

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

إجراءات ممارسة حق الشفاعة في القانون المدني

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون الخاص المعمق

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالب:

- سلايم عبد الله

- حمو معمر ياسين عبد الكريم

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	فرحات حمو	الأستاذ
مشرفا	سلايم عبد الله	الأستاذ
مناقشا	بلبنة عبد القادر	الأستاذ

السنة الجامعية : 2021/2020

نوقشت يوم: 2021/07/19

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

"أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ۚ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ
عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ"

سورة العلق الآية 1،2،3،4،5

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"مَنْ سَلَكَ طَرِيقًا يَلْتَمِسُ فِيهِ عِلْمًا سَهَّلَ اللَّهُ لَهُ بِهِ طَرِيقًا إِلَى الْجَنَّةِ"

رواه مسلم

شكر و تقدير

نشكر أولاً الله سبحانه و تعالى الذي أمدنا بالإجتهاد و الصبر
لنتمم هذه المذكرة

ثم نتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير و الإحترام و بخالص
الشكر و الإمتنان إلى الأستاذ سلايم عبد الله لما قدمه من نصائحه
و إرشادات في إنجاز هذا العمل المتواضع

إلى كل من مدنا بيد العون من قريب أو من بعيد لإتمام هذا
العمل

إهداء

إلى نبع الحنان و الحب التي كان دعائها سر نجاحي... أمي العزيزة

إلى نبع العطاء و الطموح إلى نبع النصيحة الذي زرع في نفسي

الثقة و حب الإجتهد... أبي العزيز

إلى من نعمني الله بهم كسند... أخوتي عبد الجليل و عبد الحكيم

إلى كل عائتي و أقاربي الذين يتمنون لي النجاح و التوفيق

إلى كل زملائي و زميلاتي الذين جمعت بيننا الجامعة و إلى كل

الأسرة الجامعية

قائمة لأهم المختصرات

ج: الجزء

ت.م.ج: تشريع مدني جزائري

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

ق.م.م: قانون مدني مصري

ص: صفحة

د.ذ.س: دون ذكر السنة

المقدمة:

يعتبر حق الملكية من الحقوق المقدسة التي يسعا الإنسان لحمايتها، نظرا لعلاقتها الوطيدة بحيازة الأموال المنقولة و العقارية، ذلك أنها تتفق مع غريزة الإنسان في التملك لمختلف الأشياء و إستحواذه على أكبر قدر ممكن منها. أدى ذلك إلى ظهور نزاعات مختلفة بين الأفراد حول حرية تملكها.

أقر القانون هذا الحق و سعى إلى تمكين كل فرد من التمتع به لحماية حقوقهم و ممتلكاتهم و ذلك من خلال سن القواعد القانونية التي تكرر هذه الحماية، فوضعت التشريعات الحديثة ضوابط عدة لحرية التملك مما يخدم مصالح الأفراد بتقنين طرق خاصة لكسب الملكية.

يعد حق الشفعة من بين الحقوق التي يستعملها صاحبها لتملك عقار باعه شريكه للغير، فيحل محل المشتري إذا ما توفرت فيه الشروط اللازمة التي تجعله شفيعا، و تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر المادي و التاريخي لهذا الحق.

عرفت الشفعة منذ العصور القديمة، حيث كانت مرتبطة في تطورها بتطور نظام الملكية لأن هذه الأخيرة كانت جماعية، ثم تحولت إلى ملكية شائعة ثم تطورت بعد ذلك و أصبحت ملكية فردية، لكن بالنسبة للمنقولات فقط دون العقارات. لم تدخل هذه الأخيرة ضمن الملكية الفردية إلا بعد مدة لتصبح بعدها حرية التملك مطلقة، و من هنا لم يكن الأفراد في حاجة للشفعة، إلا أنه في أواخر العصر القديم ظهر نظام شبيه بالشفعة يطلق عليه نظام الشراء بالتفضيل، و هو إسترداد المال من المشتري الأصلي بعد إجراء عملية البيع الأولى و هذا شبيه إلى حد ما برخصة الشفعة¹.

شهدت الشفعة تطورا في العصور الوسطى حيث ظهرت أشكال عديدة لها تمثلت في الإسترداد الزراعي، و الإسترداد النسبي، و الإسترداد الإقطاعي.

1- دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر 2007-2008 ص61.

كان الإسترداد الزراعي يفيد سكان المقاطعة نفسها يقضي بأنه إذا أراد أجنبي أن يحل محل أحد الأشخاص المقيمين في مصيف، كان بإمكان الجيران غير الموافقين طرده منها، أما الإسترداد النسبي فكان يتألف من حق قريب بحيث كان بإمكان هذا الأخير أن يستند إلى قرابته لاسترجاع ملكا عائليا بيع لأجنبي إلى أن يسدد له الثمن و المصروفات. بينما الإسترداد الإقطاعي فكان خاص بالسيد، فمتى كان هذا الأخير غير راضي على المشتري، كان بإمكانه أن ينزع ملكية هذا المشتري بتسديد إياه نفقات.¹

لم تعرف الشفعة بشكلها الحالي في العصور التاريخية الوسطى، لكن ظهرت نظم شبيهة بها إلى درجة كبيرة، ثم جاءت الشريعة الإسلامية و وضعت ضوابط و قواعد تكفل حماية الحقوق دون إلحاق الضرر بالغير من جراء استعمالها.

أعطى الإسلام حق الشفعة للشريك إذا باع نصيبه إلى شخص أجنبي فيدفع عنه الضرر بأخذه نصيب شريكه من المشتري الأجنبي، فهي تبين مدى حرص الإسلام على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء بعيدة عن الخلافات و النزاعات التي تؤدي إلى الإضرار بهم جميعا.² جاءت التشريعات الحديثة مواكبة لما أقرته الشريعة الإسلامية من أحكام خاصة بالشفعة، باعتبار أن الشريعة هي المرجع الأساسي لها، إضافة إلى كل الآراء الفقهية التي تناولت هذا الموضوع، حيث اختلفت وجهتهم حول تفسير حق الشفعة و بيان طبيعتها القانونية، فبالرغم من أنها تعد قيودا على حرية التصرف و التعاقد، إلا أنها شرعت أسباب عديدة منها دفع الضرر الوشيك الوقوع من طرف الأجنبي الذي يبيع له العقار.

هذا المشرع الجزائري حذو التشريعات الحديثة، حيث كرس نظام الشفعة ضمن الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني،³

1- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر 1983 ص9.

2- غيد الله إبراهيم عبد الناصر، تعدد الشفعاء، صورته و أحكامه في الفقه الإسلامي، كلية التربية، جامعة مالك السعود، ص1

3- قانون رقم 58-75 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بقانون رقم 80-07، المؤرخ في 08-08-1980، قانون رقم 83-01 مؤرخ في 29-01-1983، قانون رقم 87-19 مؤرخ في 8-12-1987، قانون رقم 88-

من خلال الكتاب الثالث من الباب الأول من الفصل الثاني من القسم الرابع تحت عنوان، طرق كسب الملكية، من خلال المواد من 794 إلى 807 منه.

منح المشرع هذا الحق لفئة معينة من الأشخاص المذكورة في التقنين المدني، لكن هذه الفئة لم تذكر على سبيل الحصر، بل ترك المجال مفتوحا لفئة أخرى تناولها ضمن النصوص الخاصة، حيث اعتبر الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار كونها تمارس في إطار عقد بيع عقاري، فهي حق إستثنائي لمبدأ الرضاية في العقود، حيث يجد البائع نفسه مرغما على التعامل مع شخص آخر غير المشتري، و يجد المشتري نفسه مستبعدا عن عقد البيع الذي يربطه مع البائع.

تظهر أهمية دراسة موضوع الشفعة في كثرة النزاعات العقارية التي يتعرض لها الأفراد حول إسترجاع ملكيتهم العقارية، دون معرفتهم بوجود نظام ينظم و يعالج هذا النزاع، و نظرا لأنه موضوع مرتبطا إرتباكا وثيقا بأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، التي تستحق الدراسة خاصة أن المشرع لإستنبط أحكام الشفعة مباشرة منها، و تظهر الأهمية كذلك في البيع الذي يجري بين الشريك و المشتري الذي قد يرتب عليه حدوث مشقة، فشاءت إرادة المشرع أن يزيل الضيق و يرفع المشقة فاقر الشفعة و أباح العمل بموجبها.

سيتم تناول من خلال هذه المذكرة موضوع الشفعة في القانون المدني لجزائري و ذلك بطرح الإشكال التالي: كيف نظم المشرع الجزائري نظام الشفعة في التقنين المدني الجزائري؟، للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي و قسمنا هذه المذكرة إلى فصلين أساسيين، خصصنا الفصل الأول لدراسة ماهية الشفعة، و خصصنا الفصل الثاني لدراسة أحكامها من إجراءات و آثار.

من أسباب إختياري لهذا الموضوع قلة البحوث القانونية التي تكلمت و تطرأت لموضوع الشفعة، و لتكون هذه المذكرة مرجعا لمن يريد البحث في هذا الموضوع، و نظرا لأهمية موضوع الشفعة في الحياة أي شخص قد يجد نفسه في موقف يحتاج فيه إلى ممارسة حق

14 مؤرخ في 03-05-1988، قانون رقم 89-01 مؤرخ في 07-02-1989، قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20-...-2005، قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13-05-2007، منشور في الجريدة الرسمية عدد 78، صادر في 30-09-1978.

الفصل الأول

ماهية الشفعة

يقصد بماهية الشفعة، الغاية الغاية التي أنت بها هذه الكلمة، و الكشف عن مصادرها، ووصفه وصفا دقيقا، و بيان أسبابها و هيكلها، أي المعنى الشامل لهذه الكلمة بإعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية، تطرق المشرع الجزائري إلى دراسة ماهية الشفعة من خلال التقنين المدني الجزائري و ذلك من خلال المواد 794 إلى 798 منه، حين عالجا علاجاً دقيقاً يسمح للفرد إستعاب معنى الكلمة.

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي و الأساسي لنظام الشفعة، إذ إستمد المشرع معناها من خلال ما إتجه إليه معظم فقهاء الدين و القانون، بإعطائهم مفاهيم مختلفة لهذا النظام، و إختلاف آرائهم حول تكييفها (المبحث الأول).

منح القانون حق الشفعة لفئة معينة من الأشخاص مؤهلون للمطالبة به، و جعل لهم مركزاً قانونياً يكسبهم القدرة في التمسك في الشفعة من أجل تملك العقار المبيع بحلولهم محل مشتري ذلك العقار (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الشفعة

تعتبر الشفعة أحد الأسباب المكسبة للملكية العقارية، و هي طريقة خاصة لتملك العقارات، عرفت منذ العصور القديمة، ثم طورت 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 و تحقق أهداف عامة، و نظرا لكونها رخصة ترد على العقار فقط فإنها تتميز بجملة من الخصائص تجعلها تختلف عن بعض المصطلحات الشبيهة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود بالشفعة و دليل مشروعيتها

تتضمن الشفعة عدة معان من الناحية اللغوية و الشرعية، و لقد تطرقت الشريعة الإسلامية إلى تعريفها سواء من الناحية اللغوية أو الشرعية قبل أن يكون لها وجود قانوني، و نظرا لأهمية هذا الموضوع، تعرضت التشريعات العربية إلى دراستها و إعطاء تعاريف قانونية لها (الفرع الأول) و لا بد من البحث عن مصدر هذا النظام (الفرع الثاني) و التطرق إلى فكرة تكيف الشفعة و مدى إختلاف الآراء الفقهية حول ذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الشفعة

للشفعة تعريف لغوي و تعريف شرعي و تعريف قانوني

أولاً: تعريف الشفعة لغة

مصدر كلمة الشفعة هو شفع، أي الضم، فهي ضم نصيب إلى نصيب و قيل هي من الزيادة،

لأن الشفيع يزيد ما يأخذه إلى ماله, و الشفع ضد الوتر¹

أخذت الشفعة من الفعل الثلاثي (شفع), أي ضم و زاد, فيقال شفع الرجل شفعاً إذ كان فرد
فصار له ثان², كما يقصد بها الإعانة و التقوية, لأن الشفعة إعانة لصاحبها, و تقوية له على
غيره³

ثانياً: تعريف الشفعة شرعاً

اختلف الفقهاء المسلمين حول تعريف الشفعة فتعددت آرائهم في ذلك، فعرفها ابن عرفة من
المالكية بأنها (استحقاق شريك اخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره، في مقابل ثمن بيعه إذا
كان العقد بيعاً أو بقيمة العقار الذي بادله به هذا الغير إذا كان العقد مقايضة لأن المقايضة و
البيع لهما نفس الحكم في الفقه الإسلامي)⁴

عرفها البعض من الحنفية أنها : (حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه و لو جبراً على
المشتري بما قام عليه من الثمن و المؤون)، معنى ذلك أن للشفيع سلطة أو إمتياز منحه إياه
الشرع، إن شاء الشفيع استعماً هذه السلطة، و إن شاء تنازل عنها، وورود كلمة (كله أو
بعضه) في التعريف السابق أتت لتوضيح حالة تعدد الشفعاء و كانوا من طبقة واحدة، فيقسم
بينهم ذلك العقار تحقيقاً للعدالة في الحقوق و الأنصبة⁵.

عرفها الإمام محمد الخطيب الشربيني الشافعي أنها (حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على
الحادث فيما ملك بعوض).

كذلك عرفها الإمام موقف الدين بن قدامة الحنبلي بقوله (هي استحقاق الشريك انتزاع حصة
شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه)⁶

1- باشا أحمد, الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي و القانون المغربي, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2008, ص6.

2- مساد فؤاد عبد الرحمن, الشفعة سبب لكسب الملكية, رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة, جامعة النجاح الوطنية, كلية الدراسات العليا, فلسطين, 2008 ص5

3- الفراء محمد سليمان, أحكام الشفعة في القانون الإسلامي ص1

4- خالد أحمد, الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري, الطبعة الثانية دار هومة للنشر و التوزيع, الجزائر, 2008, ص13

5- دغيش أحمد, حق الشفعة في التشريع الجزائري, مرجع سابق, ص25

6- خالد أحمد, الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني تلمنزي, مرجع سابق, ص14

ثالثاً: التعريف القانوني:

عرف المشرع الجزائري الشفعة في القانون المدني من خلال المادة 794 أنها، رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، و يكون الحلول في كافة حقوق المشتري و التزاماته الناشئة عن عقد البيع، مما يؤدي إلى إكتساب ملكية العقار المبيع و لو جبرا عن إرادة المشتري و البائع، فيمتلك العقار و يضمه للعقار الأصلي.

إن هذا التعريف يتفق مع ما ورد في الشريعة من تعريف للشفعة، و الأخذ بالشفعة لا يكون إلا بوجود شفيع، أي شخص يكون له حق في ممارسة الشفعة، بمعنى شخص يقر له القانون حق الأخذ بالشفعة و يحل محل المشتري.

تتميز الشفعة بطبيعة إستثنائية بإعتبارها خروجاً عن مبدأ الرضائية في التعاقد و إحترام إرادة المتعاقدين¹.

هذا المشرع الجزائري حذو التشريعات العربية في تعريف الشفعة، خاصة التشريع المصري حيث عرفها هذا الأخير من خلال المادة 2935²، إذ إعتبر المشرع الجزائري الشفعة رخصة لاحقاً بالمدلول القانوني، تتحقق في حالة بيع عقار لمشتري ثم يقوم سبب قانوني يمنح الحق لشخص آخر ليحل محل المشتري و تكون له الأولوية على ذلك العقار.

الفرع الثاني

مشروعية الشفعة

تستمد الشفعة مشروعيتها من الفقه الإسلامي، و ذلك من خلال النصوص النبوية الشريفة، و كذا آراء و تأويلات أعمدة هذا الفقه الواسع، من خلال شروحاتهم و فهمهم لنصوص الأحاديث النبوية الصادرة عن الرسول عليه الصلاة و السلام.

1- دغيش احمد، نظام الشفعة بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص164.

2- تنص المادة 935 ق م م على ما يلي " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية "، نقلاً عن ابو سعد رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998 ص28

أولاً: السنة:

وردت الكثير من الأحاديث الخاصة بالشفعة، نذكر منها حديث جابر أن النبي صلى الله عليه و سلم قضي بالشفعة في كل تركة لم تقسم رבעه، أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يأذن شريكه، فإن شاء أخذ و إن شاء ترك فإن باعه و لم يأذنه فهو أحق به¹.
روى عبادة ابن الصام: قضي رسول الله صلى الله عليه و سلم في الشفعة بين الشركاء في الأرضين و الدور، و نحتج بعموم الحديث من إثباتها للشريك فيما تضره القسمة².

ثانياً: الإجماع:

بين بن المنذر الإجماع على مشروعية هذا الحق للشفيع، حيث قال: " اجمع العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض أو حائط، أي بستان"³.
ورد عن ابن القيم في اعلان الموقعين عن رب العالمين أن " من محاسن الشريعة و عدلها و قيامها بمصالح العباد، و رودها بالشفعة و لا يليق به غير ذلك، فإن حكمت الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين إن أمكن، و إن يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله، و إن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفع به، و لما كانت الركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخاطيء يكثر فيهم بغى بعض على بعض، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة و انفراد كل من الشريكين بنصيبه، و بالشفعة تارة و انفراد أحد الشريكين بالجملة، إذ لم يكن على الآخر ضرر في ذلك، فإذا أراد بيع نصيبه و اخذ عوضه من العوض أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، و يزول عنه ضرر الشركة، و لا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن، و كان هذا من أعظم العدل و أحسن الأحكام المطابقة للعقول و الفطر في مصالح العباد، و من هنا يعلم أن التحايل لإسقاط الشفعة مناقض لهذا المعنى الذي قصده الشارع و مضاد له "

نستنتج مما تقدم أن الشفعة وجدت لدفع الضرر و هو الحكمة الأساسية التي أتى بها موضوع

¹- مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق ص8

²-حمودة محمود محمد، و مطلق عساف محمد، فقه المعاملات، مرجع سابق ص 192

³- حمودة محمود محمد، و مطلق عساف محمد، فقه المعاملات، مرجع سابق ص197

الشفعة.

نلاحظ مما سبق أن الشفعة حق ثابت بالنسبة و الإجماع، و لصاحبه المطالبة به أو تركه، قال الشيرامسلي " إن ترتب عن ترك الشفعة معصية، كأن يكون المشتري مشهور بالفسق و الفجور، فينبغي الأخذ بها مستحبا، بل واجبا إن تعين طريقا لدفع ما يريده المشتري من الفجور"¹

قرر المشرع الشفعة بين الشركاء لرفع الضرر عنهم، فإذا أراد الشريك بيع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي. فيكون على الشريك دفع الثمن الذي عرضه الأجنبي. و لشفعة منفعة من حيث الحفاظ على وحدة الملكية ما يسهل على المالك الشريك الإنتفاع منها، و تجنب قسمة العقار.

و إن كانا بصدد أرض فلاحية فتكون المنفعة أكبر لتحقيق الإستثمار و الإستغلال الأمثل. و هذا طبق لما أقره القانون العقاري رقم 25\90²، من خلال بعض المواد التي شرعت من أجل الأهداف الإقتصادية.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للشفعة

باعتبار أن للتكييف القانوني أثر جد هام على أثار الشفعة كلها، و بالتالي لا يمكننا التطرق لأحكامها و شروطها قبل حل مسألة التكييف بقانوني لها. و من هنا إختلف الفقه بشأن ذلك، فظهرت بذلك مجموعة من الآراء و الإتجاهات و كل له دليله الخاص به سعيا منه لحل هذه الإشكالية، فنجد منهم من إعتبرها حق و بعضهم إعتبرها رخصة، و البعض الآخر إعتبرها منزلة وسطى بين الحق و الرخصة.

أولا الشفعة حق:

¹ - الفراء محمد سليمان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص2
² - قانون رقم 25\90 مؤرخ في 1990\11\8، يتعلق بقانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49، صادر في 1990\11\20.

لقد إتفق بعض الفقهاء على إعتبار الشفعة حق، إلا أنهم إختلفو في تحديد نوع هذا الحق هل هو حق عيني أم شخصي.

و من هنا يرى بعض الفقهاء أن الشفعة حق من الحقوق الشخصية، إلا أنهم لا يقصدون بالحق الشخصي المقابل للحق العيني، و إنما يقصدون به ذلك الحق الشخصي اللصيق بشخص الشفيع الذي لا يورث عنه، ولا تجوز حوالة، كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه بإسمه. أما الإتجاه الثاني من الفقه فيرى أن الشفعة تدخل ضمن الحقوق العينية، و ذلك سعياً منهم لترتيب بعض الآثار و من أهمها تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوي الشفعة و هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه¹، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 802 ق م بقولها: " يجب رفع دعوى الشفعة و هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار ". و السبب في ذلك هو أن الشفيع عندما يطالب بحق الشفعة فهو بذلك يطلب حقا عينيا على ذلك العقار و مادام حقا عينيا فهو متولد عن ملكية العقار ذاتها و ينتقل بذلك عبر سلسلة المالكين لهذا العقار بإنتقال هذا الملك من شخص لأخر².

ثانيا الشفعة رخصة:

يرى فريق من الفقهاء أن الشفعة لا تعتبر حق، بل تعتبر رخصة منحها المشرع للشخص الشفيع بأن يحل محل المشتري الأجنبي مراعاتاً لمصالحهن و لدفع الضرر، فالشفعة رخصة في يد الشفيع إذ رغب في إستعمالها و جب عليه الإلتزام بإجراءاتها القانونية.

ثالثا الشفعة منزلة وسطى بين الحق و الرخصة:

بعد ما تطرقنا لأراء الفقهاء إن كانت الشفعة رخصة أو حقا، ذهب بعض الفقهاء إلى إستحالة أن تكون الشفعة حقا ولا رخصة، و وضعوا لها منزلة وسطى بين الحق و الرخصة، هناك من الفقه الغربي من يرى بأن هذه المرتبة الوسطى هي نفسها الحق الترخيصي أو المنشئ، لكن هذه الفكرة لم تأخذ المكانة المناسبة لا في القانون الفرنسي و لا القانون المصري بل كانت موجودة في شكل تطبيقات متناثرة هنا و هناك في القانون الوضعي عموماً.

1- المادة 02\40 من القانون رقم: 09\08 المؤرخ في 25\02\2008، المنتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. الجريدة الرسمية الصادرة في: 23\04\2008، العدد 21.

2- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان 1985، ص 246

إستنادا لما سبق ذكره عرف بعض الباحثين الشفعة بقولهم " هي قدرة أو سلطة تخول من يقوم به سبب من أسبابها، الحلول في بيع العقار محل المشتري، إذا أضره إرادته في ذلك"¹

المطلب الثاني

خصائص الشفعة

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

الفرع الأول:

عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

يقصد بهاذ أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون البعض الآخر، لكي لا تتفرق الصفقة على المشتري².

1- حالة بيع عقار واحد لعدة أشخاص:

يباع عقار واحد لعدة أشخاص، و يحصل كل واحد منهم على ربع تلك الأرض، فهنا يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، لأن كل واحد منهم إشتري جزء من العقار بثمن مسمى، و الشفيع يقوم مقام أحد المشتريين³. و بالنسبة لبيع عقار واحد لعدة مشتريين متعددين على الشيوخ، ففي هذه الحالة لا تجوز الشفعة إلا في ذلك العقار، حتى لا تتفرق الصفقة و هذا بخلاف إذ كان كل واحد من المشتريين قد إشتري جزءا مفرزا من العقار في صفقة مستقلة، فالمناطق بوحدة الصفقة يكون بيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوخ، فتكون الصفقة واحدة و لا يجوز تفرقتها⁴.

¹- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، طبعة رقم 4، منشأ المعارف بالإسكندرية، مصر، ص515

²- كيره حسنن الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، الطبعة الرابعة، الناشر منشأ المعارف، بالإسكندرية، مصر، 1995، ص596

³- خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص179.

⁴- خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع نفسه.

2- حالة بيع عدة عقارات لمشتري واحد:

إذا تعددت العقارات و تقدم شخص واحد لشرائها، ففي هذه الحالة إذا تدخل الشفيع ليأخذ أحدها دون الأخرى، و كان شفيعا لكل تلك العقاراتن فلا يجوز له ذلك بل عليه أن يأخذها كلها أو يتركها، فيمكن أن يحدث ذلك ضررا للمشتري كأن يأخذ الشفيع العقار الجيد و يترك للمشتري العقارات الرديئة، و في حالة ما إذا كان الشفيع شفيعا لإحدهما دون الأخرى، و وقع البيع صفقة واحدة فللشفيع أن يأخذ تلك التي تجاور حصته دون أخذ الأخر.

الفرع الثاني:

الشفعة حق إستثنائي:

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 العلني وفقا للإجراءات التي رسمها القانون.

_ إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

_ إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.<

تمنع الشفعة في البيع الذي يحصل في المزاد العلني، إذ أن الشفيع قد يدخل في المزاد و يأخذ العقار بالمزايدة، كما تمنع الشفعة في البيع القائم بين الأصول و الفروع، و بين الزوجين و الأقارب نظرا لالصلة القائمة بين البائع و المشتري، يضاف إلى ذلك العقارب الذي بيع ليكون محل عبادة فقد منعت الشفعة فيه نظرا للإعتبار الالديني، و هو حماية عرض العبادة المستهدف من وراء العقار¹.

الفرع الثالث:

¹- سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص166.

الشفعة لا ترد إلا على عقار:

ترد الشفعة على العقار دون المنقول حسب ما نصت عليه المادة 794 ق م ج بقولها > الشفعة رخصة تجيز حلول محل المشتري في بيع العقار <. أي يجب أن يكون المال الذي ورد البيع عليه عقارا لا منقولا، في حالة إذا كان هناك عقر بالتخصيص، أي أن يضع صاحب العقار منقولا من أجل خدمة هذا العقار، فإذا بيع مستقلا عن العقار فهذا يكون البيع منقولا، فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة، أما إذا بيع متصلا مع العقار المخصص لخدمته و إستغلاله، فتجري عليه الشفعة¹.

الفرع الرابع:

إتصال الشفعة بالشخص الشفيع

تعتبر الشفعة متصلة بشخصية الشفيع، و يترتب عن ذلك ما يلي:

- _ عدم إمكانية دائني الشفيع استعمال الشفعة عن طريق الدعوى الغير مباشرة، وذلك يؤكد أن الشفعة رخصة و ليست حق، و الدعوى غير المباشرة مقصورة على الحقوق.
- _ عدم جواز الشفيع إحالة حقه في الشفعة لأنها بطبيعتها تأبى جواز الإحالة شأنها شأن الحقوق المتصلة بشخصية الدائن².

قد تثبت الشفعة في حالة وفات الشفيع، ففي هذه الحالة لا تسقط بل تنتقل إلى الورثة نقصد بثبوت الشفعة إتمام البيع، كذلك يجب أن لا يكون قد قضى بالشفعة للشفيع و إتمام البيع، و قبل تمام الأخذ بالشفعة.

المبحث الثاني

¹- حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه و الأصول، جامعة مؤتة، الأردن، 2006م، ص 80 81

²- مذكرة الشفعة بين الشريعة الإسلامية، و القانون المدني الجزائري

نطاق الشفعة

لقد تناولت القوانين و التشريعات العربية حق ممارسة الشفعة بما هو وارد في الشريعة الإسلامية، و قد تناول المشرع الجزائري بدوره هذا الحق، فقد تطرق لمختلف النقاط التي تخص هذا الحق، فقد عالج نطاق الشفعة و أسبابها و أعطى لفئة معينة صفة الشفعاء و بين لهم مراتبهم، و بين لهم كيفية تراحمهم فيما بينهم أو مع أو مع مشتري (المطلب الأول)، كما قد تطرق المشرع الجزائري إلى الشروط التي لا بد من توافرها في كل من الشفيع و المشفوع فيه (العقار)، و المشتري المشفوع منه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشفعاء

الشفعاء أشخاص يمنحهم القانون حق أخذ العقار بالشفعة، فهم ذوي الحق في طلب أخذ العقار بالشفعة، و لا بد أن يكون البيع الذي يعتبر التصرف الذي يجيز الشفعة، حدد المشرع الجزائري هؤلاء الأشخاص بالترتيب من خلال المادة 795 ق م ج (الفرع الأول).
عندما تتوافر شروط الشفعة في عدة أشخاص و على عقار واحد يتراحم الشفعاء، فيطلب كلهم أو بعضهم الاخذ بالشفعة، لذلك يتوجب علينا بيان حكم هؤلاء الشفعاء و ذلك طبقا 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 إذ أوردتهم من خلال القانون المدني، و هم مذكورين بالترتيب، و سيتم الإشارة إليهم كما يلي:

أولا- شفعة مالك الرقبة:

جاءت المادة 1/795 ق م ج كما يلي >يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعات الأحكام... لمالك الرقبة، إذ بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة<. يجوز لمالك الرقبة الأخذ بالشفعة في حالة بيع حق الإنتفاع من صاحبه، و القاعدة العامة في الشفعة أنها لا ترد إلا على

العقارات فلا تكون في حالة بيع القحوق المقررة على العقاراتن لذلك يعد إعطاء الاخذ بالشفعة لمالك الرقبة في حالة بيع حق إنتفاع إستثناء من هذه القاعدة، حيث جاء هذا الإستثناء لحكمة توخاها المشرع و هي جمع شتات الملكية ليتمكن مالك الرقبة من إبعاد الغير من عقاره¹. هذه الحالة تقوم على عدة فرضيات.

أ_ أن يكون العقار مملوك لشخص و رتب عليه حق الإنتفاع لشخص آخر:

إن الفرض العادي أن تكون الرقبة مملوكة لشخص و يكون الإنتفاع لشخص آخر ثم يباع الإنتفع و يشفع فيه مالك الرقبة، هذه اتحالة و إن كانت نادرة الحصول في الواقع العملي إلا أنه يمكن تصور تحققها في بعض الاحيان². إذ يصبح المالك بعد ترتيب حق الإنتفاع على عقاره مالك للرقبة، فإذا باع صاحب حق الإنتفاع حقه كان لمالك الرقبة أن يشفع في حق الإنتفاع، فيعود كما كان قبل ترتيب حق الغنتفاع عليه، أي مالكا للعقار ملكية تامة³.

ب_ أن يكون مالك العقار قد رتب حق الإنتفاع لمصلحة شخصين أو أكثر في الشيوخ:

تتمثل هذه الحالة في بيع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الإنتفاع، و ينصب هذا البيع على النصف من تلك الحصة مثلا، فيكون لمالك الرقبة أن يشفع هذا النصف و يصبح مالكا له، و مالكا لرقبة النصف الأخرنن ولا يمكن للشريك الاخر في الشيوخ في حق الإنتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في اخذ الحصة الشائعة المباعة في حق الإنتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوخ⁴.

ج_ أن يكون العقار مملوك لشخصين مناصفة في الشيوخ و يرتبان عليه حق إنتفاع لشخص آخر:

تتمثل هذه الحالة في أن يكون هناك شخصين مالكان لرقبة عقار في الشيوخ،

و في بيع صاحب حق الإنتفاع لحقه، يستطيعان أن يأخذا معا ذلك الحق بالشفعة فيعودان كما

1- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص125.

2- الجمال مصطفى محمد، نظام الملكية توزيع منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت ن، ص418.

3- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص125،

4- سوار محمد وحيد الدين الفحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص180.

كانا مالكين للعقار ملكية تامة.

يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الإنتفاع، و إذا هو النصف المناسب¹، فيصبح مالكا لنصف حق الإنتفاع مضافا إليه ما يملكه من نصف الرقبة، و به يتملك نصف العقار ملكية تامة على الشيوعن و يبقى النصف الآخر من العقار يتملكه إثنان أحدهما مالكا لرقبة و الآخر صاحب حق الإنتفاع و هو المشتري لهذا النصف، و لكن إذا تمسك المشتري بعدم تفريق الصفقتن فهنا يتحتم على مالك نصف الرقبة الذي أخذ نصف الإنتفاع، إما أن يأخذ كل الإنتفاع بالشفعة، أو يترك الأخذ بالشفعة أصلا². فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الإنتفاع، يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة، و مالكا لحق الإنتفاع في النصف الأخرن و إن ترك الشفعة يكون المشتري حقا كاملا و لا تتفرق عليه الصفقة لأن مالكا الرقبة تركا حقهما في الأخذ بالشفعة³.

د_ أن يكون العقار مملوكا لشخصين مناصفة في الشيوع و يرتبان عليه حق الإنتفاع لمصلحة شخصين مناصفة:

يجوز لمالكي الرقبة أن يأخذا معا بالشفعة في حالة بيع أحد أصحاب حق الإنتفاع لحقه، كما يحق لأحدهما أن يأخذا النصف و لا يحق للمشتري أن يعترض بتفريق الصفقة عليه، و إذا باع المنتفعان معا لحقهما لمشتري واحد جاز لمالكي الرقبة أن يأخذه معا بالشفعة، كما يجوز لأحدهما أن يشفعا في النصف الملابس لحقه في الرقبة إلا إذا تمسك المشتري بعدم تجزئة الصفقة فهنا على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الإنتفاع أو أن يترك الشفعة أصلا⁴.

ثانيا- شفعة الشريك في الشيوع:

جاءت المادة 2/795 كما يلي: **<يثبت حق الشفعة... للشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من**

العقار المشاع إلى أجنبي>. العقار المشاع هو العقار الذي يملكه عدد من الشركاء على

الشيوع دون أن يقسم فيما بينهم، و حق كل شريك يقع على حصة شائعة في هذا العقار، و

1- خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابقن ص53.

2- لطوف عبد الوهابن الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص126-127

3- السنهوري عبد الرزاقن شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص545.

4- أبو السعود رمضانن الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص295.

يجب أن يكون ذلك العقار شائع، فالعقار الذي قسم لا تجري فيه الشفعة، بحيث إذا باع أحد الشركاء جزءه المفرد فلا يستطيع المالك الآخر في ذلك العقار للقطعة المفردة أن يأخذ بالشفعة لأن بعد تقسيم العقار لا يكون شريك بل يصبح جارا للمالك الآخر¹.
إشترط المشرع أن يكون المشتري أجنبيا، ذلك لأن الهدف من إقرار الشفعة هو جمع ما تفرق من حق الملكية، بحيث إذا باع شريك في الشيوع حصته الشائعة لشريكه الآخر في الشيوع فلا يجوز لذلك الشريك الآخر أن يأخذ بالشفعة لهذه الحصّة الشائعة و يجب أن يكون العقار مملوكا ملكية تامة لعدد من الشركاء في الشيوع². و العبرة من وضع بهذا الشرط هو دفع الضرر الذي يتسبب فيه الأجنبي بإعتباره غريبا عن الشركاء الآخرين، و لذلك تكون الشفعة وسيلة لرفع هذا الضرر بإستبعاد المشتري الأجنبي و أخذ الحصّة المبيعة منه، و يجب أن يكون المشتري أجنبي وقت بيع هذه الحصّة له، فإذا كان شريكا في هذا الوقت إمتنعت بالشفعة عن باقي الشركاء³. المشرع الجزائري لم يشر في المادة 795 إذا كان هذا الشريك وارثا أم لا.

ثالثا- 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 مالك الرقبة كل الرقبة أو بعضها، بحيث إذا بيعت الرقبة كلها أو كان الإنتفاع لأكثر من شخص، كان لهم جميعا أن يشفعوا في الرقبة كل منهم بقدر نصيبه في الإنتفاع، و الشفعة في هذه الحالة لا تثبت إلا إذا كانت الصفقة قابلة للتجزئة فلا يحق للمنتفع أن يأخذ بالشفعة⁴، هذه الحالة تقوم على عدة فروض و هي:

أ_ أن يكون العقار مملوك لشخص ثم يرتب عليه حق إنتفاع لشخص آخر:

يكون هناك عقار مملوك لشخص ثم يرتب عليه حق إنتفاع لمصلحة شخص آخر، فإذا باع مالك العقار رقبته كان لصاحب حق الإنتفاع أن يشفع رقبته المبيعة و يصبح مالك للعقار ملكية

1- قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص180

2- لطوف عبد الوهابن الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص129

3- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع سابق، ص551.

4- محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص266.

تامة.

ب_ أن يكون شخصان يمتلكان العقار في الشيوع و يرتبان عليه حق إنتفاع:

يرتب حق الإنتفاع لشخص من طرف شخصان يملكان العقار على الشيوع، و نفرض أن لكل من هذين الشخصين نصف العقار، فإذا باع أحدهما النصف الذي يملكه، كان لهذا النصف شفيعان، و مالك النصف الآخر للرقبة يعتبر شريكا في الشيوع، و يكون في المرتبة الثانية في الشفعا، و إن لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الإنتفاع بإعتباره التالي في المرتبة، أما إذا أخذ صاحب حق الإنتفاع بالشفعة فهو يجمع شتات الملكية، و يصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف، و إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة الذي يملكه، فيأخذه بالشفعة صاحب حق الإنتفاع بإعتباره صاحب حق الإنتفاع يشفع في الرقبة و يستطيع أن يأخذه قبل ذلك بإعتباره شريكا في الرقبة، أي سبق له أن شفع في نصفها و يكون ذلك بإعتباره شريكا في الشيوع، و به يملك العقار ملكية تامة و يجمع شتات الملكية على أكمل وجه¹.

ج_ أن يكون العقار مملوك لشخص واحد و يرتب عليه حق إنتفاع لشخص على الشيوع:

تكون ملكية العقار لشخص واحد ثم يرتب عليها حق إنتفاع لشخصين شريكين و نفترض أنه لكل واحد منهما النصف، فإذا باع المالك هذه الرقبة فإن صاحبي حق الإنتفاع لهما أن يشفعا معا في الرقبة، و يصبح لكل منهما النصف و يملكان العقار ملكية تامة، و يستطيع احد صاحبي حق الإنتفاع أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملبس للنصف الذي يملكه في حق الإنتفاع، و به يصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار في الشيوع، أما النصف الآخر يبقى مقسما بين صاحب حق الإنتفاع الآخر و المشتري، و قد يعترض المشتري بعدم تفرق الصفقة عليه، ففي مثل هذه الحالة يكون له الحق في إجبار صاحب نصف حق الإنتفاع الأخذ بالشفعة إما أن يأخذ بالنصف الآخر، أو أن يترك الشفعة في نصف الرقبة الذي أراد أخذه².

الفرع الثاني

1- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص555-556

2- محمد شتا أبو سعد، الشفعة و الصورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص104

تزام أصحاب الحق في الشفعة

عالج المشرع الجزائري من خلال المادة 796 من ق م ج حالتين خاصتين لتزام الشفعاء، و هما حالة تعدد الشفعاء من طبقة واحدة، و حالة تعدد الشفعاء من المشتري عندما يكون شفيع مثلهم، حيث جاءت المادة كما يلي: <إذا تعدد الشفعاء، يمكن استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

_ إذا كان اتلشفعاء من طبقة واحدة، إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

_ و إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى < أولا- تعدد الشفعاء من طبقة واحدة:

أكدت على هذه الحالة الفقرة الأولى من المادة 796 ق م ج، فإذا تعدد الشفعاء و كانوا كلهم من طبقة واحدة إستحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه.

أ_ الحالة الأولى:

يكون الشفعاء من طبقة واحدة، إذا كانوا ملاك الرقبة فيشفعون في حق الإنتفاع، فمثلا إذا كان هناك ثلاث ملاك يكون للأول ثلث الرقبة في الشيوخ، و الثاني نصف الرقبة، و الثالث السدس. يقتسم الملاك حق الشفعة فيما بينهم و يستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه، بناء على ذلك يأخذ المالك بالشفعة ثلث حق الإنتفاع، و يأخذ 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 عقارا، و كان الأول يمتلك النصف و لكل الشريكين الآخرين الربع، و يبيع الشريك الأول حصته التي تساوي النصف الأجنبي، فإن الشريكين الآخرين يقتسمان فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذي طلبوه، بالشفعة، فيصبح ذلك العقار بعد أخذه بالشفعة مملوكا

¹- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص143-144

للمشركين الآخرين على الشيوع بالتساوي بينهم، هذا الكلام يطبق على الشركاء في الرقبة و في حق الإنتفاع¹.

ج_ الحالة الثالثة:

يكون الشفعاء في الطبقة الثالثة، إذا كانوا أصحاب حق إنتفاع، يشفعون في حالة بيع كل رقبة أو بعضها، لدينا مثلا ثلاثة ملاك لحق إنتفاع على الشيوع عن لكل واحد منهم الثلث إذ بيعت الرقبة، فإن أصحاب حق الإنتفاع يأخذون بالشفعة و ذلك بنسبة نصيب كل واحد منهم في حق الإنتفاع، و يصبح كل واحد منهم مالكا للعقار في الشيوع ملكية تامة الثلث².

إن تطبيق هذا المبدأ على الطبقات الثلاث لا يثير صعوبة، لكن يجب مراعات حالة إنفراد كل شفيع بطلب الشفعة لنفسه مستقلا عن غيره من الشفعاء، حيث يجب أن يطلب الفعة في كامل العقار المبيع و ذلك نظرا لخاصية عدم جواز تجزئة الشفعة، في حالة إشتراك شفعاء متعددين في طلب الشفعة كلهم بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل شفيع منهم العقار الكمبيع كله طالما انهم أعلنوا رغبتهم في أخذ العقار بالشفعة، إذ لا يكون هناك تجزئة لشفعة أو تبويض للشفعة على المشتري³.

ثانيا- تعدد الشفعاء مع مشتري شفيع:

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

أ_ تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء أعلى منه درجة:

يرى الفقهاء في هذا المجال أن المشرع 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 هؤولاء الشفعاء على المشتري لكونهم أعلى طبقة، يمكن للمشتري أن يعترض عن هذا التزامم

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

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

3- إبراهيم سعد نبيلن الحقوق العينية اتأصلية، مرجع سابق، ص307.

بحجة الاسبقية في الشراء، لأن سبب الشفعة في الشفيع الأقوى من سبب الشفعة في المشتري
نفترض أن هناك مالك لعقار و رتب عليه حق الإنتفاع لشريكين في الشيوخ، ثم أقدم أحدهم بيع
حصته لشريك آخر، فهنا يحق للمالك أن يأخذ الحصة بالشفعة، ولا يحق لذلك المشتري
الشريك أن يرفع دعوى الشفعة على أساس أنه شفيع لأن مالك الرقبة أعلى منه درجة¹.

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 الشراءز مثلا أن يشتري مالك رقبة حصة أحد الشريكين على الشيوخ
في حق إنتفاع، و يتقدم الشريك الآخر بالأخذ بالشفعة، فإن مالك الرقبة يفصل بإعتباره مشتري
توفرت فيه الشروط².

ج_ تزامم المشتري مع شفعاء من نفس الطبقة:

يتزامم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته حسب ما هو وارد في المادة 796 ق م ج بقولها
<إذا 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 و
طلب الشركاء الآخرون في الرقبة الشفعة في هذا الحق، ففي هذه الحالة يفضل الشريك
المشتري، أما إذا كان المبيع من حق الإنتفاع يزيد على القدر المماثل لنصيب المشتري على
قدر نصيب كل منهم ما كان يجوز للمشتري أن يشفع في هذه الزيادة إذ بيعت لشريك في حق
الإنتفاع، الشفعة للملابسة في نصيبه و طلب الشركاء الآخرون في حق الإنتفاع، الشفعة في
الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشتري، أما إذا كان المبيع من الرقبة يزيد عن القدر الملبس
لنصيب المشتري في الإنتفاع فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاممين على قدر نصيب كل
منهم، عدى المشتري لأنه ما كان له أن يشفع في هذه الزيادة. إذا باع شريك في الشيوخ حصته
الشائعة في العقار إلى أحد الجيران في الأراضي الفلاحية فطلب الشفعة فيها جيران آخرون،

1- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص293-295.

2- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الإسلامي مرجع سابق، ص293-295.

فضل الجار المشتري، هذا حسب رأي جانب من الفقهاء الذين يرون أن الجيران الشفعاء كلهم في مرتبة واحدة، و هناك فريق من الفقهاء من يرون أن الجيران ليسوا كلهم من نفس المرتبة بل يفضل الجار ممن يعود على ملكه منفعة أكبر على هذا الجار المشتري¹.

المطلب الثاني

شروط الأخذ بالشفعة

إن الشفعة كواقعة مركبة لا يمكن الأخذ بها إلا إذا وجد صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع، ليخوله إكتساب ملكية العقار الذي باعه مالكة إلى مشتري آخر غير هذا الشفيع، و يطلق عليه العقار المشفوع فيه، و يشترط في هذا الأخير أن يكون متصلا بعقار آخر يملكه ذلك الشفيع يصطلح عليه بالعقار المشفوع به و سواء كان ذلك الإتصال ناتجا من شركة على الشيوع في نفس العقار و ذلك إذا كان العقار المبيع جزءا شائعا مع حصة الشفيع في أرض أو دار مشتركة بينهما، أو كان الإتصال ناتجا من تجزئة حق الملكية لذلك العقار، بتحويل حق الإنتفاع لشخص ثان، مع بقاء ملكية الرقبة في يد الشخص الأول، و هو المالك الاصلي للعقار².

الفرع الأول

شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه

هناك بعض الشروط التي تتعلق في المال المشفوع فيه و سنعرض هذه الشروط كما يلي:

أولا_ الشفعة لا ترد إلا على العقارات:

إن حق الشاخذ بالشفعة مقرر فقط عند بيع العقارات دون بيع المنقولات لأن هذه الأخيرة يرد عليها حق الإسترداد، و هذا في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي و لحق الإسترداد قواعد تختلف عن أحكام الشفعة بإعتباره مستمد من القانون الفرنسي، في حين أن قواعد الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي، إلا أن طبيعة حق الإسترداد هي نفس طبيعة حق الاخذ بالشفعة لهذا يرى الفقه الحديث بأن الشفعة ما هي إلا حق إسترداد يثبت في العقار و في

1- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابقن ص328.

2- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص91.

أحوال خاصة و بشروط معينة¹.

1_ تعريف العقار:

أ_ تعريفه لغة:

العقار بالفتح مخففا المنزل و الضيعة، و منهم من يطلق على العقار النخل فقط²، و يقال في البيت عقار حسن، أي متاع و أداة، و العقار بضم العين الخمر سميت بذلك لأنها عقرت العقل أي لازمته.

ب_ تعريفه إصطلاحا:

يعرف العقار لدى الفقهاء بأنه: كل شيء ثابت بو مستقر بموضعه محدد، و هو يشمل الأراضي بمختلف أنواعها و ما يقام عليها من الأبنية الثابتة كالعمرات و كل ما يشيد فوقها ما دام ثابتا كالأنفاق، و الطرقات، و الممرات المعلقة من الجسور و غيرها، و يدخل في نفس المفهوم السابق ما يتصل بالأرض سواء فوق سطحها كالمحاجر و تلال الرمال و الأحجار الكريمة، أو ما هو في باطنها كالمناجم البترولية أو المعدنية أو الغازية، فكل هذه الأراضي و المباني السابقة و ما يتصل بهما و له صفة الإستقرار و الثبات يطلق عليه عقارات بطبيعتها، و قد تكون ملكية خاصة للأفراد أو ملكية خاصة أو عامة للدولة³.

بالإضافة إلى العقار بطبيعته و هو الأصل في تعريف العقار، يوجد نوع آخر و هو العقار بالتخصيص و يقصد به: كل منقول في أصله رصده صاحبه أي مالك العقار من أجل خدمة ذلك العقار و إستغلاله و يشترط فيه شرطين أساسيين الأول أن يكون مالك المنقول هو نفسه مالك العقار و الثاني أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار بصفة مستقرة و دائمة⁴.

و مثاله الجرار المخصص لخدمة الأرض الزراعية.

2_ الحكمة من قصر الشفعة على العقار:

1- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص481-182
2- محمد ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد 01، ج. 4، دار الجبل و دار لسلن العرب، بيروت، 1988، ص 839.
3- إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون و الحق و طبيعتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 261-262.
4- إسحاق إبراهيم منصور، نفس المرجع، ص 261-262.

الشفعة جائزة في العقار دون المنقول و هو رأي جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي، حيث يرون أن الشفعة واجبة في الدور و العقارات بصفة عامة و اختلفوا في ما سوى ذلك، إلا أن المالكية أضافوا إلى ذلك ما تعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول كالبر و الاته و محال النخل، و الثمار و باقي المزروعات اللصيقة بها، كما يرون أيضا بوجوب الشفعة في السفينة على إعتبار أنها أعدت كالعقار لتكون مسكنا بخلاف جمهور الفقهاء لا يرون ذلك، لأن الشفعة وجبت لرفع أذى الدخيل و ضرره على الدوام و لم يثبت في العقار لكونه مسمنا، و رفع الأذى و الضرر لا يتصور إلا في العقارات¹.

إلا أن هناك رأي من الفقهاء في هذا المجال يرى بثبوتها في العقار و المنقول معا مدام مشتركا، سواء كان من الحيوانات أو غيرها من الألات و الثياب و المعادن و باقي المنقولات، و هو قول أهل مكة و أهل الصاهر و مذهب جابر رضي الله عنه، و رواية عن أحمد بن حنبل أيضا².

ثانياً_ شرط عدم تجزئة الشفعة:

شرط عدم التجزئة عبارة عن قاعدة أساسية تضمنتها أحكام الشفعة، و مؤاها أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع و يترك البعض الآخر، و هذا حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، فيضار بذلك لأن هذا الأخير قد اشترى كل المال و لم يشتري جزء منه فقط³، و عليه بقاء ذلك الجزء في يد المشتري لا يحقق له الفائدة المرجوة من عملية الشراء و لربما قد يكلفه ذلك نفقات و مرافق ضرورية أكثر من إرادات ذلك الجزء من العقار، و في هذا خسارة فادحة له لا يقتضيها المنطق القانوني ولا مبادئ الإنصاف و العدالة⁴. هذا و قد يكون الجزء المشفوع فيه و الذي أخذه الشفيع لولاه لما رغب المشتري في شراء الصفقة بكاملها، و بتالي فتفريق الصفقة على المشتري لا يصح من غير رضاه في غياب سبب شرعي يسقط ذلك الحق¹، و هذا الحكم قرره أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا منهم الإمام

1- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 260.

2- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 100

3- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 483.

4- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 105.

مالك و الشافعي و أحمد بن حنبل²، و هو محل إتفاق أيضا في الفقه القانوني.

الفرع الثاني

شروط متعلقة بالشخص الشفيع

هناك شروط أخرى راجعة لشخص الشفيع تتعلق بالأهلية، و شرط ملكية العقار المشفوع به، و منها أيضا إشتراط أن يكون هذا الشفيع غير ممنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه كعمال القضاء و المحامين في منعهم من شراء الحقوق المتنازع عليها طبقا لنص المادة 402 ق م ج، بالإضافة إلى الوكلاء الممنعون من شراء العقارات المكلفون ببيعها بمقتضى إتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة في ذلك، و كذلك السماسرة و الخبراء لا يجوز لهم شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها طبقا لنص المادتين 410 و 411 ق م ج³.

أولا- من تثبت له صفة الشفيع:

إن الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع في القانون الجزائري أشارت إليهم المادة 795 ق م ج بقولها: <يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعات الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية.>

__ لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة

__ للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي

__ لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.>

إن التشريع الخاص 25\90 قد أضاف إلى نص المادة 795 من القانون المدني أشخاص و هيئات أخرى لها الحق بالأخذ بالشفعة، ليوسع بذلك من نطاق الشفعة وفقا للأهداف محددة و فلسفة قانونية خاصة جاء بها ذلك التشريع، و منها سعيه إلى تحقيق الوظيفة الإقتصادية و الإجتماعية المنوطة بالأراضي الفلاحية و كذا حق الدولة و الجماعات المحلية في اللجوء

¹- محمد أبوزهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص150.

²- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية و مقارنتها بالشرائع الوضعية، ج.2، دار الفكر العربي دون ذكر البلد، 1996، ص265.

³- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص175.

إلى الشفعة من أجل المصلحة العامة بالنسبة للأراضي العامرة و القابلة للتعمير، إلا أن هذه الأخيرة تثبت لها الشفعة في إطار المصلحة العامة و في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني، حيث تكون لها أولوية على كل أصحاب المراتب المتبقية، و هذا بمقتضى المادة 71 من قانون التوجيه العقاري¹.

إضافة إلى الحكم المشار إليه في الفقرات الأخيرة، نجد نص المادة 57 من نفس القانون جاءت هي الأخرى بحكم أخر أضيف إلى الأحكام التي جاءت بها المادة 795 من القانون المدني، و هذا الحكم الجديد هو تشريع حالة الجوار كسبب قانوني من أسباب الأخذ بالشفعة لكن في الأراضي الفلاحية فقط و هذا بغية تطبيق أحكام المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، و من أجل تحسين الهيكل العقاري في المستثمرات الفلاحية.

ثانيا- شروط أخرى للشفيع:

إن أهلية التصرف محددة ببلوغ الشخص سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة مع خلو هذا الشخص من عوارض الأهلية المعروفة في القانون المدني طبقا لما تقتضيه المادة 40 ق م ج، و بالتالي فإن الشفيع حتى يجوز له الأخذ بالشفعة بنفسه لابد أن يبلغ سن الرشد 19 سنة كاملة مع تمتعه بكامل قواه العقلية و غير محجور عليه، فيمكنه حسب النص السابق ذكره أن يأخذ بالشفعة بإتباع الإجراءات القانونية التي حددها المشرع عن طريق إبداء رغبته فيها بنفسه².

إلا أن الشفيع يمكنه أن يطالب بالشفعة عن طريق وكيله، لكن نفرق هنا بين الوكالة العامة و الخاصة، فإذا كان الشفيع قد منح الوكيل توكيلا عاما و لم يجز له صراحة في طلب الوكالة الأخذ بالشفعة، فلا يجوز له إبداء رغبته فيها نيابة عن الوكيل الشفيع، لأن وكالته تقتصر على بعض الأعمال الإدارية فقط، و هو ما تقتضي به المادة 573 ق م ج التي جاءت كما يلي: >إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة و التي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه

1- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 176.

2- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، بحث منشور بجملة الموائق، دورية داخلية متخصصة، العدد 06، الجزائر أفريل 1999، ص 35.

التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية...>

و عليه فيشترط هنا لجواز الأخذ بالشفعة الوكالة الخاصة، لأن الأخذ بها يعتبر من أعمال التصرف، يضاف إلى ما سبق بيانه أيضا ضرورة إفراغ هذه الوكالة الخاصة في الشكل القانوني الرسمي المطلوب في التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة طبقا للمادة 572 ق م ج التي جاءت كما يلي: <يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك>.

بناء على ما سبق لا يستطيع الوكيل الحلول محل الشفيع في إتباع إجراءات الشفعة إلا إذا نص على ذلك صراحة في مضمون الوكالة، و أما لو كان الشفيع قاصرا فلوليه نيابة عنه الحق في الأخذ بالشفعة دون إستئذان المحكمة، إن صفة الولي طبقا للمادة 87 قانون الأسرة تشمل الأب و بعد وفاته الأم، و إذا لم يكن للقاصر ولها فلو صه الأخذ بالشفعة بعد إستئذان المحكمة، و أما إذا كان الشفيع محجورا عليه فيمكن للقيم عليه الأخذ بالشفعة نيابة عنه، و لكن بعد حصوله على الإذن من المحكمة أيضا¹.

1- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 272-273.

الفصل الثاني

الإجراءات القانونية للشفعة

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 عن يتبع بعض الإجراءات محددة و دقيقة أوردها المشرع لضمان الجدية في الطلب و منع التحايل في الحصول على الحق، و تعتبر الشفعة قيذا على حرية التصرف، بحيث ينزع ملك المشتري جبرا عنه بحكم القضاء، لذا حدد المشرع هذه الإجراءات بدقة، تبدأ هذه الإجراءات بالإجراءات الأولية و هي إبداء الرغبة ثم تأتي إجراءات رفع الدعوى (المبحث الأول).

يرتب ثبوت الحق في الشفعة و تملك العقار المشفوع فيه سواء بالتراضي بين الأطراف أو بحكم من المحكمة، إنشاء علاقات قانونية بين الشفيع و البائع و المشتري، حيث تتحول التي كانت مبرمة بين البائع و المشتري إلى ما بين البائع و الشفيع و يستبعد المشتري منها، و ينتج البيع آثاره في ما بين البائع و المشتري إتجاه 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، و مفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون اللجوء إلى إتخاذ إجراءات قضائية، فيصبح الشفيع متمتعاً بحقوق المشتريين و يبرم العقد و يشرع في مباشرة الإجراءات الناقله للملكية، غير أنه قد يثور النزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، و هذا ما يجعلهما يلجآن إلى القضاء، كأن لا يرضى 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 و رتب على عدم التقيد بها سقوط حق الشفيع في الشفعة، و لكي ترفع دعوى الشفعة، و لكي ترفع دعوى الشفعة لابد من توفر بعض الإجراءات الأولية السابقة لرفع الدعوى، و المتمثلة في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (المطلب الأول)، ثم يأتي إجراء رفع دعوى 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 و الواجب إتباعها قبل رفع دعوى الشفعة، أول إجراء هو إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فلا يمكن للشفيع أن يرفع دعواه، إذ لم يتم أولاً بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة بنفسه، أو أن يتم ذلك بتوجيه الإنذار إليه من طرف المشتري و البائع (الفرع الأول).

يودع الثمن لدى الموثق بعد إعلان الرغبة، و يقصد بذلك إيداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق حتى لا يسقط الحق في اخذ العقار بالشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إعلان الرغبة في الشفعة

يعلن الشفيع رغبته في الشاخذ بالشفعة، إما بالإنداز الرسمي الموجه له من طرف البائع و المشتري أو بإعلانه بنفسه برغبته في أخذ العقار بالشفعة، و في الميعاد الذي يحدده القانون، و لابد أن يكون هذا الإعلان مشهر.

أولا- الإنذار الرسمي للموجه للشفيع:

يجوز للبائع و المشتري توجيه إنذار رسمي إلى الشفيع الذي يتضمن إعلان هذا الأخير بحصول البيع، و دعوته إلى إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إن كان يرغب في ذلك، و ينبغي عليه إعلان رغبته في الشفعة وفقا للإجراءات التي رسمها القانون، و في مواعيدها المحددة و إلا سقط حقه في الشفعة، في الشفعة، و ذلك في أجل ثلاثون (30) يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، إضافة إلى مدة المسافة إذا إقتضى الأمر ذلك، طبقا للمادة 799

ق م ج التي نصت كالتالي: <على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من

البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذش يوجهه إليه البائع أو

المشتري و إلا سقط حقه، و يزداد على ذلك الأجل مدة المشافة إن إقتضى الأمر ذلك >

يجب أن يشما هذا الإنذار على بيانات معينة نصت عليها المادة 800 من ق م ج و تتمثل هذه البيانات فيما يلي:

_ بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا، يقصد بالبيان الكافي للعقار المبيع تعريف

الشفيع لذلك العقار تعريفا كافيا و نافعا للجهالة.

_ بيان الثمن و المصاريف الرسمية و شروط البيع و إسم كل من البائع و المشتري ولقبه

و مهنته و موطنه و الأجال الذي قدره.

_ يترتب على تخلف أحد هذه البيانات بالسابقة الذكر بطلان اللإنذار و إلا يترتب عليه، سقوط

حق الشفيع في الشفعة إذ لم يعلن رغبته خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإنذار¹، كما يجب

¹- منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص229.

أن يوجه الإنذار إلى الشفيح أو الشفعاء في حالة تعددهم في موطن كل منهم، حتى و لو كانوا من طبقات مختلفة، و ذلك الإحتمال ألا يرغب أحدهم في الأخذ بالشفعة مما يفتح بابها لمن هم من طبقة أدنى¹.

ثانيا- التصريح بالرغبة:

اشترط المشرع الجزائري على غرار التشريعات الجزائرية أن يكون إعلان الرغبة في الشفعة رسمياً، و إلا كان باطلا وفقا للمادة 801 ق م ج التي تنص على مايلي: <يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا...> يفهم من هدم المادة أن الشفيح يعلن الأخذ بالشفعة بورقة رسمية، أي عقد رسمي يعلن من طرف كتابة الضبط، و لا يعتد بأي ورقة أخرى و إلا كان الإجراء باطلا².

ثالثا- ميعاد الرغبة:

تنص المادة 2\801 ق م ج على ما يلي: <يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف 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> حيث يجب أن يعلن الشفيح رغبته خلال ثلاثين يوم يوما، و هذه الحالة لديها عدة فرائض هي:

أ_ حالة إنذار الشفيح بالبيع:

يتوجب على الشفيح أن يقوم بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، إذا أذره البائع و المشتري بوقوع البيع خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بحصول البيع (المادة 799 ق م ج) فلا يعتد بعلم الشفيح بوقوع البيع، حتى و لو قام الدليل القاطع بأنه قد علم بالبيع في وقت معين، فإن الميعاد مع ذلك لا يسري من هذا الوقت و إنما من وقت الإنذار³.

1- قاسم محمد حسين، و جيز اتلحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص293.

2- منصور محمد حسين، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص230.

3- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص335.

ب_ حالة عدم الإنذار 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 أن يعلن رغبته في الشفعة، ذلك خلال سنة كاملة من وقت إشهار عقد البيع من طرف المشتري هذا حسب نص المادة 2\807 ق م ج التي تنص على مايلي: <لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع...> إذا كان الشفيع لم يعلم بوقوع البيع و يقدره البائع أو المشتري بوقوعه أو وقوع إنذار، فقد أطال المشرع المدة التي يتعين خلالها أن يطلب الأخذ بالشفعة¹، فجعلها سنة من وقت شهر عقد البيع، هذا و يعتبر ميعاد السنة من يوم شهر عقد البيع في المحافظة العقارية، مدة سقوط لا مدة تقادم ، و بالتالي لا ينقطع و لا يوقف و يسري في حق الغائبين و غير كاملي الأهلية.

ج_ حالة عدم إنذار الشفيع و عدم إشهار عقد البيع:

يحدث أحيانا أن يكون الإنذار غير ملزم بالنسبة للبائع و المشتري، و يكون هذا الأخير غير ملزم بشهر عقد البيع، و يحدث هذا بناء على عدم إنذار الشفيع، أو ينذر إنذارا باطلا، عندئذ لا يتصور سريان لمواعيد السابقة ذكرها في حق الشفيع لأن الوقائع تنفتح مع هذه المواعيد لم تحدث، و عليه يحق للشفيع حتى يعلم بوقوع البيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت شاء².

رابعاً- شهر إعلان الرغبة في الشفعة:

تنص المادة 1\801 على ما يلي: <يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، و إلا كان هذا التصريح باطلا، و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً...> و من هذه الفقرة نستنتج ما يلي:

أ_ أن يكون تصريح الأخذ بالشفعة بعقد رسمي:

يقصد بالعقد اترسمي أن يتولى تحريره موثق مؤهل يؤكد فيه الشفيع أنه يرغب في شراء

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

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

العقار المبيع طبقاً للبيانات الواردة في الإنذار الذي وجه له من قبل البائع أو المشتري المنصوص عليه في المادة 799 ق م ج.

ب_ أن يكون الإعلان عن طريق كتابة ضبط المحكمة:

يعني أن العقد المحرر من طرف الموثق يبدي من خلاله الشفيع رغبته في إستعمال حق الشفعة من أجل شراء العقار، و إذا لم يحترم الشفيع هذا الإجراء سقط حقه في إستعمال الشفعة و اعتبر التصريح باطلا¹.

ج_ لا يحتج بهذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً:

وجب قيد التصريح بالرغبة في الشهر العقاري و ما يدعم هذا هو ما جاء في قرار صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الآتي بيانه كما يلي: <إذا كان مؤدي المادة 801 من ق م ج أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل طلب الشفعة و إشهاره، و من ثم فإن النفي على القرار المطعون بالخطأ في تطبيق القانون بغير سليم يستوجب رفضه، و لما كان من ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة اتلمقامة من الطاعنين لعدم إحترام إجراءات الشفعة طبقوا صحيح القانون.>

الفرع الثاني

إيداع الثمن لدى الموثق

يودع ثمن البيع و كل المصاريف لدى الموثق، و يجب أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، و في فترة ثلاثين يوم التي تحتسب من تاريخ التصريح، بالرغبة بالشفعة و هذا حسب ما نصت عليه المادة 2\801 ق م ج <يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوم 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>

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

أولاً- إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق:

توجب المادة 2\801 السالفة الذكر الشفيع بإيداع كامل الثمن ضمانا لجدية طلب الشفعة، و جعلت جزاء مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الشفعة¹، يجب أن يودع ثمن بيع العقار المشفوع فيه لدى الموثق دون غيره، في أجل ثلاثين يوما 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 إحترام المدة القانونية المشار إليها، يلتزم الشفيع بدفع كل الثمن و ليس جزء منه فقط، و لو كان البائع قد منح المشتري أجلا في الوفاء ببعض الثمن، و هو إجراء جوهري يتطلبه القانون من أجل قبول رفع دعوى الشفعة، لذلك لا يمكن للبائع الإعفاء منه حتى و لو حدث إتفاق بينه و بين الشفيع على التأجيل، يكون للمحكمة عند عدم القيام به أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الشفعة و إيداع كل الثمن².

أتى الأمر رقم 76-105 المتعلق بقانون التسجيل المعدل و المتمم بالتعديل الجديد و ذلك من خلال المادة 7 منه التي أتت معدلة للمادة 1\256 و³ من الأمر رقم 11-11 المؤرخ في 18\07\2011 المتضمن قانون المالية التكميلي⁴ حيث أنه فرضت على صاحب الملكية دفع خمس 5\1 الثمن لدى الموثق محرر العقد، كما أتت هذه المادة بالإستثناء القائل بأن الشفيع لا

1- طلبية أنور، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، مصر، الجزء الثامن، د ت ن، ص322.

2- دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص330.

3- تنص المادة 1\256 و2 من قانون اتمالية التكميلي على ما يلي: "يجب أن يدفع لزوما خمس (5\1) ثمن نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو ملكية الرقبة أو حق الإنتفاع لعقارات أو لحقوق عقارية. و يرفع مبلغ الإيداع إلى النصف (1\2) الثمن إذا كان أحد طرفي العقد شخصية معنوية أو في حالة نقل ملكية المحلات التجارية أو الزبائن.

و كذلك فإن دفع النصف (1\2) بمرأى و بين يدي الموثق محرر العقد إلزامي 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 أو حق الإنتفاع لعقارات أو محلات تجارية تابعة بأموال الشركة. و تطبق هذه التدابير بمبلغ النصف (1\2) الثمن على العقود متضمنة تنازلا عن أسهم أو حصص في شركات و على عقود المؤسسة أو المعدلة لشركات بإستثناء العقود أو العمليات المتضمنة الزيادة في رأس مال الشركة عن طريق دمج الإحتياطات و الأرباح.

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 الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل حسب الحالة خمس 5\1 أو النصف 1\2 ثمن نقل الملكية الذي يجب أن يحرر لزوما"

4- أمر رقم 11-11 مؤرخ في 18\07\2011 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2001، الجريدة الرسمية عدد 40، صادر في 20\07\2001.

يحق له الإنتفاع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع و هذا ما نصت عليه المادة 804 ق م ج حيث أنه حسب هذه الفقرة الثانية من المادة 256 فإن الثمن أو الجزء منه قابلا للدفع عند حلول الأجل بين يدي الموثق محرر العقد. أوجب المشرع إيداع كامل الثمن في أول الأمر ثم عدله و أوجب إيداع الخمس، و سبب الإيداع هو البحث في سجلات إدارة الضرائب، فإذا كان البائع مدينا بالضرائب للدولة فتسهل عملية جبايتها، و محاربة التهرب من دفع المستحقات الدولة من الضرائب¹.

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، و هو ما نصت عليه المادة 23\256 من قانون المالية التكميلي، حيث يطبق هذا النص عندما تكون الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف فيجوز عندئذ أن يتفق كل من البائع و المشتري عند الإستفادة من الأجل السابق منحه المشتري، أما قبل ثبوت الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف فإن الواجب إكماله هو نص المادة 2\801 من ق م ج السالفة الذكر و التي توجب إيداع كامل الثمن و المصاريف³.

ألزم المشرع الشفيع أن يودع الثمن و المصاريف لدى الموثق و في نفس الميعاد القانوني المحدد ب (30) يوما من تاريخ إعلان التصريح بالرغبة و يجب أن يتم الإيداع قبل رفع

1- خالدي أحمد الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 228-229.

2- المادة 3\256 من قانون المالية التكميلي على ما يلي: إن الموثقين و الموظفين العموميين و المودعين الآخرين الذين تلقوا الأموال المماثلة لخمس 5\1 نقل الملكية كإيداع لا يمكنهما التخلي عن الأموال غلا ضمن القواعد المنصوص عليها في المادة 431 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة و التي أحكامها مطبقة على جميع الحقوق و الرسوم و الضرائب السارية المفعول و التي تتكفل بيها مصالح التحصيل المختصة.

غير أنه في عدم تحصيلهم على رد عن الوضعية الجبائية للبالغ في أجل أقصاه 30 يوما يمكن للموثقين التخلي عن الأموال المودعة في حسابهم يدفعها للبائع.

و يبدأ سريان هذا الأجل ابتداء من التاريخ الذي يودع فيه على مستوى مديرية الضرائب للولاية لطلب وضعية الجبائية الذي يحتوي على كل المعلومات المتعلقة بالصفحة.

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

3- خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائريين مرجع سابق ، ص 228-229.

الدعوى، بموجب الفقرة 2 من المادة 801 ق م ج.

تشمل هذه المصاريف الرسمية و غير الرسمية، فالمشرع أغفل ذكر نوع المصاريف، و حصرها في المصاريف الرسمية فقط، و هو ما يفهم من المادة 800 ق م ج عندما نص على البيانات الواجب توفرها في الإنذار تحت عبارة "بيان الثمن و المصاريف الرسمية" يقصد بالمصاريف الرسمية رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، و رسوم تسجيله لدى مصلحة التسجيل و إشهارة لدى المحافظة العقارية، إضافة إلى نفقات أتعاب المحامي و نفقات 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 فيه¹.

ثانيا- 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 و المصاريف، 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 سندا أساسيا في رفع دعوى الشفعة امام المحكمة المختصة².

ثالثا- عدم إيداع الثمن يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة:

يترتب على عدم إيداع الثمن لدى الموثق طبقا للأحكام المذكورة في المادة 2\801 من ق م ج، سقوط حق الشفيع في اتلاخذ بالشفعة، و يكون هذا السقوط بصفة نهائية أي أنه لا يجوز للشفيع إعادة الإجراءات من جديد، و يعتبر هذا السقوط من النظام العام، بحيث يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها³.

المطلب الثاني

رفع دعوى الشفعة

1- دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص337.

2- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص35.

3- منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص238.

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 و يلجأ الشفيع إلى رفع الدعوى من أجل استصدار حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة لفائدته. أقر القانون للشفيع حق اللجوء إلى القضاء بصفته مدعيا للمطالبة بحقه في ثبوت الشفعة، و مخاصمة المشتري في ذلك (الفرع الأول)، و بعد قبول الدعوى الشفعة شكلا و مضمونا يصدر حكما نهائيا بثبوت حق الشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراءات رفع دعوى الشفعة

يُمر الشفيع بعدة إجراءات لرفع دعوى قضائية تمكنه من الحصول على حقه المتمثل في أخذ العقار محل النزاع، و هذا حسب ما جاءت به المادة 802 ق م ج التي تنص على ما يلي:

> يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط الحق.

أولا- كيفية رفع دعوى الشفعة:

يحدث أحيانا أن يرفض المشتري أن يحل محله الشفيع في أخذ أو شراء العقار، و في هذه الحالة يتخذ الشفيع إجراءات قضائية ضد المشتري و البائع و ذلك برفع دعوى قضائية ضدها من أجل استصدار حكم قضائي¹، و لم يضع بالمشرع الجزائري قواعد خاصة لرفع دعوى الشفعة²، لذلك يجب الرجوع إلى تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية³ إذ نصت المادة 14 منه على ما يلي: **<ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة و مؤرخة، تودع بأمانت الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف>.** كما يجب أن تتضمن هذه العريضة البيانات اللازمة لرفع الدعوى، ثم يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر التكليف بالحضور، وفقا لما هو منصوص في المادة 18 من القانون السالف

1- بوشافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص227.

2- خالد احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون ائلمدني الجزائري، مرجع سابق، ص231.

3- قانون رقم 09-08 مؤرغ في 25\02\2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، صادر في 23\04\2008.

الذكر التي تنص على ما يلي: < يجب أن يتضمن التكاليف بالحضور البيانات التالية:

1_ اسم و لقب المحضر القضائي و عنوانه المهني و ختمه و توقيعه و تاريخ التبليغ الرسمي و ساعته.

2_ اسم و لقب المدعي و موطنه.

3_ اسم و لقب الشخص المكلف بالحضور و موطنه.

4_ تسمية و طبيعة الشخص المعنوي و مقره الإجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

5_ تاريخ أول جلسة و ساعة إنعقادها.

ثانيا- ميعاد رفع الدعوى:

تنص المادة 802 ق م ج السالفة الذكر على وجوب رفع الدعوى في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، و هذا يعني أن خلال هذه المدة، يجب أن ترفع فيها هذه الدعوى، و ذلك ابتداء من التاريخ التي تعلن فيه الرغبة من طرف الشفيع للمطالبة بحقه في الشفعة¹.

ثالثا- الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى:

ألزم القانون الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع و المشتري، إذ لا يجب رفعها على احدهم دون الآخر، و في حالة تعدد البائعون أو تعدد المشترون فيجب رفع الدعوى عليهم جميعا، فإذا رفعت على البعض دون البعض الآخر كانت الدعوى غير مقبولة. يتعرض حق الشفيع للسقوط إذا أنذر بالبائع و تضمن الإنذار أطراف البيع²، أما إذا لم ينذر إلا البائع و المشتري و رفع دعواه عليهما الذين علم بهما، ثم تبين وجود بائعين و مشتريين آخرين فلا يسقط حقه في الشفعة، بل يتعين عليه إدخالهم في الدعوى و لو بعد إنقضاء ثلاثين يوم، و إذا توفي أحدهم و جب إختصام ورثته جميعا، و إذا تم الطعن على الحطم بالإستئناف أو النقض

1- أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص314. رمضان،

2- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص339.

وجب إعلان الآخرين بالطعن و إلا كان غير مقبول¹.

يعد الاخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع من أعمال التصرف، لذا يجب أن تتوفر في الشفيع الذي يرفع الدعوى أهلية التصرف، فإذا كان كامل الأهلية و غير محجوز عليه فيمكن له رفع دعوى الشفعة بنفسه أو بواسطة وكيل و يجب أن تكون الوكالة خاصة، أما إذا كانت الوكالة عامة، فلا تجوز لأنها لا تخول الوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة، أما إذا كان الشفيع ناقص الأهلية أو محجوزا عليه فإن رافع الدعوى يكون الولي أو الوصي أو القيم، ما لم يشترط القانون إنذنا خاصة من المحكمة².

رابعاً- المحكمة المختصة في رفع دعوى الشفعة:

إشترطت المادة 802 ق م ج أن يكون رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة و ذلك بنصها على مايلي: <... أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار...> يفهم منها أن محكمة موقع العقار هي المختصة نوعياً بالنظر في هذه الدعوى حسب نص المادة 1\40 من ق إ م إ التي تنص على ما يلي: <فضلاً عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوي أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

1_ في المواد العقارية... أمام اتمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار...> إن رفع الدعوى أما محكمة غير مختصة من شأنه أن يقطع مدة السقوط طالما أن الدعوى قائمة و لم يصدر فيها حكم في الإختصاص، ذلك أم مسألة الإختصاص من المسائل الدقيقة، إلا أنه صدر في الدعوى حكم بعد الإختصاص و لم يطعن فيه رافع الدعوى بالإستئناف فإن الإنقطاع يقف أثره بمجرد صدور الحكم³. و قد قررت المحكمة العليا بصدد رفع دعوى لدى الجهة المختصة ما يلي:

<من المقرر قانوناً أنه يجب أن ترف دعوى الشفعة على البائع و المشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، و ذلك في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة.

_ و من المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات و من النضام العام و تطبق تلقائياً<4.

1- منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص240.

2- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص432.

3- محمد شتا أبو سعد، الشفعة و الصورية، مرجع سابق، ص216.

4- قررا المحكمة العليا رقم 34131، مؤرخ في 19\11\1984، منشور في المجلة القضائية عدد 02، لسنة 1990، ص52، نقلا حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص183.

الفرع الثاني

الحكم النهائي بثبوت الشفعة

تنص المادة 803 ق م ج على ما يلي: <يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع و ذلك دون إخلاء بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري>
و من خلال هذا النص يتضح لنا بأن الحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، يعتبر سببا قانونيا منشأ لحث الشفيع في هذا التملك، و عليه فلا تبدأ آثار الحق إلا من يوم صدور الحكم و شهره بعد ذلك في المحافظة العقارية¹، حيث أن حكم الشفعة حق أصبح نهائيا بفوات مواعيد الطعن فيه دون رفع طعن عنه أو بعد الفصل في الطعن لصالح الشفيع، اعتبر سندا للملكية الشفيع أي عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة لكن لا تنقل الملكية بموجبه للشفيع إلا بعد خضوع هذا الحكم لإجراء الشهر العقاري²، 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 وحده³.

يعتبر حكم الشفعة النهائي عقدا حقيقيا، و من ثم يخضع إلى كافة القواعد التي تسري بالنسبة للعقود و يعنينا في هذا المقام القواعد المتعلقة بالأفضلية، حيث أن البائع و بالرغم من صدور حكم الشفعة يجوز له التصرف من جديد في ذات العقار محل الحكم طالما أن الشفيع لم يشهر عقده⁴. مفاد ذلك أن المشرع عندما إشتراط لنقل ملكية العقار المشفوع به صدور الحكم القضائي بثبوت الشفعة شهره في المحافظة العقارية، يدل بوضوح بأنه قبل شهر حكم الشفعة لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، و لكن متى تم شهر الحكم إنتقلت إليه الملكية، و يكون إنتقالها من وقت شهر سواء بالنسبة لهذا الشفيع أو في مواجهة الغير، و هو ما إستقر عليه الفقه و القضاء¹.

1- دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص342.

2- طلبية أنور، الشهر العقاري، د ب ن، مصر 1989، ص243.

3- بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص227.

4- طلبية أنور، الشهر العقاري، مرجع سابق، ص244.

يمكن القول بأن الحكم بالشفعة هو حكم كشف عن حلول الشفيع محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري و البائع في ذلك، فهو بمثابة الحكم بصحة التعاقد للشفيع و ليس للمشتري و ينبغي أن يتضمن الحكم القضائي بثبوت الشفعة جميع إجراءات المطالبة بها لأن الإكتفاء بذكر العموميات فقط يعد قصورا في التسبب². يرى الدكتور السنهوري بخصوص شهر حكم الشفعة أن الحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم بين المشتري و البائع، و لما كان عقد البيع واجب الشهر حتى تنتقل الملكية إلى المشتري، و لما كان حكم الشفعة قد كشف بأن الشفيع قد حل محل المشتري، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشتري، فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد لمصلحة الشفيع، بدلا من إنتقالها من البائع إلى المشتري³. أحيانا يكون الحكم النهائي في الشفعة مرفوضا، أي بصدور حكم نهائي برفض دعوى الشفعة، ففي هذه الحالة وجب على المشتري شهر هذا الحكم، و يتم ذلك بحصول المشتري على صورة رسمية عادية من الحكم و التقدم بها لدى المحافظة العقارية لطلب شهرها و عند قبول الشهر يتقدم بها إلى قلب كتاب المحكمة لختمها بختمها و غتبارها صورة رسمية طبق الأصل، ثم تودع مع الصورة الأولى، و يتم الإخطار بالقبول ثم تشهر بطريقة التأشير الهامشي، في هامش شهر إعلان الرغبة و في هامش شهر عقد البيع، حتى يعلم الغير أن دعوى الشفعة قد رفضت، و أن الملكية استقرت للمشتري بدون منازع⁴.

1- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص699.

2- مذكرة الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري

3- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص700.

4- أنور طلبية، الشهر العقاري، مرجع سابق، ص646.

المبحث الثاني

حالات سقوط الشفعة و أثارها

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 و بين الأسباب التي تجعله في حالة زوال و سقوط و ذلك من خلال التقنين المدني (المطلب الأول). تترتب اثار 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 و إلتزاماته، إذ تنفرع عن هذا الحق علاقات جديدة و متعددة تنشأ بين أطراف عقد البيع و الشفيع و المتمثلة في علاقة الشفيع بالبائع، علاقة الشفيع بالمشتري و أخيرا علاقة الشفيع بالغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سقوط الشفعة

أجازت التشريعات الحديثة نزول الشفيع عن حقه في أخذ العقار محل النزاع بالشفعة، بإعتبار 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 و هو 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

إن النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة يعتبر تصرفا قانونيا بإرادة منفردة، يؤدي عند حصوله إلى سقوط الحق في الشفعة، و بالتالي فهذا النزول لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه طبقا للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة¹، كما قد يكون صريحا أو

¹- طالما أن التنازل هنا تعبير رضائي عن الإرادة فإنه يخضع لأحكام المادة 61 ق م ج و التي تنص على أنه: حينئذ عن بالتعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و يعتبر التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

ضمنيا، و كما يجوز أيضا أن يقع بمقابل أم بدون مقابل، فإن وقع صريحا خضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني، و إن كان ضمنيا جاز إثباته بجميع الطرق¹، و هذا النزول قرره المادة 807 ق م ج بقولها: <لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: ...
_ إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل لبيع>.

من خلال النص الوارد في الفقرة السابقة يتضح لنا جليا بأنه جاء على خلاف القواعد العامة التي لا تجيز النزول عن الحقوق إلا بعد ثبوت الحق فيها، فنجد المشرع هنا قد وسع نطاق النزول عن حق الشفعة ليشمل مرحلة ما قبل ثبوت هذا الحق إبتداءا بالبيع المبرم بين البائع و المشتري.

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

أولا- نطاق الشفعة من حيث الزمان:

التنازل التي قرره المادة 807 ق م ج بقولها: <لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

_ إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو 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 صحيحا 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 و لو قبل البيع، بإعتبار حق الشفعة حقا إستثنائيا على خلاف الاصل، كما أن هذا الحق يحول دون ممارسة حق الملكية، و حق التمليك

¹ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ، ص 467.

بحرية، لهذا جعل التنازل عن الحق جائز حتى يضيق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع¹.

يضاف إلى ذلك أن المشرع وسع من مفهوم نطاق التنازل عن حق الشفعة حتى قبل ثبوت الحق، و ذلك ليستطيع المشتري الإطمئنان على حقه حينما يؤمن من جانب الشفيع قبل أن يقدم على عملية شراء العقار².

ب_ التنازل بعد تاريخ البيع:

قرر المشرع الجزائري في المادة 807 ق م ج سقوط الشفعة في حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع، و هذا يدل صراحة و إنطلاقا من عبارة "ولو قبل البيع" الواردة بالنص أنه يمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد عملية البيع، و هو الاصل في هذا النص، و بإعتبار أن عقد البيع الحاصل بين البائع و المشتري هو الأولى في الاخذ بالشفعة و عن طريقه يستطيع الشفيع المباشرة و السير قدما في إجراءات الشفعة، إلا أن حق الشفيع هذا جاء مطلقا دون تقييد حسب النص المشار إليه أعلاه، فقد يفهم منه أن حق التنازل المخول للشفيع يستمر حتى بعد صدور الحكم النهائي المثبت نهائيا للشفعة³.

يرى بعض الفقهاء بأن حق النزول هذا ليس مطلقا، بل مقيدا و محدودا ضمن نطاق زمني يتعلق أساسا بإجراءات الشفعة، لكنهم اختلفوا حول تحديد هذا النطاق الزمني، فذهب جانب من الفقه إلى أن النزول عن الشفعة يضل جائزا للشفيع، إلى حين ثبوت الشفعة بإعلان الرغبة فيها، و عليه لا يجوز للشفيع النزول عن حق الشفعة بإرادته المنفردة بعد إعلان الرغبة، و أساسهم في ذلك أن الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة، حقوق نهائية ملزمة لمن اصدر الإرادة، فضلا عن أنه بإعلان الرغبة، يكون الشفيع قدحل محل المشتري في عقد البيع، على حسب ما يراه هذا الجانب من الفقه⁴. الرأي الراجع هو من يرى بجواز النزول عن حق الشفعة من طرف الشفيع، حتى بع إعلان الرغبة فيها، و يظل حقه في النزول قائما إلى أن

1- دغيش احمد، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص381.

2- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1965، ص132.

3- كيزة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص645.

4- منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص353.

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 فيه¹.

ثانياً- نطاق الشفعة من حيث الأشخاص:

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

أ_ الخلف العام: إذا تنازل الشفيع عن الحق في الشفعة فإن هذا التنازل يسري في مواجهة الخلف العام، فإذا كان المورث قد إشتري عقاراً و إلتزم 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 بالشفعة².

توجد حالة واحدة أين يمكن للوارث طلب حق الشفعة و ذلك إذا توافر لديه سبب من أسباب الشفعة الخاص به، كما لو أصبح شريكاً على الشيوع في العقار³.

ب_ الخلف الخاص: الخلف الخاص في الفئة التي تتأثر بالخصوص بهذا التنازل إذا ذهب أحد الأراء إلى القول أنه:

إذا إنتقل العقار المشفوع به إلى الخلف الخاص فلا يسري عليه تنازل سلفه المسبق عن الحق في الشفعة، بل ينبغي رضاء هذا الخلف الخاص بالتنازل عن الشفعة⁴، في حين يرى آخر من الفقه و هو 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 إلتزاماً ينتقل إلى الخلف الخاص مع إنتقال العقار إليه لإعتبار أن الإلتزام بالتنازل عن الشفعة،

يعد من مستلزمات الشيء محل البيع⁵.

ظهرت مسألة أخرى أثارت جدالاً فقهيًا كبيراً و هو الخلاف الذي ثار حول مدى إعتبار موت

1- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص645.

2- قاسم محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص311.

3- منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص563.

4- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص353.

5- منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص355.

الشفيع مسقطا للشفعة أم لا .

يلاحظ أن هذه المسألة خلافية في الفقه الإسلامي ففي حين أن الشافعي و المالكي ذهبا إلى أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل مورثه، لأنه الحق متعلق بالمال، و قد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار، فإذا إنتقل ذلك العقار إلى الوارث إنتقل إليه بحقوقه. يرى المذهب الحنفي أن حق الشفعة لا يورث، إذ هو إرادة و مشيئة، و الوارث لا يرث مورثه في رغباته، لأنها صفات شخصية، هذا و قد حسم المشرع الأردني هذه المسألة بإنحيازه إلى الرأي الأول حيث قرر أن الشفعة إذا ثبتت فلا تبطل بموت الشفيع أو البائع أو المشتري¹، أما الفقه المصري، بعد صدور التقنين المدني الجديد و سكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركا إياها للإجتهد الفقه و القضاء، فهو كذلك منقسم ولا يكاد الباحث يتقن فيه الراي الراجح من الرأي المرجح، فمن الفقهاء فمن يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث، و يخاف في ذلك رأي محكمة النقض، و من الفقهاء من يذهب عكس هذا الراي و يقول بأن الحق في الشفعة يورث، و يتفق في ذلك مع قضاء محكمة النقض². أما القانون الجزائري لم يتضمن النص على هذه الحالة، و لكن بالرجوع إلى المادة الأولى من ق م ج نجدها تنص على ما يلي: <و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...>، و في ذلك ما يحقق إعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية³.

الفرع الثالث

مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع

قرر المرع الجزائري هذه الحالة في المادة 807 ق 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>

1- سوار محمد وحيد الدين، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص203-204.

2- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص465-467.

3- خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص272-276.

تجدر الإشارة هنا إلى أن نص المادة 807 ق م ج استعما كلمة تسجيل بدل كلمة قيد لأن للتسجيل معنى و للقيد معنى آخر، إلا أن النص الفرنسي و هو الصحيح استعمل الكلمة الصحيحة و هي transcription لأن القيد في الشهر العقاري يكون حجة بين المتعاقدين و إتجاه الغير¹.

تنص المادة 807 ق م ج على سقوط الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع و ليس الوعد بالبيع، و أكد على ذلك القرار رقم 130337 السالف الذكر الصادر عن المحكمة العليا حيث أن القضاة استجابوا للمدعى و قضو بإبطال عقد الوعد بالبيع و القضاء له بإثبات حق الشفعة لأن الشفعة لا تكون إلا في حالة بيع العقار و هذا حسب نص المادة 794 ق م ج نصت المادة 807 من نفس القانون على سقوط حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع و ليس الوعد بالبيع².

يبدأ حساب الميعاد المذكور في الفقرة السابقة، إبتداءً من اليوم التالي لليوم الذي حصل فيه التسجيل، و يستمر 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 إنتهاء العطلة، و يعتبر هذا اليوم هو آخر يوم في الأجل المحدد بسنة حسب ما قرر في القانون الإجراءات المدنية و الإدارية طبقاً للمادة 463 منه بقولها: **«جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة، و غذا 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 ان يستعمل الشفيع حقه، و لكن لا يطلب منه إثبات علم الشفيع بالبيع، لأن مشرع هذه الحالة يفترض حتماً إفتراضاً لا يقبل إثبات العكس بأن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد تاريخ إشهاره في المحافظة العقارية.

1- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص11.

2- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص185-186.

أطال المشرع الميعاد الواجب على الشفيع لطلب الشفعة فيه فجعله سنة من تاريخ إشهار عقد البيع المشفوع منه نظرا لأن العلم بالبيع يعد إفتراضيا¹، يبادر الشفيع بإعلان رغبته في خلال هذا الميعاد، إذا كان يرغب في الاخذ بالشفعة، و إلا سقط حقه فيها².

أصدرت المحكمة العليا قرار بهذا الشأن يقضي بما يلي:

"حيث أنه من المقرر قانونا بالمادة 807 ق م ج أن الحق في الشفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع، هذا و أنه لما كان ثابت في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين يتمحور حول ثبوت حق الشفعة و أن الأملاك المتنازع عليها بيعت بعقود رسمية و مسجلة في السنوات 1994، 1946، 1947 و أن الطاعنين طلبا ممارسة حقا في الشفعة بثلاث عقود محررة في 21\05\1951 فإن قضاة المجلس قرروا بإلغائهم المستأنف لديهم و من 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 الإنقطاع، و يسري في حق الغائبين و غير كاملي الأهلية، و هو ما يدل بوضوح هنا بأن القاعدة التي تقضي بأن مدة التقادم لا يسري على من لا يستطيع إتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، لا تمنع من سقوط حق الشفعة، لأن مدة السقوط لا غ تقف بسبب جعل الشفيع بالبيع مشفوع منه⁴.

تجدر الإشارة إلى أن عبء إستعمال رخصة الشفعة في خلال سنة من شهر عقد البيع في مصلحة الشهر يقع على عاتق الشفيع وحده، أما إذا أثبت الشفيع بعد ذلك أنه قد إستعمل هذه الرخصة خلال الميعاد المحدد لكنه أخطأ في بعض البيانات، لا يعد هذا الخطأ طلبا جديدا و إنما تبقى إجراءات الشفعة سارية على الطلب الأول الذي حدث أثناء الميعاد القانوني و لا يمكن للمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة على اساس أن الطلب الثاني المعدل لبيانات الطلب الأول جاء بعد إنقضاء أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المشفوع منه¹.

1- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص392.

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

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

4- دغيش احمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص393.

الفرع الثالث

الحالات التي نص عليها القانون

نصت المادة 3\807 من ق م ج على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال التي نص عليها القانون، و هذا يعني أن المشرع الجزائري لم يذكر حالات سقوط الحث في الشفعة على سبيل الحصر في المادة، و إنما أوضح ما يمكن أن يثير الخلاف حوله².
فيضاف إلى ما سبق بيانه بشأن أسباب سقوط الشفعة المنظمة و المشار إليها في نصوص الشفعة، و جوب التطرق لأسباب أخرى عن طريقها يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، و هذه الحالات هي:

_ سقوطها بزوال أحد شروطها

_ بطلان البيع المشفوع فيه و سقوطها بالتقادم المسقط³.

السبب الأول- سقوطها بزوال أحد شروطها:

تسقط الشفعة بسبب زوال أحد شروطها، كأن يتقدم الشفيع لبيع عقاره قبل طلب الشفعة ففي هذه الحالة لا يمكنه الاخذ بها بعد ذلك، و هذا الزوال شرط أساسي هنا و هو ملكية الشفيع للعقار المشفوع به، فبعد البيع يصبح الشفيع غير مالك له و بالتالي يسقط حقه في الشفعة.

السبب الثاني- سقوط الشفعة ببطلان البيع:

يتفرع بطلان عقد البيع فهو من شرط أساسي لشروط الشفعة و هو شرط استمرارية قيام حق الشفعة إلى حين ثبوت الشفعة، لأن هذا السقوط يدل على أن البيع المترتب للشفعة بعد الحكم ببطلانه لم يعد له وجود قانوني لأن وجوده هو الذي يفتح الخيار للأخذ بالشفعة، على هذا الأساس قرر الفقهاء القانون المدني قاعدة مفادها لا شفيع في بيع باطل بطلان مطلقاً لأنه بيع منعدم، إلا أنهم أجازوا الشفعة في البيع القابل للإبطال و في البيع المعلق على شرط فاسخ، لأنه الحكم بالإبطال و تحقق الشرط الفاسخ يكون للبيع وجوده القانوني بل حتى نفاذه⁴.

1- دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص399.

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

3- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص545.

4- دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص397-389.

السبب الثالث- سقوطها بالتقادم المسقط:

أغفل المشرع الجزائري في الإشارة إلى هذا السبب من السقوط في النصوص الخاصة بالشفعة، لكن نص عليه في القواعد العامة من خلال المادة 308 ق م ج التي نصت على ما يلي: <يتقادم الإلتزام [إنقضاء 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 إلتزاما يقع على عاتق كل من البائع و المشتري، في أن يمكننا الشفيع من إستعمال حقه في الشفعة، و هذا من خلال الإنذار الموجه من طرفها إلى الشفيع ليعلماه بحصوا البيع، و في حالة ما لم يتم الإنذار و لم يحصل تسجيل عقد البيع و الشفيع لم يحصل بوقوع البيع بالتالي لم يحصل طلب الشفعة لا يسقط إلا بمضي 15 سنة من تاريخ البيع المرتب للشفعة و هذا ما يستنتج من فحوى المادة 308 ق م ج نتيجة لعدم إستعمال حق الشفعة بمرور المدة القانونية المحددة¹.

يمكن أن يكون السقوط بسبب مخالفة أحكام إعلان الرغبة (المادة 799 من ق م ج)، أو بسبب مخالفة أحكام إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق (المادة 801 من ق م ج)، أو مخالفة أحكام رفع الدعوى (المادة 802 ق م ج)، كما يمكن أن يسقط الحق في الشفعة عند زوال حق الشفيع أو إنتقاله إلى الغير أة تغيير محله بما يؤدي إلى تخلف سبب الشفعة².

المطلب الثاني

أثار الشفعة

إذا ثبت حق الشفيع في الاخذ بالشفعة و تملك العقار المشفوع فيه في التراضي أو عن طريق القضاء تنشأ بين أطراف الشفعة علاقات قانونية هي: علاقة الشفيع بالبائع و هذه الحالة أول الأثار التي سوف ندرسها (الفرع الأول)، ثم نتناول الأثر الثاني و الذي هو العلاقة بين الشفيع و المشتري (الفرع الثاني)، و أخيرا سوف نتطرق إلى العلاقة بين الشفيع و الغير الذي يكون

1- دغيش احمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص399.

2- خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص265-267.

قد ترتبت له على العقار المشفوع فيه قبل تملك الشفيع (الفرع الثالث).

الفرع الاول

علاقة الشفيع بالبائع

نصت المادة 804 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: >يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته.

إلا أنه لا يمكن له الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، و لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما إسترد الغير العقار بعد الشفعة > تقابل هذه المادة 945¹ من القانون المدني المصري.

يلخص من المادة 804 ق م ج أنه متى ثبت للشفيع حق الشفعة رضاء أو قضاء، تحول البيع بين البائع و المشتري إلى البائع الشفيع، و يعتبر الشفيع هو المشتري منذ البداية، إذ أنه حل محل المشتري في هذا البيع، و يختفي شخص المشتري من الصفقة و لا يتوسط بين البائع و الشفيع و لا يعتبر أن هناك بيعا أولا إنعقد بين البائع و المشتري، ثم أعقبه بيع ثان إنعقد بين المشتري و الشفيع، فباع البائع للمشتري ثن باع المشتري للشفيع بل هو بيع واحد إنعقد بين البائع و الشفيع² فتكون الصلة بين البائع و الشفيع مباشرة فلا يكون المشتري وسيط بينهما و بناء عليه يكون الشفيع هو الدائن بحقوقه المشتري و يكون الشفيع هو المدين مباشرة للبائع بإلتزامات المشتري.

لا يستفيد الشفيع من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن أو ما يبقى منه إلا برضاء البائع، لأن الشفيع لا تربطه علاقة تعاقدية مع البائع أصلا فلا يستفيد من المهلة الممنوحة للمشتري في تسديد الثمن بتعيين عليه الدخول في مفاوضات جديدة مع البائع و من ثم يكون مع واقعة قانونية جديدة تخضع للإيجاب و القبول و عرض تفاصيل تمس العقد تتم باتفاق

1- نصت المادة 945 ق م م على مايلي: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته. و إنما لا يحق له الإنتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع و إذا إستحق العقار للغير بعد أخذ الشفعة، فليس للشفيع ان يرجع إلا على البائع"، نقلا عن أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص357.

2- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص739.

البائع و المشتري كما أضافت المادة 804 في فقرتها الأخيرة، لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما إسترد الغير العقار و المقصود بهذه الفقرة أنه إذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المنقوع فيه مستحق للغير، فإن الشفيع في هذه الحالة لا يرجع إلا على البائع لأن العلاقة القانونية التي أنشأها الحكم هي مع البائع و الشفيع لأن المشتري ليست له أي صلة بهذه المعاملة أو الصفقة فبالتالي البائع يضمن للشفيع الذي حل محل المشتري الأصلي خلو العقار منه، كما أن هذه العلاقة الناشئة بين البائع يحددها عقد البيع و تحكمها بنوده بعدما أصبح الشفيع مشتريا و يحل قبل البائع على المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته كما نصت عليه المادة 804 ق م ج 1.

حيث يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع إلتزامات البائع، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع إلتزامات المشتري، و هذه الإلتزامات هي:

أولا- إلتزامات البائع:

بما ان الشفيع حل محل المشتري قبل هذا الأخير يلتزم تجاه الشفيع بجميع الإلتزامات التي كانت في ذمته لصالح المشتري و هذه الإلتزامات هي:

أ_ إلتزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المشفوع فيه إلى الشفيع:

وفقا للقواعد العامة بشأن إلتزامات البائع، حسب ما تقضي به المادة 361 ق م ج بنصها على ما يلي: <يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا> كما أن هذه الملكية لا تنتقل سواء في حق الغير أو بين المتعاقدين إلا بمراعات إجراءات الشهر العقاري.

و هذا ما قرره كثير من نصوص التشريعية منها المادة 165 ق م ج 2.

ب_ الإلتزامات بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع

نشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها

1- لعموم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص9.

2- تنص المادة 165 ق م ج على ما يلي: "الإلتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني اخر من شأنه أن ينقل بحكم قانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، و ذلك مع مراعات الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

وقت البيع، و بالمقدار الذي عين له في العقد، و بالملحقات في تتبعه و ملحقات العقار فيه و هي كل ما أعد بصفة دائمة للإستعمال و يكون بوضع العقار اتمشروع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته و الإنتفاع به دون عائق و يتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفعة للشفيع، إلا إذا حدد ميعاد معين، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً في عقد البيع يتم التسليم، أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد معين، و يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه.

يجب أن نشير أن البائع يتحمل تبعه الهلاك حسب القواعد العامة و هذا قبل التسليم لأنه يعتبر مالكا و حائزا في نفس الوقت و هذا طبقاً لما تقضي به المادتين 1369 و 2370 ق م ج.

ج_ إلتزام البائع بالتعرض و الإستحقاق و ضمان العيوب الخفية:

قرر هذا الإلتزام في القواعد العامة المنظمة لعقد البيع بموجب المادة 371 ق م ج بنصها على ما يلي: <يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري و يكون البائع مطالب بالضمان و لو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه>.

يعني إذا إستحق العقار بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع غلا على البائع، ذلك أن البائع يلتزم للشفيع كما كان يلتزم للمشتري، بضمان الإستحقاق و ضمان العيوب الخفية³ لأن الشفيع قد حل كما قلنا محل المشتري، فهنا يجب على البائع أن ينفذ إلتزامه بالضمان تنفيذا عينيا، بأن يرد هذا التعرض الصادر من الغير بحق الشفيع و يجعل هذا الغير يكف عن تعرضه و ينزل عن إعادته، و في حالة عجز البائع في ذلكو إستطاع الغير إثبات ما يدعيه و قضى له بأحقية على العقار المشفوع فيه هنا و جب على البائع أن ينفذ إلتزامه بضمان عن طريق التعويض

1- تنص المادة 369 ق م ج على ما يلي: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لابد للبائع فيه سقط البيع أسترد الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد أذار المشتري بتسليم المبيع".

2- تنص المادة 370 ق م ج على مايلي: "إذا إنقضت قينة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع و إما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن".

3- خيال محمود، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص216.

للشفيع عما أصابه من ضرر بسبب إستحقاق العقار فيه للغير¹، كما يلتزم البائع كذلك بضمان العيوب الخفية طبقاً لنص المادة 379 ق م ج² فهذا الضمان حتى يحصل لابد أن يكون العيب في العقار المشفوع فيه مؤثراً لاو قيماً، بمعنى موجود في العقار قبل تسليمه للمشتري أو الشفيع، و يجب أن لا يكون خفيفاً، كذلك يجب أن يكون غير معلوم.

يلتزم البائع مباشرة نحو الشفيع وحده بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع و رجوع الشفيع مباشرة على البائع وحده بضمان العيوب الخفية، كرجوعه على البائع وحده بضمان التعرض و الإستحقاق، دليل قاطع على أن الشفيع قد حل محل المشتري من وقت البيع، و يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري (وقد حل محله الشفيع)، وجودها فيها³.

ثانياً- إلتزامات الشفيع:

يقع على عاتق الشفيع تجاه البائع إلتزامين هما:

أ_ إلتزام الشفيع بدفع الثمن و المصاريف للبائع:

يصبح الشفيع ملزماً بدفع الثمن للبائع، في حالة ما إذا أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، و عليه فإن ثمن العقار المشفوع فيه يكون قد تحدد مسبقاً في صلب العقد المبرم ما بين البائع و المشتري، و يلتزم الشفيع بإيداع الثمن لدى الموثق مع المصاريف اتلازمة، متى غكنتسب حقه في العقار عن طريق التقاضي، و هنا يكون قد تحلل من إلتزامه فيلجأ البائع إلى الموثق ليسحب ثمن البيع المخصص له مع المصاريف سواء كانت رسمية أو غير رسمية. أما لو تمت الشفعة بالتراضي بحيث لم يكن قد تم إيداع الثمن لدى الموثق و لم ترفع بشأنه دعوى الشفعة، هنا يكون على الشفيع دفع الثمن إلى البائع إذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعة إذ حينئذ يكون الثمن مستحقاً للبائع¹.

1- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص749.

2- نصت المادة 379 ق م ج على ما يلي: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الإلتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه جسيماً هو مذكور بعقد البيع، أو جسيماً يظهر من طبيعة أو إستعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب و لم يكن عالماً بوجودها".

3- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كيب الملكية، مرجع سابق، ص751.

قرر المشرع إستثناء على قاعدة حلول الشفيع في جميع حقوق و إلتزامات المشتري، أنه لا يحق للشفيع الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، و هذا يعني أن ثمن البيع يجب أن يدفعه الشفيع فوراً للبائع، إلا إذا تنازل البائع عن حقه في فورية دفع ثمن العقار، أما بالنسبة للشفعة التي تتم بالتقاضي فيجب أن يدفع الثمن كاملاً و إلا سقط حق الشفيع فيها بقوة القانون². بالإضافة إلى إلتزام بدفع الثمن، يجب كذلك على الشفيع أن يدفع كامل المصاريف سواء كانت رسمية أو غير رسمية للبائع³.

ب_ إلتزام الشفيع بتسليم المشفوع فيه:

يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه، حيث يتسلمه من البائع إذا كان لا يزال في يده، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه، إذ نصت المادة 394 ق م ج على ما يلي: <إذا لم يعين الإلتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع أو بتسليمه دون تأخير بإستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم> كما نصت المادة 395 ق م ج على ما يلي: <إن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو إلتفاق يقضي بغير ذلك>.

التسليم في أغلب صورته هو العملية المتممة للتسليم فالبائع يلتزم بتسليم المبيع و الشفيع يلتزم بتسليمه بأن يستوي عليه فعلاً و قد قضى بأنه لا يجوز للشفيع بعد القضاء له بالشفعة أن يرفض تسليم العقار المشفوع فيه، بحجة أن الثمن دفع قبل صدور الحكم لمصلحة و أنه متنازل عنه، و نفقات تسليم المبيع تكون على البائع، أما نفقات تسليمه فتكون على المشتري و قد حل محله الشفيع⁴.

الفرع الثاني

علاقة الشفيع بالمشتري

1- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص661.

2- أبو السعود رمضان، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص361.

3- جمال الدين زكي محمود، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت لبنان، د ن س، ص504.

4- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص758.

نصت المادة 805 ق م ج على ما يلي: <إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجار قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو المقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس أما إذا اختار أن يستبق البناء أو الغرس فيلزم إلا بدفع أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغرس.>

يظهر النص خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشتري، و يمكن القول بوجه عام إن المشتري إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع، و عندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه و بين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه، أولاً يتسلمه و في الحالة الأخيرة إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه، فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة، فهو قد إختفى من الصفقة و حل الشفيع محله فيها، و لم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ من هذا السليم حقوق و إلتزامات لكل منها قبل آخر و كل إلتزام يقع على عاتق طرف معين يعتبر في نفس الوقت للطرف الآخر¹.

أولاً- إلتزام الشفيع تجاه المشتري:

عندما يحل الشفيع محل المشتري بعد ثبوت ثقة في الأخذ بالشفعة تقع على ثقة جملة من الإلتزامات هي:

أ_ الإلتزام بدفع ثمن البيع و المصاريف للمشتري:

إن هذا الإلتزام لا يقع على عاتق الشفيع إلا إذا تم تنفيذ البيع المشفوع فيه لانه في هذه الحالة سيرتب الحلول أثره بأن يقوم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، و في مقابل ذلك يقع على عاتق الشفيع دفع ثمن البيع و المصاريف اللازمة لهذا المشتري²، كما أن المشتري يكون له حقه في الثمن و المصاريف ولو لم يكن قد دفع الثمن لإلى البائع هذا بالشفعة بالتراضي، أما إذا تمت الشفعة قضاءً بحيث قام الشفيع بإداع كل الثمن لدى الموثق، فعلى المشتري بعد الحكم بالشفعة إسترداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق، فيعتبر الشفيع بذلك

¹- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح اتقانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع نفسه، ص762.

²- دغيش احمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص357.

موفيا بالتزامه برد الثمن¹، خالف بعض الفقهاء هذا الموقف و ميزوا بين حالتين:

الحالة 1: إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، هنا يكون الثمن الذي أودعه الشفيع من حق المشتري.

الحالة 2: إذا لم يتم دفع الثمن للبائع فيكون الثمن المودع لدى الموثق من طرف الشفيع من حق

البائع لا المشتريين و نفس الحكم كذلك ينطبق على الشفعة الذي تمت بالتراضي و سلم المشتري للشفيع بحيث لم ترفع دعوى الشفعة من طرف هذا الأخير فيكون على عاتق الشفيع أن يدفع الثمن و المصاريف للمشتري في الحالة الأولى و يكون عليه أن يدفع الثمن للبائع في الحالة الثانية.

يرى الفقهاء بأن الراي الأول القاضي بأن المشتري يكون دائما حقه في الثمن و المصاريف، و لو لم يكن قد دفع الثمن إلى البائع هو الأول بالإتباع فقها و قانونا بإعتبار أن الحكم بالتوافق مع روح التشريع و ما تضمنه نصوص الشفعة و خاصة ما ورد في المادة 804 ق م ج².

يضاف إلى الإلتزام بدفع الثمن وجوب دفع الشفيع قيمة المصاريف التي صرفها المشتري على هذا العقار، سواء كانت مصاريف رسمية كرسوم التوثيق، و رسوم الدمغة و التسجيل و رسوم الشهر... أو كانت غير رسمية كأجر السمسار و أتعاب المحاماة...³.

كما يجب على الشفيع أن يدفع للمشتري المصروفات الضرورية و النافعة التي أنفقها على العقار المشفوع فيه، و يقصد بهذه المصروفات تلك التي تقتنيها أعمال الحفظ و الترميمات أو الإصلاحات.

يجب على الشفيع أن يرد للمشتري كل ما أنفقه من مصروفات ضرورية هذا ما أقرته المادة 1839 ق م ج بنصها: **<على المالك الذي يرد إليه ملكية أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة>** و هي واجبة للشفيع لصالح المشتري سواء كان إنفاقا قبل أو بعد

1- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص664.

2- دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص358.

3- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص664.

إعلان الرغبة، أما بالنسبة للمصروفات النافعة فيحق للمشتري إستردادها إذا كانت قد أنفقت قبل إعلان الرغبة في الشفعة كون المشتري هنا حائزاً حسن النية، أما ما ينفقه بعد هذا الإعلان يعد المشتري هنا سيء النية و بالتالي لا يلتزم الشفيع برد ما أنفقه و إنما له طلب الإزالة على نفقة ما أقامها لخلال سنة كما يمكنه كذلك أن يطلب تعويضاً كما تحدثه هذه الإزالة من أضرار للعقار المشفوع فيه، و إذا اختار إستبقاء ما إتفقت عليه هذه المصروفات فله أن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة، و إما ما زاد في ثمن العقار. أما المصروفات الكمالية فلا يلتزم الشفيع برد شيء منها للمشتري، و يكن الأخير أن ينزع ما إستحدثته بهذه المصروفات على أن يعيد العقار إلى حالته الأولى، إلا إذا غتار الشفيع أن يستبقي ما ستحدث مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة¹.

ب_ الإلتزام بالتعويض عن البناء أو الغرس إذا كان قد بنى أو غرس فوق العقار المشفوع فيه:

إن هذا الإلتزام لا بد من أن نقوم بتفرقة إلى حالتين في حالة ما إذا كان هذا البناء أو الغرس قد تم قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و حالة ما إذا كان هذا البناء أو الغرس قد تم بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و هذا ما نصت عليه المادة 805 ق م ج سابقاً.

1_ إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه إعلان الرغبة في الشفعة:

نصت على هذه الحالة المادة 805 في فقرتها الأولى التي جاءت كالتالي: <إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه الأشجار قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس...>.

يعني أنه للمشتري الخيار بين أن يطلب الشفيع بما أنفقه في البناء أو الغرس، أو مقدار ما زاد في قيمة الأرض البناء أو الغرس أي القيمتين أكبر².

2_ إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه بعد إعلان الرغبة في الشفعة:

¹- قاسم محمد حسين، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص323.

²- أبو السعود رمضان، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص363.

هذه الحالة قررتها المادة 805 في فقرتها الثانية ت م ج التي نصت على ما يلي: <... إذا حصل البناء أو الغرس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، و إذا إختار أن يبقى البناء أو الغرس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل أو نفقات الغرس>، في هذه الحالة كان الخيار للشفيع بين أن يطلب إما إزالة و إعادة العقار إلى ما كان عليه على نفقة المشتري، مع التعويض إن كان له وجه، إما إستبقاء البناء أو الغرس و في هذه الحالة لا يلتزم الشفيع إلا بدفع قيمة أدوات البناء أو الغرس¹.

ثانيا- إلتزامات المشتري تجاه الشفيع:

يلتزم المشتري في هذه الحالة بالتزامين هما:

أ_ إلتزام المشتري بتسليم العقار للشفيع:

إذا كان العقار بيد المشتري، و هذا هو الغالب، و تمت الشفعة رضاء أو قضاء فعليه أن يسلمه هو و ملحقاته إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع و تقع تبعت الهلاك العقار بسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو سبب مفاجئ على المشتري إذا دفع و وقع الهلاك قبل تسليم العقار للشفيع أو قبل إعداره و ذلك سواء كان الهلاك قبل أو بعد إعلان الرغبة².

ب_ الإلتزام برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع:

يستحق الشفيع ثمار العقار المشفوع فيه، لكن السؤال المطروح هو: متى يثبت للشفيع هذا الحق؟.

أغفل المشرع الجزائري تنظيم هذه المسألة بنص خاص ضمن قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني، و عليه يجب اللجوء إلى الآراء الفقهية المختلفة، منهم من يرى بأن الشفيع له الحق في هذه الثمار من وقت إنتقال الملكية، أي من تاريخ الحكم النهائي بالشفعة، هناك رأي آخر يرى بأن وقت التملك يكون من وقت إنعقاد العقد فإنه يطبق نفس الحكم على الثمار، يرى جانب آخر من الفقه بأن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو تاريخ رفع دعوى الشفعة، فيذهب إلى جعل إستحقاق الثمار من هذا التاريخ.

1- خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص219.

2- كيرة حسن، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص665.

تم عرض مجمل الآراء الفقهية حول مسألة وقت إثبات أحقية ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع، و في غياب النص القانوني الخاص بتنظيم هذه المسألة، و عدم إعتداد هذه الآراء على سند قانوني صريح و جازم و دقيق لحل هذه الإشكالية يجب إخضاعها لأحكام قواعد الحيازة الواردة في التقنين المدني الجزائري في الجزء الخاص بتملك الثمار بالحيازة بإعتبار المشتري حائز الملك الشفيع طبقا للمادة 807 ت م ج بنصها الآتي: **«يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية»**. طالما المشتري قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر حائزا حسن النية، فإنه لا يلتزم برد ثمار العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، أما إذا كانت الثمار التي قبضها المشتري أو قصر لفي قبضها بعد إعلان الرغبة في الشفعة، فيعتبر في هذه الحالة سيء النية¹.

الفرع الثالث

علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 ت م ج على أنه: **«لا يكون حجة على الشفيع، الرهون و الإختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر و كل حق عيني رتبة المشتري أو ترتب عليه إذا كان قد تم بعد تاريخ شهر إعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقى للدانين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار»** يعالج نص هذه المادة حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من طرف المشتري و متى تسري هذه الحقوق في حق الشفيع، و هنا يجب أن نفرق بين حالتين:
الحالة 1: الحقوق العينية التي وقعت قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

الحالة 2: الحقوق التي ترتبت بعد شهر هذا الإعلان².

أولا- الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

¹- دغيش احمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص368-370.

²- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق ص10.

هذه الحقوق العينية قد تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع و قد تترتب من جانب المشتري:

أ_ الحقوق العينية التي رتبها البائع:

قد يتصرف البائع بأنواع عديدة من التصرفات التي ترد على العقار المشفوع فيه، فقد يبيع العقار أو يهبه أو يقاض عليه، أو يقرر عليه حق غرتفاع أو انتفاع أو يرهنه رهنا رسميا أو حيازيا، أو يأخذ على العقار حق إختصاص من دائني البائع أو يترتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمة البائع.

القاعدة في شأن هذه التصرفات، أنه طالما قد ترتبت على العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فهي تسري في حق الشفيع، و لكن بشرط أن يكون المتصرف إليه (صاحب حق الإنتفاع، صاحب حق الإرتفاع) قد شهره حقه قبل تسجيل إعلان الرغبة و قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه، فإذا تحققت هذه التصرفات¹ فإن الشفيع يحوز العقار محملا بهذه الحقوق و عليه كذلك أن يرجع على المشتري إستنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب²

ب_ الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

إذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو حيازيا، أو ترتب عليه حق إختصاص من قبل دائنيه أو حق إمتياز يكفل دينا في ذمته و قيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فإن هذا الحق يسري على الشفيع، و يأخذ العقار بالشفعة مثقلا به، و يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض³، لأن الشفيع كان بإمكانه الإطلاع على وضعية العقار عن طريق إستلام كشف الحالة العقارية للعقار المشفوع فيه، كما كان بإمكانه معرفة الوضعية القانونية للعقار قبل الشروع في إتخاذ تدابير و الإجراءات الخاصة بالصفحة و بذلك لا يجوز له أن يدعي أنه جهل هذه الحقوق التي ترتبت على العقار⁴.

1- أبو سعود رمضان، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص364.

2- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص11.

3- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص781.

4- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص11.

ثانيا- الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل لإعلان الرغبة في الشفعة:

هذه الحقوق كذلك قد تترتب من جانب البائع كما قد تترتب من جانب المشتري:

أ_ الحقوق العينية التي يرتبها البائع:

إذا رتب البائع تلك الحقوق، و لم تشهر أو تسجل إلا بعد تسجيل الشفيع إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تنفذ في حق الشفيع فمثلا إذا باع البائع بعد البيع الأول العقار ثانياً إلى المشتري ثانياً لم يسجل قبل تسجيل إعلان الرغبة إلى البائع فإن هذا البيع لا ينفذ في حق الشفع¹ إنما الذي يسري في حقه هو البيع الأول وحده، فيأخذ فيه حق الشفعة و يمضي في إجراءاتها إلى النهاية و يرجع المشتري الثاني على البائع بالضمان² هذا ما يحصل إذا رتب البائع على العقار حق غنفاق أو انتفاع و لم يتم تسجيله قبل تسجيل إعلان الرغبة، أما إذا رتب البائع رهنا رسمياً أو حيازياً أو ترتب عليه حق إختصاص أو إمتياز، و لم تقيد تلك الحقوق قبل تسجيل إعلان الرغبة، فإنه لا يسري في حق الشفيع، و في الحالة يحفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى يكون قد آل للبائع من ثمن العقار³.

ب_ الحقوق العينية التي يرتبها المشتري:

نصت المادة 806 ت م ج السابقة الذكر على عدم سريان الحقوق في حق الشفع، و السبب في ذلك يعود لكون المشتري إلتجأ إلى ترتيب هذه الحقوق و هو يدرك تمام الإدراك أن الشفيع قام بإبداء رغبته في الشفعة و قام بتسجيلها، لذلك فإن تعامل المشتري في العقار يكون بسوء النية، و كذلك المتعامل معه، إذا كان بإمكان الدائن المرتهن أو صاحب حق الإمتياز أن يكشف حقيقة العقار من خلال البطاقات الموجودة على مستوى الشهر العقاري.

أبقت المادة للدائنين ديونهم و مالهم من حقوق الأفضلية على ثمن العقار المبيع الذي تم إيداعه في الخزينة العمومية عن طريق الموثق، في هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأواوية على ما آل

1- أبو سعود رمضان، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص365.

2- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص366.

3- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص366.

للمشتري من ثمن العقار و على هذا فغن الدائن الذي قيد حق يتقدم دائني المشتري العاديين في الثمن الذي يكون قد أودعه الشفيع بالخرينة العمومية و الذي يدخل في ذمة المشتري أي أنهم يعترضون على تسليم المبلغ إلى المشتري إلى حين إستفاء حقوقهم و هنا تظهر أهمية إيدتع الثمن كاملا بدلا من خمسة¹.

الخاتمة

جاءت الشفعة لقاعدة مفادها أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه، إعتبرها المشرع رخصة تمنح للشفيع من أجل إستحقاق العقار محل الشفعة. الأصل أن يكون بالتراضي بين المتعاقدين، و لكن نظرا للحكمة التي أتت بها الشفعة المتمثلة في دفع و إزالة الضرر عن الشريك أباحها المشرع و إعتبرها سبب من أسباب كسب الملكية، و هي مستمدة من الفقه الإسلامي و يستند في شرعيته إلى السنة، حيث تناولها الفقه الإسلامي قبل أن يكون لها وجود قانوني، إلى أن جاءت التشريعات العربية و أدرجتها في قالب قانوني و تناولت ماهيتها و أحكامها و حاولت تفسيرها بشكل دقيق.

كيفها فقهاء الشريعة على أنها حق للشفيع لتملك العقار المشفوع فيه متى توافرت شروط الأخذ بالشفعة، غير أن الخلاف القائم في الفقه القانوني ثار بشأن تكييف الشفعة فهناك من إعتبرها حق عيني و هناك من إعتبرها حق شخصي، و هناك من لم يعتبرها حقا اصلا و إعتبرها وسيلة لكسب الملكية العقارية، أي أنها رخصة و هذا 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، و أنها حق إستثنائي من شأنه أن يقيد المالك من التصرف في ملكه، كما أنها ترد على العقارات دون المنقولات، و أنها حق غير قابل للتجزئة، إذ على الشفيع أن يمارس حق الشفعة على كامل العقار محل الشفعة و ليس جزء منه فقط، إضافة إلى شروط خاصة بالشفيع إذ يجب عليه أن يكون شخص من أشخاص القانون فكل من تثبت له الشخصية القانونية تكون له

1- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص11.

صلاحية إكتساب حق الشفعة، و يجب عليه أن يكون متمتعا بالاهلية 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 مالك رقبة، و الشريك في الشيوخ، و صاحب حق الإنتفاع و يلاحظ أنه أثناء تنظيمه لهذا الحق لم يتقيد بما هو وارد في القانون المدني، بل أضاف أحكام جديدة من خلال أحكام خاصة تعتبر كإضافات لما هو وارد في الشريعة العامة. تناول المشرع الجزائري شفعة الجار في النصوص الخاصة، يظهر ذلك من خلال القانون رقم 25\90 الخاص بالتوجيه العقاري، حيث منحها للجار في الأراضي الفلاحية، و نظرا للمنازعات التي تحصل بين الجيران حول الملكية العقارية خاصة في المباني و العمارات ذات الطوابق، لذا نرى من المستحسن دمج شفعة الجار ضمن القانون المدني و ذلك من خلال المادة 795 كفقرة أخيرة. كنا منح حق الشفعة للدولة و الجماعات المحلية في الأراضي العامرة و القابلة للتعمير و جاء الأمر رقم 105\76 الخاص بالتسجيل العقاري و أعطى للدولة الأسبقية في الشفعة على كل أصناف الأملاك العقارية، لذا يستحسن دمج هذه الحالة ضمن الشريعة العامة من خلال المادة 795 كفقرة أولى.

إتخذ القضاء الجزائري موقفا واضحا حول الشريك في الشيوخ من خلال القرار رقم 18039 المؤرخ في 09\02\1999، حيث بين بأن الشريك قد يكون أي شخص تمت الشراكة معه في العقار، و ليس ضروريا أن يكون من الورثة فقط كما لا يجوز للمستأجر أن يتمسك بحق الأخذ بالشفعة عند قيام المؤجر ببيع الجدران لفائدة الغير، باعتبار أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات و بالتالي لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية، أي القاعدة التجارية لأنها تدخل في قائمة المنقولات لا العقارات. تناول المشرع الجزائري فكرة تزام الشركاء ز ذلك من خلال المادة 796 ت م ج حيث تناول حالتين و هما:

__ حالة تزام الشفعاء من طبقة واحدة.

__ حالة تزام المشتري إذا توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا.

نلاحظ بأنه لم يتناول حالة تراحم الشفعاء من طبقات مختلفة مثلما فعلت التشريعات العربية منها، التشريع الأردني و المصري، لذا يقترح إضافة فقرة أخرى للمادة 796 ت م ج تنص على حاتلة تراحم الشفعاء من طبقات مختلفة.

يظهر لنا بعد التمعن في أحكام الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري أنه بعد ثبوت الحق في الشفعة رضاء و قضاء، تبدأ في ترتيب الأثار القانونية المتمثلة في العلاقات الناشئة عن حلول الشفيع محل المشتري و في جميع حقوقه و إلتزاماته طبقا لنص المادة 804 ت م ج، ذلك بعد مرور من مختلف الإجراءات الواجب إتباعها لرفع دعوى الشفعة، منها توجيه الإنذار للشفيع الذي إشتراط فيه المشرع الجزائري الرسمية و 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 المادة 807 ت م ج و هي:

_ حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

_ حالة مرور سنة من يوم عقد البيع و في هذه الحالة نجد أن المادة 807 استعمل فيها مصطلح "تسجيل" بدلا من مصطلح "القيّد" و هما كلمتان تختلفان في المعنى، لذا يقترح تغيير كلمة "تسجيل" و تبديلها بكلمة "القيّد" لأنه في الشهر العقاري يكون حجة بين المتعاقدين، هذا على عكس النص الفرنسي الذي استعمل المصطلح المناسب و هو transcription.

_ في الأحوال التي نص عليها القانون.

إختلفت الآراء الفقهية حول مدى إعتبار موت الشفيع مسقط للملكية، لكن الرأي السائد يذهب على إعتبار أن موت الشفيع لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة، بل ينتقل إلى الورثة، و المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة، و لكن بالرجوع إلى المادة الأولى من التقنين المدني نرى أنه 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 و هو ذو فوائد إجتماعية كثيرة يساعد في ضبط التعامل بينهم، لذا نتمنى أن نكون قد ساهمنا و لو بقدر طفيف في تمكين الطلبة من الإستفادة من هذا

الموضوع، لنكون بذلك قد حققنا أهدافنا من وراء إختيارنا له.

قائمة المراجع:

الكتب

إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون و الحق و طبيعتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993.

السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر المجلد 9.

الجمال مصطفى محمد، نظام الملكية، توزيع منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن

بوشاقة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

جمال الدين زكي محمود، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت لبنان، د.ن.س

حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، طبعة رقم 4، منشأ المعارف بالإسكندرية، مصر.

خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هوما للنشر و التوزيع، الجزائر 2008.

رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان 1985.

طلبة أنور، الشهر العقاري، د.ب.ن، مصر 1989.

علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية و مقارنتها بالشرائع الوضعية، ج 2، دار الفكر العربي دون ذكر البلد 1996.

عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، بدون ذكر التاريخ.

كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، الطبعة الرابعة، الناشر منشور المعارف بالإسكندرية، مصر 1995.

محمد شتا أبو سعد، الشفعة و الصورية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.

محمد ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد 1، ج 4، دار الجبل و دار لسان العرب، بيروت 1988.

محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر 1996.

منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر 1965.

الرسائل

دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر 2007-2008.

مناد فؤاد عبد الرحمن، الشفعة سبب لكسب الملكية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين 2008.

حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه و الأصول، جامعة مؤتة، الأردن 2006.

البحوث

لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، معهد العلوم و الحقوق الإدارية، بن عكنون، الجزائر 1983.

لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، بحث منشور بجملة الموثق، دورية داخلية متخصصة، العدد 06، الجزائر أبريل 1999.

القوانين

قانون رقم 25\90 مؤرخ في 11\8\1990، يتعلق بقانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49 صادرة في 11\20\1990.

المادة 02\40 من قانون رقم 09\08 المؤرخ في 25\02\2008 المتضمن قانون إجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية الصادرة في 23\04\2008، العدد 21

المادة 1\256 و2 من القانون التكميلي

أمر رقم 11-11 مؤرخ في 18\07\2011 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2001،

الجريدة الرسمية عدد 40، صادر في 20\07\2001

المادة 256 من قانون المالية التكميلي

المادة 949 ق.م.م

المادة 165 ق.م.م

المادة 369 ق.م.م

المادة 730 ق.م.ج

المادة 379 ق.م.ج

الفهرس

- 1.....المقدمة
- 4.....الفصل الأول: ماهية الشفعة
- 4.....المبحث الأول: مفهوم الشفعة
- 5.....المطلب الأول: المقصود بالشفعة و دليل مشروعيتها
- 5.....الفرع الأول: تعريف الشفعة
- 5.....أولاً: تعريف الشفعة لغة
- 6.....ثانياً: تعريف الشفعة شرعاً
- 7.....ثالثاً: تعريف الشفعة قانونياً
- 7.....الفرع الثاني: مشروعية الشفعة
- 7.....أولاً: الشفعة في السنة
- 8.....ثانياً: الشفعة في الإجماع

- الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للشفعة.....9
- أولاً: الشفعة حق شخصي.....9
- ثانياً: الشفعة حق عيني.....10
- ثالثاً: الشفعة رخصة.....10
- المطلب الثاني: خصائص الشفعة.....11
- الفرع الأول: عدم قابلية الشفعة للتجزئة.....11
- الفرع الثاني: الشفعة حق إستثنائي.....12
- الفرع الثالث: الشفعة لا ترد إلا على عقار.....12
- الفرع الرابع: إتصال الشفعة بالشخص الشفيع.....13
- المبحث الثاني: نطاق الشفعة.....13
- المطلب الأول: الشفعاء.....14
- الفرع الأول: أصحاب الحق في الشفعة.....14
- أولاً: شفعة مالك الرقبة.....14
- ثانياً: شفعة الشريك في الشيوع.....16
- ثالثاً: شفعة صاحب حق الإنتفاع.....17
- الفرع الثاني: تزام أصحاب الحق في الشفعة.....18
- أولاً: تعدد الشفعاء من طبقة واحدة.....19
- ثانياً: تعدد الشفعاء مع مشتري شفيع.....20
- المطلب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة.....22
- الفرع الأول: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه.....22
- أولاً: الشفعة لا ترد إلا على العقارات.....22
- ثانياً: شرط عدم تجزئة الشفعة.....24

- الفرع الثاني: شروط متعلقة بالشخص الشفيع.....25
- أولاً: من تثبت له صفة الشفيع.....25
- ثانياً: شروط أخرى للشفيع.....26
- ثالثاً: مسألة تزامم الشفعاء عند التعدد.....26
- الفصل الثاني: الإجراءات القانونية للشفعة.....28
- المبحث الأول: إجراءات ممارسة حق الشفعة.....29
- المطلب الأول: الإجراءات الواجب إتباعها قبل رفع الدعوى.....29
- الفرع الأول: إعلان الرغبة في الشفعة.....30
- أولاً: الإنذار الرسمي الموجه إلى الشفيع.....30
- ثانياً: التصريح بالرغبة.....31
- ثالثاً: ميعاد الرغبة.....31
- الفرع الثاني: إيداع الثمن لدى الموثق.....33
- أولاً: إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق.....34
- ثانياً: يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة.....36
- ثالثاً: عدم إيداع الثمن يؤدي إلى إسقاط الحق في الشفعة.....36
- المطلب الثاني: رفع دعوى الشفعة.....37
- الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الشفعة.....37
- أولاً: كيفية رفع الدعوى.....37
- ثانياً: ميعاد رفع الدعوى.....38
- ثالثاً: الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى.....38
- رابعاً: المحكمة المختصة في رفع دعوى الشفعة.....39
- الفرع الثاني: الحكم النهائي بثبوت الشفعة.....40

- المبحث الثاني: حالات سقوط الشفعة و آثارها.....42
- المطلب الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة.....42
- أولاً: نطاق الشفعة من حيث الزمان.....44
- ثانياً: نطاق الشفعة من حيث الأشخاص.....45
- الفرع الثاني: مرور سنة من يوم عقد البيع.....46
- الفرع الثالث: الحالات التي نص عليها القانون.....49
- المطلب الثاني: آثار الشفعة.....50
- الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع.....51
- أولاً: إلتزامات البائع.....52
- ثانياً: إلتزامات الشفيع.....53
- الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.....56
- أولاً: إلتزامات الشفيع إتجاه المشتري.....56
- ثانياً: إلتزامات المشتري إتجاه الشفيع.....59
- الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير.....60
- أولاً: الحقوق العينية المترتبة قبل شهر العقار.....61
- ثانياً: الحقوق العينية المترتبة بعد شهر العقار.....62
- الخاتمة:.....63

ملخص مذكرة الماستر

لقد جاءت الشفعة كرخصة في الشفيع من أجل رفع الضرر عن الشريك، و أعتبرها المشرع كسبب من أسباب كسب الملكية، و هي مستمدة من الفقه الإسلامي، كما وضع المشرع جملة من الشروط التي يجب توافرها في الشريك و العقار المشفوع فيه، كما أن الشفعة لا ترد إلا على العقارات دون المنقولات و لا ترد إلا على عقد البيع، و أنها حق غير قابل للتجزئة. أعطى المشرع الجزائري حق الشفعة لكل من مالك الرقبة، و الشريك في الشيوع و صاحب حق الإنتفاع.

لقد وضع المشرع الجزائري جملة من الإجراءات الواجب إتباعها لرفع دعوى الشفعة، منها توجيه الإنذار للشفيع الذي إشتراط فيه الرسمية و الإجراء الثاني المتمثل في إيداع الثمن لدى الموثق. و قد نص المشرع الجزائري على حالات سقوط الشفعة و التي نص عليها في المادة 807 ت م ج المذكورة سابقا.

الكلمات المفتاحية:

1 الشفعة	2 الشفي	3 مالك الرقبة	4 الورثة
5 حق الإنتفاع	6 البيع	7 العقار	8 الرخصة
9 الحق			

Abstract of Master's Thesis

The pre-emption came as a license in the intercessor in order to remove the harm from the partner, and the legislator considered it

As one of the reasons for acquiring property, and it is derived from Islamic jurisprudence, as the legislator put it in a set of conditions.

It is one of the conditions that must be met by the partner and the real estate for which it is attached, and pre-emption is only returned on real estate, not movables, and it is only returned to the contract of sale, and it is an indivisible right.

The Algerian legislator gave the right of pre-emption to each of the owner of the neck, the partner in the common and the owner of the neck usufruct.

The Algerian legislator has set a number of procedures to be followed to file a pre-emption case, including sending a warning to the intercessor who stipulated the formality and the second procedure of depositing the price with Authenticator.

The Algerian legislator has stipulated the cases of preemption, which were stipulated in Article 807 TC mentioned earlier.

keywords:

1/ pre-emption

2/ intercessor

3/ neck owner

4/ the inheritors

5/ usufruct

6/ sale

7/ real estate

8/ the license

9/ right