

تاريخ القبول: 2021/10/07

تاريخ الإرسال: 2021/09/01

شفعة الجار الملاصق في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري Preemption due to the adjoining neighborhood in the Islamic jurisprudence and the Algerian law

بكير داود حمودين¹¹ جامعة غرداية، (الجزائر)، hbakir47@gmail.com

الملخص:

تهدف الدراسة إلى بيان أقوال العلماء في حكم استحقاق الجار الملاصق في العقارات والأبنية للشفعة، وبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك، وقد انتهجت الدراسة المنهج الوصفي في عرض أقوال العلماء وأدلتهم، والمنهج التحليلي في مناقشة الأدلة وبيان الراجح منها، والمنهج المقارن في المقارنة بين أقوال فقهاء الشريعة فيما بينهم وكذا مقارنة بما ورد في القانون المدني الجزائري، وقانون التوجيه العقاري؛ وخلصت الدراسة إلى نتائج؛ أهمها أن العلماء في ثبوت الشفعة للجار الملاصق على فريقين: فريق يرى جوازها؛ وهم الحنفية، وإباضية المغرب، وشريح ومن وافقه، وفريق يرى عدم الجواز؛ وهم غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى العلماء، وقد فصل القانون المدني الجزائري في المسألة بين أنواع العقارات فأخذ برأي الحنفية وإباضية المغرب في المستثمرات الفلاحية، وقال فيها بالشفعة بسبب الجوار لملاصق، بينما أخذ برأي غيرهم من الفقهاء فيما سوى ذلك من العقارات والأبنية فلم يقل بالشفعة بسببها.

الكلمات المفتاحية: الشفعة، الجار الملاصق.

* المؤلف المرسل

Abstract:

This study aims at clarifying the opinions of different scholars about whether an adjoining neighbor in real estate can benefit from the right of preemption. In addition, it shows the position of the Algerian legislator on this matter. To do so, the study adopts three approaches for three different goals:

- For presenting the different opinions and the evidence of each, the descriptive approach is adopted.
- In discussing the evidence of the scholars and indicating the most likely plausible of them, the analytical approach is followed.
- The comparative approach is used to compare the different views of the Shari'aa scholars, on one side; and to compare these views to the Algerian Civil Code and the Real Estate Guidance Laws, on the other side.

The main conclusions of the study are summarized in the fact that the scholars are divided into two groups about the preemption for the adjoining neighbor. A group grants this right to the adjoining neighbor. This group includes Hanafis, Ibadhis of the Maghreb, and Shurayh and those who agree with him. The other group, which consists of scholars of other sects, prohibits this right. Whereas the Algerian Civil law adopts an adaptive approach, depending on the type of the real estate:

Keywords: Preemption- the adjoining neighborhood

مقدمة

الشفعة من التصرفات التي تعارف عليها العرب في الجاهلية وأقرّها الإسلام، ونظم أحكامها، وتبنت القوانين الحديثة هذه الأحكام، لما لها من أهمية في رفع الضرر، ودفع النزاع الذي قد يفضي إليه بيع العقارات والممتلكات عامة، ومن المسائل الهامة العملية للشفعة: مسألة ثبوت الشفعة للجار الملاصق، وهي من المسائل التي تباينت وتشعبت فيها آراء العلماء، وقد جاء هذا البحث ليستجلي آراء علماء الشريعة، والقانون المدني الجزائري في المسألة، ويبين الراجح فيها بعد عرض الأدلة ومناقشتها؛ لتتحصل لدى القارئ صورة شاملة متكاملة للمسألة، تجمع بين التشريع الإلهي والقانون الوضعي.

يفيد هذا البحث المتخصصين والباحثين في مجالي الفقه الإسلامي أو القانون. وللوصول إلى النتائج المرجوة، سلك البحث عدة مناهج أهمها: المنهج الوصفي في عرض أقوال العلماء وأدلتهم، والمنهج التحليلي في مناقشة الأدلة وبيان الراجح منها، والمنهج المقارن في المقارنة بين أقوال فقهاء الشريعة فيما بينهم وكذا مقارنتها بما ورد في القانون المدني الجزائري، وقانون التوجيه العقاري.

تضمن البحث مقدمة تبرز أهمية الموضوع، ومنهج بحثه، والخطة المتبعة في تناول الموضوع، يليها مطلبان؛ الأول: في بيان مفهوم الشفعة، وأركانها، ومشروعيتها، والثاني: فصل فيه البحث مسألة ثبوت الشفعة للجار الملاصق، ثم في الأخير بيان ما خلص إليه البحث من نتائج.

من الرموز المستعملة في البحث:

القانون المدني الجزائري: ق م ج.

قانون التوجيه العقاري: ق ت ع.

قانون التوجيه الفلاحي: ق ت ف.

المطلب الأول: مفهوم الشفعة والحكمة من مشروعيتها

الفرع الأول: مفهوم الشفعة

نبين في هذا الفرع تعريف الشفعة عند فقهاء الشريعة والقانون، ثم نتطرق إلى بيان أركان الشفعة، وبعض المسائل المتعلقة بها.

تعريف الشفعة في اللغة والاصطلاح

الشفعة لغة: مأخوذة من الشفع، وهو الزوج خلاف الوتر، تقول كان وترًا فشَفَعْتُهُ: صَيَّرْتَهُ زَوْجًا.

وتأتي بمعنى: طلب التجاوز عن الذنوب، اسْتَشَفَعُ إِلَى فلان: سألَهُ أَنْ يَشْفَعَ لَهُ إِلَيْهِ، وَتَشَفَّعَ إِلَيْهِ فِي فلان فَشَفَّعَهُ فِيهِ¹. فالشفعة معناها: الزيادة، وطلب التجاوز.

الشفعة اصطلاحاً: اختلاف الفقهاء في تعريف الشفعة تبعاً لاختلافهم في موجباتها.

عرفها الحنفية بأنها: (تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار)².

وعرفها الحنابلة بأنها: (استحقاق انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه)³.

فقوله: الشريك؛ قيد خرج به الجار والشريك في حق المبيع، وقوله: بمثل العوض المسمى؛ خرج به الموهوب والموروث وما كان صداقا أو عوض خلع أو نحوهما. وبمثل ذلك عرفها المالكية والشافعية والإباضية⁴.

والمناسبة بين المعاني اللغوية والمعنى الشرعي واضحة: فالشفعة في الملك فيها معنى الزيادة؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه وهو زيادة، ويشفعه به فكان واحداً وتراً فصار زوجاً شفعاً.

تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري

عرفت في (المادة 794ق م) بأنها: "رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون"، وهذا موافق لما أورده الفقهاء في تعريف الشفعة.

أركان الشفعة

تتمثل أركان الشفعة في: الشفيع (الآخذ)؛ المشفوع منه (المأخوذ منه)، المشفوع فيه (المأخوذ)، المشفوع به (المأخوذ به من الثمن أو القيمة)⁵.

الشفيع: وهو الآخذ، ويشترط ملكيته لما يشفع به: وقت شراء العقار المشفوع فيه، فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار جعلها مسجداً أو وقفاً⁶، وقد روي عن مالك جواز الشفعة بالكراء بشرطين؛ أن يكون مما ينقسم، وأن يسكن الشفيع بنفسه⁷.

المشفوع منه: وهو المأخوذ منه، وهو المشتري الذي يطالبه الشفيع.

ذهب أغلب الفقهاء إلى أن التصرف المجيز للشفعة هو عقد المعاوضة؛ المالية وغير المالية⁸؛ الأول: كعقد البيع وما في معناه، والثاني: كالنكاح (كأن يكون المشفوع فيه مهراً)، والخلع (بأن يكون بدل الخلع).

فلا تثبت الشفعة في عقود التبرع كالهبة والصدقة، ولا في الميراث أو الوصية؛ لأن الآخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك فإذا انعدمت المعاوضة تعذر الآخذ بالشفعة.

وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة، ويأخذه الشفيع بقيمة⁹.

المشفوع فيه: محل الشفعة.

قال جمهور الفقهاء لا شفعة إلا في العقار من دور أو أراضي، وما يتبعها من بناء وبئر وشجر¹⁰؛ فلا شفعة في منقول: كالحيوان والثياب والعروض لما روي عن رسول الله أنه « قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربة أو حائط... »¹¹. وقال الظاهرية، ومالك في رواية عنه أنها جائزة في العقار والمنقول أيضاً؛ كالحيوان والعروض¹²، وقد استدلت الظاهرية بحديث: (الشفعة في كل شيء)¹³.

الفرع الثاني: مشروعية الشفعة والحكمة من تشريعها

مشروعية الشفعة

لم يختلف العلماء في مشروعيتها لثبوتها بالسنة والإجماع والمعقول، إلا ما ذكر عن أبي بكر الأصم من إنكارها¹⁴، ولا عبرة بقوله لمخالفته النص والإجماع المنعقد قبله.

الحكمة من تشريع الشفعة

لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، وكان الخلطاء كثيراً ما يبغي بعضهم على بعض، شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بأحد طريقتين: إما بالقسمة واستحداث المرافق وغيرها وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، أو ببيع نصيبه لأجنبي، وكلاهما لا يخلوان من مضرة، فشرعت الشفعة لدفع الضررين، وكان هذا من أعظم العدل، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد¹⁵.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في ثبوت الشفعة للجار الملاصق

اختلف العلماء في ثبوت الشفعة للجار الملاصق، بناء على اختلافهم في الأسباب الموجبة للشفعة، لذا فإننا نعرض أقوال العلماء في الأسباب الموجبة للشفعة، ثم نفصل في مسألة ثبوت الشفعة للجار الملاصق.

الفرع الأول: تحرير محل النزاع في الأسباب الموجبة للشفعة

الأسباب الموجبة للشفعة عند فقهاء الشريعة

اختلف الفقهاء في الأسباب الموجبة للشفعة على ثلاثة مذاهب:

أ- تثبت الشفعة بسبب الشركة في عين المبيع، ويقصد به الشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار المبيع ما لم يقسم، فإذا قسم المبيع، فلا شفعة، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة¹⁶.

ب - تثبت الشفعة للشريك في عين المبيع، وللشريك في حق المبيع¹⁷، ولا تثبت بسبب الجوار، وممن قال به فقهاء البصرة، والمشاركة من الإباضية، وهي رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة¹⁸؛ عملاً بلفظ حديث جابر: قال رسول الله ﷺ: (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً)¹⁹.

ج - تثبت الشفعة بسبب الشركة في نفس المبيع، فإن لم يأخذ، تثبت للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق؛ كأن لو كان الطريق مشتركاً، كدرب لا ينفذ، فتثبت الشفعة لجميع أهل الدرب، الأقرب باباً فالأقرب، فإن لم يأخذوا، تثبت للجار الملاصق من درب آخر خاصة، قال به: الحنفية وإباضية المغرب²⁰.

د - تثبت الشفعة للجار مطلقاً الأقرب فالأقرب، قال به شريح ومن وافقه.

السبب الموجب للشفعة في القانون المدني يمنح المشرع الجزائري حق الشفعة للشريك في عين المبيع، وللشريك في حقوق المبيع، وهو ما نصت عليه (المادة 795 ق م)²¹، ويمنح حق الشفعة بسبب الجوار لمتجاورين في المستثمرات الفلاحية²² على وجه الخصوص²³، وهذا لتحقيق مصالح اقتصادية واجتماعية في نفس الوقت، فهي تمكن صغار الملاك - وهم الفئة الأكثر في المجتمع - من استغلال ثرواتهم المحددة، ومن تملك الأراضي المجاورة لأراضيهم، مما يشجعهم على استغلال الأراضي الفلاحية، والمحافظة على قابليتها للاستثمار وعدم تغيير وجهتها الفلاحية، وتستفيد الدولة من توحيد الملكيات الصغيرة، ولم شتاتها، وهذا في إطار تجميع الملكية الفلاحية²⁴، وبهذا تتحقق الحكمة من شفعة الجوار المنصوص عليها في (ق ت ع).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن حق الشفعة لا يملكه الشخص الطبيعي فحسب، بل قد تحل الدولة محل الشخص الطبيعي وتملك هذا الحق في حالات معينة نصت عليها المواد 48-57 من (ق ت ع)، فالأصل أن لكل مالك حق التصرف في ملكه، لكن إذا أهملها وثبت عدم استغلاله لها مدة موسمين متعاقبين، عُدَّ متعسِّفاً في استعمال حقه، وهنا تتدخل الدولة بإعذاره، وقد تصل إلى إجباره على التنازل عن هذه الأرض، رغم أنها لا تعد شريكا في ذات العين أو منافعها، نظرا للأهمية الاقتصادية لهذه الأراضي، وباعتبار الدولة مكلفة بالحفاظ عليها.

وبهذا يكون القانون المدني الجزائري موافقا لما ذهب إليه الفقهاء من أصحاب القول الثاني القاضي بثبوت حق الشفعة للشريك في عين المبيع وفي حقوقه، باستثناء المستثمرات الفلاحية، فإنه يحكم فيها بموجب ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من ثبوت الشفعة بسبب الجوار.

ولا يزال ثمة فراغ قانوني في مسائل الشفعة، فرغم كون المشرع الجزائري قد بيّن المبدأ العام للعمل بالشفعة في (ق م ج) و(ق ت ع)، إلا أنه لم يفصل في شروط استعمال هذا الحق.

الفرع الثاني: أقوال العلماء في ثبوت الشفعة للجار الملاصق

شفعة الجار الملاصق عند فقهاء الشريعة

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة للجار الملاصق على مذهبين:

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، والمشاركة من الإباضية²⁵: ذهبوا إلى عدم ثبوت الشفعة للجار الملاصق.

ذهب الحنفية وإباضية المغرب²⁶: قالوا بثبوت الشفعة للجار الملاصق كنبوتها للشريك.

أدلة الجمهور: احتجوا بأدلة من السنة والمعقول منها:

أ/ من السنة:

- حديث جابر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»²⁷، وروي بلفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل

شركة لم تقسم؛ ربعة أو حائط²⁸، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»²⁹.

- حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قسمت الأرض وحدثت، فلا شفعة فيها»³⁰، وجه الدلالة في الحديثين: أنه إذا كانت الشفعة غير ثابتة للشريك المقاسم، فأحرى ألا تثبت للجار، لأن نفي الشفعة كان بسبب حصول الحدود وصرف الطرق، والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية فيها كذلك.

- وقد ورد الحديث بلفظ: «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم»³¹، وهذا دليل على حصر ثبوت الشفعة للشريك ما لم تحدث قسمة، فلا تثبت للشريك الذي قاسم، عملاً بمفهوم الحصر.

ب/ الإجماع:

- يؤيد ذلك إجماع العلماء؛ قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط».

ج/ المعقول:

- لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر مؤنة القسمة، وهو غير متحقق في الجار، وإن قلتم إن الشرع يقصد بها رفع الضرر عن الجار، فهو أيضاً يقصد رفعه عن المشتري، لأنه في حاجة إلى دار يسكنها، فإذا سلط الجار على انتزاع داره منه أضرب به ضرراً بيتاً، وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا، ووجود دار لا جار لها كالمتعذر عليه، فكان من تمام حكمة الشارع أن أسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضاً.

- لأن الشفعة تثبتت على خلاف الأصل؛ لأنها تؤخذ كرها من المشتري، ولأن فيها دفع ضرر بضرر، أي دفع الضرر عن الجار بإلحاق الضرر على المشتري، فيقتصر فيها على مورد النص، وهو ثبوتها للشريك فقط³².

أدلة الحنفية: استدلت الحنفية والإباضية بأدلة من السنة والمعقول كما يلي:

أ/ من السنة:

- ما روي عن عمرو بن الشريد قال: «وقفت على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال: سعد والله ما أبتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال: سعد والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة، أو مقطعة، قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أنني سمعت النبي ﷺ يقول: الجار أحق بسبقه³³، ما أعطيتكما بأربعة آلاف، وأنا أعطى بها خمس مائة دينار فأعطاهما إياه»³⁴.

- حديث سمرة ولفظه: (جار الدار أحق بالدار)³⁵، ورواه أبو داود بلفظ: (جار الدار أحق بدار الجار).

- حديث الشريد بن سويد قال: قلت يا رسول الله ﷺ: «أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال: الجار أحق بسبقه»³⁶.

- هذه الأحاديث وغيرها تدل بمنطوقها صراحة على ثبوت الشفعة بسبب الجوار.

ب/ من المعقول:

أن العلة الموجبة للشفعة هي دفع الضرر الدائم عن الشريك، الذي يلحق المرء بسبب سوء العشرة على الدوام، وهذا يتحقق في الجار أكثر مما يتحقق في الشريك، ولأنه اتصال ملك يدوم وبتأبد، ولأن الشريك يمكن له رفع الضرر أما الضرر بسبب الجوار فلا يمكن رفعه إلا بالرحيل أو القوة أو الصبر، فنتثبت الشفعة به من باب أولى، وحكمة مشروعية الشفعة ظاهرة فيهما؛ وهو دفع الضرر عنهما.

مناقشة أدلة الجمهور:

- أما حديث جابر وهو أصل الباب فقالوا عنه: إنه أثبت بمنطوقه الشفعة للشريك قبل القسمة، ونفاها عن الشريك بعد القسمة، معناه أن الشفعة بسبب الشركة انتهت بعد القسمة؛ ولا يمنع الشفعة بسبب آخر؛ فلم يتعرض فيه لشفعة الجار، ولم يستفيدوا منعها إلا بمفهومه، ونحن نثبت شفعة الجار بمنطوق نصوص أخرى.

- أما احتجاجهم بأداة الحصر (إنما): فمدلوله أن الشفعة للشريك تختص بما لم يقسم؛ أي بالمشاع، أما بعد القسمة فلا شفعة بالشركة، لكنها ثبتت بغيرها كالخطة والجوار، أو أن أعظم الشفعة فيما لم يقسم، وهو كما ذكر في حديث: (إنما الربا في النسئة)، وقولهم إنما العالم زيد فلا يدل على الحصر.

- أما الإجماع فليس في محل النزاع؛ إذ الخلاف في ثبوت الشفعة بسبب الجوار.
- أما استدلالهم بالمعقول فلا يسلم؛ فلا محل للنظر مع ورود النص؛ وقولهم بأنها شرعت لدفع ضرر مؤنة القسمة فهو غير صحيح، والصحيح أنها شرعت أيضا لدفع ضرر الأذى، وهو متوقع بسبب الجوار كذلك.
- وقولهم أنها خلاف الأصل فهو غير صحيح؛ لأنها قد ثبتت بالسنة وهي أصل بذاتها.

مناقشة أدلة الحنفية والإباضية:

- أما حديث أبي رافع: (الجار أحق بصقبه)؛ فليس صريحا في الشفعة، لأن الجار قد يحمل على الشريك، ويحتمل أن يراد به أنه أحق بالبر والمعونة، ويؤيد ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (قلت يا رسول الله ﷺ إن لي جارين فإلى أيهما أهدي، قال: إلى أقربهما منك بابا)؛ وخبر جابر صريح فيقدم عليه.

- أجيب: قولهم: أن الجار هو الشريك فغير صحيح، ويرده حديث: (أن رجلا قال: يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال: الجار أحق بسقبه)، فهو ينفي حمل الجار على الشريك؛ كما أن حديث أبي رافع ورد برواية أخرى وهي: (الجار أحق بشفعته)³⁷.

- أما الاحتمال الثاني فغير مسلم؛ لأن الحديث وارد في قوم احتكموا إلى الرسول ﷺ بشأن أرض بيعت كما ورد.

- أما بقية الأحاديث ففي سندها مقال: فحديث سمرة الذي تقدم فيه اضطراب؛ وهو ضعيف إذ يرويه سمرة عن الحسن، وهو لم يسمع منه إلا حديث العقيقة، فيتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشركة، فيكون لفظ الجار مرادا به الشريك.

- أجيب: دعوى الاضطراب غير مسلم بها؛ لأن النصوص وإن اختلفت ألفاظها إلا أن مؤداها واحد؛ وهو إثبات الشفعة للجار، والحديث صححه الترمذي، وقد صحح ابن حبان وابن القطان هذا الحديث عن أنس³⁸.

- لا يمكن للحنفية التمسك هنا بالقياس، (أي قياس الجار على الشريك)؛ لأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل لمعنى معلوم في الشركة، وهو أن الشريك ربما أدخل عليه شريكه من تأذى به، فدعت الحاجة إلى الشفعة، أو إلى المقاسمة، فإذا حصلت المقاسمة، فلا تبقى شفعة لزوال الضرر.

- أجيب: بما استدلووا عليه من ثبوت الشفعة للجار من جهة المعقول.

شفعة الجار الملاصق في القانون المدني

ينص قانون التوجيه العقاري على ثبوت الشفعة للجار الملاصق في المستثمرات الفلاحية فحسب [كما أسلفنا]، لأنها تحقق مصلحة عامة بالإضافة إلى المصالح الخاصة بملكي هذه الاراضي، ولا يرى ثبوتها في غير ذلك من العقارات.

الترجيح:

الراجح هو قول الحنفية وإباضية المغرب لصحة النصوص المثبتة لشفعة الجار من جهة، ولمراعاة الحكمة من تشريع الشفعة؛ وهي دفع الضرر عن الجار الملاصق خاصة، لكن ما يتطلب ذلك هو مظنة حصول الضرر على المشتري بالتضييق عليه، والنقليل من خياراته، والحد من حريته في اختيار ما يناسبه إذ قلما تخلو دار من جار، ولكن يقال بأن درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، ومصلحة الجار مقدمة على مصلحة المشتري لكونها متقررة وهي أقدم، وهذه المضرة ليست مقصورة على الأراضي الفلاحية ولكنها قد تحدث في غيرها من المستثمرات والبنائيات السكنية، والله تعالى أعلم وأحكم.

نتائج البحث

- اتفق أغلب العلماء على أن محل الشفعة هو المعاوزات المالية وغير المالية، وأنها ثابتة في العقار دون المنقول، خلافا للظاهرية، ورواية عن مالك على أنها ثابتة في المنقول أيضا.

- اختلفوا في السبب الموجب للشفعة بين مضيق وموسع، على أقوال أربع: فذهب الجمهور وهم المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أنها ثابتة في عين المبيع، وذهب فقهاء البصرة والمشاركة من الإباضية، وابن القيم، وابن تيمية من الحنابلة إلى أنها ثابتة في عين المبيع وحقوقه، وذهب الحنفية، وإباضية المغرب، إلى أنها ثابتة في عين المبيع وحقوقه، وثابتة للجار الملاصق أيضا بسبب الجوار، وذهب شريح إلى أنها ثابتة فيما ذكر وللجار مطلقا الأقرب فالأقرب، وقد جاء القانون المدني موافقا لما ذهب إليه الفريق الثاني.

- العلماء في ثبوت الشفعة للجار الملاصق ثلاثة مذاهب:

مذهب من يرى جوازها مطلقا؛ وهم الحنفية، وإباضية المغرب، وشريح ومن وافقه، ومذهب من يرى جوازها إذا كان بينهما حقوق مشتركة؛ وهم فقهاء البصرة، والمشاركة من الإباضية، وابن القيم وابن تيمية من الحنابلة، ومذهب من يرى عدم الجواز مطلقا؛ وهم جمهور العلماء، وقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الأول في المستثمرات الفلاحية فأجاز فيها الشفعة، وأخذ بالمذهب الثاني فيما سوى ذلك من العقارات فلم يجز فيها الشفعة إلا في حال وجود مصالح مشتركة بين المتجاورين.

- الذي رجحه البحث: ثبوت الشفعة للجار الملاصق مطلقا في الأراضي الفلاحية وغيرها.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، 183/8؛ ابن فارس، أحمد بن فارس أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 201/3.
- (2) البابرّي، محمد بن محمد أكمل الدين، العناية شرح الهداية (مع فتح القدير)، دار الكتب العلمية، 420/13.
- (3) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة أبو محمد المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، 435/7؛ ابن نجيم، زين الدين الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، 143/8.

- (4) الحطاب، محمد بن محمد ب عبد الرحمن أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، دار الرضوان، 377/3؛ الشربيني، محمد بن الخطيب شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، 296/2؛ اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، دار الفتح، 320/11.
- (5) اطفيش، شرح النيل، 466/21؛ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 1991م، دار المعارف، القاهرة، 292/8.
- (6) ابن نجيم، البحر الرائق، 143/8.
- (7) الصاوي، حاشية الصاوي، 311/8.
- (8) البابرتي، العناية، 492/13؛ اطفيش، شرح النيل، 460/21؛ الشربيني، مغني المحتاج، 298/2.
- (9) القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين، الذخيرة، دار الغرب، 305/7.
- (10) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 1421هـ، 2000م، دار الفكر، 217/6؛ ابن قدامة، المغني، 440/7. القرافي، الذخيرة، 305/7؛ الشربيني، مغني المحتاج، 296/2.
- (11) أخرجه البخاري (الفتح 4 / 436 - ط السلفية)، وأخرجه مسلم (3 / 1229 - ط الحلبي) بلفظ: "قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم".
- (12) القرافي، الذخيرة، 305/7.
- (13) رواه الطحاوي وقال ابن حجر: إسناده لا بأس به.
- (14) ابن قدامة، المغني، 436/7.
- (15) ابن قدامة، المغني، 436/7.
- (16) الشربيني، مغني المحتاج، 296/2؛ ابن قدامة، المغني، 440/7؛ محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، 191/7؛ البغدادي، عبد الرحمن شهاب الدين، إرشاد السالك، الشركة الإفريقية، 170/1.

17) حقوق المبيع أي حقوق الارتفاق: كالشُّرب (النصيب من الماء)، والطريق الخاصين؛ فإن لم يكونا خاصين، فلا يستحق بهما الشفعة.

والشرب الخاص كنهر صغير مشترك بين قوم، تسقى أراضيهم منه، فإذا بيعت أرض منها، فلكل أهل الشُّرب من ذلك النهر الخاص الشفعة؛ أما لو كان النهر عاماً، فالشفعة فقط للجار الملاصق، والطريق الخاص: أن يكون غير نافذ، فإن كان نافذاً فليس بخاص، والطريق الخاص، كل أهله شفعاء.

18) ابن قدامة، المغني، 5/461؛ ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، 2/124.

19) رواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن.

20) المرغيناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، 4/24؛ اطفيش، شرح النيل، ص 479/21.

21) (المادة 795ق م)

• لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

• لشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

• لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

22) عرقتها المادة 46 بأنها: "وحدة إنتاجية تتشكل من الأملاك المنقولة ومن مجموع قطعان المواشي والدواجن والحقول والبساتين والاستثمارات والبساتين المنجزة وكذا القيم غير المادية بما فيها العادات المحلية"، وعرف المستثمر الفلاحي في المادة 47: "يعتبر في هذا القانون مستثمراً فلاحياً كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطاً فلاحياً كما هو محدد في المادة 45 ويشارك في تسير المستثمرة، ويستفيد من أرباحها، ويتحمل الخسائر التي تترتب عن ذلك"، أنظر: قانون التوجيه الفلاحي رقم 08-16 المؤرخ في 01 شعبان 1429 الموافق لـ 3 أوت 2008.

- (23) المادة 57 من قانون التوجيه العقاري؛ قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990. معدل بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 30 ربيع الثاني 1416، الموافق لـ 25 سبتمبر 1995.
- (24) زهية يهوني، حق الشفعة في الأراضي الفلاحية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، 2019، تيزي وزو - الجزائر، ص339.
- (25) الشربيني، مغني المحتاج، 2/296؛ ابن قدامة، المغني، 7/440؛ محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، 7/191؛ البغدادي، إرشاد السالك، 1/170؛ ابن بركة، أبي محمد عبد الله بن محمد، الجامع، 1428هـ-2007م، 2/423، الشقصي، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، 12/80؛ السالمي، جوابات السالمي، مكتبة السالمي، 4/341.
- (26) المرغيناني، الهداية، 4/24؛ اطفيش، شرح النيل، 21/479؛ الشماخي، عامر بن علي أبو ساكن، كتاب الإيضاح، 4/327.
- (27) منفق عليه واللفظ للبخاري، أخرجه البخاري (الفتح 4/436 - ط السلفية) وأخرجه مسلم (3/1229- ط الحلبي).
- (28) ربعة: الدار، الحائط: البستان.
- (29) منفق عليه واللفظ لمسلم.
- (30) رواه ابن ماجه، وأبو داود، ورواه ملك في الموطأ (2/713 ط الحلبي).
- (31) أخرجه البخاري 4/436، كتاب الشفعة: باب الشفعة فيما لم يقسم، الحديث 2257.
- (32) ابن قدامة، المغني، 7/438.
- (33) (بسقبه): بالسين وبالصاد، ويجوز فتح القاف وإسكانها، والمراد الصَّقَب: المُلَصَقَة والقُرْب. والحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه.
- (34) رواه البخاري، وأبو داود، حط من ثمن البيتين رغبة في العمل بالسنة.
- (35) رواه أحمد و أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

- (36) أخرجه النسائي وإسناده حسن.
- (37) الزيلعي، عبد الله بن يوسف أبو محمد جمال الدين، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان، 174/4.
- (38) انظر: الزيلعي، نصب الراية، 172/4.
- قائمة المصادر والمراجع**
- مصادر ومراجع في الفقه الإسلامي**
- (1) البابرتي، محمد بن محمد أكمل الدين، العناية شرح الهداية (مع فتح القدير)، دار الكتب العلمية.
- (2) البغدادي، عبد الرحمن شهاب الدين، إرشاد السالك، الشركة الإفريقية.
- (3) ابن بركة، أبي محمد عبد الله بن محمد، الجامع.
- (4) الخطاب، محمد بن محمد ب عبد الرحمن أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، دار الرضوان للنشر.
- (5) الزيلعي، عبد الله بن يوسف أبو محمد جمال الدين، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان.
- (6) السالمي، جوابات السالمي، مكتبة السالمي.
- (7) الشربيني، محمد بن الخطيب شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة.
- (8) الشقصي، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين.
- (9) الشماخي، عامر بن علي أبو ساكن، كتاب الإيضاح.
- (10) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر.
- (11) ابن فارس، أحمد بن فارس أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر.
- (12) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة أبو محمد المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر.

- (13) القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين، الذخيرة، دار الغرب.
- (14) ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي.
- (15) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.
- (16) اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، دار الفتح.
- (17) محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر.
- (18) محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر.
- (19) المرغيناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية.
- (20) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر.
- (21) ابن نجيم، زين الدين الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة.
- مصادر ومراجع في القانون الجزائري**
- (22) القانون المدني الجزائري
- (23) قانون التوجيه العقاري
- (24) قانون التوجيه الفلاحي رقم 08-16 المؤرخ في 01 شعبان 1429 الموافق لـ 3 أوت 2008.
- (25) زهية يهوني، حق الشفعة في الأراضي الفلاحية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، ص 339