

كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية بتونس

السّداسي الثاني من السنة الجامعية 2021/ 2022
محاضرات المنهجية للسنة الأولى من الإجازة
المادة : قانون الأموال

المشرف على الدّرس: الأستاذ عبد المجيد الزّروقي.

الفريق البيداغوجي: ريم هلال، زهرة مشيرقي، عزّة عوري، قيس العيّاري، نادية بلال، سارة نصير، مريم غدامسي و ختام حفيظ.

الشفعة

1- التشريع :

1. مجلة الحقوق العينية: الفصول من 103 إلى 115.

2- الفقه :

حاتم محمّدي، الشفعة في الفقه الإسلامي، الشفعة في القانون التونسي (أعمال ملتقى نظمتها كلية الحقوق بصفاقس يومي 6 و 7 فيفري 2015، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2017، ص 35 و ما بعدها.
أحمد دغيش، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، العدد الحادي عشر، ما رس 2008، ص 44 و ما بعدها. (مقتطف).

للاطلاع:

- جعفر الرّبعاعي، هل تبقى أجال الشفعة مفتوحة إن لم يقع إثبات حالة تعدّر الإعلام؟، الأخبار القانونية، عدد جويلية/ سبتمبر 2018، ص 29.
- نعمان الرقيق، الشفعة في القانون التونسي، أعمال ملتقى كلية الحقوق بصفاقس حول الشفعة أيام 6 و 7 فيفري 2015، مجمع الأطرش للكتاب المختص.
- نعمان الرقيق، " هل تنفذ القراءة الجديدة للفصل 111 من مجلة الحقوق العينية الشفعة؟"، مجلة القضاء و التشريع، فيفري 2014، ص 67.
- نجاة إعمار، النظام القانوني لدعوى الشفعة : مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بصفاقس، 2013.
- جهاد محمود الأشقر مسقطات الشفعة : في الفقه الإسلامي و القانون المدني، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009.
- عفاف الغرياني، "خواطر حول الفصل 115 جديد من م ح ع"، مجلة الأحداث القانونية التونسية، 2006، ص 69.
- جهاد الكسواني، " تعليق على الفصل 115 م ح ع المتعلق بالشفعة"، مجلة الأخبار القانونية عدد 312، 10 ماي 2006، ص 34 و ما بعدها.
- أنور طلبة، الشفعة و التحيل لإسقاطها : أسباب الشفعة، التزاحم و المفاضلة بين الشفعاء، الشفعة عند توالى البيوع، مصر : المكتب الجامعي الحديث، 2004، المكتبة القانونية.
- محمد كمال شرف الدين، ملاحظات حول القرار التعقيبي المدني المؤرخ في 10 ماي 1994، ص 225 و ما بعدها.
- محمد كمال شرف الدين، ملاحظات حول القرار التعقيبي المدني الصادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 07 جانفي 1992 تحت عدد 10488، المجلة القانونية التونسية، 1992، ص 141.
- محمد العربي هاشم، "خواطر حول الشفعة و حق الأولوية في الشراء"، المجلة القانونية التونسية، 1992، ص 13.

3- فقه القضاء، قرار تعقيبي مدني عدد 25011 مؤرخ في 2018/03/08.

- قرار تعقيبي مدني عدد 31497 مؤرخ في 27 مارس 2012، مجلة القضاء و التشريع عدد 06، جوان 2013، ص 125.
- قرار تعقيبي مدني عدد 68172 مؤرخ في 04 جوان 2009، مجلة القضاء و التشريع عدد 05، ماي 2010، ص 129.
- قرار تعقيبي مدني عدد 3486 مؤرخ في 12 جانفي 2006، نشرية محكمة التعقيب 2006، ص 333.
- قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 10488 مؤرخ في 07 جانفي 1992، م ق ت لسنة 1992، ص 135 / المجلة القانونية التونسية لسنة 1992، ص 141.

4- أهداف المحور:

أهداف أصلية:

- الإحاطة بالنّظام القانوني للشفعة (شروطها الأصلية و الإجرائية و آثارها خاصة على الملكية).

أهداف المنهجية:

العمل على ترسيخ منهجية الموضوع التطبيقي لدى الطالب./ التدريب على الموضوع النظري (جملة ناقصة، مفهوم واحد).

5 التمرين: موضوع تطبيقي : تعليق على الفصل 103 من م ح ع

موضوع نظري : الشفعة

I - التشريع

الباب الرابع: الشفعة القسم الأول: شروط الشفعة

الفصل 103

الشفعة حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في الفصول الآتية.

الفصل 104

يعد شريكا على معنى الفصل السابق :أولاً: كل مالك أو وارث لحصة مشاعة من عقار مشترك .ثانياً: مالك الهواء بالنسبة للأرض المبيعة .ثالثاً: مالك الأرض بالنسبة لهوائها المبيع .رابعاً: كل شريك في دار معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات استقل بجزء منها دون بقيتها .

الفصل 105

الشفعة في المناب المبيع تنسحب على الحقوق التابعة له وإذا بيعت الحقوق التابعة دون الأصل جازت الشفعة فيها خاصة .

الفصل 106

لا شفعة للجار على جاره .

الفصل 107

لا شفعة للشريك على شريكه .

الفصل 108

لا تجوز الشفعة :أولاً : إذا حصل البيع بالمزاد العلني طبق القانون .ثانياً: إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين

الفصل 109

إذا تعدد الشفعاء بالنسبة لعقار واحد تعيينت مراتبهم على الوجه الآتي :أولاً: ملك الأرض بالنسبة لمالك هوائها والعكس بالعكس .ثانياً: الورثة المشتركون في ميراث .ثالثاً: المشتركون في الملك الشائع أو في الدار في الصورة المنصوص عليها بالفصل 104 . وبالنسبة للصنفين الأخيرين يقدم النصيب الأوفر في العقار . وإذا تساوت الأنصباء تعين الترتيب بالقرعة .

الفصل 110

حق القيام بالشفعة يمتد إلى ورثة الشفيع

القسم الثاني إجراءات الشفعة

الفصل 111

على القائم بالشفعة أن يقدم دعواه مصحوبة بما يفيد أنه عرض على المشتري كامل ثمن المبيع ومصاريف العقد أو أنه عند امتناع المشفوع عليه أمن ذلك بصندوق الأمان والودائع ولا يتوقف هذا التأمين على إذن المحكمة . وكل شرط يرمي إلى جعل الثمن مجهولاً يعد لاغياً .

القسم الثالث آثار الشفعة

الفصل 112 يحل الشفيع إزاء البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته

الفصل 113 غلة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت القيام بدعوى الشفعة . وعلى الشفيع المصاريف الضرورية والتحسينية التي بذلها المشتري

الفصل 114 لا تمضى على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة

القسم الرابع: سقوط الشفعة

الفصل 115 (نقح بالقانون عدد 29 لسنة 2006 المؤرخ في 15 ماي 2006)

يجب على المشتري إعلام الشفيع بالشراء بواسطة عدل تنفيذ مع بيان الثمن والمصاريف . ويسقط حق القيام بدعوى الشفعة بعد مضي شهر من تاريخ محضر إعلامه . وفي صورة تعذر الإعلام فإن القيام بدعوى الشفعة يسقط بمضي ستة أشهر من يوم ترسيم العقد بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات المسجلة الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم ومن يوم تسجيل العقد بالقبضة المالية بالنسبة للعقارات المسجلة غير الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم أو العقارات غير المسجلة.

II- الفقه

الشفعة في الفقه الإسلامي

حاتم محمدي (*)

تعتبر الشفعة تقنية هامة تتصل بأسباب اكتساب الملكية ولهذا لا يكاد يخلو أي كتاب من كتب الفقه الإسلامي من التعرض لها وشرح مباحثها والإحاطة بجميع جوانبها. والمقصود بالفقه الإسلامي في هذا الإطار جملة الآراء والاجتهادات الصادرة عن الفقهاء المسلمين والمتصلة بالعبادات والمعاملات⁽¹⁾.

وعرّفت الشفعة تعريفات عديدة فيها شيء من الاختلاف. فهي عند الحنابلة «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المتقلّة عنه من يد من انتقلت إليه»⁽²⁾. وهي عند الشافعية «حق تملك قهري يثبت للشريك

(*) أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار.

(1) يعرف الشافعي الفقه بأنه «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية». وهبة

الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط. 2، دمشق، دار الفكر، 1985، ج 1، ص 16.

(2) موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط. 3، الرياض، دار

القديم على الحادث فيما ملك بعوض⁽³⁾. وهي عند الحنفية «تملك البقعة جبرا على المشتري بها قام عليه»⁽⁴⁾. وهي عند المالكية «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثلث»⁽⁵⁾. وهي عند غيرهم انتقال حصة الشريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى⁽⁶⁾. ويتضح من هذه التعريفات المتعددة أن للشفعة طبيعة نافذة للحق ولكنها تنقله جبرا للشريك الشفيع.

ومشروعية الشفعة ثابتة بالحديث. فقد جاء في الموطأ في كتاب الشفعة «حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه»⁽⁷⁾. وهي ثابتة أيضا بإجماع أهل العلم بالنسبة إلى الشريك إذا باع شريكه حصته

حسن إسماعيل، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ج 5، ص 60: «استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها».

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مُغْنِي الْمُحْتَاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بيروت، دار المعرفة، 1997، ج 2، ص 382.

- أبو يحيى زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج 1، ص 237. (معطيات النشر غير مذكورة).

(4) محمد بن حسين بن علي الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ط 1، المطبعة العلمية، ج 8، ص 143. (غير مؤرخ).

- المحصن، الدر المختار، ط 2، بيروت، دار الفكر، 1386 هـ، ج 6، ص 216.

- أحمد إبراهيم بك، المعاملات المالية الشرعية، القاهرة، دار الأنصار، 1936، ص 52. وقد ورد لديه التعريف التالي: «الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بها قام عليه من الثمن والمؤن».

(5) محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411 هـ، ج 3، ص 475.

(6) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح متنقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ج 5، ص 372.

في الدور والأرض ينأي في الدار والبستان. وأجمع أهل العلم على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فالشفعة لا تكون إلا في المشاع⁽⁸⁾.

والغاية من مشروعية الشفعة هي دفع الضرر عن الشريك إذا باع الشريك الآخر حصته في الشيء المشاع إلى أجنبي. فهذا المشتري الدخيل قد يكون سعي المعاملة أو المعاشرة وهناك من هو أحق منه بالصفقة وهو الشريك الشفيع. وهذه الغاية من الشفعة تتفق مع الأصول العامة للشرعية الإسلامية وتحديدًا مع قاعدة «لا ضرر ولا ضرار». فالأخذ بالشفعة يدفع الضرر عن الشفيع وقد لا يلحق أي ضرر بالبايع وفيه ما يضمن عدم إلحاق ضرر كبير بالمشتري الذي سيسترجع الثمن المدفوع منه.

ولتحقيق هذه الغاية أحاط الفقهاء المسلمون الشفعة بعدد القواعد التنظيمية والتفصيلية حتى تكون الشفعة بحق تطبيقًا أمينًا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار. تدفع الضرر عن البعض ولا تلحق الضرر بالبعض الآخر أو على الأقل لا تلحق به إلا ضررًا بسيطًا. ويتبين من الآراء والاجتهادات الفقهية أن قواعد الشفعة تتمحور حول فكرتين رئيسيتين: فكرة التوسع (I) وفكرة التيسير (II).

I- التوسع

يتعلق التوسع بأصحاب الحق في الشفعة أي الشفيع (أ) وبمحل الشفعة أي المشفوع فيه (ب).

أ- أصحاب الحق في الشفعة

خلافاً للقانون التونسي الذي حدد أصحاب الحق في الشفعة وحصرهم في الفصل 104 م.ح.ع.⁽⁹⁾ توسّع الفقه الإسلامي في أصحاب الحق في

(8) أبو الحسن ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق حسن بن فوزي الصّبيدي، القاهرة، 2007.

الشفعة. وتختلف درجة هذا التوسع بين رأي جمهور الفقهاء ورأي المذهب الحنفي.

فبالنسبة إلى رأي الجمهور تثبت الشفعة لكل شريك لم يقاسم. فالمالكية يشترطون في الشفيع أن يكون شريكا⁽¹⁰⁾. وهذا هو أيضا مذهب الشافعية والحنابلة.

وتثبت الشفعة عند الجمهور للمسلم على الذمي وللذمي على المسلم عدا الحنابلة الذين قالوا إن الشفعة لا تثبت للذمي في بيع عقار لمسلم استنادا إلى حديث «لا شفعة لنصراني»⁽¹¹⁾. ولم يأخذ الجمهور بهذا الحديث لأنه ضعيف.

وبالنسبة إلى المذهب الحنفي توسّع أكثر في أصحاب الحق في الأخذ بالشفعة. فزاد على الشريك الجار. فأوجب الشفعة للشريك في المبيع نفسه أو في حق من حقوق الارتفاق الخاصة كحق الشرب والطريق. وأوجب الشفعة للجار الملاصق للمبيع ولو كان باب داره من جهة أخرى⁽¹²⁾، وذلك استنادا إلى جملة من الأحاديث منها «جار الدار أحق بصقبه» و«جار الدار أحق بدار الجار والأرض» و«الجار أحق بشفعته».

وقد أخذ المشرع التونسي برأي الجمهور فنص الفصل 106 م.ع.ح. على أنه «لا شفعة للجار على جاره». أما القانون المصري فقد أخذ برأي الحنفية وحوّل للجار الحق في الشفعة في عدة صور في المادة 936 (هـ).

ثانيا: مالك الهواء بالنسبة للأرض المبيعة.

ثالثا: مالك الأرض بالنسبة هوائها المبيع.

رابعا: كل شريك في دار معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات استقل بجزء منها دون بقيتها.

(10) ابن جزى، القوانين الفقهية، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 188، [غير مؤرخ].

(11) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 801.

(12) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 801.

ولما كانت الشفعة قيّدا لحرية التصرف وثبتت على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد النص. وبالتالي يكون موقف الجمهور والمشرع التونسي هو الأرجح مقارنة بالموقف الثاني الذي يبيح الشفعة للجار. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الحديث الأول غير صريح في الشفعة لأنه يستعمل عبارة «الصقب». وقد يكون المقصود به مجرد الإحسان إلى الجار وصلته. أما بقية الأحاديث فيراد بلفظ الجار الشريك⁽¹³⁾.

ونجد في المذهب الشافعي توسّعا من زاوية أخرى. فالشافعية الذين أقرّوا، خلافا لبقية المذاهب بالذمة المالية لغير الشخص مثل المسجد أو المستشفى، اعتبروا المسجد بمنزلة حر يملك فأثبتوا له الملك وحق الأخذ بالشفعة. ويرجع هذا التوسّع إلى تبني الشافعية لتعريف عام للذمة المالية بأنها «معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام»⁽¹⁴⁾.

ب- محل الشفعة

المقصود بمحل الشفعة المال المشفوع فيه. وفي الفقه الإسلامي يجب أن تتعلق الشفعة بعقار وأن تكون الحصّة من ذلك العقار قد انتقلت من الشريك إلى غيره. ويلاحظ وجود توسّع في هذين العنصرين مقارنة بالقانون الوضعي.

بالنسبة إلى العنصر الأول المتمثل في وجوب أن تتعلق الشفعة بعقار. في القانون المدني التونسي يجب أن يكون المشفوع فيه عقارا. وفي الفقه الإسلامي اتفقت المذاهب الأربعة على أن الشفعة لا تكون إلا في العقار المبيع وهو الدار أو الأرض أو البستان أو البئر. وعلى هذا قرر الجمهور

(13) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 801.

(14) انظر حول هذه المسألة: حاتم محمدي، دروس في القانون المدني، ج 1: قانون الأموال، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2012، عدد 30، ص 28. والمراجع المذكورة.

أنه لا شفعة في المنقول كالحيوان والثياب استنادا إلى أن الرسول ﷺ قضى بالشفعة في أرض أو ربع أو حائط (بمعنى بستان).

إن التوسع في هذا الإطار يتعلق أولا بالقواعد التفصيلية المحددة للمحل ويتعلق ثانيا بأحد المذاهب الذي قال إن الشفعة تثبت في العقار والمنقول على حد سواء.

فيما يتعلق بالقواعد التفصيلية اختلفت المذاهب بين موسع ومضيق لمحل الشفعة على النحو التالي:

- ألحق الحنفية بالعقار حقوق الارتفاق الخاصة به فقالوا إن الشفعة تثبت فيها كحق الشرب (النصيب من الماء في نوبة مالك الأرض) وحق المرور وخالفهم المالكية في ذلك حيث اعتبروا أنه لا شفعة في الطريق المشتركة أو الساحة المشتركة إذا كان متبوعهما من البيوت قد قسم بين الشريكين إذا بقي التابع مشتركا بينهما لأنه كان تابعا لما لا شفعة فيه⁽¹⁵⁾.

- كما ألحق الحنفية بالعقار العلو. فإذا بيع علو دار كان لصاحب السفلى طلب أخذه بالشفعة وإن لم يكن طريقه من السفلى، لأن العلو يبقى على الدوام فصار كالعقار فتستحق الشفعة فيه⁽¹⁶⁾، ولأنه أيضا لا فرق في العقار بين كونه سفلا أو علوا. ولم يميز الشافعية في الأصح والحنابلة الشفعة في العلو لأن البناء يرتكز على السقف والسقف الذي هو أرض البيت لا تثبت له فيأخذ حكم المنقولات⁽¹⁷⁾. وفي المذهب المالكي لا شفعة لمن له علو دار والآخر أسفلها إذا باع أحدهما حصته لأنها متجاورين وليسا بشريكين⁽¹⁸⁾.

(15) صادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط. 1، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ج 4، ص 171.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 797.

(16) أحمد إبراهيم بك، المعاملات المالية الشرعية، مرجع سابق، ص 58.

وبناء على ما تقدم يبدو أن المشرع التونسي قد أخذ الحكم الوارد في الفصل 104 رابعا م.ح.ع. من المذهب الحنفي ولكنه عدل شروط تطبيقه بأن اشترط وجود الاشتراك على النحو التالي: «كل شريك في دار معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات استقل بجزء منها دون بقيتها».

- توسع المالكية وأجازوا الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلا عن الأرض لأن كلا منهما عندهم عقار. أما عند الجمهور فلا شفعة فيما ليس بعقار كالبناء والشجر المفرد عن الأرض فإن كان تابعا للأرض وجبت الشفعة فيه، بل وبالعالمية في التوسع أكثر فأجازوا الشفعة في الثمار (الخضر والغلال) مما له أصل تجنى ثمرته ويبقى في الأرض وقتا ما. فإذا باع أحد الشريكين في الأرض نصيبه منها ولو مفردا عن أصله فلا آخر أخذه بالشفعة⁽¹⁹⁾.

وبالنسبة إلى المذهب الذي يميز الشفعة في العقار والمنقول على حد سواء، فإنه المذهب الظاهري. فقد بلغ التوسع في هذا المذهب مدى كبيرا حيث أثبت ابن حزم الشفعة في العقار وحتى في المنقول سواء أكان المنقول متصلا بالعقار أم منفصلا عنه وسواء بيع مع العقار أم بيع مستقلا عنه⁽²⁰⁾. ودليله في هذا الرأي أن النبي ﷺ قال «الشريك شفعي، والشفعة في كل شيء»⁽²¹⁾. وقد أخذ الجمهور بحديث آخر للرسول «لا شفعة إلا في ربع أو حائط»⁽²²⁾. وفي رواية أخرى «لا شفعة إلا في دار أو عقار»⁽²³⁾.

(19) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 799.

(20) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري [384 - 456 هـ]، المُحَلَّل في شرح المُجَلَّى بالحجج والآثار، اعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، عدد 1594، ص 1353 (غير مؤرخ).

(21) رواه الترمذي في سننه، والبيهقي عن أبي هريرة السكري، مرفوعا عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(22) أن

وقد نقل عن مالك قوله إنه خالف جمهور الفقهاء قائلًا إن الشفعة تصح في السفينة لأنها لأحد مسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الآخر ولكن هذا القول لم يصح عن مالك وبه يتبين أن المذاهب الأربعة متفقة على عدم الشفعة في السفينة لأنها منقول⁽²⁴⁾. وقول الإمام مالك بصحة الشفعة في السفينة اعتمده المشرع التونسي في الفصل 21 م.ت.ب.⁽²⁵⁾.

وبالنسبة إلى العنصر الثاني يشترط أن تنتقل الحصة أو المناب في العقار إلى المشتري عن طريق بيع صحيح وهذا هو رأي جمهور الفقهاء الذي اعتمده المشرع التونسي⁽²⁶⁾. ولكن هذا العنصر مشمول أيضا بفكرة التوسع التي انتهجها الفقه الإسلامي لأن البيع في الفقه الإسلامي له مفهوم واسع فهو مبادلة مال بمال خلافا لموقف القانون الوضعي الذي يتبنى مقارنة بالفقه الإسلامي مفهوما ضيقا للبيع (الفصل 564 م.أ.ع). وعلى هذا الأساس يشترط في المذهب المالكي أن يخرج الشريك ملكه إلى الغير بمعاوضة إما مالية كالبيع وهبة العوض ومناقلة عقار بعقار مثله (عقد المعاوضة في قانوننا) وإما بمعاوضة غير مالية كأن تعطي الزوجة للزوج حصة عن خلع أو يعطي الزوج لزوجته حصة من عقار في صداقها⁽²⁷⁾. ويرى الشافعي في نفس الاتجاه إن الشفعة واجبة في كل ذلك لأن هذه المعاوضات متقومة فيأخذ الشريك الشفيع من الدار أو من الأرض بقيمتها⁽²⁸⁾. وعلى العكس من ذلك لم يتجه الفقه الحنفي هذه المرة إلى التوسع الملاحظ سابقا معتبرا أنه

(24) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 798.

(25) ينص هذا الفصل على ما يلي: «لكل شريك في ملكية السفينة أن يحيل للغير حصته فيها دون إذن من بقية الشركاء إلا أن لهم الحق في طلب ضمها إلى حصصهم خلال الخمسة عشر يوما الموالية لإعلامهم بوقوع الإحالة».

(26) راجع: حاتم عمدي، قانون الأموال، مرجع سابق، عدد 275، ص 203.

(27) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 165. وعلى العكس لا شفعة نيا

لا شفعة إلا إذا كان العقار قد انتقل بسبب البيع فقط أما إذا انتقل الملك بسبب غير البيع فلا شفعة أصلا كالحبة والصدقة والمهر والخلع والوصية والميراث⁽²⁹⁾.

إن منهج الفقه الإسلامي في النظر إلى الشفعة اتسم بالتوسع الذي قد تفاوت من مذهب إلى آخر وقد اتسم أيضا بالتيسير في العديد من الجوانب.

II - التيسير

يتعلق التيسير الذي تنبني عليه الشفعة بطلب الشفعة (أ) وبحكمها (ب).

أ - طلب الشفعة

تبدو إجراءات الشفعة ميسرة مقارنة بالقانون الوضعي⁽³⁰⁾ فالشفيع في الفقه الحنفي ملزم بالقيام بطلبات ثلاثة:

- طلب الموائبة أي أنه يشهد في مجلسه عند علمه بالبيع على أنه يرغب في الشفعة لقوله ﷺ «الشفعة لمن واثبها». وهذا الطلب ليس لإثبات الحق بل ليعلم أن الشفيع غير معرض عن الشفعة⁽³¹⁾. وهو يصح بكل لفظ يفهم منه قصد الشفعة. ويذهب الجمهور إلى أن الشفيع عليه أن يطلب الشفعة على الفور أي إذا علم بالشفعة متى كان ذلك ممكنا فإذا علم وأخر الطلب من غير عذر سقط حقه فيها وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة والراجح في

(29) أحمد إبراهيم بك، المعاملات المالية الشرعية، مرجع سابق، ص 54. أما الهبة بشرط العوض ففيها الشفعة لأنها بيع انتهاء ولا بد من القبض وألا يكون الموهوب ولا عوضه شيئا شائعا لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء.

(30) في القانون الوضعي تتمثل الإجراءات حسب الفصلين 111 و 115 م.ع. في الإعلام وعرض الثمن أو تأمينه وتأمين المصاريف وفي رفع الدعوى خلال أجل فيه الكثير من التعقيد

مذهب الشافعي وإحدى الروايات عن أحمد وقال مالك لا تجب الشفعة على الفور بل وقت وجوبها متسع⁽³²⁾.

- طلب الإشهاد أو التقرير أي أنه يشهد عند البائع إذا كان العقار مازال في يده أو عند المشتري أو عند العقار على رغبته في الأخذ بالشفعة. وهذا الطلب ضروري لأن الشفيع يحتاج إليه في إثبات الشفعة أمام القضاء. ولو أشهد في طلب الموائبة عند البائع أو المشتري أو العقار كفاه ذلك الإشهاد وقام مقام طلبين.

- والطلب الأخير هو طلب الخصومة أو التملك وهو يتم عند القاضي وهذا الطلب لا بد منه فلا يحكم له بدونه. وخلافا للحنابلة الذين يرون الفورية في رفع الدعوى بعد الفراغ من الطلب لا يأخذ الأحناف بالفورية في طلب الخصومة طالما أن الموائبة قد تمت وكذلك الإشهاد⁽³³⁾. ورأى الشافعية أن الطلب لا يتأخر أكثر من ثلاثة أيام إلا لعذر. ومن مظاهر التيسير عند الحنفية أنه يمكن للشفيع أن يقيم الخصومة على المشتري سواء تسلم العقار من البائع أو لم يتسلمه أو على البائع قبل تسليم العقار إلى المشتري أي إذا كان المشفوع في هلايز التحتيد، ولكن حماية لحق المشتري لا تسمع البيعة على البائع في هذه الصورة حتى يحضر المشتري لأن القضاء على الغائب لا يجوز وليفسخ البيع بحضرته، لأنه المالك⁽³⁴⁾. أما عند المالكية والحنابلة فالمدعى عليه هو المشتري مطلقا⁽³⁵⁾.

ولدى القضاء إذا تقدم الشفيع إلى القاضي وطلب الشفعة سأل القاضي

المدعى عليه المشتري فإن اعترف بملكه الذي يشفع به الشفيع قضى بالشفعة لمن طلبها وإن لم يعترف يطالب القاضي الشفيع بالبيعة فإذا ثبتت بينته قضى له بالشفعة. ويفسخ القاضي شراء المشتري ولا يفسخ البيع من أصله لكي لا تبطل الشفعة لانبنائها عليه⁽³⁶⁾.

ومن مظاهر التيسير عند الحنفية والمالكية أن الشفيع له طلب الخصومة وإن لم يحضر ثمن المشفوع فيه إلى المجلس لأنه لا يستحق على الشفيع الثمن الذي دفعه لمشتري عوضا عن المبيع المشفوع فيه قبل القضاء بالشفعة ولهذا لا يشترط إحضار الثمن. ويرى الشافعية والحنابلة ضرورة إحضار الثمن عند رفع الدعوى وللشفيع في المذهب الشافعي أن يطلب إمهاله لإحضار الثمن إن لم يكن معه حال رفع الدعوى⁽³⁷⁾.

وإذا صدر الحكم بالشفعة يلزم الشفيع بأداء الثمن ولا تبطل الشفعة بتأخر دفعه.

ولا يقتصر التيسير على طلب الشفعة بل يتعدى ذلك إلى حكمها.

ب - حكم الشفعة

حكم الشفعة أو أثرها الأساسي هو تملك الشفيع للجزء من العقار المبيع رضاء إذا رضي المشتري بالشفعة ووافق عليها أو قضاء بحكم القاضي. وفي هذا نوع من التيسير على الشفيع. وفي الفقه الإسلامي وتحديدًا في المذهب الحنفي يحول المبيع من يد البائع إلى يد الشفيع. ويعتبر الأخذ بالشفعة شراء جديدا بالنسبة إلى الشفيع فله خيار الرؤية وخيار العيب ولا يتقيد بما اشترط المشتري مع البائع من إسقاط الخيار⁽³⁸⁾. وقد أخذت بعض القوانين العربية

(32) السيد سابق، فقه السنة، القاهرة، الفتح للإعلام العربي، ج 3، ص 155. (غير مؤرخ).

(33) الصديق محمد الأمين الضربير والصديق عبد الباقي، الشفعة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 مقارنا بالفقه الإسلامي، تقديم الخواص الشيخ العقاد، ط 1، بيروت، دار ومكتبة

المحلال، 1993، ص 167.

(36) أحمد إبراهيم بك، المعاملات المالية الشرعية، مرجع سابق، ص 63.

بهذا الرأي من ذلك القانون المدني الأردني في المادة 1165 / 1. أما المشرع التونسي فلم يأخذ به واعتبر أن التملك يتحقق بحلول الشريك الشفيع محل المشتري في التملك بالعقار المبيع⁽³⁹⁾. ومثله القانون المصري في المادة 1/945.

ولا يتوقف التملك على دفع الثمن أو إحضاره عند الحنفية وقال المالكية إن قال الشفيع أنا أخذ بالشفعة أجل ثلاثة أيام لإحضار الثمن فإن لم يأت به سقطت شفيعته⁽⁴⁰⁾. وعند المالكية أيضا يأخذ الشفيع الشقص من المشتري بالثمن الذي اشترى به وبمزاياه وعيوبه من ذلك أنه يحط عن الشفيع من الثمن ما حُط عن المشتري من تخفيض في الثمن⁽⁴¹⁾.

ولتحقيق التملك هناك جملة من القواعد اعتمدها الفقه الإسلامي لتيسير الأخذ بالشفعة وتحقيق أثرها الأساسي وحماية للشفيع وهي تتعلق بالتصرفات التي قام بها المشتري والإقالة واستحقاق المشفوع فيه.

فبالنسبة إلى التصرفات التي قام بها المشتري من حق الشفيع أن ينقض كل تصرف قام به المشتري في العقار فلو باع المشتري العقار أو وهبه أو تصدق به أو بنى فيه مسجدا فللشفيع إبطال كل ذلك بما في ذلك هدم المسجد⁽⁴²⁾. وعلى خلاف ذلك قرر الحنابلة أن الشفعة تسقط إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل طلب الشفعة بهبة أو صدقة أو وقف لأن في الشفعة إضرارا بالموقوف عليه والموهوب له والمتصدق عليه باعتبار أن ملكه يزول عنه بغير عوض. إلا أن المذاهب الأربعة اتفقت على جواز نقض بعض

(39) الفصلا 103 و 112 م. ح. ع. انظر: حاتم محمدي، قانون الأموال، مرجع سابق، عدد 287، ص 213.

(40) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 814.

التصرفات الناقلة للملكية وهو البيع بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقها لتعلق حق الغير بالمبيع⁽⁴³⁾.

وبالنسبة إلى الإقالة فهي لا تسقط حق الشفيع في الشفعة⁽⁴⁴⁾.

وبالنسبة إلى استحقاق المشفوع فيه قال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إذا أخذ الشفيع المشفوع فيه فظهر مستحقا أو معيبا يرجع بالثمن أو بالتعويض على المشتري ويرجع المشتري على البائع لأن الشفيع أخذ المبيع من المشتري على أنه ملكه وخالفهم الحنفية معتمدين التيسير بقولهم إن الشفيع يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري إن أخذ الشفيع المبيع منه ونقده الثمن وقد يرجع على البائع إذا كان الشفيع قد أخذ المبيع منه قبل تسليمه إلى المشتري لأنه هو الذي قبض الثمن وانتقل المبيع منه إلى الشفيع⁽⁴⁵⁾.

وهكذا ظهرت الشفعة في الفقه الإسلامي كوسيلة هامة تمكن الشفيع من اكتساب الملكية وتدفع عنه الضرر الذي قد يأتيه من الأجنبي وكانت بحق تطبيقا صادقا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار. وقد اتسمت العديد من أحكامها بالتوسع الذي اختلفت درجته من مذهب إلى آخر وقد بدا الفقه الحنفي أكثر مرونة وتوسعا في العديد من المواضع. وقد اتسمت أيضا بالتيسير على الشفيع في الأخذ بالشفعة وتحقيق أثرها الأساسي مع وضع عديد القواعد المساعدة على تحقيقه. وهذا التيسير يحتاجه القانون الوضعي بالنسبة إلى دعوى الشفعة وخصوصا في إجراءاتها وآجالها.

(43) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 834.

أحمد دغيش، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، العدد الحادي عشر، مارس 2008، ص 44 و ما بعدها.

(...)

خامسا : التمييز بين نظامي الاسترداد والشفعة

تعريف حق الاسترداد: حق الاسترداد هو حق يُخوِّله القانون للشريك في الشيوع في المنقولات بأن يسترد قبل قسمة ذلك المال الحصة الشائعة التي باعها شريكه لأجنبي، فيحل بذلك المسترد محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات حسب المادة 721 من القانون المدني الجزائري، وهو مأخوذ من القانون والفقه الفرنسيين، وأخذت به معظم التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري في المادة المشار إليها أعلاه.

وهو يقابل حق الأخذ بالشفعة في العقارات، والحكمة منه أيضا دفع الضرر عن الشركاء في المال المنقول، وعليه فإذا بيعت حصة في سفينة أو طائرة أو سيارة فلا تثبت الشفعة لأنها منقولات تخضع لنظام الاسترداد، وسواء كان منقولا بحسب الأصل والطبيعة، أم منقولا بحسب المال، كما في حالة بيع البناية بعد هدمها والأشجار بعد قطعها(37).

مع الإشارة إلى أن حق الاسترداد في المنقولات يثبت فقط عند الشيوع، بخلاف الشفعة تثبت في الشيوع وغيره كالجوار.

كما أن الاسترداد يشمل المنقول أو المجموع من المال، ولو اشتمل هذا المجموع على العقار أي: تكون هناك عقارات مختلطة مع المنقولات لتشكل في مجملها ملكية شائعة، فحق الاسترداد إذا ملازم للشيوع فقط(38).

ويثبت هذا الحق مع توفر شروط معينة وهي:

أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من المال أو في منقول معين بالذات، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء في الشيوع، وأن يصدر البيع إلى أجنبي عنهم، مع احترام الإجراءات القانونية المحددة في ذلك.

(35) - القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49.

(36) - راجع المواد: 57.55.28.27، من قانون التوجيه العقاري المشار إليه أعلاه.

(37) - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 224.

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 65.

(38) - موسوعة الفقه و القضاء للدول العربية، ج 20، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ص 145.

ويوجد أيضا ضمن ما يعرف بحق الاسترداد المشار إليه أعلاه، استرداداً من نوع آخر وهو استرداد الحق المتنازع عليه، حيث منحه القانون للطرف الثاني في النزاع، الذي بموجبه يحل محل المشتري لشراء الحق المتنازع عليه، سواء كان منقولاً أم عقاراً، وهذا في مقابل أن يرد له الثمن و المصاريف التي صرفت في ذلك.

والحكمة منه في هذه الحالة هو سعياً من المشرع لمنع المضاربة وحسم المنازعة وعدم تهريب الأموال حتى لا يصعب التنفيذ بعد صدور الحكم النهائي بشأنها. وذلك لأن الغالب فيمن يشتري حقاً متنازعا فيه هو سعيه للمضاربة فيه والتحايل على القضاء وعندما تمكن الطرف الآخر في النزاع من استرداد ذلك الحق المتنازع عليه وإبقائه لدى أحد أطراف النزاع نُفِذَتْ على ذلك المضارب قصده (1).

ومما سبق وبعد تفحص أحكام الشفعة وأحكام الاسترداد في المنقولات بالمفهوم السابق، نجد بأن طبيعة الاسترداد في المنقول الشائع أو في المجموع من المال (2) هي نفسها طبيعة الشفعة في العقارات الشائعة.

ومن هنا يرى بعض الفقهاء في هذا المجال بأن الشفعة ما هي إلا استرداد يثبت في العقار وبأحوال خاصة و شروط معينة (3).

ولأجل ذلك نجد بعض التشريعات العربية التي تأثرت نوعاً ما بالفقه الإسلامي، ومنها القانون المدني اليمني والقانون المدني الكويتي، فنصا على أن الشفعة جائزة في العقار والمنقول معا لاعتبار أن كلا التنظيمين من طبيعة واحدة سواء تعلق الأمر بالشفعة أو بالاسترداد.

هذا مع أن البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بثبوتها في المنقول أيضاً على رأي الحنابلة والظاهرية وبعض أئمة الفقه الآخرين (4).

وعليه ترى هذه التشريعات من أنه لا فائدة للفرقة بين المنقول والعقار في سبيل الأخذ بالشفعة لأنه في جميع الأحوال تكون الحكمة واحدة، وهي جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد، وعدم تجزئة المجموع من المال، ودفع الضرر الحاصل للشريك.

ومن هنا تقتضي الحكمة في رأيهم الأخذ بالشفعة عند بيع العقار أو المنقول على حد سواء (5).

(1) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 203.
(2) يقرر المشرع الجزائري من خاتمة م 721 من القانون المدني حق الاسترداد في المنقولات الشائعة أو في المجموع من المنقول أو في العقار، وهو مطابق لنص المادة 833 مدني.

إلا أن المشرع الجزائري أضاف كلمة (العقار) إلى جانب المنقول لتدخل في معنى المجموع من المال أي سواء كان عقاراً أو منقولاً، إلا أن القانون المصري لم يذكر عبارة (العقار) وهو ما دفع بعض الباحثين إلى القول بثبوت الشفعة في العقار والمنقول في القانون الجزائري.

وهذا كما ذكرنا سابقاً لوجود التشابه الكبير بين حق الاسترداد في المنقول الشائع والحقوق المتنازع عليها وبين حق الأخذ بالشفعة في العقارات، راجع في هذا الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية – المرجع السابق، ص 182.

(3) عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص 481-482.

(4) منهم عطاء الظاهري والإمام الفقيه والمحدث جابر رضي الله عنه.

(5) الدكتور: عبد الله محمد علي صالح، المرجع السابق، ص 63.

وبناء على ما سبق بشأن تبين الحكمة من قصر المشرع الشفعة على العقارات فقط دون المنقولات يمكن القول اختصاراً بأن الشفعة في أحكامها وقواعدها وإجراءاتها وكذا الأهداف والغاية منها، تختلف بدرجة كبيرة عن نظام الاسترداد الوارد في المنقولات والمقتبس من القانون الفرنسي، وبخاصة ما تعلق بنطاق هذين النظامين، فالشفعة نظام واسع وشامل لجميع أنواع العقارات والملكيات، فهو يشمل الشيوع وكذا الجوار.

إلا أن الاسترداد نطاقه فقط في الشيوع، لأنه لا فائدة منه في الجوار لاعتبار المنقول مال متحرك طبيعته لا تقتضي الجوار.

وبالرغم من أنه يوجد بعض التشابه فيما يخص اتحاد الحكمة، وهي دفع الضرر عن الشريك بالشيوع في كليهما، لذا نرى بإمكاننا تطبيق أحكام الشفعة الخاصة بالشيوع عند بيع حصة شائعة في المنقول أو المجموع من المال، وتدخل بذلك أحكام المادة 721 ق مدني السابق نكرها ضمن أحكام مواد الشفعة الخاصة بالعقارات ليصبح نظاماً واحداً يسري على المنقولات الشائعة والعقارات على حد سواء، مع الإبقاء على نظام الاسترداد في الحقوق المتنازع عليها، باعتبارها نظاماً استثنائياً خاصاً يرد على المنقولات والعقارات معا وهو ما تضمنته المواد من (400-403) من القانون المدني.

III- فقه القضاء + نماذج

الجمهورية التونسية

محكمة التعقيب

قضية عدد 25011

تاريخ الحكم 2018/03/08

الحمد لله وحده

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ ... بتاريخ 2015/4/3،

نيابة عن: شركة ح. أ. في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها ...

ضد: ل. ك.

2- ر. ك.

3- أ. ك.

4- ه. ك.

نائبهم الأستاذ ...

طلعنا في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 64319 بتاريخ 2014/10/28 القاضي "نهائيا بقبول الاستئناف الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بصحة إجراءات الشفعة وإحلال المستأنفين محل المشتري المستأنف ضدها الأولى التملك بالمبيع موضوع عقد البيع المسجل بقباهة نهج الساحل تونس تحت عدد 09900804 وصل عدد 018735 أم ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدها الأولى وتغريمها لفائدة المستأنفين بمبلغ ألف دينار لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة ورفض الاستئناف العرضي موضوعا."

وبعد الاطلاع على مذكرات مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ السيد عبد الكريم الشامي بتاريخ 2015/4/13.

وبعد الاطلاع على نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الوثائق المقدمة في الأجل القانوني طبق مقتضيات الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وبعد الاطلاع على التقرير الذي تضمن الرد على تلك المستندات المقدم من قبل محامي المعقب ضدها والرامي إلى رفض مطلب التعقيب أصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

وبعد الإطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع الشروط والصيغ القانونية الواردة بالفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من جهة الشكل.

وحيث اقتضى الفصل 191 من م م م ت أن "القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للإحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه المحكمة بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة".

وحيث إن محكمة الحكم المتقدم بوصفها محكمة إحالة قضت بما يخالف المستندات القانونية الواردة بالقرار التعقيبي عدد 870.2013 بتاريخ 2014/02/12 فتم الطعن مجددا في حكمها للأسباب نفسها وبذلك اضحى الخلاف واقعا في مجال اختصاص الدوائر المجتمعة المؤهلة لحسمه في إطار الفصل 191 من م م م ت.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الأصل المعقب ضدهم الآن لدى المحكمة الابتدائية بتونس 2 عارضين أن المدعى عليها تولت شراء جميع المنابات المباعة وقدرها 437 جزءا الراجعة بالملك إلى ر. أ. ول. أ. من العقار وقدرها 473 جزءا من العقار المسمى عمانو 3 موضوع الرسم العقاري عدد 94754 تونس الكائن جنوبي تونس على حافة الطريق 2 المؤدية من تونس إلى القيروان بثمن قدره 87000.000 د وتم ترسيم شرائهم بالرسم العقاري بتاريخ 2009/06/08 وقبض الثمن من البائعين وتولت المشتري المطلوبة الأولى الحصول على قرض من المطلوبة الثانية في حدود مبلغ 56000.000 د، وأكد المدعون في الأصل أنه وفي إطار رغبتهم ممارسة حق الشفعة قاموا بتاريخ 2009/12/11 بعرض ثمن المبيع ومصاريف العقد وقدره 93538.000 د على المطلوبين، الأولى بوصفها مشتري والثانية بوصفها دائنة مرتبهة بموجب المحضر عدد 36429، ثم تأمين المبلغ المذكور على ذمتها حسب الوصل عدد R 012682 المؤرخ في 2009/12/12 طالبين الحكم بصحة إجراءات الشفعة ثم الحكم بحلولهم محل المشتري المدعى عليها الأولى في ملكية المبيع موضوع عقد البيع المؤرخ في 2009/04/13 والمسجل بالقباضة المالية في 2009/05/05 تحت عدد 0910059 والإذن لحافظ الملكية العقارية بالإدراج بالرسم العقاري عدد 94745 تونس المسمى "ملك عمانو"، كالأذن بالتنشيط على الرهن الموظف على المنابات المشاعة والمرسم في 2009/08/03.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة الابتدائية بتونس 2 الحكم عدد 599 بتاريخ 2010/4/26 القاضي "ابتدائيا بعدم سماع الدعوى الأصلية وإبقاء مصاريفها محمولة على القائم بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا وأصلا وتغريم المدعين لفائدة المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني بـ 300 د لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة."

فاستأنفه المدعون في الأصل وأصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 11552 بتاريخ 2012/12/12 القاضي "نهائيا بقبول الاستئناف الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بصحة إجراءات الشفعة وإحلال المستأنفين محل المشتري المستأنف ضدها الأولى التملك بالمبيع موضوع عقد البيع المسجل بقباضة نهج تونس تحت عدد 09900804 وصل عدد 018735 أم ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدها الأولى وتخريمها لفائدة المستأنفين بمبلغ 700د لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة عن الطورين برفض الاستئناف العرضي موضوعا." فتعقبته المستأنف ضدها الأولى وقضت محكمة التعقيب بالنقض والإحالة بموجب قرارها عدد 870.2013 بتاريخ 2014/2/12 وأعيد نشر القضية وأصدرت محكمة الإحالة القرار المبين نصه بالطالع فتعقبه المستأنف ضده بواسطة نائبه ناعيا عليه ما يلي:

المطعن الوحيد المتعلق بمخالفة الفصل 111 من ح ع والفصول 533 و 532

و 534 من م ا ع

قولا أن المحكمة عللت قضائها بخصوص عرض مال مجزئ بين الطاعنة بوصفها مشتري وبين البنك بوصفه دائنا مرتهنا، بأن العقد تميز بخصوصية تمويل جزء من الشراء من قبل البنك وذلك يبرر على النحو الذي تم به وأن المبلغ تضمن كامل ثمن المبيع. وأنه خلافا لما ذهب إليه المحكمة فإن الفصل 111 من م ح ع يقتضي عرض كامل الثمن وبالرجوع إلى العقد يتبين أن المنايات المشتراة حددت بمبلغ 31.400.000 د مع معلوم التسجيل وتحرير العقد وقاموا بعرض باقي الثمن على البنك بما قدره 87.000.000 د وأن الأصل عرض كامل المبلغ إلى المشتري وإذا كان مقسما بين الطاعنة والبنك فإنه عرض غير قانوني إذ أن البنك المرتهن ليس بمشتري ويكون فاقد الصفة والعرض مخالف للفصل 111 وأن التعليل الذي اعتمدته المحكمة يحتوي على سوء تأويل للفصل ومخالفة الفصول 532 وما يليه من م ا ع وقد تولت المحكمة تطبيق نص

عام وهو الفصل 270 من م ح ع والحال أننا أمام نص خاص وهو الفصل 111 وفي ذلك مخالفة للفصل 534 من م ا ع وخالفنا المحكمة السبب المبني عليه النقض في المرة الأولى بما تكون معه الدوائر المجتمعة هي المتعحدة عملاً بالفصل 191 من م م م ت ثم النقض بدون إحالة.

وحيث أجاب نائب المعقب ضدهم بأن محكمة التعقيب قبلت المطعن الثاني فحسب وتولت النقض على ضوءه معتبرة أن العرض غير قانوني وفي ذلك تجاهل لخصوصية عقد الشراء موضوع الشفعة الذي تميز بتمويل من البنك وأن عرض كامل الثمن مجزئاً بين المشتري والبنك لا يعد عرضاً منقوصاً خلافاً لما ذهبت إليه محكمة التعقيب إذ أن البنك ولئن لم يكن مشترياً إلا أنه كان الممول ودائناً مرتتهناً لأن عرض المال يظهر العقار ضماناً لحقوق منوبه وخشية من عدم تسديد المبلغ من المشتري بعد قبضها كامل الثمن إذ أن العقد كان فيه البنك طرفاً غير مباشر بموجب تمويله الشراء وترسيمه رهنه ويخوله كدائن مرتتهن تتبع العقار وفق ما يخوله الفصل 270 من م ح ع وأن هذه الخصوصية تمكنه من العرض على الدائن أو المعارض وفق الفصل 292 من م ا ع . وفي خصوص حكم محكمة الإحالة فإنه عملاً بالفصل 191 من م م م ت فإن المحكمة نظرت في خصوص ما تسلط عليه الطعن فحسب وجاء حكمها مطابقاً للفصل 111 من م ح ع واحترم مقتضيات الفصول 532 و 533 و 534 من م ح ع وطلب بناء عليه رفض الطعن أصلاً.

المحكمة

حيث أن الإشكال القانوني المطروح في قضية الحال هو مدى قانونية تجزئة عرض ثمن الشفعة بين المشتري والبنك الدائن المرتتهن الذي تولى تمويل جزء من ثمن المبيع؟ وحيث إن الشفعة مؤسسة استثنائية في يد الشفيع باعتبارها لا تمارس إلا في صورة معينة، وحسب شروط مضبوطة، تقول عند احترامها إلى تحقيق أثرها الرئيسي وهو حلول

الشفيع إزاء البائع محل المشتري في حقوقه والتزاماته، وتُفضي في المقابل إلى بطلان إجراءاتها عند الإخلال بأحد شروطها الضيقة.

وحيث طالما كان حق الشفعة استثناءً يُخذ من حق الملكية موضوع الفصل 20 م ح ع، فإن ما به قيد أو استثناء من القوانين يجب ألا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة. (الفصل 540 من م 1 ع)

وحيث أوجب الفصل 111 من م ح ع "على القائم بالشفعة أن يقدم دعواه مصحوبة بما يفيد أنه عرض على المشتري كامل ثمن المبيع ومصاريف العقد أو أنه عند امتناع المشفوع عليه أمّن ذلك بصندوق الأمان والودائع".

وحيث يؤخذ من أحكام الفصل المذكور أن الحق في الشفعة لا يجوز ممارسته إلا متى قام الشفيع بالعرض والتأمين لكامل ثمن المبيع ومصاريف العقد، وهو شرط لازم لا يقوم الحق المذكور إلا بتوفره صيغة ومضمونا.

وحيث بالرجوع إلى عقد البيع المسجل في 2009/06/10 بالقباضة المالية نهج الساحل تحت عدد 09900804، يتبين أن المناوبات المشتراة حددت بمبلغ 93.538.000 د، تولى المعقب ضدهم بواسطة عدل التنفيذ حامد العبروق عرض مبلغ 31.400.000 د مع معلوم التسجيل وتحرير العقد على البائع، وعرض باقي الثمن وقدره 56.000.000 د على البنك بوصفه دائنا مرتهنا، وإزاء رفض الطاعة والبنك تسلم المال، تولوا تأمينه لفائدتهمما بالخزينة العامة للبلاد التونسية.

وحيث إن ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد من كون عملية العرض التي قام بها الشفيع قانونية، رغم تخلفه عن عرض كامل ثمن المبيع على المشتري، يعد حرقا واضحا لأحكام الفصل 111 المذكور الذي جاء واضحا في جعل عرض الثمن حكرا على المشتري، ولا يُعد ترتيبا على ذلك العرض المجزئ بين المشتري والبنك الدائن المرتهن مطابقا للشروط الواجبة قانونا، وانجته نيعا لذلك نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث اقتضى الفصل 177 من م م م ت أنه يمكن "لمحكمة التعقيب في بعض الحالات أن تقتصر على التصريح بحذف الجزء المنقوض من منطوق الحكم بدون إحالة، إذا رأت أن مجرد الحذف يغني عن إعادة النظر، كما لها أن تقتصر على النقص بدون إحالة كلما لم يبق موجب لإعادة النظر."

وحيث طالما قضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى وكان حكمها في طريقه، فإنه لم يبق موجب لإعادة النظر، واتجه نقض القرار المنتقد دون إحالة وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلوماتها المؤمن إليه.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض القرار المطعون فيه دون إحالة وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلوماتها المؤمن إليه .

وصدر هذا القرار عن الدوائر المجتمعة بحجرة الشورى يوم الخميس 8 مارس 2018 برئاسة السيد الهادي القديري الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

وعصوية رؤساء الدوائر السادة:

الهادي العياري، نازك كادة، البشير المطوي، ماجدة بن غربية، الحبيب بالحاج، نعيمة رحيم، وسيلة التليلي، عادل الأندلسي، لمياء الحمامي، سارة العياري، مفيدة الشوالي، شادية الصافي، كمال مصطفى العلاني، جمال المستيري، منيرة النحالي، المنصف الكشو، محمد عماد بن عبد الجليل، حياة البصلي، لطيفة البغدادي، سلوى النهدي، المنجي شلغوم، محمد كمال دويك، جمال العبيدي، سلوى الزين، محرز الزواوي.

والمستشارين السادة:

هندة العلاقي، أحمد الغالي، عبد الباسط خالدي، إبراهيم الحريايي، كوثر الشريفي، زينب الخازن، عفاف ، المصطفى ، جمال ، ميمونة ، مولا ، شاد ، آمال ، العفالق ، حاتم ، منى ، حنانة ، شاد .

ماجدة الرياحي، مفيدة الطلحاي، بلقاسم كعوان، سميرة الجويوي، فاطمة الخميري، بسمة
بودن، ريم دفلوف، عادل بوصفارة، رؤوف ملكي، علي المولدي الشوراني، سنية الدباي،
أمال مالكي، سهام الشاهد، فاتن خير الله، شفيقة الحجلاوي، محمد الورهاني و منيرة
حبيب .

وبمحضر السيد شكري التريكي مساعد وكيل الدولة العام لدى محكمة العقيب
ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عفاف الحاجي.

وحرر في تاريخه



مطلب إذن على عريضة

في تأمين مال شفعة بالخزينة العامة

العارض: السيد، مهندس ميكانيكي بمعمل خياطة، القاطن بنهج سعيد
، نائيه الأستاذ المحامي لدى التعقيب الكائن مقره شارع الحبيب
 بورقيبة

الضد: 1) السيد

محمد الشنيد
 رئيس المحكمة الابتدائية بمسنزرت

حيث سبق للعارض و ان اعلن رغبته في اخذ المنابات المشاعة الميثة الحدود صلب حجة الشراء بالشفعة و الحلول محل السيد
 (المشتري) في التملك بمبيع شريكه وفقا لما يقتضيه القانون.

و حيث عرض الشفع على المشتري في هذا الصدد- نقدا مبلغ خمسة عشر الف و خمس مائة دينار (15,500,000) منها
 ثلاث عشر الف و خمس مائة دينار بعنوان كامل ثمن الشراء تضاف اليه المصاريف القانونية وفقا لمحض عرض مال محرر بواسطة عدل
 التنفيذ الاستاذ المؤرخ في 26 فيفري 2015 تحت عدد 0149911.

و حيث ازاء رفض من وجد بالمقر تسلم محضر العرض تم التبليغ على معنى الفصل 8 من م م م ت، كأمر يترتب عنه وجوب تأمين
 المال لفائدة المشفوع منه (المشتري) بصندوق الأمان و الودائع كيما جاء بالفصل 111 من م م م ت.

و حيث ان بيان عبارة النص الملحق اليه في نفي لزوم التحصيل على اذن المحكمة بغرض التأمين، لم يمنع قباضة المالية من اشتراط الوثيقة
 المذكورة لتحكين الشفع من الخدمة المطلوبة.

و حيث ان تأمين مال الشفعة اجراء لا مناص منه و انتفاؤه يعد سببا من اسباب عدم قبول الدعوى (une fin de non-
 recevoir).

لذا، فالرجاء من الجنب و عملا بأحكام الفصول 213 و ما بعده من م م م ت التفضل بالإذن لقباضة المالية
 برأس الجبل بقبول تأمين المال المعروض وقدره خمسة عشر الف و خمس مائة دينار (15,500,000) باسم السيد
 بوصفه شفعيا و لفائدة السيد بوصفه مشفوعا منه بالخزينة العامة للبلاد التونسية.

و للجنب سديد النظر

تمره الأستاذ



محضر عرض مال



في اليوم(.....).....من شهر(.....)..... لسنة خمس عشرة و الفــــين (2015) و على الساعة.....
ومن طلب من السيد، مهندس ميكانيكي بمعمل خياطة، القاطن بنهج سعيد، نائبه الأستاذ المحامي لدى التعقيب الكائن
مقره شارع الحبيب بورقيبة

أنا

توجهت الى السيد، المولود يوم 1960/08/16 براس الجبل بتورت، تونسي الجنسية، محتته عامل بالخارج، و القاطن بنهج براس
الجبل بتورت، و صاحب بت و عدد الصادرة بتونس في 2011/04/14، أيــــن

حلت و خاطبت:

واندته بالحق

حيث ثبت استنادا الى الحجة العادلة المحررة بواسطة عدل الاشهاد الاستاذ عماد الطيف و جليسه و المؤرخة في الثالث و العشرين من شهر جانفي سنة
2015 شراؤكم جميع منابات على الشيعاء من العقار الفلاحي المسمى "حميدة" الراجعة بالملك للسيد.....وقدرها 588 م² موضوع الرسم
العقاري عد 6820 بد بتورت و البالغ مساحته المجملية 1177 م².

و حيث ان العارض يمتلك باقي الحصص المشاعة من العقار موضوع الشراء، مما يجعله صاحب حق الشفعة باعتباره شريكا للبائع على معنى الفصل 104 من
مجلة الحقوق العينية في فقرته الاولى.

و حيث انك لا تجهل و لا تنكر اعراضك عن اعلام السيد بالبيع المذكور وفقا لما تنليه مقتضيات الفصل 115 من م ح ع الذي ينص " يجب
على المشتري اعلام الشفع بالشرء بواسطة عدل تنفيذ مع بيان الثمن و المصارف".

و حيث ان العارض يعلن رغبته في اخذ المنابات المشاعة المينة الحدود صلب حجة الشراء بالشفعة و الحلول محلكم في التملك ببيع شريكه وفقا لما يقتضيه
القانون. كما يعرض عليكم نقدا مبلغ خمسة عشر الف و خمس مائة دينار (15,500,000) منها ثلاث عشر الف و خمس مائة دينار بعنوان كامل ثمن
الشراء تضاف اليه المصارف القانونية.

و حيث ان قبول العرض (الايجاب) يترتب عنه آتيا التزام بإتمام موجبات الحلول وفقا لمقتضيات الفصل 28 من مجلة الالتزامات و العقود. اما في صورة
الرفض فان المبالغ المعروضة سيتم تأمينها و سيضطر العارض الى سلوك اجراءات الشفعة بالتقاضي ثم الزامكم بحمل المصارف القانونية
المرتتبة./.....و سلمت الى المتوجه اليه نسخة حرفية من هذا الرقم.

العدل المنفذ