

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت
معهد العلوم القانونية والإدارية
قسم القانون الخاص

الشريعة وفقا لأحكام القانون الجزائري

مذكرة لنيل درجة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري

تحت إشراف الدكتور:

هيشور أحمد

من إعداد الطالبتين:

– خياف بختة

– شهاب شهرزاد

السنة الجامعية: 2015/2014

كلمة شكر وتقدير

الحمد والشكر بداية للمولى عز وجل الذي أمدنا بالعون

ووفقنا لإتمام هذا العمل.

كما نوجه الشكر الخالص إلى أستاذنا الدكتور أحمد هيشور

على قبوله الإشراف على المذكرة، والذي لم يبخل علينا بوقته

الثمين وعلى توجيهاته السديدة، وملاحظاته المفيدة التي كان لها

عظيم الفائدة على بحثنا، نفعنا الله بعلمه وجزاه عنا خير جزاء.

كما نوجه الشكر المسبق لأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بمناقشة

هذا العمل وإثرائه.

الشكر والعرفان لكل من قدم لنا يد المساعدة لإتمام هذه

المذكرة، وإخراجها في شكلها النهائي.

والى جميع أساتذة كلية الحقوق بالمركز الجامعي بتيسمسيلت.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ مَنْ بِشَفَعِ شَفَاعَةٍ حَسَنَةً بَعَثَ اللَّهُ نَصِيبًا مِنْهَا وَمَنْ بِشَفَعِ شَفَاعَةٍ سَيِّئَةٍ بَعَثَ اللَّهُ كَلِمًا مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُقِينًا ﴾

الآية 85 من سورة النساء.

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين أطال الله
ففي عمرهما وحفظهما وأمدهما بالصحة والعافية.

إلى جميع إخوتي وأخواتي.

إلى جميع زملائي وزميلاتي طلبة السنة الثانية ماستر.

إلى رفيفات الدرب منال. ياقوت. وهيبة.

إلى كل من ساعدني سواء ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد.

إلى كل من أمدني الثقة بالنفس ورفع معنوياتي وشجعني لمواصلة
هذا العمل، وأخص بهذا الشأن أختي وزميلتي خياض بختة مع احترامي الكبير
لها، عسى الله أن يوفقهما في هذه الحياة.

شهرزاد

إهداء

إهداء

إلى رمز العطاء والطيبة والحنان.....والذي الكريمين.

إلى قرة عيني ابنتي الغالية كريمة.

إلى روح زوجي المرحوم لخضر.

إلى كل أفراد عائلتي.

إلى زملائي وزميلاتي.

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد.

إلى كل رفيقاتي اللاتي لا أطوي بهن عمدا ولا أنسى لهن ذكرى.

أهدي هذه البخزة الطيبة.

بنتة

أ-ج	مقدمة
1	الفصل التمهيدي: ماهية الشفعة
3	المبحث الأول: مفهوم الشفعة
3	المطلب الأول: تعريف الشفعة
4	الفرع الأول: المدلول اللغوي للشفعة
5	الفرع الثاني: المدلول الإصطلاحي للشفعة
8	المطلب الثاني: دليل مشروعية الشفعة
8	الفرع الأول: دليل مشروعية الشفعة في السنة
9	الفرع الثاني: دليل مشروعية الشفعة بالإجماع
10	الفرع الثالث: مشروعية الشفعة في القانون الجزائري
11	المبحث الثاني: التكيف القانوني للشفعة وخصائصها
12	المطلب الأول: التكيف القانوني للشفعة
12	الفرع الأول: الشفعة حق
13	الفرع الثاني: الشفعة رخصة
15	الفرع الثالث: الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة
16	المطلب الثاني: خصائص الشفعة
16	الفرع الأول: حق الشفعة لا يرد إلا على العقار
17	الفرع الثاني: الشفعة حق استثنائي
17	الفرع الثالث: غير قابلة للتجزئة
18	الفصل الأول: شروط الأخذ بالشفعة وإجراءاتها القانونية

19	المبحث الأول: شروط الأخذ بالشفعة
20	المطلب الأول: شروط المال المشفوع فيه
20	الفرع الأول: إقتصار الشفعة على العقار
22	الفرع الثاني: عدم قابلية الشفعة للتجزئة
23	المطلب الثاني: التصرف المجيز للشفعة
23	الفرع الأول: أن يكون التصرف بيعا
26	الفرع الثاني: البيوع العقارية المستثناة من الشفعة
30	المطلب الثالث: وجود شفيع
30	الفرع الأول: من تثبت له صفة الشفيع
34	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشفيع
37	الفرع الثالث: تزامن الشفعاء
40	المبحث الثاني: الإجراءات القانونية للشفعة
41	المطلب الأول: الإنذار الرسمي و إعلان الرغبة
41	الفرع الأول: إنذار الشفيع بوقوع البيع
45	الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة
51	المطلب الثاني: إيداع الثمن و المصارف لدى الموثق
52	الفرع الأول: إيداع الثمن لدى الموثق
54	الفرع الثاني: إيداع المصاريف لدى الموثق
54	المطلب الثالث: رفع دعوى الشفعة
55	الفرع الأول: أطراف الخصومة في الدعوى
56	الفرع الثاني: المحكمة المختصة في النظر في الدعوى
58	الفرع الثالث: ميعاد رفع الدعوى
59	الفصل الثاني: آثار الشفعة وحالات سقوطها
60	المبحث الأول: آثار الشفعة

61	المطلب الأول: الآثار المباشرة الشفعة
61	الفرع الأول: وقت حلول الشفيع محل المشتري
63	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالبائع
66	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالمشتري
71	المطلب الثاني: الآثار غير المباشرة (علاقة الشفيع بالغير)
71	الفرع الأول: التصرفات والحقوق العينية المترتبة قبل تسجيل إعلان الرغبة
74	الفرع الثاني: التصرفات والحقوق العينية المترتبة بعد تسجيل إعلان الرغبة
76	المبحث الثاني: سقوط الشفعة
76	المطلب الأول: الأسباب القانونية لسقوط الشفعة
77	الفرع الأول: الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة
80	الفرع الثاني: الأسباب الإجرائية لسقوط الشفعة
83	المطلب الثاني: التحايل لإسقاط الشفعة
84	الفرع الأول: طرق التحايل لإسقاط الشفعة
86	الفرع الثاني: إثبات تحايل إسقاط الشفعة
86	الفرع الثالث: المسؤولية عن التحايل في إسقاط الشفعة
88	الخاتمة
91	قائمة المراجع
99	الفهرس

مقدمة

لقد احتلت الملكية - لاسيما العقارية منها - منذ القدم مكانة هامة وبارزة لدى الأمم والمجتمعات، باعتبارها أقدم الأنظمة ظهورا على وجه الأرض هذا من جهة، ولارتباطها بغريزة التملك والاستحواذ وحب الذات لدى الإنسان من جهة أخرى، وهذا ما يجعلها من أهم الحقوق المعترف بها لأشخاص القانون على الإطلاق، لذلك عملت التشريعات على تنظيمها وتبيان الطرق المشروعة التي تكتسب بها، تسهيلا على الناس ومنعا لتعطل مصالحهم.

أخذ المشرع الجزائري بنظام الملكية، حيث أعطى للمالك حق التملك، وبالمقابل قيده بقوانين وأنظمة لحماية المصلحة العامة، ويظهر هذا في التعريف الذي أورده للملكية العقارية في القانون المدني، ضمن م (674) والتي جاء فيها: « الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة »، ومن بين القيود الواردة على التصرف، نجد الشفعة كونها قيда على حرية التملك والتصرف وحرية التعاقد، حيث يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه، كما يجد البائع نفسه طرفا في العقد مع شخص آخر غير الذي تعاقد معه، وكذلك يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش بنوده ولا شروطه، ولم يشترك حتى في انعقاده .

ولفهم أحكام الشفعة، يجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي استمد منها المشرع الجزائري مفاعيلها، حيث تعد المصدر المادي والتاريخي للقواعد القانونية الخاصة بها، فما من معاملة شرعها الله لعباده، إلا وأحيطت بسياج قوي ومتمين من الضمانات والقيود، حماية للعباد من الغبن والوقوع في الظلم واستئصالا للنزاع الذي من الممكن أن ينجم بين الناس، نتيجة لتعاملاتهم وإنارة للطريق أمام كل المتعاقدين في الحاضر والمآل.

وعلى الرغم من أن الشفعة حق تملك جبري بحكم القانون لما فيها من انتزاع ملك الغير بغير رضاه، إلا أنها شرعت لدفع ضرر الشركة أو الجوار، فالشريك قد يتضرر من دخول أجنبي عن الشركاء، إذا باعه أحد الشركاء حصته في العقار المشاع، والجار قد يتضرر من جوار غريب يشتري العقار المجاور، فالضرر الذي قصد الشارع الحكيم رفعه بالشفعة هو الضرر اللاحق بالقسمة.

والشفعة من المواضيع الهامة، حيث تتجلى أهميتها في كونها لها ارتباط عملي بواقع الناس، بالإضافة لما لها من فوائد وذلك من خلال جمع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع أو إنهاء الشيوخ إذا باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبي، إلى جانب الدور الذي تلعبه في عملية الهيكل العقارية، كوسيلة تدخل في يد السلطات العامة للحصول على الأراضي ومقاومة المضاربة عليها، وهي تمكنها من السيطرة على هذه الأخيرة، بدافع إخضاع الحركة العقارية إلى رقابة أكثر دقة.

أما عن دواعي اختيارنا لهذا الموضوع وإفراده بالدراسة، فعديدة ومتنوعة، فمنها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي.

فبالنسبة للدواعي الذاتية لإختيار الموضوع هو الرغبة في تكوين إطار مفاهيمي للموضوع، وذلك لتعميق المعارف أكثر والتكوين في هذا المجال، بالإضافة إلى أن موضوع الشفعة موضوع ثري، يستحق البحث والدراسة لإثراء المكتبة القانونية بمرجع جديد يستفيد منه طلبة العلم.

أما بالنسبة للدواعي الموضوعية، فهي الطابع الاستثنائي والخاص للشفعة، باعتبارها خروجاً عن المبدأ العام في التعاقد وهو الرضائية، بالإضافة إلى تبيان الحكمة الشرعية للشفعة ومدى أخذ المشرع الجزائري بها، زد على ذلك الجهل بأحكام الشفعة عند كثير من طلبة العلم، فضلاً عن جهل المواطن بمطالبته بحقوق قد يكون لا سند ولا ميرر له بها في الشيء محل المطالبة، كذلك الوقوف على الصعوبات والإشكالات الواقعة والمطروحة على الجهات القضائية، والتي تشغل بال الكثير سواء كانوا قضاة أو متقاضين.

ونظراً للطبيعة الاستثنائية للشفعة باعتبارها قيد خطير على حرية التعاقد - والتي هي أحد أهم آثار مبدأ سلطان الإرادة - فما محل العقد الناشئ بين الشفيع والبائع بعد ثبوت الحق في الشفعة من القاعدة المكرسة في التشريع " العقد شريعة المتعاقدين " ؟ إشكالية، كل جزء فيها يطرح تساؤلاً جديداً: ما مدى حجية العقد الناشئ بالتراضي والثابت في حق الشفيع، بالنسبة للعلاقة القائمة بين البائع والمشتري؟ وفي حالة توفر أسباب الأخذ بالشفعة، فما هي الشروط والإجراءات المتبعة للأخذ بها؟ وما هي الآثار المترتبة عن الأخذ بها؟ وهل تقرر الشفعة للشفيع على الدوام أم أنها يمكن أن تقع تحت طائلة السقوط؟

كما يندرج موضوع الشفعة، ضمن البحوث العلمية القائمة على التحليل والمقارنة والنقد، لذا إنتهجنا في دراستنا المنهج التاريخي، كون أن للشفعة إعتبرات تاريخية، والمنهج الوصفي والتحليلي في تحليل النصوص لإستنتاج الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري في هذا المجال، بالإضافة إلى المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين ما جاء به المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية، وما تضمنته القوانين الوضعية المقارنة.

وقد جاء تفصيل هذا البحث مرتبا حسب مسائل الشفعة، وموضوعاتها الواردة في القانون الجزائري، ضمن ثلاث فصول:

حيث خصصنا فصلا تمهيدا للجانب الموضوعي، من خلال التطرق لماهية الشفعة، والذي قسمناه إلى مبحثين، تحدثنا في المبحث الأول عن مفهوم الشفعة من خلال تعريفها وتبيان دليل مشروعيتها، وفي المبحث الثاني تحدثنا عن الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها.

أما الفصل الأول، فتطرقنا فيه إلى الجانب الإجرائي، وذلك من خلال تبيان شروط وإجراءات الشفعة، حيث قسمناه إلى مبحثين خصصنا الأول لشروط الأخذ بالشفعة، والثاني لإجراءات الأخذ بها.

وفيما يخص الفصل الثاني، تناولنا فيه الآثار المترتبة عن الشفعة وحالات سقوطها، فقسمناه إلى مبحثين، أفردنا الأول للآثار المترتبة عن الشفعة، والثاني لحالات سقوط الشفعة، وختمنا بحثنا هذا بخاتمة تضمنت جملة من النتائج والملاحظات.

تعد الشفعة نظام قانوني استمد جذوره من الشريعة الإسلامية، التي أولتها عناية لا تضاهيها سائر النظم والتشريعات الوضعية، ونظرا لأن الشفعة من المواضيع التي تكتسي أهمية كبيرة، شغلت فكر العديد من الفقهاء فتعددت تعاريفها، سواء في الفقه الشرعي، أو ما تضمنه فقه القانون الوضعي، إلا أن كل التعريفات تقترب من مدلولها اللغوي .

ولفهم أحكام الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري، يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها مصدرا ماديا واحتياطيا للقواعد القانونية الخاصة بالشفعة، هذا فضلا عن وجوب الرجوع إليها عند تخلف النص التشريعي طبقا لنص م (1 ف2) ق م ج⁽¹⁾ والتي تنص على أنه: « إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف » (المبحث الأول).

ولقد كان موضوع الشفعة محل جدل العديد من الفقهاء، بشأن تحديد طبيعتها القانونية فانقسموا إلى عدة اتجاهات اختلفت في وضع تكييف قانوني لها، ونظرا لخروجها عن القواعد المنظمة لأسباب كسب الملكية بشكل عام، بل وعن القواعد المألوفة في التعامل بين الأفراد، تميزت بجملة من السمات والخصائص⁽²⁾ (المبحث الثاني).

(1) الأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد: 78، المؤرخة في: 30 /09/ 1975، المعدل والمتمم.

(2) عبد العزيز راجح حسن، شروط الأخذ بالشفعة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة عدن، كلية الحقوق 1420هـ، 2000م، ص 5.

المبحث الأول

مفهوم الشفعة

تعتبر الشفعة قيّداً على حرية التصرف وحرية التعاقد على خلاف الأصل، فهي تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً على المشتري⁽¹⁾، وقبل الغوص في دراسة الشفعة باعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، والتطرق لأحكامها وبيان شروطها، لا بد أن نعرض على مدلولها اللغوي والإصطلاحي، حتى يتضح مفهومها أكثر (المطلب الأول).

وبما أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في ضبط قواعدها وتطوير أحكامها، تطرقنا إلى دليل مشروعية الشفعة، من خلال الأحاديث النبوية وإجماع الفقهاء حول مشروعيتها، بالإضافة إلى ما جاءت به التشريعات الوضعية من تعاريف للشفعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الشفعة

كلمة الشفعة ليست اصطلاحاً دارجاً، فهي بمثابة نقطة إستفهام تحتاج إلى شرح وتوضيح، لذلك كان علينا تبيان معناها في اللغة (الفرع الأول)، بالإضافة إلى مقصودها الإصطلاحي (الفرع الثاني)، وذلك من خلال ما تضمنته الشريعة الإسلامية باختلاف مذاهبها من تعريفات، وصولاً إلى التعريف القانوني وفقاً للتشريعات الحديثة، لنبرز من خلالها موقف المشرع الجزائري من الشفعة.

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1995، ص 403.

الفرع الأول

المدلول اللغوي للشفعة

الشفعة كلمة يراد منها عدة معاني في اللغة العربية منها: الشفع، وهو خلاف الوتر، وفي الترتيل ﴿وَالشَّفْعِ وَالْوَتْرِ﴾⁽¹⁾، إذ قال الأسود بن يزيد: " الشفع يوم الأضحى والوتر يوم عرفة "، ويقال: " الوتر هو الله و الشفع خلقه "، وقال: ابن عباس " الوتر آدم شفع بزوجه " ⁽²⁾.

كما يقال: " شفع البصر الأشباح " أي رآها شيئين، مثلما هو الحال عند ضعاف البصر والرؤية حينما يقال: " شُفعت لي الأشخاص " بمعنى بدا الشيء أو الشخص لي شخصين، يقال أيضا: " العين شافعة " و " أصابته شفعة " أي عين ⁽³⁾.

وفي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقِيتًا﴾⁽⁴⁾، بمعنى من يزد عمله، فيضم عملا إلى عمل ⁽⁵⁾.

والشفعة بضم الشين وتسكين الفاء مأخوذة من الشفع والضم، يقال: شفعت الشيء أي ضمته، وهي مصدر للفعل استشفع: أي طلب النصر والمعونة، ويقال: " شفع الشيء شفعًا، أي ضم مثله إليه وجعله زوجًا " ⁽⁶⁾.

(1) الآية 03 من سورة الفجر.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دار الجليل ودار لسان العرب، بيروت، لبنان، ط 1988، ج 3، ص 333.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، إسطنبول، تركيا، ط 2، د س، ج 1، ص 487.

(4) الآية 85 من سورة النساء.

(5) عبد الله شحاتة، تفسير القرآن الكريم، دار غريب، القاهرة، د ط، د س، مجلد 3، ص 886، 887.

(6) فؤاد إفرايم البستاني، المنجد، دار المشرق، بيروت، لبنان، ط 45، د س، ص 357.

ويقال: " شفعت الشيء من باب نفع " أي ضمته إلى الفرد، و" شفعت الركعة " أي جعلتها اثنين⁽¹⁾، والشفعة في اللغة مشتقة من الزيادة، فقد سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: اشتقاقها من الزيادة، وهي أن تشفع فيما تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده⁽²⁾.

من خلال ما تم ذكره من تعاريف يتضح أن الجامع لمعاني الشفعة في اللغة هو معنى " الضم " لأن الشفيع يضم العقار المبيع إلى ملكه، ومعنى " الزيادة " فالشفيع يزيد ملكه بسبب الشفعة.

الفرع الثاني

المدلول الإصطلاحي للشفعة

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة، تبعاً لإختلاف مذاهبهم في تحديد الأحكام المتعلقة بها (أولاً)، ولم تخرج القوانين الوضعية - خصوصاً العربية - عن ما تضمنه التعريف الفقهي في تعريف الشفعة (ثانياً)، وسنورد أهم تلك التعاريف على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي

عُرِّفت الشفعة عند الحنفية بأنها: « تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه »⁽³⁾، والمقصود بالبقعة هو العقار المشفوع فيه، وعرفها الإمام أكمل الدين البارقي بأنها: « عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركه أو حوار »⁽⁴⁾.

(1) أحمد بن محمد بن علي القيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت: لبنان، ط 1987، ص 121.

(2) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 2289، 2290..

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 8، ص 144.

(4) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 05.

أما عند المالكية، فعرفها ابن عرفة بأنها: « استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه »⁽¹⁾، كما عرفها آخرون بالقول: « الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار، بثمنه أو قيمته »⁽²⁾.

أما بالنسبة للشافعية، فقد عرفها الإمام محمد الخطيب الشربيني الشافعي فقال: « حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض »⁽³⁾.

كما يعرف فقهاء الحنابلة الشفعة بأنها: « استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه، إن كان مثله أو دونه بعض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد »⁽⁴⁾، وعرفها الشيخ شمس الدين بن قدامة المقدسي بأنها: « استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها »⁽⁵⁾.

استنادا لما سبق ذكره، يتضح بأن الشفعة لا تخرج عن أصل معناها اللغوي، وهو الضم، وأن تعريفات فقهاء المسلمين اتفقت على أن الشفعة تملك الشفيع جبرا عن المشتري العقار المشفوع فيه، مما يعني ذلك أنها قد شرعت خلافا للقواعد العامة في الفقه الإسلامي، والتي تقضي بأن الأصل العام في التملك يقوم على الرضا والإتفاق، كما أنها اختلفت بخصوص من يحق لهم الأخذ بها، فانقسموا إلى اتجاهين، اتجه أحدهما بالجوار والشركة (مذهب الحنفية)، واتجه حصر أسبابها في الشركة فقط (مذهب الشافعية، المالكية والحنابلة).

(1) أحمد الدردير، الشرح الصغير، دار المعارف القاهرة، مصر، د ط، د س، ج 3، ص 629.

(2) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط 1، 2009، ج 6، ص 153.

(3) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3، ص 238.

(4) موفق الدين بن قدامة، المغني والشرح الكبير، مكتبة ابن تيمية، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 5، ص 255.

(5) موفق الدين بن قدامة، نفس المرجع، ج 5، ص 460.

ثانيا: تعريف الشفعة في القوانين الوضعية

لقد أقر نظام الشفعة الكثير من القوانين العربية نذكر منها:

عرفها المشرع المصري في م (935) ق م⁽¹⁾ بأنها: « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها ».

وعرفها المشرع العراقي في م (1128) ق م⁽²⁾، بأنها: « حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة ».

وعرفها المشرع الأردني في م (1150) ق م⁽³⁾ بأنها: « حق تملك العقار المبيع أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات ».

كما أن الشفعة نظام معروف في القانون الألماني والقانون الإسباني إلا أنه هناك بعض القوانين لم تأخذ بها كالقانون السوري⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الشفعة في م (794) ق م بأنها: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية ». الملاحظ من خلال المادة السابقة الذكر، أن المشرع الجزائري، إكتفى بمجرد بيان أنها رخصة، ولم يقتبس أي تعريف من المذاهب الفقهية الإسلامية، وهو نفس ما يلاحظ على المشرع المصري، على عكس المشرع العراقي والأردني الذي يتضح من خلال تعريف كل منهما، التأثير بالمذهب الحنفي.

والتعريف الذي يمكن استخلاصه، هو أن الشفعة رخصة يمنحها القانون لشخص معين (الشفيع) تتوافر فيه شروط محددة تجيز له الحلول محل المشتري (المشفوع منه)، في بيع العقار (المشفوع فيه)،

(1) القانون المدني المصري، رقم: 131، الصادر في: 16 يوليو 1948، الموافق لـ 9 رمضان 1367.

(2) القانون العراقي، رقم: 40، الصادر في: 4 حزيران 1951، الموافق لـ: 30 شعبان 1951.

(3) القانون المدني الأردني، رقم: 43، سنة 1976.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 2011، ج 9، المجلد 1، ص 446.

بدفع الثمن الذي قام عليه العقد⁽¹⁾، وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع، أو الحق العيني المترتب عليه ولو جبراً على المشتري، وبذلك تكون الشفعة قيماً على حرية التصرف و التملك

المطلب الثاني

دليل مشروعية الشفعة

الشفعة مأخوذة - كنظام وسبب لكسب الملكية - من الفقه الإسلامي، فهي ثابتة فيه بالسنة، وذلك من خلال الأحاديث التي أثبتت قضاء الرسول بها (الفرع الأول)، وبإجماع علماء المسلمين على جواز الأخذ بها (الفرع الثاني)، فقد أثبتتها الشرع لمصلحة راجحة، وهي أصل ثابت فيه.

الفرع الأول

دليل مشروعية الشفعة في السنة

تعتبر السنة النبوية المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم، وهي ما صدر عن الرسول ﷺ، وقد استدلت فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الشفعة بالعديد من الأحاديث النبوية، إذ ذكر في البخاري، عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - قوله: « قضى رسول الله بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »⁽²⁾، كذلك ما روي عن جابر - رضى الله عنه - قال: « قضى رسول الله بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربه أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإذا شاء أخذ و إن شاء تركه فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به »⁽³⁾.

(1) ليلى طلبية، الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، ط 1، 2011، ص 57.

(2) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، حديث رقم: 2099، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ج 3، ص 405.

(3) مسلم أبو الحسن مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم: 134، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ج 3، ص 625.

وكذا حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال: «الجار أحق بسقبه»⁽¹⁾، والمقصود بسقبه ما قرب من داره فهو أحق به من غيره⁽²⁾.

الفرع الثاني

دليل مشروعية الشفعة بالإجماع

يعتبر حكماً شرعياً واجب الإتيان، ما أجمع عليه أهل العلم من المسلمين في المسائل الفقهية، لذا فالإجماع مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ودليل من أدلة أحكامه، فقد قال الإمام إبراهيم بن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع، من أرض أو دار أو حائط»، إلا أنه هناك إتجاه خالف ذلك، حيث يرى أصحابه أن الشفعة غير مباحة، بمعنى أنها ليست حق للشفيع يطالب به⁽³⁾، وهو ما ذهب إليه أبو بكر الأصبم⁽⁴⁾، ودليلهم على ذلك من الكتاب قوله ﷺ: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»⁽⁵⁾، ومن السنة قوله ﷺ: «لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه»⁽⁶⁾، كما أنهم يحتجون من المعقول، بأن إثبات الشفعة فيه إضرار بأرباب الأملأك، ويتحقق هذا الضرر عندما يعلم المشتري أن الشفيع يأخذ منه المبيع جبراً بعد الشراء، فلن يشتري ويتقاعس الشريك (الشفيع) عن الشراء، وبالتالي يلحق الضرر بالمالك⁽⁷⁾.

(1) رواه البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث: 2139، ج 3، ص 787.

(2) رواه البخاري، المرجع نفسه، رقم الحديث: 2139، ج 3، ص 787.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 5، ص 460.

(4) شهاب الدين أبي الفضل، لسان الميزان، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3، ص 519.

(5) الآية 29 من سورة النساء.

(6) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، رقمه 6441، ج 3، ص 117.

(7) عبد العزيز راجح الحسن، المرجع السابق، ص 15.

وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة بالإجماع المنعقد قبله، وذلك من وجهين أولهما: إنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم إستحقاق الشفعة من الشراء، أمّا الثاني: أنه يمكن للشريك إذا لحقته مشقة أن يقاسم، فيسقط إستحقاق الشفعة⁽¹⁾. وفي تشريع الشفعة حكمة، يهدف من خلالها التشريع الإسلامي إلى درء المفسد، وجلب المصالح ورفع المشقة والخرج، وتكمن الحكمة في أن الشريك أو الجار، بأخذه حصة شريكه أو جاره المباعة لأجنبي يدفع عن نفسه ضرر مشاركة أو مجاورة الأجنبي، خاصة إذا كان سيء الخلق غليظ الطبع، وهذا وفقا لقاعدة " لا ضرر ولا ضرار " كما أن درء المفسد في الشريعة الإسلامية مقدم على جلب المصالح عند التعارض .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه لا يلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلا، كما أن إنتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لا ينفي قيامها، حيث أن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ بها⁽²⁾.

الفرع الثالث

مشروعية الشفعة في القانون الجزائري

أما في القانون الجزائري فقد جرى العمل بالشفعة، فهي منظمة في القانون المدني، حيث نجدها في الباب الأول المتعلق بحق الملكية، الواقع في الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق إكتساب الملكية، وذلك في المواد من (794) إلى (807).

هذا ولم يكتف المشرع الجزائري بالنص على الشفعة في القانون الخاص وجعلها حقا للخواص فقط، بل أعطى للدولة هي الأخرى هذا الحق، وذلك بموجب نصوص خاصة منها: القانون رقم:

(1) ابن قدامة ، المرجع السابق، ج 5، ص 178.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 404.

(19/87)، المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم وذلك في المادة (24) منه⁽¹⁾، والقانون رقم: (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري في المادتين (52 و71) منه⁽²⁾، والأمر رقم: (105/76) المتضمن قانون التسجيل، لا سيما المادة (118) منه⁽³⁾، والمرسوم التشريعي رقم : (03/93) المتعلق بالنشاط العقاري في المادة (23) منه⁽⁴⁾ الملغى.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للشفعة وخصائصها

بما أن الشفعة تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري، فإن هذا يعتبر قيوداً على حرية التصرف، وحرية التعاقد بخلاف الأصل، فمن الأصول الفقهية الشرعية الثابتة أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلاّ برضاه⁽⁵⁾، وهذا ما يدفعنا للحديث عن الطبيعة القانونية للشفعة (المطلب الأول) والخصائص التي تمتاز بها (المطلب الثاني).

(1) القانون رقم: 19/87، المؤرخ في: 1987/12/8، المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية، ج ر رقم 50، الصادرة في: 1987/12/9.

(2) القانون رقم: 25/90، المؤرخ في: 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر رقم 49، الصادرة في: 1990/11/20.

(3) الأمر 105/76، المؤرخ في: 1976/12/9، المتضمن قانون التسجيل، ج ر رقم 81، الصادرة بتاريخ: 1977/12/18 المعدل والمتمم.

(4) المرسوم التشريعي رقم: 03/93، المؤرخ في: 1993/3/1، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر رقم 14، الصادرة في: 1993/3/3.

(5) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص404.

المطلب الأول

التكييف القانوني للشفعة

بعدما تناولنا تعريف الشفعة ودليل مشروعيتها، سنخرج في هذا المطلب على الطبيعة القانونية للشفعة، وهو ما اختلف بشأنه الفقه، مما أدى إلى ظهور مجموعة من الآراء والإتجاهات بخصوص هذه المسألة، وكل اتجاه له دليله الخاص في ذلك⁽¹⁾، فمنهم من يعتبرها حق (الفرع الأول)، ومنهم من يعتبرها رخصة (الفرع الثاني)، ومن من يقول بكونها مترلة وسطى بين الحق والرخصة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الشفعة حق

لقد ثار جدل حول تحديد طبيعة الشفعة، بين شخصيتها وعينيتها، فالرأي القائل بعينية الشفعة (الشفعة حق عيني)، ذلك لأنه يتولد من حق ملكية العقار المشفوع به، وينصب على العقار المشفوع فيه، إضافة إلى ذلك فهو يساعد على تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى الشفعة، وهي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه، وقد أخذ بهذا المشرع الجزائري من خلال م (802) ق م ج، التي تنص على أنه: « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار... »، أما الرأي الثاني فيقول بشخصية الشفعة (حق شخصي)، وذلك لاتصالها بشخص الشفيع، أي حق لصيق به، بمعنى لا يجوز توريثه ولا حوالة، كما لا يجوز لدائنيه أن يستعملوه باسمه⁽²⁾.

(1) أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان كلية الحقوق، ص 37.

(2) حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة ماجستير في الشريعة، جامعة مؤتة، عمادة الدراسات العليا، 2006، ص 33.

وهناك من الفقهاء من يعتبر الشفعة من الحقوق الترخيضية أو المنشئة، ويقصد بها تلك الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادة منفردة، بمعنى أن هذا الحق يعبر عن مكنة إختيارية، تتحقق في حالة بيع العقار المشفوع فيه لشخص يدعى الشفيع، عيّن القانون أحواله وجعله يشفع في عقار، يسمى بالعقار المشفوع به، ليحل محل المشتري، ويسمى بالمشفوع منه، وذلك متى توافرت الشروط المحددة قانوناً⁽¹⁾.

في حين هناك رأي آخر يرى بأن الشفعة ليست بحق عيني، ولاحق شخصي فهي طريقة من طرق اكتساب الملكية، والحقوق العينية، ولا يمكن تصور أن السبب المكسب للحق، هو في حد ذاته يسمى حقاً، لذا فإن الشفعة تعتبر واقعة مركبة بين الوقائع المادية (الشيوخ، الجوار)، وبين التصرف القانوني وهو العمل الإرادي المتمثل في إعلان الرغبة، وهذا لأن الوقائع المادية والطبيعية غير كافية ما لم يستعمل حقه في الأخذ بالشفعة، وبتتبع واستقراء آراء الفقهاء في هذا المجال وتفحص أدلتهم بشأن تحديد طبيعة الشفعة هل هي حق شخصي أم عيني، يتضح بأنها ليست بحق أصلاً، وإنما وسيلة لكسب الملكية العقارية⁽²⁾.

الفرع الثاني

الشفعة رخصة

بعد الوصول إلى نتيجة أن الشفعة ليست بحق كما يراد له قانوناً، فإن هناك إتجاه من الفقه كَيْفها على أنها رخصة، ويقصد بهذه الأخيرة عند الفقيه فون تور(vontuhr): « مكنة تعطي للشخص بسبب مركز قانوني خاص، في أن يُحدث أثر قانوني بمحض إرادته ». وبالتالي فإنها تختلف عن مصطلح الحرية التي تعتبر مكنة معترف بها لكافة الناس، بمعنى أن الشفعة رخصة مُنحت بموجب القانون للشخص الشفيع، لذلك تعد رخصة شخصية⁽³⁾، وهذا ما

(1) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، الاسكندرية، منشأة المعارف، د ط، 1997، ص 11.

(2) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 35.

(3) أحمد دغيش، المرجع نفسه، ص 36-37.

ورد في القانون المدني المصري بموجب م (935)، على خلاف القانون الأردني، ومجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، فقد عرّفوا الشفعة على أنها حق، رغم أن محكمة التمييز الأردنية قررت بأنها رخصة ولا تعد أكثر من ذلك.

أمّا المشرع الجزائري فقد حذا حذو نظيره المصري، واعتبر الشفعة رخصة وذلك بصريح نص م (794) ق م ج، التي تنص على أنه: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية »⁽²⁾.

ويترتب على اعتبار الشفعة رخصة، أن دائني الشفيع لا يجوز لهم المطالبة بها، بطريق الدعوى غير المباشرة التي يقيمها باسم مدينه - وسيلة قضائية يباشر من خلالها الدائن بنفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه، بسبب إهمال هذا الأخير لتلك الحقوق وقد نصت عليها م (189 و190) ق م - ولا التنازل عنها للغير تحت طائلة سقوطها وبطلان التعامل بها، ومن النتائج المترتبة عن ذلك، أنها خيار يمارس بالإرادة المنفردة، بالإضافة إلى التأثير على المركز القانوني للمشتري، أما بالنسبة لمسألة توريث الشفعة - كأثر آخر لإعتبار الشفعة رخصة - فيعد من المسائل التي أغفلتها معظم التشريعات المنظمة للشفعة، ومن بينها القانون المدني الجزائري، وبالتالي وجب الرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الاسلامي، من خلال مختلف آراء الفقهاء⁽³⁾، حيث يرى المذهب الحنفي، أن الشفعة تعد ضمن الحقوق الشخصية باعتبارها خيار ومشية، وبالتالي لا تورث، حتى وإن طالب بها الشخص قبل وفاته⁽⁴⁾، أما المذهب المالكي⁽⁵⁾ والشافعي⁽⁶⁾، فيريان أنّ الشفعة تورث مطلقاً ولا تبطل بالوفاة، والسبب في هذا أن مفهوم المال عند كل منهما يتسع ليشمل الأشياء المادية والمعنوية، وباستقراء نص م (682) ق م ج وما بعدها، يتضح بأنه يُعد محلاً للحقوق المالية، كل شيء غير خارج عن التعامل

(1) مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، 1302هـ.

(2) الأمر 58/75، مؤرخ في: 1975 /9/26، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

(3) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص48.

(4) شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د س، المجلد 7، ج 14، ص116.

(5) مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، دار الكتب للطبوعات الجميلة، الجزائر، د ط، د س، ص406.

(6) أبو إسحاق الشيرازي، المجموع في شرح المهذب، دار الفكر، د ط، د س، ج 1، ص383.

بطبيعته أو بحكم القانون، سواء كان حقا شخصا أم عينيا، أم يدخل في نطاق الحقوق المعنوية، أما بالنسبة للمذهب الحنبلي، فإن الشفعة لا تورث إلا إذا طالب بها الشفيع قبل وفاته، ويكفي في الطلب أن يتم بالاشهاد فيقول: «أشهد أني علي من كذا وكذا، وأني طلبته»⁽¹⁾.

إن الرأي الراجح من كل ما سبق، هو أن الشفعة تورث مطلقا، سواء طالب بها المورث قبل وفاته أم لا، أخذاً بالمذهب المالكي والشافعي، بحيث أنه إذا لم يتمكن المورث من طلبها - كمن فاجأته المنية - فلورثته أن يطالبوا بها ما لم تمضي مدة السقوط، لأنها خيار لإزالة الضرر، فوجب أن ينتقل إلى الورثة⁽²⁾.

الفرع الثالث

الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة

ذهب بعض الفقه إلى جعل الشفعة حق ورخصة في آن واحد، فهي رخصة قبل استعمالها من الشفيع، وحق بعد استعمالها، أي رخصة من حيث أن الشفيع لا يجبر على استعمالها، وحق بحيث أن استعمالها يؤدي إلى إلزام المشتري بها⁽³⁾.

غير أنه هناك جانب آخر من الفقه، يرى بأن الشفعة ليست بحق ولا برخصة، وإنما هي منزلة وسطى بين هذين المصطلحين، باعتبارها أعلى من الرخصة، وأدنى من الحق، فيقال حق التملك وحق الملك، فالأول يعبر عن الرخصة، والثاني يعبر عن الحق، وما بينهما يمثل مصطلح الشفعة، وقد تناول هذه المسألة الفقه الشرعي من خلال بعض علماء الشريعة المتأخرين، منهم الإمام القرافي في كتابه

(1) عبد الله بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 5، ص 536.

(2) شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، المجلد 7، ج 14، ص 116. مالك بن أنس، المرجع السابق، ص 406.

(3) حنان سامي محمد موافي، المرجع السابق، ص 33.

"الفروق" بحيث اعتبر صاحب المترلة الوسطى، من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، والشفعة في نظره تكون دون الملك (الحق)، وفوق الرخصة⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فهو واضح وجلي من خلال م (794) ق م بحيث أخذ بالرأي الذي اعتبر الشفعة رخصة.

المطلب الثاني

خصائص الشفعة

لقد سبقت الإشارة عند تعريف الشفعة سواء اصطلاحاً، أو قانوناً، بأنها طريقة ووسيلة لكسب الملكية العقارية، وبشروط حددها القانون، كما تعد رخصة في يد الشفيع للحلول محل المشتري، ويستشف من هذا تميز الشفعة بجملة من الخصائص، كونها لا ترد إلا على عقار (الفرع الأول)، وأنها تمثل حقاً استثنائياً (الفرع الثاني)، وهي غير قابلة للتجزئة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حق الشفعة لا يرد إلا على العقار

تعتبر الشفعة حقاً عينياً عقارياً خالصاً، لا تستعمل إلا في العقارات، سواء كانت مبنية أو غير مبنية كالأراضي الزراعية، والأراضي المعدة للبناء، وسواء كان عقاراً بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص⁽²⁾، وسيتم توضيح الحالة التي يؤخذ فيها بالشفعة في العقار بالتخصيص، عند الحديث على الشروط المتعلقة بالمشفوع فيه.

(1) شهاب الدين الصنهاجي القرافي، الفروق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3، ص 20، 21.

(2) زوليخة كولة، حق الشفعة في العقار السياحي، رسالة ماستر تخصص قانون عقاري، جامعة البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم سياسية، 2013/ 2014، ص 10.

كما أنها شُرعت في العقار لدفع ضرر سوء الشركة بسبب الإستمرار والدوام، وقد استثنى المنقول من ذلك بسبب عدم دوامه، ولذلك أورد له المشرع نظاما خاصا به يشبه نظام الشفعة وهو الإسترداد، وتثبت خاصية الشفعة في العقار دون المنقول بنص م (794) ق م ج.

الفرع الثاني

الشفعة حق استثنائي

تعد الشفعة قيد على حرية التصرف، واستثناء على الأصل المتعارف عليه، وهو مبدأ الرضائية لأنها تحرم المالك من التصرف في ماله إلى الشخص الذي يريده، مقابل ذلك تؤدي إلى زوال ملكية المشتري جبرا عليه، ويحل محله شخص آخر لم يشأ البائع التعامل معه وهو الشفيع، فعند إبرام العقد يعامل البائع المشتري معاملة ممتازة، سواء من حيث الشروط، أو من حيث الثمن، وذلك لاعتبارات موجودة بينهما، فيستفيد الشفيع من ذلك وإن كانت تلك الإعتبارات لا تعنيه، ولذلك تعتبر الشفعة حقا إستثنائيا منعا للضرر المحتمل⁽¹⁾.

الفرع الثالث

غير قابلة للتجزئة

المقصود بذلك أنه إذا توافرت أسباب الأخذ بالشفعة، يمكن للشفيع استعمال هذا الحق، ولكن عليه أن يشفع في المبيع بأكمله طالما أنه يمثل صفقة واحدة، وذلك حتى لا يتضرر المشتري، كأن يشفع في الجزء الأفضل من العقار ويترك الجزء الرديء، أما في حالة ما إذا وجدت عدة صفقات متفرقة فلا حرج من الشفعة في بعضها دون البعض الآخر، إذا لم يجمعها عمل واحد، إضافة إلى هذا

(1) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 7، 2010، ص139. هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، رسالة ماستر تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محمد أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص11.

يجب أن لا يؤدي عدم تجزئة الشفعة إلى إجبار الشفيع على أخذ ما لا شفعة فيه، بمعنى لا بد من الإلتزام بالشفعة في الحدود المقررة قانوناً⁽¹⁾.

(1) رضا هطال، المرجع نفسه، ص13.

لأجل الإستفادة من نظام الشفعة، لابد من التعرف على الشروط الواجب توفرها للأخذ بالشفعة إذ بدونها لا تتحقق هذه الأخيرة، فنظرا لطابعها الإستثنائي، عمل المشرع على التضييق من نطاقها وحصرها بمجالات محددة وشروط مثقلة، منعا للتوسع فيها (المبحث الأول)، بالإضافة إلى مجموعة من الإجراءات القانونية التي رسمها المشرع الجزائري وسائر التشريعات المقارنة، والكفيلة بتطبيق نظام الشفعة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

لا يثبت الحق في الشفعة إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط، باعتبارها تعطي حق الأفضلية لمن أخذ بها على مشتري العقار⁽¹⁾، وكونها لا تعتبر من الحقوق الملازمة لصفة الانسان الطبيعي، فهي كما تثبت للشخص الطبيعي، فإنها تثبت للشخص المعنوي (الدولة وجماعاتها المحلية)، وهنا نكون بصدد ما يعرف بالشفعة الإدارية⁽²⁾، وحق الشفعة لا يخول لأي كان، إلا إذا توفرت الشروط اللازمة، سواء تعلق الأمر بالمال المشفوع فيه (المطلب الأول)، أو التصرف المرتب للشفعة (المطلب الثاني)، أو تعلق الأمر بالشخص الشفيع (المطلب الثالث).

(1) سناء بن شريطوة، كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة، رسالة ماجستير تخصص قانون عقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، 2008-2009، ص 32.

(2) سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، ط 2002، ص 103، 104.

المطلب الأول

شروط المال المشفوع فيه

يقصد بالمال المشفوع فيه، المبيع الذي يستحق الشفيع أخذه بالشفعة، أي المأخوذ، وقد عرفته م (952) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: «العقار الذي تعلق به حق الشفعة»، وقد اتفق الفقه الإسلامي والقانوني، على أن الشفعة لا ترد إلا على العقار - كقاعدة عامة مع وجود إستثناءات في بعض القوانين الخاصة - إذا ما تحققت الشروط الواجب توفرها (الفرع الأول)، ويشترط أيضا لجواز الشفعة عدم تجزئة الصفقة، لأن المشتري قد يرفض التعاقد لعدم تحقق الفائدة المرجوة من تلك الصفقة، وبالتالي يلحق الضرر كل من البائع والمشتري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إقتصار الشفعة على العقار

الأمر المتفق عليه بين الفقهاء، قصر الشفعة على العقار، لكن الخلاف الذي يثور، هل تكون الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة أم العقار الذي لا يقبل القسمة، فنجد الحنفية⁽¹⁾ وبعض من المالكية⁽²⁾، يرون أن محل الشفعة هو العقار مطلقا، سواء كان مفرزا أو جزء شائعا، أكان مما يقسم كاللدور والخوانيت، أو لا يقسم كالبئر والطرق لقوله ﷺ: «الشفعة في كل شرك ربع أو حائط»⁽³⁾، وتثبت عندهم الشفعة في المنقول إذا كان تابعا للعقار، سواء كان متصلا بالعقار قرارا واستقرارا كالأشجار والبناء، أم كان متصل بما هو متصل به كالثمر على الأشجار، أم كان غير متصل به لكن

(1) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الإختيار لتعليق المختار، كتاب الشفعة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 2، ص 42.

(2) مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، المرجع السابق، ص 403.

(3) مسلم أبو الحسن مسلم، المرجع السابق، ج 3، ص 625.

من لوازمه كآلات الحرث والسقي، أما جمهور الفقهاء (الشافعية⁽¹⁾، الحنابلة⁽²⁾، وبعض المالكية⁽³⁾)، فيرون أن الشفعة تكون فيما يقبل القسمة من العقارات، ولا تكون فيما لا يقبل القسمة أو فيما يقبل القسمة بفساد، ودليلهم في ذلك قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»، بمعنى أن محلها فيما يقبل القسمة قبل أن يقسم لا فيما لا يقبلها⁽⁴⁾.

كذلك هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري، من خلال إقراره للشفعة بالنسبة للعقار فقط، وهذا ما تتفق عليه معظم التشريعات، بخلاف المشرع الكويتي واللبناني، بحيث أجازا الشفعة في كل من المنقول والعقار.

أما بالنسبة للعقار الذي تجوز فيه الشفعة، هو العقار بطبيعته أصالة، والعقار بالتخصيص استثناء بحيث ترد عليه الشفعة في حالة ما إذا بيع تبعاً للعقار الذي رصد لخدمته، لأنه في هذه الحالة يعد من ملحقاته، فمثلاً لو بيعت مزرعة وما عليها من مواشي وآلات ونحوها مما يعد عقاراً بالتخصيص، فإن الشفعة تثبت في المزرعة وما عليها، أما إذا بيعت تلك الآلات والمواشي مستقلة عن المزرعة، فهنا لا تثبت الشفعة إذ أن البيع في هذه الحالة يتعلق بمنقول⁽⁵⁾.

إضافة إلى هذا، فإن الحق العيني الذي يرد على عقار، يعتبر مالا عقارياً ومن ثم، تجوز الشفعة في بيع أي حق عيني عقاري أصلي، كحق الانتفاع وملكية الرقبة، إضافة إلى حق الحكر كما هو موجود في القانون اللبناني والمصري، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يتناول هذه المسألة⁽⁶⁾.

(1) محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 729.

(2) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، دس، ج 6، ص 241.

(3) الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 6، ص 153.

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، المرجع السابق، ج 3، ص 405.

(5) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دون دار نشر، د ط، د س، ص 203.

(6) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 461.

الفرع الثاني

عدم قابلية الشفعة للتجزئة

تتعلق هذه المسألة بالحالة التي إذا بيع فيها عقار، فلا يجوز للشفيع أن يشفع في جزء من هذا العقار دون الجزء الآخر، فإما يشفع فيه كله أو يتركه، وبما أن المشرع الجزائي لم يتناول مسألة عدم تجزئة الشفعة، فقد تُرك الأمر لإجتهادات الفقهاء والباحثين، ولتطبيق قاعدة عدم قابلية الشفعة للتجزئة، يجب التفريق بين عدة حالات:

أولاً: بيع عقار واحد لمشتري واحد

في هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في جزء من العقار دون الأجزاء الأخرى، ويتم ذلك ولو تعدد الشفعاء وكانت قاعدة التزاحم بينهم تفرض قسمة المبيع كل بحسب نصيبه، فإنه يجب على كل واحد منهم أن يطلب الشفعة في كامل أجزاء العقار⁽¹⁾.

ثانياً: بيع عدة عقارات لمشتري واحد

إذا بيعت عدة عقارات بصفقة واحدة، أي عقد واحد يجب التفريق بين حالتين:

1- وجود عقارات منفصلة: إذا كانت هذه العقارات منفصلة وغير مخصصة لعمل واحد، أو طريقة عمل واحدة، جاز له أن يطلب الشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة، دون غيرها من العقارات الأخرى، أما إذا كانت منفصلة ولكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث إذا استعمل حق الشفعة في جزء منها، يجعل الباقي غير صالح لما أُعد له من إنتفاع، ففي هذه الحالة يضطر الشفيع للأخذ بالشفعة في جميع العقارات، إذا توافرت فيها جميعاً شروط الشفعة، أما إذا توافرت الشروط في بعضها دون الآخر، فهنا لا تجوز الشفعة أصلاً .

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 100 .

2- وجود عقارات متصلة: إذا باع المالك عدة عقارات بصفقة واحدة وكانت متلاصقة، وتوفرت بشأها شروط الأخذ بالشفعة، وجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات، فالصفقة واحدة ولا تجوز تجزئتها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التصرف المميز للشفعة

إن طبيعة التصرف القانوني، تنطوي على أهمية كبيرة في معرفة مدى استحقاق الشفيع للشفعة من عدمه، ويتضح من تعريف المشرع الجزائري للشفعة ومن أحكامها، أنها لا تجوز إلا في بيع العقار (الفرع الأول)، إلا أنه استثنى بعض البيوع العقارية من أن تكون محلا للشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أن يكون التصرف بيعا

بما أن الأمر يتعلق بالشفعة فلا بد أن ينحصر نطاقها في البيع طبقا م (794) ق م ج (أولا)، مع ضرورة وجود هذا البيع إلى حين تمام الشفعة (ثانيا)⁽²⁾.

أولا: انحصار نطاق الشفعة في البيع

معناه وجود عقد بيع - طبقا لنص م (351) ق م ج - صادر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري، تنتقل على أساسه الملكية بعوض نقدي، حتى يجوز الأخذ بالشفعة⁽³⁾، لذا يجب أن نستبعد ماعداه من تصرفات حتى وإن كانت ناقلة للملكية، إضافة إلى بيان الشروط الواجب توافرها في هذا البيع.

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 461.

(2) نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع، ص 445.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 493.

1- إستبعاد ماعدا البيع من تصرفات: لا يعتبر عقد البيع التصرف الوحيد الذي يكون بمقابل من جهة، ويترتب عليه انتقال ملكية الشيء من المتصرف إلى المتصرف إليه من جهة أخرى، بل إنّ ذلك يتحقق في العديد من التصرفات القانونية، إلا أنّ المشرع الجزائري لا يجيز الشفعة في هذه التصرفات، ومقتضى ذلك أن الشفعة لا تثبت في عقد المفاضة، ولا يمكن الإستناد إلى نص م (415)⁽¹⁾ ق م ج، التي تقضي بسريان أحكام البيع على المفاضة، للقول بجواز الشفعة لأن الشفيع ملزم بدفع ثمن نقدي⁽²⁾، كما لا تثبت في عقد الوفاء بمقابل، ولا في التصرفات الكاشفة (القسمة، الصلح)، والتصرفات التبرعية كالهبة، بخلاف المشرع اللبناني الذي يجيز الشفعة في الهبة بعوض من خلال نص م (244 ف1) من قانون الملكية العقارية اللبناني بنصها على أنه: « لا يستعمل حق الشفعة إلاّ بوجه المشتري وبوجه الموهوب له بعوض»⁽³⁾، ولكن إذا تلقى الموهوب له العقار بعوض نقدي، وكان يقارب قيمة العقار أو مساويا لها، في هذه الحالة يمكن اعتبار الهبة بيعا وتجاوز فيه الشفعة⁽⁴⁾، غير أنه في حالة ما إذا كانت حقيقة الهبة بعوض، بيع أخفي تحت ستار هبة، وسمي الثمن عوضا، فالعبرة بحقيقة العقد وهي أنه بيع، فتجاوز فيه الشفعة، ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور في العقد، إلّا إذا تبين أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد⁽⁵⁾.

2- شروط البيع المحقق للشفعة: إذا كانت الشفعة لا تجوز إلاّ في البيع، فإنه يلزم التحقق

من توافر شروط معينة في هذا البيع حتى تجوز فيه الشفعة والمتمثلة في:

- (1) تنص المادة 415 ق م ج على أنه: « تسري على المفاضة أحكام البيع بالقدر الذي تقتضيه طبيعة المفاضة... ».
- (2) عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، دون دار النشر، د ط، دس، ص 130، 131.
- (3) القرار رقم: 3339، الصادر في: 1930/11/12، المتضمن قانون الملكية العقارية اللبناني، المعدل والمتمم.
- (4) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 98.
- (5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 495.

أ- أن يكون للبيع وجود قانوني: لا يمكن أن يفتح المجال للأخذ بالشفعة، إلا إذا كان هناك بيع قائم وموجود، وعلى ذلك إذا كان البيع باطلا بطلانا مطلقا، فلا مجال للأخذ بالشفعة، على العكس من ذلك إذا كان البيع قابلا للإبطال، فإنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذه الحالة، لأنه عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله، كذلك هو الحال بالنسبة للعقد المعلق على شرط فاسخ، فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ، أما بالنسبة للعقد المعلق على شرط واقف، ففي هذه الحالة إنتقال الملكية يكون معلقا على هذا الشرط، وبالتالي لا يجوز طلب الأخذ بالشفعة في هذا البيع.

ب- أن يكون البيع حقيقيا: ويتحقق ذلك باستجماع أركان وشروط عقد البيع، أي أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي قصده المتعاقدان، فإذا كان هذا البيع مستورا بتصرف آخر كالهبة، فإنه يجوز للشفيع أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات فإذا أثبت أن العقد في حقيقته بيع جاز له المطالبة بالشفعة، أما في حالة العكس، وهي متى كان البيع يستر الهبة فقد انقسم الفقه إلى فريقين، يرى الفريق الأول بأن الشفيع ليس من الغير، لأنه ليس دائنا ولا خلفا خاصا لأي من المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز له التمسك بالعقد الظاهر الصوري وهو البيع، وإنما يجوز للمشتري أن يحتج عليه بالعقد الحقيقي المستور(الهبة)، أما الفريق الثاني فذهب لاعتبار الشفيع من الغير - كل من لم يكن طرفا في العقد وخلفا عاما لأحد طرفيه - وفي هذه الحالة يجوز له التمسك بالعقد الصوري الظاهر متى كان حسن النية، وبالتالي يجوز له طلب الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

ج- أن يكون البيع تاما: ينبغي أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية، وأصبح ملزما لطرفيه، وباعتبار أن الشفعة لا تكون إلا في العقار، فقد ساد في هذا المجال وجود ما يسمى بالعقد الابتدائي، والمقصود به العقد في صورته الأولية قبل استكمال إجراءات التسجيل، أما مصطلح العقد النهائي فيعني ذات العقد ولكن في صورته النهائية التي تتماشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل، وبالتالي تجوز الشفعة في كلا العقدين، فإذا أبرم العقد النهائي، وكان الشفيع قد طلب

(1) يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2000 ص452،453.

الشفعة في العقد الابتدائي، بقي حقه قائما وبنفس شروط البيع الابتدائي، حتى لو تغيرت شروط البيع النهائي، وفي حالة ما إذا فاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي جاز له طلب الشفعة في البيع النهائي في مواعيد هذا البيع وبشروطه⁽¹⁾، هذا ما نجده عند المشرع المصري، أما بخصوص المشرع الجزائري فنجد أنه يشترط لانتقال الملكية العقارية، أن يكون العقد مسجلا ومشهرا، فمقتضى حق الأخذ بالشفعة، يوجب أن يكون التصرف القانوني الناشئ عنه حق الشفيع مسجلا و مشهرا، وقت بيع العقار المشفوع فيه.

ثانيا: أن يظل البيع قائما إلى حين تمام الشفعة

إذا كان يلزم أن يكون هناك بيع مما تجوز فيه الشفعة، وأن يتوافر في هذا البيع الشروط الواجب توافرها فيه على النحو السابق ذكره، فإنه يلزم أيضا أن يظل هذا البيع قائما من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة، فالنتيجة النهائية في الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه، وهذا يستلزم بقاء العقد الذي يجب أن يتم به هذا الحلول⁽²⁾.

الفرع الثاني

البيوع العقارية المستثناة من الشفعة

كما سبقت الإشارة، فإنه يجب أن يكون البيع الوارد على العقار من البيوع التي تثبت فيها الشفعة⁽³⁾، غير أنه ما يلاحظ على المشرع الجزائري ومختلف التشريعات المقارنة، هو إخراج بعض البيوع من طائفة البيوع العقارية التي تجوز فيها الشفعة، منها ما يتم بيعه بالمزاد العلني (أولا)، ومنها ما تكون فيها شخصية المتعاقدين محل اعتبار عند التعاقد (ثانيا)، أو كان لغرض جعل المكان محل عبادة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص501. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص456.

(2) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص459.

(3) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص145 .

(ثالثاً)⁽¹⁾، وهذه الحالات وردت في م (798) ق م ج، وهذا ما ورد أيضا في م (939) ق م م، وم (2 ف 3) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني⁽²⁾.

أولاً: البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون

السبب في اعتبار هذه الحالة من موانع الشفعة، لأنه في مقدور الشفيع أن يدخل في المزاد العلني مثل أي شخص آخر، ولأن الهدف من البيع بالمزاد العلني هو الحصول على أعلى ثمن⁽³⁾، ويشترط لمنع الشفعة في هذه البيوع شرطان، الأول أن يتم بالمزاد العلني، فإذا لم يتم البيع على هذا النحو فإنه تجوز فيه الشفعة، أما الشرط الثاني أن يتم وفقا لإجراءات حددها القانون، وهي ما تضمنتها المواد من (747 الى 752) من ق (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾.

ثانياً: البيع للأقارب لدرجة معينة

يتضح من خلال نص م (798 ف 2) ق م ج، أن المشرع الجزائري قد منع فئات معينة من الأخذ بالشفعة، لاعتبار في المشتري، فإذا باع المالك عقاره لمشتري به صلة وثيقة من قرابة، أو علاقة زوجية، أو مصاهرة، فإن هذا البيع لا بد وأن يكون قد روعيت فيه شخصية المشتري، وأن المالك ما كان ليباع عقاره لسواه، لذلك لا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة، وقد عدد القانون على سبيل الحصر الفئات التي يمنع الأخذ منها بالشفعة.

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 205.

(2) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني، سنة 1958، ج ر رقم: 1410، الصادرة بتاريخ: 1959/1/1.

(3) حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2006، ص 172.

(4) القانون رقم: 09/08، المؤرخ في: 2008 /2/25، المتضمن ق م ج، ج ر عدد 21، الصادرة في: 2008/4/23.

1- البيع بين الأصول والفروع: يعد مانعا من الشفعة أن يقع البيع بين الأصول والفروع، سواء كان الأصل أم الفرع هو البائع، والملاحظ هنا أن القرابة لم تقيد بدرجة معينة، فالمانع يوجد على ما يقع من بيوع بين الأصول والفروع مهما تباعدت درجة القرابة بين البائع والمشتري، فمثلا لو باع الأب حصته لإبن ابنه مهما نزل الفرع، فليس للإبن أن يطلب الشفعة، لأن البيع تم لأحد الفروع، كذلك هو الحال لو باع الإبن عقاره لأبيه، أو لجدته مهما علا الأصل، فالشفعة هنا أيضا لا تجوز، وقد صدر بهذا الخصوص قرار يقضي ب: « من المقرر قانونا بالمادة 570 قانون تجاري أنه يمكن إحالة حصص الشركاء بكل حرية بين الأزواج والأصول، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن الحصص المحالة تمت بين الأصول بموجب عقد رسمي، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعنة لممارسة حق الشفعة عليها طبقوا صحيح القانون »⁽¹⁾.

2- الأقارب لغاية الدرجة الرابعة: يقصد بهم الأقارب الذين تجمع بينهم قرابة الحواشي، وقد قيد المشرع هذه الفئة بدرجة معينة، بحيث لا يجوز الأخذ بالشفعة بين الأقارب الحواشي لغاية الدرجة الرابعة⁽²⁾.

وتحسب درجة الحواشي طبقا لنص م (34) ق م ج صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا للفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة، بمعنى أن الأخ بالنسبة لأخيه درجة ثانية، فالعم يعتبر كدرجة ثالثة بالنسبة إلى إبن أخيه، أما بالنسبة إلى إبن العم يعتبر درجة رابعة بالنسبة لإبن عمه.

3- المصاهرة: الأصهار هم أقارب أحد الزوجين بالنسبة إلى الزوج الآخر، ولا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، وتحسب درجة القرابة بينهم طبقا لنص م (35) ق م ج على أنه: « يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر »،

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 1010371، مؤرخ في: 21/06/1992، مجلة قضائية 1993، عدد4، ص 156.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 40.

وبالتالي كل بيع صادر من أب الزوج إلى الزوجة، يعد درجة أولى، وهنا لا يجوز الأخذ بالشفعة، كذلك هو الحال إذا ما صدر البيع من أخ الزوجة إلى الزوج، فهو يعد درجة ثانية من ناحية المصاهرة، وبالتالي لا تجوز الشفعة⁽¹⁾.

4- البيع بين الزوجين: إذا باع أحد الزوجين عقاره للآخر، لا تجوز الشفعة في هذا البيع، أمّا إذا باع المالك عقاره لمطلقة، أو باع الخاطب عقاره لخطيبته فهنا تجوز الشفعة لتخلف رابط الزوجية.

ثالثا: جعل المبيع محل عبادة أو إلحاقه به

فرض المشرع هذا المانع من خلال نص م (798 ف3) ق م ج، وذلك لاعتبارات دينية قدمها على مصلحة الشفيع، فلو باع شخص أرضه لمشتري بقصد بناء مسجد فوقها أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيعه، أو إقامة سكن للإمام، فهنا يكون العقار قد بيع ليكون مل عبادة أو ليلحق به، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع حتى لا يضيع على المشتري غرضه الديني الذي أراد تحقيقه⁽²⁾.

هذا بالنسبة لموانع الشفعة المذكورة في القانون المدني، وهناك موانع أتى بها القانون الإداري في ظل ممارسة الدولة لحق الشفعة، تتمثل هذه الموانع في مايلي:

- البيع مقابل إيراد مدى الحياة، إذا كان المقابل يتمثل كله أو جزؤه الأكبر في خدمات عينية.
- تقديم العقار كحصة في شركة.
- كل تصرف يتم على أساس التبرع.
- التنازل عن ملكية الرقبة لصاحب حق الانتفاع.

(1) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص145.

(2) علي عيشور، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء الدفعة الثانية عشر 2001-2004، ص22. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دون دار نشر، ط 3، 1994، ص636.

- نزع الملكية من أجل المنفعة العامة⁽¹⁾.

المطلب الثالث

وجود شفيع

على الرغم من أن الشفعة تنصب على عقار، وأنها لا تتم إلا عن طريق عقد البيع، إلا أن ذلك لا يتحقق دون أن تتم المطالبة بها من طرف الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع (الفرع الأول)، الذي يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، حتى يتسنى له طلب الشفعة (الفرع الثاني)، إضافة إلى هذا نجد أن المشرع عالج المسألة التي قد يتعدد ويتزاحم فيها هؤلاء الشفعاء عند طلب الأخذ بالشفعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

من تثبت له صفة الشفيع

لقد نص المشرع الجزائري على فئات معينة، يحق لهم طلب الأخذ بالشفعة من خلال نص م (795) ق م ج (أولا)، إضافة إلى هذا نجد أن المشرع قد نص على أشخاص آخرين تثبت لهم صفة الشفيع بموجب قوانين خاصة (ثانيا).

أولا: الأشخاص الذين لهم حق الشفعة بموجب القانون المدني

تنص م (795) ق م ج على أنه: « يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

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

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي

(1) أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة ال إسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 1، 2006، ص107.

- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها «

1- الشفعة لمالك الرقبة: يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة، إذا تم بيع حق الانتفاع المناسب للرقبة كله أو بعضه، فإذا كان هناك عقار مثقل بحق انتفاع، وقام المنتفع ببيع حقه كله أو جزء منه إلى شخص غير مالك الرقبة، كان لهذا الأخير أن يأخذ الحق المبيع بالشفعة.

2 - الشفعة للشريك في الشيوخ: تثبت صفة الشفيع للشريك في الشيوخ، إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي، ولكي تثبت هذه الصفة، يشترط وجود عدد من الشركاء في عقار مشاع لكل واحد منهم حصة غير مفرزة، فإذا باع أحد الشركاء في الشيوخ حصته لأجنبي، ثبت لشريكه أو باقي شركائه حق الشفعة في هذا المبيع⁽¹⁾، والحكمة من ذلك دفع ضرر الشريك الأجنبي من الدخول بين الشركاء في الشيوخ⁽²⁾.

3- الشفعة لصاحب حق الانتفاع: يأتي في المرتبة الثالثة بين الشفعاء، صاحب الحق في الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وصورة ذلك كأن يقوم مالك الرقبة ببيع نصيبه في الرقبة إلى شخص آخر غير المنتفع، كان لهذا الأخير أخذ هذه الرقبة بالشفعة، والحكمة من تقرير الشفعة لصاحب حق الانتفاع هي جمع شتات الملكية في يد واحدة، وذلك بضم ملكية الرقبة إلى ملكية حق الانتفاع.

وينبغي التمييز بين أن يشفع صاحب حق الانتفاع في الرقبة، وبين أن يشفع في حصة شائعة بصفته شريكا في الشيوخ، ففي الحالة الأولى تكون مرتبته بين الشفعاء الثالثة، بينما في حالة الشيوخ تكون مرتبته الثانية⁽³⁾.

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 107.

(2) آسيا هميدوش، طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة، رسالة ماجستير تخصص قانون عقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2010/2009، ص 175.

(3) عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 48.

ثانيا: في القوانين الخاصة

تثبت الشفعة للدولة وجماعاتها المحلية، عن طريق مجموعة من الهيئات المخول لها ذلك بموجب قوانين خاصة.

1- حق الشفعة لفائدة خزينة الدولة: طبقا لنص م (118) من قانون التسجيل الجزائري، فإنه يمكن لإدارة التسجيل أن تستعمل حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية، أو المحلات التجارية أو الزبائن، أو الإستفادة من وعد بالإيجار على العقار - فهذا يعد بمثابة استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بثبوت الشفعة في العقار فقط - الذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كافي، مع دفع مبلغ هذا الثمن مزاد عليه العشر، وهذا عن طريق التبليغ إلى ذوي الحقوق بواسطة ورقة عن طريق المحضر القضائي، خلال أجل عام واحد إبتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح.

2- حق الشفعة للدولة في المستثمرات الفلاحية: تقرر هذا الحق إستنادا إلى نص م (24) من ق (19/87)⁽¹⁾، وذلك في حالة ما إذا أراد أحد أعضاء المستثمرة التنازل عن حقه، أو حالة إسقاط هذا الحق، أو على إثر وفاته دون ترك وارث تتوافر فيه الشروط المطلوبة، فتتدخل الدولة لممارسة حق الشفعة عن طريق الهيئة العمومية، التي نص عليها قانون التوجيه العقاري (25/90)⁽²⁾، في م (26) والمنشأة بموجب المرسوم (87/96) المؤرخ في: 1996/02/24 والممثلة في الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

3- ممارسة حق الشفعة بموجب القانون (25/90) المتعلق بالتوجيه العقاري

باستقراء نصوص هذا القانون، يتضح جليا أن المشرع حدد طائفتين من الشفعاء، الأولى تتمثل في الهيئة العمومية المؤهلة في ممارسة حق الشفعة، المنصوص عليها في المواد (52) و(62) منه فيما يخص العقار الفلاحي، وحق الشفعة الممارس في هذه الحالة، يكون وفقا للترتيب المنصوص عليه في م

(1) قانون رقم: 19/87 المؤرخ في: 1987/12/08 المتعلق بكيفية ضبط استغلال الأراضي التابعة للأملاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 50، سنة 1987.

(2) قانون رقم 25/90 المؤرخ في: 1990/11/8 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، معدل ومتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في: 1995/09/25، ج ر عدد 55.

(795) ق م ج السالفة الذكر، عكس ما هو مقرر بالنسبة للأراضي العامرة أو القابلة للتعمير حيث وطبقا لنص م (71) من ق (25/90)، فإن حق الشفعة يمارس في المرتبة التي تسبق الترتيب المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري، ولعل السبب في ذلك هو تزايد الطلب على الأراضي العمرانية أكثر من الأراضي الفلاحية.

بالنسبة للطائفة الثانية، نجد أنها تتمثل في الملاك المجاورين، وهذا ما لم يتضمنه القانون المدني، وأغفله المشرع الجزائري، بحيث وطبقا لنص م (57) من قانون التوجيه العقاري (25/90)، فإن حق الشفعة يمتد إلى المجاورين مع مراعاة أحكام م (55) من ذات القانون، بحيث يجب أن تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية، وألا تلحق ضررا بقابلية الأراضي للإستثمار وأن لا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه.

4- ممارسة حق الشفعة في العقار السياحي: لقد نصت م (4) من ق (62/66) المتعلق

بمناطق التوسع والأماكن السياحية، على أحقية الدولة في الأخذ بالشفعة في كل عقار واقع داخل المناطق والأماكن السياحية، والذي يكون موضوع تصرف إرادي بعوض أو بدون عوض وقد حدد المرسوم (75/66) شروط ممارسة هذا الحق وإجراءاته وآثاره، غير أنه بصدر القانون (03/03)⁽¹⁾، تم إلغاء الأمر (62/66) والمراسيم التطبيقية له، ونظم العقار السياحي وسمح للخواص بتملكه والتصرف فيه، إلا أنه مكن الدولة مرة أخرى من ممارسة حق الشفعة على هذه العقارات، سواء كانت مبنية أو غير مبنية⁽²⁾، وذلك بموجب م (21) التي تنص على أنه: « يحق للدولة ممارسة حق الشفعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية »، وقد تضمن المرسوم (06/358) إجراءات ممارستها، كما تجد الشفعة في العقار السياحي أساسها القانوني في نص م (05)

(1) القانون رقم: 03/03 المؤرخ في: 17 / 02 / 2003 المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية، ج ر رقم: 11، الصادرة في: 2003/2/1.

(2) زوليخة كولة، المرجع السابق، ص 67.

من ق (04/98) المتعلق بحماية التراث الثقافي⁽¹⁾، التي تنص على أنه: « يمكن دمج الممتلكات الثقافية العقارية التابعة للملكية الخاصة في الأملاك العمومية التابعة للدولة، عن طريق الإقتناء بالتراضي أو عن طريق نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو عن طريق ممارسة الدولة حق الشفعة أو عن طريق الهبة»، فممارسة الدولة لهذا الحق على هذا النوع من العقارات، يعد طريقة استثنائية قصد إثراء ذمتها العقارية⁽²⁾.

5- ممارسة حق الشفعة بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها: تمارس الدولة حق الشفعة

بالنسبة للمجال الذي يستعمل في الطب وجراحة الأسنان والصيدلة، وذلك بموجب م (216) من ق (05/85) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والتي تنص على أنه: « يخضع كل تغيير في تخصيص المحلات التي تستعمل في الطب وجراحة الأسنان والصيدلة، لرخصة كتابية مقدمة يسلمها الوزير المكلف بالصحة.

وتمارس الدولة حق الشفعة في حالة إجراء أي معاملة تجارية بشأن هذا المجال»، والملاحظ هو أنه وبعد صدور القانون رقم (06/16) المعدل والمتمم للقانون (05/85) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها لم يتضمن أي تعديل للمادة (216) وعليه تبقى الشفعة خاضعة لنفس الأحكام المنصوص عليها في القانون (05/85)⁽³⁾.

(1) القانون رقم : 04/98 المؤرخ في: 15/06/1998 المتضمن حماية التراث الثقافي، ج ر عدد44.

(2) زوليخة كولة، المرجع السابق، ص67.

(3) القانون رقم: 05/ 85، المؤرخ في: 12/06/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج ر عدد47.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في الشفيع

لما كان حق الشفعة معد في حكم شراء العقار المشفوع فيه، حيث يحل الشفيع بإرادته محل المشتري، متى كان مالكا للعقار المشفوع فيه، وذلك من وقت بيع العقار إلى وقت ثبوت الشفعة (أولا) وتوفرت فيه الأهلية الواجبة لذلك (ثانيا)، وأن لا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه (ثالثا).

أولا: أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت بيع العقار إلى وقت ثبوت

حقه في الشفعة

أي يجب أن يكون مالكا للرقبة أو صاحب حق إنتفاع، أو مالكا لحصة شائعة، كما يجب أن تكون الملكية سابقة على البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة، فإن كانت الملكية بموجب عقد بيع وجب أن يكون تاما ومسجلا وسابقا على البيع المشفوع فيه، وأن تستمر هذه الملكية حتى وقت ثبوت الشفعة⁽¹⁾.

ثانيا: أن يكون متوفر على الأهلية الواجبة

تعتبر الشفعة من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة، لذلك يجب أن تتوفر في الشفيع أهلية التصرف، وأن يكون متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه وذلك طبقاً لنص م (40) ق م ج، أما إذا كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، فينوب عنه قانونا الولي أو الوصي⁽²⁾، فإذا كان الولي هو الأب فيمكنه الأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة، أما إذا كان الجد فإنه يلزم إذن المحكمة، وفيما يخص الوصي والقيم ووكيل الغائب، فإنه يلزم استئذان المحكمة، وإذا كانت المطالبة بالشفعة ستتم عن طريق وكالة، فيقتضي الأمر وجود وكالة خاصة

(1) علي عيشور، المرجع السابق، ص 25.

(2) زهية يهوني، حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية، مذكرة ماجستير في القانون تخصص قانون عقاري وزراعي، جامعة سعد دحلب البليدة، كلية الحقوق، 2008، ص 25.

وبالشكل القانوني المطلوب في التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة، حيث تنص م (572) ق م ج على أنه: « يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك »، لأن الوكالة العامة لا تخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة.

ثالثا: أن لا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المبيع

لا يجوز للشخص ممارسة حق الشفعة على عقار معين، إذا كان ممنوع من شراء هذا العقار، وقد نص القانون المدني على هذه الفئات من خلال المواد (403،402) و(411،410) منه.

1- الفئة الأولى: لقد منع المشرع الجزائري، كل من القضاة والمحامين والمدافعين القضائيين، والموثقين وكتاب الضبط، من الشراء بأنفسهم أو بواسطة إسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، متى كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا، وهذا ما ورد في نص م (402) ق م ج، بل وقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك، بحيث منع هيئة الدفاع من محامين ومدافعين قضائيين من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها، سواء كان ذلك بأسمائهم أو باستعمال أسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها، وإلا فإن هذه المعاملة ستكون باطلة وذلك بمقتضى نص م (403) ق م ج⁽¹⁾.

2- الفئة الثانية: لا يجوز لمن ينوب عن غيره في بيع مال هذا الغير، سواء كانت هذه النيابة بمقتضى إتفاق أو عن طريق نص قانوني، كالولاية على الإبن القاصر، أو بأمر من السلطة المختصة، من شراء العقار باسمه مباشرة أو بإسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني، بالإضافة إلى الخبراء والسماسرة، فهم في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله، وبالتالي لا يمكنهم الأخذ بالشفعة وذلك بسبب التعارض في المصالح من جهة، والتساهل مع المشتري من جهة أخرى⁽²⁾.

(1) زوليخة كولة، المرجع السابق، ص22. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص83.

(2) زوليخة كولة، المرجع السابق، ص23. أحمد دغيش، المرجع السابق، ص280.

الفرع الثالث

تزامم الشفعاء

قد يحدث وأن تتوافر الشروط المتعلقة بالشفيع في أكثر من شخص، فإذا تقدم واحد منهم فقط جاز له أن يأخذ بالشفعة في العقار المشفوع فيه كله، أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضا في طلب الأخذ بالشفعة، فهنا تتور إشكالية أولوية من يشفع قبل الآخر، وقد عالج المشرع هذه المسألة من خلال م (796) ق م ج.

أولا- التزامم الشفعاء من طبقة واحدة

طبقا لنص م (796ف1) ق م ج، فإنه إذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه وذلك وفقا لما يلي:

1- التزامم ملاك الرقبة: يمكن تصور هذه الحالة، عند تعدد الأشخاص الذين يرغبون في الأخذ بالشفعة في حق الإنتفاع وهم من طبقة واحدة، ففي هذه الحالة يستحق كل منهم الشفعة على قدر نصيبه، فإذا كان لأحدهم الربع والثاني السدس والثالث الثمن، اقتسموا حق الإنتفاع الذي تقدموا لأخذه بالشفعة كلٌ بقدر نصيبه، أما إذا طالب بما مالك واحد فقط، فإنه يشفع في حق الإنتفاع بأكمله⁽¹⁾.

2- التزامم الشركاء في الشيوخ: إذا تعدد الشركاء في العقار وطالبوا جميعا بالشفعة فيما بيع منه، قُسم المبيع بينهم قسمة تناسبية، فإذا كان العقار مملوكا لثلاث أشخاص على الشيوخ وكان للأول النصف والثاني الربع والثالث الربع، وأراد صاحب النصف بيع نصيبه، أخذ الشريكين المبيع بالشفعة كل بحسب نصيبه.

(1) أحمد خالد، المرجع السابق، ص 118.

3- **تزام أصحاب حق الإنتفاع:** نفس الحكم يسري على أصحاب حق الإنتفاع، إذا تقدموا جميعا للأخذ بالشفعة فيما بيع من الرقبة، أي يأخذ كل منتفع على قدر نصيبه، أما إذا تقدم واحد منهم فقط لطلب الشفعة، فيأخذ حق رقبة المبيع بأكمله.

ثانيا: **تزام الشفعاء من طبقات مختلفة⁽¹⁾**

إذا كان الشفعاء من طبقات مختلفة، وتزاحموا فيما بينهم في طلب الشفعة، فيكون استعمال الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في نص م (795) السالفة الذكر.

1- **مالك الرقبة عندما يشفع في حق الإنتفاع:** إذا باع شريك في حق الإنتفاع بالعتار حصته، كان الشفعاء في هذه الحالة، مالك الرقبة وصاحب حق الإنتفاع الآخر، فإذا تزام الإثنان في طلب الشفعة فضل مالك الرقبة واستقل وحده في الأخذ بالشفعة.

2- **صاحب حق الإنتفاع عندما يشفع في الرقبة:** إذا كان هناك شخص يملك عقار، ورتب عليه حق انتفاع، ثم أراد بيع ملكية الرقبة، فالشفيعان هنا صاحب حق الإنتفاع والجار في الأنظمة التي تعطي حق الشفعة للجار - بخلاف المشرع الجزائري الذي أهمل هذه المسألة - وبالتالي إذا تقدم صاحب حق الإنتفاع مع الجار لطلب الشفعة، هنا يُفضل صاحب حق الانتفاع.

3- **الشريك في الشيوخ:** المراد بالشريك في الشيوخ هنا، ليس فقط الشريك في عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء، بل يقصد به أيضا الشريك في الشيوخ في رقبة العقار، أو الشريك في الشيوخ في حق الانتفاع بعقار، إذا كان هناك شخصان يملكان عقار على الشيوخ ورتبا عليه حق إنتفاع، بحيث أصبحت ملكيتهما تقتصر على الرقبة فإذا أراد أحدهما بيع حصته لأجنبي، فتقدم

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص566. زوليخة كولة، المرجع السابق، ص25. أحمد خالدي، المرجع السابق، ص117.

صاحب حق الإنتفاع للأخذ بالشفعة وزاحمه في ذلك مالك الرقبة، فإن شريكه المشتاع في الرقبة يُفضل على صاحب حق الإنتفاع لأنه أعلى منه مرتبة

ثالثا: تراحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم

قد يحدث وأن تتوافر في المشتري الشروط والأسباب التي تجعله شفيعا، ويزاحمه في ذلك شفعاء آخرين، لذا نجد بأن المشرع الجزائري قد تصدى لهذه المسألة من خلال نص م (796 ف3) التي تقضي بأنه: « إذا 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 ».

1- تراحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته: طبقا للمادة السالفة الذكر، فإن المشتري

في هذه الحالة يُفضل على باقي الشفعاء، وذلك لتوفره على صفتين، صفته كمشتري وصفته كشفيع⁽¹⁾، ومثال ذلك قيام المالك ببيع جزء من الرقبة لشريك في الإنتفاع، ثم طالب الشركاء الآخرين في حق الإنتفاع بالشفعة في الرقبة المبيعة، في هذه الحالة يفضل الشريك المشتري على باقي الشركاء، وتجدد الإشارة إلى أن الشفيع في هذه الحالة، لا يستوجب عليه إتباع أحكام الشفعة الواردة في القانون، فهو لا يريد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتري آخر كما هو الحال في الإجراءات العادية للشفعة، وإنما فقط يريد إبقاء العقار الذي اشتراه تحت يده⁽²⁾.

2- تراحم المشتري مع شفعاء من طبقة أدنى: تقتضي هذه الحالة أن المشتري أيضا

توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، ويتقدم للأخذ بالشفعة شفعاء آخرون أدنى منه في المرتبة، فهنا يُقدم المشتري الشفيع على باقي الشفعاء، لأنه أعلى منهم مرتبة⁽³⁾،

(1) زهية يهوني، المرجع السابق، ص28.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 122. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، دار الفكر العربي القاهرة، ط 1985، ص 24.

(3) قويدر فرقاني، حق الشفعة في ضوء القضاء الجزائري، رسالة ماجستير في قانون خاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012/ 2013، ص55.

وتتجلى هذه الصورة، في قيام مالك الرقبة بشراء حصة أحد الشريكين على الشيوع في حق الإنتفاع، وتقدم الشريك الآخر للمطالبة بالشفعة مزاحما في ذلك مالك الرقبة، هنا يُفضل مالك الرقبة لأن من زاحمه في الشفعة أدنى منه مرتبة.

3- تراحم المشتري مع شفعاء من طبقة أعلى: في هذا الفرض نكون أمام مشتري تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، ثم يتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أعلى منه⁽¹⁾، فإذا كنا بصدد وجود عقار يملك رقبته شخصان، وقد رتبا عليه حق انتفاع لشخص آخر، فإذا قام أحد مالكي الرقبة ببيع حصته لصاحب حق الإنتفاع، كان لمالك الرقبة الآخر أن يشفع في هذا البيع، ويفضل على المشتري لأنه يسبقه في المرتبة.

المبحث الثاني

الاجراءات القانونية للشفعة

متى توافرت أسباب الشفعة وشروطها يسعى الشفيع للمطالبة بها، فقد يثبت حقه بالتراضي، وقد تثبت بالتقاضي، ويكون ذلك إذا تمسك المشتري بالعقار المشفوع فيه، ففي هذه الحالة ما على الشفيع إلا إتخاذ إجراءات معينة مربوطة بمواعيد محددة ومضبوطة⁽²⁾، نص عليها المشرع الجزائري من خلال المواد من (799) إلى (803) ق م، تبدأ بالإندار الذي يوجهه البائع أو المشتري للشفيع بغرض إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة (المطلب الأول)، يليها إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق (المطلب الثاني) لتختتم في الأخير برفع دعوى الشفعة التي تنتهي بصدور حكم نهائي فاصل بثبوت الشفعة (المطلب الثالث).

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 617.

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

المطلب الأول

الإنذار الرسمي وإعلان الرغبة

حفاظا على إستقرار المعاملات، وحتى لا يبقى المشتري مهددا بطلب الشفعة، رسم المشرع للبائع والمشتري طريقا من أجل حسم الأمر⁽¹⁾، وهو توجيه إنذار إلى الشفيع (الفرع الأول)، لتبدأ بعده سلسلة إجراءات قانونية متتابعة، تُستهل بإبداء الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة إذا ما أراد ذلك، وكل هذا مقيد بأجال يجب على الشفيع إحترامها وإلا سقط حقه في الشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إنذار الشفيع بوقوع البيع

لا يعتبر ثابتا في نظر المشرع الجزائري علم الشفيع بحصول البيع، إلا من تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري أو كليهما إلى الشفيع⁽²⁾، والغرض من الإنذار هو إعلام الشفيع بوقوع البيع الذي يجوز له الأخذ فيه بالشفعة، حتى يتدبر أمره⁽³⁾ ويعلن موقفه في الأخذ بالشفعة، وذلك رغبة من المشرع في تسريع إجراءات الشفعة .

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء في م (799) ق م، والتي جاء فيها: « على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ».

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 299.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 475.

(3) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الاسكندرية، القاهرة، مصر، ط 1986، ص 103 .

من خلال استقراءنا للمادة، يتضح أن المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الرسمي للإنذار، بخلاف المشرع المصري الذي نص على رسمية الإنذار في م (940) ق م، والتي جاء فيها: « على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي ... » ويتريب على ذلك، أنه لا مانع في أن يكون الإنذار بورقة رسمية أو برسالة موصى عليها، ولعل المشرع كان يهدف من خلال عدم اشتراط الرسمية في الإنذار، إلى التضييق في أحكام الشفعة، وعدم إرهاب كاهل البائع أو المشتري، إلا أن ذلك يؤدي في غالب الأحيان إلى تمكين البائع والمشتري من التحايل وتفويت الفرصة على الشفيع وضياع حقه .

كما أنه من الناحية العملية، يبلغ الإنذار بواسطة محضر قضائي في محل سكن الشفيع، حتى يكون سندا رسميا يمكن الرجوع إليه عند الإقتضاء⁽¹⁾، لذلك كان على المشرع حسم هذا الأمر وتحديد شكل قانوني معين ورسمي لهذا الإنذار، والإشارة إلى ضرورة تبليغه بواسطة محضر قضائي. وقد يوجه الإنذار إلى الشفيع إذا كان منفردا، وإلى كافة الشفعاء إذا تعددوا، سواء كانوا من طبقة واحدة أم من عدة طبقات، وهذا لأنه قد يتنازل الشفيع من هو في مرتبة متقدمة عن حقه في الشفعة، فيتمسك بما من يليه في المرتبة⁽²⁾.

ولصحة هذا الإنذار، استوجب المشرع الجزائري تضمينه بيانات جوهرية نص عليها في م (800) ق م، والتي جاء فيها: « يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا :

- بيان العقار الجائر 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) إبراهيم حسني، إكتساب الملكية بالشفعة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون تخصص قانون عقاري وزراعي، جامعة سعد دحلب، البلدية، كلية الحقوق، 2008-2009، ص 101.

(2) أحمد داغيش، المرجع السابق، ص 300.

وعليه سنتطرق إلى البيانات التي تندرج ضمن الإنذار مع شرحها بإيجاز وفقا للآتي :

أولاً: بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافياً: وذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، وأي بيان من شأنه أن يرفع الجهالة عن العقار، وتقدير ذلك من اختصاص قاضي الموضوع وليس للمحكمة العليا سلطة النقض⁽¹⁾.

ثانياً: بيان الثمن والمصاريف الرسمية

ويقصد بها رسوم التوثيق والتسجيل وما يمثّلها، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحامي والسمسرة، فليس من المشروط ذكرها حيث من الممكن أن تكون محل مطالبة مستقلة، وإذا طُلبت هذه المصاريف أثناء سير الدعوى، فلا تبطل الإنذار، ولا يجوز الدفع بعدم قبول طلبها لعدم ورودها في الإنذار⁽²⁾.

ثالثاً: بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه

وهي الشروط الأساسية والجوهرية التي لا بد من علم الشفيع بها، حتى يستطيع أن يوازن بين أن يقدم على الأخذ بالشفعة أو لا يقدم، كشرط شراء العقار مثقلاً بالرهن الذي رتبته البائع عليه .

رابعاً: بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه ومهنته وموطنه

وذلك حتى يمكن للشفيع أن يعلن رغبته لأي منهما إذا ما رغب في ذلك، ولا يشترط في المواطن أن يكون محل الإقامة، إذ يمكن أن يكون عاماً أو خاصاً أو مختاراً وهذا على حسب عموم النص، وهو ما قدره القضاء المصري وأيده بعض الفقهاء أيضاً⁽³⁾.

خامساً: ذكر الأجل المحدد لإعلان الشفيع رغبته في الشفعة

وفقاً لما جاء في م (799) ق م ج قدرت ب (30) يوماً تسري ابتداء من تاريخ التبليغ بالإنذار، يزداد عليها مدة المسافة إن لزم الأمر ذلك، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في أحد قراراتها،

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

(2) أحمد خالد، المرجع السابق، ص 205.

(3) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 87.

والذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن كلا من البائع والمشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن، مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون»⁽¹⁾.

وبالرغم من أن أي تخلف لأحد هذه البيانات يؤدي إلى بطلان الإنذار، إلا أن ذلك لا يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة متى لم يعلن الشفيع رغبته فيها خلال المدة القانونية، لأن حساب المدة لا يبدأ إلا إذا كانت الإجراءات صحيحة، بالإضافة إلى أن عدم إنذاره أساسا لا يحول دون أن يعلن رغبته بمجرد علمه بالبيع الحاصل، دون الحاجة إلى انتظار الإنذار .

فمن خلال ما سبق ذكره، يتضح أن البيانات التي استلزمها المشرع في الإنذار، تهدف إلى جعل الشفيع يعلم علما شاملا بأركان البيع الجوهرية، لكي يُقدر مصلحته في طلب الشفعة، ويتمكن من توجيه رغبته إلى من يجب توجيهها إليه⁽²⁾.

أما بالنسبة لحق الدولة في الأخذ بالشفعة، فإن الاجراءات المتبعة في ذلك لا تخرج عن القواعد العامة، فقد نصت م (55) من ق (25/90) المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم على أنه: « تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية ... »، حيث أنه يجب على البائع والمشتري، أن يقدموا تصريحا رسميا على نيتهم بالتعاقد - قبل إبرام تصرفهما - إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إذا كان العقار فلاحيا، أو إلى الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري المختصة، إذا كان العقار محل التصرف حضريا⁽³⁾، وجزاء مخالفة البائع والمشتري أحكام

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 130145، المؤرخ في: 1995/07/12، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 02، ص28.

(2) نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 487.

(3) سماعيل شامة، المرجع السابق، ص251 .

الشفعة، هو أن تكون باطلة وعديمة الأثر كل معاملة عقارية تمت على أراضي فلاحية، ولم يتم احترام التصريح بنية التصرف، من قبل الأطراف المتعاقدة اتجاه الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الذي يمكنه طلب إبطال التصرف والحلول محل المشتري بأثر رجعي، على أن يدفع ثمننا عادلا وفق لأحكام م (56)⁽¹⁾ من ق (25/90).

الفرع الثاني

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

يعتبر إعلان الرغبة من أهم إجراءات الشفعة، وقد يكون أول إجراء في حالة ما إذا علم الشفيع ببيع العقار المشفوع فيه، فيبادر بإعلان رغبته دون الحاجة إلى انتظار الإنذار الذي يفترض توجيهه من طرف البائع أو المشتري.

وقد استلزم المشرع في هذا الإعلان، شروطا من حيث الشكل والأشخاص الموجه إليهم والمواعيد التي ينبغي التقيد بها، بحيث إذا تخلف أي من الشروط الأساسية سقط الحق في الشفعة، ورتب على هذا الإعلان وعلى تسجيله آثارا بالغة الأهمية، وتمثل الشروط الواجب توفرها في هذا الإعلان فيما يلي:

أولاً: الرسمية في إعلان الرغبة

تنص م (801) ق م ج على أنه: « يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة، بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا... ». يستفاد من نص المادة، أن إعلان الرغبة الصادر من الشفيع يجب أن يفرغ في قالب رسمي يحرره الموثق، يعلن عن طريق كتابة الضبط تحت طائلة البطلان طبقاً لأحكام المواد (801 و 324 و

(1) تنص المادة 56 ق م ج على أنه: « كل معاملة تمت بحرق أحكام المادة 55 أعلاه باطلة وعديمة الأثر ويمكن في هذه الحالة الموافقة على نقل الملكية الذي تحققه هذه المعاملة إلى الهيئة العمومية المؤهلة بدفع ثمن عادل... ».

324 مكرر 1) ق م ج، والملاحظ أن نص م (801) ق م قد وُضع في سنة (1975)، حيث كان الموثق موظفا عموميا لدى الدولة بموجب الأمر (91/70) المتضمن تنظيم مهنة التوثيق⁽¹⁾، إلا أنه نظرا للتطور التشريعي، أصبحت مهمة التبليغ والتنفيذ بعد صدور القانون رقم (03/91) المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي⁽²⁾، يقوم بها المحضر القضائي بدلا من كاتب الضبط سابقا، ويقتضي ذلك وجوب إعلان الرغبة إعلانا رسميا على يد محضر قضائي، بحيث يقع باطلا الإعلان بطريقة غير رسمية كالإعلان برسالة موصى عليها ولو كان بعلم الوصول⁽³⁾.

كما جاء في م (799) ق م ج: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري... » وبالتالي فعلى الشفيع أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري بواسطة محضر قضائي، وفي موطن كل منهما، حيث لا يغني إعلان أحدهما عن إعلان الآخر، ولو تم في الآجال المحدد لذلك، وإلا سقط حقه في الأخذ بها، والأمر كذلك لو تعدد البائعون أو المشترون فيجب في هذه الحالة إعلانهم جميعا بالرغبة في الأخذ بالشفعة وفي الميعاد القانوني .

وباستقراءنا للمواد السالفة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري لم يذكر البيانات الواجب توافرها في إعلان الرغبة كما فعل ذلك بالنسبة للإنذار، ويمكن تبرير ذلك بأن إعلان الرغبة الذي يعقب الإنذار، سوف يستمد البيانات اللازمة لهذا الإعلان من الإنذار نفسه، وفي حالة ما إذا لم يتم إنذار الشفيع وشهر عقد البيع، فإن الشفيع يمكنه الرجوع إلى مصلحة الشهر العقاري لأخذ البيانات والمعلومات اللازمة عن العقار والمتبايعين معا، إلا أن الصعوبة تظهر أكثر لو لم يتم شهر العقار، فإن الشفيع حينها يقع عليه عبئ التقصي عن المعلومات والبيانات اللازمة لتحرير إعلان الرغبة في الشفعة⁽⁴⁾.

(1) الأمر 91/70، المؤرخ في: 15/12/1970، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق المعدل والمتمم، ج ر رقم: 107، الصادرة سنة 1970.

(2) القانون رقم: 03/91، المؤرخ في: 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهمة المحضر القضائي.

(3) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 606.

(4) نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 89.

وتجدر الإشارة إلى أن إعلان الرغبة، ليس واجبا متى رفعت دعوى الشفعة في الميعاد القانوني المقرر، ومن هنا فإن الشفيع يمكنه الاستغناء عن إعلان رغبته في الشفعة متى احترم الأجل القانوني، حيث تحل هنا عريضة دعوى الشفعة محل إعلان الرغبة، شريطة أن يتم إعلانها رسميا على يد محضر قضائي⁽¹⁾، كما يشترط إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق قبل رفع دعوى الشفعة، طبقا لنص م (801) ق م، وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

كما نلاحظ أن القانون لم ينص على بطلان دعوى الشفعة، إذا لم يحصل إعلان الرغبة بورقة مستقلة سابقة على رفع الدعوى، وإنما اشترط من خلال نص م (801) ق م ج، أن يكون هذا الإعلان رسميا، ويرى أحد الفقهاء بأن مبادرة الشفيع إلى رفع الدعوى يتفق مع الروح التشريعية التي تسود إجراءات الشفعة، حيث يحرص المشرع في هذه الإجراءات على ضمان سرعة البت في أمر الشفعة⁽³⁾.

ثانيا: الأجل المحدد لإعلان الرغبة في الشفعة

إن حرية الشفيع في إعلان الرغبة، تنقيد من حيث الأجل المنصوص عليه في نصوص الشفعة، حيث تختلف بحسب ما إذا كان هناك إنذار أم لا، وفي حالة ما إذا كان عقد البيع مسجلا أم لا، وستتطرق لهذه الآجال وفقا لما يلي:

1- ميعاد إعلان الرغبة في حالة الإنذار بوقوع البيع: لقد نصت م (799) ق م ج على

أنه: « على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ».

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 607.

(2) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 334.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 441.

وعليه فإنه يتعين على الشفيع إعلان رغبته خلال أجل (30) يوماً تسري ابتداءً من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو من يمثله⁽¹⁾، وفي حالة عدم احترام هذه الآجال يسقط حق الشفيع، كما يضاف إلى هذا الأجل مدة المسافة في حالة ما إذا كان الشفيع خارج الوطن، حسب ما قرره (ق إ ج م إ) وميعاد ثلاثون يوماً يعد من مواعيد السقوط وليس من مواعيد التقادم، بحيث لا يرد عليه الوقف ولا الإنقطاع، وتحسب وفقاً لنص م (405) ق إ ج م إ.

2- ميعاد إعلان الرغبة في حالة عدم الإنذار بوقوع البيع: في هذه الحالة الشفيع لم

ينذر من قبل البائع أو المشتري، أو كان الإنذار باطلاً، غير أن المشتري شهر عقد البيع في المحافظة العقارية، وكما سبق الذكر فإنه في حالة علم الشفيع بالبيع، يجوز له إعلان رغبته دون انتظار الإنذار⁽²⁾، ويبقى حقه قائماً مدة سنة تبدأ من يوم تسجيل عقد البيع، وفقاً لنص م (807) ق م ج، والتي جاء فيها: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية (...) إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون ».

يفهم من هذا النص، أن المشرع يفترض أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد تسجيله، إذ أن مهمة التسجيل هي الإشهار، ولكن لكون هذا العلم افتراضي فإن المشرع قد أطال الميعاد الواجب على الشفيع طلب الشفعة فيه، فجعله سنة من وقت التسجيل.

3- ميعاد إعلان الرغبة في حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وعدم تسجيل عقد

البيع: قد يحدث أن لا يقوم البائع والمشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع، أو يكون الإنذار باطلاً، أو لا يتم تسجيل عقد البيع، ففي هذه الحالة يختلف الميعاد عن الحالات السابقة، بحيث يبقى حق الشفيع قائماً وله أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت، طالما أنه لا يوجد في القانون المدني ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ البيع، وعليه لا يتصور سريان المواعيد السالفة الذكر، لأن الوقائع التي تفتتح معها هذه المواعيد لم تحدث، لذلك يظل حق الشفيع قائماً ومدة سقوطه (15) سنة من تاريخ وقوع

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 611.

(2) رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 336.

البيع المشفوع فيه⁽¹⁾، طبقا لنص م (308) ق م ج، وهذا ما أكدته المحكمة العليا والذي جاء فيه: « وإذا لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانونا، لاحتساب أجل (30) يوما الواجب إعلان الرغبة خلالها، فإن فوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير⁽²⁾».

ثالثا: تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

لقد جاء في م (801) ق م ج: « يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي (...) ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا ».

لم يكتف المشرع بالرسمية في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، بل استوجب أن يتم تسجيل هذه الرغبة وشهرها، حتى تكون حجة على الغير، لأن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه وإلتزاماته منذ إعلان الرغبة، وهذا ما يترتب عليه عدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها المشتري، والتي تنشأ بموجبها حقوق للغير على العقار المشفوع فيه، حيث يصح شهر الإعلان بالرغبة في أي وقت، حتى ولو بعد رفع دعوى الشفعة⁽³⁾، وتبقى إجراءات الشفعة صحيحة، ويمكن للشفيع غير المشهر إعلانه مواصلة هذه الإجراءات دون أن تسقط الشفعة في حقه، وهو ما يفهم من نص م (801) ق م ج، وهذا باتفاق فقهاء القانون في هذا المجال⁽⁴⁾.

إلا أن القضاء الجزائري، يعتبر شهر الإعلان شرطا لصحة إجراءات الشفعة، حيث يترتب على عدم القيام به، سقوط حق الشفيع في مواصلة باقي إجراءات الشفعة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: « إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 217-218.

(2) المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 1985/01/02، المجلة القضائية الصادرة في: 1989، العدد 4، ص 64.

(3) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 324.

(4) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 617.

إجراءات طلب الشفعة، وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط، لا يحتج به اتجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن»⁽¹⁾.

ولتسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، أهمية في حالة توالي البيوع، أين يقوم المشتري بإعادة بيع العقار المشفوع فيه، بل قد يحدث كذلك بأن يقوم المشتري الثاني بإعادة بيع العقار إلى مشتري ثالث، مما يثير التساؤل عن مدى الإحتجاج على الشفيع بالبيع أو بالبيوع المتتالية وينبغي التفريق في ذلك بين صورتين :

- الصورة الأولى: إعادة البيع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة: بحيث إذا

باع المشتري العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل إعلان الرغبة إلى مشتري ثان، فإن هذا البيع الثاني لا ينفذ ولا يكون له حجة في حق الشفيع الذي سجل وأشهر تصريح رغبته في الأخذ بالشفعة، طبقاً لنص م (801 ف1) ق م ج، ويترتب على ذلك أنه متى كان الإعلان بالرغبة مسجلاً، فإنه لا يعتد بالبيع الثاني أو الثالث لحصولهما بعد تسجيل الإعلان⁽²⁾.

- الصورة الثانية: إعادة البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة: حيث تنص م (797) ق م ج:

« إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة، أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وحسب الشروط التي اشترى بها ».

فمن خلال ما جاءت به المادة، فإنه لا يعتد بالبيع الأول ولا بإعلان الرغبة في الشفعة فيه، وعلى الشفيع أن يوجه إعلان رغبة ثانية في البيع الثاني، شريطة أن تكون الشفعة جائزة في البيع الثاني، بحيث لا يوجد مانع قانوني من الأخذ بالشفعة فيه، طبقاً لما جاءت به م (798) ق م ج.

(1) المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 24/12/1991، المجلة القضائية الصادرة في: 1993، العدد 1، ص 69.

(2) أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني الجزائري، بدون ذكر دار النشر، ط 1993، ج 3، ص 418.

المطلب الثاني

إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق

تنص م (801 ف 2) ق م ج: « يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق، خلال ثلاثين يوماً على الأكثر، من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، على أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة ». يتبين من خلال نص المادة، أنه بعد إبداء الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة، ينتقل إلى الإجراء الثاني وهو إجراء جوهري، يتمثل في إيداع ثمن البيع لدى الموثق (الفرع الأول)، بالإضافة إلى المصاريف التي يكون المشتري قد أنفقها على العقار المشفوع فيه قبل أو أثناء سريان الدعوى (الفرع الثاني)، وذلك خلال (30) يوماً من تاريخ إعلان الرغبة.

يهدف المشرع من هذا الإجراء، إلى التأكد من قدرة الشفيع على الوفاء بالثمن، حتى لا يُفاجأ المشتري أو البائع بإعساره هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الإيداع المسبق لكامل الثمن يعتبر مظهر من مظاهر التضييق في الشفعة، حتى لا يفتح الباب إلا أمام الشفيع المقتردر خلال فترة معينة من تاريخ إعلان الرغبة، هذا بالإضافة إلى التأكد من جدية الشفيع وإصراره على الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

كما يرى بعض الفقهاء أن الحكمة تتجلى أيضاً، في قطع الطريق على المضارين ممن يتخذوا من ثبوت الحق في الشفعة وسيلة للإبتراز والمساومة، لكي يضطر المشتري بأن يدفع لهم مبلغ نقدياً نظير التنازل عن هذا الحق، وعليه إستلزم المشرع إيداع الثمن من أجل أن يكون إجراء حاسماً في قطع دبر هذه المساومات واختفائها⁽²⁾.

(1) سليم محمد محي الدين، الحقوق العينية، منشورات جامعة المنوفية، ط 1، 2004، ج 1، ص 153.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 110.

الفرع الأول

إيداع الثمن لدى الموثق

الأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع، هو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع، أي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين⁽¹⁾، ومن ثم فإن الشفيع يجب عليه أن يودع بين يدي الموثق الثمن المذكور في عقد البيع، غير أن هذا الثمن قد لا يكون هو الثمن الحقيقي، فلا يخلوا أن يكون واحد من الحالات الثلاثة: قد يكون أقل، وقد يكون أكثر، وقد يكون مؤجلا أو مقسطا وسيتم بيان هذه الحالات وفقا للآتي:

– **الحالة الأولى:** إن كان الثمن مبالغا فيه، بغية تعجيز الشفيع أو إلزامه بدفع مبلغ يزيد عن الثمن الحقيقي، مما يعود بالربح على المشتري، فإن أثبت الشفيع أن الثمن المذكور في عقد البيع، هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري، فله أن يسترد من بين يدي الموثق الزيادة التي دفعها⁽²⁾.

– **الحالة الثانية:** إن كان الثمن المذكور في عقد البيع، أقل من الثمن الحقيقي، وذلك بغرض التهرب من رسوم التسجيل، فهل يسري في حق الشفيع الثمن الحقيقي أم الثمن الصوري؟ وإذا سرى في حقه الثمن الصوري، هل يلتزم بدفع الفرق بين الثمنين؟

إختلفت الآراء حول هذه المسألة، حيث يرى فريق من الفقه أن الذي يسري في حق الشفيع هو الثمن الحقيقي، ولا يجوز التمسك بالثمن الصوري، لأن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا البيع ولأنه كسب حقه بموجب العقد الصوري، ولأنه قد حل محل المشتري في البيع، إذ أنه ليس بخلف خاص لهذا الأخير، وهو في الوقت ذاته – إن حل محل المشتري – قد أصبح طرفا في العقد الصوري، فلا يصح أن يكون خلفا خاصا⁽³⁾.

(1) شنب محمد لبيب، الحقوق العينية الأصلية، دون ذكر دار النشر، ط 3، 2005، ص 195.

(2) عبد التواب معوض، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ط 3، 1999، ص 142.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص (662 – 663).

وعلى هذا الأساس فإذا ما أثبت أي من البائع أو المشتري الثمن الحقيقي للبيع، وأن الثمن المذكور في العقد هو أقل منه، كان إجراء الإيداع صحيحاً، لأن الشفيع اعتمد على ما هو مذكور في العقد، غير أنه يكون ملزماً بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي وما أودعه فعلاً بين يدي الموثق⁽¹⁾. أما الجانب الثاني فيعتبر الشفيع من الغير، ومن ثم فإن كان حسن النية فإنه يأخذ بالثمن المذكور في العقد ولا يلتزم بدفع الفرق .

- الحالة الثالثة: عندما يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً في حق المشتري، وذلك حينما يراعي البائع اعتبارات خاصة بالمشتري، فيتفق معه على أن يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، فبالنسبة للشفيع - رغم أنه يجل محل المشتري في حقوقه والتزاماته - لا يحق له أن يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط، هذا وفقاً لنص م (801) ق م ج، التي ألزمت الشفيع بإيداع الثمن كله لدى الموثق، حتى ولو حصل الشفيع مقدماً على رضا البائع بالتأجيل أو التقسيط، ولا يمكن الإحتجاج بالمادة (804) ق م ج التي جاء فيها: «... إلا أنه لا يمكن الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع...»، لأن الشفيع ملزم من ناحية الإيداع - كإجراء ضروري وجوهري من إجراءات الشفعة - أن يودع الثمن في أجل (30) يوماً، وإلا سقط حقه في الشفعة⁽²⁾، هداماً قضت به المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: « بأنه يجب أن يتم إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق، خلال (30) يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قيل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقط الحق فيها ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع و المصاريف لم يكن في الأجل على الوجه المذكور أعلاه ، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة، جاء في غير محله وينجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها »⁽³⁾ .

(1) عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص 114.

(2) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص665.

(3) المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 1995/01/10، ملف رقم: 130337، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 01، ص 194.

الفرع الثاني

إيداع المصاريف لدى الموثق

طبقاً لنص م (801 ف2) ق م ج، فإنه يتضح أن المشرع ألزم الشفيع بأن يودع - بالإضافة إلى ثمن البيع - المصاريف المستحقة وفي نفس الميعاد القانوني، والمراد بها هنا المصاريف الرسمية، كرسوم توثيق عقد البيع ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية، ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت⁽¹⁾.

أما المصاريف الأخرى غير الرسمية، كأتعاب المحامين والمحضرين ومصاريف المهندس المعماري الذي عاين العقار وغيرها من المصاريف، فلم يلزم المشرع الشفيع بإيداعها، لأن الإنذار الرسمي الوارد في نص م (800) ق م ج، لم ينص إلاً على المصاريف الرسمية، مما يدل على أن المصاريف الواردة في نص م (801) والتي جاءت بصيغة مطلقة، هي المصاريف الرسمية فقط، وهذا لا يمنع المشتري إذا كان قد أنفق مصاريف أخرى غير رسمية وأخذ منه العقار بالشفعة، ولم يستوف هذه المصاريف من الشفيع، أن يطالب بها بعد ذلك⁽²⁾.

المطلب الثالث

رفع دعوى الشفعة

تعد دعوى الشفعة، خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة ببعضها البعض إرتباطاً وثيقاً، إلاً أن المشرع الجزائري لم يخصصها بقواعد خاصة لمباشرتها، بل جعلها تخضع كغيرها من الدعاوى لقواعد الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص م (802) ق م ج على أنه: « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، في أجل ثلاثين يوماً من

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 225.

(2) الضيف كيفاجي، الشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة قسنطينة، كلية الشريعة وأصول الدين والحضارة، 1999، ص ص (196-197).

تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط حقه « فمن خلال هذا، نجد أن المادة حددت أطراف الدعوى (الفرع الأول)، وكذا المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى الميعاد المحدد لرفعها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أطراف الخصومة في الدعوى

ترفع دعوى الشفعة من قبل الشفيع على البائع و المشتري معا، وإن رفعت على أحدهما دون الآخر فلن تنتج آثارها، وذلك لأن الشفيع سيحل محل المشتري في أخذ العقار بالشفعة، فيتحول العقد من كونه بين البائع والمشتري، إلى كونه بين البائع والشفيع.

وبما أن الأخذ بالشفعة يعد من أعمال التصرف، يشترط في الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان بالغ سن الرشد القانوني كامل الأهلية، جاز له أن يرفع دعوى الشفعة سواء بنفسه أو بواسطة وكيله، شريطة أن تكون وكالة خاصة طبقا لأحكام م (574) ق م ج⁽¹⁾، وإذا كان الشفيع ناقص الأهلية أو محجور عليه، ترفع الدعوى من طرف الولي أو الوصي، وإذا تعدد الشفعاء قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعا بعريضة واحدة إذا كان طلب الشفعة قد حصل منهم جميعا في إعلان واحد وفي ميعاد (30) يوما⁽²⁾.

يرفع الدعوى كل من له صفة ومصالحة، عملا بأحكام م (13) ق إ ج م والتي تنص: « لا يجوز أي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون»، وفي

(1) المادة 574 / ف1 ق م: « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والترع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء».

(2) مصطفى مرجي هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، والصيغ القانونية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1992، ص 162.

حالة وفاة البائع أو المشتري يتعين على الشفيع أن يختصم جميع الورثة، وفي حالة تغيب الشفيع عن الجلسة تقضي المحكمة بشطب الدعوى⁽¹⁾.

وبما أن حق الشفعة حق عيني، يستوجب على الشفيع شهر عريضة الدعوى، وفقا لما جاءت بهم (17 ف3) ق إ ج م إ: « يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار و/ أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للإشهار ».

الفرع الثاني

المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى

اختلف الفقهاء في تكييف دعوى الشفعة، فمنهم من كيفها على أساس أنها دعوى عينية لأنها تنصب على عقار، وبالتالي فهي ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه وجانب آخر كيفها على أنها دعوى شخصية، وبالتالي فهي من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه.

أما المشرع الجزائري فحسم الأمر بأن نص في نص م (802) ق م، على اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، وبالتالي فهو يأخذ بالرأي الأول هذا من حيث الإختصاص المحلي.

وفيما يخص الاختصاص النوعي، فإن القسم العقاري هو المختص في النظر فيها، وهذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام، ومخالفته تؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة، وفقا لنص م (36) من ق إ ج م إ، هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها، والذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وذلك في أجل

(1) قويدر فرقاني، المرجع السابق، ص 65.

ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام تطبق تلقائيا»⁽¹⁾.

أما فيما يخص الحكم الفاصل في الدعوى، فقد نصت م (803) ق م على أنه: « يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا للملكية الشفيع، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري ». «

من خلال نص المادة، يتضح جليا بأن الحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، يعتبر سندا قانونيا منسئء لحق الشفيع في هذا التملك وعليه فلا تبدأ آثار هذا الحكم إلا من يوم صدوره وشهره.

كما أكدت م (793) ق م، على أن إنتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، متوقف على مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا، لاسيما المتعلقة بالشهر العقاري.

هذا ما أكدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرارها رقم 30840 الصادر بتاريخ 1994/02/07 الذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أنه لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية، لاسيما التي تدير مصلحة شهر العقار، وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكما نهائيا بأحقية في الشفعة، والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع فيه، يكون قد تحصل على سند الملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير، إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري »⁽²⁾.

(1) المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 1984/11/19، ملف رقم: 34131، المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1990، ص 52.

(2) علي عيشور، المرجع السابق، ص 45.

الفرع الثالث

ميعاد رفع الدعوى

بالرجوع إلى نص م (802) ق م ج، يتضح أن ميعاد رفع دعوى الشفعة هو (30) يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، يبدأ من اليوم الذي يلي يوم وصول التصريح بالرغبة إلى كل من البائع و المشتري ومن ثم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير⁽¹⁾. كما يتضح أيضاً أن المشرع سكت عما إذا كان هذا الميعاد يضاف إليه المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، على خلاف نص م (799) ق م ج التي أضافت مدة المسافة للمدة المحددة لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

وإذا لم يتم الشفيع برفع الدعوى في الميعاد القانوني، فإن حقه في الشفعة يسقط كما هو مبين بصريح م (802) ق م، والتي تقابلها في القانون المدني المصري المادة (943) حيث أعطى المشرع المصري الحق للبائع أو المشتري أن يدفع بذلك في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام المحكمة النقض، وللمحكمة أن تقضي بسقوط الحق في الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق عن التمسك بها⁽³⁾.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 661.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 234.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص (684- 685).

إذا تمكن الشفيع من أخذ العقار المشفوع فيه، سواء بالتراضي أو بالتقاضي، فلا تنتقل الملكية للشفيع إلا من تاريخ شهر الحكم القضائي⁽¹⁾، ويترتب على ذلك حلول الشفيع محل المشتري، فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات، وينتج عن هذا الحلول جملة من الآثار، سواء فيما يخص علاقة الشفيع بالبائع وعلاقته بالمشتري هذا من جهة، ومن جهة أخرى علاقة الشفيع بالغير، الذي تصرف له المشتري في العقار المشفوع فيه، أو الذي رتب له حقا عينيا عليه⁽²⁾ (المبحث الأول).

كما قد يحدث وأن لا يحصل الشفيع على العقار المشفوع فيه، إما لأسباب موضوعية أو إجرائية تسقط حقه في الأخذ بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

آثار الشفعة

يثبت الحق في الشفعة، إذا ما راعى الشفيع الشروط المطلوبة للأخذ بها، واتبع الإجراءات القانونية المحددة لذلك، ويعد الحكم القاضي بها سندا لملكية الشفيع من يوم شهره في المحافظة العقارية وذلك ما قضت به م (803) ق م ج، وبالتالي ينتقل الحق العقاري المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع ومن هنا يتحول العقد، فبعدها كان بين البائع والمشتري يصبح بين البائع والشفيع⁽³⁾، فتنشأ عن ذلك علاقات قانونية متعددة، مثلة بذلك نوعان من الآثار، آثار مباشرة (المطلب الأول) وآثار غير مباشرة (المطلب الثاني)، ونظمها المشرع الجزائري في م (804) وما بعدها من ق م.

- (1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 231.
- (2) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 535.
- (3) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 349.

المطلب الأول

الآثار المباشرة للشفعة

من خلال نص م (794) ق م ج، والتي جاء فيها: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في العقار»، وم (804) من نفس القانون والتي تنص على أنه: « يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه وإلتزامات ... »، يتضح أن حلول الشفيع محل المشتري يترتب عليه إستبعاد المشتري وإخراجه من الصفقة، وتعتبر بالنسبة له كأنها لم تنعقد له أصلاً⁽¹⁾، إلا أن السؤال المطروح هو: في أي وقت يحل الشفيع محل المشتري؟ هل من وقت إنعقاد العقد؟ أم من وقت إعلان الرغبة؟ أم من وقت رفع الدعوى؟ أم من وقت صدور الحكم القاضي بثبوت الشفعة وشهره؟ (الفرع الأول).

ومتى قامت الشفعة كسبب من أسباب الملكية، فإنها تُنشأ آثار مباشرة بين أطراف الشفعة، فمن جهة ترتب علاقة بين الشفيع والبائع، وذلك من حيث إلتزامات كل منهما اتجاه الآخر (الفرع الثاني)، ومن جهة أخرى بين الشفيع والمشتري، وذلك بحكم أنه يحل محله في الحقوق والإلتزامات (الفرع الثالث)،

الفرع الأول

وقت حلول الشفيع محل المشتري

لقد إنقسم الفقهاء في تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري إلى عدة إتجاهات حيث يرى الإتجاه الأول، بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وأساسهم في ذلك هو أن القواعد القانونية تقضي بأن الأحكام القضائية مقررة للحقوق لا منشئة لها، وبالتالي يُكتسب الحق من يوم وجوده لا من يوم القضاء به، وعليه يكون الشفيع مالكا للعقار من يوم انعقاد البيع، فيكون طرفي

(1) أنور طلبية، المرجع السابق، ص، 458.

العقد البائع والشفيع لا المشتري، ومن خلاله ينتج البيع المشفوع فيه كامل آثاره فيما بين البائع والشفيع، فيكون لكل منهما حقوق وعليه التزامات⁽¹⁾.

أما الإتجاه الثاني، فيرجع وقت حلول الشفيع محل المشتري إلى وقت إعلان الرغبة في الشفعة، ولا يحتج على الغير بحق الشفيع إلاّ من تاريخ شهر إعلان الرغبة⁽²⁾، ودليلهم في التشريع الجزائري م (805، 806) ق م ج.

أما الإتجاه الثالث، فيتجه إلى القول أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع الدعوى، حيث أن الشفيع لا يملك بالعقد بل بالشفعة، وهي سبب مستقل لكسب الملكية، ولا يرجع أثر هذا الحكم إلى تاريخ إعلان الرغبة، لأن حق الشفيع مهدد بالسقوط إلى أن يستوفي باقي الإجراءات القانونية، وفي مواعيد مضبوطة، بل يرجعون أثر الحكم بالشفعة إلى الوقت الذي تستكمل فيه سائر الإجراءات من طرف الشفيع، وبالتالي متى رفعت الدعوى في أجلها القانوني، فإن حكم الشفعة يسري ابتداء من تاريخ رفع هذه الدعوى، وأساسهم في ذلك القاعدة القانونية التي تقرر بأن الأحكام القضائية في بعض الحالات كاشفة للحقوق لا منشئة لها، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك، لاسيما وأن المشرع لم ينص صراحة على ان الحكم القاضي بالشفعة يعتبر منشئا للملكية الشفيع⁽³⁾.

أما الإتجاه الرابع فيرى بأن وقت حلول الشفيع محل المشتري يكون من تاريخ شهر الحكم القاضي بثبوت الشفعة إذا كانت بالتقاضي، أو من تاريخ شهر سند التراضي وأساسهم في ذلك أن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفيع وليس مقرر له وهو الإتجاه الغالب والراجح⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 702، 703.

(2) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 653، 654.

(3) رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 486.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 479.

الفرع الثاني

علاقة الشفيع بالبائع

نصت م (804) ق م ج، على أنه: « يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته إلا أنه لا يمكن له الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة».

ما يلاحظ على ما ورد في النص العربي للمادة المذكورة، أن المشرع الجزائري وقع في خطأ موضوعي كبير، عندما نفى حق الشفيع في الرجوع على البائع، مع أنه يثبت له قانونا طبقا للأصل وهو النص الفرنسي، الذي جاء فيه: « Le préempteur n'a recours que contre le vendeur » وبالرجوع إلى النص المصري المقابل له، الذي يعتبر مصدرا تاريخيا لهذا النص، من خلال م (945) ق م مصري، والتي تنص على أنه: « وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع»، من خلال هذا، يتضح أن المدون بالعربية خاطئ في نفي حق الشفيع في الرجوع على البائع إذا استحق العقار، بالإضافة إلى هذا الخطأ، ورد في النص العربي خطأ آخر شكلي، عندما استعمل عبارة: « إذا ما استرد العقار»، والعقار لا يسترد وإنما يستحق، فالإسترداد خاص بالمنقول، والإستحقاق خاص بالعقار، وفضلا عن ذلك يعاب على نص هذه المادة، عدم تقسيمه إلى فقرات وبالمقابل نجد النص المدون بالفرنسية مقسما إلى ثلاث فقرات.

وبناءً على ما سبق ذكره ينبغي إعادة صياغة م (804) المذكورة أعلاه بتقسيمها إلى ثلاث فقرات، وأن يكون نص الفقرة الثالثة كمايلي: « ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استحق العقار » وبذلك يتفق النصان العربي والفرنسي⁽¹⁾.

(1) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1992، ص 172.

لقد سبق القول بأن حلول الشفيع محل المشتري يجعل منه الطرف الثاني في الرابطة العقدية، مما يترتب عليه إلتزام البائع نحو الشفيع بجميع الإلتزامات التي كانت في ذمته لصالح المشتري (أولاً)، وفي المقابل يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع إلتزامات المشتري⁽¹⁾ (ثانياً).

أولاً: إلتزامات البائع

1- إلتزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه ونقل ملكيته: نكون بصدد هذا الإلتزام متى كان عقد البيع المشفوع فيه لم يتم تنفيذه، و في حالة العكس يقع عبء إلتزام التسليم على المشتري⁽²⁾، وبالتالي يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المشفوع فيه إلى الشفيع، هذا وفقاً للقواعد العامة بشأن إلتزامات البائع حسب ما تقضي به م (361)⁽³⁾ ق م ج، مع مراعات أحكام الشهر العقاري وفقاً للمواد (165، 793، 803) ق م ج، ويكون التسليم قانوناً حسب ما يتوافق مع طبيعة الشيء المبيع وفقاً لنص م (367) ق م ج، بالإضافة إلى تحمل البائع تبعه الهلاك وفقاً للقواعد العامة، وهذا قبل التسليم باعتباره مديناً به، وعلى الشفيع بعد التسليم باعتباره مالكا وحائزاً في ذات الوقت.

2- إلتزام البائع بضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية: الإلتزام بالضمان، يشمل ضمان عدم تعرض البائع الفعلي، أو القانوني والتعرض الصادر من الغير القانوني، طبقاً للقواعد العامة في عقد البيع (371، 372، 379) ق م ج، شريطة أن يكون للغير حقا قائماً وقت البيع. أما ضمان الإستحقاق فقد جاء في م (804) ق م ج، على أنه: «... لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة»، فقد تضمن النص العربي نقصاً مقارنة بالنص الفرنسي بحيث أسقط منه حرف الإستثناء وهو (إلا) والصواب أنه «... لا يرجع الشفيع إلا على البائع...»، وهو ما يقتضيه حلول الشفيع محل المشتري في جميع الحقوق والإلتزامات، وفقاً لنص م (794) ق م ج،

(1) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 457.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 150.

(3) تنص المادة 361 ق م ج على أنه: « يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا ».

فضمان البائع هنا يكون في مختلف صورته⁽¹⁾، ونتيجة لذلك يحق للشفيع الرجوع بضمان الإستحقاق على البائع وحده دون المشتري.

أما بالنسبة لضمان العيوب الخفية، فرغم عدم وجود نص قانوني خاص بها، إلا أن البائع ملتزم بها لأنها نتيجة طبيعية لحلول الشفيع محل المشتري، ونفس الشيء في حالة ما إذا كان العقد متضمنا لشرط يعدل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو بالنقصان، أو الإسقاط فإن هذا الشرط يسري في حق الشفيع طبقا للقواعد العامة في عقد البيع⁽²⁾.

ثانيا: إلتزامات الشفيع

1- إلتزام الشفيع بدفع الثمن والمصاريف: إذا تمت الشفعة رضاء، وجب على الشفيع دفع الثمن للبائع، ما لم يكن المشتري قد دفعه من قبل، حينئذ يكون الثمن مستحقا للمشتري، أما إذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه قضاء، فالشفيع يكون قد قام بكل الإجراءات اللازمة للشفعة، ومن بينها إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق، وما على البائع في هذه الحالة إلا سحب الثمن من عند الموثق مع المصاريف، سواء كانت رسمية أو غير رسمية⁽³⁾، ولا يحق للمشتري مطالبة البائع بأي تعويضات إضافية على الأخذ بالشفعة، لعدم وجود تقصير من البائع⁽⁴⁾.

كما جاء في م (804) ق م ج : « ... إلا أنه لا يمكن له الإلتفاف بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع... »، فالمشرع في هذه الحالة يخرج عن الأصل المقرر في الحلول - حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه وإلتزاماته - ويقرر أنه لا يحق للشفيع الإلتفاف بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع، وهذا متى كانت الشفعة بالتراضي، أما إذا كانت بالتقاضي فيجب على الشفيع إيداع الثمن كاملا لدى الموثق تحت طائلة سقوط حقه فيها بقوة القانون⁽⁵⁾.

(1) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 662.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 545.

(3) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 363. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 544.

(4) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 232.

(5) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 361.

ومردّ هذا الإستثناء إلى إعتبرات الثقة في المشتري، التي قد لا تتوافر في الشفيع أو لأسباب شخصية تتعلق بالمشتري دون أن تتوفر في غيره من الأشخاص، أو لعلاقة قرابة أو صداقة وما إلى غير ذلك من المميزات الشخصية، بالإضافة إلى أن تعاقد البائع مع المشتري كان إختياريا بإرادته الحرة، والتعاقد الثاني مع الشفيع كان إجباريا⁽¹⁾.

2- إلتزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع وتحمل نفقات ذلك: ويكون ذلك

متى كان العقار المشفوع فيه في يد البائع، أمّا إذا تسلمه المشتري، فيقع عليه عبء التسليم، ويكون التسلم حكما أو قانونيا، وفي المكان الذي يوجد فيه العقار، ودون تأخير م (394) ق م ج⁽²⁾، كما أن الشفيع ملزم بتحمل نفقات التسلم، باعتباره في حكم المشتري وفقا لنص م (395) ق م ج، التي جاء فيها: « إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضي بغير ذلك ».

الفرع الثالث

علاقة الشفيع بالمشتري

قد يحدث وأن يقيم المشتري منشآت أوغراس في العقار المشفوع فيه بعد شرائه مباشرة، أو أثناء تداول الدعوى في المحاكم، وقد يكون قد هدم بعض المنشآت المقامة أصلا في العين أو أتلفت بإهماله، خاصة بعدما عرف بتوافر شروط الشفعة في حق الشفيع وأنه سيأخذ منه العقار لا محالة⁽³⁾.

وقد تضمنت م (805) ق م ج، مصير هذه الأعمال المادية - البناء الغراس - مفرقا في ذلك بين إقامتها قبل وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (أولا)، وبين إقامتها بعد وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (ثانيا)، وعليه سنتطرق لأحكام البناء والغراس تبعا لوقت إقامته، بالإضافة إلى ما

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 364.

(2) تنص المادة 394 ق م ج على أنه: « إذا لم يعين الإتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم ».

(3) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 232.

جاءت به المادة المذكورة أعلاه سنين حكم النفقات اللازمة والنافعة التي أنفقها المشتري على العقار المشفوع فيه (ثالثا)، وحكم هدم أو إتلاف المشتري للعقار (رابعا).

أولاً: حكم البناء و الغراس قبل إعلان الرغبة

نصت م (805 ف1) ق م ج، على ما يلي: « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً، قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري، أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقته، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ».

من خلال المادة المذكورة أعلاه، يتضح أن المشرع الجزائري لم يعط الحق للشفيع في طلب الإزالة، بل أعطى للمشتري حق الإختيار بين أن يرُد له الشفيع إما التكلفة الفعلية لما أقامه من منشآت أو غراس، أو يرد له ما زاد في قيمة العقار بسبب ذلك، وعادة ما يختار المشتري القيمة الأعلى ويُجبر الشفيع على الوفاء بالقيمة المختارة، وذلك إحتراماً لحسن نية المشتري وعدم معرفته برغبة الشفيع.

كما يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري قد راعى جانب المشتري في تحديد مقدار التعويض المستحق، إذ جعل له الخيار بين أكبر القيمتين فهو في هذه الحالة - المشرع الجزائري - يعامل المشتري معاملة أفضل من معاملة الحائز الحسن النية، حيث يكون لهذا الأخير ضمن أحكام الإلتصاق، أن يتقاضى أقل القيمتين طبقاً لما يقضي به م (785) ق م، وقد برر بعض الفقهاء هذا الحكم، على أساس أن المشتري لا يعتبر هنا بانياً أو غارساً في أرض غيره، بل هو في ملكه فليس عليه حرج في ذلك، طالما أنه يياشر هذه الأعمال قبل أن يعلن الشفيع رغبته⁽¹⁾.

ثانياً: حكم البناء و الغراس بعد إعلان الرغبة

المعاملة هنا تختلف عما سبق، حيث أن المشتري يعلم برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، وبالتالي يتحقق حلول الشفيع وينفذ في حق المشتري منذ إعلان الرغبة، ومقتضى ذلك عدم أحقية المشتري في إقامة بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه بعد هذا الإعلان، وذلك لتعارضه مع الحلول ومساسه به⁽²⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص496 . الدكتور حسن كبيرة، المرجع السابق، ص668.

(2) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص298.

فقد نصت م (805 ف2) ق م ج، على ما يلي: « أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا إختار أن يستبقي البناء أو الغراس، فلا يلزم إلاّ بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس».

وعليه يحق للشفيع طلب إزالة ما استحدثه المشتري من منشآت أو غراس، مع تحمل المشتري نفقات الإزالة، أو أن يختار - وله الخيار وليس للمشتري - إستبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع التكلفة فقط، أي قيمة أدوات البناء وأجرة العمل، أو نفقات الغراس، ولا إجبار على الشفيع في أي من الإختيارين ولا يعد متعسفا في ذلك⁽¹⁾.

أما فيما يخص ثمار العقار المشفوع فيه، لم ينظم المشرع الجزائري هذه المسألة بنص خاص ضمن قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني، وبناء عليه إختلفت آراء الفقهاء حول وقت تملكها، حيث ربطت وقت التملك بوقت إستحقاق الثمار، فجانبا يرى وقت الإستحقاق هو تاريخ صدور الحكم النهائي بالشفعة، وهو ما إستقر عليه القضاء المصري⁽²⁾، ومنهم من يرجعها إلى وقت إنعقاد العقد وآخرون يجعلون من وقت رفع الدعوى وقتا لإستحقاق الثمار⁽³⁾.

إلاّ أن أغلب فقهاء القانون، يرون عدم جدية هذه الآراء لعدم إتمادها على سند قانوني صريح وجازم ودقيق لحل هذه الإشكاليات، وعليه تنطبق على هذه المسألة قواعد الحيازة الواردة في القانون المدني الجزائري، باعتبار المشتري حائزا لملك الشفيع، طبقا لنص م (837) ق م ج والتي جاء فيها: « يكسب الحائز ما يملكه من ثمار ما دام حسن النية ... »، وطالما أن المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة يعتبر حائزا حسن النية، فإنه لا يلتزم برد ثمار العقار المشفوع فيه ونمائه إلى الشفيع، وعلى العكس من ذلك، تكون الثمار التي قبضها المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة، ملكا للشفيع باعتبار المشتري في هذه

(1) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص669.

(2) عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الكيلاني، القاهرة، مصر، ط 3، د س، ص 412.

(3) محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، أسباب كسب الملكية، دون ذكر دار النشر مصر، د ط، دس، ج 2، ص533.

الحالة سيء النية، وعليه ردّها للشفيع الذي يتحمل تكاليف جمعها وكل ما أنفقه المشتري من مصاريف، وهو ما تضمنته م (838)⁽¹⁾ ق م ج.

ثالثاً: حكم النفقات اللازمة والنافعة التي أنفقها المشتري

وهي تختلف باختلاف نوعها، فهناك نفقات ضرورية أو نافعة أو كمالية، فقد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه بعد أن يتسلمه من البائع أحد أو كل هذه النفقات، ومتى ثبتت الشفعة للشفيع، يعتبر المشتري حائزاً للعقار المشفوع فيه، فيرجع بهذه المصروفات على المالك أو الشفيع. فالمصروفات الضرورية أو اللازمة، هي تلك النفقات غير العادية التي أنفقها المشتري، من أجل الحفاظ على العقار المشفوع فيه، كذلك التي أنفقت من أجل إنقاذ العقار من الحريق مثلاً، أو من أجل ترميم جدار آيل للسقوط، أو كل أعمال الحفظ والصيانة والترميم، التي تشمل تقوية أساس المترل وغيرها من النفقات التي تدخل ضمن النفقات اللازمة⁽²⁾.

والشفيع ملزم بدفع المصروفات اللازمة، بمقتضى م (839 ف1) ق م ج، والتي جاء فيها: « على المالك الذي يرد إليه ملكه، أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة ».

كما تجدر الإشارة بأن المصروفات الضرورية واللازمة واجبة على الشفيع لصالح المشتري سواء كان أنفاقها قبل أو بعد إعلان الرغبة⁽³⁾.

أما بخصوص المصروفات النافعة، فهي تلك التي ينفقها المشتري لتحسين العقار وزيادة من قيمته وتحسين طريق الإنتفاع به، كتمديد الإضاءة الكهربائية وإدخال أنابيب الغاز والمياه، وكل أعمال الري والصرف وغيرها وذلك وفقاً لما جاء في م (839 ف2) ق م ج: « وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة

(1) تنص المادة 838 ق م ج : « يكون الحائز سيء النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية (...) ».

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 764.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 488.

تطبق المادتين 784⁽¹⁾ و 785⁽²⁾». «

أما المصروفات الكمالية، فهي تلك التي لا ترجع بالفائدة الكبيرة على العقار، كتلك التي تنفق مثلا على زخرفة العقار و تزيينه، كطلاء الجدران أو أي عمل ثانوي آخر، فالشفيع غير ملزم بردها كما يجوز للمشتري إزالتها وعلى نفقته، وفي حالة ما إذا أراد الشفيع استبقائها عليه أن يدفع للمشتري قيمتها بعد عمليتي الإزالة أو الهدم⁽³⁾.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام المصروفات الكمالية في م (839 ف3) ق م ج والتي جاء فيها: « وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من منشآت، بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم ». «

رابعا: حكم الهدم والإتلاف في العقار المبيع

لم ينص المشرع على حكم الهدم والإتلاف في العقار المشفوع فيه، ولكن طبقا للقواعد العامة فإذا كان ذلك بفعل المشتري أو بخطئه، فللشفيع أن يطلب خصم ذلك من الثمن المدوع لدى الموثق شريطة أن تكون هذه الأعمال بعد إعلان الرغبة، فإن تسلم المشتري الثمن، فللشفيع الحق في مطالبته بالتعويض عما أتلفه، أما إذا لم يكن للمشتري يد فيه، وكان ذلك بسبب قوة قاهرة، أو بسبب أجنبي فلا يحق للشفيع مطالبة المشتري بشيء بل له الخيار بين ترك الشفعة، أو أخذ العقار المشفوع فيه بكل الثمن⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 784 ق م ج على أنه: «...أو دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها...»

(2) تنص المادة 785 ق م ج على أنه: «...فليس لصاحب الأرض الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد واجرة العمل

أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت...»

(3) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 150.

(4) غني حسون، الحقوق العينية الأصلية، مطبوعات جامعة الكويت، د ط، 1987، ص 203.

المطلب الثاني

الآثار غير المباشرة (علاقة الشفيع بالغير)

تظهر علاقة الشفيع بالغير، إذا ما رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقا عينيا، أو أي تصرف قانوني قبل تسجيل إعلان الرغبة، حيث أن تحقق حلول الشفيع في مواجهة البائع والمشتري لا يحتج به أمام الغير إلا من تاريخ هذا التسجيل، طبقا لما نصت عليه م (801) ق م ج، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، والذي جاء فيه: « إذا كان مؤدى نص المادة 801 قانون مدني جزائري، أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط، فلا يحتج به تجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن⁽¹⁾ ».

وعليه يجب التمييز بين التصرفات والحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه، قبل تسجيل إعلان الرغبة (الفرع الأول)، والتصرفات والحقوق العينية المترتبة بعد تسجيل إعلان الرغبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التصرفات والحقوق العينية المترتبة قبل تسجيل إعلان الرغبة

قد يقوم البائع أو المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة بتصرفات تؤدي إلى نقل ملكية العقار المشفوع فيه (أولا)، أو القيام بترتيب حقوق عينية عليه (ثانيا).

أولا: التصرفات الصادرة عن كل من المشتري والبائع

نص م (806) ق م ج، على أنه: « لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والإختصاصات 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) المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 1991/12/24، ملف رقم: 676678، المجلة القضائية، سنة 1993، عدد 01، ص 69.

بمفهوم المخالفة لنص المادة المذكورة أعلاه، تسري في حق الشفيع تصرفات المشتري في العقار إذا كانت قبل تسجيل إعلان الرغبة، وعليه إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه بالهبة أو المقايضة قبل تسجيل الرغبة، فإن هذه التصرفات تسري في حق الشفيع، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في هذا العقار، لأن هذه التصرفات لا يجوز الشفعة فيها⁽¹⁾، شريطة أن يكون صاحب هذا الحق - المتصرف إليه - قد شهر حقه قبل أشهر إعلان الرغبة في الشفعة.

وفي حالة ما إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بيعا تجوز فيه الشفعة، فترتب على سريان هذا البيع في حق الشفيع أنه لا يجوز له أن يشفع إلا من المشتري الثاني، وبنفس الشروط التي اشترى بها، طبقا لما جاء في نص م (797) ق م ج⁽²⁾ وذلك بسبب سقوط حق الشفيع من البيع الأول، وبالتالي ينبغي على الشفيع أن يقوم بإجراءات الشفعة في مواجهة كل من المشتري الأول بصفته بائعا، والمشتري الثاني بصفته مشفوعا منه، ولا يلزم مخاصمة البائع الأول⁽³⁾، وفي جميع الأحوال يشترط لسريان عقد البيع الثاني في حق الشفيع شهره قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

كما تجدر الإشارة أنه إذا كان المشتري الثاني مما لا تجوز في مواجهته الشفعة - مما ينطبق عليهم نص م (798) ق م ج - فإن الشفيع لا يمكنه قانونا الأخذ بالشفعة في البيع الثاني، ما لم يكن البيع سوريا، وفي هذه الحالة يقع على الشفيع عبء إثبات صورية العقد حتى يتسنى له الأخذ بالشفعة. أما بالنسبة للتصرفات التي يرتبها البائع على العقار المشفوع فيه، كأن يقدم البائع على بيع العقار المشفوع فيه من جديد، أو يهبه أو يقايض عليه، أو أي تصرف قد يؤثر على حالة العقار المراد أخذ الشفعة فيه، فالأصل أنها تسري على الشفيع متى كانت قبل تسجيل إعلان الرغبة، ومتى تم شهرها قبل

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 546.

(2) تنص المادة 797 ق م ج على أنه: «إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها.»

(3) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 499.

هذا التاريخ، إلا أنه تستثنى من ذلك التصرفات الصادرة من البائع، على نفس العقار المشفوع فيه إلى مشتر آخر، قبل تسجيل إعلان الرغبة، متى قام المشتري الأول بشهر عقد البيع، قبل شهر التصرف الثاني الذي قام به البائع، بمعنى أنه 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⁾.

أما في حالة ما إذا كانت هذه التصرفات الصادرة عن البائع، بعد شهر المشتري عقد شرائه فإن العقار ينتقل للمشتري خاليا من الحقوق المترتبة، وبالتالي أصبح المشتري هو المالك الحقيقي للعقار المشفوع فيه بعد تاريخ شهر هذا العقار، وعليه فكل تصرف يقدم عليه البائع على هذا العقار، لا أثر له في مواجهة المشتري، ولا في مواجهة الشفيع، وهذا بصرف النظر عن تاريخ شهر الرغبة في الشفعة⁽²⁾.

ثانيا: الحقوق العينية المترتبة عن المشتري والبائع

بالنسبة للحقوق العينية التي يرتبها المشتري على العقار، سواء كانت حقوقا عينية أصلية (حق إرتفاق أو حق انتفاع)، أو تبعية (رهن رسمي أو رهن حيازي أو حق تخصيص أو حق امتياز)، التي تضمنتها المادة المذكورة أعلاه، والتي تم تسجيلها أو قيدها بحسب الأحوال قبل تسجيل إعلان الرغبة فإن هذه الحقوق تكون نافذة في مواجهة الشفيع⁽³⁾، ويترتب على سريانها إنتقال العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وهو مثقلا أو محملا بالحق المرتب⁽⁴⁾، إلا أن هذا لا يمنع الشفيع من الرجوع على المشتري، بما يقابل النقص في قيمة العقار بسبب وجود هذا الحق، لأن الشفيع قد دفع للمشتري الثمن دون أن يكون محملا بشيء من ذلك، والمشتري ملتزم بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع⁽⁵⁾.

(1) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 364.

(2) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 671.

(3) عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 524.

(4) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 155.

(5) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 159.

كما يمكن للشفيع الرجوع على المشتري على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، وله أن يرجع على البائع كذلك بدعوى الضمان إن كان البائع هو من رتب هذا الحق طبقاً لنص م (804) ق م ج على أساس أن الشفيع يحل بالنسبة للبائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

أما بالنسبة للحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية، التي قام بها البائع قبل شهر إعلان رغبة الشفيع، والتي تكفل دين في ذمة البائع، وقام الغير الذي تصرف إليه البائع بشهر تصرفه قبل شهر المشتري عقده فإن هذه الحقوق العينية تكون نافذة في مواجهة المشتري، وهذا لأن المشتري لا تنتقل إليه الملكية إلا بعد عملية الشهر، ولا يترتب عن عملية بيع العقار في هذه الحالة، إلا التزامات شخصية بين البائع والمشتري نتجت عن عقد البيع الرضائي المرم بينهما.

الفرع الثاني

التصرفات والحقوق العينية المترتبة بعد تسجيل إعلان الرغبة

تنوع التصرفات التي قد يقوم بها المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الإعلان بالرغبة، فمنها ما يتعلق بنقل ملكية المبيع المشفوع فيه كالبيع (أولاً) ومنها ما يرتب حقوقاً عينية على هذا العقار (ثانياً).

أولاً: التصرفات الواقعة على العقار المشفوع فيه

إعتد المشرع الجزائري في هذه الحالة بتاريخ تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، كي يكون حجة على الغير الذي تلقى حقه من المشتري، وذلك وفقاً لما جاءت به م (806) ق م ج، حيث لا يسري في حق الشفيع أي تصرف قانوني صادر من المشتري، ومتعلق بالعقار المشفوع به بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، إذ بالتسجيل يكون الشفيع قد أعلم الغير بحقه، والمتصرف إليه لا يملك اتجاه الشفيع أي حق.

تطبيقاً لذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسري في حق الشفيع، وبالتالي يبقى حق هذا الأخير في الأخذ بالشفعة قائماً في البيع الأول وبشروطه، ولا يلزم لذلك

إدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة، حيث يرى أحد الفقهاء أن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع وليس مفروضا عليه، وبالتالي له أن يأخذ بالشفعة في أي من البيعين بحسب اختياره وما يحقق مصلحته مع مراعاة أنه لكل من البيعين إجراءاته الخاصة به⁽¹⁾، وهو ما أكده العديد من الفقهاء، حيث يجمعون على جواز الأخذ بالشفعة في أي من البيعين، متى قرر الشفيع بأن شروط أحد البيعين أيسر له أو أن الثمن فيه أقل من الآخر⁽²⁾.

ثانيا: الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه

بالنسبة للحقوق العينية - الأصلية أو التبعية - التي يرتبها المشتري أو تترتب ضده بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا تسري في حق الشفيع حتى ولو كانت مقيدة طالما كان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، وبالتالي يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه - إذا ما حكم له بالشفعة - خاليا من أي حق أصلي كان أو تبعي⁽³⁾، ومع ذلك فإن هذه الحقوق لا تكون عديمة الأثر لأنها تتعلق بتمن العقار المشفوع فيه، الذي يسترده المشتري عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق، وذلك إذا كان المشتري قد سبق ودفع الثمن للبائع، حيث يباشر الدائنون أصحاب هذه الحقوق بما لهم من حق الأولوية على الدائنين العاديين التنفيذ على ثمن العقار المشفوع فيه طالما كانت حقوقهم مستحقة الآداء، وهذا ما قضت به م (806) ق م ج.

أما بالنسبة للحقوق العينية التي يرتبها البائع على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة فلا أثر لها ولا تكون نافذة اتجاه الشفيع، ولو حدث وأن قيد دائنوا البائع حقوقهم على العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة، فإن هؤلاء الدائنون طالما أنه لا حق في العقار المشفوع

(1) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 155.

(2) عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 214.

(3) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 548.

فيه فإنهم يمكنهم الرجوع على البائع وحده بالتنفيذ على أمواله، حسب طرق التنفيذ المعروفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

المبحث الثاني

سقوط الشفعة

باستقراء نصوص المواد المتعلقة بالشفعة، نجد ما يصطلح عليه بموانع الشفعة ومسقطات الشفعة، فالموانع هي التي تحول دون قيام الشفعة ابتداءً، كالحالات المنصوص عليها في م (798) ق م ج السالفة الذكر، أما مسقطات الشفعة، فهي التي يسقط فيها حق الشفيع في الشفعة بعد أن كان قائماً، وسقوط الحق في الشفعة قد يكون نتيجة لأسباب قانونية أدت إلى ذلك (المطلب الأول)، أو لتحاييل من البائع والمشتري باللجوء إلى بعض التصرفات التي تسقط حق الشفيع في الشفعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأسباب القانونية لسقوط الشفعة

لقد حدد المشرع الجزائري من خلال م (708) ق م ج مسقطات الشفعة، بحيث تنص على أنه: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.

إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون»، وبالتالي فإن سقوط الحق في الشفعة وفق هذا النص قد يكون لأسباب موضوعية (الفرع الأول)، كما قد يكون لأسباب إجرائية (الفرع الثاني).

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 387.

الفرع الأول

الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة

تتمثل الأسباب الموضوعية لسقوط الشفعة، في تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة (أولاً)، إضافة إلى زوال أحد شروط الأخذ بالشفعة (ثانياً).

أولاً: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

لقد اتفق الفقه في الأخذ بالشفعة، على اشتراط ألا يصدر من الشفيع ما يدل على رضاه ببيع العقار المشفوع فيه⁽¹⁾، فإذا رضي بذلك فلا شفعة له، أما إذا أراد أن يتنازل عن حقه في الشفعة، فيكون ذلك عن طريق قوله: (أبطلت الشفعة، أو أسقطتها، أو أبرأتك عنها، أو عفوت عنها).

يشترط في التنازل عند الفقهاء أن يكون بعد البيع، إذ أن التنازل لا يكون مسقطاً لحق الشفعة، إلا إذا صدر بعد ثبوته⁽²⁾، ولا يقبل الإسقاط من الشفيع بعد أن يتملك المشفوع بالرضا أو بالقضاء، لأن إسقاطه في هذه الحالة يعد إسقاطاً لحقه في المشفوع فيه، وليس ذلك الحق إلا ملكاً، والملك لا يقبل الإسقاط وإنما يقبل الانتقال بسبب من أسباب كسب الملكية، أو الفسخ برد المبيع بسبب فاسخ للعقد⁽³⁾.

أما بالنسبة للقانون المدني، وحسب ما ورد في م (807) منه السالفة الذكر، فإن المشرع الجزائري قد أجاز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، سواء كان ذلك قبل البيع أم بعده.

1- تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع: لقد وسع المشرع الجزائري من نطاق التزول عن

حق الشفعة، ليشمل مرحلة ما قبل ثبوت هذا الحق، أي قبل تمام البيع بين البائع والمشتري، وهذا يعد

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر العربي، بيروت لبنان، ط 1، 1417هـ-1996م، ج 5، ص 22.

(2) علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي، المرجع نفسه، ج 5، ص 28.

(3) جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 1، 1424هـ-2009م، ص 27.

خروجاً عن القاعدة العامة، التي تقضي بعدم جواز التنازل عن الحق قبل نشوئه، ولعل سبب اعتماد المشرع هذا الأساس (جواز التنازل عن الشفعة ولو قبل البيع)، لاعتبار الشفعة حقاً استثنائياً على خلاف الأصل (مبدأ الرضائية)⁽¹⁾.

فيما يتعلق بشكل هذا التنازل، فقد يكون باتفاق مع البائع، أو مع المشتري، كما يمكن أن يكون بمقابل، أو بدون مقابل هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن يكون صريحاً، كان يصرح الشفيع مباشرة برغبته في إسقاط حقه في الشفعة، إما عن طريق اللفظ كقوله: " أسقطت حقي في الشفعة"، أو عن طريق تنازل مكتوب يحصل عليه المشتري من قبل الشفيع، أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه المادة (60) ق م ج⁽²⁾، ويجوز أن يكون التنازل شفويًا، ولكن يقع عبء إثبات ذلك على من يتمسك به من بائع أو مشتري، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات⁽³⁾. هذا بالنسبة إلى التنازل الصريح، أمّا فيما يخص التنازل الضمني، فيكون بإتيان الشفيع عملاً أو إتخاذ موقفاً يدل على أنه تنازل عن حقه في الشفعة، كأن يتفق مع المشتري على ترتيب ارتفاع بين عقاريهما، أو رهن، أو يقوم الشفيع بدور الوسيط بين البائع والمشتري في عملية البيع⁽⁴⁾.

2- تنازل الشفيع عن الشفعة بعد البيع: إن عقد البيع القائم بين البائع والمشتري هو المثبت لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وعن طريقه يستطيع مباشرة إجراءات الشفعة، إلا أنه يمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة، بعد صدور هذا البيع ويظل حقه في التنازل قائماً مادام لم يتم صدور حكم نهائي يقضي بحق الأخذ بها أو أن يكون المشتري قد سلّم بها، فإذا تم الأخذ بالشفعة

(1) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 268، 269

(2) تنص المادة 60 ق م ج على أن: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه».

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 157.

(4) رضا هطال، المرجع السابق، ص 85.

بمقتضى حكم، أو بتسليم المشتري بها، فلا يصح له التنازل عنها بعد ذلك، لأنه يكون قد حل نهائياً محل المشتري في عقد البيع⁽¹⁾.

ثانياً: زوال أحد شروط الشفعة

إذا زال أحد الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة، كما لو قام الشفيع بوقف عقاره أو زالت عنه صفة الشفيع، بمعنى انتفت عنه صفة مالك الرقبة، أو شريك في الشيوع، أو صاحب حق انتفاع كما هو محدد في المادة (795) قانون مدني جزائري، إضافة إلى زوال ملكية الشفيع في أي مرحلة قبل تمام الأخذ بالشفعة، كما لو باع الشريك حصته التي كان يستحق بسببها الشفعة بيعاً صحيحاً وقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كان هذا التصرف مسقطاً للشفعة أم لا، فقد ذهب الرأي الأول للقول بسقوط الشفعة وذلك وارد عند كلٍ من الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والمشهور عند الشافعية⁽⁴⁾، واستدلوا على ذلك بأن بيع الحصة قبل الأخذ بالشفعة، كزوال عيب المبيع قبل الرد بالعيب، والثاني يمنع الرد لزوال سببه، فيكون الأول مثله، إضافة إلى أن الشفيع لم يبق له ملك يستحق بالشفعة، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه، وقد زال ذلك ببيعه، أمّا في الرأي الثاني فقد ذهب ابن القاسم من المالكية في رواية عنه، والشافعية في وجهه، وظاهر مذهب الحنابلة، إلى أنه إذا باع الشفيع حصته بعد علمه بالبيع الأول، سقطت شفيعته، أمّا إذا باع حصته قبل علمه بالبيع الأول فلا تسقط شفيعته⁽⁵⁾، واستدلوا على ذلك بأن الشفعة ثبتت للشريك والشركة قائمة، وفي حالة عدم العلم بالشراء لم يوجد ما يدل على ترك

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 157، 158.

(2) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج 5، ص 29.

(3) الإمام العلامة ابن إسحاق ابن موسى المالكي، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط 1، 1417 هـ/1997م، ج 8، ص 85.

(4) أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417هـ/1997م، ج 5، ص 543.

(5) الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، د ط، دار الفكر، بيروت لبنان، د ط، د س، ج 3، ص 484. الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1414هـ/1994م، ج 9، ص 26. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 483.

الشفيع للشفعة فلا تبطل، أمّا إذا علم بالشراء ثم باع حصته ولم يأخذ بالشفعة، فقد وجد منه ما يدل على الرضا بتركها فتبطل، وبالنسبة للقانون المدني فكما سبقت الإشارة فإنه يشترط في الشفيع أن يكون مالكا للعقار وقت البيع، وأن يظل مالكا حتى تمام الأخذ بالشفعة⁽¹⁾، بمعنى أن تكون ملكية الشفيع للعقار سابقة على التصرف موضوع الشفعة، إلى أن يملك العين المشفوع فيها، فإذا زالت عنه هذه الصفة كأن انسخ سند ملكيته بتحقيق شرط فاسخ مثلا، وحدث هذا الزوال قبل ثبوت حقه في الشفعة، هنا يسقط هذا الحق لزوال السبب⁽²⁾، كذلك الحال كما لو انتهى وضع الشيوخ عن طريق قسمة العقار المملوك على الشيوخ ليأخذ كل شريك حصته مفرزة بعد أن أعلن الشفيع رغبته في الشفعة، وقبل صدور الحكم النهائي في ثبوتها له، لأن المبيع في الوضع الجديد شيء مفرز، ولا تكون الشفعة إلا في بيع حصة شائعة⁽³⁾.

الفرع الثاني

الأسباب الإجرائية لسقوط الشفعة

تصبح الشفعة صحيحة متى توافرت أركانها وشروطها، وما على الشفيع في هذه الحالة إلا اتباع الإجراءات اللازمة للأخذ بها، فإذا استوفى جميع هذه الإجراءات ترتبت آثار الشفعة، أما إذا أحل بهذه الإجراءات كعدم إظهار الرغبة (أولا)، أو عدم احترام المواعيد المقررة والمحددة قانونا (ثانيا)، أو في حالة ما إذا مرت سنة على تسجيل المشتري لعقد البيع (ثالثا)، أو بمضي مدة التقادم المسقط لهذا الحق (رابعا) فإن حقه في الأخذ بالشفعة يسقط نهائيا.

أولا: عدم إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة

إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إنذاره من قبل البائع أو المشتري، سقط حقه في الأخذ بالشفعة طبقا لـ م (799) ق م ج، وهذه المدة تعد مدة سقوط وليس

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص229.

(2) رضا هطال، المرجع السابق، ص84.

(3) حسن كيرة، المرجع السابق، ص545.

تقادم، لا تقبل الوقف ولا الإنقطاع وتسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية، وهي من النظام العام يمكن للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها.

ثانياً: إتخاذ الإجراءات في مواعيدها

على الشفيع أن يودع كامل الثمن الحقيقي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة ورفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري في خلال هذه الفترة، أمام المحكمة المختصة، والحكمة من ذلك هي حث الشفيع على الإسراع في إتمام إجراءات الشفعة حتى لا يظل مصير البيع معلقاً دون مبرر، فإن لم يتم بهذه الإجراءات على الوجه المنصوص عليه، فإنّ المشرع قد رتب جزاء سقوط الشفعة نتيجة لمخالفة الأحكام التي أوردتها بشأن ذلك⁽¹⁾، وهو ما جاءت به م (801 ف2) و م (802) ق م ج .

ثالثاً: مضي مدة سنة على تسجيل البيع

إذا قام المشتري بتسجيل عقد بيعه، أو الحكم القضائي الصادر لمصلحته والقاضي بصحة هذا البيع، فإن مرور مدة سنة على هذا التسجيل، يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة طبقاً لنص م (807) التي تنص على أنه: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية (...) إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون »، وهي مدة سقوط وليس تقادم، وذلك راجع إلى أن التسجيل يؤدي إلى إعلام الجميع بملكية المشتري للمبيع، وعلى من يرغب في الشفعة إعلان رغبته في ذلك وله الحق في مباشرة دعوى الشفعة خلال سنة من تاريخ التسجيل وإلا سقط هذا الحق، وللمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط حق الشفيع متى أثبت أن عقد شرائه قد سجل، وأنه مضي أجل سنة من يوم التسجيل، دون أن يستعمل الشفيع حقه⁽²⁾، ويبدأ حساب الميعاد ابتداءً من اليوم التالي لليوم الذي حصل فيه التسجيل، ويستمر حتى اليوم الأخير من نهاية سنة بكاملها، وإن كان اليوم الأخير من هذا الأجل قد صادف يوم عطلة، فيمتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل الذي يلي إنتهاء العطلة ويعتبر هذا اليوم هو آخر يوم في الأجل المحدد بسنة طبقاً ل م (405) ق إ ج م إ، وبالتالي

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص228 . أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 377.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص159.

على الشفيع المبادرة بإعلان رغبته في هذا الميعاد، إذا كان يرغب في الأخذ بالشفعة، وإلا سقط حقه فيها⁽¹⁾، أما إذا ادعى الشفيع استعمال رخصة الشفعة خلال السنة التي أشهر فيها عقد البيع بمصلحة الحفظ العقاري، فيقع على عاتقه عبء إثبات ذلك، وفي حالة ما إذا أثبت أنه استعمل هذه الرخصة خلال الميعاد المحدد لكنه أخطأ في بعض البيانات، فهذا الخطأ لا يعد طلباً جديداً، وإنما تبقى إجراءات الشفعة سارية على أساس الطلب الأول الذي حدث أثناء الميعاد القانوني ولا يمكن للمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة على أساس أن الطلب الثاني المعدل لبيانات الطلب الأول جاء بعد انقضاء مدة سنة من تاريخ شهر عقد البيع المشفوع فيه⁽²⁾.

رابعاً: البيع الباطل

تبطل الشفعة ببطلان عقد البيع الوارد على العقار المشفوع فيه، لأنه لم يعد له وجود قانوني وعلى هذا الأساس قرر فقهاء القانون المدني قاعدة مفادها لاشفعة في بيع باطل ببطلان مطلق، لأنه بيع منعدم، كما لو اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع ففي هذه الحالة حتى لو كانت الشفعة صحيحة فإنها تبطل لأنها ناجمة عن عقد باطل ولا تطهر بالتقادم.

خامساً: التقادم

إذا لم ينذر البائع والمشتري أو أيهما الشفيع رسمياً بالأخذ بالشفعة، ولم يسجل المشتري عقد البيع، فيبقى حق الشفيع في الأخذ بالشفعة قائماً حتى سقوطه عن طريق التقادم المسقط، أي بمرور 15 سنة من تاريخ البيع المرتب للشفعة بناء على القواعد العامة⁽³⁾.

سادساً: الوفاة

هناك من الفقهاء من يرى بأن وفاة الشفيع، تؤدي إلى سقوط الشفعة، لأنها لا تنتقل إلى الورثة وفي هذا المجال نجد قولان:

(1) رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 426.

(2) أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 380.

(3) رضا عبد الحليم عبد الحميد عبد الباري، مرجع سابق، ص 229. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 159.

القول الأول: نجده عند الحنابلة⁽¹⁾، بحيث تسقط عندهم الشفعة بالوفاة، إذا لم يطلبها الشفيع قبل وفاته، وفي هذه الحالة لا تنتقل إلى ورثته لأن سببهم في الشفعة قد وُجد بعد البيع، وملكية الشفيع قد زالت بوفاة.

أما القول الثاني: فيتجسد عند الحنفية⁽²⁾، بحيث تسقط عندهم الشفعة بالوفاة سواء طالب بها الشفيع قبل وفاته، أم لم يطالب بها، وهذا لأن الشفعة عندهم تُعد خيار ومشئمة هذا من جهة، ولأن الحق في الشفعة الذي يثبت للوارث قد جاء بعد البيع، وهو غير معتبر لانتفاء شرطه، وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء به.

المطلب الثاني

التحايل لإسقاط الشفعة

الحيلة في اللغة هي الخدق وجودة النظر والقدرة على التصرف، وهي ما يتوصل بها إلى مقصود بطريق خفي⁽³⁾، ويراد بها عند العلماء أن يظهر البائع والمشتري في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطآن في البطن على خلافه⁽⁴⁾.

قد يحدث وأن يقوم المشفوع ضده (المشتري)، بتصرف ما أو مباشرة إجراء يكون القصد من ورائه إسقاط حق الشفيع في الشفعة، وهذا ما يمثل تحايلاً من أجل إبطال، أو إسقاط الشفعة، وقد يتخذ المشتري عدة طرق (الفرع الأول)، من أجل تحقيق غايته، وما على الشفيع في هذه الحالة إلا إثبات ذلك (الفرع الثاني)، ليتمكن من مباشرة حقه في الأخذ بالشفعة، وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية على عاتق المشتري (الفرع الثالث).

(1) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 536، 537.

(2) شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، مجلد 7، ج 14، ص 116.

(3) محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ط، دس، ج 3، ص 374.

(4) جهاد محمد الأشقر، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الأول

طرق التحايل لإسقاط الشفعة

قد يلجأ المشتري لإتباع عدة طرق، تحايلا منه من أجل إسقاط حق الشفيع في الشفعة سواء عن طريق بيع العقار صوريا إلى مشتر آخر (أولا)، أو عن طريق الإدعاء بإقامة محل عبادة (ثانيا).

أولا: بيع العقار صوريا من قبل المشتري:

إذا قام المشتري ببيع العقار إلى مشتري آخر بعقد صوري، فهذا يعني عدم خروج الملكية من ذمته، فإذا أثبت الشفيع ذلك، كان له أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول وبشروطه، ويمكن تجسيد هذه الحالة عند قيام المشتري ببيع العقار وبثمن باهض ومرتفع، قبل أن يقوم الشفيع بتسجيل رغبته في الأخذ بالشفعة في البيع الأول، بحيث أن المدة التي تفصل العقد الأول عن الثاني وجيزة، لدرجة أنها لا تبرر ذلك الإرتفاع المفاجئ في سعر العقار، كما يمكن أن يكون التصرف الذي قام به المشتري هبة أو وقفا، وما على الشفيع إلا إثبات ذلك، ولكن قد يلجأ المشتري إلى بيع العقار إلى أشخاص لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة، وهنا نجد قولان، الأول يسقط حق الشفيع في الشفعة، بمعنى إذا كان البيع الثاني صادرا من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد أقاربه أو أصهاره ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة، هنا لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة، فقد فاتته الأخذ بها في البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها في التصرف الذي صدر من المشتري الأول شريطة أن لا يكون البيع الثاني صوريا⁽¹⁾، أمّا القول الثاني فيفيد بأن الشفعة تثبت عند بيع العقار الأول، وحق الشفعة متى ثبت لا يمكن إنكار وجوده، بمعنى أنه إذا كان التصرف الثاني بيعا، وكان المشتري الثاني ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة، فإن هذا المانع لا يعيق حق الشفيع الثابت له منذ البيع الأول، والقول بخلاف ذلك مؤداه القول بسقوط الحق في الشفعة بعد ثبوته، مع أن أسباب سقوط الشفعة المحددة قانونا لا تشمل هذه الحالة لأن صفة المشتري الثاني لا تغير من جوهر الحق شيئا.

(1) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 619.

ولعل القول الراجح هو القول الثاني، فطالما أن المشرع سكت عن تنظيم هذه المسألة، فيجب الرجوع إلى المصدر الذي استقى منه المشرع أحكام الشفعة، ألا وهو الشريعة الإسلامية، وبم أن الرأي السائد في الفقه الإسلامي يذهب إلى عدم تأثر الشفيع بأي تصرف من شأنه إبطال حقه في الشفعة ينبغي الأخذ به طالما أنه لا يتعارض مع ميادى القانون المدني⁽¹⁾.

وعليه فإن تصرف المشتري الأول بالبيع إلى أحد الأشخاص الذين لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة وكان البيع جدياً، فإن حق الشفيع لا يسقط، بل غاية ما في الأمر أنه عليه توجيه إجراءات الشفعة إلى المشتري الثاني عملاً بالمادة (797) ق م ج السالفة الذكر، أمّا إذا كان البيع سورياً، فللشفيع أن يطعن في صورية هذا العقد، ويأخذ بالشفعة في عقد البيع الأول وبشروطه، على أنه يجب على الشفيع في هذه الحالة، إدخال المشتري الثاني في الخصام حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه⁽²⁾.

ثانياً: الإدعاء بشراء العقار لبناء محل عبادة

يمكن للمشتري أن يتحايل أيضاً على الشفيع من أجل إسقاط حقه في الشفعة عن طريق توجيه إنذار بالبيع إلى هذا الأخير، الذي يعلمه فيه أن الشراء تم بقصد إنشاء محل للعبادة، وهو ما يمتنع معه الأخذ بالشفعة عملاً بالمادة (798) قانون مدني جزائري، وبالتالي يمتنع على الشفيع مباشرة إجراءات الشفعة في المواعيد المقررة لذلك، وبعد انقضاء تلك المواعيد، يقوم المشتري بإقامة منشآت من أجل الإستغلال الإقتصادي، في هذه الحالة يجوز للشفيع مباشرة إجراءات الشفعة لأن الغش والتحايل يبطل التصرفات، وبالتالي يكون الإنذار باطلاً ولا أثر له⁽³⁾.

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 152.

(2) أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 152.

(3) رضا هطال، المرجع السابق، ص 91.

الفرع الثاني

إثبات التحايل لإسقاط الشفعة

يعد التحايل بصفته غش وتدليس نتيجة حتمية عن واقعة مادية، تسبب فيها البائع أو المشتري بغرض إسقاط حق الشفيع في الشفعة، فإذا قام البائع أو المشتري بتصرف ما تحايلا على الشفيع، جاز له أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات⁽¹⁾ المقررة قانوناً، ومنها البينة والقرائن، ولحكمة الموضوع أن تستنبط القرائن التي تعتمد عليها في إثبات التحايل من المستندات التي قدمها الخصوم، دون أن تكون ملزمة بإجراء أي تحقيق بنفسها، كما يمكن لها الإعتماد على أقوال الشهود مراعية في ذلك الظروف والملابسات التي اكتنفت المنازعة .

فإذا تبين لها أن المشتري قد عرض على الشفيع التنازل له عن الصفقة وفقاً للشروط التي تضمنها عقد البيع، إلا أنه تمسك بعد ذلك بسقوط الحق في الشفعة رغم موافقة الشفيع على تلك الشروط، فإن المشتري يكون قد اتخذ من هذا العرض حيلة إنخدع بها الشفيع مما أدى به إلى عدم إعلان الرغبة خلال 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي تضمن هذا العرض، وهو ما يكفي لتحقيق التحايل الذي تستخلصه المحكمة من ملابسات القضية المطروحة⁽²⁾.

الفرع الثالث

المسؤولية عن التحايل في إسقاط الشفع

شُرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشفيع، والتحايل من شأنه المساس بها لما يترتب عليه من إسقاط الحق في الشفعة، وبالتالي يؤدي إلى تحقق الضرر، وذلك كافٍ لتوفر أركان المسؤولية التقصيرية في جانب المشفوع ضده، باعتبار أن التحايل خطأً تقصيري يترتب عليه توافر الضرر بالنسبة للشفيع لسقوط حقه في الشفعة.

(1) جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص 108.

(2) رضا هطال، المرجع السابق، ص 92.

ويعتبر التحايل وجها من أوجه الغش الذي يبطل التصرفات والإجراءات، وللشفيع الحق في التمسك بذلك من أجل دفع الضرر المترتب عن هذا التحايل بحيث إذا قضي له بالشفعة فإن غاية الشارع تكون قد تحققت بما ينفي الضرر عن الشفيع وحينئذ لا تتكامل أركان المسؤولية التقصيرية، إذ لا يكفي الخطأ وحده، وإنما يلزم حدوث ضرر عن ذلك الخطأ، بحيث إذا انتفى الضرر إنتفت المسؤولية، فإن لم يتمسك الشفيع بالتحايل والذي يجب أن يتم من خلال دعوى الشفعة سعياً منه للقضاء له بأحقيته بالشفعة في أخذ العقار، كما أنه إذا تمسك الشفيع بوجود تحايل وعجز عن إثباته، إنتفت المسؤولية اتجاه المشفوع ضده.⁽¹⁾

(1) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 500،499.

الخاتمة

نخلص من دراستنا لموضوع الشفعة وفقا لأحكام القانون الجزائري، بجملة من الملاحظات يمكن إيجازها فيمايلي:

تبين لنا من خلال تفحصنا لمختلف المصادر اللغوية، أن جل المفردات المرصودة لضبط مصطلح الشفعة تتمحور حول معنى واحد لها، يتمثل في الضم والزيادة، وهو ما يتوافق مع المعنى الشرعي لها بالرغم من اختلاف الفقه الإسلامي وحتى القانون الوضعي بشأن الوصول إلى صياغة تعريف اصطلاحي موحد، واتضح لنا أيضا بأن الشفعة نظام إسلامي أصيل، مصدره الأحاديث النبوية، وإجماع الفقهاء، وقد تلقفه القانون الجزائري بالتنظيم سواء في القانون المدني، أو بعض القوانين الخاصة، والحكمة من ذلك هي منع الضرر الذي من المحتمل أن يلحق بالشفيع، ناهيك عن بعض المقاصد الثقافية والإقتصادية والإجتماعية، التي توخى الشارع حمايتها.

كما نجد هناك اختلاف بين الفقهاء سواء في الشريعة أو في القانون بشأن تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، فمنهم من اعتبرها حق، وهناك من اعتبرها رخصة، بل ومنهم من اعتبرها واقعة مركبة، وكيفها آخرون على أنها متزلة وسطى بين الحق والرخصة، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد أنه حذا حذو نظيره المصري، فكيف الشفعة على أنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري من طرف الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع، (مالك الرقبة، الشريك في الشروع، صاحب حق الإنتفاع) هذا ما ورد في القانون المدني الجزائري، بالإضافة إلى بعض الأشخاص العامة الذين تُثبت لهم هذه الصفة بموجب قوانين خاصة، كقانون التسجيل، وقانون التوجيه العقاري،... الخ.

كما نجد أن المشرع الجزائري، قد أحاط حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية بمجموعة من الشروط، والقيود الموضوعية والإجرائية، حيث تشدد في شروطها، سواء فيما تعلق بالمال المشفوع فيه، أو من حيث التصرف المميز للشفعة، أو حتى الشفيع الممارس لهذا الحق، بالإضافة إلى إلزام الشفيع بمجموعة من الإجراءات التي يجب عليه مراعاتها في مواعيد قصيرة، سواء فيما يتعلق بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، أو في دفع ثمن البيع والمصاريف، ورفع الدعوى التي من خلالها يُحصل

الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة، كل ذلك يتم في المواعيد التي تم تحديدها بموجب نصوص الشفعة، تحت طائلة سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، كما تطرق المشرع لحالة توالي البيوع، بحيث إذا لم يتم الأخذ بالشفعة في البيع الأول، فإننا نجد بأن المشرع قد منح الشفيع فرصة للأخذ بالشفعة، وذلك من المشتري الثاني وبنفس الشروط التي اشترى بها العقار.

إجمالاً يمكن القول أن المشرع قد وضع الخطوط العريضة فيما يخص موضوع الشفعة، وألم به إلى حد ما، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود بعض النقائص، وبعض المسائل التي أغفلها المشرع الجزائري ولم يتطرق لها مع أنها مسائل مهمة في رأيينا، لذلك قمنا بتسجيل بعض الملاحظات التي توصلنا إليها من خلال دراستنا المتواضعة، يمكن إيرادها كما يلي:

- تضييق المشرع الجزائري من حق الأخذ بالشفعة، بحيث تم حصر الأشخاص الذين تثبت لهم الشفعة، وأهمل حق الجار في الأخذ بها من خلال القانون المدني، وعلى الرغم من أنها وردت في قانون التوجيه العقاري فيما يخص الأراضي الفلاحية فقط، إلا أنه يُؤخذ على هذا التنظيم، عدم تحديد شروط وحالات تطبيقها، مما يؤدي إلى اللجوء لأحكام الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص .

- ما يلاحظ أيضاً بالنسبة للمادة (799) ق م ج أن المشرع قد نص على مدة المسافة في إعلان الرغبة إلا أنه لم يحدد هذه المدة على خلاف المشرع المصري الذي حدد هذه المدة من خلال م (21) من قانون المرافعات والتي تنص على أنه: « إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه، زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلومتراً بين المكان الذي يجب الانتقال منه وبين المكان الذي يجب الانتقال إليه وما يزيد من الكسور على ثلاثين كيلومتراً يزداد له يوم على الميعاد، ولا يجوز بأية حال أن يتجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام، ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً لمن يقع موطنه في مناطق الحدود ».

- ما لاحظناه أيضاً أن المشرع، ومن خلال اشتراطه لتوجيه إنذار إلى الشفيع، فإنه لم يشترط الرسمية في ذلك - وإن كان ذلك راجع لعدم التوسع في إجراءات الشفعة - إلا أن ذلك قد يفتح باباً للمنازعات من جراء التبليغ الفوضوي لهذا الإنذار.

- كذلك ما تعلق بنص م (801) ق م ج، التي تنص على اختصاص كتابة الضبط بإعلان التصريح بالرغبة في الشفعة، والذي أصبح من اختصاص المحضر القضائي.

- إعادة النظر في نصوص الشفعة من حيث التنسيق بين النص العربي، والنص الفرنسي، لاسيما م (804) ق م ج التي تنص على أنه: «... لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بالشفعة»، فالأصح أن الشفيع لا يرجع إلا على البائع بالضمان، وسقوط أداة الإستثناء أدى إلى اختلال المعنى، وتناقض النص باللغة العربية مع النص باللغة الفرنسية.

- يُلاحظ أيضا على م (804) ق م ج أن المشرع استعمل مصطلح الإسترداد، فحين أن العقار يكون محل استحقاق، أما الإسترداد فخاص بالمنقولات.

- هناك مسألة أخرى، فيما يتعلق بتوريث حق المطالبة بالشفعة من عدمه، فرغم إختلاف الفقهاء حول هذه المسألة بين مؤيد ومعارض، إلا أن المشرع الجزائري لم يتناول هذه المسألة من خلال نصوص الشفعة، ولم يحدد موقفه بخصوصها، إن كان مؤيد أم معارض لها، وبالتالي كان على المشرع تحديد موقفه من ذلك حتى لا يبقى هناك إهام وغموض.

- فيما يتعلق بممارسة الدولة لحق الشفعة، نجد أن المشرع لم يضع نصا قانونيا يحدد الإجراءات الخاصة بها، مما يؤدي لتطبيق القواعد العامة.

والجدير بالملاحظة أنه وبالرغم من أن موضوع الشفعة قديم استمد أحكامه من صلب الشريعة الإسلامية، إلا أن أغلب الناس يجهلون أحكامه، وهذا ما لمسناه من خلال دراستنا سواء في الجانب النظري أو العملي التطبيقي وهذا نظرا لقلّة ممارستها على أرض الواقع ونقص القضايا المطروحة أمام القضاء.

وبهذا نكون قد أهيّنا عملنا المتواضع آمليّن أن نكون قد القينا الضوء على مختلف جوانبه سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية، على أنه يبقى موضوعا شاسعا يستحق المزيد من الدراسة و التحليل، وفي الأخير نقول وما توفيقنا إلا بالله رب العالمين.

الفصل التمهيدي

ماهية الشفاعة

الفصل الأول

شروط الأخذ بالشفعة

الفصل الثاني

آثار الشفحة وحالات سقوطها

قائمة المراجع

قائمة المراجع

* المصادر

– المصادر الشرعية

أولاً: القرآن الكريم

- بين دفتي المصحف الشريف، نالت شرف طباعته، دار الفجر الإسلامي، دمشق، ط 11، 1424 هـ – 2003 م .
- 1- الآية رقم: 03، من سورة الفجر .
- 2- الآية رقم: 85، من سورة النساء .
- 3- الآية رقم 29، من سورة النساء .

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

- 1- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، حديث رقم: 2099 ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ج 3.
- 2 – مسلم أبو الحسن مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم: 134، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، مصر، ط 1992.

– المصادر التشريعية.

أولاً: التشريعات الوطنية

- 1 – القانون رقم: 19/87، المؤرخ في: 1987/12/08، المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، ج ر عدد 50، الصادرة في: 1987/12/09.
- 2 – القانون رقم: 25/90، المؤرخ في: 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر رقم 49، الصادرة في: 1990/11/20.
- 3 – القانون رقم 09/08، المؤرخ في: 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21.
- 4 – القانون رقم: 03/03، المؤرخ في: 2003/02/17، المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية، ج ر عدد 11، الصادرة في: 2003/12/01.
- 5 – القانون رقم: 04/98، المؤرخ في: 1998/06/15، المتضمن حماية التراث الثقافي، ج ر عدد 44.
- 6 – القانون رقم: 03/91، المؤرخ في: 1991/01/08، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

- 7- الأمر 58/75، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادرة في: 30/09/75، المعدل والمتمم.
- 8 - الأمر 105/76، المؤرخ في: 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل، ج ر عدد 81، الصادرة في: 18/12/1977، المعدل والمتمم.
- 9- الأمر 91/70، المؤرخ في: 1970/12/15، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر عدد 107، الصادرة سنة 1970، المعدل والمتمم.
- 10- المرسوم التشريعي رقم: 03/93، المؤرخ في: 1993/03/01، المتضمن النشاط العقاري، ج ر عدد 14، الصادرة في: 1993/03/03

ثانيا: التشريعات الأجنبية

- 1- القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة الأردني، سنة 1958، ج ر عدد: 1416.
- 2 - القانون المدني المصري، رقم: 131، الصادر في: 16/07/1948.
- 3 - القانون المدني العراقي، رقم: 40، الصادر في: 04/حزيران/1951.
- 4 - القانون المدني الأردني رقم: 43، لسنة 1976.
- 5 - مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ.
- 6 - القرار رقم: 3339، المؤرخ في: 12/11/1930، المتضمن قانون الملكية العقارية اللبناني، المعدل و المتمم.

- المصادر اللغوية

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار الجيل ودار لسان العرب، بيروت، لبنان، ط 1988، ج 3.
- 2- محمد بن علي القيومي، المصباح المنير، مكتبة بيروت، لبنان، ط 1987.
- 3- شهاب الدين أبي الفضل، لسان الميزان، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دس، ج 3.
- 4- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المؤسسة العربية، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3.
- 5- فؤاد إفرايم البستاني، المنجد، دار المشرق، بيروت، لبنان، ط 45، دس.
- 6- ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، اسطنبول، تركيا، ط 2، د س، ج 1.

* المؤلفات

أولاً: كتب التفسير

– عبد الله شحاتة، تفسير القرآن الكريم، دار غريب، القاهرة، مصر، د ط، د س، مجلد 3.

ثانياً: الفقه الإسلامي

الفقه الحنفي

- 1 – ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 8.
- 2 – بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1417هـ/1996م، ج 5.
- 3 – شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د س، مجلد 7، ج 14.
- 4 – عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي، الإختيار لتعليل المختار، كتاب الشفعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 2.

الفقه المالكي

- 1- ابن موسى المالكي، حاشية الخرشني على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417 هـ-1997 م ج 8 .
- 2- أحمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3.
- 3- أحمد الدردير، الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة، مصر، د ط، د س، ج 3 .
- 4- الحبيب ابن طاهر، الفقه وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط 1، 2009، ج 6 .
- 5- شهاب الدين الصنهاجي القرافي، الفروق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3.
- 6- مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، دار الكتب للمطبوعات الجميلة، الجزائر، د ط، د س.

الفقه الشافعي

- 1- أبو إسحاق الشيرازي، المجموع في شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 1 .
- 2- أبي القاسم عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417 هـ-1997 م، ج 5.

- 3- الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1414هـ-1994م، ج9.
- 4- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دس، ج3 .

الفقه الحنبلي

- 1- المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، دس، ج6.
- 2- موفق الدين ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، مكتبة بن تيمية، بيروت، لبنان، دط، دس، ج5.

ثالثاً: المؤلفات القانونية

- المؤلفات الخاصة

- 1- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2006، 1.
- 2- جهاد محمود الأشقر، م، سقطات الشفعة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط1، 1424هـ-2009م.
- 3- عبد التواب معوض، الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ط3، 1999 .
- 4- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، مصر، دط، 1986.
- 5- مصطفى مرجى هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، مصر، دط، 1992.
- 6- نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دط، 1998.

- المؤلفات العامة

- 1- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني الجزائري، ، دون دار النشر، ط1993، ج3 .
- 2- حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دون دار النشر، ط3، دس.
- 3- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.
- 4- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دون دار النشر، دط، دس.

- 5- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دط، دس.
- 6- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1985.
- 7- سليم محي الدين، الحقوق العينية، منشورات جامعة المنوفية، دون دار النشر، دون ذكر بلد، ط1، 2004، ج 1 .
- 8- سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، ط 2002 .
- 9- شنب محمد لبيب، الحقوق العينية الأصلية، دون دار النشر، دون ذكر بلد، ط3، 2005.
- 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2011، ج3، 9، مجلد1.
- 11- عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الكيلاني، القاهرة، مصر، ط3، دس.
- 12- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دط، دس.
- 13- عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، دون دار النشر، دط، دس.
- 14- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1992 .
- 15- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني(الحقوق العينية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط7، 2010.
- 16- غني حسون، الحقوق العينية الأصلية، مطبوعات جامعة الكويت، دط، 1987 .
- 17- ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، ط2011، 1 .
- 18- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، أسباب كسب الملكية، دون دار النشر، مصر، دط، دس ج2 .
- 19- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دط، 1995 .
- 20- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، دس.

* القرارات القضائية

- 1- المحكمة العليا، القرار رقم: 1010371، المؤرخ في: 1992/06/21، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 04.
- 2- المحكمة العليا، القرار رقم: 130145، المؤرخ في: 1995/07/12، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 02.
- 3- المحكمة العليا، القرار رقم: 130337، المؤرخ في: 1995/01/10، المجلة القضائية لسنة 1995، عدد 01.
- 4- المحكمة العليا، القرار رقم: 34131، المؤرخ في: 1984/11/19، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02.
- 5- المحكمة العليا، القرار رقم: 676678، المؤرخ في: 1991/12/24، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 01.
- 6- المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 1985/01/02، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04.
- 7- المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 1991/12/24، المجلة القضائية لسنة 1995، عدد 01.

* الرسائل الجامعية

- 1- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008.
- 2- عبد العزيز راجح حسن، شروط الأخذ بالشفعة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة عدن، كلية الحقوق، 1420هـ-2000م.
- 3- حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة ماجستير في الشريعة، جامعة مؤتة، عمادة الدراسات العليا، 2006.
- 4- سناء بن شريطوة، كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة، رسالة ماجستير تخصص قانون عقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، 2008-2009.
- 5- آسيا حميدوش، طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة، رسالة ماجستير تخصص قانون عقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2009-2010.
- 6- زهية يهوني، حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية، مذكرة ماجستير تخصص قانون عقاري وزراعي، جامعة سعد دحلب البلدية، كلية الحقوق، 2007-2008.
- 7- قويدر فرقاني، حق الشفعة في ضوء القضاء الجزائري، رسالة ماجستير قانون خاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012-2013.

- 8- إبراهيم حسني، إكتساب الملكية بالشفعة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص قانون عقاري وزراعي، جامعة سعد دحلب، البليدة، كلية الحقوق، 2007-2008.
- 9- الضيف كيفاجي، الشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة قسنطينة، كلية الشريعة وأصول الدين والحضارة، 1998-1999.
- 10- زوليخة كولة، حق الشفعة في العقار السياحي، رسالة ماستر تخصص قانون عقاري، جامعة البليدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014.
- 11- هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، رسالة ماستر تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محمد أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013.
- 12- علي عيشور، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004.

قائمة المختصرات

- 1- ق.م.ج: قانون مدني جزائري.
- 2- ق.م.م: قانون مدني مصري.
- 3- م: مادة.
- 4- ص: صفحة.
- 5- ج: جزء.
- 6- ج ر: جريدة رسمية.
- 7- ط: طبعة.
- 8- د ط: دون طبعة.
- 9- د س: دون ذكر سنة.