

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الاخوة منتوري - قسنطينة 01 -

كلية الحقوق

13/Ds/2019
03/Dp/2019

الشفعة في القانون المدني الجزائري و المقارن

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه (ل.م.د) في القانون الخاص، تخصص: قانون عقاري.

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد الرزاق بوبندير

من إعداد الطالبة:

إسمهان فسيو

أعضاء لجنة المناقشة:

الإسم و اللقب:	الرتبة العلمية	الصفة	الجامعة
(1) - أ.د عبد الحفيظ طاشور	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-
(2) - أ.د عبد الرزاق بوبندير	أستاذ التعليم العالي	مشرفا و مقرا	جامعة صالح بوبندير - قسنطينة 3-
(3) - أ.د عمر بالمامي	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة محمد لمين دباغين - سطيف -
(4) - د. شعبان عياشي	أستاذ محاضر (أ)	عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-
(5) - د. سليم بودليو	أستاذ محاضر (أ)	عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-

تاريخ المناقشة: 31 جانفي 2019

شكر و تقدير

الحمد لله الذي بعزته و جلالته تتم الصالحات، له الحمد كما ينبغي لجلال وجهه و عظيم سلطانه. الحمد لله رب العالمين، الذي جعل لكل شئ قدرًا، و جعل لكل قدرًا أجلاً، و جعل لكل أجلاً كتاباً، و الحمد لله رب العالمين، الذي قال و قوله الحق: ((و إذ تاذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم)) سورة ابراهيم. الآية 07.

أتقدم بالشكر الخاص للذي تولى مشكورا الإشراف على الأطروحة، و ذلك بتحملة عناء التوجيه و التصحيح على الرغم من انشغالاته الكثيرة، و يشهد الله أنه كان نعم المشرف في تتبعه لخطوات العمل بكل صبر، إلى أن تمت الرسالة.

أسأل الله أن يطيل عمره و يجعله سراجاً وهاجاً في درب العلم.

كما لا يفوتني أن أتقدم بتشكراتي الخالصة لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل الذين تكبدوا عناء القراءة و التقويم و التقويم.

فجازهم الله جميعاً خيراً الجزاء و العطاء في الدنيا و الآخرة.

الإهداء

إلى من أمرني ربي بطاعتها و الإحسان لهما، والديا الكريمين.

حفظكما الله و أبقاكما لناظري.

إلى طلبة العلم.

الطالبة: إسمهان فسيو

مقدمة

تقتضي حرية التصرف أن يبيع الشخص ما يملكه للشخص الذي يرغب في التعاقد معه دون جواز أن يعترض على ذلك أي شخص آخر، فحق الملكية حق مضمون قانونا و لا يجوز أن تنزع الملكية من صاحبها غصبا أو جبرا.

و إذا كان الأصل حرية التملك فلكل أصل استثناء، و لعل أخطر استثناء على هذه الحرية في مجال البيع في القانون المدني - موضوع بحثنا- الشفعة التي هي امتلاك المبيع جبرا عن إشتهاره، و جعل البائع طرفا في عقد بيع مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداءا.

و تعتبر الشفعة سببا من أسباب الملكية، و هي وسيلة لمنع التعسف في البيع عن طريق التقليل من الشركاء في المبيع، و ذلك بإعطاء الأولوية للشريك أصلا في هذا المبيع، و لذلك وضع القانون أحكاما خاصة للشفعة لا يجوز التوسع فيها باعتبارها إستثناء على حرية التملك و الإستثناء لا يقبل التوسع فيه، و تفترض الشفعة وجود شفيع و هو الشخص الذي يأخذ بالشفعة، و مشفوع منه و هو المشتري، و بائع للمشتري، و مشفوع منه و هو المبيع.

و قد اختلفت القوانين حول ما إذا كانت الشفعة رخصة أم هي حق للشفيع، و ما إذا كان المبيع المشفوع منه يجب أن يقتصر على العقار أم يجوز أن يشمل العقار و المنقول معا أو منفصلين.

و قد تثبت الشفعة للشفيع بالتراضي، متى وافق و رضَى كل من البائع و المشتري على طلب الشفيع المتمثل في الحلول محل المشتري في عقد البيع دونما إعتراض منهما ، و في الآجال القانونية التي ينبغي على الشفيع احترامها و المطالبة خلالها برغبته في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، حيث في هذه الحالة لا يحتاج الشفيع لمباشرة أي إجراء من

الإجراءات القضائية للمطالبة بحقه في الشفعة، بل يكفي أن يقوم بايداع ثمن العقار المبيع و مصاريف إبرام العقد ليحل محل المشتري في عقد البيع.

كما قد تثبت الشفعة بالتقاضي متى رفض البائع أو المشتري أو كليهما حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، حيث يتوجب على الشفيع في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء ليتمكن من ممارسة حقه في الشفعة، حيث يباشر الإجراءات القانونية التي رسمها له القانون و ذلك برفع دعوى الشفعة أمام محكمة موطن العقار، و ذلك في ميعادها القانوني و الذي لا يتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان عن الرغبة، و غيرها من الإجراءات القانونية و التي يؤدي عدم التقيد بها إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة نهائيا .

و ثبوت الحق في الأخذ بالشفعة سواء كان بالتراضي أو بالتقاضي قد ينتج عنه عدة آثار، من بينها تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه بحلول الشفيع محل المشتري في حقوقه و إلتزاماته اتجاه البائع، إلى جانب آثار أخرى.

و لقد نظم المشرع الجزائري الشفعة في المواد من 794 إلى المادة 807 ضمن القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق إكتساب الملكية من الباب الأول من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، حيث يثير إدراج المشرع الجزائري الشفعة ضمن أسباب كسب الملكية العقارية إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، كونها رخصة تخول للشفيع الحق في اكتساب ملكية العقار المشفوع فيه، أو حق يخول للشفيع الحق في تملك العقار المشفوع فيه جبرا على مالكه، ذلك أن سبب كسب الملكية هو واقعة وسط بين الرخصة و الحق، و بذلك تختلف أحكامه عن أحكام الرخصة و الحق.

و يعتبر موضوع الشفعة من المواضيع التي سبقت دراستها من قبل الباحثين إلى درجة انه يصعب على الباحث التفكير في اعادة دراستها و البحث فيها، حيث يجد الباحث نفسه أمام عدة تساؤلات و التي ينصب محورها حول الجديد الذي يمكن اضافته

لهذا الموضوع، و كما هو معروف لدينا أن موضوع الشفعة من المواضيع التي تمت دراستها في كل من الكتب العامة و المتخصصة، و حتى في رسائل الماجستير و الدكتوراء. إلا أن الأمر الذي شدّ انتباهنا و دفعنا للبحث فيها أن موضوع الشفعة في القانون المدني الجزائري لم يتم دراسته كفاية، حيث هناك من الإشكالات ما لم يتم التطرق إليها أو حتى تسليط الضوء عليها، فلا الأبحاث القانونية و لا أحكام نصوص الشفعة كانت كافية لتلم بموضوع الشفعة حيث نجد نصوص الشفعة يشوبها النقص في العديد من أحكامها ، فالمشرع الجزائري ترك الامر لإجتهد القضاء الذي هو الآخر و إن كان مهتما بتدارك النقص الذي يشوب أحكام الشفعة إلا أننا لاحظنا عليه أنه يعتمد كثيرا على إجتهدات القضاء المقارن - المصري على وجه الخصوص - باعتبار أحكام الشفعة في معظمها و إن كانت مستمدة من الشريعة الإسلامية إلا أن نصوصها مستقاة من القانون المدني المصري بدءا بتعريف الشفعة و من بين هذه المسائل نذكر و على سبيل المثال مسألة عدم تجزئة الشفعة و التي تعد خاصية من الخصائص التي تمتاز بها الشفعة عن سائر أسباب كسب الملكية العقارية، و هي مسألة لا تقل أهمية عن مسألة التكييف القانوني للشفعة الذي أثار جدلا كبيرا فيما مضى بين رجال الفقه، و الذي حسم المشرع الجزائري أمر هذا الجدل بالنص صراحة على اعتبار الشفعة رخصة بالرغم من بقاء الجدل قائما بين الفقهاء، كما أن هناك من المسائل التي لا زالت محل نقض من قبل إجتهدات القضاء و آراء الفقهاء، فمادام الأمر يتعلق بمسألة قانونية تحتاج لمزيد من البحث خاصة و أن موضوع الشفعة من المواضيع التي تعتري نصوصه و أحكامه نقائص أثارت إشكالات في الواقع العملي بشأن تطبيقها، و التي نتج عنها تضارب في أحكام القضاء.

و يؤثر بحث موضوع الشفعة في القانون المدني الجزائري و المقارن إشكالية ما إذا كانت الشفعة تعتبر استثناء على مبدأ الرضائية في التعاقد أم هي تقييد له؟

و تتجلى أهمية بحث موضوع الشفعة في القوانين المقارنة العلمية و العملية في بيان أحكامها الخاصة في هذه القوانين التي تفيد في بيان طبيعتها القانونية كونها رخصة أم

حق و الآثار المترتبة على ذلك، و ما يثير تطبيق هذه الأحكام عمليا من إشكالات بالنظر إلى ما ينطوي عليه من أحكام الشفعة في القانون المدني الجزائري من غموض بسبب عدم توحي المشرع الجزائري للدقة في صياغة بعض النصوص المنظمة لها.

و قد آثرنا الاعتماد في معالجة موضوع الشفعة في القانون المدني الجزائري و المقارن على المنهج الوصفي بهدف الإحاطة بجوانب الموضوع، و جمع كافة المعلومات عنه، و المنهج المقارن و ذلك بمقارنة نصوص الشفعة في القانون المدني الجزائري بالنصوص التي تخالفه في القانون المقارن بهدف إبراز مواطن قصور و نقص النظام القانوني المنظم للشفعة، و كذا المنهج التحليلي النقدي و ذلك عن طريق تحليل نصوص أحكام الشفعة في القانون المدني الجزائري و نصوص القوانين المقارنة، مع مناقشتها و التعليق عليها و ذلك استرشادا بإجتهد الفقه و أحكام القضاء ذات الصلة.

و قد تناول المشرع الجزائري تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني، ثم في المادة 795 ثبوت الحق في الأخذ بالشفعة، ثم في التزاحم بين الشفعاء في المادة 796، ثم تطرق لحالة توالي البيوع في المادة 797، كما نص على موانع الأخذ بها في المادة 798، أما فيما يتعلق بإجراءات الشفعة فقد نص عليها في المواد من 799 إلى 803، كما تطرق بعد ثبوت الحق في الأخذ بالشفعة إلى الآثار المترتبة عن الأخذ بها في المواد من 804 إلى 806، خاتما أحكام نصوص الشفعة بمسقطاتها في المادة 807، هذا الأمر الذي دفعنا إلى إتباع نفس الترتيب لمعالجة موضوعنا.

و يقتضي بحث موضوع الشفعة في القانون المدني الجزائري و المقارن عن طريق بيان أحكامها الخاصة و طبيعتها القانونية و إجراءاتها و آثارها، تقسيم البحث إلى فصيلين نخصص الفصل الأول لتعريف لمفهوم الشفعة و شروطها، و نتناول في الفصل الثاني إجراءات الأخذ بالشفعة و آثارها، و ذلك وفقا للخطة الآتية:

الفصل الأول: مفهوم الشفعة و شروطها

الفصل الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة و آثارها

و ننهي موضوع البحث بخاتمة نضمنها أهم ما نلخص إليه من نتائج.

الفصل الأول

مفهوم الشفعة و شروطها

تعد الشفعة قيدا استثنائيا على حرية التعاقد، فبمقتضاها قد يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه، أو يجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر غير الشخص الذي باع له، و في الوقت نفسه يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش شروطه و لم يشترك حتى في انعقاده.

و تقوم الشفعة على مكنة يستطيع بها الشفيع أخذ العقار المبيع رغما عن البائع و المشتري، أو رغما عن أي منهما، و ذلك باستصدار حكم قضائي بالحلول محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته المترتبة على عقد البيع.

و الغالب ما تؤسس الشفعة على وقاية الشفيع من ضرر محتمل من شريك أو جار - في الأراضي الفلاحية - لا يرغب في معاشرته، فهي متصلة بشخص الشفيع، و هي خيار للشفيع، و هو حر في أن يأخذ بها أو لا يأخذ بها، و يجب لأخذ الشفيع بالشفعة أن يتوفر على شروط معينة و اتباع اجراءات وجوبية نص عليها القانون.

و يقتضي تحديد مفهوم الشفعة تعريفها و بيان خصائصها و طبيعتها القانونية و شروط الأخذ بها، و لنعرض فيما يلي تعريف الشفعة و خصائصها في مبحث أول، و شروط الشفعة في مبحث ثان.

المبحث الأول

تعريف الشفعة و خصائصها

حاولت القوانين الوضعية المقارنة وضع تعريف واضح ل لشفعة يمكن على أساسه إبراز خصائصها و طبيعتها القانونية، فمن هذه القوانين من عرف الشفعة على أنها حق، و منها من عرفها على أنها رخصة، الأمر الذي أدى إلى تباين آراء الفقهاء في تحديد طبيعتها القانونية، و لنعرض فيما يلي تعريف الشفعة و طبيعتها القانونية في مطلب أول، و خصائص الشفعة في مطلب ثان.

المطلب الأول

تعريف الشفعة و طبيعتها القانونية

أدى إختلاف القوانين الوضعية المقارنة في تعريف الشفعة إلى قيام جدل كبير في الفقه حول طبيعتها القانونية ، فمن الفقهاء من يعتبرها حق شخصي، و منهم من يعتبرها حق عيني، و منهم من يعتبر حق و رخصة، و لنعرض فيما يلي تعريف الشفعة في فرع أول، و الطبيعة القانونية للشفعة في فرع ثان.

الفرع الأول

تعريف الشفعة

لا يختلف المعنى اللغوي للشفعة في جوهره عن معناها الاصطلاحي في الفقه و القانون، و لنعرض فيما يلي تعريف الشفعة لغة، و تعريفها اصطلاحا.

أولاً: تعريف الشفعة لغة

الشفعة مشتقة من الشفع، و الشفع هو الضم لما فيها من ضم العقار المبيع إلى عقار الشفيع⁽¹⁾، و قيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه⁽²⁾ و شفع، و الشفع خلاف الوتر و هو الزوج، فتقول كان وترا فشفعته شفعا، و شفع الوتر من العدد شفعا، صيره زوجا⁽³⁾. و الشفيع من الأعداد ما كان زوجا، تقول كان وترا فشفعته بآخر، و الشفع ما شفع به، سمي بالمصدر، و الجمع شفاع.

و الشفعة في الدار و الأرض و الشفيع صاحب الشفعة و صاحب الشفاعة⁽⁴⁾. و جاء في المصباح المنير للقيومي في مادة شفع: "شفعت الشيء شفعا من باب الشفع: ضمته إلى الفرد، و شفعت الركعة جعلتها اثنتين، و من هنا اشتقت الشفعة، و هي مثال غرفة لأن صاحبها يشفع ماله بها..."⁽⁵⁾.

و يتضح من هذا التعريف اللغوي للشفعة أن الشفعة تعني الضم لأن الشفيع يضم العقار المشفوع فيه جبرا إلى ملكه، أي يزيده في ملكه.

(1) - الهداية شرح البداية(4/ 24).

(2) - المغنى(178/5).

(3) - ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري:لسان العرب. الدار المصرية للتأليف و الترجمة. طبعة بولاق. ج 10. دون طبعة. (183/8). مادة (شفع).

(4) - اسماعيل بن حماد الجوهري: تحقيق أحمد عبد الغفور عطار. مطالع دار الكتاب العربي. جزء 3. دون طبعة. ص 1238. مادة شفع.

(5) - رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – أحكام الحقوق العينية الأصلية و مصادرها-. دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية-. مصر. طبعة 1997. ص 252.

ثانياً: تعريف الشفعة اصطلاحاً

لا خلاف في القوانين الوضعية المقارنة في اعتبار الشفعة سبباً من أسباب كسب الملكية العقارية لمن كان له مكنة استعمال الشفعة، و لكنها تختلف في تعريفها للشفعة. فمن هذه القوانين من يعرفها على أنها حق، و منها من يعرفها على أنها رخصة و لنعرض فيما يلي لتعريف الشفعة بأنها حق، ثم تعريفها بأنها رخصة:

أ. تعريف الشفعة بأنها حق:

تعرف المادة 1150 من القانون المدني الأردني الشفعة بأنها : " حق تملك العقار المبيع أو بعضه بما قام عليه من الثمن و النفقات."⁽¹⁾

و تعرفها المادة 1127 من القانون المدني العراقي بأنها : " الشفعة، هي حق تملك العقار المبيع و لو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن و النفقات المعتادة."⁽²⁾

و تعرفها المادة 1255 من القانون المدني اليمني بأنها : " حق تملك عين و لو جبراً ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت مثلية أو قيمية منقولة أو غير منقولة بما قام عليها من العوض و المؤن."⁽³⁾

(1) - تعريف مشار إليه في: يوسف محمد عبيدات: الحقوق العينية الاصلية و التبعية. دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة. الأردن. دون طبعة. ص 138.

(2) - تعريف مشار إليه في : سعيد عبد الكريم مبارك : شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الأصلية - دار الحرية للطباعة - مطبعة الحكومة - بغداد - العراق - طبعة 1973. ص 195.

(3) - تعريف مشار إليه في: عبد العزيز راجح حسن: اسباب سقوط الشفعة في الفقه الاسلامي و القانونيين اليمني و الجزائري.. دراسة مقارنة - اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص. جامعة باجي مختار. عنابة. 2007. ص 373.

و تعرف المادة 238 من قانون الملكية العقارية اللبناني الشفعة بأنها: " حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري..."⁽¹⁾

يفهم من القانون الأردني و العراقي و اليمني و اللبناني أن الشفعة حق للشفيع، و الاختلاف يكمن في القانون اليمني الذي يأخذ بالشفعة في العقار و المنقول على السواء، بالإضافة إلى أن القانون اليمني لا يشترط في البيع أن يكون بمقابل نقدي بل يمكن أن يكون بمقابل نقدي بل يمكن أن يكون بمقابل عيني و هو الحال في المقايضة، في حين يفهم من القانون المدني الأردني و القانون المدني العراقي أن يكون البيع بمقابل نقدي.

و يرى الفقه الفرنسي أن الشفعة حق يخول صاحبه ميزتين، ميزة الأفضلية من ناحية، و ميزة الإستحقاق من ناحية أخرى، فهو يجعل صاحبه في وضع بأولوية و يتأتى له من خلالها إستحقاق و هو موضوعها، إذ في حالة البيع بالمزاد تكون الشفعة بمثابة حق أو أفضلية أو أولوية⁽²⁾

(1) - تعريف مشار إليه في : بيار أميل طوبيا : الشفعة في عقود البيع غير المسجلة . دراسة مقارنة . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان . طبعة 2002 . ص 11 .

(2) - أسماء تخنوني: الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العقاري. جامعة الحاج لخضر. باتنة. كلية الحقوق و العلوم السياسية. باتنة. 2012 . 2013. ص 61 .

و يلاحظ أن بعض القوانين لا تنص صراحة على أن الشفعة حقا و لكن صياغة مضمونها يوحي بأن الشفعة في هذه القوانين هي مرتبة وسطى⁽¹⁾ بين الرخصة و حق التملك، فالشفيع بعد إبرام العقد الذي يجيز الأخذ بالشفعة تكون له أكثر من مجرد رخصة التملك، و أقل من حق الملك التام كون انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك و من هذه القوانين القانون التونسي⁽²⁾، فقد جاء في الفصل 103 من مجلة

الحقوق العينية الأصلية التونسية أن الشفعة هي: " حلل الشفيع محل المشتري في التملك بمبيع شريكه... "، و يعرف القانون المدني الكويتي الشفعة في المادة 891 منه بأنها: " الحلل محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول " (3).

و يكمن الفرق بين القانون التونسي و القانون الكويتي في أن المشرع التونسي يأخذ بالشفعة في بيع العقار دون المنقول، أما المشرع الكويتي فيأخذ بالشفعة في العقار و المنقول على السواء.

(1) - هذه المنزلة، أقل من الحق و أكثر من الرخصة، فالحق ينشأ لسبب معين، فمن انعقد له سبب ، يقتضي المطالبة بالتمليك، و لكن من انعقد له هذا السبب فإنه مازال لم يملك بعد، هذه المنزلة الوسطى. و قد ضرب الفقهاء مثالا لذلك بقولهم: " فلو أن شخصا رأى دارا و رغب في شرائها، فهو قبل أن يصدر له ايجاب من البائع بالمبيع، كان له حق التملك عامة في هذه الدار، كما في غيرها، و هذه رخصة أو حرية التملك. و لكن بعد صدور الايجاب، و قبل صدور القبول فهذه هي المنزلة الوسطى أما بعد صدور القبول فإنه صار صاحب الملك أي صاحب الحق. و بالتالي فالمنزلة الوسطى هي بعد صدور الايجاب، و قبل صدور القبول إذ مصدر الايجاب هنا، في مرتبة أكثر من مرتبة الرخصة و في مرتبة أقل من مرتبة الحق، فهو بين و بين. و الفقه الغربي لم يصل الى معرفة المنزلة الوسطى إلا في مرحلة حديثة جدا. و قد اطلق عليها بعض الفقهاء الاوربيين على هذه المنزلة الوسطى اسم الحق المنشئ. انظر في هذا إلى الصادق قريوي: التعسف في استعمال الحق - دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القانون المدني الجزائري. بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العقود و المسؤولية. جامعة عنابة. معهد العلوم القانونية و الادارية. نوفمبر 1989. ص 62.

(2) - تعريف مشار إليه في: مصطفى صخري: مجلة الحقوق العينية محينة وفقا للقانون 67 سنة 2008. تونس. طبعة 2010. ص 116.

(3) - تعريف مشار إليه في: أحمد دغيث: حق الشفعة في التشريع الجزائري. دار هومة. الجزائر. طبعة 2011. ص 26.

ب- تعريف الشفعة بأنها رخصة: تعرف المادة 935 من القانون المدني

المصري الشفعة بأنها: " رخصة تجيز في بيع العقار الحلل محل المشتري... " (1)

يفيد نص هذه المادة أن الشفعة رخصة للشفيع له أن يأخذ بها، أو، لا يأخذ بها متى بيع العقار المشفوع فيه.

و تعرف المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة بلونها: " رخصة تجيز الحلل

محل المشتري في بيع العقار... " (2)

و لعل أبرز و أهم ما يمكن استخلاصه من تعريف المادة 794 من القانون المدني الجزائري للشفعة الآتي:

- أن الشفعة مكنة، أو قدرة، أو رخصة، أي للشفيع أن يظهر إرادته في ذلك، أو، لا يظهرها، فلا يرغم أو يجبر على الأخذ بها ، و هي لصيقة بشخص الشفيع لا غيره.
- أن الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية، إذا ما استعملها الشفيع لتملك عقارا باعه صاحبه لشخص أجنبي، و بهذا يكون للشفيع تأثير قانوني على مركز المشتري حيث يحل الشفيع محل المشتري في كافة حقوقه و إلتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه.
- أن محل الشفعة هو العقار دون المنقول.

(1) - تعريف مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجه : الشفعة في ضوء أحدث الآراء و أحكام النقض و الصيغ القانونية. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. مصر. طبعة 1992. ص07.

(2) - الأمر 58/75 المؤرخ في : 1975 /09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. جريدة رسمية صادرة في 26 يونيو 2005. عدد 44.

- أن التصرف الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة هو البيع دون غيره من التصرفات، على أن تثبت الشفعة بعد البيع لا قبله، و ان تم اشتراط البيع فهو قيد نخرج به عن باقي التصرفات كالوصية و الإرث...
- ممارسة الشفيع لحقه في الأخذ بالشفعة قد يمتد أثره لإرادة كل من البائع و المشتري، و ليس لهذا الأخير أن يرفض ذلك، أو يحتج بانتقال الملكية له، و ذلك لاعتبار الشفعة تصرف قانوني يتم بإرادة مفردة من الشفيع.
- أن المشرع الجزائري في تعريفه للشفعة ساير المشرع المصري بإعتبار الشفعة رخصة، و هو نظام مستمد من الشريعة الإسلامية الغراء، و بالتالي على القاضي عند تفسيره لأحكام الشفعة أو عند وجود نقص فيها يرجع إلى فقه الشريعة

الإسلامية - الفقرة الثانية من المادة 01 من القانون المدني الجزائري - بوصفها
المصدر المادي للشفعة.

➤ للشفيع تأثير قانوني على مركز المشتري، و ذلك بالحلول محله في تملك العقار
المبيع أمام البائع (تحول العلاقة القانونية التي قامت بين البائع و المشتري لتصبح
بين البائع و الشفيع).

تبرز الحكمة من إقرار المشرع الجزائري للشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية
العقارية في الحد من تجزئة حق الملكية و ذلك من خلال تقرير الأخذ بالشفعة للشفيع إذا
بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة، و ذلك لصاحب حق الرقبة عند بيع حق الإنتفاع لأجنبي
أو للشريك في حق الانتفاع، أو لصاحب حق الانتفاع إذا بيع حق الرقبة لأجنبي، كما
تؤدي إلى جمع الحصص الشائعة المبعثرة بين الشركاء في الشيوخ في أدنى عدد ممكن من
الشركاء و ذلك إذا قام أحد الشركاء ببيع حصته لأجنبي، و بالتالي تؤدي إلى ابعاد ضرر
الأجنبي عن الشريك في الشيوخ.

ما يمكن استخلاصه من التعريفات السابقة بشأن الشفعة في القانون المدني الجزائري و
المقارن سنحاول ادراجه في النقاط التالية:

✓ أنه بالرغم من اختلاف النصوص القانونية من حيث الألفاظ المستخدمة،
فإن غالبيتها تتفق عند تحديد ماهية الشفعة بأن للشفيع أن يملك العقار المشفوع
فيه جبرا عن المشتري، فلا تتوقف على رضاه إنما على رغبة الشفيع، و هذا ما
يتضح من عبارة " " تجيز الحلول محل المشتري... " " الواردة في المادة
794 من القانون المدني الجزائري ، و عبارة " " تجيز في بيع العقار الحلول
محل المشتري... " " الواردة في المادة 935 من القانون المدني المصري و
كذلك عبارة " " ينتزع العقار المبيع من المشتري " " الواردة في قانون الملكية العقارية
اللبناني.

✓ يتفق المشرع الجزائري، و المصري، و الأردني، و العراقي، و اللبناني على أن الشفعة تثبت للشفيع إذا كان التصرف وارد على عقار أما إذا ورد على منقول فلا شفعة، بعكس المشرع اليمني و الكويتي فقد أجازا الشفعة في العقار و المنقول على حد سواء.

✓ إن المشرع الجزائري، و المصري، و الأردن-ي و العراقي، و اللبناني و الكويتي اتفقوا على أن التصرف المجيز للشفعة يقتصر على البيع فقط دون سائر التصرفات القانونية الأخرى، بينما المشرع اليمني، أجاز الشفعة في التصرف القانوني الذي يتم بعوض مالي، أو غير مالي.

يتضح مما تقدم أن قيام الشفعة يستوجب وجود شفيع و هو: الآخذ بالشفعة، و عقار مشفوع فيه و هو: ذلك العقار المبيع الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي - المشفوع منه⁽¹⁾ - و عقار مشفوع به و هو: العقار الذي قامت بشأنه الشفعة، و الذي يكون ملكا للشفيع، شريطة أن يكون هناك بيع عقاري.

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية للشفعة

إختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية فمنهم من يرى أن الشفعة ليست حقا⁽²⁾ و إنما هي مجرد رخصة⁽³⁾، و قد اختلف الفقهاء - فيما بينهم - الذين يعتبرون الشفعة حقا ، فمنهم من

(1) - المشفوع منه هو المشتري و قد يكون أجنبي عن الشفعاء، كما قد يكون من بين أحد الشركاء إذا تم البيع لأحد الشركاء في الحق العيني - سواء كان الشريك في حق الإنتفاع، أو صاحب حق الرقبة لكن حقه غير ملاس لحق الانتفاع - و كان الشفيع شريكا في حق الرقبة، حيث يفضل مالك الرقبة عن صاحب حق الإنتفاع، كما قد يفضل صاحب حق الرقبة الملابس لرقبته عن صاحب حق الرقبة الذي لا يلامس حق الرقبة حق الانتفاع المبيع.

(2) - الحق هو مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد، و هو إما حقا عينيا، أو حقا شخصيا. و الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على شئ معين، يخول الشخص بمقتضاها حقوقا معينة على هذا الشئ، و الحقوق العينية محصورة في القانون، و هي الملكية و الإنتفاع...، أما الحق الشخصي فهو رابطة ما بين شخصين، دائن و مدين،

يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين باعطاء شئ أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل... انظر في هذا إلى عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد - الجزء الأول - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت. لبنان. طبعة 1998. ص 02.

(3) - الحق يتميز عن الرخصة بخاصية الاستثناء، و الأفراد، إذ أن صاحب الحق يستأثر به دون سائر الناس، بينما في الرخص، لا تمتاز بتلك الخصوصية، فصاحب الحق يعتبر ذو مركز ممتاز، و قد فرق المشرع المصري بين الحق و الرخصة، في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي، حيث يقول: "الحقوق المدنية نوعان، حقوق محددة يكتسبها الشخص و يختص بها دون غيره، و رخص قانونية أو حقوق عامة، يعترف بها القانون للناس كافة". كما جاء في المذكرة الايضاحية للتقنين المدني المصري ما يلي: "يقصد بالحق كل مكنة تثبت لشخص من الاشخاص على سبيل التخصيص، و الافراد كحق الشخص في ملكية عين من الاعيان، أو كحقه في اقتضاء دين من الديون...، أما ما عدا ذلك من المكنت التي يعترف بها القانون للناس كافة، دون أن تكون محلا للاختصاص لحاجز، فالرخص أو الاباحات. انظر في هذا إلى الصادق قريوي: المرجع السابق. ص 60.

يعتبرها حقا عينيا، و منهم من يعتبرها حقا شخصيا، و منهم من يعتبرها حقا عينيا شخصيا، و لنعرض فيما يلي هذه الآراء تباعا:

أولا - الشفعة حق عيني: يرى بعض الفقهاء أن الشفعة حق عيني،

و حجتهم في ذلك أن أساس المطالبة بحق الشفعة هو الحق العيني لملكية العقار المشفوع به التي تخول مالك هذا العقار حقا على العقار المشفوع فيه، فالشفعة حق يتولد من حق ملكية العقار المشفوع به، و ينصب على العقار المشفوع فيه (1)، و هناك من يضيف بانه ليس ثمة شك في أن الشفعة حق عيني، إذ أنه مقرر لكل من يملك حقا عينيا على عقار معين دون نظر الى صفته كما أنه طريق... يخول صاحبه حقا مباشرا يمكن الإحتجاج به على الغير. (2)

كما أن الشفيع عندما يرفع دعوى الشفعة فمن جهة يطالب فيها بحق عيني عقاري، إذا كان العقار المبيع عقار شائع و يبيع لأجنبي، أو كسب حق عيني - ضم حق الرقبة لحق الانتفاع، أو العكس - و من جهة أخرى أن دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 802 من القانون المدني، حيث نصت على: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع

و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار...""، و المشرع المصري في المادة 943 من القانون المدني حيث نصت كذلك على: ""ترفع دعوى الشفعة على

(1) - حسن كيرة: الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها- منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. طبعة 1995. ص 524.

(2) - طلبية و هبة خطاب: النظام القانوني للشفعة في التقنين المدني المصري - المبدأ و التطبيق مع دراسة لأحكام محكمة النقض - دار نصر للطباعة و النشر. عين شمس. مصر. طبعة 2004. 2005. ص 50.

البائع و المشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار...""(1).

كما ذهب أصحاب هذا الفريق إلى أبعد من ذلك حيث إعتبروا أن الشفعة أقرب إلى الحق العيني، منه إلى الحق الشخصي، فللشفيع بمقتضاه ما يشبه حق التتبع و حق الأولوية الذي يخولهما الحق العيني، فحق التتبع يُمكنُ الشفيع المطالبة بالعقار من يد أيّا كان، فإذا كان مشتري العقار شخصا آخر، كان للشفيع الحق في طلبه من المشتري الجديد، و حجتهم في ذلك أنه لو كان الحق شخصا فإن صاحب الحق لا يتقاضى حقه إلا من شخص معين، أما عن حق الأولوية فالشفيع مقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع، و ذلك إذا توافرت فيه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة، و متى قام بالإجراءات التي يوجبها القانون(2).

كما يرى أصحاب هذا الفريق أن دعوى الشفعة مصدرها القانون، و ليس الإتفاق، و سببها الشراكة في العقار، و على هذا الأساس هي عينية عقارية(3).

إلا أنه لا يمكن موافقة هذا الرأي، و ذلك لإعتبارات عدة نذكر منها:

➤ لا يمكن التسليم بإعتبار الشفعة حقا عينيا للشفيع كون الحق العيني يعبر عن رابطة تسلط تخول لصاحبه تسلطا مباشرا على شيء مادي، و ليس

(1) - مشار إليه في: نبيل ابراهيم سعد: الشفعة علما و عملا. منشأة المعارف بالاسكندرية. مصر. طبعة 1997. ص 120.

(2) - أسماء تخنوني: المرجع السابق. ص 166.

(3) - أحمد اباش: الاحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي و القانون المغربي. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. طبعة 2008. ص 120.

في الشفعة ما يخول الشفيع أي تسلط مباشر على العقار المبيع المشفوع فيه،
و إنما يخوله - بالارادة المنفردة - سلطة استبعاد المشتري و الحلول محله في بيع
هذا العقار.

➤ القول بأن الشفعة حق عيني يؤدي إلى نتيجة تتعارض و ما جاء به الفقه بشأن
عدم جواز حوالة حق الشفعة، و على هذا النحو فهي ليست حقا عينيا، إذ لا
يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا عيني.

➤ كما أن اعتبار الشفعة حق عيني يجعل من الشفعة ذاك الحق الذي يخول للشفيع
إنتقال العقار المشفوع فيه دون حاجة إلى الإعلان عن الرغبة، و هذا أمر يتعارض
و إجراءات ثبوت الحق في الأخذ بالشفعة، حيث إلى جانب وقوع البيع على العقار
المشفوع فيه ينبغي على الشفيع إعلان رغبته شخصيا، و في آجالها.

ثانيا - الشفعة حق شخصي: يذهب فريق آخر من فقهاء القانون المدني

إلى القول بأن الشفعة ليست بحق عيني و إنما حق شخصي فهم لم يقصدوا الحق الشخصي
المقابل للحق العيني⁽¹⁾ بمعنى الحق المتصل بشخص الشفيع لا على معنى حق الدائنية، بل
أرادوا القول بأنها حق شخصي متصل بشخص الشفيع لا يجوز حوالاته، كما لا يجوز
لدائنيه أن يستعملوه باسمه.

و الشفعة على حسب رأيهم قررت لإعتبارات شخصية تتعلق بشخص الشفيع وقت
حصول البيع، و هذا لمنع الضرر الذي قد يلحق الشفيع من الشريك الجديد. فالشفيع لا
يستعمل دعوى عينية لحماية حق عيني و المطالبة بالشفعة إنما يباشر دعوى شخصية

(1) - أسماء تخنوني: المرجع السابق. ص 166.

لحماية حقا شخصا لصيقا به، و هو الحق في أن يصير م شتريا بالأفضلية⁽¹⁾، كما اعتبروا الشفعة حق شخصي كونها لم ترد مع الحقوق العينية الأصلية، و التي وردت في القانون المدني الجزائري على سبيل الحصر⁽²⁾ لا على سبيل المثال. و في ذات الاتجاه أيضا قيل " إن الشفعة نظام مستمد من الشريعة الإسلامية، و يتعين الرجوع فيه إلى الأحكام المقررة في هذه الشريعة، فالشارع الاسلامي لم يقرر حق الشفعة ناظرا الى العقار نفسه، و انما الى اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع.⁽³⁾

إن اعتبار الشفعة حق شخصي، يترتب عليه انقضاء حق الشفعة بموت الشفيع حتى و لو مات الشفيع أثناء السير في دعوى الشفعة و هذا ما يتعارض مع ما ذهب إليه الفقه بشأن توريث الشفعة إذا أعلن الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل وفاته، و لو لم يكن الشفيع قد رفع دعوى تثبت حقه في الشفعة، كما أنه لم يكن بحاجة إلى معارضة عينية الشفعة بشخصية الحق فيها طالما كانت نيته من الأول عدم القصد بالحق الشخصي المقابل للحق العيني، و عليه فإننا نستبعد هذا الرأي.

ثالثا- الشفعة حق عيني شخصي: يري فريق من الفقهاء أن الشفعة تجمع

بين الحق العيني و الحق الشخصي، فالشفعة ذو طبيعة مزدوجة⁽⁴⁾ بمعنى أن

(1) - أحمد اباش: المرجع السابق. ص 120.

(2) - هي حقوق محصورة في القانون، و هي الملكية و حق الانتفاع و يلحق به السكنى و الاستعمال و الارتفاق.

(3) - أحمد اباش: المرجع السابق. ص 123.

(4) - أحمد خالدي: الشفعة بين الشريعة الاسلامية و القانون المدني الجزائري. دار هومة. الجزائر. طبعة 2006. ص 20.

الشفعة حق عيني شخصي، فهي حق عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه كونها تنصب على عقار، و هي حق شخصي بالنسبة للشفيع كونها تُمنح للشفيع لاعتبارات شخصية

خاصة به، و لا يمكن وصف الشفعة بالحق العيني الذي يتبع العقار أينما حل، لكن الملاحظ على هذا الفريق أنه بالرغم من إختلاف زوايا النظر التي رأى منها الفريقين الشخصي و العيني اصابوا لحد ما في اعتبارهم بأن الشفعة حق مختلط إلا أنه متى سلمنا بأن الشفعة سبب من أسباب كسب حق الملكية فلا يمكن أن تكون حقا من الحقوق.⁽¹⁾

رابعا - الشفعة رخصة: يرى بعض الفقهاء أن الشفعة رخصة للشفيع إن

شاء أخذ بها، و إن شاء لم يأخذ بها، فهي خيار له، و من تم لا يكره عليها، و قد أخذ بهذا التكييف المشرع الجزائري في المادة 794 من القانون المدني بالنص على أن: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري..."، و كذلك المشرع المصري في المادة 935 من القانون المدني، حيث جاء فيها: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري..."⁽²⁾

و الرخصة هي اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة. ذلك أن الشخص في حدود القانون له حرية العمل و التنقل و التعاقد و التملك و غير ذلك من الحريات العامة. فإذا وقفنا عند واحدة من هذه الحريات حرية التملك مثلا، أمكن أن نقول في سبيل المقابلة ما بين الحق و الرخصة، إن حرية التملك رخصة

(1) - طلبية و هبة خطاب: المرجع السابق. ص 58.

(2) - مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجه: المرجع السابق. ص 07.

أما الملكية فحق.⁽¹⁾

فالشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه له حرية التملك، أما إذا بيع العقار المشفوع فيه لأجنبي عندها يكون للشفيع رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة بها، و هو ما ينطبق تماما على الرخصة.

و عليه لو كان هناك شريكان في عقار أحدهما مالك للرقبة، و الآخر مالك لحق الانتفاع فإذا باع صاحب حق الانتفاع انتفاعه لأجنبي فلمالك الرقبة إذا رغب في إمتلاك حق الانتفاع أن يستعمل حقه في الشفعة و بالتالي نصبح ملكيته تامة بضمه حق الانتفاع لحق الرقبة.

و إذا كان المشرع الجزائري قد عرف في المادة 794 من القانون المدني الشفعة بأنها رخصة فقد عبر عنها في نصوص أخرى بالحق، و من هذه النصوص نص المادة 795 من القانون المدني و التي تقضي ب: "يثبت حق الشفعة و ذلك بمراعاة..."" و كذلك المادة 796 التي نصت على: "إذا تعدد الشفعاء، يكون إستعمال حق الشفعة..."" و نص المادة 796 و التي نصت كذلك على: "إذا تعدد الشفعاء، يكون إستعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية...""، الأمر الذي يوحي بأن المشرع الجزائري متردد في بيان الطبيعة القانونية للشفعة إن كانت حقا أو رخصة.

و هذا الأمر مستشف أيضا من نصوص أحكام الشفعة في القانون المدني المصري، حيث يشكك في تأكيد الحسم التشريعي لمسألة تأصيل الشفعة، لأن المشرع

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان. طبعة 1998. ص09.

وصف ما هو مخول للشفيع من شفعة⁽¹⁾، و هو دليل آخر على أن المشرع الجزائري ساير المشرع المصري في أحكام نصوص الشفعة.

يذهب الفقه الفرنسي إلى أن الشفعة حق يخول صاحبه ميزتين هما: الأفضلية من ناحية و الإستحقاق من ناحية أخرى فهو يجعل صاحبه في وضع بأولوية و يتأتى له من خلالها إستحقاق هو موضوعها، إذ في حالة البيع بالمزاد تكون الشفعة بمثابة حق في الحلول، و كذا الاسترداد إلى جانبه، أما لو كان البيع بالتراضي فإن الشفعة تكون بمثابة حق أو أفضلية أو أولوية⁽²⁾، و ما نود أن نشير إليه هنا أن الشفعة في الفقه الفرنسي لم يكن أكثر حفا من نظيره هنا و هناك. إذ كان التعريف محلا للخلاف فمنهم من رأى

الشفعة حق و من ثم ليست رخصة، و هي، أي الشفعة لا تتعدى كونها حق شراء مال معين بالأولوية، و لم يتردد هذا الفقه في إظهار الحلول جوهر الشفعة و غايتها. بإستخدام تعبير droit de la peémption⁽³⁾.

و من الفقهاء أيضا من يعتبر الشفعة حقا من الحقوق الترخيضية أو المنشئة «les droits potestatifs» ou «les droits formateurs» و الحق الترخيضي أو المنشئ⁽⁴⁾، هو الحق الذي يتوقف فهو لا يتقرر لأي شخص، لأنه لولا وجود هذا المركز القانوني ما كان لإعلان إرادة من تقرر له أي أثر قانوني، من ذلك أيضا حق

(1) - حسن كيرة: المرجع السابق. ص 525.

(2) - أسماء تخونوي: المرجع السابق. ص 61.

(3) - طلبية و هبة خطاب: المرجع السابق. ص 30.

(4) - نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق. ص 40.

الموجب له بالقبول، و حق المسترد في أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة...⁽¹⁾

فالشفعة باعتبارها حقا من الحقوق الترخيضية قد تمكن الشفيع بسبب مركزه القانوني الخاص، و بمحض ارادته و تقديره أن يحدث أثرا قانونيا و المتمثل في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، و إن كان الفقه قد أصاب نوعا ما لاعتباره الشفعة من الحقوق الترخيضية مقارنة بما أتى به الفقهاء كون الحقوق الترخيضية هي الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة، و ينشأ عنها مركز قانوني جديد منشئ لحقوق و التزامات، إلا أن هذا التكييف يخلط بين وجوب الشفعة و بين ممارستها، فالشفعة توجد و لو دون تدخل من الشريك، و لكن ممارستها و وضعها موضع التنفيذ لا يكون إلا عن طريق إرادة الشريك.⁽²⁾

و ذهب البعض من الفقه إلى أبعد من ذلك بالقول: إذا كان البيع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، و ينقل ملكية الثمن إلى البائع، فإن الشفعة تنقل ملكية المبيع إلى الشفيع، فهي إذن بمنزلة البيع الجديد، بعد أن تم البيع الأول للمشتري و هي بهذا المعنى تعتبر سبب من أسباب نقل الملك و إن كانت ليست سببا إختياريا، بل تعد من أسباب نزع الملك بغير رضاء صاحبه، جبرا عنه في سبيل دفع

(1) - أحمد دغيش: حق الشفعة في التشريع الجزائري. المرجع السابق. ص 40.

(2) - لم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه المنزلة الوسطى الا حيث ارتقى و وصل في الرقي إلى مرحلة بعيدة، نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث و على رأسهم الفقيه فونتور (Von Tuhr) هذه المنزلة الوسطى: "بالحق المنشئ". انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي. المرجع السابق. ص 10.

الأذى عن غيره⁽¹⁾، و هناك حتى من يرى بأنها أثر من آثار عقد البيع⁽²⁾.

إن القول بأن الشفعة بمنزلة البيع مقبولا لحد ما، و ذلك بالنظر إلى ما قد يدفعه الشفيع كثمن للعقار المشفوع فيه للبائع و الذي يكون مساويا لما دفعه المشتري، فهي مبادلة مال المشتري بمال الشفيع كما أنها تسري عليها أحكام البيع من تسليم المبيع و غيرها...، إلا أن عدم رضى كل من المشتري و البائع من حلول الشفيع في البيع، و ذلك بنزع ملكية العقار المبيع من بين يدي المشتري و إجبار البائع على التعاقد معه من دون إتفاق مسبق، قد يخرج بالبيع عن مبدأ الرضائية بين طرفي العقد، فالشفعة و إن كانت إختيارية بالنسبة للشفيع حيث له أن يأخذ بها أو يتنازل عنها بمحض ارادته، فإنها إجبارية بالنسبة للمشتري، و عليه يستبعد هذا الرأي و يحبز القول بأن الشفعة سببا استثنائيا لكسب الملكية العقارية.

و من الفقه من يعتبر الشفعة حق تملك قسري للعقار يمارس بغض النظر عن إرادة المشتري أو المالك الأول بقوة القانون، فكأنها إنتزاع لملك الغير بغير رضاه

لكن بمقابل، كل هذا من أجل دفع ضرر الشركة أو الجوار، أو من أجل الحفاظ على وحدة و مردودية العقار و بخاصة إذا كان العقار فلاحيا.(3)

(1) - الضيف كيفاجي : الشفعة - دراسة مقارنة - بين الشريعة و القانون الجزائري. مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون. جامعة الامير عبد القادر. كلية الشريعة. قسنطينة. 1998 - 1999. أنظر في ذلك: محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد. دار الفكر العربي. القاهرة. مصر. دون طبعة. ص 150.

(2) - جهاد محمود الاشقر: مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي و القانون المدني. دار الجامعة الجديدة للنشر. الاسكندرية. مصر. طبعة 2009. ص 07.

(3) - أحمد دغيش: نظام الشفعة بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة في القانون الجزائري. المرجع السابق. ص 163 ، 164.

و يرى البعض من الفقه أن الشفعة ليست بحق عيني و لا بحق شخصي، و ليست بحق أصلا. إنما سببا لكسب الحق. فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا كحق الانتفاع و حق الرقبة و الفرق واضح بين الحق نفس و بين سبب من أسباب كسب هذا الحق، و لذلك لم تعرف المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة بأنها حق و إنما عرفت بأنها رخصة تخول للشفيع الحق في أن يمتلك العقار المشفوع فيه، بإرادته المنفردة، و ذلك بأن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة.

و الشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة (1) (complexe) تتمثل في قيام سبب من أسباب الأخذ بالشفعة ألا و هو اقتتران الشفوع أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه و العقار المشفوع به - حق الرقبة أو حق الانتفاع -، و حصول بيع العقار المشفوع في ه و هذا واقعة مادية، أما أن يعلن الشفيع عن إرادته في الأخذ بالشفعة فهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد، و كل هذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، فللشفعة حسب رأيهم إذن واقعة مادية.(2)

و مرد وصف الشفعة بأنها سبب من أسباب كسب الملكية أنها تكون في أول الأمر
رخصة إن شاء أخذ بها، و إن شاء تركها، لكن ما يجعلها حق، هو بمجرد إعلان الشفيع
رغبته لأخذ العقار المشفوع فيه فإن هذه الرخصة تتحول إلى حق على أن

(1) - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص 447.

(2) - ثار جدل حول تغليب الواقعة المادية على التصرف القانوني أو تغليب التصرف القانوني عن الواقعة
المادية، إلا أن الراجح أن الشفعة واقعة مركبة بين الواقعة المادية و بين التصرف القانوني لأنهما يكملان بعضهما البعض،
فلا أهمية و لا قيمة لايهما دون الآخر، حيث لا يمكن للواقعة المادية أن تنقل الملكية للشفيع بمجرد البيع بل لابد له أن
يعلن عن رغبته في طلب الأخذ بالشفعة و مباشرة الاجراءات القانونية اللازمة حتى يمكن له الحلول محل المشتري و من
تم تملك العقار.

على أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة في طالب الشفعة . و الراجح أن الشفعة سببا
أسباب كسب الملكية العقارية ذلك أن سبب كسب الملكية هو واقعة وسط
الرخصة و الحق، و بذلك تختلف أحكامه عن أحكام الرخصة و الحق.

و إذا كان موضوع التكييف القانوني⁽¹⁾ للشفعة قد استأثر باهتمام من الفقهاء فإن
المشرع الجزائري في تكييفه للشفعة إعتبرها رخصة للشفيع لإكتساب العقار المشفوع فيه
متى بيع لأجنبي تقاديا للضرر المتوقع منه لدخوله على الشركاء في الملك الشائع أحيانا، و
لجمع ما تفرق من الملكية أحيانا أخرى اذا تعلق الأمر ببيع حق الرقبة أو حق الانتفاع.

المطلب الثاني

خصائص الشفعة

أدرج المشرع الجزائري الشفعة ضمن أسباب كسب الملكية
العقارية،
و هي رخصة للشفيع إن شاء أخذ بها و إن شاء لم يأخذ بها، كما أنها سببا إستثنائيا
للملك على خلاف الأصل في العقود، و الذي يقتضي مبدأ الرضائية في التعاقد، و
هي التصرف الوحيد الذي يأخذ فيه الشفيع العقار المبيع جبرا عن المشتري، و
عليه فللشفعة خصائص ثلاث، أنها لا ترد إلا على العقار، و عدم قابلية الشفعة للتجزئة، و

أن الشفعة تتصل بشخص الشفيع، و هذا على أساس تكييف الطبيعة القانونية للشفعة بأنها رخصة. و لنعرض فيما يلي هذه الخصائص تباعا على أن نفرّد لكل خاصية منها فرعاً مستقلاً.

(1) - ثار الخلاف لتحديد مدى جواز التوارث فيها. انظر في هذا إلى: طلبة وهبة حطاب: المرجع السابق. ص 87.

الفرع الأول

ورود الشفعة على عقار

تقتضي الشفعة أن يكون المبيع عقاراً، و هذا ما يستشف من تعريف الشفعة و أحكامها في القانون المدني الجزائري، فقد جاء في المادة 794 ما يلي: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

و من تطبيقات القضاء الخاصة أن الشفعة ترد على العقار قضاء المحكمة العليا بأن حق الشفعة لا يكون إلا على العقارات و لا يمكن ممارسته على المحلات التجارية (القاعدة التجارية⁽¹⁾)، و أن حق الإنتفاع يسمح لصاحبه بإستعمال الشيء المنتفع به مثله مثل المالك على أن يحافظ عليه، و هو يختلف عن حق الايجار في مداه و حدوده و مدته، و أن حق الايجار هو حق إنتفاع لا يخول للمستأجر الحق في الشفعة⁽²⁾.

و قد جاء في البعض من قرارات محكمة النقض التونسية أن أحكام الشفعة تطبق على جميع العقارات سواء أكانت مسجلة أو غير بدفتر الملكية العقارية و دون تمييز ما دام لم يرد بالكتاب الثاني من مجلة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المسجلة أحكام

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 18 نوفمبر 1997. تحت رقم: 155181. نشرة القضاء، العدد 54. سنة 1999. ص 78. و قرار المحكمة العليا الصادر في: 09 فيفري 1999. تحت رقم: 181039. المجلة القضائية. العدد الاول. سنة 1999. ص 158.

(2) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 26 افريل 2000. تحت رقم 198458 الصادر بتاريخ 26 افريل 2000. مجلة القضاة. العدد 02. سنة 2000. ص 163.

خاصة بها فيما يتعلق بإجراءات الشفعة⁽¹⁾. و أن الشريك الذي له حق المطالبة بالشفعة هو المالك لجزء مشاع من عقار مشترك، و إذا وافق الشركاء على القسمة انتفى الإشتراك و بالتالي لا تقبل دعوى الشفعة⁽²⁾.

و تعرف الفقرة الأولى من المادة 681 من القانون المدني الجزائري العقار بأنّه: " كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص."

فالعقار إذن هو ذلك الشيء الثابت في مكانه، غير قابل للنقل إلى مكان آخر بدون تلفه ، و يشمل الأراضي و المباني و الأشجار و النباتات، و التي تتصل بالأرض إتصال قرار، و هذا ما يسمى بالعقار بالطبيعة (Immeuble par nature) و الأصل بحسب نص المادة 794 من القانون المدني السالفة الذكر و أحكام القضاء ف العقارات بالطبيعة بلخلاف أنواعها سواء كانت أرضا معدة للبناء - مباني⁽³⁾، أو للزرع أو للغرس - شجرا. حيث كل ما ينشئه الإنسان على سطح الأرض أو في جوفها و يصبح مندمجا

(1) - قرار تعقيبي مدني عدد 23625 ، صادر في: 27 جوان 1989 مشار إليه في: مؤلف مصطفى صخر. المرجع السابق. ص 120.

(2) - قرار تعقيبي مدني عدد 46464 ، صادر في: 07 جانفي 1997 مشار إليه في: مؤلف مصطفى صخر. المرجع نفسه. ص 122.

(3) - إن البنائيات الموضوعة فقط على الأرض و قابلة لتفكيكها تعتبر أموالا منقولة، و بالتالي لا شفعة فيها إن أراد مالكا بيعها مستقلة عن الأرض، لأنها تأخذ حكم المنقول، و لا شفعة في المنقول.

في الأرض و يصبح مستقرا و ثابتا بالأرض تصبح الشفعة فيه للشريك على الشيوخ أو لمن له حق الرقبة أو حق الانتفاع متى بيعت لأجنبي.

و لا شفعة في المنقول لكون هذا الأخير يرد عليه حق الإسترداد، إلا أنه وفقا لنص المادة 721 من القانون المدني الجزائري فإن حق الإسترداد يشمل كل من المال المنقول و العقار الشائع قبل القسمة بالنص أن: " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار الشائع قبل أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي... " ، فالمشروع الجزائري ع-م إستعمال حق الإسترداد على المنقول و العقار الشائع قبل القسمة، مما يفيد أن الاسترداد⁽¹⁾ في العقار الشائع يؤدي نفس وظيفة الشفعة في حالة بيع العقار.

و قد قضت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأن المقرر قانونا أن لكل شريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترده قبل قسمة الحصة الشائعة، و أن القضاء برفض دعوى حق الإسترداد على العقار الشائع إذا بيع لأجنبي، بدعوى اتبوع إجراءات الشفعة على العقار بدلا من اتباع إجراءات الاسترداد يعد خرقا للمادة 721 من القانون المدني الجزائري التي تخول الحق في استرداد العقار⁽²⁾.

(1) - و قد أوضحت محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها ما يوجد بينهما من فروق سواء في المصدر و الحكمة و السبب و المحل،... باعتبار الاسترداد حكمته حفظ أذاسرار التركات و كف الأجانب عن النفاذ إليها و جعل الورثة في مأمن من دخيل يطرأ. انظر في هذا إلى: أحمد عبد العال ابو قرين: حق الملكية في الفقه و القضاء و التشريع. دار الثقافة الجامعين. عين شمس. مصر. طبعة 1999. ص 176.

(2) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 25 مارس 1998. تحت رقم: 179321. مشار إليه في القانون المدني - في ضوء الممارسة القضائية - طبعة جديدة مصححة و منقحة 2010-2011. ص 177.

و يرى البعض من الفقهاء و اعتمادا على ما تنص عليه المادة 721 من القانون المدني التي تجيز الاسترداد في العقار، فإنه من الضروري أن تطبق أحكام الشفعة في

حالة بيع حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال، و ينتج عن هذا السير نحو نظام موحد لكسب الملكية يتحدد بالشفعة بغض النظر عن طبيعة الحق المالي سواء أكان عقارا أو منقولاً.⁽¹⁾

لكن الواجب القول أن حق الإسترداد و إن كان الأصل فيه يرد في المنقول دون العقار، فقد يستثنى من ذلك العقار الشائع . لكون الشفعة جاءت لدفع الضرر الذي قد يلحق صاحب حق الانتفاع إذا بيع حق الرقبة أو صاحب حق الرقبة إذا بيع حق الانتفاع، و أن الضرر لا يتحقق في المنقول.

فلا تثبت الشفعة في السفينة لأن السفينة منقول، و الذي يرد هو حق الإسترداد⁽²⁾ ، كأن يكون هناك شركاء في منقول و رغب احدهم في بيع نصيبه الشائع في هذا المنقول و المتمثل في السفينة، حيث لا يثبت لباقي الشركاء إستعمال الشفعة فالمشرع الجزائري خص العقار بإستعمال الشفعة، و المنقول خصه بحق الإسترداد و هو مستمد من القانون الفرنسي، أما الشفعة فهي مستمدة من الشريعة الإسلامية، و ما هو ملاحظ أن حق الإسترداد يختلف عن الشفعة من حيث المحل و السبب و المواعيد و غيرها من الإجراءات.

(1) - سناء بن شريطية : كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة. مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص. جامعة قسنطينة. كلية الحقوق و العلوم الانسانية. 2008 - 2009. ص 20.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص 482.

و الشفعة لا تكون إلا في البيع الذي يرد على العقار بوصفه عقارا، و لذلك لا تجوز الشفعة في بيع بناء معد للهدم، إذ يرد البيع في الحقيقة على أنقاضه المتخلفة عن الهدم و هي منقولات⁽¹⁾ فالأصل أنها عقارات بالطبيعة و إنما اعدت للفصل عن أصل ثباتها و إستقرارها، أو أن إرادة المتعاملين تتجه لذلك، فتعامل بذلك معاملة المنقول، كأن يتم بيع مبنى لغاية هدمه و تملك أنقاضه دون تملك الأرض القائم عليها المبنى، أو بيع

الاشجار ليتم قطعها فيما بعد و فصلها عن الأرض، و كذلك الثمار في الأشجار التي تباع على أن تتفصل عن الأشجار بعد نضجها، و المزروعات المتصلة بالأرض الوشبكة النضوج قبل حصدها أو جنيها، فنظرا لما ستؤول إليه في المستقبل القريب أطلق عليها مصطلح منقول بحسب المآل⁽²⁾ (anticipation meuble par).

أما العقار بالتخصيص (immeuble par destination) فهو منقول في أصله و بطبيعته إنما رصد لخدمة العقار أو استغلاله، فمنحت له صفة العقار على سبيل المجاز، و على هذا إذا وقع البيع على العقار، فإن البيع يمتد إلى المنقولات المخصصة لإستغلاله بوصفها عقارا بالتخصيص. طالما العقار و المنقول مملوكين

(1) - حسين كيره، المرجع السابق. ص596.

(2) - لم يضع المشرع نظرية عامة في شأن المنقول بحسب المآل، و لكنه في بعض نصوص القانون - نذكر على سبيل المثال المادة 692 من القانون رقم 09.08 المتضمن الاجراءات المدنية و الادارية - عامل بعض العقارات معاملة المنقولات باعتبار انها معدة للانفصال عن أصلها الثابت المستقر.

و قد استخلص الفقه و القضاء من النصوص القانونية التي وردت بشأن المنقول بحسب المآل، نظرية عامة قوامها أن بعض العقارات تعتبر منقولات بحسب المآل إذا اتجهت ارادة المتعاقدين إلى ذلك، و كان المصير المحقق في نظرهما للعقار بالطبيعة أن يتحول الى منقول بالطبيعة. أنظر في ذلك إلى: أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة. دار الجامعة الجديدة للنشر. الاسكندرية. مصر. طبعة 2005. ص ص 262، 263.

لشخص واحد، و رصد المنقول لخدمة العقار، كما لو بيعت أرض زراعية بما عليها من حظائر و مواشي و آلات زراعية، و غيرها مما يعد عقارا بالتخصيص، فللشفعة تثبت في المزرعة و ما يتصل بها من مواشي و آلات الخدمة، فكما تثبت الشفعة في العقار الأصلي، تثبت في العقار بالتخصيص، بإعتباره من ملحقات العقار الأصلي.

أما إذا فصل العقار بالتخصيص عن العقار الذي رصد لخدمته، فيفقد العقار بالتخصيص صفة العقار و يصبح عندئذ منقولا كسائر المنقولات الاخرى، فإن قام المالك ببيع العقار فلا تمتد الشفعة لما كانت عقارات بالتخصيص، و ذلك بإعتبارها منقولات و

الأصل أنه لا شفعة في المنقول، إذن فالعقارات بالتخصيص الأصل أنه لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة إلا إذا بيعت تبعا للعقار المتصلة به.

أما فيما يخص الحقوق العينية⁽¹⁾ العقارية في حالة ما إذا تفرق عنصر من عناصر الملكية (انتفاع، رقبة) فقد أكد المشرع أنه في حالة تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني الجزائري، فإنه يثبت الأخذ بالشفعة، لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة ولصاحب

(1) - الحقوق العينية، تم حصرها و ردها إلى حق الملك، و جميع الحقوق الأصلية الأخرى متفرعة عنه. فحق الملك هو الحق العيني الكامل. و قد تتجزأ عناصره، فتتفرع عنه حقوق عينية تعتبر بالنسبة الى حق الملك بمثابة الجزء من الكل. فالملك التام هو ملك الرقبة و منفعتها معا. و يتفرع عنها ملك المنفعة وحدها و ملك الرقبة وحدها، و حقوق الارتفاق. و حق الانتفاع أو ما يسمى بحق المنفعة في مرشد الحيران هو حق المنتفع في استعمال العين و إستغلالها مادامت قائمة على حالها و إن لم تكن رقبته مملوكة. أما حق الرقبة يوجد حيث ينتزع حق المنفعة من الملك التام، فتبقى الرقبة على ملك صاحبها الأصلي، و يملك المنفعة شخص آخر غير مالك الرقبة. انظر في هذا إلى: عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي. المرجع السابق. ص ص 30، 33 .

حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها. و هذا ما جسده المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁽¹⁾

من خلال إستقراء هذه العينات من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، يتضح لنا أن القضاء الجزائري كرس عمليا ما قرره المشرع الجزائري بشأن مسألة حالات الشفيع الوارد ذكرها في نص المادة 795 من القانون المدني الجزائري، و ذلك باعتبار الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية العقارية و سببا من أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية.

الفرع الثاني

عدم قابلية الشفعة للتجزئة

إن مناط عدم قابلية الشفعة للتجزئة هو أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في عقد بيع واحد، ببعض المبيع دون بعض، كون التملك بالشفعة شرطه ألا يتضمن التملك تفريق الصفقة حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، فإن تضمن فليس للشفيع أن يتملك، لأن في التفريق ضرراً بالمشتري لم يرض به و هو ضرر الشركة (على الشيوخ)، و دفع الضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه و هو ضرر الدخيل بالضرر متناقض⁽²⁾، كما قد يكون الجزء المشفوع فيه هو الأكبر قيمة من باقي أجزاء الصفقة

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 25 فيفري 2004. تحت رقم 256626 مشار إليه في: النص الكامل للقانون المدني و تعديلاته مدعم بالنصوص التكميلية و الاجتهاد القضائي. طبعة خاصة. بيرتي للنشر. الجزائر. طبعة 2010. ص 410. قرار المحكمة العليا لصادر في: 19 نوفمبر 1997. تحت رقم 150100 . مشار إليه في: أحمد لعور. نبيل صقر: موسوعة الفكر القانوني. القانون المدني نسا و تطبيقا - طبقا لاحدث التعديلات بالقانون 07 - 05 دار الهدى. الجزائر. دون طبعة. ص 321.

(2) - عصام أنور سليم: عدم تجزئة الشفعة. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. طبعة 1997. ص 06.

و لو لا هذا الجزء لما رغب المشتري في شراء الصفقة بكاملها.

و مطالبة الشفيع بجزء من الصفقة دون الباقي يعني رضا الشفيع بالمشتري شريكا جديدا له، كما يعد اقرارا منه بأنه لا ضرر من شراكته، و بذلك يكون متناقضا مع طلبه، و المتمثل في منع الضرر الذي قد يلحقه من جراء الشريك الجديد ، و من تم تسقط شفيعته في الكل تماما كما لو أسقط شفيعته في البعض سقطت في الكل. كما أنه لما كان ما يسعى إليه الشفيع من دفع أذى الدخيل أو سوء المعاشرة من وراء طلبه الأخذ بالشفعة لا يتحقق إلا بالاستشفاع في كل ما يقوم فيه سبب الشفعة مما بيع من العقارات صفقة واحدة، فإنه لا يجوز إجبار الشفيع على أن يشفع في بعض ما قام فيه سبب الشفعة من العقار المبيع أو العقارات المبيعة صفقة واحدة⁽¹⁾.

و يجب على الشفيع ألا يجرأ الصفقة على المشتري في طلبه الأخذ بالشفعة منه، و لو تعدد الشفعاء الذين يحق لهم الأخذ بالشفعة، بل و لو شفيعوا جميعا، ذلك أنه عند تزام

الشفعاء المستحقين للشفعة دون أن تتوافر في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا من نفس طبقة الشفعاء الذين طلبوا الشفعة أو من طبقة أعلى منهم، فإن معيار عدم تجزئة الشفعة هنا يكون في إعمال قاعدة عدم تفرق الصفقة، إذ يتعين على كل شفيع من الشفعاء أن يطلب الشفعة في كل العقار المبيع صفقة متحدة أي واحدة، فلا يجوز له أن يقتصر على طلب جزء من هذا العقار، مثلا بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به، و هي قاعدة واجبة التطبيق، يستوي في ذلك أن يكون مستحقو الشفعة شفعاء من طبقة واحدة أو من طبقات متعددة⁽²⁾.

(1) - عصام أنور سليم: عدم تجزئة الشفعة. المرجع السابق. ص 13.

(2) - المرجع نفسه. ص 07.

و الحكمة من ضرورة طلب الشفيع بالشفعة في العقار المبيع جميعه و لا يقتصر طلبه على أخذ الجزء الذي يتناسب و نصيبه في العقار المشفوع فيه لإحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء أو لا يطلبها أحد غيره. أو لإحتمال أن يسقط طلب بعضهم لسبب يتعلق بإجراءات الشفعة. حيث يكون في إقتصاره على الشفعة في جزء من العقار المبيع تقريق للصفقة على المشتري. فإذا طلب أحد الشفعاء الأخذ بالشفعة في جزء العقار المشفوع فيه وقع باطلا. و لا يحوز له بعد ذلك طلب الشفعة فالأصل أن الشفعة في العقار كله إلا في اثناء المهلة الزمنية التي حددها القانون.⁽¹⁾

فالأصل أن الشفعة غير قابلة للتجزئة ، و مبدأ تجزئة الشفعة مقرر للمشتري وحده لأن الشفيع يقصد بالأخذ بالشفعة. إخراج المشتري و بالتالي دفع الضرر المتوقع منه و لا يتحقق قصده إلا إذا طلب الكل بدل المطالبة بالجزء، و على هذا لا يجوز للشفيع تجزئة الشفعة على المشتري، إلا أنه لا يعني بالضرورة أن يكون الشفيع ملزما في جميع الحالات بأخذ المبيع بكامله فهناك حالات يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض عقود البيع دون البعض الآخر، و من هذه الحالات:

➤ إذا تعددت الهبوع، و توافرت شروط الشفعة فيما يريد الشفيع أن يأخذه بالشفعة في بعض الهبوع دون البعض الآخر، كأن يبيع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين في بيع متعددة، و اشترى كل من المشتريين جزءا مفرزا من العقار بثمن مسمى، و لو في عقد واحد، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الهبوع دون بعض لأن الهبوع كانت مفرقة من الأصل.

(1) - سعيد سعد عبد السلام: حق الملكية فقها و قضاء. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. طبعة 2000. ص 332، 333.

➤ إذا باع المالك عقارات متعددة و لو لمشتري واحد، في بيع متفرقة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الشفعة دون الأخرى.

و في غياب أحكام قضائية جزائية منشورة في هذا الخصوص، فإن من القواعد التي وضعها القضاء المقارن الآتي:

- 1 - شراء الأرض المشفوع فيها بعقد مستقل عن عقد شراء أرض مسقاة، مملوكين لنفس البائع، يعني وجود عقدي بيع مستقلين، و يجوز للشفيع أن يأخذ الأرض بالشفعة دون الأرض المسقاة⁽¹⁾.

- 2 - إذا اشتمل عقد البيع على عقارات متعددة و كانت منفصلة بعضها عن البعض فإن الاصل أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيه أسبابها دون تلك التي لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة و ذلك ما لم تكون تلك العقارات مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال الحق في الشفعة بالنسبة على جزء منها من شأنه أن يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع⁽²⁾.

3 - اذا تعددت العقارات المباعة و كانت مستقلة عن بعضها فقد قضي بأن

الشفيع لا يكون ملزما بأن يشفع جميع العقارات التي تتحقق فيها شروط الشفاعة

(1)- قرار رقم 765 لسنة 45 ق جلسة 28 ماي 1980. مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق. ص 21.

(2) - قرار رقم 1644 لسنة 51 ق جلسة 09 افريل 1985. مشار إليه في: أحمد محمود خليل: أحكام الشفاعة فقها و قضاء. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. طبعة 2005. ص 132.

بل يحق له أن يختار بعضها فقط بأن يطلب الشفاعة في هذا البعض⁽¹⁾.

4 - أن العقارات موضوع البيع إذا كانت غير متلاصقة و غير مخصصة بعمل

واحد أو بطريقة استغلال واحدة فإن اقتصار طلب الشفاعة على إحداها لا يمس بمبدأ عدم

تجزئة الشفاعة حتى و لو كانت العقارات قد بيعت بعقد واحد حتى و لو توافرت فيها

جميعا شروط الشفاعة إذ أن المهم هو عدم تجزئة عقار واحد أو عدة عقارات متلاصقة

يشكل إما بطبيعتها أو بتخصيصها عقارا واحدا.⁽²⁾

إن سكوت المشرع الجزائري عن مسألة عدم قابلية الشفاعة للتجزئة لم يمنع الاجتهاد

القضائي من أعمال هذه القاعدة و التي تستمد أحكامها من المبادئ العامة في القانون

المدني الجزائري، و التي تقضي بعدم قابلية الإلتزام للتجزئة و هي قاعدة تخضع لإرادة

المتعاقدين، و التي تفرض كنتيجة لها عدم تجزئة الشفاعة، لا سيما و الشفاعة قد شرعت لدفع

الضرر الذي قد يسببه الشريك الجديد و الذي يتنافى و مطالبة الشفيع بجزء من العقار

المشفوع فيه و ترك الجزء المتبقي للمشتري، و بناء على هذا فإن القضاء خلص إلى التمييز

بين فرضين ، الفرض الأول تعدد المشتريين مع وحدة العقار المباع و الفرض الثاني تعدد

العقارات المباعة مع وحدة المشتري . نعرضها في الآتي.

- (1) - استئناف جبل لبنان بتاريخ 15 فيفري 1969 مشار إليه في: عفيف شمس الدين: الوسيط في القانون العقاري - طبعة جديدة و منقحة - دراسة مقارنة. الجزء الثاني. منشورات زين الحقوقية. لبنان. طبعة 2011. ص 496.
- (2)- قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم 105 الصادر بتاريخ 2 كانون الأول 1964 . مشار إليه في: عفيف شمس الدين: المرجع السابق. ص ص 498 ، 499.

أولاً - تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع

إذا تعدد المشترين للعقار المبيع و كان لكل واحد منهم حصة شائعة فيه، كأن تكون أرضاً بيعت لأربعة أشخاص، لكل واحد منهم جزءاً شائعاً، اعتد -بر البيع بيعاً واحداً، و لا تجوز الشفعة إلا في العقار بتمامه (1)، فيمتنع على الشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة بعض المشترين دون البعض الآخر حتى لا تتجزأ الشفعة و لا يتفرق البيع على المشترين و على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقار بأكمله. حتى و لو كان السبب في ذلك أن الشفيع ليس باستطاعته إلا أن يدفع للبعض دون البعض الآخر، و في هذا تجزئة للشفعة و إضرار بالمشتريين.

أما إذا بيع العقار أجزاءً مفرزة بين المشترين و عينت حصة كل واحد منهم في عقد البيع، جاز للشفيع أن يشفع في الجزء الذي تتوفر فيه شروط الشفعة دون باقي الأجزاء المبيعة. و هذا ما أخذ به القضاء المصري في العديد من قراراته (2).

و إذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع، و كان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة، كون الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين (3).

(1) - ففي حالة حلول الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه، يحق للمشتري ألا يبقى في ملكه بعض المعقود عليه في البيع المعتبر كلاً لا يتجزأ، أي المعتبر صفقة واحدة، و لو بما يقابله من الثمن، بل يحق له أن يرتبط بالبيع برمته أو لا يرتبط به على الإطلاق... و هكذا . انظر في ذلك إلى :عصام أنور سليم: عدم تجزئة الشفعة. المرجع السابق. ص 18.

(2) - نقض 01 مارس 1979 مشار إليه في: نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق. ص 71.

(3) - يجب تغليب المنع - لوجود نص قانوني صريح - على اجازة الاستشفاع و بالتالي مراعاة عدم تجزئة الشفعة.

فوجود مانع من موانع الأخذ بالشفعة يحول بين الشفيع و بين ممارسته لحق الشفعة في بعض الصفقة، ذلك بأن الشفيع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة، و هو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة. و على ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه، فتسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشتريين ، كون قيام المانع من الشفعة في البعض يؤدي إلى منعها في الكل تحرزا من تفرق الصفقة على المشتري.(1)

هذا ما لم يطعن بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على إعتبار أنه قد أقحم بين المشتريين بعقد صوري تحايلا لمنع الأخذ بالشفعة، فيجوز عندئذ إذا اثبت الشفيع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة في كل العقار. و لكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصوري و أن يدخله خصما في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهته صورية عقده.(2)

ثانيا - تعدد العقارات المباعة مع وحدة المشتري: إذا بيعت عدة عقارات لمشتري واحد في عقد واحد و بثمن واحد، فيجب التمييز بين حالتين، الحالة التي تتوافر في هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ، و الحالة التي أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر. نعرضها في الآتي:

(1) - عصام أنور سليم: عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية و القانون. منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. دون طبعة. ص ص 131، 132.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص487.

أ- توافر شروط الأخذ بالشفعة في العقارات جميعا:

إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في عقد بيع واحد و بثمن واحد، و توافرت في جميع هذه العقارات شروط الأخذ بالشفعة، و يجب على الشفيع أن يطلب أخذ العقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات، فليس له أن يطالب بالبيع دون البعض الآخر بحجة لا حاجة له فيها أو لا قدرة له على دفع ثمن المبيع بأكملها، ذلك لكون البيع واحد فلا يجوز للشفيع تجزئته على المشتري إن شاء أخذها بأكملها أو تركها بأكملها.

و قد يتعدد البائعون على الشفيع، فيبيعون عقارا شائعا بينهم لمشتري واحد. ففي هذه الحالة لا يجوز تجزئة البيع. فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائعة، بل يجب أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه.(1)

و مما يؤكد وحدة البيع أن تكون العقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض، أن تكون العقارات منفصلة و مخصصة لعامل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث أن استعمال حق الشفعة بالنسبة لبعض العقارات يجعل البعض الآخر غير صالح لما أعد له و هذا ما أقره القضاء المقارن في البعض من أحكامه(2).

(1) - عصام أنور سليم: عدم تجزئة الشفعة. المرجع السابق. ص ص 33، 34.

(2) - قرار محكمة النقض المصرية رقم: 189 لسنة 47 ق جلسة 06 مارس 1983. مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق. ص ص 20، 21. طعن لمحكمة النقض رقم 347 لسنة 45 ق جلسة 07 جوان 1979 مشار إليه في: المرجع نفسه. ص ص 21، 22. قرار محكمة النقض المصرية رقم: 1685 لسنة 56 ق جلسة 28 أبريل 1987. مشار إليه في: أحمد محمود خليل. المرجع السابق. ص 133. قرار رقم 79 صادر عن بداية بيروت تاريخ 27 نوفمبر 1979. مشار إليه في: عفيف شمس الدين: المرجع السابق. ص ص 497، 498. استئناف رقم 130 الصادر بجبل لبنان بتاريخ 29 ديسمبر 1988. مشار إليه في: المرجع نفسه. ص 498.

ب - توافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر:

يفترض في هذه الحالة أن البائع مالك لعدة عقارات منها ما يتوافر على شروط الأخذ بالشفعة و منها ما لا يتوافر، إلا أن ثمن العقارات المبيعة كانت بثمن واحد،

هنا يتعين على الشفيع أن يبدأ بطلب الشفعة في العقار الذي تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة، دون العقارات التي لا تتوفر فيها شروط الشفعة و ل -كون الثمن واحد لجميع العقارات، فإن قيمة العقار الـذي يريد الشفيع أن يأخذه بالشفعة يحـدد من قبل الخبير العقاري، مع مراعاة الثمن الذي بيعت به جميع العقارات مقارنة بمساحة العقار و صفته بالنسبة لباقي العقارات، إلى جانب قيمة العقار في السوق.

و لكن اذا رأى المشتري أن تجزئة البيع على هذا الوجه يضر به، له أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات، ما توافرت فيـه شروط الشفعة و ما لم تتوفر فيه شروط الشفعة، ذلك أن مبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر لمصلحة المشتري حتى لا يتجزأ البيع إضرار به، و لا يمكن تجزئة البيع إلا برضاه⁽¹⁾.

و قد يحدث أن تكون العقارات منفصلة بعضها عن بعض، و غير مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة، و يعتمد في عقد بيعها إلى ضم العقارات التي ما لا شفعة فيه للشفيع إلى العقارات التي له الشفعة فيها تعجيزا له من الأخذ بالشفعة في جميعها. فإن المستقر عليه فقها و قضاء أن لا جدال للتدرع في مثل هذه الحالة لتطبيق قاعدة عدم تجزئة الشفعة حتى و لو بيعت العقارات جميعا بثمن واحد، فيجوز للشفيع أن يأخذ العقارات التي تقوم فيها الشفعة درءا لمحاولة الغش نحو القانون⁽²⁾.

(1) - عصام أنور سليم: عدم تجزئة الشفعة. المرجع السابق. ص 08.

(2) - المرجع نفسه. ص 30.

فقاعدة عدم تجزئة الشفعة وضعها الفقه في غياب نص قانوني ، و قررها حماية لمصلحة المشتري من الضرر الذي قد يلحقه من تجزؤ البيع، و لم يقررها لمصلحة الشفيع. فغالبا ما يكون هدف المشتري من الشراء الحصول على العقار أو الحق الذي يطالب به الشفيع بالذات ، و يكون من العدل عدم تجزئة الصفقة بحرمانه من العقار أ و الحق الذي لولاه لما رغب في الشراء و إلزامه باستبقاء ما لم يرغب فيه.⁽¹⁾

و قاعدة عدم تجزئة الشفعة تثار من قبل المشتري ، و هي قاعدة تقوم على شروط لا بد من توافرها حتى يمكن الإحتجاج بها، و هي أن يكون المبيع في عقد بيع واحد و ذلك بتحقيق وحدة البائع أو بائعين على الشيوع، و ثمن واحد لكل المبيع بمعنى وحدة العقار، بأن يكون مخصص لغرض واحد و وحدة العقد و هي قاعدة متفق عليها في الفقه و القانون رغم عدم وجود نص في القانون المدني الجزائري يقضي بذلك.

إن المشرع المصري و المشرع الجزائري لم ينصا على عدم تجزئة الشفعة على خلاف المشرع العراقي و اللبناني و الأردني الذين نصوا صراحة على عدم تجزئة الشفعة، فقد جاء في نص المادة 1135 من القانون المدني العراقي على أن: "الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع، و يترك بعضه، و لكن إذا تعدد المشترون و اتحد البائع، فليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم و لو كان شائعا و يترك الباقي، و نصت المادة 245 من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون 5 شباط 1948) على أن: " حق الشفعة لا يتجزأ، فلا يجوز إستعماله أو إسقاطه إلا بكامله، فإذا تعدد الشفعاء المتساوون في الفئة، و أسقط أحدهم

(1) - طلبية وهبة خطاب: المرجع السابق. ص 73 .

(2) - سعيد عبد الكريم مبارك: المرجع السابق. ص 159 .

أو بعضهم حقه في الشفعة و جب على الباقيين، طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها... " (1) و المادة 1160 من القانون المدني الأردني: "الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبرا على المشتري... " (2) و حسنا ما فعلوا كون مسالة عدم تجزئة الشفعة تحتاج لحسم من قبل المشرع لا من قبل الفقه.

الفرع الثالث

اتصال الشفعة بشخص الشفيع

تعتبر الشفعة عند الفقه (3) منزلة وسطى بين الرخصة و الحق، و إن كانت سببا من أسباب كسب الملكية العقارية فإن الحكمة منها هي دفع الضرر عن الشفيع من الشريك الجديد، و هو ضرر قد يمس بشخص الشفيع و لذلك يترك تقديره للشفيع، باعتباره تقدير شخصي، فإذا رأى أن الضرر تحقق أخذ بالشفعة، و إذا ما رأى أنه لم يتحقق امتنع عن الأخذ بالشفعة، و هذا ما يفيد بأن الشفعة تقوم أساسا على الإعتبار الشخصي و هو إتصال الشفعة بشخص الشفيع(4)، و يترتب على هذا الإتصال نتائج معينة نذكرها في الآتي:

(1) - بيار اميل طوبيا: المرجع السابق. ص 13.

(2) - يوسف محمد عبيدات: الحقوق العينية الاصلية و التبعية. المرجع السابق. ص 138.

(3) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص 447.

(4) - نجد في هذا قرارا لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 17 جانفي 1989 و الذي جاء فيه: "لما كانت الشفعة قيда على حرية التعاقد و رخصة لصيقة بشخص الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة في عقاره الذي يشفع به، و من تم يقع باطلا تعامله في هذه الرخصة أو حوالة إياها أو تنازله عنها لغيره". انظر في هذا إلى: طلبة وهبة خطاب: المرجع السابق. ص 52.

1 - عدم جواز استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع عن طريق الدعوى غير المباشرة

بلعتبر الشفعة متصلة بشخص الشفيع، فإن اتصالها هذا يقف حائلا دون إستعمال الدعوى غير المباشرة فلا يجوز لدائن الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة نيابة عنه باستعمال هذه الدعوى (1)، و خاصة أن النيابة القانونية التي تتبني عليها هذه الدعوى، تنحصر في المطالبة بحقوق الدائنين، بينما الشفعة مجرد رخصة و ليست حق(2).

و طبقا لنص المادة 189 من القانون المدني الجزائري فإنها لا يجوز للدائنين أن يستعملوا باسم مدينهم ما كان متصلا بشخص المدين خاصة، كالحقوق المتعلقة بالأحوال

الشخصية كالطلاق و النسب...، حيث لا تدخل في الضمان العام. و عليه لا يجوز لدائني الشفيع أن يرفعوا دعوى غير مباشرة للمطالبة بالشفعة.

2 - عدم إنتقال الشفعة بالحوالة من الشفيع إلى الغير

يرجع سبب عدم انتقال الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع الى الغير، بعد أن ثبت له الحق في الأخذ بالشفعة لعدة مبررات نذكرها في النقاط الآتية:

➤ أن الشفعة لصيقة بشخص الشفيع، فلا يجوز له أن يحيل حقه لغيره.

(1) - طلبه وهبة خطاب: المرجع السابق. ص 79.

(2) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: الحقوق العينية الاصلية حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنه. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. طبعة 2004. ص 207.

➤ أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة انما يتعلق بمال عقاري بسبب ما له على العقار المشفوع به، و لذا فان هذا الحث يلزم ذاك العقار المشفوع به و ينتقل معه و لا يمكن أن ينتقل استقلالا⁽¹⁾.

➤ أن الشفعة قررت لدفع الضرر عن الشفيع الذي قد يلحقه من المشتري أو الشريك الجديد فلن قام الشفيع بنقل حقه في الشفعة للغير انتفت الحكمة من الشفعة.

➤ لأن الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الحوالة، إلا أن هناك حق قد يكون بحكم طبيعته غير قابل للحوالة، و يكون ذلك في الحالات التي تكون شخصية المدين محل اعتبار.

➤ لأن الشفعة رغبة الشفيع تعبر عن إرادته هو، و هي تقديره هو و اختياره⁽²⁾.

➤ لأن الشفعة حق غير قابل للحجز (طبقا للمادة 240 من القانون المدني الجزائري).

➤ لا يمكن إعتبار بائع العقار المشفوع فيه مدينا، كما لا يمكن إعتبار الشفيع دائنا.

و لنا من أحكام القضاء المقارن في هذا الشأن عدة أحكام⁽³⁾.

3 - جواز تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

إن الشفعة كأى حق (أو رخصة)، يمكن التنازل عنها من جانب من تقررت

(1) - طلبه وهبة خطاب: المرجع السابق. ص 77.

(2) - الضيف كيفاجي : المرجع السابق. ص 20.

(3) - قرار محكمة النقض المصرية رقم 2474 لسنة 54 جلسة 1989/01/17. مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجه: المرجع السابق . ص13. محكمة التمييز اللبنانية في هذا الشأن ب ترويح:1951/09/18. مشار إليه في: عفيف شمس الدين: المرجع السابق. ص472.

له، و هو الشفيع⁽¹⁾، و طبقا للمادة 807 من القانون المدني الجزائري للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع ، بمعنى للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة قبل البيع و بعد البيع⁽²⁾. إن هذا الجواز من القانون المدني الجزائري مخالف للقواعد العامة و التي تقضي بأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل ثبوته، فالأصل لا يجوز للشفيع أن ينزل عن حقه في الأخذ بالشفعة قبل بيع العقار المشفوع فيه، غير أن المشرع الجزائري على الأرجح أراد أن يضيق من الأخذ بالشفعة حتى يستطيع المشتري أن يقدم على الشراء و هو مطمئن لصفقته⁽³⁾.

و المقصود بتنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ، الالتزام بعدم المطالبة بها، و قد يظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمنا ، هذا الأخير الذي قد يستفاد من كل عمل أو تصرف يؤخذ منه و يدل قطعا عن نزول الشفيع عن حقه كأن يكون الشفيع وسيطا بين البائع و المشتري، أو شاهدا على عقد البيع، أو استئجر الشفيع من المشتري العقار المبيع. إلا انه لا يعد من قبل النزول الضمني عن الشفعة، رفض الشفيع أخذ المال المشفوع فيه بالثمن الذي طلبه المشتري منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي، و

بأنه، لا يفيد النزول عن حق الشفعة ما كان من مساومة بين الشفيع و المشتري حول تنازل الأول عنها، إلى غير ذلك من الأمثلة⁽⁴⁾

(1) - محمد شكري سرور: موجز تنظيم الملكية في القانون المدني المصري. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. طبعة 2000. ص 135.

(2) - النزول اللاحق على البيع هو وحده الذي يعتبر من مسقطات الحق في الأخذ بالشفعة. انظر في هذا إلى: محمد شكري سرور: المرجع نفسه. ص 135.

(3) - الضيف كيفاجي: المرجع السابق. ص 21.

(4) - طلبه وهبة خطاب: المرجع السابق. ص 76.

و يكون النزول الصريح عن الأخذ بالشفعة سواء قبل ثبوت الحق فيها أو بعده، كأن يجيب الشفيع عن الإنذار الذي وجه له من قبل البائع أو المشتري أو منهما معا - طبقا للمادة 799 من القانون المدني الجزائري - و ذلك بعدم رغبته في الأخذ بالشفعة، أو يرفض أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي طلبه البائع و وافق عليه المشتري. و الفرق بين النزول الصريح و الضمني أن الأول يتحقق و يحدث أثره سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم لأن صريح الإسقاط يستوي فيه العلم و الجهل، أما الثاني فيسقط حال العلم به.⁽¹⁾

و نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة سواء كان صراحة أو ضمنا يعد واقعة مادية و طبقا للقواعد العامة، يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات على أن يقع عبئ الإثبات على من يتمسك بالنزول سواء تعلق الأمر بالمشتري أو البائع.

و النص القانوني جاء واضحا فيما يخص النزول عن الشفعة قبل البيع، و فيما يتعلق بالنزول بعد البيع و هو قائم حتى و إن طلب الشفيع العقار المبيع بالشفعة ما دام لم يصدر حكم بثبوت الشفعة، فإن صدر هذا الأخير لا يجوز للشفيع أن ينزل عن حقه في الشفعة لأن الحكم بثبوت الشفعة طبقا للمادة 803 من القانون المدني الجزائري يعتبر سنداً للملكية.

لكن ينبغي الإشارة إلى أن نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة عند البيع لا يجوز له إعادة طلبها في نفس البيع إنما له الحق في المطالبة بالأخذ بها في البيوع

(1) - الطيب يعقوب: قاعدة لا ضرر و لا ضرار و تطبيقاتها في الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري - الشفعة نموذجا. بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية. تخصص شريعة و قانون. كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية. جامعة الحاج لخضر. باتنة. 2008 - 2009. ص 135.

التي توالي البيع الذي تنازل فيه عن الشفعة و ذلك باعتبار تنازل الشفيع عن الأخذ بالشفعة التزام لا يعتبر هذا النزول حقا عينيا يتبع العقار في يد كائن من كان⁽¹⁾

و إن نص المشرع الجزائري عن سقوط الشفعة عند تنازل الشفيع شأنه شأن المشرع المصري (المادة 948 من القانون المدني)⁽²⁾ و المشرع الأردني (المادة 1161 من القانون الاردني)⁽³⁾ و المشرع اللبناني (المادة 246 قانون الملكية العقارية اللبناني)⁽⁴⁾، فإننا نجد المشرع التونسي لا يمنح للشفيع إمكانية إسقاط حقه في الشفعة، حيث تسقط هذه الأخيرة بلفقضاء آجال طلب الشفعة فقط (الفصل 115 مجلة الحقوق العينية التونسية)⁽⁵⁾.

4 - عدم جواز انتقال حق الشفعة الى الورثة

إن مسألة انتقال الشفعة بالإرث أو عدم انتقالها من المسائل التي أثارت الخلاف فيما بين رجال الفقه و القضاء في ظل غياب نص قانوني يقضي بذلك، فمنهم من يرى بأن الشفعة حق للوارث له أن يأخذ بها إن مات مورثه (الشفيع)، و منهم من يرى بأنها رخصة لا تخول للورثة الحق في المطالبة بالأخذ بها، لكن لا خلاف لتوريث الشفعة إذا:

(1) - طلبة وهبة خطاب: المرجع السابق. ص 76.

(2) - تعريف مشار إليه في: نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق. ص 131.

(3) - تعريف مشار إليه في: عبد المنعم فرج الصده: الحقوق العينية الأصلية. دار النهضة العربية. بيروت. لبنان. ص 470.

(4) - تعريف مشار إليه في: مصطفى صخري: المرجع السابق. ص 135.

(5) - تعريف مشار إليه في: يوسف محمد عبيدات: المرجع السابق. ص 139.

➤ مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه، حيث ينتقل حق المطالبة بالأخذ بالشفعة الى الورثة باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم.

➤ مات الشفيع بعد أن استعمل حقه في الشفعة ، بأن يكون قد أعلن رغبته في الآخذ بالشفعة (يثبت حقه بمجرد طلب الآخذ بها) و بالتالي انتقال هذا الحق الى ورثته حتى ولو لم يرفع الشفيع دعوى الشفعة، أو لم يحصل على رضا البائع، حيث يتعين على الورثة أن يستمروا في إجراءات الآخذ بالشفعة ح -تى يح-صلوا على ح-كم بثبوثها أو يحصلوا على رضاء بها، و ذلك باعتبارهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل اليهم حق الشفيع بالميراث.

إلا أن الخلاف في الفقه قائم حول انتقال حق الشفعة من عدم انتقاله الى الورثة إذا حدثت واقعة الوفاة بعد بيع العقار المشفوع فيه و قبل إعلان الشفيع عن رغبته في الآخذ بالشفعة. فمن الفقهاء من يؤيد فكرة انتقال حق الشفعة بالارث بالرغم من عدم إعلان الشفيع عن رغبته في الآخذ بالشفعة، و ذلك باعتبارها شرعت لدفع الضرر عن الشفيع و موت الشفيع لا يعني بالضرورة زوال الضرر، و منهم من يعارض فكرة توريث الشفعة معتبرين فكرة انتقالها بالإرث تتعارض و طبيعتها القانونية و بالتالي عدم انتقال الشفعة بالارث. و لنعرض فيما يلي لهذين الرأيين تباعا.

أ - انتقال حق الشفعة الى ورثة الشفيع : يرى البعض من الفقهاء أن حق

الشفيع في الآخذ بالشفعة لا يسقط بموته، و إنما ينتقل إلى ورثته. ذلك أن الانتقال يتحقق حتى لو مات قبل إعلان الرغبة في الآخذ بالشفعة و قبل رفع الدعوى. بالرغم من كون الشفعة رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به فتنتقل منه إلى ورثته.

و يؤيد ذلك فريق آخر و الذي ذهب إلى القول بأن الشفعة تنتقل إلى ورثة الشفيع فهي و إن كانت متصلة بشخص الشفيع إلا انها تتعلق أيضا بالعقار المشفوع به و متى انتقل هذا العقار المشفوع به إلى الورثة فلين الحق في الشفعة ينتقل أيضا إليهم بالميراث حتى لو لم تتوافر فيهم شروط الأخذ بالشفعة.⁽¹⁾

نعيب على هذا الفريق أنه تجاهل مسألتين جوهريتين في الشفعة، المسألة الأولى تتعلق بكون الشفعة رخصة مما يترتب عنها أنها لصيقة بشخص الشفيع، و من تم وفاة الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه و قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة يعني سقوط الشفعة، لا كما اعتبرها فريق آخر بلأن الشفعة تلازم العقار المشفوع فيه. أما المسألة الثانية أن الفريق - الأول - لما تطرق لمسألة الفصل في كون الشفعة تورث أو لا تورث فإنه أثار مسألة هامة لكن هذا لا يمنعنا من الإشارة إلى أنه أهمل شرط أساسي في الشفعة ألا و هو عدم اشتراط أن يكون الوارث غير مالك وقت البيع و هو أمر يتنافى و شروط الأخذ بالشفعة، و إن أدرك الفريق - الثاني - مسألة الشفعة لصيقة بشخص الشفيع و أكد على أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به إلا أنه وقع في الغلط الذي وقع فيه الفريق - الأول - و هو تجاهل ضرورة أن يكون الشفيع م-الك للعقار المشفوع فيه وقت البيع، و هذا ما يجعلنا في هذا المقام عدم موافقة كلا الفريقين لأن حججهما غير مقنعة.

(1) - مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق. ص 15.

إلا أن هناك من القوانين من يأخذ بمبدأ توريث الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يطلبها ما دامت قد اكتملت شروط الأخذ بها، منها القانون المدني العراقي في المادة 1133 الفقرة 03 حيث نصت على: "... و متى ثبتت الشفعة، فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع"⁽¹⁾، و يترتب على هذا أنه إذا ثبتت شروط الشفعة، ثم مات الشفيع قبل أن تسقط في حياته، فإن لورثته أن يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة المقررة في القانون لطلب الشفعة. و كذلك المشرع اللبناني في المادة 243 من قانون الملكية العقارية

اللبناني حيث جاء فيها: " ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته... " (2) حيث يكرس المشرع اللبناني انتقال حق الشفعة عند وفاة صاحبه (الشفيع) إلى ورثته حتى قبل رفع دعوى الشفعة، و الأمر كذلك بالنسبة للمشرع الأردني و الذي نص على ذلك في المادة 1158 من القانون المدني على: " إذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع " (3) و بالتالي فإن توفي الشفيع لورثته طلب الشفعة في أجالها و الأمر سيان إن تعلق الأمر بوفاة البائع أو المشتري، و هذا ما لا نجده عند كل من المشرع الجزائري و المشرع المصري.

ب - عدم انتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع : يرى بعض الفقه عدم جواز

انتقال حق الشفعة الى ورثة الشفيع إذ يقول أحدهم : " يبدو أنه إذا توفي الشفيع قبل إستعمال حقه، لم ينتقل حقه الى ورثته: فحق الشفعة يكون قد سقط عنه، و لا يستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاك وقت البيع ".

(1) - سعيد عبد الكريم مبارك: المرجع السابق. ص 160.

(2) - عفيف شمس الدين: المرجع السابق. ص 485.

(3) - يوسف محمد عبيدات: الحقوق العينية الأصلية و التبعية. المرجع السابق. ص 139.

كما يرى البعض منهم أن مسألة عدم توريث الشفعة من زاوية أن الشفعة رخصة، و من المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق، كما أن الوارث غير متملك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسي في الأخذ بالشفعة. (1)

و يرى بعضهم من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني، أنه يجب القول بأن الشفيع في الفرض الذي نحن بصددده، بعد بيع العقار المشفوع فيه، و قبل حلوله محل المشـ تري، لم يثبت له ح — ق في العقار المشـ — فوع فيه. و ليست الش — فعة في هذه المرحلة إلا رخصة، أو هي منزلة وسطى ما بين الرخصة و الحق. و سواء كانت

رخصة أو كانت منزلة وسطى، فهي لم تكسب الشفيع بعد حقا كاملا في العقار المش فوع فيه. الشفعة في هذه المرحلة إلا رخصة، أو هي منزلة وسطى ما بين الرخصة و الحق.

و سواء كانت رخصة أو كانت منزلة وسطى، فهي لم تكسب الشفيع بعد حقا كاملا في العقار المشفوع فيه. و الذي ينتقل الى الورثة من مورثهم هي الحقوق الكاملة التي ثبتت للمورث، و لا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة و الحق، فهذه و تلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا الى الورثة.(2)

لقد وُفقَ هذا الفريق في معارضته لم -سألة توريث الش-فعة م-ن ج-انب الحجج التي قدمها كون الرخص لا تورث، و ضرورة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه، أي أن يبقى العقار المشفوع به في يد الشفيع الى حين ثبوت الأخذ بالشفعة .

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. هامش ص466.

(2) - عبد العزيز راجح حسن: المرجع السابق. ص 374.

و قد أخذ المشرع اليمني بمبدأ عدم توريث الشفعة إذا مات الشفيع قبل طلب الشفعة و استثنى من مبدأ عدم توريث الشفعة حالة وفاة الشفيع قبل علمه بالبيع و حالة وفاة الشفيع بعد علمه بالشفعة و عدم تمكنه من طلبها لعذر⁽¹⁾، و هذا طبقا للمادة 1265 من القانون المدني اليمني و التي قضت بـ: "" لا تبطل الشفعة بموت المشفوع منه مطلقا، و لا بموت الشفيع بعد الطلب، أو قبل العلم بالبيع أو بعده قبل التمكن من طلب الشفعة و تورث الشفعة في هذه الأحوال، و يلزم طلب كل الورثة أو أحدهم بالوكالة.""⁽²⁾

لكن الراجح في مسألة توريث الشفعة لورثة الشفيع في حال ما توفي الشفيع قبل إعلانه عن رغبته في الأخذ بالشفعة يمكن القول بأن الشفعة لم تقرر في الحقيقة للمورث بشخصه، بل تقرر له بوصفه و لكونه مالكا للعقار المشفوع به أو صاحبا للحق عليه، فإذا

انتقل العقار إلى الوارث بالميراث، كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، و بذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة، و هو ما يتفق مع المقرر عموما في الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة⁽³⁾.

لكن قد يحدث و يتوفى المشتري قبل أو بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة فما مصير المطالبة بحق الشفعة في هذه الحالة؟

(1) - يستفاد من نص المادة أن المشرع اليمني أخذ بالرأي الذي لا يورث الشفعة في حال وفاة الشفيع قبل الطلب و بالتالي يسقط حقه في الأخذ بالشفعة فلا ينتقل لورثته، باستثناء إذا ما توفى الشفيع بعد طلب الشفعة فإن حق الشفعة لا يسقط و بالتالي ينتقل لورثته.

(2) - عبد العزيز راجح حسن: المرجع السابق. ص 374.

(3) - أحمد خالدي: المرجع السابق. ص 276.

إن المقرر في موت الشفيع أنه لا يسقط حق إستعمال الشفعة مطلقا إلا بإحجام الشفيع عن ممارسة حقه و فوات أجال المطالبة بها، أو حتى إذا امتنع عن الأخذ بها لأحد الموانع المقررة قانونا، فممارسة الشفعة في حال وفاة المشتري قد تمارس في مواجهة ورثته.

المبحث الثاني

شروط الشفعة

لما كانت الشفعة استثناء من الأصل العام في التملك، و رخصة للشفيع إن شاء أخذ بها و تملك العقار المشفوع فيه جبرا عن البائع و المشتري فقد حرص المشرع الجزائري على بيان شروط الأخذ بها، و ذلك في المواد من 794 إلى 798 من القانون المدني.

و يستفاد من هذه المواد لجواز الأخذ بالشفعة يتستوجب توافر شرطين أساسيين و هما شرط بيع عقار - بألا يكون المبيع منقولاً، و أن يكون التصرف بيعاً فلا تجوز الشفعة في باقي التصرفات من هبة أو وصية و غيرها- و شرط وجود شفيع.

و لنعرض فيما يلي هذين الشرطين، نخصص المطلب الأول لشرط بيع عقار، و نتناول في المطلب الثاني شرط وجود شفيع.

المطلب الأول

بيع عقار

تنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري على أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، و يستفاد من هذه المادة أن بيع العقار يستوجب بدوره وجود عقار، و مع ذلك توجد بيوع عقارية لا تجوز فيها الشفعة، و لنعرض فيما يلي بيع العقار الذي تجوز فيه الشفعة، و بيع عقار لا تجوز فيه الشفعة كل في نقطة مستقلة.

الفرع الأول

بيع عقار تجوز فيه بالشفعة

تشرط المادة 794 من القانون المدني الجزائري لجواز الأخذ بالشفعة أن يحصل بيع للعقار، و بيع العقار يستوجب وجود عقار- عقار بالطبيعة أو بالتخصيص أن يرد على هذا العقار تصرف قانوني وحيد و هو البيع، و حسب التفصيل الآتي:

أولا - وجود عقار

يستفاد من تعريف المادة 794 من القانون المدني الجزائري للشفعة على أنها رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون، أي الشفعة لا ترد إلا على عقار. و هذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁽¹⁾.

و يتفق المشرع الجزائري مع غالبية المشرعين على أن الشفعة ترد على العقار دون المنقول، في حين أن المشرع الكويتي و المشرع اليمني و المشرع الأردني يجيزون الأخذ بالشفعة في العقار و المنقول على السواء.

ثانيا - أن يكون التصرف في العقار بيع: يرى معظم الفقهاء و تنص أغلب

التشريعات الحديثة على أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع الذي يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه، و جميع المواد المنظمة للشفعة في القانون المدني الجزائري تتكلم عن البائع و المشتري على أساس أن الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع.

فلا شفعة إلا إذا كان التصرف الوارد على العقار المشفوع فيه بيعا، و تعرف المادة 351 من القانون المدني الجزائري البيع بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل لمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي."

فالشفعة تقتضي أن يكون هناك بيعا قائما وقت قيام الشفعة طالما انحصرت في عقد البيع دون سواه، فلا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني كالميراث و الإلتصاق و التقادم، أو إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صاعد

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 18 نوفمبر 1997. تحت رقم: 155181. نشرة القضاة، العدد 54. سنة 1999. ص 78. و قرار المحكمة العليا الصادر في: 09 فيفري 1999. تحت رقم: 181039. المجلة القضائية. العدد الأول. سنة 1999. ص 158. مشار إليه في: جمال سايس: الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري. منشورات كليك. الجزائر. طبعة 2014. جزء 01. ص 79. قرار المحكمة العليا تحت رقم: 155181 الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1997. نشرة القضاة. سنة 1997. عدد 54. مشار إليه في: أحمد لعور، نبيل صقر. المرجع السابق. ص 320.

جانب واحد كالوصية، أو إذا انتقلت الملكية عن طريق تصرف قانوني صادر من الجانبين، و لم يكن بيعا كالهبة (1) و لو كانت بعوض (2). لأن الواهب وهب لاعتبارات شخصية في الموهوب له و هذه الاعتبارات لا تتوفر في شخص الشفيع. و إن كانت الشفعة تقتضي أن يكون التصرف بيعا(3)، فلا يؤخذ بالشفعة بالنسبة للعقود الآتية:

1 - عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا. عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا هو العقد الذي لم يستوف كافة أركانه، كأن يكون سبب العقد مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، طبقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائري. و بالتالي إذا كان طالب الشفعة يستند في ملكيته للعقار المشفوع به إلى عقد باطل بطلانا مطلقا فلا تثبت له الملكية بمقتضى هذا العقد لأن العقد الباطل لا ينتج أي أثر و لا تنتقل الملكية بموجبه، و نتيجة لذلك لا يجوز طلب الأخذ بالشفعة في البيع الباطل بطلان مطلق باعتبارها لا ترد إلا عند وجود عقد بيع قائم، و هذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري كما فعل المشرع اليمني في الفقرة الثانية من المادة 1260 من القانون المدني حيث اشترط لصحة الشفعة أن تكون في عقد صحيح فلا تصح في عقد باطل، لكن من وجهة نظرنا أن المشرع الجزائري أحسن عملا لأنه ترك حكمها للقواعد العامة.

(1) - إلا أننا نجد بأن المشرع الأردني يأخذ بالشفعة في الهبة بشرط العوض و ذلك طبقا للفقرة 2 من المادة 1155 من القانون المدني و ذلك بالقول: " و تعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع." فالمشرع اشترط العوض حتى تجوز الشفعة على انه يجب أن يكون مبلغا من النقود يمثل قيمة المبيع أو يكاد ان يمثلها فيكون العقد في الحقيقة بيعا و لو اطلق عليه لفظ الهبة. انظر في هذا إلى يوسف محمد عبيدات: المرجع السابق. ص 143.

(2) - أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص 509.

(3) - و تأكيدا لذلك فقد قضى القضاء اللبناني في القرار الصادر في 25 فيفري 1960 بما يأتي: " لا تتوجب الشفعة إلا إذا كان هناك بيع حقيقي... " انظر في هذا إلى: بدوي حنا: عقاري. اجتهادات دراسات و نصوص. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان. طبعة 1998. الجزء 02. ص 327.

2 - عقد البيع السوري: عقد البيع السوري (1) هو العقد الذي يشتمل على عقدين

أحدهما ظاهر لا يتفق عقد البيع السوري لا وجود له و الشفعة تفرض عقد بيع قائم وقت طلب الشفعة لا عقد الهبة، و للشفيع متى كان على بينة من ان التصرف سوريا بمعنى

حقيقة التصرف بيعا و تم ستره بالبيع كان له أن يثبت صورية البيع بكافة طرق الإثبات⁽²⁾، و ذلك لارتباط مصلحة الشفيع بالتصرف المستتر⁽³⁾. فإن نجاح الشفيع في اثبات صورية التصرف و ذلك بأن التصرف الحقيقي بيعا، كان للشفيع أن يأخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة.

و في الحياة العملية قد يحدث التحايل على أحكام الشفعة باستخدام الهبة كوسيلة من وسائل التحايل، و صورة ذلك أن يبيع شخص عقارا لآخر، و لكي يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع. فلا يتحقق معنى الجوار المسبب للشفعة. و في مثل هذه الحالة يجوز أن يثبت بكافة طرق الاثبات، صورية هذه الهبة و أنه إلتجأ إليها بقصد منعه

(1) - المقصود في هذه الحالة بالصورية النسبية التي تتناول نوع العقد دون وجوده، و مثال ذلك ما سبق ذكره في المتن، حيث يكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة هو الهرب من رسمية العقد حيث يبقى التصرف الظاهر هو الثوب الحقيقي للتصرف.

(2) - و أكد على ذلك القضاء اللبناني في قراره الصادر في: 16 نوفمبر 1962 بما يلي: " للشفيع ان يثبت بكافة طرق الاثبات التواطؤ الحاصل بين طرفي العقد و الرامي لإحفاء حقيقة الاتفاق بينهما و ستره بعقد آخر يستعصى على نظام الشفعة" انظر في هذا الى: بدوي حنا: عقاري. اجتهادات دراسات و نصوص. الجزء الثاني. المرجع السابق. ص 325، 326.

(3) - و من أحكام القضاء المصري نجد ما يؤكد على ذلك في الطعن رقم 53 الصادر في: 1942 و الذي جاء فيه ما يلي: " لا يقبل الطعن بصورية عقد ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء اسقاط العقد. و إذن فإذا كان المدعى فإنه يكون لزاما على المحكمة أن تنتظر هذه المطاعن و تبحثها لكي تثبت من وجود مصلحة المدعى و لا يصح منها ان تتقبل الطعن بالصورية قضية مسلمة مع غض النظر عن قيمة عقده." انظر في ذلك إلى: سعيد أحمد شعلة: قضاء النقض في الصورية و الشفعة - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خلال سبعين عاما. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. طبعة 2000. ص 30.

من الشفعة، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساوي لقيمة العقار بما في ذلك الجزء الموهوب. و لا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد إختلط فيه البيع بالهبة.⁽¹⁾

3 - عقد المقايضة: تعرف المادة 413 من القانون المدني الجزائري عقد المقايضة⁽²⁾

بأنه: " عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود." فالمقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدي شيئا للحصول على

شيء آخر، فعقد المقايضة هو عقد مبادلة شيء بشيء ليس نقودا فلا وجود للثمن، و عليه لا يجوز الأخذ بالشفعة في المقايضة لأنها ليست بيعا، فالمالك في المقايضة لا يسعى لتحصيل ثمن مقابل عقاره و إنما يسعى إلى تملك عين بذاتها، فلا يجوز إجباره على تقاضي ثمن بدل عقاره، و لو أن المشرع الجزائري نص في المادة 415 من القانون المدني على سريان المقايضة على أحكام البيع، إلا انه لا يسمح بثبوت الشفعة فيها، لأن المقايض يقصد أن يأخذ شيئا معيناً مقابل ما ينقل ملكيته للطرف الآخر. و إجازة الشفعة في المقايضة ستحول دون تحقيق هذا الغرض. ما دام أن الشفيع سيكون ملتزماً في بدفع ثمن الشيء الذي كان يقصد المقايض أن يحصل عليه بعينه.

إلا أن المشرع العراقي يأخذ بالشفعة في المقايضة باعتبارها نوعاً من أنواع البيوع، فلا يشترط كالمشرع الجزائري أن يكون العوض مبلغاً من النقود، بل يمكن أن يكون أي مال آخر سواء كان مثلياً أو قيمياً. فإذا تقايض شخصان على عقار مثلاً، كان لكل من العقارين شفيع، فيجوز لكل من الشفيعين أن يأخذ العقار الذي يشفع

(1) - رمضان ابو السعود: المرجع السابق. ص 272.

(2) - لقد نص صراحة المشرع اللبناني على عدم جواز الأخذ بالشفعة في المقايضة و ذلك في الفقرة الثانية من المادة 244 من قانون الملكية، و هذا ما لا نجده لدى المشرع الجزائري و المصري.

فيه بقيمة العقار الذي أعطى بدلا عنه.(1)

4 - الوعد بالبيع: الوعد بالبيع هو البيع الإبتدائي الذي يتعهد بموجبه البائع

"الواعد" للمشتري "الموعود له" بإبرام العقد النهائي في مدة معينة، و باعتبار الشفعة تشترط أن يكون البيع تاماً قائماً⁽²⁾ أي أنه إبرم بصفة نهائية و صار ملزماً للطرفين، فإنه لا يمنع من جواز الأخذ بالشفعة في العقد الإبتدائي الذي يقوم فيه المتعاقدان بإثبات رضائهما بالعقد و اتفاهما على الشروط في انتظار إعادة تحريره في عقد نهائي إذا كان

الإختلاف بسيطاً بين العقدين، أما إذا كانت المغايرة جوهرية بين شروط العقد الإبتدائي و النهائي كتعديل الثمن و نحوه فلا يستوي الحال في الأخذ بالشفعة.⁽³⁾

لكن تجدر الإشارة إذا كانت شروط العقد النهائي قد إختلفت عما كانت عليه في العقد الإبتدائي و كان الشفيع لم يطلب الشفعة في العقد الإبتدائي كان له أن يأخذ بها لكن وفقاً لشروط العقد النهائي. أما و أن طلبها في العقد الإبتدائي فإنه يكون بالخيار بين أن يمضي في هذا الطلب، أو يتقدم من جديد للأخذ بالشفعة في البيع النهائي، و بشروطه.

إلا أن البعض من الفقه يرى بأن الوعد بالبيع الملزم للجانبين يجوز الأخذ فيه بالشفعة باعتبارها بيعاً إبتدائياً، في حين يرى البعض من الفقه أن الأخذ بالشفعة

(1) - محمد طه البشير. غني حسون طه: الحقوق العينية. مديرية دار الكتب للطباعة و النشر جامعة الموصل. العراق. طبعة 1982. ص 185.

(2) - كما لو اقتصر الأمر على مجرد مفوضات لإبرام العقد، فطلب الشفعة ها هنا غير ذي موضوع.

(3) - الطيب يعقوب: المرجع السابق. ص 132.

في الوعد بالبيع سواء كان ملزم لجانب واحد أم للجانبين غير جائز، لأنه لا ينقل الملكية نقلاً نهائياً.⁽¹⁾ و من قد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع و ليس الوعد بالبيع.⁽²⁾

و لا تثبت الشفعة في العقود الأخرى غير عقد البيع، كالعقد الذي يقدم به شخص عقاراً كحصة في شركة⁽³⁾، أو عقد القسمة أو عقد الصلح⁽⁴⁾ و لو تم أي العقدين بمعدل نقدي.⁽⁵⁾

و قد جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية أن العقد الذي ترك فيه كل المتعاقدين جزءاً من حقوقه صلحاً لا تجوز فيه الشفعة و لا يغير من

ذلك أن يكون أحدهما قد نقل الى الآخر الملكية مقابل مبلغ معين لأن هذه الملكية لم تكن مستقرة و المبلغ المسمى ليس ثمنا بل مقابل لحسم النزاع⁽⁶⁾.

- (1) - أحمد دغيش: حق الشفعة في التشريع الجزائري. المرجع السابق. ص 135.
- (2) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 10 جانفي 1995. تحت رقم: 130337. منشور في المجلة القضائية. العدد 01. سنة 1995. ص 196.
- (3) - لأن القيمة التي يعطيها الشفيع مقابل العقار المشفوع فيه يتعارض و ما رغب فيه الشركاء، و لأن الحصة المقدمة للشركة لا تعتبر بيعا يحصل من ورائه الشريك على مقابل نقدي من جهة اخرى.
- (4) - لأن الصلح كاشف عن الملك لا ناقل له. و لأن المبلغ المسمى في العقد لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلا لحسم النزاع مما تتعدم معه مقومات البيع.
- (5) - منصور مصطفى منصور: حق الملكية في القانون المدني المصري. مكتبة عبد الله وهبة. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1965. ص 330.
- (6) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 27 نوفمبر 1947. تحت رقم: 72. المشار إليه في: سعيد أحمد شعلة. المرجع السابق. ص 268.

و الغالب في الفقه و القضاء أن الشفعة يجوز الأخذ بها في عقود البيع الأتية:

أ- **البيع القابل للإبطال** : البيع القابل للإبطال هو البيع الذي تخلف في عقده

شرط من شروط الصحة، بالرغم من توافر أركانه كأن يكون أحد المتعاقدين ناقصا للأهلية أو كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا كالغلط و التدليس...

فتجوز الشفعة في العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا لأنه عقد موجود

و يقع صحيحا و منتجا لآثاره في الحال إلى أن يحكم بإبطاله لمن تقرر البطلان لمصلحته، فلو أن (أ) باع ملك غيره إلى (ب) فإن هذا العقد يكون قابلا للإبطال لصالح المشتري، بالرغم من كون البيع غير نافذ بالنسبة للمالك طبقا للمادة 398 من القانون المدني فللمالك أن يتجاهل هذا البيع و يبيع ملكه لغير المشتري، و له أن يقر البيع فيسري

في حقه، و بذلك يحل المالك محل البائع، و يعتبر التصرف صادرا منه طبقا للمادة 398 من القانون المدني الجزائري و اعتبارا من تاريخ البيع، لا من تاريخ الإقرار.

ففي البيع القابل للإبطال تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع بالعيب الذي هي عليه، فإن زال العيب أصبح البيع نافذا بأثر رجعي من يوم إبرام العقد، و كذلك الأمر إذا أبطل البيع فإنه يزول بأثر رجعي⁽¹⁾، و بالتالي فإن لم يطلب الشفيع الآخذ بالشفعة، و أقر البائع البيع فإن حق الشفيع في الآخذ بالشفعة يسقط لكون الآجال تحتسب من يوم إبرام العقد لا من يوم إقرار البيع.⁽²⁾

(1) - سعيد أحمد شعله. المرجع السابق. ص 271.

(2) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 18 ديسمبر 1991 . تحت رقم 974. المشار إليه: مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق. ص 20.

ب - عقد البيع المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ⁽¹⁾: في البيع المعلق على شرط واقف يضع المتعاقدان شرطا عند إبرام العقد، فلا ينعقد العقد حتى يتحقق هذا الشرط في المستقبل، فلا يثبت للمشتري بموجب هذا البيع صفة المالك للعقار محل البيع وقت إبرام العقد، و لكن يثبت له عند تحقق الشروط، فيكون البيع نافذا لكنه غير موجود، و على الشفيع في مثل هذا البيع أن يعلن عن رغبته في الآخذ بالشفعة وقت إبرام العقد، لكون مواعيد الآخذ بالشفعة تسري من يوم إبرام عقد البيع لا من يوم تحقق الشرط.

فإن تحقق الشرط أخذ الشفيع العقار بالشفعة و يحل عندها محل المشتري في البيع، و يعني تحقق الشرط نفاذ البيع بأثر رجعي في حق الشفيع و إن تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي و زالت معه الشفعة، و بالتالي يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

أما في البيع المعلق على شرط فاسخ، فيكون البيع قائما و منتجا لجميع آثاره، أي نافذا من يوم إبرامه، و بالتالي للشفيع الإعلان عن رغبته في أخذ العقار بالشفعة من وقت إبرام عقد البيع، و إن كان مهتدا بالزوال، لأن مواعيد الشفعة تحتسب من يوم إبرام

العقد لا من يوم تحقق الشرط الفاسخ، أما إذا فوت الشفيح مواعيد الشفعة على أساس احتساب الآجال من تاريخ تحقق الشرط الفاسخ فليحقه في الشفعة يسقط.

(1) - يرى البعض أن الشفعة لا تثبت في البيع المعلق على شرط واقف و ذلك على أساس أن هذا البيع غير نافذ، أما محكمة النقض و معها غالبية الشراح، فيرون جواز طلب الشفعة في البيع المقترن بالشرط، واقفا كان أم فاسخا. انظر في هذا إلى محمد شكري سرور: المرجع السابق. ص 115.

ج - البيع غير المشهر: قد يثور التساؤل في واقع تطبيق أحكام الشفعة بشأن طلب الأخذ بها في البيع غير المشهر كأن يعلم الشفيح ببيع العقار المشفوع فيه إلا أن هذا البيع لم يشهر بعد فهل للشفيح أن يطالب بالشفعة أم ينتظر حتى يتم إشهاره و من تم المطالبة بها؟؟

إشترط المشرع الجزائري في البيوع التي يكون محلها عقار أن يكون التصرف في شكل رسمي، حيث يعتبر الشكلية ركن من أركان العقد و لا بد منها لقيامه، و إلى جانب الرسمية أضاف شرطا آخر ألا و هو أن يتم شهر التصرف لدى المحافظة العقارية (1)، و ذلك حتى يكون التصرف ساريا فيما بين المتعاقدين أو في حق الغير، و كل تصرف غير مشهر يجعل ملكية العقار المبيع تحت يد البائع و بالتالي لا تنتقل الملكية الى المشتري حيث يظل البائع مالكا للعقار المبيع إلى أن يتم شهر عقد البيع.

و إن كان شهر التصرف إجراء جوهري يتطلبه القانون لنقل ملكية العقار (2) المبيع إلا أنه ليس ركنا في العقد، مما يجعل البيع قائما و يرتب أثارا فيما بين التعاقدين ما عدا الأثر العيني و لو لم يحصل شهره. (3)

و إذا كان المشرع الجزائري لم يعالج مسألة حق الشفيح في المطالبة بالشفعة في عقد البيع غير المشهر فإن البعض من الفقه يرى أن عقد البيع غير المشهر لا يمنع

(1) - طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 08 ذي القعدة 1395 الموافق لـ 12 نوفمبر 1975 . و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

(2) - إن العقد الذي لا تراعى فيه الاجراءات المتعلقة بالشهر تبقي التصرف صحيحا لكنه لا ينقل ملكية العقار .

(3) - حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية. دار هومه. الجزائر. طبعة 2004. ص122.

الشفيع من الأخذ بالشفعة لأن الشفيع لا يتلقى الملكية من المشتري و إنما يحل محله في عقد البيع فيعتبر العقد كأنه صادر إليه من البائع و المشتري، و تثبت له حقوق المشتري و منه حقه في شهر العقد دون حاجة الى تدخل البائع.(1)

و قد استقر الفقه المصري على أن الشفعة جائزة في العقار المبيع و لو أن عقد البيع لم يشهر ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: الشفعة جائزة في العقار المبيع و لو كان عقد البيع لم يسجل و أنه لا يشترط قانونا في البيع الذي لا تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (2).

و لكن المشرع اللبناني يشترط في الأخذ بالشفعة أن يكون البيع مسجلا أي مشهرا، بمعنى أن يكون المشفوع منه قد تملك العقار المبيع، و قضى القضاء اللبناني بضرورة أن يكون المبيع المشفوع فيه مسجلا، و أن يكون تملك الشفيع للمبيع لما يشفع به يشفع به سابقا على تسجيل المبيع المشفوع.(3)

و قد بينت المادة 797 من القانون المدني الجزائري بينت من يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة في حالة توالي البيوع على العقار المشفوع فيه ، و ذلك بالنص على أنه: "" إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و حسب الشروط التي اشترى بها. ""

(1) - أحمد دغيش: حق الشفعة في التشريع الجزائري. المرجع السابق. ص 125.

(2) - رمضان ابو السعود: المرجع السابق. ص 276.

و تفترض المادة 797 من القانون المدني الجزائري أن مالك العقار باعه لمشتري، ثم باع المشتري العقار لمشتري ثان، و يستوجب تطبيق المادة 797 من القانون المدني الجزائري التمييز بين فرضين:

الفرض الأول - يبيع المشتري الأول العقار قبل أن يعلن الشفيع عن رغبته في

الشفعة: إذا تم بيع عقار تجوز فيه الشفعة قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة و قام المشتري ببيعه مرة أخرى، فالبيع الذي يسري على الشفيع هو البيع الثاني، بمواعيده و شروطه و ذلك طبقا لأحكام المادة 797 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، لأن البيع الأول لم يعد موجودا، و عليه إذا كان الثمن المقرر في البيع الثاني مرتفع عن الأول كان لزاما على الشفيع الأخذ بالثمن المرتفع، فإن رفع الشفيع دعوى الشفعة فإنه يرفعها على المشتري الأول باعتباره بائعا، و على المشتري الثاني باعتباره مشتريا و ليس على المشتري الأول وحده طبقا للمادة 802 من القانون المدني الجزائري.

و عليه اذا علم الشفيع بالبيع و انتظر حتى حصول البيع الثاني ليطالب بالشفعة فقد يفوت عليه فرصة تملك العقار خاصة . و يحدث ذلك إذا قام المشتري الأول بالتصرف فيه تصرفا يمنع الأخذ فيه بالشفعة كأن يقدم العقار المشفوع فيه حصة في شركة، أو ببيعه لأحد أصوله أو أحد فروعها، أو حتى لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية.

(1) - و هذا ما قضت به المادة 938 من القانون المدني المصري. انظر في هذا إلى : رمضان أبو السعود : المرجع السابق. ص 279. و قد نصت على ذلك أيضا المادة 250 ملكية عقارية. أنظر في هذا إلى: نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق. ص 517.

الفرض الثاني - أن يبيع المشتري الأول العقار بعد أن يعلن الشفيع عن رغبته في

الشفعة في البيع الأول: إذا قام المشتري ببيع العقار المشفوع فيه لمشتري آخر بعد أن أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن البيع الثاني يكون غير ساري في حق الشفيع، و

يسري في حقه البيع الأول و بشروطه، و لا يلتزم الشفيع في هذه الحالة بإدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة و ذلك طبقا لنص المادة 806 م-ن القانون المدني الجزائري. و يلاحظ أن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع و ليس مفروضا عليه⁽¹⁾.

و لا يمنع هذا الشفيع إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل من أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول، و يطلبها في البيع الثاني في مواعيد هذا البيع و بشروطه⁽²⁾.

و من قرارات القضاء المقارن ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه: "... و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجب على الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة في حالة توالي البيوع أن يستعمل حقه وفقا لما جرى به نص هذه المادة ضد المشتري الثاني و بالشروط التي إشتري بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة و ذلك صار متعينا على الشفيع أن يوجه طلبه إلى طرفي البيع الثاني و بشروطه هذا البيع فيصبح الخصوم فيه هما البائع في هذا العقد

(1) - منصور مصطفى منصور: المرجع السابق. ص345.

(2) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 09 مارس 1989. تحت رقم 1383. المشار إليه في: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . المرجع السابق. ص519.

أي المشتري الأول قد سبق اختصاصه في الدعوى في البيع الأول و المشتري الثاني لا يغير من ذلك أن يكون المشتري الأول قد سبق اختصاصه في الدعوى في البيع الأول قبل توجيه طلب الشفعة في البيع الثاني و ذلك لزوال ذلك البيع بحصول البيع الثاني و يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لكل من المشتري و البائع إعلانا رسميا على يد محضر و إلا كان باطلا كما تنص بذلك صراحة المادتان 940 ، 942 / 1 من القانون المدني... "".

الفرع الثاني

بيع عقار لا تجوز فيه الشفعة

الأصل أن الشفعة تثبت في عقد البيع، إلا أن ليس كل بيع يقع على العقار المشفوع فيه تثبت فيه الشفعة فالمادة 798 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، تنص على أنه: " لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون. و إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية. إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة." "

(1) - تقابل المادة 798 من القانون المدني الجزائري المادة 939 من القانون المدني المصري، و يضاف إلى البيوع المنصوص عليها في هاتين المادتين بيوع نصت عليها تشريعات خاصة. انظر في هذا إلى: نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق. ص 447.

تتضمن المادة 798 من القانون المدني الجزائري موانع واردة على سبيل الحصر، تحول دون الأخذ بالشفعة فيما يتعلق بالبيوع الصحيحة التي تضمنتها، فإذا قام مانع من هذه الموانع فلا تقوم الشفعة أصلا. و لنعرض فيما يلي هذه البيوع ببعض التفصيل.

أولا - بيع العقار بالمزاد العلني

تمنع المادة 798 من القانون المدني الجزائري الأخذ بالشفعة إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون⁽¹⁾، و الحكمة من منع الشفعة في هذا النوع من البيوع، أن الشفيع بإمكانه المشاركة في المزاد باعتبار الإعلان الذي يتم بموجبه بيوع العقار بالمزاد كفيل لعلم الشفيع للمشاركة فيه، فرغبته لاكتساب العقار تجعله يزايد في الثمن إلى أن يرسى عليه المزاد و يستوي في ذلك أن يكون البيع جبريا إذا طلبه دائني المدين، و لا في بيع العقار الشائع و ذلك لعدم إمكانية قسمته عينا، أو اختياريا كقيام الدولة ببيع أملاكها الخاصة، و المهم أن يكون البيع وفق إجراءات رسمها القانون.

أما البيع بالمزاد العلني الذي يقوم به الأفراد دون أن يتم أمام القضاء فإن الشفعة لا تجوز فيه لعدم توفر الضمانات التي يتطلبها القانون لكفالة العلانية و إيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر⁽²⁾.

(1) - أخذ بذلك أيضا المشرع اللبناني في الفقرة الثانية من المادة 254 من الملكية العقارية. انظر في هذا إلى : نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق. ص 448، و كذلك المشرع التونسي في الفقرة الاولى من المادة 108. انظر في هذا إلى: مصطفى صخري: المرجع السابق. ص 126.

(2) - عبد المنعم فرج الصده: المرجع السابق. ص 460.

ثانيا- بيع العقار بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

تمنع الفقرة الثانية من المادة 798 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري الأخذ بالشفعة في بيع العقار بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية. حسب التفصيل الآتي:

1 - بيع العقار بين الأصول و الفروع

تنص المادة 798 من القانون المدني الجزائري على عدم جواز الأخذ بالشفعة في البيع الواقع بين الأصول و الفروع، و يستوي في ذلك أن يكون الأصل أو الفرع بائعا أو مشتريا، و درجة القرابة في هاته الحالتين لا تتقيد بدرجة معينة، فقد يكون الأصل الأم أو الجد مهما علا كما قد يكون الفرع الابنة أو الحفيد مهما نزل، و مثال ذلك قيام الأب ببيع العقار المشفوع فيه لأحد أحفاده أو بيع الحفيد لجدته، فالشفعة في هذا البيع لا يجوز الأخذ بها، فيمنع على الشفيع المطالبة بالأخذ بالشفعة في مثل هكذا بيع باعتبار البيع الحاصل بين الأصول و الفروع مانعا من موانع المطالبة بها إطلاقا مهما كانت درجة القرابة بين كل من البائع و المشتري⁽¹⁾.

2 - بيع العقار بين الزوجين:

تمنع المادة 798 من القانون المدني الجزائري الأخذ بالشفعة إذا تم البيع بين الزوجين، و يشترط في هذا المنع أن يتم البيع و العلاقة الزوجية قائمة، فإذا باع الزوج

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: جوان 1992. تحت رقم 101371. المجلة القضائية لسنة 1993. مشار إليه في: حمدي باشا عمر: القضاء العقاري. المرجع السابق. ص181.

لزوجته حصته في عقار شائع فلا يجوز لباقي الشركاء في الشروع الأخذ بالشفعة كون البيع واقع بين الزوجين.

و يتوجب أن ينظر لتاريخ البيع حتى يتم التأكد من أن العلاقة الزوجية قائمة، فإن تم البيع و العلاقة الزوجية غير قائمة كأن يبيع الخطيب لخطيبته أو يحصل طلاق بين الزوجين ففي مثل هذه الحالة تجوز الشفعة في هذا البيع لتخلف سبب المنع و هو الرابطة الزوجية.

3- بيع العقار بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة:

لقد جعلت المادة 798 من القانون المدني الجزائري البيع الواقع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة مانعا من موانع الأخذ بالشفعة، فالبيع الصالح لأحد الأقارب قرابة حواشي لغاية الدرجة الرابعة، فلا تجوز فيه الشفعة كأن يبيع الأخ عقارا لأخيه أو أخته، و هذا ما جسدهته المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: "" من المقرر قانونا أنه لا شفعة إن وقع البيع بين الاصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة. و أن القرار المطعون فيه لما قضى بعدم الاعتداد باستعمال حق الشفعة لكون المشتري هو ابن خال جميع الأطراف يكون قد أصاب فيما قضى و هو تطبيق سليم للقانون"" (1).

4- بيع العقار بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية:

تمنع المادة 798 من القانون المدني الجزائري الأخذ بالشفعة في البيع التي تقع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، فإذا باع الزوج لأخ الزوجة عقارا فلا تجوز فيه الشفعة لأن

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 29 مارس 2000. تحت رقم: 196675. المشار إليه في: جمال سايس: الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري. الجزء 01. المرجع السابق. ص 308.

لأن قرابة أخ الزوجة مع الزوج هي قرابة مصاهرة و من نوع قرابة نسي غير مباشرة من الدرجة الثانية، و كذلك الحال إذا باعت الزوجة العقار المشفوع فيه لأب زوجها لأن قرابة الزوجة من أب زوجها هي قرابة مصاهرة من نوع قرابة نسب مباشرة من الدرجة الأولى، أما إذا زادت درجة المصاهرة عن الدرجة الثانية فيجوز الأخذ بالشفعة.

و قد وسع المشرعان الجزائري و المصري من حالات المنع في الأخذ بالشفعة مقارنة بالمشرع التونسي الذي جعل من البيع الواقع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين مانعا من موانع مطالبة الشفيع الأخذ فيه بالشفعة، و لم يجعل من البيع الواقع بين الأقارب و الأصهار مانعا من موانع الأخذ بالشفعة⁽¹⁾. أما المشرع اللبناني⁽²⁾ فقد منع الأخذ بالشفعة في البيع الواقع بين الزوجين أو الأصول و الفروع أو الإخوة و الأخوات - البيع بين الإخوة و الأخوات لم يجعله المشرع التونسي مانعا من موانع الأخذ بالشفعة و هكذا تكون حالات المنع عند المشرع اللبناني أضيق مقارنة بالمشرع التونسي -، أما مسألة منع الأخذ بالشفعة في البيع الواقع بين الأقارب نجده حددها بالدرجة الثانية - البيع الواقع بين الإخوة و الأخوات - مقارنة بالمشرع الجزائري و المصري فإننا نجدها لغاية الدرجة الرابعة، كما لم يجعل المشرع اللبناني البيع الواقع بين الأصهار مانعا من موانع الأخذ بالشفعة كما فعل كل من المشرع الجزائري و المصري.

ثالثا: بيع العقار لجعله محل عبادة أو لإحاقه بمحل العبادة

تمنع المادة 798 من القانون المدني الجزائري الأخذ بالشفعة إذا بيع العقار المشفوع فيه لجعله محل للعبادة أو لإحاقه بمحل العبادة و ذلك لاعتبارات دينية، و بهذا

(1) - مصطفى صخري: المرجع السابق. ص 126.

يكون المشرع قد قدم الإعتبار الديني على مصلحة الشفيع فإذا بلع شخصاً قطعة أرضية لمشتر يريد أن يشيد عليها مسجداً أو ملحقا بدار العبادة، أو مدرسة لتحفيظ القرآن، فلا تجوز الشفعة في مثل هذا البيع.

و يذهب البعض من الفقه إلى أنه إذا كان الغرض من شراء العقار هو إنشاء مسكن ليلحق به مسجد أو مصلى فإن المنع غير قائم في هذه الحالة. للأساس أن بناء المسجد أو المصلى ليس هو الغرض الأساسي و إنما البناء للمسكن هو الأصل. فيجب أن يحول على الأصل.⁽¹⁾

و يشترط لتحقق المانع أن يكون الغرض من البيع هو جعل العقار محل للعبادة أو الحاقه بمحل عبادة فعلا ، و مثال ذلك أن يتم بيع قطعة أرض إلى مسجد لجعلها مكان للوضوء فالمنع هنا قائم على أساس أن هذا الملحق يعتبر تابعا للمسجد لاعتبار الوضوء لازم لأداء الصلاة، فلا مانع من المطالبة بالأخذ بالشفعة في حالة ما إذا بيع العقار المشفوع فيه لغرض ديني آخر، غير العبادة. كعقار بيع ليجعل مدرسة لتحفيظ القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، أو معهدا دينيا، أو مقرا لجمعية دينية. و كذلك لا يتناول المنع عقارا بيع ليكون مستشفى أو مصلحة أو دارا للعجزة.⁽²⁾

و قد يحدث أن يتحايل المشتري لإسقاط الحق في الشفعة، بأن يقوم بإنذار الشفيع بالبيع و يضمن الإنذار أن الشراء تم بقصد إنشاء محل للعبادة، و هو ما تمتنع معه الأخذ بالشفعة عملا بالمادة 798 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، حيث يمتنع الشفيع

(1) - سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق. ص 385.

(2) - الضيف كيفاجي: المرجع السابق. ص 130.

(3)- بالنسبة للمشرع اللبناني و التونسي و حتى المشرع الاردني لم يتضمن ما يقابل هذا النص كالمشرع المصري.

عن اتخاذ إجراءات الشفعة في مواعيدها باعتبار البيع الذي قام بشأن العقار المشفوع فيه هو جعله محلاً للعبادة، لكن و بعد انقضاء مواعيد المطالبة بالشفعة، يبدأ المشتري في إقامة بناء للإستغلال التجاري. و حينئذ يجوز للشفيع أن يتخذ الإجراءات المقررة للمطالبة بالشفعة كما لو لم يتم إنذاره. و للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن العقار لم يحقق الغرض المتقدم و لم يكن إلا تحايل عليه ليمنع من أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، فتجوز بالتالي له الشفعة في مواعيد الأخذ بها.

المطلب الثاني

وجود الشفيع

يقتضي الأخذ بالشفعة الى جانب وقوع البيع على عقار وجود شفيع يخول له القانون حق المطالبة بالعقار المشفوع فيه إذا بيع لأجنبي ، و قد حددت المادة 795 من القانون المدني الجزائري حالات الشفعاء، كما أوضحت المادة 796 من القانون المدني لمن يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة في حالة تعدد الشفعاء و تراحمهم، و لنعرض فيما يلي صفة الشفيع و شروطه ثم تعدد الشفعاء و تراحمهم كل في نقطة في فرع مستقل.

الفرع الأول

صفة الشفيع و شروطه

إذا كان المشرع الجزائري قد حدد صفة الشفيع في المادة 795 من القانون المدني، فقد ترك أمر تحديد الشروط الواجب توافرها في الشفيع للقواعد العامة. و لنعرض فيما يلي صفة الشفيع. ثم الشروط الواجب توافرها في الشفيع.

أولاً - صفة الشفيع : حددت المادة 795 من القانون المدني الجزائري من تثبت له صفة الشفيع بالنص على أنه: " يثبت حق الشفعة، و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية(1):

- لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.

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

- لصاحب حق الإنتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها. " (2)

(1) - على المشرع الجزائري حذف الفقرة (مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية) كون أحكام الأمر 71 - 73 المتضمن الثورة الزراعية تم الغائها بموجب نص المادة 75 من القانون رقم: 90 - 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، و كذلك بموجب المادة 02 من الامر رقم: 95 - 26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري: 90 - 25.

(2) - إن المشرع الجزائري و بموجب قانون خاص - قانون التوجيه العقاري - منح للجار في الاراضي الفلاحية حق ممارسة الشفعة و ذلك بغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة (المادة 57 منه) و ذلك كأخر مرتبة لحالات الشفيع بعد صاحب حق الانتفاع، و للدولة و الجماعات المحلية بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة و المنفعة العمومية (المادة 71 منه)، لكن بالمرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني. انظر في هذا إلى: القانون رقم: 90 - 25 المتضمن قانون التوجيه العقاري الصادر في: 18 نوفمبر 1990.

و لنعرض فيما يلي حكم كل شفيع من الشفعاء الوارد ذكرهم في المادة 795 من القانون المدني الجزائري على سبيل الحصر.

1- مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة : تثبت صفة الشفيع لمالك الرقبة بدرجة أولى إذا بيع كل حق الانتفاع المناسب⁽¹⁾ لها أو بعضه و ذلك طبقا للفقرة 01 من المادة 795 من القانون المدني الجزائري، فالشفيع في هذه الحالة يطالب الأخذ بالشفعة ليكتسب حق الإنتفاع، فيصرح الشفيع مالك حق الرقبة، مالكا للعقار ملكية تامة و ذلك بضم حق الإنتفاع لحق الرقبة، و ميزة الشفعة في هذه الحالة هي جمع ما تشنت من حق الملكية و هذا بمجرد حلول الشفيع صاحب حق الرقبة محل مشتري حق الانتفاع، حيث تجتمع لدى المالك كافة سلطات الملكية من استعمال و استغلال و رقبة. و تندرج ضمن هذه الحالة عدة فروض نعرضها في الآتي:

الفرض الأول: يفترض هذا الفرض أن تكون ملكية الرقبة لشخص واحد و صاحب حق الانتفاع شخص واحد أيضا، فلا إشكال في هذه الحالة إذ يستطيع صاحب حق الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع بالشفعة إذا بيع حق الانتفاع لأجنبي⁽²⁾ و بذلك تجتمع سلطات المـلكية الثلاث (استغلال، استعمال، تصرف) في يد صاحبها ، على أن يحترم الشفيع المواعيد و الإجراءات القانونية للمطالبة بحق الشفعة و إلا سقط حقه في المطالبة بها إلى حين بيعه مرة أخرى بشروطه و مواعيده.

(1) - يرى الأستاذ على علي سليمان ضرورة تعديل مصطلح (المناسب) بمصطلح (الملائم)، و حجته في ذلك أنه ليس هناك حق إنتفاع يناسب الرقبة و آخر لا يناسبها. أنظر في هذا إلى: علي علي سليمان: ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. طبعة 1992. ص 171.

(2) - أحمد خالدي: المرجع السابق. ص ص 52، 53.

الفرض الثاني: يفترض في هذا الفرض أن يكون صاحب حق الرقبة شخص واحد و يكون حق الانتفاع لعدة أشخاص على الشيوع، و يتصرف أحد الشركاء في حقه المشاع في حق الانتفاع و ذلك ببيعه لأجنبي أو لأحد الشركاء في حق الانتفاع، في هذه الحالة لمالك حق الرقبة أن يأخذ النصيب المباع بالشفعة سواء كان المشتري من بين أحد الشركاء - هنا يفضل صاحب حق الرقبة عن الشريك في حق الإنتفاع الشائع - ، أو أجنبي عنهم - في هذه الحالة يستبعد الأجنبي ..

و ذلك لأن الشفيع صاحب حق الرقبة حسب الفقرة 01 من المادة 795 من القانون المدني الجزائري مقدم في ترتيب الشفعاء على الشريك في حق الانتفاع و لا يوجد شفيع يزاوم مالك الرقبة في أخذ حق الإنتفاع، و بالتالي يصبح الشفيع صاحب حق الرقبة في هذه الحالة مالك ملكية تامة لجزء من العقار، و مالك لحق الرقبة في الحج -زء المتبقي ففي هذه الحالة لا تكون الشفعة سببا لكسب الملكية، بل تكون سببا لكسب حق الإنتفاع.

الفرض الثالث: يفترض في هذا الفرض أن هناك مالكين للرقبة على الشيوع، لكل منهما النصف، و رتبا على ملكيتهما حق انتفاع لشخص أجنبي، فإذا ما باع صاحب حق الإنتفاع حقه لأجنبي كان لمالكي الرقبة معا أن يطالبا بالشفعة أخذ حق الانتفاع و تخلص لهما ملكية العقار تامة حيث يصبحان مالكين للعقار المبيع ملكية تامة.

و لكن إذا طالب أحد مالكي حق الرقبة وحده بالأخذ بالشفعة في نصف حق الانتفاع باعتباره م ناسبه للنصف الذي يملكه في الرقبة، ظننا منه أن شريكه سيطالب بالنصف المتبقي أو استبقى النصف الآخر للمشتري، كان للمشتري أن يعترض على ما يطالب الشفيع أخذه، على أن يتمسك بقاعدة عدم تفريق الصفقة عليه، لما لها من مضار عليه ففي هذه الحالة للمشتري أن يجبر الشفيع بأن يترك كل حق الانتفاع أو يأخذه كله، فإن أعاد الشفيع مطالبة المشتري في أخذ حق الإنتفاع كاملا و في مواعيد المطالبة به، كان له أن يأخذ حق الإنتفاع و يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة و مالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر. أما إذا تعذر على الشفيع أخذ كل حق الإنتفاع لمسألة تتعلق بقدرته المالية أو عدم رغبته في أخذه لكامل حق الإنتفاع، أو حدث و ان فوت آجال المطالبة بالشفعة في كامل حق الإنتفاع فإن حقه في المطالبة بالشفعة يسقط و ذلك بدعوى عدم تفريق الصفقة على المشتري.

الفرض الرابع: يفترض في هذا الفرض عقار يملكه شخصان على الشيوع مناصفة بينهما، و رتبا عليه حق انتفاع لشخصين مناصفة أيضا، فإن باع أحد الشريكين في حق الانتفاع حصته لأجنبي كان للشريك في حق الرقبة أو حتى للشريك في حق الإنتفاع

المطالبة بالشفعة حيث يفضل صاحب حق الرقبة على ال شريك في حق الانتفاع، و الأمر كذلك إذا بيع حق الإنتفاع للشريك في حق الإنتفاع، لكن إذا بيع حق الانتفاع لصاحب حق الرقبة لا يحق للشريك في حق الإنتفاع المطالبة بها باعتباره شفيعا من الدرجة الثالثة و ذلك لكون صاحب حق الرقبة أولى منه.

و لكن لما يطالب كل من الشفيعين بحق الإنتفاع المبيع فلصاحب حق الرقبة المناسب لحق الإنتفاع أن يأخذ حق الانتفاع المبيع، بدلا من شريكه و هذا طبقا لما قضت به الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، حيث يصبح الشفيع الأول (الذي بيع حق الانتفاع المناسب لرقبته) مالك للعقار ملكية تامة، و يبقى الشفيع الثاني مالك لحق الرقبة فقط لحين بيع حق الإنتفاع، أما و إن حدث و باع كل من المنتفعان حق الانتفاع لأجنبي كان لمالكي الرقبة أن يأخذا بالشفعة حق الإنتفاع، و بذلك تعود الملكية تامة في يد كل منهما كل في حدود حق الانتفاع المناسب لحق الرقبة.

و عليه فالشفعة بالنسبة لصاحب حق الرقبة و إن تعددوا⁽¹⁾ تعد سببا من أسباب كسب ملكية حق عيني أصلي - حق الانتفاع - و ذلك إذا بيع حق الانتفاع المناسب للرقبة أو بعضه لأجنبي أو لأحد الشركاء في حق الانتفاع، حيث تخلص للشفيع أو للشفعاء الملكية تامة، و هذا هو الغرض الذي أعطيت من أجله الشفعة لمالك الرقبة باعتباره أولى من المشتري صاحب حق الانتفاع، و لا يشترط المشرع الجزائري للأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلا أن يكون حق الانتفاع المبيع مناسباً للرقبة إذا تعدد الشفعاء في حق الرقبة، إلا أن هذه الحالة تعتبر نادرة التحقق من الناحية العملية.

2- الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي : تثبت صفة الشفيع

للشريك في الشيوخ بدرجة ثانية، إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، و مصطلح الشيوخ جاء عاما فقد يشمل الشريك في عقار مملوكا ملكية تامة لعدد من الشركاء، و الشريك في حق الرقبة، و الشريك في حق الإنتفاع.

و لثبوت حق الشفعة للشريك في الشيوخ، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي ضرورة وجود: عقار شائع⁽²⁾، و أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة، و يتعين أن يتم البيع لأجنبي (المشفوع منه). هذه الشروط جوهرية للمطالبة بالشفعة في الملكية الشائعة، و أي تخلف لشرط من هاته الشروط يمنع على الشفيع المطالبة بالشفعة، إلا إذا كان المشفوع منه أقل درجة من الشفيع.

(1) - في هذه الحالة و طبقا لما تقضي به المادة 796 من القانون المدني الجزائري فإنه يحق للشفعاء - من طبقة واحدة - أن يطالبوا بحق الشفعة في حق الإنتفاع المبيع، حيث يستحق كل منهم بقدر نصيبهم و لا يفضل أحدهم على الباقيين إلا إذا تم البيع لأحد الشركاء.

(2) - تنص المادة 684 من القانون المدني الجزائري على: "يعتبر مالا عقاريا، كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية..." و بذلك فإن حق الرقبة و حق الإنتفاع إذا كانت ملكية كل منهما لشخصان فأكثر فإنهما ضمن حالة الشيوخ المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني الجزائري.

و العقار الشائع هو العقار الذي تكون ملكيته تامة و شائعة بين شخصين أو أكثر، كما لو كان هناك شخصان يملكان عقارا بينها و حصة كل منهما غير مفرزة، طبقا للمادة 713 من القانون المدني الجزائري، و لكنه يشمل أيضا رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الإنتفاع، فتكون رقبة العقار عقارا شائعا، إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء في الشيوخ، و يشمل أيضا حق الإنتفاع إذا انفصلت عنه الرقبة، فيكون حق الانتفاع بعقار عقارا شائعا إذا كان هذا الحق مملوكا لعدد من الشركاء في الشيوخ⁽¹⁾.

و مرد وضع الشريك في حق الرقبة و الشريك في حق الإنتفاع ضمن حالة الشريك في الشيوخ المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نص المادة 795 من القانون المدني الجزائري، أنه لا يمكن بغير هذا التحليل أن يكون للشفيع الشريك في حق الرقبة أو حق الانتفاع أن يطالب بحق شريكه المبيع (حق رقبة أو حق إنتفاع) لأجنبي أو حتى لمن هو أقل درجة منه⁽²⁾، و ذلك طالما لم يرد ذكره ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني الجزائري.

و إذا كانت الحكمة من إقرار الشفعة للشريك في الشيوخ هي: إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركاء في الملكية ، و التقليل من الشركاء في الشيوخ . سواء تعلق الأمر بالملكية الشائعة التامة أو ملكية حق الرقبة أو حق الإنتفاع . ، أو إنهاء حالة

(1) - عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص552.

(2) - المقصود في هذه الحالة أن للشريك في حق الرقبة الأفضلية إذا ما بيع حق الإنتفاع الشائع للشريك في حق الإنتفاع، و ذلك باعتبار هذا الأخير شفيعا من الدرجة الثالثة . طبقا للفقرة الثالثة من المادة 795. و الشريك في حق الرقبة شفيعا من الدرجة الثانية.

الشيوع، فالأمر ليس كذلك إذا لم نجعل من الشريك في حق الرقبة أو حق الإنتفاع شفيعا من الدرجة الثانية و إستبعاده من المطالبة بحق شريكه المبيع و بالتالي إقحام من هو أجنبي عنه كشريك في حق الرقبة أو حق الإنتفاع.

فلو بيعت الحصة الشائعة لأحد الشركاء في الملك التام ما كان للشريك الحق في استعمال حق الشفعة على إعتبار أن المشتري هو أحد الشركاء و ليس أجنبيا عنهم، طبقا لما تشترطه الفقرة 03 من المادة 795 من القانون المدني الجزائري، حيث يفضل الشفيح المشتري على باقي الشفعاء طبقا للمادة 796 من القانون المدني الجزائري، و لانقضاء الضرر الذي قد يلحقهم من الشريك الجديد.

أما إذا تمت قسمة العقار الشائع بين الشركاء قسمة رضائية أو قضائية و أصبح لكل شريكا منهم جزءا مفرزا، فلا شفعة بعد القسمة، لأن القسمة تنهي حالة الشيوخ، شريطة أن تكون القسمة قد صدر بها حكم قضائي و حاز قوة الشيء المقضي به، فلا تثبت الشفعة بعد ذلك للشريك المتقاسم. و هذا ما هو مستقر عليه في القضاء الجزائري⁽¹⁾، و المقارن⁽²⁾.

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 09 ماي 2007. تحت رقم: 402638. منشور في: المجلة القضائية. العدد رقم: 01. سنة 2008. ص 195. قرار المحكمة العليا الصادر في: 31 ماي 2000. تحت رقم: 194838. منشور في: جمال سايس. الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري. الجزء 01. ص 306.

(2) - قرار تعقيبي مدني عدد 40614، صادر في: 23 افريل 1996. مشار إليه في: مؤلف مصطفى صخر. المرجع السابق. ص 122.

و سواء أكان الشريك على الشيوع في الرقبة أم في الانتفاع، فمالك الرقبة له أن يشفع بدرجة أولى سواء بيعت الحصة الشائعة لأجنبي أم لشريك آخر في حق الانتفاع، بينما لا يحق للشريك في حق الانتفاع أن يشفع إلا إذا بيعت الحصة الشائعة لأجنبي⁽¹⁾، أو إذا تخلى الشفيع صاحب حق الرقبة عن استعمال حقه في الشفعة و هذا لاختلاف حكمة كل منهما، أما إذا كان مشتريا لحق الانتفاع الشائع فإنه طبقا للمادة 796 الفقرة الأخيرة من القانون المدني الجزائري يفضل على الشفعاء من طبقته.

إلا أن الغالب أن يكون العقار الشائع الذي تباع فيه حصة شائعة مملوكة ملكية تامة على الشيوع لأكثر من شخص، فإذا باع أحد الشركاء حصته لأجنبي قام سبب الحق في الشفعة لباقي الشركاء، كل بحسب نصيبه طبقا للفقرة 02 من المادة 796 من القانون المدني الجزائري، حيث لا أهمية لمقدار الحصة التي يستند إليها الشريك في طلب الشفعة بالمقارنة للحصة المبيعة⁽²⁾.

فالحكمة من إقرار حق الشفعة للشريك في الشيوع - الملكية الشائعة، أو الاشتراك في حق الإنتفاع أو حق الرقبة - واضحة، و هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء، و على ذلك فقد جاء النص صريح حيث اشترط أن يكون البيع لأجنبي، و بالتالي يتعين على الشريك في الشيوع إذا ما تم البيع لأحد الشركاء أن لا يشفع في هذا البيع من جهة أن البيع لم يكن لأجنبي و من جهة أخرى إنتقاء الضرر المتوقع.

(1) عبد المنعم فرج الصده: حق الملكية. مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده. مصر. طبعة 1964. ص 460.

(2) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 08 جويلية 2009. تحت رقم: 543584 . منشور في: جمال سايس . الاجتهاد القضائي في القضاء العقاري. منشورات كليك. الجزائر. طبعة 2013. الجزء 02. ص 777.

3- صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها : تثبت صفة الشفيع

لصاحب حق الانتفاع كدرجة ثالثة، طبقا للفقرة 03 من المادة 795 من القانون المدني الجزائري، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

فإذا باع صاحب حق الرقبة ملكيته كلها أو بعضها لأجنبي، يكون لصاحب حق الانتفاع أن يشفع فيها و بهذا يجمع صاحب حق الانتفاع ما تفرق من الملكية. و تشمل هذه الحالة عدة فروض نعرضها في الآتي:

الفرض الأول: يفترض في هذا الفرض أن حق الرقبة لشخص واحد، و حق الانتفاع لشخص واحد و قام صاحب حق الرقبة ببيع حقه في الرقبة لأجنبي، في هذه الحالة لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الحصة المباعة باعتباره شفيعا من الدرجة الثالثة، و هكذا تؤول لصاحب حق الإنتفاع ملكية حق الرقبة و تصبح ملكيته تامة ، و ذلك بضم حق الرقبة لحق الإنتفاع، و هكذا يجمع ما تفرق من حق الملكية.

الفرض الثاني: يفترض في هذا الفرض أن ملكية الرقبة شائعة بين إثنين، و حق

الإنتفاع كذلك شائع بين إثنين، ففي حالة ما إذا باع اصحاب الرقبة حقهما في الرقبة لأجنبي، و طالب أحد الشريكين في حق الإنتفاع بصفته شفيعا بنصف حق الرقبة المناسب لحق الإنتفاع فإذا تمسك المشتري بتفريق الصفقة عليه، توجب على الشفيع أخذ كل حق الرقبة المبيع أو ترك الكل حتى لا يضر المشتري، كما يحدث أن يطالب كل من الشفيعين بحق الرقبة، ففي هذه الحالة تخلص للشفيعين ملكية حق الرقبة في الحدود المناسبة لكل منهما و بالتالي تؤول لهما ملكية العقار تامة بعد أن كانت مفرقة.

الفرض الثالث: يفترض في هذا الفرض أن يكون حق الرقبة شائع بين

إثنين ، و حق الإنتفاع لشخص واحد، و نفترض أن أحد الشريكين باع حصته الشائعة لأجنبي، في هذه الحالة هناك شفيعين، شفيع من الدرجة الثانية و هو الشريك في حق

الرقبة، و شفيع من الدرجة الثالثة و هو صاحب حق الإنتفاع، ففي هذه الحالة يفضل الشريك في حق الرقبة على الشريك في حق الإنتفاع، و بالتالي تصبح ملكية الرقبة لشخص واحد.

أما إذا لم يطالب الشريك في حق الرقبة بالشفعة في الحصة المباعة من حق الرقبة، للشفيع صاحب حق الإنتفاع المطالبة بها، و بالتالي تخلص له نصف ملكية العقار تامة و النصف الآخر من دون رقبة. إذ يستطيع، و في هذه الحالة قد تخلص له صفة الشفيع من الدرجة الثانية باعتباره شريك في حق الرقبة، و شفيع من الدرجة الثالثة لاعتباره صاحب حق الإنتفاع.

و في جميع الأحوال إذا كان حق الإنتفاع شائعا بين عدة أشخاص و بيع حق الرقبة كله إلى أحد أصحاب حق الانتفاع، فعندئذ لا يجوز ل باقي الشركاء في حق الانتفاع أن يشفعوا، و ذلك لأن صاحب حق الانتفاع هو المشتري و توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا، فيفضل على صاحب حق الانتفاع ال مطالب بالشفعة و ذلك لكونه من طبقته، حيث تقضي الفقرة الأخيرة من المادة 796 من القانون المدني الجزائري بأنه: "إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته...".

و قد يحدث أن يكون حق الرقبة لشخص واحد و حق الانتفاع شائعا بين عدة شركاء، و تباع الرقبة كلها لأجنبي، في هذه الحالة على اصحاب الإنتفاع مجتمعين أن يشفعوا لأن حقهم مجتمعا هو الذي يلبس الرقبة كلها. لكن ليس لكل واحد منهم أن يشفع في كل الرقبة. لأن حقه (و هو مجرد حصة) لا يلبس إلا بعض المبيع. أما إذا كانت الرقبة هي الشائعة و باع أحد الشركاء حصته فيها، كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع لأن الحصة من الرقبة المباعة هي بعض الحق الملابس لحق الإنتفاع.(1)

و قد جاء في العديد من قرارات المحكمة العليا بأن من المقرر قانونا أن حق الشفعة يثبت لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، و أن المقصود بحق الإنتفاع لممارسة حق الشفعة هو حق عيني و هو بذلك يختلف عن حق الإيجار الذي هو حق شخصي و لا يجوز الاعتماد عليه للأخذ بالشفعة⁽²⁾.

و الشفعة تثبت لصاحب حق الانتفاع في المرتبة الثالثة، اذا كان صاحب حق الانتفاع يشفع في الرقبة، أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشيوخ، و بهذا يكون الشفيع في المرتبة الثانية شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشيوخ.

إن المشرع الجزائري و في تحديده لصفة الشفيع ضيق من مجال الأخذ بالشفعة بغض النظر عن حالات أخرى المنصوص عليها في قوانين خاصة⁽³⁾ ، و ذلك بمنحه

(1) - محمد شكري سرور : المرجع السابق. ص 94.

(2) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 26 افريل 2000. تحت رقم: 1984458 . منشور في : المجلة القضائية. العدد 01. سنة 2000. ص 156. قرار المحكمة العليا الصادر في: 25 مارس 1998. تحت رقم: 179136 مشار إليه في: جمال سايس : الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري. الجزء 01. المرجع السابق. ص 300. قرار المحكمة العليا الصادر في: 25 ديسمبر 1988. تحت رقم: 58388 مشار إليه في: أحمد خالدي. المرجع السابق. ص 61.

(3) - القانون رقم: 90- 25 المتضمن قانون التوجيه العقاري: المرجع السابق.

صفة الشفيع لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع، و للشريك في الشيوخ إذا بيعت الحصة الشائعة لأجنبي و لمالك حق الانتفاع إذا بيع حق الرقبة لأجنبي، و قد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن: المادة 795 من القانون المدني نذكر على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة و هم ثلاثة أصناف: مالك الرقبة و الشريك في الشيوخ و صاحب حق الانتفاع، و ان لم يبين و لم يثبت أن له صفة من الصفات الثلاثة المنصوص عليها في هذه المادة فإن تمسكه بحق الشفعة يعتبر خارج عن كل إطار قانوني⁽¹⁾.

و قد أضاف المشرع المصري إلى حالات الشفيع السابق بيانها حالة مالك الرقبة في الحكر إذا بيع الحكر، و للمستحكر إذا بيعت الرقبة. و الجار بأحوال محددة، في المادة 936 من القانون المدني المصري⁽²⁾ فالمشرع المصري كان أوسع مجالا من المشرع الجزائري.

أما فيما يتعلق بحالات الشفيع في القانون التونسي فهي و إن اشتملت على المالك في الشيوخ فإنها لم تتضمن صاحب حق الرقبة و الانتفاع كالمشرع الجزائري و المصري و إنما تضمنت مالك الهواء بالنسبة للأرض المبيعة، أو مالك الأرض بالنسبة لهوائها المبيع، و كل شريك في دار معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات، و هي حالات نص عليها المشرع التونسي في المادة 104 من مجلة الحقوق

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 11 نوفمبر 1997. تحت رقم 15794 . منشور في نشرة القضاة. لسنة 1997. عدد 54. مشار إليه في : أحمد لعور، نبيل صقر. المرجع السابق. ص 319.

(2) - نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق. ص ص 407، 408.

العينية⁽¹⁾، و الملاحظ عليه أنه يقصد من وراء الشفعة الى جانب إبعاد الأجنبي من الدخول كشريك في الملكية الشائعة، توحيد نطاق الملكية في يد مالك واحد و ذلك بضم ملكية الهواء لمالك الأرض إذا ما بيع ملك الهواء لغير مالك الأرض، و العكس كذلك، ضف إلى ذلك جعل للشريك في دار معدة للسكنى الحق في مطالبة الأخذ بها شريطة ألا تكون خاضعة لأحكام ملكية الطبقات.

و بالنسبة للمشرع اللبناني فيلاحظ عليه و في تحديده لصفة الشفيع في المادة 239 من الملكية العقارية⁽²⁾ - و إن إختلفت نوعا ما من حيث المصطلحات - جاء مطابقا للنص القانوني الجزائري، و بهذا يكون كل من المشرع الجزائري و اللبناني قد ضيقا من حالات الشفيع مقارنة بالمشرع المصري.

و فيما يخص المشرع العراقي فإنه حصر حالات الشفيع في المادة 1129 من القانون المدني⁽³⁾، حيث يستفاد منها بأن المشرع العراقي قيد استعمال حق الشفعة مقارنة بالمشرع الجزائري، حيث لا شفعة إذا كان العقار الشائع من غير الدور أو الشقق السكنية. و هذا ما لا نجده عند المشرع الجزائري و الذي يأخذ بالشفعة في العقار الشائع بصفة مطلقة ، ضف إلى ذلك حالة ما إذا تجزء حق الملكية الى حق رقبة و حق انتفاع.

و عليه فإن إختلفت حالات الشفيع في القانون المقارن عن حالات الشفيع في القانون المدني الجزائري إلا أنها تتفق من حيث الهدف ألا و هو إبعاد الأجنبي من الدخول في نطاق الشيوع، و جمع ما تفرق من حق الملكية، و جعلها في يد مالك واحد.

(1) - مصطفى صخري: المرجع السابق. ص 122.

(2) - عفيف شمس الدين: المرجع السابق. ص 468.

(3) - محمد طه البشير: المرجع السابق. ص 181.

ثانيا- شروط الشفيع: حدد المشرع الجزائري صفة الشفيع في المادة 795 من

القانون المدني تاركا أمر تحديد الشروط الواجب توافرها في الشفيع للقواعد العامة. و التي يمكن إجمالها وفقا لما استخلصه الفقه من هذه القواعد في الآتي:

1- أن تتوفر في الشفيع عند بيع العقار المشفوع فيه صفة من الصفات التي

تم النص عليها في المادة 795 من القانون المدني الجزائري، فقد يكون صاحب حق الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الم ناسب لها، أو شريك في الشيوع إذا بيع الشريك حصته لأجنبي، كما يمكن أن يكون صاحب حق الانتفاع و بيع حق الرقبة المناسب لحق الانتفاع، على ألا يكون هناك شفيع أعلى منه درجة و مثال عن ذلك مطالبة صاحب حق الإنتفاع بحق الإنتفاع المبيع بوجود شفيع اعلى درجة منه و هو صاحب حق الرقبة.

2 - أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه

الى وقت ثبوت حقه في الشفعة، فإذا طالب الشفيع بالشفعة في حق الانتفاع فيجب أن يكون

مالكا لحق الرقبة محل حق الانتفاع ، و إذا طالب بحق الرقبة يجب أن يكون مالك الحق الانتفاع، على أن تكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة، فإن كانت ملكية العقار المشفوع به بموجب عقد بيع وجب أن يكون العقد مسجلا و مشهرا لدى المحافظة العقارية بتاريخ يسبق تاريخ بيع العقار المشفوع فيه، فإذا تصرف في العقار المشفوع به تصرفا ناقلا للملكية، سقط حقه في الأخذ بالشفعة. و قد صدر عن محكمة النقض المصرية عدة قرارات في ذلك⁽¹⁾.

(1) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 24 نوفمبر 1973. تحت رقم: 14. المشار إليه في: مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق. ص ص 65، 66. قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 27 جوان 1978. تحت رقم: 890. المشار إليه في: المرجع نفسه. ص 66.

3 - أن يكون للشفيع الأهلية المطلوبة للقيام بالتصرفات القانونية باعتبار الشفعة
من أعمال التصرف و ليست من أعمال الإدارة ، فطالما أن الشفيع يحل محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه، فله نفس حقوق المشتري و عليه التزاماته، و بذلك يتعين تحقق الإرادة لدى الشفيع، فيجب أن يكون بالغاً سن الرشد و متمتع بجميع قواه العقلية و لم يحجر عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة طبقاً للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، ففي هذا الحالة للشفيع أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة بإرادته و بنفسه أو عن طريق وكيله بواسطة وكالة خاصة طبقاً للمادة 574 من القانون المدني الجزائري و ليست وكالة عامة - لا يجيز القانون للوكيل بوكالة عامة الأخذ بالشفعة نيابة عن وكيله، لأن مقتضى الوكالة مقصور على أعمال الإدارة و الأخذ بالشفعة يقتضي وكالة خاصة - و قد أخذت بهذا المبدأ محكمة الإستئناف اللبنانية فقررت: "أن حق الشفعة حق شخصي لا بد لممارسته من قبل الوكيل أن يكون مأذوناً من الموكل بطلب الشفعة أو بالشراء مطلقاً و الإجارة اللاحقة يشترط أن ترد ضمن المدة القانونية المعينة."⁽¹⁾

أما إذا كان الشفيع قاصراً ناب عنه و ليه في الأخذ بالشفعة دون استئذان المحكمة، أما إذا لم يكن للقاصر ولياً فلوصيه الأخذ بالشفعة بعد استئذان المحكمة، و أما إذا كان

محجورا عليه فيمكن للقيم عليه الأخذ بالشفعة نيابة عنه، و لكن بعد حصوله على إذان من المحكمة أيضا(2).

(1) - قرار مشار إليه في: أحمد اباش: المرجع السابق. ص 133.

(2) - أحمد دغيش: المرجع السابق. ص 273.

4 - إن حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه جعل الشفعة تشبه عقد البيع و بالتالي تسري أحكامه مع الأخذ بالشفعة، و يترتب على ذلك أنه لا يجوز للشفيع المطالبة بالشفعة إذا كان المشتري و هو الشفيع ممنوعا بحكم القانون من الشراء - شراء العقار المشفوع فيه - و من أحكام القانون المدني الجزائري في هذا الخصوص الآتي:

تنص المادة 402 على أنه: "لا يجوز للقضاة و لا للمدافعين القضائيين و لا للمحامين و لا للموثقين و لا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة إسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلا".

و تنص المادة 403 على أنه: "لا يجوز للمحامين و لا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها و إلا كانت المعاملة باطلة".

و تنص المادة 410 على أنه: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المواد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة...".

و تنص المادة 411 على أنه: "لا يجوز للسامسة و لا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو بتقدير قيمتها، سواء بأنفسهم أو باسم مستعار".

و تجدر الإشارة بعد ذكر الممنوعين من الشراء و بالتالي الأشخاص الممنوعين من ممارسة حق الشفعة إذا ما بيع العقار المشفوع فيه، في النصوص السالفة الذكر أن ذكرهم كان على سبيل الحصر لا على سبيل المثال باعتبار المنع استثناء من القواعد العامة، فلا يشمل غيرهم بطريق القياس كالخبراء و المترجمين و وكلاء المحامين⁽¹⁾، كما أن منعهم من الشراء أي منعهم من استعمال حقهم في الشفعة مقرر لأجل المصلحة العامة.

و الممنوعون من الشراء و من الأخذ بالشفعة بموجب نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري مرتبط بوجود العقار المشفوع فيه و بالتالي النزاع من إختصاص المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم و بمفهوم المخالفة يكون للقضاة أو المدافعين القضائيين على سبيل المثال أن يمارسوا حق الشفعة متى توافرت فيهم صفة الشفيع إذا كان العقار المشفوع فيه خارج عن نطاق المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم.

و بالنسبة للنائب، سواء كانت النيابة مصدرها الإتفاق (الوكالة)، أو مصدرها القانون (الولاية عن الإبن القاصر)، أو كان مصدرها القضاء (المقدم) فإن الشفعة لا تجوز له طالما أصبح وكيلا في بيع العقار لأجنبي فإنه بوكالته يكون قد تنازل ضمنا عن حقه في شراء هذا العقار و بالتالي تنازل عن الأخذ بالشفعة، ضف إلى ذلك تعارض مصلحة النائب و مصلحة من ينوب عنه.

و كذلك الأمر بالنسبة للسماسرة و الخبراء المعهود اليهم بيع و تقييم العقار المشفوع فيه، و الحكمة في منع الاستشفاع لصالحهم أنهم قد يتساهلون مع المشتري عند البيع و من تم أخذ العقار المشفوع فيه بالثمن الذي يريدونه و ذلك بحلولهم محل المشتري المشفوع منه.

(1) - سناء بن شريطية: المرجع السابق. ص 44.

و تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه يرى جواز الشفعة للقضاة و من في حكمهم رغم منعهم من الشراء، لأن أي من هؤلاء حين يريد الأخذ بالشفعة في الممنوع من شرائه لا يقصد من شرائه المضاربة، و إنما يرغب إتياء الأضرار التي شرعت من أجلها الشفعة، و حرمانه من حق الشفعة هو حرمانه من حق مشروع أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس، و لم يستثن هؤلاء منه، كما أن القول بأن الشفيع يحل - باستعمال حق الشفعة - محل المشفوع منه، و يعتبر أنه اشترى الصفقة من البائع مباشرة هو إفتراض قانوني لا يصح التوسع فيه. (1)

و يمكن أن يؤخذ على هذا الرأي أنه إن كان هناك ضرر من حرمان الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة و بالتالي منع الضرر الذي يلحقه من الشريك الجديد لكونه قاضيا أو موثقا أو ممن تم ذكرهم في النصوص القانونية السابقة - في الموطن الذي يباشر فيه مهامه - ، فإنه لا يقل ضررا عن المصلحة العامة و التي تتجسد في منع هاته الفئة من إستغلال نفوذها و وظيفتها لقضاء مصالحها على حساب نزاهة و حياد القضاء.

فإن منع هاته الفئة من أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة مرتبط بموقع العقار، بمعنى أوضح إذا كان العقار المشفوع فيه يقع داخل نطاق مباشرة الفئة الممنوعة من الشراء لمهامهم فإنهم ممنوعين من الأخذ بالشفعة، أما إذا كان العقار المشفوع فيه خارج عن إختصاصهم كان لهم أخذه بالشفعة متى توافرت شروطها و في آجالها. كما أنه يشترط لمنع هاته الفئات من شراء الحقوق المتنازع فيها أن تثبت لهم هذه الصفة وقت

(1) - محمد شكري سرور: المرجع السابق. ص 104.

الشراء، فإذا اشترى قبل تعيينه في الوظيفة الممنوع منها أو بعد اعتزاله فشراءه صحيح و بالتالي لهم ان يطالبوا الأخذ بالشفعة في العقار المشفوع فيه.

5 - ألا يكون الشفيح وقفا: لم يتطرق المشرع الجزائري لهاته المسألة و من أحكام القانون المقارن في هذا الخصوص تنص الفقرة 02 من المادة 939 من القانون المدني المصري على أنه: " لا يجوز لما وقف يأخذ الشفعة"⁽¹⁾، و هو نفس الحكم في القانون المدني الأردني⁽²⁾ و قانون الملكية اللبناني⁽³⁾.

مثال ذلك أن يكون هناك عقار شائع، بعضه ملك و بعضه وقف، و تم بيع الملك لأجنبي فإنه و عملا بالمادة السالفة الذكر لا يجوز للوقف أن يطالب بالشفعة في العقار المبيع، إذ يتمتع الأخذ بالشفعة لو أن المشفوع به كان عقارا موقوفا. و السبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شفيحا.

و يرى إمتناع أن يكون الوقف شفيحا لا يحول دون أن يكون مشفوعا منه فلو كان الوقف مشتريا، فالشفعة تجوز في العقار الذي يشتريه⁽⁴⁾.

(1) - مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق. ص 74.

(2) - طلبية وهبة خطاب: المرجع السابق. ص 500.

(3) - يوسف محمد عبيدات: الحقوق العينية الأصلية و التبعية. المرجع السابق. ص 146.

(4) - عفيف شمس الدين: المرجع السابق. ص 491.

الفرع الثاني

تعدد الشفعاء

تنص المادة 796 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا تعدد الشفعاء، يكون إستعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه.

- و إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795،

فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتة أو من طبقة أدنى و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

يفهم من نص المادة 796 من القانون المدني الجزائري، إذا بيع العقار المشفوع فيه

لأجنبي و تعدد الشفعاء المطالبين بالشفعة، فإن ممارستهم لحق الشفعة يكون في

فروض محددة فقد يتزاحم (1) الشفعاء و هم من طبقة واحدة، و قد يتزاحم الشفعاء مع المشتري و هو شفيح مثلهم. و لنعرض فيما يلي هذه الفروض.

الفرض الأول - تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة : تفيد الفقرة الثانية من المادة

796 من القانون المدني الجزائري بأنه في حال تزاحم الشفعاء و هم من طبقة واحدة

استحق كل واحد منهم - سواء طالب بها البعض منهم أو جميعهم - العقار المشفوع فيه

كل بقدر نصيبه، فإذا قام البائع و هو شريك في الشيوخ - مالك لحق الرقبة، أو لملكية

(1) - يحدث التزاحم بين الشفعاء متى توفر سبب الشفعة لأكثر من شخص، و طلبوها كلهم أو بعضهم، فقد يكونوا من

طبقة واحدة إذا تعدد الشركاء في حق الرقبة، أو في الملكية التامة، أو في حق الإنتفاع، كما يكونوا شفعاء من

طبقات مختلفة، كأن يكون هناك شركاء في حق الرقبة و شركاء في حق الإنتفاع .

تامة، أو لحق الانتفاع - ببيع حصته الشائعة لأجنبي، و طالب كل من الشركاء باعتبارهم

شفعاء من درجة واحدة، فالشركاء في حق الرقبة شفعاء بالدرجة الأولى في حق الإنتفاع

لرقبتهم إذا بيع حق الإنتفاع، فيكون لكل شريك منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء الملاصق لرقبته

من حق الانتفاع المشفوع فيه كل بحسب نصيبه، فإن كان نصيب الشريك السدس أخذ

السدس، و إن كان نصيبه الثمن أخذ الثمن و يصبح بهذا كل الشركاء - الشفعاء - مالكين

للعقار ملكية تامة على الشيوخ، و هذا بضم حق الانتفاع لحق الرقبة.

أما إذا كان الشفعاء و هم شركاء في الشيوع لملكية تامة فيقتسمون أيضا الحصة المبيعة بنسبة نصيب كل واحد منهم، و بالتالي فقد تزيد حصة كل شريك منهم من جهة، و قد يقل عدد الشركاء في العقار الشائع من جهة أخرى.

و الأمر كذلك إذا كان الشفعاء شركاء في حق الانتفاع، و بيع حق الرقبة لأجنبي فللشركاء في حق الانتفاع باعتبارهم شفعاء أن يطالبوا بأخذ حق الرقبة بالشفعة كل بحسب نصيبه، و بالتالي تؤول لهم ملكية العقار ملكية تامة على الشيوع، و يجمع ما تشتت من حق الملكية.

و لكن قد تثار مسألة عدم تجزئة الشفعة في حالة ما إذا تقدم الشفيع بطلب الشفعة في الجزء الملابس لملكيته فقط، و لا يطالب باقي الشفعاء بالجزء الملابس لرقبتهم، مما ينجر عنه تجزئة للشفعة، كأن يكون حق الرقبة ملك لعدة شركاء على الشيوع، و يكون حق الانتفاع ملك لشخص واحد، و يقوم هذا الأخير ببيعه لأجنبي، و يطالب أحد الشفعاء بالجزء الملابس لرقبته فقط دون الباقي، بحجة عدم ملكيته لباقي الجزء المبيع مما يجعل طلبه فيه تجزئة للشفعة، و بالتالي قد يلحق المشتري ضررا لتفرق الصفقة عليه. في هذه الحالة هل للبائع و المشتري الحق في رفض طلب الشفيع في أن يأخذ بالشفعة في جزء المبيع دون الجزء المتبقي ؟

إنه و تطبيقا للمادة 795 من القانون المدني الجزائري، و التي يوحى مضمونها بإمكانية تجزئة الشفعة، و هذا بإقرارها على مطالبة الشفيع بحق الانتفاع بالشفعة في الجزء الملابس لحق الرقبة فقط، مما قد يفرق الصفقة على المشتري، لكن و لكون الفقه قد أقر بمبدأ عدم تجزئة الشفعة تقاديا للضرر الذي قد يلحق المشتري من ورائها ، فللمشتري الحق في أن يلزم الشفيع إما بأن يأخذ كل الصفقة أو يتركها كلها، لها قد يلحقه من ضرر لتفرق الصفقة دون غيره، بحكم أن مبدأ عدم تجزئة الشفعة شرع لصالحه.

و الملاحظ على كل من المشرع الجزائري، و المشرع المصري⁽¹⁾، و اللبناني⁽²⁾ أنه و في حالة ما إذا تزامم الشفعاء فيما بينهم فإن الحصة المبيعة تؤول إليهم وقفا ل مبدأ الأنصبة، بمعنى إذا كان نصيب أحد الشفعاء الثلث استحق ثلث الحصة المبيعة، و إن كان نصيب الشفيع النصف استحق النصف و هك ذاء، أما بالنسبة لكل من المشرع العراقي⁽³⁾ و الأردني⁽⁴⁾ و اليمني⁽⁵⁾ فإن الحصة الشائعة المبيعة تقسم بين الشفعاء بالتساوي

(1) - المادة 937 من القانون المدني المصري. المشار إليها في: مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق . ص 75.

(2) - المادة 240 من قانون الملكية. المشار إليها في : عفيف شمش الدين: المرجع السابق. ص 479.

(3) - المادة 1131 من القانون المدني العراقي. المشار إليها في: سعيد عبد الكريم مبارك: المرجع السابق . ص 166.

(4) - غازي أبو العربي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - دراسة مقارنة - دار وائل للنشر و التوزيع. عمان، الأردن. الطبعة الأولى، سنة النشر 2016. ص 220 .

(5) - المادة 1258 من القانون المدني اليمني. انظر في هذا إلى: عبد العزيز راجح حسن: المرجع السابق . ص 373.

حيث يستحق كل منهم بقدر ما يستحقه الآخر من المبيع، أي أن العقار المشفوع فيه يقسم على عدد الرؤوس لا بنسبة الأسهم التي يملكها كل منهم و ذلك لتساويهم السبب.⁽¹⁾

و الرأي الصواب هو ما أخذ به كل من المشرع الجزائري و المصري و اللبناني، بأن يأخذ كل شفيع نصيب من الحصة المبيعة بحسب نصيبه في الحصة التي يملكها، لا بعدد الرؤوس - عدد الشفعاء - الذي يجعل كل من الشفعاء في هاته الحالة سواء أمام بعضهم البعض، حيث لا يعقل أن يتساوى الشفيع و هو مالك لحصة شائعة قدرها الثمن (8/1) مع شريك آخر مالك للثلث (3/1).

الفرض الثاني - تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة: إذا تزامم الشفعاء فيما

بينهم و هم طبقات مختلفة، كان ثبوت الشفعة بحسب الترتيب الذي جاءت به المادة 795 من القانون المدني الجزائري، فإذا رتب مالك العقار على ملكيته حق انتفاع لشخصين على الشيوع، و احتفظ لنفسه بحق الرقبة، ثم باع أحد أصحاب حق الانتفاع لمالك الرقبة حصته،

فالشفعة تثبت لصاحب حق الرقبة باعتباره من الدرجة الأولى للأخذ بالشفعة، على حساب صاحب حق الانتفاع باعتباره من الدرجة الثانية بصفته شريكا في الشروع لحق الانتفاع، و بهذا تصبح ملكية صاحب حق الانتفاع، و بهذا تصبح ملكية حق الرقبة نصفها تامة و النصف الآخر مجزأ بينه و بين حق الإنتفاع.

الفرض الثالث - تزامم الشفعاء مع المشتري الشفيع مثلهم : تنص الفقرة 03

من المادة 796 من القانون المدني الجزائري على أنه: "...إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته

(1) - سعيد عبد الكريم مبارك: المرجع السابق. ص166.

أو من طبقة أدنى و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

و يفهم من مضمون هاته الفقرة، إذا بيع العقار المشفوع فيه، و كان المشتري شفيعا فإن الأمر يستوجب التمييز بين ثلاث نقاط، فقد يكون المشتري و هو شفيع له شفعاء أدنى من طبقته، كما يمكن أن يكون شفعاء من طبقته، كم يحدث أن يكون الشفعاء أعلى من طبقته، حسب التفصيل الآتي:

1 - تزامم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته : إذا توافرت في المشتري

شروطا تجعله شفيعا طبقا للفقرة 02 من المادة 796 من القانون المدني الجزائري، و زاحمه شفعاء أدنى من طبقته فإن الشفيع في هذه الحالة يفضل عليهم، و مثال عن ذلك: إذا باع أحد الشركاء في حق الإنتفاع حصته الشائعة و كان المشتري صاحب حق الرقبة، و تقدم أحد الشركاء في حق الإنتفاع لأخذ الحصة المباعة بالشفعة، في هذه الحالة يفضل المشتري على الشريك في الانتفاع لأنه مقارنة بالشفيع صاحب حق الإنتفاع شفيع من طبقة أعلى منه.

2 - تزامم المشتري مع شفعاء من نفس طبقتة : إذا تزامم المشتري)

شفيع) مع شفعاء من طبقتة فإنه يفضل عليهم، مثال ذلك: أن يكون هناك عقار يملكه اثنان على الشيع و رتبا عليه حق انتفاع لشخص آخر، فيصبا مالكين للرقبة فقط، فإن باع صاحب حق الانتفاع لأحد الشريكين حق الانتفاع، و تقدم الشريك الآخر في الرقبة للأخذ بالشفعة فإن المشتري يفضل عليه لأنه من نفس طبقتة، فكلاهما الطبقة، إلا و هي الطبقة الأولى . لكن ما يلاحظ في هذا الفرض خروج المشرع عن قاعدة إستحقاق الشفعاء كل منهم بقدر نصيبه إذا كانوا من طبقة واحدة. و من أحكام القضاء المقارن نجد ما يؤكد على تفضيل المشتري و هو شفيع على باقي الشركاء و هم شفعاء إما من طبقتة أو من طبقة أدنى منه⁽¹⁾.

3 - تزامم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقتة : إذا حدث و كان المشتري شفيعا و

زاحمه شفعاء أعلى من طبقتة ، فإنه يتعين في هذا الفرض أن يتقدم الشفيع على المشتري، فيأخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري و يحل محله في البيع، ذلك عملا بالفقرة الثانية من المادة 797 من القانون المدني الجزائري، و مثال عن ذلك إذا كان مالك العقار قد رتب عليه ح-ق إنتفاع لعدة أشخاص على الشيع و أصبح مالكا للرقبة فقط، و باع أحد الشركاء حصته من حق الانتفاع لأحد الشركاء في الشيع، فلصاحب الرقبة الحق في الأخذ بالشفعة إن طالب بها لأنه من طبقة أعلى من المشتري.

و تجدر الإشارة إلى أن من حالات التزامم التي قد تحدث و التي لم يتطرق لها

المشرع الجزائري انه عند مطالبة الشفعاء كلهم أو بعضهم بالعقار المشفوع فيه المبيع و

يكون الشفعاء من طبقات مختلفة، فلمن يؤول العقار المشفوع فيه في هذه الحالة؟

و إذا تزامم الشفعاء فيما بينهم و هم من طبقات مختلفة، كان ثبوت الشفعة بحسب

الترتيب الذي جاءت به المادة 795 من القانون المدني الجزائري ، حيث إذا رتب مثالا

مالك العقار على ملكيته حق انتفاع لشخصين على الشيوع، و احتفظ لنفسه بحق الرقبة، ثم باع أحد أصحاب حق الانتفاع لأجنبي، و طالب بالشفعة كل من الشريك

(1) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 17 أبريل 1986. تحت رقم: 2320. و قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 29 مارس 1995. تحت رقم: 1837. المشار إليهما في: سعيد أحمد شعلة: المرجع السابق . ص ص 275 ، 276 ، 277.

في حق الإنتفاع و صاحب حق الرقبة فالشفعة في هذه الحالة تثبت للشفيع صاحب حق الرقبة باعتباره شفيعا من الدرجة الأولى بدلا من الشريك صاحب حق الإنتفاع ، باعتباره شفيعا من الدرجة الثانية و ذلك بصفته شريكا في الشيوع لحق الانتفاع، و بهذا تصبح ملكية صاحب حق الرقبة نصفها تامة و النصف الآخر مجزأ بينه و بين صاحب حق الإنتفاع.

الفصل الثاني

إجراءات الأخذ بالشفعة و آثارها

إذا بيع عقار تجوز الشفعة فيه، و توافرت في الشفيع شروط الأخذ بها، كان لشفيع أن يمتلك العقار المشفوع فيه إما بالتراضي ، إن وافق كل من البائع و المشتري على طلبه من دون معارضة ، و في هذه الحالة لا يحتاج الشفيع لمباشرة إجراءات قضائية، و بالتالي يمتلك الشفيع العقار. و إما بالتقاضي إذا رفض كل من المشتري و البائع حلول الشفيع محل المشتري في المبيع في كل حقوقه و التزاماته ، ففي هذه الحالة يتوجب على الشفيع احترام مواعيد المطالبة بالشفعة و إتباع الإجراءات القانونية التي رسمها المشرع الجزائري في المواد من 799 إلى 803 من القانون المدني الجزائري، و التي تعد إجراءات جوهرية لا بد على الشفيع اتباعها حتى يثبت حقه في الأخذ بالشفعة.

و ثبوت الأخذ بالشفعة قد يترتب عليه آثار ، تناولها المشرع الجزائري في المواد من 804 إلى 806 من القانون المدني، و من أهم هاته الآثار حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته. و لنعرض فيما يلي اجراءات الأخذ بالشفعة في مبحث أول، و آثار الشفعة في مبحث ثان.

المبحث الأول

إجراءات الأخذ بالشفعة

لقد حدد المشرع الجزائري إجراءات الأخذ بالشفعة في المواد من 799 إلى 803 من القانون المدني. و لما كانت إجراءات الشفعة اجراءات دقيقة و جب على الشفيع اتباعها حتى يمتلك العقار المبيع بالشفعة، و قد راعى المشرع في وضعه لهاته الإجراءات الطبيعة الخاصة للشفعة باعتبارها قيذا على حرية التبايع، فقيد الأخذ بها بمواعيد قصيرة حتى لا يظل المشتري مهيدا في ملكه، كما رتب على عدم المطالبة بالشفعة في مواعيدها المحددة قانونا سقوط الحق في المطالبة بالأخذ بها . و لنعرض فيها يلي إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في مطلب أول ، و إيداع الثمن و رفع دعوى الشفعة ، و صدور حكم بثبوت الحق فيها، كل في مطلب مستقل، في مطلب ثان.

المطلب الأول

إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة

لقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 799 من القانون المدني على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار إذا وجهه إليه البائع أو المشتري أو كلاهما، و إلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة.

و الأخذ بالشفعة قد يثبت بالتراضي كما قد يثبت بالتقاضي ، فيثبت أخذ الشفعة بالتراضي متى وافق المشتري على طلب الشفيع، حيث يحل الشفيع محل المشتري في الصفقة التي أبرمها هذا الأخير مع البائع في كافة حقوقه و التزاماته.

و لكن الشفعة غالبا ما تؤخذ بالتقاضي فإذا أراد الشفيع أن يستعمل حقه في الشفعة و جب عليه إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون و إلا سقط حقه فيها، حيث تبدأ الإجراءات بمجرد إنذار الشفيع بوقوع البيع من قبل البائع و المشتري أو أحدهما، و ذلك بإعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة و ذلك في الميعاد القانوني و إشهار الرغبة في الأخذ بالشفعة.

و لنعرض فيما يلي إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني، و في

الشكل الرسمي، و إشهار الإعلان عن رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني

تبدأ إجراءات الأخذ بالشفعة بإعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بها ، فلا يتوقف إعلان الرغبة على وجود الإنذار، فقد يعلم الشفيع بوقوع البيع ومن ثم يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل الإنذار، و لزوم الإنذار شرع لاستقرار المعاملات و حتى لا يبقى البيع معلقا برغبة الشفيع في أخذ العقار بالشفعة و هذا باحتساب آجال سقوط الحق في الشفعة بثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الإنذار.

فعلى الشفيع إن رغب في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة أن يعلن عن رغبته في مواعيد ثابتة إلا أن هذه المواعيد تختلف باختلاف ما إذا وجه الإنذار للشفيع أو لم يوجه، لنعرض لميعاد إعلان الرغبة في حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع، ثم ميعاد إعلان الرغبة في حالة عدم إنذار البائع بوقوع البيع.

أولا - ميعاد إعلان الرغبة في حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع: تنص المادة

799 من القانون المدني الجزائري: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه، و يزداد على ذلك الأجل المسافة إن اقتضى الأمر ذلك. "

و باستقراء المادة 799 من القانون المدني الجزائري فإن المشرع الجزائري حدد ميعاد ثلاثين يوما للشفيع للإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة، إذا تم توجيه الإنذار إليه من قبل البائع أو المشتري، إذ يتوجب على الشفيع أن يعلن عن رغبته إلى كل من المشتري و البائع ليعلمهم فيها برغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة و ذلك خلال

ثلاثين يوما من تاريخ وصول الإنذار، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي يتحقق بها علم الشفيع بالبيع.

و ميعاد الثلاثين يوما يسري في حق الشفيع متى تم إنذاره بحصول البيع، بموجب إنذار يتضمن البيانات التي استوجبها المشرع الجزائري في المادة 800 من القانون المدني، و التي تنص على أنه: " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية و إلا كان باطلا:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

- بيان الثمن و المصاريف الرسمية و شروط البيع و اسم كل من البائع و المشتري و لقبه و مهنته و موطنه و الأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799.

حيث تفتح إجراءات الشفعة بمجرد قيام البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع على العقار الذي يجوز أخذه بالشفعة، و ذلك لأن الإنذار هو الوسيلة التي وضعها المشرع لتحقيق علم الشفيع بوقوع البيع على العقار الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة من جهة، و لبدأ سريان آجال الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة و آجل سقوط الأخذ بها من جهة أخرى. و قد جاء في إحدى قرارات على ذلك المحكمة العليا أن: " سريان أجل الثلاثين يوما يبدأ من تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري لمن يريد الأخذ بالشفعة طبقا لأحكام المادة 799 من القانون المدني. و أن البائع أو المشتري لم يوجه أحدهما الإنذار إلى من يريد الأخذ بالشفعة، فلا يبدأ هذا الميعاد، و من ثم يحق للشفيع أن يعلن رغبته ثم يحق للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت، ذلك أن القانون لا يأخذ بالعلم الواقعي، و إنما يعتد فقط بالعلم القانوني، و تبعا لذلك فلا يسري الأجل في حق من يريد الأخذ بالشفعة مادام لم يعلم بالطريق القانوني". (1)

و الإنذار قد يوجه للشفيع من قبل المشتري أو من قبل البائع، أو منهما معا و إذا وجهه أحدهما فهو يغني الآخر عن ذلك، و يمكن أن يقوما به كلاهما و لكن بشكل منفرد، فإذا قام به كل منهما على انفراد و تم إعلان كلا من الإنذارين إلى الشفيع في تاريخين متعاقبين، فإن ميعاد السقوط يسري إعتبارا من تمام إعلان الشفيع بأولهما أما ثانيهما فإنه يعتبر مجرد نافلة، فإذا كان الإنذار الأول باطلا و الثاني صحيحا

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: : 12 جويلية 1995. تحت رقم: 130145. مشار إليه في: عبد العزيز راجح حسن: المرجع السابق. ص ص 187، 188.

اعتد بالثاني في بدء سريان ميعاد السقوط.(1)

و يتوجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع إذا كان واحدا، و إلى الشفعاء في تعددهم، سواء كانوا من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة، فقد لا يأخذ بالشفعة من هو في طبقة أدنى منه، كأن يكون هناك عقار رتب عليه صاحبه حق إنتفاع لشخصين على الشيوع، و قام أحد الشركاء في حق الإنتفاع ببيع حقه لأجنبي يتوجب على المشتري و البائع أو كلاهما توجيه الإنذار لكل من الشفيع صاحب حق الرقبة، و الشفيع الشريك في حق الإنتفاع، فإن لم يأخذ الشفيع صاحب حق الرقبة حق الإنتفاع المبيع بالشفعة باعتباره شفيع من الدرجة الأولى فإن حق الشفعة ينتقل للشفيع الشريك في حق الإنتفاع. و إغفال إنذار أي من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلا لا ينتج أثره، (2) و إذا تم تبليغ بعض الشفعاء دون بعضهم، فإن سريان آجال الإعلان عن الرغبة يسرى على من تم إنذارهم فقط و يظل قائما بالنسبة للشفعاء الذين لم يتم تبليغهم بطريقة قانونية.

و يشترط المشرع الجزائري تحت طائلة البطلان أن يكون الإنذار (3) مستوف لكافة البيانات التي نص عليها في المادة 800 السالفة الذكر حتى و لو أثبت المشتري علم الشفيع بالبيع، ذلك لأن الأجل القانوني لا يسري إلا من تاريخ الإنذار الموجه إلى الشفيع لأنه يستطيع الانتظار دون أن يطلب الشفعة، حتى يصله الإنذار بحيث يبقى محتفظا بحقه في طلب الشفعة طوال المدة التي تفضل ما بين العلم بالبيع و تاريخ الإنذار مهما

(1) - عبد العزيز راجح حسن: المرجع السابق. ص 188.

(2) - حسن كيرة: المرجع السابق. ص ص 609، 610.

(3) - الملحق رقم: 01.

طالت هذه المدة، فإذا ما وصله الإنذار بوقوع البيع، فعند ذلك يسري أجل الثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ وصوله. و هذا ما أخذت به المحكمة العليا بأنه: " إذا لم يثبت البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانونا لاحتساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله، فإن فوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة و المستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير".⁽¹⁾

و لنعرض فيما يلي البيانات التي يجب أن يتضمنها الإنذار و الوارد ذكرها في المادة 800 من القانون المدني الجزائري:

أ- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا: يقصد المشرع ببيان العقار

الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا، وصف العقار المشفوع فيه من حيث الموقع، الحدود و المساحة، و المعالم الطبيعية وصفا نافيا للجهالة، مع ذكر أي بيان آخر ضروري من شأنه أن يجعل الشفيع عالما بالعقار المبيع دون لبس أو غموض، بحيث يستطيع أن يتدبر في أمر البيع فيأخذ العقار بالشفعة أو يتركه، و مسألة تقدير ما إذا كان بيان العقار بيانا كافيا أو غير كاف هي مسألة موضوع تخضع لتقدير القاضي، في حالة وقوع نزاع حول كفاية البيانات من عدمها.

ب - بيان الثمن و المصاريف الرسمية اللازمة لبيع العقار: يقصد بالثمن في

المادة 800 من القانون المدني الجزائري المبلغ الذي دفعه المشتري للبائع محل العقار المشفوع فيه، و الثمن هو الثمن المصرح به في عقد البيع، أما المقصود بالمصروفات الرسمية هي مصروفات التسجيل و الطابع، و مصروفات الشهر العقاري، و أتعاب

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 02 جانفي 1985. تحت رقم: 33030. مشار إليه في: حمدي باشا عمر: المرجع السابق. ص 183.

الموثق، و تكمن أهمية إيراد الثمن في الإنذار حتى يتسنى للشفيع معرفته و بالتالي قبوله طلب الأخذ بالشفعة، أم عدم طلبها، كما يلتزم الشفيع بإيداعه لدى خزنة الزبائن.

أما المصروفات الأخرى، كالسمسرة و أتعاب المحامي، فليس من الواجب ذكرها، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدا بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها وقفا للقواعد المقررة للإثبات⁽¹⁾، كتقديم وصولات الدفع.

ج - بيان شروط البيع: يقصد بشروط البيع التي استلزم المشرع الجزائري بيانها في الإنذار شروط البيع الأساسية التي سبق و اتفق عليها كل من البائع و المشتري، و التي سيلتزم به الشفيع في حال ما إذا طالب بالشفعة و أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، و بالتالي له أن يقرر أن يأخذ العقار بالشفعة بشروط البيع المذكورة أو يحجم عن الأخذ بها.

د - بيان إسم و لقب و مهنة و موطن البائع و المشتري: أوجبت المادة 800 من القانون المدني الجزائري ذكر البيانات الشخصية لكل من البائع و المشتري في الإنذار، و ذلك حتى تجعل الشفيع على دراية بالأشخاص المدعى عليهم في حال رفعه لدعوى الشفعة من جهة، و حتى يعلم بتغيير إسم شريكه على الشيوع في حال ما لم يأخذ بالشفعة من جهة أخرى، أما عن ذكر موطن كل منهما حتى يتمكن الشفيع من إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في الموطن المحدد في الإنذار حتى لا يفوت آجال الإعلان باحثا عن موطن كل منهما.

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - أسباب كسب الملكية - المرجع السابق. ص 626.

و إيراد المشرع لمصطلح الموطن جاء عام، و يرى البعض من الفقه بأنه لا يصح أن يوجه الإعلان إلى المحل الذي يباشر فيه الشفيع عمله من تجارة

أو حرفة⁽¹⁾، و إن كان الثابت في مسألة الموطن أن يأخذ بمحل الإقامة العادي طبقاً للمادة 36 من القانون المدني الجزائري، و التي تنص على أن: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكنى، يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. و لا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

هـ - بيان الأجل للإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة: يشترط المشرع الجزائري على المشتري أو البائع أو كل منهما إذا ما وجها الإنذار للشفيع أن يوردا الأجل القانوني للإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة و المقدر بثلاثين يوماً، تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة في حال ما لم يعلن عن رغبته.

و اشتمال الإنذار على بيان الأجل يدفع الشفيع للإسراع بالإعلان عن الرغبة إن رغب هو في الأخذ بالشفعة، خشية سقوط حقه في الأخذ بالشفعة، فإن لم يشتمل الإنذار على ميعاد الإعلان عن الرغبة كان للشفيع التمسك بجهله لميعاد سقوط الإعلان عن الرغبة، مما يجعل آجال الإعلان عن الشفعة مفتوح لبطان الإنذار.

و يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد في المادتين 799 و 800 من القانون المدني، طبيعة و شكل الإنذار بوقوع البيع، و إكتفى بذكر البيانات تحت طائلة البطلان، لكن في تحديده لهاته البيانات يجعل فكرة الإنذار الشفوي مستبعدة و من تم يجب أن يكون الإنذار كتابياً.

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - أسباب كسب الملكية بالمرجع السابق. ص 630.

فإن كانت الغاية من الإنذار تتمثل في إعلان الشفيع بوقوع البيع على العقار الذي يجوز أخذه بالشفعة، فإنه بمجرد تحقق علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار يبدأ سريان ميعاد الثلاثين يوماً لإعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة.

و المشرع الجزائري لم يقيد الإنذار بالرسمية كما فعل كل من المشرع المصري⁽¹⁾ و المشرع العراقي⁽²⁾، و تتجسد الرسمية في الإنذار بصدوره على يد محضر قضائي، لكن

في نظرنا أن مثل هذه المسائل تحتاج إلى حسم من قبل المشرع فعدم إلزام الرسمية في الإنذار بوقوع البيع يفتح المجال أمام البائع و المشتري للتلاعب بموعد سقوط حق الشفيع في المطالبة بالشفعة، سواء كان الإنذار شفاهة أو عن طريق البريد العادي، و ذلك لما لتاريخ تبليغ الإنذار من أهمية لبدأ إحتساب آجال الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة.

و يرى البعض من الفقه ضرورة أن يكون الإنذار لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة رسمياً، أن يعلن الشفيع بواسطة المحضرين، على ورقة من أوراق المحضرين، فلا يغني عن ذلك خطاب مسجل و لو كان مصحوباً بعلم الوصول.⁽³⁾

و بذلك يكون الراجح في الفقه أن يكون الإنذار بوقوع البيع مكتوباً و رسمياً، حيث يبلغ الإنذار للشفيع بواسطة محضر قضائي، على أن يكون الإنذار مستوفياً لجميع البيانات و بشكل صحيح، حتى ينتج أثره في بدء سريان ميعاد إعلان الرغبة، فإن كانت

(1) - المادة 940 من القانون المدني المصري. المشار إليه في: نبيل إبراهيم سعد. المرجع السابق. ص 85.

(2) - المادة 1138 من القانون المدني العراقي. المشار إليه في: سعيد عبد الكريم مبارك. المرجع السابق. ص 178.

(3) - رمضان أبو السعود: المرجع السابق. ص 332.

البيانات ناقصة أو خاطئة أو لم تتضمن الشروط الجوهرية المذكورة في عقد البيع، فيصبح الإنذار باطلاً و من ثم ينعدم أثره و المتمثل في سريان ميعاد سقوط المطالبة بالأخذ بالشفعة.

و يتم احتساب ميعاد الإعلان عن الرغبة طبقاً لقواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و المنصوص عليها في المادة 405 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري من اليوم التالي لتاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع إلى يوم انقضاء أجل الثلاثين يوم، و إذا صادف اليوم الأخير من الأجل يوم عطلة فيمدد الأجل إلى أول عمل موالي. و تنص المادة 405 على أنه: " تحسب كل الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة، و لا يحسب يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي و يوم إنقضاء الأجل. يعتد بأيام العطل الداخلة

ضمن هذه الآجال عند حسابها. تعتبر أيام عطلة بمفهوم هذا القانون، أيام الأعياد الرسمية و أيام الراحة الأسبوعية طبقا للنصوص الجاري بها العمل. إذا كان اليوم الأخير من الأجل ليس عمل كليا أو جزئيا يمدد الأجل إلى أول يوم عمل موالي⁽¹⁾.

و طالما أن المسافة هي خاصة بإعلان إبداء رغبة الشفيع إلى كل من البائع و المشتري فالمسافة المقصودة هي المسافة بين موطن الشفيع و بين موطن البائع و المشتري، و يتم تحديد المسافة التي تضاف إلى ميعاد الثلاثين يوما بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي تنص على:⁽²⁾ "... يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج."⁽³⁾

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن: ⁽⁴⁾ "على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه و يكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط."⁽¹⁾

و إذا كان المشرع الجزائري قد حدد ميعاد الإعلان عن الرغبة بالأخذ بالشفعة في حال حصول الإنذار بثلاثين يوما فإن كل من المشرع المصري ⁽²⁾ و المشرع العراقي ⁽³⁾ حددا مدة الاعلان عن الرغبة بـ 15 يوما فقط، أما المشرع اللبناني ⁽⁴⁾ فقد حددها بـ 10 أيام فقط، و هكذا يكون المشرع الجزائري وحده الذي جعل من ميعاد إعلان الرغبة في مدة أطول مقارنة بباقي المشرعين فمنح للشفيع وقتا كافيا للتفكير في الأخذ بالشفعة، أو عدم الأخذ بها.

ثانيا - ميعاد إعلان الرغبة في حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع: في حالة ما

إذا لم يتم إنذار الشفيع بوقوع البيع على العقار المشفوع فيه من قبل البائع و المشتري أو أحدهما، أو كان الإنذار باطلا، فإن المشرع الجزائري و لتقادي بقاء مواعيد المطالبة بالشفعة

مفتوحة فقد عمل على تقييد أجل الإعلان عن الرغبة مدة سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع و ذلك طبقا للمادة 807 من القانون المدني الجزائري، فنصت على أنه: " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: - إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع... "

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 17 أكتوبر 1985. رقم القرار غير موجود. مشار إليه في: حمدي باشا عمر: القضاء العقاري. المرجع السابق. ص 182.

(2) - نص المادة 940 من القانون المدني المصري. المشار إليه في: نبيل إبراهيم سعد. المرجع السابق. ص 93.

(3) - نص المادة 1138 القانون المدني العراقي. مشار إليها في: سعيد عبد الكريم مبارك. المرجع السابق. ص 177.

(4) - نص المادة 247 من قانون الملكية العقارية اللبناني. مشار إليها في: عفيف شمس الدين. المرجع السابق. ص 502.

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد منح للشفيع ميعاد سنة من يوم تسجيل عقد البيع، كأقصى مدة ليعلن خلالها عن رغبته للأخذ بالشفعة.

و المقصود بالتسجيل المنصوص عليه في المادة 801 و الفقرة الأخيرة من المادة 807 من القانون المدني الجزائري و المأخوذتان من القانون المدني المصري، هو الإشهار. و قد استقر الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، في مجال الشفعة، أن مصطلح التسجيل مستعمل كذلك في بعض المواد القانون المدني، بمعنى مصطلح الشهر. (1) و قد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: " من المقرر قانونا أنه من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع و المشتري و إلا سقط حقه و من تم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون. و لما كان الثابت في قضية الحال أن كل من البائع و المشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما و من ثم فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حق الشفعة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. " (2)

و يعاب على هذا القرار أنه جعل أجل الإعلان عن الرغبة مفتوحة إذا لم يتم توجيه الإنذار للشفيع، عوض أن يحدد له أجل بحسب ما إذا تم تسجيل البيع أم لا يتم

تسجيله، حيث و طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 807 من القانون المدني الجزائري، للشفيع أجل سنة ليعلن عن رغبته، و ذلك ابتداءً من تاريخ شهر عقد البيع. و هذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأن: "من المقرر قانوناً أن حق الشفعة يسقط إذا مرت

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 09 فيفري 2012. رقم : 698546. مشار إليه في : مجلة المحكمة العليا. سنة 2012. العدد 02. ص 381.

(2) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 30 أبريل 1994. رقم : 64331. مشار إليه في : المجلة القضائية. سنة 1991. العدد 02. ص 28.

سنة من يوم تسجيل عقد البيع، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون في غير محله يستوجب رفضه. (1)

و عن إحتساب ميعاد السنة من تاريخ شهر عقد بيع العقار المشفوع فيه، لسقوط حق الشفيع للمطالبة بالشفعة، فإن سريان الميعاد يبدأ من اليوم الموالي للذي وقع فيه شهر عقد البيع، إلى آخر يوم من إنقضاء أجل سنة، و تحتسب الآجال بالتقويم الميلادي طبقاً للقواعد العامة (2).

و إذا كان المشرع اللبناني (3) شأنه شأن المشرع الجزائري يمنح للشفيع أجل سنة من تسجيل عقد البيع حتى يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة و إلا سقط حقه في المطالبة بها، فإن المشرع العراقي (4) و المشرع الأردني (5) جعلاً أجل السقوط في حال عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع أجل ستة أشهر (6) من تاريخ تسجيل البيع، أما المشرع المصري (6) فقد حدد أجل أربعة أشهر (4) من تاريخ تسجيل عقد البيع، للإعلان

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 23 فيفري 1987. رقم : 44804. مشار إليه في : القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية. طبعة جديدة و منقحة. منشورات بيرتي. 2010. ص 205.

(2) - إذ تنص المادة 03 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تحتسب الآجال بالتقويم الميلادي، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(3) - نص المادة 248 من قانون الملكية العقارية. مشار إليه في: عفيف شمس الدين. المرجع السابق. ص 501.

(4) - نص المادة 1134 من القانون المدني العراقي. مشار إليه في : سعيد عبد الكريم مبارك. المرجع السابق. ص 179.

(5) - نص المادة 1162 فقرة ج من القانون المدني الأردني المعدل عام 2006.

(6) - نص المادة 948/ب من القانون المدني المصري. مشار إليه في : نبيل إبراهيم سعد. المرجع السابق. ص 94.

عن الرغبة و إلا سقط حق الشفيع للمطالبة بالأخذ بالشفعة. إلا أننا نرى بأن أجل سنة لسقوط حق الشفيع ليعلن عن رغبته أحسن، و إن كانت نتيجته عدم إستقرار المعاملات، إلا أنه نتيجة حتمية لتجاهل كل من البائع و المشتري القيام بالإجراء القانوني و المتمثل في إنذار الشفيع بوقوع البيع و بالتالي إختصار الآجال و الإجراءات، و عليه حسن ما فعلا كل من المشرع الجزائري و المشرع اللبناني.

و إن كانت إجراءات الأخذ بالشفعة تبدأ بإعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، و آجال المطالبة بها مرتبطة بقيام كل من البائع و المشتري أو أحدهما بإنذار الشفيع بوقوع البيع على العقار المشفوع فيه أو بتاريخ تسجيل عقد البيع في حالة عدم إنذار الشفيع، فهل للشفيع آجال أخرى غير أجل الثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار و أجل السنة من تاريخ تسجيل العقد؟

إن سكوت المشرع الجزائري عن حالة ما إذا لم يتم إنذار الشفيع بوقوع البيع على العقار المشفوع فيه، أو عدم تسجيل عقد البيع لا يعني سقوط حق الشفيع في المطالبة بالأخذ بالشفعة، إنما في هذه الحالة يبقى للشفيع الحق في المطالبة بالشفعة و القيام بإجراءاتها من إعلان رغبة و إيداع ثمن طبقاً للقواعد العامة التي تقضي بانقضاء الإلتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة طبقاً للمادة 308 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه يتقادم الإلتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون و فيما عدا الإستثناءات الآتية. و بالتالي للشفيع آجال مفتوحة، فلا هو مقيد بميعاد الثلاثين يوماً لتلقيه الإنذار بوقوع البيع، و لا هو مقيد بميعاد السنة من تاريخ شهر عقد البيع. و هذا ما أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها

و التي جاء في إحداها أنه: " من المقرر قانونا أن على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن
رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه
إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه. و لما كان الثابت - في قضية الحال - أن
كل من البائع و المشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل
قائما. " (1)

و إذا كان للشفيع آجال قانونية لا بد من إحترامها حتى لا يسقط حقه في الشفعة
و ذلك سواء تم إنذاره بوقوع البيع أم لم يتم إنذاره، إلا أنه للشفيع أن يتجاوز مرحلة إنتظار
هذا الإنذار حتى يعلن عن رغبته أو حتى ينتقل مباشرة إلى مرحلة إيداع الثمن و رفع دعوى
الشفعة، حيث يعد إعلان عريضة دعوى الشفعة بمثابة إعلان للرغبة في الأخذ بها.

الفرع الثاني

إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الشكل الرسمي

تنص المادة 801 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجب أن يكون التصريح
بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، و إلا كان هذا التصريح
باطلا. و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا... " (1)

إن المشرع الجزائري نص صراحة على وجوب إضفاء الطابع الرسمي على الإعلان
بالرغبة في الأخذ بالشفعة تحت طائلة البطلان، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في
إحدى قراراتها بأنه: " من المقرر قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 30 أبريل 1990. رقم: 64331. مشار إليه في: المجلة القضائية. لسنة 1991. العدد 02. ص 28.

بعقد رسمي يعلن عنه، عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا. كما لا
يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا، و يجب أن يتم إيداع ثمن البيع و

المصاريف بين يدي موثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقط الحق فيها⁽¹⁾.

و حتى يأخذ الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة شكل الطابع الرسمي لابد من إفراغ هذه الرغبة في قالب رسمي بواسطة موثق مكلف قانونا، طبقا للمادة 03 من القانون 02-06 و التي نصت على: "... يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية..."⁽²⁾ حيث يؤكد الموثق في صلبه أن الشفيع يرغب في شراء العقار المبيع طبقا للبيانات الواردة في الإنذار الذي وجه له من قبل البائع أو المشتري⁽³⁾ المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني الجزائري، كما يتضمن التصريح بالرغبة،⁽⁴⁾ إبداء الشفيع رغبته في الحل محل الشفيع في كافة حقوقه و التزاماته طبقا للشروط الواردة في الإنذار، أما إذا لم يتم إنذار الشفيع فطبقا للشروط المدونة في عقد البيع.

و قد يعاب على المشرع الجزائري في صياغته لنص المادة 802 من القانون المدني أنه إستعمل مصطلح العقد الرسمي، بدل استعمال مصطلح التصريح الرسمي و المعروف قانونا أن مصطلح العقد يستعمل عندما يكون هناك إيجاب و قبول ، بينما في هاته الحال

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 10 جانفي 1995. رقم : 130337. مشار إليه في : المجلة القضائية. لسنة 1995. العدد 01. ص 194.

(2) - القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 . المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(3) - مصطفى لعروم: الشفعة في القانون المدني. مجلة الموثق. الجزائر. العدد 07. جويلية 1999. ص 35.

(4) - الملحق رقم: 02، و الملحق رقم: 03.

الشفيع يصرح برغبته في أخذ العقار بالشفعة سواء أمام كاتب الضبط أو أمام الموثق فليس هناك لا إيجاب و لا قبول. فقد كانت هذه العبارة محل نقض من قبل أحد الشراح الذي يرى بأن هذه العبارة لا تعطي المعنى الحقيقي الذي شرعت المادة من أجله.

و لقد حددت المادة 799 من القانون المدني الجزائري الاشخاص الموجه إليهم الإعلان بالرغبة، بالنص على: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري..."

فإعلان الرغبة بالشفعة يوجه من قبل الشفيع إذا كان واحدا و من الشفعاء إذا تعددوا إلى كل من البائع و المشتري، فإن لم يتم توجيه الإنذار لكل منهما سقط حق الشفيع في الشفعة، و حكمة توجيه الإعلان لكل من البائع و المشتري تظهر في حالة ما إذا أخذت الشفعة بالتقاضي، عندها يصبح كل من البائع و المشتري خصما في دعوى الشفعة، أما إذا أخذت بالتراضي فيكون للشفيع إلتزامات نحو المشتري و حقوق نحو البائع.

و جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

و لما كان من ثابت في قضية الحال، أن كلا من البائع و المشتري لم يوجها إنذارا إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما".⁽¹⁾

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 30 افريل 1984. رقم : 64331. المنشور في المجلة القضائية لسنة 1995. عدد 01. ص196. المشار إليه في: القضاء العقاري. حمدي باشا عمر. المرجع السابق. ص 181.

و قد جاء في قرارين آخرين للمحكمة العليا أن: "إذا كان مؤدى نص المادة 799 من القانون المدني، أنه يجب على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن عن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه، و من المقرر قانونا أن تبليغ هذا الإعلان لا يكون صحيحا إذا لم يتم لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في أحكام المادة

من (ق.ا.م)، و لما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على خرق المادة 23 المشار إليها سلفا، في غير محله.(1)

و أن: "القضاء برفض دعوى ممارسة حق الشفعة لعدم تبليغ الطاعنين في الشفعة كما تشترطه المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة البطلان و اكتفاء بوضع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق يعد تطبيقا سليما للقانون".(2)

و إذا تعدد الشفعاء وجب على الراغبين في الأخذ بالشفعة أن يعلنوا رغبتهم في الأخذ بالشفعة صراحة، و لا يشترط أن يعلن كل شفيع عن رغبته بإعلان مستقل فيكفي أن يتضمن اعلان الرغبة بالشفعة كل الشفعاء الراغبين بالشفعة، و كذلك الأمر إذا تعدد البائعون أو المشترون فيجب في هذه الحالة إعلانهم جميعا بالرغبة في الأخذ بالشفعة و في الميعاد القانوني.

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 26 جوان 1985. رقم : 34707. المنشور في المجلة القضائية لسنة 1995. عدد 01. ص59.

(2) - قرار المحكمة العليا رقم الصادر في: 31 افريل 2000. رقم : 194391. منشور في القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية. طبعة جديدة و منقحة. منشورات ببيرتي. الجزائر. دون طبعة. سنة النشر: 2010 - 2011. ص 203، 204.

و لا يشترط أن يتم اعلان الرغبة بالشفعة لكل من البائع و المشتري في وقت واحد، فقد يكون الاعلان بالرغبة للبائع أسبق من اعلان المشتري، فالعبرة بعدم فوات آجال الإعلان بالرغبة، لا باعلانهما في وقت واحد، فإن حدث و كان التبليغ خارج المواعيد المنصوص عليه قانونا حتى و إن تم تبليغ المشتري في الميعاد القانوني و ال بائع خارج الميعاد كان للبائع التمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة لفوات آجال المطالبة بها و لما كان هذا الحق لا يتجزأ، فإن السقوط بالنسبة لواحد يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين حتى و لو أعلنوا إعلانا صحيحا. و إذا حدث وكان الإعلان ناقصا للشفيع أن يكمل هذا الإعلان

بطلب لاحق و لابد من إعلان هـ-ذا الطلب اللاحق إلى البائع و الم-شتري في الميعاد القانوني و إلا سقطت الشفعة، و ذلك لأن الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يعتد به، و لأن الطلب اللاحق الذي يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانوني فلا يعتد به .

على أن تعلن هذه الرغبة، رغبة الشفيع في الحلول محل المشتري، إلى كل من البائع و المشتري عن طريق كتابة الضبط في المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، طبقا للمادة 801 من القانون المدني الجزائري، تحت طائلة البطلان.

إلا إن مهمة التبليغ أضحت من مهام المحضر القضائي بدلا من كاتب الضبط، و هذا بعد صدور القانون رقم 03-06 الم تضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي⁽¹⁾، و كان من المفروض على المشرع إعادة صياغة المادة 801 من القانون المدني بما يتفق و أحكام القانون المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

(1) - القانون رقم 03-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006. المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

الفرع الثالث

إشهار الإعلان عن رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة

تنص الفقرة 01 من المادة 801 من القانون المدني الجزائري على أن : " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، و إلا كان التصريح باطلا. و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا..."

و يستفاد من هذه المادة أن تسجيل التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة و إنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، و قد أكدت على ذلك المادة 806 من القانون المدني الجزائري بالنص على : " لا

تكون حجة على الشفيح، الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

و يستفاد من المادة 806 من القانون المدني الجزائري أن عدم الاكتفاء بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة الغاية منه منع نفاذ التصرفات التي يجريها المشتري في حق الشفيح في حال ما إذا تم إعلانه بالرغبة في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إذ لا توجد وسيلة مؤكدة لعلم الغير بهذا الإعلان إلا إجراء الشهر العقاري ، فعدم تسجيل الرغبة في الشفعة قد يعرض الشفيح لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه، فإن حدث و تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه فإن هذا التصرف يصبح نافذا في حق الشفيح مادام قد صدر قبل تسجيل و شهر الإعلان في الرغبة، حتى لو صدر بعد تصرف المشتري، حكم يقضي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيح.

و من التصرفات الأكثر شيوعا التي يقدم عليها المشتري في حالة عدم تسجيل الشفيح الإعلان عن الرغبة هي حالة توالي البيوع، و التي نصت عليها المادة 797 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 من القانون المدني الجزائري، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و حسب الشروط التي اشترى بها".

و من ثمة على الشفيح أن يبادر عن طريق الموثق إلى تسجيل هذا الإعلان لدى مصلحة التسجيل و الطابع، مع قيد هذا الإعلان لدى مصلحة الشهر العقاري، و ذلك طبقا للمادة 10 من القانون رقم 06-02 و المتضمن تنظيم مهنة الموثق و التي نصت على: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ

الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما تسجيل و إعلان و نشر و شهر العقود في
الآجال المحددة قانونا...""

و قد شرع التسجيل لحماية مصلحة الشفيع، و إن كانت إجراءات التسجيل و
الشهر ليست لازمة و ضرورية لصحة إجراءات الشفعة، و قد جاء في إحدى قرارات
المحكمة العليا أن: ""من الثابت قانونا أن " دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو
ابطال أو إلغاء أو بنقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم
إشهارها مسبقا . و لما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة
بإثبات حقها في الشفعة شكلا لأنها لم تشهر دعواها طبقا للمادة 85 من المرسوم
رقم 76-63، فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص
الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق أو ابطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم
اشهارها و الحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها و بين
أختها و هي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض"" (1)
و قد اشترطت المحكمة العليا في أحد قراراتها لصحة إجراءات الشفعة ضرورة
تسجيل الطلب و اشهارها حيث جاء في القرار ما يلي: ""إذا كان مؤدى المادة 801 من
القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة و
اشهاره(2).

فإذا قام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع و
المشتري، فيحتج بهذا الإعلان على من أعلن إليه من يوم وصوله إليه، أما بالنسبة للغير
الذي قد يكتسب حقا عينيا على العقار المشفوع فيه فلا يحتج عليه بإعلان الرغبة في الشفعة
إلا بعد شهره، وفقا للمادة 806 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على: "" لا تكون
حجة على الشفيع، الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشـتري و كذلك كل بيع
صدر منه و كل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر

الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار. ""

(1). قرار المحكمة العليا الصادر في: 26 أبريل 2000. رقم : 194437. منشور في المجلة القضائية لسنة 2000. عدد 01. ص 156.

(2). قرار المحكمة العليا الصادر في: 24 ديسمبر 1991. رقم : 76678. منشور في المجلة القضائية لسنة 1993. عدد 01. ص 69.

و بالتالي لا تكون حجة على الشفيع جميع التصرفات - سواء كانت ناقلة للملكية أو مرتبة لحقوق عينية تبعية - الواردة على العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة، و هنا تكمن وظيفة تسجيل و شهر الإعلان عن الرغبة كحجة ضد الغير.

المطلب الثاني

إيداع الثمن و رفع دعوى الشفعة و صدور حكم بثبوت الحق فيها

إن إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة قد تجعل المشتري يستجيب لرغبة الشفيع في الحلول محله في عقد البيع، و بالتالي ثبوت الشفعة للشفيع بالتراضي، و بالنتيجة لا حاجة لإقيام بإجراءات القضائية للمطالبة بالشفعة، لكن و في حال رفض المشتري أن يحل الشفيع محله في شراء العقار المشفوع فيه، للشفيع أن يتخذ الإجراءات القضائية التي تتطلبها أحكام الشفعة ضد كل من البائع و المشتري.

و قد نصت على هذه الإجراءات الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني الجزائري، بأنه: "" يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم، سقط الحق في الشفعة. ""

و يستفاد من نص المادة 801 من القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري قيد إجراءات المطالبة بالشفعة بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بها في أجلها القانوني، بإيداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق و ذلك في أجل محدد، و قبل رفع دعوى الشفعة و استصدار حكم بثبوت الحق في الشفعة، و لنعرض فيما يلي هاته الإجراءات تباعا.

الفرع الأول

إيداع الثمن لدى الموثق

أوجب المشرع الجزائري على الشفيع إيداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق و ذلك للمحافظة على حقوق ذوي المصلحة، إلا أن هذا الإيداع يقتضي مواعيد محددة و إلا سقط حق الشفيع في المطالبة بالشفعة، و مسألة إيداع الثمن لدى الموثق تقتضي أن نتطرق لها في نقطتين، حيث نخصص في النقطة الأولى: الثمن الواجب إيداعه أما النقطة الأخرى (الثانية): مكان و ميعاد إيداع الثمن.

أولا - الثمن الواجب إيداعه : تنص الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني

الجزائري على أنه: "... يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق..."

و يتضح من نص الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري أوجب على الشفيع إيداع كل من الثمن و المصاريف بين يدي الموثق، و لا يكفي أن يقوم الشفيع بإيداع جزء من الثمن و المصاريف.

و يقصد بالثمن الواجب إيداعه هو ثمن بيع العقار المشفوع فيه، أي الثمن المسمى في

عقد البيع أو الإنذار بوقوع البيع إذا وجه له من قبل البائع

المشتري، أو أحدهما، حيث يفترض أن يكون هذا الثمن هو الثمن الحقيقي

الذي انعقدت عليه إرادة كل من البائع و المشتري، أي الثمن الذي بيع به العقار المشفوع فيه.

و تشمل المصاريف فيما انفقته المشتري في سبيل تحرير عقد البيع ، من رسوم توثيق العقد، و رسوم تسجيل هـ في مصلحة التسجيل و الطابع، و شهره بالمحافظة العقارية، و كذلك رسوم استخراج الشهادات العقارية و التوثيقية.

و مصطلح المصاريف في المادة 801 من القانون المدني الجزائري جاء عاما فقد يشمل المصاريف الرسمية و المصاريف غير الرسمية لكأتعاب المحامي و غيرها و المصاريف التي أنفقها المشتري قبل إعلان الشفيع عن رغبته في البناء في العقار المشفوع فيه أو غرس الأشجار طبقا لم اتص عليه المادة 805 من القانون المدني الجزائري.

فعلى الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقي و المصاريف بين يدي الموثق محرر عقد البيع دون نقصان، فعدم إيداع كامل الثمن جزاءه سقوط حق الشفعة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى سواء تم اثارته من قبل البائع أو المشتري، أو حتى من قبل القاضي من تلقاء نفسه باعتبار هذا التصرف من شأنه أن يمس بجوهر الإجراءات القانونية لقبول طلب الشفعة و التي تعد من النظام العام ، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: " يجب أن يتم إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، و إلا سقط الحق فيها. و لما ثبت في قضية الحال . أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع و المصاريف، لم يتم في الأجل على الوجه المذكور أعلاه، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله. "(1)

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 10 جانفي 1995. رقم : 130337. منشور في المجلة القضائية لسنة 1995. عدد 01. ص 94.

و قد يحدث أن يكون الثمن الوارد في عقد البيع أو الإنذار بوقوع البيع، أكبر من الثمن الحقيقي حتى يعجز الشفيع من طلب الشفعة ففي مثل هذه الحال يتعين على الشفيع أن يودع الثمن المسمى في العقد ، ثم يثبت صورية الثمن أثناء سير دعوى الشفعة،

بكافة طرق الإثبات، فإن أثبت الشفيع صورية الثمن استرد الزيادة، أما إذا لم يثبت ذلك فإنه تفادى سقوط حقه في الشفعة. و هذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأنه: " لا يحتج على الشفيع، باعتباره من الغير إلا بالثمن الوارد في عقد البيع محل الشفعة حتى و لو كان الثمن سوريا، ما لم يثبت خلاف ذلك بالطرق القانونية."⁽¹⁾

و في حال ما إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، قصد تهرب البائع و المشتري من أعباء الضريبة، فإن البعض من الفقه يرى أن الشفيع ليس من الغير في الصورية، فيذهب إلى أنه ليس للشفيع التمسك بالثمن الظاهر و المصرح به في العقد و الذي اعتبر كافيا في الإيداع الأصلي بل ي —لزم الشفيع بالثمن الحقيقي الأكبر الذي أثبت من طرف المتعاقدين بأي من طرق الإثبات. و بالتالي يجب عليه إيداع الفرق بين الثمنين، إلا أنه لا يعتبر حينئذ أنه تخلف عن القيام بإيداع الثمن في الأجل القانوني بعدما تبين أن المبلغ المودع أقل من الثمن الحقيقي، و بالتالي لا تسقط في حقه الشفعة لأنه كان معذورا في إيداع الثمن المذكور في العقد، لاعتبار أنه لم يكن بوسعه العلم بهذا الثمن.

و يرى البعض من الفقه أن الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع المشفوع فيه، و من هنا يجوز له التمسك بالعقد الظاهر، فلا يحتج عليه بالعقد المستتر مادام الشفيع حسن النية باعتباره لا يعلم بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته

(1) - المحكمة العليا: الغرفة العقارية. قرار رقم : 617998. الصادر في: 16 سبتمبر 2010. المنشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2010. عدد 02. ص 236.

في الأخذ بالشفعة، و على المتعاقدين إثبات سوء نيته بكافة طرق الإثبات، و بأنه كان يعلم بالعقد الحقيقي المستتر و بالتالي يصبح هذا حجة على الشفيع.⁽¹⁾ و قد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في البعض من قراراتها بأنه: " متى كان الثمن الم —سمى بعقد البيع المشفوع فيه سوريا و أقل من الثمن الحقيقي فلن للشفيع باعتباره من الغير في هذا

العقد إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر و لا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور في العقد. (2)'''

و ''' الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة و بالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد مادام حسن النية لا يعلم بوجود عقد آخر حقيقي وقت إظهار رغبته في الأخذ. (3)'''

و قد يحدث و أن يراعي البائع صفة المشتري، و يتفق معه أن يكون ثمن المبيع مؤجلا أو مقسطا فهل للشفيع أن يستفيد في هذه الحالة و يقوم بدفع ثمن المبيع كما جرى الإتفاق بين البائع و المشتري، نصت المادة 804 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : ''' يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع...''' و يستفاد من نص المادة 804 أن الشفيع لا يمكن له أن يستفيد من أي اتفاق حول طبيعة تسديد ثمن المبيع و بالتالي عليه أن يدفع الثمن كاملا

(1) - أحمد دغيش: المرجع السابق. ص 335.

(2) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 1975/11/27. تحت رقم: 324. مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجة: المرجع السابق. ص 151.

(3) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 20 مارس 1983. رقم: 1766. مشار إليه في: المرجع نفسه. ص 149.

قبل رفع دعوى الشفعة.

ثانيا - مكان إيداع الثمن و ميعاده : تنص الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون

المدني الجزائري على أنه : ''' يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم، سقط

الحق في الشفعة." و يفيد هذه المادة ضرورة إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة.

و توجب الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني الجزائري على الشفيع إيداع الثمن بين يدي الموثق، الذي إختاره كل من البائع و المشتري، و الذي ورد ذكره في الإنذار بوقوع البيع إن تم إنذاره، أو من خلال سجلات الشهر العقاري في حالة عدم وصول أو توجيه الإنذار إليه، و من تم يقوم الموثق بإيداعه في حساب الزبائن بالخرينة العمومية (1) طبقا للفقرة 02 من المادة 40 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

إلا أن إيداع الثمن عند المشرع المصري يتم مباشرة لدى خزنة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه (أي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة) طبقا لنص المادة 492 من القانون المدني المصري (2)، و كذلك الأمر عند المشرع اللبناني و ذلك طبقا لنص المادة 249 من قانون الملكية العقارية اللبناني (3).

(1) - يودع ثمن المبيع في الخزينة العمومية حتى يضمن ديونها، و يضمن حقوق الدائنين.

(2) - نص المادة مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجة. المرجع السابق. ص 149.

(3) - نص المادة مشار إليه في: عفيف شمس الدين: المرجع السابق. ص 523.

و طبقا للفقرة 02 من المادة 801 فإن ميعاد إيداع الثمن بين يدي الموثق ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، و إلا سقط حق الأخذ بالشفعة، مع مراعاة أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فالمشرع قيد إجراءات الشفعة بمواعيد ثابتة حيث منح للشفيع أجل ثلاثين يوما للإعلان عن الرغبة لإيداع الثمن و إلا سقط حقه في الشفعة.

و مسألة ميعاد إيداع الثمن بين يدي الموثق مرتبطة ارتباطا وثيقا بتاريخ التصريح بالرغبة، فالشفيع مقيد بإيداع ثمن المبيع و المصروفات بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان عن الرغبة، و إلا سقط حقه في الشفعة. و هذا ما قضت به

المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأنه: " من المقرر قانوناً أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن عنه، عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلاً. كما لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً، و يجب أن يتم إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي موثق خلال 30 يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، و إلا سقط الحق فيها.

و لما ثبت- من قضية الحال- أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع و المصاريف، لم يتم في الآجل على الوجه المذكور أعلاه، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله".(1)

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 16 جوان 1999. تحت رقم : 186433. منشور في المجلة القضائية لسنة 1999. العدد 02. ص 111. مشار إليه في: عمر بن سعيد. المرجع السابق. ص 510 ، 511.

و عن احتساب آجال الثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان عن الرغبة، فإنه إنطـلاقاً من المادة 405 من من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري فإن ميعاد الثلاثين يوماً يحسب من اليوم الموالي من تاريخ الإعلان عن الرغبة، و ينقضي بانقضاء ثلاثين يوماً، و إذا صادف اليوم الأخير من الأجل يوم عطلة فيمدد الأجل إلى أول عمل موالي.

و يترتب على عدم إيـداع الثمن بين يدي المـوثق خـلال آجال ثلاثين يوماً من الإعلان عن الرغبة، طبقاً للفقرة 02 من المادة 801 من القانون المدني الجزائري سقوط حق الشفيع في المطالبة بالشفعة، و بالتالي عدم تمكينه من رفع دعوى الشفعة، باعتبار آجل الثلاثين يوماً من النظام العام.

الفرع الثاني

رفع دعوى الشفعة

طبقا للفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني الجزائري، يتعين على الشفيع قبل رفع دعوى الشفعة إستظهار الوثائق الثبوتية التي تؤكد بأنه قام فعلا بإيداع الثمن (1) و ذلك بالوصل الذي يقدمه له الموثق حتى يتمكن من رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة.

و تنص المادة 802 من القانون المدني على أنه: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط الحق."

(1) - الملحق رقم: 04 .

و يستفاد من نص المادة 802 من القانون المدني الجزائري أن رفع دعوى الشفعة يتطلب إجراءات لا بد من إتباعها حتى يثبت للشفيع حقه في الشفعة ، إلا أن المشرع لم يحدد كيفية رفع دعوى الشفعة مما يتوجب علينا الرجوع إلى الشروط العامة لرفع الدعوى، و بالتالي الرجوع إلى القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. و تتمثل إجراءات رفع دعوى الشفعة في الخصوم في دعوى الشفعة و المحكمة المختصة في نظر دعوى الشفعة ، و ميعاد رفع دعوى الشفعة ، و الحكم في دعوى الشفعة، نعرضها في الآتي:

أولا - الخصوم في دعوى الشفعة

يستخلص من نص المادة 802 من القانون المدني أن الشفيع هو رافع دعوى الشفعة كمدعي، ضد كل من البائع و المشتري كمدعى عليهما، و في حالة تعدد البائع بين أو المشتريين أو تعددهما يجب رفعها على كل الباعين و كل المشتريين المذكورة أسمائهم في الإنذار دون إغفال، و إغفال أي منهم يسقط حق الشفيع في الشفعة، أما إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع و رفع الدعوى على البائع و المشتري ثم تبين أن هناك عدة بائعين و عدة

مشتريين فلا يسقط حقه في الشفعة لعدم علمه، حيث يكون للشفيع إدخالهم في الخصومة، و يرجع السبب في رفع دعوى الشفعة على كل من البائع و المشتري أن ثبوت الحق في الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع (1)، و مادام الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته نحو البائع، و مادامت حقوق البائع اتجاه المشتري تسقط و لا يستطيع البائع أن يطالب بها إلا من الشفيع الذي حل محل المشتري. فإن كل واحد منهم طرف حقيقي ضروري

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المرجع السابق. ص 626.

فيها حتى يمكن قانونا حصول الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض، و لا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعا. و دعوى الشفعة و المقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاءً يجب بحكم بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك. (1)

و لقبول دعوى الشفعة لابد من توافر شروط في كل من الشفيع باعتباره مدعي و البائع و المشتري باعتبارهما مدعى عليهما، و هي شروط نصت عليها المادة 13 من القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي تقضي ب: " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

و باعتبار الشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة فإنه يشترط في الشفيع أن يكون كامل الأهلية طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري أي بالغا تسعة عشر سنة كاملة متمتعا بجميع قواه العقلية و لم يحجر عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، فإذا كان الشفيع قاصرا جاز لوليه رفع دعوى الشفعة نيابة عنه، و كذلك الأمر بالنسبة للوصي و يجب في هاته الأحوال إستئذان المحكمة، حيث ترفع دعوى الشفعة وفقا للإجراءات التي أقرتها المواد من 14 إلى 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و ذلك بإيداع عريضة مكتوبة مؤرخة و موقعة لدى كتابة ضبط المحكمة، من

طرف الشفيع أو وكيله بموجب وكالة خاصة طبقاً للفقرة 01 من المادة 574 من القانون المدني الجزائري، أو محاميه، أو وليه، أو الوصي عليه.

(1) - مصطفى مجدي هرجه: المرجع السابق. ص ص 178، 179.

و فيما يتعلق بتعدد الشفعاء، قد يحدث و ترفع دعوى الشفعة من قبل شفيع أدنى مرتبة من باقي الشفعاء، و ي حدث هذا عندما يقتصر الإنذار على الشفيع الأدنى مرتبة فيثبت له الحق فيها بصدور حكم نهائي في الدعوى، و يتم تسجيل هذا الحكم و شهره، فإن انقضى ميعاد السنة من تاريخ التسجيل سقط حق الشفيع الأعلى مرتبة، باعتبار أن الحكم بثبوت الشفعة سندا للملكية، حلت فيه سلطة القضاء محل إرادة المتعاقدين في عقد البيع.

و إذا لم يصدر الحكم بعد في الدعوى، فللشفيع الأعلى درجة أن يتدخل أصليا في الدعوى طبقاً للمادة 197 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، طالبا أحقيته في الشفعة من الشفيع الأدنى مرتبة منه بصفته مدعي، على كل من البائع و المشتري و الشفيع الأدنى مرتبة كمدعى عليهم. و يكون ملزماً بالإجراءات الملزمة للشفيع الذي لم ينذر بالبيع إعلان الرتبة في الشفعة إلى البائع و المشتري، و إيداع الثمن لدى الموثق و تحل العريضة محل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

و يستوجب لقبول دعوى تثبيت الحق في الشفعة أن تقام بين أطراف ثلاثة (1)، الشفيع كمدعي، و البائع و المشتري كمدعى عليهما، و إذا توفي البائع أو المشتري وجب على الشفيع أن يخاصم جميع الورثة، مع الأخذ بعين الاعتبار تعدد كل طرف سواء تعلق الأمر بالشفيع أو البائع أو المشتري، و إلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة.

(1) - لا يختلف الأمر بالنسبة للمشرع العراقي و المصري، حيث يشترط إقامة الدعوى على كل من البائع و المشتري و إلا ترد من قبل المحكمة، و تقول محكمة التمييز العراقية في تبرير ذلك (أن الأخذ بالشفعة هو تحويل للحقوق

و الالتزامات ما بين البائع و الشفيع، فهي عملية قانونية تدور بين خصوم ثلاثة كل واحد منهم خصم قانوني فيتحتّم اختصاصهم جميعا و في جميع مراحل الدعوى لكي يكون الحكم الصادر واحدا بالنسبة الى الشفيع و البائع و المشتري). أنظر في هذا إلى: سعيد عبد الكريم مبارك: المرجع السابق. ص 126.

و قد قضت محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها بشأن أطراف دعوى الشفعة و التي نذكر: "" إذا كان مقتضى الأخذ بالشفعة - وفقا لحكم المادة 945 من القانون - حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته الناشئة عن عقد البيع المشفوع فيه، و لا تستقيم خصومة الشفعة في جميع مراحلها و منها الطعن بالنقض إلا باختصاص أطرافها الثلاثة - المشتري و البائع و الشفيع - كما يفصل في حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري و لو كان العقار خرج عن ملك المشتري بأي وجه من وجوه التصرف""(1).

ثانيا- المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة : يؤول الاختصاص المحلي

في النظر في دعوى الشفعة إلى المحكمة الواقع في دائرتها العقار، طبقا للمادة 802 من القانون المدني الجزائري، و طبقا للفقرة 02 من المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لكون دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية، و الشفيع يطالب فيها بحق عيني أصلي أو حق عيني تباعي (حق ملكية أو حق رقبة أو حق انتفاع).

و يتحدد الاختصاص النوعي للنظر في دعوى الشفعة طبقا للمادة 33 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، إذن فالمحكمة هي المختصة بنظر دعوى الشفعة و ذلك أمام القسم العقاري بموجب حكم ابتدائي أو نهائي إذا كان عقد البيع دون 200.000 دج (مائتي ألف دينار).

أما إذا كان ثمن البيع المحكوم به يتجاوز مائتي ألف دينار، فالحكم الصادر بالدعوى حكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي الواقع في دائرة اختصاصه

(1) - سعيد أحمد شعلة: المرجع السابق. ص 392.

مقر المحكمة الناظرة في الدعوى - المحكمة الواقع في دائرتها العقار - و المعارضة إذا كان الحكم غيايبا.

و قد يحدث و يلجأ الشفيح إلى محكمة غير مختصة في نظر دعوى الشفعة فيرفعها أمام محكمة موطن المدعى عليهما، ففي مثل هذه الحال و طبقا للمادة 317 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أن: التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية و لو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، فإن رفع الشفيح دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة من شأنه، قطع ميعاد السقوط المقرر في المادة 802 من القانون المدني الجزائري، فيستمر أثر هذا الإنقطاع إلى غاية صدور الحكم بعدم الإختصاص، و يبدأ من تاريخ صدور هذا الحكم ميعاد جديد للشفيح حتى يرفع دعواه أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار باعتبارها المحكمة المختصة إقليميا أو محليا.

و إذا إستأنف الشفيح الحكم بعدم الإختصاص، فإن الإنقطاع يبقى قائما إلى حين الفصل في الاستئناف، بقرار نهائي يؤيد حكم المحكمة بعدم الإختصاص، عندها للشفيح أجل ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم النهائي لرفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة.

و فيما يتعلق بعريضة افتتاح دعوى الشفعة فإنها لا تخضع لإجراءات الشهر في المحافظة العقارية المنصوص عليها في كل من الفقرة 03 من المادة 17 من القانون رقم: 09-08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، و المادة 519 و كذلك المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 93 / 123 المؤرخ في 19 ماي 1993. و ذلك طبقا لما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها و التي جاء في البعض منها: "" لا تدخل دعوى الشفعة ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم 63/76، و ما دام القرار المطعون فيه صرح برفض دعوى الطاعنة شكلا بسبب عدم شهر عريضة دعوى الشفعة فإنه أخطأ في تطبيق مقتضيات المادة المذكورة. ""(1)

و "" لا يستوجب القانون شهر عريضة دعوى الشفعة. لا تدخل دعوى الشفعة ضمن
الدعاوى المعددة في المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية. و بالرجوع
إلى دعوى الحال هي دعوى الشفعة التي ما هي إلا رخصة تجيز الحلول محل المشتري في
بيع العقار، و أن قضاة الاستئناف قضوا بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بعدم
قبول الدعوى شكلا لعدم شهر العريضة...

و كان على القضاة مراعاة و مقارنة دعوى الشفعة بالحالات المنصوص عليها
في المادة 519 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية باعتبارها لا تدخل ضمن تلك
الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر. ""(2).

ثالثا- ميعاد رفع دعوى الشفعة: توجب المادة 802 من القانون المدني الجزائري على
وجوب رفع دعوى الشفعة في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة،
حيث نجد أن الشفيع ملزم بعد إيداعه لثمن المبيع و المصروفات بين يدي الموثق أن يرفع
دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 26 أبريل 2000. تحت رقم : 194437. المشار إليه في: جمال سايس: الاجتهاد
الجزائري في القضاء العقاري. الجزء الأول. المرجع السابق. ص ص 309، 308.

(2) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 11 جويلية 2013. تحت رقم : 0783143. مشار إليه في: مجلة المحكمة العليا:
العدد الأول. سنة 2014. ص ص 346، 348.

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 801 من القانون المدني الجزائري تميز بين
التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يكون بموجب عقد رسمي ، و الإعلان عن الرغبة الذي
يقع عن طريق كتابة الضبط، أو المحضر القضائي، و قد أوجبت المادة 802 من القانون
المدني رفع دعوى الشفعة في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان عن الرغبة المنصوص
عليه في المادة 801 من القانون المدني، و من تم فلأجل رفع دعوى الشفعة يحتسب ابتداء
من اليوم الموالي للإعلان عن الرغبة في الشفعة و ليس من تاريخ التصريح بالرغبة إلى

آخر يوم من إنقضاء أجل ثلاثين يوما. و هذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأنه: "" من الثابت قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي و الإعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط. كما أنه يجب أن ترفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني.

و لما تبين من القرار المطعون فيه أنه تم رفض دعوى الطاعنة الرامية إلى ممارسة حقها في الشفعة على أساس ورودها خارج مهلة ثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة فإنهم خالفوا القانون لما أسسوا قرارهم على تاريخ التصريح بالرغبة في حين أن المادة 802 من القانون المدني تفرض وجوب رفع الدعوى ابتداءً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. ""(1)

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 16 جوان 1999. تحت رقم : 186433. منشور في المجلة القضائية لسنة 1999. العدد 02. ص 111.

الفرع الثالث

صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة

تنص المادة 803 من القانون المدني الجزائري على أنه : "" يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري "".

و يستخلص من المادة 803 إذا صدر حكم نهائي بثبوت حق الشفيع في الشفعة يعد هذا الحكم سندا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، و عليه فالحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، هو السبب القانوني

المنشئ لحق الشفيع، و معناه أن الحكم يقرر حقا لا ينشئه، حيث لا تبدأ آثاره إلا من يوم صدور الحكم، و لا يرجع إلى تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري، فيعتبر الحكم القضائي دليلا على حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم بينه و بين البائع في ملكية المبيع.

و حتى تنتقل للشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، و جب على الشفيع أن يقوم بتسجيل الحكم بثبوت الشفعة في مصلحة التسجيل و الطابع و ش-هره في المحافظة العقارية و ذلك طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "" لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار. ""

حيث يستفاد من نص المادة أن الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير لا تنتقل، إلا إذا روعيت الإجراءات المنصوص عليها قانونا من ضرورة الرسمية في العقود، و إجراءات الشهر العقاري. و تطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا هذا في إحدى قراراتها بأنه: "" من المقرر قانونا أنه لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية و لا سيما التي تدير مصلحة شهر العقار، و عليه، فالشفيع الذي يستصدر حكما نهائيا بأحقية في الشفعة، و الحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع فيه، يكون قد تحصل على سند الملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري""⁽¹⁾.

فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري و البائع في ذلك. و لما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشتري، و لما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفيع قد حل محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري و البائع في ذلك، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع

للشفيح دون المشتري. فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد، و لكن لا لمصلحة المشتري الأصلي، بل لمصلحة الشفيح.(2)

و يجب أن يتضمن الحكم القاضي بثبوت الشفعة جميع إجراءات المطالبة بها لأن الإكتفاء بذكر عموميات فقط يعد قصورا في التسبيب، يوجب النقض و في هذا

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 07 فيفري 1994. تحت رقم : 30840. منشور في المجلة القضائية لسنة 1994. العدد 02. ص 158.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص 700. أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها بأنه: " من المقرر قانونا أن القرار الذي لا تكفي أسبابه لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى و ما أبدى من طلبات و دفعات أطرافها فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب.

و لما كانت جهة الإستئناف لم تقم فعلا باحتساب الآجال المحددة بالمواد 799 ، 801 و 802 من القانون المدني بالنسبة للعمليات الصادرة عن الطالبة في طلبها إستعمال حق الشفعة، و الإنذار الموجه لها من البائعة و المشتري حتى يتسنى للمجلس الأعلى استعمال حق الرقابة عليها.

و اقتصر على ذكر عموميات لا تفي بالمطلوب، و قضت بالمصادقة على الحكم المستأنف لديها، القاضي برفض الدعوى لسقوط حق المدعية في الشفعة، فإنها بهذا القضاء شوهدت قرارها بالغموض و القصور في التسبيب.(1)

و بذلك يكون الشفيح الذي يصدر حكم نهائي بأحقية في الشفعة و الحلول محل المشتري في م -لكية العقار الم-شفوع فيه قد تح-صل على سند الم-لكية، و من ثمة يمكن للشفيح اللجوء إلى الموثق من أجل إيداع الحكم القضائي بأحقية الشفعة من أجل اشهاره. و لما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفيح قد حل محل المشتري بالرغم

من منازعة المشتري و البائع في ذلك و بالتالي يكون الحكم بالشفعة هو حكم بالتعاقد، و لكن لا لمصلحة المشتري الأصلي بل لمصلحة الشفيع.(2)

(1) - قرار المحكمة العليا الصادر في: 09 جانفي 1985. تحت رقم : 33798. منشور في المجلة القضائية لسنة 1989. العدد 04. ص 19.

(2) - مصطفى لعروم: الشفعة في القانون المدني. مجلة الموثق. عدد 08. نوفمبر 1999. ص 09.

و تجدير الإشارة إلى أن عملية شهر الأحكام و القرارات القضائية المقررة بثبوت حق الشفعة للشفيع تخضع لأحكام المادة 90 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ و التي تقضي بأنه: " ينبغي على الموثقين و كتاب الضبط و السلطات الادارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار و المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم و ذلك ضمن الآجال المحددة في المادة 99 و بكيفية مستقلة عن ارادة الأطراف." حيث يستفاد من نص هذه المادة أن الشخص المكلف بإجراء الشهر العقاري فيما يخص الحكم بالشفعة كتاب الضبط و ذلك فيما يتعلق بالأحكام و القرارات النهائية المثبتة للشفعة دون غيرهم، إلا أنه و في الواقع العملي نجد أن من يقوم بهذا الإجراء الموثق بطلب من الشفيع أحيانا، ويقوم بها الشفيع في أحيان أخرى.

و نخلص إلى أن المشرع الجزائري حتى تنتقل للشفيع ملكية العقار المشفوع فيه بالشفعة، ألزم الشفيع القيام بجملة من الإجراءات القانونية و التي تم تحديدها في نصوص أحكام الشفعة في القانون المدني الجزائري، و ما ترك شيء من هذه الإجراءات إلا لإرتباطه بالقواعد العامة من إجراءات رفع الدعوى و كيفية احتساب المواعيد و غيرها. فالشفيع مقيد بإجراءات و مواعيد قانونية ينبغي عليه احترامها، و التي تبدأ من تاريخ توجيه الإنذار بوقوع البيع إن وجـهـ للشفيع، ثم إعـلان الرغبة في الأخـذ بالشفعة، وصولا إلى إيداع الثمن بين يدي الموثق و الذي يليه رفع دعوى الشفعة في المحكمة التي

يقع في دائرتها العقار المشفوع فيه إلى حين صدور حكم نهائي بثبوت الشفعة و شهره في المحافظة العقارية.

(1) - المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في: 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

المبحث الثاني

آثار الشفعة

يترتب على شهر الحكم بثبوت حق الشفيع في الشفعة إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، و هذا نتيجة لحلول الشفيع محل المشتري في كل الحقوق و الإلتزامات إتجاه البائع، و بالتالي يرتب آثار سواء بين المشتري و الشفيع، أو بين الشفيع و البائع، أو بين الشفيع و الغير الذي تصرف له المشتري في العقار المشفوع فيه. و قد ضمن المشرع الجزائري آثار الشفعة في المادة 794 و المواد من 803 إلى 806 من القانون المدني.

و يترتب على شهر الحكم بثبوت الحق في الشفعة إنتقال الملكية للشفيع، و ما تفرضه العلاقة المترتبة بين البائع و الشفيع من إلتزامات و ما ترتبه من حقوق للمشتري، و لنعرض فيما يلي إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع في مطلب أول، و علاقة الشفيع بالبائع و المشتري في مطلب ثان.

المطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع

يمتثل الأثر المباشر لثبوت الحق في الشفعة في حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين كل من البائع و المشتري، طبقا لنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أن : " الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري... " ، و

أكدت على ذلك أيضا المادة 804 من القانون المدني الجزائري بالقول: "يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري...".

فسواء ثبتت الشفعة بالتراضي - إذا استجاب المشتري لرغبة الشفيع في الحل محل - ، أو بالتقاضي - في حال ما إذا رفض المشتري أن يحل محله الشفيع في شراء العقار المشفوع فيه - ، فإن ثبوت حق الشفعة ينتج أثره ، و المتمثل في حلول الشفيع محل المشتري . و بالتالي زوال صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع⁽¹⁾، و على ذلك يكون الشفيع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري، و هو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري.

و إذا كان الأثر المباشر للشفعة يتجسد في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع، فقد ثار جدل بين الفقهاء في وقت حلول الشفيع محل المشتري . فمنهم م - ن يرى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم القضائي⁽³⁾، و منهم من يرى أن حلول الشفيع محل المشتري يحصل في وقت تمام البيع، و لنعرض هذين الرأيين فيما يلي كل في فرع مستقل.

(1) - محمد شكري سرور: المرجع السابق. ص 139.

حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور حكم نهائي بثبوت الحق في الشفعة

يرى البعض من الفقه أن حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي بثبوت الحق في الشفعة و هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية، و ذلك على أساس أن الحكم بثبوت الشفعة منشئ لملكية الشفيع التي لا تثبت له إلا به (1)، فلا يصير العقار المشفوع فيه ملكا للشفيع إلا بعد صدور هذا الحكم. فالأمر راجع إلى مسألة لا تتعلق بنزاع حول الملكية و لا بإبطال البيع أو فسخه، و إنما إلى وسيلة يستطيع الشفيع بواسطتها أن يكسب ملكية العقار المبيع بدلا من المشتري، و هذا يعني أن الشفيع يملك العقار من وقت تسليم المشتري بالشفعة إذا تمت بالتراضي، أو من يوم الحكم بها إذا تمت بالتقاضي.

و من قرارات محكمة النقض المصرية التي تؤكد على ذلك و التي جاء فيها: "" العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي إلا بالحكم النهائي القاضي له بالشفعة مما يستتبع ألا يكون للشفيع حق في ريع هذه العين إلا ابتداء من تاريخ الحكم. ""(2)

(1) - محمود خيال: الحقوق العينية الأصلية. جامعة القاهرة. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1992. ص 212.

(2) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 09 أبريل 1964. تحت رقم: 161. مشار إليه في: سعيد أحمد شعله: المرجع السابق. ص 384.

و "" لئن كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ إلا أن العين المشفوعة لا تصير على ملك الشفيع - في غير حالة التراضي - إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة و أن العقار المشفوع فيه لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا. لأن المسبب لا يوجد قبل سببه. ""(1)

و: "عدم صيرورة العين المشفوع فيها إلى ملك الشفيع إلا بعد الحكم النهائي - لا ترد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة - و لا محل للقول باستحقاق الريع من تاريخ إيداع الثمن".⁽²⁾

و من تم فقبل ص دور الح كم بالشفعة فإن المشتري يعد مالكا للعقار المشفوع فيه، و يتصرف فيه كما يشاء و هذا القول ينطبق على أي مشتري إنتقلت إليه ملكية هذا العقار ، و على ذلك فإن جميع التصرفات التي تصدر من المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة تكون نافذة في حق الشفيع و إذا بيع العقار المراد أخذه بالشفعة إلى مشتر ثان في هذا الوقت، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة إلا من المشتري الثاني، و هو ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني الجزائري.

(1) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 19 جانفي 1984. تحت رقم: 1727. المشار إليه في: مصطفى مجدي هرجه: المرجع السابق. ص 180.

(2) - قرار محكمة النقض المصرية الصادر في: 14 ماي 1959. تحت رقم: 92. المشار إليه في: المرجع السابق. ص 182.

الفرع الثاني

حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع

يرى البعض من الفقه بأن حلول الشفيع محل المشتري يحصل من وقت تمام البيع المشفوع فيه، و هو الرأي المعارض لمحكمة النقض المصرية و ذلك على أساس أن القواعد العامة تقضي بأن الأحكام القضائية مقررة للحقوق لا منشئة لها، و هذا يدل أن

الحق الذي قضي به مكتسب من يوم وجوده لا من يوم القضاء به، و عليه يكون الشفيع مالكا للعقار من يوم انعقاد البيع.(1)

فانتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع عندهم يكون من وقت البيع لا من وقت التراضي و لا من وقت إبداء الرغبة، و إذا قام نزاع في شأن هذا التراضي و رفعت دعوى بهذا النزاع، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها لأن الشفعة تمت بالتراضي لا بالتقاضي. و إنما دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة في الدعاوى.(2)

لكن الرأي الغالب في الفقه أن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو تاريخ شهر الحكم النهائي بثبوت الشفعة إذا تمت بالتقاضي، و من وقت التراضي إن سلم المشتري بحلول الشفيع محله في بيع العقار المشفوع فيه، مما نخلص في هذا إلى أنه إذا:

(1)- أحمد دغيش: المرجع السابق.ص 353.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. هامش ص 705.

- استجاب المشتري لرغبة الشفيع في الحلول محله و لم يكن العقد بين البائع و المشتري قد تم شهره فإنه يجب إبرام عقد الحلول بين كل من البائع و المشتري و الشفيع، و شهره لدى المحافظة العقارية، و تنتقل حينئذ ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع بموجب هذا العقد المشهر.
- كان عقد البيع بين البائع و المشتري قد تم شهره، ففي هذه الحالة يجب أن يبرم عقد جديد بين المشتري باعتباره مالك للعقار و الشفيع، على أن يشهر العقد الجديد و يصبح المصدر الوحيد لنقل ملكية العقار من المشتري إلى الشفيع.(1)

• صدر حكم نهائي بثبوت الشفعة، للشفيع الحلول محل المشتري بموجب هذا الحكم على أن يقوم بإجراءات الشهر العقاري و التي بموجبها الشهر العقاري و التي بموجبها يكون للحكم أثر في نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، حيث لا أثر للحكم القضائي إذا لم يتم شهره.

إذاً يترتب على ثبوت الشفعة انتقال الحق العقاري المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع، سواء أكان هذا الحق حق الملكية أم حق انتفاع، و لما كانت الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار لا تنتقل إلا بعد شهرها في المحافظة العقارية، فإنه يلزم شهر سند الشفعة و هو الحكم النهائي بثبوت الشفعة إن تمت بالتقاضي و موافقة المشتري و تسليمه بها إن تمت بالتقاضي، و لا تنتقل الملكية و لا حق الانتفاع إلا من وقت الشهر دون أثر رجعي.

(1)- جمال بوشناقة: شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري. دار الخلدونية للنشر و التوزيع. الجزائر. طبعة 2006. ص ص 226،227.

المطلب الثاني

علاقة الشفيع بالبائع و بالمشتري و بالغير

ينشأ من ثبوت الحق في الشفعة للشفيع سواء بالتراضي أو بالتقاضي، انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، و بانتقال هذه الملكية تنشأ علاقات قانونية بين كل من الشفيع و البائع و المشتري و الغير في حال ما إذا رتب المشتري حقا من الحقوق على العقار المشفوع فيه، و يترتب على هذه العلاقات التزامات و حقوق و لنعرض فيما يلي العلاقات التي تنشأ عند ثبوت حق الشفعة.

الفرع الأول

علاقة الشفيع بالبائع

إذا كان من شأن الأخذ بالشفعة حلول الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته طبقا المادة 804 من القانون الم دني الجزائري ، و كان مقتضى ذلك عدم انعقاد عقد بيع جديد بين الشفيع و البائع، بل حل-ل الشفيع محل-المشتري في ذات العقد الذي انعقد بين البائع و المشتري⁽¹⁾، و فيترتب على ذلك التزام البائع بتسليم العقار المأخوذ بالشفعة إلى الشفيع إذا كان المشتري لم يتسلمه بعد، و التزامه بنقل ملكيته إلى الشفيع، و في المقابل يلتزم الشفيع بدفع الثمن للبائع إذا لم يكن المشتري قد دفعه، و التزامه بالضمان على النحو الآتي :

(1) - رمضان ابو السعود. المرجع السابق. ص 284.

أولا - التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع :إذا تمت الشفعة بالتراضي

، أي بإقرار المشتري بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة، فالأمر لا يخلو من فرضين :
الفرض الأول: إذا كان المشتري قد أشهر عقد البيع، فيكفي أن يوقع المشتري إقرارا بتسليمه بالشفعة للشفيع و يجب أن يكون هذا الإقرار موثقا. و يعتبر هذا الإقرار استعمالا لحق الشفعة، و ليس بيعا جديدا صادرا من المشتري إلى الشفيع. ثم يشهر الإقرار و يؤشر بمضمونه على هامش عقد البيع المشهر و على هامش إعلان الرغبة المشهر أيضا .

الفرض الثاني: إذا لم يقم المشتري بشهر عقد البيع، فإن الإقرار بتسليمه بالشفعة و

يجب أن يكون موقعا من البائع و المشتري و الشفيع، و يجوز أن يحرر عقد بيع جديد من البائع إلى الشفيع، و لكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتا لرضاه بالشفعة، و يشهر الإقرار أو عقد البيع، و يؤشر بمضمونه على هامش إعلان الرغبة المشهر.

أما إذا لم تتم الشفعة بالتراضي، و حصل الشفيع على حكم من القضاء بالشفعة، فإن عليه أن يشهر هذا الحكم عن طريق الموثق، فتنقل إليه الملكية من البائع، و يصبح الشفيع مالكا للعقار من وقت الشهر و عندئذ يجوز للشفيع التصرف في العقار المشفوع فيه بأي نوع من أنواع التصرفات، باعتباره مالكا يتصرف في ملكه .

و حين تكون الشفعة بسبب الشيوخ في الملك فإن المشفوع فيه محل الالتزام بالتسليم أو الحق في التسلم يتمثل في حصة شائعة، و لا يأخذ التسليم أو التسلم عمليا، مظهرا ماديا مستقلا بحيث يكون له كيان ذاتي متميز، لأن المشتري أو البائع لم تكن له أصلا يد مستقلة عن المبيع، و إنما مجرد تغيير في نطاق المركز القانوني السابق للشفيع في علاقته بشركائه في الشيوخ، بأن يتسع هذا النطاق بحيث يشمل، إلى جانب ما كان للشفيع قبل الشفعة من حصة في العقار الشائع، نسبة الحصة التي كسبها بالشفعة⁽¹⁾.

ثانيا - التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع: إذا تم الأخذ بالشفعة، سواء بالاتفاق

أو بموجب حكم، حق للشفيع أن يتسلم العقار المبيع، فإذا كان العقار ما يزال في يد البائع وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، و إذا كان العقار في يد المشتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، و يكون للمشتري حق الحبس إلى أن يستوفي من الشفيع ما أنفقه عليه من مصاريف الحفظ و الصيانة⁽²⁾.

و يكون التسليم بتخلي المشتري عن المبيع المشفوع فيه و تمكين الشفيع من تسلمه و حزه بلا مانع، أي يقع وضع العقار تحت تصرف الشفيع ليتمكن من حيازته و الانتفاع به بدون عائق. و يتم هذا التسليم بما يتفق مع طبيعة العقار، و فورا بعد الأخذ بالشفعة، و إذا ما تأخر المشتري عن التسليم كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخير⁽³⁾.

و إذا هلك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبي انطبقت عليه الأحكام الواردة في المادة 369 من القانون المدني الجزائري في خصوص عقد البيع، و التي تنص على أنه: " إذا

هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع و استرد المشتري الثمن،
إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع¹¹¹. و يفهم من هذه المادة

- (1) - محمد شكري سرور: المرجع السابق. ص 144.
- (2) - عبد المنعم فرج الصده: المرجع السابق. ص 195.
- (3) - نعمان الرقيق: الشفعة في القانون التونسي - أعمال ملتقى نظمتها كلية الحقوق بصفاقس يومي 6 و 7 فيفري 2015. جامعة صفاقس. مجمع الأطرش للنشر و توزيع الكتاب المختص. صفاقس. تونس. الطبعة الأولى. سنة النشر مارس 2017. ص 241.

جعل المشرع تبعة الهلاك رهنا بتسليم المبيع شرط ألا يتم إعدار المشتري بتسليم المبيع .

و عليه إذا هلك العقار المشفوع فيه في يد البائع قبل تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، وقعت تبعة الهلاك على البائع فيكون للشفيع أن يسترد الثمن الذي دفعه. و إذا كان البائع قد تسلم الثمن المودع بين يدي الموثق وجب عليه أن يرده إلى الشفيع.

و في حالة ما إذا هلك العقار المشفوع فيه في يد المشتري قبل تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، وقعت تبعة الهلاك على المشتري . فإذا كان المشتري قد دفع الثمن فلا يكون له حينئذ أن يسترده من البائع، و إذا لم يكن قد دفعه فإنه يحق للبائع أن يطالبه به. و يكون للشفيع أن يسترد الثمن الذي أودعه لدى الموثق. أما إذا هلك العقار بعد تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، فإن تبعة الهلاك تقع على عاتقه و لا يحق له الرجوع على أحد.

ثالثا- التزام البائع بالضمان : إذا كان من نتائج الحلول اختفاء المشتري و قيام علاقة

مباشرة بين الشفيع و البائع، فمقتضى ذلك التزام البائع اتجاه الشفيع بالضمان، في مختلف صورته، كما كان ملتزما بذلك اتجاه المشتري.

ففيما يتعلق بضمان الاستحقاق، فإن الشفيع لا يرجع إلا على البائع إذا ما استرد الغير منه العقار بعد الشفعة¹¹² طبقا لنص المادة 804 من القانون المدني الجزائري . فرجوع الشفيع بالضمان يكون على البائع وحده دون المشتري، حيث يعتبر المشتري غير موجود

في البيع منذ الحلول، و الالتزام بهذا الضمان كان محملا به البائع اتجاه المشتري الذي حل الشفيع محله في كافة حقوقه و من بينها حقه في هذا الضمان⁽¹⁾.

(1) - نشير إلى أن أداة الإستثناء "إلا" ساقطة من النص العربي للمادة 804 من القانون المدني الجزائري مقارنة بالنص الفرنسي لنفس المادة.

و يلتزم البائع كذلك اتجاه الشفيع بضمان التعرض و لا يكون للشفيع الرجوع بضمان التعرض إلا على البائع وحده دون المشتري. و كذلك الأمر بالنسبة لضمان العيوب الخفية، حيث يلزم البائع بضمانها اتجاه الشفيع. و يخضع الالتزام بالضمان لأحكام القواعد العامة.

رابعا - التزام الشفيع بدفع الثمن: إذا تمت الشفعة بالتقاضي، فقد أوجبت الفقرة

02 من المادة 801 من القانون المدني الجزائري على الشفيع إيداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق، فإذا حكم للشفيع بالشفعة، فيعتبر الشفيع قد وفى بالالتزام بدفع الثمن الذي حل فيه محل المشتري، و يكون للبائع سحب الثمن من الموثق إذا كان مطابقا للثمن الذي تحدد في الحكم، فإذا كان يزيد عليه كان للشفيع دفع الباقي إلى البائع .

و في حال حصول شفعة رضائية، فإن الشفيع يكون ملتزما بدفع الثمن المتفق عليه للبائع⁽¹⁾ باعتباره أنه لا يكون قد أودع الثمن بين يدي الموثق.

و تكون نفقات التسجيل و الطابع و رسوم الإعلان العقاري و التوثيق على عاتق الشفيع، ما لم تكن هناك نصوص قانونية أخرى تقضي بغير ذلك، طبقا للمادة 393 من القانون المدني الجزائري.

و فيما يتعلق بمسألة تأجيل دفع ثمن العقار فإن الشفيع لا يمكنه أن يبتفع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع، طبقا لنص المادة 804 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن

(1) - زعمان الرقيق: المرجع السابق. ص 235.

إلا برضا البائع..."" و هذا خروجاً عن الأصل المقرر في حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته، و السبب في ذلك أن البائع قد راعَ في تأجيله لدفع الثمن اعتبارات موجودة في شخص المشتري دون غيره، و هي إعتبارات لا تتعدى إلى شخص الشفيع.

و تجدر الإشارة إلى أن مسألة تأجيل الثمن قد تحدث متى تمت الشفعة بالتراضي، كون الأخذ بالشفعة بالتقاضي يتطلب إيداع الثمن بين يدي الموثق قبل مباشرة دعوى الشفعة تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة.

و يعتبر الشفيع خلفاً خاصاً للبائع، و ليس خلفاً خاصاً للمشتري، كون المشتري يخرج من الصفقة المبرمة بينه و بين البائع و يصبح كأنه لم يكن، و يحل الشفيع محله و يبقى العقد قائماً بين البائع و الشفيع و ينتج آثاره القانونية فيما بينهما⁽¹⁾.

الفرع الثاني

علاقة الشفيع بالمشتري

لا تنشأ علاقة تعاقدية بين الشفيع المشتري، و مع ذلك فقد تنشأ بينهما علاقات قانونية أو إلتزامات متبادلة نتيجة لحلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه، و هي الحالة التي يكون فيها المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع و قام بدفع الثمن إليه، حيث يكون من حق المشتري استرداد الثمن و المصروفات

(1) - سناء بن شرطية: المرجع السابق. ص 117.

من الشفيع، كما يلتزم المشتري بتسليم العقار إلى الشفيع، أما إذا لم يتسلم المشتري العقار فإن العلاقة بين كل من المشتري و الشفيع تكون جد محدودة، تنحصر العلاقة بينهما في رجوع المشتري على الشفيع بمصروفات البيع التي يلتزم بها عادة المشتري في دفعها. و

لنعرض فيما يلي حقوق و إلتزامات المشتري في مواجهة الشفيع، و حقوق الشفيع في مواجهة المشتري.

أولا - حقوق و إلتزامات المشتري في مواجهة الشفيع: تتمثل حقوق المشتري و إلتزاماته في الآتي:

1 - حق المشتري في استرداد الثمن و المصروفات من الشفيع: إذا تمت الشفعة قضاء، يكون الشفيع قد قام بإيداع كل الثمن و المصاريف بين يدي الموثق وفقا لأحكام المادة 801 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، حيث يكون للمشتري بعد الحكم بالشفعة استرداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع، و يعتبر الشفيع بذلك موفيا بالتزامه برد الثمن متى كان هذا الأخير مطابقا للثمن الذي تحدد في الحكم. و قد لا يكون الثمن المودع معادلا للثمن المحدد في الحكم، ك أن يكون الثمن أكبر فيقتصر المشتري على أن يسحب من المبلغ المودع القدر المعادل للثمن و تبرأ بذلك ذمة الشفيع الذي يكون له استرداد الزائد. أما إذا كان المبلغ المودع أقل من الثمن المحدد في الحكم، فيسحب المشتري المبلغ المودع و على الشفيع أن يدفع الباقي و بالتالي يكون قد وفى بالتزامه بدفع الثمن. أما إذا تمت الشفعة رضاء، فيكون للمشتري أن يسترد من الشفيع كل الثمن و المصاريف إن قام بدفع الثمن للبائع.

و من حق المشتري مطالبة الشفيع باسترداد المصروفات الضرورية و المصروفات النافعة، و المتمثلة فيما أنفقه المشتري على العقار المشفوع فيه حال تسلمه من مصاريف لحفظ العقار المشفوع فيه من التلف و الهلاك لبقاء العقار صالحا لما عد له، و قد تدخلت في ذلك محكمة التعقيب التونسية بموجب القرار الصادر في 21 أبريل 1983 و أقرت بأن المصاريف الضرورية تحمل على الشفيع أخذًا بقواعد "العدل و التوفيق بين مصلحة المشتري و مصلحة الشفيع أن يتحمل هذا الأخير ما بذله المشتري ضرورة إصلاح...العقار حتى لا يكون هناك إثراء بدون سبب"⁽¹⁾.

و فيما يتعلق بالمصاريف التحسينية فهي مصاريف لا تدخل في صيانة العقار المشفوع فيه و إنما لتحسينه و الزيادة في قيمته و قد أوضحت المادة 805 من القانون المدني الجزائري حكمها بالنص على أنه: "إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجاراً قبل الاعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

و إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، و إذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل أو نفقات الغراس". و بالتالي قد تكون هذه المصاريف مقيدة بوقت الانفاق فإذا كان الانفاق قبل الإعلان عن الرغبة ففي هذه الحالة يعتبر المشتري حسن النية، و إذا كان انفاق المشتري عن العقار المشفوع فيه بعد الإعلان عن الرغبة فيعتبر في هذه الحالة سيئ النية.

(1) - زعمان الرقيق: المرجع السابق. ص 238.

فبناء المشتري أو غراسه في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة تجعله حسن النية، و بالتالي لا يحق للشفيع طلب الإزالة للبناء أو الغراس الذي أقامه المشتري و لكن يجب عليه أن يأخذ العقار بالحالة التي هو عليها، و بذلك يلتزم الشفيع تبعاً لما يختاره المشتري إما بدفع مقدار ما زاد في قيمة العقار المشفوع فيه أو دفع المبلغ الذي أنفقه، و مؤدى هذا أن يدفع الشفيع بأكثر هاتين القيمتين، و أساس ذلك أن المشتري عندما بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه، كان ذلك في أرضه، و لا يوجد بذلك أي مانع يمنعه من ممارسة الملكية على ملكه (1)،

فله إلى جانب البناء أو الغراس أن يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات، و ذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة 805 من القانون المدني الجزائري.

و قيام المشتري بالبناء أو الغراس بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة يجعله سيئ النية، و للشفيع طلب الإزالة، طالما أن إقامة البناء أو الغراس تمت بعد إعلانه عن رغبته في الأخذ بالشفعة، كما أن حلول الشفيع محل المشتري يتحقق و ينفذ في حق المشتري منذ إعلان الرغبة، و مقتضى ذلك عدم أحقية المشتري في إقامة بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه بعد هذا الإعلان لتعارضه مع الحلول و مساسه به. طبقا للفقرة الثانية من المادة 805 من القانون المدني الجزائري.

و مقتضى ذلك إعطاء الشفيع حق طلب الإزالة طالما أن إقامة البناء أو الغراس تمت بعد حلوله، فإذا طلبها تحمل المشتري نفقات الإزالة، و مع ذلك، يكون للشفيع استبقاء البناء أو الغراس إذا شاء على أن يعرض المشتري بما يعادل نفقات البناء

(1) - عبد المنعم فرج الصده: المرجع السابق. ص 195.

أو الغراس، حيث يخضع تقدير هذه النفقات و المصاريف للسلطة التقديرية للقاضي و مرد ذلك إلى أن المشتري، رغم بنائه أو غراسه بعد الحلول، كان يعتقد بعدم أحقية الشفيع إذ كان ينازعه في توافر سبب الشفعة أو شروطها أو صحة إجراءاتها⁽¹⁾.

2 - التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع : إذا كان العقار بيد المشتري

و تمت الشفعة رضاء أو قضاء، فعليه أن يسلمه هو و ملحقاته إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت ال-بيع، حيث يكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع، و ذلك بنقل حيازته له للإنتفاع به من يوم التراضي بالشفعة أو من يوم الحكم بالشفعة للشفيع ، و قد تقع تبعة هلاك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبي على المشتري و ذلك إذا وقع الهلاك قبل تسليم العقار للشفيع أو قبل إعداره بتسلمه.

ثانيا - حقوق الشفيع في مواجهة المشتري: تتمثل حقوق الشفيع في الآتي:

- استحقاق الشفيع لثمار العقار : لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري نصا

يفصل في هذا الخصوص، و قد اختلفت الآراء الفقهية بصددها، و يتمثل الخلاف بالدرجة الأولى حول وقت استحقاق الشفيع للثمار فمن الفقه من يرى أن للشفيع الحق في الثمار من وقت انتقال الملكية أي من تاريخ الحكم النهائي بالشفعة، و منهم من يرى بأحقية الشفيع في الثمار من يوم انعقاد البيع، و مع ذلك يعفي المشتري باعتباره حائزا حسن النية، من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان رغبة الشفيع في الشفعة⁽²⁾.

(1) - حسن كبيرة: المرجع السابق. ص 668.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المرجع السابق. ص 773.

و هذا ما استقر عليه إجتهد قضاء محكمة النقض المصرية⁽¹⁾، و بمفهوم المخالفة للمادة 806 من القانون المدني الجزائري فإن الشفيع لا يمتلك الثمار إلا من وقت صدور الحكم، و يكون للشفيع الحق في ثمار العقار المشفوع فيه من يوم انتقاله له، و ذلك طبقا للمادة 803 من القانون المدني الجزائري أي من يوم الحكم النهائي بالشفعة و شهر هذا الأخير بالمحافظة العقارية، على أن يتحمل الشفيع تكاليف العقار المشفوع فيه من نفقات الاستغلال و مصروفات تحصيل الثمار. أم-ا قبل هذا التاريخ فإنها تكون من حق المشتري. ذلك أن ثمار العقار تكون من حق دائني المشتري المسجلة حقوقهم حتى ولو تم جنيها بعد إعلان الرغبة في الشفعة عملا بالمادة 806 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:"...على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمار العقار". بالإضافة إلى أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار إلا من تاريخ صدور الحكم، و القاعدة أن لمالك الشيء حق في كل ثماره و منتجاته و ملحقاته.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه و الذي يتبادر إلى الأذهان: هل يمتلك الشفيع الثمار و

هي في يد المشتري من وقت تمام البيع كما كان يمتلكها لو كانت في يد البائع؟

الإجابة عن هذا السؤال تدفعنا لتطبيق أحكام الحيازة و ذلك طبقا لما تقضي به كل من المادة 837 و المادة 838 و التي ربطت مسألة تملك الثمار بمسألة حسن و سوء نية الحائز، إذا يعتبر المشتري في هذه الحالة مجرد حائز و مسألة حسن أو سوء نيته تعود إلى وقت إعلان الشفيع لرغبته في الشفعة، و بالتالي الإجابة عن هناك حالتين، و هما:

(1) - رمضان أبو السعود: المرجع السابق. ص 192.

الحالة الأولى:

طبقا للمادة 837 من القانون المدني الجزائري و التي تقضي بما يلي: "يكتسب الحائز ما يقبضه من الثمار، ما دام حسن النية..."، حيث يفهم من نص المادة أنه مادام المشتري حسن النية و لم يقم الشفيع بالإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة، فمن حقه أخذ ثمار العقار المشفوع فيه أو حتى التصرف فيه تصرف المالك في ملكه، فلا يلتزم برد الثمار إلى الشفيع طالما يعتبر حائزا حسن النية، إلا أنه يكون ملتزما في المقابل بتحمل التكاليف و المصاريف.

الحالة الثانية:

تقضي المادة 838 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "يكون الحائز سيئ النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية. غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها." فطبقا لنص المادة فإن المشتري بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة يصبح سيئ النية، و بالنتيجة فهو مسؤولا عن رد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع على أن يتحمل هذا الأخير نفقات و مصاريف ما أنفقه المشتري لتحصيل هاته الثمار.

الفرع الثالث

علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 من القانون المدني الجزائري على: "لا تكون حجة على الشفيع الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

يفهم من نص المادة أنه إذا لم يرتب المشتري على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية أصلية أو تبعية، فلا مجال لقيام علاقة بين الشفيع و الغير، و مفاذ هذا النص أن نفاذ ما يتم من حقوق عينة أصلية من بيع أو ما شابه ذلك و حقوق عينية تبعية رهن رسمي مثلا في حق الشفيع مقتصر على شهر إعلان ه في الرغبة بالشفعة من عدمه ، و بمفهوم المخالفة، تسري في حق الشفيع جميع الحقوق العينية الأصلية و التبعية و التي ترد على العقار المشفوع فيه، و الحقوق التي تترتب على هذا الأخير قبل إشهار إعلان الرغبة. حيث سننتظر لمصير التصرفات و الحقوق الواردة على العقار المشفوع فيه قبل شهر الإعلان عن الرغبة، و مصير التصرفات و الحقوق الواردة على العقار المشفوع فيه بعد إشهار الإعلان عن الرغبة فيها يلي:

• مصير التصرفات و الحقوق الواردة على العقار المشفوع فيه قبل شهر الإعلان عن الرغبة:

اقتصر المشرع الجزائري في نص المادة 806 من السالفة الذكر على بيع العقار، إلا أن ذلك مجرد تطبيق لقاعدة عامة يفرضها الاحتجاج بالحلول على الغير بشهر إعلان الرغبة في الشفعة ، و لذلك يسري الحكم الذي أورده المشرع في خصوص البيع على أي تصرف آخر ناقل للملكية. و مقتضى حكم المادة ألاّ تنفذ في حق الشفيع التصرفات التي تتم

في العقار بعد شهر إعلان الرغبة بينما تنفذ في حقه التصرفات التي تتم قبل هذا الشهر⁽¹⁾.

(1) - رمضان أبو السعود: المرجع السابق. ص 921.

كما يقصد بالحقوق المرتبة على العقار المشفوع فيه، و التي أشار إليها نص المادة 806 ق.م، الحقوق العينية التي تنقرر للغير على هذا العقار، سواء أكانت حقوقا عينية أصلية أم حقوقا عينية تبعية، و إذا كان الغالب أن يتم ترتيب هذه الحقوق من طرف المشتري، فيمكن أن يتم هذا الترتيب كذلك من قبل البائع، و هي في كل الأحوال تأخ — نفس الحكم من حيث النفاذ أو عدم النفاذ في حق الشفيع. فإذا تعلق الأمر بالمشتري فالوضع العادي أنه هو الذي يرتب هذه الحقوق بالاتفاق مع الغير، كما هو الشأن في ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن، و مع ذلك يمكن أن ترتب هذه الحقوق ضد المشتري كحق اختصاص يؤخذ ضده أو حق امتياز يتقرر على العقار لصفة في الدين المكفول به .

و بناءً على ذلك، إذا رتب المشتري على العقار حق انتفاع أو حق ارتفاق، و تم شهره قبل شهر إعلان الرغبة ، أو رتب على العقار حق رهن أو أخذ ضده حق اختصاص أو ترتب حق امتياز عليه ، و تم قيد الحق قبل شهر إعلان الرغبة، فينفذ الحق المرتب في حق الشفيع، بحيث يأخذ العقار المشفوع فيه محملا بالحق المرتب، أما إذا كان ترتب أي من هذه الحقوق بعد شهر إعلان الرغبة، فلا ينفذ الحق في مواجهة الشفيع بحيث يأخذ العقار المشفوع فيه خاليا منه. فللشفيع أن ينقض جميع التصرفات التي صدرت من المشتري بعد إقامة دعوى الشفعة⁽¹⁾، و مع ذلك، فرغم عدم نفاذ هذه الحقوق في مواجهة الشفيع، فإنها تظل قائمة في مواجهة المشتري بحيث يكون لأصحابها الرجوع عليه بعد أن استحال إعمال حقوقهم على العقار، و يظل لأصحاب

(1) - العربي بلحاج: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا - دراسة مقارنة - دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع. الجزائر. دون طبعة. سنة النشر 2016. ص 360.

الحقوق العينية التبعية أولويتهم في هذا الرجوع على الدائنين الآخـرين، و لكن على الثمن المستحق للمشتري على العقار المشفوع فيه، و هذا ما أكدته المادة 806 في نهاية أحكامها بقولها: "على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

خاتمة

نستخلص من بحثنا لموضوع الشفعة في القانون المدني الجزائري و المقارن الآتي:

- أن الشفعة سبب استثنائي في التملك، تنعدم فيه حرية التبايع في القانون المدني الجزائري و القوانين المقارنة.
- أن الشفعة بالرغم من اختلاف القوانين في تحديد طبيعتها القانونية كونها رخصة أو حق، إلا أن أغليبتها تعتبرها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية.
- أن محل الشفعة عقارا فلا شفعة في المنقول بالنسبة في أغلب القوانين محل الدراسة، باستثناء القانون اليمني و القانون الكويتي اللذان يأخذان بالشفعة في العقار و المنقول على السواء.
- أن الشفعة موضوعها عقار مشفوع فيه إما مملوكا على الشيوخ، و إما عن طريق تجزئة حق الملكية إلى حق إنتفاع و حق رقبة، مما قد يؤدي إلى إنهاء حالة الشيوخ أو إنقاص عدد الشركاء، أو إلى جمع ما تفرق من حق الملكية و ذلك بضم حق الإنتفاع إلى حق الرقبة، أو ضم حق الرقبة إلى حق الإنتفاع.
- أن البيع هو التصرف القانوني الوحيد لممارسة الشفعة، فلا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار المشفوع فيه بغير تصرف قانوني كالميراث أو الالتصاق، أو إذا انتقلت ملكية العقار المشفوع فيه بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية، أو إذا انتقلت الملكية عن طريق تصرف قانوني صادر من جانبين و لم يكن بيعا كالهبة بعوض، و ذلك لتقييد الأخذ بالشفعة و لاستقرار المعاملات و هذا إقرار أغلب القوانين، باستثناء القانون اليمني الذي يأخذ بالشفعة سواء أكان التصرف القانوني بعوض مالي أو غير مالي.
- أن الشفعة لا تكون في الحصة الشائعة فقط، بل تمتد بقوة القانون إلى ما يدخل فيها باعتباره من توابعها و هذا حال العقار بالتخصيص.
- لا شفعة في بيوع معينة كالبيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون، و بيوع نصت عليها المادة 798 من القانون المدني الجزائري: البيع بين الأصول و الفروع، و البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، و إذا كان كل من القانونين الجزائري

و المصري وسعا من حالات المنع من الأخذ بالشفعة فإن القانون التونسي لم يجعل من البيع الواقع بين الأقارب و الأصهار مانعا من موانع الأخذ بالشفعة، و منع القانون اللبناني الأخذ بالشفعة في البيع الواقع بين الزوجين أو الأصول و الفروع أو الإخوة و الأخوات، و بذلك تكون حالات المنع في القانون اللبناني أضيق مقارنة بالقانون التونسي -، أما مسألة منع الأخذ بالشفعة في البيع الواقع بين الأقارب نجده حددها بالدرجة الثانية - البيع الواقع بين الإخوة و الأخوات - مقارنة بالقانون الجزائري و المصري فهي تمتد إلى غاية الدرجة الرابعة.

- أن صفة الشفيع تثبت لمالك الرقبة، و للشريك في الشيع، و لصاحب حق الانتفاع، طبقا للمادة 795 من القانون المدني الجزائري، و قد أضاف القانون المصري إلى هذه الحالات في المادة 936 من القانون المدني حق الحكر و حق المستحكر، و الجار المالك بحالات محددة.
- أن الشفعة لا تتحرأ، في غياب نص في القانون المدني الجزائري يقرر ذلك، على خلاف القانون اللبناني الذي نص صراحة على عدم تجزئة الشفعة في المادة 645 من قانون الملكية العقارية اللبناني، و نفس الشئ بالنسبة للقانون العراقي في المادة 1135 من القانون المدني العراقي.
- أن قاعدة عدم تجزئة الشفعة أقرها الفقه لحماية مصلحة المشتري من الضرر الذي قد يلحقه من تفرقة الصفقة، و ليس لمصلحة الشفيع، و تثار من قبل المشتري متى كانت الصفقة واحدة مع وحدة المشتري أو مشترون على الشيع.
- المقرر أن موت الشفيع لا يسقط حق إستعمال الشفعة مطلقا إلا بإحجام الشفيع عن ممارسة حقه و فوات أجال المطالبة بها، أو حتى إذا امتنع عن الأخذ بها لأحد الموانع المقررة قانونا، فممارسة الشفعة في حال وفاة المشتري قد تمارس في مواجهة ورثته.
- أن الشروط الواجب توافرها في الشفيع يعتمد في تحديدها على القواعد العامة في التعاقد.

- قد يتعدد الشفعاء في طلب الأخذ بالشفعة مما يؤدي إلى تزاحمهم، فيفضل الشفيع الأعلى درجة إذا كانوا الشفعاء من طبقات مختلفة، و يستحق كل واحد منهم بقدر نصيبه إذا كانوا من طبقة واحدة و المشتري أجنبي عنهم، و إذا كان المشتري شفيعا فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى منه، و يتقدمه الشفيع من طبقة أعلى منه.
- أن الإنذار بوقوع البيع الذي يوجهه كل من البائع و المشتري أو أحدهما إلى الشفيع، هو الوسيلة التي وضعها المشرع لتحقيق علم الشفيع بوقوع البيع على العقار الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة، على أن يشتمل الإنذار بوقوع البيع البيانات التي إشتراطها المشرع تحت طائلة البطلان.
- أن للشفيع ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ وصول الإنذار بوقوع البيع للإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة، و إذا لم يوجه إليه الإنذار بوقوع البيع له ميعاد سنة من تاريخ تسجيل البيع - شهر البيع بالمحافظة العقارية - ، و ميعاد 15 سنة ما لم يسجل عقد البيع طبقا للمادة 308 من القانون المدني الجزائري، و إلا سقط حقه في الشفعة.
- أن للشفيع أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة أو أن يجاوزها و ينتقل إلى مرحلة إيداع الثمن و رفع دعوى الشفعة، و يعد إعلان عريضة دعوى الشفعة بمثابة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.
- يجب على المشتري إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق، كإجراء وجوبي لرفع دعوى الشفعة تحت طائلة السقوط.
- أن آثار الشفعة هي آثار عقد البيع، فيحل الشفيع محل المشتري في كافة حقوقه و التزاماته.
- أن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع يتم من يوم التراضي على الشفعة أو من يوم شهر الحكم النهائي بثبوت الشفعة.
- لا علاقة للشفيع مع الغير إلا إذا رتب المشتري حقوقا عينية أصلية أم تبعية على العقار المشفوع فيه.

- أن التصرفات التي يبرمها المشتري على العقار المشفوع فيه مرتبطة بإعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، فلا تسري في حق هذا الشفيع كافة التصرفات التي يبرمها المشتري في حالة إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، بينما تسري في حقه كل التصرفات و الحقوق الميرمة قبل اعلان الرغبة.
- و لعل من المفيد تقديم الاقتراحات الآتية:

1/ تعديل المادة 795 من القانون المدني. بحذف عبارة، و ذلك مع مراعاة الأحكام

التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، على أساس أن الأمر المتعلق بالثورة الزراعية تم إلغاؤه بموجب قانون التوجيه العقاري رقم: 25-90.

2/ تعديل المادة 799 من القانون المدني باضافة شرط الرسمية للإنداز بالرغبة في

ممارسة حق الشفعة.

و كذلك الأمر بالنسبة للمادة 800 من نفس القانون أسوة بنص المادة 801 التي

توجب الرسمية.

3/ تعديل المادة 801 من القانون المدني بحذف عبارة: " يجب أن يكون التصريح

بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط،... "، و استبدالها بعبارة "

يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق المحضر القضائي "

بموجب القانون رقم: 02-06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

4/ تعديل المادة 804 من القانون المدني باستبدال مصطلح " استرد " بمصطلح "

استحق "، لأن مصطلح استرد يخص المنقول، و الشفعة في القانون المدني الجزائري ترد

على العقار فقط.

5/ تعديل المادة 807 من القانون المدني باستبدال عبارة: " تسجيل عقد البيع " بعبارة "

شهر عقد البيع " لاختلاف مدلول التسجيل عن مدلول الشهر في القانون المدني الجزائري.

قائمة المراجع

❖ القاموس:

- 01- إسماعيل بن حماد الجوهري: تحقيق أحمد عبد الغفور عطار. مطابع دار الكتاب العربي. مصر. جزء 03. دون طبعة.
- 02- مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط. دار الجيل. بيروت. لبنان. جزء 03. دون طبعة.

❖ المراجع العامة:

- 01- أحمد عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. طبعة 1998.
- 02- أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - أسباب كسب الملكية - الجزء التاسع. دار إحياء التراث العربي. لبنان. طبعة 1968.
- 03 - أحمد عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد. الجزء الأول. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. طبعة 1998.
- 04 - أحمد لعور. نبيل صقر: موسوعة الفكر القانوني. القانون المدني نصا و تطبيقا - طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07 - 05. دار الهدى. الجزائر. دون طبعة.

- 05 - العربي بلحاج: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا - دراسة مقارنة - دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع. الجزائر. دون طبعة. سنة النشر 2016.
- 06 - جمال بوشناق: شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري. دار الخلدونية للنشر و التوزيع. الجزائر. دون طبعة. سنة النشر 2006.
- 07 - جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري. منشورات كليك. الجزائر. الطبعة الثانية. سنة النشر 2013. الجزء الأول.
- 08- جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري. منشورات كليك. الجزائر. الطبعة الثانية. سنة النشر 2013. الجزء الثاني.
09. جمال سايس: الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري. منشورات كليك. الجزائر. الطبعة الثالثة. سنة النشر 2014. الجزء الأول.
- 10- جمال سايس: الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري. منشورات كليك. الجزائر. الطبعة الثالثة. سنة النشر 2014. الجزء الثاني.
- 11 - حمدي باشا عمر: القضاء العقاري. دار هومة. الجزائر. طبعة 2006.
- 12- حمدي باشا عمر، ليلي زروقي: المنازعات العقارية. دار هومة. الجزائر. طبعة 2006.
- 13- حسن كيرة: الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية- دار منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1995.
- 14- رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1997.

- 15- زهدي يكن: الملكية و الحقوق العينية الأصلية. علما و عملا. منشورات المكتبة العصرية. صيدا. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. سنة النشر 1962.
- 16- سعيد سعد عبد السلام: حق الملكية فقها و قضاء. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2000.
- 17- سعيد عبد الكريم مبارك: شرح القانون المدني العراقي- الحقوق العينية الأصلية- دار الحرية للطباعة. بغداد. العراق. دون طبعة. سنة النشر 1973.
- 18- عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية. دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري. دار النهضة العربية للطباعة و النشر. بيروت لبنان. دون طبعة. دون سنة النشر.
- 19 - عبد المنعم فرج الصدة: حق الملكية. مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1964.
- 20- عصام أنور سليم: عدم تجزئة العقد و الشريعة الإسلامية و القانون. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. دون طبعة. دون سنة النشر.
- 21- علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. دون طبعة. سنة النشر 1992.
- 22- علي هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني الاردني- الحقوق العينية- دراسة مقارنة - مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع. عمان الأردن. دون طبعة. سنة النشر 1999.
- 23- علي هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية .. الحقوق العينية الاصلية، الحقوق العينية التبيعية. دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر و التوزيع. عمان. الأردن. دون طبعة. سنة النشر 2005.

- 24- على هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية .. الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية. حق الملكية. الحقوق المتفرعة عن حق الملكية. دراسة موازنة. دار الثقافة للنشر و التوزيع. عمان. الأردن. دون طبعة. سنة النشر 2013.
- 25- عفيف شمس الدين: الوسيط في القانون العقاري.دراسة مقارنة. الجزء الثاني. منشورات زين الحقوقية. لبنان. دون طبعة. سنة النشر 2011.
- 26- غازي أبو عرابي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - دراسة مقارنة - دار وائل للنشر و التوزيع. عمان. الأردن. الطبعة الأولى. سنة النشر 2016.
- 27- محمد حسين منصور: الحقوق العينية الاصلية. دار الجامعة الجديدة للنشر. الاسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2003.
- 28- محمد شكري سرور: موجز تنظيم الملكية في القانون المدني المصري. دار النهضة العربية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2000.
- 29- محمد طه البشير. غني حسون طه: الحقوق العينية - الحقوق العينية الأصلية و الحقوق العينية التبعية - مديرية دار الكتب للطباعة و النشر. الموصل. العراق. دون طبعة. سنة النشر 1982.
- 30 - محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية . (الإستيلاء، الالتصاق، الشفعة). منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2005.
- 31- محمد صبري السعيد: الواضح في شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات أحكام الإلتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية. دار الهدى. عين مليلة. الجزائر. دون طبعة. سنة النشر 2010.

- 32- منصور مصطفى منصور: حق الملكية في القانون المدني المصري. مكتبة عبد الله وهبه. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1965.
- 33- مصطفى الجمال: نظام الملكية. الفتح للطباعة و النشر. الإسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2000.
- 34- مصطفى صخري: مجلة الحقوق العينية محينة وفقا للقانون عدد 67 لسنة 2008. تونس 2010.
- 35- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري و اللبناني. دار النهضة العربية للطباعة و النشر. بيروت. لبنان. دون طبعة. سنة النشر 1995.
- 36- يوسف محمد عبيدات: الحقوق العينية الأصلية و التبعية. دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة. الأردن. دون طبعة. دون سنة النشر.

❖ المراجع المتخصصة:

- 01- أحمد أباش: الاحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي و القانون المغربي. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. دون طبعة. سنة النشر 2008.
- 02- أحمد خالدي: الشفعة بين الشريعة الاسلامية و القانون المدني الجزائري. دار هومة. الجزائر. الطبعة الثالثة. سنة النشر 2013.
- 03- أحمد خليل منصور: أحكام الشفعة- فقها و قضاء. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2005.
- 04- أحمد دغيش: حق الشفعة في التشريع الجزائري. دار هومة. الجزائر. دون طبعة. سنة النشر 2011.

- 05 - أحمد محمود خليل. أحكام الشفعة فقها و قضاء. منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2005 .
- 06 - بيار أميل طوبيا: الشفعة في عقود البيع غير المسجلة - دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت - لبنان. دون طبعة. سنة النشر 2002.
- 07- جهاد محمود الأشقر: مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي و القانون المدني. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2009.
- 08- عبد المنعم فرج الصده. حق الملكية. مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1964.
- 09- عصام أنور سليم: عدم تجزئة الشفعة - دراسة تاصيلية - . منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1997.
- 10- محمد شتا أبو سعد: الشفعة و الصورية. مبادئ النقض مؤصلة بشأن المشكلات العملية للشفعة و الصورية. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1995.
- 11- مصطفى مجدي هرجة: الشفعة في ضوء أحدث الآراء و أحكام النقض و الصيغ القانونية. دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1992.
- 12- نبيل إبراهيم سعد: الشفعة علما و عملا. منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 1997.
- 13 - نعمان الرقيق: الشفعة في القانون التونسي - أعمال ملتقى نظمتها كلية الحقوق بصفاقس يومي 6 و 7 فيفري 2015 - جامعة صفاقس. مجمع الأطرش للنشر و توزيع الكتاب المختص. صفاقس. تونس. الطبعة الأولى. سنة النشر 2017.

14- سعيد أحمد شعلة: قضاء النقض في الصورية و الشفعة - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خلال سبعين عاما 1931 - 2000 . منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. دون طبعة. سنة النشر 2000.

❖ الرسائل الجامعية:

01- أحمد دغيش: الشفعة في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العقاري. جامعة الحاج لخضر. باتنة. كلية الحقوق و العلوم السياسية. باتنة. 2012-2013.

02- اسماء تخنوني: الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العقاري. جامعة الحاج لخضر. باتنة. كلية الحقوق و العلوم السياسية. باتنة 2012 - 2013.

03- سناء بن شرطيوة: كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة. مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص. جامعة قسنطينة. كلية الحقوق و العلوم الإنسانية. قسنطينة. 2008-2009.

04- الصادق قرقوي: التعسف في استعمال الحق. دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري. بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العقد و المسؤولية - جامعة عنابة. معهد العلوم القانونية و الإدارية. نوفمبر 1989.

05- الطيب يعقوب: قاعدة لا ضرر و لا ضرار و تطبيقاتها في الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري - الشفعة انموذجا- بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية - في الشريعة و القانون. جامعة الحاج لخضر - كلية العلوم الإجتماعية و الإسلامية - باتنة. 2008 - 2009.

06 - الضيف كيفاجي: الشفعة - دراسة مقارنة - بين الشريعة و القانون الجزائري. مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون. جامعة الامير عبد القادر. كلية الشريعة. قسنطينة. 1998 - 1999.

❖ المقالات العلمية:

- 01- أحمد دغيش: نظام الشفعة بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة في القانون الجزائري. المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية. كلية الحقوق. جامعة مولود معمري. تيزي وزو. الجزائر. العدد رقم 01. سنة 2009.
- 02 - جميلة جبار: نظام الشفعة في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة بين القانون المدني و التشريعات الخاصة. مجلة المحكمة العليا. عدد خاص. طبعة 2010. الجزء 03.
- 03 - مصطفى لعروم: الشفعة في القانون المدني. مجلة الموثق. الجزائر. عدد 06. عدد 07، عدد 08، لسنة 1999.

❖ قرارات المحكمة العليا:

- 01 - القرار رقم:155181، المؤرخ في: 18 نوفمبر 1997، نشرة القضاة، 1999 العدد 54.
- 02 - القرار رقم: 181039، المؤرخ في: 09 فيفري 1999، المجلة القضائية، 1999، العدد 01.
- 03 - القرار رقم 198458، المؤرخ في: 26 أبريل 2000، مجلة القضاة. 2000، العدد 02.

04 - القرار رقم 179321، المؤرخ في: 25 مارس 1998، القانون المدني - في ضوء الممارسة القضائية - طبعة جديدة مصححة و منقحة 2010-2011.

05 - القرار رقم: 256626، المؤرخ في: 25 فيفري 2004، النص الكامل للقانون المدني و تعديلاته مدعم بالنصوص التكميلية و الاجتهاد القضائي. طبعة خاصة. بيرتي للنشر. الجزائر. طبعة 2010.

06 . القرار رقم 150100، المؤرخ في: 19 نوفمبر 1997، أحمد لعور. نبيل صقر: موسوعة الفكر القانوني. القانون المدني نصا و تطبيقا - طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07 - 05 دار الهدى. الجزائر. دون طبعة.

07 - القرار رقم: 155181، المؤرخ في: 18 نوفمبر 1997، نشرة القضاة، 1999، العدد 54.

08 . القرار رقم: 181039، المؤرخ في: 09 فيفري 1999، المجلة القضائية، 1999، العدد 01.

09 - القرار رقم: 155181، المؤرخ في: 18 نوفمبر 1997، نشرة القضاة، 1997، العدد 54.

10 - القرار رقم: 130337، المؤرخ في: 10 جانفي 1995، المجلة القضائية، 1995، العدد 01.

11 - القرار رقم: 101371، المؤرخ في: جوان 1992، المجلة القضائية، 1993، حمدي باشا عمر: القضاء العقاري.

12 - القرار رقم: 196675، المؤرخ في: 29 مارس 2000، جمال سايس: الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الأول.

13- القرار رقم: 402638، المؤرخ في: 09 ماي 2007، المجلة القضائية، 2008،
العدد 01.

14. القرار رقم: 194838، المؤرخ في: 31 ماي 2000، جمال سايس. الملكية العقارية
في الاجتهاد القضائي الجزائري. الجزء الأول.

15- القرار رقم: 543584 ، المؤرخ في: 08 جويلية 2009، جمال سايس. الاجتهاد
القضائي في القضاء العقاري، منشورات كليك، الجزائر، طبعة 2013، الجزء الثاني.

16. القرار رقم: 1984458، المؤرخ في: 26 افريل 2000، المجلة القضائية، 2000،
العدد 01.

17 - القرار رقم: 179136، المؤرخ في: 25 مارس 1998، جمال سايس : الملكية
العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الأول.

18 - القرار رقم: 58388، المؤرخ في: 25 ديسمبر 1988، أحمد خالدي.

19. القرار رقم 15794، المؤرخ في: 11 نوفمبر 1997، نشرة القضاة، 1997، العدد 54.

20 - القرار رقم: 130145، المؤرخ في: 12 جويلية 1995، عبد العزيز راجح حسن.

21 - القرار رقم: 33030، المؤرخ في : 02 جانفي 1985، حمدي باشا عمر.

22 - القرار رقمه غير موجود، المؤرخ في: 17 اكتوبر 1985، حمدي باشا عمر: القضاء
العقاري.

23 - القرار رقم : 698546، المؤرخ في: 09 فيفري 2012، مجلة المحكمة العليا،
2012، العدد 02.

24 - القرار رقم : 64331، المؤرخ في: 30 أفريل 1994، المجلة القضائية، 1991،
العدد 02.

- 25 - القرار رقم : 44804، المؤرخ في: 23 فيفري 1987، القانون المدني في ضوء
الممارسة القضائية، طبعة جديدة و منقحة، منشورات بيرتي، 2010.
- 26 - القرار رقم: 64331، المؤرخ في: 30 أبريل 1990، المجلة القضائية، 1991، العدد
02.
- 27 - القرار رقم : 130337، المؤرخ في: 10 جانفي 1995، المجلة القضائية، 1995،
العدد 01.
- 28 - القرار رقم : 64331، المؤرخ في: 30 افريل 1984، المجلة القضائية، 1995،
العدد 01.
- 29 - القرار رقم : 34707، المؤرخ في: 26 جوان 1985، المجلة القضائية، 1995،
العدد 01.
- 30- القرار رقم: 194391، الصادر في: 31 افريل 2000، القانون المدني في ضوء
الممارسة القضائية، طبعة جديدة و منقحة، منشورات بيرتي. الجزائر، دون طبعة، سنة
النشر: 2010 - 2011.
- 31 - القرار رقم : 194437، المؤرخ في: 26 أبريل 2000، المجلة القضائية، 2000،
عدد 01.
- 32 - القرار رقم : 76678، المؤرخ في: 24 ديسمبر 1991، المجلة القضائية، 1993،
عدد 01.
- 33 - القرار رقم : 130337، المؤرخ في: 10 جانفي 1995، المجلة القضائية، 1995،
العدد 01.
- 34- القرار رقم : 617998، المؤرخ في: 16 سبتمبر 2010، مجلة المحكمة العليا،
2010، العدد 02.

35 - القرار رقم : 186433، المؤرخ في: 16 جوان 1999، المجلة القضائية، 1999،
العدد 02.

36 - القرار رقم : 194437، المؤرخ في: 26 أبريل 2000، جمال سايس: الاجتهاد
الجزائري في القضاء العقاري. الجزء الأول.

37 - القرار رقم : 0783143، المؤرخ في: 11 جويلية 2013، مجلة المحكمة العليا،
2014، العدد 01.

38 - القرار رقم : 186433، المؤرخ في: 16 جوان 1999، المجلة القضائية، 1999، العدد
02.

39- القرار رقم : 30840، المؤرخ في: 07 فيفري 1994، المجلة القضائية، 1994، العدد
02.

40. القرار رقم : 33798، المؤرخ في: 09 جانفي 1985، المجلة القضائية، 1989، العدد
04.

الفهرس

01.....	مقدمة
06.....	الفصل الأول: مفهوم الشفعة و شروطها. المبحث
07.....	الأول: تعريف الشفعة و خصائصها.
07.....	المطلب الأول: تعريف الشفعة و طبيعتها القانونية.
08.....	الفرع الأول: تعريف الشفعة.
09.....	أولاً: تعريف الشفعة لغة.
12.....	ثانياً: تعريف الشفعة اصطلاحاً.
15.....	أ - تعريف الشفعة بأنها حق.
16	ب - تعريف الشفعة بأنها رخصة.
18.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة.
19.....	أولاً - الشفعة حق عيني.

- 18.....ثانيا. الشفعة حق شخصي.
- 19.....ثالثا . الشفعة حق عيني شخصي.
- 20.....رابعا: الشفعة رخصة.
- 26.....المطلب الثاني: خصائص الشفعة.
- 27.....الفرع الأول: ورود الشفعة على العقار.
- 33.....الفرع الثاني: عدم قابلية الشفعة للتجزئة.
- 38.....أولا: تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع.
- 39.....ثانيا: تعدد العقارات المباعة مع وحدة المشتري.
- 40.....أ -توافر شروط الأخذ بالشفعة في العقارات جميعا.
- 41.....ب -توافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر.
- 43.....الفرع الثالث: اتصال الشفعة بشخص الشفيع.
- 1- عدم جواز استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع عن طريق الدعوى غير المباشرة.....44
- 2- عدم انتقال الشفعة بالحوالة من الشفيع الى الغير.....44
- 3 - جواز تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة.....45
- 4 - عدم جواز انتقال حق الشفعة إلى الورثة.....48
- أ -انتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع.....49
- ب-عدم انتقال حق الشفعة الى ورثة الشفيع.....51
- 54.....المبحث الثاني: شروط الشفعة

- 55.....المطلب الأول: بيع عقار.
- 55.....الفرع الأول: بيع عقار تجوز فيه بالشفعة.
- 55.....أولا - وجود عقار.
- 56.....ثانيا- أن يكون التصرف في العقار بيعا.
- 57.....1 - عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا.
- 58.....2 - عقد البيع الصوري.
- 59.....3 - عقد المقايضة.
- 60.....4- الوعد بالبيع.
- 62.....أ- البيع القابل للإبطال.
- 63.....ب - عقد البيع المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ.
- 64.....ج - البيع غير المشهر.
- 66.....الفرض الأول: يبيع المشتري الأول العقار قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الشفعة.
- الفرض الثاني: أن يبيع المشتري الأول العقار بعد أن يعلن الشفيع عن رغبته في الشفعة في البيع الأول.
- 67.....
- 68.....الفرع الثاني: بيع عقار لا تجوز فيه الشفعة.
- 69.....أولا - بيع العقار بالمزاد العلني.
- ثانيا- بيع العقار بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
- 70.....
- 1- بيع العقار بين الأصول و الفروع.
- 70.....

- 2- بيع العقار بين الزوجين.....70.....
- 3- بيع العقار بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة.....71.....
- 4- بيع العقار بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.....71.....
- ثالثا: بيع العقار لجعله محل عبادة أو لإلحاقه بمحل العبادة.....72.....
- المطلب الثاني: وجود الشفيع.....74.....
- الفرع الأول: صفة الشفيع و شروطه.....75.....
- أولا - صفة الشفيع.....75.....
- 1- مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.....76.....
- الفرض الأول.....76.....
- الفرض الثاني.....77.....
- الفرض الثالث.....77.....
- الفرض الرابع.....78.....
- 2- الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع الى أجنبي.....79.....
- 3- صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.....83.....
- الفرض الأول.....83.....
- الفرض الثاني.....83.....
- الفرض الثالث.....84.....
- ثانيا: شروط الشفيع.....88.....

94.....	الفرع الثاني: تعدد الشفعاء.
94.....	الفرض الأول: تزامم الشفعاء من طبقة واحدة.
97.....	الفرض الثاني: تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة.
97.....	الفرض الثالث: تزامم الشفعاء مع المشتري الشفيع مثلهم.
98.....	1- تزامم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقتة.
98.....	2- تزامم المشتري مع شفعاء من نفس طبقتة.
99.....	3- تزامم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقتة.
101.....	الفصل الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة و آثارها.
102.....	المبحث الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة.
102.....	المطلب الأول: إعلان الشفيع رغبتة في الأخذ بالشفعة.
103.....	الفرع الأول: إعلان الشفيع رغبتة في الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني.
104.....	أولا- ميعاد إعلان الرغبة في حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع.
107.....	أ- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.
107.....	ب - بيان الثمن و المصاريف الرسمية اللازمة لبيع العقار.
108.....	ج - بيان شروط البيع.
108.....	د - بيان اسم و لقب و مهنة و موطن البائع و المشتري.
109.....	هـ - بيان الأجل للإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة.
112.....	ثانيا- ميعاد إعلان الرغبة في حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع.

- 116.....الفرع الثاني: إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الشكل الرسمي.....
- 121.....الفرع الثالث:إشهار الإعلان عن رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة.....
- المطلب الثاني: إيداع الثمن و رفع دعوى الشفعة و صدور حكم بثبوت الحق فيها.....
- 124.....
- الفرع الأول: إيداع الثمن لدى الموثق.....
- 125.....
- أولا - الثمن الواجب إيداعه.....
- 125.....
- ثانيا. مكان إيداع الثمن و ميعاده.....
- 129.....
- الفرع الثاني: رفع دعوى الشفعة.....
- 131.....
- أولا - الخصوم في دعوى الشفعة.....
- 132.....
- ثانيا - المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.....
- 135.....
- ثالثا - ميعاد رفع دعوى الشفعة.....
- 137.....
- الفرع الثالث: صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة.....
- 139.....
- المبحث الثاني: آثار الشفعة.....
- 143.....
- المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع.....
- 144.....
- الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور حكم نهائي بثبوت الحق في الشفعة.....
- 145.....
- الفرع الثاني: حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.....
- 147.....
- المطلب الثاني:علاقة الشفيع بالبائع و بالمشتري و بالغير.....
- 149.....

149.....	الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع.
150.....	أولاً: إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع.
150.....	الفرض الأول.
150.....	الفرض الثاني.
151.....	ثانياً: التزم البائع بتسليم العقار إلى الشفيع.
152.....	ثالثاً: إلتزام البائع بالضمان.
153.....	رابعاً: إلتزام الشفيع بدفع الثمن.
154.....	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.
155.....	أولاً: حقوق و التزمات المشتري في مواجهة الشفيع.
155.....	1- حق المشتري في إسترداد الثمن و المصروفات من الشفيع.
158.....	2- إلتزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع.
158.....	ثانياً: حقوق الشفيع في مواجهة المشتري.
158.....	- استحقاق الشفيع لثمار العقار.
160.....	الحالة الأولى.
160.....	الحالة الثانية.
160.....	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير.
	• مصير التصرفات و الحقوق الواردة على العقار المشفوع فيه قبل شهر الإعلان
161.....	عن الرغبة.

164.....خاتمة

169.....قائمة المراجع