

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق

نظام ل.م.د.

الشفعة سبب الحسب الملكية في القانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق و العلوم السياسية

تخصص : القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذة :

حمليل نوار

من إعداد :

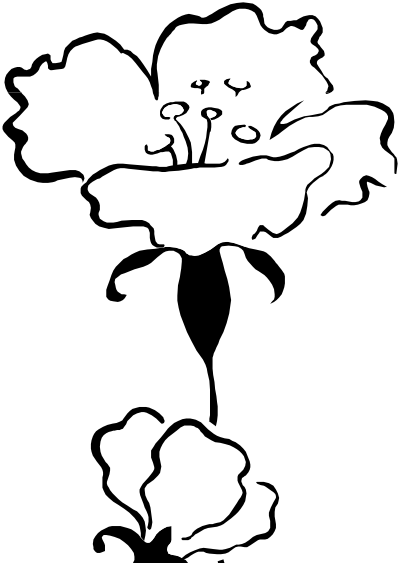
مروان صارة

قوداش ديهية

لجنة المناقشة :

- صبايحي ربيعة، استاذة محاضرة (ا)، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.....
رئيسة.
- حمليل نوار، أستاذة مساعدة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفة
ومقررة.
- حابت امال، استاذة مساعدة (ا)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة : 17/ 11 / 2013



إهداء

أهدي ثمرة جهدي :

إلى أمي، أبي، أختي، أخواني، زوجي وزميلتي
مع خالص محبتي.

إلى جميع أساتذتي الذين تتلمذت على
أيديهم طوال حياتي مع خالص شكري.

إلى كل الصديقات مع خالص الود.

إلى كل من مد لي يد العون وشجعني ولو
بكلمة.

صارة

كلمة شكر



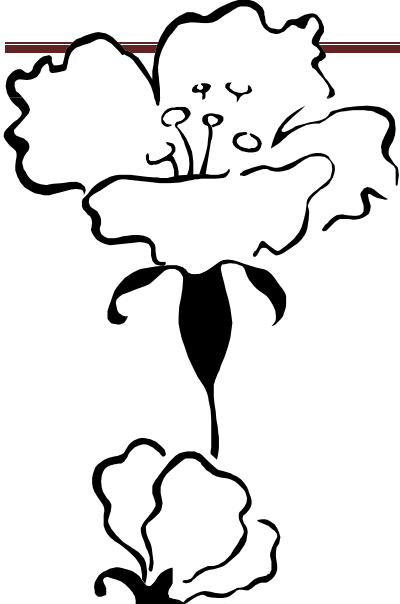
نشكر الله سبحانه وتعالى، ابتداءً، و اعترافاً بالفضل
والجميل نتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذتنا المشرفة

"حمليل نواره"

التي أشرفت على هذا العمل وتتبعنا فيه بالنصائح
والإرشادات، وأخذت بيدنا أثناء إنجازه خطوة بخطوة إلى
أن تمّ واكتمل.

نفع الله بها العلم وطلابه، وجزاها الله عنا كلّ خير.

مروان صارة وقوداش ديهية



إهداء

أهدي ثمرة جهدي:

إلى أمي، أبي، أخوتي وأخواتي، جدي العزيزة
وزميلتي مع خالص التقدير للجميع.

إلى كل أساتذتي الذين أناروا لي عقلي بالعلم،
وأخص بالذكر الذين ساندوني في إنهاء
عملنا هذا.

إلى جميع الصديقات والأصدقاء مع عميق
محبتي.

إلى كل من وقف إلى جانبي حتى أتممت هذا
العمل.

ديهة

مقدمة

يعتبر حق الملكية من الحقوق المقدسة التي يسعى الإنسان لحمايتها، نظرا لعلاقتها الوطيدة بحياسة الأروال المنقولة والعقارية، ذلك أنها تتفق مع غريزة الإنسان في التملك لمختلف الأشياء واستحواذه على أكبر قدر ممكن منها. أدى ذلك إلى ظهور نزاعات مختلفة بين الأفراد حول حرية تملكها.

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

يعدّ حق الشفعة من بين الحقوق التي يستعملها صاحبها (الشفيع) لتملك عقار باعه شريكه للغير، فيحل محل المشتري إذا ما توفرت فيه الشروط اللازمة التي تجعله شفيعا، وتعتبرا لشريعة الإسلامية المصدر المادي والتاريخي لهذا الحق.

عرفت الشفعة منذ العصور القديمة، حيث كانت مرتبطة في تطورها بتطور نظام الملكية لان هذه الأخيرة كانت جماعية، ثم تحولت إلى ملكية شائعة ثم تطورت بعد ذلك وأصبحت ملكية فردية، لكن بالنسبة للمنقولات فقط دون العقارات. لم تدخل هذه الأخيرة ضمن الملكية الفردية إلا بعد مدة لتصبح بعدها حرية التملك مطلقة، ومن هنا لم يكن الأفراد في حاجة للشفعة، إلا انه في أواخر العصر القديم ظهر نظام شبيه بالشفعة يطلق عليه نظام الشراء بالتفضيل، وهو استرداد المال من المشتري الأصلي بعد إجراء عملية البيع الأولي، وهذا شبيه إلى حد ما برخصة الشفعة⁽¹⁾.

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

(1) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007 - 2008، ص 61.

كان الاسترداد الزراعي يفيد سكان المقاطعة نفسها يقضي بأنه إذا أراد أجنبي أن يحل محل احد الأشخاص المقيمين في مصيف "فيلا"، كان بإمكان الجيران غير الموافقين طرده منها، أما الاسترداد النسبي فكان يتألف من حق قريب "تسيب" بحيث كان بإمكان هذا الأخير أن يستند إلى قرابته لاسترجاع ملكا عائليا بيع لأجنبي إلى أن يسدد له الثمن والمصروفات. بينما الاسترداد 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 الوسطي، لكن ظهرت نظم شبيهة بها إلى درجة كبيرة، ثم جاءت الشريعة الإسلامية الغراء ووضعت ضوابط وقواعد 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 والنازعات 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 مختلف الآراء الفقهية التي تناولت هذا لموضوع، حيث اختلفت وجهتهم حول تفسير حق الشفعة وبيان طبيعتها القانونية، فبالرغم من أنها تعد قيودا على حرية التصرف والتعاقد، إلا أنها شرعت لأسباب عديدة منها دفع الضرر الوشيك الوقوع من طرف الأجنبي الذي بيع له العقار.

(1) - لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1983، ص 9.

(2) - عبد الله إبراهيم بن عبد الناصر، تعدد الشفعاء، صورته وأحكامه في الفقه الإسلامي، كلية التربية، جامعة مالك السعود، ص 1 نقلا عن الموقع:

هذا المشرع الجزائري حذو التشريعات الحديثة، حيث كرس نظام الشفعة ضمن الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني⁽¹⁾، 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 استثنائي لمبدأ الرضائية في العقود، حيث يجد البائع نفسه مرغما على التعامل مع شخص آخر غير المشتري، ويجد المشتري نفسه مستبعدا من عقد البيع الذي يربطه مع البائع.

تظهر أهمية دراسة موضوع الشفعة في كثرة النزاعات العقارية التي يتعرض لها الأفراد حول استرجاع ملكيتهم العقارية، دون معرفتهم بوجود نظام ينظم ويعالج هذا النزاع، ونظرا لأنه موضوع مرتبطا ارتباطا وثيقا بأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، التي تستحق الدراسة خاصة وأن المشرع استتبط أحكام الشفعة مباشرة منها، وتظهر الأهمية كذلك في البيع الذي يجرى بين الشريك والمشتري الذي قد يرتب عليه حدوث مشقة، فشاءت إرادة المشرع أن يزيل الضيق ويرفع المشقة فاقر الشفعة وأباح العمل بموجبها.

سيتم تناول من خلال هذه المذكرة موضوع الشفعة في القانون المدني الجزائري وذلك بطرح الإشكال التالي: **كيف نظم المشرع الجزائري نظام الشفعة في التقنين المدني الجزائري؟**، للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي وقسمنا هذه

(1) - قانون رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بقانون رقم 80-07 ، مؤرخ في 09/08/1980، قانون رقم 83-01 مؤرخ في 29/01/1983، قانون رقم 87-19 مؤرخ في 08/12/1987، قانون رقم 88-14 مؤرخ في 03/05/1988 ، قانون رقم 89-01 مؤرخ في 07/02/1989، قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/05/2005، قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13/05/2007، منشور في الجريدة الرسمية عدد 78، صادر في 30/09/1978.

المذكورة إلى فصلين أساسيين، خصصنا الفصل الأول لدراسة ماهية الشفعة، وخصصنا الفصل الثاني لدراسة أحكامها من إجراءات وآثار.

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

الفصل الأول

ماهية الشفعة

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

تطرق المشرع الجزائري إلى دراسة ماهية الشفعة من خلال التقنين المدني الجزائري وذلك من خلال المواد 794 إلى 798 منه، حين عالجها علجا دقيقا يسمح للفرد استيعاب معنى الكلمة.

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

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

المبحث الأول

مفهوم الشفعة

تعتبر الشفعة أحد الأسباب المكتسبة للملكية العقارية، وهي طريقة خاصة لتملك العقارات، عرفت منذ العصور القديمة، ثم طوّرت الشريعة الإسلامية مفهومها، فوضعت لها تعاريف كثيرة، بعدها جاءت التشريعات الحديثة ووسعت من مفهومها أكثر من خلال قوانينها (المطلب الأول).

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

المطلب الأول

المقصود بالشفعة و دليل مشروعيتها

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

الفرع الأول

تعريف الشفعة

عرفت الشفعة في كل من اللغة والشرع وهذا الأمر سهل من تضبط المصطلحات القانونية في محلها، وإعطائها تعريفا قانونيا.

أولا - تعريف الشفعة لغة:

تستمد كلمة الشفعة مصدرها من الشفع، أي الضم، فهي ضم نصيب إلى نصيب وقيل هي من الزيادة، لأن الشفيع يزيد ما يأخذه إلى ماله، والشفع ضد الوتر⁽¹⁾. أخذت الشفعة من الفعل الثلاثي (شفع)، أي ضم وزاد، فيقال: شفعا الرجل شفعا إذ كان فرد فصار له ثان⁽²⁾، كما يقصد بها الإعانة والتقوية، لأن الشفعة إعانة لصاحبها، وتقوية له على غيره⁽³⁾.

قال الأسود بن يزيد : الشفع يوم الأضحى، والوتر يوم عرفة.

قال عطاء: الوتر هو اللهو الشفع خلقه.

قال ابن عباس : الوتر آدم، شفعا بزوجته. الشفعة في الملك مشتقة من الزيادة، فالشفع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به⁽⁴⁾.

ثانيا - تعريف الشفعة شرعا:

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 بيعا أو بقيمة العقار الذي بادل به هذا الغير إذا كان العقد مقايضة لأن المقايضة والبيع لهما نفس الحكم في الفقه الإسلامي »⁽⁵⁾.

عرفها البعض من الحنفية أنها : « حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤون»، معنى ذلك أن للشفيع سلطة أو امتياز منحه إياه الشرع، إن شاء الشفيع استعمل هذه السلطة، وإن شاء تنازل عنها، ورود كلمة

(1) - باشا احمد، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 6.

(2) - مساد فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008 ص 5، نقل عن الموقع:

www.sholar.najal.edu/sites/default/files/all-thesis/pre-emption-as-accuse-of-winning-property.pdf

(3) - الفرما محمد سليمان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي ص 1، نقلا عن الموقع:

<http://site.jugaza.edu.ps/mfiah/files/2010/07.pdf>. 01/01/2012.

(4) - خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية دار هومة للنشر

والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 13.

(5) - دغيش احمد، " نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري"، المجلة النقدية

لل قانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2009،

ص 170.

(كله أو بعضه) في التعريف السابق أتت لتوضيح حالة تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة، فيقسم بينهم ذلك العقار تحقيقاً للعدالة في الحقوق والأنصبة⁽¹⁾.

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»⁽²⁾.

ثالثاً - التعريف القانوني:

عرف المشرع الجزائري الشفعة في القانون المدني من خلال المادة 794 أنها، رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، أي أن الشفعة هي القدرة، أو السلطة تخول أن يقوم سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري، إذ أظهر إرادته في ذلك، ويكون الحلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، مما يؤدي إلى اكتساب ملكية العقار المبيع ولو جبراً عن إرادة المشتري و البائع، فيمتلك العقار ويضمه إلى عقاره الأصلي.

يتفق هذا التعريف مع ما هو وارد في الشريعة من تعريف للشفعة، كونها تعتبر حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري⁽³⁾ أو الأخذ بالشفعة لا يكون إلا بوجود شافع، أي شخص يكون له الحق في ممارسة الشفعة، بمعنى شخص يقر له القانون حق الأخذ بالشفعة ويحل محل المشتري، بغض النظر عن إرادة هذا الأخير، وذلك لغرض دفع الضرر وشيك الوقوع.

تتميز الشفعة بطبيعة استثنائية باعتبارها خروجاً عن مبدأ الرضائية في التعاقد واحترام إرادة المتعاقدين⁽⁴⁾.

(1) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 25.

(2) - خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 14

(3) - خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع نفسه، ص 19.

(4) - دغيش احمد، "نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات العامة والتشريعات الخاصة في القانون المدني

الجزائري"، مرجع سابق، ص 164.

تتفق التشريعات العربية في تعريف الشفعة، فقد عرفها القانون المدني الأردني من خلال المادة 1150⁽¹⁾ منه، أن الشفعة هي حق تملك العقار سواء كله أو بعضه بما قام عليه من الثمن والنفقات⁽²⁾، أي تملك العين المبيعة من مشتريها بما تم دفعه من ثمن ومصروفات، فالقانون يعطي للشفيع الحق في تملك العقار بنفس شروط البيع، فيحل محل المشتري في الصفقة⁽³⁾.

عرفها القانون المدني المصري من خلال المادة 935⁽⁴⁾ منه، حيث أعتبرها رخصة تجيز في البيع العقاري الحلول محل المشتري في أحوال معينة إذ توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون، فالشفعة تعتبر من مصادر الحقوق العينية العقارية، لذلك فهي تصلح سببا لكسب الملكية والانتفاع⁽⁵⁾.

هذا المشروع الجزائري حذو التشريعات العربية في تعريف الشفعة، خاصة التشريع المصري، إذ اعتبر الشفعة رخصة لاحقا بالمدلول القانوني، تتحقق في حالة بيع عقار لمشتري ثم يقوم سبب قانوني يمنح الحق لشخص آخر ليحل محل المشتري وتكون له الأولوية على ذلك العقار.

الفرع الثاني مشروعية الشفعة

استمدت التشريعات العربية مفهوم الشفعة من الفقه الإسلامي، باعتباره المصدر التاريخي والمادي للشفعة بالسنة والإجماع.

أولا - السنة:

(1) - تنص المادة 1150 ق م ا على ما يلي: " الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري لما قام عليه من الثمن والنفقات"، نقلا عن مساد فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق، ص5.

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

(3) - منصور محمد حسن، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ت ن، ص 201.

(4) - تنص المادة 935 ق م م على ما يلي: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، نقلا عن ابو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص252 .

(5) - إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 28.

وردت العديد من الأحاديث الخاصة بالشفعة، نجد منها حديث جابر، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قضى بالشفعة، في كل تركة لم تقسم ربه، أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذوا إن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذن فهو أحق به⁽¹⁾.
روى عبادة ابن الصامت: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور، ونحتج بعموم الحديث من إثباتها للشريك فيما تضره القسمة⁽²⁾.

جاء حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « جار الدار أحق بالدار من غيره »⁽³⁾، روى الترمذي عن ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه وسلم: « الشريك شفيح والشفعة في كل شيء »⁽⁴⁾.

ثانيا - الإجماع:

بين بن المنذر الإجماع على مشروعية هذا الحق للشفيع، حيث قال: " اجمع العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من ارض أو حائط، أي بستان"⁽⁵⁾

ورد عن ابن القيم في إعلام الموقعين عن رب العالمين أن « من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد، ورودها بالشفعة، ولا يليق به غير ذلك، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين إن أمكن، وإن يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخطاء يكثر فيهم بغى بعض على البعض، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وإنفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وإنفراد احد الشريكين بالجملة، إذ لم يكن على الآخر ضرر في ذلك، فإذا أراد بيع نصيبه واخذ عوضه من العوض أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر في مصالح العباد،

(1) - مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق ص 8.
(2) - حمودة محمود محمد، ومطلق عساف محمد، فقه المعاملات، مؤسسة الورق للنشر والتوزيع، الأردن، 200، ص 196

(3) - حمودة محمود محمد، ومطلق عساف محمد، فقه المعاملات، مرجع سابق، ص 196.
(4) - باشا احمد، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 31
(5) - حمودة محمود محمد، ومطلق عساف محمد، فقه المعاملات، مرجع سابق، ص 197.

ومن هنا يعلم أن التحايل لإسقاط الشفعة مناقض لهذا المعنى الذي قصده الشارع ومضاد له»⁽¹⁾.

نستنتج مما تقدم أن الشفعة وجدت لدفع الضرر، وهو الحكمة الأساسية التي أتى بها موضوع الشفعة. حيث أن هذه الأخيرة (الشفعة) تساهم في إزالة الضرر عن الشريك، حتى لا يجد نفسه يتعامل مع شخص آخر لا يعرفه لا في الشراكات لا في المعاملة. يلاحظ مما سبق أن الشفعة حق ثابت بالسنة والإجماع، ولصاحبه المطالبة به أو تركه، لكن قال الشيراملسي: « إن ترتب على ترك الشفعة معصية، كأن يكون المشتري مشهور بالفسق والفجور، فينبغي الأخذ بها مستحبا، بل واجبا إن تعين طريقا لدفع ما يريده المشتري من الفجور»⁽²⁾.

قرر المشرع الشفعة بين الشركاء لرفع الضرر عنهم، بالتالي فإذا أراد الشريك بيع نصيبه، كان شريكه أحق به من الأجنبي، فيكون للشريك دفع الثمن الذي عرضه الأجنبي، ويحل محله في البيع ليتفادى الأضرار التي قد تلحق به من جراء مشاركته لأجنبي، وفي الوقت نفسه لن يتضرر لأنه سيحصل على الثمن⁽³⁾، فتصرف المالك في ملكه مقيد بعدم الإضرار بالغير، لذي شرعت الشفعة لدفع ضرر قد يلحق بالمالك، أو المشتري⁽⁴⁾.

شرعت الشفعة من أجل المحافظة على وحدة عناصر الملكية، وهي حق الانتفاع والاستعمال، وحق الارتفاق، وتتمثل كذلك الفائدة العظمى من تقرير الشفعة أنها تحقق مصلحة اقتصادية عندما يستجمع ما تفرق من العناصر المكونة لها في يد شخص واحد، والحفاظ على وحدة العقار وعدم تجزئته إلى مساحات وقطع صغيرة عن طريق القسمة.

تظهر فوائد الشفعة أكثر، إذا تعلق الأمر بالأراضي الفلاحية، فملكيتها في يد شخص واحد يعتبر عاملا مساعدا لتحقيق الاستثمار والاستغلال الأمثل للعقارات الفلاحية، طبقا

(1) - أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 253.

(2) - الفراء محمد سليمان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 2

(3) - قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، د ت ن، ص 258.

(4) - فراج احمد حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعة الإسكندرية، مصر، د ت ن، ص 74.

لما أقره قانون التوجيه العقاري رقم 25/90⁽¹⁾، من خلال بعض المواد، التي شرعت من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية انطلاقاً من الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المرتبطة بالملكية العقارية الفلاحية، والحفاظ على حجم الاستثمار الفلاحي، تماشياً مع مقاييس التوجيه العقاري⁽²⁾.

الفرع الثالث

التكييف القانوني للشفعة

ثار الخلاف على طبيعة حق الشفعة، فذهب رأي من الفقهاء إلى اعتباره حقاً شخصياً، مما يعني أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية، إنما حقاً شخصياً لصيقاً به، وهو الحق في أن يصبح مشترى. يرى فريق آخر من الفقهاء أن حق الشفعة حقاً عينياً لملكية العقار، وذهب رأي ثالث إلى اعتباره حقاً شخصياً، فهو شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه⁽³⁾.

أولاً - الشفعة حق شخصي:

اتجه فريق من الفقهاء إلى اعتبار الشفعة حقاً شخصياً، يمنح لاعتبارات تتعلق بالشخص الشفيع وظروفه الخاصة، ولا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر، أو النزول عنه للغير⁽⁴⁾، وهذه الفئة من الفقهاء عندما قالوا بأن الشفعة حق شخصي، قصدوا به معنى صحيح في ذاته، ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصي المقابل للحق العيني، إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع، فلا يورث عنه ولا تجوز حوالاته، ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه. كما يرى أحد الفقهاء أن هذا الاتجاه لم يكن في حاجة لإثبات هذه الأحكام عن طريق معارضة شخصية لصفة العينية، لأن معنى الشفعة في هذا المجال لا يتعارض مع مفهوم العينية⁽⁵⁾.

(1) - قانون رقم 25/90 مؤرخ في 8 / 11 / 1990، يتعلق بقانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد 49، صادر في 1990/11/20

(2) - دغيش احمد، "نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري"، مرجع سابق، ص 176-179.

(3) - مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق، ص 11.

(4) - منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 202.

(5) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر المجلد 9، ص 447.

يقصد مما سبق أن الشفيع، لا يستعمل دعوى عينية، وإنما حقا شخصيا لصيقا به، وهو الحق في أن يصير مشتريا بالأفضلية⁽¹⁾.

ثانيا - الشفعة حق عيني:

اتجه فريق آخر من الفقه إلى اعتبار الشفعة أنها حق عيني، أي أن الشفعة مصدرها الحق العيني الوارد في العقار المشفوع به، فالشفيع عندما يطالب بحق الشفعة، فهو بذلك يطالب حقا عينيا على ذلك العقار، حيث تنص المادة 802 ت م ج على ما يلي : « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار... » أي انه ما دام حقا عينيا، فهو متولد عن ملكية العقار ذاته، وينتقل بذلك عبر سلسلة المالكين لهذا العقار، بانتقال هذا الملك من شخص لآخر⁽²⁾، وهذه الفئة من الفقهاء، عندما اعتبروا أن الشفعة حق عيني، إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها، أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، ولم يكونوا في حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة، إذا كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة، يطالب بحق عيني عقاري، فيثبت لمحكمة موقع العقار الاختصاص بالنظر في الدعوى.⁽³⁾

ثالثا - الشفعة رخصة:

يرى فريق آخر من الفقهاء بأن الشفعة ليست لا حق عيني ولا حق شخصي، إنما هي رخصة استثنائية، أجاز القانون فيها لشخص سماه الشفيع أن يحل محل المشتري، وهو المشفوع منه، مراعاة لمصلحة الشفيع⁽⁴⁾، فالشفعة رخصة مقررة للشفيع إذ رغب في استعمالها وجب عليه أن يلتزم بالإجراءات التي يتطلبها القانون، ذلك ليتمكن من كسب ملكية العقار باستصدار حكم يكون سند الملكية⁽⁵⁾.

(1) - خالد احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 20.

(2) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 39.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 447.

(4) - دغنوش عبد الرحمان، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عنها في القانون الجزائري، بحث مقدم

لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، د س ن، ص 120.

(5) - مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق ص 13.

تتصل الشفعة بالشخص الشفيع، فلا يجوز أن تنتقل بالحوالة من شفيع إلى شفيع، كما يجوز النزول عنها، سواء قبل قيامها أو بعدها، وإذا كانت حكمة الشفعة تجنب تجزئة الملكية العقارية إلى أجزاء صغيرة، ودفع الضرر الذي قد ينشأ من شركة مع شخص غير مرغوب به، فإن القانون فرض فيها مجموعة من الإجراءات والشروط باعتبارها أحد القيود التي تفرض على المالك، وتقيد حرية التصرف في ملكه، ذلك أن الشفعة تحول دون رغبته في اختيار من يتعامل معه⁽¹⁾.

يترتب على اعتبار الشفعة أنها رخصة وليست حق، أن دائن الشفيع لا يجوز له المطالبة بالشفعة بطريق الدعوى غير المباشرة التي يقيمها باسم مدينه و لا يجوز التنازل عنها للغير تحت طائلة سقوطها وبطلان التعامل فيها.⁽²⁾

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

المطلب الثاني

خصائص الشفعة وتمييزها عما يشتهب بها

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

يمكن للشفيع أن يطالب بالشفعة بشروط معينة تتعلق بنوع العقار الذي يطلب تملكه، وهو وجوب أن يكون عقارا، فإن كان منقولا فلا نكون بصدد شفعه، لذي لا بد من تمييز الشفعة عن بعض المصطلحات القانونية الشبيهة بها (الفرع الثاني).

(1) - دغوش عبد الرحمان، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عنها في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 120-121.

(2) - مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق، ص 14.

الفرع الأول

خصائص الشفعة

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

أولا - عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

يقصد بمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة، انه إذا توفر سبب للأخذ بها يجب استعماله بشكل لا يلحق ضررا بالغير (المشتري) أي لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون البعض الآخر، لكي لا تتفرق الصفقة على المشتري⁽¹⁾.

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

أ - حالة بيع عقار واحد لعدة أشخاص:

يباع عقار واحد لعدة أشخاص عادة، مثلا أن تباع أرضا لمشتريين، ويحصل كل واحد منهم على ربع من تلك الأرض، فهنا يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، لأن كل واحد منهم اشترى جزءا من العقار بثمن مسمى، والشفيع عندئذ يقوم مقام أحد المشتريين⁽²⁾.

يبيع المالك أحيانا عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوخ، ففي هذه الحالة، لا تجوز الشفعة إلا في ذلك العقار، حتى لا تتفرق الصفقة وهذا بخلاف إذ كان كل واحد من المشتريين، قد اشترى جزءا مفرزا من العقار في صفقة مستقلة، فالمناط بوحدة الصفقة

(1) - كيره حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، الطبعة الرابعة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1995، ص 596.

(2) - خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 179.

يكون بيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوع، فتكون الصفقة واحداً لا يجوز تفرقتها.⁽¹⁾

ب- حالة بيع عدة عقارات لمشتري واحد:

تتعدد العقارات أحياناً ويتقدم شخص واحد لشرائها، ففي هذه الحالة إذا تدخل الشفيع ليأخذ أحدهما دون الأخرى، وكان شفيعاً لكل تلك العقارات، فلا يجوز له ذلك بل عليه أن يأخذها كلها أو يتركها، لأن الصفقة وقعت متجمعة، كما يمكن أن يحدث في ذلك ضرراً للمشتري ذلك من خلال أخذه للعقار الجيد وتركه للعقار الرديء للمشتري. إذا كان الشفيع شفيعاً لإحدهما دون الأخرى، ووقع البيع صفقة واحدة، فللشفيع أن يأخذ تلك التي تجاور حصته دون الآخر⁽²⁾.

توجد كذلك حالة تعدد الشفعاء، سواء صدر الطلب من شفيع واحد، أو عدة شفعاء فيجب أن يطلب كل واحد منهم أخذ العقار كله بالشفعة، والسبب في ذلك هو عدم جواز تفرقة الصفقة على المشتري فيلحقه ابلغ الضرر، مثلاً إذ باع شريك حصته في عقار شائع، وطلب أحد شركائه أخذ جزء من الحصة المبيعة، ولم يطلب بقية الحصة اعتماداً على أنها مطلوبة لغيره من الشركاء، فلا اعتبار لهذا الطلب، ويسقط به حقه في الشفعة، لأن تركه المطالبة بالجزء الآخر، دليل على رضاه لمشاركة المشتري وبالتالي يسقط حقه في الشفعة، لأنها شرعت لدفع الضرر عن الشركة.⁽³⁾

ثانياً - الشفعة حق استثنائي:

تقرر حق الشفعة استثناءً لمبدأ حق المالك في التصرف في ملكه، أحاطها المشرع بعدة قيود ذلك من خلال المادة 798 ت م ج التي تنص على ما يلي: « لا شفعة: - إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون. - إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(1) - خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع نفسه.

(2) - أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 258_260.

(3) - أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع نفسه.

– إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.»

تمنع الشفعة في البيع الذي يحصل بالمزاد العلني، إذ قد يدخل الشفيع في المزاد ويأخذ العقار بالمزايدة، كما تمنع الشفعة في البيع القائم بين الأصول والفروع، وبين الزوجين والأقارب نظرا للصلة القائمة بين البائع والمشتري، يضاف إلى ذلك العقار الذي بيع ليكون محل عبادة فقد منعت الشفعة فيه نظرا للاعتبار الديني، وهو حماية عرض العبادة المستهدف من وراء العقار⁽¹⁾.

ثالثا – الشفعة لا ترد إلا على عقار:

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

رابعا – اتصال الشفعة بالشخص الشفيع:

سبق القول بأن الشفعة قد شرعت من أجل دفع الضرر المحتمل الوقوع من شريك، فيرجع إليه تقدير ذلك، ويكون أخذه بالشفعة متروك لمحضر إدارته، لذلك تعتبر الشفعة متصلة بشخصية الشفيع، ويترتب عن ذلك ما يلي:

– عدم إمكان دائني الشفيع استعمال الشفعة عن طريق الدعوى غير المباشرة، وذلك يؤكد أن الشفعة رخصة وليست حق، والدعوى غير المباشرة مقصورة على الحقوق.

– عدم جواز الشفيع إحالة حقه في الشفعة لأنها بطبيعتها تأتي جواز الإحالة شأنها شأن الحقوق المتصلة بشخصية الدائن⁽³⁾.

(1) - سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 166

(2) - حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه والأصول، جامعة مؤتة، الأردن، 2006 م، ص 80، 81 نقلا عن الموقع

http://www.ahlalhdeth.com/vb/attachmentid=73280. D=12628..62916.07/09/2013.

(3) - مذكرة الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، نقلا عن الموقع:

http://www.djelfa/vb/showthread

قد تثبت الشفعة في حالة وفاة الشفيع، ففي هذه الحالة لا تسقط بل تنتقل إلى الورثة ونقصد بثبوت الشفعة، إتمام البيع كذلك يجب أن لا يكون قد قضى بالشفعة للشفيع قبل وفاته لأنه لا يكون هناك وجود للشفعة، فالمشكلة لا تثور إلا بعد وفاة الشفيع وإتمام البيع، وقبل تمام الأخذ بالشفعة.

يمكن إسقاط الشفعة من قبل الشفيع قبل الحكم أو التراضي، ولكن لا يجوز التنازل عنها لأنها لصيقة بالشخص الشفيع، وتابعة للعقار المشفوع به.⁽¹⁾

الفرع الثاني

تمييز الشفعة عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها

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

أولاً - الشفعة والاسترداد:

يحقق كل من الشفعة والاسترداد الغرض نفسه المتمثل في تمكين المسترد، أو الشفيع الذي يتصل حقه بشيء من استبعاد المشتري لهو الحلول محله في حقوقه والتزامه المترتبة على عقد البيع، وجمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد، ودفع الحاصل للشريك، إلا أنهما يختلفان في الأحكام نتيجة اختلاف المصدر التاريخي لهما .
ترد الشفعة على عقد بيع عقار دون المنقول، ويؤخذ في تحديد العقار في هذا الشأن بتحديد الوارد في القانون المدني، أما الاسترداد قد يرد على عقار ومنقول.
يقوم الاسترداد على سبب وحيد هو الشركة في الشيوخ عند بيع احد الشركاء حصته الشائعة إلى أجنبي غريب عن الشركاء، بينما تتعدد أسباب الشفعة لتضم تفرق عناصر الملكية، بالإضافة إلى الشركة في الشيوخ.⁽²⁾

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

141.

(2)- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ص 521-522.

أخذت بحق الاسترداد معظم التشريعات العربية، ومنها التشريع الجزائري وذلك من خلال المادة 721 ت م ج⁽¹⁾، وقد عمم المشرع هذا الحق على المنقول والعقار الشائع قبل القسمة، وعليه فإذا بيعت حصة في سفينة أو طائرة فلا تثبت الشفعة لأنها منقولات تخضع لنظام الاسترداد، سواء كان منقولاً بحسب الأصل والطبيعة، أم منقولاً بحسب المال، كما في حالة بيع بناية بعد هدمها والأشجار بعد قطعها. نشير في هذا الصدد إلى أن حق الاسترداد في المنقولات يثبت فقط عند الشيوخ، وذلك بخلاف الشفعة التي تثبت في الشيوخ وغيره، كما أن الاسترداد يشمل المنقول أو المجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على العقار. أي تكون عقارات مختلطة مع المنقولات لتشكل في مجملها ملكية شائعة، فحق الاسترداد إذا ملازم للشيوخ فقط⁽²⁾.

ثانياً - الشفعة والاستيلاء:

يعرف الاستيلاء بأنه وضع يد على شيء مادي لا مالك له، بنية تملكه ويؤدي هذا الأخير إلى كسب ملكية الشيء المستولى عليه فوراً، نظراً لأن الشيء المستولى عليه لا مالك له، أي لا وجود لحق الملكية، وإذا كان الأمر كذلك فإن الاستيلاء لا بالنسبة للمنقولات دون العقارات، لأنها نادراً ما تكون بغير مالك⁽³⁾.

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

ثالثاً - الشفعة ونزع الملكية للمنفعة العامة:

يقصد بنزع الملكية للمنفعة العامة، تدخل الدولة لنزع ملكية خاصة لشخص ما من أجل تحقيق المنفعة العامة، حيث أن الأمر يخص مصلحة المجتمع ككل مع العمل على عدم إهدار المصلحة الخاصة، وذلك يكون مقابل التعويضات التي يتلقاها المالك.

(1) - تنص المادة 721 ت م ج على ما يلي: "للشريك في المنقول الشائع أو المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .
- وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته".

(2) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 102-103.

(3) - إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 245.

تعتبر من أعمال المنفعة العامة، إنشاء الطرق والشوارع والميادين، والأحياء الجديدة، ومشروعات النقل والمواصلات، ومشروعات المياوم الصرف الصحي، الطاقة، وإنشاء الممرات السفلية ... (1)

تستخلص من تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة ضمانات خاصة بها، وهي عدم نزع الملكية إلا في الأحوال التي يقرها قانون نزع الملكية، أي يجب أن تنزع الملكية بغرض تحقيق المنفعة العامة، ووجوب إتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية، وأن يعرض المالك المنزوع ملكيته تعويضاً عادلاً. (2)

يضاف إلى ما تم ذكره سلفاً، أن حق الشفعة ممنوح للدولة، وهذا لأمر نجده وارد في نصوص

قانونية خاصة، منها ما نصت عليه المادة 24 من قانون رقم 19/87⁽³⁾ المؤرخ في

1987/12/08 التي جاءت كما يلي: « لا يمكن التنازل عن الحصة إلا لصالح عمال القطاع

الفلاحي ... يمكن للدولة في جميع الحالات أن تمارس حق الشفعة ». الشيء نفسه جاء به

قانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 سالف الذكر والمتعلق بقانون التوجيه العقاري،

في بعض مواده الذي ستم الإشارة إليه من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل.

(1) - عبد الباري رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، الفصل الدراسي الأول، كود 411، جامعة بنها، كلية الحقوق، د ت ن، د ب ن، ص 39 نقلاً عن الموقع

<http://legal-clinics.com/t361.html> تمت مراجعة الصفحة في 2013-09-08.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 631-634.

(3) - قانون رقم 19/87، مؤرخ في 1987/12/08، يتعلق بضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 50، صادر في 1987/12/11.

المبحث الثاني

نطاق الشفعة

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

المطلب الأول

الشفعاء

يعرف الشفعاء بأنهم ذوي أصحاب الحق في طلب أخذ العقار بالشفعة، فهذه الأخيرة تتحقق بوجود شفيع، أي شخص يمنحه القانون حق أخذ العقار المبيع باستعمال الشفعة، ولا بد أن يكون هناك تصرف يجيز الشفعة وهو البيع، وإن يرد هذا البيع على عقار، حدد المشرع الجزائري هؤلاء الأشخاص بالترتيب من خلال المادة 795 ت م ج (الفرع الأول).
يتراحم الشفعاء عندما تتوفر شروط الشفعة في عدة أشخاص في عقار معين، فيطلب كلهم أو بعضهم الأخذ بالشفعة، لذلك يتوجب علينا بيان حكم تعدد هؤلاء الشفعاء، وذلك طبقا لما ورد في المادة 796 ت 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، وهم مذكورين بالترتيب، و سيتم الإشارة إليهم كما يلي:
أولاً - شفعة مالك الرقبة:

جاءت المادة 1/795 ت م ج كما يلي: «**يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام ... لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة**». يجوز لمالك الرقبة الأخذ بالشفعة في حالة بيع حق الانتفاع من صاحبه، والقاعدة العامة في الشفعة أنها لا ترد إلا على العقارات فلا تكون في حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات، لذلك يعد إعطاء حق الأخذ بالشفعة لمالك الرقبة في حالة بيع حق انتفاع استثناء من هذه القاعدة، حيث جاء هذا الاستثناء لحكمة توخاها المشرع وهي جمع شتات الملكية ليتمكن مالك الرقبة من إبعاد الغير من عقاره⁽¹⁾. هذه الحالة تقوم على عدة فرضيات وهي:

أ- أن يكون العقار مملوك لشخص ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر:

إن الفرض العادي هو ان تكون الرقبة مملوكة لشخص ويكون الانتفاع لشخص آخر ثم يباع الانتفاع فيشفع فيه مالك الرقبة، هذه الحالة وإن كانت نادرة الحصول في الواقع العملي إلا انه يمكن تصور تحققها في بعض الأحيان⁽²⁾. إذ يصبح المالك بعد ترتيب حق الانتفاع على عقاره مالكا للرقبة، فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه كان لمالك الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع، فيعود كما كان قبل ترتيب حق الانتفاع عليه، أي مالكا للعقار ملكية تامة .⁽³⁾

ب- أن يكون مالك العقار قد رتب حق انتفاع لمصلحة شخصين أو أكثر في الشيوخ:

تتمثل هذه الحالة في بيع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الانتفاع، وينصب هذا البيع على النصف من تلك الحصّة مثلاً، فيكون لمالك الرقبة أن يشفع هذا النصف ويصبح مالكا له، ومالكا لرقبة النصف الآخر، ولا يمكن للشريك الآخر في الشيوخ في حق الانتفاع أن يزاحم

(1)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 125.

(2)- الجمال مصطفى محمد، نظام الملكية، توزيع منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، د ت ن، ص 418.

(3)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 125 .

مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة، لان مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع⁽¹⁾

ج- أن يكون العقار مملوك لشخصين مناصفة في الشيوع ويرتبان عليه حق انتفاع لشخص آخر :

تتمثل هذه الحالة في أن يكون هناك شخصين مالكان لرقبة عقار في الشيوع، وفي بيع صاحب حق الانتفاع لحقه، يستطيعان أن يأخذا معا ذلك الحق بالشفعة فيعودان كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة .

يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع، إذا هو النصف المناسب⁽²⁾، فيصبح مالكا لنصف حق الانتفاع مضافا إليه ما يملكه من نصف الرقبة، وبه يتملك نصف العقار ملكية تامة على الشيوع، ويبقى النصف الآخر من العقار يتملكه اثنان أحدهما مالكا لرقبة والآخر صاحب حق الانتفاع وهو المشتري لهذا النصف، ولكن إذا تمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة، فهنا يتحتم على مالك نصف الرقبة الذي أخذ نصف الانتفاع، إما أن يأخذ كل حق الانتفاع بالشفعة، أو يترك الأخذ بالشفعة أصلا.⁽³⁾ فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع، يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة، ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر، وإن ترك الشفعة يكون للمشتري، حقا كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة لأن مالكا الرقبة تركا حقهما في الأخذ بالشفعة.⁽⁴⁾

د- أن يكون العقار مملوكا لشخصين مناصفة في الشيوع ويرتبان عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين مناصفة :

يجوز لمالكي الرقبة أن يأخذا معا بالشفعة في حالة بيع أحد أصحاب حق الانتفاع لحقه، كما يحق لأحدهما أن يأخذا النصف ولا يحق للمشتري أن يعترض بتفريق الصفقة عليه، وإذا باع المنتفعان معا لحقهما لمشتري واحد جاز لمالكي الرقبة أن يأخذه معا بالشفعة، كما يجوز

(1) - سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 180.

(2) - خالد احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 53.

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

(4) - السنهوري عبد الرزاق، شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 545.

لأحدهما أن يشفعا في النصف الملابس لحقه في الرقبة إلا إذا تمسك المشتري بعدم تجزئة
الشفعة فهنا على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الشفعة
أصلا.⁽¹⁾

ثانيا - شفعة الشريك في الشيوخ:

جاءت المادة 2/795 كما يلي «يثبت حق الشفعة... للشريك في الشيوخ، إذا بيع جزء

من العقار المشاع إلى أجنبي». يثبت حق الشفعة للشريك في الشيوخ إذا بيع شيء من
العقار الشائع لأجنبي، أي أنه يجب أن تكون للشريك حصة مشاعة في العقار المشفوع فيه⁽²⁾.
العقار المشاع هو العقار الذي يملكه عدد من الشركاء على الشيوخ دون أن يقسم فيما بينهم،
وحق كل شريك يقع على حصة شائعة في هذا العقار، ويجب أن يكون ذلك العقار شائع،
فالعقار الذي قسم لا تجري فيه الشفعة، بحيث إذا باع أحد الشركاء جزءه المفرز فلا يستطيع
المالك الآخر في ذلك العقار لقطعة المفرزة أن يأخذ بالشفعة لان بعد تقسيم العقار لا يكون
شريك بل يصبح جارا للمالك الآخر⁽³⁾.

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

تتحقق شفعة الشريك في الشيوخ بتوفر بعض الشروط وهي :

أ - بيع احد الشركاء حصته الشائعة:

يأخذ الشفيع حقه من العقار المشاع إذا تقدم شريكه الآخر ببيعه إلى شخص أجنبي، فلا
تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار، بحيث لا يجوز لشريك في الشيوخ ان
يشفع في جزء مفرز من العقار المشاع باعه شريك آخر، ولا يمكن للمشتري الذي يشتري
الجزء المفرز من هذا العقار أن يصبح مالكا في الشيوخ مع الشركاء الشائعين الآخرين، وبه لا
يمكن له أن يشفع في حصة شائعة من العقار باعه شريك مشاع فلو تقدم المشتري لشراء

(1) - أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 295.

(2) - خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص

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

الحصة الشائعة في ذات العقار المشاع يستطيع شريك آخر في الشيوخ أن يأخذ هذه الحصة بالشفعة، ولا يجوز للمشتري ان يحتج عليه بأنه سبق له أن اشترى جزء مفرز⁽¹⁾.

ب- أن يكون بيع جزء المشاع صادر إلى أجنبي:

يباع الجزء المشاع إلى شخص أجنبي وليس لشريك في الشيوخ، بحيث إذا باع شريك في الشيوخ لحصته الشائعة لشريكه الآخر في الشيوخ فلا يجوز لذلك الشريك الآخر أن يأخذ بالشفعة لهذه الحصة الشائعة، ويجب ان يكون العقار مملوكا ملكية تامة لعدد من الشركاء في الشيوخ⁽²⁾، والعبرة من وضع هذا الشرط هو دفع الضرر الذي يتسبب فيه الاجنبي باعتباره غريبا عن الشركاء الآخرين، ولذلك تكون الشفعة وسيلة لرفع هذا الضرر باستبعاد المشتري الأجنبي وأخذ الحصة المبيعة منه، ويجب ان يكون المشتري أجنبي وقت بيع هذه الحصة له، فإذا كان شريكا في هذا الوقت امتنعت الشفعة على باقي الشركاء⁽³⁾. المشرع الجزائري لم يشر في المادة 795 إذا كان هذا الشريك وارثا أم لا.

اتخذ القضاء الجزائري موقفا واضحا بشأن الشريك الوارث و ذلك ضمن القرار رقم 18039 المؤرخ في 1999/02/09 الذي جاء منطوقه كما يلي: « ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن أصبح مالكا على الشيوخ مع بقية الورثة المطعون ضدهم عندما اشترى مناب أخذهما في كل حقوقها العقارية بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 1991/01/29 مسجل، ومشهر، ومن ثمة فإنه لم يعد أجنبي عن العقار المشاع لما اشترى مرة ثانية كل الحقوق العقارية التي آلت إلى أختها الثانية بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 1996/12/23 عملا بأحكام المادة 795 ت م ج، كما ذهب إليه خطأ قضاء المجلس عندما برروا موقفهم بأن الطاعن أجنبي عن الملكية الشائعة لأنه ليس وارثا وكرسوا للمدعي عليهما الطعن في حق استعمال الشفعة وبذلك فقد أخطئوا في تطبيق القانون، مما يتعين نقص قرارهم »⁽⁴⁾.

ثالثا- شفعة صاحب حق الانتفاع:

(1)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 129.
(2)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع نفسه ص 129.
(3)- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع سابق، ص 551.
(4)- قرار المحكمة العليا رقم 18039، مؤرخ في 09/02/1999، منشور في المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1999، ص 159.

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 795 على شفعة صاحب حق الانتفاع كمايلي: «**يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها**». يكون لصاحب حق الانتفاع الطلب في الاخذ بالشفعة في حالة ما إذا باع مالك الرقبة كل الرقبة أو بعضها، بحيث إذا بيعت الرقبة كلها أو كان الانتفاع لأكثر من شخص، كان لهم جميعا ان يشفعوا في الرقبة كل منهم بقدر نصيبه وفي حالة ما إذا طلب الشفعة من أحدهم، فلا يجوز ان يشفع في المبيع إلا بقدر نصيبه في الانتفاع، والشفعة في هذه الحالة لا تثبت إلا إذا كانت الصفقة قابلة للتجزئة أما إذا كانت غير قابلة للتجزئة فلا يحق للمنتفع ان يأخذ بالشفعة⁽¹⁾، هذه الحالة تقوم على عدة فروض وهي :

أ - ان يكون العقار مملوك لشخص ثم يرتب عليه حق انتفاع لشخص آخر:

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

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

يرتب حق الانتفاع لشخص من طرف شخصان يملكان العقار على الشيوع، ونفرض

ان لكل من هذين الشخصين نصف العقار، فإذا باع أحدهما النصف الذي يملكه، كان لهذا

النصف شفيعان، ومالك النصف الآخر للرقبة يعتبر شريكا في الشيوع، ويكون في المرتبة

الثانية من الشفاء، وإن لم يأخذ بالشفعة، جاز أن يأخذ بها صاحب حق انتفاع باعتباره التالي

في المرتبة، أما إذا أخذ صاحب حق الانتفاع بالشفعة فهو يجمع شتات الملكية، ويصبح مالكا

ملكية تامة لهذا النصف، وإذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة الذي يملكه، فيأخذه بالشفعة

صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع يشفع في الرقبة ويستطيع أن يأخذه قبل

(1) - محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 266.

ذلك باعتباره شريكا في الرقبة، أي سبق له أن شفع في نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا في الشيوخ، وبه يملك العقار ملكية تامة ويجمع شتان الملكية على أكمل وجه⁽¹⁾.

ج- أن يكون العقار مملوك لشخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخص على الشيوخ

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

اتضح أن المشرع الجزائري أثناء تنظيمه للشفعة، لم يتقيد بما هو وارد في الشريعة العامة بل أضاف أحكام جديدة لنظام الشفعة وذلك من خلال بعض المواد الواردة في النصوص الخاصة وتعتبر بمثابة إضافات وتعديلات لما هو وارد في القانون المدني⁽³⁾.

تظهر هذه الأحكام من خلال ما جاء به قانون رقم 25/90 الخاص بالتوجيه العقاري وذلك من خلال المواد 2/52⁽¹⁾ و 71⁽²⁾ منه، حيث أكدت المادة 2/52 منه حق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في الأخذ بالشفعة في الأراضي الفلاحية التابعة للخواص.

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 555-556.

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

(3) - دغيش أحمد، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 185.

نجد كذلك المادة 57⁽³⁾ منه أنها منحت صفة الشفيع للجار في الأراضي الفلاحية، وهو غير وارد في القانون المدني الجزائري على خلاف التشريعات العربية التي منحت صفة الشفيع للجار أثناء تناولها لموضوع الشفعة في القانون المدني.

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

تضمن المادة 118 من الأمر رقم 105/76⁽⁴⁾ الخاص بالتسجيل العقاري، حق الدولة في الشفعة على كل أصناف الأملاك العقارية.

تم إلغاء حق الشفعة التلقائي الممارس من قبل الدولة على تصرفات الأجانب في ملكيتهم العقارية، وذلك تماشيا مع الإصلاحات التي أتى بها قانون رقم 25/90، بحيث وضع حد لاقتناء الدولة المباشر للعقارات المراد التصرف فيها من قبل الأجانب، حيث منحت للأجانب الحرية في التصرف في ملكياتهم بإبقاء خضوعهم للترخيص الذي يمنحه لهم الولي⁽⁵⁾ . أكد القضاء الجزائري عدم ثبوت الشفعة للمستأجر عند قيام المؤجر ببيع الجدران لفائدة الغير، حيث أن الشفعة لا تكون إلا في العقارات، وبالتالي لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية،

(1) - تنص المادة 2/52 من قانون 25/90 على ما يلي «... وفي هذا الإطار ممكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للترتيب المحدد في المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المذكور أعلاه»

(2) - تنص المادة 71 من قانون رقم 25/90 على ما يلي: « ينشأ حق الدولة والجمعيات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة، والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية، وتطبيق حق الشفعة المذكور مصالح وهيئات عمومية معنية تحدد عن طريق التنظيم ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو وارد في المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المذكور أعلاه» (3) - تنص المادة 57 من ق 25/90 على ما يلي: " يتم حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة "

(4) - أمر رقم 105/76، مؤرخ في 1976/2/09، يتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم.

(5) - شامة إسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 250.

أي أن القاعدة التجارية تدخل في قائمة المنقولات لا العقارات⁽¹⁾، جاءت المحكمة العليا في قرارها رقم 179136 المؤرخ في 1998/03/25 بخصوص هذه النقطة أن التاجر لا يعتبر منتفعا وبالتالي لا يمكنه ممارسة حق الشفعة، إذ أن حقه الوحيد يقتصر فقط على الحصول على التعويض عن الإخلاء، وبالتالي فإن المجلس قد أصاب لما رفض طلب الشفعة لانقضاء الصفة⁽²⁾.

الفرع الثاني

تزام أصحاب الحق في الشفعة

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

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
 - وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتهم أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.»
- سيتم تناول كل حالة على حدى.

أولا - تعدد الشفعاء من طبقة واحدة:

أكدت على هذه الحالة الفقرة الأولى من المادة 796 ت م ج، فإذا تعدد الشفعاء وكانوا كلهم من طبقة واحدة استحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه.

(1) - دغيش احمد، نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 187

(2) - قرار المحكمة العليا رقم 179136، مؤرخ في 1998/03/25، منشور في المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2004 .

أ - الحالة الأولى:

يكون الشفعاء من الطبقة الأولى، إذا كانوا ملاك الرقبة، فيشفعون في حق الانتفاع فمثلا إذا كان هناك ثلاث ملاك، يكون للأول ثلث الرقبة في الشيوخ، وللثاني نصف الرقبة، وللثالث السدس. يفتسم الملاك حق الشفعة فيما بينهم ويستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه، بناء على ذلك يأخذ المالك الأول بالشفعة ثلث حق الانتفاع، ويأخذ الثاني نصف حق الانتفاع أما الثالث يأخذ السدس⁽¹⁾.

ب - الحالة الثانية

يكون الشفعاء من طبقة ثانية إذ كانوا شركاء في الشيوخ، بحيث إذ ملك ثلاث شركاء في الشيوخ عقارا، وكان الأول يملك النصف ولكل الشريكين الآخرين الربع، ويبيع الشريك الأول حصته التي تساوي النصف لأجنبي، فإن الشريكين الآخرين يقتسمان فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذي طلبوه بالشفعة، فيصبح ذلك العقار بعد أخذه بالشفعة مملوكا للشريكين الآخرين على الشيوخ بالتساوي فيما بينهم، هذا الكلام يطبق على الشركاء في الرقبة وفي حق الانتفاع⁽²⁾.

ج- الحالة الثالثة

يكون الشفعاء في الطبقة الثالثة، إذا كانوا أصحاب حق انتفاع، يشفعون في حالة بيع كل الرقبة أو بعضها، لدينا مثلا ثلاثة ملاك لحق انتفاع على الشيوخ، لكل واحد منهم الثلث، إذ بيعت الرقبة، فإن أصحاب حق الانتفاع يأخذون بالشفعة وذلك بنسبة نصيب كل واحد منهم في حق الانتفاع، ويصبح كل واحد منهم مالكا للعقار في الشيوخ ملكية تامة الثلث⁽³⁾.

(1)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 143_144.

(2)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع نفسه:

(3)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع نفسه.

إن تطبيق هذا المبدأ على الطبقات الثلاث لا يثير صعوبة، لكن يجب مراعاة حالة إنفراد كل شفيح بطلب الشفعة لنفسه مستقلاً عن غيره من الشفعاء، حيث يجب أن يطلب الشفعة في كامل العقار المبيع وذلك نظراً لخاصية عدم جواز تجزئة الشفعة، في حالة اشتراك شفعاء متعددين في طلب الشفعة كلهم بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل شفيح منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم في أخذ العقار بالشفعة، إذ لا يكون هناك تجزئة لشفعة أو تبويض للصفقة على المشتري⁽¹⁾.

ثانياً- تعدد الشفعاء مع مشتري شفيح:

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

أ- تزامن المشتري الشفيح مع شفعاء أعلى منه طبقة

يرى الفقهاء في هذا المجال أن المشرع لم يأتي بشيء جديد في هذا الفرض، حيث يتفق النص الوارد في المادة 2\796 ت م ج مع ما هو وارد في الفقرة الأولى من نفس المادة، فيفصل هؤلاء الشفعاء على المشتري لكونهم اعلي طبقة . يمكن للمشتري أن يعترض على هذا التزام بحجية أسبقيته في الشراء، لان سبب الشفعة في الشفيح أقوى من سبب الشفعة في المشتري . نفترض أن هناك مالك لعقار ورتب عليه حق انتفاع لشريكين في الشيوخ، ثم أقدم احدهم بيع حصته لشريك آخر، فهنا يحق للمالك أن يأخذ الحصة بالشفعة، ولا يحق لذلك

(1)- ابراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 307

المشتري الشريك أن يرفع دعوى الشفعة على أساس انه شفيع لان مالك الرقبة اعلي منه درجة⁽¹⁾.

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 أن فقدت هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء . مثلا أن يشتري مالك رقبة حصة احد الشريكين على الشيوخ في حق انتفاع، ويتقدم الشريك الآخر بالأخذ بالشفعة، فإن مالك الرقبة يفصل باعتباره مشتري توفرت فيه الشروط⁽²⁾ .

ج- تزامم المشتري مع شفعاء من نفس الطبقة

يتزامم المشتري مع شفعاء من نفس طبقتة حسب ما هو وارد في المادة 796 ت م ج بقولها « **وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفصل على الشفعاء من طبقتة ...** » إذا بيع لشريك في الرقبة حق الانتفاع مماثل لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون في الرقبة الشفعة في هذا الحق، ففي هذه الحالة يفضل الشريك المشتري، أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع 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 الانتفاع، الشفعة في الملابس لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون في حق الانتفاع، الشفعة في الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشتري، أما إذا كان المبيع من الرقبة يزيد عن القدر الملابس لنصيب المشتري في الانتفاع فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين 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 احد الجيران في الأراضي الفلاحية فطلب الشفعة فيها جيران آخرون، فضل الجار المشتري، هذا حسب رأي جانب من الفقهاء الذين يرون ان الجيران الشفعاء كلهم في مرتبة واحدة، وهناك فريق من الفقهاء من يرون أن الجيران ليسوا

(1) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 293_295.

(2) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص 293.

كلهم من نفس المرتبة ن بل يفضل الجار ممن يعود على ملكه منفعة اكبر على هذا الجار
المشتري⁽¹⁾ .

ملاحظة:

تناولت المادة 796 ت م ج فكرة تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، وتزامم المشتري
عندما يكون شفيعاء، ولم تتناول فكرة تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة، كما فعلت العربية منها
القانون المدني المصري، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 1/937⁽²⁾ منه، بحيث إذا بيعت
حصة شائعة في حق انتفاع وتقدم للأخذ بالشفعة فيها مالك الرقبة الملابس والشريك في
الانتفاع، فضل مالك الرقبة إذ هو من الطبقة الأولى، وإذا بيعت الرقبة وتقدم للأخذ بالشفعة
فيها صاحب حق الانتفاع الملابس والجار إذا كانت أراضي فلاحية، فضل صاحب حق
الانتفاع إذ هو من الطبقة الثالثة، بينما الجار يكون في الطبقة الأخيرة، وإذا بيعت حصة
شائعة في الرقبة وتقدم للأخذ بالشفعة فيها الشريك في الرقبة وصاحب حق الانتفاع الملابس،
فضل الشريك في الرقبة إذ هو من الطبقة الثانية بينما صاحب حق الانتفاع من الطبقة
الثالثة⁽³⁾

يرجع النقص الوارد في المادة 796 ت م ج إلى خطأ في الصياغة من خلال عبارة

«في الفقرات التالية» والأصح هو استبدالها بعبارة «في المادة السابقة»⁽⁴⁾

المطلب الثاني

شروط الاخذ بالشفعة

(1) - أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 328.
(2) - تنص المادة 1/937 ق م م علي ما يلي: «إذا تزامم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب
المنصوص عليه في المادة السابقة..»، نقلا عن منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص
212.

(3) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 566.

(4) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 281-283.

يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إذا توفرت فيه شروط معينة، ولما كانت الشفعة حق استثنائي فهي تخرج عن القاعدة التي تقضي بأن لا ينتزع من المالك ملكه إلا برضاه كل ذلك كان له انعكاس واضح على شروط الشفعة وعلى الجزاء المترتب على مخالفتها وهذه الشروط متعددة، فمنها الشروط المتعلقة بالشخص الشفيع الذي يمنح له القانون حق ممارسة الشفعة (الفرع الأول)، وهناك شروط خاصة بالعقار المشفوع فيه، أي محل الشفعة، كذلك الشروط المتعلقة بالمشتري المشفوع منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالشفيع

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

أولاً - يجب أن يكون الشفيع شخص من اشخاص القانون:

يكون لكل من ثبت له الشخصية القانونية صلاحية اكتساب حق الشفعة فهذا الحق يثبت للشخص الطبيعي وللشخص المعنوي لان حق الشفعة ليس من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعي⁽¹⁾.

ثانيا- توفر الأهلية الواجبة في الشفع:

تترتب آثار قانونية هامة في حالة حلول الشفيع في عقد البيع محل المشتري، لذلك فإن الشفعة تعتبر من أعمال التصرف وليس الإدارة، وعليه لا بد أن تتوفر في الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان الشفيع كامل الأهلية، جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة

(1) - إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع سابق ص 329.

كما تقتضي وكالة خاصة في حالة الأخذ بالشفعة عن طريق الوكالة، ذلك لان الوكالة العامة لا تخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة، أما في حالة النيابة، فإذا قام الأب باعتباره وليا بالأخذ بالشفعة نيابة عن ابنه القاصر، فيمكن له ذلك دون استئذان المحكمة أما بالنسبة للوصي والقيم ووكيل الغائب، فإنه يلزم استئذان المحكمة⁽¹⁾

ثالثا - وجوب توفر صفة الشفيع:

يجب أن يكون الشخص المطالب بالشفعة يمتلك صفة الشفيع، أي مالكا للعقار الذي يشفع به، وذلك ما هو وارد في المادة 795 ت م ج السالفة الذكر، حيث أنه إذا كان الشفيع يشفع بالرقبة فيجب أن يكون مالكا لتلك الرقبة، وإذا كان يشفع بالانتفاع، فيجب أن يكون صاحب حق انتفاع، وإذا كان شفيعا لحصة شائعة فيجب أن يكون شريكا في الشبوع ومالكا لهذه الحصة الشائعة .

رابعا- توفر سبب الشفعة للشفيع وقت صدور البيع

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

الغالب أن يكون حق الشفيع على عقاره الذي يشفع به ناشئا عن تصرف قانوني كعقد بيع صادر إليه والتصرف القانوني ينقل الحقوق العينية العقارية الأصلية بالتسجيل، لذلك يجب أن يكون التصرف القانوني الصادر عن الشفيع في الأخذ بالشفعة مسجلا وقت بيع المشفوع فيه، فالشفعة لا تجوز إذا كان حق الشفيع مستندا إلى تصرف قانوني غير مسجل قبل بيع المشفوع فيه⁽²⁾، وبصدد ذلك تنص المادة 797 ق م ج على ما يلي :

« إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل ان تعلن اي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها »، وحتى لو كان التصرف ثابت التاريخ قبل هذا البيع، وحتى ولو قام بشهر عقده بعد ذلك في المحافظة العقارية حيث انه ليس للشهر

(1)- إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع نفسه .

(2)- كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرها، مرجع سابق، ص ص 576-577

أثر رجعي، ولا يجوز الشفعة حتى ولو كان الشفيع قد حصل على حكم بصحة التعاقد المنقل لحقه على العقار الذي يشفع به، طالما أن هذا الحكم لم يتم شهره قبل بيع المشفوع فيه. ينبغي كذلك أن يكون هذا التصرف القانوني موجودا وصالحا لتوليد هذا الحق قبل بيع المشفوع فيه.

تجوز الشفعة إذا كان هذا التصرف قابلا للإبطال أو معلقا على شرط فاسخ، طالما لم يحكم بالإبطال أو لم يتحقق الشرط قبل بيع المشفوع فيه لكن، لا تجوز الشفعة إذا كان هذا التصرف صوريا أو باطلا بطلانا مطلقا، أو معلقا على شرط واقف طالما لم يتحقق الشرط قبل البيع المشفوع فيه⁽¹⁾.

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

خامسا- يجب أن لا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المبيع:

يرى الفقهاء بأن أخذ العقار بالشفعة يعتبر بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه حيث أن الشفيع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار . من المعلوم أن القانون يمنع بعض الأشخاص من شراء العقار المشفوع فيه، كعمال القضاء والمحامين، حيث منع القانون هذه الفئة

(1) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرهما، مرجع نفسه، ص 577_579.

(2) - إبراهيم سعد نبيل، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرهما، مرجع سابق، ص 333.

(3) - محمود خيال، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 199.

من شراء الحقوق المتنازع فيها، هذا حسب ما هو وارد في المادتين (1)402 و (2)403 من ت م ج التي يفهم منها بان الممنوع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة وكتاب الضبط والمحامون، وأيضا الموثقون والمحضرين القضائيين، وهذا راجع لعدم العمل بالقانون رقم 03/06 (3) المتعلق بتنظيم مهنة المحضرين القضائيين وقت صدور القانون المدني في 1975 .

يشترط لمنعهم من شراء الحقوق المتنازل فيها بالشفعة أن تثبت لهم هذه الصفة وقت الشراء، لو اشترى ذلك القاضي أو المحامي قبل تعيينه في القضاء أو بعد اعتزاله فشفعته صحيحة. نجد كذلك المادتين (4)410 و (5)411 من ت م ج قد منحت كل من الوكلاء والخبراء من شراء العقارات المنوط بهم بيعها (6)، نجد مثلا النائب ممنوع من شراء المال المنوط به بيعه لدى لو وكل شخص آخر يبيع عقاره فلا يجوز للوكيل أن يمتلك هذا العقار بالشفعة وإن توفر فيه سبب من أسبابها (7) .

فرض المشرع الجزائري مانع الشفعة إذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة، ذلك نظرا لعدم جواز الأخذ بالشفعة، ذلك من خلال المادة 2/798 ت م ج التي تنص : « لا شفعة ... إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين

-
- (1) - تنص المادة 402 ت م ج على ما يلي: " لا يجوز للقضاة ولا المدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا"
- (2) - تنص المادة 403 ت م ج على ما يلي: " لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين ان يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمانهم او بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها، وإلا كانت المعاملة باطلة"
- (3) - قانون رقم 03/06، مؤرخ في 20/02/2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائيين، الجريدة الرسمية عدد 14، صادر في 18/03/2006.
- (4) - تنص المادة 410 ت م ج على ما يلي: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريقة المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى"
- (5) - تنص المادة 411 ت م ج على ما يلي: "لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم بيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار."
- (6) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 278-279
- (7) - العبيدي على هادي، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 144

الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية» تمنع الشفعة إذا حصل البيع بين الأقارب المنصوص عليهم في المادة السالفة الذكر، نظرا للصلة القائمة بين البائع والمشتري، ويعتبر ذوي القرابة كل من يجمعهم أصل واحد وهذا حسب ما نصت عليه المواد،⁽¹⁾ 32، ⁽²⁾ 33، ⁽³⁾ 34، ⁽⁴⁾ 35، من ت م ج، فهذه الصلة قد روعيت في البيع مما يغلب يغلب أخذ شخصية المشتري في الاعتبار عادة في الشروط والثلثن، مما يجعل المشتري أولى من الشفيع بما لا يجيز الشفعة فيه. الصلة التي تربط المشتري بالبائع والتي تقيم المنع هي صلة القرابة، أو الزواج التي تشمل النسب أو المصاهرة، قرابة النسب تكون إما قرابة مباشرة بين الأصول والفروع، إما غير مباشرة (الحواشي)، قرابة المصاهرة هي قرابة احد الزوجين لأقارب الزوج الآخر⁽⁵⁾

قررت المحكمة العليا في اجتهادها القضائي للغرفة العقارية تحت قرار رقم 196675 ما

يلي: «من المقرر قانونا انه لا شفعة ... إن وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين

الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وأن القرار المطعون فيه لما قضى بعدم

(1) - تنص المادة 32 ت م ج على ما يلي: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"

(2) - تنص المادة 33 ت م ج على ما يلي: " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون احد فرعا لآخر".

(3) - تنص المادة 34 ت م ج على ما يلي: " يراعي ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعود، من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة"

(4) - تنص المادة 35 ت م ج على ما يلي " يعتبر أقارب احد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر"

(5) - خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 251.

الاعتداء باستعمال حق الشفعة لكون المشتري هو ابن خال جميع الأطراف يكون قد أصاب

فيما قضى وهو تطبيق سليم للقانون»⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالعقار محل الشفعة وبالمشتري

تتحقق الشفعة إذا توفرت جملة من الشروط في كل من العقار المشفوع فيه والمشتري

المشفوع منه، والتي سنتناولها على النحو التالي:

أولاً - الشروط الواجب توفرها في العقار المشفوع فيه:

يعرّف العقار حسب المادتين 683⁽²⁾ و 684⁽³⁾ ت م ج أنه كل شيء ثابت لا يمكن نقله أو

تغيير هيئته⁽⁴⁾، سواءً كان هذا الاستقرار بفعل الطبيعة كالأرض أو بفعل الإنسان كالمباني،

ويعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على العقار، والمشفوع فيه هو المبيع الذي يستحق

الشفيع أخذه بالشفعة، فهو العقار الذي يتعلق به حق الشفعة⁽⁵⁾.

قصرّ المشرع الشفعة على العقارات دون المنقولات حسب ما هو وارد في المادة 794 ت م ج،

فالشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، يرجع ذلك إلى ثبوت العقارات في

حيزها حيث لا يمكن نقلها من مكان لآخر، أما المنقولات فحسب طبيعتها فهي تنتقل من مكان

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 196675، مؤرخ في 2001/03/29، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص 251.

(2) - تنص المادة 683 ت م ج على ما يلي: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار

و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول غير أن المنقول الذي يصغه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

(3) - تنص المادة 684 ت م ج على ما يلي: " يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".

(4) - مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 45-46.

(5) - حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة، مرجع سابق، ص 79.

لآخر ولا تستقر بحيز محدد⁽¹⁾، فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المال، فإن الشفعة لا تجوز فيه، كما أن الشفعة لا تجوز أيضاً في بيع العقار بالتخصيص استقلالاً عن العقار الأصلي لكن إذا بيع مع العقار فإن الشفعة تشمله باعتباره من ملحقاته.

يعتبر الحق العيني الذي يقع على العقار ما لا عقارياً وتجاوز الشفعة فيه (حق الانتفاع وملكية الرقبة)، أما المنقول فلا شفعة فيه وإنما هو استرداد إذا كان مملوكاً على الشئوع⁽²⁾، والشفعة هي نظام غير قابل للتجزئة، بحيث لا يجوز للشئوع أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون البعض الآخر ذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري. تستبعد بعض العقارات من نطاق الشفعة، ذلك حسب ما هو وارد في المادة 1/798 و 3 م ج، حيث تنص الفقرة الأولى على ما يلي : لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون.

تكمن الحكمة من استبعاد الشفعة من هذا البيع أن الشئوع يستطيع الدخول في المزاد، كما أن الإجراءات التي رسمها القانون للمزاد تكفل له الحصول على العقار المبيع بالتقدم بالعرض الأعلى، والبيع بالمزاد العلني الذي يمنع الأخذ بالشفعة يستوي أن يكون الأحر فيه عبرياً أو اختياراً، أما البيع الذي يجريه الأفراد بمعرفتهم دون أن يتم أمام القضاء فتجوز فيه الشفعة نظراً لعدم توفر الضمانات التي يتطلبها القانون. يتضح مما سبق أنه يشترط لمنع الشفعة في البيع بالمزاد العلني، أن يتم البيع بالمزاد العلني، فإذا لم يكن المزاد علنياً فإن الشفعة تجوز في البيع، ويجب أن يتم وفقاً للإجراءات التي تكفل علنية العطاءات.⁽³⁾

تنص الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر على ما يلي : لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلصق بمحل عبادة منع المشرع الشفعة هنا نظراً للاعتبار الديني المقدم على مصلحة الشئوع، والمقصود بهذا المنع، حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء

(1) - رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ص 203

(2) - إبراهيم سعد نبيل، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 324

(3) - قاسم حسين، موجز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 285

عقار، وهو إقامة محل عبادة جديد أو الإلحاق بمحل عبادة قائم، فهنا يكون المشتري أولى بالعقار من الشفيع، فمثلا يبيع المالك أرضه لمشتري بناء مسجد أو إقامة بعض الترميمات لمسجد وجد من قبل، فهنا يكون العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، فلا تجوز الشفعة فيه حتى لا يضيع المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه (1)

ثانيا - الشروط الواجب توفرها في عقد البيع:

تقتصر الشفعة على البيع، بحيث لا يخضع أي تصرف آخر قانوني لنظام الشفعة (2) وعلى ذلك فلا بد من وجود عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه، والحكمة من ذلك أن البائع لا مصلحة له في أن يشتري منه شخص معين، بل يستوي لديه أن ينتقل المبيع إلى ملك المشتري أو ملك الشفيع (3)، والبيع القابل للإبطال تجوز فيه الشفعة لأنه عقد قائم ومنتج لأثره إلى غاية الحكم بإبطاله، نفس الشيء بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ، لأنه عقد صحيح وقائم إلى غاية تحقق الشرط الفاسخ، كذلك الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف.

يشترط للمطالبة بالشفعة أن يكون هناك بيع قائم وموجود، فلا مجال للأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطلا بطلانا مطلقا، حيث أن العقد الباطل لا وجود له (4).

يحل الشفيع محل المشتري في مقابل الثمن الذي اشترى به، ولا ثمن إلا في عقد بيع، الذي لا تثبت الشفعة في الوصية باعتبار أنها صادرة من جانب واحد، ولا الميراث باعتبار أنه واقعة قانونية تتبع عن الوفاة، فهي ليست تصرف قانوني (5)، لا تثبت كذلك الشفعة في القسمة، ذلك أن القسمة مقررة وكاشفة عن حقوق الشركاء، كذلك الصلح لا تثبت فيه الشفعة فهو يتعلق بالواجبات الشخصية للمتصلحين التي لا يمكن للشفيع القيام بها، فيتعذر عليه أن يقوم مقام

(1) - خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 256

(2) - منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 220

(3) - خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 189

(4) - منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 220

(5) - خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 185

المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات⁽¹⁾، كما لا تجوز الشفعة في عقد الهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغ من النقود، ما لم يتبين أن العوض يساوي قيمة العقار أو يقترب من ذلك، فيكون عندئذ العقد في حقيقته بيع ولو سمي هبة، فتجوز فيه الشفعة بناء على ذلك⁽²⁾.

تمنع الشفعة في نزع الملكية للمنفعة العامة، لأن هذا الأخير لا يعدّ بيعاً، حتى لو حصل الشخص الذي انتزعت منه ملكيته على تعويض يعادل ثمن العقار، كما أن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة، كما لا تجوز الشفعة في الشركة إذا كانت حصة الشريك من الشركة عقاراً، حيث أنه يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري وقيامه بكل التزاماته وهذا متعذر في حالة تقديم العقار للشركة، لا تجوز الشفعة حتى ولو أعطى الشفيع للشركة قيمة العقارات لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلاً عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار⁽³⁾.

تتعذر الشفعة في الوفاء بمقابل، فإذا قدّم المدين عقاراً لدائنه في مقابل دينه فلا يجوز أخذه بالشفعة لأن الوفاء بمقابل هو استيفاء الدين،⁽⁴⁾ ولا بد أن يكون البيع حقيقي، فإذا كان مستورا بتصرف آخر، جاز للشفيع إثبات صور يته بكافة طرق الإثبات، مثلاً أن يكون هناك هبة ساترة للبيع، جاز للشفيع إثبات الصورية وإقامة الدليل على أن العقد في حقيقته بيع، وليس هبة، فيجوز له طلب الشفعة في هذا العقد. إذا كان العقد يستر الهبة فإن الشفيع باعتباره من الغير يجوز له التمسك بالعقد الصوري الظاهر، وهو البيع ويكون له الحق في طلب الشفعة دون تدخل المشتري بالدفع في مواجهته بالعقد الحقيقي المستور، إلا إذا كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر، وإذا كان الثمن المذكور في العقد صورياً، فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الثمن المذكور أكبر، أو أقل من الثمن الحقيقي، فإذا كان الثمن أكبر من الثمن الحقيقي، جاز للشفيع إثبات الثمن الحقيقي، فإذا نجح، فإنه لا يلتزم إلا بإثبات هذا الثمن، فإذا كان الثمن أقل

(1)- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 269

(2)- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 141

(3)- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 270-279

(4)- خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 286

من الثمن الحقيقي كالتهرب من رسوم التسجيل، فإن الشفيع باعتباره من الغير لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر، ويجوز له الأخذ بالشفعة مقابل الثمن الوارد في هذا العقد، ولا يجوز لأي من المتعاقدين إثبات الثمن الحقيقي للاحتجاج به على الشفيع⁽¹⁾.

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

قررت المحكمة العليا في قرها رقم 130337 على ما يلي: حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي وقضى بإبطال عقد البيع، والقضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حيث أن حق الشفعة رخصة تجيز الحلول محل الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمنا للشروط المنصوص عليها قانونا ولم تنص على الوعد بالبيع، كما أن المادة 807 من نفس القانون نصت على سقوط حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم عقد البيع وليس الوعد بالبيع⁽³⁾.

يرى فريق من الفقهاء بأن البيع العقاري غير المشهر لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة، لأن الشفيع لا يتلقى الملكية من المشتري، وإنما يحل محله في عقد البيع فيعتبر العقد كأنه صادر إليه من البائع والمشتري، وله حقوق المشتري، ومنه يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور هذا العقد، وتسري المواعيد من وقت إبرامه، وإذا فوت الشفيع هذه المواعيد أو تنازل عن الشفعة، فلا يجوز له الأخذ بها في العقد المشهر بعد ذلك، نجد كذلك العقد الابتدائي وهو عقد غير مشهر لأن الالتزامات المترتبة على البائع والمشتري لا تنفذ في الحال، ويعود السبب في عدم شهره فورا إلى طول الإجراءات المستلزمة فيه، فيبرم لدى الموثق في انتظار شهره في المحافظة العقارية، فهو عقد تام وملزم للطرفين، وعليه تجوز الشفعة فيه بناءً على الاعتبارات السابقة⁽⁴⁾.

ثالثا - الشروط المتعلقة بالمشفوع منه:

(1) - منصور محمود حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 121-122.
(2) - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 136.
(3) - قرار المحكمة العليا رقم 130337، مؤرخ في 10/01/1995، المجلة القضائية، العدد الأول، صادر في 1995، ص 196.
(4) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 136.

سبق الذكر أنه إذا توفرت في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا فيما اشتراه، وكان من نفس طبقة الشفعاء طالبي الأخذ بالشفعة أو من طبقة أعلى، يتقدم عليهم ويستبعدهم بحيث لا تجوز شفعتهم، وإذا كانوا هؤلاء الشفعاء في أعلى طبقة من المشتري، تجوز شفعتهم بحيث يستبعدون المشتري ويحولون محله في البيع. بناءً على ذلك لكي يجوز للمشتري الأخذ بالشفعة يشترط أن تكون متوافرة فيه الشروط التي تجعله شفيعا من نفس طبقة المطالبين بالشفعة أو من طبقة أعلى من طبقته⁽¹⁾.

يشترط حتى يتسنى أخذ العقار المبيع من المشتري بالشفعة أن لا يكون من الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 2/798 ت م ج حيث تنص هذه المادة على ما يلي: «لا شفعة.....إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية....» فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأقارب في الحدود التالية:

- . حالة البيع بين الأصول والفروع : كما لو باع الأب لأبنه، أو الجد لحفيده .
- . حالة البيع بين الزوجين : كأن يبيع الزوج وأثناء قيام العلاقة الزوجية عقارا لزوجته .
- . حالة البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة : هم الأقارب الذين تجمعهم قرابة الحواشي .
- . حالة البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية : هم أقارب أحد الزوجين بالنسبة للزوج الآخر⁽²⁾.

تكمن الحكمة من عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا كان المشتري ممن تربطهم بالبائع إحدى الصلات المذكورة سابقا، أن هذه الصلة غالبا ما تؤدي إلى البيع على النحو الخاص بحيث ما كان ليتم على هذا النحو لو كان البيع لشخص آخر، ولذا لا تجوز الشفعة لا تتوفر بالنسبة الاعتبار التي أدت إلى البيع، حتى ولو كان طالب الشفعة أقرب إلى البائع من المشتري⁽³⁾.

(1) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، مصادرهما، مرجع سابق، ص 605.
(2) - خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 142.
(3) - سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 181

الفصل الثاني

أحكام الشفعة

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 ت م ج، بحيث لابد للشفيع أن يتبع بعض الإجراءات محددة ودقيقة أوردها المشرع لضمان الجدية في الطلب ومنع التحايل في الحصول على الحق، وتعتبر الشفعة قيذا على حرية التصرف، بحيث ينزع ملك المشتري جبرا عنه بحكم القضاء، لذا حدد المشرع هذه الإجراءات بدقة، تبدأ هذه الإجراءات بإجراءات أولية وهي إعلان الرغبة وإيداع الثمن لدى الموثق ثم يأتي إجراء رفع الدعوى (المبحث الأول).

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

المبحث الأول

إجراءات ممارسة حق الشفعة

يثبت الحق في الشفعة بالتقاضي أو بالتراضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون اللجوء إلى اتخاذ إجراءات قضائية، فيصبح الشفيع متمتعاً بحقوق المشتري، ويبرم العقد ويشرع في مباشرة الإجراءات الناقلة للملكية، غير أنه قد يثور النزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وهذا ما يجعلهما يلجآن إلى القضاء، كأن لا يرضي المشتري بالتنازل عن العقار المبيع للشفيع، ففي هذه الحالة على هذا الأخير أن يتخذ إجراءات معينة للحصول على العقار بمقتضى حكم قضائي. حدد القانون هذه الإجراءات ورتب على عدم التقيد بها سقوط حق الشفيع في الشفعة، ولكي ترفع دعوى الشفعة لابد من توفر بعض الإجراءات الأولية السابقة لرفع الدعوى، والمتمثلة في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن لدى الموثق (المطلب الأول)، ثم يأتي إجراء رفع 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 والواجب إتباعها قبل رفع دعوى الشفعة، أول إجراء هو إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فلا يمكن للشفيع أن يرفع دعواه، إذ لم يقدّم أولاً بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة بنفسه، أو أن يتم ذلك بتوجيه الإنذار إليه من طرف المشتري والبائع (الفرع الأول).

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

الفرع الأول

إعلان الرغبة في الشفعة

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

أولاً- الإنذار الرسمي الموجه إلى الشفيع:

يجوز للبائع والمشتري توجيه إنذار رسمي إلى الشفيع الذي يتضمن إعلان هذا الأخير بحصول البيع، ودعوته إلى إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إن كان يرغب في ذلك، وينبغي عليه إعلان رغبته في الشفعة وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون، وفي مواعيدها المحددة وإلا سقط حقه في الشفعة، وذلك في أجل ثلاثون (30) يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، إضافة إلى مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، طبقاً للمادة 799 ت م ج الآتي نصها كما يلي: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه، و يزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك».

يجب أن يشمل هذا الإنذار على بيانات معينة نصت عليها المادة 800 من ت م ج وتتمثل هذه البيانات فيما يلي:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً، يقصد بالبيان الكافي للعقار المبيع تعريف الشفيع لذلك العقار تعريفاً كافياً ونافعاً للجهالة.
- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره.

■ يترتب على تخلف أحد هذه البيانات السابقة الذكر بطلان الإنذار وإلا يترتب عليه، سقوط حق الشفيع في الشفعة إذ لم يعلن رغبته خلال ثلاثين(30) يوما من تاريخ الإنذار⁽¹⁾، كما يجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع أو الشفعاء في حالة تعددهم في موطن كل منهم، حتى ولو كانوا من طبقات مختلفة، وذلك لاحتمال ألا يرغب أحدهم في الأخذ بالشفعة مما يفتح بابها لمن هم من طبقة أدنى⁽²⁾.

ثانيا - التصريح بالرغبة :

اشترط المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية أن يكون إعلان الرغبة في الشفعة رسميا، وإلا كان باطلا وفقا للمادة 801 ت م ج التي تنص على ما يلي: **«يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا...»** يفهم من هذه المادة أن الشفيع يعلن الأخذ بالشفعة بورقة رسمية، أي عقد رسمي يعلن من طرف كتابة الضبط، ولا يعتد بأي ورقة أخرى وإلا كان الإجراء باطلا.⁽³⁾ للتوضيح أكثر، وردت قضية عرضت على المحكمة العليا عن طريق الطعن بالنقض لممارسة رقابتها على القرار المطعون فيه، ذلك أن الطاعنة تملك عقارا مشاعا مع المطعون ضدها، باعت حصتها إلى أجنبي، فمارست الطاعنة حقها في الأخذ بالشفعة وصرحت برغبتها في ذلك يوم 1993/05/25 بعقد رسمي، وأعلنت البائعة والمشتري بهذه الرغبة بواسطة المحضر القضائي بتاريخ 22-06-1993. قامت برفع دعوى الشفعة يوم 12-07-1993 رفعت المحكمة الابتدائية

(1) - منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 229.

(2) - قاسم محمد حسين، وجيز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 293.

(3) - منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 230.

دعواها لعدم استيفاء الشروط الشكلية الخاصة بالشفعة وقضي المجلس القضائي بتأييد الحكم المستأنف، أما المحكمة العليا حكمت بنقض وإبطال القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

وضعت المحكمة العليا بهذا القضاء معيار للتفرقة بين تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة المنصوص عليه في المادة 1/801 السالفة الذكر الذي يجب أن يكون بعقد رسمي، وبين تاريخ إعلان الرغبة إلى البائع والمشتري الذي يبدأ منه تاريخ حساب مدة ثلاثين يوما المنصوص عليه في المادة 802 لرفع دعوى الشفعة، معتبرة أن قضاة الموضوع قد خالفوا أحكام المادة 802 لأنهم أخذوا في احتساب الأجل بتاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ولم يأخذوا بتاريخ الإعلان به، ويجب أن يوجه ذلك الإعلان إلى كل من البائع والمشتري وإذ تعددوا وجب إعلانهم جميعا بالشفعة وبالميعاد القانوني، فإذا وجه الإعلان إلى أحدهما في الميعاد والآخر بعد فوات الميعاد، كان إعلان الرغبة باطلا، وإذا كان الإعلان ناقصا فللشفيع أن يكمل هذا الإعلان بطلب لاحق ولا بد من إعلان هذا الطلب اللاحق إلى البائع والمشتري في الميعاد القانوني وإلا سقطت الشفعة⁽²⁾، وعلى الشفيع إعلان رغبته إلى كل واحد من الباعين والمشتريين في موطنه أي في محل إقامته المعتادة حسب المادة 36 ت م ج.⁽³⁾

ثالثا- ميعاد الرغبة :

تنص المادة 2/801 ت م ج على ما يلي: « يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة،

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 186433، مؤرخ في 16/06/1999، منشور في المجلة القضائية عدد 02، لسنة 1999، ص11، نقلا عن خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص209.

(2)- خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص209_211.

(3)- تنص المادة 36 ت م ج على ما يلي: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

- و لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت.

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 الشفيع رغبته خلال ثلاثين (30) يوماً، هذه الحالة لديها عدة فرائض هي:

أ- حالة إنذار الشفيع بالبيع:

يتوجب على الشفيع أن يقوم بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، إذا أُنذره البائع والمشتري بوقوع البيع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بحصول البيع، (المادة 799 ت م ج)، فلا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، حتى ولو قام الدليل القاطع بأنه قد علم بالبيع في وقت معين، فإن الميعاد مع ذلك لا يسري من هذا الوقت وإنما من وقت الإنذار⁽¹⁾.

ب - حالة عدم إنذار الشفيع بالبيع:

يحصل في بعض الأحيان، عدم علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمي، أو أن يكون ذلك الإنذار باطلاً، 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 ت م ج التي تنص على ما يلي: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع...» إذا كان الشفيع لم يعلم بوقوع البيع ولم يقدره البائع أو المشتري بوقوعه أو وقوع إنذار، فقد أطال المشرع المدة التي يتعين خلالها أن يطلب الأخذ بالشفعة⁽²⁾، فجعلها سنة من وقت شهر عقد البيع، هذا ويعتبر ميعاد السنة من يوم شهر عقد البيع في المحافظة العقارية، مدة سقوط لا مدة تقادم، وبالتالي لا ينقطع ولا يوقف ويسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية.

(1) - أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 335.

(2) - خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ص 208-209.

ج- حالة عدم إنذار الشفيع وعدم إشهار عقد البيع:

يحدث أحيانا أن يكون الإنذار غير ملزم بالنسبة للبائع والمشتري، ويكون هذا الأخير غير ملزم بشهر عقد البيع، ويحدث بناء على هذا عدم إنذار الشفيع، أو ينذر إنذارا باطلا، عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع لأن الوقائع التي تفتتح معها هذه المواعيد لم تحدث، وعليه يحق للشفيع حتى يعلم بوقوع البيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت شاء.⁽¹⁾

يظل هذا الحق قائما للشفيع ما دام أنه لم يسقط بالتقادم بمضي 15 سنة طبقا للقواعد العامة وهو ما نصت عليه المادة 308⁽²⁾ت م ج، حكم هذه الحالة أكدت عليه عدة قرارات قضائية الصادرة عن المحكمة العليا نذكر منها القرار الذي جاء نصه كما يلي: "من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون".⁽³⁾

رابعا- شهر إعلان الرغبة في الشفعة:

(1) - دغيش احمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، صص 208_209.

(2) - تنص المادة 308 ت م ج على ما يلي: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون و فيما عدا الاستثناءات التالية".

(3) - قرار المحكمة العليا رقم 64331، مؤرخ في 1990/04/30، منشور في المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1991، ص 183، نقلا عن، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص 183.

تنص المادة 1/801 على ما يلي: « يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا...» ومن هذه الفقرة يمكننا استنتاج الملاحظات التالية:

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

ب- أن يكون الإعلان بغية الحل محل المشتري عن طريق كتابة ضبط المحكمة: يعني أن العقد المحرر من طرف الموثق بيدي من خلاله الشفيع رغبتة في استعمال حق الشفعة من أجل شراء العقار، وإذا لم يحترم الشفيع هذا الإجراء سقط حقه في استعمال الشفعة واعتبر التصريح باطلا.⁽¹⁾

ج- لا يحتج بهذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا:

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

(1) - لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مجلة الموثق، العدد 07، 1999، ص 35.

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

الفرع الثاني

إيداع الثمن لدى الموثق

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

أولاً- إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق :

توجب المادة 2/801 السالفة الذكر الشفيع بإيداع كامل الثمن ضمنا لجدية طلب الشفعة، وجعلت جزء مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الشفعة⁽¹⁾، 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 احترام المدة القانونية المشار إليها. يلتزم الشفيع بدفع كل الثمن وليس جزء منه فقط، ولو كان البائع قد منح المشتري أجلا في الوفاء ببعض الثمن، وهو إجراء جوهري يتطلبه القانون من أجل قبول رفع دعوى الشفعة، لذلك لا يمكن للبائع الإعفاء منه حتى ولو حدث اتفاق بينه وبين الشفيع على التأجيل، يكون للمحكمة عند عدم القيام به أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الشفعة وإيداع كل الثمن⁽²⁾.

(1) - طلبية أنور، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، مصر، الجزء الثامن، د ت ن ، ص 322.

(2) - دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 330 .

أتى الأمر رقم 76-105 المتعلق بقانون التسجيل المعدل والمتمم بالتعديل الجديد وذلك من خلال المادة 7 منه التي أتت معدلة للمادة 1/256 و2⁽¹⁾ من الأمر رقم 11-11 المؤرخ في 18/07/2011 المتضمن قانون المالية التكميلي⁽²⁾ حيث أنه فرضت على صاحب الملكية دفع خمس 5/1 الثمن لدى الموثق محرر العقد، كما أتت هذه المادة بالاستثناء القائل بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع وهذا ما نصت عليه المادة 804 ت م ج حيث أنه حسب هذه الفقرة الثانية من المادة 256 فإن الثمن أو الجزء منه قابلاً للدفع عند حلول الأجل بين يدي الموثق محرر العقد. أوجب المشرع إيداع كامل الثمن في أول الأمر

(1) - تنص المادة 1/256 و2 من قانون المالية التكميلي على ما يلي : " يجب أن يدفع لزوماً خمس (5/1) ثمن نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو ملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو لحقوق عقارية.

ويرفع مبلغ الإيداع إلى نصف (½) الثمن إذا كان أحد طرفي العقد شخصية معنوية أو في حالة نقل ملكية المحلات التجارية أو الزبائن.

وكذلك فإن دفع نصف (½) بمرأى وبين يدي الموثق محرر العقد إلزامي في جميع القسومات أو في جميع العقود أو العمليات التي من آثارها المنح، بأي وسيلة كانت، لشريك أو شخص ثالث، الملكية بأكملها أو ملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو محلات تجارية تابعة بأموال الشركة.

وتطبق هذه التدابير بمبلغ النصف (½) الثمن على عقود متضمنة تنازلاً عن أسهم أو حصص في شركات وعلى عقود المؤسسة أو المعدلة للشركات باستثناء العقود أو العمليات المتضمنة الزيادة في رأس مال الشركة عن طريق دمج الاحتياطات والأرباح.

كما تخضع إلزامية إيداع نصف مبلغ عقود التأسيس شركات ذات رأس مال أجنبي.

-إذا كان الثمن أو جزء من الثمن قابل للدفع عند أجل، فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل حسب الحالة خمس 5/1 أو النصف ½ ثمن نقل الملكية الذي يجب أن يحرر لزوماً"

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

ثم عدله وأوجب إيداع الخمس، وسبب الإيداع هو البحث في سجلات إدارة الضرائب، فإذا كان البائع مدينا بالضرائب للدولة فتسهل عملية جبايتها، ومحاربة التهرب من دفع مستحقات الدولة من الضرائب⁽¹⁾

ترفع إدارة الضرائب يدها عن المبلغ المودع لدى الموثق في أجل أقصاه 30 يوما في حالة إذا أسفر البحث في الوضعية الجبائية للبائع عن عدم وجود دين عليه، وهو ما نصت عليه المادة 3/256⁽²⁾ من قانون المالية التكميلي، حيث يطبق هذا النص عندما تكون الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف فيجوز عندئذ أن يتفق كل من البائع والمشتري عن الاستفادة من الأجل السابق منحه للمشتري، أما قبل ثبوت الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف فإن الواجب إكماله هو نص المادة 2/801 من ت م ج السالفة الذكر والتي توجب إيداع كامل الثمن والمصاريف⁽³⁾.

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

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

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

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

إن طلب و اسة الوضعية الجبائية يجب أن يودع مقابل وصل استلام في اجل عشرة(10) أيام بعد إبرام العقد. تسلم نسخة من الطلب إلى البائع بناء على التماسه."

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

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

تشمل هذه المصاريف الرسمية وغير الرسمية، فالمشرع أغفل ذكر نوع المصاريف، وحصرها في المصاريف الرسمية فقط، وهو ما يفهم من المادة 800 ت م ج عندما نص على البيانات الواجب توفرها في الإنذار تحت عبارة "بيان الثمن والمصاريف الرسمية" يقصد بالمصاريف الرسمية رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله لدى مصلحة التسجيل وإشهاره لدى المحافظة العقارية، إضافة إلى نفقات أتعاب المحامي ونفقات معاينة العقار المشفوع فيه.

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

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 والمصاريف، يتضح ذلك من الوصل الذي يسلم له من قبل الموثق يؤكد بمقتضاه أن الشفيع قام فعلا بإيداع الثمن في الخزينة العمومية، لأن هذا الوصل يعتبر سندا أساسيا في رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة.⁽²⁾

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

(1) - دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 337

(2) - لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 35.

يترتب على عدم إيداع الثمن لدى الموثق طبقاً للأحكام المذكورة في المادة 2/801 من ت م ج، سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، ويكون هذا السقوط بصفة نهائية أي أنه لا يجوز للشفيع إعادة الإجراءات من جديد، ويعتبر هذا السقوط من النظام العام، بحيث يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

رفع دعوى الشفعة

يقصد برفع دعوى الشفعة طلب الذي يقوم به الشفيع إذا نازعه المشتري في العقار المشفوع فيه، أو نازعه البائع في حالة ما إذا كان المبيع في يده. فيدخل معه في الخصومة ويلجأ الشفيع إلى رفع الدعوى من أجل استصدار حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة لفائدته.

أقر القانون للشفيع حق اللجوء إلى القضاء بصفته مدعياً للمطالبة بحقه في ثبوت الشفعة، ومخاصمة المشتري في ذلك (الفرع الأول)، وبعد قبول دعوى الشفعة شكلاً ومضموناً يصدر حكماً نهائياً بثبوت حق الشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراءات رفع دعوى الشفعة

يُمر الشفيع بعدة إجراءات لرفع دعوى قضائية تمكنه من الحصول على حقه المتمثل في اخذ العقار محل النزاع، و هذا حسب ما جاءت به المادة 802 ت م ج التي تنص علي ما يلي: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق».

(1) - منصور محمد حسين ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 238

أولاً- كيفية رفع دعوى الشفعة :

يحدث أحيانا أن يرفض المشتري أن يحل محله الشفيع في أخذ أو شراء العقار، وفي هذه الحالة يتخذ الشفيع إجراءات قضائية ضد المشتري والبائع وذلك برفع دعوى قضائية ضدها من أجل استصدار حكم قضائي⁽¹⁾، ولم يضع المشرع الجزائري قواعد خاصة لرفع دعوى الشفعة⁽²⁾ لذلك يجب الرجوع إلى تقنين الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾ إذ نصت المادة 14 منه على ما يلي: « ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة 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 الذكر التي تنص على ما يلي: «يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات التالية:

1- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2- اسم ولقب المدعي وموطنه

3- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه

4- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو

لاتفاقي

5- تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها»

(1)- بوشافة جمال ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 227.

(2) - خالدي أحمد ، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 231.

(3) - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 /02/ 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، صادر في 23/04/2008.

ثانيا- ميعاد رفع الدعوى :

تنص 802 ت م ج السالفة الذكر على وجوب رفع الدعوى في أجل ثلاثين(30) يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، وهذا يعني أن خلال هذه المدة، يجب أن ترفع فيها هذه الدعوى، وذلك ابتداء من التاريخ الذي تعلن فيه الرغبة من طرف الشفيع للمطالبة بحقه في الشفعة.(1)

ثالثا- الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى:

ألزم القانون الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري، إذ لا يجب رفعها على أحدهم دون الآخر، وفي حالة تعدد البائعين أو تعدد المشترين فيجب رفع الدعوى عليهم جميعا، فإذا رفعت على البعض دون البعض الآخر كانت الدعوى غير مقبولة. يتعرض حق الشفيع للسقوط إذا أُنذر بالبيع وتضمن الإنذار أطراف البيع(2)، أما إذا لم ينذر إلا البائع والمشتري ورفع دعواه عليهما الذين علم بهما، ثم تبين وجود بائعين أو مشترين آخرين فلا يسقط حقه في الشفعة، بل يتعين عليه إدخالهم في الدعوى ولو بعد انقضاء ثلاثين يوم، وإذا توفي أحدهم وجب اختصام ورثته جميعا، وإذا تم الطعن على الحكم بالاستئناف أو النقض وجب إعلان الآخرين بالطعن وإلا كان غير مقبول.(3) يعد الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع من أعمال التصرف، لذا يجب أن تتوفر في الشفيع الذي يرفع الدعوى أهلية التصرف، فإذا كان كامل الأهلية وغير محجوز عليه فيمكن له رفع دعوى الشفعة بنفسه أو بواسطة وكيل ويجب أن تكون الوكالة خاصة، أما إذا كانت الوكالة عامة، فلا تجوز لأنها لا تخول الوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة. أما إذا

(1) - أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 314

(2) - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 339

(3) - منصور محمد حسين ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 240

كان الشفيع ناقص الأهلية أو محجوزا عليه فإن رافع الدعوى يكون الولي أو الوصي أو القيم، ما لم يشترط القانون إذنا خاصا من المحكمة⁽¹⁾.

رابعا- المحكمة المختصة في رفع دعوى الشفعة:

اشتطت المادة 802 ت م ج أن يكون رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة وذلك بنصها على ما يلي: «... أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار ..» يفهم منها أن محكمة موقع العقار هي المختصة نوعيا بالنظر في هذه الدعوى حسب نص المادة 1/40 من ق إ م إ التي تنص على ما يلي: **أفضلا 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 المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار...»
إن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة من شأنه أن يقطع مدة السقوط طالما أن الدعوى قائمة ولم يصدر فيها حكم في الاختصاص، ذلك أم مسألة الاختصاص من المسائل الدقيقة، إلا أنه صدر في الدعوى حكم بعدم الاختصاص ولم يطعن فيه رافع الدعوى بالاستئناف فإن الانقطاع يقف أثره بمجرد صدور الحكم.⁽²⁾ وقد قررت المحكمة العليا بصدد رفع دعوى لدى الجهة المختصة ما يلي:

« من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة.

- ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا». ⁽³⁾

(1) - أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 432

(2) - محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية، مرجع سابق، ص 216.

(3) - قرار 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 ت م ج على ما يلي: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري» ومن خلال هذا النص يتضح لنا بأن الحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، يعتبر سببا قانونيا منشئا لحث الشفيع في هذا التملك، وعليه فلا تبدأ آثار الحق إلا من يوم صدور الحكم وشهره بعد ذلك في المحافظة العقارية.⁽¹⁾ 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 خضوعه هذا الحكم لإجراء الشهر العقاري.⁽²⁾ فالحكم القضائي المثبت للشفعة لا يكون له أثر إلا إذا تم شهره في السجل العقاري، أي أن نقل ملكية العقار من البائع أو المشتري إلى الشفيع يرجع أساسا إلى شهر الحكم القضائي النهائي في السجل العقاري وحده.⁽³⁾

يعتبر حكم الشفعة النهائي عقدا حقيقيا، ومن ثم يخضع إلى كافة القواعد التي تسري بالنسبة للعقود ويعنينا في هذا المقام القواعد المتعلقة بالأفضلية، حيث أن البائع وبالرغم من صدور حكم الشفعة يجوز له التصرف من جديد في ذات العقار محل الحكم طالما أن الشفيع لم يشهر عقده.⁽⁴⁾ مفاد ذلك أن المشرع عندما اشترط لنقل ملكية العقار

(1) - دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 342.

(2) - طلبية أنور ، الشهر العقاري، د ب ن، مصر، 1989، ص 243.

(3) - بوشنافة جمال ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 227.

(4) - طلبية أنور ، الشهر العقاري، ص 244.

المشفوع فيه بعد صدور الحكم القضائي القاضي بثبوت الشفعة شهره في المحافظة العقارية، يدل بوضوح بأنه قبل شهر حكم الشفعة لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، ولكن متى تم شهر الحكم انتقلت إليه الملكية، ويكون انتقالها من وقت الشهر سواء بالنسبة لهذا الشفيع أو في مواجهة الغير، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء.⁽¹⁾

يمكن القول بأن الحكم بالشفعة هو حكم كشف عن حلول الشفيع محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك، فهو بمثابة الحكم بصحة التعاقد للشفيع وليس للمشتري وينبغي أن يتضمن الحكم القاضي بثبوت الشفعة جميع إجراءات المطالبة بها لأن الاكتفاء بذكر العموميات فقط يعد قصورا في التسبب.⁽²⁾

يرى الدكتور السنهوري بخصوص شهر حكم الشفعة أن الحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم بين المشتري والبائع، ولما كان عقد البيع واجب الشهر حتى تنتقل الملكية إلى المشتري، ولما كان حكم الشفعة قد كشف بأن الشفيع قد حل محل المشتري، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشتري، فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد، لمصلحة الشفيع، وبه وجب شهره كما يشهر الحكم بصحة التعاقد، حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري⁽³⁾. أحيانا يكون الحكم النهائي في الشفعة مرفوضا، أي يصدر حكم نهائي برفض دعوى الشفعة، ففي هذه الحالة وجب على المشتري شهر هذا الحكم، ويتم ذلك بحصول المشتري على صورة رسمية عادية من الحكم والتقدم بها لدى المحافظة العقارية لطلب شهرها وعند قبول الشهر يتقدم بها إلى قلم كتاب المحكمة

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 699.

(2) - مذكرة الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، نقلا عن الموقع

بتاريخ 05-02-2011 <http://www.djelfa/vb/showthread.php?=490/611>

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 700.

لختمها بخاتمها واعتبارها صورة رسمية طبق الأصل، ثم تودع مع الصورة الأولى، ويتم الإخطار بالقبول ثم تشهر بطريقة التأشير الهامشي، في هامش شهر إعلان الرغبة وفي هامش شهر عقد البيع، حتى يعلم الغير أن دعوى الشفعة قد رفضت، وأن الملكية استقرت للمشتري بدون منازع⁽¹⁾.

(1) - أنور طلبية، الشهر العقاري، مرجع سابق، ص 646

المبحث الثاني

حالات سقوط الشفعة وآثارها

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

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

المطلب الأول

سقوط الشفعة

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

الفرع الأول

تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

يسقط الحق في الشفعة إذا تنازل الشفيع عنه ولو قبل البيع، نزوله هذا يعد تصرف قانوني بإرادته المنفردة قبل ثبوت الحق فيها، أي قبل بيع العقار المشفوع فيه، ويكون الغرض من ذلك أن يؤمن المشتري جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء، أي أن المشتري يبحث عن الضمانات التي تمكنه من شراء العقار دون أن يضطر الشفيع إلى استعمال هذا الحق، فيحصل المشتري من الشفيع على تنازل صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه.⁽¹⁾ التنازل هذا يؤدي إلى إنتاج أثر في سقوط الحق في الشفعة من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، قد يكون التنازل بمقابل أو بدون مقابل كما قد يكون صريحا أو ضمنيا، كما يجوز التنازل من الشفعة في أي وقت، فيجوز التنازل عنها مقدما، أي قبل البيع كما يجوز التنازل عنها بعد طلب الشفعة، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.⁽²⁾

يكون التنازل الصريح بطريقة مباشرة باللفظ كأن يقول الشفيع "أبطلت الشفعة أو أسقطتها" أو يكون كتابة كأن يحصل المشتري من الشفيع على تنازل مكتوب صريح عن الشفعة⁽³⁾، أو يكون باتخاذ موقف بشكل صريح لا يدع مجالاً للشك فيه أو تأويله، حيث يتم ذلك كتابة أو شفاهة، إلا أن التنازل الصريح على أن الشفعة بعد ثبوتها فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية ويقع عبء الإثبات عند حصول التنازل الصريح على عاتق المشتري.⁽⁴⁾ أما التنازل الضمني يجب استخلاصه بوضوح بحيث علينا أن نتوخى الدقة والتشدد في استخلاص التعبير الضمني ولا يلزم فيه شكل خاص حيث أنه يمكن

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

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

(3) - سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 201.

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

استخلاصه من أي قول أو تصرف يقوم به الشفيع.⁽¹⁾ بحيث يكون بطريقة غير مباشرة يستفاد منها التنازل كأن يقوم الشفيع بالوساطة بين البائع والمشتري أو يكون حاضرا أثناء المفاوضات التي تسبق بيع العقار المشفوع فيه، ومعرفة ثمنه ومن يتحمل المصاريف الناتجة عن العقد، ومتى يتم تحريره ومن يتولى ذلك من الموثقين، وكيفية التسديد، أو يكون وكيلًا من البائع أو عن المشتري، أو يكون شاهداً في عقد البيع، وهذا ما استقر عليه القضاء في الجزائر⁽²⁾ وجاز إثباته بجميع الطرق.

تختلف مسألة زمان التنازل عن الشفعة باختلاف التشريعات ففي القانون المدني الجزائري قد يكون التنازل عن الشفعة قبل البيع كما قد يكون بعد البيع وهذا ما جاءت به المادة 807 ت م ج السابقة الذكر³ كما يختلف هذا التنازل من حيث الأشخاص.

أولاً- نطاق الشفعة من حيث الزمان:

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

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع....».

أ- التنازل قبل تاريخ البيع:

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

(1) - مساد منصور فؤاد عبد الرحمان ، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 95

(2) - لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مرجع سابق، ص 12.

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

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

ب- التنازل بعد تاريخ البيع:

قرر المشرع الجزائري في المادة 807 ت م ج سقوط الشفعة في حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع، وهذا يدل صراحة وانطلاقا من عبارة "ولو قبل البيع" الواردة بالنص أنه يمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد عملية البيع، وهو الأصل في هذا النص، وباعتبار أن عقد البيع الحاصل بين البائع والمشتري هو الأولى في الأخذ بالشفعة وعن طريقة يستطيع الشفيع المباشرة والسير 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 للشفعة.⁽³⁾

يرى بعض الفقهاء بأن حق النزول هذا ليس مطلقا، بل مقيدا ومحدودا ضمن نطاق زمني يتعلق أساسا بإجراءات الشفعة، لكنهم اختلفوا حول تحديد هذا النطاق الزمني، فذهب جانب من الفقه إلى أن النزول عن الشفعة يظل جائزا للشفيع، إلى حين ثبوت الشفعة بإعلان الرغبة فيها، وعليه لا يجوز للشفيع النزول عن حق الشفعة بإرادته المنفردة بعد إعلان الرغبة، وأساسهم في ذلك أن الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة، حقوق نهائية ملزمة لمن أصدر الإرادة، فضلا عن أنه بإعلان الرغبة، يكون الشفيع قد

(1) - دغيش أحمد، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 381.

(2) - منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1965، ص 132.

(3) - كيزة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 645.

حل محل المشتري في عقد البيع، على حسب ما يراه هذا الجانب من الفقه.⁽¹⁾ الرأي الراجع هو من يرى بجواز النزول عن حق الشفعة من طرف الشفيع، حتى بعد إعلان الرغبة فيها، ويظل حقه في النزول قائماً إلى أن يثبت له الحق في الشفعة نهائياً بمقتضى حكم، أو بتسليم المشتري بالشفعة، أما بعد ذلك فلم يعد هناك حق في الشفعة يجوز النزول عنه، وإنما أصبح الشفيع طرفاً في عقد البيع المشفوع فيه.⁽²⁾

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 اشترى عقاراً والتزم في عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع العقار المجاور، فإن الوارث الذي يختص بالعقار بعد وفاة المورث لا يمكنه طلب الشفعة في العقار المجاور لأن المورث تنازل عن الأخذ بالشفعة.⁽³⁾

توجد حالة واحدة أين يمكن للوارث طلب حق الشفعة وذلك إذا توافر لديه سبب من أسباب الشفعة خاص به، كما لو أصبح شريكاً على الشيوع في العقار.⁽⁴⁾

ب- **الخلف الخاص:** الخلف الخاص هي الفئة التي تتأثر بالخصوص بهذا التنازل إذا ذهب أحد الآراء إلى القول أنه:

إذا انتقل العقار المشفوع به إلى الخلف الخاص فلا يسري عليه تنازل سلفه المسبق عن الحق في الشفعة، بل ينبغي رضاه هذا الخلف الخاص بالتنازل عن الشفعة⁽⁵⁾ في

(1) - منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 353.

(2) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 645.

(3) - قاسم محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 311.

(4) - منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 563.

(5) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 353.

حين يرى جانب آخر من الفقه وهو الأرجح، إلى أن المشتري الثاني أو الخلف الخاص هنا عليه أن يتقيد بالتنازل الصادر من سلفه، بمعنى أن تنازل السلف في الأخذ بالشفعة على عقار معين يعتبر التزاما ينتقل إلى الخلف الخاص مع انتقال العقار إليه لاعتبار أن الالتزام بالتنازل عن الشفعة، يعد من مستلزمات الشيء محل البيع⁽¹⁾

ظهرت مسألة أخرى أثارت جدالا فقهيًا كبيرًا وهو الخلاف الذي ثار حول مدى اعتبار موت الشفيع مسقطًا للشفعة أم لا.

يلاحظ أن هذه المسألة خلافية في الفقه الإسلامي، ففي حين أن الشافعي ومالكي ذهبوا إلى أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل موثته، لأنه الحق متعلق بالمال، وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار، فإذا انتقل ذلك العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه.

يرى المذهب الحنفي أن حق الشفعة لا يورث، إذ هو إرادة ومشيئة، والوارث لا يرث مورثه في رغباته، لأنها صفات شخصية، هذا وقد حسم المشرع الأردني هذه المسألة بانحيازها إلى الرأي الأول حيث قرر أن الشفعة إذا ثبتت، فلا تبطل بموت الشفيع أو البائع أو المشتري.⁽²⁾

أما الفقه المصري، بعد صدور التقنين المدني الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركًا إياها لاجتهاد الفقه والقضاء، فهو كذلك منقسم، ولا يكاد الباحث يتبين فيه الرأي الراجح من الرأي المردوح، فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث، وبخالف في ذلك قضاء محكمة النقض، ومن الفقهاء من يذهب إلى عكس هذا الرأي ويقول بأن الحق في الشفعة يورث، ويتفق في ذلك مع قضاء محكمة النقض.⁽³⁾ أما القانون الجزائري لم يتضمن النص على هذه الحالة، ولكن بالرجوع إلى

(1) - منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 355.

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

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 465-467.

المادة الأولى من ت م ج نجدها تنص علي ما يلي: «**وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ..**»، و في ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع

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

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

تجدر الإشارة هنا إلى أن نص المادة 807 ت م ج استعمل كلمة تسجيل بدل كلمة قيد لأن للتسجيل معنى وللقيد معنى آخر، إلا أن النص الفرنسي وهو الصحيح استعمل الكلمة الصحيحة وهي transcription لأن القيد في الشهر العقاري يكون حجة بين المتعاقدين واتجاه الغير.⁽²⁾

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

نصت المادة 807 من نفس القانون على سقوط حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع وليس الوعد بالبيع.⁽³⁾

(1) - خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 272 و 276.

(2) _ لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مرجع سابق، ص 11.

(3) - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص ص 185-186.

يبدأ حساب الميعاد المذكور في الفقرة السابقة، ابتداء 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 انتهاء العطلة، و يعتبر هذا اليوم هو آخر يوم في الأجل المحدد بسنة حسب ما قرر في قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية طبقا للمادة 463 منه بقولها: « جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة، و إذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة إمتد إلى أول يوم عمل يليه.».

يحق للمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة، متى أثبت أن عقد شرائه قد سجل، و أنه مضى أجل سنة من يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه، و لكن لا يطلب منه إثبات علم الشفيع بالبيع، لأن المشرع هذه الحالة يفترض حتما افتراضا لا يقبل إثبات العكس بأن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد تاريخ إشهاره في المحافظة العقارية.

أطال المشرع الميعاد الواجب على الشفيع لطلب الشفعة فيه فجعله سنة من تاريخ إشهار عقد البيع المشفوع منه نظرا لأن العلم بالبيع يعد افتراضيا⁽¹⁾ يبادر الشفيع بإعلان رغبته في خلال هذا الميعاد، إذا كان يرغب في الأخذ بالشفعة، و إلا سقط حقه فيها.⁽²⁾

أصدرت المحكمة العليا قرار بهذا الشأن يقضي بما يلي:

" حيث أنه من المقرر قانونا بالمادة 807 ت م ج أن الحق في الشفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع، هذا و أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين يتمحور حول ثبوت حق الشفعة و أن الأملاك المتنازع عليها بيعت بعقود رسمية و مسجلة في السنوات 1944، 1946، 1947 و أن الطاعنين طلبا ممارسة حقها في

(1) - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 392.

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

الشفعة بثلاث عقود محررة في 1951/05/21 فإن قضاة المجلس قرروا بإلغائهم المستأنف لديهم و من جديد إبطال الدعوى طبقوا صحيح القانون".⁽¹⁾

يلاحظ في هذا النطاق أيضا بأن ميعاد السنة هذا يعد مدة سقوط لا مدة تقادم ، و بالتالي لا يقبل الوقف أو الانقطاع، و يسري في حق الغائبين و غير كاملي الأهلية، و هو ما يدل بوضوح هنا بأن القاعدة التي تقضي بأن مدة التقادم لا يسري على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، لا تمنع من سقوط حق الشفعة، لأن مدة السقوط لا تقف بسبب جعل الشفيع بالبيع المشفوع منه.⁽²⁾

تجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات استعمال رخصة الشفعة في خلال سنة من شهر عقد البيع في مصلحة الشهر يقع على عائق الشفيع وحده، أما إذا أثبت الشفيع بعد ذلك أنه قد استعمل 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 أساس أن الطلب الثاني المعدل لبيانات الطلب الأول جاء بعد انقضاء أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المشفوع منه.⁽³⁾

الفرع الثالث

سقوط الشفعة في الأحوال التي نص عليها القانون

نصت المادة 3/807 من ت م ج على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال التي نص عليها القانون، وهذا يعني أن المشرع الجزائري لم يذكر حالات سقوط الحق في الشفعة على سبيل الحصر في المادة، و إنما أوضح ما يمكن أن يثيرا الخلاف حوله⁽⁴⁾.

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 44804، مؤرخ في 1987/02/23، منشور في المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1990.

(2) - دغيش احمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 393.

(3) - دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص 399

(4) - مساد فؤاد عبد الرحمان منصور، الشفعة سبب لكسب الملكية، مرجع سابق، ص 103.

فيضاف إلى ما سبق بيانه بشأن أسباب سقوط الشفعة المنظمة و المشار إليها في نصوص الشفعة، وجوب التطرق لأسباب أخرى عن طريقها يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وهذه الحالات هي:

- سقوطها بزوال أحد شروطها

- بطلان البيع المشفوع فيه و سقوطها بالتقادم المسقط.⁽¹⁾

السبب الأول - سقوطها بزوال أحد شروطها:

تسقط الشفعة بسبب زوال احد شروطها، كأن يتقدم الشفيع لبيع عقاره قبل طلب الشفعة ففي هذه الحالة لا يمكنه الأخذ بها بعد ذلك، 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 الشفع إلى حين ثبوت الشفعة، لأن هذا السقوط يدل على أن البيع المرتب للشفعة بعد الحكم ببطلانه لم يعد له وجود قانوني لأن وجوده هو الذي يفتح الخيار للأخذ بالشفعة، على هذا الأساس قرر فقهاء القانون المدني قاعدة مفادها لا شفيع في بيع باطل بطلانا مطلقا لأنه بيع منعدم، إلا أنهم أجازوا الشفعة في البيع القابل للإبطال و في البيع المعلق على شرط فاسخ، لأنه قبل الحكم بالإبطال و تحقق الشرط الفاسخ يكون للبيع وجوده القانوني بل حتى نفاذه.⁽²⁾

السبب الثالث - سقوطها بالتقادم المسقط:

اغفل المشرع الجزائري في الإشارة إلى هذا السبب من السقوط في النصوص الخاصة بالشفعة، لكن نص عليه في القواعد العامة من خلال المادة 308 ت م ج التي نصت على ما يلي: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد

(1) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 545.

(2) - دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 397-389.

فيها نص خاص في القانون...» ، هذا باعتبار أن أخذ العقار عن طريق الشفعة يعتبر قانونا حقا للشفيع، فهو بحد ذاته التزاما يقع على عائق كل من البائع و المشتري، في أن يمكننا الشفيع من استعمال حقه في الشفعة، و هذا من خلال الإنذار الموجه من طرفها إلى الشفيع ليعلمه بحصول البيع، و في حالة ما إذا لم يتم الإنذار و لم يحصل تسجيل عقد البيع و الشفيع لا يعلم بحصول البيع بالتالي لم يحصل طلب الشفعة لا يسقط إلا بمضي 15 سنة ن تاريخ البيع المرتب للشفعة و هذا ما يستنتج من فحوى المادة 308 ق.م.ج نتيجة لعدم استعمال حق الشفعة بمرور المدة القانونية المحددة.(1)

يمكن أن يكون السقوط بسبب مخالفة أحكام إعلان الرغبة (المادة 799 من ت م ج)، أو بسبب مخالفة أحكام إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق (المادة 801 من ت م ج)، أو مخالفة أحكام رفع الدعوى (المادة 802 ت م ج)، كما يمكن أن يسقط الحق في الشفعة عند زوال حق الشفيع أو انتقاله إلي الغير أو تغيير محله بما يؤدي إلى تخلف سبب الشفعة(2).

المطلب الثاني

آثار الشفعة:

إذا ثبت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة و تملك العقار المشفوع فيه بالتراضي أو عن طريق القضاء تنشأ بين أطراف الشفعة علاقات قانونية هي: علاقة الشفيع بالبائع و هذه الحالة أول الآثار 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 قد ترتبت له على العقار المشفوع فيه قبل تملك الشفيع (الفرع الثالث).

(1) - دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص 399.

(2) - خالدي احمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 265-267.

الفرع الأول

علاقة الشفيع بالبائع:

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

إلا انه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة» تقابل هذه المادة 945⁽¹⁾ من القانون المدني المصري.

يخلص من خلال المادة 804 ت م ج أنه متى ثبت للشفيع حق الشفعة رضاء أو قضاء، تحول البيع بين البائع و المشتري إلى البائع و 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 بيعاً أولاً انعقد بين البائع و المشتري، ثم أعقبه بيع ثان انعقد بين المشتري و الشفيع، فباع البائع للمشتري ثم باع المشتري للشفيع بل هو بيع واحد انعقد بين البائع و الشفيع⁽²⁾ فتكون الصلة بين البائع و الشفيع مباشرة فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما و بناء عليه يكون الشفيع هو الدائن بحقوقه المشتري و يكون الشفيع هو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري.

(1) - نصت المادة 945 ق.م.م على ما يلي: " يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته.

و إنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع و إذا استحق العقار للغير بعد أخذ الشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع"، نقلاً عن أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 357.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 739.

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 أصلاً فلا يستفيد من المهلة الممنوحة للمشتري في تسديد الثمن بتعيين عليه الدخول في مفاوضات جديدة مع البائع و من ثم يكون أمام واقعة قانونية جديدة تخضع لإيجاب و قبول و عرض تفاصيل تمس العقد تتم باتفاق البائع و المشتري كما أضافت المادة 804 في فقرتها الأخيرة، لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار و المقصود بهذه الفقرة أنه إذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المنفوع فيه مستحق للغير، فإن الشفيع في هذه الحالة لا يرجع إلا على البائع لأن العلاقة القانونية التي أنشأها الحكم هي بين البائع و الشفيع لأن المشتري ليس له أية 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 بعد أن أصبح الشفيع مشترياً و يحل قبل البائع على المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما نصت عليه المادة 804ت.م.ج.⁽¹⁾

حيث يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري، و هذه الالتزامات هي:

أولاً- التزامات البائع:

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

أ- التزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المشفوع فيه إلى الشفيع:

(1) - لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مرجع سابق ص 9.

وفقا للقواعد العامة بشأن التزامات البائع، حسب ما تقضي به المادة 361 ت.م.ج بنصها على ما يلي: « يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يتمتع 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 بمراعاة إجراءات الشهر العقاري. وهذا ما قرره كثير من النصوص التشريعية منها المادة 165 ت.م.ج.⁽¹⁾

ب- الالتزامات بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع:

نشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، و بالمقدار الذي عين له في العقد، و بالملحقات التي تتبعه و ملحقات العقار فيه هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال و يكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و يتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفعة للشفيع، إلا إذا حدد ميعاد معين، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا في عقد البيع يتم التسليم ، أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد معين، و يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقر المشفوع فيه.

يجب أن نشير أن البائع يتحمل تبعة الهلاك حسب القواعد العامة و هذا قبل التسليم لأنه يعتبر مالكا و حائزا في نفس الوقت و هذا طبقا لما تقضي به المادتين ⁽²⁾369 و 370⁽³⁾ ت.م.ج.

(1) - تنص المادة 165 ت م ج على ما يلي: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

(2) - تنص المادة 369 ت م ج على ما يلي: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا بد للبائع فيه سقط البيع أسترده الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد أعذار المشتري بتسليم المبيع".

(3) - تنص المادة 370 ت م ج على ما يلي: " إذا انقضت قيمة 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".

ت- التزام البائع بضمان التعرض و الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية:

قرر هذا الالتزام في القواعد العامة المنظمة لعقد البيع بموجب المادة 371 ت م ج بنصها على ما يلي: « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع 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 مطالباً بالضمان و لو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه».

يعني إذا استحق العقار بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، ذلك أن البائع يلتزم للشفيع كما كان يلتزم للمشتري، بضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾ لأن الشفيع قد حل كما قلنا محل المشتري، فهنا يجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، بأن يرد هذا التعرض الصادر من الغير في حق الشفيع و يجعل هذا الغير يكف عن تعرضه و ينزل عن إعادته، و في حالة عجز البائع في ذلك و استطاع الغير، إثبات ما يدعيه و قضى له بأحقيته على العقار المشفوع فيه هنا و يجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض للشفيع عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق العقار فيه للغير.⁽²⁾، كما يلتزم البائع كذلك بضمان العيوب الخفية طبقاً لنص المادة 379 ت م ج⁽³⁾ فهذا الضمان حتى يحصل لا بد أن يكون العيب في

(1) - خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 216.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية، مرجع سابق ص 749.

(3) - نصت المادة 379 ت 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 الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه جسيماً هو مذكور بعقد البيع، أو جسيماً يظهر من طبيعة أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب و لم يكن عالماً بوجودها".

العقار المشفوع فيه مؤثرا و قيما، بمعنى موجود في العقار قبل تسليمه للمشتري أو الشفيع، و يجب أن لا يكون خفيفا، كذلك يجب أن يكون غير معلوم.

يلتزم البائع مباشرة نحو الشفيع وحده بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع و رجوع الشفيع المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية، كرجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض و الاستحقاق، دليل قاطع على أن الشفيع قد حل محل المشتري من وقت لبيع، و يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري (و قد حل محله الشفيع)، وجودها فيها.⁽¹⁾

ثانيا- التزامات الشفيع:

يقع على عائق الشفيع تجاه البائع التزامين هما:

أ- التزام الشفيع بدفع الثمن و المصاريف للبائع:

يصبح الشفيع ملزما بدفع الثمن للبائع، في حالة ما إذا أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، و عليه فإن ثمن العقار المشفوع فيه يكون قد تحدد مسبقا في صلب العقد المبرم ما بين البائع و المشتري، و يلتزم الشفيع بإيداع الثمن لدى الموثق مع المصاريف اللازمة، متى اكتسب حقه في العقار بالتقاضي، و هنا يكون قد تحلل من التزامه 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 مستحقا للبائع.⁽²⁾

قرر المشرع استثناءا على قاعدة حلول الشفيع في جميع حقوق و التزامات المشتري، أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع،

(1) - السنهوي عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق ص 751.

(2) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 661.

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 القانون.⁽¹⁾ بالإضافة إلى التزام بدفع الثمن، يجب كذلك على الشفيع أن يدفع كامل المصاريف سواء كانت رسمية أو غير رسمية للبائع.⁽²⁾

ب- التزام 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 ت.م.ج على ما يلي: « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع أو بتسليمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم»، كما نصت المادة 395 ت.م.ج على ما يلي: «إن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق 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 الشفيع.⁽³⁾

(1) - أبو سعود رمضان ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 361.

(2) - جمال الدين زكي محمود ، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت لبنان، د س ن، ص 504.

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

الفرع الثاني

علاقة الشفيع بالمشتري

نصت المادة 805 ت 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 مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس أما إذا اختار أن يستبق البناء أو الغرس فإلزاماً إلا بدفع أدوات البناء و أجره 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 اختفى من الصفقة و حل الشفيع محله فيها، و لم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ من هذا السليم حقوق و التزامات لكل منها قبل آخر و كل التزام يقع على عاتق طرف معين يعتبر في نفس الوقت للطرف الأخر. (1)

أولاً: التزامات الشفيع تجاه المشتري:

عند ما يحل الشفيع محل المشتري بعد ثبوت ثقة في الأخذ بالشفعة تقع على ثقة جملة من الالتزامات هي:

أ - الالتزام بدفع ثمن البيع و المصاريف للمشتري:

إن هذا الالتزام لا يقع على عاتق الشفيع إلا إذا تم تنفيذ البيع المشفوع فيه لأنه في هذه الحالة سيرتب الحلول أثره بأن يقوم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، و في

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع نفسه، ص 762.

مقابل ذلك يقع على عاتق الشفيع دفع ثمن البيع و المصاريف اللازمة لهذا المشتري⁽¹⁾ كما أن المشتري يكون له حقه في الثمن و المصاريف و لو لم يكن قد دفع الثمن إلى البائع هذا في الشفعة بالتراضي، أما إذا تمت الشفعة قضاءً بحيث قام الشفيع بإيداع كل الثمن لدى الموثق، فعلى المشتري بعد الحكم بالشفعة استرداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق، فيعتبر الشفيع بذلك موفياً بالتزامه برد الثمن⁽²⁾ خالف بعض الفقهاء هذا الموقف و ميزوا بين حالتين:

الحالة 01: إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، هنا يكون الثمن الذي أودعه الشفيع من حق المشتري.

الحالة 02: 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 التي قمت 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 الرأي الأول القاضي بأن المشتري يكون دائماً حقه في الثمن و المصاريف، و لو لم يكن قد دفع الثمن إلى البائع هو الأول بالإتباع فقها و قانوناً باعتبار أن الحكم بتوافق مع روح التشريع و ما تضمنه نصوص الشفعة و خاصة ما ورد في المادة 804 ت م ج.⁽³⁾

(1) - دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 357.

(2) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 664.

(3) - دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 358.

يضاف إلى الالتزام 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...⁽¹⁾

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

يجب على الشفيع أن يرد للمشتري كل ما أنفقه من مصروفات ضرورية هذا ما أقرته المادة 1/839 ق.م.ج بنصها: "على المالك الذي يرد إليه ملكية أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة" و هي واجبة على الشفيع لصالح المشتري سواء كان إنفاقا قبل أو بعد إعلان الرغبة، أما بالنسبة للمصروفات النافعة فيحق للمشتري استردادها إذا كانت قد أنفقت قبل إعلان الرغبة في الشفعة كون المشتري هنا حائزا حسن النية، أما ما ينفقه بعد هذا الإعلان فالمشتري هنا يعد سيء النية و بالتالي لا يلتزم الشفيع بردها أنفقه و إنما له طلب الإزالة على نفقة من أقامها خلال سنة كما يمكنه كذلك أن يطلب تعويضا كما تحدثه هذه الإزالة من أضرار للعقار المشفوع فيه، و إذا اختار استبقاء ما أنفقت 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 استحدثه بهذه المصروفات على أن يعيد العقار إلى

(1) - كيرة حسن ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 664.

حالته الأولى، إلا إذا اختار الشفيع أن يستبقي ما استحدث مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة.⁽¹⁾

ب- الالتزام بالتعويض عن البناء أو الغرس إذا كان قد بنى أو غرس فوق العقار المشفوع فيه :

إن هذا التزام لا بد من أن نقوم بتفرقه إلي 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 صت عليه المادة 805 ت م ج سابقا.

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 ملزما تبعا 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 أكبر.⁽²⁾

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

هذه الحالة قررتها المادة 805 في فقرتها الثانية ت م ج التي نصت على ما يلي:

(1) - قاسم محمد حسين ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 323.

(2) - أبو سعود رمضان ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 363.

«... إذا حصل البناء أو الغرس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، و إذا اختار أن سيبقى 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 كن عليه على نفقة المشتري، مع التعويض إن كان له وجه، و إما استبقاء البناء أو الغرس و في هذه الحالة لا يلتزم الشفيع إلا بدفع قيمة أدوات البناء أو الغرس.⁽¹⁾

ثانيا- التزامات المشتري تجاه الشفيع:

يلتزم المشتري في هذه الحالة بالتزامين هما:

أ- التزام 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 تبعة هلاك العقار بسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث مفاجئ على المشتري إذا دفع وقع الهلاك قبل تسليم العقار للشفيع أو قبل أعذاره و ذلك سواء كان الهلاك قبل أو بعد إعلان الرغبة.⁽²⁾

ب- الالتزام برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع:

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

(1) - خيال محمود، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 219.

(2) - كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 665.

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

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 اعتماد هذه الآراء على سند قانوني صريح و جازم و دقيق لحل هذه الإشكالية يجب إخضاعها لأحكام قواعد الحيابة الواردة في التقنين المدني الجزائري في الجزء الخاص بتملك الثمار بالحيابة باعتبار 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 في قبضها بعد إعلان الرغبة في الشفعة، فيعتبر في هذه الحالة سيء النية.⁽¹⁾

الفرع الثالث

علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 ت م ج على أنه: **« لا يكون حجة على الشفيع، الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر و كل حق عيني رتبة المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة**

(1) - دغيش أحمد، الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص ص 368-370.

على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

يعالج نص هذه المادة حالة ما إذا ترتب 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 الإعلان.⁽¹⁾

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

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 ارتفاع أو حق انتفاع أو يرهنه رهنا رسميا أو حيازيا، أو يأخذ على العقار حق اختصاص 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 الانتفاع، صاحب حق الارتفاع) قد شهر حقه قبل تسجيل إعلان الرغبة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه، فإذا تحققت هذه التصرفات⁽²⁾ فإن الشفيع

(1) - لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مرجع سابق ص 10.

(2) - أبو سعود رمضان ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 364.

يحوز العقار محملاً بهذه الحقوق و عليه كذلك أن يرجع على المشتري استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب.⁽¹⁾

ب- الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

إذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهناً رسمياً أو حياً زياً، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته و قيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فإن هذا الحق يسري على الشفيع، ويأخذ العقار بالشفعة مثلاً به، ويرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض⁽²⁾، لأن الشفيع كان بإمكانه الإطلاع على وضعية العقار من طريق استلام كشف الحالة العقارية للعقار المشفوع فيه، كما كان بإمكانه معرفة الوضعية القانونية للعقار قبل الشروع في اتخاذ تدابير والإجراءات الخاصة بالشفعة وبذلك لا يجوز له أن يدعي أنه يجهل هذه الحقوق التي ترتبت على العقار.⁽³⁾

ثانياً- الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

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

أ- الحقوق العينية التي يربتها البائع:

إذا رتب البائع تلك الحقوق، ولم 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 فمثلاً إذا باع البائع بعد البيع الأول العقار ثانياً إلى مشتري ثان لم يسجل قبل تسجيل إعلان الرغبة إلى البائع فإن هذا البيع لا ينفذ في حق الشفيع⁽⁴⁾ إنما الذي يسري في حقه هو البيع الأول وحده، فيأخذ فيه حق الشفعة و يمضي في إجرائها إلى النهاية و يرجع المشتري الثاني على البائع

(1) - لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مرجع سابق ص 11.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، اسباب كسب الملكية، مرجع سابق ص 781.

(3) - لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مرجع سابق ص 11.

(4) - أبو سعود رمضان، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 365.

بالضمان⁽¹⁾ هذا ما يحصل إذا رتب البائع على العقار حق انتفاع أو انتفاع و لم يتم تسجيله قبل تسجيل إعلان الرغبة، أما إذا رتب البائع رهنا رسميا أو حيازيا أو ترتب عليه حق اختصاص أو امتياز، 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 أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار.⁽²⁾

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 التجأ إلى ترتيب هذه الحقوق وهو 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 الامتياز 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 الأولوية على ما آل للمشتري من ثمن العقار و على هذا فإن الدائن الذي قيد حق يتقدم دائني المشتري العاديين في الثمن الذي يكون قد أودعه الشفيع بالخزينة العمومية و الذي يدخل في ذمة المشتري أي أنهم يعترضون على تسليم المبلغ إلى المشتري إلى حين استثناء حقوقهم و هنا تظهر أهمية إيداع الثمن كاملا بدلا من خمسة.⁽³⁾

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق ص 778.

(2) - أبو سعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 366.

(3) - لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني، مرجع سابق ص 11.

خاتمة:

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

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

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

تناول المشرع الجزائري شفعة الجار في النصوص الخاصة ، يظهر ذلك من خلال القانون رقم 25/90 الخاص بالتوجيه العقاري، حيث منحها للجار في الأراضي الفلاحية، ونظرا 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 وذلك من خلال المادة 795 كفقرة أخيرة. كما منح حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية في الأراضي العامرة و القابلة للتعمير وجاء 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.

اتخذ القضاء الجزائري موقفا واضحا حول الشريك في الشيوخ من خلال القرار رقم 18039 المؤرخ في 1999/02/09، حيث بين بان الشريك قد يكون أي شخص تمت الشراكة معه في العقار، وليس 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، وبالتالي لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية، أي القاعدة التجارية لأنها تدخل في قائمة المنقولات لا العقارات.

تناول المشرع الجزائري فكرة تراحم الشفعاء و ذلك من خلال المادة 796 ت م ج حيث تناول حالتين وهما:

-حالة تراحم الشفعاء من طبقة واحدة.

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

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

يظهر لنا بعد التمعن في أحكام الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري انه بعد ثبوت الحق في الشفعة رضاء و قضاء، تبدأ في ترتيب الآثار القانونية المتمثلة في العلاقات الناشئة عن حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته طبقا لنص المادة 804 ت م ج، ذلك بعد مرور من مختلف الإجراءات الواجب إتباعها لرفع دعوى الشفعة، منها توجيه الإنذار للشفيع الذي اشترط فيه المشرع الجزائري الرسمية و الإجراء الثاني المتمثل في إيداع الثمن لدى الموثق، حتى يتسنى له ممارسة حق الشفعة . يضاف إلى الملاحظات السابقة بان الشفعة تسقط في ثلاث حالات نصت عليها المادة 807 ت م ج وهي:

- حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة.

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

- في الأحوال التي نص عليها القانون.

اختلفت الآراء الفقهية حول مدى اعتبار موت الشفيع مسقط للملكية، لكن الرأي السائد يذهب إلى اعتبار أن موت الشفيع لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة، بل ينتقل إلى الورثة، و المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة، ولكن بالرجوع إلى المادة الأولى من التقنين المدني نرى انه إن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

نستنتج في الأخير أن موضوع الشفعة يعتبر من المواضيع الأكثر أهمية في الحياة، نظرا لكونه ينظم العلاقات بين الأفراد وهو ذو فوائد اجتماعية كثيرة يساعد على ضبط التعامل بينهم، لذا نتمنى أن نكون قد ساهمنا ولو بقدر طفيف في تمكين الطلبة من الاستفادة من هذا الموضوع، لنكون بذلك قد حققنا أهدافنا من وراء اختيارنا له.

الفهرس

	العنوان
1.....	مقدمة
5.....	الفصل الأول: ماهية الشفعة
6.....	المبحث الأول: مفهوم الشفعة
6.....	المطلب الأول: المقصود بالشفعة و دليل مشروعيتها
6.....	الفرع الأول: تعريف الشفعة
7.....	أولاً: تعريف الشفعة لغة
7.....	ثانياً: تعريف الشفعة شرعاً
8.....	ثالثاً: التعريف القانوني للشفعة
10.....	الفرع الثاني: مشروعية الشفعة
10.....	أولاً: الشفعة في السنة
10.....	ثانياً: الشفعة في الإجماع
12.....	الفرع الثالث: التكييف القانوني للشفعة
13.....	أولاً: الشفعة حق شخصي
13.....	ثانياً: الشفعة حق عيني
14.....	ثالثاً: الشفعة رخصة
15.....	المطلب الثاني: خصائص الشفعة و تمييزها عما يشابهها
16.....	أولاً: عدم قابلية الشفعة للتجزئة
17.....	ثانياً: الشفعة حق استثنائي

- 18.....ثالثا: الشفعة لا ترد إلا على عقار.....
- 18.....رابعا: اتصال الشفعة بالشخص الشفيع.....
- 19.....الفرع الثاني: تمييز الشفعة عما يشابهها من المصطلحات القانونية.....
- 19.....أولا: الشفعة و الاسترداد.....
- 20.....ثانيا: الشفعة و الاستيلاء.....
- 21.....ثالثا: الشفعة و نزع الملكية للمنفعة العامة.....
- 23.....المبحث الثاني: نطاق الشفعة.....
- 23.....المطلب الأول: الشفعاء.....
- 24.....الفرع الأول: أصحاب الحق في الشفعة.....
- 24.....أولا: شفعة مالك الرقبة.....
- 24.....ثانيا: شفعة الشريك في الشيوخ.....
- 28.....ثالثا: شفعة صاحب حق الانتفاع.....
- 32.....الفرع الثاني: تزام أصحاب الحق في الشفعة.....
- 32.....أولا: تعدد الشفعاء من طبقة واحدة.....
- 34.....ثانيا:تعدد الشفعاء مع مشتري شفيع.....
- 36.....المطلب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة.....
- 37.....الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالشفيع.....
- 37.....أولا:يجب أن يكون الشفيع شخص من أشخاص القانون.....
- 37.....ثانيا: توفر الأهلية الواجبة في الشفيع.....
- 37.....ثالثا:وجوب توفر صفة الشفيع.....
- 38.....رابعا:توفر سبب الشفعة للشفيع وقت صدور البيع.....

39.....	خامسا: يجب أن لا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المبيع
42.....	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعقار محل الشفعة و المشتري
42.....	أولا: الشروط الواجب توفرها في العقار المشفوع فيه
44.....	ثانيا: الشروط الواجب توفرها في عقد البيع
47.....	ثالثا: الشروط المتعلقة بالمشفوع منه
48.....	الفصل الثاني: أحكام الشفعة
49.....	المبحث الأول: إجراءات ممارسة حق الشفعة
49.....	المطلب الأول: الإجراءات الواجب إتباعها قبل رفع الدعوى
50.....	الفرع الأول: إعلان الرغبة في الشفعة
50.....	أولا: الإنذار الرسمي الموجه إلى الشفيع
51.....	ثانيا: التصريح بالرغبة
52.....	ثالثا: ميعاد الرغبة
55.....	الفرع الثاني: إيداع الثمن لدى الموثق
55.....	أولا: إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق
58.....	ثانيا: يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة
58.....	ثالثا: عدم إيداع الثمن يؤدي إلى إسقاط الحق في الشفعة
59.....	المطلب الثاني: رفع دعوى الشفعة
59.....	الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الشفعة
59.....	أولا: كيفية رفع الدعوى
60.....	ثانيا: ميعاد رفع الدعوى
60.....	ثالثا: الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى

61.....	رابعاً: المحكمة المختصة في رفع دعوى الشفعة
62.....	الفرع الثاني: الحكم النهائي بثبوت الشفعة
65.....	المبحث الثاني: حالات سقوط الشفعة و آثارها
65.....	المطلب الأول: سقوط الشفعة
65.....	الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة
67.....	أولاً: نطاق الشفعة من حيث الزمان
68.....	ثانياً: نطاق الشفعة من حيث الأشخاص
70.....	الفرع الثاني: مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع
72.....	الفرع الثالث: الأحوال التي نص عليها القانون
74.....	المطلب الثاني: آثار الشفعة
74.....	الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع
75.....	أولاً: التزامات البائع
78.....	ثانياً: التزامات الشفيع
79.....	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري
80.....	أولاً: التزامات الشفيع اتجاه المشتري
82.....	ثانياً: التزامات المشتري اتجاه الشفيع
84.....	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير
84.....	أولاً: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة
85.....	ثانياً: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في الشفعة
87.....	خاتمة

91.....	قائمة المراجع
96.....	الفهرس

