

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:.....

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون خاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون
المدني الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ(ة):

قماري بن ددوش نضيرة

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب(ة):

بن مهدي نوال

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).... بن بدره عفيف..... رئيسا

الأستاذ(ة)... قماري بن ددوش نضيرة..... مشرفا مقررا

الأستاذ(ة)..... دبي بونوة جمال..... مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

تاريخ المناقشة 2021-07-13

الإهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفي أما بعد:

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد

والنجاح بفضلته تعالى

أهدي تخرجي الجامعي لأبي وأمي الغاليين اللذان كانوا لهم أعمق الجهود في تحقيق

النجاح في هذه الرحلة العلمية، كما أهدي تخرجي هذا الكافة أفراد أسرتي كل بإسمه خاصة

إلى يامنة رميسة ومريا وجدتي العزيزة

أهدي تخرجي إلى النور الذي أثار دربي والسراج الذي لا ينطفئ نوره وأبدا والذي بذل جهدا

السنين من أجل أن اصعد سلالم النجاح والدي العزيز،

وإلى من أخص الله الجنة تحت قدميها وغمرتني بالحب وأشعرتني بالسعادة والأمان هي

حياتي وكل عمري والدتي العزيزة.

ولا أنسى صديقة العمر ما أجمل في صداقتنا أنها بعيدة كل البعد عن المصلحة وأساسها

الصدق والإخلاص والوفاء أهدي لما هذا العمل لوجود ما يجافي طيلة سنوات الدراسة والتي

ساعدتني من أجل الوصول إلى هذا النجاح.

الشكر والتقدير.

في البداية، الشكر والحمد لله، جل وعلاه، فإنه ينسب الأمر كله والفضل في إكمال هذه الدراسة.

وبعد الحمد لله فإنني أتوجه إلى أستاذتي مشرفة قماري نضيرة بالشكر والتقدير الذي لن تقيمه أي كلمات حقها، فلولا دعمها المستمر لي ما تم هذا العمل.

وبعدها فالشكر موصول لكل أستاذتي الذين تتلمذت على أيديهم في قسم الحقوق خاصة وأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية عامة، حتى أتشرف بوقوفي أما حضرت لجنة المناقشة التي لها مني فائق التقدير، الشكر والإحترام، تحياتي الخالصة لكم.

يعتبر حق الملكية من بين الحقوق التي يسعى الإنسان لحمايتها لما لها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال والتصرف فيها، ذلك أنها تتفق مع غريزة الإنسان في التملك لمختلف الأشياء واستحواذه على أكبر قدر منه، أدى ذلك إلى ظهور نزاعات مختلفة بين الناس الأفراد حول تملكها.

أقر القانون هذا الحق وسعى إلى تمكين كل فرد من التمتع به لحماية حقوقهم وممتلكاتهم وذلك من خلال سن القواعد القانونية التي تركز هذه الحماية، بحيث أن التشريعات الحديثة وضعت ضوابط ومعايير لحرية التملك مما يخدم مصلحة الفرد والجماعة من خلال وضع طرق خاصة لكسب الملكية.

حق الشفعة من بين الحقوق التي يستعملها صاحبها (الشفيع) لتملك عقر باعه شريكه للغير، فيحل محل المشتري إذا ما توفرت فيه الشروط اللازمة التي تجعله شفيعا حيث أن الشريعة الإسلامية بدورها طورت أحكامها وطبقت قواعدها إذ تعتبر المصدر الما والتاريخي لهذا الحق.

عرفت الشفعة منذ العصور القديمة حيث كان تطورها مرتبط بتطور نظام الملكية لأن هذه الأخيرة كانت جماعية، ثم تحولت إلى ملكية شائعة ثم تطورت بعد ذلك وأصبحت ملكية فردية، وهذا فيما يخص المنقولات دون العقارات. لم تدخل هذه الأخيرة ضمن الملكية الفردية إلى بعد مدة لتصبح بعدها حرية التملك مطلقة، ومن هنا لم يكن الأفراد في حاجة للشفعة، إلا أنه في أواخر العصر القديم ظهر نظام شبيه بالشفعة بطلق عليه نظام الشراء بالتفصيل،

وهو استرداد المال من المشتري الأصلي بعد إجراء عملية البيع الأولي وهذا شبيه إلى حد ما برخصة الشفعة.¹

شهدت الشفعة تطورا في العصور الوسطى حيث ظهرت أشكال عديدة لها تمثلت في الإستراداد الزراعي، والاسترداد النسبي، والإستراداد الإقطاعي.

كان الإستراداد الزراعي مفيدا لسكان المقاطعة نفسها يقضي بأنه في حالة ما إذا أراد أجنبي حلول محل أحد الأشخاص المقيمين في مصيف كان بإمكان الجيران غير الموفقين طرده منها، أما الإستراداد الشيء فكان يتضمن حق قريب (نسيب) بحيث يمكن لهذا الأخير أن يستند إلى قرابته لإسترجاع ملكا عائليا بيع لأجنبي إلى أن يسدد له الثمن والمصروفات. سيما الإستراداد الإقطاعي فكان خاص بالسيد، فمتى كان هذا الأخير غير راضي على المشتريين كان بإمكانه نزع ملكية هذا المشتري بتسديد إياه نفقات.² لم تعرف الشفعة بشكلها الحالي في العصور التاريخية الوسطى، لكن ظهرت نظم شبيهة لها إلى درجة كبيرة ثم جاءت الشريعة الإسلامية ووضعت ضوابط وقواعد تكفل حماية الحقوق دون الحاق الضرر بالغير من جراء استعمالها.

¹ دغيس أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص ص 7-9.
² لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1983، ص 09 نقلا عن الموقع www.dl.ummo.dz 2012/03/03.

الإسلام منع حق الشفعة للشريك إذا بع نصيبه إلى شخص أجنبي فيدفع عنه الضرر

بأخذه نصيب شريكه من المشتري الأجنبي، فهي تسبب مدى حرص الإسلام على بقاء

العلاقات المالية بين الشركاء بعيدة عن الخلافات والنزاعات.¹

وعليه فإن التشريعات الحديثة جاءت مواكبة لما أقرته الشريعة الإسلامية من أحكام

خاصة بالشفعة إضافة إلى مختلف الآراء الفقهية التي تناولت هذا الموضوع، حيث اختلفت

وجهتهم حول تفسير حق الشفعة وبيان طبيعتها القانونية، فبالرغم من أنها تعد قيوداً على

حرية التصرف والتعاقد، إلا أنها شرعت الأسباب عديدة منها دفع الضرر وشيك الوقوع من

طرف الأجنبي المشتري.

هذا المشرع الجزائري حدود التشريعات الحديثة، حيث كرس نظام الشفعة ضمن الأمر

58-75 المؤرخ في 1975/09/06 المتضمن القانون المدني من خلال الكتاب الثالث من

الباب الأول من الفصل الثاني من القسم الرابع تحت عنوان: "طرق لكسب الملية، من خلال

المواد من 794 إلى 807 منه.

أعطى المشرع الجزائري هذا الحق لفئة معينة من الأشخاص المذكورة في القانون

المدني، حيث أنه لم يذكرها سبيل الحصر وإنما ترك المجال مفتوحاً لفئة أخرى تناولها ضمن

النصوص الخاصة، حيث اعتبر الشفعة رخصة تحيز الحلول محل المشتري في بيع العقار

كونها تمارس في إطار عقد البيع العقاري، وهي حق استثنائي لمبدأ الرضائية في العقود،

¹ عبد الله إبراهيم بن عبد الناصر، تعدد الشفعاء، صور واحكامه في الفقه الإسلامي كلية التربية جامعة مالك السعود ن
ص 01، نقلاً عن الموقع <http://1434/pages/cv.aspx> faculty.ksu.sa.eolu/2012-03-03.

حيث يجد البائع نفسه مرغما على التعامل مع شخص آخر غير المشتري، ويجد المشتري نفسه مستبعدا من عقد البيع الذي يربطه مع البائع.

تظهر أهمية دراسة موضوع الشفعة على أنها تعتبر وقاية من الوقوع في التعسف في البيع، إضافة إلى كونها وسيلة لتقليل من الشركاء، وذلك بالإعفاء الأولوية للشريك زيادة على ذلك كثرة النزاعات العقارية التي يتعرض لها الأفراد حول استرجاع ملكيتهم العقارية، دون معرفتهم بوجود نظام ينظم ويعالج هذا النزاع، ونظرا لأنه موضوع مرتبطا ارتباطا وثيقا بأحكام الشريعة الإسلامية، التي تستحق الدراسة خاصة وأن المشرع استنبط أحكام الشفعة مباشرة منها، لذا المشرع الجزائري أراد أن يزيل الضيف فافر الشفعة وأرباح العمل بموجبها. من أهم ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أهميته البارزة باعتبار أن الشفعة خلاف الأصل، فالأصل أن الشخص يبيع لمن يشاء، ولكن جاءت الشفعة كاستثناء خصه المشرع بأحكاما خاصة تستحق أن تكون موضوعا للبحث.

سيتم دراسة من خلال هذه المذكرة موضوع الشفعة في القانون المدني الجزائري وذلك بطرح الإشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري نظام الشفعة في التقنين المدني الجزائري؟ للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي وقسمنا هذه المذكرة إلى فصلين خصصنا الفصل الأول لدراسة ماهية الشفعة أما الفصل الثاني فخصص لدراسة أحكامها من إجراءات وأثار.

وقع اختيارنا على هذا الموضوع لأسباب أساسية وهي : قلة البحوث القانونية المهمة بموضوع الشفعة مما دفعنا إلى اختياره، وتمكين الطلبة من الإطلاع على معنى الشفعة باستعاب أحكامها، ولتكون هذه المذكرة مرجعا متواضعا لمن يريد البحث في هذا الموضوع ، ونظرا لأن الجميع قد يجد نفسه في موقف يحتاج فيه إلى ممارسة حق الشفعة فيجب (أن يكون هذا) أن نولي هذا الموضوع الأهمية التي يستحقها.

يقصد بماهية الشفعة، الغاية التي أتت بها هذه الكلمة، والكشف عن مصادرها، ووضعها وصفا دقيقا، وبيان أسبابها وهيكلها أي المعنى الشامل لهذه الكلمة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية.

تطرق المشرع الجزائري إلى دراسة ماهية الشفعة من خلال التقنين المدني الجزائري وذلك من خلال المواد 794 إلى 788 منه، في حين أنه علاجا دقيقا يسهل على الفرد استيعاب معنى الكلمة.

تعتبر الشريعة الإسلامية التاريخية والأساسي لنظام الشفعة، إذ استمد المشرع معناها من خلال ما اتجه إليه معظم فقهاء الدين والقانون بإعطائهم مفاهيم مختلفة لهذا النظام، واختلاف آرائهم حول تكيفها (المبحث الأول).

منح القانون حق الشفعة لفئة معينة من الأشخاص المؤهلون للمطالبة به، وجعل لهم مركزا قانونيا يكسبهم القدرة في التمسك بالشفعة من أجل تملك العقار المبيع بحلولهم محل المشتري ذلك العقار (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الشفعة.

تعتبر الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، وهي طريقة خاصة لتملك العقارات، عرفت منذ العصور القديمة، ثم تطورت الشريعة الإسلامية مفهومها، فوضعت لها تعاريف كثيرة، بعدها جاءت التشريعات الحديثة ووسعت من مفهومها أكثر من خلال قوانينها (المطلب الأول).

تتميز الشفعة على أنها وسيلة تحافظ على المصالح، وتحقق أهداف عامة، ونظرا لكونها رخصة ترد على العقار فقط غنها تتميز بجملة من الخصائص تجعلها تختلف عن بعض المصطلحات الشبيهة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالشفعة ودليل مشروعيتها.

تتضمن الشفعة عدة معاني من الناحية اللغوية والشرعية، ولقد تطرقت الشريعة الإسلامية على تعريفها سواء من الناحية اللغوية أو الشرعية قبل أن يكون لها وجود قانوني، ونظرا لأهمية هذا الموضوع، تعرضت التشريعات العربية إلى دراستها وإعطاء تعاريف قانونية لها الفرع (الفرع الأول) ولا بد من البحث عن مصدر هذا النظام (الفرع الثاني) والتطرق إلى فكرة تكييف الشفعة ومدى اختلاف الآراء الفقهية حول ذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الشفعة : عرفت الشفعة لغة وبشرى هذا الأمر بسهل من ضيق المصطلحات القانونية في محلها، وإعطائها تعريف قانونيا.

أولا: التعريف اللغوي.

تستمد كلمة الشفعة مصدرها من الشفع، أي الضم، فهي ضم نصيب إلى نصيب وقبل هي من الزيادة، لأن الشفيع يزيد ما يأخذ إلى ماله، خلاف الوتر¹ فيقال: كان وترا فشفعه، وتقول العرب، شفع الشيء صيره شفعا، أي زوجا، بأن يضيف إليه مثله.

¹باشا أحمد، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانوني المغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص06.

دغيس أحمدن حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص22.

كما يقصد بها الإعانة والدقوية، لأن الشفعة إعانة لصاحبها، وتقوية له على غيره¹ قال الأسود بن يزيد: الشفع: يوم الأضحى، والوتر: يوم عرفة، وقال عطاء: الوتر هو الله، والشفع هو خلقه.

وقال ابن عباس الوتر، أدام، شفع بزوجته، والشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة، لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا.

ثانيا: تعريف الشفعة شرعا.

اختلف فقهاء المسلمين حول تعريف الشفعة فتعددت آراهم في ذلك، فعرفها الإمام زيد الدين بن إبراهيم المشهور بابن نجيم الحنفي فقال: هي تملك القبعة جبرا على المشتري بما قام عليه، كما عرفتها المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: (الشفعة هي تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري).

كما عرفها ابن الحاجب المالكي بقوله: بأنها أخذ الشريك حصة شريكه جبرا شراء، وعرفها بعض فقهاء المالكية فقال: هي استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته الذي باع به بصيغة كما عرفها الإمام محمد الخطيب الشربيني الشافعي فقال: حق ملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض كما عرفها الإمام موفق الدين بن قدامة الحنبلي بقوله: لهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المتقلة عنه من يد من انتقلت إليه.²

ثالثا: التعريف القانوني.

عرف المشرع الجزائري الشفعة في القانون المدني من خلال المادة 794 أنها رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار أي أن الشفعة هي القدرة على السلطة تخول أ

¹ الفراء محمد سليمان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، ص 01 نقلا عن الموقع: 2021/04/30.

² أ خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء الإجتهد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، دار هومه للنشر والتوزيع جزائر، 2013، ص2021.

يقوم سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري، إذا أظهر إرادته في ذلك ويكون الحلو في كافة الحقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، مما يؤدي إلى اكتساب ملكية العقار المبيع ولو جبرا عن إرادة المشتري والبائع، فيمتلك العقار ويضمه إلى عقاره الأصلي.

يتفق هذا التعريف مع ما ورد في الشريعة الإسلامية من تعريف للشفعة كونها حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولوجبرا على المشتري¹.

فمن خلال التعريف الذي ورد في المادة 2794² أن المشرع الجزائري عرف الشفعة على أنها رخصة وليست حق بخلاف ما جاء في بعض التقنيات الأخرى كالقانون الغردني الذي عرفها في المادة 1150 بأنها: "حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولوجبرا على المشتري وما أداه من ثمن" والنفقات والملاحظ أن المشرع الأردني هنا أنه لا يأخذ بالشفعة إلا في البيع فقط، فالقانون يعطي للشفيع الحق في تملك العقار بنفس شروط البيع، فيحل محل المشتري في الصفقة.

عرفها القانون المدني المصري من خلال المادة 935 منه حيث اعتبرها رخصة تجيز في البيع العقاري الحلول محل المشتري في أحوال معينة توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون، فالشفعة تعتبر من مصادر الحقوق العينية العقارية، لذلك فهي تصلح سببا لكسب الملكية والإنتفاع³.

هذا المشرع حذو التشريعات العربية في تعريف الشفعة، خاصة التشريع المصري، إذ اعتبر الشفعة رخصة لاحقا بالمدلول القانوني، تتحقق في حالة بيع عقار للمشتري ثم يقوم

¹خالدي أحمد ، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص 28.

²د.أحمد دغيس، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 28-29.

³تنص المادة 1150 ق.م. أ على مايلي: " الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري لما قام عليه من الثمن والنفقات" نقلا عن فؤاد عبد الرحمان ، الشفعة كسب لكسب الملكية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراهن جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا فلسطين، ص05، <https://scholar.najah.edu>

بسبب قانوني يعطي الحق لشخص آخر ليحل محل المشتري وتكون له الأولوية على ذلك العقار.

الفرع الثاني: مشروعية الشفعة.

استمدت التشريعات العربية مفهوم الشفعة من الفقه الإسلامي، بإعتباره المصدر التاريخي والمادي للشفعة بالنسبة والإجماع.

أولاً: السنة.

وردت العديد من الأحاديث الخاصة بالشفعة، نجد منها حديث جابر، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل تركة لم تقسم ريعه، أو حائط يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذوا وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذن فهو أحق به¹ رواه مسلم. وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم (قضى بالشفعة بين الشركاء في الأضيئين والدور) رواه عبد الله بن أحمد في المسند، إذ نحتج بعموم الحديث من إثباتها للشريك فيما تضره القسمة.²

وعن عمر بن الرشيد قال: " وقضت على سعد بن أبي وقاص جاء المسور بن مخرمة ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم" فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك فقال سعد: والله ما أبتاعها فقال المسور: والله لتبتنا عنها فقال سعد والله ما أريد على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال: أبو رافع أعطيت بها خمسمائة دينار ولو لا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الجار أحق سببقه ما أعطيتها بأربعة آلاف، وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه) رواه البخاري.³

¹ حمودة محمود محمدين ومطلق عساف محمدين فقه المعاملات، مؤسسة الورق للنشلا والتوزيع، الأردن، 2000، ص196.

² مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق، ص08.

³ رواه البخاري، في كتاب الحبل باب الهبة والشفعة، رقم 6977، ص 1727.

ثانياً: الإجماع

بين بن المنذر الإجماع على مشروعية هذا الحق للشفيع حيث قال: "اجمع العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من أرض أو حائط، أي بستان¹ ورد عن ابن القيم في أعلام الموقعين عن رب العالمين أن: "من محاسن الشريعة وعد لها وقيامها بمصالح العباد، ورودها بالشفعة، ولا يليق به غير ذلك فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين إن أمكن، وغن يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله²، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلقاء يكثر فيهم بغي بعض على بعض، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذ لم يكن على الآخر ضرر في ذلك، فإن أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه من العوض أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر في مصالح العباد، ومن هنا يعلم أن التحايل للإسقاط الشفعة مناقض لهذا المعنى الذي قصده الشارع ومضاد له"³.

نستنتج مما سبق أن الشفعة وجدت لدفع الضرر وهي الحكمة الأساسية التي جاء بها موضع الشفعة، حيث أن هذا الأخيرة (الشفعة تساهم في إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يجد نفسه يتعامل مع شخص آخر لا يعرفه لا من حيث الشركة ولا من حيث المعاملة. يلاحظ مما سبق أن الشفعة حق ثابت بالنسبة والإجماع، لصاحبه المطالبة به أو تركه لكن قال الشيراماسي: "إن ترتب على ترك الشفعة معصية، كأن يكون المشتري مشهور

¹ حموده محمود محمد، ومطلق عساف محمد فقه المعاملات مرجع سابق، ص197.

²

³ أبو سعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1988، ص 252 نقلا على الموقع

بالفسق والفجوة، فينبغيمستحبا، بل واجبا أن تعين طريقا لدفع ما يريده المشتري من الفجور".¹

قرر المشرع الشفعة بين الشركاء لرفع الضرر عنهم، بالتالي في حالة ما إذا أراد الشريك بيع نصيبه، كان شريكه أحق به من الأجنبي، فيكون للشريك دفع الثمن الذي عرضه الأجنبي، ويحل محله في البيع لتفادي الأضرار التي قد تلحق به من جراء مشاركته لأجنبي، وفي الوقت نفسه لن يتضرر لأنه سيحصل على الثمن،² حيث أن تصرف المالك في ملكه مقيد بعدم الأضرار بالغير الذي شرعت الشفعة لدفع ضرر قد يلحق بالمالك أو المشتري.³ تظهر فوائد الشفعة أكثر، إذا تعلق الأمر بالأراضي الفلاحية، فملكيتها في يد شخص واحد يعتبر عاملا مساعدا لتحقيق الاستثمار والاستغلال الأمثل للعقارات الفلاحية طبقا لما أقره قانون التوجيه العقاري رقم 25/90.⁴ من خلال بعض المواد التي شرعت من أجل تحقيق الاهداف الاقتصادية نطلاقا من الوظيفية الاجتماعية والاقتصادية المرتبطة بالملكية العقارية الفلاحية والحفاظ على حجم الاستثمار الفلاحي، تماشيا مع مقاييس التوجيه العقاري.⁵

¹ الفزا محمد سليمان، أحكام الشفعة في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص02.

² قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الأصلية حق الملكية الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية الاسكندرية مصر، ص258.

³ فراج أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد الشريعة الاسلامية، الجامعة السكندرية، مصر ص74.

⁴ قانون رقم 25/90 مؤرخ في 1990/11/08 يتعلق بقانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد 49 صادر في 1990/11/20.

الفرع الثالث: التكييف القانوني للشفعة.¹

تعد الشفعة قيد يرد على حرية التصرف والتملك كونها جاءت على خلاف الأصل ومن المفترض ترك الحرية لمالك بالتصرف فيما يملك كيف يشاء ولا يحد من حرئته سوى قواعد النظام العام بينما يجد البائع بالشفعة نفسه ملزماً بعقد لم يرتضيه ابتداءً إلا أنه فرض عليه التعاقد مع شخص آخر هو الشفيع وذلك رضاء أو قضاء وهو الأغلب ويعتبر الحكم القضائي عقداً حقيقياً تحل فيه سلطة القضاء محل الإرادة.

وثار الخلاف على طبيعة الحق في الشفعة فذهب رأي إلى اعتباره مصدر الحق العيني لملكية العقار، وذهب رأي آخر إلى اعتبار حقا شخصياً مما يغي أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية إنما حق شخصياً لمصيقاً به وهو الحق في أن يصبح مشترياً، وذهب رأي ثالث إلى اعتباره حقا شخصياً عينياً فهو شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه.²

أولاً: الشفعة حق شخصي.

اتجه فريق من الفقهاء إلى اعتبار الشفعة حق شخصي، يمنح الاعتبارات يتعلق بالشخص الشفيع وظروفه الخاصة، ولا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر، أو النزول عنه للغير³ وهذه الفئة من الفقهاء عندما قالوا بأن الشفعة حق شخصي قصدوا به معنى صحيح في ذاته، ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصي المقابل للحق العيني، إذا أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع، فلا يورث عنه ولا تجوز حوالتة، ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه، كما يرى أحد الفقهاء أن هذا الاتجاه لم يكن في

¹ دغيش أحمد، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تزيوزو 2009، ص ص 176-179.

² القلب سليمان خليف، الشفعة في القانون المدني الأردني، عمان، المكتبة الوطنية، 1995، ص 08.

³ منصور محمد حسن، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، الاسكندرية، د.ت.ن، ص 201.

حاجة لإثبات هذه الأحكام عن طريق معارضة شخصية لصفة العينية، لأن معنى الشفعة في هذا المجال لا يتعارض مع مفهوم العينية.¹

ثانيا: الشفعة حق عيني:

اتجه فريق أحد من الفقه إلى اعتبار الشفعة أنها حق عيني أي أن مصدرها الحق العيني الوارد في العقار المشفوع به² فالشفيع عندما يطالب بحق الشفعة، فهو بذلك يطالب حقا عينيا على ذلك العقار حيث تنص المادة 802 ق.م. ج على ما يلي: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار" بمعنى مادام حقا عينيا، فهو متولد عن ملكية العقار ذاته، وينتقل بذلك عبر سلسلة الملكية لهذا العقار بانتقال هذا الملك من شخص لآخر، هذه الفئة من الفقهاء كان اعتبارها أن الشفعة هي من بين الحقوق العينية ذلك سعيا منهم لترتيب بعض الآثار من أهمها تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوي الشفعة وهي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه فإن هذا الإتجاه من الفقه لم يكن في حاجة للتكييف الشفعة أن يلجأ للتمييز بين اعتبارها حقا عينيا أو حقا شخصيا، إذا كان يكفيهم أن يقولوا أن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة،³ يطالب بحق عيني عقاري فيثبت للمحكمة موقع العقار بالفصل في دعوى الشفعة.

ثالثا: الشفعة رخصة.

يرى فريق آخر من الفقهاء بأن الشفعة ليست لا حق عيني ولا حق شخصي، إنما هي رخصة استثنائية أجاز القانون فيها لشخص سماه الشفيع أن يحل محل المشتري، وهو المشفوع منه، مراعاة لمصلحة الشفيع، فالشفعة رخصة مقررة للشفيع إذ رغب في استعمالها

¹ دغيس أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 38-39.

2

³ دغيس أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 39.

وجب عليه أن يلتزم بالإجراءات التي يتطلبها القانون، لذلك ليتمكن من كسب ملكية العقار باستصدار حم يكون سند الملكية.¹

ترتبط الشفعة بالشخص الشفيع، فلا يجوز انتقالها بالحوالة من شفيع شغلى شفيع كما يجوز النزول عنها، سواء قبل قيامها أو بعدها ، وإذا كانت حكمة الشفعة تجنب تجزئة الملكية العقارية إلى أجزاء صغيرة ، ودفع الضرر الذي قد ينشأ من شركة مع شخص غير مرغوب به، فإن القانون فرض فيها مجموعة من الإجراءات والشروط باعتبارها أحد القيود التي تفرض على المالك، وتقيد حرية التصرف في ملكه، وذلك أن الشفعة تحول دون رغبته في اختيار من يتعامل معه.²

يترتب على اعتبار الشفعة بطريق الدعوى غير المباشرة التي يقيمها باسم مدينة ولا يجوز التنازل عنها للغير تحت طائلة سقوطها وبطلان التعامل فيها.³

ساند المشرع الجزائري هذا الرأي من الفقهاء، حيث اعتبر الشفعة أنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في أخذ العقار، وذلك من خلال المادة 794 ق.م.ج عندما ذكر كلمة " الشفعة رخصة" هذا على غرار معظم التشريعات التي أخذت بهذا الموقف.

المطلب الثاني: خصائص الشفعة وتمييزها عما يشبهها.

تعتبر الشفعة وسيلة لإكتساب حق الملكية بشروط حددها القانون وما يميزها هو أنها وسيلة وأداة وتقنية، لتحقيق غاية معينة، وتحافظ على المصالح وتحقق أهداف عامة، كالمحافظة على وحدة الملكية، ورعاية المصالح الجماعية، ونظر لكونها رخصة تهيبى مركزا قانونيا للشفيع، فإنها تتميز بجملة من الخصائص المتعلقة بها (الفرع الأول).

¹ مساد فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق ، ص 13.

² دغيبوس عبد الرحمان، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي تردعها في قانون جزائري، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة الجزائر د.س.ن، ص120.

³ مساد فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق ، ص 14.

يمكن للشفيع أن يطالب بالشفعة بشروط معينة تتعلق بنوع العقار الذي يطلب تملكه وهو أن يكون عقاران فإن كان منقولاً فإلا يكون بصدد شفعة لذا لا بد من تمييز الشفعة عن بعض المصطلحات القانونية الشبيهة بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص الشفعة.

الشفعة تتميز على أنها حق غير قابل للتجزئة، أي عدم أخذ الشفيع بالشفعة في جزء من المبيع دون الجزء الآخر، كما تعتبر أنها حقاً استثنائياً لأن المشرع الجزائري أورد بعض القيود عليها، وأن الشفعة لا ترد على العقارات دون المنقولات وأنها متصلة بالشخص الشفيع، حيث يترك لهذا الأخير تقدير الضرر الذي قد يحدث بسبب الشفعة.

أولاً: عدم قابلية الشفعة للتجزئة.

لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون البعض الآخر وعلى ذلك يتوجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في كل العقار ولو وجد مع شفعا آخرين كما أنه لا يجوز للشفيع إذا يبيع العقار لعدة مشتريين أن يأخذ من بعضهم دون البعض الآخر هذا أن كان العقار واحداً وتوافرت فيه شروط الشفعة وكان العقد واحداً بطبيعة الحال.¹

سنرى فيما يلي حالة ورود بيع على عدة عقارات وحالة صدور بيع على عدة أشخاص لأنها فروض تسيير مبدأ عدم تجزئة الشفعة.

أ حالة بيع عقار واحد لعدة أشخاص:

يباع عقار واحد لعدة أشخاص عادة، مثلاً أن تباع أرضاً لمشتريين ويحصل كل واحد منهم على ربع من تلك الأرض، فهنا يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب واحد المشتريين، لأن كل واحد منهم اشترى جزءاً من العقار بثمن مسمى، والشفيع عندئذ يقوم مقام أحد المشتريين. يبيع المالك أحياناً عقاراً واحداً لمشتريين متعددين على الشيوع، ففي هذه الحالة لا تجوز الشفعة إلا في ذلك العقار حتى لا تتفرق الصفقة وهذا بخلاف إذا كان كل واحد من

¹ العبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية ص 168 مكتبة دار الثقافة للنشر، 1999

نقلاً عن الموقع الإلكتروني www.heelwafurat.com بتاريخ 15-03-2021

المشتريين ، قد اشترى جزءا مفرزا من العقار في صفقة مستقلة، فالمناط بوحدة الصفقة يكون بيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوخ، فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفرقتها.¹

ب - حالة بيع عدة عقارات لمشتري واحد.

تتعدد العقارات أحيانا ويتقدم شخص واحد لشرائها، ففي هذه الحالة إذا تدخل الشفيع ليأخذ أحدهما دون الأخرى، وكان شفيعا لكل تلك العقارات. فلا يجوز له ذلك بل عليه أن يأخذها كلها أو يتركها، لأن الصفقة وقعت متجمعة، كما يمكن أن يحدث في ذلك ضررا للمشتري ذلك من خلال أخذه للعقار الجيد وتركه للعقار الرديء للمشتريين إذا كان الشفيع شفيعا لإحدهما دون الآخر، ووقع البيع صفقة واحدة، فالشفيع أن يأخذ تلك التي تجاوز حصته دون أخذ الآخر.

توجد كذلك حالة تعدد الشفعاء سواء صدر الطلب من شفيع واحد أو عدة شفعاء فيجب أن يطلب كل واحد منهم أخذ العقار كله بالشفعة: والسبب في ذلك هو عدم جواز تفرقة الصفقة على المشتري فيلحقه أبلغ الضرر، مثلا إذا باع شريك حصته في عقار شائع وطلب أحد شركائه أخذ جزء من الحصة المبيعة.

ولم يطلب بقية الحصة اعتمادا على أنها مطلوبة لغيره من الشركاء فلا اعتبار لهذا الطلب ويسقط به حقه في الشفعة، لأن تركه المطالبة بالجزء الآخر دليل على رضاه لمشاركة المشتري وبالتالي يسقط حقه في الشفعة لأنها شرعت لدفع الضرر عن الشركة.²

ثانيا: الشفعة حق استثنائي.

تقرر حق الشفعة استثناء لمبدأ حق المالك في التصرف في ملكه، أحاطها المشرع بعدة قيود ذلك من خلال المادة 798 ق.م.ج التي تنص على ما يلي: " لا شفعة: إذا حصل البيع بالمزاد العلي وفقا لإجراءات التي رسمها القانون إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية

¹ خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص177.

² أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ص 258-260.

إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة".
 تمنع الشفعة في البيع الذي يحصل بالمزاد العلني إذ قد يدخل الشفيع في المزاد ويأخذ العقار بالمزايدة، كما تمنع الشفعة في البيع القائم بين الأصول والفروع، وبين الزوجين والأقارب نظرا للصلة القائمة بين البائع والمشتري.
 ضف إلى ذلك العقار الذي يبيع ليكون محل عبادة فقد منعت الشفعة فيه نظرا للإعتبار الديني، وهو حماية عرض العبادة المستهدف من وراء العقار.¹

ثالثا: الشفعة لا ترد إلا على عقار.

ترد الشفعة على العقار دون المنقول حسب ما نصت عليه المادة 794 ق.م.ج بقولها: "الشفعة رخصة تحيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...".
 بمعنى لا يجب أن يكون المال الذي ورد البيع عليه عقارا لا منقولا، ولكن في حالة ما إذا كان هناك عقار بالتخصيص أي أن يضع صاحب العقار منقولا من أجل خدمة هذا العقار، حيث إذا بيع مستقلا عن العقار فهنا يكون البيع منقولا، فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أما إذا بيع متصلا مع العقار المخصص لخدمته واستغلاله، فتجري عليه الشفعة.²

رابعا: اتصال الشفعة بالشخص الشفيع:

سبق القول بأن الشفعة قد شرعت دفعا للضرر المحتمل الوقوع من شريك أو جار فترجع إليه تقدير ذلك ويكون أخذه بالشفعة من عدمه متروك لمحض إرادته وتقديره، لذا تعتبر الشفعة متصلة بشخصية الشفيه ولذلك أثار عدة أجملت فيما يلي:

أ - لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوا الشفعة بطريق الدعوى غير المباشرة وذلك يؤكد أن الشفعة إمكانية قانونية أو رخصة وليست حقا والدعوى غير المباشرة مقصورة

¹سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 1999-، ص 160.

² حنان سامي محمد مافي، حق التملك بالشفعة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه والأصول، جامعة مؤتة الأردن، 2006، ص 80-81 نقلا عن الموقع www.ahlalholeeth.com/vblattachmentid بتاريخ 2021-03-15.

على الحقوق دون الرخص كونها متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز لدائنه أن يطلب الحقوق المتعلقة بشخصية بطريق الدعوى غير المباشرة.

ب - لا يجوز للشفيع إحالة حقه بالشفعة لأنها بطبيعتها تأبى جواز الإحالة شأنها شأن الحقوق المتصلة بشخصية الدائن.

ت - تورت الشفعة إن كان المورث قد أعلن عن رغبته في الأخذ بها في المدني المصري وكذلك تورث في المدني الأردني ما لم يكن المورث قد أسقطها دلالة أو صراحة حيث أن المشتري يستطيع مواجهة الورثة بكافة الدفع التي كان يمكن أن يواجهها بها المورث.

يمكن اسقاط من قبل الشفيع قبل الحكم أو التراضي ولكنه لا يجوز التنازل عنها لأنها لصيقة بالشخص الشفيع وتابعة للعقار المشفوع به.¹

الفرع الثاني: تمييز الشفعة عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها.

يمكن للشفيع أن يطالب بالشفعة بشروط موضوعية واضحة تتعلق بنوع العقار الذي يطلب تملكه وهو يجب أن يكون المطلوب تملكه عقاراً ثم أن يكون هذا العقار من نوع الملك وبذلك فإن كان المطلوب تملكه منقولاً لا يكون في نطاق الشفعة بالإضافة إلى كونه يجب أن يكون عقاراً. من نوع الملك فإن كان غير ذلك فلا تكون بصدد الشفعة.

فالشفعة هي شبيهة ببعض الحقوق المكتسبة للملكية، ولكنها تختلف عنهم في عدة جوانب كنظام الاستيراد الذي تجده وارد على عقار والمنقول ونظام الاستيلاء الذي يتحقق فقط في المنقولات دون العقارات وقد تتدخل الدولة في بعض الأحيان لنزع ملكية خاصة من أجل تحقيق منفعة عامة، فيكون لها حق الأولوية في أخذ العقار.

¹ لعبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ص ص 140-

أولاً: الشفعة والاسترداد.

يحقق كل من الشفعة والاسترداد الغرض نفسه المتمثل في تمكينه المسترد، أو الشفيع الذي يتصل حقه بشيء من استبعاد المشتري له والحلول محله في حقوقه والتزامه على عقد البيع وجمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد، ودفع الحاصل للشريك إلا أنهما يختلفان في الأحكام نتيجة اختلاف المصدر التاريخي لها.

ترد الشفعة على عقد بيع العقار دون المنقول ويؤخذ في تحديد العقار في هذا الشأن بتحديد الوارد في القانون المدني، أما الاسترداد قدير على عقار ومنقول يقوم الاسترداد على سبب وحيد وهو الشركة في الشيوخ عند بيع أحد الشركاء حصته الشائعة إلى أجنبي غريب عن الشركاء، بينما تتعدد أسباب الشفعة لتضم تفرق عناصر الملكية بالإضافة إلى الشركة في الشيوخ.¹

أخذت بحق الاسترداد معظم التشريعات العربية، ومنها التشريع الجزائري وذلك من خلال المادة 721 ق.م.ج² وقد عمم المشرع هذا الحق على المنقول والعقار الشائع قبل القسمة وعليه فإذا بيعت حصة في سفينة أو طائرة فلا تثبت الشفعة لأنها منقولات تخضع لنظام الاسترداد، سواء كان منقولاً بحسب الأصل والطبيعة أو بحسب المال كما في حالة إذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته". بيع بناية بعد هدمها والأشجار بعد قطعها، نشير في هذا الصدد إلى أن حق الاسترداد في المنقولات يثبت فقط عند الشيوخ، وذلك بخلاف الشفعة التي تثبت في الشيوخ وغيره، كما أن الاسترداد يشمل المنقول أو المجموع من

¹ كنزح حسن، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادها، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف الاسكندرية مصر، 1995، ص596.

² تنص المادة 721 ق.م.ج على أنه: "لشريك في المنقول الشائع أو المجموع من المال المنقول أو العقارات أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي بأعمالها شريك غيره الأير عن طريق التراضي وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ويتم استرداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

المال ولو اشتمل هذا المجموع على العقار أي تكون عقارات مختلطة مع المنقولات لتتشك في مجملها ملكية شائعة ن فحق الاسترداد إذا ملازم للشيوخ فقط.¹

ثانيا: الشفعة والإستلاء.

يعرف الاستيلاء بأنه وضع يد على شيء مادي لا مالك له، بنية تملكه ويؤدي هذا الأخير إلى كسب ملكية الشيء المستولى عليه فورا، نظرا لان الشيء المستولى عليه لا مالك له، أي لا وجود لحق الملكية، وإذا كان الأمر كذلك فإن الاستيلاء لا بالنسبة لمنقولات دون العقارات، لأنها نادرا ما تكون بغير ذلك.²

تعرف الشفعة أنها رخصة تمنح فقط فيما يخص العقارات دون المنقولات على عكس الإستيلاء، لأن حق الملكية يكتسب في الشفعة أي يكون ذلك العقار تحت ملكية صاحبه ثم يحل الشفيع محل المشتري لأخذ العقار.

ثالثا: الشفعة ونزع الملكية للمنفعة العامة.

يقصد بنزع الملكية للمنفعة العامة، هو تدخل الدولة لنزع ملكية خاصة لشخص ما من أجل تحقيق المنفعة العامة، حيث أن الأمر يخص مصلحة المجتمع ككل مع العمل على عدم إهدار المصلحة الخاصة، وذلك يكون مقابل التعويضات التي يتلقاها المالك، فهي تعتبر من أعمال المنفعة العامة، إنشاء الطرق والشوارع والميادين، والأحياء الجديدة، ومشروعات النقل والمواصلات، ومشروعات المياه والصرف الصحي الطاقة، وإنشاء الممرات السفلية.

¹ دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 102-103.

² ابراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2006. ص 28.

عبد الباري رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية فصل دراسي أول، كود 411 جامعة بنها، كلية الحقوق د.ت.ن، ص 39 نقلا عن الموقع legal-clinics.com/t361.html

المبحث الثاني: نطاق الشفعة.

يرتبط حق ممارسة لشفعة بما هو وارد في القوانين والتشريعات العربية التي تناولت هذا الموضوع بناء على ما هو وارد في الشريعة الإسلامية تناول المشرع الجزائري بدوره هذا الحق بمعالجة مختلف النقاط المتعلقة بنطاق الشفعة وأسبابها، وأعطى الفئة معينة من الأشخاص من صفة الشفعاء وبين لهم المراتب القانونية التي يتواجدون بها أثناء نشوء هذا الحق وكيفية تزاحمهم سواء فيما بينهم أو مع المشتري عندما تتوفر في صفة الشفيع (المطلب الأول)، وحتى يتم الأخذ بالشفعة لا بد من توافر مجموعة من الشروط التي يتوجب أن تكون في كل من الشفيع والمشفوع فيه العقار والمشتري والمشتري المشفوع منه، وذلك حسب ما أقره المشرع لجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشفعاء.

يعرف الشفعاء بأنهم ذوي أصحاب الحق في طلب أخذ العقار بالشفعة فهذه الأخيرة تتحقق بوجود شفيع، أي شخص يمنحه القانون حق أخذتها المبيع باستعمال الشفعة ولا بد أن يكون هناك تصرف يجيز الشفعة وهو البيع، وأن يرد هذا لبيع على عقار حدد المشرع الجزائري هؤلاء الأشخاص بالترتيب من خلال المادة 795 ق.م.ج (الفرع الأول). يتزاحم الشفعاء عندما تتوفر شروط الشفعة في عدة أشخاص في عقار معين ، فيطلب كلهم أو بعضهم الأخذ بالشفعة لذلك يتوجب علينا بيان حكم تعدد هؤلاء الشفعاء وذلك طبقاً لما ورد في المادة 796 ق.م.ج الفرع الثاني).

الفرع الأول: أصحاب الحق في الشفعة.

منح المشرع الجزائري حق ممارسة الشفعة لأشخاص يمتلكون صفة الشفعاء إذا أوردتهم من خلال القانون المدني، وهو المذكورين بالترتيب وسيتم الإشارة إليهم كما يلي:

أولاً: شفعة مالك الرقبة.

جاءت المادة 1/795 ق.م.ج كما يلي: " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام..
لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة" يجوز لمالك الرقبة
الأخذ بالشفعة في حالة بيع حق الإنتفاع من صاحبة، والقاعدة العامة في الشفعة أنها لا ترد
إل على العقارات فلا تكون في حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات، لذلك يعد إعطاء
حق الأخذ بالشفعة لمالك الرقبة في حالة بيع حق الانتفاع استثناء من هذه القاعدة، حيث
جاء هذا الإستثناء لحكمة توخاها المشرع وهي جمع شتات الملكية ليتمكن مالك الرقبة من
إبعاد الغير من عقاره¹ هذه الحالة تقوم على عدة فرضيات وهي:

- أ - أن يكون العقار مملوك لشخص ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر إن الفرض
العادي هو أن تكون الرقبة مملوكة لشخص ويكون لانتفاع لشخص آخر ثم يباع
الانتفاع فيشفع فيه مالك الرقبة، أن لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق
الانتفاع مالكا للرقبة، أن يشفع في الانتفاع المبيع، ففي هذه الحالة لا تكون الشفعة
سبب لكسب الملكية بل تكون سببا لكسب حق الانتفاع فإذا ما أخذ هذا الحق
بالشفعة، جمع عناصر ملكيته وأصبح كما كان مالكا للعقار ملكية تامة.²
- ب - أن يكون مالك العقار قد رتب حق انتفاع لمصلحة شخصين أو أكثر في
الشيوع تتمثل هذه الحالة في بيع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الانتفاع،
وينصب هذا البيع على النصف من تلك الحصة مثلا، فيكون لمالك الرقبة أن يشفع
هذا النصف ويصبح مالكا له، ومالكا لرقبة النصف الآخر، ولا يمكن للشريك الآخر
في الشيوع لدى حق الإنتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعة

¹لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني معهد
الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر، 1983، ص نقلا عن الموقع الإلكتروني بتاريخ 03-06-2021.

²خالدي أحمد الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 72.73

في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوخ.¹

ت - أن يكون العقار، مملوك لشخصين مناصفة في الشيوخ ويرتبان عليه حق انتفاع لشخص آخر.

يتمثل هذه الحالة في أن يكون هناك شخصين ما لكان لرقبة عقار في الشيوخ، وفي بيع صاحب حق الانتفاع لحقه، يستطيعان أن يأخذ معا لذلك الحق بالشفعة فيعودان كما كان مالكين للعقار ملكية تامة.

يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع، إذ هو النصف المناسب²، فيصبح مالكا لنصف حق الانتفاع مضاف اليه ما يملكه من نصف الرقبة، وبه يتملك نصف العقار ملكية تامة على الشيوخ، ويبقى النصف الآخر من العقار يتملكه اثنان أحدهم مالكا لرقبة والآخر صاحب حق انتفاع، وهو المشتري لهذا النصف، ولكن إذا تمسك المشتري بعدم تفريك الصفقة، فهنا يتحتم على مالك نصف الرقبة الذي أخذ نصف الانتفاع إما أن يأخذ كل حق الانتفاع بالشفعة أو يترك الأخذ بالشفعة أصلا.³ فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع، يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة، ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر.

وإن ترك الشفعة يكون للمشتري حقا كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة لأن مالكا الرقبة تركا حقا في الأخذ بالشفعة.⁴

ث - أن يكون العقار مملوكا لشخصين مناصفة في الشيوخ ويرتبان عليه حق انتفاع لمصلحة شخصية مناصفة:

¹سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص180.

²خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص53.

³لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 126-127.

⁴السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ص

يجوز لمالكي الرقبة أن يأخذا معا بالشفعة في حالة بيع أحد أصحاب حق الانتفاع لحقه، كما يحق لإحدهما أن يأخذ النصف ولا يحق للمشتري أن يتعرض بتفريق الصفقة عليه، وإذا باع المنتفعان معا لحقهما لمشتري واحد جاز لمالكي الرقبة أن يأخذانه معا بالشفعة، كما يجوز لأحدهما أن يشفع في النصف للملابس لحقه في الرقبة غلا إذا تمسك المشتري بعدم تجزئة الصفقة فهنا على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الإنتفاع أو أن يترك الشفعة أصلا.¹

ثانيا: شفعة الشريك في الشيوخ

جاءت المادة 02/795 كما يلي: " يثبت حق الشفعة... للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي"، يثبت حق الشفعة للشريك في الشيوخ إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي، أي أنه يجب أن تكون للشريك حصة مشاعة في العقار المشفوع فيه.² العقار المشاع هو العقار الذي يملكه عدد من الشركاء على الشيوخ دون القسمة، وحق كل شريك يقع على حصة شائعة في هذا العقار، ويجب أن يكون ذلك العقار شائع، فالعقار الذي قسم لا تجري فيه الشفعة، بحيث إذا باع أحد الشركاء جزءه المفرز فلا يستطيع المالك الآخر في ذلك العقار للقطعة المفرزة أن يأخذ بالشفعة لأن بعد تقسيم العقار لا يكون شريك بل يصبح جارا للمالك الآخر.³

اشتراط المشرع أن يكون المشتري أجنبيا، ذلك لأن الهدف من إقرار الشفعة هو جمع ما تفرق من حق الملكية.

تتحقق شفعة الشريك في الشيوخ بتوفر بعض الشروط وهي:

¹ أبو سعد رمضان الوجيز في الحقوق العينية الأصلية مرجع سابق، ص 295.

² خيال محمود ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 163.

³ قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 180.

أ - بيع احد الشركاء حصته الشائعة:

يأخذ الشفيع حقه من العقار المشاع إذا تقدم شريكه الآخر ببيعه إلى شخص أجنبي، فلا يجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار، بحيث لا يجوز لشريك في الشيوخ أن يشفع في جزء مفرز من العقار المشاع شريك آخر، ولا يمكن للمشتري الذي يشتري الجزء المفرز من هذا العقار أن يصبح مالكا في الشيوخ مع الشركاء الشائعة الآخرين، وبه لا يمكن له أن يشفع في حصته شائعة من لعقار باعه شريك مشاع فلو تقدم المشتري لشراء الحصة الشائعة في ذات العقار المشاع يستطيع شريك آخر في الشيوخ أن يأخذ هذه الحصة بالشفعة ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه سبق له أن اشترى جزء مفرز.¹

ب - أن يكون بيع جزء المشاع صادر إلى أجنبي.

يباع الجزء المشاع إلى شخص أجنبي وليس لشريك في الشيوخ، بحيث إذا باع شريك في الشيوخ لخصته الشائعة لشريكه الآخر في الشيوخ فلا يجوز لذلك الشريك الآخر أن يأخذها لشفعة لهذه الحصة الشائعة، ويجب أن يكون العقار مملوكا ملكية تامة لعدد من الشركاء في الشيوخ²، والعبرة من وضع هذا الشرط هو دفع الضرر الذي يتسبب فيه الأجنبي باعتباره غريبا بالابتعاد عن الشركاء الآخرين، ولذلك تكون الشفعة وسيلة لرفع هذا الضرر المشتري الأجنبي وأخذ الحصة المبيعة منه، ويجب أن يكون المشتري أجنبي وقت بيع هذه الحصة له، فإذا كان شريكا في هذا الوقت امتعت الشفعة على باقي الشركاء³، المشرع الجزائري لم يشر في المادة 795 إذا كان هذا الشريك وارثا أم لا.

اتخذ القضاء الجزائري موقفا واضحا بشأن الشريك الوارث وذلك ضمن القرار رقم 18039 المؤرخ في 1999/02/09 الذي جاء منطوقا كما يلي: "ولما كان تابتا في قضية الحال أن الطاعن أصبح مالكا على الشيوخ مع بقية الورثة المطعون ضدهم عندما اشترى

¹لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص129.

²لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص129.

³كبيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية الحكماء، مصادرها، مرجع سابق، ص 55.

احدهما في كل حقوقهم العقارية بموجب عقد توفيق مؤرخ في 1996/12/23 عملاً بأحكام المادة 795 ق.م.ج " كما ذهب إليه خطأ قضاة المجلس عندما برروا موقفهم بأن الطاعن أجنبي عن الملكية الشائعة لأنه ليس وارثاً وكرسوا للمدعي عليهما الطعن في حق استعمال الشفعة وبذلك فقد أخطئوا في تطبيق القانون، مما يتعين نقص قرارهم".¹

ثالثاً: شفعة صاحب حق الإنتفاع.

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 795 على شفعة صاحب حق الإنتفاع كما يلي: يثبت حق الشفعة لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها يكون لصاحب حق الإنتفاع الطلب في الأخذ بالشفعة في حالة ما إذا باع ملك الرقبة كل الرقبة أو بعضها، بحيث إذا بيعت الرقبة كلها أو كان الانتفاع الأكثر من شخص، كان لهم جميعاً أن يشفعوا في الرقبة كل منهم بقدر نصيبهم وفي حالة ما إذا طلب الشفعة من أحدهم، فلا يجوز أن يشفع في المبيع إلا بقدر نصيبه في الإنتفاع، والشفعة في هذه الحالة لا تثبت إلا إذا كانت الصفة قابلة للتجزئة أما إذا كانت غير قابلة للتجزئة فلا يحق للمنتفع أن يأخذ بالشفعة.² هذه الحالة تقوم على قاعدة فروض وهي:

أ - أن يكون العقار مملوك لشخص ثم يرتب عليه حق الإنتفاع لشخص آخر:

يكون هناك عقار مملوك لشخص ثم يرتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر، فإذا باع مالك العقار رقبته كان لصاحب حق الإنتفاع أن يشفع رقبته المباعة ويصبح مالكا للعقار ملكية تامة.

ب - أن يكون شخصان يملكان العقار في الشيوع ويرتبان عليه حق انتفاع :

يرتب حق الانتفاع لشخص من طرف شخصان يملكان العقار على الشيوع، ونفرض أن لكل من هذين الشخصين نصف العقار، فإذا باع أحدهما النصف الذي يملكه، كان هذا

¹قرار المحكمة العليا رقم 18039، مؤرخ في 1999/02/09 منشور في المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1999، ص 159.

²محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية مرجع سابق، ص 266.

النصف شفيعان ، ومالك النصف الآخر لرقبة يعتبر شريكا في الشيوخ، ويكون في المرتبة الثانية من الشفاء وإن لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق انتفاع باعتباره التالي في المرتبة، أما إذا اخذ صاحب حق الانتفاع بالشفعة فهو جميع شتات الملكية ويصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف وإذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة الذي يملكه فيأخذه بالشفعة صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع يشفع في الرقبة ويستطيع أخذه قبل ذلك باعتباره شريكا في الرقبة أس سبق له أن يشفع في نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا في الشيوخ وبه يملك العقار ملكية تامة ويجمع شتان الملكية على أكمل وجه¹.

ت - أن يكون العقار مملوك لشخص واحد ويترتب عليه حق انتفاع لشخص على الشيوخ.

يعتبر هذا الفرض الأكثر تعقيدا من الفروض السابقة حيث أن ملكية العقار تكون لشخص واحد ثم يترتب عليها حق انتفاع لشخصين شريكين ونفترض أنه لكل واحد منهما النصف فإذا باع المالك هذه الرقبة فإن صاحبي حق الانتفاع لهما أن يشفعا مع في الرقبة ويصبح لكل منهما النصف ويملكان العقار ملكية تامة، ويستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة نصف لرقبة الملابس للنصف الذي يملكه في حق الانتفاع ، وبه يصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار في الشيوخ أما النصف الآخر يبقى مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشتري، وقد يتعرض بعدم تفرق الصفقة عليه، ففي مثل هذه الحالة يكون له الحق في اجبار صاحب نصف حق الانتفاع الأخذ بالشفعة إما أن يأخذ النصف الآخر، أو أن يترك الشفعة في نصف الرقبة الذي أراد أخذه.²

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مرجع سابق، ص 552-555

² محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية دار النهضة العربية القاهرة، 1994، ص 104.

اتضح أن المشرع الجزائري أثناء تنظيمه للشفعة، لم يتقيد بما هو وارد في الشريعة العامة بل أضاف أحكام جيدة لنظام الشفعة وذلك من خلال بعض المواد الواردة في النصوص الخاصة وتعتبر بمثابة إضافات وتعديلات لما هو وارد في القانون المدني.¹

تظهر هذه الأحكام من خلال ما جاء به قانون رقم 25/90 الخاص بتوجيه العقاري وذلك من خلال المواد 2/52 و 71 منه، حيث أكدت المادة 2/52 منه حق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في الأخذ بالشفعة في الأراضي الفلاحية التابعة للخواص.

نجد كذلك المادة 257² منه أنها منحت صفة الشفيع للجار في الأراضي الفلاحية وهو غير وارد في القانون المدني الجزائري على خلاف التشريعات العربية التي منحت صفة الشفيع للجار أثناء تناولها لموضوع الشفعة في القانون المدني.

نجد كذلك المادة 71 سالفه الذكر من لقانون نفسه، قد أعطت للدولة والجماعات المحلية في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير، حق الشفعة، جاء هذا النص صريح بوضع الدولة والجماعات المحلية في المرتبة الأولى وذلك تسبقاً لهم عن المراتب المحددة في المادة 795 ق.م.ج.

¹ دغيش أحمد نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائريين مرجع سابق، ص 185.

² تنص المادة 02/52 من قانون 25/90 على ما يلي: "...وفي هذا الإطار ممكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعاً للترتيب المحدد في المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه".

تنص المادة 71 من قانون رقم 25/90 على ما يلي: "ينشأ حق الدولة والجمعيات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة، والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية، وتطبق حق الشفعة المذكور مصالحي وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو وراء في المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه".

تنص المادة 57 من القانون 25/90 على ما يلي: "يتم حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة"

تضمن المادة 118 من الأمر رقم 105/76¹ الخاص بالتسجيل العقاري، حق الدولة في الشفعة على كل الأصناف الأملاك العقارية.

تم إلغاء حق الشفعة التلقائي الممارس من قبل الدولة على تصرفات الأجانب في ملكيتهم العقارية ، وذلك تماشيا مع الإصلاحات التي أتى بها قانون رقم 25/90 بحيث وضع حد لأقتناء الدولة المباشر للعقارات المراد التصرف فيها من قبل الأجانب، حيث منحت للأجانب الحرية في التصرف في ملكياتهم بإبقاء خضوعهم للترخيص الذي يمنحه لهم الولي.²

أكد القضاء الجزائري عدم تبوؤ الشفعة للمستأجر عند قيام المؤجر للبيع الجدران لفائدة الغير حيث أن الشفعة لا تكون إلا في العقارات، وبالتالي لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية أي أن القاعدة التجارية تدخل في قائمة المنقولات العقارات³ جاءت المحكمة العليا في قرارها رقم 179136 المؤرخ في 1998/03/25 بخصوص هذه النقطة أن التاجر لا يعتبر منتفعا وبالتالي لا يمكنه ممارسة حق الشفعة، إذ أن حقه الوحيد يقتصر فقط على الحصول على التعويض عن الإخلاء، وبالتالي فإن المجلس قد أصاب لما رفض طلب لانتقاء الصفة⁴.

الفرع الثاني: تزام أصحاب الحق في الشفعة.

عالج المشرع الجزائري من خلال المادة 796 من ق.م.ج حالتين خاصيتين لتزام الشفعاء، وهما حالة تعدد الشفعاء من طبقة واحدة، وحالة تعدد الشفعاء مع المشتري عندما يكون شفيع مثلهم، حيث جاءت المادة كما يلي: "إذا تعدد الشفعاء، يكن استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

¹ أمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/02/09 يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم .

² شامية سماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه للنشر والتوزيع الجزائر، 2004-2005.

³ دغيش أحمد، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 187.

⁴ قرار المحكمة العليا رقم 179136، مؤرخ في 1998/03/25، منشور في المجلة القضائية عدد 01 لسنة 2001.

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
- وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى 795 فإنه يفصل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

سيتم تناول كل حالة على حدى.

أولاً: تعدد الشفعاء من طبقة واحدة.

أكدت على هذه الحالة الفقرة الأولى من المادة 796 ق.م.ج فإذا تعدد الشفعاء وكانوا

كلهم من طبقة واحدة استحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه.

أ **الحالة الأولى:** يكن الشفعاء من الطبقة الأولى، إذا كانوا ملاك الترقية فيشفعون في

حق الإنتفاع فمثلاً إذا كان هناك ثلاث ملاك يكون لأول ثلث الرقبة في الشيوخ، وللثاني

نصف الرقبة، وللثالث السدس، يقسم الملاك حق الشفعة فيما بينهم ويستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه بناء على ذلك يأخذ المالك الأول بالشفعة ثلث حق الإنتفاع ويأخذ الثاني نصف حق الإنتفاع أما الثالث يأخذ السدس¹.

ب - **الحالة الثانية:** يكون الشفعاء من طبقة ثانية إذا كانوا شركاء في الشيوخ بحيث

إذا ملك ثلاث شركاء في الشيوخ عقار وكان الأول يملك النصف ولكل الشريكين الآخرين

الربع، ويبيع الشريك الأول حصته التي تساوي النصف لأجنبي. فإن الشريكين الآخرين

يقسمان فيما بينهم نصف المبيع من العقار الذي طلبوه بالشفعة، فيصبح ذلك العقار بعد

أخذه بالشفعة مملوكاً للشريكين الآخرين على الشيوخ بالتساوي فيما بينهم، هذا الكلام يطبق على الشركاء في الرقبة وفي حق الإنتفاع².

ت - **الحالة الثالثة:** يكون الشفعاء في الطبقة الثالثة إذا كانوا أصحاب حق انتفاع

يشفعون في حالة بيع كل الرقبة أو بعضها، مثلاً لدينا ثلاثة ملاك لحق الإنتفاع على

¹لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري مرجع سابق، ص ص 143-144.

²لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع نفسه.

الشيوع، لكل واحد منهم الثلث، إذا بيعت الرقبة فإن أصحاب حق الإنتفاع يأخذون بالشفعة وذلك بنسبة نصيب كل واحد منهم في حق الإنتفاع ويصبح كل واحد منهم مالكا للعقار في الشيوع ملكية تامة الثلث.¹

إن تطبيق هذا المبدأ على الطبقات الثلاث لا يشير صعوبة، لكن يجب مراعاة حالة إنفراد كل شفيع بطلب لنفسه مستقلا عن غيره من الشفعاء حيث يجب أن يطلب الشفعة في كامل العقار المبيع وذلك نظرا لخاصية عدم جواز تجزئة الشفعة، في حالة اشتراك شفعاء متعددين في طلب الشفعة كلهم بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل شفيع منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم في أخذ العقار بالشفعة، إذ لا يكون هناك تجزئة لشفعة أو تبويض للشفعة على المشتري.²

ثانيا: تعدد الشفعاء مع مشتري شفيع.

نصت المادة على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 796 سالفه الذكر التي يفهم منها أن المشتري عليه أن تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء، وسنرى حالات تراحم المشتري الشفيع كما يلي:

أ - تراحم المشتري الشفيع مع شفعاء أعلى منه طبقة:

يرى الفقهاء في هذا المجال أن المشتري لم يأتي بشيء جديد في هذا الفرض، حيث يتفق النص الوارد في المادة 2/796 ق.م.ج مع ما هو وارد في الفقرة الأولى من نفس المادة، فيفصل هؤلاء الشفعاء على المشتري لكونهم أعلى طبقة يمكن للمشتري أن يعترض على هذا التراحم بحجية أسبقيته في الشراء لأن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سبب الشفعة في المشتري، نفترض أن هناك مالك لعقار ورتب عليه حق الإنتفاع لشريكين في الشيوع، ثم أقدم أحدهم ببيع حصته لشريك آخر، فهنا يحق للمالك الم يأخذ الحصة بالشفعة،

¹لطواف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع نفسه.

²ابراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص307.

ولا يحق لذلك المشتري الشريك أن يرفع دعوى الشفعة على أساس أنه شفيع لأن مالك الرقبة أعلى منه درجة.

ب - تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء أدنى منه طبقة.

نفترض أن المشتري توفرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، ثم يتقدم شفيع آخر أدنى منه في الطبقة، توفرت فيه شروط الشفعة وقت الشراء، فلا يؤثر ذلك على الأخذ بها إن فقدت هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء مثل أن يشتري مالك الرقبة حصة أحد الشريكين على الشيوخ في حق انتفاع، ويتقدم شريك آخر بالأخذ بالشفعة فإن مالك الرقبة يفصل باعتباره مشتري توفرت فيه الشروط.¹

تزامم المشتري مع شفعاء من نفس الطبقة.

يتزامم المشتري مع الشفعاء من نفس طبقته حسب ما هو وارد في المادة 796 ق.م.ج بقولها: "وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفصل على الشفعاء من طبقته...".

إذا بيع لشريك في الرقبة حق الإنتفاع مماثل لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون في الرقبة في الشفعة في هذا الحق، ففي هذه الحالة يفضل الشريك المشتري، أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع يزيد على اقدر المماثل لنصيب المشتري على قدر نصيب كل منهم ما كان يجوز للمشتري أن يشفع في هذه الزيادة إذا بيعت لشريك في حق الإنتفاع، الشفعة في الملابس لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون في حق الإنتفاع، الشفعة في الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشتري أما إذا كان المبيع من الرقبة يزيد عن القدر الملابس لنصيب المشتري في الإنتفاع فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين على قدر نصيب كل منهم عدى المشتري لأنه ما كان له أن يشفع في هذه الزيادة إذا باع الشريك في الشيوخ حصته الشائعة في العقار إلى أحد الجيران في الأراضي الفلاحية فطلب الشفعة فيها جيران آخرون، فضل

¹ دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 293-295.

الجار المشتري هذا حسب رأي جانب من الفقهاء الذين يرون أن الجيران الشفعاء كلهم في مرتبة واحدة، وهناك فريق من الفقهاء من يرون أن الجيران ليسوا كلهم من نفس المرتبة بل يفصل الجار ممن يعود على ملكه منفعة أكبر على هذا الجار المشتري.¹

تناولت المادة 796 ق.م.ج فكرة تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة وتزاحم المشتري عندما يكون شفيحاً ولم تتناول فكرة تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة كما فعلت التشريعات العربية منها، القانون المدني المصري وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 01/937² منه، بحيث إذا بيعت حصة شائعة في حق انتفاع وتقدم الأخذ بالشفعة فيها مالك الرقبة الملابس والشريك في الإنتفاع، فضل مالك الرقبة إذ هو من الطبقة الأولى.

وإذا بيعت الرقبة وتقدم للأخذ بالشفعة فيها صاحب حق الإنتفاع الملابس والجار إذا كانت أراضي فلاحية، فضل صاحب حق الانتفاع إذ هو من طبقة الثالثة، سيما الجار يكون في الطبقة الأخيرة، وإذا بيعت حصة شائعة في الرقبة وتقدم للأخذ بالشفعة فيها الشريك في الرقبة وصاحب حق الإنتفاع الملابس، فضل الشريك في الرقبة إذ هو من الطبقة الثانية بينما صاحب حق الإنتفاع من الطبقة الثالثة.³

يرجع النقص الوارد في المادة 796 ق.م.ج إلى خطأ في الصياغة من خلال عبارة " في الفقرات التالية" والأصح هو استبدالها بعبارة: " في المادة السابقة".⁴

المطلب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة.

يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إذا توفرت فيه شروط معينة، ولما كانت الشفعة حق استثنائي فهي تخرج عن القاعدة التي تقضي بأن لا يتسرع من المالك ملكه إلا برضاه كل ذلك كان له إنعكاس واضح على شروط الشفعة وعلى الجزاء المترتب على مخالفتها وهذه

¹ بوسعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 328.

² تنص المادة 01/937 ق.م.ج على أنه: "إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة" نقلاً عن منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية مرجع سابق، ص 212.

³ كبيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 328.

⁴ دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص ص 281-283.

الشروط متعددة فمنها الشروط المتعلقة بالشخص الشفيع لذي يمنح له القانون حق ممارسة الشفعة (الفرع الأول)، وهناك شروط خاصة بالعقار المشفوع فيه، أي محل الشفعة كذلك الشروط المتعلقة بالمشتري المشفوع منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالشفيع.

توجد مجموعة من الشروط الواجب توفرها في الشخص الشفيع أثناء المطالبة بحقه في الأخذ بالشفعة وسنعرض هذه الشروط كما يلي:

أولاً: يجب أن يكون الشفيع شخصاً من أشخاص القانون.

يكون لكل من ثبت له الشخصية القانونية صلاحية اكتساب حق الشفعة فهذا الحق يثبت للشخص الطبيعي وللشخص المعنوي لأن حق الشفعة ليس من الحقوق الملازمة للصفة الإنسان الطبيعي.

ثانياً: توفر الأهلية الواجبة في الشفيع

تترتب آثار قانونية هامة في حالة حصول الشفيع في عقد البيع محل المشتري لذلك فإن الشفعة تعتبر من أعمال التصرف وليس الغدارة، وعليه لا بد أن تتوفر في الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان الشفيع كامل الأهلية، جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، كما تقتضي وكالة خاصة في حالة الأخذ بالشفعة عن طريق الوكالة، ذلك لأن الوكالة العامة لا تخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة، أما في حالة النيابة فإذا قام الأب باعتباره ولياً بالأخذ بالشفعة نيابة عن ابنه القاصر، فيمكن له ذلك دون استئذان المحكمة أما بالنسبة للوصي والقيم ووكيل الغائب فإنه يلزم استئذان المحكمة¹.

ثالثاً: وجوب توفر صفة الشفيع.

يجب أن يكون الشخص المطالب بالشفعة يمتلك صفة الشفيع، أي مالكا للعقار الذي يشفع به، وذلك ما هو وارد في المادة 795 ق.م.ج السالف الذكر حيث أنه إذا كان الشفيع

¹ابراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع سابق، ص 329.

يشفع بالرقبة فيجب أن يكون مالكا لتلك الرقبة، وإذا كان يشفع بالإنقاع، فيجب أن يكون صاحب حق انتقاع، وإذا كان شفيعا لحصة شائعة فيجب أن يكون شريكا في الشئوع ومالكا لهذه الحصة الشائعة.

رابعاً: توفر سبب الشفعة وقت صدور البيع.

يشترط أن يكون الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به وقت البيع، أي أن يكون هذا الحق موجودا في ذلك الوقت، وعلينا أن نبين حالة ما إذا كان حق الشفيع على عقاره ناشئا عن تصرف قانوني أو عن واقعة قانونية.

الغالب أن يكون حق الشفيع على عقاره الذي يشفع به ناشئا عن تصرف قانوني كعقد بيع صادر إليه والتصرف القانوني ينتقل الحقوق العينية العقارية الأصلية بالتسجيل، لذلك يجب أن يكون التصرف القانوني الصادر عن الشفيع في الأخذ بالشفعة مسجلا وقت بيع المشفوع فيه، فالشفعة لا تجوز إذا كان حق الشفيع مستندا إلى تصرف قانوني غير مسجل قبل بيع المشفوع فيه ويصدر ذلك تنص المادة 791 ق.م.ج على ما يلي: "إذا اشترى شخص عقار تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها"، وحتى ولو كان التصرف ثابت قبل هذا البيع، وحتى ولو قام بشهر عقده بعد ذلك في المحافظة العقارية حيث أنه ليس للشهر أثر رجعي، ولا يجوز الشفعة حتى ولو كان الشفيع قد حصل على حكم بصحة التعاقد المنقل لحقه على العقار الذي يشفع به، طالما أن هذا الحكم لم يتم شهره قبل بيع المشفوع فيه، ينبغي كذلك أن يكون هذا التصرف القانوني موجودا وصالحا لتوليد هذا الحق قبل بيع المشفوع فيه، تجوز الشفعة إذا كان هذا التصرف قابلا للإبطال أو معلقا على شرط فاسخ، طالما لم يحكم بالإبطال أو لم يتحقق الشرط قبل بيع المشفوع فيه، لكن لا تجوز الشفعة إذا كان هذا التصرف صوريا أو

باطلا بطلانا مصلاقا، أو معلقا على شرط واقف طالما لم يتحقق الشرط قبل البيع المشفوع فيه.¹

يكون حق الشفيع ف الأخذ بالشفعة ناشئا عن واقعة قانونية، فيجب في هذه الحالة أن تكون هذه الأخيرة منشئة قبل إنعقاد البيع المشفوع فيه، فمثلا إذا كان الشفيع قد كسب الحق بالميراث وجب أن تكون الوفاة سابقة على البيع حيث أن الوارث يتلقى حقه من تاريخ الوفاة دون الحاجة إلى إجراءات أخرى، وبالتالي يجوز لوارث ذلك العقار أن يشفع بها وفاة المورث ما دامت هذه الوفاة سابقة على البيع.² وإذا كان الشفيع يستند في ملكيته للعقار المشفوع به إلى التقادم، فيجب أن تكون مدته قد اكتملت وقت بيع العقار المشفوع فيه، فهو لا يصبح مالكا إلا بإكتمالها، ولا يعني عن اكتمالها وقت بيع العقار المشفوع به، بأن تكتم له قبل الأخذ بالشفعة.³

خامسا: يجب أن يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المبيع.

يرى الفقهاء بأن أخذ العقار بالشفعة يعتبر بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه حيث أن الشفيع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار، من المعلوم أن القانون يمنع بعض الأشخاص من شراء العقار المشفوع فيه، كعمال القضاء والمحامين حيث منع القانون هذه الفئة من شراء الحقوق المتنازع فيها، وهذا حسب ما هو وارد في المادتين 402⁴ و 403⁵ من ق.م.ج التي يفهم منها بأن الممنوع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هو القضاة

¹ كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع نفسه، ص ص 576-577.

² إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع سابق، ص 333.

³ محمود خيال، الحقوق العينية الأصلية،.....

⁴ تنص المادة 402 ق.م.ج "لا يجوز للقضاة، ولا المدافعين القضائيين، و لا المحامين، و لا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا"

⁵ تنص المادة 403 ق.م.ج "لا يجوز للمحامين و لا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم، أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة"

وأعضاء النيابة وكتاب الضبط والمحامون، وأيضا الموثوقون والمحضرين القضائيين، وهذا راجع لعدم العمل بالقانون رقم 03/06¹ المتعلق بتنظيم مهنة المحضرين القضائيين وقت صدور القانون المدني في 1975 يشترط لمنعهم من شراء الحقوق المتنازل فيها بالشفعة أن تثبت لهم هذه الصفة وقت الشراء، ل اشتري ذلك القاضي أو المحامي قبل تعيينه في القضاء أو بعد اعتزاله فشفعته صحيحة.

نجد كذلك المادتين 410² و 411³ من ق.م.ج قد منحت كل من الوكلاء والخبراء من شراء العقارات المنوط بهم ببيعها⁴ نجد مثلا النائب ممنوع من شراء المال المنوط به ببيعه لذا لو وكل شخص آخر يبيع عقاره فلا يجوز للوكيل أن يمتلك هذا العقار بالشفعة وأن توفر فيه سبب من أسبابها⁵.

فرض المشرع الجزائري مانع الشفعة إذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة، ذلك نظرا لعدم جواز الأخذ بالشفعة، ذلك من خلال المادة 02/798 ق.م.ج التي تنص: " لا شفعة... إذا وقع البع بين الأصول والفرروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية" تمنع الشفعة إذا حصل البيع بين الأقارب المنصوص عليهم في المادة السالفة الذكر، نظرا للصلة القائمة بين البائع والمشتري ويعتبر ذوي القرابة كل من يجمعهم أصل واحد وهذا حسب ما

¹ قانون رقم 03/06 مؤرخ في 20/02/2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائيين، الجريدة الرسمية عدد 14 صادر في 2006/03/18.

² المادة 410 من ق.م.ج لا يجوز لمن ينوب عم غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار، و لو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بالنيابة كل ذلكما لم تأذن السلطة المختصة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى.

³ تنص المادة 411 ق.م.ج لا يجوز للسماسرة و لا للخبراء أن يشتروا أموال معهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار

⁴ دغيش أحمد حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 278-279.

⁵ العبيدي علي عبد الهادي، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 144.

نصت عليه المواد¹ 32-33²-34³-35⁴ من ق.م.ج فهذه الصلة قد رعت في البيع مما يغلب أخذ شخصية المشتري في الإعتبار عادة في الشوك والثن، مما يجعل المشتري أولى من الشفيع مما لا يجيز الشفعة فيه، لصلة التي تربط المشتري بالبائع والتي تقيم المنع هي صلة القرابة، أو الزواج التي تشمل النسب أو المصاهرة، قرابة النسب تكون إما قرابة مباشرة بين الأصل والفروع، إما غير مباشرة (الحواشي)، قرابة المصاهرة هي قرابة أحد الزوجين لأقارب الزوج الآخر.⁵

قررت المحكمة العليا في اجتهادها القضائي للغرفة العقارية تحت قرار رقم 196675 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا شفعة... إن وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وأن القرار المطعون فيه لما قضى بعدم الاعتداء باستعمال حق الشفعة لكون المشتري هو ابن خال جميع الأطراف يكون قد أصاب فيما قضى وهو تطبيق سليم للقانون."⁶

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعقار محل الشفعة وبالمشتري.

تتحقق الشفعة إذا توفرت جملة من الشروط في كل من العقار المشفوع فيه والمشتري المشفوع منه، والتي سنتناولها على النحو التالي:

¹ المادة 32 ق.م.ج: تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل.

² المادة 33 من ق.م.ج: القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحد فرعا لآخر.

³ المادة 34 من ق.م.ج: يراعي ترتيب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود الأصل ماعدا هذا الأصل وعند ترتيب درجة الحواشي تعد درجات الصعود، من الفرع الأصل المشترك تم نزولا منه إلى الفرع الآخر وكل فرع في ما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة.

⁴ المادة 35 من ق.م.ج: يعتبر الأقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.

⁵ خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 251.

⁶ قرار المحكمة العليا رقم 196675، مؤرخ في 2001/03/29، المجلة القضائية العدد الأول، 2001، ص 251.

أولاً: لشروط الواجب توافرها في العقار المشفوع فيه.

يعرف العقار حسب المادتين 683¹ و 684² ق.م.ج أنه كل شيء ثابت لا يمكن نقله أو تغيير هيئته³ سواء كان هذا الاستقرار بفعل الطبيعة كالأرض أو بفعل الانسان كالمباني، ويعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على العقار، والمشفوع فيه هو المبيع الذي يستحق الشفيع اخذه بالشفعة فهو العقار الذي يتعلق به حق الشفعة.⁴

حصر المشرع الشفعة على العقارات دون المنقولات حسب ما هو وارد في المادة 794 ق.م.ج ، فالشفعة رخصة تجبيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، يرجع ذلك إلى ثبوت العقارات في حيزها حيث لا يمكن نقلها من مكن لآخر، أما المنقولات فحسب طبيعتها فهي تنتقل من مكان لآخر ولا تستقر بحيز محدد⁵ فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المال، فإن الشفعة لا تجوز فيه، كما أن الشفعة لا تجوز أيضاً في بيع العقار بالتخصيص استقلالاً عن العقار الأصلي لكن إذا بيع مع العقار فإن الشفعة تشملته باعتباره من ملحقاته. يعتبر الحق العيني الذي يقع على العقار مالا عقاريا وتجوز الشفعة فيه (حق الإنتفاع وملكية الرقبة)، أما المنقول فلا شفعة فيه وإنما هو استرداد إذا كان مملوكاً على الشيوع⁶ والشفعة هي نظام غير قابل للتجزئة بحيث لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض

¹ المادة 683 ق.م.ج على مايلي: كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص، فقد بينت هذه المادة تعريف العقار وهو على نوعين، العقار بطبيعته وعقار بالتخصيص

² تنص المادة 684 ق.م.ج على أنه: "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار

³ مسار منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 45-46.

⁴ حنان سامي محمد موافي، حق تملك بالشفعة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة قسم الفقه والأصول جامعة جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص 08 نقلاً عن الموقع:

www.ahlalhddeeth.com/vblattachmentid=73280D بتاريخ 2021/05/18.

5

⁶ ابراهيم سعد نبيل الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 324.

المبيع دون البعض الآخر ذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، تستبعد بعض العقارات من نطاق الشفعة، ذلك حسب ما هو وارد في المادة 1/798 و 3 قمع، حيث تنص الفقرة الأولى على ما يلي: لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات التي رسمها القانون.

تكمن الحكمة من استبعاد الشفعة من هذا البيع أن الشفيع يستطيع الدخول في المزاد، كما أن الإجراءات التي رسمها القانون للمزاد تكفل له الحصول على العقار المبيع بالتقدم بالعطاء الأعلى ، والبيع بالمزاد العلني الذي يمنع الأخذ بالشفعة يستوي أن يكون الأخر فيه عبريا أو اختبارا، أما البيع الذي يجريه الأفراد بمعرفتهم دون أن يتم أمام القضاء فتجوز فيه الشفعة نظرا لعدم توفر الضمانات التي يتطلبها القانون، يتضح مما سبق أن يشترط لمنع الشفعة في البيع بالمزاد العلني ، أن يتم البيع بالمزاد العلني، فإذا لم يكن المزاد علنيا فإن الشفعة تجوز في البيع، ويجب أن يتم وفقا للإجراءات التي تكفل علنية العطاءات.¹

تنص الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر على ما يلي: لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلصق بمحل بمحل عبادة منع المشرع الشفعة هنا نظرا للإعتبار الديني المقدم على مصلحة الشفيع ، والمقصود بهذا المنع، حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء عقار، وهو إقامة محل عبادة جديدا أو الإلحاق بمحل عبادة قائم، فهنا يكون المشتري أولى بالعقار من الشفيع، فمثلا يبيع المالك أرضه لمشتري بناء مسجد أو إقامة بعض الترميمات لمسجد وجد من قبل، فهنا يكون العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليخلق بمحل عبادة، فلا تجوز الشفعة فيه حتى لا يضيع المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه.²

¹ محمد حسين قاسم، موجز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 256.

² خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري مرجع سابق، ص 256.

ثانياً: الشروط الواجب توفرها في عقد البيع.

تقتصر الشفعة على البيع، بحيث لا يخضع أي تصرف آخر قانوني لنظام الشفعة.¹ وعلى ذلك فلا بد من وجود عقد البيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه، والحكمة من ذلك أن البائع لا مصلحة له في أن يشتري منه شخص معين، بل يستوي لديه أن ينتقل المبيع إلى ملك المشتري أو ملك الشفيع² والمبيع القابل للإبطال تجوز فيه الشفعة لأنه عقد قائم ومنتج لإثارة إلى غاية الحكم بإبطاله، نفس الشيء بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ، لأنه عقد صحيح وقائم إلى غاية تحقق الشرط الفاسخ، كذلك الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف.

يشترط للمطالبة بالشفعة أن يكون هناك بيع قائم وموجود، فلا مجال للأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، حيث أن العقد الباطل لا وجود له.³ يحل الشفيع محل المشتري في مقابل الثمن الذي اشترى به، ولا ثمن إلا في عقد البيع.

لا تثبت الشفعة في الوصية باعتبار أنها صادرة من جانب واحد، ولا الميراث باعتبار أنه واقعة قانونية تتبع عن الوفاة، فهي ليست تصرف قانوني⁴ لا تثبت كذلك الشفعة في القسمة، ذلك أن القسمة مقررة وكاشفة عن حقوق الشركاء كذلك الصلح لا تثبت فيه الشفعة فهو يتعلق بالواجبات الشخصية للمتصالحين التي لا يمكن للشفيع القيام بها، فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات⁵، كما لا تجوز الشفعة في عقد الهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغ من النقود، ما لم يتبين أن العوض يساوي قيمة

¹ منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 220.

² خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 189.

³ منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 220.

⁴ خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 189.

⁵ أبو سعد رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 269.

العقار أو يقترب من ذلك، فيكون عندئذ العقد في حقيقته بيع ولو سمي هبة فتجوز فيه الشفعة بناء على ذلك.¹

تمنع الشفعة في نزع الملكية للمنفعة العامة، لأن هذا الأخير لا يد ببيعا، حتى لو حصل الشخص الذي انتزعت منه ملكيته على تعويض يعادل ثمن العقار كما أن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة، كما لا تجوز الشفعة في الشركة إذا كانت حصة الشريك من الشركة عقارا، حيث أن يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري وقيامه بكل التزاماته وهذا متعذر في حالة تقديم العقار للشركة، لا تجوز الشفعة حتى ولو أعطى الشفيع للشركة قيمة العقارات لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذا قد يخل ذلك بإغراضها من تملك العقار.²

تتعذر الشفعة في الوفاء بمقابل، فإذا قدم المدين عقارا لدائنه في مقابل دينه فلا يجوز أخذه بالشفعة لأن الوفاء بمقابل هو استيفاء الدين³، فلا بد أن يكون البيع الحقيقي، فإذا مستورا بتصرف أحر جان للشفيع اثبات الصورية وإقامة الدليل على أن العقد في حقيقته بيع، وليس هبة، فيجوز له طلب الشفعة في هذا العقد، إذا كان العقد يستر الهبة فإن الشفيع باعتباره من الغير يجوز له التمسك بالعقد الصوري الظاهر، وهو البيع ويكون له الحق في طلب الشفعة دون تدخل المشتري بالدفع في مواجهته بالعقد الحقيقي المستور إلا إذا كان هو عالما بصورية العقد الظاهر، وإذا كان الثمن مذكور في العقد صوريا، فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الثمن المذكور أكبر، أو أقل من الثمن الحقيقي، فإذا كان الثمن أكبر من الثمن الحقيقي فإن الشفيع إثبات الثمن الحقيقي، فإذا نجح فإنه لا يلتزم إلا بالإثبات هذا الثمن، فإذا كان الثمن أقل من الثمن الحقيقي كالتهرب من رسوم التسجيل، فإن الشفيع

¹ دغيس أحمد حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 141.

² أبو سعد رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ص 270-272.

³ خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 286

باعتباره من الغير لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر، ويجوز له الأخذ بالشفعة مقابل الثمن الوارد في هذا العقد، ولا يجوز لأي من المتعاقدين اثبات الثمن الحقيقي للإحتجاج به على الشفيع.¹

تتعذر الشفعة في الوعد بالبيع، والمقصود به هنا هو الوعد من جانب واحد، وليس الوعد من جانبيين لأن هذا الأخير إذا انعقد بكامل الشروط اللازمة يعتبر بيعا ابتدائيا تجوز فيه الشفعة.²

قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 130337 على ما يلي: حيث أن قضاة استجابو الطلب المدعي وقضى بإبطال عقد البيع، والقضاء له باثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، حيث أن حق الشفعة رخصة تحييز الحلول محل المشتري في بيع العقار منا الشروط المنصوص عليها قانونا ولم تنص على الوعد بالبيع، كما أن المادة 807 ق.م.ج نصت على سقوط حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم شهر عقد البيع وليس الوعد بالبيع.³

يرى فريق من الفقهاء بان البيع العقاري غير المشهر لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، لأن الشفيع لا يتلقى الملكية من المشتري، وإنما يحل محله في عقد البيع فيعتبر العقد كأنه صادر إليه من البائع والمشتري، وله حقوق المشتري، ومنه يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور هذا العقد، وتسري المواعيد من وقت إبرامه، وإذا فوت الشفيع هذه المواعيد أو تنازل عن الشفعة، فلا يجوز له الأخذ بها في العقد المشهر بعد ذلك، نجد كذلك العقد الابتدائي وهو عقد غير مشهر لأن الالتزامات المترتبة على البائع والمشتري لا تنفذ في الحال، ويعود السبب في عدم شهر فورا إلى طول الإجراءات المستلزمة فيه، فيبرم لدى

¹ منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 121-122.

² دغيس أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 136.

³ قرار المحكمة العليا رقم 130337، مؤرخ في 10/01/1995، المجلة القضائية العدد الأول، صادر في 1995، ص 196.

الموثق في انتظار شهره في المحافظة العقارية، فهو عقد تام وملزم للطرفين، وعليه تجوز الشفعة فيه بناء على الإعتبارات السابقة.¹

ثالثا: الشروط المتعلقة بالمشفوع منه.

سبق الذكر أنه إذا توافرت في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا فيما اشتراه، وكان من نفسه طبقه الشفعاء طالبي الأخذ بالشفعة أو من طبقة أعلى، يتقدم عليه ويستبعدهم بحيث لا تجوز شفعتهم بحيث يستبعدون المشتري ويحلون محله في البيع.

بناء على ذلك لكي يجوز للمشتري الأخذ بالشفعة يشترط أن تكون متوافرة فيه الشروط التي تجعله شفيعا من نفس طبقة المطالين بالشفعة أ من طبقة أعلى من طبقته.² يشترط حتى يتسنى أخذ العقار المبيع من المشتري بالشفعة أن لا يكون من الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 2/798 ق.م.ج حيث تنص هذه المادة على ما يلي: " لا شفعة ... إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار، لغاية الدرجة الثانية..." فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأقارب في الحدود التالية:

- حالة البيع بين الأصول والفروع: كما لو باع الأب لابنه أو الجد لحفيده.
- حالة البيع بين الزوجين، كأن يبيع الزوج أثناء القيام العلاقة الزوجية عقارا لزوجته.
- حالة البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة: هم الأقارب الذين تجمعهم قرابة الحواشي.
- حالة البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية: هم أقارب أحد الزوجين بالنسبة للزوج الآخر.³

¹دغيس أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص136.

²كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مصادرها، مرجع سابق، ص605.

³خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 142.

تكمّن الحكمة من عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا كان المشتري من من تربطهم بالبائع إحدى الصلات المذكورة سابقاً، أن هذه الصلة غالباً ما تؤدي إلى البيع على النحو الخاص، بحيث ما كان ليتم على هذا النحو لو كان البيع لشخص آخر، ولذا لا تجوز الشفعة ولا تتوفر بالنسبة للإعتبارات التي أدت إلى البيع حتى ولو كان طالب الشفعة أقرب إلى البائع من المشتري.¹

¹سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية الطبعة الأولى مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الاردن 1999، ص 181.

خلاصة الفصل الأول:

ملخص الفصل الأول من خلال دراستنا للمعنى اللغوي لمصطلح الشفعة تبين أن أكثر المفردات تجتمع حول معنى واحد لها هو: الضم والزيادة والإضافة ، وهو ما يوافق المعنى الشرعي والفقهي لها ، أما المعنى الاصطلاحي فهو نظام استثنائي يؤدي إلى ضم ملكية العقار المشفوع فيه كلها أو جزء منها إلى ملكية الشفيع جبرا على المشتري والبائع ، بمقابل دفع الثمن المحصل في عقد بيعه مع المصاريف .

كما يتضح أن الشفعة تتصل بشخصية الشفيع، وهي غير قابلة للتجزئة، ولا ترد إلا على البيوع العقارية دون المنقولة، و قد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة حول كونها حقا، أو رخصة، أو واقعة مركبة من وقائع مادية ، والتصرف القانوني ، حيث أن تدخل المشرع الجزائري واعتبار الشفعة رخصة يعد حسما منه للخلاف الفقهي القائم حول هذا الموضوع.

ويتضح لنا من نصوص الشفعة في التقنين المدني أنه لا يمكن ممارسة الشفعة إلا إذا توافرت شروط معينة : منها ما يتعلق بشخص الشفيع ، حيث يجب توافر الأهلية القانونية في شخص الشفيع ، وكذا ملكية العقار المشفوع به ، أو الحق الوارد عليه ، وأن يكون الشفيع غير سمنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه .

وهناك شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه ، حيث يجب أن يكون عقارا ، فلا تجوز الشفعة في منقول ، وهناك شروط تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة ، حيث لا شفعة إلا في عقد البيع فقط ن باقي التصرفات الأخرى طبقا للمادة 794 ق م ج .

وخروجا على قاعدة جواز الشفعة في عقود البيع ، هناك بيوع يمنع الأخذ بالشفعة، وردت في سبيل الحصر في نص المادة 798 ق م ج وهي : البيع بالمزاد العلني وفق شروط قانونية، الحاصل بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، وبين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة،

وبين صهار لغاية الدرجة الثانية ، وكذا يمنع الأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة ليلحق بمحل عبادة.

تتحقق الشفعة بحلول الشفيع محل المشتري في تملك العقار، لذا لا بد من مرور هذا الشفيع من عدة مراحل للأخذ بالشفعة، نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في المواد من 799 إلى 807 ق.م.ج، بحيث لا بد للشفيع ان يتبع بعض الإجراءات محددة ودقيقة أوردها المشرع لضمان الحديث في الطلب ومنع التحليل في الحصول على الحق، وتعتبر الشفعة قيديا على حرية التصرف بحيث ينزع ملك المشتري جبرا عنه بحكم القضاء، لذا حدد المشرع هذه الإجراءات بدقة، تبدأ هذه الإجراءات بالإجراءات أولية وهي إعلان الرغبة وإيداع الثمن لدى الموثق ثم يأتي إجراء رفع الدعوى (المبحث الأول).

ويترتب ثبوت الحق في الشفعة وتملك العقار المشفوع فيه سواء بالتراضي بين الأطراف أو بحكم من المحكمة، إنشاء علاقات قانونية بين الشفيع والبائع والمشتري، حيث تتحول التي كانت مبرمة بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ويستبعد المشتري منها، وينتج البيع آثار فيما بين البائع والمشتري اتجاه الشفيع، أضف إلى ذلك علاقة الشفيع بالغير خاصة بعد حصول التصرفات الواردة على العقار (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات ممارسة حق الشفعة.

يثبت الحق في الشفعة بالتقاضي أو بالتراضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون اللجوء إلى اتخاذ إجراءات قضائية، فيصبح الشفيع متمتعاً بحقوق المشتري، ويبرم العقد ويشرع في مباشرة الإجراءات الناقله للملكية، غير أنه قد يثور النزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وهذا ما يجعلهما يلجأان إلى القضاء، كأن لا يرضي المشتري بالتنازل عن العقار المبيع للشفيع، ففي هذه الحالة على هذا الأخير أن يتخذ إجراءات معينة للحصول على العقار بمقتضى حكم قضائي، حدد القانون هذه الإجراءات ورتب على عدم التقيد بها سقوط حق الشفيع في الشفعة ولكي ترفع دعوى الشفعة لابد من توفر بعض الإجراءات الأولية السابقة لرفع الدعوى والمتمثلة في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن لدى الموثق (المطلب الأول)، ثم يأتي إجراء رفع الدعوى الشفعة من طرف الشفيع للمطالبة بحقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإجراءات الواجب إتباعها قبل رفع الدعوى.

نص التقنين المدني الجزائري على وجوب اتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية أولية والواجب إتباعها قبل رفع دعوى الشفعة، أول إجراء هو إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فلا يمكن للشفيع أن يرفع دعواه، إذا لم يقم أولاً بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة بنفسه، أو أن يتم ذلك بتوجيه الإنذار إليه من طرف لمشتري والبائع (الفرع الأول).
يودع الثمن لدى الموثق بعد إعلان رغبته، ويقصد بذلك إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق حتى لا يسقف الحق في أخذ العقار بالشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إعلان الرغبة في الشفعة.

يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، إما بالإنذار الرسمي الموجه له من طرف البائع والمشتري أو بإعلانه بنفسه برغبته في أخذ العقار بالشفعة وفي الميعاد الذي يحدده القانون، ولابد أن يكون هذا الإعلان مشهر.

أولاً: الإنذار الرسمي الموجه إلى الشفيع:

لقد ألزم المشرع الجزائري كل من البائع والمشتري باتخاذ هذا الإجراء وعادة ما تفتح إجراءات الشفعة به بغرض إخطار الشفيع بوقوع البيع، الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة حتى يتمكن الشفيع من تدبر أمره فإذا أراد الأخذ بالشفعة أعلن رغبته فيها، وإلا فلا، وهذا الإنذار يوجه إما البائع أو المشتري ويكفي أن يوجهه أحدهم، وفي حالة تعدد الشفعاء وجب توجيه الإنذار إلى كل واحد منهم.

ويجب أن يكون هذا الإنذار رسمياً على يد حضر قضائي، فالإنذار الشفوي أو المكتوب لا يكفي إن لم يكن رسمياً.¹

وقد نصت المادة 800 من ق.م.ج على البيانات الواجب توافرها في الإنذار الرسمي " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على بيانات التالية ووالا كان باطلاً.

بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافياً.

بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون 30 يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799".

يترتب على تخلف أحد هذه البيانات سابقة الذكر بطلان الإنذار وإلا يترتب عليه سقوط حق الشفيع في الشفعة إذا لم يعلن رغبته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار.² كما يجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع أو الشفعاء في حالة تعددهم في موطن كل منهم، حتى ولو كانوا من طبقات مختلفة، وذلك الإحتمال ألا يرغب أحدهم في الأخذ بالشفعة مما يفتح بابها لمن هم من طبقة ادني.³

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 625.

² منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 229.

³ قاسم محمد حسين، وجيز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 293.

ثانيا: الإعلان بالرغبة.

يجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة بمجرد وصول الإنذار الرسمي عليه حيث نص المادة 01/801 على أنه: "يجب أن يحدث هذا الإعلان بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا".

وينبغي أن تعلن هذه الرغبة من الشفيع إذا كان واحدا من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة في حالة تعدد الشفعاء على أنه يوجه هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري فإذا وجه إلى إحدهما دون الآخر أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر إل الأخذ بعد هذا الميعاد اعتبر هذا الإعلان باطلا وبالتالي تسقط الشفعة، وذلك أن كل من البائع والمشتري خصم في دعوى الشفعة إذا كانت بالتقاضي وطرف فيها إذا تمت بالتراضي.

ويوجه هذا الإعلان إلى موطن كل من البائع والمشتري أي إلى المحل الذي يقيم فيه.

ويمكن للشفيع الاستغناء عن إعلان الرغبة وذلك برفع دعوى الشفعة على أن تعلن عريضة الدعوى ككل من البائع والمشتري في الميعاد المقرر لإعلانات وهو ثلاثين يوما من يوم الإنذار بوقوع البيع حتى يصلح اعتبار العريضة إعلانا عن الرغبة في الأخذ بالشفعة بشرط إيداع الثمن في الخزنة المحكمة قبل رفع الدعوى حتى يكون رفعها صحيحا.¹، وهذا ما نصت عليه المادة 2/801: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة.

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص ص 627-631.

فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة" وعندئذ تحل العريضة محل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمغي في باقي الإجراءات.¹

ثالثاً: ميعاد الرغبة.

للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذاره وله أيضاً أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن خزانة المحكمة، وبهذا تقوم العريضة مقام إعلان الرغبة كما رأينا سابقاً. ولكن هناك وقت محدد لإعلان الرغبة وبإنتهائه يسقط حق الشفيع في الشفعة، فإن ما أنذر الشفيع بوقوع طرف البائع أو المشتري بوقوع البيع فعليه أن يعلن رغبته خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع مع العلم أن هذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري وإذا لم ينذر ولم يسجل البيع فله أن يعلن رغبته خلال 15 سنة من تمام عقد البيع وهذه هي مدة التقادم هذه الحالة لديها عدة فرائض وهي:

أ - حالة إنذار الشفيع بالبائع.

يتوجب على الشفيع أن يقوم بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، إذا أنذره البائع والمشتري بوقوع البيع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بحصول البيع المادة 799 ق.م.ج، فلا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، حتى ولو قام الدليل القاطع بأنه قد علم البيع في وقت معين، فغن الميعاد مع ذلك لا يسري م هذا الوقت وإنما وقت الإنذار.² ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك فإذا كانت بين موطن الشفيع أو موطن البائع أو المشتري مسافة حسب لهذه المسافة ميعاد بحسب البيع وهذا الميعاد يعتبر ميعادا للسقوط لا ميعاد للتقادم فيسري على الغائبين ومن لم تكن له أهلية التصرف وهذا الميعاد لا يقبل الإنقطاع ولا الوقف.³

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 632.

² أبو سعد رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 335.

³ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 641.

ب - حالة عدم إنذار الشفيع بالبيع:

يحصل في بعض الأحيان عدم علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمي، أو أن يكون ذلك الإنذار باطلا، في هذه الحالة يكون للشفيع إعلان رغبته في الشفعة، وذلك خلال سنة كاملة من وقت إشهار عقد البيع من طرف المشتري.

هذا حسب نص المادة 02/807 ق.م.ج التي نصت على ما يلي: " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع... " غذا كان الشفيع لم يعلم بوقوع البيع ولم يقدره البائع أو المشتري بوقوعه أو وقوع إنذار فقد أطل المشرع المدة التي يتعين خلالها أن يطلب الأخذ بالشفعة.¹

فجعلها سنة من وقت شهر عقد البيع، هذا ويعتبر ميعاد السنة من يوم شهر عقد البيع في المحافظة العقارية، مدة سقوط مدة تقادم، وبالتالي لا ينقطع ولا يوقف ويسري في حق الخائبين وغير كامل الأهلية.

ج- حالة عدم إنذار الشفيع وعدم إشهار عقد البيع.

أحيانا يكون الإنذار غير ملزم بالنسبة للبائع والمشتري، ويكون هذا الأخير غير ملزم بشهر عقد البيع، ويحدث بناء على هذا عدم إنذار الشفيع، أو ينذر إنذارا باطلا، عنئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع لأن الوقائع التي تفتح معها هذه المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع لأن الوقائع التي تفتح معها هذه المواعيد التي تحدث، وعليه يحق للشفيع حتى يعلم بوقوع البيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت شاء.²

¹ خيال محمودن الحقوق العينية الأصلية مرجع سابق، ص ص 208-209

² دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 208-209.

يظل هذا الحق قائماً للشفيع مادام أنه لا يسقط بالتقادم بمضي 15 سنة طبقاً للقواعد العامة والمنصوص عليها في المادة 1/308¹ ق.م.ج حكم هذه الحالة أكدت عليه قرارات قضائية الصادرة عن المحكمة العليا نذكر منها القرار الذي جاء نصه كما يلي: "من المقرر قانوناً أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار بوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. ولما كان الثابت في قضية الحال أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائماً.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع يرفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون.²

رابعاً: شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

تنص المادة 01/801 على أنه: "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلاً، ول يحتج بالتصريح ضد لغير غلا إذا كان مسجلاً...". ومن هذه الفقرة يمكننا استنتاج الملاحظات التالية:

أ- أن يكون التصريح يعبر عن رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة بعقد رسمي: يقصد بالعقد الرسمي أن يتولى تحريره موثق مؤهل يؤكد فيه الشفيع رغبته في شراء العقار المبيع طبقاً للبيانات لواردة في الإنذار الذي وجه له من قبل البائع أو المشتري المنصوص عليه في المادة 799 ق.م.ج.

¹ تنص المادة 308 ق.م.ج على ما يلي: "ينقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية".

² قرار المحكمة العليا رقم 64331، مؤرخ في 1990/04/30، منشور في المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1991، ص 183 نقلاً عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري ص 123.

ب - أن يكون الإعلان بغية الحلول محل المشتري عن طريق كتابة ضبط المحكمة:

يعني أن العقد المحرر من طرف الموثق بيدي من خلاله الشفيع رغبتة في استعمال حق الشفعة واعتبر التصريح باطلا.¹

ت - لا يجنح بهذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا.

وجب قيد التصريح بالرغبة في الشهر العقاري وما يدعم هذا هو ما جاء في قرار صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الأتي بينه كما يلي: "إذا كان مؤدي المادة 801 من ق م ج أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل طلب الشفعة وإشهاره، ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون بالخطأ في تطبيق القانون غير سليم يستوجب رفضه، ولما كان من ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعين لعدم احترام إجراءات الشفعة طبقوا صحيح القانون".²

الفرع الثاني إبداع الثمن لدى الموثق

يودع ثمن البيع وكل المصاريف لدى الموثق، ويجب أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وفي فترة ثلاثين يوم التي تحتسب من تاريخ التصريح، بالرغبة في الشفعة، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 2/801 ت م ح « يجب إبداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم، سقط الحق في الشفعة.

¹لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني مجلة الموثق، العدد 07، 1999، ص35.

²قرار المحكمة العليا رقم 75678، مؤرخ في 1991/12/24، منشور في المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1993.

أولاً- إبداع الثمن والمصاريف لدى الموثق:

توجب المادة 2/801 السالفة الذكر الشفيع بإيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة، وجعلت جزء مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الشفعة¹، يجب أن يودع ثمن بيع العقار المشفوع فيه لدى الموثق دون غيره، في أجل ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة، بالتالي يمكن أن يتم هذا الإيداع عقب إعلان الرغبة أو عند إعلانها، كما يجوز أن يتأخر إلى ما بعد ذلك بشرط احترام المدة القانونية المشار إليها. يلتزم الشفيع ببضع كل الثمن وليس جزء منه فقط، ولو كان البائع قد منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن، وهو إجراء جوهري يتطلبه القانون من أجل قبول رفع دعوى الشفعة، لذلك لا يمكن للبائع الإعفاء منه حتى ولو حدث اتفاق بينه وبين الشفيع على التأجيل، يكون للمحكمة عند عدم القيام به أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الشفعة وإبداع كل الثمن².

¹طلبة أنور، مجموعة المدادي القانونية التي قررتها محكمة النقض، مصر، الجزء الثامن، د ت ن ، من 322.

²دعيش احمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، من 330 .

أتى الأمر رقم 76-105 المتعلق بقانون التسجيل المعدل والمتمم بالتعديل الجديد وذلك من خلال المادة 7 منه التي أتت معدلة للمادة 1/256¹ و2¹ من الأمر رقم 11-11 المؤرخ في 18/07/2011 المتضمن قانون المالية التكميلي² حيث أنه فرضت على صاحب الملكية دفع خمس 5/1 الثمن لدى الموثق محرر العقد، كما أتت هذه المادة بالاستثناء القائل بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع وهذا ما نصت عليه المادة 804 ت م ج حيث أنه حسب هذه الفقرة الثانية من المادة 256 فإن الثمن أو الجزء منه قابلاً للدفع عند حلول الأجل بين يدي الموثق محرر العقد. أوجب المشرع إيداع كامل الثمن في أول الأمر ثم عدله وأوجب إيداع الخمس، وسبب الإيداع هو البحث في سجلات إدارة الضرائب، فإذا كان البائع مديناً بالضرائب للدولة فتسهل عملية جبايتها، ومحاربة التهرب من دفع مستحقات الدولة من الضرائب.³

¹ تنص المادة 1/256 و2 من قانون المالية التكميلي على ما يلي : " يجب أن يدفع لزوماً لخمس 5/1 ثمن نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو ملكية الرقبة أو حل الانتفاع لعقارات أو لحقوق عقارية. ويرفع مبلغ الإيداع إلى نصف (2/1) الثمن إذا كان أحد طرفي العقد شخصية معنوية أو في حالة نقل ملكية المحلات التجارية أو الزبائن.

وكذلك فإن دفع نصف (2/1) بمرأى وبين يدي الموثق محرر العد الزامي في جميع القسومات أو في جميع العقود أو العمليات التي من أثارها المنح، بأي وسيلة كانت، لشريك أو شخص ثالث، الملكية بأكملها أو ملكية الرقبة حق الانتفاع لعقارات أو محلات تجارية تابعة بأموال الشركة . وتطبيق هذه التدابير بمبلغ التصف (2/1) الثمن على عقود متضمنة تنازلاً عن أسهم أو حصص في شركات وعلى عقود المؤسسة أو المعدلة للشركات باستثناء العقود أو العمليات المتضمنة الزيادة في رأس مال الشركة عن طريق دمج الاحتياطات والأرباح

كما تخضع إلزامية إيداع نصف مبلغ عقود التأسيس شركات ذات رأس مال أجنبي. إذا كان الثمن أو جزء من الثمن قابل للدفع عند أجل، فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي المولى محور العقد إلى غاية تشكيل حسب الحالة خمس 1/5 أو النصف لا ثمن نقل الملكية الذي يجب أن يحرر لزوماً .

² أمر رقم 11-11 مؤرخ في 18/07/2011 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ، الجريدة الرسمية عدد 40، صادر في 20-07-2011.

³ خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، من 228 - 229

ترفع إدارة الضرائب يدها عن المبلغ المودع لدى الموثق في أجل أقصاه 30 يوما في حالة إذا أسفر البحث في الوضعية الجبائية للبائع عن عدم وجود دين عليه، وهو ما نصت عليه المادة 3/256¹ من قانون المالية التكميلي، حيث يطبق هذا النص عندما تكون الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف فيجوز عندئذ أن يتفق كل من البائع والمشتري عن الاستفادة من الأجل السابق منحه للمشتري، أما قبل ثبوت الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف فإن الواجب إكماله هو نص المادة 2/801 من ت م ح السالفة الذكر والتي توجب إيداع كامل الثمن والمصاريف².

ألزم المشرع الشفيع بأن يودع الثمن والمصاريف لدى الموثق وفي نفس الميعاد القانوني المحدد بـ (30) يوما من تاريخ إعلان التصريح بالرغبة ويجب أن يتم الإيداع قبل رفع الدعوى، بموجب الفقرة 2 من المادة 801 ت م ح .

تشمل هذه المصاريف الرسمية وغير الرسمية، فالمشرع أغفل ذكر نوع المصاريف، وحصرها في المصاريف الرسمية فقط، وهو ما يفهم من المادة 800 ت م ح عندما نص على البيانات الواجب توفرها في الإنذار تحت عبارة "بيان الثمن والمصاريف الرسمية".

¹ المادة 3/256 من القانون المالية التكميلي على ما يلي: " إن الموثقين والموظفين العموميين والمودعين الآخرين الذين تلقوا الأموال المماثلة لخمس 5/1 نقل الملكية كالإيداع لا يمكنهم التخلي عن الأموال علا ضمن القواعد المنصوص عليها في المادة 431 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والتي أحكامها مطبقة على جميع الحقوق والرسوم والضرائب السارية المفعول والتي تكفل بها مصالح التحصيل المختصة .

غير أنه في حالة عدم تحصيلهم على به عن الوضعية الجبلية للبالغ في أجل أقصاه 30 يوما يمكن للموثقين التخلي عن القبول المودعة في حسابهم يدفعها للبائع.

ويبدأ سريان هذا الأجل ابتداء من التاريخ الذي يودع فيه على مستوى مديرية الضرائب للولاية الطلب الوضعية الجمالية الذي يحتوي على كل المعلومات المتعلقة بالصفحة .

إن طلب دراسة الوضعية الجبائية يجب أن يودع مقابل وصل استلام في أجل عشرة (10) أيام بعد إبرام العقد، تسلم نسخة من الطلب إلى البائع بناء على إلتماسه.

²خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 228-229.

يقصد بالمصاريف الرسمية رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله لدى مصلحة التسجيل وإشهاره لدى المحافظة العقارية، إضافة إلى نفقات أتعاب المحامي ونفقات معاينة العقار المشفوع فيه .

يجب على الشفيع كذلك إيداع المصاريف التي أنفقها المشتري قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة سواء كان بناء، أو الغراس الحاصل في العقار المشفوع فيه.¹

ثانياً- يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة

يعني أن الشفيع عقب رفع دعوى الشفعة يتعين عليه أن يستظهر الوثائق الثبوتية التي تؤكد أن الشفيع قام حقا بإيداع الثمن والمصاريف، يتضح ذلك من الوصل الذي يسلم له من قبل الموثق يؤكد بمقتضاه أن الشفيع قام فعلا بإيداع الثمن في الخزينة العمومية، لأن هذا الوصل يعتبر سنداً أساسياً في رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة.²

ثالثاً- عدم إيداع الثمن يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة

المطلب الثاني: رفع دعوى الشفعة.

يقصد برفع دعوى الشفعة طلب الذي يقوم به الشفيع إذا نازعه المشتري في العقار المشفوع فيه، أو نازعه البائع في حالة ما إذا كان المبيع في يده ، فيدخل معه في الخصومة ويلجأ الشفيع إلى رفع الدعوى من أجل استصدار حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة لفائدته. أقر القانون للشفيع حق اللجوء إلى القضاء بصفته مدعياً للمطالبة بحقه في ثبوت الشفعة ، ومخاصمة المشتري في ذلك (الفرع الأول) وبعد قبول دعوى الشفعة شكلاً ومضموناً يصدر حكماً نهائياً بثبوت حق الشفعة (الفرع الثاني).

¹دعيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 337

²لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، من 35.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الشفعة.

من خلال ما نصت عليه المادة 802 ق.م.ج: "يجب رفع الدعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقر في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق"، وكذا المادة 803، يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

يُمر الشفيع بعدة إجراءات لرفع الدعوى:¹

أولاً: أطراف الخصومة في الدعوى:

تتمثل أطراف الخصومة في دعوى الشفعة كغيرها من الدعاوي في طرفين أصليين هما المدعي وهو الشفيع، والمدعي عليه وهما المشتري والبائع، وسنتطرق لهم كما يلي:

أ - المدعي:

المدعي في دعوى الشفعة هو الشفيع، وقد سبق أن الأخذ بالشفعة هو عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإرادة، ولذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان كامل الأهلية، أي بالغ سن الرشد غير محجور عليه، جاز له وحده أن يرفع دعوى الشفعة، وله أن يوكل في رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة، فالوكالة العامة لا تكفي لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف، أما إذا كن الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه، فوليه أو وصيه هو الذي يرفع دعوى الشفعة²، فإن لم يكن للقاصر ولي أو وصي، عين القاضي رئيس المحكمة مقدماً ليأخذ بالشفعة ويتعين على

¹ أركان جهيدة وأيت عراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق بجاية، 2015، ص43 نقلا عن الموقع: <http://www.univ-bejaia.dz> بتاريخ 2021/06/15.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص671.

الولي أن يوضح صفته الأخذ بالشفعة في إعلان الرغبة وفي عريضة الدعوى ، وإلا سقط حق القاصر في الأخذ بالشفعة.¹

ويرفع الدعوى كل من له صفة ، عملاً بأحكام المادة 13 من قي إم إ.²

ب - المدعى عليه:

المدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع ، فيجب على أن الشفيع يرفع دعواه على البائع أو البائعين وعلى المشتري أو المشتريين ، جميعاً فإن رفعت على البعض دون البعض ، كانت الدعوى غير مقبولة ، وتعرض حق الشفيع للسقوط متى كان الشفيع قد أذّر بالبيع وتضمن الإنذار أطراف عقد البيع.

ذكر فقهاء القانون حالة لا يسقط فيها حق الشفيع في الشفعة بالرغم أنه لم يخاصم كل الأطراف وهي الحالة التي لم يتضمن الإنذار فيها ذكر أطراف البيع، فبني الشفيع دعواه على ما ورد في الإنذار ، ثم تبين له وجود بائعين أو مشتريين آخرين ، وبالتالي لا يسقط حقه في الشفعة ، ويتعين عليه إدخالهم في الدعوى ولو بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً.³ وفي حالة وفاة البائع أو المشتري ، فيجب على الشفيع أن يختصم جميع الورثة ، وإذا لم يحضر البائع أو المشتري أو من يمثلهما قانوناً رغم صحة التبليغ ، فإن المحكمة تقضي في الدعوى بحكم غيابي.⁴

ثانياً - كيفية رفع الدعوى وميعادها :

سيتم تبين كيفية رفع الدعوى وميعاد رفعها كما يلي :

¹ أحمد خالدي ، المرجع السابق ، من من 235 - 236.

² تنص المادة 13 في إم ا « لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صلة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقره القانون»

³ الطيب يعقوب، قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري - الشفعة أنموذجاً- بحث لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون ، جامعة باتنة ، 2008 ، ص152 .

⁴ بابا عمر ، المرجع السابق ، ص 95.

أ - كيفية رفع الدعوى:

من خلال استقراء المادة 802 ق.م.ج يتضح أن المشرع لم يتعرض إلى كيفية رفع الدعوى الشفعة، مما يتعين الرجوع إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وطبقاً لنص المادة 14 منه، فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة ابتداءً من تاريخ إيداع عريضتها المكتوبة، الموقعة والمؤرخة بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف، بعد ذلك تقيد العريضة حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب وروده، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أو جلسة، ثم يسجل أمين ضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها للخصوم.¹ وهذا ما نصت عليه المادة 16 ق.إ.م.إ.²

والجدير بالذكر أن عريضة افتتاح دعوى الشفعة لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي تنص على أنه: "دعاوي القضاء الرامية إلى التلف أو إبطال أو إلغاء نقض حقوقه ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً".³

ولقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها المؤرخ في 2000/04/26 والذي نص على ما يلي: الثابت من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة شكلاً بسبب عدم قيامها بإشهار عريضتها لرفع الدعوى في النزاع المتعلق بإثبات حقوق الشفعة، قد أخطأ في تطبيق القانون لأن المادة 85 من المرسوم المذكور أعلاه، تخص الدعاوى القضائية لرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء، ونقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، والحال أن

¹ هطال رضا، المرجع السابق، ص58.

² القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 بتاريخ 2008/04/23.

³ المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم ج.ر 30 الصادر بتاريخ 1976/04/13.

دعوى الطاعنة تتعلق بالشفعة وشروط ممارستها، ومن هنا فإن القرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون وعرض قضاءه للنقض.¹

بعد صدور ق إ م إ نرى أنه قد أكد على أن الدعاوى العقارية المعنية بشهر عريضتها الافتتاحية هي تلك المذكورة في المادتين 515 و 519 ق إ م إ المتعلقة بفسخ أو إبطال، أو إلغاء، أو نقض وتعديل العقود المشهورة ، وبالتالي لا تخضع دعوى الشفعة للشهر.²

ب- ميعاد رفع الدعوى

من خلال نص المادة 802 من القانون المدني ، يتبين أن هناك ميعادا معيناً لرفع دعوى الشفعة ، وهو ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويبدأ سريان ميعاد الثلاثين يوماً من اليوم التالي لليوم الذي أعلن فيه الشفيع رغبته في الشفعة لكل من البائع والمشتري ، ومن ثم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخيرة³ ، ويتم تحديد سريان المواعيد طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاصة المادة 405 منه .

وبعد ميعاد الثلاثين يوماً من مواعيد السقوط لا من مواعيد التقادم ، فلا يقبل الوقف ويسري في حق الغائب وناقص الأهلية، فإذا لم يراع الشفيع الميعاد المتقدم سقط حقه في الأخذ بالشفعة ، وفي إمكان البائع أو المشتري التمسك بهذا السقوط في أي حالة تكون عليها الدعوى ، كما يجوز الدفع به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا ، وللمحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها حتى ولو تنازل صاحب الحق عن التمسك به.⁴

¹ المحكمة العليا، قرار رقم 194437 بتاريخ 2000/04/26، المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 02، ص 146. ² حمدي باشا وليلي رزوقي ، المنازعات العقارية في التعديلات، ط 2012-2013 ، دار هرمة ، الجزائر ، ص 262. ³ هطال رضا ، المرجع السابق ، من 59 - عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 135 . ⁴ أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص من 234 - 235 ؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، من ص 684 - 685 .

ثالثا: المحكمة المختصة للنظر في دعوى الشفعة :

إن دعوى الشفعة من الدعاوى العينية لأن الشفيع يطالب بملكية العقار المشفوع فيه نتيجة توافر سبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة ، وعلى هذا فإن المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى هي المحكمة الواقع بدائرتها العقار ، وهذا ما نصت عليه المادة 802 ق م ج المذكورة أعلاه وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/11/19 حيث جاء فيه :«من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار ... ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من النظام العام وتطبق تلقائيا»¹.

وهو نفس الحكم الذي نصت عليه المادة 40 ق إ م إ كما يلي : «... في المواد العقارية،...أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار...» ، هذا في الاختصاص في الإقليمي ، أما من ناحية الاختصاص النوعي ، فإن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعوى الشفعة طبقا للمادة 32 ق إ م إ التي تنص على :«... تفصل المحكمة في جميع القضايا ، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية..»² و ذهب الفقه والقضاء إلى أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة بنظرها في ميعاد ثلاثين يوما ، لا يسقط الحق في الشفعة بمضي الميعاد ، إذا رفعت بعد ذلك أمام المحكمة المختصة.

بل إذا رفعت الدعوى خلال الميعاد أمام محكمة مختصة ثم حكم بعدم الاختصاص

لطارئ أخرج الدعوى من دائرة اختصاص المحكمة، فللشفيع تجديدها أمام المحكمة المختصة.

¹قرار رقم 34131 بتاريخ 1984/11/19 ، المجلة القضائية لسنة 1990 ، عدد 02 ، من 52، نقلا عن فرقاني قويدر،

المرجع السابق 66 -

²أحمد دغيس، المرجع، ص323.

كما أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ، من شأنه أن يقطع ميعاد السقوط المقرر في المادة 802 ق م ج ، ويستمر هذا الانقطاع حتى صدور الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من تاريخ هذا صدور ميعاد ثلاثين يوماً الجديد ، يستطيع الشفيع بموجبه أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة، وهذا إعمالاً لنص المادة 317 ق م ج¹. وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكماً نهائياً بأحقية الشفعة، والحلول محل المشتري ملكية العقار المشفوع فيه، يكون قد تحصل على سند الملكية ، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري². من خلال ما سبق ذكره يتضح جلياً أن الحكم الصادر يعتبر سبباً قانونياً منشأ لحق الشفيع في هذا التملك، وعليه فلا تبدأ آثار هذا الحق إلا من يوم صدور الحكم وشهره بعد ذلك في المحافظة العقارية³.

الفرع الثاني الحكم النهائي بثبوت الشفعة

تنص المادة 803 ت م ج على ما يلي: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري» ومن خلال هذا النص يتضح لنا بأن الحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، يعتبر سبباً قانونياً منشأ لحق الشفيع في هذا التملك، وعليه فلا تبدأ آثار الحق إلا من يوم صدور الحكم وشهره بعد ذلك في المحافظة العقارية⁴ حيث أن حكم الشفعة حق أصبح نهائياً بقوات مواعيد الطعن فيه دون رفع طعن عنه أو بعد الفصل في الطعن لصالح الشفيع، اعتبر سنداً للملكية الشفيع أي عقداً حقيقياً حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة لكن لا تنقل الملكية بموجبه للشفيع إلا بعد خضوعه هذا الحكم لإجراء الشهر

¹ الطيب يعقوب، المرجع، ص156، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 136.

² على عيشور ، المرجع السابق ، من 45

³ سأمحمد دغيش ، المرجع السابق ، من 1 324 أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع 699.

⁴ دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، من 342.

العقاري.¹ فالحكم القضائي المثبت للشفعة لا يكون له أثر إلا إذا تم شهره في السجل العقاري، أي أن نقل ملكية العقار من البائع أو المشتري إلى الشفيع يرجع أساسا إلى شهر الحكم القضائي النهائي في السجل العقاري وحده.²

يعتبر حكم الشفعة النهائي عقدا حقيقيا، ومن ثم يخضع إلى كافة القواعد التي تسري بالنسبة للعقود ويعنينا في هذا المقام القواعد المتعلقة بالأفضلية، حيث أن البائع وبالرغم من صدور حكم الشفعة يجوز له التصرف من جديد في ذات العقار محل الحكم طالما أن الشفيع لم يشهر عقده.³ مفاد ذلك أن المشرع عندما اشترط لنقل ملكية العقار المشفوع فيه بعد صدور الحكم القضائي القاضي بثبوت الشفعة شهره في المحافظة العقارية، يدل بوضوح بأنه قبل شهر حكم الشفعة لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، ولكن متى تم شهر الحكم انتقلت إليه الملكية، ويكون انتقالها من وقت الشهر سواء بالنسبة لهذا الشفيع أو في مواجهة الغير، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء.⁴

يمكن القول بأن الحكم بالشفعة هو حكم كشف عن حلول الشفيع محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك، فهو بمثابة الحكم بصحة التعاقد للشفيع وليس للمشتري وينبغي أن يتضمن الحكم القاضي بثبوت الشفعة جميع إجراءات المطالبة بها لأن الاكتفاء بذكر العموميات فقط يعد قصورا في التسبب.⁵

يرى الدكتور السنهوري بخصوص شهر حكم الشفعة أن الحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم بين المشتري والبائع، ولما كان عقد البيع واجب الشهر حتى تنتقل الملكية إلى المشتري، ولما كان حكم الشفعة قد كشف بأن الشفيع قد حل

¹ طلبية أنور، الشهر العقاري، د ب ن، مصر ، 1989 ، من 243.

² بوشافة جمال ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 227

³ طلبية أنور، الشهر العقاري، ص 244.

⁴ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 699

⁵ مذكرة الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، نقلا عن الموقع

=?http 611/490

http://www.dielifa/vb/showthread.php:بتاريخ

محل المشتري، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشتري، فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد، لمصلحة الشفيع، وبه وجب شهره كما يشهر الحكم بصحة التعاقد، حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري¹. أحيانا يكون الحكم النهائي في الشفعة مرفوضا، أي بصدور حكم نهائي برفض دعوى الشفعة، ففي هذه الحالة وجب على المشتري شهر هذا الحكم، ويتم ذلك بحصول المشتري على صورة رسمية عادية من الحكم والتقدم بها لدى المحافظة العقارية لطلب شهرها وعند قبول الشهر يتقدم بها إلى قلم كتاب المحكمة

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، صن 700.

المبحث الثاني: حالات سقوط الشفعة وآثارها

إن حق الشفعة كغيره من الحقوق يكون مهدد بالزوال و السقوط، إن لم يقم صاحبه بحمايته، لذي نجد المشرع الجزائري قد وضع أحكام متعلقة بالحالات التي يسقط فيها هذا الحق وبين الأسباب التي تجعله في حالة زوال وسقوط وذلك من خلال التقنين المدني (المطلب الأول).

تترتب آثار عديدة و تتغير المراتب بين الأطراف الثلاث عند تمام الشفعة، إذ يحل الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه من وقت البيع في جميع حقوقه والتزاماته، إذ تنفرد عن هذا الحق علاقات جديدة ومتعددة تنشأ بين أطراف عقد البيع والشفيع والمتمثلة في علاقة الشفيع بالبائع، علاقة الشفيع بالمشتري وأخيرا علاقة الشفيع بالغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سقوط الشفعة

أجازت التشريعات الحديثة نزول الشفيع عن حقه في أخذ العقار محل النزاع بالشفعة، باعتبار أنه حر في أن يشفعه أو يتركه المشتري، و في هذه الحالة يسقط حقه في الشفعة (الفرع الأول). كما قرر المشرع الجزائري حكم آخر لسقوط الحق في الشفعة وهو حالة مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع (الفرع الثاني). و هاتان الحالتان لم تذكرتا على سبيل الحصر بل أضاف مسقطات أخرى لهذا الحق، و ذلك في الأحوال التي نص عليها القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

يسقط الحق في الشفعة إذا تنازل الشفيع عنه ولو قبل البيع، نزوله هذا يعد تصرف قانوني بإرادته المنفردة قبل ثبوت الحق فيها، أي قبل بيع العقار المشفوع فيه، ويكون الغرض من ذلك أن يؤمن المشتري جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء، أي أن المشتري يبحث عن الضمانات التي تمكنه من شراء العقار دون أن يضطر الشفيع إلى استعمال هذا الحق، فيحصل المشتري من الشفيع على تنازل صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار

المشفوع فيه.¹ التنازل هذا يؤدي إلى إنتاج أثر في سقوط الحق الشفعة من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، قد يكون التنازل بمقابل أو بدون مقابل كما قد يكون صريحا أو ضمنيا، كما يجوز التنازل من الشفعة في أي وقت، فيجوز التنازل عنها مقدما، أي قبل البيع كما يجوز التنازل عنها بعد طلب الشفعة، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.²

يكون التنازل الصريح بطريقة مباشرة باللفظ كأن يقول الشفيع "أبطلت الشفعة أو أسقطتها" أو يكون كتابة كأن يحصل المشتري من الشفيع على تنازل مكتوب صريح عن الشفعة³، أو يكون باتخاذ موقف بشكل صريح لا يدع مجالا للشك فيه أو تأويله، حيث يتم ذلك كتابة أو شفاهة، إلا أن التنازل الصريح على أن الشفعة بعد ثبوتها فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية ويقع عبء الإثبات عند حصول التنازل الصريح على عاتق المشتري..⁴ أما التنازل الضمني يجب استخلاصه بوضوح بحيث علينا أن نتوخى الدقة والتشدد في استخلاص التعبير الضمني ولا يلزم فيه شكل خاص حيث أنه يمكن استخلاصه من أي قول أو تصرف يقوم به الشفيع.⁵ بحيث يكون بطريقة غير مباشرة يستفاد منها التنازل كأن يقوم الشفيع بالوساطة بين البائع والمشتري أو يكون حاضرا أثناء المفاوضات التي تسبق بيع العقار المشفوع فيه، ومعرفة ثمنه ومن يتحمل المصاريف الناتجة عن العقد، ومتى يتم تحريره ومن يتولى ذلك من الموثقين، وكيفية التسديد، أو يكون وكيلا من البائع أو عن المشتري، أو يكون شاهدا في عقد البيع، وهذا ما استقر عليه القضاء في الجزائر⁶ وجاز إثباته بجميع الطرق .

¹لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني"، مجلة الموثق، العدد 8 صادرة في أبريل 1999 ، ، ص ص 11-12 .

²قاسم محمد حسين ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ص 210-211 .

³سوار محمد وجيد الدين ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 201..

⁴لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مرجع سابق، ص 12.

⁵مساد منصور فؤاد عبد الرحمان ، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 95

⁶العروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني ، مرجع سابق، ص 12

تختلف مسألة زمان التنازل عن الشفعة باختلاف التشريعات ففي القانون المدني الجزائري قد يكون التنازل عن الشفعة قبل البيع كما قد يكون بعد البيع وهذا ما جاءت به المادة 807 ت م ج السابقة الذكر كما يختلف هذا التنازل من حيث الأشخاص.

أولاً- نطاق الشفعة من حيث الزمان :

التنازل الذي قرره المادة 807 ت م ج بقولها: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال

الآتية

-إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع

أ -التنازل قبل تاريخ البيع:

جاء هذا النص على خلاف القواعد العامة التي لا تجيز التنازل عن الحقوق إلا بعد ثبوتها، المشرع هنا قد وسع نطاق التنازل عن الحق في الشفعة ليشمل مرحلة ما قبل تاريخ البيع، حيث يعتبر هذا التنازل صحيحاً على أساس أن البيع هنا يخول للشفيع الحق في مباشرة إجراءات الشفعة من أجل الحصول على حكم قضائي يثبت حقه فيه، كما قد يسلم بها المشتري للشفيع من تلقاء نفسه ليثبت له حقه في الشفعة بالتراضي.

يبرر موقف المشرع في جواز التنازل عن الشفعة ولو قبل البيع، باعتبار حق الشفعة حقاً استثنائياً على خلاف الأصل، كما أن هذا الحق يحول دون ممارسة حق الملكية، وحق التمليك بحرية، لهذا جعل التنازل عن الحق جائز حتى يضيق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع.¹

يضاف إلى ذلك أن المشرع وسع من مفهوم نطاق التنازل عن حق الشفعة حتى قبل ثبوت الحق، وذلك لكي يستطيع المشتري الاطمئنان على حقه حينما يؤمن من جانب الشفيع قبل أن يقدم على عملية شراء العقار.²

¹دعيش أحمد، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 381.

²منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر ، 1965 ص

ب - التنازل بعد تاريخ البيع:

قرر المشرع الجزائري في المادة 807 ت م ج سقوط الشفعة في حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع، وهذا يدل صراحة وانطلاقاً من عبارة " ولو قبل البيع " الواردة بالنص أنه يمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد عملية البيع، وهو الأصل في هذا النص، وباعتبار أن عقد البيع الحاصل بين البائع والمشتري هو الأولى في الأخذ بالشفعة وعن طريقة يستطيع الشفيع المباشرة والسير قدماً في إجراءات الشفعة، إلا أن حق الشفيع هذا جاء مطلقاً دون تقييد حسب النص المشار إليه أعلاه، فقد يفهم منه أن حق التنازل المخول للشفيع يستمر حتى بعد صدور الحكم النهائي المثبت نهائياً للشفعة¹ يرى بعض الفقهاء بأن حق النزول هذا ليس مطلقاً، بل مقيداً ومحدوداً ضمن نطاق زمني يتعلق أساساً بإجراءات الشفعة، لكنهم اختلفوا حول تحديد هذا النطاق الزمني، فذهب جانب من الفقه إلى أن النزول عن الشفعة يظل جائزاً للشفيع، إلى حين ثبوت الشفعة بإعلان الرغبة فيها، وعليه لا يجوز للشفيع النزول عن حق الشفعة بإرادته المنفردة بعد إعلان الرغبة، وأساسهم في ذلك أن الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة، حقوق نهائية ملزمة لمن أصدر الإرادة، فضلاً عن أنه بإعلان الرغبة، يكون الشفيع قد حل محل المشتري في عقد البيع، على حسب ما يراه هذا الجانب من الفقه.² الرأي الراجح هو من يرى بجواز النزول عن حق الشفعة من طرف الشفيع، حتى بعد إعلان الرغبة فيها، ويظل حقه في النزول قائماً إلى أن يثبت له الحق في الشفعة نهائياً بمقتضى حكم، أو بتسليم المشتري بالشفعة، أما بعد ذلك فلم يعد هناك حق في الشفعة يجوز النزول عنه، وإنما أصبح الشفيع طرفاً في عقد البيع المشفوع فيه.³

¹ كيزة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، من 71645 .

² منصور مصطفى منصوره مرجع سابق، ص 353 .

³ كبيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 645.

ثانياً - نطاق الشفعة من حيث الأشخاص:

يتأثر الخلف العام والخلف الخاص من تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة كما يلي:

1 - الخلف العام: إذا تنازل الشفيع عن الحق في الشفعة فإن هذا التنازل يسري في

مواجهة الخلف العام، فإذا كان المورث قد اشترى عقارا والتزم في عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع العقار المجاور، فإن الوارث الذي يختص بالعقار بعد وفاة المورث لا يمكنه طلب الشفعة في العقار المجاور لأن المورث تنازل عن الأخذ بالشفعة.¹

توجد حالة واحدة أين يمكن للوارث طلب حق الشفعة وذلك إذا توافر لديه سبب من

أسباب الشفعة خاص به، كما لو أصبح شريكا على الشيوع في العقار.²

2 - الخلف الخاص: الخلف الخاص هي الفئة التي تتأثر بالخصوص بهذا التنازل إذا

ذهب أحد الآراء إلى القول أنه: إذا انتقل العقار المشفوع به إلى الخلف الخاص فلا يسري عليه تنازل سلفه المسبق عن الحق في الشفعة، بل ينبغي رضاء هذا الخلف الخاص بالتنازل عن الشفعة.³ في حين يرى جانب آخر من الفقه وهو الأرجح، إلى أن المشتري الثاني أو الخلف الخاص هنا عليه أن يتقيد بالتنازل الصادر من سلفه، بمعنى أن تنازل السلف في الأخذ بالشفعة على عقار معين يعتبر التزاما ينتقل إلى الخلف الخاص مع انتقال العقار إليه لاعتبار أن الالتزام بالتنازل عن الشفعة، يعد من مستلزمات الشيء محل البيع.⁴

ظهرت مسألة أخرى أثارت جدالا فقهيا كبيرا وهو الخلاف الذي ثار حول مدى اعتبار

موت الشفيع مسقطا للشفعة أم لا .

¹قاسم محمد حسين ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 311

²منصور محمد حسين - الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 563 .

³كبيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 353.

⁴منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 355.

يلاحظ أن هذه المسألة خلافية في الفقه الإسلامي، ففي حين أن الشافعي ومالكي ذهبوا إلى أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل موثه، لأنه الحق متعلق بالمال، وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار، فإذا انتقل ذلك العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه. يرى المذهب الحنفي أن حق الشفعة لا يورث، إذ هو إرادة ومشئئة، والوارث لا يرث مورثه في رغباته، لأنها صفات شخصية، هذا وقد حسم المشرع الأردني هذه المسألة بانحيازها إلى الرأي الأول حيث قرر أن الشفعة إذا ثبتت، فلا تبطل بموت الشفيع أو البائع أو المشتري.¹

أما الفقه المصري، بعد صدور التقنين المدني الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركاً إياها لاجتهاد الفقه والقضاء، فهو كذلك منقسم، ولا يكاد الباحث يتبين فيه الرأي الراجح من الرأي المريح، فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث، ويخالف في ذلك قضاء محكمة النقض، ومن الفقهاء من يذهب إلى عكس هذا الرأي ويقول بأن الحق في الشفعة يورث، ويتفق في ذلك، قضاء محكمة². أما القانون الجزائري لم يتضمن النص على هذه الحالة، ولكن بالرجوع إلى المادة الأولى من ت م ج نجدها تنص على ما يلي: «وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...»، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية³.

الفرع الثاني: مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع

قرر المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة 807 ت م ج التي نصت على أنه: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية.....»

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون

¹سوار محمد وحيد الدين ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ص 203-204 .

²السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص ص 465 467

³خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 276

تجدر الإشارة هنا إلى أن نص المادة 807 ت م ج استعمل كلمة تسجيل بدل كلمة فيد لأن للتسجيل معنى والتقيد معنى آخر، إلا أن النص الفرنسي وهو الصحيح استعمل الكلمة الصحيحة وفي transcription لأن القوي في الشهر العقاري يكون حجة بين المتعاقدين واتجاه الغير¹ تنص المادة 807 ت م ج على سقوط الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع وليس الوعد بالبيع وأكد على ذلك القرار رقم 130337 السالف الذكر الصادر عن المحكمة العليا حيث أن القضاة استجابوا للمدعي وقضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع و القضاء له بإثبات حق الشفعة لان الشفعة لا تكون إلا في حالة بيع العقار وهذا حسب نص المادة 794 ت م ج.

نصت المادة 807 من نفس القانون على سقوط حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم سجل عقد البيع وليس الوعد بالبيع.²

يبدأ حساب الميعاد المذكور في الفقرة السابقة، ابتداء من اليوم التالي لليوم الذي حصل فيه التسجيل، ويستمر حتى اليوم الأخير نهاية سنة بكاملها و إذا كان اليوم الأخير هذا الأجل قد صادف يوم عطلة، فيمتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل الذي يلي انتهاء العطلة، و يعتبر هذا اليوم هو آخر يوم في الأجل المحدد بسنة حسب ما قرر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية طبقاً للمادة 463 منه بقولها: « جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة، و إذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة إمتد إلى أول يوم عمل يليه »

يحق للمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة، متى أثبت أن عقد شرائه قد سجل، و أنه مضى أجل سنة من يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه،

¹ لعروم مصطفى، الشمعة في القانون المدني"، مرجع سابق، من 11.

² حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص ص 185-186

ولكن لا يطلب منه إثبات علم الشفيع بالبيع، لأن المشرع هذه الحالة يفترض حتما افتراضا لا يقبل إثبات العكس بأن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد تاريخ إشهارة في المحافظة العقارية .

أطال المشرع الميعاد الواجب على الشفيع لطلب الشفعة فيه فجعله سنة من تاريخ إشهارة عقد البيع المشفوع منه نظرا لأن العلم بالبيع يعد افتراضيا¹ يبادر الشفيع بإعلان رغبته في خلال هذا الميعاد، إذا كان يرغب في الأخذ بالشفعة، وإلا سقط حقه فيها.²

أصدرت المحكمة العليا قرار بهذا الشأن يقضي بما يلي؛ "حيث أنه من المقرر قانونا بالمادة 807 ت م ج أن الحق في الشفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع، هذا و أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين يتمحور حول ثبوت حق الشفعة وأن الأملاك المتنازع عليها بيعت بعقود رسمية ومسجلة في السنوات 1944، 1946، 1947 وأن الطاعنين طلبا ممارسة حقا في الشفعة بثلاث عقود محررة في 1951/05/21 فإن قضاة المجلس قرروا بإلغائهم المستأنف لديهم ومن جديد إبطال الدعوى طبقوا صحيح القانون³ .

يلاحظ في هذا النطاق أيضا بأن ميعاد السنة هذا يعد مدة سقوط لا مدة تقادم، و بالتالي لا يقبل الوقف أو الانقطاع، و يسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية، و هو ما يدل بوضوح هنا بأن القاعدة التي تقضي بأن مدة التقادم لا يسري على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، لا تمنع من سقوط حق الشفعة، لأن مدة السقوط لا تقف بسبب جعل الشفيع بالبيع المشفوع منه.⁴

تجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات استعمال رخصة الشفعة في خلال سنة من شهر عقد البيع في مصلحة الشهر يقع على عائق الشفيع وحده، ما إذا أثبت الشفيع بعد ذلك أنه قد

¹دعيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق من 392

²أبو السعود رمضان، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 426

³قرار المحكمة العليا رقم 44804، مؤرخ في 23/02/1987، منشور في المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1990

⁴دعيش أحمد، التفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 393 .

استعمل هذه الرخصة خلال الميعاد المحدد لكنه أخطأ في بعض البيانات. لا يعد هذا الخطأ طلباً جديداً وإنما تبقى إجراءات الشفعة سارية على الطلب الأول الذي حدث أثناء الميعاد القانوني ولا يمكن للمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة على أساس أن الطلب الثاني المعدل لبيانات الطلب الأول جاء بعد انقضاء أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المشفوع منه¹

الفرع الثالث سقوط الشفعة في الأحوال التي نص عليها القانون

نصت المادة 3/807 من ت م ج على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال التي نص عليها القانون، وهذا يعني أن المشرع الجزائري لم يذكر حالات سقوط الحق في الشفعة على سبيل الحصر في المادة، و إنما أوضح ما يمكن أن يثيرا الخلاف حوله.² فيضاف إلى ما سبق بيانه بشأن أسباب سقوط الشفعة المنظمة و المشار إليها في نصوص الشفعة، وجوب التطرق لأسباب أخرى عن طريقها يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وهذه الحالات هي:

-سقوطها بزوال أحد شروطها.

- بطلان البيع المشفوع فيه وسقوطها بالتقادم المسقط.³

السبب الأول - سقوطها بزوال أحد شروطها:

تسقط الشفعة بسبب زوال احد شروطها ، كأن يتقدم الشفيع لبيع عقاره قبل طلب الشفعة ففي هذه الحالة لا يمكنه الأخذ بها بعد ذلك، وهذا الزوال شرط أساسي هنا وهو ملكية الشفيع للعقار المشفوع به، فبعد البيع يصبح الشفيع غير مالك له وبالتالي يسقط حقه في الشفعة.

السبب الثاني - سقوط الشفعة ببطلان البيع :

¹دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص 399

²مساد فؤاد عبد الرحمان منصور، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق، ص103

³كبيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 545 .

يتفرع بطلان عقد البيع فهو من شرط أساسي لشروط الشفعة وهو شرط استمرارية قيام حق الشفع إلى حين ثبوت الشفعة، لأن هذا السقوط يدل على أن البيع المرتب للشفعة بعد الحكم ببطلانه لم يعد له وجود قانوني لأن وجوده هو الذي يفتح الخيار للأخذ بالشفعة، على هذا الأساس قرر فقهاء القانون المدني قاعدة مفادها لا شفعة في بيع باطل بطلانا مطلقا لأنه بيع منعدم، إلا أنهم أجازوا الشفعة في البيع القابل للإبطال وفي البيع المعلق على شرط فاسخ، لأنه قبل الحكم بالإبطال وتحقق الشرط الفاسخ يكون للبيع وجوده القانوني بل حتى نفاذه.¹

السبب الثالث - سقوطها بالتقادم المسقط :

اغفل المشرع الجزائري في الإشارة إلى هذا السبب من السقوط في النصوص الخاصة بالشفعة، لكن نص عليه في القواعد العامة من خلال المادة 308 ت م ج التي نصت على ما يلي: « يتقادم الالتزام بالقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون... » ، هذا بإعتبار أن أخذ العقار عن طريق الشفعة يعتبر قانونا حقا للشفيع، فهو بحد ذاته التزاما يقع على عائق كل من البائع والمشتري، في أن يمكن الشفيع من استعمال حقه في الشفعة، وهذا من خلال الإنذار الموجه من طرفها إلى الشفيع ليعلمه بحصول البيع، في حالة م إذا لم يتم الإنذار ولم يحصل تسجيل عقد البيع والشفيع لا يعلم بحصول البيع بالتالي لم يحصل طلب الشفعة لا يسقط إلا بمضي 15 سنة تاريخ البيع لمرتب للشفعة وهذا ما يستتج من فحوى المادة 308. نتيجة لعدم استعمال حق الشفعة بمرور المدة القانونية المحددة.²

¹ دعيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق نصن من 397-389،

² دغيبس أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص 399.

يمكن أن يكون سبب مخالفة أحكام ايداع رفع الدعوى (المادة 802 ق.م.ج، كما يمكن أن يسقط الحق في الشفعة عند زوال حق الشفيع أو انتقاله إلى الغير أو تغيير محله بما يؤدي إلى تخلف سبب الشفعة.¹

المطلب الثاني : آثار الشفعة

يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إما رضاء أو قضاء حلول الشفيع محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه، حيث تتحول الصفقة التي كانت مبرمة بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، وبذلك تتحدد علاقة البائع بالشفيع، إلا أن الشفيع لا يعفى بأي حال من التزاماته اتجاه المشتري ، وكذا التزاماته اتجاه الغير، وبخاصة إذا صدرت تصرفات على العقار المشفوع فيه، سواء قبل شهر إعلان الرغبة أو بعدها، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يأتي.²

الفرع الأول : علاقة الشفيع بالبائع

تنص المادة 804 ق م ج على أنه : « يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته ، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن لا برضاء البائع ، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير بعد الشفعة". وعليه متى ثبت حق الشفيع في الشفعة تحول البيع من أن يكون بين البائع والمشتري إلى أن كون بين البائع والشفيع، ويختفي شخص المشتري تماما من الصفقة، لذلك سوف نتطرق إلى الالتزامات المتبادلة بين البائع والشفيع.³

أولاً- التزامات البائع :

¹خالدي أحمد الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري مرجع سابق، ص ص 265-267.

²دغيش أحمد ، المرجع السابق، ص ص 328 - 329.

³لابد أسماء، الشفعة كسب من أسباب إكتساب الملكية ، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون ، جامعة وهران، 2016 ،

تتمثل التزامات البائع تجاه الشفيع في نقل ملكية العقار المشفوع فيه، وتسليمه، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق، إضافة إلى ضمان العيوب الخفية، وهذا ما سنفصله كما يلي:

أ - التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع :

أول التزام يترتب في ذمة البائع إثر حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع

فيه هو نقل ملكية العقار إلى الشفيع، ويتم ذلك بشهر إقرار المشتري بالشفعة إذا تمت

بالتراضي، أو بشهر الحكم الصادر إذا تمت الشفعة بالتقاضي ، وذلك كما يلي :

1 شهر قرار المشتري بالشفعة : إذا تمت الشفعة بالتراضي ، وكان عقد البيع الصادر

إلى المشتري قد تم شهره، فإنه يكفي في هذه الحالة أن يحرر المشتري إقرارا بتسليمه الشفعة

للشفيع موقعا عليه من طرفه وذلك بعقد رسمي أمام الموثق ، حيث يقدم لمصلحة التسجيل

والطابع لتسجيله، ثم إلى المحافظة العقارية، حيث يقوم المحافظ العقاري بالتأشير بمضمون

الإقرار¹ على هامش عقد البيع، وعلى هامش تسجيل إعلان الرغبة.²

أما إذا لم يكن عقد البيع الصادر إلى المشتري غير مشهر، فإن الإقرار يجب أن يكون

موقعا موثقا وموقعا من البائع والمشتري والشفيع، ويجوز تحرير عقد جديد بين البائع

والشفيع، يوقعه المشتري أيضا، فإذا تم تسجيل وشهر هذا الإقرار أو العقد، انتقلت الملكية

إلى الشفيع.³

2 شهر الحكم الصادر بالشفعة : أما إذا تمت الشفعة بالتقاضي، وتحصل الشفيع على

حكم قضائي بها، فإنه يجب أن يشهر هذا الحكم فتنقل الملكية إليه مباشرة من تاريخ ذلك

الشهر.

ب - التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع :

¹ نصت المادة 22 من الأمر 75/74 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على أن يحقق المحافظ العقاري في هوية و أهلية الأطراف الموجودة في وثائق الإشهار - راجع محمد صيربي السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع والمقايضة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 219

² أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 286 - 287

³ هطال رضاء حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، المرجع السابق، من 64 .

يقع على البائع التزام تسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، إذا كان العقار لا يزال في حيازته، أما إذا قام بتسليمه للمشتري، فإن الالتزام بالتسليم ينتقل إلى المشتري بدلا عن البائع، ويتم التسليم بالحالة التي كان عليها العقار وقت البيع، مع الملحقات التي تتبعه¹، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 364 ق م ج بشأن الالتزام بتسليم العقار². ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق طبقا للمادة 367 ق م ج، فإذا لم يقم البائع بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، فإنه يكون مخلا بهذا الالتزام، ولو كان عدم التسليم راجع إلى سبب أجنبي، ومعنى ذلك أن تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم تكون على عاتق البائع لا الشفيع، أما إذا تسلم الشفيع العقار فإن تبعة هلاكه تكون عليه، ويترتب على هذا أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة، لا مع انتقال الملكية.

وإذا أعذر البائع الشفيع ليتسلم العقار، فيعتبر العقار في حكم المسلم الشفيع من وقت الإعذار، فإذا هلك العقار بعد الإعذار كانت تبعة الهلاك على الشفيع³.

وتبعة الهلاك الجزئي كتبعة الهلاك الكلي، فإذا هلك العقار جزئيا أو حدث نقص في قيمته بسبب تلف أصابه، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم، وعلى الشفيع بعد التسليم، وبناء على ذلك يكون للشفيع في حالة الهلاك الجزئي، أو نقص قيمة العقار المشفوع فيه قبل تسلم العقار، الخيار بين فسخ العقد أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار أو نقص من قيمته، ولكن إذا كان الهلاك أو النقص غير جسيم لم يكن للشفيع حق الفسخ، وإنما له حق إنقاص الثمن فقط طبقا لنص المادة 370 ق م ج⁴

¹با با عمر، الشعب واثرها على المدنية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أدرار، 2015، ص102.

²المادة 364 في م ج على : يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع

³سي يوسف زاوية حورية، عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بأجتهادات قضائية وفقهية. دار الأمل الجزائر، 2008 ص142

⁴أحمد عند الرزاق السنهوري، المرجع السابق، من 745، من 142.

ت- التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق :

طبقا للمادة 804 ق م ج التي تنص : « ... لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد

الغير العقار بعد الشفعة» حيث تضمن النص العربي نقصا هو أداة الاستثناء إلا خلافا

للنص الفرنسي الذي جاء صحيحا، ولذلك يكون الصواب: « لا يرجع الشفيع إلا على

البائع...»، إذ أنه نتيجة لحلول الشفيع محل المشتري التزم البائع قبله بالضمان في مختلف

صوره، فتسري أحكام المواد 371 ق م ج وما يليها .

وعليه فالبايع يلتزم بضمان التعرض الصادر منه، حيث يتحقق هذا الضمان إذا صدر

من البائع ما من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه،

سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا.¹

كما يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر من الغير الناتج عن سبب قانوني، أما

التعرض المبني على سبب مادي فإن البائع لا يضمنه، ويشترط أن يكون الحق الذي يدعيه

الغير سابقا على البيع، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع وفقا لما تنص عليه المادة

2/371 ق م ج.

ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، فإن على البائع تنفيذ التزامه تنفيذا

عينيا يمنع الغير من التعرض للشفيع، فإذا عجز عن التنفيذ العيني واستحق الغير العقار

وجب على البائع الضمان عن طريق تعويض الشفيع عن الضرر بسبب الاستحقاق وهذا هو

ضمان الاستحقاق² الذي قد يكون كليا أو جزئيا طبقا للمادتين 375 377 ق م ج.

وإذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض بالزيادة أو

الإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الاتفاق يسري على الشفيع، على أنه يقع باطلا كل شرط

¹ هطال رضا ، المرجع السابق، من 67 1 على هادي العبيدي، العقود المسماة ، البيع والإيجار ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص ص 110 ، 111 .

² على هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص ص 112 ، 113

يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير¹ طبقاً لأحكام المادة 377 ق م ج.²

ت - التزام البائع بضمان العيوب الخفية :

يلتزم البائع أخيراً نحو الشفيع بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه، فيلتزم البائع بالضمان إذا لم يتوافر المبيع وقت التسليم على الصفات التي كفل للشفيع وجودها فيه أو إذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته أو من منفعته بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد، أو من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده.

ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان الشفيع يعرفها، أو كان يستطيع أن تبينها لو فحص المبيع، إلا إذا أثبت الشفيع أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب، أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

فالعيب في العقار المشفوع فيه حتى يوجب الضمان يجب توافر عدة شروط وهي أن يكون العقد مؤثراً، وإن يكون قديماً قبل تسليم العقار للشفيع، وأن يكون خفياً غير ظاهراً، وأن يكون غير معلوم للشفيع، فإذا وجد في العقار عيب توافرت في الشروط المذكورة، وجب على الشفيع المبادرة إلى إخطار البائع في الوقت المناسب حتى يتمكن من الرجوع عليه بالضمان³.

غير أنه يمكن التمييز بين إذا كان العيب جسيماً، لو علمه المشتري لما أقدم على البيع، فهذا الشفيع مخير بين رد العقار والمطالبة بالمبالغ في حالة الاستحقاق الكلي، وبين استبقاء

¹ سي يوسف زاوية دورية و المرجع السابق ، من 221

² المادة 377 في م ج ل . يجوز للمتعاقدين بمقصي اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع البدء أو يسقطا.. ويكون باطلا كل شريط يسقط الضمان، أو ينقصه إذا تعمد البالغ إخفاء من الغير

³ فرقاني قويدر : حق الشفعة وضوء القضاء الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة بن عكنون، الجزائر، 2013، ص 82.

العقار مع المطالبة بالتعويض عن الضرر، أما إذا كان العيب غير جسيم، فللشفيع المطالبة بالتعويض عن الضرر بسبب العيب.¹

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بمرور سنة من تاريخ تسليم العقار للمشتري فإن لم يسلم للمشتري فمن تاريخ تسليمه للشفيع طبقاً للمادة 383 ق.م.ج.²

إذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، فيسري هذا الاتفاق على الشفيع، على أنه يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في العقار المشفوع فيه، طبقاً للمادة 384 ق.م.ج.³

ثالثاً : التزامات الشفيع:

يقع على عائق الشفيع التزامين هما: التزام بدفع الثمن والمصاريف والتزاماته بتسلم العقار من البائع.

أ الالتزام بدفع الثمن والمصاريف للبائع.

إذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة التزم بدفع الثمن للبائع إذا كان هذا الأخير لم يقبضه من المشتري، فإن كل المشتري قد دفع الثمن للبائع، فعلى الشفيع دفعه للمشتري. فإن تمت الشفعة بالتقاضي فقد أوجب المشرع على الشفيع دفع الثمن مع المصاريف لدى الموثق فما على البائع إلا سحب المبالغ المودعة لدى الموثق، فيعتبر الشفيع قد وفى بالتزامه بدفع الثمن.⁴

وإذا تمت الشفعة بالتراضي، فإن الشفيع ملزم بدفع الثمن المتفق عليه للبائع، فإن رضي البائع على تأجيل الثمن أو تقسيطه للشفيع جاز له في هذه الحالة⁵.

¹ هطال يوسف، المرجع السابق، ص 69

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 249

³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752 - 753

⁴ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 342

⁵ فرقاني قويدر، المرجع السابق ص 83

لكن بعد أخذ الشفيع للشفعة، ورضي البائع بتأجيل الثمن يستطيع الشفيع سحب الثمن كله أو بعضه بإذن البائع من عند الموثق ويسدد للبائع الثمن حسب ما تم الاتفاق عليه. بالإضافة إلى الالتزام بدفع الثمن يجب على الشفيع دفع كامل المصاريف سواء كانت رسمية أو غير رسمية للبائع، وبخاصة إذا تمت الشفعة بالتراضي، خلافاً للشفعة التي تؤخذ قضاء، حيث تدفع فيها المصاريف مسبقاً قبل رفع الدعوى، وما على البائع إلا سحبها من طرف الموثق المودعة لديه.¹

ب - التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع وتحمل نفقات ذلك.

يقع على الشفيع أيضاً التزامه بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع إذا كان لا يزال في حيازته، أما إذا كان في حيازة المشتري بعد تسلمه من البائع، فيجب على الشفيع استلامه منه تسليماً قانونياً، بأن يوضع تحت تصرفه والانتفاع به دون عائق، ويجب على الشفيع أن يتسلمه في الزمان والمكان المتفق عليهما، فإذا لم يتم الاتفاق ففي المكان الذي يوجد فيه العقار ودون تأخير طبقاً للمادة 394 ق.م.ج، أما نفقات التسليم فيتحمّلها الشفيع لحلوله محل المشتري في التزاماته طبقاً للمادة 395 ق.م.ج.²

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.

تظهر علاقة الشفيع بالمشتري في الحالة التي يكون قد تم تنفيذ عقد البيع المشفوع فيه بين البائع والمشتري، حيث تظهر جلياً هذه العلاقة وتبدو أهميتها إذا تم تنفيذ العقد، وتوضح هذه الالتزامات المتبادلة كما سيأتي:

أولاً- التزامات المشتري:

يلتزم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، كما يلتزم برد ثمار المبيع ونفصلها

كما يلي:

¹ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 343

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص ص 285-288.

أ - التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع : إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع، فإنه بعد أخذ الشفيع العقار بالشفعة، يصبح المشتري ملتزماً بتسليمه للشفيع، وكل ما ذكر من أحكام تسليم البائع العقار المشفوع فيه للشفيع، تسري في تسليم المشتري هذا العقار للشفيع، ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع، وحيازته والانتفاع به دون عائق، فإذا تأخر المشتري عن التسليم، جاز للشفيع مطالبة بالتعويض عن الضرر بسبب التأخير¹.

بناءً عليه فمتى هلك العقار المشفوع فيه بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو أي سبب اجنبي آخر قبل تسليمه للشفيع، أو إعداره بتسلمه، فتكون تبعة الهلاك على المشتري، ويسترد الشفيع الثمن المودع لدى الموثق، أما إذا هلك العقار بعد تسليمه للشفيع، أو إعداره بتسلمه، فإن تبعة الهلاك تقع على الشفيع، ولا يحق له أن يسترد الثمن المودع، حيث يصبح من حق المشتري وحده².

أما إذا كان الهلاك جزئياً أو كان هناك نقص في قيمة العقار بسبب تلف أصابه، فإن تبعة الهلاك تكون على المشتري قبل تسليم العقار المشفوع فيه، أو قبل إعداره الشفيع بالاستلام، أما إذا كان الهلاك بعد تسليم العقار للشفيع أو بعد إعداره بذلك في تبعة الهلاك تكون على الشفيع.

ب - التزام المشتري برد ثمار المبيع للشفيع: إذا ما تم للشفيع أخذ العقار بالشفعة،

فيكون له الحق في ثمار هذا العقار من يوم انتقال ملكية العقار المشفوع فيه، طبقاً للمادة 803 ق م ج، فإن ملكية العقار تنتقل للشفيع من يوم شهر الحكم القاضي بثبوت الحق في الشفعة، ويترتب على ذلك أن الشفيع ليس له الحق في ثمار العقار إلا من تاريخ شهر الحكم، وفي مقابل ذلك يتحمل الشفيع من هذا الوقت تكاليف العقار طبقاً لنص المادة 389 ق م ج، كالضرائب ونفقات حفظ العقار، وصيانته،

¹ أحمد عبد الرزاق السمريء ص.ص 767 - 768

² أحمد دعيش، المرجع السابق، من 55.

ومصرفات تحصيل الثمار ونحو ذلك، لأن العقار لم ينتج هذه الثمار إلا بعد هذه التكاليف.¹

ثانيا - التزامات الشفيع

يلتزم الشفيع قبل المشتري بدفع الثمن والمصاريف إذا كان هذا الأخير قد أوفى بها للبايع، فضلا على المصاريف الضرورية والنافعة والكمالية، وما أقامه من بناء أو غرس .
ونتعرض لها كما يلي:

أ - التزام الشفيع بدفع ثمن المبيع والمصرفات للمشتري : إن هذا الالتزام لا يقع على

عائق الشفيع إلا إذا تم تنفيذ البيع المشفوع فيه ، لأنه في هذه الحالة سيرتب الحلول أثره، بأن يقوم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، وفي مقابل ذلك يلتزم الشفيع بدفع الثمن والمصاريف اللازمة لهذا المشتري.

فإذا أفلح الشفيع في الأخذ بالشفعة ، يكون للمشتري سحب الثمن المودع لدى الموثق،

ويعتبر الشفيع قد وفي التزامه بدفع الثمن.²

بالإضافة إلى الالتزام بدفع الثمن يجب على الشفيع أيضا دفع قيمة المصاريف التي

الترم بها عند شراء العقار ، وهي المصاريف الرسمية كرسوم التوثيق ورسوم الشهر، أما غير

الرسمية فيمكن المطالبة بها مستقلة لاحقا بعد إثباتها.³

أما إذا كانت الشفعة بالتراضي بتسليم المشتري بحق الشفعة للشفيع، فإنه يكون من حق

المشتري استرجاع كل الثمن والمصاريف .

ب - الالتزام بالتعويض عن المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية للمشتري:

المصروفات الضرورية هي تلك النفقات اللازمة وغير العادية التي أنفقها المشتري على

¹ حين كبرة ، المرجع السابق، من 667

² فرقاني فريدر ، المرجع السابق، ص 85

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 149.

العقار للمحافظة عليه من الغرق أو الحرق أو الهدم ، فإذا أنفق المشتري بعد أن تسلم العقار المشفوع فيه من عند البائع، حيث أصبح حائزا له، حق له أن يعود على المالك، وهو الشفيع، بما أنفق من مصاريف ضرورية على هذا العقار¹، وهذا ما نصت عليه المادة 839/1 في م ج: « على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة».

أما المصروفات النافعة هي تلك النفقات الخاصة بتحسين العقار والزيادة من قيمته، وكل النفقات التي تسهل عملية استغلاله ، كشبكة المياه وغيرها، حيث تنص المادة 2/839 في م ج على تطبيق المادتين 784 و 785 ق م ج في هذه الصورة²، تطبيقا لقواعد الالتصاق في القانون المدني الجزائري.

وهذا يكون على الشفيع أن يطلب إزالة المنشآت متى تمت إقامتها بعد إعلان المشتري بطلب الشفعة، على نفقة هذا الأخير، كما للشفيع استبقائها نظير دفع قيمتها مستحقة الإزالة بقيمة ما زاد في ثمن الأرض نتيجة إحداثها.

أما لو أقيمت المنشآت قبل إعلان الشفعة، فإن الشفيع يكون مخيرا بين دفع قيمة المواد وأجرة العمل وبين قيمة ما زاد في ثمن الأرض.³

أما بالنسبة للنفقات الكمالية التي تنفق لتزيين العقار وتجميله وليس للزيادة من قيمته فليس للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها، ويكون للشفيع الخيار بين أن يستبقي الكماليات المستحدثة مقابل القيمة مستحقة الإزالة، أو أن يجبر المشتري على إزالتها، وعلى إعادة العقار إلى حالته⁴ الأولى طبقا للمادة 839/3 ق م ج .¹

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 763.

² أنظر المواد 1/839-784-785 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم المتضمن القانون الجزائري.

³ بابا عمر، المرجع السابق، ص 109.

⁴ هطال رضا، المرجع السابق، ص ص 15 - 76

ت - الالتزام بالتعويض عن البناء والغراس للمشتري : نصت المادة 805 ق م ج

على ما يلي: « إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس»، فهنا المشرع عامل المشتري معاملة أفضل من معاملة الباقي أو مقيم المنشآت في أرض الغير حسن النية، بحيث ليس للشفيع طلب إزالة البناء أو الغراس وعلى الشفيع تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما مبلغ نفقات البناء أو الغراس، أو مقدار الزيادة في قيمة العقار نتيجة البناء أو الغرس²، أما إذا حصل البيع أو الغراس بع الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا اختار أن يستبقي البناء والغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس طبقا للمادة 2/805 ق م ج، وعليه فإن المشرع هنا أيضا عامل المشتري معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت في أرض الغير شيء النية وفقا لأحكام الالتصاق الواردة في المادة 784 ق م ج ، حيث أعطى للشفيع طلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري، أو استبقائها نظير تعويض المشتري بقيمة البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.³

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير

نصت المادة 806 ق م ج على ما يلي : « لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على

¹ تنص المادة 33/839 ق م ج - ... وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها غير له يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المشآت بشرط أن يرد الشيء بحالة الأولى إلا إذا اختار الذات أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم.

² فرقاني قويتير، المرجع السابق، من 88

³ أحمد الخالدية المرجع السابق، من 298 .

أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

اعتد المشرع هنا بتاريخ شهر إعلان الرغبة في الأخذ الشفعة، وليس مجرد الإعلان وإن كان رسمياً، بل تسجيل الإعلان أي شهره في المحافظة العقارية المختصة، بحيث لا ينفذ في حق الشفيع أي تصرف قانوني، من المشتري ومتعلق بالعقار المبيع المشفوع فيه، بعد شهر الإعلان بالرغبة ، لأنه بالشهر يكون الشفيع قد أعلم الكافة بحقه، والمتصرف إليه لا يملك تجاه الشفيع أي حق، ولا يمنع هذا من حق المتصرف إليه في مطالبة المشتري برد حقوقه، وتكون له أولوية في استيفاء حقه من الثمن.¹

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في اجتهادها بأنه : « إذا كان مؤدى نص المادة 801 ق م ج أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط فلا يحتج به اتجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن».²

حسب نص المادة 806 ق م ج يجب التفريق بين الحقوق العينية التي ترتبت على العقار قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة، وبين التي ترتب بعد شهره، والتي فصلها كما يلي :

أولاً- الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

هذه الحقوق قد تترتب من طرف البائع أو من طرف المشتري بالتفصيل التالي :

أ- الحقوق العينية التي رتبها البائع: قد يقوم البائع بعدة تصرفات على العقار، وأبلغ هذه التصرفات هو البيع، فبييع العقار مثلاً، وقد تكون التصرفات دون ذلك، بأن يرتب البائع

¹ العروم - مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص10.

²القرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/12/24 ملف رقم 76678، المجلة القضائية السنة 1993 ، عند 01 ، من 69، نقلا من خالدي، أحمد المرجع السابق، من 299.

على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حق عيني تبعي، كأن يرهنه رهنا رسميا أو حيازيا، أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع، أو يرتب عليه حق امتياز يكفل ديناً في ذمته، فإذا ترتب حق منها فإنه يسري في حق الشفيع إذا أخذ العقار بالشفعة بشرط أن صاحب هذا الحق يشهر حقه قبل شهر الشفيع إعلانه بالرغبة في الأخذ بالشفعة، وقبل أن يشهر المشتري عقد شرائه، فيأخذ الشفيع العقار متقلاً بالحقوق، كما لا يمكن له أخذ الشفعة إلا في البيع الثاني وبشروطه في حالة بيع العقار المشفوع فيه قبل شهر المشتري الأول عقده.¹

ب- **الحقوق العينية التي رتبها المشتري** : إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، وسجل المشتري الثاني عقده قبل شهر إعلان الرغبة، فإن البيع الثاني ينفذ في حق الشفيع، ولا يأخذ الشفيع العقار بالشفعة إلا في البيع الثاني وفي مواعيده وشروطه وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار، أو رتب عليه رهنا رسميا أو حيازيا، أو حق اختصاص أو امتياز يكفل ديناً في ذمته، بحيث قيد الدائن حقه قبل شهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن هذا الحق يسري على الشفيع، ويأخذ العقار متقلاً به.²

ثانياً - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

هذه الحقوق قد تترتب من طرف البائع أو من طرف المشتري بالتفصيل التالي:

أ- **الحقوق العينية التي رتبها البائع** : إذا قام البائع ببيع العقار ثانية، ولم يرقم هذا المشتري الثاني بشهر عقده إلا بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، وبعد تسجيل المشتري الأول عقد شرائه، فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق الشفيع ويكون له أن يشفع في البيع الأول، وما على المشتري الثاني إلا الرجوع على البائع بالضمان، وإذا رتب البائع على العقار المشفوع فيه حق انتفاع أو حق ارتفاق، أو رتب عليه رهنا رسميا أو حيازيا أو رتب

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص 776-777.

² أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 300-301.

حق اختصاص أو امتياز يكفل الوفاء بدين في ذمته، ولم يقد أصحاب الحقوق بشهر حقوقهم إلا بعد شهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو بعد تسجيل المشتري عقد شرائه فلا تسري هذه الحقوق على الشفيع ، ولا على المشتري¹، فيأخذ الشفيع العقار خالياً من أي حق، غير أنه في هذه الحالة فإن الدائنين يحتفظون بحق الأولوية ، على ما عسى أن يكون آل للبائع من ثمن العقار إعمالاً بنص المادة 907 ق م ج المتعلقة بالرهن الرسمي، وكذا المادة 968 ق م ج المتعلقة بحق الإمتياز كل ذلك مما يستفاد من العبارة الأخيرة في المادة 806 ق م ج.²

ب - **الحقوق العينية التي رتبها المشتري :** في حالة إذا رتب المشتري تصرفات

قانونية كالبيع مثلاً على العقار المشفوع ، أو رتب عليه حقوقاً كرهن رسمي أو حيازي أو حق اختصاص أو امتياز يكفل ديناً في ذمته، وكان ذلك بعد إشهار الشفيع لرغبته في الشفعة، فإن ذلك لا يسري في حق الشفيع، لأن شهر الإعلان يعتبر حجة على البائع والمشتري والغير أيضاً، وبناءً عليه يتحصل الشفيع على ذلك العقار عندما يثبت حقه في الأخذ بالشفعة خالياً من تلك الحقوق.³

إن التصرف في العقار المشفوع فيه أو ترتيب حقوق عليه بعد شهر إعلان الرغبة و إن كان لا يؤثر على حق الشفيع، فإنه يؤثر على حق المشتري في ثمن العقار الذي يسترده من الموثق في حالة إذا كان قد دفع الثمن للبائع ، حيث يباشر الدائنون أصحاب الحقوق بما لهم من حق الأولوية على الدائنين العاديين بالتنفيذ على ثمن العقار المشفوع فيه ، طالما كانت حقوقهم مستحقة الأداء.

¹ أبابا عمر، المرجع السابق، من مرآة 115-116.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 778.

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 154.

إن الراجح فقها أن حق الأولوية يجد أساسه في تطبيق القواعد العامة في حق التقدم، فهذا الحق لا يقتصر على الثمن المكتسب من البيع الجبري، بل يتعدى إلى كل مقابل نقدي للشيء محل الحق.¹

¹رمضان أبو سعد، المرجع السابق، ص366.

ملخص الفصل الثاني

من خلال دراستنا اتضح أنه متى توافرت الشروط للأخذ بالشفعة، ولم يسلم المشتري والبائع للشفيع بالشفعة، فعليه مباشرة إجراءات الشفعة من أجل الحل محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه، عن طريق التقاضي أمام الجهات القضائية المختصة، حيث تبدأ هذه الإجراءات القانونية انطلاقاً من تاريخ توجيه الإنذار إلى الشفيع من المتعاقدين، ثم إعلان الرغبة في الشفعة خلال الميعاد القانوني، ثم إيداع الثمن والمصاريف الرسمية لدى الموثق في أجله القانوني المحدد أيضاً، مع رفع دعوى الشفعة من طرف الشفيع أو وكيله على كل من البائع والمشتري، بشرط أن يسبق رفع الدعوى إيداع كل الثمن والمصاريف الرسمية لدى الموثق.

في آخر إجراءات الشفعة يأتي صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيع، حيث ألزم القانون حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إليه وجوب شهره في المحافظة العقارية. كما نستخلص من دراستنا أيضاً أنه بعد ثبوت حق الشفعة رضاء أو قضاء، فإنها تترتب آثار قانونية تتمثل في الإلتزامات المتبادلة بين الشفيع والبائع، إذا كان العقار ما يزال في يد البائع، أما إذا انتقل العقار من البائع إلى المشتري حيث تظهر إلتزامات متقابلة بين الشفيع والمشتري، كما قد تظهر علاقات قانونية أخرى بين الشفيع والغير، وهذا في حالة ما إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوقاً عينية أو تصرفات معينة للغير، وذلك بعد أو قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، أو قبل أو بعد تسجيل المشتري عقد شرائه، وذلك حسب الحالة.

كما ختمنا دراستنا بتحديد أسباب سقوط الشفعة التي نجملها فيما يلي :

- 1 تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة.
- 2 عدم إتباع إجراءات الأخذ بالشفعة .
- 3 مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع، أو زوال أحد شروط الشفعة.

4 سقوط الشفعة ببطلان البيع وبالتقادم المسقط.

5 - أثر الوفاة في سقوط الشفعة ، والقيام بالطرق الاحتياطية لإسقاطها

جاءت الشفعة استثناء لقاعدة مفادها أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه، اعتبرها
المشرع رخصة تمنح للشفيع من أجل استحقاق العقار محل الشفعة. الأصل أن يكون
بالتراضي بين المتعاقدين، ولكن نظرا للحكمة التي أتت بها الشفعة المتمثلة في دفع و إزالة
الضرر عن الشريك أباحها المشرع واعتبرها سبب من أسباب كسب الملكية، وهي مستمدة
من الفقه الإسلامي ويستند في شرعيته إلى السنة، حيث تناولها الفقه الإسلامي قبل أن يكون
لها وجود قانوني، إلى أن جاءت التشريعات العربية وأدرجتها في قالب قانوني وتناولت
ماهيتها وأحكامها وحاولت تفسيرها بشكل دقيق .

كيفها فقهاء الشريعة الشفعة على أنها حق للشفيع لتملك العقار المشفرع فيه متى توافرت
شروط الأخذ بالشفعة، غير أن الخلاف القائم في الفقه القانوني ثار بشأن تكييف الشفعة
فهناك من اعتبرها حق عيلى، وهناك من اعتبرها حق شخصي، وهذاك من لم يعتبرها حقا
أصلا واعتبرها وسيلة لكسب الملكية العقارية، أي أنها رخصة وهو ما صرح به المشرع
الجزائري، يتضح ذلك من خلال نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، حيث لا يمكن
ممارسة الشفعة إلا بتوافر شروط معينة منها ما يتعلق بالعقار المشفوع فيه كون أن الشفعة
لا ترد إلا على عقد بيع، وأنها حق استثنائي من شأنه أن يقيد المالك في التصرف بملكه،
كما أنها ترد على العقارات دون المنقولات، وأنها حق غير قابل للتجزئة، إذ على الشفيع أن
يمارس حق الشفعة على كامل العقار محل الشفعة وليس جزء منه فقط، إضافة إلى شروط
خاصة بالشفيع اذ يجب عليه أن يكون شخص من أشخاص القانون فكل من تثبت له

الشخصية القانونية تكون له صلاحية اكتساب حق الشفعة، ويجب عليه أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية الواجبة، باعتبار أن الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف، كما يجب أن يكون الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به وقت البيع

أعطى المشرع الجزائري حق الشفعة لكل من مالك الرقبة، والشريك في الشيوخ، وصاحب حق الانتفاع ويلاحظ أنه أثناء تنظيمه لهذا الحق لم يتقيد بما هو وارد في القانون المدني، بل أضاف أحكام جديدة من خلال نصوص خاصة تعتبر كإضافات لما هو وارد في الشريعة العامة .

تناول المشرع الجزائري شفعة الجار في النصوص الخاصة ، يظهر ذلك من خلال القانون رقم 90/25 الخاص بالتوجيه العقاري، حيث منحها للجار في الأراضي الفلاحية، ونظرا للمنازعات التي تحصل بين الجيران حول الملكية العقارية خاصة في المباني والعمارات ذات الطوابق، لذا نرى من المستحسن دمج شفعة الجار ضمن القانون المدني وذلك من خلال المادة 795 كفقرة أخيرة. كما منح حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية في الأراضي العامرة و القابلة للتعمير وجاء الأمر رقم 76/105 الخاص بالتسجيل العقاري وأعطى للدولة الأسبقية في الشفعة على كل أصناف الأملاك العقارية، لذا يستحسن دمج هذه الحالة ضمن الشريعة العامة من خلال المادة 795 كفقرة أولى .

اتخذ القضاء الجزائري موقفا واضحا حول الشريك في الشيوخ من خلال القرار رقم 18039 المؤرخ في 09/02/1999 ، حيث بين بان الشريك قد يكون أي شخص تمت

الشراكة معه في العقار، وليس ضرورياً أن يكون من الورثة فقط، كما لا يجوز للمستاجر ان يتمسك بحق الأخذ بالشفعة عند قيام المؤجر ببيع الجدران لفائدة الغير، باعتبار أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات، وبالتالي لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية، أي القاعدة التجارية لأنها تدخل في قائمة المنقولات لا العقارات .

تناول المشرع الجزائري فكرة تزامم الشفعاء و ذلك من خلال المادة 796 ت م ج حيث

تناول حالتين وهما

- حالة تزامم الشفعاء من طبقة واحدة

- حالة تزامم المشتري إذا توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا .

نلاحظ بأنه لم يتناول حالة تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة مثلما فعلت التشريعات

العربية منها، التشريع المصري و الأردني، لذا يقترح إضافة فقرة أخرى للمادة 796 - م ج

تنص على حالة تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة .

يظهر لنا بعد التمعن في أحكام الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري انه بعد ثبوت

الحق في الشفعة رضاء و قضاء، تبدأ في ترتيب الآثار القانونية المتمثلة في العلاقات

الناشئة عن حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته طبقاً لنصر المادة 804

ت م ج، ذلك بعد مرور من مختلف الإجراءات الواجب إتباعها لرفع دعوى الشفعة، منها

توجيه الإنذار للشفيع الذي اشترط فيه المشرع الجزائري الرسمية - الإجراء الثاني المتمثل في

إيداع الثمن لدى الموثق، حتى يتسنى له ممارسة حق الشفعة .

يضاف إلى الملاحظات السابقة بأن الشفعة تسقط في ثلاث حالات نصت عليها الماد

807ت م ج وهي :

- حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة
- حالة مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع، وفي هذه الحالة نجد أن المادة 307 استعمل فيها مصطلح "تسجيل" بدلا من مصطلح "القيد" و هما كلمتان تختلفان في المعنى، لذا يقترح تغيير كلمة "التسجيل" و تبديلها بكلمة "القيد" لأنه في الشهر العقاري يكون حجة بين المتعاقدين، هذا على عكس النص الفرنسي الذي استعمل المصطلح المناسب وهو transcription
- في الأحوال التي نص عليها القانون .
- اختلفت الآراء الفقهية حول مدى اعتبار موت الشفيع مسقط للملكية، لكن الرأي السائد يذهب إلى اعتبار أن موت الشفيع لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة، بل ينتقل إلى الورثة، والمشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة، ولكن بالرجوع إلى المادة الأولى من التقنين المدني نرى انه إن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .
- نستنتج في الأخير أن موضوع الشفعة يعتبر من المواضيع الأكثر أهمية في الحياة، نظرا لكونه ينظم العلاقات بين الأفراد وهو ذو فوائد اجتماعية كثيرة يساعد على ضبط التعامل بينهم، لذا نتمنى أن نكون قد ساهمنا ولو بقدر طفيف في تمكين الطلبة من الاستفادة من هذا الموضوع، لنكون بذلك قد حققنا أهدافنا من وراء اختيارنا له.

1 الكتب:

1. ابراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية
2006.
2. أبو سعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية،
الاسكندرية 1988،
3. باشا أحمد، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانوني المغربي،
منشورات الحلبي الحقيقية، لبنان، 2008،
4. حمدي باشا وليلي رزوقي ، المنازعات العقارية في التعديلات، ط 2012-2013 ،
دار هرمة ، الجزائر .
5. حمودة محمود محمد ومطلق عساف محمد فقه المعاملات، مؤسسة الورق للنشلا
والتوزيع، الأردن، 2000.
6. خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء
الإجتهااد المحكمة لعليا ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، دار هومه للنشر والتوزيع
جزائر، 2013.
7. دغيس أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر،
2011.
8. رواه البخاري، في كتاب الحبل باب الهبة والشفعة، رقم 6977،.

9. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة .
10. سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 1999.
11. سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية الطبعة الأولى مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الاردن 1999.
12. سي يوسف زاهية حورية ، عقد البيع ، دراسة مقارنة ومدعمة بأجتهادات قضائية وفقهية . دار الأمل الجزائر ، 2008
13. شامية سماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه للنشر والتوزيع الجزائر، 2004-2005.
14. طلبة أنور، مجموعة المدادي القانونية التي قررتها محكمة النقض، مصر، الجزء الثامن، د ت ن .
15. العبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية ص168 مكتبة دار الثقافة للنشر، 1999 نقلا عن الموقع الإلكتروني www.heelwafurat.com بتاريخ 2021-03-15

16. فراج أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد الشريعة الاسلامية، الجامعة
السكندرية، مصر.
17. قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الأصلية حق الملكية الجزء الأول،
منشورات الحلبي الحقوقية الاسكندرية مصر.
18. القلب سليمان خليف، الشفعة في القانون المدني الأردني، عمان، المكتبة
الوطنية، 1995.
19. كيره حسن، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادها، الطبعة الرابعة، منشأة
المعرف الاسكندرية مصر، 1995،
20. لعبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر
والتوزيع، الأردن، 2009 ن .
21. محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية دار النهضة العربية القاهرة، 1994.
22. محمد صيري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع
والمقايضة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، 2008 .
23. منصور محمد حسن، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، الاسكندرية،
د.ت.ن.
24. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة
عبد الله وهبة، القاهرة، مصر ، 1965.

25. هادي العبيدي، العقود المسماة ، البيع والإيجار ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005 . .

2 الأطروحات:

1. أبركان جهيدة وأيت عراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق بجاية، 2015، ص 43 نقلا عن الموقع: <http://www.univ-bejaia.dz> بتاريخ 2021/06/15.
2. بابا عمر، الشعب واثرها على المدنية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أدرار، 2015.
3. حنان سامي محمد مافي، حق التملك بالشفعة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه والأصول، جامعة مؤتة الأردن، 2006، ص 80-81 نقلا عن الموقع www.ahlalholeth.com/vblattachmentid بتاريخ 2021-03-15.
4. دغيوس عبد الرحمان، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي تردغها في قانون لجزائري، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة الجزائر د.س.ن.

5. الطيب يعقوب، قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري - الشفعة أنموذجا- بحث لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون ، جامعة باتنة ، 2008 .
6. فرقاني قويدر : حق الشفعة وضوء القضاء الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة بن عكنون، الجزائر، 2013.
7. فؤاد عبد الرحمان ، الشفعة كسب لكسب الملكية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا فلسطين، <https://scholar.najah.edu>
8. لابد أسماء، الشفعة كسب من أسباب إكتساب الملكية ، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون ، جامعة وهران، 2016 ،
9. لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1983، ص 09 نقلا عن الموقع www.dl.ummtto.dz 2012/03/03.
10. هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة البويرة، 2013.

3 المجلات:

1. دغيش أحمد ، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزوزو 2009.
2. لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني مجلة الموثق، العدد 07، 1999.

4 القوانين:

1. القانون المدني الجزائري
2. قانون رقم 25/90 مؤرخ في 1990/11/08 يتعلق بقانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد 49 صادر في 1990/11/20.
3. قانون 25/90
4. قانون المالية التكميلي
5. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 بتاريخ 2008/04/23.
6. قانون رقم 03/06 مؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائيين، الجريدة الرسمية عدد 14 صادر في 2006/03/18.

5 الأوامر:

1. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 .

2. أمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/02/09 يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم .

3. أمر رقم 11-11 مؤرخ في 2011/07/18 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ، الجريدة الرسمية عدد 40، صادر في 20-07-2011.

4. الأمر 75/74 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على أن يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودة في وثائق الإشهار

6 القرارات:

1. قرار المحكمة العليا رقم 179136، مؤرخ في 1998/03/25، منشور في المجلة القضائية عدد 01 لسنة 2001.

2. قرار المحكمة العليا رقم 196675، مؤرخ في 2001/03/29، المجلة القضائية العدد الأول، 2001.

3. قرار المحكمة العليا رقم 130337، مؤرخ في 1995/01/10، المجلة القضائية العدد الأول، صادر في 1995،

4. قرار المحكمة العليا رقم 64331، مؤرخ في 1990/04/30، منشور في المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1991.

5. قرار المحكمة العليا رقم 75678، مؤرخ في 1991/12/24، منشور في المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1993.

6. قرار المحكمة العليا رقم 18039، مؤرخ في 1999/02/09 منشور في المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1999.
7. المحكمة العليا، قرار رقم 194437 بتاريخ 2000/04/26، المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 02.
8. قرار رقم 34131 بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02.
9. قرار المحكمة العليا رقم 44804، مؤرخ في 23/02/1987، منشور في المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1990.
10. القرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/12/24 ملف رقم 76678، المجلة القضائية السنة 1993، عند 01.

7 المراسيم

1. المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم ج.ر 30 الصادر بتاريخ 1976/04/13.

8 مواقع الأنترنت:

1. عبد الله ابراهيم بن عبد الناصر، تعدد الشفعاء، صور واحكامه في الفقه الإسلامي

كلية التربية جامعة مالك السعود، نقلا عن الموقع

2012-03-03 faculty.ksu.sa.eolu//1434/pages/cv.aspx

2. الفراء محمد سليمان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي ، نقلا عن الموقع:

.2021/04/30

3. عبد الباري رضا عبد الحلیم عبد المجید، الوجیز فی الملكية والحقوق العينية التبعية

فصل دراسي أول، كود 411 جامعة بنها، كلية الحقوق د.ت.ن، نقلا عن الموقع

legal-clinics.com/t361.html

4. مذكرة الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، نقلا عن الموقع

بتاريخ <http://www.dielfa/vb/showthread.php?p=611490>

الإهداء

الشكر

01	مقدمة.....
06	الفصل الأول: ماهية الشفعة
07	المبحث الأول: مفهوم لشفعة.....
07	المطلب الأول: المقصود بالشفعة و دليل مشروعيتها
07	الفرع الأول:تعريف الشفعة.....
07	أولاً: تعريف الشفعة لغة
08	ثانياً:تعريف الشفعة شرعا
08	ثالثاً: التعريف القانوني للشفعة
10	الفرع الثاني: مشروعية الشفعة
10	أولاً:الشفعة في السنة
11	ثانياً: الشفعة في الإجماع.....
13	الفرع الثالث: التكييف القانوني للشفعة
13	أولاً: الشفعة حق شخصي.....
14	ثانياً: الشفعة حق عيني.....
14	ثالثاً: الشفعة رخصة.....

- المطلب الثاني: خصائص الشفعة و تمييزها عما يشابهها.....15
- الفرع الاول:خصائص الشفعة.....16
- أولاً: . عدم قابلية الشفعة للتجزئة16
- ثانياً: الشفعة حق استثنائي.....17
- ثالثاً: الشفعة لا ترد إلا على عقار.....18
- رابعاً: اتصال الشفعة بالشخص الشفيع18
- الفرع الثاني: تمييز الشفعة عما يشابهها من المصطلحات القانونية.....19
- أولاً: الشفعة و الاسترداد20
- ثانياً: الشفعة و الاستيلاء.....21
- ثالثاً: الشفعة و زرع الملكية للمنفعة العامة21
- المبحث الثاني: نطاق الشفعة22**
- المطلب الأول: الشفعاء22
- الفرع الأول: أصحاب الحق في الشفعة.....22
- أولاً: شفعة مالك الرقبة23
- ثانياً: شفعة الشريك في الشبوع25
- ثالثاً: شفعة صاحب حق الانتفاع27
- الفرع الثاني: تزام أصحاب الحق في الشفعة.....30

- أولاً: تعدد الشفعاء من طبقة واحدة 31
- ثانياً:تعدد الشفعاء مع مشتري شفيع 32
- المطلب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة..... 34
- الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالشفيع..... 35
- أولاً:يجب أن يكون الشفيع شخص من أشخاص القانون..... 35
- ثانياً: توفر الأهلية الواجبة في الشفيع 35
- ثالثاً:وجوب توفر صفة الشفيع..... 35
- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعقار محل الشفعة و المشتري:..... 39
- أولاً:الشروط الواجب توفرها في العقار المشفوع فيه..... 40
- ثانياً: الشروط الواجب توفرها في عقد البيع 42
- ثالثاً: الشروط المتعلقة بالمشفوع منه 45

الفصل الثاني أحكام الشفعة

- المبحث الأول:إجراءات ممارسة حق الشفعة 50
- المطلب الأول: الإجراءات الواجب إتباعها قبل رفع الدعوى..... 50
- الفرع الأول:إعلان الرغبة في الشفعة 50
- أولاً:الإذار الرسمي الموجه إلى الشفيع 51
- ثانياً: التصريح بالرغبة..... 52

53	ثالثا ميعاد الرغبة
56	الفرع الثاني:إيداع الثمن لدى الموثق
57	أولا: إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق
60	ثانيا: يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة
60	ثالثا: عدم إيداع الثمن يؤدي إلى إسقاط الحق في الشفعة
60	المطلب الثاني:رفع دعوى الشفعة
61	الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الشفعة.....
61	أولا: أطراف الخصومة في الدعوة.....
62	ثانيا: كيفية رفع الدعوى وميعادها.....
65	ثالثا المحكمة المختصة للنظر في دعوى الشفعة.....
66	الفرع الثاني: الحكم النهائي بثبوت الشفعة
69	المبحث الثاني: حالات سقوط الشفعة و أثارها
69	المطلب الأول: سقوط الشفعة
69	الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة
70	أولا: نطاق الشفعة من حيث الزمان
70	ثانيا: نطاق الشفعة من حيث الأشخاص
70	الفرع الثاني: مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع

71	الفرع الثالث: الأحوال التي نص عليها القانون.....
71	المطلب الثاني: آثار الشفعة.....
71	الفرع الأول علاقة الشفيع بالبايع
71	أولاً: التزامات البائع.....
73	ثانياً: التزامات الشفيع
73	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.....
75	أولاً: التزامات المشتري :ثانياً: التزامات الشفيع.....
85	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير
	أولاً: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في
87	الشفعة.....
	ثانياً: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في
88	الشفعة.....
96	خاتمة.....
98	قائمة المراجع.....



ملخص مذكرة الماست

ر

إن الصلح من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات بطريقة ودية التي أجاز بها المشرع الجزائري حيث يكون الصلح من طرف القاضي أو من طرف الخصوم سواء في القانون العام أي المنازعات الإدارية أو القانون الخاص كالصلح التجاري أو الأسري ينتهي الصلح بمحضر يشمل كل الاتفاقات المبرمة بين الخصوم مازال المشرع الجزائري يأخذ بالتطورات الجديدة لإبراز دور الصلح في المنازعات الإدارية وكذا المنازعات الخاصة

- الكلمات المفتاحية :

الصلح الإداري الصلح التجاري الصلح الأسري

Reconciliation is one of the most important alternative ways to resolve disputes in an amicable manner that has been permitted by the Algerian legislator, where the conciliation is by the judge or by the litigants.

Whether in public law, i.e. administrative disputes, or private law, such as commercial or family reconciliation, the conciliation ends with a report that includes all agreements concluded between the litigants.

The Algerian legislator is still taking serious developments to highlight the role of reconciliation in administrative disputes as well as private disputes

- key words :

Administrative Conciliation, Commercial Conciliation,
Family Conciliation