

تاريخ القبول: 2025/02/01

تاريخ الإرسال: 2024/12/06

التكييف القانوني للشفعة

Legal conditioning of Chofaà

وانكليلى لالة*

جامعة تامنغست، (الجزائر)، wankili.lalla@gmail.com<https://orcid.org/0009-0009-8607-1590>

الملخص:

تكييف الشفعة ينعكس على أحكامها المميزة، وكذا آثارها على المراكز القانونية لأطرافها، حيث تُحل الشفيع محل المشتري ولو جبرا ودون رضاه في عقد البيع بينه وبين البائع المجرى أيضا على التعاقد مع شخص غير الذي ارتضاه، ولم يسلم الشفيع بدوره، حيث يجبر هو الآخر على تنفيذ عقد لم يوافق على شروطه ولم يشارك في وضعها، هذا ما يتنافى وقاعدة حرية التصرف.

الكلمات المفتاحية: رخصة، الشفعة، التكييف، الحق العيني.

Abstract:

The characterization of shuf'ah significantly impacts its unique provisions and legal implications for parties involved. It substitutes the buyer without consent, forcing the seller to contract with an undesired party. Consequently, the shuf'ah is also coerced into executing an agreement to which they did not consent or contribute. This raises concerns regarding the freedom of contract principle.

Keywords: License, Chofaà, Conditioning, Property Right.

مقدمة:

الشفعة نظام قانوني عرف قديما قدم الشيوخ، غير أن تنظيم أحكامها على حاله اليوم تم في ظل الشريعة الإسلامية، والشفعة سبب من أسباب كسب الملكية الناجم عن شيوخ الحقوق العينية، إن بيعت هذه الحقوق لشخص أجنبي عن الشركاء، فالشفعة نظام قانوني يُغلب المصلحة الخاصة للشفيع الشريك الأصيل على مصلحة المشتري الدخيل من خلال تقييد حرية تصرف وتعاقد أطراف العقد الأصليين، فللبائع بيع ملكه لمن أراد، وللمشتري الشراء والتملك ممن يريد، ولما كانت القاعدة العامة تقضي بعدم جواز تملك مال الغير دون رضاه، فإن أحكام الشفعة وردت كقيد على هاته القاعدة.

إن الشفعة نظام يُدخل طرف ثالث - الشفيع - إلى العقد بغض النظر عن رضا أطراف العقد الأصليين من بائع ومشتري بإحلال الشفيع محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد بيع العقار أو بيع الحق العيني العقاري، مما يترتب عنه اكتساب الشفيع ملكية المبيع محل المشتري بما قام عليه من ثمن، وبذا يدفع الشفيع عنه ضرر المشتري الدخيل إعمالا للقاعدة الفقهية القائلة: "لا ضرر ولا ضرار".

وحتى لا يوسع المشرع الجزائري من نطاق هذا القيد على حساب القاعدة العامة، نص على جملة من الشروط الموضوعية: إذ حصر الشفعة في بيع العقار الشائع دون غيره من الأموال كأصل عام، كما أقر المشرع صفة الشفيع لأشخاص محددين ضمن حالات معينة حصرا وهي؛ إما لمالك الرقبة إن بيع جزء أو كل حق الانتفاع أو للشريك إن بيعت حصة شريكه على الشيوخ لأجنبي أو لصاحب الانتفاع إن بيع جزء أو كل الرقبة.

كما أوجب المشرع على من توفرت فيه صفة الشفيع المذكورة آنفا، إتباع جملة من الإجراءات بدءا بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة متى بيع الحق العيني وخلال أجل مسقط للمطالبة حدد ب: ثلاثين (30) يوما تحتسب من يوم إنذار البائع أو المشتري للشفيع أو خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع حسب نص المادة 801 قانون مدني ثم على الشفيع وجوبا رفع دعوى المطالبة ضد كل من البائع والمشتري معا بعد إيداع الشفيع

ثمن المبيع المتفق عليه في العقد الأصلي لدى الموثق، وغيرها من النصوص الآمرة في القانون المدني الواردة من المادة 794 إلى غاية المادة 807.

لقد خصصت هذه الورقة البحثية لدراسة التكييف القانوني للشفعة لما له من أهمية بالغة في تحديد أحكام وآثار الشفعة على المراكز القانونية لأطرافها من بائع ومشتري وشفيع وكذلك الغير، فالشفعة قيد على حرية التصرف والتعاقد، كما أنها سبيل من سبل إنهاء حالة الشبوع أو الإنقاص من عدد الشركاء فيه، كما أن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد تكييف دقيق للشفعة يفسر الأحكام والآثار المميزة لها فهي لصيقة بشخص الشفيع من جهة وتكسبه حق عيني من جهة ثانية كما أن المطالبة بها لا تورث إن لم يطالب بها المورث.

وعليه، الإشكال المطروح هو: هل الشفعة حق؟ خصوصا وأنه من الشائع لدى القانونيين إرداف عبارة **الحق** للشفعة، أم الشفعة واقعة مركبة؟ أم أنها رخصة؟ وما موقف المشرع الجزائري؟

وللإجابة على الإشكالية أتبع المنهج الوصفي الظاهر من خلال تعريف الشفعة وتبيان خصائصها ونظريات فقهاء القانون، المدعم بالمنهج التحليلي القائم على تفسير وتحليل النصوص القانونية، وفق خطة قسمنا بموجبها الورقة البحثية إلى محورين: أولٌ عنون بـ: (مفهوم الشفعة) وثاني عنون بـ: (موقف فقهاء القانون من تكييف الشفعة).

المحور الأول: مفهوم الشفعة

سنستعرض ضمن هذا المحول على تعريفات مختلفة للشفعة كما سنعرج بعدها لخصائص الشفعة.

أولاً: تعريف الشفعة:

سنتعرف على الشفعة ضمن نقاط أربع؛ بدءا بالتعرف على المدلول اللغوي للشفعة ثم تعريفها الشرعي والفقهية، لنختتم بالتعريف التشريعي.

(1) تعريف الشفعة لغة:

الشُّفْعَةُ بضم الشين مأخوذة من كلمة الشفع؛ أي الضم أو الزيادة والتقوية.¹

كما تعني الشفعة أيضا الزوج خلاف الوتر الذي يعني الفرد، إذ قيل الوتر هو الله والشفع خلقه، كما قيل عن الشفعة أيضا الوتر آدم شُفع بزوجه.²

(2) تعريف الشفعة شرعا:

عرفت الشفعة اصطلاحا بعدة تعريفات اخترنا منها تعريف صاحب فتح القدير القائل أنها: "ضم ملك البائع على مالك الشفيع وتثبت للشفيع بالثمن الذي يبيع به رضي المايعان أو شرطاً".³ وعرفت أيضا بـ: "استحقاق شريك أحد مبيع شريكه بثمنه".⁴

(3) تعريف الشفعة فقها:

لقد عرف فقهاء القانون الشفعة بعدة تعريفات نورد بعضها أدناه:

- عرفت الشفعة بـ: "واقعة قانونية طبيعية وسببا من أسباب كسب الملكية فهي ليست بحق بل مصدر للحق".⁵

وعرفت أيضا بـ: "الشفعة مُكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص أن يحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته".⁶

(4) التعريف التشريعي

لقد عرف المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 قانون مدني: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...".⁷ وعرفه القانون المصري في المادة 935 قانون مدني بـ: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط...".⁸

كما عرف المشرع المغربي الشفعة بموجب المادة 292 من مدونة الحقوق العينية بـ: "الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء".⁹

وبالمقارنة بين التعريفات بعضها ببعض نلاحظ أن: كل من تعريفي المشرع الجزائري والمشرع المصري يتوافقان اتفاقا كليا، إذ جعلوا الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار متى توافرت الشروط والأحوال الواردة ضمن المواد التالية للمادة،

وما يفسر هذا الاتفاق إن لم نقل التطابق يكمن في أن المشرع الجزائري استقى أحكام القانون المدني ومن بينها أحكام الشفعة عن نظيره المصري.

ومن خلال استقراء تعريف المشرع الجزائري - والمشرع المصري - للشفعة، نجده حدّد صراحة الأموال الجائز أخذ شفعتها بقوله: "... بيع عقار "مما يفهم منه أن الشفعة تجب في العقار دون المنقول كأصل عام، حيث لا شفعة في منقول إن بيع مستقلا عن العقار، كأن يباع العقار بالتخصيص دون بيع العقار الأصلي أو يباع المنقول بحسب طبيعته أو المال، ففي هذه الحالة لا شفعة في المنقول، إنما هاهنا يخضع المنقول لنظام الاسترداد،¹⁰ وبمفهوم المخالفة يشفع المنقول إن كان من ملحقات العقار المشفوع فيه لا مستقلا عنه.

غير أن المشرع المغربي يخالفهما بحيث لم يحصر الشفعة في العقارات مما يعني أن الشفعة تجوز أيضا في المنقولات حسب النص ولم ينص على اعتبار الشفعة رخصة إنما قال إنها أخذ - نفس ما أقره فقهاء المالكية - للشريك أخذ حصة شريكه أو حقه العيني المشاع مقابل تسديد الثمن والمصروفات الضرورية والنافعة وهما حكمان لم يردا في تعريف المشرعين الجزائري والمصري بل نصا عليه في المواد التالية.¹¹

ويستشف كذلك، أن تعريفات التشريعات الثلاث حصرت التصرف الذي ترد عليه الشفعة في عقد البيع دون غيره من التصرفات، فإن تُصرف في المشفوع فيه بهبة أو مقاصة أو إيجار... لا تتصور الشفعة عندها، كون الشفعة لا ترد إلا في عقد البيع حصرا.

ثانيا: خصائص الشفعة

تتميز الشفعة بعدد من الخصائص التي تجعلها تختلف كل الاختلاف عن غيرها من أسباب كسب الملكية سببين أهمها.

1) الشفعة حق استثنائي

الشفعة خيار قرر للشفيع لدرأ الضرر عنه، فباستعماله الشفعة يقيد حرية التعاقد بين أطراف العقد الأصليين وكذا يقيد حرية التصرف إذ يحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع ولو دون رضا أطراف العقد الأصليين وجبرا عليهم، وحتى لا يوسع المشرع من

نطاق هذا الاستثناء نص على جملة من الشروط والإجراءات الآمرة المثبت للشفعة فمتى تخلف أحدها سقطت الشفعة.

كما حصر المشرع استعمال الشفعة على شخص الشفيع فقط دون غيره، ليس هذا فقط، إنما لا يمكن للشفيع نفسه التنازل عنها للغير ولو عن طريق الحوالة.¹²

(2) الشفعة لا تقبل التجزئة في استعمالها

لا يجوز للشفيع الممارس شفيعته أن يطالب بشفعة بعض من العقار أو الحق العيني المشفوع به ويترك البعض الآخر، إنما يتوجب عليه المطالبة بشفعة المشفوع به كله دون تجزئته فبمجرد طلبه للجزء دون الكل سقطت الشفعة ضمناً.¹³

(3) الشفعة قابلة للإسقاط

إن المشرع أجاز للشفيع التنازل عن الشفعة في أي مرحلة ولو قبل استحقاقه للمطالبة بها يعني؛ ولو قبل بيع العقار أو الحق العيني لأجنبي سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً حسب ما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 807 قانون مدني أو ما لم يصدر الحكم القضائي المقرر لها، غير أن الشفيع لا يمكنه مطلقاً التنازل عنها للغير.¹⁴

وبما أن الشفعة سبب قسري لكسب ملكية العقار أو الحق العيني، فإنها تقيد حرية التصرف كونها تمليك مال الغير دون رضاه، كما تعد الشفعة قيداً على حرية التعاقد من خلال إحلال طرف ثالث يدعى الشفيع محل المشتري في عقد البيع دون رضا أطراف العقد الأصليين، ومنه وجب البت في تكييف الشفعة لما لها من أحكام وآثار قانونية مميزة.

المحور الثاني: موقف فقهاء القانون من تكييف الشفعة

تتميز الشفعة بأحكام استثنائية مقارنة بأسباب كسب الملكية الأخرى، فالمطالبة بالشفعة لا تورث من الشفيع للخلف العام ما لم يستعمل المورث الشفيع شفيعته قبل الوفاة، كما لا يمكن أن يطالب الخلف الخاص بشفعة مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، ولا تنتقل الشفعة للغير بواسطة الحوالة، ومن مسقطات الشفعة تنازل الشفيع عنها في أي مرحلة ولو كان ذلك قبل وقوع البيع أي قبل استحقاق استعمال الشفعة أو المطالبة بها.

عظفا على كل ما ذكر من أحكام خاصة بالشفعة يدق الإشكال: هل الشفعة حق؟ أم رخصة؟ أو أن الشفعة واقعة مركبة؟ هذا ما سنجيب عنه أدناه، مبينين آراء الفقهاء ومستندين إلى النصوص القانونية.

أولاً: الشفعة حق

لقد كيف بعض الفقهاء الشفعة كحق؛ أي مكنة أو قدرة يحميها القانون لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين،¹⁵ وأنصار هذا الاتجاه يرون أن الشفعة حق لكن اختلفت آراؤهم حول طبيعة هذا الحق أهو حق عيني؟ أو حق شخصي؟ أم أن الشفعة ذات طبيعة مختلطة؟ هذا ما سيبين تالياً.

(1) الشفعة حق عيني

أنصار هذا الاتجاه يرون أن الشفعة حق عيني نتيجة لما ترتبه من آثار وأحكام موضوعية وإجرائية فبممارسة الشفيع لحقه في الشفعة يمتلك عقار أو حق عيني وله حق تتبع العقار أو الحق العيني في أي يد كان،¹⁶ هذا ما نجد المشرع الجزائري نص عليه في المادة 797 قانون مدني¹⁷ حيث أوجب بمقتضاها أن على الشفيع طلب الشفعة من المشتري الثاني إن بيع العقار لمشتري ثاني قبل إعلان رغبته في ممارسة حق الشفعة أو تسجيل تلك الرغبة، كما للشفيع أيضاً حق الأولوية والأفضلية في استثناء شفيعته قبل دائني المشتري، إن أعلن رغبته في استعمال حق الشفعة¹⁸ وفق ما نصت عليها المادة 806 قانون مدني، هذا من الناحية الموضوعية.

ومن الناحية الإجرائية نجد أن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الشفعة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه وفق نص المادة 802 قانون مدني "يجب رفع دعوى الشفعة... أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار..."، ويطلب الشفيع في دعواه تلك بحق عيني: إما حق الملكية أو حق الانتفاع أو الرقبة،¹⁹ وهو ما نجد المشرع نص عليه أيضاً في المادة 802 قانون مدني فما دام الشفيع يطلب بحق عيني فإن الشفعة حق عيني.

غير أننا إن سلمنا جدلاً بهذا التكيف فكيف نفسر عدم قابلية الشفعة للتوريث إن لم يمارس الشفيع حق شفيعته قبل الوفاة، وكما لا يمكن للشفيع بأي حال من الأحوال التنازل عنها للغير ولو عن طريق الحوالة مثل غيرها من الحقوق العينية فالشفعة لصيقة بشخص الشفيع.

(2) الشفعة حق شخصي

يؤكد أنصار هذا الرأي أن الحق الشخصي المقصود هنا ليس الحق الشخصي المقابل للحق العيني الوارد أعلاه كحق الإيجار مثلاً، إنما الشفعة حق عيني لصيق بشخص الشفيع،²⁰ أي من الحقوق غير المالية هذا ما يفسر حسبهم أحكام الشفعة للصيقة بشخص الشفيع المتمثلة في:

- عدم قابلية الشفعة للتوريث بالأخص إن توفى الشفيع قبل إعلان رغبته في الشفعة.²¹
- لا يجوز لدائني الشفيع المطالبة بالشفعة باسمه ونيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة.²²
- لا يجوز نقل حق الشفعة إلى الغير عن طريق الحوالة، ولا يمكن للشفيع التنازل عنها للغير بأي طريقة من طرق التنازل.²³

ولكن الشفعة لم تقرر لحماية الشفيع باعتباره الشخصي، إنما الشفعة قررت للشفيع كونه مالك لحق عيني مملوك على الشيوع ببيع جزء منه أو كله لأجنبي، مما قد يلحق الضرر بملك الشفيع من خلال الإنقاص من قيمته المادية أو النفعية، بأن يطلب المشتري الدخيل القسمة أو الفرز أو التعديل في حصته وغيرها من التصرفات المادية أو التصرفات القانونية المؤثرة على ملك شريكه الأصيل، لذا فالشفعة جاءت لحماية حق عيني مملوك على الشيوع لا لحماية شخص الشفيع في نفسه، وحسب أحكام الحقوق للصيقة بالشخص والمعدة حقوق غير مالية، بينما الشفعة تكسب الشفيع حق عيني قرر لدرأ الضرر عن حق عيني مملوك للشفيع.

3) الشفعة حق مختلط

إن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن الشفعة ليست حقاً عينياً محضاً ولا حقاً شخصياً محضاً إنما هي حق مختلط؛ فهي تملك حق عيني لاعتبارات شخصية خاصة بالشفيع، حيث يُستلزم في الشفيع جملة من الشروط الشخصية للصيقة بشخصه، كأن يكون شريكاً في الملك أو حق الانتفاع وهو ما نجد المادة 795 قانون مدني تنص عليه، كما أن هذه الشروط الواجبة في شخص الشفيع باعتباره محل اعتبار يجب أن تقتصر بحق عيني، أي يكون الشيوع واقع على عقار إذ لا تجب شفعة إلا فيه وبذلك يكون الحق مختلطاً، إذ يجب أن تتوفر شروط في شخص الشفيع على أن تنصب على حق عيني، بذا فإن تكيف الشفعة حسب أنصار هذا الاتجاه حق شخصي عيني.²⁴

إن هذا الرأي لم يقدم أي جديد إنما اكتفى بالجمع بين الحق العيني والحق الشخصي وفق ما سبق، غير أن الشفعة ليست حق في ذاتها إنما سبب لاكتساب حق مثلها مثل الوصية، الاستيلاء والالتصاق... وغيرها من طرق كسب الملكية، لذا وجب البحث عن تكيف أخرى.

ثانياً: الشفعة واقعة مركبة

الشفعة واقعة مركبة وليست لا حقاً عينياً ولا شخصياً بل ليست حق من الأساس، بل هي واقعة مركبة بين الواقعة المادية والتصرف القانوني، يتضح ذلك في الصلة المادية بين كل من واقعة الشيوع أو الشركة في العقار أو الحق العيني العقاري المشفوع فيه المباع لأجنبي والعقار أو الحق العيني المشفوع به المملوك للشريك على الشيوع،²⁵ المقترن بإعلان الشفيع بإرادته المنفردة رغبته في الحل محل المشتري الأجنبي وهو التصرف القانوني.

حسب هذا الرأي يملك الشفيع بعقد قائم بين البائع والمشتري، ويعد العقد واقعة قانونية بالنسبة للشفيع وليس تصرف قانوني،²⁶ لأنه لم يكن طرف في العقد الأصلي، غير أنه طرف ثالث بموجب تصرفه القانوني المتمثل في إعلان رغبته في أخذ المبيع بالشفعة، إن التسلسل في الواقعة المادية والتصرف القانوني المتصلان يكونان الشفعة معاً

فلا يتصور قيام الشفعة بواقعة مادية بمعزل عن التصرف القانوني، لذا فإن الشفعة تُكثف كواقعة مركبة.²⁷

هذا الرأي يصدق على الشفعة حسب حجج أنصاره، لكن حسب التسلسل نجد الشفعة أقرب للواقعة المادية منها للواقعة المركبة، فأغلب الوقائع المكونة للشفعة وقائع مادية.

ثالثاً: الشفعة رخصة

الشفعة ليست بحق ولا واقعة مركبة، إنما هي رخصة²⁸ تخول للشفيع حق التملك متى تهيأ له المركز القانوني كأن يبيع شريكه على الشيوخ نصيبه من العقار لأجنبي، فهذا التصرف مصدر للمركز القانوني الذي يحتله الشفيع،²⁹ ولا يتقرر هذا المركز لأي شخص إنما هو حكر على من توافرت فيه شروط وأحوال الشفيع، وتملك الشفيع للعقار أو الحق العيني لا يتم بمجرد تمتعه بهذا المركز القانوني،³⁰ كون المركز مكنة وخيار للشفيع أن يحدث بمقتضاه أثراً قانونياً إن شاء، من خلال إعلان رغبته في أخذ الشفعة بإرادته المنفرد والحلول عندها محل المشتري بما قام عليه من ثمن، فالتملك موقوف على اختيار الشفيع أعلن عن رغبته أو تنازل عنها،³¹ وليتضح مفهوم الرخصة أكثر وجب تمييزها عن مفهوم الحق حسب ما سيبين أدناه.

إن الرخصة في مرتبة أقل من الحق وأعلى من الحرية؛ فهي في مرتبة وسطى بينهما، كون الرخصة ليست حقاً بل سبب ومكنة يسمح القانون بموجبها لمن له الخيار أن ينشئ مركز قانوني أو يعدل منه.³²

بينما الحرية في مفهومها تنص على: أن لأي شخص حرية التملك دونما استثناء شخص بها بمعزل عن الآخرين فالكل متساوين في حرية التملك، غير أن هذه الحرية وحدها لا تجعل الشخص يملك ما يريده، مثلاً للشريك في العقار حرية تملك حصة شريكه لكن تلك الحرية لا ترتقي إلى رتبة حق التملك فلا تبرح كونها حرية ورغبة لا أكثر.³³

أما الرخصة فهي: مكنة قانونية أعلى درجة من الحرية، ومصدراً من مصادر الحقوق العينية، ولا تعد رخصة إلا إن نص القانون عليها صراحة، فإن كان للشريك في العقار حرية تملك حصة شريكه فإنه لن يرتقي لدرجة الرخصة إن لم يعرض ذلك الجزء للبيع

لأجنبي، فحينها للشريك أو ما يسمى بالشفيع رخصته لإعلان الرغبة في الحلول محل المشتري، أي تصرف قانوني يمثل الإيجاب و قبيل اقترانه بالقبول تكون الشفعة رخصة هاهنا، ولا يمكن اعتبار إعلان الرغبة إيجاب إلا لمن اعترف القانون له بمركز الشفيع، وتحتل بذلك الرخصة مرتبة وسطى بين الحرية وحق.³⁴

كما أن الرخصة لصيقة بشخص الشفيع الذي له أن يستعملها هو دون أن يمكنه التنازل عنها بمقابل أو دونه للغير، ولا تنتقل لخلف الشفيع ولا يمكن بحال من الأحوال لدائني الشفيع استعمالها نيابة عنه، فالشفعة ليست حقا شخصي ولا حق عيني بل ليست حقا من الأساس، إنما هي مكنة بتوافر شروطها في الشفيع تخول له التملك والحلول محل المشتري الأجنبي في عقد بيع العقار أو حق عيني.³⁵

موقف المشرع الجزائري: إن المشرع الجزائري قد فصل هذا الخلاف الفقهي المحتدم، بأن صرح أن الشفعة رخصة في نص المادة 794 قانون مدني بقولها: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في عقد بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها...."، فإن الشفعة رخصة لمن توافرت فيه شروط الشفيع المذكورة حصرا في نص المادة 795 قانون مدني وضمن الأحوال التي تضعه في مركز قانوني يسمح له بإحداث تصرف قانوني وفق ما تنص عليه ذات المادة، ولما كانت الرخصة مكنة ومشينة فإن للشفيع التنازل عنها ولو قبل نشوء المركز القانوني، أعني ثبوت رخصته ببيع العقار أو الحق العيني من طرف شريكه على الشيوع لأجنبي حسب ما تنص عليه المادة 807 قانون مدني "إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع". بهذا يُسقط الشفيع بمشيئته رخصة تملك المشفوع فيه سواء كان التنازل صريحا أو ضمنيا وهي طريقة انتهجها المشرع للحد من نطاق الشفعة.³⁶

كما لا يحق لدائني الشفيع الحلول محل مدينهم في استعمال الرخص الممنوحة له عن طريق الدعوى غير المباشرة، لأن الرخصة كالإيجاب لا تصدر إلا من صاحبها كما أشير فيما تقدم أن الشفعة لصيقة بشخص الشفيع فلا يمكن استعمالها نيابة عنه إن تنازل عنها أو تقاعس عن المطالبة بها.³⁷

ولا تنتقل رخصة الشفعة بأي حال من الأحوال للغير ولو عن طريق الحوالة، فالرخصة متى ثبتت للشفيع لا يحق له أن يتنازل عنها للغير سواء بمقابل أو دونه، بحوالة أو بغيرها.

فرخصة الشفعة لصيقة بمن توافرت فيه أحوال وشروط الشفيع، إضافة إلى أن هاته الرخصة متعلقة بالعقار أو الحق العيني العقاري ولا تتفصل عنه، وهذين العنصرين لا يتوفران إلا في شخص الشفيع أو من صار شفيعا بعد تملك العقار المشفوع به، كأن يبيع الشريك حصته من العقار قبل ثبوت الشفعة فتنتقل رخصة الشفعة للمالك الجديد مثلها مثل الحقوق المتصلة بالعقار تبعا، فبمجرد بيع العقار المشفوع فيه حاز المالك الجديد صفة الشفيع المكتسبة من اكتسابه العقار شريطة أن يملك العقار وقت وقوع البيع لا بعده، وبذا فإن أراد الشفيع التنازل عن رخصة الشفعة وجب عليه أن يتنازل عن العقار أو الحق العيني المثبت للرخصة قبل ذلك، وبذا فإن رخصة الشفعة لا يتصرف فيها للغير.³⁸

حسب ما تتمتع به الشفعة من أحكام وآثار تميزها عن غيرها من أسباب كسب الملكية، نجد أنها ليست حقا ولا واقعة مركبة إنما تُكَيَّف الشفعة على أنها رخصة لصيقة بمن توافرت فيه شروط الشفيع وتها له مركز قانوني حسب أحوال معينة تتمثل في بيع العقار أو الحق العيني سواء كان؛ حق الملكية أو حق الانتفاع أو الرقبة، المملوك على الشيوع لأجنبي، فبممارسة الشفيع رخصته يدرأ عن نفسه ضرر المشتري الأجنبي بالحلول محله في عقد البيع بما قام على المشتري من حقوق والتزامات.

الخاتمة:

ختاما لهذه الورقة البحثية، نخرج بجملته من النتائج هي:

- الشفعة نظام يقيد حرية التصرف، وحرية التعاقد حيث يغلب مصلحة الشفيع الخاصة على مصلحة المشتري الأجنبي، لرفع الضرر المحتمل عن الشفيع من شركة الأجنبي، وخول القانون للشفيع الحلول محل المشتري في عقد البيع ولو جبرا على أطراف العقد الأصليين من بائع ومشتري بما قام على المشتري من ثمن، وكبي لا يوسع القانون من

نطاق هذا القيد نص على أحكام الشفعة في جملة من النصوص الآمرة التي بمجرد مخالفة الشفيع إحداها سقطت شفعته.

- وقد تباينت آراء الفقهاء بين من يقول بأن الشفعة حق؛

شخصي: كونه لصيق بشخص الشفيع، فلا تنتقل لغيره بالحوالة أو التنازل، ولا بالارث إن لم يتمسك بشفعته قبل الوفاة كما لا يمكن لدائني الشفيع المطالبة بها باسمه ونياية عنه، غير أن هذا الحق الشخصي لم يقصد به الحق المقابل للحق العيني إنما الحق الشخصي اللصيق بشخص الشفيع لا غير.

لقد أغفل رواد هذا الرأي، أن الشفعة متصلة أيضا بالعقار أو الحق العيني حيث لا تقرر للشفيع إن لم يكن شريكا أو مالكا لحق عيني على الشيوع.

عيني: يخول للشفيع حق تتبع العقار في أي يد كان ويتمتع بحق الأولوية والأفضلية في ملكية العقار أو الحق العيني في مواجهة دائني المشتري، كما أن فقهاء هذا الرأي يدعمون رأيهم بثبوت اختصاص الفصل في دعوى الشفعة للمحكمة الواقع في دائرتها العقار كما أن الدعوى ترفع للمطالبة بتملك حق عيني.

قد أخذ على أنصار هذا الرأي أنهم لم يفسروا سبب شخصية الشفعة حيث لا تنتقل للغير ولا تورث، كما أنه لا يمكن لدائني الشفيع المطالبة نياية عنه من خلال رفع الدعوى غير المباشرة كبقية الحقوق العينية.

ليأتي رأي ثالث يجمع الحقين معا من خلال اعتبار الشفعة حق مختلط قائم على الحق العيني كونه منصب على عقار أو حق عيني ولا يمكن أن يطالب بها إلا من قررت له صفة الشفيع فلا يمكن لغيره أخذ الشفعة نياية عنه فحق الشفعة حكر على الشفيع دون غيره هذا وهو ما يمثل الحق الشخصي مما يجعل من الشفعة حسب هذا الرأي حق شخصي عيني.

- وكما رأينا أن فقهاء آخرين كيفوا الشفعة على أنها واقعة مركبة جانب منها واقعة مادية يشمل العقار المملوك على الشيوع، وجانب التصرف القانوني المتعلق بشخص الشفيع الواجب عليه التصريح برغبته في الشفعة ضمن الآجال والشروط المنصوص عليها قانونا.

- ويرى جانب آخر من الفقهاء أن الشفعة رخصة تعطي للشفيع الحق في التملك، فالشفعة حسبهم في مكانة أدنى من الحق وأعلى من الحرية، وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري حيث فصل الجدل دائر فصرح بتكليف الشفعة عند تعريفه لها ضمن نص المادة 794 قانون مدني.

وعليه يمكن القول إن الشفعة مصدر لحق وليست حق في ذاتها إنما هي رخصة تمنع للشفيع خيار الحلول في الحقوق والالتزامات محل المشتري الأجنبي في عقد البيع، درأ للضرر، وبما قام على المشتري من ثمن، والرخصة لا يمكن التصرف فيها والتنازل عنها للغير، فهي مكنة وخيار تثبت فقط للشفيع إن شاء استعملها لاكتساب المبيع أو تنازل عنها وبذلك لا يخول لأحد استعمال رخصة الشفعين نيابة عنه.

المراجع والهوامش

- 1 ابن منظور، لسان العرب، ج8، دار صادر بيروت، ص 183-184.
- 2 وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج2، طبعة مصححة ومنقحة، دار الكلمة الطيبة، دمشق، (2010)، ص751.
- 3 شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة، معاني ألفاظ المنهاج، ج3، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2000، ص372.
- 4 أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرع حدود ابن عرفة، القسم الأول، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993، ص474.
- 5 السيد عبد الصمد محمد يوسف، الشفعة بين مقتضيات الشرع ومشكلات الواقع مع أطروحة لحل هذه المشكلات وفقا لأحكام الشرع والقانون، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ص27.
- 6 السيد عبد الصمد محمد يوسف، المرجع نفسه.
- 7 الأمر رقم 58/78 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1978، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر 78.

- 8 قانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية جريدة رسمية للحكومة المصرية، الصادر يوم 22 رمضان 1367 - 29 يولييه سنة 1948، العدد 108 مكرر عدد غير اعتيادي.
- 9 القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.
- 10 إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 354.
- 11 أحمد اباش، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 112.
- 12 بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري (في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا)، د. ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 330.
- 13 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 331.
- 14 بلحاج العربي، المرجع نفسه.
- 15 والحق يعرف بأنه" استثناء الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر". إبراهيم سعد، نبيل، المدخل إلى القانون نظرية الحق، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 38.
- 16 أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 153.
- 17 "إذا اشترى شخص عقار تجوز شفيعته.... فلا يجوز الأخذ إلا من المشتري الثاني..."
- 18 إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 419.
- 19 السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 447.
- 20 خالدي أحمد، الشفعة (بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة). ط 3. دار هومة، الجزائر، 2013، ص 29.

- 21 السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 449.
- 22 محمد صبر السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام) دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط 2010، دار الهدى، الجزائر، ص 119.
- 23 أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 153.
- 24 أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 153.
- 25 مادة 795 " يثبت حق الشفعة وذلك ... لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي، لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".
- 26 دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 49.
- 27 السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 448.
- 28 عرف فونت تور الفقيه الألماني الرخصة بـ: "مُكنة تعطي للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته".
- 29 السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 442.
- 30 لابد أسماء، "الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري"، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة بن بلة، وهران، ص 22.
- 31 تخنوني أسماء. "الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، أطروحة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 171،
- 32 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 450.
- 33 درع حماد عبد، المرجع السابق، ص 242.
- 34 عزمي البكري محمد، الشفعة في ضوء الفقه والقضاء، ط. 1، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 26.
- 35 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 452.

- 36 خالدى أحمد، المرجع السابق، ص 27.
- 37 عبد الرزاق السنهورى، المرجع نفسه.
- 38 خالدى أحمد، المرجع السابق، ص 30.