



جامعة قاصدي مرباح - ورقلة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية



قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة : حقوق

التخصص : قانون خاص

من إعداد الطالبة : حرود فطيمة

الشفعة في النظام القانوني الجزائري

اللجنة المناقشة :

- الأستاذ زرقاط عيسى (أستاذ مساعد أ) جامعة ورقلة.....رئيسا.
- الأستاذ زروقي نور الدين (أستاذ مساعد أ) جامعة ورقلة.....مناقشا ومقررا.
- الاستاذ طوايبي حسان (أستاذ مساعد أ) جامعة ورقلة.....مشرفا.

السنة الجامعية:

2013 - 2012

الاهداء

إلى كل المخلصين حينما كانوا
إلى من علمني كيف تخط الحروف
إلى روح جدي وجدتي المجاهدان
إلى فقري الغالي أبي المجاهد الذي
لظالما كان الدرع الحامي لي ولإخوتي
إلى رمز الجنان والملائك الحارس لنا
أمي الغالية التي علمتني السمود ولم
تبخل عليا بدعواتها إلى أملي في الحياة
إخوتي وأخواتي الأعماء إلى كافة
عائلة "حرود" إلى رمز الصداقة المثالية
"بسمه، فطيمة، نور الهدى وجمعة..."
إلى كافة طلبة سنة الثالثة حقوق "قانون خاص"
دفعة 2012_2013
"إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي"

الشكر والتقدير

لايسعني في هذه المرحلة إلا أن أقدم بخالص شكري وتقديري إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل المتواضع وخص بالذكر لكل من " أستاذي المؤطر السيد طوايبي حسان " الذي شرفني بإشرافه على هذه المذكرة وعلى كل المجهودات التي بذلها والعطاء الفياض الذي لم يبخل به عليا وباعتباره لعب دور المنهاج المنير في دراستي هذه.

إلى الطاقم العامل بمكتبة مجلس قضاء اليزي وبالأخص إلى السيد النائب العام وإلى خالتي العاملة بالمجلس التي كانت لي سندا قويا، كما لا انسى تقديم الشكر والتقدير لعمال المكتبة الجامعية بكلية الحقوق كما أقدم امتناني إلى كل من علمني حرفا على اختلاف المراحل الدراسية الذين تعاقبوا على دراستي خلال

الفترة الجامعية وإلى كل أستاذ علمني قانونا أو منهجية في المجال

الدراسي الذين ما توانوا لحظة عن تقديم جل ما يملكون من ثمرات علمية

إلى كل هؤلاء أقدم تشكراتي

" كروم فطيمة "

المقدمة :-

الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء ، و هي تكتسب بأسباب معينة تناولها المشرع الجزائري من الفصل الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني، تحت عنوان « طرق إكتساب الملكية » و التي تضم كلا من الإستيلاء الميراث ، الوصية ، الإلتصاق بال عقار ، الحيازة و الشفعة.

والشفعة بهذا الوصف ، إستمدت أحكامها أساسا من الشريعة الإسلامية ، و هي قائمة على فكرة دفع الضرر عن الشفيع المتصل حقه بالعقار المبيع ، و تبرز على أساس تفضيل القريب على الغريب ، أي تفضل من قامت له صلة بالعقار المبيع على الغريب الذي لم تكن له هذه الصلة أو من كانت له بالعقار أدنى من صلة الشفيع ، و بالرغم مما تحققه الشفعة من فوائد لاسيما تجميع ما تفرق من عناصر الملكية و القضاء على وضع الشيوخ غير المرغوب فيه.

غير أن معضلة الشفعة ما زالت تكمن في كونها تمثل قيودا على حرية التصرف و التملك و التعاقد ، و حق الملكية على السواء ، فبموجبها يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي على العقار الذي اشتراه ، كما يجد البائع نفسه طرف في عقد مع شخص آخر ، لم يرغب في إبرام التعاقد معه ، أي غير الذي باع له ، و في الوقت نفسه يجد الشفيع نفسه طرفا في عقد لم يناقش بنوده و لا شروطه و لم يشترك حتى في إنعقاده.

والشفعة وفقا لذلك من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء لحكمة سامية و استمد القانون بالمجمل أحكامه بهذا الخصوص منها إذ تعتبر الشريعة الإسلامية و مبادئ الفقه الإسلامي المصدر المادي و التاريخي للشفعة حيث شاع إستعمالها في كثير عقود البيع رغم الجدل الذي دار حولها ، فنجد المشرع قد أحاط الشفعة بجملة من القيود الإجرائية و الموضوعية ، حيث وضع الضوابط اللازمة لإستعمال هذا الحق و حدد الجزاءات المترتبة على مخلفاتها ، كما أن القضاء حاول معالجة هذا الموضوع في كل مناسبة كان يعرض عليه فيها هذا الموضوع.

- و تنبع أهمية هذه الدراسة كون الشفعة تعد من الموضوعات المهمة التي تمس حياتنا الاقتصادية و الاجتماعية في كل يوم ، بإعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية و تثبت على خلاف الأصل في حرية

التعاقد و التملك التي تقتضي بها القواعد العامة ما لم يخالف النظام العام و الآداب العامة ، بالإضافة لذلك فان حق الملكية مصون لا يحق لاحد ان يتعدى عليه أو التدخل في إنعقاد البيوع سوى كان من صاحب صفة و مصلحة فيها.

- و جدير بالذكر ، أن المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى الشفعة لأنه لم يعرفها و لم يعمل بها ، عكس القانون المدني الجزائري الذي نص على الشفعة ، و خصها بمواد مبينة و واضحة. لذا فالسؤال المطروح في هذا الصدد يتعلق بمحاولة معرفة مصدر الشفعة في القانون المدني الجزائري ؟ خصوصا

- وقد ثار جدل كبير في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للشفعة ؟ هل هي حق عيني أم حق شخصي ؟ أم أنها ليست أصلا بحق ، بل هي مجرد سبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الجزائري ؟ كما ثار خلاف حول إعلان الرغبة في الشفعة ، إضافة إلى تساؤل حول وقت حلول الشفيع محل المشتري فهل يكون الحلول وقت عقد البيع ؟ أم وقت إعلان الرغبة ؟ أم من وقت صدور حكم نهائي يقضي ثبوت الشفعة ؟ فما هي الجوانب الأساسية التي مست القانون المدني أو التي تناولها المشرع الجزائري بخصوص الشفعة ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات المحورية و ما يثار بشأنها ، ساحاول أن تكون الدراسة بإتباع المنهج الوصفي و التحليلي ، مع استعانة بسيطة بالمنهج المقارن ، كي اتمكن من الإحاطة بكافة جوانب هذا الموضوع و الوقوف على صحيح أحكامه و تحقيقا لأهداف هذا البحث ، في محاولة للإجابة على هذه الإشكاليات المعالجة لموضوع الشفعة في القانون الجزائري جاءت أن يكون بحثي على ضوء الخطة التي قسمتها الى فصلين, الاول يتمحور حول ماهية الشفعة و شروط الاخذ بها, وفيه مبحثين , المبحث الاول خصص بمفهوم الشفعة و شروطها, وفيه المطلب الاول المتمثل بتعريف الشفعة ودليل مشروعيتها, اما المطلب الثاني بالطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها, اما المبحث الثاني في نفس الفصل فكان بخصوص شروط الاخذ بالشفعة, الذي يتكون من المطلب الاول المتعلق بالشروط الخاصة بالشيء المشفوع فيه , والمطلب الثاني المتعلق بالشروط الشفيع. اما فيما يخص الفصل الثاني يتمحور حول اجراءات و آثار الشفعة وسقوطها. فالمبحث الاول خصصته بكيفية الاخذ بها , المتكون من المطلب الاول الخاص باجراءاتها والثاني بالدعوى المرفوعة الخاصة بالشفعة, اما المبحث الثاني فتمحور حول آثار الشفعة الذي تضمن مطلبه الاول بانتقال ملكية العقار الى الشفيع , والثاني بالعلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة , اما المطلب الخير فخصصته بالمسقطات الاختيارية والاجبارية للشفعة.

الفصل الأول

ماهية الشفعة وشروط الأخذ بها

تمهيد:

اخصص دراستي في هذا الفصل على ماهية الشفعة من حيث تعريفها وبيان المقصود بها، والوقوف على كيفية تعريف التشريعات لها، وعرض مسألة الطبيعة القانونية لها، إضافة الى خصائصها. ومندرج هذا في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني، فأتناول فيه شروط الأخذ بالشفعة اي الشروط الواجب توافرها في الشفيع والعقار.

المبحث الأول : مفهوم الشفعة.

المطلب الأول : الشفعة و دليل مشروعيتها

سأحاول من خلال هذا المطلب التعرف على الشفعة و دليل مشروعيتها

الفرع الأول :تعريف الشفعة

أولاً : لغة :

الشفعة ، بضم الشين و إسكان الفاء ، مأخوذة من الشفع بمعنى الضم ، على الأشهر ، أي ضد الوتر ، من شفعت الشيء شفعا : أي ضمته إلى الفرد ، و شفعت الركعة ، جعلتها اثنين ، و شفع الشيء شفعا : ضم مثله إليه. و شفع الشيء: جعله زوجا، كما تطلق الشفعة أيضا بمعنى الزيادة و التقوية و لكن أشهر معانيها هو الضم. (1)

وقد عرفت الشفعة كذلك على أنها مأخوذة من الفعل شفع، وهو يطلق إطلاقين : فيطلق بمعنى - ضم - و منه الشفع بمعنى الزوج ، لأن كل واحد ضم إلى الآخر ، و يطلق بمعنى - زاد - و منه شأن شافع إذا كان معها ولدها لأنه زاده،الشفعة يصح أن تؤخذ من الشفيع بمعنى - ضم- لأن الشفيع يضم العقار المبيع الى كله،ويصح أن تؤخذ من شفيع بمعنى -زاد-لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة.(2)

(1)- جمال مهدي - محمود الأكنشة - أثر الشفعة في العقار و المنقول دار الفكر العربي ، طبعة 1995؛ ص9.

(2)- رمضان ابو السعود - الوسيط في الحقوق العينية.الأصلية ; دار الفكر العربي; طبعة 1986؛ ص245.

ثانيا : اصطلاحا :

اختلفت التشريعات للشفعة كل من منظوره وفقا للمدرسة القانونية التي تنتمي إليها ، فقد عرفها القانون المدني المصري بموجب المادة (935) بقوله " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أحوال معينة إذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون ".

- أما القانون المدني الأردني فقد عرفها في مادة (1150) بأنها " حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه و لو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن"

- أما في الشريعة الإسلامية اختلفت عبارات الفقهاء في بيان حقيقة الشفعة تبعا لإختلافهم في بعض الأحكام المتعلقة بها ، حيث عرفها الحنفية على أنها حق تملك العقار لدفع ضرر الجوار ، فالشفعة عند الحنفية تثبت للجار و الشريك. (1)

أما جمهور الفقهاء " من المالكية و الحنابلة و الإمامية و غيرها... " ، فقد عرفها على أنها إستحقاق ، شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار ، بثمنه أو قيمته ، بصيغة و بعبارة أخرى فهي : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك يعوض(2). و يرى الجمهور بأن الشفعة حق للشريك فقط دون الجار.

- فكل هذه التعاريف تنصب في مفهوم واحد للشفعة ألا و هو كونها حق تملك الشفيع للعقار جبرا و هو العنصر الجوهرى و المميز للشفعة، و من ثمة دفع الثمن و المؤن و التكاليف للمشتري و هو مقابل التنازل على العقار.

- أما في القانون المدني الجزائري جاء تعريف الشفعة في المادة 794 و هو النص المطابق لمادة (935) من القانون المصري ، حيث نصت المادة 794 من القانون المدني السابقة الذكر على أن " الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

ونستنبط من هذا التعريف أن الشفعة تعد كسبب من أسباب كسب الملكية ، إذا ما استعملها الشفيع لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع ، الذي يحل محل هذا المشتري بشروط يتم بيانها لاحقا.

(1) - جمال مهدي - محمود الأكنة - المرجع السابق ص; 10-11-13.

(2) - أحمد بن محمد أحمد الدريدير ، الشرح الصغير ، على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك جزء 5 - دار المعارف 1986; ص310.

ولهذا فالشفعة لا تكون بحسب المادة إلا في بيع العقار ، و يسمى العقار المشفوع فيه من الشفيع و هو طالب الشفعة ، و قد عين القانون أحواله و من المشتري هو الشفيع منه و الذي يحل محله الشفيع ، و البائع ، و عقار مشفوعا به و هو العقار الذي يملكه الشفيع و الذي يستند إليه في طلب الشفعة لضمه إلى العقار المشفوع فيه.

الفرع الثاني : دليل مشروعيتها :

بما أن الشفعة تستمد من الشريعة الإسلامية فيجب الإشارة إلى مشروعيتها في هذه الأخيرة حيث أن الشفعة ثابتة بالسنة و الإجماع ، فقد ثبت بقضاء الرسول صلى الله عليه و سلم بها ، إذ روي في الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

قوله : (قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة) متفق عليه.⁽¹⁾

- و عن أبي هريرة قال الرسول (ص) : إذ قسمت الدار و حدثت فلا شفعة فيها.

- و عن عبادة بن الصامت أن النبي (ص) قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضية و الدور.

ومن خلال ذلك تتجلى مشروعية الشفعة و جواز الأخذ بها و بذلك عمل الصحابة و الخلفاء ارشدون عليهم رضوان الله ، إذ قضى بها الكثيرون ، و منهم الإمام علي بن أبي طالب -كرم الله وجهه- و الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه .⁽²⁾

أما الشفعة في القانون المدني الجزائري جار بها العمل ، حيث نظمها المشرع في نصوص خاصة . فأوردتها في الباب الأول المتعلق بحق الملكية الواقع في الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية ، إذ نجدها في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق إكتساب الملكية⁽³⁾ وخصها بنحو أربعة عشر مادة، بدأ من المادة 794 الى غاية المادة 807 من نفس القانون متضمنة هذه المواد "شروط الشفعة، اجراءاتها آثارها، وسقوطها".

كما نجدها منظمة في إطار نصوص أخرى منها :

(1) - عبد الحميد الشواربي - أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء - دار الفكر الجامعي - اسكندرية - طبعة 1990; ص 10.

(2) - جمال مهدي محمود الاكشة - مرجع سابق - ص 15-20.

(3) - الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لستمبر 1975 المتضمن قانون المدني معدل والمتمم.

1- القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية ضبط إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم ، إذا منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية ، و قد حددت المادة 24 من هذا الحق ، فنجد أن المادة 62 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 ينص على ما يلي « تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليها في المادة 24 من القانون 19/87/ المؤرخ في 1987/12/08».(¹)

2- قانون التوجيه العقاري 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 : تم النص على إستكمال حق الشفعة في ظل هذا القانون من خلال المادتين 52 و 71 فالأولى تتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات الفلاحية أما المادة الثانية فتتعلق بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء.

وما يمكن قوله حول هذا القانون ، هو منحه حق ممارسة الشفعة للدولة ، رغم أنها ليست مالكة و لا صاحبة حق إنتفاع و تمارس الدولة حق الشفعة عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية. فقد جاء في نص المادة 52 عن قانون 25/90 أنه في جميع الحالات الأخرى التي يعتمد فيها لإجراء البيع لهاته الأراضي ، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تقوم بشراء الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعاً للرتبة المحددة في المادة 795 من القانون المدني.

أما نص المادة 71 من القانون 25/90 فقد أعطى للدولة و الجماعات المحلية الأسبقية و الحق و أنزلها المرتبة الأولى قبل أصحاب الحقوق الذين نص عليهم القانون المدني في المادة 795 ، إذ خولت المادة للدولة أو الجماعات المحلية ممارسة حق الشفعة ، في حالة ما إذا أراد أصحاب الحقوق العقارية التنازل عنها ، و هذا دون حاجة من الدولة أو الجماعات المحلية لاستعمال إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية ، طالما أنها تقوم بإنجاز مشروع في إطار المصلحة العامة و تمارس امتيازات السلطة العامة. والملاحظ أن المادة السالفة الذكر نصت على أن الدولة أو الجماعات المحلية تمارس حق الشفعة بواسطة مصالح و هيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم، غير أنه لم يصدر بعد.(¹)

3- الأمر 105/76 مؤرخ في 1976/12/09 و المتضمن قانون التسجيل تضمن القسم الرابع من هذا الأمر حق الشفعة ، لاسيما المادة 118 منه ، حيث جاء فيها : «تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار كله أو جزئه» و الذي ترضى فيه بأن ثمن البيع غير كافي مع دفع

(¹)- قانون 19 87 المؤرخ في 1987-12-08 المتضمن كيفية استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للاملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين و واجباتهم.

(¹)- لويشي نجاة ،الشفعة و تطبيقاتها في الميدان العملي ، مذكرة نهاية التخرج لنيل شهادة البسونس،2001ص27

مبلغ الثمن ، ما زاد فيه العشر «10/1» لذوي الحقوق و ذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد 102 إلى 106.

وخلال أجل ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح ، و يبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط و إما برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة. فالملاحظ هنا أن الإدارة المالية لها حق ممارسة الشفعة في الأملاك العقارية التي تم التصريح بها ، انطلاقا من أثمان على وجه التبرع و من ثمة فهذه المادة جاءت من أجل الحد من التلاعب و التهرب الضريبي الذي يقوم به الأفراد، لاسيما في البيوع العقارية ولمنع الأفراد من تقديم تصريحات كاذبة لإدارة التسجيل.⁽²⁾

4- المرسوم التشريعي 931-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري. تنص المادة 23 من المرسوم على مايلي: "إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها، اجزاء، يستفيد الشاغل القانوني للجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه، وتبين بدقة نية البيع على الخصوص ثمن البيع المطلوب، كما يجب ان تبلغ برسالة موصى عليها مع وصل استلام الى الشاغل الذي يتعين عليه ان يجيب خلال اجل لايمكن ان يتجاوز شهرا واحدا، ويصبح حق الشفعة دون اثر، اذا انقضى هذا الاجل" - نلاحظ ان المشرع هنا مكن المستاجر من ممارسة حق الشفعة، وهو خروج عن القاعدة العامة، غير أن الاجار لا بد ان يكون بين شخص معنوي وهو المؤجر والشخص اخر يسمى بنص المادة الشاغل القانوني.

- وعلى هذا الأساس فإن الشاغل القانوني يمكن أن يحتج بالشفعة أمام دواوين الترقية و التسيير العقاري التي يمكن لها أن تؤجر الأملاك العقارية التابعة لها ، سواء كانت محلات سكنية أو مهنية ، طبقا للمرسوم 147/76 المؤرخ في 1976، 23-10 المتضمن العلاقات بين المؤجر و المستأجر لمحل معد للسكن و تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري.⁽¹⁾

وما تجب الإشارة إليه هو أن هذه القوانين ليست شرط أو غير مطلوبة التعمق فيها في هذه الدراسة عكس ما جاءت به نصوص القانون المدني الجزائري ، الملزمة بتكريس و تعميق دراستي حولها.

⁽²⁾- المرجع نفسه ، ص 28.
⁽¹⁾- الطالبة - لويشي نجاة ، المرجع السابق، ص 25.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة و خصائصها.

من خلال هذا المطلب سأحاول معرفة تكيف الشفعة أو الطبيعة القانونية لها ، من حيث إعتبارها حق أم رخصة. و كيف فيها الفقهاء القانونيين و موقف المشرع من كل هذا، من خلال نصوص القانون المدني ثم أتطرق بعدها إلى خصائص الشفعة.

الفرع الأول : تكيف الشفعة.

تعد الشفعة قيديا يرد على حرية التصرف و التملك كونها جاءت على خلاف الأصل و من المفترض ترك الحرية للمالك بالتصرف فيما يملك كيفما يشاء و لا يحد من حريته سوى قواعد النظام العام بينما يجد البائع بالشفعة نفسه ملزما بعقد لم يرتضه ابتداء إلا أنه فرض عليه التعاقد مع شخص آخر و هو الشفيع و ذلك رضاء أو قضاء و هو الأغلب و يعتبر الحكم القضائي عقدا حقيقيا تحل فيه سلطة القضاء محل الإرادة.

حيث أن الفقه القانوني أثار جدل كبير حول الطبيعة القانونية للشفعة ، لذا فقد تساءل كثير من فقهاء القانون عن الطبيعة القانونية للشفعة فهل هي حق شخصي ؟ أم حق عيني ؟ أم هي مجرد رخصة ؟ أم أنها سبب من أسباب كسب الملكية ؟ في هذا الإطار هناك من اعتبر الشفعة حقا شخصيا، بمعنى أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية لحماية حق عيني وإنما يباشر دعوى شخصية لحماية حق شخصي لصيق به ، وهو حقه فان يصير مشتريا ، وهذا الحق لا يورث عنه و لا تجوز حوالتة ، كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه بإسمه. و هناك من إعتبره حقا شخصيا عينا فهو شخصي بالنسبة للشفيع و عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه. (1)

وهناك من ذهب إلى إعتبار الشفعة هي واقعة قانونية طبيعية و سبب أو طريقة من طرق كسب الملكية و الحقوق العينية أي : رخصة إستثنائية تؤدي إلى التقييد بحرية التصرف و التعاقد و على هذا النحو ، فهي ليست حقا عينا أو شخصيا ، إذ لا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا معيناً ، فالشفعة من الحقوق الترخيفية أو المنشئة ، تؤدي إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري(2)

- و يرى الأستاذ : أنور طلبة ، أن الشفعة هي رخصة ، أي خيار للشفيع ، فله أن يأخذ بها أو أن يتركها و من ثم فلا يكره عليها و لا تجوز إلا في العقار ، و متى ثبت الحق فيها ، تملك العقار المبيع و لو جبرا

(1) - محمد خيال - الحقوق العلمية الأصلية - جامعة القاهرة 1992 , ص 177.

(2) - نبيل ابراهيم سعد- الشفعة علما وعملا- منشأة المعارف اسكندرية, طبعة 1997 , ص 08 09

على المشتري ، بموجب حكم صادر من القضاء يعتبر عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة.(3)

- غير أن الأستاذ السنهوري يرى بأن الشفعة ليست بحق عيني و لا شخصي، بل هي ليست بحق أصلا ، و إنما هي سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حق عينا على العقار ، كالحق الإنتفاع مثلا ، لأن الفرق واضح بين الحق نفسه و بين سبب من أسباب كسبه.

فالشفعة بإعتبارها سبب لكسب الحقوق العينية، فهي واقعة مركبة، إقتران فيها الشبوع أو الصلة المادية القائمة بين العقار المشفوع فيه و العقار المشفوع به و هذه واقعة مادية، و بيع العقار الأول أي المشفوع فيه و هي بالنسبة للشفيع واقعة مادية أخرى ، و بالإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة ، و هذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد.

فهذه الوقائع المتسلسلة و المركبة ، الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ، و من ثم يمكن إدخال الشفعة في مجال الواقعة المادية ، أي يمكن القول أن هناك مراكز قانونية إذ تهيأت أسبابها لشخص إستطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة بعد إعلان رغبته في ممارسة الشفعة ، حيث يكون للشفيع رخصة في أن يمتلك العقار المشفوع فيه، بإعتبار الشفعة رخصة ، و تتولد هاته الأخيرة في التملك بقيام المركز القانوني ، حيث تخول هاته الرخصة للشفيع الحق في أن يمتلك العقار المشفوع فيه بإرادته متى تهيأت أسبابه بإجتماع وقائع مادية معينة ، فلا يكون للشفيع حق الملك بل الحق في أن يمتلك هذا العقار ، ثم يتحول حقه في ان يمتلك العقار المشفوع فيه إلى حقه في ملكية هذا العقار و ذلك عن طريق حله محل المشتري.(1)

فمن خلال ما سبق من آراء حول تكييف الشفعة ، أو الطبيعة القانونية لها ، يمكن الميل إلى أن الرأي الراجع هو الرأي المستنبط منه أن الشفعة ليست حقا عينيا و لا شخصيا ، و إنما هي واقعة مادية مركبة أي سبب من أسباب أو مسلك لكسب الملكية ، كما أنها تعد مصدر للحق ، و هذا الرأي الذي مال له المشرع من خلال نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري ، إذ اعتبر الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري وفق إجراءات محددة من قبل القانون.

(3)- انور طلبية - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- القاهرة طبعة 1968 ; ص474.
(1) - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء التاسع - دار النهضة العربية - القاهرة 1968 ص474

الفرع الثاني : خصائص الشفعة :

بما أن الشفعة ليست حقا عينيا و لا حقا شخصيا و لا تكون إلا في العقار ، و قد شرعت دفعا للضرر المتوقع بسبب إتصال ملكية العقار المبيع إضافة لما لها من فوائد إقتصادية في جمع ما تفرق ، و هذا ما جعلها تكتسي جملة من الخصائص ، سأحاول التطرق إليها إستنادا بالقانون المدني الجزائري.

أولا : الشفعة لا ترد إلا على العقار :

لا شفعة إلا في العقار ، و هذا ما أقر المشرع حيث لم يجز الشفعة إلا في العقار دون المنقول ، كالحيوان و الثياب و العروض التجارية ، لأن المنقول يرد عليه حق الإسترداد ، و لأنه لا يدوم بخلاف العقار حيث تثبت هذه الخاصية بصريح نص المادة 794 من القانون المدني ، و على هذا الوجه تختلف الشفعة عن الاسترداد الذي يكون في المنقول و مجموع المال.

- و يتحدد العقار وفقا لمعناه في القانون المدني بأنه «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف» ، و هذا هو العقار بالطبيعة فتجوز الشفعة في بيعه إذ توافر سببها ، سواء كان هذا العقار أرضا أو أرضا عليها بناء بيع بمفرده دون الأرض.

و لما كانت المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص و تعتبر من ملحقات العقارات الذي تخدمه ، فإن التصرف في هذا العقار يشملها في الأصل ، و لذلك إذا بيع عقار و توافر سبب الأخذ بالشفعة فيه ، فتشمل الشفعة هذا العقار و العقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته

أو إستغلاله ، ما لم تكن قد استبعدت من البيع ، و لكن إذا فصلت عن العقار الذي تخدمه و بيعت على استقلال ، فلا تجوز الشفعة فيها، إذ أنها بذلك تكون قد عادت لها صفتها المنقولة و لا شفعة في منقول.

ولا تجوز كذلك في بيع المنقولات بالمال ، و هي العقارات بالطبيعة المعدة للفصل على أصل ثباتها و إستقرارها ، إذ تعامل لذلك معاملة المنقول، و لا شفعة في منقول ، و لذلك لا تجوز الشفعة في بيع بناء معد للهدم ، إذ يرد البيع في الحقيقة ، على أنقاصه المتخلفة عن الهدم و هي المنقولات.(2)

(1) - رمضان أبو السعود - المرجع السابق ص 161.

ثانيا : عدم قابلية الشفعة للتجزئة :

- لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون أخذ الآخر ، و على ذلك يتوجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في كل العقار و لو وجد مع شفعاء آخرين ، و ذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك.

وقد كان تأصيل المسألة يقوم على أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها دون البعض ، و إذا توفرت شروط الأخذ بالشفعة فيها ، و لا يكون هذا تجزئة للشفعة.(2)

ونجد أن نص المادة 796 من القانون المدني أقر أنه في حالة تعدد الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة حسب الترتيب الآتي :

*إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

*و إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتهم أو من طبقة أدنى ، و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

ثالثا : إتصال الشفعة بالشفيع :

*- لما كانت الشفعة قد شرعت دفعا للضرر المحتمل الوقوع من شريك أو جار فترجع إليه تقدير ذلك و يكون أخذه بالشفعة من عدمه متروك لمحض إرادته و تقديره ، لذا أقر القانون المدني بأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، حيث يتولد عن هذا الإتصال جملة من الآثار :

*- لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، فالشفعة إكمانية قانونية أو رخصة و ليست حقا ، بإعتبار الدعوى غير المباشرة مقصورة على الحقوق دون الرخص كونها متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز لدائنه أن يطلب الحقوق دون الرخص كونها متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز لدائنه أن يطلب الحقوق المتعلقة بشخصه بطريق الدعوى غير المباشرة تطبيقا للقواعد العامة.(1)

(2) - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 485.

(1) - محمد بن محمد أحمد بن رشد القرطبي ، بداية للمجتهد و نهاية المقتصد الجزء الثاني دار الشريعة- الجزائر ص 200.

*- لا يجوز للشفيع إحالة حقه بالشفعة لأنها بطبيعتها تأبى جواز الإحالة شأنها شأن الحقوق المتصلة بشخصية الدائن.(2)

*- كما أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا ينفصل عنه ، فإذا أراد الشفيع النزول عن الشفعة لغيره وجب عليه أولاً أن ينزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير لتتبع الشفعة هذا العقار ، و تنتقل بالتبعية إلى من إنتقل إليه العقار متى كان مالكة وقت بيع العقار المشفوع به. (3)

المبحث الثاني :شروط الأخذ بالشفعة :

تعرف المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة بأنها «رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية» و من هذا النص يتبين أن الأخذ بالشفعة يتحقق بوجود أمرين ، أولهما يتعلق بالتصرف الذي يجيز الشفعة و بالشيء المشفوع فيه ، و ثانيهما يتعلق بوجود شفيع ، و من خلال هذا المبحث ساحاول التطرق و الإمام بأهم شروط الأخذ بالشفعة ، و ما يتخلل هذه الشروط من مميزات و ذلك بتسليط الضوء على ماقننه المشرع بموجب القانون المدني الجزائري.

1. المطلب الأول :الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة و بالشيء المشفوع فيه.

كي يتم الأخذ بالشفعة لا بد من وجود عقار معد للبيع، و ذلك حسب ما جاءت به المادة 794 من القانون المدني ، أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعاً، كما يشترط أن يكون المبيع المشفوع فيه عقاراً ، أي لا شفعة في المنقول و هذا ما آل إلى طرح السؤال "هل كل بيع عقاري يمكن أن يؤخذ بالشفعة؟" و لإجابة على ذلك يجب عرض مسألتين :

الفرع الأول : جواز الأخذ بالشفعة في حالة البيع العقاري :

بمجرد وقوع بيع عقاري ، ينفتح باب الشفعة متى توافر شروط الأخذ بها ، فالأصل هو جواز الأخذ بالشفعة في البيع العقاري و هذا ما أقره القانون المدني في جملة من المسائل :

(2) - عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 465.
(3) - المرجع نفسه ص 466.

1 - لا شفعة في المنقول :

فبطبيعة الحال الشفعة لا ترد إلا على العقار، فيجب لجواز الشفعة أن يكون المال الذي ورد عليه البيع عقارا، و المقصود بذلك أن يرد البيع على العقار بوصفة عقارا ، فإذا بيع العقار بإعتباره منقولا بحسب المآل كما لو بيع البناء لكي يهدمه المشتري و يأخذ أنقاضه ، فإن لاشفعة لا تجوز فيه.⁽¹⁾

و تجد الإشارة إلى أن العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد لخدمة العقار أو لإستغلاله ، فإنه بيع مستقلا «عن العقار» أعتبر منقولا و لا شفع فيه أما إذا بيع مع العقار جاز أخذه بالشفعة تبعا للعقار وفقا للقواعد العامة قرار رقم 155181 مؤرخ في 1997/11/18 جاء فيه : ⁽¹⁾«إن المادة 794 من القانون المدني تنص على أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات ، و لا يمكن ممارسته في المحالات التجارية».

ومن المقرر أيضا أنه يثبت حق الشفعة :

1 - لما لك الرقبة إذ بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.

2 - للشريك في الشيوع إذ بيع جزء من العقار المشاع للأجنبي.

3 - لصاحب الحق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

2 - الشفعة غير قابلة للتجزئة:

تتعلق هذه المسألة بالحالة التي إذ بيع فيها عقار ، فلا يجوز للشفيع أن يشفع في جزء من العقار دون جزء آخر ، فإما أن يشفع فيه كله أو يتركه كله ، و هذه المسألة تم توضيحها ضمن خصائص الشفعة التي سبق ذكرها.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة : الملكية في قوانين البلاد العربية - دار الفكر العربي - القاهرة ص 150.
(1) - المجلة القضائية 1997 عدد 02 ص 56.

3 - لا شفعة إلا في عقد بيع :

يجب توافر عقد بيع للعقار الذي يصدر من مالك العقار المشفوع فيه غلى المشفوع به ، حتى لا يجوز الأخذ بالشفعة ، و عقد البيع هو التصرف قانوني صادر من الجانبين و ناقل للملكية يعوض ، و على هذا فأى عقد آخر و لو كان ناقلا للملكية لا تجوز فيه الشفعة مثل : الهبة و المقايضة.(2) كما أنه إذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني للميراث أو الالتصاق أو التقادم فلا شفعة.(3) و حتى لو إنتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني من جانب واحد فلا شفعة ، و هو الحال عليه في الوصية.(4) و ما تجدر الإشارة إليه ، هو حالة ما إذا كان عقد المقايضة الناقل للملكية هو عقد للبيع جاز الأخذ فيه بالشفعة ومع ذلك لا يؤخذ فيه بالشفعة ، فلعقد الباطل لأنه لا وجود له.

ويجوز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، لإن البيع في الحالتين موجود و إن كان وجوده قائم على خطر الزوال ، فالبيع معلق على شرط فاسخ ،ويكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، و على الشفيع أن يراعي مواعيد الشفعة و تسري من وقت إبرام العقد ، فإذا أخذ بالشفعة في مواعيدها ، حل محل المشتري في هذا البيع المعلق على شرط فاسخ ، فإذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، و إذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعي كما يزول بالنسبة للمشتري و لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة . أما إذا فوت الشفيع المواعيد فإن حقه يسقط ، أما البيع المعلق على شرط واقف ، فالبيع يكون غير نافذ و لكنه موجود ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة و تحسب المواعيد من وقت لإبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط ، فإذا مارس الشفيع الشفعة في المواعيد حل محل المشتري في هذا البيع و بتحقق الشرط ينفذ البيع بأثر رجعي و تنفذ معه الشفعة و إذا تخلف زال البيع بأثر رجعي و معه الشفعة ، أما إذا فوت الشفيع المواعيد سقط حقه في الشفعة(1) كما تجوز الشفعة كذلك في عقد البيع القابل للإبطال ، لأنه موجود و نافذ و المواعيد فيه تحسب من يوم إبرام العقد ، و جدير بالذكر أم الشفيع قد يكون معرضا للمطالبة بالإبطال متى حل محل المشتري.(2)

4 - لقد نصت المادة 797 من القانون المدني الجزائري على أنه «إذ إشتري شخص عقار تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 ،

(2)- على الخفيف - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية - الجزء الثاني طبعة 1969 ص199

(3)- على الخفيف - نفس المرجع السابق طبعة- 2001 ص199 200.

(4)- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار الطباعة والنشر، ذون سنة نشر، 373.

(1)- عبد الرزاق السنهوري -المرجع السابق ص 503.

(2)- المرجع نفسه ص504 - 505.

فلا يجوز الأخذ بالشفعة ، إلا من المشتري الثاني و حسب الشروط التي اشترى بها « إن هذه المادة تفترض تولي عدة بيوع على نفس العقار ، و تحدد في أي بيع منها يجوز للشفيع أن يأخذ فيه بالشفعة ، و لتوضيح ذلك يفترض أن البائع قام ببيع عقاره لمشتري ما ، ثم قام هذا المشتري ببيع نفس العقار لمشتري ثاني ، فهل يأخذ بالشفعة في البيع الأول أم الثاني؟.

أجابت المادة على هذا التساؤل ، و قضت الأخذ بالشفعة من المشتري الثاني ، إذا لم تعلن الرغبة في الشفعة أو قبل تسجيلها ، و هذا حسب الشروط التي اشترى بها ، و السبب من وراء أخذ الشفعة في البيع الثاني، أي : من عند المشتري الثاني ، هو أن البيع الأول لم يعد قائماً بالنسبة للشفيع ، و أما البيع الثاني فهو الساري المفعول و القائم في حقه لذا عليه المطالبة بالشفعة في هذا بنفس الشروط ، ولذا فإن كان هذا العقار مثلاً غير قابل لشفعة لأي سبب منع على الشفيع الأخذ بالشفعة حتى و لو كانت شروط الأخذ بها قائمة في البيع الأول.(1)

5 - جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل :

إن المشرع سكت عن هذه المسألة و لم يتعرض لها - غير أن الأستاذ السنهوري ، ذكر أن الشفعة جائزة في بيع العقار غير المسجل طالما أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه ، و منها التزام في ذمة البائع ينقل الملكية إلى المشتري الذي حل محل الشفيع ، إذ يستطيع الشفيع إلزام البائع بتنفيذ هذا الإلزام عينا ، بل أن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع إذا ما قام بتسجيله ، بنقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع و هو ما ذهب إليه الفقه ، طالما أن نقل الملكية ليس ركنا في البيع ، بل و أن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المشهر ، لاسيما أن حق الشفعة ينشأ من يوم البيع و لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد فوقت قيام سبب الشفعة هو وقت قيام العقد.(2)

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

تعرض المشرع في القانون المدني لبعض البيوع الصحيحة و التي تتوافر فيها شروط الأخذ بالشفعة و مع ذلك فقد ورد النص على إستثنائها و عدم الشفعة فيها ، و هي الحالات المنصوص عليها في المادة 798 من القانون المدني ، و هي تتعلق إما بالبيع و إما بالمشتري.

(1) - العروم مصطفى- مجلة الموثق- العدد 06- 1999ص40

(2) - المرجع نفسهص41

فبالنسبة لموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، فقد أورد التقنين المدني مانعين من الشفعة و المنع فيهما مطلق نعرض لبيانها فيما يأتي :

❖ البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون :

فرض المشرع مانعا من الأخذ بالشفعة في هذا البيع، و ذلك بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة «إذ حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون» إستنادا إلى المادة 1/798 ، و حكمة المنع في ذلك تتمثل في كون الفرصة متاحة للشفيع لدخول المزاد و أخذ العقار بالمزايدة دون حاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزاد فضلا عن أنه – بالمنع المفروض - تؤتي المزايدة ثمارها من الحصول على أعلى ثمن بعد أن تحرر المزايدون من خطر التهديد بأخذ العقار من بعد بالشفعة.

ويشترط لقيام هذا المانع تحقق شرطين ، الأول أن يكون البيع بالمزاد العلني ، تأكيدا للعلائية التي تكفل حرية المزايدة و جديتها ، و الشرط الثاني يتمثل في أن يجري هذا البيع وفقا لإجراءات مرسومة بالقانون ، تأكيدا لعدالة المزايدة و البعد فيها عن أي تحكم ، و لا بد من تحقق الشرطين ، بحيث يكفي تخلف أحدهما لعدم قيام المانع من الشفعة ، و إذا تحقق الشرطان قام المانع ، سواء أكان البيع جبريا أم إختياريا حيث يكون بإمكان الشفيع الدخول في المزاد في الحالتين ، و سواء أجرى البيع بالمزاد أمام القضاء أم امام الإرادة و ذلك ما تعنيه عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » التي تشمل كل بيع بمزاد علني وفق الإجراءات رسمها القانون سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي. (1)

❖ البيع لإقامة محل عبادة أو الإلتحاق بمحل عبادة :

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة » إستنادا إلى المادة 3/798 من القانون المدني. والمقصود بهذا المنع حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار ، و هو إقامة محل عبادة جديد أو الإلتحاق بمحل عبادة قائم ، إذ يصير المشتري بهذا الغرض أولى بالعقار من الشفيع ، و يجوز للشفيع الطعن بصورية الغرض المدعي ، و له إثبات ذلك بكافة الطرق.

ويكفي لقيام المانع أن تكون العبادة تتعلق بدين من الأديان المعترف بها في البلاد ، و ينبغي قصر المنع على حدود ما نص عليه المشرع دون توسع فلا ينصرف المنع إلى بيع عقار بغرض إقامة مقر لجمعية دينية أو لمعهد ديني ، بل تجوز الشفعة فيه ، و إذ تعدد الغرض من شراء العقار ، فلا يتوافر

(1) - حسن كبيرة - الموجز في أحكام القانون المدني - دار الفكر العربي - القاهرة الطبعة 3 - 1994 - ص 635 - دكتور السنهوري مرجع سابق ص 528.

المانع إلا إذا كانت إقامة محل عبادة في الغرض الأساسي بينما الغرض الآخر مجرد غرض تابع لخدمته كما لو إشتري عقار لإقامة محل عبادة و بيت صغير لمؤذن. (2)

هذا كله , اما موانع الشفعة المتعلقة بالمشتري ، فقد فرض المشرع مانعا مطلقا منع بموجبه الآخر بالشفعة على كافة الشفعاء إذا كان المشتري زوجا للبائع أو قريبا له لغاية درجة معينة و هو نبينه فيما يلي :

❖ قيام علاقة زوجية أو قرابة لدرجة معينة بين المشتري و البائع :

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة «إذ وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية» إستنادا إلى نص المادة 2/798 من القانون المدني و يأخذ هذا المانع في الإعتبار صلة القائمة بين البائع و المشتري و إن هذه الصلة قد روعيت في البيع مما يطلب أخذ شخصية المشتري في الإعتبار و محاباته عادة في الشروط و الثمن مما يجعل المشتري أولى بالعقار من الشفيع بما لا يجيز الشفعة فيه.

والصلة التي تربط بين المشتري و البائع و التي تقيم المنع هي صلة الزواج أو صلة القرابة لغاية درجة معينة و القرابة تمثل قرابة النسب و قرابة المصاهرة.

و قرابة النسب إما قرابة مباشرة بين الأصل و الفروع (المادة 1/33) من القانون المدني أما القرابة الغير مباشرة أي قرابة الحواشي ، حيث يجمع الأقارب فيها أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للأخر حسب المادة 2/33 من القانون المدني.(1)

المطلب الثاني:الشروط المتعلقة بالشفيع :

إلى جانب الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة و بالشيء المشفوع فيه و التي يمكن إجمالها في البيع العقاري ، يقتضي البحث في الشفعة أيضا الوقوف على الأسباب التي تعطي الحق فيها و هي أسباب يحدها المشرع على سبيل الحصر بإعتبارها أسباب أفضلية لمن يقوم به سبب منها على المشتري العقار المشفوع فيه ، و قد يتعدد الشفعاء فيزاحمون على الأخذ بالشفعة ، و يبين المشرع كيفية حل هذا التزاحم سواء كانوا من طبقات مختلفة أم كانوا من طبقة واحدة.

و من خلال هذا المطلب ساحاول التطرق إلى مسألتين :

(2)- المرجع نفسه-ص636
(1)- لأمر 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

1 – المسألة الأولى : الشروط الواجب توافرها في الشفيع.

2 – المسألة الثانية : تعدد الشفعاء و تزامهم.

الفرع الأول : الشروط الواجب توافرها في الشفيع :

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

أما إذا كان الشفيع قاصرا ، فلولييه نيابة عنه الحق في الأخذ بالشفعة دون استأذان من المحكمة ، و إذا لم يكن للقاصر وليا فلوصيه هذا الحق بعد إستأذان المحكمة.

و إذا كان الشفيع محجورا عليه ، كان المقدم الأخذ بالشفعة نيابة عنه ، بعد الحصول على اذن المحكمة.

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

ولا يشترط في الشفيع أن يكون شخصا طبيعيا ، فقد يكون شخصا معنويا فيحق له الأخذ بالشفعة و مع ذلك فلا شفعة للوقوف رغم تمتعه بالشخصية المعنوية ، و هذا هو الحكم في الشريعة الإسلامية.

فإذا كان المبيع بعضه ملك و بعضه وقف و بيع الملك ، فلا شفعة للوقف – من ناظر أو موقوف عليه – في الجزء الملك من العقار و السبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف و كذلك الحال بالنسبة للموقوف عليه ، و إذا كان العقار المشفوع به ملكا لا وقفا وقت البيع العقار المشفوع فيه، ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة ، فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به و إن كان ملكا وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة.

وإذ تمسك الشفيع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح و أنه كذلك يستطيع كذلك أن يشفع به إذ به يبقى ملكا بعد أن بطل وقفه ، و بسبب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف.

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف ، فإنها تجوز في الوقف ، و يتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوخ شرعي ، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل ، فإن العقار الموقوف إذ يباع للإستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه ، و أما ثمنه فيشتري به عقارا آخر هو الذي يصبح وقفا ، و لا تجوز الشفعة فيه ، أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا ، كأن كان مسجدا ، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه و إذ كان العقار المشفوع فيه ملكا ، فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة اعتبر هذا تهربا من الشفعة فيكون الوقف باطلا و يجوز أخذ العقار بالشفعة ، و تكون العبرة بتاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة.(1)

كما يشترط في الشفيع أن يكون مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة.(2)

وإشتراط وجود الشفيع الذي يشفع به وقت البيع المشفوع فيه معناه إشتراط تكامل وجود هذا الحق في ذلك الوقت ، و يقتضي بيان ذلك التميز بين ما إذا كان حق الشفيع على عقاره نائشا من تصرف قانوني أو عن واقعة قانونية.(3)

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

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

(1) - السنهوري - المرجع السابق - ص 594 - 595.
 (2) - رمضان أبو السعود - المرجع السابق ص 228 - 229.
 (3) - حسن كيرة - المرجع السابق - ص 580.

وإذ كان حق الشفيع ناشئاً عن التقادم ، فينبغي أن تكون مدته قد إكتملت قبل البيع المشفوع فيه بل و أن يكون التمسك به قد تم قبل هذا البيع.

هذا و لا يكفي أن يكون حق الشفيع على عقاره الذي يشفع به موجودا وقت بيع المشفوع فيه بل يجب أيضا إستمرار قيام هذا الحق للشفيع إلى حين ثبوت الشفعة له ، و تحديد وقت ثبوت الشفعة للشفيع محل خلاف كبير ناشيء عن الخلاف حول تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه أو وقت تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه ، والرأي الغالب هو تحديد وقت ثبوت الشفعة بوقت تملك الشفيع أي بوقت تسليم المشتري بالشفعة في حالة التراضي أو بتاريخ الحكم للشفيع بالشفعة في حالة التقاضي.(1)

الفرع الثاني : تعدد الشفعاء و تزامهم :

قد يتعدد الشفعاء و في هذه الحالة تثور أفضلية من يشفع قبل الآخر و ما يلاحظ حول هذه الحالة ،ما أقره القانون المدني حسب المادة 796 لأحكام تزام الشفعاء عند تعددهم و بينت مراتبهم و فرقته بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : تزام الشفعاء من طبقة واحدة :

نصت المادة 796 الفقرة 01 على أنه إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة ، إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه ، و على ذلك إذا تعدد الشفعاء و كانوا من طبقة واحدة : أي ملاك رقبة ، فإنهم يقتسمون حق الإنتفاع متى شفيعوا فيه ، و هذا يقدر نصيب كل منهم في ملكية الرقبة ، و في حالة ما إذا طلب الشفعة واحد فقط و لم يطالب باقي الشفعاء بها أو أسقطوها ، جاز للشفيع المطالب أن يأخذ الشفعة في كل من العقار ، غير أنه من الضروري التأكيد على أن أي شفيع متى طلب كل الشفعاء الشفعة فالقسمة هي التي تكون حسب نصيب كل منه في ملكية الرقبة ، و يضاف إلى هذا أنه متى كان تزام الشركاء في الشفيع سواء كانوا ملاكا للعقار بتمامه أم كانوا شركاء في الرقبة أو شركاء في الإنتفاع ، فإستحقاق كل واحد منهم في الشفعة يكون قدر نصيبه ، أما في حالة تعدد أصحاب حق الإنتفاع و تقدموا جميعا لطلب الشفعة فيما بيع من الرقبة ، فيأخذ كل منتفع على قدر نصيبه.

(1) - حسن كبيرة - المرجع السابق - ص 580.

الحالة الثانية : تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة :

وباستقراء المادة 796 الفقرة 01 يتبين أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة ، و أمام هذه الوضعية ، فإن الحل هو انتهاج الحل الذي إتخذه المشرع المصري في هذا الصدد ، و هو الحل المنطقي ، يكون إستعمال الشفعة على الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني الذي جعله ثلاث طبقات : مالك للرقبة، الشريك في الشيوخ و صاحب حق الإنتفاع ، فإن تزامموا و كانوا من طبقة مختلفة ، فإنهم يعلموا بعضهم على بعض ، فالأعلى أولى و مثال ذلك :

لوأن العقار رتب عليه شخصان حق الإنتفاع ، فإن أراد أحدهما بيعه أي بيع حق إنتفاعه ، كان الأحق فيه بالشفعة في هذه الحالة هو مالك الرقبة متى طلبها ، لأنه يقدم على الشخص الآخر ، الشريك على الشيوخ في حق الإنتفاع.

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

تطرق المشرع لحل هذا النوع من التزامم مع المشتري ، في نص المادة 796 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه «إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى منه و لكن يتقدمه الذين هم أعلى »

حيث أن المشتري يعتبر من الغير لذا فلا يجوز لهذا الغير أو صاحب حق الإنتفاع أخذ الشفعة لأن مالك الرقبة هو نفسه يعد شفيعا و هو من الطبقة الأولى ، و يفضل عليهما ، فيأخذ وحده بالشفعة دونهما ، أما لو كان المشتري هو شفيع بدوره، فإن الأمر يختلف ، و إنطلاقا من المادة السابقة الذكر نجد أنه يتوافر الشروط التي تجعل المشتري شفيعا ، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته و من الطبقة الأدنى منه لكن بتقدمه من هو أعلى منه طبقة.⁽¹⁾

(1) - العروم مصطفى - مجلة الموثق عدد 6 - سنة 1999 ص38.

الفصل الثاني

اجراءات وآثار الشفحة وسقوطها

تمهيد:

بعد تطرقي في الفصل الاول لماهية الشفعة ودراسة الشفعة من الناحية المفاهيمية, أما في الفصل الثاني سأحاول التوجه لدراسة الاجرائية للشفعة باعتبار هذه الأخيرة تقوم أساسا على الاجراءات فترى ماهي أهم اجراءاتها في القانون المدني؟ ثم التوجه الى دعوى الشفعة وحكم الفاصل فيها, وأخيرا وليس أخرا أحصر البحث حول الآثار الناجمة عن الأخذ بالشفعة بالنسبة للقانون الجزائري, وفي الأخير التطلع الى أهم مسقطات الشفعة.

المبحث الأول : كيفية الاخذ بالشفعة

لقد احاط المشرع الشفعة بإجراءات محددة و ربط هذه الاجراءات بمواعيد صارمة و قصيرة ينبغي التزامها و التقيد بها و إلا سقطت الشفعة. حيث ان هذه الاجراءات حدد المشرع في نصوص المواد من 799 الى 803 من القانون المدني..

المطلب الاول : اجراءات الشفعة

بما ان الشفعة مؤسسة على الاجراءات ، نص القانون على وجوب اتخاذ جملة من هذه الاجراءات الاولية ، قبل الجوء الى القضاء ، فكان مفروض على القاضي ان يناقش هذه الاجراءات و يبحثها ، فما هي هذه الاجراءات ؟ و كيف نظمها القانون المدني الجزائري؟

الفرع الأول : اعلان الرغبة في الشفعة

جاء في نص المادة 799 من القانون المدني الجزائري "على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها الى كل من البائع او المشتري في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع او المشتري و إلا سقط حقه ، و يزداد على ذلك الاجل مدة المسافة ان اقتضى الامر ذلك " و ان هذا النص يطابقه نص اخر في التقنين المدني المصري في المادة 940.

حيث ان المشرع اقر من خلال القانون المدني الاعلان بالرغبة في الشفعة و اعتبره اجراء مهما يتولد عنه السقوط في حالة عدم المطالبة به.⁽¹⁾

غير انه جعل الاعلان مرتبط بوجوب انذار الى الشفيع من قبل البائع او المشتري ، لذلك يجب معرفة الانذار ثم التطرق الى الاعلان.

(1) - بن رشد القرطبي - المرجع السابق - ص225.

أولاً : الانذار الرسمي الموجب الى الشفيع :

ان المشرع الجزائري اتاح اجراء الانذار حيث يوجهه البائع او المشتري الى الشفيع يعلن فيه بحصول البيع و يدعوه الى اعلان رغبته في الاخذ بالشفعة اذا كان يريد ذلك ، فهذا الانذار يعتبر فاتحة للإجراءات التي ينبغي على الشفيع ان يتخذها.

حيث نصت المادة 800 من القانون المدني الجزائري " يجب ان يشتمل الانذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية و الا كان باطلاً."

1. بيان العقار الحائز اخذه بالشفعة بيانا كافيا:

حسب الفقرة الاولى من المادة سابقة الذكر يكون معنا تعيينا دقيقا كالموقع الموجود عليه ألعقار و حدوده ومساحته ، اي البيانات الخاصة بالعقار المشفوع فيه و يكون البيان بالدقة.

2. بيان الثمن و المصاريف الرسمية:

كمصاريف الشهر العقاري المتمثلة في ثمن العقار و مصاريف التوثيق و التسجيل اما بالنسبة الى اتعاب المحاماة او السماسرة فهي ليست بالمصاريف الرسمية المشار اليها في النص و لكن يستطيع المشتري ان يطالب بها متى اثبتها و فقاً للقواعد العامة للإثبات. و ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من 800 من القانون المدني .

3. شروط البيع:

المنصوص عليه من نفس الفقرة السابقة الذكر و هي الشروط الاساسية التي لا بد ان تصل الى علم الشفيع حتى يستطيع ان يقرر ما اذا كان سيقدم على طلب الشفعة ام لا.⁽¹⁾

4. اسم و لقب و مهنة و موطن كل من البائع و المشتري:

حتى يتمكن الشفيع من اعلان رغبته في إلاخذ بالشفعة ان شاء ، فمن غير المعقول ان لا يحمل الانذار اسم المشتري او البائع او موطن المشتري لأنه لا يمكن ان يرفع. الشفيع الدعوى ضد مشتري مجهول الهوية فهذا الشيء غير معقول. و هذا المنصوص عليه في نفس المادة و الفقرة السابقتان.

5. الاجل الذي قدره ثلاثين يوما لإعلان الرغبة في الشفعة:

وذلك المنصوص عليها في المادة 799 من القانون المدني و ما نصت عليه المادة 800 الفقرة الثانية السالفة الذكر حيث يعتبر ميعاد الاعلان بالرغبة في الشفعة يبدأ في السريان من وقت وصوله الى علم الشفيع و هذا ما يوافق القواعد العامة التي تحكم الاعلان في قانون الاجراءات المدنية

وحسب المادة السالفة الذكر من القانون المدني. يجب ان يكون الانذار انذار رسميا وعلى يد محضر قضائي و ان يشمل البيانات السابقة الذكر ، و هذا يعني ان الاخطار الشفوي لا يعتبر انذار رسميا يجعل ميعاد الاعلان الرغبة يسري في حق الشفيع.

(1) - عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 633.

ثانيا : اعلان الشفيع الرغبة في الاخذ بالشفعة:

فبالنسبة لكيفية اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة ، حسب المادة 799 من القانون المدني فالإعلان يجب ان يوجه الى كل من البائع و المشتري ، فإذا تعدد البائعون او المشترون وجب اعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني ، فإذا وجه الاعلان الى احدهما فقط او وجه الى احدهما في الميعاد و الاخر بعد فواته ، كان الاعلان باطلا و جاز لمن وصله الاعلان متأخرا ان يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة ، و لما كان هذا الحق لا يتجزأ ، فان السقوط لواحد يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين حتى و لو اعلونوا اعلانا صحيحا.(1)

وإذا حدث و كان الاعلان ناقصا ، فلشفيع ان يكمل هذا الاعلان بطلب لاحق و لا بد من اعلان هذا الطلب اللاحق الى البائع و المشتري في الميعاد القانوني و إلا سقطت الشفعة ، و ذلك لان الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يعتد به ، و لان الطلب اللاحق الذي يكمل الطلب السابق اعلن بعد الميعاد القانوني فلا يعتد به.

• كيفية اعلان الرغبة في الشفعة و ميعاده و شهره:

يتوجب على الشفيع في حالة وصول الانذار اليه ان يعلن رغبته في اخذ العقار بالشفعة اذا كان راغبا في ذلك حيث تقضي به المادة 799 من القانون المدني "على يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها الى كل من البائع و المشتري في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع او المشتري و الا سقط حقه و يزداد على ذلك الاجل مدة المسافة ان اقتضى الامر ذلك".

وفي نفس الامر نصت المادة 801 من نفس القانون "على انه يجب ان يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا".

اما بالنسبة لتسجيل فقد اوجب المشرع تسجيل عقد طلب الشفعة و اشهاره و ذلك من خلال نص المادة 801 من نفس القانون ، حيث ان تسجيل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة ليس اجراء ضروريا من اجراءات الشفعة ، و انما هو طريق لجعل هذا الاعلان حجة على الغير ، لأنه في هذه الحالة يعرض الشفيع نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، و يصبح التصرف نافدا في حق الشفيع مادام قد صدر قبل تسجيل اعلان الرغبة ، حتى و لو صدر بعد ذلك ، حكم يقضي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيع ، وثمة فيجدر به ان يبادر الى تسجيل هذا الاعلان و قيده في مكتب الشهر العقاري ، حتى يأمن عن تصرفات المشتري ، و تصبح غير نافذة في حقه.

فالتسجيل هنا شرع لحماية مصلحة الشفيع ، لذا فليس هناك ميعاد محدد للتسجيل ، لكن كلما تاخر الشفيع كلما عرض نفسه لخطر تصرفات المشتري.

(1) - رمضان ابو السعود- المرجع السابق ، ص253.

الفرع الثاني : ايداع الثمن لدى الموثق :

أقر المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون الجزائري "على أن يقوم الشفيع بإيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الاكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط ان يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة ، فان لم يتم الايداع في هذا الاجل على الوجه المتقدم يسقط الحق في الشفعة ."

وعليه بعد الفراغ من الاجراء الاول من اجراءات الشفعة و المنحصر في اعلان الرغبة ، يتوجه الى الاجراء الثاني ألا وهو ايداع الثمن لدى الموثق و ذلك بينته المادة سالفه الذكر. حيث أن الثمن الواجب ايداعه لدى الموثق هو الثمن الذي حصل به البيع ، يعني الثمن المذكور في عقد البيع يفترض ان يكون الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع إلا إذا ثبت عكس ذلك.⁽¹⁾

ويكون الايداع لدى الموثق الكائن في دائرة إختصاص المحكمة المختصة لهاته الدعوى اي ايداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق الكائن مقره بدائرة و جود العقار المشفوع فيه و هو ثمن العقار ، اما المصاريف فهي التي يقتضيها تحرير العقد كالرسوم و حقوق التسجيل و غيرها من المصاريف .

وقد اوجب المشرع الايداع الثمن يكون في غضون ثلاثين يوما على الاكثر من تاريخ اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة ، كما يجب ان يكون هذا الايداع سابق لرفع دعوى الشفعة ، حيث يتم حساب هذا الميعاد من اليوم التالي لتسليم اعلان الرغبة للبائع و المشتري او للتسليم الاخير لأي منهما إن لم يتعاصر الاعلانات و ينتهي الميعاد بنهاية اليوم الثلاثين ، على ان يزداد عليه ميعاد المسافة عند الاقتضاء، وان وقعت عطلة رسمية في اليوم الاخير من الميعاد ولو كان متصلا بميعاد المسافة , إلى أول يوم عمل بعدها.

وهذا يعني ان الاعلان يجب ان يتضمن بيانا بأنه أودع الثمن لدى الموثق ، كما يجوز للشفيع الترتيب في الايداع ذلك حتى التمكن من جمع المبلغ الواجب ايداعه ، لكن شريطة عدم تعدي الميعاد القانوني ، اي من يوم تاريخ وصول الاعلان الى البائع او المشتري حتى اليوم الثلاثين و ان يتبع في حساب المواعيد القواعد العامة المقررة في قانون الاجراءات المدنية. لكن قد يحدث الايداع في اليوم الثلاثين وذلك لا يسقط حقه في دعوى الشفعة شرط تقديم صحيفة دعوى الشفعة الى قلم المحضرين في نفس اليوم ويعتبر ذلك قاطعا لمدة سقوط دعوى الشفعة.⁽²⁾

وبناء على ذلك يسقط حق الاخذ بالشفعة اذا لم يودع الثمن و المصاريف اصلا او تم الايداع في الميعاد و لكن ليس لكل الثمن.

(1) - احمد, بالهادي, هقي, طلبية السنة الثالثة-قانون اداري -الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي- مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسونس - موسم 2001-2002ص37.

(2) - عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق, ص656.

ويعتبر ترتيب جزاء السقوط هذا متعلقا بالنظام العام , بحيث يمكن الدفع بالسقوط في اية حالة كانت عليها الدعوى , بل و تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها اذا لم يتمسك به و حتى و لو نزل عن التمسك به صاحب الحق فيه⁽³⁾

وهذا ما ادعى البائع او المشتري ان الثمن المذكور في العقد اكبر او اقل من الثمن الحقيقي , فتثور حينئذ مسالة صورية الثمن و مدى امكان الاحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي.

وعليه اذا كان الثمن المذكور في العقد اكبر من الثمن الحقيقي جاز للشفيع ان يثبت الثمن الحقيقي فاذا نجح في هذا الاثبات فلا يلتزم الا بالثمن الحقيقي الذي اقام الدليل عليه و في هذه الحالة يستطيع الشفيع ان يقتصر على ايداع ما يعتقد انه الثمن الحقيقي , و يكون عليه حينئذ ان يقيم الدليل اثناء نظر الدعوى على صحة اعتقاده , فاذا عجز عن ذلك سقط حقه في الاخذ بالشفعة و لا يحول دون هذا السقوط ان يقوم بتملكة الثمن اثناء نظر الدعوى , اذا يعتبر انه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من ايداع الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى , و لذلك و من باب الاحتياط ان يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد , ثم يثبت الصورية اثناء نظر الدعوى و هذا اذا كان يريد الاخذ بالشفعة حتى و لو كان ذلك بالثمن المذكور في العقد في حالة عجزه عن اثبات الصورية.

و اذا كان الثمن المذكور في العقد اقل من الثمن الحقيقي , جاز لأي من المتعاقدين ان يثبت الثمن الحقيقي , فاذا نجح في هذا الاثبات وجب على الشفيع ان يدفع الثمن الحقيقي الذي قام الدليل عليه و في هذه الحالة يكفي ان يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد , حتى اذا ما ثبت الثمن الحقيقي اثناء نظر الدعوى وجب عليه ان يكمل الثمن , و لا يعتبر حينئذ انه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من ايداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى , لأنه لم يكن يعلم بهذا الثمن و له عذره في ذلك.⁽¹⁾

المطلب الثاني: دعوى الشفعة :

نصت المادة 802 من القانون المدني الجزائري على انه " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليها في المادة 801 و إلا سقط الحق , " و بعد التطرق للإجراءات الجوهرية الاولية السابقة للرفع الدعوى و للحكم النهائي الصادر فيه , وهذا ما سأطرق اليه في فرعين , الاول اخصه لرفع الدعوى و صدور حكم , اما الفرع الثاني سأخصه للحكم النهائي القاضية به الجهة المختصة وتسجيله.

الفرع الاول : رفع الدعوى و صدور الحكم بثبوت الحق فيها :

ان القانون الوضعي اهتم بالشكليات في خصوص الشفعة و حسب ما نصت عليه المادة 802 السالفة الذكر من القانون المدني و المستنتج منها ان مرحلة رفع الدعوى لزوما بعد ايداع الثمن في ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الشفعة و هذا ما يجعلني اتطرق الى مسائل جوهرية التالية: من وعلى

⁽³⁾- حسن كيرة- المرجع السابق -ص626.
⁽¹⁾- عبد المنعم الصدة- المرجع السابق -ص172

من ترفع دعوى الشفعة؟ والمقصود به خصوم الدعوى, و ماهي المحكمة المختصة بنظر الدعوى و ميعادها؟

أ- (خصوم الدعوى) من و على من ترفع الدعوى:

بما أن طلب الشفعة من اعمال التصرف لامن اعمال الادارة و بما ان الشفيع هو الطرف المدعي لذلك يشترط فيه ان يكون متمتعاً بأهلية التصرف , فإذا كان غير مؤهل لذلك جاز له توكيل غيره بوكالة خاصة دون الوكالة العامة او ان يقوم والده ان كان الشفيع قاصر برفع دعوى الشفعة نيابة عنه و يجوز لوصية ان يرفع دعوى الشفعة نيابة عنه اذا كان محجوراً عليه.(2), اما في حال تعدد الشفعاء جاز لهم رفع الدعوى في صحيفة واحدة , و لو نزل احدهم للأخرين اذا كان قد حصل منهم جميعاً طلب الاخذ في الاعلان واحد و في ميعاد الثلاثين المتقدم ذكرها.

حيث بمقتضى نص المادة 802 من القانون المدني السابقة الذكر يتبين ان دعوى الشفعة ترفع بطبيعة الحال على كل من البائع و المشتري باعتبارهما المدعي عليه , و هذا نظراً الى ان الاثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه و التزاماته قبل البائع , اما في الحالة التي يتعدد فيها الشفعاء سواء تعدد البائع او المشتري او تعددهما معا , فعلى هذا يجب رفع الدعوى على كل البائعين و كل المشتريين جميعاً و في حالة العكس يترتب على ذلك سقوط حق الشفعة.

وفي حالة المشتري باع العقار المشفوع فيه قبل شهر اعلان الرغبة الى شخص اخر فعليه اختصاصها معا , الاول بوصفه بائعاً و الثاني بوصفه مشترياً. و ايا كان المشتري , فيجب اختصاصه و لو كان الشفيع يطعن في عقده با لصورية.

و اذا كان واجبا رفع الدعوى على البائع و المشتري بحيث تقوم الخصومة بين اطرافها الثلاثة " الشفيع , البائع و المشتري , فيسري الحكم في كل مراحل التقاضي بما فيها مرحلة النقض ".(1)

و اذا كان رافع الدعوى او الطاعن في الحكم كان الشفيع او المشتري ;البائع , فان رفعها احدهم في اية مرحلة و لم يخاصم احد صاحبيه , فان المحكمة تقضي و لو تلقائياً بعدم قبولها.

ب - المحكمة التي تختص بنظر في دعوى الشفعة :

بين المشرع هذا الامر و ذلك حسب ما جاء في المادة 802 السالفة الذكر و ذلك بنصها " ترفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار... " حيث يقوم الشفيع بالمطالبة بملكية العقار المشفوع فيه سبب من اسباب كسب الملكية و هو الشفعة , خصوصاً و ان هذه الاخيرة تعد من الدعاوى العينية العقارية , و هذا ما يؤول بخصوص الاختصاص المحلي الذي يرجع فيه الاختصاص الى محكمة العقار , اما الاختصاص النوعي فالمحكمة المختصة محلياً هي المحكمة

(2) - عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 761.

(1) - حسن كيرة - المرجع السابق , ص 628.

الابتدائية او النهائية , و ذلك تبعا لمقدار الثمن المذكور في عقد البيع اخذين بعين الاعتبار المادة 2 من قانون اجراءات مدنية و وجب التقيد بأحكامها في تحديد ما اذا كان الحكم ابتدائيا يقبل الاستئناف او انه حكم نهائيا لا مطعن فيه لان العبرة بالثمن المذكور في العقد. فان رفع الشفيع دعواه في مواجهة خصومه امام المحكمة غير مختصة فانه مع ذلك لا يسقط حقه. في الشفعة حتى و لو مر الميعاد القانوني فان قضت المحكمة بعدم اختصاصها فالشفيع بعد صدور هذا الحكم مدة ثلاثين يوما جديدة لرفع الدعوى امام المحكمة المختصة.⁽²⁾ وهذا يعني انه على الشفيع رفع الدعوى امام المحكمة المختصة محليا و نوعيا بنظر هذه الدعوى و في الميعاد القانوني المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني الجزائري, و هذا الميعاد يقدر بثلاثين يوما من تاريخ اعلان الشفيع لرغبته في الاخذ و الا سقط حقه في ذلك و هي القاعدة , اما استثناء لها فقد ذكر مسبقا. حيث يجب قيد الدعوى عند رفعها و يكون اعلان صحيفة الدعوى في موطن المدعي عليهم و يجب رفع الدعوى و قيدها من اليوم التالي لليوم الذي تم فيه اعلان البائع و المشتري بالرغبة في الاخذ بالشفعة , و عليه اذا لم يتم الشفيع برفع الدعوى و قيدها في الميعاد المقرر لها فان حقه في الشفعة يسقط.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الحكم النهائي الفاصل بثبوت الحق في الشفعة و تسجيله:

حسب ما جاء في المادة 803 من القانون المدني الجزائري الناصة على انه "لا يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع و ذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري...". يقتضي من هذا النص ان الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفيع في الشفعة يعد سندا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه , و عليه فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري و البائع و هذا الحكم يعد بالنسبة للشفيع كسند ملكية يغنيه عن ابرام عقد بيع بينه و بين البائع . و عليه فان القانون المصري يتقابل مع القانون الجزائري في مادته 944 من القانون المصري الناصة "الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة...دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

و عليه وجب على الشفيع ان يقوم بتسجيل الحكم و شهره حتى تنتقل له ملكية العقار المشفوع فيه و قد اكدت ذلك المادة 793 من القانون المدني التي اكدت عدم انتقال الملكية و الحقوق العينة الاخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين ام في حق الغير الا اذا روعيت الاجراءات المنصوص عليها قانونا و لا سيما المتعلقة بالشهر العقاري.

(2)- عبد الرزاق السنهوري -المرجع السابق , فقرة 219 ص676.

(1) - (عبد الرزاق السنهوري -المرجع السابق , ص684.

حيث يعتبر الحكم بالشفعة هو حكم كشف عن حلول الشفيع محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري و البائع في ذلك و بذلك فالحكم هو بمثابة حكم بصحة التعاقد , و لكن لا لمصلحة المشتري الاصيل بل لمصلحة الشفيع.(2)

وينبغي ان يتضمن الحكم القاضي بثبوت الشفعة جميع اجراءات المطالبة بها لان الاكتفاء بذكر عموميات فقط يعد قصورا في التسبيب , يوجب النقض و في هذا الاطار فقد ورد في القرار الصادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 1985/01/09 من رقم 33798 ما يلي " عن المقرر قانونا ان القرار الذي لا يكفي اسبابه لمواجهة ما قدم من ادلة في الدعوى و ما ابدى من طلبات و دفعات اطرافها فان هذا القرار يكون منسوبا بالقصور في التسبيب.

ولما كانت جهة الاستئناف لم تقم فعلا باحتساب الاجال المحددة بالمواد 799,801,802 من القانون المدني بالنسبة للعمليات الصادرة عن الطالبة في طلبها استعمال حق الشفعة , و الانذار الموجه لها من البائعة و المشتري حتى يتسنى للمجلس الاعلى استعمال حق الرقابة عليها.

المبحث الثاني : اثار الشفعة :

تنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري على انه "الشفعة رخصة تجبير الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية " كما تنص المادة 803 من القانون المدني على انه "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري " وتقتضي المادة 804 من القانون المدني الجزائري بأنه " يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا انه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع , ولا يرجع لشفيع على البائع اذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة"

وبناء على النصوص السابقة يتبين ان ملكية الشفيع تثبت اما بالتراضي وذلك بتسليم المشتري وموافقة اخذ الشفيع العقار بالشفعة , و اما بمقتضى الحكم الصادر في دعوة الشفعة ,وكيفما ثبت ملكية الشفيع فان اثرها يكون واحد وهو حلول الشفيع محل المشتري ولهذا اتطرق في هذا المبحث الى حلول المشتري و الآثار المترتبة عن هذا الحلول اضافة الى بروز جملة من العلاقات التي تربط بين الشفيع وكل من البائع والمشتري والغير .

(2) - احمد,هقي,هدى,الشفعة بين الشريعة والقانون الوضعي -مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسونس المرجع السابق, ص41.

المطلب الاول : انتقال ملكية العقار والمشفوع فيه الى الشفيع :

لقد اقر القانون المدني , ان الشفعة حق للشفيع , يمارسها للتملك العقار المشفوع فيه متى توافرت شروط الشفعة و اسبابها . حيث ان بتوفر عناصر الشفعة الثلاث السابقة الذكر , قامت الشفعة كسبب قانوني يحدث اثره مباشرة , وهو حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي ابرمه البائع مع المشتري وهذا ما حددته المادة 794 من القانون المدني و اكدته المادة 804 من نفس القانون .

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

ان الشفعة , بما تقوم عليه من فكرة تفضيل الشفيع على المشتري فان اثرها الوحيد المباشر يكون هو حلول الشفيع محل المشتري في المشفوع فيه.⁽¹⁾ و هذا ما يؤكده المشرع نفسه , فقد اقتصر في تعريف الشفعة على هذا الاثر بالنص على ان الشفعة "تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار" المادة 799 من القانون المدني ثم عاد و ركز على هذا الاثر بنصه في المادة 804 من نفس القانون على ان "يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته"

فبالنسبة للحلول بغية التمييز بينه وبين النتائج التي يمكن ان تترتب عليه , ولذلك يجب التطرق الى كل من مصدر الحلول ووقت الحلول .

فبخصوص المصدر المنشئ للحلول , فقد ثار خلاف كبير في هذا الصدد , حيث يذهب الرأي الغالب الى اعتبار ان الحلول لا ينشا إلا بتسليم المشتري للشفيع بالشفعة او بالحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة للشفيع .⁽¹⁾ ويتأثر هذا الرأي بالمقولة المأثورة عند اغلب الحنفية من ان الشفعة لأثبتت إلا بالتراضي او بحكم القاضي⁽²⁾ . ويؤسس على ان رضا المشتري او حكم القاضي بمنشئ للحلول دون ان يكون كاشفا او مقررا له , كما ان منشئ لتملك الشفيع للعقار المشفوع فيه.

ويسند هذا الرأي الى الحكم بالشفعة بمنشأ لحق الشفيع لا مقررا له , و بالتالي فان الشفيع يعد مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت ثبوت الحكم النهائي بالشفعة , و هذا راجع الى ان المسألة لا تتعلق بنزاع حول الملكية و لا بإبطال البيع او فسخه , و انما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بواسطتها ان يكسب ملكية العقار من وقت سلم المشتري بالشفعة او الحكم بها , اما قبل صدور الحكم بالشفعة فان المشتري يعد مالكا للعقار المشفوع فيه , و يتصرف فيها كما يشاء و هذا الكلام ينطبق على اي مشتري انتقلت اليه ملكية هذا العقار و على ذلك فان جميع التصرفات التي تصدر من المشتري قبل تسجيل اعلان الرغبة تكون نافذة في الحق الشفيع و اذا بيع العقار المراد اخذه بالشفعة الى المشتري ثاني في هذا الوقت , فلا يجوز للشفيع ان يأخذ العقار بالشفعة إلا من مشتري ثاني , و هو ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني كما رأينا سالفاً.

(1) - السنهوري - المرجع السابق , ص 702.

(1) - المجلة القضائية 1997 العدد الثاني

(2) - ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - دار الفكر القاهرة دون سنة نشر ; ص 169

وإذا كان المشرع من خلال نصوص القانون المدني المتعلقة بالشفعة قد قرر ابطال التصرفات الصادرة من المشتري بعد تسجيل اعلان الرغبة في الشفعة , فهذا لا يعني انتقال الملكية الى الشفيع من هذا التاريخ , و انما قرر ذلك لحماية من التصرفات التي قد تضر به و التي تحول دون اخذه بالشفعة فالمشرع و ضع قيود على المشتري في البناء او الغرس العقار بعد حصول الطلب كما جاء في نص المادة 805 من القانون المدني .

الفرع الثاني : حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع :

هناك رأي يقول بان الارادة المنفردة للشفيع هي المصدر المنشئ لحلول الشفيع محل المشتري فإذا قام بين الشفعة بالشفيع و حصل البيع الجائر للشفعة فيه , انفتح بذلك خيار للشفيع في الاخذ بالشفعة بإرادته المنفردة اذا شاء , فإذا استعمل الشفيع هذا الخيار و اعلن ارادته في الاخذ بالشفعة ترتب على ذلك حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع .

واما الفقه القانوني فيرى الاستاذ السنهوري , بان المبادئ العامة في الشفعة , ترجع اساسا الى التكيف الصحيح الى لطبيعة الشفعة التي تعد واقعة مركبة من عناصر ثلاث , الارتباط ما بين العقار المشفوع به و العقار المشفوع فيه , و بيع العقار المشفوع فيه و اعلان الشفيع ارادته.

في الاخذ بالشفعة فمتى تكاملت هذه العناصر فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث اثره و هذا الاثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين البائع و المشتري , منذ تمام هذا البيع فالشفعة لا تحدث اثرها اذن إلا عند اعلان الشفيع ارادته في الاخذ بالشفعة , و لكن متى احدثت هذا الاثر , فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ اعلان الشفيع لإرادته , و على هذا يجب استبعاد القول بان الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة , او من وقت رفع الدعوى , او من وقت تسجيل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة او من وقت اعلان الرغبة اساسا.(1)

وتجدر الاشارة الى وجوب التوقف عند اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة , و لكن لتقرير ان الشفعة قد تكاملت عناصرها , و قامت بسبب قانونيا لحلول الشفيع محل المشتري من وقت ابرام البيع بحيث يختفي شخص المشتري من الصفقة , فلا يتوسط ما بين البائع و الشفيع و تكون الصلة ما بين البائع و الشفيع صلة مباشرة هي الوجه الذي تم بيانه.(2)

المطلب الثاني : الآثار المترتبة عن الممارسة حق الشفعة (اثر الحلول):

إذا توافرت اسباب الشفعة و شروطها السالفة الذكر و صدر حكم قضائي بها او سلم بها المشتري رضاء نشأت علاقات مختلفة بين اطراف عقد البيع و الشفيع , اي تربط بين البائع , المشتري و الشفيع او بين الغير و الشفيع , لذا سأحاول من خلال هذا المطلب التطرق الى جملة هذه العلاقات.

(1) - السنهوري - المرجع السابق ; ص729- 730.

(2) - المرجع نفسه ; ص732

الفرع الاول : علاقة الشفيع بين البائع :

اذا كان من شان الاخذ بالشفعة حلول الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته , و ذلك حسب المادة 804 من القانون المدني الجزائري القاضية "يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته و كان مقتضى ذلك عدم انعقاد عقد بيع جديد بين الشفيع و البائع , بل حلول الشفيع محل المشتري , حيث تنجم عن هذه العلاقة جملة من الالتزامات تتعرض لها على التوالي :

1) التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى الشفيع :

وحسب نص المادة 804 يترتب على ثبوت حق الشفيع في الاخذ بالشفعة ان تنتقل اليه ملكية العقار المشفوع فيه , و اذا تمت الشفعة بالتراضي , اي بتسليم المشتري بحق الشفيع في الاخذ بالشفعة , فالأمر لا يخلوا من فرضيتين.(3)

- ✓ اذا كان المشتري قد اشهر عقده , فعندئذ يكفي ان يوقع هذا المشتري , اقرار بتسليمه الشفعة للشفيع و يجب ان يكون هذا الاقرار موثقاً. ثم يشهر الاقرار و يؤشر بمضمونه على هامش عقد البيع المشهر و على هامش اعلان الرغبة المشهر ايضاً.
- ✓ اما في حالة عدم شهره للعقد المشتري. فان الاقرار بتسليم الشفعة يجب ان يكون موقعا من البائع و المشتري و الشفيع , و يجوز ان يحرر عقد بيع جديد من البائع الى الشفيع , و لكن يجب ان يوقعه معهما المشتري اثباتاً لرضاه بالشفعة , و يشهر الاقرار و يؤشر بمضمونه على هامش اعلان الرغبة المشهر.

2) التزام البائع بتسليم العقار الى الشفيع :

كما يلتزم البائع بتسليم العقار اذا كان في يده , اما في حالة اذا كان العقار في يد المشتري و يجب عليه ان يسلمه الى الشفيع , و يكون له حق الجس الى ان يستوفي من الشفيع ما انفق عليه من مصاريف الحفظ الصيانة.(4)

و اذا هلك العقار بسبب اجنبي طبقت عليه احكام المادة 369 من القانون المدني , حيث جعل المشرع تبعة الهلاك رهنا بتسليم المبيع.

فان اهلك العقار في يد البائع قبل التسليم او الاعذار بالتسليم للشفيع , وقعت تبعة الهلاك عليه , و يكون للمشتري استرداد الثمن الذي دفعه , و اذا استلم البائع المبلغ لدى الموثق و يجب عليه رده للشفيع.

(3)- رمضان ابو السعود - المرجع السابق ; ص284
(1)- عبد المنعم الصدة , المرجع السابق , ص195.

وإذا اهلك العقار في يد المشتري قبل تسلمه و اعدار الشفيع , وقعت تبعة الهلاك عليه , و اذا كان المشتري قد دفع الثمن فلا يمكن له استرداده من البائع , و في حالة العكس يكون الحق للبائع المطالبة به , و يكون للشفيع ان يسترد الثمن الذي اودعه لدى الموثق. اما في حالة العقار بعد تسليمه الى الشفيع او اعداره به , فان تبعة الهلاك تقع عليه و لا يرجع الى احد.

(3)التزام بالتزام الضمان :

وبعلاقة الشفيع بالبائع فبمقتضى ذلك الالتزام هو التزام البائع اتجاه الشفيع بالضمان , في مختلف صورته كما كان ملتزم اتجاه المشتري . فبالنسبة للضمان الاستحقاق فقد نص المشرع انه "...ولا يرجع الشفيع الا على البائع اذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة.(2)

و ذلك طبقا لنص المادة 804 السابقة الذكر فرجوع الشفيع بالضمان يكون على البائع وحده دون المشتري حيث يعتبر المشتري غير موجود في البيع منذ الحلول , و الالتزام بهذا الضمان كان محملا به البائع تجاه المشتري الذي حل الشفيع محله في كافة حقوقه و من بينها حقه في هذا الضمان. و كذلك بالنسبة لضمان العيوب الخفية , حيث يلتزم البائع بضمانها اتجاه الشفيع.

(4)التزام الشفيع بدفع الثمن :

اذا تمت الشفعة بالتقاضي , فقد اوجب المشرع على الشفيع ايداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق حسب المادة 801 الفقرة 2 من القانون المدني فإذا حكم للشفيع بالشفعة , فيعتبر ان الشفيع قد وفى بالالتزام بدفع الثمن الذي حل فيه محل المشتري , و يكون للبائع سحب الثمن من يدي الموثق اذا كان مطابقا للثمن الذي تحدد في الحكم , فاذا كان يزيد عليه كان للشفيع دفع الباقي الى البائع.

اما اذا تمت الشفعة بالتراضي بحيث لم يكن قد تم ايداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق و لم ترفع دعوى الشفعة , فيكون على الشفيع رفع الثمن الى البائع اذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعه اذا حينئذ يكون الثمن مستحقا للبائع.(1)

وفي الحالتين التراضي و التقاضي , قرر المشرع خروجاً عن القاعدة المقررة في اي حلول الشفيع في جميع حقوق المشتري و التزاماته , انه لا يمكن للشفيع الانتفاع بالاجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع , و ذلك طبقا لنص المادة 804 السابقة الذكر من القانون المدني.

الفرع الثاني :علاقة الشفيع بالمشتري :

لإتشاء علاقة تعاقدية بين الشفيع,ومع ذلك قد تنشأ بينهما علاقة قانونية او التزامات متبادلة نتيجة حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه ,وقد نصت المادة805 من القانون المدني على ما

(2)- حسب ما يفهم من النص الفرنسي .
(1)- حسن كبيرة – المرجع السابق, ص661.

يلي " ادا بنى المشتري في العقار المشفوع او غرس فيه اشجار قبل الاعلان بالرغبة في الشفعة ,كم ان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري ان يدفع له اما المبلغ الذي انفقه او مقدار ما زاد في العقار .في قيمة العقار بسبب البناء و الغرس ,اما ادا حصل ذلك بعد الاعلان بالرغبة في الشفعة ,كان للشفيع ان يطلب الازالة و اذا اختار ان يشتري البناء و الغرس ,فلا يلزم إلا بدفع قيمة ادوات البناء و اجرة العامل او نفقات الغراس " و عليه فقد يستلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ,وهذا هو الغالب فسواء سجل عقد شرائه اولم يسجل , فان له حقوق تنشأ قبل الشفيع وتنشأ للشفيع حقوق قبل المشتري ,ولما كان المشتري قد اختفى من الصفقة نتيجة حلول الشفيع محله ,ولكنه وبما انه تسلم العقار المشفوع فيه يمكن اعتباره جائزا لهذا العقار ويكون حائز حسن النية قبل اعلانه برغبة الشفيع في الشفعة وحائزا سيئا النية بعد اعلانه بهذه الرغبة .

ومن المعروف ان المشتري اذا لم يتسلم العقار من البائع فان علاقته بالشفيع تنحصر في استرداد المصروفات للبيع المدفوعة فقط .حيث الاسترداد يكون من الثمن الذي قام بايداعه الشفيع .

ويتضح من نص المادة 805 من السابقة الذكر , اثار المتعلقة بمسالة بناء او غرس الشفيع حيث يتجلى ذلك فيمايلي :

الحالة الاولى :

يكون في بناء المشتري او غراسه للعقار المشفوع فيه قبل اعلان الشفيع رغبته وفي هذه الحالة لا يمكن للشفيع من طلب من المشتري ازالة البناء او الغرس ,بل يجب عليه ان يأخذ العقار بالحالة التي هو عليها وعليه يلزم ان يكون للشفيع ملزما اما بدفع مقدار الزيادة او

المبلغ الذي انفقه وذلك تبعا لما اختاره المشتري ,ويؤدي هذا ان يدفع الشفيع بأكثر هاتين القيمتين وأساس ذلك ان المشتري عندما بنى او غرس في العقار المشفوع فيه , كان ذلك في ارضه ,ولا يوجد بذلك اي مانع يمنعه من ممارسة الملكية على ملكه .(1) كما له ان يبني عندما يوجه له طلب الشفعة و عارض هذا الطلب , لأنه قد يكون على حق في معارضته .(2)

الحالة الثانية :

بناء المشتري او غرسه بعد اعلان الشفيع رغبته في الشفعة وفي هذه الحالة اذا قام المشتري ببناء او غرس في العقار المشفوع فيه , بعد اعلان الشفيع لرغبته في الشفعة ,فان الفقرة الثانية من المادة 805 السابقة الذكر من القانون المدني قررت بان لشفيع الحق في امكانية طلب ازالة البناء او الغرس على نفقة المشتري ,وإعادة العقار الى اصله ,مع التعويض اذا كان له المقتضى (3) . كما له ان يستغني على البناء

(1)- عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق , ص517 .

(2)- عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق , ص766 .

(3)- عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق , ص517 .

و الغرس , إلا بدفع ما انفقه المشتري , اي قيمة ادوات البناء والغرس , وتقدير هذه النفقات و المصروفات متروك لسلطة القاضي التقديرية⁽⁴⁾

الفرع الثالث : علاقة الشفيع بالغير :

تنص المادة 806 من القانون المدني على انه "لا يكون حجة على الشفيع المرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري او ترتب عليه اذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الاعلان بالرغبة , على انه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالمهم من حقوق الافضلية فيما ال للمشتري من ثمن العقار "

وإذا كان هذا النص يقرر عدم نفاذ ما يتم من تصرفات او يرتب من حقوق بعد شهر اعلان الرغبة في حق الشفيع , فانه وبمفهوم المخالفة , تسري في حق الشفيع التصرفات التي تتم والحقوق التي تترتب قبل اشهار اعلان الرغبة , حيث تكون مصير التصرفات في العقار المشفوع فيه

ومصير الحقوق المترتبة عليه كما يلي :

• مصير التصرفات في العقار:

اقتصر المشرع في نص المادة 806 من القانون المدني على بيع العقار , إلا ان ذلك مجرد تطبيق لقاعدة عامة يفرضها الاحتجاج بالحلول على الغير بشهر اعلان الرغبة , ولذلك يسري الحكم الذي اورده المشرع في خصوص البيع على اي تصرف اخر .

ومقتضى حكم المادة 806 من القانون المدني , إلا تنفذ في حق الشفيع التصرفات التي تتم في العقار بعد شهر اعلان الرغبة بينما تنفذ في حقه التصرفات التي تتم قبل هذا الشهر;⁽⁵⁾

• مصير الحقوق المترتبة على العقار

يقصد بها حسب تأويل المادة 806 السابقة الذكر , هي الحقوق العينية التي تنتقل للغير على هذا العقار , سواء كانت حقوقا عينية اصلية ام حقوقا عينية تبعية , وإذا كان الغالب ان يتم ترتيب هذا الحقوق من طرف المشتري , فيمكن ان يتم هذا الترتيب كذلك من قبل البائع , وهي في كل الاحوال تأخذ نفس الحكم من حيث النفاذ او عدم النفاذ في حق الشفيع . فاذا تعلق الامر بالمشتري فالوضع العادي انه هو الذي يرتب هذه الحقوق بالاتفاق مع الغير , كما هو الشأن في ترتيب حق الانتفاع او حق الاتفاق او حق رهن , ومع ذلك يمكن ان ترتب هذه الحقوق ضد المشتري كحق اختصاص يأخذ ضده او حق امتياز ينقرر على العقار نصفه في الدين المكفول به .

وطبقا للقاعدة العامة المطبقة على التصرفات في العقار المشفوع فيه , يتفاوت مصير الحقوق المترتبة على هذا العقار تبعا لما اذا كان ترتيبها قد تحقق قبل شهر اعلان الرغبة او بعد هذا الشهر .

(4) - عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ; ص 766 .
(5) - رمضان ابو السعود- المرجع السابق الذكر ص 921 .

وبناء على ذلك, اذا رتب المشتري على العقار حق الانتفاع او حق الارتفاق وتم شهره قبل شهر اعلان الرغبة او رتب على العقار حق رهن او اخذه ضده حق اختصاص او ترتب حق الامتياز عليه وتم قيد الحق قبل شهر اعلان الرغبة, فينفذ الحق المرتب في حق الشفيع, بحيث يأخذ العقار المشفوع فيه محملا بالحق المرتب, اما اذا كان ترتب اي من هذه الحقوق بعد شهر اعلان الرغبة, إفلا ينفذ الحق في المواجهة الشفيع بحيث يأخذ العقار المشفوع فيه خاليا منه. ومع ذلك, فرغم عدم نفاذ هذه الحقوق في مواجهة الشفيع, فإنها تظل قائمة في مواجهة المشتري بحيث يكون لأصحابها الرجوع عليه بعد ان استحال اعمال حقوقهم على العقار ويظل لأصحاب الحقوق العينة التبعية اولويتهم في هذا الرجوع على الدائنين الاخرين ولكن على الثمن المستحق للمشتري على العقار المشفوع فيه, وهذا ما اكدته المادة 806 في نهاية احكامها بقولها: "على انه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الافضلية فيما ال للمشتري من ثمن العقار".⁽¹⁾

المطلب الثالث :سقوط الشفعة:

اذا زال احد الشروط بالشفعة, سقط الحق في الشفعة, ولهذا نودر فيما يلي الاحوال التي يسقط فيها الحق في الشفعة;⁽²⁾بينما نصت المادة 807 من القانون المدني الجزائري على الحالات التي يسقط فيها الحق في الاخذ بالشفعة بقولها "لا يمارس حق الشفعة في الاحوال التالية :

- ✓ اذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع.
- ✓ اذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.
- ✓ في الاحوال التي نص عليها القانون.⁽³⁾

وتجدر الإشارة قبل التطرق الى مسقطات الشفعة, التميز بينها وبين موانع الشفعة التي سبق التعرض اليها ضمن نص المادة 798 من القانون المدني, اذ ان المانع من الشفعة امر يمنع قيام الشفعة ابتداء, اما مسقط الشفعة فهو امر يؤدي - رغم امكان الاخذ بالشفعة - و بعد نشوئها الى سقوط الحق فيها.⁽¹⁾

و قد سلفت الإشارة الى سقوط الحق في الاخذ بالشفعة بمضي سنة من يوم التسجيل (و يراد به الشهر)⁽²⁾عقد البيع المشفوع فيه دون اعلان الرغبة خلال هذا الميعاد.

اما الاحوال الاخرى التي نص المشرع عليها سقوط الشفعة فتتمثل في مخالفة احكام اعلان الرغبة (المادة 799 من القانون المدني), و مخالفة احكام ايداع الثمن (المادة 801 الفقرة 2 من القانون المدني) و مخالفة احكام رفع دعوى الشفعة (المادة 802 من القانون المدني).⁽³⁾

(1) - حسن كيرة - المرجع السابق ص672.

(2) - جهاد محمود الاشقر - مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون المدني طبعة 2009, ص86

(3) - قرار 58-75 السابق الذكر المتضمن القانون المدني.

(1) - رمضان ابو السعود; المرجع السابق ص194.

(2) - مضمون الفكرة من مرجع دكتور مدحت محمد الحسني - اجراءات الشهر العقاري, طبعة اسكندرية دون سنة النشر; ص552.

(3) - قرار السابق الذكر متضمن القانون المدني.

ويضاف الى هذه الحالات ما سلفت الاشارة اليه من سقوط الحق في الشفعة عند عدم الانذار و عدم شهر عقد البيع بمضي خمسة عشر سنة على البيع دون اعلان الرغبة خلالها. (4)

وقد تم التطرق الى مختلف الحالات السابقة ذكرها , ما عدا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و هي الحالة التي سنتطرق اليها مع الاشارة الى الخلاف القائم حول اعتبار موت الشفيع مسقطا للشفعة.

الفرع الاول : تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة (مسقط اختباري):

نص القانون المدني على جواز تنازل الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة مطلقا , قبل البيع او بعد البيع حيث نص المادة 807 من القانون المدني يسقط الحق في الاخذ بالشفعة "اذا نزل الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة و لو قبل البيع".

اما عن التعريف بنزول الشفيع عن حقه و ماهيته "فهو تصرف قانوني بالارادة المنفردة يؤدي الى سقوط الشفعة". (5)

فمن خلال نص المادة السابقة الذكر يتبين ان حق الشفيع يسقط اذا نزل عن حقه في الاخذ و لو قبل البيع و هذا التنازل تصرف قانوني قد يقع بمقابل , و قد يقع بغير مقابل , كما انه قد يكون صريحا او يكون ضمنيا. فمتى صدر الحكم النهائي ثبت للشفيع الحق في ملكية العقار , و جاز للمشفوع فيه مطالبته بالتنفيذ , و لا يستطيع الشفيع ان ينزل عن حقه بعد ذلك , و انما قبل الحكم بالشفعة و في اي مرحلة من مراحل اجراءاتها فان النزول سائع , بل ان القانون قد اجاز صراحة النزول عن الشفعة حتى قبل البيع.

والغالب في الحياة العلمية ان يتم التنازل عن الشفعة مقدما , فقد يحصل هذا التنازل بمقتضى اتفاق يبرم بين المشتري و الشفيع قبل ان يقدم المشتري على الشراء , و كثيرا ما يحصل التنازل في نفس العقد الذي تملك الشفيع بموجبه العقار الذي يشفع فيه , كما هي الحال في العقود التي تبرمها شركات الاراضي , حيث يشترط على من يشتري قطعة من اراضيها التنازل مقدما عن الحق في الاخذ بالشفعة في بيع القطع الاخرى (1)

وبشان مدى الزام التنازل عن الشفعة للخلف الخاص , فان المادة 109 من القانون المدني تنص على ان "اذا نشأ العقد إلتزامات و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص , فان هذه الإلتزامات و الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كان من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء" , فالتنازل عن الشفعة مقتضاه الإلتزام بعدم المطالبة بها , و هذا الإلتزام من شأنه ان يحد من حرية التنازل في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه

(4) - القرار 58-75 السابق الذكر المتضمن القانون المدني الجزائري.

(5) - جهاد محمود الاشقر-المرجع السابق :ص68.

(1) - عبد المنعم الصدة - المرجع السابق , ص186.

مالكا , فهو يحد من حرية الانتفاع بالمال , فيعتبر محدد للشيء ومن ثم يكون من مستلزماته و نتيجة ذلك ان ينتقل الالتزام بعدم مطالبة بالشفعة الى المشتري الثاني اذا كان يعلم به وقت صدور عقد شرائه. (2)

الفرع الثاني:مدى اعتبار موت الشفيع مسقطا للشفعة (مسقط اجباري) :

هناك امور تؤدي الى سقوط الشفعة بالطريق الاجباري , ومن بين هذه الامور هو موت الشفيع فهل اذا مات هذا الاخير قبل الاخذ بالشفعة و بعد انتقال الملك , فهل تسقط الشفعة ام لا؟حيث اختلفت الاراء حول ذلك و اول الخلافات كانت تعود بالدرجة الاولى الى خلاف تأصيل الشفعة , و تأرجح الرأي بين اعتبارها رخصة و اعتبارها حق , و الملاحظ في هذه المسألة هو الافراط في تضخيم اتصال الشفعة بشخص الشفيع , فهي اذا كانت متصلة به نتيجة فتحها خيارا له للحلول بإرادته اذا شاء محل المشتري المشفوع منه إلا انها في ذات الوقت متصلة بالعقار المشفوع به , بل ان اتصالها بالعقار اقوى من اتصالها بشخص الشفيع اذا لولا حق الشفيع على هذا العقار لما قام به سبب الشفعة , فلا وجود للشفعة دون العقار المشفوع به بحيث لا يتصور نقلها الى الغير منفصلة عن هذا العقار. و يذهب رأي من الفقهاء الى انه لا يبطل الحق في الشفعة بموت الشفيع بل يورث عنه , و تقوم وراثته مقامه.(3)

حيث ان الرأي الراجح في الفقه يذهب الى اعتبار ان الشفعة تتبع العقار المشفوع به , فلا ينفصل عنه. و اذا كانت الشفعة تتصل بالعقار المشفوع به , فبمقتضى ذلك ان العقار اذا انتقل الى الوارث بالميراث فينتقل معه حق او خيار الشفعة , و ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل اليها المشرع في نهاية المطاف عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية على اختلاف تدرجها فضلا على انه يتفق مع المبادئ العامة للقانون.

ويجب الإشارة الى ان الخلاف حول توارث الشفعة او عدم توارثها ليس بالخلاف عميق الاثر من الناحية العلمية خلافا للظاهر, فاهم القائلين بعدم توارث الشفعة يحصرون ذلك في حالة وحيدة هي موت الشفيع بعد البيع المشفوع فيه و قبل اعلانه رغبته في الاخذ بالشفعة(4)

(2) -عبد المنعم الصدة - المرجع السابق , ص186.

(3) -جهاد محمود الأشقر- المرجع السابق ; ص87.

(4) حسن كيرة- المرجع السابق ; ص648

الخاتمة

ومن خلال بحثي المتواضع, المتمثل في موضوع الشفعة في التقنين المدني الجزائري. نستنتج إن الشفعة نظام قديم عرف لدى اغلب المجتمعات التي سبقت المجتمع الإسلامي, إلا انه في تلك العصور القديمة كان محدود النطاق بسبب محاصرته من طرف المذهب الفردي أنداك, القائم على حرية تداول الأموال, إما الشفعة في الشريعة الإسلامية التي اعتبرت منبعها الاول والرئيسي, وردت باحكام و قواعد عادلة خلافا لما ورد في المجتمعات القديمة, فشرعت كقيد يرد على الحرية.

فالشفعة بهذا المعنى نظام استثنائي او حق استثنائي من شأنه ان يقيد المالك في التصرف بملكه, ولهذا السبب وعلى اعتبار الشفعة قيديا, فقد اهتم المشرع بها واوردها في نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري على انها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري.

وبالرغم مما يحققه نظام الشفعة من فوائد في بعض الصور, حيث يكون هو الوسيلة لتجميع ما تفرق من عناصر الملكية او للقضاء على وضع الشيوخ غير المرغوب فيه او حتى لتقليل عدد الشركاء, الا انه يبقى نظاما استثنائيا يمس حرية التعاقد وحق التصرف وحقوق المشتريين وحق الملكية على السواء, بما يعنيه من احلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره البائع وبما ينتهي اليه من اخذ الشفيع للعقار المبيع جبرا على المشتري, ولذلك ينبغي التضييق من نطاق هذا النظام والتشدد في شروطه واجراءاته, ويذخل كل ذلك ضمن مسؤولية المشرع كما لا ينبغي التوسع في تفسير احكامه وهذه مسؤولية القضاء.

كما انه توضح ان للشفعة خصائص من اهمها ان الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع لا يجوز له التنازل عنه, او تحويله للغير . وكذا لا يمكن لدائني الشفيع استعمال هذا الحق عن طريق غير مباشر, كما ان الجدل الواقع حول امكانية توريث الشفعة من عدمه وكيف ترك الامر الاجتهاد القضائي اي السلطة التقديرية للقاضي في توريث الشفعة ان وجب وعدم توريثه ان تنافى ذلك مع الاحكام للشفعة

كما تطرق المشرع الجزائري لشروط الاخذ بالشفعة وذلك خصصها بالمواد 794 الى 798 والتي تم حصرها في بيع العقار, باعتبار انه لا شفعة في المنقول, اضافة للوجود الشفيع.

اما فيما يتعلق باجراءات الشفعة, اهتم بها المشرع في القانون المدني في المواد من 799 الى 803 اذا وجب الشفعة قيامها على هذه الاجراءات بداية من اعلان الرغبة وفيما يخص الأجال القانونية للاعلان فحددت بأجل ثلاثين يوما للشفيع من تاريخ الاعلان الذي يوجه اليه من قبل البائع والمشتري, حيث تم التفريق بين الاعلان والانداز حيث ان هذا الاخير وجب ان يكون رسميا ومتضمن على بيانات جوهرية وجب ذكرها, حيث يعتبر مخالفتها تؤدي لابطال هذا الانداز, وصولا للاجراء الثاني الا وهو

ايداع الثمن البيع والمصاريف لدى الموثق المفصلة دراسته مسبقا حيث خلاصة لذلك حدد الايداع في اجل ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الشفعة والاسقط حق الشفيع في الشفعة حيث اعتبر تحديد المدد من النظام العام, اضافة الى هذه الاجراءات تضمن بحثي رفع الدعوى ومايليه باعتها اجراء من اجراءات الشفعة حيث ترفع هذه الدعوى امام المحكمة الواقع بدائرتها العقار, وهذا ما جعل اثاره جدل حول امكانية شهر هذه الدعوى من عدمه, حيث انقسم الراي فجمعوا اتفق على وجوب الشهر, وجمع اخر اتجه الى عدم الشهر وهذا ما ايدته المحكمة العليا في قرارها.

وبعدها تطرقت الى آثار الشفعة بداية من الاثر الاول المتمثل في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع وذلك الى اعتبار الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بالشفعة وتنتقل اليه الملكية باتمام اجراءات الشهر, اما فيما يخص بالاثر الثاني المتمثل في علاقة الشفيع بالبائع, المشتري بالغير, بحيث يعتبر تحديدها بموجب القواعد العامة.

وفي خاتمة العمل تعرضت لأهم مسقطات الشفعة المعتبرة فانقسمت الى نوعين, حيث ان القسم الأول من هذه المسقطات هي مسقطات اجبارية ألا وهو موت الشفيع ومدى اعتباره مسقطا لحق الشفعة مما ثار جدل في هذا الجانب حول امكانية سقوط حق الشفعة بموت الشفيع قبل انتقال الملك والاخذ بالشفعة وعدمه, حيث ان الرأي الراجح في هذه الأراء كلها هو اعتبار الشفعة تتبع العقار المشفوع به أي لصيقة به ولا يمكن انفصال عنه, اما بخصوص المسقطات المشرع في المادة 807 من القانون الجزائري حيث نص على جواز تنازل الشفيع

عن حقه في الأخذ بالشفعة مطلقا قبل البيع او بعد البيع حيث أن هذا التنازل قد يقع بمقابل وقد يقع بغير مقابل, كما أنه قد يكون صريحا أو ضمنيا.

وختاما لهذه الدراسة, اكون قد أنهيت بحثي البسيط والمتواضع هذا أملت ان اكون وفقت ولو بجزء بسيط في الخطوا على الطريق الصحيح لالقاء ضوء البحث على مختلف الجوانب المتعلقة بموضوع الشفعة سواء من الناحية النظرية او العلمية, رغم أن هذا الموضوع يظل موضوعا شاسعا وله جوانب متعددة تستحق المزيد من الدراسة.

انتهى بحمد الله

ملخص

في موضوع الشفعة في التقنين المدني الجزائري. نستنتج إن الشفعة نظام قديم عرف لدى اغلب المجتمعات التي سبقت المجتمع الإسلامي، فشرعت كقيد يرد على الحرية.

فالشفعة بهذا المعنى نظام استثنائي او حق استثنائي من شأنه ان يقيد المالك في التصرف بملكه, ولهذا السبب وعلى اعتبار الشفعة قيدا, فقد اهتم المشرع بها واوردها في نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري على انها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري.

كما انه توضح ان للشفعة خصائص من اهمها ان الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع لا يجوز له التنازل عنه, او تحويله للغير . وكذا لا يمكن لدائني الشفيع استعمال هذا الحق عن طريق غير مباشر, كما ان الجدل الواقع حول امكانية توريث الشفعة من عدمه وكيف ترك الامر الاجتهاد القضائي اي السلطة التقديرية للقاضي في توريث الشفعة ان وجب وعدم توريثه ان تنافي ذلك مع الاحكام للشفعة

كما تطرق المشرع الجزائري لشروط الاخذ بالشفعة وذلك خصصها بالمواد 794 الى 798 والتي تم حصرها في بيع العقار, باعتبار انه لا شفعة في المنقول, اضافة للوجود الشفيع.

وبعدها تطرقت الى آثار الشفعة بداية من الاثر الاول المتمثل في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع وذلك الى اعتبار الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بالشفعة وتنتقل اليه الملكية باتمام اجراءات الشهر , اما فيما يخص بالآثر الثاني المتمثل في علاقة الشفيع بالبائع, المشتري بالغير, بحيث يعتبر تحديدها بموجب القواعد العامة.

وفي خاتمة العمل تعرضت لأهم مسقطات الشفعة المعتبرة فانقسمت الى نوعين, حيث ان القسم الأول من هذه المسقطات هي مسقطات اجبارية ألا وهو موت الشفيع ومدى اعتباره مسقطا لحق الشفعة وعدمه, حيث ان الرأي الراجح في هذه الأراء كلها هو اعتبار الشفعة تتبع العقار المشفوع به أي لصيقة به ولا يمكن انفصال عنه, اما بخصوص المسقطات الاختيارية نص عليها المشرع في المادة 807 من القانون الجزائري حيث نص على جواز تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة.

الكلمات المفتاحية:

الشفعة في النظام القانوني الجزائري: الشفعة اي الضم, من الشفع, قيد يرد حق التصرف, حق عيني وحق شخصي, رخصة, الشفيع, البيع الغير مسجل, الشفعاء, اعلان الرغبة بالشفعة.

قائمة المراجع :

1- المراجع الخاصة:

- 1* انور طلبة - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد القاهرة طبعة 1968.
- 2* جمال مهدي - محمود الاكشة- اثر الشفعة في العقار والمنقول دار الفكر العربي- طبعة 1995 .
- 3* حسن كيرة - الموجز في احكام القانون المدني - دار الفكر العربي - القاهرة طبعة 1943.
- 4* عبد الحميد الشواربي رئيس المحكمة - احكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي اسكندرية طبعة 1990.
- 5* عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء التاسع - دار النهضة العربية القاهرة 1968.
- 6* عبد المنعم فرج الصدة - الملكية في القوانين البلاد العربية دار الفكر العربي القاهرة .
- 7* محمد جهاد الاشقر - مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون المدني طبعة 2009.
- 8* نبيل ابراهيم سعد - الشفعة علما وعملا منشأة المعارف اسكندرية طبعة 1997.

2 المراجع العامة:

- 1* ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - دار الفكر العربي القاهرة دون سنة نشر.
- 2* احمد بن محمد احمد الدردير' الشرح الصغير, على اقرب المالك على مذهب الامام مالك جزء 5 دار المعارف مصر 1986.
- 3* توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الاصلية - دار الطباعة والنشر دون سنة.
- 4* رمضان ابو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الاصلية - دار الفكر العربي طبعة 1986.
- 5* علي الخفيف - الملكية في الشريعة الاسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية - الجزء الثاني طبعة 1969.
- 6* محمد بن احمد بن رشيد القرطبي بداية للمجتهد ونهاية المقتصد الجزء الثاني دار الشريعة - الجزائر .
- 7* محمد خيال - الحقوق العلمية الاصلية جامعة القاهرة 1992.
- 8* مدحت الحسني - اجراءات الشهر العقاري طبعة اسكندرية.

3-النصوص القانونية التنظيمية:

- 1*الامر رقم 75- 58 مؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .
- 2* المرسوم 76- 147 المؤرخ في 23 اكتوبر 1976 المتضمن العلاقات بين المؤجر و المستاجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري .
- 3*الامر 76- 105 المؤرخ في 09. 12 . 1976 متضمن قانون التسجيل
- 4*قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 09 رمضان عام 14104 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الاسرة الجزائري .
- 5*قانون رقم 87- 19 مؤرخ في 08 ديسمبر 1987 المتضمن كيفية استغلال الاراضي الفلاحية التابعة لاملاك الدولة وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم .
- 6*المرسوم التشريعي 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري .
- 7*قانون 90 - 25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم بالامر 95- 26 سبتمبر 1995 المتعلق بقانون التوجيه العقاري .
- 8*قانون رقم 66- 154 المؤرخ في 18 صفر 1386 و الموافق ل 8 جوان 1966 محمد طالب يعقوبي طبعة 2 الثائر قصر الكتاب , 4 نهج خالد باي - البليدة 1995 .
- 9*القانون المدني المصري مجموعة الاعمال التحضيرية جزء 06 الحقوق العينية الاصلية ' مطبعة دار الكتاب العربي , شارع فروق بمصر - بدون طبعة

4-الرسائل:

- 1*الطالبة لوليشي نجاه- الشفعة والتطبيقاتها في الميدان العلمي- مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء 2001.
- 2*الطالبة - احمد شول , هدى بالهادي , حنان هقي - الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي مذكرة تخرج في العلوم القانونية والإدارية 2001-2002.

5-المقالات والمجلات القضائية:

- 1*الاستاذ لعموم مصطفى – الشفعة في القانون المدني- مجلة الموثق العدد 08-06 سنة 1999 .
- 2*مجلة قضائية 1997 العدد الثاني .
- 3*مجلة الموثق العدد 04 نوفمبر – ديسمبر 2001 .

الفهرس

الموضوع:	الصفحة
1- المقدمة:	01
2- الفصل الاول: ماهية الشفعة وشروط الاخذ بها	01
*المبحث الاول: مفهوم الشفعة	02
ا-المطلب الاول: الشفعة ودليل مشروعيتها	02
~الفرع الاول: تعريف الشفعة	02
~الفرع الثاني: دليل مشروعيتها	04
ب-المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة وخصائصها	07
~الفرع الاول: تكيف الشفعة	07
~الفرع الثاني: خصائص الشفعة	09
*المبحث الثاني: شروط الاخذ بالشفعة	11
ا-المطلب الاول: الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفيع في الشيء الشفوع فيه	12
~الفرع الاول: جواز الأخذ في حالة البيع العقاري	12
~الفرع الثاني: البيوع التي لا يجوز الاخذ فيها بالشفعة (موانع الشفعة)	15
ب-المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالشفيع	17
~الفرع الاول: من هو الشفيع والشروط الواجب توافرها فيه	17
~الفرع الثاني: تزامم الشفعاء وتعدد هم	20
3* الفصل الثاني: اجراءات وأثار الشفعة وسقوطها	22
المبحث الاول: كيفية الاخذ بالشفعة	23*
ا-المطلب الاول: اجراءات الشفعة	23

- 23.....~الفرع الاول:اعلان الرغبة في الشفعة
- 26.....~الفرع الثاني:ايداع الثمن لدى الموثق
- 27-ب.....المطلب الثاني:دعوى الشفعة**
- 27.....~الفرع الاول:رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها
- 29.....~الفرع الثاني:الحكم النهائي في الدعوى وتسجيله
- *30.....المبحث الثاني:آثار الشفعة**
- 30.....ا-المطلب الاول:انتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع**
- 30.....~الفرع الاول:حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة
- 31.....~الفرع الثاني:حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع
- 32.....ب-المطلب الثاني:الآثار المترتبة عن ممارسة حق الشفعة(آثار الحول)**
- 32.....~الفرع الاول:علاقة الشفيع بالبائع
- 34.....~الفرع الثاني:علاقة الشفيع بالمشتري
- 35.....~الفرع الثالث:علاقة الشفيع بالغير
- 36.....ج-المطلب الثالث:مسقطات الشفعة (سقوطها)**
- 37.....~الفرع الاول:تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة (مسقط اختيار)
- 38.....~الفرع الثاني:مدى اعتبار موت الشفيع مسقطا(مسقط اجباري)
- 440.....الخاتمة:**
- 41.....قائمة المراجع:**
- 43.....5-الفهرس:**