

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور د. مولاي طاهر
سعيدة
كلية الحقوق

مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس في
العلوم القانونية والإدارية

عنوان المذكرة

حق الشفاعة ما بين
الشريعة

و القانون

تحت إشراف لإستاذ
بن سليمان

من إعداد الطالبتين:

✓ بن حسن سعاد

✓ تاج نجات

السنة الجامعية

2011*2010

مقدمة:

تتفق التقنيات المدنية العربية الحديثة على الأخذ بالشفعة لكنها تختلف في كيفية تنظيمها و إلى أي مدى.

وذلك نقل عن الشريعة الإسلامية ذلك أن القانون الوضعي بمفهومه العام يتضمن القواعد التشريعية وغير

التشريعية.

ولقد تناولت الشريعة الإسلامية خيار الشفعة بتدقيق و إيضاح و تفصيل إلى جانب خيارات أخرى اعتبرتها

من الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة الشخص صاحب الخيار وهذه الخيارات متعددة منها (خيار الشرط ،

خيار التعيين، خيار فوات الوصف.....إلخ).

ولقد عمل المشرع الجزائري على الأخذ بالشفعة لكن الأخذ بها يقتضي وضع نظام مفصل لها كما أن

إغفال مثل هذا النظام في التقنين المدني الجزائري سيؤدي على الكثير من الارتباك و النقص خصوصا أن

التشريع هو المصدر الأساسي و الأولي بحيث أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الثاني للقانون الوضعي

الجزائري .

ومن أجل ذلك كله و من أجل تلافي هذا النقص و الارتباك، وضع المشرع الجزائري نصوص متضمنة

أحكام الشفعة كما أكد في نصوص أخرى من هذا التقنين على أن مطالب بحق الملكية تعود إلى الأسباب

مختلفة.

فقد يطالب الشخص بحق الملكية مستندا إلى عقد أو ميراث أو إلى وصية أو إلى التصاق بعقار أو إلى

حيازة فكذلك الشفيع يطالب بحق الملكية مستندا لحق الأخذ بالشفعة.

فمتى توفرت شروطها وأعلن الشفيع رغبته في الأخذ بها فقد حل محل المشتري في البيع الصادر من

البائع و أصبح هذا البيع صادر إليه مباشرة فتنتقل إليه ملكية محل المشتري.

- فما هي الشفعة ؟

- ومن هو الشفيع ؟

- و متى يحل الشفيع محل المشتري؟

- و متى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه ؟

و الخلاصة مما تقدم أن المسائل التي يجب بحثها في الشفعة هي:

تعريف الشفعة ، خصائصها ، مصادرها، أهدافها، إجراءاتها، آثارها، و سقوط الحق فيها.

المبحث التمهيدي: ماهية الشفعة

المبحث الأول: مفهوم الشفعة و خصائصها

المطلب الأول: تعريف الشفعة

الفرع الاول : فى الشريعة الاسلامية

الشفعة كانت معروفة عند العرب ، فكان الرجل فى الجاهلية إذ أراد بيع منزل أو حائط أتاه الشريك و صاحب و الجار يشفع إليه فيما باع فيشفعه ويجعله الأول ممن بعد منه ، و الشفعة كلمة مأخوذة من الشفع و هي الضم و سميت الشفعة و سمي طالبها شفيعا .

و المقصود بها فى التشريع الإسلامى هي تملك الشفيع المشفوع فيه جبرا عن المشتري بما قام عليه من ثمن و النفقات بعد إعلان رغبته فى الأخذ بها فهي حق ضعيف يتقوى و يتأكد الطلب.

الفرع الثانى : التعريف القانونى

أما فى التقنين المدنى الجزائرى فقد عرفها فى نص م 794 بأنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري فى بيع العقار. و الرخصة من الترخيص و هي إباحة التصرف أى أن الشفعة تصرف مباح لكن نشير أن المشرع الجزائرى رخصها لطائفة ممن الأشخاص وردت على سبيل الحصر فى م 795 من القانون المدنى الجزائرى و بالتالى تصبح هذه الطائفة دون غيرها لها الحق فى الأخذ بالشفعة دون غيرها متى توافرت شروط الأخذ بها و ذلك أنها استعملت الرخصة فى حدودها القانونية و فى هذا نتساءل: هل إتيان الرخصة فى حدودها القانونية يؤدي إلى كسب الحق أم يجعلها حق فى حد ذاته و بالتالى تصبح الشفعة حق أكثر مما هي عليه بمجرد رخصة؟

لقد إختلف فقهاء القانون العرب حول التكييف القانونى للشفعة فهل هي خيار أو رخصة كما جاءت فى الشريعة

الإسلامية ؟

أم هي حق وإن كانت كذلك فهل هي حق شخصي و الذين قالوا بأن الشفعة حق شخصي إستدلوا بأنها حق لسبق لشخص شفيع فلا يورث عنه و لا يجوز حوالة ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه بإسمه¹ والبعض الآخر قالوا بأن الشفعة حق عيني لأن الشفعة من إختصاص المحكمة الكائن في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه .

فالشفيع عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقاري فيبث لمحكمة العقار الإختصاص بنظر الدعوى². لكن الرأي الثالث و هو الغالب بأن الشفعة ليست بحق أصلا و إنما رخصة و اختيارو سبب لكسب الحق فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية العقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق الإنتفاع كما نصت على ذلك المادة 844 من القانون المدني الجزائري >> يكتسب حق الإنتفاع التعاقد و بالشفعة و بالتقادم أو بمقتضى القانون <<.....<<.

و حق الرقبة وذلك لحلوله محل المشتري و ذلك ما ذهب إليه الشارع الجزائري إذ جعل من الشفعة طريقا من طرق اكتساب الملكية أي أنها طريق لاكتساب الحق في حد ذاته وهو حق الملكية وحق عيني . غير أنه يعاب على المشرع الجزائري في استعماله الكثير للفظ حق الشفعة في التشريعات العقارية³ اللاحقة و بالتالي نعود إلى طرح الإشكال من جديد.

فمادامت أنها حق فهل هو شخصي أم عيني؟

كذلك لأن الملكية هي حق عيني أصلي تكتسب بإستلاء أو الحيازة عقد الشفعة و لم يتساءل أحد مثلا: هل الميراث أو الإستلاء حق عيني أو شخصي؟⁴

¹ فقه السنة- المجلد الثالث - السيد السابق (ص 225)

² عقد البيع في القانون المدني الجزائري- د . محمد حسنين . ديوان المطبوعات الجامعية (ص 74).

³ مثلا أنظر المواد: 62/57/55/52 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري . المادة 207 من القانون المدني الجزائري³

⁴ طرق كسب الملكية - المجلد التاسع عبد الرزاق السنهوري (ص 130).

المطلب الثاني: خصائص الشفعة

الفرع الاول: غير قابلة للتجزئة

اهم ما لاتختص به الشفعة في أنها غير قابلة للتجزئة أي أنه لايجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون بعض و ذلك حتى لاتتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك ، فمثلا إذا باع المالك عقار واحدا لمشتريين متعددين على الشيوخ وهذا هو فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار .
وإن باع المالك عقارات متعدد لمشتري واحد في صفقة واحد وهذا هو فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشتري .وهناك فرض ثالث هو أن يتعدد الشفعا، فيتعين على كل واحد منهم أن يطلب الشفعة في كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة و ستعرض لهذا الفرض عند الكلام في تعدد الشفعا و تراحمهم.

الفرع الثاني : الشفعة لا تورث

و الشفعة لا تورث أنها متصلة بمشيئة الشفيع لأن الورثة يرثون المال وما يتعلق به تبعا ولا يرثون إرادة مورثهم و مشيئته كذلك و لأن الشفعة رخصة والرخصة لا تورث⁵ والشفيع هو صاحب الخيار لأنه إذا أستعمل حقه في الأخذ بها وتوفي فتنقل إلى ورثته لأنها أصبحت جزءا من ذمته وتنقل إلى الورثة مع أموال التركة⁶.
أما في الفقه الإسلامي ، فالشفعة لا تورث عند الحنفية بعد الطلب و تورث بعد الطلب في المذاهب الثلاثة الأخرى ، أيضا لاشفعة في المنقول و إنما في المشاع من الأرض و ما يتصل بها من بناء وغرس، فلا شفعة إلا في العقارات⁷. و نلاحظ بأن هذه الخصائص تتماشى مع أهداف الشفعة حيث أنها متصلة بها إتصالا وثيقا إذ لا ضررا و لا ضرار ، فطالما تقرر عدم الإضرار بالشريك في الشفعة وجدت هذه الخصائص

⁵ طرق كسب الملكية – المجلد التاسع – عبد الرزاق السنهوري – (ص 138).

⁶ طرق كسب الملكية – المجلد التاسع – عبد الرزاق السنهوري – (ص 147).

⁷ تاريخ التشريع الإسلامي – الشيخ محمد الخضري – (ص 222).

المبحث الثاني : مصادر الشفعة واهدافها

المطلب الأول:مصادر الشفعة

الفرع الاول : الشفعة فى الشريعة

الشفعة مستمدة من الشريعة الإسلامية ذلك لأنها شريعة جامعة كاملة التكوين صالحة لكل زمان و مكان بما فيها من مرونة تمكنها من مسايرة الأزمنة المختلفة بما فيها زماننا المعاصر .

والشفعة ثابتة بقضاء رسول الله صلى الله عليه و سلم، كما أن المسلمين أتفقوا على مشروعيتها فقد روي في الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي اله عنه قوله >> قضى رسول الله (ص) بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة << و في حديث آخر عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قضى رسول الله (ص) في كل شركة لم تقسم ربعة⁸ أو حائط⁹ و هذا مذهب جمهور الفقهاء.

* ومن هذين الحديثين نستخلص الأحكام التالية للشفعة:

- فلا تثبت الشفعة إلا فيما هو قابل للقسمة فإن كان غير قابل للقسمة كالعمامات و الأرجية و الدور الضيقة فلا شفعة كذلك في المقسوم التي ضربت حدوده و صرفت طرقه.
- أن يكون المشفوع فيه عقارا كالأرض والدور و ما يتصل بها كالبناء و الغراس و أن يخرج من ملك صاحبه بعوض مالي بأن يكون مبيعا .

أن يكون الشفيع شريكا في المشفوع فيه و أن تكون الشركة متقدم على البيع و أن تكون على الشفيع، فالشفعة ثابتة في كل مشترك مشاع قابل للقسمة ، فإذا قسم و ظهرت الحدود و رسمت الطرق بينهما يصبح الشريك جارا و لا شفعة للجار بإتفاق المذاهب الثلاثة إلا عند الأحناف الذين قالوا أن الشفعة مرتبة فهي تثبت للشريك الذي لم يقاسم أولا ثم يليه الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق شركة ثم الجار الملاصق¹⁰.

- أن يدفع الشفيع للمشتري قدر الثمن الذي وقع عليه العقد بينه و بين البائع

⁸ ربعة : المنزل .

⁹ حائط : البستان

¹⁰ فقه السنة – المجلد الثالث – السيد سابق (ص 189).

- الشفعة لاتباع و لاتوهب إذا بيعها وهبتها مناقض للغرض الذي شرعت له وهو رفع الضرر عن الشريك.

عهدة الشفيع على المشتري و عهدة المشتري على البائع، فالشفيع يطالب المشتري وهذا الأخير يرجع على البائع في كل ما يتعلق بما وجبت فيه الشفعة.

الفرع الثاني: الشفعة بإتفاق << الشفعة الإتفاقية >>

طرح في الفقه نقاش حول معرفة الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل أن الوعد بالتفضيل هو عقد خاص غير مسمى يتم بناء على إتفاق أطرافه فهو منبعث من الإرادة المستقلة لمتعاقدان¹¹ و ذلك مذهب إليه الفقه حيث أعتبر الوعد بالتفضيل عقد يقوم فيه أحد أطرافه وهو الواعد بالإلزام باختيار طرف آخر و يتفق معه على أنه هو المشتري في حالة ما إذا أراد بيع ماله و قد يكون هذا المال منقول أو عقار.

و الوعد بالتفضيل لا يلزم فيه الواعد بالبيع في مواجهة الموعد له ولكن يلتزم فقط إذا هو رغب في البيع أن يعرض ذلك أولاً على الموعد له قبل غيره فالإلتزام بالبيع غير موجود على عاتق الواعد و لكن يوجد على عاتقه إلتزام آخر هو عرض المبيع على شخص معين بالذات و هو الموعد له إذا رغب هو في البيع وهو التزم بالتفضيل وهذا الأخير هو شرط معلق (Condition Suspensive) ولا يعتبر هذا الشرط إرادي محض من جانب الواعد لان الرغبة في البيع تحاكمها عادة ظروف كثير غير الإرادة الخاصة للراغب في البيع فمتى إتفق الواعد و الموعد له أيضا على الشكيلة¹² و على جميع المسائل الجوهرية منها محل الوعد (L'obje) و المدة أما الثمن فإنه غير محدد في هذا الوعد لأنه يقترح من طرف الغير و ليس من طرف أطرافه.

بعض الفقهاء ذهبوا إلى إعتبار الثمن و هو ثاني شرط معلق لهذا الإتفاق و أن التفضيل لا يمكن تصوره إلا في حضور عرض الغير الذي يجعله في إتران

C'est ce que fait dire aux auteurs que le prix est la seconde condition Suspensive de cette convention et que la préférence ne ce conçoit qu en présence de L'offre d'un tiers à mettre en balance.

¹¹ طرق كسب الملكية – المجلد التاسع – عبد الرزاق السنهوري (ص 167).

¹² الشكيلة : في الشفعة الإتفاقية هي الإرادات التي أوجبها الإتفاق إفراغها في شكل معين.

لأنه يجب ملاحظة أن الثمن ليس عنصر أساسي في الوعد بالتفضيل أما البعض الآخر من الفقهاء يجعلون حالة العرض على الغير عنصر من تحديد الثمن.

<< La plupart des auteurs font état de l'offre du tiers comme un Elément de détermination du prix >>

وهذه الإختلافات تمنع إعتبار الوعد بالتفضيل كونه صورة من صور الوعد بالبيع.

و إستنادا لتعريف الشفعة التي يتقدم فيها شخص معين بحق الأفضلية على غيره من المتقدمين للشراء إذا ما أراد المالك بيع ماله فإن الوعد بالتفضيل الشفعة بالإتفاق أي شفعة الإتفاقية يكون المشفوع فيه عقارا أو منقولا و يكون الموعد له شفيعا و يكون لهذا الشفيح الحق في الأخذ بشفعة ملكية المشفوع فيه في المدة المحددة مسبقا بالإتفاق و ذلك بعد إعلان رغبته في الأخذ بها و قبل تسجيل البيع إذا كان المشفوع فيه عقارا ، أما إذا كان منقولا فلا يثار أي إشكال فبمجرد إبداء رغبته في الشراء تنتقل إليه الملكية إذا كان معين بالذات.

غير أنه إذا ما تصرف الواعد في المال المشفوع فيه لا يلتزم بشيء سوى بتعويض الشفيح ذلك أن هذه الشفعة تقتصر فقط على ترتيب التزامات شخصية بين أطرافها لأن الحق الشخصي التصرف فيها للغير ما لم يوجد إتفاق يمنع ذلك حيث ينتقل إلى الورثة سلبا أو إيجابا¹³.

و عكس ما هو عليه الشفعة القانونية حيث يمتلك الشفيح المشفوع فيه جبرا عن المشتري بما قام عليه من ثمن و نفقات أما المنقول فريد عليه حق الإسترداد فإن الشفيح في الشفعة الإتفاقية يشفع في العقار أو المنقول على حد سواء بحق الأفضلية على غيره و لا يلتزم بشيء سوى إعلان عن رغبة في الأخذ بها خلال المدة المتفق عليها إذ يكون له الخيار في إظهار رغبته و بين أن لا يظهر هذه الرغبة و بالتالي يسقط حقه في الأخذ بالشفعة الإتفاقية وتتم الصفقة لغيره ما لم يكن قد أسقطها بالتنازل.

كما أن الإعلان عن الرغبة من قبل الشفيح قد يكون صريحا لكي تؤدي إظهار الرغبة أثرها ، يجب أن تصل إلى علم الواعد تطبيقا لنص م 61 من القانون المدني الجزائري أو ضمنيا لأنه يمكن إقامة الدليل على ذلك بالبينة و القرائن و للقاضي السلطة التقديرية في إستخلاص هذا الأمر¹⁴ عكس ماهي عليه في الشفعة القانونية

¹³ دراسات في الملكية العقارية << - نصر الدين سعيدوني - (ص 124)

¹⁴ عقد البيع و المقايضة - مصطفى كمال طه - (ص 103).

حيث يجب أن تكون صراحته حسب نص المادة 801 م القانون المدني الجزائري التي تقضي بأن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة رسميا يعلن عن طريق كتابة الضبط.

وفيما عدا ذلك من خصائص ومن آثار للشفعة الاتفاقية فهي نفسها في الشفعة القانونية ما عدا انتقال الملكية إلى الشفيع إذا أبدى رغبته في الأخذ بها فتكون من يوم الإعلان عن الرغبة إلا كان المشفوع فيه منقولا معنيا بالذات ومن يوم التسجيل إذا كان المشفوع فيه عقارا وذلك تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث : الشفعة في القانون .

وهي تلك التي قررها المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري كسبب من أسباب كسب الملكية وطريق التملك للشفيع بالشفعة القانونية تكون بإحدى الطريقتين فقد حسم المشرع النزاع القائم على العقار المشفوع فيه بين الشفيع من جهة و بين البائع و المشتري من جهة أما عن طريق تسليم المشتري فأن الشفعة قائمة و أن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بها وهذه هي الشفعة بالتراضي.

أما الشفعة بالتقاضي، فقد رسم لها القانون إجراءات خاصة و حدد لها مواعيد فإذا ما رعاها الشفيع إنتهى إلى حكم يقضي بثبوت حقه في الشفعة.

و الشفعة القانونية هي التي سنتناولها في بحثنا هذا بنوع من الشرح و الإيضاح و تفصيل.

المطلب الثاني : أهداف الشفعة

الشفعة لها أهمية كبيرة النظام القانوني لذلك فالمشرع الجزائري قرر أهدافا عدة من وراء الأخذ بها فمنها ما هو مطابق للفقهاء الإسلامي و منها ما هو غريب عنه.

الفرع الأول: فى الشريعة الإسلامية

فلما كانت مقاصد الشريعة الإسلامية تهدف إلى العدل و الإنصاف و إعطاء كل ذي حق حقه فإن الهدف الأسمى الذي من ورائه قررت الشفعة هو دفع الخصومة ورفع الضرر عن صاحبها و هو الشفيع كما أنه لا يصح أن تكون الشفعة سببا لضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه إذا أخذ الشفيع بعض المبيع فقط وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري إذا أو جبهها لمنع الضرر الذي قد يحدث في حالة شراء أجنبي للعقار.

و الغريب عن الفقه الإسلامي هو أنه قررت الشفعة لكي تلم شتات الملكية بعد تفرقتها فتثبت الشفعة لمالك الرقبة بضم حق الانتفاع إلى الرقبة أو إلى صاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية بضم الرقبة إلى حق الانتفاع¹⁵.

الفرع الثاني: فى القانون الجزائرى

الذي ذهب إليه المشرع الجزائري هو إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء في الملكية الشائعة و ذلك لتقليل من عدد الشركاء قدر الإمكان و بناء على ذلك تثبت الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى الأجنبي و هذا هدف مسلم به في الفقه الإسلامي اتفاقا

بقيت أهداف الشفعة المستمدة من القوانين الخاصة منها ما يستمد من قانون التوجيه العقاري المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 م¹⁶.

فقد نصت المادة 57 من هذا القانون في بابه الثاني تحت عنوان « طرق تدخل الدولة و الجماعات المحلية » و بالضبط فيما يتعلق بالأراضي الفلاحية على منح الشفعة للفلاحين المجاورين في حالة بيع هذه

¹⁵ نص المادة 795 من التقنين المدني الجزائري أي أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م

¹⁶ هذا القانون تحت الرقم 90-25

الأراضي وذلك بغية تحسين الهيكل العقاري للمستثمر الفلاحية و حتى لا تؤدي عملية بيع الأراضي الفلاحية إلى تغيير وجهتها الفلاحية¹⁷ .

أما فيما يتعلق بالأراضي العامرة و القابلة للتعمير فإن نص المادة 71 من نفس القانون تنص على أن حق الدولة والجماعات المحلية ينشأ في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة و المنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المتحمل إلى إجراء نزع الملكية .

هدف آخر ذهب إليه المشرع الجزائري و هو الحفاظ على الحقوق الجبائية للدولة في حلة نقص التقييم المتعمد غشا عند بيع العقار وذلك يمنحه ممارسة الشفعة للخرينة العامة في كل البيوع العقارية والتي ترى فيها بأن ثمن البيع غير كاف مع دفع مبلغ هذا الثمن و تبرير ذلك أن كل دولة تهدف إلى حماية ثروتها¹⁸ وخصوص العقارية.

¹⁷ مثلا أنظر المادة 60 من قانون البلدية 08/90

¹⁸ مزيد من الإيضاح أنظر المواد من 48 حتى 57 من التوجيه العقاري رقم 90-25.

الفصل الأول: النظام القانوني للشفعة

المبحث الأول: احوال وشروط الشفعة

الشفعة ليست حقا عينيا , وليست حقا شخصيا بل هي ليست حقا أصلا إنما الشفعة سبب لكسب الحق فهي لارتد إلا بوجود عقد البيع عقار سواء عقد عرفي أو ثابت التاريخ " مسجل " مع احترام المدة القانونية ومع وجود البيع و إلا كان العقد معدوما لا يرتب أثر ولا تجوز فيه الشفعة , فالشفيع يكسب ملكية عقار أو حقا عينا على العقار كحق الانتفاع أو الرقبة أو حق الحكر , والشفعة تشتمل على أركان > الشفيع - المشفوع منه - المشفوع فيه <¹⁹.

المطلب الأول: شروط الاخذ بالشفعة.

أولا : أحكام الشفيع وشروطه : وهو "الأخذ" الذي يدون في مركز قانوني يعطيه الأفضلية على المشتري "المشفوع منه" يجب أن يكون له إذا أراد استبعاد و الحلول محله في بيع العقار "المشفوع فيه" والمنصوص عليه في المادة 95 من القانون المدني على أن تثبت الشفعة إلى :

❖ مالك الرقبة

❖ الشفعة للشريك في الشيوخ

❖ الشفعة لصاحب حق الانتفاع.

الفرع الأول: مالك الرقبة:

تثبت صفته إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة طبقا للفقرة الأولى من المادة 795

من القانون المدني مشتملة على عدة فرضيات لندرة حصولها في الواقع العملي .

أ- عبد الوهاب عرفة :محامي لدى محكمة النقض الشامل في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار دار الفكر و القانون الإسكندرية الطبعة 2008.¹⁹

الفرضية الأولى: إذا كان عقار مملوك لشخص ورتب حق الانتفاع لشخص آخر:

فبيع المنتفع لحقه جزءه أو كله لشخص غير مالك الرقبة فإن مالكاها (مالك الرقبة) بعد ترتيبه أن يشفع في انتفاع المبيع فيكون هذه الحالة سببا لكسب حق الانتفاع و ليست سببا لكسب الملكية , وعدم وجود شخص آخر يزاحمه إياه (شفيح آخر) فعدم الأخذ بحق الشفعة جمعت عناصر ملكيته و أصبح مالكا للعقار ملكية تامة

الفرضية الثانية: ترتيب حق الانتفاع لشخصين أو أكثر في الشيوخ:

فبيع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الإنتفاع , فلمالك الرقبة أن شفع في الحصة المبيعة ملكية تامة لنصف العقار مالك الرقبة في النصف الآخر أو عدم استطاعة الشريك الآخر في مزاحمته لحق الإنتفاع لمالك الرقبة >> مالك الرقبة له أولوية الترتيب على الشريك في الشيوخ <<²⁰

الفرضية الثالثة: العقار مملوك لشخصين مناصفة في الشيوخ مرتبان عليه حق انتفاع لشخص آخر:

يصبحان مالكان الرقبة العقار في الشيوخ, فبيع المشفع لحقه فهذا إمكانية لمالكي الرقبة أخذ بالشفعة حق الإنتفاع المبيع , فيعودان للحالة السابقة وهي مالكي للعقار ملكية تامة ويستطيع أحد مالكي الرقبة أخذ بالشفعة يطبق حق الإنتفاع وهو النصف الوارد في القانون المدني الجزائري المادة 795 من القانون المصري في فقرتها الأولى, ويصبح مالكي الرقبة الثاني محافظا على النصف المستبقى بحوزته, ويمكن للمشتري التمسك بعدم تجزئة الصفقة أو تفرقتها, إذا اشترى جميع حق الإنتفاع , وله الحق في إجبار مالك نصف الرقبة الأخذ بالشفعة نصف حق الإنتفاع

الفرضية الرابعة: يكون مملوك لشخصين مناصفة في الشيوخ ويرتب حق الإنتفاع لمصلحة شخصين مناصفة. بمعنى نصف لكل واحد منهما في الشيوخ , إذا باع أحد المنتفعين حقه جاز لمالك الرقبة معا أخذ نصفه بالشفعة , كما يحق لأحدهما أخذ النصف , دون تعريض المشتري في عدم تفريق الصفقة و يبيع المنتفعان حقهما معا

- أ. أحمد خالدي : محام معتمد لدى المحكمة العليا - الشفعة بين الشريعة و القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة²⁰
الجزائري, دار الهوية - الطبعة 2008-ص 52-53-54.

لمشتري واحد , جاز لمالكي الرقبة أن يأخذه معا بالشفعة جوازية أحدهما أخذ النصف الملحوق بالرقبة إلا في حالة تمسك المشتري بعدم تفرقة الصفقة, و لمالكها إما أخذ جميع حق الإنتفاع , أو ترك الأخذ بها أصلا

الفرع الثاني : الشفعة للشريك في الشيوخ

وهو بيع جزء العقار المشاع إلى أجنبي وفقا لنص المادة 795 الفقرة الثانية من القانون المدني , و يعد

الشريك في الشيوخ شفيعا في المرتبة الثانية مثير العدة نقاط بحثية وهي

1- ثبوت الشفعة في العقار المشاع "معناه" كقسمة العقار إلى أجزاء و أختص كل واحد منهم نصيبه المفرز

فهذا لا يثبت حق الشفعة في حالة البيع , لأن حقهم لكل واحد تحدث لكل منهم ولم يبقوا شركاء في الشيوخ ,

بل أصبحوا جيرانا و الذي يتركهم مالكي للعقار . وهم يعد كل فصل كل واحد منهم بجدار و وجود طريق -

مجرى فيناء مشترك بين عقارين , فيذهب الفقه و القضاء إلى هاذين العقارين لا يكونا شائعين , بل يكونان

متجاورين ولا شفعة للجار في القانون المدني الجزائري , و منه حتى يكون هناك شفعة فلا بد أن يكون حصته

كل واحدة غير مفرزة أو محددة ولكن لكل واحد حصته فيه رمزية أو حسابية و بيع أحدهما (شريك في الشيوخ)

حصته إلى أجنبي , تثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا العقد.

ملاحظة: لاشفعة في الكراء (حق الإيجار) معناه المستأجر لا حق له في حق الشفعة لكونه يكون في الشيء

المشاع المملوك , لكن له حق الأولوية في أن يعرض عليه الشراء قبل غيره.²¹

2- ثبوت الشفعة في حالة بيع حصته شائعة: طبقا لنص المادة 795 الفقرة الثانية من القانون المدني : >> إذا

بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي << والمقصود به حصة شائعة ,فيكون المقصود = هو بيع حصة شائعة

في العقار وهو تمكين الشركاء من منع دخول الأجنبي بينهم , و التي تكون الشفعة و سيلة لإنهاء الشيوخ و

تقرير حق الإسترداد المادة 721 من القانون المدني >> الشفعة وحق الإسترداد يؤديان وظيفة واحدة عي حالة

الشيوخ و هذه الوظيفة لا تتحقق إلا إذا كان المبيع حصة شائعة <<. فإذا ثبت بيع الشريك لخصته مفرزة قد تم

نتيجة وقوع قسمة نهائية انعقد عليها إجماع الشركاء , عندئذ لا يجوز الشفعة بسبب القسمة , و المشتري لخصته

²¹أ-أحمد خالدي = نفس المرجع السابق - الصفحة 54-55

مفرزة قبل القسمة لا يجوز أن يشفع في حصته شائعة باعها الشريك من العقار المشاع , ولا يجوز أن يحتج
يكون القسمة النهائية لم تقع بين الشركاء , لأنه قد انتقلت إليه ملكية حصة مفرزة و لا يملك بإرادته أن يغير
صفتها إلى حصة شائعة.

3-ثبوت الشفعة عند بيع الحصة الشائعة لأجنبي عن الشركاء: طبقا لنص المادة 795 الفقرة القانية من
القانون المدني الجزائري تنص على << الأخذ بالشفعة للشريك إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي >>
وهذا متفقا مع قلة إثبات شفعة الشريك = رفع الضرر من مشاركة الأجنبي أن تضرر أحدهما من بيع حصته
شائعة لتحقيقه في البيع الأجنبي - ولهذا التقادي دخول أجنبي تكون الشفعة هي الوسيلة القانونية لرفع الضرر ,
و استبعاد المشتري الأجنبي و أخذ الحصة الشائعة منه , كما يتفق مع سياسة المشرع في تضيق من أسباب
الشفعة

الفرع الثالث : الشفعة لصاحب حق الإنتفاع:

يثبت الحق في الشفعة لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها و إذا كان
الإنتفاع لأشخاص متعددين يكون لهم مجتمعين كل يقدر نصيبه فقط و بالمثل حق الإستعمال و لكن مالك
الرقبة في الحكر و المستحكر.

الحكر كالإنتفاع = ولكنه لا يرد إلا على العقار و تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا باع المستحكر و تثبت للمستحكر
إذا باع مالك مالك الرقبة.²²

الجار المالك = يثبت الحق في الشفعة للجار المالك بشروط :

- أن يكون ملكه ملاصقا للعقار المبيع و يتحقق التلاصق بأن مسافة من العقار دون وجود فاصل كطريق

أو مصرف عام وغير مملوك لأحدهما .

- أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع سواء مقررا أو مشاعا تامة أو رقبة وثبتت الشفعة للجار المالك في الأحوال التالية :

(أ)- أن يكون للشفيع حق ارتفاق على الأرض المبيعة , حق ارتفاق على أرض الشفيع.

(ب)- أن يكون التلاصق من حدين , وتساوي نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

ملاحظة هامة: التحايل على ابطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها فكل تحايل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشفيع:

يحل الشفيع بإرادته محل المشتري و ليتم هذا لا بد من توافر شروط في الشفيع:

1- أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به , ومن بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة.

2- أن يكون الشفيع متوافر على الأهلية.

3- أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه²³ . و منه نناقش هذه الشروط:

الفرع الاول : أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة.

ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به , يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار .

المشفوع فيه سواء كان الشريك المشتاع أو جار ملاصق أو مالك للرقبة أو بناءا عليه لا تجوز الشفعة

للمستأجر و الدائن المرتهن , كما لا يشترط أن تكون ملكية الشفيع (الكامل للعقار) فيكفي أن يكون شريك

مشتاع لحصة شائعة فيه²⁴.

ملاحظة: مجرد حيازة الشفيع لا يعني عن إثبات ملكيته و أن مدة التقادم في ملكية العقار المشفوع فيه قد

اكتملت قبل حصول البيع المشفوع فيه²⁵

²³ أ- أحمد خالدي - نفس المرجع السابق - الصفحة 69-72.

²⁴ أ - أحمد خالدي - نفس المرجع السابق - الصفحة 73.

²⁵ أ - عبدالوهاب عرفة - نفس المرجع السابق - الصفحة 19.

وفي هذه الحلة على الشفيع إثبات كونه مالك للعقار المشفوع به , وقت بيع العقار المشفوع فيه, أي قبل تملك المشتري المشفوع منه لا بعده , و العبرة في ذلك بالتاريخ الحقيقي لسند ملكية المشتري , الذي يستطيع الشفيع إثباته بالطرق الواردة في القانون وهذا ما ذهب آراء الفقهاء المدني إلى بعضهم : - لا يشترط أن يكون عقد الشفيع مسجلا لأجل المطالبة بالشفعة بل يكفي وجود العقد المثبت على الشفيع مشهر - فتسجيل عقده يكون مالكا وقت الشراء لا من وقت التسجيل أي أثر رجعي في نقل الملكية.

- ومنهم من يذهب إلى أن التسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين فيتبين أن الشفيع بعد أن سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به .

لا من وقت تسجيل هذا الشراء , فيكون الشفيع بفضل هذا الأثر الرجعي مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه , حتى ولو سجل المشتري المشفوع ضده هذا البيع و قبل الشفيع تسجيل عقد شرائه , فيجوز إذن للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه للعقار المشفوع به للبيع المشفوع فيه, على شرط أن يسجل عقد شرائه , أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة²⁶ يرفض بعض الفقهاء فكرة الأثر الرجعي للتسجيل , و بالتالي ليس للشفيع بعقد غير مسجل أن يشفع لأن الشرط الأساسي للمطالبة بالشفعة = <> الشفيع مالكا لما يشفع به , ولا يصح للمشتري أن يكون مالكا إلا بتسجيل عقد البيع << .

- البعض الآخر بأنه لا يكفي أن يكون التطرف القانوني المنشئ عليه حق الشفيع مسجلا , بل ينبغي التصرف المسجل موجودا وحقيقيا و صالحا لتوليد حق قبل بيع العقار المشفوع فيه.

- يشترط جانب من بعض شراح القانون المدني وجود حق الشفيع الذي يشفع به وقت البيع المشفوع فيه باشتراط . والتميز ما إذا كان الشفيع له حق على عقاره ناشئ عن تصرف قانوني ببيروت , الينان أو عن واقعة قانونية.

- د - عبدالرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد بمجلد الأول - "9" أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن²⁶ الملكية (حق الارتفاق - حق الإنتفاع الصفحة 582-583 الطبعة 3 جديدة 2000) .

أ) - حق الشفيع الناتج عن تصرف قانوني:

بما أن التصرف القانوني لا ينتقل أو ينشئ حقوق عينية عقارية أصلية إلا بتسجيل في الشهر العقاري بدون أثر رجعي .

ولهذا الأخذ بالشفعة يوجب أن يكون التصرف القانوني الناشئ عن الحق الشفيع مسجلا حتى ولو هذا التصرف ثابت التاريخ قبل البيع²⁷

الشفيع مالكا تحت شرط فاسخ: جواز الأخذ بالشفعة بشرط أن يتحقق الشرط الفاسخ قبل صدور حكم نهائي بالشفعة فإذا تحقق شرط فاسخ بعد الحكم بالشفعة وزال ملكه للعين المشفوع فيها فإنه لا أثر على تملكه للعقار المشفوع فيه لأنه أصبح مالكا نهائيا للعقار المشفوع فيه.

- إذا كان الشفيع مالكا تحت شرط واقف: فلا يجوز الشفعة لعدم كونه مالكا وقت صدور البيع المشفوع فيه.

- إذا كان الشفيع مالكا لعقد باطل بطلانا مطلقا: فلا تجوز الشفعة لأن عقد معدوم لا وجود له مطلقا وكما

قيل : عقد الهبة لم يفرغ في الشكل الرسمي و المشتري بدفع بذلك بالبطلان و التمسك به أمام المحكمة .

لتحكم بعدم قبول الدعوى الشفعة.

- إذا كان الشفيع مالكا بعقد قابل للإبطال: كان عقده صحيحا فيجوز له الأخذ بالشفعة بشرط عدم صدور

حكم بالبطلان قبل صدور حكم نهائي بالشفعة و ليس للمشفوع منه (المشتري) التمسك بالبطلان لأن التمسك

بالبطلان قاصر على تحقق لمصلحته أي الشفيع فقط²⁸.

- لكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بيعا معلقا على شرط فاسخ كاستثناء:

فإن هذا البيع إذا أشهر أي سجل في الحفظ العقاري , فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل إلى الشفيع معلقا

على شرط فاسخ بملكية المعلقة على هذا الشرط (شرط فاسخ) ك هي >> ملكية قائمة يجوز الشفعة فيها

بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف <<.

أ - أحمد خالدي المرجع السابق - الصفحة 75-76.²⁷

²⁸ أ - عبد الوهاب عرفة - نفس المرجع السابق - الصفحة 21-22.

(ب) - حق الشفيع الناشئ عن واقعة قانونية: قد لا ينشأ حق الشفيع عن تصرف قانوني , بل ينشأ عن واقعة قانونية بالعبارة بوجود واقعة قانونية المنشئة لحق الشفيع قبل البيع المشفوع فيه و أكثر ما يتحقق في نتيجة وفاة المورث , و يتلقى حقه من تاريخ الوفاة ' و ينبغي لجوازه أخذ الشفعة , مع تحقق واقعة الوفاة محققة قبل البيع المشفوع فيه.

- بعض شراح القانون المدني أجازوا : الأخذ بالشفعة باستثناء إلى ملكية البناء وحده دون ملكية الأرض التي تتحقق في بعض الحالات وقبل تسجيل عقد البيع: >> تمالك البناء بواقعة البناء في الأرض الموجب تسلم البائع أياها و ترخيصه الضمني له بالبناء فيها و ملكه مابناه = شفعة بالبناء دون الأرض , بالرغم من عدم تسجيله العقد و يكون البناء قبل بيع المشفوع فيه << حق الشفعة ناشئا عن التقادم فينبغي أن تكون مدته قد اكتملت قبل المشفوع فيه بل و أن يكون التمسك قد تم قبل هذا البيع مع وجود سند صحيحا أو مشهرا و مسجل في الحفظ العقاري طبقا لنص المادة 828 من القانون المدني .

وبناء على ذلك فلا تجوز الشفعة إذا كان التصرف الناشئ عنه حق الشفيع حتى ولو كان مسجلا: معلق على شرط واقف , أو قابل للإبطال وقت بيع المشفوع فيه إذا تحقق الشرط قبل ثبوت الشفعة للشفيع , ويجوز له ثبوت وعدم تأثر ذلك بما يحصل بعده من تحقق مثل هذا الشرط . أو صدور حكم إذ لا مفعول في مجال الشفعة للأثر الرجعي للشرط أو الحكم بالإبطال . كما لا تجوز الشفعة إذا حدث في الزمن الفاصل بين إبرام عقد البيع المشفوع فيه وبين ثبوت الحق في الشفعة فتغير في محل حق الشفيع²⁹.

يؤدي إلى تخلف سبب الشفعة , كشفعاته بحصته الشائعة في بيع العقار المجاور وذلك حتى ولو الشفعة في ملكية الجزء الملاصق من عقار الشفيع لا قامه طريق عمومي , ولكن إذا تحققت القسمة أو كانت القيمة غير مسجلة , كشفع الشفيع في بيع العقار المجاور ثم نزع ملكيته للمنفعة العامة قبل ثبوت

القسمة أو نزع للمنفعة العامة بعد ثبوت الشفعة لشفيع فلا يمنع من بقاء استحقاق الشفيع للعقار المشفوع

فيه³⁰.

الفرع الثاني: أن يكون الشفيع كامل الأهلية

الأخذ بالشفعة يعد في حكم شراء العقار المشفوع فيه , فالشفيع يحل بإرادته (تصرف قانوني) محل المشتري , لهذا لا بد من توافر الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة لإعتبارها من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة , وبهذا أهلية الواجبة توافرها هي : - أهلية التصرف-- .- فالبالغ الغير عليه = له الحق في الأخذ بالشفعة بإرادته وبنفسه وقد تأخذ عن طريق الوكالة (عن طريق وكيله) أي بوكالة خاصة وليست بوكالة عامة = لإعتبار العمل بها يعد عملا من أعمال التصرف وفقا للمادة 574 من القانون المدني = >> لا بد من الوكالة الخاصة في كل عمل ليس من الأعمال الإدارية , لسبب في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم و توحيد اليمين بمرافعة أمام القضاء <<.³¹

الشفيع قاصر وله أب = الأب يكون وليا عليه (أولاده القصر) فإنه يجوز للولي أن يأخذ بالشفعة , وفي جميع الأعمال النافعة نفعاً محضاً عن القاصر و التصرف كالرجل الحريص تحت إشراف القضاء المسوس بالذمة المالية للقاصر كبيع الأموال = "منقولات- عقارات"- -استثمارها بإيجارها لمدة معينة , طبقاً للمادة 88 من قانون الأسرة المحال إليها بنص المادة 44 من القانون المدني , لما نجده أن الأخذ بالشفعة , تصرف في مال القاصر حيث يحل القاصر محل المشتري في جميع الحقوق و الإلتزامات وإيداع المبلغ الحقيقي الحاصل به نتيجة البيع لدى الموثق المادة 801 الفقرة الثانية من القانون المدني.

القاصر ليس له ولي: الوصي عليه هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه , كالوصي القيم على المحجور عليه فالقيم هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه و يجب في جميع ذلك استئذان بأمر المحكمة

أ - أحمد خالدي - نفس المرجع السابق - الصفحة 80.³⁰

31 أ- أحمد خالدي - نفس المرجع - نفس الصفحة.

الفرع الثالث: الشفيع غير الممنوع من شراء العقار المشفوع فيه

الأخذ بالشفعة بمثابة شراء العقار المشفوع فيه ، حيث الشفيع يحل محل المشتري فيصبح المشتري للعقار لهذا لا تجوز الشفعة للشفيع الممتنع بحكم القانون من شراء هذا العقار طبقا لنص المادة 410 من القانون المدني :>> لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بإسمه مباشرة أو بإسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة ، كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى.³²

ومن خلال النص القانوني فالحالات الممنوع فيها الأخذ بالشفعة هي:

- 1 - من كان خائنا عن غيره : لا يجوز له شراء المال لنفسه- لتعارض مصلحته الشخصية بإعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا و النيابة في بيع مال الغير : >> هذه هي الوكالة<< .
- 2 - قد تكون عن طريق الولاية عن الإبن القاصر: وتأتي عن طريق أمر من السلطات القضائية المختصة كما هو الشأن في الوصي و المقدم و المصفي والوكيل المتصرف القضائي (وكييل التفليسة سابقا) ومحافظ البيع بالمزايدة و السماسرة و الخبراء - فهم في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله طبقا لنص المادة 411 من القانون المدني .
- 3 - لا يجوز للنائب أن يشفع في العقار : الذي هو مخول ببيعه من طرف الغير و ذلك لما هو متعارض قائميا لمصلحة النائب و الواجب الملقى على عاتقه - فهو ممنوع أصلا من شراء هذا العقار³³ .
- 4 - النيابة في عقار مبيوع مصدره الإتفاق أو الوكالة : فإن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكيلا في بيع عقار لأجنبي ، قد يكون التنازل عن حقه في أخذ العقار بالشفعة >> التنازل ضمنى <<

³² - أ - أحمد خالدي - المرجع السابق -الصفحة 80-81-82.

³³ أ - أحمد خالدي -نفس المرجع -نفس الصفحة

وطبقا لنص المادة 402 من القانون المدني : فممنوعون من شراء المشفوع فيه :

القضاة - المحامون - كتاب الضبط - المحضرين - المدافعين القضائيين الموثقين سواء باسمهم أو باسم مستعار الحق المتنازل عنه سواء كله أو بعضه لدخول النزاع في اختصاص المحكمة المباشر في دائرتها أعمالهم و إلا يصبح البيع باطلا.

وفي نص المادة 403 من القانون المدني أضاف : <<لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملون مع موكلهم في الحقوق المتنازع عنها سواء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا تولوا هم الدفاع عنهم = معاملة باطلة ومنه = لا يمكنهم شراء العقار المتنازع عليه كما لا يمكنهم أن يشفوعوا في العقار , وهذا حفاظا على سمعة ونزاهة وحياء القضاء >>.

* **ملاحظة:** القانون المدني الجزائري قد خلا من أحكام الأخذ بالشفعة للوقف عكس القانون المصري الذي نص في المادة 939 من القانون المدني في الفقرة الثانية : << لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة >> و بالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني في حالة غياب نص قانوني الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بمختلف المذاهب لتعرض هذه الأخيرة لموضوع الشفعة عن طريق الوقف و الميراث³⁴.

المبحث الثاني: حكم المشفوع فيه وتعدد الشفعاء وتزاحمهم:

المطلب الأول: حكم المشفوع فيه و الثمن

الفرع الأول: حكم المشفوع فيه

1) كون المال المبيع عقار: لقد مع وجود الاختلاف حول ما يتصل بالعقار , لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا و إنما لخوف أذى الدخيل و رأينا المذاهب الفقهية الإسلامية متفقة على أن الشفعة لا تكون إلا في العقار دون المنقول كالدور و الأرض و البساتين ضرره على سبيل الدوام و ذلك لا يتحقق إلا في العقار.

أما في القانون المدني فيتضح هذا من تعريف الشفعة الوارد في المادة 794 منه حيث تقول " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ومن خلال هذا نجد أن الشفعة لا تكون إلا في العقار أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة , فحق الاسترداد يثبت في المنقول الشائع إذا باع احد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لأجنبي بطريق الممارسة و لحق الاسترداد قواعد و مواعيد و إجراءات تختلف عن قواعد الشفعة و مواعيد ها و إجراء اتها و هذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي على أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الشفعة

ونجد أن المشرع الجزائري أنه قد عمم حق الاسترداد على المنقول و العقار الشائع قبل القسمة وذلك بموجب أحكام المادة 721 من القانون المدني بقوله " الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة " و الملاحظ أن حق الاسترداد في القانون المدني الجزائري يؤدي في حالة بيع المنقول أو العقار الشائع الوظيفة ذاتها التي تؤذيها الشفعة في حالة بيع العقار الشائع وفقا لأحكام المادة 721 منه³⁵.

و العقار بالتخصيص هو رصد لخدمة العقار أو استغلاله , فإذا بيع مستقلا عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع منقول و لا يجوز للأخذ فيه بالشفعة , أما إذا بيع مع هذا العقار فإنه يجوز أخذه بالشفعة تبعا

للعقار و على ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من مواش من آلات ري و نحوها مما يعد عقارا بالتخصيص , فإن الشفعة تثبت في المزرعة و ما تشتمل عليها من المواشي و آلات الري و غيرها من العقارات بالتخصص أما إذا المواشي أو آلات الري عن الأرض عن الأرض و بيعت مستقلة فإن الشفعة لا تثبت إذا البيع في هذه الحالة يكون بيع منقول³⁶

أما فيما يتعلق بالحقوق العقارية فقد أثبت القانون فيها الشفعة إذا ما تحققت الشروط المنصوص عليها فيه , فلمالك الرقبة أن يطلب حق الأخذ بالشفعة في بيع حق الانتفاع.

والخلاصة أن العقارات التي تخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها و منها الأغراس و الأبنية , أما العقارات بالتخصيص فلا تجوز فيها الشفعة إلا إذا بيعت تبعاً للعقار المتصلة به أما إذا بيعت مستقلة عنه فتعتبر في حكم المنقول , ولا شفعة فيها و مما تقدم يجب التوضيح بأن الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع على النحو الآتي شرحه يحصر المشرع الأخذ بالشفعة في عقد البيع وحده دون سائر التصرفات أو الوقائع القانونية التي تؤدي إلى نقل الحق , وينبغي أن تتوافر في البيع المشفوع فيه شروط معينة تؤكد وجوده القانوني الحقيقي و عدم اختلاطه بتصرفات قانونية أخرى ولما الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه و الثمن ل يوجد إلا في البيع و ما في معناه من المعارضات المالية و لذلك لا تجب الشفعة في ما ليس ببيع و لا بمعنى البيع

إن الشفعة لا تجوز في المقايضة و لا تثبت إلا في البيع فلا بد إذن من عقد بيع صادر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه حتى يجوز الأخذ بالشفعة و عقد البيع تصرف قانوني صادر من الجانبين و ناقل الملكية يعوض و يترتب على ذلك ما يلي :

1) لا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بسبب من الأسباب لا يعد تصرفاً قانونياً كالميراث والالتصاق و التقادم.

2) لا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية .

3) لا شفعة إذا كان انتقال الملكية قد تم بمقتضى تصرف من التصرفات المقررة أو الكاشفة أولاً. تجوز الشفعة في عقد القسمة و لو كانت القسمة قد تمت بمعدل نقدي فإذا اقتسم الشفعة المال الشائع و كان هذا المال كله أو بعضه عقارا فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار ذلك أن القسمة من التصرفات المقررة أو الكاشفة للحق بمعنى أنها لا تكسب المتقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل و إنما تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشروع و ذلك وفقا لما نصت عليه المادة 730 من القانون المدني الجزائري بقولها يعتبر >> المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشروع و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى<< وبذلك لا يعتبر المعدل النقدي في القسمة ثمنا و إنما هو تعوض للمتقاسم عما نقص من نصيبه عند تعذر اختصاصه بكامل نصيبه عينا

ب- كما أنه لا يجوز الشفعة في عقد الصلح لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ولو كان الصلح قد تم ببدل نقدي و ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 463 من القانون المدني الجزائري للصلح إثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق و يقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها³⁷.

فإذا أبرم صلح بشأن عقار متنازع من أجل ملكيته فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار لأن البديل النقدي في الصلح لا يعتبر ثمنا و إنما هو مقابل للنزول عن الادعاء أي أنه يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ في كسب أو خسارة دعوى الملكية.

ج- ولا تجوز الشفعة في عقد الشركة إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاه الشفيع قيمته لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذا قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار³⁸.

2) **عدم تجزئة الشفعة:** معنى هذا أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع في صفقة واحدة دون البعض الآخر وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك و عليه فالقاعدة أن الصفقة لا تقبل التجزئة و يجب التمييز في هذا الصدد بين حالة ما إذا ورد البيع على عقار واحد و

³⁷ الأستاذ أحمد خالدي - نفس المرجع - الصفحة 175-176-177.
³⁸ الدكتور عبدالرزاق السنهوري-نفس المرجع -الصفحة 497.

حالة ما إذا ورد البيع على عدة عقارات و إذا صدر البيع لعدة أشخاص و يجب التمييز بين ما إذا كان هناك بيع واحد وما إذا كانت هناك بيوع متعددة و نتعرض بشرح هذه الفروض التي تثير مبدأ عدم تجزئة الشفعة فيما يلي:

أ/ **بيع عقار واحد لعدة مشترين:** إذا ورد البيع على عقار واحد من عدة مشترين كان تكون أرضا بيعت لثلاثة أشخاص لكل واحد منهم الثلث مثلا فيجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين لأن الأخذ بالشفعة منا لا يتضمن تفريق الصفقة لأنها حصلت متفرقة وقت وجودها أي أن كل واحد من المشترين اشترى جزءا مفرزا من العقار بثمان مسمى ولو كان ذلك في عقد شراء واحد لهذه الصفقات فلا يقع الأخذ بالشفعة تفريقا³⁹ لحصول التفريق قبله سواء كان قبل القبض أو بعده و معنى ما تقدم أن الشفيع يقوم عندئذ مقام أحد المشترين فلا تتفرق الصفقة بالنسبة لمن أخذ منهم و قد يرضى الشفيع بمشاركة الآخرين دونه فإذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوخ لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة و هذا بخلاف ما إذا كان كل واحد من المشترين قد اشترى جزءا مفرزا من العقار في صفقة واحدة مستقلة و لو في عقد واحد مع سائر المشترين فالمناطق في وحدة الصفقة و تعدادها يكون إذن ببيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوخ فتكون الصفقة واحدة و لا يجوز تفريقها أو بيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون البعض الآخر.

و إذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوخ و كان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة لأنها تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين ذلك بأن الشفيع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في العقار بتمامه حتى لا تفرق الصفقة و هو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة و على ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه فتسقط شفعته بالنسبة إلى جميع المشترين و ذلك ما لم يطعن.

بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد اقتحم بين ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصور ي و أن يدخله خصمان في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهة صورية عقده وقد يتحايل البائع لمبلغ الأخذ بالشفعة من طريق آخر فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتري واحد أو لمشتريين متعددين على الشيوخ و لكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذي يلاصق العقار المشفوع به فيبيعه مفرزا بيعا سوريا لشخص آخر حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمنع الأخذ بالشفعة فإذا أثبت الشفيع ذلك كان له أن يأخذ بالشفعة و يفوت على البائع غرضه غير المشروع .

ب/ بيع عدة عقارات لمشتري واحد: إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة بثمن واحد وجب التمييز بين ثلاث حالات .

1/ إذا بيعت عدة عقارات لمشتري واحد في صفقة واحدة و توافرت في شأنها جميعا شروط الأخذ بالشفعة فإنه يجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات فالصفقة واحدة و لا يجوز تفريقها و تتوافر الحالة المتقدمة عندما تكون العقارات المبيعة متصلة بعضها ببعض أما إذا كانت منفصلة جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار المتصل بملكه و يترك الآخر و لا يستثنى من ذلك إلا إذا كانت العقارات المنفصلة مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث أن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الإنتفاع فعندئذ يجبر الشفيع على اخذ الكل بالشفعة إلا إذا رضي بعكس ذلك.

2/ أما إذا بيعت عدة عقارات لمشتري واحد في صفقة واحدة و توفر في بعضها شروط الأخذ بالشفعة دون البعض الآخر كان للشفيع أن يشفع في العقار الذي تتوافر في شأنه شروط الأخذ بالشفعة فقط فإذا كان الثمن قد حدد في العقد إجماليا لكل العقارات فإن قيمة العقار الذي يطلب الشفيع أخذه بالشفعية تقدر بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الموحد تلك النسبة ينبغي أن تتفق مع مساحة العقار و صفته بالنسبة لباقي العقارات .

ولكن هل يجوز للمشتري إذا وجد أن تبويض الصفقة على النحو المتقدم يلحق الضرر به أن يجبر الشفيع على أخذ العقارات كلها بالشفعة حتى تلك التي لم تتوافر في شأنها شروط الأخذ بالشفعة أو أن يتركها جميعا حتى تلك التي توافرت في شأنها هذه الشروط⁴⁰.

إذا كانت العقارات المنفصلة قد توافرت فيها جميع شروط الشفعة وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة بطبيعتها أو بحسب الغرض المقصود منها فإن الشفيع لا يجوز له أن يشفع إلا فيها جميعا و تكون الصفقة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها إذا كانت العقارات تتفاوت في الجودة إلى حد كبير كما لو كان المبيع قطعا متفرقة من أرض زراعية بعضها جيد و البعض الآخر ضعيف حيث لا يجوز للشفيع أن يقتصر على طلب الشفعة في القطع. الجيد ويترك الأخرى أو كان أخذ بعض العقارات بالشفعة يؤثر في الإنتفاع بالبعض الآخر كما لو كان المبيع قطعتين من أرض زراعية و كان أخذ أحدهما بالشفعة يجعل استغلال الأخرى أمرًا شاقا و تكون الصفقة غير قابلة للتجزئة بحسب الغرض المقصود منها إذا قصد من شراء العقارات المنفصلة أن تخصص جميعها لغرض واحد بحيث أن استعمال الحق في طلب الشفعة بالنسبة إلى بعضها يترتب عليه أن يصبح الباقي غير صالح لتحقيق هذا الغرض كما لو خصصت العقارات جميعا لإنتاج ما يحتاج إليه مصنع قائم بجوارها وذاك لأن ثبوت الشفعة في مثل هذه الحالات يضر بالمشتري ضررا بليغا و ما شرعت الشفعة في الأصل إلا لدفع الضرر عن الشفيع ومن التناقض أن يدفع الضرر بالضرر أما إذا كانت هذه العقارات قد توافرت شروط الشفعة في بعضها و لم تتوفر في البعض الآخر و كانت الصفقة لا تقبل التجزئة بالمعنى المذكور سلفا فإن الشفعة لا تجوز فيها إطلاقا حيث لا تجوز الشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ولا تجوز في العقارات جميعا لأن من بينها عقارات لا تتوافر فيها شروط الشفعة و هذا هو الحل الذي يتفق مع ما يمليه مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة من ناحية و ما تنبئه القواعد العامة من ناحية أخرى و هذا الرأي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

3/ و إذا بيعت عقارات لمشتري واحد في صفقات متعددة و كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض و لم تكن مخصصة كلها لعمل واحد أو لطريقة استعمال واحدة فالقاعدة أن الشفيع لا يشفع إلا في العقارات التي توافرت في شأنها شروط الأخذ بالشفعة و لا محل هنا لا عمال مبدأ عدم تجزئة الشفعة و ذلك لتعدد الصفقات. والشفيع عندما يشفع في البعض دون البعض الآخر فهو يجرى الصفقة فالصفقات متعددة و مجزأة من حيث الأصل و هو لم يشفع إلا في صفقة واحدة منها ولم يجرئها و بالتالي لا يجوز للمشتري هنا أن يتمسك بوجود أخذ الشفيع لكل العقارات كما في الحالة السابقة هذا ونلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصا قانونيا يضبط هذه الحالات التي تضمنها مبدأ عدم تجزئة الشفعة و هذا هو الأمر الذي يجب فيه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لأنها المصدر المادي و التاريخي لأحكام الشفعة

و ذلك تطبيقا لأحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه ... و إذا لم يوجد

نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية⁴¹

الفرع الثاني: حكم المأخوذ به الثمن :

1/ بما يأخذ الشفيع : فإن الفقهاء قد اتفقوا على أنه في البيع بالثمن إن كان حالا و اختفوا إذا كان البيع إلى

أجل فهل يأخذ الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير ؟

فقال المالكية يأخذ بذلك الأجل إذا كان مليئا أي موسرا أو يأتي بضامن مليء

وقال الشافعية إن الشفيع مخير فإن عجل تعجلت الشفعة و إلا تتأخر إلى وقت الأجل و الذين رأوا الشفعة

في سائر المعارضات مم ليس ببيع فالمعلوم عنهم أنه يأخذ بالشفعة بقيمة الشقص أي القيمة البيعة أن كان

العوض مما ليس يتقدر مثل أن كون معطى في خلع و أما ان يكون معطى في شيء يتقدر و لم يكن دنانير

ولا دراهم و لا مكبلا و لا موزونا فإنه يأخذ بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه و أن كان ذلك الشيء

محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر .

الأستاذ أحمد خالدي – نفس المرجع – الصفحة 181-182-183.⁴¹

2/ كم يأخذ الشفيع: إن الشفيع لا يخلو من أن يكون واحدا أو أكثر و المشفوع عليه واحدا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكا أو يدع و أم إن كان المشفوع عليه واحدا فالشفعة أكثر من واحد فإن الإختلاف من ذلك في موضعين أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم و ثانيهما اذا اختلفت أسباب شركتهم فهل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا مثلا إن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لأنهم أصحاب سهم واحد و بعضهم عصابة فالجواب على ذلك كما يلي⁴².

1/ إذا كان المشفوع عليه واحدا و الشفعة أكثر من واحد فإن المشفوع فيه يقسموه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه الربع أخذ ربع الثمن .

اختلف الفقهاء في دخول الشركاء الذين هم عصابة في الشفعة مع الشركاء الذين شركتهم من قبل السهم الواحد. فالمالكية يقولون أن أهل الهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الشركاء معهم في المال من قبل التعصيب وأنه لا يدخل زوو السهام على ذوي التعصيب مثل أن يموت شخص ويترك عقارا ترثه عنه بنتان و ابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة نصيبهما فإن البنت الثانية هي التي تشفع في ذلك النصيب الذي باعته أختها فقط دون ابني العم و إن باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات و ابن العم الثاني .

وسند الشافعية عموم قضائية صلى الله عليه و سلم بالشفعة بين الشركاء و لم يفصل ذوي سهم من عصابة و من خصص ذوي السهام من العصابات فإنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب بين ذوي السهام و بين العصابة تشبيها بالشركات المختلفة من قبل محلها الذي هو المال بالقسمة بالأموال ومن أدخل ذوي السهام على العصابة و لم يدخل العصابة على ذوي السهام فهو استحقاق على غير قياس ووجه الإستحسان أنه ذوي السهام اقعد من العصابة .

2/ و أما إذا كان المشفوع عليهما إثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فأما أن يأخذ الكل و أما أن يدع كما أن له أن يشفع على أيهما أحب فإذا اشترى رجلان شقفا من رجل فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فإن فهناك من منعه و مناك من أجازه.

الأستاذ أحمد خالدي- نفس المرجع الصفحة 155-156-157.⁴²

3/ و أما إذا كان الشفعاء أكثر من واحد فأزاد بعضهم أن يشفع و يسلم له الباقي في البيع فإن المتفق عليه أن للمشتري أن يقول للشريك أما أن تشفع في الكل أو تترك و أنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا إذا وافقه المشتري على ذلك و أنه ليس له أن يبيع الشفعة على المشتري و إنما يرضى تبعيضها .

4/ إذا كان بعض الشفعاء حاضرا و البعض غائبا فأزاد الحاضر أن يأخذ حصته فقط فليس له ذلك إلا أن يأخذ الكل أو يدع فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وأن شاء ترك.

اتفق الفقهاء على أن من شروط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع و اختلفوا فيما إذا لم يكن الشفيع شريكا في حال البيع أو إذا لم تكن الشفعة ثابتة في حال البيع .

أ/ فإذا لم يكن الشفيع شريكا في حال البيع و ذلك يتصور بتراضي عن الأخذ فيكون ذلك من الأسباب التي لا تقطع له الأخذ بالشفعة حتى الحظ الذي كان به شريفا فرأى بعض المالكية أن له الأخذ بالشفعة و رأي آخرون منهم أن لا شفعة له لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة و هذا ليس بشريك .

ب/ و أما إذا لم تكن الشفعة ثابتة في حال البيع فصورتها أن يستحق إنسان شقصا في أرض قد بيع منها قبل وقت الإستحقاق حصة ما فهل له أن يأخذ الغلة من المشتري⁴³.

3/متى يأخذ إذا استحققت الشفعة: إن الذي له الشفعة رجلان حار و غائب فأما الغائب فاجمع العلماء على أن الغائب على شفيعته ما لم يعلم ببيع شريكه و اختلفوا إذا علم وهو غائب فقال فريق منهم تسقط شفيعته وقال فريق آخر أنها لا تسقط و أما الحاضر فإن الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال البعض هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب فإن علم و أمكنه الطلب و لم يطلب بطلت شفيعته.

وأما البعض الآخر احتجوا بما روي عنه صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقد وقالوا إن مدتها 3 أيام و أما من لم يسقط الشفعة بالسكوت و اعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحاله

ما يدخل على اسقاطه و كان هذا أشبه بأصول الشافعي لأن عنده أنه لا يجب أن ينسحب إلى ساكت قول قائل وأن اقترنت به أحوال تدل على رضاه⁴⁴

المطلب الثاني: حكم تعدد الشفعاء و تراحمهم في القانون المدني الجزائري.

- بعد أن تعرضنا للشروط الواجب توافرها في الشفيع فإننا نتصرف بعد ذلك إلى بيان حكم تعدد الشفعاء , طبقا لما ورد في القانون المدني الجزائري لا سيما المادة 796 من القانون المدني الجزائري .

- يفترض من نص المادة 796 من القانون المدني أن هناك أكثر من شفيع واحد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيع واحد , ولم يزاحمه في طلبها أحد من الشفعاء الآخرين , جاز له أن يأخذ بالشفعة جميع العقار المشفوع فيه , أو بعضه طبقا لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة , وعدم جواز تعريف الصفقة على المشتري .

أما إذا تعدد الشفعاء , وزاحم بعضهم بعضا في طلب الأخذ بالشفعة , فهنا يجب البحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على النحو المبين في المادة 796 من القانون المدني التي أوردت حالات ثلاثا لتزاحم الشفعاء وهي .

الحالة الأولى : تعدد الشفعاء وهم من طبقات مختلفة المادة 796 الفقرة 1 من القانون المدني .

الحالة الثانية : تعدد الشفعاء وهم من طبقة واحدة المادة 796 الفقرة 2 من القانون المدني .

الحالة الثالثة : تعدد الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم المادة 796 الفقرة 3 من القانون المدني .

الفرع الأول : التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة .

إذا كان الشفعاء من طبقات مختلفة وتزاحموا فيما بينهم في طلب الشفعة فيكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني فالترتيب الذي وضعه المشرع في النصوص السابقة هو الذي يحدد مرتبة الشفيع في هذا الصدد , ومن خلال النصوص يتبين الترتيب التالي⁴⁵ من بين

⁴⁴ نفس المرجع

الأستاذ أحمد خالدي: محام معتمد لدى المحكمة العليا - الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء إجهاد المحكمة العليا و ⁴⁵ مجلس الدولة الطبعة الثانية 2008 الصفحة 113-114.

الشروط الواجب توافرها في الشفيع فإنما تتطرق بين ذلك في طلب حكم تعدد الشفعاء طبقا لما ورد في القانون المدني الجزائري لاسيما المادة 796 يفترض عدم المادة 796 من القانون المدني فأكثر من شفيع بواحد فهم المشتري الأخذ الشفعاء حكم بتقسيم لطلب الشفعة إلا شفيع واحد كما نصت على حالات منافية لتعدد الشفعاء , وتزاحمهم للإحياء الشفعة .

(أ) الطبقة الأولى: يوجد مالك الرقبة عندها بنفع في حق الانتفاع .

- إذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشيوخ , وباع أحد صاحبي حق الانتفاع حصة , كان الشفعاء في هذه الحصة هم مالك الرقبة , ثم صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوخ في حق الانتفاع الذي بيع بعضه , ثم الجار الملاصق للعقار الذي رتب عليه حق الانتفاع إذا كان في حالة من الأحوال الثلاث إلى شفيع فيها الجار فإذا تقدم هؤلاء الشفعاء جميعا للأخذ بالشفعة . فضل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء , و استقل وحده في الأخذ بالشفعة ويليه الشريك في الشيوخ في حق الانتفاع , ثم الجار⁴⁶.

(ب) الطبقة الثانية: يوجد الشريك في الشيوخ- المراد بالشريك هنا ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوخ بل أيضا الشريك في الشيوخ في رقبة العقار أو في حق الانتفاع في عقار , فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين مشاعا بينهما , وباع أحدهما حصته الشائعة إلى أجنبي , كان الشفيعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر و الجار في الأنظمة التي تعطي حق الشفعة للجار كالقانون المدني المصري و تقدم كل واحد منهما للأخذ بالشفعة , تقدم الشريك على الجار .

و إذا كان العقار ملكا لشخصين على الشيوخ , و قد رتبنا عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقبة فقط في الشيوخ ثم باع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة إلى أجنب كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشتاع الآخر في الرقبة , وصاحب حق الانتفاع و الجار , ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقبة هو شريك في

الشيوع فهو في الطبقة الثانية و يتقدم عند التراحم في طلب الشفعة على كل من صاحب حق الإنتفاع و الجار فهو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الآخرين⁴⁷.

فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب حق إنتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها , ثم باع الرقبة , فالشفيعان في الرقبة هما صاحب حق الإنتفاع و الجار , و لمالك صاحب حق الإنتفاع في الطبقة الثالثة و يتقدم على الجار , فإنه هو وحده يأخذ بالشفعة دون الجار , إن المشرع الجزائري لم ينص على شفعة الجار⁴⁸

- قرار رقم 30/401 مؤرخ في 1984/01/21 من قانون المدني 1990 عدد 01 الصفحة 100

- من المقرر قانونا أنه يكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد و بالشفعة و بالتقادم أو بمقتضى القانون .

ومن المقرر أيضا أنه يثبت حق الشفعة :

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

2- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي .

3- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها .

ولما ثبت في قضية الحلال بأن قضاة المجلس قرروا بأنه صفة الطاعنين كمستأجرين للأمكنة لا تسمح لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة ولا يمكن إعتبارهم كذلك كمنتفعين حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني , فإنهم سواء قرارهم تسببا كافيا و بالتالي النفي على القرار المطعون فيه بإنعدام الأسباب ليس في محله. أولا قرار رقم: 42363 مؤرخ في 1985/11/09 من القانون المدني 1989 الصفحة 196 من المقرر قانونا أن حق الشفعة يكون لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها , ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بمخالفته إجراءات .

و الحض في تطبيق القانون يعد غير وجيه.

⁴⁷ الأستاذ أحمد خالدي -المرجع السابق - الصفحة 117.
⁴⁸ الدكتور عبدالرزاق السنهوري -نفس المرجع السابق-الصفحة 600

و لما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما رأوا أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاثة المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني باعتبار أن حق الإيجار هو حق يتخطى في حيث الإنتفاع حق عيني و من ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سالماً .

قرار رقم : 181-039 مؤرخ في 1999/02/09 من القانون المدني 1999 عدد 01 الصفحة 159 من المقرر وفقاً للمادة 795 من القانون المدني إلى حق الشفعة يثبت للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار لأجنبي دون الإشارة إلى كون هذا الشريك وارثاً أولاً .

ولما كان ثابتاً في قضية الحال , أن الطاعن أصبح مالكا على الشيوخ مع بقية الورثة المطعون ضدهم عندما اشترى نصاب أختيهما في كل حقوقها العقارية بموجب عقد توثيق مؤرخ في 1191/01/29 مسجل ومشهر , ومن ثمة فإنه لم يعد أجبر عن العقار المشاع كما اشترى مرة ثانية كل الحقوق العقارية التي آلت إلى أحلتها إلى بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 1996/12/23 عملاً بأحكام المادة 795 من القانون المدني كما ذهب إليه خطأً قط المحلي عندما برروا موقفهم بأن الطاعن أخي عن الملكية الشائعة لأنه ليس وريثاً و كره للمدعي عليهما الطعن في حق استعمال الشفعة , و بذلك فقد أخطوا في تطبيق القانون , مما يتعين نقص قرارهم , قرار رقم : 256-626 مؤرخ في 2004/20/25 من القانون المدني 2004 عدد 01 الصفحة 216 لا تكون الشفعة إلا للشركاء في الشيوخ و عليه لا يحق طلب الشفعة ممن فرز نصيبه بقسمة رضائية ثابتة

القضاء العقاري حمدي باشا طبعة 2009 خاص بالطبقة الثانية (يوجد شريك في الشيوخ قرار رقم: 380

من أسباب حق الشفعة (قرار غير منشور.) من كتاب حمدي باشا القضاء العقاري الصفحة 234

الطبعة -202 مؤرخ في 2000/11/22 الغرفة العقارية , القسم الثالث "غير مشور" لا تعد حالة الجوار الطبعة

الثالثة يوجد صاحب حق الإنتفاع عندما يشفع في الرقبة (بالنسبة لعدم جوار الشفعة للجار)⁴⁹.

الفرع الثاني: التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة :

يتصور هذا التزام عندما:

- أ) يتعدد الشفعاء الذين يملكون حق الرقبة عندما يباع حق الانتفاع.

- ب) أو في حالة وجود شركاء في الشيوخ , عندما يباع جزء من العقار الشاسع إلى أجنبي .

- ج) أو في حالة وجود شركاء في حق الانتفاع , عندما تباع الرقبة ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية المادة 796

من القانون المدني , إذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه ولذلك يتعين

توضيح التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة فيما يلي :

أ) **تزام ملاك الرقبة:** تزام ملاك الرقبة , يتصور عندما يتعدد الأشخاص الذين يريدون أن يشفعوا في

حق الانتفاع , وهم كلهم من طبقة واحدة , فالقاعدة في هذا الصدد هي أن يتحقق كل منهم الشفعة على قد

تصبيه فإذا كانوا ثلاثة لأحدهم نصف الرقبة في الشيوخ , و للثاني ثلثها و للثالث سدسها , اقتسموا حق الانتفاع

الذي تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم بنسبة نصيب كل واحد منهم في ملكية الرقبة و على ذلك يأخذ الأول

بالشفعة نصف الانتفاع و يأخذ الثاني ثلثه و يأخذ الثالث سدسه.ولكن إذا تعدد ملاك الرقبة , وبيع الانتفاع ولم

يتقدم لطلب الأخذ بالشفعة إلا واحد منهم فقط فهل يشفع هذا الملاك في جزء من حق الانتفاع المبيع على قدر

حصة في ملكية الرقبة ؟ أم أنه يجب عليه أن يشفع في كامل حق الانتفاع المبيع ؟ .

أ- حمدي باشا , القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة في مجلس دولة ومحكمة العليا , دار الهوية , طبعة 2009 الصفحة 49
234-180-159

إذا قلنا بوجود الشفعة لمالك الرقبة عند تعدد الملاك وإحجام بعضهم عن طلب الشفعة في كل حق الإنتفاع , لكان معنى ذلك أن شفحته قد زادت على حصته في الرقبة زيادة لا سند لها , وإذا قلنا بقصر حق مالك الرقبة في أن يشفع في الجزء المناسب لحقه في الرقبة , لأدنى ذلك إلى تجزئة الفقة على المشتري , خلافا لمبدأ عدم تجزئة الشفعة.

إذا رجعنا إلى نص الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني لوجدناها تنص على أن لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة و يتضح من هذا النص أن نية المشرع قد اتجهت إلى أن مالك الرقبة لا يشفع في حق الإنتفاع المبيع , إلا بالقدر المناسب لحقه فقط , و معنى ذلك أن المشرع قد خرج على مبدأ عدم تجزئة الشفعة , بما يؤدي إليه من تفريق الصفقة على المشتري , لذلك إستقر الفقه على طرح هذه النية إعمالاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة , ولذلك إذا كان طلب الشفعة في جزء من حق الإنتفاع يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري على خلاف ما كان ينبغي كان لهذا المشتري إلزام الشفيع إما أن يأخذ الكل أو يدع لأن مبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر هنا لمصلحة المشتري⁵⁰

ب) تزامم الشركاء في الشيوخ: إذا تزامم الشركاء في الشيوخ , سواء كانوا مالكين للعقار كاملاً أم كانوا شركاء في الرقبة , أم كانوا شركاء في حق الانتفاع , فإذا استحقاق كل واحد منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

- فإذا تعدد الشركاء في العقار , وطالبوا جميعاً بالشفعة فيها بيع منه قسم المبيع بينهم قسمة تناسبية , بنية حصصهم بعضها إلى بعض فإذا كان العقار مملوكاً لثلاثة أشخاص على الشيوخ للأول النصف و للثاني الربع و للثالث , الثلث و إن صاحب النص قام ببيعه إلى أجنبي فلكل واحد من الشريكين أن يأخذ بالشفعة في الجزء المبيع على قدر حصته في الملك. و إذا تنازل أحد الشريكين عن حقه في الشفعة , جاز للشريك الآخر أن يأخذ النص المبيع بكامله بالشفعة , فإذا تعدد طالبوا بالشفعة ,

و تنازل أحدهم لا نر عن حقه , فلا يتأثر المتنازل له بهذا النصف بل يرجع إلى كافة الشركاء ليأخذوا كل بقدر نصيبه , وذلك لأن المتنازل لم يملك شيء , حتى يصح تنازله عنه⁵¹

(ج) - **تزامم أصحاب حق الانتفاع**: إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع , فلا إشكال في الأمر إذا تقدموا جميعا لطلب الأخذ بالشفعة فيما بيع من الرقبة , حيث يسري عليهم نص الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني فيأخذ كل منتفع من الرقبة المبيعة على قدر نصيبه فإذا كان اثنان مثلا يملكان حق الانتفاع على الشيوع لأحدهما الثلثان و للآخر الثلث , بيعت الرقبة , فإن صاحبي حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة بنسبة نصيب كل منهما في حق الانتفاع فيصبح الأول مالكا للعقار في الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلثين , ويصبح الآخر مالكا في الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلث⁵².

- ولكن ما الحكم إذا تقدم واحد فقط من أصحاب حق الانتفاع بطلب الشفعة دون الباقيين , فهل يقبل طلبه?.

إن المنتفع لا يجب أن يجرد من طلب الشفعة إذا لم يتقدم باقي أصحاب حق الإنتفاع لطلبها , غاية ما في الأمر أن يكون من حق المشتري أن يجبر الشفيع على تحمل الصفقة بكاملها حتى لا تتفرق عليه , و لا يجوز أن يقصر طلبه على ما يعادل نصيبه في ملكية الرقبة , حتى لا يضارب المشتري من تفريق الصفقة عليه , و يجبر بالتالي على مشاركة تخص قد لا يرغب في مشاركة⁵³

الفرع الثالث: **تزامم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم:**

- تصدى المشرع لحل هذا النوع من التزامم مع المشتري الذي يتوفر فيه ما يجعله شفيعا و ذلك بنصه في الفقرة الثالثة من المادة 796 من القانون المدني >> و إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى , ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى <<.

⁵¹ الأستاذ أحمد خالدي نفس المرجع السابق - الصفحة 120 .

⁵² الدكتور عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق - الصفحة 602.

⁵³ الأستاذ أحمد خالدي - المرجع السابق-الصفحة 120.

- يفترض أن يكون المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي إشتهر , فإذا زاحمه شفعا آخرون فإن هناك ثلاثة فروض يمكن أن يحدث فيها التزام وهي كما يلي :

-الفرض الأول: التزام المشتري مع شفعا من نفس طبقته.

في هذا الغرض يتزام المشتري مع شفعا من نفس طبقته و ذلك مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 796 من القانون المدني >> و إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعا من طبقته ... <<⁵⁴. وهذا النص يفترض أن يكون المشتري قد توافرت فيه وقت الشراء , شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه , و يتقدم شفيع من نفس طبقته لأخذ العقار منه بالشفعة , و هذا استاء يتضمن خروج عن قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني , هذه القاعدة التي تقضي بأن لا ينزع من المالك ملكيته دون رضاه لشفيع يعلوا على المشتري في طبقته , فإن الشفيع إذا كان في طبقة المشتري فلا معنى لإعطائه الحق في الشفعة و مشاركة المشتري في العقار المشفوع فيه , لأن المشتري يعادله في الطبقة و يزيد عليه بأنه هو الذي وقع عليه بأنه هو الذي وقع عليه دون الشفيع إختيار البائع فأثره بالصفقة و لا مبرر هنا للتجاوز على إرادة البائع و إهدار هذه الإرادة , فالشفيع لا يعلوا على المشتري في هذه الطبقة , ثم إن المشتري ليس شخصا أجنبيا حرا من الشركة أو الجوار و يراد التخلص منه بالشفعة إذ هو شريك قديم أو جار قديم لا يقل شأنه في ذلك عن شأن الشفيع .

وعلى ذلك فإنه إذا بيع لشريك في الرقبة , حق الإنتفاع المناسب لنصيبه و طلب الشركاء الآخرون في الرقبة , الأخذ بالشفعة في هذا الحق فضل الشريك المشتري , أما إذا كان المبيع حق الإنتفاع , يزيد على القدر المناسب لنصيب المشتري في الرقبة فإن الزيادة تقسم بين الشفعا المتزاممين عدا المشتري على قدر نصيب كل واحد منهم طبقا لأحكام الفقرة الثانية المادة 796 من القانون المدني لأن المشتري ماكان يجوز له أن يشفع في هذه الزيادة.

⁵⁴ الأستاذ أحمد خالدي- المرجع السابق - الصفحة 122-1- الأستاذ أحمد خالدي - نفس المرجع السابق - الصفحة 122.

- و إذا بيعت للشريك في حق الإنتفاع الرقبة المناسبة لنصيبه , وطاب الشركاء الآخرون في حق الإنتفاع , الشفعة في الرقبة المبيعة , فضل الشريك المشتري , أما إذا كان المبيع في الرقبة , يزيد على القدر المناسب لنصيب المشتري في الإنتفاع , فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين عدا المشتري , على قدر نصيب كل واحد منهم طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني التي تنص >> إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه << لأن المشتري ما كان يجوز له أن يشفع في هذه الزيادة .

الفرض الثاني: تزاحم المشتري مع شفعاء من طبقة أدنى

- يتزاحم المشتري مع شفعاء من طبقة أدنى وذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة 796 من القانون المدني >> و إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتهم أو من طبقة أدنى <<...>> و يجب لتحقيق هذا الفرض أن يكون المشتري قد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وفق الشراء حتى ولو فقد هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء , ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيح أدنى من طبقتهم⁵⁵.

فهو إما مالك الرقبة في عقار تقسم فيه حق الانتفاع بين شريكين في الشيوع وقد اشترى حصة أحد الشريكين في حق الانتفاع , فإذا تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع , أو تقدم الجار للأخذ بها لم يجز لأي منهما الأخذ بالشفعة , ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير مالك الرقبة لكان مالك الرقبة نفسه شفيعا في الطبقة الأولى من الشفعاء و لو زاحمه في الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع في الطبقة الثانية بين الشفعاء , أو زاحمه الجار لفضل لكل على كل منهما باعتباره أعلى طبقة , و لأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع , فإذا كان هو الذي اشتراها فإنه من باب أولى بفضل على كل من الشفعين الآخرين الذين هما أدنى منه طبقة و على ذلك لا يجوز لأحد من هذين أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيح أعلى منه طبقة⁵⁶.

الفرض الثالث: تزاحم المشتري مع شفعاء من طبقة أعلى

⁵⁵ الدكتور عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - الصفحة 610.

⁵⁶ الأستاذ أحمد خالدي - نفس المرجع السابق - الصفحة 125.

- في هذا الفرض تتوفر في المشتري شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه , ثم يتقدم الأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أعلى منه و في هذا الفرض وحده يفضل الشفيع على المشتري لأنه أعلى منه طبقة ويجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري , وليس للمشتري أن يعترض , ذلك نصت عليه المادة 796 الفقرة الثالثة من القانون المدني >> وإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 من القانون المدني فإنه يفضل على الشفعاء من طبقة أو من طبقة أدنى , ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى << ذلك أن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري , و ليس للبائع أن يؤثر على الشفيع , خلافا لما يقضي به القانون إيثار للشفيع على المشتري و يتحقق هذا الفرض.

1- قد تكون بصدد عقار يملك الرقبة فيه شخص , ويملك المنفعة فيه شخصان و قام أحد صاحبي حق الإنتفاع بيع نصيبه المنتفع الآخر فتقدم مالك الرقبة ليشفع في هذا البيع فله ذلك و يفضل على المشتري الشفيع , لأن هذا يعد شريكا في الشيوخ و في مرتبة أو طبقة أدنى من طبقة مالك الرقبة .

2- و قد تكون بصدد عقار يملك رقبة شخصان , وقد رتبا عليه حق انتفاع لشخص , فإذا قام أحد مالي الرقبة بيع حصته في الرقبة لصاحب حق الإنتفاع , كان مالك الرقبة الآخر أن يشفع في هذا البيع و يفضل على المشتري الذي أصبح شفيعا لأنه أدنى منه طبقة .

3- وقد تكون بصدد عقار مملوك لشخصين مساع بينهما , وباع أحدهما حصته على الجار فإنه يجوز للشريك الآخر أن يأخذ الحصة المبيعة من هذا الجار ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج بأنه شفيع فهو أدنى طبقة من المالك في الشيوخ و بما أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض إلى شفعة الجار فإننا نكتفي بهذا القدر دون التعرض إلى مسألة شفعة الجار و صاحب حق الحكر و لكننا نأكد إلحاحنا على المشرع بتدارك ذلك و النص عليه لا سيما أن القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 المتعلق بالتنازل عن أملاك >> الدولة لصالح الشاغلين لها بصفة قانونية و القوانين المكملة و المعدلة له قد أحدثت أو ضاعا جديدة نتجت عنها مشاكل عويصة شأن العمارات و السكنات الجماعية ذات الطوابق وعليه يجب استدرار مافات بنصوص قانونية , تساير التطور و التغيير الاجتماعي تضبطه و يراعي أنه في الحالات التي يصبح فيها المشتري شفيعا فيفضل

على غيره من الشفعاء الذين هم من طبقتهم أن لا يكون قد خلق لنفسه هذه الحالة بالتحايل على أحكام القانون ويحدث هذا التحايل عملا في الحالة التي يكون فيها العقار مملوكا لعدة شركاء , ويريد أحدهم أن يبيع نصيبه فبدلا من أن يبيعه كاملا يبيعه إلى مشتري مفرقا فيبيع له جزءا من الحصة والسبب أو آخر يخفي هذا البيع عن شركائه حتى تفت مواعيد الأخذ بالشفعة , ثم يبيع بعد ذلك باقي الحصة لهذا المشتري الذي يصبح شفيعا , فلا يستطيع باقي الشركاء الأخذ بالشفعة فإذا ثبت ذلك , وان ما تم كان غشا و تحايلا لتفويت الشفعة عن باقي الشركاء فللقاضي أن يقضي لهم بالشفعة في الحصة الأولى المبيعة و تبعا لذلك في الحصة الأخرى التي تلتها و التي علم بيعها هؤلاء الشركاء و ذلك بشرط أن يتقدموا للأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد و الخاص بالصفقة الثانية دون الأولى⁵⁷ .

الفصل الثاني: النظام القضائي للشفعة

المبحث الأول: ما يترتب عن الشفعة

-إذا طلب الشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة وأذعن المشتري لحكم القانون و سلم بها فإنه يمتلك العقار بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات قضائية , إذا لم يذعن المشتري ولم يسلم بالشفعة وجب على الشفيع أن يتخذ إجراءات معينة . كي يصل إلى تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة بحكم من القضاء .
وقد رعى المشرع في رسمه لهذه الإجراءات , أن الشفعة قيد على حرية التصرف و تتضمن معنى نزع ملك المشتري ببراعته بحكم القضاء لذلك حدد المشرع هذه الإجراءات بصفة دقيقة . كما نص على مواعيد قصيرة حتى لا يظل المشتري مهددا في ملكه مراعاة لمبدأ الواجب استقرار المعاملات و رتب المشرع على عدم اتخاذ الشفيع هذه الإجراءات في مواعيد ها المحددة سقوط حقه في الشفعة حتى قيل دعوى الشفعة هي دعوى إجراءات.

المطلب الأول : إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري

أتاح القانون لكل من البائع أو المشتري , أن يتخذ إجراءات يحفز به الشفيع على إعلان رغبة في الأخذ بالشفعة في ميعاد معين و إلا سقط حقه و هذا الإجراء هو عبارة عن إنذار رسمي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع , في هذا الإنذار يتم إعلان الشفيع بحصول البيع و دعوته إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذا كان يريد ذلك فهو يعتبر فاتحة الإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها و يمكن تقسيم الإجراءات التي تمر بها الشفعة إلى مراحل .

(1) مرحلة الإنذار الرسمي في القانون المدني الجزائري.

(2) مرحلة التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

(3) مرحلة إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق⁵⁸ .

⁵⁸ الأستاذ أحمد خالدي, الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهد المحكمة العليا و مجلس الدولة الجزائري , دار الهومة , الطبعة الثانية 2008 م الصفحة 203.

4) مرحلة الدعوى.

الفرع الأول : مرحلة الاعلان بالانذار والتصريح

اولا: الإنذار الرسمي في القانون المدني الجزائري.

فرض المشرع هذا الإجراء في المادة 799 من القانون المدني التي تنص : >> على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه و يزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك<<.

كما تنص المادة 800 من القانون المدني يجب أن يشمل هذا الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني على البيانات محددة و إلا كان باطلا.

و عليه فإن إجراءات الشفعة تفتح عادة بهذا الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع و يطلب منه في الإنذار المذكور أن يبدي رغبته .

- في حالة ما إذا كان يريد أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة , فهذا الإجراء يقصد به تحفيز الشفيع على أن يبدي رغبته في ميعاد معين و إلا سقط حقه في الشفعة .

- كما يجوز أن يوجه البائع أو المشتري هذا الإنذار إلى الشفيع فإذا و جهه أحدهما أغى ذلك على أن يوجهه الآخر و إذا تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أم من طبقات متعددة و جب أن يوجه الإنذار إلى كل واحد منهم و ذلك الاحتمال أن يترك الشفيع شفيعته فيأخذها الشفيع المتأخر .

- ويجب أن يشتمل الإنذار على بيانات محددة وهي :

- 1) بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا_ و يكون ذلك بتعيين موقعه و حدوده و
 - 2) مساحته و كذلك أي بيان آخر من شأنه أن يرفع الجهالة عن العقار .
 - 3) بيان الثمن و المصاريف الرسمية و شروط البيع و إسم كل من البائع و المشتري و لقبه و مهنته و موطنه و
- الأجل الذي قدره 30 يوم للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني :

أ) بيان الثمن الذي بيع به العقار و المصاريف الرسمية :يقصد بالمصاريف رسوم التوثيق و التسجيل و ما يماثلها لهذه أما المصاريف الأخرى كأحقاب المحامي و السمسة فليس من الواجب ذكرها , حيث يمكن أن تكون محلا بالمطالبة مستقلة⁵⁹.

ب) بيان شروط البيع العقار المشفوع فيه : يقصد بها شروطه الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع أن يوازن بين أن يقدم على طلب الأخذ بالشفعة أو لا يقدم , وإذا كان شرط منع المشتري أجلا للوفاء ببعض الثمن , لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقفه , من حيث الأخذ بها أو تركها , ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقا لأحكام المادة 801 من القانون المدني .

كما أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع و ذلك طبقا للمادة 800 من القانون المدني و في حالة حصول هذا الرضا فإنه لا يترض عليه إلى فإذا الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما في ذلك المؤجل في الميعاد القانوني.

وبالتالي فإن عدم إشمال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار , كما أنه لا يعتبر من شروط التي توجب من 800 من القانون المدني إشمال الإنذار عليها ماورد في حق البيع الصادر للمشتري من أن البائع تلقى ملكية مابعه بريق بطريقة الشراء من آخر رفقة , كما أنه لم يوجب القانون تضمين هذا في القانون المدني شروط عقد تملك البائع.

ج) بيان إسم كل من المشتري و البائع و لقبه و مهنته و موطنه : ذلك حتى يتعين تعيينا كافيا , حتى يمكن للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك .

د) يجب أن يكون الإنذار بإبداء الرغبة رسميا: يجب أن يعلن الشفيع بواسطة المحضر القضائي وكل إعلان يقع بهذا الشكل الرسمي المستقل لا يعد إنذار حتى ولو اشتمل على جميع البيانات المطلوبة.

⁵⁹ الأستاذ أحمد خالدي – المرجع السابق – الصفحة 205-206 .

هـ) يجب أن يوجه الإنذار الرسمي إلى الشفيع في موطنه: أي في المكان الذي يقيم فيه عادة لا في المكان الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة.

فإذا لم يشمل الإنذار على بيان من البيانات المتقدمة , أو لم يكن رسميا بالمفهوم السابق أو أعلن الشفيع في غير موطنه , فإن هذا الإنذار باطلا.

لكن بطلان هذا الإنذار 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 .

وقضت المحكمة العليا بأنه: >> إذا كان مؤدى نص المادة 799 من القانون المدني أنه يجب على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها كل من البائع و المشتري فإن عدم القيام بذلك في الأجل المحدد , يسقط حقه فيها , كما أنه من المقرر قانونا أن تبلغ هذا الإعلان لا يكون صحيحا , إذا لم يتم الأخذ بالأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية. <<

و إنما كان الأمر كذلك فإن ألغي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على خرق المادة 23 المشار إليها سلفا في غير محله , ولما كان قضاة الاستئناف قد ألغوا الحكم المستأنف لديهم لعد صحة الإعلان بالشفعة . فإنهم بقضائهم هذا التزموا بتطبيق القانون واستوجب لذلك رفض الطعن كما قضت المحكمة العليا >> بأن المشرع قد حدد الإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشفعة في المواد 794 و ما بعدها من القانون المدني و حدد في أحكام المادة 799 من نفس القانون أجل شهر من تاريخ الإنذار الذي يوجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة و إذا لم يثبت البائع وجه الإنذار المنصوص عليه قانونا لاحتساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله فإن فوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة و المستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير في غير محله ويتعين رده لذلك استوجب رفض الطعن <<60.

كما قضت المحكمة العليا : بأن البغي ليس في محله , ذلك أن سريان أجل 30 يوم يبدأ من يوم تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري لمن يريد الأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام المادة 799 من القانون المدني حيث أن البائع أو المشتري لم يوجب له أحد هما الإنذار إلى من يريد الأخذ بالشفعة , و بالتالي فلا يبدأ هذا الميعاد , ومن ثم يحق للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت ذلك أن القانون لا يأخذ بالعلم الواقعي و إنما يعتمد فقط بالعلم القانوني , و تبعاً لذلك فلا يسري الأجل في حق من يريد الأخذ بالشفعة , مادام لم يعلم بالطريق القانوني .

ثانياً : التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

إذا وقع بيع العقار الذي تجوز الشفعة فيه و توافرت شروط الأخذ بالشفعة يفتح بذلك لمن قام به سببها خيار الشفعة في هذا العقار بإرادته المنفردة , و استعمال هذا الخيار بإلان الإرادة هو العنصر الأساسي و الجوهري الذي يحقق الشفعة , وقد تطلب المشرع في هذا الإعلان شروطاً من حيث الشكل و الأشخاص الموجه إليهم الإعلان , والمواعيد التي ينبغي التقيد بها , بحيث إذا تخلف أي من الشروط الأساسية : منها سقطت الشفعة و رتب المشرع على هذا الإعلان و على تسجيله أشار بالغة الأهمية و سنتعرض لبيان ذلك فيما يلي :

أولاً: شروط الإعلان الرغبة: استثنافاً من جديد الشفيع في الأخذ بالشفعة , فإن المشرع قد اشترط شروطاً محددة من حيث الشكل , ومن حيث الأشخاص الذين يوجه إليهم الإعلان و الميعاد الذي يتم الإعلان فيه , وذلك على النحو التالي :

أ) شكل الإعلان الرغبة: إشرط المشرع أن يكون إعلان الرغبة في الشفعة رسمياً و إلا كان باطلاً و ذلك وفقاً لأحكام المادة 801 التي تنص على أنه : >> يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابت الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلاً <<⁶¹.

و للتوضيح نورد وقائع عرضت على المحكمة العليا عن طريق الطعن بالنقض لممارسة رقابتها على القرار المطعون فيه وذلك كما يلي:

>> إن طاعنة تملك عقار مشاعا مع مطعون ضدها , باعت حصتها إلى أجنبي فمارست تلك الطاعنة حقها في الأخذ بالشفعة و صرحت برغبتها في ذلك اليوم 25 / 05 / 1993 بقدر رسميا , و أعلنت البائعة و المشتري بهذه الرغبة بواسطة محضر قضائي بتاريخ: 22 / 06 / 1993 وقامت برفع دعوى الشفعة يوم 12 / 07 / 1993 و أن المحكمة الابتدائية رفضت الدعوى لعدم إستيفاد الشروط الشكلية الخاصة بالشفعة و أن المجلس القضائي حكم المستأنف و أن المحكمة العليا حكمت بنقض و إبطال القرار المطعون فيه <<..

و بهذا القضاء فقد وضعت المحكمة العليا معايير للتفرقة من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة المنصوص عليه عي المادة 800 من قانون المدني الذي يجب أن يكون بعقد رسمي يحرره الموثق والإعلان به على كتابة الضبط و بين تاريخ إعلان تلك الرغبة إلى البائع و المشتري الذي يبدأ منه تاريخ احتساب مدة 30 يوم المنصوص عليه في المادة 802 من القانون المدني من القانون لفرع دعوى الشفعة معتبرة أن قضاة الموضوع قد خالفوا أحكام المادة 802 المشار إليها لأنهم أخذوا في احتساب الأجل بتاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة , ولم يأخذوا بتاريخ الإعلان به .

إن مهمة التبليغ بعد صدور القانون رقم 03/91 المؤرخ في 08/01/1991 المتخصص بتنظيم مهنة المحضر , أصبح يقوم بها المحضر القضائي بدلا من كاتب الضبط القائم بالتبليغ و التنفيذ كما كان سابقا و بمقتضى ذلك و بموجب إعلان الرغبة إعلاننا رسميا على يد محضر قضائي , يقع باطلا الإعلان بطريقة غير رسمية , كالإعلان بخطاب مسجل و لو كان بعلم الوصول.

و إعلان الرغبة الرسمي يكون بعقد توثيقي خاضع للتسجيل و الشهر العقاري فهو الذي تفتح به إجراءات الأخذ بالشفعة و يستقل عن رفع دعوى الشفعة بحيث يتم القيام بالإجراءين منفصلين.

ب)الأشخاص الذين يوجه إليهم إعلان الرغبة: أشرتط المشرع في المادة 799 من القانون المدني >> على من يريد الأخذ بالشفعةكل من البائع و المشتري <<_.

و معنى ذلك أن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع و المشتري , فإذا تعدد البائعون أو المشترون و دب إعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني و الآخر بعد فواته , كان إعلان الرغبة باطلا , و جاز لمن وصله الإعلان متأخرا أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة , و لما كان هذا الحق لا يتجزأ فإن السقوط بالنسبة لواحد , يسقط الشفعة للآخرين الذين أعلنوا إعلانا صحيحا .

و إذا حدث و كان الإعلان ناقضا , فالشفيع أن يكمل هذا الإعلان بطلب لا حق , و لا بد من إعلان هذا الطلب اللاحق إلى البائع و المشتري في الميعاد القانوني و إلا سقطت الشفعة و لأن الطلب الذي يكمل الطلب السابق إذا أعلن بعد الميعاد القانوني , فلا يعتد به أيضا. -1- .

و يجب على الشفيع إعلان رغبة إلى كل واحد , من البائعين و المشتريين في موطنه أي في محل إقامته المعتادة و فقا للمادة 36 من القانون المدني التي تنص عل : >> موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي و عند عدم وجود سكني يحل محلها مكان الإقامة العادي . << .

ج) ميعاد إعلان الرغبة : من الثابت أن الشفيع إذا علم بدفع البيع فإنه يستطيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ في الشفعة لكل من البائع و المشتري دون إنتضار أن يصله الإنذار الرسمي الشار إليه في المادة 799 من القانون المدني .

ولكن حرية الشفيع في إعلان رغبة تنقيد من حيث الميعاد إذا ما أُنذر إنذارا رسميا حيث يجب عليه أن يعلن رغبته و لال 30 يوم من هذا الإنذار و إذا لم يحصل هذا الإنذار و سجل البيع , فهو لا يستطيع إعلان رغبته إلا في خلال هذا من يوم تسجيل عقد البيع و ذلك و فقا لما نصت عليه الفقرة 2 المادة 800 من القانون المدني , بقولها : لا يمارس حق الشفعة إذا مرة سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون << .

و إذا لم ينذر الشفيع , ولم يسجل عقد البيع , فالشفيع الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم و هي تسقط بمضي خمسة عشرة سنة من يوم إتمام عقد البيع . و نشير لهذه الحالات بإيجاز فيما يلي :

أ-ميعاد إعلان الرغبة في حالة الإنذار بوقوع البيع :إنه متى أنذر الشفيع بالبيع سواء من البائع أو من المشتري تعين عليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة طبقا لنص المادة 799 من القانون المدني التي تقضي بأنه: >> على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي وجه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه و زاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا أقتضى الأمر ذلك << وفي هذه الحالة يجب لصحة إعلان الرغبة و إنتاجه لا شرط :

1 حصول إنذار صحيح للشفيع من البائع أو المشتري .

2 تحقق إعلان الرغبة خلال الميعاد المحدد منسوب من تاريخ الإنذار المذكور و ذلك ما سنبينه فيما يلي:
1-1- حصول إنذار صحيح للشفيع , لكي يكون الإنذار الموجه للشفيع من البائع أو المشتري صحيحا , يجب أن يكون رسميا , وذلك على يد محضر قضائي متضمنا الإعلام بالبيع و شروطه , مع طلب تحديد موقف الشفيع منه , و أن تكن توجيه الإنذار إلى الشفيع واحد كان أو متعدددا -1-.

و في حالة تعدد الشفعاء يجب توجه الإنذار إليهم جميعا على اختلاف طبقاتهم في ترتيب الشفعاء , دون الاكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى , وذلك لاحتمال ألا يرعب شفعاء هذه الطبقة في الأخذ بالشفعة , مما يفتح.

الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه البائع أو للمشتري و إلا سقط حقه و يزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن أقتضى الأمر ذلك .

وفي هذه الحالة يجب لصحة إعلان الرغبة و إنتاجه لأثاره :

1- حصول إنذار صحيح للشفيع من البائع أو المشتري.

2- و تحقق إعلان الرغبة خلال الميعاد المحدد منسوب من تاريخ الإنذار المذكور و ذلك ما سنبينه فيما

يلي:

1-1 حصول إنذار صحيح للشفيع : لكي يكون الإنذار الموجه للشفيع من البائع أو المشتري صحيحا , يجب أن يكون رسميا , و ذلك على يد محضر قضائي , متضمنا الإعلام بالبيع و شروطه , مع طلب تحديد وقف الشفيع منه , وأن تكون توجيه الإنذار إلى الشفيع واحد كان أو متعددا.

وفي حالة تعدد الشفعاء ألا يجب توجيه الإنذار إليهم جميعا , على اختلاف طبقاتهم في ترتيب الشفعاء دون الاكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى , وذلك لاحتمال ألا يرغب شفعاء هذه الطبقة في الأخذ بالشفعة , مما يفتح باب الشفعة لمن هم أدنى منهم في الطبقة , و أعقال إنذار أي من الشفعاء , يترتب عليه وقوع الإنذار باطلا , ولا ينتج أثره , فلا يبدأ منه الميعاد المحدد للشفيع إعلان الرغبة.

و يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل واحد منهم , أي في محل إقامته المعتادة كما أنه يشمل على بيانات محددة أساسية , مثل بيان اللقاء الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا , و ثمن البيع و شروطه و إسم كل من البائع و المشتري و المصاريف الرسمية و إلا كان الإنذار باطلا .

1-2 تحقق إعلان الرغبة خلال ميعاد محدد من الإنذار , إذا وقع الإنذار صحيحا على النحو السالف بيانه , فينبغي على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة , أن يعلن رغبته في ذلك خلال 30 يوم من تاريخ الإنذار الرسمي , و إلا سقط حقه في الشفعة وفقا للمادة 799 من القانون المدني , وعليه فوافق الإنذار الصحيح , هي أي تفتح الميعاد المذكور , و لا تغني عنها المادة 212 من القانون المدني أي واقعة أخرى , فلا يصتدم بعلم الشفيع بوقوع البيع , بل وحتى إذا قام الدليل بأنه قد علم بالبيع في وقت معين فإن الميعاد مع ذلك لا يسر من هذا الوقت و إنما من وقت وصول الإنذار إليه.

وتاريخ الإنذار الذي يبدأ منه حساب إعلان الرغبة , مقصود به تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع , أو إلى من يمثله على محضر قضائي.

و يجب ميعاد الثلاثين يوما , وفقا لما تقضي به قواعد قانون الإجراءات المدنية و طبقا لهذه القواعد , لا يحسب اليوم الذي يتسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمي و إلا كان الميعاد ناقصا , ذلك أن جميع المواعيد المنصوص عليها

في قانون الإجراءات المدنية تحسب كاملة , فلا يحسب فيها يوم بدايتها ولا نهايتها , و إذا صادق آخر الميعاد يوم عطلة , امتد إلى أول يوم عمل يليه.

كما انه تعد من أيام العطلة الرسمية , أيام الراحة الأسبوعية و الأعياد الرسمية و ذلك و فقا لأحكام المادتين 463-464 من قانون الإجراءات المدنية و معنى ذلك أن مدة الثلاثين يوما من اليوم الثاني لتبليغ الإنذار الموجه إلى الشفيع على أيد محضر قضائي وفقا لأحكام المواد 23 و ما يليها من ذات القانون كما أنها تنتهي في اليوم الذي يلي اليوم الأخير . أي وصول المدة إلى اثنين وثلاثين يوما , وذلك حسب الإجتهد القضائي المستقر للمحكمة العليا في كيفية احتساب الآجال القانونية.

كما أن الثابت في الإجتهد المحكمة العليا أيضا , أنه إذا لم يوجه البائع أو المشتري الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني إلى من يريد الأخذ بالشفعة , فإن الميعاد المذكور لا يبدأ , من ثم يحق للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت , ذلك أن القانون لا يأخذ بالعلم الواقعي و إنما يعتمد فقط على العلم القانوني و تبعا لذلك فلا يسري الأجل في حق من يريد . الأخذ بالشفعة مادام أنه لم يعلم بالرق القانونية فإذا لم يوجه إلى الشفيع إنذار صحيح فإنه يجوز له أن يعلن رغبته في الشفعة , خلال خمسة عشرة سنة من تاريخ البيع , طبقا للقواعد العامة , إذا في هذه الحالة يسقط حق الشفيع في طلب الشفعة بالتقدم بمقتضى هذه المدة كغيره من الحقوق و الدعاوى التي لم يرد في شأنها نص على مدة خاصة لسقوط الحق , ذلك ما أكدته المحكمة العليا في إجتهادها .

و بمعنى أن يضاف إلى الميعاد المتقدم (مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك) و يحدث ذلك إذا كان موطن البائع أو المشتري بعيدا , الأمر الذي يتطلب و قتا إضافيا لإعلانهما في الرغبة في الأخذ بالشفعة , و ينقيد في حساب ميعاد المسافة , بما هو مقدر في قانون الإجراءات المدنية و إذا تعين زيادة ميعاد إعلان الرغبة بميعاد , المسافة , فيعتبران متصلين و في حكم الميعاد الواحد فإذا صادق آخر يوم في الميعاد المنفرد أو المتصل يوم عطلة رسمية , إمتد الميعاد إلى أول يوم بعدها , ولكن لا اعتبار لوقوع العطلة الرسمية خلال الميعاد.

و نلاحظ على أن من يريد صاحب الشفعة لمن هم أدنى منهم في الطبقة و إنقال إنذار أي من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلا و لا ينتج أثره فلا يبدأ منه الميعاد المحدد للشفيع إعلان الرغبة .

و يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء في موطن واحد منهم , أي في محل إقامة المعتادة كما أنه يجب أن يشتمل على بيانات محددة أساسية مثل بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا , و ثمن البيع و شروطه و إسم كل من البائع و المشتري و المصاريف الرسمية و إلا كان الإنذار باطلا .

1-2 تحقق إعلان الرغبة خلال ميعاد محدد من الإنذار : إذا وقع الإنذار صحيحا على النحو التالي بيان , فينبغي على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة , أن يعلن رغبته في ذلك خلال 30 يوم من تاريخ الإنذار الرسمي و إلا سقط حقه فغي الشفعة وفقا للمادة 799 من القانون المدني و عليه فواقعة الإنذار الصحيح , هي التي تفتح الميعاد المذكور ولا تغني عنها أي واقفة أخرى فلا يعتد بعلم الشفيع بوقوع حتى إذا قام الدليل القاطع بأنه قد علم بالبيع , في وقت معين , فإن الميعاد مع ذلك لا يسري من هذا الوقت و إنما من وقت وصول الإنذار إليه. و تاريخ الإنذار الذي يبدأ منه حساب إعلان الرغبة , مقصود به تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله على يد محضر قضائي .

ويحسب ميعاد 30 يوم وفقا لما تقضي به قواعد قانون الإجراءات المدنية و طبقا لهذه القواعد , لا يحسب اليوم الذي يتسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمي و إلا كان الميعاد ناقصا , ذلك أن جميع المواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية تحسب كاملة , فلا يحسب فيها يوم بدايتها و لا يوم نهايتها , و إذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة , امتد إلى يوم عمل يليه⁶²

السقوط , وليس من مواعيد التقاضي , بحيث لا يرد عليه الوقف ولا انقطاع .

ثانيا) ميعا الرغبة في حالة عدم الإنذار بوقوع البيع: إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع إنذارا رسميا بوقوع البيع , أو كان الإنذار باطلا , غير أن المشتري سجل عقد البيع على الشهر العقاري , فإن المشتري قد منح للشفيع أجلا آخر يبدأ من تاريخ عقد البيع , فقد نصت الفقرة 2 من المادة 807 من القانون المدني على أن

⁶² الأستاذ أحمد خالدي المرجع السابق – الصفحة 212.

<< لا يمارسعليها القانون >> فيفهم من هذا النص أن الشفيع إذا لم يعلم بوجود البيع لعدم إنذاره أو لكون الإنذار اعتبر باطلا , ولكن سجل هذا البيع , لذلك أعتبر المشرع أن التسجيل و سيلة كافية و قاطعة لإعلام الشفيع بالبيع , بحيث لا يجوز له إدعاء عدم عمله بالبيع رغم التسجيل , فالمشرع يفترض حتما إفتراضا لا يقبل إثبات العكس , أن الشفيع قد على بهذا البيع بعد لحظة تسجيله فمهمة التسجيل هي الإشهار , وقد وقع الإشهار , ولكن نظرا لكون هذا العلم كما سبق بيانه , يعد علما افتراضيا , فإن المشرع قد أطال الميعاد الواجب على طلب الشفعة فيه , فجعله سنة من وقت التسجيل , فعلى الشفيع أن يبادر إلى أي رغبة حلال هذا الميعاد , و إلا سقط في حقه في الشفعة.

و يذهب البعض إلى القول بأن إسقاط حق الشفيع إذا نقضتانه من يوم التسجيل عقد البيع , دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق , بحيل من اليسير على المشتري إضاء حق الشفيع , فيما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل عقد البيع مع الاحتمال الكبير بقاء الشفيع جاهلا بوقوع البيع , فينقض الميعاد دون أن يطلب الشفيع الثقة في سقط حقه فيها.

ولكن يمكن الرد على هذا الرأي بأن المشتري قد لا يعلم على وجه محقق منهم الشفعاء , حتى ينذرهم بوقوع البيع و لا يدري كذلك ما إذا كان حقهم في الأخذ بالشفعة , حقا ثابتا لا يتطرق إليه الشك و بقاؤه أي المشتري في حال من القلق و عدم الاطمئنان , لا يجوز أن يدوم وقتا طويلا , فتوفيا لاستقرار التعامل , ولكن الشفعة حق استثنائي , من شأنه أن يخل بحق المادة في التصرف في ملكه لمن يريد , جعل المشرع سبيلا مسيرا للمشتري يطمئن معه إلى سقط حق الشفعة , وإلا أن الصفقة التي عقدها قد خلصت له على وجه حاسم و بديله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع فإذا مضت المد القانونية دون أن يطلب لأم الشفعة إطمأن المشتري إلى صفقته , و أيقن أن العقار الذي أشتراه , أصبح بمنجاة من أن يأخذه أي شفيع بالشفعة , هذا إلى أن الشفيع يكون عادة جارا للبائع أو شريكا له فإذا وقع بيع هذا العقار , فالغالب أن يشعر الشفيع بذلك , فإذا أراد أن يتأكد من وقوع البيع , فما عليه إلا أن يكشف عن العقار في سجلات الشهر العقاري , فيجد البيع مسجلا فيها , وله سنة من يوم التسجيل يستطيع خلالها أن يطالب بالثقة .

و الواقع أن هذا الرأي قد أغفل أن المشتري إذا بادر بالتسجيل فقد يجوده في ذلك سوء النية حيث أخفى الصفقة عن الشفيع -خاصة إذا كان الشفيع شريكا له في ملكية العقار - و انتظر حتى ينقضي الميعاد , فيسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة و لذلك نرى أنه رغم تسجيل و شهر عقد البيع , فإن ذلك لا يحول دون أن يأخذ الشفيع بالشفعة , إذا ثبت الغش و التواطؤ في جانب البائع و المشتري , إضرار بحق الشفيع , و عندئذ يجب أن تقبل دعوى الشفعة و تأييدها لما قد منا بتفسير أي إجتهاد المحكمة العليا بشأن تطبيق المادة 799 من القانون المدني فقد أوجب توجيه الإنذار من البائع أو المشتري إلى الشفيع للإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة أو الترك في أجل 30 يوما و إلا سقط حقه و بمفهوم المخالفة أنه في حالة عدم توجيه الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني فإن الأجل يبقى مفتوحا في هذا الشأن⁶³.

1) قرار مقرر في 2002/10/09 في الملف رقم 263-339 غير منشور كما أن ميعاد السنة المشار إليه يسري هذا من اليوم الموالي لليوم الذي وقع فيه تسجيل عقد البيع حتى لا يكون الأجر ناقصا , و لكن إذا لم تكن بصدد تسجيل عقد البيع وإنما بخصوص دعوى صحة التعاقد فإن الأجل , الميعاد يسري ليس من يوم تسجيل عريضة افتتاح الدعوى - المرفوعة من المشتري على البائع في شأن البيع المشفوع فيه - و إنما يبدأ الميعاد في السريان من يوم النطق بالحكم بصحة عقد البيع , لا من يوم تسجيل عريضة افتتاح الدعوى. وتحسب مدة السقط بالتقويم الميلادي , طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 3 من القانون المدني وأن جميع المواعيد تسب كاملة , فلا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم نهايتها , وإذا صادف آخر الميعاد يوم العطلة أمتد إلى أول عمل يليه طبقا لأحكام المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية .

ويقع إثبات عباء الإثبات إستعمال رخصة الشفعة خلال سنة من يوم تسجيل عقد بيع على عاتق الشفيع , و لكن إذا ثبت أن الشفيع قد إستعمل هذه الرخصة خلال الأجل المحدد , ولكنه أخطأ في بعض البيانات , خطأ لم يكن من شأنه إقاع المشتري في أي لبس فإن تصحيح هذا الخطأ فيما بعد لا يعد طلبا جديدا وفقا لتدابير الفقرة الرابعة منه المادة 462 من ذات القانون .

⁶³ الأستاذ أحمد خالدي -نفس المرجع السابق-الصفحة214-215-216.

يتضح مما تقدم أن المشرع يرتب البطلان على تخلف الشكل الرسمي لإعلان الرغبة في الشفعة كما أنه رتب سقوط الحق في الشفعة إذا لم يتحرر الإعلان البائع و المشتري , من فردين كانا أو متعددين , أو إذا لم يتم إعلانهما في الميعاد المحدد, كما أن المشرع إعتبر ترتيب جزاء سقوط الحق في الشفعة المخالفة الأحكام المذكورة , متعلقا بالنظام العام الذي يجوز الشفيع به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و تحكم به المحكمة من تلقاء نفسه إذا لم يقع التمسك به أو حتى إذا تنازل عن التمسك به صاحب الحق فيه

ثالثا: إعلان الرغبة في حالة عدم إنذار الشفيع وعدم تسجيل عقد البيع : قد يحدث ألا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع , أو يقوم بإنذاره و لكن الإنذار يقع باطلا , و ألا يتم كذلك تسجيل عقد البيع , فله إعلان رغبة في الأخذ بالشفعة في أي وقت إذ لا يوجد في القانون المدني ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع , وعليه فلا يتصور سريان المواعيد السالفة الإشارة في حق الشفيع , لأن الوقائع التي تنفتح معها هذه المواعيد لم تحدث ,لذلك يظل حق الشفيع في طلب الشفعة قائما طالما لم يسقط , ومدة سقوطه 15 سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه , ولا يحرم الشفيع من طلب الأخذ بالشفعة قبل انقضاء 15 سنة من تاريخ البيع , إلا إذا ثبت يقينا أنه تنازل عن حقه في طلب الشفعة صراحة أو ضمنا .

رابعا:لقد نص المشتري في الفقرة 1 من المادة 801 من القانون المدني على أنه >> يجب أن يكون
كان مسجلا <<⁶⁴.

اشترط المشرع أن يكون التصريح – الإعلان بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي , ومعنى ذلك أنه يجب على من يعنيه أمر الأخذ بالشفعة , أن يذهب إلى الموثق لإفراغ إرادته المنفردة في شكل رسمي , وتحرير عقد بذلك طريقا لأحكام المواد 1/801 و324 و324 مكرر 1 من القانون المدني ,معلنا له بأنه يريد أخذ العقار محل البيع بالشفعة , بعد أن يثبت له صفقته طبقا لما ينص عليه القانون و إلا كان هذا التصريح باطلا .

و الملاحظ أن نص المادة 801 من القانون المدني قد وضع في سنة 1975 يوم أن كان التنظيم القضائي الجزائري يجعل من الموقف موظفا عموميا لدى الدولة بموجب الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970

⁶⁴ الأستاذ أحمد خالدي – نفس المرجع السابق-الصفحة 215-217-218.

المتضمن تنظيم التوثيق إلا أنه و نظرا للتطور التشريعي فقد صر القانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 الذي يتضمن تنظيم التوثيق , و أنه جعل من الموثق ضابطا عموميا لكنه يحمل لحسابه الخاص , و الجدير بالذكر أن عملية إعلان عقد التصريح بالرغبة في الشفعة للبائع أو المشتري يجب أن يتكون بواسطة المحضر القضائي الذي نضمت مهمته بموجب القانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/01/08 المتعلق بتنظيم مهنة المحضر , الذي جعل منه ضابطا عموميا لكنه يعمل لحسابه الخاص كذلك , ومنذ ذلك التاريخ أُلغيت مصلحة التبليغ و التنفيذ من التنظيم القضائي الجزائري

وعليه- فإن الصياغة الواردة في نص المادة 801 من القانون المدني فيما يتعلق بقولها ليعلن عن طريق كتابة الضبط) يجب أن يعدل مسابرة للتطور التشريعي وإنما جامعه فتصبح كالتالي (يبلغ من البائع و المشتري عن طريق المحضر القضائي).

والملاحظ أن المشرع لم يتعرض لبيان مضمون التصريح بالرغبة في الشفعة , و لكن من الواضح يجب أن يتضمن البيانات المتعلقة بالبيع المشفوع الأخذ بالشفعة و لكن من الواضح يجب أن يتضمن البيانات المتعلقة بالبيع المشفوع فيه: محلا و شروطا و ثمنا و أطرافا , زيادة عن إظهار إرادة لشفيع القاطعة في الأخذ بالشفعة في البيع المذكور , و يثبت من الشفيع بالبيانات المتعلقة بالبيع المشفوع فيهم الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري , أو من تسجيل البيع إذا وقع ,و إلا ضمن بحثه و تحرياته , وإن لا يتضمن التصريح أي تحفظ أو أي شروط من شأنها التعديل في شروط عقد البيع , فالشفعة إنما تؤدي أي حلول الشفيع محل المشتري في كافة حقوقه و التزاماته كما تحددت في العقد .

إلا ما يستثنيه المشرع طبقا لأحكام المادة 804 من القانون المدني التي تنص , يحلالشفعة , لأنه من خصائص الحقوق الإدارية التي ينتمي إليها حق الشفعة إنها حقوق غير مشروطة , لا تعلق على شرط ولا تربط بتحفظ .

2- ومنها أن يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته , إذ هذا هو القصد الأساسي من الشفعة⁶⁵.

والجبر بالذكر أنه يجب التفريق , بين حلول الشفيع محل المشتري , و بين تملك الشفيع العقار المشفوع فيه, ووقت كل منها , إذ أن تملك الشفيع العقار المشفوع فيه, إنما هو نتيجة للحلول الذي يتحقق بعد توافر سبب الشفعة , وحصول بيع العقار المشفوع فيه بإرادة الشفيع المنفردة في الأخذ بالشفعة , تلك الإرادة القادرة على إحداث الأثر القانوني المباشر للشفعة ,وهو حلول الشفيع محل المشتري كافة حقوقه و التزاماته , ويترتب على ذلك , أن القانون يمنع على البائع و المشتري القيام بأعمال مادية تتعارض مع حق الشفيع و حلوله محل المشتري , لا سيما وأنه إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه ,أو غرس فيه أشجارا,بعد إعلان الرغبة في الشفعة , كان للشفيع أن يطلب الإزالة وفقا للفقرة الثانية من المادة 805 من القانون المدني , و سنبحث ذلك بعون الله تعالى عند التعرض لآثار الشفعة.

خامسا : تسجل إعلان الرغبة في الشفعة وأثره: فيما يتعلق بإعلان الرغبة في الشفعة فقد رأينا أن المادة 1/801 من القانون المدني تنص على أنه : >> يجب أن يكون بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا << , ومعنى أن يكون بعقد رسمي هو أن يقوم بتحريره موثق مع ما في ذلك من تسجيل وشهر , لأن الشكلية (الرسمية) بالنسبة لإعلان الرغبة هي إجراء جوهري من إجراءات الشفعة, و قررت لجعل هذا الإعلان حجة على الغير , لأن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته منذ إعلان الرغبة في الشفعة , ومن نتائج ذلك كف يد المشتري عن القيام بأعمال مادية تضر بهذا الحلول , باعتبار إعلان الرغبة حجة على المشتري ,فكان لا بد من مواجهة التصرفات القانونية التي يقوم بها المشتري و يرتب بموجبها حقوقا للغير على العقار المشفوع فيه,فكان من الطبي عدم الاكتفاء بإعلان الرغبة لمنع نفاذ هذه التصرفات في حق الشفيع,إذ لا توجد وسيلة مؤكدة لعلم الغير بهذا الإعلان .

هذا وقد قررت المحكمة العليا أنه إذا كان مؤدي نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة , وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة و إشهاره , ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير سليم و يستوجب رفضه , ولما كان ثابتا في قضية الحال , أن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم احترام إجراءات الشفعة طبقوا صحيح القانون⁶⁶ .

إنه بالرجوع إلى أحكام المادة 6 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن تنظيم التوثيق نجدها تنص على أن : >> يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع و يسهر على إعلانها و نشرها في الآجال المحددة<< .

وبما أن التصريح بالرغبة في الشفعة , يجب أن يكون بعقد رسمي و إلا كان باطلا, وليس له أثر تجاه الغير , إلا إذا كان مسجلا , فإن عملية تسجيل عقد إعلان الرغبة في الشفعة , تتم على يد الموثق الذي يحرر أصل عقد التصريح -3- , أي الإعلان , بعد أن يعلن لكل من البائع و المشتري على يد محضر قضائي, طبقا للأحكام المادة 1/5 من القانون رقم 03/91 المؤرخ في 08/01/1991 تتضمن تنظيم مهنة المحضر, و يكون التسجيل بمكتب الشهر العقاري التابع لموقع العقار المشفوع فيه , ذلك ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا حيث جاء فيه : من المقرر قانونا أنه يكزن التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط , و إلا كان هذا التصريح باطلا , و لما كان كذلك , فإن النعي على القرار المطعون فيه تأسيسا على ما هو مثار بخرق المادة 801 من القانون المدني , بدعوى أن القانون يشترط تحرير رسم توثيقي بطلب من القائم بالشفعة عن قصد هذا , و إعلان ذلك عن طريق كتابة الضبط يكون في محل غيره و يتعين رده, ولما كان من الثابت أن المطعون ضدها قد أعلنت عن رغبتها في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط, فإن قضاة الإستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف الذي قضى بصحة التصريح بالرغبة في الشفعة , التزموا بتطبيق القانون⁶⁷ .

و الملاحظ عمليا أنه في حالة عدم قيام الشفيع بتسجيل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة - لأن من مصلحته المبادرة إلى تسجيل الإعلان بالرغبة - فإنه قد يتعرض لخطر معين, و يتمثل هذا الخطر في قيام المشتري

⁶⁶ الأستاذ أحمد خالدي -المرجع السابق-الصفحة 290.
⁶⁷ الأستاذ أحمد خالدي -المرجع السابق-الصفحة 290.

بالتصرف في العقار المشفوع فيه ، فيصبح هذا التصرف ساريا في حق الشفيع الذي لم يسجل إعلان الرغبة ، حتى و لو كان قد حصل على حكم بثبوت حقه في الشفعة .

فإذا أراد الشفيع أن يتفادى هذا الخطر ، فعليه تسجيل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، فمنذ هذا التسجيل لا يسري في حقه أي تصرف يصدر من المشتري ، حيث تنص المادة 806 من القانون المدني على أنه : >> لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري ، وكذلك كل بيع صدر منه ، وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه ، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة ، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار << .

و يلاحظ أن المشروع لم يحدد زمننا معيناً لتسجيل إعلان الرغبة، فيمكن إجراء هذا التسجيل في أي وقت، وحتى بعد رفع دعوى الشفعة ، غير أن للشفيع مصلحة في الإسراع بتسجيل الإعلان، حتى يأمن من خطر الاحتجاج عليه بتصرفات المشتري ، التي كثيرا ما تقع عمليا ، وهي حالة توالي البيوع ، أي أن المشتري يقوم بإعادة بيع العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان ، وأن هذا الأخير يقوم بدوره ببيعه إلى مشتري ثالث ، مما يثير التساؤل عن مدى الاحتجاج على الشفيع بالبيع أو البيوع المتتالية، وينبغي التفريق في ذلك بين صورتين:

(أ) - إعادة البيع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالرغبة: إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة إلى مشتر ثان ، فإن هذا البيع الثاني لا ينفذ في حق الشفيع الذي سجل و أشهر تصرح رغبته في الأخذ بالشفعة ، و بذلك أصبح التصريح المسجل حجة ضد الغير ، طبقا للفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني ، و معنى ذلك أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، متى كان مسجلا في الشهر العقاري ، فإنه يظل صحيحا دون اعتداد بالبيع الثاني أو الثالث ، لحصولها بعد تسجيل الإعلان المذكور⁶⁸.

(ب) إعادة البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة: إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه قبل ، تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، أو حتى قبل إعلان أية رغبة إلى مشتر ثان ، فيكون البيع الثاني نافذا في حق

الشفيع , و ذلك طبقاً لأحكام المادة 797 من القانون المدني التي تنص على أنه : >> إذا اشترى شخص تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها <<.

و معنى ذلك أنه لا يعتد بالبيع الأول , و لا بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيه , وعلى الشفيع أن يوجه إعلان رغبة ثان في البيع الثاني و بشروطه , على أن يتم توجيه الإعلان بالرغبة إلى المشتري الأول بوصفه بائعاً في البيع الثاني, و إلى المشتري الثاني بوصفه مشترياً منه , على شرط أن تكون الشفعة جائزة في البيع الثاني , بحيث لا يوجد أي مانع قانوني من الأخذ بالشفعة فيه, كأن يكون المشتري الثاني زوجاً للمشتري الأول البائع له , أو قريباً له بالنسب لغاية الدرجة الرابعة , وفقاً للفقرة الثانية من المادة 798 من القانون المدني , فلا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة لا في البيع الثاني لقيام المانع , و لا في البيع الأول الذي لم يعتد به في مواجهة الشفيع , و لكن يشترط لذلك ألا يكون البيع الثاني سوريا , و للشفيع في هذه الحالة أو في حالة البيع الثاني الجائز الشفعة فيه, إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات , فإذا نجح في ذلك ظل البيع الأول و حده هو القائم بحيث تصح الشفعة فيه , و يسري ما يقدم شرحه بشأن البيع الثاني قبل تسجيل إعلان الرغبة, في حلة حصول بيع ثالث قبل التسجيل المذكور⁶⁹

الفرع الثاني: إيداع الثمن ورفع دعوى

أولاً إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق: للاستيثاق من جدية الأخذ بالشفعة , و للتضييق منها على السواء , فقد أوجب المشروع على من يريد الأخذ بالشفعة , أن يودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق , في ميعاد محدد وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة , وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني على أنه : >> يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة , بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة , فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة << .

⁶⁹ الأستاذ أحمد خالدي - المرجع السابق - الصفحة 290.

إن المشرع قد جعل من مسقطات الشفعة عدم قيام الشفيع بإيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق , >> حيث ألزم هذا الشفيع بأن يقوم بالإيداع قبل رفع الدعوى , مما يتعين قوله بأن المشرع قد اشترط لقبول دعوى الشفعة , أن يقوم الشفيع بإيداع كل الثمن و المصاريف لدى الموثق قبل رفع الدعوى << .

و يقصد بالمصاريف: رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه, و رسوم تسجيل و شهره في في المحافظة العقارية, و رسوم استخراج الشهادات العقارية و التوثيق , و رسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن و جدت , و بناء على ذلك فإن تفويت أحد هذين الشرطين , يعد موجبا لسقوط الحق في الشفعة.

كما أنه يمكن أن يتم هذا الإيداع عقب إعلان الشفيع رغبة في الأخذ بالشفعة -1- , أو عند إعلان هذه الرغبة , فيضمن الشفيع إعلانه بيانا , بأنه قد أودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق , و يجوز أن يتأخر الإيداع إلى ما بعد ذلك, حتى يتمكن الشفيع من تدبير و جمع الثمن , و لكن لا يجوز أن يتأخر عم أجل ثلاثين يوما من وقت إعلان طلب الشفعة , أي من وقت وصول هذا الإعلان إلى البائع و المشتري .

هذا وقد ذهبت المحكمة العليا إلى عكس هذا الرأي و قررت بأن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن عنه عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا , كما لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا , و يجب أن يتم إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي موثق خلال ثلاثين (30) يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة و إلا سقط الحق فيها⁷⁰ .

هذا مع ملاحظة ما قلناه من قبل بشأن كيفية احتساب المواعيد , بحيث لا يحسب اليوم الأول و لا اليوم الأخير منها , وإذا صادف اليوم الأخير عطلة امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد انتهاء العطلة , وفقا للمادة 463 من قانون الإجراءات المدنية.

- و قد يحث أن يتم إعلان البائع في يوم , و المشتري في يوم آخر فبأي يوم يحسب الميعاد ?

⁷⁰ قرار مؤرخ في 10/01/1995 ملف 103/337 , م ق لسنة 1995 عدد 01, الصفحة 194

لا يمكن القول بأن إعلان طلب الشفعة قد تم ، إلا إذا وصل هذا الإعلان إلى كل من البائع و المشتري ، عن طريق المحضر القضائي مقابل تحرير محضر تبليغ بذلك ، و على هذا الأساس إذا وصل الإعلان إلى البائع في يوم معين ، و وصل الإعلان إلى المشتري بعده بيومين مثلا ، فإن ميعاد الثلاثين يوما يسري من اليوم التالي للذي وصل فيه الإعلان إلى المشتري ، و الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع هو الذي وقع الاتفاق عليه بين البائع و المشتري ، قبل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها ، و الأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع ، يعتبر هو الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، ما لم يثبت عكس ذلك .

و بناء على ذلك يجب على الشفيع ، أن يودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق الذي ورد ذكره في عقد البيع ، و يستطيع الشفيع أن يعلم بهذا الثمن من الإنذار الرسمي ، الذي وجه إليه من البائع أو المشتري ، حيث يشتمل هذا الإنذار على ثمن العقار المبيع ، فإذا لم يصله هذا الإنذار ، فباستطاعته أن يعلم بالثمن عن طريق البحث عنه في سجلات الشهر العقاري ، فإذا قام الشفيع بإيداع الثمن المذكور في العقد كان إيداعه سليما ، و لكن إذا شعر الشفيع بأن هذا الثمن مبالغ فيه وأودعه ، كان باستطاعته أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صوري ، تواطأ عليه البائع و المشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة⁷¹ .

ولكن هل يجوز لكل من البائع و المشتري ، إثبات أن الثمن المذكور في العقد هو أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه ، و إنهما ليفعلا ذلك إلا لسبب معين ، -التهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة -وأن على الشفيع أن يودع الثمن الحقيقي لا الثمن الظاهر في العقد؟

في الواقع أن هذا التساؤل يثير مسألة صورية الثمن ، و مدى إمكانية الاحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي ، و الراجح في ذلك أنه على البائع أو المشتري إثبات أن الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي ، فإن أفلح

⁷¹ الأستاذ أحمد خالدي - نفس المرجع السابق

في إثبات الثمن الحقيقي , وأنه أكبر من الثمن المذكور في عقد البيع , فإن الشفيع ملزم بالثمن الحقيقي الأكبر , و عليه إيداع الفرق بين الثمنين .

كما يكون كذلك للشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع , فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البيينة , أن الثمن الوارد في عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها , بل هو ثمن صوري , توطأ عليه البائع و المشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة.

كما أن الشفيع ملزم بإيداع الثمن الحقيقي كاملا , حتى ولو وجد في العقد اتفاق على تأجيله أو تقسيطه , وحتى ولو وافق البائع على استفادة الشفيع من التأجيل أو التقسيط المتفق عليه , لأن ذلك يتعارض مع نص 804 من القانون المدني التي تنص على أن : >> يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته , إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع.... << , فأيداع الثمن كاملا أوجبه المشرع , بل وجعل جزاء تخلفه سقوط الحق في الشفعة⁷².

- ولكن ما الحكم إذا كان المشتري قد دفع جزءا من الثمن وبقي في ذمته جزءا آخر ?

إن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني على أنه : >> يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم , سقط الحق في الشفعة <<

لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه , عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي, سواء أكان صاحب الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع, أم هو البائع الذي يستوفى الثمن كله أو بعضه, و لا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة , وبين مناص عليه في الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني من أنه لا حق للشفيع في الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع , ذلك أن هذا النص قد صدر بشأن بيان آثار الشفعة , أي بعد أن يثبت الحق في الشفعة للشفيع

رضا أو قضاء ,ويصبح الثمن من حق البائع وحده , ورغم ذلك فلا يجوز له إعفاء الشفيع من شرط أوجه القانون لقبول دعوى الشفعة ,وقد قضت المحكمة العليا بأنه يجب أن يتم إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ,وإلا سقط الحق فيها , و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع و المصاريف لم يتم في الأجل على الوجه المذكور أعلاه , فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله و ينجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها.

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

ويثير هذا النص عدة مسائل هي: كيفية رفع الدعوى و ميعاد رفعها, و الأشخاص الذين ترفع ضدهم , و المحكمة المختصة بنظر الدعوى , و جزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى , و طبيعة الحكم الصادر في دعوى الشفعة , و نتعرض لشرح هذه المسائل بإذن الله تعالى تبعا.

كيفية رفع دعوى الشفعة و ميعادها: لم يضع المشرع الجزائري قواعد خاصة لكيفية رفع دعوى الشفعة في القانون المدني , مما يتعين معه الرجوع إلى قواعد قانون الإجراءات المدني , التي تقضي بأن رفع الدعاوى عموما يخضع لأحكام المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن : >> ترفع الدعوى إلى المحكمة: إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤخرة و موقعة منه لدى مكتب الضبط , و إما بحضور المدعي أمام المحكمة و في الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع .

و تقيد الدعاوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب و رودها مع بيان أسماء الأطراف و رقم القضية و تاريخ لجلسته << .

وعليه فإن رفع دعوى الشفعة , يكون بقيام الشفيع بإعداد و تحرير عريضة افتتاحية مؤرخة و موقع عليها من المدعي أو وكيله أو محاميه, يضمنها بعد الدباجة الشكل و الموضوع , بحيث يلخص الطلب و مستنداته, وأن تكون مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم , و يقدمها إلى كتابة الضبط المحكمة المختصة, وأن يكون ذلك أمام القسم العقاري , فيقوم الكاتب بعقد الدعوى في اليوم نفسه في سجل خاص معد لذلك , مع بيان أسماء الأطراف وأن يعطي للقضية رقما , حسب ترتيبها و قيدها في السجل , وأن يحدد لها تاريخ الجلسة , وبعد أن يؤشر بذلك على أصل العريضة و نسخها , يقوم بالاحتفاظ بالأصل , ويسلم نسخ العريضة إلى المدعي من أجل أن يقوم بتسديد الرسم فهذا النص تضمن قاعدة قانونية أمره تتعلق بإيداع الثمن الذي حصل به البيع , كما أنه تضمن الجزاء المرتب على مخالفتها و هو سقوط الحق في الشفعة , و القضاء بالسقوط و جوبي , وليس جوازيا للمحكمة , وهو لا يتقرر إلا عند عدم إيداع كامل الثمن و المصاريف , فعلى الشفيع إيداع كامل الثمن الذي حصل به بالبيع و المصاريف المتعلقة بالتوثيق و التسجيل و الشهر و الإعلان , سواء دفع المشتري للبائع له جزءا منه فقط , أم لم يدفع له شيئا من ذلك بعد هذا كقاعدة عامة.

و لكن لهذه القاعدة استثناء أو رده الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 متعلقا بتعديل المادة 256 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل وأن ذلك الاستثناء وضع الأحكام التالية:

(1) إن خمس (1/5) ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو لملكية الرقبة أو حق الإنتفاع لعقارات أو حقوق عقارية وذلك لمحلات تجارية أو الزبائن يجب أن تدفع لزوما بمرأى وبين يدي الموثق محرر العقد).

و إذا كانت المادة 804 من القانون المدني تنص على أن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع , فإن لهذه القاعدة استثناء أوردته الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 و الذي جاء كما يلي⁷³:

إذا كان الثمن أو جزءا من الثمن قابلا للدفع عن أجل , فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل خمس (5/1) ثمن نقل الملكية الذي يجب أن يحرر لزوما.

كما أن المشرع أوجب إيداع الثمن في أول الأمر , ثم عدله و أوجب إيداع الخمس , فإن سبب الإيداع هو البحث في سجلات إدارة الضرائب , عما إذا كان البائع مدينا بالضرائب للدولة فتسهل عملية جبايتها , محاربة للتهرب من دفع مستحقات الدولة من الضرائب , و أنه في حالة ما إذا أسفر البحث في الوضعية الجبائية للبائع عن عدم وجود دين عله , فإن إدارة الضرائب ترفع يدها عن المبلغ المودع لدى الموثق في أجل أقصاه ثلاثون يوما لتدابير الفقرة الثالثة من المادة 23 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 و التي و ردت بالصيغة التالية:

(3)>> إن الموثق و الموثقين و المودعين الآخرين الذين تلقوا الأموال المماثلة لخمس (5/1) ثمن نقل الملكية كإيداع لا يمكنهم التخلي عن الأموال إلا ضمن القواعد المنصوص عليها في المادة 431 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة و التي أحكامه مطبقة على جميع الحقوق و الرسوم و الضرائب السارية المفعول و التي تتكفل بها مصالح التحصيل المختصة , غير أنه في حالة عدم تحصيلهم على رد عن الوضعية الجبائية للبائع في أجل أقصاه 30 يوما التخلي عن الأموال المودعة في حسابهم بدفعها للبائع <<.

إن مجال تطبيق هذا النص يكون عندما تثبت الشفعة بحكم القضاء أو يتراضى الأطراف, فيجوز عندئذ أن يتفق البائع مع الشفيع على الاستفادة من الأجل السابق منحه للمشتري , أما قبل ثبوت الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف , فإن الواجب إعماله هو نص الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني والتي توجب إيداع كامل الثمن و المصاريف .

⁷³ الأستذ أحمد خالدي – نفس المرجع -2- القرار المؤرخ في 1995/01/10 في الملف رقم 130/337 المجلة القضائية لسنة 1995 العدد الأول – الصفحة 194.

إذا رتب المشرع على عدم إيداع ثمن البيع و المصاريف خلال الأجل المحدد على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة , وأكد ذلك القضاء بحيث أوجب أن يتم إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة و إلا سقط الحق فيها -1- , فقد دل بذلك على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد المذكور و على الوجه السابق بيانه , هو شرط لقبول دعوى الشفعة , فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون ⁷⁴ , لأن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده , و إنما وضع القضائية مقابل وصل , ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة , و لهذا الغرض يقوم بالاتصال بالمحضر القضائي و تسلمه نسخ العريضة الافتتاحية للقيام بتبليغ التكلف بالحضور إلى المدعي عليه أو المدعي عليهم , طبقاً لأحكام المواد :22 و23 و14 و26 من قانون الإجراءات المدنية.

عندما يستلم المحضر القضائي نسخ العريضة الافتتاحية فإنه يقوم بتحرير محضر التكليف بالحضور طبقاً لأصول المادة 13 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن : >> كل تكليف بالحضور إلى المحكمة يجب أن يتضمن ما يلي :

- 1- اسم مقدم العريضة و لقبه و مهنته و موطنه .
- 2- تاريخ تسليم التكليف بالحضور و رقم الموظف القائم بالتبليغ و توقيعه.
- 3- اسم المرسل إليه ومحل إقامته , وذكر الشخص الذي تركت له نسخة التكليف بالحضور .
- 4- ذكر المحكمة المختصة بالطلب و اليوم و الساعة المحددين للمثول أما مها .
- 5- ملخص الموضوع و مستندات الطلب .
- 6- بعد إنجاز التكليف بالحضور يقوم المحضر القضائي بتبليغه إلى المدعي عليه في أجل ثلاثين يوم المحددة في المادة 802 من القانون المدني.

7- و عليه فيكفي الشفيع أن يقوم خلال الثلاثين يوماً يقيد الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة , و بذلك يكون قد قطع سريان هذه المدة , بعد أن يكون قد أودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق , رغبته في الأخذ

⁷⁴ قرار مؤرخ في 10/01/1995 في الملف رقم 130/337 المجلة القضائية لسنة 1995 عدد 01 الصفحة 194

بالشفعة إلى البائع و المشتري بعقد رسمي , وسجله بالشهر العقاري طبقا لما نصت عله المادة 801 من القانون المدني ,وبذلك يصبح مطمئنا لما قام به من إجراءات, تمثلت في التصريح بإعلان الرغبة في الشفعة , و إيداع ثمن البيع و المصاريف بين الموثق الذي حرر عقد البيع , ثم رفع دعوى الشفعة , كل ذلك تم وفقا لما نص عليه القانون.

و الجدير بالذكر أن عريضة افتتاح دعوى الشفعة لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 التي تنص على أن : >> دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو بإبطال أو بإلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها , لا يمكن قبولها إذا تم إشهارها مسبقا << , ما أكدته المحكمة العليا في قضائها حيث ذهبت إلى القول بأن دعوى الطعنة تتعلق بالأخذ في بيع العقار المشاع بينهما وبين أختها الذي باعته للمطعون ضدهما وهي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة و حدد شروطه ممارستها في المواد :794 إلى 807 من القانون المدني ولا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 أعلاه⁷⁵.

و فضلا عن ذلك فإن المشرع في مجال المحافظة العقارية و السجل العقاري إنما اختار النظام العيني لا الشخصي , ومن هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في حق تثبت حق الشفعة ليس من طبعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته , من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية أعلاه . و من هنا فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا فقد أخطاوا في تطبيق القانون , الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض <<.

و الجدير بالذكر أنه يجب على المحضر القضائي , مراعاة الميعاد المحدد لنظر الجلسة , وفقا لما نصت عليه المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية , ألا و هو عشرة أيام على الأقل , من تاريخ تسليم التكليف بالحضور إلى اليوم المحدد للحضور , و إذا لم يكن للشخص المطلوب تكليفه بالحضور موطن أو محل إقامته في الجزائر , فتكون المهلة المذكورة شهرا واحدا إذا كان يقيم بتونس أو المغرب , و شهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى ,

⁷⁵ الأستاذ أحمد خالدي -نفس المرجع السابق

ولكن مدة التكاليف بالحضور هذه لا تحسب على الشفيع ضمن ميعاد الثلاثين يوما , إذ أن هذا الميعاد يكون قد انقطع بتقديم عريضة الدعوى و نسخها إلى كتابة الضبط المحكمة و تسجيلها في السجل الخاص بذلك و دفع الرسوم القضائية⁷⁶.

و يحسب ميعاد الثلاثين يوما الواجب رفع الدعوى و قيدها خلاله من اليوم التالي لليوم الذي أعلن فيه كل من البائع و المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة , فإذا أعلن المشتري في يوم , و البائع في يوم متأخر , فإن الميعاد يكون من اليوم التالي لإعلان البائع, لا من اليوم الذي وقع فيه التصريح بالرغبة في الشفعة وفقا لما قرره المحكمة العليا في اجتهاداتها , بحيث أوجبت رفع دعوى الشفعة خلال مدة ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني , و لما ثبت في قضية الحال أن الطعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمته ثم أعلمته عن طريق المحضر في 1995/12/16 ثم رفعت دعوى الشفعة في 1995/12/25 فإن حقها في الشفعة لم يسقط , ولما أقر قضاة الموضوع عكس ذلك فقد أخطأوا في تطبيق القانون⁷⁷.

وقد ثار الخلاف حول ما إذا كان هذا الميعاد يزداد عليه ميعاد يزداد عليه ميعاد مسافة إذا اقتضى الأمر ذلك, ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن المشرع قد ذكر ميعاد المسافة في المادة 799 من القانون المدني , حيث نص على إضافته للمادة المحددة لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة , بينما سكت عن ذكره في المادة 802 من ذات القانون , بالنسبة إلى المدة المحددة لرفع الدعوى , مع الملاحظة أنه إذا تصادف أن وقع اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوما في أيام عطلة رسمية امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلي انتهاء العطلة , وفقا للفقرة الأولى من المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية.

و يعد ميعاد الثلاثين يوما من مواعيد السقوط, لا من مواعيد التقادم , فلا يقبل الوقف , و يسري في حق الغائب و ناقص الأهلية , وهو لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم عريضة افتتاح الدعوى إلى كتابة ضبط المحكمة , فإذا لم

⁷⁶ قرار مؤرخ في 2000/04/26 في الملف رقم 194/437 المجلة القضائية لسنة 2000- العدد الأول -الصفحة 156

⁷⁷ قرار مؤرخ في 1999/10/27 في الملف رقم 190/693 المجلة القضائية لسنة 2001 عدد 02 الصفحة 249.

يراع الشفيع الميعاد المتقدم , سقط حقه في الأخذ بالشفعة , و في إمكان البائع أو المشتري التمسك بهذا السقوط في أي حالة تكون عليها الدعوى , كما يجوز الدفع به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا , و للمحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها , حتى ولو تنازل صاحب الحق عن التمسك به.

ثانيا : الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى: نص المشرع في المادة 802 من القانون المدني على أنه : >> يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط الحق <<.

إن الأخذ بالشفعة يعد عملا من أعمال التصرف , وليس من أعمال الإدارة, ولذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف , كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني غير محجور عليه , فيجوز له أن يرفع دعوى الشفعة , سواء أو بواسطة وكيل , ويشترط أن تكون الوكالة خاصة طبقا لأحكام المادة 574 من القانون المدني التي تنص على أنه:>> لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح وإلا قرار و التحكيم و التوجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء <<

أما إذا كانت الوكالة عامة , فلا تصح لنيابة الوكيل عن الموكل في رفع دعوى الشفعة , إلا إذا أجاز الموكل عمل وكيله , فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

أما إذا كان الشفيع نقص الأهلية محجورا عليه , فإن رفع دعوى الشفعة يكون من الولي أو الوصي أو المقدم , فإن لم يكن للقاصر ولي أو وصي , عين له القاضي - رئيس المحكمة - مقمدا ليأخذ بالشفعة , وتنقضي الشفعة إذا كان بها غبن فاحش بالنسبة للقاصر , و يتعين على الولي أن يوضح صفته في الأخذ بالشفعة في إعلان الرغبة و في عريضة الدعوى , و إلا سقط حق القاصر في الأخذ بالشفعة , كما أنه يجب أن يوضح الشفيع أنه يشفع بصفته ولها طبيعيا على أولاده , و يلاحظ أنه إذا طلب الولي أو الوصي الشفعة لنفسه بالأصالة , فظهر أن العقار الذي يشفع به مملوك للقاصر المشمول بولايته أو وصايته , فلا يصلح طلبه الشفعة لنفسه طلبا للشفعة نيابة عن القاصر , بل لابد من طلب جديد باسم القاصر يقدم في الميعاد القانوني , لأنه لا يسوغ

للقاصر أن يرفع دعوى الشفعة إلا بوليّه أو وصيّه ، و إذا كان الوصي هو البائع يجب أن يعين رئيس المحكمة وصيا آخر يطلبها له.

والجدير بالذكر أن رفع الدعوى في كل ما سبق ، أن يخضع لأحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه: >> لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ، ما لم يكن حائز لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك <<. ، و إلا كانت غير مقبولة شكلا.

وأما على من ترفع الدعوى ؟ فهي ترفع على البائع او البائعين و على المشتري أو المشتريين جميعا ، فإن رفعت على البعض دون البعض الآخر ، كانت الدعوى غير مقبولة -1- ، وتعرض حق الشفيع للسقوط متى كان الشفيع قد أنذر بالبيع و تضمن الإنذار أطراف عقد البيع ، أما إن لم ينذر ورفع الدعوى على البائع و المشتري اللذين علم بهما ، ثم تبين وجود بائعين أو مشتريين آخرين فلا يسقط حقه في الشفعة ، بل يتعين عليه إدخالهم في الدعوى ، أي في الخصام ، ولو بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوما ، و متى رفعت الدعوى في موعدها ، فلا يؤثر في قبولها الحكم بانقطاع سير الخصومة فيها ، أو وقفها أو شطبها ، إذا استأنف الخصوم السير فيها بعد ذلك ، ولو كان ميعاد الثلاثين يوما قد انقضى.

ونود أن نشير في هذا المقام إلى حالة قد تحدث عمليا ، وهي حالة تعدد الشفعاء المنصوص عليها في المادة 796 من القانون المدني ، فقد ترفع دعوى الشفعة من قبل شفيع أدنى مرتبة من صاحب الحق فيها ، و يحدث ذلك عندما لا ينذر أي من الشفعاء ، أو اقتصر الإنذار على الشفيع الأدنى مرتبة ، فيتخذ إجراءات الشفعة ، و حينئذ لا يترتب على ذلك سقوط حق الشفيع الأعلى مرتبة ، إلا في حالة واحدة عندما ما يصدر حكم نهائي في الدعوى ، و يتم تجيل و إشهاره ، ثم ينقضي ميعاد السنة على هذا التسجيل ، باعتبار أن الحكم هو سند تمليك الشفيع، و بمثابة عقد بيع حقيقي ، حلت فيه سلطة القضاء محل إرادة البائع .

فإن كان الحكم لم يصدر بعد في الدعوى ، فيجوز للشفيع الأعلى مرتبة ، أن يتدخل هجوما في دعوى الشفعة ، طبقا لأحكام المادتين : 459 و 94 من قانون الإجراءات المدنية ، طلبا رفضها وأحقيته في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة ، وحينئذ يعتبر مدعيا في دعواه ضد البائع و المشتري و الشفيع الأدنى مرتبة ، ومن ثم

يلتزم بكل ما يلتزم به الشفيع الذي لم ينذر بالبيع , فيجب عليه إعلان رغبة في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع و المشتري , ثم إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق محرر عقد البيع , و رفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تمام هذا الإعلان, ولما كانت دعوى الشفيع الأعلى مرتبة ترفع هنا بطريق التدخل الهجومي في الخصام , و ذلك بإثبات الطبقات كتابة بعريضة تودع كتابة الضبط بعدد الخصوم , مع دفع الرسوم القضائية , أمكن الاستغناء عن إعلان الرغبة لتحل محله عريضة الدعوى , إذ يقوم المتدخل في الخصام بتبليغ التكاليف بالحضور إلى أطراف الدعوى عن طريق المحضر القضائي, بناء على أحكام المادة 5 من القانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/01/08 تنفيذا لأحكام المواد 22 و 23 و 24 و 26 من قانون الإجراءات المدنية , وذلك يكون الطريق الأنسب في التدخل الهجومي في الدعوى , هو الطريق المعتاد لرفع الدعوى بإيداع عريضة لدى كتابة ضبط المحكمة , بعد إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق , ومتى أودع الثمن , ثم أودعت عريضة التدخل الهجومي في الخصام , ثم بلغت التكاليف بالحضور لكل من البائع و المشتري و الشفيع الأدنى مرتبة ,استقام التدخل الهجومي والتزمت المحكمة بالفصل فيه, باعتباره طلبا منفصلا عن الدعوى الأصلية , فلا ينال منه ما ينال من هذه الدعوى كبطلان عريضتها أو عدم قبولها .

كما يجوز للشفيع الأعلى مرتبة , الذي تدخل هجوميا في الخصام مبديا طلباته برفض دعوى الشفعة , و بأحقيته في أخذ العقار المبيع بالشفعة ,أن يقوم بإيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق و المصاريف بين يدي الموثق , فإن تدخل في الخصام وقد طلباته قبل إيداع الثمن سقط حقه في الشفعة , ويغني هذا الإجراء عن إعلان الرغبة في الشفعة .

أما إذا كان حكم الشفعة قد صدر الشفيع الأدنى مرتبة , ولم تنقض مدة سنة على تسجيله , فلا يكون حجة على الشفيع الأعلى مرتبة , ومن ثم يجوز له أن يرفع دعوى مبتدأه أي جديدة ضد البائع و المشتري و الشفيع الأدنى مرتبة بأحقية في العقار المبيع بالشفعة.

و يلاحظ أنه إذا تعمد البائع تجهيل اسم المشتري , فليس له أن يدفع بعدم قبول الشفعة-1-

لأنها لم ترفع على دعوى المشتري, لا يجوز أن يستفيد من تضليله, كما أنه إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة على بعض بائعي العقار في الأجل القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم, جاز له أن يرفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم, ولو كان بعد انقضاء الأجل القانوني, وإذا بيع عقار على الشفيع لشخصين, وكان لا يمكن استعمال حق الشفعة إلا في العقار كله, فإن دعوى الشفعة لا تكون صحيحة و مقبولة, إلا إذا رفعت على كل المشتريين في الأجل القانوني, فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر سقط حق الشفيع بالنسبة إلى الكل, ولكن إذا كان محل الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمة, واشتراها عدة أشخاص حصصاً مفرزة, فإن دعوى الشفعة المرفوعة على بعض المشتريين, لا يكون لها تأثير على البعض الآخر الباقي من المشتريين, حتى ولو أشارت إلى الأرض جميعاً, وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة.

وتسري الأحكام المتقدمة على ورثة من يتوفى من الخصوم, فيجب إدخال ورثة من يتوفى منهم في الخصام مهما تعددوا, وفقاً لأحكام المواد 81 و 82 و 23 و 24 و 26 من قانون الإجراءات المدنية, و تمنح لهم المهلة الكافية لتقديم دفاعهم في موضوع الدعوى إذا طلبوا ذلك, طبقاً للمادة 86 من القانون سالف الذكر, و بالتطبيق لما تقدم فإنه يجب اختصاص المشتري الثاني الذي تصرف إليه المشتري الأول في دعوى الشفعة, حتى ولو كان الشفيع يعتقد أن البيع الثاني بيعاً صورياً, وذلك حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه.

بناءً على ما تقدم فإنه يجب لقبول دعوى الشفعة, أن تقوم خصومتها بين أطرافها الثلاثة: الشفيع و البائع و المشتري, أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام مجلس القضاء في الاستئناف أو أمام المحكمة العليا في الطعن بالنقض و إلا سقط الحق في الشفعة⁷⁸.

ثالثاً) المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة: وضع المشرع في المادة 802 من القانون المدني حكماً خاصاً يحدد المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة, إذ نصت على أنه: >> يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً.... وإلا سقط الحق <<, فدعوى الشفعة من الدعاوى العينية, حيث يطلب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه, بسبب من أسباب كسب الملكية هو

⁷⁸ القرار المؤرخ في 19/11/1984 ملف رقم 34/331 المجلة القضائية لسنة 1990-العدد الثاني-الصفحة 52.

الشفعة , لذلك فإن محكمة موقع العقار هي المختصة نوعيا بنظر هذه الدعوى , طبقا للمادة 8 من قانون الإجراءات المدنية حيث تنص : >> في الدعاوى العقارية أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها <<, ويجب أن يتم رفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة , ويلاحظ هنا ما سبق من أن العبرة في بدء سرية هذه المدة بتمام إعلان كل من البائع و المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة , فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فلا يبدأ سريان المدة إلا من تاريخ الإعلان الأخير⁷⁹ .

و معنى وجوب رفع الدعوى على البائع و المشتري خلال هذه المدة , أن يتم تبليغ كليهما بعريضة افتتاح الدعوى بواسطة المحضر القضائي قبل فوات المدة,و تلك المدة هي نفسها المحددة لإيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق قبل رفع الدعوى , تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة , طبقا لما ورد في المادة 801/2 من القانون المدني .

و لكن ما الحكم إذا رفعت دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ؟

ذهب الفقه و القضاء إلى أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ينتظرها , لا يسقط الحق في الشفعة بمضي الميعاد , رفعت بعد ذلك أمام المحكمة المختصة , كما أنه إذا رفعت دعوى الشفعة خلال الثلاثين يوما أمام محكمة كانت مختصة بنظرها في الأصل و قت رفعها , ثم حكم بعدم الاختصاص لطارئ حادث آخر الدعوى من اختصاصها , فإن للشفيع تجديدها أمام المحكمة المختصة -2-.

إن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة , من شأنه قطع ميعاد السقوط المقرر في المادة 802 من القانون المدني , و يستمر 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 إعمالا لنص المادة 317 من القانون المدني التي تنص على أن : >> ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة مختصة <<, و إذا كان الميعاد المنصوص عليه في المادة 802 من القانون المدني هو ميعاد سقوط لا تقادم , فإنه يجب أن يقاس على انقطاع مدة التقادم , انقطاع مدة السقوط, و بناء على ذلك تسري مدة

⁷⁹ الأستاذ أحمد خالدي -نفس المرجع السابق.

الثلاثين يوماً 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.

و الجدير بالذكر أنه إذا استأنف الشفيع الحكم القاضي بعدم الاختصاص ، فإن الانقطاع يبقى مستمرا إلى غاية أن يفصل المجلس القضائي في الاستئناف المرفوع إليه ، و مقتضى هذا أنه إذا صدر قرار من المجلس مؤيد لعدم الاختصاص ، فإنه يجب على الشفيع أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار النهائي⁸⁰.

رابعا: طبيعة الحكم الصادر بثبوت حق الأخذ بالشفعة وآثاره.

تقضي المادة 803 من القانون المدني بأن : >> يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكة الشفيع و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري << ، و تنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها ، فإذا صدر لصالح الشفيع ، اعتبر هذا الحكم سندا لملكيته ، و لكن ما المقصود باعتبار الحكم سندا لملكة الشفيع ؟ و ما هي الآثار المترتبة على هذا الحكم ؟ هذا ما سنبينه إن شاء الله تعالى في آثار الشفعة.

⁸⁰ الأستاذ أحمد خالدي - نفس المرجع السابق.

المطلب الاول الملك بالشفعة

الفرع الاول:طبيعة الحكم بالشفعة فى الشريعة الاسلامية

لقد سبق القول بأنه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية, لفهم أحكام الشفعة, الواردة في القانون المدني, فمما لا مرأى فيه أن المشرع الجزائري قد استمد أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية الغراء, حيث تعد الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي أو الموضوعي للقواعد القانونية الخاصة بالشفعة , هذا فضلا عن وجوب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية عند تخلف النص التشريعي , طبقا لما أورده المشرع في المادة الأولى من القانون المدني الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم .

و في مجال البحث عن حقيقة التملك بالشفعة في القانون المدني نتعرض أولا للشفعة فهل هي حق أم رخصة , وإذا كانت من الحقوق فمتى يثبت الحق فيها و يتأكد و يحصل الملك بمقتضاه ? , و إذا فرغنا من ذلك تعرضنا ثانيا لطبيعة الحكم بالشفعة.

بالرجوع إلى مكاتبه فقهاء الشريعة الإسلامية - خاصة الإمام القرافي المالكي - يتبين بأن الشفعة تمر بأوصاف أربعة و هي : (1 حرية التملك, 2) رخصة التملك, 3) حق التملك, 4) حق الملك, حتى تنتهي في النهاية إلى أن تكون حقا في الملك, فتتعرض لهذه الأوصاف بإنجاز فيما يلي:

1) للشفيع حرية التملك: و يكون ذلك بيع الشريك للعقار المشفوع فيه , فالشفيع قد يتضرر من بيع شريكه لنصيبه في الملك , فيثبت له المشرع الحق في التملك , و لكن هذا الحق لا يتعلق بعين العقار المملوك للغير , و ليس له حق المطالبة به قبل البيع , لأن هذا الحق هو حرية التملك , و عدم وجود المانع منه عند إرادة المالك أن يبيع و كما أن حرية التملك في الشفعة , لا تثبت للشفيع سلطة على العقار المشفوع فيه و المملوك لشريكه, و لا يملك بإرادته و حده أن يملكه, بل ربما لا تثبت له حق الشفعة مطلقا , لعدم إرادة الشريك في العقار بيع عقاره أو التصرف فيه , بطريق يؤدي إلى ثبوت الشفعة, فتبقى هذه الحرية حرية فقط , و لا تصل إلى درجة الرخصة أو حق التملك , و بتعبير علماء الشريعة لا تصل إلى درجة الثبوت و الواجب .

2- **للشفيع رخصة التملك:** حرية التملك الثابتة للشفيع , تعني كما قلنا أن ليس له سلطة على العقار المملوك , وليس لإرادته صفة في تملك العقار المشفوع فيه العقار المشفوع فيع المملوك للغير, بل ربما لا تتاح له الفرصة طوال حياته , في أن يملك العقار عن طرق الشفعة , لعدم وجود البيع أو التصرف المثبت للشفعة , و لكن إذا رغب الشريك في بيع عقاره لغير الشفيع وتم البيع , يثبت حق الشفعة للشفيع , و ارتقى حقه ولم يبق كما كان حرية في التملك , و إنما أصبح رخصة في التملك , أو حقا ثابتا وواجبا , ولكنها رخصة مجردة عن الملك , حيث لم يصل إلى حق الملك , وإنما كان حقه الثابت في الشفعة , أول المرحلة الوسطى بين حرية التملك و حق الملك, و بثبوت الرخصة للشفيع أصبح الأمر بإرادته وحده , وصار مخيرا بين الأخذ بالشفعة جبرا عن المالك , أو رفض الأخذ و إسقاط حقه في الشفعة .

1-3 **للشفيع حق التملك:** حق التملك هو حق قد تقرر في عين معينة لم تملك بعد , و إن كان لصاحبه نوع ملك غالبا, و الشفيع يكون له بعد طلب الشفعة و الإشهاد عليه حق في التملك, و هذا هو الحق المؤكد بالطلب .
و قال بعض الفقهاء و تقرر بالإشهاد , و لا بد من طلب الموثيق , لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض, فلا بد من الإشهاد و الطلب , ليعلم رغبته فيه دون إعراض عنه , و لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي و لا يمكنه إلا بالإشهاد.

4- **للشفيع حق الملك:** إن حق الملك هو الحق المتقرر في عين في عين معينة , و انتقل ملكها لصاحب الحق , فالشفيع يكون له حق الملك إذا أخذ العقار المشفوع فيه برضاء المشتري , أو جبرا عنه بحكم القضاء , و لذلك فإن المشتري يظل مالكا للعقار المشفوع فيه , حتى حصول رضاه و تسلمه بالشفعة , أو حتى صدور حكم القضاء بذلك , و إن الشفيع لا يحصل له الملك , إلا بعد حصول هذا الرضا أو صدور حكم القضاء.

و خلاصة ما تقدم أن الشفيع قبل أن يبيع شريكه عقاره , له حرية التملك في عقار شريكه , و بعد أن يبيع الشريك عقاره, يصبح للشفيع رخصة التملك في هذا العقار بالذات , و بعد أن يقوم الشفيع بإعلان رغبته في

الأخذ بالشفعة و تسجيله, يصبح له حق في التملك , وأخيرا لا يكون حق الملك إلا بعد رضا المشتري و تسليمه بالشفعة , أو بعد صدور حكم يقضي بالشفعة.

الفرع الثاني: طبيعة الحكم بالشفعة في القانون المدني الجزائري.

أ) لقد نص المشرع الجزائري في المادة 794 من القانون المدني على أن: << الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية:....>>.

و هذا تعريف صحيح للشفعة يتفق مع ما رأيناه في توضيح الشفعة فيما تقدم, فعند صدور بيع العقار المشفوع فيه من الشريك , يكون للشفيع رخصة التملك , فالمشرع قد عرف الشفعة تعريفا منطقيا صحيحا لا غبار عليه.

ب) تنص الفقرة الأولى من المادة 804 من القانون المدني بأن: << يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته >>.

و بما أن الشفيع لا يكون له حق الملك , إلا بعد حصول رضا المشتري , أو صدور حكم القضاء , فإنه من المنطقي أن يكون حلول الشفيع محل المشتري في الصفقة ابتداء من تاريخ هذا الرضا أو القضاء , فمنطق الحلول هو أخذ وضع المالك , ولن يتم ذلك إلا بوسيلة من الوسائل المتقدمة , و بالتالي فلا يمكن أن يرجع هذا الحلول إلى تاريخ البيع , حيث لم يكن للشفيع سوى رخصة التملك , كما لا يملك أن يرجع هذا الحلول إلى تاريخ إعلان الرغبة و تسجيلها ,أو إلى تاريخ رفع الدعوى.

ج) تنص المادة 803 من القانون المدني على أن: << يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري >>, و لما كان الشفيع لا يتقرر له حق الملك إلا بوقوع التراضي أو صدور حكم قضائي , فيترتب على ذلك بالضرر , أن يكون حكم القضاء بالشفعة, هو الناقل لحق الملك منذ لحظة صدوره فقط لا قبل ذلك.

إن القول بالأثر المقرر للحكم بالشفعة , معناه رجوع أثر هذا الحكم إلى تاريخ سابق على صدوره , فالقول بذلك لا يخرج عن رجوع هذا الأثر أي رجوع ملكية الشفيع , إما إلى تاريخ البيع , أو إلى تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة و تسجيلها , أو إلى تاريخ رفع , الدعوى , ولكننا رأينا أن الشفيع لا يكون له قبل حصول الرضا أو

القضاء أي حق ملك ، وأن هذا الحق لا يكون إلا بعد حصول التراضي أو صدور حكم القضاء ، وذلك يتعذر منطقاً اعتبار الحكم بالشفعة من الأحكام المقررة للحقوق ، و عليه فإن حق الشفيع لا يكون إلا من وقت التراضي أو صدور الحكم القضائي ، و إن المشتري قبل حصول ذلك ، يكون مالك للعقار المشفوع فيه ملكية تامة ، فإذا ما وقع التراضي أو صدر حكم قضائي بثبوت الشفعة للشفيع ، فإن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، يكون من المشتري وليس من البائع ، و بذلك يكون الحكم ناقلاً للملك ، كما أن عقد البيع ينقل الملك من البائع إلى المشتري ، فكذاك بالشفعة ينقل الملك المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع و الله أعلم.

المبحث الثاني: آثار الشفعة وسقوط الحق فيها

يترتب على الشفعة إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وحول الشفيع قبل البائع في الحقوق و الإلتزامات التي تكون قد تترتب على عقد البيع وقد يتصرف المشتري في العين المشفوع فيها مادياً أو قانونياً ونحن فيما يلي نخص بالبيان كل أثر .

المطلب الأول: آثار الشفعة

الفرع الأول: إنتقال الملكية إلى الشفيع

تنص المادة 803 من قانون المدني الجزائري <<يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً

لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري >>⁸¹.

وعلى ذلك فالحكم النهائي بثبوت الشفعة هو الذي يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، فيه يثبت الملك للشفيع و

لا جدال أيضاً في أن الملك يثبت للشفيع بالرضاء إذا سلم له المشتري بالشفعة.

فوفقاً للقواعد العامة أن المشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع إلا إذا سجل عقد البيع فيكون مالك من

وقت التسجيل إلى الغير أو فيما بينه وبين البائع و المشتري ذلك لأن التسجيل عملية تتم عند مصلحة الضرائب

على الإستمارة شيء المبيع (العقار) ، مكانه وتعيينه ويؤشر رأس مصلحة الضرائب على الإستمارة ثم يأخذ

⁸¹-(<< تاريخ الملكية >> صباح عنعان (ص 95)

المعني الملف إلى الموثق ثم إلى مدير المحافظة العقارية ثم يوضع عليه خاتم الإشهار (وزارتي المالية و الإقتصاد).

وعلى ذلك يجب على الشفيع حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه من البائع أن يسجل السند (TITRE) الذي حل بالنسبة إليه سند البيع بالنسبة إلى المشتري إذا تمت الشفعة بالتراضي أو أن يسجل الحكم النهائي بثبوتها إذا أخذت بالتقاضي و بالتالي يكون هذا الحكم النهائي سندا لملكية الشفيع و ليس القصد من كلمة سند الواردة في نص المادة من القانون المدني الجزائري الدليل أو الحجة إلى الملكية لأن المعروف أن الأحكام حجة في ذاتها فيما قضت به بل المقصود من اللفظ السبب القانوني المنشئ لحق الملكية (Cause juridique) ، (1) ونفهم من ذلك أن العقار المشفوع فيه لا ينتقل إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا لأن المسبب لا يوجد قبل سببه و كذلك لكان نص م 803 من القانون المدني الجزائري يتعارض مع قاعدة حجية الأحكام .

وقد اختلف في الوقت الذي يعتبر فيه الشفيع مالك للعين المشفوع فيها ف قيل أنه يعتبر كذلك من يوم البيع على أساس أن الأحكام المقرر للحقوق لا منشئة لها فيكون الشفيع مالك للعقار لا من يوم الحكم بل من يوم حصول البيع وعلى هذا الرأي يعتبر المشتري أنه لم يمن مالك أصلا فتسقط جميع الحقوق التي يكون قد رتبها على العقار حتى قبل الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة مع أن المادة 806 من القانون المدني الجزائري تقضي بخلاف ذلك فيستفاد منها أن الحقوق العينية التي رتبها المشتري و التي تكون قد سجلت أو قيدت قبل تسجيل إعلان الرغبة تسري في مواجهة الشفيع و هذه الحجة وحدها تكفي لدحض هذا الرأي .

وقيل أن الملكية تعود إلى الطلب و قيل أنها تعود لوقت تسجيل الإعلان عن الرغبة (1) حتى يكون هذا مستحقا للثمار لأنه يترتب على ذلك إذا استمر المشتري واضعا يده على العقار المشفوع فيه بعد الإعلان

عن رغبته فإنه يكون مسؤولاً عن الثمار قبل الشفيع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم بعد خصم المصروفات وأتعاب الإدارة و فوائد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى دفع الثمن⁸².

والرأي السليم هو أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسجيل الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة و تبعالهذا الرأي يكون الشفيع مالكا حتى هذا الوقت وتكون له الثمار أيضا لحينه و كل الذي يكون للشفيع من تاريخ عقد البيع أن له طلب الأخذ بالشفعة أو تسجيل إعلان الرغبة ، و ما تقيد المشرع للمشتري في بعض التصرفات إذا حصلت بعد طلب الشفعة أو تسجيل إعلان الرغبة إلا رعاية لحق الشفيع و حتى لا يضع المشتري أمام العراقيل .

و مما يؤد هذا الرأي أن حكم الشفعة عند من يقولون به ناقل للملك وليس مقرر له وإن المشتري لو باع العين قبل إعلان أية رغبة أو قبل تسجيلها فإن الشفعة لا تكون إلا من المشتري الثاني و بالشروط التي اشترى بها ، المادة 749 من القانون المدني الجزائري فالمشتري إذن مال للعين وإلا لما إنتقلت إلى المشتري الثاني .

الفرع الثاني : حلول الشفيع محل المشتري

تنص الماجة 804 من القانون المدني الجزائري >> يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جمع حقوقه و إلتزاماته إلا أنه لا يمكن له الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع و لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة << .

فمتى ثبتت الشفعة للشفيع رضاء أو قضاء تحول بين البائع و المشتري إلى أن يكون بين البائع و الشفيع إذا اختفى المشتري من الصفقة و أصبح الشفيع فيه مشتريا ويحل محل المشتري في جميع حقوقه و التزماته وهذا ما سنتناوله من خلال علاقة الشفيع بالبائع و المشتري و بالغير .

عقد البيع << سمير عبدالسيد تناغو (ص 230-231-232) . >>-⁸²

- علاقة الشفيع بالبائع : بمقتضى نص المادة 804 من القانون المدني الجزائري لا يفسخ عقد

البيع المبرم بين البائع و المشتري ولكن الإلتزامات و الحقوق الناشئة عنه تتحول من المشتري إلى البائع و ثم البائع نحو الشفيع ويلتزم الشفيع نحو البائع .

والتزامات البائع هي نقل ملكية المبيع ، التسليم ، ضمان التعرض و الإستحقاق و ضمان العيوب

الخفية و التزامات المشتري هي : دفع الثمن والفوائد إذا كان لها مقتضى وتسليم المبيع و هي كالتالي :

1 - إلتزام البائع بنقل الملكية إلى الشفيع :

كما قدمنا لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد عملية التسجيل أي من وقت تسجيل الحكم النهائي أو

تسجيل الإقرار بالشفعة من المشتري إذا تمت الشفعة بالتراضي فتنتقل إليه الملكية رأسا من البائع .

ذلك أنه في الشفعة بالتراضي وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم تسجيله فيكفي أن يوقع

المشتري إقرار بتسليمه الشفعة للشفيع و يكون هذا الإقرار موثقا أو مصدقا على التوقيع فيه لكن يستوثق مكتب

الشهر من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة لتتأكد من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالا لحق الشفعة

وليس بيع جديد صادر من المشتري إلى الشفيع ثم يقد هذا الإقرار (L AVEU) لهذا المكتب

لتسجيله و يجب أن يكون هذا الإقرار موقعا من البائع و الشفيع و المشتري ويكون موثقا أو مصدقا على

توقيعات فيه .

كما يجوز أن يحرر عقد البيع من البائع رأسا للشفيع ولن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتا

لتسليمه بالشفعة لكن يجب أن يكون عقد البيع موثقا أو مصدقا على التوقيعات فيه .

لكن إذا وقع المشتري الإقرار أو عقد البيع ورفض بعد ذلك أو رفض البائع القيام بالإجراءات

اللازمة للتسجيل كأن امتناع أحدهما عن التصديق على إمضائه هنا جاز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار

بالشفعة من جانب المشتري على مل من المشتري والبائع فإذا حصل على الحكم بذلك سجاه فتنتقل إليه الملكية

إذا أنكر البائع و المشتري في دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع عليهما وقوع البيع بينهما حتى يتفاديا أخذ الشفيع بالشفعة كان للشفيع أن يثبت حق هذا البيع بجميع طرق إثبات ويدخل في ذلك البينة و القرائن⁸³ .
و متى إنتقلت الملكية إلى الشفيع حسب ما تقدم جاز له التصرف في العقار المشفوع فيه لأنه أصبح المالك .

2 - التزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع و بتبعة الهلاك قبل التسليم :

فالمفروض هنا أن العقار المشفوع فيه لا يزال في يد البائع و لم يسلمه للمشتري ، لكن بعد أخذ العقار بالشفعة من قبل الشفيع فيلتزم البائع هنا بتسليم هذا العقار للشفيع وكل أحكام عقد البيع فيما يخص إلزام البائع بالتسليم في هذه الحالة الخاصة التزامه بتسليم العقار المشفوع فيه بالحالة التي كان عليها وقت البيع⁸⁴ وبملحقته التي تتبعه .

ويحصل التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع في تسليم كان للشفيع حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر و يتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد معين أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه ويتم التسليم في مكان وجود العقار المشفوع فيه.

ولما كان التزام التسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية فإنه من ثم تكون تبعه هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على الشفيع تطبيقا لنص المادة 396 من القانون المدني الجزائري فيما يخص أحكام البيع .

ويبقى تبعه الهلاك قبل التسليم على البائع حق ولو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فانتقلت ملكية العقار إليه قبل أن يسلمه من البائع يعني حتى ولو انتقلت الملكية و كذلك إذا وقع الهلاك بعد إعداره من قبل البائع فمن وقت الإعدار يعتبر العقار مع إنتقال الحيازة لا مع إنتقال الملكية بمعنى أن هلاك

⁸³ << نظريتا القانون و الحق >> - إبراهيم منصور - (ص 103-104).

⁸⁴ المادة 364 من القانون المدني الجزائري .

العقار المشفوع فيه هو لا يزال في يد البائع وكان قد قبض الثمن الذي أودعه الشفيع إلى الموثق أو تسلمه من الشفيع أو المشتري في حالة الشفعة بالتراضي وجب عليه رد هذا الثمن إلى الشفيع أما إذا هلك هذا العقار في يد الشفيع جاز للبائع قبض الثمن من الموثق إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك⁸⁵.

3 - التزام البائع بضمان التعرض و الإستحقاق للشفيع : تنص المادة 804 الفقرة الثانية من القانون الم دني الجزائري << ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة >> . فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشتريا بضمان التعرض الإستحقاق و تسري هنا أيضا أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق في البيع .

فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشتريا بضمان التعرض و الإستحقاق وتسري هنا أيضا أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق في البيع .

فيضمن البائع عدم التعرض للشفيع في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ويكون البائع مطالب بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه تطبيقا لنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري .

وفيما يتعلق بضمان البائع تعرضه يستوي في ذلك أن يكون التعرض مبنيا على سبب مادي أو مبني على سبب قانوني .

والتزام البائع بعدم التعرض للشفيع هو التزام دائم ولو قد انقضى على البيع أكثر من 15 سنة وهي

مدة التقادم⁸⁶ .

⁸⁵- << حق الملكية >> المجلد الثامن - عبدا لرزاق السنهوري (ص 203)
⁸⁶- << عقد البيع و المقايضة >> - مصطفى كمال طه - (ص 80-81) .

إذا تعرض البائع للشفيع فعلا تولد عن الإلتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزئي بالتعويض و هذا الإلتزام الجزئي هو الذي يسقط بالتقادم فإذا لم يطالب به الشفيع في خلال 15 سنة من وقت التعرض فعلا سقط بالتقادم أما فيما يتعلق بضمان البيع للتعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبني على سبب قانوني لأن التعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع و يشترط أن يكون الحق الصادر من الغير لا يضمنه البائع و يشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع .

ومتى قام البائع للتعرض الصادر من الغير فإن البائع يجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان بتنفيذا عينيا بأن يجعل المتعرض يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه .

فإن عجز عن التنفيذ العيني بأن فاز الغير بإثبات ما يدعيه فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض أي يعرض الشفيع ما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الإستحقاق ، الإنفاق على زيادة الضمان أو إنفاصه يسري على الشفيع على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقطع باطلا إذا كان البائع قد تعمد أخطاء حق الأجنبي (الغير).

4- إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية : يرجع الشفيع مباشرة على البائع وحده بضمان العيوب الخفية ،

وحتى يوجب الضمان يجب أن يكون العيب في العقار المشفوع فيه مؤثرا و خفيا و غير معلوم للشفيع وقت التسليم و قديما موجودا في العقار المشفوع فيه قبل التسليم .

فإن كان قد ظهر وقت التسليم و رضي به الشفيع لم يضمنه البائع ، كذلك فإذا وجد بالعقار المشفوع فيه عيب بالشروط المتقدمة وجب على الشفيع إخطار البائع⁸⁷ فبإخطاره له حق الرجوع عليه بالضمان ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده غير أنه لا يكون ضمانا للعيوب التي كان في استطاعة الشفيع الإطلاع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي⁸⁸ إلا إذا أثبت الشفيع أن البائع أكد له خلو المبيع من

87 -المادة 383 من القانون المدني الجزائري .

88 المادة 379 من القانون المدني الجزائري .

تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه ، وتبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك العقار المشفوع فيه وبأي سبب كان لا توقفها سوى انتهاء مدة التقادم .

وكل إتفاق على زيادة الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه تسري على الشفيع غير أنه كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يصبح بادلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب غي العقار غشا منه .

غير أنه ضمن البائع صلاحية العقار المشفوع فيه للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى الشفيع أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره و أن يرفع دعواه في مدة 06 أشهر من يوم الإعلان كل هذا ما لم يتعلق الطرفان على خلاف ذلك .

5 – إلتزام الشفيع بدفع الثمن للبائع : و المفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشتري ، فإذا ما

أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة أصبح ملزم بدفع الثمن للبائع ففي حالة ثبوت الشفعة بالتقاضي فما على البائع إلا أن يسحب من الموثق ما أودعه الشفيع و على هذا النحو يكون الشفيع قد وفي إلتزامه لكن في حالة التراضي على الشفعة فإن الشفيع يكون ملزما بدفع كل الثمن المتفق عليه بين البائع والمشتري لأنه لا يكون قد أودع شيئا منه للموثق ويجب على الشفيع أن يلتزمة فوراً بدفع الثمن هذا حتى و لو كان البائع قد إتفق مع المشتري أصلا على تأجيل الثمن أي أنه ليس على الشفيع الإلتزام بالأجل الممنوح للمشتري وفي هذا الصدد يرى مالك وحنابلة أن الثمن إذا كان مؤجلا كله أو بعضه فإن للشفيع تأجيله أو دفعه مقسطا حسب المنصوص عليه في العقد بشرط أن يكون موسرا أو يجيء بضمان له موسر و إلا وجب أن يدفع الثمن حالا رعاية للمشتري⁸⁹ .

وقد نصت المادة 804 من القانون المدني الجزائري >> إلا أنه لا يمكن الانتفاع بالأجل

المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع <<

وذلك لاعتبارات تتعلق بشخص المشتري فلا تتعدها إلى شخص الشفيع إلا أنه في حالة رضاء البائع فيجوز

للشفيع أن ينتفع بهذا الأجل وهذا الرضاء يأتي بعد الأخذ بالشفعة لأنه أثناء إجراءاتها الشفيع ملزم بدفع كل

⁸⁹ فقه السنة – المجلد الثالث – السيد سابق (ص 249) .

التمن بين يدي الموثق فإذا ما ثبت حقه بالشفعة و رضى البائع بتأجيل التمن أو تقسيطه استطاع سحب التمن من الموثق بإذن من البائع و عليه أن يسدد البائع في الأجل المتفق عليه و بالإقساط المتفق عليه .

أما إذا أخذ الشفعة بالتراضي فإن تأجيل التمن أو تقسيطه يكون تبعا للاتفاق بينه وبين البائع ، وجزء

إخلال الشفيع بالتزامه بدفع التمن تسري عليه القواعد العامة يعني للبائع حق البس حتى يستوفى التمن إذا كانت الشفعة بالتراضي .

6 - التزام الشفيع بالتسليم العقار المشفوع فيه : والتسلم معناه الاستيلاء فعلا على العقار المشفوع فيه فيلتزم

الشفيع بالتسليم العقار المشفوع فيه إما من البائع إذا كان ليزال في يده وإما من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه

من البائع و نفقات تسليم العقار المشفوع فيه تكون على البائع أما نفقات تسلمه فتكون على الشفيع وقد حل

محل المشتري .

علاقة الشفيع بالمشتري : إن التصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه قد تكون تصرفات مادية و لقد

تعرضت لها المادة 805 من القانون المدني الجزائري

أنفق على العقار المشفوع فيه شيئا من ذلك التعويض عن البناء أو الغراس إذا كان قد بنى أو غرس كما قدمنا

و طبقا لأحكام المادة 805 من القانون المدني الجزائري سألقة الذكر وتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه من

المشتري إذا كان هذا الأخير تسلمه من المشتري إذا كان هذا الأخير تسلمه من البائع

و المشرع في نص المادة 806 من القانون المدني الجزائري أراد حماية حقوق الدائنين قبل المشتري الذي

تبت ضده الحقوق فعلى سبيل المثال أصحاب الرهون و إن كان لا يحتج بها على الشفيع ليقيدها بعد تسجيل

إعلان الرغبة لكنها تنتقل كما آل للمشتري ، وهذا يفترض أن المشتري كان قد عجل التمن إلى البائع فهنا يلتزم

الشفيع بأداء هذا التمن للمشتري و التمن كما هو معروف بين يدي الموثق أما إذا لم يكن المشتري قد عجل

التمن للبائع فإن التمن يكون مستحقا للبائع فلا تنتقل حقوق دائن المشتري عليه .

7 - علاقة الشفيع بالغير : و تنص المادة 806 من القانون المدني الجزائري >> لتكون حجة على

الشفيع الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذل 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 مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل <<

فيقولها >> إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة و إذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة البناء و أجرة العمل أو نفقات الغراس << .

والذي يلاحظ من هذا النص أن الخيار بين المبلغيين في الفقرة الأولى للمشتري لكن الخيار في الفقرة الثانية بين الإزالة و عدمها هو للشفيع ذلك أن قبل الإعلان عن الرغبة من جانب الشفيع فيكون هنا المشتري بالخيار بين أن يطالب الشفيع بما أنفقه في البناء أو الغراس أو بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس فقد قال الشافعي و أبو حنيفة بأنه يعطيه قيمة البناء منقوصا وقيمة الغراس مقلوعا أو يكلفه بنقصه وذلك ما ذهب إليه أيضا الإمام مالك .

أما عندما يبني المشتري أو يغرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة فيصبح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري مع التعويض إن كان له مقتضى وهذا ما ذهب إليه الفقه الإسلامي فاعتبر تصرف المشتري بعد أخذ الشفيع بالشفعة باطلا لانتقال المالك للشفيع بالطلب⁹⁰.

فالشفيع اختفى من الصفقة كما قدمنا و حل الشفيع محله فيها و بالتالي تكاد تنحصر العلاقة بينهما في استرداد المشتري الثمن إذا كان قد وفاه للبائع و استرداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها التعويض عن المصروفات الضرورية و المصروفات النافعة إذا كان قد للمشتري من ثمن العقار << ، ويواجه النص التصرفات القانونية من جانب المشتري في العقار المشفوع فيه ، وظاهر هذا النص أنه يفرق في الحكم بين حصول التصرفات قبل تسحل إعلان الرغبة أو بعده

فقه السنة - المجلد الثالث - السيد السابق (ص 244 - 245) .⁹⁰

فإن حصل التصرف قبل تسجيل إعلان الرغبة فإنه صحيح و يحتج به على الشفيع لأنه تريب علي عقار يملكه المشفوع منه (المشتري) ويشترط لكي يحتج بالتصرفات على الشفيع أن تكون قد شهرت طبقا للقانون قبل أن يسجل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و هذا لا يمنع أن الشفيع يستطيع بكافة الطرق أن يثبت صورية هذه التصرفات .

ومن التصرفات التي قد يجريها المشتري على العقار المشفوع فيه البيع و قد ذكرت المادة 797 من القانون المدني الجزائري أنه إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها .

كما أن المادة 806 من القانون المدني الجزائري أشارت إلى البيع فقالت أنه لا يسري في حق الشفيع أي بيع صدر من المشتري إلا إذا كان ذلك قد تن بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ومفاد ما تقدم أن البيع الثاني لو حصل قبل تسجيل إعلان الرغبة كان على الشفيع الأخذ بالشفعة من المشتري الثاني و بشروط عقده وقد تكون هذه الشروط أبهض من الأولى بل قد يتمتع على الشفيع الأخذ بالشفعة طبقا للعقد الثاني كأن يكون البيع الثاني صادر لأحد الأقارب الذين تمنع الشفعة بالنسبة لهم .

ومن الواضح أنه لا يشترط تسجيل البيع الثاني قبل تسجيل إعلان الرغبة ، بل يكفي انعقاد البيع تسجيل إعلان الرغبة والإجراءات هنا توجه بالطبع للمشتري الثاني و المشتري الأولى بصفته بائع و الشفيع أن يثبت أن البيع الثاني صوري بقصد منع الشفعة بالثمن و الشروط التي حصل بها البيع الأولى .

وإن حصلت التصرفات بعد تسجيل الإعلان الرغبة فلا يحتج بها على الشفيع لأنه حفظ حقه بتسجيل هذا الإعلان و على ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع بعد هذا التسجيل فإن هذا البيع لا يحتج به على الشفيع الذي له السير في دعوى الشفعة قبل المشتري الأول و بنفس شروطه⁹¹.

⁹¹ دروس في حق الملكية - د. عامر عبدالعزيز (ص 244).

المطلب الثاني : سقوط الحق في الأخذ بالشفعة .

الشفعة باعتبارها سبب لكسب الملكية فلها مسقطاتها و التي نصت عليها المادة 807 من القانون

المدني الجزائري على أنه << لا يمارس الحق في الشفعة >> في الأحوال الآتية :

أ - إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع .

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

الفرع الاول: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع :

وجاء صراحة في نص م 01/807 : << إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع >>.

فالنزول عن الحق في الأخذ بالشفعة يجوز أن يحصل في أي وقت ما دام الحكم النهائي لم يصدر

بالشفعة ، لكن متى صدر هذا الحكم لا يستطيع الشفيع أن يتنازل و النزول ممكن حتى قبل البيع و المشتري

بذلك يستطيع أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء ، كما أنه يكون بمقابل أو غير مقابل .

إذ أن الحق في الأخذ بالشفعة يجري عليه ما يجري من أحكام على الحقوق المالية ، و النزول قد

يكون صريحا كأن يقول الشفيع << أبطلت الشفعة أو أسقطتها >> .

وتجري في إثبات هذا النزول القواعد العامة في الإثبات ، و قد يكون ضمنيا و يستفاد من أى عمل أو

تصرف يأخذ منه اعتراف الشفيع بأن المشتري أصبح مالكا للعين محل الشفعة ملكية مستقرة نهائية .

الفرع الثاني : مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع :

كما جاء في نص م 02/807 << إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص

عليها القانون >> .

و ميعاد السنة ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم فلا ينقطع و لا يقف و يسري في حق الغائبين و غير

كاملي الأهلية .

ويسري الميعاد من اليوم التالي مباشرة لليوم الذي حصل فيه حتى لا يكون ناقص أي أن طلب الشفعة يتم إعلانه إلى كل من البائع و المشتري في هذا الميعاد أي قبل فوات مدة السنة من يوم التسجيل ، وإذا كان اليوم الأخير لطلب الشفعة يوم عطلة إمتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلي انتهاء العطلة .

وذلك كما قدمناه في ميعاد 30 يوما من يوم إنذار الشفيع بوقوع البيع فإذا لم يطلب الشفيع الشفعة في الميعاد القانوني كان للمشتري أن يتمسك بسقوط الحق في الشفعة وعليه إثبات أن البيع قد سجل و أنه قد مضى على تسجيله سنة من غير أن يستعمل الشفيع حقه .

وكذلك يسقط الحق في الشفعة للأسباب التالية :

- عدم إظهار الرغبة في الميعاد : يجب أن تبدي الرغبة في الميعاد المنصوص عليه للبائع و المشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه من البائع أو المشتري ، فإذا لم تبد الرغبة في هذا الميعاد يسقط الحق في الأخذ حسب ما نصت عليه المادة 799 من القانون المدني الجزائري .

- عجم إيداع الثمن و المصاريف في المعاد يجب أن يودع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة بين يدي الموثق على أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة .

أيضا من أسباب سقوط الحق في الشفعة زوال أحد الشروط التي يجب أنتتوافر في الشفيع مثل زوال ملكية الشفيع بما يشفع به قبل الحكم النهائي بالشفعة .

الخاتمة

على الرغم من بساطة تحليل طبيعة الشفعة و تماثليها مع النصوص و الحلول العلمية المسلم بها إلا أنها تبقى دائما محلا لاختلاف الآراء .

إلا أن هذه الآراء لم تختلف في وقت انتقال الملكية إلى الشفيع فهذا الوقت تحدد أحكام التسجيل لا أحكام الشفعة أما الخلاف الواقع في أحكامها هو وقت حلول الشفيع محل المشتري و هذا ما تطرقنا إليه من دراسة موضوع الشفعة .

و فضلا على ذلك أن جانب من الفقهاء يرون بتطبيق أحكام الفقه الإسلامي في تبعة الهلاك بالنسبة للعقار المشفوع فيه إلا أنه لا مجال لذلك بعد أن نص القانون صراحت أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه و التزاماته و يدخل في ذلك تحمل تبعة الهلاك .

و قد تبين لنا من خلال دراسة الشفعة في القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري بتبنيه للشفعة أنه ضيق من الأخذ بها فأعطاهم ثلاث فئات (مالك الرقبة - حق الانتفاع - الشريك في الشفيع) فضلا على ما تضمنته القوانين الخاصة الحالية و عكس ما ذهب إليه المشرع المصري عندما أضاف لأصحاب الحق في الأخذ بها الجار و صاحب حق الحكر .

رد على ذلك أنه فيما يخص إجراءات الشفعة نلاحظ أن المشرع ترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي ذلك دائما القانون يحدد الحقل الذي يترك حرا أمام النشاط الفردي و الحقل الذي تحف به القيود . إن بعض الفقهاء يحدوا امتداد الشفعة إلى بعض البيوع المنقولة الأكثر قيمة كالتائرات و السفن ، لأنه يفترض فيها تحقق ضرر مساوي للضرر الذي يمطن أن يتحقق في البيوع العقارية فضلا عن الحماية التي أوكلت بها بمقتضى القوانين الحديثة إلى جانب حماية الثروة العقارية .

أخيرا إن المشرع الجزائري ساير الفكر القانوني الحديث إذ جعل القاعدة العامة هي أن تكون الشفعة قضائية عندما يمتلك فيها الشفيع العقار المشفوع فيه عن طريق القضاء و استثناء رضائية أما إذا كان

طريق التملك للشفيع بمقتضى الإنفاق بينه وبين البائع فتكون الشفعة الاتفاقية أي الوعد بالفضل كما جرت
بذلك تسميته في الفقه .

وحيث أن الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الإسلامية فيزيدنا حرصا على التمسك

بالإسلام فإنه لا رقي للبشرية في تشريع سواه و أروع ما قاله الشاعر أحمد شوقي :

فلم أرى غير شرع الله شرعا ولم أرى غير باب الله بابا

****المراجع باللغة العربية****

- ❖ فقه السنة – المجلد (3) – السيد سابق.
- ❖ عقد البيع في القانون المجني الجزائري – د. محمد حسنين – ديوان المطبوعات .
- ❖ عبدالرزاق السنهوري << طرق كسب الملكية >> المجلد (09).
- ❖ خليل حسن قدارة << الوجيز في شرح القانون المدني >> الجزء 04 (عقد البيع).
- ❖ وهبة الزحيلي << الفقه الإسلامي وأدلته >> المجلد 05 .
- ❖ التشريعات العقارية – مديرية الشؤون المدنية 1994.
- ❖ عبدالرزاق السنهوري << مصدر الحق في الفقه الإسلامي >> الجزء 05.
- ❖ عبد الرزاق السنهوري << حق الملكية >> المجلد 08 .
- ❖ نصر الدين سعيدوني << دراسات في الملكية العقارية >> .
- ❖ صباح عنان << تاريخ الملكية >> .
- ❖ محمد حسنين << الوجيز في نظرية الحق >> .
- ❖ إبراهيم منصور << نظرية الحق و القانون >> .
- ❖ الشيخ محمد الخصري << تاريخ التشريع الإسلامي >> .
- ❖ ابن جزي << القوانين الفقهية >> .
- ❖ مصطفى كمال طه << عقد البيع والمقايضة >> .
- ❖ سمير عبدالسيد تناغو << عقد البيع >> .
- ❖ عبدالعزيز عامر << دروس في حق الملكية >> دار النهضة العربية .
- ❖ جريدة الخبر 16 مارس 1998 موافق ل 17 ذو القعدة 1418 .

المصادر

- ❖ قانون المدني الجزائري
- ❖ قانون الإجراءات المدنية
- ❖ قانون البلدية 80/90
- ❖ قانون توجيه العقاري 25/90
- ❖ قانون 03/93 المتعلق بالترقية العقارية
- ❖ قانون تسجيل 1990

الفصل التمهيدي : ماهية الشفعة

المبحث الأول: مفهوم الشفعة وخصائصها

3

المطلب الأول: تعريف الشفعة

3

الفرع الأول : في الشريعة الإسلامية

3

الفرع الثاني : التعريف القانوني

3

المطلب الثاني: خصائص الشفعة

5

الفرع الأول: خير قابلة للتجزئة

5

الفرع الثاني : الشفعة لا تورث

5

المبحث الثاني: مصادر الشفعة وأهدافها

6

المطلب الأول: مصادر الشفعة

6

الفرع الأول : الشفعة في الشريعة

6

الفرع الثاني: الشفعة بإتفاق << الشفعة الإتفاقية >>

7

الفرع الثالث : الشفعة في القانون .

9

المطلب الثاني : أهداف الشفعة

10

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية

10

الفرع الثاني: في القانون الجزائري

11

الفصل الأول: النظام القانوني للشفعة

المبحث الأول: أحوال و شروط الشفيع

13

المطلب الأول: شروط الأخذ بالشفعة

13

الفرع الأول: مالك الرقبة

13

الفرع الثاني: الشفعة للشريك في الشيوع

15

الفرع الثالث: الشفعة لصاحب حق الانتفاع

16

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشفيع

18

الفرع الأول: إن يكون مالكا للعقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة

18

الفرع الثاني: أن يكون الشفيع كامل الأهلية

22

الفرع الثالث: الشفيع غير الممنوع من شراء العقار المشفوع فيه

23

المبحث الثاني: حكم المشفوع فيه و تعدد الشفعاء و تراحمهم

25

المطلب الأول: حكم المشفوع فيه والتمن

25

الفرع الأول: حكم المشفوع فيه

25

الفرع الثاني: حكم المأخوذ به التمن

32

المطلب الثاني: حكم تعدد الشفعاء و تراحمهم في ق م ج

35

الفرع الأول: التزام بين الشفعاء وهم من طبقات مختلفة
35

الفرع الثاني: التزام بين الشفعاء وهم من طبقة واحدة
39

الفرع الثالث: التزام الشفعاء مع المشتري وهو شفع مثلم
41

الفصل الثاني: النظام القضائي للشفعة

المبحث الأول: ما يترتب عن الشفعة
47

المطلب الأول: إجراء الشفعة
47

الفرع الأول: الإنذار الرسمي في القانون المدني الجزائري
48

الفرع الثاني: التصريح بإعلان الرغبة في أخذ بالشفعة
51

الفرع الثالث: إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق
67

الفرع الرابع: رفع دعوى الشفعة
71

المطلب الثاني: الملك بالشفعة
84

الفرع الأول: للشفيع حرية التملك
84

الفرع الثاني: طبيعة الحكم بالشفعة في ق م ج
86

المبحث الثاني: آثار الشفعة و سقوط الحق فيها
88

المطلب الأول: آثار الشفعة
88

الفرع الأول: انتقال الملكية إلى الشفيع
88

الفرع الثاني: حلول الشفيع محل المشتري

90

المطلب الثاني: سقوط الحق في الأخذ بالشفعة

99

الفرع الأول : تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع

99

الفرع الثاني : مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع

100

الخاتمة:

102

قائمة المصادر والمراجع

104