

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت
معهد الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون عقاري

إعداد الطالبان:

- شهاب عبدالقادر
- مزيو حمزة

إشراف:
أ. زعيتر محمد

السنة الجامعية 2017 – 2018

شكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

الحمد لله الذي أنار علينا درب العلم والمعرفة، وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل.

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تذكير ما واجهتنا من صعوبات، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف " زعيتر محمد " الذي لم يبخل علينا بنصائحه القيمة التي كانت عوناً لنا في إتمام هذا العمل العلمي.

كما لا يفوتنا أن نشكر كل الأساتذة الذين رافقونا طيلة المشوار الدراسي والذين قبلوا مناقشة عملنا هذا.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من لهما الفضل بعد الله في
وجودي وربباني وسعها علي راحتي
إلى الوالدين أطال الله في عمرهما ومتعهما بالصحة والعافية
إلى إخوتي وجميع أفراد عائلتي
إلى الأصدقاء وكل الأحياب
إلى كل هؤلاء جميعاً أهدي حصاد جهدي وثمرة عملي

شهان عبد القادر

الإهداء

أحمد الله تعالى على توفيقني في مشواري الدراسي الذي أهدي
ثمرة عملي هاته، إلى منبع الحنان أمي وإلى مصدر تحفيزي
أبي أطال الله في عمريهما
إلى كل الإخوة والأخوات
إلى كل أفراد العائلة الكريمة وخاصة ولدي هند ومحمد
إلى كل الأصدقاء والأحباب، إلى كل من كان له الفضل
أو السبب في نجاحي.

قائمة المختصرات

- 1- ص: صفحة.
- 2- ج: جزء.
- 3- ج ر: جريدة رسمية.
- 4- ط: طبعة.
- 5- د ط: دون طبعة.
- 6- د س: دون ذكر سنة.
- 7- ع: عدد

مقدمة

لقد احتلت الملكية العقارية 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. والملكية سلطة مباشرة لشخص ما على شيء معين (حق عيني) تخوله سلطة الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه بشتى أنواع التصرف بصفة دائمة، وهي كغيرها من الحقوق العينية الأصلية الأخرى تكتسب بأسباب مختلفة، فقد تكتسب عن طريق استلاء إنسان ما على مال لا يملكه أحد وقد تكتسب انتقالا من مالك لآخر، إما بسبب الوفاة كالميراث والوصية، أو بين الأحياء بالتراضي مثل العقد، أو جبرا على إرادة المالك الأول مثل الشفعة موضوع بحثنا هذا باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، تتميز عن غيرها من الأسباب الأخرى التي حددتها القوانين الوضعية.

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

هذا ما أقرته الشريعة الإسلامية حيث يعتبر حق الشفعة من الحقوق الشرعية التي كفلها الإسلام للشريك إذا باع شريكه نصيبه لشخص أجنبي، وهي تبين مدى حرص الإسلام على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء بعيدة عن الخلافات والمنازعات التي تؤدي إلى الإضرار بهم.

وقد بين الرسول ﷺ هذا الحق أحسن تبيان وطبقه في حياته لقوله ﷺ «الشفعة في كل ما يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، وكذلك خلفائه من بعده، ثم توالى العلماء يبينون أحكام هذا الحق وقواعده في كتبهم الفقهية وشروح الأحاديث النبوية.

لذا تعد الشريعة الإسلامية المصدر المادي أو الموضوعي للقواعد القانونية الخاصة بالشفعة، واستمدت المشرع أحكامها ونظمها بموجب المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني⁽¹⁾، هذا فضلا على وجوب الرجوع إليها عند تخلف النص باعتبارها المصدر التشريعي الثاني طبقا للمادة الأولى من القانون المدني.

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 باع أحد الشركاء حصته في العقار المشاع، والجار قد يتضرر من جوار غريب يشتري العقار المجاور، فالضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة هو الضرر اللاحق بالقسمة.

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

وتتجلى أهمية الموضوع في كون أن الشفعة لها ارتباط عملي بواقع الناس وليس ترفا علميا، بالإضافة لما لها من فوائد وذلك من خلال جمع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع أو إنهاء الشروع إذا باع الشريك في الشروع حصته الشائعة لأجنبي، إلى جانب الدور الذي تلعبه في عملية الهيكلة 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 لاختيار 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، فضلا عن جهل المواطن بمطالته بحقوق قد يكون لا سند ولا مبرر 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.

ورغم تشعب الموضوع إلا أننا حاولنا الإمام بكل المشاكل المرتبطة به، حيث لا بد لنا ونحن بصدد الكتابة عنه التعرض بالذكر لما كان عليه التعامل بها في الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية الخاصة بها على ضوء قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة.

ونظرا 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 المبدأ المكرس 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؟

ويندرج موضوع الشفعة، ضمن البحوث العلمية القائمة على التحليل والمقارنة والنقد، لذا انتهجنا في دراستنا المنهج التاريخي، كون أن للشفعة اعتبارات تاريخية، والمنهج التحليلي في تحليل النصوص لاستنتاج 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 الفقه ضمن فصلين،
نبين في الفصل الأول ماهية الشفعة وشروط الأخذ بها، ونخصص الفصل الثاني لإجراءات الشفعة وأثارها بين
الثبوت والسقوط.

وندرج ضمن الفصل الأول مبحثين، نخصص في المبحث الأول مفهوم الشفعة وتطورها التاريخي، والمبحث
الثاني يعالج شروط الأخذ بالشفعة بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

أما الفصل الثاني فقد اشتمل على مبحثين خصصنا في المبحث الأول الإجراءات المتبعة للأخذ بالشفعة،
والمبحث الثاني تضمن العلاقات الناشئة بين البائع، الشفيع والمشتري والغير في حالة ثبوت الشفعة، وأخيرا
الحالات التي لا يمارس فيها حق الشفعة (مسقطاتها)، وختمنا بحثنا هذا بخاتمة تضمنت جملة من النتائج
والاقتراحات.

الفصل الأول

ماهية الشفعة وشروط الأخذ بها

تعد الشفعة مصدرا مهما من مصادر الملكية وسببا من أسباب كسبها بضم العقار المبيع إلى ملك الشفيع إذا توافرت شروط الأخذ بها، فهي صورة من صور تملك مال الغير بغير رضاه، الأمر الذي جعلها تثير الكثير من الإشكاليات، والتساؤلات سواء من حيث عناصرها ومركزها القانوني، أو من حيث طبيعتها القانونية، فذهب البعض إلى اعتبارها حقا عينيا مصدره الحق العيني لملكية العقار المشفوع فيه، وذهب البعض الآخر إلى اعتبارها حقا شخصيا لصيقا بشخص الشفيع بناء على اعتبارات شخصية، ولكل رأي تبريراته وأسانيده.

وقد ظهر نظام الشفعة منذ العصور القديمة، ولكنه لم يبقى مستقرا إلى أن تم تنظيمه في الشريعة الإسلامية التي يعود إليها الفضل في ضبط أحكامه، وقد تم تقنينه في العصر الحديث.

ويقتضي معالجة هذا الفصل في مبحثين: المبحث الأول نتطرق فيه إلى الشفعة وتطورها التاريخي، أما في المبحث الثاني فنتناول شروط الأخذ بها.

المبحث الأول: مفهوم الشفعة وتطورها التاريخي

عرف نظام الشفعة في الجاهلية، وكانت إجابته من باب المعروف، واستقر بظهور الإسلام فجعله شريعة ملزمة مبنية على فكرة دفع الضرر عن الشفيع.

أقرت الشريعة الإسلامية الشفعة للشريك والجار إذا بيع عقار وقام سبب قانوني يجعل بموجبه لشخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري، فيكون لمن تحقق له هذا السبب استبعاد المشتري وأخذ العقار بالشفعة.

ولما أخذ القانون المدني بهذا النظام، وضع حدوداً تقيد استعماله وانتشاره وتضييق من الأخذ به، لاعتبار قيد يرد على حرية التعاقد ويمس بحق التصرف، وحقوق المشتريين، وحق الملكية على سواء.

وبذلك تطرقنا لبينان التطور التاريخي للشفعة في المطلب الأول، ثم تحديد مفهومها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التطور التاريخي للشفعة

إن نظام الشفعة مرتبط ارتباطاً وثيقاً بتاريخ الملكية، وقد لقي تداول الأموال على ممر العصور عقبات مختلفة، فلم يكن دائماً من المباح للمالك أن ينقل ملكية ماله إلى الشخص الذي يختاره بسبب وجود ما يسمى بحق التفضيل لصالح بعض الأشخاص لاكتساب ملكية ذلك المال، وأصل الشفعة ومرجعها هو الفقه الإسلامي، إذ أن الشريعة الإسلامية هي الأصل المادي والتاريخي لنصوص الشفعة وأحكامها دون سواها من الشرائع الأخرى والقوانين، لذلك لا نجد قانوناً مدنياً أخذ بنظام الشفعة إلا كان متأثراً في ذلك بالفقه الإسلامي، سواء كان ذلك الأثر مباشراً كما هو الحال في قوانين البلاد العربية الخاصة، والإسلامية عامة، أو غير مباشرة كما هو الحال في قوانين أخرى ليست عربية.

فندرس هذه المسألة ومدى تطورها عبر العصور في ثلاثة فروع، نخصص في الفرع الأول (الشفعة في العصور القديمة)، أما الفرع الثاني (الشفعة في العصور الوسطى)، وختاماً (الشفعة في العصر الحديث).

الفرع الأول: الشفعة في العصور القديمة

كانت الملكية قديماً متعلقة بالعائلة، وأن الجماعة غير العائلية كان لها نوع من الأولوية على جميع الممتلكات التي يقيم عليها الأجانب، ولأعضاء هذه الجماعة وخاصة الأقارب منهم لهم حق الأولوية على بقية الأفراد، فكان ينبغي على البائع الذي يقدم على بيع أرضه، وكذلك المشتري الذي يريد شراء أرض لم تكن له عليها حق التفضيل، أو كان لسواه عليها حق الأسبقية في أن يخبر من له حق الأولوية على هذا البيع لكي يمارس حقه قبل أن يخرج هذا الملك من ملك البائع.

ولقد تعرف الرومان على بعض الأشكال للشفعة، أهمها ما وضعه قسطنطين لصالح الأقربين ومساكينهم، والذي لم يدم سوى مدة قصيرة، ثم ألغى بموجب القانون الصادر سنة 391م، من فالانتينيانوس وتاودوسيوس وأركاديوس، وبعد ذلك أعاد جوستينيانوس ونفذه، ولكن فقط على نقل مستأجر الحكر العائد له على

الشيء، إذا كان يحق عندئذ لهذا الأخير إبلاغ هذا النقل من المالك، والذي كان بإمكانه إما استرداد الحق الذي نقلت ملكيته، وإما فرض رسم قدره 2% من الثمن⁽¹⁾.

ويدعي جانب من مؤرخي القانون الروماني أن نظام الشفعة مقتبس من نظام البروتيميزيوس البيزنطي⁽²⁾ لمجرد التشابه بين النظامين، ولأن العلم التشريعي الإسلامي لم يتكون في نظرهم إلا في أواخر العهد الأموي، بعد أن فتحت الحضارة الإسلامية أبوابا لمن أسلم من غير العرب الذين يعود إليهم الفضل في نقل المبادئ والأحكام القانونية التي عرفوها إلى الإسلام، ورأوا أن الشرع الإسلامي ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلا وفق الأحوال السياسية في المعاملات العربية بتبديل لا يذكر.

ولا شك في رومانية الشفعة عندهم، مادام الرومان متواجدين إلى جانب العرب في الشام والعراق زمنا طويلا كاف لتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني، ويزعمون أن العرب قد تأثروا بالقانون الروماني، ويزعمون أيضا أن العرب قد تأثروا بالقانون الروماني عن طريق اليهود والنصارى، ما أدى إلى تأثر الفقه الإسلامي بطريقة غير مباشرة بالقانون الروماني.

الفرع الثاني: الشفعة في العصور الوسطى

اشتهرت الزراعة وساد الإقطاع في هذا العصر ونتيجة لذلك ظهرت أشكال جديدة للشفعة تمثلت في الاسترداد النسبي، والاسترداد الإقطاعي فالاسترداد الزراعي يستفيد منه سكان نفس المقاطعة بموجب قانون الإفرنج الذي ينص على أنه إذا كان أجنبي يريد أن يحل محل أحد الأشخاص المقيمين في دار أو جزء منها برضى هذا الشخص، فإنه بالرغم من ذلك بإمكان الجيران غير الموافقين طرده منها، وصدر بعد ذلك أمر يعالج فقط حق الجيران في أن يتلقوا عن طريق الإرث أرض المتوفى الذي لم يترك وارث.

أما الاسترداد النسبي فيمنح للقريب أن يسترجع بالاستناد إلى قرابته ملكا عائليا يبيع لأجنبي، على أن يسدد له الثمن والمصرفات الضرورية، فالاسترداد كان يؤدي إلى حفظ أموال العائلة التي انتقلت إلى أعضائها عن طريق الإرث، وهذه الأموال كانت تشكل النصيب من الوصية وتدعى بالخصوصيات وهي غير قابلة للتصرف خارج حدود رضى الأقارب، أم الاسترداد الإقطاعي كان خاصا بالسيد صاحب الإقطاعية، فمتى كان هذا الأخير غير راض عن المشتري كان بإمكانه أن ينزع ملكية هذا المشتري بتسديده إياه نفقاته لحفظ الأموال في محل سلطة السيد الإقطاعي، فالفكرة الرئيسية التي كانت توحى بوجود الشفعة لم تكن سوى حفظ الأموال في العائلة أو القبيلة أو القرية⁽³⁾.

(1) - أسماء تخنوني، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012/2013، ص 58.

(2) - أسماء تخنوني، نفس المرجع، ص 58.

(3) - أسماء تخنوني، نفس المرجع، ص 60.

الفرع الثالث: الشفعة في العصر الحديث

لقد تأثرت العديد من القوانين بنظام الشفعة ضمن ما أقره الفقه الإسلامي سواء مباشرة كما هو الحال في قوانين البلاد العربية عامة والإسلامية خاصة، أو بطريق غير مباشر كما هو الحال في القوانين الأجنبية.

1- الشفعة في بعض البلاد غير الإسلامية:

نذكر منها: فرنسا وألمانيا وإسبانيا التي تأثرت بالحضارة الإسلامية بحكم المجاورة.

أ- الشفعة في فرنسا: صدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804، والذي كرس حياة اجتماعية جديدة خلافا لما سبق، فألغى الاسترداد النسبي والاسترداد الإقطاعي وأبقى على الاسترداد الوراثي الذي تم إلغائه بعد ذلك بموجب القانون الصادر في 31-12-1975، إلى جانب الحصة الشائعة الملغاة بقانون 13-08-1966.

إلى جانب الاسترداد الوراثي⁽¹⁾، هناك صور أخرى للشفعة أقرتها قوانين لاحقة منها المرسوم الصادر في 30-10-1935، الذي منح للمساهمين بأن يكتبوا بالأفضلية في زيادة رأس المال، وكذلك المرسوم الصادر في 08-08-1935، نص على أنه كل من انتزعت منه ملكيته للمصلحة العامة يمكن له طلب استعادة هذا المال عندما تبادر الإدارة إلى بيع هذا الملك خلال مدة عشر سنوات والقرار الصادر في 30-06-1945، الذي منح حق ممارسة الشفعة للإدارات في حالة بيع أموال منقولة مفروض عليها رسم بالمزاد العلني، كما أقر حق ممارسة الشفعة لصالح الدولة بالنسبة للسلع المعدة للاستهلاك.

وإضافة إلى ذلك فقد صدر أمر في 17-10-1945، تضمن الشفعة بالنسبة للأراضي الزراعية، حيث إذا قام المؤجر ببيع الأراضي المخصصة للاستغلال الزراعي محل هذا الإيجار يحل المستأجر محل المشتري لقاء الثمن المحدد وأكد على هذا النوع من الشفعة القانون رقم 13-04-1946.

ب- الشفعة في ألمانيا: جاء القانون الألماني بنصوص خاصة بحق الشفعة في المواد 504 إلى 514 و 1094 إلى 1104، وقررت في هذا القانون لصالح البائع في حالة ما إذا باع المشتري ما اشترى، وبذلك فهي تختلف عن الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري، والذي ينظمه لمصلحة أشخاص معينين.

وتوجد حالات عديدة للشفعة القانونية في التشريعات الخاصة بالولايات خاصة ما يتعلق بالمناجم ونزع الملكية⁽²⁾.

ج- الشفعة في إسبانيا: صدر القانون المدني الإسباني سنة 1889 وتضمن حالتين للاسترداد لمصلحة الشركاء في الملك بحكم المادة 1522 منه، وكذلك لمصلحة الجيران وتضمنته المادة 1523، وهذا الأخير هو الذي يقابل مفهوم الشفعة الحالي فقرر لمصلحة ملاك الأراضي المجاورة في حالة بيع عقار زراعي لا تزيد

(1) - طلبية وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، مصر، الولاء للطبع، 1990، ص 180.

(2) - محمد كمال مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية وأسباب كسبها، ج3، ط2، مصر، المطبعة العالمية، 1952، ص 602.

مساحته عن هكتار، وفي حالة التزاحم بين عدة جيران يقدم مالك العقار الذي تكون مساحته أقل وإذا تساوت المساحة يقدم من طلب الاسترداد أولاً⁽¹⁾.

2- الشفعة في بعض البلدان العربية:

أ- الشفعة في مصر: كانت الشريعة الإسلامية هي المطبقة في مصر طوال قرون عديدة، إلى أن خطا المشرع المصري خطوة أولى في تقنين القانون في الربع الأخير من القرن الماضي من التقنينين المدنيين المختلط والأهلي ونظم ضمنهما أحكام الشفعة، ليصبح التشريع هو المصدر الرسمي لها، وإن بقيت الشريعة الإسلامية هي مصدرها التاريخي، الأمر الذي أدى إلى تناقض الأحكام.

وعلاجاً لهذا الوضع ألغى المشرع النصوص المذكورة بموجب الأمر الصادر سنة 1900 في شأن القضاء المختلط ثم الأمر الصادر سنة 1901 في شأن القضاء الأهلي، وقد ظل الحال على هذا النحو حتى وضع القانون المدني الجديد فأعيد إليه أحكام الشفعة⁽²⁾.

أصدر المشرع المصري قانون 05-02-1948 المعدل للقرار 3339، حيث أدمجت أحكامه في قانون الملكية المتعلقة بالشفعة، والذي استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية، ثم عدل بموجب قانون رقم 795/461 بتاريخ 31-08-1995، حيث ألغى تماماً المادة 241 و عدل المواد 239، 240، 242 من قانون الشفعة، كما تضمن القانون رقم 461 أحكاماً إضافية تطبق على الدعاوى متى تبين للمحكمة أن الحق بالشفعة يركز إلى سبب قانوني وصحيح⁽³⁾، وفصل أحكامها، ورغم ذلك اعتبرت كثير من الأحكام القضائية أن الشفعة حق استثنائي يخالف النصوص والقواعد العامة التي تطلق حرية تصرف المالك بملكه، فيقتضي أن يمارس هذا الحق في نطاقه المحدود.

ب- الشفعة في السودان: أخذ المشرع السوداني بنظام الشفعة منذ زمن بعيد يرجع إلى ما قبل الحكم العثماني، وكان العمل يجري على أساس المذهب المالكي الذي استمر العمل به في مجال الأحوال في فترة الحكم العثماني، لكن سرعان ما تأثر السودان بالفقه الحنفي وامتد هذا الأثر إلى قانون الشفعة الذي استمد من التقنين المصري الصادر سنة 1901.

وفي عام 1928 صدر قانون الشفعة، واستمر العمل على ضوئه حتى عام 1971، حيث صدر مشروع القانون المدني لسنة 1973، حيث ألغى هذا القانون بموجب قانون تنظيم القوانين لسنة 1973، وعاد التعامل مرة أخرى في قضايا الشفعة بالمحاكم السودانية إلى ما كان عليه من قبل وفقاً لقانون الشفعة سنة 1928.

(1) - الخواص الشيخ العقاد، الشفعة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 مقارناً بالفقه الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، دار الهلال، 1993، ص 6.

(2) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، ط4، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1995، ص 601.

(3) - أسماء تخوني، المرجع السابق، ص 69.

وأخيراً صدر قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، وهو متضمن لموضوع الشفعة والعمل مستمر على ضوءه إلى اللحظة⁽¹⁾.

ج- الشفعة في لبنان: في لبنان يوجد نوعان من الأراضي، أراضي الملك والأراضي الأميرية، فتمارس الشفعة في النوع الأول بموجب المواد 950، 954، 1008، 1044 من مجلة الأحكام العدلية.

أما النوع الثاني فقد أوجدت المادة 46 من قانون الأراضي العثماني نوعاً من الشفعة أطلق عليه اسم حق الرجحان، إلا أنه في مرحلة تم صدور قانون سنة 1931 الذي ألغى حق الرجحان وأجاز الشفعة في الأراضي الأميرية.

وتبنى بعدها قانون الملكية رقم 3339 أحكام الشفعة في المواد 238 و254 وتم تعديله بقانون 05-02-1948 والذي استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

د- الشفعة في سوريا: كانت سوريا تابعة للدولة العثمانية، وكانت تطبق الشفعة وفق الشريعة الإسلامية، غير أن المشرع السوري في القانون الصادر في 18-04-1949 استبعد الشفعة في الملكية العقارية، وذهب إلى أبعد من ذلك حيث ألغى حق الاسترداد في المنقول المشترك وعلل ذلك بأن الشفعة هي من الحقوق الضعيفة، وللحياة الاجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لا توجب الاستمرار على الأخذ بها⁽³⁾.

هـ- الشفعة في تونس: لقد نشأ عن التسجيل الاختياري للعقارات نوعان من العقارات في تونس، عقارات غير مسجلة تطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة، وقد أدخلت عليها بعض التعديلات تماشياً مع العادات المحلية.

وعقارات مسجلة تطبق في شأنها أحكام الشفعة الواردة في قانون 10-07-1885 المعدل بقانون 14-03-1892، مع العلم أن أحكام هذا القانون تختلف عن أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾.

و- الشفعة في المغرب: صدر قانون 12-08-1913 يتضمن التسجيل العقاري، كما صدر أيضاً في 02-07-1915 تشريع خاص بالعقارات المسجلة تختلف أحكامه عن أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة منها ما يتعلق بالشفعة، وحصرها في الشركة فقط دون الجوار، كما تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة على العقارات غير المسجلة.

ي- الشفعة في الجزائر: جاءت السياسة الاستعمارية بالعديد من التغييرات الاجتماعية والاقتصادية عن طريق إصدار مجموعة من القوانين منها: قانون 16-06-1851 ويعد أول قانون عن الملكية العقارية في الجزائر

(1) - الخواص الشيخ العقاد، المرجع السابق، ص 11.

(2) - جورج شدرأوي، حق الملكية العقارية، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، ص 21.

(3) - محمد كمال مرسي باشا، المرجع السابق، ص 612.

(4) - محمد كمال مرسي باشا، نفس المرجع، ص 602.

بحث يطبق بموجبه القانون الفرنسي على كل المعاملات بين الأوروبيين أو بين الأوروبيين والأهالي، وللشريعة الإسلامية كل المعاملات التي تجري بين الأهالي فقط من بينها استعمال الشفعة.

وبصدور قانون 26-07-1873 حول حق الشفعة إلى حق استرداد وراثي لا يمكن أن يتمسك به قبل المشترين إلا الأقارب الذين يرثون بمقتضى الشريعة الإسلامية، وقصر تطبيق هذا القانون على الكل وعلى الأراضي المسماة الأراضي المفرنسة.

وجاء قانون 16-02-1897 بنوع جديد من الشفعة يطبق على الأراضي المفرنسة، وعلى غيرها من الأراضي، إذا كانت دعوى القسمة أو التصفية رفعها دائن فرنسي أو شريك في الملك فرنسي لا تطبق إذا رفع الدعوى مسلم على غيره من المسلمين.

أما بعد الاستقلال صدر الأمر 58/75 المؤرخ في 26-09-1975 الذي يتضمن أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى 807⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مفهوم الشفعة

تعتبر الشفعة قيذا على حرية التصرف وحرية التعاقد على خلاف الأصل، فهي تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا على المشتري⁽²⁾، وقبل الغوص في دراسة الشفعة باعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، نتناول أولا تعريف الشفعة لغة واصطلاحا وفي القانون الوضعي، ثم طبيعتها القانونية، وأخيرا خصائصها المميزة وذلك في ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعريف الشفعة

أولا: مدلولها اللغوي

الشفعة كلمة يراد منها عدة معاني في اللغة العربية: الشفع، وهو خلاف الوتر وفي التنزيل ﴿وَالشَّفَعِ وَالْوَتْرِ﴾⁽³⁾، إذ قال الأسود بن يزيد: " الشفع يوم الأضحى والوتر يوم عرفة "، ويقال: " الوتر هو الله والشفع خلقه ".

كما يقال: " شفع البصر الأشباح " أي رآها شيئين، مثلما هو الحال عند ضعف البصر والرؤية حينما يقال: " شُفعت لي الأشخاص " بمعنى بدا الشيء أو الشخص لي شخصين، يقال أيضا: " العين شافعة " و " أصابته شفعة " أي عين⁽⁴⁾.

(1) - عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر (العقار)، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 50 وما بعدها.
(2) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1995، ص 403.
(3) - الآية 03 من سورة الفجر.
(4) - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط2، ج1، إسطنبول، تركيا، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، ص487.

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 مُقِيمًا﴾⁽¹⁾، بمعنى من يزد عمله، فيضم عملا إلى عمل⁽²⁾.

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 شفعا، أي ضم مثله إليه وجعله زوجا" (3).

ويقال: " شفعت الشيء من باب نفع " أي ضمته إلى الفرد، و " شفعت الركعة " أي جعلتها اثنين⁽⁴⁾، 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⁽⁵⁾.

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.

ثانيا: المدلول الاصطلاحي للشفعة

ندرس هذا المدلول من ناحية الفقه الإسلامي والقانون الوضعية.

1- في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة باختلاف مذاهبهم في تحديد الأحكام المتعلقة بها، ونورد أهم التعاريف على النحو التالي:

عرفها بعض فقهاء الحنفية بأنها: «تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات»⁽⁶⁾، والمقصود بالبقعة هو العقار المشفوع فيه.

أما المالكية فقد عرفها بعضهم بأنها: «استحقاق الشريك اخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته»⁽⁷⁾.

وجاء عند الشافعية بأنها: «الشفعة حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر»⁽⁸⁾.

(1) - الآية 85 من سورة النساء.

(2) - عبد الله شحاتة، تفسير القرآن الكريم، مجلد 3، القاهرة، دار غريب، ص 886، 887.

(3) - فؤاد إفرام البستاني، المنجد، ط 45، بيروت، لبنان، دار المشرق، د س، ص 357.

(4) - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، بيروت، لبنان، مكتبة لبنان، 1987، ص 121.

(5) - ابن منظور، لسان العرب، ط 1، القاهرة، مصر، دار المعارف، ص 2289، 2290.

(6) - ابن همام الحنفي، فتوح القدير، ج 9، د ط، بيروت، لبنان، دار الفكر، د س، ص 420.

(7) - أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ط 1، بيروت، لبنان، دار الكتاب العلمية، 1996، ص 473.

(8) - شمس الدين بن شهاب الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، د ط، بيروت، لبنان، دار الفقي، د س، ص 194.

أما الحنابلة فقد عرفوا الشفعة بأنها: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه»⁽¹⁾. 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 والاتفاق، كما أنها اختلفت بخصوص من يحق لهم الأخذ بها، فانقسموا إلى اتجاهين، اتجاه أحقها بالجوار والشركة (مذهب الحنفية)، واتجاه حصر أسبابها في الشركة فقط (مذهب الشافعية، المالكية والحنابلة).

2- في القانون الوضعي:

اختلف القانون المدني الجزائري عن بعض القوانين العربية في تعريف الشفعة، نورد بعضها على سبيل المقارنة.

عرفها المشرع المصري في المادة 935 من القانون المدني⁽²⁾، بأنها: «رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها».

وعرفها المشرع العراقي في المادة 1128 من القانون المدني⁽³⁾، بأنها: «حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة».

وعرفها المشرع الأردني في المادة 1150 من القانون المدني⁽⁴⁾، 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⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني⁽⁶⁾، بأنها: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية».

الملاحظ من خلال المادة السابقة الذكر، أن المشرع الجزائري، اكتفى 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.

(1) - موفق الدين بن قدامة، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج5، د ط، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، د س، ص 459.

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

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

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

(4) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 446.

(6) - الأمر 58/75، المؤرخ في: 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد: 78، الصادرة في: 30/09/75، المعدل والمتمم

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)، بدفع الثمن الذي قام عليه العقد⁽¹⁾، وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع، أو الحق العيني المترتب عليه ولو جبراً على المشتري.

ثالثاً: الإطار القانوني للشفعة

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

1- في السنة النبوية:

تعتبر السنة النبوية المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم، وهي ما صدر عن الرسول ﷺ وقد استدل فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الشفعة بالعديد من الأحاديث النبوية، إذ روي في البخاري، عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنه - قوله: «قضى رسول الله بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»⁽²⁾.

كذلك ما روى عن سعيد بن المسيب، وعن أبي سلمة بن الرحمن بن عوف، أن الرسول ﷺ «قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه»⁽³⁾.

وفي رواية عن جابر -رضي الله عنه - قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»⁽⁴⁾.

وكذا حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال «الجار أحق بسقبه»⁽⁵⁾، والمقصود بسقبه ما قرب من داره فهو أحق به من غيره .

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

(2) - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، حديث رقم: 2257، ط 1، دمشق-بيروت، دار ابن كثير، 2002، ص 538.

(3) - مالك بن انس، الموطأ للإمام مالك، كتاب الشفعة، حديث رقم: 2079، المجلد 2، ط 2، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1997، ص 251.

(4) - الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم: 1608، ج 3، ط 1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1991، ص 1229.

(5) - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع نفسه، رقم الحديث: 2258، ص 538.

2- في الإجماع:

يعتبر حكما شرعيا واجب الإلتباع، 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 »، وهو ما ذهب إليه أبو بكر الأصبم⁽¹⁾، ودليلهم على ذلك من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾⁽²⁾.

كما أن ابن قدامة ذكر بأن إثبات الشفعة فيه إضرار بأرباب الأملاك، ويتحقق هذا الضرر عندما يعلم المشتري أن الشفيع يأخذ منه المبيع جبرا بعد الشراء، فلن يشتري ويتقاعس الشريك (الشفيع) عن الشراء، وبالتالي يلحق الضرر بالمالك⁽³⁾.

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 استحقاق الشفعة من الشراء، أما الثاني: أنه يمكن للشريك إذا لحقته مشقة أن يقاسم، فيسقط استحقاق الشفعة⁽⁴⁾.

وفي تشريع الشفعة حكمة، يهدف من خلالها التشريع الإسلامي إلى درء المفسد، وجلب المصالح ورفع المشقة والحرَج، وتكمن الحكمة في أن الشريك أو الجار، بأخذه حصة شريكه أو جاره المباعَة 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 انتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لا ينفي قيامها، حيث أن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ بها⁽⁵⁾.

3- في القانون الجزائري:

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

(1) - شهاب الدين أبي الفضل، لسان الميزان، ج 3، بيروت، لبنان، دار الفكر، ص 519.

(2) - الآية 29 من سورة النساء.

(3) - عبد العزيز راجح الحسن، شروط الأخذ بالشفعة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة عدن، كلية الحقوق 1420هـ، 2000م، ص 15.

(4) - ابن قدامة، المرجع السابق، ص 460.

(5) - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 404.

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: 19/87، المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم وذلك في المادة 24 منه⁽¹⁾، والقانون رقم: 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري في المادتين 52 و 71 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.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة

اتفقت القوانين العربية على اعتبار الشفعة سببا لكسب الملكية، وهو سبب مستقل كغيره من الأسباب الأخرى التي حددها القوانين.

ورغم اتفاق الفقه والقانون حول ذلك إلا أنه قام جدل مشهور في تكييف حق الشفعة هل هو حق عيني أم حق شخصي، أم أنها مجرد رخصة، أو سبب من أسباب كسب الملكية؟ .
والباعث في هذا الجدل هو البحث في بعض الآثار الخاصة بالشفعة، كتحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة والتي تتوقف في نظرهم على تحديد طبيعتها.

أولاً: الشفعة حق

لقد قام جدل مشهور في تكييف حق الشفعة، هل هي حق عيني أو حق شخصي، والذين قالوا بأن الشفعة حق عيني، إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه⁽⁵⁾، وقد أخذ بهذا المشرع الجزائري من خلال المادة 802 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه: « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار... »، أما الذين قالوا بأن الشفعة حق شخصي، وذلك لاتصالها بشخص الشفيع، أي حق لصيق به، بمعنى لا يجوز توريثه ولا حوالة، كما لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوه باسمه⁽⁶⁾.
والصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا حق شخصي، بل هي ليست بحق أصلا، إنما الشفعة سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق الانتفاع أو حق رقبة

(1) - قانون رقم: 87-19، المؤرخ في: 1987/12/8، المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، ج ر رقم: 50، الصادرة في: 1987/12/9.

(2) - قانون 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: 93-03، المؤرخ في: 1993/3/1، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر رقم: 14، الصادرة في: 1993/3/3.

(5) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 447.

(6) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 447.

أو حق حكر، والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه، فالملكية مثلا حق عيني وتكتسب بالاستلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة، ولم يتساءل أحد هل الاستلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عيني أو حق شخصي، فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي⁽¹⁾.

إذن فهي واقعة مركبة من واقعة الاشتراك في العقار المبيع وواقعة بيع هذا العقار، والأخذ بالشفعة من طرف الشفيع بإرادته المنفردة وبتصرفه القانوني الأحادي.

ثانيا: الشفعة رخصة

بعد الوصول إلى نتيجة أن الشفعة ليست بحق كما يراد له قانونا، فإن هناك اتجاه من الفقه كيفها على أنها رخصة، ويقصد بهذه الأخيرة عند الفقيه فون تور(venture): «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، وهذا ما ورد في القانون المدني المصري بموجب المادة 936، على خلاف القانون الأردني، ومجلة الأحكام العدلية⁽²⁾، فقد عرّفوا الشفعة على أنها حق، رغم أن محكمة التمييز الأردنية قررت بأنها رخصة ولا تعد أكثر من ذلك.

أما المشرع الجزائري فقد حذا حذو نظيره المصري، واعتبر الشفعة رخصة وذلك بصريح نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»⁽³⁾.

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 المواد 180 و189 القانون المدني - 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 لاعتبار الشفعة رخصة - فيعد من المسائل التي أغفلتها معظم التشريعات المنظمة للشفعة، ومن بينها القانون المدني الجزائري، وبالتالي وجب الرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي، من خلال مختلف آراء الفقهاء⁽⁴⁾،

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 447،448.

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

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

(4) - أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان كلية الحقوق، 2007،2008،

حيث يرى المذهب الحنفي، أن الشفعة تعد ضمن الحقوق الشخصية باعتبارها خيار ومشية، وبالتالي لا تورث، حتى وإن طالب بها الشخص قبل وفاته⁽¹⁾، أما المذهب المالكي⁽²⁾ والشافعي⁽³⁾، فيريان أنّ الشفعة تورث مطلقاً ولا تبطل بالوفاة، والسبب في هذا أن مفهوم المال عند كل منهما يتسع ليشمل الأشياء المادية والمعنوية، وباستقراء نص المادة 682 من القانون المدني الجزائري وما بعدها، يتضح بأنه يُعد محلاً للحقوق المالية، كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، سواء كان حقاً شخصياً أم عينياً، 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 بالإشهاد فيقول: «أشهد أني علي من كذا وكذا، وأني طلبته»⁽⁴⁾.

إن الرأي الراجح من كل ما سبق هو أن الشفعة تورث مطلقاً، 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 تضي مدة السقوط، لأنها خيار لإزالة الضرر، فوجب أن ينتقل إلى الورثة⁽⁵⁾.

ثالثاً: 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 التزام المشتري بها.

غير أنه وجد 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 "الفروق" بحيث اعتبر صاحب المنزلة الوسطى، من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، والشفعة في نظره تكون دون الملك (الحق)، وفوق الرخصة⁽⁶⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فهو واضح وجلي من خلال المادة 794 القانون المدني، بحيث أخذ بالرأي الذي اعتبر الشفعة رخصة.

(1) - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 14، د ط، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ص 116.

(2) - مالك بن أنس، المرجع سابق، ص 254.

(3) - أبو إسحاق الشيرازي، المجموع في شرح المهذب، ج 1، د ط، دار الفكر، ص 383.

(4) - عبد الله بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 536.

(5) - شمس الدين السرخسي، نفس المرجع، ص 116.

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

الفرع الثالث: خصائص الشفعة

الشفعة رخصة تهيئ مركزاً قانونياً للشفيع، حيث يأخذ العقار المبيع جبراً عن المشتري كما يشترط لجواز الشفعة أن يطلبها الشفيع في المبيع كله منعا لتجزئة الصفقة على المشتري وجملة من الخصائص الأخرى يتم التعرض إليها فيما يلي:

أولاً: الشفعة لا ترد إلا على العقارات

يتضح هذا من تعريف الشفعة الوارد في القانون المدني، والعقار وفقاً لنص المادة 683 من القانون المدني هو «كل شيء مستقر بجزءه وثابت ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وما عدا ذلك من شيء فهو منقول».

غير أن المنقول يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص، والعقار بالتخصيص يعد منقولاً رصداً لخدمة العقار أو استغلاله فيأخذ حكم العقار فإذا بيعت تبعاً للعقار الذي رصدت لخدمته واستغلاله فتثبت فيها الشفعة تبعاً للعقار، وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من مواشي وآلات ري ونحوها، ثبتت الشفعة في الأرض وما عليها من هذه الأشياء وبالتالي لا شفعة فيها إذا بيعت مستقلة لأنها تعد منقولة عندئذ.

وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة، لأن السفينة منقول، كما لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع، بعكس الملكية الذين أجازوا الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلاً عن الأرض⁽¹⁾.

ورغم أن القانون لم يثبت الشفعة في المنقول، إلا أنه أثبت الحق في الاسترداد والذي يترتب في المنقول الشائع، فإذا باع أحد الشركاء مجموع من المال أو في منقول معين بالذات وان يرد هذا البيع على حصة شائعة وأن يصدر البيع إلى أجنبي، وقد عمم المشرع الجزائري حق الاسترداد على المنقول والعقار الشائع قبل القسمة، وذلك بموجب أحكام المادة 721 من القانون المدني بقوله: «لشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة...»⁽²⁾.

والملاحظ أن حق الاسترداد يؤدي في حالة بيع المنقول أو العقار الشائع الوظيفة ذاتها التي تؤديها الشفعة في حالة بيع العقار الشائع³، إلا أن المشرع الجزائري أضاف في نص المادة 721 أعلاه كلمة عقار إلى جانب المنقول، الأمر الذي أدى ببعض الشراح إلى القول بثبوت الشفعة في المنقول والعقار في القانون الجزائري.

(1) - أي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المالكي، المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك، ج6، ط2، القاهرة، مصر، دار الكتاب الإسلامي، ص 200.

(2) - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 174.

(3) - عبد المنعم البدرأوي، حق الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1973، ص 342.

لقد شُرعت الشفعة في العقار لدفع ضرر سوء الشركة بسبب الاستمرار والدوام، وقد استثنى المنقول من ذلك بسبب عدم دوامه، ولذلك أورد له المشرع نظاما خاصا به يشبه نظام الشفعة وهو الاسترداد، وتثبت خاصية الشفعة في العقار دون المنقول بنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: غير قابلة للتجزئة

قاعدة عدم تجزئة الشفعة تعني أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ببعض المبيع في صفقة واحدة دون البعض الآخر، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك، وتفريق الصفقة على المشتري لا يصح بغر رضاه في غياب سبب شرعي يسقط ذلك الحق⁽¹⁾.

فإذا بيع عقار لا تتوفر فيه شروط الشفعة، وتتوفر هذه الأخيرة في عقار آخر بيع معه صفقة واحدة، فهل يمكن أن يمتد هذا الحق في طلب الشفعة إلى العقارات التي لا تتوفر فيها شروط الشفعة، والتي بيعت مع عقارات توافرت فيها شروط الصفقة الواحدة؟ .

وللإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز بين ما إذا كان هناك بيع واحد أو بيوع متعددة، كلها نتائج لقاعدة أو خاصية عدم تجزئة الشفعة.

1- إذا ورد البيع على عقار واحد لمشتري واحد:

الشفعة يجب أن تطلب في العقار المبيع كله، حتى وإن تعدد الشفعاء وكانت قاعدة التزاحم تقضي بأن يقسم المبيع بينهم كل حسب نصيبه، فإن كل منهم يجب أن يطلب الشفعة في العقار المبيع بأكمله⁽²⁾.

2- إذا ورد البيع على عدة عقارات لمشتري واحد:

إذا باع المالك عدة عقارات كصفقة واحدة لمشتري واحد وبثمن واحد وكانت متلاصقة ببعضها البعض، وتوفرت بشأهما جميع شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات، فالصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها.

أما إذا كانت منفصلة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الأخذ بها دون غيرها، إلا إذا كانت هذه الأخيرة مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث أن استعمال حق الشفعة بنسبة على جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع، عندئذ يجبر الشفيع على أخذ الكل بالشفعة، إلا إذا رضي المشتري بعكس ذلك وفي هذه الحالة على المحكمة أن تعين خبير لتقدير قيمة العقار المشفوع فيه بحسب موقعه، كون الثمن قدر بالنسبة للعقارات جميعها⁽³⁾.

(1) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، 1996، ص 159.

(2) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، ط4، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1995، ص 601.

(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 202.

وإذا كانت العقارات المنفصلة قد توافرت فيها جميع شروط الشفعة وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة بطبيعتها أو بحسب الغرض المقصود منها، فإن الشفيع لا يجوز له أن يشفع إلا فيها جميعاً، ونكون العقارات غير قابلة للتجزئة بطبيعتها، إذا كانت تتفاوت في الجودة إلى حد كبير، كما لو كان المبيع قطعاً متفرقة من أرض زراعية بعضها خصب والبعض الآخر بور حيث لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في القطع الخصبة ويترك البعض الآخر.

وتكون الصفقة غير قابلة للتجزئة بحسب الغرض المقصود منها قصد شراء العقارات المنفصلة تخصيصها لغرض واحد، بحيث إذا استعمل الحق طلب الشفعة بالنسبة إلى بعضها يترتب عليه أن يصبح الباقي غير صالح لتحقيق الغرض، كما لو خصصت العقارات جميعها لإنتاج ما يحتاج إليه مصنع قائم بجوارها، وكذلك لأن ثبوت الشفعة في مثل هذه الحالات يضر بالمشتري ضرراً بليغاً⁽¹⁾.

وإذا كانت هذه العقارات قد توافرت على شروط الشفعة في بعضها دون البعض الآخر، وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة فإن الشفعة لا تجوز فيها إطلاقاً، أي في العقارات جميعها وهذا الرأي يتفق مع الشريعة الإسلامية.

3- إذا ورد البيع على عقار واحد لعدة مشتريين:

في هذه الحالة إذا بيعت الأرض لعدة أشخاص وكان لكل واحد منهم حصة شائعة فإنه لا تجوز الشفعة إلا في العقار كله حتى لا تتفرق الصفقة عليهم، وهذا بخلاف ما إذا كان كل واحد منهم قد اشترى جزءاً مفرزاً من العقار بصفة مستقلة، وعينت في العقد حصة كل واحد منهم مفرزة، فإننا بصدد بيع متعدد بقدر عدد المشتريين، وفي هذه الحالة لا يحق للشفيع أن يشفع إلا في الحصص التي تتوفر فيها شروط الشفعة دون الحصص الأخرى.

وإذا بيع عقار واحد لعدة مشتريين على الشيوع وكان أحد هؤلاء المشتريين من فروع البائع وأصوله، أو من أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة، أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية، فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة، لأنها تبطل بالنسبة لسائر المشتريين، والسبب في ذلك هو أن الشفيع يتحتم عليه أن يشفع في كامل العقار حتى لا تنفق الصفقة وبما أنه لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة ومن ثم في كل العقار، وعليه تسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشتريين⁽²⁾.

وتعد هذه الحالة صورة من صور التحايل يستغلها المشتري لمنح الأخذ بالشفعة، وذلك بإدخال مشتري تمنع عنه الشفعة بعقد صوري، فيكون على الشفيع عندئذ أن يثبت صورية العقد، وذلك بتوجيه الطلب إلى

(1) - أنور طلبية، الشفعة والتحيل لإسقاطها، الإسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص 458.

(2) - مصطفى مجدي هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الآراء والصيغ القانونية، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1993، ص 19.

المشتري السوري وإدخاله خصما في الدعوى، حتى تثبت في مواجهته صورية عقده، ويجب أن يتم قبل صدور الحكم، فإن حكم له بصورية العقد جاز له عندئذ الأخذ بالشفعة في كامل العقار.

وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر فيكون قصده بيع العقار كله على الشيوخ، ولكنه يعمل على فصل جزء صغير من هذا العقار يلاصق العقار المشفوع فيه، فيبيعه بيعا صوريا لشخص آخر حتى يفصل الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به، فيمنع الأخذ بالشفعة فإذا أثبت الشفيع ذلك كان له أن يأخذ كل العقار، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع.

إن قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة، لا يمكن إثارتها إلا إذا تعلق الأمر بالصفقة الواحدة وتلك يشترط لتوافرها بائع واحد، أو بائعين على الشيوخ، وثن واحد لكل المبيع.

وتعد هذه القاعدة محل اتفاق بين الفقه والقانون ورغم عدم وجود نص بشأنها في القانون المدني بعكس بعض القوانين⁽¹⁾، فالعبرة منها تكمن في وحدة العقار ووحدة العقد.

ثالثا: مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع

رأينا أن الحكمة من الشفعة هي دفع الضرر عن الشفيع المتصل حقه بالعقار المبيع والذي قد يأتيه من المشتري، لذا اعتبرها الفقه والقوانين المختلفة نظام قرر بناء على اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع، ويترتب على هذه الاعتبارات النتائج التالية:

1- عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع:

بما أن الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع فإنه لا يجوز لدائنيه أن يستعملوه نيابة عنه، فنطاق الدعوى المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق دون الرخص، والشفعة رخصة وليست حقا، والقاعدة أنه لا يجوز للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين طبقا لما نصت عليه المادة 189 من القانون المدني⁽²⁾.

2- الشفعة لا تنتقل بطريقة الحوالة:

إذا توافرت في الشفيع شروط للأخذ بالشفعة، فلا يجوز له إحالة حقه في الأخذ بها إلى الغير عن طريق الحوالة، وكون الشفعة متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز التنازل عنها وبالتالي لا يجوز حوالتها منفصلة عن العقار الذي كان سببا لها، فهي تتبع العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار⁽³⁾.

(1) - القانون المدني العراقي، المرجع سابق، نص المادة 1135.

(2) - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، ج2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 59.

(3) - مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 11، 12، 13.

3- انتقال الشفعة بالميراث:

لقد أثارَت مسألة انتقال الشفعة بالميراث من عدمه خلافاً فقهيًا كبيراً، فقد ذهب الحنفية إلى أن الشفعة تسقط بوفاة الشفيع، فالشفعة لا تورث عندهم لأنها إرادة مشيئة، وهي حق خيار لا ينتقل، فهي صفة شخصية ليست محل التوارث⁽¹⁾.

أما المالكية والشافعية يرون عكس ذلك، حيث أثبتوا للوارث حق الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد الطلب وقبل الأخذ بها، فالشفعة موروثه عندهم لأنه حق من حقوق العقار الموروث فيثبت لمالكه، وذلك قياساً على غيره من الأموال⁽²⁾.

والخلاصة أن جمهور الفقهاء وكذا فقهاء القانون قد أجمعوا إلى عدم جواز انتقال الشفعة إلى الورثة قبل إعلان الرغبة في الأخذ بها، لعدم تكامل أسباب كسب الملكية ولا اعتبار هذا الحق مجرد خيار، وبذلك لا ينقل إلى الورثة، لأن ما ينتقل إليهم هي الحقوق الكاملة التي تثبت للمورث، وهذا ما يتفق مع المبادئ العامة للقانون والواجب تطبيقه في المنازعات المثارة أمام القضاء بهذا الشأن، والأمر الذي أدى بالمشرع إلى التضييق في أحكام الشفعة والحد من الأخذ بها.

المبحث الثاني: شروط الأخذ بالشفعة

الشفعة رخصة تستعمل إذا تولد المركز القانوني للشفيع يمكنه من اكتساب ملكية العقار أو حق عيني باعه مالكة لمشتري آخر بالشفعة متى توافرت شروطها، والتي تتمثل في وجود صلة بين المشفوع به والمشفوع فيه، وهذا لا يعني أن كل من يملك مالا هو متصل بالمبيع، يأخذه جبراً عن مشتريه بالشفعة، فهذه الأخيرة لا تثبت إلا بشروط حددها المشرع على سبيل الحصر لاعتبارها تعطي الأفضلية لمن له الأفضلية على مشتري العقار المشفوع فيه، والحق يثبت للشخص الطبيعي ويثبت أيضاً للشخص الاعتباري طالما كان الحق متعلقاً بالتعاملات ولم يرد عليه قيد في إجراءاته، وهو يثبت لهما بتحقق شرطين: أولهما وجود الشفيع، وثانيهما وجود بيع عقاري (التصرف المشفوع فيه)، وتعرض لهذين الشرطين بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص الاعتباري ضمن مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: الشفعة بالنسبة للشخص الطبيعي

حدد المشرع في نص المادة 795 من القانون المدني على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة، وقد تتوفر أسباب هذه الأخيرة لأكثر من شخص فيطلبها جميعاً أو البعض منها، مما يؤدي إلى تزامهم، فأورد بشأنهم القانون المدني المادة 796، ولا تجوز شفعة هؤلاء إلا في حالة وجود بيع عقاري.

(1) - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 116.

(2) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 475.

الفرع الأول: صفة الشفيع

تنص المادة 795 من القانون المدني الجزائري 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
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها».

والهدف من إقرار المشرع لأسباب الشفعة جمع ما تفرق من حق الملكية وحق الانتفاع وتمكين الشركاء من منع دخول أجنبي بينهم في الشيوع.

أولاً: مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع

الشفعة في هذه الحالة تعتبر سببا لكسب حق الانتفاع حسب ما تقضي به المادة 844 من القانون المدني بنصها على أنه «يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون...»، وهذا استثناء من الأصل الذي يقضي بأن الشفعة هي طريق لكسب الملكية، والغاية منها في هذه الحالة جمع شتات الملكية على وجه تام بيد صاحب الرقبة، وتعد هذه الحالة نادرة الوقوع، ويرجع ذلك إلى ندرة تقرير حق الانتفاع عملاً، ومع ذلك فيتصور الفقه هذه الحالة في فروض متعددة.

1- أن يكون هناك عقار مملوك لشخص معين ترتب عليه حق انتفاع لشخص آخر، ثم يباع الانتفاع فيشفع فيه مالك الرقبة، ويكون بذلك قد ضم حق الانتفاع للملكيته وعاد كما كان مالك للعقار ملكية تامة (رقبة وانتفاع)، وهذه النتيجة مبرر منح رخصة الشفعة للملك الرقبة⁽¹⁾.

2- قد يرتب مالك العقار حق انتفاع لفائدة شخصين أو أكثر على الشيوع ثم باع أحدهما حقه المشاع في الانتفاع، كان لمالك الرقبة أن يستعمل الشفعة من أجل شراء الحصة المبيوعة فيصبح حينئذ مالك للملكية تامة لنصف العقار، ومالك النصف الآخر، وفي هذه الحالة المالك استرد النصف الشائع من حق الانتفاع وضمه للرقبة كلها، وذلك لان الشريك الآخر في حق الانتفاع لا يستطيع أن يزاحم مالك الرقبة في اخذ الحصة المبيوعة في حق الانتفاع بالشفعة لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع بحسب ما جاء في نص المادة 795 من القانون المدني⁽²⁾.

3- إذا كانت الرقبة مملوكة لشخصين على الشيوع ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر ثم بيع حق الانتفاع، فإن مالكي الرقبة يستطيعان أن يشفعا في حق الانتفاع المبيع ويعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة.

(1) - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 230.

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

أما إذا طلب الشفعة احد مالكي الرقبة فقط، فله أن يأخذ نصف حق الانتفاع باعتباره ملابسا للنصف الذي يملكه في الرقبة، فيعود كما كان مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة، في حين أن المشتري لحق الانتفاع يستبقي نصف هذا الحق، كما له أن يعترض ويتمسك بقاعدة عدم تفريق الصفقة عليه⁽¹⁾، لأنه اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه فيكون له حق إجبار مالك نصف الرقبة الذي أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفريق الصفقة، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الانتفاع الذي أراد أخذه، وعيه يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر.

وإن ترك الشفعة خالص لمشتري حق الانتفاع حقه كاملا ولا تفرق عليه الصفقة ويبقى مالكا للرقبة في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة.

4- أن يكون لشخصين ملكية عقار شائع مناصفة، ويرتبان عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين مناصفة أيضا، فإذا باع أحد أصحاب حق الانتفاع حقه جاز للمالكي الرقبة معا أن يأخذه بالشفعة، كما يحق لأحدهما وحده أن يأخذ النصف، ولا يحق للمشتري أن يعترض بتفريق الصفقة عليه⁽²⁾، وإذا باع المنتفعان معا حقهما لمشتري واحد جاز للمالكي الرقبة أن يأخذها معا بالشفعة، كما يجوز لأحدهما أن يشفع في النصف الملبس لحقه في الرقبة، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تجزئة الصفقة فيجب عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ حق الانتفاع أو يدع الشفعة أصلا.

وعلى الرغم من أن الشفعة في هذه الحالة طريق استثنائي لكسب حق الانتفاع كما سبق ذكره، إلا أنه وبصدور قانون التوجيه العقاري 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 الذي عزز الملكية الخاصة وأعطاه مفهوم جديد حيث أصبحت تملك الحقوق العينية العقارية بنص المادة 28 منه «الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية...»، وبما أن حق الانتفاع حق عيني عقاري يكون محلا لهذا النص، وبالتالي نقول بأن الشفعة أصبحت طريق لكسب ملكية حق الانتفاع بعدما كانت طريق استثنائي لكسب حق الانتفاع.

ثانيا: الشريك في الشيوع

اتفقت المذاهب الفقهية على أن شفعة الشريك مطلقة من كل قيد، فقد يكون الشركاء مشتركين في جميع المبيع على الشيوع وتثبت لهم الشفعة جميعا فتساوى حصصهم أو متفاوت وقد تكون الشركة في جزء من

(1) - مصطفى الجمال، نظام الملكية، ط2، مصر، الفتح للطباعة والنشر، 2002، ص453.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط3، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 1967، ص 412، 411.

العقار، فصورتها أن تقتصر الشركة على موضع معين منه بينما يكون باقي العقار ملكا خاصا لاحد الشركاء فيشاركون هذا الأخير فيما أخذ⁽¹⁾.

وزاد الحنفية عن ذلك بإثبات حق الشفعة للشريك في حق من حقوق المبيع، وهي حقوق الارتفاق التي تتمثل في حق الشرب وحق الطريق وحق المسيل وكذلك للجار الملاصق⁽²⁾.

أما القانون المدني وبمقتضى نص المادة 795 سالفه الذكر، فالشفعة تثبت « للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار الشائع لأجنبي»، والغاية هو إبعاد الأجنبي عن التملك معه في الشيوع، والعقار الشائع يشمل العقار المملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء على الشيوع ويشمل رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع وكانت الرقبة مملوكة لعدة ملاك في الشيوع كما يشمل أيضا حق الانتفاع لعقار إذا انفصلت عنه الرقبة وكان حق الانتفاع مملوكا لعدد من الشركاء على الشيوع، وصاحب الحق في الشفعة الشريك في ملكية الرقبة ونص المادة 1/795 من القانون واضح وصريح في هذا المعنى: « لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة».

والمعنى المقصود هو حق الانتفاع المرتب على العين إلى جانب حق الرقبة أي المصاحب لحق الرقبة لذا فكلمة "المناسب للرقبة" جاءت غير دقيقة⁽³⁾، أما الشريك على الشيوع في حق الانتفاع لم ينص عليها القانون صراحة.

ونتطرق في هذه الحالة إلى الشريك على الشيوع في الملك وللشريك على الشيوع في حق الانتفاع.

1- الشريك على الشيوع في الملك:

حتى تثبت للشريك على الشيوع ف الملك يجب أن نكون بصدد عقار شائع، وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة وان يكون البيع لفائدة أجنبي.

أ- **وجود عقار شائع:** العقار المملوك على الشيوع هو العقار الذي تم استغلاله والانتفاع به على الشيوع، أي أن العقار له سند رسمي يشترك فيه عدة أشخاص، فالعقار الذي كان شائعا بين مجموعة من الأشخاص ثم قسم إلى أجزاء مفرزة يختص كل شريك بحصة شائعة واضحة المعالم والحدود لا تكون فيه الشفعة، ويستوي الأمر في ذلك إذا وقعت القسمة بطريقة ودية أو عن طريق القضاء⁽⁴⁾، فإذا باع أحدهم حصة مفرزة إلى شخص أجنبي لا يمكن للشركاء الآخرين أن يستعملوا حقهم في الشفعة بدعوى أنهم شركاء فيه، لأنهم بعد عملية القسمة لم يعودوا شركاء في الشيوع بل أصبحوا جيرانا.

(1) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 475، 474.

(2) - ابن شهاب الرملي، المرجع السابق، ص 202، 199.

(3) - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 171.

(4) - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 194838 المؤرخ في 31-05-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004، ص 240.

وعليه إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة في الجزء المفرز المبيع، فيكون ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجيرة، وهذا بالنسبة للتشريعات التي تسمح بالأخذ بالشفعة للجار⁽¹⁾، لأن الخروج من الشيوخ لا يترك لمن كان شريكا أن يلتجأ إلى اتباع الإجراءات الخاصة بالشفعة لأن الغرض منها هو إبعاد الأجنبي من اقتحامه نطاق الملكية الشائعة وهذا للتقليل من عدد الشركاء قدر الإمكان على اعتبار أن الملكية الشائعة غير مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية من جهة، ومن جهة أخرى كلما تعدد الشركاء اتسع نطاق الاختلاف، وهذا ما تبرزه القضايا العديدة المطروحة أمام المحاكم⁽²⁾.

ب- بيع أحد الشركاء حصته الشائعة: المقصود بعبارة "بيع جزء من العقار الشائع" هو بيع حصة شائعة من هذا العقار، وعليه يخرج من هذا المعنى بيع الشريك المشاع لحصة مفرزة يختص بها وحده من العقار المشاع، لأنه قد يحصل أن يكون لنفس الشريك حصة شائعة وحصة مفرزة لنفس العقار، فإن باع هذا الأخير حصته الشائعة كان لشركائه في الشيوخ الأخذ بالشفعة، وأما إذا باع حصته المفرزة من نفس العقار، فقد اختلف الفقه في ذلك.

حيث ذهب الرأي الأول إلى أن بيع الشريك المشاع لحصته المفرزة من المال الشائع لا يحول دون طلب باقي الشركاء أخذها بالشفعة استنادا إلى نص المادة 795 من القانون المدني التي تقضي بثبوت الشفعة للشريك، سواء كان هذا الجزء المبيع حصة شائعة أم قدرا مفرزا⁽³⁾، ثم إن المادة 714 من القانون المدني أقرت بصحة التصرف في الجزء قبل القسمة، مهما كانت نتيجة القسمة.

فإن لم يقع الجزء المفرز في نصف البائع انتقل حق المشتري من وقت البيع إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، وذلك لأن امتناع الشفعة في هذه الحالة من شأنه أن يسهل على البائع أو المشتري التحايل لتفويت الشفعة على باقي الشركاء.

وذهب الرأي الثاني إلى أنه لا يجوز للشريك في الشيوخ أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع، وذلك بناء على أن بيع حصة مفرزة من العقار الشائع لا يؤدي إلى جعل المشتري شريكا على الشيوخ معهم وإنما يظل البائع هو الشريك حتى تقع القسمة، وكما لا يجوز للشريك في الشيوخ أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع باعه شريك آخر، كذلك لا يجوز لمشتري هذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار باعها شريك مشاع، كون أن المشتري لجزء مفرز لا يصبح مالكا في الشيوخ مع باقي الشركاء في الشيوخ كما سبق الذكر.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 747، 555.

(2) - مصطفى لعموم، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، ع6، سنة 1999، ص 39.

(3) - عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 342، 340.

وعليه إذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة جاز له ذلك، ولا يحتج عليه المشتري بأنه هو نفسه شريك الشيوخ مثله قبل شرائه الحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز للشريك أن يأخذ منه بالشفعة⁽¹⁾.

والراجح مما سبق هو ما قيل في الرأي الأول، حيث تجوز الشفعة للشريك في الجزء المفرز إذا بيعت حصة شائعة أو قدر مفرز من العقار الشائع، بناء على أن تصرف الشريك في الجزء المفرز في حكم التصرف في قدر شائع إلى حين تمام القسمة ومن ثم تجوز فيه الشفعة كما يجوز التصرف في الحصة الشائعة، ولا خوف من التحايل بين البائع والمشتري لتفويت حق الشفعة عن طريق بيع جزء مفرز، لأن للشركاء الحق في رفع دعوى استحقاق على المشتري للاعتراف بحقوقهم الشائعة في الجزء المفرز المبيع من شركتهم.

ج- البيع لفائدة أجنبي: لا تثبت الشفعة للشريك إذا بيعت حصة شائعة من العقار الشائع إلا إذا كان البيع لأجنبي، والعلة في ذلك رفع الضرر عن شركاء إذا باع أحدهم حصته الشائعة لأجنبي إذ يدخل عليهم في الشيوخ غريب عنهم، والشفعة هي الوسيلة القانونية لرفع هذا الضرر، باستبعاد الأجنبي وأخذ الحصة المبيعة منه، كما يتفق مع سياسة المشرع في التضييق من أسباب الشفعة⁽²⁾.

2- الشريك في الشيوخ في حق الانتفاع:

اختلف فقهاء القانون حول حق الشريك في حق الانتفاع في طلب الشفعة باعتباره شريكا في الشيوخ، فمن الفقه من ذهب إلى أنه لا يجوز للشريك في حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع باعها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي⁽³⁾، وذلك لأن نص المادة 195 من القانون المدني حول للشريك في الشيوخ الحق في الشفعة « إذا بيع جزء من العقار الشائع لأجنبي»، فالذي له الحق في الشفعة هو الشريك في الملك لا صاحب حق الانتفاع، كما أن القانون نص صراحة على حق المنفعة في الشفعة إذا بيعت الرقبة ومالك الرقبة عند بيع شيء من الانتفاع من أجل جمع ما تفرق من حق الملكية، ولو كان المشرع يريد منح الشريك في المنفعة الحق في الشفعة لنص على ذلك صراحة.

أما أغلب الفقهاء يذهبون إلى جواز الشفعة للشريك في حق الانتفاع إذا بيعت حصة من هذا الحق لأن عبارة الشريك على الشيوخ الواردة في المادة 795 السالفة الذكر جاءت مطلقة بحيث تصدق على الملكية، كما تصدق على الانتفاع بالعقار، والانتفاع بالعقار يعتبر عقارا بصريح المادة 684 من القانون المدني، والمصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشيوخ محققة في حالة الانتفاع، في حالة الملكية أيضا، وعلى

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 550.

(2) - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 202380 مؤرخ في 22-11-2000، غير منشور، مشار إليه: حمدي باشا عمر، القضاء

العقاري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 180.

(3) - عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 339.

ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة عن طريق الشفعة ويكون الشفيع في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار.

ثالثا: صاحب حق الانتفاع

بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 795 من القانون المدني يثبت حق الأخذ بالشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، فصاحب حق الانتفاع يشفع في الرقبة، ونصادف في هذه الحالة نفس الفروض التي صادفناها في شفعة مالك الرقبة مثالها⁽¹⁾:

1- أن يكون هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق الانتفاع لشخص آخر فأصبح مالك العقار مالك للرقبة فقط، فإذا باعها لهذا الأخير كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة ويجمع عناصر الملكية ويصبح مالك للعقار ملكية تامة، وهذا هو الهدف الذي يرمي إليه المشرع بمنح صاحب حق الانتفاع حق الأخذ بالشفعة.

2- أن يكون هناك عقار مملوك في الشيوع من طرف شخصين بمقدار النصف لكل واحد منهما ويرتبان معا حق انتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف.

فإذا باع أحد مالكي الرقبة نصفه الشائع جاز للملكي حق الانتفاع أن يأخذا معا هذا النصف بالشفعة لأن كل منهما يملك الأخذ بالشفعة ما لم يطلب الشريك الآخر في الرقبة أن يأخذه لأنه شريك في الشيوع ومقدم.

وكذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المباعة بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه، وإذا باع مالكي الرقبة الحق كله جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذ معا بالشفعة وجاز لاحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة المطابقة لحقه في الانتفاع إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فيتحتّم على الشفيع أن يأخذ كل الرقبة أو يترك، وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الانتفاع لم يجز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع في حدود نصيبه، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته طبقا لنص المادة 796 من القانون المدني.

وفي هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى مسألتين أثارتا الكثير من الجدل والنقاش على الصعيد التطبيقي.

المسألة الأولى: تتعلق بمدى جواز تمسك المستأجر بحق الشفعة في ظل التشريع الجزائري حيث أنه وإعمالا بنص المادة 795 من القانون المدني المستفيدون من حق الشفعة محددون على سبيل الحصر، ومن بينهم مالك حق الانتفاع ولا يعتبر المستأجر منهم، إذا المقصود بصاحب حق الانتفاع في الفقرة الثالثة من هذه المادة هو مالك هذا الحق الذي يتفرع من حق الملكية الشاملة، وليس المنتفع على وجه الإيجار، هذا ما أقرته المحكمة

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 556، 558.

العليا⁽¹⁾، الغرفة العقارية في قرارها رقم 193704 المؤرخ في 26-04-2000 حيث جاء في نصه « قصد المدعون في القرار موضوع الطعن، ممارسة حق الشفعة ممسكين بعقد إيجار مبرم لمدة عشر سنوات من طرف المدعى عليهم في الطعن مالكي القطعة الأرضية وبجيازة هذا العقار عند انقضاء عقد الإيجار.....». غير أن المحكمة العليا أمرت بنقض القرار المطعون فيه مثيرة وجهها تلقائيا مأخوذا من خرق المادة 795 من القانون المدني التي حددت حالات ممارسة حق الشفعة، واستبعد المدعين في الطعن على أساس عدم توفر صفة صاحب حق الانتفاع فيهم.

وبناء على هذا فالمستأجر الذي يلجأ إلى استعمال الشفعة عندما يرغب مالك الرقبة بيعها لشخص ثالث لا يستفيد من هذا الحق، لأن حق الإيجار لا يمنح صاحبه مرتبة صاحب حق الانتفاع. ولكن وخروجا عن هذا المبدأ حول المشروع بنص استثنائي خاص ورد في المرسوم رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري للمستأجر (الشاغل) حق ممارسة الشفعة شريطة أن يكون المؤجر شخصا معنويا قرر بيع البناية التي يملكها إلى أجزاء حيث جاء في المادة 23 منه «إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها، أجزاء يستفيد الشاغل القانوني الجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه.....». **المسألة الثانية:** تتعلق بمدى تمسك مؤجر جدران المحل للاستغلال التجاري بحق الشفعة إذا أراد المستأجر بيع القاعدة التجارية للغير.

وبما أن القاعدة التجارية ليست بعقار بل مال منقول معنوي لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري، حيث رفضت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا الطعن بالنقض المرفوع ضد القرار المطعون فيه، ذلك في القرار رقم 179136 المؤرخ في 25-03-1998 حيث جاء في نصه «حيث أن المدعى في قضية الحال مالك المحل التجاري حسب مقتضيات القانون التجاري وبالتالي لا يتمتع بحق الانتفاع حسب مفهوم المادة 844 وما يليها من القانون المدني، فالانتفاع هو الانتفاع بشيء وحفظه وإرجاعه إلى مالكه عند حلول الأجل المحدد، وبما أن المدعى هنا مالك المحل التجاري ومستأجر لجدران المحل الذي يمارس فيه نشاطه التجاري، يستفيد بهذه الصفة بحق شغل وبتعويض في حالة الإخلاء وبالتالي لا يستفيد من مقتضيات المادة 795 من القانون المدني»⁽²⁾، هذا ما أقره القانون المدني إذ جعل الشفعة تثبت لأصحاب هذه الصورة، لكن ما هي الشروط الواجب توافرها في الشفيع حق يستحق المطالبة بالشفعة ويصبح شفيعا بمفهوم المادة 795؟.

(1) - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم: 193704، المؤرخ في 26/04/2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004، ص 255.

(2) - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم: 179136، المؤرخ في 25/03/1998، المجلة القضائية، عدد خاص، 2004، ص 220.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 181039، المؤرخ في 09/02/1999، مجلة قضائية، ع1، 1999، ص 159.

رابعاً: الشروط التي يجب أن تتوفر في الشفيع

يجب طبقاً للمبادئ العامة أن تتوفر في الشفيع الشروط المطلوبة قانوناً حتى يستطيع أخذ العقار بالشفعة، تتمثل أساساً في:

1- أن يكون الشفيع ملكاً للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة، أي يجب أن يكون مالكا للرقبة أو صاحب حق انتفاع، وإن كان يشفع بحصة شائعة مملوكة على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة، وملكيته سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة، فإن كانت الملكية بموجب عقد بيع وجب أن يكون تاماً ومسجلاً وسابقاً على البيع المشفوع فيه، ولا بد أن تستمر هذه الملكية حتى وقت ثبوت الشفعة⁽¹⁾.

2- أن تتوفر الشفيع الأهلية الواجبة، أي أن يبلغ سن الرشد ولم يحجز عليه، ففي هذه الحالة جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وأما إذا كان قاصراً جاز لوليّه أخذ الشفعة عنه.

3- أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه بحكم القانون، حيث جاء في نص المادة 402 من القانون المدني الأشخاص الذين يمنع عليهم الشراء بأنفسهم مباشرة أو بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها⁽²⁾، وهذا التعدد ورد على سبيل الحصر لأن المنع استثناء من القواعد العامة، فلا يشمل غيرهم بطريق القياس كالخبراء والمترجمين ووكلاء المحامين.

وقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك، بحيث منع التعامل في الحقوق المتنازع من أجلها بالنسبة لهيئة الدفاع من محامين ومدافعين وقضائين طبقاً لنص المادة 403 من القانون المدني، فإن كان شراء العقار المتنازع فيه محظور على أسرة القضاء وهيئة الدفاع متى رفع النزاع في دائرة اختصاصهم، كذلك لا يجوز لهم أن يشفّعوا في هذا العقار إذا توافرت لهم أسباب أخذ الشفعة⁽³⁾، فالمبدأ هنا ما يجرم شراءه يجرم أخذه بالشفعة، كل ذلك حفاظاً على سمعة ونزاهة وحياد القضاء.

ومن بين الحالات التي يمنع الأخذ فيها بالشفعة ما ذكرته المادة 410 من القانون المدني، حيث لا يجوز لمن ينوب عن غيره في بيع ماله أن يشتري هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحة الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً، إذا مما لاشك فيه أن يشتري هذا المال بأقل مما يساوي، في حين أن مصلحة موكله هي أن يبيعه بأحسن سعر والنيابة في بيع مال الغير قد تأتي بموجب اتفاق (وكالة)، أو عن

(1) - أحمد خالدي، الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 73 وما بعدها.

(2) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 640.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري والبناني، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 467، 468.

طريق نص في القانون كالولاية، وقد تأتي عن طريق أمر من السلطات القضائية المختصة كما هو الحال في الوصي والمقدم ومصفي والوكيل عن الغائب ومحافظ البيع بالمزايدة والسماسة والخبراء، فهم في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله، ويسرى عليهم نفس الحكم وفقا لنص المادة 411 من القانون المدني.

فالنائب عن غيره في بيع مال هذا الغير يمنع شراء هذا المال لنفسه، فلا يجوز أن يتعاقد مع نفسه، والغاية من ذلك منع التواطؤ وتفويت المصلحة التي قصد الشارع حمايتها ورعايتها، حيث إذا أراد النائب أن يأخذ العقار المراد بيعه بالشفعة وجب عليه أن يتنحى عن مباشرة البيع، ويمكن القول أن قبوله للوكالة بالبيع ومباشرتها فعلا يعد منه إسقاط لحقه في الشفعة⁽¹⁾.

4- أن لا يكون الشفيع وقفا، هذه المسألة عاجلتها بعض التقنينات المدنية العدلية المختلفة، من بينها القانون المدني المصري الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 939 على أنه « لا يجوز للوقف أن يأخذ الشفعة»، ومعنى ذلك أنه إذا بيع عقار مجاور للعقار الموقوف فلا يجوز للوقف أن يشفع في العقار المبيع على أساس الجوار، وإذا كان العقار الشائع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك فلا يجوز للوقف أن يشفع في الملك المبيع على أساس كونه شريكا في الشيوع⁽²⁾.

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف، فإنها تجوز في الوقف، ويتحقق ذلك الشرط إذا اشترط الواقف استبداله، فإذا بيع الاستبدال يصبح ملكا فتجوز فيه الشفعة أما ثمنه فيشتري به عقار آخر، هو الذي يصبح وقفا ولا تجز الشفعة فيه لأنه يصح بيعه، أما إذا كان العقار المشفوع فيه ملكا أوقفه المشتري لمنع طلب اعتبر هذا تهريا منه، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة⁽³⁾.

نلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد خلى من النص على أحكام الأخذ بالشفعة للوقف وتركها لأحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها طبقا لأحكام المادة الأولى من القانون سالف الذكر. وقد تتوفر هذه الشروط في أكثر من شفيع مما يؤدي التعدد والتزاحم، فما حكم تعدد الشفعاء؟ .

الفرع الثاني: تزاحم الشفعاء

القاعدة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء الأربعة «الأخص يقدم ويفضل على الأعم»، حيث إذا اجتمع الشفعاء الشركاء في الرقبة، فالمالكية والحنابلة متفقون على أنه يقسم العقار المشفوع فيه بينهم بنسبة حصصهم

(1) - عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 368.

- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 82، 83.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 449، 450.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 594، 595.

من العقار المشفوع به ⁽¹⁾، وللشافعية قولان، أحدهما: وافقوا فيه المالكية والحنابلة على ما ذهبوا إليه، والثاني: قالوا فيه بالقسمة بينهم بالتساوي على كل حال ⁽²⁾.

أما الحنفية فذهبوا إلى أن القسمة تكون على عدد الرؤوس دون النظر إلى تفاوت مساحات ما يملكونه من العقار المشفوع به، واختصوا بمسألة الارتفاق ثم يليه الجار الملاصق ⁽³⁾.

أما عن حكم إسقاط أحد الشفعاء حقه في الشفعة، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة على أنه إذا تنازل أحد الشفعاء الشركاء عن حقه في الشفعة قسمت بين الباقيين بنسبة حصصهم في العقار المشفوع فيه ⁽⁴⁾.

وذهب الحنفية إلى أن تكون القسمة بالتساوي بين الباقيين في واقعة التنازل تساوت حصصهم أم لا. أما القانون المدني فتقضي المادة 796 منه بأنه: «إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
- وإذا كان المشتري قد توافرت 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».

من استقراء نص المادة نجدها تقتصر على ذكر تراحم الشفعاء من طبقة واحدة، وحالة تراحم الشفيع مع غيره من الشفعاء، غير أنها لم تتضمن تراحم الشفعاء من طبقات مختلفة.

وبالرجوع لنص المادة 937 من القانون المدني المصري المقابلة لنص المادة 796 من القانون المدني الجزائري، نجدها تشمل جميع حالات التعدد والتراحم، حيث جاءت صياغة الفقرة الأولى منها كالتالي: «إذا تراحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة»، والمقصود بالعبارة الأخيرة المادة 936 ويقابلها المادة 795 قانون مدني الجزائري، وهنا نبحت في الحالات المختلفة لتراحم الشفعاء على النحو التالي:

أولاً: التراحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة ⁽⁵⁾

في هذه الحالة يكون استعمال رخصة الشفعة على الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في قانون التوجيه العقاري المادة 57 و 71 منه، حيث أن شفعة الدولة

(1) - أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المالكي، المرجع السابق، ص 210، 212.

(2) - عبد الله بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 526 .

(3) - ابن همام الحنفي، المرجع السابق، ص 412، 414.

(4) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 511.

(5) - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 107، 110.

- أحمد خالد، المرجع السابق، ص 117.

تسبق في الترتيب على ما هو محدد في المادة 795 أعلاه، وأيضا شفعة الجوار التي تكون في المرتبة الرابعة بعد ما ورد في المادة 795.

1- مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع: إذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لشخصين في الشيوع، وباع أحدهما حصته كان الشفعاء اثنين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريك في الشيوع في حق الانتفاع، فإذا تقدم الاثنان لطلب الشفعة فضل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الثانية ويليه الشريك في الشيوع.

2- الشريك في الشيوع: والشريك هنا قد يكون الشريك في حق الملكية التامة، وقد يكون الشريك في الرقبة أو في حق الانتفاع، فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين مشاعا بينهما وقد ترتب عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقبة فقط في الشيوع، ثم باع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة إلى أجنبي، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشاع آخر في الرقبة، وصاحب حق الانتفاع والجار، - في الأنظمة التي تعطي حق الشفعة للجار- ولما كان الشريك المشاع الآخر في الرقبة هو شريك في الشيوع فهو في الطبقة الثالثة، ويتقدم عند التزاحم في طلب الشفعة على كل من صاحب حق الانتفاع والجار.

3- صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة: إذا كان هناك عقار مملوك لشخص واحد قد رتب عليه حق الانتفاع فأصبح مالك للرقبة وحدها ثم باع الرقبة للشفعاء في هذه الأخيرة هم صاحب حق الانتفاع والجار، ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الرابعة فيتقدم على الجار بأخذ الشفعة وحده.

ثانيا: تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة

تنص الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني «إذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه»، القاعدة أن الشفعاء الذين يكونون في مرتبة واحدة لا يفضل أحدهم على غيره، فيقسم المبيع بينهم نسبة حصة كل منهم، ويتصور التزاحم هنا إذا تعدد الشفعاء الذين يملكون حق الرقبة عندما يباع حق الانتفاع، أو في حالة وجود شركاء في الشيوع عندما يباع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي، أو في حالة وجود شركاء في حق الانتفاع عندما تباع الرقبة، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

1- تزاحم ملاك الرقبة: إذا تعدد الشفعاء في حق الانتفاع وهم كلهم من طبقة واحدة، فالقاعدة هي أن يستحق كل منهم على قدر نصيبه مثال ذلك: إذا كانوا ثلاثة أشخاص الأول له النصف والثاني الثمن والثالث ثلاثة أثمان، اقتسموا حق الانتفاع فيما بينهم بنسبة كل واحد منهم في ملكية الرقبة، فيأخذ الأول النصف والثاني ثمنه والثالث بقيته.

ولكن إذا بيع حق الانتفاع ولم يتقدم لطلب الشفعة واحد من الشفعاء، فهل يشفع الشفع في حدود حصته في ملكية الرقبة أو في كامل الانتفاع المبيع؟ .

إعمالاً بمبدأ عدم جواز تجزئة الصفقة وبغض النظر على ما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني التي تنص على أن «لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من الانتفاع المناسب للرقبة»، يحق للمشتري إلزام الشفيع على أخذ كامل حق الانتفاع أو تركه لأن مبدأ عدم تجزئة الصفقة مقرر لمصلحته.

2- تراحم الشركاء في الشفيع: إذا تراحم الشركاء في الشفيع سواء كانوا ملاكاً للعقار بكامله أو كانوا شركاء في الرقبة أو شركاء في الانتفاع، وطالبوا جميعاً بالشفعة قسم المبيع بينهم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض فمثلاً: إذا كان العقار لثلاثة وباع أحدهم حصته إلى اجنبي، فلكل واحد من الشريكين أن يأخذ بالشفعة في الجزء المبيع على قدر حصته في الملك، وإذا تنازل أحد الشريكين عن حقه في الشفعة جاز للشريك الآخر أن يأخذ الحصة المبيعة بكاملها بالشفعة، أما إذا تعدد الشركاء وطالبوا بالشفعة وتنازل أحدهم لآخر عن حقه، فلا يستأثر المتنازل له بهذه الحصة، بل يرجع إلى كافة الشركاء ليأخذوا كل بقدر نصيبه، لأن المتنازل لم يملك شيء حتى يتنازل عنه.

3- تراحم أصحاب حق الانتفاع: إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع فلا إشكال في الأمر إذا تقدموا جميعاً لطلب الأخذ بالشفعة فيما بيع من الرقبة، حيث يسري عليهم نص الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني فيأخذ كل منتفع من الرقبة المبيعة على قدر نصيبه.

وإن تقدم واحد فقط من أصحاب حق الانتفاع بطلب الشفعة دون الباقي فيحق للمشتري أن يجبر الشفيع على تحمل الصفقة الكاملة، ولا يجوز لهذا الأخير أن يقتصر طلبه على ما يعادل نصيبه في ملكية الرقبة، حتى لا يضار المشتري من تفريق الصفقة عليه.

ثالثاً: التراحم بين الشفعاء يكون المشتري واحد منهم

تقضي الفقرة الثالثة من المادة 796 سالف الذكر على أنه: «إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى»، ومعنى ذلك أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه⁽¹⁾، فإذا زاحمه شفعاء آخرون فإنه يمكن تصور ذلك فيما يلي:

1- إذا قام بالمشتري سبب من أسباب الأخذ بالشفعة وكان من طبقة الشفعاء الذين يزاحمونه فإنه يفضل عليهم ويستبعدهم ويبقى له العقار الذي اشتراه، ومثال ذلك: شراء الشريك في الرقبة حق الانتفاع المناسب لنصيبه، وتقدم شريك آخر في الرقبة للأخذ بالشفعة أو شراء شريك في الانتفاع الرقبة المناسبة لنصيبه وتقدم شريك آخر في الانتفاع بالشفعة في هذا الحق وهنا يفضل المشتري لأنه من نفس طبقة المطالب بالشفعة، إذ هما معا من الطبقة الثالثة في المثال الأول ومن الطبقة الرابعة في المثال الثاني.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 440، 437.

- أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1993، ص 379.

وتعد هذه الحالة خروجاً على الأصل الذي أقره المشرع في المادة 2/796 من القانون المدني، يجعل استحقاق كل من الشفعاء من طبقة واحدة للشفعة على قدر نصيبه.

2- إذا قام بالمشتري سبب من أسباب الأخذ بالشفعة وكان من طبقة أعلى من الشفعاء الذين يزاحمونه، فإنه يفضل عليهم، ومثال ذلك شراء مالك الرقبة لحصة شائعة في الانتفاع ثم تقدم شريك آخر في الانتفاع لأخذها بالشفعة، فيفضل المشتري مالك الرقبة على الشريك في الانتفاع الذي هو أدنى منه في الطبقة.

3- إذا قام بالمشتري سبب من أسباب الأخذ بالشفعة وكان من طبقة أدنى من الشفعاء الذين يزاحمونه فإنهم يفضلون عليه ويستبعدونه بحيث يحلون محله في البيع، ومثال هذه الحالة إذا باع شريك في الانتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى شريك آخر وطلب بالشفعة فيها مالك الرقبة فضل هذا الأخير، أو إذا كان هناك شريكين في الرقبة وباع أحدهما حصته لصاحب حق الانتفاع كان لمالك الرقبة الآخر أن يشفع في هذا البيع.

ونشير أخيراً أن المشتري الذي يعتبر شفيعاً في نفس الوقت يقدم على من هم من طبقة أو من طبقة أدنى، دون أن يكون ملزماً بمراعاة إجراءات الشفعة، بل يكفي أن يقوم به سبب الشفعة حتى يصير شفيعاً يزاحم غيره ويتقدم عليه⁽¹⁾، أما الشروط الشكلية فليست مطلوبة بالنسبة إليه، لأنه يستعمل حقه بطريق الدفع لا بطريق الدعوى، حيث أنه لا يريد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتري آخر، وإنما هو يتبعى استبقاء الملك الذي اشتراه.

بتوفر الشفيع لا بد من وجود عقار معد للبيع كي يتم الأخذ بالشفعة، فهل كل بيع عقاري يمكن أن يؤخذ فيه بهذا؟ .

الفرع الثالث: البيع العقاري

حصر المشرع الأخذ بالشفعة في عقد البيع حسب المادة 794 من القانون المدني كما أشار في مختلف نصوص الشفعة إلى البائع والمشتري، وبالتالي لا شفعة في البيع المنقول إلا ما بيع تبعاً للعقار وفقاً للقواعد العامة⁽²⁾.

وبما أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع بعوض، وعقد البيع هو تصرف قانوني صادر من جانبيين وناقل للملكية فأى سبب آخر من أسباب كسب الملكية كالإيراث، الالتصاق، التقادم... إلخ، لا تجوز فيه الشفعة كما لا يجوز في أي تصرف آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض، والشركة والوفاء بمقابل. وعليه لكي يتم الأخذ بالشفعة لا بد من وجود عقار للبيع، وبمجرد وقوع البيع يفتح باب الشفعة متى توافرت شروط الأخذ بها، إلا أنه يحضر على الشفيع المطالبة بالشفعة في بعض البيوع، كذلك قد يحدث

(1) - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 374، 375.

(2) - المجلس الأعلى، قرار رقم 155181 مؤرخ في 18-11-1999، نشرة قضائية، ع54، 1999، ص 78.

ويتصرف المشتري في العقار ببيعه إلى مشتريين ويتصرف فيه هذا الأخير لثالث وهكذا سواء قبل أم بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فبأي بيع يأخذ الشفيع في هذه الحالة؟، حالات عديدة ندرسها اتباعا فيما يلي:

أولا: البيوع التي يجوز الأخذ فيها بالشفعة

1- عقد البيع: لقد رأينا مدى اتفاق المذاهب الفقهية الأربعة على أن الشفعة لا تكون إلا في العقار دون المنقول مع وجود الخلاف حول ما يتصل بالعقار، ويتضح هذا كذلك من تعريف الشفعة الذي تضمنته المادة 794 من القانون المدني بأن: « الشفعة رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار...»، إذن كي يجوز الأخذ بالشفعة لا بد أن يكون المشفوع منه قد حصل على العقار المشفوع فيه بمقتضى عقد بيع قانوني حقيقي تام انعقد وأصبح ملزما لطرفيه، وان يظل قائما إلى حين إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾، وعليه نقول إذا وجد تصرف قانوني يأخذ شكل البيع وناقل للملكية بعوض من النقود وصادر من جانبين جاز فيه الأخذ بالشفعة.

2- البيع المقابل للإبطال: القابلية للإبطال هي جزاء يلحق العقد إذا تخلف شرط من شروط صحته رغم توافر أركانه، ويكون كذلك إذا كان رضا المتعاقد مشوب بعيب من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه أو كان ناقص الأهلية، فالبطلان في هذه الحالة نسبي فلا يجوز التمسك به إلا لمن تقرر لمصلحته، وبالتالي يعتبر العقد صحيحا منتجا لآثاره⁽²⁾، فيجوز للشفيع طلب الأخذ بالشفعة باتخاذ الإجراءات المقررة في مواعيدها التي تحسب منذ إبرام العقد القابل للإبطال، فإن قضي بإبطاله انحل العقد بأثر رجعي منذ تاريخ إبرامه⁽³⁾، ويلتزم الشفيع برد العقار والبائع يرد الثمن ويحق للشفيع أن يجبس العقار إلى أن يسترد الثمن.

كما تجوز الشفعة في بيع ملك الغير وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة أخرى، فإذا أخذ الشفيع فيه بالشفعة وأجاز المالك الحقيقي البيع، استقرت ملكية الشفيع في العقار المشفوع فيه، لأن البيع بإجازة المالك الحقيقي ينقلب صحيحا نافذا هذا ما أكدته المادة 398 من القانون المدني.

أما إذا لم يقر المالك هذا البيع يكون غير نافذ، حتى ولو أجاز المشتري طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني⁽⁴⁾.

وبما أن قابلية بيع ملك الغير قد قررت لمصلحة المشتري، فإن أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل المشتري، لم يجز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون قد أجاز البيع.

3- عقد البيع غير المقيد في مصلحة الشهر العقاري: يشترط في عقد البيع أن يكون في شكل رسمي، فالشكلية كركن في العقد لا بد منها لقيام التصرف ويترتب انعدامها انعدام هذا الأخير، إضافة إلى شرط

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 150100 مؤرخ في 19-11-1997، مجلة قضائية، ع2، 1997، ص 55.

(2) - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، 2001، ص 248 وما بعدها.

(3) - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 213.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 508.

الشهر الذي يهدف إلى إعلام الجميع بكل التصرفات التي تتعلق بالعقار حتى يكون العقد نافذا في حق الغير، زيادة على دور الشهر في إتمام نقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، فالعقد المشهر منتج لآثاره ما عدا النقل الفعلي للملكية⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم فعقد البيع غير المشهر لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة كون هذا الأخير لا يتلقى الملكية من المشتري وإنما يحل محله وتثبت له حقوق المشتري، ومنها حقه في شهر العقد دون الحاجة إلى تدخل البائع، ويجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور هذا العقد، وتسري المواعيد من وقت إبرامه.

4- البيع المقترن بشرط: تنص المادة 203 من القانون المدني « يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه».

الهدف من تعليق العقد على شرط هو إما تعليق الالتزام أو تعليق انقضائه، فإذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ جازت الشفعة لأن البيع قائم ومنتج لجميع آثاره ولا يؤثر إذا كان هذا العقد مهددا بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ⁽²⁾، فالبيع نافذ من وقت إبرامه وانتقال الملكية إلى الشفيع معلقة على هذا الشرط إذا ما راعى مواعيد الشفعة السارية من وقت إبرام العقد، فإن فوتها وسقط حقه في الأخذ بها لا تبدأ مواعيد جديدة يحسها من وقت تخلف الشرط.

أما المالك تحت شرط واقف فلا تتوفر له الملكية فوجودها يكون معلقا على هذا الشرط وفقا لأحكام المادة 206 من القانون المدني، فالبيع يكون نافذا لكن غير موجود فيجوز الأخذ فيه بالشفعة، ونحسب مواعيدها من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط.

فإذا أخذ الشفيع بالشفعة حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط واقف، فإذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة، وإذا تخاف الشرط زال البيع وزالت معه الشفعة، ففكرة الأثر الرجعي للشرط لا تنطبق بخصوص هذه الأخيرة⁽³⁾.

وهناك رأي يذهب إلى انه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف ولو سجل لأن ملكيته تكون موقوفة، والشفعة لا تكون إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا. غير أننا نرجح الرأي الأول وذلك راجع أن الشفيع يجب أن يكون مالك الحق الذي يشفع به وقت إبرام البيع، بينما البيع لا يشترط في المشفوع منه أن يصبح مالكا للحق المشفوع فيه، ولكن يكفي أن يكون قد صدر إليه عقد بيع من شأنه أن ينقل ملكية هذا الحق، فالشفعة إذا تجوز في البيع ولو كان نقل الملكية فيه

(1) - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، الجزائر، دار هومة، 2002، ص 112 وما بعدها.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 504.

(3) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 581.

- أنور طلبية، المرجع السابق، ص 176، 180.

معلقا على شرط واقف، وعليه لا فرق بين أن يقترن البيع بشرط فاسخ أو بشرط واقف، فليس من شأنهما أن يجوزوا دون قيام عقد مستوف لكافة أركانه، وفي كلتا الحالتين الشفعة جائزة ويحل الشفيع محل المشتري.

ثانيا: البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة

سبق القول أن العقد هو التصرف الوحيد الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة، إلا أنه هناك عقود شبيهة بالبيع ولا يجوز الأخذ فيها بالشفعة بسبب طبيعتها التي تختلف عنه، كما توجد بيوع عقارية صحيحة ولا يؤخذ فيها بالشفعة بنص القانون، وتعرض لهذه العقود والتصرفات فيما يلي:

1- ما لا يجوز الشفعة فيه بسبب طبيعته: توجد عقود بيع وعقود شبيهة بعقد البيع وتصرفات لا تجوز فيها الأخذ بالشفعة، لذا تحديد طبيعة التصرف أمر له أهمية لمعرفة ما إذا كان بيعا فتجوز الشفعة فيه، ويرجع في هذا التحديد إلى مبادئ القانون المدني، وتقع على عاتق القاضي مهمة تكيف العقد في ضوء الغرض العملي الذي قصد إليه المتعاقدون دون التقيد بالوصف الذي يطلقه على العقد وهذه العقود هي:

أ- البيع الباطل بطلانا مطلقا: البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستوف كافة أركانه فينعدم الأثر القانوني للعقد، وبما أن البيع باطلا بطلانا مطلقا هو معدوم لا أثر له في نقل الملكية ولا في غير نقل الملكية، إذا فلا شفعة فيه.

ب- البيع الصوري: رأينا أن الشفعة لا تجوز إلا في بيع قائم وقت طلب الشفعة فإذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر (هبة ساترة لبيع)، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين هو عقد حقيقي، وفي هذه الحالة يستطيع الشفيع أن يثبت أن الهبة ساترة للبيع بكافة الطرق فإن نجح في إقامة الدليل تجوز الشفعة في هذا العقد⁽¹⁾.

وعلى العكس إذا كان البيع ساترا لتصرف آخر (البيع يستر الهبة)، يجوز لأي من المتعاقدين أن يثبت الصورية، ومن ثم لا يجوز له إذا كان حسن النية لا يعلم بالصورية أن يتمسك بالعقد الظاهر، لأن الغير في الصورية يشمل الدائن الخلف الخاص لكل من المتعاقدين⁽²⁾، هذا وفقا لنص المادة 198 من القانون المدني والتي تقضي بأنه: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري».

ج- عقد المقايضة: تنص المادة 413 من القانون المدني على أن: «المقايضة عقد يلتزم بموجبه كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود»، وعيله الشفعة لا تجوز فيه لأنه ليس بيعا، ولا يمكن الاستناد إلى نص المادة 415 من القانون المدني التي تقضي بسريان أحكام البيع على المقايضة

(1) - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 377.

- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 462.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 489 وما بعدها.

للقول بجواز الشفعة ونجعل ذلك "بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة"، وهذه الطبيعة لا تتلاءم مع الشفعة التي يلتزم بموجبها الشفيع بدفع ثمن نقدي، بحيث لا يحصل مالك العقار المشفوع فيه على البديل العقاري قصد الحصول عليه من المقايضة⁽¹⁾.

د- الوفاء بمقابل: نصت المادة 285 من القانون المدني بأنه: « إذا قبل الدائن في استثناء حقه مقابل استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء»، فإذا كان الدين مبلغاً من النقود وقبل الدائن في استثناء حقه عقاراً، فلا يجوز للغير أن يشفع في هذا العقار.

فالوفاء بمقابل ولو أنه يشبه البيع، إلا أن مصلحة المدين الموفي أن تبرأ ذمته مقابل نقل ملكية العقار للدائن⁽²⁾.

هـ- الوعد بالبيع: هل يحق للشفيع أن يتمسك بحق المطالبة بالشفعة في حالة الوعد بالبيع؟.

قضت المحكمة العليا⁽³⁾ في قرارها رقم 130337 المؤرخ في 10-01-1995 «حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي وقضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع للعقار، والقضاء بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار فالمادة 794 من القانون المدني عرفت الشفعة ولمن تنص على الوعد بالبيع، كما أن المادة 807 من القانون نصت على سقوط حق الشفعة (إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع وليس الوعد بالبيع)».

و- عقد الهبة: تنص المادة 202 من قانون الأسرة على أن: « الهبة تملك بلا عوض...»، أي أن الواهب قد رضي التخلي عن ملكه دون مقابل، لذلك لا تجوز الشفعة حتى ولو أراد الشفيع أن يأخذ العقار بقيمته كون أن الهبة مناقضة للغرض الذي شرعت له الشفعة وهو دفع الضرر عن الشريك⁽⁴⁾.

ي- العقود المقررة والكاشفة⁽⁵⁾:

- عقد القسمة: لا تجوز الشفعة في هذا العقد ولو كانت القسمة قد تمت بمعدل نقدي لأنها مقررة وكاشفة عن حقوق الشركاء، هذا ما نصت عليه المادة 730 من القانون المدني.

- عقد الصلح: والأمر كذلك في الصلح لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له، ولو كان ببدل نقدي حيث لا يعتبر هذا الأخير ثمناً وإنما هو مقابل النزول عن الادعاء، طبقاً لنص المادة 463 من القانون المدني.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 130، 131.

(2) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 585.

(3) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 130337، المؤرخ في 10/01/1995، مجلة قضائية، ع 1، 1995، ص 196.

(4) - أبو بكر جابر الجزائري، مناهج المسلم، طبعة جديدة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ص 406.

(5) - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 177، 178.

- **عقد الشركة:** إذا قدم الشريك حصته في الشركة عقارا، فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار، فتقديم العقار في هذه الحالة لا يعتبر بيعا يحصل منه الشريك على ثمن نقدي، وإذا اندمجت شركة في أخرى وكان عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات جاز أخذها بالشفعة. وتجدر الإشارة كذلك أنه لا تجوز الشفعة في حالة كسب ملكية العقار بالوصية أو بالميراث أو بالتقادم، وكذلك نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا تجوز الشفعة فيه لأنه ليس بيعا حتى وإن كانت عملية النزع تتم مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف، إلا أن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة.

2- ما لا تجوز الشفعة فيه بنص القانون:

الأصل أن كل بيع تجوز فيه الشفعة متى كان حقيقيا خالصا وصرفا، ولكن خرج المشرع عند هذا الأصل في بعض البيوع رغم وقوعها صحيحة، وجاء باستثناءات تحول دون قيام حق الشفعة فيها، ذكر القانون المدني بعضها، وجاءت قوانين أخرى ببعض آخر.

حيث نصت المادة 798 من القانون المدني على أنه: «لا شفعة

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.
 - وإذا وقع بيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
 - إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة».
- وتتناول هذه الحالات تباعا في النقاط التالية:

أ- البيع بالمزاد العلني: نظم المشرع الجزائري أحكام البيع بالمزاد العلني في قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾ في المواد من 747 إلى 765، الذي يتم بناء على أمر قضائي استنادا إلى طلب الدائنين قصد استفاء حقوقهم، أو بطلب من مالكي العقار في حالة استحالة قسمته عينا، والحكمة من تقرير البيع بالمزاد العلني هو تحقيق مصلحة اقتصادية ببيع العقار بأعلى ثمن ممكن محافظة على الحقوق والرسوم، ومنع الشفعة يحقق الغرض.

وسواء كان البيع بالمزاد العلني أمام القضاء أو أمام الإدارة فالشفعة لا تجوز في الحالات التالية:

- البيع الذي يتم بالمزاد العلني أمام القضاء، وذلك بناء على طلب الدائنين المرتهنين أو أصحاب حقوق الامتياز الخاصة على العقارات لنزع ملكية عقار مدينهم وبيعه جبرا لاستفاء حقوقهم من ثمنه، فهذا البيع تم بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها قانون الإجراءات المدنية.

(1) - الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08-06-1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23-04-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

- وحددت المادة 1062 منه تاريخ سريان القانون الجديد ب سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

- وتلغى المادة 1064 منه قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول 154/66 وذلك بمجرد سريان مفعول القانون الجديد.

- بيع العقار الشائع لعدم إمكانية قسمته عينا طبقاً لأحكام المادة 728 من القانون المدني.
- بيع الدولة لأموالها الخاصة التي ألغى تخصيصها بعد أن أصبحت غير صالحة لمصالحها ومؤسساتها العمومية بناء على اقتراح من مدير الأملاك الوطنية وبإذن من الوالي، فتباع هذه الأملاك بالمزاد العلني طبقاً لأحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-455 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها وبضبط كفاءات ذلك.

إلا أنه أوردت المادة 54 من قانون التوجيه العقاري استثناء على ذلك حيث يحق للديوان الوطني للأراضي الفلاحية ممارسة حق الشفعة إذا لم تستغل الأراضي الفلاحية من طرف ملاكها استغلالاً فعلياً لموسمين متعاقبين على الأقل، وذلك تبعاً للمرتبة المحددة لها في المادة 795 من القانون المدني.

- بيع أملاك القاصر العقارية بالمزاد العلني بعد استئذان القاضي، المادة 89 من قانون الأسرة وبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب، هذه جميعاً بيوع عقارية تقع أمام القضاء أو أمام الإدارة لاستفتاء ديون أو لتصفية ديون أو لتصفية عقار شائع مع إحاطة البيع بالضمانات الكافية⁽¹⁾.

- الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستفتاء الضرائب بمختلف أنواعها ويتم وفقاً لإجراءات غالباً ما تقرها التشريعات الجبائية.

أما البيوع التي لا تتم وفقاً لهذه الإجراءات المنصوص عليها قانوناً فتجوز فيها الشفعة مثال ذلك:

- إذا قام المالك ببيع عقاره بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات استقل بوضعها بغية الحصول على أعلى ثمن، فهذا البيع اختياري، ومن ثم تجوز فيه الشفعة.

- وقد يحدث البيع العقاري عن طريق تقديم عطاءات في أظرفة مغلقة، فإن صفة العلانية لا تتوفر فيها، ولا يمكن اعتباره بيع بالمزاد العلني فتجوز فيه الشفعة⁽²⁾.

ب- البيوع بين ذوي قرابة معينة: تنص الفقرة الثانية من المادة 798 سالف الذكر على عدم جواز الشفعة «إذا وقع بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية».

وتمنع الشفعة في مثل هذه البيوع لاعتبارات شخصية للبايع مصلحة في أن يؤول العقار إلى ذوي قرابة، ونعرض هذا المانع بالنسبة لمختلف الأقارب المذكورين في نص وذلك على التفصيل الآتي:

- **البيع بين الأصول والفروع:** تمنع الشفعة في البيع بين الأصول مهما علوا وبين الفروع مهما نزلوا (أيا كانت درجة القرابة بين البائع والمشتري)، كما لو باع الأب لابنه أو الجد لحفيده مهما نزل الفرع، أو الابن لأبيه أو الحفيد لجدّه مهما علا الأصل.

(1) - أنور طلبة، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

- مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 99، 98.

(2) - أحمد خالد، المرجع السابق، ص 205.

- **البيع بين الأزواج:** لا تجوز الشفعة بين الزوجين شريطة أن تكون العلاقة قائمة وقت البيع، فلا يعتد بالبيع السابق للعلاقة الزوجية أو اللاحق لانفصالهما.

- **البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة:** يقصد بالقرابة هنا قرابة الحواشي وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون لأحدهم فرعاً آخر، طبقاً لنص المادة 33 من القانون المدني، وبناءً على ذلك لا تجوز الشفعة في بيع بين أخوين لأن قرابتهما من الدرجة الثانية، ولا بين العم وابن الأخ، أو بين الخال وابن الأخت، وبين الخالة وابن أخيها، حيث تكون القرابة من الدرجة الثالثة، ولا في البيع بين ابني عم ولا ابني خال حيث تكون القرابة من الدرجة الرابعة⁽¹⁾.

ولكن لا يتوفر المانع في بيع يكون المشتري ابناً لابن عم البائع أو العكس إذ تكون القرابة بينهما من الدرجة الخامسة فيجوز الشفعة فيه، ومد درجة القرابة إلى الدرجة الرابعة يعد توسعاً من المشرع في التضييق من الشفعة.

- **البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية:** الأصهار هم أقارب الزوجين في نفس القرابة بالنسبة للزوج الآخر، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع إلى غاية الدرجة الثانية، فأخو الزوجة أو أخو الزوج قريب من الدرجة الثانية، وأبوهما وأمهما قريبان من الدرجة الأولى، فإذا زادت درجة القرابة عن ذلك فإن الشفعة تجوز كأن يصدر بيع من الزوج لعممة الزوجة أو عم الزوجة وهو بيع بين الأصهار من الدرجة الثالثة.

أما كيفية حساب درجة القرابة فيكون بحسب ما جاء في نصوص القانون المدني المواد 32، 33، 34، 35.

ج- بيع عقار ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة: شرع هذا المانع لغرض ديني وهو غرض العبادة من وراء شراء العقار لإقامة محل عبادة جديد أو الإلحاق بمحل عبادة قائم دورة مياه أو مقصورة للإمام أو جناح يخصص للنساء، ولذا المشتري أولى بالعقار من الشفيع، ولا يقتصر الأمر في محل العبادة على الدين الإسلامي بل هو يتناول كل دين من الديانات السماوية، فيشمل المنع من الشفعة كل دور العبادة كالمساجد والكنائس وغيرها من المعابد⁽²⁾، وإذا كان الشفيع يعلم أن البيع ذكر فيه أن العقار بيع ليكون محل للعبادة للتهرب من الشفعة عندها يكون له أن يطلبها في مواعيدها ويثبت بكافة الطرق هذا التحايل.

(1) - المحمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 196675 مؤرخ في 29-03-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004، ص 251.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 449.

- عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، د ط، د ت، ص 148، 149.

ثالثاً: الشفعة عند توالي البيوع

تنص المادة 797 من القانون المدني على أنه «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 حسب الشروط التي اشترى بها».

تفترض هذه المادة عدة بيوع قد توالى على نفس العقار معنى ذلك أن المشتري قد تصرف في العقار إلى آخر ثم قام المشتري الثاني بالتصرف فيه لثالث وهكذا، ففي أي البيوع يأخذ الشفيع الشفعة؟، للإجابة عن هذا السؤال ينبغي دراسة حالتين:

الحالة الأولى: بيع العقار قبل إبداء الرغبة في أخذه بالشفعة وشهر هذه الرغبة:

إذا صدر من المشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن يتم شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في البيع الأول وبحسب ما جاء في المادة 797 أعلاه، يجب رفع دعوى الشفعة على المشتري الثاني وطلب الشفعة منه حسب عقده، حيث لا يعتبر البيع الأول موجوداً فلا تقبل دعوى الشفعة إذا رفعت على المشتري الأول وحده.

والسبب في ذلك أن كل تصرف يصدر من المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة يسري في حق الشفيع، وذلك بمفهوم المخالفة لنص المادة 806 من القانون المدني، وطالما أن البيع الثاني يسري في مواجهة الشفيع فمعنى ذلك أن البيع الأول يكون قد فسخ لأن الشفيع لم يعلن رغبته فيه بالشفعة وعلى ذلك يجب على هذا الأخير أن يأخذ بالشفعة في البيع القائم فعلاً والواقع على ملكية العقار ذاتها، وهو البيع الثاني بمواعيده وشروطه⁽¹⁾.

أما إذا توافر مانع الأخذ بالشفعة في البيع الثاني، كأن يبيع المشتري الأول إلى زوجته أو أحد أقاربه أو أصهاره مما لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة، فلا يمكن للشفيع أن يطالب بالشفعة في البيع الأول طالما أن البيع الثاني فسخ⁽²⁾.

كما أن الشفيع إذا لم يكن قد وجه إليه الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني وأراد أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني فيشترط في ذلك أن يكون هذا البيع مشهراً لأنه بالشهر يستطيع الشفيع أن يعلم بالبيع الثاني، أما إذا لم يشهر هذا البيع جاز للشفيع رفع دعوى الشفعة على المشتري الأول، أما إذا أذّر من المشتري الثاني فالدعوى ترفع على هذا الأخير.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 520.

- أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 381، 382.

(2) - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها.

الحالة الثانية: بيع عقار بعد إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة وشهرها:

نصت المادة 798 سالفه الذكر أنه: «... قبل أن تعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة...»، هذه الصياغة توحي بالتخيير بين زمنين، بين زمن إعلان الرغبة وبين زمن شهرها، وحرف "أو" يفيد ذلك مع أنهما لا يقعان في وقت واحد فالشهر يكون لاحق لإعلان الرغبة، وليس من الجائز الاحتجاج على المشتري الثاني بإعلان الرغبة المشهورة لكونه من الغير، وعليه فإن الزمن المعتبر لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو وقت شهر إعلان الرغبة.

واستعمال كلمة "شهر" بدل "تسجيل" هي الأنسب، لان البيع العقاري في القانون الجزائري يمر بمرحلتين: مرحلة التسجيل في مصلحة الضرائب لاقتطاع رسوم البيع، ومرحلة الشهر لإعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار وانتقال الملكية من البائع إلى المشتري وتتم بالمحافظة العقارية فكان الأوفق أن يصاغ النص كالتالي «... ثم باعه قبل شهر رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة».

وعليه إذا ثبت أن البيع تم بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، فإن هذا البيع لا يسري في حق الشفيع، فيأخذ بالشفعة في البيع الأول ويمضي في إجراءات الشفعة في مواجهة المشتري الأول إلى نهايتها، والشفيع إذا وجد أن شروط البيع الثاني أخف وأيسر من شروط البيع الأول، له أن يتنازل عن طلب الشفعة في هذا البيع ويتخذ إجراءات جديدة للشفعة بالنسبة للبيع الثاني بشروطه وفي مواعيده.

خلاصة القول أنه لاستحقاق الشخص الطبيعي الشفعة يستلزم أم تتوفر في شروط معينة، وإن اجتمعت في أكثر من شفيع لأسباب مختلفة، فإن الشفعة لا تثبت لجميعهم بل بحسب المراتب التي وضعها القانون لكل سبب منها، وخصص الشارع بالعقار لأنه أكثر المملوكات ضررا.

المطلب الثاني: الشفعة بالنسبة للشخص المعنوي

لقد كان لسياسة الإقطاع آثار اجتماعية واقتصادية وسياسية سيئة انعكست سلبا على التنظيم القانوني للأراضي الفلاحية التابعة للدولة، الأمر الذي أدى إلى إصدار قوانين الإصلاح لتوسيع ملكية الدولة، فكان مؤتمر طرابلس لسنة 1963 وقانون التسيير الذاتي في الفلاحة، وقانون الثورة الزراعية 1971، والميثاق الوطني ودستور 1976، كل جاء وفقا للنهج الاشتراكي المتبع آنذاك.

وأمام التغيرات الاقتصادية التي جاء بها دستور 1989 المعدل والمتمم بدستور 1996 الذي تبني صراحة الملكية الخاصة التي جعل منها مبدأ دستوريا، فصدرت مجلة من القوانين فشكلت نهجا جديدا في التنظيم القانوني للسياسة العقارية.

إلا أنه وأمام مبدأ تحرير السوق العقارية، احتفظت الدولة بإمكانية التدخل كلما اقتضت الضرورة من أجل المنفعة العمومية، وذلك بطرق متعددة كالتأميم، الاستلاء، نزع الملكية والشفعة... إلى غير ذلك.

ونخص دراستنا لمشكلة واحدة مازالت مطروحة إلى يومنا هذا، ويتعلق الأمر باستعمال الشفعة لفائدة الأشخاص المعنية، ويتم ذلك في ثلاثة فروع على التوالي، نخصص الأول لمن يثبت له الحق، نكرس الثاني لكيفية الأخذ بها، ونبين في الثالث التصرف المشفوع فيه.

الفرع الأول: صفة الشفيع

تنص المادة 71 من القانون 25/90 المؤرخ في 18-11-1990 المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25-12-1995 المتضمن التوجيه العقاري، على أنه «ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية.

وتطبق حق الشفعة المذكور، مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم. ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 78-58 المؤرخ في 26-09-1975 المذكور أعلاه».

وأقر المشرع حق الشفعة بموجب المادة 52 من ذات القانون والتي جاء في فقرتها الأخيرة «في هذا الإطار، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795...».

وأضافت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 23-11-1991، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وبضبط كفيات ذلك أنه «يمارس حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة، بموجب المادة 118 من قانون التسجيل والمادة 24 من القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8-12-1987، والمادتين 62، 71 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 12-11-1990 المذكورين أعلاه، وفق الشروط وحسب الكيفيات المقررة بموجب الأحكام والنصوص المتخذة لتطبيقها».

يتضح من هذه النصوص أن المشرع أعطى للدولة والجماعات المحلية حق ممارسة الشفعة بالنسبة للأراضي الفلاحية والأراضي العمرانية، كما لها أن تمارس الشفعة على كل الأملاك العقارية بموجب المادة 118 من قانون التسجيل.

وعلى إثر ذلك ندرس كيفية استعمال هذا الحق في الأراضي الفلاحية ثم الأراضي العمرانية (العامة، والقبالة للتعمير)، وأخيرا في الأملاك العقارية كل ضمن ثلاث فروع على التوالي:

أولا: ممارسة حق الدولة لحق الشفعة في الأراضي الفلاحية

عرفت المادة 4 من قانون التوجيه العقاري الأراضي الفلاحية أنها: «الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاج يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله»، وضبط كيفية استغلالها

القانون رقم 19/87 المؤرخ في 08-12-1987^(*)، ويتجلى استغلال هذه الأراضي بوضوح في المستثمرات الفلاحية، حيث تقوم الدولة بمنح هذه الأراضي للمنتجين في شكل حق انتفاع دائم بصفة جماعية وعلى الشيوع، وباعتبارها المالكة لحق الرقبة والمسؤولة عن المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي واستغلالها استغلالاً أمثل، لذا تقوم بمراقبة شروط منح العقار الفلاحي وحق الانتفاع فيه، ومن أهم وسائل التدخل أو آليات الرقابة للدولة هي ممارسة حق الشفعة، فكيف يتم ذلك؟، نصت المادة 62 من قانون التوجيه العقاري: « تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في 08-09-1987 المذكور أعلاه... »⁽¹⁾.

وتمارس هذه الهيئة حقها في الشفعة للحصول على الأراضي الفلاحية عن طريق مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تعرف بالديوان الوطني للأراضي الفلاحية المستحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 24-02-1996، الذي نص في مادته 05 على أنه أداة تابعة للدولة يتصرف لحسابها في تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية، وعليه هو صاحب الحق في ممارسة الشفعة الأمر الذي يجعله محل تفضيل على كل مشتري لأرض فلاحية فيحل محله، طبقاً للمادة 52 من قانون التوجيه العقاري، فيمارس الديوان هذا الحق في المرتبة الرابعة بعد صاحب حق الرقبة والشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع⁽²⁾.

وتستند الدولة في ممارسة حق الشفعة إلى صفتها كمالك للرقبة، وعليه تراقب شروط منح العقار الفلاحي وحق الانتفاع فيه، بحيث يمنع التأجير وترك الأرض بور، والاستغلال المباشر الجماعي (ولو أن الحصة يمكن التنازل عنها)، وتتداخل هذه الأخيرة عن طريق استعمال حق الشفعة وذلك في الحالات التالية:

- إسقاط حق الانتفاع وتجميع الملكية بموجب التعليمات الوزارية المشتركة رقم 7 المؤرخة في 15-07-2002 المتعلقة بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحيين بموجب القانون 87-19، الموقعة من وزير المالية والفلاحة، التي ذكرت بالشروط المتعلقة بالتنازل عن حق الانتفاع الدائم لما ضبطت كيفية ممارسة حق الشفعة من طرف الدولة، ألزمت الموثقين قبل تحرير عقد التنازل بإبلاغ مدير أملاك الدولة للولاية لتمكينه من ممارسة حق الشفعة لفائدة الدولة، ومنحت لهذا الأخير أجل 30 يوم تسري ابتداء من تاريخ استلامه التبليغ من طرف الموثق لممارسة هذا الحق أو السماح بالتنازل.
- وفاة أحد الأعضاء هنا ينتقل حق الانتفاع للورثة وعلى هؤلاء تعيين شخص آخر تتوفر فيه الشروط (فلاح، مستغل، مباشر...)، وفي حالة عدم توفر هذه الشروط اللازمة تمارس الدولة حقها في الشفعة.

(*) - يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

(1) - بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، ط1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 184.

- الجليلي عجة، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، الجزائر، دار الخلدونية، 2005، ص 213، 287.

(2) - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 108، 109.

- في حالة البيع الجبري تتدخل الدولة (بما أن حق الانتفاع قابل للحجز وبالتالي قابل للبيع)، ويكون ذلك عن طريق البيع بالمزاد العلني وعلى المشاركين أن يتمتعوا بالشروط الواجب توافرها خاصة من يرسوا عليه المزاد طبقاً للمادتين 9 و10 من القانون 19/87، وإلا تدخلت الدولة ومارست حق الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

ثانياً: ممارسة الدولة لحق الشفعة على الأراضي العمرانية

تعد السوق العقارية بنوعيتها (العقار المبني والعقار غير المبني) شرطاً من الشروط الأساسية للحصول على العقار، وقد جاء قانون التوجيه العقاري لتطبيق هذه السياسة، وتسمح الدولة والجماعات المحلية (الهيئات العمومية)، التدخل عن طريق خلق ميكانيزمات تسمح بتحقيق وتحديد الأهداف الوطنية في إطار استراتيجية العقار الحضري.

وأمام قوة الطلب على الأراضي العمرانية (العامة والقابلة للتعمير)^(*)، وقلة العرض وتلبيتها لمتطلبات سياسة التهيئة العمرانية من أجل الحصول على الأراضي ذات الطابع العمراني لإنجاز وتشيد تجهيزات عمومية أو اجتماعية، تلجأ الدولة والجماعات المحلية إلى أدوات قانونية من بينها حق الشفعة الذي يعد اللجوء إليه أمر ضروري باعتباره طريق استثنائي إلى جانب نزع الملكية، حيث يمارس على كافة الأراضي العمرانية وبدون استثناء، وذلك بواسطة وكالات التسيير والتنظيم العقاري الحضري، المستحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 22-12-1990 المحدد لقواعد وكالات محلية للتسيير والتنظيم، وقد خص الجماعات المحلية دون الدولة بإنشاء الوكالات العقارية، في حين تبقى الدولة صاحب حق الأخذ بالشفعة، وتمارس مباشرة عن طريق مديريات أملاك الدولة في الولايات، وذلك في مرتبة سابقة على الشفعاة المذكورين في المادة 795 من القانون المدني⁽²⁾.

وقد كرسّت المادة 71 من قانون التوجيه العقاري استثناء هاماً على أحكام الشفعة، حيث أعطى هذا الحق إلى الدولة والجماعات المحلية، حتى ولو لم تكن مالكة الرقبة ولا للانتفاع وحتى ولو لم تكن مالكة للعقار المشفوع فيه، كما أنها لا تمارس الشفعة إلا لتوافر الحاجة العامة، فمفهوم المخالفة إذا لم تكن هناك حاجة عامة تستدعي الأخذ بالشفعة لا يكون للدولة ممارستها، وإلا جاز للمشتري طلب إبطالها.

(1) - عمر حمدي باشا وويلمي زروقي، المنازعات العقارية على ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 118 وما بعدها.

(*) - « الأراضي العامة: هي كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية ومشمولات تجهيزاتها وأنشطتها، ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية، أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع بنايات»، المادة 20 من قانون التوجيه العقاري.

- « الأرض القابلة للتعمير: في مفهوم هذا القانون هي كل القطع الأرضية المخصصة في أجل معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير»، المادة 21 من قانون التوجيه العقاري.

(2) - سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة، 2003، ص 250، 251.

- أحمد خالد، المرجع السابق، ص 105، 109.

وقد تستفيد الدولة والجماعات المحلية من الأراضي التي تفقد طابعها الفلاحي تطبيقاً لأدوات والتعمير في تنمية النسيج العمراني وذلك باستعمال حق الاسترجاع الذي جاءت به المادة 53⁽¹⁾، وقرار الاسترجاع يتخذه الوالي بعد أخذ رأي المجلس الشعبي الولائي، وفي حالة الاسترجاع تمنح قطع أرض أخرى للمستفيدين أو تعويضهم عن حق الانتفاع نقداً، تعويضاً يكون منصفاً قبلي وعادل، كما في حالة نزع الملكية المادة 20 من الدستور، وتتولى الدولة بيعها أو إنجاز مشاريع تنمية عليها.

ثالثاً: ممارسة الدولة لحق الشفعة على كل الأملاك العقارية

للدولة حق استعمال الشفعة على كل العقارات حسب ما ورد في المادة 118 من قانون التسجيل وتعميم فائدتها، فإن حق الشفعة موجود في عدة نصوص مختلفة:

1- استعمال الشفعة لفائدة الخزينة العمومية: تنص المادة 118 من قانون التسجيل على أنه « تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو زبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف من دفع مبلغ هذا الثمن مزاد فيه العشر لذوي الحقوق، وذلك فضلاً عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 من هذا القانون وخلال أجل عام واحد ابتداء من تسجيل العقد أو التصريح، ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط أو بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة».

هذه المادة تضمنت تأسيس لفائدة الخزينة العامة للدولة، فبموجبها يحق للدولة أن تدفع ثمن البيع المصرح به في العقد المزاد عليه نسبة العشر، وتأخذ العقار أو المحل التجاري إذا كان الثمن المصرح به في العقد غير حقيقي، لكن المادة بقيت مجمدة في قانون التسجيل إلى غاية 1994، حيث نشرت المديرية العامة للضرائب إعلان في الجرائد الوطنية جاء فيها على الخصوص «... لقد قررت الإدارة الجبائية تطبيق نص المادة 118»، ثم صدرت تعليمة عن المديرية العامة للضرائب تبين كيفية تطبيق الشفعة الواردة في قانون التسجيل⁽²⁾.

من الملاحظ أن نص المادة 118 واضح وواجب النفاذ، لذا فصدور الإعلان في الجريدة الرسمية والتعليمة التي تنص على تقرير تطبيق القانون بع 18 سنة يعد مخالفاً للقانون نصاً، ويمكن إرجاع عدم تطبيق هذا النص إلى صعوبة تطبيقه في الميدان لكثرة التصريحات غي الحقيقية الناجمة عن ارتفاع نسبة الضريبة على فوائض القيمة ورسوم التسجيل والشهر وأمام التصريح غير الحقيقي بسعر البيع تقوم مديرية الضرائب وباستعمالها حق الشفعة التي يمكن اعتبارها وسيلة عقابية إن صح التعبير بدفع نسبة 10% وتكسب العقار ثم يبيعه بالمزاد العلني، إلا

(1) - قانون رقم 02/97 المؤرخ في 31-12-1997، المتضمن قانون المالية، 1998.

(2) - علاوة بوتغرار، استعمال حق الشفعة لفائدة الخزينة العمومية، مجلة الموثق، ع4، نوفمبر 2001، ص 14.

انه لا يمكن للخرينة أن تتحول إلى شفيح دائم، وعليه فكان يجب الانتباه إلى أسباب هذا الأمر والقيام بتخفيض نسبة الرسوم والضرائب وإجبار إيداع الثمن لدى الموثق، حتى يقبل الناس على التصريح الحقيقي لمبالغ المعاملات والحد من التعاقد العربي، وتجنب العدالة النزاعات القائمة في هذا الجانب.

2- الشفعة الممارسة من قبل الدولة على تصرفات الأجانب في ملكيتهم العقارية:

يكون استعمال الشفعة اختياريا، غير أن المرسوم رقم 344/83 المتضمن لحرية المعاملات قد جعل من تدخل الدولة إجباريا، أي أنها ليس لها حرية الخيار في الحلول محل المشتري فهي مجبرة على التدخل التلقائي لشراء العقار الأجنبي، ثم تتنازل لفائدة المواطن الذي يحتل العقار محل المعاملة، فهي همزة وصل لنقل الملكية العقارية من الأجنبي للمواطن الجزائري.

وتماشيا مع الإصلاحات المعلن عنها في قانون 25/90 صدرت تعليمة وزارية رقم 172 بتاريخ 01-09-1991، وضعت حلا لاقتناء الدولة المباشر لجميع العقارات المراد التصرف فيها من قبل أصحابها الأجانب معلنة بذلك عن مبدأ جديد متمثل في حق حرية الأجانب في التصرف في ملكيتهم العقارية لمن يريدون، غير أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء هام هو خضوع الأجانب لطلب الترخيص المسبق من الوالي من أجل التصرف في ملكيتهم.

وقررت التعليمة بأن تحديد ثمن العقار يكون على أساس القيمة التجارية في حالة رغبت الدولة في استعمال الشفعة لاكتساب العقار، ويتم تحديد هذه القيمة من قبل مصلحي الأملاك الوطنية والضرائب، إذ بع أن يتلقى مدير الضرائب إخطار الوالي بإجراء التقييم للعقار محل التصرف، يقوم في خلال خمسة أيام بالتقرب من مصالح الأملاك الوطنية، من أجل التشاور لتعيين الموظفين الذين تسند لهم مهمة التقييم على أن لا تتعدى مهمتهم عشرون (20) يوما من تاريخ التكليف.

وبعد التقييم يتم في مدة خمسة عشر يوما الموالية لإرسال تقرير بالمهمة المنجزة إلى الوالي الذي تكون له سلطة التقدير في استعمال الشفعة على أن لا يتعدى رد الوالي على الطلب المقدم مدة أربعة أشهر⁽¹⁾.

إضافة إلى ما ذكر وتعميما لفائدة الشفعة فإن هذا الحق موجود في عدة نصوص أخرى، نذكر منها:

- حق الشفعة المقرر في المادة 02/216 من قانون الصحة العمومية رقم 05/85 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06-07 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي يقضي بحق الدولة في الشفعة إذا بيعت المحال التي تمارس فيها العيادات الاستشفائية الخاصة.

- حق الشفعة المقرر للعمال الأجراء في حالة التنازل عن المؤسسة في إطار عمليات الخصخصة، حيث أدرجت الشفعة ضمن الوسائل التي ينال بواسطتها العمال بعض حقوقهم، سواء تعلق الأمر ببيع أسهم المؤسسات، أو تعلق ببيع كلي أو جزئي لأموال المؤسسة وملحقاتها المادتين 37 و46 من قانون الخصخصة.

(1) - سماعين شامة، المرجع السابق، ص 68.

- حق الشفعة المقرر للوكالة الوطنية للتنمية السياحية المستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 21-02-1998، وأسندت لها صلاحية المحافظة على مناطق التوسع السياحي وترقيتها لأجل الاستثمار. وفي هذا الإطار ومن اجل تحقيق هذه الغاية، فإن الوكالة مخولة قانونا بممارسة حق الشفعة على كل عقار يكون موضوع تصرف إداري بعوض أو بدون عوض طبقا لأحكام المادة 04 من الأمر 62/66 المؤرخ في 26-03-1966 والمتعلق بالمناطق والأماكن السياحية.

وعلى إثر ذلك كيف تستعمل الدولة حقها في الأخذ بالشفعة؟ .

الفرع الثاني: كيفية الأخذ بالشفعة بالنسبة للشخص المعنوي

رأينا فيما سبق أن جميع التصرفات المنصبة على الملكية العقارية الفلاحية منها والحضرية تكون خاضعة لممارسة حق الشفعة من قبل الهيئات العمومية، عندما ترد على انتقال الملكية العقارية بعوض أي البيوع بمختلف أنواعها، منها ما تكون ذات طبيعة شبيهة بعقد البيع، كالبيع مقابل إيراد مدى الحياة والرهن المتعلق بوفاء عيني بدين مبادلة، وبيع بالمزاد العلني مالم يكن القانون قد أوجب ذلك البيع، ويتم ذلك بتوافر شروط معينة وتحت إجراءات خاصة.

أولا: شروط الأخذ بالشفعة عند الشخص المعنوي

يتبين من أحكام القانون المدني والقانون رقم 19/87 أنه لا يمكن ممارسة حق الشفعة إلا بتوافر شرطين:

1- وجود تنازل عن طريق البيع من أحد المستفيدين العمال المنتمين للقطاع الفلاحي، وبالتالي لا تجوز الشفعة في الهبة والوصية أو المقايضة أو انتقال الحصة عن طريق الميراث أو البيع بين الأصول أو الفروع في حالة توفر صفة الفلاح فيهم.

2- وجود شفيع وهو الدولة المالكة لحق الرقبة، وصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

وإن كانت المادة 795 من القانون المدني تدخل الشريك في الشيوخ ضمن الأشخاص الذي لهم الحق في الشفعة، فإن المادة 2/9 من القانون 19/87 لا تجيز ذلك، إذ أنها لا تسمح للمستفيد الحصول على أكثر من حصة واحدة، ولا الانضمام إلى أكثر من جماعة واحدة.

ومع ذلك فقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك توسيعا منه لممارسة حق الشفعة، أقر شفعة الجار في الأراضي الفلاحية محل التصرف بموجب نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري الذي يقضي بأن «يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري».

ثانياً: إجراءات الأخذ بالشفعة عند الشخص المعنوي

تنص المادة 55 من القانون 90-25 على أنه: «تنجز المعاملات العقارية التي تنص على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية...».

وعليه وقبل أن يتم البائع والمشتري عقدهما في شكل رسمي، يكون كل منهما ملزماً بتقديم تصريح على نيتهما بالتعاقد إلى كل من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إذا كان العقار محل التصرف فلاحياً أو إلى الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري المختصة، إذا كان العقار حضرياً.

ويتم التصريح بنية التصرف في شكل رسمي يتضمن هوية كل من البائع والمشتري، موقع مساحو الأرض موضوع التصرف، والتمن المتفق عليه ويتكفل الموثق بتحريره وتبليغه لمدير أملاك الدولة للولاية حتى يتمكن هذا الأخير من طلب ممارسة حق الشفعة لفائدة الدولة، وذلك بعد استشارة المديرين الولائيين المكلفين بالفلاحة والتعمير، وعليه أن يبلغ الموثق بالقرار المتخذ في أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من تاريخ استلام التصريح، والموثق ملزم بأن يدرج الجواب الذي أفاده به مدير أملاك الدولة في هذا المجال.

وعلى الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى الموثق في أجل ثلاثين يوماً، تبدأ من تاريخ الإعلان الذي يوجهه إليه الموثق، ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي وإلا كان باطلاً طبقاً للمادة 801 من القانون المدني، وكما يجب على الهيئة المؤهلة لممارسة حق الشفعة باسم الدولة، أن تودع الثمن والمصاريف لدى الموثق محرر العقد خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ويكون الإيداع قبل رفع الدعوى.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للهيئة المعنية أن تغير من الثمن المتفق عليه بين البائع والمشتري، وذلك خروجاً على قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني وفقاً للحالتين التاليتين:

1- قبول الهيئة المعنية بالثمن المحدد في التصريح بنية التصرف، وفي هذه الحالة ينعقد بين البائع والهيئة المعنية بإبرامه في شكل رسمي.

2- قبوا الهيئة المعنية العرض مبدئياً، غير أنها تعرض ثمن أقل من المصرح به وفي هذه الحالة:

أ- إما أن يقبل العرض فيعقد العقد ويبقى على الأطراف إفراغه في شكل رسمي.
ب- وإنما أن يرفض البائع العرض ويبقى على الهيئة العمومية أن تلجأ إلى القضاء لتحديد ثمن العقار المعروض⁽¹⁾.

فإن اعتمدت الهيئة العمومية الإجراءات المشار إليها واحترمت الآجال، فإنه يترتب على ثبوت الحق في الشفعة والأخذ بها انتقال ملكية حق الانتفاع إلى الدولة، وبذلك تحل محل المشتري في الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في القانون رقم 19/87، وتصبح الدولة بذلك مالكة للعقار ملكية تامة.

(1) - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 103،98.

وفي حالة مخالفة البائع والمشتري أحكام الشفعة هو أن كل معاملة عقارية تمت على أراضي فلاحية ولم يتم فيها احترام التصريح بنية التصرف من قبل الأطراف المتعاقدة تكون باطلة عديمة الأثر تجاه الهيئة العمومية التي يمكنها طلب إبطال التصرف والحلول محل المشتري بأثر رجعي، على أن يدفع الثمن عادلا وفقا لأحكام المادة 56 من قانون التوجيه العقاري والتي تنص على أن: « كل معاملة تمت بخرق 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».

الفرع الثالث: التصرف المشفوع فيه

ينقسم العقار محل المطالبة بحق الشفعة إلى نوعين: العقار الفلاحي والعقار الحضري.

1- العقار الفلاحي⁽¹⁾:

تكون الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة في شكل مستثمرات فلاحية وذلك لاستغلالها كقاعدة عامة جماعيا، لذا يجب التفريق بين الأراضي غير المبنية والأراضي المبنية.

أ- الأراضي غير المبنية: وهي جميع الأراضي العارية المخصصة للنشاط الفلاحي مهما كان صنفها أو طبيعتها، ونستثني من ذلك كل أرض تم تغيير طابعها الفلاحي قبل التصرف فيها حتى وإن استمر استغلالها في الفلاحة، وعادة ما تكون تلك الأراضي على ضفاف المناطق الحضرية، وكل أرض ملحقة مباشرة بعقار غير فلاحي كالحداثق والبساتين العائلية، وكل أرض مستعملة كمساحة غابية أو مخصصة لأجل استغلال المناجم والمقالع، فهذه الاستثناءات لا يمكن ممارسة حق الشفعة فيها.

ب- الأراضي المبنية: هي كل أرض أقيم فيها مبنى أو منشأة بقصد السكن أو ملحقاته وكل منشأة رصدت لخدمة عقار المستثمرة الفلاحية الجماعية، تلك التي لها أهمية بالغة في عملية استغلال الأرض، وفي حالة ما إذا عرضت المستثمرة الفلاحية للبيع فإن ذلك يشمل الأرض والمباني المتواجدة فوقها، فحق الشفعة يستعمل على كامل المستثمرة.

أما إذا تم عرض المباني منفصلة على الأرض، فيمكن ممارسة حق الشفعة على كل التجهيزات والمباني المعروضة للبيع، فيما عدا المباني المخصصة للسكن والتي يكون التصرف فيها حرا، ولا يجوز ممارسة حق الشفعة فيها، إلا إذا تم عرضها للبيع بمفردها.

2- العقار الحضري: كثيرا ما تكون الأراضي في المناطق الحضرية المبنية أو تكون ملحقة بالبناء، ونظرا لكثرة الطلب على الأراضي العمرانية وقلة العرض كما سلف الذكر فإن اللجوء إلى استعمال حق الأخذ بالشفعة يصبح ذا أهمية، لأنه يمارس على جميع الأراضي العمرانية بدون استثناء، وذلك في مرتبة سابقة على الشفعاء المشار إليهم في المادة 795 من القانون المدني.

(1) - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 106، 105.

ويستعمل حق الشفعة بصفة أفضل إذا تم تحديد المناطق الخاضعة له لعدم وجود التكافؤ بين العرض والطلب للأراضي العمرانية، ويمكن حصر هذه الأخيرة في المناطق المتواجدة بوسط المراكز الحضرية ذات المواقع الاستراتيجية نظرا لحيوية النشاط الاجتماعي والاقتصادي بها، كذلك المناطق الواقعة على أطراف المدن فهي مناطق حساسة تستقطب اهتمام المتضارين الذين يلجؤون للاستثمار بشرائها تحسبا للتوسع العمراني المرتقب⁽¹⁾.

يمكن ختام الشفعة بالنسبة للشخص الاعتباري بما لا تجب فيه هذه الأخيرة:

- البيع مقابل إيراد مدنى الحياة، إذا كان المقابل يتمثل كله أو جزؤه الأكبر في خدمات عينية.
- تقديم العقار كحصة في شركة.
- كل تصرف يتم على أساس التبرع، الهبة والقسمة.
- التنازل عن ملكية الرقبة لصاحب حق الانتفاع.
- نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.
- إذا وقع البيع في الأسرة الواحدة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
- إذا كان القصد من بيع العقار بناء محل للعبادة أو ملحقاته.

(1) - سماعين شامة، المرجع السابق، ص 249.

نلخص مما سبق ذكره إلى أن الفرق بين الشفعة المرتبطة بالشخص الطبيعي والشفعة المرتبطة بالشخص المعنوي واضح ومن عدة جوانب:

فالأولى مقررة لحماية مصالح أشخاص القانون الخاص من دخول الأجنبي إلى الشبوع وإبقاء الملكية داخل العائلة الواحدة وتجميع شتات الملكية، وهؤلاء الأشخاص ليسوا بحاجة إلى تبرير رغبتهم في الحلول محل المشتري الأصلي.

أما الثانية فهي مقررة لفائدة الأشخاص العمومية، فهي تمكنهم من التحكم في المعاملات العقارية وتفادي أي ارتفاع غير طبيعي في الأسعار، إلا أن العمل بها جد ضئيل لذا فهي تلعب دوراً تهيدياً وقائياً. أما عن المنازعات بين الدولة والأفراد فتكون الشفعة من اختصاص القضاء العادي إن أسسها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، لأنه مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وليس مؤسسة ذات طابع إداري. أما إذا تأسست وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري في ممارسة حق الشفعة فإن القضاء الإداري هو المختص لأنها تنشأ على مستوى البلدية والولاية ولها طابع إداري.

الفصل الثاني

إجراءات الشفعة وآثارها

إذا وقع بيع العقار الذي تجوز الشفعة فيه، وتوافرت شروط الأخذ بها، فقد يمتلك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد الأمرين:

إما بالتراضي متى سلم المشتري للشفيع بالشفعة، فيحل هذا الأخير محل المشتري في عملية البيع، ومتى حصل ذلك أبرم عقد البيع، وشرع في اتباع الإجراءات الناقله لملكية العقار المشفوع فيه للشفيع. وغما بحكم القضاء، وذلك باتباع إجراءات معينة ودقيقة باعتبار أن الشفعة تقوم على أساسها، حتى يصل إلى تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة.

وسواء أكان تملك العقار المشفوع فيه بالتراضي أو بالتقاضي، فعقد البيع الناشئ بين البائع والشفيع تنتج عنه آثاره، فيكون بذلك الشفيع هو الدائن المباشر للبائع بحقوق المشتري ومدينا مباشرة للبائع بالتزامات المشتري.

وتبعاً لهذه المعطيات المقدمة، فقد قسمنا فصلنا هذا إلى مبحثين، نعالج في الأول أهم الإجراءات المعمول بها في الأخذ بالشفعة، ونبين في الثاني آثار الشفعة في البيع العقاري.

المبحث الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة

الشفعة رخصة يحق للشفيع استعمالها أو عدم استعماله، فلا يكره عليها ولا تجوز إلا في العقار وبتوافر شروط الأخذ بها، جاز للشفيع استعمالها أو عدم استعماله، فلا يكره عليها ولا تجوز إلا في العقار وبتوافر شروط الأخذ بها، جاز للشفيع طلب أخذ العقار المشفوع فيه. ومن الثابت شرعا وقانونا أن الشفعة تؤخذ إما بالتراضي^(*)، إذا ما تنازل المشتري عن العقار المبيع لصالح الشفيع، فيحل هذا الأخير محله في عملية البيع دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية، وإما بالتقاضي إثر نشوب نزاع بين المشتري والشفيع حو أحقية كل منهما في تملك العقار المشفوع فيه، وفي هذه الحالة يتعين على الشفيع إتباع إجراءات معينة حتى يصل إلى تملك العقار المبيع بالشفعة قضاء. وقد راعى المشرع في وضعه لهذه الإجراءات، ما يمثله حق الشفعة كقيد على مبدأ سلطان الإرادة، يتضمن معنى نزع ملك المشتري جبرا عنه بحكم قضائي، لهذا يعتبر عقدا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة. لذا حددت هذه الإجراءات بصفة دقيقة وبمواعيد قصيرة، حتى لا يظل المشتري مهددا في ملكه، وقد ترتب على عدم إنجازها في مواعيدها المحددة سقوط الحق في الشفعة. هذا مجملا أما تفصيلا سنتعرض لكل إجراء على حدى ضمن مطلبين اثنين، نخصص الأول منهما للتصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن لدى الموثق، أما الثاني فقط ضمن دعوى الشفعة وثبوت الحق فيها.

المطلب الأول : التصريح بالرغبة وإيداع الثمن

نصت المادة 799 من القانون المدني على أنه: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك». نعلم أن الحق في الشفعة يثبت بالتراضي، وكثيرا ما يؤخذ بهذا الأخير، لذا حدد له القانون بما يتماشى وما جاء في الشريعة الإسلامية إجراءات خاصة وبمواعيد محدودة يجب احترامها، أول هذه الإجراءات هو ما يعرف بالإنذار، أو ما يطلق عليه البداية المحتملة لإجراءات الشفعة، الغاية منه هو إخبار الشفيع بوقوع البيع، وبداية سريان ميعاد الثلاثين يوم المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، لذا سنحاول معرفة فحوى هذا الإنذار في الفرع الأول، ونبحث في الفرع الثاني التصريح بالرغبة، ثم نبين كيفية إيداع الثمن والمصاريف في الفرع الثالث.

(*)- مع أن نص المادة 799 وما بعدها من القانون المدني لم ترد فيه إشارة خاصة لهذا المعنى (التراضي).

الفرع الأول: الإنذار الرسمي

ذكر المشرع هذا الإجراء في نص المادة 799 من القانون المدني، ولم يحدد فيها شكلية معينة له، وهذا ما نستقرئه كذلك من قراءة نص المادة 800 من القانون المدني، حيث حددت البيانات الواجب ذكرها فيه تحت طائلة البطلان، إذ جاء فيها: «يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.
- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً تبعاً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799...»
- وعليه فإن إجراءات الشفعة تفتتح عادة بمذاق الإنذار الرسمي، الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع ليبيد رغبته في الأخذ بالشفعة عن طريق الإعلان الرسمي لكل من البائع والمشتري في أجل ثلاثون يوماً من تاريخ الإنذار.

هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية: «المادة 799 من المقرر قانوناً أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذاراً إلى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون»⁽¹⁾.

ويوجه الإنذار من البائع والمشتري، وإذا وجه أحدهما فهو يغني الآخر عن ذلك، وفي حالة تعدد الشفعاء وجب أن يوجه الإنذار إلى كل واحد منهم، سواء أكانوا من طبقة واحدة أم من عدة طبقات، حيث قد يتخلل الشفعاء المتقدمون عن شفعتهم فيأخذها الشفيع الآخر⁽²⁾، فما هي البيانات التي يشمل عليها الإنذار؟ .

لقد أجابت المادة 800 من القانون المدني عن هذا التساؤل بوجوب شمول الإنذار على بيانات محددة هي:

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 64331، المؤرخ في 30-04-1990، المجلة القضائية، ع2، 1991، ص 28.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 1982، ص 436.

أولاً: بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً

ويكون ذلك بتعيين العقار بصورة كافية نافية للجهالة، نقطة يجب الوقوف عندها حيث تختلف عناصر التعيين باختلاف موقع العقار المعين⁽¹⁾، أي يكون العقار واقع في منطقة ممسوحة أو غير ممسوحة، ريفياً كان أو حضرياً.

1- تعيين العقارات في المناطق الممسوحة: أوضحت المادة 66 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المعدل بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 13-09-1980 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19-05-1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، العناصر الأساسية الواجب توافرها لتعيين العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة وهي:

أ- تحديد طبيعة العقار: لما له من أهمية بالغة لتعرضه للتعديلات والتغيرات الخارجية.

ب- تحديد البلدية التي يقع فيها العقار: بموجبه يمكن تحديد القيمة التجارية للعقار، الجهة المختصة في حالة وجود نزاع، وفي التعيين يجب مراعاة التقسيم الإقليمي للبلاد⁽²⁾.

ج- رقم مخطط المسح: فهو يعكس التمثيل البياني لإقليم البلدية، وكل التفاصيل المتعلقة بالمكان المسمى. ضف إلى ذلك قسم مخطط المسح، ومحتوى وثائق مسح الأراضي بالنسبة للعقود والوثائق الخاضعة لعملية الشهر، هذا بما يتماشى ونظام الشهر العيني.

2- تعيين العقارات في المناطق غير الممسوحة: وفقاً للأحكام الانتقالية التي وضعتها المشرع الجزائري، تحدد معالم تعيين العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة التي تختلف باختلاف المناطق الريفية أو الحضرية.

أ- تعيين العقارات الريفية غير الممسوحة: يكون ذلك بتبيين نوع العقار، موقعه، محتوياته، والعودة إلى المخططات النظامية المحتفظ بها لدى مصالح مسح الأراضي، والموجودة منذ الفترة الاستعمارية، وأحياناً توجد عقارات ريفية مساحتها غير محددة، الأمر الذي يستوجب إعداد مخطط من قبل خبير عقاري طبقاً لنص المادة 703 من القانون المدني بنصها على: «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما».

ب- تعيين العقارات الحضرية غير الممسوحة: العقارات الحضرية بحسب ما جاء في نص المادة 21 من المرسوم رقم 63/76، العقارات المبنية وغير المبنية والمرقمة بصفة نظامية، والواقعة في المناطق السكنية التابعة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة، ضف إلى ذلك ذكر اسم البلدية، الشارع الواقعة فيه، الرقم، طبيعة العقار، ومساحته⁽³⁾.

(1) - المواد 21، 27، 67 إلى غاية 71، 114 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

(2) - القانون رقم 84-09 المؤرخ في 04-02-1984، المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، الجريدة الرسمية، عدد خاص، ص 139.

(3) - خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية الحفظ العقاري في التشريع الجزائري، الجزائر، قصر الكتاب، 2001، ص 69.

هذا في انتظار تعميم نظام الشهر العيني المحدث بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري عبر جميع التراب الوطني.

ثانيا: بيان الثمن الذي يبيع به العقار والمصاريف الرسمية

ويقصد منه الثمن المصرح به في العقد، إضافة إلى المصاريف التي تطلبها تحريره أي حقوق التسجيل، ومصاريف الشهر العقاري، أتعاب الموثق، الطوابع، والرسم على القيمة المضافة، وغيرها من المصاريف الواجبة الأداء.

وفيما يخص المصاريف الأخرى، فقد ذهب السنهوري إلى أنه ليس من الواجب ذكرها، وتكون محل مطالبة على حدة، شريطة أن يقيم المشتري الدليل عليها وفقا للقواعد المقررة للإثبات⁽¹⁾، والمطالبة بها أثناء سير الدعوى لا يبطل الإنذار، كما لا يجوز الدفع بعدم قبولها.

ثالثا: بيان شروط العقار المشفوع فيه

وهي الشروط الجوهرية التي يتوقف الشفيع أمامها ليقدر ما إذا كان سيأخذ بالشفعة أو يتركها، كونه سيلتزم بهذه الشروط إذا حل محل المشتري، فإن وجدت ولم يتضمنها الإنذار الرسمي أدى ذلك إلى بطلانه، مثلا: احتواء عقد البيع على شرط واقف أو شرط فاسخ... إلى غير ذلك من الشروط التي تجعل الشفيع يعيد النظر في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

رابعا: 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 الموطن أن يكون محل الإقامة، إذ يمكن أن يكون عاما أو خاصا أو مختارا وهذا على حسب عموم النص، وهو ما قدره القضاء المصري وأيده بعض الفقه أيضا⁽³⁾.

خامسا: يجب أن يكون الإنذار بإبداء الرغبة رسميا

يجب أن يكون الإنذار رسميا يتم على يد محضر قضائي، وذلك لأن الإخطار الشفوي أو البريدي (خطاب موصى عليه مع العلم بالوصول) غير كاف، لأننا بصدد بيع عقار، بموجب وثيقة رسمية يتولاها ضابط عمومي محلف، تتسم أعماله بالطابع الرسمي⁽⁴⁾، ويضفي عليها القانون قوة السلطة العامة.

سادسا: يوجه الإنذار الرسمي إلى موطن الشفيع

يوجه الإنذار الرسمي إلى الشفيع في مقر إقامته عادة لا في المكان الذي يباشر فيه إدارة أعماله المتعلقة بالتجارة أو الحرفة.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 626.

(2) - أنور طلبية، مرجع سابق، ص 313، 314.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص 87.

(4) - القانون رقم 91-03 المؤرخ في 08-01-1991، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، المادة 5 منه.

سابعاً: ذكر أجل ثلاثين يوماً

وفقاً لما جاء في المادة 799 من القانون المدني الجزائري قدرت ب (30) يوماً تسري ابتداءً من تاريخ التبليغ بالإندار، يزداد عليها مدة المسافة إن لزم الأمر ذلك، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في أحد قراراتها، والذي جاء فيه: « من المقرر قانوناً أنه على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإندار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن كلا من البائع والمشتري لم يوجها إندار إلى الطاعن، مما جعل حقه في الشفعة يظل قائماً، 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 الإندار، 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 إنداره أساساً لا يحول دون أن يعلن رغبته بمجرد علمه بالبيع الحاصل، دون الحاجة إلى انتظار الإندار.

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

أما بالنسبة لحق الدولة في الأخذ بالشفعة، فإن الإجراءات المتبعة في ذلك لا تخرج عن القواعد العامة، فقد نصت المادة 55 من القانون 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 تصريحاً رسمياً على نيتهما بالتعاقد - قبل إبرام تصرفهما - إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إذا كان العقار فلاحياً، أو إلى الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري المختصة، إذا كان العقار محل التصرف حضرياً⁽³⁾، وجزء مخالفة البائع والمشتري أحكام الشفعة، هو أن تكون باطلة وهدية 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 ثمناً عادلاً وفق أحكام المادة 56⁽⁴⁾ من القانون 25/90.

(1) - المحكمة العليا، القرار رقم: 130145، المؤرخ في: 1995/07/12، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 02، ص 28.

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

(1) - سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 251.

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

الفرع الثاني: التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

تقضي الفقرة الأولى من نص المادة 801 قانون مدني بأنه «يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا».

لقد جعل القانون المدني من إعلان الشفيع للرغبة في الأخذ بالشفعة، إجراء جوهريا وجب المبادرة باتخاذها قبل رفع دعوى الشفعة، ومن استقراء الفقرة المذكورة أعلاه، نجد المشرع قد وضع شروطا محددة حصرها في شكل الإعلان، والأشخاص الذين يوجه إليهم، والميعاد الذي يتم الإعلان فيه، وذلك على النحو التالي:

أولا: شكل إعلان الرغبة

إعلان الرغبة يجب أن يكون بعقد رسمي، أي عقد موثق مثبت التصرف، يقوم الموثق بتحريره وإخضاعه للشكليات القانونية، يصرح الشفيع من خلاله أنه يبدي رغبته المؤكدة في استعمال حق الشفعة قصد شراء العقار، بغرض الحلول محل المشتري طبقا للثمن المصرح به في صلب العقد التوثيقي، مستندا في ذلك إلى البيانات الواردة في الإنذار الرسمي الذي وجه له من قبل البائع أو المشتري، كما يجب أن يعلن هذا العقد عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17-10-1982 إذ جاء فيه: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط»⁽¹⁾.

وفي حالة ما إذا تم الإنذار أو لم يتم، إذ لم يسبق هذا الأخير الإعلان بالرغبة، فالشفيع له أن يستمد البيانات من الشهر العقاري إن كان العقد مسجلا، وفي حالة عدم تواجد الإنذار أو تسجيل سابق، فعليه أن يتقضى عن المعلومات اللازمة للإعلان بنفسه، وهنا يسقط حق الشفعة كون أن الإنذار لم يعلن والعقد لم يسجل وهي حالة نادرة الحصول، وإذا علم الشفيع بوقوع البيع من مصدر غير رسمي فإنه يبقى محتفظا بحقه في الأخذ بالشفعة إلى أن يصدر منه تنازل ولو ضمني، أو يعلن عن رغبته إلى كل من البائع والمشتري⁽²⁾.

وإعلان الرغبة الرسمي يكون بعقد توثيقي خاضع للتسجيل والشهر العقاري، وهو الذي تفتتح به إجراءات الأخذ بالشفعة.

(1) - حمدي عمر باشا، القضاء العقاري، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 182.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 646.

- أنور العمروسي، الوافية في شرح القانون المدني، ج5، القاهرة، دار العدالة، ص 638، 639.

ثانيا: الأشخاص الذين يوجه إليهم إعلان الرغبة

جاء نص المادة 799 صريحا «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري...»، بمعنى أن إعلان الرغبة يوجه إلى كل من البائع والمشتري معا وإلا سقط الحق في الشفعة، فإذا أعلن البائع دون المشتري أو أعلن البائع في الميعاد القانوني والمشتري بعد فواته عد الإعلان باطلا، ويفهم من هذا أنه لا يلزم إعلان الرغبة لكل من البائع والمشتري في نفس الوقت، المهم إعلانهما خلال الميعاد المحدد قانونا، وجاز لمن وصله الإعلان متأخرا أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة كونها حق لا يتجزأ. أما إذا كان الإعلان ناقصا فمن حق الشفيع أن يكمله بطلب لاحق ويعلن مضمون هذا الأخير إلى كل من البائع والمشتري في الميعاد القانوني.

والقاعدة ذاتها يمكن تطبيقها في حالة تعدد الباعين أو المشتريين أو تعددهم معا، فسقوط الشفعة بالنسبة للفرد الواحد يسقطها بالنسبة للآخرين الذين أعلنوا إعلانا صحيحا.

ويجب على الشفيع إعلان رغبته إلى كل من الباعين والمشتريين في موطنهم⁽¹⁾، أي مكان الإقامة وليس مكان العمل مهما كان (تجارة أو حرفة)، وفقا لنص المادة 36 من القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20-06-2005 من القانون المدني حيث جاء في نصها: «موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود مقر سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت».

نعلم أن الأخذ بالشفعة تصرف قانوني أحادي، أي يقوم به الشفيع بإرادته المنفردة، وبتكلمنا عن هذه الأخيرة نجد أنفسنا أمام نقطة الأهلية، أي الأهلية الواجب توافرها في الشفيع.

كما سبق القول الشفعة مصدر من مصادر اكتساب الملكية، والأخذ بها يعد من أعمال التصرف، فالأهلية الواجب توافرها هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة، وطبقا لنص المادة 40 من القانون المدني، على الشفيع أن يكون كامل الأهلية (19 سنة كاملة)، وغير محجور عليه لمباشرة حقوقه المدنية، واتباع الإجراءات القانونية التي حددها المشرع عن طريق إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يجوز للقاصر أن يطالب بالشفعة؟ .

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الصغير له حق المطالبة بالشفعة، ويطلبها وليه، فإذا أخذ هذا الأخير بها لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ مراعاة لمصلحته⁽²⁾.

أما في القانون المدني لم يرد ذكر هذه الحالة، فهل يحق لوالد القاصر أو المحجور عليه الأخذ بالشفعة دون أن يستأذن القاضي في ذلك؟ .

(1) - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 173، 271.

(2) - الخواص الشيخ العقاد، المرجع السابق، ص 102 وما بعدها.

حالات استئذان القاضي ذكرت على سبيل الحصر في نص المادة 88 من قانون الأسرة⁽¹⁾، أضيف إلى ذلك أن الشفعة تزيد من الذمة المالية للقاصر، فهي إثراء وليس افتقار، فالأب والأم من بعده أحرص الناس على مصلحة الابن القاصر⁽²⁾.

ويرى السنهوري في هذه النقطة أن القاصر أو المحجور عليه، لوليه أو وصيه طلب أو إعلان الرغبة في الشفعة بدلا عنه بإذن أو بدون إذن المحكمة، لأنه عمل من أعمال الإثراء لا الافتقار، وهو الرأي الراجح من حيث المنطق.

وتجدر الإشارة كذلك إلى الحالة التي يوكل الشفيع فيها شخصا للأخذ بالشفعة بدلا منه وهنا نفرق بين الوكالة العامة والوكالة الخاصة، فإذا فوض الشفيع شخصا بمقتضى عقد وكالة عامة (لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني) لم يخصص فيها للوكيل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لهذا الأخير إبداء رغبته فيها نيابة عن الموكل (الشفيع)، كون أن هذا العقد لا يخول للوكيل القيام أو تنفيذ إلا بعض العقود الإدارية كما ورد في المادة 573 من القانون المدني.

وبما أن الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة، فالأخذ بها يتطلب وكالة خاصة، يخصص أو يحدد بموجبها الشفيع صراحة حلول الوكيل محله في اتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بالشفعة، زيادة على ذلك يتعين عليه (الشفيع) ذكر البيانات التي تطلبها القانون في العقار المشفوع فيه، لأن الوكيل يحل محل الشفيع في اكتساب الملكية بدل المشتري في بيع العقار، حسب نص المادة 572 من القانون المدني.

ثالثا: الميعاد القانوني لإعلان الرغبة

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد الوقت الواجب إعلان الرغبة فيه، إذ نجد أن جمهور الفقهاء المشكل من الأئمة: الشافعي، أبو حنيفة، ابن حنبل، قد اشترطوا المبادرة في المطالبة بالشفعة، أي أن حق الشفعة على لفور، لأنه خيار دفع الضرر عن المال، معتمدين على قول الرسول ﷺ: «الشفعة كحل العقال»، وفي لفظ أنه قال عليه الصلاة والسلام: «الشفعة كمنشط العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها»، مناظهم في ذلك أن ثبوت الشفعة على التراخي يضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه⁽³⁾.

أما رأي الإمام مالك فهو مخالف للجمهور في اشتراط الفورية في طلب الشفعة، فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة بعد عقد البيع، أو غاب ثم عاد أثناء السنة وطلب الشفعة أخذها، لأن السكوت عند الإمام

(1) - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005، ج ر 15، مؤرخة في 27-02-2005.

(2) - لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، ع7، 1999، ص 36.

(3) - البابرتي، شرح العناية على الهداية بمماش فتح القدير، ج7، ط1، مصر، المطبعة الأميرية، 1317هـ، ص 420.

مالك لا يبطل حق امرئ ما لم يظهر من القرائن ما يدل على إسقاطه، معنى ذلك أن طلب الشفيع للشفعة، أو إعلان رغبته في إعلانها يكون على التراخي لمدة سنة⁽¹⁾.

ومن الثابت قانوناً أنه يجوز إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع، وباستقراء نص المادة 799 من القانون المدني، نجدتها تقييد حرية الشفيع في إعلان رغبته بحصرها للميعاد، حيث تحدد أجل ثلاثين يوماً للشفيع لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا من تاريخ الإنذار الذي يوجهه به البائع أو المشتري بعد إبرام عقد البيع، فبتحديدها لهذا الأجل القصير تكون قد حنت منحى جمهور الفقهاء في اعتماد واشتراط الفورية في إعلان الشفيع لرغبته في المطالبة بالشفعة.

سبق القول أن الإنذار قد يتم أو لا يتم، فإذا لم يحصل الإنذار الرسمي وسجل البيع، فلا يستطيع الشفيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع، وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 807 من القانون المدني «لا يمارس حق الشفعة... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون»، أما إذا لم ينذر الشفيع ولم يسجل عقد البيع، فله إعلان رغبته طالما أن الشفعة لم تسقط بالتقادم وهي تسقط بمضي خمسة عشرة سنة من يوم إتمام عقد البيع⁽²⁾، ونتطرق لهذه الحالات فيما يلي:

1- حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع:

إذا قام البائع والمشتري بإنذار الشفيع، وتسلم هذا الأخير أو وكيله الإنذار الرسمي على النحو السالف بيانه وأراد أن يأخذ بالشفعة، فعليه أن يعلن رغبته في ذلك إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي وإلا سقط حقه في الشفعة وفقاً للمادة 799 من القانون المدني، وعن احتساب ميعاد إعلان الرغبة فيبدأ من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله على يد المحضر القضائي، وهذا حسم لما يمكن أن يثار من منازعات حول واقعة العلم بالبيع.

أما كيفية حساب ميعاد ثلاثين يوماً يكون وفقاً لما تقضي به قواعد قانون الإجراءات المدنية الذي يوجب أن تكون المواعيد كاملة غير منقوصة، فلا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم نهايتها، ومعنى ذلك أن مدة الثلاثين يوماً تبدأ من اليوم الثاني لتبليغ الإنذار، وتنتهي في اليوم الذي يلي اليوم الأخير، وإذا صادف آخر ميعاد يوم العطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه.

كما تعد من أيام العطل الرسمية، أيام الراحة الأسبوعية والأعياد الرسمية (الأعياد وطنية والدينية)، وفقاً لأحكام المادتين 404 و405 من قانون الإجراءات المدنية وينبغي أن يضاف إلى الميعاد المتقدم مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك، إذا كان موطن البائع أو المشتري بعيداً.

(1) - أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المالكي، المرجع السابق، ص 201، 207.

(2) - أحمد خالد، المرجع السابق، ص 174.

ويلاحظ أم الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني، يعد من مواعيد سقوط الشفعة وليس من مواعيد التقادم، بحيث لا يرد عليه الوقف ولا الانقطاع⁽¹⁾.

2- حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع:

بالتعرض لهذه الحالة نجد أنفسنا أما فرضيتين، الأولى إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع وكان العقد مسجلاً، أما الثانية إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع وكان العقد غير مسجل.

أ- حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وكان العقد مسجلاً: نصت الفقرة الثانية من المادة 807 من القانون المدني على أنه: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون»، معنى هذا النص إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع إنذاراً رسمياً وصحيحاً بوقوع البيع، وكان المشتري قد سجل عقد البيع في الشهر العقاري، يفتح الشفيع أجلاً جديداً يبدأ من تاريخ تسجيل عقد البيع، كون أن مهمة التسجيل هي الإشهار، ضف إلى ذلك دور هذا الأخير في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقار ما، لذلك اعتبر المشرع التسجيل وسيلة كافية وقاطعة لإعلام الشفيع بالبيع، فهو يفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، بما أن الشفيع قد علم بوقوع البيع بعد لحظة التسجيل، فلا يمكن للشفيع أن يتذرع بعدم علمه بالبيع رغم التسجيل، فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته خلال سنة من وقت التسجيل وإلا سقط حقه في الشفعة.

ولأن الشفعة حق استثنائي من شأنه أن يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد، الأمر الذي يؤدي بالمشتري اللجوء إلى الغش والخداع، ذلك بإخفائه الصفقة عن الشفيع، أو تجزئة العقار المبيع وغيرها من الحيل التي يستعملها لإسقاط حق الشفيع في الشفعة، إلا أنه توجد قاعدة رسمية يلتزم بها القضاء رغم عدم وجود نص قانوني يتضمنها مفادها أن الغش يبطل التصرفات والإجراءات وكل عمل يقترفه الخصم⁽²⁾، ولذلك ورغم التسجيل وشهر عقد البيع يظل الحق قائماً، حينئذ يجب على الشفيع مباشرة الإجراءات اللازمة للأخذ بالشفعة.

كما أن الثابت في اجتهاد المحكمة العليا حول تطبيق المادة 799 من القانون المدني، التي أوجبت توجيه الإنذار من البائع أو المشتري إلى الشفيع للإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة أو ترك في أجل ثلاثين يوماً وإلا سقط حقه، وبمفهوم المخالفة أنه في حالة عدم توجيه الإنذار المنصوص عليه في نص المادة 799 فإن الأجل يبقى مفتوحاً في هذا الشأن⁽³⁾.

(1) - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 261، 262.

- عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 480.

(2) - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 554 وما بعدها.

(3) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم: 34707 المؤرخ في 26-06-1985، المجلة القضائية، ع4، 1989، ص 61.

- المحكمة العليا، القرار رقم 263339 المؤرخ في 09-10-2002، غير منشور، مشار إليه لدى أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 216.

إن ميعاد السنة يسري من اليوم الموالي لليوم الذي وقع فيه تسجيل عقد البيع، فالمواعيد تحتسب كاملة، وإذا صادف الميعاد يوم عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه طبقاً لأحكام المادة 405 من قانون الإجراءات المدنية، وتحتسب مدة السقوط بالتقويم الميلادي، طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة 3 من القانون المدني ويقع عبء إثبات استعمال رخصة الشفعة خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع على عاتق الشفيع، ولكن إثبات أن هذا الأخير قد استعمل حقه في الآجال المحددة، ولكنه أخطأ في بعض البيانات خطأ لم يكن من شأنه أن يوقع المشتري في لبس، فتصحححه لهذا الخطأ لا يعد طلباً جديداً .

يتضح مما تقدم أن المشرع قد رتب جزاء عن التأخير في المطالبة بالشفعة بفوات ميعاد الثلاثين يوماً دون إعلان الرغبة، وهو سقوط الحق في الشفعة، ورتب البطلان على الإعلان الذي يكون في شكل رسمي، ولا يعلن عن طريق كتابة الضبط.

أما جمهور الفقهاء عدا مالك اعتبروا التأخر وعدم المبادرة الفورية في طلب الشفعة تراخياً ينجم عنه سقوط حق الشفيع في الشفعة، أم الإمام مالك فاعتبر فوات أجل السنة دون إعلان الرغبة ودون وجود مانع سبباً في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

بما أن سقوط الحق فيها لمخالفة المواعيد المحددة متعلق بالنظام العام، فيجوز الدفع به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يقع التمسك به أو تنازل عنه صاحب الحق فيه⁽²⁾.

ب- حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وكان العقد غير مسجل:

يعد الإنذار البداية المحتملة لإجراءات الشفعة، إلا أنه قد لا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع، ولا يسجل عقد البيع فلا يسقط حق الشفعة، ويجد الشفيع نفسه أمام مواعيد مفتوحة، أي لا يتقيد بميعاد الثلاثين يوماً ولا ميعاد السنة، وله أن يعلن رغبته في أي وقت إذ لا يوجد في القانون المدني ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع، ويبقى محتفظاً بهذا الحق وفقاً للقواعد العامة، أي سقوط الحق بانقضاء مدة خمسة عشرة سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه، إلا إذا ثبت يقيناً تنازله عن حقه في طلب الشفعة صراحة أو ضمناً.

إلا أننا نجد أن هذه الحالة تعد نادرة الوجود حالياً أمام الإصلاحات المتعلقة بالعقارات (الملكية والنظام العقاري).

الجدير بالذكر أن كل هذه الإجراءات، تبني على أساس قانون واحد وهو التصريح بالرغبة لذى اشتراط المشرع أن يكون في شكل رسمي، أي بعقد رسمي مسجل.

(1) - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 196، 197.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 644.

- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 614.

3- تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

باستقراء الفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: «يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا لتصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا».

ومعنى لمادة أن التصريح الذي يقوم به الشفيع ليعبر عن رغبته في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة يجب أن يكون بعقد رسمي، أي يتولى تحريره موثق مؤهل قانونا (القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12-07-1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق)، زيادة على ذلك تسجيله وشهره وفقا لنص المادة 06 من القانون 27/88 بنصها على أن: « يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على إعلانها ونشرها في الآجال المحددة»، ويجب أن يعلن هذا العقد المتضمن الرغبة في الشفعة بغية الحلول محل المشتري عن طريق كتابة الضبط، هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17-10-1982 إذ جاء فيه: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط»⁽¹⁾.

إن الرسمية بالنسبة لإعلان الرغبة هي إجراء جوهري لصحة إجراءات طلب الشفعة قررت لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، فتسجيل هذه الأخيرة شرع لحماية مصلحة الشفيع من خطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا بموجب قرارها الصادر في 24-12-1991 إذ نص على أنه: «إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط فلا يحتج به اتجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن»⁽²⁾.

ويكون التسجيل بمكتب الشهر العقاري التابع لموقع العقار المشفوع فيه، والمشرع لم يحدد أجل معين لتسجيل إعلان الرغبة، فيمكن إجراءه حتى بعد رفع دعوى الشفعة، لكن كلما تأخر الشفيع في ذلك عرض نفسه لخطر تصرفات المشتري والأكثر شيوعا وهي حالة تولي البيوع.

فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة إلى مشتريان فيكون هذا البيع نافذا في حق الشفيع، طبقا لأحكام المادة 797 من القانون المدني التي تنص على أنه: «إذا اشترى شخص عقار 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».

(1) - المجلس الأعلى، القرار المؤرخ في 17/10/1982، النشرة القضائية، ع1، 1985، ص 89.

- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم: 194391، المؤرخ في 31-05-2000، المجلة القضائية، عدد خاص، 2004، ص 233.

(2) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم: 76678، المؤرخ في 24-12-1991، مجلة قضائية، ع1، 1993، ص 69.

معنى ذلك أنه على الشفيع أن يوجه إعلانه إلى المشتري الأول بصفته بائعا في البيع الثاني وإلى المشتري بصفته مشتريا منه شريطة أن يكون البيع مما تجوز الشفعة فيه، أي لا يوجد أي مانع قانوني من الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

أما إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى مشتري ثاني، فإن البيع الثاني لا ينفذ في حق الشفيع الذي سجل وأشهر إعلان رغبته، وبهذا الأخير أصبح الإعلان المسجل حجة ضد الغير.

من خلال كل ما تقدم، نلاحظ أن المشرع الجزائري وافق جمهور الفقهاء في وجوب فورية إعلان الرغبة، بتحديد لأجل الثلاثين يوما، والذي يعد أجلا قصيرا لإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة.

الفرع الثالث: إيداع الثمن لدى الموثق

بعد انتهاء الإجراء الثاني من إجراءات الشفعة وهو إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بها، يأتي الإجراء الثالث وهو إيداع الثمن لدى الموثق، إجراء أوجبه المشرع للمحافظة على حقوق ذوي المصلحة، وضمانا لجدية الأخذ بالشفعة والتضييق منها، لذا فهو يعد عاملا آخر لتقييد حرية الشفيع نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني التي جاء فيها « يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوم على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة».

ومفاد هذا النص يمكن شرحه في ثلاث نقاط: الثمن والمصاريف المودعة لدى الخزينة العمومية، ثم المدة التي يجب فيها إيداع الثمن، وأخيرا الجزاء المترتب عن تخلف هذا الإجراء.

أولا: إيداع الثمن والمصاريف لدى الخزينة العمومية

لعلم أن هذا المبلغ يضمن ديون الخزينة العمومية وحقوق الدائنين، كما سنبين لاحق. لقد أوجب المشرع إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق الكائن مقره بدائرة وجود العقار المشفوع فيه، والمقصود بالثمن هو ثمن بيع العقار، أما المصاريف فهي التي يقتضها تحرير العقد، كرسوم توثيق عقد البيع، ورسوم تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية، ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت⁽²⁾.

(1) - أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 380 وما بعدها.

- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

(2) - لعروم مصطفى، مجلة الموثق، ج7، جويلية 1999، ص37.

وبناء على ذلك يجب على الشفيع أن يودع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق الذي ورد ذكره في عقد البيع، ويمكن للشفيع أن يعلم بهذا الثمن من الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه كل من البائع والمشتري، أو من سجلات الشهر العقاري في حالة عدم وصول أو توجيه الإنذار إليه.

إلا أنه في هذه النقطة نجد الأستاذ ملزي عبد الرحمن يرى: أن مسألة تحديد الموثق الذي يتم لديه إيداع الثمن والمصاريف، جاء المشرع غامضاً بشأنها الأمر الذي يوجب تفسير الغموض لصالح الشفيع، أي لهذا الأخير اختيار الموثق، وكذا أن البيع لن يتم بين البائع والشفيع أو بين المشتري والشفيع، وليسنا أمام بيع رضائي يتفق فيه الطرفان على كيفية تسديد الثمن، بل أمام حالة استثنائية يعتبر الموثق فيها همزة وصل بين الأطراف والغير.

كما نشير إلى نقطة هامة متداولة بين المتعاقدين، وهي أنهم يقومون بالتقليل من الثمن والمصرح به في صلب العقد، أي أن هذا الأخير لا يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار المبيع هروبا من أعباء الضريبة وحقوق التسجيل، ورسوم الشهر العقاري، الأمر الذي يثير مسألة صورية الثمن، فمبدئياً يأخذ بالظاهر إلى أن يثبت العكس وحينها يرجع المشتري إلى البائع للمطالبة بالمبالغ التي لجأ إلى إخفائها، والمحكمة لا تستجيب إلى طلب المشتري باعتباره شريكا مع البائع في إخفاء جزء من ثمن البيع، وذلك استناداً للقاعدة « لا يجوز الإثم أن يؤسس دعواه على إثمه ».

لكن قد يقع أحيانا أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغاً فيه بقصد إعجاز الشفيع من الأخذ بالشفعة، جاز له عندئذ أن يثبت الثمن الحقيقي بكافة الطرق، فإن نجح التزم بهذا الأخير الذي أقام الدليل عليه، وله أن يسترد الفارق، فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

كما أن الشفيع ملزم بإيداع الثمن الحقيقي كاملاً والمصاريف، حتى ولو وجد في العقد اتفاق على تأجيله أو تقسيطه، كون أن إيداع الثمن كاملاً أوجب المشرع.

وبتكلنا عن الإيداع لا يمكن تفويت ذكر التعديل الوارد على أحكام المادة 256 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل، الذي جاءت به المادة 23 منه من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 31-12-1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998، حيث أوردت في فقرتها الأولى: « إن خمس (1/5) ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو ملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو حقوق عقارية وكذلك لمحات تجارية أو الزبائن يجب أن تدفع لزوماً بمزاد وبين يدي الموثق محرر العقد ».

(1) - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 109 وما بعدها.

- مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها.

إذا فمجال تطبيق النص يكون عندما تثبت الشفعة بحكم قضائي أو بالتراضي، وقبل ذلك فنص المادة 01/801 من القانون المدني هو الواجب التطبيق.

وتأكيدا على ذلك رتب المشرع على عدم إيداع الثمن والمصاريف خلال الأجل المحدد لسقوط الحق في الأخذ بالشفعة، وجعل منه شرطا أساسيا لقبول رفع دعوى الشفعة، فهو شرط لا يمكن إعفاء الشفيع منه، كونه مقرر لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع بعد ثبوت الحق في الشفعة بحكم نهائي، وقد قضت المحكمة العليا بأنه: «يجب أن يتم إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فيها. ولما ثبت في قضية الحال أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع والمصاريف، لم يتم في الأجل على الوجه المذكور أعلاه، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله، ويجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها»⁽¹⁾.

ثانيا: المدة التي يجب فيها إيداع الثمن

وفقا لما جاء به نص المادة 2/801 من القانون المدني التي تنص على أنه: «يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثون يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة...»، وقد سبق القول أن هذا التصريح يكون مسجلا في عقد رسمي يعلن إلى البائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه، لذا يثير هذا النص إشكالا في تحديد تاريخ بدء حساب الميعاد، حيث أقر أن يكون الإيداع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، فهل التاريخ هو تاريخ التصريح بالرغبة؟ أم هو تاريخ تسجيل عقد التصريح بالرغبة لإكسابه تاريخا ثابتا؟، أم هو تاريخ إشهار عقد التصريح بالرغبة؟.

إذا تم حساب المدة الفاصلة بين التواريخ الثلاثة نجدها مدة قصيرة، ولكن بدءا من تاريخ الشهر العقاري يكتسب التصريح بالرغبة حجية على الغير، ويصبح هذا العقار المبيع محميا من كافة تصرفات المشتري التي قد ترد على هذا العقار وهو التاريخ المعني⁽²⁾، غير أن المحكمة العليا اعتبرت أن التاريخ يبدأ سريانه من يوم إعلان الرغبة، وذلك في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم: 34131 بتاريخ 19-11-1984 حيث أقرت «من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا»⁽³⁾.

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم: 130337، المؤرخ في 10-01-1995، المجلة القضائية، ع1، 1995، ص 194.

(2) - مصطفى لعموم، مجلة الموثق، ع7، 1999، ص 37.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 34134، المؤرخ في 19/11/1984، المجلة القضائية، ع2، 1990، ص 52.

- قرار رقم 130337 مؤرخ في 10-01-1995، مجلة قضائية، ع1، 1995، ص 194.

وبهذا فإن الإيداع يكون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، والعبرة من ذلك هو فسح المجال للشفيع ليتدبر أمره ويتكفل بجمع المبلغ الذي يتضمن الثمن والمصاريف التي يقتضها عقد البيع، مع ملاحظة ما ذكرناه عن كيفية احتساب الميعاد، بحث لا يحسب اليوم الأول والأخير منها، وإذا صادف اليوم الأخير عطلة امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بع انتهاء العطلة، وفقاً للمادة 405 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾، وقد كان المشرع المصري في مسألة تحديد الثلاثين يوماً أكثر وضوحاً، حيث جاء في المادة 2/942 من القانون المصري والتي تحدد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان عن التصريح بالرغبة⁽²⁾.

ثالثاً: الجزاء المترتب عن عدم إيداع الثمن في الأجل القانوني

إن المشرع قد جعل من الأسباب المسقطّة للشفعة عدم قيام الشفيع بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، واعتبر هذه المدة من النظام العام، فإذا لم تحترم تفقد صاحبها الحق في طلب الشفعة، بمعنى أن هذا المبدأ يعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات، يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب.

المطلب الثاني: رفع دعوى الشفعة

نص المشرع في المادة 802 من القانون المدني على أنه: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط».

لقد أوجب القانون إيداع ثمن البيع والمصاريف على الوجه السابق بيانه كشرط لقبول دعوى الشفعة، ويثبت هذا الأخير بواسطة إشهار يقدمه أو يسلمه الموثق للشفيع باستظهار هذا الإشهاد، إضافة إلى وصل الإيداع، ليتمكن الشفيع من رفع دعوى الشفعة لأنه سبق له وأن أبدى رغبته فيها عن طريق التصريح بمقتضى عقد رسمي تم إعلانه للبائع والمشتري، عن طريق كتابة ضبط المحكمة التي قامت بإيداعه وتسجيله مقبل وصل، إلى جانب هذا على الشفيع القيام بإجراءات شكلية واجبة لرفع دعوى الشفعة، يمكن تلخيصها في المسائل التالية:

كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها، الخصوم في دعوى الشفعة، والمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.

الفرع الأول: كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها

لم يتطرق القانون المدني لقواعد خاصة بكيفية رفع دعوى الشفعة، الأمر الذي يؤدي بنا إلى الرجوع لقواعد قانون الإجراءات المدنية، وطبقاً لأحكام المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، على الشفيع إعداد

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 50894، مؤرخ في 02-10-1988، مجلة قضائية، ع4، 1990، ص 94.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 74451، مؤرخ في 18-06-1991، مجلة قضائية، ع3، 1993، ص 83.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 655 وما بعدها.

وتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعي أو وكيله أو محاميه، وتكون مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم، ويقدمها إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة، ويكون ذلك أمام القسم العقاري، ثم تقيّد في سجل خاص مع بيان أسماء الأطراف، ثم ترقم حسب ترتيبه وتقيّد في السجل، ويحدد لها تاريخ الجلسة، وبعد أن يؤشر الكاتب بذلك على أصل العريضة ونسخها يحتفظ بالأصل، ويسلم نسخ العريضة إلى المدعي من أجل أن يقوم بتسديد الرسوم القضائية مقابل وصل بذلك، ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة، ويقوم المدعي بالاتصال بالمحضر القضائي وتسليمه نسخ العريضة الافتتاحية للقيام بتبليغ التكليف بالحضور إلى المدعى عليه أو المدعى عليهم، طبقاً لأحكام المواد 18 و 19 و 20 من قانون الإجراءات المدنية، ويتولى المحضر القضائي تحرير محضر التكليف بالحضور، ويكلف أطراف الخصومة بالحضور إلى المحكمة حسب الأوضاع المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾، وذلك في أجل ثلاثين يوماً المحددة في المادة 802 من القانون المدني.

ويحسب ميعاد الثلاثين يوماً ابتداءً من اليوم الثاني لليوم الذي أعلن فيه كل من البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا أعلن المشتري في يوم والبائع في يوم متأخر، فلميعاد يكون من اليوم التالي لإعلان البائع وفقاً لما أقرته المحكمة العليا في اجتهادها، حيث أوجبت رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني وإلا سقط الحق، ويتضح أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلنته عن طريق المحضر إلى كل من البائع والمشتري في 16-12-1995، ثم رفعت دعوى الشفعة في 25-12-1995، وعلى هذا الأساس فإن حقها في الشفعة على الأرض موضوع النزاع لم يسقط كما ذهب إليه القرار المنتقد⁽²⁾.

وقد ثار الخلاف حول ما إذا كان هذا الميعاد يزيد عليه ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، كما جاء في نص المادة 799 من القانون المدني، بعكس المادة 802 من القانون المدني⁽³⁾، مع الملاحظة أنه يجب على المحضر القضائي مراعاة الميعاد المحدد لنظر الجلسة، وفقاً لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية، وهو عشرة أيام على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور، وهي تختلف باختلاف مكان تواجد الشخص المبلغ، والجدير بالذكر أن ميعاد الثلاثين يوماً من مواعيد السقوط لا من مواعيد التقادم، فلا يقبل الوقف، ويسري في حق الغائب وناقص الأهلية، وهو لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم عريضة افتتاح الدعوى إلى المحكمة (كتابة الضبط)، فإذا لم يراع الشفيع هذا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وفي إمكان البائع أو المشتري التمسك

(1) - سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (بنصه، وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه)، ج 1، الجزائر، دار الهدى، 25 وما بعدها.

- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، الجزائر، منشورات البغدادي، 2009، ص 32 وما بعدها.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 496، 495.

(3) - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 261، 262.

بالسقوط في أي حال تكون عليها الدعوى، كما يجوز الدفع ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا وللمحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها.

وعليه فالقانون المدني قد حدد ميعادا قصيرا قدره ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، عكس ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية باتفاق بعض المذاهب على أن ميعاد رفع الدعوى مفتوح للشفيع متى شاء أخذ به، غير أن الفورية تكون لإعلان الرغبة.

الفرع الثاني: أطراف الخصوم في دعوى الشفعة

ترفع دعوى الشفعة من قبل الشفيع على البائع والمشتري 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 المادة 40 من القانون المدني، جاز له أن يرفع دعوى الشفعة سواء بنفسه أو بواسطة وكيله، شريطة أن تكون وكالة خاصة طبقا لأحكام المادة 574 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وإذا كان الشفيع ناقص الأهلية أو محجور عليه، ترفع الدعوى من طرف الولي أو الوصي، وإذا تعدد الشفعاء قُبلت 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 المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والتي تنص: «لا يجوز أي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون»، وفي حالة وفاة البائع أو المشتري يتعين على الشفيع أن يختصم جميع الورثة، وفي حالة تغيب الشفيع عن الجلسة تقضي المحكمة بشطب الدعوى⁽³⁾.

وبما أن حق الشفعة حق عيني، يستوجب على الشفيع شهر عريضة الدعوى، وفقا لما جاءت به المادة 17 / 3 من قانون الإجراءات المدنية في نصها بأنه: «يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت 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».

أما على من ترفع الدعوى؟، فالشفيع مجبر على مخاطمة البائع أو الباعين، والمشتري أو المشتريين جميعا، فإذا رفعت على البعض دون البعض الآخر كانت الدعوى غير مقبولة، فهو ملزم بتوجيه دعواه إلى من ورد

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

(2) - مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 162.

(3) - قويدر فرقاني، حق الشفعة في ضوء القضاء الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2012/2013، ص 65.

اسمهم في الإنذار الرسمي بإيداع الرغبة، أما إذا لم ينذر ورفع الدعوى على البائع والمشتري فقط، ثم تبين بائعين ومشتريين آخرين فلا يسقط حقه في الشفعة، ويكون عليه إدخالهم في الخصومة ولو بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً.

وأمام تعدد البائعين أو المشتريين فقد يتعدد الشفعاء، وهي الحالة التي نص عليها المشرع في المادة 796 من القانون المدني، فإذا رفعت دعوى الشفعة من قبل شفيع أدنى مرتبة، واتخذت إجراءات الأخذ بالشفعة، وصدر حكم نهائي في الدعوى، وقام بتسجيله وشهره، ثم تنقضي مدة سنة على هذا التسجيل، عندها يقوم الحكم مقام العقد كونه سند تملك الشفيع، ويسقط حينئذ حق الشفيع الأعلى مرتبة في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة.

أما إذا صدر أي حكم في الدعوى، يجوز للشفيع أعلى درجة أن يتدخل في دعوى الشفعة بصفته صاحب المصلحة، يعتبر مدعياً ضد البائع والمشتري الأدنى مرتبة، وعليه أن يقوم بكافة إجراءات الأخذ بالشفعة، بإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق، ثم رفع الدعوى خلال الثلاثين يوماً من تمام الإعلان، ويمكن الاستغناء عن إعلان الرغبة حيث نحل محله عريضة التدخل، ثم يتم تبليغ التكاليف بالحضور لكل من البائع والمشتري والشفيع الأدنى مرتبة، حسب الأوضاع المنصوص عليها في المواد 18 و19 و20 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾.

أما إذا صدر حكم الشفعة لصالح الشفيع الأدنى مرتبة، ولم تنقضي مدة سنة على تسجيله، فيحق حينها للشفيع الأعلى مرتبة أن يرفع دعوى جديدة ضد البائع والمشتري والشفيع الأدنى مرتبة بأحقيته في أخذ العقار المشفوع فيه.

والجدير بالذكر أنه إذا توفي أحد الخصوم، يجب إدخال ورثتهم في الخصام مهما تعدوا، وفقاً لنص المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية، وعلى القاضي أن يمنحهم مهلة كافية لتقديم دفعوهم في موضوع الدعوى متى طلبوا تلك المهلة، طبقاً للمادة 214 من قانون الإجراءات المدنية، وإذا وجد بيع ثان فإنه يجب اختصاص المشتري الثاني في دعوى الشفعة، حتى ولو كان الشفيع يعتقد أن البيع الثاني بيع صوري، وذلك حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه.

وبناء على ما تقدم لا بد لقبول دعوى الشفعة أن تكون قائمة بين أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري، سواء أمام محكمة درجة أولى أو أمام مجلس القضاء في الاستئناف أو أمام المحكمة العليا في الطعن بالنقض⁽²⁾، وهذا بعكس الشريعة الإسلامية التي ترى أن الخصم الوحيد هو الشفيع هو المشتري، سواء تسلم

(1) - أنور طلبية، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص 428، 427.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 496.

المبيع أو لا لأنه المالك والبائع إذا كان البيع لا يزال بيده (لقيام حيازته)، وبهذا يلاحظ الخلاف القائم بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

الفرع الثالث: المحكمة المختصة بنظر الدعوى وطبيعة الحكم الفاصل فيها

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.

ولد أوضحت المادة 802 من القانون المدني بنصها « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار... وإلا سقط الحق»، إن دعوى الشفعة من الدعوى العينية، لأن الشفيع يطالب بملكية العقار المشفوع فيه، نتيجة توافر سبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة، لذلك فمحكمة موقع العقار هي المختصة محليا، طبقا للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية بنصها « في الدعوى العقارية... أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها...»، أما نوعيا فإن المحمة الابتدائية هي المختصة بالنظر في دعوى الشفعة بموجب حكم ابتدائي أو نهائي تبعا للحكم الصادر في الدعوى والتي يتضمن ثمن البيع، فإن كان هذا الأخير دون الألفي دينار، فإن الحكم الصادر في شأنها حكم ابتدائي نهائي طبقا لنص المادة 02 من قانون الإجراءات المدنية، ولا يكون قابلا للطعن إلا بالطرق غير العادية.

أما إذا كان ثمن البيع المحكوم به يتجاوز ألفين دينار، فالحكم الصادر بالدعوى حكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي الواقع في دائرة اختصاصه مقر المحكمة الناظرة في الدعوة والمعارضة إذا كان الحكم غيايبا.

تعد دعوى الشفعة من الدعاوى العينية العقارية، وأوجب القانون شهر مجموعة من هذه الدعاوى على مستوى المحافظة العقارية، وذلك عن طريق إشعار عريضة افتتاح الدعوى في البطاقات العقارية، وقيدها في سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية، وبشأن هذه النقطة انقسم القضاء إلى اتجاهين⁽¹⁾، وهو ما سنتناوله بإيجاز:

- **الاتجاه الأول:** يذهب إلى أن أشهر الدعاوى العقارية يعد قيدها على رفع الدعوى المتضمنة للطعن في صحة المحررات المشهورة، متمسك في ذلك بحرفية نص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19-05-1993 التي تنص على أن: « دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض

(1) - عمر حمدي باشا وليمي زروقي ، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 234، 235.

حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقاً...»، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في القرار رقم 203024 المؤرخ في 12-06-2000⁽¹⁾.

- **الاتجاه الثاني:** يرى أن شهر الدعوى لا يعد قيداً على رفعها لأن المادة 85 تتعارض مع القواعد العامة لرفع الدعوى وشروط قبولها، فضلاً على أن هذا الإجراء شرع لمصلحة رافع الدعوى، وبالتالي فلا يجوز للمدعى شهر دعواه بالمحافظة العقارية، ولا يمكن للمدعى عليه إثارة هذا الدفع، ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

وهو ما ذهبت إليه الغرفة المدنية في القرار رقم 130145 المؤرخ في 12-07-1995، إذ ترى بأن «عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عنه أي بطلان»، وهو ما ذهبت إليه الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 184451 المؤرخ في 25-11-1998⁽²⁾.

أما بالنسبة لعريضة افتتاح دعوى الشفعة، فهي لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم 63/76، والتي تخضع الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 14437 المؤرخ في 26-04-2000 «والحال أن الدعوى الطاعنة إنما تتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها والذي باعته هذه الأخيرة بمطعون ضدهما وهي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة، وحدد المشرع ممارستها في المواد 794 و807 من القانون المدني، ولا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 أعلاه. حيث فضلاً عن ذلك فإن المشرع وفي مجال المحافظة العقارية والسجل العقاري إنما اختار النظام العيني لا الشخصي، ومن هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في حق تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه، كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى التي خصتها بالذكر المادة 85 أعلاه، ومن هنا فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قاراهم للنقض»⁽³⁾.

وهنا نتساءل إن رفعت دعوى الشفعة أمام المحكمة غير المختصة، فما الحكم في ذلك؟ .

بحسب ما ذهب إليه الفقه والقضاء أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة من شأنه قط الميعاد، ولكن لا يسقط الحق في الشفعة، ويستمر الانقطاع إلى غاية صدور الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من هذا التاريخ ميعاد جديد، يستطيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة، وبما أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 802 من القانون المدني ميعاد سقوط لا تقادم، فنقيس على هذا الأخير انقطاع مدة السقوط

(1) - عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 152.

(2) - عمر حمدي باشا، نقل الملكية، العقارية الجزائرية، دار هومة، 2002، ص 123 وما بعدها.

(3) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 14437، المؤرخ في 26/04/2000، المجلة القضائية، ع1، 2000، ص 156.

طبقاً لنص المادة 317 من القانون المدني التي تنص على « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة».

أما إذا استأنف الشفيع الحكم القاضي بعدم الاختصاص، فإن الانقطاع يبقى قائماً إلى حين الفصل في الاستئناف، ويجب على الشفيع أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار النهائي بعدم الاختصاص⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تحدد هذه الإجراءات، ولكن يستنتج أنها اعتبرت موقع وجود العقار المشفوع فيه وهو مكان رفع الدعوى.

الفرع الرابع: طبيعة الحكم الفاصل في الدعوى

تقضي المادة 803 من القانون المدني بأنه: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً للملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري»، يستفاد من هذا النص أن صدور حكم نهائي بثبوت الشفعة يعد سنداً للملكية الشفيع، ولكن دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري، فالحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، هو حكم أو سند ملكية يغني الشفيع عن إبرام عقد بيع بينه وبين البائع، فما مصير هذا الحكم؟ .

بما أن الحكم القاضي بالشفعة هو الناقل للملك، فيجب على الشفيع تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها، طبقاً لما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني والتي تقضي بأن: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا رعى الإجراءات التي نص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدي مصلحة الشهر العقاري».

ومعنى ذلك أن العقود المدنية والقرارات والأحكام القضائية، التي تتعلق بالملكية العقارية ونقلها أو إقرارها تخضع للإجراءات التي حددها الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 11-12-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والذي أكد عدم انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا رعى الإجراءات المنصوص عليها قانوناً ولا سيما المتعلقة بالشهر العقاري.

وقد أقرت المحكمة العليا هذا في قرارها رقم 30840 الصادر في 07-02-1994 الذي جاء فيه: «من المقرر قانوناً أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا رعى الإجراءات القانونية، ولا سيما التي تدير مصلحة شهر العقار، وعليه الشفيع الذي

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 490 وما بعدها.

يستصدر حكماً نهائياً بأحققته في الشفعة، والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع، يكون قد تحصل على سند الملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري»⁽¹⁾.
وينبغي أن يتضمن الحكم القاضي بثبوت الشفعة جميع إجراءات المطالبة بها لأن الاكتفاء بذكر عموميات فقط يعد قصوراً في التسبيب ويوجب النقض، وقد صدر قرار بهذا الصدد عن المجلس الأعلى بتاريخ 09-01-1985 رقم 33798 جاء فيه: «من المقرر قانوناً أن القرار الذي لا تكفي أسبابه لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أبدى من طلبات ودفع أطرافها، فإن القرار يكون مشوباً بالقصور في التسبيب.

ولما كانت جهة الاستئناف لم تقم فعلاً باحتساب الآجال المحددة بالمواد 801 و802 من القانون المدني بالنسبة للعمليات الصادرة عن المطالبة في طلبها استعمال حق الشفعة، والإنذار الموجه لها من البائع والمشتري حتى يتسنى للمجلس الأعلى استعمال حق الرقابة عليها.

واقترنت على ذكر عموميات لا تفي بالمطلوب، وقضت بالمصادقة على الحكم المستأنف لديها والقاضي برفض الدعوى لسقوط حق المدعية، فإنها بهذا القضاء شوهدت قرارها بالغموض والقصور في التسبيب، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه»⁽²⁾.

أما عن ما أقرته الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، أنه متى تقدم الشفيع إلى القاضي للمطالبة بالشفعة، وادعى شراء الدار المشفوعة، فإن القاضي يسأله أو لا عن موضع الدار وحدودها، ثم يقبض المشتري الثمن، فإن لم يقبض لم تصح دعواه.

ويسأل القاضي المدعى عليه (المشتري) عن ملكية الشفيع لما يشفع به، فإن أقر بملكية هذا الأخير فيها، وإن أنكر تلك الملكية، كلف القاضي الشفيع إقامة البينة على ملكه.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الحكم القاضي بثبوت الشفعة كاشف لا منشيء، فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الإشهاد والتقدير، دون الحاجة إلى قضاء القاضي، أم عند الإمام أحمد بن حنبل فلا يتوقف تملك الشفيع العقار المشفوع فيه على رضا المشتري أو على قضاء القاضي، بل يتملكه ذلك بمجرد طلب الشفعة، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع الثمن عند مالك، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعي⁽³⁾.

أما في القانون المدني فعقد البيع ينقل الملك من البائع إلى المشتري، وكذلك الحكم بالشفعة ينقل الملك المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع، فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد، إذن فهو حكم منشيء لملكية الشفيع، حق لا يوجد من وقت التراضي أو صدور حكم قضائي لا قبل ذلك، وبه يحصل الشفيع على سند للملكية

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 30840، المؤرخ في 1994/02/07، المجلة القضائية، ع2، 1994، ص 158.

- بوشناق جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، 2006، ص 226، 227.

(2) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 33030، المؤرخ في 1985/10/02، المجلة القضائية، ع4، 1989، ص 19.

(3) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 188.

يمكنه التقرب من أي مكتب توثيق من أجل إيداع الحكم القضائي لإشهاره، وحتى تنتقل ملكية العقار من البائع إلى الشفيع بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري⁽¹⁾.

ما يمكن استخلاصه من كل ما سبق ذكره، إجراءات جد دقيقة نظمها المشرع تنظيما محكما، تبدأ بالإندار الرسمي، يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع يعلمه بوقوع البيع بتصريح من الشفيع في خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإندار، يعلن فيه رغبته في الأخذ بالشفعة، مع إيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق، قبل رفع الدعوى خلال المدة ذاتها من تاريخ التصريح بالرغبة، وإذا أخل بهذه المواعيد سقط حقه في الشفعة. إنها إجراءات تنتهي بحكم نهائي يعد سنداً رسمياً أو عقداً حقيقياً يحل محل عقد الملكية العقارية، مع مراعاة أحكام الشهر العقاري.

يبدو أن نية المشرع هي تقييد حرية الشفيع بحصره للمواعيد، حماية للمشتري، حتى لا يظل مهدداً في ملكه، ومراعاة لمبدأ وجوب استقرار المعاملات، هذا من جهة، وجعل الشفعة رخصة لصيقة بشخص الشفيع يدفع بها ضرر مشاركته في العقار الذي يشفع به من جهة أخرى.

المبحث الثاني: آثار الشفعة بين الثبوت والسقوط

لقد سبق القول أنه يثبت الحق في الشفعة للشفيع عن طرق الرضا أو القضاء، أي أن المشتري يظل مالكا للعقار المشفوع فيه حتى حصول رضاه وتسليمه الشفعة، أو بصدور حكم القضاء بذلك، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت الشهر دون أثر رجعي.

ولما كانت الشفعة مجموعة الوقائع المادية والتصرف الأحادي للشفيع، والتي باكتمالها يمتلك الشفيع جزء العقار المبيع، أو الحق العيني المبيع، وتتحول رخصة الشفيع في أن يتملك إلى حق في الملكية، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري.

بهذا الحلول تنشأ جملة من العلاقات القانونية تربط بين البائع، المشتري والشفيع، أو بين الغير والشفيع، وقد لا تقوم هذه العلاقات لحدوث مانع من الموانع من شأنه أن يحول دون قيام حق الشفعة، أو يسقط الحق فيها لعدم اتخاذ الإجراءات التي أوجبها القانون طبقاً لأحكام المواد 799، 801، 802، 807.

وعليه نتناول هذا المبحث في مطلبين، نخصص الأول إلى العلاقات الناشئة عن ثبوت الشفعة، ونكرس الثاني لمسقطاتها.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 795 وما بعدها.

- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص 403.

المطلب الأول: العلاقات الناشئة عن ثبوت الشفعة

تنص المادة 794 من القانون المدني على أن: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...»، وتؤكد المادة 804 من القانون المدني الأثر المباشر للشفعة وهو حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته في مواجهة البائع.

ومما تجدر الإشارة إليه قبل الخوض في دراسة هذه العلاقات الجدل الكبير القائم حول تحديد الوقت الذي يتم فيه حلول الشفيع محل المشتري، هل قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة؟، أو وقت صدور الحكم؟، ويمكن توضيح ذلك بالطرق إلى الاختلاف الواقع بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي.

الفرع الأول: وقت حلول الشفيع محل المشتري

لقد انقسم الفقهاء في تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال المراحل التالية:

أولاً: حلول الشفيع محل المشتري قبل صدور الحكم

يرى أبو حنيفة أن الشفيع يمتلك العقار المشفوع فيه بمجرد طلب المواثبة، ثم طلب التقرير والإشهاد، فهو لا يسقط إلا بسبب من أسباب السقوط، فملكية الشفيع لا تتوقف على رضا المشتري أو قضاء القاضي⁽¹⁾. أما الإمام مالك قد ارتأى أن الشفيع لا يحل محل المشتري في الصفقة من تاريخ إبرامها، وإنما يعد تملكه بمثابة الشراء الجديد من المشتري، ويتحقق التملك من وقت القضاء أو الدفع أو الإشهاد ولو في غيبة المشتري⁽²⁾.

أما الشافعية فيرون أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بمجرد اللفظ، أي قوله أخذته، شريطة أن يدفع الثمن (الشفيع) للمشتري⁽³⁾.

ويرى الحنابلة أن الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في الشفعة، من تاريخ قضاء القاضي أو من تاريخ تسليم المشتري بالشفعة، إذا توافر العلم بالثمن والمبيع⁽⁴⁾.

أما عن الاختلاف في الفقه الوضعي حول مسألة وقت حلول الشفيع محل المشتري قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة، فانحصر في ثلاثة آراء.

(1) - محمد أمين بن عمر عابدي، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، كتاب الشفعة، ج9، الرياض، دار عالم الكتب، 2003، ص 330.

(2) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 485.

(3) - أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 114.

(4) - موفق الدين ابن قدامي، المرجع السابق، ص 474.

1- حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع:

يستند هذا الرأي على أن القواعد القانونية تقضي بأن الأحكام القضائية مقررة للحقوق العينية لا منشئة لها، وهذا يعني أن الحق الذي قضى به مكتسب من يوم وجوده لا من يوم القضاء به، وعلى هذا يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه من يوم انعقاد البيع⁽¹⁾.

ويرى السنهوري في هذه النقطة بأن الشفعة تحدث أثرها عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بها، ومتى أحدث هذا الأمر حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا من إعلان الشفيع لرغبته، وعلى هذا يجب استبعاد القول القائل أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة، أو من وقت رفع الدعوى، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة أو من وقت إعلانها أساسا⁽²⁾.

2- حلول الشفيع محل المشتري من وقت إعلان الرغبة في الشفعة:

يذهب هذا الرأي إلى أن الشفعة في مأمّن من كل تصرفات المشتري، بعد تسجيل إعلان الرغبة للأخذ بالشفعة، فتصبح بعد ذلك غير نافذة في حقه، من هذا التاريخ يحل الشفيع في مواجهة البائع، محل المشتري في كافة ما كان له وعليه من حقوق، أما الاحتجاج بحق الشفيع على الغير، يكون من وقت شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، طبقا لنص المادة 806 من القانون المدني.

3- حلول الشفيع محل المشتري وقت رفع الدعوى:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشفيع يتملك بالشفعة وليس بالعقد، لذا فحكم الشفعة لا يرتد على تاريخ البيع، وكون الشفعة سبب مستقل لكسب الملكية، فلا يمكن القول أيضا بارتداد أثر الحكم إلى تاريخ الكلب بها، لأن حق الشفيع لا يثبت نهائيا بمجرد إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة، فحقه يبقى مهددا إلى أن يستوفي كافة الإجراءات القانونية لذلك، فوفقا لنصوص القانون، فإن حكم الشفعة لا يرتد بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل في الشفيع إجراءات الشفعة، كون أن هذه الأخيرة هي صميم الحق ذاته، فعدم استكمالها في مواعيدها يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة، وبما أن آخر مرحلة للمحافظة على حق الشفيع هي قيد الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، وجب أن يرتد أثر الحكم إلى تاريخ رفع الدعوى، لأن القيد إجراء متمم لرفع الدعوى، وليس إجراء مستقلا لذاته⁽³⁾، وطالما أن المشرع لم ينص صراحة على أن الحكم الصادر بثبوت الشفعة منشأ ملكية الشفيع، فهذا يدل على إخضاع هذا الحكم للقاعدة العامة التي تقرر أن الأحكام كاشفة للحقوق، لا منشئة لها، ما لم ينص القانون خلاف ذلك.

(1) - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 477.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 731، 732.

(3) - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 650 وما بعدها.

ثانيا: حلول الشفيع محل المشتري وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة

ذهب رأي أغلبية فقهاء الحنفية إلى انه إذا بيع العقار ادخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع دون توقف على أداء الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحقه الشفيع بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه، لأن حق الشفعة ضعيف فلا يتقوى حسب رأيهم إلا بطلبه من القاضي، وعلى هذا فلا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد الأمرين، تسلمه من المشتري عن رضا منه، فيتملكه الشفيع من وقت تسليم المشتري بالشفعة، أو قضاء القاضي له به، فيتملكه من وقت القضاء⁽¹⁾.

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني⁽²⁾، إلى أن الشفيع يملك العقار المبيع من وقت شهر الحكم بالشفعة، أو من وقت شهر سند التراضي، ومعنى هذا أن الحكم بالشفعة منسئ لحق الشفيع وليس مقررا له، وبالتالي فإن الشفيع يعد مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت ثبوت الحكم النهائي بالشفعة، ذلك لأن المسألة لا تتعلق بنزاع حول الملكية، ولا بإبطال البيع أو فسخه، وإنما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بواسطتها أن يكتسب ملكية العقار المبيع بدلا من المشتري، أي أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه من وقت التسليم بالشفعة، أو الحكم بها، أما قبل ذلك فالملكية للمشتري، كما هو الشأن بالنسبة لأي مشتري آخر.

وإذا كان المشرع قد قيد تصرفات المشتري ببعض القيود، كالبناء أو الغرس إذا حصلت بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة كما جاء في نص المادة 805 من القانون المدني، فذلك رعاية منه لحق الشفيع، وحتى لا يلجأ المشتري إلى الإضرار بحقه وإقامة العوائق أمامه، ولهذا فإن تصرفات المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة تكون نافذة في حق الشفيع، وإذا باع المشتري العقار في هذا الوقت، على الشفيع أن يأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، ولهذا فلا يتصور مطلقا أن تستند ملكية الشفيع إلى وقت البيع كما يقول الرأي الأول.

وإذا كان المشرع قد جعل التصرفات التي تصدر من المشتري أو تصدر ضده في خصوص العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة غير نافذة في حق الشفيع، فهذا لا يفيد استناد ملكية الشفيع إلى هذا التاريخ، يؤدي ذلك إلى خلاص العقار من التصرفات دون الحاجة إلى نص، وكذلك الحال إذا اعتبرنا الحكم بالشفعة ذا أثر رجعي، لقضي بمجرد صدوره على جميع التصرفات الصادرة من المشتري بغير حاجة إلى نص، لأنها صادرة من غير مالك⁽³⁾.

فقد اعتبر المشرع حكم الشفة سببا قانوني لملكية الشفيع، وكلمة "سند" التي وردت في نص المادة 803 من القانون المدني، تعني السبب القانوني المنشئ لحق الملكية، ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب

(1) - رمضان أو السعود، المرجع السابق، ص 486.

(2) - عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 410.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 512.

ملكية الشفيع ومنشئها، فذا الأخير لا يملك العقار إلا بعد هذا الحكم، فالمسبب لا يوجد قبل سببه، لأن ما جعله المشرع من أحكام منشئة للحقوق لا ينسحب على الماضي.

فإذا ما وقع التراضي أو صدر حكم قضائي بثبوت الشفعة للشفيع، فإن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع يكون من المشتري وليس من البائع، وبذلك يكون الحكم ناقلاً للملك، كما أن عقد البيع بنقل الملك من البائع إلى المشتري فالحكم بالشفعة ينقل الملك المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع.

وهذا ما يتضح بصفة جلية في المادة 803 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري».

فيمكن القول أن موقف المشرع الجزائري يتماشى مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية، وما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه المدني من أن حلولاً للشفيع محل المشتري يكون وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة للشفيع، فيحل هذا الأخير محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، حلول يتجسد في علاقات قانونية، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في الفروع الموالية.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالبائع

تنص المادة 804 من القانون المدني على أنه: «يجل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة...».

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 قانوناً طبقاً للأصل وهو النص الفرنسي، الذي جاء فيه: «Le préempteur n'a recours que contre le vendeur» وبالرجوع إلى النص المصري المقابل له، الذي يعتبر مصدراً تاريخياً 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، فالاسترداد خاص بالمنقول، والاستحقاق خاص بالعقار، وفضلاً عن ذلك يعاب على نص هذه المادة، عدم تقسيمه إلى فقرات وبالمقابل نجد النص المدون بالفرنسية مقسماً إلى ثلاث فقرات.

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

سبق القول أنه يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه، وهذا نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع المبرم بينه وبين البائع فتحدث عملية تحويل للحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، إذا هي التزامات متبادلة تتعرض لها فيما يلي:

أولاً: التزامات البائع

وهي تنحصر بين نقل ملكية المبيع، تسليم العقار، ضمان التعرض والاستحقاق.

1- التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع:

يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل الحق المشفوع فيه إلى الشفيع، وذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالشهر العقاري، بحسب ما جاء في نص المادة 165 من القانون المدني التي تنص على أن: «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيء معين بالذات يملكه الملتزم، ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري»، ونفس الشيء نصت عليه المادتين 792 و793 من القانون المدني⁽²⁾، فإذا كانت الشفعة بالتراضي، نجد أنفسنا أمام فرضيتين:

الأولى: إذا كان المشتري قد سجل عقد البيع وأشهره، فعليه أن يجرر إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع، بعقد رسمي أمام الموثق وفقاً لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، ثم يقدم الإقرار إلى مصلحة التسجيل والطابع عملاً بأحكام المواد 192، 195 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، وبعدها يكون (الإقرار) محل إيداع على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، أي المصلحة التي يقع العقار محل التصرف في دائرة اختصاصها، المادة 04 من المرسوم رقم 76-63، فيقوم المحافظ العقاري وهو المسؤول الأول في عملية حفظ الوثائق العقارية، بالتأكد أولاً من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن الإقرار يعد بيعاً جديداً صادراً عن المشتري إلى الشفيع، وبعدها التأشير بمضمون هذا الأخير على هامش عقد البيع وعلى هامش تسجيل عقد الرغبة في الأخذ بالشفعة.

الثانية: إذا لم يسجل المشتري عقد البيع، يقوم بتحرير إقراره بالتسليم بالشفعة أمام الموثق، ويوقع من قبل البائع والمشتري والشفيع، وفي هذه الحالة يجوز للموثق أن يجرر عقد بيع جديد بين البائع والشفيع يوقعه المشتري معهما تسليماً منه بالشفعة، يسجل ويشهر ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل عقد إعلان الرغبة.

(1) - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، المرجع السابق، ص 172.

(2) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 68467، المؤرخ في 21-01-1990، مجلة قضائية، ع 1، 1992، ص 86.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 182360، المؤرخ في 28-10-1998، مجلة قضائية، ع 1، 1999، ص 81.

إلا أنه قد يمتنع المشتري بعد توقيعه الإقرار أو عقد البيع عن التسليم بذلك، أو يمتنع البائع من استكمال الإجراءات اللازمة التسجيل والشهر، وعرقلة كل منهما للشفيع فيجوز في هذه الحالة لهذا الأخير أن يرفع دعوى صحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري، على كل من البائع والمشتري، فإذا قضى له بصحتها سجل الحكم وأشهره فتنقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه⁽¹⁾.

أما إذا كانت الشفعة بالتقاضي وتحصل الشفيع على حكم قضائي بالشفعة، فبمجرد تسجيل وشهر الحكم، تنتقل الملكية مباشرة من البائع⁽²⁾، ويقوم المحافظ العقاري بالتأشير على هامش عقد تسجيل إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة، بما يفيد صدور الحكم النهائي، وكذلك التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع، وإذا ما تم التسجيل والإشهار على نحو ما تقدم تنتقل الملكية للشفيع، وله أن يتصرف في العقار المشفوع فيه بأي نوع من أنواع التصرفات.

2- التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع:

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، حق له أن يتسلم العقار المبيع، فإن كان العقار لا يزال بيد البائع وجب عليه تسليمه للشفيع، ويسلمه له بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبالمقدار الذي عين له في العقد، وبالملاحقات التي تتبعه، طبقاً لنص المادة 361 من القانون المدني والتي تنص على أن: «يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نق الحق عسيرا أو مستحيلا».

فإذا امتنع البائع عن التسليم، يكون مسؤولاً عن إخلاله بالالتزام، وتبعية الهلاك تق عليه، ولو كان عدم التسليم راجعاً لسبب أجنبي، وحتى ولو كان الشفيع قد سجل وأشهر حكم الشفعة، أو سند التراضي، وانتقلت ملكية العقار المشفوع فيه إليه قبل التسليم، فيجب على البائع أن يرد الثمن الذي أودع لدى الموثق، أو تسلمه من المشتري، أما إذا لم يقبضه فلا يحق له مطالبة الشفيع أو المشتري به.

ولكن إذا تسلم الشفيع العقار المشفوع فيه، فيتحمل تبعية الهلاك ولو لم يسجل ويشهر حكم الشفعة أو سند التراضي، ولت إليه الملكية، فتبعية الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة، لا مع انتقال الملكية⁽³⁾.

وفي هذه الحالة جاز للبائع أن يقبض الثمن من يد الموثق، ولا يحق للشفيع أن يطالب برده، وإذا قام البائع بإعذار الشفيع بتسليم العقار المبيع، فمن وقت الإعذار يعد العقار في حكم المسلم للشفيع، إذا هلك فتبعية الهلاك الجزئي أو الكلي تقع على هذا الأخير.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 741، 742.

(2) - قرار رقم 186443 المؤرخ في 14-02-2000، مجلس الدولة، غير منشور، مشار إليه، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع

السابق، ص 314.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 743.

وللشفيع في حالة الهلاك الجزئي، أو نقص قيمة العقار المبيع قبل التسليم، المطالبة إما بالفسخ أو إنقاص الثمن، دون أن يكون له الحق في التعويض.

3- التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع:

التزام يستخلص من نص المادة 804 من القانون المدني: «... لا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة...»، بحسب النص الفرنسي ومن نتائجها قيام علاقة مباشرة بين البائع والشفيع، فمقتضى ذلك التزام البائع بعدم التعرض للشفيع في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية⁽¹⁾، طبقاً لأحكام المواد 371 و372 و379 من القانون المدني، وإذا وجد اتفاق على تعديل أحكام هذا الضمان بين البائع والمشتري، فيسري هذا الأخير في حق الشفيع وفقاً لما تقرره القواعد العامة⁽²⁾.

وبهذا يعتبر الشفيع خلفاً خاصاً للبائع، وليس خلفاً خاصاً للمشتري، كون أن المشتري يخرج من الصفقة المبرمة بينه وبين البائع، ويصبح كأنه لم يكن، ويحل الشفيع محله ويقتضى العقد قائماً بين البائع والشفيع، وينتج آثاره القانونية فيما بينهما.

ثانياً: التزامات الشفيع

يقع على عاتق الشفيع التزامين هما، التزامه بدفع الثمن والمصاريف للبائع، وكذلك التزامه بتسليم العقار المشفوع فيه.

1- التزام الشفيع بدفع الثمن والمصاريف للبائع:

عندما يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة، يصبح ملزماً بدفع الثمن للبائع إذا لم يكن هذا الأخير قد قبضه من المشتري، ومقداره زائد المصاريف بالاتفاق بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضي، فيدفع الشفيع كل الثمن والمصاريف المتفق عليها، لأنه لم يكن قد أودع شيئاً لدى الموثق، غير أنه إذا أخذت الشفعة بالتقاضي يجب إيداع كل الثمن والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، تحت طائلة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وهو ما تلزم به أحكام الشريعة الإسلامية.

وأياً كان المبلغ الذي يدفعه الشفيع للبائع فإنه يلتزم بدفعه فوراً، وهذا حتى ولو كان البائع قد اتفق مع المشتري في الأصل على تأجيل الثمن، فليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري، بحسب ما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني التي تقضي بأنه: «... إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع...».

(1) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 626.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 751 وما بعدها.

والسبب في ذلك واضح فالبايع طرف في عقد مع شخص غير الذي تعاقد معه، والشفيع طرف في عقد لم يشترك في انعقاده، زيادة على ذلك البائع قد يضع في المشتري ثقة لا يضعها في الشفيع، ولذا فإن أراد الشفيع الاستفادة من هذا الأجل وجب عليه التفاوض مع البائع على هذا، وهنا نكون أمام واقعة قانونية جديدة⁽¹⁾، تخضع للإيجاب والقبول، وعرض تفاصيل تمس العقد وتتم باتفاق البائع والشفيع، ورضا البائع لتأجيل الثمن يأتي بعد الأخذ بالشفعة، أما أثناء إجراءات رفع الدعوى فيجب على الشفيع أو يودع كل الثمن لدى الموثق، حتى ولو كان البائع راضيا بتأجيل الثمن، فإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة، ورضي البائع بتأجيل الثمن استطاع الشفيع أن يسحب الثمن كله أو بعضه بإذن البائع، وعيله أن يسدده فيس الأجل المتفق عليه، وفي حالة أخذت الشفعة بالتراضي، فإن الثمن يكون مؤجلاً أو مقسماً تبعاً لما يتم الاتفاق بينه وبين البائع.

2- التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع:

يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه إذا كان لا يزال في يد البائع، أما إذا كان المشتري قد تسلمه من البائع فالشفيع يتسلمه من المشتري⁽²⁾، ونصت المادة 394 من القانون المدني على أنه: «إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي يتطلب عملية التسليم».

أما بالنسبة للنفقات فقد نصت المادة 395 من القانون المدني على: «إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك»، ويستفاد من النص أن نفقات التسليم تكون على البائع، أما نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري الذي حل محله الشفيع.

ويلاحظ في الشريعة الإسلامية أن هناك رأياً⁽³⁾، بخصوص علاقة البائع بالشفيع، رأي يمثله فقهاء الحنفية، والذين يؤكدون على علاقة البائع بالشفيع تكون خلال المدة التي تفصل بين إعلان الشفيع لرغبته وحكم القاضي له بالشفعة، وعلى ذلك فإن تصرفات البائع خلال هذه المدة لا تسري في حق الشفيع المعلن لرغبته، وإنما تنفذ في حقه التصرفات السابقة عن إعلان الرغبة، أما رأي باقي جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ فقد ذهبوا إلى القول بعدم نفاذ تصرفات البائع في مواجهة الشفيع متى أعلن رغبته ودون انتظار حكم القضاء، أما قبا إعلان الرغبة فالبايع حر في التصرف في ملكه.

(1) - مصطفى لعموم، مجلة الموثق، ع8، 1999، ص 9.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 190.

(3) - محمد أمين بن عمر عابدي، المرجع السابق، ص 332، 333.

(4) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 433.

- ابن قدامي المقدسي، المرجع السابق، ص 476.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالمشتري

تنشأ العلاقة نتيجة حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه، فهي علاقة قانونية تنتج أثر الالتزامات المتبادلة بين الشفيع والمشتري، لا علاقة تعاقدية، والغالب في هذه الحالة أن المشتري قد تسلم العقار من البائع وقام بدفع الثمن إليه، وسواء سجل عقد شرائه أم لم يسجله يتحمل كل منها مسؤولية الالتزام نحو الآخر، ونبين هذه الالتزامات فيما يلي:

أولاً: التزامات الشفيع

عند حلول الشفيع محل المشتري يكون من حق المشتري استرداد ثمن البيع أو المصاريف التي أنفقها على العقار المشفوع فيه إن وجدت، كما أنه يلتزم بالتعويض في حالة البناء والغراس فوق العقار المشفوع فيه، وللحديث عن هذه العلاقة القائمة بين الشفيع والمشتري، حق لنا الإشارة إلى مسألتين في العرض التالي:

1- التزام الشفيع بدفع ثمن المبيع والمصاريف: إذا تمت الشفعة بالتراضي فعلى الشفيع أن يدفع فوراً الثمن المتفق عليه إلى المشتري، ولا يجوز لهذا الأخير أن يطلب من الشفيع ما يزيد عن الثمن الذي قام بالوفاء به إلى البائع، بحجة ارتفاع قيمة العقار، وبالمقابل فإنه لا يجوز للشفيع كذلك أن يطلب انقاص ثمن المبيع بحجة انخفاض قيمته⁽¹⁾.

وفي حالة إخلال الشفيع بالتزاماته لا يمكن للمشتري فسخ البيع، فبوفائه بثمن المبيع للبائع يكون قد وفا دينا واجبا في ذمته، ويرجع المشتري على الشفيع في هذه الحالة طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، ليسترد الثمن الذي دفعه للبائع، وذلك بالتنفيذ على أموال الشفيع أو حبس العقار المشفوع فيه.

أما إذا تمت الشفعة بالتقاضي، يكون الشفيع قد قام بإيداع الثمن لدى الموثق وفقاً لأحكام المادة 02/801 من القانون المدني، فما على المشتري إلا سحب ذلك الثمن المودع بالخزينة العمومية.

ويحق للشفيع أن يسترد المصروفات التي التزم بها عند شراء العقار رسمية كانت، كرسوم التوثيق ورسوم الشهر، أو غير رسمية كالسمسرة وأتعاب المحاكمات، وهذا ما نصت عليه المادة 393 من القانون المدني، زيادة على ذلك قد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه بعد أن تسلمه من البائع مصروفات ضرورية أو نافعة، أو كمالية، وهنا يعتبر المشتري حائزاً للعقار المشفوع فيه، فيرجع بهاته المصروفات على المالك وهو الشفيع، طبقاً للقواعد العامة⁽²⁾، بحسب ما جاء في نص المادة 839 من القانون المدني التي نصت: « على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة.

وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبيق المادتين 784 و785.

(1) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 664.

(2) - مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 185، 186.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 489.

وإذا كانت المصروفات الكمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم».

هذا عن الثمن المبيع والمصاريف، فما مصير إقامة المشتري في العقار المأخوذ بالشفعة من بناء أو غراس؟ .

2- حكم البناء أو الغراس: نصت المادة 805 من القانون المدني على أنه: « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء أو أجره العمل أو نفقات الغراس»، يستفاد من نص المادة أن حالة بناء أو غراس المشتري في العقار المشفوع فيه، وتختلف آثارها تبعا لوقت إقامتها، وسنناقش ذلك فيما يلي:

أ- حكم البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة: في هذه الحالة لا يحق للشفيع طلب الإزالة للبناء أو الغراس الذي أقامه المشتري إذا تم قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، أي قبل حلول الشفيع محل المشتري، فإذا لم يزل هذا الأخير لبناء أو الغراس، فيلتزم الشفيع بتعويض المشتري عنه، إما بمبلغ نفقات البناء أو الغراس، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب هذه الأعمال، على أن يكون الخيار للمشتري بين القيمتين⁽¹⁾.

ونلاحظ أن المشرع في هذه الحالة يخرج عن القواعد العامة في الالتصاق، حيث عامل المشتري أفضل من معاملته للباني أو مقيم المنشآت حسن النية في أرض الغير، طبقا لأحكام المادة 1/785 من القانون المدني، الذي يكون له الخيار في تعويضه لصاحب الأرض الذي يختار أقل القيمتين لا أكبرهما، وأساس ذلك أن المشتري عندما بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه كان في أرضه، ولا يوجد بذلك أي مانع يمنعه من ممارسة الملكية على ملكه⁽²⁾.

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى المذهب نفسه، إلا أنهم فرقوا بين التصرفات التي ينشئها المشتري والعقود التي يبرمها، وبين نماء المشفوع فيه وزيادته، سواء أكان هذا النمء طبيعيا أم محدثا.

فيما يخص التصرفات والعقود المنشأة من قبل المشتري قبل إعلان الشفيع رغبته، فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم جواز نقض هذه التصرفات والعقود، إلا ما كان لا شفعة فيه ابتداء، مثل الرهن والإجازة والإعارة.

(1) - أنور طلبة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص 511، 512.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 201.

أما فيما يخص النماء الطبيعي أو المحدث، الذي ينشئه المشتري قبل إبداء الشفيع لرغبته فإن المذاهب الأربعة جعلته من حق المشتري على قول المالكية «الغلة قبل الشفعة للمشتري».

ب- حكم البناء والغرس بعد إعلان الرغبة: إذا قام المشتري ببناء أو غراس في العقار المشفوع فيه، بعد إعلان الشفيع لرغبته، فللشفيع أن يطلب الإزالة طالما أن إقامة البناء أو الغراس نمت بعد حلوله، ويكون ذلك على نفقة المشتري مع التعويض إذا اقتضى الأمر، أما إذا اختار أن يستبقي على البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء ونفقات الغراس، وتقدير هذه النفقات والمصروفات متروك لسلطة القاضي التقديرية.

ويعامل المشرع بذلك المشتري (من حيث مقدار التعويض) معاملة أفضل من الباني أو مقيم منشآت سيئ النية وفقا لأحكام الالتصاق الواردة في المادة 01/784 من القانون المدني، الذي لا يستحق إلا أقل القيمتين، قيمة المنشآت المستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد عن ثمن الأرض نتيجة إقامة المنشآت، ولعل السبب في ذلك أن المشتري لا يعتبر بانيا أو غارسا في أرض الغير، إذ تظل له الملكية إلى أن يحكم بالشفعة، وإن ثار خلاف حول وقت إقامة البناء أو الغراس وادعى المشتري إقامتها قبل إعلان الرغبة، بينما تمسك الشفيع بإقامتها بعد إعلان الرغبة، تحمل هذا الأخير عبء إثبات ما يدعيه، لأن الظاهر يؤيد المشتري، خاصة إذا تقدم بعقود تحمل تواريخ سابقة على إعلان الرغبة.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد سبق القول بأنهم يميزون بين العقود والتصرفات التي يبرمها المشتري بعد إعلان الشفيع لرغبته، وبين نماء المشفوع فيه وزيادته.

أما بالنسبة للعقود والتصرفات المبرمة من قبل المشتري بعد إعلان الشفيع لرغبته، فإن المذاهب الأربعة اتفقت على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية، وهو البيع بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقتها، لتعلق حق الغير في البيع، كما اتفقوا على جواز نقض الرهن والإجازة والإعارة وغيرها⁽¹⁾، مما لا شفعة فيه ابتداء، وفي حالة البيع يخير الشفيع بين أن يأخذ العقار المبيع الذي تم به الشراء الأول أو الثاني، لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الشفعة، ولأن حق الشفعة سابق على هذا التصرف فلا يبطل⁽²⁾.

أما بالنسبة لنماء المشفوع فيه وزيادته، فيفرق الفقهاء بين حالتين:

الحالة الأولى: النماء الطبيعي: إذا نما المبيع في يد المشتري كان ثمر الشجر في يده بعد الشراء، قال الحنفية: «بأحقية الشفيع في اخذ هذا الثمن لأنه مبيع تابع لأصله»، وقال المالكية: «للمشتري المأخوذ منه بالشفعة غلة الشقص^(*) المشفوع فيه التي استغلها قبل أخذه منه لأنه كان ضمنا له»⁽³⁾.

(1) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 433.

(2) - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 143، 144.

(*) - الشقص: النصيب، السهم، القطعة من الشيء أو من الأرض.

(3) - محمد أمين بن عمر عابدي، المرجع السابق، ص 352.

- أحمد الدردير، المرجع نفسه، ج3، ص 494.

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: «بأن الشفيع يأخذ المبيع مع زيادته متى كان النماء متصلاً، أما إذا كان النماء منفصلاً فهو للمشتري دون الشفيع، ومثاله الثمرة الظاهرة والطلع المؤبر، وعلة ذلك كون الثمر حدث في ملك المشتري، ولذا فلا يتبع المبيع»⁽¹⁾.

الحالة الثانية: الزيادة المحدثة: قد يحدث المشتري زيادة في العقار المشفوع فيه، كالزراع أو الغرس أو البناء، على هذا فرق الفقهاء بين الزرع الذي له نهاية معلومة والبناء والغراس.

إذا طان الزرع له نهاية معلومة، فالشفيع يأخذ بالشفعة والزرع من حق المشتري، على أن يبقى في الأرض إلى وقت الحصاد، والأجرة على المشتري عند الحنفية، عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد، وليس عليه أجرة عند الشافعية والحنابلة، لأنه زرع في ملكه.

أما حالة البناء والغراس فالشفعة للشفيع، حيث ذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية، إلى القول بأن للمشتري الخيار في القلع أو الإزالة، فإن اختار ذلك لم يمنع وإن لم يكن هنالك ضرراً، إذ لا ضرر ولا ضرار لأنه ملكه، وإن لم يختار المشتري القلع فالشفيع الخيار بين ترك الشفعة، ودفع قيمة البناء أو الغراس مستحق البقاء⁽²⁾.

أما الحنفية فذهبوا إلى القول بأنه متى بنا المشتري أو غرس فيما اشتراه ثم قضى للشفيع بالشفعة، كان له الخيار، إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخلية الأرض مما أحدث فيها، لأنه وضعه في محل تعلق به حق متأكد للغير من دون إذن، وتكون الأنقاض للمشتري لا للشفيع لزوال التبعية بالانفصال. وإن شاء اخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء أو الغراس مقلوعاً، أي مستحق القلع أنقاضاً⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق ذكره، نلاحظ مدى توافق رأي الشريعة الإسلامية، ولا سيما رأي الحنفية مع ما أقره المشرع بنصوص القانون المدني، المادة 805 منه.

ثانياً: التزامات المشتري

من حقوق الشفيع اتجاه المشتري تسليم العقار المشفوع فيه واسترداد الثمار، أي حيازة العقار وما زاد من قيمته من بناء أو غراس إذا أضيف إلى العقار، وناقش هاتين المسألتين فيما يلي:

(1) - أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها.

(2) - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، كتاب الشفعة، ج4، ط1، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، 1415هـ، ص30.

(3) - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ط1، بيروت، لبنان، دار المعرفة، 1997، ص391.

1- التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع في إلى الشفيع:

إذا كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع فإنه يلتزم بتسليمه للشفيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع وبالمقدار الذي ذكره في العقد، ويتم التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

وتبدوا أهمية التسليم في تبعة الهلاك التي تقع على الشفيع إذا هلك العقار بسبب أجنبي، وهو في يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة على اعتبار أن المشتري حائز حسن النية، كما تكون تبعة الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو في يده بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة باعتباره حائز سيء النية⁽¹⁾، إلا إذا أثبت أن العقار كان يستهلك ولو كان في يد الشفيع، وذلك عملاً بنص المادتين 842 و843 من القانون المدني.

2- التزام المشتري برد ثمار المشفوع فيه للشفيع:

من المتفق عليه استحقاق الشفيع للثمار التي يغلها العقار المشفوع فيه إلى حين تسلمه، ولما كان المشرع له يخص هذه المسألة بنص في أحكام الشفعة، نرى أنها تخضع لأحكام قوعد الحيازة باعتبار المشتري حائز لملك الشفيع، فتنص المادة 837 من القانون المدني على أنه: «يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية...»، ولما كان المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر حائز النية فإنه لا يلتزم برد الثمار إلى الشفيع على اعتبار أنها ملك له.

وبالمقابل تكون الثمار التي طلبها المشتري أو قصر في قبضها بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة ملكاً للشفيع باعتبار المشتري في هذه الحالة سيء النية، فيلتزم بردها إلى الشفيع ويتحمل هذا الأخير تكاليف جمع هذه الثمار طبقاً لنص المادة 838 من القانون المدني «يكون الحائز سيء النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها...»، واستنتج هذا من الخلاف الفقهي والقضائي حول الوقت الذي يرد عليه استحقاق الثمار⁽²⁾.

الفرع الرابع: علاقة الشفيع بالغير

تظهر هذه العلاقة إذا ما ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه، وبناء على ذلك نصت المادة 806 من القانون المدني على أنه: «لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر إعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

(1) - مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 187.

- عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 512، 513.

(2) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 666، 667.

- عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 196 وما بعدها.

يتطرق النص إلى مجمل الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، حيث يميز بين الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه من طرف المشتري أو البائع ومتى تسري هذه الحقوق في حق الشفيع، مع العلم أنه لا ينفذ في حق الغير الذي تم التصرف عليهم في العقار المشفوع فيه، أو تترتب لهم عليه حقوق إلا بتسجيل إعلان الرغبة، وكان المشرع صريحاً بشأن ذلك وفقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في اجتهادها⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة يجب التفرقة بين الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه قبل وبعد تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة، من قبل البائع والمشتري، وتتناول ذلك فيما يلي:

أولاً: الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الرغبة
وقد تترتب هذه الحقوق من جانب البائع أو المشتري.

1- الحقوق العينية التي رتبها البائع:

إذا رتب البائع حقوق عينية أصلية على العقار المشفوع فيه، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حقوق عينية تبعية كأن يرهنه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً، أو يأخذ عليه حق اختصاص من دائي البائع، أو يترتب عليه حق امتياز يكفل ديناً في ذمة البائع، فالقاعدة بشأن هذه التصرفات طالما تترتب قبل تسجيل الشفيع وإعلان رغبته في الشفعة، فهي تسري في حقه، شريطة أن يكون صاحب هذا الحق (المتصرف إليه) قد شهر حقه قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه⁽²⁾، فإذا تحقق ذلك فإن العقار ينتقل للشفيع مثقلاً بهذه الحقوق، ويكون لهذا الأخير الرجوع على البائع بدعوى الضمان والاستحقاق طبقاً لنص المادة 804 من القانون المدني.

2- الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

إذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه، وأشهر صاحب هذا الحق التصرف الصادر إليه بمكتب المحافظة العقارية قبل شهر الشفيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فينتقل العقار لهذا الأخير مثقلاً بهذا الحق، ولا يكون له سوى الرجوع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب⁽³⁾.

كما تسري في حق الشفيع الحقوق العينية التبعية التي يترتبها المشتري على العقار فتنقل الملكية مثقلة بهذه الحقوق، ويكون الشفيع أن يرجع على المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

ذلك لأن الشفيع كان بإمكانه الاطلاع على وضعية العقار عن طريق استلام كشف الحالة العقارية للعقار المشفوع فيه، كما كان بإمكانه معرفة الوضعية القانونية للعقار قبل الشروع في اتخاذ التدابير والإجراءات الخاصة

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 76678، المؤرخ في 24-12-1991، المجلة القضائية، ع1، 1993، ص 69.

(2) - أنو طلبية، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص 463، 462.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 776، 777.

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

بالشفقة، وبذلك لا يجوز له أن يدعي أنه يجهل هذه الحقوق التي ترتبت على العقار، إذا فما حكم نفاذ هذه التصرفات أو الحقوق بع تسجيل الرغبة في الشفعة؟ .

ثانيا: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة

قد تترتب هذه الحقوق من جانب البائع أو المشتري.

1- الحقوق العينية التي رتبها البائع:

إذا رتب البائع على العقار المشفوع فيه حقوق عينية أصلية أو تبعية، ولم تشهر أو تسجل إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفقة، أو بعد أن يسجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تسري على المشتري ومن ثم لا تسري على الشفيع وبالتالي فإن العقار يخلص للمشتري والشفيع خاليا منها، ويبقى للدائنين المقيدة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للبائع من ثمار العقار أو فيما آل للمشتري من ثمن العقار بعد أخذه بالشفقة، وذلك طبقاً لأحكام المواد 907، 947، 986 من القانون المدني.

2- الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

طبقاً لنص المادة 806 من القانون المدني فإن الحقوق العينية التي يربتها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفقة، لا يسري في حق الشفيع، والسبب في ذلك أن المشتري ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا، إلا أنه يتعامل في العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفقة، فتعامله يكون ناجما عن سوء نية، فلا يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذا كان بإمكان الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز أن يكشف حقيقة العقار من خلال البطاقات الموجودة على مستوى الشهر العقاري⁽¹⁾.

ومثال ذلك إذا التصرف رهنا أو تأمينا أو حق اختصاص، ولم يتم قيد هذه الحقوق إلا بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفقة، فلا تسري هذه الحقوق بالنسبة إلى الشفيع، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفقة خاليا منها⁽²⁾.

إلا أن المادة 804 من القانون المدني أبقى الدائنين المسجلة ديونه وما لهم من حقوق الأفضلية على ثمن العقار المبيع الذي تم إيداعه بالخزينة العمومية عن طريق الموثق، بمعنى أنه في هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما آل المشتري من ثمن العقار، وعلى هذا فإن الدائن الذي قيد حقه يتقدم على دائني المشتري العاديين في الثمن المودع لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفقة⁽³⁾.

وخلاصة لما سبق ذكره، فإن علاقة الشفيع بالغير تظهر إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوق عينية أصلية أو تبعية، فمتى أنذر الشفيع بوقوع البيع يتعين عليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفقة إلى

(1) - مصطفى لعروم، مجلة الموثق، ع8، المرجع السابق، ص 11.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 778.

(3) - أحمد خالد، المرجع السابق، ص 302، 303.

كل من البائع والمشتري، والقانون لم يلزم الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة، ولكن التسجيل مقرر لمصلحة هذا الأخير، لأنه يحول دون نفاذ تصرفات المشتري على العقار وحجة على الغير، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها رقم 76678 الصادر بتاريخ 24-12-1991، والذي جاء نصه كالتالي: « إذا كان مؤدى المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره من ثم أعيب على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون، غير سليم يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لرفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعد احترام الإجراءات، طبقوا صحيح القانون»⁽¹⁾.

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

المطلب الثاني: سقوط الحق في الشفعة

عدد المشرع مسقطات الحق في الشفعة بالنص في المادة 807 من القانون المدني على أن: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.
 - إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون».
- لقد تبين مما تقدم أنه يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، إذا زال سببها بانتقال الحق إلى الغير أو تغيير محله، ورأينا سابق أنه إذا وجه إلى الشفيع إنذار رسمي من البائع أو المشتري فإن حقه في الأخذ بالشفعة يسقط إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بها خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإنذار، كما يجب خلال هذه المدة من تاريخ إعلان الرغبة أن يودع لدى الموثق الثمن الذي حصل به البيع ويرفع دعوى الشفعة، وإذا لم يوجه الإنذار إلى الشفيع ولم يسجل البيع فإن حقه يسقط إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة خلال سنة من تاريخ شهر عقد البيع بالمحافظة العقارية، أو بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ البيع طبقا للقواعد العامة.
- فضلا عن هذه الأسباب التي تسقط بها الشفعة بقي تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة كفرع أول، ثم نبين إذا كان موت الشفيع يؤدي إلى سقوط حقه في الفرع الثاني، ونخصص الفرع الثالث لتحاييل البائع والمشتري لإسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

الفرع الأول: نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

إن نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع جاء خلافا للقواعد العامة التي تجيز النزول عن الحقوق بعد ثبوتها، حيث وسع في مفهوم النزول عن الحقوق حتى قبل نشوئها والنص صريح في ذلك، حتى

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 76678، المؤرخ في 24/12/1991، المجلة القضائية، ع1، 1993، ص 69.

يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء، وكذلك اتباعا لسياسة التضييق من الحق في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

والتنازل تصرف قانوني قد يكون صريحا أو ضمنيا، ويكون في أي مرحلة من مراحل الإجراءات التي قد يباشرها الشفيع إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة، أو يسلم المشتري بها.

والنزول عن الشفعة قد يكون صريحا، كأن يحصل المشتري من الشفيع على تنازل قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه، ويتم ذلك إما بالكتابة الرسمية أو العرفية، كما يجوز أن يكون شفاهية، ويقع على المشتري عبء الإثبات وفقا للقواعد العامة.

وقد يكون النزول ضمنيا، بأن يأخذ الشفيع موقفا بكشف يوضح في دلالاته عن هذا التنازل، كتعامل الشفيع مع المشتري باعتباره مالكا للعقار، أو قيامه بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري، أو الاتفاق على ترتيب ارتفاق بين العقار بعبارة أخرى كل تصرف أو عمل يصدر من الشفيع يفيد تنازله عن حقه في الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

وما تجدر الإشارة إليه، انه لا يعتبر تنازلا ضمنيا أن يرفض الشفيع أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي يطلبه المشتري، لكثرة هذا الثمن عن الثمن الحقيقي⁽³⁾، لذلك ينبغي التشديد في استخلاص النزول الضمني فهو من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع.

وما دام النزول عن الشفعة يؤدي إلى سقوط الحق فيها فلا يجوز التوسع في تفسيره، بحيث يؤخذ في الحدود التي اتجهت إليها الإرادة دون الزيادة باعتباره استثناء من الأصل.

الفرع الثاني: موت الشفيع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة، حيث ذهب الحنفية إلى أنه إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه بالتراضي أو قضاء تبطل الشفعة بموته، سواء مات قبل الطلب أو بعده، فلا ينتقل حقه فيها إلى الورثة، لاعتبار حق الشفعة مجرد إرادة ومشئئة، وليس بمال⁽⁴⁾.

أما المالكية والشافعية فذهبوا إلى أن حق الشفعة لا يبطل بموت الشفيع، بل يورث عنه، ويقوم ورثته مقامه، فالوارث خليفة المورث فيما كان له من حقوق⁽⁵⁾.

(1) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 643.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص 502.

- إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 530.

(3) - أحكام محكمة النقض المصرية مشار إليها في كتاب أنور طلحة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص 530، 531.

(4) - محمد أمين بن عمر عابدي، المرجع السابق، ص 352.

(5) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ج 3، ص 484، 486.

وعند الحنابلة إذا مات الشفيع قبل الطلب بما فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة، أما إذا طلب الشفيع الأخذ بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة، لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده وقبله يسقط⁽¹⁾.

أما القانون المدني الجزائري لم يتضمن النص على هذه الحالة^(*)، ولكن بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني نجد أنها تنص على أنه: «إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...»، واعتبر أن أحكام الشريعة هي المصدر التاريخي لأحكام الشفعة، إلا أنها لم تستخلص حكم راجح في هذا الخلاف.

وخلاصة القول أن الشفعة بحكم طبيعتها تلازم (تتصل) العقار المشفوع فيه، فلا وجود لها بدون هذا الأخير، ومقتضى ذلك إذا انتقل العقار إلى الوارث ينتقل معه حق أو خيار الشفعة، فمن المعروف أن الوارث تنتقل إليه الحقوق والخيارات التي كانت مورثة، فإن مات الشفيع قبل أن يتخذ إجراء من إجراءات الشفعة، كان لمورثه أن يباشرها قبل فوات الميعاد، وإذا رفع الشفيع الدعوى قبل موته كان على المورث أن يستمر فيها حتى يتم له الأخذ بالشفعة، إذن لم تقرر الشفعة للمورث لشخصه، بل تقرر له بصفته مالكا للعقار المشفوع فيه، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة، وهو ما ذهب إليه الفقه القانوني والعديد من شراح القانون المدني.

الفرع الثالث: التحايل لإسقاط الشفعة

التحايل غش وتدليس، يتمحص عن واقعة مادية يجوز للشفيع إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا، وقد يلجأ البائع أو المشتري لإسقاط جق الشفيع في الأخذ بالشفعة، ويراد بالتحايل عند العلماء أن يظهر البائع والمشتري في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطآن في البطن على خلافه⁽²⁾، وللتحايل أوجه وصور كثيرة نعالجها على النحو التالي:

(1) - موقف الدين ابن قدامي، المرجع السابق، ص 324 وما بعدها.

(*) - بعكس بعض التقنيات العربية، نصت المادة 3/1133 من القانون المدني العراقي على أنه: «ومتى تثبت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع».

- ونصت المادة 243 من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه: «ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر».

(2) - جهاد محمد الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 101.

1- تجزئة العقار المبيع:

قد يشتري المشتري أسهم شائعة في العقار ويقوم بتسجيلها ليصبح شريكا في الشيوخ، وبعد انتهاء مدة سنة من يوم تسجيل عقد البيع، يظهر المشتري العقد على أنه أبرم بعد سقوط حق الشفيع في البيع الأول، ولا يحق لهذا الأخير في البيع الثاني باعتبار أن المشتري شريك في الشيوخ، وإذا تقرر التحايل أصبح العقد نافذا وغير مسجل، ويحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقدين معا، لاعتبارهما صفقة واحدة في الأصل.

2- قيام المشتري ببيع العقار بيع صوري:

يلجأ المشتري في هذه الحالة بإبرام عقد بيع صوري بشروط أكثر كلفة أو لشخص تمنع الشفعة بالنسبة له محاولة لإسقاط حق الشفيع، حيث يقوم هذا الأخير بإثبات الصورية، وقد يخفق في ذلك فيسقط حقه، وتم تفصيل ذلك فيما تقدم.

3- ستر البيع في عقد الهبة:

المقرر أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع، وبالتالي فإنها لا تجوز في عقد الهبة ولو بعوض، فقد يقوم البائع أو المشتري بصياغة عقد البيع في شكل هبة ويكون هذا العقد هو الظاهر والساتر لعقد البيع الحقيقي، فيتمكن المتبايعان من منع الشفعة، وهذه الحيلة تخضع لأحكام الصورية⁽¹⁾.

4- شراء العقار لبناء محل للعبادة:

في هذه الحالة ينذر المشتري الشفيع بالبيع ويتضمن الإنذار أن الشراء تم قصد إنشاء محل للعبادة، وهو مانع من موانع الشفعة عملا بنص المادة 798 من القانون المدني، فيمنع عندها الشفيع من اتخاذ إجراءات الشفعة في المواعيد المقررة، أما إذا تقرر التحايل كان للشفيع أن يباشر هذه الإجراءات في أي وقت، كما لو كان لم ينذر.

5- ستر البيع في عقد مقايضة:

قد يدفع الثمن في عقد البيع على شكل نقود، أو أي شيء آخر (منقول أو عقار) ليتمكن المتبايعان من منع الشفعة استنادا إلى أن التصرف مقايضة بمعدل مما لا يجوز فيه الشفعة، وعليه يجب تكيف التصرف بالنظر إلى العنصر الأساسي في المقابل، فإن تمثل في النقود كان التصرف بيعا تجوز فيه الشفعة، أما إن تمثل في الشيء كان مقايضة لا تجوز فيها الشفعة.

أما لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد تردد القول في التحايل بين الإباحة والكراهة، فالقول الراجح عند الحنفية عدم الكراهة، إذا كان الشفيع غير محتاج إلى الشقص وإلا تكون الحيلة مكروهة⁽²⁾.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 495، 496.

(2) - محمد أمين بن عمر عابدي، المرجع السابق، ص 354.

وفي جانب ما ذكره المالكية بأن من أكل أموال الناس بالباطل⁽¹⁾، وتردد القول كذلك عن الشافعية بين الكراهة والحرمة، إذ قال بعضهم بالكراهة المطلقة، والبعض الآخر قال بالكراهة إذا كانت الحيلة قبل البيع وأما بعده فحرام⁽²⁾، ومنع الحنابلة الحيل فهي لا تجوز عندهم في شيء من التصرفات⁽³⁾.

ولما كانت الشفعة قد شرعت لدرأ الضرر عن الشفيع، وأن من شأن التحايل المساس بذلك لما يترتب عليه من إسقاط الحق في الشفعة، وبالتالي يؤدي إلى تحقق الضرر، وكان ذلك كافياً لتوافر أركان المسؤولية التقصيرية في جانب المشفوع ضده، باعتبار أن التحايل خطأ تقصيري يترتب عليه توافر الضرر بالنسبة للشفيع، فيكون له التمسك به، فإذا قضى له بالشفعة انتفى الضرر وانتفت المسؤولية، عملاً بقاعدة الغش يبطل التصرفات والإجراءات بدون حاجة إلى نص في القانون يقرر ذلك والتحايل وجه من أوجهه⁽⁴⁾.

(1) - أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 278.

(2) - ابن شهاب الرملي، المرجع السابق، ص 207.

(3) - موفق الدين بن قدامي، المرجع السابق، ص 353، 354.

(4) - أنور طلبية، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص 560، 561.

هذا ما يمكن استخلاصه بالنسبة لآثار الشفعة التي تقوم على فكرة تفضيل الشفيع على المشتري في بيع العقار المشفوع فيه، فأثرها المباشر هو حلول الشفيع محل المشتري، ولا تعد بقية الآثار من علاقة المشتري بالشفيع والشفيع بالغير إلا تجسيدا لهذه الحلول.

وعلى الرغم من أن حق الشفعة شرع لحماية المصلحة الخاصة للشفيع، يمنع دخول الأجنبي إلى الشفوع وتجميع الملكية رقبة وانتفاعا في يد واحدة، لكن مع ذلك توسع المشرع في مسقطاتها. أما حضره للتحايل فمن باب أن هذا الأخير مخالف للشرع والقانون باعتباره من قبيل الغش.

الخاتمة

الأصل أن الإنسان حر في تملك ما شاء من أموال منقولة أو عقارية، وعلى هذا كانت له الحرية التامة في التصرف فيما يملك، متى كان تصرفه في إطار مشروع، والشفعة كما عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية «هي استحقاق الشريك اخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته الذي باع به بصيغة».

أما في القانون المدني الجزائري، فالشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المادة 794 منه، بهذا المعنى لم تخرج عن معناها اللغوي والشرعي وهو الضم، والخلاف الواضح بين التعريفين هز خلاف لفظي أو خلاف مبني على رأي المذهب الخاص به.

ولما كان رضا الشريك والبائع ليس شرطاً للأخذ بالشفعة لذلك فهي نظام استثنائي مقرر على خلاف الأصل، بما تحدثه من قيود على حرية التعاقد وعلى حق التصريف وحق الملكية بوجه عام، مما يقتضي عدم التوسع في تفسير النصوص الضابطة لأحكامها.

وتكليف المشرع للشفعة على أنها رخصة يعد حسماً منه للخلاف الفقهي الواقع حول هذا الموضوع، فلا نحتاج من الناحية العملية إلى تكييفها على أنها تمليك أو رخصة أو غير ذلك، وإنما يكفي في الجانب العملي أخذها بالمفهوم العام أنها سبب من أسباب كسب الملكية، ولا يمكن ممارسة حق الشفعة إلا بتوافر شروط معينة من شأنها أن تولد مراكز قانونية لأشخاص حصرهم القانون بشكل تنازلي في مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، للشريك في الشروع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وترتيبهم بهذا الشكل يرمي إلى بيان طبقة كل منهم ترتيباً يتعين الأخذ به إذا قام سبب الشفعة في أكثر من شخص وإضافة إلى هذه الشروط ما هو متعلق بالأعيان التي تجوز الشفعة فيها، حيث تبين لنا أن القوانين الوضعية لم تذهب مذهبا واحدا فيها، فبعضها ومعهم جانب من الفقه يجيز الشفعة في العقار والمنقول، أما القانون المدني الجزائري فقد اشترط أن يكون المبيع عقارا ولا شفعة في المنقول، حيث خص هذا النظام بديل وهو حق الاسترداد، كما قصر المشرع الجزائري الشفعة على عقد البيع فقط دون غيره من التصرفات القانونية وكونها سبب من أسباب كسب الملكية فهي ترد على البيع الأول إذا كان هو التصرف الوحيد الذي ورد على العقار، فإن توالى البيوع فإن الشفعة لا تقبل إلا بالنسبة لآخر تصرف بشروطه ومواعيده كما لو كان هو التصرف الوحيد ويستوي أن يكون مسجلا أو لا. وغرض المشرع هو التضييق من نطاق الشفعة وزيادة لهذا الأخير (التضييق) اشترط في الأخذ بالشفعة أن لا يكون البيع قد صدر إلى أقارب البائع لما للروابط العائلية من تأثير على العلاقات التعاقدية، أو يكون البيع قد حصل بالمزاد العلني، أو كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، واستثناء فإن هذه البيوع تعد حسن نظر من جانب المشرع.

وقد منح حق الأخذ بالشفعة للدولة بموجب جملة من القوانين منها، قانون 19/87 الذي يعد الحل الوسط بين الخوصصة والتملك، حيث أقر ملكيتين على الأرض الفلاحية الواحدة، ملكية الرقبة للدولة،

الخاتمة

وملكية حق الانتفاع للمستفيد، وقانون التوجيه العقاري الذي وضع مقدمات السياسة العقارية وتطهير العقار، حيث وسع حق الشفعة إلى المجاورين وحصرها في الأراضي الفلاحية دون تحديد شروط تطبيقها، وزيادة على شفعة الجار، فقد أنشأ قانون النشاط العقاري حق الشفعة لصالح المستأجر الشاغل للأماكن في حالة بيع البناية التي يملكها الشخص المعنوي إلى أجزاء بموجب المادة 23 منه.

وقد أكد قانون الأملاك الوطنية الطابع الاستثنائي لحق الشفعة في مادته 26 لما تمارسه في إطار القانون العام لتكوين الأملاك الوطنية بنوعيتها العمومية والخاصة، فهي امتياز من امتيازات السلطة العامة تمارسها الدولة والجماعات المحلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى وكما سلف الذكر هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، والدولة هنا تدخل في عقد مدني أطرافه أشخاص طبيعون فيتحول إلى عقد إداري وفقا للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية، فنقول بالشفعة في القانون العام.

وبالرجوع إلى نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري التي أقرت شفعة الجار وكذا المادتين 52 و 55 من ذات القانون وما جاء به القانون المدني، تعتبر الشفعة في هذه الحالة من القانون الخاص، لذا نقول بازدواجية الشفعة في القانون الجزائري بصفة عامة.

ولما كان الأخذ بالشفعة إما بالتراضي أو بالتقاضي، فإن لم يسلم المشتري بها يباشر الشفيع إجراءاتها التي وضعت لتقيد حرية هذا الأخير، الأساس فيها هو حماية المشتري حتى لا يظل ملكه مهددا، والتي تفتح بالإندار الرسمي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع يتبع بتصريح منه خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار، يعلن فيه رغبته في الأخذ بالشفعة، مع إيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، وإذا ما أخل الشفيع بهذه المواعيد سقط حقه، إجراءات تنتهي بحكم قضائي يقوم مقام العقد كسند ملكية للشفيع بعد شهره تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إليه، ويحل المشتري قبل البائع في كل حقوقه والتزاماته، وبذلك تزول العلاقة التي كانت قائمة أثناء البيع وقبل الشفعة بين البائع والمشتري، يتبعها زوال سند ملكية للعقار المشفوع فيه بأثر رجعي وكأنه لم يكن مالكا.

ومع العلم أن حق الشفعة شرع لحماية المصلحة الخاصة للشفيع وتجميع ملكية الرقبة وانتفاع في يد واحدة، إلا أن المشرع توسع في مسقطاتها الأمر الذي فتح المجال أمام البائع والمشتري للتحايل، لإبطال الشفعة رغم مناقضته للغرض المقصود منها ومخالفته للشرع والقانون.

يتضح مما تقدم أن نظام الشفعة كما جاءت به القوانين الوضعية منبثق من مبدأ سلطان الإرادة، الإرادة المنفردة كافية لإنشاء العقد، ومستثنى من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ثم الحفاظ عليه لاعتبارات تاريخية لا غير.

ويمكن إبراز أهمية الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، وإخراجها من طابعها الاستثنائي، وفقا للاقتراحات التالية:

الخاتمة

- إعادة النظر في نصوص الشفعة وإعطائها نهجا جديدا من شأنه إبراز الحكمة الحقيقية منها وذلك بإلزام البائع على عرض العقار المراد بيعه على من يتصل حقه بالعقار، إن شاء أخذه وإن شاء تركه، فيصبح البائع حر في بيعه لمن يشاء، وفي كلتا الحالتين تستقر أوضاع العقار نهائيا.
 - تنظيم الشفعة الممارسة من قبل الأشخاص الاعتبارية بتحديد نطاقها والإجراءات الخاصة بها بكيفية الإدارة من ممارسة رقابتها وحققها في الشفعة دون أن تعرقل المعاملات التي ينبغي أن تبقى حرة.
 - استعمال الجماعات المحلية والسلطات العمومية بصفة عامة حق الشفعة وبصفة مكثفة لتكوين تراث عقاري تخصصه لإقامة الأنشطة الاقتصادية.
 - تنظيم شفعة الجار في القانون المدني بعد أن تعرضت لها القوانين الخاصة وهذا تجنباً للنزاعات وخصوصاً أمام تطبيق مبدأ الخاص يقيد العام.
- ويمكن استغلال هذا الحق لاسترجاع الأملاك غير المستغلة والمتواجدة بالمناطق الصناعية التابعة للمؤسسات العمومية التي تعرضت للحل والتي يبلغ عددها 1500 مؤسسة تملك حوالي 15 ألف هكتار غير مستغلة، مما يمكنها من تغطية احتياجات السوق المحلية، خاصة بعد التدابير التي اتخذتها الحكومة الجزائرية لتسيير الاستثمار الأجنبي، حيث كشفت عن اتخاذها إجراءات تسمح في المستقبل باستعمال حق الشفعة الذي يمنح للدولة أحقية استرجاع الاستثمار فيما إذا عرضه صاحبه وطنيا كان أو أجنبيا للبيع، حماية منها للاقتصاد الوطني من الضغوطات واستعمالات سياسية تفتح الباب أمام الدول الأجنبية للسيطرة على الاستثمارات في البلاد.
- وأمام هذه التدابير وترحيب بعض المتعاملين الاقتصاديين وسكوت الشركات الأجنبية، هل ستخرج الشفعة من طابعها الاستثنائي وتصبح كغيرها من طرق اكتساب الملكية (العقد، التقادم، الالتصاق... الخ)، وذلك بعد أن اتخذتها الحكومة البديل الأمثل لتنظيم الاقتصاد؟ .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم: (رواية روش عن نافع)، ط 11، تشرفت بطباعته دار الفجر الإسلامي، دمشق، 1424هـ-2003م.

ثانياً: الحديث النبوي الشريف

- 1- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، حديث رقم: 2257، ط1، دمشق-بيروت، دار ابن كثير، 2002.
- 2- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم: 1608، ج3، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1991.
- 3- مالك بن انس، الموطأ للإمام مالك، كتاب الشفعة، حديث رقم: 2079، المجلد2، ط2، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1997.

ثالثاً: المعاجم والقواميس

- 1- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ط2، إسطنبول، تركيا، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر.
- 2- فؤاد إفرايم البستاني، المنجد، ط 45، بيروت، لبنان، دار المشرق.
- 3- ابن منظور، لسان العرب، ط1، القاهرة، مصر، دار المعارف.
- 4- شهاب الدين أبي الفضل، لسان الميزان، ج 3، بيروت، لبنان، دار الفكر.

رابعاً: المراجع العامة

(1)- تفسير القرآن الكريم

- 1- عبد الله شحاتة، تفسير القرآن الكريم، مجلد 3، القاهرة، دار غريب.

(2)- الفقه

أ)- الفقه المالكي:

- 1- أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتاب العلمية، 1996.
- 2- شهاب الدين الصنهاجي القرافي، الفروق، ج 3، د ط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر.
- 3- أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المالكي، المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك، ج6، ط2، القاهرة، مصر، دار الكتاب الإسلامي.
- 4- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، كتاب الشفعة، ج4، ط1، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، 1415هـ.

ب)- الفقه الحنفي:

- 1- ابن همام الحنفي، فتوح القدير، ج9، بيروت، لبنان، دار الفكر.
- 2- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 14، د ط، بيروت، لبنان، دار المعرفة.
- 3- محمد أمين بن عمر عابدي، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، كتاب الشفعة، ج9، الرياض، دار عالم الكتب، 2003.
- 4- البارقي، شرح العناية على الهداية بمامش فتح القدير، ج7، ط1، مصر، المطبعة الأميرية، 1317هـ.

قائمة المصادر والمراجع

(ج) - الفقه الشافعي:

- 1- شمس الدين بن شهاب الرملي، نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، بيروت، لبنان، دار الفقيه.
- 2- أبو إسحاق الشيرازي، المجموع في شرح المهذب، ج1، د ط، دار الفكر.
- 3- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ط1، بيروت، لبنان، دار المعرفة، 1997.

(د) - الفقه الحنبلي:

- 1- محمد أمين بن عمر عابدي، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، كتاب الشفعة، ج9، الرياض، دار عالم الكتب، 2003.
- 2- موفق الدين بن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، ج5، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي.

خامسا: الكتب العامة

- 1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 2- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1995.
- 3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- 4- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، ج2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 5- ليللى طلبة، الملكية العقارية الخاصة، ط1، الجزائر، دار هومة، 2011.
- 6- محمد كمال مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية وأسباب كسبها، ج3، ط2، مصر، المطبعة العالمية، 1952.
- 7- عبد المنعم البدرأوي، حق الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1973.
- 1- جورج شدرأوي، حق الملكية العقارية، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006.
- 2- عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر (العقار)، الجزائر، دار هومة، 2006.
- 10- مصطفى الجمال، نظام الملكية، ط2، مصر، الفتح للطباعة والنشر، 2002.
- 11- عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط3، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 1967.
- 12- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- 13- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- 14- أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1993.
- 15- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، 2001.
- 16- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، الجزائر، دار هومة، 2002.
- 17- عبد المنعم فرج الصدة، د ط، الملكية في القوانين العربية، د ت.
- 18- بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، ط1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
- 19- الجيلالي عجة، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، الجزائر، دار الخلدونية، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- 20- عمر حمدي باشا ولبلى زروقي، المنازعات العقارية على ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، الجزائر، دار هومة، 2006.
- 21- سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة، 2003.
- 22- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 1982.
- 23- خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية الحفظ العقاري في التشريع الجزائري، الجزائر، قصر الكتاب، 2001.
- 24- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، 1996.
- 25- أنور العمروسي، الوافية في شرح القانون المدني، ج5، القاهرة، دار العدالة.
- 26- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (بنصه، وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه)، ج1، الجزائر، دار الهدى.
- 27- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، الجزائر، منشورات البغدادي، 2009.
- 28- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، الجزائر، دار هومة، 2002.
- 29- بوشناق جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، 2006.
- 30- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، ط4، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1995.

سادسا: الكتب المتخصصة

- 1- الخواص الشيخ العقاد، الشفعة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 مقارنا بالفقه الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، دار الهلال، 1993.
- 2- مصطفى مجدي هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الآراء والصيغ القانونية، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1993.
- 3- أنور طلبية، الشفعة والتحليل لإسقاطها، الإسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
- 4- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الجزائر، دار هومة، 2006.
- 5- طلبية وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، مصر، الولاء للطبع، 1990.
- 6- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998.
- 7- جهاد محمد الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2009.

سابعا: الرسائل الجامعية

- 1- عبد العزيز راجح الحسن، شروط الأخذ بالشفعة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة عدن، كلية الحقوق 1420هـ، 2000م.
- 2- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان كلية الحقوق، 2007، 2008.
- 3- أسماء تخونوي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012/2013.

قائمة المصادر والمراجع

4- قويدر فرقاني، حق الشفعة في ضوء القضاء الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2013/2012.

ثامنا: المقالات العلمية

- 1- علاوة بوتغرار، استعمال حق الشفعة لفائدة الخزينة العمومية، مجلة الموثق، ع4، نوفمبر 2001.
- 2- مصطفى لعموم، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، ع6، سنة 1999.

تاسعا: التشريعات

1- التشريعات الوطنية

أ- القوانين

- 1- القانون رقم: 19/87، المؤرخ في: 1987/12/08، المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك 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: 25/90، المؤرخ في: 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر رقم: 49، الصادرة في: 1990/11/20.
- 4- القانون رقم 02/97 المؤرخ في 31-12-1997، المتضمن قانون المالية، 1998.
- 5- القانون رقم 09-84 المؤرخ في 04-02-1984، المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، الجريدة الرسمية، عدد خاص.
- 6- القانون رقم 03-91 المؤرخ في 08-01-1991، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
- 7- قانون رقم 11-84 مؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27-02-2005، ج ر 15، مؤرخة في 27-02-2005.

ب- الأوامر

- 1- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08-06-1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 09-08 المؤرخ في 23-04-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.
- 2- الأمر 58/75، المؤرخ في: 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد: 78، الصادرة في: 30/09/1975، المعدل والمتمم.
- 3- الأمر 105/76، المؤرخ في: 9/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، ج ر رقم: 81، الصادرة بتاريخ: 18/12/1977 المعدل والمتمم.

ج- المراسيم

- 1- المرسوم التشريعي رقم: 03-93، المؤرخ في: 1/3/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر رقم: 14، الصادرة في: 03/03/1993.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم: 454/91، المؤرخ في 22/12/1990، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كفاءات ذلك.

قائمة المصادر والمراجع

- 3- المرسوم التنفيذي رقم: 87/96، المؤرخ في 24/02/1996، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم: 405/90، المؤرخ في 22/12/1990، يتضمن شروط إنشاء وإدارة هيئات التسيير والتنظيم العقاري.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم: 62/76، المؤرخ في 25/03/1976، المعدل بالمرسوم رقم 210/80، المؤرخ في 13/09/1980، المعدل بالمرسوم رقم 123/93، المؤرخ في 19/05/1993، يتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم: 344/83، المؤرخ في 21/05/1983، الذي يعدل بعض أحكام المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 20/05/1964، المتعلق بحرية المعاملات.

2- التشريعات المقارنة

- 1- القانون المدني المصري، رقم: 131، الصادر في: 16/07/1948.
- 2- القانون المدني العراقي، رقم: 40، الصادر في: 04/حزيران/1951.
- 3- القانون المدني الأردني رقم: 43، لسنة 1976.
- 4- مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ.

عاشرا: القرارات القضائية

- 1- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 194838 المؤرخ في 31-05-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004.
- 2- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 202380 مؤرخ في 22-11-2000، غير منشور، مشار إليه: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 3- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم: 193704، المؤرخ في 26/04/2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004.
- 4- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم: 179136، المؤرخ في 25/03/201998، المجلة القضائية، عدد خاص، 2004.
- 5- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 181039، المؤرخ في 09/02/1999، مجلة قضائية، ع1، 1999.
- 6- المجلس الأعلى، قرار رقم 155181 مؤرخ في 18-11-1999، نشرة قضائية، ع54، 1999.
- 7- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 150100 مؤرخ في 19-11-1997، مجلة قضائية، ع2، 1997.
- 8- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 130337، المؤرخ في 10/01/1995، مجلة قضائية، ع1، 1995.
- 9- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 196675 مؤرخ في 29-03-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004.
- 10- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 64331، المؤرخ في 30-04-1990، المجلة القضائية، ع2، 1991.
- 11- المحكمة العليا، القرار رقم: 130145، المؤرخ في: 12/07/1995، المجلة القضائية، ع2، 1991.
- 12- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم: 263339، المؤرخ في 09-10-2002، غير منشور، مشار إليه لدى أحمد خالدي.
- 13- المجلس الأعلى، القرار المؤرخ في 17/10/1982، النشرة القضائية، ع1، 1985.

قائمة المصادر والمراجع

- 14- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم: 194391، المؤرخ في 31-05-2000، المجلة القضائية، عدد خاص، 2004.
- 15- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم: 76678، المؤرخ في 24-12-1991، مجلة قضائية، ع1، 1993.
- 16- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم: 130337، المؤرخ في 10-01-1995، المجلة القضائية، ع1، 1995.
- 17- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 34134، المؤرخ في 19/11/1984، المجلة القضائية، ع2، 1990.
- 18- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 50894، مؤرخ في 02-10-1988، مجلة قضائية، ع4، 1990.
- 19- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 74451، مؤرخ في 18-06-1991، مجلة قضائية، ع3، 1993.
- 20- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 14437، المؤرخ في 26/04/2000، المجلة القضائية، ع1، 2000.
- 21- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 30840، المؤرخ في 07/02/1994، المجلة القضائية، ع2، 1994.
- 22- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 33030، المؤرخ في 02/10/1985، المجلة القضائية، ع4، 1989.
- 23- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 68467، المؤرخ في 21-01-1990، مجلة قضائية، ع1، 1992.
- 24- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 182360، المؤرخ في 28-10-1998، مجلة قضائية، ع1، 1999.
- 25- مجلس الدولة، قرار رقم: 186443، المؤرخ في 14-02-2000، غير منشور، مشار إليه، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري.
- 26- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 76678، المؤرخ في 24-12-1991، المجلة القضائية، ع1، 1993.
- 27- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 76678، المؤرخ في 24/12/1991، المجلة القضائية، ع1، 1993.

فهرس المحتويات

أ.ج.....	مقدمة.....
4.....	الفصل الأول ماهية الشفعة وشروط الأخذ بها.....
6.....	المبحث الأول: مفهوم الشفعة وتطورها التاريخي.....
6.....	المطلب الأول: التطور التاريخي للشفعة.....
6.....	الفرع الأول: الشفعة في العصور القديمة.....
7.....	الفرع الثاني: الشفعة في العصور الوسطى.....
8.....	الفرع الثالث: الشفعة في العصر الحديث.....
11.....	المطلب الثاني: مفهوم الشفعة.....
11.....	الفرع الأول: تعريف الشفعة.....
11.....	أولاً: مدلولها اللغوي.....
12.....	ثانياً: المدلول الاصطلاحي للشفعة.....
14.....	ثالثاً: الإطار القانوني للشفعة.....
16.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة.....
16.....	أولاً: الشفعة حق.....
17.....	ثانياً: الشفعة رخصة.....
18.....	ثالثاً: الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة.....
19.....	الفرع الثالث: خصائص الشفعة.....
19.....	أولاً: الشفعة لا ترد إلا على العقارات.....
20.....	ثانياً: غير قابلة للتجزئة.....
22.....	ثالثاً: مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع.....

23	المبحث الثاني: شروط الأخذ بالشفعة
23	المطلب الأول: الشفعة بالنسبة للشخص الطبيعي
24	الفرع الأول: صفة الشفيع
24	أولاً: مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع
25	ثانياً: الشريك في الشبوع
29	ثالثاً: صاحب حق الانتفاع
31	رابعاً: الشروط التي يجب أن تتوفر في الشفيع
32	الفرع الثاني: تراحم الشفعاء
33	أولاً: التراحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة
34	ثانياً: تراحم الشفعاء من طبقة واحدة
35	ثالثاً: التراحم بين الشفعاء يكون المشتري واحد منهم
36	الفرع الثالث: البيع العقاري
37	أولاً: البيوع التي يجوز الأخذ فيها بالشفعة
39	ثانياً: البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة
44	ثالثاً: الشفعة عند توالي البيوع
45	المطلب الثاني: الشفعة بالنسبة للشخص المعنوي
46	الفرع الأول: صفة الشفيع
46	أولاً: ممارسة حق الدولة لحق الشفعة في الأراضي الفلاحية
48	ثانياً: ممارسة الدولة لحق الشفعة على الأراضي العمرانية
49	ثالثاً: ممارسة الدولة لحق الشفعة على كل الأملاك العقارية
51	الفرع الثاني: كيفية الأخذ بالشفعة بالنسبة للشخص المعنوي

51	أولاً: شروط الأخذ بالشفعة عند الشخص المعنوي
52	ثانياً: إجراءات الأخذ بالشفعة عند الشخص المعنوي
53	الفرع الثالث: التصرف المشفوع فيه
56	الفصل الثاني إجراءات الشفعة وآثارها
58	المبحث الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة
58	المطلب الأول: التصريح بالرغبة وإيداع الثمن
59	الفرع الأول: الإنذار الرسمي
60	أولاً: بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا
61	ثانياً: بيان الثمن الذي يبيع به العقار والمصاريف الرسمية
61	ثالثاً: بيان شروط العقار المشفوع فيه
61	رابعاً: بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه ومهنته وموطنه
61	خامساً: يجب أن يكون الإنذار بإبداء الرغبة رسمياً
61	سادساً: يوجه الإنذار الرسمي إلى موطن الشفيع
62	سابعاً: ذكر أجل ثلاثين يوماً
63	الفرع الثاني: التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة
63	أولاً: شكل إعلان الرغبة
64	ثانياً: الأشخاص الذين يوجه إليهم إعلان الرغبة
65	ثالثاً: الميعاد القانوني لإعلان الرغبة
70	الفرع الثالث: إيداع الثمن لدى الموثق
70	أولاً: إيداع الثمن والمصاريف لدى الخزينة العمومية
72	ثانياً: المدة التي يجب فيها إيداع الثمن

73	ثالثا: الجزاء المترتب عن عدم إيداع الثمن في الأجل القانوني
73	المطلب الثاني: رفع دعوى الشفعة
73	الفرع الأول: كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها
75	الفرع الثاني: أطراف الخصوم في دعوى الشفعة
77	الفرع الثالث: المحكمة المختصة بنظر الدعوى وطبيعة الحكم الفاصل فيها
79	الفرع الرابع: طبيعة الحكم الفاصل في الدعوى
81	المبحث الثاني: آثار الشفعة بين الثبوت والسقوط
82	المطلب الأول: العلاقات الناشئة عن ثبوت الشفعة
82	الفرع الأول: وقت حلول الشفيع محل المشتري
82	أولا: حلول الشفيع محل المشتري قبل صدور الحكم
84	ثانيا: حلول الشفيع محل المشتري وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة
85	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالبائع
86	أولا: التزامات البائع
88	ثانيا: التزامات الشفيع
90	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالمشتري
90	أولا: التزامات الشفيع
93	ثانيا: التزامات المشتري
94	الفرع الرابع: علاقة الشفيع بالغير
95	أولا: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الرغبة
96	ثانيا: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة
97	المطلب الثاني: سقوط الحق في الشفعة

فهرس المحتويات

97	الفرع الأول: نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة
98	الفرع الثاني: موت الشفيع
99	الفرع الثالث: التحايل لإسقاط الشفعة
103	الخاتمة
107	قائمة المصادر والمراجع
114	فهرس المحتويات