

جامعة عمار ثليجي - الأغواط -

كلية الحقوق والعلوم الأساسية

قسم الحقوق



الشفعة كأحد أسباب كسب الملكية العقارية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : القانون العقاري

إشراف الدكتور:

- د. الدح عبد المالك

من إعداد الطالبين :

مراد مصطفى

بن صالح عيسى

لجنة المناقشة

الدكتور : شويرب جلول رئيسا

الدكتور : الدح عبد المالك مشرفا ومقررا

الدكتور : بوزيدي أحمد التجاني ممتحنا

2020/2019



أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح والدي الطاهرة
وإلى والدي الكريمة حفظها الله وأطال في عمرها
وإلى زوجتي الكريمة وبناتي
أهلي وأقاري وإلى أصدقائي ورفقاء دري
إلى كل أستاذتي وطلاب جامعة عمار ثليجي بالأغواط قسم الحقوق
وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفاد منه .

مراد مصطفى



شكر و عرفان

لايسعني في هذه المرحلة إلا أن أقدم بخالص شكري وتقديري إلى كل من ساعدني
من قريب أو بعيد على انجاز هذا العمل المتواضع و اخص بالذكر لكل من " أستاذي
المؤطر الذي شرفني بإشرافه على هذه المذكرة وعلى كل
المجهودات التي بذلها والعطاء الفياض الذي لم يبخل به عليا وباعتباره لعب دور
المنهاج المنير في دراستي هذه.

كما لا انسي تقديم الشكر والتقدير و امتناني إلى كل من علمني حرفا على
اختلاف المراحل الدراسية الذين تعاقبوا على دراستي خلال
الفترة الجامعية والى كل أستاذ علمني قانونا أو منهجية في المجال
الدراسي الذين ما توانوا لحظة عن تقديم جل ما يملكون من ثمرات علمية
إلى كل هؤلاء أقدم تشكراتي

.....



إلى كل المخلصين حيثما كانوا إلى من علمني كيف تخط الحروف
إلى فخري روح أبي الغالي الذي لطالما كان الدرع الحامي
إلى رمز الحنان والملاك الحارس لنا
أمي الغالية التي علمتني الصمود ولم
تبخل عليا بدعواتها إلى أُملي في الحياة
إخوتي وأخواتي الأعزاء

بن صالح عيسى



مقدمة

مقدمة

تكتسي المنازعات العقارية أهمية بالغة لدى شريحة واسعة من المجتمع وذلك لارتباطهم القوي بالأرض، ولما تشكله الثروة العقارية من رأسمال قوي، وفي مقدمة هذه المنازعات العقارية التي تعرض على القضاء نجد دعاوى الشفعة.

ويعتبر هذا الصنف من الدعاوى مؤشرا على أن المالكين على الشياخ لا يقبلون بدخول شريك أجنبي معهم من جهة، ويتربصون كل فرصة ممكنة للتخلص من عدد الشركاء وجمع الحصص بين أقل عدد ممكن من الشركاء من جهة ثانية ووسيلتهم في ذلك هي ممارسة حق الشفعة كلما وصل إلى علمهم نبأ تقويت الحصة الشائعة حيث يبادرون إلى طلب استرجاع الحق المبيعة قبل فوات الأوان.

والمرجع الجزائري من المشرعين الوضعيين نظم أحكام الشفعة بموجب المواد من 797 إلى 807 من القانون المدني تحت فصل طرق اكتساب الملكية وكذلك قانون التوجيه العقاري مستمدا من الشريعة الإسلامية.

والباعث إلى اختيار هذا الموضوع وإفراده بالدراسة في مذكرة التخرج هو الوقوف على الإشكالات الواقعية المطروحة وحتى جهل المواطن لمطالبته بحقوق قد يكون لا سند ولا مبرر له بها في الشيء وكذا الطبيعة الاستثنائية للموضوع في حد ذاته للكشف عن المستجدات الحاصلة في قانون التوجيه العقاري وإذا كانت مختلف أسباب كسب الملكية صالحة لكسب الحقوق العينية الأصلية الواردة على المنقول والعقار على حد سواء فهل أن الشفعة تخضع لهذا الأصل، أم أنها تصلح لبعضها دون الآخر؟

والشفعة ليست سببا مستقلا لكسب الملكية بل تقتزن بشرط قيام تصرف ناقل للملكية قبل المالك وعليه ففي أي نوع من التصرفات يمكن ممارسة الشفعة فيها؟ ومن المستفيد منها؟

تتجلى أهمية موضوع الشفعة في الحكمة أو الغاية التي من أجلها شرعت الشفعة إذ مما لا جدال فيه أن الشفعة شرعت لتحقيق غاية معينة رغم أنها تعتبر قيد و استثناء من الأصل العام إذ من الأصول الشرعية الثابتة أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه، إلا أن الشفعة شرعت و نظرا للمزايا العديدة التي تهدف إلى تحقيقها إذ لموضوع الشفعة أهمية قصوى على أكثر من مجال.

لا يخلو أي بحث من صعوبات معينة تعترض وجه الباحث في إعداد له وتتجلى صعوبة موضوع الشفعة في العقار كون البحث في القضايا العقارية من أصعب الأمور وذلك راجع بالدرجة الأولى إلى تشعبها ووفرة الآراء الفقهية واختلافها وتضاربها حيناً وغموضاً أحياناً أخرى، مما يفرض على الباحث الاطلاع عليها جميعها و فهمها.

لكن أبرز الصعوبات على الإطلاق تكمن في ضيق الوقت في ظل الظروف الراهنة المتعلقة بوباء كورونا حيث لا تسعف الباحث في الفحص الدقيق و التمحيص الجيد والتحليل الحسن للوصول إلى أفضل النتائج الممكنة.

ومعالجة موضوع الشفعة في العقار سيكون محاولة بسيطة منا لإثارة النقاش حول النقط القانونية التي يثيرها الموضوع من أجل الوقوف على أهم الإشكاليات المتعلقة بالشفعة بالعقار.

و بما أن الشفعة تجد مصدرها التاريخي في الفقه الإسلامي، فإلى أي حد استطاع المشرع تنظيم الشفعة في العقار ؟ وهل تعتبر الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية ؟

لمعرفة ذلك لابد من التساؤل حول الأركان الأساسية للشفعة في ؟ والإجراءات لممارسة الشفعة وأثارها؟

للقوف على أهم الإشكاليات التي يثيرها الموضوع فإننا سنسعى إلى دراسة نظام الشفعة انطلاقاً من تحديد الأساس القانوني مستعينين في ذلك بالمنهج التحليلي لكونه سيساعدنا على تحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية لمعرفة الكيفية التي تعامل المشرع مع نظام الشفعة.

وإيماناً منا بأن الدراسة المقارنة هي السبيل الوحيد لتقييم أي نظام من حيث قوته أو ضعفه، سنحاول بين الفينة والأخرى على الاستعانة بالمنهج المقارن لمقارنة نظام الشفعة في التشريع مع باقي بعض التشريعات المقارنة للقوف على أوجه والائتلاف والاختلاف.

قد خصصنا الفصل الأول لتحقيق الشفعة وشروطها وبيننا الحالات التي تتحقق فيها كي يتمكن الشفيع من طلبها.

وكذا إجراءات الشفعة التي يجب على الشفيع القيام بها من إعلان الرغبة بعد الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري للشفيع وشروطه القانونية وجزاء الإخلال بأي من شروطه ثم انتقلت لإيداع الثمن مبينا المقصود به والتمن الواجب الإيداع وحكم الصورية فيه و ركزنا على وقت الإيداع وترتيبه بين الإجراءات وبيننا جزاء تخلف أي من هذه الشروط ثم درسنا إقامة الدعوى وركزنا على صفة الشفيع وأهليته وأوضحنا الزمن الذي يجب أن تقام فيه الدعوى

و تناولنا في الفصل الثاني سقوط الشفعة وآثارها وأوضحنا حالات السقوط في التشريعات موضوع الدراسة وركزنا على تنازل الشفيع عن شفعته ، ثم درسنا الآثار المترتبة على الأخذ بالشفعة في العلاقات المختلفة بين الشفيع والمشتري واختلاف التشريعات .

وقد وضعنا خاتمة عرضنا فيها لما خلصنا إليه في معظم مناحي هذه الدراسة والنتائج التي توصلنا إليها والمقترحات بهذا الخصوص.

الفصل الأول

مفهوم حق الشفعة

تمهيد

الملكية سلطة مباشرة لشخص على شيء معين حق عيني تخوله سلطة الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه بشتى أنواع التصرف بصفة دائمة، وهي كغيرها من الحقوق العينية الأصلية الأخرى تكسب بأسباب مختلفة، فقد تكسب بأسباب مختلفة كاستيلاء إنسان على مال لا يملكه أحد وقد نكسب انتقالا من مالك إلى آخر وهذا الانتقال يكون إما بسبب الوفاة كالميراث والوصية أو بين الأحياء إما بالتراضي كالعقد أو جبرا على إرادة المالك الأول كالشفعة التي هي موضوع بحثنا باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية تتميز عن غيرها من الأسباب الأخرى التي حددتها القوانين الوضعية بأنها حق تملك جبري بحكم القانون لما فيها من انتزاع ملك الغير عن غير رضاه من أجل دفع ضرر الشركة أو الجوار، فقد يشتري المبيع شخصا غير سوي فيسيء إلى بقية شركائه وإلى جيرانه فيمكن لباقي الشركاء أو للجار أن يأخذ المبيع بالشفعة لدفع هذا الضرر، كما يمكن بالشفعة الحيلولة دون تجزئة العقار إلى أجزاء صغيرة، أو قسمتها واستحداث مرافق جديدة مع ما يترتب على ذلك من نفقات وتكاليف جديدة، كما يمكن بالشفعة جمع ما تفرق من حق الملكية.

المبحث الأول : تعريف حق الشفعة وطبيعته القانونية

قبل الغوص في دراسة الشفعة، باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، ومحاولة معرفة نقاط التوافق والاختلاف ، لابد من التطرق إلى بيان مفهوم الشفعة وشروط الأخذ بها. وعلى هذا سنخصص دراستنا في هذا الفصل على مفهوم الشفعة، فنبرز في المبحث الأول الشفعة كسبب لكسب الملكية ، أما المبحث الثاني فنتناول فيه الطبيعة القانونية للشفعة. وخصائصها

المطلب الأول : تعريف الشفعة ودليل مشروعيتها

الشفعة نظام إسلامي يكاد أن يكون الإجماع منعقدا على الأخذ به على أنها قد تثبت على خلاف الأصل لأنها قد تؤدي إلى تملك العقار المشفوع جبرا على المشتري فهي لذلك تعتبر قيда على حرية التصرف بالنسبة للبائع والمشتري ولكن الشارع قد أثبتها لمصلحة راجحة سنحاول من خلال هذا المطلب التعرف على الشفعة

الفرع الأول : تعريف الشفعة

أولا لغة: الشفعة، بضم السين وتسكين الفاء ، لفظ مأخوذ من الشفع وهو الضم أي ضد الوتر، وقد جاء في المصباح المنير للفيومي في مادة شفع ، قوله " شفعت الشيء شفعا من باب نفع أي ضمته إلى الفرد وشفعت الركعة أي: جعلتها اثنين ، ومن هنا إشتقت الشفعة." ¹

وقد عرفت الشفعة كذلك على أنها مأخوذة من الفعل شفع ، وهو يطلق إطلاقين : فيطلق بمعنى - ضم- ومنه الشفع بمعنى الزوج ، لأن كل واحد ضم إلى الآخر، ويطلق بمعنى -زاد- ومنه شاة شافع، إذا كان معها ولدها لأنه زادها ، والشفعة يصح أن تؤخذ من شفع بمعنى -ضم- لأن الشفع

¹ رمضان أبو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية-ص 244 دار الفكر العربي طبعة 1986

يضم العقار المبيع إلى ملكه ، ويصح أن تؤخذ من شفع بمعنى -زاد- لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة.¹

ثانياً اصطلاحاً:

في الشريعة الإسلامية : عرفها الحنفية على أنها حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري بما قام عليه ، من ثمن وتكاليف ، (أي النفقات التي أنفقها) لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار ، فالشفعة عند الحنفية تثبت للجار والشريك.²

أما جمهور الفقهاء غير الحنفية ، فقد عرفها على أنها إستحقاق. شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار ، بثمنه أو قيمته، بصيغة وبعبارة أخرى فهي : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض.³ ويرى الجمهور بأن الشفعة حق للشريك فقط دون الجار.

وقد عرف الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه الشفعة على أنها حق الشريك أو الجار في تملك العقار المبيع بالثمن الذي تم البيع به جبراً عن البائع والمشتري.⁴

فكل هذه التعاريف تصب في مفهوم واحد للشفعة ألا وهو كونها حق تملك الشفيع للعقار جبراً وهو العنصر الجوهرى والمميز للشفعة، ومن ثمة دفع الثمن والمؤن والتكاليف للمشتري وهو مقابل التنازل على العقار.⁵

¹ المرجع السابق ص 245

² محمد أمين المشهور بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، جزء

6 كتاب الشفعة ص 219 دار الفكر بيروت 1989

³ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك جزء 5 ص 310 . دار المعارف . مصر 1986

⁴ محمد رواس قلججي موسوعة فقه الإمام علي بن أبي طالب ص 143 دار الفكر سوريا . دمشق . الطبعة الأولى 1983

⁵ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 249

(ب) مدلول الشفعة في القانون الوضعي (القانون المدني الجزائري)

جاء تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني وهو النص المطابق للمادة 935 من القانون المدني المصري وكذا المادة 939 من التقنين المدني الليبي ، وقد نصت المادة 794 من القانون المدني السالفة الذكر على أن: "الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"¹ .

يستخلص من هذا التعريف أن الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية ، إذا ما أستعملها الشفيع لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع ، الذي يحل محل هذا المشتري بشروط سيتم بيانها لاحقا. ولهذا فالشفعة لا تكون بحسب المادة إلا في بيع العقار ، ويسمى ، العقار المشفوع فيه ومن شفيع وهو طالب الشفعة ، وقد عين القانون أحواله ومن مشتر هو المشفوع منه والذي يحل محله الشفيع، والبائع، وعقارا مشفوعا به وهو العقار الذي يملكه الشفيع والذي يستند إليه في طلب الشفعة لضمه إلى العقار المشفوع فيه .

الفرع الثاني : دليل مشروعيتها

تستمد الشفعة في الشريعة الإسلامية دليل مشروعيتها من السنة وإجماع علماء المسلمين على جواز الأخذ بها، فقد ثبتت الشفعة بقضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بها، إذ روي في الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قوله: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما ينقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) متفق عليه².

1 المادة 794 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم

² أبو بكر جابر الجزائري منهاج المسلم ص 379 دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة الطبعة الاولى 1981

-كما روى بن أبي ملكية عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (الشريك شفيع والشفعة في كل شيء وكذا حديث أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " الجار أحق بصقبة " متفق عليه وروي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد قضى بالشفعة في الدين ، وبه قال أشهب من أصحاب الإمام مالك ¹ فمن خلال هذه السنن الفعلية والقولية للنبي - صلى الله عليه وسلم- تتجلى مشروعية الشفعة وجواز الأخذ بها وبذلك عمل الصحابة والخلفاء الراشدون عليهم رضوان الله، إذ قضى بها الكثيرون، ومنهم الإمام علي بن أبي طالب -كرم الله وجهه- والخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه²

كما نجدها منظمة في إطار نصوص خاصة أخرى، منها:

- 1- القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، إذ منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية، وقد حددت المادة 24 هذا الحق.
- فوجد أن المادة 62 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 تنص على مايلي: " تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 ³.

¹ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي بداية للمجتهد ونهاية المقتصد ص200 الجزء 02 دار الشريعة ، الجزائر

² محمد رواس قلجعي المرجع السابق ص 341

³ القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم

2- قانون التوجيه العقاري: 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 تم النص على استكمال حق الشفعة في ظل هذا القانون من خلال المادتين 52 و 71 فالأولى تتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات الفلاحية ، أما المادة الثانية فتتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء .

وما يمكن قوله حول هذا القانون ، هو منحه حق ممارسة الشفعة للدولة ، رغم أنها ليست مالكة ولا صاحبة حق إنتفاع، وتمارس الدولة حق الشفعة عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

فقد جاء في نص المادة 52 من القانون 25/90 أنه في جميع الحالات الأخرى التي يعمد فيها لإجراء البيع لهاته الأراضي ، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم بشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر 75- 58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني.

أما نص المادة 71 من القانون 25/90 فقد أعطى للدولة والجماعات المحلية الأسبقية والحق وأنزلهما المرتبة الأولى قبل أصحاب الحقوق الذين نص عليهم القانون المدني في المادة 795 ، إذ خولت المادة للدولة أوالجماعات المحلية ممارسة حق الشفعة، في حالة ما إذا أراد أصحاب الحقوق العقارية التنازل عنها، وهذا دون حاجة من الدولة أو الجماعات المحلية لإستعمال إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، طالما أنها تقوم بإنجاز مشروع في إطار المصلحة العامة وتمارس امتيازات السلطة العامة.

والملاحظ أن المادة السالفة الذكر نصت على أن الدولة أو الجماعات المحلية تمارس حق الشفعة بواسطة مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم ، غير أنه لم يصدر بعد .¹

¹ لويشي نجا ، الشفعة وتطبيقها في الميدان العملي ، مذكرة نهاية التخرج من المعهد الوطني للقضاء 2001 ، ص 27 .

03- الأمر 105/76 مؤرخ في 1976/12/09 والمتضمن قانون التسجيل.

تضمن القسم الرابع من هذا الأمر حق الشفعة، لاسيما المادة 118 منه، حيث جاء فيها: "تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الإستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أجزء منه، والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف مع دفع مبلغ الثمن، مازادا فيه العشر " 10/1 " لذوي الحقوق وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 وخلال أجل ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح، ويبلغ قرار إستعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط وإما برسالة موصى عليها مع الإشعار بالإستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة."

فالملاحظ هنا أن الإدارة المالية لها حق ممارسة الشفعة في الأملاك العقارية التي تم التصريح بها، إنطلاقا من أثمان على وجه التبرع ومن ثمة فهذه المادة جاءت من أجل الحد من التلاعب والتهرب الضريبي الذي يقوم به الأفراد لاسيما في البيوع العقارية ، ولمنع الأفراد من تقديم تصريحات كاذبة لإدارة التسجيل .¹

4- المرسوم التشريعي 93/03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

تنص المادة 23 من المرسوم على ما يلي : " إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها، أجزاء، يستفيد الشاغل القانوني للجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه ، وتبين بدقة نية البيع على الخصوص ثمن البيع المطلوب، كما يجب أن تبلغ برسالة موصى عليها مع وصل إستلام إلى

¹ لويسي نجا، المذكرة السابقة ص 28

الشغل الذي يتعين عليه أن يجيب خلال أجل لا يمكن أن يتجاوز شهرا واحدا، ويصبح حق الشفعة دون أثر، إذا إنقضى هذا الأجل.”

نلاحظ أن المشرع هنا مكن المستأجر من ممارسة حق الشفعة، وهو خروج عند القاعدة العامة، غير أن الإيجار لا بد أن يكون بين شخص معنوي هو المؤجر وشخص آخر يسمى بنص المادة الشغل القانوني.

وعلى هذا الأساس فإن الشغل القانوني يمكن أن يحتج بالشفعة أمام دواوين الترقية والتسيير العقاري التي يمكن لها أن توجر الأملاك العقارية التابعة لها، سواء كانت محلات سكنية أو مهنية، طبقا للمرسوم 147/76 المؤرخ في 23.10.1976 المتضمن العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري¹.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للشفعة

أما في القانون الجزائري فنجد أن الشفعة جار بها العمل، وقد نظمها المشرع في القانون المدني وفي نصوص خاصة أخرى.

فقد أوردها المشرع في القانون المدني في الباب الأول المتعلق بحق الملكية الواقع في الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية ، إذ نجدها في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق اكتساب الملكية²، وخصها بنحو أربع عشرة مادة، بدءا من نص المادة 794 إلى غاية 807 من نفس القانون.

الفرع الأول : تكييف الشفعة

¹ لويشي نجاه، المذكرة السابقة ص 25

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 ، المرجع السابق

جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق جملة من المقاصد ، ومن أهمها حفظ المال ، لذا فقد كان من الأصول الثابتة شرعا، أن مال الإنسان لا يتبرع به ، إلا برضاه ولما كان الرضا بين البائع والمشتري ليس شرطا للأخذ بالشفعة ، فإنها تعد بذلك إستثناءا من عموم الأصول الثابتة في التراضي في عقد البيع، وقد شرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشريك عند الجمهور - عدا الحنفية. - وقد إعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الشفعة والأخذ بها بمثابة شراء مبتدأ أي جديد يستحقها الشفيع بعد البيع ، فيثبت بها ما يثبت بالشراء ، كالد بخيار الرؤية و العيب¹.

أمافي الفقه القانوني فقد ثارجدل كبيرحول الطبيعة القانونية للشفعة أي عكس فقهاء الشريعة الإسلامية لذا فقد تساءل الكثير من فقهاء القانون عن الطبيعة القانونية للشفعة فهل هي حق شخصي ؟ أم حق عيني ؟ أم هي مجرد رخصة ؟ أم أنها سبب من أسباب كسب الملكية ؟ في هذا الإطار هناك من اعتبر الشفعة حقا شخصيا معنى ذلك أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية لحماية حق عيني وإنما يباشر دعوى شخصية لحماية حق شخصي لصيق به وهو حقه في أن يصير مشتريا بالأفضلية وهذا الحق لا يورث عنه ولا تجوز حوالته كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه.

و هناك من اعتبر الشفعة طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، أي: رخصة استثنائية تؤدي إلى تقييد حرية التصرف و التعاقد و على هذا النحو، فهي ليست حقا عينيا أو شخصيا إذ لا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا عينيا ، فالشفعة من الحقوق الترخيضية أوالمنشئة، تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري².

¹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ،الجزء الخامس ، ص 795 ، دار الفكر دمشق ، الطبعة الثانية 1985

² نبيل إبراهيم سعد ، الشفعة علما و عملا، ص 08 09 منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة 1997

و يرى الأستاذ أنور طلبية أن الشفعة هي رخصة أي خيار للشفيع فله أن يأخذ بها أو أن يتركها ومن ثم فلا يكره عليها ولا تجوز إلا في العقار، و متى ثبت الحق فيها، تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بموجب حكم صادر من القضاء يعتبر عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة¹

غير أن الأستاذ السنهوري يرى بأن الشفعة ليست بحق عيني و لا بحق شخصي ، بل هي ليست بحق أصلا و إنما هي سبب لكسب الحق فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أوحقا عينيا على عقار كحق الانتفاع مثلا لأن الفرق واضح بين الحق نفسه و بين سبب من أسباب كسبه فالشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية فهي واقعة مركبة اقترن فيها الشيوخ أو الصلة المادية القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، وببيع العقار المشفوع فيه وهي بالنسبة للشفيع واقعة مادية أخرى، وبإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد. فهذه الوقائع المتسلسلة والمركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية فأمكن القول أن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة بعد إعلان رغبته في ممارسة الشفعة حيث يكون للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع فيه فالشفعة هي رخصة، وتتولد هاته الرخصة في التملك بقيام المركز القانوني حيث تخول هاته الرخصة للشفيع الحق في أن يملك العقار المشفوع فيه بإرادته متى تهيأت أسبابه بإجماع وقائع مادية معينة فلا يكون للشفيع حق الملك بل الحق في أن يملك هذا العقار، ثم يتحول حقه في أن يملك العقار المشفوع فيه إلى حقه في ملكية هذا العقار وذلك عن طريق حله محل المشتري.²

¹ أنور طلبية ، الوسيط في القانون المدني ، جزء الثالث ص 178 جامعة القاهرة 1992

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، ص 474 ، دار النهضة العربية، القاهرة 1968.

من خلال ما سبق ذكره من أراء حول تكييف الشفعة، يمكن القول أن الرأي الراجح هو رأي الأستاذ السنهوري من أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا شخصيا وإنما هي واقعة مادية مركبة وسبب من أسباب كسب الملكية كما أنها تعد مصدرا للحق. وهذا الرأي ما حذا حذوه المشرع من خلال نص المادة 794 من القانون المدني إذ إعتبر الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري وتتطلب إتباع إجراءات دقيقة حددها القانون .

وما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء الشريعة إعتبروا أن الشفعة هي حق تملك جبري يثبت للشفيع فيما ذهب القانون المدني إلى إعتبار الشفعة رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري لذا فالإختلاف واضح في تكييف الشفعة بين الشريعة والقانون المدني.

الفرع الثاني :خصائص الشفعة وتمييزها عن ما يشته به

لقد سبقت الإشارة إلى أن الشفعة وسيلة لاكتساب حق الملكية بشروط حددها القانون ونظرا لكونها رخصة تهئى مركزا قانونيا للشفيع فإنها تتميز بجملة من الخصائص ونظرا لكون الشريعة الإسلامية هي مصدر الشفعة وهي الأساس الذي أخذ منه المشرع النصوص المنظمة لها في القانون المدني فإنها تشترك وتتماثل في الخصائص والمميزات وسنحاول التطرق إلى أهم خصائص الشفعة في القانون.

01 - الشفعة واردة على سبيل الإستثناء :

من الأصول الثابتة شرعا وقانونا أن الأصل في العقود هو الرضائية، غير أن الشفعة تعد خروجاً عن القاعدة العامة وبذلك فهي إستثناء لما فيها من تقييد لحرية التعاقد¹ فبسبب الشفعة يجد المشتري

¹ ابن رشد القرطبي ،المرجع السابق ص 208

نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه ، ويحل محله شخص آخر ، لم يشأ البائع أن يبيعه العقار .

وقد نجد أن البائع قد عامل المشتري حين إبرم عقد البيع معاملة ممتازة من حيث شروط البيع او من حيث الثمن ، لإعتبارات خاصة موجودة بينهما ، فيستفيد الشفيع بذلك من هذه المعاملة حتى وإن كانت لا توجد هذه الإعتبارات بالنسبة إليه ، ولهذا لا يجب التوسع في نصوص الشفعة ، وهو ما فعله المشرع من خلال النصوص المنظمة للشفعة والمضمنة بالقانون المدني إذ نجد المادة 798 منه تنص على أنه لا شفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الحواشي إلى غاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار إلى غاية الدرجة الثانية كما أن المشرع قلص من مدة المطالبة بالشفعة وإلا سقطت.

02 - الشفعة لا ترد إلا على العقار .

لقد قررت المذاهب الأربعة أنه لا شفعة في منقول¹ كالحيوان والثياب والعروض التجارية للحديث السابق " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : بالشفعة في أرض أوريح أوحائط". ورواية الحديث عن مسلم والنسائي وأبو داود: "أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أوحائط" ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الشركة بالاتفاق بسبب الاستمرار والدوام ولأن المنقول لا يدوم بخلاف العقار لذا فهي جائزة في العقار ، وأجاز المالكية الشفعة في البناء أو الشجر إذا بيع أحدهما مستقلا عن الأرض ، لأنه عندهم عقار وهو الأرض وما إتصل بها². ولذا نجد أن المشرع لم يجز الشفعة إلا في العقار دون المنقول ، لأن المنقول يرد عليه حق الاسترداد، الذي

¹ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص 795

² نفس المرجع ، ص 796

مصدره القانون الفرنسي، عكس الشفعة المستمدة من الشريعة الإسلامية.¹ وثبتت هذه الخاصية بنص المادة 794 من القانون المدني، التي جعلت الشفعة لا تكون إلا في العقار .

03 - عدم قابلية الشفعة للتجزئة :

إن مقتضى هذه الخاصية أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون بعض، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك .

وقد كان تأصيل المسألة يقوم على أنه إذا تعددت الصفقة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها دون البعض، إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة فيها، ولا يكون هذا تجزئة للشفعة².

فإذا قام المالك ببيع عقار واحد لعدة مشترين، وتوافرت شروط الشفعة جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إما في جميع العقار أو في جزء أحد المشترين الذي له فيه شفعة ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني، غير أن الشريعة نظمها وأقرتها³ .

أما إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقات متفرقة كان للشفيع إذا توافرت شروط الشفعة أن يأخذ بها في بعض الصفقات دون بعض ولا يعد هذا تجزئة للشفعة في حين أنه إذا تم البيع بصفقة واحدة كان على الشفيع بتوافر الشروط أن يأخذ العقارات كلها أو يدعها كلها حتى لا يضر المشتري وهذه الحالة أقرتها أيضا الشريعة الإسلامية⁴ .

وقد أقرت الشريعة الإسلامية أيضا حالة أخرى تتجسد في البيع الذي يتعدد فيه الشفعاء وفي هذه الحالة، وجب على كل واحد منهم أن يطلب أخذ العقار بالشفعة أو يتركه، ويجوز المطالبة بجزء منه

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 484

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 485

³ ابن رشد القرطبي . المرجع السابق ص 235

⁴ عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق ص 485

دون جزء و ليس في ذلك تجزئة للعقار ومن ثمة للشفعة، فيقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة عن غيره وهذا رأي مالك ونجد أن نص المادة 796 من القانون المدني أقر انه في حالة تعدد الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة حسب الترتيب الآتي :

أ - إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

ب - وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

والجدير بالملاحظة هو توافق المشرع من خلال نصوص القانون المدني مع ما أقرته الشريعة الإسلامية والتي تعد مصدر الشفعة في القانون المدني .

4 - اتصال الشفعة بالشفيع:

أقرت الشريعة الإسلامية والقانون المدني بأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، وهي متروكة لتقديره وخياره، إن شاء أخذ بها وإن شاء تركها ن ويترتب على هذا الإتصال مايلي:

- لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة، فالشفعة رخصة وليست حقا، كما لا يجوز للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة للمطالبة بالحقوق المتصلة بشخص المدين تطبيقا للقواعد العامة¹.

- لا يجوز للشفيع، إحالة حقه في الشفعة إلى الغير عن طريق الحوالة بعد أن يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة كما أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه فإذا أراد الشفيع النزول عن

¹ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 466

الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن ينزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير لتتبع الشفعة هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من إنتقل إليه العقار متى كان مالكا له وقت بيع العقار المشفوع به ¹ وقد ثار خلاف في الفقه حول إنقضاء الشفعة ب وفاة الشفيع وعدم إنتقالها للورثة وقد سكت القانون المدني عن هذه الحالة غير أننا نلاحظ أن هناك إجماعا في الفقه القانوني على أن الشفعة تنتقل إلى الورثة بعد إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة لأنه وفي هاته الحالة تكون عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه قد تكاملت، وللورثة الإستمرار في إجراءات الشفعة أيا كان الوقت الذي يثبت فيع للشفيع الحق في الحل محل المشتري سواء كان وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم، وفي هذه الحالة فالورثة لا يأخذون الشفعة أصالة عن أنفسهم ولكن نتيجة حلولهم محل مورثهم.

المبحث الثاني : شروط الأخذ بالشفعة

سنحاول من خلال هذا المبحث أن نتطرق إلى أهم شروط الأخذ بالشفعة ولما يميز هذه الشروط

المطلب الأول: بيع العقار

كي يتم الأخذ بالشفعة لابد من وجود عقار معد للبيع، هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة وأقره المشرع الجزائري إذ لا شفعة في المنقول.

الفرع الاول : بيع العقار الاصل فيه جواز الاخذ بالشفعة

يمكن القول أنه بمجرد وقوع بيع عقاري، يفتح باب الشفعة متى توافر شروط الأخذ بها، فالأصل هو جواز الأخذ بالشفعة في البيع العقاري

1 - لا شفعة في المنقول:

¹ نفس المرجع ص 467

فالشفعة لا ترد إلا على العقار، لذا فلا ترد على بيع حصة شائعة في السفينة¹ لأنها منقول كما لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المآل لبيع بناء آيل للهدم أو غراس للقلع وتجدر الإشارة إلى أن العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد لخدمة العقار أو لاستغلاله ، فإنه بيع مستقلا عن العقار اعتبر منقولا ولا شفعة فيه أما إذا بيع مع العقار جاز أخذه بالشفعة تبعا للعقار وفقا للقواعد العامة قرار رقم 181 155 مؤرخ في 1997/11/18 جاء فيه: ² "إن المادة 794 من القانون المدني تنص على أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات ، ولا يمكن ممارسته في المحلات التجارية ". قرار رقم 100 150 مؤرخ في 1997/11/19 جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد ، بالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون."

و من المقرر أيضا أنه يثبت حق الشفعة:

1- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

2- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي.

3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

ولما ثبت في قضية الحال - بأن قضاة المجلس قرروا بأن صفة الطاعنين كمستأجرين للأمكنة لا تسمح لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة ، ولا يمكن اعتبارهم كذلك كمنتفعين حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني، فإنهم سببوا قرارهم تسببيا كافيا ، وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأسباب ليس في محله".

2 - الشفعة غير قابلة للتجزئة:

¹ وهبة الزحيلي -المرجع السابق ص 798

² المادة 794 من من الأمر رقم 75- 58 ، المرجع السابق

تتعلق هذه المسألة بالحالة التي إذا بيع فيها عقار فلا يجوز للشفيع أن يشفع في جزء من هذا العقار دون جزء آخر ، فإما أن يشفع فيه كله أو يتركه كله .

3- لا شفعة إلا في عقد البيع:

إن فحوى هذه المسألة هو وجوب توافر عقد بيع للعقار يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشفوع به حتى يجوز الأخذ بالشفعة وعقد البيع هو تصرف قانوني صادر من الجانبين وناقل للملكية يعوض وعلى هذا فأى عقد آخر ولو كان ناقلاً للملكية لا تجوز فيه الشفعة مثل: الهبة والمقايضة¹. كما أنه إذا إنتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني للميراث أو الإلتصاق أو التقادم فلا شفعة وحتى لو إنتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني من جانب واحد فلا شفعة وهو الحال عليه في الوصية وما تجدر الإشارة إليه هو حالة ما إذا كان عقد المعارضة الناقل للملكية هو عقد للبيع جازاً الأخذ فيه بالشفعة ومع ذلك لا يؤخذ فيه بالشفعة ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل لأنه لا وجود له .

و يجوز الأخذ بالشفعة أيضاً في البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف، لأن البيع في الحالتين موجود وإن كان وجوده قائم على خطر الزوال، ففي البيع المعلق على شرط فاسخ، يكون البيع نافذاً من وقت إبرامه، وعلى الشفيع أن يراعي مواعيد الشفعة وتسري من وقت إبرام العقد، فإذا أخذ بالشفعة في مواعيدها، حل محل المشتري في هذا البيع المعلق على شرط فاسخ، فإذا ما تخلف الشرط صار البيع باتاً، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعي كما كان يزول بالنسبة للمشتري ولو لم يأخذ الشفيع بالشفعة أما إذا فوت الشفيع المواعيد فإن حقه يسقط. أما البيع المعلق على شرط واقف، فالبيع يكون غير نافذ و لكنه موجود، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة و تحسب المواعيد من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط، فإذا مارس الشفيع الشفعة في المواعيد حل محل المشتري في هذا

¹ علي الخفيف - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية - الجزء الثاني ص 199 طبعة 1969

البيع وبتحقق الشرط ينفذ البيع بأثر رجعي وتنفذ معه الشفعة و إذا تخلف زال البيع بأثر رجعي و معه الشفعة أما إذا فوت الشفيع المواعيد سقط حقه في الشفعة¹ كما تجوز الشفعة كذلك في عقد البيع القابل للإبطال لأنه موجود و نافذ والمواعيد فيه تحسب من يوم إبرام العقد و جدير بالذكر أن الشفيع قد يكون معرضا للمطالبة بالإبطال متى حل محل المشتري.

وتجدر الإشارة في ختام هذه المسألة إلى أن جميع النصوص والمواد المنظمة للشفعة تحدثت عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع كما أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الوعد بالبيع في العقار وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 337 - 130 المؤرخ في 1995/01/10 إذ جاء فيه: "حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي و قضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع القضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار فالمادة 794 من ق م تنص على أن الشفعة في بيع العقار، ولم تنص عليها في الوعد بالبيع".

4 - الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع:

لقد نصت المادة 797 من القانون المدني الجزائري على أنه:² إذا إشتري شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي أشتري بها "، إن هذه المادة تقتض توالي عدة بيوع على نفس العقار وتحدد في أي بيع منها يجوز للشفيع أن يأخذ فيه بالشفعة،

¹ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 503

² المادة 797 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

ولتوضيح ذلك نفترض أن البائع قام ببيع عقاره لمشتري ما، ثم قام هذا المشتري ببيع نفس العقار لمشتري ثانٍ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة، في البيع الأول أم الثاني؟

أجابت المادة على هذا التساؤل، وقضت الأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، إذا لم تعلن الرغبة في الشفعة أو قبل تسجيلها، وهذا حسب الشروط التي اشترى بها، والسبب من وراء أخذ الشفعة في البيع الثاني، أي: من عند المشتري الثاني، هو أن البيع الأول لم يعد قائماً بالنسبة للشفيع، وأما البيع الثاني فهو الساري المفعول والقائم في حقه لذا عليه المطالبة بالشفعة في هذا البيع بنفس الشروط، ولذا فإن كان هذا العقار مثلاً غير قابل للشفعة لأي سبب منع على الشفيع الأخذ بالشفعة حتى ولو كانت شروط الأخذ بها قائمة في البيع الأول.¹

5- جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل:

السؤال المطروح في هذه المسألة يتمحور حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل أو غير المشهر .

إن المشرع سكت عن هذه المسألة ولم يتعرض لها لذا سنحاول في هذا المجال إستقراء إلى ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري، وما أكدته أيضاً محكمة النقض المصرية، فقد ذكر أن الشفعة جائزة في بيع العقار غير المسجل طالما أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه، ومنها التزام في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري الذي حل محله الشفيع، إذ يستطيع الشفيع إلزام البائع بتنفيذ هذا الالتزام عينا، بل أن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع إذا ما قام بتسجيله، بنقل ملكية العقار المبيع فعلاً من البائع إلى الشفيع، وهو ما ذهب إليه الفقه، طالما أن نقل الملكية ليس ركناً في البيع، بل وأن قانون التسجيل لم

¹ العروم مصطفى . مجلة الموثق . ص 40 العدد 06 سنة 1999

ينص على بطلان العقد غير المشهر، سيما وأن حق الشفعة ينشأ من يوم البيع ولا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد فوق وقت قيام سبب الشفعة هو وقت قيام العقد.

الفرع الثاني: البيوع التي لايجوز الأخذ فيها بالشفعة

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريم البيع الفاسد إذ لا تثبت عندهم الشفعة في المشتري شراء فاسداً، لأن هذا العقد يجب نقضه ورد المبيع إلى ملك بائعه، للتخلص من الفساد، فلا يكون البيع لازماً لاحتمال فسخه من كل المتعاقدين، أما في القانون المدني فقد نصت المادة 798 منه على ما يلي:¹ لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون

- وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة،

وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية،

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل العبادة."

وبتفحص المادة يمكن القول بأن الفقرة الأولى تتحدث صراحة على أنه لا شفعة إذا حصل البيع

بالمزاد العلني بإجراءات رسمها القانون ، ومن المعلوم قانوناً أن البيع بالمزاد العلني هو البيع الجبري

الذي يتم بناءً على أمر قضائي استناداً إلى طلب الدائنين قصد استيفاء حقوقهم من ثمنه ويتم وفقاً

لإجراءات رسمها القانون وهو ما يخص الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة على

العقارات والحائزين على سند تنفيذي وقد حدد القسم الثاني من الباب السادس من قانون الاجراءات

المدنية التدابير والاجراءات التي يتم بمقتضاها بيع العقارات بالمزاد العلني ، نظمتها المواد من 379

إلى 399 منه وعليه :

¹ المادة 798 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

- البيع بالمزاد العلني لعقار شائع لا يمكن قسمته فلا تجوز الشفعة فيه .
- بيع الدولة لأموالها الخاصة وفقا للإجراءات المقررة في التشريعات الجاري العمل بها، فهو بيع بالمزاد تلجأ إليه الإدارة في حالات معينة، فلا تجوز الشفعة فيه.
- الحجز الإداري و بيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها ، يتم وفقا لإجراءات غالبا ما تقررها التشريعات الجبائية، فهذا البيع لا تجوز فيه الشفعة.
- بيع عقار المفلس و عديم الأهلية والغائب بالمزاد العلني أمام جهة القضاء، فلا شفعة هنا.
- بيع أملاك القاصر العقارية بالمزاد العلني، بعد استئذان القاضي لما نصت عليه المادة 89 من قانون الأسرة، هو بيع لا تجوز الشفعة فيه.
- أما قراءة الفقرة الثانية من المادة 798 من القانون المدني، فإننا نجدها تنص على أنه¹ لا شفعة إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية و من ذلك :
- بيع الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها ففي مثل هذه البيوع لا يجوز الأخذ بالشفعة
- بيع الشخص المالك لأحد فروعه أو لأحد أصوله فلا تنقذ القرابة في هذه الحالة بدرجة معينة فإذا قام الأب أو الأم ببيع العقار لأحد أبنائهما أو أحفادهما ، فإن الشفعة لا تجوز، كذلك إذا قام الإبن أو البنت ببيع عقار لأحد الوالدين أو الجددين فإن الشفعة في هذه الحالة أيضا لا يجوز الأخذ بها.
- بيع الشخص لأحد من أقربائه من الحواشي إلى غاية الدرجة الرابعة كإبن العم مثلا، فإن الشفعة في هذه الحالة لا يجوز الأخذ بها.

¹ المادة 798 من الأمر رقم 75- 58 ، المرجع السابق

- بيع الشخص أملاكه لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية مثل: الأب ، الزوجة أو لإبن زوجته من زوج أول ، أو لأخ زوجته أو أختها ، فهؤلاء الأشخاص يغلون باب الشفعة على الشفيع، فلا يخول له استعمال الشفعة عند حدوث هذا البيع.

أما الفقرة الأخيرة من المادة السالفة الذكر فتقرر أنه لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة فالمنع هنا تمليه إعتبارات دينية قدمها المشرع على مصلحة الشفيع . فإن باع شخص قطعة أرض لبناء مسجد فوقها أو ليلحقها بمسجد لغرض توسيعه أو إقامة سكن للإمام، أولبناء حمام يضاف للمسجد أو لإقامة دورة مياه للمسجد، أولبناء جناح صلاة للنساء ففي كل هذه الحالات لا يمكن للشفيع أن يأخذ بالشفعة وجدير بالملاحظة أن مثل هذه البيوع لا تشمل محلات العبادة للمسلمين فقط بل تتسع لتشمل أيضا الكنائس والمعابد لغير المسلمين.¹

و ما يمكن قوله حوله حول هذه المادة عموما هو حظرها للشفعة مطلقا في هذه الحالات السالفة الذكر، فالشفعة بنص هذه المادة حظرت على الشفيع الأخذ بالشفعة ، تارة بالنظر إلى طريقة البيع، كحالة البيع بالمزاد العلني، وتارة إلى نوع العلاقة التي تربط طرفي عقد البيع كحالة القرابة، وتارة أخرى إلى الغرض الذي يقع البيع لأجله وتتجلى هذه الحالة في الفترة الأخيرة.

المطلب الثاني: وجود الشفيع.

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرف إلى من هو الشفيع وحالة تزام الشفعاء

الفرع الأول : من هو الشفيع ؟

لقد سبقت الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء اعتبر أن الشفعة تثبت للشريك، أما الحنفية فقد إعتبروا أن الشفعة تثبت للشريك وجار .

¹ لعروم مصطفى . المرجع السابق ، ص 37

- إن المادة 795 من القانون المدني تنص : "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية : ¹

لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .

لشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى الأجنبي.

لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها"

ولطالما أن المادة قد عدت الشفعاء مرتبين فنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذي يتفاضلون به عند تزاحمهم كما سنرى لاحقا.

1- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع:

هذه الحالة تكاد تكون نادرة في الحياة العملية، إلا أنه يمكن تحقيقها، كأن يكون هناك عقار مملوك لشخص معين ورتب عليه حق الانتفاع لشخص آخر، فإذا باع صاحب حق الانتفاع هذا الحق كان لملك العقار الذي أصبح مالكا لحق الرقبة بعد أن رتب حق الانتفاع لغيره أن يشفع في حق الانتفاع المبيع، فإذا ما أخذ مالك الرقبة هذا الحق بالشفعة ضم بذلك حق الانتفاع لملكيته وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة (ملكية وإنتفاع) وهذا هو الغرض الذي من أجله أعطى المشرع مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة، حق الانتفاع، وفي هذا الإحتمال لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة ² .

كما يمكننا أن نتصور إحتمالا آخر، كأن يرتب شخص مالك لعقار معين حق إنتفاع لأكثر من شخص في الشيوع، فإذا باع أحدهما حقه المشاع في الإنتفاع لشخص ثالث، كان لمالك الرقبة أن

¹ القانون رقم : 73/71 المؤرخ في 18/11/1971 ، المتضمن قانون الثورة الزراعية

² لعروم مصطفى . المرجع السابق . ص 37

يستعمل حق الشفعة من أجل شراء الحصة المبيعة فيصبح حينئذ مالكا ملكية تامة لنصف الإنتفاع ومالكا لرقبة النصف الآخر، وفي هذه الحالة فإن المالك أسترده النصف الشائع من حق الانتفاع وضمه للرقبة كلها، وهكذا، لأن الشريك الآخر في حق الإنتفاع، لا يستطيع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة يسبق في الترتيب الشريك في الشيوع، المستفيد من حق الانتفاع.

2 - للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي :

يتضح من هذه الفقرة أنه إذا قام أحد الشركاء في الشيوع ببيع حصته المشاعة أو جزء منها إلى شخص أجنبي يكون الشركاء الآخرين في الشيوع أو أحد منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة شائعة المراد بيعها، أو التي تم بيعها، وفي هذا المجال يجب أن تتوفر ثلاثة عوامل وهي¹ :

- وجوب توافر عقار شائع

- قيام أحد الشركاء على الشيوع ببيع حصته المشاعة

3-لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها :

و يتضح من هذه الفقرة أن صاحب حق الإنتفاع هنا يشفع في الرقبة، ولذلك يأتي في المرتبة الثالثة، وصورة ذلك تتجلى في إقدام مالك الرقبة على البيع إلى أجنبي في حين أنه كان قد رتب حق إنتفاع لفائدة شخص آخر ففي هذه الحالة فإن القانون بخول لصاحب حق الإنتفاع أن يتبع الإجراءات المنظمةة للشفعة ، ذلك أنه بإستعماله هذا الحق يكون قد ضم حق الرقبة له و بذلك يستجمع عناصر الملكية التي ذكرناها سائفا ألا و هي السلطة القانونية التي يباشرها المالك على عقاره.

-هذه الصور الثالث السالفة الذكر هي ما أقره القانون المدني الجزائري إذ جعل الشفعة تثبت لأصحاب هذه الصور لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو المتعلق بنوع الشروط الواجب توافرها في الشفيع حتى يستحق المطالبة بالشفعة و يصبح شريكا بمفهوم المادة 795 ؟

و يمكن القول في إطار الإجابة على هذا السؤال أن هناك شروطا وجب أن تتوفر في الشفيع حتى يطالب بالشفعة ، تتمثل أساسا في²:

¹ لعروم مصطفى . المرجع السابق . ص 37

² لويستي نجاة . المرجع السابق . ص 10

- أ - أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه، إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة ، أي وجب أن يكون مالكا للرقبة أو صاحب حق إنتفاع، وإن كان الشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة، وملكيته سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة ، فإن كانت الملكية بموجب عقد بيع، وجب أن يكون تاما ومسجلا وسابقا على البيع المشفوع فيه ، ولا بد أن تستمر هذه الملكية حتى وقت ثبوت الشفعة.
- ب - ألا يكون الشفيع وقفا فلا شفعة في الوقف شرعا وقانونا.
- ج - أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة، أي أن يبلغ سن الرشد ولم يحجر عليه، ففي هذه الحالة جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، أما إذا كان قاصرا جاز لوليه أخذ الشفعة عنه.
- د - أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه، كأن يكون نائبا عن غيره في بيع مال لهذا الغير، أو أن يكون الشفيع من الذين يحضر عليهم شراء الحقوق والأموال المتنازل عليها، كالقضاة والمحامين، وجزاء هذا الحضر هو بطلان البيع لتعلقه بالنظام العام، ومن ثمة فلا شفعة لهم في هذه الأموال العقارية. ومن خلال ما سبق قوله، يتبين لنا أن المشرع لم يقر الشفعاء كما أقرتهم الشريعة، إذ منح حسب نص المادة 795 من القانون المدني، الشفعة لأشخاص محددين وجعلهم شفعاء، ولكن السؤال المطروح يتعلق بكيفية منح الأولوية في الشفعة عند تراحم الشفعاء ؟ وللإجابة على هذا السؤال نتطرق إلى النقطة الثانية.

الفرع الثاني : تراحم الشفعاء

قد يتعدد الشفعاء وفي هذه الحالة تنثور إشكالية أفضلية من يشفع قبل الآخر وما يلاحظ حول هذه الحالة، هو الإتفاق الحاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وما أقره القانون المدني إذ نجد نص المادة 796 قد بينت حكم تراحم الشفعاء و فرقت بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : تراحم الشفعاء من طبقة واحدة

نصت المادة 796 الفقرة 01 على أنه¹ إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه و على ذلك إذا تعدد الشفعاء و كانوا من الطبقة الأولى أي: ملاك رقبة فإنهم يقتسمون حق الإنتفاع متى شفّعوا فيه وهذا بقدر نصيب كل منهم في ملكية الرقبة و في حالة ما إذا طلب الشفعة واحد فقط و لم يطالب باقي الشفعاء بها أو أسقطوها جاز للشفيع المطالب أن يأخذ الشفعة في كل العقار غير أنه من الضروري التأكيد على أن أي شفيع متى طلب كل الشفعاء الشفعة فالقسمة هي التي تكون حسب نصيب كل منه في ملكية الرقبة. و يضاف إلى هذا أنه متى كان الشفعاء من الطبقة الثانية، وهم شركاء في الشيوخ، فإنهم يقتسمون حق الإنتفاع، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عدا الحنفية وأضافوا أن الأخص يفضل و يقدم على الأعم ، فالأخص في الشركة يقدم على الأعم².

الحالة الثانية : تراحم الشفعاء و هم من طبقات مختلفة

القاعدة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء الأربعة هي: "الأخص يقدم و يفضل على الأعم." ومثالهم المشارك في حائط الدار كالمشارك فيها، أما صاحب الأخشاب الممددة على الحائط الخاص بالجار فهو جار وليس شريك، ومن ثمة فلا شفعة له ومثالهم الخالص إلى أحقية الشريك في المبيع في الأخذ بالشفعة على الشريك في حق الإرتفاق.³

¹ المادة 798 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

² وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 805

³ وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 806

أما المادة 795 فقد¹ جعلت من الشفعاء ثلاث طبقات ، مالك الرقبة ، الشريك في الشيوع وصاحب حق الإنتفاع، فإن تراحموا وكانوا من طبقات مختلفة ، فإنهم يعلو بعضهم على بعض، فالأعلى أولى من الأدنى ومثال ذلك :

لو أن عقارا رتب عليه شخصان حق إنتفاع، فإن أراد أحدهما بيعه، أي بيع حق إنتفاعه، كان الأحق بالشفعة في هذه الحالة هو مالك الرقبة متى طلبها، لأنه يقدم على الشخص الآخر، الشريك على الشيوع في حق الإنتفاع .

الحالة الثالثة : حالة تراحم الشفعاء مع المشتري و هو شفيع مثلهم.

هذه الحالة المشتري يعد من الغير لذا فلا يجوز لهذا الغير أو صاحب حق الإنتفاع أخذ الشفعة لأن مالك الرقبة هو نفسه يعد شفيعا وهو من الطبقة الأولى ويفضل عليهما فيأخذ وحده بالشفعة دونهما أما لو كان المشتري هوشفيع بدوره فإن الأمر يختلف حيث أنه من المادة 2/796 من القانون المدني نجد أنه بتوافر الشروط التي تجعل من المشتري شفيعا فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته ومن الطبقة الأدنى منه لكن يتقدمه من هو أعلى منه طبقة²

¹ المادة 79 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

² لعروم مصطفى . المرجع السابق . ص 38

خلاصة الفصل الأول

من خلال هذه الورقة البحثية نخلص إلى أن إعمال حق الشفعة لا يكون إلا عند التصرف ببيع الحصة الشائعة في الملك التام للعقار أو المنفعة ولا يجوز في بيع المنقول، أو في مجموع من المال المنقول أو العقار، الذي يثبت فيه للشريك في هذه الحالة حق الاسترداد.

كما توصلنا إلى أنه في حالة وجود عقار شائع محل حق انتفاع من طرف شخص، وبيعت حصة شائعة في هذه الرقبة، كان لها شفيعان، الأول هو الشريك المشتاع في الرقبة، والثاني هو صاحب حق الانتفاع فإن تراحم هذين الشفيعين قدم الشريك المشتاع في الرقبة على الشفيع صاحب حق الانتفاع.

خلصنا أيضا إلى أن المشتري لحصة مفرزة قبل وقوع القسمة، لا يعطى له الحق أن يشفع في حصة شائعة تم بيعها من طرف شريك آخر، كما ليس له أن يحتج بأن القسمة النهائية لم تقع بين الشركاء، إذ لا يمكنه أن يغير حصته من مفرزة إلى حصة شائعة.

وعلیه ومن خلال ما تقدم نخلص إلى أن المشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوع حق الشفعة إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي وفق شروط وإجراءات حددها بدقة، والحكمة من ذلك هي ما تؤدي إليه الشفعة من دور، حيث تحول دون دخول شخص غريب بين الشركاء في الشيوع، على غير رغبة أحدهم الذي قد يتضرر من ذلك. بالإضافة إلى إنهاء أو الحد من تعدد ملاك العقار وبالتالي جمع شتات الملكية في يد شخص واحد أو أقل عدد ممكن من الأشخاص وهو ما يسهل حسن الانتفاع بالعقار الشائع. حيث إن الممارسات العملية تظهر أنه كلما تعدد الشركاء كلما ازداد اتساع نطاق الخلاف، وطففت على الواجهة بؤادر النزاع، مما يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع والاستثمار فيه.

الفصل الثاني

إجراءات و آثار حق الشفعة

تمهيد

إن للشفعة نظام قانوني استثنائي، إذ أنها تجمع بين جوهري نظامين غير متوافقين، لا من حيث الطبيعة، ولا من ناحية التنظيم، والمقصود بذلك النظام القانوني الذي يقيد كفاءات ممارسة الشفعة من طرف الفرد كشخص من أشخاص القانون الخاص، والمتمثل في القانون المدني، وكذا النظام القانوني المجسد في بعض القوانين والمراسيم والنصوص التنظيمية التي تضبط كفاءات ممارسة الشفعة من طرف الدولة، وبين العام والخاص نجد أن المشرع قد ربط بينهما بالتضييق وعدم التوسع في الشفعة، معترفا بكونها قيد على حرية التصرف، وحق استثنائي سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الإجراءات، وبين هذين الجانبين تستخلص ما تسقط به الشفعة في النظام القانوني الجزائري حيث سنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى إجراءاتها، بإعتبار أن الشفعة تقوم أساسا على الإجراءات فنرى ما هي أهم إجراءات الشفعة وأثارها .

المبحث الأول : كيفية الأخذ بالشفعة

من الثابت شرعا وقانونا أن الشفعة تؤخذ بالتراضي أو بالتقاضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون الحاجة إلى إتخاذ إجراءات قضائية ودون نزاع يذكر، ويحل بذلك الشفيع محل المشتري، ويصبح متمتعاً بحقوق المشتري وتقع عليه التزاماته، ويصح التسليم في أي وقت، ومتى سلمت يبرم عقد البيع و يشرع في مباشرة الإجراءات الناقلة لملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، غير أنه قد يثور نزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وفي هذه الحالة كان اللجوء إلى القضاء حتمية لا مفر منها.

وجدير بالذكر أن الشفعة مؤسسة على الإجراءات ، لذا سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى معرفة إجراءات الشفعة، وسنستطلع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا المجال، كما يجدر بنا أن نتطرق كذلك إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها

المطلب الأول: إجراءات الشفعة

إن الشفعة مؤسسة على الإجراءات بصورة جلية، و قد نص القانون على وجوب إتخاذ جملة من الإجراءات الأولية، قبل اللجوء الى القضاء، وهذا ما أقرته أيضا الشريعة الإسلامية، فكان مفروضا على القاضي في كل من الشريعة والقانون أن يناقش هذه الإجراءات ويبحثها. فما هي هذه الإجراءات؟ وكيف نظمتها الشريعة و القانون المدني ؟

الفرع الأول : إعلان الرغبة في الشفعة

لقد إهتم المشرع من خلال القانون المدني بإعلان الرغبة في الشفعة و اعتبرها إجراء مهما رتبت عليه السقوط في حالة عدم المطالبة به. غير أنه جعل الإعلان مرتبطا بوجوب توجيه إنذار إلى الشفيع من قبل البائع أو المشتري، لذا سنحاول معرفة فحوى هذا الإنذار ثم نتطرق إلى الإعلان.

1 - الإنذار:

المشرع إهتم بهذا الإنذار الذي نص على وجوبه، فقد ألزم كلا من البائع و المشتري على إتخاذ هذا الإجراء الذي من شأنه أن يثير إهتمام الشفيع ويحفزه على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة و في ميعاد

معين ومحدد قانونا فبمجرد إبرام عقد البيع يجب على طرفيه -البائع و المشتري- توجيه إنذار للشفيع بوقوع البيع على العقار المشفوع فيه حتى يتدبر أمره، فإن أراد الأخذ بالشفعة أعلن رغبته في ذلك وإن لم يرد لم يعلن، مع الإشارة إلى أنه في حالة تعدد الشفعاء وجب توجيه الإنذار إلى كل واحد منهم. والملاحظ أن القانون المدني لم يحدد شكلا معيناً للإنذار الذي يوجه للشفيع، فباستقراء نص المادة 799 من القانون المدني لا نجد لها تنصص على شكلية محددة إذ جاءت على النحو التالي¹: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه أو يزداد على ذلك أجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

وبالرجوع إلى نص المادة 800 من القانون المدني التي تنص:² "يجب أن يشمل إنذار المنصوص عليه في المادة 795 على البيانات التالية وإلا كان باطلا:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع وإسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والآخر الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799.

فهذه المادة، لم تحدد أيضا شكلية معينة للإنذار، وإنما حددت البيانات الواجب ذكرها فيه تحت طائلة البطلان، لذا فإن فكرة الإنذار الشفوي مستبعدة، وعليه وجب أن يكون هذا الإنذار مكتوبا ورسميا يتم على يد محضر قضائي فالإنذار الشفوي أو الموجه بالبريد غير كافي لأننا بصدد بيع عقار لذا وجب إضفاء الطابع الرسمي على هذا الإنذار، والذي يتولى ذلك هو الضابط العمومي المكرس في شخص المحضر القضائي³ ومتضمن البيانات التالية:

1 - بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا:

¹ المادة 799 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق

² المادة 800 من نفس المرجع

³ لعروم مصطفى . مجلة الموثق . العدد 06 سنة 1999

والغرض من هذا البيان أن يتعرف الشفيع على العقار بصورة كافية نافية للجهالة ولقاضي الموضوع مسألة تقدير كافية بيان العقار من غيره، وهذا في حالة وقوع نزاع حول الكفاية من عدمها ويكون بيان العقار بتعيين موقعه، وحدوده، ومساحته، معالمه، طبيعته والأماكن العقارية التابع لها.

ب - بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع وأسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه ويقصد بهذا وجوب بيان الثمن الذي بيع به العقار أو الثمن المصرح به في طلب العقد إضافة إلى المصاريف التي يتطلبها تحرير عقد البيع المضافة إلى الثمن، ونعني بهذا حقوق التسجيل ومصاريف الشهر العقاري وأتعاب الموثق والطابع والرسم على القيمة المضافة وغيرها من المصاريف الواجبة الأداء، التي يتلقاها الموثق عند إمضاء عقد البيع¹.

ج - ذكر أجل ثلاثين يوما في الإنذار:

وهذه المدة هي الأجل الذي حدده المشرع للأخذ بالشفعة، إبتداء من تاريخ هذا الإنذار. وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن عدم توجيه الإنذار للشفيع يجعل حقه في المطالبة بالشفعة قائما وقد أكدت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا هذا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/04/30 في الملف رقم 64331 المنشور في المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1991 الصفحة 28 والذي جاء نصه كمايلي: "المادة 799 من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أوالمشتري وإلا سقط حقه، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما كان من ثابت في قضية الحال أن كلا من البائع والمشتري لم يوجها إنذارا إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما ومن ثمة فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن، الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة، يكونون قد اخطئوا في تطبيق القانون² وكذا القرار الصادر بتاريخ 1985/01/02

¹ نفس المرجع السابق ، ص 21

² المجلة القضائية العدد الثاني ص 28 سنة 1991

تحت رقم 33030 إذ جاء فيه: ¹ وإذا لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانونا لإكساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله فإن فوات الآجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير"

2 - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

أكد القانون المدني على أن الشفعة حق ضعيف ، لذا فلا يمكن التملك بها مالم يبادر الشفيع إلى المطالبة بها، حتى يحكم له بالأحقية في أخذها ، إذ جعل إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة إجراء جوهريا وجب المبادرة باتخاذها قبل رفع دعوى الشفعة والسؤال الذي يطرح نفسه، هو وقت وجوب إعلان الرغبة والجزاء المترتب عن عدم القيام بهذا الإعلان ؟ وهل يجوز للقاصر أن يطالب بالشفعة ؟ و للإجابة على هذا السؤال، سنتطرق إلى وقت وجوب إعلان الرغبة ، ثم الجزاء المترتب عن عدم القيام بهذا الإجراء.

أ- وقت وجوب الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة :

بإستقراء نص المادة 799 من القانون المدني نجدها تحدد أجل 30 يوما للشفيع لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة و هذا من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه من البائع أو المشتري بعد إبرام عقد البيع، و يزداد على هذا الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك .

وأول ملاحظة تثار حول هذه المادة هي تحديدها لأجل قصير، أي: أنها نحت منحى جمهور الفقهاء في إعتناء وإشتراط الفورية في إعلان الشفيع لرغبته في المطالبة بالشفعة³.

أما الملاحظة الثانية، فهي حسم المشرع لما يمكن أن يثار من منازعات حول واقعة العلم بالبيع، لذا جعل الميعاد بادئ السريان من تاريخ توجيه الإنذار المكتوب والمحضر في عقد رسمي والذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع .

¹ المجلة القضائية العدد الرابع ص 64 سنة 1989

² المادة 799 من الأمر رقم 75- 58 ، المرجع السابق

³ لعروم مصطفى ، المرجع السابق ، ص 40

كما أنه بإستقرار الفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني و التي تنص على¹: " 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" و ما يمكن قوله أن التصريح الذي يتقدم به الشفيع ليعبر بموجبه عن رغبته في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، يجب أن يكون بعقد رسمي، أي أن يتولى تحريره موثق مؤهل قانونا ويؤكد الشفيع في طلب هذا التصريح أنه يرغب في شراء العقار المبيع طبقا للبيانات الواردة في الإنذار الذي وجه له من قبل البائع أوالمشتري كما يجب أن يعلن هذا العقد المتضمن الرغبة في الشفعة بغية الحل محل المشتري عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة² وقد إستقر رأي المحكمة العليا على هذا في قرارها المؤرخ في 1982/10/17 إذ جاء فيه:"على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أوالمشتري وإلا سقط حقه ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط".

و يترتب عن عدم الإعلان عن طريق كتابة الضبط البطلان الإجرائي و يكون إعلان الرغبة من قبل الشفيع إلى كل من البائع و المشتري طبقا للنص المادة 799 من القانون المدني. وما تجدر الإشارة إليه هو حالة تعدد الشفعاء ، ففي هذه الحالة وجب على كل واحد منهم أن يعلن رغبته إلى البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الموجه إليهم، ويجب أن يتم الإعلان بموجب عقد رسمي و عن طريق كتابة الضبط.

و نجد أن الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر إعتبرت أنه لا يمكن الإحتجاج بهذا التصريح في مواجهة الغير إلا إذا كان مسجلا، والمقصود بهذا التسجيل هو الشهر العقاري ، و هذا ما جاء بموجب القرار الصادر عن محكمة العليا بتاريخ 1991/12/24 ملف رقم 75678 إذ نص على

¹ المادة 801 من الأمر رقم 75- 58 ، المرجع السابق

² المجلة القضائية - العدد 4 ص 47 سنة 1990

أنه: "إذا كان مؤدى المادة 801 من القانون المدني¹ أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة و إشهاره ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير سليم، ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم إحترام إجراءات الشفعة طبقوا صحيح القانون " ويستخلص من هذا أن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير لأنه في هذه الحالة يعرض الشفيع نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع مادام قد صدر قبل تسجيل إعلان الرغبة حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيع ومن ثمة فيجدر به أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان وقيده في مكتب الشهر العقاري حتى يأمن من تصرفات المشتري وتصبح غير نافذة في حقه، فالتسجيل هنا شرع لحماية مصلحة الشفيع ولذا فليس هناك ميعاد محدد للتسجيل لكن كلما تأخر الشفيع كلما عرض نفسه لخطر تصرفات المشتري كما أسلفنا الذكر .

ب - جزاء التأخر في المطالبة بالشفعة:

المشرع نجده قد رتب جزاءا عن ترك ميعاد الثلاثين يوما يمر دون إعلان الرغبة و هو سقوط حق الشفيع في الشفعة، وهذا بنص المادة 799 من القانون المدني.

أما المادة 801 فقد رتبت البطلان على الإعلان الذي يكون محررا في عقد رسمي، ولا يعلن عن طريق كتابة الضبط، وهو بطلان إجرائي لم تعرفه الشريعة الإسلامية ولم تقره.

ج - مطالبة القاصر بالشفعة :

التساؤل المطروح هو هل أن الشفيع إذا كان قاصرا جاز لوليه أن يطالب بالشفعة و يعلن رغبته بدلا عنه دون أن يستأذن القاضي في ذلك؟

¹ المادة 801 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

وجواباً على ذلك ، إذا تأملنا المادة 88 من قانون الأسرة¹، وأخذنا بمفهوم المخالفة، فنجد أن الحالات التي يستوجب فيها طلب الإذن من القاضي وردت على سبيل الحصر، أضف إلى ذلك أن الشفعة تزيد من الذمة المالية للقاصر فهو إثراء و ليس إفتقار مع مراعاة أن الأب أو الأم أحرص الناس على مصلحة الإبن القاصر.

و يرى الأستاذ : السنهاوري أن القاصر أو المحجوز عليه ، لوليه أو وصيه طلب أو إعلان الرغبة في الشفعة بدلا عنه بإذن أو دون إذن المحكمة لأنه عمل من أعمال الإثراء لا الإفتقار² و تجدر الإشارة كذلك، إلى أن الوكيل، لا يجوز له إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة نيابة عن الشفيع الموكل متى كانت حاملا لو وكالة عامة، لا تجيز له صراحة هذا الإعلان، ولما كانت الوكالة العامة تقتصر على بعض أعمال الإدارة، وجب على الموكل حتى يتسنى له إعلان الرغبة أن يحصل على وكالة خاصة من الموكل. الشفيع، و يجب أن تتوفر في هذه الوكالة الأشكال المحددة قانونا، حسب نص المادة 572 من القانون المدني .

الفرع الثاني : إيداع الثمن لدى الموثق

الملاحظ في القانون المدني ووفقا لما جاء به نص المادة 2/820 التي تنص صراحة على أنه³: " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال الثلاثين 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 " إذن، بعد إنتهاء الإجراء الأول من إجراءات الشفعة والمتمثل في إعلان الرغبة ، في الأخذ بالشفعة يأتي الإجراء الثاني وهو إيداع الثمن لدى الموثق والذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر والتي نخلص بعد تصفحها إلى الملاحظات التالية:

¹ القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الطبعة الثالثة د و أ ت 1999

² عبد الرزاق السنهاوري - المرجع السابق ص 618

³ المادة 2/820 من الأمر رقم 75- 58 ، المرجع السابق

1- وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق الكائن مقره بدائرة وجود العقار المشفوع فيه والمقصود بالثمن هو ثمن العقار ، أما المصاريف، فهي التي يقتضيها تحرير العقد، كالرسوم وحقوق التسجيل ، إضافة إلى المصاريف التي يقتضيها تحرير العقد في حساب الزبائن التابع لمكتب التوثيق بالخرزينة العمومية، أي: أن كل هذا يتم بمعية موثق¹.

هذا وقد لا يذكر في العقد الثمن الحقيقي للبيع ، ويذكر بدله له ثمن صوري تهربا من دفع الرسوم وبذلك يكون الثمن المعبر به في صلب العقد ، لايعبر عن القيمة الحقيقية للعقار المبيع ، فمبدئيا الشفيع يأخذ بالظاهر إلى أن يثبت العكس ، وحينها يرجع المشتري على البائع للمطالبة بالمبالغ التي لجأ إلى إخفائها لكن قد يقع أحيانا أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغ فيه بقصد إرهاب الشفيع ، هنا يقع عبء إثبات ذلك على الشفيع، فإذا ما ثبت أن المبلغ الذي أودعه لايقل عن الثمن الحقيقي للعقار وكان أكبر منه ، فإن الإيداع يكون صحيحا حتى ولو كان أقل من الثمن المذكور في العقد، وله أن يسترد الفارق.

2- وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي موثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، وذكرنا سابقا أن هذا التصريح يكون مجسدا في عقد رسمي، ويعلن إلى كل من البائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه، ونلاحظ أن المادة 2/801 ذكرت أنه يجب الإيداع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة عكس ما ذهبنا إليه المادة 2/942 من القانون المدني المصري والتي تحدد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان عن التصريح بالرغبة لذلك فهي أكثر وضوحا لأنها بذلك وحسب رأي الأستاذ السنهوري² فإن الميعاد في الإيداع يبدأ حسابه خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصول الإعلان في الرغبة إلى البائع والمشتري وبذلك فلا يحسب يوم وصول الإعلان ويبدأ الميعاد في اليوم الموالي له وينقضي بانقضاء ثلاثين يوما ابتداء من هذا اليوم فإن صادف يوم عطلة إمتد الميعاد إلى اليوم الذي يلي أول أيام انتهاء العطلة ،

¹ لعروم مصطفى ، المرجع السابق ، ص 43

² عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 680

وقد يصل إعلان الشفيع إلى البائع والمشتري في يومين مختلفين فتكون العبرة في بدء حساب الميعاد باليوم الأخير لوصول الإعلان إلى أحدهما لا إلى الأول.

أما القانون المدني الجزائري في مادته 2/801 فإنه يثير إشكالا في تحديد تاريخ بدء حساب الميعاد، حين أقر أنه يكون الإيداع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، فهل هذا التاريخ هو تاريخ تحرير عقد التصريح بالرغبة لدى الموثق بعد أن يتحصل على الإنذار؟ أم هو تاريخ تسجيل العقد المتضمن التصريح بالرغبة لإعطائه تاريخا ثابتا ؟ أم من تاريخ إشهار عقد التصريح بالرغبة في مصلحة الشهر العقاري ؟ يرى الأستاذ لعروم مصطفى أن التاريخ المعني، هو تاريخ الشهر العقاري المتعلق بعقد التصريح بالرغبة ، لأن هذا الشهر يحفظ حقوق الشفيع من تصرفات المشتري التي قد ترد على هذا العقار.

كما لا يحتج به ضد الغير ، إلا إذا كان مسجلا، ويجب أن يتم إيداع ثمن البيع خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فيها.

ولما ثبت -في قضية الحال- أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع والمصاريف، لم يتم في الأجل على الوجه المذكور أعلاه ، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله وينجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها."

وبهذا فإن الإيداع يكون خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة. والعبرة بمدة ثلاثين يوما من تاريخ التصريح فهي فسح المجال للشفيع ليتدبر أمره ويتكفل بجمع المبلغ الذي يتضمن ثمن البيع والمصاريف التي يقتضيها عقد البيع.

وقد أعتبر المشرع هذه المدة من النظام العام ، فإذا لم تحترم تفقد صاحبها الحق في طلب الشفعة، بمعنى أن هذا المبدأ، يعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ، يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، وهذا ما أشار إليه القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 19 نوفمبر 1984 في الملف رقم 34.331 والقاضي بما يلي:

"متى كان من المقرر قانوناً أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار ، وذلك في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائياً، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمباشرة الطاعن بمخالفة أحكام المادة 799 من القانون المدني غير مؤسس ويستوجب رده.

ولما كان ثابتاً أن الطاعنين، لم يعلنوا رغبتهم في الشفعة خلال الأجل المحدد قانوناً رغم علمهم بالبيع الواقع، وكان ثابتاً أنهم لم يرفعوا دعواتهم على البائع والمشتري معا واكتفوا برفعها على البائع فقط، لذا فإن قضاة الإستئناف بمصادقتهم على الحكم القاضي برفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة التزموا صحيح القانون.

3 - وجب أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، أي: أن الشفيع عقب رفع دعوى الشفعة يتعين عليه أن يستظهر الوثائق الثبوتية التي تؤكد أن الشفيع قد قام فعلاً بإيداع الثمن والمصاريف، ويتضح بذلك من الوصل الذي يسلم له من قبل الموثق ويؤكد بمقتضاه أن الشفيع قد دفع فأودع الثمن في الخزينة العمومية وهذا الوصل يعتبر سنداً أساسياً في رفع دعوى الشفعة، مضافاً له عقد التصريح بالرغبة في الشفعة.

المطلب الثاني: دعوى الشفعة

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى الإجراءات الواجب اتخاذها قبل رفع الدعوى، ورأينا أنها إجراءات جوهرية وأولية قبل اللجوء إلى رفع الدعوى لاستصدار حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيع، سنحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق إلى الإجراءات الشكلية الواجبة في رفع الدعوى، فتطرق في فرع أول إلى المسائل التالية : الخصوم في دعوى الشفعة، المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى وميعاد رفعها، أما الفرع الثاني فسنخصصه للحكم الصادر في دعوى الشفعة.

الفرع الأول: رفع الدعوى

بتصفح القانون المدني نجد المادة 802 تنص على أنه¹: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط حقه." ولمحاولة معالجة إجراءات الدعوى نحاول الإجابة على الأسئلة التالية: من يرفع الدعوى؟ وعلى من ترفع؟ ماهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة؟ وهل هناك ميعاد محدد قانونا لرفع الدعوى؟

أ - من يرفع دعوى الشفعة:

إن الشفيع هو المخول لرفع دعوى الشفعة وطلب الأخذ بالشفعة عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لذلك يشترط في الشفيع توافر الأهلية الواجبة للقيام بهذا العمل، أي أن يكون الشفيع كامل الأهلية بالغاً سن الرشد على الأقل وغير محجور عليه، كما له أن يوكل في رفع الدعوى غيره، بشرط أن تكون الوكالة خاصة، لأن الوكالة العامة تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف. وفي حالة كون الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه، فوليه أو وصيه هو الذي يرفع دعوى الشفعة بإذن المحكمة أو بدون إذن².

وفي هذا المجال، نجد أن الشريعة الإسلامية قد تبنت نفس القواعد في اعتبار الشفيع مدعياً في دعوى الشفعة.

ب - على من ترفع الدعوى:

ترفع الدعوى على البائع والمشتري معا ، فالشفيع مجبر على مخاصمة كل من البائع والمشتري في دعوى الشفعة ، لأن الشفيع سيحل محل المشتري في أخذ العقار بالشفعة، وعدم رفع الدعوى من قبل الشفيع ضد البائع والمشتري معا يجعل من الدعوى مرفوضة شكلاً لبطلان الإجراءات.

¹ المادة 802 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

² أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هوم، الجزائر، ط 2011 ، ص 135

أما الشريعة الإسلامية فنلاحظ، أن الخصم الشفيع هو المشتري مطلقا، سواء تسلم المبيع أم لا لأنه مالك، والبائع قبل التسليم لقيام حيازته ، وبذلك يلاحظ الخلاف القائم بين الشريعة والقانون المدني الذي يستوجب رفع الدعوى ضد البائع والمشتري معا.¹

ج- المحكمة المختصة بنظر الدعوى:

إن دعوى الشفعة من الدعاوى العينية لأن الشفيع يطالب بملكية العقار المشفوع فيه نتيجة توافر سبب من أسباب الملكية، وهو الشفعة، وعلى هذا فإن المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى هي المحكمة الواقع بدائرتها العقار، اعتمادا على نص المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية ونص المادة 802 من القانون المدني، هذا من حيث الاختصاص المحلي، أما من حيث الاختصاص النوعي فالقسم المختص هو المدني أو العقاري.

ولما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شكلا لأنها لم تشهر دعاوها طبقا لنص المادة 85 من المرسوم رقم: 76/63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعوى القضائية الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها، وهي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقص². وكذا القرار رقم: 34131 الصادر بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه: "من المقرر قانونا أن 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."

د - ميعاد رفع الدعوى:

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هوم، الجزائر، ط، 2004 . ص 122

² أحمد دغيش، المرجع السابق ، ص 137

لقد أكدت المادة 802 من القانون المدني على وجوب¹ رفع دعوى الشفعة في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإذا تعذر أو تأخر إعلان كل من البائع أو المشتري فالمدة تبدأ بالسريان من تاريخ الإعلان الأخير بشرط عدم فوات ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ الإعلان وإلا سقط حقه في الشفعة.

ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعي العقار في حالة تعددهم في الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني، وعلى هذا وجب على الشفيع رفع الدعوى في الميعاد القانوني المحدد بثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في حين أن المادة 802 من القانون المدني ، تفرض وجوب رفع الدعوى ابتداء من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

وبهذا نجد أن القانون المدني قد حدد ميعادا وأجلا قصيرا قدر بثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، عكس ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية باتفاق المذاهب على أن ميعاد رفع الدعوى مفتوح للشفيع متى شاء أخذ به، غير أن الفورية تكون لإعلان الرغبة كما بينا فيما سبق بيانه.²

الفرع الثاني : الحكم الفاصل في دعوى الشفعة

أقر المشرع الجزائري في المادة 803 من القانون المدني³ على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة، يعد سنداً لملكية الشفيع دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري ، ويستفاد من هذا الفحوى للنص بأن الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفيع في الشفعة يعد سنداً لمكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ، وعليه فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي

¹ المادة 802 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

² أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هوم، الجزائر،

ط 2006 ، ص 257

³ المادة 803 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

تم ما بين المشتري والبائع وهذا الحكم يعد بالنسبة للشفيع كسند ملكية يغنيه عن إبرام عقد بيع بينه وبين البائع .

وعلى هذا وجب على الشفيع أن يقوم بتسجيل الحكم وشهره حتى تنتقل له ملكية العقار المشفوع فيه وقد أكدت ذلك المادة 793 من القانون المدني التي أكدت عدم إنتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات المنصوص عليها قانونا ولا سيما المتعلقة بالشهر العقاري¹.

ويمكن القول بأن الحكم بالشفعة هو حكم كشف عن حلول الشفيع محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك، وبذلك فالحكم هو بمثابة حكم بصحة التعاقد، ولكن لا لمصلحة المشتري الأصلي، بل لمصلحة الشفيع .

وخلاصة القول أن هناك إتفاقا بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني على إعتبار الحكم القاضي بثبوت الشفعة، هو حكم كاشف لا منشأ، فهو يكشف عن حلول الشفيع محل المشتري في أخذ العقار المشفوع فيه باستعمال الشفعة².

المبحث الثاني : آثار وسقوط حق الشفعة

سننظر من خلال هذا المبحث لآثار الشفعة لنتبين أن هذه الآثار تتجسد في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وبروز جملة من العلاقات التي تربط بين الشفيع وكل من البائع والمشتري والغير .

المطلب الأول: آثار الشفعة

الفرع الأول : إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

كما أسلفنا الذكر أن الشفعة حق للشفيع يمارسها لتملك العقار المشفوع فيه متى توافرت شروط الشفعة وأسبابها، هذه القاعدة أقرها القانون المدني مع.

¹ أحمد دغيش، المرجع السابق ، ص 140

² أحمد خالدي، المرجع السابق ، ص 261

وقد سبقت الإشارة إلى أن الشفعة واقعة مركبة، وهي تشتمل على عناصر ثلاثة سيما الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، بيع العقار المشفوع فيه وإعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة، ومتى تكاملت هذه العناصر، قامت الشفعة كسب قانوني يحدث أثره مباشرة، وهو حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي أبرمه البائع مع المشتري وهذا ما حددته المادة 794 من القانون المدني وأكدته المادة 804 من نفس القانون.

وهذه النصوص تتضمن قاعدة عامة، مفادها إنتقال جميع الحقوق والإلتزامات التي كانت مقررة أصلاً لصالح المشتري، ثم صارت مقررة لصالح الشفيع بموجب الشفعة.

أولاً: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة

ذهب رأي بعض فقهاء الحنفية إلى أنه إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا إستحققه شفيعاً بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه ، لان حق الشفعة ضعيف ، فلا يتقوى إلا بطلبه من القاضي، وعلى هذا فلا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين: الأول: تسلمه من المشتري عن رضا منه، فيتملكه الشفيع من وقت تسلمه ، والثاني: قضاء القاضي له به ، فيتملكه من وقت القضاء وإن لم يملكه فعلاً.

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني إلى الميل إلى هذا الرأي ، إذ إعتبروا أن حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت حقه في الشفعة أو من وقت التراضي عليها ، بحيث يعتبر هذا التراضي أو الحكم القاضي بثبوت الشفعة ، منشأ لحق الشفيع لا مقرر له ، ومن ثم ناقلاً لملكية العقار المشفوع فيه بتسجيله ، ويظل المشتري إلى تاريخ التسجيل مالكا للعقار المشفوع فيه¹.

ويستند هذا الرأي إلى أن الحكم بالشفعة منشأ لحق الشفيع لا مقرر له، وبالتالي فإن الشفيع يعد مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت ثبوت الحكم النهائي بالشفعة، وهذا راجع إلى أن المسألة لا تتعلق بنزاع

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق ، ص 263

حول الملكية ولا بإبطال البيع أو فسخه، وإنما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بواسطتها أن يكسب ملكية العقار المبيع بدلا من المشتري، وهذا يعني أن الشفيع يملك العقار من وقت تسليم المشتري بالشفعة أو الحكم بها، أما قبل صدور الحكم بالشفعة فإن المشتري يعد مالكا للعقار المشفوع فيه، ويتصرف فيه كما يشاء وهذا الكلام ينطبق على أي مشتري إنتقلت إليه ملكية هذا العقار وعلى ذلك فإن جميع التصرفات التي تصدر من المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة تكون نافذة في حق الشفيع وإذا بيع العقار المراد أخذه بالشفعة إلى مشتر ثان في هذا الوقت، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وهو ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني كما رأينا سالفًا.

وإذا كان المشرع من خلال نصوص القانون المدني المتعلقة بالشفعة قد قرر إبطال التصرفات الصادرة من المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فهذا لا يعني إنتقال الملكية إلى الشفيع من هذا التاريخ، وإنما قرر ذلك لحمايته من التصرفات التي قد تضربه والتي تحول دون أخذه بالشفعة فالمشرع وضع قيودا على المشتري في البناء أو الغراس في العقار بعد حصول الطلب كما جاء في نص المادة 805 من القانون المدني.

ثانيا : حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع

يرى الأستاذ السنهوري، بأن المبادئ العامة في الشفعة، ترجع أساسا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة التي تعد واقعة مركبة من عناصر ثلاثة، الإرتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة فمتى تكاملت هذه العناصر فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين البائع والمشتري، منذ تمام هذا البيع فالشفعة لا تحدث أثرها إذن إلا عند إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، و لكن متى أحدثت هذا الأثر، فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته ، وعلى هذا يجب إستبعاد القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت

صدور الحكم بالشفعة، أو من وقت رفع الدعوى، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو من وقت إعلان الرغبة أساساً¹.

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن الموقف الذي اتخذه المشرع، يتماشى مع ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه القانوني من أن حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة للشفيع، و يتضح هذا بصفة جلية في نص المادة 803 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سند الملكية الشفيع ، و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

فمن خلال هذه المادة ، يمكن استقراء مبتغى و مذهب المشرع في اعتبار حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي بثبوت الشفعة .

الفرع الثاني : العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة

إن حلول الشفيع محل المشتري في أخذ الشفعة ، تنشأ عنه جملة من العلاقات تربط بين البائع، المشتري والشفيع أو بين الغير والشفيع ، و سنحاول التطرق إلى هذه العلاقات.

أولاً : علاقة الشفيع بالبائع

لقد نصت المادة 804 من القانون المدني على ما يلي: ² "يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته، إلا أنه لا يمكن له الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع ، و لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

ويتربط على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه ، و هذا نتيجة حله محل المشتري في عقد البيع المبرم بينه و بين البائع ، و بهذا و نتيجة لهذا الحل ، يخرج المشتري من المعاملة ، و يصبح كأنه لم يكن ، و يبقى العقد الذي تم قائماً بين طرفين هما البائع والشفيع ، و بالتالي ينتج هذا البيع آثاره القانونية فيما بين البائع و الشفيع و نتيجة لهذا ، يلتزم

¹ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 729 - 730

² المادة 804 من الأمر رقم 75- 58 ، المرجع السابق

البائع نحو الشفيع بجميع إلتزامات البائع، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع إلتزامات المشتري، فيلتزم البائع بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وهذا بعد تسجيل الشفيع للحكم القاضي له بالشفعة وشهره، كما يلتزم البائع بتسليم الشفيع العقار المشفوع فيه، إن لم يكن قد سلمه له، كما يلتزم بالضمان، فإذا إستحق العقار بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، وهذا ما يفهم من النص الفرنسي لأن النص العربي ورد مخالفا لهذا المعنى، فقد ورد فيه أن الشفيع لا يرجع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة؟ فهل يفهم منه أن البائع لا يلزم بالضمان في حالة إستحقاق المبيع بعد أخذه بالشفعة ولهذا فنحن نعتقد أن ذلك مجرد ترجمة غير صحيحة ولكن ولطالما أن النص العربي هو الأصل وهو واجب التطبيق، فوجب تطبيقه كما هو وأن كان فيه خروج على القواعد العامة في مجال إلتزامات البائع، حيث يقع عليه ضمان الإستحقاق.

وقد نصت المادة السالفة الذكر على أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع و لذا فإن أراد الشفيع الإستفادة من هذا الأجل ، وجب عليه التفاوض مع البائع على هذا ، و بهذا نكون أمام واقعة قانونية جديدة تخضع للإيجاب و القبول و عرض تفاصيل تمس العقد و تتم بإتفاق البائع والشفيع¹.

ثانيا : علاقة الشفيع بالمشتري

لا تنشأ علاقة تعاقدية بين الشفيع و المشتري ، و مع ذلك فقد تنشأ بينهما علاقات قانونية أو إلتزامات متبادلة نتيجة حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه ، و قد نصت المادة 805 من القانون المدني على ما يلي: "إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ، أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق ، ص 266

بالرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة و إذا إختار أن يستبقي البناء أو الغراس ، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجرة العامل أو نفقات الغراس .

وعليه فقد يستلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ، و هذا هو الغالب فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجل ، فإن له حقوقاً تنشأ قبل الشفيع و تنشأ للشفيع حقوق قبل المشتري ، و لما كان المشتري قد إختفى من الصفقة نتيجة حلول الشفيع محله ، و لكنه وطالما أنه تسلم العقار المشفوع فيه يمكن إعتباره حائزاً لهذا العقار ، و يكون حائزاً حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة وحائزاً سيئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة .

وتجدر الملاحظة بأن المشتري إذا لم يستلم العقار المشفوع فيه من البائع فإن علاقته بالشفيع تنحصر في إسترداد مصروفات البيع التي دفعها فقط و إستردادها يتم من الثمن الذي قام الشفيع بإيداعه كإجراء من إجراءات الشفعة.

ويتضح من نص المادة 805 السالفة الذكر ، أن مسألة بناء أو غراس الشفيع في العقار المشفوع فيه تختلف آثارها حسب الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : بناء المشتري أو غراسه في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الشفيع رغبته .

في هذه الحالة ، فلا يحق للشفيع طلب الإزالة للبناء أو الغراس الذي أقامه المشتري ولكن يجب عليه أن يأخذ العقار بالحالة التي هو عليها ، وبذلك يلتزم الشفيع تبعاً لما يختاره المشتري إما بدفع مقدار مازاد في قيمة العقار أو دفع المبلغ الذي أنفقته ، و مؤدي هذا أن يدفع الشفيع بأكبر هاتين القيمتين وأساس ذلك أن المشتري عندما بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه ، كان ذلك في أرضه ، ولا يوجد بذلك أي مانع يمنعه من ممارسة الملكية على ملكه كما له أن يبني عندما يوجه له طلب الشفعة و عارض هذا الطلب ، لأنه قد يكون على حق في معارضته.¹

¹ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 766

و قد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية نفس المذهب، غير أنه فرقوا بين التصرفات التي ينشئها المشتري أو العقود التي يبرمها و بين نماء المشفوع فيه و زيادته لدى المشتري ، سواء كان هذا النماء طبيعياً أو محدثاً .

ففيما يخص التصرفات والعقود المنشئة من قبل المشتري قبل إعلان الشفيع رغبته فقد إتفقت المذاهب الأربعة على عدم جواز نقض هذه التصرفات والعقود. أما فيما يخص النماء الطبيعي أو المحدث الذي ينشئه المشتري في العقار المشفوع فيه، قبل إبداء الشفيع لرغبته، فإن المذاهب الأربعة جعلته من حق المشتري على قول المالكية : "الغلة قبل الشفعة للمشتري".¹

الحالة الثانية: بناء المشتري أو غراسه بعد إعلان الشفيع رغبته في الشفعة.

في هذه الحالة إذا قام المشتري ببناء أو غراس في العقار المشفوع فيه، بعد إعلان الشفيع لرغبته في الشفعة، فإن الفقرة الثانية من المادة 805 من القانون المدني السالفة الذكر قررت بأن للشفيع الحق في إمكانية طلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري، وإعادة العقار إلى أصله، مع التعويض إذا كان له مقتضى، كما له أن يستبقي على البناء أو الغراس، فلا يلزم إلا بدفع ما أنفقه المشتري، أي قيمة أدوات البناء والغراس، وتقدير هذه النفقات والمصروفات متروك لسلطة القاضي التقديرية.

ثالثاً : علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 من القانون المدني²: "لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري ، وكذلك كل بيع منه ، وكل حق عيني رتبته المشتري عليه ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة ، على أنه يبقى الدائنين المسجلة ديونهم، مالم من حقوق الأفضلية ، فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

نلاحظ أن النص يتطرق إلى مجمل الحقوق العينية ، التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، ويميز النص بين ما ترتب من حقوق قبل تسجيل الشفيع لرغبته في الشفعة وما ترتب من حقوق بعد

¹ عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص34

² المادة 806 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

تسجيل الشفيع لرغبته في الشفعة، كما نجد أن النص، قد نص على ما يترتب من حقوق من جانب البائع سواء قبل أو بعد تسجيل الشفيع لإعلان رغبته في الشفعة .

وسنتعرض إلى جملة الحقوق العينية المرتبة على العقار المشفوع فيه سواء من قبل البائع أو المشتري قبل أو بعد تسجيل إعلان الرغبة من الشفيع .

أولاً: الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة.

قد تترتب هذه الحقوق من جانب البائع ، وهي متنوعة بحسب أنواع التصرفات التي يقوم بها البائع ، كأن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه أو كأن يرتب عليه حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع أو الارتفاق أو أن يرتب عليه حقا عينيا تبعيا ، كرهنه رهنا رسميا أو حيازيا وغير ذلك من الحقوق .

فإذا ترتبت هذه الحقوق قبل تسجيل الشفيع إعلان رغبته في الشفعة ، فإنها تسري في حقه ، شرط أن يشهر صاحب هذا الحق حقه قبل التسجيل ، أو حتى قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه أو صحيفة دعواه بصحة التعاقد¹ ، ومثال ذلك إذا باع البائع - بعد البيع الأول - العقار إلى مشتري آخر، وقام هذا الأخير بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، وقبل أن يسجل الشفيع رغبته، فإن هذا البيع يسري في حق الشفيع ولا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني في مواعيده وبالثلث الذي ورد فيه وبالشروط التي تم بها .

ونفس القول بالنسبة للمشتري الذي يمكن أن يرتب نفس الحقوق التي تم بيانها سابقا وهذا قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، ففي هذه الحالة تسري على الشفيع نفس القواعد السالفة الذكر .

ومثال ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري الثاني من المشتري الأول عقد شرائه قبل تسجيل الشفيع إعلان رغبته في الشفعة ، فإن هذا البيع يصبح نافذا في حق الشفيع ولا يمكن له أن يأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني في مواعيده ، بثلثه وبشروطه وهذا ما نصت عليه المادة 797

¹ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 767

من القانون المدني لقولها ¹: "إذا اشترى شخص عقارا تجاوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها "

وتجدر الملاحظة إلى أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يربتها المشتري قبل تسجيل الشفيع لرغبته تسري في مواجهته وتنتقل إليه الملكية مثقلة بهذه الحقوق .

ثانيا: الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة في الشفعة.

قد يترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع حقوق على الوجه المتقدم ذكره ، لكن صاحب هذا الحق ، لم يشهر حقه إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان رغبته أو بعد تسجيل المشتري عقد شرائه لذا فإن هذا الحق لا يسري في مواجهة الشفيع.

ومثالنا دائما ، هو تصرف البائع ببيع العقار المشفوع فيه ، فإذا باع البائع -بعد البيع الأول- العقار إلى مشتر آخر وقام هذا الأخير بتسجيل عقده بعد تسجيل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا التصرف لا يسري في حق الشفيع والذي لا يسري في حقه هو البيع الأول، عكس ما يحدث في حالة التصرف قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيأخذ الشفيع العقار بالشفعة ويرجع المشتري طبقا لأحكام القانون - ولو سجل هذا الأخير عقده، على المشتري الأول، فلا يسري في حقه في مواجهة الشفيع، مادام أنه لا يسري في مواجهة المشتري الأول، وفي هذه الحالة فإن حق الشفيع لا يسري، إلا على البيع الأول، فيأخذ فيه بالشفعة. ²

أما الحقوق العينية التي يربتها المشتري بعد تسجيل الإعلان بطلب الشفعة ، وهذا ما تحدده المادة 806 من القانون المدني ، التي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسري في حق الشفيع.

¹ المادة 797 من الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق

² عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 771

وعلى ذلك فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا يسري هذا البيع في حق الشفيع ، ويأخذ بذلك الشفيع الشفعة في البيع الأول بثمنه وفي مواعيده وشروطه ، أما إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل، جاز له أن ينزل عن الشفعة في البيع الأول، ويطلب بها في البيع الثاني بشروطه ، ثمنه ومواعيده ¹ ، وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني، لا يجوز الشفعة كما لو كان قد تم بين الأصول والفروع مثلاً، لا تثبت فيه الشفعة ، ومع ذلك إذا أثبت الشفيع صورية البيع الثاني أو أنه تم نتيجة غش أو تواطؤ للتهرب من الشفعة أوتعقيدها ، فإنه يكون للشفيع أن يتمسك بعدم وجود التصرف بالنسبة له أو يطلب عدم سريانه في مواجهته .

وجدير بالذكر أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يرتبها المشتري على العقار ، تسري في حق الشفيع ، وتنتقل إليه الملكية مثقلة بهذه الحقوق ، غير أن للشفيع حق الرجوع على المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا كان تصرف المشتري لاحقاً على تسجيل الشفيع لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة.

المطلب الثاني : سقوط حق الشفعة

من القيود الإجرائية، فنجد أن المشرع قد وضع نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة، سواء تلك التي تمارسها الأفراد أو تلك التي تقوم بها الهيئات العمومية المختصة كممثل قانوني للدولة، وجعل إجراءات تلك التنظيمات مرتبطة ببعضها ارتباطاً وثيقاً وماساً بذات الحق، وأوجب إتباعها واحترام مواعيدها بدقة وإلا سقط حق الفرد أو حق الدولة في الأخذ بالشفعة.

وكلا من مسقطات الأخذ بالشفعة الموضوعية أو الإجرائية منها، هي موضوع التحليل خلال هذا المقال، وانطلاقاً من نص المادة 807 من القانون المدني التي تنص على أن لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

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

¹ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 782

ب- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.

ج- في الأحوال التي نص عليها القانون

نحاول تحديد وتحليل أسباب سقوط الشفعة التي نص عليها القانون المدني، وكذا ما أشارت إليه بعض التشريعات الجزائرية الخاصة، وذلك ضمن المخطط الآتي بيانه:

- الأسباب الموضوعية لسقوط حق الأخذ بالشفعة.

- الأسباب الإجرائية لسقوط حق الأخذ بالشفعة في القانون المدني.

وفيما يلي تفصيل محتوى كل نقطة على حدة

الفرع الأول: الأسباب الموضوعية لسقوط حق الأخذ بالشفعة في القانون المدني

وتختص هذه النقطة بدراسة الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة، والتي ترجع إما إلى زوال المركز القانوني للشفيع، وإما إلى تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة بنص المادة 807 المذكورة أعلاه، كما نوضح الجدال الفقهي حول ثبوت سقوط الشفعة من عدمها بسبب الوفاة.

1) زوال المركز القانوني للشفيع:

والشفيع في القانون المدني هو أحد من نصت عليهم المادة 795 منه على التوالي بقولها:

"يثبت حق الشفعة: -لمالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

-للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

-لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كل أو بعض."

والمقصود بزوال المركز القانوني للشفيع، فقدانه للسبب الذي يشفع به، إذ يلزم لميلاد الشفعة وجود السبب المنشئ لها لحين تملك الشفيع للعين المشفوعة، إما بالتسليم له طوعا بها أو بحكم القضاء، فإذا زال عنه سبب الشفعة قبل ذلك، عالما أو جاهلا، سقط حقه في الشفعة لزوال سببه¹ إذ نستشف من نص المادة 795 المبينة أعلاه، أنه يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة .

¹ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار الجامعة الجديدة، ، 2007 ص 670

- إذا قام بالتصرف بالمال الذي يشفع به بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية التي تزيل ملكه، قبل تملك المال المشفوع فيه¹ وذلك بأن قام ببيع هذا المال أو هبته أو المقايضة به أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية² إذ يسقط حقه في الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للمال المشفوع به لم تستمر حتى تمام الأخذ بالشفعة، كما أنه لا يكون لمن تلقى هذا المال، أي المتصرف له الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للمال المشفوع فيه وقت صدور البيع المشفوع فيه ويستوي في ذلك أن يكون الشفيع عالما بالبيع المشفوع فيه أو غير عالما به.

- إذا قسم المال الشائع، وتعرف القسمة بكونها تحويل الحصص الرمزية للشركاء إلى أنصبة مادية مفرزة تعادل الحصة الرمزية لكل شريك، فيصبح مالكا لنصيبه ملكية خالصة استثنائية دون مزاحمة باقي الشركاء³ وبما أن الشيوخ في أصل الملك يعد سببا من أسباب ثبوت الشفعة، فإنه يشترط للأخذ بالشفعة بهذا السبب، أن يكون هذا الشيوخ قائما وقت صدور البيع المشفوع فيه، وأن يستمر حتى تمام الأخذ بالشفعة وتملك الشفيع للمال المشفوع فيه، فإذا انتهى الشيوخ قبل تمام الأخذ بالشفعة، وذلك بأن تمت قسمة المال الشائع بين الشركاء بمن فيهم الشفيع، وأصبح كل شريك في المال الشائع يختص بجزء مفرز من هذا المال فإن حق الشفيع حينئذ يسقط في أخذ المال المشفوع فيه بالشفعة⁴ نظرا لزوال سبب الشفعة المتمثل في "المشيوخ قبل تمام الأخذ بالشفعة".

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الانتفاع أو تصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية الناقلة لملكية هذا الحق.

2) تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

إن تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط هذا الحق، لأن الشفعة حق خالص للشفيع، فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطا كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك وأن

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 583

² عبد العزيز راجح حسن، "أسباب سقوط الشفعة"، رسالة دكتوراه، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، ص 2008-2007، ص 28

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 584

⁴ عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 38.

الأخذ بها ليس متعلقا بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الشفيع الذي يجوز له وفقا لمصلحته أن يأخذ به أو يتنازل عنه .

ونزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، ينتج أثره في سقوط الحق من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل، وهو ما يبرر الطابع المالي للتنازل، لأن الحق في الشفعة تطبق عليه، كقاعدة عامة، الأحكام التي تجري على الحقوق المالية، كما يمكن أن يتصالح الشفيع مع المشفوع منه على الشفعة في مقابل عوض مسقط لحقه في الشفعة، ويستحق الشفيع العوض من المشتري في مقابل حقه في الشفعة الذي تنازل عنه، لأن الشفعة حق يقبل التنازل عنه بعوض من المستفيد من ذلك، وهو المشتري.¹

ويجوز التنازل عن حق الأخذ بالشفعة في أي وقت، بعد طلبها أو حتى قبل التصرف المنشئ لها، كما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 807 من القانون المدني، والذي يتم على العموم بإحدى صورتين:

-الصورة الأولى: وهي أن يفصح الشفيع عن إرادته في التنازل عن الشفعة بطريقة مباشرة، وذلك بأن يكون المظهر الذي يتخذه الشفيع مظهرا موضوعا للكشف عن إرادته بحسب المألوف بين الناس، وهو ما يعرف بالتنازل الصريح عن الشفعة، وذلك نحو أن يقول الشفيع أبطلت شفعتي، أو أسقطتها، أو أبرأت المشتري منها، أو سلمتها أو عفوت عن الشفعة، أو تركتها أو تنازلت عنها².

-الصورة الثانية: وهي أن يعبر الشفيع عن إرادته في التنازل عن الشفعة بطريقة غير مباشرة، وذلك بأن يكون المظهر الذي تخذه الشفيع ليس في ذاته موضوعا للكشف عن إرادته بحسب المألوف بين الناس، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذا التنازل وهذا ما يعرف بالتنازل الضمني، كأن يصدر من الشفيع ما يدل على رضاه بالبيع وثبوت الملك للمشتري، هذا ويجب التشدد والتحوط في استخلاص هذا النزول الضمني، إذ أن استخلاص هذا الشكل من أشكال التنازل هو من

¹ نفس المرجع السابق ، ص 39

² عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص39.

مسائل الواقع الموضوع -التي تستخلصها محكمة الموضوع، وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لاحتماله -أي النزول الضمني .

ومادام أن التنازل عن الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط الحق فيها، فلا يجوز التوسع في تفسيره، باعتبار أن هذا التنازل استثناء من الأصل العام، وهو جواز الأخذ بالشفعة ¹.

(3) وفاة الشفيع :

إن الأحكام المنظمة للشفعة في القانون المدني لا نجد فيها نصا صريحا يقضي بسقوط الشفعة أو عدم سقوطها في حالة وفاة الشفيع، أو بصياغة ثانية، ما مدى إمكانية انتقال حق الشفعة إلى الورثة بعد موت الشفيع؟ من عدم ذلك؟ وبالرجوع إلى مقتضى المادة الأولى من القانون المدني التي ترخص لنا الأخذ بما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وتبني آرائهم حول هذه المسألة، التي لا نلمس فيها الاتفاق، بقدر ما نلمسه من اختلاف وتباين بين المذاهب الأربعة .

الفقه الحنفي : يرى فقهاء الحنفية ² أن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط إذا توفي الشفيع قبل تمام الأخذ بالشفعة، أي قبل تملك الشفيع المال المشفوع فيه قضاء أو رضا .

الفقه المالكي والشافعي : يرى فقهاء المالكية والشافعية ³ أن الشفعة لا تسقط بموت الشفيع مطلقا، وإنما تنتقل إلى ورثته، سواء كانت وفاة الشفيع قبل الطلب أو بعده، فالشفعة لصيقة بالمال المشفوع به وليس بشخص الشفيع، فإذا انتقل هذا المال إلى الورثة انتقل معه حق الأخذ بالشفعة، كما أن الشفعة خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، وبالتالي فإنها تورث شأنها في ذلك شأن الرد بالعيب .

وبعد توضيح آراء بعض من فقهاء الشريعة والقانون يمكننا القول أن الشفعة لم تنقر في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقررت له بوصفه لكونه مالكا للعقار المشفوع فيه أو صاحباً للحق عليه، فإذا

¹ نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، بيروت، منشورات الحلبي، 2003 ص 530

² عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 71

³ أسماء تخونني ، أسباب سقوط الشفعة في النظام القانوني الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد الثامن ، جامعة الطارف ص 410

انتقل العقار إلى الوارث بالميراث، كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة، وهو ما يتفق مع المقرر عموما في الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة وكذا مع المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري.¹

الفرع الثاني : الأسباب الإجرائية لسقوط حق الأخذ بالشفعة في القانون المدني

الأصل في ثبوت الشفعة للشفيع هو الرضاء، فإذا توفر له سبب من أسباب الشفعة حق له أن يطلب الأخذ بها، فإذا استجاب المشتري لهذا الطلب فإن الشفيع يمتلك العقار بالتراضي دون حاجة إلى أي إجراءات قضائية، لكن قد لا يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة أو قد لا يسلم المشتري بالشفعة، فيظل الحق في الشفعة قائما، مع أنه حق استثنائي يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد (31)، لذلك رسم المشرع للبائع والمشتري طريقا ليحسما به الأمر، وهو توجيه إنذار إلى الشفيع، الإجراء الذي تليه سلسلة إجراءات دقيقة، تتم خلال مواعيد محددة وقصيرة، ومرتبطة ببعضها ارتباطا وثيقا وماسا بذات الحق، وأوجب المشرع إتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة، وهو ما نتناوله في النقاط التالية:

1) سقوط الحق في الشفعة بمضي سنة من بيع العقار المسجل

تنص المادة 807 من التقنين المدني: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية: إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في ..."، إذ يستفاد من هذا النص أن القانون قد افترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، وهو أن الشفيع وقد علم بالبيع إذا سجله المشتري، فالغاية من التسجيل هي شهر عقد البيع، ولما كان علم الشفيع بوقوع البيع ما هو إلا علما افتراضيا، فقد أطال القانون المدة التي يجب على الشفيع أن يطلب خلالها الشفعة، فجعلها سنة كاملة، اعتبارا من يوم تسجيل عقد البيع (32). كما أن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت سنة كاملة من يوم تسجيل البيع دون أن يستعمل هذا الحق، يجعل تضييع حق الشفيع من طرف المشتري يسيرا، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع وينتظر سنة، ويحتمل أنه على الأغلب بقاء الشفيع جاهلا بوقوع البيع، إلى أن تنتضي المدة دون أن يطلب

¹ أسماء تخونني ، المرجع السابق ص 416

الشفيع الشفعة، فيسقط حقه فيها، ويمكن الرد على ذلك بأن المشتري قد يجهل الشفعاء حتى يوجه إليهم إنذاراً، أو ما إذا كان حقهم في الشفعة ثابتاً من عدم ذلك، وأن بقاءه في حالة من عدم الاطمئنان والقلق، إذ توخيا لاستقرار المعاملات ولأن الشفعة واردة على سبيل الاستثناء، ترك المشرع مدة سنة للمشتري، وبانقضائها يطمئن إلى العقار المبيع، بسقوط حق الشفيع، وإلى أن الصفقة قد خلصت له على وجه يقين، بال"إضافة إلى ذلك فإن مدة السنة كاملة كافية للشفيع، فإما أن يأخذ بالشفعة خلالها، أو يمضيها ويسقط حقه فيها على فرض أنه علم بها، ولكنه لم يعبر عن رغبته للأخذ بها ونشير إلى أن مدة السنة هذه هي ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، وتسري في حق الغائبين، ومن كان غير أهل للتصرف¹.

(2) سقوط الشفعة لمخالفة أحكام إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

تقضي المادتين 799 و801 من القانون المدني، على أنه من أراد أخذ العقار بالشفعة، أن يعلن رغبته في الأخذ بها إلى كل من البائع والمشتري في أجل حدد القانون بثلاثين يوماً، اعتباراً من تاريخ الإنذار، الذي يوجهه أحد المتبايعين بوقوع البيع، كما يكون تصريح الرغبة في الشفعة وجوباً في شكل عقد رسمي يعلن عن طريق المحضر، ومشتماً على بيانات محددة تؤكد على الرغبة الواضحة من الشفيع من الأخذ بالشفعة، وعليه يسقط حق الشفيع في الحالات الآتية:

- عدم إعلان الرغبة في الميعاد القانوني لمحدد لها والمحدد بثلاثين يوماً².
- عدم إعلان الرغبة في الشكل المحدد لها قانوناً يحررها موثق تسجل في إدارة التسجيل
- تشهر لدى المصالح المختصة المحافظات العقارية).
- عدم اشتغال الإعلان على البيانات المحددة، والتي يشملها الإنذار الموجه إلى الشفيع.
- إعلان الرغبة لأحد فقط من المتبايعين يعرض الشفعة للسقوط .

(3) سقوط الشفعة لمخالفة أحكام إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق

¹ أسماء تخنوني ، المرجع السابق ص 418

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 656.

وتقضي المادة 801 -الفقرة 2- على أن الشفيع عليه يقع وجوبا إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، ويتم هذا الإيداع قبل رفع الدعوى الشفعة، إذ من نص المادة المذكورة أوجب المشرع على الشفيع أن يودع الثمن الذي حصل به البيع وكل المصاريف، لدى الموثق أولاً، ثم أوجب عليه ثانياً أن يرفع دعوى الشفعة، وذلك خلال أجل قدره ثلاثين 30 يوماً التالية لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، ولما كان الإيداع يجب أن يتم قبل رفع الدعوى، فإن الشفيع يمكنه القيام بالإيداع ورفع الدعوى في نفس الأجل فإذا أودع الشفيع الثمن والمصاريف لدى الموثق في اليوم الثلاثين، فإنه لم يكن متأخراً في الإيداع، ولم يسقط حقه من هذه الناحية، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يقدم عريضة دعوى الشفعة إلى كتابة الضبط في نفس اليوم، ويعتبر تقديم عريضة الدعوى قاطعاً لمدة السقوط، ومن ثم لا يعتبر متأخراً بعد أن قطع تقديم عريضة الدعوى مدة السقوط.¹

4) سقوط الشفعة لمخالفة أحكام رفع دعوى الشفعة:

وذلك بعدم رفعها في الأجل القانوني، إذ تنص المادة 802 من القانون المدني على أن: "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." فالشفيع يسقط حقه في الأخذ بالشفعة، وذلك إذا لم يرفع الدعوى في ميعاد الثلاثين 30 يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، وهو كبقية مواعيد الشفعة متعلق بالنظام العام، فإذا انقضى هذا الأجل يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط حق الشفعة من تلقاء نفسها، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى.

¹ أسماء تخنوني ، المرجع السابق ص 420

خلاصة الفصل الثاني

و خلاصة لما سبق ذكره، فإن علاقة الشفيع بالغير، تظهر إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية أصلية أو تبعية، فمتى أُنذر الشفيع بوقوع البيع، تعين عليه أن يعلن رغبته في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري، والقانون لم يلزم الشفيع بتسجيل إعلان رغبته في أخذ الشفعة، ولكن قيام الشفيع بتسجيل هذا الإعلان مقرر لمصلحته، لأنه يحول دون نفاذ تصرفات المشتري على العقار، ودون ترتيب حق عيني أصلي عليه، كحق الانتفاع أو الارتفاق ودون ترتيب حق عيني تبقي عليه، كحق الرهن، اختصاص أو إمتياز.

ورغم إلزام القانون الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، إلا أنه يستفاد من النص أن تسجيل هو حجة على الغير، أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة، وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون، غير سليم يستوجب رفضه.

والملاحظ أن تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، هو الحد الفاصل بين التصرفات التي تنفذ في حق الشفيع والتصرفات التي لا تنفذ في حقه، فالتصرفات السابقة على التسجيل تنفذ في حق الشفيع، ولو لم تكن مشهورة، أما اللاحقة فلا تنفذ ولو كانت مشهورة، وعلى هذا يفضل الشفيع على كل من يتلقى حقا على العقار بعد هذا التسجيل ويأخذ العقار خاليا من أي حق، وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل الرغبة لم يسر في حق الشفيع البيع الثاني الصادر من المشتري إلى المشتري الثاني، ويأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول في مواعيده، بثمنه وطبقا لشروطه، وإذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر، والثمن أقل، جاز له أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ويطلبها في الثاني.

والملاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية، لم يتحدثوا عن علاقة الشفيع بالغير، بل أن جل تركيزهم كان على علاقة الشفيع بالبائع وخصوصا علاقة الشفيع بالمشتري.

الخاتمة

إنطلاقاً مما سبق بيانه من خلال هذا العمل المتواضع نخلص إلى أن الشفعة حق استثنائي من شأنه أن يقيد المالك في التصرف بملكه.

فالمشرع الجزائري إعتبرها بصريح نص المادة 794 من القانون المدني، رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في عقد البيع.

كما تطرقنا إلى خصائص الشفعة وهي أن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع لا يجوز له التنازل عنه أو تحويله للغير، كما لا يمكن لدائني الشفيع إستعمال هذا الحق عن طريق الدعوى غير المباشرة ، كما لاحظنا الجدل النائر حول إمكانية توريث حق الشفعة من عدمه ، فرأينا بأن جمهور الفقهاء ذهب إلى عدم توريثه لأنه ليس حقاً كاملاً، بل هو حق خيار وهذا قبل إعلان الرغبة ، أما بعدها فيجوز إنتقاله إلى الورثة، وهذا ما ذهب إليه وأيده فقهاء القانون .

كما خالصنا إلى توافق الشريعة والقانون المدني حول شروط الأخذ بالشفعة ، والتي تم حصرها في بيع العقار . إذ لا شفعة في المنقول ، ووجود الشفيع . ففيما يخص الشرط الأول ، والمتمثل في بيع العقار ، فهناك إجماع على وجوب الأخذ بالشفعة في البيوع الواردة على العقارات حصراً ، وقد لاحظنا أن المشرع لم يجز الأخذ بالشفعة في بيوع معينة لاعتبارات دينية أو لعلاقة القرابة أو الطريقة التي تم بها البيع كالمزاد العلني .

أما فيما يتعلق بإجراءات الشفعة ، فقد خالصنا إلى أن المشرع إهتم بالجانب الإجرائي في القانون المدني إذ جعل الشفعة قائمة على الإجراءات .

إذ نجده نص على مواعيد قصيرة لإعلان الرغبة في أخذ الشفعة ، فحدد مدة ثلاثين يوماً للشفيع من تاريخ الإعلان الذي يوجه إليه من قبل البائع والمشتري لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا الإنذار وجب أن يكون رسمياً ومحتوياً على بيانات جوهرية ، مخالفتها تؤدي إلى بطلان الإنذار ، وقد ثار خلاف حول ضرورة شهر إعلان الرغبة من عدمه ، فهناك من يرى عدم وجوب الشهر لكون الشهر مقرر لحماية الشفيع من تصرفات المشتري على العقار المشفوع فيه ، .

كما لاحظنا الإجراء الثاني والمتمثل في وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة وقد إعتبر المشرع المدة التي يتم خلالها إيداع الثمن من النظام العام .

و في خاتمة هذا العمل تعرضنا الى آثار الشفعة، و انتهينا الى أول أثر و هو إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع وخلصنا الى أن المشرع أقر على أن الإنتقال يكون بحكم القاضي للشفيع

بالشفعة رغم أن حلول الشفيع يكون من وقت إبرام عقد البيع ، أما الأثر الثاني، و المتمثل في علاقة الشفيع بالبائع ، المشتري والغير ، فقلنا أنها محددة بموجب القواعد العامة.

وفي الأخير نذكر بعض الملاحظات التي خرجنا بها فيما يلي:

- إعادة النظر في أحكام نص المادة 795 من القانون المدني، التي تقضي بأن حق الشفعة يثبت للشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، باستبدال لفظ "جزء" من العقار الشائع بـ "حصة شائعة" من العقار، على أساس أنه لا يجوز الشفعة للشريك إذا بيعت حصة مفرزة من العقار الشائع، وبناء على أن حق الشفعة هو قيد يرد على حق الملكية واستثناء جاء به المشرع من أجل غاية محدد لا يجب عدم التوسع فيها، لأن هذه الغاية تتحقق عند التصرف في حصة شائعة دون أن يكون ذلك عند التصرف في حصة مفرزة.

- تعد الشفعة قيда استثنائيا على الملكية، وجب حسب رأينا عدم التوسع في الحكم به من طرف القضاة، وبالتالي مسايرة قصد المشرع من إقرارها، حتى لا تتخذ الشفعة ذريعة لعرقلة التصرفات الواقعة على عقار، أو وسيلة للاحتيال على الغير من خلال الضغط على المشتري وتهديده باستعمال الشفعة قصد ابتزازه، ما يفتح مجال المضاربة على العقارات.

المراجع والمصادر

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع:

المؤلفات :

- 01- الدكتور - رمضان أبو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية - دار الفكر العربي - طبعة 1986
 - 02- الدكتور - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء التاسع - دار النهضة العربية - القاهرة 1968
 - 03- الدكتور - محمد خيال - الحقوق العينية الأصلية - جامعة القاهرة 1992
 - 04- الدكتور - نبيل إبراهيم سعد - الشفعة علما و عملا - منشأة المعاريف الإسكندرية - طبعة 1997
 - 05- المستشار - أنور طلبية - الوسيط في القانون المدني - الجزء الثالث - جامعة القاهرة 1992
 - 06- الدكتور - محمد رواس قلعجي - موسوعة فقه الإمام علي بن أبي طالب - دار الفكر - دمشق سورية - الطبعة الأولى 1983
 - 07- الدكتور - وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته - الجزء الخامس - دار الفكر - دمشق - سورية الطبعة الثانية 1985
 - 08- الشيخ - أبو بكر جابر الجزائري - منهاج المسلم - دار البعث بالطباعة و النشر - قسنطينة الجزائر طبعة الأولى 1981
 - 09- الإمام - محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - الحفيد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد - الجزء الثاني - دار الشريعة الجزائر .
 - 12- الدكتور - علي الخفيف - ملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية - الجزء الثاني الطبعة 1969
 - 13- القاضي - عمر حمدي باشا - القضاء العقاري - دار هومة - الجزائر طبعة 2002
- ### الرسائل :
- الطالبة - لويشي نجا - الشفعة و تطبيقاتها في الميدان العملي - مذكرة نهاية التخرج من المعهد الوطني للقضاة 2001
- ### المقالات:

الأستاذ لعروم مصطفى - الشفعة في القانون المدني - مجلة الموثق العدد 06،07،08 سنة 1999

المجلات القضائية :

- 1 - المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع
- 2 - المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد الثاني
- 3 - المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد الرابع
- 4 - المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثاني
- 5 - المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول
- 6 - المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الثاني
- 7 - المجلة القضائية لسنة 1995 ، العدد الأول
- 8 - المجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد الثاني
- 9 - المجلة القضائية لسنة 1999 ، العدد الثاني
- 10 - نشرة القضاة لسنة 1999 ، العدد 54
- 11 - المجلة القضائية لسنة 2000 ، العدد الأول

النصوص القانونية و التنظيمية:

- 1 - الأمر رقم 75- 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ، معدل و متمم
- 2 - الأمر رقم 66- 154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

- 3 – قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 14104 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري
- 4- القانون رقم 87-19 مؤرخ في 08 ديسمبر 1987 المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم .
- 5- قانون التوجيه العقاري 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995
- 6- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري
- 7 – المرسوم 76-147 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقار .

فهرس المحتويات

المحتويات

مقدمة عامة	
الفصل الأول : مفهوم الشفعة	
07	المبحث الأول الشفعة كسبب لكسب الملكية العقارية
07	المطلب الأول تعريف الشفعة ودليل مشروعيتها
07	الفرع الأول تعريف الشفعة
09	الفرع الثاني دليل مشروعيتها
13	المطلب الثاني الطبيعة القانونية للشفعة
13	الفرع الأول تكييف الشفعة
16	الفرع الثاني خصائص الشفعة وتمييزها عن ما يشتبه بها
20	المبحث الثاني شروط الأخذ بالشفعة
20	المطلب الأول بيع العقار
20	الفرع الأول بيع العقار الاصل فيه جواز الاخذ بالشفعة
24	الفرع الثاني البيوع التي لايجوز الأخذ فيها بالشفعة
27	المطلب الثاني وجود الشفيع
27	الفرع الأول من هو الشفيع
30	الفرع الثاني تزاحم الشفعاء
33	خلاصة الفصل
الفصل الثاني : إجراءات وآثار حق الشفعة	
35	المبحث الأول كيفية الأخذ بالشفعة
35	المطلب الأول إجراءات الشفعة
35	الفرع الأول إعلان الرغبة في الشفعة
41	الفرع الثاني إيداع الثمن لدى الموثق
44	المطلب الثاني دعوى الشفعة
45	الفرع الأول رفع الدعوى
47	الفرع الثاني الحكم الفاصل في دعوى الشفعة
48	المبحث الثاني آثار وسقوط حق الشفعة
48	المطلب الأول آثار الشفعة
48	الفرع الأول إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع
51	الفرع الثاني العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة
57	المطلب الثاني سقوط حق الشفعة

58	الأسباب الموضوعية لسقوط حق الأخذ بالشفعة في القانون المدني	الفرع الأول
62	الفرع الثاني : الأسباب الإجرائية لسقوط حق الأخذ بالشفعة في القانون المدني	الفرع الثاني
65	خلاصة الفصل الثاني	الفرع الثالث
66		الخاتمة
		قائمة المراجع
		الفهرس