



جامعة ابن خلدون . تيارت
الملحقة الجامعية بالسوقر



مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون العقاري.

بعنوان:

الشفعة في القانون المدني الجزائري

تحت إشراف الدكتور:

مبخوتي محمد

من إعداد الطالبة:

رابح زوليخة

لجنة المناقشة:

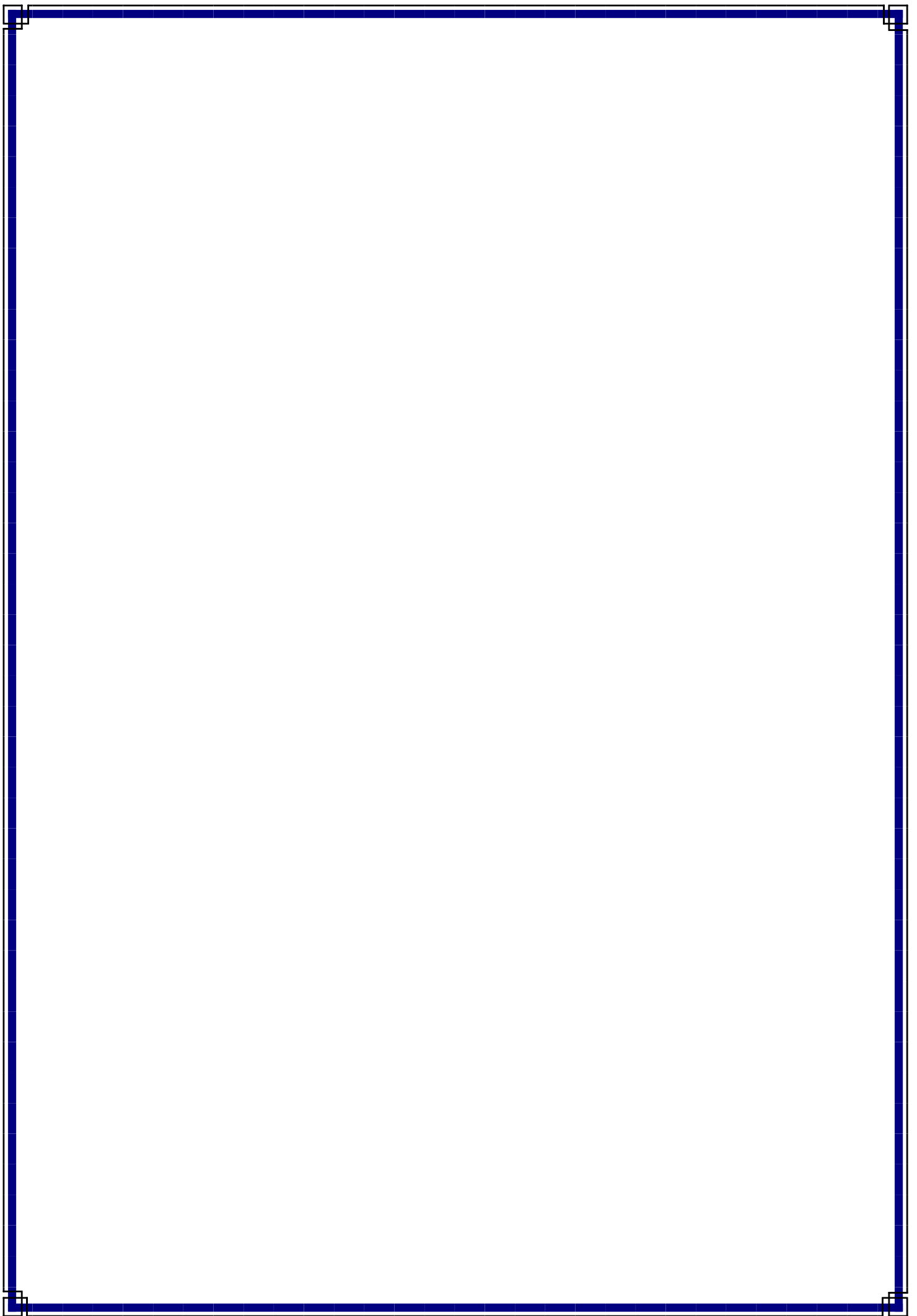
الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر أ	سنوسي علي
مشرف مقرر	أستاذ محاضر أ	مبخوتي محمد
مناقش	أستاذ مساعد أ	بخباز عبد الله
مدعو	أستاذ مساعد أ	بن احمد محمد

السنة الجامعية: 2020 - 2021

تشكرات

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:
(إن أشكر الناس لله عز وجل أشكرهم للناس)
نتقدم بجزيل الشكر والعرفان للدكتور مبخوتي محمد على مجهوداته ونصائحه
وعلى صبره معنا لإنجاز هذه المذكرة.
كما نتقدم بجزيل الشكر المسبق للجنة المناقشة على ما سيقدمونه من
ملاحظات وتوجيهات والتي لن تزيد هذا العمل إلا إتقاناً وجمالاً.
و نشكر كل أستاذة كليتنا على دعمهم وتشجيعهم لنا، دون أن ننسى من مد
لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد.

الطالبة/ رابع زوليخة



الإهداء

الحمد لله الذي بعونه تتمّ الصالحات والصلاة والسلام على
رسوله الكريم، سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

إلى أعزّ شخص في حياتي، إلى نبع الحنان والنبض الدافئ في عروق أُمي
الغالية.

إلى من شاءت إرادة الله عزّوجل أن يرّحل، إلى روح والدي الطاهرة،
فدعائي الخالص له أن يتغمّده الله برحمته وغفرانه ويسكنه فسيح جناته.

إلى أخي الوحيد محمد

إلى أخواتي، كلّ واحدة باسمها

إلى كل أصدقائي وزملائي في العمل

أهدي هذا الإنجاز المتواضع

راجية أن يروق كلّ من تصفّحه .

الطالبة / رابع زوليخة

مقدمة

تعتبر الملكية العقارية من أهم المواضيع واعقدها علي الانطلاق وقد اعتبرت الدساتير والأنظمة القانونية السابقة واختلاف التشريعات من حيث اختلاف الأمر في القانون المدني المصري عنه في القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية التي تمثل جانبا من الفقه الإسلامي الذي يعتبر المصدر التاريخي والمادي لها، ثم بينت موقف القضاء من الاختلاف في تعريف حق الملكية من الطبيعية للإنسان وتلعب الملكية العقارية دورا مهما في حياة الأفراد والشعوب علي حد سواء ولهذا يستوجب التعرف علي مفهوم الملكية العقارية في التشريع الجزائري فالعقار هو كل ملك ثابت له أصل كالأرض والمنزل وهو كل شي ثابت ومستقر في مكانه وغير قابل لنقل إلي مكان آخر بدون تلف وقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر بفرنسا في **1789/08/26** في المادة **17** منه بان حق الملكية حق مقدس حيث انه لا يمكن ان يحرم أي احد منه إلا إذا فرضت الضرورة العامة ذلك شرط أن يكون بصورة قانونية ودفع تعويض عادل ومسبق .

وعرفة المشرع الجزائري في المادة **02** من القانون **25/90** المؤرخ **1990/1/18** المتضمن التوجيه العقاري بأنه هو كل من الأرض والثروات العقارية غير المبنية فالملكية العقارية تخول سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها ان يستعمله ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول با وقد عرفته المادة **674** من القانون المدني الجزائري بان الملكية هي حق التصرف في الأشياء بشرط ان لا يستعمل استعمال تحرمه القوانين والأنظمة .

ولدا عملت التشريعات الحديثة علي وضع ضوابط و معايير ترد علي حرية التملك أو التمتع من أجل تحقيق مصلحة الفرد والجماعة، من بين هذه الضوابط نجد ما يتعلق بأسباب الملكية باعتبارها.

مقدمة

من الحقوق العينية الأصلية تناولها المشرع الجزائري ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني تحت عنوان "اكتساب الملكية" والتي تضم كل من الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق بالعقار، العقد، الشفعة، والحيازة.

تعتبر الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية العقارية لأن حق التملك جبري لها وينفذ دون إرادة مالكة ومشتريه وهذا يضم العقار المبيع إلى ملك الشفيع بسبب اتصال ملكه بهذا العقار دفعا لضرر متوقع، وعلى رغم من ثبوت هذا الحق لقائده الشفيع إلا أنه لا يمكن ممارسته بصفة مطلقة كونه مقيد بشروط محددة بقوة القانون من أجل جمع ما تفرق من حق الملكية حيث نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في المواد **794** إلى **807** من القانون المدني.

عرف المشرع الجزائري في المادة **794** من القانون المدني أن للشفعة خصائص تتمثل في رخصة استثنائية باعتبارها قيد يرد على حق ملكية كونها تحرم المالك عن التصرف في ماله وتؤدي إلى زوال ملكة المشتري جبرا وتثبت للشفيع رفعا للضرر المحتمل.

كما أنها رخصة تتحقق في حالة بيع العقار ولا تكون في المنقول غير قابلة للتجزئة. إذ لا يجوز للشفيع أخذ الشفعة على جزء من العقار المشفوع فيه دون الآخر وفي حق قابل للإرث لا تسقط بموت الشفيع وإنما تنتقل مورثة، وأنها حق قابل للإسقاط وغير قابل للتنازل إلى الغير لاتصالها بشخص الشفيع وتبعتها للعقار المشفوع فيه.

- سبب اختيارنا لموضوع الشفعة نظرا لأهميتها ودورها على المستوى الاجتماعي والاقتصادي لاسيما أمام ظهور أزمة العقار وباعتبار الشفعة من الأسباب الناقلة لحق الملكية التي تؤدي إلى تملك العقار بإتباع إجراءات.

إن موضوع الشفعة ونظرا لاتساعه وتشعبه فإنه يطرح عدة إشكاليات هامة تفرض نفسها على رجل القانون .

تناول الموضوع بانتهاج المنهج التحليلي والاستنتاجي وذلك باستعراض النصوص القانونية وتطبيقاتها القضائية على مستوى المحاكم والمجالس.

مقدمة

الإشكالية : كيفية ممارسة حق الشفعة في ظل إحكام القانون الجزائري . وماهي الإجراءات والكيفية التي يتم مباشرتها للأخذ بالشفعة فسنتطرق في بداية بحثنا من خلال الفصل الأول ماهية الشفعة ونتناول في المبحث الأول تعريف الشفعة والحكمة منها وخصائصها وذلك في مطلبين على التوالي سنتطرق في البحث الثاني إلى الشروط المتعلقة بالشخص الشفيع ، اما الفصل الثاني تناولنا الآليات القانونية للشفعة في المبحث الاول تطرقنا الى الإجراءات القانونية للشفعة المبحث الثاني آثار الشفعة القانونية :

الفصل الأول

ماهية الشفاعة

يعرف القانون المدني الجزائري الشفعة بأنها " رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية" يبين أن الأخذ بالشفعة يتحقق بوجود أمرين .

أولاً: التصرف الذي يجيز الشفعة وبالشئء المشفوع فيه.

وثانياً: بوجود شفيح

وعلى أثر ذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى المبحثين التاليين تناولنا في المبحث الأول مفهوم الشفعة بينما تطرقنا في المبحث الثاني لشروط الشفعة¹.

1 المادة 147 من القانون 10/05 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم

المبحث الأول: مفهوم الشفعة

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

ولهذا سوف نتناول في المطلب الأول تعريف الشفعة وفي المطلب الثاني خصائصها.

المطلب الأول: تعريف الشفعة

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

- ويسمى الأخذ بالشفعة " الشفيع " ويسمى المشتري " المشفوع منه " ويسمى العقار المبيع " العقار المشفوع أو المشفوع منه ويسمى عقار الشفيع أو حقه الذي يشفع بموجبه - العقار - والحق المشفوع به وبذلك يكون للشفيع مركز قانوني يعطيه نتيجة قيام بسبب من الأسباب التي تعيد بها القانون أفضلية على المشتري المشفوع منه² وهذا ما جاء في نص المادة 794 ق.م" الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال بالشروط المنصوص عليها في المواد الآتية".

وقد استمدت أحكام الشفعة من الفقه الإسلامي فهي مباحة عند جمهور الفقهاء بالدلة الآتية³.

1- عبد الناصر ،توفيق العطار ، شرح الأحكام حق الملكية ، دار الفكر العربي، القاهرة ص188

2- حسن كيره، الموجز في إحكام القانون المدني ، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994، ص115

3- أحمد خالدي، الشفعة في الشريعة الإسلامية و القانون المدني ، دار مومة ، ط1، الجزائر 2000، ص13.

الفرع الأول : تعريف الشفعة في الشريعة الإسلامية

أ: في السنة والإجماع:¹

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

ب : الحكمة من الشفعة :

قام نظام الشفعة منذ استقر تطبيقه في الشريعة الإسلامية على فكرة دفع الضرر عن الشفيع ، المتصل حقه بالعقار المبيع الذي قد يأتي من المشتري لهذا العقار الذي لا تكون له في الأصل صلة بهذا العقار فالشريك فيه يتضرر من دخول أجنبي أو غريب عن الشركاء إذ باعه أحد الشركاء حصة في العقار الشائع وبذلك تبرر الشفعة على أساس تفضيل الغريب على الغريب ، أي تفضيل من قامت له صلة بالعقار المبيع على الغريب الذي لم تكن له هذه الصلة أو من كانت له بالعقار صلة أدنى من صلة الشفيع، ورغم كل هذا يبقى نظام الشفعة نظاما استثنائيا³. يعطي حرية التعاقد وحق التصرف وحقوق المشتريين وحق الملكية على السواء.

1- الامام ابو زهرة ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 150

2- يقصد بالربع والرابعة المنزل الذي يُربع به الإنسان ويتوطنه

3- عبد الناصر ،توفيق العطار . ص 06

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني للشفعة:

في الفقه جدل عميق حول تكييف الشفعة، هنا القائلين بعينية الشفعة والقائلين بشخصيتها وهناك فقه آخر اعتبرها من الحقوق الإرادية.

الاتجاه الأول:

الشفعة حق عيني لأنه يتولد من حق ملكية العقار المشفوع به وينصب على العقار المشفوع فيه.

الاتجاه الثاني:

الشفعة حق شخصي بمعنى الحق المتصل بشخص الشفيع لا على معنى حق الدائنين. العقارات التي يتخلف فيها السبب، مما يعني تجزئة العقارات المباعة وللمشتري إذا رأى في هذه التجزئة إلحاق ضرر جسيم به أن التمسك بوجود آخذ الشفيع لكل العقارات ما توفر في شأنها شروط الآخذ بالشفعة وما لا يتوفر منها ، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري وللشفيع عندئذ الخيارين إن يأخذ الكل أو يترك الكل.

في حالة تعدد الشفعاء سواء كانوا طبقة واحدة ام من مراتب مختلفة، وسواء صدر الطلب شفيع واحد أم أكثر، فيجب أن يطلب كل منهم أخذ العقار محله بالشفعة والسبب وفي ذلك عدم جواز تفرق الصفقة على المشتري ، فيلحقه الضرر.¹

ويجب على كل شفيع في حالة التعدد أن يطلب المبيع كله بالشفعة وإلا سقط حقه فيها ، فإذا حدث التعدد وطلب كل شفعاء العقار المبيع بكامله، فانهم يأخذون العقار بالنسب التي ينص عليها القانون فلا تتفرق الصفقة على المشتري على أنه لا يجوز للمشتري إجبار الشفيع على أن يقتصر طلبه على مقدار نصيبه وذلك بدعوى ان عدم التجزئة مقررة لمصلحة

1 - المادة 794 من الأمر 58/75 ، المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

المشتري ، فالواقع أن هذا المبدأ يراعي كذلك مصلحة الشفيع من اخراج المشتري نهائيا من الصفقة.¹

أولاً: ورود الشفعة على العقارات

- لا شفعة إلا في العقار ، وذلك بصريح نص المشرع في تعريف الشفعة في نص المادة 794 ق.م وفي مختلف نصوصها الأخرى بحيث تختلف الشفعة من هذه الوجهة عن الاسترداد الذي يكون في المنقول وفي المجموع من المال والعقار في القانون المدني " كل شيء مستقر يجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف".

تجوز الشفعة في بيعه إذا توافر سببها سواء كان هذا العقار أرضاً أم أرضاً عليها بناء بيع بمفرده دون الأرض.

- ولما كانت المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص وتعتبر من ملحقات العقارات الذي تخدمه فإن التصرف في هذا العقار يشملها في الأصل، ولذلك إذا بيع عقار وتوافر سبب الأخذ بالشفعة ، مالم تكن قد استبعدت من البيع، ولكن إذا فصلت على العقار الذي تخدمه وبيعت على الاستغلال ، فلا تجوز الشفعة فيها ، إذا أنها بذلك تكون قد عادت لها صفتها المنقولة ولا شفعة في منقول.

ولذلك لا تجوز الشفعة في بناء معد للهدم ، وإذا يرد البيع في الحقيقة على أنقاضه المتخلفة عن الهدم وهي المنقولات.²

1- عبد الناصر، توفيق العطار، شرح الأحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة.ص06.

2- عبد الناصر، المرجع نفسه، ص06.

ثانياً: اتصال الشفعة بالشخص الشفيع

- تجهيز الشفعة قائمة على اعتبارات تتعلق بالشفيع ويترتب على كون الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع الناتج.

- عدم إمكان دائني الشفيع استعمال هذه الرخصة نيابة عنه كما لا يجوز للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

- الشفعة لا تنتقل بالحوالة، فلا يجوز للشفيع عند ما تثبت له الشفعة أن يحيل حقه في الأخذ بها إلى الغير وذلك لأن الشفعة وطالما اتصلت بشخص الشفيع وبالتالي لا يجوز حوالتها.

- يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة وذلك ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 1/807 ق.م والتنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا، فالتنازل الصريح قد يكون

بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يتم شفاعة، وعلى من يتمسك بحضور هذا التنازل إثباته طبقا للقواعد العامة للإثبات.

- التنازل الضمني فيتحقق إذا صدر من الشفيع أي عمل يفيد نزوله عن حقه : ان يتصرف المشتري في العقار بالبيع إلى الغير في حضور الشفيع ومع شهادته في البيع، والفرق بينهما التنازل الصريح يتحقق ويحدث أثره سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع.

أما التنازل الضمني فانه لا يسقط حق الشفيع في الشفعة إلا إذا إما التنازل الضمني فانه لا يسقط حق الشفيع في الشفعة إلا إذا علمن به.

ويصح التنازل صراحة أو ضمنا عن الحق في الأخذ بالشفعة حتى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة، كما يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة.¹

1 - المادة 1/807 ق.م من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

الاتجاه الثالث: الشفعة من الحقوق الإرادية

بمعنى يتحقق هذا الاستعمال بإرادة الشفيع الأخذ بالشفعة وإعلانه هذه الإرادة هي العنصر الجوهرى الذي ينتهى التركيز عليه

- فالشفعة لا تكون سببا لكسب إلا بالقيام مركز قانونى معين تنهياً أسبابه بالاجتماع وقائع مادية معينة فيكون للشفيع ليس حق الملك بل الحق فى أن يملك، فان أعلن عن رغبته فى الأخذ بالشفعة وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المتطوع فيه ، ويتحول حقه فى ان يملك هذا العقار إلى حقه فى ملكيته ، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري¹.

1 - عبد الرزاق السنهورى ص 451.

المطلب الثاني: خصائص الشفعة:

من أهم خصائص الشفعة ومميزاتها أنها غير قابلة للتجزئة وأنها متصلة بشخص الشفيع وأنها لا ترد إلا على العقارات¹.

الفرع الأول: عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

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

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

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

- و على ضوء ما ذكرته سابقا سوف نورد أهم التطبيقات مبدأ عدم التجزئة في الشفعة في ما يلي²:

- أولا : إذا بيع عقار واحد لمشتري واحد ، فليس لمن قام به سبب الشفعة أخذ بعض العقار دون بعض إذا إن تفريق الصفقة على المشتري واضح و لا مبرر له ، فلا يكون له الا

1- رمضان ابو السعود ،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2002 ص155
2 - رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2002 ص156

الشفعة في العقار بتمامه. ولذلك إذا بيع عقار لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز مستقل فلتتبع الأخذ بالشفعة في جزء أو أكثر من الأجزاء المقررة طالما يتوافر له فيما سبب الشفعة دون الأجزاء الأخرى التي لا تتوافر له فيها هذا السبب إذا يتعلق الأمر بصفقات متعددة ومتفرقة منذ البداية.¹

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

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

ولكن قد تكون العقارات المبيعة متصلة أو منفصلة وتمثل في الحالتين وهي متكاملة ففي هذه الحالة يتعلق الأمر بصفقة واحدة متكاملة بحيث لا يجوز الشفعة فيها إلا بتمامها دون تجزئة إذا كان بسبب الشفعة متوافر فيها جميعاً إما إذا توافر سبب الشفعة في بعضها دون البعض فالأصل هو الأخذ بالشفعة في العقارات التي يتحقق فيها سبب الشفعة دون أن تنتازل عنها ولا يتحقق في جانبه مسؤولية اتجاه المشفوع منه كما أن ينتازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، ان يعيد طلب الشفعة عند حدوث بيع جديد للعقار المشفوع فيه.³

1 - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002 ص158

2 - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002 ص159

3 - انظر، المادة 1/807 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

ونصت المادة 1/807 ق.م " لا يمارس حق الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

ولو قبل البيع " انتقال حق الأخذ بالشفعة إلى ورثة الشفيع:

اختلف الفقه الإسلامي حول هذه المسألة:

أ – مذهب أبي حنيفة:

إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالتراضي او بقضاء ، تبطل الشفاعة بموته.

ب- الشافعية والمالكية :

فيذهبون إلى عكس ما تقدم لان حق الشفعة معتبر ترعا لحق الرد.

المبحث الثاني: شروط الشفعة:

تعرف المادة 794 من ق.م "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار

ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"

الأخذ بالشفعة يتحقق بوجود أمرين:

نتعرض لهذين الأمرين في المطالب التالية:

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة بمحلها

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالشفيع.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة بمحلها:

بشرط جواز الشفعة بمقتضى المادة 794 ق.م أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا كما

بشرط أن يكون للمبيع المشفوع فيه عقارا ، ومع ذلك فترد على هذه القاعدة عدة استثناءات لا

تجوز فيها الشفعة حتى مع وجود البيع العقاري.

سوف نتعرض للمبدأ والاستثناءات التي ترد عليه ، وذلك في الفرعين الآتين :

الفرع الأول: جواز الشفعة في حالة البيع العقاري

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

الفرع الأول : جواز الشفعة في حالة البيع العقاري.

لكي يتحقق الأخذ بالشفعة لابد من وجود عقار ووجود عقد بيع يرد عليه وذلك وفقا للقانون المدني المادة 794 وما يليها لا يمكن ممارسته إلا إذا تعلق الأمر ببيع العقار.

- حيث إن المحل التجاري لا يعتبر عقارا بالمفهوم القانوني اذ انه يتكون من اموال معنوية والمستأجر يعتبر منتفعا بالتالي لا يستطيع ممارسة حق الشفعة في محل تجاري. الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع وانطلاقا من ذلك يمكن الوصول الى النتائج التالية¹:
- لا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بسبب من الأسباب لا يعد تصرفا قانونيا كالميراث والالتصاق والتقادم.

- لا شفعة كذلك إذا انتقلت ملكية بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية.
- لا شفعة أيضا إذا كان انتقال الملكية قد تم بمقتضى تصرف من التصرفات الكاشفة أو المقررة، وعلى ذلك فلا يجوز الشفعة بسبب القسمة.

- لا تجوز الشفعة بسبب الصلح

- لا تجوز الشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة " ان الشفيع لا يستطيع ان يحل محل الدولة في تخصيص العقار في المنفعة العامة".

- عدم جواز الشفعة في المقايضة سواء كان بها فرق او كانت بدون فرق².

- لا تجوز الشفعة في عقد الهبة عامة

1 -رمضان ابو السعود ،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2002 ص172
2 -عيد المنعم الصدة، الحقوق العينية الاصلية - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، 1982، مصر، ص 130.

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

- وتجوز الشفعة في عقد البيع

- تجوز الشفعة في بيع ملك الغير والذي يعد قابلا للإبطال (القابلية للإبطال مقررة لمصلحة المشتري في بيع ملك الغير فإذا حل الشفيع محل المشتري لم يجز له طلب البطلان، ففي شفيعته يكون قد أجاز هذا البيع¹.

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

أما بخصوص عقد البيع غير المشهر، فقد انقسمت الآراء بشأنه فمنهم من يقول جواز الشفعة فيه ولم بنص القانون على وجوب رفعها على المالك السابق والمالك الحالي للعقار. وذهب اتجاه آخر إلى قول بعدم جواز الشفعة في عقد البيع غير المشهر على أساس أن الشفعة إنما هي في الملكية دون سواها إذا انتقلت بالبيع فلا بد أن يكون هناك انتقالا للملكية بالشهر. كما ان الشريعة والقانون يشترطان لقبول حق الشفعة ان يصير المشتري مالكا نهائيا للعقار المبيع ولا يكون ذلك إلا بالشهر

- لا تجوز الشفعة في عقد الشركة: فإذا قدم الشريك حصته في الشركة عقارا فان الشفعة لا تجوز في هذا العقار اذ إن تقديم الشريك للعقار في هذه الحالة لا يعتبر بيعا يحصل منه

¹ رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002 ص178

الشريك على الثمن نقدي وإنما يترتب عليه ان يصبح للشريك حصة معينة في الشركة تجله يقتسم ما قد ينشا عن هذه الشركة من ربح أو خسارة¹.

أما بخصوص حالة توالي البيوع نصت المادة 797 من ق.م " اذا اشترى شخص عقار 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 الذي اشترى بها.

هل يجوز للشفيع ان يطلب الشفعة في البيع الأول أم البيع الثاني وذلك في حالة ما اذا باع المشتري العقار الذي اشتراه قبل ايداء إي رغبة في أخذه بالشفعة؟

طبقا لنص المادة 797 ق.م فانه يجب رفع دعوى الشفعة على المشتري الثاني وطلب الشفعة منه حسب شروط عقده ، حيث لا يعتبر العقد الأول وحده ، والسبب في ذلك أن كل تصرف يصدر من المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة يسري في حق الشفيع وطالما أن البيع الثاني يسري في مواجهة الشفيع ، بمعنى ذلك أن البيع الأول يكون قد فسخ لأن الشفيع لم يأخذ فيه بالشفعة وعلى ذلك يجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع القائم فعلا وهو هنا البيع الثاني وهو اخذ بالشفعة طبقا لشروط هذا البيع الأخير وفي مواعيده ، طالما لم يوجد مانع من الشفعة².

2- ما حكم المشتري إذا باع العقار الذي اشتراه بعد إعلان رغبة في الشفعة وشهرها

- يمكن القول في هذا الصدد أنه إذا ثبت أن البيع الثاني قد تم بعد إعلان الرغبة وقبل شهرها، فاذا هذا البيع يسري في مواجهة الشفيع وانما الذي يسري في حقه هو البيع الأول وبشروطه فيأخذ الشفيع بالشفعة في مواجهة المشتري الأول الى نهايتها.

¹ عبد المنعم صدى ص 132

2- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002 ص186

- في حالة سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في البيع الأول فهل يجوز له أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني؟

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

3- الفرق بين المانع والمسقط

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان بعقد صوري وثبت إن المشتري قد باع العقار المشفوع فيه إلى آخر بعقد صوري فمعنى ذلك أن الملكية لم تخرج بعد من ذمة المشتري الأول بشروطه. وهنا يقع عبء إثبات صورية البيع الثاني على الشفيع، فهو صاحب المصلحة في ذلك ويقوم الشفيع بهذا الإثبات بكافة الطرق وبعد التطرق إلى أهم الإشكاليات التي يمكن أن تتصادف مع توالي البيوع وهي الحالة المنصوص عليها في نص المادة 797 ق.م

فلا بد من الإشارة إلى مدى مسؤولية المشتري الأول في حالة توالي البيوع فاذا قام المشتري ببيع العقار المشفوع فيه إلى مشتري ثان ووجهت إجراءات الشفعة إلى هذا الأخير وثم نزع العقار منه فلا يكون المشتري الأول ملزما بالضمان قبل المشتري الثاني وعلى اية

1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002 ص189

حال فان القاعدة هي في وجوب إلا يتعسف المشتري الأول في استعمال حقه في بيع العقار المشفوع فيه مرة ثانية¹.

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

تعرض القانون المدني لبعض البيوع الصحيحة والتي تتوافر فيها شروط الأخذ بالشفعة ، ومع ذلك فقد ورد النص على إنشائها وعدم الشفعة فيها ، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 798 ق.م وهي تتعلق إما بالبائع وإما بالمشتري.

فبالنسبة لموانع الشفعة المتعلقة بالبائع، فقد أورد التقنين المدني مانعين من الشفعة والمنع فيهما مطلق تعرض لبيانها فيما يلي:

أولاً: البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.- البيوع الجبرية-

فرض المشرع مانعا من الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، وذلك بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة " إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات رسمها القانون " استناداً الى المادة 1/798 ، وحكمه المنع في ذلك تتمثل في كون الفرصة متاحة للشفيع لدخول المزاد وأخذ العقار بالمزايدة دون الحاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزاد فضلاً عن أنه بالمنع المفروض- تؤتى المزايدة ثمارها من الحصول على أعلى ثمن بعد أن تحرر المزايدون من خطر التهديد يأخذ العقار من بعد الشفعة².

1 - رمضان أبو السعود ،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2002 ص194
2 - المادة 1/798 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- يشترط لقيام هذا المانع تحقق شرطين الأول أن يكون البيع بالمزاد العلني تأكيد للعلائية التي تكفل حرية المزايدة وجديتها والشرط الثاني يتمثل في أن يجري هذا البيع وفق الإجراءات مرسومة بالقانون¹.

ثانيا: البيع لإقامة محل عبادة او الالتحاق بمحل عبادة.

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة " اذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة او ليلحق بمحل العبادة" استنادا الى المادة 3/798 ق.م والمقصود بهذا المنع حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار ومواد اقامة محل عبادة جديد أو الالتحاق بمحل عبادة قائم.

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

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين او بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية"

استنادا إلى نص المادة 2/798 ق.م ويؤخذ هذا المانع في الاعتبار الصلة القائمة بين البائع والمشتري، وأن هذه الصلة قد رعيت في البيع مما يغلب أخذ شخصية المشتري في الاعتبار ومحاباته عادة في الشروط والتمن مما يجعل المشتري أولى بالعقار من الشفيع بما لا يجيز الشفعة فيه قرابة النسب إما قرابة مباشرة بين الأصول والفروع (المادة 1/33 ق.م) أو

1- حسن كيرة ، الموجز في الأحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994، ص635

غير المباشرة قرابة الحواشي حيث يجمع الأقارب فيها أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً (2/33 ق.م) ¹

المصاهرة فهي قرابة احد الزوجين لأقارب الزوج الآخر وتكون في نفس القرابة النسب المباشر بين الأصول والفروع فلم يحدد المشرع درجة للقرابة يقف عندها المانع ، فلا تجوز الشفعة في بيع يكون فيه المشتري أصلاً للبائع مهما علا ولا فرعاً مهما نزل.

أما في شأن قرابة الحواشي غير المباشرة فقد وقف المشرع بالمانع لغاية الدرجة الرابعة في القرابة وبناء على ذلك يقوم المانع ولا تجوز الشفعة في بيع بين الآخرين حيث قرابتها من الدرجة الثانية.

ولا في بيع بين عم وابن الأخ أو بين خال وابن الأخت تكون قرابة الدرجة الثالثة. ولا في بيع بين ابني عم أو ابني خال حيث تكون قرابة من الدرجة الرابعة.

ولكن لا يتوافر المانع في بيع يكون المشتري فيه ابناً لابن عم البائع أو العكس إذا تكون القرابة بينهما من الدرجة الخامسة. حيث تجوز الشفعة في هذا البيع.

- لا تجوز الشفعة في بيع احد الزوجين والأب والزوج الآخر حيث قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الأولى ولا في بيع احد الزوجين وأخ الزوج الآخر حيث قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الثانية .

- تجوز الشفعة في بيع بين احد الزوجين وعم الزوج الآخر إذا قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الثالثة.

أو في بيع بين احد الزوجين وابن عم الزوج الآخر إذ قرابة المصاهرة بينهما من الدرجة الرابعة ².

1 - المادة 2/1/33، من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2 - حسن كيره ، الموجز في الأحكام القانون المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة 3 ، 1994، ص 638

المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالشفيع:

إلى جانب الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشئ المشفوع فيه والتي يمكن إجمالها في البيع العقاري وقد حدد المشرع الجزائري وعلى سبيل الحصر باعتبار الشفعة من أسباب أفضلية لمن يقوم به سبب منها مشتري العقار المشفوع فيه وقد يتعدد الشفعاء فيتزاحمون على اخذ بالشفعة وبين المشرع كيفية حل هذا التزاحم سواء كانوا من طبقات مختلفة أم كانوا من طبقة واحدة.

الفرع الأول : أسباب الأخذ بالشفعة وتحديد الشفعاء.

رد المشرع الجزائري أسباب الشفعة الى سببين رئيسين هما :

- تفرق عناصر الملكية والشركة في الشئ¹ ، وقد بين هذه الأسباب في معرض لتبينه لمراتب الشفعاء الواردة في نص المادة 795 ق. م

كما أضاف طائفة أخرى من الشفعاء وذلك بموجب القوانين الخاصة

- أ- الأسباب المنصوص عليها في القانون المدني: نصت المادة 795 من القانون المدني

على انه يثبت حق الشفعة².

* الشفعة لجميع ما تفرق من حق الملكية

يتمثل سبب تفرق عناصر الملكية " في التشريع الجزائري والذي يهدف إلى تمكين الشفيع من اعادة لم شتات هذه العناصر المتفرقة في صورة وحيدة هي صورة التفرق الناشئ عن وجود حق الانتفاع أو بعضه³.

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

2 - أضحي هذا التقييد لا معنى له بعد صدور قانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتعلق بتوجيه العقاري والذي

الغي صراحة الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية بموجب المادة 75 منه

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

الفرع الثاني: شفعة مالك الرقبة في بيع كل حق انتفاع أو بعضه:

تنص المادة 01/795 ق.م على أن " يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة اذا بيع الكل او البعض

من حق الانتفاع المناسب للرقبة .

- ويستوي أن يكون المبيع كل حق الانتفاع أو بعضه ، وان يكون مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع واحد او متعدد فإذا كان مالك الرقبة واحد والمنتفع واحد وباع المنتفع كل حقه أو بعضه فمالك الرقبة الأخذ بالشفعة في هذا البيع .

إما إذا كانت للرقبة ملاك متعددون على الشيوع رتبوا حق الانتفاع لشخص واحد ، ثم باع الشفيع كل حقه أو بعضه .

فالشركاء على الشيوع أخذ الانتفاع المبيع بالشفعة.

وإذا كان كل من الرقبة والانتفاع على الشيوع ، وباع الشركاء في الانتفاع أو احدهم حصة فيه فلكل الشركاء في الرقبة معا اخذ كل حصة المبيعة بالشفعة ، أما إذا لم يطالب بالشفعة إلا

بعض الشركاء دون البعض الآخر ، فيحق لهم أخذها بالشفعة إذا كانت الحصة المبيعة توازي أو تقل عن حصصهم في الرقبة أما إذا زادت على ذلك الحصص ، فليس لهم الأخذ بالشفعة إلا فيما يوازي حصصهم دون إن يجاوزها¹.

- كما قد يكون مالك الرقبة شخصا معنويا حسب القانون 03/10 المتعلق بالتوجيه

العقاري الفلاحي فالمستفيدون في المستثمرة الفلاحية يتمتعون بحق الانتفاع أما الدولة فتملك الأرض - الرقابة - وعليه فإذا أسقط حق المستفيد من المستثمرة بموجب قرار الوالي أو في حالة التنازل عن حصة كل الدولة باعتبارها مالكة للرقابة أن تشفع في حق الانتفاع المتنازل

1 - حسن كبيرة ، الموجز في الأحكام القانون المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة 3 ، 1994، ص539

عنه ، وبالتالي تصبح مالكة رقابة وانتفاعا ، ولا يزاحمها الشركاء الآخرون في حق الانتفاع باعتبارها في مرتبة الشريك في الشيوخ والشفعة في هذه الحالة تعتبر سبب لكسب حق الانتفاع حسب ما تقضي به المادة 844 ق.م " يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم او بمقتضى القانون"

أولاً: شفعة صاحب حق الانتفاع في بيع الرقابة:

تنص المادة 3/795 ق.م على أنه : يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كلها أو بعضها". ويشترط في شفعة المنتفع في بيع الرقابة أن تكون الرقابة المبيعة مناسبة لحق الانتفاع ويستوي أن يكون المبيع هو كل الرقابة أو بعضها وأن يكون صاحب حق الانتفاع أو مالك الرقابة واحداً أو متعدداً.

وإذا كان كل من الرقابة والانتفاع على الشيوخ ، وباع أحد الشركاء في الرقابة حصته فيها ، فالأصل أنه إذا طالب بأخذها بالشفعة الشريك أو الشركاء الآخرون في الرقابة فانهم يتقدمون على أصحاب حق الانتفاع ويحجبونهم عن الأخذ بالشفعة وإذا لم يتقدم احد من الشركاء في الرقابة للأخذ بالشفعة فلكل الشركاء في الانتفاع معا أخذ الحصة المبيعة.¹

وفي هذا الصدد فإنه لم يرد نص على الشفعة في حال تفرق عناصر الملكية نتيجة وجود حق استعمال او حق سكني ولكن لما كانت المادة 857/ق.م تقرر سريان الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على هذين الحقين طالما كانت لا تتعارض مع طبيعتها ، فمن شأن ذلك اذ كان الأخذ بالشفعة فيهما على النحو المقرر في حق الانتفاع في حدود عدم التعارض مع طبيعة الحقين².

1 - المادة 3/795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2 - انظر المادتين 856 و 757 و المادة 17/795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

ولذلك يكون لصاحب حق الاستعمال أو حق السكن الشفعة في بيع الرقابة المناسبة كلها أو بعضها وذلك على النحو الذي يسبق بيانه فيها يتعلق بشفعة صاحب حق الانتفاع في بيع الرقابة.

أما في الحالة المقابلة، فلا تثار مسألة الشفعة أصلاً ، لأنها لا تكون إلا في بيع ولا يجوز في الأصل بيع حق الاستعمال ولا حق السكن ولكن المشرع يجيز خروجاً على هذا الأصل- التنازل الغير عن أي من الحقين بناء على شرط صريح أو مبرر قوي ليكون لمالك الرقابة في هذه الحالات الاستثنائية وحدها وهي نادرة - الشفعة في بيع حق الاستعمال أو حق السكن بموجب المادتين 856 و 757 وذلك على النحو السالف ذكره فيما يتعلق ببيع حق الانتفاع والمستفيدون من حق الشفعة محددون في المادة 17/795 من ق.م على سبيل الحصر ومن بينهم مالك حق الانتفاع.

ثانياً: الشفعة سبب الشركة في الشيوخ¹:

أشار المشرع في المادة 2/795 ق.م على أنه " يثبت حق الشفعة للشريك في الشيوخ اذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي".
ويتضح من النص المذكور إن توافر سبب الشفعة المذكور يرتهن بقيام وضع من الشيوخ في عقار وبيع احد الشركاء لجزء من العقار المشاع ويكون هذا البيع الأجنبي عن الشركاء ونتطرق لهذه الشروط الثلاثة كالاتي:

1 - رمضان أبو السعود ،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2002 ص210

1- قيام حالة الشيووع في عقار:

يعني أصحاب الحق في العقار الشائع متعددون دون ان يكون لأي منهم جزء مفرزا و محددًا فإذا باع احد الشركاء في الشيووع حصته إلى أجنبي ثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا البيع.

2- بيع جزء من العقار المشاع:

تتحقق الشفعة بسبب الشيووع اذا بيع جزء من العقار المشاع " واذا كان من المسلم ثبوت الشفعة إذا بيعت حصة شائعه في العقار فيثور الخلاف حول جواز الشفعة في حالة بيع احد الشركاء لجزء مفرز من المال الشائع.

3- حصول البيع للأجنبي:

لا تثبت الشفعة بسبب الشركة في الشيووع إذا بيعت حصة شائعة من العقار الشائع إلا إذا كان البيع لأجنبي عن الشركاء ، والحكمة من ذلك التضييق من نطاق الشفعة آخذاً في الاعتبار ان تضرر الشركاء من بيع أحدهم حصته الشائعة إنما يتحقق في حالة البيع لأجنبي إذا يدخل عليهم في الشيووع غريباً عنهم ولذلك تكون الشفعة هي الوسيلة لرفع هذا الضرر باستبعاد المشتري الأجنبي واخذ الحصة المبيعة منه.¹

4- شفعة الجار:

لم تتفق القوانين التي جعلت الشفعة سبباً لتملك، على جعل الجوار سبباً لتملك بالشفعة ، أما القانون الجزائري استبعد الجوار في القانون المدني لكن استدرك ذلك بالنص عليها في قانون التوجيه العقاري. منها شرط التلاصق يعد هذا شرطاً أساسياً في كل الحالات التي يثبت فيها الحق في الشفعة للجار والمقصود بالجوار في هذا المقام هو التلاصق أي الاتصال المباشر بين عقارين وليس المقصود به مجرد قرب المسافة بين العقارين.²

1 - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص212

2 - فخر الدين عثمان الزبيلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة، الأميرية، القاهرة، ص 239

وبصدور دستور سنة 1989 الذي الغى قانون الثورة الزراعية ونص على استرجاع الأراضي المؤممة والمشرع بها والأراضي التي كانت تحت الحماية لملاكها الأصليين وفي هذا الإطار أصبح لا مانع من تقرير الشفعة للجار في الأراضي الفلاحية بما تحقق من مصلحة اقتصادية واجتماعية في نفس الوقت كما توسع المشرع في منح الشفعة بالنسبة للجار بموجب المادة 57 من قانون التوجيه العقاري الذي يقتضي بان " يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري "

أسباب المنصوص عليها في القوانين الخاصة الأخرى:
أ/ قانون التوجيه العقاري:

بموجب المرسوم التنفيذي 494/91 الذي يحدد شروط ادارة الأملاك الخاصة والعامه لدولة. حيث تنص المادة 16 على أنه يمارس حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة بموجب المادة 118 من قانون التسجيل والمادة 24 من القانون 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 والمادتين 71/62 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المذكور أعلاه وفق لشروط وحسب الكيفيات المقررة الأحكام أو النصوص المتخذة لتطبيقها¹.
تمارس الشفعة على كل الأملاك العقارية بموجب نص المادة 118 من قانون التسجيل وسنتطرق إليها على الشكل الآتي.

1 - المادة 16 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أولاً : ممارسة الشفعة بالنسبة للأراضي الفلاحية:

عرفت المادة 04 من قانون التوجيه العقاري للأراضي بما يلي: " الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله. حيث يمكن للديوان أن يمارس الشفعة بموجب المادة 24 من القانون باعتبار الدولة مالكة للرقابة وتمارس الشفعة في هذه الحالة في المرتبة الأولى وفقاً للمادة 795 من ق. م باعتبارها مالكة لرقابة فقط.

ثانياً: الشفعة التي تمارسها الدولة على الأراضي العامرة والقابلة للتعمير:

عرفت المادة 20 من قانون التوجيه العقاري الأراضي العامرة على إنها " كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية أو مشتملات تجهيزاتها وأنشطتها ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية ، أو مساحات خضراء وحدائق أو تجمع بنايات

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

ثالثاً: الشفعة التي تمارسها الدولة بالنسبة لكل الأملاك العقارية:

أ) استعمال الشفعة لفائدة الخزينة العمومية :

المادة 118 من قانون التسجيل) تستطيع إدارة التسجيل ان تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو

الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف مع دفع مبلغ من الثمن مزاد فيه العشر لذوي الحقوق وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة إمام اللجنة المنصوص عليها في المواد 102 إلى 106 من هذا القانون وخلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة في ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من المحضر القضائي أو بواسطة رسالة موصي عليها مع الإشعار بالاستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة"

رابعاً: الشفعة التلقائية والممارسة من قبل الدولة على تصرفات الأجانب في ملكيتهم العقارية

وجاء المرسوم رقم 344/83 الذي يتضمن حرية المعاملات وجعل من تدخل الدولة إجباري، أي أن الدولة ليس لها حرية الخيار في الحلول محل المشتري فهي مجبرة على التدخل التلقائي لأجل شراء العقار من الأجنبي، ويعد ذلك تنازل لفائدة المواطن الذي يجعل محل المعاملة.

في حالة ازدواجية الشفعة نصت المادة 26 من قانون التوجيه العقاري ان الدولة تتدخل في عقد مدني أطرافه أشخاص طبيعيين فيتحول إلى عقد إداري لذا نقول بالشفعة الإدارية

أ- من حيث المستفيد:

وهم المالك، الرقبة، الشريك في الشيوخ ، صاحب حق الانتفاع والمجاورين للأراضي الفلاحية الميعة. لديوان الوطني للأراضي الفلاحية.¹

1 - انظر قانون التوجيه العقاري الجزائري . القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 و المتضمن التوجيه العقاري

ب- من حيث تبرير الأخذ بالشفعة:

نجد الإدارة في حالة قرارها باستعمال حقها في ممارسة الشفعة تكون ملزمة بتثبيت موقفها على أساس منفعتها العامة.¹

ج- من حيث الهدف:

ممارسة حق الشفعة بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المادة 216 من القانون 05/85 " يخضع محل تغيير في تخصيص المحلات التي تستعمل في الطب وجراحة الأسنان والصيدلة لرخصة كتابية مقدمة يسلمها الوزير المكلف بالصحة وتمارس الدولة حق الشفعة في حالة إجراء أي معاملة تجارية شأن هذا المجال.²


- القانون رقم 16/06 المتضمن الموافقة على الامر 07/06 المعدل والمتمم لقانون 85/85

05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها لم يتضمن أي تعديل للمادة 216 و عليه يبقى أحكام شفعة السالف ذكرها والمنصوص عليها في القانون 85 في نفس ودون أي تغيير.³

1 -المادة 26 من قانون التوجيه العقاري القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 والمتضمن التوجيه العقاري.
2 -القانون رقم 16/06 المتضمن الموافقة على الأمر 07/06 المعدل المتمم لقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها لم يتضمن أي التعديل للمادة 216 و عليه يبقى أحكام شفعة السالفة ذكرها و المنصوص عليها في القانون 85 في نفس و دون أي تغيير

3 - فخر الدين عثمان الزيعلي ، ص 220

نستخلص من خلال دراستنا للمبحث الأول إن الملكية العقارية حظيت باهتمام المشرع الجزائري ولقيت عناية من طرف دارسين القانون والفقهاء تمتعت بالحماية الدستورية والقانونية أد أصبحت حقا محميا بموجب الدستور والقانون بالرغم من هاته الأهمية والحماية القانونية إلي إن تحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة أدى إلي تقييد هاته الملكية لحماية المصلحة الأولي بالرعاية ودفع الضرر واخذت به التشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري الذي اوجد له نظام قانوني لحماية هاته المصلحة وذلك تحديد مجال ممارسة هاته ا لرخصة من طرف الأشخاص المحددين علي سبيل الحصر مقابل الالتزام بالقيام بالإجراءات الدقيقة وفي مواعيد معلومة ينجر عنها فقد هاته الرخصة في حالة مخالفة إجراءاتها او إغفالها حفاظا علي المصلحة الأخر وعلي اعتبار إن حق الشفعة يتم ممارسته وفقا لسلسلة من الإجراءات التي حددها القانون وان إغفالها أو مخالفتها ينجر عنه سقوط هذا الحق



الفصل الثاني
إجراءات الشفعة
و آثارها.

تعتبر الإجراءات القانونية للشفعة المنصوص عليه في القانون المدني طريق منحه المشرع لفائدة طالبها ممن تتوفر فيه أسبابها وشروطها، ومن الثابت أن الشفعة تؤخذ بالتراضي أو بالتقاضي ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية ودون نزاع يذكر ويحل بذلك الشفيع محل المشتري ويصبح متمتعاً بحقوق المشتري وتقع عليه التزاماته ويصبح التسليم في أي وقت ومتى سلمت يبرم عقد البيع ويشرع في مباشرة الإجراءات الناقله لملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وعندها لا يستطيع تملكه بالتراضي بعد المعارضة التي قد تظهر من البائع والمشتري. فيجد نفسه مضطراً إلى اتباع إجراءات فرضها القانون عليه للوصول إلى تملك العقار المشفوع فيه عن طريق القضاء.

وجدير بالذكر أن الشفعة مؤسسة على الإجراءات لذا سنحاول من خلال هذا البحث التطرق إلى معرفة إجراءات الشفعة وما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا المجال من خلال المبحثين، المبحث الأول ترقنا إلى إجراءات الشفعة أما المبحث الثاني آثار الشفعة.

المبحث الأول: الإجراءات القانونية للشفعة

بعد توفر شروط الشفعة في الشفيع، على هذا الأخير أن يتبع إجراءات معينة قانوناً للمطالبة بالشفعة، وهذا في حالة إذا لم يوافق المشتري على الشفعة، وتظهر الإجراءات التي يجب على الشفيع إتباعها، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد **799** إلى **803** من القانون المدني الجزائري كآتي: الإنذار بوقوع البيع، إعلان الرغبة في الشفعة، إيداع الثمن ورفع الدعوى.¹

المطلب الأول: الإنذار بوقوع البيع وإعلان الرغبة في الشفعة

أقر المشرع هذا الإجراء في المادة **799** في القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "من يريد الأخذ بالشفعة أ، يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل **30** يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

الفرع الأول: الإنذار بوقوع البيع

تنص المادة **800** من القانون المدني الجزائري بأنه: "يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة **799** ق.م.ج على البيانات التالية وإلا كان باطلاً. بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري، ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً لإعلان المنصوص عليه في المادة **793**". ومن خلال هذه المادة نستخلص جملة من البيانات المحددة وهي:²

1 - انظر: الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2- خالدي أحمد، المرجع السابق، ص204.

أولاً: بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً: يكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، أي بذكر كل مواصفاته لنفي الجهالة عن العقار المشفوع فيه، والسلطة التقديرية هنا للتقاضي في تحديد ما إذا كان البيان المتعلق بالعقار كافي أم غير كافي¹.

ثانياً: بيان الثمن الذي بيع به العقار والمصاريف الرسمية: يقصد بالمصاريف هنا رسوم الوثائق والتسجيل، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فليس من الواجب ذكرها، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدة، بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها².

ثالثاً: بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه: نعني بشروط البيع هنا التي استلزم القانون بيانها في الإنذار وهي شروط أساسية لا بد من علم الشفيع بها، حتى يستطيع أن يوازي بين أن يقدم طلب الشفعة أو لا يقدم.

رابعاً: بيان اسم كل من المشتري والبائع واللقب والمهنة والموطن: وذلك حتى يتعين تعييننا كافياً³.

خامساً: ذكر الأجل: المقدر بثلاثون يوماً فعلى الشفيع القيام بإعلان رغبته خلال هذه المدة وإلا سقط حقه في الشفعة.

1- علي عيشور، المرجع السابق، ص31.

2- دغيش أحمد، المرجع السابق، ص284.

3- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص331

الفرع الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة

متى علم الشفيع بوقوع البيع، ذلك من خلال الإنذار الرسمي الذي وجه إليه من قبل البائع أو المشتري، فإنه يجب عليه التصريح برغبته في الشفعة كما نصت المادة 799 ق.م.ج، وفي الميعاد المحدد قانونا وهي مدة 30 يوما من تاريخ الإنذار الرسمي.

وعليه يتضح لنا أنه يجب على الشفيع أن يصرح برغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، فإذا تعدد البائعون أو المشترون، وجب إعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة وذلك حسب الميعاد المقرر. فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر، أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر والآخر بعد الميعاد كان باطلا، وهنا يسقط حقه في الشفعة¹.

ويجب على الشفيع أن يوجه الإعلان إلى موطن كل من الباعين والمشتريين كل على حدى وفي موطنه، أي محل الإقامة المعتادة وهذا ما نصت عليه المادة 36 ق.م.ج "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي...".

ولقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، وذلك وفقا لأحكام 1/801 ق.م.ج التي تنص "... يجب أن التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي...". أي أنه يجب أن يحرر لدى الموثق وذلك طبقا لأحكام المواد 324 و324 مكرر 1 ق.م.ج تحت طائلة البطلان.

كما نص المشرع الجزائري كذلك على أنه يجب التصريح بالرغبة في الشفعة لكل من البائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط، وبعد صدور القانون المنظم لمهنة المحضر القضائي².

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، ص 628-629.

2 - قانون رقم 06-03، مؤرخ في 21 محرم عام 1425، الموافق ل20 فبراير 2006، يتضمن مهنة المحضر القضائي، المعجل والمتمم، ج ر عدد 14.

ويختلف ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة بحسب ما إذا وجد الإنذار أو من عدمه، وإذا ما كان عقد البيع مسجلاً أم لا وهذا ما سنتناوله في الحالات الآتية:

- في حالة ما إذا كان هناك إنذار فميعاد الإعلان عن الرغبة في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري، هي 30 يوماً من تاريخ الإنذار الموجه لهما وإلا سقط حقهما في الشفعة، حسب المادة 799، أي أن العبرة من الإنذار لا بعلم الشفيع، و30 يوماً تبدأ سريانها من تاريخ تسليم الإنذار إليه أو إلى كل من يمثله على يد المحضر القضائي.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/06/26 "إذا لم يوجه البائع أو المشتري الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 إلى من يريد الإنذار بالشفعة فإن الميعاد المذكور لا يبدأ...¹

- في حالة عدم إنذار البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، أو كان الإنذار باطلاً، غير أن البائع سجل عقد البيع:

ففي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يعلن رغبته بالشفعة، خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع وإلا سقط حقه حسب المادة 02/807 ق.م.ج.²

فهنا افترض القانون افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، وهو أن المشتري إذا سجل عقد البيع فالعلم به حاصل لا محالة وهي مهمة شهر العقود، ولكن لما كان العلم افتراضياً، فقد أطال المشرع المدة التي يتعين خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة وجعلها سنة كاملة من يوم تسجيل العقد.

وتحسب مدة السقوط بالتقويم الميلادي، طبقاً للقاعدة العامة في المادة 03 ق.م.ج.

1 - حمدي عمر باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط9، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص236.

2 - أنظر المادة 807 من الأمر رقم 75-58. المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

أن جميع المواعيد تحسب كاملة، فلا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم نهايتها¹، ويعتبر سقوط حق الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها من النظام العام لا تجوز مخالفتها².

- في حالة عدم إنذار البائع والمشتري الشفيع بوقوع البيع وعدم تسجيله في الوقت نفسه: فهنا الشفعة لا تسقط بمضي الثلاثين يوم من يوم الإنذار، لعدم حصول الإنذار حقا ولا بمضي سنة من يوم تسجيل العقد، لأن هذا الأخير غير مسجل.

يظل حق الشفيع قائما في حالة عدم إثبات أنه تنازل عن حقه في طلب حق الشفعة صراحة أو ضمنا إلى غاية مرور 15 سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه.

1 - خالد أحمد، المرجع السابق، ص212-213.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص644.

المطلب الثاني: إيداع الثمن ورفع الدعوى

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى الإجراءات السالفة المتتمثلين في كل من الإنذار بوقوع الشفعة وإعلان الرغبة في الشفعة في الفرعين السابقين، سنرى في المطلب الثاني إيداع الثمن ورفع الدعوى.

إن إيداع الثمن يكون لدى الموثق طبق للمادة 2/801 ق.م.ج. وبعد رفع دعوى الشفعة ضد البائع والمشتري للحصول على حكم قضائي يثبت حقه في الشفعة حسب المادة 802 ق.م.ج.¹.

1: إيداع الثمن والمصاريف القضائية لدى الموثق:

بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الشفعة يقوم باستكمال الإجراءات وذلك بإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق.

ونجد المادة 02/801 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر...".

ويظهر لنا من خلال نص المادة، أنه على الشفيع إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة.

من المقرر على الشفيع أن يودع الثمن كاملا أمام الموثق حتى ولو كان جزء من الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري، فحتى لو قام المشتري بدفع الثمن على أقساط أو

1 - أنظر المادة 802 من الأمر 58-75

تأجيل في دفع الثمن فالشفيع لا يستفيد من ذلك وعليه إيداع الثمن كاملاً كله وذلك قبل رفع دعوى الشفعة¹.

يعتبر إيداع الثمن من الإجراءات الجوهرية المقررة قانوناً لقبول دعوى الشفعة، وبالتالي لا يملك البائع الإعفاء منه حتى لو حدث اتفاق بينه وبين الشفيع على التأجيل².

وللمحكمة الحكم بسقوط حق الشفيع في الشفعة عند عدم دفع الثمن، ففي إيداع الثمن كله محافظة على حقوق ذوي المصلحة، الذين لهم الحق في كل الثمن المودع أو بعضه عندما يحكم بالشفعة. وسواء كان صاحب الحق المشتري أو البائع أو الدائنون المقيدة حقوقهم حسب نص المادة 804 ق.م.ج لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع.

أ- المصاريف:

وتشمل المصاريف كل من رسوم توثيق عقد بيع العقار المشفوع فيه، ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت³.

ب- ميعاد إيداع الثمن ومكانه:

- ميعاد إيداع الثمن: نص المشرع على الميعاد في نص المادة 2/801 ق.ن.م

"...خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة...."

- مكان إيداع الثمن: للتأكد من جدية الأخذ بالشفعة فقد أوجب المشرع على من

يريد الشفعة، أن يودع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق في ميعاد محدد وإلا سقط حقه بالأخذ بالشفعة، وهذا ما جاء في المادة 2/801 ق.م.ج "... بين يدي الموثق...".

1 - رمضان أبو السعود، ص338. نفس المرجع

2 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، ص110.

3- خالد أحمد، ص234.

2: رفع الدعوى

بعد إتمام الإجراءات السالفة الذكر، يعد رفع الدعوى كخاتمة لهذه الإجراءات .
ولقد نص عليها المشرع الجزائري 802 ق.م.ج " يجب رفع دعوى على البائع
والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان
المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق." وكذلك المادة 803 "يعتبر الحكم الذي
يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار
العقاري." من خلال هاتين المادتين يظهر لنا جملة من المسائل الواجبة التطرق إليها كل
على حدى بداية في أطراف الخصومة في الدعوى ثم كيفية رفع الدعوى وميعادها، وكذا
المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى والحكم الفاصل فيها

أ- أطراف الخصومة:

سنتطرق في هذا العنصر إلى تبيان الأشخاص الذين لهم الحق في رفع الدعوى،
وعلى من سترفع الدعوى وهم كالاتي:

1-الشفيع: وهو الشخص المخول لرفع الدعوى، وإن تعددوا تقبل منهم جميعا
كشفعاء، وكما سبق الذكر في الشفعة تعد من أعمال التصرف¹، أما إذا كان الشفيع ناقص
الأهلية محجورا أو قاصر عليه، فإن رافع دعوى الشفعة يكون هنا الولي أو الوصي.

2-البائع والمشتري: ترفع الدعوى على البائع والمشتري معا، بحكم أنهما المدعى

عليهم في دعوى الشفعة فالشفيع يخاصم هنا كل من المشتري والبائع في دعوى
الشفعة، لأن الشفيع سيحل محل المشتري في أخذ العقار بالشفعة، وفي حالة عدم رفع
الدعوى من قبل الشفيع على البائع والمشتري معا، يتقرر بطلان الدعوى شكلا
لبطلان الإجراءات

1- عبد الرزاق السنهوري ص 681

ب- كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها:

1- كيفية رفع دعوى الشفعة: تخضع دعوى الشفعة للأحكام المقررة في ق.إ.م.إ.

وهذا لعدم نص المشرع الجزائري، فنجد بأن المادة 12 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه "ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط محضر بتصريح المدعي. الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع. وتفيد الدعاوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص. تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف، ورقم وتاريخ القضية¹".

يفهم من نص المادة السالفة الذكر، أن رفع دعوى الشفعة يكون بتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعي أو وكيله أو محاميه (ملحق رقم 3). وتأتي بعد الديباجة الشكل والموضوع، بحيث يلخص الطلب ومستنداته، وتكون عدد النسخ بعدد المدعى عليهم، وتودع لدى كاتب ضبط المحكمة المختصة، أي أمام القسم العقاري، والكاتب بدوره يقوم بتقييد الدعوى في اليوم نفسه في سجل مخصص لذلك.

ويجب أن يتضمن أسماء الأطراف، وترقم القضية حسب ترتيبها وقيدتها في السجل، وأن يحدد لها تاريخ الجلسة. وبعد أن يؤشر على أصل العريضة، ونسخها يقوم بالاحتفاظ بالأصل ويسلم نسخ العريضة إلى المدعي من أجل أن يقوم بتسديد الرسوم القضائية مقابل وصل بذلك، ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة².

بعد التكليف بالحضور يقوم المحضر القضائي بتبليغه إلى المدعي في أجل ثلاثين يوم

المحددة في المادة 802 ق.م.ج.

1- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008

2- خالدي أحمد، ص 231-232.

والجدير بالذكر أن عريضة افتتاح دعوى الشفعة، لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم رقم 63-76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي تنص على أنه: "دعوى القضاء الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً"¹.

الثابت من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة شكلاً بسبب عدم قيامها بإشهار عريضتها لرفع الدعوى في النزاع المتعلق بإثبات حقوق الشفعة، قد أخطأ في تطبيق القانون لأن المادة 85 من المرسوم المذكور أعلاه تخص الدعاوي القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء، ونقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالشفعة وشروط ممارستها، ومن هنا فإن القرار لمطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون وعارض قضاة النقض².

لكن بصدور ق.إ.م.إ. السالف الذكر، حيث تنص المادة 03/17 منه "يجب إشهار عريضة رفع دعوى الشفعة لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها لإشهار." ويفهم هنا بأن دعوى الشفعة يجب أن تخضع لإجراء الشهر³.

2- ميعاد رفع الدعوى: لقد نصت المادة 802 ق.م.ج السالفة الذكر على ميعاد

الثلاثين يوم لرفع دعوى الشفعة، ولا يجب تجاوزه وهذا من تاريخ إعلان تصريح الرغبة في الشفعة.

1 - المرسوم رقم 63-76، مؤرخ 1976-03-25، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 30 الصادرة بتاريخ 1976/04/13.

2 - قرار المحكمة العليا، رقم 194437، المؤرخ في 26-04-2000، المجلة القانونية عدد 02، ص146

3 - المادة 17 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ونجد أن المشرع الجزائري قد نص عليه في المادة 799 ق.م.ج المتعلق بإعلان الرغبة في الشفعة، وسكت عن ذكرها في المادة 832 ق.م.ج بالنسبة للمدة المحددة لرفع الدعوى¹.

والرأي الراجح في الفقه القانوني، رغم سكوت المشرع عن ميعاد المسافة وفي حالة ما إذا كان هناك عطلة رسمية في اليوم الأخير، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها. في حالة عدم قيام الشفيع برفع الدعوى في الميعاد القانوني يفقد حقه في الشفعة كما هو منصوص عليه في المادة 802 من القانون المدني وهنا يستطيع كل من البائع المشتري أن يدفعوا بسقوط حق الشفعة لهذا السبب وهذا ما سنراه من مسقطات الشفعة².

3 - المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى: بحيث نجد المشرع الجزائري في المادة

802 من قانون المدني نص " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل ثلاثين يوما إلا سقط الحق³.

ونستنتج أن المحكمة المختصة هي محكمة موطن العقار وتنص المادة 03 ق.م.ج.إ

أنه "في الدعاوي العقاريةأمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها".

وفي حالة رفع الدعوى أمام المحكمة غير مختصة من شأنه قطع ميعاد والسقوط المقرر في المادة 802 ق.م.ج ويستمر هذا الأثر إلى غاية صدور الحكم بعدم الاختصاص. ويبدأ سريان التاريخ من يوم صدور الحكم ، وذلك عملا بالمادة 317 ق.م.ج، أي بداية

1 - خالدي احمد، ص240

2 - خالدي أحمد ص 239

3 - القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

احتساب الثلاثين يوم تبدأ من تاريخ صدور حكم بعدم الاختصاص كميعد جديد للشفيع ، وله في هذه المدة أن يرفع دعواه من جديد وخلال وإمام المحكمة المختصة، ونجد ان المشرع الجزائري اهتم بالجانب الإجرائي ووسع فيه.

المبحث الثاني: آثار القانونية للشفعة:

سنتعرض الآن لآثار الشفعة في القانون المدني

يترتب على الشفعة في المادة 807 ق م ج رضاء أو قضاء مجموعة من الآثار التي تخص الشفيع والبائع والمشتري¹. إذا توفر سبب من أسباب الشفعة وشروطها ، فعلى الشفيع أن يبدأ إجراءات الشفعة بالإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة ، إلى كل من البائع والمشتري ، فإذا استجاب المشتري لرغبة الشفيع فهنا تتم الشفعة بالتراضي .وقد لا يستجيب لهذه الرغبة فيضطر الشفيع إلى أن يستكمل الإجراءات ليحصل في النهاية على حكم يثبت له حقه في الشفعة².

ففي ما تتمثل هذه الآثار ؟ وما هو سقوط الحق في الشفعة؟

1 -المواد 794 و804 من الأمر رقم 58-75

2- نبيل إبراهيم سعد ، الشفعة علما وعملا ص 140

المطلب الأول : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

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

تعتبر الشفعة حقا للشفيع لتملك العقار المشفوع فيه ، وذلك بتوفر الشروط والأسباب المقررة لها . ويترتب على ثبوت حق الشفعة آثار ، إما من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة أو من وقت البيع ، وهذا ما جاء في المادة 794 من ق .م .ج وأقرته المادة 804 ق.م.ج أيضا¹.

إن حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع يكون إما من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بثبوت حق الشفعة أو من وقت التراضي عليها بين المشتري والشفيع .

يعتبر الحكم القاضي بالشفعة حكم منشئ لحق الشفيع لا مقررا له، فتنتقل ملكية العقار المشفوع من المشتري إلى الشفيع مع مراعاة قواعد التسجيل أي أن المشتري يظل مالكا للعقار إلى غاية تاريخ تسجيل العقار المشفوع فيه.

ينتقل حق ملكية العقار المشفوع للشفيع من تاريخ صدور الحكم النهائي في دعوى الشفعة ومن هنا يعد مالكا للمبيع بدلا من المشتري ، أما قبل صدور الحكم فيظل المشتري المالك الأصلي للعقار، وهنا تعد كل التصرفات الصادرة من المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة نافذة في حق الشفيع ، فمثلا إذا قام المشتري الأول ببيع العقار لمشتري ثان فهنا الشفيع له حق العقار بالشفعة من المشتري الثاني ليس من المشتري الأول².

أولا : حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع :

بما أن الشفعة هي واقعة مركبة من ثلاث عناصر ، العقار المشفوع وبيع العقار المشفوع فيه للمشتري ، وإعلان الشفيع الرغبة في الشفعة ومتى وجدت هذه العناصر الثلاث وجدت الشفعة وأنتجت آثارها ، ومنها حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين البائع والمشتري

1- المواد 794 و804 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ص741ص742.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري :

نستخلص موقف المشرع الجزائري من نص المادة 803 ق. م. ج التي تنص على :
" يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري . " فيتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري ذهب إلى اعتبار حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة.¹

الفرع الثاني : العلاقات المترتبة عن حلول الشفيع محل المشتري :

يترتب على حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع ، الذي تم بين البائع والمشتري انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ونشوء علاقة من بين الشفيع وكل من البائع والمشتري والغير²، ويتضح لنا من هذا أن هناك آثار والتزامات بين أطراف وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع ، أولا علاقة الشفيع بالبائع ، ثم علاقته بالمشتري ونعرج أخيرا إلى علاقته بالغير .

علاقة الشفيع بالبائع : تنص المادة 804 ق. م. ج. على أنه : "يحل الشفيع بالنسبة

للبيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، إلا أنه لا يمكن الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع ، ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذ ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

ونستنتج من نص المادة أنه متى اكتسب الشفيع حقه في الشفعة ، سواء ، بالتراضي أو التقاضي. حل الشفيع محل المشتري وأصبحت العلاقة هنا بين الشفيع والبائع في هذا البيع ،

1 - المادة 803 من الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. بلعربي عبد القادر ، و آخرون ، المرجع السابق ،ص42.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ص734

مما يترتب انتقال التزامات المشتري إلى الشفيع قبل البائع ، ونفس الشيء بالنسبة للبائع فتنشأ التزامات بينهما وهذا كما يلي¹ :

أ- **التزامات البائع** : يمكن لنا استخلاص الالتزامات التي تنشأ على عاتق البائع اتجاه الشفيع في نقل ملكية المبيع وتسليمه إليه ، والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق إضافة إلى ضمان العيوب الخفية ونستعرض لها كالاتي :

1- التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع :

يلتزم البائع بنقل ملكية العقار المشفوع إلى الشفيع ، وهذا بحكم أن الشفيع حل محل المشتري في كل التزاماته وحقوقه .

كما أن هذه الملكية لا تنتقل إلا بشهر إقرار المشتري بتسليمه الشفعة للشفيع ، سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي ، أي شهر الحكم الصادر إذا تمت الشفعة بالتقاضي وهذا كالاتي فإذا تمت الشفعة بالتراضي وكان عقد البيع الصادر للمشتري قد تم شهره ، فيكفي في هذه الحال أن يحرر المشتري إقرار تسليمه الشفعة للشفيع ، موقعا عليه من طرفه ، وذلك بعقد رسمي أمام الموثق² .

أما لم يقم المشتري بتسجيل عقده، فإن الإقرار بتسليم الشفعة يجب أن يكون موقعا من البائع والمشتري والشفيع، ولكن يجب أن يوقعه المشتري معهما إثباتا لتسليمه للشفعة، فإذا ما تم شهر وتسجيل هذا الإقرار والعقد انتقلت الملكية إلى الشفيع³ .

في حالة ما إذا تمت الشفعة بالتقاضي، فهنا إذا ما قام الشفيع برفع دعوى الشفعة صدر حكم قضائي يقر له بالشفعة، فعليه شهر هذا الحكم ومتى شهر الحكم انتقلت الملكية إلى

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ص 741.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ص738

3 - خالدي احمد ص287.

الشفيع من البائع مباشرة. وهذا ما جاء في المادة 1803 ق.م.ج التي تنص على أنه "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

1- التزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع

تطبق عليه نفس أحكام تسليم المبيع، بحيث نجد أن المشرع الجزائري في المادة 364 ق.م.ج، يلتزم البائع بتسليم العقار إلى الشفيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع، ويكون التسليم في وضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع.

يتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة، إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع أو كان هناك عرف يقضي تسليم المبيع في ميعاد معين، ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه، وعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسليمه¹

فطبقا للمادة 369 ق.م.ج التي تنص " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع²."

فتبعية هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم، وقبل إعدار الشفيع الذي هو المشتري الجديد تكون على عاتق البائع. فالمشرع الجزائري جعل تبعية الهلاك على من يكون بحوزته العقار المشفوع. لأنه تبعية الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة ليس بانتقال الملكية³.

في حالة تبعية الهلاك الجزئي أو الهلاك الكلي، فإذا هلك العقار جزئيا أو انتقص من قيمته بسبب تلف أصابه، فإن التبعية تكون على البائع قبل التسليم، وعلى الشفيع بعد التسليم وللشفيع في هذه الحالة إما طلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن لما يتناسب مع ما هلك من العقار. وهذا ما جاء في المادة 370 ق.م.ج التي تنص على أنه "إذا نقصت قيمة المبيع قبل

1 - المادة 803 من الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
2 - تنص المادة 369 ق.م.ج على أنه " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم البائع".
3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 612-613.

التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"

الفرع الثاني - التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق:

نص المشرع الجزائري في المادة 804 ق.م.ج "لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة". تطبق القواعد العامة المنظمة لعقد البيع الواردة في القانون المدني الجزائري في المواد 371 و 372 و 379 في كل من ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية¹.

فالبائع يقوم بضمان التعرض الصادر منه شخصياً أو الصادر من الغير ويتدخل في ذلك ضمان الاستحقاق.

والتعرض بنوعية ماديا كان أو قانونياً²، فالتعرض المادي مثل قيام البائع بتحويل طابع الأرض المشفوع فيها من أرض فلاحية إلى غير ذلك.

أما التعرض القانوني فيتحقق متى ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع، سواء كان هذا الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له .

في هذه الحالة يجوز للشفيع بدفع دعوى البائع بالتزاماته بضمان التعرض الصادر منه³.

في حالة التعرض من الغير فالبائع لا يضمن إلا التعرض القانوني فقط، فالتعرض المادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع مادام هذا الغير لا يدعي لنفسه حقا على العقار. أي أنه يجب أن يكون الحق المطالب به من الغير سابق على البيع أو تالياً له ولكنه مستمد من البائع وفقاً لنص المادة 2/371 ق.م.ج⁴.

فهنا البائع يكون ملزماً بالضمان وتنفيذه عينياً، فإن عجز عن تنفيذ التزامه وجب عليه التعويض.-تعويض الشفيع عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه- وهذا هو

1 - خالد أحمد ، المرجع السابق، ص290.

2 -حسن كيرة ، المرجع السابق، ص662.

3 -عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص.748

4 - انظر المادة 371 من ق.م.ج على أنه "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه.

الاستحقاق ن وهو إما يكون ضمانا عن استحقاق كلي طبقا للمادة 375 ق.م.ج أو ضمانا عن استحقاق جزئي طبقا لأحكام المادة 376 من نفس القانون ، بالإضافة إلى نص المادة 377 ق.م.ج.

3- التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

يلتزم البائع أخيرا نحو الشفيع بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه ، وهذا ما جاء في المادة 379 ق.م.ج ، بحيث يجب أن يكون العيب في العقار المشفوع فيه مؤثرا أي يبلغ حدا من الجسامة، بحيث لو علم به قبل الشفعة لما أخذ بها، والشفيع هنا له خيارين: الأول في حالة الاستحقاق الكلي أما الخيار الثاني إبقاء العقار لديه مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب¹. تنقضي دعوى ضمان العيوب الخفية بالتقادم بمرور سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري ، وهنا وقت تسليم للشفيع وهذا ما جاء في المادة 383 ق.م.ج. ونفس المادة جاءت بما قد يكون من اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، إما بالزيادة أو بالإسقاط. وهنا الشفيع هو الذي يكون محل المشتري لكن في حالة تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع يحول بسقوط الضمان.

أ- التزامات الشفيع :

عند حلول الشفيع محل المشتري تترتب عليه التزامات التي كانت عاتق المشتري وانتقالها للشفيع، ونجد منها الالتزام بدفع الثمن ، والالتزام بتسلم العقار المشفوع فيه .

1- انظر المادة 383 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

1- الشفيع بدفع الثمن إلى البائع

على الشفيع دفع الثمن إلى البائع ، وإذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعه، يكون الثمن مستحقا للبائع¹. أما في حالة تمامها بالتقاضي، فيجب الالتزام بما فرضه المشرع على الشفيع، من وجوب إيداع كل الثمن الذي حصل به البيع والمصاريف، لدى الموثق المحرر للتصريح بالرغبة في الشفعة وهذا طبقا للمادة 2/801 ق.م.ج².

أما بالنسبة لمدى استفادة الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن، ففي كلتا الحالتين حالة التراضي أو حالة التقاضي، فإن المشرع قد قرر خروجاً عن الأصل المقرر في حلون الشفيع محل المشتري في جميع التزاماته وحقوقه. أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل المضروب لدفع الثمن المتفق عليه بين البائع والمشتري في العقد، حسب المادة 804 ق.م.ج، أي أنه يجب دفع الثمن فوراً للبائع، إلا إذا تنازل البائع عن حقه في فورية الدفع.

والمقصود من هذا الاستثناء أنه قد يراعي البائع المشتري لاعتبارات شخصية قد لا تتعدى إلى شخص الشفيع³.

في حالة ما إذا قبل البائع بتأجيل دفع الثمن، وهذا لا يأتي إلا بعد الشفعة، أما في أثناء الإجراءات فلا يحق للشفيع بذلك وبالتالي عليه إيداع المبلغ كله لدى الموثق ولو برضا البائع بتأجيل الثمن،

1- حسن كبيرة، الموجز في الأحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994، ص661

2 -خالدي أحمد، ص.291

3- حسن كبيرة، ، الموجز في الأحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994، ص662

فإذا ثبت حق الشفيع بالشفعة، ورضي البائع بتأجيل الثمن أو بتقسيمه ، سحب الشفيع الثمن من لدى الموثق وسدد للبائع حسب ما تم الاتفاق عليه.

وأما في حالة أخذ الشفعة بالتراضي فإن الثمن مؤجل غير مقسط تبعاً لما تم الاتفاق بين البائع والشفيع¹.

2- التزام الشفيع بتسليم المبيع:

يقصد به أن يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه، إما من البائع أو المشتري إذا انتقل إليه وهذا ما نصت عليه المادة 394 ق.م.ج، في صدد تسلم المشتري وبما أن الشفيع قد حل محل تطبق عليه نفس الأحكام. والتسليم في أغلب الأحيان هو العملية المتممة للتسليم، فالبائع يلتزم بتسليم المبيع والشفيع يلتزم بتسلمه، والمادة 395 ق.م.ج تنص على أن نفقات التسليم تكون على المشتري الذي هو الشفيع هنا ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف بغير ذلك².

ثانياً: علاقة الشفيع بالمشتري:

يحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع، وبثبوت حق الشفعة إما قانوناً أو بالتراضي في كل التزاماته وحقوقه، ولو أن المشتري لم يعد طرفاً في العقد إلا أن العلاقة بين المشتري والشفيع تظل قائمة وتنشأ التزامات بينهما وهي على النحو التالي:

1- التزامات المشتري:

يلتزم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، لأنه اكتسبه من طريق الشفعة وكما يلتزم أيضاً برد ثمار المبيع وتفصل فيها كما يلي:

أ- التزام المشتري بتسليم العقار المبيع للشفيع:

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، ص754-755.

2- عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية ، ص758.

يجب على المشتري إذا تسلم العقار المشفوع فيه من البائع وثبت الحق بالشفعة للشفيع، فعلى المشتري أن يلتزم بتسليمه للشفيع، ونجد بأن نفس الأحكام السالفة الذكر في تسليم العقار من البائع الشفيع تسري على تسليم العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، نجد أنه نص المادة 842 والمادة 843 ق.م.ج. قد بينت على من تقع تبعة الهلاك إذا هلك الشيء وهو في يد الحائز، إذ أن المشتري قبل تسليمه العقار للشفيع، يعتبر حائزا له ويكون حائزا حسن النية قبل إعلان الشفيع بالرغبة في الشفعة وحائزا سيء النية بعد إعلانه لهذه الرغبة

ونفس الأحكام تطبق سواء في الهلاك الكلي أو الهلاك الجزئي. قبل الإعلان في الرغبة في الشفعة، الشفيع هو المسؤول عن الهلاك أو التلف الجزئي، أما في حالة ما بعد الإعلان عن الرغبة بالشفعة فإن التبعة تكون على المشتري كما هو الأمر في الهلاك الكلي¹.

ب- التزام المشتري برد ثمار المبيع للشفيع:

يحق للشفيع في ثمار العقار المشفوع فيه من يوم انتقال ملكية العقار وهذا طبقا لنص المادة من ق.م.ج. السالفة الذكر، يحق للشفيع ملكية العقار من يوم شهر الحكم القاضي بثبوت الحق في الشفعة ولهذا فالشفيع له الحق في ثمار العقار من تاريخ هذا الحكم. يتحمل الشفيع تكاليف حفظ العقار وصيانة و ونفقات الاستغلال... إلخ وهذا ما جاءت به نص المادة 389 ق.م.ج.²

2- التزامات الشفيع:

1 - عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 770.

2 - أنظر المادة 389 من الأمر رقم 75-58. المرجع السابق.

تتجلى التزامات الشفيع قبل المشتري في دفع الشر ومصروفات البيع، والتعويض سعر عن النفقات اللازمة، والتعويض عما أقامه المشتري من باء وغرس . وسنتعرض إليها كالآتي:

أ- التزام الشفيع بدفع الثمن ومصاريف البيع

يلتزم الشفيع بدفع ثمن العقار المشفوع فيه للمشتري، بحيث أن هذا الأخير قام بدوره بالوفاء وبما كان عليه للبائع، فثبتت حق الشفعة قضاءً كان على المشتري أن يتوجه إلى الموثق لسحب الثمن فيسترد بذلك ما دفعه للبائع¹، وهنا يكون الشفيع قد وفي بالتزامه نحو المشتري بدفع الثمن أما إذا كانت الشفعة بالتراضي فهنا على الشفيع دفع الثمن المتفق عليه فوراً للمشتري².

وعلى الشفيع أيضاً رد مصاريف البيع للمشتري سواء كانت مصاريف رسمية مثل مصاريف التوثيق الطابع، التسجيل ورسوم الإعلام العذري، أو غير رسمية، كالسمسرة وأتعاب المحامي ومصاريف معاينة الأرض المشفوع فيها، وهذا ما بينته المادة 393 ق.م.ج " إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك." وعليه يسترد المشتري كل هذه المصاريف وذلك طبقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن.

ب- التعويض عن المصاريف الضرورية والنافعة والكمالية:

قد يحدث وأن ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه، بعد أن تسلمه من البائع مصاريف سواء كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية، لاعتباره كان حائزاً للعقار، فهنا يحق للمشتري الرجوع بهذه المصروفات على المالك إلا وهو الشفيع.

1 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها، مصادرها)، المرجع السابق ص389

2- عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص761.

وهذا ما نصت عليه المادة 839 ق.م.ج "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة".

ويحق للمشتري أيضا المطالبة بالتعويضات عن المصارف النافعة طبقا لقواعد الالتصاق المنصوص عليها في المادتين 784 و 785 ق.م.ج.

ويستثنى من هذه المصروفات الكمالية، حسب المادة 3/839 ق.م.ج التي تنص "وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت، بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى، إلا أنه إذا اختار المالك أن يبقيها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم".

ج-مصير البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه:

وهنا نكون أمام حالتين إما قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد الإعلان عنها، وهذا ما جاء في نص المادة 805 ق.م.ج "إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجار قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أ

نفقات الغراس

1- في حالة البناء أو الغراس قبل الإعلان: -

هنا نجد بأن المشرع الجزائري قد راعى جانب المشتري وهذا ما يظهر في المادة 5/805 السالفة الذكر فهنا لا يحق للشفيع المطالبة بإزالة البناء أو الغرس مع التزام الشفيع بتعويض المشتري على ما أنفقه في سبيل البناء والغراس والملاحظ أن المشرع قد منح للمشتري حق الخيار والمشتري هنا سيختار أكبر القيمتين¹.

1 - المادة 805. من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

وقد راعى المشرع أيضا في توفير معاملة أفضل للمشتري عامله معاملة أفضل من الباني أو مقيم المنشآت حسن النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق حسب المادة 785 ق.م.ج الذي يأخذ أقل القيمة في البناء والغرس لا أكبرها¹.

2- في حالة البناء أو الغراس بعد الإعلان:

من خلال ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 805 من القانون المدني أعلاه، يتبين لنا أن المشرع أعطى للشفيع الحق في المطالبة بإزالة البناء أو الغرس على نفقة المشتري وإعادة العقار لما كان عليه من قبل مع التعويض إذا اقتضى الأمر.

ويحق للشفيع استبقاء البناء أو الغرس إذا شاء، على أن يعرض المشتري بما يعادل نفقات البناء أو الغرس، ويعامل المشتري معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت سيء النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق الواردة في المادة 784 فقرة أولى من القانون المدني، الذي لا يستحق إلا أقل قيمة المنشأة مستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض نتيجة إقامة المنشآت².

من خلال ما سبق نجد توافق المشرع مع ما أقرته الشريعة الإسلامية وهذا ما نجده في نص المادة 805 ق.م.ج.

ثالثا: علاقة الشفيع بالغير

لا ينفذ في حق الغير الذين تم التصرف إليهم في العقار المشفوع فيه، أو ترتبت لهم عليه حقوق إلا بتسجيل إعلان الرغبة، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 806 ق.م.ج "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 قد تم بعد تاريخ شهر

1 - حسن كبيرة، ص 668 ، نفس المرجع

2 - خالد أحمد، ص. 297

الإعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقي للدائنين المسجلة ديونهم مالمهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار¹.

ومفاد هذه المادة أنه في حالة ترتيب الحقوق العينية على العقار المشفوع فيه، فمتى تسرى في حق الشفيع، وهنا يجب التفريق بين الحقوق العينية المترتبة قبل تسجيل إعلان الرغبة، والتي ترتب على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة.

أ- الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

قد يحصل وأن يقوم البائع بمجموعة من التصرفات في العقار، مثل البيع أو المقايضة أو الهبة ويمكن أن تكون تصرفات أخرى كأن يترتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق، وكما قد ترتب أيضا حق عينيا تبعا، مثل الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي. قد يحدث أيضا وأن يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع، أو يترتب عليه حق امتياز يكفل ديننا في ذمته².

تعتبر آثار الحقوق العينية المقيدة قبل تسجيل إعلان الرغبة، والمرتبة للغير، وإن كانت نافذة في حق الشفيع، فلو انتقل العقار إليه وهو مثقل بها، فيحق للشفيع مطالبة البائع بما يقابل النقص في قيمة العقار سبب وجود هذا الحق.

لكون الشفيع أنه قام بدفع الثمن الذي دفعه المشتري، عندما أخذ العقار دون أن يكون محملا بشيء³.

ب- الحقوق العينية المترتبة على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

1 - المادة 806 من الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2 -خالدي أحمد، المرجع السابق، ص360.

3- حسن كيرة، المرجع السابق، ص671 ، نفس المرجع

إذا رتب البائع على العقار المشفوع فيه حقوق عينية السالفة الذكر. لكن صاحب هذا الحق، لم يقدّم بشهر حقه إلا بعد تسجيل الإعلان عن الرغبة في الشفعة، فإن هذا الحق لا يسري في مواجهة الشفيع. كأن يبيعه مثلا لشخص ما قبل تسجيل الرغبة في الشفعة، فلا يعد هذا البيع نافذا في مواجهة الشفيع.

أما الحقوق العينية التي يربتها المشتري بعد تسجيل الإعلان بطلب الشفعة، وهذا ما نصت عليه المادة 806 من القانون المدني، التي تبين أن الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري، بعد تسجيل إعلان الرغبة، لا يعد نافذا في مواجهة الشفيع¹.

مثال ذلك أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثاني، فالشفيع هنا يكون بصدد المطالبة بالشفعة من المشتري الأول أي البيع الأول.

لكن في حالة الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي قد يقوم بها المشتري على العقار، يحق للشفيع في حالة سريانها ونفاذها في حقه، المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وهذا إن كانت لاحقة لإعلان الرغبة في الشفعة.

كخلاصة نجد بأن المشرع الجزائري، لا يلزم الشفيع في تسجيل رغبته في الأخذ بالشفعة لكن القيام به أمر مقرر لمصلحته، وهذا لعدم نفاذ تصرفات المشتري على العقار المشفوع فيه في حق الشفيع².

المطلب الثاني: سقوط الحق في الشفعة

نتطرق في هذا المطلب إلى سقوط الحق في الشفعة .

تنص المادة 807 من القانون المدني على أنه : " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية :

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

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، ص 680-681.

2 - نبيل إبراهيم سعد، ص 104-105.

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

الفرع الأول: تنازل الشفيع عن الأخذ بحقه في الشفعة

الأصل أن حق الأخذ بالشفعة لا ينشأ إلا إذا وقع بيع لعقار تجوز الشفعة فيه، أما قبل البيع فلا ينشأ أي حق في الشفعة وكان مقتضى ذلك أنه لا يجوز التنازل عن حق إلا بعد نشوئه وأن التنازل عن الحق في الشفعة الذي يسقطها لا يكون إلا بعد وقوع البيع المشفوع فيع لا قبله¹.

والقانون المدني في المادة 807 نص صراحة على سقوط الحق في الشفعة ، فتنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط الحق، وهذا التنازل هو تصرف قانوني قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، والتنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يكون شفاهيا .

أما التنازل الضمني يكون بإتباع الشفيع بعد البيع عملا أو اتخاذه موقفا ، يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا التنازل ، مثل أن يتصرف المشتري في العقار المبيع إلى الغير في حضور الشفيع مع شهادته في عقد البيع، وكذا مشاركة الشفيع للمشتري فهي في حقيقتها إظهار الرغبة في عدم الأخذ بالشفعة، أو إقدامه على طلب شراء المشفوع من المشتري فهو يشكل رضا بعقد البيع² فإذا تم الأخذ بالشفعة، فلا يصح تنازل الشفيع بعد ذلك ، لأنه بصدور الحكم أو بتسليم المشتري بها يحل الشفيع نهائيا محل المشتري في عقد البيع³.

الفرع الثاني : عدم التقيد بإجراءات ومواعيد الشفعة

سنطرق في هذا الفرع إلى الأسباب الإجرائية لسقوط الحق في الشفعة.

1: عدم إظهار الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعادها:

1 - حسن كبيرة ص 624 نفس المرجع

2 - خالد احمد ص 269-270

3 - محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الأصلية ، والحقوق المشتقة من حقوق الملكية ، دار الثقافة ، الأردن 2001، ص 201-202

باستقراء نص المادة 799 من القانون المدني¹، نجد أنها قد حددت المدة الواجب احترامها من أجل المطالبة بالشفعة، في ميعاد 30 يوم من الإنذار الرسمي الذي يوجه له البائع أو المشتري فالشفيع إذا لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد سقط حقه فيها.

2: عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد:

يجب على الشفيع إيداع كامل الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة إذ أن عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد أو إيداعه بعد فوات الميعاد أو عدم إيداعه لدى الموثق، يترتب عليه سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة نهائياً².

وهذا ما نجده في نص المادة 2/801 من القانون المدني والتي تنص: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة".

ثالثاً: فوات ميعاد رفع الدعوى:

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

إذن من هذه المادة نستخلص أنه يجب رفع دعوى الشفعة في ميعادها المحدد ب 30 يوماً ورفعها على البائع والمشتري، وأمام المحكمة المختصة الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه³، فإن لم تتم هذه الإجراءات على الوجه المنصوص عليه سقط حق الشفيع.

1 - راجع المادة 799 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

2 - عبد الوهاب غرفة، الوجيز في الشفعة لكسب الملكية في العقار، دار المطبوعات الجامعية، 2015، ص 47.

3 - خالد أحمد، المرجع السابق، ص 227.

رابعاً : مرور سنة من تاريخ تسجيل البيع

استناداً لنص المادة 2/807 من القانون المدني، نجدتها تنص على أنه: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

إذا مرت سنة من يوم تاريخ تسجيل عقد البيع"

فإذا ما قام المشتري بتسجيل عقد بيعه تسجيلًا رضائياً، أو بعد صدور حكم قضائي لمصلحته بصحة ونفاذ عقد البيع؛ فإن فوات مدة سنة على هذا التسجيل يسقط من الشفيع في الأخذ بالشفعة وهذا لأن التسجيل هو إعلان للجميع بملكية المشتري للمبيع وعلى من يرغب في الشفعة إعلان رغبته حتى تستقر الأوضاع¹

خامساً: بطلان البيع

تبطل للشفعة ببطلان البيع، فإذا قام الشفيع بطلب الأخذ بالشفعة، فتبين أن عقد البيع باطل فتسقط الشفعة، فبطلان العقد يعني سقوط الشفعة لأنه ما بني على باطل فهو باطل.

سادساً: التقادم

إذا لم ينذر البائع والمشتري أو أيهما - الشفيع رسمياً بالشفعة ولم يتم تسجيل عقد البيع، فيظل للشفيع الحق في الشفعة حتى سقوط حقه بالتقادم أي بمرور 15 سنة

الفرع الثالث : اسباب أخرى لسقوط الشفعة

نتطرق في هذا الفرع إلى الأسباب الأخرى لسقوط الشفعة والتي تتمثل في زوال أحد شروط الشفعة وكذا أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة إضافة إلى استعمال طرق احتيالية لإسقاط الحق في الشفعة.

1 - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص407

أولاً: زوال أحد شروط الشفعة

يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا زالت أحد الشروط اللازمة للأخذ بها، كزوال صفة الشفيع المنصوص عليها نص المادة 796 من القانون المدني، أي أن يكون مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع أو شريك في الشروع¹.

كذلك يسقط حق الشفيع في بالشفعة إذا زال سبب الشفعة قبل تمام الأخذ بها ، قبل صدور الحكم بثبوتها أو تسليم المشتري بها².

ثانياً: أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة

لم ينص القانون الجزائري صراحة على اعتبار أن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة بعد موت الشفيع أم لا ولكن بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، نجدها تنص على أنه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..."، فلقاضي أن يحكم بمقتضى هذه المبادئ لأن أحكام الشفعة مستمدة من الشريعة الإسلامية. لأنها مصدر ثاني بعد التشريع.

إذا كانت الشفعة تتصل بال عقار المشفوع به، فمقتضى ذلك أن العقار إذا انتقل إلى الوارث بالميراث فينتقل معه حق أو خيار الشفعة، وفي ذلك ما يحقق اعتبارات العدل التي يحيل إليها المشرع في نهاية المطاف، عند عدم وجود حكم في المصادر الرسمية، فالشفعة لم تنقر

في الحقيقة للمورث لشخصه، بل تقرر له بوصفه لكونه مالكا للعقار المشفوع به، فإذا انتقل العقار إلى الوارث بالميراث كان من العدل أن ينتقل معه خيار أو حق الشفعة، وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة¹.

1- المادة 796 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2- دغيش أحمد، المرجع السابق، ص407.

وخلاصة القول أن المشرع لم ينص صراحة على حالة اعتبار حق الشفعة ينتقل إلى الورثة بعد موت الشفيع أم لا ؟ مما يحيلنا للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما أقرته الأئمة الثلاثة (الشافعي المالكي والحنبلي) في انتقال حق الشفعة إلى الورثة.

ثالثاً: التحايل لإسقاط الحق في الشفعة

يقصد بالتحايل الغش والخداع الذي يقوم به المشفوع ضده كمحاولة منه لإسقاط حق الشفيع في الشفعة.

1- صور التحايل لإسقاط الشفعة:

تتمثل صور التحايل لإسقاط الشفعة في بيع المشتري للعقار بيعاً صورياً وستر البيع في عقد هبة بالإضافة إلى الادعاء بشراء العقار لبناء محل للعبادة و سنعرضها كما يلي

أ- بيع المشتري للعقار بيعاً صورياً:

إن قيام المشتري ببيع العين المشفوع فيها بيعاً جدياً، يترتب عليه عدم جواز أخذ الشفيع للعين بالشفعة إلا وفقاً لشروط البيع الثاني وفقاً لنص المادة 797 من القانون المدني الجزائري.

ولذلك نجد المشفوع ضده لجأ في محاولة لإسقاط حق الشفيع بإبرام عقد بيع صوري صورية مطلقة، بشروط أكثر تكلفة أو لشخص تمنع الشفعة بالنسبة إليه، بالتالي فالمشفوع ضده لم يتحايل على الشفيع فقط بل تحايل على القانون أيضاً، وهذا سبب لإسقاط الحق في الشفعة. مما يضطر الشفيع إلى اتخاذ إجراءات إثبات هذه الصورية وإذا فشل في ذلك فيسقط حقه في الشفعة².

1 - خالدي أحمد، ص 276.

2 - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، الشفعة والتحايل لإسقاطها، الإسكندرية، 2004، ص 562.

ب- ستر البيع في عقد هبة:

بالرجوع لنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري نجد أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع ولا تجوز في عقد الهبة.

لذا قد يلجا البائع والمشتري إلى هذه الحالة لمنع الشفيع من الشفعة وهذه الحية تخضع لأحكام الصورية بالتالي يجوز للشفيع إثبات صورية العقد بكافة الطرق المقررة قانونا كالبينة والقرائن، فيبدأ في إعلان رغبته للبائع والمشتري، ثم يودع الثمن الحقيقي ويرفع دعوى الشفعة، ويتمسك بصورية البيع ويطلب إجراء تحقيق الإثبات الصورية وذلك على أساس الأدلة التي تتوفر في الدعوى¹.

ج- الادعاء بشراء العقار لبناء محل عبادة:

قد يلجا المشتري إلى استعمال الحيلة على الشفيع من أجل إبعاده عن حقه فيقوم بإنذار الشفيع بالبيع ويتضمن الإنذار أن الشراء تم بغرض إنشاء محل للعبادة، فحسب ما تنص المادة 798 من ق.م، ج أنه إذا تم بيع عقار ليكون محل عبادة فلا يحق للشفيع المطالبة بالشفعة وبالتالي فالشفيع أن يقوم بالإجراءات في المواعيد المقررة لذلك، وبعد فوات المواعيد المقررة، يشرع المشتري في بناء محل تجاري مثلا، فهنا يجوز للشفيع اتخاذ إجراءات الشفعة في أي وقت لأن الغش والتحايل يبطلان التصرفات².

2- إثبات التحايل لإسقاط الحق في الشفعة:

التحايل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها فالشفعة شرعت لدفع الضرر.

1 - أنور طلبية، نفس المرجع، ص 563.

2 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 505.

فيجوز للشفيع إثباتها بكل الطرق المقررة منها البيينة والقرائن¹، فلمحكمة الموضوع استخلاص القرائن التي تعتمد عليها في إثبات التحايل من المستندات المقدمة من طرف الخصوم والاعتماد في ذلك على أقوال الشهود.

فإذا قام المشتري بعرض على الشفيع التنازل عن الصفقة وفقا للشروط التي تضمنها عقد البيع فوافق الشفيع على ذلك، ثم تمسك المشتري بسقوط الحق في الشفعة، فيكون هذا العرض مجرد حيلة اتخذها المشتري أدت إلى عدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال 30 يوم من تاريخ الإنذار².

3- المسؤولية عن إسقاط الحق في الشفعة:

إن لم يتمسك الشفيع بالتحايل الذي يجب أن يتم في دعوى الشفعة محاولة منه لأخذ العقار بالشفعة، أو تمسك به وعجز عن إثباته انتفت علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي لحق بالشفيع وانتفت تبعا لذلك مسؤولية المشفوع ضده³.

ويفهم مما سبق أن المشرع الجزائري وافق تعرض لأهم المسقطات الإجبارية المتمثلة في موت الشفيع و التحايل لإسقاط الشفعة، والمسقطات الاختيارية المتمثلة في التنازل عن الشفعة صراحة وضمنيا، دون ضمان الدرك

نستخلص من خلالي دراستنا للفصل الثاني مجموعة من التوصيات

1- إن الشفعة هي نظام استثنائي لكسب الملكية فلا يجوز التوسع فيه لأنه خروج عن القاعدة العامة المتمثلة في حرية الإرادة والتصرف

2- بالرغم من الاختلاف الحاصل بشأن طبيعة الشفعة من كونها حق الشخصي أو حق عيني أو رخصة فإن الراجح إن الشفعة واقعة ركبة بين الواقعة المادية كالشيوع مثلا والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة المتمثل في الإعلان الرغبة في لاخذ بالشفعة

3-الشفعة حق من الحقوق المالية

1 - سعيد أحمد شعله، قضاء النقص في الصورية والشفعة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص278.

2 - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص498-499.

3 - أنور طلبية، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص560-561.

4 – ان المادة 801 من القانون المدني الجزائري تتضمن ان عقد التصريح بالرغبة في الشفعة يعلن عن طريق كتابة الضبط

5 –تنظيم شفعة الجوار في الأراضي الفلاحية وفقا لما قررته الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري باعتبارهما مصدران أساسيان لإحكام الشفعة في القانون الجزائري وذلك من حيث الشروط والحالات التي تمنح للجار حق ممارسة الشفعة وكذلك إقرار الأولوية في الشفعة للجار الذي تعود على عقاره منفعة أكثر في حالة تزامم الجيران الشفعاء

6-أعادة النظر في التصريح بالبيع في ظل مسايرة او تحديث الأنظمة من خلال اقتصاد

السوق والتخلي عن المفاهيم الاشتراكية والتحاليل على القانون حيث التصريح بأقل ثمن عند

التبايع

خاتمة

الخاتمة

نخلص في نهاية بحثنا إلى أن الشفعة في التقنين المدني الجزائري، على فكرة دفع الضرر عن الشفيع.

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

مسؤولية المشرع من أجل إعادة النظر في صياغتها بما يتلاءم والمنطق القانوني السليم.

- عدم التفريق في بعض الأحيان.

- بين نظامي الشفعة والاسترداد، إذ غالبا ما يحكم باسترداد العقارات المتنازع عليها استنادا إلى نص المادة 721 ق.م دون أن تطبق أحكام الشفعة، على الرغم من توافر شروطها، لاسيما في حالات بيع الحصة الشائعة في العقار المعين ولو كان هذا العقار هو كل المال الشائع.

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

- أن المشرع ومن خلال حق الشفعة الذي نص عليه في القوانين الخاصة، فقد كان هدفه هو تحقيق جملة من الاعتبارات كالمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي وفعالية القانونية دون تجسيد عملي، وهذا راجع إلى عدم إثارة منازعات في هذا الشأن بدليل قلة

الخاتمة

الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال، كما أن المشرع وفي كثير من الحالات اقتصر على أن الدولة لها الحق في ممارسة الشفاعة دون أن يحدد إجراءات ممارستها بدقة، بل وفي حالات أخرى لم ينص على دور القضاء في ممارسة حق الشفاعة كما هو الحال مثلا بالنسبة للشفاعة وفقا لقانون التسجيل، حيث لم ينص على الإجراءات أمام القضاء كما فعل بالنسبة للشفاعة وفقا للمبادئ العامة.

وفي الأخير نتمنى إننا قد وفقنا إلى تقديم فائدة جديدة تضاف الي ما تم كتابته في هذا الموضوع الذي نتمنى إن يكون شعلة في باب البحث العلمي ولا سيما ما تعلق منها بالجانب القانوني علي انه يبقى موضوعا شاسعا ويستحق المزيد من الدراسة ووفقنا الله جميعا لما يحبه ويرضاه انه القادر

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً :

-القرآن الكريم

ثانياً:

-الحديث:

1-صحيح البخاري ومسلم

2- سنن الترميدي

3-سنن ابو داود

ثالثاً:

المعاجم: لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري المجلد الثامن ع - غ.

المصادر

اولاً :النصوص القانونية

1-النصوص التشريعية :

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج ر، عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

2---قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدد 21، الصادرة في 20-04-2008.

3-القانون رقم 25/90 المؤرخ في نوفمبر سنة 1990 والمتضمن التوجيه العقاري

4-قانون رقم 06-03 مؤرخ في 21 محرم عام 1427، الموافق ل 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 14.

2- النصوص التنظيمية :

1- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل

العقاري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 30، الصادرة بتاريخ 13-04-1976.

ثانيا: الأحكام والقرارات القضائية

- 1- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 34131 مؤرخ في 19-11-1984، المجلة القضائية، عدد 02، 1990، ص.52.
- 2- المحكمة العليا، قسم الوثائق، الغرفة العقارية، قرار 194437 مؤرخ في 26-04-2000، المجلة القضائية، عدد 02، الصادرة في 2000، ص.146.

ثالثا : الكتب

- 1- انور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني ☹️ الشفعة مواعيدها وإجراءاتها ، دعوى الشفعة، التحايل لإسقاط الشفعة) الجزء 13 ، المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية،2004
- 2- حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ،منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1998
- 3- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ، ط 9، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009 .
- 4- خالد أحمد ، الشفعة في التشريع الجزائري ، دار هومة الجزائر ، 2008 .
- 5- دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري ، دار هومة الجزائر ، 2011
- 6- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية،(أحكامها ومصادرها في القانون المصري واللبناني)، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2002
- 7- سعيد أحمد شعله، قضاء النقص في السورية والشفعة، منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2000.
- 8- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط في شرح القانون المدني ج9: أسباب كسب الملكية ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998

قائمة المصادر والمراجع

- 9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 10- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في الشفعة، كسب لكسب الملكية في العقار ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2015.
- 11- محمد الوحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني (الحقوق العينية الاصلية 'أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية) ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1996
- 12- نبيل إبراهيم السعد الشفعة علما وعملا منشآت المعارف الإسكندرية 1999
- 13- الإمام أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون سنة نشر .
- 14- الإمام محمد أبو زهرة الملكية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي بيروت لبنان 1988
- خامسا : المذكرات الجامعية**
- ربيع فتيحة، قدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العقاري كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013.
 - سادسا مواقع الانترنت

1) <https://www.google.com/search?client=firefox->

الفهرس

الصفحة	العنوان
-	إهداءات
-	تشكرات
أ-ج	مقدمة
05	❖ الفصل الأول: ماهية الشفعة
06	○ المبحث الأول: مفهوم الشفعة
06	○ المطلب الأول: تعريف الشفعة
07	➤ الفرع الأول : تعريف الشفعة في الشريعة الإسلامية
08	➤ الفرع الثاني : التعريف الفقهي و القانوني للشفعة
12	○ المطلب الثاني: خصائص الشفعة
12	➤ الفرع الأول : عدم قابلية الشفعة للتجزئة
14	○ المبحث الثاني: شروط الشفعة
14	○ المطلب الأول: شروط المتعلقة بالتصرف الذي يجاز الشفعة بمحلها
15	➤ الفرع الأول : جواز الشفعة في حالة البيع العقاري
19	➤ الفرع الثاني: البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة.
22	○ المطلب الثاني: شروط المتعلقة بالشفيع
23	➤ الفرع الأول : أسباب الأخذ بالشفعة و تحديد الشفعاء
23	➤ الفرع الثاني : شفعة مالك الرقبة في بيع كل حق انتفاع أو بعضه
32	❖ الفصل الثاني: آليات القانونية لشفعة
33	مقدمة
34	○ المبحث الأول: الإجراءات القانونية للشفعة
34	○ المطلب الأول : إنذار بوقوع البيع و إعلان الرغبة في الشفعة
34	➤ الفرع الأول : إنذار بوقوع البيع
36	➤ الفرع الثاني : إعلان الرغبة في الشفعة
39	○ المطلب الثاني : إيداع الثمن و رفع الدعوى
45	○ المبحث الثاني : آثار القانونية للشفعة
46	○ المطلب الأول : إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع
47	➤ الفرع الأول : حلول الشفعة محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة

الفهرس

47	➤ الفرع الثاني : العلاقات المترتبة عن حلول الشفيع محل المشتري
59	○ المطلب الثاني : سقوط الحق في الشفعة
60	➤ الفرع الأول : تنازل الشفيع عن الأخذ بحقه عن الشفعة
60	➤ الفرع الثاني : عدم التقيد بالإجراءات و مواعيد الشفعة
62	➤ الفرع الثالث : أسباب أخرى لسقوط الشفعة
70	الخاتمة
73	قائمة المراجع
78	الفهرس
79	ملخص المذكرة

المخلص: ملخص المذكرة

الشفعة نظام استثنائي عن الأصل المتمثل في نزاع الملك جبرا عن صاحبه.

فالشفعة نظام وردت أصوله في الشريعة ومنها اخذ المشرع الجزائري واستنبط إحكامها ونظمها في القانون المدني

تطرقنا الي التعريف الشفعة ثم إلى الشروط الأزم توافرها للأخذ بالشفعة -

-عالجنا الإجراءات ثم اثارها في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع والعلاقات التي تنشأ بين الأطراف (الشفيع البائع المشتري والغير) وكذا مسقطات الشفعة التي تحول دون استحقاق الشفعة للشفيع

Cette étude juridique se base sur le régime juridique de la chefaâ en serait algérien et la solliciter musulman.

Cet système reçus ses origines dans la loi, et le législateur algérien prendre et a conçu et organisé par les position du code civil.

Nous avons abordé la définition juridique de chefaâ et adaptée a tous les coins. (prompteur immeuble l'acquéreuse prix) .

Ainsi que les conditions nécessaires sont réunies pour prendre lui

- enfin nous avons abordé les effets de la propriété du rapport et le transfert et les relation qui se posent entre les parties (le patron , le vendeur l'acheteur et le tiers) ainsi que les déchéances de chefaâ qui empêchent maturité du saint patron et tout cela dans le contexte d'une étude.

Abstract: chefaâ.

كلمات مفتاحية: الشفعة

