشفيع وقبل إنذاره أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن أمانة ضبط المحكمة، ويقوم بإعلان عريضة رفع الدعوى مقام إعلان الرغبة.

ولكن حرية الشفيع في إعلان الرغبة تتقيد من حيث الميعاد، فإذا ما أُنذر إنذاراً رسمياً يجب عليه أن يعلن رغبته في خلال ثلاثين (30) يوماً من هذا الإنذار، أما إذا لم يصل هذا الإنذار وتم إشهار البيع في المحافظة العقارية فلا يستطيع الشفيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من وقت الشهر، وإذا لم ينذر الشفيع ولم يسجل البيع فله الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم، فهي تسقط بمضي خمسة عشر (15) سنة من إتمام عقد البيع.

### 1- حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع .

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 (30) يوماً من هذا الإنذار، وذلك وفقاً للمادة 799 ق م ج والتي تقضي بأن: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك"<sup>1</sup>. وفي هذه الحالة يجب لصحة إعلان الرغبة

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 212.

بحيث يجب على الشفيع إذا ما أراد الأخذ بالشفعة بعد توجيه إنذار إليه من قبل أحد المتبايعين أن يعلن رغبته خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصول الإنذار إليه بوقوع البيع، إلى كل من المشتري والبائع يعلمهم فيها برغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، حتى ولو أثبت المشتري علم الشفيع بالبيع، ذلك لأن الأجل القانوني لا يسري إلا من تاريخ الإنذار الموجه إلى الشفيع لأنه يستطيع الانتظار دون أن يطلب الشفعة، حتى يصله الإنذار بحيث يبقى محتفظا بحقه في طلب الشفعة طوال المدة التي تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار مهما طالته هذه المدة، فإذا ما وصله الإنذار بوقوع البيع، فعند ذلك يسري أجل ثلاثين (30) يوما اعتبارا من تاريخ وصوله، وطالما أن المسافة هي خاصة بإعلان إبداء رغبة الشفيع إلى البائع والمشتري فتكون المسافة المقصودة هي المسافة بين موطن الشفيع وبين موطن البائع والمشتري، ويتم تحديد مدة المسافة التي تضاف إلى ميعاد الثلاثين (30) يوما.

### 2- حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع.

إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع إنذارا رسميا بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا، غير أن المشتري قام بإشهار عقد البيع في المحافظة العقارية، هنا يفتح للشفيع ميعاد آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع، فقد نصت المادة 807 الفقرة 2 من ق م ج " بأنه لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية إذا مرت سنة من تسجيل عقد البيع...". يفهم من هذا النص أن الشفيع إذا لم يعلم بوجود البيع، لكن تم إشهار البيع فإن المشرع يفترض حتما افتراضا لا يقبل إثبات العكس، أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد لحظة إشهاره، لكن نظرا لأن هذا العلم يعد علما افتراضيا، فإن المشرع قد أطال الميعاد الواجب على الشفيع أن يطلب فيه الشفعة فجعله سنة من وقت الإشهار، فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته خلال هذا الميعاد وإلا سقط حقه في الشفعة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 426.

وهذه القاعدة لا تمنع من سقوط الشفعة لأن مدة السقوط لا تتوقف بسبب جهل الشفيع بالبيع بسبب الشفعة لانقضاء الميعاد المحدد قانوناً، يعد من الدفع المتصلة بالنظام العام الذي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى وحتى لو تناول صاحب الحق صراحه عن التمسك بالسقوط.

ويقع عبء إثبات استعمال رخصة الشفعة في خلال سنة من شهر عقد البيع في المحافظة العقارية على عاتق الشفيع، ولكن إذا ثبت أن الشفيع قد استعمل هذه الرخصة خلال الميعاد المحدد ولكن أخطأ في بعض البيانات خطأ لم يكن من شأنه إيقاع المشتري في أي لبس، فإن تصحيح هذا الخطأ لا يعد فيما بعد طلباً جديداً، وعليه فإذا رفع الشفيع دعوى يطلب الشفعة في الأرض المباعة ثم تبين خطأ في البيانات التي أوردتها في عريضة الدعوى عن حدود الأرض ورقم القطعة، فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة فإن الحكم يكون معيباً إذا قضى بسقوط حق الشفيع في الشفعة لأن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفعا للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في عريضة الدعوى وأن هذا التعديل جاء بعد مضي أكثر من سنة من تاريخ القيام بشهر عقد البيع.

### 3- حالة عدم إنذار الشفيع وعدم إشهار عقد البيع.

إذا لم يوجه إلى الشفيع إنذار صحيحاً، ولم يشهر عقد البيع عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق بيانها في حق الشفيع، لأن الوقائع التي تنفتح معها هذه المواعيد لم تحدث، ولذلك يظل حق الشفيع في طلب الشفعة قائماً وهو لا يسقط إلا بالتقادم المسقط بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه.

ولا يحرم الشفيع من طلب الشفعة قبل انقضاء خمسة عشر عاماً من تاريخ البيع كغيره من الحقوق والدعاوى التي لم يرد في شأنها نص على مدة خاصة لسقوط الحق.

### ثالثاً: دعوى الشفعة.

إذا طالب الشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة، ورضي المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ترتب الشفعة أثرها، بحيث يحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي أبرمه

مع البائع، غير أنه قد يمتنع المشتري عن تسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع بالتراضي، فينازع المشتري في الشفعة، وهنا يلجأ الشفيع إلى المحكمة لحل هذا النزاع، فيرفع دعوى الشفعة بعد إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، فإذا نجح فيها ثبت حقه بصدور حكم نهائي من القضاء وعليه نتناوله كما يلي:

### 1- إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق.

تنص المادة 801 الفقرة 2 من ق م ج على أنه "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة".

يتبين من النص أن المشرع اشترط لقبول دعوى الشفعة أن يقوم الشفيع بإيداع ثمن البيع والمصاريف قبل رفع الدعوى، وعلى ذلك فإن تقويت أحد هذين الشرطين يعد موجبا لسقوط الحق في الشفعة.

### أ- إيداع ثمن البيع لدى الموثق.

يتم إيداع الثمن عقب إعلان الشفيع لرغبته في الشفعة، أو عند إعلان هذا الرغبة، فيتعين عليه أن يستظهر الوثائق الثبوتية التي تؤكد بأنه قام فعلا بإيداع الثمن وذلك بالوصل الذي يقدمه له الموثق لأن هذا الوصل يعتبر سندا أساسيا في رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة.

وليس هناك تعارض بين ما أوجبه القانون من إيداع كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة، وما تقضي به المادة 804 ق م ج من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع، إذ أن هذا الحكم الأخير ليس مجاله الإجراءات التي يجب القيام بها لجواز الأخذ بالشفعة وإنما يتعلق بالآثار التي تترتب عن الشفعة، وهذه الآثار لا ينظر إليها إلا بعد تمام الأخذ بالشفعة قضاء أو رضاء، فحينئذ يكون للبائع أن يمنح الشفيع

الأجل الممنوح للمشتري، ومن ثم لا يجوز الاستناد إلى ذلك الحكم لتحويل البائع حق إعفاء الشفيع من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى.

### ب- إيداع مصاريف البيع لدى الموثق:

أوجب المشرع على الشفيع أن يودع المصاريف لدى الموثق في نفس الميعاد القانوني وهو ثلاثون يوما من تاريخ إعلان التصريح بالرغبة في الشفعة، ويتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وعليه نقول أن المشرع لم يغفل تحديد نوع المصاريف، فلو أنه أراد أن يودع مع الثمن المصاريف الرسمية لما أغفل ذكرها، ولا نص عليها صراحة كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار<sup>1</sup>

لذا فإن المصاريف التي قصدها المشرع هي المصاريف الرسمية وغير الرسمية، فالمصاريف الرسمية كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله لدى مصلحة الضرائب، وإشهاره لدى المحافظة العقارية، أما المصاريف غير الرسمية كأتعاب المحاماة، ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه، كما يجب على الشفيع أيضا إيداع المصاريف التي أنفقها المشتري قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة.

### رابعاً: رفع دعوى الشفعة.

تنص المادة 802 ق م ج على أنه " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل مدته ثلاثون يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق فيها"، وبتناول ذلك كما يلي:

### 1- الخصوم في دعوى الشفعة.

بعد إيداع ثمن المبيع والمصاريف لدى الموثق يجب على الشفيع تبعا لنص المادة 802 ق م ج، رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري في أجل ثلاثون يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، وإلا سقط حقه

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 09 مرجع سابق، ص662.

في الأخذ بالشفعة ولا يكون هذا الإجراء وجوبيا في حالة تسليم المشتري والبائع بشفعة الشفيح، فعندما يتعين عليهم تحرير سند التراضي أمام موثق ثم يشهر في المحافظة العقارية. ولقبول دعوى الشفعة يجب أن يكون الشفيح كامل الأهلية ببلوغ تسعة عشر سنة، وترفع دعوى الشفعة وفقا للإجراءات التي قررتها المادة 12 ق إ م، وذلك بإيداع عريضة مكتوبة من الشفيح أو وكيله - وكالة خاصة - مؤرخة وموقعة منه لدى كتابة ضبط المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، على اعتبار أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية. وهذا من ناحية الاختصاص المحلي، أما من ناحية الاختصاص النوعي، فإن المحكمة هي المختصة بنظر دعوى الشفعة بموجب حكم ابتدائي أو نهائي تبعا للحكم الصادر في دعوى الشفعة والذي يتضمن ثمن البيع، فإن كان هذا الأخير دون الألفي دينار، فإن الحكم الصادر في شأنها حكم ابتدائي نهائي طبقا لنص المادة 02 من ق إ م ولا يكون قابلا للطعن إلا بالطرق غير العادية.

أما إذا كان ثمن البيع المحكوم به يتجاوز ألفين دينار، فالحكم الصادر بالدعوى حكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي الواقع في دائرة اختصاصه مقر المحكمة النازرة في الدعوى والمعارضة إذا كان الحكم غيابيا.

وعليه فالمدعي في دعوى الشفعة هو صاحب الحق، وإذا تعدد الشفعاء قبلت الدعوى المرفوعة عنهم جميعا بعريضة واحدة إذا كان طلب الشفعة قد حصل منهم في إعلان واحد في ميعاد ثلاثين يوما.

أما إذا كان الشفيح قاصرا أو محجورا عليه فوليه أو وصيه أو القيم هو الذي يرفع دعوى الشفعة نيابة عنه، ولا يجوز لدائني الشفيح أن يرفعوا دعوى الشفعة نيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة، باعتبارها دعوى شخصية متصلة بشخص الشفيح تبعا لنص المادة 189 ق إ م .

أما المدعي عليه في دعوى الشفعة، فهما كل من البائع والمشتري، فإذا رفعت الدعوى على أحدهما في الميعاد المحدد لذلك، ورفعت على الآخر بعد انقضاء الميعاد كانت

غير مقبولة، وإذا توفي البائع أو المشتري وجب على الشفيع أن يخاصم جميع الورثة، فإذا طعن أحد ورثة البائع أو المشتري دون باقي الورثة فإن الطعن يكون غير مقبول من ناحية الشكل، وإذا لم يحضر البائع أو المشتري أو من يمثلهما قانوناً رغم صحة التبليغ، فإن المحكمة تقضي في الدعوى بحكم غيابي أما إذا تغيب الشفيع عن الجلسة باعتباره مدعياً فإن المحكمة تقضي بشطب الدعوى حسب نص المادة 35 ق م .

### 2- الحكم النهائي بثبوت الشفعة.

تنص المادة 803 ق م ج على أنه "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

إذن فصدور حكم نهائي بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، أي أن الحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، هو السبب القانوني المنشئ لحق الشفيع، ومعناه أن الحكم يقرر حقاً ولا ينشئه، فلا تبدأ آثاره إلا من يوم صدور الحكم. ولا يرجع إلى تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري أي أن الحكم يعتبر دليلاً على الملكية التي قضى بها، وبما أن الحكم يعتبر سنداً لملكية العقار المشفوع فيه، يجب أن يخضع إلى إجراء الإشهار طبقاً لما نصت عليه المادة 793 ق م ج فالعقود المدنية والقرارات الإدارية والأحكام القضائية التي تتعلق بالملكية العقارية ونقلها أو إنشائها أو إقرارها تخضع لنفس الإجراءات التي حددها قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بحيث لا يكون بين الأطراف المتعاقدة في حق الغير إلا إذا احترمت فيه الإجراءات القانونية لا سيما التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

وعليه فالشفيع الذي يصدر حكماً نهائياً بأحقيته في الشفعة والحلول محل المشتري في ملكية المشفوع فيه يكون قد تحصل على سند الملكية، ومن ثمة يمكن له التقرب من أي مكتب توثيق من أجل إيداع الحكم القضائي من أجل إشهاره حتى تنتقل ملكية العقار من البائع إلى الشفيع بدلاً من انتقالها من البائع إلى المشتري.

وقد خلصنا في هذا الفصل الى أن الشفعة نظام وردت أصوله في الفقه الإسلامي ومنها استمد المشرع الجزائري أحكامها و نظامها في 14 مادة من المادة 794 إلى المادة 807 من ق.م. ج. ضمن الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية .

كما وجدنا أن غاية الشفعة دفع الضرر وتجميع الحصص في يد واحدة .وعليه تطرقنا إلى دراسة مقارنة للشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري محاولين تبيان أوجه التشابه و الاختلاف لكل منهما، ونخلص أن الفقه الإسلامي كيفوا الشفعة على أنها نزع الملك جبرا عن صاحبه أما في القانون فقد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للشفعة فهناك من اعتبرها حق شخصي و آخرون اعتبروها حق عيني وهناك من لم يجعلها حقا من أساسها، إلا أن المشرع الجزائري اعتبرها رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في عقد البيع وهذا ما نجده صراحة في نص المادة 794 من ق.م. ج .

كذلك خلصنا إلى أن القانون المدني قد وافق الشريعة الإسلامية في كون الشفعة حق التملك العقاري للمبيع بالرغم من عدم رضا المشتري وبالرغم من الاختلاف في تكييفها، فالشريعة اعتبرتها حق في حين أن المشرع اعتبرها رخصة وخلصنا إلى أن الأركان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني هي نفسها ما عدا في الشفيع .

# الفصل الثاني: آثار الشفعة ومسقطاتها

تم تقسيم هذا الفصل لمبحثين :

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الشفعة

المبحث الثاني: مسقطات الشفعة

عندما يستعمل الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة التي قامت أركانها وشروطها، بإثباته الصفة للمطالبة بالشفعة وأدائه ثمن الحصة المشفوعة وتوابعها داخل الأجل القانوني، ويحكم له باستحقاق المشفوع فيه سواء كان عقارا أو حقا عينيا ويحل بذلك الشفيع محل المشتري باعتباره أهم أثر يترتب على ممارسة الشفعة طبقا لإجراءاتها، إلا أن هناك حالات بالرغم من توفر شروط الأخذ بالشفعة فيها إلا أن الشفيع لا يتحقق له الأخذ بها، وذلك لتوفر سبب من أسباب سقوطها أو لتنازله عنها.

### المبحث الأول: الآثار المترتبة على الشفعة

سننتظر في هذا المبحث لآثار الشفعة في الفقه الإسلامي وكذا القانون المدني الجزائري وذلك من خلال مطلبين:

#### المطلب الأول: آثار الشفعة في الفقه الإسلامي

لتفصيل هذا المطلب قسمناه إلى ثلاثة فروع : درسنا في الفرع الأول العقود والتصرفات و في الفرع الثاني نماء المشفوع فيه وزيادته و في الفرع الثالث نقص المشفوع فيه.

#### الفرع الأول: العقود والتصرفات:

قد تصدر تصرفات من المشتري في الشيء المبيع قبل أن يقضى للشفيع بالشفعة، وتلك التصرفات نوعان :

إما تصرفات ناقلة للملكية، كالبيع والهبة مع التسليم والوقف وجعل المبيع مهرا في زواج أو خلع.

- وإما تصرفات مرتبة لحق انتفاع أو حبس، كالإجارة والإعارة والرهن

#### 1- التصرفات الناقلة للملكية

إن التصرفات الناقلة للملكية كالبيع مثلا، فإنه يجوز نقضها بعد أن يحكم القاضي بالشفعة لمستحقيها، لتعلق حق الغير في المبيع، ومثل ذلك جواز نقض الرهن والإجارة والإعارة مما لا شفعة فيه ابتداء وهذا رأي فقهاء جميع المذاهب.

كما أن الشفيع يخير في حالة البيع، بين أن يأخذ العقار المبيع بالثمن الذي تم به، الشراء الأول أو الشراء الثاني، لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة، ولأن حق الشفيع سابق على هذا التصرف فلا يبطل به<sup>1</sup>

**2- التصرفات المرتبة لحق الانتفاع:** إن التصرفات المرتبة لحق الانتفاع ، فقد اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية على جواز نقض مالا شفعة فيه ابتداء، مثل الرهن والإجارة والإعارة وغيرها، ومثل الوقف وجعله مسجداً أو مقبرة والهبة له والوصية به .

ورأى الحنابلة 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 العمدي ونحوه، مما لا شفعة فيه ابتداء<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نماء المشفوع فيه وزيادته

قد يحدث النمو الطبيعي في العقار المشفوع فيه، وقد يحدث المشتري فيه زيادة بالبناء أو الغراس، قبل الحكم بالشفعة لصاحبها، فمن الأحق بذلك ؟ الشفيع أم المشتري ؟ وإذا كان المستحق هو المشتري، فهل يعرض عن حقه وما التعويض ؟

### 1- النماء الطبيعي

إذا نما المبيع في يد المشتري، كان ثمر الشجر في يده بعد الشراء، قال الحنفية : القياس أن لا يكون للشفيع، لأنه نما على ملك المشتري ويعمله، والاستحسان أنه للشفيع، لأن الثمر متصل خلقه بالشجر، فكان تبعاً له، ولأنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل (الشجر) الحادث قبل الأخذ، كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض، فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم، والخلاصة أنه يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأصله<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - السرخسي، كتاب المبسوط 483هـ. دار المعرفة، بيروت، 1993، ج 14، ص

<sup>2</sup> - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق ص 303.

<sup>3</sup> - ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 490.

وقال المالكية : للمشتري المأخوذ منه بالشفعة، غلة الشقص المشفوع فيه التي استغلها قبل أخذه منه بالشفعة، لأنه كان ضامنا له، وفي الحديث الخراج بالضمان)، فمن اشترى شقصا من أرض فزرعها، فللشفيع أخذه بالشفعة ولا كراء له، والزرع للزارع، ومن اشترى نخلا لا ثمر فيها فاغتلها - أي استفاد منها سنين فلا شيء للشفيع من الغلة، أي أن غلة الشقص التي استغلها المشتري قبل الأخذ بالشفعة يفوز بها، ولو علم أن له شفيعا، وأنه يأخذ بالشفعة لأنه يحوز لعدم أخذ فهو ذو شبهة<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: نقص المشفوع فيه

وقد أورد، الحنفية تفصيلات حول هذا الموضوع فقالوا:

(أ) إن كان النقص جزءا من توابع الأرض، مثل قطف الثمار، وهلاك الآلات الزراعية، أو الصناعية، ثم حكم بالشفعة للشفيع، سقطت من الثمن قيمة هذه الثمار والآلات، سواء أكان النقص بفعل المشتري لأنها مقصودة بالبيع وقد أخذها المشتري، أم كان الهلاك بآفة سماوية، لأنها كانت بعض المعقود عليه ودخلت في البيع مقصودة، فتقابلها حصتها من الثمن.

(ب) وإن كان النقص جزءا متصلا بالأرض، مثل يبس الشجر أو جفافه، وانهدام البناء - سقوطه - واحتراقه، ونقضه، ثم قضي للشفيع بالشفعة، فإن كان ذلك بصنع المشتري أو غيره، نقص من الثمن قيمة مازال، كالحالة الأولى، فتقوم الأرض بدون شجر وبناء، وتقوم وفيها البناء والشجر، ويسقط عن الشفيع مقدار التفاوت أو الفرق بينهما، لوجود التعدي والإتلاف، فيقابله شيء من الثمن، وتكون الأنقاض حينئذ للمشتري.

وأما المالكية فإنهم قالوا : لا يضمن المشتري نقص الشقص (الجزء المشفوع فيه) إذا طرأ عليه بسبب سماوي، أو بسبب من المشتري لمصلحة، كأن هدم لبني أو لأجل توسعه.

فإن كان النقص بسبب من المشتري كأن هدم لغير مصلحة ضمن، وإن هدم وبني، فللمشتري قيمته يوم البناء على الشفيع قائما لعدم تعديه.<sup>2</sup>

1\_ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 3 ص

وتحسب للشفيع قيمة الأنقاض من الثمن يوم الشراء، فيحط عنه من الثمن، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائماً<sup>1</sup>، وهذا الرأي موافق إجمالاً لرأي الحنفية.

وقال الشافعية والحنابلة: إن تلف الشقص (الجزء المشفوع فيه) أو بعضه، في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف 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<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: آثار الشفعة في القانون المدني الجزائري

يترتب على الشفعة انتقال الحق العقاري المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع، سواء أكان هذا الحق حق الملكية أم حق الانتفاع، ولما كانت الحقوق العينية الأصلية الواردة على عقار لا تنتقل إلا بعد شهرها في المحافظة العقارية، فإنه يلزم شهر سند الشفعة وهو الحكم النهائي بثبوت الشفعة إن تمت بالنقاضي وموافقة المشتري وتسليمه بها إن تمت بالتراضي، ولا تنتقل الملكية ولا حق الانتفاع إلا من وقت الشهر دون أثر رجعي، وبهذا يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ويعود المشتري إلى حالته قبل الشراء.

### الفرع الأول: انتقال ملكية العقار

لقد اعتبر الفقه الإسلامي الشفعة حقاً للشفيع لتملك العقار المشفوع فيه، وذلك بتوفر الشروط والأسباب المقررة لها. ويترتب على ثبوت حق الشفعة آثار. إما من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة أو من وقت البيع، وهذا ما جاء في المادة 794 ق م ج وأقرته المادة 804 ق م ج أيضاً<sup>3</sup>.

1 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1966، ج5، ص233.

2 - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص283.

3 - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية الحقوق العينية التبعية حق الملكية الحقوق المنقولة عن حق الملكية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط7، الأردن، 2010، ص152.

### الفرع الثاني العلاقات المترتبة عن حلول الشفيع محل المشتري:

يترتب على حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، الذي تم بين البائع والمشتري انتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع ونشوء العلاقة من بين الشفيع وكل من البائع والمشتري والغير<sup>1</sup>.

ويتضح من هذا أن هناك آثار والتزامات بين الأطراف:

#### أولاً: علاقة الشفيع بالبائع:

التزامات البائع (التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع، التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، التزام البائع بضمان العيوب الخفية).

#### ثانياً علاقة الشفيع بالمشتري:

يحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع، وبثبوت حق الشفعة إما قانون أو بالتراضي في كل التزاماته وحقوقه، ولو أن المشتري لم يعد طرفاً في العقد إلا أن العلاقة بين المشتري والشفيع تظل قائمة وتنشأ التزامات بينهما وهي:

#### 1- التزامات المشتري:

يلتزم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، لأنه اكتسبه من طريق الشفعة وكما يلزم أيضاً برد ثمار المبيع.

#### 2- التزامات الشفيع

تتجلى التزامات الشفيع قبل المشتري في دفع الثمن ومصروفات البيع، وتعويض عن النفقات اللازمة، وتعويض عما أقامه المشتري من بناء وغرس.

#### ثالثاً: علاقة الشفيع بالغير:

لا ينفذ من حق الغير الذين تم تصرف إليهم في العقار المشفوع فيه، أو ترتبت لهم عليه حقوق إلا بتسجيل إعلان رغبته وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 806 ق.م. ج .

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص738.

"لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبة المشتري أو ترتب عليه إذا كان قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة علي أنه يبقي للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار."

كخلاصة نجد أن المشرع الجزائري، لا يلزم الشفيع في تسجيل رغبته في الأخذ بالشفعة لكن القيام به أمر مقرر لمصلحته، وهذا لعدم نفاذ تصرفات المشتري على العقار المشفوع فيه في حق الشفيع ونجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا لعلاقة الشفيع بالغير عكس القانون المدني الجزائري الذي تطرق لها وهذا ما نجده في نص المادة 806 منه وأما العلاقات الأخرى أخضعها المشرع للقواعد العامة

### المبحث الثاني: مسقطات الشفعة

بالرغم من توافر شروط الأخذ بالشفعة هناك حالات لا يحق فيها للشفيع الأخذ بالشفعة، وذلك لتوافر سبب من أسباب سقوطها أو لتنازله عنها، وهو ما يجعلنا نتساءل حول أسباب السقوط في مجال الشفعة؟ وكذا الأحكام الخاصة بتنازل الشفيع عنها وعزوفه عن الأخذ بها.

#### المطلب الأول: مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي:

إن الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط حق الشفعة قد تمت الإشارة إليها حين الكلام عن شروط الأخذ بالشفعة، لذلك يتعين إيجاز الكلام في بيان ما يسقط بالشفعة، مع ملاحظة أن بعض الحالات متفق فيها وبعض الحالات متفق عليها وبعضها مختلف فيها وذلك على التفصيل التالي:

#### أولا : بيع الشفيع ما يشفع به من عقار قبل أن يقضي له بالشفعة

إذا باع الشفيع ما يشفع به قبل العلم بالشفعة، أو بعد العلم بالشفعة وقبل الحكم بها، سقطت شفيعته باتفاق المذاهب الأربعة، لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف

الضرر بسببه، فبطلان هذه الشفعة أمر منطقي، لانتفاء الضرر عن الشفيع، الذي شرعت الشفعة من أجل دفعه عن الشريك باتفاق الفقهاء أو عن الجا عند الحنفية<sup>1</sup> إن تنازل الشفيع عن الشفعة، أو الرغبة عنها بعد البيع، سواء أكان ضعيف يسقط بأوهى الأسباب، وذلك باتفاق مذاهب الفقه الإسلامي الأربعة<sup>2</sup>.

- أما التنازل عن الشفعة صراحة : فمثاله : أن يقول الشفيع لا أرغب فيها أو لا أريدها، أو أسقطتها أو أبطلتها، أو عفوت عنها، على أن يكون التنازل عنها بعد البيع وقبل الحكم بها، لأنه لا حق له قبل البيع فيسقطه، ولأنه بعد الحكم لا يملك إسقاطها إلا بعقد ناقل للملكية.

- وأما التنازل عن الشفعة دلالة : فهو أن يظهر من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري، وهو ثبوت الملك له، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:

\* مثل ترك طلب الموائبة أو طلب التقرير، بعد العلم بالبيع مع القدرة عليه بأن يترك الطلب على الفور من غير عذر، أو قام من المجلس الذي علم فيه بالبيع، بالعقد وحكمه للمشتري الدخيل.

\* ومثل : أن يساوم الشفيع المشتري على شراء ما اشتراه، أو إيجاره له لأن مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة.

\* ومثل : أن يكون الشفيع وكيلًا من البائع فيما باعه، لأنه يسعى في نفس ما تم من جهته، أما إذا كان الشفيع وكيل المشتري فيما اشترى لموكله شدة الشفعة، لأنه لا ينتقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنها مثل الشراء.

### ثانيا : ضمان الدرك

إن معنى ضمان الدرك هو أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشتري من استحقاق المبيع ونحوه، فإذا ضمن الشفيع الدرك عن المشتري للبائع أي ضمن له الثمن عند المشتري فتسقط شفيعته لأن هذا دليل على الرضا بالبيع الحادث للمشتري، كما أنه إذا اشترط البائع الخيار للشفيع في

<sup>1</sup> - ابن عابدين الدمشقي ، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ، بيروت، ط2، 1966، ص 170

<sup>2</sup> - ابي بكر السرخسي، المبسوط، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1996، ص 255

إمضاء البيع أو عدم إمضائه، فأمضى الشفيع البيع، لأن البيع تم بإمضائه، فيسقط حقه في الأخذ بالشفعة ، وهذا رأي الأحناف<sup>1</sup>.

### ثالثا: تجزئة المشفوع فيه

اتفق الفقهاء على أن الشفعة حق لا يقبل التجزئة<sup>2</sup>، فإذا تنازل الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلا، سقط حقه في كل المبيع، لأنه لما تنازل عن النصف بطل حقه فيه بصريح الإسقاط ، وبطل حقه في الباقي، لأنه لا يملك حق تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر وإذا تعدد الشفعاء فليس لبعضهم أن يهب حصته لبعض، وإن فعل أحدهم أسقط حق شفيعته.

وإن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم القاضي، فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع فيه، وإن أسقطه بعد حكم القاضي فليس للشفيع الآخر أن يأخذ حقه<sup>3</sup>.

### رابعا : وفاة الشفيع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية - المذاهب الأربعة - حول سقوط الشفعة بوفاة الشفيع وتفصيل ذلك فيما يلي :

- قال **الحنفية** : إن الشفعة تسقط بوفاة الشفيع، سواء بعد طلبي المواثبة والتقرير أو قبلها، وذلك قبل أخذ الشفعة بالقضاء له، أو تنازل المشتري إليه لأن حق الشفعة لا يورث كخيار الشرط، إذ الحقوق لا تورث عندهم، ولأنه بالموت يزول ملك الشفيع عن ارثه، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، والمطلوب تحقق الملك وقت البيع، ولا تبطل الشفعة بموت المشتري، لبقاء المستحق ولم يتغير سبب حقه

- وقال **الحنابلة** : إن مات الشفيع قبل أن يطلب الشفعة سقطت شفيعته ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلا، لأن الله تبارك وتعالى إنما جعل الحق له لا لغيره، والخيار لا يورث.

<sup>1</sup> - الإمام الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ج5 ، ص 20.

<sup>2</sup> - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج مرجع سابق ص343.

<sup>3</sup> - ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 543.

- وقال المالكية والشافعية : يورث حق الشفعة إذا مات الشفيع بعد الطلب قبل الأخذ بها، فالشفعة موروثه عندهم، لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار العيب<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: مسقطات الشفعة في القانون المدني الجزائري

بعد ما تطرقنا في المطلب الأول إلى أسباب سقوط الشفعة في الشريعة الإسلامية، سنتطرق في هذا المطلب إلى أسباب سقوط الشفعة في القانون المدني الجزائري.

تنص المادة 807 من ق.م.ج على أنه : " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية :

- إذا تنازل الشفيع على حقه في الشفعة ولو قبل البيع .

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل حق البيع في الأحوال التي نص عليها القانون.

### الفرع الأول تنازل الشفيع عن الأخذ بحقه في الشفعة :

الأصل أن حق الأخذ بالشفعة لا ينشأ إلا إذا وقع بيع العقار تجوز الشفعة فيه، أما قبل البيع فلا ينشأ أي حق في الشفعة، وكان مقتضى ذلك أنه لا يجوز التنازل عن الحق إلا بعد نشوئه وأن التنازل عن حق الأخذ بالشفعة الذي يسقطها لا يكون إلا بعد وقوع البيع المشفوع فيه لا قبله<sup>2</sup>

والقانون المدني في المادة 807 نص صراحة على سقوط الحق في الشفعة، فتنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط الحق، وهذا التنازل هو تصرف قانوني قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، والتنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يكون شفويا أما التنازل الضمني يكون بإتيان الشفيع بعد البيع عملا أو اتخاذه موقفا، يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا التنازل، مثل أن يتصرف المشتري في العقار المبيع إلى الغير في حضور الشفيع مع شهادته في عقد البيع، وكذا مشاركة الشفيع للمشتري فهي في حقيقتها إظهار الرغبة في عدم الأخذ بالشفعة، أو إقدامه على طلب شراء المشفوع من المشتري فهو يشكل رضا بعقد البيع<sup>3</sup>. فإذا تم

1 - الإمام الباجي الأندلسي، كتاب المنقذ، شرح موطأ الإمام مالك، ط3، 1986، ج 6، ص220.

2 - حسن كبيرة مرجع سابق، ص 624.

3 - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 269 و 270.

الأخذ بالشفعة، فلا يصح تنازل الشفيع بعد ذلك، أنه بصدور الحكم أو بتسليم المشتري بها يحل الشفيع نهائياً محل المشتري في عقد البيع<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: عدم التقيد بإجراءات ومواعيد الشفعة :**

**أولاً: عدم اظهار الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعادها :**

باستقراء نص المادة 799 من ق م ج نجدها قد حددت المدة الواجب احترامها من أجل المطالبة بالشفعة، في ميعاد 30 يوم من الإنذار الرسمي الذي يوجهه له البائع أو المشتري فالشفيع إذا لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد سقط حقه فيها<sup>2</sup>.

**ثانياً: عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد :**

يجب على الشفيع إيداع كامل الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، إذ أن عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد أو إيداعه بعد فوات الأوان أو إيداعه لدى الموثق، يترتب عليه سقوط الشفيع في الأخذ بالشفعة نهائياً<sup>3</sup>

وهذا ما نجده في نص المادة 801 الفقرة 2 من ق م ج : "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة".

**ثالثاً: فوات ميعاد رفع الدعوى:**

بالرجوع لنص المادة 802 من ق م ج: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".

<sup>1</sup> - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الاصلية، دار الثقافة، الأردن، 2001، ص 201 و 202.

<sup>2</sup> - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 614.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب عرفة، الوجيز في الشفعة لكسب الملكية في العقار، دار المطبوعات الجامعية، 2005، ص 47.

إذا من هذه المادة نستخلص أنه يجب رفع دعوى الشفعة في ميعادها المحدد ب 30 يوماً ورفعها على البائع و المشتري أمام المحكمة المختصة الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه . فإن لم تتم هذه الإجراءات على الوجه المنصوص عليه سقط حق الشفيع<sup>1</sup> .

### رابعاً :مرور سنة من تاريخ تسجيل البيع

استناداً لنص المادة 287 من ق م ج "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية :

-إذا مرت سنة من يوم تاريخ تسجيل عقد البيع

فإذا قام المشتري بتسجيل عقد بيعه تسجيلاً رضائياً، أو بعد صدور حكم قضائي لمصلحته بصحة ونفاذ عقد البيع، فإن فوات مدة سنة على هذا التسجيل يسقط من الشفيع في الأخذ بالشفعة وهذا لأن التسجيل هو إعلان للجميع بملكية المشتري للمبيع وعلى من يرغب في الشفعة إعلان رغبته حتى تستقر الأوضاع .

بعد تعرضنا إلى آثار الشفعة المتمثلة في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع أولاً والذي يكون من وقت صدور الحكم النهائي وهذا ما نجده في الفقه الإسلامي أما الأثر الثاني يتمثل في العلاقة الناتجة عن عقد البيع ، نجد بأن الشريعة الإسلامية لم تنص على علاقة الشفيع بالغير على عكس المشرع الجزائري الذي نص عليها في المادة 806 من ق م ج ، أما باقي العلاقات الأخرى نجد أن المشرع قد حددها بموجب القواعد العامة .

أما فيما يخص الموانع التي تحول دون استحقاق الشفعة للشفيع نجد أن الفقه الإسلامي تناول الموانع بنوعين موانع اختيارية وإجبارية بعكس ق . م . ج الذي أخذ بالموانع الإجبارية ونص على موانع أخرى إجرائية.

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، مرجع سابق، ص227.

# الختام

## خاتمة

الحمد لله الذي بفضلته تتم الصالحات و الذي بفضلته تمكنا من اكمال بحثنا هذا وقد  
خلصنا في الأخير الى جملة من النتائج وهي :

- 1 وجود توافق في احكام الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .
- 2 تعد الشفعة واجبة في الفقه الإسلامي في عقود المفاوضات بينما في القانون المدني الجزائري جاء في عقود البيع
- 3 لم يختلف كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في أركان الشفعة.
- 4 يكون الأخذ بالشفعة في حالة بيع العقار فقط دون المنقولات في ق م ج .
- 5 تلزم الشفعة في القانون المدني الجزائري على الفور بينما تكون في الفقه الإسلامي على التراخي.
- 6 بالنسبة للإنذار الرسمي لوجود له في الفقه الإسلامي بينما في القانون المدني الجزائري يعتبر إجراء جوهري وله أهمية.
- 7 في الفقه الإسلامي يحل الشفيع محل المشتري من وقت البيع ويحل الشفيع محل المشتري في القانون المدني الجزائري من وقت ثبوت الحكم له بالشفعة .
- 8 تسقط الشفعة في الفقه الإسلامي مرور الزمن ولم يحدد لها مدة معينة في حين تسقط الشفعة في القانون المدني الجزائري في مدة زمنية قدرها سنة .
- 9 تسقط الشفعة في الفقه الإسلامي بالتنازل عنها صراحة وضمنا بعد البيع وقبل الأخذ بها أما في القانون المدني الجزائري فتسقط الشفعة ولو قبل البيع.
- 10 تعتبر الشفعة من الوسائل والطرق المهمة في فك النزاعات بين أفراد المجتمع .
- 11 جاءت الشفعة من اجل حفظ حقوق وواجبات الأفراد.
- 12 أحكام الشفعة في القانون المدني الجزائري مستمد من الفقه الإسلامي

# الفهارس

(1) فهرس سور و آيات القرآن الكريم:

رقم الصفحة	رقم الآية	السورة و الآية
سورة : النساء		
7	85	﴿ مَّن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا ۗ وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُّقِيمًا ﴾
أ	2-1	سورة الكهف
		﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَىٰ عَبْدِهِ الْكِتَابَ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ عِوَجًا (1) قَيِّمًا لِّيُنذِرَ بَأْسًا شَدِيدًا مِّنْ لَّدُنْهُ وَيُبَشِّرَ الْمُؤْمِنِينَ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ الصَّالِحَاتِ أَنَّ لَهُمْ أَجْرًا حَسَنًا (2) ﴾
سورة : إبراهيم		
	7	﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ... ﴾
سورة : النجم		
أ	5-4-3	﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ (4) عَلَّمَهُ شَدِيدُ الْقُوَىٰ (5) ﴾ 4-3

(2) فهرس الاحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث
09	روي في الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قوله : ( قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة ) متفق عليه.
10	عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : ( لا ضرر ولا ضرار). حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً

# قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم : مصحف برواية ورش عن نافع من طريق الأزرق

- كتب الحديث :

- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج 3 دار الفكر، 1981

- محمد بن يزيد بن ماجة، السنن، تحقيق مشهور بالحسن آل سلمان، مكتبة المعارف،  
الرياض، ط 1، د ت ن

\* الكتب

1- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2. دار الكتب العلمية، بيروت  
لبنان، 2004.

2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5 و6، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2،  
1966.

3- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين، كتاب المغني والشرح الكبير، ج5، دار الكتاب العربي  
، بيروت، ط 1983.

4- ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، ج 2، مشار إليه في كتاب الملكية في الشريعة  
الإسلامية للدكتور عبد السلام داودي العبادي، القسم الثاني، ومشار إليه كذلك في كتاب  
الملخص الفقهي للأستاذ صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان، ج 2.

5- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي ج2، دار الكتب  
العلمية، لبنان، 1995.

6- ابي بكر السرخسي، المبسوط، ج14، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1996.

7- ابن منظور، لسان العرب، ، دار صادر، بيروت، لبنان، دس، ج 8

8- ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ج8

9- أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تح: محمد عبد الله شاهين، ج05،  
دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996.

10- أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك، ج 5،  
دار المعارف 1986

- 11- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، ج8، دار الغرب الإسلامي بيروت، ط، 1981.
- 12- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة للنشر، ط2، 2008.
- 13- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3.
- 14- أحمد محمد عزوز، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي لموفق الدين أبي محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، 2003.
- 15- الإمام الباجي الأندلسي، كتاب المنتقى، شرح موطأ للإمام مالك، ج6، ط3، 1986.
- 16- الإمام الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتاب العربي، ط2، 1982، بيروت.
- 17- الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1996.
- 18- الألباني، إرواء الغليل، حديث رقم896، المكتب الإسلامي بيروت، ط1979، ج1.
- 19- جمال مهدي، محمود الأكنشة، أثر الشفعة في العقار والمنقول، دار الفكر العربي، ط1، 1995.
- 20- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط3، 1994.
- 21- جمال مهدي محمود الأكنشة، أثر الشفعة في العقار والمنقول، دار الفكر العربي، ط1، 1995.
- 22- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار الفكر للنشر والتوزيع بيروت، لبنان.
- 23- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ( أحكامها ومصادرها في القانون اللبناني والمصري)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 24- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مكتبة الصحابة، الامارات، 2007.
- 25- الزيلعي، الهداية، دس، ج5

- 26- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، المجلد 4، مصر، ط2، 1999.
- 27- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، ج 4 ، ط 1 ، دار ابن حزم بيروت، 2008 .
- 28- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 1990.
- 29- عبد القادر محمد شهاب، محملين عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر 2008.
- 30- عبد الله بن عبد المحسن التركي، الكافي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ج 3، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1997.
- 31- عبد النعيم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط1، 1982.
- 32- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في الشفعة لكسب الملكية في العقار، دار المطبوعات الجامعية، 2005 .
- 33- عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة، (دراسة تأصيلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 34- علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، تع: فهمي الحسيني، ج2، ط1، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1991.
- 35- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينة الأصلية الحقوق العينية التبعية حق الملكية الحقوق المتفرعة عن حق الملكية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط7، الأردن، 2010.
- 36- كتاب شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، ج 3.
- 37- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الاصلية، دار الثقافة، الأردن، 2001.
- 38- المصباح المنير، ج 1، ص 145، مختار الصحاح مادة: شفيع.
- 39- مهدي كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة على ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألف لتوزيع الكتب القانونية، مصر، 2000.

40- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001.

41- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1، 1997.

42- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، دار الفكر، دمشق، ط4، 1997.

### • المواد القانونية

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

الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم

2- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 06 / 09 / 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد

24 الصادر في 19/06/1984 المعدل والمتمم.

3- المادة 35 من قانون الإجراءات المدنية.

4- المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني

المعدل والمتمم، ج ر، عدد78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

5- المادة 410 من ق.م. ج:

6- المادة 75 من القانون رقم 90/25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه

العقاري المنشور في الجريدة الرسمية العدد 19، لسنة 1990 المعدل والمتمم بالأمر رقم

95/26 المؤرخ في 26/09/1995 المنشور في الجريدة الرسمية العدد، 55 ، لسنة

1995.

7- المادة 794 من الأمر رقم 75-58.

8- المادة 801 من الأمر 75-58.

9- المادة 802 من الأمر 75-58.

10- المواد 32، 33، 34، 35 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975

المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، عدد78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

### • الأوامر والمراسيم

1- الأمر رقم 74 /75 ، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

2- الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لسيتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل والمتمم.

الشكر

أ- ج

مقدمة

### الفصل الأول: ماهية الشفعة

- المبحث الأول: مفهوم الشفعة ..... 06
- المطلب الأول: تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي ودليل مشروعيتها ..... 06
- الفرع الأول: تعريف الشفعة ..... 06
- الفرع الثاني: دليل وحكمة مشروعية الشفعة ..... 09
- المطلب الثاني: الشفعة وتكييفها مع القانون المدني الجزائري ..... 12
- الفرع الأول: تعريف الشفعة ..... 12
- الفرع الثاني: التكييف القانوني للشفعة ..... 14
- المبحث الثاني: أركان الشفعة شروطها واجراءات الأخذ بها ..... 17
- المطلب الأول: أركان الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ..... 17
- الفرع الأول: الشفيع ..... 17
- الفرع الثاني: المشفوع فيه ..... 24
- الفرع الثالث: المشفوع منه ..... 25
- المطلب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة ..... 25
- الفرع الأول: شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي ..... 25
- الفرع الثاني: شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري ..... 27

- 33.....المطلب الثالث: إجراءات الأخذ بالشفعة
- 33.....الفرع الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي
- 39.....الفرع الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

### الفصل الثاني : آثار الشفعة ومسقطاتها

- 49.....تمهيد
- 49.....المبحث الأول : الآثار المترتبة على الشفعة
- 49.....المطلب الأول: آثار الشفعة في الفقه الإسلامي
- 49.....الفرع الأول: العقود والتصرفات
- 50.....الفرع الثاني: نماء طبيعي أو زيادة محدثة
- 51.....الفرع الثالث: نقض هدم من أجل بناء
- 52.....المطلب الثاني: آثار الشفعة في القانون المدني الجزائري
- 52.....الفرع الأول: انتقال ملكية العقار
- 53.....الفرع الثاني: العلاقات المرئية على ممارسة الشفعة
- 54.....المبحث الثاني: مسقطات الشفعة
- 54.....المطلب الأول: مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي
- 57.....المطلب الثاني: مسقطات الشفعة في القانون المدني الجزائري
- 60.....الخاتمة



## المخلص

لقد بحثنا في رسالتنا هذه الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية وتعرضنا في الفصل الأول:

لعدة موضوعات متعلقة بموضوع الشفعة فبيننا ماهيتها من حيث التعريف بها لغة و اصطلاحا ومصدرها التاريخي ثم تطرقنا لخصائصها التي تميزها عن غيرها من أسباب كسب الملكية باعتبارها قد وردت خلافا للأصل. كما تناولنا أركان الشفعة شروطها وإجراءات الأخذ بها.

وقد خصصنا الفصل الثاني:

لدراسة الآثار المترتبة على الشفعة و مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

كما درسنا فيه إجراءات الشفعة التي يجب على الشفيع القيام بها وركزنا على صفة الشفيع وأهليته وأوضحنا الزمن الذي يجب أن تقام فيه الدعوى للأخذ بالشفعة.

## The summary

we examined this intercession as one of the reasons for gaining ownership and presented us in chapter one:

for several topics related to the subject of intercession, we explained what it is in terms of its definition of language, terminology and historical source, and then touched on its characteristics that distinguish it from other reasons for gaining ownership as it was mentioned contrary to the original. We also addressed the terms and procedures for the introduction of intercession.

We have devoted chapter two:

to study the implications of intercession and the projections of intercession in Islamic jurisprudence and Algerian civil law, as we studied the procedures of intercession that the intercession must take place, and we focused on the character and eligibility of the intercession and explained the time when the case should be conducted.