



الجمهورية الجزائرية الشعبية الجزائرية

وزارة التربية والتعليم العالي

جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل -



عنوان المذكرة:

الشفعة كمصدر من مصادر الحقوق العينية الاصلية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص قانون خاص للأعمال

تحت إشراف:

أ- شويط صباح

*إعداد الطالبين:

- حمادي إيمان

- بوسيس وفاء

أعضاء لجنة المناقشة:

أ/ تومي نبيلة رئيسا

أ/ شويط صباح مشرفا ومقررا

أ/ بوالقرارة زايد ممتحنا

السنة الجامعية: 2018/2017



الجمهورية الجزائرية الشعبية الجزائرية

وزارة التربية والتعليم العالي

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -



عنوان المذكرة:

الشفعة كمصدر من مصادر الحقوق العينية الاصلية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص قانون خاص للأعمال

تحت إشراف:

أ- شويط صباح

*إعداد الطالبين:

- حمادي إيمان

- بوسيس وفاء

أعضاء لجنة المناقشة:

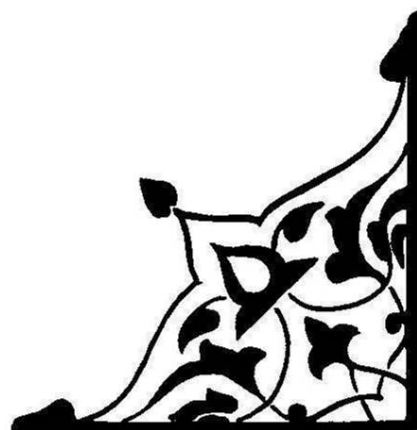
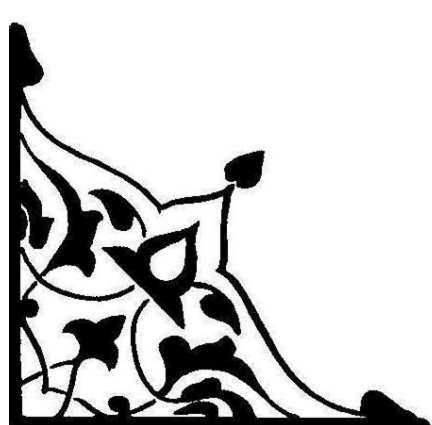
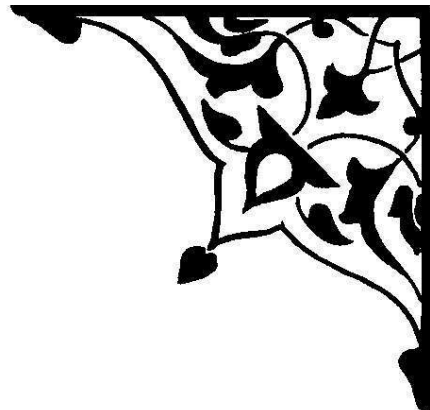
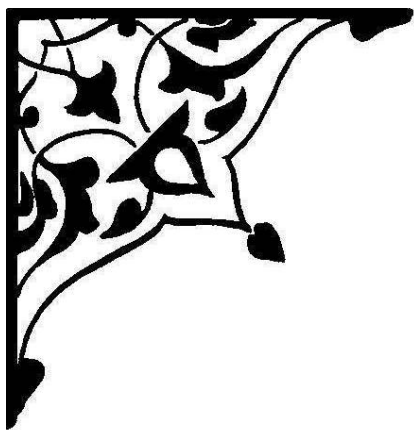
أ/ تومي نبيلة رئيسا

أ/ شويط صباح مشرفا ومقررا

أ/ بوالقرارة زايد ممتحنا

السنة الجامعية: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر وتقدير

أشكر الله الكريم رب العرش العظيم الذي وفقني لإنجاز المذكرة وما

توفيقني إلا بالله عليه توكلت وهو رب العرش العظيم

وأطلي وأسلم على أشرف خلق الله محمد رسول الله عليه أفضل الصلاة

والسلام وأتم التسليم وعلى آله وصحبه أجمعين

يطيب لي أن أتقدم بأسمى عبارات الشكر والثناء ومحظي التقدير إلى

الأستاذة " شويط صباح "

التي أشرفت على هذا العمل المتواضع وبدلت فيه جهدا كبيرا في

توجيه هذا البحث فلما كل الشكر والامتنان وأرجو من الله أن

يجزيها الجزاء الأوفى

كما أتقدم بخالص تقديري لجميع الأساتذة المحكمين اللذين تفضلوا

وشاركوني بتكليم أداة الدراسة وإلى كل من كان عوناً لي في

المضي في طريق الخير والنجاح .

قائمة المختصرات:

- ق م ج: قانون مدني جزائري.
- ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق م م: قانون مدني مصري.
- ج ر ج ج: جريدة رسمية الجمهورية الجزائرية.
- ص: صفحة.
- ص. ص: من الصفحة إلى الصفحة.
- د س ن: دون سنة نشر.
- /: الفقرة.

مقدمة

تعتبر الملكية من الأنظمة القديمة التي عرفت البشرية على وجه الأرض لما لها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال والتصرف فيها، وكذا للاعتبارات أخرى منها أن الإنسان فطر على حب المال، وتملك الأشياء وحب الذات وبذلك أصبحت راسخة في عقول البشر أفرادا وجماعات، فنجد أن للإنسان الحرية في تملك ما شاء من الأموال منقولة أو عقارية، وعلى هذا كانت له الحرية، التامة في التصرف فيما يملك، متى كان تصرفه في إطار مشروع، أما الإسلام فقد احترام حق الإنسان في الملكية الفردية، وشرع كثيرا من الأحكام التي تصون هذه الملكية من الاعتداء بالغصب أو بالسرقة أو الإتلاف، حيث نظمت الشريعة الإسلامية العقود التي يبنى عليها انتقال الملكية من شخص لآخر، إلا أن التشريعات الحديثة وضعت ضوابط ومعايير لحرية التملك مما يخدم مصلحة الفرد والجماعات، من خلال وضع طرق خاصة لاكتساب الملكية.

ومن بين أنواع الملكية، نجد الملكية العقارية التي كان تعريفها وصياغتها محل خلاف فقهي فكل اتجاه راح يضع لها تعريفا وتكيفا حسب ما يخدم المنصب الذي ينتمي إليه.

وتعد الملكية العقارية موضوع معاملات، سعى القانون المدني إلى تكريس المعاملات فيها وفق تشكيلات معينة، فالمشرع أعطى للمالك حق التملك، وبالمقابل قيده بقوانين وأنظمة تحمي المصلحة العامة، ومن بين القيود التي ترد على التصرف نجد بين هذه القيود التي ترد على التصرف نجد الشفعة التي تمثل قيد على حرية التصرف و حرية التعاقد، فمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبرا عن التخلي على العقار الذي اشتراه، كما يجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر غير الذي باع له، وفي الوقت نفسه يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش بنوده ولا شروطه ولم يشرك حتى في انعقاده.

وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع الشفعة وخصصوا لها بابا أو كتابا على حسب التقسيم الذي اعتمده في كتاباتهم ، فكانت معروفة في الجاهلية حيث كان الرجل إذا اشترى حائطا أو منزلا أتاه جاره أو شريكه فشفع في أن يوليه إياه، ليتصل مع ملكه أو ليدفع عنه ضرر المشتري.

إذا فالشفعة تعتبر أحد الأسباب المكتسبة للملكية العقارية المبنية منها وغير المبنية، وهي طريق خاص للتملك هذه العقارات، يختلف عن الأسباب والطرق القانونية الأخرى، وذلك لأنها حق تملك قصري لتلك العقارات ينفذ دون إدارة مالكة ومشتريه معا، عن طريق ضم العقار المبيع إلى ملك الشفيع بشروط محددة وهذا بقوة القانون.

وتعرف الشفعة على أنها السلطة التي تخول للشفيع الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك.

تتجلى أهمية هذا الموضوع في كون الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية، وهي تعتبر وقاية من الوقوع في التعسف في البيع، إضافة إلى كونها وسيلة لتقليل من الشركاء وذلك بإعطاء الأولوية للشريك، وقد نظمها المشرع فق أحكام خاصة لا يجوز التوسع فيها لأن الشفعة استثناء والاستثناء لا يتوسع فيه.

ومن أهم الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع الشفعة كونها تعتبر خلاف للأصل، فالأصل أن الشخص يبيع لمن يشاء، ولكن جاءت الشفعة كاستثناء خصه المشرع بأحكام خاصة تستحق أن تكون موضوعا للبحث.

أما بالنسبة لأهداف هذا البحث فهي:

- محاولة وضع دراسة مختصرة لموضوع الشفعة تبرز أهم ما ورد فيها من احكام.
- إظهار التكيف الفقهي والقانوني لشفعة واختيار أحسن تكيف لها.

- تحديد أهم الإجراءات التي يجب إتباعها لضمان صحتها، والابتعاد عما قد يؤدي إلى سقوطها.

ومن ثمة فإن لموضوع الشفعة أهمية بالغة بالنسبة لشفيع الذي قد يجد شخص أجنبي شريكا له مكان شريكه الأصلي، أو قد يجد عقاره مجاورا لعقار يملكه شخص غريب بعد أن كان مالكا له على الشيوخ قبل القسمة، مما قد يسبب له ضررا غير متوقع.

وهنا نكون أمام متغيرين متناقضين:

المتغير الأول: يتمثل في مبدأ قانوني مكرس في القانون المدني وهو مبدأ حرية التعاقد دون قيد، وأن العقد يخضع في إبرامه أو تعديله لإدارة طرفيه فقط دون تدخل من الغير.

أما المتغير الثاني: فهو مصلحة الشفيع التي تقتضي توقف هذا العقد والغائه وحلول الشفيع محل هذا المشتري في العقد.

ومن خلال ما تقدم تتضح إشكالية الموضوع التي تتمحور أساسا حول:

إلى أي مدى يمكن اعتبار الشفعة كمصدر من مصادر اكتساب الملكية، بما أنها نظام قانوني وجد استثناء لتقييد مبدأ الرضائية؟.

وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي، حيث تستعمل الأسلوب الأول في تحليل النصوص القانونية والأسلوب الثاني في تتبع جزئيات الموضوع ومحاولة حصرها وفق خطة منهجية

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا البحث إلى فصلين وكل فصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطالب وكل مطلب إلى فروع تتضمن الفروع عدة أجزاء قسمناها عن طريق أولا، ثانيا... إلخ وفي الأخير خاتمة.

مقدمة

حيث تعرضنا في الفصل إلى الإطار المفاهيمي لشفعة وقد قسمناه إلى مبحثين،
تضمن المبحث الأول مفهوم الشفعة، أما المبحث الثاني تحقق الشفعة.

أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى أحكام الشفعة، وقد قسمناه أيضا إلى مبحثين، تناولنا
في المبحث الأول: إجراءات الشفعة، أما المبحث الثاني فتعرضنا فيه إلى آثار ومسقطات
الشفعة.

وفي الأخير خاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلنا إليها إضافة إلى بعض
التوصيات.

الفصل الأول

اختلف الفقهاء في تعريف الشفعة سواء تعلق الأمر بالفقه الشرعي في إطار الشريعة الإسلامية باعتبارها أحد المصادر التاريخية الهامة لها، أو ما تضمنه القانون المدني الجزائري الذي اعتبرها طريقا لكسب الملكية، إضافة إلى ذلك اختلف الفقه أيضا بشأن تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، فمنهم من اعتبرها مجرد واقعة مركبة والبعض منهم يرى بأنها حق وفريق آخر اعتبرها رخصة، وبين هذا وذاك جاء المشرع الجزائري من خلال نص المادة 794 قانون مدني جزائري وحدد طبيعتها.

كما أن الشفعة واقعة في شق منها وتصرف في جانبها الآخر كان من الواجب البحث في تعريفها والطبيعة القانونية لها، كذلك الشروط الواجب توافرها حتى تعتبر صحيحة ومن ثم يمكن الأخذ بها والاحتجاج بها على الغير (المبحث الأول) ولكن هذا لا يكفي لضمان تحقق الشفعة بكل جوانبه.

لذا كان من الضروري البحث فيها أكثر وذلك من خلال التفصيل في موضوعها وعدم الوقوف على ماهيتها فقط، بل وجب التطرق إلى كيفية تحقيق الشفعة بكل جوانبها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية الشفعة

معظم التعاريف الموضوعية للشفعة تقترب من مدلول الشفعة اللغوي كما أنهم يشتركون في تبيان خصائصها (المطلب الأول).

يضاف إلى اختلاف في وضع تعريف موحد للشفعة، الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية حيث اختلف الفقهاء في تحديد التكييف القانوني لها، وانقسم في هذا الشأن إلى عدة اتجاهات، فهناك اتجاه يقدر الملكية الفردية المطلقة وهناك من سلك الطريق الذي يحد من إطلاق الملكية الفردية، وتتمحور هذه الطبيعة القانونية في أنها حق، وتكييف آخر اعتبرها رخصة وهناك من جعلها واقعة مركبة كما أن المشرع الجزائري كان له موقف خاصا من خلال نص المادة 794 من ق.م.ج (المطلب الثاني).

ولكن هذه الآراء وحدها لا تكفي سواء المتعلقة بالتعريف أو الطبيعة القانونية فالشفعة لا يمكن الأخذ بها بناء على تعريف أو تكييف قانوني ما لم يكن صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع ومنه لاعتبار الشفعة صحيحة ويمكن الأخذ بها لا بد من توافرها على مجموعة من الشروط (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الشفعة

اختلفت الآراء في تعريف الشفعة، حيث وجد لها تعاريف لغوية وشرعية وقانونية (الفرع الأول) كذلك تبيان أهم خصائصها التي يجب أن تتميز بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالشفعة

لقد اختلفت التعاريف المتعلقة بالشفعة:

أولاً: التعريف اللغوي للشفعة

للشفعة عدة اشتقاقات ومصادر في اللغة العربية نذكر منها ما يلي:

الشفعة مصدر شفع أي: الشَّفَعُ - بفتح الشين وسكون الفاء- وهي ضد الوتر فيقال: كان وترًا فَشَفَعَهُ، وتقول العرب شفع الشيء، صبره شفعًا، أي: زوجًا، بان يضاف إليه مثله. (1)

فقد جاء في المعنى الزوج يشفع خلال الوتر، وهو الزوج كقول كان وترًا فشفعة شفعًا وشفع الوتر من العد بشفعًا، صيره زوجًا وقوله أنبذه ابن الأعرابي لسويد بن كراع وإنما هو لجرير:

وما مات قوما ضامين لنا دما فيشفنا إلا دماء شوافع أي لم نكن نطلب بدم قتيل منا قوما فنستشفى إلا بقتل جامعة وذلك لعزتنا وقوتنا على إدراك الثأر، والشفيع من الإعداد ما كان زوجًا تقول كان وترًا فشفعته بآخر. (2)

وجاءت أيضا بمعنى الضم والزيادة وصاحب الشفعة بالضم وهي أن تشفع فيها تطلب فتضمنه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده. (3)

(1) ابن منظور، لسان العرب، باب الشفع.

(2) أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص22

(3) أسماء لايد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون بعنوان الشفعة كسبب من

أسباب كسب الملكية، جامعة وهران، 2016، ص13

ومناسبة هذا المعنى الشرعي هو أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه كما أن الشفيع يضم حصة شريكه إلى حصته فيصيران شفعاً وقد كانت حصته وتراً وهذا فيه معنى الزوج.

ويقال أيضاً أخذت من الشفع وهو الزوج من العدد وهو ضد الوتر، وهي مأخوذة من الفعل الثلاثي شفع أي ضم وزاد.

فيقال شفع الرجل شفعاً إذا كان فرداً فصار له ثان. (1)

ويقال كذلك: شفع الشيء شفعاً أي: ضم مثله إليه وجعله زوجاً ولهذا يقال: شفع البصر الأشباح، أي رآها شيئين، وكما هو الحال أيضاً عند ضعف البصر والرؤية حينما يقال: شفعت لي الأشخاص بمعنى: بدا الشيء أو الشخص لي شخصين، ومن هنا يقال: العين شافعة، وأصابته شفعة، أي: عين. (2)

كذلك تقول العرب: تشفع - بتشديد الفاء، بفلان إلى فلان توسل به، إليه استشفع: طلب النصر والمعونة والشفائع هي لها المزدوجات، وبين هنا يقال: شفائع النبات وهو ما نبت مزوجاً، والشفوع: من في طاقته أن يعمل ضعف ما يعمل نظيره، يقال: ناقة شفوع وهي التي تجمع بين محلين في حلبة واحدة والشفيع في العدد هو الزوج وجمعها شفعاء. (3)

وشاه شافع أي: معها ولدها، وعلى هذا يقال في الصلاة: شفعت الركعة بمعنى جعلتها اثنتين. (4)

(1) منصور فؤاد عبد الرحمان مساد، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 5

(2) فؤاد إفرام الستاني، المنجد، الطبعة الخامسة و الأربعون، دار المشرق، بيروت، لبنان، د س ن ، ص 375

(3) إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط ، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، اسطنبول، تركيا، د س ن ص 487

(4) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، دون

بلد، 1996، ص 265.

وفي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نُصِيبٌ مِمَّا كَسَبَ وَمَنْ يَشْفَعْ سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِمَّا كَسَبَ وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُّقْتَدِرًا﴾⁽¹⁾، أي من يزد عمله وينمو هو من يضم عملا إلى عمل.

ومما سبق ذكره بشأن الاشتقاقات والمصادر اللغوية لمصطلح الشفعة يتضح لنا، بأن جل المفردات تتمحور حول معنى واحد وهو الضم والزيادة والإضافة.

ثانياً: التعريف الفقهي للشفعة

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة، فقد تعددت آرائهم حول ذلك وباعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي للشفعة نجد أنها تثبت بالسنة والإجماع أيضاً إذ وردت العديد من الأحاديث مخبرة عنها منها:

حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»⁽²⁾.

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وقعت الحدود وضربت الطرق فلا شفعة فيها»⁽³⁾.

وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم: « قضى بالشفعة في كل تركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن له شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذن فهو أحق به»⁽⁴⁾.

(1) سورة النساء، الآية 85.

(2) البخاري محمد ابن اسماعيل، صحيح، الجزء الثاني، ضبطه ورقمه وشرح أحاديثه مصطفى ديب البغا، دار الهدى

للتباعة والنشر والتوزيع عين مليكة، الجزائر 1992.

(3) الترمذي محمد ابن عيسى، صحيح الترمذي، الجزء السادس، دار العلم للجميع لبنان، د س ن

(4) رواه مسلم، كتاب المساقاة، (1608)

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « جار الدار أحق بالدار»⁽¹⁾

أما من الإجماع فيرى الأخذ بها في كل زمان ومكان ولم يذكرها أحد من الأئمة وادعى بعض الفقهاء أن القياس يقبل بثبوت الشفعة لأنه تملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه وذلك لا يجوز لأنه من نوع الأكل بالباطل وقد أسندا رأيهم حديث انبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره.⁽²⁾

والحكمة من تقريرها دفع الضرر عن الشفيع لاتصال ملكه بالعقار المبيع سواء كان اتصال بتركه لصاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو العكس أو كان اتصال جوار وقد تمثل الضرر في وجود أجنبي بين الشركاء على الشيوع إذ باع أحدهم حصته الشائعة، وبذلك فإن هناك أحوال ثلاثة تبدو الحكمة جلية لتقرير الشفعة فهي تبدو جلية في منع مضايقات الجوار وتتمثل بما يحمله مشتري العقار من صفات غير حسنة يتأدى منها الشفيع كأن يكون المشتري سيء الخلق ولا يعرف حق جاره ففي البعد عنه رحمة وفي الخلاص من شره نعمه وقد عبر عن مضايقات الجوار في الأخذ بالشفعة دفع الضرر الذي يحتمل وقوعه بين الشركاء أو الغير نتيجة إعلاء الجوار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار.⁽³⁾

وقد تكون الحكمة من تقريرها جمع شتات الملكية ويتضح ذلك عند إعطاء مالك الرقبة الأخذ بالشفعة إذا منع الانتفاع والعكس صحيح.

(1) الترميذي، المرجع نفسه

(2) منصور فؤاد عبد الرحمان مساد، المرجع السابق، ص9

(3) علي الخفيف، المرجع السابق، ص394

وتبدو الحكمة واضحة أيضا في إعطاء الشركاء على الشيوع حق الأخذ بالشفعة إذا باع أحدهم حصته الشائعة وذلك تحقيقا من مدة الشيوع ومنعا لدخول أجنبي بينهم خاصة إذا كان الشيوع قد نشأ بين الشركاء بناء على اعتبار شخصي إلا أنه يجب التمييز بين ما قد يحصل من خلط بين الشفعة والعلّة منها فليس شرطا للأخذ بالشفعة وقوع الضرر أو الإدعاء بان الأخذ بها كان دفعا للضرر فلا يقبل من المشتري أن يثبت انه لا يلحق بالشفيع ضرر تخلصا من طلب الشفعة ولا يجوز للشفيع أن يثبت أن مجاورة المشتري له أن يلحق به ضررا.

واستحقاق الشفعة أو الجوار حكمته دفع الضرر عن الشريك أو الجار وهذه الحكمة أمر تقديري غير منضبط في جعله مناطا للحكم مضمونه تحقيق حكمته، ومن هنا شرعت القاعدة الفقهية أن الأحكام الشرعية تبقى على عللها التي تربط بها وجودا أو عدما لا على حكمتها، فعلة استحقاق الشفيع للشفعة هي الشراكة أو الجوار أو بسبب نص عليه القانون.⁽¹⁾

كما عرفها ابن عرفة من المالكية بأنها: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه».

وعرفها بعض المالكية أيضا: «الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عارض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته».⁽²⁾

والاستحقاق الوارد في هذا التعريف والمخول لهذا الشريك معناه أن لهذا الأخير حق اخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره في مقابل ثمن بيعه إن كان العقد بيعا، أو بقيمة العقار الذي بادله به هذا الغير، إذا كان العقد مقايضة لاعتبار أن المقايضة والبيع لهما نفس الحكم في الشريعة الإسلامية، بخلاف التشريعات الحديثة فالبيع عندها يختلف عن المقايضة، وذلك

⁽¹⁾ منصور فؤاد عبد الرحمان مساد، المرجع السابق، ص10

⁽²⁾ محمد بن حارث الخشين، أصول الفتنية في الفقه على مذهب الإمام مالك، - حقه وعلق عليه: محمد أبو الاجفان وآخرون، الدار العربية للكتاب، تونس، 1985، ص134.

نظرا لأن لفظ (ما عارض) يشمل مبادلة العقار بالنقود وهو البيع كما يشمل مبادلة أو معاوضة العقار بعقار مثله وهي المقايضة.

وعرفت الشفعة كذلك عند بعض الفقهاء بأنها: «حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن»⁽¹⁾.

ومعنى لفظ (حق) الوارد في التعريف أن لهذا الشفيع سلطة أو صلاحية أو امتياز، إن شاء استعمله، وإن شاء تنازل عنه، فهذه السلطة التي منحها إياه المشرع وكذلك القانون هي اختيارية للشفيع بحيث لا يجبر على الأخذ بها

وأما عبارة (كله أو جزء منه) فيستفاد منها في حالة تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة فيقسم بينهم ذلك العقار تحقيقا للعدالة والمساواة في الحقوق والأنصبة وعرفها فقهاء الحنفية بأنها: «تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه»⁽²⁾.

والمقصود بالبقعة هنا الواردة في هذا التعريف هو العقار المشفوع فيه.

ومنهم من عرفها بأنها: «ضم بقعة مشتراة إلى عقار الشفيع بسبب شركة أو جوار»⁽³⁾.

والملاحظ على هذا التعريف أنه يستعمل عبارات التعاريف اللغوية، وهي كلمة (الضم) بالإضافة إلى اعتبار الجوار كواقعة طبيعية من أحد الأسباب الشرعية للأخذ بالشفعة شأنها شأن الشيوخ أو الشركة كوقائع قانونية، وهذا الاتجاه يعتبر الجار الملاصق مرتبة ثالثة في الأخذ بالشفعة بعد الشريك في الشيوخ والشريك غير المقاسم.

(1) عبد الحميد الشورابي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف بالإسكندرية القاهرة

2000، ص 09

(2) محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المختار على المختار، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، القاهرة، 1963، ص 142.

(3) عبد العزيز محمد أبي غدیر، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، دار نور الفجر للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، القاهرة، د س ن، ص 09.

وعرفت أيضا: « الشفعة حق الجار في تملك العقار جبرا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء»

جاء في مجلة الأحكام ال..في المادة 950 على أن: «الشفعة تملك العقار جبرا على مشتريه بما قام عليه من الثمن»⁽¹⁾.

استنادا إلى ما ذكر بشأن التعريف الشرعي للشفعة نجد أن أعمدة الفقه الإسلامي قد اختلفوا أيضا في صياغة تعريف موحد للشفعة، مثلما اختلف في ذلك الفقه القانوني الحديث. والسبب في ذلك تعدد مصادر رواية الحديث النبوي الشريف حول الطبيعة القانونية الشرعية للشفعة، وكذا بالنسبة لمن يحق لهم الأخذ بها ومنه انقسمت آراء الفقهاء تبعاً لذلك بين إحاق الجوار بالشركة. وهو مذهب الحنفية، وبين حصر أسبابها في الشركة فقط، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة.

هذا وبعدما تناول مجمل التعاريف الشرعية عن الشفعة، نتطرق إلى موقف القوانين الحديثة من تعريف الشفعة.

ثالثا: التعريف القانوني للشفعة

رغم اتفاق الفقه والقانون على اعتبار الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية، وطريقا مشروعاً لمن حق لهم ذلك بمقتضى نصوص القانون، ورغم اتفاق معظم التشريعات الحديثة حول ذلك، إلا أن كلا من الفقه والقانون قد اختلفا في تحديد معنى الشفعة وعليه سوف يتبين بعض التعريف التشريعية الحديثة للشفعة، ثم نختمها بتعريف المشرع الجزائري.

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص25.

1- القانون المدني المصري:

ورد تعريف الشفعة في القانون المدني المصري في نص المادة 935 منه بقولها: «الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية».⁽¹⁾

2- القانون المدني الكويتي:

جاء في المادة 891 من هذا القانون ما يلي: «الشفعة هي الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها....».

3- القانون المدني اليمني:

جاء في المادة 1262 منه ما يلي: «الشفعة حق تملك عقارات ولو جبرا، ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت مثلية أو قيمية، منقولة أو غير منقولة، بما قام عليها من العوض والمؤن».⁽²⁾

ما نلاحظه من خلال هذين التعريفين هو أن كلا القانونين يمنحان الحق في الأخذ بالشفعة سواء تعلق الأمر بالمنقولات أو العقارات، وهذا خروج صريح عن مذهب جمهوري الفقهاء في الفقه الإسلامي في قصرهم الشفعة على العقارات وما يلحقها فقط، بدليل الحديث الذي رواه جابر وسعيد بن الطيب وغيرهم -رضي الله عنه-: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».⁽³⁾ أي: فيما يمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم، والضرر هنا أعظم واطهر بخلاف المنقولات الضرر فيها قليل ونادر، ولكن رغم اتفاق هذين التشريعين وعلى هذا الحكم، إلا أنهما

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المجلد الأول الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 445.

⁽²⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص ص 26، 27.

⁽³⁾ مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، درا الكتب المطبوعات الجميلة، الجزائر، د س ن، ص ص 403، 404.

يختلفان في الأحكام الأخرى الخاصة بالشفعة، ومنها أن القانون المدني اليمني يعتبر الشفعة حق تملك بالإضافة إلا أنها هنا قد تكون في البيع أو غيره من عقود المعاوضة طبقاً لعبارة النص: «بعوض مال معلوم» وكذلك عبارة: «من العوض والمؤن»

أما القانون الكويتي فيعتبرها لاحق ولا رخصة، فعرفت مجردة من ذلك واعتبرها «حلول محل المشتري» وهذا عند بيع العقارات أو المنقولات فقط، دون عقود المعاوضة الأخرى شأنه في ذلك شأن المشرع المصري والجزائري كما سنرى.

4- القانون المدني الأردني:

جاء في المادة 1150 منهما يلي: «الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه بما قام عليه من الثمن والنفقات».⁽¹⁾

والملاحظ على المشرع الأردني هنا انه لا يأخذ بالشفعة إلا في البيع فقط.

5- القانون اللبناني:

بشأن ثبوت الشفعة للجار، فقد بدأ المشرع اللبناني باشتراط وجود حق الاتفاق الذي يربط بين عقاره والعقار المبيع أو أن يكون هناك اشتراك في الطريق أو الحائط أو الشرب.⁽²⁾

ولكنه انتهى في العام 1995 وبمقتضى القانون رقم 461 الصادر في 1995/08/31 بالتضييق من نطاق الشفعة، فألغى الشفعة بسبب الجوار

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دط، منشأة المعارف بالإسكندرية القاهرة، 2002 ص162

⁽²⁾ محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005 ص259.

هذا وإذا كانت الشفعة تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري، فهي تعتبر قيда على حرية التصرف، ولذلك فقد ضيق المشرع اللبناني فيها، سواء من حيث ما اشترطه لثبوت الحق فيها أو من حيث إجراءاتها.⁽¹⁾

6- القانون المدني الجزائري:

نضم المشرع الجزائري الشفعة في القسم الخامس من الفصل الثاني تحت عنوان: طرق اكتساب الملكية، وهذا في الباب الأول بعنوان: حق الملكية، من الكتاب الثالث والمعنون هذا الأخير بالحقوق العينية الأصلية.

جاءت أحكام الشفعة في المواد 794 إلى 807 من القانون المدني، فتناولت المادة 794 منه تعريف الشفعة بقولها: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية».⁽²⁾

يفهم من هذا التعريف بأن الشفعة تتحقق في حالة ما إذا بيع العقار وقام سبب قانوني يخول لشخص آخر الحلول محل المشتري، في شراء هذا العقار بحيث يكون له أولوية عليه وعلى غيره ممن يريد تملك، ومن هنا يقال أنه أخذ العقار المبيع بالشفعة، ويسمى الأخذ بالشفعة الشفيع أو المشتري المشفوع منه.

أما العقار المراد تملكه من طرف هذا الشفيع فيطلق عليه العقار المشفوع فيه، والعقار المجاور أو الداخل ضمن أجزاء الشيوخ والمتصل بملكية الشفيع يطلق عليه العقار المشفوع به، وبسبب العقار الأخير أصبح الشفيع في مركز قانوني يعطيه الحق في الأخذ بالشفعة وهذا بعد اكتمال الأسباب الأخرى المعتمد بها قانونا.

⁽¹⁾ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 259.

⁽²⁾ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 22 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني والمنشور ج ج ج رقم 78، الصادرة في: 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

يتضح من خلال التعريف أن المشرع الجزائري كغيره في بعض التشريعات العربية ولاسيما التشريع المصري، قد اعتبر الشفعة رخصة، فهي مجرد خيار أو إرادة مشيئة وبالتالي فهي ليست بواجب كما لا تعتبر حقا بالمدلول القانوني.⁽¹⁾

من خلال التعاريف الواردة في القانون المدني لكل من مصر والأردن الجزائري نلاحظ أنها تتفق على أن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية العقارية دون المنقول بالإضافة إلى اعتبارها المشرع مجرد رخصة للشفيع في الحلول محل المشتري، أي: له الخيار في أن يأخذ بها أو يتنازل عنها، لذا نجد أن بعض الفقهاء لا يعتبرونها حق ولا ترقى إليه بأي حال حيث إن شاء الشفيع أن يتمسك بها له ذلك وإن تنازل عنها له ذلك أيضا.⁽²⁾

الفرع الثاني: خصائص الشفعة

سبق الإشارة عند تعريف الشفعة، بأنها طريقة ووسيلة لكسب الملكية بشروط حددها القانون كما تعد رخصة في يد الشفيع للحلول محل المشتري، فإنها كذلك تتميز بجملة من الخصائص:

أولاً: الشفعة استثناء على مبدأ الرضائية

عرفت الرضائية كأصل في إبرام العقود شرعا وقانونا، غير أن هناك لكل قاعدة عامة استثناء.

تعد الشفعة إستثناء لهذا الأصل، المتعارف عليه هو مبدأ الرضائية، وهذا لما وفيها من تقييد لحرية التعاقد، فبالشفعة يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه ويحل محل شخص آخر، لم يشأ البائع أن يتعامل معه وهو الشفيع، والبائع يعامل

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 29.

(2) رضا هطال، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة ألكلي محند أو لحاج، البويرة، الجزائر، 2012، ص 10.

المشتري حين إبرام العقد معاملة ممتازة، من حيث الشروط أو من حيث الثمن لاعتبارات خاصة موجودة بينهما، فيستفيد الشفيع من وراء ذلك حتى وإن كانت هذه الاعتبارات لا تعنيه.

ثانياً: الشفعة ترد على العقار دون المنقول

اتفق على أن الشفعة لا تكون إلا في العقار واستثنى المنقول من ذلك، هذا استناداً للأحاديث النبوية في هذا السياق، والشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الشركة بسبب الاستمرار والدوام، ولأن المنقول لا يدوم بخلاف العقار الذي من خصائصه أنه حق دائم، وأورد المشرع المدني الجزائري للمنقول نظاماً خاصاً به يشبه نظام الشفعة وهو الاسترداد.⁽¹⁾

ثالثاً: اتصال الشفعة بشخص الشفيع

لما كانت الشفعة قد شرعت دفعا للضرر المحتمل الوقوع من شريك أو جار فترجع إليه تقدير، ذلك ويكون أخذه بالشفعة من عدمه متروك لمحض إرادته وتقديره لذا تعتبر الشفعة متصلة بشخصية الشفيع ولذلك أثار عدة وهي:

1- لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة بطريقة الدعوى غير المباشرة، وذلك يؤكد أن الشفعة إمكانية قانونية أو رخصة وليست حقاً والدعوى غير المباشرة مقصورة على الحقوق دون الرخص كونها متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز لدائنيه أن يطلب الحقوق المتعلقة بشخصه بطريقة الدعوى غير المباشرة.

2- لا يجوز للشفيع إحالة حقه بالشفعة لأنها بطبيعتها تأتي جواز الإحالة شأنها شأن الحقوق المتعلقة بشخصية الدائن.⁽²⁾

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 11.

⁽²⁾ علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر، الأردن 2008، ص 140.

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

رابعاً: الشفعة في عقد البيع فقط

يعتد بعقد البيع دون غيره من العقود للأخذ بالشفعة، وفحوى هذه الخاصة هو وجوب توافر عقد بيع للعقار بصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشفوع منه، حتى يمكن الأخذ بالشفعة، وعقد البيع هو تصرف قانوني مبرم بين الطرفين بعوض وينقل للملكية بعد القيام بالإجراءات القانونية، نقل ملكية العقار تكون بالشهر العقاري اللازمة، وعلى هذا الأساس فأي عقد آخر ولو كان ناقلاً للملكية لا يعتد به للأخذ بالشفعة كالهبة مثلاً، كما أنه إذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني كحالة الميراث أو واقعة الالتصاق أو التقادم فلا شفعة وحتى لو انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني من جانب واحد فلا شفعة، كما هو الحال عليه في الوصية وما تجدر الإشارة إليه، هو حالة ما إذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد للبيع ومع ذلك لا يمكن الأخذ بالشفعة لعلّة في التصرف، مثل أن يكون عقد البيع باطلاً، وتجدر الإشارة في هذه الخاصية أن جميع النصوص والمواد المنظمة للشفعة تتحدث عن البائع والمشتري وهما طرفا عقد البيع، ومن ثم لا تكون الشفعة إلا في عقد البيع وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 130-337 حيث جاء فيه

«حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي وقضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع القضاء له بإثبات حق الشفعة هي العقار المتنازع عليه في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار...»⁽¹⁾

⁽¹⁾ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 130337، مؤرخ في 10 جوان 1995، المجلة القضائية، عدد 01، 1995 الجزائر، ص 194.

خامسا: عدم قابلية الشفعة للتجزئة

لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون البعض الآخر وعلى ذلك يتوجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في كل العقار ولو وجد مع شفعاء آخرين، كما أنه لا يجوز للشفيع إذا بيع العقار لعدة مشتريين أن يأخذ من بعضهم دون البعض الآخر إذا كان العقار واحدا وتوافرت فيه شروط الشفعة، وكأن العقد واحدا بطبيعة الحال.

فمثلا الشفيع يشفع في الجزء الأفضل ويترك الجزء الرديء والسيئ للمشتري، ومن جهة أخرى حتى لا تتفرق الصفقة والمعاملة.

كأن تأصيل المسألة يقوم على أنه إذا تعددت الصفقة، جاز للشفيع أن يشفع في جزء دون الآخر، إذا توافرت الشروط وهذا إذا تم بيع العقار الواحد إلى عدة مشتريين، هنا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إما في جميع العقار أو في جزء أحد المشتريين، الذي يريد أن يشفع فيه ومن ثم لا تعد هذه تجزئة للشفعة، وهذه الحالة لم يضع لها المشرع الجزائري نصيب غير أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامي، تجدها نصت عليها وفصلتها، أما إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في عقود متفرقة، كان للشريك إذا توافرت شروط الشفعة أن يأخذ بها في أي عقار يريده.

وهذا كذلك لا يعد تجزئة للشفعة، أما إذا تم والبيع بصيغة واحدة كان على الشريك، إذا توافرت الشروط أن يأخذ العقارات كلها، أو يدعها كلها حتى لا يتضرر المشتري.⁽¹⁾

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 484 / 485.

سادسا: جواز النزول عن الشفعة

يجوز للشفيع النزول عن الأخذ بالشفعة لأنها إرادة وخيار ومشئئة فلشفيع بعد بيع العقار أن يسقط حقه صراحة أو دلالة ويجوز له تبعا لذلك النزول عن الشفعة قبل البيع، هذا في التشريع المصري والنص واضح، أما القانون المدني الأردني فإن يزول الشفيع عن الشفعة قبل البيع لا أساس له لأنه تنازل عن حق لم يبدأ بعقد وهذا ما قرره محكمة التمييز الأردنية في العديد من القرارات إلا أنها عادت عن هذا الاجتهاد وقررت أن مجرد ثبوت عرض البائع العقار على الشفيع وإبدائه عدم رغبته في الشراء يجعل من ذلك نزولا صريحا.⁽¹⁾

سابعا: الشفعة مشيئة متجددة

يستطيع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة في أي بيع يتحقق فيه شروط الأخذ بالشفعة أي أنه إذا باع عقارا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ولم يقم الشفيع بالأخذ بالشفعة في بيع كما أن ذلك لا يمنعه من الخد بالشفعة في أي بيع لاحق ذلك أن مركزه القانوني مركز من ملك يجوز له أن يمتلك أو مركز الشفيع يكون مركز من صدر له الإيجاب يتجدد في كل بيع توافرت فيه الشروط القانونية لأنها ميزة مقررة لمصلحة الشفيع وليست مفروضة عليه بمعنى انه إذا وقعت عدة بيوع لعقار واحد تجوز فيه الشفعة فلشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول وبالشروط التي اشترى بها المشتري الأول كما يجوز له ان يتغاضى عن البيع الأول ويطلب الشفعة في البيع الثاني وهكذا.⁽²⁾

⁽¹⁾ علي الهادي العبيدي، المرجع السابق، ص168

⁽²⁾ منصور فؤاد عبد الرحمان مساد، المرجع السابق، ص17

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة

إن العمل بالشفعة هو مصلحة اجتماعية واقتصادية تقتضيها مصلحة الفرد والجماعة معا، فهي طريق شرعي لرفع الأضرار في هذا الوسط الاجتماعي والقول بها نابع من المنطق والشرع أيضا، وحتى المبادئ الإنسانية العامة التي تقوم على العدل والمساواة ورفع الظلم عن الأفراد في حياتهم المعيشية.⁽¹⁾

وجاءت 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 استثناء من عموم الأصول الثابتة في التراضي في عقد البيع، وقد شرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشريك.

اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الشفعة والأخذ بها بمثابة شراء جديد يستحقها الشفيع بعد البيع، فيثبت لها ما يثبت بالشراء كالرد بخيار الرؤية والعيب.⁽²⁾

أما التكييف القانوني للشفعة، فإنها تجمع بين جوهر الواقعة القانونية فيها يستند إليه من واقعة تفوق عنصر الملكية أو الشيوخ، ومن واقعة بيع العقار المشفوع فيه، التي تمثل واقعة مادية بالنسبة لشفيع.

وهذا الجمع بين جوهر القاعدة القانونية وجوهر التصرف القانوني هو الذي جعل من الشفعة مصدرا مركبا يمس حرية التعاقد، وحق التصرف وحقوق المشتريين، وحق الملكية على السواء، بما يعنيه من إحلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره البائع وبما ينتهي إليه

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 50

⁽²⁾ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، 1985، ص 795

من أخذ الشفيع العقار المبيع جبرا على المشتري، ولذلك فهو نظام استثنائي يجب التشدد في شروطه وإجراءاته والتضييق في نطاقه.⁽¹⁾

ثار جدل كبير حول الطبيعة القانونية لشفعة عند فقهاء القانون عكس فقهاء الشريعة الإسلامية، لذا فقد تساءل الكثير من الفقهاء عن الطبيعة القانونية لشفعة، فهل هي حق؟ وإن كانت حق فهل هي حق عيني أم شخصي، (الفرع الأول)، وهناك رأي آخر اعتبرها رخصة (الفرع الثاني)، كما هناك رأي آخر كيفها على أساس أنها واقعة مركبة (الفرع الثالث) أيضا كان للمشرع الجزائري موقف من هذا التجاذب في تحديد الطبيعة القانونية لشفعة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الشفعة حق

لقد اتفق البعض من الفقهاء على اعتبار الشفعة حق إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذا الحق هل هو حق عيني أم شخصي؟.

وهذا نتيجة لعلاقة مسألة التكيف بالبحث في آثار الشفعة، وخاصة ما تعلق منها بالمحكمة المختصة للفصل في دعوى الشفعة، وكذا توريث هذا الحق للورثة بعد موت الشفيع والتنفيذ عليه من طرف الدائنين، وغيرها من المسائل التي تخص الحقوق المالية بصفة عامة وبالتالي البحث في مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع.⁽²⁾

أولا: الاتجاه الأول: حق عيني

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنها حق عيني إذ تخول للشفيع حقا مباشرا يسري بالنسبة للكافة حيث يترتب على ذلك نتائج من أهمها: أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها ولم يكونوا في حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة إذ

⁽¹⁾ أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 20

⁽²⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 38

كان يكفيهم أن يقولوا أن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقاري فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بالنظر في الدعوى. (1)

ثانيا: الاتجاه الثاني: حق شخصي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنها حق شخصي يمنح لاعتبارات شخص الشفيع وظروفه الخاصة، والقائلين بأن الشفعة حق شخصي لا يقصدون بهذا التعبير أنها حق دائنية، يقابل الحق العيني بل يريدون به بأنه حق لصيق بشخص الشفيع الذي لا يورث عنه وكما لا يجوز لدائني في الشفيع أن يستعملون باسمه. (2)

ثالثا: اتجاه ثالث: حق مختلط

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الشفعة حق ليؤكد بدوره على أن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة، بمعنى أنه ليس حق عيني بحثا ولاحقا عينيا محظا، على أساس أنه لا يخول للشفيع إلا اعتبارات شخصية خاصة به، وهذا يقربه من الحق الشخصي، ويذهب هذا الرأي أيضا إلى أن هذا الحق لا يتعلق إلا بالعقارات وهذا يقربه من الحق العيني وفقا لما ذهب إليه الرأي الأول. (3)

ليست الشفعة حقا عينيا ولاحقا شخصيا وذا هو الراجح، وهي واقعة قانونية طبيعية وسبب من أسباب كسب الملكية، فهي ليست حقا بل هي مصدر للحق، ولكن جوهر

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 447

(2) المرجع نفسه، ص 450

(3) رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985، ص 246

التصرف القانوني فيها وهو إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة ، بحيث لا يمكن تغليب الوقائع القانونية فيها عليه. (1)

بنتبع واستقرأ آراء الفقهاء في هذا المجال وتفحص أدلتهم بشأن تحديد الطبيعة القانونية للشفعة وما توصل إليه الفقه الحديث، حيث نجد بأن الشفعة فعلا ليست حقا شخصيا ولا هي حقا عينيا، بل هي ليست بحق أصلا، واعتبرتها معظم التشريعات الحديثة بأنها ليست إلا طريق أو وسيلة لاكتساب الملكية، وهو رأي فريق آخر من الباحثين في القانون، ومن هذا المنطلق فإنه يكون من العبث وغير المفيد البحث في الخلاف الدائر بين اعتبار الشفعة حق عيني أو حق شخصي، طالما أن المنطق القانوني لا يعتبرها حقا أصلا.

يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: بأن الشفعة ليست حقا عينيا، ولاحقا شخصيا، بل هي ليست حقا أصلا، وإنما هي سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقارا أو حقا عينيا على عقار، كحق الانتفاع مثلا لأن الفرق واضح بين الحق نفسه، وبين سبب من أسباب كسبه. (2)

الفرع الثاني: الشفعة رخصة

بعد التأكد من أن الشفعة ليست حقا بالمعنى القانوني المراد له، يظهر في هذا الفرع اتجاه من الفقه في تكييفه للطبيعة القانونية للشفعة، حيث اعتبرها رخصة، فما المقصود بالرخصة وما الفرق بين الرخصة والحق؟.

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 21

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 474

أولاً: المقصود بالرخصة

عرف الفقيه الألماني فون تور vontur الرخصة كما يلي:

«الرخصة مكنة تعطي للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته...».

عرفها ريبه GRIPERT «الرخصة هي الخيار الممنوح للشخص والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقاً لمصلحته في حدود هذه المصلحة، فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمدة من القانون لكي يسمح لشخص معين بأن يغير مركزه القانوني».⁽¹⁾

من خلال هذين التعريفين يتضح لنا بأن الرخصة عبارة عن إعطاء الاختيار للغير أو المعنيين بهذا الخطاب من أجل التخيير بين بدائل معروفة مسبقاً ومحددة أو يمكن تحديدها بالتالي يبقى القبول أو الرفض من شأن إرادة هذا المعنى وحده، فالشريك في العقار المبيع له رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة، كما له عدم المطالبة بها ومن ثم يمتلك البائع المبيع.

ثانياً: تمييز الرخصة عن الحق

تبين من خلال التعريف أعلاه في شأن الرخصة أنها تختلف عن الحق، إذ توجد الرخصة في منزلة أدنى من الحق، فيقال حق التملك وحق الشخص في أن يمتلك ومثال ذلك في عقد البيع عند صدور الإيجاب من البائع فإذا قابله قبول من المشتري، هنا أصبح المبيع من حق المشتري، وهذا هو المقصود بالحق أما لو حدث إيجاب من البائع ولم يبدي

⁽¹⁾ رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني نظرية الحق، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، ص53

المشتري قبوله بعد، هنا يكون للمشتري الحرية في قبول العقد وإبرامه وتملك المبيع ولكن بالمقابل لم يكتسب بعد الحق في المبيع.⁽¹⁾

لكن هناك حالات يمكن أن تتحول الرخصة فيها إلى حق وهذا في حالات تطبيقه كما يلي:

- عدم قيام الشريك في الشيوخ أو الجار الملاصق عند من يقرون له بحق الأخذ بالشفعة (المشرع الجزائري لا يعترف للجار بهذا الحق أي بيع نصيبه الأجنبي)، فإن الشفيع في هذه الصورة لا يخول له الا حرية التملك فقط على هذا العقار شأنه شأن العقارات الأخرى، كذلك شأن الناس جميعا فيما لهم من حق إبرام التصرفات الناقلة للملكية.

- قيام الشريك على بيع نصيب في العقار، هنا يكون للشفيع رخصة التملك، فله الخيار أن يأخذ بالشفعة ويتملك العقار المبيع أو يتركها، ومن ثم يتم البيع ويتملك المشتري العقار، ففي هذه الحالة يكون للشفيع رخصة التملك، فله الخيار أن يأخذ بالشفعة أو يتركها، ويصبح له حق الملكية بعد صدور الحكم بإقرار الشفعة.⁽²⁾

وهذا الرأي هو السائد فقها وقضاء هو الأقرب إلى المنطق القانوني والمتفق مع روح التشريع وقواعد العدالة، ولا يتناقض بأي حال مع المبادئ العامة للقانون المدني بيد أنه يحقق فعلا الغاية والهدف المقصود من تشريع نظام الشفعة.⁽³⁾

الفرع الثالث: الشفعة واقعة مركبة

يرى فريق آخر من الفقه بشأن الطبيعة القانونية للشفعة بالإضافة إلى أنها لا تعتبر حقا فهي أيضا ليست رخصة بالمعنى القانوني لها، وذلك لأن الحق في تعريفه هو: «كل مكنة

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص43

(2) أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الخامس، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، مصر، 2001، ص178

(3) أحمد دغيش، المرجع نفسه، ص53

تثبت لشخص معين على سبيل التخصيص والإفراد، كحقه في ملكية عين محددة عقارا كان أو منقول، كحقه في اقتضاء ديونه مثلا، أما ما عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة، دون أنه تكون محلا للاختصاص الحاجز فهي مجرد رخص وإباحات».

تعتبر الرخصة مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة وهي كذلك وسيلة يهيئها القانون لاكتساب حق معين، والشفعة مرتبة وسطى بين مفهوم الحق ومفهوم الرخصة وهذا لأنها أعلى من الرخصة وأدنى من الحق، و يعرف بعض الباحثين الشفعة بقولهم: «هي القدرة أو السلطة التي تخول من يقوم به بسبب من أسباب الشفعة الحلول في بيع العقار محل المشتري، إذا أظهر إرادته في ذلك، كما أن هناك فرقا بين الحق وبين سبب كسبه، فالملكية حق عيني ولا يتصور أن السبب المكسب لهذا الحق يسمى حقا عينيا»، وبناء على كل هذا كيفت الشفعة على أنها واقعة مركبة، نظرا للتصرف الإرادي من جانب الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بها.

وهذا تصرف قانوني إلا أنه وحده غير كاف لإحداث الأثر القانوني، فعقد البيع يعد واقعة مادية بالنسبة للشفيع، لأن عقد البيع تصرف قانوني يخص أطراف العلاقة التعاقدية القانونية القائمة بينهم، سميت الشفعة بالواقعة المركبة هذا لكونها تتألف من وقائع مادية وتصرف قانوني⁽¹⁾، حيث ثار جدل حول تغليب الواقعة المادية على التصرف القانوني، أو تغليب التصرف القانوني على الواقعة المادية، باعتبار التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة في ترتيب آثار قانونية معينة، سواء كانت بإرادة منفردة أو بتلاقي الإرادتين ومن بين الفقهاء المساندين لهذا الاتجاه الأستاذ محمد حسين منصور في كتابة نظرية الحق الصادر عن دار النشر منشأة المعارف، واستندوا إلى حجج في ذلك، على أساس تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه وابداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وأن أثر إعلان الرغبة من طرف

(1) أنور طلبية، المرجع سابق، ص 178

هذا الشفيع يتمثل في حلول الشفيع محل المشتري في العقد، ليكون بذلك عنصرا أساسيا لأخذ بالشفعة وباعتبار أن أهم آثار يرتبها أن يصبح الشفيع مشتريا من المتصرف إليه⁽¹⁾.

الراجح هو أن الشفعة واقعة مركبة بين الوقائع المادية والطبيعية، وتتمثل في الشفوع أي صفة الشريك، وكذلك لدينا واقعة الجوار للتشريعات التي تأخذ بها وتعطي للجار الملاصق الحق للأخذ بالشفعة ويبين التصرف القانوني لأنهما مكملان لبعضهما البعض، ولا يمكن للوقائع المادية أن تنتقل الملكية مادام الشخص لم يعلن عن رغبته في طلب الأخذ بالشفعة ومباشرة الإجراءات القانونية اللازمة حتى يمكن له الحلول محل المشتري من ثم تملك العقار المشفوع فيه.⁽²⁾

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري

يظهر الموقف المشرع الجزائري في مسألة تحديد الطبيعة القانونية للشفعة والجدل الحاصل فيها في القانون المدني وبالضبط ما نصت عليه المادة 794 «الشفعة رخصة تجبيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال المنصوص في المواد التالية»، نص هذه المادة مطابق لنص المادة (935) من القانون المدني المصري التي تنص: «الشفعة رخصة تجبيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»، وهذا للتأثر الحاصل بين البلدين في جميع المجالات وبالأخص التشريعي منه، من خلال هذه المادة واستقراء محتواها، يتبين لنا جليا بأن المشرع الجزائري حسم الأمر لصالح الرأي الذي جعل من الطبيعة القانونية للشفعة بأنها رخصة مسايرا رأي المشرع المدني المصري، كذلك استمد المشرع الجزائري قواعده من الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر المادي والتاريخي والشرعي لأحكام الشفعة، وهذا تطبيقا للمادة الأولى فقرة 2 من

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 57

(2) الضيف كيفاجي، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة قسنطينة

القانون المدني التي تنص: «...وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية...»⁽¹⁾، يترتب على أساس تكييف الطبيعة القانونية للشفعة على أنها رخصة متصلة بشخص الشفيع بعض الآثار ومنها:

أولاً: الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة

يقصد بهذا الأثر أنه لا يمكن للشفيع الذي توفرت فيه شروط الآخذ بالشفعة، أن يحيل حقه هذا إلى غيره بالتنازل عنه أو ما شابه ذلك، لأنه لصيق بشخصه ومتصل به، وهذا المقصود بالشخصية في الشفعة، وبالتالي وجب عدم النزول عنها، فلا تجوز بذلك حوالتها وهي منفصلة عن العقار الذي كان سبباً لها، لأنها تتبع العقار أينما كان وحينما وجد وبالتالي يستفيد منها فقط المالك الأخير لهذا العقار، وبهذه الميزة الأخيرة وهي خاصية التتبع قال اتجاه من الفقهاء بعينية الشفعة، لذا يتعين على الشفيع الذي يريد أن يتنازل عن الشفعة لغيره، أن ينزل أولاً عن هذا العقار لمشفوع فيه إلى ذلك الغير، لتتبع الشفعة بذلك العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار.

ثانياً: عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع

قرر كثير من الفقهاء عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع لسببين رئيسيين هما:

1- طبقاً لاتجاه أكثر الفقهاء والتشريعات الحديثة فالشفعة رخصة وليست بحق ويترتب على هذا الحكم أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخصة لاعتبار أن نطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق فقط والشفعة رخصة وليست حق⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة الأولى من القانون المدني الجزائري

⁽²⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 21

2- يمكن القول بأن الشفعة كما يراها الكثير من الفقهاء والباحثين متصلة ولصيقة بشخص الشفيع، وما يترتب عن هذا في أحكام الدعوى غير المباشرة أنه لا يمكن للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين، وهو ما أكدته كثير من التشريعات الحديثة ومنها القانون المدني الجزائري الذي جاء في المادة 189 منه: «... لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان خاصا بشخصه...»⁽¹⁾

ثالثا: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

ويترتب على اعتبار أن الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع، أنه يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة بعد قيام بسببها، وهذا ما يتوافق أيضا مع موقف الفقه الإسلامي بشأن هذه المسألة لاعتبار أن الشفعة هي مجرد خيار ومشيدة لمن يتوفر فيه صفة الأخذ بالشفعة، إن شاء أخذ بها وإن شاء تركها أي تنازل عنها، بل يمكن للشفيع النزول عن حقه حتى قبل البيع، وهذا ما نصت عليه المادة 807 من القانون المدني: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: ... إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع...»⁽²⁾

المطلب الثالث: شروط الأخذ بالشفعة

إن الشفعة كواقعة مركبة لا يمكن الأخذ بها إلا إذا وجد صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع، ليخول له اكتساب ملكية العقار الذي باعه مالكة إلى مشتري آخر غير هذا الشفيع ويطلق عليه العقار المشفوع فيه، ويشترط في هذا الأخير أن يكون متصلا بعقار آخر يملكه الشفيع يصطلح عليه بالعقار المشفوع فيه، سواء كان ذلك الاتصال ناتجا من شراكة على الشيوع في نفس العقار وذلك إذا كان العقار المبيع جزءا شائعا مع حصة الشفيع في أرض أو دار مشتركة بينهما، أو كان الاتصال ناتجا من تجزئة

(1) المادة 189 من القانون المدني الجزائري

(2) المادة 807 من القانون المدني الجزائري

حق الملكية لذلك العقار، بتحويل حق الانتفاع لشخص ثانٍ، مع بقاء ملكية الرقبة في يد الشخص الأول وهو المالك الأصلي للعقار.

كما يمكن أن يكون هذا الاتصال سببه الجوار الملاصق في الأراضي الفلاحية، وهذا يعني أن تلك العقارات لها امتداد طبيعي فيما بينهما، إلى درجة أنها تشكل مجتمعة وحدة عقارية منسجمة ومتكاملة، يسعى المشرع هنا من خلال تحويل الأخذ بالشفعة إلى الحفاظ عليها كما كانت في وضعها السابق كتلة عقارية واحدة وله عدة أهداف منها: دفع الضرر عن الشفيع بالإضافة لتحقيق الإنتاجية بما يتماشى مع الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية للملكية وبخاصة العقارات الفلاحية.⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق يمكن القول إذا أن حق الأخذ بالشفعة لا يخول لأي كان، بالرغم من أن هناك أيضا اتصالا بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، بل لا بد من توافر ثلاثة أنواع من الشروط أولها: يتعلق بالمال المشفوع فيه (الفرع الأول) وثانيهما: خاص بالتصرف المرتب للشفعة (الفرع الثاني) أما الشرط الثالث: فهو متعلق بشخص الشفيع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه

الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس، وهو ما أكده كثير من الفقهاء في هذا المجال واعتبرها أمرا استثنائيا على الأصل، وهو عدم جواز انتقال الملك من صاحبه إلى غيره إلا برضاه وطيب نفسه، وسبب هذا الاستثناء هو أن المنفعة التي يحصل عليها هذا المشتري الذي يريد تملك ذلك العقار اقل من الضرر الذي سينال غيره لو أخذ العقار وتملكه، وهذا الغير هو شخص الشفيع الذي أبيع له تملك العقار باستعمال الشفعة ولكن بتوفر مجموعة من الشروط ومنها تلك التي تتعلق بنوعية الملك محل الشفعة، وهو المال

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 91.

الذي يستطيع من خلاله الشفيع أن يملكه جبرا عن المشتري والبائع معا، طبقا لما ورد في التشريع المدني الجزائري، وهذا التشريع الأخير لا يقر بالشفعة إلا في الملاك العقارية فقط دون المنقولات، باعتبار أن هذه الخيرة يرد عليها حق الاسترداد.⁽¹⁾

إضافة إلى ما ورد في الفقرة السابقة يشترط أيضا لجواز الشفعة، أن يطلبها الشفيع في العقار المبيع كله لا بعضه وهذا تجنباً لتجزئة الصفقة على المشتري وحتى على البائع أيضا، لأن المشتري قد يرفض التعاقد لعدم تحقق الفائدة المرجوة من تلك الصفقة وبالتالي سوف يلحق بالبائع والمشتري معا ضررا أعظم من الضرر الذي كان سينال الشفيع لو تملك المشتري ذلك العقار.

أولا: الشفعة لا ترد إلا على العقارات

لا شفعة إلا في العقار، أمر مستفاد من تعريف الشفعة ذاته وكذلك من جميع الأحكام المنظمة لشفعة، والشفعة لا تكون إلا في البيع الذي يرد على العقار بوصفه عقارا، فإذا بيع العقار باعتباره منقولا بحسب المآل، كما لو بيع البناء المعد للهدم، فإن الشفعة لا تجوز فيه كما أن الشفعة لا تجوز في بيع العقار بالتخصيص استقلالا عن العقار الأصلي، ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلي، فإن الشفعة تشملته باعتباره من ملحقاته.⁽²⁾

إلا أن تعريف العقار يختلف عن تعريف المنقول نظرا لاختلاف طبيعة كل منهما، وعليه ستقوم بعرض تعريف العقار ثم الحكمة من قصر الشفعة على العقار:

1- تعريف العقار: إن التعريف لا يكون شاملا وجامعا ومحققا للهدف المنوط به إلا إذا تناولنا المدلول اللغوي بالإضافة إلى المدلول الاصطلاحي.

⁽¹⁾ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص145

⁽²⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص98

أ- تعريف العقار لغة: العقار (بالفتح مخفف) المنزل والضيعة، ولذا تقول العرب: ماله دار ولا عقار ومنهم من يطلق على العقار النخل فقط، ومنهم من يقول بأن العقار (بالفتح) هو النخيل والأرض معا ويقال في البيت عقار حسن، أي متاع وأداة.

والاشتقاقات اللغوية لكلمة عقار تطلق على الملازمة لشيء والثبات على الأمر والسكون والإقرار والاحتباس وعدم التنقل من مكان لآخر، وهو ما يشمل الأراضي والنخيل وكل الأشجار اللصيقة بها ومن خدمة في الأرض وكذا المباني من القصور والمنازل وما يشيد فوق الأرض لأنه يلازمها ويثبت عليها بحيث ينهدم عند محاولة تحويله وانتقاله.¹

ب- تعريف العقار اصطلاحا: يعرف العقار لدى الفقهاء بأنه: كل شيء ثابت ومستقر بموضع محدد وهو يشمل الأراضي بمختلف أنواعها وما يقام عليها من الأبنية الثابتة كالعمارات وكل ما يشيد فوقها ما دام ثابتا كالطرق والممرات المعلقة من الجسور وغيرها، كما يشمل العقار أيضا ما تحت الأرض، كالأنفاق السفلية والآبار والسدود، ويدخل أيضا ما يتصل بالأرض سواء فوق سطحها أو ما هو في باطنها فكل هذه الأراضي والمباني وما يتصل بها وله صفة وله صفة الاستقرار والثبات يطلق عليه عقارات بطبيعتها، وقد تكون ملكية خاصة للأفراد أو ملكية خاصة أو عامة للدولة.⁽¹⁾

أما المشرع الجزائري فقد عرف العقار القانون المدني، وورد هذا في المادة 1/683 بقولها: « كل شيء مستقر بحيز وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول»⁽²⁾.

⁽¹⁾ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص_ص 261، 262.

⁽²⁾ المادة 683 من القانون المدني الجزائري

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فتناولت تعريف العقار بالتخصيص وعليه جاء نص الفقرة الثانية كما يلي: «غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار، أو استقلاله يعتبر عقارا بالتخصيص».

أما الملكية العقارية ما هي إلا سلطة مباشرة تخول لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله وينتفع به ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها، وعلى هذا الأساس فإن نقل الملكية العقارية يقصد به عند الفقهاء والباحثين وكذا القانون على انه انتقال تلك السلطة من شخص لآخر وبالشروط والمعايير التي حددها القانون.⁽¹⁾

مما سبق يتضح جليا بأن العقارات تختلف اختلافا كبيرا عن المنقولات لذا كانت الأولى مجالا لشفعة والثانية خصت بتطبيق حق الاسترداد، وبناء على المفهوم السابق تعتبر جميع العقارات محلا للشفعة سواء كانت بطبيعتها أو بالتخصيص، يشترط أن يباع هذا الأول تبعا للعقار الأصل لكن الأمر يختلف تماما لو بيع عقار بالتخصيص مستقلا عن العقار الذي رصد لخدمته واستغلاله لأنه لا شفعة في هذه الحالة، لاعتبار أن العقار بالتخصيص إذ بيع مستقلا يعتبر منقولا ويخضع لأحكام المنقولات.⁽²⁾

2- الحكمة من قصر الشفعة على العقار:

تجوز الشفعة في العقار دون المنقول وهذا رأي جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي حيث يرون أن الشفعة واجبة في العقارات بصفة عامة، واختلفوا فيما سوى ذلك الا أن المالكية أضافوا إلى ذلك ما تعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول كالبنر وآلاته ومحال النخل، الثمار وباقي المزروعات اللصيقة بها، كما يرون أيضا بوجوب الشفعة في السفينة على اعتبار أنها أعدت كالعقار لتكون مسكنا، بخلاف بعض الفقهاء الذين لا يرون

⁽¹⁾ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص57

⁽²⁾ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص72

بذلك لأن الشفعة وجبت لرفع أدى الدخيل وضرره على الدوام ولم تثبت في العقار لكونه مسكناً، ورفع الأذى والضرر لا يتصور إلا في العقارات.⁽¹⁾

وتكمن الحكمة في قصر الشفعة على العقار الذي يقبل القسمة فقط حسب الرأي الفقهي في رفع ضرر القسمة، وذلك بجمع العقار في ملك شريك واحد لأنه يجوز لكل شريك منهم أن يطلب القسمة ما دام العقار قابلاً لذلك، وهذا بعد أن كان كل شريك يرتفق بالعقار جميعه وبأي وضع منه شاء فإذا وقعت الحدود ضاق به العقار وقصر على موضع منه فمكنه الشارع بحكمته من رفع هذا الضرر، بأن جعله أحق بالمبيع من الأجنبي حتى يكون له العقار جميعه.⁽²⁾

إن الشفعة هنا شرعت لرفع الضرر وهو أمر ثابت في العقار والمنقول معاً، بل هو في المنقول أظهر منه في العقار، وهو ما يتناسب مع الأحاديث النبوية التي تدفع الضرر عامة عن الأفراد والمجتمع، وأيضاً ما يتوافق مع قاعدة جلب المصالح ودرء المفسد. إلا أن التفرقة بين المنقولات والعقارات وما ترتب على ذلك من آراء فقهية في الشريعة الإسلامية بين المؤيد والمعارض لاثبات الشفعة في المنقولات من عدمها، غير واردة بنفس الحدة لدى الفقه القانوني في الحديث، بسبب أن المنقولات مجالها الأخذ بحق الاستيراد، في حالة الشركة والشيوخ عند إقدام احد الشركاء ببيع حصته لأجنبي، وهو مأخوذ من القانون والفقه الفرنسي وأخذت به معظم التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري في المادة 721 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

⁽¹⁾ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 260

⁽²⁾ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 75

حق الاسترداد في المنقولات يثبت فقط عند الشيوخ، بخلاف الشفعة تثبت في الشيوخ وغيره كالجوار.⁽¹⁾

إذا طبيعة الاسترداد في المنقول الشائع أو في المجموع من المال هي نفسها طبيعة الشفعة في العقارات الشائعة، لهذا يرى بعض الفقهاء في هذا المجال بان الشفعة ما هي إلا استرداد يثبت في العقار وبأحوال خاصة وشروط معينة، ولأجل ذلك نجد بعض التشريعات العربية التي تأثرت نوعا ما بالفقه الإسلامي ومنها القانون المدني اليمني والقانون المدني الكويتي، فنصا أن الشفعة جائزة في العقار والمنقول معا لاعتبار أن كلا التنظيمين من طبيعة واحدة سواء تعلق الأمر بالشفعة أو بالاسترداد.⁽²⁾

وبناء على ما سبق بشأن تبيان الحكمة من قصر المشرع الشفعة على العقارات فقط دون المنقولات، ويمكن القول اختصارا بأن الشفعة في أحكامها وقواعدها وإجراءاتها وكذا الأهداف والغاية منها تختلف بدرجة كبيرة عن نظام الاسترداد والوارد في المنقولات والمقتبس من القانون الفرنسي، وخاصة ما تعلق بنطاق هذين النظامين، فالشفعة نظام واسع وشامل لجميع أنواع العقارات والملكيات فهو يشمل الشيوخ والجواز معا.⁽³⁾

ثانيا: شرط عدم تجزئة العقار المشفوع فيه

من قواعد نظام الشفعة عدم جواز تجزئة الشفعة، ويقصد بذلك بأنه إذا أراد الشفيع الأخذ بالشفعة فعليه أن يطلب أخذ العقار المبيع كله وليس له أن يأخذ جزءا منه ويترك الباقي والحكمة في ذلك واضحة، إن التجزئة تفريق للصفقة على المشتري وإضرار به

⁽¹⁾ محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات جامعة بني سويف، مصر

1952 ص 224

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 481

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص 483

والقاعدة انه لا ضرر ولا ضرار وما دام الأمر كذلك فان هذا المبدأ يفترض إننا بصدد صفقة واحدة وإذا كنا بصدد عدة صفقات مختلفة فلا مجال لاستشارة عدم جواز التجزئة. وللتوضيح يجب التفريق بين ما إذا كان المبيع عقارا واحدا أو أكثر.

1- المسألة الأولى: إذا كان المبيع عقارا واحدا

إذا بيع لمشتري واحد بنفس العقد فإن الصفقة تكون واحدة وبالتالي لا يجوز للشفيع إلا أخذ العقار كله أو تركه كله تفاديا للتجزئة.

وكذلك إذا بيع العقار لعدة مشتريين على الشيوخ فلا يجوز للمشتري أن يطلب حصة أحدهم دون الباقيين لأن الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها، أما إذا كان البيع لعدة مشتريين وكان قد حدد لكل منهم جزءا مفرزا من العقار في عقد البيع الذي أبرم، تكون أمام بيوع متعددة ويكون للشفيع أن يقصر طلبه الأخذ بالشفعة على نصيب احد الشركاء دون الآخرين.

2- المسألة الثانية: العقارات المبيعة منفصلة لكنها مخصصة لغرض واحد

قد تكون العقارات المبيعة منفصلة غير متلاصقة ولكن المشتري قد اشتراها لتحقيق غرض معين لا يتحقق إلا بها جميعا، كأن يشتري قطعتي أرض ليقيم على واحدة مدرسة وعلى الثانية ملعب أو يبني على إحداها مصنعا ويزرع الثانية لتمده في المحصول، في هذه الأحوال لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في أحد العقارين دون الآخر لأن في التجزئة ضرر على المشتري.

ويلاحظ أن التزام الشفيع بأخذ العقارات المتعددة إذا كانت متصلة أو منفصلة ومخصصة لغرض واحد، يفترض أن شروط الشفعة قد توافرت بالنسبة لهذه العقارات ولكن ما الحكم لو توافرت بالنسبة لبعضها دون البعض الآخر؟

اختلف الفقه في هذه المسألة فيرى جانب من الفقه أنه ليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقارات التي لم تتوافر فيه الشروط فقط لأن في ذلك تجزئة وهذا لا يجوز.⁽¹⁾ ورأي فريق آخر أن للمشتري أن يجبر الشفيع إذا أراد الأخذ في كل العقارات سواء توافرت فيه الشروط أم لا.

إلا أنه اخذ على هذا الرأي أن اخذ الشفيع بما توفرت فيه الشروط أمر مفهوم مبرر أما ما لم تتوافر فيه الشروط، فكيف يتم ذلك وبأي مسوغ لذا استقر هذا الرأي على أن الشفيع مخير في هذه الحالة بين أن يأخذ كل العقارات أو يتركها كلها.

3- المسألة الثالثة: العقارات المباعة منفصلة ولا يجمع بينهما وحدة الغرض

في هذه الحالة للشفيع أن يأخذ العقارات كلها بالشفعة ما دامت الشروط متوفرة بالنسبة لها كلها، أو يستطيع أن يأخذ بعضها دون الآخر لأنه ليس في ذلك تفريق للصفقة فهي متفرقة من الأصل، أما إذا توافرت الشروط لبعض العقارات المباعة دون البعض الآخر فإن الشفيع لن يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا ما توافرت بشأنها الشروط.

الطبيعة المكتملة لقاعدة عدم تجزئة الشفعة: يمكن تأسيس قاعدة عدم تجزئة الشفعة على قاعدة كلية اعم من الأولى، وهي قاعدة عدم تفريق العقد الذي انعقد صفقة واحدة والعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين لأنه ناتج عن إرادتهما وذلك لسلطان الإرادة التعاقدية وحريتها حقيقة قانونية مسلمة من حيث إمكان تعديل الالتزامات العقدية التي نشأت عن العقد الأصلي.⁽²⁾

يترتب على الطبيعة القانونية المكتملة لقاعدة عدم تجزئة الشفعة بعض النتائج وهي:

⁽¹⁾ جبر سعيد، حق الملكية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر. د. س، ص 230

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 486

يترتب على الطبيعة المكملة لإرادة المتعاقدين التي تنتم بها قاعدة عدم التجزئة، أن الجزاء على تجزئة الشفعة متوقف على إرادة المتعاقدين ممن يحق له المطالبة به لإعتبار تفرقة الصفقة عليه، كما يجوز له أيضا التنازل عن ذلك الحق برضاه وهذا الحق مقرر لصالح المشتري باعتباره أول متضرر من ذلك، والجزاء هنا يتمثل في سقوط الأخذ بالشفعة.

كذلك يترتب على القاعدة السابقة أنه لا يجوز إثارة الدفع بعدم تجزئة الشفعة لأول مرة أمام المحكمة العليا حتى ولو كانت العناصر الواقعية لهذا الدفع مطروحة عليها، لأنه لا يجوز التحدي بالدفاع الموضوعي لأول مرة أمام المحكمة العليا، إلا إذا كان منصبا على سبب قانوني متعلق بالنظام العام وكانت العناصر الواقعية مطروحة عليها.

إذا فالأخذ بالشفعة لا يترك على إطلاقه بل لابد من شروط تضبط الأخذ بتلك الرخصة التي أقرها القانون، ومنها أن الشفعة لا ترد الا على العقارات سواء كانت بالطبيعة أو بالتخصيص، وتشتترط أن توقع على الثانية وهي تابعة للأولى كما يكون للشفيع أن يطلب المبيع كله أو يتركه حتى لا يفرق الصفقة على المشتري فيلحق به أضرار بليغة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: شروط تتعلق بالتصرف المرتب لشفعة

تشتترط التشريعات أن الأخذ بالشفعة يكون في عقد البيع دون غيره من التصرفات أو الوقائع القانونية التي تؤدي إلى نقل الملكية، كما أن هناك بعض البيوع التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة.

⁽¹⁾ عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة - دراسة تأصيلية -، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1997، ص 39

أولاً: الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع

الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع الصحيح الذي انعقد بتوفر الأركان والشروط اللازمة لذلك، ووفق للمفهوم القانوني الذي حدده المشروع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني وما تناوله الفقه في هذا المجال.

ويعرف عقد البيع على أنه: ذلك العقد الذي يبرم بين شخصين أحدهما بائع والآخر مشتري يتضمن نقل ملكية شيء، أو حق مالي معين من الأول إلى الثاني في مقابل التزام هذا الأخير بدفع مبلغ معين من النقود يسمى ثمنًا وحتى ينعقد البيع صحيحًا لا بد من توفر أركانه وشروطه القانونية وهي: الرضا، المحل والسبب، لأن انعدام أي ركن من هذه الأركان أو عدم توفر شرط من شروطها قد يجعل العقد باطلاً بطلان مطلق⁽¹⁾.

إلا أن المشروع الجزائري قد اشترط في البيوع العقارية وكل العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية شكلاً رسمياً، يجب إخضاعها له وإلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق.

أما إذا تم عقد البيع وفق الشكل القانوني المطلوب الذي يخول بمقتضاه لشفيع أن يأخذ ذلك العقار المبيع بالشفعة حتى قبل شهره في المحافظة العقارية⁽²⁾.

إذا الشفعة تقتصر على البيع، وهذا البيع يجب أن يكون:

1- يجب أن يكون للبيع وجود قانوني:

يشترط للمطالبة بالشفعة أن يكون هناك بيع قائم وموجود فلا مجال للأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطلاً حيث أن العقد الباطل لا وجود له، ولكن يجوز الأخذ بالشفعة في العقد

(1) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 39

(2) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، د س، ص 412

القابل للإبطال لأنه عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله، ونفس الحكم بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف فهو وإن كان غير نافذ إلا أنه موجود.

2- يجب أن يظل البيع قائماً إلى أن تتم الشفعة:

يجب أن يستمر البيع المشفوع فيه قائماً إلى أن تتم الشفعة، ذلك أن الشفعة تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع ويقتضي هذا بقاء العقد الذي سيتم فيه الحلول. ويترتب على ذلك زوال الحق في الشفيع إذا زال البيع المشفوع فيه، كما لو تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف، وكذلك الحال إذا تم إبطال العقد أو فسخه أو إنفاسخه بقوة القانون لاستحالة تنفيذه.

3- يجب أن يكون البيع حقيقياً:

يجب أن يكون البيع المشفوع فيه هو التصرف الحقيقي الذي قصده المتعاقدان:

إذا كان البيع مستورا يتصرف آخر، كما لو كانت هناك هبة ساترة للبيع، جاز للشفيع إثبات الصورية لكافة طرق الإثبات، فإذا نجح في إقامة الدليل على أن العقد في حقيقته بيع وليس هبة، جاز طلب الشفعة في هذا العقد⁽¹⁾.

إذا كان البيع يستر هبة، فإن الشفيع باعتباره من الغير يجوز له التمسك بالعقد الصوري الظاهر وهو البيع متى كان حسن النية، ويمكنه طلب الأخذ بالشفعة دون أن يستطيع المشتري الدفع في مواجهة بالعقد الحقيقي المستور، إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً أو كأن هو عالماً بصورية العقد أو بوجود ورقة الضد.

(1) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 630.

إذا كان الثمن المذكور في عقد البيع صورياً، فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الثمن المذكور أكبر أو أقل من الثمن الحقيقي، فإذا كان الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي، جاز لشفيع إثبات الثمن الحقيقي بجميع طرق الإثبات، فإذا نجح في هذا الإثبات فإنه لا يلتزم إلا بدفع الثمن.

إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي بقصد التهرب من رسوم التسجيل مثلاً، فإن الشفيع باعتباره من الغير لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر، متى كان حسن النية ويجوز له الأخذ بالشفعة مقابل الثمن الوارد في العقد، ولا يجوز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي للإحتجاج به على الشفيع.

العبرة بالبيانات الواردة في العقد المشفوع فيه، لكن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، ومن ثم يمكنه إثبات عكس ما ورد فيها⁽¹⁾.

4- يجب أن يكون البيع صرفاً:

ينبغي أن يكون البيع المشفوع فيه بيعاً خالصاً، قائماً على اعتبار مادي بحث، حيث يحدد فيه الثمن مقابل البيع دون أي اعتبار أو عامل آخر، فلا تجوز الشفعة في البيع الذي روعيت فيه اعتبارات خاصة أو شروط معينة تتعلق بشخص المشتري أو تحقيق مصالح عامة اقتصادية أو اجتماعية، فهذا بيع من نوع خاص لا يتم فيه النظر إلى الثمن فحسب لأن هذا الثمن يكون في الغالب أقل من القيمة الحقيقية للعقار.

5- أن يكون البيع باتاً:

ينبغي أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية وأصبح ملزماً، فلا تجوز الشفعة إذا اقتصر الأمر على مجرد المفاوضات أو مجرد الوعد بالبيع أو الشراء، وتجوز

(1) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المنقولة عنها أسباب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 633.

الشفعة في العقد الابتدائي، والبيع المقترن بالعربون، فلا يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مسجلا، أو ثابت التاريخ (1).

ثانيا: البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة

إن نطاق الشفعة منحصر في البيع، إلا أن هناك بيوع لا تجوز فيها الشفعة استثناء، فالموانع كما يرى الفقهاء غير المسقطات، فالمانع في الشفعة يقتضي إلغاؤها ابتداء، أما المسقط فيها فيلغي الشفعة بعد قيامها، حيث يعتبر المنع هنا استثناء فقط بمعنى أنه محصور في هذه الأنواع من البيوع دون غيرها (2).

إن موانع الشفعة هي تلك التي حصرها المشرع في نص قانوني طبقا لمجموعة من الاعتبارات المختلفة منها ما يرجع إلى الأسلوب الذي تم به بيع العقار ويشمل البيع بالمزاد العلني، ومنها ما يرجع إلى العلاقة بين البائع والمشتري، كأن تكون هناك علاقة قرابة بينهما لا تسمح بدخول أجنبي عليهما لأخذ المبيع بالشفعة، ومنها ما يتعلق بالغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو يلحق به، وفي هذا الشأن نص المشروع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى ومنها المشرع المصري على البيوع العقارية المستثناة من الأخذ بالشفعة من خلال نص المادة 798 من القانون المدني بقولها: «لا شفعة: إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل العبادة» (3).

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 635

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 368

(3) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة عملا وعلمًا، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997، ص 51

1. البيع بالمزاد العلني:

المقصود بالبيع بالمزاد العلني هنا ذلك الذي يتم بالمزايدة العلنية أمام الملاء وبالأحرى كل المشاركين في المزاد دون سرية، والتي يستطيع فيها كل مشارك أن يتعرف على العطاءات التي قدمها الآخرون، إذ فيها يستطيع الشفيع من الدخول للاشتراك في المزايدة والبيع ويكون في هذه الحالة بيع جبري يتم بناء على أمر قضائي، ويشترط لمنع الشفعة في البيع الوارد في الفقرة السابقة أمران:

أن يكون البيع بالمزاد العلني، وأن يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون من خلال قانون الإجراءات المدنية ويتوفر هذان الشرطان في البيوع الآتية:

أ- البيع الجبري بالمزاد العلني أمام القضاء: وهذا البيع يتم بناء على طلب الدائنين المرتهنين أو أصحاب حقوق الامتياز الخاصة على العقارات والحائزين على سند تنفيذي من أجل التنفيذ على عقار مدينهم بنزع ملكيته لاستيفاء حقوقهم من ثمنه بعد بيعه جبرا عن طريق المزاد العلني طبقا للإجراءات القانونية المعتمدة في ذلك.

العلة من استثناء أسلوب البيع من تطبيق أحكام الشفعة، يكون بسبب أن طبيعة أسلوبه تسمح للشفيع وغيره أن يدخل في المزاد، يعني أن البيع بالمزاد العلني هذا لا يمنع الشفيع من تملك العقار مطلقا، بل يمنعه من استعمال حق الأولوية والأفضلية في شراء ذلك العقار، أي لا يمكنه استعمال رخصة الشفعة فقط.⁽¹⁾

إلا أنه وبالإضافة إلى ما سبق بيانه يجب التأكيد على احترام الأسلوب القانوني لهذا البيع وهو العلانية، مع مراعاة الإجراءات القانونية المسطرة في هذا النوع من البيوع وفقا لما

(1) المادة 798 من القانون المدني الجزائري

قضت به نصوص قانون الإجراءات المدنية في هذا المجال، وهذا حتى يمنع الأخذ بالشفعة هنا (1).

ب_ البيع العلني أمام القضاء لعقار شائع لا يمكن قسمته عينا دون ضرر:

وهي تدخل ضمن ما يسمى بقسمة التصفية، حيث أن قسمة ذلك العقار بالطريقة السابقة قد يترتب ضررا جسيما ينجم عنه نقص معتبر في قيمة المال المراد قسمته، فالقسمة التي تتم أمام القضاء وتحت إشرافه يطلق عليها بالقسمة القضائية، ويلجأ إليها عادة في حالة قسمة المال الشائع وبخاصة العقارات منها إذا لم يحصل قسمتها عن طريق التراضي والصلح بمعدل مالي عما نقص من الأنصبة، ومادام أن القسمة العينية للعقار تترتب ضررا عليه أو نقص من قيمته فإنه وفقا لنص المادة 728 من القانون المدني الجزائري، يتعين هنا اللجوء إلى القسمة القضائية التي تتم عن طريق بيع تلك العقارات الشائعة بالمزاد العلني طبقا للإجراءات القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية أيضا.

لهذا جاء نص المادة 728 كما يلي: «إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في الإجراءات المدنية وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع» (2).

ج_ بيع الدولة لأملكها العقارية الخاصة

وقد ألغي تخصيصها بعد أن أصبحت غير صالحة لمصالحها ومؤسساتها العمومية، وهذا باقتراح من مدير الأملاك الوطنية المعينة وبعد أخذ إذن الوالي المختص إقليميا، حيث يتم بيع هذا النوع من الأملاك بالمزاد العلني، إلا إذا نص قانون خاص آخر على غير ذلك.

(1) منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1965،

(2) المادة 728 من القانون المدني الجزائري

إذا تم بيع الأملاك العقارية بالمزاد العلني فلا يجوز الأخذ فيها بالشفعة وهذه كقاعدة عامة وقد ورد تنظيم هذه المسألة فيما يخص ضبط عمليات بيع هذه الأملاك وفقا للمرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة لدولة وتسييرها ، وهذا طبقا للأحكام المتعلقة بها، فنظم المرسوم التنفيذي المشار إليه عمليات بيع هذه الأملاك حسب ما جاء في المواد من 10 إلى 13 منه ⁽¹⁾، وعليه نجد مضمون القاعدة العامة والمتمثلة في بيع هذه الأملاك عن طريق المزاد العلني والتي يترتب عنها عدم الأخذ بالشفعة ، من خلال نص المادة 10 منه حيث تنص على أنه «...يكون بيع الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة التي ألغى تخصيصها فيما إذا لم تعد صالحة للمصالح والمؤسسات العمومية...».

إلا أنه استثناء على القاعدة العامة الواردة في الفقرة السابقة، وتماشيا مع ما أشارت إليه المادة 10 السابقة الذكر في حالة ما إذا كانت هناك قوانين خاصة أو نصوص قانونية أخرى تنص على غير ذلك، فهنا يجوز بيعها عن طريق التراضي أي دون استعمال أسلوب المزاد العلني.

د- الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه:

فمن أجل تحصيل الضرائب المكلف بها بمختلف أنواعها، ووفقا للإجراءات القانونية الخاصة ومنها ما تنص عليه التشريعات الضرائبية في هذا المجال، فهذا البيع هو الآخر لا تجوز فيه الشفعة حيث يتم عادة بالمزاد العلني وأمام جهة الإدارة كما يجري وفقا لإجراءات رسمها القانون ⁽²⁾.

⁽¹⁾المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 23 نوفمبر 1994 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة لدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية الصادرة في 26 نوفمبر 1991 العدد 60

⁽²⁾عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 599

هـ_ بيع أملاك القاصر العقارية بالمزاد العلني وبعد طلب الإذن من المحكمة: وهذا الأخير يعتبر التزاماً قانونية يقع على عاتق الولي، و يترتب على الإخلال لهذا الالتزام جزاءات قانونية تلحق بالولي، بالإضافة إلى بطلان هذا البيع إذا تم دون الحصول على الإذن من القاضي المختص في ذلك، بعد منحه الإذن أن يأمر ببيع عقار القاصر عن طريق المزاد العلني، كل هذه الإجراءات القانونية هي في سبيل حماية ممتلكات القاصر العقارية.

و_ بيع عقار المفلس والغائب وحتى عديمي الأهلية: هذه كلها بيوعاً عقارية تقع تحت إشراف القضاء أو أمام جهة الإدارة وتكون جبرية أو اختيارية من أجل استيفاء ديون أو تصفية عقار شائع، أو لمجرد بيع العقار مع إطاحة البيع بضمانات كافية، تجري جميعها طبقاً لإجراءات رسمها القانون، وسواء كان هذا القانون هو قانون الإجراءات المدنية أو أي تشريع خاص آخر، فالمهم في كل هذا هو البيع بالمزاد العلني ووفقاً للإجراءات المعتمدة من طرف القانون (1).

2. البيوع بين الزوجين وبعض الأصهار والأقارب:

لقد منعت الشفعة في هذه الحالة لأن البيع يقوم على اعتبارات شخصية في شخص المشتري، ذلك أن تلك الصلة والقربة الوثيقة بين البائع والمشتري هي التي دفعت بالبائع إلى إبرام عقد البيع ، وبحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر أجنبي عنه لهذا لا يجوز لشفيع أن يتدخل ويأخذ والعقار بالشفعة وينتزع من يد ذلك المشتري الذي تربطه بالبائع رابطة قرابة أو زوجية أو مصاهرة وفق الدرجة التي حددها القانون.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 322

أ_ البيع بين الأصول والفروع:

تعددت التشريعات المدنية التي تمنع الشفعة بين الفروع والأصول فالمشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى نص من خلال المادة 798 في فقرتها الثانية: «لا شفعة: إذا وقع البيع بين الأصول والفروع...»⁽¹⁾.

ومن بين التشريعات المدنية القانون المدني المصري في نص المادة(939) في الفقرة الثانية وكذلك المادة (1161) من القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية تحت عنوان لا تسمع دعوى الشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع.

يتضح من هذه النصوص أن مختلف التشريعات قررت عدم جواز الشفعة في البيع الواقع بين الفروع والأصول، فبيع المال لفروعه مهما نزلوا أو لأصوله مهما علو، ولا تقيد القرابة هنا بدرجة معينة حسب إطلاق النص، فلو باع الأب مثلاً أو الأم لابنه أو ابنته أو لابن ابنه، أو لبنت ابنه أو لابن ابنته أو لبنت ابنته، مهما نزل الفرع، فإن الشفعة غير جائزة هنا كذلك لا تجوز الشفعة لو باع الابن أو البنت عقاره لأبيه أو لأمه أو لأبي أبيه، أو لأم أبيه أو لأم أمه مهما علا الأصل، فإنه لا شفعة وعلّة ذلك لاعتبارات تطلبتها قرابة المشتري فإذا باع مالك العقار لمشتري تصله به قرابة وطيدة وضع القانون هذا المانع من موانع الشفعة.

وتكمن الحكمة وراء ذلك هي الحفاظ على الترابط الأسري والاجتماعي ذلك أن البيع ذو طبيعة عائلية⁽²⁾.

⁽¹⁾المادة798من القانون المدني الجزائري

⁽²⁾زكي جمال الدين، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية بيروت، لبنان، د س ن، ص 422

بـ البيع بين الأزواج:

لا تجوز الشفعة في بيع واقع بين الزوجين ويجب أن تكون العلاقة الزوجية قائمة وقت إبرام البيع ولا تنقطع تلك العلاقة إلا بالطلاق المكمل للثلاث، أو بانقضاء العدة في الطلاق الرجعي، وبالتالي إذا تم البيع بعد الطلاق البائن بينونة كبرى أو صغرى فإن البيع يكون بين غرباء وليس بين الزوجين، بوقوع الطلاق تصبح الزوجة غريبة عن زوجها أما إذا تم البيع بعد الطلاق الرجعي وقبل انقضاء العدة فإن العلاقة الزوجية تكون قائمة ويجوز للزوج مراجعة زوجته بكلمته فلا تجوز الشفعة.

ولا تجوز الشفعة في البيع المبرم بين الزوجين، ولو كان معلق على شرط واقف أو فاسخ حتى وإن توفيت الزوجة قبل أن يتحقق الشرط الواقف إذ يعتبر عقد البيع من عناصر الذمة المالية فتنتقل إلى ورثتها، ويجب لعدم جواز الشفعة في البيع المبرم بين الزوجين أو يكون جدياً فإن كان سوريا وتمكن الشفيع من إثبات الصورية انتفى المانع حين ذلك⁽¹⁾.

جـ البيع بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة:

ويقصد بها قرابة الحواشي وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، والبيع الحاصل لأحد الحواشي لا يمنع الأخذ بالشفعة إلا إذا كانت القرابة بين البائع والمشتري إلى غاية الدرجة الرابعة على الأقل.

إن قرابة الحواشي هي قرابة غير مباشرة لأن كلاهما لا يعتبر فرعاً للآخر رغم اشتراكهما في نفس الأصل، ولهذا تنص المادة 1/33 من القانون المدني الجزائري على أنه: «القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع» وبالتالي فالقرابة المباشرة لا تشمل الحواشي وفي هذا النص نجد الفقرة الثانية منه تعرف لنا الحواشي بقولها: «وقرابة

(1) العمروسي أنور، الملكية وأسباب كسبها، دار محمود للنشر والتوزيع، 1995، ص 520

الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر».

وفي شرح ذلك كتب المرحوم السنهوري «أن الأخ يعتبر لأخيه من الدرجة الثانية إذ أن الأصل المشترك في الأخوين هو الابن فيحسب الأخ درجة ومنه تصعد للأب وهو الأصل المشترك، فلا يحسب ثم تنزل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضاً درجة فهاتان درجتان ويكون البيع الصادر من الأخ لأخته أو لأخيه بيع لا تجوز في الشفعة»⁽¹⁾

وقد نصت المادة 34 من القانون المدني الجزائري عن حساب درجة الحواشي بقولها: «يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل، عند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة».⁽²⁾

فلا تجوز الشفعة الصادرة من العم لابن أخيه فيعتبر العم هنا في الدرجة الثالثة، إذ أن الأصل المشترك هو الجد فلا يحسب، ثم ننزل من الجد لابن لأخ درجتين، الأخ درجة ولابنه درجة ثانية فيكون مجموع الدرجات ثلاثة، ومثل ذلك عن العمدة والخال والخالة ولكون البيع الصادر من العم أو العمدة أو الخال أو الخالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها بيعاً واقفاً بين أقارب الدرجة الثالثة فلا تجوز فيه الشفعة.⁽³⁾ وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ للعمدة ولابن الأخت للخالة لأن درجة القرابة من الدرجة الثالثة، ويعتبر كذلك ابن العم بالنسبة لابن عمه من الدرجة الرابعة إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد، فتصعد من ابن العم إلى الجد بدرجتين ولا يحسب ثم تنزل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين فيكون المجموع أربعاً فيكون البيع الصادر من ابن العم

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 536

(2) المادة 34 من القانون المدني الجزائري

(3) شنب محمد لبيب، الموجز في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991

إلى ابن عمه بيعا واقعا بين أقارب الدرجة الرابعة ولا تجوز فيه الشفعة، وكذلك نقول عن بنت العم وابن العمه وابن الخال وبنت الخالة وابن الخالة وبنت الخالة كل هؤلاء أقارب حتى الدرجة الرابعة⁽¹⁾.

د- البيع بين الأصهار إلى غاية الدرجة الثانية:

وهي الجملة الأخيرة من نص المادة السابقة 798 القانون المدني الجزائري، وسبب منع الأخذ بالشفعة هنا لاعتبار أن الصهر في القانون وإن لم يدخل في معنى القريب حقيقة، فهو يقرب لهذا المعنى حكما وهذا لاعتبار أن صلتهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب.

وبذلك فإن الشفعة لا تجوز في البيع الذي يتم بين الزوج وولد زوجته إذ تكون قرابته بالنسبة لهما من الدرجة الأولى، كذلك لا تجوز الشفعة بالبيع الذي يتم بين الزوج وأخ الزوجة أو أخت الزوجة وتكون القرابة بالنسبة لكل منهما في الدرجة الثانية، وكذلك في الصورة المعاكسة في البيع الذي يتم بين الزوجة ووالد الزوج أو والدته، والبيع الذي يتم بين الزوجة وأخ الزوج أو أخته فإذا كان من بين المشتريين أحد مما تم ذكرهم، وكان العقار المبيع غير قابل للتجزئة فإن الشفعة لا تجوز بالنسبة لجميع المشتريين، أما إذا كان العقار قابلا للتجزئة فإن الشفعة تجوز بالنسبة لحصة من لم يتحقق له مانع من هذه الموانع⁽²⁾.

أما التساؤل الذي يدور هل تنقضي قرابة المصاهرة بعد وفاة أحد الزوجين؟

هنا اختلفت الاتجاهات في الإجابة عن هذا التساؤل، فمنهم من يرى انتفاء قرابة المصاهرة بوفاة أحد الزوجين، وحينها فإن الشفعة لا تجوز إذا تم البيع قبل الوفاة أما إذا كان للشفيع الحق في الشفعة أو عدم أحقيته في ذلك لوقت إبرام العقد، فإن قرابة المصاهرة قائمة

(1) لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، ابن عكنون

جامعة الجزائر، 1983، ص 211

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 161

في هذا الوقت فلا يكون للشفيع حق في الشفعة لو حدث الوفاة بعد ذلك، أما إذا تم البيع بعد الوفاة فإن قرابة المصاهرة تكون قد أنقضت في هذا الوقت، وبالتالي يثبت للشفيع الحق في الشفعة باعتبار أن رابطة القرابة مبنية على رابطة الزواج لا على رابطة المصاهرة وهو الرأي القضائي الذي أخذت به محكمة النقص في العديد من قراراته⁽¹⁾.

3. بيع العقار ليكون مكان عبادة أو ليلحق بها:

سبب منع الشفعة هنا كان لاعتبارات دينية، فالبائع قد يقصد من وراء تصرفه هذا نيل الأجر والثواب، فربما يبيع هذا العقار بثمن أقل مما لو باعه لمشتري آخر، بالإضافة إلى أن المشتري هو الآخر يقوم بتخصيص هذا العقار لمحل العبادة يسعى من وراء هذا الشراء نيل الأجر والثواب.

إن الاعتبارات الدينية غالباً ما تكون بتخصيص المشتري ذلك العقار إذا كان غير مبنياً من أجل تشييد مسجد عليه وفي بعض الأحيان يكون من أجل توسعة المسجد أو إضافة بعض المرافق إليه، فقد يقصد من وراء إلحاق هذا العقار به ليكون مقصورة تخصص للنساء، أو كأن يراد جعل هذا العقار مسكناً للعاملين على إقامة هذه الشعائر الدينية، ويدخل في هذا الشأن كل ما يعتبر من ملحقات محل العبادة الضرورية، سواء كان بتوسعته أو إضافة شيء جديد إليه يحقق غرض العبادة فقد يكون من شأن هذا الإنشاء الجديد التيسير على المتعبدين ومساعدتهم في تأدية شعائرهم الدينية، وهذا الحكم ليس خاصاً بالمساجد فقط بل يشمل مجال العبادة للديانات الأخرى ومنها دور تحفيظ القرآن⁽²⁾.

ويجب لعدم جواز الشفعة أن يخصص العقار للعبادة المتعارف عليها فيما ذلك إقامة الشعائر الدينية فلا يكفي أن يخصص لأعمال البر، فإذا تضمن العقد أن الغرض من البيع

(1) نبيل إبراهيم سعد ، ، المرجع السابق، ص 52

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 86

إقامة مستشفى خيرى ومدرسة لتحفيظ القرآن الكريم فإن الشفعة تجوز حتى لو أضيفت لذلك إقامة مكان للصلاة ولا يعتبر البيع واردا على محل عبادة⁽¹⁾

الفرع الثالث: شروط متعلقة بشخص الشفيع

بالإضافة لتوافر الشروط التي عرضت سابقا ، يبقى البحث في شروط الشفيع والمتمثلة في ،توافر سبب الشفعة وقت صدور البيع والمسألة الثانية تتمثل في بقاء السبب قائما حتى تمام البيع

أولا: توفر سبب الشفعة وقت صدور البيع

حتى يجوز للشفيع المطالبة بالشفعة يجب أن يكون سببها متوافرا فيه ،وذلك وقت صدور البيع المشفوع فيه، وترتب على ذلك أن الحق الذي يستند إليه الشفيع في طلبه للشفعة وقت إبرام البيع يجب أن يكون قائما، ففي القانون المدني المصري يجب أن يتوافر سبب الشفعة سواء أكان ملكية مفرزة أو ملكية رقبة أو حق إنتفاء أو حق حكر، علما بأنه في المدني الأردني لا تجوز الشفعة إلا في الأراضي الملك، ووفقا لتقسيم الأراضي فهي على خمسة أنواع، ملك، أميرية، موقوفة، مبروكة، موات.

لقد نصت المادة (1) من قانون الأراضي الأردني رقم 49 لسنة 1953 على تقسيم الأراضي داخل المملكة الأردنية الهاشمية على أنواع خمسة و تم تعريف هذه الأنواع بعد صدور القرار رقم 11 الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين بتاريخ 1953/09/29 وهي كما يلي:

- الأراضي المملوكة: هي التي يعود رقبتهأ أي ذاتها إلى صاحبها وهي كافة الأراضي التي تقع داخل حدود البلديات.

(1) نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 109

- الأراضي الأميرية: هي التي تعود رقبتها أي ذاتها للخرينة والتي يجري تحويلها وتفويضها من قبل الحكومة.
- الأراضي الموقوفة: هي بعد وقفها صحيحا تصبح رقبتها وحقوق التصرف بها عادة لجهة الوقف ووفقا لشرط الواقف.
- الأراضي المتروكة: هي الأراضي التي لا تفلح ولا تزرع أي الأراضي الخالية والتي ليست لأحد ولم تخصص لأهالي⁽¹⁾، القرى لبعدها عنها بحيث لا يسمع فيها ضجة الرجل الجمهوري الصوت.
- الأراضي الموات: هي الأراضي التي ترك حق الانتفاع بها لعامة الناس أو لأهالي القرية وتكون عائدة للخرينة .

إن الشفعة لا تكون وفقا لأحكام المدني ومجلة الأحكام العدلية إلا في الأراضي المملوكة، كما نص قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 58.

فإذا كان الشفيع قد كسب طلب الأخذ بالشفعة بالميراث فيجب أن تكون وفاة المورث قبل البيع، وإذا كان كسب بسبب تصرف قانوني فيجب أن تكون وفاة المورث قبل البيع، وإذا كان كسب هذا بسبب تصرف قانوني فيجب أن يكون هذا التصرف القانوني مسجلا قبل البيع وذلك بسبب أن الحق الذي يشفع الشفيع بموجبه يكون دائما حقا عينيا عقاريا، فهذا الحق يثبت للشفيع إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل فإن كان العقد الذي تلقى به الشفيع هذا الحق غير مسجل قبل البيع فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة⁽²⁾.

وكان هناك رأي يذهب إلى أن نقل الملكية في عقد بيع العقار غير المسجل يكون معلقا على شرط واقف هو التسجيل فإن تم التسجيل إرتد أثره إلى وقت إبرام العقد حيث يعتبر المشتري مالكا لهذا العقار، وبناء عليه فإنه يجوز للشفيع الذي لم يسجل عقده أن

(1) منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، المرجع السابق، ص 51

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 312

يطلب الشفعة لأنه إذا سجل عقده بعد ذلك أعتبر مالكا ومن وقت إبرام هذا العقد، إلا أن هذا الرأي رفضه جمهور الفقهاء، كما استقر القضاء على أنه ليس للتسجيل أثر رجعي، فلا يجوز للشفيع أن يطلب، الشفعة إذا كان عقده غير مسجل ولو قام بالتسجيل بعد ذلك.

ولا يكفي أن يكون عقد الشفيع مسجلا قبل تسجيل البيع المشفوع فيه بل يجب أن يكون عقدا مسجلا قبل انعقاد البيع، ذلك أنه يشترط لجواز طلب الشفعة أن يكون الشفيع مالكا للحق الذي يشفع به وقت البيع، ويجب أن يكون التسجيل فيها قد تم قبل هذا الوقت ولا يشترط في المشتري المشفوع فيه أن يكون قد تملك الحق المشفوع فيه.

وبذلك تبين أنه لا يلزم لجواز الشفعة أن يكون البناء تابعا للأراضي التي يقوم عليها فيجوز لمن يملك البناء دون الأرض التي يقوم عليها، أن يشفع في العقار المجاور وبناء عليه فإن المشتري الذي يبني على الأرض المبيعة قبل أن يسجل عقده يقوم به بسبب الشفعة بصفته جارا مالكا للبناء، ورغم أن ملكية الأرض ما تزال للبائع بسبب عدم التسجيل أما بائع العقار فيجوز له قبل تسجيل عقد البيع أن يطلب الشفعة بوصفه جارا مالكا للعقار لأنه يظل مالكا رغم البيع إلى أن يتم التسجيل.

وفي صدد وقت ملكية الشفيع للعقار فقد قررت محكمة النقض المصرية أنه يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أي وقت انعقاد بيع العقار الذي يشفع فيه، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دفاع المشتري المؤسس على أن الشفيع لم يكن مالكا، لم يشفع به وقت حصول البيع بسبب الشفعة أقام قضاءه على أن عند شراء الشفيع للأرض التي يشفع⁽¹⁾ بها فإنه يكون قد خالف القانون.

(1) منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، المرجع السابق، ص 52

أما القانون المدني الأردني فإن الشرط الأساسي للمطالبة بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا لحصصه وقت بيع العقار المشفوع، ويجب أن تكون ملكية نهائية وأن تبقى لذلك حتى يمتلك العقار المشفوع به قضاء أو رضاء، فإذا زالت ملكيته قبل ذلك يسقط حقه بالشفعة، إلا أنه يجب أن نوضح أن أحكام الشفعة في القانون المدني الأردني لا تنطبق على الأبنية المقامة والطبقات وإنما على الأراضي فقط، والعبرة بملكية الأرض إلا أن القانون المدني المصري اختلف بعد ذلك فانطبق الأمر فيه على الأراضي والأبنية، خاصة أنه لا يوجد في مصر تشريع خاص بتمليك الطوابق والشقق كما هو الحال في الأردن وفلسطين⁽¹⁾.

ثانياً: بقاء السبب قائماً حتى تمام البيع

لا يكفي لجواز الشفعة أن يتوافر سبب وقت صدور البيع المشفوع فيه موضوع الشفعة وبالإضافة لذلك يجب أن يبقى هذا السبب قائماً وموجوداً إلى أن يتم الأخذ بالشفعة قضاء بحكم يصدر لمصلحة الشفيع، أو رضاء بتسليم المشتري بالشفعة وبعد ذلك لا يهم أن يزول السبب لأنه إذا حكم بالشفعة قضاء أو سلم بها المشتري رضاء بتملك الشفيع العقار المشفوع فيه.

واستناداً لذلك فإن الحق الذي يستند إليه الشفيع في طلب الشفعة يجب أن يبقى قائماً وقت تمام الأخذ بالشفعة، فإذا تصرف طالب الشفعة في الحق الذي يستند إليه في هذا الطلب تصرفاً ناقلاً للملكية قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حقه بها لزوال سببها، ومثال ذلك أن يطلب الشفعة بصفته جارا مالكا ثم تصرف أثناء نظر الدعوة في العقار الذي يشفع به تصرفاً ناقلاً للملكية، كأن يبيعه أو يهبه أو يوقفه فلا يجوز حينئذ الحكم له بالشفعة، أما لو حكم بالشفعة أو سلم بها المشتري قبل وقوع القسمة فلا تؤثر على حق الشفيع بعد ذلك أن يختص بجزء مفرز من العقار الشائع لا يلاصق العقار المبيع، وكذلك إذا طلب الشفعة جار

(1) منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، المرجع السابق ص 53

مالك على الشيوخ ثم وقعت القسمة قبل تمام الأخذ بالشفعة، فاخص بجزء مفرز من العقار الشائع لا يلاصق العقار المبيع يسقط حقه بالشفعة لزوال السبب وهو الجوار.

أما لو حكم بالشفعة أو سلم بها المشتري قبل وقوع القسمة فلا تؤثر على حق الشفيع بعد ذلك أن يختص بجزء من العقار الشائع لا يلاصق العقار المبيع⁽¹⁾.

والمالك تحت شرط فاسخ تتوافر له الملكية ولكن زوالها يكون معلقا على الشرط فإذا تحقق الشرط زالت الملكية، واعتبرت كأن لم تكن وإذا تخلف الشرط صارت الملكية بآته ومن ثم يجوز لهذا المالك أن يطلب الشفعة فإن تحقق الشرط قبل الحكم بالشفعة أو سلم المشتري بها سقط حقه فيها وإذا تحقق الشرط بعد تمام الأخذ بالشفعة فلا يكون لزوال ملكيته أثر على حقه في الشفعة.

أما المالك تحت شرط واقف فلا تتوافر له الملكية ولكن وجودها يتعلق بتحقق الشرط، فإن تحقق وجدت الملكية وإذا تخلف الشرط فلا ملكية، كما لا يجوز له إذا تحقق الشرط بعد صدور البيع فتوفرت له الملكية أن يطلب الشفعة على أساس أنه بموجب الأثر الرجعي للشرط يعتبر مالكا وقت صدور البيع علما بأن فكرة الأثر الرجعي لا تنطبق في الشفعة، وإذا استند طالب الشفعة في ملكيته للعقار المشفوع به إلى عقد باطل بطلانا مطلقا فإن الملكية لا تتوافر له بموجب هكذا عقد، فلا تنتقل الملكية بموجبه ولو تم تسجيله، ولا يجوز له أن يطلب الشفعة بموجبه⁽²⁾.

(1) منصور فؤاد، فؤاد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 54

(2) حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة عين الشمس، مصر، 1999، ص 167

المبحث الثاني: تحقق الشفعة

بعدها تناولنا سابقا في المبحث الأول كل من التعريف بكل من مظاهره سواء ما يتعلق بتعريف الشفعة أو خصائصها وصولا إلى شروطها، لننتقل بعدها إلى هذا المبحث ونتناول فيه أسباب الأخذ بالشفعة، أي كيف تتحقق هذه الشفعة ، حيث يتم عرض كل من توافر صفة الشفيع، (المطلب الأول) ، التزاحم بين الشفعاء، (المطلب الثاني).

مطلب أول: توافر صفة الشفيع

إذا ثبت للشخص صفة الشفيع فإنه يصبح صاحب حق في الأخذ بالشفعة أي يكسب مركزا قانونيا يخول له القدرة في التمسك بالشفعة من أجل تملك العقار المبيع، وهذا بطوله محل المشتري وهذه الحالات التي تتحقق فيها الشفعة أو تثبت فيها صفة الشفيع يصطلح عليها الفقه أيضا أسباب الشفعة وهذه الحالات هي نعرض فيها كل من شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع (الفرع الأول) شفعة الشريك في الشيوخ (الفرع الثاني)، شفعة المنتفع في ملكية الرقبة (الفرع الثالث)، شفعة مالك الرقبة في الحكر والمستحكر (الفرع الرابع) ، كذلك شفعة الجوار (الفرع الخامس)، وهي :

الفرع الأول: شفعة مالك الرقبة في حق الإنتفاع

تثبت صفة الشفيع إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لخصته أو بعضه لشخص آخر غير مالك الرقبة طبقا لما تقتضي به المادة 2/795 ق م ج بقولها: «يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي نص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، لمالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.....»⁽¹⁾

(1) المادة 795 من القانون المدني الجزائري

إن شفعة مالك الرقبة تكون في المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة المقررة للمصلحة العامة ويطلق الفقه على هذا النوع من الشفعة، بالشفعة في الانتفاع، وذلك بسبب قيام المنتفع ببيع حقه إلى شخص آخر يحل محله في الانتفاع، وعليه أجاز القانون لمالك الرقبة باعتباره المالك الحقيقي للعقار أن يشفع في حق الانتفاع المبيع، بمعنى أن يأخذه من المشتري ودون اعتبار لإرادته لصبح العقار مملوكا ملكية تامة لمالك الرقبة بعد ضم حق الانتفاع للرقبة⁽¹⁾.

ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن سبب الشفعة الوارد في الفقرة السابقة غريب عن أحكام الفقه الإسلامي، لاعتبار أن حق الانتفاع بالشكل والقواعد التي جاء بها القانون ليس له نظير في الشريعة الإسلامية، ولذا لم يكن فيها بيع الانتفاع حتى تثبت فيه الشفعة لأن البيع في الفقه الإسلامي لا يكون إلا في الأعيان فقط دون المنافع، وكذلك الحال بالنسبة لحق الاستعمال وحتى السكن فليس محلا للبيع بخلاف القانون فإنه يجيز بيع حق الانتفاع أو التنازل عنه شأنه شأن حق الملكية تماما⁽²⁾.

إن في إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع المصاحب لها حسب ما بررته التشريعات المدنية الوضعية، ونجد بأن هناك اعتبارا فقهيًا وقانونيًا كثيرا ما تناوله فقهاء القانون المدني في هذا المجال والمتمثل في لم شتات الملكية بعد تفرقها هو نفسه الصورة المجسدة للحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة لأنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة فتجتمع للمالك سلطته الثلاث على هذا العقار وهي سلطات التصرف والاستعمال والاستغلال أو الانتفاع⁽³⁾.

(1) عبد الحميد الشورابي، المرجع السابق، ص 34

(2) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 277

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 542

يعتبر لذلك التجميع أو توحيد السلطات في يد شخص واحد فوائد اقتصادية كبيرة بالإضافة إلى التقليل من حجم النزاعات الواقعة على هذا العقار، وهو ما يعود بالنفع على العقار ذاته، وأيضا مالك العقار والمجتمع، كما يساهم ذلك في استقرار المعاملات العقارية.

المقصود بحق الانتفاع المصاحب أو الملابس للرقبة أنه الحق الذي يقع على ملكية الرقبة التي تكون ثابتة للشفيع، بحيث إذا اجتمع الحقان معا تنتهي تجزئة الملكية، وهذا الفرض يرى الفقه المصري أنه نادر الحصول في الواقع العملي⁽¹⁾.

إلا أن المشرع الجزائري عند معالجته لتجزئة حق الملكية من خلال نصوص القانون المدني قرر في المادة 844 منه على أنه: «يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد والشفعة وبالتقادم أو بمنتهى القانون»⁽²⁾، وهذا النص يدل على أن حق الانتفاع يمكن بيعه وشراؤه شأنه شأن الأعيان من الأملاك العقارية الأخرى .

بناء على ما سبق يمكن لمالك الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع الملابس لها عند بيعه من طرف صاحبه لأجنبي حسب نص المادة 1/795 ق م ج، بالإضافة إلى ما قرره النص المشار إليه أعلاه اعتبارا أن الشفعة هي الأخرى تصلح أن تكون سببا مستقلا لكسب حق الانتفاع .

ما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أنه بالرغم من اجتماع الفقه المصري على أن شفعة مالك الرقبة على الانتفاع المصاحب لها نادرة الوقوع في الواقع العملي، إلا أنه يمكن أن نتصور حدوث هذه الحالة في الواقع العملي الجزائري وهذا في حالتين:

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 13

(2) المادة 844 من القانون المدني الجزائري

أولاً: إذا كان مالك الرقبة شخصاً طبيعياً

وهي الحالة العادية طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة 795 ق م ج، حيث يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة عند بيع الكل أو الجزء من حق الانتفاع المصاحب للرقبة وكما أشرنا سابقاً فإنه بالرغم من إجماع الفقه المصري على نذرة حدوث مثل هذا الفرض في الميدان العملي، إلا أنه يبقى وارداً عملياً، وبالتالي يمكن تصور حدوثه في الواقع من خلال مجموعة من الافتراضات أوردها الفقهاء في هذا المجال وهي كالتالي:

1- الفرض الأول: حسب الفقهاء هو أبسط الفروض وأوضحها، ومقتضاه أن هناك

عقاراً مملوكاً لشخص وقد ترتب عليه حق انتفاع لآخر، فلو قام هذا الأخير ببيع حقه في الانتفاع لغير مالك الرقبة، حق لهذا الأخير أيضاً أن يشفع في حق الانتفاع المبيع بأن يأخذه من المشتري ولو لم يرض هذا الأخير بالتخلي عنه، وعند أخذه لهذا الحق عن طريق الشفعة يكون بهذا قد أستجمع شتات ملكيته بعدما كانت متفرقة، ويصبح حينها مالكا ملكية تامة على هذا العقار، وهو الهدف الأساسي والجوهري الذي على أساسه خول القانون المدني لمالك الرقبة هذا الحق بالاستشفاع في حق الانتفاع المبيع، ويرى الفقهاء بأن هذا الفرض المبسط لا يمكن فيه لأي شفيع آخر أن يزاحم مالك الرقبة في اخذ حق الانتفاع بالشفعة.¹³

2- الفرض الثاني: ويوصف بأنه أكثر تعقيداً من سابقه، ويتحقق في حالة ما إذا ترتب

العقار حق الانتفاع لفائدة أكثر من شخص واحد وعلى الشيوخ بحيث لو قام أحد الشركاء ببيع نصيبه الشائع في حق الانتفاع هذا لشخص آخر غير مالك الرقبة ويفرض هنا أن يكون مقدار هذا النصيب الشائع هو نصف حق الانتفاع المصاحب للرقبة، يحق هنا للمالك أن يشفع في هذه الحصة المبيعة ليصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار، ومالك لرقبة النصف الآخر، وفي هذا الفرض يكون المالك قد استرد النصف من النصيب الشائع لحق الانتفاع وضمه للرقبة كلها، وهو بهذا إذا لم يكن

في هذا الفرض قد استجمع أجزاء الملكية كلها بشكل تام، فإنه يكون قد تمكن من لم شتاتها في نصف العقار وهذا أخف الضررين.

يضاف إلى ما سبق أن الشريك الآخر في حق الانتفاع لا يستطيع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المباعة في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة متقدم في الترتيب على الشريك في الشيوخ عامة⁽¹⁾، وهو ما جاء به نص المادة 795 ق م ج عندما بين أصحاب الحق في الأخذ بالشفعة على الترتيب الوارد فيه، وهذا ما يدل قطعا أن الشفعة هنا تثبت لمالك الرقبة حتى ولو كان المشتري هو احد الشركاء في الشيوخ على حصة حق الانتفاع المباعة .

الفرض الثالث: يعتبر هو الآخر الأكثر تعقيدا من الفرضين السابقين ومقتضاه أن يملك الرقبة أشخاص متعددون على الشيوخ ثم رتب على هذا العقار حق انتفاع لأشخاص متعددون أيضا، وقام بذلك أصحاب حق الانتفاع أو أحدهم المالكين لحق الانتفاع على الشيوخ ببيع نصيبهم في الانتفاع، فيكون لمالكي الرقبة على الشيوخ مجتمعين في أن يأخذوا المبيع بالشفعة، بحيث يكون استحقاق كل منهم على قدر نصيبه وأما إذا طلب الشفعة في هذه الحالة أحد هؤلاء فحسب فلا يجوز له أن يشفع في المبيع إلا بقدر نصيبه في الرقبة⁽²⁾.

بناء عليه فإن الشفعة في هذا الفرض لا يمكن الأخذ بها من طرف مالكي الرقبة على حق الإنتفاع المرتب على الشيوخ إلا إذا كانت هذه الصفقة قابلة للتجزئة بما يحقق الهدف من استغلال العقار، وإلا لا يجوز الشفعة لمالك الرقبة إلا إذ بيعة كل أجزاء حق الإنتفاع الشائع، وهذا الفرض مثل له بعض الفقهاء بمثاليين تجسيدا لصورتين شائعتين في العمل وهما:

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 545

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 34

أ- الصورة الأولى: كأن تكون الرقبة مملوكة لشخصين على الشيوع، ورتب عليه حق إنتفاع لشخص آخر ثم قام هذا الأخير ببيع حق الانتفاع في هذا الفرض، فإن مالكي الرقبة طبقا لهذه الصورة يستطيعان أن يشفعا في حق الانتفاع ويصبحا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة (1).

لكن لو طلب الشفعة احد مالكي الرقبة فقط دون الآخر فله أن يأخذ وحده بالشفعة نصف حق الانتفاع، باعتباره النصف المصاحب للنصف الذي يملكه في الرقبة، فيعود كما كان مالكا لنصف الرقبة على الشيوع ملكية تامة، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة في حين أن المشتري لحق الانتفاع يبقى لديه نصف هذا الحق فقط .

في هذه الحالة أيضا يحق لمشتري حق الانتفاع أن يعترض على هذه النتيجة، لئتمسك بقاعدة عدم تفريق الصفقة عليه ، لأنه قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا بنصفه فقط وعليه يكون له الحق في إجبار مالك النصف الآخر الذي أخذ بالشفعة نصف حق الإنتفاع بأن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفريق الصفقة، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الإنتفاع الذي أراد أخذه ومن هنا فإنه إذا أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الإنتفاع أصبح مالك لنصف العقار ملكية تامة ومالك لحق الانتفاع في النصف الآخر المصاحب لملكية حصة شريكه، وأما في حالة امتناعه عن الأخذ بالشفعة، فإنه سيحصل مشتري حق الإنتفاع على حقه في هذا الإنتفاع كاملا وبالشكل الذي يتعاقد عليه في بداية الأمر، ومنها لا تتفرق عليه الصفقة، ويبقى مالكا للرقبة كما هما مالكين للرقبة في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ في الشفعة (2).

(1) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د س ن ، ص 418

(2) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 546

نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى لم يعالج هذه المسائل المتعلقة بهذه الفروض التي نحن بصددنا، وهذا من أجل الجزم بجواز الشفعة لمالك الرقبة، هنا في هذا الفرض المتضمن تعدد مالكي الرقبة وتعدد المنتفعين أو أفرادهم، وهذا بسبب قاعدة عدم تفرقة الصفقة أو عدم تجزئة الشفعة، ليترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء.

ب- **الصورة الثانية:** ومثالها أن يملك العقار مالكان في الشيوع مناصفة، ويرتبان عليه معا حق إنتفاع لفائدة شخصين مناصفة أيضا وعلى الشيوع فلو باع أحد صاحبي حق الإنتفاع حقه في الإنتفاع جاز لمالكي الرقبة معا أن يأخذه بالشفعة لأن كل منهما يملك حق الأخذ بها.

كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف ولا يحق للمشتري أن يعترض عليه بحجة تفريق الصفقة أنها لم تتفرق عليه (1).

أما لو باعا المنتفعان معا حقهما في الانتفاع كله لمشتري واحد جاز لمالكي الرقبة أن يأخذه معا بالشفعة، كما يجوز لأحدهما أيضا أن يشفع في النصف المصاحب لحقه في الرقبة، إلا إذا تمسك مشتري حق الانتفاع هذا بقاعدة عدم تفرقة الصفقة عليه وهذا حتى تتسجم مع الحكمة من تقرير نظام الشفعة بلم شتات الملكية وعدم تفرقة الصفقة عليه، فيتعين هنا على مالك نصف الرقبة الراغب في الأخذ بالشفعة وحده إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا. ويشير بعض الفقهاء هنا بخصوص هذا الفرض أن الشفعة سبب مستقل من أسباب كسب الملكية في هذه الحالة لا تؤدي إلى كسب الملكية، وإنما تؤدي إلى كسب حق الانتفاع، وهذا يقرر استثناء من الأصل العام الذي يقضي بأن الشفعة هي طريق لكسب الملكية (2).

(1) عبدالمنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 349

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 547

إن المشرع الجزائري عندما اعتبر الحكم المقرر في الفقرة الأخيرة كان هدفه هو استجماع شتات الملكية بلم عناصرها وتوحيد مشتملاتها لتخلص لمالك العقار ملكية تامة، وهو ما تجلى من خلال الحكمة المتوخاة من تقرير نظام الشفعة للقانون المدني والتشريعات الأخرى الخاصة كقانون التوجيه العقاري 25/90، حيث أصبحت الشفعة تؤدي وظيفة عمرانية وتحقق أيضا وظيفة اقتصادية واجتماعية معتبرة من حيث إسهامها في تنظيم الملكية العقارية وتحسينها وتوفير مردودية أكثر في مجال العقارات الفلاحية، عندما تجتمع كل سلطات الملكية في يد شخص واحد، وبهذا قد تتماشى كثيرا من النزاعات العقارية، التي قد تحدث في هذا المجال، وبخاصة إدارة واستغلال هذه الأملاك العقارية المترتب عليها حقوق إنتفاع لأجانب.

إضافة إلى ما سبق بيانه وتفصيله بشأن مالك الرقبة على حق الإنتفاع المصاحب لها عند بيعه من طرف صاحب هذا الحق المرتب سابقا على هذا العقار، فإن الفقهاء يرون في هذا المجال بأن الأحكام المتقدمة والخاصة بالشفعة على حق الإنتفاع تسري أيضا على حق الاستعمال والسكن في الأحوال التي يجوز فيها النزول على هذين الحقين⁽¹⁾.

يجب أن يكون التنازل عن حق السكن وحق الاستعمال في صورة عقد بيع أي بمقابل نقدي دون التصرفات والعقود الأخرى، حتى يجوز الأخذ فيهما بشفعة لأنه لا يجوز الأخذ بشفعة إلا في عقد البيع.

تجدر الإشارة إلى أن الأحوال التي يجوز فيها التنازل عن هذين الحقين هي نفسها الحالات التي يجوز فيها بيع حق الاستعمال والسكن وهذا لا يتم إلا بناء على شرط صريح في العقد المكسب لهذين الحقين أو بناء على مبرر قوي، وهذا الأخير في نظرنا يخضع في تقدير مدى قوته للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وعليه يمكن القول بأن الإتحاد في

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 547

الحكم من حق الاستعمال وحق السكن كان نتيجة الطبيعة القانونية الخاصة لهذين الحقين، باعتبار أن نطاقها يتجدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم، إلا ماتضمنه السند المنشئ لهذين الحقين استثناء، وبالتالي فمجالها أضيقت بالمقارنة مع حق الإنتفاع، فهذين الحقين لهما طابع شخصي في استعمالهما رغم أنهما يدخلان ضمن الحقوق العينية، ولذا لا نجد هناك اختلافا كبيرا بينهما، إلا أن حق السكن لا يقع إلا على العقارات ذات الطابع السكني المخصصة لإيواء أفراد الأسرة.

أما حق الاستعمال فمجاله أوسع بقليل من سابقه لأنه يشمل كل استعمال للاملاك عقارية كانت أو منقولة، سكنية أو غير ذلك، إلا أن نطاقه محدود فقط بما يحتاجه صاحب هذا الحق، وهو ما يفرقه على حق الإنتفاع حيث يمكن لصاحب هذا الأخير التصرف فيه بكل حرية شرط عدم الإضرار بالرقبة، فله أن ينتفع بثمار الرقبة بقدر مدة الإنتفاع المحددة في السند المنشأ له إما لحاجته وأسرته أو التصرف في الرقبة بسيدها أو هيئتها أو غير ذلك م 846 ق م ج ، وما بعدها وبناء على هذا يجوز للمشفع التنازل وبيع حق الإنتفاع، وله مطلق الحرية في ذلك بشرط احترام طبيعة العقار والغرض المتخصص له (1).

إن حق الاستعمال والسكن كقاعدة عامة لا يجوز التنازل عنها للغير من طرف أصحابها إلا بإذن مالكي الرقبة، واستثناء يجوز النزول عنهما في حالتين فقط وهما:

الشرط المدون في سند إنشائهما، وحالة المبرر القوي، كما أشارت إليه المادة 856 ق م ج بقولها: «لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي» (2).

بناء على ما سبق ذكره بشأن حق الإنتفاع والسكن، وما دامت أيضا القواعد الخاص بحق الإنتفاع تعتبر سارية المفعول على حق الاستعمال والسكن أيضا حسب ما قرره القانون

(1) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 212

(2) المادة 856 من القانون المدني الجزائري

المدني في المادة 875 منه، إلا ما تعارض منها مع طبيعة هذين الحقين، فإنه يمكن القول حسب وجهة نظرنا بأنه يجوز لمالك الرقبة أن يستعمل حقه في الأخذ بالشفعة عند قيام صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق المرتبان على العقار ببيع هذين الحقين لغير مالك الرقبة سعياً منه لاستيراد هذين الحقين لتصير له الملكية العقارية تامة، وقلنا بهذا الحكم نظراً للتقارب والتداخل الموجودين بين الطبيعة القانونية لهذه الحقوق العينية العقارية، فحق الاستعمال وحق السكن ما هما في الحقيقة إلا صورة أخرى أو شكلاً خاصاً من أشكال الانتفاع .

نجد أيضاً بعض الفقهاء والباحثين يرون بجواز الشفعة لمالك الرقبة عند بيع حق الإستعمال أو حق السكن في الأحوال التي يجوز فيها هذا البيع وهذا نظراً للطابع القانوني الخاص لهذين الحقين⁽¹⁾ .

ثانياً: إذا كان مالك الرقبة شخصاً معنوياً

وهي الصورة التي جاء بها القانون رقم (19587) المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم⁽²⁾ ، فالدولة هنا هي مالكة للرقبة باعتبار هذا العقارات الفلاحية تدخل ضمن الأملاك الوطنية الخاصة .

إلا أن الدولة تنازلت عن حق الإنتفاع المصاحب لتلك الأملاك العقارية بموجب نصوص القانون ولصالح أشخاص اعتبرهم هذا القانون منتجين فلاحيين، كما يعبر عنهم أيضاً بالمستغلين أو المستفيدين، لكن هذا الإستغلال وتلك الإستفادة المقررة على الأراضي الفلاحية المعنية تتم في شكل حق إنتفاع دائم، وهو أكسبه الحق الذي منح للمستفيدين في إطار قانون الثورة الزراعية الملغى بالقانون 25/90 المشار إليه سابقاً.

(1) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 310

(2) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 201

إلا أنه في إطار قانون 19/87 تمنح الدولة حق الإنتفاع الدائم هذا باعتبارها مالكة لتلك الأراضي الفلاحية للمنتجين فيها بمقابل، أي لم يعد التنازل عن حق الإنتفاع هنا مجانا كما كان في التشريعات السابقة، وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 06 من قانون 19/87 بقولها: «تمنح الدولة المنتجين الفلاحين المعنيين بهذا القانون حق الإنتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتألف منها المستثمرة، بمنح حق الإنتفاع الدائم مقابل دفع إتاوة من طرف المستفيدين يحدد وعائها وكيفيات تحصيلها وتخصيصها في قانون المالية»⁽¹⁾ ، بالإضافة إلى قيام الدولة مالكة الرقبة هنا بالتنازل عن حق الإنتفاع وبصفة دائمة لصالح المنتجين الفلاحيين قامت بعدها أيضا بالتنازل لهم عن جميع الممتلكات العقارية المنقولة التي تخصص لاستغلال الأراضي ومنها: المباني السكنية وكذا المعدات الفلاحية التابعة للمستثمرات الفلاحية وهذا بمقابل مالي، وتدخل في ذمة المستثمرة الفلاحية بعد تكوينها قانون كحق الإنتفاع تماما.

يكون المستثمرون مالكين على الشيوخ وبالتساوي في حق الإنتفاع الدائم وأيضا لهم الحق في ملكية الممتلكات العقارية السكنية أو المنقولات إذا كان سبب كسبها وتكوينها راجعا إليهم شخصيا بعد تكوين المستثمرات قانونا ما عادا الأراضي فتبقى دائما ملكا للدولة وهو ما أكدت عليه المادة 7 من هذا القانون بقولها: «تمنح الدولة المنتجين الفلاحيين حق إمتلاك جميع الممتلكات المكونة لذمة المستثمر ما عاد الأرض، ويتم التنازل عن هذا الحق في الملكية بمقابل مالي تكون الممتلكات المحققة من قبل الجماعات بعد تكوينها ملكا للمنتجين» من هذا المنطلق فإن الدولة كشخص معنوي وباعتبارها مالكة للعقارات الفلاحية وفي حالة إسقاط حقوق المنتجين المستفيدين من المستثمرات الفلاحية بموجب قرار من الوالي في حالة التنازل عن الحصص طبقا لقانون 19/87، يحق لها هنا باعتبارها مالكة الرقبة أن

(1) القانون 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987، والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك

الوطنية، ج ر ج ج رقم، 50، الصادرة في 11 ديسمبر 1987

تشفع في حق الإنتفاع المتنازل عنه من طرف أصحابه، وعليه تصبح الدولة مالكة رقبة وانتفاع معا، أي يضم الحقين إلى بعضهما البعض ولم شتات الملكية بعد تفرقها ودون أن يزاحمها في هذا الشركاء الآخرون في حق الإنتفاع لأنها في مرتبة أفضل منهم وهي المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة للمصلحة العامة.⁽¹⁾

أما الشركاء في الشيوخ بالنسبة لحق الإنتفاع هذا فيهم في المرتبة التي تليها أي المرتبة الثالثة وبالتالي لا يمكن لهم الاستشفاع في هذا الحق المتنازل عنه إلا إذا تنازلت الدولة عن حقها في الشفعة كمالكة رقبة، هنا فقط يتم الانتقال إلى أصحاب المراتب الموالية وأولها مرتبة الشركاء في الشيوخ طبقا للمادة 02/795 من القانون المدني الجزائري والمعنيون هنا هم الشركاء في حق الانتفاع الدائم أي جماعة المستفيدين أو المنتجين الفلاحين المقررة حقوقهم على هذا الأراضي الفلاحية⁽²⁾.

الفرع الثاني: شفعة الشريك في الشيوخ

الشريك في الشيوخ هو الشريك في العقار الشائع وهذا العقار يكون مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوخ، والشركة في الشيوخ هي تلك الحالة التي يتعدد فيها أصحاب الحق العيني على العقار بصفة عامة سواء كانوا أصحاب ملك أو أصحاب انتفاع.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا في نص المادة 795 ق م ج في الفقرة الرابعة كما يلي: « يثبت حق الشفعة... للشريك بالشيوخ إذ بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي»⁽³⁾

(1) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 205

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 545

(3) المادة 795 من القانون المدني الجزائري

أولاً: وجود شريك على الشيوع في العقار

يشترط لإعمال هذه الحالة أن يكون الشخص شريك على الشيوع أي أن يكون له نصيب شائع في العقار، فإذا أفرز العقار فإنه لا يكون شريكا على الشيوع وليس له أن يستند لهذا السبب للأخذ بالشفعة، لذلك إذا قسم العقار وخرج بموجب القسمة أحد الشركاء بجزء مفرز له فإنه لا يستطيع المطالبة بالشفعة بسبب الشراكة على الشيوع وإذ باع أحد الشركاء حصة مفرزة لأجنبي فإن هذا الأجنبي لا يصبح شريكا على الشيوع⁽¹⁾. وتتوافر صفة الشريك على الشيوع في من يملك حصة شائعة لكن هل ينطبق ذلك على الشيوع في الانتفاع المقرر على عقار حيث لو تصرف أحد الشركاء في حق الانتفاع يجوز لأحد شركائه أخذ هذه الحصة بالشفعة؟

هذه المسألة محل خلاف، وذهب الرأي الراجح أن عبارة الشريك في الشيوع تشمل الشريك في الملكية كما تشمل الشريك في الانتفاع ذلك أن المطلق يجري على إطلاقه عبارة النص عامة لم يرد ما يحددها هذا من جهة، ومن جهة أخرى توافر الحكمة في الحالتين وهي دفع الضرر الناشئ عن دخول أجنبي والإسراع في إنهاء حالة الشيوع في الانتفاع.

إن القواعد الخاصة بشفعة الشريك في ملكية العقار قد تكون شفعة الشريك على الشيوع في الملك أو شفعة الشريك على الشيوع في حق الانتفاع.

1. الشريك على الشيوع في الملك: لتحقق شفعة الشريك على الشيوع في الملك لابد

من توفر شروط معينة وهذه الشروط تتمحور حول صفة الشريك الذي له الحق في الأخذ بالشفعة والبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بها وهي كالتالي:

(1) البدرابي عبد المنعم، حق الملكية، الطبعة الثالثة، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص 338

أ- ضرورة أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع في العقار الذي بيعت حصة منه لنفسه:

في هذا المقام يرى الفقهاء بأنه لا يجوز للشريك في الجدار الفاصل المشترك بين ملكيته والعقار المبيع أن يأخذ بالشفعة باعتباره شريكا، لأنه ليس شريكا في العقار المبيع ذاته ولكن يبقى له الحق في الأخذ بالشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه⁽¹⁾ إلا أن الرأي الثاني من الفقه يرى بعكس هذا الحكم وبالتالي لا يرى ضرورة لوجود هذا الشرط، وعليه يمكن أن يشفع الشريك على الشيوع في البنايات المتلاصقة المقسمة إلى طبقات وشقق مملوكة لملاك مختلفين حيث تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها، كذلك فيجوز حسب هذا الاتجاه الفقهي أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات في الطبقة التي فوقه مباشرة والتي تحته كذلك لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين، أما الأقرب لصواب والمنطق القانوني هو الرأي الثاني وهذا نتيجة للحجج والاستنتاجات التي تتماشى والمنطق القانوني بما يخدم الإدارة التشريعية، من وراء تشريع نظام الشفعة في حالة بيع جزء من الممتلكات الشائعة وكذا الحكمة التشريعية المنوطة بها في مثل هذه الظروف والمتمثلة في منع دخول الأجنبي على سكان العمارة المالكين لكل أجزائها وطوبقها وبالتالي إلحاق الضرر المحتمل بهم⁽²⁾.

إذا يمكن هنا الأخذ بالشفعة اتفاقا بين الرأيين في حالة الشركة في مجرى مشترك معد للري أو في فناء مشترك أو في طريق مشترك كذلك بين عقارين، وهذا بأن يشفع الشفيع بوصفه شريكا في الشيوع لأن حقه الشائع يقتصر هنا على الاستفادة من هذه الارتفاقات المشتركة فقط دون أن يتعدى هذا إلى العقارات المجاورة، وعليه يمكن لهذا الشريك في هذه

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 162.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 570.

الارتفاقات أن يلجأ إلى الشفعة عند بيع العقار المجاور له، وهذا الرأي قد أجمع فقهاء القانون في هذا المجال⁽¹⁾

بـ يجب أن يكون الشفيع شريكا في الشيوخ وقت البيع وأن يكون البيع لحصة شائعة:

بالنسبة للشرط الأول الوارد في هذا العنوان يترتب عليه أن الشفعة لا يمكن الأخذ بها لمن اشترى حصة من أحد الشركاء ويعقد غير مشهر لدى مصلحة الشهر، والسبب في هذا أنه لا يملك أي جزء من العقار الشائع لأنه قبل الشهر لا يعد مالكا، فالملكية في البيوع العقارية وكذلك كل الحقوق العينية الأخرى في العقار حسب نص المادة 793 ق م ج لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا إذا روعيت الإجراءات التي قررها القانون، وهي إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر العقاري ووقت انتقال الملكية هو تاريخ الشهر بالمحافظة العقارية، وهو ما تنص عليه أيضا التشريعات التي تدير مصلحة شهر العقار⁽²⁾.

كما لا تثبت الشفعة أيضا لمن اشترى جزء مفرزا من أحد الشركاء، ولو شهر عقده لاعتبار أن هذا العقد غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي لا يعتبر شريكا معه في الشيوخ.

إذا حتى يخول للشريك في الشيوخ الحق في الأخذ بالشفعة يجب عليه أن يكون مالكا للعقار المشفوع به، وهذا وقت بيع العقار المشفوع فيه مع ضرورة بقائه مالكا إلى حيث إتمام الأخذ بالشفعة، ولا يؤثر في هذا الحكم الأخير ما يمكن أن ترتبه القسمة بعد ذلك مما قد يؤدي في النهاية إلى حرمان هذا الشريك لشفيع من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه، إلا أن القسمة لم تحقق له هذا فبالرغم من كل هذا يستفيد من نظام الشفعة مادام مالكا أو شريكا في الشيوخ وقد بيع هذا العقار للأجنبي.

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 352

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 16

يرى الفقه والقانون بأن زوال الشيوخ يتم أيضا عن طريق القسمة بصرف النظر عن كونها ودية أم قضائية، وبالتالي لم يعد الشركاء بعد هذه القسمة مالكين على الشيوخ، بحيث لو باع أحدهم حصته مفرزة إلى شخص أجنبي لا يمكن للشركاء الآخرين أن يأخذ بالشفعة بحجة أنهم شركاء فيه، وهذا لأنهم لم يعودوا شركاء في الشيوخ بعد عملية القسمة الرضائية أو القضائية، بل جيرانا تثبت الشفعة هنا في هذه الحالة لسبب آخر غير الشيوخ وهو الجوار متى توافرت شروطه وهذا الحكم مقرر سبب الخروج عن الشيوخ والانتقال إلى وضعية قانونية أخرى وهي الجوار ولها أحكام خاصة بها تميزها عن أحكام الملكية الشائعة⁽¹⁾.

2. الشريك على الشيوخ في حق الانتفاع:

إن مصطلح الشريك في الشيوخ يطلق فقها وقانون على الشريك في الملك كما يطلق على الشريك في حق الانتفاع الذي انفصلت عنه الرقبة بحيث يكون الشركاء في الشيوخ وفي هذا السياق قرر القانون أن كلا من حق الرقبة في عقار وحق الانتفاع في عقار يعتبر عقارا وهذا بصريح نص المادة 684 ق.م.ج، بقولها: «يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار»⁽²⁾.

إلا أنه رغم هذا المفهوم الصريح للمال العقاري فقد ثار جدل فقهي بشأن أحقية الشريك في حق الانتفاع وطلب الشفعة باعتباره شريكا في الشيوخ، وأنقسم فقهاء القانون إلى اتجاهين:

أ_ الاتجاه الأول: يرى بعدم أحقية الشريك في حق الانتفاع في الأخذ بالشفعة بشأن الحصة الشائعة في حق الانتفاع التي باعها شريك آخر في هذا الحق إلى أجنبي، وهذا لأن المقصود من النص «إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي»، يشمل فقط الشريك في الملك دون صاحب حق الانتفاع، بالإضافة إلى أن القانون المدني هنا نص صراحة

(1) عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الملكية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، دس، ص 214

(2) المادة 684 من القانون المدني الجزائري

وبوضوح على شفعة صاحب حق الانتفاع عند بيع الرقبة كلها أو بعضها، وهذا من أجل جمع ما تفرق من حق الملكية وبحيث لو كان المشرع يرغب بمنح الشريك في الانتفاع الحق في الأخذ بالشفعة لنص على هذا صراحة كما فعل في الحالة السابقة⁽¹⁾.

ب_الاتجاه الثاني: يرى معظم الفقهاء في هذا المجال أن القواعد السابقة الخاصة بالشريك في ملكية العقار تصدق أيضا للشريك في حق الانتفاع بالعقار، حيث أنه يجوز للشريك المشاع في حق الانتفاع الوارد على عقار أن يطلب الشفعة إذا باع شريك آخر حصته الشائعة في الانتفاع للأجنبي⁽²⁾.

اسند الرأي المشار عليه في الفقرة الأخيرة إلى نفس الفكرة التي تضمنها نص المادة 684 ق.م.ج على أساس أن العقار كما يشمل الرقبة ويشمل أيضا حق الانتفاع الذي انفصل عن الرقبة، وكما أن عبارة "الشريك في الشئوع" التي وردت في نص المادة 936 من القانون المدني المصري والمقابلة لنص م 795 جاءت مطلقة بحيث تصدق على الملكية كما تصدق على الانتفاع بالعقار، والمطلق يجري على إطلاقه حتى يرد ما يقيدده.

بالإضافة إلى أن الحكمة المفترزة من أجل تشريع الشفعة لمصلحة الشريك في الملك العقاري متوفرة أيضا عند الشريك في حق الانتفاع، فصاحب حق الانتفاع هو الآخر يتضرر مثل الشريك في الملك تماما، لهذا وجب قانونا إلحاق الثاني بالأول من أجل الاستفادة معا من الأخذ بالشفعة باعتبارهما شركاء في الشئوع، ويرى هؤلاء الفقهاء بضرورة التمييز بين صاحب حق الانتفاع باعتباره شفيعا على أساس أنه صاحب كل حق الانتفاع الملابس لرقبة طبقا لنص المادة 795 ق.م.ج⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسي باشا ، المرجع السابق، ص 222

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 36

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 579

ثانيا: أن يباع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي

ويترتب على هذا الشرط أنه لو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله، فإنه لا يجوز لأي من باقي الشركاء طلب الأخذ بالشفعة وهذا نتيجة عدم تحقق السبب المنطقي والقانوني الذي يجيز الأخذ بالشفعة لهذا الشريك في هذه الحالة، باعتبار أن هذا الأخير ليس أجنبيا عن الشركاء، وهذا الحكم قد قرر صراحة في نص الفقرة الثالثة من المادة 795 ق.م.ج بقولها: « لشريك في الشيوغ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي»⁽¹⁾

وقد قصد المشرع إجازة الشفعة هنا من أجل منع الأجنبي من الاختلاط بالشركاء وبالتالي الدخول معهم في الشركة حماية لمصالحهم الخاصة فيها، لأن مصلحتهم أولى بالرعاية يضاف إلى هذا أن المشرع يسعى دائما بأن يصبح الملك العقاري في يد مالك واحد أو التقليل قدر الإمكان من الشيوغ، وهذه الحكمة هي نفسها التي خول المشرع من أجلها لشريك في المنقول أو المجموع من المال استرداد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي من خلال ما قرره المادة 721 من ق.م.ج، و يؤيد الحكم الذي قرره المادة 795 السابق ذكرها أيضا نص المادة 796 من نفس القانون في فقرتها الثالثة حيث نص على أنه: « 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»⁽²⁾.

هذا يدل صراحة أن المشتري للحصة الشائعة إذا كان هو نفسه أحد الشركاء في الشيوغ فضل قانونا على أي شفيع شريك في الشيوغ مثله لأنه شفيع من طبقته، وإنما يأخذ الشريك في الشيوغ الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة في حالة كون المشتري في هذه الحصة أجنبيا عن الشركاء⁽³⁾.

(1) المادة 795 من القانون المدني الجزائري

(2) المادة 796 من القانون المدني الجزائري

(3) عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 337

ولكن يختلف الحكم في حالة قيام أحد الشركاء ببيع حصة مفرزة في العقار الشائع وقبل وقوع القسمة لهذا العقار، والخلاف في هذه الحالة على جواز الشفعة من عدمه مبنى على الخلاف في حكم البيع ذاته على اعتبار بيع أحد الشركاء جزءا مفرزا من العقار الشائع ينفذ في حق سائر الشركاء قبل القسمة جاز لهم الأخذ بالشفعة، لأن نفاذ البيع يجعل المشتري شريكا في الشيوع محل البائع فتتوافر العلة من إجازة الشفعة في حالة الشيوع وهي دفع الضرر الناشئ عن مشاركة الأجنبي، وإذا اعتبر بيع الشريك لجزء مفرز من المال المشاع غير نافذ في حق سائر الشركاء ولا يصبح المشتري شريكا لهم فلا شفعة، ووفقا لذلك يكفي أن يقر الشركاء هذا البيع حتى يتجنبوا مشاركة المشتري لهم ويبقى البائع الشريك.

حسب الفقه والقانون فالمقصود بالأجنبي في هذه الحالة هو الشخص المشتري الذي تباع له الحصة الشائعة من غير الشريك في العقار، ولهذا فالشفيع هنا مادام شريكا في الشيوع فيعتبر من طبقة أعلى مقارنة مع هذا الأجنبي المشتري، لذا حق له التقدم عليه دون منازع وضمن هذا المفهوم يرى الفقهاء بأنه حتى لو كان المشتري جارا توافرت فيه شروط الشفعة فإنه مع ذلك يعتبر أجنبيا بالنسبة إلى الشركاء في الشيوع، ومن هنا يمكن لأحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ الحصة الشائعة المبيعة من يد هذا الجار المشتري عن طريق الشفعة، لأن البيع في هذه الحالة قد تم لأجنبي بالرغم من كون هذا الجار شفيعا إلا أن الشريك في الشيوع موجود ضمن طبقة فيستطيع بذلك لأخذ منه بالشفعة ويؤيد القانون هذا الحكم من خلال مقتضى المادتين 795 و 796 المشار إليهما سابقا⁽¹⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 582

الفرع الثالث: شفعة صاحب الانتفاع في ملكية الرقبة

يجوز قانونا لصاحب حق الانتفاع الذي فصل عن الرقبة أن يشفع في الجزء من الرقبة أو كلها، وتظهر صفة الشفعة لصاحب حق الانتفاع من خلال نص المادة 795 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها"⁽¹⁾
- إذا حسب هذا النص فإن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع في الرقبة، ولذلك يأتي في المرتبة الثالثة، أما إذا كان يشفع في حصة سائعة في حق الانتفاع، فإنه يشفع فيها كشريك في الشبوع ويأتي في المرتبة الثانية شأن جميع الشركاء.

أما إذا كان هناك شخص يملك عقارا وقد رتب عليه حق الانتفاع لمصلحة شخص آخر، فإن مالك هذا العقار أصبح يملك الرقبة فقط، فإذا باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المبيعة، ويؤدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع وتجميع عناصر الملكية بيد كل من كان له حق الانتفاع بما يحقق الغرض الذي أعطي من أجله صاحب حق الانتفاع بالشفعة في الرقبة"⁽²⁾.

قد يكون العقار مملوكا لشخصين في الشبوع من مناصفة ويرتبان عليه معا انتفاع لمصلحة شخص ثالث، فيصبحان مالكين لرقبة العقار في الشبوع، فإذا باع أحدهما النصف الذي يملكه في الرقبة، كان للشريك الآخر في الرقبة حق الأخذ بالشفعة مقدما على صاحب

(1) المادة 795 من القانون المدني الجزائري

(2) رضا هطال، المرجع السابق، ص28

حق الانتفاع، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز لصاحب الانتفاع أن يأخذ بها، إذ هو في المرتبة الثالثة بين الشفعاء، فإذا أخذ صاحب حق الانتفاع النصف المبيع من الرقبة بالشفعة فقد جمع شتات ملكية العقار في نصفه، إذ يصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف وبظل صاحب حق انتفاع في النصف الثاني من العقار، فإذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة نصيب أمكن لصاحب حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة أمكن لصاحب حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة هذا النصف من الرقبة⁽¹⁾.

أما إذا كان حق الانتفاع شائعا بين عدة شركاء وبيعت الرقبة كلها لأصحاب الانتفاع مجتمعون لهم أن يشفعوا فيها كل بقدر نصيبه، وبالتالي ليس لكل واحد منهم أن يشفع في كل الرقبة لأن حقه لا يلبس إلا بعض المبيع.

لكن إذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وباع أحدهم حصته فيها كان لصاحب الانتفاع أن يشفع لأن الرقبة المبيعة هي بعض الحق الملابس لحق الانتفاع، ويلاحظ أنه إذا تزامم على الشفعة في بيع الحصة الشائعة في الرقبة شريك آخر في ملكيتها وصاحب الانتفاع، فضل الشريك في الرقبة لأنه في مرتبة سابقة على شفعة المنتفع في ملكية الرقبة، ويشترط ليقوم هذا التزامم أن يكون بيع الحصة الشائعة في الرقبة لأجنبي، لأنه إذا كان المشتري شريك آخر في الرقبة فلا تصح الشفعة لصاحب الانتفاع، إذ أن المشتري في هذه الحالة توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا في مرتبة أعلى، في هذه الحالة يتجلى الفارق بين شفعة مالك الرقبة وشفعة صاحب حق الانتفاع حيث أن شفعة هذا الأخير لا تصح إلا إذا كان البيع لأجنبي بينما على عكس ذلك لصاحب شفعة مالك الرقبة حتى ولو باع أحد الشركاء في الانتفاع حصته الشائعة إلى شريك آخر⁽²⁾.

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 29

⁽²⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 365، 366

الفرع الرابع: شفعة مالك الرقبة في الحكر والمستحكر

يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة، والحكمة من تقرير الشفعة هنا أيضا هي جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد واحدة.

ويترتب على ذلك أنه بالنسبة لشفعة مالك الرقبة في الحكر لا يجوز الوقف وهو مالك الرقبة، أن يأخذ بالشفعة، ولذلك لا يتصور شفعة مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر إلا بالنسبة للأحكار القائمة على أراضي غير موقوفة قبل العمل بالقانون المدني الحالي أو في حالة زوال الوقف عن الأرض المحكرة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو إنقاصه لمدته، إذن في هذه الحالتين يبقى الحكر قائما على أرض غير موقوفة، استثناء من القاعدة العامة.

أما بالنسبة لشفعة المستحكر إذا بيعت الرقبة، نجد أنها لا تتحقق من حيث المبدأ حيث أنه لا يجوز بيع أعيان الوقف، ولا شفعة إلا في بيع⁽¹⁾.

الفرع الخامس: شفعة الجوار

الجوار واقع مادية وقانونية تقرر القرب أو التلاصق بين العقارات المتجاورة، وهذا القرب أو التلاصق بين الأملاك العقارية قد يمنح في كثير من الحالات حقوقا بين كما يترتب التزامات تقع على عاتقهم مقابل ذلك، ومن بين تلك الالتزامات والحقوق ما يتجسد في صورة الشفعة في نظر الفقه الإسلامي، وبعض تشريعات الحديثة ممن حدثت حدو الشريعة الإسلامية فاقتبست أحكام شفعة الجوار من هذه الأخيرة⁽²⁾.

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 367

⁽²⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 243

بالرجوع إلى مصادر الفقه الإسلامي نجد أن شفعة الجار ليست محل إجماع بين الفقهاء، فقد ذهب الشافعية والمالكية إلى القول بعدم جواز الشفعة للجار الملاصق⁽¹⁾.

وهو ما يؤكد فعلا بأن الشفعة أو شفعة الجوار لم تلق ترحيبا كبيرا من جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ولا من جمهور فقهاء القانون من بعد بيد أن هذا الخلاف الفقهي في الفقه الإسلامي.

أما المشرع الجزائري فلم يتناول هذا النوع من الشفعة ضمن أسبابها الواردة في المادة 795 ق م ج، إلا أنه بعد بداية التغيير في المسار الاقتصادي تدريجيا سنة 1990 نص عليها ضمن نصوص قانون التوجيه العقاري 20 / 25 ولكن في حالات خاصة تختلف عما ورد بالتشريعات المشار إليها أعلاه.

أولا: نطاق شفعة الجوار

إن نطاق شفعة الجوار يتمحور حول نطاقها من حيث الموضوع ونطاقها من حيث الأشخاص:

1- نطاقها من حيث الموضوع:

ويشمل حالة التلاصق الحاصلة بين العقارات تلاصق تاما ومباشرا دون فاصل ما عدا المساحات والطرق والمصارف الخاصة المملوكة لأخذ الطرفين أو مشتركة بينهما حيث لا تغير تلك الفواصل من وضعية التلاصق والجوار القانونية إلا إذا كانت عبارة عن مساحات ومصارف وطرق عمومية، فهنا ينتفي التلاصق وبالتالي لا يتحقق الجوار القانوني⁽²⁾.

(1) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 275

(2) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 422

كما اشترط أن لا يكون الفاصل بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه اصطناعياً، يقصد به مجرد حرمان الشفيع من حق الشفعة تحايلاً على نصوص القانون، كأن يقوم البائع بتجزئة الأرض المبيعة إلى قطعتين فيبيع الجزء الغير مجاور للشفيع تاركاً الشريط المحاذي لعقار هذا الأخير دون بيع، حتى لا يستطيع هذا الشفيع أن يتمسك بشفعة الجوار، لأن هناك فاصلاً بين العقارين لم يدخل في محل البيع.

لا يشترط في هذا التلاصق بالمعنى القانوني أن يكون ممتداً بقدر كافي كما ذهب إلى هذا بعض الفقهاء، ممن رأوا بأن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كان كنصف الحد أو ثلثه والقاضي هو الذي يقدر ذلك الامتداد حتى يكفي لتبرير شفعة الجوار إلا أن أغلب الفقه وما استقر عليه القضاء المصري في هذا الشأن وما يراه الفقه الإسلامي أيضاً أنه يكفي التلاصق ولو بشبر واحد وهذا هو الحل السليم في نظر جمهور فقهاء القانون.

2- نطاقها من حيث الأشخاص:

ويعني ذلك ثبوت الشفعة للجار المالك دون سواه والذي يملك فعلاً عقاراً ملاصقاً لعقار جاره، ويستوي أن يكون مالكا ملكية مفرزة أو مالكا مع غيره على الشيوع، كما يستوي أن يكون مالكا ملكية تامة أو مالكا للرقبة فقط، لأن الرقبة كمثل جوهر الشيء، إلا أنه يترتب على هذا أن صاحب حتى الانتفاع للعقار الذي يرد عليه حقه لأنه ليس مالكا.

كما أنه يكفي أن يكون الشفيع مالكا للبناء دون الأرض المقام عليها حتى تثبت له الشفعة، وهذه الحالة تتحقق في الواقع العملي إذا قام الجار صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنية أو الجار المستأجر بإقامة بناء على الأرض التي يباشر عليها حقه وكان قد تملك هذا البناء برضاء مالك الأرض⁽¹⁾.

(1) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 275

حسب جمهور فقهاء القانون يستطيع الشفيع بوصفه مالكا للبناء هنا أن يشفع في العقار المجاور إذا توفرت شروط الشفعة الأخرى بالنسبة لهذا البناء، وقد أسسوا رأيهم هذا على أن القول بعدم إجازة الشفعة في البناء يتعارض مع الغرض الذي شرعت لأجله الشفعة وبحيث إذا كان طالب الشفعة لا يملك إلى البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذي يلحقه ممن انتقل إليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذي يلصق مالك الأرض، إلا أن بعض الفقهاء لا يرون بهذا الرأي ويذهبون إلى عدم جواز الشفعة في هذه الحالة معتمدين في ذلك على ما ذهب إليه بعض أئمة الفقه الإسلامي القائلين بشفعة الجوار حيث لا يجوز الشفعة عندهم لمالك البناء دون الأرض إلا إذا بيع البناء مع الأرض⁽¹⁾.

ثانياً: حالات شفعة الجوار

وهي كالتالي:

1- ثبوت الشفعة للجار المالك في المباني والأراضي المعدة للبناء:

نصت المادة 936 ق م مصري على ثبوت الشفعة للجار المالك في حالة ما إذا كانت العقارات من المباني أو من الأرض المعدة للبناء سواء كانت في المدن أم في القرى حيث تثبت الشفعة هنا لكل جار لاحق له من أي جهة كانت كما أنه يكفي أن يكون العقارين متلاصقين ولو من جهة واحدة⁽²⁾.

لمعرفة ما إذا كانت الأرض المشفوع فيها معدة للبناء أم لا فإنه يرجع للخرائط التي تبين حدود المدينة أو القرية، فلو كانت الأرض ضمن نطاق المدينة أو القرية وفقاً لهذه الحدود وجب اعتبارها من الأراضي المعدة لبناء حتى ولو كان البائع قد خصصها لغرض آخر، وأما لو كانت خارج هذا النطاق اعتبرت قانون أرضاً غير معدة للبناء، ما لم يكن

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 249

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 303

البائع قد أعدها بالفعل وفي حدود ما يسمح به القانون أرضاً مخصصة للبناء تطبق عليها قواعد الشفعة في أرض البناء⁽¹⁾.

وهذا لأن الإعداد الفعلي للأرض بكونها مخصصة للبناء قد لا يكفي في نظر بعض الفقهاء، بل يجب أن يكون ذلك في حدود ما تسمح به القوانين واللوائح وهذا حفاظاً على الطابع الزراعي للأراضي المخصصة لذلك⁽²⁾.

2 - ثبوت الشفعة في الأراضي غير المبنية وغير معدة للبناء:

وتشمل هذه الحالة الأراضي الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى سواء كانت هذه الأراضي الزراعية خصبة أو عديمة الخصوبة، وهذه الحالة تشمل صورتين وهما:

أ - التلاصق مع الارتفاع:

انطلاقاً من نص المادة 936 ق م المصري والتي قررت بأن الشفعة تثبت للجار المالك إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حتى الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة، فإن المشرع من خلال هذا النص وبشأن هذه الصورة قد أضاف إلى شرط التلاصق ولو حد واحد.

ففي الحالة الأولى وهو الذي يتحقق معه الجوار، أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض المبيعة⁽³⁾.

ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين، أو أن تكون الأرض المشفوع بها قيمة معينة في هذه الحالة، حيث أن قيام الارتفاق وحده يغني عن

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 382

(2) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، الطبعة الرابعة، مشاة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، مصر، 1995، ص 556

(3) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 364

كل ذلك فيكفي إذا لقيام القاضي للحكم بالشفعة أن يثبت حوار الشفيع في حد واحد بقطعة أرض مقرر عليها حق ارتفاق، لمصلحة الأرض المشفوع بها⁽¹⁾.

ب- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ولا تقل قيمتها عن

قدر معين:

هذه الصورة تختلف عن الصورة الأولى لاعتبار أن هذه الأخيرة كان يكتفي فيها بالتلاصق من جهة واحدة مع وجوب إضافة شرط تقرير حق الارتفاق على أي من العقارين المتجاورين، أما هذه الصورة فلا وجود لحق الارتفاق بين هذين العقارين، وبالتالي تعين إضافة شروط أخرى تقابل شرط تقرير حق الارتفاق، وتتمثل في شرطين أساسيين بجواز الشفعة في هذه الحالة وهما:

- ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين.

- ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف ثمن الأرض المبيعة

المطلب الثاني: التزام بين الشفعاء

يظهر موضوع التزام بين الشفعاء إذا طلب الشفعة أكثر من شفيع إذ يتعين في هذه الحالة تحديد لمن الأولوية فيها بمعنى من الأولى بأخذها، وكيف يتم توزيع العقار المشفوع فيه ويختلف حكم هذه المشكلة بحسب ما إذا كان من طلب الشفعة من طبقة واحدة أو طبقات مختلفة، وبذلك ساقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة فروع، (فرع أول) أبحث فيه عن التزام بين الشفعاء من طبقات مختلفة، (فرع ثاني) أبحث فيه عن التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة، (فرع ثالث) أبحث فيه عن التزام بين الشفعاء، إذا كان المشتري واحدا من الشفعاء.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 572

الفرع الأول: التزام بين الشفعاء من طبقات مختلفة

يمكن حل مسألة التزام الشفعاء بين طبقات مختلفة بالرجوع إلى نص المادة 795 ق.م.ج المحددة لقائمة ترتيب الشفعاء على ثلاث طبقات، بالإضافة إلى ما جاء في نص المادة 71 والمادة 57 من قانون التوجيه العقاري، حيث تم إضافة طبقتين من خلال هذين النصين وهما طبقة شفعة الدولة وطبقة شفعة الجواز.

وبناء على ذلك يصبح لدينا في التشريع الجزائري خمس طبقات من الشفعاء وهم على التوالي:

أولاً: الدولة والجماعات المحلية

حيث يحق للدولة أن تمارس بالإضافة إلى الجماعات بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، مع حقها في نزع الملكية للمنفعة العمومية أيضا متى استلزم الأمر ذلك وهذا الحق تمارسه الدولة والجماعات المحلية في المرتبة الأولى التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 ق.م.ج على حساب ما تقتضي به المادة 71 من قانون التوجيه العقاري، حسب هذه المادة فإن للدولة باعتبارها شفيعا هنا الأولوية في ممارسة الشفعة على بقية الشفعاء وفي جميع الحالات التي يجوز لها فيها الأخذ بالشفعة، متى كان ذلك من أجل المصلحة العامة، إلا أن هذا ينحصر فقط في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير⁽¹⁾.

ثانياً: مالك الرقبة

إن المالك يأتي في المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة والجماعات المحلية بالنسبة للأراضي العامرة والقابلة للتعمير في إطار المصلحة العامة، أما فيما عدا هذا النوع من

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 599

الأراضي فيبقى مالك الرقبة في المرتبة الأولى عند طلبه للشفعة، وعليه فإذا باع شريك في حق الإنتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى أجنبي فطلب الشفعة فيها مالك الرقبة والشريك الآخر في الإنتفاع فضل مالك الرقبة، ولو باع شريك في الرقبة حصته الشائعة إلى أجنبي، فطلب الشفعة فيها الشريك الآخر في الرقبة، وخاص الحق في الإنتفاع، فضل الشريك الآخر⁽¹⁾.

إذا كان العقار المشفوع فيه ارض فلاحية وباع شريك حصته الشائعة في العقار للأجنبي فطلب الشفعة فيها الشريك الآخر والجار المالك في إطار أحكام المادة 57 من قانون التوجيه العقاري، فإن الشريك الآخر يفضل على الجار المالك باعتبار هذا الأخير في أدنى الطبقات.

تجدر الإشارة إلى أنه كما قد يكون الشفيع شخصا طبيعيا، يمكن أن يكون كذلك شخصا معنويا، وعليه يمكن أن يكون مالك الرقبة هنا شخصا معنويا كما ورد في نص المادة 24 من القانون 19/87 حيث متى تنازل أحد الشركاء في المستثمرة الفلاحية عن حصته في حق الإنتفاع الدائم يكون للدولة وحدها باعتبارها مالكة الرقبة حق ممارسة الشفعة أما باقي المنتفعين في المستثمرة فهم شركاء على الشفيع⁽²⁾

ثالثا: الشريك في الشفيع

المراد بالشريك في الشفيع هنا ليس فقط الشريك في عقار مملوكا ماكا تاما بعدد من الشركاء في الشفيع، بل أيضا الشريك في الشفيع في رقبة العقار أو في حق إنتفاع في عقار وفي حالة إذا كان هناك عقار مملوكا لشخصين على الشفيع وباع احد الشريكين حصته الشائعة لأجنبي كان الشفيعان في هذه الحصة هنا الشريك الآخر والجار إذا كانت أرض

(1) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 284

(2) عبد المنعم البدرابي ، المرجع السابق، ص 372

فلاحية، مع الأخذ بعين الاعتبار شفعة الدولة في الأراضي العمرانية وإذا كانت أرض فلاحية كان الشفيعان، إذا في هذه الحصة هما الشريك الآخر ، ولما كان الشريك الآخر في الشيوخ وهو في الطبقة الثالثة يتقدم على الجار كان هو الذي يأخذ بالشفعة دون الجار⁽¹⁾ .

وأما إذا كان العقار الذي يملكه إثنان شائعا بينهما قد ترتب عليه حق إنتفاع، فاصبحا يملكان الرقبة فقط ثم باع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي وكان العقار أرضا فلاحية فإن الشفعاء المحتملين هم الشريك الآخر في الرقبة وصاحب حق الانتفاع والجار .

وطالما أن الشريك الآخر في الرتبة في طبقة أعلى من طبقة صاحب حق الانتفاع والجار، فيتقدم على كل منهما ويأخذ بالشفعة وحده دون الاثنين الآخرين⁽²⁾ .

رابعا: صاحب حق الإنتفاع عندما يشفع في الرتبة

وفي هذه الصورة متى كان هناك عقار مملوكا لشخص وقد رتب عليه حق الانتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها، ثم باع الرقبة، فالشفيعان في الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والجار متى كان العقار أرضا فلاحية.

ولما كان صاحب الحق في الطبقة الرابعة في التشريع الجزائري فإنه يتقدم على الجار، ويأخذ الشفعة وحده.

خامسا: الجار المالك

يوجد في هذه الطبقة الجار بالنسبة للأراضي الفلاحية فقط وهو بذلك أدنى المراتب حيث يتقدم عليه الشفعاء أصحاب الطبقات الأربعة وبالترتيب السابق، كما أنه لا يتصور أن تكون الشفعة للجار بغير مزاحمة إلا إذا تصورنا العقار المشفوع فيه مملوكا لشخص واحد

(1) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 285

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص 319

ملكية تامة، ولم يرتب عليه أي حق إنتفاع وكان العقار أرضا فلاحية عندنا في التشريع الجزائري، هنا فقط تكون الشفعة للجار بلا منازع، ويرى بعض الفقهاء بأن هذا الفرض العملي هو الذي يكثر في الحياة القانونية⁽¹⁾

الفرع الثاني: تزامم الشفعاء وهم طبقة واحدة

نصت المادة 2/796 على أنه: «إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه...»⁽²⁾.

من خلال هذا النص نجد أنه إذا ثبت صفة الشفيح في عدة أشخاص ينتمون إلى مرتبة واحدة من مراتب الشفعاء المتقدم ذكرهم، يأخذ كل شفيح بالشفعة جزء يتناسب مع مقدار حصته في العقار المشفوع فيه .

يرى بعض فقهاء القانون بأنه لا توجد أي صعوبة في تطبيق هذا النص على تزامم الشفعاء بالنسبة للطبقات الثلاث الأولى بعد شفعة الدولة، كتزامم شركاء في الرتبة على الانتفاع المبيع أو تزامم شركاء في الشيوخ على الحصة الشائعة المبيعة من العقار الشائع أو كتزامم شركاء في الانتفاع على الرقبة المبيعة ،لأنه يقدر استحقاق كل مزاحم في الشفعة في هذه الحالة ليشفع بعقار واحد مع باقي الشفعاء من طبقته على قدر نصيبه الذي يكون من اليسير تحديده⁽³⁾.

مثال ذلك أن يكون هناك عقارا يملكه أربعة على الشيوخ ،لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبي ولكل من الثلاثة الآخرين السدس ،فإن هؤلاء الثلاثة يفتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار كالذي اخذوه بالشفعة بالتساوي فيما بينهم لكل منهم السدس ،فيصبح العقار

(1) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 286

(2) المادة 796 من القانون المدني الجزائري

(3) أحمد دغيش ، المرجع السابق ، ص 286

بعد الأخذ بالشفعة، لهؤلاء الثلاثة على الشيوع بالتساوي فيما بينهم لكل واحد منهم الثلث ، ونفس الحكم ينطبق على الشركاء في الشيوع في الرقبة ، ودا الشراء في الشيوع في حق الانتفاع

تجدر الإشارة على أنه لا يتصور تراحم الدولة مع غيرها من الشفعاء من نفس طبقتها من جهة، ومن جهة أخرى أن الدولة عندما تمارس الشفعة تأخذ كل العقار، كما تكون لها أولوية على جميع الشفعاء الآخرين أدناه في الترتيب.

الملاحظة أن هنا على نص المادة 2/796 ق م ج أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى أن مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع أو الشريك في الشيوع لا يشفع إلا بالقدر الملايس لحقه فقط، ومعنى ذلك أن المشرع قد خرج عن مبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة بما يؤدي إليه من تفريق الصفقة على المشتري.

لكن استقر الفقه على وجوب طلب الشفعة في كل العقار المبيع تحسبا لعدم المطالبة بالشفعة من باقي الشفعاء، إعمالا لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة⁽¹⁾.

لذلك إذا كان طلب الشفعة في جزء من الانتفاع مثلا يؤدي تفريق الصفقة على المشتري على خلاف ما كان ينبغي، فيحق لهذا المشتري إلزام الشفيع إما أن يأخذ الكل أو يدع الكل، لأن مبدأ عدم التجزئة مقرر هنا لمصلحة المشتري⁽²⁾.

لكن الصعوبة تظهر في تطبيق حكم المادة السابقة (2/796ق.م.ج) على الشفعاء المتزاحمين من الجيران إذا كان العقار أرضا فلاحية، على الرغم من عدم تعرض المشرع

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 604

(2) رمضان أبوالسعود، المرجع السابق، ص 321

الجزائري لتزاحم الجيران في أنهم لا يشتركون جميعا في عقا واحد ، وانما لكل جار عقاره الذي يشفع فيه ، ولا يشترك فيه مع غيره من الجيران الآخرين ⁽¹⁾ .

وبالتالي يجب تحديد الحكم الذي يمكن تطبيقه في حالة تزاحم والشفعاء الجيران الملاصقة عقاراتهم، وفي هذا المجال يظهر اتجاهين:

الاتجاه الأول:

ذهب جانب من الفقه إلى أن نص المادة 2/796 ق م ج لا ينطبق في حالة التزاحم بين الشفعاء الجيران عند تعددهم، وبالتالي يجب البحث عن حل لهذا التزاحم، واختلف هؤلاء بعد ذلك في تحديد هذا الحل بين عدة آراء، وذهب احد هؤلاء الآراء إلى وجوب معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ويكون ذلك بتقسيم المبيع بينهم بالتساوي بحيث يفرز لكل منهم جزء من العقار المبيع إن أمكن التقسيم مع الفرز، وإن تعذر ذلك يكون المبيع للشفعاء شائعا بينهم لكل منهم حصة تساوي حصة الآخر، والشفيع الذي لم يقبل هذا الحل يتعين عليه أن يتنازل عن حقه في الشفعة.

وذهب رأي آخر إلى وجوب الوصول إلى حكم لهذه الحالة عن طريق القياس إلى اقرب الحالات إليه، وهي حالة التزاحم بين الشفعاء الآخرين المنصوص بتوزع العقار المشفوع فيه عليهم بنسبة قيمة ما يشفع به كل منهم.

إلا أن غالبية الآراء بشأن الاتجاه القائل بعدم انطباق نص المادة 2/795 ق م ج على التزاحم بين الشفعاء الجيران، يرون بأنه في حالة التزاحم بين الجيران يقدم منهم من تعود على ملكة منفعة من الشفعة أكثر من غيره.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 605

وعليه إذا تزامم جاران في أخذ أرض فلاحية بالشفعة ولكل منهما حق إرتفاق بالري على الأرض المشفوع فيها، وكانت أرض احد الجارين ملاصقة للأرض المباعة من جهتين وأحدهما يجاور الأرض من جهة واحدة، يفضل الجار الأول وله وحده أخذ الأرض بالشفعة غير أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا فيما بينهم في كيفية تقسيم العقار المشفوع فيه إذا تساوى الشفعاء المتزاحمون من الجيران في المنفعة بالشفعة⁽¹⁾.

فيرى البعض وجوب قسمة العقار المشفوع فيه بالتساوي لعدم إمكانية ترجيح مصلحة أحدهم على مصلحة الآخرين، في حين يرى بعضهم بأن يقسم نسبة ما يملكه كل منهم من العقار المشفوع فيه.

في حين يرى البعض الآخر وجوب ترك المسألة إلى تقدير قاضي الموضوع، فهو الذي يستطيع من ظروف الدعوى أن يجد ميولا لتفضيل جار على جار، واختيار أحد الجيران المتزاحمين دون غيره في الأخذ بالشفعة

وقد اختلف هؤلاء الفقهاء أيضا في تعليل رأيهم هذا القائل بحل مسألة تزامم الجيران عن طريق مدى نسبية المنفعة العائدة لكل منهم، حيث إستند بعضهم إلى العرف في تعليل رأيه⁽²⁾

ومنهم من علل رأيه بالرجوع إلى قواعد العدالة، والبعض الآخر استند إلى العرف والعدالة معا⁽³⁾

(1) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 328

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 384

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 607

الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه بأن نص المادة 2/796 ق م ج جاءت عامة تقضي أن استحقاق الشفعاء في حالة تزامهم يكون على قدر نصيب كل واحد منهم دون تفريق في تطبيق هذا الحكم بين الجيران وغيرهم من باقي الشفعاء . .

يترتب على ذلك أن المبيع يقسم بين الجيران بنسبة م يملكه كل منهم، ولا ينظر إلى قيمة ما يملك بل إلى مقدار ما يملك على ضوء الآراء السابقة وبالرجوع إلى نص المادتين 795 و 796 ق م ج يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري لم يراع لطبقة الجوار أهمية نظرا لعدم اعتبار الجار شفيعا أصلا في نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني وبالتالي فسكوت المشرع عن عدم التخصيص على حكم التزام بين الجيران الشفعاء كان قد قصد منه في عدم الاعتراف أصلا بشفعة الجار أو ظل الحال على ما هو عليه دون أن تثار أي مشكلة بشأن التزام بين الجيران في الشفعة⁽¹⁾ .

إلا أن صدور قانون التوجيه العقاري 25/90 سنة 1990 وما جاءت به المادة 57 منه بشأن شفعة الجوار في الأراضي الفلاحية يعتبر مصدرا كافيا لظهور كثير من الجدل لي طرح على إثره كثير من الأسئلة من بينها:

كيف يمكننا تطبيق نص المادة 57 من القانون المشار إليه أعلاه في غياب النصوص القانونية المؤكدة والمعترفة أصلا بشفعة الجوار في القانون المدني

وكيف يمكننا أيضا البحث عن حل للالتزام الحاصل بين الجيران الشفعاء؟ أم سنسلك ما اتجه إليه الفقه المصري حينها تعددت آراؤهم بشأن إيجاد حل مناسب لهذا التزام.

(1) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 290

من هنا اعتبرت المادة 57 من قانون التوجيه العقاري الجزائري بداية جدل ونقاش كبيرين حول تطبيق شفعة الجوار في الواقع العملي، وفي ظل نصوص القانون المدني الجزائري بشأن الشفعة العاجزة عن معالجة وتنظيم شفعة الجوار.

وبناء عليه نرى بإمكانية إدراج طبقة الجار ضمن قائمة الشفعاء الواردة في نص المادة 795 ق م ج بالإضافة إلى شفعة الدولة.

كما يكون من الأفضل للمشرع أن يتدارك النقص الملحوظ في نص المادة 796 ق م ج من أجل إيجاد معيار يحدد طريقة التفضيل بين الجيران الشفعاء عند تزامهم⁽¹⁾

يمكن للمشرع الجزائري أن ينتهج مسلك غالبية الفقه عندما رجح بين الجيران الشفعاء في الأخذ بالشفعة على أسباب المنفعة التي تعود على العقار المشفوع به، وبغض النظر عن المنفعة التي تعود على عقار آخر يملكه الشفيع أو ما يعود من منفعة على الشفيع شخصيا من جراء الأخذ بالشفعة، وهو المعيار الذي يبدو أقرب إلى العدالة والمنطق لأنه لا يفضل أصحاب الملكيات الكبيرة على الصغيرة ويتفق مع روح التشريع والحكمة من تشريع نصوص الشفعة في دفع الأذى والضرر عن الجار المالك، أو كما يرى بعض الفقهاء يترك أمر تقدير المنفعة لقاضي الموضوع في ضوء كل حالة على حدة⁽²⁾

ما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية يحق له أن يمارس الشفعة بمقتضى نصوص قانون التوجيه العقاري ويكون له ذلك في نفس مرتبة المجاورين لهذه الأراضي الفلاحية فيتزاحم معهم وفي حالة تدخله للممارسة الشفعة تكون له الأولوية على الشفعاء الجيران لأنه يسعى غلى تحقيق خدمة عمومية لصالح المجتمع، وبخاصة تلك الأراضي الفلاحية المهمة والمتروكة بدون استغلال ، طبقا لما تقضي به المادة 252 من قانون التوجيه العقاري الجزائري، ويمكن للدولة حينها القيام بتوزيع تلك

(1) احمد دغيش، المرجع نفسه ، ص 291

(2) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 384

الأراضي الفلاحية المتحصل عليها عن طريق استعمال حق الشفعة من طرف هذه الهيئة العمومية على الفلاحين المتخصصين والمؤهلين ميدانيا، ونظرا لممارسة مهنة الفلاحة وهذا من أجل تحقيق أهداف وبرامج التوجيه العقاري في الجزائر⁽¹⁾

الفرع الثالث: التزام بين شفعاء يكون المشتري أحدهم

عالج المشرع الجزائري هذا النوع من التزام مع المشتري بمقتضى نص المادة 03/796 ق م ج بقوله: « 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»⁽²⁾

يتضح من هذا النص أن المشتري في هذه الحالة هو طالب الشفعة نفسه وقد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذي اشتراه ويعتبر سببا كافيا للأخذ بالشفعة بحيث لا يشترط استمراريتها بعد ذلك كما هو الشأن في التزام بين الشفعاء، فلو تقدم شفعاء آخرون لمزاحمته في شراء هذا العقار فإن هناك فروضا لا يمكن أن يتصور فيها حدوث هذا التزام أحد هذه الفروض هو التزام المشتري الشفيع مع شفعاء أعلى منه طبقة وهذا (أولا) أما الفرض الثاني فهو التزام المشتري الشفيع مع شفعاء من طبقة أدنى (ثانيا)، والفرض الثالث وهو التزام المشتري الشفيع مع شفعاء من نفس الطبقة (ثالثا).

أولا: التزام المشتري الشفيع مع شفعاء أعلى منه طبقة

يرى الفقهاء في هذا المجال بأن المشرع في هذا الفرض لم يأت بشيء جديد بالنسبة للنص القانوني المنظم له (م03/796 ق م ج)، حيث يتفق النص الوارد فيها مع الحكم

(1) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 337

(2) المادة 796 من القانون المدني الجزائري

المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 796، فيفضل هؤلاء الشفعاء على المشتري لكونهم من طبقة أعلى⁽¹⁾، وفقا للترتيب المنصوص عليه في المادة 796 ق م ج.

وما جاء به أيضا قانون التوجيه العقاري في المواد 52 و 57 و 71 منه كما أنه لا يمكن للمشتري في هذه الحالة أن يعترض على هذا التزام بحجة أسبقيته في الشراء على باقي الشفعاء، لأن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري، وليس للبائع أيضا أن يفضل المشتري الشفيع على خلاف ما يقضي به القانون من إثارة للشفيع على المشتري⁽²⁾

ومن أمثلة هذا الفرض أنه إذا كان مالك العقار قد رتب على عقاره حق انتفاع لشريكين في الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة بعدها ثم أقدم أحد الشريكين بيع حصته في الانتفاع للشريك الآخر هنا يحق لمالك الرقبة أن يأخذ هذه الحصة الشائعة المباعة من المشتري بالشفعة ولا يستطيع المشتري الشريك في حق الانتفاع أن يرفع دعوى الشفعة على أساس أنه شفيع أيضا وهذا لاعتبار أن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة⁽³⁾

ونفس الحكم ينطبق على باقي الشفعاء الوارد ذكرهم في المادة 795 ق م ج وجاء به قانون التوجيه العقاري أيضا، حيث متى طالب باقي هؤلاء الشفعاء بأخذ العقار الذي اشتراه المشتري بالشفعة وكانوا أعلى منه في الطبقة فإنهم يفضلون عليه ويستبعدونه بحيث يخلون محله في البيع⁽⁴⁾

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 386

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 618، 617

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 47

(4) حسن كيرة، المرجع السابق ص 574، 573

ثانيا: تزامم المشتري الشفيح مع شفعاء أدنى منه طبقة

النص القانوني هنا(03/796ق م ج) يفترض أن المشتري نفسه أيضا توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيح أدنى منه طبقة والمهم هنا أيضا توفر شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء، حيث لا يؤثر ذلك على الأخذ بها إن فقدت هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء⁽¹⁾

في خصوص الفرض السابق فإن النص القانوني (م03/796ق م ج) لم يأت بشيء جديد حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من نص المادة 796ق م ج، فيفضل المشتري على هؤلاء الشفعاء حسب ما تناوله أحد الفقهاء، ولكونهم من طبقة أدنى وفقا للترتيب المنصوص عليه في المادة 795 ق م ج.

مثال ذلك أن يشتري مالك الرقبة حصة أحد الشريكين على الشيوع في حق الانتفاع، فإذا تقدم للأخذ بالشفعة للشريك الآخر في حق الانتفاع أو تقديم الجار للأخذ بها إن كانت أرض فلاحية، فإن مالك الرقبة هنا يفضل بصفته مشتريا توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء، لأنه حسب كثير من الفقهاء لو كأن المشتري شخصا غير مالك الرقبة، لكان هذا الأخير نفسه شفيحا من الطبقة الأولى من الشفعاء، ويحق له قانونا نفس هذا الحق عند شرائه لهذه الحصة، لأن العدالة في نظر أحد الفقهاء تقتضي ذلك⁽²⁾

ثالثا: تزامم المشتري الشفيح مع شفعاء من نفس الطبقة

بالنسبة لهذا الفرض يرى البعض من الفقهاء أن النص القانوني المشار إليه سابقا(م03/796ق م ج)، قد جاء بشيء جديد يضاف للحكم المنصوص عليه في المادة 795 ق م ج الفقرة الأولى والثانية من المادة 796 ق م ج، بل ذهب المشرع إلى ابعاد من

(1) رمضان أبوالسعود، المرجع السابق، ص 324

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 46

ذلك حيث ن الحل الوارد في الفقرة الثانية من المادة 796 ق م ج يخالف الحكم المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من نفس المادة، إذ يقضي بتفضيل المشتري على هؤلاء الشفعاء رغم كونهم من نفس طبقتهم وفي هذا يرى بعض الفقهاء أن المشرع قد انحاز للمشتري في هذا الفرض بالرغم من أنه في مركز واحد مع باقي الشفعاء.

إلا أن المشرع قدر ذلك لأنه توافرت لديه صفتان في نفس الوقت، صفته كمشتري وصفته كشفيع، كما أنه وهو يقرر في هذا الحكم المخالف للنصوص السابقة وانحيازه للمشتري إنما كان يستند على قاعدة جوهرية في القانون المدني وهي التي تقضي بأن ينزع المالك ملكه دون رضاه لشفيع لا يعلو على المشتري في طبقتهم، وأن الشفيع متى كان في طبقة المشتري فلا معنى لاعطائه الحق في الشفعة ومشاركة المشتري في العقار المشفوع فيه حيث أن المشتري يعادله في الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذي وقع عليه دون الشفيع اختيار البائع فأثره بالصفقة، ولا مبرر في نظر الفقه للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة كما أن المشتري ليس من الأجانب ممن يراد التخلص منهم عن طريق الشفعة⁽¹⁾

من الأمثلة على هذا الفرض لو قام ملك الرقبة ببيع جزء من الرقبة للشريك في حق الانتفاع وفي الجزء من الرقبة الملابس لنصيبه، وطلب الشركاء الآخرون في حق الانتفاع الشفعة في الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشتري لأنه يتزاحم مع شفعاء من نفس طبقته.

إلا أنه إذا باع الشريك في الشيوع حصته الشائعة في العقار لأحد الجيران فطلب الشفعة فيها الجيران آخرون، فظل هنا الجار المشتري، وهذا على رأي جانب من الفقه ممن يرى بأن الجيران الشفعاء كلهم مرتبة واحدة بغض النظر عن قدر المنفعة العائد على مالك كل منهم، بينما يرى فريق آخر من الفقهاء بأن الجيران ليسوا كلهم في مرتبة واحدة، بل يفضل الجار ممن يعود على ملكه منفعة أكبر على هذا الجار المشتري⁽²⁾، وما تجدر الإشارة

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 616

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 328

إليه في آخر هذا الفرع، أن تفضيل المشتري الشفيع على باقي الشفعاء من طبقتة أو من طبقة ادني لا يقتضي منه أن يقوم بالإجراءات التي يستلزمها القانون لإمكان طلب الشفعة فيكفي أن تتوفر لديه الشروط الموضوعية التي تؤهله أن يكون شفيعا.

أما فيما يخص الشروط الشكلية التي استلزمها القانون من خلال نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني فلا تعنيه في شيء، لأن المشتري الشفيع حقيقة يستعمل حقه بطريق الدفع لا بطريق الدعوى، فهو لا يريد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتر آخر كما هو الحال في الإجراءات العادية للشفعة، وإنما هو يريد فقط إبقاء العقار الذي اشتراه تحت يده⁽¹⁾

(1) احمد دغيش، المرجع السابق، ص 297.

ملخص الفصل:

عرف المشرع الجزائري الشفعة في نص المادة 794 من ق م ج على أنها رخصة تمنح للشفيع ليحل محل المشتري في بيع العقار، كما ميزها بخصائص عن غيرها فهي تعد استثناء عن مبدأ الرضائية، كما ترد على العقار دون المنقول، ولا يمكن للشفيع الأخذ بها إلا إذا توافرت شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه، وأخرى تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة وشروط تتعلق بشخص الشفيع .

تتحقق الشفعة بتوافر صفة الشفيع سواء كان مالك الرقبة في حق الانتفاع أو كان شريكا في الشيوع...إلخ، كما يمكن أن يطلب الشفعة أكثر من شفيع إذ يتعين في هذه الحالة تحديد لمن تكون الأولوية في الأخذ بها.

الفصل الثاني

إن الحكمة من تشريع القوانين هي تنظيم سلوكيات الأفراد حتى تستقيم الحياة، والمشرع الجزائري أصدر قواعد قانونية عامة وقواعد قانونية خاصة، وموضوع الشفعة لم يترك دون رقيب ولا حسيب وإنما خصه بنظام قانوني ينظم أحكامه، خاصة وأن الشفعة تمثل قيوداً على حرية التصرف والإرادة في التعاقد وأيضاً على حرية التملك من جهة وبالمقابل تعتبر طريقاً لكسب الملكية من جهة أخرى، لذلك المشرع الجزائري وضع إجراءات محددة ودقيقة يجب إتباعها لمن أراد أن يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة (المبحث الأول).

إذا لم يتبع طالب الأخذ بالشفعة إجراءاتها ومواعيدها المحددة قانوناً، يترتب على ذلك آثار قانونية اتجاه البائع والمشتري للعقار المشفوع فيه، أما إذا ما أخل طالب الأخذ بالشفعة بهذه الإجراءات ترتب عن ذلك سقوط حقه في الأخذ بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات الشفعة

تعتبر الإجراءات القانونية المعتمدة من خلال نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، بمثابة طريق سطره المشرع لفائدة طالب الشفعة، متى توافرت شروط الأخذ بالشفعة للشفيع، فمن حق هذا الأخير أن يطالب بها، فإذا استجاب المشتري لهذا الطلب تكون الشفعة هنا قد تمت بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات قضائية، أما إذا لم يستطع تملكه بالتراضي أي بعد المعارضة التي قد تظهر من المشتري أو البائع، حينها يجد الشفيع نفسه مضطرا لأن يسلك هذه الإجراءات القانونية عن طريق اللجوء إلى القضاء .

المشرع رسم إجراءات دقيقة وسريعة من شأنها تحديد نطاق الأخذ بالشفعة من جهة وحسم الأمور بصورة تحقق استقرار التعامل من جهة أخرى، بحيث يؤدي التخلف عن القيام بالإجراء المطلوب في الشكل والميعاد الذي حدده القانون، إلى سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وتتمثل هذه الإجراءات في ثلاثة مراحل هي: إعلان الرغبة والإنذار (الطلب الأول) إيداع الثمن (الطلب الثاني) ورفع الدعوى (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : الإنذار وإعلان الرغبة في الشفعة

قبل إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة والإعلان عنها لابد أن يكون على علم بوقوع البيع أولاً، ويكون ذلك بإنذار رسمي يوجه إليه من المشتري أو من البائع، فإذا علم بالبيع وجب عليه أن يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة بإعلان رسمي لكل من البائع والمشتري في ميعاد محدد، ثم يسجل هذا الإعلان بعد ذلك .

الفرع الأول : الإنذار بوقوع البيع

يعرف الإنذار بوقوع البيع بأنه: ورقة من أوراق المحضرين القضائيين تأخذ شكلاً إجرائياً معيناً، يقوم البائع أو المشتري بتوجيهه عن طريق هذا المحضر القضائي إلى الشفيع لإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع، وإلزامه باتخاذ إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها في القانون المدني .

يعتبر الإنذار بداية لسريان ميعاد الثلاثين يوماً من أجل إعلان رغبة الشفيع، وإلا سقط حقه في الشفعة والإنذار يكفي أن يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، فإن وجهه أحدهما يعفى الآخر منه، والإنذار يوجه إلى الشفيع إذا كان منفرداً وإلى كافة الشفعاء إذا تعددوا، وسواء إن كانوا من طبقة واحدة أم من عدة طبقات وهذا لأنه قد يتنازل الشفيع من هذا في مرتبة متقدمة عن حقه في الشفعة فيتمسك بها من يليه في المرتبة (1).

ولصحة هذا الإنذار اشترط القانون المدني تضمينه بيانات جوهرية (أولاً) بالإضافة إلى شرط الرسمية (ثانياً) :

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 103

أولا : البيانات الواجب مراعاتها في الإنذار بوقوع البيع

تفتح إجراءات الشفعة عادة عن طريق الإنذار بوقوع البيع رغبة من المشرع في تسريع هذه الإجراءات، وهذا الإنذار يوجهه البائع أو المشتري ويوصف بأنه فاتحة لإجراءات الشفعة، باعتباره إجراء محفزا للشفيع على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في أجل محدد، حيث يعتبره غير كافي بل لا بد أن يشمل الإنذار بيانات ضرورية للاعتراف به وصحته قانونيا، ولأجل ذلك جاءت المادة 800 من القانون المدني الجزائري لتقرر حتمية هذه البيانات الشكلية بقولها: « يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا :

بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 « (1)

إن فالبيانات التي اشترطها المشرع في الإنذار ترمي إلى جعل الشفيع على علم بأركان البيع الجوهرية، لكي يستطيع تقدير مصلحته في الأخذ بالشفعة . (2)

والبيانات التي اشترطها المشرع في المادة 800 من القانون المدني الجزائري هي :

1- بيانات العقار الجائز أخذه بالشفعة:

ويكون ذلك بتعيين موقعه، حدوده، مساحته، وكذلك أي بيان آخر من شأنه أن يرفع الجهل عن العقار وهذا حتى يتحدد لديه محل البيع تحديدا وتعيينا دقيقا، أما مسألة تقدير ما

(1) المادة 800 من القانون المدني الجزائري

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 85

إذا كان بيان العقار المبيع كافيا أو غير كاف، هي مسألة واقع متروك تقديرها لقاضي الموضوع، وليس للمحكمة سلطة النقض طالما أنه أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه .⁽¹⁾

2- بيان الثمن والمصاريف الرسمية اللازمة لبيع العقار:

يقصد بالثمن في نص المادة 800 من القانون المدني الجزائري هو: المبلغ الذي بيع به العقار المشفوع فيه فيجب أن يدون كتابة أو بالأرقام مما يدل بوضوح على قيمة العقار المبيع حقيقة .

أما المصاريف الرسمية فيقصد بها: المصاريف التي فرضت لقوة القانون، حيث أنه بدونها لاتتم العقود في شكلها الرسمي، ولا يمكن أن تسجل أو تشتهر، وتشمل رسوم التسجيل في الإدارة الخاصة بالتسجيل، ورسوم الشهر الذي يتم في المحافظة العقارية وما يماثلها، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحامي وعمليات السمسرة، فليس من الواجب ذكرها، فإن لم تذكر كانت محل للمطالبة القضائية على حدا بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليه .⁽²⁾

3- بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه :

والمقصود بشروط البيع هنا هي شروطه الجوهرية والأساسية والتي لا بد من علم الشفيع بها، فهي وحدها التي استلزم القانون توضيحها في ورقة الإنذار فبفضل هذه الشروط يستطيع الشفيع أن يوازن بين مصلحته في الأخذ بالشفعة أو التنازل عنها .

ومن الشروط الغير أساسية شرط منح أجل في الوفاء ببعض الثمن لصالح المشتري من طرف البائع، فهذا شرط يمكن ألا يذكر في ورقة الإنذار لأنه لا يعني الشفيع وليس من حقه إلا إذا رضي به البائع .

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 437

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 626

كما أنه وطبقا للمادة 804 القانون المدني الجزائري فإن الشفيع لا يمكنه الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري بدفع الثمن إلا برضاء البائع، وحتى في حالة حصول هذا الرضا من طرف البائع فإن على الشفيع إيداع الثمن كاملا بما فيه الثمن المؤجل وفي الأجل القانوني المحدد .⁽¹⁾

4- بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه ومهنته وموطنه:

والهدف من هذه البيانات تعيين العقار المشفوع فيه تعيينا كافيا، وحتى يمكن للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا رغب في ذلك .

أما بالنسبة للموطن فلا يشترط أن يكون محلا للإقامة، فيمكن أن يكون عاما أو خاصا أو مختارا، فالشخص قد لا يعرف له سكن ولا محل للإقامة فيمكن أن يكون عاما أو خاصا أو مختارا، فالشخص قد لا يعرف له سكن ولا محل للإقامة، ولكن يعرف له محلا تجاريا أو مهنة يمارسها في مكان معين، فيمكن أن يوجه له التبليغ في مكان معين، وهذا ما قرره القضاء المصري وأيده بعض الفقه أيضا⁽²⁾.

5- ذكر الأجل المحدد لإعلان الشفيع رغبته في الشفعة في ورقة الإنذار:

وهذا حسب ما قرره المادة 799 من القانون المدني الجزائري والمقدر بثلاثين يوما ويسري ابتداء من تاريخ التبليغ بالإنذار ويزداد على مدة المسافة إذا لزم الأمر ذلك.

بالرغم من أن الإنذار بالبيع إذا لم يشتمل على أحد البيانات يعد باطلا قانونيا، إلا أن بطلان هذا الإنذار لا يؤدي إلى سقوط الحق في الشفاعة متى لم يعلن الشفيع رغبته فيها خلال أجل الثلاثين يوما من تبليغ هذا الإنذار لأن كلا من البائع أو المشتري لم يوجه لشفيع

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 303.

⁽²⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 87.

الإندار القانوني، وعليه يقع تحمل المسؤولية على عاتقهما معا دون أن يتعلق ذلك بالشفيع.⁽¹⁾

ثانيا: شرط الرسمية في الإنذار

طبقا لنص المادة 799 من القانون المدني الجزائري بقولها: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه البائع أو المشتري ولا سقط حقه، ويزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ».⁽²⁾

المشروع لم يشترط الرسمية في الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، وبالتالي فيمكن أن يتم كتابيا أو شفويا، لأن عبارة (يوجهه إليه البائع أو المشتري) لا تقتضي بالضرورة أن يكون التوجيه كتابيا، هذا ناهيك عن الشكل الرسمي من خلال هذا النص حيث أن المشروع لم يشر بتاتا إلى ما يدل على اشتراط الشكل الرسمي في هذا الإنذار.

الظاهر أن المشروع عالج مسألة توجيه الإنذار من الموضوع، دون تقيده بشكل رسمي معين على خلاف ما قرره القانون المصري في هذا المجال، حيث اشترط الطابع الرسمي على هذا الإنذار وهذا من خلال المادة 940 من القانون المدني المصري والتي تقابل المادة 799 السابق ذكرها.

إلا أن المشروع الجزائري أكد على عدم اشتراط الرسميات في الإنذار من خلال المادة الموالية، حيث نصت المادة 1/800 هذه بقولها: « يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية... »

⁽¹⁾ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 332

⁽²⁾ المادة 799 من القانون المدني الجزائري

فمن خلال هذه الفقرة يلاحظ بأن المشرع أورد لفظ "الإندار" دون أن يلحقه بلفظ الرسمية، على خلاف ما فعل مع المصاريف حيث ألحق بها مصطلح الرسمية في الفقرة الثالثة من المادة 800 من القانون المدني الجزائري بقولها: «... بيان الثمن والمصاريف الرسمية...»⁽¹⁾.

إلا أن عدم اشتراط الرسمية في الإندار الموجه من طرف البائع أو المشتري للشفيع وإن كان يرمي إلى عدم التوسع في إجراءات الشفعة أكثر، فإنه قد يفتح بابا لكثير من المنازعات والخصومات التي قد تحدث من جراء التبليغ الفوضوي بهذا الإندار سواء بالكتابة العادية ورسالتها بغير البريد، أو بواسطة البريد ولو برسالة موصى عليها مع ختم الوصول، ناهيك عن التبليغ الشفوي الذي يعتبر أكثر فوضوية فهو لا يثبت لا تاريخ الإندار ولا حتى الإندار في حد ذاته، وعليه يبقى شرط علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة تحت رهان التلاعب من طرف البائع والمشتري، و بالتالي ضاع حقه المقرر له قانونا⁽²⁾.

ومن هنا اعتبر بعض الفقهاء هذا الإندار وسيلة لكل من المشتري والبائع لتبكير بحسم الموقف في مواجهة الشفيع، وكما أنه ليس في توجيهه أي معنى لقرار يوجهه بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة⁽³⁾.

حيث اتفق جميع الفقهاء على ضرورة أن يكون الإندار رسميا بورقة من أوراق المحضرين القضائيين تحت شكل قانوني معين، ويتم التبليغ بواسطة المحضر القضائي أيضا، لا اعتبار أن هذا الإندار وما ينجم عنه من إعلان للرغبة في الشفعة هما فاتحة للإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها من خلال نصوص الشفعة.

⁽¹⁾ المادة 800 من القانون المدني الجزائري

⁽²⁾ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 84، 83.

⁽³⁾ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 435.

وقد أكد جميع الفقهاء بأنه لا يكفي أن يعلم الشفيع بالبيع بمقتضى ظرف موسى عليه
بعلم الوصول يتضمن ورقة الإنذار، بل ولا يكفي أيضا أن يعلم بالبيع عن طريقة عريضة
دعوة توجه إلى الشفيع، كدعوى لصحة التعاقد المرفوعة من المشتري على البائع والمتدخل
فيها الشفيع بوصفه شريكا في الشروع، بالنسبة للعقار الذي بيعت حصة شائعة منه من أحد
الشركاء الآخرين، فهذا الإجراء بالرغم من رسميته فلا يعتبر في نظر الفقه إنذار رسميا ولو
تضمن البيانات الأساسية الواجب تضمناها في الإنذار.

إذا لم يتحصل الشفيع على الإنذار فيمكنه قانونيا أن يتأكد من حصول البيع عن طريق
السجل العقاري المتواجد بمصلحة الشهر العقاري في المحافظة العقارية، فيتم من خلاله
إعلام الشفيع أيضا بحصول عملية البيع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة

إعلان الرغبة يجب أن يتم من جانب من يريد الأخذ بالشفعة، ويوجه من جانب الشفيع
وإذا تعدد الشفعاء فيجب على كل منهم أن يعلن رغبته صراحة في الأخذ بالشفعة، ولا يشترط
أن يعلن كل شفيع عن رغبته بإنذار مستقل، إذ يمكن أن يتضمن إعلان الرغبة في الشفعة
جميع الشفعاء بشرط أن يبين كل شفيع رغبته، للأخذ بالشفعة بصورة واضحة، ويجب أن
يوجه الشفيع إعلان رغبته إلى كل من البائع والمشتري ويجوز أن يكون إعلان الرغبة في
إنذار واحد يوجهه للبائع والمشتري، كما يجوز أن يعلن الشفيع رغبته لكل منهما بإعلان
مستقل، إلا أنه يجب في كل الأحوال أن يوجه الإنذار بإعلان الرغبة للبائع والمشتري ولا
يجوز أن يوجه لأحدهما تحت طائلة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 609

(2) سليم محي الدين، المرجع السابق، ص 354

وفي حالة تعدد البائعين أو المشتريين يجب على الشفيع إنذارهم جميعا برغبته في طلب الشفعة والحكمة من توجيه الإنذار بالرغبة إلى البائع والمشتري أن الشفيع يحل محل المشتري ويجب أن يعلم هذا الأخير بمن يرغب أن يحل محله ويحصل على المال المشفوع به بدلا منه، وكذلك يجب أن يعلم البائع من يرغب أن يحل محل المشتري ويصبح طرفا معه في البيع وبذلك فإن البائع والمشتري هما خصما الشفيع في دعوى الشفعة باعتبارهما أطراف العقد موضوع الأخذ بالشفعة ويجب أن يتم إنذارهما خلال المدة القانونية وخلافا لذلك سقط الحق في الشفعة.

ويجب أن يتضمن الإنذار بالرغبة في الأخذ بالشفعة رغبة الشفيع وطالما كانت إرادته واضحة في ذلك، فلا يؤثر تمسك هذا الشفيع ببعض الدفع كإن بيدي دفعا مفاده بطلان العقد ولا يغير من الأمر شيئا أن يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة ويتمسك احتياطا بالدفع. وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيتم حقيقة عن طريق عقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا طبقا لنص المادة 801 من القانون المدني الجزائري (أولا). يضاف إلى ذلك وجوب تقيد الشفيع بالأجل القانوني، فلو حدث وأنذر إنذارا رسميا يتعين عليه هنا أن يعلن رغبته في أجل ثلاثين يوما من هذا الإنذار فإن لم يتم إنذاره خلال سنة من يوم عقد البيع (ثانيا)، كما يجب أيضا على الشفيع أن يشهر إعلان رغبته للأخذ بالشفعة في المحافظة العقارية الواقع بدائرتها العقار محل الشفعة (ثالثا).

أولا: الرسمية في إعلان الرغبة

طبقا لنص المادة 1/801 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: « يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان التصريح باطلا...⁽¹⁾ » نجد بأن إجراء إعلان الرغبة الصادر من الشفيع يجب أن يفرغ

(1) المادة 801 من القانون المدني الجزائري

في القالب رسمي ليتم عن طريق عقد رسمي⁽¹⁾ يعلن لدى كتابة الضبط في المحكمة الواقع في دائرتها العقار والا وقع إعلان الرغبة هذا تحت طائلة البطلان عند احترام هذا الشكل الرسمي، كأن يتم الإعلان بالطرق العادية أو برسالة موسى عليها مع ختم الوصول، فلا بد إذا من احترام هذه الإجراءات القانوني من أجل الأخذ بالشفعة.

إن إعلان الرغبة تفتح به إجراءات الشفعة عادة ويستقل عن رفع دعوى الشفعة وبالتالي يجب القيام بالإجراءين منفصلين، كما أن الرسمية في إعلان الرغبة تقتضي أن يتم هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري بواسطة محضر قضائي، وفي موطن كل من البائع والمشتري أيضا، والا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة طبقا لنص المادة 799 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري ... والا سقط حقه ... »⁽²⁾

وهذا يدل بوضوح أن الشفيع ملزم بتبليغ هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري، لأن الشفيع إنما يريد بالشفعة الحلول محل المشتري .

إن الطبيعة القانونية لصورة إعلان الرغبة كما يراها أحد الفقهاء تأخذ طابع التصرف القانوني بإرادة منفردة صادرة من جانب واحد أي من طرف الشفيع فهي بمثابة العنصر الذي تستكمل به عناصر الأخذ بالشفعة، ولا يجوز للشفيع أن يرجع في هذه الإرادة ويعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها إلا برضاء المشتري⁽³⁾، إلا أن هناك رأيا فقهيًا آخر يرى بأن الشفيع لا يمكنه الأخذ بالشفعة إلا بصدور حكم قضائي يثبت حقه في

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 60

(2) المادة 799 من القانون المدني الجزائري

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 333

الشفعة أو بالتراضي عليها من المشتري، فعندها فقط لا يجوز للشفيع أن يعدل عن طلبه لحصول تعاقد صريح بين الطرفين ولا يجوز الرجوع فيه إلا بتراضي جديد⁽¹⁾.

المشرع لم يذكر البيانات الواجب توافرها في إعلان الرغبة كما فعل في إنذار حصول البيع طبقاً للمادة 800 ق. م. ج، ويمكن أن يبرر سكوت المشرع بشأن ذلك على أنه قصد الرجوع إلى المادة 800 نفسها المحددة لشكل الإنذار، لكن لو لم يحدث هناك إنذار مع البائع أو المشتري وشهر عقد البيع فإن الشفيع يمكنه الرجوع إلى مصلحة الشهر العقاري لأخذ المعلومات والبيانات اللازمة عن العقار، أما إذا لم يتم شهر العقار، فيقع على الشفيع عبئ التقصي عن المعلومات والبيانات اللازمة لتحديد إعلان الرغبة في الشفعة⁽²⁾.

حسب النصوص القانونية السابقة، فإن إعلان الرغبة ليس واجبا متى ما رفعت دعوى الشفعة في الميعاد القانوني المقرر للإعلان وهو خلال ثلاثين يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع، ومن هنا فإن الشفيع يمكنه الإستغناء عن إعلان رغبته في الشفعة متى احترم الأجل القانوني، حيث تحل هنا عريضة دعوى الشفعة المقدمة من طرف الشفيع محل إعلان الرغبة في الشفعة، وبشترط كذلك لصحة هذا الإجراء البديل أن يتم إعلان هذه العريضة المتضمنة دعوى الشفعة رسمياً على يد محضر قضائي، و لكن بشرط إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق قبل رفع دعوى الشفعة طبقاً لنص المادة 800 / 2 ق. م. ج وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، عندها فقط يمكن الجزم بأن إعلان عريضة دعوى الشفعة قد حلت محل إعلان الرغبة فيستطيع الشفيع بعد ذلك المضي في الإجراءات المتبقية⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 631

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 335

(3) المرجع نفسه، ص 335

ثانيا: الأجل المحدد لإعلان الرغبة

من الثابت أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع فإنه يستطيع أن يبادر بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك، وهذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسري من تاريخه معياد الثلاثين يوما حسب ما أوجبه القانون بأن يتم خلال رفع دعوى الشفعة طبقا للمادة 802 ق.م.ج، بل يمكن للشفيع وقبل إنذاره أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن لدى الموثق طبقا للمادة 2/800 ق م ج

إلا أن حرية الشفيع في إعلان الرغبة تتقيد من حيث الأجل المنصوص عليه في نصوص الشفعة، بحيث لو أُنذر الشفيع إنذارا رسميا فهنا يجب عليه أن يعلن رغبته في خلال ثلاثين يوم من هذا الإنذار، أما إذا لم يصل هذا الإنذار وتم إشهار البيع في المحافظة العقارية فهنا على الشفيع أن يعلن رغبته في الشفعة خلال سنة من وقت الشهر طبقا لنص المادة 2/807 من القانون المدني الجزائري

في حالة إذا لم يندر الشفيع ولم يسجل عقد البيع، فله الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم تسقط، حيث تسقط في هذه الحالة بمضي خمسة عشر سنة من إتمام عقد البيع طبقا للقاعدة العامة في التقادم المسقط للحقوق والالتزامات وفقا لما نصت عليه المادة 308 من القانون المدني الجزائري.

ومن خلال هذا المنطلق، فإن هناك ثلاث احتمالات حول سريان الأجل المحدد لإعلان الرغبة وهي:

1- الاحتمال الأول: قيام البائع أو المشتري بإنذار الشفيع على وقوع البيع

فمن خلال النصوص السابقة بشأن إنذار الشفيع، فالبائع والمشتري غير ملزمين بتوجيه إنذار للشفيع، وإنما هو اختياري بالنسبة إليهما إلا أنه قد يفضل أحدهما توجيه الإنذار حرصاً على سرعة إظهار الموقف من الأخذ بالشفعة وحسمه مبكراً.

إذا حدث وأن قام أحدهما بالإجراء الوارد في الفقرة السابقة فأنذر الشفيع بحصول عملية بيع العقار المشفوع فيه، فإنه يتعين على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال أجل قدره ثلاثون يوماً يسري ابتداءً من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله.⁽¹⁾ ويتم هذا وفق الأصل في الموطن العام العادي له، و بهذا الإجراء يتحقق علم الشفيع بحصول البيع، وفي حالة عدم حصول إعلان الرغبة في هذا الأجل يسقط حق الشفيع، هذا بالإضافة إلى مدة المسافة في حالة ما إذا كان الشفيع خارج الوطن حسب ما قرره قانون الإجراءات المدنية.

2 - الإحتمال الثاني: حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع

في حالة ما إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلاً غير أن المشتري شهر عقد البيع في المحافظة العقارية فهنا ينفتح للشفيع ميعاد آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع⁽²⁾.

وهذا من خلال نص المادة 807ق.م.ج بقولها: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال

التالية:

إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 611

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 336

إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون⁽¹⁾ «.

انطلاقاً من هذا النص نجد بأن الشفيع في حالة إذ لم يعلم بوجود البيع، لكن تم إشهار هذا البيع فإن المشرع يفترض حتماً افتراضاً لا يقبل إثبات العكس أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد لحظة إشهاره، وبالتالي فلا يجوز للشفيع ادعاء عدم علمه بالبيع رغم التسجيل، إلا أنه طالما أن هذا العلم يعد علماً افتراضياً في نظر المشرع فلاجله أطال الميعاد الواجب على الشفيع أن يطلب فيه الشفعة.⁽²⁾

3 / الإحتمال الثالث: حالة عدم إنذار الشفيع وعدم إشهار عقد البيع:

طالما أن إنذار الشفيع غير ملزم للبائع ولا للمشتري، وكما أن هذا الأخير غير مجبر كذلك على تسجيل أو شهر عقد البيع، فقد يحدث بناءً على هذا أن لا ينذر الشفيع أو ينذر إنذاراً باطلاً، بالإضافة إلى عدم شهر عقد البيع المجيز للشفعة، عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع لأن الوقائع التي تتفتح معها هذه المواعيد لم تحدث وعليه يحق للشفيع متى علم بوقوع البيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت شاء إلا أن هذا الحق يظل قائماً مادام لم يسقط بالتقادم أي بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ البيع الشفوع فيه وهو ما نصت عليه المادة 308 ق.م.ج بقولها: « الحالات التي ورد فيها نص الخاص في القانون ...⁽³⁾ »

وحكم هذه الحالة أكدته أيضاً جملة من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا جاءت مدعمة لما سبق بيانه ومنها القرار الذي جاء نصه: «وإذا لم يتبنت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانوناً لاحتساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة

⁽¹⁾ المادة 807 من القانون المدني الجزائري

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 336

⁽³⁾ المادة 308 من القانون المدني الجزائري

خلاله فإن فوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير»⁽¹⁾

ثالثا: شهر إعلان الرغبة في الشفعة

إن إعلان الرغبة يعتبر إجراء قانونيا جوهريا لازما من إجراءات الشفاعة حتى يتسنى للشفيع الأخذ بالشفعة من خلال الاستمرار في باقي الإجراءات وغياب هذا الإجراء في الأجل المحدد له قانونيا يمنعه من الاستمرار فيما بقي من الإجراءات وتبطل الشفعة حينها. أما تسجيل أو شهر هذا الإعلان فلا يعتبر إجراء الشفعة، وإنما قرر يكون هذا الإعلان حجة على الغير.

بناء عليه يستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة في الشفعة ألا يشهر هذا الإعلان ويمضي في إجراءات الشفعة المتبقية من إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق ورفع دعوى الشفعة، ويستصدر حكما بثبوت حقه في الشفعة⁽²⁾ إلا أن هذا المسعى قد يعرضه لخطر التصرفات التي قد يقوم بها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة حيث تصبح هذه التصرفات سارية المفعول في حق الشفيع، الذي لم يشهر هذه الرغبة حتى ولو كان قد حصل على حكم قضائي بثبوت الشفعة، يعتبر إجراء الشهر في المحافظة العقارية الوسيلة المعترف بها قانونيا لتأكيد علم الغير بإعلان الرغبة في الشفعة، فإجراء هذا الإعلان يعتبر غير كاف لتحقيق هذا الإعلام وعليه إذا أراد الشفيع أن يتفادى خطر سريان تلك التصرفات في حقه فعليه تسجيل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، حيث منذ هذا التسجيل لا يسري في حقه أي تصرف يصدر من المشتري سواء كان بيعا أو رهنا أو غير ذلك⁽³⁾. إلا أن القضاء الجزائري يعتبر شهر الإعلان شرطا لصحة إجراءات طلب الشفعة حيث يترتب على عدم

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 02 جانفي 1985، العدد الرابع، المجلة القضائية الصادرة في 1989، ص 64

⁽²⁾ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 337

⁽³⁾ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 617

القيام به سقوط حق الشفيع في مواصلة باقي إجراءات الشفعة، و هذا ما أكدته كثير من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، واعتبر هذا الحكم في نظر القضاء الجزائري مفهوما لمؤدى نص المادة 801 ق.م.ج، ومن هذه القرارات يوجد لدينا القرار الذي نصه: « إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل طلب الشفعة وإشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط فلا يحتج به تجاه الغير بما فهم المدعي عليهم في الطعن»⁽¹⁾

وأما إجراء الشهر فيمكن أن يتم في خلال هذه المرحلة أو ينتظر الشفيع به إلى ما بعد رفع الدعوى، بل يمكن له إشهاره حتى ما بعد صدور الحكم المثبت لحقه في الشفعة إلا أنه يبقى متحملا لمسئوليته بشأن التصرفات المادية والقانونية التي قد يقوم بها البائع أو المشتري في مواجهته قبل إجراء الشهر، وقد نصت المادة 1/800 ق.م.ج، حيث تشير بوضوح إلى أن مسؤولية الشفيع تبرز من خلال التصرفات التي يقوم بها أحد المتابعين، حيث تعتبر حجة عليه متى ما صدرت قبل شهر إعلان الرغبة وبالتالي لا يمكن للشفيع الأخذ بالشفعة إلا من التصرف الثاني إن كان بيعا أو بأخذ العقار إذا كان التصرف الثاني مرتبا لحقوق عينية تبعية⁽²⁾.

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 24 ديسمبر 1991، العدد الأول، المجلة القضائية الصادرة في 1993، ص 69

⁽²⁾ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 506

المطلب الثاني: إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق

بعد الإجراءين السابقين المقتضيين لإجراءات ومواعيد الشفعة وهما الإنذار بوقوع البيع وإعلان الرغبة في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري، بعدها يلزم طالب الشفعة بإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق لضمان صحة الإجراءات وكذا ما سيتم تناولها من خلال هذا المطلب في كل من المبالغ والمصاريف التي يجب إيداعها (فرع أول)، تبيان ميعاد إيداع الثمن ومكانه. (فرع ثاني)، جزاء مخالفة أحكام إيداع الثمن. (فرع ثالث).

الفرع الأول: المبالغ والمصاريف التي يجب إيداعها

بعد إعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع في الأجل القانوني المحدد له، يحق له بعد ذلك أن يواصل ما بقي له من إجراءات وأولها إيداع الثمن لدى الموثق. كذلك المصاريف طبقا لنص المادة 2/801 ق.م.ج وهذا خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وبشرط أن يتم قبل رفع دعوى الشفعة حتى لا تسقط في حقه⁽¹⁾.

أولا: إيداع الثمن لدى الموثق

إن إيداع الثمن لدى الموثق يعتبر إجراء جوهريا يأتي عقب إعلان الشفيع رغبتة في الشفعة، وقد قرره المادة 2/801 ق.م.ج بقولها: «... يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة»⁽²⁾

والهدف من وراء تقرير هذا الإجراء في هذه المرحلة بالذات هو المحافظة على حقوق ذوي المصلحة، وضمانا لجدية طلب الشفعة، وحتى يكون هذا الإيداع عاملا من عوامل

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 50

⁽²⁾ المادة 801 من القانون المدني الجزائري

التقييد التي تحد من نطاقها، و يسعى المشرع من خلال هذه المرحلة إلى تنظيم إجراءات الشفعة (1).

كما يرى أحد الفقهاء أن الحكمة تتجلى أيضا في قطع الطريق على المضاربين ممن يتخذوا من ثبوت الحق في الشفعة وسيلة لابتزاز والمساومة لكي يضطر المشتري بأن يدفع لهم مبلغا نقديا نظير التنازل عن هذا الحق، و عليه استلزم المشرع إيداع الثمن من أجل أن يكون إجراء حاسما في قطع دابر هذه المساومات واختفاءها (2).

بالرجوع لنص المادة 2/801 ق.م.ج نجد بأن ثمن البيع للعقار المشفوع فيه يجب أن يودع لدى الموثق دون غيره، و في أجل ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة وبالتالي فإنه يمكن أن يتم هذا الإيداع عقب إعلان الرغبة أو عند إعلانها، أي يتم الإيداع وإعلان الرغبة في وقت واحد.

كما يجوز أن يتأخر الإيداع إلى ما بعد ذلك حتى يتمكن الشفيع من تدبير أموره بشرط احترام المدة القانونية المشار إليها أعلاه.

يتضح من النص انطلقا من عبارة: «... يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق...»، إن المشرع هنا يلزم الشفيع بإيداع كل الثمن الذي حصل به المبيع، وبالتالي فلا يكفي أن يودع الشفيع جزء من الثمن ولو كان معظمه حتى ولو لم يدفع ثمن بيع العقار كله للبائع وكذلك يبقى الشفيع ملزما بإيداع كل الثمن ولو كان البائع قد منح المشتري أجلا في الوفاء ببعض الثمن.

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 443

(2) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 349

يعتبر إيداع كل الثمن إجراء جوهريا يتطلبه القانون من أجل قبول رفع دعوى الشفعة وبالتالي فلا يملك البائع الإعفاء منه وحتى لو حدث اتفاق بينه وبين الشفيع على التأجيل⁽¹⁾ ويكون للمحكمة عند عدم القيام به أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الشفعة وإيداع كل الثمن وإنما تقرر مراعاة لمصلحة كل من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عندما يحكم بالشفعة، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل الثمن أم البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه. أم الدائنون المقيدة حقوقهم، وأما بشأن ما قرره المادة 804 ق.م.ج فلا يعتبر مناقضا لهذا الحكم الذي يفهم من نص المادة 801/ 2/ ق.م.ج.

حسب نص المادة 804 ق.م.ج لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع، فهذا الحكم ليس مجاله الإجراءات التي يجب القيام بها لجواز الأخذ بالشفعة وإنما يتعلق الأمر بالآثار التي تترتب على الشفعة، وهذه الآثار لا ينظر إليها بعد تمام الأخذ بالشفعة قضاء أو رضا، حينها يمكن للبائع أن يمنح الشفيع الأجل الممنوح للمشتري حسب نص المادة 804 ق.م.ج، و عليه لا يجوز الإستناد إلى ذلك الحكم لتحويل البائع حق إعفاء الشفيع من إيداع الثمن قبل رفع الدعوة⁽²⁾.

إلا أن نص المادة 23 من قانون المالية لسنة 1998 التي تنص على: « تعدل المادة 256 من قانون التسجيل وتحرر كما يأتي:

المادة 256-1: إن خمس (115) ثمن نقل الملكية في جميع العقود المؤقتة المتضمنة نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو لملكية الرقبة أو حق الإنتفاع لعقارات او حقوق عقارية

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 110

⁽²⁾ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 348

ودالك لمحللات تجارية او الزبائن ،يجب ان يدفع لزوما بمرئ وبين يدي الموثق ، محرر العقد10ايام من إبرام العقد»¹.

استوجبت إيداع خمس الثمن بدل الثمن كله لدى الموثق، وهذا في عقود البيع العادية أي الرضائية وبالتالي يجد الموثق نفسه هنا في إشكال قانوني، وهو هل يكتفي بإيداع ما يعادل الخمس من الثمن المصرح به في صلب عقد البيع، أم يفرض على الشفيع إيداع الثمن كله حسب مفهوم المادة 2/801 ق.م.ج.

لحل هذا الإشكال فإنه يجب التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كنا بصدد عقد بيع رضائي أي عادي،فهنا يمكن لنص المادة 23 من قانون المالية 1998 أن ينظم هذه الحالة وبالتالي يمكن للموثق أن يسمح للأطراف بإيداع خمس الثمن فقط دون الثمن كله والباقي يمكن أن يسلم للبائع خارج مجلس العقد أو يتم الاتفاق على تقسيطه أو تأجيل جزء منه أو كله.

إلا أنه يجب على الموثق أن يشير إلى ذلك في عقد البيع لأن الأطراف وضعوا خمس ثمن البيع في الخزينة والأربعة أخماس الأخرى تسلمها البائع خارج مجلس العقد⁽²⁾.

الحالة الثانية: وهي التي نحن بصدد مناقشتها والحديث عنها فهي كون إيداع الثمن لدى الموثق هنا لا يعتبر لقاء إبرام عقد بيع رضائي حيث يتم الاتفاق على تفاصيله وشروطه والكيفية التي يتم بها تسديد الثمن بين البائع والمشتري، وإنما نحن بصدد حالة استثنائية نص عليها القانون ووضع لها ضوابط محددة وإجراءات دقيقة،و جعل لها آجالاً محددة لا يمكن تجاوزها ،و كما أننا نسعى من خلال إيداع ثمن البيع هنا بالتمهيد لرفع دعوى الشفعة.

¹ قانون رقم 97-02 مؤرخ في 2 رمضان عام 1418 الموافق 31 ديسمبر 1997 يتضمن قانون المالية ل1998، ج ر ج ج عدد 89

⁽²⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص331

يتعين في هذه الحالة تطبيق مقتضى نص المادة 2/801 ق.م.ج والقاضية بلزوم إيداع كل ثمن بيع العقار المشفوع فيه لدى الموثق مع المصاريف أيضاً، و دون اعتبار لأي اتفاق بين الأطراف بشأن هذا الثمن، لاعتبار أن هذا يمس بجوهر الإجراءات القانونية التي قررها القانون واعتبرت من النظام العام⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن الشفيع لم تربطه أي علاقة مباشرة مع المشتري ولم يتفق معه على تفاصيل العقد وكيفية التسديد، ولم يتفاوض معه بشأن الثمن، وإنما وجد نفسه أمام واقعة قانونية تجيز له استعمال حق منحه القانون عندما يتهياً له مركزا معيناً، لهذا نرى بوجوب إيداع الثمن كاملاً والمصاريف لدى الموثق الذي يعتبر همزة وصل بين الأطراف فهو يقوم بتسليم الثمن والمصاريف إلى المشتري إذا أصدرت المحكمة حكماً بأحقية الشفيع في الحل محل المشتري، كما يقوم بتسليم الثمن المودع لديه إلى الشفيع مع المصاريف إذا خسر هذا الأخير دعوى الشفعة.

هذا وبالرجوع لنص المادة 801 /2 ق.م.ج نجد بأن المشرع الجزائري يشترط أيضاً لصحة إجراءات الشفعة وعدم سقوطها أن يتم إيداع كل الثمن والمصاريف لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة، كما أن ميعاد الإيداع يبدأ من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة للبائع وللمشتري، أو للتسليم الأخير لأي منهما، هذا لأن الإعلان بالرغبة في الشفعة لا يمكن القول بأنه قد تم إلا إذا وصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري معاً.

بناءً عليه فإنه وصل الإعلان إلى البائع في يوم معين ووصل الإعلان إلى المشتري بعده بيومين مثلاً فإن ميعاد الثلاثين يوماً يسري من اليوم التالي لليوم الذي وصل فيه الإعلان إلى المشتري.⁽²⁾

⁽¹⁾ رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص 332

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 655، 656.

ثانيا: إيداع مصاريف البيع لدى الموثق

طبقا لنص المادة 2/801 ق.م.ج والتي جاء فيها: «... يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة...»⁽¹⁾ نجد أن المشرع قد ألزم الشفيع بأن يودع المصاريف أيضا لدى الموثق وفي نفس الميعاد القانوني والمحدد بثلاثين يوما من تاريخ إعلان التصريح بالرغبة في الشفعة،و كما يجب أيضا حسب هذا النص أن يتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة.

إن المشرع الجزائري في النص السابق، ذكر المصاريف فقط دون أن يحدد فيما إذا كانت رسمية أو غير رسمية،حيث جاءت عبارة المصاريف عامة تشمل المصاريف الرسمية وغير الرسمية،لاعتبار أن الألفاظ في تفسير النصوص القانونية تحمل على عمومها حتى يرد ما يخصها من نصوص قانونية أخرى.

ما يقال بشأن رسمية المصاريف أن المشرع أغفل دون قصد ذكر نوع المصاريف وأنه يقصد بذلك المصاريف الرسمية فقط،فإن هذا القول يمكن الرد عليه بأن المشرع عندما قصد تحديد نوع المصاريف في المادة 800 ق.م.ج نص عليها صراحة شأن البيانات المطلوبة ذكرها في الإنذار الموجه للشفيع بقوله: «... بيان الثمن والمصاريف الرسمية...» لهذا فلو أراد المشرع أن يودع مع الثمن المصاريف الرسمية لما أغفل ذكرها ولنص عليها صراحة كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار⁽²⁾.

(1) المادة 801 من القانون المدني الجزائري

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 662

إن المصاريف الرسمية تشمل رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله لدى مصلحة التسجيل وإشهاره لدى المحافظة العقارية أما المصاريف غير الرسمية فمنها أتعاب المحامي ، ونفقات معاينة العقار المشفوع فيه.

كما يجب على الشفيع أيضا إيداع المصاريف التي أنفقها المشتري قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة عن البناء والغراس الحاصل في العقار المشفوع فيه طبقا لنص المادة 2/805 ق.م.ج، يترتب على هذا أنه لو قام الشفيع بإيداع المصاريف الرسمية دون المصاريف الغير الرسمية قبل رفع دعوى الشفعة ولم يتدارك ذلك حتى فات الأجل المضروب له في المادة 2/801 ق م ج سقط حقه في الشفعة⁽¹⁾.

هذا ويستطيع البائع أو المشتري أن يتمسك بهذا السقوط في أي حالة كانت عليها الدعوى وذلك عن طريق دعوى يرفعها أمام القضاء، وللمحكمة أيضا أن تقضي بهذا السقوط من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة أيضا من مراحل سير الدعوى، وحتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بها، وهذا لتعلق هذه المخالفة بجوهر الإجراءات القانونية والمعتبرة من النظام العام.

في آخر هذا الفرع يمكن الإشارة إلى أن المحكمة العليا قد قررت أيضا في قرار لها سقوط الشفعة، متى لم يحترم الشفيع الإجراءات القانونية، ومنها على وجه الخصوص مواعيد دفع الثمن والمصاريف، وهذا تدعيما للنصوص القانونية السابقة الذكر ومنه نص المادة 2/801 ق.م.ج، و لأجل هذا قررت المحكمة العليا بقولها: « من المقرر قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي، يعلن عنه عن طريق كتابة الضبط والا كان هذا التصريح باطلا كما لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا، ويجب أن يتم إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر، من تاريخ

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 337

التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا 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»⁽¹⁾

الفرع الثاني: ميعاد إيداع الثمن ومكانه

لإيداع الثمن ميعاد قانوني ومكان يتم فيه إيداعه وإلا سقط الحق في الشفعة، وهذا ما سيتم إيضاحه فيما يلي:

أولاً : ميعاد إيداع الثمن

تنص المادة 801/2 ق.م.ج على أنه: « يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً 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 المقدم سقط الحق في الشفعة »⁽²⁾

يتبين من خلال نص هذه المادة أنه يجوز للشفيع أن يودع الثمن والمصاريف عند إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فيذكر في الإعلان أنه أودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق، كما يجوز له أن يودع الثمن والمصاريف عند إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة كما يجوز له أن يتراخى الإيداع بعد ذلك، ولكن لا يجوز أكثر من ثلاثين يوماً من وقت وصول إعلان رغبته إلى كل من البائع والمشتري لأن إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 10 جانفي 1995، المجلة القضائية الصادرة في 1995، العدد الأول، ص 194

⁽²⁾ المادة 801 من القانون المدني الجزائري

خلال الموعد المحدد هو إجراء من إجراءات دعوى الشفعة وشرط أساسي لقبولها يتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته⁽¹⁾.

وسواء وقع الإيداع عند إعلان الرغبة أو عقبها، أو تراخى عن ذلك فإنه في جميع الأحوال يجب أن يكون قبل رفع دعوى الشفعة، والقابلية هذه ليست محددة بأيام لها بداية أو نهاية، وإنما مجرد فاصل زمني غير محدد، فمجرد إيداع الثمن والمصاريف قبل رفع الدعوة كاف، لإعلان غرض المشروع فيما يبدو من حصول الإيداع قبل حصول دعوى الشفعة هو ضمان جدية طلب الشفعة. وعلى هذا فإن الشفيع إذا تأخر في إيداع الثمن والمصاريف إلى يوم الثلاثين، فإنه ليس متأخر في الإيداع، و لم يسقط حقه من هذه الناحية، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يتقدم لرفع دعوى الشفعة في نفس اليوم، و بذلك يضمن عدم سقوط حقه لأنه يكون قد قطع مدة السقوط وفي نفس الوقت يعتبر قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة⁽²⁾.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 130337 المؤرخ في 10/01/1995

ولما ثبت في قضية الحال أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع والمصاريف لم يتم في الأجل المذكور في القرار أعلاه، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله وينجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها⁽³⁾.

ثانيا : مكان إيداع الثمن

علما أنه يتم إيداع ثمن البيع خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ويكون ذلك قبل رفع دعوى الشفعة، لكن ما يجب معرفته هو أنه يجب أن

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 54

⁽²⁾ عبد التواب معوض، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض المصري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية

مصر، 1990، ص 145

⁽³⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 55

يكون هذا الإيداع بين يدي الموثق طبقاً لأحكام المادة 2/801 ق.م.ج، ولكن ليس أي موثق بل بين يدي الموثق الكائن مقره بدائرة وجود العقار المشفوع فيه وهو شرط أساسي لقبول دعوى الشفعة، مما يخول المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع في خصوص ذلك⁽¹⁾.

كما تنص المادة 2/942 ق.مدني مصري على ذلك بقولها: «... يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائنة في دائرتها العقار» التي ترفع وهذا المحكمة هي المختصة التي ترفع أمامها دعوى الشفعة (م932 ق.م.م) فإن لم يودع الثمن في خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة سقط حقه في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

وعلى ذلك إذا أودع الشفيع الثمن في خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والني أحييت إليها الدعوة لنظرها باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة بنظرها وإذا دفع أمامها بسقوط الحق في الشفعة لعدم إيداع الثمن في خزانتها ولم تعر المحكمة اهتمامها لهذا الدفع ونصت بأحقية الشفيع مع ذلك في أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن المودع في خزانة المحكمة الجزئية يكون حكمها قد خالف القانون وأخطأ في تأويله وتفسيره.

فإيداع الثمن في خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة في خلال الموعد المحدد هو إجراء من إجراءات الشفعة يجب أن يتم في الميعاد وبالكيفية التي حددها، وهو شرط أساسي لقبول دعوى الشفعة مما يخول المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه المشرع في خصوص إيداع الثمن⁽³⁾.

⁽¹⁾ علي عيشور، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل رتبة القضاء، المعهد الوطني

للقضاء الجزائري، 2004، ص 38، 39

⁽²⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 455

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص 456

ومنه فمكان إيداع الثمن يكون بين يدي الموثق الكائن مقره في إقامة العقار المشفوع فيه وهذا ما أكدته المادة 801 / 2ق.م.ج وتقابلها في القانون المصري م2/942ق.م.ج التي تقضي بإيداع الثمن في المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى.

الفرع الثالث: جزاء مخالفة أحكام إيداع الثمن

إذا لم يتم الشفيع بإيداع كامل الثمن الحقيقي لدى الموثق خلال المدة المحددة في القانون يسقط حقه في الشفعة وهذا ما أكدته المادة 801/2ق.م.ج.

ويقابلها في القانون المصري ما جاء به نص المادة 942/2ق.م.ج إذ أن الشفيع إذا لم يتم بإيداع كامل الثمن الحقيقي، فيما عدا حالة عدم علمه اليقيني بالثمن، يسقط حقه في الأخذ بالشفعة كما أن مجازفة الشفيع وإيداعه الثمن الذي يعتقد أنه الحقيقي عند طعنه بالصورية وعدم ثبوت هذه الصورية مما يجعله في حكم من لم يودع كامل الثمن يسقط حقه أيضا في الأخذ بالشفعة، كما أنه إذا لم يودع في الميعاد المحدد، أو لم يودعه قبل رفع الدعوى أو لم يودعه لدى خزنة المحكمة المختصة، و يقابلها في التشريع الجزائري إلى يد الموثق الكائن مقره بمكان العقار . سقط حقه في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

ويسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة بصفة نهائية ولم يعد له الحق في معاودة هذه الإجراءات من جديد بصدد العقد المشفوع فيه، كما أن هذا الجزاء يتعلق بالنظام العام، ويعتبر شرطا لقبول دعوى الشفعة، وبالتالي يكون للمحكمة المختصة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك في الطعن باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2010، ص456

متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح للإمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع⁽¹⁾.

المطلب الثالث: رفع دعوى الشفعة

يعتبر إجراء رفع الدعوى آخر الإجراءات القانونية التي يشترط القانون صدورها من جانب الشفيع، وفيها يقاضي الشفيع كلا من البائع والمشتري باعتبارهما خصمين له من أجل حصوله على العقار المشفوع فيه ، وهي تعد خاتمة لتلك الإجراءات المرتبطة والمكاملة لبعضها البعض لضمان حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وفي هذا المطلب يتم شرح كل من أطراف الخصومة في دعوى الشفعة (الفرع الأول)، كذلك كيفية رفع الدعوى وميعادها. (الفرع الثاني)، وأخيرا المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أطراف الخصومة في دعوى الشفعة

تتمثل أطراف الخصومة في دعوى الشفعة كغيرها في الدعاوي من طرفين أصليين هما المدعي والمدعى عليه، وهما على التوالي الشفيع والبائع مع المشتري، يمكن أن يدخل في الخصومة كل من الموثق والمحضر القضائي.

أولا : المدعي في الدعوى

المدعي في دعوى الشفعة هو الشفيع، وهو المخول قانونا لرفع هذه الدعوى ولما كان طلب الأخذ بالشفعة عملا من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف، أي أن يكون كامل الأهلية، بالغا سن الرشد (19 سنة) م 40 ق.م.ج وغيره محجور عليه، جاز له وحده أن يرفع دعوى الشفعة ، و له أن يوكل في رفعها غيره ، بشرط

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق المدنية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية

بيروت، لبنان، 2003، ص 502

أن تكون الوكالة خاصة، فالوكالة العامة لا تكفي لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف كما سبق بيانه

أما إذا كان الشفيع ناقص الأهلية محجورا عليه. فإن رفع دعوى الشفعة يكون من طرف الولي أو الوصي القانوني، فإن لم يكن للقاصر ولي أو وصي، عين له رئيس المحكمة مقدما ليأخذ بالشفعة. (1)

ويرفع الدعوى كل من له صلة أو صفة، عملا بأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي تنص على: « لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قادمة أو محتملة يقرها القانون » (2)

ولضمان صحة الإجراءات يجب اختصام هذين الشخصين بمعنى الشفيع ضد البائع والمشتري، معا ولا يكفي رفع الدعوى على أحدهما: وحتى لا يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يجب احترام أجل الثلاثين يوما المقرر لإعلان الرغبة في الشفعة طبقا لما تقضي به المادة 802 ق.م.ج

في حالة تعدد الباعون أو تعدد المشترون فيجب هنا رفع دعوى الشفعة عليهم جميعا، وعليه يصبح أطراف الدعوى في دعوى الشفعة ثلاثة أطراف

للإشارة فإن إجراء رفع دعوى الشفعة من طرف الشفيع (المدعي) ضد البائع والمشتري لا يعد وجوبا متى سلم المشتري والبائع معا بشفعة الشفيع، فعندها يتعين عليهم

(1) رضا هطال، المرجع السابق، ص 57

(2) القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، جريدة

رسمية عدد 21 صادرة في 23 أبريل 2008، ص 40

تحرير سند التراضي أمام الموثق ثم يشهر في المحافظة العقارية. هذا يشترط لقبول دعوى الشفعة⁽¹⁾.

ثانياً: المدعى عليه في دعوى الشفعة

ترفع الدعوى على البائع والمشتري معا فهما المدعى عليه في الدعوى، فالشفيع مجبر على مخاصمة كل من البائع والمشتري في دعوى الشفعة لأنه سيحل محل المشتري في أخذ العقار بالشفعة، وعدم رفع الدعوى من قبل الشفيع على البائع والمشتري معا يجعل من الدعوى مرفوضة شكلا لبطلان الإجراءات.

وبناء على ما تقدم فإنه يجب لقبول دعوى الشفعة أن تقوم خصومتها بين أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري، سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام المجلس القضائي في الاستئناف، أو أمام المحكمة العليا في الطعن بالنقض، وإلا سقط الحق في الشفعة⁽²⁾.

في حالة وفاة البائع أو المشتري باعتبارهما مدعى عليه، فهنا يجب على الشفيع أن يختصم مع جميع الورثة، ولو طعن أحد ورثة البائع أو المشتري ضد الشفيع دون باقي الورثة فإن الطعن يكون غير مقبول من ناحية الشكل، إذا لم يحضر البائع أو المشتري أو من يمثلهما قانونا رغم صحة التبليغ، فإن المحكمة تقضي في الدعوى بحكم غيابي.

الفرع الثاني: كيفية رفع الدعوة وميعادها

بعد إعلان الشفيع رغبته في الشفعة وإيداعها كل من الثمن والمصاريف لدى الموثق في الآجال القانونية المحددة، ألزم القانون الشفيع برفع دعوى الشفعة على كل من البائع

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 341

والمشتري، فيجب لصحة هذه الإجراءات اتباع كيفية معينة لرفع الدعوة واحترام مواعيدها. فهذا ما يتم تناوله في هذا الفرع.

أولاً : كيفية رفع دعوى الشفعة

من خلال استقراء المادة 802 ق.م.ج، يتضح أن المشرع الجزائري لم يتعرض للقواعد الخاصة بكيفية رفع دعوى الشفعة، مما يتعين معه الرجوع إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية وطبقاً لنص المادة 14 من هذا القانون، فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة ابتداءً من تاريخ إيداع عريضتها المكتوبة الموقعة والمؤرخة بأمانة الضبط من قبل المدعي أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، بعد ذلك تقييد العرضة حالاً في سجل خاص تبعاً لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة ثم يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العرضة الإفتتاحية ويسلمها المدعي بغرض تبليغها رسمياً للخصوم، وهذا ما نصت عليه المادة 16 ق.م.ج⁽¹⁾

والجدير بالذكر أن عريضة افتتاح دعوى الشفعة كانت لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم 76_63. المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم التي تنص على: « دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بالفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً ... »⁽²⁾

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/04/26 والذي جاء كما يلي: « ... الثابت من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة شكلاً بسبب قيامها بإشهار عريضتها لرفع الدعوة في النزاع المتعلق بإثبات حقها في الشفعة، قد أخطأ في تطبيق

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 58

⁽²⁾ مرسوم رقم 76-63، مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل التجاري، معدل ومتقدم، جريدة رسمية عدد 30

صادر بتاريخ 13 أبريل 1976

القانون لأن المادة 85 من المرسوم المذكور سابقا ،تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق لفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، والحال أن دعوى الطاعة تتعلق بالشفعة وشروط ممارستها ،و من هنا فإن القرار المطعون فيه خطأ في تطبيق القانون وعرض فضاءه للنقض « (1)

لكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر،أصبحت دعوى الشفعة تخضع لإجراء الشهر ،حيث نصت المادة 17 ق.إ.م.إ على أنه :« يجب إشهار عريضة رفع الدعوة لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار أو حق عيني مشهر طبقا للقانون،و تقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للإشهار (2) » .

ثانيا : ميعاد رفع الدعوى

من خلال نص المادة 802 من القانون المدني الجزائري، تبين أن هناك ميعادا لرفع دعوى الشفعة، وهو ثلاثون يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة،و يبدأ سريان ميعاد الثلاثين يوما المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري،من اليوم التالي لليوم الذي أعلن فيه كل منهما بالرغبة في الشفعة،و من تم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير (3) .

(1) المحكمة العليا،قسم الوثائق، قرار رقم 194437 مؤرخ في 26أفريل 2000 ، العدد 2، المحلة القضائية، الصادرة

2000، ص146

(2) المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(3) محمد حسين منصور،المرجع السابق، ص 661

لكن إذا رفع الشفيع الدعوة على بعض بائعي العقار في حالة تعددهم في الميعاد لقانونين وهو لا يعلم بوجود غيرهم جاز له رفع الدعوة على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني.⁽¹⁾

والجدير بالذكر أنه إذا وقع اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوماً في يوم عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل يلي انتهاء العطلة، وهذا ما قضت به المادة 405/3 ق.م.إ.م.إ.

والملاحظ أن المشرع سكت عما إذا كان هذا الميعاد يضاف إليه المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، على خلاف نص المادة 799 ق.م.ج، حيث نص على إضافة ميعاد المسافة للمدة المحددة لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.⁽²⁾

أما إذا لم يتم الشفيع برفع الدعوى في الميعاد القانوني، فإن حقه في الشفعة يسقط، كما هو مبين بصريح المادة 802 ق.م.ج ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب في أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز إيداء هذا الدفع الأول مرة أمام المحكمة العليا، وللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى ولو نزل صاحب الحق من التمسك به.

الفرع الثالث: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة

دعوى الشفعة هي دعوى عينية، إذ يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه وذلك باتخاذ سبب من أسباب كسب الملكية وهي الشفعة.

ولكن كان هناك رأي يذهب إلى أن دعوى الشفعة هي دعوى شخصية فتكون من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعي عليه، فأراد المشرع أن يحسم الخلاف

⁽¹⁾ علي عيشور، المرجع السابق، ص 43

⁽²⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 59

بأن نص في المادة 802 ق.م.ج على اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه ليبدل على أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية عقارية.

هذا من حيث الاختصاص المحلي، أما عن الاختصاص النوعي فالقسم المختص هو القسم العقاري وهذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام ومخالفته يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة. (1)

هذا ما أقرته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرارها رقم 34131، والذي جاء في حيثياته: «... من المقرر قانوناً أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ومن المقرر أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائياً». (2)

أما في ما يخص الحكم الفاصل في الدعوى الصادر عن هذه المحكمة فنصت عليه م803 ق.م.ج على أن هذا الحكم الذي يصدر يكون نهائياً بثبوت الشفعة، يعد سندا لملكية الشفيع دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري، و بمعنى آخر فإن السند الذي يثبت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، يتمثل في الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفيع في الشفعة.

كما أكدت م793 ق.م.ج على انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، متوقف عر مراعاة الإجراء المنصوص عليه قانوناً ولا سيما المتعلق بالشهر العقاري. (3)

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، صص 684، 685

(2) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 34131 مؤرخ في 19 نوفمبر 1984، العدد 03، المجلة القضائية الصادرة في

1990، ص 52.

(3) رضا هطال، المرجع السابق، ص 61

هذا ما أكدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قراره رقم 30840 الصادر بتاريخ 27/02/1997 والذي من بين حيثياته: « من المقرر قانوناً أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية، ولا سيما التي تدير مصلحة شهر العقار، وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكماً نهائياً بأحقية في الشفعة وحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع فيه، فيكون قد تحصل على سند الملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري »⁽¹⁾

⁽¹⁾ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 30840 مؤرخ في 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 03

المبحث الثاني: آثار الشفعة ومسقطاتها

بعد قيام سبب الشفعة وتحقق شروطها فإن الشفيع يبدأ في مباشرة إجراءات الشفعة تبعا للمواعيد المحددة والمضبوطة في نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، بالإضافة إلى ما شمله قانون الإجراءات المدنية انطلاقا من إعلان رغبته في الشفعة ووصولاً إلى نقطة مراده وهو ثبوت حقه في الشفعة، إما رضاء عن طريق التسليم له بحثه من طرف المتابعين أو بصدور حكم قضائي يثبت أحقيته في الشفعة رضاء أم قضاء، بعد ذلك يمكن البحث في آثار الشفعة التي تنجز عن ثبوت هذا الحق .

أول تلك الآثار السابقة هو حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، بناء على ما نصت عليه م 794 ق.م.ج، و كذا نص المادة 804 ق.م.ج، ليعتبر بذلك الأثر المباشر الذي يتم من الشفيع والمشتري تضاف إلى هذا آثار أخرى غير مباشرة تظهر في علاقة الشفيع بالبائع وعلاقة الشفيع بالغير، وعلاقته بالمشتري وهذا ما يتم بحثه من خلال (المطلب الأول) المتمثل في آثار الشفعة. بمعنى العلاقات المترتبة عن الشفعة، أما في (المطلب الثاني) فيتم التعرض لمسألة سقوط الشفعة.

المطلب الأول: آثار الشفعة

يترتب عن ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إما رضاء أو قضاء حلول الشفيع محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه، ليتم بناء على هذا تفضيل الشفيع على المشتري، في بيع العقار المشفوع فيه، و نتيجة لهذا الحل ينتقل الحق العقاري المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع وسواء أكان هذا الحق حق ملكية أم حق انتفاع، ومن هنا تتحول الصفقة التي كانت مبرمة بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، ويستبعد المشتري منها وكأنها لم تتعقد له أصلاً، و ينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع من حيث التزامات كل منهما بعد تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري بالنسبة للبائع وتحدد هنا علاقة

الشفيع بالبائع (الفرع الأول) إلا أن هذا لا يعفي الشفيع بأي حال من التزاماته اتجاه المشتري، و التزامات هذا الأخير في اتجاه الشفيع أيضا وتجدد انطلاقا من علاقة الشفيع بالمشتري (الفرع الثاني) يضاف إلى ذلك مسألة علاقة الشفيع بالغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع

تنص المادة 804 ق. م. ج على أن: « يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع علة البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة »⁽¹⁾. كذلك ما نصت عليه م 794 ق. م. ج .

من نص هذه المادة يمكن القول أنه متى ثبت للشفيع حقه في الشفعة، بالتراضي أو بالتقاضي، تحول البيع من أن يكون بين البائع والمشتري، إلى أن يكون بين البائع والشفيع، ويعتبر هذا الأخير هو المشتري منذ البداية، إذ أنه حل محل المشتري في هذا البيع ويترتب على هذا أن العلاقة ما بين الشفيع والبائع يحددها عقد البيع، وقد أصبح فيه الشفيع مشتريا، ويحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري⁽²⁾، وتتمثل هذه الإلتزامات فيما يلي:

أولا : التزامات البائع نحو الشفيع

تتمثل التزامات البائع نحو الشفيع في نقل ملكية المبيع الشفوع فيه، وتسليمه إليه . كما يلتزم اتجاهه بضمان القرض والإستحقاق إضافة إلى ضمان العيوب الخفية، وهذه الإلتزامات كما التالي :

⁽¹⁾ المادة 804 من القانون المدني الجزائري

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 738

أ - التزام البائع بنقل ملكية البيع إلى الشفيع:

وهذا وفقا للقواعد العامة بشأن التزامات البائع . حسب ما تقضي به المادة 361 ق م ج بقولها : « يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا (1) ».

كما أن هذه الملكية لا تنتقل سواء في حق الغير، أو بين المتعاقدين إلا بمراعاة اجراءات الشهر العقاري، وهو وقررته كثير من النصوص التشريعية منها نص المادة 165 ق م ج وكذلك المادتين 803 . 793 ق. م. ج . من هذا المنطلق فإنه كلما كانت الشفعة بالتراضي وجب شهر سند التراضي . لتنتقل الملكية إلى الشفيع من تاريخ شهر هذا السند، وإذا تمت الشفعة بالتقاضي يسقط كذلك شهر حكم القاضي المنشئ لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة في المحافظة العقارية لتنتقل الملكية أيضا من تاريخ ذلك الشهر . (2) يتم ذلك كما يلي :

1- شهر إقرار المستر بالنفقة:

فإذا تمت الشفعة بالتراضي، وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم شهره فإنه يكفي في هذه الحالة أن يحرر هذا المشتري إقرارا بتسليمه الشفعة للشفيع موقعا عليه من طرفه وذلك بعقد رسمي أمام الموثق وفقا لأحكام المادة 324 مكرر (3) من القانون المدني السالفة الذكر، ويتأكد المحافظ العقاري من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وذلك للإستيثاق من أن هذا القرار يعتبر استعمالا لحق الشفعة، وليس بيعا جديدا صادرا عن

(1) المادة 361 القانون المدني الجزائري

(2) رضا هطال، المرجع السابق، ص 63

(3) المرجع نفسه، ص 63

المشتري إلى الشفيع، ثم يقدم الإقرار إلى مصلحة الطابع والتسجيل لتسجيله، ثم إلى الحافظ العقاري للتأشير . بمضمونه على هامش عقد البيع، على هامش تسجيل إعلان الرغبة (1).

2- شهر الحكم الصادر بالشفعة :

أما إذا لم يكف عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم شهره، فإن الإقرار بتسليم الشفعة في هذه الحالة، يجب أن يكون موقعا من البائع والمشتري والشفيع، ويكون موثقا، يجوز أن يحرر الموثق عقد بيع جديد من البائع إلى الشفيع، ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتا لتسليمه بالشفعة، ماتم شهر وتسجيل هذا الإقرار أو العقد لانتقلت الملكية إلى الشفيع (2).

أما إذا تمت الشفعة بالتقاضي، وتحصل الشفيع على حكم قضائي بها، فإنه يجب أن يشهر هذا الحكم فتنقل الملكية إليه مباشرة من البائع، هذا ما صرحت به المادة 803 ق م ج.

ومتى إنتقلت الملكية إلى الشفيع على هذا النحو، فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار المشفوع فيه كيفما شاء ومتى ما شاء .

ب- التزام بتسلم العقار إلى الشفيع:

يتفرع على التزام البائع بنقل الملكية، التزامه بتسليم العقار إلى المشتري كما هو واضح من المادة 167 من القانون المدني التي تنص على أن الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسلم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم فإذا كان العقار نازل بيد البائع ولم يسلمه بعد إلى المشتري فيلتزم في هذه الحالة بتسليمه إلى الشفيع، لأنه أصبح هو المشتري بعد ان أخذ العقار بالشفعة (3).

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 286، 287

(2) المرجع نفسه، ص، 287

(3) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 443

ويلتزم البائع بتسلم العقار إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، كما هو واضح من المادة 364 ق. م. ج، ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتم تسليمه تسليماً مادياً مادام البائع قد أخبر بذلك، كما هو واضح في المادة 397 ق. م. ج .

ويتم التسلم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة، إلا إذا حدد موعد معين في البيع وقتاً للتسلم، ويتم فيه ذلك، أو كان هناك عرف يقتضي بتسليم المبيع في ميعاد معين أو اقتضت طبيعة المبيع وقتاً لتسلمه، ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه وعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسلمه (1).

فإذا لم يقدّم البائع بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع فإنه يكون مسؤولاً عن الإخلال بهذا الالتزام، حتى ولو كان عدم التسليم راجعاً إلى سبب أجنبي، ومعنى ذلك أن تبعه الهالك أو تلف العقار قبل التسليم تكون على عائق البائع طبقاً للمادة 369 ق م ج حتى ولو كان قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها، فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع . (2)

أما إذا تسلّم الشفيع العقار المشفوع فيه، فإن تبعه الهالك تكون عليه حتى ولم تنتقل الملكية إليه، ويترتب على هذا أن تبعه الهالك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية.

ومعنى أن تبعه الهالك تكون على المالك قبل التسليم وعلى الشفيع بعد التسليم أن العقار إذا هلك وهو ما يزال في يد البائع لم يسلمه إلى الشفيع، فإن كان قبض الثمن وجب عليه أن يردّه للشفيع، فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي، فإن هلكه يكون على الشفيع لأعلى البائع، وهذا ما صرحت به العبارة الأخيرة من المادة 969 ق.م.ج وتبعه

(1) رضا هطال، المرجع السابق، ص 65

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 744

الهلاك الجزئي كتبعة الهلاك الكلي، فإذا هلك العقار جزئياً أو حدث نقص في قيمته بسبب تلف أصابه، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم، وعلى الشفيع بعد التسليم.⁽¹⁾ هذا ما نصت عليه المادة 370 ق م ج بقولها: «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري، إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، ولما يبقى البيع مع إنقاص الثمن»⁽²⁾

وبناء على نص هذه المادة، يكون للشفيع في حالة الهلاك الجزئي أو نقص قيمة العقار المشفوع فيه قبل تسليم العقار، الخيار بين فسخ العقد أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار أو من قيمته، أما إذا كان الهلاك أو نقص القيمة، لم يبلغ من الجسامة قدراً بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما أتم البيع ولم يكن للشفيع حق الفسخ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط⁽³⁾.

ج-التزام البائع بضمان التعرض والإستحقاق:

فيما يتعلق بالتزام البائع بضمان التعرض والإستحقاق للشفيع تنص المادة 804 ق.م.ج: «... لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة»⁽⁴⁾ وقد تضمن النص العربي نقصاً بالنسبة للنص الفرنسي، بحيث نقص منه حرف الإستثناء "إلا" فيكون الصواب « لا يرجع الشفيع إلا على البائع ... » إذ أنه من نتائج حلول الشفيع محل المشتري التزام البائع بالضمان بمختلف أنواعه أو صورته، فيلزم بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق، فتسري هنا أحكام الضمان في عقد البيع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه، وكذلك بضمان التعرض الصادر من الغير

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية والمقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2000، ص 613، 612

⁽²⁾ المادة 370 من القانون المدني الجزائري

⁽³⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 66

⁽⁴⁾ المادة 804 من القانون المدني الجزائري

ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق، و في ما يتعلق بضمان البائع لتعرضه هو، فيتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع ما من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه، ويستوي في ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي، أو مبنياً على سبب قانوني⁽¹⁾

وفي حالة ما إذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعارض الصادر من البائع، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه، فإنه يسري على الشفيع أيضاً لحلوله محل المشتري.

والاتفاق على زيادة الضمان وإنقاصه جائز، أما الاتفاق على إسقاطه، فهو غير جائز كما هو موضح في المادة 378/1 ق م ج.

أما فيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، فإن الذي يضمنه البائع هو التعرض المبنى على سبب قانوني، أما التعرض المبنى على سبب مادي، فإن البائع لا يضمنه، و مثال ذلك أن يدعي الغير حقا على العقار المشفوع فيه، لكن بشرط أن هذا الحق سابقاً على البيع أو يكون ثانياً له، و لكنه مستمد من البائع وفقاً لما تنص عليه المادة 371/2 ق م ج فإذا كان الحق ثانياً للبيع وغير مستمد من البائع، لم يلتزم البائع بالضمان، و مثال الحق السابق على البيع، أن يكون البائع قد باع عقاراً في حياة الغير، فأخذه الشفيع بالشفعة، ثم تبين أن الحائز قد ملكه قبل البيع بالتقدم، في هذه الحالة يكون البائع ملزم بتنفيذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، و ذلك بجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه، فإن عجز وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعويض بتعويض الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه، وهذا ضمان الاستحقاق، وهو إما أن يكون ضماناً عن استحقاق كلي طبقاً لأحكام المادة 375 ق م ج، و

⁽¹⁾ حسين كيرة، المرجع السابق، ص 660

ضمانا عن استحقاق جزئي طبقا لأحكام المادة 376 ق.م.ج بالإضافة إلى المادة 377 ق.م.ج، و بصفة عامة، يخضع التزام البائع بالضمان لأحكام القواعد العامة في هذا الشأن.⁽¹⁾

د- التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

يلتزم البائع نحو الشفيع بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه ويتبين لنا من خلال المادة 379 ق م ج، أن العيب في العقار المشفوع حتى يوجب الضمان يجب أن يكون مؤثرا، فإذا لم يكن كذلك فلا ضمان. كما يجب أن يكون العيب قديما أي موجودا في العقار قبل تسليمه للشفيع، وحتى لو لم يكن موجودا وقت البيع ولكنه حدث بعد البيع وقبل التسليم، وبشرط أيضا أن يكون العيب خفيا، فإذا كان ظاهرا وقت تسليم العقار الشفيع ورضي به لم يضمنه البائع، كما يجب أن يكون العيب غير معلوم للشفيع وقت تسليم العقار.⁽²⁾

فإذا وجد بالعقار المشفوع فيه عيب توافرت فيه الشروط متقدمة وجب على الشفيع المبادرة إلى إخبار الشفيع به، فإذا ما أخبره كان له أن يرجع عليه بالضمان، كما هو واضح من نص المادتين 380/381 ق م ج، غير أنه يجب التمييز بين ما إذا كان العيب جسيما بحيث لو أن المشتري كان يعلم به وقت البيع لما أقدم على الشراء، ففي هذه الحالة يكون الشفيع مخيرا بين رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي، وبين استيفاء العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد ففي هذه الحالة لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب العيب.⁽³⁾

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ص. 748، 750

(2) المرجع نفسه، ص ص 751، 752

(3) رضا هطال، المرجع السابق، ص 69

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري، فإذا لم يسلم إلى المشتري، فمن وقت تسليمه مباشرة إلى الشفيع، وهذا ما نصت عليه المادة 383 ق م ج .

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية إما بالزيادة أو بالنقصان أو بالإسقاط فيسري هذا الإتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري، على أن كل شرط يسقط الضمان، أو ينقصه بقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء البيع في العقار المشفوع فيه غشا منه، وهذا ما نصت عليه المادة 384 ق م ج .⁽¹⁾

ثانيا: التزامات الشفيع نحو البائع

بما أن حلول الشفيع محل المشتري هو الأثر الجوهري لأخذ الشفيع بالشفعة سواء بالتقاضي أو التراضي، فإنه يتحمل كل ما كان يلتزم به المشتري وقد حل محله في البيع بسبب الشفعة. إذ يلتزم الشفيع في المقام الأول بالوفاء بالثمن للبائع، كما يلتزم في المقام الثاني بأن يتسلم العقار المشفوع فيه.

1- التزام الشفيع بالوفاء بالثمن للبائع:

إذ أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة، فقد أصبح ملزم بدفع الثمن للبائع، إذا كان هذا الأخير لم يقبض الثمن من المشتري، أو دفع الثمن للمشتري. إذا كان هذا الأخير قد دفع الثمن للبائع.

فإذا كان الشفيع قد أخذ الشفعة بالتقاضي، فما على البائع إلا أن يتوجه إلى الموثق لسحب الثمن الذي يكون الشفيع قد أودعه بين يدي الموثق، كما سبق بيانه في الفصل الأول إذا كان مطابقا للثمن الذي تحدد في الحكم، فإذا كان يزيد عليه كان للشفيع استرداد الزائد

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص 487

وإذا كان يقل عنه فعلى الشفيع دفع الباقي إلى البائع، و يكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن.

أما إذا أخذ الشفيع الشفعة بالتراضي فإنه يكن ملزماً بدفع الثمن المتفق عليه للبائع.⁽¹⁾

وفي حالة ما إذا كان الثمن مؤجلاً، فإن الشفيع لا ينتفع بالأجل المضروب للمشتري إلا برضاء البائع، وهذا ما صرحت به المادة 804 ق.م.ج. وبعد هذا خروجاً عن الأصل المقرر في حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، والسبب في هذا واضح، وإذا أن الاعتبارات التي قد يراعيها البائع في المشتري، قد لا تتعدى إلى شخص الشفيع، ومع ذلك قد يرضى البائع بتأجيل الثمن للشفيع لاعتبارات متعلقة بالشفيع.⁽²⁾

ورضاء البائع بتأجيل الثمن إنما يأتي بعد أخذ الشفعة، أما في أثناء الإجراءات فإن الذي يجب على الشفيع هو إيداع كل الثمن بين يدي الموثق. حتى لو كان البائع راضياً بتأجيل الثمن، فإذا ما ثبت حق الشفيع بالشفعة، ورضي البائع بتأجيل الثمن أو بتقسيمه، سحب الشفيع الثمن بين يدي الموثق، و سدد للبائع حسب ما تم الاتفاق عليه.

أما إذا أخذت الشفعة بالتراضي، فإن الثمن يكون مؤجلاً أو مسقطاً تبعاً لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع.

2- التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه:

يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه، إما من البائع إذا كان لا يزال في يده، ولما من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه، وقد نصت المادة 394 ق.م.ج، في صدد تسلم المشتري، وقد حل محله الشفيع للمبيع على أنه: «إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 70

⁽²⁾ حسن كيرة، المرجع السابق ص 661

يتسلمه دون تأخير بإستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم» (1) ونصت المادة 395ق م ج على أن: « نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك» (2)

والتسليم في أغلب صورته، هو العملية المتممة للتسليم، فالبائع يلتزم بتسليم المبيع والشفيع يلتزم بتسليمه بأن يستولي عليه فعلا، وعليه فإن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع، أما نفقات تسلمه فتكون على المشتري وقد حل محله الشفيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. (3)

إن ثبوت الشفعة للشفيع، قضاء أو رضاء، يعني بالضرورة حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته في البيع المشفوع فيه وإن تم استبعاد المشتري من الصفقة بمقتضى هذا الحلول.

إلا أنه يبقى علاقة بين المشتري وذلك الشفيع، إذ يظهر أن للمشتري التزامات إتجاه الأول، ويفترض في هذه الحالة أنه قد تم تنفيذ عقد البيع المشفوع فيه، إذ أن هذه العلاقة لا تظهر أهميتها بشكل جلي وواضح إلا إذا تم تنفيذ هذا العقار بين كل من البائع والمشتري (4).

الفرع الثاني : علاقة الشفيع والمشتري

إن الوضع الغالب في علاقة الشفيع بالمشتري هو قيام الشفيع بتسليم العقار من البائع مع دفع الثمن له، وهنا يحق للمشتري أن يسترجع الثمن والمصاريف من الشفيع، ويكون على الشفيع التعويض عن المصاريف والنفقات اللازمة والنافعة للمشتري، ويلتزم الشفيع بالتعويض عما أقامه المشتري من بناء وغراس، كما يلتزم المشتري في المقابل بتسليم العقار المشفوع

(1) المادة 394 من القانون المدني الجزائري

(2) المادة 375 من القانون المدني الجزائري

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 754، 755،

(4) المرجع نفسه، ص 756

فيه إلى الشفيع، مع رد ثمار العقار المشفوع فيه إليه إن وجدت، نلاحظ دائما بأننا أمام التزامات متقابلة بين الطرفين كل التزام يقع على عاتق طرف معين يعتبر في نفس الوقت حقا للطرف الآخر، بناء عليه فإننا نجد أنفسنا هنا أمام نوعين من الالتزامات وهي:

أولا: التزامات الشفيع اتجاه المشتري

عندما يحل الشفيع محل المشتري بعد ثبوت حقه في الأخذ بالشفعة تقع على عاتقه جملة من الالتزامات، منها التزامه بدفع ثمن البيع والمصاريف اللازمة للمشتري إذا كان هذا الأخير قد أوفى بها للبائع بالإضافة إلى التزامه بالتعويض للمشتري عن كل النفقات والمصاريف اللازمة والنافعة التي أنفقها على العقار المشفوع فيه، ثم التزامه بالتعويض عن البناء والغراس في العقار المشفوع فيه⁽¹⁾.

1 - التزام الشفيع بدفع ثمن البيع والمصاريف للمشتري:

إن هذا الالتزام لا يقع على عاتق الشفيع إلا إذا تم تنفيذ البيع المشفوع فيه، لأنه في هذه الحالة سيرتب الحلول أثره بأن يقوم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، وفي المقابل يقع على عاتق الشفيع دفع ثمن البيع والمصاريف اللازمة لهذا المشتري⁽²⁾.

كما أن المشتري يكون له الحق في الثمن والمصاريف ولو لم يكن قد دفع الثمن للبائع إلا أن بعض الفقهاء لا يرون بهذا الحكم ويميزون بين حالتين . الأولى وهي إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، هنا في هذه الحالة يكون الثمن الذي أودعه الشفيع من حق المشتري قد دفع الثمن للبائع، بخلاف الحالة الثانية وهي التي لم يدفع فيها الثمن للبائع فيكون الثمن المودع لدى الموثق من طرف الشفيع من حق البائع لا المشتري، ونفس الحكم كذلك ينطبق على الشفعة التي تمت بالتراضي وسلم بها المشتري للشفيع بحيث لم ترفع

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 755

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 145

دعوى الشفعة من طرف هذا الأخير فيكون على الشفيع أن يدفع الثمن والمصاريف للمشتري في الحالة الأولى، ويكون عليه أن يدفع الثمن للبائع في الحالة الثانية.⁽¹⁾

يرى الرأي الأول القاضي بأن المشتري يكون له دائما حقه في الثمن والمصاريف، ولو لم يكن قد دفع الثمن إلى البائع هو الأولى بالإتباع، وهو الراجح فقها وقانونا باعتبار أن هذا الحكم يتوافق مع روح التشريع، وما تتضمنه نصوص الشفعة وخاصة ما ورد في نص المادة 804 م ج والمادة 794 م ج.

يتضح لدينا بأنه على الشفيع أن ينفذ إلتزامه هذا بغض النظر عن كون الشفعة تمت رضاء أو قضاء، بحيث لو تمت رضاء بتسليم المشتري بحق الشفيع فإنه يكون من حق المشتري أن يسترجع من الشفيع كل الثمن والمصاريف، أما إذا تمت الشفعة قضاء وذلك بعد إتمام إجراءات الشفعة ومن بينها إيداع الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع وهو غالبا ما يكون معادلا لهذا الثمن.⁽²⁾

لكن في حالة إذا رفع الشفيع دعوى صورية الثمن بعد أن أودع كل الثمن المحدد في عقد البيع، ونجح في إثبات دعواه، وقضت المحكمة بالثمن الحقيقي فإن المشتري ليس له إلا أن يسحب ما يعادل الثمن الحقيقي وما زاد يعتبر من حق الشفيع، ويترتب على هذا أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب من الشفيع مبلغا يزيد عن الثمن والمصاريف، مما قام بالوفاء به إلى البائع بحجة غلاء المعيشة وارتفاع الأسعار، وبالتالي فإن العقار قد ارتفعت قيمته وبالمقابل فإنه لا يجوز للشفيع كذلك أن يطلب إنقاص ثمن البيع بحجة هبوط الأسعار وبالتالي فإن العقار قد نقصت قيمته.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 487

(2) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 368

بالإضافة إلى الإلتزام بدفع الثمن يجب أيضا على الشفيع دفع قيمة المصاريف التي صرفها المشتري على هذا العقار، سواء كانت مصاريف رسمية كرسوم التوثيق ورسوم الدمغة والتسجيل، و رسم الشهر وغيرها، أو كانت غير رسمية كأجر السمسار وأتعاب المحامي.⁽¹⁾ وتكاليف معاينة العقار المشفوع فيه حيث أن هذه المصاريف التزم المشتري بدفعها عند شراء العقار، ومنها ما دفع من أجل إنتقال الملكية من البائع إلى المشتري، كرسوم التسجيل والتوثيق والشهر .

أما إذا أخل الشفيع بالتزامه بدفع الثمن، بحجة أن الشفيع لم يتم بوفاء الثمن له ،لأن المشتري حين قام بوفاء الثمن للبائع إنما يكون قد وفى دينا واجبا في ذمته، ويرجع المشتري على الشفيع في هذه الحالة طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب، ليسترد الثمن الذي دفعه للبائع، وكذا المصاريف التي أنفقها من أجل شراء العقار المشفوع فيه ، وهذا عن طريق التنفيذ على أموال الشفيع أو حبس العقار المشفوع فيه ويتحقق هذا الغرض في حالة ما إذا تمت الشفعة بالتراضي، ولم يتم الشفيع برفع دعوى الشفعة لكن إذا تمت الشفعة بالتقاضي، فإن الشفيع يكون قد أودع الثمن لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة، وعليه يكون حينئذ للمشتري في هذا الغرض أن يسحب الثمن والمصاريف مما أودعه الشفيع لدى الموثق، وحينها يكون الشفيع قد أوفى بالتزامه تجاه المشتري.⁽²⁾

2- التزام الشفيع بالتعويض عن النفقات اللازمة والنافعة للمشتري:

قد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه بعد أن تسلمه من البائع نفقات ضرورية أو نافلة أو كمالية، فهنا يعتبر المشتري حائزا للعقار المشفوع فيه، فيرجع بهذه المصروفات على المالك وهو الشفيع .

⁽¹⁾ حسين كيرة، المرجع السابق، ص 664

⁽²⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 369

والمصرفات الازمة يقصد بها: تلك النفقات غير العادية التي أنفقت من طرف المشتري لإنقاذ العقار من الحريق أو الغرق وما شابه ذلك، ومنه أيضا النفقات التي أنفقها المشتري من أجل ترميم جدار في العقار المشفوع فيه آجل السقوط، وكل أعمال الحفظ والصيانة والترميم التي تشمل تقوية أساس المنزل وترميم السقف وإصلاح دورة المياه وغيرها فكل هذه النفقات تدخل ضمن النفقات الازمة (1).

تقرر إلزام دفع المصرفات اللازمة بمقتضى المادة 839 / 1 ق.م.ج والتي نصت بأنه: « على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصرفات اللازمة (2) »

نشير هنا بأن المصرفات الضرورية أو الازمة واجبة على الشفيع لصالح المشتري سواء كان إنفاقها قبل إعلان الرغبة أم بعدها .

أما بالنسبة للمصرفات النافعة فيقصد بها: تلك النفقات التي ينفقها المشتري لتحسين العقار والزيادة من قيمته، وتحسين طريقة الإنتفاع به كتمديد الإضاءة الكهربائية وإدخال أنابيب الغاز والمياه إلى العقار المشفوع فيه، فكل أعمال الري والصرف وما شابه ذلك.

وقد أشارت إليها المادة 839 / 2 ق.م.ج لتحيلنا إلى المادتين 784 و 785 ق.م.ج بقولها: « و فيما يرجع إلى المصرفات النافعة تطبق المادتين 784 و 785 (3) »

بالرجوع إلى نص المادتين، نجد نص المادة 784 ق.م.ج وما تضمنته المادة 785 ق م ج، أن كل شخص يقيم منشآت في أرض الغير وبمواد من عنده، وهو يعلم بأن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 764

(2) المادة 1/839 من القانون المدني الجزائري

(3) المادة 2/838 من القانون المدني الجزائري

الأرض غير مملوكة له وقام حينها مالك الأرض برفع دعوى استحقاق على أرضه، فهنا تثار مشكلة المنشآت المقامة عليها، وبالتالي يجب أن نميز هنا بين حالتين:

حالة ما إذا كان الشخص الذي أقام المنشآت وهو المشتري هنا سيء النية، وبين ما إذا كان حسن النية.

فإذا أقام المشتري هذه المنشآت والتحسينات قبل شهر الشفيع إعلان الرغبة في الشفعة فإنه يعد حائزا حسن النية، وبالتالي فلا يجوز لمالك الأرض وهو الشفيع أن يطلب إزالة المنشآت، بل يجوز للحائز (المشتري) أن يطلب استبقاء المنشآت ويملكها صاحب الأرض بالإلتصاق،⁽¹⁾ ويجب عليه هنا أن يعرض المشتري بدفع قيمة مواد البناء وأجرة العمل، وهي القيمة التي افتقر بها المشتري، أو يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهي القيمة التي اغتنى بها مالك الأرض وهو الشفيع، حسب ما قرره المادة 785 ق.م.ج، وأما في حالة إذا أنجز المشتري هذه المنشآت والتحسينات بعد أن قام الشفيع بشهر إعلان الرغبة في الشفعة فإنه يعد سيئ النية، وبالتالي يكون للشفيع باعتباره مالكا خلال سنة أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها، وكما يمكن له أن يطلب زيادة على ذلك تعويضا عما تحدثه هذه الإزالة من أضرار، على أساس أن من أقام هذه المنشآت وهو المشتري هنا كان يعلم أن العقار المشفوع فيه ملكا للشفيع⁽²⁾.

كما يمكن أيضا للشفيع أن يطلب إستبقاء المنشآت ليملكها بالإلصاق مع دفع مقابل ذلك للمشتري وهو أقل القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة العقار المشفوع فيه مع المنشآت، أي يتقيد هنا دائما بأحكام الإلصاق في شأن تعويض الحائز سيء النية، حسب ما قرره المواد 784 و 785 ق.م.ج، وذلك لاعتبار أن المشتري هنا حائزا سيء النية.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 372

(2) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 372

أما المصروفات الكمالية، وهي تلك النفقات التي لا ترجع بالفائدة الكبيرة على العقار وإنما تنفق مثلا لزخرفة العقار وتزيينه كطلاء الجدران والسقف، وكل ما يدخل في معنى الزينة والزخرفة أي، أي عمل معنوي آخر فهذه المصروفات لا يجوز للمشتري أن يطالب الشفيع بردها له، غير أنه يجوز للمشتري أن يزيل ما أحدثه من منشآت التزيين والتجميل بشرط أن يعيد العقار إلى وضعه الأول وعلى نفقته، ولكن يجوز للشفيع أن يطلب استبقاء هذه المنشآت على أن يدفع للمشتري قيمتها بعد عملية الإزالة أو الهدم⁽¹⁾

كما لا يجوز للمشتري أن يطالب الشفيع بهذه المصروفات الكمالية سواء أنفق هذه المصروفات قبل التصريح بالرغبة في الشفعة أو بعده.

أحكام المصروفات الكمالية نظمها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3/339 ق م ج بقولها: « وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت، بشرط أن يرد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقياها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم . »⁽²⁾

3- التزام الشفيع بالتعويض عما أقامه من بناء وغرس:

عالج المشرع الجزائري مصير ما أقامه المشتري في العقار المشفوع فيه من بناء أو غراس أشجار، مفرقا في ذلك بين إقامة البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وبين إقامته بين هذا الإعلان، ونلاحظ بأن المشرع هنا كأنه يعتبر بأن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو وقت إعلان الرغبة مساير لإتجاه بعض الفقهاء .⁽³⁾

(1) أحمد دغيش ، المرجع السابق، ص 373

(2) المادة 3/839 من القانون المدني الجزائري

(3) حسين كيرة، مرجع سابق، ص 667

إلا أن الراجح بأن وقت الحلول يكون بعد صدور الحكم القضائي المثبت للشفعة إن تمت قضاء، أو بعد التسليم بها من طرف المشتري إن تمت رضاء وهو ما ذهب إليه كثير من الفقهاء في هذا المجال، وقد عالج المشرع هذه الحالة في المادة 805 ق م ج بقولها: «إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما 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 بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء أو أجره العمل أو نفقات الغراس⁽¹⁾»

يستخلص من هذا النص أن المشرع قد وضع أحكاما خاصة لحالة بناء المشتري أو غرسه أشجارا في العقار المشفوع فيه وذلك بعد أن تسلمه من البائع بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما وميز بين حالتين :

أ- الحالة الأولى: قيام المشتري بالبناء والغراس في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الرغبة في الشفعة:

في هذه الحالة لا يحق للشفيع أن يطلب الإزالة، وإنما يجب عليه أن يأخذ العقار بما فيه أو عليه من بناء أو غراس، ويكون عليه أن يعرض المشتري حيث يلتزم الشفيع تبعا لما يختاره أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء والغراس، حيث يلتزم الشفيع هنا بأكبر هاتين القيمتين⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة 805 من القانون المدني الجزائري

⁽²⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 375

ب- الحالة الثانية : البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة :

في هذه الحالة يكون للشفيع الخيار بين أن يطلب الإزالة وإعادة العقار إلى أصله على نفقة المشتري مع التعويض إن كان له وجه في ذلك كما يجوز للشفيع بدلا من ذلك أن يختار استيفاء البناء أو الغراس وهنا لا يلتزم إلا بدفع ما أنفقه المشتري .⁽¹⁾

ثانيا: التزامات المشتري اتجاه الشفيع

يترتب على الأخذ بالشفعة أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته طبقا لنص المادة 804 ق. م. ج ومن بين هذه الآثار حصول علاقة قانونية بين المشتري والشفيع، إلا أننا هنا في هذه الحالة سنبحث في الالتزامات التي تقع على عائق المشتري لفائدة الشفيع وهي تتمحور حول التزامين اثنين هما:

1- التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع:

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء، فإنه يجب على المشتري بعد ذلك أن يسلم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وهذا متى استلمه من البائع وتسليم العقار هنا يكون وفق الحالة التي كان عليها وقت البيع، وفي حالة إذا قام المشتري بالتسجيل عقدة فإنه يقع عليه أيضا التزام بنقل ملكية العقار المشفوع فيه بصفة خاصة إذا كان الأخذ بالشفعة قد تم رضاء.⁽²⁾

يتم التسليم عادة بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، حيث يعتبر الشفيع في حكم المشتري لأنه يحل محل هذا الأخير وبالتالي تنطبق عليه أحكام المادة 367 ق. م. ج بشأن أحكام التسليم، وأهمية التسليم تظهر أكثر في تحمل تبعة الهلاك، وبالرغم من عدم وجود نص ضمن نصوص الشفعة خاصة

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 375

⁽²⁾ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 146.

بتبعية هلاك العقار المشفوع فيه، فإن الفقهاء عالجوا هذه المسألة بقياسها على تبعية الهلاك في العقود الملزمة للجانبين الوارد بينها في القانون الجزائري المدني وخاصة ما ورد في نص المادة 369 م ج، ذلك أن الأصل في هذه العقود أن تبعية الهلاك تقع على المدين الملزم بالتسليم . (1)

بناءا عليه فمتى هلك العقار المشفوع فيه بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أي سبب أجنبي آخر لا بد فيه للشفيع قبل أن يتسلمه هذا الأخير أو قبل إعداره بتسليمه، فتكون تبعية الهلاك على المشتري ويسترد الشفيع الثمن المودع لدى الموثق، أما إذا كان العقار المشفوع فيه قد هلك بعد تسلمه من جانب الشفيع أو بعد إعداره بتسليمه، فإن تبعية الهلاك تقع على الشفيع، ولا يحق له أن يسترد الثمن المودع لدى الموثق . حيث أن هذا يصبح من حق المشتري وحده .

من هذا المنطلق يلاحظ أن تبعية الهلاك يتحملها المدين الملتمزم بالتسليم وهو المشتري متى وقع الهلاك قبل التسليم، أو قبل إعدار الشفيع بالتسليم وبغض النظر إن كان الهلاك قد وقع قبل إعلان الرغبة أم بعدها لأنه لا يصح قياس تبعية هلاك العقار المشفوع فيه على تحمل هذه التبعية بالنسبة لحيازة العقار بسبب المسؤولية في حالة الهلاك، ليفترض المشتري هنا جائزة فيتحمل تبعية الهلاك على أساس سوء أو حسن نيته، والقول بأن معيار سوء النية يتحدد إنطلاقا من وقت إعلان الرغبة(2)

إن القول بالفكرة الواردة في الفقرة الأخيرة سيؤدي إلى اتساع نطاق الشفعة أكثر مما يخدم مصلحة الشفيع على حساب مصلحة المشتري، لا سيما أن الشفعة حق استثنائي ورد على خلاف الأصل، و من نتائجه نزع الملكية جبرا من يد هذا المشتري، فلو قلنا بهذه الفكرة لكان قد شددنا الخناق على هذا المشتري أكثر. فبعد ما حرم من العقار المشفوع فيه نكبه

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق ص 376

(2) المرجع نفسه، ص 377

بذلك خسائر تحمل تبعه الهلاك وقبل الحكم القاضي بالشفعة، بالرغم أنه في هذه الفترة التي تبدأ من وقت إعلان الرغبة وحتى النطق بالحكم، لم يلزمه القانون بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. كما لم يلزمه أيضا قبل هذه الفترة ومتى لم يلزم بالتسليم فلا يعتبر مدينا به قانونا، فمن العدل إذا أن لا يتحمل تبعه هلاك العقار المشفوع فيه إذا كان لا بد فيه قبل تاريخ إلزامه بالتسليم. (1)

ب- إلتزام المشتري برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع :

الأصل هو أحقية الشفيع لثمار العقار المشفوع فيه إلى حين تسلمه العقار من المشتري ولكن متى يثبت للشفيع أحقيته لهذه الثمار.

يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة بنص خاص ضمن قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني، و بناءا عليه اختلف الفقه بشأن الإجابة عن هذا التساؤل، حيث يرى جانب من الفقه بأن الشفيع له الحق في هذه الثمار من وقت انتقال الملكية، أي من تاريخ الحكم النهائي بالشفعة عندهم، و هو استقر عليه القضاء المصري أيضا وهذا الرأي يقوم بالربط بين وقت تملك الشفيع للعقار وبين استحقاقه للثمار. (2)

هناك رأي آخر يرى بأن وقت التملك يكون من وقت انعقاد العقد فإنه يطبق نفس الحكم على الثمار ولكنه مع ذلك يعفي المشتري - باعتباره حائزا حسن النية - من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان رغبة الشفيع في الشفعة. (3)

(1) عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 412

(2) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 378

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 773

أما الرأي الفقهي الذي يرى بأن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو تاريخ رفع دعوى الشفعة فيذهب إلى جعل استحقاق الثمار من هذا التاريخ أيضا.⁽¹⁾

مما سبق من ملخص الآراء الفقهية يظهر جليا بأن تلك الآراء كانت تربط بين وقت التملك ووقت استحقاق الثمار، فكانت بذلك حلولهم لهذه المسألة ناتجة من هذا الأساس .

إلا أن أغلب فقهاء القانون يرون بعدم جدية هذا الربط، لاسيما وأن المشرع في نصوص الشفعة يوجب على الشفيع إيداع الثمن كله كإجراء جوهري بدونه تسقط الشفعة، ولا يمكنه بعد ذلك رفع دعواها، و يصف هؤلاء الفقهاء، ومنها الرأي الذي يعتبر تاريخ الحصول على الثمار وتملك العقار المشفوع فيه هو تاريخ صدور الحكم النهائي.⁽²⁾

بأن هذا الاتجاه الفقهي توصل إلى نتيجة غير عادلة في حق الشفيع، طالما أن المشرع يجبر هذا الأخير إيداع كل الثمن الذي حصل به البيع لدى الموثق وعليه فإن هذا الإجراء الأخير يحرم الشفيع الإستفادة من مبلغ هذا الثمن من تاريخ الإيداع إلى حين صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة، وهي فترة قد تستغرق سنوات، ليحرم بالإضافة إلى هذا وطوال تلك الفترة من ثمار العقار أيضا.

بناء على ما سبق وحتى يتحقق التوازن الازم والعدالة ما بين المشتري والشفيع يرى أغلب الفقهاء بأنه يجب أن تكون الثمار للشفيع من وقت إيداع الثمن، وهذا الحل المقرر لدى هذا الإتجاه الفقهي هو الواجب التطبيق أيضا في القانون اللبناني.⁽³⁾

إلا أن أحد الفقهاء ممن انتقدوا بشدة الربط بين وقت التملك ووقت أحقية الثمار للشفيع يرى بأن استحقاق الشفيع لثمار المشفوع فيه، يثبت له من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة

(1) محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، أسباب كسب الملكية، الجزء الثاني، المطبعة العالمية

مصر، د س ن، ص 553

(2) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 379

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 379، 380

لأنه في هذا التاريخ حسب وجهة نظره يستبعد المشتري من البيع ويحل الشفيع محله في كافة حقوقه والتزاماته، والحق في الثمار من بين تلك الحقوق، و يرى كذلك بأنه على الشفيع أن يتحمل من هذا الوقت تكاليف العقار، بحيث يكون للمشتري أن يسترد منه ما دفعه من ضرائب ونفقات استغلال ومصرفات تحصيل الثمار.⁽¹⁾

هذا وبعد عرض لمجمل الآراء الفقهية حول مسألة وقت إثبات أحقية ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع، وفي غياب النص القانوني الخاص المنظم لهذه المسألة، يمكن القول بعدم جدية تلك الآراء الفقهية لعدم اعتمادها على سند قانوني صريح وجازم لحل هذه الإشكالية، وعليه يجب إخضاع حلها لأحكام قواعد الحيابة الواردة في القانون المدني الجزائري باعتبار المشتري حائزا لملك الشفيع وفي هذا الشأن جاء في الجزء الخاص بتملك الثمار بالحيابة طبقا لنص المادة 837 ق م ج.

طالما أن المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر حائزا حسن النية فإنه لا يلتزم برد ثمار العقار المشفوع فيه ونمائه إلى الشفيع على اعتبار أنها ملك له،و بالمقابل تكون الثمار التي قبضها المشتري أو قصر في قبضها بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة ملكا للشفيع باعتبار المشتري في هذه الحالة سيء النية،و عليه يلتزم بردها إلى الشفيع،كما يتحمل هذا الأخير تكاليف جمع هذه الثمار وكل ما أنفقه المشتري من مصاريف عليها،⁽²⁾ وهذا ما قرره المادة 838 ق م ج بقولها: « يكون الحائز سيء النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها ». ⁽³⁾

(1) حسين كيرة ، المرجع السابق، ص 667

(2) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 380

(3) المادة 838 من القانون المدني الجزائري

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 ق م ج على أنه: « لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار⁽¹⁾»

يتناول نص هذه المادة حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه ومتى تسري في حق الشفيع، وفي هذه الحالة يجب التفريق بين الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، من قبل البائع أو المشتري، وسنفصل في مصير هذه الحقوق من خلال ما يلي:

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

إن هذه الحقوق العينية قد تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع، وقد تترتب من جانب المشتري:

1- الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة :

والحقوق العينية التي يمكن أن يربتها البائع على العقار المشفوع فيه متنوعة بتنوع التصرفات التي يجريها البائع في هذا العقار، و أبلغ هذه التصرفات أن يتصرف البائع في ملكية العقار نفسها بالبيع، وقد تكون التصرفات دون ذلك . بأن يترتب البائع على العقار

⁽¹⁾ المادة 806 من القانون المدني الجزائري

حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حق عيني تبعي، كأن يرهنه رسميا أو رهنا حيازيا، أو أن يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع، أو يترتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمة البائع.⁽¹⁾

فإذا ترتب أي حق من هذه الحقوق، فإنه يسري في حق الشفيع إذا أخذ العقار بالشفعة شرط أن يشهر صاحب هذا الحق حقه، قبل تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة إلى البائع وقبل أن يشهر المشتري عقد شرائه، لأن صاحب الحق العيني لا يعلم بوجود البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري، إلا عن طريق الشهر كما لا يعلم بوجود الرغبة في أخذ العقار بالشفعة إلا بإعلان هذه الرغبة وشهرها.⁽²⁾

وعليه فإذا ما شهر صاحب الحق حقه، قبل أن يشهر المشتري عقد شرائه، وقبل أن يشهر الشفيع رغبته في أخذ الشفعة، فإن حقه يكون نافذا، في حق كل من الشفيع والمشتري طبقا للقواعد المقررة في الشهر، فإذا باع البائع العقار ثانية وشهر المشتري عقد شرائه قبل أن يشهر المشتري الأول عقد شرائه، وقبل أن يشهر الشفيع إعلان رغبته في الشفعة، فإن البيع الثاني هو الذي يكون نافذا في حق الشفيع، ولا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وفي مواعيد البيع الثاني، وبالثلث الذي ورد فيه، وبالشروط التي تم فيها.⁽³⁾

كذلك إذا رتب البائع مثلا حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه، وشهر صاحب حق الانتفاع أو الارتفاق حقه قبل أن يشهر المشتري وقبل أن يشهر الشفيع، فإن هذا الأخير يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الارتفاق أو بحق الانتفاع.

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 78

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 79

⁽³⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 776

2- الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه بالبيع أو الهبة، أو رتب عليه حقا عينيا كحق انتفاع أو ارتفاق، أو رهنه رهنا رسميا أو حيازيا فإن هذه الحقوق تسري في حق الشفيع إذا ترتبت قبل شهر رغبته في الشفعة وهو حكم مستفاد من المفهوم المخالف للمادة 808 ق م ج السالفة الذكر وبناء على ذلك، إذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو حيازيا، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه، أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته، و قيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الشفعة . فإن هذا الحق يسري على الشفيع، و يأخذ العقار مثلا به ،يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض⁽¹⁾.

ثانيا : الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة

هذه الحقوق العينية قد تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع، وقد تترتب من جانب المشتري.

1- الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة :

إذا رتب البائع حقا عينيا على العقار المشفوع فيه، غير أن صاحب الحق لم يشهر حقه إلا بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، أو بعد أن يشهر رغبته في الشفعة الموجهة إلى البائع، فإن هذا الحق لا يكون نافذا في حق الشفيع.

فإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه، رهنا رسميا أو حيازيا، أو رتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه، أو حق امتياز في ذمته ،و لم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 301، 300.

المشتري عقد شرائه، أو قبل أن يشهر الشفيع رغبته في الشفعة، فإن هذا الحق لا يسري في حق الشفيع ويكون العقار خاليا من كل حق.

غير أنه في هذه الحالة فإن الدائن يحتفظ بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد أل للبائع من ثمن العقار، وهذا ما يستفاد من العبارة الأخيرة من المادة 806 ق م ج (1)

وكذلك المادة 907 ق.م.ج المتعلقة بالرهن الرسمي والتي تنص على أن: « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم، و لو كانوا أجروا القيد في اليوم الواحد (2) ». .

أما فيما يخص حقوق الإمتياز تنص المادة 986 ق.م.ج على أنه: « تسري على حقوق الإمتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق » (3)

2- الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

لقد نصت صراحة على هذه الحالة المادة 806 ق م ج، وهي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه، من جانب المشتري لا تكون حجة على الشفيع إذا تمت بعد إشهار رغبته في أخذ الشفعة وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد شهر الشفيع رغبته في أخذ الشفعة، لا يكون البيع الثاني الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني، حجة على الشفيع، و يأخذ الشفيع الشفعة بالبيع الأول بثمنه ومواعيده

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 778

(2) المادة 907 من القانون المدني الجزائري

(3) المادة 986 من القانون المدني الجزائري

وشروطه ، و هذا لا يمنع أن رأي أن البيع الثاني شروطه أيسر و ثمنه أقل، أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول، ويطلبها في البيع الثاني (1)

أما إذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو حيازيا، أو حق إمتياز يكفل ديننا في ذمته، و كان ذلك بعد تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة . فلا يكن هذا الحق حجته على الشفيع، و يكون العقار خاليا من أي حق غير أنه في هذه الحالة فإن الدائن يحتفظ بحق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار فإذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، و يريد تقاضيه من الشفيع فإن الدائن الذي قيد حقه، يتقدم على دائني المشتري العاديين والتاليين له في المرتبة، في الثمن الذي يكون في ذمة الشفيع للمشتري (2).

الفرع الرابع : علاقة البائع بالمشتري

تعتبر هذه العلاقة، علاقة مباشرة بينهما نتيجة للصلة التي كانت قائمة بينهما من خلال البيع الأول قبل الأخذ بالشفعة وبالتالي فإن هذه العلاقة قد تأثر أيضا حتى على الشفيع في بعض الأحيان، و تظهر آثار هذه العلاقة في حالتين أساسيتين: إحداهما تتمثل في الحقوق التي يربتها البائع على العقار المشفوع فيه قبل شهر المشتري عقد شرائه، وأما الأخرى فتشمل الحقوق المرتبة على العقار المشفوع فيه بعد شهر ذلك العقار.

أولا: ما يثقل العقار قبل شهر المشتري عقد شرائه

قد يقدم البائع في مرحلة ما قبل شهر المشتري عقد شرائه على القيام ببعض التصرفات التي قد تؤثر على حالة العقار المراد الأخذ فيه بالشفعة من طرف الشفيع كأن يعاود بيعه من جديد أو يهبه أو يقايض عليه، وهذه التصرفات لا تسري في حق المشتري إلا إذا أشهرت قبل أن يقوم المشتري بشهر عقد شرائه.

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق . ص ص 104، 105

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 783

إذا حدث وأن أشهرت تلك التصرفات قبل شهر المشتري لعقد البيع فإنها لا تسري في حق الشفيع متى سبق هذا الأخير بشهر رغبته في الشفعة قبل تاريخ شهر تلك التصرفات الصادرة من البائع (1).

إضافة إلى ما سبق قد يقوم البائع أيضا في مرحلة ما قبل شهر إعلان رغبة الشفيع بانتقال العقار المشفوع فيه بحقوق عينية أصلية أو تبعية، كحق الانتفاع أو الارتفاق أو تقييده برهن رسمي أو حيازي أو يترتب عليه حق امتياز، بحيث يكفل دينا في ذمة البائع، و قام حينها الغير الذي تصرف إليه البائع لمصلحته بشهر تصرفه قبل شهر المشتري عقد شرائه فإن هذه الحقوق العينية تكون نافذة في مواجهة المشتري.

وهذا لأن المشتري لا يعد مالكا إلا بعد شهر عقد شرائه، ويبقى البائع هو المالك قانونا وله أن يتصرف كما يشاء، ولا يترتب عن عقد بيع العقار في هذه الحالة إلا مجرد حصول التزامات شخصية بين البائع والمشتري نتجت من عقد البيع الرضائي المبرم بينهما.

أما أثر تلك الحقوق المثقلة للعقار المشفوع فيه على الشفيع، يظهر من خلال قيام البائع بترتيب أحدها على هذا العقار قبل أن يشهر الشفيع رغبته في الشفعة، فحينها تكون تلك الحقوق نافذة في حقه، وبناءا عليه ينتقل العقار المشفوع فيه عند ثبوت الأخذ بالشفعة إلى هذا الأخير وهو مثقلا بالحقوق الدينية المرتبة عليه، إلا أن الشفيع يمكنه بعدها الرجوع بدعوى ضمان التعرض والاستحقاق على البائع (2).

ثانيا: ما ينقل العقار بعد شهر المشتري عقد شرائه

إن الحكم في هذه الحالة يختلف تماما عن الوضع السابق ذلك أن البائع هنا قد رتب تلك الحقوق العينية على العقار المشفوع فيه بعد أن أشهر المشتري عقد شرائه، فمراعاة

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 364

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 671

الأثار شهر التصرفات، فإنه يمكننا القول بأن العقار المشفوع فيه يخلص المشتري خاليا من الحقوق المرتبة عليه من طرف البائع سواء كانت حقوقا أصلية أم تبعية، و بالتالي أصبح المشتري هو المالك الحقيقي للعقار المشفوع فيه بعد تاريخ شهر هذا العقار، وعليه فكل تصرف يقدم عليه البائع ضد العقار، لا أثر له في مواجهة المشتري ولا في مواجهة الشفيع وهذا بصرف النظر عن تاريخ شهر الرغبة في الشفعة.

أما لو حدث وأن قيد دائنو البائع حقوقهم على العقار المشفوع فيه بعد أن أشهر المشتري عقد شرائه، فإن هؤلاء الدائنين طالما أنه لا يحق لهم في العقار المشفوع فيه فإنه يمكنهم الرجوع على البائع وحده بالتنفيذ على أمواله، حسب طرق التنفيذ المعروفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: سقوط الشفعة

تمثل الشفعة قيда على حرية التصرف والتعاقد لذا عمل المشرع على التضييق من نطاقها ورتب سقوط الحق فيها في حالات وردت في القانون المدني المادة 807 منه.

والسقوط هو جزاء يرد بعد ثبوت الحق في الشفعة لأسباب بخلاف الموانع التي ترد قبل ثبوت هذا الحق، بحيث تمنع قيام الشفعة ابتداء، وهي تلك التي تناولتها المادة 798 من القانون المدني السالفة الذكر.

وقد يلجأ البائع والمشتري تحايلا منهما إلى بعض التصرفات التي تسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ولما كان التحايل لإسقاط هذا الحق مناقض للغرض المقصود منه وهو دفع الضرر عن الشفيع، فينتج عن ذلك أن كل تصرف أو إجراء يباشر بقصد إسقاط حق الشفيع في الشفعة، يقع باطلا ولا ينال من هذا الحق الذي يبقى قائما.

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 387

فإذا حدث وسقطت الشفعة فإن الشفيع لا يمكنه نهائياً أخذ العقار عن طريق الشفعة وعليه فإن مسقطات الشفعة يمكن أن تكون لأسباب موضوعية (الفرع الأول)، كحالة التنازل عن الشفعة أو زوال أحد شروطها أو تكون لأسباب إجرائية (الفرع الثاني)، كحالة عدم الالتزام بمواعيد وإجراءات الشفعة أو لأسباب أخرى كبطان البيع أو التقادم، وقد يكون لموت الشفيع أثر على الأخذ بالشفعة (الفرع الثالث)، ويمكن أن يلجأ كل من المشتري والبائع لتحايل على الشفيع من أجل إسقاط حقه في الأخذ بالشفعة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة

وتتمثل في التنازل عن الشفعة وزوال أحد شروطها وهي على التوالي:

أولاً: التنازل عن الشفعة

إن النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة يعتبر تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة، يؤدي عند حصوله إلى سقوط الحق في الشفعة، وبالتالي فهذا النزول لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه طبقاً للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة، كما قد يكون صريحاً أو ضمناً، أو كما يجوز أيضاً أن يقع بمقابل أم بدون مقابل، فإن وقع صريحاً خضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني وإن كان ضمناً جاز إثباته بجميع الطرق⁽¹⁾، وهذا النزول قرره المادة 807 ق.م.ج بقولها: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع »⁽²⁾

من خلال هذا النص يتضح أنه جاء على خلاف القواعد العامة التي لا تجيز النزول عن الحقوق إلا بعد ثبوت الحق فيها، فالمرجع هنا قد وسع نطاق النزول عن حق الشفعة ليشمل مرحلة ما قبل ثبوت هذا الحق ابتداءً من البيع المبرم ما بين البائع والمشتري، أي

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 467

(2) المادة 807 من القانون المدني الجزائري

التنازل عنها قبل تاريخ البيع كما يمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد عملية البيع المثبت لهذا الحق.

1_ التنازل عن الشفعة قبل تاريخ البيع:

طبقا لنص المادة 807 ق م ج فإن حق الشفيع في الشفعة يسقط في حالة تنازله عنه سواء تم ذلك للبائع أو المشتري، ويشير النص بصورة خاصة أن هذا التنازل يعتبر صحيحا ولو تم قبل البيع.⁽¹⁾ على أساس أن البيع هنا يخول للشفيع الحق في مباشرة إجراءات الشفعة من أجل الحصول على حكم قضائي يثبت حقه فيه كما قد يسلم بها المشتري للشفيع من تلقاء نفسه ليثبت له حقه في الشفعة بالتراضي، وأساس ما ذهب إليه المشرع في جواز التنازل عن الشفعة ولو قبل البيع هو سبب اعتبار حق الشفعة حقا استثنائيا تقرر على خلاف الأصل والقياس، كما أن هذا الحق يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية ولهذا جعل النزول عن حق جائز محتمل حتى يضيق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع.

أما في ما يتعلق بشكل هذا النزول، فقد يكون إما باتفاق مع ملك العقار هو البائع أو مع من يرغب في الشراء وهو المشتري، كما يمكن أن يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل⁽²⁾ والتنازل هنا قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، فالصريح قد يأتي بطريقة مباشرة باللفظ كأن يقول الشفيع: (أبطلت الشفعة أو أسقطتها).⁽³⁾ أو يكون كتابة كأن يحصل المشتري من الشفيع على تنازل مكتوب صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه.

(1) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 132

(2) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 353

(3) محمد وليد الدين سوار، المرجع السابق، ص 201

في حالة التنازل الشفوي يجب على المشتري أن يثبت حصوله، ويمكنه ذلك عن طريق القواعد العامة في إثبات التصرف القانوني، أما التنازل الضمني هو الذي يصدر بطريقة مباشرة بحيث يستفاد النزول هنا من كل عمل أو تصرف يؤخذ منه نزول الشفيع عن حقه، أو يتفق مع المشتري على تقرير حق ارتفاق لمصلحة العقار المبيع، أو يضمن المشتري في الثمن⁽¹⁾، وعلى العكس من ذلك لا يعتبر نزولا ضمنيا أن يكون الشفيع وهو مستأجر الأرض المشفوع فيها، وقد اتفق مع البائع على فسخ عقد الإيجار وتعهده له بتسليمها للمشتري، ويرى الفقهاء أنه لا يعتبر نزولا ضمنيا بأن يرفض الشفيع أخذ العقار المشفوع فيه بالثمن الذي يطلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي⁽²⁾.

إن تقدير النزول الضمني يعتبر لدى الفقهاء مسألة واقعية تقوم على ما تتحصل عليه المحكمة من مجموع وقائع الدعوى وظروفها، بحيث يكون من شأن هذه الوقائع والظروف أن تؤدي إلى ما استخلصته المحكمة، وعليه قرر الفقه والقضاء بأن تراخي الشفيع في إعلان رغبته في الشفعة لا يعتبر بذاته نزولا ضمنيا عن حقه فيها ما لم يقترن بعمل أو تصرف أو موقف يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا النزول، بحيث لا يدع مع تراخيه هذا مجالا للشك في دلالاته عن التنازل⁽³⁾.

2- التنازل عن الشفعة بعد تاريخ البيع

المشرع الجزائري نص في المادة 807 ق. م. ج عن سقوط الشفعة في حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع، وهذا انطلاقا من عبارة " ولو قبل البيع " الواردة في النص فيمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد عملية البيع، وباعتبار أن عقد

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 467

(2) عبد الفتاح مراد، التعليق على القانون المدني، الطبعة الثالثة، الهيئة القومية العامة للكتب والوثائق المصرية، مصر، د

س ن، ص 291

(3) حسين كيرة، المرجع السابق، ص 644

البيع الحاصل بين البائع والمشتري وهو المثبت أولاً لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وعن طريقه يستطيع الشفيع المباشرة والسير قدماً في إجراءات الشفعة، إلا أن حق الشفيع هذا جاء مطلقاً دون تقييد فقد يفهم منه أن حق النزول المخول للشفيع يستمر حتى بعد صدور الحكم النهائي المثبت نهائياً للشفعة .

لكن الفقهاء يرون بأن حق النزول هذا ليس مطلقاً بل مقيداً ومحدوداً ضمن نطاق زمني يتعلق أساساً بإجراءات الشفعة، لكنهم اختلفوا حول تحديد هذا النطاق الزمني، فذهب جانب من الفقه إلى أن النزول عن الشفعة يظل جائزاً للشفيع إلى حين ثبوت الشفعة بإعلان الرغبة فيها، وعليه لا يجوز للشفيع النزول عن حق الشفعة بإرادته المنفردة بعد إعلان الرغبة، وأساسهم في ذلك أن الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة حقوق نهائية ملزمة لمن أصدر الإرادة فضلاً على أنه بإعلان الرغبة فيها، والرأي الراجح هو من يرى بجواز النزول عن حق الشفعة من طرف الشفيع حتى بعد إعلان الرغبة فيها ويظل حقه في النزول قائماً إلى أن يثبت له الحق في الشفعة نهائياً بمقتضى حكم أو بتسليم المشتري بالشفعة، أما بعد ذلك فلم يعد هناك حق في الشفعة يجوز النزول عنه، وإنما أصبح الشفيع طرفاً في عقد البيع المشفوع فيه (1) .

ثانياً : زوال أحد شروط الشفعة

تسقط الشفعة عندما يزول أحد شروطها المحددة قانونياً، كأن يقدم الشفيع على بيع عقاره قبل طلب الشفعة وبالتالي فلا يمكنه الأخذ بها بعد ذلك (2) وهذا لزوال شرط أساسي وهو ملكية الشفيع للعقار المشفوع به، فبعد البيع أصبح الشفيع غير مالك له وبالتالي سقطت الشفعة في حقه، فالشفعة معلقة على بقاء سببها لحين تملك الشفيع للعين المشفوعة إما بالتسليم له طوعاً أو بحكم القاضي، فإذا زال عنه سبب الشفعة قبل ذلك عالماً أو جاهلاً

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 394

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 159

سقط حقه فيها لزوال سببها، بحيث أنه يلزم لميلاد الشفعة وجود السبب المنشئ لها، أي توفر صفة الشفيع ويستوي في ذلك أن يكون مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع أو شريك في شيوخ .

يتعين في هذه الحالة أن تكون ملكية الشفيع للعقار أو الحق المشفوع به سابقة على التصرف موضوع الشفعة، وأن تظل هذه الملكية قائمة إلى أن يمتلك الشفيع العين المشفوع فيها سواء بالتراضي أو عن طريق التقاضي، فإذا زالت هذه الصفة عن الشفيع بأن باع العقار المشفوع به أو وهبه أو انفسخ سند ملكيته يتحقق شرط فاسخ مثلا وحدث هذا الزوال قبل أن يثبت حقه في الشفعة، يسقط حقه في الشفعة بزوال سببها (1) .

فلو تصرف البائع أو المشتري في العقار المشفوع فيه لمشتري آخر وأشهر هذا الأخير عقد شراؤه قبل أن يشهر الشفيع رغبته في الشفعة بالرغم من توجيهه الإعلان إلى كل منهما، فإنه لا يحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا من البيع الثاني وبشروطه ومواعيده، ولو حدث وأن كان المشتري الثاني من أقارب البائع أو المشتري الأول على حسب الأحوال وضمن درجات القرابة المحددة قانوناً، فإن الشفيع سيسقط حقه في الشفعة نتيجة للوضع الجديد الذي طرأ على العقار، وحتى ولو كان البيع الأول مما تجوز فيه الشفعة، فالشفيع هنا سقط حقه في الشفعة بالرغم من وجود هذا الحق في البداية وقيامه بإعلاء الرغبة في البيع الأول (2) .

كما قد يزول شرط الشفعة في هذه الحالة عندما يلحق الشفيع عقاره بمحل عبادة أو يجعله مسجداً أو يهبه للغير أو نحو ذلك، وفي هذا المجال أيضاً يكون سبب السقوط أيضاً مسقطاً للشفعة في الفقه الإسلامي، لأن من شروط الشفعة استمرارية ملكية الشفيع للعقار

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 614

(2) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 325

المشفوع به إلى حين ثبوت حقه في الشفعة نهائياً بالتراضي أو بالتقاضي عن طريق صدور حكم قضائي مثبت لها.

الفرع الثاني: الأسباب الإجرائية لسقوط الشفعة

تعد الشفعة صحيحة مدى توافرت أركانها والشروط الواجبة، وهنا ما على الشفيع سوى أن يتبع إجراءات دقيقة حددها القانون فإذا ما استوفى الشفيع جميع هذه الإجراءات في مواعيدها وبالكيفية اللازمة، ترتبت آثار الشفعة من انتقال الملكية ونشوء علاقات قانونية بين الشفيع وأطراف عقد البيع، أما إذا أخل الشفيع بإجراء من الإجراءات سواء من حيث شكلها أو ميعادها، فالقانون رتب على ذلك سقوط الحق في الشفعة، وطبقاً لما تقتضيه المواد 808،801،799 ق م ج فهذه المسقطات تتمثل في:

أولاً: عدم إظهار الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن في ميعادها

إذا رغب الشفيع في الأخذ بالشفعة، عليه أن يحترم إجراءات الشفعة الوارد بيانها وتقريرها من خلال نصوص الشفعة وبالتالي عمد التزامه بأشكال هذه الإجراءات تؤدي به في الأخير إلى سقوط حقه في الأخذ بها، وتبدأ هذه الإجراءات بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بها، إلى كل من البائع والمشتري على حد سواء كذلك الالتزام بدفع الثمن فلو تخلف عن تنفيذ هذين الالتزامين سقط حقه في الأخذ بالشفعة.⁽¹⁾

1- عدم إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة

يسقط الحق في الشفعة لعدم الإعلان عن الرغبة في الأخذ بها وهذا طبقاً لأحكام المادة 799 ق م ج والتي تنص على: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري من أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 85

البائع أو المشتري والإسقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتض الأمر ذلك (1).

يتضح من خلال نص المادة 799 ق م ج السالفة الذكر، أنه فيما عدا تخلف الشكل الرسمي لإعلان الرغبة الذي يرتب عليه سقوط الحق في الشفعة، يرتب المشروع سقوط الشفعة كذلك على مخالفة أحكام الإعلان الأخرى فيسقط الحق فيها إذا لم يتم إعلان البائع والمشتري منفردين كانا أو متعددين، أو إذا لم يعلن الرغبة في الميعاد المحدد، بحيث أنه إذا يوجه البائع أو المشتري الإنذار الرسمي إلى الشفيع، ولم يظهر هذا الأخير رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد سقط حقه فيها (2).

يشترط المشرع حتى يكون إعلان الرغبة صحيحا، تحريره وفق عقد رسمي لدى الموثق ويعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان ذلك باطلا، كما يشترط أن يتم هذا الإعلان على يد محضر قضائي، باعتباره الموظف الرسمي الذي يتولى مهمة التبليغات القضائية والإعلانات الرسمية لذوي الشأن، كما لا يصبح بهذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان مشهورا لدى المحافظة العقارية (3).

2- عدم إيداع الثمن في الميعاد

يعتبر عدم إيداع الثمن في الميعاد القانوني سبب آخر لسقوط الحق في الأخذ بالشفعة وهذا طبقا لأحكام المادة 801 ق م ج التي تنص على أنه يجب إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المقدم سقط الحق في الشفعة.

(1) المادة 799 من القانون المدني الجزائري

(2) حسين كيرة، المرجع السابق، ص 647

(3) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 397

يترتب على عدم احترام هذا الإجراء ومواعيده سقوط الحق في الشفعة، وهذا ما يمكن استخلاصه من نص المادة 801 ق م ج السابقة الذكر بحيث أنه إذا لم يتم الشفيع بإيداع كامل الثمن، أو قام بإيداعه لكن بعد فوات الميعاد، أو قام بإيداعه في يد موثق غير الموثق المختص قانونا، يترتب على ذلك كله سقوط حقه في الأخذ بالشفعة نهائيا⁽¹⁾.

إن إيداع الثمن والمصاريف واجب على الشفيع ولو كان الثمن مؤجلا لصالح المشتري كله أو بعضه، ويشترط أيضا في صحة هذا الإيداع أن يتم إيداع كل الثمن الحقيقي، الذي حصل به البيع والمدون في عقد البيع حتى ولو ادعى الشفيع بصورتيه، وإنما عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بعد إيداع كل المبلغ السابق، وإذا أثبت الصورية في الثمن فيحكم له بالثمن الحقيقي فقط، وسيرد المبلغ الزائد ويبدأ سريان ميعاد إيداع الثمن من تاريخ إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الشفعة، فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فلا يبدأ سريان المدة إلا من تاريخ الإعلان الأخير⁽²⁾.

ثانيا: عدم رفع دعوى الشفعة في ميعادها

تنص المادة 802 ق م ج على « 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 الحق »⁽³⁾.

يتضح لنا من خلاله هذا النص أن عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني، أو رفعها خلال الميعاد لكن مع اختصام بعض البائعين والمشتريين دون البعض الآخر، أو رفع

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 86

⁽²⁾ أحمد دعيش، المرجع السابق، ص 398

⁽³⁾ المادة 802 من القانون المدني الجزائري

الدعوى إلى محكمة غير المحكمة المختصة، هنا يسقط الحق في المطالبة بالشفعة لإخلال بهذا الإجراءات⁽¹⁾.

كما يتضح لنا من خلال هذا النص أن جزاء عدم رفع دعوى الشفعة هو سقوط حق الشفيع في أخذ العقار عن طريق الشفعة، وعليه يتعين على الشفيع إذا رغب فعلا بالاستشفاع في ذلك العقار ولم يسلم المشتري له بالشفعة تراضيا، أن يقوم برفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة والحكمة من ذلك هي حث الشفيع على الإسراع في إتمام إجراءات الشفعة حتى لا يظل مصير البيع معلقا دون مبرر⁽²⁾.

كما أننا لا ننسى بأن الشفعة هي مجرد رخصة أو حق استثنائي ورد خلافا عن الأصل وخروجاً عن القاعدة العامة في حرية التعاقد والتصرف، ويعتبر هذا أيضا تماشياً مع سياسة المشرع بالصرامة في فرض إحترام الأحكام المتعلقة بالشفعة، ولذلك رتب المشرع جزاء سقوط الحق في الشفعة على مخالفة الأحكام الخاصة التي أوردها بشأن رفع الدعوى⁽³⁾.

تشمل الأحكام المشار إليها في الفقرة السابقة كل ما نظم في القانون المدني بخصوص الشفعة، لاسيما ما ورد في المادة 802 ق م ج، أو تلك التي نظمها قانون الإجراءات المدنية بشأن رفع الدعوى عموماً، وعليه يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا رفعت الدعوى بعد الميعاد المحدد في م 802 ق م ج أو إذا رفعت في خلال الميعاد، ولكن مع إختصام بعض البائعين والمشتريين دون بعض، لأن دعوى الشفعة لا تقبل إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطراف الشفعة الثلاث، وهم البائع والمشتري مهما تعددوا وكذلك

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 86

⁽²⁾ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 438

⁽³⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 399

الشفيع وإن تعدد أيضا، وفي كامل مراحل التقاضي، سواء في المحكمة الابتدائية أو الاستئناف أو النقض⁽¹⁾.

كما تسقط دعوى الشفعة أيضا طبقا لقانون الإجراءات المدنية إذا رفعت الدعوى إلى المحكمة الغير مختصة، بحيث يجب أن ترفع إلى المحكمة الكائن في دائرتها العقار حسب قواعد الاختصاص المحلي.

يضاف إليه ضرورة احترام قواعد الاختصاص النوعي طبقا لنص المادة 1/2-2ق إ م إ ج حيث تنص الفقرة 01 من المادة 02 على أنه « تختص المحاكم ابتدائيا ونهائيا: بالدعاوي المنقولة والدعاوي الشخصية العقارية إذا كانت قيمة النزاع لا تتجاوز ألفي دينار (2000 دج)»⁽²⁾.

يرى بعض الفقهاء في هذا المجال بأن قيمة دعوى الشفعة أو قيمة النزاع تتحدد انطلاقا من الثمن الحقيقي المحصل، وهو الثمن المذكور في عقد البيع المشفوع منه إلى أن يقوم الدليل على العكس، وقد تقرر لديهم بأن دعوى الشفعة ليست دعوى ملكية، أو كما يعبر عنها المشروع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 02 بقوله: «الدعاوي المتعلقة بحقوق عينة عقارية.....» فيرى هذا الفقه بأن دعوى الشفعة تدخل ضمن الدعاوي الشخصية العقارية وعليه تخضع لأحكام الفقرة الأولى لا الثانية من المادة 02 ق إ م إ ج.

تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في النزاع ابتدائيا ونهائيا إذا كانت قيمة النزاع تقدر بألفي دينار فأقل، وتتنظر فيها ابتدائيا فقط إذا كانت قيمة النزاع يجاوز الإلفين دينار (2000)، وتكون إثارة النزاع أمام القسم العقاري المتواجد بالمحكمة الابتدائية حاليا، والذي تم إنشاؤه مؤخرا فقط، بينما في السابق وقبل سنة 1998 كان يختص بالمسائل العقارية القسم

(1) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 541

(2) المادة 2 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

المدني، وعليه فمخالفة الإجراءات القانونية في التعاطي يترتب عنه سقوط دعوى الشفعة وبالتالي سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، ويجمع الفقه على أن هذا السقوط يعتبر من النظام العام، بحيث يمكن الدفع به في أية مرحلة كانت عليها إذا لم يتم التمسك به من طرف صاحب المصلحة كما يحكم بهذا السقوط ولو نزل عنه صاحب الحق في التمسك به⁽¹⁾.

ثالثا: مضي مدة سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع

هذا الحكم قرره المشرع الجزائري في المادة 807 من القانون المدني الجزائري بقولها: «يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون»⁽²⁾.

المشرع الجزائري قرر من خلال هذا النص حالات سقوط الشفقة، ومن بينها حالة مرور أجل سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع المشفوع منه.

حيث يبدأ حساب الميعاد المذكور في الفقرة السابقة تحديدا وابتداءً من اليوم التالي لليوم الذي حصل فيه التسجيل ويستمر حتى اليوم الأخير من نهاية سنة بكاملها، وإذا كان اليوم الأخير من هذا الأجل قد يصادف يوم عطلة، فيمتد إلى أول يوم من أيام العمل التي يلي انتهاء العطلة، ويعتبر هذا اليوم هو آخر يوم في الأجل المحدد بسنة حسب ما قرر في قانون الإجراءات المدنية طبقا للمادة 463 منه بقولها: «جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة وإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه»⁽³⁾.

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 400

⁽²⁾ المادة 807 من القانون المدني الجزائري

⁽³⁾ المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية

يحق للمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذا الحالة متى أثبت أن عقد شرائه قد سجل، وأنه مضى أجل سنة مر يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه (1) لكن لا يطلب منه إثبات علم الشفيع بالبيع، لأن المشرع في هذه الحالة يفترض حتما افتراضا لا يقبل إثبات العكس بأن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد تاريخ إشهارة في المحافظة العقارية، وهذا وبالنظر لكون ذلك العلم يعد علما افتراضيا فإن المشرع قد أطال الميعاد الواجب على الشفيع طلب الشفعة فيه، فجعله سنة (2) من تاريخ إشهارة عقد البيع المشفوع منه وبالتالي على الشفيع المبادرة بإعلان رغبته في خلال هذا الميعاد، إذا كان يرغب في الأخذ بالشفعة والا سقط حقه فيها (3).

ميعاد السنة هذا يعد مدة سقوط لا مدة تقادم، وبالتالي فلا الوقف ولا الانقطاع ويسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية، وهو ما يدل بأن القاعدة التي تقضي بأن مدة التقادم لا تسري على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه لا تمنع من سقوط حق الشفعة لأن مدة السقوط لا تقف بسبب جهل الشفيع بالبيع المشفوع منه.

أما بالنسبة لعبئ إثبات استعمال رخصة الشفعة خلال سنة من شهر عقد البيع في مصلحة الشهر، يقع على عاتق الشفيع وحده، أما إذا أثبت الشفيع بعد ذلك أنه قد استعمل هذه الرخصة خلال الميعاد المحدد لكنه أخطأ في بعض البيانات، فهذا الخطأ يعد لا طلبا جديدا وإنما تبقى إجراءات الشفعة سارية على مقتضى الطلب الأول الذي حدث أثناء الميعاد القانوني ولا يمكن للمحكمة أن تقضي بسقوط الشفقة على أساس الطلب الثاني

(1) عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص 159

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 131

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 426

المعدل لبيانات الطلب الأول الذي جاء بعد انقضاء أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المشفوع منه⁽¹⁾.

رابعاً: بطلان عقد البيع والتقدم المسقط

من بين الأسباب التي تسقط الشفعة: حالة بطلان عقد البيع المشفوع منه، وحالة التقدم المسقط كما ورد في القواعد العامة.

1- بطلان عقد البيع:

وهو متفرع من شرط أساسي لشروط الشفعة وهو شرط استمرارية قيام حق الشفيع إلى حين ثبوت الشفعة، لأن في بطلان عقد البيع المرتب لجواز الأخذ بالشفعة، يعني عقد البيع المرتب لجواز الأخذ بالشفعة يعني منطقياً أنها أصبحت غير جائزة في هذه المرحلة رغم جوازها في البداية، ويحدث هذا غالباً إذا كان عقد البيع المجيز للشفعة معلقاً على شرط فاسخ أو قابلاً للإبطال وقت البيع المشفوع فيه، ثم تحقق الشرط الفاسخ بعد الاستمرار في إجراء الشفعة أو حكم بإبطال عقد البيع قبل ثبوت الشفعة للشفيع بمقتضى حكم قضائي فتسقط الشفعة هنا بالرغم من قيام حق الشفيع وقت البيع المشفوع منه المرتب للشفعة⁽²⁾.

إذ تبطل الشفعة ببطلان عقد البيع الوارد على العقار المشفوع فيه، الذي نتجت عنه كما لو اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع، وعملاً بالقاعدة التي عمل بها المشرع الجزائري وهي: ما بني على باطل فهو باطل، حتى لو كانت الشفعة صحيحة تبطل لأنها متعلقة بعقد بيع باطل، ولا تظهر بالتقدم تطبيقاً للقواعد العامة وسبب السقوط هنا يدل على أن المرتب للشفعة بعد الحكم ببطلانه لم يعد له وجود قانوني، لأن وجوده بعد الحكم ببطلانه

⁽¹⁾ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 402

⁽²⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 131

هو الذي يفتح الخيار للأخذ بالشفعة، على هذا الأساس قرر فقهاء القانون المدني قاعدة مفادها لا شفعة في بيع باطل بطلانا مطلقا لأنه بيع منعدم⁽¹⁾.

إلا أنهم أجازوا الشفعة في البيع القابل للإبطال⁽²⁾، وفي البيع المعلق على شرط فاسخ، لأنه قبل الحكم بالإبطال أو تحقق الشرط الفاسخ يكون للبيع وجوده القانوني بل حتى نفاذه⁽³⁾.

2- التقادم المسقط:

سقوط الشفعة عن طريق التقادم المسقط هو الآخر لم يشر إليه المشرع في النصوص الخاصة بالشفعة الواردة في القانون المدني، إلا أنه وبالرجوع للقواعد العامة بشأن التقادم المسقط الواردة في القانون المدني ضمن الكتاب الأول منه، في بابه الخامس، ضمن فصله الثالث، من خلال القسم الثالث من هذا العنوان الأخير المعنون بالتقادم المسقط، وهذا وفق ما ورد في المادة 308 من هذا القانون بقولها: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عد الحالات التي ورد فيها نص في القانون...»، وهذا باعتبار أن أخذ العقار من طرف مالكة يعتبر أيضا في حد ذاته التزاما يقع على عاتق كل من البائع والمشتري، في أن يمكن الشفيع من استعمال حقه في الشفعة، وهذا من خلال الإنذار الموجه من طرفها إلى الشفيع ليعلمه بحصول البيع، أما إذا لم يتم الإنذار وعند عدم حصول تسجيل عقد البيع، طالما أن الشفيع لا يعلم بحصول البيع المجيز للشفعة، وبالتالي لم يحصل هناك طلب لها عن طريق إعلان الرغبة في الشفعة، فإن حق الشفيع في أخذ العقار المبيع عن طريق

(1) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص333

(2) محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص450

(3) المرجع نفسه، ص451

الشفعة لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ البيع المرتب للشفعة بناء على القواعد العامة.⁽¹⁾

الفرع الثالث : أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة

إن القانون المدني الجزائري لم يتضمن النص على هذه الحالة ولكن بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني نجدها تنص على أنه :«..... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...»

وباعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي والمادي لأحكام الشفعة وبالرجوع إلى اجتهاد محكمة

النقض المصرية المقرر في حكمها الصادر بتاريخ 08 جوان 1939 الذي يتضمن في أساسه ما يأتي :

- حيث أن الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته، ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة، لأن الأصل فيها جميعا الانتقال للورثة، إلا ما كان خاصا بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت، وخلا أيضا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع أن ينتقل إلى الورثة أولا .
- فالقول في الفصل فيها جميعا أنها تنتقل إلى ورثة صاحب الخيار، لأنها حقوق مالية يجري فيها التوارث مجرى الأصل .
- وحيث أن الأصل كذلك في الشريعة الإسلامية هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال، أما الحنفية منهم فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم « إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال »

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 159

- أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة، مالك والشافعي واحمد، ذهبوا إلى أن الحقوق والاختصاصات والخيارات قررت كما قررت الأموال، إلا ما كان صفة خاصة بذي الخيار كخيار الأب في رد هبته، فلا يورث، لأنه خيار راجع إلى صفة الأب، والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة كراي جمهور الفقهاء والأئمة⁽¹⁾

إذ كانت الشفعة تتصل بالعقار المشفوع به، فمقتضى ذلك أن هذا العقار إذا انتقل إلى الوارث بالميراث فينتقل معه حق أو خيار الشفعة، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية، فضلا على أنه يتفق مع المبادئ العامة الواردة في القانون المدني الجزائري، فالشفعة لم تقرر في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقرر له بوصفه أي لكونه مالك للعقار المشفوع بها وصاحب الحق عليه، فإذا انتقل العقار إلى الوارث بالميراث، كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة⁽²⁾

الفرع الرابع: التحايل لإسقاط الحق في الشفعة

توجد قاعدة أصلية يلتزم بها القضاء بالرغم من عدم وجود نص قانوني يتضمنها مؤداها أن الغش يبطل التصرفات والإجراءات وكل عمل يقترفه الخصم وبإسقاط محتوى هذه القاعدة على الشفعة، فإن كل تصرف أو إجراء يباشره المشفوع ضده بقصد إسقاط حق الشفيع في الأخذ بها فيعتبر التصرف أو الإجراء كأن لم يكن، فلا تجري به مواعيد الشفعة، حينئذ يجب على الشفيع مباشرة الإجراءات علي هذا الأساس، وأن يلتزم فيها بما أوجبه القانون عليه وإلا سقط حقه في الشفعة، لأن أثر التحايل ينحصر في التصرف أو

⁽¹⁾ رضا هطال، المرجع السابق، ص 107

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 108

الإجراء الذي توافر به هذا التحايل دون أن يمتد إلى الإجراءات التي يتعين على الشفيع اتخاذها بعد ذلك (1)

أولاً : صور التحايل لإسقاط الحق في الشفعة

يلجا البائع أو المشتري من أجل إسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إلى عدة طرق للتحايل منها:

1- قيام المشتري ببيع العقار بيعاً صورياً :

إذا قام المشتري ببيع العين المشفوع فيها بيعاً جدياً، فلا تجوز للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا وفقاً لشروط البيع الثاني وفي مواعيده عملاً ينصّ المادة 797 من القانون المدني، لكن المشفوع ضده لم يلتزم بهذا النص فيما وضع من أجله، وإنما لجأ إليه في محاولة لإسقاط حق الشفيع وذلك بإبرام عقد بيع صوري صورية مطلقة بشروط أكثر

تكلفة أو لشخص تمنع الشفعة بالنسبة له، تحايلاً عن القانون وتحقيقاً لغرض غير مشروع وهذا إسقاط الحق في الشفعة في غير الحالات التي قررها القانون، وفي هذه الحالة يقع على الشفيع عبئ إثبات هذه الصورية، وإذا أخفق في ذلك سقط حقه في الشفعة (2)

2- قيام المشتري بمساومة الشفيع على الصفة:

المقرر أنه يجوز للشفيع النزول عن الشفعة صراحة أو ضمناً ومتى تحققت المحكمة عن هذا النزول، وقضت بسقوط الحق في الشفعة، ويتحقق النزول الضمني عندما يتعامل الشفيع مع المشتري على أساس أن هذا المالك الأخير قد أصبح مالكا للعقار محل الشفعة

(1) أنور طلبه، المطول في شرح القانون المدني، الشفعة مواعيد، إجراءاتها، دعوى الشفعة، التحاليل لإسقاط الشفعة، الجزء

الثالث عشر، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 494

(2) أنور طلبه، الشفعة والتحيل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 562

كما لو قام الشفيع بمساومة المشتري على شراء هذا العقار منه بينما كان يجوز له أخذه بالشفعة ومواعيد الشفعة مازالت مفتوحة أمامه لعدم إنذاره .

وقد يستغل المشتري هذه الوسيلة ويتحايل بها لإسقاط الحق في الشفعة ويسند للشفيع النزول عن الشفعة، وذلك بجره إلى مساومة مفتعلة وغير حقيقية تتناول مناقشة شروط البيع التي تم والتدرج إلى الشروط التي يعرضها المشتري على الشفيع للتنازل عن الصفقة، فإذا انخدع الشفيع وأخذ في مساومة المشتري سقط حقه في الشفعة يتوافر ذلك النزول الضمني عن الشفعة، وهو واقعة مادية يجوز للمشتري إثباتها بشهادة الشهود⁽¹⁾ .

3- ستر البيع في عقد هبة أو عقد مقايضة:

المقرر أنّ الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع، وبالتالي فإنها لا تجوز في عقد الهبة ولا في عقد مقايضة:

أ- ستر البيع في عقد هبة:

فلا تجوز الشفعة في عقد هبة ولو كان هناك عوض، وقد يستند البائع والمشتري إلى هذا الحظر لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة وذلك بصياغة عقد البيع، وبذلك يتمكنان من منع الشفعة وهذه الأحكام تخضع لأحكام الصورية، وبالتالي يجوز للشفيع وباعتباره في طبقة الغير إثبات صورية العقد الظاهر بكافة الطرق ومنها البيئة والقرائن، فيبدأ في إعلان رغبته لكل من البائع والمشتري ثم يودع الثمن الذي يعتقد أنه الثمن الحقيقي لرفع دعوى الشفعة، ويتمسك بالصورية ويطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية ويقضي على أساس الأدلة التي تتوافر على الدعوى.⁽²⁾

(1) أنور طلبة، المرجع السابق، ص 562

(2) المرجع نفسه ص 563

ب- ستر البيع في عقد مقايضة:

الشفعة لا تكون إلا في بيع عقار حسب نص المآة 794 من القانون المدني الجزائري، إذا لا شفعة في العقار الذي يوصي به أو يورث به أو يقدم حصة في شركة أو يقم كمقابل وفاء أو وفقا لعقد صلح أو لشريك نتيجة قيمة مال شائع أو يكتسب بتقادم طويل أو قصير أو بالالتصاق أو بالمقايضة، ولو بمعل بشرط ألا يكون المعل كبيرا حتى لا يعتبر هو العنصر الأساسي من العوض وإلا كان العقد بيعا تجوز فيه الشفعة على أن يدفع الشفيع هذا المعل وقيمة الشيء المتقايز عليه باعتبار ذلك ثما، وبخالف بعض الفقهاء ذلك ويقول أن المعل مهما كبيرا لا يغور من حقيقة التصرف طالما لم يثبت التحايل لإظهار البيع في صورة مقايضة منعا للشفعة، كما لا تجوز الشفعة في الهبة ولو كانت بعوض إلا إذا كانت في حقيقتها بيعا فيكون العوض ثما وجازت الشفعة فإن كان العوض أقل من الثمن الحقيقي تحايلا فالعبرة بالثمن الحقيقي.

4- الأذعاء بشراء العقار لبناء محل عبادة :

أو ليلحق بمحل عبادة وفقا لمقتضيات المآة 3/798 ق م ج (1)، إذ قد يتحايل المشتري لإسقاط الحق في الشفعة كأن يقوم بإنذار الشفيع ويضمن الإنذار أن الشراء تم بقصد شراء محل للعبادة وهو ما تمنع معه الشفعة عملا بالمآة السابقة ذكرها من القانون المدني وبالتالي يمنع الشفيع عن اتخاذ إجراءات الشفعة في المواعيد المقررة لذلك، وبعد انقضاء هذه المواعيد يجوز للشفيع اتخاذ إجراءات الشفعة في أي وقت، لأن الغش والتحايل يبطل التصرفات والإجراءات، وبالتالي يكون الإنذار باطلا لا أثر له، فيجوز للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت (2).

(1) بلحاج العربي، الحقوق العينة في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة

العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 351

(2) أنور طلية، المرجع السابق، ص 566، 567

ثانياً: إثبات التحايل لإسقاط الشفعة

التحايل غشّ وتدليس ينتج عن واقعة مادية يمكن لشفيح إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً ومنها البيئة والقرائن، ولمحكمة الموضوع أن تستنبط القرائن التي تعتمد عليها في إثبات التحايل من المستندات التي قدمها الخصوم دون أن تكون ملزمة بإجراء أي تحقيق بنفسها، ويمكن لها أن تعتمد في ذلك على أقوال الشهود، مراعية في ذلك الظروف والملابسات التي اكتنفت المنازعة.

فإن تبين لها مثلاً أن المشتري عرض على الشفيح التنازل له عن الصفقة وفقاً للشروط التي تضمنها عقد البيع، إلا أنه تمسك بعد ذلك بسقوط الحق في الشفعة رغم موافقة الشفيح على تلك الشروط، فإن المشتري يكون قد اتخذ من هذا العرض حيلة يخدع بها الشفيح مما أدى به إلى عدم إعلان رغبته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي تضمن هذا العرض وهو ما يكفي لتحقيق التحايل الذي تستخلصه المحكمة من الإنذار ورفض المشتري التنازل عن الصفقة لشفيح ثم يتمسك بسقوط الحق في الشفعة، ويعتد بإعلان الرغبة الذي يتم بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي أبطل التحايل⁽¹⁾.

ثالثاً: المسؤولية عن إسقاط الحق في الشفعة

شرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشفيح، والتحايل من شأنه المساس بها، لما يترتب عليه من إسقاط الحق في الشفعة، وبالتالي يؤدي إلى تحقق الضرر وكان ذلك كافياً يتوافر أركان المسؤولية التقصيرية في جانب المشفوع ضده، باعتبار أن التحايل تقصيري يترتب عليه توافر الضرر بالنسبة للشفيح لسقوط حقه في الشفعة ولكن لما كان التحايل هو أحد أوجه الغش، وكان المقرر أن الغش يبطل التصرفات والإجراءات بدون حاجة إلى نص في القانون يقرر ذلك، وبالتالي فإن للشفيح الحق في التمسك بهذه القاعدة لدفع الضرر المترتب

(1) أنور طلية، المرجع السابق، ص 559

على هذا التحايل بحيث إذا قضي له بالشفعة، فإن مراد الشارع يكون قد تحقق بما ينفي الضرر عن الشفيع، وحينئذ لا تتكامل أركان المسؤولية التقصيرية، إذ لا يكفي الخطأ وحده، وإنما يلزم حدوث ضرر عن الخطأ، بحيث إذ انتفى الضرر وانتفت لمسؤولية، فإن لم يتمسك الشفيع بالتحايل، أو تمسك وعجز عن إثباته، باعتبار أن التحايل خطأ تقصيري واجب الإثبات، وانتفت علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي لحق بالشفيع وانتفت تبعاً لذلك مسؤولية المشفوع ضده.

والتمسك بالتحايل يجب أن يتم في دعوى الشفعة سعياً لقضاء الشفيع بأحققته في أخذ العقار بالشفعة، وبالتالي لا يجوز الاستناد إليه في دعوى التعويض التي يرفعها الشفيع على المشفوع ضده، إذ هيأ المشرع وسيلة لإبطال هذا التحايل تمهيداً للقضاء له بأحققته في أخذ العقار بالشفعة، فإن لم يلتزم الشفيع بذلك فإنه يكون قد انصرف عن طلب الشفعة بإرادته الحرة، وهو ما يكفي لانتفاء الضرر عنه بسبب عدم أخذه بالشفعة، مما يوجب القضاء برفض دعوى التعويض، إذ طالما فتح المشرع الطريق أمام الشفيع للأخذ بالشفعة رغم التحايل لإسقاطها إلا أنه رغب عنها، فلا يجوز له أن يستبدل بها تعويضاً⁽¹⁾.

(1) أنور طلية، المرجع السابق، ص 561

ملخص الفصل:

تعتبر الأحكام الخاصة بالشفعة من أهم ما يضمن صحتها وتتمثل هذه الأحكام في كل من إجراءاتها بالإضافة إلى أثارها وأسباب سقوطها

وتتمثل هذه الإجراءات في كل من الانذار الموجه من طرف البائع والمشتري إلى الشفيع لأعلامه بوقوع البيع من أجل مباشرته لباقي الإجراءات والمتمثلة في إعلان الرغبة من طرف الشفيع إلى كل من البائع و المشتري في أجل اقصاه 30 يوم من تاريخ تلقي الانذار ويجب ان يكون وفق شكل رسمي،ليأتي بعد ذلك مباشرة إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق في أجل 30 يوم من تاريخ إعلان الرغبة من طرف الشفيع

بعد ذلك إمام الإجراء الأخير وهو رفع دعوى الشفعة، وترفع من طرف الشفيع باعتباره مدعى ضد البائع والمشتري باعتبارهما مدعى عليهما ، وترفع الدعوى في أجل 30 يوم من تاريخ إيداع الثمن أمام المحكمة الواقع في دائرتها مقر العقار المشفوع فيه

بعد استيفاء الإجراءات تنتج عنها آثار وتتمثل في مجموعة من العلاقات فيما بين أطراف عقد البيع وهما البائع والمشتري بالإضافة إلى الشفيع لنكون أمام أسباب لسقوط الشفعة والمتمثلة في الأسباب الموضوعية المتمثلة في التنازل بالإضافة إلى زوال احد شروطها كذلك الاسباب الإجرائية والمتمثلة في تخلف احد إجراءاتها أو بطلان عقد البيع الأصلي

بالإضافة إلى أسباب أخرى كموت الشفيع أو التحايل المسقط.

خاتمة

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

1. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على المختار، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1963.
2. ابن منظور محمد، لسان العرب المحيط، الجزء الثالث، دار الجيل ودار لسان العرب، بيروت، لبنان، 1988.
3. أبو السعود رمضان الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
4. أبو السعود رمضان، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية دار الجامعة للطباعة والنشر بيروت، لبنان، 1985.
5. أبو السعود رمضان، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
6. أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، 1996.
7. أبي غريب عبد العزيز محمد، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، دار نور الفجر للطباعة والنشر والتوزيع بالإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
8. الأهواني حسام الدين كامل، الحقوق العينية الأصلية، منشورات عين الشمس، مصر 1999.
9. باشا عمر حمدي، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
10. باشا محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثالث عشر، الطبعة الثانية، منشورات جامعة بني سويف، مصر، 1952.

قائمة المراجع:

11. بالحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهاادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2016.
12. البخاري محمد ابن اسماعيل، صحيح، الجزء الثاني، ضبطه ورقمه وشرح أحاديته مصطفى ديب البغا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليكة، الجزائر 1992.
13. البدرابي عبد المنعم، حق الملكية، الطبعة الثالثة، جامعة القاهرة، مصر 1994.
14. البستاني فؤاد إبرام، المنجد، الطبعة الخامسة والأربعون، دار المشرق، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
15. الترميذي محمد ابن عيسى، صحيح الترميذي، الجزء السادس، دار العلم للجميع لبنان، دون سنة نشر.
16. الجمال مصطفى محمد، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
17. خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008.
18. الخشني محمد ابن حارث، أصول الفتي في الفقه على مذهب مالك، حققه وعلق عليه محمد أبو الأجفان وآخرون، الدار العربية للكتاب، تونس، 1985.
19. دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
20. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا 1985.
21. زكي محمود جمال الدين، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة نشر.

قائمة المراجع:

22. سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها مصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 2002.
23. سعد نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
24. سعد نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية-أحكامها مصادرها- دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1997.
25. سعد نبيل إبراهيم، الحقوق العينية وأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010.
26. سعد نبيل إبراهيم، الشفعة عملا وعلمًا، منشأة المعارف، بالإسكندرية، مصر 1997.
27. سعيد جبر، حق الملكية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، دون سنة نشر.
28. سليم عصام أنور، عدم تجزئة السفحة -دراسة تأصيلية- منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997.
29. سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
30. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
31. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
32. سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1999.

قائمة المراجع:

33. الشواربي عبد الحميد، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقہ، منشأة المعارف، بالإسكندرية، مصر، 2000.
34. شنب محمد لبيب، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، دون ذكر دار النشر والبلد، 1998.
35. الصده عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
36. طلبة انور، المطور في شرح القانون المدني، الشفعة ومواعيد إجراءاتها، دعوى الشفعة، التحايل لاسقاط الشفعة، الجزء الثالث عشر، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، مصر، 2004.
37. عبد الباقي عبد الفتاح، دروس في الأموال، دون ذكر دار النشر والبلد والتاريخ.
38. عرفة محمد علي، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، أسباب كسب الملكية، الجزء الثاني، مصر، دون سنة نشر.
39. العطار عبد الناصر توفيق، أحكام الملكية دار الفكر العربي، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
40. علي الخفيف، الملكية في الشريعة مع مقارنتها بالقوانين العربية، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، 1990.
41. العمروسي أنور، الملكية وأسباب كسبها، دار محمود للنشر والتوزيع، 1995.
42. قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
43. قاسم محمد حسين، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2005.
44. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، ط4، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، مصر، 1995.

قائمة المراجع:

45. لعبيدي علي الهادي، الموجز في الشرح القانون المدني، الحقوق العينة الأصلية مكتبة دار الثقافة لنشر للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 1999.
46. مراد عبد الفتاح، التعليق على قانون المدني، الهيئة القومية العامة للكاتب والوثيقة المصرية، الطبعة الثالثة، مصر، دون سنة النشر.
47. مصطفى إبراهيم، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، تركيا، دون سنة النشر.
48. معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقد المصري، الطبعة الثانية منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1990.
49. منصور إسحاق إبراهيم، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
50. منصور محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
51. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1965.
52. هرجة مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقد، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

ثانيا: المذكرات والرسائل

1. عيشور علي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل مرتبة القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.
2. كيفاجي الضيف، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة وأصول الدين والحضارة، جامعة قسنطينة، الجزائر، 1999.

قائمة المراجع:

3. لابد أسماء، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، الجزائر، 2016.
4. لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1983.
5. مساد منصور فؤاد عبد الرحمان، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
6. هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2012.

ثالثا: النصوص القانونية

I- الأوامر والقوانين

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 22 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية رقم 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية العدد 21 صادر 23 أبريل 2008.
- القانون 87-19 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية في الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية رقم 50 الصادرة في 11 نوفمبر 1987.

II- التشريعات الفرعية:

قائمة المراجع:

- المرسوم التنفيذي رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق في تأسيس السجل التجاري معدل ومتمم جريدة رسمية جمهورية جزائرية عدد 50 صادرة بتاريخ 13 أبريل 1976.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1994 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفيات ذلك، جريدة رسمية الجمهورية الجزائرية رقم 60 الصادرة في 26 نوفمبر 1991.

III- الاجتهادات القضائية:

- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 10 جانفي 1995 المجلة القضائية الصادرة 1995، العدد الأول.
- قرار المحكمة العليا، قسم الوثائق، قرار رقم 194437 مؤرخ في 26 أبريل 2000، المجلة القضائية العدد 02، 2000.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 34131، مؤرخ في 19 نوفمبر 1984، المجلة القضائية العدد 03، 1990.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 30840 مؤرخ في 19 نوفمبر 1984، المجلة القضائية العدد 03، 1990.
- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 02 جانفي 1985، العدد 04، المجلة القضائية الصادرة 1979.
- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 24 ديسمبر 1991، العدد 01، المجلة القضائية الصادرة في 1993.
- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 02 جانفي 1985، العدد الرابع، المجلة القضائية الصادرة في 1989.

قائمة المراجع:

- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 24 ديسمبر 1991، العدد الأول، المجلة القضائية
الصادرة في 1993.

فهرس المحتويات

الصفحة	فهرس المحتويات
	بسملة
	شكر وتقدير
	قائمة المختصرات
1-4	مقدمة
	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للشفعة
07	المبحث الأول: ماهية الشفعة
07	المطلب الأول: مفهوم الشفعة
08	الفرع الأول: التعريف بالشفعة
08	أولاً: التعريف اللغوي للشفعة
10	ثانياً: التعريف الشرعي للشفعة
15	ثالثاً: التعريف القانوني للشفعة
19	الفرع الثاني: خصائص الشفعة
19	أولاً: الشفعة استثناء على مبدأ الرضائية
19	ثانياً: الشفعة ترد على العقار دون المنقول
20	ثالثاً: اتصال الشفعة بشخص الشفيع
20	رابعاً: الشفعة في عقد البيع
21	خامساً: عدم قابلية الشفعة للتجزئة
22	سادساً: جواز النزول عن الشفعة
22	سابعاً: الشفعة مشيئة متجددة
23	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة
24	الفرع الأول: الشفعة حق
24	أولاً: الاتجاه الأول
25	ثانياً: الاتجاه الثاني

25	ثالثا: الاتجاه الثالث
26	الفرع الثاني: الشفعة رخصة
27	أولا: المقصود بالرخصة
27	ثانيا: تمييز الرخصة عن الحق
28	الفرع الثالث: الشفعة واقعة مركبة
30	الفرع لرابع: موقف المشرع الجزائري
31	أولا: الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة
31	ثانيا: عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع
32	ثالثا: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة
32	المطلب الثالث: شروط الأخذ بالشفعة
33	الفرع الأول: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه
34	أولا: الشفعة لا ترد إلا على العقارات
38	ثانيا: شرط عدم تجزئة العقار المشفوع فيه
41	الفرع الثاني: شروط تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة
42	أولا: الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع.
45	ثانيا: البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة
55	الفرع الثالث: شروط متعلقة بشخص الشفيع
55	أولا: توفر سبب الشفعة وقت صدور البيع
58	ثانيا: بقاء السبب قائما حتى تمام البيع
60	المبحث الثاني: تحقق الشفعة
60	المطلب الأول: توافر صفة الشفيع
60	الفرع الأول: شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع
63	أولا: إذا كان مالك الرقبة شخصا طبيعيا
69	ثانيا: إذا كان مالك الرقبة شخصا معنويا
71	الفرع الثاني: شفعة الشريك في الشيوع

72	أولاً: وجود شريك على الشيوع في العقار
77	ثانياً: أن يباع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي
79	الفرع الثالث: شفعة صاحب الانتفاع في ملكية الرقبة
81	الفرع الرابع: شفعة مالك الرقبة في الحكر والمستحكر
81	الفرع الخامس: شفعة الجوار
82	أولاً: نطاق شفعة الجوار
84	ثانياً: حالات شفعة الجوار
86	المطلب الثاني: التزام بين الشفعاء
87	الفرع الأول: التزام بين الشفعاء من طبقات مختلفة
87	أولاً: الدولة والجماعات المحلية
87	ثانياً: مالك الرقبة
88	ثالثاً: الشريك في الشيوع
89	رابعاً: صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في الرقبة
89	خامساً: الجار المالك
90	الفرع الثاني: التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة
96	الفرع الثالث: التزام بين شفعاء عندما يكون المشتري أحدهم
98	أولاً: التزام المشتري الشفيع مع شفعاء أدنى منه طبقة
98	ثالثاً: التزام المشتري مع شفعاء من نفس الطبقة
	الفصل الثاني: أحكام الشفعة
103	المبحث الأول: إجراءات الشفعة
104	المطلب الأول: الإنذار وإعلان الرغبة في الشفعة
104	الفرع الأول: الإنذار بوقوع البيع
105	أولاً: البيانات الواجب مراعاتها في الإنذار
108	ثانياً: شرط الرسمية في الإنذار
110	الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة

111	أولاً: الرسمية في إعلان الرغبة
114	ثانياً: الأجل المحدد لإعلان الرغبة
117	ثالثاً: شهر إعلان الرغبة في الشفعة
119	المطلب الثاني: إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق
119	الفرع الأول: المبالغ والمصاريف التي يجب إيداعها
119	أولاً: إيداع الثمن لدى الموثق
123	ثانياً: إيداع مصاريف البيع لدى الموثق
126	الفرع الثاني: ميعاد إيداع الثمن ومكانه
126	أولاً: ميعاد إيداع الثمن
127	ثانياً: مكان إيداع الثمن
129	الفرع الثالث: جزاء مخالفة أحكام إيداع الثمن
130	المطلب الثالث: رفع دعوى الشفعة
130	الفرع الأول: أطراف الخصومة في دعوى الشفعة
130	أولاً: المدعي في الدعوى الشفعة
132	ثانياً: المدعي عليه في دعوى الشفعة
132	الفرع الثاني: كيفية رفع الدعوى وميعادها
133	أولاً: كيفية رفع دعوى الشفعة
134	ثانياً: ميعاد رفع الدعوى
135	الفرع الثالث: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة
138	المبحث الثاني: آثار الشفعة ومسقطاتها
138	المطلب الأول: آثار الشفعة
139	الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبايع
139	أولاً: التزامات البايع نحو الشفيع
146	ثانياً: التزامات الشفيع نحو البايع
148	الفرع الثاني: علاقة الشفيع والمشتري

149	أولاً: التزامات الشفيع اتجاه المشتري
156	ثانياً: التزامات المشتري اتجاه الشفيع
161	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير
161	أولاً: الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة
163	ثانياً: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة
165	الفرع الرابع: علاقة البائع بالمشتري
165	أولاً: ما يتقل العقار قبل شهر المشتري عقد شرائه
167	ثانياً: ما يتقل العقار بعد شهر المشتري عقد شرائه
167	المطلب الثاني: مسقطات الشفعة
168	الفرع الأول: الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة
168	أولاً: التنازل عن الشفعة
172	ثانياً: زوال أحد شروط الشفعة
173	الفرع الثاني: الأسباب الإجرائية لسقوط الشفعة
173	أولاً: عدم إظهار الرغبة في الشفعة وعدم إيداع الثمن في ميعاده
176	ثانياً: عدم رفع دعوى الشفعة في ميعادها
178	ثالثاً: مضي سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع
180	رابعاً: بطلان عقد البيع والتقادم المسقط
182	الفرع الثالث: أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة
183	الفرع الرابع: التحايل لإسقاط الشفعة
184	أولاً: صور التحايل لإسقاط الحق في الشفعة
187	ثانياً: إثبات التحايل لإسقاط الشفعة
187	ثالثاً: المسؤولية عن إسقاط الحق في الشفعة
190	خاتمة

فهرس المحتويات

195	قائمة المراجع
204	فهرس المحتويات
	ملخص

ملخص:

تعتبر الشفعة مصدر من مصادر الحقوق العينية الأصلية، وهي أخطر القيود الواردة على حرية التملك فبموجبها يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه، كما يجد البائع أنه طرف في عقد مع شخص آخر غير الذي باعه له، وأيضا يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش بنوده ولم يشارك في انعقاده، ونظرا لطبيعة الخاصة التي تتميز بها أحاطها المشرع بمجموعة من القيود الموضوعية والإجرائية، والشفعة حق من الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية، فقد جاءت خلافا للأصل والحكمة من تقريرها هي دفع الضرر عن الشفيع في حالة ما إذا اتصل ملكه بالعقار المبيع فهي تعتبر سبب من أسباب كسب الملكية وطريق مشروع لمن حق لهم ذلك بمقتضى نصوص القانون.