

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ماهية الشفيع بين الفكر الشرعي والفكر القانوني

إعداد

أ. أسماء تخنوني

أستاذة مساعدة. أ. - جامعة الطارف - دولة الجزائر

ملخص البحث:

١- إن العمود الفقري في كل تنمية بشرية واقتصادية وعمرانية هو العقار، ونظراً للدور الاقتصادي له، وبسبب ما تعرفه المعاملات العقارية من منافسات ومضاربات ومناورات، وهروب من أداء الضرائب والرسوم، فقد أصدر المشرع في القانون المدني، وكذا في بعض التشريعات الخاصة نظام الشفعة الذي يمارسه باستحقاق شخص الشفيع طبيعياً كان أو معنوياً، ولأن الشفعة نظام إسلامي، فقد شرع أصالة لإزالة الضرر عن الشركاء على الشائع في أصل الملك دون التمييز بينهم من حيث الجنس أو الدين أو السن أو النوع.

٢- جمهور الفقهاء يرون إثبات الشفعة للشريك على الشيوع في أصل المالك أما الجار المالك والشريك في حقوق الارتهان الخاصة فلم يأخذ بها إلا فقهاء الحنفية.

مقدمة:

إن الشفعة لغة، بضم الشين، وأصلها من الشفع ضد الوتر، ومن هنا أخذت الشفعة للدلالة على المعنى القانوني لها، لأن الشفيع يضم حصة شريكه على حصته، فتصير حصتين فيكون شفعا بعد أن كان وترأ، والشافع هو الجاعل الوتر شفعا^(١).

أما اصطلاحاً، فهي حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضي أم أبي، فإذا باع أحد الشريكين في عقار حصته فيه لثالث، ثبت للثاني حق أخذها من مشتريها بما اتفق عليه من الثمن، مضافاً إليه ما استتبعه شراؤها من مؤن ضرورية، طابت بذلك نفسه أم أبي^(٢).

ويعرف الفقه القانوني، الشفعة، بأنها قدرة أو سلطة أو مكنة، تخول أن يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة على اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه، ولو جبراً على المشتري^(٣).

ولما كانت الشفعة فيها تقييد لحرية التعاقد، ولحق الملكية، إذا بمقتضاها يجبر المشتري على بيع العقار الذي اشتراه ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذي أراد البيع

(١) أبو عبد القدوس مناصرة، الفقه المالكي وأدلته، (فقه المعاملات- الأحكام المالية)، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص ٢١٠.

(٢) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٩٠، ص ٣٢٤.

(٣) حسن كبيرة، الموجز في القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، الطبعة الرابعة، ١٩٩٥، ص ٥١٥.

له^(٤)، فهي رخصة استثنائية، وفيها خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني، والتي تقضي بأن «لا ينزع من المالك ملكه دون رضاه»^(٥)، وكل ذلك كان له الانعكاس الواضح على مقتضيات الشفعة كلها، وجوانبها ومختلف أحكامها، والتي من بين أهمها «الشفيع»، والذي يعتبر نقطة البداية في مسلسل الشفعة وجب الوقوف بالتأصيل والتحليل على مقتضيات انعكاس الطبيعة الاستثنائية للشفعة على الشفيع، والتي أضفت على ماهيته خصوصية قانونية خالصة، وشرعية متميزة، فجعلت من كينونة الشفيع استثناء على استثناء.

- ناحية الفكر الشرعي: نجد أن الشفعة نظام إسلامي بحت، ولأن الشريعة هي الأحكام المنزلة من عند الله، وهي صالحة لكل زمان ومكان، ولا يتطرق إليها الخطأ والنقص لكونها من عنده تعالى، فهي بالتأكيد تحمل طرْحاً متميزاً ذات اتساع وشمولية وكمال لا يجاريها فيه فكر آخر، أو قانون، ويجدر بنا المقام أن نذكر - وموافقة لبعض الفقهاء - سبب استعمال كلمة فكر بدلاً من لفظ الشريعة، فالفكر الإسلامي ليس هو الإسلام، ولا هو الشريعة، فالأمر يتعلق بالفكر، أي نتاج العقل البشري، المتجسد في الآراء التي توصل إليها الباحثون من خلال تأملهم وبحثهم في الأدلة الشرعية، لذلك فإن الخطأ إذا وقع فهو خطأ في النتائج لا في الأدلة، إذ إن الأدلة ثابتة، ولا تتأثر بتغيير الزمان والمكان والأشخاص، والمتغير هو الفكر^(٦).

(٤) محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب اكتساب الملكية: الاستيلاء - الالتصاق - الشفعة)، مصر، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، ص ١٧٧.

(٥) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، ١٩٩٧، ص ٤٨.

(٦) محمود بوترة، «إشكالية الحكم في الفكر الدستوري الإسلامي»، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٣.

- أما من الناحية القانونية: فنجد أن الشفيع يجمع خلال الأخذ بالشفعة إلى تحقيق المصلحة الفردية، والتي نجد أحكامها منظمة بموجب الأمر (٥٨ / ٧٥) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، والتي تكفل بداية الحد من تجزئة حق الملكية، وإبعاد ضرر الأجنبي عن الشريك في الشيوع، فضلاً عن حرص المشرع على بقاء الملكية داخل العائلة، كما نجد بقدر من الأهمية ذاتها، شفيعا آخر، يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة من خلال تحقيق واقع حضاري وتنموي، فتظهر أهمية ممارسته للشفعة في:

- العقار الفلاحي: للمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي، وتحقيق فعالية المستثمرة الفلاحية.

- العقار الحضري: لمكافحة المضاربة في المعاملات العقارية، والحفاظ على النسيج العمراني، وكذا لإنجاز مشاريع اجتماعية واقتصادية.

- العقار السياحي: الذي يحظى بحماية خاصة نظراً لأهمية مناطقه، التي تعد بمثابة أقطاب الجذب السياحي، لها خصوصيات وامتيازات ذات فائدة جمة للاقتصاد الوطني.

- كما تمارس إدارة التسجيل الشفعة، بغية مكافحة الغش والتهرب الضريبي.

ومن هنا تتبين أهمية الموضوع الذي نسعى إلى مناقشته من خلال هذه الدراسة، وكذا مدى اتساع نطاقه، وكيف أنه يربط بين تحقيق المصلحة الخاصة والعامة على السواء، ولما كان الأمر كذلك، فمن هو الشفيع في القانون الجزائري (تشريعاً، فقهاً وقضاءً) وعند الفكر الإسلامي؟

وإجابة على السؤال المطروح، حاولنا انتهاج طريقة البحث المقارن، لاستخراج أوجه التشابه أو التماثل، وأوجه الاختلاف أو التباين، بين الأنظمة محل البحث

والمقارنة، قسمنا الدراسة إلى أربعة نقاط، هي كالآتي:

أولاً: تحديد الشفيع بموجب الأمر (٥٨ / ٧٥) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ثانياً: تحديد الشفعاء بموجب التشريعات الخاصة.

ثالثاً: بيان الشفعاء في الفكر الإسلامي.

وفيما يلي تحليل هذه النقاط على التوالي:

أولاً: تحديد الشفعاء بموجب الأمر (٥٨ / ٧٥)

إن القانون جعل البيع سبباً للشفعة، كما جعل حق الشفيع في طلبها متولداً من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، فإذا فسخ البيع بتراضي الطرفين بعد طلب الشفعة، فإنه لا يندم أثر البيع بالنسبة للشفيع، ويظل حقه في الشفعة قائماً^(٧)، فالغرض من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوع فيها، وقد بينهم الأمر (٥٨ / ٧٥) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بمراتبهم، إذ تنص المادة ٧٩٥ منه على أن: «يثبت حق الشفعة:

- لملك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

١- مالك الرقبة:

يثبت الحق في الشفعة لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه، فالشفعة في هذا الغرض تعتبر سبباً لكسب حق الانتفاع، وقد قصد بها تخلص أو

(٧) سعيد أحمد شعلة، الصورية والشفعة، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ٢٣٩.

تمكين مالك العقار من حق الانتفاع المقرّر عليه، إذ باكتسابه بالشفعة ينقضي باتحاد الذمة، وتعود ملكية العقار خالصة له، ولما كانت الأحكام الخاصة بحق الانتفاع تسري على حق الاستعمال والسكنى، فإنه يكون لمالك الرقبة أن يطلب الشفعة، إذا بيع حق الاستعمال أو السكنى المناسب له في الحالات التي يجوز له بيعه فيها^(٨)، وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا رقم ٣٠٤٠١، المؤرّخ في ٢١ / ٠١ / ١٩٨٤، بأنه: «من المقرّر قانوناً أنه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون. ومن المقرّر أيضاً أنه يثبت حق الشفعة: ١- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة...».

٢- الشريك في الشفوع:

ويثبت الحق في الشفعة للشريك في الشفوع إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي عن الشركاء، والحكمة من ذلك هي ما تؤدي إليه الشفعة من منع للأجنبي من الدخول في الشفوع على غير رغبة أحد الشركاء المشتاعين، فضلاً عن إزالة تعدد ملاك العقار بما يترتب عليه من تعطيل الانتفاع به، وإذا كان من المسلم به أن تثبت الشفعة للشريك على الشفوع إذا بيعت حصة شائعة في العقار الشائع، فإن بيع أحد الشركاء حصة مفرزة من العقار الشائع قد أثار خلافاً بين فقهاء القانون، فذهب بعض الفقهاء^(٩)، إلى أن بيع الشريك المشتاع حصته مفرزة لأجنبي وهو بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقي الشركاء، ويعتبر في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم، وأثره ثبوت حقهم في أخذ الحصة المبيعة، وذهب البعض

(٨) مصطفى الجمال، نظام الملكية (مصادر الملكية)، مصر، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص ١٢٣.

(٩) معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٠، ص ٤١.

الأخر^(١٠)، إلى جواز الشفعة إذا وقع البيع على جزء مفرز من العقار الشائع، نظراً لأن تعيين الحصة المباعة لا يعتد به على سائر الشركاء، وإنما يعد البيع واقعاً على حصة غير معينة، والقول بامتناع الشفعة في حالة البيع لجزء مفرز من العقار الشائع يؤدي بالضرورة إلى فتح باب التحايل لإسقاط الشفعة، إذ يستطيع الشريك أن يحرم باقي الشركاء من طلب الشفعة بأن يبيع حصته مفرزة، وقال جانب آخر من الفقه^(١١)، إلى عدم جواز الشفعة إذا باع أحد الشركاء حصة مفرزة من العقار الشائع بحجة أن البيع وإن كان صحيحاً فيما بين أطرافه لصدوره عن مالك، إلا أنه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء، وهو ما يؤدي إلى أن المتصرف إليه لا يصير شريكاً لهؤلاء الشركاء، وبالتالي تنتفي الحكمة من الأخذ بالشفعة، وهي استبعاد المشتري الأجنبي من الدخول معهم في الشروع، أما في الفقه القانوني الجزائري فيذهب بعض الشراح^(١٢)، وبناء على نص المادة ٧١٤ - الفقرة ٢ -^(١٣) من القانون المدني إلى أن بيع الشريك المشتاع لحصة مفرزة من المال الشائع، ولو أنه يقع صحيحاً فيما بين المتعاقدين، في حالة ما إذا كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المفرز إنما يملك في الشروع، إلا أن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء، فلا يصبح المشتري

(١٠) عبد المنعم البدرأوي، شرح القانون المدني، (في الحقوق العينية الأصلية)، مصر، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، ١٩٥٦، ص ٤٣٣.

(١١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الجزء التاسع، ١٩٨٦، ص ٥٤٩ و ٥٥٠.

(١٢) أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة، ٢٠٠٦، ص ٦٣.

(١٣) تنص المادة ٧١٤ - فقرة ٢ - على أن: «... إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة».

مالكاً على الشيوع معهم، وبناءً على ذلك لا يجوز للشريك في الشيوع، أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع، قام ببيعه شريك آخر، ولا تجوز الشفعة إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه.

٣- المنتفع في ملكية الرقبة:

كما يثبت الحق في الشفعة لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت كل الرقبة المناسبة لهذا الحق أو بعضها، والعلة في ذلك هي نفس العلة من ثبوت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الانتفاع، وتثبت الشفعة كذلك للمنتفع إذا بيع حق الاستعمال أو السكن تأسيساً على أن أحكام الانتفاع تسري على هذين الحقين في الحدود التي لا تتعارض فيها مع طبيعتهما^(١٤).

هذا ونجد المشرع الجزائري، قد أضاف بموجب المرسوم التشريعي رقم (٩٣/٠٣) المؤرخ في ٠١/٠٣/١٩٩٣ المتعلق بالنشاط العقاري، شفيحاً آخر هو المستأجر في بناية أنجزت وفقاً للمرسوم التشريعي رقم (٩٣/٠٣) المذكور أعلاه، شريطة أن يكون المؤجر شخصاً معنوياً، وقرّر بيع البناية التي يملكها مجزأة، أي شققاً منفصلة بصفات مستقلة، حيث جاء في المادة ٢٣ من المرسوم المذكور:

«إذا قرّر شخص معنوي مؤجر، بيع البناية التي يملكها إلى أجزاء يستفيد الشاغل القانوني للجزء المعروض للبيع من حق الشفعة لشرائه...».

وجاء في هذا كاستثناء من الأصل الذي مقتضاه أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاثة السابق بيانها، لأن حق الإيجار هو حق شخصي، وهذا ما أكدته المحكمة العليا

(١٤) مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ١٢٥.

في القرار رقم ٣٨٨ ٥٤ المؤرخ في ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٨^(١٥)، والذي جاء فيه: «... ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما رأوا أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاثة المنصوص عليها في المادة ٧٩٥ من القانون المدني، باعتبار أن حق الإيجار هو حق شخصي في حين أن حق الانتفاع هو حق عيني، ومن ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً».

ثانياً: تحديد الشفعاء بموجب التشريعات الخاصة

والمقصود بالتشريعات الخاصة، تلك النصوص القانونية التي تتيح للدولة استعمال الشفعة، وكذا النصوص التنظيمية المنشئة والمنظمة لكيفيات ممارسة هيئاتها العمومية للشفعة باسم الدولة، وكممثل قانوني لها، ويتعدد الشفعاء في هذا الصدد بتعدد مجالات ترخيص استعمال هذه الرخصة من طرف الدولة، من العقار الفلاحي، مجال العقار الحضري، العقار السياحي، وعلى بعض المعاملات العقارية، وعلى أساس هذه المجالات تأتي على ذكر الشفيع الذي يمثل الدولة في ممارسة الشفعة عليها على التوالي كالاتي:

(١) الديوان الوطني للأراضي الفلاحية:

تنص المادة ٥٢ من القانون (٢٥ / ٩٠) المتضمن قانون التوجيه العقاري، في فقرتها الأخيرة على أن: «يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعاً للرتبة المحددة في المادة ٧٩٥ من الأمر (٥٨ / ٧٥) المؤرخ في ٢٦ / ٠٩ / ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني».

(١٥) انظر، المجلة القضائية، السنة ١٩٩٢، العدد ٠٣، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، ص ٨٤.

فالنص المذكور يحدد الشفعاء في التصرفات الواقعة على عقار فلاحي تبعا للترتيب المذكور في نص المادة ٧٩٥ من التقنين المدني، وهم: مالك الرقبة - الشريك في الشيوخ - صاحب حق الانتفاع، يضاف إليهم المجاورين للأرض الفلاحية الذي وسع الحق إليهم، رغبة في المحافظة على بقاء الأراضي الفلاحية بيد العائلة الواحدة، وتشجيع توسيع الاستثمارات الفلاحية، ثم تأتي الهيئة العمومية المكلفة باسم الدولة، ويرى بعض فقهاء القانون^(١٦)، أنه كان من الأفضل أن تكون الهيئة العمومية في المرتبة أسبق من مرتبة المجاورين تدعياً لها من أجل تحقيق الأهداف المرسومة لها خاصة في ميدان التنمية الفلاحية وتوزيع الأراضي الفلاحية، لاسيما الفضاء منها بسبب عدم الاستغلال الأمثل. ولا يسعنا المقام إلا أن نعرف بهذه الهيئة، ونتعرض لطبيعتها القانونية - حتى نقف في دراسات أخرى متخصصة بهذه الهيئة -، إذ تنص المادة الأولى من المرسوم (٨٧ / ٩٦) المؤرخ في ٢٤ / ٠٢ / ١٩٩٦ المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي (٠٩ - ٣٣٩) المؤرخ في ٢٢ - ١٠ - ٢٠٠٩ على أن:

«عملاً بالقانون رقم (٢٥ / ٩٠) المؤرخ في ١٨ / ١١ / ١٩٩٠، تحدث مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تحت اسم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتدعى في صلب النص: الديوان.

- يخضع الديوان للقواعد الإدارية المطبقة على الإدارة في علاقاته مع الدولة، ويعتد تاجراً في علاقاته مع الغير».

فالديوان الوطني للأراضي الفلاحية هو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي

(١٦) اسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، ٢٠٠٢، ص ٢٤٨.

وتجاري، وهو الأداة الأساسية لتنفيذ السياسة الوطنية العقارية الفلاحية، يوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة، ويكون مقره في مدينة الجزائر، والملاحظ أن هذه النصوص بقيت مجمدة دون تجسيد أو تطبيق عملي، حيث تكشف عزوف الإدارة عن استعمال الشفعة والذي يرجع بالدرجة الأولى إلى تأخر صدور النصوص التنظيمية التي تحدد إجراءات وكيفيات ممارسة هذا الحق، كما أن الملاحظ أن هذه المؤسسة العمومية لم تنصب إلى غاية اليوم، ولم تمارس الدولة أصلاً الشفعة، إلى غاية صدور التعليم الوزاري المشتركة بين وزارة الفلاحة ووزارة المالية رقم (٠٧) المؤرخة في ١٥ / ٠١ / ٢٠٠٠، المتعلقة بالتنازل عن حق الانتفاع الدائم للمستفيدين في إطار القانون (٨٧ / ١٩)، ومن ثم فإن ممارسة الشفعة حقها يعود للمدير الولائي لأمالك الدولة^(١٧).

٢) الوكالة الوطنية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين:

لقد خول المرسوم التنفيذي رقم (٩٠ / ٤٠٥) المؤرخ في ٢٢ / ١٢ / ١٩٩٠ المتضمن قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، للمجالس الشعبية البلدية، والمجالس الولائية وحدها، أو بالتعاون فيما بينها إنشاء مؤسسات تكلف بتسيير سنداتها العقارية، دون أن تحدد طبيعة المؤسسة، فيما إذا كانت مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

إلا أن القضاء قد فصل في ذلك من خلال تفسير أحكام المرسوم التنفيذي (٩٠ / ٤٠٥) المذكور أعلاه، واعتبر أن الوكالة تعد بحكم هذا المرسوم مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم

(١٧) ليلي زروبي وحلمي باشا عمر، المنازعات العقارية، الجزائر، دار هومة، ٢٠٠٦، ص ١٢٣.

١٣٠ ٩٩٨ المؤرخ في ٣٠ / ٠٤ / ١٩٩٥، الذي جاء فيه: «من المقرر قانوناً بالمادة ٢٤ من المرسوم التنفيذي رقم (٤٠٥ / ٩٠) المؤرخ في ٢٢ / ١٢ / ١٩٩٠ الخاص بتنظيم وتسيير الوكالات العقارية المحلية.

إن هذه الأخيرة هي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذ تمسك حساباتها على الشكل التجاري طبقاً للأمر (٣٥ / ٧٥) وعليه فإن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع التي تكون فيه مثل هذه المؤسسات طرفاً فيه، مما يستوجب إلغاء الأمر الاستعجالي موضوع الطعن الحالي والتصريح برفض العريضة الأصلية». وقد أنشأ القانون (٢٥ / ٩٠) المتضمن قانون التوجيه العقاري، في مادته ٧١ حق الشفعة لصالح الدولة والجماعات المحلية، على كل المعاملات العقارية، ويتم تطبيق هذا الحق بواسطة مصالح وهيئات معينة تحدد عن طريق التنظيم، وهي الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين^(١٨)، وقد أجاز القانون هذا الإجراء بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية^(١٩)، إذ تهدف أساساً إلى تجهيز البلديات بالأراضي الضرورية لإنجاز مختلف برامجها الاستثمارية والتجهيزية والسكنية، وتمارس هذه الهيئات حق الشفعة في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة ٧٩٥ من القانون المدني، والملاحظ أن التنظيم جاء من الناحية الإجرائية فقيراً فضلاً عن أنه خص الجماعات المحلية دون الدولة بإنشاء تلك الوكالات، في حين تبقى الدولة صاحبة حق الشفعة تمارسه مباشرة عن طريق مديرية الأملاك بوزارة المالية ودوائرها الخارجية المتمثلة في المحافظات العقارية^(٢٠).

(١٨) انظر المادة ٧١ من القانون (٢٥/٩٠)، الفقرة الأولى.

(١٩) نفس المرجع، الفقرة الثانية.

(٢٠) اسماعين شامة، المرجع السابق، ص ص ٢٥٠-٢٥١.

٣) الوكالة الوطنية لتنمية السياحة :

إذ بموجب المرسوم التنفيذي (٧٠ / ٩٨) المؤرخ في ٢١ / ٠٢ / ١٩٩٨ المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، تم استحداث الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، وهي بمثابة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية، وتعتبر أداة لتطبيق السياسة الوطنية لتنمية السياحة، وتخضع إلى وصاية الوزير المكلف بالسياحة. ووفقاً للمادة ٠٤ من المرسوم المذكور أعلاه، فإن الوكالة هي الجهاز المكلف بتنشيط وتأطير وترقية النشاطات السياحية في إطار السياسة الوطنية لتطوير السياحة والتهيئة العمرانية، بالسهر على حماية مناطق التوسع السياحي، والمساهمة مع المؤسسات المعنية في ترقيتها، كما تكلف باقتناء الأراضي الضرورية لإنشاء الهياكل السياحية، والقيام بالدراسات والتهيئة المخصصة للنشاطات السياحية والفندقية ...

هذا وجاء في المادة الأولى من المرسوم (٣٨٥ / ٠٦) المؤرخ في ٢٨ / ١١ / ٢٠٠٦، المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية، وتطبيقاً لأحكام المادة ٢١ من القانون (٠٣ / ٠٣) المؤرخ في ١٧ / ٠٢ / ٢٠٠٣ يهدف هذا المرسوم إلى تحديد كيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حقها في الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي، إذ تمارس حقها في الشفعة على كل عقار أو بناء يقع في الجزء القابل للبناء لمنطقة التوسع السياحي، كما هو محدد في مخطط التهيئة السياحية الموافق عليه، والمنجز في إطار أهداف القانون رقم (٠٣ / ٠٣) المذكور، والذي يكون موضوع تنازل بمقابل أو بدون مقابل، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم (٣٨٥ / ٠٦) المذكور سابقاً، كما يلزم هذا المرسوم المالك للعقار أو

البناء المنجز في إطار مخطط التهيئة السياحية عندما يقرّر بيع أملاكه، تقديم تصريح مسبق للوزير المكلف بالسياحة، يعد طبقاً لنموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالسياحة، الذي يقوم بعد إخطاره بالتصريح بالبيع من أطراف العقد الأصليين، بإشعار الوكالة في أجل خمسة عشر (١٥) يوماً قصد السماح لها بممارسة حقها في الشفعة^(٢١).

٤) الإدارة الجبائية :

ويسمح القانون رقم (١٠٥ / ٧٦) المؤرخ في ١٢ / ٠٩ / ١٩٧٦ المتضمن قانون التسجيل^(٢٢)، بموجب المادة ١٠١ منه، للإدارة الجبائية ويمكنها من القيام بإجراءات إعادة تقييم الأموال المصرح بقيمتها بشكل أقل من قيمتها الحقيقية بغية التهرب من الحقوق الواجبة.

حيث يتم تبليغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق، إما بواسطة المحضر القضائي، وإما برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، يوجهها مدير الضرائب للولاية التي توجد بدائرة اختصاصها الأموال العقارية المذكورة في نص المادة ١١٨ من قانون التسجيل، والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين كلهم خاضعين لحق الشفعة على قدم المساواة، فتحتفظ الدولة بحق الشفعة، وتقوم بشراء الأموال العقارية على أساس الثمن المصرح به، مع الزيادة في الثمن تقدر بالعشر، وذلك خلال أجل قدره سنة من تاريخ التصريح أو التسجيل^(٢٣).

(٢١) انظر المادة ٤ من المرسوم (٢٨٥/٠٦) المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية.

(٢٢) انظر الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٧٧، العدد ٨١.

(٢٣) آسيا دوة وخالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، ٢٠٠٧، ص ١٠٢.

ثالثاً: بيان الشفعاء في الفكر الإسلامي

إن الشفعة نظام إسلامي أصيل، امتازت به الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع السماوية، والنظم الوضعية^(٢٤)، ويجمع جمهور الفقهاء الإسلامي من المالكية، والشافعية والحنفية والحنابلة على إثبات الشفعة للشريك على الشيوع في أصل الملك، أما الجار والشريك في حقوق الارتفاق الخاصة فلم يأخذ بهما إلا فقهاء الحنفية، وعلى ذلك سنقوم بدراسة وبيان الشفعاء الثلاثة كل على حدة في النقاط الآتية:

(١) الشريك على الشيوع في أصل الملك:

ذهب جمهور الفقهاء الإسلامي من المالكية، والحنفية، والشافعية والحنابلة إلى ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع في أصل الملك، فإذا باع أحد الشركاء حصته من المال الشائع لأجنبي كان لشريكه الحق في أخذ هذه الحصة بالشفعة، وبهذا يمكن للشركاء منع دخول الأجنبي بينهم في الشيوع، والتقليل من عدد الشركاء ما أمكن^(٢٥).

وقد استدل جمهور الفقهاء الإسلامي في إثبات الشفعة للشريك في أصل الملك بعدد من الأدلة، منها ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٢٦)، وكذلك ما رواه مسلم من حديث أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن

(٢٤) عبدالكريم زيان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٦، الطبعة الثالثة عشر، ص ٢٢٣.

(٢٥) عبد العزيز راجح حسن، «أسباب سقوط الشفعة»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة ناجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، (٢٠٠٧-٢٠٠٨).

(٢٦) أبو عبد القدوس بدر الدين، المرجع السابق، ص ٢١٠.

يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذنه»^(٢٧).
وتثبت الشفعة للشريك على الشيوع في الملك إذا تم بيع حصة شائعة فيه، شرط أن يكون شريكاً في نفس المال الذي وقع البيع على شيء منه، وعلى ذلك فلا تثبت الشفعة للشريك في الجدار الفاصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع بوصفه شريكاً على الشيوع في الملك، بل له أن يشفع بوصفه جاراً إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك^(٢٨)، وهذا هو الحكم عند الفقه الحنفي الإسلامي، وينطبق الحكم أيضاً على من كان لملكيهما طريق مشترك أو مجرى مشترك، وإن كان هؤلاء يشفعون ليس بسبب الجوار، وإنما بسبب الشركة في حقوق الارتفاق الخاصة، كما سيأتي بيانه.

٢) الشريك على الشيوع في حقوق الارتفاق الخاصة:

إن الشفعة تجوز للشريك في حقوق الارتفاق الخاصة، ولها سنداً في الشريعة الإسلامية لدى الفقه الحنفي، إذا أجازها للشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب (النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار)، والمجرى (حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من الشجر والزرع)، والطريق (حق الإنسان أن يصل إلى ملكه، داراً أو أرضاً بطريق يمر فيه)^(٢٩).

ويختلف فقهاء الحنفية حول معيار الشرب الخاص، فالشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن أن يكون نهراً صغيراً لا تجرى فيه السفن، أما إذا كان النهر كبيراً بحيث يسمح بجريان السفن فيه فلا يعد خاصاً، وبالتالي لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه، أما

(٢٧) السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (١٤٢١-٢٠٠٠)، ص ١٥٣.

(٢٨) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

(٢٩) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، سوريا، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الخامس، طبعة ١٩٨٥، ص ٥٩٢، وص ٦٠٧.

عامة مشائخ المذهب الحنفي فقد قالوا إذا كان النهر الذي تسقى منه أراضيهم لا يحصون فهو كبير، وإن كانوا يحصون فهو صغير، ولكنهم اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى، فقدر البعض ما لا يحصى بأربعين شخصاً، فإذا كانوا أقل من ذلك استحقوا الشفعة، وقدرهم البعض الآخر بخمسمائة شخص، أما أبو يوسف فذهب إلى أن النهر الخاص هو ما يسقى منه قراحان^(٢٠) أو ثلاثة، أما ما زاد على ذلك فهو نهر عام، وقيل إن مسألة تحديد الشرب الخاص الذي بسببه تثبت الشفعة للشريك متروك إلى رأي كل مجتهد في زمانه^(٢١). أما الطريق الخاص الذي تثبت به الشفعة هو الزقاق الذي لا ينفذ، والمراد بعدم النفاذ عند فقهاء الحنفية أن يكون الطريق خاصا بحيث يستطيع أهله أن يمنعوا غيرهم من أن يستطرقونه^(٢٢)، فإذا بيعت دار لها باب إلى طريق خاص كان لجميع أصحاب الدور التي لها أبواب إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة.

(٣) الجار المالك:

أثبت الفقه الحنفي الإسلامي^(٢٣)، الشفعة للجار المالك بعد كل من الشريك في أصل الملك، والشريك في حقوق الارتفاق الخاصة، واستندوا في ذلك إلى أدلة كثيرة منها ما رواه البخاري، عن عمر بن الشريد من حديث أبي رافع قوله بأنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه» - أي قربه -، وكذلك مل روي عن جابر - رضي الله عنه - أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «الجار أحق بشفعة جاره

(٢٠) القراح هي المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر.

(٢١) عبدالعزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢٢) سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ، ص ٥٦٣.

(٢٣) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للنشر، الجزء الرابع عشر، ١٤٠٦هـ، ص ٩٠ وما بعدها.

ينتظر بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقيهما واحداً^(٣٤)، كما قاسوا شفعة الجوار على شفعة الشريك لتوافر ذات العلة وهي دفع الضرر، كون العلة أو الحكمة من تشريع الشفعة عند الحنفية هي دفع ضرر سوء العشرة على الدوام^(٣٥).
وشرط للأخذ بالشفعة:

أن يكون العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه متجاورين، ويتحقق الجوار بتلاصق العقارين، والتلاصق هنا هو الاتصال المباشر بين العقارين^(٣٦)، ولا يشترط الفقه الحنفي أن يكون التلاصق على امتداد كاف، بل يكفي أن يكون هناك تلاصق ولو بشبر واحد^(٣٧).

ونخلص من مجمل ما حاولنا البحث فيه خلال هذا المقال، فيما يتعلق بماهية الشفيع، الذي يحق له الأخذ بالشفعة لدى كل من الفكرين القانوني والإسلامي، أنه وعلى الرغم من أن الشفعة نظام إسلامي أصيل، إلا أننا نلمس بعد البحث في أحد أهم أركانه - أي الشفيع - ذلك التباين الجلي - بين القانون والشريعة الإسلامية الغراء - لا التماثل والارتباط - فبينما نجد التماثل يتجلى في أن الشريك على الشيوع في أصل الملك هو الشفيع لدى كلا النظامين، فإن التباين والاختلاف واسع وعميق.

فالشفيع في القانون الجزائي يجمع بين جوهرية نظامين قانونيين تمارس في إطارهما الشفعة، فبقدر ما يمكن أن يكون الشفيع شخصاً أو فرداً من أشخاص القانون الخاص،

(٣٤) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيروت، لبنان، دار الجيل، الجزء الخامس، ١٩٧٣، ص ٨٦.

(٣٥) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص ١٩.

(٣٦) نفس المرجع، ص ٢٠.

(٣٧) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المرجع السابق، ص ٩٤.

يمكن أيضاً أن يكون هو الدولة ممثلة بمجموعة من الهيئات والمؤسسات العمومية، وبين

العام والخاص نجد أن الشفيع في القانون الجزائري هو:

١- مالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

٢- الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

٣- صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

٤- الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

٥- الوكالة الوطنية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

٦- الوكالة الوطنية لتنمية السياحة.

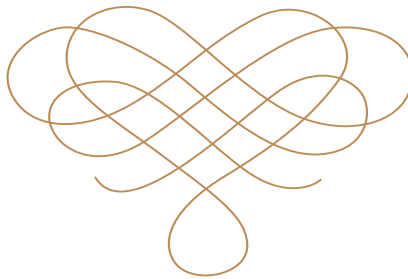
٧- الإدارة الجبائية.

٨- مدير أملاك الدولة.

أما جمهور الفقه الإسلامي من المالكية، الشافعية، الحنفية والحنابلة فيجمعون على

إثبات الشفعة للشريك على الشيوع في أصل الملك، أما الجار المالك والشريك في

حقوق الارتفاق الخاصة فلم يأخذ بها إلا فقهاء الحنفية.



وفي الأخير نوصي بما يلي:

١- ضرورة إثراء النصوص القانونية المنظمة لكيفيات ممارسة الهيئات العمومية المذكورة أعلاه - حق الشفعة بنصوص تنظيمية فعّالة تدارك النقص الموجود من حيث التطبيق والتنفيذ، سيما ما تعلق بممارسة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لهذا الحق، فضلاً عن الإشارة إلى ضرورة الإسراع بتنصيب هذه المؤسسة لدورها الفعّال المستشف من خلال قانون الإنشاء، وأيضاً تنصيب وفتح المصالح المركزية والهيكل الجهوية الموزعة عبر التراب الوطني والتي تعمل على تحقيق أهداف هذه المؤسسة كما جاءت به المادة ١١ من المرسوم التنفيذي رقم (٠٩-٣٣٩) المؤرخ في ٢٢ / ١٠ / ٢٠٠٩ المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم (٩٦-٨٧) المؤرخ في ٢٤ / ٠٢ / ١٩٩٦ والمتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وعليه نناشد فقط بالتطبيق الفعلي لهذه القوانين الموجودة بغية النهوض بجودة وفعالية العقار الفلاحي إلى أعلى مستوياته.

٢- ضرورة تعميم الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، إذ نلمس من خلال نظامها القانوني، وتنظيمها الداخلي، أنها الأداة الفعّالة للتحكم في التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، والقضاء على الاختلافات الناتجة عن التطور السريع لاستهلاك الأراضي القابلة للتعمير.

٣- محاولة تغيير وجهة نظر الجماعات المحلية، التي لا تخدم المصلحة العامة، فيما يتعلق بالدور المهم الذي تؤديه الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم

العقاريين الحضريين، والذي سببه جهل هذه الجماعات بقانون التوجيه العقاري، إذ إن هذه الوكالات تهدف أساساً من وراء ممارسة الشفيع إلى تجهيز البلديات بالأراضي الضرورية لإنجاز مختلف برامجها الاستثمارية، أما الجماعات المحلية فغالباً ما نحسب أن هذه الوكالات إنما وجدت للاستيلاء على ملكيتها العقارية، وهو ما نتج عنه تضارب مصالحهما وخلق ذلك العديد من المنازعات.