

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم السياسية

تقرير تربص لنيل شهادة الماستر في
الحقوق

تخصص: إدارة عامة



الشفعة في القانون الجزائري

• تحت إشراف الأستاذ

بن عودة يوسف

• من إعداد الطالبة

حمدود خولة

السنة الجامعية: 2019/2018

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من أنزل في حقها الرحمان
قوله بعد بسم الله الرحمن الرحيم



وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحسانا



إلى من جعل الله تحت أقدامها الجنة، منبع الحب والعطف و الرحمة والتضحية
إلى من سقتني دفاء حنانها وعطفها، التي علمتني منح الحب والتسامح

أمي الحبيبة

إلى أغلى شخص في حياتي، غلى صاحب القلب الطيب
ومصدر سعادتي ونجاحي، رمز العطاء والمحبة

أبي العزيز

إلى كل من دعمني بالقوة والعزيمة
أصدقائي

إلى كل من يحملهم قلبي ولا تحملهم هذه الورقة

شكر وتقدير

قال الرسول صل الله عليه وسلم من لا يشكر الناس لا يشكر الله

فنتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف السيد بن عودة يوسف الذي احتضن هذا البحث بفكرة بسيطة حتى استوى قائما بحثا متواضعا

كما نشكر جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وخاصة أساتذة تخصص إدارة عامة

ولا ننسى تقديم خالص الشكر لكل من ألف بإسهاب حول موضوع الشفعة في القانون الجزائري

وأخيرا فإن وفقت هذه المذكرة وحوت في طياتها على إيجابيات النجاح، فهي منسوبة لجميع من سعى وأعاننا في إنجازها على هذه الصورة

سائلين المولى عز وجل التوفيق لما فيه خير لنا في الدنيا والآخرة

قائمة المختصرات

➤ ق.م: القانون المدني.

➤ ص: صفحة.

➤ ط: الطبعة.

➤ م: المادة.

مقدمة

الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، وهي تكتسب بأسباب معينة تناولها المشرع الجزائي ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني، تحت عنوان "طرق اكتساب الملكية" والتي تضم كلا من الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق بالعقار العقد، الشفعة والحيازة¹.

والشفعة بهذا الوصف، استمدت أحكامها أساسا من الشريعة الإسلامية، وهي قائمة على فكرة دفع الضرر عن الشفيع المتصل حقه بالعقار المبيع، وتبرر على أساس تفضيل القريب على الغريب، أي تفضيل من قامت له صلة بالعقار المبيع على الغريب الذي لم تكن له هذه الصلة أو من كانت له بالعقار صلة أدنى من صلة الشفيع. وبالرغم مما تحققه الشفعة من فوائد لا سيما تجميع ما تفرق من عناصر الملكية والقضاء على وضع الشيوخ غير المرغوب فيه، إلا أنها تبقى قيда على حرية التعاقد والتصرف وحق الملكية على السواء. فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر غير الذي أراد البيع له، كما يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك في انعقاده.

وقد كان لهذه الطبيعة انعكاسا كبيرا على أحكام الشفعة، فأحاطها المشرع بمجموعة من القيود الموضوعية والإجرائية، كما حدد الجزاءات المترتبة على مخالفتها.

وعلى ذلك كان اختيارنا لموضوع الشفعة، الذي يكتسي أهمية بالغة تستحق الدراسة سواء من الناحية النظرية أو العملية، نظرا لموقعها ضمن أسباب كسب الملكية، واتصالها بالعقار الذي يعتبر عصب المعاملات بين الأفراد. أضف إلى ذلك جملة القواعد الموضوعية

1- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص55.

والإجرائية المنظمة للشفعة والتي تستوجب الوقوف عندها بالتحليل والتعليق، وذلك نظرا للجزاءات المقررة من قبل المشرع في حالة مخالفتها .

إن بحثنا هذا ونظرا لاتساعه وتشعبه، فإنه يطرح عدة إشكاليات هامة تفرض نفسها على رجل القانون بصفة عامة، والقاضي على وجه الخصوص، إلا أننا فضلنا حصر الإشكالية موضوع البحث في الجانب الإجرائي للشفعة نظرا لتركز جل المنازعات ذات الصلة بهذا الجانب، وذلك على النحو التالي :

ماهية الشفعة؟ وما هي الإجراءات الواجب اتباعها عند الأخذ بها؟ وما هو الجزاء الذي يمكن أن يترتب جراء تخلف أحد هذه الإجراءات؟

وبناء عليه، ارتأينا أن تكون الدراسة وفق منهج وصفي وتحليلي، كوننا سنقوم بتسليط الضوء على النصوص القانونية المنظمة لموضوع الشفعة والمنصوص على أحكامها في القانون المدني وفي نصوص قانونية أخرى، مع إقحام ما تضمنته الشريعة الإسلامية من أحكام في هذا المجال .

فسنتطرق في بداية بحثنا من خلال الفصل الأول إلى مفهوم الشفعة ونتناول في المبحث الأول تعريف الشفعة والحكمة منها، بالإضافة إلى تكييفها وتحديد خصائصها وذلك في مطلبين على التوالي.

كما سنتطرق وبالتفصيل في المبحث الثاني إلى شروط الأخذ بالشفعة سواء كانت متعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشيء المشفوع فيه هذا كله في المطلب الأول، أو تلك المتعلقة بالشفيع، وذلك في المطلب الثاني .

أما الفصل الثاني فبيننا أهم الإجراءات الواجب مراعاتها عند الأخذ بالشفعة من خلال المبحث الأول، سواء تعلق الأمر بإعلان الرغبة في

الشفعة أو بإيداع الثمن والمصاريف أو برفع دعوى الشفعة وذلك في مطالبين مع الإشارة إلى الجزاء الذي يمكن أن يترتب جراء تخلف إجراء من هذه الإجراءات. لنصل في الأخير من خلال المبحث الثاني إلى تحديد أهم الآثار التي يمكن أن تترتب عند الأخذ بالشفعة والمتمثلة أساسا في حلول الشفيع محل المشتري، مع تبيان أهم ما ينتج عن هذا الحل وذلك في مطلبين.

مقدمة الفصل الأول

يعرف القانون المدني الجزائري الشفعة بأنها «رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»¹، يتبين أن الأخذ بالشفعة يتحقق بوجود أمرين ، أولهما يتعلق بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشيء المشفوع فيه وثانيا يتعلق بوجود شفيع .

إلا أنه قبل التطرق إلى مختلف الجوانب المتعلقة بنظام الشفعة والخوض في أحكامها لا بد من الوقوف أولا على مفهوم الشفعة.

وعلى إثر ذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

تناولنا في المبحث الأول مفهوم الشفعة بينما تطرقنا في المبحث الثاني

لشروط الشفعة.

¹- المادة 794 من القانون 10/05 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم.

المبحث الأول: مفهوم الشفعة

إذا بيع العقار وقام سبب يجعل القانون بموجبه لشخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري فيكون لمن تحقق به هذا السبب - إذا أراد - استبعاد المشتري والحلول في البيع محله، فيقال إن له أخذ العقار المبيع بالشفعة .

وقبل التطرق إلى مختلف الجوانب المتعلقة بنظام الشفعة والخوض في أحكامها، لا بد من الوقوف أولاً على تعريف الشفعة والحكمة منها بالإضافة إلى تكييفها وتمييزها عن أهم الأنظمة المشابهة لها مع الإشارة إلى أهم خصائصها. ونتعرض لهذا كله في المطالب الآتية :

تناولنا في المطالب الأول تعريف الشفعة بينما تطرقنا في المطالب الثاني لخصائصها.

المطلب الأول: تعريف الشفعة

الشفعة لغة هي الضم والزيادة وهي مشتقة من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم شيء إلى شيء وهي أيضاً مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه فالشفيع يشفع ماله بها فيضم إليه مال غيره ويزيده¹.

فمثلاً إذا باع أحد الشريكين في الشيوع حصته في عقار لغير شريكه الآخر فيه، جاز للشريك أن يظهر رغبته في أخذ هذه الحصة بالشفعة باعتباره شريكاً في الشيوع ليحل محل المشتري في تملكها إذا وفى بما دفعه المشتري فيها².

ويسمى الأخذ بالشفعة " الشفيع "، ويسمى المشتري " المشفوع منه "، ويسمى العقار المبيع "العقار المشفوع أو المشفوع منه"، ويسمى عقار الشفيع أو حقه الذي يشفع بموجبه " العقار أو الحق المشفوع به" وبذلك يكون الشفيع في مركز قانوني يعطيه نتيجة قيام سبب من الأسباب التي يعتد بها القانون - أفضلية على المشتري المشفوع منه³، بحيث يكون له - إذا أراد - استبعاده والحلول محله في بيع العقار المشفوع فيه

1 - عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص188.
2 - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص151.
3 - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994، ص515

وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري بقوله في نص المادة 794 ق.م أن " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد الآتية".

فالشفعة إذن قدرة أو سلطة تخول من يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك، وهذا الحلول حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة، نتيجة هذا الحلول إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبرا على المشتري . وقد استمدت أحكام الشفعة من الفقه الإسلامي، فهي مباحة عند جمهور الفقهاء للأدلة الآتية¹.

الفرع الأول: تعريف الشفعة في الشريعة الإسلامية

أولا : في السنة والإجماع

فعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وعن جابر أيضا قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة² وحائط، لا يحل له أن يبيع حتى يأذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به. وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضيين والدور.

قال ابن المنذر وهو من كبار العلماء المحدثين عن الإمام مالك أن أهل العلم أجمعوا على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار. ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس، وأنها أمر استثنائي وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه إلى غيره إلا بطيب نفسه ورضاه، وفي الشفعة يملك العقار جبرا عن صاحبه، وهو المشتري، إذ بمقتضى عقد البيع صار هو المالك ومع ذلك ينزع ملكه جبرا عنه، ومن جهة أخرى، فإن في تقرير مبدأ الشفعة إضرارا بالمالك

1- الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص150.

2- يقصد بالربع والرابعة المنزل الذي يربع به الإنسان ويتوطنه.

الأصلي وهو البائع، لأنه إذا علم الراغبون في الشراء أنهم إذا اشتروا نزع ملكهم منهم، لا يقدمون على الشراء، فإذا كان البائع مضطراً للبيع، كان بين حالين : إما احتمال الضرر النازل به الذي يضطره للبيع وذلك أذى لا ريب فيه، وإما الترغيب في المبيع الذي أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس فيه غبن فاحش عليه ولكن قد أضطر إليه¹.

ثانياً: الحكمة من الشفعة

قام نظام الشفعة منذ أن استقر تطبيقه في الشريعة الإسلامية على فكرة دفع الضرر عن الشفيع، المتصل حقه بالعقار المبيع، الذي قد يأتي من المشتري لهذا العقار الذي لا تكون له في الأصل صلة بهذا العقار فالشريك قد يتضرر من دخول أجنبي أو غريب عن الشركاء إذا باعه أحد الشركاء حصة في العقار الشائع وبذلك تبرر الشفعة على أساس تفضيل القريب على الغريب، أي تفضيل من قامت له صلة بالعقار المبيع على الغريب الذي لم تكن له هذه الصلة أو من كانت له بالعقار صلة أدنى من صلة الشفيع .

إلا أنه ورغم كل هذا، فإن نظام الشفعة يبقى نظاماً استثنائياً² يمس حرية التعاقد وحق التصرف وحقوق المشتري وحق الملكية على السواء، بما يعنيه من إحلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره البائع وبما ينتهي إليه من أخذ الشفيع للعقار جبراً على المشتري، ولذلك ينبغي التضييق من نطاق هذا النظام والتشدد في شروطه وإجراءاته، ويدخل كل ذلك في مسؤولية المشرع، كما ينبغي عدم التوسع في تفسير أحكامه، وهذه مسؤولية القضاء

غير أن المآخذ على نظام الشفعة لا تحجب ما تحققه الشفعة من فوائد في بعض الصور حيث تكون هي الوسيلة لتجميع ما تفرق من عناصر الملكية، أو للقضاء على وضع الشيوخ غير المرغوب فيه أو حتى لتقليل عدد الشركاء³.

1 - الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص151.

2 - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص6

3 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص517.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني للشفعة

ثار في الفقه جدل عنيف حول تكييف الشفعة، وقد احتدم الخلاف أشد ما يكون بين القائلين بعينية الشفعة والقائلين بشخصيتها. فالأولون كانوا يؤكدون أن الشفعة حق عيني لأنه يتولد من حق ملكية العقار المشفوع به، وينصب على العقار المشفوع فيه، أما الآخرون فكانوا يعتبرون الشفعة حقا شخصيا ولكن مع حمل هذا الوصف على معنى الحق المتصل بشخص الشفيع لا على معنى حق الدائنية.

وفي هذا الصدد فإنه لا يمكن التسليم باعتبار الشفعة حقا عينيا للشفيع، إذ أن الحق العيني يعبر عن رابطة تخول لصاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي، وليس في الأخذ بالشفعة ما يخول الشفيع أي تسلط مباشر على العقار المبيع المشفوع فيه، وإنما يخوله - بالإرادة المنفردة- سلطة استبعاد المشتري والحلول محله في بيع هذا العقار، أما القول باعتبار الشفعة حقا شخصيا بمعنى اتصالها بشخص الشفيع، فلا يفصل في مسألة تكييف الشفعة بقدر ما يبين خاصية من خصائصها¹

وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى اعتبارها من الحقوق الإرادية، معتمدين في تكييف الشفعة على تحديد المحل الذي ينصب عليه التأصيل، فإذا كانت الشفعة تتركب في الأصل من عناصر ثلاثة هي قيام سبب من أسباب الأخذ بالشفعة، وحصول بيع العقار المشفوع فيه، ثم إرادة الشفيع الأخذ بالشفعة فينبغي مع ذلك التمييز بين هذه العناصر من حيث دورها، فمجرد قيام سبب من أسباب الشفعة لا يوجد أي حق لمن قام به السبب طالما لم يحصل بعد بيع العقار المشفوع فيه، وقيام السبب ثم حصول البيع يفتح خيارا لمن قام به السبب للأخذ بالشفعة². ولا تقوم الشفعة إلا باستعمال هذا الخيار، ويتحقق هذا الاستعمال بإرادة الشفيع الأخذ بالشفعة وإعلانه هذه الإرادة، فالشفعة إذن إذا كانت تتركب من العناصر الثلاثة في الأصل والأساس، إلا أنها تتركز في استعمالها في إرادة الشفيع الأخذ بالشفعة، فهذه الإرادة هي العنصر الجوهرية الذي ينبغي التركيز عليه، رغم أن هذه

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص526.

2- حسن كيرة، نفس المرجع، ص528.

الإرادة إنما وجدت نتيجة اجتماع العنصرين الآخرين فدورهما هو دور الممهد لإرادة الشفيع في تحقيق الشفعة .

وعلى ذلك فإن الحق الثابت للشفيع بموجب هذه السلطة الإرادية الاستثنائية يدخل ضمن طائفة الحقوق الإرادية التي تخول لأصحابها بإرادتهم المنفردة سلطة التأثير في علاقات أو مراكز قانونية قائمة من قبل بتغييرها أو بإنهائها أو بإنشاء غيرها، وهذه الحقوق الإرادية تتميز عن الحقوق المدنية الأخرى وبخاصة عن الحقوق العينية وعن الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية، فهي لا تنصب مباشرة على شيء مادي كما هو الشأن في الحق العيني، وليس فيها اقتضاء أداء معين كما هو الشأن في حق الدائنية وإنما ترد على علاقة قانونية قائمة من قبل بالتأثير فيها بالإرادة المنفردة .

وتتميز هذه الطائفة من الحقوق التي تضم الشفعة، بأنها تتلشى باستعمالها وإحداث الأثر القانوني المخول للإرادة المنفردة إحداثه، وهي غير مشروطة وغير قابلة للتجزئة كما أنها كذلك نهائية وملزمة لمن أصدر الإرادة المنفردة بحيث لا يملك بعد إعلانها الرجوع عنها بإرادته المنفردة¹

إلى جانب جميع الآراء الفقهية السابقة، هنالك اتجاه يرى في الشفعة أنها رخصة وليست حقا، لأنها مجرد رأي و مشيئة، إذ يعتبر أنصار هذا الرأي² أن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية ولا يوصف السبب بأنه حق. وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري بنصه في المادة 794 ق.م على أن: "الشفعة رخصة تجيز الحلول في بيع العقار محل المشتري..."³

والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة اقترن فيها الشيوخ أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فهذه الوقائع

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص533.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع-أسباب كسب الملكية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 3، 2000، ص447.

3 - المادة 794 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية.

إلى جانب ذلك فإن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة فمن وجه إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب، فهو بهذا القبول قد تعاقد مع الموجب، فكسب بالعقد حقا شخصيا، فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه فاستطاع- بإرادته المنفردة - وهي قبول هذا الإيجاب أن يكسب الحق. فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تتهيأ أسبابه للشفيع فيكون شريكا مشتاعا في العقار أو مالكا للعقار وتباع حصة شائعة في العقار مثلا، وهنا ينشأ المركز القانوني ويكون للشفيع رخصة في أن يمتلك العقار المشفوع. فالرخصة تتولد بقيام هذا المركز القانوني وهي تخول للشفيع الحق في أن يمتلك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة.

فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تتهيأ أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة فيكون للشفيع، ليس حق الملك، بل الحق في أن يمتلك، فإذا أعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة وهذه إرادة منفردة أي تصرف قانوني صادر من جانب واحد تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ويتحول حقه في أن يمتلك هذا العقار إلى حقه في ملكيته، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري¹.

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص451.

المطلب الثاني: خصائص الشفعة

إن من أهم خصائص الشفعة ومميزاتها أنها غير قابلة للتجزئة وأنها متصلة بشخص الشفيع وأنها لا ترد إلا على العقارات¹ و ننترق لهذه الخصائص تباعا كالاتي

الفرع الأول: عدم قابلية الشفعة للتجزئة

استقر الفقه الإسلامي على مبدأ هام هو مبدأ عدم التجزئة في استعمال الشفعة والمقصود به أنه إذا توافر سبب الأخذ بالشفعة فينبغي استعماله بما لا يلحق الضرر بالمشتري بتفريق الصفقة عليه، بحيث تجب الشفعة في البيع بأكمله طالما كان يمثل صفقة واحدة وكان سبب الشفعة متوافرا في شأنه كله.

وفي تطبيق مبدأ عدم التجزئة في الشفعة، يستوجب الاعتداد بجملة من الاعتبارات أهمها:²

- يرتهن مبدأ عدم التجزئة بوجود صفقة واحدة متكاملة وغير متفرقة يخشى من أن يؤدي الأخذ بالشفعة فيها إلى تفريقها على المشتري، وبذلك يستبعد من نطاق هذا المبدأ وجود صفقات متفرقة ولو جمعها عقد واحد، إذ مع تفرقها الأصلي لا حرج من الشفعة في بعضها دون البعض.

- ينبغي ألا يؤدي إعمال مبدأ عدم التجزئة إلى إجبار الشفيع على أخذ مالا شفعة له فيه، فهذا المبدأ يفترض الالتزام في الشفعة بالحدود التي قررها المشرع لها ولكن مع مراعاة عدم تفريق الصفقة على المشتري.

- ليس من شأن إعمال مبدأ عدم التجزئة حرمان الشفيع في الأصل من الشفعة طالما التزم في شفيعته بحدودها المقررة، ومع ذلك ينبغي ألا ينجم عن استعمال الشفعة إلحاق ضرر فاحش أو جسيم بالمشتري.

- أن مبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر لمصلحة المشتري، والأمر متروك له في تقرير مصلحته، بحيث يكون له التمسك به إذا شاء، وإذا لم يتمسك به فيؤدي الأخذ بالشفعة بالتالي إلى التجزئة وتفريق الصفقة على المشتري.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص155.

2- حسن كيرة، المرجع السابق، ص597.

- إذا كان من شأن الأخذ بالشفعة تجزئة المبيع، وخاصة إذا شفع الشفيع في بعض العقارات المبيعة دون البعض الآخر الذي لا شفعة له فيه، فليس ثمة ما يمنع من التراخي بين الشفيع والمشتري على أخذ الشفيع كل العقارات المبيعة، وفي هذه الحالة يكون أخذ العقارات الأولى منها بالشفعة وأخذ العقارات الأخرى بالتراخي.

وفي ضوء الاعتبارات السابقة، نورد أهم التطبيقات التي يثور فيها إعمال مبدأ عدم التجزئة في الشفعة فيما يلي:¹

1. إذا بيع عقار واحد لمشتري واحد، فليس لمن قام به سبب الشفعة أخذ بعض العقار دون بعض إذ أن تفريق الصفقة على المشتري واضح ولا مبرر له، فلا يكون له إلا الشفعة في العقار بتمامه.

وكذلك إذا بيع عقار لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز مستقل، فللشفيع الأخذ بالشفعة في جزء أو أكثر من الأجزاء المفرزة طالما يتوافر له فيها سبب الشفعة، دون الأجزاء الأخرى التي لا يتوافر له فيها هذا السبب إذ يتعلق الأمر بصفقات متعددة ومتفرقة منذ البداية.

أما إذا بيع العقار لمشتريين متعددين لكل منهم حصة شائعة فيه، فيتعين في هذه الحالة الأخذ بما كان يراه الفقه الإسلامي من جواز الشفعة في حصة أحد المشتريين، وكذلك الشأن إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار لعدة مشتريين، فيجوز الأخذ بالشفعة في نصيب أحد المشتريين دون أنصبة الآخرين.

2. إذا بيعت عقارات متعددة لمشتري واحد وكانت متصلة أو منفصلة ولا تجمعها وحدة متكاملة فيتعلق الأمر في حقيقته بصفقات متعددة، بحيث يجوز الأخذ بالشفعة في بعض هذه العقارات دون البعض الآخر طالما يتوافر سبب الشفعة فيما يؤخذ منها.

ولكن قد تكون العقارات المبيعة متصلة أو منفصلة وتمثل في الحالتين وحدة متكاملة ففي هذه الحالة يتعلق الأمر بصفقة واحدة متكاملة، بحيث لا يجوز الشفعة فيها إلا بتمامها دون تجزئة إذا كان سبب الشفعة متوافر فيها جميعاً، أما إذا توافر سبب الشفعة في بعضها دون البعض، فالأصل هو الأخذ بالشفعة في العقارات التي يتحقق فيها سبب الشفعة دون

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 156.

العقارات التي يتخلف فيها هذا السبب، مما يعني تجزئة العقارات المباعة وللمشتري إذا رأى في هذه التجزئة إلحاق ضرر جسيم به، أن يتمسك بوجود أخذ الشفيع لكل العقارات ما توافر في شأنها شروط الأخذ بالشفعة و ما لا يتوافر منها، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري وللشفيع عندئذ الخيار بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل.

3. و في حالة تعدد الشفعاء، فالثابت في الشريعة الإسلامية أنه إذا تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أم من مراتب مختلفة، وسواء صدر الطلب من شفيع واحد أم أكثر، فيجب أن يطلب كل منهم أخذ العقار كله بالشفعة والسبب في ذلك عدم جواز تفرق الصفقة على المشتري، فيلحقه أبلغ الضرر.

وعلى ذلك إذا باع شريك حصته في عقار شائع، وطلب أحد شركائه فيه أن يأخذ من الحصة المباعة ما يتناسب مع حصته فيه فقط، ولم يطلب بقيته اعتماداً على أنها مطلوبة لغيره من الشركاء، فلا اعتبار لهذا الطلب ويسقط به حقه في الشفعة، وذلك لأن تركه المطالبة بالجزء الآخر مع احتمال ترك شركائه في الشفعة حقه فيه دليل رضاه بمشاركة المشتري، وبالتالي يسقط حقه في الشفعة، لأنها ما شرعت إلا لدفع الضرر من الشركة وقد رضي بها.

ويجب على كل شفيع في حالة التعدد أن يطلب العقار المباع كله بالشفعة وإلا سقط حقه فيها، فإذا حدث التعدد وطلب كل الشفعاء العقار المباع بكامله، فإنهم يأخذون العقار بالنسب التي ينص عليها القانون فلا تتفرق الصفقة على المشتري على أنه لا يجوز للمشتري إجبار الشفيع على أن يقتصر طلبه على مقدار نصيبه وذلك بدعوى أن عدم التجزئة مقررة لمصلحة المشتري، فالواقع أن هذا المبدأ يراعي كذلك مصلحة الشفيع من إخراج المشتري نهائياً من الصفقة¹.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص161.

الفرع الثاني: ورود الشفعة على العقارات

لا شفعة إلا في العقار، وذلك بصريح نص المشرع في تعريف الشفعة في نص المادة 794 ق.م وفي مختلف نصوصها الأخرى بحيث تختلف الشفعة من هذا الوجه عن الاسترداد الذي يكون في المنقول وفي المجموع من المال. ويتحدد العقار وفقا لمعناه في القانون المدني بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف" وهذا هو العقار بالطبيعة فتجوز الشفعة في بيعه إذا توافر سببها، سواء أكان هذا العقار أرضا أم أرضا عليها بناء بيع بمفرده دون الأرض. ولما كانت المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص وتعتبر من ملحقات العقارات الذي تخدمه فإن التصرف في هذا العقار يشملها في الأصل، ولذلك إذا بيع عقار وتوافر سبب الأخذ بالشفعة فيه، فتشمل الشفعة هذا العقار والعقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته أو استغلاله، ما لم تكن قد استبعدت من البيع، ولكن إذا فصلت عن العقار الذي تخدمه وبيعت على استقلال، فلا تجوز الشفعة فيها، إذ أنها بذلك تكون قد عادت لها صفتها المنقولة ولا شفعة في منقول.

ولا تجوز كذلك في بيع المنقولات بالمال، وهي العقارات بالطبيعة المعدة للفصل عن أصل ثباتها واستقرارها، إذ تعامل لذلك معاملة المنقول، ولا شفعة في منقول، ولذلك لا تجوز الشفعة في بيع بناء معد للهدم، إذ يرد البيع في الحقيقة على أنقاضه المتخلفة عن الهدم وهي منقولات¹.

الفرع الثالث: اتصال الشفعة بشخص الشفيع

إن الحكمة من الشفعة هي تضرر الشفيع من شريك جديد وهذا التضرر يترك تقديره للشفيع، فإن رأى تحققه طالب بالشفعة وإن رأى تخلفه أحجم عن هذا الطلب ولذلك

¹ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 596.

اعتبرت الشفعة قائمة على اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع. ويترتب على كون الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع النتائج التالية:¹

- عدم إمكان دائني الشفيع استعمال هذه الرخصة نيابة عنه، حتى ولو أدى عدم استعمالها ضياع فرصة أو صفقة رابحة. فنطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق دون الرخص، كما أنه لا يجوز للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

- أن الشفعة لا تنتقل بالحوالة، فلا يجوز للشفيع عندما تثبت له الشفعة أن يحيل حقه في الأخذ بها إلى الغير وذلك لأن الشفعة وطالما قد اتصلت بشخص الشفيع، فلا يجوز النزول عنها وبالتالي لا يجوز حوالتها. كما أن الشفعة قد تثبت للشفيع بسبب معين كالشركة مثلا، ولذلك لا يجوز منطوقا حوالتها منفصلة عن العقار الذي كان سببا لها، فهي تتبع العقار ولا تنفصل عنه، وتنتقل إلى من اتصلت إليه ملكية العقار المشفوع به .

- يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة وذلك ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 1/807 ق.م . والتنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا، فالتنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يتم شفاهة، ولكن على من يتمسك بحصول هذا التنازل إثباته طبقا للقواعد العامة للإثبات.

أما التنازل الضمني فيتحقق إذا صدر من الشفيع أي عمل يفيد نزوله عن حقه، كاستئجار الشفيع للعقار المبيع من المشتري ودفعه للأجرة إن كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع، أو أن يتصرف المشتري في العقار بالبيع إلى الغير في حضور الشفيع ومع شهادته في البيع .

والفرق بين التنازل الصريح والتنازل الضمني، هو أن التنازل الصريح يتحقق ويحدث أثره سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع ، أما التنازل الضمني فإنه لا يسقط حق الشفيع في الشفعة إلا إذا علم به.

ويصح التنازل صراحة أو ضمنا عن الحق في الأخذ بالشفعة حتى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة، كما يجوز للشفيع بعد أن يطلب الأخذ بالشفعة أن يتنازل عنها، ولا تتحقق

¹- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص163.

في جانبه مسؤولية إتجاه المشفوع منه كما يجوز للشفيع بعد أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، أن يعيد طلب الشفعة عند حدوث بيع جديد للعقار المشفوع فيه¹ هذا وقد يتحقق التنازل قبل ثبوت الحق في الشفعة، حيث نصت المادة 1/807 ق.م على أنه "لا يمارس حق الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع"، وذلك حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء. ويصح في هذا التنازل أن يكون صريحا، كتابة أم شفاهة كما يصح أن يكون ضمنيا بأن يسلك الشفيع مسلكا يفيد حتما هذا التنازل، كأن يتوسط بين البائع والمشتري في الصفقة.

• انتقال حق الأخذ بالشفعة إلى ورثة الشفيع²

اختلف الفقه الإسلامي حول هذه المسألة، فيذهب أبي حنيفة إلى أنه إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالتراضي أو بقضاء القاضي، تبطل الشفعة بموته، سواء مات قبل الطلب أو بعده، فلا ينتقل حقه فيها إلى ورثته. فحق الشفعة ليس بمال إنما هو إرادة ومشية، ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ قد بطل بموته، وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع إلى زمن الأخذ بالتراضي أو حكم القاضي، وملك الورثة جاء بعد البيع، فلم يوجد سبب وقت حصول البيع، ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه فلو باع حقه في الشفعة، بطل حقه لوجود الإعراض و لزم رد العوض . أما الشافعية والمالكية فيذهبون إلى عكس ما تقدم لأن حق الشفعة معتبر شرعا كحق الرد بخيار العيب.

ويفرق الحنابلة بين فرضين، فإن مات الشفيع قبل الطلب بها، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة، أما إذا طالب الشفيع بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة، لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده، وقبله يسقط³.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص166.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص488.

3- الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص163.

وفي غياب النص القانوني الصريح الذي يفصل في هذه المسألة ، فإن الراجح من الفقه يذهب إلى أن الشفعة لا تورث قبل المطالبة بها، أما إذا تمت هذه المطالبة وتوفي الشفيع، فإن حقه في الأخذ بالشفعة ينتقل إلى ورثته¹ للأسباب الآتية:

- أن المشرع عرف الشفعة بأنها رخصة والرخصة هي أكثر من الحرية ودون الحق، فهي مجرد رغبة ومشية، وبالتالي فلا يجوز القول بتوارث الرخص إذا ما ظلت في مرحلة الاختيار وهي في هذه المرحلة ليست بحق أو بمال ولذلك فإن التركة المنتقلة من الشفيع إلى ورثته لا تشملها، ولكن متى تجاوزت الرخصة حد الاختيار والإرادة وانتقلت إلى مرحلة الحسم، فعندئذ تتأكد وتنقلب إلى حق وهي لن تصل إلى هذه المرحلة الحاسمة إلا إذا طالب الشفيع بالشفعة، ومتى تحقق ذلك اعتبر صاحب حق ويمكن بالتالي أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته .

- أن من شروط الشفعة هو أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه، وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة ، و وارث الشفيع – إذا لم يكن الأخير قد طالب بالشفعة قبل وفاته – لم يكن مالكا للعقار وقت البيع، كما أنه لا يعد خلفا للمورث في حق لم يثبت لهذا الأخير بعد. أما إذا مات الشفيع بعد المطالبة بالشفعة، فإن وارثه وإن لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع، إلا أنه يعد خلفا للشفيع في حقه في الشفعة الذي تأكد بالمطالبة القانونية.

المبحث الثاني: شروط الشفعة

تعرف المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة بأنها «رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية». ومن هذا النص يتبين أن الأخذ بالشفعة يتحقق بوجود أمرين ، أولاهما يتعلق بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشياء المشفوع فيه وثانيها يتعلق بوجود شفيع .

¹- السنهوري، المرجع السابق ، ص458.

ونتعرض لهذين الأمرين في المطالب التالية:

تناولنا في المطلب الأول: للشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبمحلها. بينما تطرقنا في المطلب الثاني: للشروط المتعلقة بالشفيع.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبمحلها

يشترط لجواز الشفعة بمقتضى المادة 794ق.م أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعاً، كما يشترط أن يكون المبيع المشفوع فيه عقاراً. ومع ذلك، فترد على هذه القاعدة عدة استثناءات لا تجوز فيها الشفعة حتى مع وجود البيع العقاري .

وعليه سنتعرض للمبدأ والاستثناءات التي ترد عليه؛ وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: جواز الشفعة في حالة البيع العقاري، أما الفرع الثاني فتطرقنا إلى البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة (موانع الشفعة).

الفرع الأول: جواز الشفعة في حالة البيع العقاري

لكي يتحقق الأخذ بالشفعة لابد من وجود عقار ووجود عقد بيع يرد عليه وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية ووافقها القانون المدني عليه.

إذ يجب لجواز الشفعة أن يكون المال الذي ورد عليه البيع عقاراً، فالشفعة لا تكون إلا في العقار والمقصود بذلك أن يرد البيع على العقار بوصفه عقاراً، فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المال كما لو بيع البناء لكي يهدمه المشتري ويأخذ أنقاضه، فإن الشفعة لا تجوز فيه. وإذا كان هناك عقار بالتخصيص وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار واستغلاله، وبيع مستقلاً عن العقار الأصلي، فإن البيع يعتبر حينئذ وارداً على منقول فلا تجوز الشفعة فيه¹ وإذا كان البيع وارداً على أحد العقارات، فلا تجوز الشفعة في بعضه دون البعض الآخر وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة، إذ يبقى ملك الشفيع على اتصال بملك المشتري وهو ما قامت الشفعة لتفادي وقوعه ومنع الإضرار بالشفيع، أما إذا كان البيع وارداً على عدة عقارات فتجوز

1- عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص150 .

الشفعة في أحدها ما لم يكن المقصود من البيع تخصيصها جميعا لغرض واحد فلا تجوز الشفعة إلا فيها جميعا منعا من الأضرار بالمشتري كذلك¹.

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الصدد، وذلك في قرارها المؤرخ في 1999/02/09، الملف رقم 2181039² بما يلي :

حيث إنه من الثابت أن حق الشفعة المنصوص عليه في المواد 794 وما يليها من القانون المدني لا يمكن ممارسته إلا إذا تعلق الأمر ببيع عقار.

حيث إن المحل التجاري لا يعتبر عقارا بالمفهوم القانوني، إذا أنه يتكون من أموال معنوية والمستأجر يعتبر منتفعا وبالتالي لا يستطيع ممارسة حق الشفعة في محل تجاري يوجد داخل عقار تم بيعه من قبل المؤجر الأصلي ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إلى جانب وجوب وجود العقار، فإن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع، وانطلاقا من ذلك يمكن الوصول إلى النتائج التالية:³

- لا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بسبب من الأسباب لا يعد تصرفا قانونيا كالميراث والالتصاق والتقادم.

- لا شفعة كذلك إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية.

- لا شفعة أيضا إذا كان انتقال الملكية قد تم بمقتضى تصرف من التصرفات الكاشفة أو المقررة وعلى ذلك فلا تجوز الشفعة بسبب القسمة، ذلك أن القسمة مقررة وكاشفة عن حقوق الشركاء كما لا تجوز الشفعة بسبب الصلح لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار، بل ما قد يكون للطرفين من حظ في كسب الدعوى الخاصة بملكية العقار أو خسارتها، كما أن الصلح يتنافى مع الشفعة فهو يستلزم

1- مصطفى الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص434.

2- المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 01، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، ص159.

3- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص172.

من المتصالحين واجبات شخصية لا يمكن للشفيع القيام بها فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات .

- ولا تجوز الشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، فهذا التصرف لا يعد بيعا حتى ولو حصل المنزوع ملكيته على تعويض يعادل ثمن العقار، فهو تعويض وليس بثمن، كما أن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة .

- أما عن جواز الشفعة في المقايضة، فقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى عدم جواز الشفعة في المقايضة سواء كان بها فرق أو كانت دون فرق¹، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أنه إذا كان المعدل المدفوع كبيرا بحيث يفوق بكثير قيمة البدل، عندئذ تجوز الشفعة حيث يستخلص من ارتفاع المعدل إلى أن العقد في حقيقته بيعا وليس مقايضة ولذلك يجب على الشفيع أن يدفع المبلغ الذي اعتبر فرقا أو معدلا، كما يدفع قيمة العقار التي يقدرها أهل الخبرة عند اللزوم، غير أنه لجواز الشفعة في المقايضة يجب على الشفيع أن يثبت حقيقة العقد وأنها بيعا وليس مقايضة، ويحق له هذا الإثبات بكافة الطرق ومنها البينة، لأنه ليس طرفا في عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة.

- ولا تجوز الشفعة في الهبة كقاعدة عامة، حيث يتخلف المقابل، لأن الواهب قد وهب ورضي بالتخلي عن ملكه دون مقابل وذلك لاعتبارات شخصية في الموهوب له لذلك لا تجوز الشفعة حتى ولو أراد الشفيع أن يأخذ العقار بقيمته.

وإذا حدث وكان العقد الظاهر هو هبة بينما هو في الحقيقة بيع، فالعبرة بحقيقة العقد، فلا يعول على الشكل الظاهر ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الإثبات ولو بالقرائن، ويأخذ عندئذ بالشفعة غير أن الشفيع لا يأخذ بالعوض المذكور في العقد، وخاصة أنه كثيرا ما يكون غير متلائم مع قيمة العقار الحقيقية وإنما يأخذ بالثمن الحقيقي للعقار.

¹- عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق، ص130.

أما إذا كان العقد الظاهر هو البيع والعقد المستتر هو الهبة فلا يجوز الأخذ بالشفعة ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر الصوري¹.

- ولا تجوز الشفعة في الوفاء بمقابل إذا قام المدين بإعطاء الدائن عقارا في مقابل الدين، حتى ولو زاد ثمنه على هذا الدين.

- كما لا تجوز الشفعة في البيع الباطل بطلانا مطلقا وذلك لأن مثل هذا العقد لا وجود له والشفعة لا ترد إلا عند وجود عقد بيع قائم.

- ولكن تجوز الشفعة في عقد البيع الباطل بطلانا نسبيا، فمثل هذا العقد موجود حتى يقضى ببطلانه، وبناء على ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة كما تجوز الشفعة في البيع المشوب بعيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه، وفي هذه الحالة تثبت الملكية للشفيع بذات العيب الذي لحقها، فيكون معرضا للمطالبة بإبطال البيع من البائع، وإذا قضي بالإبطال، زال البيع بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن، أما إذا أجزى البيع، استقرت ملكية الشفيع على أنه يجب ملاحظة أن الشفيع عندما يريد أن يشفع في البيع القابل للإبطال، فعليه احترام المواعيد التي تحسب منذ إبرام عقد البيع القابل للإبطال، فإذا أجزى عقد البيع هذا وأصبح صحيحا، لم يتمكن الشفيع من الأخذ بالشفعة إذا لم يطلبها في المواعيد التي بدأت منذ إبرام العقد، فلا يفتح له ميعادا جديدا يبدأ منذ إجازة البيع .

كما تجوز الشفعة في بيع ملك الغير والذي يعد قابلا للإبطال، ويلاحظ أن القابلية للإبطال مقررة لمصلحة المشتري في بيع ملك الغير، فإذا حل الشفيع محل المشتري لم يجز له طلب الإبطال، فبشفعته يكون قد أجاز هذا البيع²

- وتجاوز الشفعة في البيع غير النافذ في حق المالك، فإذا كان البيع صادرا من وكيل عزله المالك قبل البيع جاز للمحكمة أن تقضي للشفيع بالشفعة في هذا البيع، فإذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية العقار المشفوع فيه

1- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص175.

2- رمضان أبو السعود، نفس المرجع، ص178.

- وبخصوص عقد البيع غير المشهر، فقد انقسمت الآراء بشأنه فمنهم من يقول بجواز الشفعة فيه استنادا على أن عدم قبول الشفعة له نتائج خطيرة، إذ أن الشهر قد يؤدي إلى تعطيل رخصة الشفعة، إذ يكفي أن يحجم المشتري بإرادته عن شهر العقد فلا يستطيع الشفيع أن يشفع وأن دعوى الشفعة إنما ترفع على البائع والمشتري، ولم ينص القانون على وجوب رفعها على المالك السابق والمالك الحالي للعقار، وذهب اتجاه آخر إلى القول بعدم جواز الشفعة في عقد البيع غير المشهر على أساس أن الشفعة إنما هي في الملكية دون سواها إذا انتقلت بالبيع فلا بد أن يكون هناك انتقالا للملكية بالشهر كما أن توجيه طلب الشفعة يجب أن يتم إلى شخص يجتمع فيه صفة المشتري والمالك وهذا لا يكون إلا بالشهر، كما ذهب آخرون إلى القول بأن الشفعة شرعت لدرء الضرر عن الشفيع من شريك أو جار لا يرتاح إلى شركته أو إلى جواره وهذه الحكمة تقتضي بيعا ينقل الملكية إلى المشتري المشفوع منه حتى يوجد حق الشفيع لدرء الضرر الذي ربما يناله منه ومادام البيع لم يشهر فإنه لا ينقل الملكية وبالتالي لا يمكن أن يتولد منه الحق في الشفعة كما أن الشريعة والقانون يشترطان لقبول حق الشفعة أن يصير المشتري مالكا نهائيا للعقار المبيع، ولا يكون ذلك إلا بالشهر.

وفي هذا الصدد استقر القضاء المصري على أن الشفعة جائزة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يشهر¹.

- ولا تجوز الشفعة في عقد الشركة، فإذا قدم الشريك حصته في الشركة عقارا، فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار، إذ أن تقديم الشريك للعقار في هذه الحالة لا يعتبر بيعا يحصل منه الشريك على ثمن نقدي، وإنما يترتب عليه أن يصبح للشريك حصة معينة في الشركة تجعله يفتسم ما قد ينشأ عن هذه الشركة من ربح أو من خسارة².

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص182.

2- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص132.

ولا تثور مسألة إثبات البيع المشفوع فيه إلا في حالة إنكار البائع والمشتري لحصوله والقاعدة في هذا الصدد أنه يجب على الشفيع إثبات البيع، كما يثبت أن هذا البيع قد وجد بعد أن توافر في الشفيع شروط الأخذ بالشفعة وبقي قائماً إلى وقت طلبها، ويكون للشفيع هذا الإثبات بكافة الطرق، لأن البيع بالنسبة إليه يعد واقعة مادية كونه لم يكن طرفاً فيه .

هذا وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى مسألة مهمة وتتعلق بالشفعة في حالة توالي البيوع، إذ نصت المادة 797 من القانون المدني على أنه "إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها".

انطلاقاً من نص المادة 797 ق.م فإنه إذا قام المشتري ببيع العقار إلى شخص آخر فإنه يجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني وبشروطه، ويستوي أن تكون شروط البيع الثاني أشد أو أخف من شروط البيع الأول، إلا أن مسألة توالي البيوع تثير العديد من الإشكاليات والتساؤلات نوردتها كما يلي:

- هل يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الأول أم البيع الثاني وذلك في حالة ما إذا باع المشتري العقار الذي اشتراه قبل إبداء أية رغبة في أخذه بالشفعة ؟

طبقاً لنص المادة 797 ق.م فإنه يجب رفع دعوى الشفعة على المشتري الثاني وطلب الشفعة منه حسب شروط عقده، حيث لا يعتبر العقد الأول موجوداً، فلا تقبل دعوى الشفعة إذا رفعت على المشتري الأول وحده، والسبب في ذلك أن كل تصرف يصدر من المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة يسري في حق الشفيع، وطالما أن البيع الثاني يسري في مواجهة الشفيع، فمعنى ذلك أن البيع الأول يكون قد فسخ لأن الشفيع لم يأخذ فيه بالشفعة، وعلى ذلك يجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع القائم فعلاً وهو هنا البيع الثاني وهو يأخذ بالشفعة طبقاً لشروط هذا البيع الأخير وفي مواعيده، طالما لم يوجد مانع من الشفعة¹.

¹- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص186.

- ما الحكم إذا باع المشتري العقار الذي اشتراه بعد إعلان الرغبة في الشفعة وشهرها؟

يمكن القول في هذا الصدد أنه إذا ثبت أن البيع الثاني قد تم بعد إعلان الرغبة وقبل شهرها، فإن هذا البيع يسري في مواجهة الشفيع، أما إذا أثبت أن البيع الثاني قد تم بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة فإن هذا البيع لا يسري في حق الشفيع، وإنما الذي يسري في حقه هو البيع الأول وبشروطه، فيأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول، وطالما أنه أشهر إعلان الرغبة، فعليه أن يمضي في إجراءات الشفعة في مواجهة المشتري الأول إلى نهايتها.

- في حالة سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في البيع الأول، فهل يجوز له أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني؟ أو بعبارة أخرى أنه قد يحدث أن يباع العقار موضوع الشفعة إلى المشتري، ثم يتم إنذار الشفيع بإبداء رغبته، فيسكت عن ذلك حتى يفوت الميعاد، ثم يقوم المشتري ببيع هذا العقار إلى مشتري جديد فهل تثبت الشفعة للشفيع في البيع الثاني برغم سقوط حقه في البيع الأول؟

يذهب الفقه إلى اعتبار البيع الثاني مستقلاً عن البيع الأول، ولذلك إذا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في البيع الأول، فإن هذا لا يؤدي إلى إسقاط حقه في البيع الثاني حيث ينشأ له بمقتضى البيع الثاني الجديد خيار جديد وهذا الحكم هو المستفاد من عبارات المادة 797 ق.م التي تقضي بأن الشفيع إنما يأخذ بالشفعة من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، أي أن الشفيع هنا إنما يستعمل حقا أو خيارا جديدا مستقلا عن الحق الذي كان له بمقتضى البيع الأول، وفي هذه الحالة يكفي للشفيع أن يوجه إجراءات الشفعة إلى المشتري الأول والمشتري الثاني، فهو غير ملزم بتوجيهها إلى البائع الأول¹.

- هل يجوز للشفيع أن يشفع في البيع، وذلك في حالة ما إذا باع المشتري العقار موضوع الشفعة إلى أحد الأشخاص الذين لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة وذلك قبل إبداء الشفيع لرغبته في الشفعة؟

¹- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص189.

يذهب الرأي الراجح إلى أن الشفعة تثبت عند بيع العقار لأول مرة، وحق الشفعة متى ثبت لا يمكن إنكار وجوده أو إبطال مفعوله، ومن التناقض حرمان الشفيع من حقه لصفة كانت بالمشتري الثاني إذ أن هذه الصفة لا تغير من جوهر الأمر شيئاً، فيجوز للشفيع أن يباشر حقه وفقاً لظروف التصرف الثاني طالما أن حق الشفعة الذي نشأ منذ حصول البيع الأول لا يزال قائماً. وهذا الأساس يفضي إلى القول بأن الشفعة لا تمتنع بعد ثبوتها، وهذا هو الفرق بين المانع والمسقط، إذ المانع عيب أصيل يحول دون نشوء الشفعة ابتداءً، أما المسقط فهو عيب طارئ على الشفعة يسقطها بعد ثبوتها للشفيع، فمتى ثبتت الشفعة ابتداءً فإنها قد تسقط ولكنها لا تمتنع أبداً.

وعلى هذا الأساس فإنه إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه تصرفاً لا تثبت فيه الشفعة، كالهبة والمقايضة والوقف، كان من حق الشفيع ألا يعتد بهذا التصرف الثاني وأن يأخذ العقار بشروط البيع الأول فيأخذ الشفيع العقار ممن هو في يده ويبطل التصرف الثاني، ويدفع الثمن إلى المشتري، إذ أن الشفعة قد تثبت له بحكم البيع، فلا يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه، ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات رد وقفه إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه أما إذا كان التصرف الثاني بيعاً وكان المشتري الثالث أحد الأشخاص الذين قام بهم مانع من طلب الشفعة، فلا يكون من شأن هذا المانع تعطل حق الشفيع الثابت له منذ البيع الأول، والقول بخلاف ذلك مؤداه القول بسقوط حق الشفعة بعد ثبوته، مع أن أسباب السقوط محددة في القانون وليس من بينها بيع العقار ثانية لأحد الأشخاص الذين لا يجوز استعمال الشفعة ضدّهم فصفة المشتري الثاني لا تغير من جوهر الحق شيئاً¹.

- ما الحكم إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان بعقد صوري؟

إذا ثبت أن المشتري قد باع العقار المشفوع فيه إلى آخر بعقد صوري، فمعنى ذلك أن الملكية لم تخرج بعد من ذمة المشتري الأول، فإذا ثبت ذلك فإن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الأول بشروطه.

¹- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص191.

ويقع عبء إثبات صورية البيع الثاني على الشفيع، فهو صاحب المصلحة في ذلك ويقوم الشفيع بهذا الإثبات بكافة الطرق.

وبعد التطرق إلى أهم الإشكاليات التي يمكن أن تتصادف مع توالي البيوع وهي الحالة المنصوص عليها في نص المادة 797 ق.م، لابد من الإشارة إلى مدى مسؤولية المشتري الأول في حالة توالي البيوع. فإذا قام المشتري ببيع العقار المشفوع فيه إلى مشتري ثان ووجهت إجراءات الشفعة إلى هذا الأخير وتم نزع العقار منه فلا يكون المشتري الأول ملتزماً بالضمان قبل المشتري الثاني.

وكذلك لا يعتبر المشتري الأول مسؤولاً قبل الشفيع إذا باع العقار الذي اشتراه إلى مشتر ثان ولم يفلح الشفيع في كسب دعواه قبل هذا المشتري، وذلك طالما أن المشتري الأول لم يقصد الإضرار بالشفيع، وعلى أية حال فإن القاعدة هي في وجوب ألا يتعسف المشتري الأول في استعمال حقه في بيع العقار المشفوع فيه مرة ثانية¹.

الفرع الثاني: البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة - موانع الشفعة -

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريم البيع الفاسد إذ لا تثبت عندهم الشفعة في المشتري شراء فاسداً لأن هذا العقد يجب نقضه، ورد المبيع إلى ملك بائعه للتخلص من الفساد، فلا يكون البيع لازماً لاحتمال فسخه من كل المتعاقدين.

أما القانون المدني فقد تعرض لبعض البيوع الصحيحة والتي تتوفر فيها شروط الأخذ بالشفعة ومع ذلك فقد ورد النص على استثنائها وعدم الشفعة فيها، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 798 من القانون المدني، وهي تتعلق إما بالبيع وإما بالمشتري.

فبالنسبة لموانع الشفعة المتعلقة بالبيع، فقد أورد التقنين المدني مانعين من الشفعة والمنع فيهما مطلقاً نعرض لبيانها فيما يأتي:

¹- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص193.

أولاً: البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون

فرض المشرع مانعاً من الأخذ بالشفعة في هذا البيع، وذلك بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون » استناداً إلى المادة 1/798، وحكمة المنع في ذلك تتمثل في كون الفرصة متاحة للشفيع لدخول المزاد وأخذ العقار بالمزايدة دون حاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزاد، فضلاً عن أنه – بالمنع المفروض – توتي المزايدة ثمارها من الحصول على أعلى ثمن بعد أن تحرر المزايدون من خطر التهديد بأخذ العقار من بعد بالشفعة .

ويشترط لقيام هذا المانع تحقق شرطين، الأول أن يكون البيع بالمزاد العلني تأكيداً للعلائية التي تكفل حرية المزايدة وجديتها، والشرط الثاني يتمثل في أن يجري هذا البيع وفقاً لإجراءات مرسومة بالقانون، تأكيداً لعدالة المزايدة و البعد فيها عن أي تحكم، ولا بد من تحقق الشرطين بحيث يكفي تخلف أحدهما لعدم قيام المانع من الشفعة وإذا تحقق الشرطان قام المانع سواء أكان البيع جبرياً أم اختيارياً حيث يكون بإمكان الشفيع الدخول في المزاد في الحالتين، وسواء أجرين البيع بالمزاد أمام القضاء أم أمام الإدارة وذلك ما تعنيه عبارة "وفقاً لإجراءات رسمها القانون" التي تشمل كل بيع بمزاد علني وفقاً لإجراءات رسمها القانون سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي¹.

ثانياً: البيع لإقامة محل عبادة أو للإلحاق بمحل عبادة

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة "إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة" استناداً إلى المادة 3/798 ق.م .

والمقصود بهذا المنع حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار وهو إقامة محل عبادة جديد أو الإلحاق بمحل عبادة قائم، إذ يصير المشتري بهذا الغرض أولى بالعقار من الشفيع، ويجوز للشفيع الطعن بصورية الغرض المدعي، وله إثبات ذلك بكافة الطرق.

¹- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص635.

ويكفي لقيام المانع أن تكون العبادة تتعلق بدين من الأديان المعترف بها في البلاد وينبغي قصر المنع على حدود ما نص عليه المشرع دون توسع، فلا ينصرف المنع إلى بيع عقار بغرض إقامة مقر لجمعية دينية أو لمعهد ديني، بل تجوز الشفعة فيه. وإذا تعدد الغرض من شراء العقار، فلا يتوافر المانع إلا إذا كانت إقامة محل عبادة هي الغرض الأساسي بينما الغرض الآخر مجرد غرض تابع لخدمته، كما لو اشترى عقار لإقامة محل عبادة وبيت صغير للمؤذن¹

هذا عن موانع الشفعة المتعلقة بالبيع، أما عن الموانع المتعلقة بالمشتري، فقد فرض المشرع مانعا مطلقا منع بموجبه الأخذ بالشفعة على كافة الشفعاء إذا كان المشتري زوجا للبائع أو قريبا له لغاية درجة معينة وهو ما نبينه فيما يلي.

ثالثا: قيام علاقة زوجية أو قرابة لدرجة معينة بين المشتري والبائع

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة "إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية"، استنادا إلى نص المادة 2/798 ق.م. ويؤخذ هذا المانع في الاعتبار الصلة القائمة بين البائع والمشتري، وأن هذه الصلة قد روعيت في البيع مما يغلب أخذ شخصية المشتري في الاعتبار ومحاباته عادة في الشروط والثلث مما يجعل المشتري أولى بالعقار من الشفيع بما لا يجيز الشفعة فيه.

والصلة التي تربط بين المشتري والبائع والتي تقيم المنع هي صلة الزواج أو صلة القرابة لغاية درجة معينة والقرابة تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة.

وقرابة النسب إما قرابة مباشرة بين الأصول والفروع (المادة 1/33 ق.م) وإما قرابة غير مباشرة أي قرابة الحواشي حيث يجمع الأقارب فيها أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر (المادة 2/33 ق.م). أما قرابة المصاهرة، فهي قرابة أحد الزوجين لأقارب الزوج الآخر وتكون في نفس القرابة والدرجة للزوج الآخر ولكن بالمصاهرة. ونظرا لأن الصلة العائلية هي أقوى ما تكون في قرابة النسب المباشرة بين الأصول

¹- السنهوري، المرجع السابق، ص538.

والفروع فلم يحدد المشرع درجة للقرابة يقف عندها المانع، فلا تجوز الشفعة في بيع يكون فيه المشتري أصلاً للبائع مهما علا ولا فرعاً له مهما نزل أما في شأن قرابة الحواشي غير المباشرة فقد وقف المشرع بالمانع لغاية الدرجة الرابعة في القرابة، وبناء على ذلك يقوم المانع ولا تجوز الشفعة في بيع بين أخوين حيث قرابتهما من الدرجة الثانية، ولا في بيع بين عم و ابن الأخ أو بين خال وابن الأخت حيث تكون القرابة من الدرجة الثالثة ولا في بيع بين ابني عم أو ابني خال حيث تكون القرابة من الدرجة الرابعة. ولكن لا يتوافر المانع في بيع يكون المشتري فيه ابناً لابن عم البائع أو العكس إذا تكون القرابة بينهما من الدرجة الخامسة، بحيث تجوز الشفعة في هذا البيع .

أما في شأن القرابة بالمصاهرة، فقد توقف المشرع بها عند الدرجة الثانية، فيقوم بذلك المانع ولا تجوز الشفعة في بيع بين أحد الزوجين وأب الزوج الآخر، حيث قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الأولى، ولا في بيع بين أحد الزوجين وأخ الزوج الآخر حيث قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الثانية. بينما لا يقوم المانع بحيث تجوز الشفعة في بيع بين أحد الزوجين وعم الزوج الآخر إذ قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الثالثة أو في بيع بين أحد الزوجين وابن عم الزوج الآخر إذ قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الرابعة¹.

في هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 29/03/2000 ملف رقم 675196² بما يلي :

حيث يتضح من خلال الاطلاع على القرار المنتقد أن الطرف الشاري للعقار محل طلب الشفعة هو ابن خال كل الأطراف لأن البائع هو أخ الطاعنين وعلى هذا اعتمد القضاة في تأسيس قرارهم وأشاروا إلى أن تطبيق أحكام المادة 798 ق.م التي تنص على أنه "لا شفعة... إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة".

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 638.

2- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2004، الجزء الأول، ص 253.

وحيث إن ابن الخال يقع في الدرجة الرابعة من القرابة لجميع الأطراف، مما يجعل استعمال حق الشفعة منعدما تماما وهو ما ذهب إليه قضاة المجلس.

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالشفيع

إلى جانب الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشئ المشفوع فيه والتي يمكن إجمالها في البيع العقاري، يقتضي البحث في الشفعة أيضا الوقوف على الأسباب التي تعطي الحق فيها وهي أسباب يحددها المشرع على سبيل الحصر باعتبارها أسباب أفضلية لمن يقوم به سبب منها على مشتري العقار المشفوع فيه. وقد يتعدد الشفعاء فيتزاحمون على الأخذ بالشفعة، ويبين المشرع كيفية حل هذا التزاحم سواء أكانوا من طبقات مختلفة أم كانوا من طبقة واحدة.

وعلى ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى النقاط التالية:

- الفرع الأول: أسباب الأخذ بالشفعة وتحديد الشفعاء.
- الفرع الثاني: الشروط اللازم توافرها في الشفيع.
- الفرع الثالث: تعدد الشركاء و تزاحمهم.

الفرع الأول: أسباب الأخذ بالشفعة وتحديد الشفعاء

اعتبر جمهور الفقهاء أن الشفعة تثبت للشريك، أما الحنفية فقد اعتبروا أن الشفعة تثبت للشريك والجار، فهل سار المشرع الجزائري على هذا النهج من خلال نصوص القانون المدني؟ أم انه أقر غير هذا؟

انتهى المشرع الجزائري إلى رد أسباب الشفعة إلى سببين رئيسيين هما: تفرق عناصر الملكية والشركة في الشروع¹ وقد بين هذه الأسباب في معرض تبيانها لمراتب الشفعاء الواردة في نص المادة 795 من القانون المدني.

بالإضافة لما أورده المادة 795 ق.م، أضاف المشرع الجزائري طائفة أخرى من الشفعاء وذلك بموجب قوانين خاصة. وعلى ذلك وبغية تحديد الشفعاء في القانون الجزائري، سنتطرق في هذا المطلب إلى نقطتين أساسيتين:

¹- وذلك على خلاف المشرع المصري الذي أضاف الجوار في الملك كسبب من أسباب الأخذ بالشفعة .

- الأسباب المنصوص عليها في القانون المدني.
- الأسباب المنصوص عليها في القوانين الخاصة الأخرى.

➤ الأسباب المنصوص عليها في القانون المدني:

- نصت المادة 795 من القانون المدني على انه "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية¹.
 - لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
 - للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
 - لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".
- يتضح من هذا النص أنه و بعد إلغاء الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، فإن أسباب الأخذ بالشفعة تتمثل في سببين أساسيين، نتطرق إليهما تباعا كالاتي:

• الشفعة لجمع ما تفرق من حق الملكية:

يتمثل سبب "تفرق عناصر الملكية" في التشريع الجزائري والذي يهدف إلى تمكين الشفيع من إعادة لمّ شتات هذه العناصر المتفرقة في صورة وحيدة هي صورة التفرق الناشئ عن وجود حق انتفاع².

فإذا تقرر حق انتفاع على عقار، يقوم سبب الأخذ بالشفعة- لتفرق عناصر الملكية على هذا النحو- في إحدى الحالتين: حالة بيع حق الانتفاع وحالة بيع الرقبة .

وقد تعرضت المادة 795 ق.م لكل من الحالتين في فقرة مستقلة، إذ أثبتت الحق في الشفعة في الفقرة الأولى لمالك الرقبة في الحالة الأولى، وأثبتته في الفقرة الثالثة لصاحب حق الانتفاع في الحالة الثانية وتعرض للحالتين على التوالي:

• شفعة مالك الرقبة في بيع كل حق الانتفاع أو بعضه:

تنص المادة 1/795 ق.م على أن: "يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة".

1- أضحي هذا التقييد لا معنى له بعد صدور قانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، والذي ألغى صراحة الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية ، بموجب المادة 75 منه.

2- على خلاف التشريع المصري الذي يضم صورة أخرى إلى جانب سبب تفرق عناصر الملكية وتتمثل في صورة التفرق الناشئ عن وجود حق حكر .

ويؤدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع، وهو ما يحقق إعادة تجميع عناصر الملكية لتعود متكاملة للمالك وهذا هو الغرض الذي أعطيت من أجله الشفعة لمالك الرقبة باعتباره أولى من مشتري حق الانتفاع وتعتبر هذه الحالة من الناحية العملية نادرة التحقق، ويرجع ذلك إلى ندرة تقرير حق الانتفاع عملاً.

ولا يشترط المشرع للأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلا أن يكون حق الانتفاع المبيع مناسباً للرقبة.

ويستوي أن يكون المبيع كل حق الانتفاع أو بعضه، وأن يكون مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع واحداً أو متعدداً، فإذا كان مالك الرقبة واحداً، والمنافع واحداً، وباع المنتفع كل حقه أو بعضه فلمالك الرقبة الأخذ بالشفعة في هذا البيع .

أما إذا كان للرقبة ملاك متعددون على الشيوع رتبوا حق الانتفاع لشخص واحد، ثم باع المنتفع كل حقه أو بعضه، فللشركاء على الشيوع أخذ الانتفاع المبيع بالشفعة، وإذا لم يأخذ بالشفعة إلا بعض الشركاء في الرقبة دون بعض، فيجب التمييز بين فرضيين: إذا كان المبيع بعض حق الانتفاع، وكان موازياً لحصصهم في الرقبة أو أقل، فلهم مع الأخذ بالشفعة، وأما إذا كان المبيع كل حق الانتفاع، أو كان بعضه ولكن تجاوزاً لحصصهم في الرقبة، فالأصل أنه ليس للشركاء المطالبين إلا الأخذ بالشفعة في حدود حصصهم الشائعة في الرقبة، لأن الانتفاع لا يناسب رقتهم إلا بقدر هذه الحصص، ولا يخولهم المشرع الشفعة فيما يجاوزها.

وإذا كان كل من الرقبة والانتفاع على الشيوع، وباع الشركاء في الانتفاع أو أحدهم حصة فيه فلكل الشركاء في الرقبة معاً أخذ كل الحصة المبيعة بالشفعة، أما إذا لم يطالب بالشفعة إلا بعض الشركاء دون البعض الآخر، فيحق لهم أخذها بالشفعة إذا كانت الحصة المبيعة توازي أو تقل عن حصصهم في الرقبة أما إذا زادت على تلك الحصص، فليس لهم الأخذ بالشفعة إلا فيما يوازي حصصهم دونما يجاوزها¹.

كما قد يكون مالك الرقبة شخصاً معنوياً حسب قانون 19/87 الذي يتضمن المستثمرات الفلاحية فالمستفيدون في المستثمرة الفلاحية يتمتعون بحق الانتفاع الدائم، أما الدولة

¹- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص539.

فتملك الأرض – الرقابة – وعليه فإذا أسقط حق المستفيد من المستثمرة بموجب قرار من الوالي أو في حالة التنازل عن حصة، كان للدولة باعتبارها مالكة للرقبة أن تشفع في حق الانتفاع المتنازل عنه، وبالتالي تصبح مالكة رقبة وانتفاعا، ولا يزاحمها الشركاء الآخرون في حق الانتفاع باعتبارها في مرتبة الشريك في الشيوخ.

والشفعة في هذه الحالة تعتبر سببا لكسب حق الانتفاع حسب ما تقضي به المادة 844 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون".

*شفعة صاحب حق الانتفاع في بيع الرقبة:

تنص المادة 3/795 ق.م على أنه: "يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

ويؤدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع وبالتالي إلى تجميع كل عنا صر الملكية بيد من كان له حق الانتفاع بما يحقق الغرض من إعطاء الشفعة. ويشترط في شفعة المنتفع في بيع الرقبة أن تكون الرقبة المبيعة مناسبة لحق الانتفاع. ويستوي أن يكون المبيع هو كل الرقبة أو بعضها وأن يكون صاحب حق الانتفاع أو مالك الرقبة واحدا أو متعددا.

فإذا كان كل من المنتفع ومالك الرقبة واحدا، وباع الأخير الرقبة كلها أو بعضها فللمنتفع أخذ المبيع بالشفعة. أما إذا كان مالك الرقبة واحدا وأصحاب الانتفاع متعددون، ثم باع الأول الرقبة كلها أو بعضها فللمنتفعين معا أخذ المبيع بالشفعة. فإذا لم يطالب بالشفعة إلا بعضهم، حق للمطالبين الأخذ بالشفعة في حال بيع بعض الرقبة إذا كان المبيع في حدود حصصهم في الانتفاع، أما إذا كان المبيع كل الرقبة أو كان بعضها ولكن تجاوزا تلك الحصص، فليس لهم الشفعة إلا فيما يوازي تلك الحصص دون ما يجاوزها.

وإذا كان كل من الرقبة والانتفاع على الشيوخ، وباع أحد الشركاء في الرقبة حصته فيها، فالأصل أنه إذا طالب بأخذها بالشفعة الشريك أو الشركاء الآخرون في الرقبة، فإنهم يتقدمون على أصحاب حق الانتفاع ويحجبونهم عن الأخذ بالشفعة، وإذا لم يتقدم أحد من الشركاء في الرقبة للأخذ بالشفعة، فلكل الشركاء في الانتفاع معا أخذ الحصة المبيعة

بالشفعة، فإذا لم يطالب بها إلا بعضهم دون البعض الآخر فللمطالبين أخذ كل الحصة المبيعة بالشفعة إذا كانت توازي أو تقل عن حصصهم في الانتفاع، فإن كانت تزيد عن تلك الحصص فليس لهم الشفعة فيها إلا بقدر حصصهم¹.

وفي معرض الحديث عن الشفعة لجمع ما تفرق من حق الملكية، تجدر الإشارة إلى مدى سريان الشفعة عند وجود حق استعمال أو حق سكنى، وفي هذا الصدد فإنه لم يرد نص على الشفعة في حال تفرق عناصر الملكية نتيجة وجود حق استعمال أو حق سكنى، ولكن لما كانت المادة 857 ق.م تقرر سريان الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على هذين الحقين طالما كانت لا تتعارض مع طبيعتهما، فمن شأن ذلك إمكان الأخذ بالشفعة فيهما على النحو المقرر في حق الانتفاع في حدود عدم التعارض مع طبيعة الحقين².

ولذلك يكون لصاحب حق الاستعمال أو حق السكنى الشفعة في بيع الرقبة المناسبة كلها أو بعضها وذلك على النحو الذي سبق بيانه فيما يتعلق بشفعة صاحب حق الانتفاع في بيع الرقبة.

أما في الحالة المقابلة، فلا تثور مسألة الشفعة أصلاً، لأنها لا تكون إلا في بيع، ولا يجوز في الأصل بيع حق الاستعمال ولا حق السكنى³⁽¹⁾، ولكن لما كان المشرع يجيز -خروجاً على هذا الأصل- التنازل للغير عن أي من الحقين بناء على شرط صريح أو مبرر قوي⁽²⁾، فيكون لمالك الرقبة في هذه الحالات الاستثنائية وحدها -وهي نادرة- الشفعة في بيع حق الاستعمال أو حق السكنى بموجب المادتين 856 و757 ق.م وذلك على النحو السالف ذكره فيما يتعلق ببيع حق الانتفاع .

ومن قضاء المحكمة العليا في هذا الصدد ما ورد في القرار المؤرخ في 2000/04/26 ملف رقم 4193704 الذي جاء فيه :

1- السنهوري، المرجع السابق، ص554.

2- المادة 856، المرجع السابق.

3- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004، ص255.

المستفيدون من حق الشفعة محددون في المادة 795 من القانون المدني على سبيل الحصر، ومن بينهم مالك حق الانتفاع، وقد أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا وخطوا بين الانتفاع على وجه الإيجار وبين حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية

• الشفعة بسبب الشركة في الشيوخ:1

أشار المشرع إلى هذا السبب في معرض تحديد من له الشفعة على أساسه، وذلك بنصه في المادة 2/795 ق.م على أنه "يثبت حق الشفعة للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي". وبذلك تكون الشركة في الشيوخ سببا للشفعة في هذه الحالة إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار الشائع إلى أجنبي غريب عن الشركاء، أخذا في الاعتبار بأن الشريك أولى بتلك الحصة من الأجنبي لأن صلته بها أقوى، وبأن الشفعة تؤدي إما إلى إنهاء وضع الشيوخ غير المرغوب فيه إذا لم يكن للشريك البائع إلا شريك واحد، وإما إلى تقليل عدد الشركاء إذا كانوا في الأصل متعددين، ويتضح من النص المذكور أنفاً أن توافر سبب الشفعة المذكور يرتب بقيام وضع من الشيوخ في عقار وبيع أحد الشركاء لجزء من العقار المشاع ويكون هذا البيع لأجنبي عن الشركاء ونتطرق لهذه الشروط الثلاثة كالاتي:

- قيام حالة الشيوخ في عقار:

ويفترض هذا السبب قيام وضع من الشيوخ في عقار بما يعني أن أصحاب الحق في العقار الشائع متعددون دون أن يكون لأي منهم جزء مفرزا ومحددا. فإذا باع أحد الشركاء في الشيوخ حصته إلى أجنبي ثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا البيع، أما إذا انتهى وضع الشيوخ بالقسمة التي تختص كل واحد من الشركاء بجزء مفرز من العقار المشاع الأصلي، فقد أصبح المتقاسم مالكا ملكية مفرزة للنصيب المقسوم له ولذلك لا يحق له الأخذ بالشفعة بسبب الشركة في الشيوخ إذا باع متقاسم آخر نصيبه.

ويلاحظ أن القسمة التي يترتب عليها فقدان الشريك لحقه في الأخذ بالشفعة هي القسمة النهائية التي تنتهي إلى إفراز نصيب كل شريك .

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص210.

هذه القسمة إذا صدر بها حكم قضائي وحاز قوة الشيء المقضي به فلا تثبت الشفعة بعد ذلك للشريك المتقاسم، أما إذا كانت القسمة اتفاقية، فلا يلزم إثبات التراضي على القسمة بالكتابة، فقد تحدث القسمة بفعل الواقع، ويمكن للمحكمة أن تستنتج من ظروف الأحوال وقوع هذه القسمة باتفاق جميع الشركاء¹.

ويجب لثبوت الشفعة للشريك المشتاع أن يكون مالكا للحصة التي يشفع بمقتضاها وقت التصرف في الحصة الأخرى المراد أخذها بالشفعة، أي أنه يجب أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع ولذلك إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار الشائع، فلا تجوز الشفعة فيها لمن اشترى حصة أخرى فيه من شريك آخر إذا كان عقده غير مشهر وقت بيع الحصة المشفوع فيها.

ولا يعد شريكا في الشيوع من اشترى من أحد الشركاء جزءا مفرزا من العقار الشائع، فلا تجوز له الشفعة إذا باع أحد الشركاء من بعد حصته الشائعة في العقار. وتجدر الإشارة إلى أن الفقه استقر على ثبوت الشفعة لأي شريك في عقار شائع أيا كانت الشركة فيه شركة في الملكية الكاملة، أو في حق الانتفاع أو في ملكية الرقبة. ومن الناحية العملية، لا تتحقق شفعة الشريك في الانتفاع إذا بيعت حصة شائعة منه لأجنبي إلا إذا أحجم مالك الرقبة عن طلب أخذها بالشفعة².

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/05/31 ملف رقم 194838³ بما يلي :

حيث إنه وبالرجوع إلى القرار محل الطعن يتضح أن قضاة الموضوع قد صرحوا بأن حق الشفعة لا يكون إلا للشريك على الشيوع وأن المدعين في الطعن يقرون أن ما اشتراه المدعى عليه في الطعن الأول مفرز بدليل عقد القسمة الرضائي المبرم بين والدهم المتوفى وعمهم المدعى عليه في الطعن الثاني وعلى هذا الأساس رفضوا طلب الشفعة المقدم من طرفهم وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص211.

2- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص548.

3- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2004، الجزء الأول، ص242.

- بيع جزء من العقار المشاع :

تتحقق الشفعة بسبب الشيوع "إذا بيع جزء من العقار المشاع" وإذا كان من المسلم ثبوت الشفعة إذا بيعت حصة شائعة في العقار، فيثور الخلاف حول جواز الشفعة في حالة بيع أحد الشركاء لجزء مفرز من المال الشائع .

ذهب رأي إلى ثبوت الشفعة حتى في بيع أحد الشركاء جزءا مفرزا من هذا العقار وذلك تأسيسا على عموم نص المشرع بما يتسع لبيع الحصة الشائعة ولبيع الجزء المفرز على السواء، إذ كل منهما بيع شيء من العقار الشائع بالإضافة إلى أنه ليس من شأن بيع جزء مفرز إنهاء وضع الشيوع القائم، فيبقى لكل شريك الشفعة في هذا البيع .

بينما يذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن التكييف الصحيح لتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من الشيء الشائع وإن كان صحيحا فيما بين أطرافه لصدوره عن مالك، إلا أنه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء وهو ما يؤدي إلى أن المتصرف إليه لا يصير شريكا لهؤلاء الشركاء ، مما تنتفي معه الحكمة من الأخذ بالشفعة وهي استبعاد المتصرف إليه الأجنبي من الدخول معهم في الشيوع¹ .

- حصول البيع لأجنبي :

لا تثبت الشفعة بسبب الشركة في الشيوع إذا بيعت حصة شائعة من العقار الشائع إلا إذا كان البيع لأجنبي عن الشركاء. والحكمة من ذلك التضييق من نطاق الشفعة أخذا في الاعتبار أن تضرر الشركاء من بيع أحدهم حصته الشائعة إنما يتحقق في حالة البيع لأجنبي إذ يدخل عليهم في الشيوع غريبا عنهم. ولذلك تكون الشفعة هي الوسيلة لرفع هذا الضرر باستبعاد المشتري الأجنبي و أخذ الحصة المبيعة منه .

ويلزم للأخذ بالشفعة أن يكون مشتري الحصة الشائعة أجنبيا عن الشركاء وقت بيع هذه الحصة له فإن كان شريكا في هذا الوقت امتنعت الشفعة على باقي الشركاء ولما كان مشتري الجزء المفرز من العقار الشائع لا يصير شريكا كما سبق بيانه، فإنه إذا اشترى

1- السنهوري، المرجع السابق، ص352.

من بعد حصة شائعة في نفس العقار يكون بيعها له بيعا صادرا لأجنبي بحيث لا يملك منع باقي الشركاء من أخذها بالشفعة لأنه لم يكن شريك وقت هذا البيع.

- شفعة الجار:

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد بأن شفعة الجار ليست محل اتفاق بين الفقهاء، فقد ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى القول بعدم جواز الشفعة للجار، بينما ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بإجازة الشفعة للجار الملاصق¹.

ويبدو أن ذلك الخلاف في الفقه الإسلامي انعكس على واضعي القوانين الوضعية، حيث لم تتفق القوانين التي جعلت الشفعة سببا للتملك، على جعل الجوار سببا للتملك بالشفعة، أما القانون الجزائري استبعد الجوار في القانون المدني، لكن استدرك ذلك بالنص عليها في قانون التوجيه العقاري.

أولا : الشروط العامة لشفعة الجوار

تتمثل هذه الشروط في التلاصق بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وكذلك ملكية الجار للعقار المشفوع به.

❖ **شروط التلاصق:** يعد هذا الشرط أساسيا في كل الحالات التي يثبت فيها الحق في الشفعة للجار والمقصود بالجوار في هذا المقام هو التلاصق أي الاتصال المباشر بين عقارين وليس المقصود به مجرد قرب المسافة بين العقارين²، أما مقدار التلاصق الذي يتحقق به الجوار فيذهب غالبية الفقه إلى أن التلاصق يتحقق بأي امتداد مهما صغر ولو كان بطول شبر واحد، فذلك كاف لتبرير الأخذ بالشفعة في الجوار، ولا يتحقق التلاصق إذا فصل بين ملك الجار والملك المبيع عقار ليس مملوكا للجارين أو مملوكا للبائع ولم يشمل البيع، فإذا وجد بيع عقار الجار والعقار المبيع طريق عام أو مصرف عام، فلا يتحقق التلاصق.

1- فخر الدين عثمان الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 239.

2- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 375.

أما إذا كان الفاصل بين العقارين طريقا خاصا أو مسقاة خاصة مملوكة لأحد الجارين أو مشتركا بينهما ، فلا يحول دون تحقق التلاصق¹.

• شروط ملكية الجار الشفيع للعقار المشفوع به: يجب أن يكون طالب الشفعة مالكا للعقار ملكية تامة، أو ملكية الرقبة فقط، فإن من يكن مالكا، بأن كان الجار صاحب حق الانتفاع، فلا يجوز له أن يشفع إذا بيع العقار المجاور للعقار الذي يرد عليه حقه، كما يجب أن يكون المشفوع فيه و اراد على الملكية كذلك يجوز للملاك على الشيوع أن يطلبوا الشفعة مجتمعين، في العقار المجاور المبيع ، ويكون لكل منهم نصيب يتناسب مع حصته في العقار المشفوع به.

ثانيا: الجار الشفيع في القانون الجزائري

لم يتضمن القانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975 شفعة الجوار، لأنه صدر في وقت كانت الدولة تسلك النهج الاشتراكي، والذي كرس الملكية الجماعية، وحدد الملكية الخاصة، فتنقيح شفعة الجوار يعني ضم أراضي جديدة تزيد في الملكية عن الحد القانوني.

لكن بعد صدور دستور سنة 1989 كُرس نظام اقتصاد السوق، وصدرت عدة قوانين تطبيقا له، منها قانون التوجيه العقاري، الذي ألغى قانون الثورة الزراعية ونص على استرجاع الأراضي المؤممة والمتبرع بها والأراضي التي كانت تحت الحماية لملاكها الأصليين، وفي هذا الإطار أصبح لا مانع من تقرير الشفعة للجار في الأرض الفلاحية بما تحققه من مصلحة اقتصادية واجتماعية في نفس الوقت ، تتمثل في تمكين صغار الملاك الذين يمثلون الجانب الأعظم في المجتمع من استغلال ثرواتهم المحددة في تملك الأراضي المجاورة لأراضيهم بطريق الشفعة، فإذا أتيح لهم ذلك أصبح من المستطاع توحيد الملكيات الصغيرة، الأمر الذي يحقق استغلالها وإدارتها على أحسن وجه.

1- عبد المنعم فرج الصدة، نفس المرجع ، ص 376.

فعلی ضوء هذه الاعتبارات توسع المشرع في منح الشفعة بالنسبة للجار بموجب نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري الذي يقضي بأن: "يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري".

➤ الأسباب المنصوص عليها في القوانين الخاصة الأخرى:

إلى جانب الأسباب المنصوص عليها في القانون المدني (المادة 795 ق.م) هناك أسباب أخرى خولت بموجبها للدولة والجماعات المحلية حق الشفعة وردت في نصوص متفرقة في بعض القوانين الخاصة، نذكرها كما يلي:

- ما ورد في قانون التوجيه العقاري: حيث تنص المادة 71 منه على أنه: "ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجيات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه".

كما تنص المادة 57 من نفس القانون على أنه: "يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة".

- بموجب المرسوم التنفيذي 454/91 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة: حيث تنص المادة 16 على أنه: "يمارس حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة، بموجب المادة 118 من قانون التسجيل والمادة 24 من القانون 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 والمادتين 71/62 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المذكور أعلاه وفق الشروط وحسب الكيفيات المقررة بموجب الأحكام أو النصوص المتخذة لتطبيقها"¹.

¹ - المادة 16، القانون المدني الجزائري، المعدل المتمم.

يتضح من هذا النص أن المشرع أعطى للدولة حق ممارسة الشفعة بموجب قانون التوجيه العقاري بالنسبة للأراضي الفلاحية والأراضي العامرة والقابلة للتعمير، كما لها أن تمارس الشفعة على كل الأملاك العقارية، بموجب نص المادة 118 من قانون التسجيل وسنتطرق إليها على الشكل الآتي:

● **أولاً: ممارسة الشفعة بالنسبة للأراضي الفلاحية:** عرفت المادة 04 من قانون التوجيه العقاري للأراضي الفلاحية بما يلي: "الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج سنوياً أو خلال عدة سنوات إنتاجاً يستهلكه البشر أو الحيوان، أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله" ولتحقيق عملية الحصول على الأراضي الفلاحية يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية استعمال حقه في الشفعة، والذي يجعله محل تفضيل على كل مشتر لأرض فلاحية فيحل محله وهذا في إطار المادتين 52 و56 من قانون التوجيه العقاري، باعتباره الهيئة المكلفة بممارسة الشفعة بالنسبة للأراضي الفلاحية لحساب الدولة في المرتبة الرابعة بعد ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني الجزائري.

حيث يمكن للديوان أن يمارس الشفعة بموجب المادة 24 من هذا القانون باعتبار الدولة مالكة للرقبة، وتمارس الشفعة في هذه الحالة في المرتبة الأولى وفقاً للمادة 795 من ق. م باعتبارها مالكة للرقبة فقط.

● **ثانياً: الشفعة التي تمارسها الدولة على الأراضي العامرة والقابلة للتعمير:** عرفت المادة 20 من قانون التوجيه العقاري الأراضي العامرة على أنها: "كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية و مشتملات تجهيزاتها وأنشطتها ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية، أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع بنايات."

أما الأراضي القابلة للتعمير فعرفت المادة 21 من نفس القانون على أنها: "كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في آجال معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير".

فنظرا لقوة الطلب على الأرض العامرة أو القابلة للتعمير وقلة العرض يكون اللجوء إلى الشفعة أمرا ضروريا باعتباره طريقا استثنائيا إلى جانب نزع الملكية، حيث تمارس على كل الأراضي العمرانية وبدون استثناء، وفي مرتبة سابقة على الشفعاء المذكورين في المادة 795 ق م ج لصالح الدولة والجماعات المحلية، وهذا بواسطة وكالات التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

● **ثالثا: الشفعة التي تمارسها الدولة بالنسبة لكل الأملاك العقارية:** للدولة أن تستعمل الشفعة على كل العقارات حسب ما ورد في المادة 118 من قانون التسجيل لفائدة الخزينة العمومية، كما يمكنها ممارسة الشفعة التلقائية على تصرفات الأجانب الواردة على أملاكهم العقارية ونستعرض ذلك كما يلي:

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

❖ **الشفعة التلقائية الممارسة من قبل الدولة على تصرفات الأجانب في ملكيتهم العقارية:**

نشير في البداية إلى أن استعمال الشفعة يكون اختياريا، غير أن المرسوم رقم 344/83 الذي يتضمن حرية المعاملات قد جعل من تدخل الدولة إجباريا، أي أن الدولة ليس لها

1-المادة 118 من قانون التسجيل.

حرية الخيار في الحلول محل المشتري فهي مجبرة على التدخل التلقائي لأجل شراء العقار من الأجنبي، وبعد ذلك تتنازل لفائدة المواطن الذي يحتل العقار محل المعاملة، فهي مجبرة أن تكون همزة وصل من أجل نقل الملكية العقارية من الأجنبي لفائدة المواطن الجزائري.

• **رابعاً: ازدواجية الشفعة في القانون الجزائري:** طبقاً لنص المادة 26 من قانون الأملاك الوطنية نجد بأن الشفعة طريق استثنائي تمارس في إطار القانون العام لتكوين الأملاك الوطنية بنوعها العمومية والخاصة وبذلك فهي امتياز من امتيازات السلطة العامة تمارسها الدولة والولاية والبلدية هذا من جهة، ومن جهة ثانية فالشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، والدولة هنا تتدخل في عقد مدني أطرافه أشخاص طبيعيين فيتحول إلى عقد إداري، لذا نقول بالشفعة في القانون العام في هذا الإطار، ونتناول ذلك كما يلي:

❖ **من حيث المستفيد:** فالشفعة الإدارية مقررة لفائدة الأشخاص العمومية المتمثلة في الدولة والجماعات المحلية، في حين نجد أن الشفعة المدنية مقررة لحماية مصالح أشخاص القانون الخاص منهم، مالك الرقبة، والشريك في الشيوخ، وصاحب حق الانتفاع والمجاورين للأراضي الفلاحية المبيعة.

❖ **من حيث تبرير الأخذ بالشفعة:** المستفيد من الشفعة المدنية لا يحتاج إلى تبرير رغبته في الحلول محل المشتري الأصلي، في حين نجد الإدارة في حالة قرارها باستعمال حقها في ممارسة الشفعة تكون ملزمة بتسبيب موقفها على أساس المنفعة العامة، وعليه يمكن للقاضي متى اقتضت الضرورة مراقبة مدى مشروعية قرارها.

❖ **من حيث الهدف:** الهدف من الشفعة المدنية هو المصلحة الخاصة، قررها المشرع لمنع دخول الأجنبي إلى العائلة الواحدة وتجميع الملكية رقبة وانتفاعاً في يد واحدة لتسهيل عملية الاستغلال، أما الشفعة الإدارية فتهدف إلى التحكم في المعاملات العقارية، وتفادي أي ارتفاع غير طبيعي في الأسعار وعادة ما توضح الإحصائيات أن اللجوء إليها يكون ضئيلاً، الأمر الذي يؤكد أن دورها وقائي.

1- فخر الدين عثمان الزيلعي، المرجع السابق، ص220.

وبناء على ما تقدم فإن الشفعة المدنية تختلف عن الشفعة الإدارية من عدة جوانب لكنهما تخضعان لنفس الأحكام المقررة في القانون المدني، إذ كان على المشرع عند نصه على الشفعة الإدارية في قانون التوجيه العقاري ألا يحيل على نصوص القانون المدني، حتى نستطيع الفصل بين الشفعة المدنية، والشفعة الإدارية، ودراسة كل واحدة على حدى، وهذا لا يتسنى إلا بإصدار تنظيم خاص بالإجراءات التي تتبع أثناء ممارسة هذه الشفعة، لكن حالياً وفي غياب هذا التنظيم فتطبق بشأنها القواعد العامة في القانون المدني، لكن هذا قد لا يتناسب مع طبيعة هذا النوع من الشفعة.

• ممارسة حق الشفعة بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85

المؤرخ في 1985 /02/16:

تمارس الدولة حق الشفعة بالنسبة للمحال التي تستعمل في الطب وجراحة الأسنان والصيدلة وذلك بموجب نص المادة 216 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها التي نصت على أن: "يخضع كل تغيير في تخصيص المحلات التي تستعمل في الطب وجراحة الأسنان والصيدلة لرخصة كتابية مقدمة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، وتمارس الدولة حق الشفعة في حالة إجراء أي معاملة تجارية بشأن هذا المجال".

وعلى ذلك فإنه يشترط لثبوت حق الشفعة لفائدة الدولة في هذه الحالة أن يكون المحل المشفوع فيه مستعملاً في الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة وأن يكون التصرف الذي يجيز لدولة استعمال حقها في أخذ المحل بالشفعة إجراء أية معاملة تجارية بشأن هذا المحال .

وما تجدر الإشارة إليه، أن القانون رقم 16/06 المؤرخ في 2006/11/14 والمتضمن الموافقة على الأمر 07/06 المؤرخ في 2006/07/15 المعدل والمتمم للقانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، لم يتضمن أي تعديل للمادة 216، وعليه تبقى أحكام الشفعة السالف ذكرها والمنصوص عليها في القانون رقم 05/85 هي نفسها ودون أي تغيير.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشفيع

يعد الأخذ بالشفعة في حكم شراء العقار المشفوع فيه، حيث يحل الشفيع بتصرفه محل المشتري لذلك وجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة وهي أهلية التصرف. فالبالغ غير المحجور عليه له الحق في الأخذ بالشفعة بإرادته وبنفسه وقد يأخذها عن طريق وكيله على أن تكون الوكالة خاصة، لأن الأخذ بالشفعة يعد من أعمال التصرف .

أما إذا كان الشفيع قاصرا، فلوليه نيابة عنه الحق في الأخذ بالشفعة دون استئذان من المحكمة، وإذا لم يكن للقاصر وليا فلوصيه هذا الحق بعد استئذان المحكمة .
وإذا كان الشفيع محجورا عليه، كان للمقدم الأخذ بالشفعة نيابة عنه وبعد الحصول على إذن المحكمة.

ولما كانت الشفعة في حكم الشراء، فإنها تمتنع على الشفيع إذا كان ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه كما إذا كان الشفيع نائبا عن غيره في بيع مال هذا الغير، فيكون ممنوعا من شراء هذا المال لنفسه¹.

ولا يشترط في الشفيع أن يكون شخصا طبيعيا، فقد يكون شخصا معنويا فيحق له الأخذ بالشفعة ومع ذلك فلا شفعة للوقف رغم تمتعه بالشخصية المعنوية، وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية. فإذا كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك، فلا شفعة للوقف – من ناظر أو موقوف عليه – في الجزء الملك من العقار والسبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف وكذلك الحال بالنسبة للموقوف عليه، وإذا كان العقار المشفوع به ملكا لا وقفا وقت بيع العقار المشفوع فيه، ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة، فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكا وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة. وإذا تمسك الشفيع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ به يبقى ملكا بعد أن بطل وقفه، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف .

1- السنهوري، المرجع السابق، ص420.

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف، فإنها تجوز في الوقف، ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوخ شرعي، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل، فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه، وأما ثمنه فيشتري به عقارا آخر هو الذي يصبح وقفا، ولا تجوز الشفعة فيه، أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا، كأن كان مسجدا، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا، فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة، اعتبر هذا تهربا من الشفعة فيكون الوقف باطلا، ويجوز أخذ العقار بالشفعة، وتكون العبرة بتاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة¹.

كما يشترط في الشفيع أن يكون مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة².

واشترط وجود حق الشفيع الذي يشفع به وقت البيع المشفوع فيه معناه اشتراط تكامل وجود هذا الحق في ذلك الوقت، ويقضي بيان ذلك التمييز بين ما إذا كان حق الشفيع على عقاره ناشئا عن تصرف قانوني أو عن واقعة قانونية³.

فبالنسبة للتصرف القانوني وطالما أنه لا ينقل أو ينشئ الحقوق العينية العقارية إلا بالشهر، فيقتضي الأخذ بالشفعة وجوب أن يكون التصرف القانوني الناشئ عنه حق الشفيع مشهرا وقت البيع المشفوع فيه، حيث لا تجوز الشفعة إذا كان حق الشفيع مستندا إلى تصرف قانوني لم يتم شهره قبل البيع المشفوع فيه ولا يكفي أن يكون التصرف القانوني الناشئ عنه حق الشفيع مشهرا، بل ينبغي كذلك أن يكون هذا التصرف المشهر موجودا وجودا حقيقيا وصالحا لتوليد هذا الحق قبل البيع المشفوع فيه. ولذلك تجوز الشفعة إذا كان هذا التصرف قابلا للإبطال أو معلقا على شرط فاسخ طالما لم يحكم بالإبطال أولم يتحقق الشرط قبل البيع المشفوع فيه وبشرط عدم الحكم بالإبطال أو عدم تحقق الشرط قبل ثبوت الشفعة للشفيع.

1- السنهوري، المرجع السابق، ص595-594.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص228-229.

3- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص576.

كما يمكن أن ينشأ حق الشفيع في الأخذ بالشفعة عن واقعة قانونية، وأكثر ما يتحقق ذلك نتيجة الوفاة فإذا كان الشفيع وارثا تلقى حقه على العقار الذي يشفع به بالإرث نتيجة وفاة المورث، وطالما أن الوارث يتلقى حقه من تاريخ الوفاة، فينبغي لجواز أخذه بالشفعة أن تكون واقعة الوفاة متحققة قبل البيع المشفوع فيه .

وإذا كان حق الشفيع ناشئا عن التقادم، فينبغي أن تكون مدته قد اكتملت قبل البيع المشفوع فيه بل وأن يكون التمسك به قد تم قبل هذا البيع¹.

هذا ولا يكفي أن يكون حق الشفيع على عقاره الذي يشفع به موجودا وقت البيع المشفوع فيه بل يجب أيضا استمرار قيام هذا الحق للشفيع إلى حين ثبوت الشفعة له وتحديد وقت ثبوت الشفعة للشفيع محل خلاف كبير ناشئ عن الخلاف حول تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه أو وقت تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه. والرأي الغالب هو تحديد وقت ثبوت الشفعة بوقت تملك الشفيع أي بوقت تسليم المشتري بالشفعة في حالة التراضي أو بتاريخ الحكم للشفيع بالشفعة في حالة التقاضي .

الفرع الثالث: تعدد الشفعاء وتزاحمهم

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

الحالة الأولى: تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة

نصت المادة 796 الفقرة 01 على أنه إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه و على ذلك إذا تعدد الشفعاء و كانوا من الطبقة الأولى، أي: ملاك رقبة، فإنهم يقتسمون حق الانتفاع متى شفَعوا فيه، و هذا بقدر نصيب كل منهم في ملكية الرقبة، و في حالة ما إذا طلب الشفعة واحد فقط و لم يطالب باقي الشفعاء بها أو

1- وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أنه من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به، ولا يكفي أن يكون حائزا أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك، إذ مجرد حيازة الشفيع لا يغني عن إثبات ملكيته .

أسقطوها، جاز للشفيع المطالب أن يأخذ الشفعة في كل العقار، غير أنه من الضروري التأكيد على أن أي شفيع متى طلب كل الشفعاء الشفعة فالقسمة هي التي تكون حسب نصيب كل منه في ملكية الرقبة. و يضاف إلى هذا أنه متى كان الشفعاء من الطبقة الثانية وهم شركاء في الشيوع، فإنهم يقتسمون حق الانتفاع، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عدا الحنفية وأضافوا أن الأخص يفضل و يقدم على الأعم، فالأخص في الشركة يقدم على الأعم¹.

الحالة الثانية: تزامم الشفعاء و هم من طبقات مختلفة

القاعدة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء الأربعة هي: "الأخص يقدم و يفضل على الأعم" ومثالهم المشارك في حائط الدار كالمشارك فيها، أما صاحب الأخشاب الممددة على الحائط الخاص بالجار فهو جار وليس شريك، ومن ثمة فلا شفعة له ومثالهم الخالص إلى أحقية الشريك في المبيع في الأخذ بالشفعة على الشريك في حق الارتفاق² أما المادة 795 فقد جعلت من الشفعاء ثلاث طبقات، مالك الرقبة، الشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع، فإن تزامموا وكانوا من طبقات مختلفة، فإنهم يعلو بعضهم على بعض فالأعلى أولى من الأدنى ومثال ذلك لو أن عقارا رتب عليه شخصان حق انتفاع فإن أراد أحدهما بيعه، أي بيع حق انتفاعه، كان الأحق بالشفعة في هذه الحالة هو مالك الرقبة متى طلبها، لأنه يقدم على الشخص الآخر، الشريك على الشيوع في حق الانتفاع.

الحالة الثالثة: حالة تزامم الشفعاء مع المشتري و هو شفيع مثلهم

هذه الحالة لم يتطرق لها فقهاء الشريعة الإسلامية. وبالرجوع إلى المثال السابق في الحالة الثانية فالمشتري يعد من الغير، لذا فلا يجوز لهذا الغير أو صاحب حق الانتفاع أخذ الشفعة لأن مالك الرقبة هو نفسه يعد شفيعا و هو من الطبقة الأولى، ويفضل عليهما فيأخذ وحده بالشفعة دونهما، أما لو كان المشتري هو شفيع بدوره، فإن الأمر يختلف حيث أنه انطلاقا من المادة 796 / 2 من القانون المدني نجد أنه بتوافر الشروط التي تجعل من المشتري شفيعا، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته ومن الطبقة الأدنى منه، لكن يتقدمه من هو أعلى منه طبقة.

1- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص120.

2- السنهاوري، المرجع السابق، ص630.

مقدمة الفصل الثاني

من الثابت شرعا وقانونا أن الشفعة تؤخذ بالتراضي أو بالتقاضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية ودون نزاع يذكر، ويحل بذلك الشفيع محل المشتري، ويصبح متمتعاً بحقوق المشتري وتقع عليه التزاماته، ويصح التسليم في أي وقت، ومتى سلمت يبرم عقد البيع و يشرع في مباشرة الإجراءات الناقلية لملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، غير أنه قد يثور نزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وفي هذه الحالة كان اللجوء إلى القضاء حتمية لا مفر منها¹.

وجدير بالذكر أن الشفعة مؤسسة على الإجراءات ، لذا سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى معرفة إجراءات الشفعة، وسنستطلع رأي الشرع وما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا المجال، كما يجدر بنا أن نتطرق كذلك إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها، لنقارن بين الشريعة والقانون المدني في هذا الشأن ونتبين هل أن الشريعة اهتمت أيضا بالإجراءات والشكليات وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول تطرقنا إلى إجراءات الشفعة أما **المبحث الثاني** فتناولنا آثار الشفعة

1- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص120.

المبحث الأول: إجراءات الشفعة

أحاط المشرع الشفعة بإجراءات محددة وربطها بمواعيد صارمة وقصيرة ينبغي الالتزام والتقيد بها وإلا سقطت الشفعة والإجراءات التي حددها المشرع ثلاثة نصت عليها المواد من 799 إلى 803 ق.م وهي: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن لدى الموثق ورفع دعوى الشفعة، وعلى ذلك سنتطرق في المطالب التالية إلى الإجراءات السابق ذكرها بالإضافة إلى التعرض للجزاء المترتب على عدم التقيد بإجراءات الشفعة والمتمثل في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، وهذا ما أقرته أيضا الشريعة الإسلامية كما يلي :

في المطلب الأول تناولنا إعلان الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن والمصاريف أما في **المطلب الثاني** فخصصناه لدعوى الشفعة.

المطلب الأول: إعلان الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن والمصاريف

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بإعلان الرغبة في الشفعة و اعتبرته إجراء مهما رتب عليه السقوط في حالة عدم المطالبة به وهذا ما أقره المشرع من خلال القانون المدني حيث فرضت المادة 799 ق.م على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وبينت المادة 800 ق.م مشتملات الإنذار المنصوص عليه في المادة 799، كما أوضحت المادة 801 ق.م كيفية إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده¹.

وقد أوجبت المادة 2/801 ق.م على الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع دعوى الشفعة .

وعلى ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى النقاط التالية :

الفرع الأول: الإنذار الموجه إلى الشفيع.

الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده.

الفرع الثالث: إيداع الثمن والمصاريف.

1- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص230.

الفرع الأول: الإنذار الموجه إلى الشفيع

لم تهتم الشريعة الإسلامية بهذا الإنذار ولم تعرفه أما القانون فقد اتاح لكل من البائع والمشتري أن يتخذ إجراء يحفز به الشفيع على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد معين وإلا سقط حقه، وهذا الإجراء عبارة عن إنذار يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع يعلنه فيه بحصول البيع ويدعوه إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذا كان يريد ذلك فهذا الإنذار يعتبر فاتحة للإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها حيث تقضي المادة 799 ق.م بأنه: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه". ودون اشتراط الرسمية¹، وضع المشرع الجزائي شروطاً معينة في الإنذار وهي:

• أن يوجه الإنذار إلى الشفيع:

ويقوم المشتري أو البائع بتوجيه هذا الإنذار إلى الشفيع، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك على أن يوجهه الآخر، كما يجوز أن يوجه هذا الإنذار إلى وكيل الشفيع إذا كان مفوضاً في تمثيل موكله أمام المحاكم وفي أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام. وفي حالة تعدد الشفعاء يجب توجيه الإنذار إليهم جميعاً على اختلاف طبقاتهم في ترتيب الشفعاء دون الاكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى، وذلك لاحتمال ألا يرغب شفعاء هذه الطبقة في الأخذ بالشفعة مما يفتح باب الشفعة لمن هم أدنى منهم في الطبقة. وإغفال إنذار أي من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلاً ولا ينتج أثره، فلا يبدأ منه الميعاد المحدد للشفيع لإعلان الرغبة، وينبغي أن يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل منهم أي محل إقامته المعتادة.

1- وذلك على خلاف المشرع المصري الذي كان دقيقاً في صياغة المادة 940 من التقنين المدني المصري حيث اشترط الرسمية في الإنذار، أي وقوعه بورقة رسمية من أوراق المحضرين يقوم المحضر بإعلانها بنفسه للشفيع، فإذا اتخذت وسيلة أخرى في هذا الإجراء غير الإنذار الرسمي فإنه يقع باطلاً.

• أن يشتمل الإنذار على بيانات محددة:

أوجب المشرع أن يشتمل الإنذار الموجه إلى الشفيع على بيانات محددة، مرتبا بالطلان على تخلفها وذلك ما جاءت به المادة 800 ق.م. وهذه البيانات هي البيانات الأساسية المتعلقة بالبيع الجائر الشفعة فيه ولكن يجوز للشفيع توجيه أية بيانات أخرى إضافية يراها مفيدة. والبيانات الأساسية المحددة التي أوجب المشرع اشتغال الإنذار عليها هي الآتية :

- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا (م 1/800 ق.م). ويراد بالبيان الكافي للعقار المبيع البيان الذي يكون من شأنه تعريف الشفيع بالعقار تعريفا نافيا للجهالة، وهذه المسألة واقعية يقدر فيها قاضي الموضوع كفاية البيان.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية كمصاريف الشهر العقاري وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ق.م وذلك ما نصت عليه المادة 2/800 ق.م .

الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفعة حق ضعيف ، فلا يمكن التمسك بها مالم يبادر الشفيع بإعلان رغبته فيها، وإلا ترتب عليه السقوط¹.

وقد اختلف فقهاؤها في تحديد الوقت الواجب إعلان الرغبة فيه ، إذ نجد أن جمهور الفقهاء المشكل من الأئمة : الشافعي ، أبو حنيفة ، ابن حنبل قد اشترطوا فورية المطالبة بالشفعة، معتمدين على الحديث الشريف لرسول الله -صلى الله عليه وسلم: "الشفعة كحل العقال"، و لذلك فقد أقرروا بأن طلب الشفعة يكون على الفور و هذا بمجرد علم الشفيع بالبيع لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، وأضافوا أنه في حال مرض الشفيع أو غيبته عن بلد المشتري أو خوفه من عدو ، فوجب عليه أن يوكل وكيفا عنه ، فإن لم يستطع فليشهد شاهدين عدلين أو رجل وامرأتان، ثم له بعد ذلك أن يخاصم المشتري، ولو بعد أيام أو شهور أو سنين و مناط كل ما سبق هو أن ثبوت الشفعة على التراخي ربما يضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع-أسباب كسب الملكية- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3، 2000، ص430.

أما رأي الإمام مالك فهو مخالف للجمهور، في اشتراط الفورية في طلب الشفعة، فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة، بعد عقد البيع فما دونها، أو غاب و عاد في أثناء السنة، ثم طلب الشفعة أخذها لأن السكوت عند الإمام مالك لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن الأحوال ما يدل على إسقاطه و خلاصة رأي الإمام مالك أن طلب الشفيع للشفعة أو إعلان رغبته في أخذها يكون على التراخي لمدة سنة.

بخلاف القانون المدني حيث تقضي المادة 799 ق.م على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك¹.

كما نصت المادة 801 ق.م على أنه يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلاً².

فبالنسبة لكيفية إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فحسب المادة 799 ق.م، فإن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع والمشتري، فإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب إعلانهم جميعاً بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني، فإذا وجه الإعلان إلى أحدهما فقط أو وجه الإعلان إلى أحدهما في الميعاد والآخر بعد فواته، كان إعلان الرغبة باطلاً وجاز لمن وصله الإعلان متأخراً أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة. ولما كان هذا الحق لا يتجزأ، فإن السقوط بالنسبة لواحد يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين حتى ولو أعلنوا إعلاناً صحيحاً³.

1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص253.
2- وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/06/26 تحت رقم 34707: حيث أن المادة 799 من القانون المدني توجب على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل الثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه.
3- وحيث إن إعلان المشتري (أ س) لم يقع صحيحاً إذ أعلن لدى (ب م) أحد البائعين وهو ليس من بين الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، ص62.

وإذا حدث وكان الإعلان ناقصاً، فللشفيع أن يكمل هذا الإعلان بطلب لاحق ولا بد من إعلان هذا الطلب اللاحق إلى البائع والمشتري في الميعاد القانوني وإلا سقطت الشفعة، وذلك لأن الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يعتد به، ولأن الطلب اللاحق الذي يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانوني فلا يعتد به .

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/10/02 تحت رقم 133030¹

بما يلي :

حيث إن المشرع حدد الإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشفعة في المواد 794 ق.م وما بعدها من ق.م وقد حدد في المادة 799 أجل شهر من تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع والمشتري للراغب في الشفعة، ولم يثبت أن الطاعن أو البائعة قد وجه الإنذار المنصوص عليه في المادة أعلاه لاحتساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله. ففوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة وليس مجرد العلم والسكوت.

كما قضت أيضاً المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/04/26 تحت رقم بما

193704² مايلي:

إن قضاة الموضوع قد أخلطوا بين التصريح والإعلان عن الرغبة في الشفعة والذي يوجهه الشفيع المحتمل إلى كل من المشتري والبائع والمنصوص عليه بالمادة 799 من ق.م وبين الإنذار الذي يوجهه المشتري والبائع للشفيع المحتمل والمنصوص عليه بالمادة 800 التي تحيل على المادة 799. ونتيجة لهذا السبب الذي وقع لهم أخطأوا في تطبيق المادتين المذكورتين .

ويشترط المشرع أن يكون إعلان الرغبة "رسمياً وإلا كان باطلاً" (م 1/801 ق.م) ويفتضي ذلك وجوب إعلان الرغبة إعلاناً رسمياً على يد محضر، بحيث يقع باطلاً الإعلان بطريقة غير رسمية كالإعلان برسالة موصى عليها ومضمونة الوصول³، وذلك في موطن كل من المشتري والبائع.

1- المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، فسم الوثائق بالمحكمة العليا، ص 66-67.
2- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، فسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004، ص 257.
3- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994، ص 606.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/10/02 تحت رقم 33030¹

بما يلي:

من المقرر قانوناً أنه يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلاً ولما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه تأسيساً على ما هو مثار بخرق أحكام المادة 801 ق.م بدعوى أن القانون يشترط تحرير رسم توثيقي بطلب من القائم بالشفعة إعلاناً عن قصده هذا، وإعلان ذلك عن طريق كتابة الضبط يكون في غير محله ويتعين رده.

ولما كان الثابت أن المطعون ضدها قد أعلنت عن رغبتها في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف الذي قضى بصحة التصريح بالشفعة التزموا بتطبيق القانون.

ويلاحظ أن إعلان الرغبة ليس واجباً إذا رفعت دعوى الشفعة في الميعاد القانوني المقرر للإعلان وهو خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى يمكن اعتبار عريضة الدعوى متضمنة لمعنى إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ولكن يشترط في هذه الحالة إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق قبل رفع الدعوى حتى يكون رفعها صحيحاً وهذا ما ورد في الفقرة 2 من المادة 801 حيث جاء فيها أنه يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.

وعلى ذلك يمكن القول أن إعلان عريضة الدعوى قد حل محل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضي في الإجراءات².

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/05/31 تحت رقم 194391³

بما يلي :

1 - المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، ص 64.
2 - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 254.
3 - الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004، ص 236.

إن قضاة الموضوع بنوا قرارهم أساسا وعلى وجه الأسبقية على عدم تبليغ الطاعنين رغبتهم في الشفعة كما تشترطه المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة البطلان، ولما كان طلب الشفعة يجب أن يرفع تحت طائلة سقوط الحق في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 ق.م، فإنه ولما ثبت لقضاة الموضوع من الإجراءات المتبعة في الدعوى أن الطاعنين لم يقوموا بتبليغ التصريح بالرغبة في الشفعة مكتفين بوضع ثمن المبيع والمصاريف لدى الموثق بموجب عقد 1989/09/16 (علما أن الدعوى رفعت في 1991/04/07) فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، وبالتالي يكفي لما توصلوا إليه قولهم أن التصريح بالرغبة في الشفعة لم يتم تبليغه من قبل الطاعنين للقول بسلامة القرار المنتقد .

أما عن مواعيد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فقد أشرنا من قبل إلى أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع فإنه يستطيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري دون انتظار أن يصله الإنذار المشار إليه في المادة 799 ق.م، بل ويستطيع الشفيع حتى ولو قبل إنذاره أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق ويقوم بإعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

إلا أن حرية الشفيع في إعلان رغبته تنقيد من حيث الميعاد إذا ما أُنذر، حيث يجب عليه أن يعلن رغبته في خلال ثلاثين يوما من هذا الإنذار، وإذا لم يحصل هذا الإنذار وأشهر البيع فهو لا يستطيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من وقت إشهار البيع (وهو المقصود بالتسجيل)، وإذا لم ينذر ولم يسجل البيع فله الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم أي بمضي 15 سنة من إتمام عقد البيع وتعرض لهذه الحالات كالاتي :

• حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع:

انطلاقا من نص المادة 799 ق.م، فإنه يجب على الشفيع إذا أُنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع وأراد أن يشفع، فعليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ وصول الإنذار إليه بوقوع البيع.

ولا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، بل وحتى إذا قام الدليل القاطع بأنه قد علم بالبيع في وقت معين، فإن الميعاد مع ذلك لا يسرى من هذا الوقت، وإنما من وقت وصول الإنذار إليه.

وتجدر الإشارة إلى أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 ق.م يعد من مواعيد السقوط وليس من مواعيد التقادم، ومن ثمة تسري على الغائبين وعلى من لم تكن لديه أهلية التصرف، وهي مدة لا تقبل الوقف أو الانقطاع.

• حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع و إشهاره:

إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلاً، غير أن المشتري أشهر عقد البيع، فينفتح للشفيع في هذه الحالة ميعاد آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع، وهذا ما يفهم من نص المادة 807/ق.م والتي جاء فيها أنه لا يمارس حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل (ويراد به الشهر) عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون. فإذا لم يعلم الشفيع بوجود البيع وذلك لعدم إنذاره أو لكون إنذاره عد باطلاً، ولكن سجل هذا البيع، فإن ذلك يعني أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد شهره، فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في خلال هذا الميعاد وإلا سقط حقه في الشفعة¹.

هذا وأن ميعاد السنة من تاريخ الشهر، يعد مدة سقوط لا مدة تقادم وبالتالي لا ينقطع ولا يقف ويسري في حق الغائبين وغير كامل الأهلية.

• حالة عدم إنذار الشفيع و عدم شهر عقد البيع:

قد يحدث ألا ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، وقد لا يقوم المشتري بشهر العقد، عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع. ولذلك يظل حق الشفيع في طلب الشفعة قائماً طالما لم يسقط، وهو لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه.

أما بالنسبة لشهر إعلان الرغبة في الشفعة، فإذا كان الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه منذ إعلان الرغبة وكان من نتائج ذلك كف يد المشتري عن القيام بأعمال مادية تضر بهذا الحلول باعتبار إعلان الرغبة حجة على المشتري، فكان لابد من مواجهة التصرفات

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص254.

القانونية التي قد يقوم بها المشتري ويرتب بها حقوقاً للغير على العقار المشفوع أو متعلقة به وكان طبيعياً عدم الاكتفاء بإعلان الرغبة لمنع نفاذ هذه التصرفات في حق الشفيع، إذ لا توجد وسيلة مؤكدة لعلم الغير بهذا الإعلان، ولذلك نص المشرع على أن: "إعلان الرغبة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً" تطبيقاً لنص المادة 1/801 ق.م.

ويقصد بالتسجيل المشار إليه في هذه المادة الشهر العقاري. وبذلك يصبح من مصلحة الشفيع المبادرة إلى شهر إعلان الرغبة ليضمن عدم نفاذ التصرفات الواقعة بعد هذا الشهر في حقه هي وما رتبته من حقوق أما ما تم منها قبل إجراء الشهر فيظل نافذاً في حق الشفيع. هذا وتجدر الإشارة إلى حالة مهمة من الناحية العملية تتمثل في توالي البيوع ومدى الاحتجاج به على الشفيع¹، إذ يمكن القول في هذا الصدد أنه قد يحدث أن يقوم المشتري بإعادة بيع العقار المشفوع فيه، كما قد يحدث أن يقوم المشتري الثاني بإعادة بيع العقار إلى مشتر ثالث، مما يثير التساؤل عن مدى الاحتجاج على الشفيع بالبيع أو البيوع المتتالية وينبغي التفريق في هذا الصدد بين الصورتين الآتيتين :

- إعادة البيع بعد شهر الإعلان:

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة إلى مشتر ثان، فيصرح المشرع بعدم سريان البيع الثاني في حق الشفيع وذلك بمقتضى نص المادة 806 ق.م ومعنى ذلك أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في البيع الأول يظل صحيحاً دون اعتداد بالبيع الثاني لحصوله بعد إشهار الإعلان ويستمر الشفيع في مواصلة باقي خطوات الشفعة في البيع الأول. ويسري نفس الحكم لو تعلق الأمر ببيع ثالث بعد شهر الإعلان.

- إعادة البيع قبل شهر الإعلان:

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة أو حتى قبل إعلان أية رغبة إلى مشتر ثان فيكون البيع الثاني نافذاً في حق الشفيع، ويترتب على ذلك تطبيقاً لنص المادة 797 ق.م أنه "لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و بالشروط التي اشترى بها".

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 617.

ومعنى ذلك أنه لا يعتد بالبيع الأول ولا بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيه، وعلى الشفيع توجيه إعلان رغبة ثان في البيع الثاني وبشروطه، على أن يتم توجيه الإعلان إلى المشتري الأول بوصفه بائعا في البيع الثاني وإلى المشتري الثاني بوصفه مشتريا منه، ولا لزوم لتوجيهه إلى البائع في البيع الأول .

غير أنه يشترط للأخذ بالشفعة في البيع الثاني أن يكون جائزا الشفعة فيه، بحيث إذا قام مانع قانوني من الأخذ بالشفعة فيه بأن كان المشتري الثاني مثلا زوجا للمشتري الأول البائع له أو قريبا له بالنسب لغاية الدرجة الرابعة، فلا تجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني لقيام المانع ولا في البيع الأول الذي لم يعد يعتد به في مواجهة الشفيع، ولكن يشترط لذلك ألا يكون البيع الثاني سوريا، وللشفيع في هذه الحالة أو في حالة البيع الثاني الجائز الشفعة فيه إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، فإذا أفلح في ذلك، ظل البيع الأول وحده هو القائم بحيث تصح الشفعة فيه¹.

الفرع الثالث: إيداع الثمن والمصاريف

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن أو العوض الذي ملك به، أو يمثل الثمن الذي تملك به المشتري ، لا يمثل المبيع الذي يملكه المشتري لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملك به قدرا و جنسا² ، لحديث جابر " فهو أحق به بالثمن " كما يلزم الشفيع بما أنفقه المشتري كأجرة سمسار و كاتب و رسوم غير أن الفقهاء اختلفوا في الإجابة عن السؤال الذي يتمحور حول مدى توقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع للثمن ؟

فذهب كل من الإمام الشافعي و ابن حنبل و مالك و أبو حنيفة في ظاهر الرواية إلى أنه لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، و لا إحضار الثمن و لا حضور المشتري و لا يتوقف صدور الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الشفيع الثمن إلى مجلس القضاء، لأن حقه ثبت بمجرد البيع لأجنبي دفعا لضرر عنه، فصار كما لو صدر الشراء له من البائع من أول الأمر، أو لأن الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة، فكأنه اشتراه

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 620 .

2- عبد المنعم الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر ، ص 166.

من البائع، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن كالشراء أو البيع المبتدأ بجامع أنه تملك بعوض غير أن فقهاء المذهب المالكي قالوا: " إن قال الشفيع: أنا أخذ بالشفعة، منح له ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أتى به فيها، وإلا سقطت شفעתه".

وقال محمد بن الحسن : لا يقضي القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، دفعا للضرر عن المشتري، لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضار الثمن ويؤجله القاضي ليومين أو ثلاثة تمكينا له من نقد الثمن، إذ لا يصح دفع الضرر عن الشفيع بإضرار غيره، لكن ما يخشاه محمد بن الحسن من هذا المحذور ، يمكن دفعه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف بأن للمشتري حبس العين في يده، حتى يدفع الشفيع الثمن لذا فرأى بعض الفقهاء بوجوب إيداع الشفيع للثمن لدى القضاء قبل الحكم له بالشفعة، ما هو إلا احتياط لأجل دفع الضرر عن المشتري.

أما المادة 2/801 من القانون المدني فقد ألزمت الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع دعوى الشفعة بقولها: "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 يسقط الحق في الشفعة"¹.

وسنتطرق في هذا الصدد لإيداع الثمن والمصاريف كإجراء من إجراءات الشفعة مع التطرق أيضا لمسألة الثمن الصوري .

فبالنسبة لإيداع الثمن والمصاريف، فقد ألزم المشرع الجزائري الشفيع بمقتضى نص المادة 2/801 ق.م بإيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق، ويقصد به الثمن المذكور في عقد البيع، أما الثمن الحقيقي الذي أخفاه البائع والمشتري تهربا من دفع حقوق التسجيل فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الشفيع لأن ما ذكر في الورقة الرسمية يعد حجة على أطرافه وورثتهم وذوي الشأن(المادة 324 مكرر6 فقرة 1 ق.م).

وقد أوجب المشرع أن يتم إيداع الثمن والمصاريف "خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة".

1-المادة 801 من القانون المدني، المعدل والمتمم.

ويتضح من ذلك أن ميعاد الإيداع ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الرغبة ويتم حساب هذا الميعاد من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة للبائع والمشتري أو للتسليم الأخير لأي منهما إن لم يتعاصر الإعلانان وينتهي الميعاد بنهاية اليوم الثلاثين، على أن يزداد عليه ميعاد المسافة عند الاقتضاء، وإذا وقعت عطلة رسمية في اليوم الأخير من الميعاد ولو كان متصلاً بميعاد المسافة، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها.

ومدة ميعاد الإيداع كباقي مدد مواعيد الشفعة هي مدة سقوط لا مدة تقادم بحيث لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، ولا يكتفي المشرع بميعاد الثلاثين يوماً فقط، بل يقيد ذلك بأن يتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة¹.

وفيما يتعلق بمكان الإيداع، فقد نصت المادة 2/801 ق.م على أن يتم الإيداع "بين يدي الموثق" ويلاحظ أن المشرع لم يفصح عن نيته في تحديد الموثق الذي يتم لديه إيداع الثمن والمصاريف، فهل يشترط أن يتم الإيداع لدى الموثق الذي حرر عقد البيع؟ أم يكفي أن يتم ذلك لدى أي موثق؟.

وتثور هذه المسألة لكون الموثق ليس مقيداً باختصاص محلي، فقد يكون العقار محل الشفعة كائناً بدائرة اختصاص محكمة الجزائر بينما عقد البيع حرره موثق يقع مكتبه بمدينة وهران، فإذا قلنا بوجود إيداع الثمن لدى الموثق الذي حرر عقد البيع، نكون قد ألزمتنا الشفيع للذهاب إلى مدينة وهران لإيداع الثمن، ولا يخفى ما في ذلك من مشقة على الشفيع ولما كان المشرع غامضاً في هذه المسألة، وجب تفسير هذا الغموض لصالح الشفيع حتى لا يتحمل مشقة لم يتسبب فيها².

هذا وتجدر الإشارة إلى الجزاء المترتب على مخالفة أحكام الإيداع، حيث كان المشرع صارماً في هذا الصدد، فلم يكتف ببطالان الإجراءات المخالف بحيث يمكن إعادته من جديد على النحو الصحيح، بل جاوز ذلك إلى ترتيب سقوط حق الشفعة على المخالفة، إذ نص صراحة على أنه: "فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة" (المادة 2/801 ق.م).

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 625.

2- عبد الرحمن ملزي، دروس في القانون المدني ملقاة على قضاة الدفعة الرابعة من التكوين المتخصص في العقاري، المعهد الوطني للقضاء، جوان 2004، ص 158.

وبناء على ذلك يسقط حق الأخذ بالشفعة إذا لم يودع الثمن والمصاريف أصلاً أو تم الإيداع في الميعاد ولكن ليس لكل الثمن .

ويعتبر ترتيب جزاء السقوط هذا متعلقاً بالنظام العام، بحيث يمكن الدفع بالسقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يحصل التمسك به أو حتى ولو نزل عن التمسك به صاحب الحق فيه¹.

هذا وإذا ادعى البائع أو المشتري أن الثمن المذكور في العقد أكبر أو أقل من الثمن الحقيقي، فتثور حينئذ مسألة صورية الثمن ومدى إمكان الاحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي.

وعليه إذا كان الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي جاز للشفيع أن يثبت الثمن الحقيقي فإذا نجح في هذا الإثبات فلا يلتزم إلا بالثمن الحقيقي الذي أقام الدليل عليه وفي هذه الحالة يستطيع الشفيع أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي، ويكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل أثناء نظر الدعوى على صحة اعتقاده، فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة، ولا يحول دون هذا السقوط أن يقوم بتكملة الثمن أثناء نظر الدعوى، إذ يعتبر أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى، ولذلك ومن باب الاحتياط أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى، وهذا إذا كان يريد الأخذ بالشفعة حتى لو كان ذلك بالثمن المذكور في العقد في حالة عجزه عن إثبات الصورية .

وإذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، جاز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي فإذا نجح في هذا الإثبات وجب على الشفيع أن يدفع الثمن الحقيقي الذي قام الدليل عليه وفي هذه الحالة يكفي أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، حتى إذا ما ثبت الثمن الحقيقي أثناء نظر الدعوى وجب عليه أن يكمل الثمن، ولا يعتبر حينئذ أنه قد

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 626.

تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى، لأنه لم يكن يعلم بهذا الثمن وله عذره في ذلك¹.

المطلب الثاني: دعوى الشفعة

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

كما نصت المادة 807 من القانون المدني على الجزاء المترتب على تخلف إجراء من إجراءات الشفعة.

وعلى ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى النقاط التالية :

الفرع الأول: رفع دعوى الشفعة.

الفرع الثاني: سقوط الحق في الشفعة.

الفرع الأول: رفع دعوى الشفعة

أقرت الشريعة الإسلامية حق الشفيع في اللجوء إلى القضاء بصفته مدعياً للمطالبة بحقه في تثبيت الشفعة ومخاصمة المشتري في ذلك، غير أنها لم تهتم بالشكليات كما اهتم بها القانون الوضعي وبتصفح القانون المدني نجد المادة 802 تنص على أنه:

"يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".

ويشير هذا النص عدة مسائل تتعلق بكيفية رفع الدعوى والمحكمة المختصة التي يتم رفع الدعوى أمامها وميعاد رفع الدعوى وجزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى.

*كيفية رفع الدعوى :

لم يضع القانون المدني قواعد خاصة لكيفية رفع دعوى الشفعة مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة في رفع الدعاوى والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص172.

وقد قضت المحكمة العليا بخصوص شهر عريضة الدعوى المتعلقة بالشفعة في قرارها المؤرخ في 26/04/2000 تحت رقم 194437¹ بما يلي :

وحيث فعلا أن قضاة المجلس استفسروا قضاءهم برفض دعوى الطاعنة شكلا على كون هذه الأخيرة لم تقم بإشهار عريضتها طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 (المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19)، إلا أنه وبالرجوع إلى أحكام هذه المادة يتضح أنها تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها والحال أن دعوى الطاعنة إنما تتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها (هـ. ل. ق) والذي باعته هذه الأخيرة للمطعون ضدهما، وهي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة وحدد شروط ممارستها (المواد 794 إلى 807 من القانون المدني)، ولا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 أعلاه إلا أنه وبتعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 08 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ولما كانت الشفعة حق عيني عقاري فالأجدر تطبيق نص المادة 17 منه والتي تنص على انه يجب اشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار و/ أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون.

• الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى:

يعتبر طلب الشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لذلك يجب في الشفيع الذي يرفع دعوى الشفعة أن تتوافر لديه أهلية التصرف، وإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها فلا يجوز للوصي أو المقدم أن يطلب الشفعة باسمه إلا بإذن المحكمة. ولا تكفي الوكالة العامة في طلب الشفعة باسم الموكل لأن هذه الوكالة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، بل لا بد من وكالة خاصة. ولأن الشفعة مجرد رخصة لا يجوز للدائنين أن يطلبوا الشفعة باسم مدينهم بطريق الدعوى غير المباشرة².

1- المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2000، ص 159.
2- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 174.

وبمقتضى نص المادة 802 ق.م، فإن دعوى الشفعة ترفع على كل من البائع والمشتري، وهذا نظرا إلى أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته قبل البائع، وفي حالة تعدد البائع أو المشتري أو تعددهما معا، يجب رفعها على كل الباعين وكل المشتريين جميعا دون إغفال أي منهم وإلا ترتب على الإغفال سقوط حق الشفعة .

فيجب اختصاصهما معا، الأول بوصفه بائعا والثاني بوصفه مشتريا وأيا كان المشتري فيجب اختصاصه ولو كان الشفيع يطعن في عقده بالصورية .

وإذا كان واجبا رفع الدعوى على البائع والمشتري بحيث تقوم الخصومة بين أطرافها الثلاثة: الشفيع والبائع والمشتري، فيسري هذا الحكم في كل مراحل التقاضي بما فيها مرحلة النقض¹.

وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع، فإن رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم أحد صاحبيه، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها .

● المحكمة المختصة بنظر الدعوى :

نصت المادة 802 ق.م على أن: "ترفع دعوى الشفعة... أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار ... وإلا سقط الحق فيها". فدعوى الشفعة من الدعاوى العينية، حيث يطلب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة، لذلك فإن محكمة موقع العقار هي المختصة بنظر هذه الدعوى.

وبالاستناد إلى نص المادة 802 ق.م، فإن رفع الدعوى أمام محكمة أخرى يترتب عليه سقوط الحق في الشفعة. إلا أن هناك جانب من الفقه² يعتبر أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة من شأنه قطع ميعاد السقوط المقرر بالمادة 802 ق.م، ويستمر أثر هذا الانقطاع حتى الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من تاريخ صدور هذا الحكم ميعاد جديد يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص264.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص266.

وبما أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 802 ق.م هو ميعاد سقوط لا تقادم، وجب أن يقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط.

• ميعاد رفع الدعوى:

عين المشرع ميعادا محددًا لرفع دعوى الشفعة ينبغي عدم تجاوزه، إذ نص على أن ترفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط الحق فيها (المادة 802 ق.م)، وهو ذاته الميعاد المحدد لإيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق ولكن مع وجوب سبق الإيداع لرفع الدعوى.

ويبدأ حساب ميعاد رفع الدعوى من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة أو من اليوم التالي للتسليم الأخير للإعلان عند عدم تحقق التعاصر، دون أن يعلق على انقضاء ميعاد إعلان الرغبة. وينتهي الميعاد بانقضاء اليوم الثلاثين، وإذا وقعت عطلة رسمية في اليوم الأخير، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها. وتعتبر مدة ميعاد رفع الدعوى مدة سقوط لا مدة تقادم بحيث لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع¹.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16/06/1999 تحت رقم 186433

² بما يلي :

حيث يستخلص من القرار المطعون فيه والوثائق المرفقة له أن الطاعنة المدعية في أصل الدعوى صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي مؤرخ في 25/05/1993 وأعلنت البائع والمشتري بهذه الرغبة بموجب محضر قضائي محرر في 22/06/1993. وحيث إن المدعية رفعت دعوها أمام الجهة القضائية المختصة بعريضة مسجلة بكتابة الضبط في 01/07/1993.

وحيث إن قضاة الموضوع لرفض دعوى المدعية صرحوا أنها جاءت خارج مهلة ثلاثين يوما المنصوص عليها في المادة 802 ق.م بما أن المدعية الراغبة في الشفعة صرحت برغبتها في 25/05/1993 ولم ترفع دعوها إلا في 12/07/1993.

¹- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 631.

²- المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد 2 لسنة 1999، ص 113.

وحيث إن المادة 801 ق.م تميز بين التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يكون بموجب عقد رسمي والإعلان به الذي يتم عن طريق كتابة الضبط. وحيث إن المادة 802 ق.م تنص على أنه يجب رفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 ق.م .

حيث إن قضاة الموضوع خالفوا المادة 802 بما أنهم أخذوا بتاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وليس بتاريخ الإعلان به.

كما قضت المحكمة العليا أيضا في قرارها المؤرخ في 1999/10/27 تحت رقم 190693¹ بما يلي:

حيث فعلا إن ممارسة حق أحد الورثة في الشفعة تخضع لبعض الشروط والإجراءات المبينة في المواد من 794 إلى 807 مدني، وفي هذا الصدد فإن المادة 802 من القانون المذكور توضح الكيفيات التي يجب إتباعها على الخصوص والتي تفيد بأنه يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق .

حيث إنه بالرجوع إلى أوراق ملف القضية يتضح أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلنته عن طريق المحضر إلى كل من البائعة (هـ. ع) والمشتري (هـ. ح) في 1995/12/16 وفي 1995/12/18، ثم رفعت دعوى الشفعة في 1995/12/25، وعلى هذا فإن حقها في الشفعة على الأرض موضوع النزاع لم يسقط كما ذهب إليه القرار المنتقد.

● جزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى:

شدد المشرع في فرض احترام الأحكام المتعلقة بالشفعة، حيث رتب جزاء سقوط الشفعة على مخالفة الأحكام التي أوردها في شأن رفع الدعوى، وبناء على ذلك، يسقط الحق في الشفعة إذا رفعت الدعوى بها بعد الميعاد، أو إذا رفعت في خلال الميعاد ولكن مع اختصام الباعين والمشتريين دون البعض الآخر أو مع رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

1- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2004، ص229.

ويعتبر ترتيب جزاء سقوط الحق في الشفعة أمراً متعلقاً بالنظام العام، بحيث يمكن الدفع بالسقوط في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، بل وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يتم التمسك به أو حتى ولو نزل عنه صاحب الحق في التمسك به¹

هذا وتنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها، فإذا رفعت بعد ذلك دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة فلا يشترط لقبولها اختصاص البائع فيها، حيث يجوز للمشتري أن يقتصر فيها على مخاصمة الشفيع، وإذا طعن الشفيع بالنقض في الحكم الصادر بسقوط حقه في الشفعة المحكوم له بها، جاز له أن يقتصر على مخاصمة المشتري، ذلك أن وجوب اختصاص البائع والمشتري في دعوى الشفعة إجراء أوجبه القانون على خلاف الأصل الذي يقضي بأن المدعي حر في توجيه دعواه إلى من يشاء، ومن ثم لا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء².

*الحكم الفاصل في دعوى الشفعة:

لقد أقرت الشريعة الإسلامية أنه متى تقدم الشفيع إلى القاضي للمطالبة بالشفعة وادعى شراء الدار المشفوعة، فإن القاضي يسأله أولاً عن موضع الدار وحدودها، لدعواه فيها حقا ثم هل قبض المشتري ثمن الدار فإن لم يقبض لم تصح دعواه على المشتري ما لم يحضر البائع، ويواصل القاضي سؤال الشفيع عن سبب وحدود ما يشفع به، إذ قد تكون دعواه بسبب غير صالح، فإذا تحقق ذلك كله صحت دعواه³.

ويسأل القاضي المدعي عليه - المشتري - عن ملكية الشفيع لما يشفع به، فإن أقر بملكية الشفيع ما يشفع به، فبها، وإن أنكر تلك الملكية، كلف القاضي الشفيع إقامة البينة على ملكه لأن الحيابة لا تكفي لإثبات الاستحقاق، فإن عجز الشفيع عن البينة استحلف - بطلب الشفيع - المشتري بالله ما يعلم أن الشفيع مالك لما ذكره مما يشفع به، فإن نكل المشتري عن اليمين أو قامت بينة الشفيع ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت له حق الشفعة.

ثم يسأل القاضي المدعي عليه أيضاً هل اشترى الدار المشفوعة، أم لا؟ فإن أقر فيها وإن أنكر الشراء قيل للشفيع: أقم البينة على شراؤه، لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيان

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 632.

2- المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد 2 لسنة 1999، ص 113.

3- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 194.

بالحجة ، فإن عجز عنها استحلّف المشتري بالله ، ما ابتاع هذه الدار أو بالله ، ما يستحق علي في هذه الدار شفعة، من الوجه الذي ذكره الشفيع ، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الحكم القاضي بثبوت الشفعة كاشف لا منشىء. فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الإشهاد والتقارير، دون حاجة إلى قضاء القاضي، وبذلك لا يكون الحكم ضروريا لاستقرار حق الشفيع ولذلك فالحكم ليس هو المنشأ لحق الشفيع، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا يتوقف تملك الشفيع للعقار والمشفوع فيه على رضا المشتري أو على قضاء القاضي، بل يتملكه قبل ذلك، بمجرد طلب الشفعة عند الإمام أحمد بن حنبل، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعي.

وجدير بالذكر أنه لا تسمع البيّنة على البائع، حتى يحضر المشتري، لأنه المالك ويفسخ بحضوره، فإن سلم المبيع للمشتري لا يلزم حضور البائع لزوال الملك والحيازة عنه تجدر الإشارة إلى طبيعة هذا الحكم، فإلى جانب اعتباره سندا لملكية الشفيع استنادا إلى نص المادة 803 من القانون المدني بقولها: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

ولما كان الشفيع لا يتقرر له حق الملك إلا بحصول التراضي أو صدور حكم القاضي، فيستتبع ذلك بالضرورة أن يكون حكم القضاء بالشفعة هو المنشئ أو الناقل لحق الملكية ومنذ لحظة صدور هذا الحكم فقط لا قبل ذلك

والقول بالأثر المقرر للحكم بالشفعة معناه ارتداد أثر هذا الحكم إلى تاريخ سابق على صدوره أي تاريخ البيع أو تاريخ إعلان الرغبة وشهرها أو تاريخ رفع دعوى الشفعة. ولكن في كل هذه المراحل لا يكون للشفيع هذا الحق على وجه الإطلاق، فقبل حصول الرضاء أو القضاء ليس للشفيع إلا حق التملك أي حق استعمال رخصة التملك وهو حق الشفعة. أما حق الملكية فلا يثبت له إلا بعد حصول التراضي أو صدور حكم قضائي يقضي بصحة الشفعة، وعلى ذلك فلا يمكن اعتبار الحكم بالشفعة من الأحكام المقررة للحقوق¹.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص281.

الفرع الثاني: سقوط الحق في الشفعة

نصت المادة 807 من القانون المدني على الحالات التي يسقط فيها الحق في الأخذ بالشفعة بقولها: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية":

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

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع .

- في الأحوال التي نص عليها القانون.

وتجدر الإشارة قبل التطرق إلى مسقطات الشفعة التمييز بينهما وبين موانع الشفعة التي سبق التعرض إليها والمتمثلة في الموانع الواردة ضمن نص المادة 798 ق.م، إذ أن المانع من الشفعة أمر يمنع قيام الشفعة ابتداءً، أما مسقط الشفعة فهو أمر يؤدي- رغم إمكان الأخذ بالشفعة- وبعد نشوئها إلى سقوط الحق فيها¹.

وقد عدد المشرع مسقطات الشفعة بالنص على أنه لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع - إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع - في الأحوال التي نص عليها القانون. (المادة 807 ق.م)

وقد سلفت الإشارة إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بمضي سنة من يوم تسجيل (ويراد به الشهر) عقد البيع المشفوع فيه دون إعلان الرغبة خلال هذا الميعاد².

أما الأحوال الأخرى التي نص المشرع عليها لسقوط الشفعة فتتمثل في مخالفة أحكام إعلان الرغبة (المادة 799 ق.م)، ومخالفة أحكام إيداع الثمن (المادة 2/801 ق.م) ومخالفة أحكام رفع دعوى الشفعة (المادة 802 ق.م)³.

1- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص192.

2- حسن كيرة، المرجع السابق، ص641.

3- قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/10/27 تحت رقم 190693: تسقط دعوى الشفعة في آجال 30 يوماً من تاريخ الإعلان. ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلمته عن طريق المحضر في 1995/12/16 ثم رفعت دعوى الشفعة في 1995/12/25، وعليه فإن حقها في الشفعة لم يسقط، ولما أقر قضاة الموضوع عكس ذلك أخطئوا في تطبيق القانون. أنظر: المجلة القضائية لسنة 2001، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد 02، ص249.

ويضاف إلى هذه الحالات ما سلفت الإشارة إليه من سقوط الحق في الشفعة - عند عدم الإنذار وعدم شهر عقد البيع - بمضي خمسة عشر سنة على البيع دون إعلان الرغبة خلالها¹.

وقد تم التطرق إلى مختلف الحالات السابقة ذكرها، ما عدا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة، وهي الحالة التي سنتطرق إليها مع الإشارة إلى الخلاف القائم حول اعتبار موت الشفيع مسقطاً للشفعة.

● تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة:2

إن نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط هذا الحق، وهذا التنازل تصرف قانوني قد يقع بمقابل، وقد يقع بغير مقابل، كما أنه قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً فإن وقع صريحاً خضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني، وإن كان ضمناً جاز إثباته بجميع الطرق ويستفاد التنازل من كل عمل أو تصرف يؤخذ منه تنازل الشفيع عن حقه، كأن يقوم الشفيع بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص التنازل الضمني وذلك من مجموع وقائع الدعوى وظروفها.

ويجوز للشفيع أن يتنازل عن الشفعة بعد طلبها، ويظل له الحق في التنازل مادام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم قضائي أو بتسليم المشتري بالشفعة، فإذا تم الأخذ بالشفعة فلا يصح التنازل من الشفيع بعد ذلك، لأنه بصدور الحكم أو بتسليم المشتري بالشفعة يحل الشفيع نهائياً محل المشتري في عقد البيع .

والغالب في الحياة العملية أن يتم التنازل عن الشفعة مقدماً، فقد يحصل هذا التنازل بمقتضى اتفاق يبرم بين المشتري والشفيع قبل أن يقدم المشتري على الشراء، وكثيراً ما يحصل التنازل في نفس العقد الذي تملك الشفيع بموجبه العقار الذي يشفع فيه، كما هي الحال في العقود التي تبرمها شركات الأراضي، حيث تشترط على من يشتري قطعة من أراضيها التنازل مقدماً عن الحق في الأخذ بالشفعة في بيع القطع الأخرى³.

1-رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص255.

2- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص182.

3- عبد المنعم الصدة، نفس المرجع، ص185.

وبشأن مدى إلزام التنازل عن الشفعة للخلف الخاص، فإن المادة 109 من القانون المدني تنص على أن: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء"، فالتنازل عن الشفعة مقتضاه الالتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الالتزام من شأنه أن يحد من حرية المتنازل في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه مالكا، فهو من هذا يحد من حرية الانتفاع بالمال، فيعتبر محددًا للشيء، ومن ثم يكون من مستلزماته ونتيجة ذلك أن ينتقل الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة إلى المشتري الثاني إذا كان يعلم به وقت صدور عقد شرائه¹.

● مدى اعتبار موت الشفيع مسقطاً للشفعة:

اختلفت الآراء في هذا الصدد ويعود ذلك بالدرجة الأولى إلى الخلاف حول تأصيل الشفعة وتأرجح الرأي بين اعتبارها رخصة واعتبارها حقا، والملاحظ في هذه المسألة هو الإفراط في تضخيم اتصال الشفعة بشخص الشفيع، فهي إذا كانت متصلة به نتيجة فتحها خياراً له للحلول بإرادته إذا شاء محل المشتري المشفوع منه إلا أنها في ذات الوقت متصلة بالعقار المشفوع به، بل أن اتصالها بالعقار أقوى من اتصالها بشخص الشفيع إذ لولا حق الشفيع على هذا العقار لما قام به سبب الشفعة، فلا وجود للشفعة دون العقار المشفوع به بحيث لا يتصور نقلها إلى الغير منفصلة عن هذا العقار .

ويذهب الرأي الراجح² في الفقه إلى اعتبار أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به، فلا تنفصل عنه. وإذا كانت الشفعة تتصل بالعقار المشفوع به، فمقتضى ذلك أن العقار إذا انتقل إلى الوارث بالميراث فينتقل معه حق أو خيار الشفعة، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية على اختلاف تدرجها، فضلا على أنه يتفق مع المبادئ العامة للقانون .

1- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 186.

2- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 647.

فالشفعة لم تتقرر في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقررت له بوصفه مالكا للعقار المشفوع فيه أو صاحبا للحق عليه، فإذا انتقل العقار إلى الوارث بالميراث، كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة .
وتجدر الإشارة إلى أن الخلاف حول توارث الشفعة أو عدم توارثها ليس بالخلاف عميق الأثر من الناحية العملية خلافا للظاهر، فأهم القائلين بعدم توارث الشفعة يحصرون ذلك في حالة وحيدة هي موت الشفيع بعد البيع المشفوع فيه وقبل إعلانه رغبته في الأخذ بالشفعة، ويسلمون بتوارث الشفعة فيما عدا ذلك، حيث يقع موته بعد إعلان الرغبة وسواء أكانت دعوى الشفعة لم ترفع بعد أم كانت مرفوعة¹.

المبحث الثاني: آثار الشفعة

تنص المادة 704 من القانون المدني على أن: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ".
كما تنص المادة 803 ق.م على أنه: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".
وتقضي المادة 804 ق.م بأنه: " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة"².

بناء على النصوص السابقة يتبين أن ملكية الشفيع تثبت إما بالتراضي وذلك بتسليم المشتري وموافقة أخذ الشفيع العقار بالشفعة، وإما بمقتضى الحكم الصادر في دعوى الشفعة.

وكيفما ثبتت ملكية الشفيع فإن الشفعة تقوم على فكرة تفضيل الشفيع على المشتري في البيع المشفوع فيه لذلك فإن أثرها المباشر يكون واحدا وهو حلول الشفيع محل المشتري الذي يتم استبعاده أما بقية الآثار الأخرى التي تنسب إلى الشفعة، فليست إلا نتيجة للحلول

¹- حسن كيرة، نفس المرجع، ص648.

²-المادة 704-803-804 من القانون المدني، المعدل والمتمم.

المذكور، وعلى ذلك سنتطرق إلى كل من حلول الشفيع محل المشتري، والآثار المترتبة على الحلول في المطلبين التاليين :

المطلب الأول: حلول الشفيع محل المشتري.

المطلب الثاني: العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة.

المطلب الأول: حلول الشفيع محل المشتري

إن الشفعة بما تقوم عليه من فكرة تفضيل الشفيع على المشتري، فإن أثرها الوحيد المباشر يكون هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه. وهذا ما يؤكد المشرع نفسه، فقد اقتصر في تعريف الشفعة على هذا الأثر بالنص على أن الشفعة " تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار " (المادة 794 ق.م) ثم عاد فركز على هذا الأثر بنصه في المادة 804 ق.م على أن: " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته " .

وبخصوص الحلول وبغية التمييز بينه وبين النتائج التي يمكن أن تترتب عليه، يستوجب الأمر التطرق إلى كل من مصدر الحلول ووقت الحلول. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو ضرورة معرفة الوقت الذي يتم فيه حلول الشفعة محل المشتري، هل من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بالشفعة؟ أم من وقت إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة؟

وللإجابة على هذا السؤال لابد من التطرق إلى الاختلاف الظاهر الذي وقع بين فقهاء الشريعة والقانون حول وقت حلول الشفيع محل المشتري، لنلاحظ تضارب الرؤى في هذا المجال.

الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة

ذهب رأي بعض فقهاء الحنفية إلى أنه إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع دون توقف على أداء الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحقه شفيعاً بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه، لأن حق الشفعة ضعيف، فلا يتقوى إلا بطلبه من القاضي، وعلى هذا فلا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين: الأول: تسلمه من المشتري عن

رضا منه، فيتملكه الشفيع من وقت تسلمه ، والثاني: قضاء القاضي له به فيتملكه من وقت القضاء وإن لم يتملكه فعلا¹.

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني إلى الميل إلى هذا الرأي ، إذ اعتبروا أن حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت حقه في الشفعة أو من وقت التراضي عليها ، بحيث يعتبر هذا التراضي أو الحكم القاضي بثبوت الشفعة ، منشأ لحق الشفيع لا مقرر له ومن ثم ناقلا لملكية العقار المشفوع فيه بتسجيله ، ويظل المشتري إلى تاريخ التسجيل مالكا للعقار المشفوع فيه².

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

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

1- محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 120.
2- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في الصورية والشفعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 215.

الفرع الثاني : حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع

يرى أبو حنيفة بأن الشفيع إذا طلب الموائبة ثم طلب الإشهاد والتقرير بشكل صحيح، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه، لأن الحق ثبت للشفيع بالطلبين، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال، لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون¹.

أما المذاهب الأخرى الثلاثة، فنجد أن الإمام مالك قد ارتأى أن الشفيع يملك المشفوع فيه بقوله، أخذته بالشفعة وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضي أو رضاء من المشتري متى كان عالما بالثمن، لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله وكذا قال الإمام أحمد، أما الإمام الشافعي فقال بأنه يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري ومما سبق قوله، فإن جمهور الفقهاء الأربعة تعتبر بأن قضاء القاضي لا يكون ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع.

وأما في الفقه القانوني فيرى الأستاذ السنهوري، بأن المبادئ العامة في الشفعة، ترجع أساسا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة التي تعد واقعة مركبة من عناصر ثلاثة، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة فمتى تكاملت هذه العناصر فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين البائع والمشتري، منذ تمام هذا البيع فالشفعة لا تحدث أثرها إنز إلا عند إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، و لكن متى أحدثت هذا الأثر، فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته ، وعلى هذا يجب استبعاد القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة، أو من وقت رفع الدعوى، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو من وقت إعلان الرغبة أساسا².

و تجدر الإشارة إلى وجوب التوقف عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة و لكن لتقرير أن الشفعة قد تكاملت عناصرها ، و قامت سببا قانونيا لحلول الشفيع محل المشتري

1- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 728.

2- عبد الرزاق السنهوري ، نفس المرجع، ص 729 – 730.

من وقت إبرام البيع بحيث يختفي شخص المشتري من الصفقة ، فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذي تم بيانه¹.

*موقف المشرع الجزائري:

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

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

المطلب الثاني : العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة

إذا ثبت وتأكد حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وتملك المشفوع فيه بالتراضي أو بحكم القاضي كان لزاما أن تنشأ بين هذا الشفيع وبين البائع والمشتري علاقة قانونية يجب تصفيتها والعلاقة الممكن تصورهما في هذا الصدد هي علاقة الشفيع بالبائع ثم علاقته بالمشتري وأخيرا علاقته بالغير الذي قد تترتب له حقوق على العقار المشفوع فيه قبل تملك الشفيع وعلى ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى ما يلي :

الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير.

الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع

إذا كان من شأن الأخذ بالشفعة حلول الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته (المادة 804 ق.م)، وكان مقتضى ذلك عدم انعقاد عقد بيع جديد بين الشفيع

¹- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 732.

والبائع، بل حلول الشفيع محل المشتري في ذات العقد الذي انعقد بين البائع والمشتري¹ فمن شأن ذلك التزام البائع بتسليم العقار المأخوذ بالشفعة إلى الشفيع إذا كان المشتري لم يتسلمه بعد، والتزامه كذلك بنقل ملكيته إلى الشفيع، ويلزم الشفيع بدفع الثمن للبائع إذا لم يكن المشتري قد دفعه، كما يلزم البائع بالضمان: ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية على السواء. وتعرض لكافة هذه الالتزامات على التوالي كآلاتي :

● التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع :

إذا تمت الشفعة بالتراضي ، أي بتسليم المشتري بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة، فالأمر لا يخلو من فرضين² :

❖ إذا كان المشتري قد أشهر عقده، فعندئذ يكفي أن يوقع هذا المشتري، إقرارا بتسليمه الشفعة للشفيع ويجب أن يكون هذا الإقرار موثقاً. ويعتبر هذا الإقرار استعمالاً لحق الشفعة، وليس بيعاً جديداً صادراً من المشتري إلى الشفيع. ثم يشهر الإقرار ويؤشر بمضمونه على هامش عقد البيع المشهر وعلى هامش إعلان الرغبة المشهر أيضاً .

❖ أما إذا لم يقم المشتري بشهر عقده، فإن الإقرار بتسليم الشفعة يجب أن يكون موقعا من البائع والمشتري والشفيع، ويجوز أن يحرر عقد بيع جديد من البائع إلى الشفيع ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتاً لرضاه بالشفعة، ويشهر الإقرار أو عقد البيع ويؤشر بمضمونه على هامش إعلان الرغبة المشهر.

أما إذا لم تتم الشفعة بالتراضي، وإنما حصل الشفيع على حكم من القضاء بالشفعة، فإن عليه أن يشهر هذا الحكم وذلك عن طريق الموثق، فتنتقل إليه الملكية رأساً من البائع فيصبح الشفيع مالكا للعقار من وقت الشهر فمن هذا الوقت يجوز للشفيع التصرف في العقار المشفوع فيه بأي نوع من أنواع التصرفات باعتباره مالكا يتصرف في ملكه .

أما رأي جمهور الفقهاء فقد ذهب إلى القول بعدم نفاذ تصرفات البائع في مواجهة الشفيع متى أعلن رغبته ودون انتظار حكم القضاء، أما قبل إعلان الرغبة فالبائع حر في التصرف في ملكه.

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص661.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص284.

• التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع:

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، سواء باتفاق أو بحكم، حق له أن يتسلم العقار المبيع، فإذا كان العقار ما يزال في يد البائع وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، وإذا كان العقار في يد المشتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، ويكون له حق الحبس إلى أن يستوفي من الشفيع ما أنفقه عليه من مصاريف الحفظ والصيانة¹.

وإذا هلك العقار بسبب أجنبي طبقت عليه الأحكام الواردة في المادة 369 من القانون المدني في خصوص عقد البيع، حيث جعل المشرع تبعة الهلاك رهنا بتسليم المبيع .

فإذا هلك العقار في يد البائع قبل تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، وقعت تبعة الهلاك على البائع فيكون للمشتري أن يسترد الثمن الذي دفعه. وإذا كان البائع قد تسلم الثمن المودع بين يدي الموثق وجب عليه أن يرده إلى الشفيع.

وإذا هلك العقار 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، وإذا لم يكن قد دفعه فإنه يحق للبائع أن يطالبه به. ويكون للشفيع أن يسترد الثمن الذي أودعه لدى الموثق .

أما إذا هلك العقار بعد تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، فإن تبعة الهلاك تقع عليه ولا يكون له أن يرجع على أحد .

• التزام البائع بالضمان :

إذا كان من نتائج الحلول اختفاء المشتري وقيام علاقة مباشرة بين الشفيع والبائع فمقتضى ذلك التزام البائع اتجاه الشفيع بالضمان، في مختلف صورته، كما كان ملتزماً بذلك اتجاه المشتري.

فيما يتعلق بضمان الاستحقاق، فقد نص المشرع على أنه: "... ولا يرجع الشفيع-إلا- على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة²" وذلك طبقاً لنص المادة 804 ق.م. فرجوع الشفيع بالضمان يكون على البائع وحده دون المشتري، حيث يعتبر المشتري غير

1- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص195.

2- نشير إلى أن أداة الاستثناء "إلا" ساقطة من النص باللغة العربية .

موجود في البيع منذ الحلول، والالتزام بهذا الضمان كان محملا به البائع اتجاه المشتري الذي حل الشفيع محله في كافة حقوقه ومن بينها حقه في هذا الضمان. ويلتزم البائع كذلك اتجاه الشفيع بضمان التعرض ولا يكون للشفيع الرجوع بضمان التعرض إلا على البائع وحده دون المشتري. وكذلك الأمر بالنسبة لضمان العيوب الخفية، حيث يلزم البائع بضمانها اتجاه الشفيع ويخضع الالتزام بالضمان لأحكام القواعد العامة.

• التزام الشفيع بدفع الثمن :

إذا تمت الشفعة بالتقاضي، فقد أوجب المشرع على الشفيع إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق (م/801/2 ق.م)، فإذا حكم للشفيع بالشفعة، فيعتبر أن الشفيع قد وفى بالالتزام بدفع الثمن الذي حل فيه محل المشتري، ويكون للبائع سحب الثمن من لدى الموثق إذا كان مطابقا للثمن الذي تحدد في الحكم.

أما إذا تمت الشفعة بالتراضي بحيث لم يكن قد تم إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق ولم ترفع دعوى الشفعة، فيكون على الشفيع دفع الثمن إلى البائع إذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعه إذ حينئذ يكون الثمن مستحقا للبائع¹.

وفي الحالتين، حالة التراضي وحالة التقاضي قرر المشرع خروجاً عن القاعدة العامة المقررة في الحلول أي حلول الشفيع في جميع حقوق المشتري و التزاماته، أنه لا يمكن للشفيع الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، وذلك طبقاً لنص المادة 804 ق.م.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري

وسنتطرق في هذا الصدد لآثار الحلول في العلاقة بين الشفيع والمشتري آخذين في الاعتبار الوضع الغالب في الواقع العملي وهي الحالة التي يكون فيها المشتري قد تسلم العقار من البائع وقام بدفع الثمن إليه، ففي هذه الحالة يكون من حق المشتري استرداد الثمن والمصروفات من الشفيع، ويكون على المشتري تسليم العقار إلى الشفيع، ويستحق الشفيع

¹- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 661.

ثمار هذا العقار إلى حين تسليمه إليه، وتثار كذلك مسألة تحديد مصير ما أقامه المشتري من بناء أو غراس في العقار .

وستتناول كافة هذه المسائل كالاتي:

• حق المشتري في استرداد الثمن والمصروفات من الشفيع¹ :

إذا تمت الشفعة قضاء، بحيث قام الشفيع بإيداع كل الثمن والمصاريف بين يدي الموثق وفقا لأحكام المادة 2/801.ق.م، فيكون للمشتري بعد الحكم بالشفعة استرداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع، ويعتبر الشفيع بذلك موفيا بالتزامه برد الثمن.

لكن قد لا يكون الثمن المودع معادلا للثمن المحدد في الحكم، فإذا كان أكبر من هذا الثمن فيقتصر المشتري على أن يسحب من المبلغ المودع القدر المعادل للثمن وتبراً بذلك ذمة الشفيع الذي يكون له استرداد الزائد. أما إذا كان المبلغ المودع أقل من الثمن المحدد في الحكم، فيسحب المشتري المبلغ المودع ولا تبرأ ذمة الشفيع إلا بالوفاء بالباقي للمشتري.

أما إذا تمت الشفعة رضاء، فيكون للمشتري أن يسترد من الشفيع كل الثمن والمصاريف. ومن حق المشتري كذلك مطالبة الشفيع باسترداد المصروفات الضرورية التي أنفقها على العقار دون المصروفات الكمالية. ومن حق المشتري دائما أن يحبس العقار في يده فلا يسلمه للشفيع إلى أن يسترد الثمن والمصروفات الأخرى المستحقة وذلك وفقا للقواعد العامة.

• التزام المشتري بتسليم العقار للشفيع :

إذا كان العقار بيد المشتري وتمت الشفعة رضاء أو قضاء، فعليه أن يسلمه هو وملحقاته إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وتقع تبعة هلاك العقار بسبب أجنبي على المشتري إذا وقع الهلاك قبل تسليم العقار للشفيع أو قبل إعداره بتسلمه².

• استحقاق الشفيع لثمار العقار :

لم يضع المشرع الجزائري نصا يفصل في هذه المسألة، وقد اختلفت الآراء الفقهية بصدها، حيث يثور الخلاف بالدرجة الأولى حول الوقت الذي يرد عليه الاستحقاق.

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص664.

2 - عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص195.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية يؤيدها في ذلك بعض الفقهاء، على الربط بين وقت تملك الشفيع من تاريخ الحكم النهائي بالشفعة، فإنها تحدد بذلك وقت استحقاقه للثمار بهذا التاريخ.

وهناك فقهاء آخرون ممن يربطون بين التملك واستحقاق الثمار ويختلفون في تحديد وقت استحقاق الثمار تبعا لاختلافهم في وقت التملك. فمن يحدد التملك بوقت انعقاد العقد يسحب ذلك في الأصل على استحقاق الثمار، ولكنه مع ذلك يعفى المشتري باعتباره حائزا حسن النية من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان الرغبة¹، ومن يقول بالتملك من تاريخ رفع دعوى الشفعة، يجعل استحقاق الثمار من هذا التاريخ.

أما عندنا فيبدو من مجموع النصوص السابقة، وخاصة المادة 806 ق.م التي توحى بمفهوم المخالفة أن الشفيع لا يملك الثمار إلا من وقت صدور الحكم، أما 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 وفقا للحكم الوارد في آخر المادة 806 بقولها: "...على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمار العقار".

كما أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار إلا من تاريخ صدور الحكم، والقاعدة أن لمالك الشيء حق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته².

*مصير ما أقامه المشتري من بناء أو غراس :

حدد المشرع مصير ما أقامه المشتري في العقار المأخوذ بالشفعة من بناء أو غراس، مفرقا في ذلك بين إقامة البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وبين إقامته بعد هذا الإعلان، وذلك طبقا لنص المادة 805 ق.م.

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 667.
2- عبد الرحمن ملزي، المرجع السابق، ص 163.

***مصير البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة :**

حدد المشرع مصير ما أقامه المشتري من بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الرغبة، بنصه على أن يكون الشفيع "ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (المادة 1/805 ق.م)، ومقتضى ذلك أنه ليس للشفيع طلب إزالة البناء أو الغراس إذ أن إقامته تمت قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أي قبل حلول الشفيع محل المشتري، فإذا لم يزل المشتري البناء أو الغراس، فيلتزم الشفيع بتعويض المشتري، وقد راعى المشرع جانب المشتري في تحديد مقدار التعويض المستحق له، إذ جعل له الخيار بين إحدى القيمتين: نفقات البناء أو الغراس أو مقدار الزيادة في قيمة العقار نتيجة البناء أو الغراس. ويعامل المشرع بذلك المشتري في هذه الحالة معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت حسن النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق¹.

و قد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية نفس المذهب، غير أنه فرقوا بين التصرفات التي ينشئها المشتري أو العقود التي يبرمها و بين نماء المشفوع فيه و زيادته لدى المشتري ، سواء كان هذا النماء طبيعيا أو محدثا ففيما يخص التصرفات والعقود المنشئة من قبل المشتري قبل إعلان الشفيع رغبته فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم جواز نقض هذه التصرفات والعقود.

أما فيما يخص النماء الطبيعي أو المحدث الذي ينشئه المشتري في العقار المشفوع فيه، قبل إبداء الشفيع لرغبته، فإن المذاهب الأربعة جعلته من حق المشتري على قول المالكية: "الغلة قبل الشفعة للمشتري"²

*** مصير البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة :**

إذا كان حلول الشفيع يتحقق وينفذ في حق المشتري منذ إعلان الرغبة، فمقتضى ذلك عدم أحقية المشتري في إقامة بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه بعد هذا الإعلان لتعارضه مع الحلول ومساسه به. وقد نص المشرع في المادة 2/805 ق.م على أن: " أما إذا

1- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص668.

2- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص835.

حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس".

ومقتضى ذلك إعطاء الشفيع حق طلب الإزالة طالما أن إقامة البناء أو الغراس تمت بعد حلوله، فإذا طلبها تحمل المشتري نفقات الإزالة، ومع ذلك، يكون للشفيع استبقاء البناء أو الغراس إذا شاء على أن يعوض المشتري بما يعادل نفقات البناء أو الغراس، ويعامل المشرع بذلك المشتري، من حيث مقدار التعويض معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت سيء النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق، الذي لا يستحق إلا أقل القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد في الأرض نتيجة إقامة المنشآت ومرد 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.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير

تنص المادة 806 من القانون المدني على أنه: "لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

وإذا كان هذا النص يقرر عدم نفاذ ما يتم من تصرفات أو يرتب من حقوق بعد شهر إعلان الرغبة في حق الشفيع، فإنه وبمفهوم المخالفة، تسري في حق الشفيع التصرفات التي تتم والحقوق التي تترتب قبل إشهار إعلان الرغبة. وتنتظر لمصير التصرفات في العقار المشفوع فيه ومصير الحقوق المترتبة عليه كما يلي:

● مصير التصرفات في العقار :

اقتصر المشرع في نص المادة 806 ق.م على بيع العقار، إلا أن ذلك مجرد تطبيق لقاعدة عامة يفرضها الاحتجاج بالحلول على الغير بشهر إعلان الرغبة، ولذلك يسري الحكم الذي أورده المشرع في خصوص البيع على أي تصرف آخر.

ومقتضى حكم المادة 806 ق.م.أ. تنفذ في حق الشفيع التصرفات التي تتم في العقار بعد شهر إعلان الرغبة بينما تنفذ في حقه التصرفات التي تتم قبل هذا الشهر¹.

● مصير الحقوق المرتبة على العقار :

يقصد بالحقوق المرتبة على العقار المشفوع فيه والتي أشار إليها نص المادة 806 ق.م.أ. الحقوق العينية التي تتقرر للغير على هذا العقار، سواء أكانت حقوقاً عينية أصلية أم حقوقاً عينية تبعية، وإذا كان الغالب أن يتم ترتيب هذه الحقوق من طرف المشتري فيمكن أن يتم هذا الترتيب كذلك من قبل البائع، وهي في كل الأحوال تأخذ 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 ومع ذلك يمكن أن ترتب هذه الحقوق ضد المشتري كحق اختصاص يؤخذ ضده أو حق امتياز يتقرر على العقار لصفة في الدين المكفول به .

وطبقاً للقاعدة العامة المطبقة على التصرفات في العقار المشفوع فيه، يتفاوت مصير الحقوق المرتبة على هذا العقار تبعاً لما إذا كان ترتبها قد تحقق قبل شهر إعلان الرغبة أو بعد هذا الشهر.

وبناء على ذلك إذا رتب المشتري على العقار حق انتفاع أو حق ارتفاق وتم شهره قبل شهر إعلان الرغبة أو رتب على العقار حق رهن أو أخذ ضده حق اختصاص أو ترتيب حق امتياز عليه وتم قيد الحق قبل شهر إعلان الرغبة، فينفذ الحق المرتب في حق الشفيع، بحيث يأخذ العقار المشفوع فيه محملاً 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 خالياً منه. ومع ذلك، فرغم عدم نفاذ هذه الحقوق في مواجهة الشفيع، فإنها تظل قائمة في مواجهة المشتري بحيث يكون لأصحابها الرجوع عليه بعد أن استحال أعمال حقوقهم على العقار ويظل لأصحاب الحقوق العينية التبعية أولويتهم في هذا الرجوع على الدائنين الآخرين ولكن على الثمن المستحق للمشتري على العقار المشفوع فيه، وهذا ما أكدته المادة 806 في نهاية

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 921.

أحكامها بقولها: "على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار"¹.

¹- حسن كيرة، المرجع السابق، ص672.

خاتمة

نخلص في نهاية بحثنا إلى أن الشفعة في التقنين المدني الجزائري، نظام استقيت أحكامه من الشريعة الإسلامية والقائم على فكرة دفع الضرر عن الشفيع.

وبالرغم مما يحققه نظام الشفعة من فوائد في بعض الصور، حيث يكون هو الوسيلة لتجميع ما تفرق من عناصر الملكية أو للقضاء على وضع الشيوخ غير المرغوب فيه أو حتى لتقليل عدد الشركاء، إلا أنه يبقى نظاما استثنائيا يمس حرية التعاقد وحق التصرف وحقوق المشتريين وحق الملكية على السواء، بما يعنيه من إحلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره البائع وبما ينتهي إليه من أخذ الشفيع للعقار المبيع جبرا على المشتري، ولذلك ينبغي التضييق من نطاق هذا النظام والتشدد في شروطه وإجراءاته، ويدخل كل ذلك في مسؤولية المشرع كما ينبغي عدم التوسع في تفسير أحكامه، وهذه مسؤولية القضاء .

وتجدر الإشارة إلى جملة من الملاحظات التي سجلناها عند قيامنا بإنجاز هذا العمل، نردها تباعا كالاتي :

عدم الدقة والتناقض في بعض الأحيان في النصوص القانونية المنظمة للشفعة، وهو ما من شأنه التأثير على استقرار الأحكام القضائية في هذا المجال، وهذا الأمر يدخل في نطاق مسؤولية المشرع من أجل إعادة النظر في صياغتها بما يتلاءم والمنطق القانوني السليم .

● عدم التفريق في بعض الأحيان.

● وهو ما نلمسه من بعض الأحكام القضائية.

● بين نظامي الشفعة والاسترداد، إذ غالبا ما يحكم باسترداد العقارات المتنازع عليها

استنادا إلى نص المادة 721 ق.م دون أن تطبق أحكام الشفعة، على الرغم من توافر

شروطها، لاسيما في حالات بيع الحصة الشائعة في العقار المعين ولو كان هذا العقار هو كل المال الشائع .

• عدم تنصيب بعض الهيئات المخول لها قانونا ممارسة حق الشفعة لفائدة الدولة، كما هو الحال بالنسبة للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وهو ما يشكل إفراغا للنصوص القانونية من محتواها وجعلها عديمة الأهمية من الناحية العملية .

• أن المشرع ومن خلال حق الشفعة الذي نص عليه في القوانين الخاصة، فقد كان هدفه هو تحقيق جملة من الاعتبارات كالمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي وفعالية المستثمرة الفلاحية أو محاربة التهرب الضريبي، إلا أنه وفي هذا الإطار، تبقى النصوص القانونية دون تجسيد عملي، وهذا راجع إلى عدم إثارة منازعات في هذا الشأن بدليل قلة الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال، كما أن المشرع وفي كثير من الحالات اقتصر على أن الدولة لها الحق في ممارسة الشفعة دون أن يحدد إجراءات ممارستها بدقة، بل وفي حالات أخرى لم ينص على دور القضاء في ممارسة حق الشفعة كما هو الحال مثلا بالنسبة للشفعة وفقا لقانون التسجيل ، حيث لم ينص على الإجراءات أمام القضاء كما فعل بالنسبة للشفعة وفقا للمبادئ العامة .

وبهذا الشكل نكون قد أنهينا عملنا المتواضع هذا، آمليين أن نكون قد ألقينا الضوء على مختلف الجوانب المتعلقة بموضوع الشفعة سواء من الناحية النظرية أو العملية لاسيما ما تعلق منها بالجانب القضائي، على أنه يبقى موضوعا شاسعا ويستحق المزيد من الدراسة.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العدل

الغرفة الوطنية للموثقين

مكتب الأستاذ/ باشا سليمان

موثق ب.....

الموقع أدناه

إشهاد بإيداع ثمن

يشهد الأستاذ/.....

موثق ب.....

أن السيد:.....

المولود:.....

المهنة:.....

السكن:.....

قد أودع مبلغا إجماليا قدره:..... دج

في حساب الزبائن بالخزينة العمومية لولاية.....

رقم:.....

يتضمن ثمن بيع والمصاريف رغبة منه في استعمال حق الشفعة التي يخولها له القانون والحلول محل المشتري.

طبقا لأحكام المادة 801 من القانون المدني.

من أجل رفع الشفعة أمام المحكمة الواع العقار في دائرة اختصاصها.

حرر بمكتب التوثيق في:.....

بناء على طلب المعني بالأمر.....

توقيع وختم الأستاذ/.....

نموذج من الإنذار الذي يوجه إلى الشفيع

من يريد الأخذ بالشفعة

إلى

السيد:.....

العنوان:.....

بموجب عقد رسمي تلقاه الأستاذ/.....

موثق ب.....

بتاريخ:.....

تم بمقتضاه بيع قطعة أرض ذات طبيعة فلاحية مشاعة كائنة ببلدية.....

تابعة للدائرة العقارية ب..... تدعى طبة.....

تبلغ مساحتها:..... هكتار..... أرض..... سننتيار

يحدّها:

من الناحية الشمالية:.....

من الناحية الجنوبية:.....

من الناحية الشرقية:.....

من الناحية الغربية:.....

مقطعة من قطعة أرض أكبر منها تعرف باسم..... كائنة بنفس المكان تحمل رقم:.....

من التحقيق الجزئي لدوار.....

أصل الملكية:

.....

أبرم عقد البيع طبقا للشروط التالية:

1.....

2.....

3.....

وقع البيع السيد/.....

المولود:.....

فلاح مقيم بالمشنة..... بلدية..... ولاية.....

نموذج عقد التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يعلن عنه الشفيع

عن طريق كتابة الضبط

لدى الأستاذ/.....

موثق ب.....

الموقع أسفله

حضر/

السيد:.....

المولود:.....

إسم الأب:..... إسم الأم:.....

المهنة:.....

الإقامة:.....

جزائري الجنسية

رقم بطاقة التعريف الوطنية:.....

الصادرة من..... بتاريخ.....

الذي صرح للموثق أدناه بموجب هذا العقد، أنه يبدي
رغبته المؤكدة في استعمال حق الشفعة قصد شراء
قطعة أرض ذات طبيعة فلاحية مشاعة كائنة ببلدية
..... تابعة للدائرة

العقارية ب.....

تدعى طبة.....

تبلغ مساحتها:..... هكتار..... وأو..... سنتيار

يحدّها:

من الناحية الشمالية:.....

من الناحية الجنوبية:.....

من الناحية الشرقية:.....

من الناحية الغربية:.....

مقطعة من قطعة أرض أكبر منها تعرف باسم..... كائنة بنفس المكان تحمل

رقم:..... من التحقيق الجزئي لدوار.....

ملاحظة: يعلن هذا العقد عن طريق كتابة ضبط المحكمة المتواجد العقار المشفوع فيه بدائرة اختصاصها بعد
إتمام الإجراءات الخاصة بالتسجيل والشهر حتى يحتج به على الغير.

قائمة المراجع

المؤلفات العامة والمتخصصة:

- الإمام أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
- أنور طلبية: الوسيط في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993.
- بن رقية بن يوسف: أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- حسن كيرة: الموجز في أحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994.
- زروقي ليلي وحمدي باشا عمر: المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002.
- سعيد أحمد شعلة: قضاء النقض المدني في السورية والشفعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993 .
- عبد الرحمن ملزي: دروس في القانون المدني ملقاة على قضاة الدفعة الرابعة من التكوين المتخصص في العقاري، المعهد الوطني للقضاء، جوان 2004.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع-أسباب كسب الملكية- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 3، 2000.
- عبد المنعم فرج الصدة: الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
- عبد الناصر توفيق العطار: شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
- محمد شتا أبو سعد: الشفعة والسورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- مصطفى محمد الجمال: نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.

النصوص القانونية :

- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم.
- المرسوم رقم 147-76 المؤرخ في 23-10-1976 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر بمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري.
- الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل.
- القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07/06 المؤرخ في 15/07/2006.
- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري .
- المرسوم التنفيذي رقم 147/91 المؤرخ في 12/05/1991 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها.
- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 والمتعلق بالنشاط العقاري.
- المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14/01/1997 المحدد لشروط وكفاءات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني و إيجارها وبيعها بالإيجار، وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها التي أنجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة أو بتمويل مضمون منها والمسلمة بعد شهر أكتوبر 1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 43/98 المؤرخ في 01/02/1998 المحدد لشروط حق الإيجار المتعلق بالسكنات ذات الطابع الاجتماعي التابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري وكفاءاته.

المجلات والدوريات :

- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزء الأول، 2004.
- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزء الثاني، 2004.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 1، 1995.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 1، 1998.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 1، 1999.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 1، 2000.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 2، 1999.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 2، 2000.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 2، 2001.
- المجلة القضائية. قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 3، 1992.
- مجلة الموثق، العدد 04، نوفمبر، ديسمبر، 2001.

الفهرس

01.....	مقدمة.....
04	الفصل الأول : ماهية الشفعة.....
05.....	المبحث الأول : مفهوم الشفعة.....
05.....	المطلب الأول : تعريف الشفعة
06.....	الفرع الأول: تعريف الشفعة في الشريعة الإسلامية.....
08.....	الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني للشفعة.....
11.....	المطلب الثاني : خصائص الشفعة
11.....	الفرع الأول: عدم قابلية الشفعة للتجزئة.....
14.....	الفرع الثاني: ورود الشفعة على العقارات.....
14.....	الفرع الثالث: اتصال الشفعة بشخص الشفيع.....
17	المبحث الثاني : شروط الشفعة.....
18.....	المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشئ المشفوع فيه.....
18.....	الفرع الأول : جواز الشفعة في حالة البيع العقاري
26.....	الفرع الثاني : البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة
30.....	المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالشفيع
30.....	الفرع الأول : أسباب الأخذ بالشفعة وتحديد الشفعاء
45.....	الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في الشفيع.....
47.....	الفرع الثالث : تعدد الشركاء وتزاحمهم.....
49.....	الفصل الثاني : إجراءات الشفعة وآثارها.....
50.....	المبحث الأول : إجراءات الشفعة.....
50.....	المطلب الأول : إعلان الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن والمصاريف.....
51.....	الفرع الأول : الإنذار الموجه إلى الشفيع.....
52.....	الفرع الثاني : كيفية الإعلان وميعاده
59.....	الفرع الثالث : إيداع الثمن والمصاريف.....
63.....	المطلب الثاني : دعوى الشفعة
63	الفرع الأول : رفع دعوى الشفعة.....
70.....	الفرع الثاني : سقوط الحق في الشفعة.....
73.....	المبحث الثاني : آثار الشفعة.....
74.....	المطلب الأول: حلول الشفيع محل المشتري
74.....	الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة.....
76.....	الفرع الثاني: حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.....

77.....	المطلب الثاني: العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة
77.....	الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع.....
80.....	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.....
84.....	الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالغير.....
87.....	خاتمة.....
89.....	الملاحق.....
92.....	قائمة المراجع.....
95.....	الفهرس.....