

## ثبوت حق الشفعة للوارث في الفقه والقانون - دراسة مقارنة-

The Establishment of the Pre-emption Right to the Heir in Jurisprudence and Law  
- A Comparative Study -د. ساعد تيبينات<sup>1</sup>

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة

s.tabainet@univ-emir.dz

تاريخ الوصول 2023/04/19 القبول 2023/05/04 النشر على الخط 2023/06/05  
Received 19/04/2023 Accepted 04/05/2023 Published online 05/06/2023

## ملخص:

تعد الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية، حيث يثبت للشريك حق انتزاع حصة شريكه المبيعة جبرا على المشتري دفعا للضرر عنه، وهو أمر متفق عليه في الفقه والقانون، غير أنه يثير إشكالا بالنسبة لطبيعة هذا الحق، هل هو حق خاص بالشفيع ينتهي بموته لا يتعداه إذا مات قبل مطالبته به؟ أم أنه صفة للعقد، فيثبت لوارثه ولو لم يطالب به قبل موته؟

يتناول المقال دراسة هذه المسألة في الفقه والقانون، ببيان آراء الفقهاء فيها وسبب الخلاف بينهم، وبيان ما أخذ به القانون، وانتهت الدراسة إلى أن الاختلاف في الفقه - كما في القانون - يرجع إلى الاختلاف في تكييف حق الشفعة، فذهب الحنفية والحنابلة والظاهرية إلى أن الشفعة صفة للعقد لا يورث عنه إلا بإبداء رغبته أو برفع الدعوى للمطالبة به؛ وذهب المالكية والشافعية إلى أن حق الشفعة صفة للعقد لتعلقه بالعقد المشفوع فيه، فيثبت لورثة الشفيع ولو مات قبل المطالبة به؛ وأن المشرع الجزائري نزع إلى اعتبار حق الشفعة رخصة للشفيع دون غيره، ولا يثبت لورثته إلا إذا أبدى الشفيع قبل موته الرغبة في المطالبة به، كما يقول الحنابلة والظاهرية، ولا يشترط القضاء له به.

الكلمات المفتاحية: الشفعة، الشفيع، الميراث، الوارث.

## Abstract:

The right of preemption is recognized in jurisprudence and law to protect a partner's preemptive right to purchase his sold share. However, there is a debate about the nature of this right. Some believe it is a contractor's attribute that can be passed down to heirs, while others argue it ends with the death of the preemptor. The article explores this issue, concluding that the difference in opinion is due to adapting the right of preemption. The Hanafis, Hanbalis, and Zahiris hold that it is only inherited if the preemptor expresses his desire or files a claim, while the Malikis and Shafi'is maintain that it is established for the preemptor's heirs. The Algerian legislator has adopted the former view, where the right of preemption is only set for heirs if the preemptor expresses his will to claim it before death.

Keywords: Pre-emption, Preemptor, Inheritance, Heir.

**1. مقدمة:**

من مقاصد الشريعة حفظ حقوق الناس وحماية أموالهم وممتلكاتهم ومنع إلحاق الضرر بها، ويزداد هذا الحفظ وهذه الحماية عند قيام الشركة في الأموال خاصة في العقارات، إذ هي مظنة وقوع الحيف والظلم بين الشركاء؛ وإذا كان لكل شريك الحق في الخروج من الشركة عن طريق بيع حصته، فإن ذلك قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بشريكه بإدخال شريك جديد عليه لا يرضاه، وقد يكون سببا للنزاع لسوء معاملته أو موافقه، فإذا كان لا يجوز منع الشريك من بيع حصته وإلزامه ببقائه، لأنه يتعارض مع الحق في حرية التصرف، فإنه يقوم في هذه الحالة الحق للشريك في ضم حصة شريكه قبل غيره منعا لإلحاق الضرر به، وهو ما يسمى بحق الشفعة.

وكان حق الشفعة معروفا لدى العرب قبل الإسلام، فلما جاء الإسلام أقر هذا الحق، وشرع من الأحكام ما يحقق به العدل ويمنع الجور؛ وتبنت القوانين العربية الحديثة هذا الحق واستقت أحكامه من الشريعة الإسلامية، واختارت من آراء الفقهاء ما رأته مناسبة ومتوافقا مع المبادئ القانونية والنظام العام.

**إشكالية البحث:**

إن إقرار هذا الحق للشفيع، يثير إشكالا بالنسبة لطبيعة هذا الحق، هل هو حق خاص بالشفيع لصيق بشخصه، ينتهي بموته لا يتعداه إذا مات قبل مطالبته به؟ أم أنه صفة للعقد وأثر له، فيثبت هذا الحق لوارث الشفيع ولو لم يطالب به قبل موته؟ ويندرج تحت هذا الإشكال الرئيسي أسئلة فرعية تتمثل في:

- ما هي طبيعة حق الشفعة؟
- ما هو موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟
- وما هو موقف المشرع الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي؟

**أهداف البحث:**

وتهدف هذه الدراسة إلى معالجة هذه المسألة الدقيقة، بدرستها في الفقه الإسلامي أولا وبيان آراء الفقهاء فيها، والأدلة والقواعد التي اعتمدوا عليها، إلى جانب بيان اتجاهات الفقه القانوني في تكييف حق الشفعة، وأثره في مسألة انتقال حق الشفعة للوارث، والتركيز على موقف المشرع الجزائري من ذلك كله والرأي الذي اختاره.

**منهجية البحث:**

اقتضت طبيعة الدراسة أن التزم بما يلي:

المنهج الاستقرائي بالرجوع إلى مصادر الفقه الإسلامي، وتحديد محل النزاع، وتحقيق أقوال الفقهاء فيها وبيان سبب الخلاف فيها؛ الرجوع إلى المصادر القانونية والدراسات المعاصرة في القانون، لبيان اتجاه الفقه القانوني في تكييف حق الشفعة، وما اختاره المشرع الجزائري في هذه المسألة.

والمنهج المقارن في المقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي أولا، ثم المقارنة بالفقه القانوني والقانون الجزائري، من أجل بيان وجوه الاتفاق والاختلاف، والأسس التي اعتمد عليها الفقه الإسلامي والقانون في هذه المسألة.

**خطة البحث:**

لغرض الإحاطة بموضوع البحث من مختلف جوانبه، اختارت تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاثة محاور وخاتمة: مقدمة: في تحديد إشكالية البحث، ومنهجيته، وخطته. المحور الأول: جعلته مقدمة في التعريف بالشفعة ومشروعيتها في الفقه والقانون. المحور الثاني: جعلته لبيان آراء الفقهاء في ثبوت الشفعة للوارث وبيان سبب الخلاف فيها. المحور الثالث: جعلته لبيان طبيعة الشفعة في القانون وتحديد موقف المشرع الجزائي من ثبوت الشفعة للوارث. وخاتمة: ضممتها ملخصا للدراسة والنتائج المتوصل إليها والتوصيات المقترحة.

**2. تعريف الشفعة ومشروعيتها في الفقه والقانون:**

تقتضي منهجية الدراسة التمهيد للموضوع بالتعريف بحق الشفعة، والتأصيل لمشروعية هذا الحق في الفقه والقانون:

**1.2 تعريف الشفعة لغة واصطلاحا:****1.1.2 الشفعة في اللغة:**

الشفعة بضم الشين وإسكان الفاء وفتح العين مأخوذة من الشفع ضد الوتر، وهو الزوج، وقد شفعه شفعا، كمنعه أي كان وترا فصيحه زوجا؛ ومنه: شفعت الناقة شفعا، فالشافع: التي معها ولدها، سميت شافعا لأن ولدها شفعا وشفعته هي فصارا شفعا؛ والشفيع كأمير: الشافع، وهو صاحب الشفاعة والجمع شفعاء، وهو الطالب لغيره يتشفع به إلى المطلوب؛ والشفيع أيضا: صاحب الشفعة، بالضم، والشفعة في الدار والأرض: القضاء بها لصاحبها، وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي أنه كان وترا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه به<sup>1</sup>.

**2.1.2 الشفعة في الاصطلاح الفقهي:**

الشفعة في الاصطلاح تدل على معنى أخص منه في اللغة، ولكن المعنى اللغوي موجود فيه وهو الضم، لأن نصيب الشفيع كان منفردا في ملكه، وبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، أو من الشفاعة أي الزيادة، لأن المبيع يزيد في ملك الشفيع، أو لأن الرجل كان إذا أراد بيع داره آتاه جاره وشريكه، فيشفع له فيما باع فشفعه وجعله أولى به، أو لأن طالبها يسمى شفيعا لجيئه تاليا للمشتري، فهو ثان بعد أول فسمي طلبه شفعة<sup>2</sup>.

واختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها:

<sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، سنة 1414هـ/1993م، ج8، ص183؛ ومرضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، الكويت، د.ط.ت، ج21، ص279.

<sup>2</sup> - منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ط1، سنة 1414هـ/1993م، ج2، ص334.

عرفها الحنفية: (هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه)، فمن أوصافها التملك للبقعة على وجه الجبر، وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري؛ لأنها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة<sup>1</sup>. وعرفها المالكية بأنها: (استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بضمنه)<sup>2</sup>، والمراد بالاستحقاق طلب الشريك بحق أخذ مبيع شريكه، وطلبه أعم من أخذه، فماهية الشفعة إنما هي طلب الشريك بحق أخذ مبيع شريكه، وهي معروضة للأخذ وعدمه، ولذا عبر بالاستحقاق لمعنى ما ذكرناه<sup>3</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها: (حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض لدفع الضرر)، قوله حق تملك أي استحقاق التملك، وإن لم يوجد التملك، وقوله لدفع الضرر أي ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها لو لم يأخذ بالشفعة، وقيل ضرر سوء المشاركة<sup>4</sup>.

وعرفها الحنابلة: (هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه)<sup>5</sup>. وعلى الرغم من الاختلاف في تعريف الشفعة مما يدل على اختلاف اتجاهات الفقهاء في طبيعة الشفعة وشروط قيامها، إلا أنها تتفق في أن الشفعة حق يثبت للشفيع جبراً على المشتري، وفي أن سبب ثبوتها دفع الضرر عن الشفيع، سواء ضرر مؤنة القسمة، أو ضرر سوء المشاركة كما ذكر الشافعية.

### 3.1.2 الشفعة في الاصطلاح القانوني:

نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في القانون المدني ضمن المواد 794-807، وأورد تعريفها في نص المادة 794 منه جاء فيها: (الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية)<sup>6</sup>، وجاءت هذه مطابقة لنص المادة 935 من القانون المدني المصري<sup>7</sup>.

ويخلص من هذا التعريف أن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية، ورخصة إذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه صاحبه لغيره، وحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع؛ فهي إذن لا تكون إلا في بيع عقار، ويسمى العقار المشفوع فيه، ومن شفيع عيّن القانون أحواله، وجعله كما سنرى يشفع بعقار آخر يملكه ويسمى العقار المشفوع به. فالشفعة تفترض أن هناك شفيعاً وهو

<sup>1</sup> - فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، سنة 1313هـ/1893م، ج5، ص239.

<sup>2</sup> - محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1، سنة 1350هـ/1930م، ص356.

<sup>3</sup> - محمد الرصاع، المرجع نفسه، ص356.

<sup>4</sup> - ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.ط، سنة 1357هـ/1983م، ج6، ص53.

<sup>5</sup> - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، د.ط، سنة 1388هـ/1968م، ج5، ص229.

<sup>6</sup> - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري (ج ر ع 44، السنة 42، الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005م).

<sup>7</sup> - أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2007/2008م، ص23.

الذي يأخذ بالشفعة، ومشفوعاً منه وهو المشتري الذي يحل محله الشفيع، وبائعاً لهذا المشتري وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشترياً محل المشتري الأصلي، وعقاراً مشفوعاً به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفع به، وعقاراً مشفوعاً فيه وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع فيه<sup>1</sup>.

كما نأخذ من هذا النص بأن المشرع الجزائري كيّفها على أنها رخصة وليست حقاً، وتعددت الآراء في تعريف الرخصة، إلا أن الراجح عند الفقهاء أنها: عبارة عن إعطاء الاختيار للغير أو المعينين بهذا الخطاب من أجل التخيير بين بدائل معروفة مسبقاً ومحددة، أو يمكن تحديدها، وبالتالي يبقى القبول أو الرفض من شأن إرادة هذا المعني وحده، والرخصة عند الفقهاء أدنى من الحق وأكثر من الحرية<sup>2</sup>.

فالشفعة هي قدرة أو سلطة أو مكنة تحول لصاحبها لتوافر سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبراً على المشتري، ويتفق هذا المفهوم مع ما ورد في الفقه الإسلامي من تعريف للشفعة، كونها حق تملك العقار ولو جبراً على المشتري<sup>3</sup>.

## 2.2 مشروعية الشفعة:

الشفعة ثابتة بالسنة والإجماع<sup>4</sup>:

أما السنة: حديث جابر - رضي الله عنه - «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»<sup>5</sup>؛ ولمسلم قال: «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل شرك لم يقسم؛ ربعة، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به»<sup>6</sup>؛ وحديث عبد الرحمن بن عوف: «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء فإذا وقعت وقعت الحدود فلا شفعة فيه»<sup>7</sup>.

وأما الإجماع، فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط، قال ابن قدامة: (ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم، فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك،

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، سنة 1968م، ج9، ص446.

<sup>2</sup> - أحمد دغيش، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد11، مارس 2008، ص55.

<sup>3</sup> - أسماء تخونني، النظام القانوني للشفعة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2008، ص10.

<sup>4</sup> - ينظر: شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، د.ط، سنة 1415هـ/1995م، ج2، ص151؛ وابن وابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص229؛ وابن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ج6، ص54.

<sup>5</sup> - رواد البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث رقم2257.

<sup>6</sup> - رواد مسلم، كتاب المساقاة باب الشفعة، حديث رقم2925.

<sup>7</sup> - رواد مالك في الموطأ، كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة، حديث رقم2079.

فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه، لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فيستضر المالك، وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله<sup>1</sup>.

ويرى بعض الفقهاء أن الشفعة ثبتت خلاف الأصل؛ إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه، وإجبار له على المعاوضة، وذلك لا يجوز فإنه من نوع أكل المال بالباطل، وتأيد هذا بقوله -صلى الله عليه وسلم-: «لا يجل مال امرئ مسلم، إلا بطيب نفس منه»<sup>2</sup>؛ ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره، لكن أثبتتها الشرع لمصلحة راجحة، ودعت إليها الضرورة، دفعا للضرر<sup>3</sup>.

ويرى آخرون أن الشفعة أصل في الشرع، ولا يجوز أن يقال أنه مستحسن من القياس، بل هو ثابت، وقد دلت على ثبوته الأحاديث المشهورة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وعن أصحابه -رضوان الله عليهم-<sup>4</sup>.

**أما في القانون:** نص المشرع الجزائري على العمل بالشفعة وفق شروط محددة، ونظمها في القانون المدني في الباب الأول المتعلق بحق الملكية الواقع في الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، وخصها بنحو أربع عشرة مادة، بدءاً من نص المادة 794 إلى غاية 807 من نفس القانون.

كما نجدها منظمة في إطار نصوص خاصة أخرى، منها<sup>5</sup>:

1 - القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، إذ منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية، وقد حددت المادة 24 هذا الحق.

2 - قانون التوجيه العقاري: 25/90 المؤرخ في 1990/11/18، تم النص على استكمال حق الشفعة في ظل هذا القانون من خلال المادتين 52 و71، فالأولى تتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات الفلاحية، أما المادة الثانية فتتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء.

03 - الأمر 105/76 مؤرخ في 1976/12/09 والمتضمن قانون التسجيل، تضمن القسم الرابع من هذا الأمر حق الشفعة، لاسيما المادة 118 منه، والتي تنص على حق ممارسة الشفعة في الأملاك العقارية التي تم التصريح بها.

4 - المرسوم التشريعي 93/03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، تنص المادة 23 من المرسوم على أن المستأجر له ممارسة حق الشفعة.

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص229.

<sup>2</sup> - رواه الحاكم والدارقطني وابن حبان في صحيحه، ورواه أحمد والبيهقي بلفظ: «لا يجل لامرئ أن يأخذ عصى أخيه بغير طيب نفس منه...»، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1419هـ/1989م، ج3، ص101.

<sup>3</sup> - ابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين دار ابن حزم، ط1، سنة 1431هـ/2010م، ج2، ص1185؛ وابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص230.

<sup>4</sup> - محمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، سنة 1414هـ/1993م، ج14، ص90.

<sup>5</sup> - ينظر: أحمد دغيش، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، ص56

## 3. انتقال حق الشفعة للوارث في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أنه إذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة؛ لأن المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير الاستحقاق، جاء في تبيين الحقائق: (وإنما لا تبطل بموت المشتري؛ لأنَّ المستحقَّ باق ولم يتغيَّر سبب حقِّه، وإنَّما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقُّه كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر، فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف، وكذا لو باعها القاضي بعد موته، أو باعها وصيِّه كان له نقضه).

واختلفوا في انتقال حق الشفعة إلى الورثة في حال وفاة الشفيع على ثلاثة أقوال<sup>1</sup>:

**الأول:** أن حق الشفعة يورث، فإذا مات الشفيع ينتقل حق الشفعة إلى ورثته، ولو مات قبل المطالبة والأخذ بها، فالوارث يثبت له حق الأخذ بالشفعة إذا انتقل ملك العقار المشفوع به إليه في أي وقت، لأنه حق من حقوق العقار الموروث فيثبت للملكه، فالوارث يتملك العقار ويتملك حقوقه، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة في رواية.

يقول القاضي عبد الوهاب: (حق الشفعة عندنا موروث لا يبطله الموت إذا وجب له، ومات قبل علمه، أو علم ومات قبل التمكن من الأخذ، فإنه ينتقل إلى ورثته)<sup>2</sup>، ويقول ابن رشد: (وتورث الشفعة، فينزل الوارث منزلة الموروث في الحق الذي كان له من الأخذ أو الترك، سواء مات الموروث والشفيع الذي يستشفع به في يده فورثه عنه، أو مات بعد بيع الشفيع على القول بأن البيع لا يسقط شفيعته...)<sup>3</sup>.

وجاء في المهذب: (وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لأنه قبض استحققه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب...)<sup>4</sup>، وقال الماوردي: (أما الشفعة فموروثة تنتقل بموت الشفيع قبل عفوهِ إلى ورثته...)<sup>5</sup>.

ووجه انتقال حق الشفعة للوارث عند هذا الفريق<sup>6</sup>:

– قوله صلى الله عليه وسلم: (من ترك مالا أو حقا فلورثته)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> – ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، سنة 1425هـ/2004م، ج4؛ ص46؛ وابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر بيروت، د.ط.ت، ج8، ص24؛ وعلي الخفيف، الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، سنة 1416هـ/1996م، ص283-284؛ وأبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.ط.ت، ص180.

<sup>2</sup> – القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، تحقيق علي بورية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ/2009م، ص583.

<sup>3</sup> – ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1408هـ/1988م، ج3، ص68.

<sup>4</sup> – أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط.ت، ج2، ص223.

<sup>5</sup> – أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1419هـ/1999م، ج7، ص257.

<sup>6</sup> – ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، ج2، ص636؛ وأبو عبد الله المازري، شرح التلغين، تحقيق محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1428هـ/2008م، ج2، ص544؛ والماوردي، المرجع السابق، ج7، ص257.

- أنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فورث كالرد بالعيب وحق الرهن والكفيل، فيقوم فيه الوارث مقام المورث.
  - أن الشفعة من حقوق الملك، فوجب أن تكون مورثة مع الملك كطرق الأملاك ومرافقها.
  - أنه حق مستفاد بالملك، فجاز أن يورث كثمار الشجرة ونتاج الماشية.
- الثاني:** أنه إذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة، فليس لوارثه حق الأخذ بها، وإذا طالب بها الشفيع قبل موته ثبتت لوارثه ولو قبل قضاء القاضي بها، وهو قول الحنابلة والظاهرية.
- يقول ابن قدامة: (والشفعة لا تورث، إلا أن يكون الميت طالب بها، وجملة ذلك أنّ الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها، لم يخل من حالين: أحدهما، أن يموت قبل الطلب بها، فتسقط، ولا تنتقل إلى الورثة (...))، الحال الثاني إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه، لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده، وقبله يسقط<sup>2</sup>، ويقول ابن حزم: (وإن مات الشفيع قبل أن يقول: أنا آخذ شفعتي، فقد بطل حقه، ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً؛ لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره، والخيار لا يورث)<sup>3</sup>. ويقول في موضع آخر: (فأما إذا بلغ الشريك أمر البيع فقال: أنا آخذ بالشفعة ثم مات فقد صحت له، وهي مورثة عنه حينئذ، ولورثته الطلب؛ لأنها حينئذ مال قد تم له. ولا معنى للطلب عند القاضي، ولا لحكم القاضي؛ لأن الله تعالى لم يوجب ذلك قط ولا رسوله - صلى الله عليه وسلم - (...)<sup>4</sup>.
- واحتج هذا الفريق بما يلي<sup>5</sup>:
- أنها نوع خيار شرع للتملك أشبه الإيجاب قبل القبول، فإنه لو مات من يريد القبول بعد إيجاب صاحبه لم يقيم وارثه مقامه في القبول؛ فأما خيار الرد بالعيب، فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع.
  - أنه لا يعلم بقاؤه على الشفعة لاحتمال رغبته عنها، فلا ينتقل إلى الورثة ما شك في ثبوته.
  - أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء، فلم يورث، كالرجوع في الهبة.

<sup>1</sup> - الحديث بلفظ: (من ترك مالا فلورثته) رواه البخاري، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب الصلاة على من ترك ديناً (رقم: 2398)؛ ومسلم، كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته (رقم 4242)؛ وأخرجه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه، في الفرائض أيضاً، كلهم بلفظ (من ترك مالا فلورثته) أو (لأهله) كما عند أبي داود وابن ماجه وأحمد؛ ينظر: جمال الدين الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان بيروت ودار القبلة، جدة، ط1، سنة 1418هـ/1997م، ج4، ص58؛ وابن حجر، تلخيص الحبير، ج3، ص108، والحديث يذكره كثير من الفقهاء بهذا اللفظ: (مالا أو حقاً...))، ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ج3، ص146-147.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المرجع السابق، ج5 ص278.

<sup>3</sup> - ابن حزم، المرجع السابق، ج8، ص24.

<sup>4</sup> - ابن حزم، المرجع نفسه، ج8، ص25.

<sup>5</sup> - ينظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص279، وابن حزم المرجع نفسه، ج8، ص24-25.

أما ثبوتها للوارث بعد الطلب، لأن الحق قد تقرر بالطلب، ولذلك لا تسقط بتأخير الأخذ بعده، وللحنابلة في تعليل ذلك طريقان: فعلى قول القاضي فالأشقص صار ملكاً له بالمطالبة، وعلى قول ابن عقيل وابن قدامة، فلأنه قد علم بمطالبته بقاءه على شفيعته، وقال في رواية أبي طالب: الشفعة لا تورث، لعله لم يكن يطلبها، فجعل العلة في إبطالها بالموت عدم العلم برغبة الميت<sup>1</sup>، قال القاضي: فعلى هذا لو علم الوارث أنه راغب فيها كان له المطالبة، وإن لم يطالب الميت، قال الزركشي: وينبغي أن يكون القول قول الوارث مع يمينه<sup>2</sup>.

**الثالث:** أنه إذا مات الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة لم يكن لورثته حق الأخذ بها، فتسقط الشفعة بموت الشفيع، ولا تنتقل إلى الورثة، ولا تثبت الشفعة للورثة إلا إذا مات الشفيع بعد قضاء القاضي له بالشفعة أو بعد تسليم المشتري له بها، وهو قول الحنفية<sup>3</sup>.

ووجهها قولهم بما يلي<sup>4</sup>:

- أن حق الشفعة وهو حق التملك، مجرد رأي ومشية، وهو صفة للشفيع، ولا يجوز الاعتياض عنها، فلا يورث عنه.
- أن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ.
- هذه أقوال الفقهاء في هذه المسألة، ويمكن حصر سبب الخلاف فيها في ثلاث نقاط:
- اختلافهم في تكييف حق الشفعة هل هو صفة وأثر للعقد، أم هو صفة خاصة بالعاقد، فمن انقده له - كما يقول ابن رشد - أنه صفة للعقد ورثته، ومن انقده له أنه صفة خاصة بالعاقد لم يورثه<sup>5</sup>، يقول القراني: (والمسألة غامضة المأخذ ومدارها على أنه عندنا صفة للعقد، فينتقل مع العقد، وعنده صفة للعاقد، لأنه مسببه، واختياره يبطل بموته كما تبطل سائر صفاته، والحقوق عندنا تنقل كأموال بالإرث إلا أن يمنع مانع، وعنده الأموال تورث، والحقوق لا تورث إلا لعارض...)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1418هـ/1997م، ج5، ص77؛ ومنصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط.ت، ج4، ص158؛ وينظر: ابن رجب الحنبلي، القواعد، دار الكتب العلمية، د.ط.ت، ج3، ص78-87، القاعدة 144.

<sup>2</sup> - ابن مفلح، المرجع نفسه، ج5، ص77.

<sup>3</sup> - ينظر: فخر الدين الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص257؛ وعلاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، سنة 1406هـ/1986م، ج5، ص22.

<sup>4</sup> - فخر الدين الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص257؛ وأبو الحسن المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط.ت، ج4، ص321، وعلي الخفيف، المرجع السابق، ص283-284.

<sup>5</sup> - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج4، ص46.

<sup>6</sup> - شهاب الدين القراني، الذخيرة، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1415هـ/1994م، ج5، ص36.

- اختلافهم في ما يكون من التركة وما لا يكون منها، كما أفاده قول القرافي، فمن رأى أن الحقوق -ومنها حق الشفعة - من التركة، قال تنتقل بالإرث كالأموال، ومن رأى أن الحقوق ليست من التركة، قال لا تنتقل بالإرث لأنها ليست أموالاً، يقول المازري: (فالتزاع أيضاً في كون هذا الحق مما ترك)<sup>1</sup>.
- اختلافهم في لفظ حديث: (من ترك مالا أو حقاً فلورثته)، فالجمهور يثبتون هذه الرواية، أما الحنفية يقولون أن الثابت قوله مالا في الصحيح، وأما الزيادة الأخرى وهي (حقاً) فلم تثبت عندهم، وما لم يثبت لم يتم به الدليل<sup>2</sup>.
- وعند تحقيق النظر في المسألة وما دار حولها، فإننا نرى ترجيح القول الأول، الذي يذهب إلى ثبوت الشفعة للوارث، ولو مات الشفيع قبل المطالبة بها، وذلك بالنظر إلى مقصد تشريع الشفعة، وهو دفع الضرر عن الشفيع، وهو متحقق في حق ورثته أيضاً، إذا قاموا مقامه، ونرى أن حق الشفعة أقرب إلى أن يكون متعلقاً بالمشفوع فيه من تعلقه بشخص العاقد، فيكون المشفوع فيه للورثة بما قام به من حق وهو حق الشفعة، دفعا للضرر عنهم أيضاً.

#### 4. انتقال حق الشفعة للوارث في القانون:

##### 1.4 التكييف القانوني للشفعة:

إن القول بانتقال حق الشفعة للوارث من عدمه يتوقف على معرفة طبيعة الشفعة في القانون، وقد تعددت آراء فقهاء القانون حول طبيعتها<sup>3</sup>:

فذهب البعض إلى أن الشفعة حق عيني تتعلق بالشيء وهو العقار المشفوع فيه، وأن للشفيع باعتباره صاحب هذا الحق أن يتبع هذا الشيء في يد أي شخص انتقلت إليه ملكية هذا العقار، بالإضافة إلى ذلك يكون للشفيع أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشيء، فإذا توفي الشفيع كان لورثته ما كان لمورثهم من حق الأفضلية والتتبع على العقار المشفوع فيه.

وقال البعض بأنها حق شخصي، يرتبط بالشخص وهو الشفيع، بحيث لا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر أو النزول عنه للغير، ذلك لأن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع، فإن توفي هذا الأخير لا ينتقل حق الشفعة إلى ورثته كما لا تجوز حوالاته ولا يجوز أيضاً لدائني الشفيع أن يستعملوا حق الشفعة باسمه.

وقال آخرون بأن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة، أي أنه حق شخصي عيني، فهو من ناحية حق شخصي بالنسبة للشفيع ينظر في اعتبارات تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة، ومن ناحية ثانية فالشفعة حق عيني ينظر فيه إلى العقار المشفوع فيه لأنه يتولد من حق ملكية العقار ويكون تابعا لهذا العقار في يد أي كان ولا يزول عنه إلا بمسوخ قانوني.

ويرجح السنهوري القول بأن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، بل هي ليست بحق أصلاً، إنما الشفعة سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقاً عينياً على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقة أو حق حكر. والفرق

<sup>1</sup> - المازري، المرجع السابق، ج2، ص545.

<sup>2</sup> - كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د.ط.ت، ج6، ص319.

<sup>3</sup> - ينظر: السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص446؛ وأسماء تخوني، المرجع السابق، ص20.

واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه. فالملكية مثلاً حق عيني، وتكسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة.

والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة اقترن فيها الشيوخ أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهذه واقعة مادية، يبيع العقار المشفوع فيه، وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية<sup>1</sup>.

وكان لهذا الاختلاف في طبيعة الشفعة، أثره في الاختلاف في ثبوت الشفعة لوارث الشفيع إذا مات قبل المطالبة بها أو قبل القضاء له بها<sup>2</sup>:

فذهب البعض إلى القول بعدم انتقال الشفعة لورثة الشفيع، فإذا توفي قبل استعمال حقه، سقط حقه في الشفعة، ولا يكون لورثته الأخذ بالشفعة، لأنهم لم يكونوا ملاكا وقت البيع، أو لأن الشفعة رخصة أو هي منزلة وسطى بين الرخصة والحق وسواء كانت رخصة أو منزلة وسطى، فهي لم تكسب الشفيع بعد حقا كاملا في العقار المشفوع فيه، والذي ينتقل إلى ورثته هي الحقوق الكاملة التي ثبتت للمورث، وهذه ليست بحقوق كاملة حتى تنتقل إلى الورثة، أو لأن الاعتبارات التي تقوم عليها الشفعة، وهي تضرر الشفيع من أن يخلف شريكه في الملك أو جاره شريك أو جار جديد، هي اعتبارات شخصية بحجة تترك لمحض تقدير الشفيع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها؛ فإذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها، لا تنتقل بالميراث إلى ورثته<sup>3</sup>. ويرى آخرون أن حق الشفعة لا يسقط بموت الشفيع، وينتقل إلى ورثته حتى ولو مات قبل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى، لأنها تتعلق بالعقار المشفوع فيه، ومتى انتقل هذا العقار إلى الورثة، فإن الحق بالشفعة ينتقل أيضا إليهم بالميراث، حتى ولو تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة.

وأنت ترى بأن الخلاف الذي ذكرناه في الفقه الإسلامي وسببه، هو نفسه عند فقهاء القانون، وذلك لصعوبة تحديد طبيعة الشفعة، فكل فريق ينظر إلى زاوية أو يأخذ باعتبار معين، ويراه هو المتحقق في نظره، كما سبقت الإشارة إليه فيما نقلناه عن ابن رشد، مع غياب النص الذي يفصل في ذلك.

#### 2.4 انتقال الشفعة للوارث في القانون الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة، وعليه سنعمد على الأحكام العامة المنظمة للشفعة وعلى المبادئ العامة للقانون المدني، وعلى ما ورد في القانون المدني المصري، لأنه يعتبر من المصادر التي اعتمد عليها في وضع جل النصوص المنظمة للشفعة<sup>4</sup>، ولذلك سنرجع إلى شروح القانون المدني المصري في تفسير وتحليل نصوص الشفعة في القانون المدني الجزائري:

<sup>1</sup> - السنهوري، المرجع نفسه، ج9، ص447.

<sup>2</sup> - ينظر: إسمهان فسيو، الشفعة في القانون المدني الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، بتاريخ 31 جانفي 2019، ص46.

<sup>3</sup> - السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص452.

<sup>4</sup> - أسماء تخونني، المرجع السابق، ص15.

بالرجوع إلى نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>، نجد أن المشرع اعتبر الشفعة رخصة تحول للشفيع الحق في أن يمتلك العقار المشفوع فيه، بإرادته المنفردة، وذلك بأن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة، فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ويتحول حقه في أن يمتلك هذا العقار إلى حقه في ملكيته، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة 807 منه<sup>3</sup> أن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط إذا تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، وبذلك يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد ثبوت حقه في الشفعة وقبل ثبوت حقه فيها صراحة أو ضمنا، وهو ما يدل على أن حق الشفعة متصل بشخص الشفيع ولصيق به، إن شاء أخذ بها وإن شاء لا يأخذ بها<sup>4</sup>. ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامي، نرى أن المذهب الفقهي الذي هو أقرب إلى المبادئ العامة للقانون المدني هو المذهب الحنفي، فهو يقول عن الشفعة إنها إرادة ومشئئة، وهذه الإرادة أو المشئئة هي التي يعبر عنها في القانون بأنها رخصة أو هي المنزلة الوسطى ما بين الرخصة والحق<sup>5</sup>.

ومن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني بعد التعديل، وبالرجوع إلى شروح القانون المدني المصري، يجب القول إن الشفيع في الحالة التي نحن بصددتها، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري، لم يثبت له حق في العقار المشفوع فيه، وليست الشفعة في هذه المرحلة إلا رخصة، أو هي منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق، وسواء كانت رخصة أو كانت منزلة وسطى، فهي لم تكسب الشفيع بعد حقا كاملا في العقار المشفوع فيه<sup>6</sup>.

بناء على هذه الاعتبارات، فإن المشرع الجزائري يذهب إلى عدم انتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع، إذا مات قبل أن يستعمل حقه في الشفعة، أما إذا مات الشفيع بعد أن يكون استعمل حقه في الشفعة، بأن يكون قد أعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته، يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه، وحل بإعلان هذه الرغبة محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا مع البائع، ولا شك في أنه إذا مات بعد ذلك، انتقل حقه هذا، أي حق ملكية العقار المشفوع فيه، إلى ورثته.

<sup>1</sup> - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م المعدل والمتمم (ج ر ع 44، السنة 42، الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005م).

<sup>2</sup> - ينظر: السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص447؛ وأحمد دغيش، المرجع السابق، ص51.

<sup>3</sup> - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م المعدل والمتمم (ج ر ع 44، السنة 42، الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005م).

<sup>4</sup> - إسمهان فسيو، شروط الأخذ بالشفعة، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 3، رقم 5، 2014/06/01، ص185

<sup>5</sup> - السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص469.

<sup>6</sup> - السنهوري، المرجع نفسه، ج9، ص469.

ونقول في الأخير بأن مسلك القانون المدني في عدم انتقال حق الشفعة لورثة الشفيع، يتفق في مبدئه مع المذهب الحنفي، لكن في منتهاه، أخذ برأي الحنابلة والظاهرية، الذين يشترطون إبداء الرغبة في المطالبة بحق الشفعة لانتقال هذا الحق لورثة الشفيع، دون أن يشترطوا القضاء له به كما يذهب إليه الحنفية.

## 5. خاتمة:

بعد دراسة الموضوع من كل جوانبه في الفقه الإسلامي والقانون، حيث مهدنا بالتعريف بحق الشفعة ومشروعيتها في الفقه والقانون، بينا آراء الفقهاء في انتقال حق الشفعة للورث، وحددنا سبب الخلاف بينهم، ذكرنا موقف الفقه القانوني من طبيعة الشفعة، وما اختاره المشرع الجزائري؛ بعد هذا كله، فإننا نصل إلى ذكر النتائج التي توصلنا إليها وهي:

1- أن حق الشفعة يثبت لورثة الشفيع في بعض الحالات ليست محل نزاع وهي: (1) إذا مات الشفيع بعد رفع دعوى الشفعة، فإن ورثته يحلون محله في الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق؛ (2) إذا صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه، فإن ملكية هذا العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته؛ (3) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة، ولكن لا بطريق الاستحلاف عن المورث، بل بطريق الأصالة عن أنفسهم.

2- أن الخلاف قائم في الفقه الإسلامي في حالة موت الشفيع قبل مطالبته بالشفعة أو قبل رفع دعوى للمطالبة بها، وذلك لاختلاف الفقهاء في تكييف حق الشفعة، هل هو صفة للعاقدة وموجب ذلك أن لا يورث إلا بإبداء رغبته وهو قول الحنابلة والظاهرية، أو برفع الدعوى للمطالبة به وهو قول الحنفية؛ أم هو صفة للعقد باعتبار أن الشفعة تتعلق بالعقار المشفوع فيه وموجب ذلك أن يورث، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية.

3- أن الفقه القانوني كما الفقه الإسلامي انقسم حول طبيعة الشفعة بين من يعتبر حق الشفعة مجرد رخصة للشفيع لصيقة بشخصه، وعليه فلا تنتقل إلى ورثته إذا مات قبل ابداء رغبته في الأخذ بالشفعة، وبين من يعتبر حق الشفعة ثابت للشفيع لصالح العقار المشفوع فيه، وعليه ينتقل هذا الحق إلى ورثته لانتقال العقار إليهم ودفع الضرر عنهم، ولو مات الشفيع قبل ابداء رغبته أو المطالبة به.

4- أن المشرع الجزائري نزع إلى اعتبار حق الشفعة رخصة للشفيع دون غيره، ولا يثبت لورثته إلا إذا أبدى الشفيع قبل موته الرغبة في المطالبة به، كما يقول الحنابلة والظاهرية، ولا يشترط القضاء له به.

وفي الأخير نوصي وندعو المشرع الجزائري إلى النص صراحة على انتقال حق الشفعة إلى الورثة من عدمه، وأن لا يترك ذلك للاجتهاد الفقهي أو القضائي، وأن يحذو حذو بعض القوانين العربية التي نصت على ذلك، رغم تبنيها لنصوص القانون المدني المصري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - كما فعل المشرع الأردني في المادة 1185، والمشرع السوداني في المادة 622، والمشرع الإماراتي في المادة 1291، والتي نصت كلها على سقوط حق الشفعة بموت الشفيع. ينظر: أسماء تخونني، المرجع السابق، ص33.

## 6. المصادر والمراجع:

## المؤلفات:

- ابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، دار ابن حزم، بيروت، ط1، سنة 1431هـ / 2010م.
- ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1419هـ / 1989م.
- ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.ط، سنة 1357هـ / 1983م.
- ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر بيروت، د.ط.ت.
- علي الخفيف، الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، سنة 1416هـ / 1996م.
- ابن رجب الحنبلي، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط.ت.
- ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1408هـ / 1988م.
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، سنة 1425هـ / 2004م.
- محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1، سنة 1350هـ / 1930م.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.ط.ت.
- جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ودار القبلة، جدة، ط1، سنة 1418هـ / 1997م.
- فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، سنة 1313هـ / 1893م.
- محمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، سنة 1414هـ / 1993م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، سنة 1968م.
- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط.ت.
- القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1، سنة 1420هـ / 1999م.
- القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، تحقيق علي بورية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، سنة 1430هـ / 2009م.
- شهاب الدين القراني، الذخيرة، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1415هـ / 1994م.
- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، د.ط، سنة 1388هـ / 1968م.
- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، سنة 1406هـ / 1986م.
- أبو عبد الله المازري، شرح التلقين، تحقيق محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1428هـ / 2008م.
- أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1419هـ / 1999م.
- مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، الكويت، د.ط.ت.
- أبو الحسن المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط.ت.
- ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1418هـ / 1997م.

- منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط.ت.
- منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ط1، سنة 1414هـ/1993م.
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، سنة 1414هـ/1993م.
- شهاب الدين النفاوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، د.ط، سنة 1415هـ/1995م.
- كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د.ط.ت.

#### القوانين:

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق ل 20 يونيو 2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري. (ج ر ع 44، السنة 42، الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق ل 26 يونيو سنة 2005م).

#### الرسائل الجامعية:

- أسماء تخوني، النظام القانوني للشفعة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2008.
- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2008/2007م.
- إسمهان فسيو، الشفعة في القانون المدني الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، بتاريخ 31 جانفي 2019م.

#### المقالات:

- أحمد دغيش، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد 11، مارس 2008، ص 44-62.
- إسمهان فسيو، شروط الأخذ بالشفعة، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 3، رقم 5، 2014/06/01، ص 183 - 210.