

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق.

شعبة قانون الاقتصاد و الأعمال

تخصص القانون العقاري

إشراف الأستاذ :

• قرعيش السعيد

من إعداد الطالبان:

• ربيع فتية

• قدوح شريفة

أعضاء لجنة المناقشة :

• الأستاذ : سعدون حريرة رئيسا.

• الأستاذ: قرعيش السعيد ، أستاذ مساعد قسم "ب"، جامعة بجاية، مشرفا و مقرا .

• الأستاذ: دفوس هند ممتحنا

السنة الجامعية 2012-2013

كلمة شكر حمة شكر

الشكر والحمد لله الذي بنعمته واصلنا مشوارنا .
الشكر وخالص التقدير إلى الأستاذ الفاضل "قرعيش السعيد"
الذي كان لنا عوناً وأمدناً بتوجيهاته ونصائحه القيمة .
الشكر للأساتذة الكرام الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة
والحكم عليها .
الشكر لكل من كان لنا عون في مشوارنا لإعداد هذه
المذكرة .



و شكراً .

بقلم: ربيع فتيحة / قدوح شريفة

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى من تنحني هامتي له خجلا أبي العزيز

إلى أمي العزيزة عرفانا بالجميل

إلى من أشد بهم أزري إخواني و أختي

وإلى كل أفراد عائلتي

إلى رفيقتي شريفة التي شاركتني في إعداد هذه

المذكرة .



نتيجة

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى الصدر الحنون أمي

إلى من كان له الفضل في تعليمي أبي

إلى إخوتي لهم كل الشكر والعرفان بالجميل

إلى من كان لي سندًا طيلة مشواري...

أهدي هذا العمل إلى من شاركني فيه من بعيد

أو من قريب وخاصة إلى من شاركني وساعدني في

إعداد هذه المذكرة "فتيحة".

إلى كل أفراد عائلتي



شريفة

قائمة المختصرات

ص: صفحة

ص ص: صفحة صفحة

ج.ر: جريدة رسمية

د.ط: دون طبعة

د.د.ن: دون دار النشر

د.ب.ن: دون بلد النشر

ق.ت.ع: قانون الترقية العقارية

ق.م.ج: قانون مدني الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

مقدمة

تعتبر الملكية من الأنظمة القديمة التي عرفت البشرية على وجه الأرض، لما لها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال و التصرف فيها، و هذه الملكية تتجزء إلى حق الانتفاع، حق الاستعمال والتصرف.

بحيث أن الإنسان حر في تملك ما شاء من الأموال، منقولة كانت أو عقارية، لكن التشريعات الحديثة وضعت ضوابط و معايير لحرية التملك، مما يخدم مصلحة الفرد و المجتمع، من خلال وضع طرق خاصة لاكتساب الملكية، تناولتها تلك التشريعات في تقنينها المدني، و بالتالي فلو لم تنظم تلك الأسباب و الطرق المكسبة للملكية لتعطلت مصالح الناس و لتعذرت الحياة بسبب ذلك.

و قد نصت المادة 674 من ق م ج على أن: " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، و يكتسب حق الملكية بطرق شتى حددها القانون المدني الجزائري و هي الإستلاء، الوصية، الالتصاق، العقد، التركة، الحيازة والشفعة، و إذا كان الأصل في الملكية لدى الفرد هي ملكية مقدسة له، ولا يجوز لأي كان التدخل فيها ، غير أن هناك إجراءات أوجبها المشرع الجزائري توجب للغير التدخل في تقييد حرية الأفراد، ومن بين هذه الإجراءات نجد الشفعة التي جاءت ضمن القسم الخامس من الباب الأول من الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية، وهو موضوع دراستنا.

تعتبر الشفعة من موضوعات المعاملات المدنية، و على سبيل الخصوص من مسائل كسب الملكية، وقد دار حولها جدل فقهي و قانوني، فيما إذا كانت حقا لكسب الملكية، أم هي وسيلة إلى كسب هذا الحق، أم هي رخصة في ذلك؟ كما سنراه لاحقا.

غير أن معضلة الشفعة تكمن في كونها تمثل قيودا خطيرا على حرية التملك، حرية التصرف، و كذا التعاقد، فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي على العقار الذي اشتراه بطريقة قانونية، كما يجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر، غير الذي باعه له، و في نفس الوقت يجد الشفيع نفسه في عقد لم يناقش بنوده، ولا شروطه، ولم يشترك حتى في انعقاده.

و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في 14 مادة ابتداءً من المادة 794 إلى 807 من القانون المدني، ضمن الكتاب الثالث تحت عنوان: طرق اكتساب الملكية، بالإضافة إلى تنظيمها بعض

التشريعات الخاصة، منها على وجه الخصوص قانون التوجيه العقاري، و قد اقتبس المشرع معظم أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر التاريخي لها، والتي أقرت بالشفعة لحكمة سامية، تتمثل في إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يدخل عليه من لا يعرف شركته و لا معاملاته.

و من دواعي اختيارنا لهذا الموضوع هو الطبيعة الخاصة و الاستثنائية للشفعة باعتبارها خروجاً عن المبدأ العام في التعاقد، بالإضافة إلى الإشكالات القانونية التي تثار في الواقع العملي في هذا المجال، وخاصة ما أضافته النصوص الخاصة، وكذا الخلط الواقع في مصطلح "الشفعة" في هذه التشريعات كقانون التوجيه العقاري (90-25) إلى آخره من القوانين التي نصت على الشفعة.

كذلك لم تحض الشفعة بالدراسات الكافية، نظراً لابتعاد الباحثين عنها، خاصة المراجع الجزائرية التي كانت منعدمة، فكانت أيضاً الدراسات لهذا النظام عموماً في البلدان العربية قليلاً جداً، إضافة إلى قلة الأحكام و الاجتهادات القضائية في هذا الخصوص.

لذا اخترنا المنهج التحليلي، الذي وجدناه معتمداً في معظم الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الشفعة، وكذلك كان هذا الموضوع ذاته قد تطلب إتباع هذا المنهج، وكذا للإجابة عن الإشكالية التالية:

كيف يثبت الأخذ بالشفعة؟

و للإجابة عن هذه التساؤلات، سنعتمد في ذلك خطة تتضمن فصلين، بحيث نتعرض في الفصل الأول إلى ماهية الشفعة وإجراءات الأخذ بها، و الذي يتضمن بدوره مبحثين، فيتضمن المبحث الأول ماهية الشفعة ، أما المبحث الثاني فسنبين إجراءات الأخذ بها، أما في الفصل الثاني سنتناول فيه آثار الشفعة ومسقطاتها، التي قد تتعرض إليها الشفعة، و سنتعرض في المبحث الأول إلى آثار الشفعة، أما في المبحث الثاني فسيكون تحت عنوان مسقطات الشفعة .

الفصل الأول: ماهية الشفعة و إجراءات الأخذ بها

إن عقد بيع العقار يقوم على أساس التراضي بين البائع و المشتري، وقبول كل طرف شروط الأخر و التزام كل واحد اتجاه الأخر، لكن قد يجد البائع نفسه مقيدا في التصرف في عقاره مثله مثل المشتري، و ذلك إذا بيع عقار و قام سبب يجعل القانون بموجبه شخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري فيستبعده و يحل محله شخص آخر تحقق فيه هذا السبب، فيقال أن له أخذ العقار المبيع بالشفعة.

فالشفعة إذن سلطة أو قدرة تخول للشفيع - إذا أظهر رغبته في ذلك - الحلول محل المشتري في شراء العقار، و هذا الحلول حلولا في كافة حقوق المشتري، والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، أو المترتبة عليه.

لأخذ الشفيع العقار بالشفعة يجب أن يتوفر هناك شروط معينة، و كذا إتباع الإجراءات اللازمة المنصوص عليها قانونا.

سنتناول هذه النقاط من خلال مبحثين، بحيث سنتطرق إلى ماهية الشفعة في مبحث أول، ثم نبرز إجراءاتها في مبحث ثاني.

المبحث الأول: ماهية الشفعة

نظم المشرع الجزائري نظام الشفعة ضمن القانون المدني الجزائري، في القسم الخامس من الفصل الثاني- طرق اكتساب الملكية- من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية و ذلك في المواد من 794 إلى 807 منه⁽¹⁾.

سنتعرض في هذا المبحث إلى تبيان الإطار القانوني للشفعة(المطلب الأول)، و تقدير الحكمة منها (المطلب الثاني)، و نبين خصائصها في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الإطار القانوني للشفعة

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الشفعة (الفرع الأول)، و الطبيعة القانونية للشفعة (الفرع الثاني)، ثم إلى الحكمة من تقريرها(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الشفعة

سنحاول في هذا الفرع إلى تعريف الشفعة لغة(أولاً)، ثم تعرفها اصطلاحاً(ثانياً).

أولاً : تعريف الشفعة لغة

تنطق كلمة الشفعة بضم الشين و سكون الفاء.

الشفعة مأخوذة عن الشفيع الذي هو ضد الوتر، لما فيها من ضم عدد إلى عدد، ويراد بها الضم والزيادة فقد سميت شفعة لأنه الشفيع يضم ما يملكه بهذا الحق فيزيده.

يقال شفع الشيء أي ضم مثله إليه و جعله زوجاً.

كذلك يقال استشفع أي طلب النصر و المعونة ، والشفائع هي المزدوجات، و لقد ذكر القرآن الكريم الشفعة في قوله تعالى : "و من يشفع شفاعه حسنة يكن له نصيب منها، و من يشفع شفاعه سيئة يكن له كفل منها"⁽²⁾.

ثانياً: تعريف الشفعة اصطلاحاً

سنتطرق إلى تعريف الشريعة الإسلامية للشفعة(أ)، و كذا تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري(ب).

¹ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة في 30/09/1975، معدل و متمم.

² - الآية 85 من سورة النساء.

أ- في الشريعة الإسلامية:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للشفعة و منهم من يعرفها على أنها:

-استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.

-استحقاق شريك أخذ عارض به شريكه من عقار بثمنه الذي باعه أي قيمته.

وهذا الاستحقاق معناه أن للشريك حق أخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره.

هنا نلاحظ أن الشفعة في الإسلام هي أخذ الشريك - و ليس الجار - حصة شريكه التي باعها

بثمنها⁽¹⁾.

ب : تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري

إن المشرع الجزائري مثله مثل المشرعين في القوانين المقارنة كالقانون المصري و الأردني عرف

الشفعة على أنها: " رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط النصوص

عليها في المواد التالية"، هذا حسب نص المادة 794 ق م ج.

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن الشفعة تتحقق في حالة ما إذا بيع العقار و قام سبب يخول

لشخص آخر الحلول محل المشتري في شراء هذا العقار، ومن هنا نقول أنه أخذ العقار بالشفعة، ويسمى

الأخذ بالشفعة بالشفيع و المشتري بالمشفوع منه، أما العقار المراد تملكه من قبل الشفيع فيسمى بالعقار

المشفوع فيه⁽²⁾.

نفس التعريف أعطاه المشرع المصري الذي يعرف الشفعة على أنها رخصة و ذلك في المادة 930

من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للشفعة

يتضح لنا مما سبق أن الشفعة رخصة لكنها استثنائية حيث أنها تؤدي إلى تقييد حرية التعاقد

والتعاقد، وكذا حرية التصرف⁽³⁾.

لكن بالرغم من ذلك فقد اختلف الفقهاء في تكييفها فهناك من يعتبرها رخصة، وهناك طائفة أخرى

ترى أنها حق، لكن الإشكال في هذه الحالة هو في مدى اعتبارها حق أم لا؟، فإن قلنا بأنها حق فما هو

التكييف الصحيح لها؟ وكيف عالج كل من الفقه (أولاً) و القانون المدني الجزائري (ثانياً) هذه المسألة.

¹ - محمد شتا أبو سعد، الشفعة: (مبادئ النفض بشأن المشكلات العملية للشفعة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص.04.

² - معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقاً لفضاء النقص، ط.3، دون ذكر دار النشر، القاهرة، 1997، ص.21.

³ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني و دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص.404 .

أولاً: في الفقه

لقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الشفعة حق عيني يخول الشفيع حقا مباشرا يسري بالنسبة للكافة، أساسه هو الحق العيني لملكية العقار المشفوع به، الذي يخول مالك هذا العقار المشفوع فيه، من أهم آثار هذا الحق تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى الشفعة و هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 802 ق م ج⁽¹⁾.

كما ذهب البعض الآخر إلى أن الشفعة حق شخصي يمنح الاعتبارات تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة، ولا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر أو النزول عنه للغير. هناك رأي وسط يرى أن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة يرد على عقار ليكون عينيا، ويتحرر لاعتبارات شخصية ليكون شخصيا.

كما ذهب اتجاه آخر إلى أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، فهي طريقة من طرق كسب الملكية، والحقوق العينية كالعقود و الميراث.

فالشفعة حق من الحقوق الترخيفية أو المنشئة للحقوق التي يتوقف نشوؤها على إعلان إرادة من جانب من تقرر له، و نجد هذه الحقوق مصدرها في المركز القانوني الذي يتواجد فيه صاحبه⁽²⁾.

لكن التكليف الصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا شخصي، و ليست حقا أصلا، إنما سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حق عيني على هذا العقار كحق الانتفاع أو حق الرقبة⁽³⁾.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري

لقد ذكر المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 ق م ج على أنها رخصة إذ في البداية يتبين أنه قد حسم في الخلاف السابق حول تأصيل الشفعة بانحيازها إلى الاتجاه القائل باعتبار الشفعة رخصة و نفى بذلك الاتجاه الذي يعتبرها حقا⁽⁴⁾.

لكن عند استقراءنا للمواد الأخرى للشفعة كالمواد 795 و 796 ق م ج، نلاحظ أنه استخدم مصطلح "الحق" وفي كل النصوص التي لم يتعين عليه فيها وصف ما هو مخول للشفيع من الشفعة،

¹ - راجع المادة 40 فقرة 2 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 24، صادرة في 2008/04/23.

² - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.405.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: (أسباب كسب الملكية)، ج 9، المجلد 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.447.

⁴ - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني: (الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها و مصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.525.

ويبدو من ذلك أنه لم يحسم في مسألة التأصيل - أنها رخصة أم حق - إذ يمكن التوفيق بين النصوص المتعارضة بصرف مصطلح "رخصة" إلى معنى الخيار المفتوح للشفيع في الحلول محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الحكمة من تقرير الشفعة

قام نظام الشفعة منذ أن استقر تطبيقه في الشريعة الإسلامية على فكرة دفع الضرر عن الشفيع، وذلك بتفضيله عن كل أجنبي أو غريب عن الشركة، كما أن للشفعة فوائد اقتصادية في حالة ما أدت إلى جمع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع، وكذا في عدم تجزئة العقار، وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أنه لا يلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلا.

قد تكون هذه الحكمة معقولة و مقبولة لو كان من يريد بيع عقاره المبادرة أولاً بعرض العقار على من يتصل حقه بالعقار، فإن شاء أخذه و إن شاء رفضه⁽²⁾، لكن نظام الشفعة يفرض بيع العقار أولاً، لأنه بهذا البيع يمنح لمن يتصل حقه بالعقار خيار أخذ العقار - لاستبعاد المشتري و حلول محله - من عدمه. لكن دفع ضرر محتمل عن الشفيع، يلحق ضرر محقق للمشتري لذا ينبغي التضييق من نطاق هذا النظام والتشديد من شروطه و إجراءاته، و يدخل كل ذلك في مسؤولية المشرع، كما ينبغي عدم التوسع في تفسير أحكامه و هذه مسؤولية القضاء.

المطلب الثاني: خصائص الشفعة

للشفعة خصائص تتميز بها خاصة أنها واردة على سبيل الاستثناء (الفرع الأول)، و كذلك تتميز بأنها لا ترد إلا على العقارات (الفرع ثاني)، وأنها غير قابلة للتجزئة (الفرع الثالث)، و تتصل بالشخص الشفيع (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الشفعة واردة على سبيل الاستثناء

نقصد بالاستثناء في نظام الشفعة أن حرية التعاقد بين المتعاقدين مقيدة، فالبائع يجد نفسه مقيدا في بيع عقاره، إذ يجبر على بيعه لشخص غير الذي أراد بيعه له، و كذلك يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه بطريقة قانونية، إذ يتحول ذلك العقار إلى شخص آخر غريب عن العقد

1 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ص. 404-405.

2 - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 516.

المبرم، بمقابل يستفيد الشفيع من التسهيلات في الشروط البيع التي اتفق عليها البائع و المشتري نظرا للاعتبارات الخاصة بينهما⁽¹⁾.

منه نرى أنه رغم أن المشرع أعطى للشفيع حق الأولوية في أخذ العقار بالشفعة، إلا أنه قيد هذا الحق وذلك بوضعه لموانع و مسقطات الشفعة.

الفرع الثاني: الشفعة لا ترد إلا على العقارات

لا شفعة إلا في العقار وهذا أمر مستفاد من تعريف المادة 794 ق م ج السالفة الذكر للشفعة، وهذا ما سنتعرض إليه لاحقا في شروط الأخذ بالشفعة.

الفرع الثالث: الشفعة غير قابلة للتجزئة

تعني عدم قابلية الشفعة للتجزئة، أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون البعض، و هذا ما سنراه لاحقا في شروط الأخذ بالشفعة.

الفرع الرابع: اتصال الشفعة بالشخص الشفيع

فلما كانت الشفعة تتأسس على أساس دفع ضرر محتمل وقوعه من شريك أو جار جديد على الشفيع؛ فلذا تكون الشفعة متصلة به إذ يرجع إليه وحده وقوع الشفعة من عدمها، فيمكن للشفيع الأخذ بالشفعة، كما يمكن له أن لا يأخذ بها، فهي متروكة لمحض إرادته و تقديره، فبدون تدخل الشفيع لا يمكن أن تكون هناك شفعة، و يترتب على الصفة الشخصية للشفعة عدة آثار:

- حق الشفيع في النزول عن الشفعة .
- عدم جواز انتقال الشفعة من الشفيع بطريق الحوالة .
- لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة.
- انتقال الشفعة بالميراث.

المطلب الثالث: شروط الأخذ بالشفعة

للأخذ بالشفعة يجب توافر بعض الشروط، إذ بدونها لا يمكن للشفيع أن يطلب هذه الرخصة، فقد تتعلق بالمال المشفوع فيه (فرع أول) فهناك شروط تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة (فرع ثاني)، كما توجد

¹ - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني: (الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية و الحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات)، دار الثقافة، الأردن، 2001، ص.166.

شروط يجب أن تتوفر في الشخص الشفيع فمن دونها لا يستطيع هذا الأخير طلب حقه في الشفعة (فرع ثالث) .

الفرع الأول: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه

لا يمكن للشفيع إعلان الرغبة في الشفعة إذا كان المبيع منقولاً، إذ يجب أن ترد الشفعة على العقارات فقط دون سواها (أولاً)، وكما أنه إذا أعلن الشفيع برغبته في الشفعة فعليه أن يأخذ بكل العقار فلا يجوز أخذ بجزء منه فقط، أي أن الشفعة غير قابلة للتجزئة (ثانياً).

أولاً: أن يكون المبيع عقاراً

لا تكون الشفعة إلا في العقار، وهذا ما نصت عليه المادة 794 ق م ج السالفة الذكر عندما عرفت الشفعة وكذلك جميع الأحكام المنظمة لها⁽¹⁾، ويتحدد العقار وفقاً لمعناه في القانون المدني، ووفقاً لمعناه عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، فهو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف، وهذا هو العقار بالطبيعة طبقاً لما نصت عليه المادة 683 من ق م ج⁽²⁾، فتجوز الشفعة في بيعه إذا توافر سببها⁽³⁾، فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً حسب المآل، كما لو بيع البناء معد للهدم، فإن الشفعة لا تجوز فيه، كما أنها لا تجوز أيضاً في بيع العقار بالتخصيص استقلاً عن العقار الأصلي، فإذا بيع العقار بالتخصيص مع العقار الأصلي فإنه يجوز ذلك باعتباره ملحقات العقار.

كما أن الحق العيني الذي يقع على عقار يعتبر مالا عقارياً، ومن ثم تجوز الشفعة فيه، لكن لا تجوز إذا بيع هذا الحق استقلاً عن العقار الأصلي، كحق الانتفاع وملكية الرقبة⁽⁴⁾.

ثانياً: عدم قابلية الشفعة للتجزئة

إن حق الشفعة المقرر للشخص الشفيع الذي توفرت فيه الشروط والأسباب القانونية التي تجعله متصل بهذا الحق أولوية على المشتري في أخذ العقار المشفوع فيه، لكن بالرغم من ذلك فإن هذا الحق مقيد في عدم إمكانية الشفيع في أن يطلب أخذ جزء من ذلك العقار دون الآخر، لأن قاعدة عدم تجزئة

¹ - هذا ما أكدته أيضاً المحكمة العليا في القرار رقم 155181 مؤرخ في 1997/11/18، نشرة القضاة، عدد 54، 1999، ص 78، والذي جاء فيه: "حيث أنه من الثابت أن حق الشفعة المنصوص عليه في المواد 794 و ما يليها من القانون المدني لا يمكن ممارسته إلا إذا تعلق الأمر ببيع عقار".

² - تنص المادة 683 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني على أن: "كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

³ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 595.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، مرجع سابق، ص 66.

الشفعة لا تجيز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر، حتى لا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة عليه.

كذلك نجد أن قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة من حيث الأصل لا تجيز للشفيع أن يلزم المشتري بعد أن شفع منه في بعض باستقاء الباقي منه، لأن في ذلك إخلالا برضا المشتري الذي قد يكون ما رغب في الصفقة إلا لكون الجزء المشفوع فيه هو وجهها، أي هو ما دفع إرادته إلى شراء ذلك العقار، ولأنه قد يكون في ذلك التفريق ضرر غير مرغوب به وغير مرضي به من المشتري، إذ قد لا يرضي به شريكا معه في ذلك العقار.

كما قد يرغب المشتري في كل العقار لا بعضه فلا تجوز إذن تجزئة الصفقة على المشتري مادامت واحدة⁽¹⁾.

يتميز الرأي السائد في حالة تعدد العقارات بين الصفقة الواحدة التي في شأنها مبدأ عدم التجزئة، وبين الصفقات المتفرقة التي لا تسري في شأنها هذا المبدأ على أساس القول بوحدة الصفقة، في حالة اتصال العقارات اتصالاً مطلقاً، أو في حالة انفصالها، و لكن مع تخصيصها معاً لعمل واحد أو بطريقة استغلال واحدة، لكن قد تكون العقارات متصلة لكن لا تمثل وحدة متكاملة، أما العقارات المتصلة أو المنفصلة التي لا تكون وحدة متكاملة فلا تجرى عليها هذا المبدأ.

الفرع الثاني: شروط تتعلق بالتصرف المترتب للشفعة

سنتطرق في هذا الفرع إلى إبراز الشروط الواجب توافرها في التصرف المترتب للشفعة، و هي أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع (أولاً)، و بتبيان التصرفات الأخرى التي تجوز فيها الشفعة (ثانياً)، وإلى الشفعة عند توالى البيوع (ثالثاً).

أولاً: أن يكون التصرف بيعاً

لقد حصر المشرع جواز الأخذ بالشفعة في عقد البيع دون العقود الأخرى، ذلك من خلال ذكره في المادة 794 ق م ج السالفة الذكر عند تعريفه للشفعة، حيث ذكر أن "الشفعة... في بيع العقار...."؛ لذا يجب أن تنتقل الملكية بعقد البيع فقط في مجال الشفعة، فما عاد ذلك لا تفتح باب الشفعة. كما يحدد عقد البيع حسب ما ذكرته المادة 351 ق م ج علي أنه " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي".

¹ - عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة: (دراسة تأصيلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص.12.

فقد اشترط المشرع في البيوع العقارية شكلا رسميا يجب الإخضاع له، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق، وهو ما أقرته المادة 324 مكرر 1 ق م ج⁽¹⁾ و بعدها، بالإضافة إلى شهره في المحافظة العقارية حتى تنتقل الملكية، و بتوفر أركانه و شروطه يصبح عقد البيع قد تم وفق الشكل القانوني المطلوب، الذي يخول بمقتضاه للشفيع أن يأخذ ذلك العقار المبيع بالشفعة حتى قبل شهره في المحافظة العقارية⁽²⁾.

كما أن هناك بيوع تجوز فيها الأخذ بالشفعة كالبيع القابل للإبطال، لأن هذا العقد قائم ومنتج لآثاره إلى غاية الحكم ببطلانه⁽³⁾، و البيع المعلق على شرط سواء كان شرط واقف أو فاسخ لأن البيع في الحالتين يكون موجودا، و إن كان وجوده على خطر الزوال و المهم هنا أن يظل البيع قائما بوجوده إلى أن تتم الشفعة قانونا، كذلك في عقد البيع غير المسجل في مصلحة الشهر العقاري، إذ لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة في العقد المشهر، و بالنسبة للعقد الابتدائي لأنه غير مسجل⁽⁴⁾.

كما توجد هناك تصرفات لا تجوز فيها الشفعة حسب طبيعتها:

تتمثل هذه التصرفات في البيع الباطل بطلانا مطلق، البيع الصوري، المقايضة، الوفاء بمقابل، عقد الهبة، عقد القسمة، عقد الصلح، عقد الشراكة، الميراث، نزع الملكية، و الوصية، حتى وإن كانت هذه التصرفات تقترب بهدفها من عقد البيع لأنها ناقلة للملكية، إلا أنها تختلف عنه في طبيعتها عن الشفعة لأن هذه الأخيرة خرجت عن الأصل -حكم استثنائي- الذي يقضي بحرية البائع في التصرف في الملكية، و حرية المشتري في شراء ما يريد، كما لا يجوز التوسع في تفسير الشفعة أو القياس عليها.

كما نجد التقابل في البيع الذي لا يكون معه أساس لطلب الشفعة، لأن إرادة المتعاقدين ذاهبة إلى ما كانت عليها قبل البيع، لكن التقابل الذي يتم بعد طلب الشفعة فلا أثر له على الشفيع عكس ما إذا طلبها بعد حصول التقابل⁽⁵⁾.

ثانيا: ألا يكون من البيوع غير الجائز فيها الشفعة

إضافة إلى التصرفات الغير الجائزة فيها الشفعة بسبب طبيعتها هناك بيوع عقارية استثنائها المشرع من الشفعة و هي محصورة في نص المادة 798 ق م ج، التي نصت على أنه: "لا شفعة :

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون،

1 - راجع المادة 324 مكرر 1 من أمر رقم 05-10، المؤرخ في 20/06/2005، يعدل و يتمم القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 44، الصادرة في 26/06/2005.

2 - أحمد دغيش، مرجع سابق، ص.117.

3 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة عاما و عملا، مرجع سابق، ص.54-55.

4 - أحمد دغيش، مرجع سابق، ص.125.

5 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، مرجع سابق، ص.55.

- وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين أو الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية،

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة".

إذ يتحدث هذا النص عن أسباب معينة تحول دون رخصة الشفعة، أي يحدد هذا النص موانع الشفعة، وتلك الموانع تختلف عن مسقطات الشفعة، فالمانع كما قلنا هو السبب الذي يحول دون نشأة الشفعة، أما المسقط فهو سبب يطرأ بعد نشوء الشفعة فيؤدي إلى سقوطها⁽¹⁾، وتتمثل هذه البيوع في:

أ: البيع في المزاد العلني وفقا لإجراءاته الرسمية

نصت عليه المادة 798 ق م ج فقرة 1، والعلّة من هذا الاستثناء هي إمكانية الشفيع و غيره من الدخول في هذا المزاد، لكن إذا لم يتم البيع بطريق المزاد العلني و كذلك وفقا لإجراءاته الرسمية التي رسمها القانون فللشفيع حق المطالبة بالشفعة، فإذا توفر في البيع هذان الشرطان فإنه يستوي بعد ذلك أن يكون البيع جبرا أو اختيارا، ثم أمام القضاء أو أمام جهات إدارية⁽²⁾.

كما يدخل في مفهوم هذا البيع أيضا، البيع الاختياري الذي يتم من طرف الدولة في بيع أملاكها، وكذا الثروات التي تنتج عن ذلك كما هو الحال في الثروات الغابية الناتجة عن الاستغلال الغابي⁽³⁾.

ب- البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأصهار إلى غاية الدرجة الثانية و بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة:

وردت هذه البيوع ضمن المادة 798 ق م ج فقرة 2، و السبب في منع الشفعة في هذه الحالة هو أن البيع يقوم على اعتبار شخصي ملحوظ، فالصلة الوثيقة هي التي أدت إلى البيع على هذا النحو، بحيث ما كان ليتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر⁽⁴⁾.

لقد حصر المشرع الفئات التي يمنع عنها الأخذ بالشفعة في:

- البيع بين الزوج والزوجة.

- البيع بين الأصهار إلى غاية الدرجة الثانية.

- البيع بين الأصول و الفرع.

¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.286.

² - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، مرجع سابق، ص.51.

³ - هذا طبقا لنص المادة 45 من قانون رقم 84-12 المؤرخ في 23 يونيو 1984، المتضمن النظام العام للغابات المعدل و المتمم.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، مرجع سابق، ص.51.

-البيع بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة⁽¹⁾.

ج- بيع العقار ليكون محل عيادة أو ليلحق بمحل العبادة

ذكر هذا المانع في نص المادة 798 فقرة 3، فالسبب من منع الشفعة في هذا البيع، كان لاعتبارات دينية، فالبائع قد يقصد من وراء تصرفه هذا نيل الأجر و الثواب، فربما يبيع هذا العقار بثمن أقل من لو باعه لمشتري آخر.

كما أن الاعتبارات الدينية الواردة في الفقرة السابقة غالبا ما تكون بتخصيص المشتري ذلك العقار إذا كان غير مبني، من أجل تشييد مسجد عليه، أو من أجل توسيعه أو إضافة بعض المرافق إليه أو جعله دورة مياه، أو يكون مقصورة تخصص للنساء إذا أتت المسجد للصلاة، كما قد يكون ذلك العقار مخصص لحفظ القرآن أو تحفيظه.

كما يدخل في هذا الشأن كل ما يعتبر من ملحقات محل العبادة الضرورية، و لا يقصد بالعبادات المساجد فقط بل يشمل محل العباد للديانات الأخرى كالكنائس⁽²⁾.

إلا أنه كان من الأولى أن يتعدى الحكم في منع الأخذ بالشفعة من دور العبادة إلى دور الأعمال الخيرية والإنسانية التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة_ لأن هذه الأخيرة تهدف إلى تحقيق غاية إنسانية وهدف نبيل، كبناء مدارس و مستشفيات عمومية و إقامة جمعيات خيرية... لذا حبذا لو كانت صيغة نص المادة 798 فقرة 3 بهذه الصيغة: "...إذا كان العقار قد بيع ليجعل دار للعبادة، أو محل لتقديم الخير و النفع العام أو ليلحق بهما"، و بهذا تزداد الأعمال الخيرية و تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.

ثالثا: الشفعة عند توالي البيوع

المقصود بحالة توالي البيوع أنه قد يحدث أن يتم بيع عقار تجوز فيه الشفعة قانونا، دون أن يتمكن من له الحق في الأخذ بالشفعة من أخذ هذا العقار عن طريقها، وهذا بسبب إقدام ذلك المشتري على بيع هذا العقار مرّة ثانية، دون أن يترك للشفيع فرصة لاستعمال رخصة الشفعة و تملك العقار بدلا من بيعه إلى مشتري آخر⁽³⁾.

من هنا نتساءل هل يمكن للشفيع في هذه الحالة أن يأخذ العقار بالشفعة في البيع الأول أم لا يمكنه ذلك إلا في البيع الثاني؟.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ص. 51-52.

- راجع كيفية حساب درجات القرابة في المواد 32، 33، 34، 35 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² - دغيش أحمد ، مرجع سابق، ص.124.

³ - مرجع نفسه، ص.166.

للإجابة على هذا السؤال جاء المشرع الجزائري بنص المادة 799 ق م ج بقولها: "إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أيّ رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و حسب الشروط التي اشترى بها"، باستقراءنا لنص المادة نميز بين حالتين:

أ: بيع العقار قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة

في هذه الحالة لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبشروطه، أي أن الشفيع يحل محل المشتري الثاني لا محل للمشتري الأول، و يكون حوله وفقا لشروط البيع الثاني، و يستوي أن تكون هذه الشروط الأخيرة أشد وأحق من شروط البيع الأول⁽¹⁾، لأن هذا الأخير يعتبر غير موجود، باعتبار أن الشفيع لم يأخذ فيه بالشفعة، وعلي ذلك يجب علي الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع القائم فعلا، أي البيع الثاني بمفهوم المخالفة من المادة 806 ق م ج⁽²⁾ نرى أن كل تصرف يصدر عن المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة يسري في حق الشفيع⁽³⁾.

إلا أن كل العبرة هنا بشهر إعلان الرغبة و ليس مجرد إعلان الرغبة في الشفعة، كما جاء في نص المادة 797 ق م ج.

ب: بيع العقار بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة

يعني أن المشتري الأول لم يبيع العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول، و قام بشهره لدى مصلحة الشهر بالمحافظة العقارية، وعليه و بمفهوم المخالفة لنص المادة 797 ق م ج، فللشفيع أن يتجاهل البيع الثاني و أن يمضي في إجراءات الشفعة، و في مواجهة المشتري الأول إلى نهاية تلك الإجراءات، و تكون شروط البيع الأول هي التي تسرى في مواجهة الشفيع، ولأن البيع الثاني يعتبر كأنه لم يتم إبرامه، أي أن هذا البيع الباطل لا يحتاج به في مواجهة الشفعة⁽⁴⁾.

إضافة إلي ما سبق بيانه يمكن للشفيع حسب كثير من الفقهاء ولاسيما إذا تبين له أن شروط البيع الثاني أيسر وأنسب له، أو أن الثمن فيه أقل من البيع الأول، يمكنه أن يتنازل عن طلب الشفعة في البيع الأول، ويطلبها في البيع الثاني ووفقا لإجراءات جديدة وبمواعيد هذا البيع وبشروطه⁽⁵⁾.

1 - خالد أحمد، مرجع سابق، ص.145.

2 - راجع نص المادة 806 من أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

3 - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.170.

4 - مرجع نفسه، ص.167.

5 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص.519.

- أنظر في هذا الصدد أيضا أحمد خالدي، مرجع سابق، ص.146، 154.

الفرع الثالث: شروط متعلقة بالشخص الشفيع

إضافة إلى الشروط السالفة الذكر، هناك شروط أخرى يجب أن تتوفر في الشفيع وهي: أن يكون من الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع (أولاً)، أن تتوفر فيه شروط أخرى (ثانياً). و إذا حدث وأن تعدد وتزاحم الشفعاء، فكيف يتم ترتيبهم (ثالثاً).
أولاً: أن يكون من الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع

إن الأشخاص الذين تثبت لهم هذه الصفة في القانون الجزائري أشارت إليهم المادة 795 من ق م ج، كما أضاف قانون 90-25 أشخاص آخرين تثبت لهم الشفعة وذلك بمقتضى المادتين 71 و 57 منه وهؤلاء الأشخاص هم:

أ: الأشخاص المذكورين ضمن القانون الترقية العقارية:

لقد ذكرت المادتين 71 و 57 من ق م ج ع هذه الأشخاص وهي الدولة (1) والمجاورون للأراضي الفلاحية (2).

1_ الدولة و الجماعات المحلية

نجد المادة 71 من قانون التوجيه العقاري 90-25⁽¹⁾ أعطت الأولوية للدولة في الأخذ بالشفعة على كل الأصحاب المتبقية المذكورة في المادة 697 ق م ج، كذلك نصت المادة 118⁽²⁾ من ق م ج على أن الدولة تمارس الشفعة على كل الأملاك العقارية، وهذا ما نصت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 91-45⁽³⁾ الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة للدولة على حق الدولة والجماعات المحلية في الأخذ بالشفعة عند بيع الأملاك العقارية، و نجد المادة 24 من قانون 87-19⁽⁴⁾ تتضمن ممارسة الدولة للشفعة على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة.

أضافت المادة 62 من قانون 90-25 أنه تمارس الهيئات العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة، أما ممارسة الشفعة من طرف الدولة على الأراضي الفلاحية التابعة للخواص فقد قررتها المادة

¹ - قانون 90-25، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في 20/11/1990.

² - أمر رقم 76-105، المؤرخ في 09/12/1976، والمتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 91-45، المؤرخ في 23/11/1991، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها و ضبطها، ج ر عدد 60، صادر في 26/11/1991.

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 87-19، الذي يضبط كيفية استغلال الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، و يحدد حقوق المنتجين و واجباتهم، ج ر عدد 16، صادر في 19/04/1989.

52 من قانون التوجيه العقاري وهذا في إطار أحكام المواد (48، 49، 50، 51) من هذا القانون⁽¹⁾، ويكون ذلك في حالة ثبوت عدم استغلال الأراضي الفلاحية-الأراضي التابعة للخواص فقط- نظرا للوظيفة الاقتصادية و الاجتماعية المنوطة بها⁽²⁾، ويمارس الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هذا الحق باسم الدولة ولحسابها⁽³⁾، لأنها الهيئة المؤهلة قانونا في مجال الأراضي الفلاحية. كما أضافت المادة 118 من قانون التسجيل أن للدولة حق استعمال الشفعة المكلفة بالتنظيم العقاري⁽⁴⁾، من أجل اكتساب أملاك عقارية لصالح الخزينة العمومية، وكذا ممارستها للشفعة على العقارات ذات الطابع السياحي، كذا على التصرفات الأجنبي في العقارات المملوكة لهم داخل التراب الوطني الجزائري⁽⁵⁾.

في هذا الصدد حدثت هناك مسألة -فيم يخص حق الدولة في الشفعة- بين الدولة الجزائرية وشركة نجمة، حيث قام وزير المالية كريم جودي بإصدار قرار يقضي بأنه في حالة ما إذا باع شركة نجمة للهاتف المحمول المملوكة للمجموعة الكويتية (الوطنية للاتصالات) جميع أسهمها للمشغل القطري للاتصالات، ستمارس عليها حق الشفعة.

ونفس الشيء حدث كذلك عندما أرادت شركة جازي التابعة لشركة أرسكوم تيليكوم المصرية بيع علامتها في الجزائر لشركة فيمبل كوم الروسية، فقد تمسكت الحكومة الجزائرية بحقها في ممارسة الشفعة، وقد تحصلت عليها الجزائر⁽⁶⁾.

¹ - ذكرت هذه الأراضي ضمن قانون 90-29، المؤرخ في 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 56، الصادر في 03/12/1990.

² - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.179.

³ - أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي 96-87 المؤرخ في: 24/02/1996، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ج ر عدد 15، صادر في: 28/02/1996.

⁴ - الهيئات العمومية المقصودة هنا هي الوكالات العقارية المحلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين هذا حسب المادة 73 من قانون 90/25، مرجع سابق، وجاء مرسوم 90-405 مؤرخ في 22/12/1990 لتحديد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير و التنظيم الحضريين، ج ر عدد 56، الصادر في 26/12/1990.

⁵ - سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري (دراسة وصفية و تحليلية)، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.68.

⁶ - خالد كبي، كيوتل مصدومة من قرار حق الشفعة الجزائري، جريدة القبس، عدد 14353، تم النشر في 12/09/2012، تحت موقع:

2- المجاورون للأراضي الفلاحية

فالجوار هي واقعة مادية تستلزم القرب و التلاصق بين العقار المبيع و المشفوع به، و قد نصت عليه المادة 57 من قانون 90-25: " يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكورة أعلاه إلى المجاورين في إطار المادة 55 أعلاه و بغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة". و بهذا يتبين لنا أن المشرع خص الأراضي الفلاحية لتكون محل الشفعة في الجوار، و الهدف من ذلك هو توسيع المستثمرات الفلاحية⁽¹⁾، و ذلك في إطار المادة 55 من قانون 90-25.

أ: الأشخاص الذكورين ضمن القانون المدني

نصت المادة 795 من ق م ج على أنه: " يثبت حق الشفعة وذلك بمراعاة الأحكام التي تنص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة،
- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،
- لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

من خلال نص المادة نستنتج أنه لملك الرقبة⁽¹⁾، الشريك في الشيوخ⁽²⁾ حق أخذ العقار بالشفعة، و صاحب حق الانتفاع⁽³⁾.

1: مالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الانتفاع

إن شفعة مالك الرقبة تكون في مرتبة ثانية بعد شفعة الدولة المقررة للمصلحة العامة، و تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع المناسب لها أو بعضه، وهذا حسب المادة 795 ق م ج، إذ يفترض نشوء حق الانتفاع على العقار⁽²⁾، و قام ذلك المنتفع ببيعه لشخص آخر، ليحل محله في الانتفاع، و عليه أجاز القانون لمالك الرقبة باعتباره المالك الحقيقي للعقار، أن يشفع في حق الانتفاع المبيع، فيجتمع لديه بالتالي عناصر الملكية بعد انقضاء حق الانتفاع باتحاد الذمة. فالشفعة في هذه الحالة ليست سببا لكسب الملكية بل هي سببا لكسب حق الانتفاع، فيصبح مالكا ملكية تامة، وبالتالي جمع ما تفرق من عناصر الملكية.

2- الشرك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي

نجد تحديد مفهوم الشريك في الشيوخ من خلال قواعد الملكية الشائعة الواردة في القانون المدني

¹ -خالدي أحمد، مرجع سابق، ص.98.

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنه)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.209.

الجزائري⁽¹⁾، منها المادة 713 منه⁽²⁾، و المادة 2/795 ق م ج التي نصت على أنه إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، فيحق لكل الشركاء المشاعين أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، من هنا نستنتج أن الحكمة من تقرير هذه الشفعة هنا، هي إزالة تعدد ملاك العقار بما يترتب عليه تعطيل الانتفاع به، و كذا منع الأجنبي من الدخول دون رغبة من الشركاء⁽³⁾.

فإذا كانت هناك حصة شائعة يملكها الشريك، فقام ببيعها لأجنبي، فيحق للآخرين -الشركاء في الشيوخ- تملك هذه الحصة بالشفعة⁽⁴⁾.

من هنا نستنتج أنه لقيام الشفعة في الملكية الشائعة يجب أن تتوفر على شروط وهي:

- **يجب أن يكون هناك عقار شائع** : إذ لا توجد هناك شفعة لمن يريد شراء الجزء المفرز من الشريك المشاع، لعدم نفاذ التصرف في مواجهة الشركاء الآخرين⁽⁵⁾، و نفس الحكم بالنسبة للمتقاسمين، فيعتبر الشركاء جيران بعد القسمة.

- **يجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة**: إذا باع أحد الشركاء جزء مفرز من العقار الشائع فإن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق الشركاء، ولا يحق لهم المطالبة بحقهم في الشفعة، و لا يقوم وضع الشيوخ إلا إذا كان حق الشريك في الشيوخ قائماً وقت بيع جزء منه، فإذا كان هناك حق ناشئ عن تصرف قانوني لم يسجل عند البيع، فلا تجوز الشفعة فيه، فتثبت الشفعة عند بيع الشريك لحصته الشائعة، و يستوي في ذلك الشريك في الملكية الكاملة للعين.

- **يجب أن يكون بيع الحصة لأجنبي**: تتحقق الشفعة في حالة بيع الشريك في الشيوخ حصته لأجنبي وهذا ما نصت عليه المادة 795 السالفة الذكر، إذ تكون الوسيلة القانونية لرفع الضرر الأجنبي، و يأخذ الشريك في الشيوخ الحصة الشائعة المبيعة إذا كان المشتري أجنبي لكون هذا الشفيع من طبقة أعلى ويفضل على المشتري⁽⁶⁾.

3- صاحب حق الانتفاع إذا بيع العقار

يكون في حالة تجزئة حق الملكية، باستغلال أحد الأشخاص حق الرقبة و استغلال الآخر حق الانتفاع، و في نفس الوقت أبرم المالك لحق الرقبة مع الغير عقد بيع محل هذا الحق، فيجوز لصاحب

1 - ذكرت قواعد الملكية الشائعة في المواد 713 إلى 742 من أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

2 - راجع نص المادة 713 من الأمر 75-58، مرجع سابق.

3 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص.209.

4 - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني: (الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية)، ط 8، دار الثقافة، الأردن، 2001، ص.142.

5 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص.209.

6 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.551.

حق الانتفاع أخذ الملكية بالشفعة.

إذ تثبت صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وفقا لما قرره المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 795 من ق م ج، و يخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع في الرقبة و لذلك يأتي في المرتبة الثالثة.

أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشروع و يأتي في المرتبة الثانية، شأنه في ذلك شأن الشريك في الشروع⁽¹⁾.

إذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء، و باع أحدهم حصته فيها، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع فيها لأن الرقبة المبيعة هي بعض الحق الملابس لحق الانتفاع مما يدخل في حكم النص، و إذا تزامن على الشفعة في بيع الحصة الشائعة في الرقبة شريك آخر في ملكيتها فصاحب الانتفاع يفضل الشريك في الرقبة لأنه في مرتبة سابقة على شفعة المنتفع في ملكية الرقبة⁽²⁾.

أما إذا كانت الرقبة كلها لشخص واحد، وكان حق الانتفاع مملوكا لشخصين مناصفة على الشروع، وبيعت الرقبة كلها، فلا شك أن لصاحبي حقا الانتفاع أن يشفعا في الرقبة كل بقدر النصف، فيصبحان مالكي العقار مناصفة، كما يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة للعقار المبيع بالشفعة، إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، ولا يستطيع المشتري المعارضة على ذلك، لأن الصفقة لم تنفك عليه⁽³⁾.

ثانيا: الشروط الأخرى التي يجب أن تتوفر في الشفيع

إضافة إلى شروط إثبات صفة الشفيع، توجد شروط أخرى يجب أن تتوفر في الشفيع حتى يتمكن من الأخذ بالشفعة، و هذه الشروط تتمثل في: أن يكون للشفيع الأهلية (أ)، وأن يكون مالك للعقار المشفوع به (ب)، و أن يكون غير ممنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه (ج).

أ: الأهلية

يجب أن تتوفر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، و هي أهلية التصرف، أي بلوغ 19 سنة كاملة و هذا حسب المادة 40 ق م ج⁽⁴⁾، حيث لا تكفي أهلية الإدارة، فالبائع غير المحجوز عليه له الحق في

1 - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص.68.

2 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، مرجع سابق، ص.22.

3 - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص.71.

4 - تنص المادة 40 على: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

الأخذ بالشفعة بإرادته و بنفسه، و قد يأخذها عن طريق وكيل بشرط أن تكون الوكالة خاصة⁽¹⁾، لأن الأخذ بها يعد عملا من أعمال التصرف⁽²⁾، إضافة إلى ضرورة إفراغ هذه الوكالة خاصة في الشكل القانوني الرسمي المطلوب في التصريح بالرغبة في الشفعة، طبقا للمادة 572 من ق م ج، أما إذا كان الشفيع قاصرا فلوليه نيابة حقه في الأخذ بالشفعة، و ذلك بدون استئذان المحكمة، و ما عدا الوالدين فعلى الوكيل أخذ إذن المحكمة⁽³⁾، و نفس الإجراء إذا كان الشفيع محجوز عليه.

ب- ملكية الشفيع للعقار المشفوع به

يجب أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به متى كان هذا الأخير يشفع بحق رقبة أو بحق الانتفاع، فيشترط أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو للحصة الشائعة أو للعقار المجاور إذا كان هذا الشفيع جارا، و عليه فلا تثبت الشفعة لصاحب حق الانتفاع بالجوار، لأن القانون قد يخوله الشفعة في حالة بيع رقبة العقار المقرر عليه حق الانتفاع فقط، وكما لا حق في الشفعة للمرتهن و إن طال مدة حقه⁽⁴⁾، كما لا تجوز الشفعة أيضا إلا إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به سابقة على البيع الذي يأخذ به العقار بالشفعة⁽⁵⁾، كما لا شفعة لشخص بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة، و لا بدار جعلها مسجدا، لأنه في كل هذه الأحوال لا يكون مالكا للعقار المشفوع به.

ج - عدم منع الشفيع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه

للأخذ بالشفعة يجب أن لا يكون ذلك الشفيع ممنوعا من شراء ذلك العقار المشفوع فيه، و من الحالات التي يمنع فيها على الشفيع أن يأخذ بالشفعة، أن يكون هذا الشفيع نائبا عن غيره في بيع مال الغير، وكذلك إذا كانت النيابة في بيع العقار مصدرها الانتفاع أو الوكالة، فإن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكلا في بيع العقار الأجنبي يكون قد نزل بذلك نزولا ضمنيا عن حق في الأخذ بالعقار بالشفعة. كما يمنع القضاء و المحامين وأعضاء النيابة العامة، كتاب الضبط، الموثقون، المحضرون القضائيون، من شراء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، سواء قاموا بذلك شخصا أو كان عن طريق وكيل، ففي كلتا الحالتين لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة لأنه مخالف للنظام العام⁽⁶⁾، وهذا ما نصت عليه المادتين 402 و 403

¹ - تنص المادة 1/574 ق م ج على ما يلي: "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن..."

² - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.312.

³ - صفة الوالي نصت عليه المادة 87 من قانون الأسرة و تشمل الأب و بعد وفاته الأم، و أما إذا لم يكن للقاصر وليا فلوصيه الأخذ بالشفعة بعد أخذ إذن المحكمة.

⁴ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.273.

⁵ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.314.

⁶ - خالد أحمد، مرجع سابق، ص.83.

ق م ج (1).

كما منعت المادتين 410 و 411 من ق م ج السماسرة و الخبراء من الأخذ بالشفعة، عندما ينوب عن غيره في الأخذ بالشفعة، و ذلك للمحافظة على حقوق البائع و كذا حقوق الشفعاء الذين يحق لهم أخذ هذا العقار بالشفعة، و كذلك قد يتساهلون مع المشتري في شروط البيع.

ثالثاً: مسألة تزامم الشفعاء

يقوم التزامم بين الشفعاء إذا توفر سبب الشفعة لأكثر من شخص و طلبوها كلهم أو بعضهم، و قد جاءت المادة 796 لحل هذه المسألة حيث نصت على: " إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

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

-إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتهم أو طبقتهم الأدنى و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

يلاحظ على هذه المادة أنها حلت مشكلة تزامم الشفعاء و هم من طبقة واحدة، و لكن لم تتضمن تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة، و كذا مسألة تزامم المشتري الشفيع مع غيره من الشفعاء، أي بمعنى أن المشرع وقع في خطأ، باستعماله عبارة "في الفقرات التالية" و الأصح استعمال عبارة " في المادة السابقة".

سنعالج مسألة تزامم الشفعاء عند تعددهم و هم طبقات مختلفة (أ)، و تزاممهم و هم طبقة واحدة (ب)، و في الأخير سنعالج تزامم المشتري الشفيع مع غيره من الشفعاء (ج).

أ: تزامم الشفعاء و هم طبقات مختلفة

حددت المادة 795 من ق م ج، ثلاث طبقات مختلفة مالك الرقبة، الشريك في الشيوخ و صاحب حق الانتفاع، و أضافت المادة 71 من ق م ج، الشفعة التي تمارسها الدولة و أضافت المادة 57 من نفس القانون شفعة الجوار، أي مجموع خمس طبقات و يكون ترتيبهم كالتالي: الدولة و الجماعات المحلية في الطبقة الأولى(1)، و مالك الرقبة (2)، الشريك في الشيوخ (3)، صاحب حق الانتفاع(4)، و في الأخير نجد الجار في الأراضي الفلاحية(5).

1- الدولة و الجماعات المحلية

تحتل الدولة المرتبة الأولى و يكون ذلك في الأراضي العامرة أو القابلة للتعمير، و إذا تنازلت عن الأخذ بالشفعة تنتقل إلى ما يليها في المرتبة (مالك الرقبة).

¹ - راجع المادتين 402 و 403، من أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

2- مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع

يأتي في المرتبة الثانية بعد الدولة و هذا عندما يكون العقار المشفوع فيه أراضي عامرة أو قابلة للتعمير⁽¹⁾، أما ماعدا هذه الأراضي فيأتي مالك الرقبة في المرتبة الأولى وهذا حسب المادة 795 ق م ج.

3- الشريك في الشيوخ

يأتي بعد مالك الرقبة في المرتبة و يحتل المرتبة الثانية و هذا حسب المادة 795 ق م ج، و ذلك في الأراضي الشائعة فقط.

4- صاحب حق الانتفاع

يحتل المرتبة الثالثة حسب المادة 795 ق م ج و يكون ذلك عندما يشفع في الرقبة⁽²⁾.

5- المجاورون للأراضي الفلاحية

يحتل المرتبة الأخيرة، و لا يتصور أن يكون شفعة الجار بغير مزاحمة، إلا إذا تصورنا أن العقار المشفوع فيه مملوكا لشخص واحد ملكية تامة، ولم يرتب عليه أي حق انتفاع، وكان العقار أرضا فلاحية هنا فقط تكون شفعة الجار بلا منازع و هو الفرض العملي⁽³⁾.

ب- تزامم الشفعاء و هم طبقة واحدة

لقد نصت عليهم المادة 2/796 أنه لا يفضل في هذه المسألة الشفيع على الآخر، بل يأخذ كل شفيع بالشفعة الجزء الذي يتناسب ما مقدار حصته في العقار المشفوع به، كذلك إذا طلب في الشفعة شفيع واحد فقط دون الآخرين، جاز لهذا الشفيع طلب أخذ كل العقار بالشفعة.

ج- تزامم بين الشفعاء و يكون المشتري أحدهم

عالج المشرع هذه المسألة في المادة 3/796 ق م ج، و ذلك في ثلاث فرضيات: و هي تزامم المشتري و الشفيع مع الشفعاء من نفس طبقته⁽¹⁾، تزامم المشتري الشفيع مع الشفعاء من طبقة أدنى منه⁽²⁾، و تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء أعلى منه طبقة⁽³⁾.

1- تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء وهم من نفس طبقته

إذا توفرت في المشتري شروط الأخذ بالشفعة في الفرضية يفضل على باقي الشفعاء من نفس طبقته، مثلا صاحب حق الانتفاع مشتري مع أصحاب حق الانتفاع كشفعاء، فيفضل هذا المشتري على هؤلاء الشفعاء الآخرين.

¹ - عرفت المادتان 21، 20 من قانون التوجيه العقاري، الأراضي العامرة و القابلة للتعمير.

² - خالد أحمد، مرجع سابق، ص. 127.

³ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 286.

2-تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء أدنى منه طبقة

يفضل المشتري في هذه الحالة على الشفعاء الذين هم من طبقة أدنى منه، و يكون ترتيبهم حسب المادة 795 ق م ج و كذا حسب المادة 796 من نفس القانون، و مثلا كأن يقوم الشريك في حق الانتفاع ببيع حصته الشائعة في العقار، إلى مالك الرقبة و طلب بالشفعة شريك آخر في حق الانتفاع، فتكون الأفضلية هنا للمشتري (مالك الرقبة)، لأنه أعلى طبقة من صاحب حق الانتفاع⁽¹⁾.

3-تزامم المشتري الشفيع مع الشفعاء أعلى منه طبقة

المشروع لم يأتي بجديد بالنسبة للنص القانوني المنظم له(المادة 3/796 ق م ج)، حيث يتفق النص فيها مع الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 796 من نفس القانون، فيفضل هؤلاء الشفعاء على المشتري، لكونه من طبقة أعلى منه، و وفقا للترتيب المنصوص عليه في المادة 795 ق م ج، و كما لا يمكن للمشتري في هذه الحالة أن يعترض في هذا التزامم، بحجة الأسبقية في الشراء، ولأن سبب الشفعة أقوى من سببها في الشراء، وليس للبائع أيضا أن يفضل المشتري الشفيع على خلاف ما يقضي به القانون من إيثار الشفيع على المشتري⁽²⁾.

1 - محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص.615.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص.617-618.

المبحث الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة

إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة وأذعن المشتري لحكم القانون وسلم بها، فإن الشفيع يمتلك عندئذ العقار بالتراضي دون أن يحتاج إلى الالتجاء إلى الإجراءات القضائية، وقد لا يذعن المشتري فلا يسلم بالشفعة، عندئذ لا مناص من إعمال القانون من اتخاذ الشفيع سلسلة من الإجراءات يجب أن تتم خلال مواعيد محددة حتى يصل إلى تملك المشفوع فيه بالشفعة بحكم من القضاء.

يمكن تقسيم الإجراءات التي تمر بها الشفعة إلى ثلاث مراحل، أولها مرحلة الإنذار بوقوع البيع (مطلب أول)، ثم مرحلة إعلان الرغبة في الشفعة (مطلب ثاني)، وأخيرا مرحلة إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق ورفع دعوى الشفعة ما لم يسلم المشتري للشفيع بالشفعة (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الإنذار بوقوع البيع

يعرف الإنذار بوقوع البيع على أنه ورقة من أوراق المحضرين القضائيين تأخذ شكلا إجرائيا معيناً، يقوم البائع أو المشتري بتوجيهه عن طريق هذا المحضر القضائي إلى الشفيع لإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع وإلزامه باتخاذ إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها في القانون المدني⁽¹⁾. هذا وقد استلزم القانون المدني لصحة هذا الإنذار تضمينه بيانات جوهرية (الفرع الأول)، إضافة إلى مسألة رسمية هذا الإنذار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: البيانات الواجب مراعاتها في الإنذار بوقوع البيع

نصت المادة 800 من القانون المدني الجزائري بأنه: " يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا:
 _ بيان موقع العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا،
 _ بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799".

¹ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.300.

نستخلص من خلال هذه المادة أنه يجب أن يشمل الإنذار على بيانات محددة وهي:

أولاً: بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا

يكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، وكذلك أي بيان من شأنه أن يرفع من الجهالة عن العقار⁽¹⁾، وإن مسألة تقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع كافيا أو غير كاف، فهي مسألة متروكة لتقدير القاضي.

ثانياً: بيان الثمن الذي بيع به العقار والمصاريف الرسمية

يقصد بالمصاريف رسوم التوثيق والتسجيل، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسة يمكن أن تكون محلاً لمطالبة مستقلة، وإذا طلبت هذه المصاريف أثناء سير الدعوى فلا يبطل الإنذار، ولا يجوز الدفع بعدم قبول طلبها لعدم ورودها في الإنذار⁽²⁾.

اشترط القانون ذكر المصاريف الرسمية في الإنذار، أما المصاريف الأخرى فيستطيع المشتري أن يطالب بها بعد ذلك على حدة.

ثالثاً: بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه

تتمثل في شروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الإنذار، أي الشروط الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع أن يوازن بين أن يقدم على طالب الأخذ بالشفعة أو لا يقدم، وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً للوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقاً لأحكام المادة 1/801 من القانون المدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي يحصل البيع به بين يدي الموثق، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقط حقه فيها.

كما أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، وذلك طبقاً لنص المادة 804 من القانون المدني، وحتى في حالة حصول الرضا فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما في ذلك المؤجل في الميعاد القانوني، ومن ثم فليس ثمة نفع يعود

1 - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.331.

2 - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.302-303.

على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها، وبالتالي فإن عدم اشتغال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط، لا يترتب بطلان هذا الإنذار⁽¹⁾.

رابعاً: بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه ومهنته وموطنه

وذلك حتى يتعين تعييننا كافياً، وحتى يمكن للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك⁽²⁾.

خامساً: الأجل المقدر بثلاثون يوماً

بحيث يجب على الشفيع أن يعلن رغبته خلال مدة ثلاثون يوماً من تاريخ إنذاره، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وأن يوجه الإنذار الرسمي إليه في موطنه الأصلي وإلا كان ذلك الإنذار باطلاً.

الفرع الثاني: الرسمية في الإنذار

فرض المشرع الجزائري هذا الإجراء في المادة 799 من القانون المدني التي تنص على أنه: "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 والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك".

وعليه فإن إجراءات الشفعة تفتتح بهذا الإنذار الرسمي، الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، ويطلب منه في الإنذار المذكور أن يبدي رغبته في حالة ما إذا كان يريد أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة، وبالتالي هذا الإجراء هو تحفيز الشفيع على أن يبدي رغبته في ميعاد معين وإلا سقط حقه في الشفعة.

كما أنه يجوز أن يوجه البائع أو المشتري هذا الإنذار إلى الشفيع، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك أن يوجهه الآخر، وإن تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أم من طبقات متعددة، ويجب أن يوجه الإنذار إلى كل واحد منهم، وذلك لاحتمال أن يترك الشفيع شفيعته فيأخذها الشفيع المتأخر⁽³⁾، فإذا لم يشتمل الإنذار على بيان من البيانات المتقدمة أو لم يكن رسمياً بالمفهوم السابق أو أعلن الشفيع في غير

1 - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص 205-206.

2 - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 331.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 625.

- أنظر في هذا الصدد أيضاً خالدي أحمد، مرجع سابق، ص 204.

موطنه، فإن هذا الإنذار يعد باطلا، ولكن ذلك لا يؤدي إلى سقوط حق الشفعة إذا لم يعلن الشفيع رغبته فيها خلال المدة القانونية، لأن حساب المدة لا يبدأ إلا إذا كانت الإجراءات صحيحة، ولكن ليس معنى وجوب إنذار الشفيع بحصول البيع أنه لا يستطيع إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة، إلا بعد وصول هذا الأخير إليه، بل أن عدم إنذاره أساسا لا يحول دون أن يعلن رغبته بمجرد علمه بالبيع الحاصل دون حاجة إلى انتظار الإنذار⁽¹⁾.

يظهر لنا أن المشرع الجزائري عالج مسألة توجيه الإنذار من حيث الموضوع دون أن يقيده بشكل رسمي معين، على خلاف ما قرره القانون المصري في هذا المجال، بحيث اشترط الطابع الرسمي على هذا الإنذار وذلك في المادة 940 من القانون المدني المصري⁽²⁾ والتي تقابل المادة 799 من القانون المدني الجزائري، وأكد المشرع الجزائري في نص المادة 800 من القانون المدني على عدم اشتراط الرسمية في الإنذار بحيث أورد لفظ الإنذار دون أن يلحقه بلفظ الرسمية وذلك في الفقرة الثالثة من المادة السابقة التي تنص على أنه: "...بيان الثمن والمصاريف الرسمية...".

إلا أننا نرى عدم اشتراط الرسمية في الإنذار الموجه من طرف البائع أو المشتري للشفيع، وإن كان يرمي إلى عدم التوسع في إجراءات الشفعة أكثر، فإنه يفتح بابا لكثير من المنازعات والخصومات التي قد تحدث من جراء التبليغ الفوضوي لهذا الإنذار سواء بالكتابة العادية أو برسالة موصى عليها، فهو لا يثبت تاريخ الإنذار ولا حتى الإنذار في حد ذاته، وبالتالي يضيع حق الشفيع لأن علم الشفيع بالبيع هو تاريخ تبليغه بالإنذار يعتبر قانونا بداية لتحديد رغبته خلال هذه المدة، وبه أيضا تفتتح إجراءات الشفعة متى أعلن الشفيع رغبته خلال الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني الجزائري إضافة على أن الإنذار بوقوع البيع هو إثبات علم الشفيع بحصول عملية البيع بطريقة مؤكدة وبقينية، وبالتالي إجبار الشفيع باتباع إجراءات الشفعة⁽³⁾.

¹ - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص. 207.

² - نصت المادة 940 قانون مدني مصري على أنه: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع و إلا سقط حقه، و يزداد على ذلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر".

³ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 307.

بناء على ما سبق بيانه يمكن القول بأن شرط رسمية الإنذار لا بد منه للأسباب المتقدم ذكرها، وبالتالي كان من المفروض على المشرع الجزائري أن يقرر رسمية الإنذار، ويعتبر باطلا كل إجراء يخالف هذا الشكل القانوني من التبليغ.

المطلب الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة

إعلان الرغبة في الشفعة هو الأساس القانوني الذي تبنى عليه الإجراءات الخاصة بها، وقد تطلب المشرع في هذا الإعلان شروطا محددة من حيث الشكل (الفرع الأول)، ومن حيث الأشخاص الذين يوجه إليهم الإعلان والميعاد الذي يتم الإعلان فيه (الفرع الثاني)، و تسجيل إعلان الرغبة (الفرع الثالث)، بحيث إذا تخلف أي شرط من هذه الشروط الأساسية سقطت الشفعة.

الفرع الأول: الرسمية في إعلان الرغبة في الشفعة

و هذا طبقا لنص المادة 1/801 ق م ج والتي تنص على أنه: "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان التصريح باطلا...".
 باستقراء نص المادة نجد أن إجراء إعلان الرغبة الصادر من الشفيع يجب أن يفرغ في قالب رسمي ليتم عن طريق عقد رسمي، يعلن الشفيع لدى كتابة الضبط في المحكمة الواقع في دائرة العقار وإلا وقع إعلان الرغبة تحت طائلة البطلان عند عدم احترام هذا الشكل الرسمي، كأن يتم الإعلان بالطرق العادية، فلا بد من احترام هذا الإجراء القانوني من أجل الأخذ بالشفعة.

كما أن الرسمية في إعلان الرغبة تقتضي أن يتم هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري بواسطة محضر قضائي⁽¹⁾، وفي كل موطن كل من البائع والمشتري أيضا، وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة طبقا لنص المادة 799 من ق م ج والتي جاء فيها: "على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري"، وهذا ما يدل بوضوح أن الشفيع ملزم بتبليغ هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري، لأن هدف الشفيع في الشفعة هو الحل محل المشتري، فإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب إعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني، فإذا وجه الإعلان إلى أحدهما

¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.334.

فقط أو وجه إلى أحدهما في الميعاد القانوني 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 كما رأيناه سابقاً، فإن السقوط بالنسبة لواحد، يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين الذين أعلنوا إعلاناً صحيحاً، وإذا حدث وكان الإعلان ناقصاً للشفيع أن يكمل هذا الإعلان بطلب وإلا سقطت الشفعة⁽¹⁾.

ويجب على الشفيع إعلان رغبته إلى كل من البائعين والمشتريين في موطنه، أي محل إقامته المعتادة وفقاً للمادة 36 من القانون المدني التي تنص على أنه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيس، وعند عدم وجود سكن يحل محلها مكان الإقامة العادي". فالأصل أن الموطن المقصود طبقاً لنص هذه المادة هو الموطن العام العادي، إلا أن الشفيع يمكنه أن يبلغ إعلانه للبائع والمشتري في موطنهما المختار متى كان لهما موطناً مختاراً، وهذا في حالة إذا لم يعرف لهما مقراً للسكن أو محلاً للإقامة العادية، وفي حالة مل لم يكن لهما موطناً مختاراً ولا عادياً، فيمكن أن يتم التبليغ في موطنهما الخاص حفاظاً على السير العادي للإجراءات القانونية للشفعة، وخاصة أن المشرع قد سكت عن تحديد الموطن المراد تبليغ إعلان الرغبة فيه⁽²⁾.

الفرع الثاني: الأجل المحدد لإعلان الرغبة في الشفعة

من الثابت أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع، فإنه يستطيع أن يبادر بإعلان الرغبة في الشفعة دون انتظار وصول الإنذار إليه، إلا أن حرية الشفيع في إعلان الرغبة تنتقيد من حيث الأجل المنصوص عليه في نصوص الشفعة، بحيث لو أُنذر الشفيع إنذاراً رسمياً فهنا يجب عليه أن يعلن رغبته في خلال ثلاثين يوماً (30) من هذا الإنذار، أما إذا لم يصل هذا الإنذار وتم إشهار البيع في المحافظة العقارية فهنا على الشفيع أن يعلن رغبته في الشفعة خلال سنة من وقت الشهر طبقاً لنص المادة 807/2 م ج.

في حالة ما لم ينذر الشفيع ولم يسجل عقد البيع، فله الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم

¹ - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص. 210.

² - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 311.

تسقط، بحيث تسقط في هذه الحالة بمضي 15 سنة من إتمام عقد البيع طبقاً للقاعدة العامة في التقادم المسقط للحقوق والالتزامات، وهذا ما أشارت إليه المادة 308 من ق م ج.

أولاً: إعلان الرغبة في حالة الإنذار بوقوع البيع

يتعين على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة (ملحق 01) في أجل ثلاثون (30) يوماً، تسري من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله⁽¹⁾.

ويتم ذلك وفق الأصل الذي بيناه سابقاً أي في الموطن العام العادي له، وبهذا الإجراء يتحقق علم الشفيع بحصول البيع، وفي حالة عدم حصول إعلان الرغبة في هذا الأجل يسقط حق الشفيع⁽²⁾، إضافة إلى مدة المسافة في حالة إذا كان الشفيع خارج الوطن حسب ما قرره قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث نصت في هذا المجال المادة 799 على أنه: "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 والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك".

صدر في هذا الشأن قرارات قضائية من المحكمة العليا في الجزائر مدعمة لهذا النص مفسرة له أكثر منها نص القرار: "على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه البائع وإلا سقط حقه .

من المقرر قانوناً أن تبليغ هذا الإعلان لا يكون صحيحاً إذا لم يتم لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في نص المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية"⁽³⁾.

بالرجوع إلى نص القرار نجد بأنه يشترط لصحة إعلان الرغبة أن يتم توجيهه لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 من ق م ج، وهؤلاء الأشخاص هم إما الشخص المطلوب تبليغه وهو البائع أو المشتري أو أحد أقاربهما أو تابعيهما أو البوابين أو أي شخص آخر يقيم بمنزلهما، علماً بأن تبليغ أحدهما يعد كافياً قانوناً، وهم ما جاءت به المادة 23 من ق م ج التي تنص على أنه: "يصح

¹ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص.611.

² - الضيف كيفاجي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستر في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة و أصول الدين و الحضارة، جامعة قسنطينة، 1999، ص.161.

³ - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 26/06/1985، المجلة القضائية، صادرة في 1989، عدد 04، ص.61.

تسليم التكليف بالحضور إما إلى شخص المطلوب تبليغه، إما إلى أقاربه أو تابعيه أو البوابين، أو أي شخص آخر يقيم بالمنزل نفسه...".

أما فيما يخص احتساب ميعاد الثلاثون يوماً فحسب قواعد إ م إ و قواعد ق م ج تحسب من اليوم التالي لتاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع، ويستمر إلى نهاية يوم الثلاثين، بحيث لا يحسب اليوم الذي يتسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمي وإلا كان الميعاد ناقصاً، ذلك أن جميع المواعيد المنصوص عليها في ق إ م إ تحسب كاملة، فلا يحسب يوم بدايتها ولا يوم نهايتها، وإذا صادف الميعاد عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه⁽¹⁾.

كما أنه تعد من أيام العطلة الرسمية، أيام الراحة الأسبوعية والأعياد الرسمية وذلك وفقاً لأحكام المادتين 463 و464 من ق م ج، ومعنى ذلك أن مدة الثلاثين يوماً تبدأ من اليوم الثاني لتبليغ الإنذار الموجه إلى الشفيع على يد محضر قضائي وفقاً لأحكام المادة 23 وما يليها من القانون نفسه، كما أنها لا تنتهي في اليوم الأخير، أي وصول المدة اثنين وثلاثين يوماً حسب الاجتهاد القضائي المستقر للمحكمة العليا في كيفية احتساب الآجال القانونية⁽²⁾.

يلاحظ هنا أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 من ق م ج يعد من مواعيد السقوط وليس من مواعيد التقادم، وطالما أن مدة الثلاثين يوماً هي مدة السقوط فتسري حتى على الغائبين، ومن لم تكن لديه أهلية التصرف باعتبارها مدة لا تقبل الوقف أو الانقطاع⁽³⁾.

أما مدة المسافة التي تضاف إلى ميعاد الثلاثين يوماً طبقاً لنص المادة 799 السابق ذكرها، فإنها تقدر بالرجوع إلى ق إ م إ وهذا ضمن الكتاب الثاني من هذا القانون الذي يحمل عنوان: في الإجراءات أمام المحاكم ضمن بابه الأول تحت عنوان: في رفع الدعوى نصت من خلاله المادة 26 منه على أنه: "تحدد مدة 10 أيام على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور على اليوم المعين بالحضور وإذا لم يكن للشخص المبلغ بالحضور موطن أو محل إقامة في الجزائر فتكون المهلة المذكورة شهراً واحداً إذا

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 612.

² - خالد أحمد، مرجع سابق، ص. 219.

³ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 612.

كان يقيم في تونس أو المغرب وشهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى". فهذه المهلة تتعلق برفع الدعاوى فإنه يمكن أن يؤخذ بها باعتبارها ميعاد مسافة⁽¹⁾.

نجد أن المشرع الجزائري قد فرق بين حالة موطن للشفيع في الجزائر وحالة عدم وجود موطن له في الجزائر، بحيث أنه في الحالة الأولى حدد ميعاد المسافة بـ 10 أيام، فتضاف إلى هذه المدة إلى ثلاثين يوما فيصبح الميعاد أربعين يوما.

في حالة إذا كان للشفيع موطن في تونس أو المغرب حدد ميعاد المسافة بشهر واحد فتضاف هذه المدة إلى ثلاثين يوما، وإذا كان للشفيع موطن في بلاد أخرى، فيصبح الميعاد شهر وثلاثين يوما.

أضافت كذلك المادة 463 من ق إ م إ حالة أين لا يجوز التبليغ فيها وهي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد السادسة مساء والتي تنص على أنه: "جميع المواعيد في هذا القانون تحتسب كاملة، فإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد إلى يوم عمل يليه".

ولا يجوز إجراء أي تبليغ أو تنفيذ قبل الساعة الثامنة، ولا بعد الثامنة عشر ولا في أيام العطلة الرسمية إلا بإذن من القاضي في حالات الاستعجال، أو وجود خطر من التأخير⁽²⁾.

جاء نص هذه المادة عاما ويشمل كل المواعيد في القانون ومنها مواعيد الشفعة، وأيام العطلة حددتها المادة 464 من القانون نفسه.

ثانيا: إعلان الرغبة في حالة عدم الإنذار بوقوع البيع

إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع، أو كان الإنذار باطلان إلا أن المشتري قام بشهر عقد البيع في المحافظة العقارية، فيمنح للشفيع أجلا آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع⁽³⁾.

1 - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 318.

2 - مرجع نفسه، ص. 318.

3 - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص. 336.

هذا ما تم النص عليه في المادة 807 من ق م ج⁽¹⁾، ففي هذه الحالة إذا كان الشفيع لم يعلم بوجود البيع لكن تم شهره فإن المشرع يفترض حتما افتراض لا يقبل إثبات العكس، أي أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد لحظة إشهاره وبالتالي فلا يجوز للشفيع إدعاء عدم علمه بالبيع رغم التسجيل⁽²⁾.

نستخلص من خلال نص هذه المادة أنه يجب على الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته خلال سنة من وقت إشهار عقد البيع من طرف المشتري، بحيث يسري هذا الميعاد من اليوم التالي مباشرة لليوم الذي حصل فيه التسجيل حتى لا يكون ناقصا وتحسب الشهور بالميلادي دون غيره⁽³⁾، إذ يعتبر ميعاد السنة من يوم شهر عقد البيع مدة سقوط لا مدة تقادم، وبالتالي لا ينقطع ولا يتوقف.

نلاحظ من خلال ما سبق بأن القاعدة العامة التي تقضي بأن مدة التقادم لا تسري على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، وهذه القاعدة لا تمنع من سقوط حق الشفعة لأن مدة التقادم لا توقف بسبب جهل الشفيع بالبيع المرتب للشفعة⁽⁴⁾.

كما أن المشرع اعتبر سقوط الشفعة لانقضاء المواعيد السابقة معلقا بالنظام العام الذي يجوز الدفع به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، حتى ولو تنازل صاحب الحق عن التمسك بالسقوط⁽⁵⁾، وهو أيضا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار لها⁽⁶⁾.

ثالثا: إعلان الرغبة في حالة عدم الإنذار بوقوع البيع وعدم إشهار عقد البيع

قد يحدث ألا ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، و قد لا يقوم المشتري بتسجيل العقد، عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق بيانها في حق الشفيع لأن الوقائع التي تفتتح معها هذه المواعيد لم تحدث، وعليه يحق للشفيع متى علم بوقوع البيع أن يعلن رغبته في الأخذ بها في أي وقت شاء، لأن حقه في

1 - تنص المادة 807 من أمر رقم 75-58، مرجع سابق، على أنه: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

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

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون".

2 - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.613.

3 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص.644.

4 - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.320.

5 - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.614.

6 - راجع في هذا الصدد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/11/1989، المجلة القضائية، صادرة في 1990، عدد 02،

ص.52.

طلب الشفعة يظل قائماً مادام لم يسقط بالتقادم طبقاً للقواعد العامة، أي بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع البيع، إلا إذا ثبت يقيناً أنه تنازل عن حقه في طلب الشفعة صراحة أو ضمناً⁽¹⁾ وهو ما نصت عليه المادة 308 من ق م ج التي تنص على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي وردت فيها نص خاص في القانون..."⁽²⁾.

جاء في هذا الصدد أيضاً جملة من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي أتت مدعمة لما سبق بيانه ومنها القرار الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه"، ولما كان الثابت في - قضية الحال - أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذاراً إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائماً، ومن ثم فانقضاء الموضوع برفضهم دعوى الطاعن في تطبيق القانون".

الفرع الثالث: تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

عكس إعلان الرغبة الذي يعتبر إجراء قانونياً جوهرياً لازماً من إجراءات الشفعة، بحيث بدونها تبطل الشفعة، فإن تسجيل وشهر هذا الإعلان لا يعتبر إجراءً ضرورياً من إجراءات الشفعة، وإنما قرر ليكون هذا الإعلان حجة على الغير.

يستخلص من ذلك أنه يمكن للشفيع بعد إعلان الرغبة في الشفعة ألا يسجل هذا الإعلان ويمضي في إجراءات الشفعة المتبقية⁽³⁾، إلا أن هذا المسعى يعرضه لخطر التصرفات التي يقوم بها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة، بحيث تصبح هذه التصرفات سارية المفعول في حق الشفيع الذي لم يشهر هذه الرغبة، حتى ولو صدر حكم بعد ذلك يقضي بثبوت الشفعة⁽⁴⁾، لذلك عل الشفيع أن يبادر إلى تسجيل الإعلان وقيده في مصلحة الشهر العقاري وذلك لتأكيد علم الغير بإعلان الرغبة في الشفعة، ولتفادي خطر سريان تلك التصرفات في حقه بحيث تنص المادة 806 من ق م ج على أنه:

1 - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص. 218.

2 - قرار المحكمة العليا رقم المؤرخ في 1990 / 04 / 30، المجلة القضائية، صادرة في 1991، عدد 02، ص. 28.

3 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص. 105.

4 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 647.

" لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدر منه، وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما كل للمشتري من ثمن العقار".

تكمّن أيضاً أهمية تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة في حالة توالي البيوع، أي أن المشتري يقوم بإعادة بيع العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان، وأن هذا الأخير يقوم بدوره ببيعه إلى مشتر ثالث، وهنا يثير التساؤل عن مدى الاحتجاج على الشفيع بالبيع أو البيوع المتتالية⁽¹⁾، وينبغي التفريق بين حالتين:

أولاً: حالة إعادة البيع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

إذا باع المشتري العقار المشفوع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة إلى مشتر ثان، فإن هذا البيع الثاني لا ينفذ في حق الشفيع الذي سجل وشهر تصريح رغبته في الأخذ بالشفعة، وبذلك أصبح التصريح المسجل حجة ضد الغير طبقاً للفقرة الأولى من المادة 801 من ق م ج⁽²⁾.

ثانياً: حالة إعادة البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، أو قبل إعلان أية رغبة إلى مشتر ثان، فيكون البيع الثاني نافذاً في حق الشفيع ولا يجوز له الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وبنفس الشروط التي اشترى بها⁽³⁾، وذلك طبقاً لأحكام المادة 797 من ق م ج التي تنص على أنه: "إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن يعلن 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".

1 - محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص.651.

2- نصت المادة 801/1 من ق م ج على: "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلاً، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً".

3- محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص.651

المطلب الثالث: إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة

بعد الإجراءين السابقين لإجراءات ومواعيد الشفعة، وهما الإنذار بوقوع البيع وإعلان الرغبة في الشفعة، إما بالتراضي وذلك بأن يسلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة بشرط أن يتم ذلك بعد تسجيل العقار المشفوع فيه باسم المشتري في دائرة التسجيل، فإذا حصل ذلك تملك الشفيع العقار المشفوع فيه دون حاجة للجوء إلى الإجراءات القضائية.

لكن إذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع فعلى الشفيع أن يلجأ إلى مقاضاة المشتري والبائع معاً، لامتناعهما عن تسليم العقار المشفوع فيه⁽¹⁾، بحيث يجد الشفيع نفسه مضطراً بالمضي في باقي إجراءات الشفعة بحيث يلجأ إلى القضاء المختص من أجل حل النزاع ليبدأ بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق طبقاً للمادة 2/801 من ق م ج، ثم بعدها يقوم برفع دعوى الشفعة ضد البائع والمشتري للحصول على حكم قضائي يثبت حقه في الشفعة حسب المادة 802.

الفرع الأول: إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق

يحق للشفيع أن يواصل إجراءات الشفعة بعد إعلان رغبته في الأجل القانوني المحدد له، بحيث يقوم بإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق (ملحق 03).

أولاً: المبالغ والمصاريف التي يجب إيداعها

تنص المادة 801 من ق م ج في فقرتها الثانية على أنه: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم إيداع الثمن في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة"، من استقراء المادة السابقة نخلص إلى أنه على الشفيع إيداع الثمن والمصاريف.

¹ - يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع و الطباعة، عمان، 2011، ص.147.

- أنظر في هذا الصدد أيضاً محمد الدين السوار، مرجع سابق، ص.186-187-188-189.

أ: إيداع الثمن

يقصد به الثمن الحقيقي الذي يحصل به البيع دون نقصان وهو الأصل، إلا إذا أقيم الدليل على العكس⁽¹⁾، فإذا كان الشفيع يعتقد أن الثمن المذكور في العقد أكثر من الثمن الحقيقي فعليه إثبات ذلك، وإن أفلح في ذلك وكان قد أودع الثمن المذكور في العقد كان له أن يسترد الزائد على الثمن الحقيقي، أما إذا كان قد أودع ما اعتقده الثمن الحقيقي وهو أقل فإن إخفاقه في إثباته يترتب عليه سقوط حقه في الشفعة⁽²⁾، ولذلك يكون في مصلحة الشفيع دائما تجنب المجازفة بالقيام بإيداع الثمن المذكور في العقد مع المنازعة في حقيقته من بعد⁽³⁾.

يجب على الشفيع أن يودع الثمن كاملا أمام الموثق حتى لو كان جزء من الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري، أو أن المشتري لم يدفع بعد أقساط من الثمن، فإن الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط الذي راعى فيه البائع اعتبارات خاصة بالمشتري، بل يجب عليه إيداع الثمن كله قبل رفع دعوى الشفعة⁽⁴⁾.

يعتبر إيداع الثمن إجراء جوهريا يتطلبه القانون من أجل قبول دعوى الشفعة، وبالتالي لا يملك البائع الإغفاء منه حتى لو حدث اتفاق بينه وبين الشفيع على التأجيل⁽⁵⁾، ويكون للمحكمة عند عدم القيام به أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الشفعة، وإيداع كل الثمن محافظة على حقوق ذوي المصلحة، أي كل من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عندما يحكم بالشفعة، سواء كان صاحب هذا الحق المشتري أو البائع أو الدائنون المقيدة حقوقهم، أما بشأن ما قرره المادة 804 من ق م ج فلا يعتبر مناقضا لهذا الحكم الذي يفهم من نص المادة 1/801 من القانون نفسه.

حسب نص المادة 804 السابق ذكرها لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، فهذا الحكم ليس له مجاله الإجراءات التي يجب القيام بها لجواز الأخذ بالشفعة، وإنما يتعلق الأمر بالآثار التي تترتب على الشفعة، وهذه الآثار لا ينظر إليها إلا بعد تمام الأخذ بالشفعة

1 - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص.621.

2 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية لأصلية، مرجع سابق، ص.495-494 .

3 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص.119-118.

4 - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.338.

5 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، مرجع سابق، ص.110.

قضاء أو رضاء، حينها يمكن للبائع أن يمنح الشفيع الأجل الممنوح للمشتري حسب نص المادة 804 من ق م ج ، وعليه لا يجوز الاستناد إلى ذلك الحكم لتحويل البائع حق إعفاء الشفيع من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى⁽¹⁾.

ب: المصاريف

نجد المشرع في نص المادة 2/801 من ق م ج قد ألزم كذلك الشفيع بأن يودع المصاريف لدى الموثق وفي نفس الميعاد القانوني وأن يتم ذلك قبل رفع دعوى الشفعة.

يقصد بالمصاريف هنا، المصاريف الرسمية من رسوم توثيق عقد بيع العقار المشفوع فيه، ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت⁽²⁾.

ثانيا: ميعاد إيداع الثمن ومكانه

أ: ميعاد إيداع الثمن

يوجب المشرع الجزائري أن يتم إيداع كل الثمن الحقيقي طبقا للمادة 2/801 من ق م ج التي تنص على أنه: "...خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح برغبته..."، إذا ميعاد إيداع الثمن هو ثلاثون يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ويتم حساب الميعاد على النحو السالف بيانه في شأن حساب ميعاد إعلان الرغبة وعلى ذلك يبدأ حساب الميعاد من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة للبائع والمشتري وينتهي بنهاية اليوم الثلاثين.

ب- مكان إيداع الثمن

نصت المادة 2/801 أعلاه على أنه: "...بين يدي الموثق..." ، والمقصود من ذلك هو وضع ثمن بيع العقار إضافة إلى المصاريف التي يقتضيها تحرير العقد بين يدي الموثق، ولكن ليس أي موثق بل الموثق الكائن مقره بدائرة وجود العقار المشفوع فيه، أي الموثق الذي تولى تحرير عقد البيع.

نستنتج أن ميعاد الإيداع ومكانه شرطان أساسيان لقبول الدعوى مما يخول للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن هو أخل بهذين الشرطين ، وهذا ما سنتطرق إليه

1 - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص.330-331.

2 - الضيف كيفاجي، مرجع سابق، ص.197.

بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان مسقطات الشفعة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: رفع دعوى الشفعة

رفع دعوى الشفعة خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة ببعضها البعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق، إذ ينص القانون على وجوب إتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة، وكانت تبدأ جميعها من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة، ولاستكمال إجراءات الشفعة يجب أن نقف على كيفية رفع دعوى الشفعة، أطراف الخصومة والمحكمة المختصة، وطبيعة الحكم النهائي، ونتعرض لشرح هذه المسائل وفق التفصيل الآتي:

أولاً: الخصوم في الدعوى

بعد إعلان الشفيع رغبته في الشفعة، وإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق في الآجال القانونية المحددة، ألزم القانون في المادة 802 من ق م ج الشفيع برفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري.

أ: الشفيع

هو المدعى في دعوى الشفعة، إذ يحق له رفع الدعوى وإذا تعدد الشفعاء قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعاً ولو نزل أحدهم للآخرين، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعاً في إعلان الرغبة واحد وفي ميعاد الثلاثين يوماً، وبما أنه كما رأينا أن الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف وجب أن تتوفر في الشفيع أهلية التصرف، أي أن يكون كامل الأهلية (19 سنة) وغير محجور عليه، جاز له حينذاك أن يرفع دعوى الشفعة أو يوكل غيره في رفعها بشرط أن تكون الوكالة خاصة، فالوكالة العامة لا تكفي لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف⁽²⁾.

ب: البائع والمشتري

ألزم القانون الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري (المادة 802 من ق م ج)، فالمدعى عليهما هما البائع والمشتري، فدعوى الشفعة تقوم بين ثلاثة أطراف هم: الشفيع، البائع والمشتري، ولهذا استقر القضاء على أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة

¹ - خالد أحمد، مرجع سابق، ص 224-225.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 671.

بين هؤلاء الأطراف الثلاثة، سواء كان ذلك في أول درجة في الاستئناف أو في النقض⁽¹⁾، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري والبائع، فإن رفع أحدهم الدعوى في أية مرحلة من مراحلها لم يخاصم أحد الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها⁽²⁾.

لذلك يجب على الشفيع أن يختصم المشتري والبائع معا، فكل واحد من هؤلاء الأطراف الثلاثة يعد خصم حقيقي في دعوى الشفعة، فالبائع خصم حقيقي في دعوى الشفعة شأنه في ذلك شأن المشتري ذلك أن الشفعة تؤدي على حلول الشفيع محل المشتري في جمع حقوقه والتزاماته في مواجهة البائع. ترفع الدعوى على البائع الظاهر في عقد البيع ولو كان البائع الحقيقي غيره⁽³⁾، وفي حالة تعدد البائع والمشتري أو تعددهم معا، يجب رفع الدعوى على كل البائعين والمشتريين جميعا دون إغفال أي منهم و إلا ترتب على الإغفال سقوط حق الشفعة⁽⁴⁾، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19 نوفمبر 1984 التي تطلب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا.

ثانيا: كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها

سنعرض أولا إلى كيفية رفع دعوى الشفعة، ثم ميعاد رفعها.

أ: كيفية رفع دعوى الشفعة

لم يضع المشرع الجزائري قواعد خاصة لكيفية رفع دعوى الشفعة في القانون المدني، مما يتعين معه الرجوع إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي برفع دعاوى عموما طبقا للمادة 12 منه التي تنص على أنه: " ترفع الدعوى إلى المحكمة: إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع.

1 - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص. 239.

2 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص. 130.

3 - مرجع نفسه، ص. 130.

4 - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 682.

- انظر في هذا الصدد قرار المؤرخ في 19/11/1984، ملف رقم 34331 المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02، ص. 52.

وتقيد الدعاوى المرفوعة إلى المحكمة حالاً في سجل خاص تبعاً لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة".

باستقراءنا لنص المادة فإن رفع دعوى الشفعة يكون بإعداد وتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعي أو وكيله أو محاميه (ملحق 02)، يضمنها بعد الدياجة الشكل والموضوع، بحيث يلخص الطلب ومستنداته، وأن تكون مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم، ويقدمها إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة، وأن يكون ذلك أمام القسم العقاري، فيقوم الكاتب بقيد الدعوى في اليوم نفسه في سجل خاص معد لذلك، مع بيان أسماء الأطراف وأن يعطي للقضية رقمها حسب ترتيبها وقيدتها في السجل، وأن يحدد لها تاريخ الجلسة، وبعد أن يؤشر على أصل العريضة ونسخها يقوم بالاحتفاظ بالأصل ويسلم نسخ العريضة إلى المدعي من أجل أن يقوم بتسديد الرسوم القضائية مقابل وصل بذلك، ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة⁽¹⁾.

بعد إنجاز التكليف بالحضور يقوم المحضر القضائي بتبليغه إلى المدعى عليه في أجل ثلاثين يوم المحددة في المادة 802 من ق م ج.

تجدر الإشارة إلى أن عريضة افتتاح دعوى الشفعة كانت لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم رقم 76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم والتي تنص على أنه: "دعاوى القضاء الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً..."⁽²⁾.

أكدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 26/04/2000، والذي جاء كما يلي: "الثابت من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة شكلاً بسبب عدم قيامها بإشهار عريضتها لرفع الدعوى في النزاع المتعلق بإثبات حقوق الشفعة، قد أخطأ في تطبيق القانون لأن المادة 85 من المرسوم المذكور أعلاه تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن

1 - خالدي أحمد، مرجع سابق ص ص. 231-232.

2 - مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25/02/1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 30، صادر في 13 أبريل 1976.

وثائق تم إشهارها والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالشفعة وشروط ممارستها، ومن هنا فإن القرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون وعرض قضاة النقض⁽¹⁾.

لكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، أصبحت دعوى الشفعة تخضع لإجراء الشهر، بحيث نصت المادة 17 في فقرتها الثالثة على أنه: "يجب إشهار عريضة رفع دعوى الشفعة لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها للإشهار".

ب: ميعاد رفع الدعوى

عين المشرع ميعادا محددًا لرفع دعوى الشفعة لا ينبغي تجاوزه طبقاً للمادة 802 من ق م ج، فيجب رفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة، وإن كان هذا الإعلان قد وصل للبايع والمشتري في تاريخين مختلفين فإن مدة الثلاثين يوماً تحسب من تاريخ آخر إعلان⁽²⁾.

يضاف هذا الميعاد إلى ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك (ذكر المشرع ميعاد المسافة في نص المادة 799 من القانون المدني) المتعلقة بإعلان الرغبة في الشفعة، بينما سكت عن ذكرها في المادة 802 من القانون نفسه بالنسبة إلى المدة المحددة لرفع الدعوى⁽³⁾.

لذلك فإن الرأي الراجح في الفقه القانوني: إضافة ميعاد المسافة رغم سكوت المشرع وكذلك في حالة ما إذا كانت هناك عطلة رسمية في اليوم الأخير امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها.

فالميعاد الذي فرضه القانون لرفع دعوى الشفعة هو ميعاد سقوط وليس مدة تقادم، فالقاعدة فيها يتعلق بميعاد السقوط، لأنه لا يرد عليه وقف أو انقطاع، ومع ذلك فقد جرى القضاء على أن رفع دعوى الشفعة في ميعاده أمام محكمة غير مختصة، يترتب عليه انقطاع الميعاد بعد الاختصاص قياساً على مدة التقادم.

1 - قرار المحكمة العليا، رقم 194437 المؤرخ في 2000/04/26، المجلة القضائية، عدد 02، ص.146.

2 - محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص.661.

3 - خالد أحمد، مرجع سابق، ص.234.

أما إذا لم يتم الشفيع برفع الدعوى في الميعاد القانوني، فإنه يفقد حقه في الشفعة كما هو مبين في المادة 802 من ق م ج، ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب وهذا ما سنراه في مسقطات الشفعة.

ثالثاً: المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى والحكم النهائي بثبوت الشفعة

سننظر أولاً إلى المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة، ثم الحكم النهائي بثبوتها:

أ: المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى

دعوى الشفعة هي دعوى عينية عقارية، لأن الشفيع يطالب بمقتضاها الحصول على حق عيني عقاري بملكية العقار أو الرقبة أو حق الانتفاع⁽¹⁾، بحيث نجد أن المشرع الجزائري في المادة 802 من ق م ج وضع حكماً خاصاً يحدد المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة إذ تنص على أنه: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً... وإلا سقط الحق"⁽²⁾.

سنستخلص من نص المادة أن محكمة موقع العقار هي المختصة نوعياً بالنظر في هذه الدعوى، كذلك استناداً إلى نص المادة 08 من ق م ج، بحيث تنص على أنه: "في الدعاوى العقارية... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها".

لكن ما الحكم إذا رفعت دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة؟ أو في حالة توفي البائع أو المشتري؟.

إذا رفعت دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة من شأنه قطع ميعاد السقوط المقرر في المادة 802 من ق م ج ويستمر أثر هذا الانقطاع حتى صدور الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من تاريخ صدور هذا الحكم ميعاد جديد يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة، وذلك إعمالاً لنص المادة 317 من ق م ج التي تنص على أنه: "ينقض التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة". وإن كان الميعاد المنصوص عليه في المادة 802 من ق م ج هو ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، فإنه يجب أن يقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط⁽³⁾، وبناء

¹ - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص. 239.

² - أنظر في هذا الصدد أيضاً قرار المحكمة العليا، رقم 34131، مؤرخ في 19/11/1984، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1990، ص. 52.

³ - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص ص. 240-241.

على ذلك تسري مدة الثلاثين يوما الجديدة من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من تاريخ هذا الحكم ميعاد جديد يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة.

أما في حالة لو توفي البائع أو المشتري، فهنا يجب على الشفيع أن يختصم جميع الورثة، ولو طعن أحد ورثة البائع أو المشتري ضد الشفيع، دون باقي الورثة فإن الطعن غير مقبول من ناحية الشكل، وإذا لم يحضر البائع أو المشتري أو من يمثلهما رغم صحة التبليغ، فإن المحكمة تقضي في الدعوى بحكم غيابي⁽¹⁾. أما لو تغيب الشفيع عن الجلسة باعتباره مدعيا فإن المحكمة تقضي بشطب الدعوى طبقا للمادة 35 من ق م ج⁽²⁾.

ب: الحكم النهائي بثبوت الشفعة

تنص المادة 803 من ق م ج على أنه: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلاء القواعد المتعلقة بالإشهار".

نخلص من المادة السابقة إلى أنه إذا صدر حكم نهائي في دعوى الشفعة بثبوتها للشفيع، فإن هذا الحكم يعتبر سندا لملكيته في العقار المشفوع فيه، فالملكية لا تثبت له إلا به، ومادام الحكم بثبوت الشفعة ناقل للملكية فيجب ألا يخل بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري الذي توجب تسجيل كل تصرف أو حكم ناقل للملكية، فالحكم الصادر في دعوى الشفعة بثبوتها كان هو الدليل على ملكية الشفيع للعين المشفوعة، ومن ثم يقوم الشفيع بتقديم هذا الحكم إلى الموثق للقيام بإجراءات التسجيل والشهر طبقا للمادة 803 من ق م ج التي تنص على أنه: "دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

من هذا المنطلق يتضح لنا أن الحكم يعتبر دليلا على الملكية التي قضى بها، كما يجب أن يخضع هذا الحكم إلى إجراء الشهر العقاري طبقا لنص المادة أعلاه، وكذا ما قرره المادة 793 من ق م ج بشأن انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية المترتبة على العقار سواء كان بين المتعاقدين أم كان ذلك في حق الغير، والتي تشترط القانون شهوها في المحافظة العقارية ضمن السجل العقاري الخاص

¹ - دغيش احمد، مرجع سابق، ص. 342.

² - وفي هذا الشأن نصت المادة 35 من ق م ج على أنه: "إذا لم يحضر المدعي أو وكيله في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ يقضي بشطب الدعوى بحالتها، وإذا لم يحضر المدعي عليه أو وكيله في اليوم المحدد، رغم صحة التبليغ، يقضي في غيابه".

بعمليات الشهر⁽¹⁾.

إن المشرع الجزائري اشترط لنقل ملكية العقار المشفوع فيه بعد صدور الحكم القضائي بثبوت الشفعة شهره في المحافظة العقارية، فهذا يدل بوضوح بأنه قبل حكم الشفعة لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، ولكن متى تم شهر هذا الحكم انتقلت إليه الملكية، ويكون انتقالها من وقت الشهر، سواءً بالنسبة لهذا الشفيع أو في مواجهة الغير، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء أيضاً⁽²⁾.

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 30840 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 02/07 لسنة 1994، بحيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية، ولاسيما التي تدير مصلحة شهر العقار، وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكماً نهائياً بأحققته في الشفعة، والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع، يكون قد تحصل على سند الملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا خضع لإجراءات الشهر العقاري".

¹ - تنص المادة 793 ق م ج على أنه: "لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.699.

في ختام هذا الفصل نرى أن المشرع الجزائري مثله مثل مشرعين دول المقارنة كالمصري والأردني، عرف الشفعة على أنها رخصة تجيز حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار، و ذلك في نص المادة 794 من الأمر 58-75، لكن بالرغم من أنه ذكر أن الشفعة هي رخصة لكن ما نلاحظه على المواد الموالية لهذه المادة، أنها ذكرت بأن الشفعة هي حق، وهذا ما يجعل النزاع قائم حول ما إذا كانت الشفعة رخصة أم حق، غير أن الشفعة تتميز بخصائص متميزة عن سائر الحقوق المكسب للملكية، خاصة أنها جاءت على سبيل الاستثناء؛ لأن المتعاقدين يجدان نفسيهما مقيدان سواء البائع والشفيع، أو البائع و المشتري، وكون أن الشفعة محلها دائما العقار دون المنقولات التي تخضع إلى نظام الاسترداد، بالإضافة إلى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة.

يشترط في الشفعة مجموعة من الشروط الموضوعية، فيها ما يتعلق بالشفيع بحد ذاته، و منها ما يتعلق بالمال المشفوع فيه (العقار)، وكذا المتعلقة بالتصرف المرتب للشفعة.

كما يشترط مجموعة من الشروط الإجرائية التي يجب على الشفيع الالتزام بها، حيث نص على معظمها في القانون المدني الجزائري و لم يترك إلا قليل منها منظمة وفقا للقواعد العامة في التقاضي ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وعليه كان إلزاما على الشفيع أن يحترم هذه الإجراءات و المواعيد القانونية، انطلاقا من تاريخ توجيه الإنذار إليه من المتعاقدين، ثم إعلان رغبته في أخذ العقار بالشفعة، ثم إيداع الثمن لدى الموثق في الأجل القانوني المحدد له، مع رفع دعوى الشفعة من طرف الشفيع أو وكيله بشرط أن يسبق إيداع الثمن مع كل المصاريف رسمية كانت أو غير رسمية، في انتظار صدور الحكم المثبت له في الشفعة، بحيث إذا صدر هذا الأخير وفي صالحه، هنا يلزمه القانون أيضا حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه، أن يراعي ما أوجبه قوانين شهر العقار من ضرورة تسجيل هذا الحكم المثبت لحقه في الشفعة في مصلحة الشهر العقاري.

الفصل الثاني: آثار حق الشفعة و مسقطاتها

إذا ثبت و تأكد حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، و تملك المشفوع فيه بالتراضي أو بحكم المحكمة، كان لزاماً أن تنشأ بين هذا الشفيع و بين البائع و المشتري علاقات قانونية يجب تصنيفها و تتمثل في علاقة الشفيع بالبائع و علاقته بالمشتري وأخيراً علاقته بالغير و علاقة البائع بالمشتري، كما سوف نعالج في هذا الفصل الأسباب التي بها تسقط الشفعة، و إذا حدث ذلك فإن الشفيع لا يمكنه نهائياً أخذ العقار عن طريق الشفعة، و عليه فإن مسقطات الشفعة يمكننا إجمالها في ثلاث حالات أولها حالة التنازل، أما الحالة الثانية تأتي عند عدم الالتزام بمواعيد و إجراءات الشفعة، و الحالة الأخيرة تشمل أسباب أخرى لسقوط الشفعة.

نتطرق إلى تفصيل ذلك إلى آثار الشفعة في مبحث أول، ثم إلى مسقطاتها في مبحث ثاني.

المبحث الأول: آثار حق الشفعة

يترتب على ثبوت حق الشفعة في الأخذ بالشفعة إما رضاء أو قضاء حلول الشفيع محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه، ليتم بناء على هذا تفضيل الشفيع على المشتري في البيع المشفوع فيه، ونتيجة لهذا الحل ينتقل الحق العقاري المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع، وسواء أكان هذا الحق ملكية أم حق انتفاع، و من هنا تتحول الصفقة التي كانت مبرمة بين البائع و المشتري إلى ما بين البائع و الشفيع، و يستبعد المشتري منها و كأنها لم تتعد له أصلاً، و ينتج البيع آثاره فيما بين البائع و الشفيع من حيث التزامات كل منهما، بعد تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري بالنسبة للبائع، و تتحدد هنا علاقة الشفيع بالبائع (المطلب الأول)، إلا أن هذا لا يعفي الشفيع بأي حال من التزاماته اتجاه المشتري (المطلب الثاني)، انطلاقاً من هذه العلاقة تتولد علاقة أخرى تتمثل في علاقة الشفيع بالغير وعلاقة البائع بالمشتري (المطلب الثالث) خاصة بعد حصول التصرفات الواردة على العقار المشفوع فيه.

المطلب الأول: علاقة الشفيع بالبائع

نصت المادة 804 ق م ج: "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، و لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

يخلص من نص المادة أنه بثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع الذي تم بين البائع و المشتري، و عليه تنتقل ملكية العقار إلى الشفيع دون المشتري بناء على هذا الحل الذي تم بمقتضى حكم قضائي.

و ما دام الشفيع قد حل محل المشتري، يترتب عن ذلك خروج المشتري من المعاملة، بمعنى أن العقد المبرم بينه و بين البائع يصبح كأنه لم يكن، و يبقى العقد قائماً منذ البداية يكون الطرف الأول فيه البائع، و الطرف الثاني هو الشفيع لا المشتري الأصلي و بالتالي ينتج البيع آثاره القانونية فيما بين البائع و الشفيع، و بذلك يصبح البائع ملتزماً للشفيع بجميع الالتزامات التي كانت للمشتري الأصلي (الفرع الأول)، و يلتزم الشفيع نحو البائع بنفس التزامات المشتري الأصلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزامات البائع

تتمثل التزامات البائع تجاه الشفيع في نقل ملكية العقار المشفوع فيه (أولاً)، و تسليمه إليه (ثانياً)، كما يلتزم تجاهه بضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية (ثالثاً).

أولاً: التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع

يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع، و هذا وفقاً للقواعد العامة بشأن التزامات البائع، حسب ما تقضي به المادة 361 ق م ج بقولها: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً".

كما أن هذه الملكية لا تنتقل إلا بشهر إقرار المشتري بالشفعة إذا تمت بالتراضي، أو بشهر الحكم الصادر إذا تمت الشفعة بالتقاضي⁽¹⁾ و ذلك كما يلي:

فإذا تمت الشفعة بالتراضي، وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم شهره، فإنه يكفي في هذه الحالة أن يحرر هذا المشتري إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع موقفاً عليه من طرفه، و ذلك بعقد رسمي أمام الموثق.

أما إذا لم يكن عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم شهره، فإن الإقرار بتسليم الشفعة في هذه الحالة يجب أن يكون موقفاً من البائع و المشتري و الشفيع و يكون موثقاً، و يجوز أن يحرر الموثق عقد بيع جديد من البائع إلى الشفيع، ولكن يجب أن يوقعه المشتري إثباتاً لتسليمه بالشفعة، فإذا ما تم شهر وتسجيل هذا الإقرار و العقد انتقلت الملكية إلى الشفيع⁽²⁾.

أما إذا تمت الشفعة بالتقاضي، و تحصل الشفيع على حكم قضائي بها، فإنه يجب أن يشهر هذا الحكم فتنقل الملكية إليه مباشرة من البائع و هذا ما صرحت به المادة 803 ق م ج السالفة الذكر، وكان له حق إبقائه أو التصرف فيه بمقتضى الملكية⁽³⁾.

¹ - مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د س ن)، ص. 442.

² - مرجع نفسه، ص. 443.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 741.

ثانيا: التزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع

هذا في حالة إذا لم يكن البائع قد سلم العقار المشفوع فيه للمشتري، بحيث يجب على البائع أن يسلم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع و بالحالة التي كان عليها وقت البيع، و بالمقدار المعين في العقد وبالملحقات التي تتبعه، و كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله⁽¹⁾، و هو ما قرره المادة 364 بقولها: " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، و ما جاء أيضا في نص المادة 365 ق م ج.

يكون التسليم عادة بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون أي مانع أو عائق، و لو لم يتسلمه تسليما ماديا، ما دام البائع أعلمه بذلك، و يحصل التسليم حسب ما يتوافق مع طبيعة الشيء المبيع، و هو ما تقضي به المادة 367 ق م ج⁽²⁾.

أما فيما يخص ميعاد التسليم فيكون عادة فورا بمجرد ثبوت الحكم بالشفعة لصالح الشفيع، إلا إذا كان قد حدد ميعاد معين في عقد البيع، أو كان الغرض يقضي بتسليم العقار في ميعاد معين، أو اقتضت طبيعة المبيع بعضا من الوقت لتسليمه، و يكون التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار، و على الشفيع أن يسعى إلى تسلم العقار في ذات المكان⁽³⁾، و يكون البائع مسئولا على الإخلال بهذا الالتزام حتى و لو كان سبب إخلاله راجع إلى سبب أجنبي، أي أنّ تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم، أو قبل إعدار الشفيع و هو المشتري الجديد تكون على عاتق البائع طبقا لنص المادة 369 ق م ج⁽⁴⁾، بحيث جعل المشرع تبعة الهلاك رهينة لتسليم المبيع، فتكون إذا تبعة الهلاك على من بحوزته العقار، و تنتقل بانتقال الحيازة لا بانتقال الملكية.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 743.

² - نصت المادة 367 ق م ج على أنه: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"

³ - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، مرجع سابق، ص. 150.

⁴ - و في هذا المجال نصت المادة 369 ق م ج على أنه: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

أما إذا سلم البائع العقار إلى الشفيع أو كان قد اعذره بتسليم هذا العقار، فيكون الشفيع في هذه الفترة هو الحائز على العقار، و في كلتا الحالتين يكون الشفيع هو المتحمل لتبعية الهلاك حتى و لو لم يكن قد سجل حكم الشفعة و هذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 369 ق م ج السالفة الذكر.

إذا هلك العقار و هو لا يزال بعد في يد البائع لم يسلمه إلى الشفيع، فإن كان قد قبض الثمن وجب عليه أن يرده للشفيع⁽¹⁾، و إذا كان لم يقبضه، لا يجوز له مطالبة الشفيع به، و أن الشفيع إذا سلم العقار ثم هلك في يده جاز للبائع أن يقبض الثمن، إذا لم يكن قد قبضه قبل هلاك العقار، فإن كان قد قبضه فلا يجوز للشفيع أن يطالبه برده⁽²⁾.

في حالة الهلاك الجزئي، أو نقص في قيمة العقار المشفوع فيه، قبل تسلم العقار، فللشفيع الخيار بين إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار، إذا كان الهلاك طفيفا، وبين طلب الفسخ إذا كان الهلاك جسيما، لأنه لو كان هذا الهلاك قبل البيع لما تقدم الشفيع لأخذ العقار الشفعة، و هذا ما قضت به المادة به المادة 370 ق م ج بقولها: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري، إما أن يطالب فسخ العقد إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، و ما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن".

ثالثا: التزام البائع بضمان التعرض و الاستحقاق والعيوب الخفية

هذا الالتزام مقرر بنصوص القواعد العامة المنظمة لعقد البيع الواردة في القانون المدني، من المواد 371 إلى 386 منه.

بحيث نجد المادة 371 نصت على: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري...".

فالبائع ملزما بضمان التعرض سواء صدر منه أو صدر من الغير.

فضمنان التعرض من البائع نفسه، يتحقق متى صدر من البائع عمل يؤدي إلى عدم انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه و سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا⁽³⁾، فالتعرض المادي مثل قيام البائع

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص.512.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.744.

³ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.662.

بتحويل طابع الأرض المشفوع فيها من أرض فلاحية إلى غير ذلك، أما التعرض القانوني فيتحقق متى ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع و سواء كان هذا الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له، في هذه الحالة يجوز للشفيع بدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه⁽¹⁾.

أما إذا كان التعرض صادر من الغير فإن البائع لا يضمن إلا التعرض القانوني فقط، فالتعرض المادي صادر من الغير لا يضمنه البائع ما دام هذا الغير لا يدعي لنفسه حقا على العقار، أما إذا كان الغير يدعي حقا سابقا على هذا العقار، في هذه الحالة يكون البائع ملزم بتنفيذ التزامه بالضمان عينيا، بأن يتصدى للغير الذي تعرض للشفيع، فإذا عجز البائع عن ذلك وجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان، وذلك عن طريق التعويض، فيعوض الشفيع عما لحق به من ضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه، و هذا هو ضمان الاستحقاق، و سواء كان ضمانا عن استحقاق كلي أي لكل العقار المشفوع فيه، أو ضمانا لاستحقاق جزئي يشمل جزءا من فقط أو ضمان ما أثقل العقار من حقوق انتفاع أو ارتفاق، أو حقا عينيا تبعا، و هذا طبقا للمواد 375، 376، 377 ق م ج.

كما نصت المادة 804 ق م ج في جزئها الأخير على: "...إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

يستفاد من هذا النص أنه يجب ضمان الاستحقاق من طرف البائع لصالح المشتري في حالة إذا تعرض الغير لحق الشفيع و اكتسب هذا الغير العقار المشفوع فيه عن طريق دعوى الاستحقاق، و التي عبّر عنها المشرع بالاسترداد.

آخر التزامات البائع، تتمثل في التزامه بضمان العيوب الخفية طبقا لنص المادة 379 ق م ج، بحيث يجب على البائع ضمان العيوب الخفية للشفيع بشرط أن تكون هذه العيوب مؤثرة، أي أن تبلغ حدا من الجسامة، بحيث لو أن الشفيع قد علم بها قبل الأخذ بالشفعة لما أخذ بها، و في هذه الحالة يكون للشفيع خيارين، إما أن يرد العقار إلى البائع، و إما أن يبقيه عنده، أما إذا لم يبلغ العيب حدا من الجسامة فيحق للشفيع أن يطالب بالتعويض لما أصابه من ضرر بسبب العيب، و يجب كذلك أن يكون العيب قد

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 748.

نشأ قبل أن يستلم العقار المشتري أو الشفيع، و أن يكون هذا العيب خفياً فلو كان ظاهراً أثناء تسلّم العقار من طرف المشتري أو الشفيع و رضي به فهنا لا يضمنه البائع⁽¹⁾، كما يجب أن يكون غير معلوم للمشتري وقت تسلّمه للعقار، و إذا كان الشفيع هو الذي تسلّمه مباشرة من البائع و يجب أن يكون العيب أيضاً غير معلوم له، و في حالة اكتشاف الشفيع العيب الخفي عليه أن يخبر البائع فوراً بما حدث لهذا العقار طبقاً للمواد 380، 381، 386 ق م ج، و إذا ما أخبره كان له أن يرجع بالضمان⁽²⁾.

الفرع الثاني: التزامات الشفيع اتجاه البائع

بما أن الشفيع يحل محل المشتري و هو الأمر الجوهري للأخذ بالشفعة سواء بالتراضي أو بالتقاضي، فيحل محل المشتري في التزاماته، فيلتزم بدفع الثمن (أولاً)، كما يلتزم بتسلم العقار المشفوع فيه (ثانياً).

أولاً: التزام الشفيع بدفع الثمن

في حالة إذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة، فإنه يلتزم بدفع ثمن العقار المشفوع فيه للبائع، فإذا كان الشفيع قد أخذ العقار بالتراضي، فإنه يلتزم بدفع كل الثمن مباشرة إلى البائع⁽³⁾، و المتفق عليه و في المدة المتفق عليها و يكون مقدار ثمن العقار محددًا مسبقاً في العقد المبرم ما بين البائع والمشتري، و هذا في حالة ما إذا لم ترفع دعوى الشفعة، كذلك و من مقتضى تملك الشفيع للمشفوع فيه بموجب حكم أن يلتزم بدفع ثمن العقار المشفوع فيه⁽⁴⁾، و ذلك بقيامه بوضع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق، و بالتالي فعلى البائع اللجوء إلى الموثق لسحب ثمن البيع المخصص له مع المصاريف اللازمة، سواء كانت رسمية أم غير رسمية، و في كلتا الحالتين (التراضي أو التقاضي) يقرر المشرع خروج عن الأصل المقرر في الحلول-حلول الشفيع محل المشتري في جميع الحقوق و الالتزامات- وهذا حسب المادة 804 ق م ج أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل المضروب لدفع الثمن المتفق عليه بين البائع و المشتري في العقد، و هذا يعني أن الثمن يدفع فوراً للبائع، إلا إذا تنازل البائع عن حقه في فورية

¹ - الضيف كيفاجي، مرجع سابق، ص.153.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.752.

³ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.661.

⁴ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.360.

الدفع، و هذا ما ذكرته المادة السالفة الذكر بقولها: " ... إلا أنه لا يمكن الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع..."

ففي حالة ما إذا تم أخذ الشفعة بالتراضي، فقد يرضى البائع بأن يكون دفع الثمن أقساطاً أو بأجل، أما في حالة ما إذا تم أخذ الشفعة بالتقاضي فعلى الشفيع إيداع الثمن كاملاً لدى الموثق قبل رفع الدعوى⁽¹⁾، حتى ولو برضا البائع بدفع الثمن أقساطاً، لكن يجوز للشفيع بعد الحكم له بالشفعة، أن يسترد بعض ما أودعه لدى الموثق بشرط موافقة البائع، لأنه قد يكون سبب منح البائع أجل للمشتري، هو علاقة قرابة أو صداقة بينهما، وقد يكون السبب هو درجة ثقة البائع في المشتري ليست نفسها درجة ثقته في الشفيع، كما أن العقد المبرم بين البائع و المشتري هو عقد اختياري و بالإرادة المنفردة، أما العقد بين البائع و الشفيع فهو عقد إجباري، و لذا لا يجبر البائع في منح الأجل للشفيع⁽²⁾.

رضا البائع بالتأجيل يكون دائماً بعد أخذ الشفيع للشفعة.

ثانياً: التزام الشفيع بتسليم العقار

على الشفيع أن يلتزم بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع متى كان في يد هذا الأخير، أما إذا كان المشتري قد تسلمه من البائع فإن الشفيع ملزم باستلامه من المشتري.

أما فيما يخص مكان و زمان التسليم فإن لم يتفق الطرفين أو لم يقضي به العرف فإن الشفيع يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه هذا العقار و دون تأخير طبقاً لنص المادة 394 ق م ج، بحيث نصت على أنه: " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و أن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم"، أما بشأن نفقات التسلم فيتحمّلها الشفيع باعتباره يحل محل المشتري في جميع الالتزامات، و هذا ما نصت عليه المادة 395 ق م ج بقولها: "إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، وهذا ما لم يتفق الشفيع مع البائع على غير ذلك كأن يتفقاً بتحملها مناصفة، كذا إذا لم يوجد عرف يقضي بتحمل البائع نفقات التسلم.

¹ حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية: (أسباب كسب الملكية)، ص.211.

² عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص.488.

المطلب الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري

إن ثبوت الشفعة للشفيع قضاء أو رضاء، يعني بالضرورة حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته في البيع المشفوع فيه، و إذا تم استبعاد المشتري من العقد بمقتضى هذا الحلول، إلا أنه تبقى علاقة بين المشتري و الشفيع، إذ يظهر أن للشفيع التزامات قبل المشتري (الفرع الأول)، و يكون لهذا الأخير التزامات اتجاه الشفيع (الفرع الثاني)، و هذه العلاقة لا تظهر أهميتها بشكل جلي و واضح إلا إذا تم تنفيذ عقد البيع المشفوع فيه بين كل من البائع و المشتري.

الفرع الأول: التزامات الشفيع اتجاه المشتري

يلتزم الشفيع قبل المشتري بدفع ثمن البيع و المصاريف (أولاً)، و التعويض عن النفقات اللازمة (ثانياً)، و التعويض عما أقامه المشتري من بناء و غرس (ثالثاً).

أولاً: التزام الشفيع بدفع ثمن البيع و المصاريف للمشتري

يقع على عاتق الشفيع دفع ثمن البيع و المصاريف اللازمة للمشتري، بحيث في حالة إذا دفع هذا الأخير الثمن للبائع عندما تسلم العقار منه، و الشفيع أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء، فإن المشتري يتوجه إلى الموثق لسحب الثمن، فيسترد بذلك المبلغ الذي دفعه للبائع⁽¹⁾، و يكون الشفيع بذلك قد وفى بالتزامه نحو المشتري بدفع الثمن، و في حالة إذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالتراضي، فإنه يكون ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه فوراً إلى المشتري⁽²⁾.

بالإضافة إلى الالتزام بدفع الثمن، يجب على الشفيع أن يدفع كامل المصاريف سواء كانت رسمية، كرسوم التوثيق و الطابع و التسجيل و رسوم الإعلان العقاري، أو غير رسمية كالسمسة و أتعاب المحاماة و مصاريف معاينة الأرض المشفوع فيها، و هذا ما أكدته المادة 393 التي تنص على أن: "...نفقات التسجيل والطابع و رسوم الإعلان العقاري، و التوثيق و غيرها تكون على المشتري ما لم

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها، مصادرها)، مرجع سابق، ص.389.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 761.

تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك"، و على هذا يسترد المشتري من الشفيع هذه المصروفات طبقا لقاعد الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن⁽¹⁾.

ثانيا: التزام الشفيع بالتعويض عن النفقات اللازمة و النافعة للمشتري

قد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه بعد أن يسلمه من البائع نفقات ضرورية أو نافعة أو كمالية، فهنا يعتبر المشتري حائزا للعقار المشفوع فيه فيرجع بهذه المصروفات على المالك وهو الشفيع.

إن المصروفات الضرورية أو اللازمة يقصد بها تلك النفقات غير العادية التي أنفقت من طرف المشتري، بغية المحافظة على العقار المشفوع فيه كنفقات الحفظ و الصيانة و الترميم، و هذه المصروفات الضرورية أو اللازمة واجبة على الشفيع لصالح المشتري سواء كان إنفاقها قبل إعلان الرغبة أو بعده⁽²⁾، أما بالنسبة للمصروفات النافعة فيقصد بها تلك النفقات التي ينفقها المشتري لتحسين العقار و الزيادة من قيمته كإدخال أنابيب الغاز و المياه إلى العقار المشفوع فيه، وقد أشارت إليها المادة 2/839 ق م ج و التي تنص: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة".

أما المصروفات الكمالية هي تلك التي لا ترجع بالفائدة الكثيرة على العقار كطلاء الجدران مثلا، فهذه المصروفات لا يجوز للمشتري أن يطالب الشفيع برده له، سواء أنفق هذه المصروفات قبل التصريح بالرغبة أو بعده⁽³⁾، و نجد أحكام المصروفات الكمالية نظمها المشرع الجزائري من خلال المادة 3/839 ق م ج بقولها: " و إذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت، بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم".

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.764.

² - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.665.

³ - عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص.481.

ثالثاً: التزام الشفيع بالتعويض عما أقامه المشتري من بناء و غراس

تنص المادة 805 ق م ج على أنه: "إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجاراً قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لمل اختياره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس. أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطالب بالإزالة، و إذا أختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل أو نفقات الغراس".

باستقراء نص المادة أعلاه، يتضح أن المشرع عالج مصير ما أقامه المشتري في العقار المشفوع فيه من بناء و غراس أشجاراً، مفرقاً في ذلك بين إقامة البناء أو الغراس، قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و بين إقامته بعد هذا الإعلان، و نميز بين هاتين الحلتين كالاتي:

أ: مصير البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة

في هذه الحالة لا يحق للشفيع أن يطلب 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 عنه، و قد رعى المشرع جانب المشتري مراعاة كبيرة 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، كما هو واضح في الفقرة الأولى من المادة 805 ق م ج بنصها على: "إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجاراً قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس"، و طالما الخيار للمشتري فيختار منطقاً أكبر القيمتين⁽¹⁾.

يلاحظ على النص السابق أن المشرع قد عامل المشتري في هذه المرحلة باعتباره حسن النية في إقامته لهذا البناء، و الغرس في العقار المشفوع فيه معاملة أفضل من معاملة الحائز حسن النية، حيث

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.668.

يكون لهذا الأخير ضمن أحكام الالتصاق أن يتقاضى أقل القيمتين طبقاً لما تقضي به المادة 785 ق م ج، خلافاً للمشتري في الشفعة الذي له الخيار بين أكبر القيمتين، على أساس أن المشتري لا يعتبر بانياً أو غارساً في أرض غيره، بل هو مالك يبني أو يغرس في ملكيته كما يشاء طالما أنه يباشر هذه الأعمال قبل أن يعلن الشفيع عن رغبته في الشفعة⁽¹⁾.

ب: مصير البناء أو الغرس بعد إعلان الرغبة

حسب الفقرة الثانية من المادة 805 ق م ج، يكون للشفيع الخيار بين أن يطلب الإزالة و إعادة العقار إلى أصله على نفقة المشتري مع التعويض إن كان له وجه في ذلك، كما يجوز للشفيع بدلاً من ذلك أن يختار استبقاء البناء أو الغرس، و هنا لا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل أو نفقات الغرس⁽²⁾، في هذه الحالة يعامل المشرع المشتري من حيث مقدار التعويض معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت سيء النية في أراضي الغير، وفقاً لأحكام الالتصاق الذي لا يستحق إلا أقل القيمتين، و هذا لأن المشتري رغب بنائه أو غرسه بعد الحلول، كان يعتقد بعدم أحقية الشفيع، إذ كان ينازعه في توافر سبب الشفعة أو شروطها أو صحة إجراءاتها⁽³⁾.

الفرع الثاني: التزامات المشتري اتجاه الشفيع

يلتزم المشتري تجاه الشفيع بالتزامين اثنين هما: التزامه بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع (أولاً)، و التزامه برد ثمار العقار المشفوع فيه له (ثانياً).

أولاً: التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع

إذا كان المشتري قد تسلم العقار من البائع، فيترتب للشفيع حق تسلم العقار المشفوع فيه من المشتري، بحيث يلتزم المشتري بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة، بتسليم العقار وفق الحالة التي كان عليها وقت البيع⁽⁴⁾، و بالمقدار الذي عين له في العقد و كذلك بالمحقات التي تتبعه.

¹ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 375.

- أنظر في هذا الصدد رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص. 363.

² - خالد أحمد، مرجع سابق، ص. 298.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 767.

⁴ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 665.

يتم التسليم عادة بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق، و هذا ما نصت عليه المادة 367 ق م ج بشأن أحكام التسليم⁽¹⁾، فإذا تأخر المشتري عن التسليم، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر، و أهمية التسليم تظهر أكثر في تحمل تبعية الهالك، بحيث متى هلك العقار المشفوع فيه بعد تسلمه من جانب الشفيع أو بعد إعداره بتسلمه، فإن تبعية هذا الهالك تقع على الشفيع، و لا يحق له أن يسترد الثمن المودع لدى الموثق، حيث أن هذا الثمن يصبح من حق المشتري⁽²⁾.

أما إذا كان العقار المشفوع فيه قد هلك بقوة قاهرة، أو حادث مفاجئ أو أي سبب أجنبي آخر لا يد فيه للشفيع قبل أن يتسلمه أو قبل إعداره بتسليمه فتكون تبعية الهالك على المشتري، و يسترد الشفيع الثمن المودع لدى الموثق، و هذا حسب ما ورد في نص المادة 369 ق م ج ذلك أن في العقود الملزمة للجانبين أن تبعية الهالك تقع على عاتق المدين الملتزم بالتسليم.

ثانياً: التزام المشتري برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع

إذا ثبت للشفيع أخذ العقار بالشفعة، فيكون له الحق في ثمار هذا العقار من يوم انتقال ملكية العقار المشفوع فيه، و ذلك طبقاً لنص المادة 803 ق م ج السالفة الذكر، فإن ملكية العقار تنتقل للشفيع من يوم شهر حكم القاضي بثبوت حق الشفعة⁽³⁾، و يترتب على ذلك أن الشفيع له الحق في الثمار من وقت انتقال الملكية، أي من تاريخ الحكم النهائي بالشفعة و هذا يقوم من وقت تملك الشفيع للعقار و بين استحقاقه للثمار⁽⁴⁾، و في هذا الشأن نصت المادة 837 ق م ج بقولها: "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية".

طالما أن المشتري قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر حائزاً حسن النية فإنه لا يلتزم برد ثمار العقار المشفوع فيه و نمائه إلى الشفيع على اعتبار أنها ملك له، و بالمقابل تكون الثمار التي قبضها المشتري أو قصد في قبضها بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة ملكاً للشفيع باعتبار المشتري في

¹ - نصت المادة 367 ق م ج على هذا كما يلي: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لم يتسلمه مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

² - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، مرجع سابق، ص.147.

³ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.667.

⁴ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.358.

هذه الحالة سيء النية، و عليه يلتزم بردها إلى الشفيع، كما يتحمل هذا الأخير تكاليف جمع هذه الثمار وكل ما أنفقه المشتري من مصاريف عليها، و هو ما قررتة المادة 838 ق م ج بقولها: "يكون الحائز سيء النية مسئولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها".

المطلب الثالث: علاقة الشفيع بالغير

لا تظهر علاقة الشفيع بالغير إلا إذا ترتبت حقوق عينية، أو تصرفات قانونية على العقار المشفوع فيه، و هذا ما نصت عليه المادة 806 ق م ج، حيث نصت على: " لا تكون حجة على الشفيع، الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرجبة في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

بحيث يجب أن نميز بين التصرفات و الحقوق العينية التي رتبها البائع أو المشتري على العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرجبة في الشفعة(الفرع الأول)، و بين الحقوق العينية أو التصرفات التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرجبة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرجبة في الشفعة

إن هذه الحقوق يمكن أن ترتبت على العقار المشفوع فيه من قبل البائع(أولاً)، كما يمكن أن ترتبت من قبل المشتري(ثانياً).

أولاً: الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرجبة في الشفعة يسري في حق الشفيع كل تصرف صادر من البائع ضد العقار المشفوع فيه، و كذلك كل ما رتبته هذا الأخير للغير من حقوق أصلية كانت كحق الانتفاع و حق الارتفاق، أو حقوق تبعية كأن يرهن ذلك العقار رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً، أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع، أو يرتب

عليه حق امتياز يكفل ديناً في ذمة البائع، في حالة إذا تم تسجيل هذه التصرفات أو قيدها بحسب الأموال، قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع⁽¹⁾.

كما أن آثار الحقوق العينية المقيدة قبل تسجيل إعلان الرغبة و المرتبة للغير، و إن كانت نافذة في حق الشفيع، بحيث ينتقل إليه العقار متقلاً بها فإن هذا لا يمنع الشفيع من الرجوع على البائع بما يقابل النقص في قيمة العقار بسبب وجود هذا الحق و لأن الشفيع قد دفع للبائع الثمن الذي دفعه المشتري عندما أخذ العقار دون أن يكون محملاً بشيء⁽²⁾.

و إذا رتب البائع حقاً عينياً أو تصرفاً قانونياً على العقار المشفوع فيه، فإنه لا يسر في حق الشفيع ولو قبل إعلان رغبته، عندما يقوم المشتري بشهر عقد البيع قبل شهر التصرف الذي قام به البائع⁽³⁾، ولكن إذا ما شهر صاحب الحق حقه قبل أن يشهر المشتري عقد البيع و قبل أن يشهر الشفيع رغبته في أخذ العقار بالشفعة، فإن حقه يكون نافذاً في حق كل من البائع و المشتري طبقاً للقواعد المقررة في الشهر، وفي حالة ما إذا باع البائع العقار مرة ثانية، و شهر المشتري الثاني عقد شرائه قبل أن يشهر المشتري الأول عقد شرائه، وقبل أن يشهر الشفيع إعلان رغبته في الشفعة، فإن البيع الثاني هو الذي يكون نافذاً في حق الشفيع، ولا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، و في مواعيد البيع الثاني، و بالثمن و الشروط الواردة فيه⁽⁴⁾.

ثانياً: الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

قد يحصل أن يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه، إما أن يبيعه أو يهبه أو يقايض عليه، أو يقرر عليه حق ارتفاع أو حق انتفاع، أو يرهنه، فكل هذه الحقوق تسري في حق الشفيع، إذا ترتبت قبل تاريخ تسجيل رغبته في الشفعة⁽⁵⁾، و هذا حسب المفهوم المخالف للمادة 806 السالفة الذكر، و بناءً

¹ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.384.

² - حسن كيرة، مرجع سابق، ص.671.

³ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.364.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.776.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، مرجع سابق، ص.153.

على ذلك إذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه التصرفات السابقة فإن هذا الحق يسري على الشفيع و يأخذ العقار متقلا به، و يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو التعويض⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة هنا أنه إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه للغير بيعا تجوز فيه الشفعة فيترب على سريان هذه البيع في حق الشفيع أنه لا يجوز له أن يشفع إلا من المشتري الثاني، و بالشروط التي اشترى بها طبقا لما نصت عليه المادة 797 ق م ج السالفة الذكر، و هذا الحكم يكون في شتى أنواع التصرفات الأخرى⁽²⁾.

الفرع الثاني: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة

قد تترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة حقوقا عينية، سواء من طرف البائع (أولا)، أو من طرف المشتري (ثانيا).

أولا: الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة
إذا رتب البائع حقا عينيا، و لم يشهر إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان رغبته في الشفعة، أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تكون نافذة في حق الشفيع.

إذا باع البائع بعد البيع الأول العقار ثانية، أو قايض عليه، أو هبه إلى مشتر ثان لم يسجل هذا الأخير عقد شرائه قبل تسجيل الشفيع لإعلان رغبته، فإن هذا البيع لا ينفذ في حق الشفيع، و كان له أن يشفع في البيع الأول، و يرجع المشتري الثاني على البائع بالضمان، بل و حتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان الشفيع بالرغبة في الشفعة، و لكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول لعقد شرائه، فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق هذا المشتري، طبقا للقواعد المقررة في التسجيل، و ما دام أنه لا ينفذ في حق المشتري الأول، فإنه لا ينفذ أيضا في حق الشفيع الذي حل محل المشتري الأول، ولا يسري في حق الشفيع في هذه الحالة أيضا إلا البيع الأول⁽³⁾.

¹ - خالدي أحمد، مرجع سابق، ص 300، 301.

² - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 365.

³ - المرجع نفسه، ص 365.

ولا يسري أيضا في حق الشفيع الحقوق التي رتبها البائع على العقار بعد بيعه من رهن رسمي أو حيازي، أو حق اختصاص من قبل دائنيه، أو حق امتياز يكفل ديننا في ذمته، و ذلك إذا لم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه، أو قبل أن يشهر الشفيع رغبته في الشفعة، إذ يكون العقار خاليا من كل حق⁽¹⁾.

غير أنه باستقراءنا لنص المادة 806 ق م ج السالفة الذكر في عبارتها الأخيرة، نجد أن الدائن يحتفظ بحق الأولوية⁽²⁾، على ما عسى أن يكون قد آل للبائع، من ثمن العقار، وكذلك بالنسبة للرهن الرسمي الذي يكون للدائن المرتهن أولوية في استقاء ثمن العقار مقارنة بالدائن العادي و هذا حسب المادة 907 ق م ج، و كما تسري أحكام الرهن الرسمي على حقوق الامتياز العقارية، بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق، وهذا ما نصت عليه المادة 968 ق م ج.

ثانيا: الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة
إذا سجل الشفيع إعلان رغبته، فيكون هذا الإعلان حجة على الغير، و بالتالي لا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري، أو أي حق ترتب ضده⁽³⁾، و هذا ما تقضي به المادة 806 ق م ج السالفة الذكر، بحيث إذا باع المشتري العقار بعد شهر إعلان الرغبة، فلا يسري هذا البيع في حق الشفيع⁽⁴⁾.

بالتالي يبقى حقه في الأخذ بالشفعة قائما في البيع الأول، و بشروط هذا البيع و لا يلتزم بإدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة⁽⁵⁾، و يرى أحد الفقهاء في هذا الشأن أن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع و ليس مفروضا عليه، و بالتالي يحق له الأخذ بالشفعة في أي من البيعين بحسب اختياره، أي

¹ - العربي باشا مريم، خالد ليديّة، مرجع سابق، ص.72.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.778.

³ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها، مصادرها)، مرجع سابق، ص.394.

⁴ - دغيش احمد، مرجع سابق، ص.384.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها، مصادرها)، مرجع سابق، ص.394.

متى قرر الشفيع بأن شروط أحد البيعين أيسر له، أو أن الثمن فيه أقل من الآخر⁽¹⁾، وما يحقق مصلحته مع مراعاة الإجراءات الخاصة لكل بيع⁽²⁾.

كما قد يرتب المشتري حق الانتفاع أو حق الارتفاق على العقار المشفوع فيه، وذلك بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، فلا يسري هذا الحق على الشفيع، و ينطبق هذا الحكم أيضا على الحقوق الأخرى التي يرتبها المشتري، أو ترتبت ضده بعد شهر إعلان الرغبة، كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي و حقوق الاختصاص، أو حق الامتياز يكفل دينا في ذمته، و كل هذه الحقوق لا تسري و لا تنفذ في حق الشفيع، وبناءا عليه يحصل الشفيع على ذلك العقار عندما يثبت حقه في الأخذ بالشفعة خاليا من تلك الحقوق.

إن التصرف في العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة، و إن كان لا أثر لها على حق الشفيع، فإنه يؤثر على حق المشتري في ثمن العقار الذي يسترده بعد ذلك عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق، و هذا في حالة ما إذا دفع الثمن للبائع، حيث يباشر الدائنون أصحاب هذه الحقوق بما لهم من حق الأولوية على الدائنين العاديين التنفيذ على ثمن العقار المشفوع فيه، طالما كانت حقوقهم مستحقة الأداء، و يتقدم الدائنون المقيدة حقوقهم في تاريخ سابق على من قيدت ديونهم في تاريخ لاحق⁽³⁾، و هو ما قضت به المادة 806 ق م ج السالفة الذكر.

¹ - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص.214.

² - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، مرجع سابق، ص.155.

³ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.384-385.

المبحث الثاني: مسقطات الشفعة

بعد تبيان الآثار الناجمة عن الأخذ بالشفعة في المبحث الأول من حيث علاقة الأطراف فيما بينهم - بحلول الشفيع محل المشتري- وعلاقة هذه الأطراف بالغير، سنعالج في هذا المبحث الأسباب التي بها تسقط الشفعة وتجعل الشفيع مقيد ولا يمكنه نهائياً أخذ العقار بالشفعة، وعليه يمكن إجمال مسقطات الشفعة في: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة (مطلب أول)، وعدم الالتزام بمواعيد وإجراءات الشفعة، (مطلب ثاني)، و أسباب أخرى لسقوطها (مطلب ثالث).

المطلب الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

يعتبر التنازل عن الأخذ بالشفعة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، يؤدي حدوثه إلى سقوط هذا الحق، ولا ينتج هذا التنازل أثره، إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه، وهذا طبقاً للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة المنفردة⁽¹⁾، لكن قد يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل وكما قد يكون صريحاً أو ضمناً والنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة بالفظ أو الكتابة.

وبالنظر إلى خطورة ما يترتب على التنازل من إسقاط للشفعة، فينبغي التشديد في استخلاص التنازل الضمني، بحيث لا يستقيم هذا الاستخلاص إلا إذا كان قد صدر من الشفيع فعلاً أو تصرف قاطع الدلالة على تركه الأخذ بالشفعة، و غالباً ما يحصل التنازل الضمني بعد البيع المشفوع فيه، بصور ما يعتبر من الشفيع تسليماً بملكية نهائية، غير أن التنازل الضمني قد لا يحصل بعد البيع، بل قد يكون معاصر الانعقاد أو قبيل هذا الانعقاد، طالما أنه لا يترك مجالاً للشك في نزول الشفيع عن الشفعة، كأن يقبل الشفيع أن يكون وكيلاً عن المشتري في شراء العقار المبيع⁽²⁾.

¹ - طالما أن التنازل هنا تعبير عن الإرادة فإنه يخضع لأحكام المادة 61 ق م ج والتي تنص على أنه: 'ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و يعتبر التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك'.

² - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص ص. 642-643.

لقد نصت المادة 807 ق م ج على تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة وذلك بقولها: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية: ...

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

من خلال النص الوارد في الفقرة السابقة يتضح لنا جليا أنه جاء على خلاف القواعد العامة التي لا تجيز النزول عن الحقوق إلا بعد ثبوت الحق فيها، فنجد المشرع هنا قد وسع من نطاق التنازل عن حق الشفعة ليشمل مرحلة ما قبل ثبوت الحق ابتداءً بالبيع المبرم ما بين البائع و المشتري⁽¹⁾، إذ يمكن للشفيع التنازل عنها قبل تاريخ البيع (فرع أول)، كما يمكن له أن يتنازل عنها بعد تاريخ البيع (فرع الثاني).

الفرع الأول: تنازل الشفيع عن الشفعة قبل تاريخ البيع

لقد اعتبر المشرع الشفعة حق استثنائي تقرر على خلاف الأصل و القياس، كما أن هذا الحق يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية؛ ولهذا جعل نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة - ولو قبل البيع - حق محتمل جائز حتى يضيق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع⁽²⁾.
لقد أكدت المادة 807 ق م ج السالفة الذكر أن للشفيع حق التنازل عن الشفعة حتى ولو كان ذلك قبل قيام عملية البيع، إذ يعتبر هذا التنازل صريحا أو ضمنيا أو كان بمقابل أو بدون مقابل، كما يمكن أن يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه⁽³⁾.

كما يجب عدم التوسع في تفسير النزول عن الشفعة باعتبار أن هذا استثناء من الأصل العام وهو جواز الشفعة، وخاصة التنازل الضمني، كالمساومة حول التنازل عنها دون شراء الشفيع للعقار المشفوع

¹ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص.390-391.

² - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص ص.131-132.

³ - تنص المادة 60 ق م ج على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".

⁴ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص.393-394.

فيه أو لمجرد تراخي الشفيع عن اتخاذ إجراءات الشفعة أو من عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع قبل بيعه وعدم قبوله بشرائه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تنازل عن الشفعة بعد تاريخ البيع

انطلاق من المادة 807 ق م ج يتضح لنا انه يمكن للشفيع التنازل عن الشفعة بعد تاريخ البيع وهذا ما نستقرؤه من عبارة "ولو قبل البيع"، والأصل في هذا النص أن التنازل يكون بعد تاريخ البيع، إلا أن حق الشفيع هذا جاء مطلق دون تقييد حسب هذا النص، فقد يفهم منه أن حق التنازل المخول للشفيع يستمر حتى صدور الحكم النهائي المثبت للشفعة.

لكن هناك خلاف ضمني حول هذه المسألة، إذا يرى جانب من القضاء أن هذا التنازل يضل إلى غاية ثبوت إعلان الرغبة فيها، وعليه لا يجوز للشفيع التنازل عن الشفعة بإرادته المنفردة بعد إعلان رغبته⁽²⁾، لكن الرأي الراجح هو من يرى بجواز النزول عن حقه في الشفعة من طرف الشفيع حتى بعد إعلان الرغبة فيها⁽³⁾، ويضل حقه في النزول قائماً إلى أن يثبت له الحق فيها نهائياً بمقتضى الحكم أو بتسليم المشتري بالشفعة، وبعد ذلك فلم يعد هناك حق في الشفعة يجوز التنازل عنه، وهو بعد شهر سند التراضي أو حكم القاضي الذي يصبح الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: عدم الالتزام بمواعيد وإجراءات الشفعة

قد لا يتنازل الشفيع في الأخذ بالشفعة، لكن بالرغم من ذلك فإنه لا يمكنه اخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، وذلك لأنه لم يعلن عن رغبته بها في مياعدها القانوني (فرع أول)، أو رفع دعواه لكن ترفض من طرف القاضي لفوات ميعاد رفع تلك الدعوى (فرع ثان)، كما قد تمر سنة كاملة من يوم تسجيل عقد البيع (فرع ثالث).

¹ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص. 393-394.

² - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 645.

³ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 394.

⁴ - عبد المنعم فرح الصدة، مرجع سابق، ص. 468.

الفرع الأول: عدم إظهار الشفيع رغبته و إيداع الثمن في ميعادهما

قد يعلن الشفيع عن رغبته في أخذ العقار و يطلب بأخذه، لكن يجد نفسه قد فاته الميعاد، سواء كان هذا الميعاد يخص المدة التي يجب عليه إظهار رغبته فيها (أولاً)، وسواء تعلق الميعاد بأجل إيداع الثمن (ثانياً).

أولاً: عدم إظهار الشفيع رغبته في الشفعة في ميعادها.

حددت المادة 799 من الأمر رقم 58-75 المدة التي يجب على الشفيع احترامها من أجل أن يطلب بالشفعة، وهذا الأجل يتمثل في ثلاثون يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه له البائع أو المشتري، ويزيد على هذه المدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك، ومنه يتضح لنا أنه إذا مر أجل 30 يوماً يسقط حقه في الشفعة، لأنه إجراء إلزامي، لذا على الراغب في الشفعة التقيد بهذا الأجل، لأنه من النظام العام، وكذلك يعتبر كجزاء لمخالفة أحكام إعلان الرغبة⁽¹⁾.

كما يشترط المشرع حتى يكون إعلان الرغبة صحيحاً تحريره وفق عقد رسمي لدى الموثق، ويعلن عن طرق كتابة الضبط، وإلا كان ذلك باطلاً⁽²⁾، ويشترط أيضاً أن يتم ذلك الإعلان على يد محضر قضائي باعتباره الموظف الرسمي الذي يتولى مهمة التبليغات القضائية والإعلانات الرسمية لذوي الشأن، كما لا يحتج بهذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان قد شهر لدى المحافظة العقارية⁽³⁾.

ثانياً: عدم إيداع الثمن في ميعاده

عدم إيداع الثمن في ميعاده هو ثاني إجراء مسقط للشفعة عند عدم احترامه، وذلك بعدم قيام الشفيع بإيداع الثمن لدى الموثق، طبقاً لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 801 ق م ج مع المصاريف اللازم لذلك، سواء كانت رسمية أو غير رسمية، وعليه فلا بد على الشفيع أن يضع المبالغ بين يدي الموثق خلال أجل 30 يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ويكون هذا الإيداع في كل الأحوال قبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه في الشفعة.

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 614.

² - في هذا الشأن قررت المادة 801 ق م ج هذا الحكم بقولها: " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا الصريح باطلاً...".

³ - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 397.

كما أن الشفيع ملزم بإيداع الثمن الحقيقي كاملاً حتى ولو وجد في العقد تأجيله أو تقسيطه، ولو بموافقة البائع، لأن ذلك يتعارض مع نص المادة 804 ق م ج: "...إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن..." وقد جعل جزاء تخلفه سقوط الشفعة⁽¹⁾، وبالتالي لا يستفيد منه الشفيع⁽²⁾.

وما يستخلص مما سبق أنه يترتب على عدم احترام هذا الميعاد سقوط الشفعة، بحيث أنه إذا لم يتم الشفيع بإيداع الثمن كاملاً، أو تأخر في إيداعه، أو فاتته الميعاد، أو وضعه بين يدي الموثق غير المختص قانوناً، يترتب على ذلك سقوط حقه في الشفعة نهائياً.

الفرع الثاني: عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد المحدد لها

إن المشرع قد جعل من مسقطات الشفعة عدم قيام الشفيع برفع دعواه في الأجل المحددة، وهذا ما نستقرؤه من استخدامه لعبارة: "... وإلا سقط الحق..." في نص المادة 802 ق م ج⁽³⁾. لكن اشترط أن يقوم الشفيع أولاً بإيداع ثمن والمصاريف لدى الموثق، ثم يقوم برفع دعواه⁽⁴⁾، ويتم رفعها على البائع و المشتري أمام محكمة الواقع في دائرتها ذلك العقار، وذلك في اجل 30 يوماً تاريخ التصريح بالرغبة.

منه نستنتج أن عدم رفع الدعوى في ميعادها، أي بعد فوات الأجل المحدد أو رفعها في ميعادها مع اختصاص بعض البائعين والمشتريين دون البعض الآخر، أو قيام هذا الشفيع برفع دعوى قبل إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق، أو رفع دعواه أمام الجهة غير المختصة على النحو السالف الذكر بيانه، يسقط حق الشفيع بالطلب بالشفعة.

1 - خالد أحمد، مرجع سابق، ص. 227.

2 - أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص. 239.

3 - راجع المادة 802 من أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

4 - خالد أحمد، مرجع سابق، ص. 224.

وتأخر رفع الشفيع دعواه في الميعاد يؤدي إلى سقوطها، مما يجوز للبائع والمشتري التمسك بسقوط الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا السقوط من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع

قرر المشرع هذا الحكم في نص المادة 807 ق م ج بنصها على أنه: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في التي نص عليها القانون".

نلاحظ من خلال هذا النص أنه يجب أن يكون العقد مسجلاً لدى المحافظ العقارية للتحجج بمرور سنة من التسجيل، ويبدأ حساب هذا الميعاد ابتداءً من اليوم الموالي لليوم الذي حصل فيه التسجيل، ويستمر إلى غاية اليوم الأخير من السنة الكاملة، و إذا كان هذا اليوم الأخير عطلة، فيمتد إلى أول يوم من أيام العمل الذي يلي انتهاء العطلة (حدد هذا الأجل في نص المادة 463 من ق إ م إ)⁽²⁾.

منه نستنتج أنه إذا مرت مدة سنة على تسجيل عقد البيع، فإن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يسقط، وبهذا لا يمكن للشفيع نهائياً أخذ العقار المشفوع فيه.

تجدر الإشارة إلى أنه يحق للمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة متى أثبت أن عقد شرائه قد سجل، وقد مرت عليه مدة سنة كاملة من يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه، ولأن المشرع في هذه الحالة يفترض حتماً افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، بأن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد تاريخ إشهاره في المحافظة العقارية، لأن ذلك العلم يعد علماً افتراضياً لهذا أطالة الميعاد الواجب على الشفيع طلب الشفعة فيه.

في هذا الصدد أكدت المحكمة العليا حول قضية طلب الشفعة بعد مرور أكثر من سنة من تسجيل عقد البيع، في قرار رقم 44804 الصادر في 1987/02/23 الذي من بين حيثياته: "من المقرر قانوناً أن

1 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص.240.

2 - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.401.

الحق في الشفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون في غير محله يستوجب رفضه...⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أسباب أخرى لسقوط الشفعة

إضافة إلى الأسباب السالفة الذكر توجد أسباب أخرى تؤدي بالشفعة إلى سقوطها، سواء تعلقت بزوال أحد شروط الشفعة (فرع أول)، أو كانت بسبب بطلان البيع أو بالتقادم المسقط (فرع ثان)، وكذلك نتساءل إن كان لموت الشفيع أثر يجعل الشفعة تسقط (فرع ثالث)، وقد نجد البائع أو المشتري يستعمل طرق احتيالية من أجل إبعاد الشفيع من استعماله لرخصة الشفعة (فرع رابع).

الفرع الأول: سقوط الشفعة بزوال أحد شروطها

يلزم لميلاد الشفعة وجود السبب المنشأ لها، أي أنه على من يطلب الأخذ بها أن يتوفر فيه صفة الشفيع ويستوي في ذلك أن يكون مالكا للرقبة أو صاحب حق الانتفاع أو شريك في الشروع و هذا حسب المدة 795 من الأمر 58-75، أو أن يكون جارا (المادة 57 من ق 25/90)، وغياب هذا السبب فإنه يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، لزاول أحد شروطها، كذلك قد تسقط حتى ولو توفر على صفة الشفيع، وذلك إذا زال سبب آخر للشفعة قبل صدور الحكم بثبوتها أو بتسليم المشتري بها مثلا تقسيم العقار الشائع قبل ثبوت حق الشفيع بالشفعة قضائيا أو رضائيا، كما قد يزول سبب الشفعة في حالة ما إذا باع الشفيع نصيبه بعد أن طلب بالشفعة و قبل أن يحكم له بها، كما قد تسند إلى الجوار و تم شق طريق عام بين العقارين المجارين، فتزول هنا كذلك الشفعة، منه نرى أنه لكي يحدث زوال الشفعة يجب أن يحدث ذلك قبل الأخذ بها.

¹ - محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص.670.

الفرع الثاني: سقوط الشفعة لبطلان البيع أو بالتقادم المسقط

لكي تقوم الشفعة يجب أن تكون هناك بيع لعقار أي أن هناك عقد موجود يرتب كامل آثاره، لكن قد يكون هناك عقد بيع مما يؤدي إلى سقوط الأخذ بالشفعة(أ)، كما قد يكون سبب سقوط الشفعة هو التقادم المسقط (ب).

أ: سقوط الشفعة ببطلان البيع

قد يقوم الشفيع بطلب الأخذ بالشفعة و ذلك بإعلان الرغبة فيها، فيظهر له أن عقد البيع باطلا وبذلك تسقط الشفعة لأنه من بين شروط الأساسية لهذه الأخيرة أن يستمر قيام حق الشفيع إلى حين ثبوتها⁽¹⁾، فبطلان العقد يعني سقوط الشفعة لأنه ما بني على الباطل فهو باطل.

فيحدث هذا غالبا في البيع المعلق على شرط فبحدوث ذلك الشرط يصبح عقد البيع باطلا وفي نفس الوقت يسقط حق الشفعة، و نفس الشيء كذلك إذا كان العقد قابلا للإبطال وقت البيع العقار المشفوع فيه حيث يحكم بإبطال عقد البيع قبل ثبوت الشفعة للشفيع بمقتضى حكم قضائي، فتسقط بالرغم من قيام حق الشفيع وقت البيع المشفوع منه(المرتب للشفعة)⁽²⁾.

سبب السقوط الوارد في الفقرة السابقة يدل على أن البيع المرتب للشفيع بعد الحكم ببطلانه لم يعد له وجود قانوني لأن وجوده هو الذي يفتح الخيار للأخذ بالشفعة، على هذا الأساس قرر فقهاء القانون المدني قاعدة مفادها "لا شفعة في عقد باطل بطلانا مطلقا"، لأنه بيع منعدم⁽³⁾.

لكن رغم ذلك فإنه يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط و البيع القابل للإبطال لأن هذه البيوع وجود قانوني.

ويرى فقهاء القانون أنه تسقط الشفعة في التقايل بشرط أن يتم قبل إعلان الرغبة في الشفعة لأنه إذا حدث التقايل بعد إعلان الرغبة لا تسقط حق الشفيع فيها لأن كلا من البائع والمشتري لا يستطيعان إسقاط الشفعة بإرادتهما.

1 - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.407.

2 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص.131.

3- عيد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص.461.

ب- سقوط الشفعة بالتقادم المسقط

لم ينص المشرع صراحة على هذا المسقط لكن يرجوع إلى القواعد نجد أن التقادم المسقط ورد ضمن المادة 308 من الأمر رقم 75-58⁽¹⁾. وانطلاقاً من هذه المادة فإنه في حالة إذا لم يعلم بحصول البيع المجيز للشفعة وبالتالي لم يحصل هناك طلب لها عن طريق إعلان الرغبة في الشفعة⁽²⁾، و بالتالي فإنه يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن عن رغبته خلال خمس عشرة سنة من تاريخ البيع⁽³⁾.

الفرع الثالث: أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة

هذا يتعلق بالفرض الذي يموت فيه الشفيع قبل أن يتم الأخذ بالشفعة⁽⁴⁾، لكن لا يوجد نص صريح في القانون المدني الجزائري ينص صراحة على أن الشفعة تنتقل إلى الورثة لكن من خلال استقراءنا لنص المادة الأولى منه⁽⁵⁾، نجدها تحيلنا إلى مبادئ شريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص تشريعي، فللقاضي أن يحكم بمقتضى هذه المبادئ ولأن أحكام الشفعة مستمدة من الشريعة الإسلامية، لأنها المصدر التاريخي والمادي لها.

والفقه مختلف حول هذه المسألة، ولكن الرأي السائد فقها وقضاء، يذهب إلى أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، وإنما ينتقل إلى ورثته، و سواء كان ذلك الشفيع على علم بالبيع أو لم يعلم

¹ - راجع نص المادة 308 من أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

² - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.409.

³ - محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص.671.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها ومصادرها)، مرجع سابق، ص.381.

⁵ - تنص المادة الأولى تنص على أنه: "...و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...".

أو تمكن من الطلب بها أو لم يتمكن من ذلك، وفي كل هذه الأحوال لا تسقط الشفعة إذا لم يصدر منه ما يدل على إسقاطه لها.

و متى ورثت الشفعة فيلزم أن يطلب بها جميع الورثة، فلا تقبل من أحدهم أو بعضهم إنما يجوز لهم توكيل أحدهم في طلبها.

فالأصل لدى مذهب الحنفية أن يورث المال دون الحقوق لأن الذي ثبت عن الشارع هو قول الرسول صل الله عليه وسلم: "من ترك مالا فلورثته إلا ما قام دليله من إحقاق الحقوق بالأموال".

أما أبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه، وخيار التعيين، وخيارات أخرى، و يعتبرون أن المنتقل إليهم عين التصرف بها حقوق، وخيار الشفعة ليس متعلق بالعين المشفوع بها ولاحقا لها، بل هو راجع إلى محض إرادة الشفيع فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فهو لا ينقل إلى الورثة لأنه ليس بمال ولا في معنى المال.

أما الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي وأحمد، فالأصل عندهم أن الحقوق والخيارات والاختصاصات قررت كما تورث الأموال.

كما أن مذهب جمهور الفقهاء و منهم الأئمة الثلاثة، في انتقال الخيارات و انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه استقاد المدين حال حياته، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه.

إذا كانت الشفعة تتصل بالعقار المشفوع فيه، فبمقتضى ذلك أن العقار انتقل إلى الميراث، فينتقل معه حق خيار الشفعة، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحل إليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في الصادر الرسمية على اختلاف تدرجها.

فالشفعة لم تقرر في الحقيقة للمورث لشخصه بل تقرر له بوصفه، أي لكونه مالكا للعقار المشفوع به، أو صاحبا للحق عليه، فإذا انتقل العقار إلى الوارث بالميراث كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للشفعة وهو ما يتفق مع المقرر في الحقوق الإدارية التي ينتمي إليها حق الشفعة⁽¹⁾.

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 648.

الفرع الرابع: التحايل لإسقاط الشفعة

قد يقوم المشفوع ضده بإجراء أو تصرف يقصد من ورائه إسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ويعبر عليه بالتحايل، الذي هو الغش والخداع باتخاذ حيلة يندفع بها الشفيع أو لمحولة خداعه، وتوجد قاعدة أصلية يلتزم القضاء بها بالرغم من عدم وجود نص قانوني يتضمنها، لكن هذا التحايل يقع باطلا، إذ يعتبر ذلك التصرف الإجراء الذي قام به المشفوع منه كأنه لم يكن، فلا تجري به مواعيد الشفعة، حينئذ يجب على الشفيع مباشرة الإجراءات على هذا الأساس، وأن يلتزم فيها ما أوجبه القانون عليه، وإلا سقط حقه في الشفعة، لأن أثر التحايل ينحصر في التصرف أو الإجراء الذي تتوفر به هذا التحايل دون أن يمتد إلى الإجراءات التي يتعين على الشفيع اتخاذها⁽¹⁾.

سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد صور التحايل لإسقاط الشفعة أولاً، ثم إلى تبيان على من يقع عبء إثبات هذا التحايل وكيفية إثباته ثانياً، ثم سنتعرض إلى المسؤولية عن إسقاط الحق في الشفعة ثالثاً.

أولاً: صور التحايل لإسقاط الشفعة

قد يتعرض الشفيع إلى تحايل من أجل إسقاط حقه و إبعاده عن أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، وذلك سواء كان من قبل البائع أو المشتري، فقد يقوم المشتري ببيع العقار بيعاً صورياً (أ)، كما قد يدعي المشتري بأنه قد اشترى ذلك العقار ليكون محلاً للعبادة (ب)، وقد يتفق البائع مع المشتري في ستر عقد البيع في عقد هبة (ج).

أ- بيع العقار بيعاً صورياً

قد يقوم المشتري أو البائع ببيع العقار المشفوع فيه لكن يكون هذا البيع ليس جدي بل هو بيع صوري، و هذا بغية إبعاد الشفيع من استعماله لرخصة الشفعة، فيقوم بالتحايل في ذلك الشفيع و ذلك بإبرام عقد صوري صورية مطلقة بشروط أكثر تكلفة أو لشخص تمنع أخذ الشفعة منه، ولأنه يشترط أن يكون البيع جدي ليحق للشفيع أخذ العقار بالشفعة، وذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة⁽²⁾، أو قبل تسجيل هذه الرغبة، فلا يجوز الأخذ بها، إلا وفقاً لشروط البيع الثاني، وفي مواعيده، عملاً بالمادة 797 ق م ج،

¹ - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني: (الشفعة مواعيدها و إجراءاتها، دعوى الشفعة، التحايل لإسقاط الشفعة)، الجزء الثالث عشر، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص.494.

² - أنور طلبية، الشفعة و التحايل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص.665.

وقيام المشتري ببيع العقار بيعا سوريا، فإنه لم يتحاييل على الشفيع فقط بل تحاييل على القانون أيضا، تحقيقا لعمل غير مشروع، وهو إسقاط الحق في الشفعة، في غير الحالات التي قررها القانون و في هذه الحالة يقع عبء إثبات التحاييل على عاتق الشفيع، وإن فشل في ذلك سقط حقه فيها.

ب- إدعاء شراء العقار لبناء محل للعبادة

حسب المادة 798 ق م ج فإنه إذا بيع العقار ليكون محل للعبادة لا يحق للشفيع أخذ العقار بالشفعة، لكن قد يستعمل المشتري هذا المانع، وذلك بالتحاييل على هذا الأخير، من أجل إبعاده عن حقه، فيقوم بإنذار الشفيع بوقوع البيع، ويتضمن الإنذار أن الشراء من أجل بناء نحل للعبادة، وبالتالي يمنع عن اتخاذ إجراءات الشفعة في مواعيدها المقررة، وبعد انقضاء هذه المواعيد، يبدأ ذلك المشتري ببناء مسكن خاص به، ولأن المقرر أن التحاييل والغش يبطل التصرفات والإجراءات كقاعدة أصلية، وبالتالي يكون الإنذار باطلا منعدم الأثر، وبالتالي للشفيع أن يعلن عن رغبته في أي وقت كما يثبت هذا الحق حتى ولو كان المشتري قد سجل عقده وانقضت مدة سنة، فيبطل الأثر الذي رتبته القانون على التسجيل، وبالتالي لا يسقط حق الشفيع في الشفعة، لأن هذا الحق منوط بانتفاء التحاييل⁽¹⁾.

ج- ستر البيع في عقد هبة

وهذا يحصل في كثيرا، وذلك بتصنيف العقد بغير صفته الحقيقية كأن يكون عقد بيع ويجعل في صورة عقد هبة، ففي هذه الحالة لا يعول على الشكل الظاهر للعقد.

ولأن الشفعة لا تجوز إلا في عقد بيع -حسب المادة 794 ق م ج - و بتالي فلا يجوز أن تكون في عقد هبة ولو كان هناك عوض، فيقوم كل من البائع والمشتري في ستر ذلك البيع في عقد هبة، وذلك بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة، وهذه الحالة تخضع لأحكام الصورية، وبالتالي يجوز إثبات ذلك بكل طرق الإثبات و منها البينة والقرائن⁽²⁾، فيبدأ في إعلان رغبته لكل من البائع والمشتري، ثم يودع

¹ - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص.497.

² - محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية(أسباب كسب الملكية)، جزء ثالث، طبعة 02، المطبعة العالمية، مصر، (د س ن)، ص.308.

التمن الذي يعتقد أنه الثمن الحقيقي، ثم يقوم برفع دعواه، ويتمسك بصورية البيع، ويطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية، على أساس الأدلة التي تتوفر في الدعوى⁽¹⁾.

ثانيا: إثبات التحايل لإسقاط الشفعة

يقع عبء إثبات التحايل على عاتق الشفيع، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا، ومنها البيئة والقرائن ولمحكمة الموضوع أن تستنبط القرائن التي تعتمد عليها في إثبات التحايل من المستندات التي قدمها الخصوم، دون أن تكون ملزمة بإجراء أي تحقيق بنفسها، ولها التعويل في ذلك على أقوال الشهود التي تضمنها محضر إداري دون حلف يمين مراعية في ذلك الظروف والملابسات التي اعتنقت المنازعة⁽²⁾.

فمثلا يمكن للشفيع أن يثبت بأن المشتري قد تمسك في سقوط الشفعة، بالرغم أنه قد قام بعرض تنازله عن الصفقة وفقا للشروط التي تضمنها البيع الثاني، وقد وافق الشفيع على تلك الشروط، وبهذا يتبين أن ذلك المشتري قد اتخذ هذا العرض كحيلة ليخدع بها الشفيع وهذه الحيلة قد أدت إلى عدم إعلان هذا الأخير رغبته خلال الأجل المحددة، وهذه المدة هي 30 يوما من تاريخ الإنذار وهو أجل رفع الدعوى حسب المادة 802 ق م ج- تكفي لتحقيق التحايل، الذي تستخلصه المحكمة من الإنذار، ورفض المشتري التنازل عن الصفقة للشفيع وتمسكه بسقوط الشفعة، فترد عليه سعيه، وتعتد بإعلان الرغبة الذي يتم بعد انقضاء أجل الإنذار الذي أبطل التحايل⁽³⁾.

ثالثا: المسؤولية عن إسقاط الشفعة

ولما كان التحايل هو أحد أوجه الغش فمن المقرر أن الغش يبطل كل التصرفات و الإجراءات، وبالتالي للشفيع الحق في التمسك بهذه القاعدة لدفع الضرر المترتب عن التحايل ولأن الشفعة قررت دفع الضرر عن الشفيع، وأن من شأن التحايل المساس بذلك، كما يترتب عليه إسقاط الحق في الشفعة، وبالتالي يؤدي إلى تحقق الضرر، فكان ذلك كافيا لتوفر أركان المسؤولية التقصيرية من جانب المشفوع ضده، لاعتبار أن التحايل خطأ تقصيري يترتب عليه سقوط حق الشفيع في الشفعة.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.498.

² - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص.498.

³ - مرجع نفسه، ص.499.

للشفيع التمسك بالتحايل، بحيث إذا قضي له بالشفعة، فإن مراد المشرع يكون قد تحقق بما ينفي الضرر عن الشفيع، وحينئذ لا تتكامل أركان المسؤولية التقصيرية، إذ لا يكفي الخطأ وحده وإنما يلزم أن يترتب الضرر من جراء الخطأ، بحيث إذا انتفى الضرر، انتفت المسؤولية التقصيرية. فإذا لم يتمسك الشفيع بالتحايل الذي يجب أن يتم في دعوى الشفعة سعياً للقضاء له بأحقية في أخذ العقار، أو تمسك به وعجز عن إثباته انتفت علاقة السببية بين هذا الخطأ و الضرر الذي لحق بالشفيع تبعاً لذلك مسؤولية المشفوع ضده⁽¹⁾.

¹ - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص. 499-500.

وخلاصة هذا الفصل الذي كان تحت عنوان: آثار الشفعة و مسقطاتها، نجد أن المشرع قد كان واضحا في تبيان الآثار التي تنتج عند الأخذ بالشفعة، والتي تتمثل في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع و هذا ما نصت عليه المادة 794 ق م ج كما رأينا أن الشفعة تكون بالتراضي أو بالتقاضي كسبب في انتقال الملكية للشفيع.

ثم رأينا أن هذا الحل ينشئ عدت التزامات وحقوق متبادلة بين البائع و الشفيع، فيلتزم البائع لنقل الملكية إلى الشفيع وتسليمه العقار المشفوع فيه، وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وبالمقابل يلتزم الشفيع بدفع الثمن وتسلم المبيع، كذلك تتولد هناك علاقة بين الشفيع والمشتري، حيث أن للمشتري حق استرداد الثمن والمصروفات من الشفيع، والتعويض عن الغرس والبناء، بمقابل يحق للشفيع تسلم العقار المشفوع فيه، وكذا استرداد ثمار العقار.

آخر هذه الآثار تتمثل في علاقة الشفيع بالغير، في حالة ما إذا رتب البائع أو المشتري على العقار حقوقا عينية أصلية أو تبعية (كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو الرهن ...)، وتنتج من خلال البيع الأول علاقة بين البائع والمشتري قبل الأخذ بالشفعة، وبالتالي فهذه العلاقة تؤثر أيضا على الشفيع في بعض الأحيان، وتتمثل هذه العلاقة في حالة ما إذا رتب البائع على العقار المشفوع فيه حقوقا قبل شهر المشتري عقد شرائه، أو بعد شهره للعقد.

أما فيما يخص مسقطات الشفعة، فقد تسقط لأسباب موضوعية المتمثلة في تنزل الشفيع عن حقه في الشفعة، أو بزوال أحد شروطها، وقد تسقط لأسباب إجرائية، المتمثلة في عدم التقيد بأجال القانونية المحددة، سواء كانت تخص أجل إعلان الرغبة أو إيداع الثمن أو رفع الدعوى، كما قد تسقط بمرور سنة كاملة عن تسجيل عقد البيع، أو لبطلان عقد البيع، كما قد يتحایل أحد طرفي العقد لإسقاط حق الشفيع في أخذ العقار بالشفعة، كستر عقد البيع في عقد صوري، فما على الشفيع إثبات ذلك بكل طرق الإثبات، ومنه تنتج هناك مسؤولية تقصيرية، التي تقتضي وقوع الضرر لقيامها.

خاتمة

هذا بعد أن أوشكنا على نهاية هذا البحث سنسعى في ختامه بأن نضع حوصلة له لأهم النقاط الأساسية المدرجة فيه، لنبرز من خلالها خلاصة النتائج المحصلة في بحثنا مع إرفاقه بمجموعة من الملاحظات التي سجلناها و هذا كالاتي:

كما رأينا أن الشفعة نظام استثنائي ورد على خلاف الأصل الذي يقضي بأنه لا يجوز نزع ملك الغير إلا برضاه، فهي تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه قسرا عن المشتري و البائع معا لغرض رفع ضرر الشركة أو الجوار، ومن هنا جاءت خروجا عن القواعد العامة بشأن حرية الإرادة والتصرف، ولهذا السبب لا يجوز التوسع في تفسير النصوص المتعلقة بها، وبناء عليه أحاطها المشرع الجزائري بشروط وإجراءات صارمة ومواعيد قصيرة وحتى لا تبقى ملكية المشتري مهددة بالزوال بسبب الشفعة لمدة طويلة.

كما تأكد لنا من خلال بحثنا اختلاف الفقهاء سواء في الشريعة أم في القانون تكييف الشفعة، أو تحديد طبيعتها القانونية، فمنهم من يرى بأنها حق شخصي لصيق بالشخص، ومنهم من يرى بأنها حق عيني، والبعض الآخر يرى بأنها رخصة، تقييدا بما اتجه المشرع الجزائري في المادة 794 ق م ج.

يتضح لنا من نصوص الشفعة في القانون المدني الجزائري أنه لا يمكن ممارسة الشفعة إلا بتوفر شروط معينة منها ما يتعلق بالمال المشفوع فيه، وهناك شروط تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة، وهناك شروط تتعلق بالشفيع.

خلصنا أيضا أن الشفعة بعد ثبوت الحق فيها رضاءً أو قضاءً تبدأ مباشرةً بترتيب أثارها القانونية، كما رأينا في آخر البحث الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط الشفعة (مسقطات الشفعة).

إضافة إلى ذلك لاحظنا أن هناك بعض نصوص الشفعة تحتاج إلى تعديل وعلى المشرع أن يعيد النظر فيها، وهذا بعد الدراسة المفصلة لأحكامها و قواعدها طبقا لما ورد في القانون المدني و التشريعات العقارية الخاصة، وعليه رغبتنا أن نختم هذه الدراسة بمجموعة من الملاحظات التي نراها مناسبة لسد بعض النقاط والثغرات القانونية وهي كالاتي:

_ أن المشرع الجزائري حصر الشفعة فقط في ثلاث حالات و هي مالك الرقبة و للشريك في الشيوخ و صاحب حق الانتفاع دون ذكره للجار و ذلك في المادة 795 ق م ج ، لذلك يجب أن يوسع في هذه المادة

لتشمل شفعة الجار، كما يمكن له أن يدرج كذلك شفعة الدولة المقررة بنص المادة 796 من ق ت ع ، و هذا حتى تصبح المادة 795 ق م ج شاملة لكل أصناف الشفعاء.

_ فيما يخص المادة 796 ق م ج نجد المشرع حينما تحدث عن حالة تزامم الشفعاء، عالج فقط مسألة تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، و لم يتطرق إلى حالة تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة، حيث كان من الأجدر ذكرها كفقرة ثالثة في هذه المادة أو يخصص لها مادة مستقلة بها.

_ انطلاقا من دراستنا كذلك لهذا الموضوع سجلنا ملاحظة و ذلك في المادة 799 ق م ج، بحيث نجد أن المشرع لم يضيف صفة الرسمية على الإنذار في هذه المادة و هذا ما يؤدي إلى إثارة النزاع بين الشفيع و خصومه بشأن مسألة علم الشفيع بوقوع البيع، كما لا يمكننا عمليا و لا قانونيا إثبات تاريخ الإنذار، وخاصة إذا تم الإنذار شفويا.

_ بالرجوع لنص المادة 804 ق م ج نجد أن المشرع وقع في خطأ وهذا عندما نفى حق الشفيع في الرجوع على البائع، مع أن الحق ثابت له قانونا طبقا للأصل، و هذا النص المدون بالفرنسية حيث جاء خاليا الخطأ الوارد في النص المدون بالعربية.

_ كذلك نفس الشيء بالنسبة للمادة 807 ق م ج من خلال عدم التطابق، وكذا التباين الملحوظ بين النصين العربي و الفرنسي لهذه المادة، حيث نجد النص المدون باللغة الفرنسية مكون من ثلاث فقرات تبين بوضوح حالات سقوط الشفعة في ق م ج، و هي حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع، وحالة مرور السنة من يوم تسجيل عقد البيع، أما الفقرة الثالثة تضمنت سقوط الشفعة في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون، أما النص المدون باللغة العربية فلم يتضمن إلا فقرتين، و لم ينص على سقوط الشفعة في الأحوال الأخرى.

_ لاحظنا أيضا أن نص المادة 57 من ق ت ع 90-25 ، جاء عاما دون أن يبين إجراءات و شروط تطبيقه .

في آخر هذه الدراسة نتمنى أن نكون قد أدينا ما علينا من أجل أن يعم نفع هذا البحث على الجميع، ليحقق بذلك أهدافنا المستوحاة من وراء اختيارنا لهذا الموضوع، تعميما للفائدة العلمية.

الملحق رقم 03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

الغرفة الوطنية للموثقين

مكتب الأستاذ/.....

موثق بـ.....

الموقع أدناه

إشهاد بإيداع ثمن

يشهد الأستاذ /.....

موثق بـ.....

أن السيد :.....

المولود :.....

المهنة :.....

السكن :.....

قد أودع مبلغا إجماليا قدره :.....دج

في حساب الزبائن بالخرزينة العمومية لولاية.....

رقم :.....

يتضمن ثمن البيع و المصاريف رغبة منه في استعمال حق الشفعة التي يخولها له القانون و الحلول

محل المشتري.

طبقا لأحكام المادة 801 من القانون المدني.

من أجل رفع الشفعة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها.

حرر بمكتب التوثيق في :.....

بناء على طلب المعني بالأمر.....

توقيع و ختم الأستاذ /.....

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 2- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني: (الشفعة، مواعيدها وإجراءاتها، دعوى الشفعة، التحايل لإسقاط الشفعة)، الجزء الثالث عشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- 3- أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني: (الملكية، المجرى والمسيل، حق المرور، وضع الحدود الحائط المشترك، المطلات و المناور، الشرط المانع من التصرف الشيوع، الإستلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق)، الجزء الخامس، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
- 4- حسام الدين الأهواني، الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، دون دار النشر، مصر، (د.س.ن).
- 5- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني: (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 6- خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 7- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 8- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها ومصادرها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 9- سماعين شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري (دراسة وصفية و تحليلية)، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 10- عبد الرحمن الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1995.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، ج9، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

- 12- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية: (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، دار النهضة العربية، بيروت، (د.س.ن).
- 13- عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 14- ليهي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني: (الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية)، الطبعة الثامنة، دار الثقافة، الأردن، 2001.
- 15- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 16- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها ومصادرها)، دار النهضة العربية، لبنان، 1998.
- 17- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، (د.س.ن).
- 18- محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية: (الملكية والحقوق المتفرقة عنها، أسباب كسب الملكية)، دار الجمعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 19- محمد شتا أبو سعد، الشفعة: (مبادئ النقض مؤصلة بشأن العملية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 20- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية: (وفقا للقضاء و النقض)، الطبعة الثالثة، دون ذكر دار النشر، القاهرة، 1998.
- 21- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني: (الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية)، دار الثقافة، الأردن، 2001.
- 22- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة، عمان، 2001.

ثانيا: المذكرات الجامعية

- 1- العربي باشا مريم، خالدي لدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2011، 2012.

2- الضيف كيفاجي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة وأصول الدين والحضارة، جامعة قسنطينة، 1999.

ثالثا: النصوص التشريعية و النصوص التنظيمية

أ: النصوص التشريعية

- 1- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادرة في 19/06/1984، المعدل والمتمم.
- 2- قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر عدد 49 الصادرة 20/11/1990، المعدل والمتمم.
- 3- قانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 56 الصادرة في 03/12/1990.
- 4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادرة في 20/04/2008.
- 5- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة في 30/09/1995، المعدل والمتمم.

ب: النصوص التنظيمية

- 1- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم جريدة رسمية عدد 30، بتاريخ 13/04/1976.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 87-19 الذي يضبط كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الوطنية، ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 16 الصادرة 19/04/1989.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 22/12/1990 لتحديد قواعد إحدات وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضاريين، ج ر عدد 56 الصادرة في 26/12/1990.
- 4- مرسوم تنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23/11/1991، يحدد شروط الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك، ج ر عدد 60 الصادرة في 26/11/1991.

5- مرسوم تنفيذي رقم 98-70 المؤرخ في 21/02/1998، المتضمن إحداث الوكالة الوطنية للتنمية السامية، ج ر عدد 16 الصادرة في 23/02/1998.

ثالثا: الأحكام والقرارات القضائية

1- المحكمة العليا، قسم الوثائق، الغرفة العقارية، قرار رقم 34131 مؤرخ في 19/11/1984، المجلة القضائية، ص.52.

2- المحكمة العليا، غرفة المدنية، قرار رقم 34707 مؤرخ في 26/06/1985، المجلة القضائية، عدد 04 الصادرة في 1989. ص 61.

3- المحكمة العليا، قسم الوثائق، الغرفة العقارية، قرار 194437 مؤرخ في 26/04/2000، المجلة القضائية، عدد 02. الصادرة في 2000.

رابعا: الموقع الإلكتروني

1- خالد كبي، "كيوتل مصدومة من حق الشفعة الجزائري"، جريدة القبس، عدد 14353، الكويت، 12 سبتمبر 2012.

www.alqabas.com-kw/10789

الفهرس

قائمة لأهم المختصرات

01 مقدمة

الفصل الأول : ماهية الشفعة وإجراءات الأخذ بها

03 الفصل الأول: ماهية الشفعة وإجراءات الأخذ بها

04 المبحث الأول: ماهية الشفعة

04 المطلب الأول: الإطار القانوني للشفعة

04 الفرع الأول: التعاريف المختلفة للشفعة

04 أولاً: تعريف الشفعة لغةً

04 ثانياً: تعريف الشفعة اصطلاحاً

05 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة

06 أولاً: في الفقه

06..... ثانياً: في القانون المدني الجزائري

07 الفرع الثالث: الحكمة من تقرير الشفعة

07 المطلب الثاني: خصائص الشفعة

07 الفرع الأول: الشفعة واردة على سبيل الاستثناء

08 الفرع الثاني: الشفعة لا ترد إلا على عقار

08	الفرع الثالث: الشفعة غير قابلة للتجزئة.....
09	الفرع الرابع: اتصال الشفعة بالشخص الشفيع.....
09	المطلب الثالث: شروط الأخذ بالشفعة.....
09	الفرع الأول: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه.....
09	أولاً: الشفعة لا ترد إلا على عقار.....
10	ثانياً: الشفعة غير قابلة للتجزئة.....
11	الفرع الثاني: شروط تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة.....
11	أولاً: لا شفعة إلا في عقد البيع.....
12	ثانياً: ألا يكون من البيوع غير الجائز فيها الشفعة.....
14	ثالثاً: الشفعة عند توالي البيوع.....
15	الفرع الثالث: شروط متعلقة بالشخص الشفيع.....
15	أولاً: أن يكون من الأشخاص الذين تثبت له صفة الشفيع.....
20	ثانياً: الشروط الأخرى التي يجب أن تتوفر في الشفيع.....
21	ثالثاً: مسألة تراحم الشفعاء.....
24	المبحث الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة.....
24	المطلب الأول: الإنذار بوقوع البيع.....
24	الفرع الأول: البيانات الواجب مراعاتها في الإنذار بوقوع البيع.....

- أولاً: بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً..... 25
- ثانياً: بيان الثمن الذي يبيع به العقار و المصاريف الرسمية..... 25.
- ثالثاً: بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه..... 25.....
- رابعاً: بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه وموطنه..... 26.....
- خامساً: الأجل المحدد لإعلان الرغبة في الشفعة..... 26.....
- الفرع الثاني: شرط الرسمية في الإنذار 26
- المطلب الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة 28
- الفرع الأول: الرسمية في إعلان الرغبة في الشفعة 28
- الفرع الثاني: الأجل المحدد في إعلان الرغبة في الشفعة..... 29
- أولاً: إعلان الرغبة في حالة الإنذار بوقوع البيع 30
- ثانياً: إعلان الرغبة في حالة عدم الإنذار بوقوع البيع 32
- ثالثاً: إعلان الرغبة في حالة عدم الإنذار بوقوع البيع وعدم إشهار عقد البيع 33
- الفرع الثالث: تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة..... 34
- أولاً: حالة إعادة البيع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة..... 35
- ثانياً: حالة إعادة البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة..... 35
- المطلب الثالث: إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة..... 36
- الفرع الأول: إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق 36

- أولاً: المبالغ والمصاريف التي يجب إيداعها 36
- ثانياً: ميعاد إيداع الثمن ومكانه 38
- الفرع الثاني: رفع دعوى الشفعة 39
- أولاً: الخصوم في دعوى الشفعة 39
- ثانياً: كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها 40
- ثالثاً: المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى والحكم النهائي بثبوت الشفعة 43

الفصل الثاني: آثار حق الشفعة ومسقطاتها

- الفصل الثاني: آثار حق الشفعة ومسقطاتها 47
- المبحث الأول: آثار حق الشفعة 48
- المطلب الأول: علاقة الشفيع بالبائع 48
- الفرع الأول: التزامات البائع 49
- أولاً: التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع 49
- ثانياً: التزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع 50
- ثالثاً: التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق و العيوب الخفية 51
- الفرع الثاني: التزامات الشفيع اتجاه البائع 53
- أولاً: التزام الشفيع بدفع الثمن 53
- ثانياً: التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه 54

- المطلب الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري 55
- الفرع الأول: التزامات الشفيع اتجاه المشتري 55
- أولاً: التزام الشفيع بدفع ثمن البيع والمصاريف للمشتري 55
- ثانياً: التزام الشفيع بالتعويض عن النفقات اللازمة والنافعة للمشتري 56
- ثالثاً: التزام الشفيع بالتعويض عما أقامه المشتري في بناء وغراس 57
- الفرع الثاني: التزامات المشتري اتجاه الشفيع 58
- أولاً: التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع 58
- ثانياً: التزام المشتري برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع 59
- المطلب الثالث: العلاقة بين الشفيع والغير 60
- الفرع الأول: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة 60
- أولاً: الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة... 60
- ثانياً: الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة 61
- الفرع الثاني: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة 62
- أولاً: الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .. 62
- ثانياً: الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة 63

65	المبحث الثاني: مسقطات الشفعة:.....
65	المطلب الأول: تنازل الشفيع عن الشفعة.....
66	الفرع الأول: تنازل الشفيع عن الشفعة قبل تاريخ البيع.....
67	الفرع الثاني: تنازل الشفيع عن الشفعة قبل بعد تاريخ البيع.....
67	المطلب الثاني: عدم الالتزام بمواعيد وإجراءات الشفعة.....
68	الفرع الأول: عدم إظهار الرغبة وإيداع الثمن في ميعادهما.....
68	أولاً: عدم إظهار الرغبة في الشفعة في ميعادها.....
68	ثانياً: عدم إيداع الثمن في ميعاده.....
69	الفرع الثاني: عدم رفع دعوى الشفعة في ميعادها المحدد.....
70	الفرع الثالث: مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع.....
71	المطلب الثالث: أسباب أخرى لسقوط الشفعة.....
71	الفرع الأول: سقوط الشفعة بزوال أحد الشروط.....
72	الفرع الثاني: سقوط الشفعة ببطلان البيع أو بالتقادم المسقط.....
73	الفرع الثالث: أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة.....
75	الفرع الرابع: التحايل لإسقاط الشفعة.....
75	أولاً: صور التحايل لإسقاط الشفعة.....
77	ثانياً: إثبات التحايل لإسقاط الشفعة.....

77	ثالثاً: المسؤولية عن إسقاط الشفعة
80	خاتمة
		ملاحق
82	قائمة المراجع
86	فهرس