

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-

# حق الشفعة في التشريع الجزائري

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون

تخصص القانون الخاص.

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

محمد كحلولة

مقدمة من الطالب:

دغيش أحمد

السنة الجامعية: 2007/2008.

# إهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى الوالدين الكريمين، اللذان كرسا

حياتهما من أجل نجاحي.

كما أهدي ثمرة عملي هذا إلى زوجتي وابنتي ميسان.

وإلى كل أفراد عائلتي.

# شكر

عرفانا منا وتقديرا لما بذله أستاذي ومؤطري الأستاذ الدكتور: محمد

محلولة، أتقدم بكامل تشكراتي الخالصة له اعترافا بما قدمه من

مجهودات وتوجيهات ونصائح في سبيل إثراء هذا البحث، زرعت في

نفوسنا روح المسؤولية والعمل والمثابرة وحب العلم، وكذا تحمله مشقة

وعناء مراجعة وتمحيص هذا البحث.

كما أتقدم بشكري الخالص إلى كل أعضاء لجنة المناقشة الذين لبوا طلب

مناقشة هذا البحث وتحملوا عناء مراجعته أيضا.

كما أتقدم بشكري كذلك إلى كل مسيري إدارة كلية الحقوق بجامعة

تلمسان.

وكل الذين ساعدوني من قريب أو بعيد، لأجل أن يخرج هذا البحث

للوجود.

## مقدمة.

تعتبر الملكية<sup>(1)</sup> من الأنظمة القديمة التي عرفتها البشرية على وجه الأرض لما لها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال والتصرف فيها وكذا لاعتبارات أخرى منها أن الإنسان جبل على حب المال والتملك وغريزة الأنانية وحب الذات وأصبحت بذلك راسخة في عقول البشر أفرادا وجماعات، أما وحكومات. وأصبحت الملكية مصدر كل المتاعب والويلات التي تلحق بالدول.

فكم من صراعات طال أمدها وحروباً استعصى إطفاء حريقها، كل ذلك نتيجة لحب التملك والاستحواذ على أكثر قدر ممكن من الأموال والممتلكات. والملكية عبر العصور عرفت أنظمة متعاقبة ومتنوعة ويظهر ذلك جليا باستقراء أحوال الأمم من ماضيها إلى حاضرها.

فأول نظام للملكية كان أساسه العرف بأنها كانت جماعية في المجتمعات القبلية، بحيث يشترك جميع الأفراد في ملكية الأموال، وذلك ناتج من طبيعة حياتهم التي اقتضت على بعض الأنشطة البدائية منها الصيد، والقطف ورعي الماشية، ثم تطورت بعدها إلى ملكية شائعة وبعدها إلى ملكية فردية، وكان لطبيعة الأرض والمناخ أثرهما في أسلوب حياة كل قبيلة ورغبتها في الحياة المستقرة وبناء المجتمع الحضاري، وكذا حاجتها إلى تملك الأراضي والعقارات بصفة عامة.

إن أول أنواع الملكية الفردية التي شهدتها المجتمعات القديمة كانت ملكية الأموال المنقولة اللازمة لحاجات الإنسان الشخصية كالملابس، والحيوانات الأليفة وأدوات العمل وغيرها، وعلى مر الأيام ازدادت الأشياء التي يملكها الشخص تبعا لحاجاته الأساسية في الحياة وأسلوب عمله وتقدمه العمراني.

أما العقارات ولا سيما الأراضي فبقيت في بادئ الأمر ملكا للقبيلة مشاعة بين أفرادها يقومون بزرعها وجني محصولها وتوزيعه على أفراد القبيلة، ثم بعد ذلك

---

(1) - يعتبر حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية الأساسية، وهو سلطة مباشرة يثبتها القانون لشخص على شيء معين بذاته تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون.

انتقلت الملكية من القبيلة إلى الأسرة، فكانت كل أسرة تختص بجزء من الأرض ويعود محصوله إليها، ومن الأسرة انتقلت الملكية إلى أفرادها.

من هذا المنطلق يمكن القول بأن العقارات لم تدخل ضمن الملكية الفردية إلا في العصور المتأخرة لتصبح بعد ذلك حرية التملك والتصرف مطلقة، فأصبح كل فرد من الأسرة يستقل بجزء من الأرض الموروثة ويورثه بدوره إلى أولاده. إن التملك في بداية العصور القديمة كان يتم عن طريق الاستيلاء ووضع اليد بالحيازة على الأراضي المباحة، أو غير المملوكة من أحد، ثم أصبح يتم على مرّ العصور عن طريق الوصية والإرث والهبة والبيع، ويسود الاعتقاد حالياً بأنه لم يبق في عصرنا أراض مباحة يمكن الاستيلاء عليها، فهي إما مملوكة من الأفراد وإما من طرف الدولة.

ساد العالم في العصور المتأخرة مبدأ شرعية الملكية الفردية، وبلغ مفهوم هذا الحق في عهد الامبراطور الروماني جوستينيان إلى إعطاء صاحبه حق التصرف المطلق في كل ما يملكه من منقول أو عقار عن طريق استغلاله وبيعه. عندما جاء الإسلام كان التطور التاريخي للحياة الاجتماعية والاقتصادية قد استقر على مفهوم جديد، هو الحاجة إلى الملكية الفردية الخاصة والابتعاد ما أمكن عن الملكية الجماعية وكان للدافع الشخصي أثره في التطور الذي يتمثل في الاستجابة إلى الأنانية الفردية وحُب الذات الموجودة في عمق النفس البشرية ورغباتها الدنيوية.

إذا كانت تجارب الإنسان عبر السنين الطويلة من الزمن قد أوصلته إلى قناعة تامة بلزوم الملكية الفردية، فإن الشريعة الإسلامية بعدلها ورحمتها لم تقف حائلاً بينه وبين ما توصل إليه، من خلال نظام العدالة الاجتماعية الراسخ في هذه الشريعة، معترفة بحق التملك فأقرته ونظمته على أحسن وجه وضبطته بقواعد وسنت له أحكاماً خاصة تتلاءم والمفاهيم السائدة في عصر الرسالة المحمدية، مع

فسح المجال في إمكانية تنظيمها تبعاً لحاجة الأمة، كل ذلك كان في سبيل مصلحة المجتمع والدولة معاً.

أما في عصرنا الحالي فقد تغيرت كثيراً من المفاهيم السابقة مع ازدياد نسبة السكان وتبدل نمط المعيشة وغيرها من المستجدات ذات البعد الاقتصادي والاجتماعي، لهذا أوكل الإسلام للحاكم إذا دعت الحاجة الماسة والضرورة الطارئة لذلك أن يأمر بفرض نظام معين وجب العمل به طالما أن الحاكم مفوض لتدبير شؤون الأمة بما يحقق مصالحها العامة الآنية والمستقبلية.

إلا أن التشريعات الحديثة وضعت ضوابط ومعايير لحرية التملك مما يخدم مصلحة الفرد والجماعة من خلال وضع طرق خاصة لاكتساب الملكية تناولتها تلك التشريعات في التقنيات المدنية لمختلف الدول الحديثة.

من هذا المنطلق يمكن القول بأن تنظيم أسباب اكتساب الملكية عموماً إنما كان لحاجة المجتمعات إليها عبر تعاقب الأزمنة والعصور ونتيجة للفوائد المترتبة عن الممتلكات أموالاً كانت أم حقوقاً.

وبالتالي فلو لم تنظم تلك الأسباب والطرق المكسبة للملكية لتعطلت مصالح الناس ولتعذرت الحياة بسبب ذلك.

فكيف يمكن الحصول إذاً على ما في يد الغير مما نحن في أمس الحاجة إليه إذا لم تكن هناك وسائل قانونية مشروعة تُمكننا من ذلك.

وعليه فلولا تنظيم تلك الأسباب أو الطرق المكسبة للملكية لظهرت طرقاً أخرى لاكتساب تلك الأموال والحقوق يُنتهَج فيها وسائل غير مشروعة لا تتلاءم والنظام السائد في المجتمع ولا تتماشى مع أهدافه، ولا يمكن أن تخدمه على الإطلاق، لتسود بذلك الفوضى في المجتمع وتختل أركانه، ومن هنا كان هدف تنظيمها هو المحافظة على أنظمة تلك المجتمعات، وهذا نتيجة لعلاقة الشفعية بالأنظمة المالية في المجتمع باعتبارها سبباً هاماً من أسباب كسب الملكية العقارية.

نظراً للمكانة القوية التي يحتلها المال في نظام الشريعة الإسلامية باعتباره من أحد الأركان الهامة في بناء الدولة، لذا اعتبرت من الكليات الخمس للشريعة المعتمدة عند جميع الفقهاء، وهي: الدين، النفس، العقل، المال والنسل، وحيث أنه باختلال أحد هاته الكليات يؤدي إلى خراب المجتمعات وانحطاطها، إذ بدونها لا يمكن أبداً أن تجري أمور الناس على استقامة بل تعم الفوضى و اللاستقرار داخل المجتمع.

ولتلك الأسباب وغيرها كان لزاماً على التشريعات المعاصرة في مختلف الدول تشريع نظام محكم أساسه العدل والإنصاف، وموضوعه تلك الطرق والأسباب المُكسبة للملكية لتنظم مسألة تداول الأموال واكتسابها بطريقة مشروعة ومنظمة، وهو ما ينعكس إيجابياً على النظام الاقتصادي السائد في الدولة، ويحقق مصلحة الأفراد أيضاً، ولاعتبار طبيعتها اعتبرت الملكية من الحقوق العينية الأصلية في التشريعات الحديثة.

من خلال أهمية الملكية في النظام القانوني الحديث ولاسيما الأسباب المُكسبة لها، نجد فقهاؤنا المعاصرين منهم قد تناولوها بقدر من الأهمية فقسموها إلى ثلاثة أقسام رئيسية نذكرها على التوالي:

**- القسم الأول: الأسباب المنشئة للملكية.**

وهي كل ما يمكن إنشاء ملكية على الشيء لم تكن ثابتة عليه. أو هي: كسب الملكية ابتداء في شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية<sup>(1)</sup>، ومثّل الفقهاء لذلك: الاستلاء على مال لا يملكه أحد ويشمل أيضاً كل اقتناء للمباح كالصيد مثلاً.

### - القسم الثاني: أسباب اكتساب الملكية بالخلافة عن المالك.

وهي التي تؤول الملكية عن طريقها إلى شخص آخر تربطه به علاقة ما بمعنى أن تكون له صلة بالمالك الميت وهذا الشخص يكون في الغالب وجوده امتداداً لوجود الميت، أو ممن كان لهم الفضل في مساعدته أثناء حياته، فيكون بذلك امتداداً لحياته بعد موته، وقد يكون لهؤلاء دور كبير لتكوين تلك الثروات التي خلفها الميت.

إن الخلافة في هذه الحالة قد تثبت بإرادة الشخص وهو ما نجده من خلال الوصية الاختيارية، فهي خلافة اختيارية، باعتبار أن الموصى له يتملك المال بسبب إيحاء صاحب التركة (الموصي) له بمبلغ محدد من المال بثالث التركة فما دونه، وبالتالي يكون خليفة له في هذا المقدار المحدد من تركته.

إلا أن الخلف قد يكون عاماً أو خاصاً، ففي الوصية الاختيارية نجدها تنتقل تارة إلى الخلف العام وتارة أخرى إلى الخلف الخاص، لهذا نجد الفقه الإسلامي قد نظمها وفق أسس وأحكام خاصة، منها المقدار من المال الجائز للخلافة فيه، وكذا صفة الخليفة في ذلك المال والباعث على تلك الخلافة، ولم يترك وضع تلك القواعد للأشخاص بل تكفل الشارع الحكيم بذلك، وإنما أوكل أمر الوصية إلى صاحب المال، ليوصي لمن يشاء، بشرط احترام تلك القواعد والأحكام، وحتى يتمكن الموصي من تدارك ما فاتته من أعمال الخير والبر في حياته.

إن الوصية تدرج عموماً ضمن الحق الثالث من الحقوق المتعلقة بالتركة طبقاً للمادة 180 من قانون الأسرة الجزائري في إطار حقوق الغير الثابتة بالوفاة،

(1) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1986، ص07.



وهذا بعد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، وكذا الديون الثابتة في ذمة المتوفى. والوصايا بأنواعها يتم إخراجها من تركة المتوفى قسراً على الورثة ودون اشتراط رضاهم طالما كانت في حدود الثلث المتبقي من التركة.

كما قد تثبت الخلافة بإرادة الشارع أو بحكمه، وهي الأصل في ذلك، مثل ما هو الحال في الميراث، ويطلق عليها بالخلافة الجبرية، لأنها تتم دون اعتبار إرادة صاحب التركة المتوفى، وهي تُنفذ قسراً في تركته.

إن انتقال ملكية الأموال التي تركها المورث إلى ورثته يخضع لقانون الأسرة مثل الوصية، ومصدر تنظيمه الشريعة الإسلامية من خلال نظام التركات والمواريث، فموضوع التركات يتناول التركة وما يتعلق بها، وكيفية انتقالها إلى الورثة، وطرق تصفيتها.

أما نظام المواريث فيُحدّد المستحقين من الورثة ونصيب كل واحد منهم وموانع الميراث والحاجب والمحجوب من الورثة وغيرها من المسائل.

لقد تقرّر في الفقه الإسلامي بأن الورثة يخلفون مورّثهم فيما له من حقوق دون الالتزامات، وتكفّل الشارع الحكيم من خلال هذا النظام المحكم بتحديد نصيب كل وارث من ورثة المتوفى ذكراً كان أم أنثى من خلال نصوص القرآن الحكيم التي جاءت مفصّلة لأحكام الميراث، ولم تتكفل السنة النبوية إلا بالقليل منها، لذا يُطلق على الميراث بوصية الله لعباده في مقابل وصية الإنسان لأخيه وهي ما تعرف بالوصية الاختيارية.

إن الميراث يندرج ضمن آخر حق من الحقوق المتعلقة بالتركة طبقاً للمادة 180 من قانون الأسرة الجزائري بعد إخراج الحقوق الثلاثة وهي مصاريف التجهيز والدفن وديون المورث، والوصايا. وأسباب الميراث في الإسلام أربعة وهي: النكاح والقرباة والولاء وبيت المال.

أما حكمة مشروعية الميراث فتتجلى أكثر من خلال السعي لبقاء أملاك المتوفى داخل أسرته وعدم خروجها إلى الأجنبي بعد انتقاله إلى الذمة المالية لأفراد

ورثته، وفي هذا رعاية لأقرباء المتوفي، وبخاصة من كان لهم حقا عليه أثناء حياته، وأن رجوع تلك الممتلكات بعد وفاته لأولئك الأقارب كان سببا رئيسيا في بذل المزيد من الجهد والعمل في سبيل الحصول على أكبر قدر من الأموال أثناء حياته، وعدم الإسراف في إنفاقها فوق حاجته.

أُحق المشرّع الجزائري بالخلافة الجبرية ما يُعرف بالتنزيل أو الوصية الواجبة التي أُلزمت بنص قانوني واجب النفاذ في تركة المتوفي لصالح حفدته ممن مات مورثهم قبله أو معه طبقا لنصوص المواد: من 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري.

### - القسم الثالث: الأسباب الناقلة للملكية.

وهي تشمل كل التصرفات والعقود الناقلة للملكية من شخص لآخر، لكن هذا الانتقال يكون هنا بين الأحياء، وهذا إما تراضيا كالعقود، أو قسرا على إرادة المالك الأول.

إن انتقال الأملاك بالتراضي قد يتم عن طريق التصرف القانوني الصادر من جانبين وهو ما يُعرف بالعقد، وإما أن يكون صادراً من جانب واحد وهو ما يُطلق عليه بالإرادة المنفردة، أو العمل القانوني الصادر من جانب واحد، والعقد هو توافق إرادة شخصين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتعلق بإنشاء الحقوق والالتزامات المقابلة لها أو نقلها أو تعديلها أو إنهاؤها.

وأنواع العقد متعددة حسب النواحي التي يُنظر إلى العقود من خلالها، فتُقسّم حسب شروط تكوين العقد إلى عقود رضائية وعقود شكلية، ومن حيث مضمونها أو أثرها إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، وبالنظر لمقابل يعطيه العاقد فتتقسم إلى عقود معاوضة وعقود تبرّع، ومن حيث عنصر الزمن وعلاقته بتحديد الالتزامات فإنها تُقسّم إلى عقود فورية وعقود مستمرة، ومن حيث تنظيم المشرّع لعقد معين أو عدم تنظيمه، تُقسّم إلى عقود مسمّاة وعقود غير مسمّاة،

ومن حيث طبيعة العقد وإمكانية تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنه تُقسّم إلى عقود محدّدة وعقود احتمالية.

أما التصرف بإرادة منفردة فمجاله أضيق بالمقارنة مع العقود، فهو يصدر عن إرادة واحدة دون الحاجة إلى إرادة شخص آخر، ومثاله: الوقف والوصية والوعد بجائزة الموجه للجمهور، وعمل الفضولي القابل للإبطال، وإنهاء عقد الوديعة وعقد العارية بالإرادة المنفردة<sup>(1)</sup>.

إن انتقال الأملاك العقارية بين الأحياء برضى المشتري الثاني في عقد البيع وقسراً على إرادة كل من المشتري الأول والمالك الأول (البائع الأول) يتجسّد في موضوع الشفعة التي هي موضوع رسالتنا هذه، لذا كانت الشفعة سببا مهما من أسباب كسب الملكية العقارية يتميز عن غيره من الأسباب الأخرى التي حدتها القوانين والتشريعات المعاصرة، باعتباره حق تملك قسري للعقار يُمارس بغض النظر عن إرادة المشتري أو المالك الأول وهذا بقوة القانون، فكأنه انتزاع لملك الغير بغير رضاه لكن بمقابل، بالإضافة إلى ما أنفق عليه من المصاريف اللازمة لحفظه وصيانته، وكل هذا من أجل دفع ضرر الشركة أو الجوار، أو من أجل الحفاظ على وحدة ومردودية العقار، وبخاصة إذا كان العقار فلاحياً، وهو ما سوف نتعرض له بشيء من التفصيل في هذه الرسالة.

والمشرّع الجزائري كغيره من المشرّعين لدى مختلف الدول المعاصرة نظّم أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني تحت فصل: طرق اكتساب الملكية بالإضافة إلى بعض التشريعات الخاصة، منها على وجه الخصوص قانون التوجيه العقاري الذي اقتبسها من الشريعة الإسلامية، لذلك يجب دائماً الرجوع عند تفسير نصوصها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر التاريخي للشفعة.

(1) - محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الثقافة للطباعة والنشر الجزائر، 1995، ص24.

ومن دواعي اختيارنا لهذا الموضوع هو الطبيعة الخاصة والاستثنائية له باعتباره خروجاً عن المبدأ العام في التعاقد وهو الرضائية واحترام إرادة المتعاقدين، فهو قيد يرد على حرية الإرادة في التعاقد، لأن المبدأ العام هو أن الشخص يشتري ممن يشاء ويبيع لمن يشاء في القانون، بالإضافة إلى الإشكالات القانونية التي تُثار في الواقع العملي في هذا المجال، وبخاصة ما أضافته النصوص الخاصة وكذا الخلط الواقع في مصطلح "الشفعة" في هذه التشريعات كقانون التوجيه العقاري 25-90 و المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري 03-93 وقانون الضرائب وقانون 19-87 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية وغيرها من النصوص الخاصة في هذا المجال، و هو ما جعل البحث في هذا الموضوع يكتسي أهمية علمية بالغة، بالإضافة إلى نقص الدراسة المتخصصة في موضوع الشفعة في القانون الجزائري، مما يجعل هذه الرسالة تُثري جانباً هاماً من مواضيع البحث على مستوى الأبحاث الجامعية في الجزائر.

وقد اعتمدنا في هذه الرسالة منهجية تقوم على التحليل والنقد، مع إبداء الملاحظات التي نراها مناسبة لعلاج هذا الموضوع، لنجيب من خلالها على عدة تساؤلات تعتبر من أهم إشكالية البحث منها:

- هل مفهوم الشفعة متفق عليه بين جميع الفقهاء؟ وهل الشفعة نظام قديم أم هو مجرد نظام اجتهادي حديث؟ وإذا اعتبرنا الشفعة قيد على حرية الإرادة فما هي حكمتها التشريعية؟

- إذا ثبت الأخذ بالشفعة، فما هي الشروط والإجراءات المتبعة في ذلك؟ ثم ما هي الآثار المترتبة عن الأخذ بها؟ وهل تُقَرَّر الشفعة للشفيع على الدوام أم أنها يمكن أن تقع تحت طائلة السقوط في حالات معينة؟

كل هذه الأسئلة وغيرها سوف نجيب عنها من خلال هذه الرسالة، التي قسّمناها إلى ثلاثة أجزاء رئيسية: نتعرض في بدايتها لمفهوم الشفعة وتطورها

التاريخي، ثم حكمتها التشريعية (الباب الأول)، لنتناول بعدها شروط الأخذ بالشفعة وإجراءاتها القانونية (الباب الثاني).

وأما الجزء الأخير من الرسالة فنخصصه للحديث عن آثار الشفعة وسقوطها (الباب الثالث).

# الباب الأول.

## مفهوم الشفعة، تطورها التاريخي

### حكمتها التشريعية.

#### الباب الأول:

#### مفهوم الشفعة، تطورها التشريعية.

إن الشفعة تعتبر أحد الأسباب المكسبة للملكية العقارية، المبنية منها وغير المبنية، وهي طريق خاص لتملك هذه العقارات يختلف عن الأسباب والطرق القانونية الأخرى، وذلك لأنها حق تملك قسري لتلك العقارات ينفذ دون إرادة مالكة

ومشتره معاً، عن طريق ضم العقار المبيع إلى ملك الشفيع بشروط محددة وهذا بقوة القانون (الفصل الأول).

والشفعة كغيرها من طرق اكتساب الملكية الأخرى عُرفت منذ العصور القديمة وتطورت أحكامها بعد ذلك مرورا بالعصور الوسطى، كما طوّرت الشريعة الإسلامية أحكامها وضبطت قواعدها، فوّضت لها شروطاً محدّدة في إطار الفقه الإسلامي وما ورد عن السنة النبوية الشريفة، ثم جاءت التشريعات الحديثة في مختلف الدول بأن قنّنت أحكامها ووضعت لها شروطاً إضافية أخرى ووسعت مجالها أكثر، سعياً منها لدفع ضرر الشريك أو الجار الجديد، وكذا المحافظة على وحدة عناصر الملكية وعدم تجزئه العقار (الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

### مفهوم الشفعة.

إختلف الفقهاء في تعريف الشفعة، سواء تعلق الأمر بالفقه الشرعي في إطار الشريعة الإسلامية باعتبارها أحد المصادر التاريخية الهامة لها، أو ما تضمنه فقه القانون الوضعي، وما أتت به التشريعات الحديثة في المجال.

إلا أن معظم التعاريف تقترب من مدلولها اللغوي (المبحث الأول).

والشفعة كما أسلفنا مصدرها التاريخي الأساسي هو الشريعة الإسلامية، فهذه الأخيرة هي الأصل الذي على وفقه شرعت الشفعة واعتمدت في التشريعات الحديثة لدى مختلف الدول، والدليل على ذلك ما جاءت به السنة النبوية الشريفة في كثير من الأحاديث التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الموضوع، والتي سوف نوردتها في هذا الفصل (المبحث الثاني).

وإضافة إلى ما سبق ذكره، اختلف الفقه أيضا بشأن تحديد الطبيعة القانونية للشفعة بين عدة اتجاهات، فمنهم من اعتبرها مجرد واقعة مركبة، والبعض منهم يرى بأنها حق، وفريق آخر اعتبرها رخصة، ويرى البعض أيضا بأن الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة، وبين هذا وذاك جاء المشرع الجزائري من خلال نص المادة 794 ق م ج ليقرر بأن: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار... »<sup>(1)</sup> (المبحث الثالث).

## المبحث الأول:

### تعريف الشفعة

قبل التطرق لأحكام الشفعة وبيان شروطها لابد وأن نرجع على تعريفها في اللغة ثم في الاصطلاح، حتى يتضح مفهومها أكثر، وبالتالي يساعدنا هذا في ضبط المصطلحات القانونية كل في محله، لتتضح المعاني وبلوغ الهدف المقصود، وهذا

(1) - الأمر رقم 75-85 المؤرخ في: 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، والمنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في : 30/09/1975 ، العدد 78.



عن طريق الربط ما بين الاشتقاقات اللغوية، وما ذهب إليه الفقه والقانون في تبيان معنى الشفعة. (المطلب الأول).

ونظرا للمصدر التاريخي للشفعة، ألا وهو الشريعة الإسلامية أصلا، أدخلنا التعريف الشرعي للشفعة، إلى جانب الاصطلاح القانوني وتعريفها اللغوي (المطلب الثاني)، ثم نتناول بعدها تعاريف بعض التشريعات الحديثة للشفعة لنبرز من خلالها موقف الشرع الجزائري في تعريفه لها. (المطلب الثالث).

## المطلب الأول:

### تعريف الشفعة لغة.

للشفعة عدة اشتقاقات و مصادر في اللغة العربية نذكرها كما يلي:

الشفعة مصدر شفع، أي: الشَّفَعُ - بفتح الشين وسكون الفاء- وهي ضد الوَثْر (1) فيقال: كان وترًا فَشَفَعَهُ، وتقول العرب: شفع الشيء، صيره شفعا، أي: زوجا، بأن يضيف إليه مثله.

ويقال كذلك: شفع الشيء شفعا أي: ضم مثله إليه وجعله زوجا (2)، ولهذا يقال: شفع البصر الأشباح، أي رآها شيئين، وكما هو الحال أيضا عند ضعف البصر والرؤية حينما يقال: شُفِعَت لي الأشخاص بمعنى: بدا الشيء أو الشخص لي شخصين، ومن هنا يقال: العين شافعة، وأصابته شفعة، أي: عين (3)، وكذلك تقول العرب: تشَفَع - بتشديد الفاء- بفلان إلى فلان توسل به إليه.

إستشفع: طلب النصر والمعونة، والشفائع هي: المزدوجات، ومن هنا يقال: شفائع النبت وهو ماينبت مزدوجا، والشفوع: من في طاقته أن يعمل ضعف مايعمل نظيره. يقال: ناقة شفوع وهي التي تجمع بين محلبين في حلبة واحدة والشفيع في

(1) - محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب الحديث، الكويت 1993، ص 329.  
- ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج3، دار الجيل و دار لسان العرب، لبنان، 1988، ص333.  
- أحمد ابن فارس اللغوي، مجمل اللغة، ج2، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984، ص508.  
(2) - فؤاد إفرام البستاني، المنجد، ط 45، دار المشرق، بيروت لبنان، ص 375.  
(3) - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج 1، ط 2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع إسطنبول تركيا دون ذكر التاريخ، ص 487.

العدد هو الزوج وجمعها شفعاء<sup>(1)</sup>، وشاة شافع أي: معها ولدها، وعلى هذا يقال في الصلاة: شفعت الركعة بمعنى جعلتها إثنين<sup>(2)</sup>.

وفي القرآن الكريم قوله تعالى « ومن يشفع شفاعه حسنة يكن له نصيب منها، ومن يشفع شفاعه سيئة يكن له كفل منها»<sup>(3)</sup>، أي من يزد عمله وينمو هو من يضم عملا إلى عمل.

ومما سبق ذكره بشأن الاشتقاقات والمصادر اللغوية لمصطلح الشفعة يتضح لنا بأن جل المفردات تتمحور حول معنى واحد لها وهو الضم والزيادة والإضافة وهو ما يتوافق مع المعنى الشرعي أو الفقهي لها، وهو ضم ملكية العقار المشفوع فيه إلى أملاك الشفيع جبرا على مشتريه ومالكه معا، بمعنى: إضافته إليه ليصبح وحدة واحدة وملكا واحدا في يد الشفيع.

## المطلب الثاني:

### تعريف الشفعة شرعا.

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة، فتعددت آراؤهم حول ذلك، نذكر منها ما يلي:

- عرفها ابن عرفة من المالكية بأنها: « استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه»<sup>(4)</sup>.

(1) - إبراهيم مصطفى وآخرون، نفس المرجع، ص 487.

(2) - على الحفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية و مقارنتها بالشرائع الوضعية، ج 02، دار الفكر العربي دون ذكر البلد، 1996، ص 265.

(3) - الآية 85 من سورة النساء.

(4) - محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك - حقه وعلق عليه: محمد أبو الأجدان وآخرون - الدار العربية للكتاب، تونس، 1985، هامش ص 134.

- وعرفها بعض المالكية أيضا: « الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته»<sup>(1)</sup>.

والاستحقاق الوارد في هذا التعريف والمخول لهذا الشريك معناه: أن لهذا الأخير حق أخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره في مقابل ثمن يبيعه إن كان العقد بيعا، أو بقيمة العقار الذي بادل به هذا الغير، إن كان العقد مقايضة، لا اعتبار أن المقايضة والبيع لهما نفس الحكم في الشريعة الإسلامية، بخلاف التشريعات الحديثة فالبيع عندها يختلف عن المقايضة. وذلك نظرا لأن لفظ (ما عاوض) يشمل مبادلة العقار بالنقود وهو البيع، كما يشمل مبادلة أو معاوضة العقار بعقار مثله وهي المقايضة.

وعرفت الشفعة كذلك عند بعضهم بأنها: « حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن»<sup>(2)</sup>.

ومعنى لفظ (حق) الوارد في التعريف أن لهذا الشفيع سلطة أو صلاحية أو امتياز، إن شاء استعمله وإن شاء تنازل عنه، فهذه السلطة التي منحها إياه الشرع وكذلك القانون هي اختيارية للشفيع بحيث لا يجبر على الأخذ بها.

وأما عبارة (كله أو بعضه) فيُستفاد منها في حالة تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة فيقسم بينهم ذلك العقار تحقيقا للعدالة والمساواة في الحقوق والأنصبة.

- وعرفها فقهاء الحنفية بأنها: « تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه»<sup>(3)</sup>. والمقصود بالبقعة هنا الواردة في هذا التعريف هو العقار المشفوع فيه.

(1) - سيد أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 03، المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1992، ص 254.  
- عثمان بن حسنين الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج 02، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية  
الرباعية الجزائرية، 1992، ص 174.

(2) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة و القسمة في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية القاهرة  
2000، ص 09.

- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 150.  
- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، ط 02، دار الفرجاني، القاهرة، دون ذكر السنة، ص 18.

- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط 02، دار الفكر العربي، دون ذكر السنة، ص 109.  
(3) - محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج 05، ط 02، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي  
القاهرة، 1963، ص 142.

- ومنهم من عرفها بأنها: « ضم بقعة مشتراة إلى عقار الشفيع بسبب شركة أو جوار»<sup>(1)</sup>.

والملاحظ على هذا التعريف أنه يستعمل عبارات التعاريف اللغوية، وهي كلمة (الضم) بالإضافة إلى اعتباره الجوار كواقعة طبيعية من أحد الأسباب الشرعية للأخذ بالشفعة شأنها شأن الشيوع أو الشركة كوقائع قانونية، وهذا الاتجاه، يعتبر الجار الملاصق مرتبة ثالثة في الأخذ بالشفعة بعد الشريك في الشيوع والشريك غير المقاسم.

- وعرفت أيضا: « الشفعة حق الجار في تملك العقار جبرا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء»<sup>(2)</sup>.

- جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 950 على أن: « الشفعة تملك العقار جبرا على مشتريه بما قام عليه من الثمن»<sup>(3)</sup>.

استنادا إلى ما ذكر بشأن التعريف الشرعي للشفعة نجد بأن أعمدة الفقه الإسلامي قد اختلفوا أيضا في صياغة تعريف موحد للشفعة، مثلما اختلف في ذلك الفقه القانوني الحديث، والسبب في ذلك تعدد مصادر رواة الحديث النبوي الشريف حول الطبيعة القانونية الشرعية للشفعة، وكذا بالنسبة لمن يحق لهم الأخذ بها ومنه انقسمت آراء الفقهاء تبعا لذلك بين إحقاق الجوار بالشركة، وهو مذهب الحنفية، وبين حصر أسبابها في الشركة فقط، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة.

هذا وبعدها تناولنا مجمل التعاريف الشرعية عن الشفعة، سوف نتطرق إلى موقف القوانين الحديثة من تعريف الشفعة في المطلب الموالي.

### **المطلب الثالث:**

### **تعريف الشفعة قانونا.**

(1)- عبد العزيز محمد أبي غدیر، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، دار نور الفجر للطباعة الإسكندرية القاهرة، يدون ذكر السنة، ص 09.

(2)- إبراهيم مصطفى وآخرون، المرجع السابق، ص 487.

(3)- نقله سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1986، ص561.

رغم اتفاق الفقه والقانون على اعتبار الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية، وطريقا مشروعاً لمن حُقَّ لهم ذلك بمقتضى نصوص القانون، ورغم اتفاق معظم التشريعات الحديثة حول ذلك، إلا أن كلاً من الفقه و القانون قد اختلفا في تحديد معنى الشفعة، وبالتالي الطبيعة القانونية لها أيضا.

وعليه سوف نورد تعاريف بعض التشريعات الحديثة للشفعة، ثم نختمها بموقف المشرع الجزائري من ذلك:

- **أولاً: تعريف الشفعة في القانون المدني الكويتي:** جاء في المادة 891 من هذا القانون مايلي: « الشفعة هي الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها...»<sup>(1)</sup>.

- **ثانياً: تعريف الشفعة في القانون المدني اليمني:** جاء في المادة 1262 منه ما يلي: « الشفعة حق تملك عقارات ولو جبراً، ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت مثلية أو قيمية، منقولة أو غير منقولة، بما قام عليها من العوض والمؤن»<sup>(2)</sup>.

- ما نلاحظه من خلال هذين التعريفين هو أن كلا القانونين يمنحان الحق في الأخذ بالشفعة سواء تعلق الأمر بالمنقولات أو العقارات، وهذا خروج صريح عن مذهب جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي في قصرهم الشفعة على العقارات وما يلحقها فقط، بدليل الحديث الذي رواه جابر وسعيد بن المسيب وغيرهم - رضي الله عنهم- : « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»<sup>(3)</sup>، أي: فيما يمكن فيه القسمة مادام لم يقسم، والضرر هنا أعظم وأظهر بخلاف المنقولات الضرر فيها قليل ونادر، ولكن رغم اتفاق هذين التشريعيين على هذا الحكم، إلا أنهما يختلفان في الأحكام الأخرى الخاصة بالشفعة، ومنها أن القانون المدني اليمني يعتبر الشفعة حق تملك، بالإضافة

(1) - نقله عبد الله محمد صالح، المرجع السابق، ص 11.

(2) - نقله عبد الله محمد صالح، نفس المرجع، ص 11.

(3) - مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، دار الكتب المطبوعات الجمالية، الجزائر، دون ذكر السنة، ص 407، 403.

إلى أنها هنا قد تكون في البيع أو غيره من عقود المعاوضة طبقاً لعبارة النص: « بعوض مال معلوم»، وكذا عبارة: « من العوض والمؤن».

- أما القانون الكويتي فيعتبرها لا حق ولا رخصة، فعرفت مجردة من ذلك، واعتبرها « حلولا محل المشتري»، وهذا عند بيع هذه العقارات أو المنقولات فقط، دون عقود المعاوضة الأخرى شأنه في ذلك شأن المشرع المصري والجزائري كما سنرى.

- **ثالثاً: تعريف الشفعة في القانون المدني الأردني:** جاء في المادة 1150 منه ما يلي: « الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه، بما قام عليه من الثمن والنفقات»<sup>(1)</sup>، والملاحظ على المشرع الأردني هنا أنه لا يأخذ بالشفعة إلا في البيع فقط.

- **رابعاً: تعريف الشفعة في القانون المدني المصري:** نص عليها في المادة 935 منه بقولها: « الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية»<sup>(2)</sup>، وهذا النص يقابل نصوص أخرى في التشريعات العربية، أي: تورد نفس التعريف بالنسبة للشفعة ومنها: المادة 929 لبيي و1128 عراقي والمادة 238 من قانون الملكية العقارية اللبناني<sup>(3)</sup>.

(1) - نقله نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة ص162.

(2) - نقله عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ج 09، المجلد 01، ط3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 445.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 13.  
(3) - معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض، ط 3، دون ذكر دار النشر القاهرة، 1997 ص17.

هذا بالإضافة إلى ما أوردناه سابقا بالنسبة للقانون المدني الكويتي في مادته 891، ووجه الاتفاق بين هذه التشريعات العربية وهو أن كلا منها يعتبر الشفعة سببا أو طريقا مشروعاً لكسب ملكية العقارات دون المنقولات. بالإضافة إلى اعتبارها مجرد رخصة للشفيع، أي: خيار له أن يتمسك به أو يتنازل عنه دون أن يجبره أحد على ذلك، لذا نجد فقهاء الحنفية يعبرون عنها بأنها مجرد إرادة ومشيئة، لا ترتقي بأي حال إلى مرتبة الحق، إن شاء أخذها الشفيع وإن شاء تركها. ومن هنا نجد المشرع الجزائري هو الآخر قد سائر هذا الاتجاه وأخذ بهذا المفهوم من خلال نص المادة 794 قانون مدني، التي جاءت مقتبسة من نص المادة 935 مدني مصري.

#### - خامسا: تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري:

لقد نظم المشرع المدني الجزائري الشفعة في القسم الخامس من الفصل الثاني تحت عنوان: طرق اكتساب الملكية، وهذا في الباب الأول بعنوان: حق الملكية، من الكتاب الثالث والمعنون هذا الأخير بالحقوق العينية الأصلية. وجاءت أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني فتناولت المادة 794 منه تعريف الشفعة بقولها: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»<sup>(1)</sup>.

يفهم من هذا التعريف بأن الشفعة تتحقق في حالة ما إذا بيع العقار وقام سبب قانوني يخول لشخص آخر الحلول محل المشتري في شراء هذا العقار بحيث تكون له أولوية عليه وعلى غيره ممن يريد تملك هذا العقار، ومن هنا يقال إنه أخذ العقار المبيع بالشفعة، ويسمى الأخذ بالشفعة الشفيع، والمشتري المشفوع منه.

(1)- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في: 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1975/09/30، العدد 78.

أما العقار المراد تملكه من طرف هذا الشفيع فيطلق عليه العقار المشفوع فيه، والعقار المجاور أو الداخل ضمن أجزاء الشيوخ والمتصل بملكية الشفيع يطلق عليه العقار المشفوع به. وبسبب العقار الأخير أصبح الشفيع في مركز قانوني يعطيه الحق في الأخذ بالشفعة وهذا بعد إكتمال الأسباب الأخرى المعتدّ بها قانوناً»<sup>(1)</sup>.

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري كغيره في بعض التشريعات العربية ولاسيما التشريع المصري، قد اعتبر الشفعة رخصة، فهي مجرد خيار أو إرادة ومشينة وبالتالي فهي ليست بواجب كما لا تعتبر حقا بالمدلول القانوني.

## المبحث الثاني:

### الأصل التشريعي للشفعة.

بعد ما تناولنا في المبحث السابق تعريف الشفعة لغة وشرعا وقانونا سنعالج في هذا المبحث مسألة هامة وهي مصادر تشريع الشفعة، والتي تتمحور حول مصدر تاريخي وحيد، ألا وهو الفقه الإسلامي، وذلك من خلال نصوص السنة النبوية الشريفة **(المطلب الأول)**، وكذا آراء وتأويلات أعمدة هذا الفقه الواسع، من خلال شروحاتهم وفهمهم لنصوص الأحاديث النبوية الصادرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم **(المطلب الثاني)**.

## المطلب الأول:

### في السنة.

وردت بشأن الشفعة مجموعة من الأحاديث النبوية الشريفة نذكر منها ما

يأتي:

(1)- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينة الأصلية- أحكامها ومصادرها، ط4، منشأة المعارف بالإسكندرية القاهرة، 1995، ص 515.



أولاً: روى الإمام البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «  
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت

الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة»<sup>(1)</sup>.

ثانياً: وعن جابر رضي الله عنه أيضاً، أن النبي صلى الله عليه وسلم: «  
قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة، أو حائط، لا يحل أن يبيع حتى يأذن  
شريكة، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»<sup>(2)</sup>.  
والمقصود بكلمة (ربعة) الواردة هنا في هذا الحديث، هي المنزل الذي يربع  
فيه ويتوطنه الإنسان.

ثالثاً: روى الإمام البخاري عن أبو رافع رضي الله عنهما، أنه قال: سمعت  
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه»<sup>(3)</sup>، وكلمة (سقبه)  
الواردة في هذا الحديث يقصد بها ما قرب من داره فهو أحق به من غيره.

رابعاً: روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: يا رسول الله إن لي  
جارين، فإلي أيهما أهدي؟ قال: «إلى أقربهما منك باباً»<sup>(4)</sup>.

خامساً: عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهما،  
قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الجار أحق بشفعه جاره ينتظر بها، وإن  
كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»<sup>(1)</sup>.

(1) - هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة. حديث رقم: 2099 - راجع: البخاري، صحيح البخاري، ج 02، - ضبطه ورقمه وشرح أحاديثه، مصطفى ديب البغا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص 787.  
- و أخرجه : مالك كذلك في الموطأ عن سعيد ابن المسيب، و عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن ابن عوف، دون عبارة: "و صرفت الطرق".

- راجع : مالك، موطأ الإمام مالك - رواية يحيى ابن يحيى - دار الكتب، الجزائر، دون ذكر السنة، ص 403.  
- و رواه كذلك الترمذي و أبو داود، راجع: محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، دار شريفة للنشر، دون ذكر البلد و السنة، ص 254.

(2) - مسلم، صحيح مسلم، ج 05، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون ذكر التاريخ، ص 57.

- محمد بن حارث الخشني، المرجع السابق، هامش ص 134.

(3) - رواه البخاري، نفس المرجع، رقم الحديث 2139، ص 787.

(4) - رواه البخاري، نفس المرجع، رقم الحديث 2140، ص 788.

- و نقله كذلك عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 11.

سادساً: عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم: « قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضية والدور».

كذلك ما رواه سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « جار الدار أحق بالدار من غيره»<sup>(2)</sup>.

هذه هي مجمل الأحاديث التي تدل على مشروعية الشفعة، وأن الأصل الشرعي لها من خلال تقنينها في التشريعات الحديثة هي الشريعة الإسلامية.

### المطلب الثاني:

#### آراء الفقهاء.

يرى جمهور الفقهاء وجوب الحكم بالشفعة، وذلك لما روي من الأحاديث السابق ذكرها فهم يرون بضرورة العمل بالشفعة لأنها ثابتة بالسنة النبوية والإجماع والقياس، إلا أن بعضهم يرى بعدم جوازها، ولأن القياس يأبى ذلك.

- أولاً: القائلين بالشفعة: يرى الإمام الشافعي وأهل المدينة أن الشفعة واجب العمل بها إلا أنهم يرون بأنه لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم، وفي هذا الصدد يرى أهل العراق بأن الشفعة مرتبة، فأولى الناس بها الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم، إذا كانت بينهما طرق ومعايير مشتركة، ثم يأتي الجار الملاصق<sup>(3)</sup>.

ودليل أهل المدينة هو حديث جابر رضي الله عنه السابق ذكره بشأن التأصيل الشرعي للشفعة<sup>(4)</sup>. أما دليل أهل العراق فهو حديث عطاء عن جابر وحديث أبو رافع رضي الله عنهما في مقارنتهما بالأحاديث النبوية الأخرى المتعلقة بالشفعة<sup>(5)</sup>.

(1) - رواه الترمذي، صحيح الترمذي، ج06، دار العلم للجميع، لبنان، دون ذكر التاريخ، ص131.

- ونقله عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص11.

(2) - رواه الترمذي وأبو داود و صححه أيضاً.

- راجع محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص254.

- ونقله كذلك عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص10.

(3) - محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص254.

(4) - راجع الصفحة رقم 23 من هذه الرسالة.

(5) - راجع الصفحة رقم 23 من هذه الرسالة.

والإمام مالك رضي الله عنه من خلال مذهبه يقسم العمل بالشفعة على ثلاثة أنواع:

**الأول:** وهو الأصل في الأخذ بالشفعة والمقصود منها، وهو العقار سواء كان مبنياً أو غير ذلك من الأراضي الزراعية.

**الثاني:** ما يلحق به مما هو ثابت غير قابل للانتقال مثل: البئر، والمحال الموجودة على الأراضي الزراعية، بشرط أن يكون الأصل مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم.

**الثالث:** ما تعلق بهذه الأرض المزروعة، كالثمار وفيها عنه خلاف فالبعض من المالكية يرى بجواز الشفعة فيها، ومنهم من يرى بعدم ذلك، ويلحقها في الحكم كذلك كراء الأرض للزرع والحمام والرحا، أما ما عدا ذلك من العروض فلا شفعة فيها<sup>(1)</sup>.

ومما سبق ذكره يتضح أن المالكية لا يرون بالشفعة إلا في العقارات باستثناء ما يلحقها مما هو في خدمتها، إلا أنه هو الآخر في نظر القانون يأخذ حكم العقار (العقار بالتخصيص). والدليل على ذلك أيضاً ما ورد في الموطأ بقول الإمام مالك: «الشفعة في الدور والأراضي ولا تكون إلا بين الشركاء»<sup>(2)</sup>، فهو إذاً لا يرى بها في المنقولات، حيث جاء في الموطأ أيضاً قوله: «ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بغير، ولا بقرة، ولا شاة، ولا في شيء من الحيوان، ولا في ثوب ... إنما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم، وتقع فيه الحدود من الأرض»<sup>(3)</sup>.

(1) - محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص254

(2) - مالك ابن أنس، المراجع السابق ص403، 407.

- محمد بن حارث الخشني، المرجع السابق، ص134.

(3) - محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص255.

ووافق الشافعي مالكا فيما ذهب إليه من قصرها على العقارات، ما عدا الثمار فقد خالفه فيها، وهو أيضا رأي جمهور الفقهاء أما الظاهرية فقد أجازوها في العقار والمنقول على الإطلاق<sup>(1)</sup>.

رغم اتفاق الفقهاء على أن المشفوع عليه هو من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم، أو من جار عند من يرى الشفعة للجار، كما هو الحال عند أهل العراق والحنفية لاعتبار أن الضرر واقع هنا، والذي على أساسه شرعت الشفعة أصلا، فإنهم اختلفوا في حال انتقال الملكية بغير عقد البيع. فالمشهور عند المالكية أن الشفعة تجب عند انتقال الملك بعوض سواء كان بيعا أو غير ذلك من عقود المعاوضة، وبه قال الشافعية أيضا، أما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط، ودليلهم ظاهر الأحاديث السابقة<sup>(2)</sup>.

- **ثانيا: النافين لها:** رغم اتفاق جمهور الفقهاء على العمل بالشفعة إلا أن هناك من يرى عكس ذلك، وهو ما أكده الفقيه ابن المنذر بقوله: «لقد أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط، غير أنه بعد الإجماع بما يقارب من قرن من الزمان، زعم أبو بكر الأسود أن الشفعة غير جائزة...».

ثم يضيف قائلا: «... واستدل على ذلك بقوله: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم).

والشفعة تتم بغير رضا البائع والمشتري فلا تجوز، غير أنه يرد على ذلك بأن الأخذ بها يتم بمثل الثمن فلا يُتوهم فيها الباطل، بخلاف التجارة حيث تتفاوت الأسعار»<sup>(3)</sup>.

(1) - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية- أسباب كسب الملكية، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999، ص: 119.

(2) - ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص: 255.

(3) - عبد الناصر توفيق العطار، أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، بيروت، دون ذكر التاريخ، ص: 293.

وزعم بعض الفقهاء أيضا بعدم جواز الأخذ بالشفعة لأنها لا تتوافق مع القياس باعتبارها أحد مصادر التشريع الهامة، والسبب هو التملك الجبري ضد إرادة المشتري وبغير رضاه وذلك لا يجوز لأنه أكل للأموال بالباطل كما أوردناه سالفًا. واستدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه... ».

ويرى هذا الاتجاه من الفقه أن الأخذ بالشفعة يدفع بذلك الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري عند إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره<sup>(1)</sup>.

لقد رفض كثير من الفقهاء أن تكون الشفعة قُدرت على خلاف القياس ومنهم ابن القيم الجوزية الذي يرى بأن مشروعية الشفعة أصل من الأصول المقررة في الشريعة، وهو ما أكده أيضا الإمام السرخسي<sup>(2)</sup>.

ولهذا يرى بعض الباحثين أيضا في هذا المجال أن في إجبار المشتري بنزع الملكية منه فيه ضرر أقل، وأما ضرر الشفيع في حرمانه من ملكية جاره أو شريكه المراد بيعها، ودخول هذا الشخص الأجنبي عليه، لهو ضرر أعظم وأبشع بالتضييق عليه، وكشف عوراته وخاصة إذا كان هذا الجار أو الشريك حسب قول الفقهاء يضاذه في الأخلاق والعادات ومشهود له بسوء المعاشرة والمعاملة، منها: إعلاء الجدار، وإيقاد النار ومنع ضوء النهار، وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار<sup>(3)</sup>، وبناء على ما سبق فرفع أعظم الضررين هو واجب في الشركة أو

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص: 11.

- محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص: 119.

(2) - نقله محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986، ص: 137.

(3) - نقله عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص: 11 و12.

الجوار، لهذا حثت الشريعة الإسلامية عموماً على احترام الجار والإحسان إليه، فجاءت أحاديث نبوية كثيرة تقرر هذا الحق إلى درجة أن الرسول صلى الله عليه وسلم ظن من ذلك أنه سيورث كما جاء في الحديث: « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه».

وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يؤذي جاره»<sup>(1)</sup>. و قوله صلى الله عليه وسلم: « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره»<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى ما سبق بيانه يمكن الاعتماد في هذا على القواعد الفقهية الواردة في هذا الشأن، والتي تقضي بأن يرفع الضرر الأعلى بالضرر الأقل، لاعتبار أن الضرر الذي يلحق المشتري في نزع الملك من يده قليل بالمقارنة مع ما يلحق هذا الجار أو الشريك في الشيوع من دخول الأجنبي عليه ومضايقته وإيذائه لوقت قد يستغرق حياته كلها، وتحويل سكينته واستقراره إلى ضجيج وفوضى، وما ينجر عن ذلك من نزاعات وخصومات ومشاكل لا نهاية لها. أليس هذا ضرر أعظم وأبشع؟ بل هو كذلك، ولذا وجب رفعه عن طريق تحويل هذا الجار أو الشريك حق الأخذ بالشفعة تفادياً لذلك.

### - ثالثاً : حكم الشفعة عند القائلين بها.

إن الحكم العام للشفعة في الفقه الإسلامي أنه مباح الأخذ بها، لاعتبار أن الشفعة عندما يؤخذ بها ويقصد من ورائها سد حاجة ماسة ودفع ضرر هذا الأجنبي المحتمل، فهنا تكون مباحة، ولكن لو ترتب على تركها معصية لكانت مستحبة. وقد تكون الشفعة واجبة إذا كان الأخذ بها سيسد الطريق أمام هذا المشتري الذي يريد أن يعيث في الأرض فساداً، و مثاله لو اشترى هذا المسكن من أجل استعماله للقمار أو الدعارة وغيرها من الاستعمالات الأخرى غير المشروعة<sup>(1)</sup>.

(1)- رواه البخاري، المرجع السابق، جزء 07، ص 34.

(2)- رواه مسلم، المرجع السابق، ج 01، ص 50.

نستخلص مما سبق بيانه أن العمل بالشفعة هو مصلحة اجتماعية واقتصادية تقتضيها مصلحة الفرد والجماعة معاً، بأنها طريق شرعي لرفع الأضرار في هذا الوسط الاجتماعي، والقول بها نابع من الشرع والمنطق أيضاً، وحتى المبادئ الإنسانية العامة التي تقوم على العدل والمساواة ورفع الظلم على الأفراد في حياتهم المعيشية.

ونظراً لأصلها الشرعي السابق بيانه فإنه حسب كثير من الباحثين المعاصرين فقد يُرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي عند الفصل في قضايا الشفعة وبخاصة عند غموض النص ومن أجل تفسيره لتتحقق المصلحة المرجوة منه<sup>(2)</sup> وبالتالي التطبيق السليم للنص، مع ملاحظة أنه يمكن تدعيم هذا الاتجاه الفقهي الحديث، ولاسيما لدى القضاء الجزائري لاعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني في التشريع بالنسبة للقضايا والمسائل ذات الصلة بالمعاملات المدنية، وهو ما تضمنه نص المادة الأولى في الفقرة الثانية من القانون المدني بقولها: « وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف».

هذا وبعد ما تناولنا التأصيل الشرعي للشفعة وفقاً لما ورد في السنة وما جاء به الفقه الإسلامي سنتطرق بعدها إلى مسألة جد هامة ألا وهي البحث عن التكييف القانوني للشفعة بصفة عامة ثم موقف المشرع الجزائري من ذلك في المبحث الموالي.

### المبحث الثالث:

#### الطبيعة القانونية للشفعة.

بعدما تناولنا في المبحثين السابقين تعريف الشفعة وبيان أصلها التشريعي سوف نعالج في هذا المبحث الطبيعة القانونية للشفعة، وهذا على ضوء أحكام

(1) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 293.

(2) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 266.

القانون وآراء الفقهاء حول ذلك، وباعتبار أن للتكييف القانوني أثر جد هام على أحكام الشفعة كلها، وبالتالي لا يمكننا التطرق لأحكامها وشروطها قبل حل مسألة التكييف القانوني لها.

ومن هنا اختلف الفقه بشأن ذلك، فظهرت بذلك مجموعة من الآراء والاتجاهات وكل له دليله الخاص به، سعيًا منهم لحل هذه الإشكالية، فنجد منهم من اعتبرها حق **(المطلب الأول)** وبعضهم اعتبرها رخصة **(المطلب الثاني)**، والآخر اعتبرها منزلة وسطى بين الحق و الرخصة **(المطلب الثالث)**، وطائفة أخرى من الفقهاء اعتبرتها واقعة مركّبة **(المطلب الرابع)**.

### المطلب الأول:

#### الشفعة حق<sup>(1)</sup>.

لقد اتفق البعض من الفقهاء على اعتبار الشفعة حق<sup>(2)</sup>، إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذا الحق هل هو حق عيني أم شخصي<sup>(3)</sup>؟ وهذا نتيجة لعلاقة مسألة التكييف بالبحث في آثار الشفعة، وبخاصة ما تعلق منها بالمحكمة المختصة للفصل في دعوى الشفعة، وكذا توريث هذا الحق للورثة بعد موت الشفيع، والتنفيذ عليه من طرف الدائنين، وغيرها من المسائل التي تخص الحقوق المالية بصفة عامة، وبالتالي البحث في مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع.

(1) - اختلف الفقهاء كثيرا في تعريف الحق، وهذا حسب أركانه وأنواعه، إلا أن التعريف الراجح وهو أن الحق مزية أو إمكانية أو قدرة يقررها القانون و يحميها لشخص معين على شخص آخر أو شيء معين (مادي أو أدبي)، راجع إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1993، ص208.

(2) - نقولا أسود، القانون المدني (المدخل والأموال)، دون ذكر دار النشر، لبنان، 1986، ص291.

- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون ذكر التاريخ، ص414.

(3) - إن الحق الشخصي (**droit personnel**) أو الالتزام هو رابطة قانونية تكون بين الدائن و المدين، يخول للدائن بمقتضاها مطالبة المدين بأداء معين (**prestation**) سواء بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهو يتكون من ثلاثة عناصر و هم: الدائن و المدين و محل الحق، وأما الحق العيني: وهو سلطة معينة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين، كحق الملكية مثلا، وهو يتكون من عنصرين: صاحب الحق وموضوع الحق، و لصاحب الحق أن يستعمل حقه و ينتفع به و يتصرف فيه دون الحاجة لوساطة شخص آخر، راجع في ذلك بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995، ص 16.



ومن هنا يرى البعض من الفقه ضمن هذا الاتجاه بأن الشفعة من الحقوق الشخصية، إلا أنهم لا يقصدون بالحق الشخصي المقابل للحق العيني، وإنما يقصدون به ذلك الحق الشخصي اللصيق بشخص الشفيع الذي لا يورث عنه، ولا تجوز حوالة، كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه.

ويرى أحد الفقهاء بأن هذا الاتجاه من الفقه الذي يميز بين عينية الشفعة وشخصيتها لم يكن في حاجة لإثبات هذه الأحكام عن طريق معارضة شخصية الشفعة لصفة العينية، لأن معنى الشخصية المقصود هنا لا يتعارض مع مفهوم العينية<sup>(1)</sup>.

أما الاتجاه الثاني من الفقه فيرى بأن الشفعة تدخل ضمن الحقوق العينية، وذلك سعياً منهم لترتيب بعض الآثار، ومن أهمها تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوي الشفعة وهي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه<sup>(2)</sup>، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري أيضاً من خلال م 802 ق م بقولها: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار...». والسبب في ذلك هو أن الشفيع عندما يطالب بحق الشفعة فهو بذلك يطلب حقا عينيا على ذلك العقار، ومادام حقا عينيا فهو متولد عن ملكية العقار ذاتها وينتقل بذلك عبر سلسلة المالكين لهذا العقار بانتقال هذا الملك من شخص لآخر<sup>(3)</sup>، و في هذا المجال جاء على لسان أحد الفقهاء في تعقيبه على القائلين بأن الشفعة حق عيني أو شخصي بأن هذا الاتجاه من الفقه لم يكن في حاجة لتكييف الشفعة أن يلجأ للتمييز بين اعتبار الشفعة حق عيني أو حق شخصي فكان يكفيهم بذلك أن يقولوا بأن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، لأن في رفعه لدعوى الشفعة فهو

(1) - عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 447.

(2) - راجع م 03/08 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 06/06/1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في : 08/06/1966، العدد 47.

(3) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1985 ص 246.

يهدف من وراء ذلك الحصول على حق عيني عقاري، وعليه يقع قانونا اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موقع العقار المشفوع فيه بالفصل في دعوى الشفعة<sup>(1)</sup>.

وبين هذا وذاك ظهر رأي ثالث ضمن هذا الاتجاه القائل بأن الشفعة حق، ليؤكد بدوره على أن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة بمعنى أنه ليس حقا عينيا بحتا، ولا حقا شخصيا محضا على أساس أنه لا يخول للشفيع إلا لاعتبارات شخصية خاصة به، وهنا يقربه من الحق الشخصي حسب مفهوم الرأي الأول من الفقه، ويذهب هذا الرأي أيضا إلى أن هذا الحق لا يتعلق إلا بالعقارات، وهنا يقربه من الحق العيني وفقا لما ذهب إليه الرأي الثاني من الفقه.

إلا أن الشفعة في رأي كثير من الفقهاء لا تعتبر حقا عينيا يؤثر بذاته في الشيء كحق الملكية أو حق الانتفاع، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني<sup>(2)</sup>.

ومن الفقهاء من يعتبر الشفعة حقا من الحقوق الترخيفية أو المنشئة (droit formateur). ويرجع أصل فكرة الحقوق الترخيفية حسب ما أورده بعض الباحثين هو القانون الألماني، والقانون الإيطالي، ثم انتقلت إلى القانون السويسري

بعد ذلك<sup>(3)</sup>.

(1) - عبد الرزق أحمد السنهوري المرجع السابق ص447.

(2) - رمضان أبو السعود ، نفس المرجع ، ص 247

(3) - ويقسم الفقه الإيطالي و الألماني هذه الحقوق إلى نوعين:

أولهما: الحقوق الترخيفية المستقلة أو الذاتية (les droits potestatifs autonomes) مثالها: إعلان الرغبة في الوعد بالتعاقد، وأضاف إليها بعض الفقهاء حق الأخذ بالشفعة.

وثانيهما: الحقوق الترخيفية المساعدة ( les droits potestatifs auxiliaires ) وهي حق الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود غير محددة المدة.

وحق طلب الإبطال في العقود لعيب من عيوب الإرادة أو نقص الأهلية، أو حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وهي ترتبط بمركز عقدي معين أكثر من ارتباطها بشخص معين.

ويترتب على ذلك أنها تنتقل بالتبعية لانتقال المركز العقدي المرتبطة به، راجع في هذا: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص9-10.

ويقصد بالحقوق المنشئة تلك الحقوق التي يتوقف نشؤها على إعلان إرادة من جانب من تقرر له، وهو يجد مصدره في المركز القانوني الذي يتواجد فيه صاحبه. ولذلك فهو لا يتقرر لأي شخص، بحيث لولا وجود هذا المركز القانوني ما كان لإعلان إرادة من تقرر له أي أثر قانوني، مثاله: حق الموجب له في القبول، ومنه كذلك حق المسترد أن يسترد الحصة الشائعة المباعة وهذا بإرادته المنفردة<sup>(1)</sup>.

فيرى هؤلاء الباحثين أن هذا الحق إنما يعبر عن مكنة<sup>(2)</sup> اختيارية تتقرر في حالة بيع عقار يسمى بالعقار المشفوع فيه لتشريع عين القانون أحواله وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة، ويسمى بالعقار المشفوع به، ليحل محل المشتري ويسمى بالمشفوع منه إذا توفرت شروط محددة قانوناً<sup>(3)</sup>، ويرون أن مكنة طلب الأخذ بالشفعة هي حق من الحقوق المالية ولكنه ليس بالحق العيني أو الحق الشخصي وإنما هو حق من نوع خاص<sup>(4)</sup>.

في حين نجد أحد الباحثين المعاصرين يرى أن الحق في الشفعة يعتبر من الحقوق العامة (حق التملك)، وعليه فلا يعتبر من الحقوق المالية سواء تعلق الأمر بالحقوق العينية أو الشخصية، كما لا يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية في نظره<sup>(5)</sup>.

بتتبع واستقراء آراء الفقهاء في هذا المجال وتفحص أدلتهم بشأن تحديد الطبيعة القانونية للشفعة وما توصل إليه الفقه الحديث، نجد بأن الشفعة فعلا ليست حقا شخصيا ولا هي حقا عينيا بل هي ليست بحق أصلا، واعتبرتها معظم

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص448-449.

(2) - يقصد بـ: "مكنة" هنا صلاحية أو إمكانية، و هما مفردتين للتعبير عن الحق.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت لبنان، 1995 ص405-406.

(4) - نقله نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، هامش ص11.

(5) - موسى سلمان صالح، التملك بالشفعة و طبيعته القانونية - دراسة مقارنة في القانون و الشريعة- رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص: 334.

التشريعات الحديثة بأنها ليست إلا طريقا أو وسيلة لاكتساب الملكية، و هو رأي فريق آخر من الباحثين<sup>(1)</sup>.

من هذا المنطلق فإنه يكون من العبث وغير المفيد البحث في مدى شخصية أو عينية الشفعة طالما أن المنطق القانوني لا يعتبرها حقا أصلا، وهذا الذي عليه أكثر الفقهاء والباحثين في هذا الموضوع.

هذا وبعد ما أثبتنا في هذا المطلب بأن الشفعة ليست بحق أصلا، سوف نورد أيضا الاتجاه الآخر من الفقه والقانون الذي يرى بأن الشفعة ما هي إلا مجرد رخصة، يخولها القانون لشخص يطلق عليه الشفيع، لتملك عقار وهو المشفوع فيه، وهو ما سنعالجه في المطلب الموالي.

## **المطلب الثاني:**

### **الشفعة رخصة.**

بعدما تأكدنا في المطلب السابق بأن الشفعة ليست حقا بالمعنى القانوني المراد له، سنبحث في هذا المطلب تكييف اتجاه آخر من الفقه للشفعة الذي اعتبرها رخصة، فما المقصود من الرخصة، وهل هناك فرق بين الرخصة والحرية (أولا؟)، وما هو الفرق بين الرخصة والحق أيضا (ثانيا)؟

ولهذا سوف نجيب على هذه الأسئلة قبل التطرق لرأي الفقهاء ودليلهم في ذلك على أن الشفعة رخصة.

### **أولا: تعريف الرخصة والفرق بينها وبين الحرية:**

يعرفها الفقيه الألماني: فون تور (vontuhr): بأنها « مكنة تعطي للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته».

ويعرفها الأستاذ: ريبه (G.Ripert) على أنها: « الخيار الممنوح لشخص والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقا لمصلحته في

---

(1) - Nadia Younsi: Le régime Juridique de la Chefaâ en droit Algerien, Université de Constantine, 1980, P: 83.

حدود هذه المصلحة، فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمدة من القانون لكي يسمح لشخص معين بأن يغير مركزه القانوني»<sup>(1)</sup>.

من خلال هذين التعريفين يتضح لنا بأن الرخصة عبارة عن إعطاء الاختيار للغير أو المعنيين بهذا الخطاب، من أجل التخيير بين بدائل معروفة مسبقاً ومحددة أو يمكن تحديدها، وبالتالي يبقى القبول أو الرفض من شأن إرادة هذا المعنى وحده، وهذا بخلاف الحرية رغم تقاربها منها في بعض لمصطلحات لأن هذه الأخيرة، هي عبارة عن مكنة يعترف بها القانون للناس كافة ودون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز<sup>(2)</sup> ومنها الحريات العامة الواردة في الدستور، كحرية الاعتقاد، وحرية التنقل، وحرية التعبير والرأي، وحرية التعاقد<sup>(3)</sup>.

وتختلف الحرية عن الرخصة في حدود السبب الذي يمنح مكنة الاختيار، أن السبب هنا متوفر في الرخصة لكنه غير موجود في الحرية، فحرية التملك مثلاً تعني حرية مطلقة في سلوك أي سبيل للتملك، أو في عدم سلوكه، بخلاف رخصة التملك فيقصد بها جريان سبب يقتضي المطالبة بالتملك وعندما نسقط هذه التعاريف على الشفعة، فيقال: إن الشفيع قبل بيع الشريك لنصيبه له حرية التملك لكن يختلف الأمر لو قام هذا الشريك ببيع نصيبه في الشركة عندها يكون لهذا الشفيع رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة بها، ومن هذا المنطلق يرى هذا الاتجاه من الفقه بأن الرخصة أدنى من الحق وأكثر من الحرية<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: التمييز بين الرخصة والحق:

(1) - نقله رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، الدار الجامعية، القاهرة، دون ذكر التاريخ، ص 53.

(2) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 38.

(3) - المواد 31، 36 من دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 61.

(4) - رمضان أبو السعود الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 148.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص 449.

ميز الفقهاء بين الحرية والحق والرخصة، على أساس أن الرخصة توجد في منزلة وسطى بين الحرية والحق، فيقال حق المالك وحرية التملك، ويوجد بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يمتلك<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك عندما يريد شخص ما شراء عقار معين سواء كان مبنياً أو غير ذلك فهو في هذه الحالة له حرية التملك على هذا العقار وغيره من العقارات الأخرى، مادام أن بائع هذا العقار لم يصدر إيجابه بالبيع بعد.

أما لو صدر الإيجاب من البائع وقبله قبول من طرف المشتري وتم عقد البيع صحيحاً بالنظر إلى أركانه وشروطه، هنا أصبحت ملكية هذا العقار من حق المشتري، وهذا هو الحق المقصود من خلال هذا المفهوم.

إلا أنه لو حدث الإيجاب من البائع ولم يتم القبول بعد، فهنا يصبح المشتري في مرتبة وسطى بين الحق والحرية، وهو ما يعبر عنها بالرخصة، لاعتبار أن المشتري في هذا الحالة صارت له حرية أكثر وأخص في تملك هذا العقار بعينه بالإضافة إلى العقارات الأخرى، لكنه لم يصل بعد إلى مرتبة مالك العقار القانوني، حيث له أكثر من حرية التملك وأقل من حق المالك، فيقال بذلك: إن من حقه أن يمتلك هذا العقار، وليس له الحق في الملكية إلا بعد أن يصدر منه القبول المطابق للإيجاب الصادر من البائع ليصبح حينها مالكا لهذا العقار<sup>(2)</sup>، فتلك المرتبة الوسطى التي تكون بين حرية التملك وحق المالك يطلق عليها جانب من الفقه بالرخصة<sup>(3)</sup>.

عند تطبيق المفهوم السابق للرخصة والحق والحرية على نظام الشفعة نجد ما

يلي:

- في حالة عدم قيام الشريك في الشيوخ أو الجار الملاصق عند من يعتبرون الشفعة للجار أو صاحب حق الانتفاع على ذلك العقار، أو مالك الرقبة ببيع نصيبه

(1) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص40.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش، ص449.

(3) - موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج43، الدار العربية للموسوعات، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ، ص414.

لأجنبي، فإن الشفيع في هذه الصورة لا يخول له إلا حرية التملك فقط على هذا العقار، شأنه شأن العقارات الأخرى.

- أما في حالة لو أقدم هذا الشريك أو صاحب حق الانتفاع أو مالك الرقبة أو الجار الملاصق على بيع نصيبه في ذلك العقار، هنا يكون للشفيع رخصة التملك فله الخيار أن يأخذ بالشفعة أو يتركها، لكن لو أخذ بها بإعلان رغبته في ذلك عند جانب من الفقه، أو بعد صدور الحكم القضائي المثبت للشفعة في حقه عند جانب آخر من الفقه هنا في هذه الصورة يصبح للشفيع حق الملكية وهذه أعلى المراتب السابقة.

وبناء على التفرقة ما بين الحق والرخصة والحرية كيّف كثير من الفقهاء الشفعة بأنها رخصة<sup>(1)</sup> وفقا للمفهوم السابق بيانه، وأكد هؤلاء الفقهاء والباحثين في هذا الموضوع أن الشفعة ليست حقا بل هي طريق لاكتساب الحقوق العينية

العقارية المباح بيعها والمتمثلة في الملكية والانتفاع<sup>(2)</sup>، ويرون بأن الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع، ورتبوا لذلك مجموعة من الآثار سوف نوردتها كالاتي:

### 1- الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة:

يقصدون أنه لا يمكن للشفيع الذي توفرت فيه شروط الأخذ بالشفعة أن يحيل حقه هذا إلى غيره بالتنازل عنه أو ما شابه ذلك، لأنه لصيق بشخصه ومتصل به<sup>(3)</sup>، وهذا هو المقصود بالشخصية في الشفعة، وبالتالي وجب عدم النزول عنها فلا تجوز بذلك حوالتها وهي منفصلة عن العقار الذي كان سببا لها، لأنها تتبع

(1) - مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر، دون ذكر التاريخ، ص413.

(2) - أنور طلبية، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر، 1998، ص355.

- مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص413.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص453.

العقار أينما كان وحيثما وجد، وبالتالي يستفيد منها فقط المالك الأخير لهذا العقار وبهذه الميزة الأخيرة وهي خاصية التتبع قال اتجاه من الفقهاء بعينية الشفعة، لذا يتعين على الشفيع الذي يريد أن يتنازل عن الشفعة لغيره أن ينزل أولاً عن هذا العقار المشفوع به إلى ذلك الغير، لتتبع الشفعة بذلك هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار<sup>(1)</sup>.

## 2- عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع: قرر كثير من الفقهاء عدم

استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع لسببين رئيسيين هما:

أ- طبقاً لاتجاه أكثر الفقهاء والتشريعات الحديثة، بأن الشفعة رخصة وليست بحق فإنه يترتب على هذا الحكم ولاسيما في قواعد الدعوى غير المباشرة، أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص، لاعتبار أن نطاق الدعوى غير المباشرة<sup>(2)</sup> ينحصر في استعمال الحقوق فقط، والشفعة عند هذا لاتجاه رخصة وليست حقاً<sup>(3)</sup>.

ب- أيضاً يمكن القول: بأن الشفعة كما يراها كثير من الفقهاء والباحثين متصلة ولصيقة بشخص الشفيع وما يترتب عن هذا في أحكام الدعوى غير المباشرة، أنه لا يمكن للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين، وهو ما أكدته كثير من التشريعات الحديثة منها القانون المدني الجزائري طبقاً لما تقضي به المادة 2/189

(1) - منح القانون الحديث للدائن الحق في رفع أحد دعاوي الثلاث من أجل حماية حقه في الضمان العام وهي الدعوى البولصية في حالة غش المدين (م 191) ق م ج، ودعوى الصورية (م 198) ق م ج) للتمسك بالعقد الصوري، و النوع الثالث والأهم هنا وهو الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه من أجل إدخال حق تقاعس عنه المدين في الضمان العام، و سميت بدعوى غير مباشرة لأن الدائن هو الذي يرفعها بطريق غير مباشر و هي باسم مدينه و لصالحه، فهو هنا نائباً عنه فقط، راجع علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 88.

- وكذلك محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج02، ط01، دار الهدى عين مليلة الجزائر 1991-1992، ص128.

(2) - خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني، ج 02، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992 ص59.

(3) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص14.



منه بقولها: «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه...»<sup>(1)</sup>.

### 3- تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:

يترتب على اعتبار أن الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع إضافة إلى ما سبق ذكره أنه يمكن أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة بعد قيام سببها، وهذا ما يتوافق أيضا مع موقف الفقه الإسلامي بشأن هذه المسألة لاعتبار أن الشفعة هي مجرد خيار ومشية لمن تتوفر فيه صفة الأخذ بالشفعة، إن شاء أخذ بها، وإن شاء تركها أي: تنازل عنها، بل ويذهب التشريع الحديث<sup>(2)</sup> إلى أبعد من هذا حينما أجاز التنازل عنها حتى قبل ثبوت الحق فيها، أي: قبل إقدام مالك العقار المشفوع فيه ببيعه، وإن كان هذا الحكم الأخير مخالفا للقواعد العامة، والتي تقضي بأنه لا يجوز التنازل عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق، وهذا لاعتبار أنه يشترط في محل الالتزام<sup>(3)</sup> والتصرفات القانونية بصفة عامة أن يكون المحل فيها محقق الوجود وهنا الشفيع لم يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة بعد، لأن العقار المراد أخذه بالشفعة لم يتم بيعه من طرف مالكة. فحق الشفيع هنا محتمل الوجود وليس محققا، واستنادا لهذا لا يجوز له النزول عن هذا الحق المتمثل في الأخذ بالشفعة إلا بعد ثبوته له قانونا<sup>(4)</sup>.

إلا أن نصوص التشريعات الحديثة كما أشرنا سابقا خرجت عن هذا الأصل وأجازت النزول عن هذا الحق حتى قبل اكتسابه أي: قبل إجراء عملية البيع وهذا سعيا منها للتضييق في استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع لأن حق الأخذ بها

(1) - جاء نص المادة 189 ق م في الكتاب الثاني منه الخاص بالالتزامات والعقود، وهذا في باب الثاني المنظم لآثار الالتزام، وذلك في الفصل الثالث من هذا الأخير المتعلق بضمان حقوق الدائنين، في قسمه الأول، تحت عنوان وسائل التنفيذ.

(2) - أجازت مختلف التشريعات العربية المنظمة للشفعة للشفيع في أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة حتى قبل اكتساب تلك الصفة (قبل البيع).

ومن هذه التشريعات القانون الليبي م 952، والقانون المدني العراقي م 1134، وقانون الملكية العقارية اللبناني م 246، والقانون الكويتي م 903، راجع في ذلك معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 201.

(3) - محل الالتزام هو ما يتعهد به المدين ولذا يشترط وجوده فعلا لتحقيق شرط إمكان المحل.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 454.

جاء على خلاف الأصل والقياس باعتبارها قيذا يرد على حرية التصرف، فهو يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية<sup>(1)</sup>، وعليه فلا يجوز التوسع في تفسير حق النزول عن الشفعة بحيث يؤخذ في الحدود التي اتجهت إليها إرادة الشفيع، كأن يصدر لصالح أشخاص معينين دون غيرهم<sup>(2)</sup>.

هذا الحكم نص عليه المشرع الجزائري أيضا في المادة 1/807 ق م بقولها: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: ... - إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع».

#### 4- توريث حق المطالبة بالشفعة:

إن توريث الشفعة من المسائل التي أغفلتها معظم التشريعات المنظمة لها ليترك الأمر لاجتهادات القضاء، وآراء الفقه المختلفة حول ذلك، حيث نجد آراء فقهاء القانون قد تباينت بشأنها بين مؤيد ومعارض لفكرة توريث الشفعة، وحتى فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا بشأنها، وتعددت مذاهبهم وأقوالهم في ذلك، باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي الذي اشتقت منه الشفعة، وأيضا باعتبارها المصدر الثاني من مصادر التشريع في القانون المدني طبقا لنص المادة الأولى في فقرتها الثانية والتي تقرر الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي يفصل في المسألة المثارة أمام القاضي، وطالما أن القانون المدني الجزائري لم يتناول مسألة انتقال الشفعة بالميراث<sup>(3)</sup> من عدمه فإنه وجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي مبرزين آراء كل مذهب حول ذلك وهي كالاتي:

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص131.

(2) - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، دون ذكر السنة، ص366.

(3) - الميراث في اللغة مصدر لفعل "ورث يرث يرثا" ومعناه البقاء أو انتقال الشيء من شخص لآخر. وفي الاصطلاح: هو الحق الثابت بالموت ولغير الميت وبغير سبب منه، وهو حق الورثة من التركة بعد إخراج الديون والتجهيز والوصايا، ويطلق أيضا على الإرث الذي يستحق به الورثة. وعرف أيضا: بأنه اسم لما يستحقه الوارث من مورث بسبب من أسباب الإرث سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية.

تدخل الشفعة ضمن الحقوق الشرعية، راجع في ذلك بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص12

أ- **مذهب الحنفية:** يرى الحنفية أن الشفعة خيار وإرادة ومشئئة، وهذه كلها عندهم لا تورث وأدخلوها بذلك ضمن الحقوق الشخصية والتي لا تورث عندهم بل لا تعتبر أصلاً جزءاً من التركة<sup>(1)</sup>.

إلا أن الحنفية هنا قد توسعوا في مفهوم الحقوق الشخصية، وضيّقوا بذلك من نطاق الحقوق المالية على عكس ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولأن كل الفقهاء متفقون على عدم انتقال الحقوق الشخصية بالميراث لأنها ترتبت على شخصية المورث لا على أمواله، ومثالها حق الحضانة والولاية والحق في الوظيفة وما يشابههما.

إن الحنفية هنا لا يُدخلون ضمن التركة إلا الأموال العينية عقارات كانت أم منقولات، وما تعلق بها من حقوق مالية، مما يمكن الانتفاع به وحيازته حيازة مباشرة وله صفة المالية المحضة. أما ما ليس مالياً<sup>(2)</sup> محضاً كخيار الشرط وخيار الرؤية وحق الاحتجار<sup>(3)</sup> فإنه لا يورث، وأُلحقت الشفعة بهذه الحقوق الأخيرة في الحكم والصفة، ومن هذا المنطلق لا تورث الشفعة عند الأحناف حتى وإن طالب بها الميت قبل وفاته<sup>(4)</sup>.

(1) - التركة لغة تطلق على الشيء المتروك. وشرعاً: كل ما يخلفه الشخص من أموال وحقوق تعلقت بدمته أثناء حياته، ماعدا الحقوق الشخصية للصيقة بالمورث، راجع في ذلك محمد محدة، التركات والموارث، ج3، ط2 مطابع عمار قرفي باتنة الجزائر، 1994، ص15.

وكذلك صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل، شرح مختصر خليل، ج2، مطبعة دار الكتاب العربية دون ذكر البلد والسنة، ص327.

(2) - الحقوق المالية في الفقه الإسلامي هي كل ما يخدم المال و يتبعه و يؤدي إليه ما عدا تلك المرتبطة بالشخص ذاته أو الشخصية المحضة كحق الولاية، والحضانة، والوظيفة، فيوجد هنا إذاً نوعين من الحقوق: المالية والشخصية (الصيقة بالشخص).

أما في القانون فالحقوق المالية هي التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود و هي: إما حقوق عينية أو حقوق شخصية (الالتزام أو رابطة الدائنية)، أو حقوق معنوية (الفنية و الأدبية وحقوق الملكية الصناعية).

ومن هنا فالمال في نظر الشريعة الإسلامية هو ما أمكن حيازته و الانتفاع به شرعاً، إلا أن الحنفية ضيقوا من ذلك فاشتروا حيازته المادية أو المباشرة، بخلاف الجمهور فاكتفوا بحيازة المصدر و لو بطريق غير مباشر.

و أما المال في نظر القانون هو كل شيء متقوم نافع يصح أن يستأثر به وحده دون غيره، سواء كان مادياً أو معنوياً، فالمال إذاً هو الحق المالي أياً كان نوعه، راجع عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص03.

(3) - **خيار الشرط (التروي)** وهو الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة، وخيار الرؤية هو حق للعاقدان بفسخ العقد عند الشراء دون رؤية المبيع عند رؤيته بعد ذلك.

**والاحتجار:** هو حق الأولوية على تلك الأرض التي وُضع عليها إشارة الحيازة، بشرط أن تكون أرض موات.

راجع أبو زهرة، أحكام التركات و الموارث، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر السنة، ص49.

(4) - السيد سابق، فقه السنة، المجلد 3، ط 5، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1992، ص230.

ب- **المالكية والشافعية:** يرى كل من المالكية والشافعية أن الشفعة تورث ولا تبطل بالموت، فمن وجبت له الشفعة ثم مات ولم يعلم بها أو علم بها ومات قبل تملكها أو التمكن من الأخذ بها، انتقل الحق إلى الورثة قياساً على الأموال فلهم أن يستعملوا هذا الحق في أي وقت لأنه حق من حقوق العقار الموروث فثبت بذلك لمالكه، أي: يثبت لهم الحق في الأخذ بالشفعة ولو لم يكن مورثهم قد أعلن رغبته في الأخذ بها قبل وفاته.

والسبب هنا أن مفهوم المال عند المالكية والشافعية أوسع منه عند الحنفية كما أشرنا سابقاً، فهو يتطابق إلى درجة ما مع المفهوم القانوني له، والجاري به العمل لدى أجهزة القضاء، وهو يشمل الأشياء المادية كالأعيان من منقولات وعقارات، والأشياء المعنوية التي لا تدرك إلا بالتصور كالحقوق، بشرط توفرها على خصائص وهي: **النفع والتقويم وقابليتها للحيازة والاستئثار** سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري ومنها المادة 682 وما بعدها نستخلص بأن المال في نظره هو الحق ذو القيمة المالية مما كانت طبيعته عينياً كان أم شخصياً أم يدخل في نطاق الحقوق المعنوية، فوفقاً لمفهوم هذا النص يعتبر محلاً للحقوق المالية كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، أي: يمكن الاستئثار بحيازته وهو غير مخالف لمحتوى نصوص القانون.

ولهذه الأسباب السابقة وبخاصة ما تعلق بمفهوم المال والحقوق المالية في الفقه الإسلامي قرر المالكية والشافعية توريث الشفعة، وفي هذا الصدد نجد الإمام مالك رحمه الله يؤكد ذلك في الموطأ بقوله: "والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي"<sup>(1)</sup>.

(1) - مالك بن أنس، المرجع السابق، ص406.

- محمد بن حارث الخشني، المرجع السابق، ص134.

- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص260.

ج- مذهب الحنابلة: يرى الحنابلة أن الشفعة لا تورث إلا إذا طالب بها المورث قبل وفاته<sup>(1)</sup>. وأساس هذا القول أن الموت عند أحمد بن حنبل يبطل به ثلاثة أشياء وهم: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار فلم يكن للورثة ذلك، فهذه الثلاثة أشياء إنما هي بالطلب، وإذا لم يتم ذلك تسقط تلك الحقوق، ويكفي أن يتم ذلك الطلب بالإشهاد، فيقول: (أشهد أني على حقي من كذا وكذا، وأنني قد طلبته)<sup>(2)</sup>، والطلب هنا يعني إعلان الرغبة في ذلك.

إلا أن الراجح في ذلك حسب وجهة نظرنا وحسبما تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية، أن الشفعة تورث مطلقاً، سواء طالب بها المورث قبل وفاته أم لا، أخذاً بالمذهبين المالكي والشافعي، وهذا للأسباب الآتية:

1- إن الشفعة حسب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من الحقوق المالية لأنها تتعلق بعقار وتهدف إلى اكتساب حق عيني عقاري.

فالغاية من استعمال رخصة الشفعة إذاً هو الحصول على حق عقاري ذو طبيعة مالية، تتوافر فيه عناصر الحقوق المالية، وهي النفع والتقويم وقابليته للاستثمار والحيازة، ولأن الشفعة تكسب ملكية العقار المشفوع فيه، وبهذه الغاية أو النتيجة أدخلت الشفعة ضمن إطار الحقوق المالية ممن يصح توريثها، بمعنى: توريث حق طلب الأخذ بالشفعة.

2- أما ما يستند إليه بعض الباحثين المعاصرين من أقوال الحنفية للحكم بعدم توريث الشفعة من ذلك قولهم: إن الشفعة هي مجرد رغبة أو إرادة ومشينة وبالتالي فهي أكثر من الحرية لكنها أقل من الحق فهي بذلك مجرد رخصة<sup>(3)</sup> وعليه لا يجوز توارث الرخص لأنها ليست بحق وكذلك فهي ليست بمال، فيرد على هذا أن الشفعة

(1) - السيد سابق، المرجع السابق، ص230.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص284.

(2) - نقله عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص461.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص469.

كما أشرنا هنا طريق إلى اكتساب الملكية أو لترتيب حق عيني عقاري ذو طبيعة مالية، فالوسيلة هنا في نظرنا تأخذ حكم الغاية.

أما القول بأنها مجرد إرادة ومشئنة، فرد على ذلك بأن الإرادة هنا تتعلق بشيء له وجود سابق لأن الشفيع لا يمكنه المطالبة بأخذ أي عقار بالشفعة، بل يمكنه فقط أن يمتلك عقارا معيناً بالذات نظرا للمركز القانوني الذي أصبح يحتله بتوفر أسباب الشفعة فحول له الأولوية أو الأفضلية على مشتريه.

وعليه فلو مات الشفيع قبل طلبها لم يتغير حال العقار المشفوع فيه، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث، وهذا لأن الوارث حقيقة ما هو إلا امتداد طبيعي للمورث في كل ممتلكاته وحقوقه مما يصح تملكها شرعا وقانونا.

3- الشفعة أيضا في حقيقتها خدمة لمالك العقار المشفوع به، وللعقار كذلك فهي بذلك تتبع هذا العقار ولا تنفصل عنه أبدا، حيث نجد أنها تنتقل إلى كل من انتقلت إليه ملكية هذا العقار سواء كان بالميراث أو بالطرق القانونية الأخرى لنقل الملكية، كالبيع أو الوصية مثلا. وهذه الخدمة التي تقدمها الشفعة سواء للمالك أو للعقار بذاته، تتمثل أساسا في دفع الضرر عنهما ومنها السعي إلى عدم تجزئة العقار حتى يبقى وحدة كبيرة متكاملة الجوانب، وبالتالي المحافظة على وحدة عناصر الملكية أيضا، ومنه يمكننا القول بأن: تلك الخدمة هي لمصلحة العقار قبل أن تكون لمصلحة مالكه وبالتالي فلا معنى من أن الشفيع هو الوارث أم المورث لأن الحكمة واحدة، ومحلها هو العقار بعينه، فما الذي تغير إذا؟

فالطلب في نظرنا لا يغير من الأمر شيئا، سواء تم قبل موت المورث أو بعد وفاته من طرف من لهم حق على ممتلكاته، والذين هم امتداد لحياته.

وبناء على ما سبق بيانه، نرى بتوريث رخصة الشفعة مطلقا، سواء طلبها المورث قبل وفاته أم لا، بحيث إذا لم يتمكن مورثهم من ذلك كمن فاجأته المنية

فيجوز لورثته أن يعلنوا رغبتهم في الأخذ بالشفعة بشرط ألا تكون المواعيد المقررة لذلك قد انقضت.

وهذا الرأي الذي قلنا به هو السائد فقها وقضاء<sup>(1)</sup>، وهو الأقرب إلى المنطق القانوني والمتفق مع روح التشريع وقواعد العدالة، ولا يتناقض بأي حال مع المبادئ العامة للقانون المدني، بيذا أنه يحقق فعلا الغاية والهدف المقصود من تشريع نظام الشفعة.

### المطلب الثالث:

#### الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة.

لقد أكدنا في المطلب السابق أن الشفعة ليست حق عينيا ولا حقا شخصيا وإنما هي سبب من أسباب كسب الملكية، وهو ما يراه كثير من الفقهاء. إلا أن هناك جانب آخر من الفقه، يرى بأن الشفعة بالإضافة إلى أنها لا تعتبر حقا، فهي أيضا ليست رخصة بالمعنى القانوني لها، وذلك لأن الحق في تعريفه: فهو كل مكنة تثبت لشخص معين على سبيل التخصيص والإفراد كحقه في ملكية عين محددة عقارا كان أم منقولا، وحقه في اقتضاء ديونه مثلا، أما ماعدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة، دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز، فهي مجرد رخص وإباحات<sup>(2)</sup>.

أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة وهي كذلك وسيلة يهيئها القانون لاكتساب حق معين. ويوجد ما بين هذين التعريفين المحددين لمركزين قانونيين مختلفين، مركز قانوني مختلف عن كلاهما، وهو مركز الشفعة، فهي مرتبة وسطى بين مفهوم الحق ومفهوم الرخصة، وهذا لأنها أعلى من

(1) - لقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي، وهو الذي عليه معظم شراح القانون المدني المصري.

- راجع في ذلك نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص139.

- وكذلك عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص15.

(2) - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ط1 مطبعة جامعة دمشق، 1967، ص204.

الرخصة وأدنى من الحق، فيقال حق التملك وحق الملك، فالأول يعبر عن الرخصة والثاني يعبر عن الحق وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك<sup>(1)</sup>. هناك من الفقه الغربي<sup>(2)</sup> من يرى بأن هذه المرتبة الوسطى هي نفسها الحق الترخيصي أو المنشئ الذي تحدثنا عنه سابقاً، لكن هذه الفكرة لم تأخذ المكان المناسب لها لا في القانون الفرنسي ولا في القانون المصري بل كانت موجودة في شكل تطبيقات متناثرة هنا وهناك في القانون الوضعي عموماً<sup>(3)</sup>.

استناداً لما سبق ذكره عرّف بعض الباحثين الشفعة بقولهم: « هي قدرة أو سلطة تخول من يقوم به سبب من أسبابها، الحلول في بيع العقار محل المشتري، إذا أظهر إرادته في ذلك»<sup>(4)</sup>.

إلا أن هذه المرتبة وإن كان الفقه الغربي قد توسع فيها إلى نظرية الحقوق الترخيصية، فإن الفقه الشرعي قد تناولها أيضاً، لكن بمفهوم آخر، منها ما تحدّث عنه بعض علماء الشريعة المتأخرين منهم الإمام القرافي في كتابه: الفروق، حيث قال عن صاحب هذه المنزلة الوسطى هو: (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك)، ويقول عن صاحب الرخصة هو: (من ملك أن يملك)، فأنكر عن هذا الأخير أن يكون مالكا بأي حال من الأحوال، لكنه يجعل الأول وهو صاحب المرتبة الوسطى محلاً للنظر، فالشفعة حسب نظره تكون دون الملك وفوق الرخصة والحرية<sup>(5)</sup>.

ما يلاحظ على هذا القول أنه يسوي بين الرخصة والحرية باعتبارهما مترادفين لمعنى واحد، إلا أن هناك فرق شاسع بينهما كما هو الحال عند الفرق بين

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش، ص449.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش، ص449.

(3) - نقله: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، المرجع السابق، هامش ص 06.

(4) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط 04، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1995، ص 515.

(5) - نقله: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، لبنان، دون ذكر السنة، ص



الحق والرخصة، لهذا لسبب اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للشفعة هل هي حق أم رخصة أم منزلة وسطى بينهما؟.

هناك اتجاه راجح من الفقه حسب نظرنا يذهب إلى اعتبار الشفعة واقعة مركبة وهو ما سوف نتناوله في المطلب الموالي.

### المطلب الرابع:

#### الشفعة واقعة مركبة.

يرى البعض من الفقهاء أن الشفعة ليست بحق عيني ولا حق شخصي، بل لا تعتبر حقا أصلا، وإنما هي سبب لكسب الحقوق، و أن هناك فرق بين الحق وبين سبب كسبه، فالملكية حق عيني وهي تكتسب بالاستيلاء والميراث والوصية والعقد، والشفعة، ولم يتساءل أحد يوما ما هل الأسباب الأخرى الواردة سألها غير الشفعة حق عيني أو شخصي، فلماذا يتساءلون في نظر هذا الاتجاه من الفقه عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي<sup>(1)</sup>، وعليه فلا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا عينيا<sup>(2)</sup>.

بناء على هذا كُيِّفت الشفعة بأنها واقعة مركبة نظرا للتصرف الإرادي من جانب الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بها، وهذا تصرف قانوني، إلا أن هذا وحده غير كاف لإحداث الأثر القانوني، بل لابد وأن تتحقق الأسباب القانونية الأخرى وهي بداية قيام الشريك في الشيوخ أو الجار المالك، أو مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع، في بيع حصة للأجنبي، فعقد البيع هذا يعد واقعة مادية بالنسبة للشفيع، لأن عقد البيع تصرف قانوني يخص أطراف العلاقة القانونية القائمة فقط.

(1)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص447.

(2)- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص09.

وهذا البيع السابق إذا تم في إطار توفر واقعة مادية أخرى وهي الجوار<sup>(1)</sup> أو الشيوخ تنشأ بذلك صلة مادية أو ارتباط بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، مما يجعل الشفيع مالك العقار المشفوع به أو صاحب حق الانتفاع أو مالك الرقبة في مركز قانوني يخول له طلب الأخذ بالشفعة.

ويبدأ أثر هذا الطلب قانونا مباشرة بعد إعلان رغبته في ذلك وهي تصرف قانوني صادر من جانب واحد ليحل بعد ذلك محل المشتري في شراء ذلك العقار المشفوع فيه، فينتظر بعد ذلك صدور الحكم القضائي الذي يُثبت له حقه في الشفعة، أو يتم ذلك تراضيا بين الأطراف، ومن هنا يتم اكتساب الملكية إما بعد إعلان الرغبة وإحلاله محل المشتري تراضيا ليصبح الشفيع طرفا في العقد بصفته مشتري العقار أو عن طريق الحكم القضائي المثبت لحقه في الشفعة الذي يُكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، و هذا في حالة الاعتراض سواء من جانب البائع أو المشتري.

وسميت بالواقعة المركبة هنا نظرا لكونها تتألف من وقائع مادية وتصرف قانوني كما أشرنا سابقا<sup>(2)</sup>، لكن ثار التساؤل بين الفقهاء القائلين بأن الشفعة واقعة مركبة، في أيّ منهما يُغلب على الآخر، هل هو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، أم الوقائع المادية؟

(1)- يمكن أن نطلق على الجوار أنه واقعة مادية طبيعية أيضا لأنها تحدث في الطبيعة بصورة تلقائية، وبحيث لا يستطيع الشخص الاستغناء عن الجوار، والقانون هو الذي يرتب عليها أثرا.

(2)- وهذا حسب تأصيل جانب من الفقه لمصادر الالتزامات إلى تصرف قانوني وواقعه قانونية. **فالتصرف القانوني** كما سيأتي بيانه هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. فالشخص يريد وقوع الفعل، ويريد أن يرتب آثاره كالبيع مثلا، أو بإرادة منفردة كالوصية. وأما **الواقعة القانونية** فهي التي يرتب عليها القانون أثرا بغض النظر عن اتجاه الإرادة في إحداث ذلك الأثر، ومنها الوقائع الطبيعية أو المادية، كالجوار، والقرابة، والميلاد، و الوفاة، وغيرهم. راجع في ذلك محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 01، ط01 دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 1993، ص23-33.

فيرى بعضهم أن الغلبة في ذلك للواقعة المادية و أدخلوا الشفعة في نطاق الواقعة المادية<sup>(1)</sup>، ومنهم من يرى بأن الغلبة هي للتصرف القانوني باعتباره اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كانت بإرادة منفردة أو ثنائية كالعقود<sup>(2)</sup>. لهذا السبب يرى ذلك الاتجاه الفقهي أن أساس تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه هو إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن أثر إعلان الرغبة من طرف هذا الشفيع يتمثل في حلول الشفيع محل المشتري في العقد ليكون بذلك عنصرا أساسيا للأخذ بالشفعة، وباعتبار أن أهم آثارها هو أن يصبح الشفيع مشتريا من المتصرف إليه أي: طرفا في عقد البيع وهذا ناتج من العمل الإرادي للشفيع، وهو إجراء قانوني لا يدخل في الوقائع المادية<sup>(3)</sup>.

ونحن إنما نرجح هذا الاتجاه، أي: اعتبار الشفعة واقعة مركبة بين الوقائع المادية والطبيعية وهي (الشيوع والجوار)، وبين التصرف القانوني، أي: العمل الإرادي، وهو إعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع، فهو الذي يخول لهذا الأخير حق التملك على هذا العقار المشفوع فيه.

والسبب هو أن الوقائع المادية والطبيعية وحدها غير كافية، بل ولا تغير من الأمر شيئا ما دام الشخص الذي له الحق في طلب الأخذ بالشفعة لم يستعمل حقه بعد، بل إن طلب الرغبة هذا قد يخول كثير من الحقوق للشفيع ذاته وحتى لخلفه العام بحيث لو أعلن رغبته في الشفعة ثم توفي بعد ذلك وقبل صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة في حقه فإنه يحق لورثته استعمال حق الشفعة من بعده، ولأن الاتجاه الفقهي الحديث، وهو الرأي المعقول والمنطقي والعادل يرى بإلحاق حق الشفعة ضمن التركة، باعتبارها أصبحت من الحقوق المالية الصالحة للميراث، وهذا الرأي له سنده في الفقه الإسلامي أيضا، وعليه فإنه وجب تغليب التصرف القانوني وهو اتجاه الإرادة في إحداث ذلك الأثر القانوني المتمثل في

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص448.

(2) - محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998، ص228.

(3) - عبد الله محمد علي صالح، المرجع السابق، ص16.

رغبة الشفيع بأن يأخذ بالشفعة، وبالتالي يكسب الملكية العقارية عن طريقها بعد توفر الأسباب الأخرى لتكتمل بذلك عناصر الشفعة، وهذا الرأي أيضا اعتمده بعض الباحثين المعاصرين في هذا المجال<sup>(1)</sup>.

## الفصل الثاني:

### التطور التاريخي للشفعة وحكمتها التشريعية.

بعدما تناولنا في الفصل الأول مفهوم الشفعة بوجه عام وحددنا وفق هذا المفهوم الطبيعة القانونية لها، سنتعرض في هذا الفصل إلى المراحل التاريخية التي مر بها نظام الشفعة، وهذا حتى نبين الأحكام والتغيرات التي أدخلت على هذا النظام بمر العصور والأزمنة، ومن هنا يتضح جليا المصدر التاريخي والحقيقي للشفعة، والذي اشتقت منه معظم قواعدها المقننة في التشريعات الحديثة في يومنا هذا. إلا أن هذا لا يعني عدم تأثر المراحل التاريخية ببعضها، وهو ما ينعكس على هذه الأحكام أيضا، فتاريخ الشفعة مرتبط في تطوره بتاريخ الملكية عموما وأسباب اكتسابها على وجه الخصوص. بالإضافة إلى قواعد تداول الأموال هي الأخرى لم تكن مستقره، منها ما تعلق أيضا بالقيود التي ترد على حرية البيع والشراء، كحق الاسترداد مثلا<sup>(2)</sup>.

إن حق الاسترداد له سنده حتى في القانون الروماني واليوناني، وهو ما يعرف عندهم: **الشراء بالتفضيل**، وهو استرداد المال من المشتري الأصلي بعد إجراء

---

(1) - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص33.  
(2) - حق الاسترداد هو حق يخوله القانون للشريك في الشبوع في المنقولات بأن يسترد قبل قسمة الحصة الشائعة التي باعها شريكه لأجنبي، فيحل بذلك المسترد محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات.  
- راجع في هذا المادة 721 ق م ج.

عملية البيع الأولى، وهذا شبيه إلى حد ما برخصة الشفعة والتي عرفت لدى الرومان والبيزنطيين في العصور القديمة، لكن بأشكال خاصة.

ثم ظهرت كذلك بنمط مغاير في العصور الوسطى، بعد اشتهاار الزراعة أكثر، ومنها الاسترداد الزراعي والإقطاعي والنسبي، ثم جاءت الشريعة الإسلامية بنظام محكم ودقيق للشفعة، يختلف عن كل ما سبق من خلال نصوص السنة والإجماع والقياس، التي أباحتها وضبطت أحكامها.

بعدها جاءت التشريعات الحديثة فتناولتها في قوانينها الخاصة بال عقارات سواء تعلق الأمر بالتشريعات الغربية أم العربية (المبحث الأول).

ونتعرض في هذا الفصل أيضا إلى الحكمة من وراء تشريع نظام الشفعة وهي إجمالا تتمثل في دفع الضرر عن العقار المشفوع فيه، والمحافظة على وحدة عناصر الملكية، بالإضافة إلى السعي بعدم تجزئة العقار، حتى يبقى وحدة كبيرة متكاملة الجوانب (المبحث الثاني).

## المبحث الأول:

### التطور التاريخي للشفعة.

إن مدى عظمة وقوة أيّ أمة كانت يُستمد انطلاقا من استقرار تاريخها وتتبع تغيرات ماضيها ومن هنا نستطيع أن نحكم عليها بالفشل أو النجاح، وأيضا نستفيد من التطورات التاريخية وتجارب الماضي وخبراته من أجل إكمال بناء الحاضر والتطلع للمستقبل، إما بنظر وفكر مغاير، أو مكمل، وذلك حسب الظروف والأحوال، وبناء عليه كان لابد وقبل التطرق لتفصيل الموضوع أكثر، نُعرِّج ولو بشيء من الاختصار على التطورات التاريخية التي شهدتها نظام الشفعة.

لعل أهم ما ميز هذا النظام هو مروره على عهدين أساسيين مختلفين أشد اختلاف، نتيجة لتغير مصادر التشريع في كليهما تغيرا يكاد يكون جذريا، فالعهد الأول الذي ميز نظام الشفعة هو ما كان قبل مجيء الإسلام، أي: في العصر القديم

**(المطلب الأول)**، ثم بعده العصور الوسطى، حينما كانت المجتمعات وقتئذ تتخبط في دوامة الانحطاط الأخلاقي وظلام الجاهلية العمياء، والمجتمعات فيها بمختلف أعرافها القوي فيها سيّد ورئيس، والضعيف فيها مرؤوس، وكانت الحقوق والرخص تمنح لهؤلاء الأقوياء من ملوك وحواشيهم وأفراد العائلة الحاكمة، دون حد أو مراعاة لحقوق وحرّيات الآخرين، من الأفراد العاديين، وبخاصة مع تطور المذهب الفردي في روما خلال العصور الوسطى **(المطلب الثاني)** وما ميز تلك الفترة من انتشار الإقطاع والسياسات الجائرة آنذاك.

أما العهد الثاني وهو مجيء الإسلام بنوره ورحمته وعدله، وما ورد في السنة النبوية الشريفة من أحاديث صحيحة في تشريع الشفاعة، والحث على حماية أصحاب الحق فيها وهذا كله من أجل الحفاظ على حقوق المالكين ممن هم أولى بالرعاية، وهو الأمر الذي أكدّه بعد ذلك كثير من فقهاء الشريعة الإسلامية تأسيساً على عدة قواعد فقهية تتضمن دفع الضرر والمفسدة، من تلك القواعد الفقهية: أن **الضرر الأعلى يُرفع بالضرر الأدنى**، وغيرها من القواعد الفقهية الأخرى الواردة بشأن رفع الضرر ودفع المفسدة **(المطلب الثالث)**.

ثم جاءت التشريعات الحديثة هي الأخرى واعتمدت عندها نظام الشفاعة اقتباساً من الشريعة الإسلامية مع الاجتهاد في بعض المسائل المستجدة **(المطلب الرابع)**.

## **المطلب الأول:**

### **الشفاعة في العصر القديم.**

إن الشفاعة كانت دائماً مرتبطة في تطورها بتطور نظام الملكية، لأن هذه الأخيرة أول ما بدأت كانت جماعية في المجتمعات القبلية، بحيث يشترك جميع الأفراد في ملكية الأموال، ثم إلى ملكية شائعة، ثم تطورت بعد ذلك إلى ملكية فردية، وعلى رأسها ملكية المنقولات.

أما العقارات فلم تدخل ضمن الملكية الفردية إلا بعد مدة طويلة من ذلك لتصبح بعدها حرية التصرف والتملك مطلقة، ومن هنا لم يكن الأفراد في حاجة للشفعة في بداية العصور القديمة والبدائية، نظرا لما ميز نظام الملكية آنذاك.

إلا أنه وفي أواخر العصر القديم بدأ يظهر نظام شبيه بالشفعة أصطلح عليه: الشراء بالترفضيل أو حق التفضيل الذي خول لصالح بعض الأشخاص ممن تتوفر فيهم شروطا معينة من أجل اكتساب ملكية مال معين عن طريق ما يسمى بحق استرداد المال من المشتري الأول وهو شبيه بحق الاسترداد الوارد في المنقولات حديثا.

والأخذ بالشفعة أو بحق التفضيل يترتب عليه هنا نقل الملكية من المشتري إلى الشفيع وهو ما تبرره عدة اعتبارات منها ما تعلق بالمصلحة الاجتماعية أو بالنظام الاقتصادي، وهو ما استند إليه عند تشريع الشفعة عبر كل العصور والأجيال<sup>(1)</sup>. فكان حق الأفضلية هذا متعلقا بالعائلة المالكة، حيث كان لها نوع من الأولوية على جميع الممتلكات التي يقيم عليها الأجانب، فقرر لأعضاء العائلة وبخاصة الأقرب منهم حق أولوية على بقية الأفراد، وبالتالي أصبح لزاما على البائع الذي يريد بيع أرضه، وحتى المشتري الذي يقدم على شراء أرض ليس له عليها حق تفضيل أن يخبر ممن له عليها هذا الحق، بعملية البيع الواردة على هذا العقار حتى يمكنه من استعمال حقه أو التنازل عنه.

وفي هذه الفترة اشتهر القانون الروماني وعرف بعض الأنواع من الشفعة، والتي اعتمدها الإمبراطور "قسطنطين" للجيران والأقارب، ثم ألغى بعد ذلك من طرف الإمبراطوريات اللاحقة، ومنها « فالانتينيانوس » و « أركاديوس ».

وبعدها جاء الإمبراطور "جوسينيانوس" والذي ضيق من نطاق الشفعة في الحالة التي يبيع فيها المستأجر لحق عيني عقاري هذا الحق، حيث ألزمه بإخبار

(1) - فرج أبي راشد، الشفعة نصوص واجتهادات فقه، بدون ذكر دار النشر والبلد، ص127.

المالك المؤجر بعملية البيع ومنح لهذا الأخير الخيار بين أمرين، أولهما: أن يشفع الحق موضوع البيع. وثانيها: أن يقبض نسبة: 2 % من ثمن البيع<sup>(1)</sup>.

هذا وبالإضافة إلى القانون الروماني فقد شهد القانون البيزنطي هو الآخر نظاماً خاصاً للشفعة فقد أصدر الإمبراطور «ليون الحكيم» مرسوماً سنة 922 م حدد درجات الأفضلية ممن يحق لهم الأخذ بالشفعة.

وهؤلاء هم: أولاً الأقارب ثم الشركاء في العقار، ثم الجيران، مع تحديد مدة للأخذ بالشفعة أقصاها شهر بعدما كانت في السابق ستة أشهر<sup>(2)</sup>.

لكن ما يلاحظ على هذه المرحلة من الزمن أن العمل بالشفعة كان محدوداً نظراً لتضييق مجالها أكثر بسبب الفكر الاقتصادي السائد آنذاك القائم على التملك المطلق وتشجيع حرية تداول الأموال وهو ما يقتضيه المذهب الفردي الذي نادى به الرومان، وبخاصة في نهاية العصر القديم.

## المطلب الثاني:

### الشفعة في العصور المتوسطة.

لقد شهدت الشفعة في العصور المتوسطة بعض الأنظمة والأشكال الخاصة التي ما عُرِفَت في العصور القديمة. ومنها حق الاسترداد الزراعي، وحق الاسترداد النسبي والاسترداد الإقطاعي، وهذا بعد أن اشتهرت الزراعة أكثر وسادت سياسة الإقطاع آنذاك.

فالاسترداد الزراعي كان يستفيد منه سكان نفس المقاطعة بموجب قانون الإفرنج الذي ينص على أن الأجنبي إذا كان يريد أن يحل محل أحد الأشخاص المقيمين في دار أو جزء منها ويرضى هذا الشخص، فإنه يجوز للجيران غير الموافقين على ذلك طرده منها<sup>(3)</sup>، وصدر بعد ذلك أمر للملك «سيلباريك» يمنح الحق للجيران في أن يرثوا أرض المتوفي الذي لم يترك وارثاً وأما الاسترداد

(1) - جان باز، القانون العقاري اللبناني، مكتبة لبنان، بيروت، 1968، ص 169.

(2) - جان باز، نفس المرجع، ص 170.

(3) - فرج أبي راشد، المرجع السابق، ص 131، 132.



النسبي: فيمنح للقريب "النسيب" أن يسترجع بسبب قرابته ملكاً عائلياً بيع لأجنبي بشرط أن يسترد له الثمن والمصروفات اللازمة.

إن الاسترداد هنا يهدف إلى حفظ أموال العائلة التي انتقلت إلى أفرادها عن طريق الإرث لاعتبار أن تلك الأموال كانت غير قابلة للتصرف خارجاً عن رضا الأقارب.

أما الاسترداد الإقطاعي فكان خاصاً بالسيد صاحب الإقطاعية، ممن يملك الأملاك الكبيرة بحيث إذا كان غير راض عن المشتري، فيمكن له أن ينزع ملكيته لذلك العقار، مع تسديده النفقات اللازمة لذلك المشتري، وهذا من أجل الحفاظ على العقارات تحت سلطة السيد الإقطاعي.

وعموماً ما يمكن ملاحظته على هذا العصر أن الشفعة فيه كانت محصورة ما بين الأقارب والجيران و الإقطاع، وهذا هو الاتجاه الذي كان سائداً لدى الحكام المشرّعون للقوانين آنذاك.

### المطلب الثالث:

#### الشفعة في الشريعة الإسلامية.

جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام وقواعد عادلة ضبّطت من خلالها موضوع الملكية كغيره من المواضيع الأخرى التي تناولها الفقه الإسلامي، وفي إطار تنظيم حق الملكية شرّعت الشفعة كقيد يرد على حرية التصرف فيها لصالح المنفعة الخاصة، فعُرِّفت في الفقه الإسلامي على أنها: (حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضي أم أبى وهذا على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، إذ يرون أن حق الشفعة لا يثبت إلا في العقار<sup>(1)</sup>).

فالشريعة الإسلامية إذاً أباحت الشفعة وأثبتتها من خلال نصوص السنة النبوية الشريفة وكذا الإجماع والقياس، باعتبارهم المصادر الرسمية الأساسية للتشريع في الفقه الإسلامي بعد القرآن الكريم كما يلي:

(1) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص 265.

**أولاً: السنة:** وردت عدة أحاديث أوردنا معظمها سابقاً، عندما تناولنا مشروعية الشفعة<sup>(1)</sup> منها عن سعيد بن المسيب، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمان بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعة فيما لم يُقسم بين الشركاء، فإن وقعت الحدود بينهم، فلا شفعة فيه»<sup>(2)</sup>، وغيرها من الأحاديث النبوية الواردة في هذا الموضوع<sup>(3)</sup>.

**ثانياً: الإجماع:** لقد أجمع العلماء في الشريعة الإسلامية على جواز الأخذ بالشفعة لاعتبارها تحقق المصلحة و تدفع الضرر عن أصحاب الحقوق المالكين للعقارات، ومن هنا قال بن المنذر<sup>(4)</sup>: (أجمع أهل الذكر على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط).

وفي المغني لابن قدامى الحنبلي<sup>(5)</sup>: أنه لا يعلم في ثبوتها خلاف لأحد إلا لأبي بكر الأصم<sup>(6)</sup>، ومثله في نيل الأوطار<sup>(7)</sup>.

واستدل أبي بكر الأصم في خلافه لذلك بقوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»<sup>(8)</sup>، واعتبر بأن الشفعة تتم بغير رضا البائع والمشتري فلا تجوز، إلا أنه رُدَّ على ذلك بأن الشفعة تختلف عن التجارة حيث تتفاوت الأسعار، والشفعة تتم بمثل الثمن الذي دفعه المشتري للبائع، وعليه فلا محل لأكل المال بالباطل هنا.

**ثالثاً: القياس:** أكد كثير من علماء الشريعة الإسلامية على أن الشفعة ثابتة أيضاً بالقياس وأنها لم تأت على خلافه أبداً، منهم ابن القيم الجوزية الذي يرى بأن مشروعية الشفعة من الأصول المقررة في الشريعة، وبهذا يقول الإمام السرخسي:

---

(1)- راجع الصفحة رقم 22 و 23 من هذه الرسالة.  
(2)- رواه مالك في الموطأ، المرجع السابق، ص403.  
(3)- راجع محتوى المطلب الأول من المبحث الثاني في الفصل الأول من هذه الرسالة.  
(4)- هو إبراهيم بن المنذر بن عبد الله أحد كبار العلماء المحدثين عن الإمام مالك وغيره من أئمة السنة والفقهاء توفي سنة 230هـ.  
(5)- هو أبو محمد عبد الله بن أحمد الحنبلي من علماء الفقه الإسلامي توفي سنة 360هـ.  
(6)- هو محمد بن الحسن الأصم توفي سنة 320هـ.  
(7)- نقله علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، نفس المرجع، ص266.  
(8)- الآية 29 من سورة النساء.

« الأصح أن نقول أن الشفعة أصل في الشرع، فلا يجوز أن يقال أنه مستحسن من القياس بل هو ثابت، وقد دلت على ثبوته الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه» (1). وكما أن القياس يقتضي كذلك حق الجار في الأخذ بالشفعة نظراً للرعاية التي منحها إياه الشارع الحكيم، إلى درجة أنه اقترن بالأمر بعبادته عز وجل، لقوله تعالى: « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحسانا والجار ذي القربى» (2).

بالإضافة إلى الأحاديث الكثيرة التي وردت بشأن إكرام الجار وتفضيله على غيره منها: قوله عليه الصلاة والسلام: « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤدي جاره» (3) وغيره من الأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن. إن القياس هنا يكمن في أنه إذا كان الشارع الحكيم يدعو إلى إكرام الجار وتفضيله على غيره وعدم إيذائه، فكيف لا يثبت له حقوقه ويحميها، ومنه حقه في الشفعة دفعا للضرر الذي قد يلحقه من هذا الجار مستقبلاً.

### المطلب الرابع:

#### الشفعة في العصر الحديث.

مما سبق بيانه بشأن تطور الشفعة خلال المراحل التاريخية القديمة نلاحظ بأن الشفعة نظام قديم عُرف وتطور مع تطور نظام الملكية حيث كان الشريك أو الجار كلاهما يطلب الشفعة من أجل شراء العقار الذي باعه أحد الشركاء أو الجيران لأحبيهم، ليحل هذا الجار أو الشريك محل ذلك المشتري الأجنبي. فيصيح هذا العقار المشترك في يد شخص واحد، وأيضا يأمن هذا الجار جوار الغريب (4) ليتجنب ما قد يلحقه من ضرر محتمل في المستقبل، حسب ما أكدته

(1) - نقله محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية، المرجع السابق ص137.

(2) - الآية 36 من سورة النساء.

(3) - حديث صحيح رواه البخاري.

(4) - حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ج01، معهد الدراسات العربية العالمية، دون ذكر السنة، ص203.

الشريعة الإسلامية التي كان لها فضل السبق في تنظيم الشفعة وضبط أحكامها<sup>(1)</sup>، ومن هنا اعتُبرت مصدراً تاريخياً لمجمل التشريعات العربية والإسلامية الحديثة. أما في العصر الحديث فقد اهتمت التشريعات الحديثة بتنظيم الشفعة منها على سبيل المثال التشريع الإسباني والتشريع الألماني وبعض التشريعات العربية، وعليه سوف نُعرِّج على بعض النماذج التي تناولت نظام الشفعة في التشريعات الأجنبية (أولاً) ثم في قوانين بعض البلدان العربية (ثانياً).

### أولاً: الشفعة في قوانين بعض البلدان الأجنبية.

**1- الشفعة في القانون الإسباني:** نُظمت الشفعة في هذا البلد بمقتضى القانون المدني الصادر سنة 1889 وأدرجها تحت عنوان: الاسترداد، في نوعين منه، الأول: يتعلق بمصلحة الشركاء في الملك طبقاً لنص المادة 1522 ق م، وأما الثاني: فحول لمصلحة الجيران وهو ما تقضي به المادة 1523 منه، وهذا الأخير هو ما يقابل الشفعة بالمفهوم المعاصر والمعتمد في الشريعة الإسلامية، حيث تنص المادة 1523 من القانون السابق على ما يلي: « لملك العقارات المتجاورة الحق في استردادها إذا كان البيع خاصاً بالعقار لا تزيد مساحته على هكتار واحد».

ولا ينطبق الحق المذكور في الفقرة السابقة على الأراضي المجاورة التي تفصلها جداول أو خنادق أو منافع، أو طرق، أو غيرها من حقوق الارتفاع الظاهرة لمصلحة عقارات أخرى. وإذا استعمل حق الاسترداد في نفس الوقت لجاران أو أكثر، فُضِّل الجار الذي يكون مالكا للعقار الأقل مساحة، وإذا تساوت العقارات فُضِّل الجار الذي طلب الاسترداد أولاً<sup>(2)</sup>.

**2- الشفعة في القانون الألماني:** تأثر القانون الألماني في هذا المجال بالقانون اليوناني والروماني ونص على الشفعة في المواد من 504 إلى 514 وكذلك المواد من 1094 إلى 1104 من القانون المدني. والشفعة الواردة هنا تختلف بكثير عن

(1) - جان باز، المرجع السابق، ص 169.

(2) - محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ج 03، ط 02، المطبعة العالمية، مصر دون ذكر التاريخ، ص 602.

الشفعة في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، حيث يكون مصدرها في هذا القانون اتفاق الطرفين، وفي أغلب الأحيان تكون لمصلحة المالك البائع الأول الذي باع عقاره فيقوم مشتريه ببيعه مرة أخرى، فيكون للبائع الأول (المالك الأول) حق الشفعة في شراء ذلك العقار وامتلاكه مرة أخرى بشرط ان يكون هناك اتفاق على ذلك.

وتوجد أيضا حالات خاصة للشفعة في هذا القانون كما هو الحال بالنسبة لحق الاسترداد الوراثي طبقا للمواد من 2034 إلى 2036 من القانون المدني وهو مقرر لمصلحة الورثة وهذا بقوة القانون نفسه فلا حاجة إلى اتفاق حول ذلك.

إلا أن هذا الحق يختلف عن الشفعة باعتباره خاص بمجموع الحصة الموروثة فقط، وسواء تعلق الأمر بالمنقولات أم بالعقارات، بالإضافة إلى هذا توجد حالات عديدة للشفعة القانونية في التشريعات الخاصة وبخاصة في ما يتعلق بقانون المناجم وقانون نزع الملكية<sup>(1)</sup>.

**3- الشفعة في القانون الفرنسي:** بعد الثورة الفرنسية صدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804 مجسدا توجهها اجتماعيا جديدا لهذا المجتمع، حيث ألغى الاسترداد النسبي والاسترداد الإقطاعي إلا أنه أبقى على الاسترداد الوراثي ليُلغى بعد ذلك بموجب القانون الصادر في: 1975/12/31، بالإضافة إلى إلغائه لحق استرداد الحصة الشائعة بقانون 1966/07/13 وأبقى فقط على حق استرداد الحقوق المتنازع عليها<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى ما سبق هناك صور أخرى للشفعة اعتمدت في تشريعات خاصة منها المرسوم الصادر في 1935/08/08، نصَّ على أنه كل من انتزعت منه ملكيته للمصلحة العامة، بإمكانه طلب استرجاع ذلك الملك في حالة قيام الإدارة ببيعه خلال مدة 10 سنوات، كما نص الأمر الصادر في: 1945/10/17 على

(1) - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 602.

(2) - طلبية وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، الولاء للطبع، مصر، 1990، هامش ص 106.

الشفعة في الأراضي الزراعية، وذلك عندما يقوم المؤجر ببيع الأراضي الزراعية محل هذا الإيجار، فيحق للمستأجر أن يحل محل المشتري في شرائها بالثمن المحدد في العقد الأول<sup>(1)</sup>.

وأكد على هذا النوع من الشفعة قانون آخر صدر في 13 أبريل 1946 بفرنسا حيث قرر توسيع نطاقه ليشمل أيضا الإيجار بالمزارعة بعد ما كان محصورا على الاتجار بالنقد<sup>(2)</sup>.

كما صدر في 30 جوان 1945 قانون آخر يُخول ممارسة الشفعة في المنقولات لصالح الدولة بالنسبة للحيوانات والحاصلات والسلع المعدة للاستهلاك<sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى ما سبق من القوانين الفرنسية، صدر أيضا قانون آخر في 05 أوت 1960 يتعلق بشركات الاستثمار العقاري والاستغلال الزراعي، ثم عدل في 23 أبريل 1967 ثم في 23 جويلية 1969، فنصت المادة 07 منه على ما يلي: « يقوم لصالح شركة الاستثمار العقاري والاستغلال الزراعي المنصوص عليها في المادة 15 من قانون 05 أوت 1960 لأجل تطوير الزراعة، حق الشفعة في حالة تصرف بعوض في أموال زراعية، أو أراضي مخصصة للاستغلال الزراعي»<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: الشفعة في قوانين بعض البلدان العربية.

**1- الشفعة في القانون اللبناني:** يقرر القانون اللبناني حق الشفعة على أراضي الملك حيث صدر سنة 1931 قانون متعلق بالعقارات أجاز الشفعة في جميع أنواع العقارات، ثم عدل بعد ذلك بقانون الملكية العقارية في لبنان<sup>(5)</sup> رقم 33/39 سنة 1939، ثم عدل أيضا بقانون 05 فيفري 1948<sup>(6)</sup> والذي استُمدت

(1) - فرج أبي راشد، المرجع السابق، ص 136.

(2) - طلبية وهبة خطاب، المرجع السابق، ص 180.

(3) - فرج أبي راشد، المرجع السابق، ص 215.

(4) - طلبية وهبة خطاب. نفس المرجع، ص 235.

(5) - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 17.

(6) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص 446 .

أحكامه من الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>، فنص على الشفعة في المواد من 238 إلى 254 منه.

**2- الشفعة في القانون التونسي:** أول قانون صدر بتونس في مجال المعاملات المدنية والعقارية كان في 01 جويلية 1885، ثم عدّل بقانون 14 مارس 1892، وتضمّن هذا القانون نظام السجلات العينية، فأصبح مُلاك العقارات يقيّدون عقاراتهم في سجلات خاصة، وهذا بصفة إختيارية، ومن هنا نتج نوعان من العقارات، العقارات الغير مسجلة والعقارات المسجلة، الأولى تسري عليها مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بالشفعة مع بعض التعديلات الجزئية، أما العقارات المسجلة فتسري عليها أحكام الشفعة الواردة في قانون 1885/07/01 والملاحظ أن هذا القانون يختلف في أحكامه عن الشريعة الإسلامية وبخاصة ما تعلق بأحكام الشفعة<sup>(2)</sup>، ولا تزال هذه التشريعات سارية المفعول إلى يومنا هذا.

**3- الشفعة في القانون السوري:** ما يميز القانون السوري هو مرحلتين أساسيتين الأولى كانت قبل سنة 1949، وقتها كانت سوريا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة، والمرحلة الثانية بدأت إثر صدور القانون المدني في 18 ماي 1949، حيث لم ينص على الشفعة في الملكية العقارية، بل ألغى حتى حق الاسترداد الوارد في المنقولات المشتركة وإنما أبقى فقط على حق الاسترداد عند بيع الحقوق المتنازع عليها<sup>(3)</sup>، وعليه فقد ألغى التقنين المدني السوري الشفعة أصلا من بين أسباب كسب الملكية<sup>(4)</sup>.

ولقد عللت المذكرة الإيضاحية أنذاك هذا الإلغاء بقولها: (إن الشفعة من الحقوق الضعيفة وأن الحياة الإجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لا توجب الاستمرار على الأخذ بها)<sup>(5)</sup>.

(1) - جان باز، المرجع السابق، ص170.

(2) - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص602.

(3) - محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ج 02، ص 160.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص446.

(5) - محمد كامل مرسي باشا، نفس المرجع، ص612.

#### 4- الشفعة في القانون الجزائري: إن تطبيق أحكام الشفعة في الجزائر مرّ

بثلاث مراحل تاريخية أساسية:

- **المرحلة الأولى:** قبل سنة 1832 أي قبل دخول الاستعمار الفرنسي كانت حينها الجزائر تابعة للسلطات العثمانية، وهذه الأخيرة اعتمدت أحكام الشريعة الإسلامية في كثير من المجالات ومنها المعاملات المالية والعقارات على وجه الخصوص، فكانت الجزائر تأخذ بأحكام الشفعة الواردة في الفقه الإسلامي.

- **المرحلة الثانية: بعد سنة 1832:** حيث تزامنت هذه الفترة مع دخول الاستعمار الفرنسي إلى الجزائر بعد معارك 1830، محاولاً تغيير السياسة الاقتصادية والاجتماعية عن طريق إصدار مجموعة من التشريعات، منها قانون 1851/06/16، حيث أجاز للمحاكم أن تقبل أو ترفض بحسب طبيعة العقارات والظروف المناسبة استعمال الشفعة قبل الفرنسيين، ثم صدر بعد ذلك قانون فارني<sup>(1)</sup> (varnie) الشهير بتاريخ: 1873/07/26. حيث حول الشفعة إلى حق إسترداد وراثي لا يمكن أن يتمسك به أمام المشتريين إلا الأقارب الذين يرثون طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وبالشروط التي قررتها المادة 841 من القانون المدني الفرنسي وقصر تطبيق هذا القانون على العقارات التلية أو التي اصطلح عليها بالأراضي المفرنسة.

أما بالنسبة للأراضي الأخرى الصحراوية وغيرها فبقيت الشريعة الإسلامية هي المطبقة عند البيع بين المسلمين، ثم صدر قانون 26 فيفري 1897، حيث أضاف نوعاً جديداً من الشفعة يُطبق في حالات معينة حددتها المادة 17 منه بقولها: « إذا طلب شريك في الملك أو وصي أو قيم، أو دائن أحد الشركاء في الملك قسمة عقار زراعي يملك نصفه على الأقل وطنيون مسلمون قسمة عينية أو بطريق التصفية كان للمحكمة إذا أمكن ذلك أن تخص المدعي بجزء من العقار يعادل حقوقه.

(1)- صدر قانون فارني في : 1873 /07 /26 وهو يتعلق بتأسيس وحماية الملكية في الجزائر.



لكن إذا كان العقار لا تسهل قسمته فلا تطبق المادة 827 من القانون المدني وفي هذه الحالة تحصل القسمة بين أعضاء الأسرة، ويكون للشريك في الملك أو للشركاء في ملك الحصة المخصصة للأسرة التي ينتمي إليها المدعي الخيار بين قبول التصفية و بين أن يدفع إليه مبلغا من النقود يعادل حقوقه في العقار. وعند عدم الاتفاق الودي بين الشركاء في الملك وفي الحصة التي وقعت في نصيب الأسرة يحتكم إلى المحكمة التي تعين مقدار ما يدفع من النقود، ويصدر حكما بإلزام المدعى عليهم متضامنين بدفع المقدار المذكور مع الفوائد والمصروفات «(1).

والملاحظ أن هذه المادة تطبق على الأراضي المفرنسة وغيرها من الأراضي الأخرى في حالة إذا كانت دعوى القسمة أو التصفية رفعها دائن فرنسي أو شريك في الملك فرنسي بخلاف إذا كان الأمر يتعلق بالجزائريين المسلمين فيخضعون لذلك إلى الأحكام السابقة التي تفرق بين الأراضي المفرنسة التلية والأراضي غير التلية، ومن هنا يتضح أن في هذه المرحلة التاريخية يفرق بين الأراضي المفرنسة وغيرها من الأراضي الأخرى.

بالنسبة للأراضي المفرنسة يجوز للفرنسيين كما يجوز للمواطنين الجزائريين استعمال حق الاسترداد الوارثي طبقا لأحكام المادة 841 ق م ف بشرط أن يكون تعيين الورثة بين المسلمين، بحسب أحكام الشريعة الإسلامية. وبالنسبة للأراضي غير المفرنسة فيجوز للجزائريين أن يستعملوا فيما بينهم الشفعة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، أما في مواجهة الفرنسيين فلا يجوز لهم أن يستعملوا إلا نوع الشفعة الجديد الذي اعتمده قانون 1897 في المادة 17 السابقة الذكر (2).

**- المرحلة الثالثة: بعد سنة 1975:** وهذه المرحلة تزامنت مع استقلال الجزائر و صدور القانون المدني بالأمر 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 لينظم

(1) - نقله : محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 605.

(2) - نقله: محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 605.

هذا الأخير أحكام الشفعة<sup>(1)</sup> متأثراً بالقانون المصري، وأحكام الشريعة الإسلامية، كبقية الدول العربية الأخرى.

وفي الأخير نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي والفعلي لأحكام الشفعة الواردة في التشريعات العربية إلى يومنا هذا.

## المبحث الثاني:

### الحكمة التشريعية للشفعة.

إن تنظيم الشفعة والعمل بها بالرغم من اختلاف أشكالها وتعدد أنواعها عبر العصور والأزمنة، لم يكن بأي حال من قبيل العبث، أو التضيق على الناس بوضع القيود على التصرف في أملاكهم، أو من خلال الضغط على إرادة المشتري، للحيلولة دون إحداث أثرها القانوني، وكذلك رداً على الإتجاه القائل بأن الشفعة إنما أتت على خلاف الأصل والقياس<sup>(2)</sup> نظراً لكونها قيدياً يرد على حرية التصرف والتعاقد أيضاً، فإنه يمكننا القول بأنه بالرغم من العيوب أو المساوئ التي تعتبر قليلة وطفيفة، بالمقارنة مع ما تحققه من إيجابيات وفوائد جمة، فإن الشفعة

(1)- تناول المشرع الجزائري أحكام الشفعة في الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، وهذا في المواد من 794 إلى 807 منه، أي في مادة 14.

(2)- على الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، 1999، ص168.

إنما شرّعت إلا لمصلحة الفئة الغالبة في المجتمع والأولى بالرعاية، وهي مصلحة المجتمع أيضا.

بالإضافة إلى أنها شرّعت لدفع أضرار كبيرة يُحتمل وقوعها على أي فرد من أفراد هذا المجتمع مستقبلا، في مقابل ما تحدثه الشفعة من أضرار بسيطة ومعتادة، إلا أن هذه الأخيرة يمكن تحملها أو تداركها، سواء وقعت على البائع أو المشتري، أما الأضرار الواقعة على المجتمع فلا يمكن ذلك نظرا لكونها متعبة ومرهقة للنفس **(المطلب الأول)**، وسواء وقعت على الشريك أو الجار فكلاهما سيدفع الثمن غالبا إن حدث ذلك، ولهذا يكون من الأفضل إدراج الجار ضمن قائمة الشفعاء للضرر الأعظم الواقع عليه **(المطلب الثاني)**.

هذا وبالإضافة إلى ما سبق ذكره، تُحقّق الشفعة فوائد أخرى من خلال جمع ما تفرق من حق الملكية وإنهاء الشبوع أو التقليل منه **(المطلب الثالث)**، كما تُحقق الشفعة حكمة تشريعية أخرى تتمثل في السعي إلى عدم تجزئة العقار وجمع الأنصاء في الجملة **(المطلب الرابع)**.

### **المطلب الأول:**

#### **دفع ضرر الشريك الجديد.**

إن الشفعة لما شرّعت على غير الأصل والقياس، إنما كانت لأجل تجنّب المالك أو المنتفع ضررا سيُفسد عليه حياته والتمتع بملكيته، فيتحقّق الضرر هنا بسبب انضمام هذا الشريك الجديد إلى مجموعة الشركاء المالكين ليخلف بذلك شريكهم القديم، فهذا الأخير كان الشركاء قد اعتادوا على طريقة التعامل معه وهم يدركون مسبقا طبيعة أخلاقه وتصرفاته ولهم تصور كامل على مجمل ما يميز شخصيته، بفضل أيام الشراكة والعشرة التي دامت بينهم فاطمأنوا بذلك على أموالهم وحصصهم، وكذا التمتع بحقوقهم ضمن هذا المال الشائع، ومن هنا استقر عملهم، ودامت شراكتهم على هذا الوضع، إلا أنه فجأة يحل عليهم شريكا جديدا يريد

الاتصال بهم عن طريق تملك نصيب في ملكيتهم العقارية الشائعة، وهذا بشرائه حصة أحد الشركاء الراغب في البيع.

وعليه يجوز قانونا وشرعا لأحد الشركاء الباقين أن يتدخل ويطلب شراء تلك الحصة بدلا من ذلك الأجنبي الدخيل على الشركة الراغب في الاتصال بهم لتجنب إنضمامه إليهم، لأنه قد يُفسد عملهم ويشنت وحدثهم فتثور النزاعات، وتدب الخلافات فيما بينهم، وبالتالي قد يؤدي ذلك إلى حل الشركة، ولتفادي هذه العواقب الوخيمة شرّعت الشفعة وأبيح لمن تتوفر فيه صفة الشفيع أن يحل محل المشتري لشراء ذلك العقار المبيع، ولأن ذلك الأجنبي عن الشركة والذي يريد أن يصبح أحد أعضائها، في غالب الأحيان يكون مجهول الشخصية لدى الشركاء، فلا يعلمون به ولا يدرون أهو عدل فتؤمن بوائقه<sup>(1)</sup>، أم باغ مفسد فتنتقى بواده فشرع له لأجل هذا الاحتمال حق امتلاك ما اشتراه جبرا عنه<sup>(2)</sup> وفي ذلك دفع لأذى محتمل، وهذا دون إلحاق ضرر كبير بالبائع أو المشتري، مع تحقيق النفع للشفيع من الشركاء ودفع الضرر في الأخير عن الشركة كلها، وهذا من أجل الحفاظ على وجود الشركة، وبالتالي استمرارها دون نزاعات ومشاكل.

من هذا المنطلق أجازت الشريعة الإسلامية الأخذ بالشفعة في هذه الحالة لدفع الضرر الداخل إلى الشركة<sup>(3)</sup>، أو ما يصيب الشريك من أضرار لا يمكن تحملها لا سيما إذا كانت الشركة تتكون من شخصين فقط، وهذه الحالة الأخيرة يُستند إليها أيضا لدفع الضرر عن هذا الشفيع<sup>(4)</sup>، وهو الشريك الوحيد في هذه الشركة، فملكيتة العقارية متصلة بالعقار المبيع، وهو مهدد بخطر وضرر متوقع الحدوث مستقبلا<sup>(5)</sup>.

(1) - أي يُطمئن لحاله نتيجة عدله وحيه للخير.

(2) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 144.

- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1999 ص 74.

(3) - محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 254.

(4) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 11.

(5) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 07.

كما تعمل الشفعة هنا كذلك على وقاية العقار من ذلك الضرر المُحتمل فالأخذ بها يؤدي إلى انتهاء الشركة، لأنه لا يوجد شريك آخر غير البائع، فيُدفع ضرر القسمة المتوقع حدوثها بين الشريكين، فتبقى ملكية العقارات في يد شخص واحد، وفي هذا الصدد يرى فقهاء الشريعة الإسلامية بضرورة رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن بحيث إذا لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم بقاءه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به.

إن الشركة في أغلب الأحيان تُعتبر مصدر لكثير من الأضرار على الشركاء حيث يكثر بغي بعضهم على بعض، لذلك شُرِع رفع الضرر هنا إما بالقسمة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه وإما بالشفعة لينفرد أحد الشريكين بالجملة، وهذا عند بيع الشريك الآخر لنصيبه ليأخذ عوضه فكان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان أي سواء أخذه من شريكه أو من المشتري الأجنبي، لذا كان الشريك أحق بدفع العوض وأخذ العقار من الأجنبي، فيزول عنه ضرر الشركة، فالبائع لا يتضرر هنا لأنه يصل إلى حقه من المُثَمَّن<sup>(1)</sup> ومما سبق تبينت الحكمة من تشريع الشفعة لفائدة الشريك في الشيوخ.

### المطلب الثاني:

#### دفع ضرر الجار الجديد.

بالإضافة إلى ماسبق بيانه بشأن الضرر الذي يلحق الشريك، هناك حكمة أخرى من تشريع نظام الشفعة في العقارات، عندما يتعلق الأمر بتحويل حق الأخذ بالشفعة للجار المالك رغم اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية حول إثباتها للجار. فذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم ثبوتها لهذا الأخير لأنها جاءت على غير الأصل وخلافا للقياس فلا يتوسع فيها، وأما ثبوتها للجار فهو ما ذهب إليه الحنفية<sup>(2)</sup> ودليلهم في ذلك كما ورد ذكره في الأصل التشريعي للشفعة،

(1)- وهو ما جاء في إعلام الموقعين لأبن القيم الجوزية، نقله : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص12..

(2)- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص267.

الحديث النبوي الشريف: « جار الدار أحق بدار الجار»<sup>(1)</sup>، وكذلك الحديث الثاني للرسول صلى الله عليه وسلم: « الجار أحق بصقبه»<sup>(2)</sup>، أي جار العقار المراد بيعه والتنازل عنه هو أحق به من غيره، وفي هذا دفع ما قد يُتوقع حدوثه من أضرار يسببها هذا الجار الجديد، فهو شخص جديد على الجيران لا تؤمن عواقبه، لأنه يُحتمل أن يكون غليظ الطبع رديء الخلق، فتجب هنا الشفعة لأحد الجيران، وهو الجار الملاصق والمتصل في ملكيته بذلك الجار الراغب في بيع عقاره.

وجوب الشفعة هنا حسب كثير من الفقهاء في الشريعة أو القانون، إنما كان لدفع ضرر المشتري عن الشفيع الجار بسبب سوء المعاشرة والمعاملة، وكما يقول ابن القيم الجوزية في هذا المجال واصفا أضرار الجار الجديد المحتملة في المستقبل: (من حيث ... إعلاء الجدار وإيقاد النار، ومنع ضوء النهار، وإثارة الغبار، وإيقاف الدواب والصغار ... لاسيما إذا كان المشتري يضاده في الأخلاق والعادات)<sup>(3)</sup>، ورغم أن ضرر الجار الجديد قد يكون محتملا، أي يمكن حدوثه مستقبلا وقد لا يحدث فعلا، إلا أنه يجوز لهذا الجار الأخذ بالشفعة احتياطا لذلك وهو أيضا صاحب مصلحة أو حق أولى بالرعاية، بالإضافة إلى أن الضرر الذي سوف يلحقه مستقبلا أكبر بكثير من الضرر الذي يصيب هذا المشتري في منعه من ملكية العقار المشفوع فيه، لأن هناك عدة قواعد فقهية شرعية في هذا المجال منها ما تنص على أن الضرر الأعلى يُرفع بالضرر الأدنى<sup>(4)</sup>، أي نوازن بين ضررين، أحدهما قليل والآخر كثير لا يمكن تحمله لأن فيه إرهاب على النفس البشرية بطبيعتها، فوجب رفعه.

---

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص476.

(1) - رواه الترمذي وأبو داود، راجع الإمام: ابن رشد، المرجع السابق، ص254.

(2) - حديث متفق عليه، أخرجه الترمذي وأبو داود، راجع : محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص254. - وأخرجه: البخاري كذلك في صحيحه، المرجع السابق، ص787.

(3) - نقله : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص11-12.

(4) - نقله : عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص12.

في هذا الصدد يقول أحد الفقهاء، وهو ابن القيم الجوزية: (ولا يقال إن ما ذكر ضرر موهوم والأخذ من المشتري ضرر محقق به، فيُرفع قبل وقوعه، وإلا فربما لا يمكن رفعه)<sup>(1)</sup>.

فعلا لو سكت ذلك الجار في بداية الأمر وترك هذا الأجنبي يحل محل جاره في ملكية هذا العقار المجاور والملاصق له، ودون معارضة منه لدفع ضرر محتمل الوقوع في المستقبل فيقوم جاره بنقل الملكية على ذلك العقار المجاور إلى هذا الجار الأجنبي، وبالتالي بعدها لا يمكن له مستقبلا أن يعترض على ملكية هذا الجار الجديد، لأنه أصبح مالكا مثله، فما عليه إلا أن يتحمل أضراره، وعادة لا يقدر على ذلك فيلجأ إلى الرحيل، وقد لا يجد عقارا آخر يناسبه هو وعائلته إذا كان سكنا، وقد يكون عمله ملازم لسكنه الذي يريد الرحيل منه، وهنا يكون الضرر أعظم وأبشع.

لكن في المقابل عند الأخذ بالشفعة من طرف هذا الجار الشفيع، فإنه سيرفع عن نفسه ذلك الضرر المتوقع، كما أنه يكسب سعة في مسكنه أو في أرضه تُذهب بما كان فيه من عنت وحرص لضيق في مسكنه، أو ضيق في أرضه الزراعية، وهو فلاح ماهر منتج فيزول ما كان يحول دون الإحسان في إستغلالها والتوسع في استثمارها، وبالتالي الاستزادة في نمائها والضرر هنا يجب أن يُزال ويُجتنب ما أمكن، لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(2)</sup>، وبخاصة إذا كان ما يصيب الجار الذي أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإكرامه بقوله: « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره »<sup>(3)</sup>.

إضافة إلى ما سبق بيانه في الحكمة من وراء تشريع الشفعة في الجوار الملاصق، إتجه بعض الباحثين إلى القول بأن ثبوت الشفعة بمجرد الجوار لا

(1) - نقله أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص74.

(2) - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء التراث العربي، ج06، القاهرة، بدون ذكر التاريخ، ص784.

- راجع في هذا : على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، ص266.

(3) - حديث صحيح، رواه مسلم، راجع : مسلم، المرجع السابق، ج01، ص50.

ينطوي على فائدة واضحة، ولا يستند إلى حكمه ظاهرة، فهو توسع في رخصة جاءت على خلاف الأصل، وأن الجوار قد أصبح في الوقت الحاضر ليس بذوي خطر كما كان في الماضي، وحتى أنه غير مجمع عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو يتعارض مع الاتجاه الحديث الذي يأبى قيام الملكيات الكبيرة<sup>(1)</sup>.

إلا أن كل هذه التبريرات والادعاءات لا ترتقي بأي حال إلى مرتبة الدليل القوي، والحجة الدامغة التي تناهض الأدلة المؤيدة لحق الجار في الأخذ بالشفعة وتبطل الحجج والبراهين والنصوص النبوية الشريفة الصحيحة التي قررت صراحة حق الشفعة للجار المالك.

ولهذا نجد كثيرا من فقهاء القانون الحديث قد أجازوا الأخذ بالشفعة في الجوار بشرط أن يكون ملاصقا من جهتين، وبخاصة في الأراضي الزراعية إذا كان عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها، أو كانت قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها، بشرط أن يكون هذا الجار مالكا<sup>(2)</sup>.

والعلة هنا في إثبات الحق للجار في الأخذ بالشفعة هو الاتصال بين عقار الشفيع والعقار المبيع أي بسبب اتصال جوار ملاصق من الجهتين، وهذا الرأي مستمد من المذهب الحنفي وأيضا يضاف إليه ما ورد عن ابن القيم الجوزية وفقهاء البصرة في العراق وغيرهم من فقهاء الحديث<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث:

## المحافظة على وحدة عناصر الملكية.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص480.  
- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص348.  
- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص13.  
(2) - عبد المنعم فرج الصده الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص348.  
- أنور طلبية، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 1998، ص355.  
(3) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص143.  
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج02، المرجع السابق، ص267.



إن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يُستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة، وهو ما تنص عليه المادة 674 ق م ج<sup>(1)</sup>. وحق التمتع هنا يقصد به حق الانتفاع أو الاستغلال، وحق الاستعمال وحق السكن، وهي الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وتعتبر جميعها حقوقاً عينية عقارية، ناتجة من تجزئة حق الملكية الذي هو أصل كل هذه الحقوق.

لكن الحق الأساسي الذي يُميز حق الملكية عن غيره هو حق التصرف باعتباره قد يُنقل ملكية الرقبة من مالك إلى مالك آخر، وكما أنه قد يُنقل ويُفقد هذه الملكية كما في الرهون، أو الحقوق العينية التبعية، وحق الملكية هذا يُخوّل بمقتضى القانون لمالك العقار أن يملك كل ما يُعدُّ من عناصره الجوهرية، بحيث لا يمكن فصله دون أن يفسد أو يُتلف أو يتغير (م 675 ق م ج)، ويُخوّل أيضاً للمالك الحق في الثمار والمنتجات والملحقات مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، أي يستفيد من حق الانتفاع والاستغلال (م 676 ق م ج).

ومن هذا المنطلق فعناصر الملكية التي نقصدها في هذا العنوان هي مشتقات حق الملكية أو أجزائه، وهي حق الانتفاع والاستعمال والسكن، يُضاف إليها أيضاً حق الارتفاق.

فحق الانتفاع يتمثل في استغلال العقار وفق ما أُعد له والاستفادة من ثمراته، سواء كان عقاراً مبنياً أو غير ذلك كأن يكون زراعياً، ويُكسب بالتعاقد وبالشفعة والتقادم وبمقتضى القانون، كما يجوز أن يُوصى به أيضاً (م 844 ق م ج).

فمحل حق الانتفاع إذاً هو ثمار الشيء المنتفع به، أي ثمار العقار هنا بشرط أن ينتفع به المنتفع ويستعمله بالحالة التي تسلمه بها، وبحسب ما أُعد له (م 847 ق م ج).

(1) - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

وينتهي حق الانتفاع بهلاك العقار المنتفع به، أو بانقضاء الأجل، أو بموت المنتفع على أي حال، ولو قبل إنقضاء مدة الانتفاع (م 852، 853 ق م ج)، كما ينتهي بعدم الاستعمال أيضا لمدة خمسة عشر سنة (م 854 ق م ج).

أما حق الاستعمال فهو يندرج ضمن حق الانتفاع، إلا أنه ينحصر على الانتفاع بالشيء ذاته دون الاستفادة من ثمراته، فيكون بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق، ومثله حق السكن الذي هو حق استعمال، لكن محله عقارا سكنيا، وطابع هذين الحقين شخصي أي لصيق بالشخص المستعمل للعقار، بحيث لا يمكن التنازل عنهما للغير إلا بإذن صاحب الحق مالك الرقبة، أو وجود شرط صريح أو مبرر قوي، بخلاف حق الانتفاع الذي يمكن التنازل عنه على مدى حياة صاحب حق الانتفاع وقبل انقضاء أجل مدة الانتفاع، يُفهم هذا ضمنا وبمفهوم المخالفة من نص المادة 856 ق م ج.

فوفقا لما سبق بيانه وتفصيله شرّعت الشفعة لحكمة أخرى وهي السعي للمحافظة على وحدة وتماسك أجزاء أو عناصر الملكية، لئلم بذلك ويُجمع شتات الملكية ويصبح صاحب الحق فيها مالكا للأرض ملكية تامة<sup>(1)</sup>، وهو ما يرجع بالفائدة على مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع المصاحب لها، كما يعود بالفائدة أيضا على صاحب حق الانتفاع عند التصرف في ملكية الرقبة للغير، ليتدخل هذا الشفيع ويحل محل المشتري الأجنبي، وهنا تصبح الملكية بأكملها في يد شخص واحد، وهو الشفيع صاحب حق الانتفاع.

إن الفائدة العظمى من وراء تقرير حق الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أنها ذات طابع اقتصادي حيث تؤدي إلى جمع ما تفرق من العناصر المكوّنة لحق الملكية أو تلحق ملكية الرقبة بملكية حق الانتفاع، ليصبح حق الانتفاع المُجرّء بين عدة أشخاص مالكين على الشيوع في يد شخص واحد عند استعمال هذا الأخير حقه في الأخذ بالشفعة كشريك بالشيوع في حق الانتفاع إذا باع أحد شركائه في الانتفاع

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 561.

حقهم لأجنبي، وبشرط عدم استعمال مالك الرقبة حقه في الشفعة باعتباره صاحب مرتبة أولى، كما تؤدي إلى ضم حق الانتفاع إلى الرقبة<sup>(1)</sup>، حيث يمكن لصاحب حق الانتفاع أن يستعمل حقه في الشفعة، وهذا عند عدم استعمال هذا الحق من طرف ذوي المراتب الأولى طبقا للمادة 2/795 ق م ج، سواء عند بيع الرقبة<sup>(2)</sup> كلها أو بعضها، ومن هنا يصبح مالك حق الانتفاع مالكا للرقبة أيضا لتصير بذلك ملكية العقار في يد شخص واحد.

نفس الحكم الوارد في الفقرة السابقة ينطبق هنا أيضا، في حالة لو قام صاحب حق الانتفاع ببيع الحق المصاحب للرقبة لأجنبي حيث يجوز لمالك الرقبة بمقتضى نص المادة 2/795 ق م ج، أن يستعمل حقه في الشفعة لاكتساب حق الانتفاع وضمه إلى ملكية الرقبة، وهو ما يتوافق مع نص المادة 844 ق م ج والتي تقضي بأن حق الانتفاع يُكسب بالشفعة أيضا.

وفي كلا الحالتين الأخيرتين يؤدي الأخذ بالشفعة إلى اجتماع سلطات الملكية الثلاث (حق التصرف، حق الانتفاع، حق الإستعمال) في يد شخص واحد، وهو ما ينعكس إيجابيا على إنتاجية ومردودية العقار، وبخاصة في العقارات الفلاحية حيث نجد الاستثمار في هذه الأخيرة يتطلب نوعا من الاستقلالية والأحادية في التسيير والتخطيط والتصرف، لهذا فإن الإدارة العقلانية للعقار واستغلاله الأمثل مرهونان بأن يكون مالكة هو نفسه صاحب حق الانتفاع فيه لاعتبار أن ذلك الاستثمار الأمثل ليس لصالح الفرد فقط، بل تعود فائدته على المجتمع ككل وهو ما يؤيد بوضوح فكرة الطابع الاجتماعي أو الفائدة الاجتماعية للملكية، ولهذا السبب قيل بأن للشفعة فوائد اجتماعية واقتصادية أيضا<sup>(3)</sup>.

## المطلب الرابع:

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 13.  
(2) - يطلق لفظ الرقبة على العقار الذي انفصل عنه حق الانتفاع ليُخوّل لشخص آخر غير مالك هذا العقار.  
(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 07.

## عدم تجزئه العقار.

إن الحكمة الأخيرة التي توفرها لنا الشفعة أنها وسيلة هامة من أجلها يتم الحفاظ على وحدة العقار وعدم تجزئته إلى مساحات وقطع صغيرة عن طريق عملية القسمة، وبالتالي استحداث مرافق جديدة، مع ما يتطلبه العقار من نفقات وتكاليف إضافية.

فالأخذ بالشفعة في كثير من الحالات يؤدي إلى إنهاء الشيوخ، في حالة بيع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبي<sup>(1)</sup>، وبخاصة إذا كان هناك شريكين فقط على الشيوخ، فيؤدي أخذ أحدهما بالشفعة إلى انتهاء الشركة إذا لم يكن هناك شريك آخر غير البائع منهما، أو التقليل من عدد أفرادها إذا كان خلافه.

فالشفعة إذاً تجنّب كل المالكين للعقارات ضرر القسمة في نواح متعددة فيقل بذلك الانتفاع بالأنصبة نتيجة لما استحدثت من مرافق ضرورية لكل نصيب في العقار، كالمساعد والطرق والبالوعات والمناور، وغيرها من الإرتفاقات اللازمة للانتفاع بالعقارات.

يرى الفقهاء سواء كانوا في الشريعة أو في القانون بأن الشفعة تحقق فائدة كبيرة من حيث إنهاء الشيوخ أو التقليل منه وجمع الأنصاء في الجملة<sup>(2)</sup>.

يرى بعض الفقهاء أيضاً بأن الشفعة تؤدي وظيفة عمرانية جلييلة من حيث الإسهام في تنظيم الملكية العقارية وتحسينها عندما تجتمع الحصص الشائعة المبعثرة، وتنتقل بفضل حق الشفعة إلى يد واحدة تستقل بممارسة سلطاتها عليها<sup>(3)</sup>، ومما سبق بيانه تتحقق الفائدة الاقتصادية للشفعة في تلك الحالة<sup>(4)</sup>.

كما أن صيرورة الملكية العقارية لمجموع تلك العقارات في يد شخص واحد بعد إنهاء الشيوخ وبدون قسمتها تُحقق أهداف المُشرّع في التشريعات العقارية

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماء عملاً، نفس المرجع، ص 07.

(2) - على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج2، المرجع السابق، ص 266-267.

(3) - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية، ج02، الأردن 1999 ص 160.

(4) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 13.

ومنها المشرع العقاري الجزائري وبخاصة ما ورد في التشريع الخاص بالتوجيه العقاري المنظم للعقارات الفلاحية ومن هذه الأهداف استعمال الأملاك العقارية غير المبنية وفق طبيعتها أو غرضها، طبقا للمادة 27 من قانون التوجيه العقاري<sup>(1)</sup>، وهو ما يحقق الفائدة العامة التي أقرها القانون (م 28 منه).

إن الملكية العقارية، ولا سيما الفلاحية منها تُحقق أهدافا اقتصادية، إنطلاقا من الوظيفة الاجتماعية المنوطة بها، لهذا السبب اعتبر المشرع عدم استثمار أرض فلاحية فعلا تعسفا في استعمال الحق يعاقب عليه هذا القانون، وهذا من خلال المواد من 48 إلى 62 من قانون التوجيه العقاري، وتتحقق أهداف هذا القانون عندما تجتمع أملاك عقارية، وبخاصة إذا كانت فلاحية في يد شخص واحد ليكون بذلك عاملا مساعدا باستثمارها على الوجه المرغوب فيه وطبقا لما تقضي به المادة 33 من القانون السابق، بقولها: « يجب أن يساهم كل نشاط، أو تقنية، أو إنجاز في ارتفاع الطاقة الإنتاجية في المستثمرات الفلاحية، بصرف النظر عن الصنف القانوني الذي تنتمي إليه الثروات العقارية المعنية »، وكذلك وفقا لما تقضي به المادة 55 من نفس القانون<sup>(2)</sup>.

كما أن قسمة مجموع العقارات السابقة على المالكين عند عدم الأخذ بالشفعة لا يحقق أهداف هذا القانون، من حيث عدم تحقيق الإستثمار والاستغلال الأمثل للعقارات الفلاحية، وذلك بسبب عملية التقسيم وما يترتب عليها من إحداث مرافق جديدة وما يتطلب في ذلك من نفقات وتكاليف بالإضافة إلى تزايد الارتفاقات على العقارات المجزأة من طرق ومجاري المياه الخاصة بكل وحدة عقارية، وهذا بطبيعة الحال يتعارض تماما مع غرض المشرع وإرادته من خلال النصوص

---

(1) - القانون رقم 25/90 المؤرخ في: 18/11/1990، يتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49.  
(2) - تنص المادة: 55 من هذا القانون على أنه: « تُنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية، ويجب ألا تُلحق هذه المعاملات ضررا بقابلية الأراضي للإستثمار، ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين أراض قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه ... ».

القانونية السابقة، والتي توحى في أغلبها إلى ضرورة الحفاظ على قابلية الأرض أو العقار الفلاحي للإستثمار.

من المعايير المعتمّدة في إنجاح الإستثمار حجم المستثمرة، وهذا لا يتأتى إلا إذا حافظنا على تلك العقارات وأبقيناها دون قسمة وتجزئة، وهو ما تحققه لنا الشفعة عندما تُبقي ملكية العقارات في يد شخص واحد بعد إنتهاء الشيوخ، وإحلال الشريك محل الأجنبي في شراء تلك العقارات.

إضافة إلى ماسبق شرحه وبيانه، تتحقق حكمة الشفعة كذلك في عدم تجزئة العقار من خلال نص المادة 57 من القانون السابق<sup>(1)</sup>، والتي تقرر حق الأخذ بالشفعة لصالح مالكي العقارات المجاورة للعقار المراد بيعه لأجنبي عنهم، وهذا مع مراعاة أصحاب حقوق المراتب الأولى في الأخذ بالشفعة.

إن الغاية من تقرير الشفعة في الجوار بالنسبة للأراضي الفلاحية هو تحسين الهيكل العقاري للمستثمرة وتحقيق أهداف المادة 55 من القانون المشار إليه أعلاه، هذا يعني بوضوح أن إرادة المشرع العقاري هنا تسعى إلى توسيع حجم المستثمرات الفلاحية قدر الإمكان بتشكيل وحدات عقارية منتجة كبيرة غير مجزأة، وهو ما يتماشى مع برامج ومخططات التوجيه العقاري بما يحقق أهداف السياسة العقارية عموماً.

ومن أجل هذا أنشأ جهاز إداري اقتصادي بموجب مرسوم تنفيذي<sup>(2)</sup> رقم 87/96 يسعى إلى تطبيق وتفعيل النصوص القانونية السابقة، وتحقيق أهداف السياسة العقارية المنتهجة من طرف الدولة في الوقت الراهن، وهو الديوان الوطني

(1) - تنص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري على مايلي: « يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة ».

(2) - أنشأ هذا الجهاز بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ : 24 فيفري 1996 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 28 فيفري 1996، العدد: 15. - وفي هذا الشأن نصت المادة الأولى من هذا المرسوم المشار إليه أعلاه بقولها: « عملاً بالقانون رقم 90-25 المؤرخ في: 18 نوفمبر سنة 1990 المذكور أعلاه تُحدّث مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، تحت إسم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتدعى في صلب النص " الديوان ".

يخضع الديوان للقواعد الإدارية المطبقة على الإدارة في علاقاته مع الدولة، ويعد تاجراً في علاقاته مع الغير».

للأراضي الفلاحية، حيث يُعتبر هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري طبقاً لما تقضي به المادة 61 ق ت ع، حيث تنص على أنه: « تسعى الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري لاتخاذ كل التدابير الملائمة التي من شأنها أن تحافظ على انسجام المستثمرة الفلاحية، وعلى قابليتها الاقتصادية في جميع المعاملات العقارية التي تقي حتماً إلى تجزئة الملكية».

إذاً من خلال هذا النص الأخير وما جاء في النصوص السابقة الذكر يتضح لنا جلياً أن سياسة الدولة في التعامل مع العقارات الفلاحية تهدف إلى منع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تجزئة هذا النوع من الأملاك العقارية، ضماناً لتحقيق الوظيفة الاقتصادية المنوطة بها، وبما يخدم المصلحة العامة للمجتمع.

## الباب الثاني:

شروط الأخذ بالشفعة وإجراءاتها القانونية.



## الباب الثاني:

### شروط الأخذ بالشفعة وإجراءاتها القانونية.

بعدما تطرقنا في الباب الأول لمفهوم الشفعة بوجه عام والمراحل التاريخية التي مرَّ بها نظامها، وتعرفنا عن الحكمة المقصودة من وراء تشريعها وتقنينها في التشريعات الحديثة وبخاصة التشريع الجزائري، سوف نتناول دراسة الشروط الواجب توافرها لأجل الإستفادة من نظام الشفعة، إذ بدونها لا تتحقق الشفعة، فهي بمثابة الأسباب التي تخول لمن تتوفر فيهم تلك الشروط للأخذ بها **(الفصل الأول).**

إن الشروط المشار إليها أعلاه يمكن إجمالها في مجموعتين أساسيتين: **أولهما:** يتعلق بنوع التصرف المميز للشفعة، **وثانيهما:** يخص الشخص الواجب له الشفعة، مع التركيز على الإضافات الهامة التي جاءت بها النصوص الخاصة في هذا المجال ومنها قانون التوجيه العقاري 25/90 السابق ذكره، والأمر 105/76 المؤرخ: في 1976/11/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمُنتَمَّ والمرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في: 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، وغيرها من النصوص الخاصة والمراسيم التنفيذية التي نتعرض لبعض أحكامها الخاصة بالشفعة.

بعد ذلك نعالج في الجزء الثاني من هذا الباب الإجراءات القانونية الكفيلة بتطبيق نظام الشفعة بداية من الإنذار بوقوع البيع الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، ومرورا بضرورة إعلان الرغبة في الشفعة من طرف هذا الأخير مع وجوب إيداع الثمن، ورفع دعوى الشفعة في حالة عدم التراضي على ذلك **(الفصل الثاني).**

## الفصل الأول:

### شروط الأخذ بالشفعة.

إن الشفعة كواقعة مركبة لا يمكن الأخذ بها إلا إذا وُجد صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع، ليخوله إكتساب ملكية العقار الذي باعه مالكه إلى مشتر آخر غير هذا الشفيع، ويطلق عليه العقار المشفوع فيه، ويُشترط في هذا الأخير أن يكون متصلاً بعقار آخر يملكه ذلك الشفيع يصطاح عليه بالعقار المشفوع به، وسواء كان ذلك الإتصال ناتجاً من شركة على الشيوع في نفس العقار وذلك إذا كان العقار المبيع جزءاً شائعاً مع حصة الشفيع في أرض أو دار مشتركة بينهما، أو كان الإتصال ناتجاً من تجزئة حق الملكية لذلك العقار، بتحويل حق الإنتفاع لشخص ثان، مع بقاء ملكية الرقبة في يد الشخص الأول، وهو المالك الأصلي للعقار.

كما يمكن أن يكون هذا الإتصال سببه الجوار الملاصق في الأراضي الفلاحية، وهذا يعني أن تلك العقارات لها امتداد طبيعي فيما بينها، إلى درجة أنها تشكل مجتمعة وحدة عقارية منسجمة ومتكاملة. يسعى المشرع هنا من خلال تحويل الأخذ بالشفعة إلى الحفاظ عليها كما كانت في وضعها السابق كتلة عقارية واحدة، وله في ذلك عدة أهداف منها: دفع الضرر عن الشفيع، بالإضافة إلى تحقيق الإنتاجية، بما يتماشى مع الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية للملكية وبخاصة العقارات الفلاحية، كما سبق بيانه في نهاية الباب الأول.

من هذا المنطلق يمكن القول إذاً بأن حق الأخذ بالشفعة لا يخوّل لأي كان بالرغم من أن هناك اتصالاً بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، بل لا بدّ من توفر ثلاثة أنواع من الشروط، أولها: يتعلق بالمال المشفوع فيه (المبحث

**الأول)، وثانيها: خاص بالتصرف المرتب للشفعة (المبحث الثاني)، أما الشروط الأخيرة فهي متعلقة بشخص الشفيع (المبحث الثالث).**

### **المبحث الأول:**

#### **شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه.**

كما أشرنا إليه سابقا تثبت الشفعة على خلاف الأصل والقياس، وهو ما أكده كثير من الفقهاء في هذا المجال، واعتبروها أمرا استثنائيا على الأصل، وهو عدم جواز انتقال الملك من صاحبه إلى غيره إلا برضاه وطيب نفسه<sup>(1)</sup>، وسبب هذا الإستثناء هو أن المنفعة التي يحصل عليها هذا المشتري الذي يريد تملك ذلك العقار أقل من الضرر الذي سينال غيره لو أخذ العقار وتملكه، وهذا الغير هو شخص الشفيع الذي أبيع له تملك العقار باستعمال الشفعة، ولكن بتوفر مجموعة من الشروط ومنها تلك التي تتعلق بنوعية الملك محل الشفعة، وهو المال الذي يستطيع من خلاله الشفيع أن يملكه جبرا عن المشتري والبايع معا، طبقا لما ورد في التشريع المدني الجزائري، وهذا التشريع الأخير لا يُقر بالشفعة إلا في الأملاك العقارية فقط دون المنقولات، باعتبار أن هذه الأخيرة يرد عليها حق الإسترداد **(المطلب الأول).**

إضافة إلى ما ورد في الفقرة السابقة يُشترط أيضا لجواز الشفعة، أن يطلبها الشفيع في العقار المبيع كله لا بعضه وهذا تجنباً لتجزئة الصفقة على المشتري وحتى على البائع أيضا، لأن المشتري قد يرفض التعاقد في هذه الحالة لعدم تحقق الفائدة المرجوة من تلك الصفقة، وبالتالي سوف يلحق البائع والمشتري معا ضررا أعظم من الضرر الذي كان سينال الشفيع لو تملك المشتري ذلك العقار **(المطلب الثاني).**

(1) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 145.

## المطلب الأول.

### الشفعة لا ترد إلا على العقارات.

إن حق الأخذ بالشفعة مقرر فقط عند بيع العقارات دون بيع المنقولات لأن هذه الأخيرة يرد عليها حق الاسترداد، وهذا في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي ولحق الاسترداد قواعد تختلف عن أحكام الشفعة باعتباره مستمد من القانون الفرنسي، في حين أن قواعد الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي، إلا أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الأخذ بالشفعة لهذا يرى الفقه الحديث بأن الشفعة ما هي إلا حق استرداد يثبت في العقار وفي أحوال خاصة وبشروط معينة<sup>(1)</sup>.

إلا أن تعريف العقار يختلف عن تعريف المنقول نظرا لاختلاف طبيعة كل منهما، وعليه سنقوم بعرض تعريف العقار (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى عرض الحكمة من قصر الشفعة على العقار (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### تعريف العقار.

إن التعريف لا يكون شاملا وجامعا ومحققا للهدف المنوط به إلا إذا تناول المدلول اللغوي بالإضافة إلى المدلول الاصطلاحي لدى الفقه والقانون، ومن هنا سوف نتعرض إلى التعريف اللغوي (أولا) ثم المدلول الاصطلاحي (ثانيا).

#### أولا: تعريفه لغة:

العقار (بالفتح مخففا) المنزل والضيعة، ولذا تقول العرب: ما له دار ولا عمار، ومنهم من يُطلق على العقار النخل فقط<sup>(2)</sup>، ومنهم من يقول بأن العقار (بالفتح)

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 481-182.

(2) - محمد ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد 01، ج 4، دار الجبل ودار لسان العرب، بيروت، 1988، ص 839.

الضيعة والنخيل والأرض معا، ويقال في البيت عقار حسن، أي متاع وأداة، والعُقار (بضم العين) الخمر سميت بذلك لأنها عقرت العقل، أي لازمته والمُعقر (بضم الميم وسكون العين وكسر القاف) هو الرجل الكثير العقار<sup>(1)</sup>، وقال الزمخشري: «و أصله من عَقَرَتْ به إذا أطلت حبسه كأنك عَقَرْتَ راحلته فبقي لا يقدر على البراح»، في هذا الشأن قالت أم سلمة لعائشة رضي الله عنها عند خروجها إلى البصرة: «سَكَّنَ اللهُ (بفتح الكاف مشددة) عُقَيْرَاكَ فلا تحريها». أي أسكنك الله بيتك وعقارك وسترك فيه، فلا تبرزيه.

قال ابن الأثير: «عُقَيْرَاكَ» اسم مصغر مشتق من عُقِرَ الدار (بضم العين وسكون القاف)، ومن هنا قال الزمخشري أيضا في تفسير القول السابق: «وأرادت به نفسها» أي سَكَّنِي نفسك التي حقها أن تلزم مكانها ولا تبرز إلى الصحراء<sup>(2)</sup>، ومصدرها من المكوث والملازمة في البيت والسكون فيه.

يطلق على العقار أيضا: جميع اليبيس أو اليايسة، والعقر والعقر ( بفتح العين وضمها) القصر المنهدم بعضه على بعض، وقيل: البناء المرتفع وقيل القصر المُعْتَمَد لأهل القرية<sup>(3)</sup>.

أخيرا نخلص مما سبق عرضه بشأن الإشتقاقات اللغوية لكلمة عقار، أنه يطلق على الملازمة للشيء والثبات على الأمر والسكون والإقرار والاحتباس وعدم البراح أو التنقل من مكان لآخر، وهو ما يشمل الأراضي والنخيل وكل الأشجار اللصيقة بها ومن في خدمة الأرض وكذا المباني من القصور والمنازل وما يشيد فوق الأرض لأنه يلازمها ويُنَبَّت عليها بحيث ينهدم عند محاولة تحويله أو انتقاله، وهو ما يصدق فعلا على المعنى الاصطلاحي الفقهي والقانوني للعقار وهذا ما سنتناوله في الفقرة الموالية.

(1) - محمد بن أبي بكر الرازي، المرجع السابق، ص425.

(2) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مجلد 01، ج 04، المرجع السابق، ص840.

(3) - ابن منظور، نفس المرجع، ص840.

## ثانيا: تعريف العقار اصطلاحا:

يُعرّف العقار لدى الفقهاء بأنه: كل شيء ثابت ومستقر بموضع محدد، وهو يشمل الأراضي بمختلف أنواعها وما يقام عليها من الأبنية الثابتة كالعمرات وكل ما يشيد فوقها ما دام ثابتا كالأنفاق، والطرقات، والممرات المعلقة من الجسور وغيرها، كما يشمل العقار أيضا ما تحت الأرض، كالأنفاق السفلية، والآبار والسدود، ويدخل في نفس المفهوم السابق ما يتصل بالأرض سواء فوق سطحها كالمحاجر وتلال الرمال والأحجار الكريمة، أو ما هو في باطنها كالمناجم البترولية أو المعدنية أو الغازية، فكل هذه الأراضي والمباني السابقة وما يتصل بهما وله صفة الاستقرار والثبات يُطلق عليه عقارات بطبيعتها، وقد تكون ملكية خاصة للأفراد أو ملكية خاصة أو عامة للدولة<sup>(1)</sup>.

ويلحق بالمفهوم السابق أيضا للعقار بطبيعته، الأشجار والنباتات المتصلة بالأرض اتصالا ثابتا ومستقرا بواسطة جذورها مهما كان نوعها وقيمتها، ما عدا تلك المزروعة في الأوعية والأصص فهي ليست بعقارات لأنها قابلة للتحويل من حيز لآخر دون تلف.

بالإضافة إلى العقار بطبيعته وهو الأصل في تعريف العقار، يوجد أيضا نوعا آخر وهو العقار بالتخصيص ويقصد به: كل منقول في أصله رسده صاحبه أي مالك العقار من أجل خدمة ذلك العقار و استغلاله، ويشترط فيه شرطين أساسيين: **الأول:** أن يكون مالك المنقول نفسه مالك العقار، **والثاني:** ان يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار بصفة مستقرة ودائمة<sup>(2)</sup>، مثاله: الجرار المخصص لخدمة الأرض الزراعية، و آلة رفع المياه بالنسبة للدار أو المزرعة، وآلة الانتقال بين الطوابق أو الروافع، والمواشي المخصصة لخدمة الأرض الزراعية، وغيرها مما يخدم العقار.

(1) - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 261-262.

(2) - إسحاق إبراهيم منصور، نفس المرجع، ص 261-262.

عرّف بعض الفقهاء العقار أيضا على أنه: (هو الشيء الثابت المستقر في مكانه، غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر بدون تلف)<sup>(1)</sup>.

ويرى الفقهاء في هذا المجال أيضا أنه يدخل في مفهوم العقار كل الأشياء الثابتة المستقرة على الأرض أو في باطنها، بغض النظر عن المالك الحقيقي لها، بحيث لا يؤثر ذلك في طبيعتها العقارية إن كان مالكا غير مالك الأرض المشيدة عليها البنائيات، ومثالها: البنائيات التي يقيمها المستأجر بترخيص من المالك على الأرض المؤجرة، فهي عقارات بطبيعتها ما دامت مستقرة و ثابتة على الأرض<sup>(2)</sup>.

وأما المشرع الجزائري فقد عرف العقار في القسم الثاني من الفصل الأول ضمن الباب الأول في الكتاب الثالث من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. وهذا تحت عنوان: تقسيم الأشياء والأموال، وورد هذا في المادة 1/683 منه، بقولها: « كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول». وهذا التعريف خاص بالعقار بطبيعته.

وأما الفقرة الثانية من نفس المادة فتناولت تعريف العقار بالتخصيص. أي أن المشرع الجزائري هو الآخر تناول العقار وفق التقسيم الفقهي السابق.

وعليه جاء نص الفقرة الثانية كما يلي: « غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار، أو استغلاله يُعتبر عقارا بالتخصيص».

أضاف بعض الباحثين<sup>(1)</sup> في هذا المجال نوعا آخر من العقارات رغم أنه متضمن في النوع الأول (العقارات بالطبيعة)، واصطاح عليه بالعقارات بحسب موضوعها، وهي عبارة عن حقوق مالية عقارية تترتب على العقارات طبقا لنص

(1) - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص206.  
(2) - زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحقوق العينية غير المنقولة، ج01، ط03، دار الثقافة ببيروت، لبنان، 1974، ص46.  
(1) - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام " طبعة منقحة و مزيدة " دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص57.

المادة 684 من القانون السابق، ويطلق عليها بالحقوق العينية العقارية، وهي الحقوق العينية الأصلية التي محلها عقار أي: موضوعها عقار، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال والسكن، بالإضافة إلى الحقوق العينية التبعية التي يرتبط وجودها وعدمها بحق شخصي لضمان الوفاء به، مثالها: الرهن الرسمي، والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز، فهذه الأخيرة تعتبر في حكم العقارات إذا كان موضوعها عقارا، وقد تعتبر منقولا إذا كان موضوعها منقولا<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى تعريف العقار في الاصطلاح الفقهي والقانوني، يوجد هناك مصطلحا آخر استحدثه المشرع الجزائري وفق قانون التوجيه العقاري 25/90 المؤرخ في: 1990/11/18 وخصه بنوع محدد من العقارات وهي: الأملاك العقارية حيث حصرها في نطاق ضيق حسب مفهوم العقار عموما، ليقصد بها فقط الأراضي أو الثروات العقارية غير المبنية<sup>(2)</sup>، وصنفت إلى ثلاثة أصناف وهي الأملاك الوطنية، وأملاك الخواص أو الأملاك الخاصة والأملاك الوقفية<sup>(3)</sup>.

عرّف القانون المشار إليه في الفقرة السابقة الملكية العقارية الخاصة على أنها: «حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها»<sup>(4)</sup>.

إن التعريف الوارد في الفقرة السابقة هو نفسه التعريف الذي جاء به الأمر رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم في مادته 674 في تعريفه للملكية بوجه عام مع فرق طفيف في استعمال بعض المصطلحات القانونية، بقولها: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة». ذلك أن استعمال الأملاك العقارية وفق طبيعتها يعني

(1) - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، نفس المرجع، ص 57-58.

(2) - راجع المادة الثانية من القانون 25/90 السابق ذكره، و كذلك المادة الثالثة منه حيث حددت القوام التقني في الأملاك العقارية.

(3) - راجع نص المادة 23 من نفس القانون.

(4) - راجع نص المادة 27 منه.



احترام الغرض الذي أنشأت من أجله، فإذا كانت فلاحية يجب أن تبقى كذلك، ولأن تحويل الطابع الفلاحي لهذه العقارات أو الإقدام على تصرف من شأنه الإضرار بقابلية المستثمرة الفلاحية للإستغلال الأمثل يُعتبر أحد الاستعمالات التي تحرمها القوانين والأنظمة، ومنها قانون التوجيه العقاري وقانون التهيئة والتعمير 29/90 المعدل والمتمم، والنصوص التنظيمية المطبقة لهما.

مما سبق اتضح لنا بأن الملكية العقارية ما هي إلا سلطة مباشرة، تُتخوّل لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله وينتفع به ويتصرف فيه، ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها، وعلى هذا الأساس فإن نقل الملكية العقارية يقصد به عند الفقهاء والباحثين، وكذا القانون على أنه انتقال تلك السلطة من شخص لآخر وبالشروط والمعايير التي حددها القانون<sup>(1)</sup>.

في الأخير يمكن القول بأن تعرضنا لتعريف العقار والأملك العقارية حسب مفهوم التشريع العقاري وهذا سواء في اللغة أو الاصطلاح إنما ينطوي على فائدة هامة، باعتبار أن الشفعة محلها العقارات والأملك العقارية عموماً دون الأملك المنقولة، فنجد بأن هناك تمييزاً بين العقارات والمنقولات وهذا بالنظر إلى الآثار

القانونية المترتبة عن ذلك، ومنها ما ورد في أحكام القانون المدني<sup>(2)</sup> وأحكام قانون العقوبات<sup>(3)</sup> ومنها ما ورد في أحكام قانون الإجراءات المدنية<sup>(1)</sup>، الذي ميز بينها

---

(1) - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 05.  
(2) - أحكام العقارات في القانون المدني تختلف عن المنقولات منها ما تعلق بالتسجيل والشهر، حيث يشترط الشهر في المحافظة العقارية لانتقال الملكية العقارية، وحتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير، بخلاف المنقولات فتنتقل الملكية بمجرد عقد البيع، ماعدا المنقولات الهامة مثل الطائرات و السفن و السيارات فتخضع لنظام خاص بها. وأيضاً حيازة المنقول تعتبر سنداً للملكية إذا كانت بحسن نية وقائمة على سبب صحيح.  
أما حيازة العقار وفقاً لما سبق لا تعتبر سنداً للملكية، ولكنها تعتبر فقط سبباً لكسب الملكية بالتقادم إذا دامت الحيازة 15 سنة أو 10 سنوات حسب شروط محددة ( م 827 و 828 ق مدني)، وكذلك الغبن في بيع العقار غير الغبن في بيع المنقول (راجع م 358 و 359 ق مدني)، وكذلك المواد ( 90-91) منه.  
(3) - المشرع في هذا القانون يعاقب على الاعتداء على الأموال المنقولة في مواد الجرح بالحبس والغرامة كالسرقات في المادة 350 منه، وما بعدها، كما يجرم النصب وخيانة الأمانة وتبديد المحجوزات القضائية، وإخفاء الأشياء المسروقة، والاعتداء على حقوق التأليف ( م 390 منه).  
- أما الحقوق العقارية فنص عليها هذا القانون من خلال حمايتها مثل نص المادة 386 التي تعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات كل من انتزع عقاراً مملوكاً للغير خلسة أو تدليساً، وفي الليل تضاعف العقوبة.

من خلال الباب الخاص بالاختصاص القضائي من الكتاب الأول منه في الباب الثاني، تحت عنوان: في الاختصاص المحلي، وهذا في المادة الثامنة منه حيث خول الاختصاص المكاني أو المحلي في الدعاوي العقارية للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار، لأن العقار يتميز بموقع ثابت وغير قابل للحركة والتنقل.

بخلاف الدعاوي المنقولة فيكون الاختصاص المحلي هنا لمحكمة موطن المدعي عليه لاعتبار أن المنقول حسب طبيعته قابل للحركة والتحويل دون تلف وأيضا من خلال هذا القانون نجد بأن دعاوي منع التعرض في الحيازة تتعلق دائما بالعقار دون المنقول، وغيرها من الأحكام الأخرى.

مما سبق إذاً يتضح جليا بأن العقارات تختلف اختلافا كبيرا عن المنقولات لذا كانت الأولى مجالا للشفعة والثانية خُصت بتطبيق حق الاسترداد، وبناءً على المفهوم السابق تُعتبر جميع العقارات محلا للشفعة سواء كانت بطبيعتها أو بالتخصيص، بشرط أن يباع هذا الأخير تبعا للأول الذي رصد لخدمته واستغلاله فتثبت فيه الشفعة تبعا للعقار الأصل، لكن الأمر يختلف تماما لو بيع عقار بالتخصيص مستقلا عن العقار الذي رصد لخدمته واستغلاله، لأنه لا شفعة في هذه الحالة، لاعتبار أن العقار بالتخصيص إذا بيع مستقلا يعتبر منقولا ويخضع لأحكام المنقولات<sup>(2)</sup>.

من هذا المنطلق إذا تم بيع أرض زراعية بما عليها من مباني وحظائر ومخازن ومواشي وآلات زراعية، وغيرها مما يعد عقارا بالتخصيص فإن الشفعة تثبت في المزرعة وما يصل بها من مواشي وآلات الخدمة، لكن لو فصلت المواشي أو آلات الري مثلا عن الأرض وبيعت مستقلة، فإن الشفعة لا تثبت هنا لأن البيع وقع على المنقولات دون العقارات<sup>(3)</sup>.

(1) - الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في: 1966/06/06، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1966/06/08، العدد: 47.

(2) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 72.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 482-483.

## الفرع الثاني:

### الحكمة من قصر الشفعة على العقار.

الشفعة إذاً جائزة في العقار دون المنقول وهو رأي جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي، حيث يرون بأن الشفعة واجبة في الدور والعقارات بصفة عامة واختلفوا فيما سوى ذلك، إلا أن المالكية أضافوا إلى ذلك ما تعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يُحوّل كالبنر وآلاته ومحال النخل، والثمار وباقي المزروعات اللصيقة بها<sup>(1)</sup>، كما يرون أيضاً بوجوب الشفعة في السفينة على اعتبار أنها أعدت كالعقار لتكون مسكناً بخلاف جمهور الفقهاء لا يرون بذلك، لأن الشفعة وجبت لرفع أذى الدخيل وضرره على الدوام ولم تثبت في العقار لكونه مسكناً، ورفع الأذى والضرر لا يُتصور إلا في العقارات<sup>(2)</sup>.

إلا أن هناك رأي من الفقهاء في هذا المجال<sup>(3)</sup> يرى بثبوتها في العقار والمنقول معا مادام مشتركا، سواء كان من الحيوانات أو غيرها من الآلات والثياب والمعادن وباقي المنقولات، وهو قول أهل مكة وأهل الظاهر ومذهب جابر رضي الله عنه، ورواية عن أحمد بن حنبل أيضاً.

هناك رأي آخر يرى بثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة فقط دون باقي العقارات التي لا تقبل القسمة، بدليل الحديث الشريف الثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم، قوله: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه»<sup>(4)</sup>، والمقصود هنا أن الشفعة فيما يمكن فيه القسمة ما دام لم يُقسم، وهو استدلال بدليل الخطاب وهو مجمع عليه بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في طريقة الاستدلال به<sup>(5)</sup>.

(1) - ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 254-255.

(2) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 260.

(3) - ابن رشد القرطبي، نفس المرجع، ص 254.

(4) - أخرجه: مالك في الموطأ، راجع مالك ابن أنس، المرجع السابق، ص 403.

- وأخرجه البخاري في صحيحه، راجع: البخاري، صحيح البخاري، ج 02، المرجع السابق، ص 787.

(5) - ابن رشد القرطبي، نفس المرجع، ص 254.

إن الحكمة في قصر الشفعة على العقار الذي يقبل القسمة فقط حسب الرأي الفقهي الوارد في الفقرة السابقة أن الشفعة في نظرهم قد شرّعت لرفع ضرر القسمة، وذلك بجمع العقار في ملك شريك واحد لأنه يجوز لكل شريك منهم أن يطلب القسمة ما دام العقار قابلاً لذلك، وفي إجراءات مؤونة وتكاليف ونفقات زائدة بالإضافة إلى الضيق في استخدام المرافق الناجمة عن ذلك، وهذا بعد أن كان كل شريك يرتفق بالعقار جميعه وبأي وضع منه شاء، فإذا وقعت الحدود ضاق به العقار وقصر على موضع منه، فمكّنه الشارع بحكمته من رفع هذا الضرر بأن جعله أحق بالمبيع من الأجنبي حتى يكون له العقار جميعه<sup>(1)</sup>.

أما الرأي الآخر الذي أجاز الشفعة في العقارات مطلقاً قبلت القسمة أم لم تقبل دون إجازتها في المنقولات- وهو رأي جمهور الفقهاء- أن الحكمة عندهم هي دفع الضرر المترتب على الشركة في العقار<sup>(2)</sup> أو الضرر المحتمل والمتوقع من جارٍ سيء الخلق (بضم الخاء و اللام) يؤدي جيرانه ببوائقه، إذا حدث وتملك العقار المبيع، ولهذا نجدهم يُثبتون حق الشفعة للشريك في العقار ثم للشريك في حق الارتفاق الخاص، ثم للجار الملاصق، ويلحقون بالعقار عمقه وارتفاعه، بحيث إذا بيع العقار يثبت عندهم حق الأخذ بالشفعة لصاحب السفلى كما يثبت لصاحب العلو إذا بيع السفلى<sup>(3)</sup>.

أما من يرون بثبوت الشفعة في المنقولات والعقارات، فيلحقون الحكمة الواردة في العقارات على المنقولات أيضاً، ذلك لأن ضرر الشركة عندهم ثابت في كل ملك مشترك، وهو فيما لا يُقسم أشد منه فيما يُقسم، ومن المنقول ما لا تُتصور قسمته كالحيوان مثلاً، وما تضره القسمة كالجوهر أو المعادن النفيسة.

إن الشفعة هنا شرّعت لرفع الضرر وهو أمر ثابت في العقار والمنقول معا بل هو في المنقول أظهر منه في العقار، وهو ما يتناسب مع الأحاديث النبوية التي

(1)- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص254.

(2)- ابن رشد القرطبي، نفس المرجع، ص254.

(3)- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص279.

تدفع الضرر عامة عن الأفراد والمجتمع، وأيضا ما يتوافق مع قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد، وكما يرى بعض الفقهاء بأنه متى ثبتت المصلحة فثم شرع الله<sup>(1)</sup>.

إلا أن التفرقة السابقة بين المنقولات والعقارات وما ترتب على ذلك من آراء فقهية في الشريعة الإسلامية بين المؤيد والمعارض لإثبات الشفعة في المنقولات من عدمها، غير واردة بنفس الحجة لدى الفقه القانوني الحديث، بسبب أن المنقولات مجالها الأخذ بحق الاسترداد في حالة الشركة والشروع عند إقدام أحد الشركاء ببيع حصته لأجنبي، وهو مأخوذ من القانون والفقه الفرنسي، وأخذت به معظم التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري في المادة 721 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، وهو يقابل حق الأخذ بالشفعة في العقارات والحكمة منه أيضا دفع الضرر عن الشركاء في المال المنقول، وعليه فإذا بيعت حصة في سفينة أو طائرة أو سيارة فلا تثبت الشفعة لأنها منقولات تخضع لنظام الاسترداد، وسواء كان منقولا بحسب الأصل والطبيعة، أم منقولا بحسب المال كما في حالة بيع البناية بعد هدمها والأشجار بعد قطعها<sup>(2)</sup>.

نشير في هذا الصدد إلى أن حق الاسترداد في المنقولات يثبت فقط عند الشروع، بخلاف الشفعة تثبت في الشروع وغيره كالجوار، كما أن الاسترداد يشمل المنقول أو المجموع من المال، ولو اشتمل هذا المجموع على العقار أي تكون هناك عقارات مختلطة مع المنقولات لتشكل في مجملها ملكية شائعة، فحق الاسترداد إذاً ملازم للشروع فقط<sup>(3)</sup>، ويثبت هذا الحق مع توفر شروط معينة وهي:

(1) - نقله علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، نفس المرجع، ص 281.

(2) - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 224.

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 65.

(3) - موسوعة الفقه و القضاء للدول العربية، ج 20، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ص 145.

أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من المال أو في منقول معين بالذات وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء في الشيوخ، وأن يصدر البيع إلى أجنبي عنهم، مع احترام الإجراءات القانونية المحددة في ذلك. يوجد أيضا ضمن ما يعرف بحق الاسترداد المشار إليه أعلاه، استرداداً من نوع آخر وهو استرداد الحق المتنازع عليه، حيث منحه القانون للطرف الثاني في النزاع، والذي بموجبه يحل محل المشتري لشراء الحق المتنازع عليه، سواء كان منقولاً أم عقاراً، وهذا في مقابل أن يرد له الثمن و المصاريف التي صرفت في ذلك، والحكمة منه في هذه الحالة هو سعيها من المشرع لمنع المضاربة وحسم المنازعة وعدم تهريب الأموال حتى لا يصعب التنفيذ بعد صدور الحكم النهائي بشأنها، وذلك لأن الغالب فيمن يشتري حقا متنازعا فيه، هو سعيها للمضاربة فيه والتحايل على القضاء، وعندما نُمكن الطرف الآخر في النزاع من استرداد ذلك الحق المتنازع عليه وإبقائه لدى أحد أطراف النزاع نُفوت على ذلك المضارب قصده(1).

مما سبق وبعد تفحص أحكام الشفعة وأحكام الاسترداد في المنقولات بالمفهوم السابق، نجد بأن طبيعة الاسترداد في المنقول الشائع أو في المجموع من المال(2)، هي نفسها طبيعة الشفعة في العقارات الشائعة، لهذا يرى بعض الفقهاء في هذا المجال بأن الشفعة ما هي إلا استرداد يثبت في العقار وبأحوال خاصة و شروط معينة(3)، ولأجل ذلك نجد بعض التشريعات العربية التي تأثرت نوعا ما بالفقه

(1) - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 203.

(2) - يقرر المشرع الجزائري من خلال م 721 من القانون المدني حق الإسترداد في المنقولات الشائعة أو في المجموع من المنقول أو في العقار، وهو مطابق لنص المادة 833 مدني. إلا أن المشرع الجزائري أضاف كلمة (العقار) إلى جانب المنقول لتدخل في معنى المجموع من المال أي سواء كان عقارا أو منقولاً، إلا أن القانون المصري لم يذكر عبارة (العقار) وهو ما دفع بعض الباحثين إلى القول بثبوت الشفعة في العقار والمنقول في القانون الجزائري.

وهذا كما ذكرنا سابقاً لوجود التشابه الكبير بين حق الاسترداد في المنقول الشائع والحقوق المتنازع عليها وبين حق الأخذ بالشفعة في العقارات، راجع في هذا الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية - المرجع السابق، ص 182.

(3) - عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص 481-482.

الإسلامي، ومنها القانون المدني اليمني والقانون المدني الكويتي، فنصا على أن الشفعة جائزة في العقار والمنقول معا لاعتبار أن كلا التنظيمين من طبيعة واحدة سواء تعلق الأمر بالشفعة أو بالاسترداد.

ترى تلك التشريعات الواردة في الفقرة السابقة أنه لا فائدة للفرقة بين المنقول والعقار في سبيل الأخذ بالشفعة، لأنه في جميع الأحوال تكون الحكمة واحدة، وهي جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد، وعدم تجزئة المجموع من المال، ودفع الضرر الحاصل للشريك، ومن هنا تقتضي الحكمة في رأيهم الأخذ بالشفعة عند بيع العقار أو المنقول على حد سواء<sup>(1)</sup>، هذا مع أن الفقه الإسلامي يرى بثبوتها في المنقول أيضا على رأي الحنابلة، والظاهرية وبعض أئمة الفقه الآخرون<sup>(2)</sup>.

بناء على ما سبق بشأن تبيان الحكمة من قصر المشرع الشفعة على العقارات فقط دون المنقولات، يمكن القول اختصارا بأن الشفعة في أحكامها وقواعدها وإجراءاتها وكذا الأهداف والغاية منها، تختلف بدرجة كبيرة عن نظام الاسترداد الوارد في المنقولات والمقتبس من القانون الفرنسي، وبخاصة ما تعلق بنطاق هذين النظامين، فالشفعة نظام واسع وشامل لجميع أنواع العقارات والملكيات، فهو يشمل الشيوخ والجوار معا.

أما الاسترداد فنطاقه فقط في الشيوخ، لأنه لا فائدة منه في الجوار لاعتبار المنقول مال متحرك طبيعته لا تقتضى الجوار، بالرغم من أنه يوجد بعض التشابه فيما يخص اتحاد الحكمة وهي دفع الضرر عن الشريك بالشيوخ في كليهما، لذا نرى بإمكاننا تطبيق أحكام الشفعة الخاصة بالشيوخ عند بيع حصة شائعة في المنقول أو المجموع من المال، ونُدخل بذلك أحكام المادة 721 ق م ج السابق ذكرها ضمن أحكام مواد الشفعة الخاصة بالعقارات ليصبح نظاما واحدا يسري على المنقولات

(1)- نقله عبد الله محمد علي صالح، المرجع السابق، ص 63.

(2)- منهم عطاء الظاهري وجابر رضي الله عنه.

الشائعة والعقارات على حد سواء، مع الإبقاء على نظام الاسترداد في الحقوق المتنازع عليها، باعتبارها نظاما استثنائيا خاصا يرد على المنقولات والعقارات معا وهو ما تضمنته المواد من 400 إلى 403 من القانون المدني.

## المطلب الثاني:

### شرط عدم تجزئة الشفعة.

شرط عدم التجزئة عبارة عن قاعدة أساسية تضمنتها أحكام الشفعة، ومؤداها أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع ويترك البعض الآخر، وهذا حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، فيضار بذلك لأن هذا الأخير قد اشترى كل المال ولم يشتر جزءا منه فقط<sup>(1)</sup>، وعليه فبقاء ذلك الجزء في يد المشتري لا يحقق له الفائدة المرجوة من عملية الشراء ولربما قد يكلفه ذلك نفقات ومرافق ضرورية أكثر من إيرادات ذلك الجزء من العقار، وفي هذا خسارة فادحة له لا يقتضيها المنطق القانوني ولا مبادئ الإنصاف والعدالة. فكيف ندفع ضررا بضرر أبشع منه؟، لا سيما وأن الثمن قد قُدِّرَ جملة واحدة وبغض النظر عن قيمة كل جزء من الصفقة على حدى.

هذا وقد يكون الجزء المشفوع فيه والذي أخذه الشفيع لولاه لما رغب المشتري في شراء الصفقة بكاملها، وبالتالي فتفريق الصفقة على المشتري لا يصح من غير رضاه في غياب سبب شرعي يُسقط ذلك الحق<sup>(2)</sup>، وهذا الحكم قرره أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا ومنهم الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل<sup>(3)</sup>، وهو محل اتفاق أيضا في الفقه القانوني.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص483.  
- علي الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط 01 مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الأردن 1999، ص168.  
- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، ط 03، دون ذكر دار النشر، مصر، 1997 ص108.  
(2) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 150.  
(3) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص285.



إن شرط عدم تجزئة الشفعة يقتضي منا البحث في الأساس الفقهي والقانوني الذي من أجله وجد هذا الشرط ، وهو يعتبر بمثابة قاعدة قانونية إعتدها الفقه و القضاء، لنورد في هذا المطلب مختلف الآراء الفقهية التي عالجت أساس عدم تجزئة الشفعة لاسيما و أن التشريع الحديث قد أغفل معالجته (الفرع الأول).  
يترتب على قاعدة عدم تجزئة الشفعة بعض النتائج الهامة التي تتعلق بدراسة الحالات التي لا تتجزأ فيها الشفعة و علاقتها بجواز الأخذ بالشفعة، ثم دراسة الطبيعة المكملة لقاعدة عدم التجزئة، و هذا من خلال الجزء الثاني من هذا المطلب (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### أساس عدم تجزئة الشفعة.

بما أن التشريع الجزائري لم يتناول مسألة عدم تجزئة الشفعة فُيترك الأمر لاجتهادات الفقهاء والباحثين في ذلك، حيث ثار خلافا فقهيًا متعددًا بشأن تحديد أساس عدم تجزئة الشفعة، وظهر ذلك النقاش والاجتهاد بحدّة في الفقه المصري، باعتباره السبّاق في الأخذ بالشفعة من خلال نصوص القانون المدني، ومن هنا يرى هذا الفقه بأن التأسيس في الأخذ بهذه القاعدة هو بالرجوع إلى نص المادة 11 من القانون المدني المصري القديم<sup>(1)</sup>، بالرغم من أنه لم يُنقل حكمها إلى نصوص القانون الجديد، إلا أنه يصح الأخذ بذلك الحكم، وبخاصة وأنه لا ينحرف عن المبادئ العامة في القانون المدني، فضلا عن أنه كان مطبقا منذ زمن طويل، فاستقر في عرف التعامل، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية أيضا<sup>(2)</sup>.

(1)- وكانت المادة 11 من القانون المصري القديم تقضي بأنه: (إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة فيه إلا بتمامه).

أي أنها لا تجوز إلا إذا قام الشفيع بأخذ كل المبيع الشائع مهما تعدد المشترون حتى لا تتفرق الصفقة، بشرط أن يتلقى المشترون العقار وهو شائعا غير مفرز .

(2)- نقله عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 486.

في حين يرى اتجاه آخر من الفقهاء<sup>(1)</sup> أن تلك القاعدة يمكن تأسيسها انطلاقاً من المبادئ العامة التي تقضي بعدم تجزئة العقود والصفقات التي تم إبرامها دفعة واحدة، بمعنى عدم تفريق الصفقة، حتى تتحقق الفائدة المرجوة منها، وهو ما دفع بالمشتري إلى إبرام تلك الصفقة، فيمكن تطبيق مقتضى المبادئ العامة بالرغم من غياب النص القانوني الذي يؤكد عدم التجزئة وهو ما يتوافق ويتمشى مع أهداف نظام الشفعة وغاياته، فهي شرّعت لرفع الضرر من دخول الأجنبي على الشركاء وكذا سوء المعاشرة والأذى المحتمل، لذا كان واجباً لتحقيق ذلك الأخذ بالشفعة في كل المبيع الذي تمّ صفقة واحدة دون تجزئة.

إلا أن البعض الآخر من الفقهاء<sup>(2)</sup> يرون بأن تأسيس عدم تجزئة الشفعة إنما هو راجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرسمي الاحتياطي الأول بعد نصوص التشريع المدني في هذا المجال، لا اعتبار أن هذا الأخير هو الذي يحيلنا إلى تلك المبادئ الشرعية عند عدم وجود نص تشريعي<sup>(3)</sup>، من أجل الفصل في القضايا من هذا النوع، حتى لا تترك دون حل، وهذا من أجل تحقيق العدالة في المجتمع، لأن على القاضي أن يفصل في المسائل المدنية حتى وإن لم يرد في ذلك نصوص قانونية، وإلا عدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ليعاقب وفقها ذلك القاضي، ومن هنا فأحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى أقوال الفقهاء في ذلك هي التي تبرر الأخذ بمبدأ عدم التجزئة.

إلا أن بعض الباحثين المعاصرين يرون بأن الأساس في ذلك هو قاعدة متفرعة عن مبدئين وهما: مبدأ الحرية التعاقدية، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>(4)</sup>

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 82.

(2) - عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1997، ص 17.

(3) - وفي هذا المجال تنص المادة الأولى من الأمر رقم 158/75 المتضمن القانون المدني، وهذا في فقرتها الثانية على ما يلي: « وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

(4) - ورد في الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود ضمن القانون المدني في بابه الأول في الفصل الثاني منه في قسمه الثالث تحت عنوان آثار العقد في المادة 106 منه ما يلي: « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

وهذه القاعدة هي مبدأ عدم تفريق الصفقة الوارد ذكره في الفقه الإسلامي، فتلك القاعدة تضمن حق أحد المتعاقدين وهو المشتري بالارتباط بذلك العقد المبرم بينه وبين البائع والمُحدّد لكل أجزاء الصفقة ضمن ما هو متفق عليه في بنود العقد فهذا المبدأ يحمي مصلحة مشروعة لذلك المتعاقد أو المشتري في عقد البيع والملزم للجانبين وهذه المصلحة تتمثل في أن كل الصفقة جزء لا يتجزأ، وعليه فمن يرغب في أخذ الكل كمقابل لما التزم به، لا يرضى بتبعض هذا الكل عليه لأن غرضه متعلق بذلك الكل، وبالتالي لا تتحقق الفائدة المنوطة بذلك، وهو إذاً لا يرضى بهذا العقد أو ذلك إلا ككل لا يتجزأ<sup>(1)</sup>.

مما سبق بيانه تظهر الفائدة من تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة العقد المطلوب أخذه بالشفعة، لكن وكما ذكر الفقهاء لا تطبق تلك القاعدة إلا بشرط أن يكون المبيع عقاراً أو عقارات متعددة متصلة أو متلاصقة، أو منفصلة وكانت مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث يكون استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل باقي الأجزاء غير صالح لما أُعدّ له من الانتفاع<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني:

### نتائج قاعدة عدم تجزئة الشفعة.

لقد تأكد لدينا عدم وجود نص تشريعي يقرر إلزامية قاعدة عدم التجزئة في نصوص الشفعة باعتبارها متفرعة عن قاعدة عدم تفريق الصفقة، بالرغم من إلزاميتها طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة من ضرورة إحترام القوة الملزمة للعقد والحرية التعاقدية، وبناء عليه فإنه يترتب تأسيس عدم التجزئة على قاعدة عدم تفريق الصفقة عدة نتائج قانونية تتمحور حول مسألتين أساسيتين: المسألة الأولى وتشمل دراسة الحالات التي لا تتجزأ فيها الشفعة وعلاقتها بجواز الأخذ بالشفعة

(1) - عصام أنور سليم، نفس المرجع، ص17.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص82.

(أولاً)، وأما المسألة الثانية فتشمل دراسة الطبيعة المكملة لقاعدة عدم تجزئة الشفعة (ثانياً).

### أولاً : الحالات التي لا تتجزأ فيها الشفعة.

إذا تمَّ بيع عقار لا تتوافر فيه شروط الشفعة وتوافرت هذه الأخيرة في عقار آخر بيع معه صفقة واحدة، فهل يمكن أن يمتد الحق في طلب الشفعة إلى العقارات الأخرى التي لا تتوافر فيها شروط الشفعة، والتي بيعت مع عقارات تتوافر فيها شروط الشفعة صفقة واحدة؟ هنا يجب التمييز بين مجموعة من الحالات منها: إذا ورد البيع على عقار واحد لمشتري واحد، أو إذا ورد البيع على عدة عقارات لمشتري واحد، وكذلك حالة ما إذا ورد البيع على عقار واحد لعدة مشتريين.

#### 1- إذا ورد البيع على عقار واحد لمشتري واحد:

تطبيقاً للمبدأ السابق وهو عدم تفرقة الصفقة فإنه لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في جزء من العقار دون الأجزاء الأخرى، ويتم ذلك ولو تعدد الشفعاء وكانت قاعدة التزام بينهم تفرض قسمة المبيع كل بحسب نصيبه فإنه يجب على كل واحد منهم أن يطلب بالشفعة في كامل أجزاء العقار<sup>(1)</sup>.

#### 2- إذا ورد البيع على عدة عقارات لمشتري واحد:

وهنا نفرق بين افتراضين :

**أحدهما:** إذا كانت هذه العقارات منفصلة، أي غير متلاصقة وليست مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، فإنه يجوز للشفيع أن يطلب منها ما توافرت له فيها أسباب الشفعة دون العقارات الأخرى، بل وله أن يختار من بينها ما يريد أخذه بالشفعة، وعليه فلا يُلزم أن يشفع في كل ما توافرت فيه شروط الشفعة، و في

(1) - موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج20، المرجع السابق، ص43.  
- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص67-68.

حالة إذا كانت العقارات المبيعة قد بيعت جميعها بثمن إجمالي فيُقدَّر ما يخص العقار أو العقارات المشفوع فيها من هذا الثمن بواسطة أهل الخبرة<sup>(1)</sup>.

**أما الافتراض الثاني:** هي أن تكون تلك العقارات المشفوع فيها متلاصقة أو منفصلة وكانت مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث يكون استعمال حق الأخذ بالشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أُعد له من الانتفاع<sup>(2)</sup>، كما في حالة تخصيص العقارات جميعاً لإنتاج ما يحتاجه مصنع قائم بجوارها، وذلك لأن ثبوت الشفعة في هذه الحالة يضر بالمشتري ضرراً بليغاً<sup>(3)</sup>، وكذلك الحال لو كانت تلك العقارات المنفصلة لا تقبل الصفقة فيها التجزئة بطبيعتها أو بحسب الغرض المقصود منها، كما لو كان المبيع قطعاً متفرقة من أرض زراعية بعضها خصب والآخر غير ذلك، فلا يجوز للشفيع أن يقتصر على طلب الشفعة في القطع الخصبة ويترك الغير خصبة، وعليه إذا كانت شروط الشفعة قائمة بالنسبة للشفيع وفي جميع العقارات هنا يجب عليه إذاً أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة<sup>(4)</sup>.

أما إذا توافرت شروط الشفعة في بعضها ولم تتوافر في البعض الآخر، فلا تجوز الشفعة أصلاً، إذ لا تجوز في العقارات جميعاً لأن من بينها ما لا تتوافر فيه شروط الشفعة، كما لا تجوز الشفعة في العقارات التي توفرت فيها الشروط وحدها حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري<sup>(5)</sup>، لكن لو توفرت شروط الشفعة في هذه الحالة بالنسبة لجميع العقارات، فتجب الشفعة في جميعها تجنباً لتجزئة الصفقة.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، نفس المرجع، ص 69.  
- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، دون ذكر التاريخ ص 340.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 72.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، دون ذكر التاريخ، ص 434.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 488.

- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 253.

(5) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 253.

بينما يرى بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> أن الشفعة في هذه الحالة تجوز في العقارات التي تتوافر فيها شروط الشفعة. وبالنسبة لباقي العقارات يكون للمشتري أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة حتى لا تتجزأ عنه.

من الفقهاء من يرى<sup>(2)</sup> بأن الشفيع يُخَيَّر بين أن يأخذ كل العقارات حتى تلك التي لم تتوافر فيها الشروط، أو يترك كل العقارات حتى ما توافرت فيها الشروط. وانتقد هذا الرأي الأخير على أساس أنه يخالف القواعد العامة بما يوسع من نطاق الشفعة، ولأنه يؤدي إلى حصول الشفيع على عقارات لا تتوافر فيها شروط الشفعة، كما اعتبر الرأي المنتقد بأن ذلك يُعد تعسفا في استعمال الحق عندما لا يأخذ الشفيع بالشفعة في العقارات التي لا تتوافر فيها الشروط، لأنه قد يلحق ضررا فاحشا أو جسيما بالمشتري، كأن يكون ذلك الجزء الذي بقي في يد المشتري غير قابل للاستغلال بالإمكانات العادية أو يتوقف استغلاله على ذلك الجزء الذي أخذه الشفيع، وهنا يكون الجزاء المناسب لذلك التعسف هو حرمان الشفيع من حقه إذا لم يحصل تراض بين المشتري والشفيع في الجزء المتبقي<sup>(3)</sup>.

نشير إلى أن هذا الرأي الأخير هو الذي أخذ به القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم، لكن المشروع التمهيدي للقانون الجديد كان يتضمن نصا يخالف هذا الرأي وقضى بغير الحكم القضائي السابق<sup>(4)</sup>.

### 3- أن يكون المبيع عقارا واحدا بيع لعدة أشخاص:

وهنا نميز بين حالتين<sup>(5)</sup>:

**الأولى:** إذا كان البيع لعدة أشخاص على الشيوع، بمعنى كل واحد من المشترين يملك حصة شائعة غير مفرزة في ذلك العقار، فإنه لا تجوز الشفعة هنا إلا في العقار كله، حتى لا تتفرق الصفة عليهم ما دام البيع تمّ صفقة واحدة، وهذا ما

(1) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 253.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 70.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 70.

(4) - نقله عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 490.

(5) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 70.

أخذ به القانون المصري القديم في المادة 11 منه، وقد رجحه أغلب الفقهاء<sup>(1)</sup> في القانون في ظل التشريعات الحديثة، وبالرغم من إلغاء هذا النص في القانون المدني المصري الجديد<sup>(2)</sup>.

يرى الاتجاه الفقهي المشار إليه في الفقرة السابقة أنه لا يجوز للشفيع في تلك الحالة أن يأخذ بالشفعة حصة أحد المشتريين أو بعضهم دون البعض الآخر بناء على مبدأ عدم التجزئة، كما أن المشتريين غالباً ما تجمعهم وحدة المصلحة أو علاقة القرابة، ومنها لو بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوخ وكان أحد هؤلاء المشتريين من فروع البائع أو أصوله أو زوجه، فهنا طبقاً للقانون<sup>(3)</sup> والاجتهاد القضائي الحديث، تبطل الشفعة بالنسبة لسائر المشتريين وذلك لأن الشفيع مجبر أن يشفع في كل العقار، وطالما أن القانون لا يسمح له أن يشفع في حصة المشتري القريب من البائع، فإنه لا يمكنه أن يشفع بذلك في كل العقار طبقاً للمبدأ السابق، وعليه تسقط الشفعة في مواجهة جميع المشتريين.

**الثانية:** إذا كان البيع قد تمّ لعدة أشخاص وكان لكل منهم حصة مفرزة فيه فإننا نكون بصدد تعدد للشفعة، وعليه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض فيما توافرت شروط الشفعة فيها دون غيرها، أي فيما عدا تلك الأجزاء التي توافرت فيها الشروط لا يحق له أن يأخذ بالشفعة في الأجزاء الأخرى<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: الطبيعة المكّلة لقاعدة عدم تجزئة الشفعة.

يمكن أيضاً تأسيس قاعدة عدم تجزئة الشفعة على قاعدة كلية أعمّ من الأولى، وهي قاعدة عدم تفريق العقد الذي انعقد صفقة واحدة، والعقد شريعة المتعاقدين لا

(1) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 341.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 434.

(3) - تنص المادة 798 ق م جزائري أنه: " لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون، وإذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

— وإذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليُلحَق بمحل العبادة " .

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 486.

يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين لأنه ناتج عن إرادتهما، لذلك يكون لسلطان الإرادة التعاقدية وحريتها حقيقة قانونية مُسلّمة من حيث إمكان تعديل الالتزامات العقدية التي نشأت عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

من هذا المنطلق ولما كانت القاعدة السابقة مصدرها إرادة المتعاقدين المفترضة فهي قاعدة مكّلة لإرادتهما، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن العقد قابلاً للتجزئة، أو عدم اعتماد تلك القاعدة، وذلك دون أن يكون للاتفاق على تفريق الصفة مساس بالمصالح الجوهرية التي يحميها النظام العام.

يترتب على الطبيعة المكّلة لقاعدة عدم تجزئة الشفعة بعض النتائج وهي:

**1-** يترتب على الطبيعة المكّلة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين التي تتسم بها قاعدة عدم التجزئة أن الجزاء على تجزئة الشفعة متوقف على إرادة المتعاقدين ممن يحق له المطالبة به لا اعتبار تفرقة الصفة عليه، كما يجوز له أيضا التنازل عن ذلك الحق برضاه وهذا الحق مقرر لصالح المشتري باعتباره أول متضرر من ذلك، والجزاء هنا يتمثل في سقوط حق الأخذ بالشفعة.

يترتب على ما سبق ذكره، أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بسقوط الشفعة إلا إذا طلبها المشتري. فلا يجوز له ذلك من تلقاء نفسه، لأن تلك القاعدة ليست من النظام العام<sup>(2)</sup>.

**2-** كذلك يترتب على القاعدة السابقة أنه لا يجوز إثارة الدفع بعدم تجزئة الشفعة لأول مرة أمام المحكمة العليا، حتى ولو كانت العناصر الواقعية لهذا الدفع مطروحة عليها، لأنه لا يجوز التحدي بالدفاع الموضوعي لأول مرة أمام المحكمة العليا، إلا إذا كان منصبا على سبب قانوني متعلق بالنظام العام، وكانت العناصر الواقعية مطروحة عليها<sup>(3)</sup>.

(1)- وهو ما قضت به المادة 106 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري. بقولها: «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

(2)- عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص39.

(3)- أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1984، ص 946.



مما سبق بحثه نستخلص أن الأخذ بالشفعة لا يُترك على إطلاقه بل لابد من شروط تضبط الأخذ بتلك الرخصة التي أقرّها القانون، ومنها أن الشفعة لا ترد إلا على العقارات سواء كانت بالطبيعة أو بالتخصيص، ويُشترط أن تُوقَّع على الثانية وهي تابعة للأولى، كما يكون للشفيع أن يطلب المبيع كله أو يتركه كله حتى لا يفرق الصفقة على المشتري فيلحق به أضراراً بليغة.

إضافة إلى ما سبق ذكره بشأن تلك الشروط هناك شروط أخرى سوف نردها في المبحثين المواليين كما يلي:

## المبحث الثاني:

### شروط تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة.

بعدما تعرضنا في المبحث الأول للشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه وتأكد لدينا بأن الشفعة غير جائزة إلا إذا كان محلها عقاراً، وطلب الشفيع بالشفعة العقار كله لا بعضه، سوف نورد في هذا المبحث جملة أخرى من الشروط اشترطها المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني، كما تناولها فقهاء القانون أيضاً، وبخاصة وأن الشفعة جاءت على خلاف الأصل أو القاعدة العامة في المعاملات المالية، باعتبارها استثناء، وبالتالي يتعين عدم التوسع في نطاقها وعدم القياس على نوع التصرف المجيز للشفعة، لهذه الأسباب وغيرها انحصر مجالها في عقد البيع فقط.

قرر معظم الفقهاء في القانون وكذا أغلب التشريعات الحديثة، على أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع الذي يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه، باعتباره تصرفاً قانونياً<sup>(1)</sup> صادراً من جانبيين وناقل للملكية

(1) - التصرف القانوني (Acte juridique) وهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. فالشخص يريد وقوع الفعل، ويريد أن تترتب آثاره كما هو الحال في البيع مثلاً. وقد يكون من جانبيين وهو العقد، وقد يكون من جانب واحد أي بإرادة منفردة كالوصية. - راجع صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، المرجع السابق، ص 32.

بعوض<sup>(1)</sup> (المطلب الأول)، وباعتبار أن الشفعة ينحصر نطاقها كما ذكرنا آنفاً في البيع فقط، فإنه يتعين علينا أن نستعرض التصرفات الأخرى التي لا تجوز فيها الشفعة، بالإضافة إلى بعض أنواع البيوع الغير جائز فيها الأخذ بالشفعة استثناءً (المطلب الثاني).

إضافة إلى ما سبق قد يقوم البائع مالك العقار ببيعه لمشتري، ليقوم هذا الأخير بدوره ببيعه لمشتري آخر، فتتوالى بذلك البيوع على نفس العقار الذي هو محل للشفعة، في هذه الحالة يتقدم الشفيع راغباً أخذ ذلك العقار المبيع بالشفعة، فهل يا ترى سيأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول أم في البيع الثاني؟ (المطلب الثالث).

### المطلب الأول:

#### لا شفعة إلا في عقد البيع.

الشفعة كما أشرنا لا تجوز إلا في عقد البيع الصحيح الذي انعقد بتوفر الأركان والشروط اللازمة لذلك، ووفقاً للمفهوم القانوني الذي حدده المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني، و ما تناوله الفقه في هذا المجال.

إلا أن مفاهيم البيع تتعدد حسب مدى توفر شروطه، وكذا المراحل التي يكون عليها عقد البيع من جهة، وورود البيع مقترناً ببعض الشروط التي تلازمه إلى أجل معين من جهة أخرى، لذا فإن مفهوم البيع لا يتضح إلا إذا تعرضنا لتعريف عقد البيع في اللغة و الاصطلاح (الفرع الأول).

إذا كنا بصدد الحديث عن إنحصار الشفعة في عقد البيع، فإنه يمكن القول بأن هناك بيوعاً عقارية يجوز طلب الشفعة فيها رغم ما يعتريها من نقائص في شروطها، وهي البيع القابل للإبطال و البيع المقترن بشرط و عقد البيع غير المسجل في مصلحة الشهر العقاري (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق: ص 493-494.

## تعريف عقد البيع.

لكي يتضح لنا المعنى وتعم الفائدة أكثر، نتعرض أولاً للتعريف اللغوي ثم ثانياً للتعريف الاصطلاحي القانوني والفقهى، وهذا كما يلي:

**أولاً: تعريفه لغة:** البيع هو ضد الشراء، كما يطلق على الشراء أيضاً وهو من الأضداد، وتقول العرب: أباع الشيء إذا عرضه للبيع، والابتياح: هو الإشتراء ومنه يقال للبائع والمشتري (بيعان) أي: بتشديد الياء، واستباعه الشيء أي: سأله أن يبيعه منه<sup>(1)</sup>. والبيع أيضاً هو اسم للمبيع، ويقال كذلك: باع فلان على بيعك أي: قام مقامك في المنزلة والرّفعة.

يقال أيضاً: ما باع على بيعك أحد، أي: لم يساوك أحد<sup>(2)</sup>، أي البيع هنا يقصد به كذلك بالإضافة إلى ما سبق ذكره بشأن الشراء وهو المساواة في الرّفعة والمقام والمنزلة. فكأن البائع يتساوى مع المشتري في الحقوق والواجبات، أي: يكون لهما نفس المركز القانوني فالبائع مثلاً يقبض الثمن ويلتزم بتسليم السلعة، والمشتري يأخذ السلعة ويلتزم بدفع الثمن. فالمعنى اللغوي إذاً يقترب نوعاً ما من المعنى الاصطلاحي، وهذا الأخير هو ما سنتناوله في الجزء الموالي.

**ثانياً: تعريفه اصطلاحاً:** كل الفقهاء في القانون يُجمعون على أن البيع هو ذلك العقد الذي يُبرم بين شخصين، أحدهما بائعاً والآخر مشترياً يتضمن نقل ملكية شيء، أو أي حق مالي معين من الأول إلى الثاني، في مقابل التزام هذا الأخير بدفع مبلغ من النقود يسمى ثمناً، وحتى ينعقد البيع صحيحاً لا بد من توفر أركانه و شروطه القانونية، وهي: الرضا والمحل والسبب لأن انعدام أي ركن من هذه الأركان أو عدم توفر شرط من شروطها قد يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

(1) - محمد ابن أبي بكر الرازي، المرجع السابق، ص 78-79.

(2) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، مجلد 01، ج 01، المرجع السابق، ص 298.

إلا أن المشرع الجزائري قد اشترط في البيوع العقارية وكل العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية شكلا رسميا<sup>(1)</sup> يجب إخضاعها له، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق. ومن هنا إعتبر الفقهاء والباحثين في هذا المجال أن الشكلية في العقارات تعتبر ركنا خاصا فيه بالإضافة إلى الأركان العادية الأخرى، وهي الرضا والمحل والسبب وهو ما تقضي به المادة 324 مكرر 1 وما بعدها، بالإضافة إلى شرط شهرها في المحافظة العقارية حتى تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري ويحدث بذلك إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم، وتتوفر الأركان السابقة كلها مع شروطها يصبح عقد البيع قد تمّ وفق الشكل القانوني المطلوب الذي يخوّل بمقتضاه للشفيع أن يأخذ ذلك العقار المبيع بالشفعة حتى قبل شهره في المحافظة العقارية<sup>(2)</sup>.

من هذا المنطلق يمكن القول بأن تحديد الطبيعة القانونية للتصرف المنعقد له أهمية بالغة من حيث جواز الأخذ بالشفعة أو عدمها، ومعايير ذلك التحديد تكون دائما وفقا لما قضى به المشرع الجزائري في هذا المجال بالرجوع إلى أحكام البيع في القانون المدني، وما ورد في المادة 351 منه وما بعدها، حيث عرفت لنا البيع بقولها: « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي ».

إن البيع هو عبارة عن عقد ينقل الملكية من البائع إلى المشتري في مقابل مبلغ من النقود يدفعها المشتري للبائع، وهذا العقد هو الذي يعتبر محلا للشفعة دون باقي العقود الأخرى، ودائما لتحديد طبيعته القانونية يُرجع إلى أحكام القانون المدني دون أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك لأن البيع عند هذه الأخيرة يُعرّف بأنه: « مبادلة مال بمال » وهو يشمل المقايضة أيضا حيث لا يوجد هناك تمييز بين

(1)- العقد الرسمي طبقا للمادة 324 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدل للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، هو العقد الذي يحرر لدى ضابط عمومي رسمي مكلف بذلك قانونا وهو في التشريع الحالي الموثق حسب نص المادة 324. على أنه: « العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ».

(2)- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص412.

المقايضة والبيع، بخلاف القانون المدني فهو يميز بين ذلك، لأنه لا يُشترط في الفقه الإسلامي أن يكون العوض الذي يأخذه أحد المتبايعين مبلغاً من النقود، بل يجوز أن يكون من غيرها، لهذا السبب يرى أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية أن الشفعة تجب في كل عقود المعاوضة وليس البيع فقط<sup>(1)</sup>، وهذا لأنهم يرون في الشفعة أربعة أركان لا بد من توفرها حتى يصح الأخذ بها وهي: الشافع والمشفوع فيه، وصفة الأخذ بالشفعة.

أما الركن الرابع وهو المشفوع عليه، فقد اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم، أو من جار عند من يرى الشفعة للجار، ولكنهم اختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء، فالمشهور عن مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض، كالبيع والصلح، والمهر، والدية وغير ذلك من المعاوضات، وبهذا الرأي قال الشافعي أيضاً، وفي رواية أخرى عنه أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب<sup>(2)</sup> والصدقة، ماعدا الميراث فإنه لا شفعة فيه عند الجميع بالاتفاق. إلا أن الحنفية تُعتبر الشفعة عندهم في البيع دون سواه، ودليلهم ظاهر الأحاديث السابقة، فمفهومها يقتضي أنها في المبيعات فقط<sup>(3)</sup>.

أما المالكية فيرون أنه كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع تثبت فيه الشفعة بشرط أن يكون خروج العقار من ملك البائع على وجه بات، بخلاف الحنفية فإنهم لا يثبتون الشفعة إلا إذا كان المقابل مالا، وهذا لا يتحقق إلا في البيع فقط، لأن التملك بالشفعة، إنما شرّع بمثل ما يملكه به من صار إليه ذلك العقار أو بقيمته<sup>(4)</sup>. والملاحظ أنّ المُشرّع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى قد أخذ في هذه الحالة بمذهب الحنفية القاضي باختصار الشفعة في المبيعات دون غيرها من

(1) - عبد الله محمد علي صالح، المرجع السابق، ص28.

(2) - الهبة لغير الثواب هي ما لا يرجى فيها اجرا أو مقابلا أو عوضا. أي هي عمل تبرعي محض وتبرم في مقابل هبة الثواب وهي التي تتوقف على المقابل والأجر أو تقديم العوض.

(3) - محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص255-256.

(4) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص282.

عقود المعاوضة الأخرى وهذا على أساس أن العوض هنا يكون نقديا وهو يمثل الالتزام الرئيسي للمشتري في عقد البيع، ومن هنا يشترط فيه أن يكون جدياً بمعنى غير تافه أو رمزي بالنظر إلى قيمة العقار الحقيقية<sup>(1)</sup>.

مما سبق يتضح أن الحكمة بانحصار الشفعة في عقد البيع تتمثل في أن البائع لا مصلحة له أن يشتري منه شخص معين بالذات، فيستوي عنده أن يأخذ المشتري أو الشفيع العقار المبيع فالمهم لديه هو تحصيل المبلغ من النقود المقابل لملكية العقار المبيع، وبذلك يتجنب ضرر الشفعة، وعليه فكل عقد معاوضة يأخذ شكل البيع من حيث الأطراف والمحل والمقابل من النقود يعتبر عقد بيع تجوز فيه الشفعة، كأن يكون مستترا في شكل هبة ظاهرة، فالعبرة هنا بالعقد الحقيقي لا الصوري.

## الفرع الثاني:

### البيوع الجائر فيها الشفعة.

إذا كانت الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع فإن هذا لا يُحْمَل على إطلاقه لأن هناك بيوعا لا تجوز فيها الشفعة بالرغم من توفرها على كل الشروط القانونية كما سنوضحه من خلال المطلب الموالي، وفي المقابل هناك بعض البيوع تنقصها بعض الشروط إلا أنه يجوز الإستشفاع عن طريقها، وهو ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفرع، وهذه البيوع هي:

### أولا: البيع القابل للإبطال:

القابلية للإبطال هي أحد الجزاءات المدنية التي تلحق بالعقود إذا تخلف شرط من شروط صحته رغم توفر أركانه، ويكون في حالة إذا لم تتوفر شروط صحة الرضا، أو ما تسمى بعيوب الإرادة أو الرضا، وقد نص عليها المشرع الجزائري

(1) - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 61.

في القانون المدني<sup>(1)</sup> وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال أو الغبن، فإذا توافرت شروط أيّ عيب من هذه العيوب كان العقد قابلاً للإبطال ويطلق عليه أيضاً البطلان النسبي، كما يكون العقد قابلاً للإبطال في حالة نقصان الأهلية، حيث أجاز القانون لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهو في التشريع الجزائري الحالي الصبي المميز من بلغ 13 سنة ويقل عن 19 سنة وهو سن الرشد المدني.

يكون أيضاً نقصان الأهلية لعاهة عقلية كالمعتوه والسفيه وذو الغفلة وفقاً لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>، فيتضح هنا حسب نصوص القانون وما يراه الفقهاء أن البطلان النسبي يكون في الحالات التي يوجد فيها الرضا، ولكنه يكون مختلاً كالحالة التي تشوب فيها إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الرضا أو أن أحد طرفي العقد ناقص الأهلية<sup>(3)</sup>، والعقد القابل للإبطال تجوز فيه الشفعة لأن له وجود قانوني، فهو عقد قائم ومنتج لآثاره إلى أن يُحكّم بأبطاله<sup>(4)</sup>، فهو عقد صحيح نافذ لكنه مهدد بالزوال<sup>(5)</sup>، وبالتالي لا يمنع من جواز الشفعة فيه، كذلك يعتبر من قبيل العقد القابل للإبطال ذلك التصرف الذي يصدر من الموصى عليه بعد تعيين الوصي بقرار قضائي وفقاً لنص المادة 2/80 ق م ج

تجوز الشفعة أيضاً في الحالات الخاصة الأخرى للبطلان النسبي، أو القابلية للإبطال الوارد في المادتين 410 و 411 ق م ج والتي تتعلق بجواز إبطال بيع النائب لنفسه وكذلك جواز إبطال شراء السماسرة والخبراء لأنفسهم الأشياء المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها، والبطلان هنا نسبياً طبقاً لنص المادة 412 ق م ج

(1) - راجع المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري.  
(2) - اعتبر المشرع المدني الجزائري ذي الغفلة ناقص الأهلية طبقاً للتعديل الجديد الذي ورد على الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني ليتجنب بذلك التناقض الحاصل في النص القديم بين المادتين 42 و 43 من القانون المدني.  
(3) - صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج01، المرجع السابق، ص252.  
(4) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 54.  
(5) - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للالتزام، ج01، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، القاهرة، 1983، ص190.

بقولها: «يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه»<sup>(1)</sup>.

كذلك تجوز الشفعة في الحالة الخاصة الأخرى للبطلان النسبي، وهي حالة بيع ملك الغير فهو مقرر لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك حتى ولو أجازته ذلك المشتري وهو ما تقضي به المادة 397 ق م ج بقولها: « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فالمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع بيع عقار أعلن أم لم يعلن بيعه، وفي كل حالة لا يكون البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري».

بناءً على ما سبق فإنه إذا أخذ الشفيع هنا في هذا النوع من البيع بالشفعة وقام المالك الحقيقي بإجازة هذا البيع، استقرت بذلك ملكية الشفيع في العقار المشفوع فيه لأن إجازة المالك الحقيقي تجعل البيع القابل للإبطال صحيحاً وناظراً في حقه<sup>(2)</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 1/398 ق م ج بقولها: « إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري»، أما إذا لم يقر المالك الحقيقي هذا البيع فيكون بذلك غير نافذ في حقه، وحتى ولو أجازته المشتري.

طالما أن حق القابلية للإبطال قد تقرر لمصلحة المشتري فإن أخذ الشفيع بالشفعة وإحلاله محل المشتري لا يجيز له بذلك إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري، لأن باستنفاعه هذا يكون قد أجاز البيع، ومتى أجازته بعد إقرار المالك الحقيقي لزمه.

(1) -تنص المادة 410 على أنه: « لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بإسمه مباشرة، أو بإسم مستعار، ولو بطريقة المزاد العلني، ماكلف ببيعه، بموجب النيابة، كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية، مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى».

وتنص المادة 411 أيضاً على أنه: « لايجوز للسماسرة، وللخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة، أو بإسم مستعار».

(2) -عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 508، هامش رقم 01.



إن الملاحظ في هذا البيع القابل للإبطال أن الملكية تثبت للشفيع بنفس العيب الذي لحقها فلو أبطل البيع بعد ذلك زال بآثر رجعي واعتبر كأن لم يكن، وعلى العكس من ذلك فستستقر ملكية الشفيع لو تم إجازة هذا البيع، بالإضافة إلى أن الشفيع عندما يريد أن يشفع في البيع القابل للإبطال فيجب عليه أن يحترم المواعيد التي تحسب مند إبرام عقد البيع القابل للإبطال، فلو أجزى هذا البيع وأصبح صحيحا لم يستطع بعدها الشفيع الأخذ بالشفعة إن لم يطلبها في المواعيد التي بدأت مند إبرام العقد، وبالتالي فلا يمنح له ميعادا جديدا يبدأ منذ إجازة البيع<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: البيع المقترن بشرط:

إن الشرط في العقد قد يضعه البائع كما قد يضعه المشتري، ويكون بذلك محل اتفاق بينهما من أجل إبرام العقد وتنفيذه نهائيا، والهدف من التعليق على شرط هو إما تعليق نشأة الالتزام أو تعليق انقضائه وزواله، وفي هذا الشأن تنص المادة 203 ق م ج على أنه: « يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه » ويتحقق ذلك عن طريق ما يسمى بالشرط الواقف في الحالة الأولى وهي عدم نشأة الالتزام على عاتق من اشترط لصاحبه إلا بتحقق الشرط الواقف، وعليه فالعقد هنا غير نافذ في مواجهته وهو ما تقضي به المادة 206 ق م ج بقولها: « إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري ولا التنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه ».

مثال الشرط الواقف شرط القبول في البيع بناء على التجربة، فيكون المشتري هنا مالكا للبيع بشرط تجربته وقبوله بعد ذلك، فالشرط هنا يتحقق بقبول المبيع ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية تامة بآثر رجعي إلى وقت

(1) - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 288.

إبرام العقد لا إلى وقت القبول فالشرط الواقف إذاً يهدف إلى تعليق نفاذ العقد وإمضائه إلى حين تحقق ذلك الشرط المتفق عليه.

أما الشرط الفاسخ فهو الذي من خلاله يتم تعليق انقضاء العقد أو زواله إلى حين توفر الشرط المتفق عليه أثناء العقد، فإذا تحقق ذلك الشرط انفسخ العقد بأثر رجعي إلى وقت إبرامه وهو ما تقضي به المادة 01/207 ق م ج بقولها: « يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ... ». وكذلك المادة 01/208 بقولها: « إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط»، كشرط عدم القبول أو الرفض بعد التمكين من التجربة في البيع بناء على التجربة<sup>(1)</sup>، حيث يعتبر شرطاً فاسخاً إذا تبين من الاتفاق ذلك.

يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف أو المعلق على شرط فاسخ لأن البيع في الحالتين يكون موجوداً وإن كان وجوده على خطر الزوال، وما يهمنا هو أن يظل البيع قائماً بوجوده إلى أن تتم الشفعة قانوناً، ففي البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذاً من وقت إبرامه وعلى الشفيع أن يراعي مواعيد الشفعة، وتسري من وقت إبرام العقد، فإذا أخذ بالشفعة في مواعيدها حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط فاسخ، فإذا ما تخلف الشرط صار البيع باتاً ويزول البيع بأثر رجعي إذا تحقق الشرط كما كان يزول بالنسبة إلى المشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة<sup>(2)</sup>.

(1) - وفي هذا الشأن تنص المادة 02/355 على أنه: « يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ».

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 503 و504.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 84.

في البيع المعلق على شرط واقف يكون العقد غير نافذ ولكنه موجود فيجوز الأخذ بالشفعة فيه<sup>(1)</sup>، وتحسب مواعيدها هنا كما تحسب في الشرط الفاسخ، أي من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط، بحيث إذا أخذ الشفيع بالشفعة في هذه المواعيد حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط واقف، وإذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة، وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي كذلك كما يزول بالنسبة للمشتري إذا لم يأخذ الشفيع بالشفعة<sup>(2)</sup>، لكن لو حصل وأن فوّت الشفيع مواعيد الشفعة بداية من وقت إبرام البيع فإن حقه في الشفعة يسقط ولا يجوز له إذا تحقق الشرط الواقف وأصبح البيع نافذاً أن يأخذ بالشفعة في مواعيد تُحسب من وقت تحقيق الشرط<sup>(3)</sup>.

في كلا الحالات السابقة سواء عند تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فإن العقد المشفوع فيه يزول بأثر رجعي، ليزول معه حتماً حق الأخذ بالشفعة، والسبب هو تخلف شرط جوهرى في الشفعة وهو استمرار البيع قائماً وقت طلب الشفعة<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: عقد البيع غير المسجل في مصلحة الشهر العقاري:

إن التسجيل في مصلحة الشهر العقاري هو إجراء قانوني لنقل ملكية العقار إلى المشتري وليس ركناً في العقد<sup>(5)</sup>، وهذا يدل على أن البيع الغير مشهر هو بيع صحيح تام يرتب جميع آثاره ما عدا نقل الملكية بالفعل<sup>(6)</sup>، ولا يتوقف ذلك الأثر

(1)- علي الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني-الحقوق العينية، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999، ص 175.

(2)- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 503.

(3)- محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 339.

(4)- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 63.

(5)- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، المرجع السابق، ص 122.

(6)- عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، ط03، مطبعة الكيلاني، القاهرة دون ذكر التاريخ، ص 409.

على إرادة البائع بل يمكن مقاضاته عن طريق دعوى صحة التعاقد، ومن تلك الآثار التي يرتبها عقد البيع هنا أنه يلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية للمشتري وتسليم المبيع، وبضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، كما يلتزم المشتري بأن يدفع الثمن والمصاريف اللازمة، وبأن يتسلم المبيع.

يرى الفقهاء بأن عقد البيع العقاري الغير مسجل لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة لأن الشفيع لا يتلقى الملكية من المشتري وإنما يحل محله في عقد البيع فيعتبر العقد كأنه صادر إليه من البائع والمشتري، وتثبت له حقوق المشتري ومنها حقه في شهر العقد دون حاجة إلى تدخل البائع، ومن هنا يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور هذا العقد، وتسري المواعيد من وقت إبرامه، إلا أنه إذا ما قوت الشفيع هذه المواعيد بعد علمه بهذا العقد، أو تنازل عن الشفعة فلا يجوز له الأخذ بالشفعة في العقد المشهر بعد ذلك<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى ما سبق ذكره يوجد ما يسمى بالبيع الابتدائي، وهو عقد بيع غير مسجل وإنما سمي ابتدائياً لأن الالتزامات المترتبة على البائع والمشتري لا يقصد تنفيذها في الحال، بل تبقى موقوفة إلى حيث تحرير العقد النهائي المعد للتسجيل والذي اتفق المتعاقدان على إبرامه في ميعاد معين، والذي يدعو المتعاقدين إلى إبرامه قبل العقد النهائي هو اعتبارات عملية محضة<sup>(2)</sup>، وصورته في التشريع الجزائري حسب تقديرنا البيع بعد الإنجاز في العقارات وبخاصة البيع بناء على التصاميم.

إن البيع الابتدائي ينعقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي ينعقد بها البيع عادة من أهلية الطرفين وحصول الرضا على طبيعة العقد والثمن والمبيع وتحديد الثمن مسبقاً، وإنما الركن الذي تخلف هنا هو المحل باعتباره غير موجود لكنه معين بوصفه ونوعه عن طريق التصاميم والكشوف البيانية، مما ينفي عنه

(1) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 296.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 516.

طابع الجهالة، فيثبت ذلك ابتدائياً لدى الموثق، بعد إنجاز البناية يحزر العقد النهائي خلال مدة معينة في العقد ويسلم المبيع بعد تحرير محضر التسليم ليُنْفَذَ العقد بذلك تنفيذاً نهائياً.

هناك الصورة الغالبة للبيع الابتدائي وهو البيع غير المسجل عموماً لأن ذلك يتطلب إجراءات طويلة، فيبرم العقد الابتدائي لدى الموثق في انتظار تسجيله لدى المحافظة العقارية فهو بيع تام ملزم للطرفين، وإذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ العقد دون مبرر جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك<sup>(1)</sup>، وعليه تجوز الشفعة في البيع الابتدائي بناء على الاعتبارات السابقة وتجوز من وقت صدوره وتسري مواعيد الشفعة بذلك من وقت إبرامه لدى الموثق.

### المطلب الثاني:

#### التصرفات الأخرى الغير جائز فيها الشفعة.

طالما أن الشفعة قد انحصرت الأخذ بها في عقود البيع فقط باعتبارها من عقود العوض الناقلة للملكية والملزمة للجانبين، فإنه يكون لزاماً علينا أن نستبعد ما عداه من العقود الأخرى في فئته الناقلة للملكية، وكذا التصرفات القانونية الأخرى وهذا نظراً لأوجه التشابه الموجودة بينها، على الرغم من أنه لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، بسبب طبيعتها القانونية التي تختلف عن عقود البيع (الفرع الأول).

من هذا المنطلق كان لزاماً على قاضي الموضوع المختص بالفصل في نزاع الشفعة أن يقوم أولاً وقبل كل شيء بتكييف التصرف القانوني المعروض أمامه ليتحقق من أنه عقد بيع طبقاً لنصوص القانون المدني، وبخاصة نص المادة 351 ق م ج التي تُعرِّف البيع وتحدد طبيعته القانونية، أو أنه غير ذلك، بالإضافة إلى أنه لا بد أن يقع على عقار وفق النحو الذي بيناه سابقاً<sup>(2)</sup>، كما أنه في عقد البيع لا تراعى

(1) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 501.

(2) - سعيد محمد أحمد المهدي، الوجيز في قانون الشفعة السوداني لسنة 1928، دار التأليف والترجمة والنشر التابعة لجامعة الخرطوم، ط 01، 1985، ص 11.

الاعتبارات الشخصية والخاصة في المشتري أو الغرض من البيع عادة، إلا أنه لو حصل وأن رُوِّعَت تلك الاعتبارات الخاصة كالقراية، أو كأن يكون الغرض من البيع إلحاق المبيع ببيوت العبادة، أو حصل البيع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات التي رسمها القانون فإنه لا تجوز الشفعة أيضا في هذه الحالة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### التصرفات الغير جائزة فيها الشفعة بسبب طبيعتها.

هناك عقود بيع، وعقود شبيهة بعقد البيع، بالإضافة إلى تصرفات أخرى لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة، وهي: البيع الباطل بطلانا مطلقا والبيع الصوري والمقايضة، والوفاء بمقابل عقد الهبة، عقد القسمة، وعقد الصلح، وعقد الشركة والميراث، ونزع الملكية، والوصية، فكل هذا التصرفات وإن كانت تقترب في هدفها من عقد البيع إلا أنها تختلف عنه في طبيعتها، بالإضافة إلى أن الشفعة وردت على خلاف الأصل أو القاعدة العامة في التعامل المالي فهي حكم استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه.

#### أولا: البيع الباطل بطلانا مطلقا:

البطلان هو الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توفر ركن من أركان العقد وشروط صحته وتناوله المشرع الجزائري في المادة 99 و ما بعدها من القانون المدني المعدل و المتمم، ويقسم فيه البطلان إلى نوعين، البطلان النسبي، وقد سبق بيانه على أنه يجوز الأخذ بالشفعة فيه، والنوع الثاني: وهو المقصود هنا يصطلح عليه بالبطلان المطلق، إلا أن المشرع الجزائري يسميه « بالعقد الباطل »، أما الأول فأطلق عليه مصطلح العقد القابل للإبطال<sup>(1)</sup>، والبطلان المطلق يجوز لكل ذي

- الدكتور: عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، مطبعة دار الكتب، بيروت لبنان 1984، ص440.

(1)- خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ج 01، المرجع السابق، ص 83.

مصلحة أن يتمسك به ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبه الخصوم<sup>(1)</sup>، لأنه من النظام العام.

إن العقد الباطل ليس له أي وجود قانوني فلا يترتب عليه أي أثر منذ إبرامه فيعتبر كأن لم يكن وبالتالي فهو معدوم<sup>(2)</sup>، لأنه ينشأ من تخلف ركن من أركانه، أو في حالة وجود نص قانوني يقضي ببطلانه، كما هو الحال في نص المادة 2/29 المتعلقة ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، وكذلك نص القانون المدني على بطلان بيع الوفاء (م 396)<sup>(3)</sup>.

إن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ترد عليه الإجازة، ولا يسقط الحق في طلب بطلانه إلا بمضي مدة التقادم الطويل (15 سنة) طبقا لنصوص القانون المدني كما يتقرر البطلان المطلق عند انعدام الشكل في العقود الشكلية<sup>(4)</sup>، منها بيع العقارات في حالة عدم توثيقها، حيث يشترط القانون من خلال المادة 1/324 ق م ج إلباس الإرادة فيها ثوب الشكلية والمقصود بها هنا التوثيق لدى الموثق وليس شهر العقار<sup>(5)</sup>، حيث يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة، وهنا في عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا يمكن التمسك به سواء من طرف الغير أو البائع أو المشتري، وهنا عنصر المصلحة متوافر كذلك في حق المشفوع ضده وهو مشتري العقار في التمسك ببطلان العقد الذي تملك به الشفيع حتى يصل إلى سقوط حق هذا الأخير في الشفعة<sup>(6)</sup>.

(1) - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، المرجع السابق، ص 256.

(2) - سمير عبد السيد نتاغو، المرجع السابق، ص 189.

- على علي سليمان، النظرية العامة، للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص 77.

(3) - تنص المادة 396 ق م ج في هذا الشأن على أنه: « يكون البيع باطلا إذ احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المباع في أجل معين»، والبطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق، ولا يوجد فرق هنا بين هذا البيع المعلق على شرط فاسخ إلا في كون تحقيق الشرط وعدمه معيّن الأجل، ففي بيع الوفاء يجب تحديد أجل لرد الثمن وأخذ المبيع، راجع في هذا، محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 340.

(4) - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 01، المرجع السابق، ص 176.

(5) - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات، المرجع السابق، ص 112 و 122.

(6) - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، المرجع السابق، ص 257.

يتضح مما سبق بيانه وعرضه، ومما يراه الفقه والقانون أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا، لأن هذا العقد هو أصلا لا جود له قانونا، فكيف يصح الأخذ فيه بالشفعة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: البيع الصوري:

يقصد بالصورية هنا عندما يقوم المتعاقدان في عقد البيع بإخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه تلبية لمصلحة معينة قائمة بينهما وتهربا من أحكام القانون، ومن هنا يوجد لدينا عقدان: أحدهما العقد الظاهر وهو العقد الصوري، والآخر العقد المستتر وهو العقد الحقيقي، وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد.

من شروط تحقق الصورية، أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع وأن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط، وأن يكونا متعاصرين فيصدرا معا في وقت واحد، ولا تشترط المعاصرة المادية بل تكفي المعاصرة الذهنية، أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر، وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك وكذلك يُشترط فيه أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا وهو العقد الصوري، والآخر خفيا مستترا وهو العقد الحقيقي<sup>(2)</sup>.

إن الشفعة لا يكفي للأخذ بها أن يكون البيع موجودا من الناحية القانونية وإنما يلزم أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان، وعليه فلو كان البيع مستورا بتصرف آخر، كما لو كانت هناك هبة ساترة للبيع جاز للشفيع أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات<sup>(3)</sup>، فيثبت أنّ الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة، فيأخذ بالشفعة كل العقار ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة بالثمن المسمّى في عقد البيع الواقع على بقية العقار على اعتبار أن حقيقة التعامل

(1)- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص498.

(2)- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 261.

(3)- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص496.



هو بيع واقع على كل العقار وبالثمن المسمّى في عقد البيع<sup>(1)</sup> هذا إذا نجح في إثبات  
صورية عقد الهبة وأنها بيع، لكن إذا لم يتمكن من ذلك فلا يجوز له الأخذ بالشفعة،  
إلا أن هذه الحالة لا تثير مشكلة، حيث أن الشفيع كان فعلا يسعى إلى إثبات صورية  
التصرف للاعتداد بالتصرف الحقيقي المعوّل عليه، سواء في العلاقة بين المتعاقدين  
أو بالنسبة للغير.

لكن الإشكالية تكمن أكثر في حالة ما إذا كان البيع يستر تصرفا آخر، كما لو  
كان ساترا لهبة فيسمى بيعا سوريا، فهل يجوز هنا للشفيع التمسك بعقد البيع  
الصوري، ليطلب الأخذ بالشفعة أم لا؟ أي وبعبارة أخرى هل يمكن اعتبار الشفيع  
من الغير أم هو داخل في العلاقة التعاقدية؟ وإذا كان غير ذلك فهل يمكن اعتباره  
دائنا أو خلفا خاصا حتى تشمله المادة 198 ق م ج بحكمها؟ فالفقه منقسم إزاء هذه  
المسألة إلى رأيين أساسيين:

**الرأي الأول:** يرى بأن الشفيع ليس من الغير في الصورية، باعتباره ليس دائنا  
ولا خلفا خاصا لأي من المتعاقدين وفقا لما تقضي به المادة 198 مدني جزائري،  
حيث تنص على أنه: « إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص،  
متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري»، فهنا فُسّر مفهوم الغير على  
أساس ضيق وهو الغير في العقد الصوري دون تناول مفهوم الغير عند انصراف  
آثار العقد إلى الغير بوجه عام، ويقصد بالغير في هذه الحالة الأخيرة كل شخص  
غير المتعاقدين وغير خلفهما العام والخاص<sup>(2)</sup>، وهذين الأخيرين لا يعتبران من

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 80.

(2) - المقصود بالخلف هو الشخص الذي يتلقى الحق عن غيره وهو نوعان خلف عام وخلف خاص، فالعام هو الذي  
يخلف الشخص في كل حقوقه أو يخلفه فيها مع غيره بنسبة معينة كالوارث، والخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية  
شيء محدّد أو حق عيني آخر عليه أو حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبايع  
بالنسبة للشيء الذي اشتراه وكذلك الموهوب له يعتبر خلفا خاصا للواهب فيما وهبه له، راجع: علي علي سليمان،  
النظرية العامة للالتزام للمرجع السابق ص 78 و 86.

الغير إلا في حالات معينة فقط<sup>(1)</sup>، ومنها الحالة السابقة بالنسبة للخلف الخاص والدائن الحسن النية في العقد السوري.

حسب الرأي الوارد في الفقرة السابقة، وطالما أن الشفيع لا يعتبر غيراً في العقد السوري، فإنه لا يجوز له التمسك بالعقد الظاهر وهو البيع، وإنما يجوز للمشتري أن يحتج عليه بالعقد الحقيقي المستور أو الخفي وهو عقد الهبة، مما يحرمه بالتالي من الأخذ بالشفعة، وحسب القانون وبعض الفقهاء يشمل الغير في الصورية كل من الدائن والخلف الخاص لكل من المتعاقدين وهو لا يشمل الشفيع<sup>(2)</sup>، كما أن الغير يُفترض فيه أن يكون قد كسب حقه من أحد هذين المتعاقدين بسبب يغاير التصرف السوري المبرم بينهما، وعليه فلا يعتبر من الغير من كسب حقه في خصوص العين محل التصرف السوري بموجب هذا التصرف السوري ذاته.

بالنظر أيضاً إلى النص السابق (م 198 ق م ج) فإن الشفيع لا يعتبر دائناً للمشتري، لأن حقه هو مجرد أفضلية أو أسبقية يقررها القانون لصالحه في تملك العقار المبيع، وكما أنه لا يعتبر دائناً للبائع كذلك حسب وجهة نظر هذا الاتجاه الفقهي، وهذا لأن المشفوع منه هو المشتري وليس البائع، والشفيع هنا لا يُعتبر خلفاً خاصاً للبائع، لأنه شخص استجد بعد إبرام العقد السوري، وهو بذلك إنما حل محل المشتري، وأصبح أحد طرفي البيع، والبائع هو الطرف الآخر، ولم يقل أحد أن أحد طرفي العقد السوري يكون من الغير فيه.

إن الشفيع يكسب حقه بالشفعة، والشفعة كسب من أسباب كسب الملكية هي واقعة مركبة يدخل في تكوينها البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة، فهو إذاً لم يكسب حقه

(1) - فالخلف العام يكون من الغير إذا أثبت أن التصرف الصادر من سلفه كان في مرض الموت، وكذلك الوصية إذا زادت عن ثلث التركة، والخلف الخاص يكون من الغير فلا ينصرف أثر العقد إليه في حالة إذا كان العقد قد أبرم بعد انتقال الشيء إلى الخلف أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل أو غير محدد لذلك الشيء، والغير عموماً هو الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لأحد المتعاقدين، ويسمى بالغير الأجنبي أصلاً عن العقد، راجع في هذا: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، المرجع السابق، ص 347.

(2) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 415، 416.

بسبب يغاير العقد السوري، وإنما كسبه بموجبه، لذا لا يُعتبر الشفيع غيراً في هذا العقد السوري<sup>(1)</sup>.

**الرأي الثاني:** ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الشفيع من الغير، على أساس أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، وهذا لا اعتبار أن منطق الغير في الصورية يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد على العقد السوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله، وهو الرأي الذي استقر عليه القضاء، مما قضت به محكمة النقض المصرية في الحكم الصادر في: 1983/05/29 ونصه:

« بأن الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين – البائع والمشتري – فله التمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه، إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، على أساس أن هذه الواقعة تُعدُّ بمثابة واقعة مادية بالنسبة له»<sup>(2)</sup>. وعليه فالقضاء المصري كله متفق على الأخذ بهذا الرأي وهو اعتبار الشفيع من الغير مما يترتب على ذلك جواز أخذه بالشفعة في عقد البيع السوري<sup>(3)</sup>.

يسري على الشفيع عند صورية ثمن بيع العقار نفس الحكم الذي يخضع له البيع السوري في اعتبار الشفيع من الغير، ولا سيما إذا كان الثمن المصرح به في العقد أقل من الثمن الحقيقي بقصد التهرب من رسوم التسجيل والشهر، فعند مطالبة الشفيع الأخذ بالشفعة فإنه لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي للاحتجاج به على الشفيع حيث يعتبر هذا الأخير من الغير في الصورية ومن ثم لا يجوز أن يُحتج عليه إلا بالثمن المذكور في العقد الظاهر، ويختلف الأمر بالنسبة

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 498، هامش رقم 02.

(2) - نقله: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 58.

- راجع في ذلك الدكتور: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 30.

(3) - نقله كذلك: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 499 هامش رقم 1 و 2.

للسفيح باعتباره من الغير في حالة إذا كان الثمن المصرح به في العقد أكبر من الثمن الحقيقي سعياً من المتعاقدين بإبعاد السفيح عن الأخذ بالشفعة فيكون للسفيح هنا أن يُثبت الثمن الحقيقي بجميع طرق الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن لأنه ليس طرفاً في العقد المشفوع فيه، ومتى نجح في الإثبات فإنه لا يلتزم إلاّ بدفع ذلك الثمن الحقيقي<sup>(1)</sup>.

إستناداً للحالة الواردة في الفقرة السابقة يجب على السفيح أن يرفع الدعوى على البائع الظاهر في العقد دون اعتبار كونه مالكا أو غير ذلك، لأنه يحل محل المشفوع منه وهو المشتري في جميع ما كان له عليه من الحقوق بالنسبة إلى هذا البائع، فإن تبين بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير، فليس للسفيح أن يرجع إلاّ على بائعه<sup>(2)</sup>.

أمّا إذا كان البيع سورياً صوريةً مطلقةً، فحسب بعض الفقهاء أنه يحق لأي من المتعاقدين سواء البائع أم المشتري أن يثبت الصورية، فإذا قام الدليل على صورية البيع، فلا تجوز الشفعة عندهم<sup>(3)</sup>.

إن الرأي الراجح في نظرنا انطلاقاً مما سبق بيانه وشرحه هو الرأي الثاني القائل بجواز الأخذ بالشفعة في عقد البيع السوري، ويكون للسفيح أن يتمسك بالعقد الظاهر أو السوري إذا كان محققاً لمصلحته، والسبب في ذلك هو الحفاظ على استقرار المعاملات المالية، وهو ما يتطلب احترام ثقة الغير واطمئنانهم على ذلك الوضع الظاهر وإن كان على غير الحقيقة، فتلك هي الإرادة التي يمكن للغير التعرف على اتجاهها وإن كانت على خلاف الإرادة الحقيقية، ولكن بشرط أن يكون هذا السفيح حسن النية وقت تعامله، أي يجهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت، وحسن النية مفترض في السفيح باعتباره من الغير الخارج عن العلاقة التعاقدية،

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص58.

(2) - رمضان أبو المسعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص291.

(3) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص80.

وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك سواء من البائع أو المشتري، وأما لو أشهر العقد المستتر فلا يؤخذ بجهل الشفيع به بعد ذلك، لأن شهره يعتبر إظهارا له<sup>(1)</sup>.  
يجوز للشفيع أيضا أن يتمسك بالعقد الحقيقي إذا كان محققا لمصلحته هو الآخر، وله أن يلتجئ في ذلك إلى جميع طرق الإثبات بما فيها البينة (شهادة الشهود) والقرائن، ولو كان التصرف الظاهر ثابتا بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانوني للشهادة<sup>(2)</sup>، لأنه وفقا لنص المادة 336 ق م ج يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة وهذا في الحالتين وهما: (إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وإذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته)، وبالتالي فإنه يجوز للشفيع الإثبات بالبينة طبقا للفقرة الأولى من النص السابق ذكره، عندما يتعلق الأمر بوجود مانع مادي أو أدبي يحول دون ذلك لأنه من الناحية العملية يستحيل على الشفيع أن يحصل على سند كتابي لإثبات صورية عقد لم يكن طرفا فيه، وعليه يجوز له الإثبات بالبينة والقرائن على صورية الثمن المصرح به في العقد طبقا لنص المادة 337 ق م ج وما بعدها، فيثبت على أنه أكبر من الثمن الحقيقي لئتمسك بهذا الأخير دون غيره وهو ما يتوافق مع القاعدة العامة في الصورية ومقتضاها أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين<sup>(3)</sup>.

### ثالثا: الوعد بالبيع:

إن الوعد بالبيع عموما يعتبر أحد صور التراضي وهو تعهد يلتزم بمقتضاه البائع (الواعد) أن يبيع شيئا مُعَيَّنًا إذا أظهر المشتري (الموعد له) رغبته في الشراء في مدة معينة وله صورتين، الوعد من جانب واحد، وهذا لا يعتبر بيعا أصلا، والوعد من جانبين وهذا الأخير هو الذي يحصل من البائع والمشتري معا

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 59.

(2) - وفي هذا الشأن تنص المادة 333 ق م ج على أنه: « في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على: 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 59.

فيلزم كلا الطرفين ويطلق عليه عادة بالبيع الابتدائي حيث يتحوّل ذلك الوعد من تعهد من جانب واحد إلى عقد بيع ابتدائي.

يُعرّف البيع الابتدائي بأنه تعهد من البائع بإبرام العقد النهائي لمدة معينة تخضع لاتفاق الطرفين يقابله تعهد المشتري بالشراء وتسلم المبيع بعد تحرير العقد النهائي وهو صورة خاصة من الوعد بالبيع لاعتبار أن المدة ركن أساسي فيه زيادة على تحديد الثمن في عقد البيع الابتدائي أو جعله قابل للتعيين بدفع أقساط وفق أجل معين، فالبيع الابتدائي يمكن الأخذ بالشفعة فيه إذا تم بهذه الصورة، لكن لو كان الوعد من جانب واحد، فلا يجوز هنا الأخذ بالشفعة لأنه لم يحصل قبول من الطرف الآخر متصلاً بإيجاب الطرف الأول، فهو بهذه الصورة ليس عقداً، وعليه فلا تجوز الشفعة فيه حتى يتم عقد البيع بتطابق الإيجاب والقبول<sup>(1)</sup> يعتبر جانب من الفقه بأن الشفعة غير جائزة في الوعد بالبيع بصورتيه لأنه لا ينقل الملكية نقلاً نهائياً<sup>(2)</sup>.

مما سبق يمكن القول بأن ذلك التعهد الملزم للجانبين إذا حُدّد فيه الشروط الضرورية لعقد البيع وتمّ بكل أركانه، وبخاصة المحل فيما تعلق بتحديد الثمن فإنه يعتبر في نظر القانون عقد بيع وليس وعداً بالبيع، ويُعتبر بيعاً ابتدائياً لا سيما إذا تم توثيقه لدى الموثق في انتظار شهره في المحافظة العقارية لأنه بيع عقاري تنتقل الملكية بعد ذلك من البائع إلى المشتري.

في هذا الشأن قررت المحكمة العليا في قرار لها على ما يلي: « حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي وقضوا بإبطال عقد بالبيع، والقضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار، فالمادة 794 من القانون المدني تنص على أنّ الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها قانوناً ولم

(1) - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 187.

(2) - فؤاد ظاهر، الشفعة، نص - فقه-اجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، دون ذكر السنة، ص 176.

تنص على الوعد بالبيع، كما أن المادة 807 من نفس القانون نصت على سقوط حق الشفعة، إذا مرت سنة من يوم شهر عقد البيع وليس الوعد بالبيع»<sup>(1)</sup>.

يتضح لنا جليا طبقا لما ورد في الفقه وما قررته المحكمة العليا في هذا الشأن وما ورد في المادة 794 ق م ج وما بعدها أن الشفعة لا تجوز في الوعد بالبيع، والمقصود به هنا حسب تقديرنا الوعد من جانب واحد وليس الوعد من جانبين، لأن هذا الأخير إذا انعقد بالشروط المشار إليها سلفاً يُعتبر بيعاً ابتدائياً تجوز فيه الشفعة.

#### رابعاً: المقايضة:

المقايضة في الفقه الإسلامي تدخل في مفهوم البيع باعتباره مبادلة مال بمال ولا يهم إن كان المقابل نقوداً أو غير ذلك، فالمهم أن يكون فيه عوض يدخل ضمن الحقوق المالية، ومن هنا تجوز الشفعة في الشريعة الإسلامية في عقد المقايضة باعتبارها بيعاً عادياً ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء بشرط أن يكون البديل له قيمة مالية عند أبي حنيفة<sup>(2)</sup>.

أما المقايضة في القانون المدني الجزائري فقد تناولتها نصوصه في المواد من 413 إلى 415 منه، ولم يتوسع المشرع في تفاصيلها بل أحال في معظم أحكامها إلى أحكام البيع وبالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، واعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء ومشترياً للشيء الذي تمت المقايضة به (م 415) فكان المشرع الجزائري وفقاً لهذا النص يجعل المقايضة أحد الصور الخاصة للبيع لاعتبار أن الفرق بينهما يكمن فقط في المقابل المالي، حيث يكون هنا من غير النقود، وعليه تنص المادة 413 ق م ج معرفة المقايضة بقولها: « المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود».

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 130/337، المؤرخ في: 10/01/1995 المجلة القضائية الصادرة في 1995 العدد الأول (1)، ص 196.

(2)- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص 282.  
- محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 255 و456.

مما سبق تعيّن عدم جواز الشفعة إلا في عقد البيع، ونجم عن ذلك عدم جوازها في المقايضة فهي في عقد البيع لا أثر لها على حق البائع في اقتضاء ثمن العقار لأن البائع سيحصل على الثمن سواء من المشتري أو من الشفيع فغاية البيع محققة عنده، وهو لا يتضرر من الشفعة في هذه الحالة، فكأن حكمة الشفعة لا تتحقق إلا في عقد البيع، وهذا لأن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه، والثمن كما هو معروف لا يوجد إلا في عقد البيع، ولو أخذ في المقايضة لتعين أن يأخذ العقار بقيمته، إذ لا ثمن في المقايضة، ولتعين إجبار المالك على تقاضي قيمة العقار الذي قايض به بدلا من العين التي قايض عليها، والبائع إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات، لذلك كان من المناسب حسب الفقه والقانون ألا تجوز الشفعة في المقايضة<sup>(1)</sup>.

إن الطبيعة القانونية للمقايضة تأبى الأخذ بالشفعة مما سبق الإشارة إليه<sup>(2)</sup> كما أن الشفعة هي حكم استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه لدى كثير من الفقهاء، توجد هناك حالة خاصة في المقايضة وهي إبرامها مع وجود معدل يضاف إلى المقابل العيني، والمقصود بالمعدل هنا هو عندما يكون المقابل في التبادل بعضه من النقود، والبعض الآخر ليس من النقود، فجواز الشفعة هنا من عدمها يتوقف، حسب الفقهاء على تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، هل يعتبر بيعا أم مقايضة<sup>(3)</sup>.

العبرة هنا في تكييف العقد تكون بإحدى الطريقتين: الأولى بحسب الغرض العملي الذي قصد إليه المتعاقدان واتجهت إرادتهما إليه، فلو تبين من ظروف العقد أن البديل النقدي هو المقصود من العقد أعتبر العقد بيعا تجوز الشفعة فيه وأما لو كان المقصود هو المقابل غير النقدي أو العيني أعتبر العقد مقايضة لا تجوز الشفعة

(1)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 493.

(2)- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، دون ذكر التاريخ ص 329.

(3)- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة-عقد البيع- ج 01، دار النهضة العربية بيروت لبنان 1997، ص 34.

(3)-نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 49.



فيها<sup>(1)</sup>، أما الطريقة الثانية فيتم العمل على وفقها عند عدم التبين من الاحتمال الأول أو فشل الطريقة الأولى، حينها يُلجأ إلى هذا الحل وموضوعه يتوقف على الوزن النسبي لذلك المعدل حسب الاتجاه الراجح من الفقه<sup>(2)</sup> بحيث إذا كانت قيمة المعدل هي غالبية على البديل العيني كان العقد بيعا وتجاوز فيه الشفعة فإن كان غير ذلك كان العقد مقايضة وامتنعت هنا الشفعة<sup>(3)</sup>.

الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري يجيز في عقد المقايضة أن يكون هناك معدلا يمثل مبلغا من النقود يعتبر فرقا بين الأشياء المقايض فيها، وبخاصة إذا كانت تلك الأموال المتبادل بها مختلفة القيم وفقا لما تقضي به المادة 414 ق م ج بقولها: « إذا كانت الأشياء المقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود». إلا أن المشرع لم يشر إلى حجم أو نسبة ذلك المعدل أو المبلغ من النقود من حيث القدر الذي يجب عدم تجاوزه، وإلا تغيرت الطبيعة القانونية للمقايضة لتصير بيعا، وبالتالي تُترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء. مما تقدم بيانه وعرضه من آراء الفقهاء ونصوص القانون يتضح أنه لا شفعة في المقايضة، لاسيما وأن كل نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري وبعض التشريعات الخاصة، نجدها تتحدث عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع.

#### خامسا: الوفاء بمقابل :

يدخل الوفاء بمقابل ضمن الباب الخاص بزوال الحق، وبخاصة في الفصل الخاص باستيفاء ما يعادل الحق أو ما أطلق عليه المشرع الجزائري في القانون المدني بانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث هناك أربعة وسائل لذلك وهي التجديد والإنابة، والمقاصة وإتحاد الذمة بالإضافة إلى ما يسمّى بالوفاء بمقابل. الوفاء بمقابل كطريقة هامة من طرق استيفاء ما يعادل الحق يكون في

(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 406.

(2) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 79.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 49.

الحالات التي تتفق فيها إرادة كل من الدائن والمدين على استيفاء الحق بما يقوم مقام الحق الأصلي، وهذا بالتراضي على استبدال الحق الجديد المتفق عليه بالحق الأصلي، فبمجرد أن يقبل الدائن من مدينة الوفاء بالمقابل الجديد يعتبر أنه قد استوفى حقه بمقابل، ليزول تلقائياً الحق الأول وتنتهي آثاره باستيفاء هذا البديل عوضاً عنه أو مقابلاً له<sup>(1)</sup>، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 285 ق م ج بقولها: « إذا قبل الدائن في استيفاء حقة مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء».

إن الوفاء بمقابل تسري عليه أحكام البيع هو الآخر، وبخاصة ما تعلق بأهلية الطرفين وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، وبعض الأحكام الأخرى التي تتوافق مع طبيعته القانونية باعتبار الوفاء بمقابل تصرفاً ناقلاً للملكية، لأنه ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين، وهو ما تضمنته المادة 286 ق م ج وعليه فلا تجوز الشفعة في الوفاء بمقابل، وهذا في حالة إذا قبل الدائن في استيفاء حقه عقاراً استعاض به عن الشيء المستحق له، كأن يكون الدين مبلغاً من النقود وقبل الدائن في استيفاء حقه عقاراً بدلاً من ذلك المبلغ، فهذا التصرف وإن كان يشبه البيع إلا أنه ليس بيعاً لتخلف الثمن، كما أنه تصرف منهى للالتزام<sup>(2)</sup> وبالتالي لا تجوز الشفعة في هذا العقار بسبب أن هذا الوفاء لا ينطوي على بيع إنما ينطوي على تجديد بتغيير محل الدين، يعفيه في الحال وفاءه بالالتزام الجديد<sup>(3)</sup>.

#### سادساً: عقد الهبة:

إن الهبة من التبرعات المندوبة في الإسلام كالصدقة لما فيها من المحبة والتأليف بين القلوب، وهي شرعاً: كما قال الإمام محمد عرفه المالكي: « تملك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض»<sup>(4)</sup>.

(1) - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1993، ص 355 و 356.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 50.

(3) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 494.

(4) - محمد حارث الخشني، المرجع السابق، ص 253.

عرّف المشرّع الجزائري الهبة من خلال قانون الأسرة في المادة 202 منه بقوله: «الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط»<sup>(1)</sup>.

إن الهبة في الفقه الإسلامي يمكن أن تكون محلا للشفعة بشرط العوض عند أغلب الفقهاء ما عدا أبو حنيفة فإنه لا يعتبر الشفعة إلا في المبيع فقط<sup>(2)</sup> وبالرجوع إلى نص المادة 202 السابق ذكرها، وأيضا ما تناوله الفقه الإسلامي نجد بأن الهبة عادة تكون بدون مقابل لأنه يُقصد بها في أغلب الأحيان التبرع والتقارب بين الأصدقاء والأقارب والشفقة والرحمة بالمحرومين والمحتاجين، إلا نادرا ما تكون بعوض قليل كطلب تأدية خدمة، أو القيام بعمل معيّن مشروط بأدائها. إلا أن غرض المشرع هنا يتعلق بالحالة الأولى، وهي من أجل التأليف بين القلوب والرافة على المحتاجين.

تتجه إرادة الواهب في عقد الهبة عادة إلى اعتبارات شخصية في الموهوب له على أساسها أقدم على الهبة، وعليه فتملك الشيء الموهوب من طرف الموهوب له يكون بدون مقابل وفقا للنص القانوني السابق، وهو خاص بهذا الشخص دون غيره نظرا لاعتبارات شخصية فيه.

من هذا المنطلق لا تجوز الشفعة في عقد الهبة، حتى ولو أراد الشفيع أن يأخذ العقار الموهوب وفقا لقيّمته السارية في السوق، وهو رأي أكثر الفقهاء<sup>(3)</sup> سواء في الشريعة أم في القانون، وكما لا تجوز الشفعة أيضا لدى الفقهاء في الهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغ من النقود، ما لم يتبيّن أن العوض يساوي قيمة

(1) - القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، والمنشور بالجريدة

الرسمية، الصادرة في: 12/06/1984 العدد 24.

(2) - علي الخفيف الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص 282.

- محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 255 و 256.

(3) - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الكتب السلفية، القاهرة، دون ذكر التاريخ، ص 356.

- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسم على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 79.

العقار أو يقترب من ذلك، فيكون عندئذ العقد في حقيقته بيع، ولو أنه سمي هبة ، فتجوز فيه الشفعة بناء على ذلك<sup>(1)</sup>.

### سابعا: التصرفات المضافة بعد الموت:

لا تجوز الشفعة في الميراث<sup>(2)</sup> باعتباره واقعة قانونية نتجت عن الوفاة كواقعه طبيعية يرتب عليها القانون أثرا، والميراث من أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة عن طريقه يكتسب الورثة أموالا وحقوقا مالية من مورثهم، وبذلك لا تجوز الشفعة فيه شرعا وقانونا باتفاق الفقهاء في الشريعة والقانون<sup>(3)</sup>.

إن الشفعة لا تجوز أيضا في الوصية، باعتبارها تصرف قانوني صادر من جانب واحد وناقل للملكية بالوفاة، وهي من التصرفات الشرعية المضافة ما بعد الموت طبقا لنص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ».

فالمقابل في الوصية ينعدم تماما لأنها عمل تبرعي مثل الهبة، وبالتالي لا تجوز فيها الشفعة باتفاق الفقه والقانون أيضا<sup>(4)</sup>.

### ثامنا: العقود الكاشفة ونزع الملكية:

بالنسبة للعقود الكاشفة أو ما تسمى بالمقرّرة، فهي الأخرى لا تجوز فيها الشفعة سواء كانت قسمة أو صلحا وحتى ولو تم أي من العقدين بمعدل نقدي<sup>(1)</sup> ذلك لأن القسمة مقرّرة وكاشفة عن حقوق الشركاء فقط وليست ناقلة لهم، وهو ما

(1) - نبيل إبراهيم سعد الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص50.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص494 و495.

(2) - اختلف الفقهاء في الشريعة الإسلامية حول مسألة توريث الشفعة، فالحنفية والحنابلة يذهبون إلى عدم توريث الشفعة، أما الشافعية والمالكية فيقررون توريثها مطلقا، راجع في هذا: محسن البيه، الشفعة في القانون المدني، مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية التابعة لجامعة المنصورة، القاهرة، العدد الأول، أكتوبر 1986، ص 209-212.

- إلا أن فقهاء القانون معظمهم يجمعون على عدم توريث الشفعة، وهو ما أخذت به التشريعات الحديثة، راجع: محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 10.

(3) - محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص255.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص282.

- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة على ضوء الفقه والقضاء، نفس المرجع، ص 79.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 494.

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص50.

تقرره المادة 730 ق م ج بقولها: « يُعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى»، ومن هنا فلو تمت قسمة عقار مشترك بين اثنين مثلا فلا يمكن للجار أن يشفع فيها<sup>(2)</sup>، وكذلك الأمر في عقد الصلح باعتباره هو الآخر كاشف عن الملك لا ناقلا له، إضافة إلى أن المبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار، بل يمثل قيمة ما قد يكون للطرفين من حق في كسب الدعوى الخاصة بملكية العقار أو خسارتها.

إن الصلح يقتضي ترك كل طرف شيئا من حقه أو ادّعائه، وعليه لا يجوز للأجنبي عن النزاع هنا أن ينتفع بفائدة رتبها القانون في منفعة شخص معيّن بالإضافة إلى أن الصلح يتنافى مع الشفعة، لأنه يستلزم من المتصالحين التزامات شخصية لا يمكن بأي حال للشفيع الأجنبي عن النزاع القيام بها<sup>(3)</sup>، وقد ورد الصلح في القانون المدني في المواد من 459 إلى 466 منه.

هذا وقد عرّفت المادة 459 الصلح على أنه: « الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه»، ونصت المادة 460 منه على أنه: « يشترط فيمن يصلح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح»، كما أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للمتصالحين، وما تعلق بالنظام العام، ولكن يجوز التصالح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية، هذا يعني أن الصلح يقع على الحقوق الخاصة فقط دون الحقوق العامة لأنها ملك للمجتمع ككل.

أما الصلح في الفقه الإسلامي فإنه يجوز الأخذ بالشفعة فيه لدى بعض الفقهاء مادام انتقال الملك فيه بعوض عندهم<sup>(4)</sup>، وذلك متى جُعل ذلك العقار بدل صلح،

(1) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص79.

(2) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص494.

(3) - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص281.

(4) - ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص255.

وسواء أكان المصالح مُقرا بالدعوى أم منكرها لها، أمّا إن كان العقار هو المصالح عليه، بأن كان هو المطلوب فصالح المدعى عليه مدعيه بمال، فهنا إن تمّ ذلك بعد إقرار بالدعوى ثبتت الشفعة له، لتحقق المعاوضة عند هؤلاء الفقهاء أمّا إن حدث ذلك بعد إنكار فلا تثبت الشفعة إذا لم يتبيّن بهذا الصلح أن العقار كان ملكا للمدعي وانتقل بالصلح إلى ملك المدعي عليه، لاحتمال أن يكون البديل إنما دُفع تجنباً للنزاع وتركا للخصومة<sup>(1)</sup>.

إلاّ أنه وفقا للقانون لا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد الصلح بأيّ حال من الأحوال، وفقا للاعتبارات التي سبق ذكرها.

أما بالنسبة لنزع الملكية في العقارات للمنفعة العامة باعتبارها طريقة استثنائية لكسب الحقوق العقارية<sup>(2)</sup>، فإنه لا تجوز الشفعة فيها أيضا، لأن نزع الملكية ليس بيعا، وحتى ولو كانت عملية النزع تتم بمقابل نقدي أو تعويض آخر قبلي عادل ومنصف كما بيّنها التشريع الخاص بذلك، وبخاصة وأن الشفيع لا يمكنه بأيّ حال من الأحوال أن يحل محل الدولة كسلطة عامة في تخصيص ذلك العقار من أجل تحقيق أهداف المصلحة العامة في المجتمع.

### تاسعا: عقد الشركة:

نظم المشرع الجزائري عقد الشركة ضمن القانون المدني في المواد من 416 إلى 459 منه، وقد عرّفت المادة: 416 الشركة بقولها: «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج، أو تحقيق اقتصاد،

(1) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج02، المرجع السابق، ص282 و 283.  
(2) - ونزع الملكية هو نظام خاص لنزع الأملاك العقارية جبرا عن مالكيها إذا كان ذلك من أجل المنفعة العامة أو الصالح العام وهي جاءت طبقا للقانون رقم 91-11 المؤرخ في: 1991/04/27 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1991 رقم 21.

أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك».

إن الشركة تأخذ طابع الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها أي تأسيسها بتحرير عقد لدى الموثق، وعند عدم الالتزام بالكتابة الرسمية كركن جوهري هنا تعتبر الشركة باطلة بطلانا مطلقا وفقا لنص المادة 418 من القانون المدني، إلا أنها لا تكون حجة على الغير في حالة عدم احترام الكتابة وإجراءات الشهر التي ينص عليها القانون (م417) منه، كما لا يمكن اعتبار البطلان حجة عليهم أيضا ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان (م2/418)، وهذا حماية للمتعاملين حسني النية مع الشركة الفعلية من الانخداع بالوضع أو المركز القانوني الظاهر.

من خلال الطبيعة القانونية للشركة المختلفة تماما عن الطبيعة القانونية للبيع يتضح جليا في حالة تقديم الشريك أحد العقارات كحصة في الشركة ، أنه لا يمكن للشفيع أن يحل محل ذلك الشريك في الشركة وقيامه بكل التزاماته، لا سيما إذا كانت الشركة تقوم على اعتبارات شخصية كما هو الحال في شركات الأشخاص وكان يكون ملتزما بالإضافة إلى تقديم ذلك العقار، القيام بعمل آخر شخصي يُراعى فيه المؤهلات والكفاءة المهنية لهذا الشريك، وفقا لنص المادة 3/425 ق م ج، حيث أنه يترتب على الشفعة إذا قُضي بجوازها هنا أن يقوم الشفيع بالتزام تقديم تلك الحصة عن طريق تخصيص العقار للغرض المتفق عليه بين الشركاء وهذا غير متصور في الشفعة لأنه ليس شريكا في الشركة.

بناءً على ما سبق لا تجوز الشفعة فقها وقانونا في العقار الذي أريد به تقديم حصة في شركة وحتى ولو أعطى الشفيع للشركة قيمة العقار، لأن الشركة إنما

تعاقبت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه، لأنه قد يُخل ذلك بأهدافها من تملك العقار (1).

إلا أنه يرى بعض الفقهاء (2) أنه لو اندمجت شركة في أخرى، وكان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى، وكان في هذه الأموال عقارات، جاز أخذها بالشفعة وهو ما قضى به القضاء المصري في هذه الحالة أيضا، لكن يختلف الأمر لو كان الاندماج قد تم عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى فيكون البيع واقعا على أسهم، وهي منقولات بطبيعتها لا عقارات، وبالتالي لا تجوز فيها الشفعة (3)، وهذا على أساس أن الشفعة في المنقول غير جائزة لدى أغلب التشريعات الحديثة التي تأخذ بنظام الشفعة وعوّضت في المنقولات بنظام الاسترداد (4).

في هذا الشأن يعتبر كثيرا من الباحثين في مجال القانون العقاري بأن نظام الاسترداد ما هو إلا صورة من صور نظام الشفعة الوارد في الشريعة الإسلامية حيث يشتركان في نفس الآثار القانونية بين الشفيع وباقي الأطراف (5).

## الفرع الثاني:

### البيوع العقارية المستثناة من الشفعة.

عندما نتكلم عن بيوع عقارية مستثناة من تطبيق نظام الشفعة، هذا معناه أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذي يؤخذ بها فيه، والموانع كما يرى الفقهاء غير المسقطات فالمانع في الشفعة يقتضي إلغاؤها ابتداءً، أما المُسقط فيها فيُلغى الشفعة بعد قيامها. وفي هذا الفرع إنما نقصد أنه بالرغم من تأكيدنا على جواز

(1) - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 299.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 497.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 497، هامش رقم 04.

(4) - طلبية وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، الولاء للطبع والنشر، القاهرة 1990، ص 54.

(5) - فيصل العساف، أستاذ في القانون العقاري بجامعة حلب، كلية الحقوق - سوريا - من خلال لقاء علمي عقد معه، بتاريخ: 2006/05/29.

- وكذلك نفس الفكرة أيدها: أحمد عيسى، أستاذ متخصص في القانون الخاص بكلية الحقوق بجامعة حلب، سوريا، بتاريخ: 2006/05/29.



الأخذ بالشفعة في البيوع كقاعدة عامة، فإن هناك بيوعاً يُمنع الأخذ فيها بالشفعة رغم صحتها وبقوة القانون، إلا أن المنع هنا يُعتبر استثناءً فقط، بمعنى أنه محصور في هذه الأنواع من البيوع دون غيرها، وبالتالي فلا يمكن التوسع في تلك البيوع أو القياس عليها.

إن موانع الشفعة المقصودة هنا هي تلك التي حصرها المشرع في نص قانوني طبقاً لمجموعة من الاعتبارات المختلفة، فمنها ما يرجع إلى الأسلوب الذي تم به بيع العقار، ويشمل البيع بالمزاد العلني (أولاً)، ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشتري، كأن تكون هناك علاقة قرابة فيما بينهما، لا تسمح بدخول أجنبي عليهما ليأخذ العقار المبيع بالشفعة (ثانياً) ومنها ما يتعلق بالغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به (ثالثاً)، فهذه هي الاعتبارات التي من أجلها استثنيت تلك البيوع العقارية من الأخذ بالشفعة بالرغم من صحتها، وفي هذا الشأن نص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية

الأخرى- ومنها المشرع المصري<sup>(1)</sup> - على البيوع العقارية المستثناة من الأخذ بالشفعة من خلال نص المادة 798 من القانون المدني ، بقولها:  
« لا شفعة: - إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون،  
- وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية،

(1)- جاء نص المشرع المصري في المادة 939 من القانون المدني الجديد على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة:  
أ- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.  
ب- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.  
ج- إذا كان العقار قد بيع ليجعل مل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ».  
الملاحظ أن المادة 798 من القانون المدني الجزائري هي نسخة طبق الأصل من هذا النص، وهي تقابل نصوص التشريعات العربية من خلال المواد 943 لبيي و1134 عراقي و 244 و 245 لبناني من قانون الملكية العقارية و893 كويتي راجع في هذا: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص61.  
- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص524.

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

### أولاً: البيع بالمزايدة العلنية وفقاً لإجراءات رسمها القانون:

المقصود بالبيع بالمزاد العلني هنا ذلك الذي يتم بالمزايدة العلنية أمام الملاء وبالأحرى كل المشاركين في المزاد دون سرية، والتي يستطيع فيها كل مشارك أن يتعرف على العطاءات التي قدمها الآخرون، إذ فيها يستطيع الشفيع من الدخول للاشتراك في المزايدة<sup>(1)</sup>، والبيع في هذه الحالة هو بيع جبري<sup>(2)</sup> يتم بناء على أمر قضائي، واستناداً إلى طلب الدائنين قصد استيفاء حقوقهم من ثمن العقار المبيع، كما يدخل في مفهوم هذا البيع أيضاً البيع الاختياري الذي يتم من طرف الدولة في بيع أملاكها، وكذا الثروات التي تنتج عن ذلك كما هو الحال في الثروات الغابية الناتجة عن الاستغلال الغابي<sup>(3)</sup>، وهذا وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

يشترط إذاً لمنع الشفعة في البيع الوارد في الفقرة السابقة أمران:

أ) أن يكون البيع بالمزاد العلني.

ب) أن يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون من خلال قانون الإجراءات المدنية ويتوفر هذان الشرطان في البيوع الآتية:

(1) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، المرجع السابق، ص 85.

(2) - البيع الجبري هو عمل إجرائي ومرحلة في خصومه التنفيذ، وهو ليس عقداً أصلاً لأنه لا يتم برضاء المالك بل بأمر من القضاء وجبراً على المالك بدون إرادته، ويحصل البيع هنا بعد القيام بإجراءات الحجز التنفيذي النهائي وجرد الأشياء المحجوزة، وتباع بعدها بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ على العقار في المواد من (379-399) منه، مع ملاحظة أنه كقاعدة عامة لا يجوز نزع ملكية عقارات المدين إلا في حالة عدم كفاية المنقولات باستثناء أصحاب التأمينات العينية من بيدهم سند تنفيذي، فينفذون على العقارات المثقلة بحقوقهم من رهون وحقوق امتياز خاصة بغض النظر عن كفاية المنقولات أو عدمها (م 335ق الجزائر، 1996، ص 89 و 128).

(3) - طبقاً لنص المادة 45 من القانون رقم 84-12 المؤرخ في: 23 يونيو سنة 1984 والمتضمن النظام العام للغابات، وبمقتضى رقم 89/170 المؤرخ في: 5 صفر 1410 الموافق ل: 1989/09/5 المتضمن الموافقة على الترتيبات الإدارية العامة والشروط التقنية لإعداد دفاتر الشروط المتعلقة باستغلال الغابات وبيع الحطب المقطوع منها ومنتجاته، وهذا في مواده من 2 إلى 9 منه.

حيث يعتبر البيع بالمزايدة والمناقصة العلنية الأسلوب القانوني لبيع هذه المنتجات بيعا اختيارياً من طرف هذه الإدارة باعتبارها تابعة للأملك الوطنية العامة.

واستثناءاً يمكن اللجوء إلى التراضي (م 03) منه، والبيع بالالتزام المختوم (م 10) منه وهو البيع عن طريق الأظرفة ويستحق المبيع كل من يقدم عرضاً أكبر.

1- البيع الجبري بالمزاد العلني أمام القضاء: وهذا البيع يتم بناء على طلب الدائنين المرتهنين أو أصحاب حقوق الامتياز الخاصة على العقارات والحائزين على سند تنفيذي من أجل التنفيذ على عقار مدينهم، بنزع ملكيته لاستيفاء حقوقهم من ثمنه بعد بيعه جبرا عن طريق المزاد العلني طبقا للإجراءات القانونية المعتمدة في ذلك.

العلة من استثناء أسلوب البيع المشار إليه في الفقرة السابقة من تطبيق أحكام الشفعة بسبب أن طبيعة أسلوبه تسمح للشفيع وغيره أن يدخل في المزاد، يعني أن البيع بالمزاد العلني هذا لا يمنع الشفيع من تملك العقار مطلقا، بل يمنعه من استعمال حق الأولوية والأفضلية في شراء ذلك العقار، أي لا يمكنه استعمال رخصة الشفعة فقط، بينما يستطيع أن ينضم إلى مجموعة المترشحين لتملك ذلك العقار وغيره من العقارات الأخرى التي هي محل بيع بطريق المزاد العلني ويمكن أن يكون ذلك العقار المراد الاستشفاع فيه من نصيبه إذا طلبه ورسا عليه المزاد، والسبب الآخر في عدم الأخذ بالشفعة في مثل هذه البيوع العقارية، وهو أن هذه الأخيرة قد أحيطت بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن وعليه فممنع الشفعة هنا يهيئ هذه الفرصة ويدعمها، ويجعل كل من يرغب في ذلك العقار التقدم للمزايدة<sup>(1)</sup>.

إلا أنه وبالإضافة إلى ما سبق بيانه يجب التأكيد على احترام الأسلوب القانوني لهذا البيع وهو العلانية، مع مراعاة الإجراءات القانونية المُسطرة في هذا النوع من البيوع، وفقا لما قضت به نصوص قانون الإجراءات المدنية في هذا المجال<sup>(2)</sup>، وهذا حتى يُمنع الأخذ بالشفعة هنا.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 51.

- مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 325.

(2) - ويقصد بها الإجراءات التي اعتمدها القانون في طرق التنفيذ، وبخاصة التنفيذ على العقارات تنفيذا غير مباشر، والذي يتم عن طريق بيع العقارات محل التنفيذ بيعا قضائيا جبريا بالمزاد العلني، وهذه الإجراءات نص عليها قانون الإجراءات المدنية الجزائري في المواد من 379 إلى 399 منه طبقا للأمر رقم 66-154 المتضمن القانون السابق، والصادر بتاريخ: 1966/06/08 المعدل والمتمم.

## 2- البيع بالمزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع لا يمكن قسمته عينا دون

**ضرر:** وهي تدخل ضمن ما يسمى بقسمة التصفية، حيث أن قسمة ذلك العقار بالطريقة السابقة قد يُرتب ضررا جسيما ينجم عنه نقصا معتبرا في قيمة المال المراد قسمته.

إن القسمة التي تتم أمام القضاء وتحت إشرافه يطلق عليها بالقسمة القضائية ويُلبأ إليها عادة في حالة قسمة المال الشائع وبخاصة العقارات منها إذا لم يحصل قسمتها عن طريق التراضي والصلح بمعدل مالي عمّا نقص من الأنصبة، وما دام أن القسمة العينية للعقار ترتب ضررا عليه أو تنقص من قيمته، فإنه وفقا لنص المادة 728 من القانون المدني الجزائري يتعين هنا اللجوء إلى القسمة القضائية التي تتم عن طريق بيع تلك العقارات الشائعة بالمزاد العلني وطبقا للإجراءات القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية أيضا، لهذا جاء نص المادة 728 كما يلي: « إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع».

نلاحظ على النص السابق أنه يُجيز للشركاء في العقار الشائع إذا أرادوا ذلك أن يمنعوا أي أجنبي عنهم من المشاركة في المزاد لشراء ذلك العقار، وبالتالي لهم الحق في منع الشفيع من التقدم لشراءه عن طريق البيع بالمزاد العلني بشرط إجماع الشركاء على ذلك<sup>(1)</sup>.

## 3- بيع الدولة لأملكها العقارية الخاصة: التي ألغي تخصيصها بعد أن

أصبحت غير صالحة لمصالحها ومؤسساتها العمومية، وهذا باقتراح من مدير الأملاك الوطنية المعنية، وبعد أخذ إذن الوالي المختص إقليميا، حيث يتم بيع هذا النوع من الأملاك بالمزاد العلني، إلا إذا نص قانون خاص آخر على غير ذلك.

(1)- كما يجوز لدائني الشركاء أن يعارضوا قسمة ذلك العقار الشائع عينا أو بالمزاد العلني إلا إذا أتاحت لهم الفرصة للتدخل وهو ما نصت عليه المادة 729 ق م ج.

إذا تم بيع الأملاك العقارية المذكورة في الفقرة السابقة بالمزاد العلني فلا يجوز الأخذ فيها بالشفعة وهذه **قاعدة عامة**، وقد ورد تنظيم هذه المسألة فيما يخص ضبط عمليات بيع هذه الأملاك وفقا للمرسوم التنفيذي<sup>(1)</sup> الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفيات ذلك، وهذا طبقا للأحكام المتعلقة بها، والواردة في القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية<sup>(2)</sup>، فنظم المرسوم التنفيذي المشار إليه أنفا عمليات بيع هذه الأملاك حسب ما جاء في المواد من 10 إلى 13 منه، وعليه نجد مضمون القاعدة العامة والمتمثلة في بيع هذه الأملاك عن طريق المزاد العلني والتي يترتب عنها عدم الأخذ بالشفعة من خلال نص المادة 10 منه حيث تنص على أنه: « يكون بيع الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة التي ألغي تخصيصها، وفيما إذا لم تعد صالحة للمصالح والمؤسسات العمومية، عن طريق المزاد العلني، إلا إذا كانت هناك قوانين خاصة تنص على غير ذلك.

يأذن الوالي بالبيع عن طريق المزاد العلني، بناء على رأي المدير الولائي للأملاك الوطنية.

- تكون المزادات العلنية على أساس دفتر شروط، تعده مصلحة الأملاك الوطنية ومطابق للنموذج الذي يقره الوزير المكلف بالمالية، ويعلن عليها بواسطة ملصقات وإعلانات في الصحافة قبل (20) يوما من تاريخ إجراء البيع بالمزاد، وتحدد مصلحة الأملاك الوطنية السعر الأدنى لهذه العقارات حسب القيمة التجارية التالية للعقارات».

إلا أنه **استثناء على القاعدة العامة** الواردة في الفقرة السابقة وتماشيا مع ما أشارت إليه المادة 10 السابقة الذكر في حالة إذا كانت هناك قوانين خاصة أو

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في: 1991/11/23 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفيات ذلك، الجريدة الرسمية رقم 60.

(2) - القانون رقم 30-90، المؤرخ في: 1990/12/01 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية رقم: 52.

نصوص قانونية أخرى تنص على غير ذلك، فهنا يجوز بيعها عن طريق التراضي أي دون استعمال أسلوب المزاد العلني.

جاء نص المادتين 11 و12 من نفس المرسوم التنفيذي السابق ليقرر أحد هذه الاستثناءات، وهي حالة بيع الأملاك الوطنية الخاصة بأسلوب التراضي وبشروط خاصة، ولهذا الاستثناء صورتين:

**الأولى:** جاءت حسب نص المادة 12 منه المقررة للبيع بالتراضي لكن دون جواز استعمال حق الشفعة، لأن البيع حسب نص المادة هذه مقرر لفائدة المتعاملين العموميين أو الخواص والتعاونيات العقارية، وهذا دائماً بعد موافقة الوزير المكلف بالبناء وسواء كان محل البيع عقارات مبنية أو غير مبنية، بشرط تخصيص استعمالها في إنجاز عملية التعمير أو البناء<sup>(1)</sup>.

**أما الصورة الثانية من هذا الاستثناء** فقد قررتها المادة 11 من نفس المرسوم التنفيذي حيث نجدها تُجيز البيع بالتراضي لهذا النوع من الأملاك لمجموعة من الأشخاص، وهذا حسب الترتيب الوارد في نفس المادة، وعليه يمكن شراء هذه الأملاك العقارية عن طريق استعمال الشفعة من طرف الخواص، لكن بشروط قانونية محددة، ومنها ضرورة الترخيص من الوزير المكلف بالمالية ومع مراعاة حقوق أصحاب المراتب الأولى ممن لهم أولوية في شراء تلك العقارات قبل جواز استعمال رخصة الشفعة.

في هذا الشأن نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي السابق على أنه: « يمكن أن تباع العقارات التابعة للأملاك الوطنية المذكورة في المادة 10 أعلاه بالتراضي استناداً لرخصة من الوزير المكلف بالمالية بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية وذلك لفائدة:

(1) - راجع نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91.

1- الولايات و البلديات والهيئات العمومية، والمؤسسات العمومية الاقتصادية، والجمعيات،

2- للخواص في حالة:- الشيوخ،

- الأراضي المحصورة،

- الشفعة القانونية،... «(1).

نخلص من هذا النص أنه تجوز الشفعة عند بيع الأملاك الوطنية الخاصة بالتراضي ومع مراعاة أحكام المادة 12 السالفة الذكر، بالإضافة إلى مراعاة الترتيب الوارد في هذا النص من حيث أن الجماعات المحلية ومصالح الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية والجمعيات لها أولوية في شراء تلك الأملاك وكذلك حالات الشيوخ وأصحاب الأراضي المحصورة حسب النص، وإذا رغبوا في تلك العقارات عن طريق الشراء فيمكن لهم ذلك، وعند عدم رغبتهم فيها هنا فقط يمكن استعمال الشفعة القانونية وبالتالي يحق للشفيع شراء تلك العقارات باعتبارها أملاك وطنية خاصة.

4- **الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه:** من أجل تحصيل الضرائب المكلف بها وبمختلف أنواعها، وهذا وفقا للإجراءات القانونية الخاصة، ومنها ما قد تنص عليها التشريعات الضرائبية في هذا المجال، فهذا البيع هو الآخر لا تجوز فيه الشفعة حيث يتم عادة بالمزاد العلني وأمام جهة الإدارة، كما يجري وفقا لإجراءات رسمها القانون(2).

5- **بيع أملاك القاصر العقارية بالمزاد العلني وبعد طلب الإذن من المحكمة:** وهذا الأخير يعتبر التزاما قانونيا يقع على عاتق الولي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام جزاءات قانونية تلحق بالولي، بالإضافة إلى بطلان هذا البيع إذا تم دون الحصول على الإذن من القاضي المختص في ذلك، ويجب على المحكمة

(1)- راجع نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91.

(2)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص529.

المتخصصة في ذلك بعد منحها ذلك الإذن أن تأمر ببيع عقار القاصر عن طريق المزاد العلني، كل هذه الإجراءات القانونية هي في سبيل حماية ممتلكات القاصر العقارية، نظرا لحجمها وأهميتها البالغة، وكذا حاجة القاصر إليها في المستقبل.

قرر القانون حق القاصر المذكور ضمن الفقرة السابقة في المادتين 88 و89 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(1)</sup>، فجاء نص المادة 88 بقولها: « على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة..... ».

أما نص المادة 89 فكان كما يلي: « على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني».

فهذا أيضا بيع بالمزاد العلني أمام جهة القضاء وتحت إشرافه ويجري وفقا لإجراءات رسمها القانون، وبالتالي لا تجوز فيه الشفعة.

6- بيع عقار المفلس<sup>(2)</sup> والغائب، وحتى عديمي الأهلية: وهذا من غير القصر قياسا على القصر، فهذه كلها بيوعا عقارية تقع تحت إشراف القضاء أو أمام جهة الإدارة وتكون جبرية أو اختيارية من أجل استيفاء ديون أو تصفية عقار شائع، أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية، وتجرى جميعها طبقا لإجراءات رسمها القانون، وسواء كان هذا القانون هو قانون الإجراءات المدنية أو

(1)- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 12/06/1984، العدد 24.

(2)- وتباع عقارات المفلس طبقا للإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالبيع الجبري، والإجراءات الخاصة بالحجز والتنفيذ على العقارات المنصوص عليها في المواد من 379 إلى 399 منه، وهذا التنفيذ كما هو معروف لا يتم إلا عن طريق البيع بالمزاد العلني. والإحالة إلى هذه الإجراءات كان بمقتضى نص المادة 351 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الأخيرة بقولها: « وتجرى البيوع المشار إليها في هذه المادة طبقا للأوضاع المنصوص عليها في مادة الحجز العقاري » صدر هذا القانون بمقتضى الأمر رقم 75-59 المؤرخ في: 19/09/1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم والصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ: 19/12/1975، العدد 101.



أي تشريع خاص آخر، فالمهم في كل هذا هو البيع بالمزاد العلني ووفقا للإجراءات المعتمدة من طرف القانون<sup>(1)</sup>.

إلا أنه وبالرغم من أن أسلوب البيع بالمزاد العلني الوارد وفق هذه الإجراءات القانونية المعتمدة في ذلك، لا يمكن أن ترد عليه الشفعة كقاعدة عامة فإنه يجوز استثناء ممارسة رخصة الشفعة من طرف شخص معنوي تابع للدولة لأنه يعمل باسمها ولحسابها وأمام القضاء العادي، وهو الديوان الوطني للأراضي الفلاحية<sup>(2)</sup>، باعتباره الهيئة العمومية المخولة قانونا لممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها، وذلك عند بيع الأراضي الفلاحية من طرف الدولة بالمزاد العلني، تلك الأراضي التي ثبت عدم استثمارها أو استغلالها فعليا لموسمين فلاحيين متعاقبين على الأقل طبقا للمواد من 49 إلى 51 من قانون التوجيه العقاري<sup>(3)</sup>، وبخاصة إذا كانت تلك الأراضي خصبة، ولا يهم إن كانت تلك الأراضي الفلاحية تابعة للأشخاص الطبيعيين أو أشخاص معنوية خاصة<sup>(4)</sup>.

يجوز للديوان الوطني للأراضي الفلاحية أن يتدخل لشراء العقارات الفلاحية الخصبة لفائدة الدولة، لتحقيق المصلحة الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بها بمقتضى نصوص هذا القانون، ولا سيما المادتين 51 و 52 من نفس القانون.

تنص المادة 51 من قانون التوجيه العقاري في فقرتها الأخيرة على أنه: « ... أو بيعها إذا كانت خصبة جدا أو خصبة »، لتأتي بعدها المادة 52 في فقرتها الأخيرة أيضا لتنص على أنه: « وفي هذا الإطار يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 531.

(2) - أنشأت هذه الهيئة العمومية بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 87/96 الصادر في: 1996/04/24 الجريدة الرسمية

رقم 15.

(3) - القانون رقم 90-25 المؤرخ في: 1990/11/18 يتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49.

(4) - لأن الأراضي الفلاحية التابعة للدولة كأماكن وطنية خاصة يحكمها بصفة خاصة القانون رقم 19/87 المؤرخ في: 1987/12/08 الذي يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الوطنية الجريدة الرسمية رقم 50، ومع ذلك وطبقا للمادتين 52 و 57 ق التوجيه العقاري يمكن لهذه الهيئة العمومية ممارسة حق الشفعة لصالح الدولة ووفقا للمادة 24 من قانون 19/87 باعتبارها مالكة الرقبة وعند إسقاط حق المستفيد من المستثمرة أو التنازل عن حصته.

795 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه». ولهذا يجوز قانونا و فقط لهذه الهيئة أن تمارس حق الشفعة بالرغم من أن البيع تم بالمزاد العلني، ويكون هذا تبعا للرتبة المحددة في 795 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

هذا ومما سبق بيانه وعرضه فإنه متى تم البيع بالمزاد العلني مع احترام الإجراءات القانونية المعتمدة من طرف المشرع والإدارة، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في مثل هذه الحالات باستثناء الحالة الأخيرة التي جاء بها قانون التوجيه العقاري، باعتبار أنه قانون خاص يفيد ما ورد في القواعد العامة، ويترتب على هذا أن البيوع التي لا يُراعى فيها تلك الإجراءات القانونية بالرغم أنها تمت بالمزاد العلني، يمكن الأخذ فيها بالشفعة.

من هذا المنطق تجوز الشفعة في البيوع الآتية:

**أ- بيع العقار بالمزاد اختيارا:** وهي الحالة التي لا يتقيد فيها بائع العقار بالمزاد العلني بالإجراءات القانونية الرسمية ليعمد إلى وضع إجراءات خاصة من عنده، فهو لا يراعي نصوص قانون الإجراءات المدنية المعتمدة في ذلك، وكذلك ما تضعه الإدارة من شروط وقيود لإجراء مثل هذه البيوع، فهو بيع اختياري حر بالمزاد العلني لا تحيطه ضمانات كافية، وحسب رأي الفقهاء فإن هذا البيع تجوز فيه الشفعة<sup>(1)</sup>.

**ب- بيع المالك عقاره بالمظاريف:** المقصود به أن المترشحين لشراء العقار، أو المشاركين في البيع بالمزاد العلني يُقدّمون التزاماتهم أو عطاءاتهم في أظرفة مغلقة ومختومة بحيث لا يستطيع أيّ أحد من المتقدمين للشراء أن يعلم بالعطاءات التي قدمها الآخرون، فهذا البيع لا يتوافر فيه شرط العلانية نظرا لسرية عطاءاته، كما لا يمكن لأحد أن يُزايد على الآخر فيه، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرّية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين فلا يمكن بالتالي اعتباره بيعا بالمزاد العلني، وحتى

(1) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص322.

ولو رسم له القانون إجراءات معينة تحت اسم معين<sup>(1)</sup> وأجري البيع وفقا لهذه الإجراءات، فيكون بيعا جرى طبقا لإجراءات رسمها

القانون، ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلني ومن ثم تجوز فيه الشفعة<sup>(2)</sup>.

نخلص إذاً أنه لا بد أن يتم البيع بالمزاد العلني بالمفهوم القانوني له مع اعتماد الإجراءات القانونية الرسمية في ذلك حتى يُمتنع الأخذ بالشفعة، والحكمة التي أرادها المشرع في هذا المنع تكمن في أمور ثلاثة: الأولى: أن تلك الإجراءات القانونية المعتمدة في هذا البيع تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة، فإذا أراد الشفيع الحصول على ذلك العقار فما عليه إلا حضور جلسات المزايعة ليحصل عليه بطريق لا يحتاج فيه إلى شفعة<sup>(3)</sup> لأن هذه الأخيرة حق استثنائي كما يرى الفقهاء يُعطى بقدر الضرورة<sup>(4)</sup>، وهي عند بعضهم رخصة استثنائية جاءت مقيدة لحرية التعاقد وحق الملكية<sup>(5)</sup>.

**الثانية:** لو أُجيز الأخذ بالشفعة في هذا البيع لأحجم كثير من الراغبين في الشراء من الدخول في المزاد خشية أخذ العقار بطريق الشفعة، وعليه فمنع الشفعة هنا يُشجع على المشاركة المعتبرة في المزاد وبالتالي الحصول على أعلى ثمن ممكن. أما **الثالثة:** وهي أن دخول الشفيع في المزاد من أجل شراء العقار كغيره من المزايدين الآخرين من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم

(1) - كما هو الحال في إجراءات المزاد بالنسبة لبيع الحطب المقطوع من الغابات ضمن عملية الاستغلال الواردة عليها باعتبارها أملاك وطنية عامة حيث أُعتمدت إجراءات المزاد في المناقصة والمزايعة والتعهد المختوم، أو ما يسمّى بالالتزام المختوم طبقاً للمادتين 10 و7 من المرسوم التنفيذي رقم 89-170 المؤرخ في: 1989/09/5 والذي يتضمن الترتيبات الإدارية العامة والشروط التقنية لإعداد دفاتر الشروط المتعلقة باستغلال الغابات وبيع الحطب المقطوع منها ومنتجاته.

فالتعهد المختوم حسب نص المادة 10 من هذا المرسوم لا يعتبر بيعا بالمزاد العلني وحتى ولو قدم في جلسة علنية وفتحت تلك الأطراف المختومة، لأن تلك العطاءات ليست نتيجة للمزايعة بين المتقدمين من المشاركين الآخرين، بل يتم الإعلان عنها دفعة واحدة، راجع المادة 10 وما بعدها من المرسوم التنفيذي السابق.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 532.

- نبيل إبراهيم سعد الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 51.

- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، المرجع السابق، ص 85.

(3) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 206.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 533.

(5) - عبد العزيز محمد أبو غدير، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية القاهرة 1986، ص 11.

به المزايدين الآخرون، لأن الشفيع يريد أن يحصل عليه ولو بأكبر ثمن ممكن وبالتالي حتى يتحقق له ذلك يقوم بالزيادة على العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزاد<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: البيوع بين الزوجين وبعض الأصهار والأقارب:

من الواضح هنا أن الشفعة قد مُنعت في هذه الحالة لأن البيع يقوم على اعتبارات شخصية في شخص المشتري، ذلك أن تلك الصلة والقرابة الوثيقة بين البائع والمشتري هي التي دفعت بالبائع إلى إبرام عقد البيع هذا، وبحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر أجنبي عنه، لهذا لا يجوز للشفيع أن يتدخل ويأخذ العقار بالشفعة وينتزع من يد ذلك المشتري الذي تربطه بالبائع رابطة قرابة أو زوجية أو مصاهرة وفق الدرجة التي حددها القانون.

يرى كثير من الفقهاء في هذا المجال- وهو ما أخذت به معظم التشريعات الحديثة- أن الشفيع لا يمكنه الأخذ بالشفعة في هذا النوع من البيوع، حتى لا يحل محل المشتري القريب شخص لا تتوافر بالنسبة له هذه الاعتبارات<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لبيع المالك لمطلقة أو المطلقة لزوجها السابق، أو بيع الخطيب لخطيبته، أو الخطيبة لخطيبها فتجوز فيه الشفعة حسب رأي الفقهاء في هذا المجال<sup>(3)</sup>.

من هذا المنطلق عدّ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى، وعلى سبيل الحصر الفئات التي يُمتنع الأخذ منها بالشفعة من خلال نص المادة 798 في فقرتها الثانية بقولها: « لا شفعة:- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار

(1)- عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص492.

- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص534.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص335.

- عبد المنعم فرج الصده الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص461.

(2)- نبيل إبراهيم سعد الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص52.

- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص85.

(3)- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص442.

لغاية الدرجة الثانية»، ويقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة 939 في فقرتها الثانية<sup>(1)</sup>.

من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 798 قانون مدني جزائري نجد بأن الفئات التي لا يجوز الأخذ منها بالشفعة حصراً هي:

**1- البيع بين الأصول والفروع:** أي بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لأصوله مهما علوا، ولا تُقيد القرابة هنا بدرجة معينة حسب إطلاق النص، فلو باع مثلاً الأب أو الأم عقاره لابنه أو لابنته أو لابن ابنه، أو لبنت ابنه أو لابن ابنته أو لبنت ابنته، مهما نزل الفرع، فإن الشفعة غير جائزة هنا، كذلك لا تجوز الشفعة لو باع الابن أو البنت عقاره لأبيه أو لأمه أو لأبي أبيه، أو لأم أبيه أو لأبي أمه أو لأم أمه، مهما علا الأصل.

**2- البيع بين الأزواج:** ويُشترط هنا عقد الزواج الصحيح والحالي، بحيث لا يمكن لغير المتزوجين أن يستفيدوا من هذا الحق كالمطلقة إذا باعت لزوجها السابق أو هذا الأخير لمطلقاته وكذلك إذا باع الخاطب لخطيبته أو العكس، حيث تجوز الشفعة هنا لتخلف عقد الزواج الصحيح.

**3- البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة:** ويقصد بها قرابة الحواشي وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، والبيع الحاصل لأحد الحواشي لا يمنع الأخذ بالشفعة، إلا إذا كانت القرابة بين البائع والمشتري إلى غاية الدرجة الرابعة على الأقل<sup>(2)</sup>.

إن قرابة الحواشي هي قرابة غير مباشرة لأن كلاهما لا يعتبر فرعاً للآخر رغم اشتراكهما في نفس الأصل، ولهذا تنص المادة 1/33 من القانون المدني الجزائري على أنه: «القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع»

(1) - راجع في هذا: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 61.

- سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في الصورية والشفعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1949 ص 248.

(2) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 500.

وبالتالي فالقرابة المباشرة لا تشمل الحواشي وفي هذا النص نجد الفقرة الثانية منه تُعرّف لنا قرابة الحواشي بقولها: « وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر».

أمّا حساب درجة الحواشي فنصت عليه المادة 34 ق م ج بقولها: « يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل».

عند ترتيب درجة الحواشي تُعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة». من خلال هذا النص يتضح لنا بأن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه أو أخته في الدرجة الثانية، باعتبار أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب، فيُحسب الأخ درجة، ومنه نصعد إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يُحسب، ثم ننزل من الأب إلى الأخ الآخر فيُحسب هذا أيضاً درجة، فهاتان درجتان.

من هذا المنطلق وحسب نص الفقرة الثانية من المادة 798 ق م ج فإننا نجد بأن البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها بيعاً لا تجوز فيه الشفعة.

نستشف أيضاً من نص المادة المشار إليها في الفقرة السابقة حكماً آخر يعتبر العم كحاشية قريبة بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة، لاعتبار أن الأصل المشترك بينهما هو الجد، ومن هنا يُحسب العم درجة ومنه نصعد إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يُحسب، ثم ننزل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين للأخ درجة ولابنه درجة ثانية فيكون مجموع الدرجتان ثلاثاً.

نفس الحكم ينطبق على بقية الحواشي الأخرى كالعمة والخال والخالة إذا صدر البيع لابن الأخ أو ابن الأخت بالنسبة للخالة أو الخال، حيث يعتبر بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة فلا تجوز فيه الشفعة<sup>(1)</sup>، وكما هو الحال أيضا

في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه، أو ابن الأخت لخاله أو خالته لأن البيع هنا تم بين أقارب من الدرجة الثالثة. كما يُعتبر أيضا بشأن القرابة بالحواشي البعيدة ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة، ذلك أن الأصل المشترك بينهما هو الجد.

لحساب درجة القرابة حسبما ورد في الفقرة السابقة، يتم الصعود من نوعية القرابة المراد حساب درجتها، وهي هنا ابن العم، فنصعد منه إلى الجد بدرجتين أي ابن العم درجة والعم درجة، فهاتان درجتان، ولا نحسب الجد حسب النص السابق (م34 ق م ج) ثم بعد هذا الصعود إلى الأصل المشترك (والغير محسوب) ننزل منه إلى ابن العم الآخر بدرجتين أيضا، فدرجات الصعود نفسها درجات النزول، أي:  $2+2=4$  وهو مجموع الدرجات بين أبناء الأعمام، من هذه النتيجة نخلص إلى القول: بأنه إذا صدر بيع من ابن العم لابن عمه وكان محله عقارا فلا تجوز فيه الشفعة، لأنه بيع حاصل بين أقارب من الدرجة الرابعة، طبقا لنص المادة 798 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري.

يتضمن النص المشار إليه في الفقرة السابقة الحكم على كل البيوع العقارية الصادرة بين ابن أو بنت العمه وابن أو بنت الخال، والبيع الواقع بين أبناء وبنات الخالات، على أنه لا تجوز فيها الشفعة وفقا للنص السابق لأنها وقعت بين أقارب من الدرجة الرابعة<sup>(2)</sup>.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص535.

(2) - وقد قضى القضاء المصري في هذا الشأن بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص، وكان من بينهم شخص قريب للبائع لغاية الدرجة الرابعة، فامتنعت الشفعة بالنسبة إليه، امتنعت الشفعة أيضا بالنسبة إلى باقي المشترين حتى لا تتجزأ الصفقة، راجع في هذا: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص536، هامش 01.

لكن الأمر يختلف لو صدر البيع بين الشخص وابن ابن عمه، أو ابن ابن خالته أو خاله فهنا يكون البيع واقع بين أقارب من الدرجة الخامسة حسب القاعدة السابقة الواردة في المادة 34 ق م ج وبالتالي تجوز فيه الشفعة.

**4- البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية:** وهي الجملة الأخيرة من النص السابق 798 ق م ج، وسبب منع الأخذ بالشفعة هنا لاعتبار أن الصهر في القانون وإن لم يدخل في معنى القريب حقيقة فهو يقرب لهذا المعنى حكماً، وهذا لاعتبار أن صلته لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب.

إن منع الشفعة لغاية الدرجة الثانية حسب الفقهاء هو توخياً للتضييق وتحقيقاً للفكرة المقصودة من النص، والمتمثلة في استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفة عائلية<sup>(1)</sup>.

أما طريقة حساب درجة المصاهرة فُتستنتج انطلاقاً من نص المادة 35 ق م ج: « يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر»، فطالما أن كلا من ابن الزوجة<sup>(2)</sup> وأبيها أو أمها يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الأولى<sup>(3)</sup>، فحسب هذا النص يُعتبر أيضاً كل منها في الدرجة الأولى بالنسبة للزوج، والحال كذلك بالنسبة لابن الزوج<sup>(4)</sup> وأبيه أو أمه فيعتبر كل منهما بالنسبة إليه في الدرجة الأولى، فيكونوا كذلك في نفس الدرجة بالنسبة للزوجة تطبيقاً لنفس النص، نتيجة لهذا يكون البيع الصادر من أبي الزوج أو أمه أو ابنه لزوجته، أو الصادر من الزوج لأبي الزوجة أو أمها أو ابنها، وكذلك البيع الصادر من الزوجة لأبي زوجها أو أمه أو ابنه، أو الصادر من أبي الزوجة أو أمها أو ابنها إلى زوجها، بيعاً واقعاً بين الأصهار من الدرجة الأولى، فلا تجوز فيه الشفعة.

---

- وهذا انطلاقاً من مبدأ عدم تجزئة حق الشفعة حيث لا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله، راجع في هذا: عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري- الملكية العقارية- ج02، دون ذكر دار النشر، لبنان، 2001، ص 495.

(1)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 536.

(2)- المقصود به ابن الزوجة من زوج آخر.

(3)- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر 1983، ص 211.

(4)- ويقصد بابن الزوج هنا أيضاً ابنه من زوجة أخرى غير هذه.



نفس الحكم الوارد في النص السابق (م 35 ق م ج) يسري أيضا على إخوة الزوجة أو إخوة الزوج، ذلك لأن أخ الزوجة أو أختها يعتبر كل منهما بالنسبة إليها في الدرجة الثانية فيكونا كذلك في نفس الدرجة بالنسبة للزوج من ناحية المصاهرة. والحال كذلك بالنسبة للزوجة حيث يعتبر أخ الزوج أو أخته في الدرجة الثانية بالنسبة لزوجته من ناحية المصاهرة أيضا.

بناء على ما سبق فأبي بيع صادر بين هؤلاء الأصهار لا تجوز فيه الشفعة لاعتباره بيع واقع بين الأصهار من الدرجة الثانية، بخلاف البيع الصادر بين الأصهار من الدرجة الثالثة<sup>(1)</sup> فما فوق تجوز فيه الشفعة عملا بمقتضى النص السابق (798 ق م ج)، لأن المشرع وقف عند الدرجة الثانية فقط من ناحية المصاهرة.

إن الحكمة من منع الأخذ بالشفعة في المصاهرة هي أيضا لنفس الاعتبارات الشخصية التي روعيت في الأقارب من الأصول والفروع والحواشي لغاية الدرجة الرابعة، منعاً من انتزاع العقار المبيع من يد هذا المشتري ممن هو في حكم القريب من الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

نستنتج من النصوص السابق ذكرها، أنه لا يفهم من ذلك أن الشفيع في البيوع المتقدم ذكرها يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع، لأن هذه البيوع تُمنع فيها الشفعة أصلاً للاعتبارات الخاصة بشخص المشتري، حتى ولو كان الشفيع في نفس درجة قرابة المشتري بل حتى ولو كان أقرب منه إلى البائع. مثال ذلك: لو صدر البيع من ابن العم إلى ابن عمه لم يجز الأخذ بالشفعة هنا لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة، وسواء كان الشفيع أجنبيًا، أو يكون ابن عم آخر للبائع أي في درجة المشتري، أو يكون أقرب إلى البائع من المشتري، كأن يكون زوجًا أو أبًا أو

(1) - كالبيع الصادر من الزوج لعممة الزوجة أو عمها مثل، أو البيع الصادر من الزوجة لعم الزوج أو عمته، فتجوز فيه الشفعة لأن عم الزوجة أو عمته يعتبر في الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج، وكذلك الحال بالنسبة إلى عم الزوج أو عمته حيث يعتبر كل منهما في الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوج والزوجة. وبناء عليه يجوز في هذا البيع الأخذ بالشفعة، لأن درجة المصاهرة هنا تجاوزت الدرجة الثانية حسب النص. راجع في هذا: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 537.

أما أو إبننا أو بنتنا أو أخا أو أختا، وبالتالي فمهما دنت قرابة الشفيع من المالك، فإن البيع لا تجوز فيه الشفعة أصلا للاعتبارات السابق بيانها<sup>(1)</sup>، ولذلك لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشتري كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعددين<sup>(2)</sup>، حسب الأولوية طبقا لنص المادة 794 ق م ج.

**ثالثا: بيع العقار ليكون محل عبادة أو ليلحق بها:** سبب منع الشفعة هنا كان لاعتبارات دينية، فالبايع قد يقصد من وراء تصرفه هذا نيل الأجر والثواب الإلهي، فربما يبيع هذا العقار بثمن أقل مما لو باعه لمشتري آخر، بالإضافة إلى أن المشتري هو الآخر بتخصيص هذا العقار لمحل العبادة يسعى من وراء هذا الشراء لنيل الأجر والثواب.

إن الاعتبارات الدينية الواردة في الفقرة السابقة غالبا ما تكون بتخصيص المشتري ذلك العقار إذا كان غير مبنيا من أجل تشييد مسجد عليه، وفي بعض الأحيان يكون لأجل توسعة المسجد أو إضافة بعض المرافق إليه، فقد يقصد من وراء إلحاق هذا العقار به جعل هذا العقار دورة للمياه، أو ليكون مقصورة تخصص للنساء إذا أتين المسجد للصلاة، أو كأن يراد جعل هذا العقار مسكنا للعاملين على إقامة هذه الشعائر الدينية، كالإمام والقيم ونحوهما، ويدخل في هذا الشأن كل ما يعتبر من ملحقات محل العبادة الضرورية سواء كان بتوسعته أو إضافة شيء جديد إليه يحقق غرض العبادة<sup>(3)</sup>، فقد يكون من شأن هذا الإنشاء الجديد التيسير على المتعبدين ومساعدتهم في تأدية شعائرهم الدينية، وهذا الحكم ليس خاصا بالمساجد فقط، بل يشمل محال العبادة للديانات الأخرى كالكنائس<sup>(4)</sup>.

يدخل في مفهوم محل العبادة أيضا حسب نظرنا وانطلاقا من تفسير النص السابق (798 ق م ج) كل عقار يبيع ليلحق بمسجد من أجل تأدية غرض مكمل

(1) - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 443.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 537 و538.

(3) - لطوف عبد الوهاب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1983، ص 214.

(4) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 86.

للعبادة، ومنها دور تحفيظ القرآن، لأن لفظ العبادة في الإسلام لا يقتصر على أركان الإسلام الخمسة بل يتعدى ذلك إلى ما يدخل في مفهوم العبادة، فقراءة القرآن وحفظه وتحفيظه عبادة، بل هو أعظم من العبادات لأنه جوهر الإسلام وأساس الرسالة المحمدية.

إنّ الإسلام بلا قرآن لا يساوي شيئاً، لذا أوجب الشارع الحكيم على الأمة حفظه وتحفيظه للغير، ولا ندري لماذا يُخرجه بعض الفقهاء والباحثين في القانون<sup>(1)</sup> من مفهوم العبادة، بالرغم من أن كل فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون قراءة القرآن وحفظه وتحفيظه عبادة، وعليه لا تجوز الشفعة في هذا البيع حتى لا يضيع على المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه من خلال شراء هذا العقار. أما لو ادّعى الشفيع أن الغرض المذكور في البيع بجعله محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة، وإنما ذكر تهرباً من الشفعة ومنعاً للأخذ بها فعلى الشفيع أن يطلب الشفعة في مواعيدها، وأن يثبت أن سبب البيع المذكور في العقد لا صحة له، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق<sup>(2)</sup>.

لكن لو كان غرض بيع العقار وشرائه ليس من أجل تخصيصه لدور العبادة فتجوز الشفعة هنا ومثاله بيع العقار ليُجعل مقراً لجمعية خيرية أو مدرسة أو ملجأ، أو مستشفى ونحو ذلك من المنشآت الاجتماعية والخيرية والتي لا تعتبر في حقيقتها دوراً للعبادة<sup>(3)</sup>، وحتى وإن أريدَ بها البر والنفع العام<sup>(4)</sup>.

إلا أنه كان من الأولى حسب وجهة نظرنا أن يتعدى الحكم في منع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة من دور العبادة إلى دور الأعمال الخيرية والإنسانية برمتها، لتتحقق نفس الحكمة الواردة في دور العبادة، وبخاصة وأنّ كل الديانات السماوية تحث على فعل الخير وتدعوا إلى البر والإحسان ومساعدة المحتاجين والمساهمة

(1) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص208.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص538.

(3) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والفقهاء، نفس المرجع، ص86.

(4) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص428.

في إعداد وإنجاز المشاريع التي تحقق غايات وأهداف إنسانية نبيلة كسواء العقارات من أجل بناء المدارس والمستشفيات العمومية وتشبيد مقرات لإقامة الجمعيات الخيرية، وكل مؤسسة اجتماعية غرضها تحقيق النفع والصالح العام ومهما كان شكلها، بشرط أن تحترم الإجراءات القانونية المعتمدة في ذلك وتتماشى والتشريع المعمول به.

- بناء على ما سبق سجلنا ملاحظة بشأن نص الفقرة الثالثة من المادة 798 ق

م ج، ونحن نرى بأن صياغة نصها يمكن أن يكون على الشكل الآتي:

لا شفعة ... « إذا كان العقار قد بيع ليُجعل داراً للعبادة، أو محلاً لتقديم الخير والنفع العام أو ليُلحَقَ بهما». من هنا نكون قد ساهمنا في تحقيق جميع الأغراض النبيلة التي تهدف إلى تحقيق البر والإحسان وكل ما يصب في إطار الصالح العام، دون أن نقتصر في هذا المنع على بيع العقارات التي تخصص لدور العبادة فقط، وفي هذا تشجيع لتقديم الأعمال الخيرية والإنسانية في المجتمع.

يمكن القول بأنه في أيّ حال من الأحوال التي تقدم ذكرها، لا يعتبر ذلك في نظرنا خروجاً عن تحقيق الأغراض الدينية التي يسعى إليها كل من هذا البائع وذاك المشتري وليس ذلك أيضاً تعارضاً مع الطبيعة الاستثنائية للشفعة باعتبارها لا تقبل التوسعة في أحكامها، بل بالعكس من ذلك سيؤدي المنع من الأخذ بالشفعة في هذه العقارات التي بيعت لتُخصَّص لأعمال نفعية وخيرية، إلى زيادة أعمال الخير والبر وكل ما يحقق المصلحة العامة في المجتمع، وهو أمر محمود ومرغوب فيه لدى الجميع.

### المطلب الثالث:

الشفعة عند توالي البيوع.

المقصود بحالة توالي البيوع أنه قد يحدث وأن يتم بيع عقار تجوز فيه الشفعة قانوناً، دون أن يتمكن من له الحق في الأخذ بالشفعة من أخذ هذا العقار عن طريقها، وهذا بسبب إقدام ذلك المشتري على بيع هذا العقار مرة ثانية، دون أن يترك للشفيع فرصه لاستعمال رخصة الشفعة وتملك العقار بدلاً من بيعه إلى مشترٍ آخر. من هنا نتساءل هل يمكن للشفيع في هذه الحالة أن يأخذ العقار بالشفعة في البيع الأول أم لا يمكنه ذلك إلا في البيع الثاني؟

للإجابة على السؤال السابق جاء المشرع الجزائري بنص المادة 797 ق م ج بقولها: « إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أيّ 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».

لتحليل هذا لنص الذي أجاب على السؤال المتقدم، فإننا نميّز بين حالتين:

**الأولى:** حالة بيع العقار بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة (الفرع الأول).

**الثانية:** حالة بيع العقار قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### بيع العقار بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

يعني هذا أن المشتري الأول لم يبيع العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة في البيع الأول وقام بشهرها لدى مصلحة الشهر بالمحافظة العقارية، ففي هذا الفرض يحق للشفيع حسب ما تناوله الفقه في هذا المجال ووفقاً لمفهوم المخالفة لنص المادة 797 ق م ج أن يتجاهل البيع الثاني كلية وأن يمضي في إجراءات الشفعة وفي مواجهة المشتري الأول إلى نهاية تلك الإجراءات<sup>(1)</sup> بحيث يُعتبر وكأنه لم يتم بيع العقار أي أن هذا البيع باطل لا يُحتج به في مواجهة

(1) - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 438.

- عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 500.

- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج 02، منشأة المعارف، مصر، بدون تاريخ، ص 87.

الشفيع، لأنه سبق وأن أشهر رغبته في الشفعة، وعليه فإن شروط الأخذ بالشفعة السارية في حقه هي شروط البيع الأول لا الثاني، ذلك أنه يترتب على شهر إعلان الرغبة في الشفعة أن يسري في حق الشفيع أيّ بيع يصدر من المشتري بعد تاريخ هذا الشهر<sup>(1)</sup>.

إن الحكم المشار إليه في الفقرة السابقة مقرر أيضا بمقتضى نص المادة 806 ق م ج بقولها: « لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار». بالإضافة إلى ما سبق بيانه يمكن للشفيع حسب كثير من الفقهاء ولا سيما إذا تحقق لديه أن شروط البيع الثاني أيسر وأنسب له، أو أن الثمن فيه أقل من البيع الأول، يمكنه أن يتنازل عن طلب الشفعة في البيع الأول ويطلبها في البيع الثاني ووفقا لإجراءات جديدة، وبمواعيد هذا البيع وبشروطه<sup>(2)</sup>.

نفس الحكم السابق أشارت إليه المادتين 60 و61 من الأمر رقم: 105/76 المتضمن قانون التسجيل الجزائري<sup>(3)</sup>. وما تجدر الإشارة إليه ونحن بصدد تحليل نص المادة 797 ق م ج، أن هناك نوعا من الخلط في استعمال الألفاظ الدالة على المعنى الحقيقي للنص إلى درجة جعل هذا النص يتناقض تماما مع مضمون المادة 801 ق م ج، ذلك أن المادة 797 تنص على أنه: « إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تُعلن أيّ رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلاّ من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها».

(1) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 95.

(2) - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 478.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 345.

(3) - راجع المادتين 60 و 61 من الأمر رقم 105/76 المؤر في: 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.

من خلال ألفاظ النص وحسب مفهوم المخالفة له يتضح لنا بأن الشفيح لكي يحتج بطلبه للشفعة في مواجهة الغير يكفيه في ذلك مجرد إعلان الرغبة فيه، كما هو الحال عند شهر الرغبة أيضاً، يعني أن الشفيح مخير بين أن يتخذ الإجراء الأول للاحتجاج به على الغير أو يضيف إليه الإجراء الثاني وهو الشهر في المحافظة العقارية لرغبته في الشفعة، ويُستفاد هذا المعنى من لفظ "أو" الوارد في النص لأنها تفيد التخيير، مع الإشارة إلى أن إعلان الرغبة أو التصريح بها يتم بعقد رسمي يُعلن عن طريق كتابة الضبط في المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه وهذا كمرحلة أولى. أما شهر الرغبة في الشفعة فيتم لدى مصلحة الشهر وهي المحافظة العقارية الواقع في دائرتها ذلك العقار كمرحلة ثانية ونهائية.

حسب نص المادة 801 المشار إليه في المادة 797 السابقة الذكر، فإن التصريح أو الإعلان بالرغبة لا يُحتج به ضد الغير ومنه هذا المشتري الثاني إلا إذا كان مشهراً<sup>(1)</sup>. من هذا المنطلق يتضح لنا جلياً بأن العبرة في الاحتجاج ضد الغير، بالشفعة من طرف الشفيح هو تاريخ الشهر في المحافظة العقارية دون تاريخ إعلان الرغبة فيها، وهو ما يتماشى ويتفق مع مضمون المادة 793 ق م ج<sup>(2)</sup> والقوانين التي تنظم وتدير مصلحة الشهر العقاري. وبناء عليه فإن لفظ "أو" الوارد في نص المادة 797 كان في غير محله ووجوده في النص أدى إلى تغيير المعنى مما يتناقض مع نص المادة 801 على النحو الذي سبق بيانه، ومن هنا وجب حذفه من النص كلية حتى نزيل التعارض بين النصين، وهو ما يتوافق مع نص المادة 806 ق م ج أيضاً.

(1) - وهذا لأن إعلان الرغبة في الشفعة هو الإجراء اللازم والضروري الذي يجب أن يقوم به الشفيح إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة بتوجيهه إلى كل من البائع والمشتري حتى يعتبر حجة عليهما دون حاجة للشهر، لأنهما لا يعتبران غيراً هنا، أما شهر هذا الإعلان فله هدف محدد وهو الاحتجاج بإعلان الرغبة على الغير، والمقصود بالغير هنا الأشخاص الذين يتصرف إليهم المشتري الأول في العقار، أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشتري الأول، ويدخل في هذا المشتري الثاني والثالث وما بعدها.

(2) - وفي هذا الشأن تنص المادة 793 ق م ج على أنه: « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ».

لقد أبدينا ملاحظة على نص المادة 797 ق م ج، ونحن نرى بأن صياغتها يمكن أن تكون على الشكل الآتي: «إذا اشترى شخص عقارا تجوز فيه الشفعة ثم باعه قبل شهر رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني...».

## الفرع الثاني:

### بيع العقار قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

حسب نص المادة 797 ق م ج السالفة الذكر، فإنه إذا أقدم المشتري على بيع العقار قبل إعلان أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم شهر هذه الرغبة فإن هذا البيع الثاني يُعتبر سارياً في حق الشفيع، وفي هذه الحالة لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، هذا يعني أن الشفيع يحل محل المشتري الثاني لا محل المشتري الأول، ويكون حوله وفقاً لشروط البيع الثاني، وعليه فلو كان البيع الثاني بثمن أعلى من البيع الأول، فإن الشفيع يلتزم بهذا الثمن المرتفع<sup>(1)</sup>.

إلا أنه وحسب رأينا فإن العبرة هنا بشهر إعلان الرغبة وليس مجرد إعلان الرغبة في الشفعة، كما جاء في هذا النص (797 ق م ج)، ويرى الفقهاء بأن البيع الأول في هذه الحالة لا يعتبر موجوداً، وبالتالي لا تُقبل دعوى الشفعة إذا رُفعت على المشتري الأول وحده<sup>(2)</sup>، وهذا في نظرهم وكما هو مقرر قانوناً أن كل تصرف يصدر من المشتري قبل شهر طلب الشفعة يسري في حق الشفيع، وهو ما تضمنه مفهوم المخالفة لنص المادة 806 ق م ج، ويستدل الفقهاء على هذا الحكم بأنه مادام هذا البيع الثاني يسري في حق الشفيع، فإنه يكون قد نسخ البيع الأول الذي لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة<sup>(3)</sup>، أو أخذ بها ولكن لم يُشهر طلبه قبل صدور البيع الثاني، وبالتالي فإن الشفيع في هذه الحالة لا يمكنه الأخذ بالشفعة في البيع الأول

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 94 و 95.

(2) - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 389.

(3) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 304.



المنسوخ، بل يمكنه فقط أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائماً بعد أن نسخ البيع الأول، فيأخذ بالشفعة بشروط البيع الثاني ومواعيده<sup>(1)</sup>، وهو ما تنص عليه المادة 797 ق م ج صراحة.

في حالة توالي البيوع بعد البيع الثاني نطبق نفس القاعدة السابقة، لكن تطبيقها متوقف على توفر شرطين أساسيين: أحدهما: قرره النص السابق (797 ق م ج)، وهو أن يكون البيع الثاني مما تجوز الشفعة فيه، أما الشرط الثاني: فتناولته الاجتهادات القضائية العربية ومنها القضاء المصري على وجه الخصوص والتمثل في اشتراط عدم صورية البيع الثاني<sup>(2)</sup>، ويقع عبئ إثبات الصورية على الشفيع في مواجهة المشتري الثاني.

من هذا المنطلق يكون لدينا ثلاثة فروض حسب تعدد الحالات الممكنة وهي:  
**الفرض الأول:** يعتبر الحالة العادية التي يكون فيها البيع الثاني غير صوري وتجوز فيه الشفعة وصدور قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو قبل شهر هذه الرغبة، فإنه يسري في حق هذا الشفيع، بحيث لا يجوز الأخذ بالشفعة فيه إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي تم بها، ويجب توجيه الإجراءات إلى كل من المشتري الأول بصفته بائعاً والمشتري الثاني بصفته المشفوع منه دون البائع للمشتري الأول، لأن الشفعة إنما تُطلب في البيع الثاني المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشتري الأول<sup>(3)</sup> كما لا يلزم أن يكون البيع الثاني مشهراً فيكفي حسب المادة 797 ق م ج أن يكون هذا البيع قد انعقد قبل شهر إعلان الرغبة<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 520.

(2) - نقض: 1982/01/27 وكذلك 1981/01/06 من مجموعة أحكام النقض المصري، - راجع: معوض عبد التواب،

المرجع السابق، ص 196.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 522 و 523.

(4) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 347.

- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 619.

- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 524.

**الفرض الثاني:** في هذه الحالة يكون البيع حقيقيا و صدر قبل شهر إعلان رغبة الشفيع لكن يتمتع الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب من الأسباب، كتلك التي وردت في نص 798 ق م ج ومنها البيع الصادر من المشتري الأول لأحد أصوله أو فروعه أو لزوجه، أو الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو الأصهار لغاية الدرجة الثانية، ومنها أيضا كأن يقوم المشتري الأول هذا بهبة العقار محل الشفعة أو يصلح به، أو يقايض عليه، وغيرها من التصرفات التي يتمتع الأخذ فيها بالشفعة فحسب ما جاء به الفقه وما أقره القانون في هذا المجال أن الشفيع لا يمكنه الأخذ بالشفعة في هذه الحالة، فقد فاتته ذلك في البيع الأول، وامتنع عليه كذلك الأخذ بها في التصرف الذي صدر من المشتري الأول للأسباب التي تقدم ذكرها<sup>(1)</sup>.

بناءً على ما سبق لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بيع هذا العقار حتى ولو أجازها البيع الأول، لأن هذا الأخير أصبح لا يُعتد به<sup>(2)</sup>، لا اعتبار أنه نُسخ من طرف البيع الثاني الذي صدر هو الآخر قبل شهر إعلان الرغبة، وهو لا يستطيع أيضا أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني لحصول أحد موانع الشفعة المشار إليها أعلاه.

نستخلص مما سبق نتيجة هامة تتمثل في مدى ضرورة شهر إعلان رغبة الشفيع حتى تعتبر حجة مطلقة سواء ضد البائع أو المشتري أو الغير، وفي هذا حماية لحق هذا الشفيع على العقار المشفوع فيه، لأن البيع الثاني لو صدر بعد شهر إعلان رغبة الشفيع لا يصبح بيعا قائما ساريا في وجه الشفيع، وبالتالي لا يمكنه نسخ البيع الأول فيبقى هذا الأخير قائما وموجودا ويحق للشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول دون أن يُعتد بالبيع الثاني حيث لا يهمننا هذا الأخير إن كان يُجيز الأخذ

(1) - إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج 02، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ، ص 86.

(2) - منصور مصطفى منصور، نفس المرجع، ص 346.

- حسن كيرة، نفس المرجع، ص 619.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 95.

بالشفعة أو لا يجوز ذلك، وهذا لأنه بيع لا وجود له قانوناً، فما على الشفيع إذاً إلا أن يباشر في إجراءات الشفعة ويستمر فيها إلى نهايتها.

**الفرض الثالث:** وهو حالة كون البيع العقاري هذا تصرفاً سورياً لا يدل حقيقة على البيع القانوني، بالرغم من أنه صدر قبل إعلان أية رغبة للشفيع أو قبل شهر إعلان هذه الرغبة فيكون هنا للشفيع، وهو من يدعي الصورية إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن لأنه قد يكون مجرد تصرفاً سورياً قصد به التحايل لمنع الشفعة، ومتى أفلح الشفيع في هذا الإثبات أُعتبر البيع الثاني الصادر من المشتري الأول غير قائم وكأنه لم يكن، بما في ذلك البيوع المتتالية له ولو كانت جدية، بينما البيع الأول يظل قائماً موجوداً وهو الذي يُعتد به في الشفعة<sup>(1)</sup>.  
إن البيع الذي أثبتت صوريته حسب كثير من الفقهاء يُعتبر تصرفاً غير موجود لا يمكنه نسخ البيع الذي صدر من المالك للمشتري الأول، وبالتالي

يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة في هذا البيع الأول بشروطه وفي مواعيده<sup>(2)</sup> مما يُغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني.  
إلا أنه وحسب القضاء والفقهاء المصريين<sup>(3)</sup> يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة هذا المشتري الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يُصدره القضاء بشأن عقده حجة له أو عليه وبصدور هذا الحكم لصالح الشفيع مقرراً صورية عقد المشتري الثاني فإن إجراءات طلب الشفعة تصبح صحيحة في البيع الأول، ولكن لو حُكم ضده لعدم صورية عقد

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 102.

(2) - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 486.

- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 476.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 95.

(3) - نقله نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 95.

المشتري الثاني هنا في هذه الحالة يجب على الشفيع أن يباشر إجراءات الشفعة في مواجهة المشتري الثاني، ولا عبرة لما اتخذ من إجراءات بصدد البيع الأول<sup>(1)</sup>.

هناك مسألة أخرى فيما يخص توالي البيع وهي متعلقة بالمعني في الاختصام، أو الشخص الذي يجب توجيه دعوى الشفعة إليه، هل يُلزم اختصام كل المشتريين مهما تعددوا، أم يُختصم أحدهم فقط؟.

أجاب القضاء المصري على هذه المسألة بحيث ألزم الشفيع اختصام المشتري الأخير في الدعوى لأنه صاحب الشأن الأول في إثبات حقه في شراء ذلك العقار، ودفاع هذا الأخير هو في نفس الوقت دفاع لحقوق سلفه، وفي هذا المجال أكد كثير من الفقهاء في هذا المجال بضرورة اختصام الشفيع كلا من المشتري والبائع لكي تقبل دعوى الشفعة لدى المحكمة المختصة<sup>(2)</sup>.

بناء على ما سبق وجب توجيه الدعوى لشخص معيّن في الشفعة، كما يوجب تعيين المبيع من العقار الذي قام بسببه الحق في الأخذ بالشفعة، وتحديد شخص البائع والمشتري والتمن الحقيقي الذي حصل به البيع.

تعتبر العقود في توالي البيوع في العقار المشفوع فيه عقوداً مستقلة عن بعضها البعض في شخص المتعاقد وشروط التعاقد، وبالتالي على الشفيع أن يوجّه دعواه ضد عقد محدّد من هذه العقود المتتابعة، وعادة هو العقد الأخير، وعليه فلو حدث وأن رفضت دعواه من طرف المحكمة بشأن هذا العقد الأخير فلا يجوز له أن يستأنف في المجلس القضائي طلب الشفعة ضد عقد بيع آخر من تلك العقود المتتالية، لأن ذلك يعتبر تغييراً للطلب الذي كان مطروحاً أمام المحكمة الابتدائية<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثالث:

#### شروط متعلقة بشخص الشفيع.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، نفس المرجع، ص 102 و 103.

(2) - نقله سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 260.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 108 و 109.

بعد ما تناولنا في المبحثين السابقين من هذا الفصل ضمن الباب الثاني هذا كلا من شروط المال المشفوع فيه، وأكّدتنا بأنه يجب أن يكون عقارا، ثم تناولنا في المبحث الثاني الشروط المتعلقة بالتصرف الوارد فيه الشفعة وقد تأكد لدينا وجوب أن يكون هذا التصرف بيعا جديا حتى يمكن الأخذ فيه بالشفعة، مع استثناء بعض أنواع البيوع طبقا لنصوص القانون المدني ومنها م 798 منه، لننتقل بعدها إلى هذا المبحث ونتناول فيه الشروط المتعلقة بشخص الشفيع وهي تلك الشروط التي تتعلق بصفة الشفيع، أي من هم الأشخاص الذين يحق لهم قانونا الأخذ بالشفعة؟ ويُطلق أيضا على هذه المسألة أسباب الأخذ بالشفعة **(المطلب الأول)**.

هناك شروط أخرى راجعة لشخص الشفيع تتعلق بالأهلية، وشروط ملكية العقار المشفوع به، ومنها أيضا اشتراط أن يكون هذا الشفيع غير ممنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه كعمال القضاء والمحامين في منعهم من شراء الحقوق المتنازع عليها طبقا لنص المادة 402 ق م ج، بالإضافة إلى الوكلاء ممنوعون من شراء العقارات المكلفون ببيعها بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة في ذلك، وكذلك السماسرة والخبراء لا يجوز لهم شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها طبقا لنص المادتين 410 و411 ق م ج **(المطلب الثاني)**. ثم نتناول في نهاية هذا المبحث مسألة تزام الشفعاء عند تعددّهم سواء كانوا من طبقات مختلفة أو من طبقة واحدة، ثم حالة التزام بينهم والمشتري أحدهم **(المطلب الثالث)**.

### **المطلب الأول:**

#### **من تثبت له صفة الشفيع.**

إذا ثبت للشخص صفة الشفيع فإنه يصبح صاحب حق في الأخذ بالشفعة أي: يكتسب مركزا قانونيا يخوّله القدرة في التمسك بالشفعة من أجل تملك العقار المبيع وهذا بحلوله محل مشتري ذلك العقار أو بحلوله محل مشتري حق الانتفاع

المصاحب للرقبة، وهذه الحالات التي تتحقق فيها الشفعة أو تثبت فيها صفة الشفيع  
يصلح عليها الفقه أيضا بأسباب الشفعة<sup>(1)</sup>.

إن الأشخاص الذين تثبت لهم هذه الصفة في القانون الجزائري أشارت إليهم  
المادة 795 ق م ج بقولها: « يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص  
عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية<sup>(2)</sup> ».

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

يضاف إلى النص العام الوارد سابقا ما ورد في التشريعات الخاصة ومنها  
قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري الذي يحدد القوام التقني والنظام القانوني  
للأموال العقارية وأدوات تدخل الدولة والجماعات المحلية والهيئات العمومية  
والأموال العقارية المعنية بهذا القانون هي فقط الأراضي أو الثروات العقارية غير  
المبنية ومنها على وجه الخصوص الأراضي الفلاحية.

إن التشريع الخاص (25/90) قد أضاف إلى نص المادة 795 من القانون  
المدني أشخاص وهيئات أخرى لها الحق في الأخذ بالشفعة، ليوسع بذلك من نطاق  
الشفعة وفقا لأهداف محدّدة وفلسفة قانونية خاصة جاء بها ذلك التشريع، ومنها  
سعيه إلى تحقيق الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية<sup>(3)</sup> المنوطة بالأراضي الفلاحية  
وكذا حق الدولة والجماعات المحلية في اللجوء إلى الشفعة من أجل المصلحة العامة  
بالنسبة للأراضي العامرة والقابلة للتعمير، إلا أن هذه الأخيرة تثبت لها الشفعة في  
إطار المصلحة العامة وفي المرتبة التي تسبق ما هو محدّد في المادة 795 من

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 12.

(2) - لقد ألغي هذا الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية بعد صدور قانون 25/90 المؤرخ في: 18/11/1990 المتعلق  
بالتوجيه العقاري بمقتضى المادة 75 منه بقولها: « تلغى أحكام الأمر رقم 71-73 المؤرخ في: 08 نوفمبر سنة 1971  
وتخضع الأراضي التي بقيت لأحكام المادة 83 أدناه »

(3) - يؤكد فيصل العساف، أستاذ محاضر بكلية الحقوق بجامعة حلب بسوريا، من خلال لقاء علمي تم معه على أن  
فكرة الوظيفة الاجتماعية للملكية أول من نادى بها هو الفقيه العميد: ديجيه.

القانون المدني، حيث تكون لها أولوية على كل أصحاب المراتب المتبقية، وهذا بمقتضى المادة 71 من قانون التوجيه العقاري.

إضافة إلى الحكم المشار إليه في الفقرات الأخيرة، نجد نص المادة 57 من نفس القانون جاءت هي الأخرى بحكم آخر أضيف إلى الأحكام التي جاءت بها المادة 795 من القانون المدني، وهذا الحكم الجديد هو تشريع حالة الجوار كسبب قانوني من أسباب الأخذ بالشفعة لكن في الأراضي الفلاحية فقط وهذا بغية تطبيق أحكام المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، ومن أجل تحسين الهيكل العقاري في المستثمرات الفلاحية.

مما سبق بيانه يمكن إجمال أسباب الأخذ بالشفعة أو الأشخاص الذين يثبت لهم الحق في الأخذ بالشفعة في التشريع الجزائري، ووفق الترتيب القانوني حسب النصوص السابقة وهذا كالاتي: **المرتبة الأولى:** الدولة والجماعات المحلية (**الفرع الأول**). **المرتبة الثانية:** مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع الملابس للرقبة، **المرتبة الثالثة:** الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي (**الفرع الثاني**).

**المرتبة الرابعة:** صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها (**الفرع الثالث**). **المرتبة الخامسة:** المجاور للأرض الفلاحية المبيعة (**الفرع الرابع**).

## **الفرع الأول:**

### **الدولة والجماعات المحلية.**

لقد وسع المشرع من نطاق الشفعة بالمقارنة مع ما ورد في القانون المدني طبقا لمحتوى نص المادة 795 منه، وهذا من خلال الإضافات والقيود التي جاءت بها التشريعات الخاصة وما ورد في بعض المراسيم التنفيذية من أجل تطبيق نصوص تلك التشريعات.

في نطاق تلك التوسعة نجد بأن المشرع الجزائري قد منح للدولة الحق في استعمال الشفعة وهذا بمقتضى نصوص قانون التوجيه العقاري سواء تعلق الأمر بالأراضي الفلاحية أو الأراضي العامرة والقابلة للتعمير.

إضافة إلى أنه يحق للدولة أن تمارس الشفعة على كل الأملاك العقارية وفقا لنص المادة 118 من قانون التسجيل<sup>(1)</sup>. في هذا الشأن أكدت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامرة التابعة للدولة على حق الدولة والجماعات المحلية في الأخذ بالشفعة عند بيع الأملاك العقارية المشار إليها سالفًا بقولها: « يمارس حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة بموجب المادة 118 من قانون التسجيل والمادة 24 من القانون رقم 87-19 المؤرخ في: 08 ديسمبر سنة 1987 والمادتين 62-71 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في: 18 نوفمبر سنة 1990، المذكورين أعلاه، وفق الشروط وحسب الكيفيات المقررة بموجب الأحكام و/أو النصوص المتخذة لتطبيقها».

بالرجوع إلى قانون التوجيه العقاري 90-25 نجد المادة 71 منه تنص على أنه: « ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية، وتطبق حق الشفعة المذكور، مصالح وهيئات عمومية معنية تحدد عن طريق التنظيم<sup>(2)</sup>، ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26/09/1975 المذكور أعلاه ». وهذا النص يجسد شفعة الدولة والجماعات المحلية بالنسبة للأراضي العامرة والقابلة للتعمير طبقا للمادتين: 20 و 21 من قانون التوجيه العقاري.

(1) - الأمر رقم 105/76 مؤرخ في: 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.  
(2) - بعد ما صدر قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في: 18 نوفمبر 1990، جاء بعده المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في: 22/ديسمبر 1990 المعدل والمتمم، الذي أنشأ وكالات التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، وهذا المرسوم هو التنظيم المشار إليه في هذا النص (م 71)، والهيئات العمومية المقصودة هنا هي الوكالات العقارية التي جاء بها هذا المرسوم.



أما نص المادة 62 من نفس القانون والمادة 24 من القانون 19/87 فيتضمنان ممارسة الدولة للشفعة على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والتي يحكمها القانون الأخير<sup>(1)</sup>.

في هذا الصدد تنص المادة 62 المشار إليها أعلاه على أنه: « تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من القانون رقم 87-19 المؤرخ في: 1987/12/08 المذكور أعلاه.

وتحل زيادة عن ذلك محل المستفيدين الذين أسقطت حقوقهم بموجب المادتين 28 و29 من القانون رقم 87-19 المؤرخ في: 1987/12/08 المذكور أعلاه»<sup>(2)</sup>.

أما ممارسة الشفعة من طرف الدولة على الأراضي الفلاحية التابعة للخواص، أي المملوكة ملكية خاصة فقد قررتها المادة 52 من قانون التوجيه العقاري، وهذا في إطار أحكام المواد (48،49،50،51) من نفس القانون، وحق الشفعة هذا يقرر استثناء في حالة ثبوت عدم استغلال الأراضي الفلاحية نظرا للوظيفة الاقتصادية والاجتماعية المنوطة بها. في هذا الشأن نصت المادة 52 المشار إليها أعلاه في فقرتها الثانية بقولها: « وفي هذا الإطار يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعاً للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 1975/09/26 المذكور أعلاه».

مما سبق يتضح لنا بأن المشرع الجزائري خوّل للدولة ممارسة الشفعة بموجب قانون التوجيه العقاري سواء ما تعلق بالأراضي الفلاحية أو الأراضي

(1) - قانون رقم 19/87 مؤرخ في : 08 ديسمبر 1987 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ، والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 1987 العدد 50. - ويهدف هذا القانون حسب المادة الأولى إلى تحديد قواعد استغلال الأراضي الفلاحية المحددة بموجب المادة 19 من القانون رقم 84-19 المتعلق بالأملاك الوطنية، إلا هذا الأخير ألغي بموجب القانون 30/90 المؤرخ في: 1990/12/01 المتعلق بالأملاك الوطنية، حيث فرق هذا الأخير سن الأملاك الوطنية العامة والأملاك الوطنية الخاصة في الأحكام المتعلقة بهما ومنها القابلية للحجز والتصرف، إلا أن إرادة الدولة حالياً تتجه نحو سن قاعدة قانونية تقرر حماية الأملاك الوطنية الخاصة وفق القاعدة الثلاثية والمتمثلة في عدم قابلية هذه الأملاك للتصرف والحجز والتقدم مثل الأملاك الوطنية العامة.

(2) - عدلت المادة 62 هذه بموجب الاستدراك الصادر في الجريدة الرسمية والصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1990، العدد 55 حيث أحال قانون التوجيه العقاري 25/90 طبقاً لهذا النص إلى المادتين 28 و29 من القانون رقم 19/87 بدلاً من المادة 25 منه، وقد أُحيل إلى هذه الأخيرة وفقاً للإصدار الأول لقانون التوجيه العقاري المؤرخ في: 1990/12/18.

العامرة والقابلة للتعمير بالإضافة إلى الأحكام التي جاء بها قانون 19/87 المشار إليه سابقا. كما يحق للدولة أيضا بمقتضى نص المادة 118 من قانون التسجيل أن تمارس الشفعة أيضا وهذا على الأملاك العقارية لفائدة خزينة الدولة.

بناء على ما سبق سوف نقوم بشرح النقاط الأساسية الواردة في هذا الفرع

وهي:

**أولاً:** ممارسة الدولة للشفعة على الأراضي العامرة والقابلة للتعمير.

**ثانياً:** ممارسة الدولة للشفعة على الأراضي الفلاحية.

**ثالثاً:** الشفعة التي تمارسها الدولة على كل أصناف الأملاك العقارية.

**أولاً: شفعة الدولة على الأراضي العامرة والقابلة للتعمير:**

الأراضي العامرة والقابلة للتعمير هي أحد القطاعات التي تشكّل المنطقة العمرانية وفقا لمقتضيات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير المقام بالمحيط العمراني للبلدية، وهذا بموجب أحكام المواد (19، 20، 21، 22) من قانون رقم: 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير<sup>(1)</sup>.

تشمل الأراضي العامرة والقابلة للتعمير بمفهوم هذا القانون القطاعات المعمّرة والمبرمجة للتعمير وقطاعات<sup>(2)</sup> التعمير المستقبلية، وهو ما تناولته النصوص القانونية المشار إليها أعلاه.

مفهوم الأراضي العامرة والقابلة للتعمير تناولها قانون التوجيه العقاري أيضا، وهذا في الفصل الأول من الباب الأول تحت عنوان: القوام التقني في الأملاك العقارية، حيث أُدرجت في القسم السادس منه، وورد هذا المفهوم من خلال المادتين 20 و 21 من هذا القانون. فنجد مفهوم الأراضي العامرة انطلاقا من نص المادة 20 بقولها: «الأراضي

(1) - القانون رقم 90-29 المؤرخ في: 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 03/12/1990، العدد: 56.

(2) - القطاع هو جزء ممتد من تراب البلدية يتوقع تخصيص أراضيه من أجل استعمالات متعددة وعامة سواء تعلق بالمصلحة الخاصة أو العامة، وهذا وفق آجال مستقبلية محددة قانونا للتعمير، وتسمى القطاعات المراد تعميمها بقطاعات التعمير، وهي نفسها الأراضي العامرة والقابلة للتعمير في مفهوم قانون التوجيه العقاري. إلا أن قانون 29/90 خاص بالأراضي المبنية أو المبرمجة للبناء، أما قانون 25/90 فهو شرع خصيصا لمعالجة الأراضي غير المبنية وبخاصة الأراضي الفلاحية وهو ما أشارت إليه المادة 02 منه بقولها: « الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي أو الثروات العقارية غير المبنية».

العامة، في مفهوم هذا القانون، هي كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية وفي مشتملات تجهيزاتها وأنشطتها، ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية، أو مساحات خضراء، أو حدائق أو تجمع بنايات».

أما مفهوم الأراضي القابلة للتعمير من خلال هذا القانون فجاء به نص المادة 21 منه حيث نص على أنه: «الأرض القابلة للتعمير، في مفهوم هذا القانون، هي كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في آجال معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير».

نلاحظ من خلال النص السابق أن الأراضي القابلة للتعمير بموجب هذا القانون هي نفسها أراضي القطاعات المبرمجة للتعمير<sup>(1)</sup> وأراضي قطاعات التعمير المستقبلية<sup>(2)</sup> حسب مفهوم قانون التهيئة والتعمير.

إلا أن هذا القانون الأخير تناول هذا النوع من العقارات بالتفصيل مقسماً إياها إلى قطاعات عمرانية، باعتباره القانون الخاص لهذا النوع من الأراضي ونقصد بها الأراضي القابلة للبناء والتعمير طبقاً للمادة 19 منه وما بعدها، في حين أن قانون التوجيه العقاري إنما يتناول العقارات غير القابلة للبناء، وقد شرع خصيصاً لمعالجة وحماية الأراضي الفلاحية.

بناء على ما سبق ذكره وبعد تفحصنا لنصوص قانون التوجيه العقاري، ولا سيما ما ورد في الفصل الثاني بعنوان: أحكام تتعلق بالأراضي العامة والقابلة للتعمير من الباب الثاني منه الذي يحمل عنوان: طرق وأدوات تدخل الدولة

(1) - القطاعات المبرمجة للتعمير حسب مفهوم قانون التهيئة والتعمير 29/90 ووفقاً لنص المادة 21 منه، هي أراضي القطاعات المخصصة للتعمير على الأمدين القصير والمتوسط، وهذا وفق آجال حددت هنا بعشر سنوات. طبقاً لما يقتضيه المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

(2) - وأما قطاعات التعمير المستقبلية في مفهوم هذا القانون نجده من خلال نص المادة 22 منه بقولها: "تشمل قطاعات التعمير المستقبلية الأراضي المخصصة للتعمير على المدى البعيد، في آفاق عشرين سنة، حسب الأجل المنصوص عليها في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

كل الأراضي المتواجدة في قطاعات التعمير المستقبلية خاضعة مؤقتاً للارتفاق بعدم البناء، ولا يرفع هذا الارتفاق في الأجل المنصوص عليها، إلا بالنسبة للأراضي التي تدخل في حيز تطبيق مخطط شغل الأراضي المصادق عليه.

- تمنع في حالة غياب مخطط شغل الأراضي بهذه القطاعات المستقبلية كافة الاستثمارات التي تتجاوز مدة اندثارها الأجل المنصوص عليها للتعمير، وكذلك التعديلات أو الإصلاحات الكبرى للبنائيات المعنية بالهدم".

والجماعات المحلية، فإننا نجد بأن شفعة الدولة هذه المقررة للمصلحة العامة لا تمارس إلا على الأراضي العامرة والقابلة للتعمير فقط، وهي العقارات الحضرية دون غيرها من أصناف الأملاك العقارية الأخرى، وهذا بسبب ورود هذا النوع من الشفعة في هذا الفصل دون غيره.

إن ما يميز هذا النوع من الشفعة المقررة على الأراضي الحضرية هو الأخذ بها في مرتبة تسبق ما هو محدد في الأحكام العامة للشفعة من خلال المراتب التي أوردتها المادة 795 من القانون المدني، وهذا في إطار تنفيذ أدوات التعمير بغية توفير الحاجات ذات المنفعة العامة بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى الإجراء القانوني الاستثنائي الآخر وهو نزع الملكية للمنفعة العمومية<sup>(1)</sup> طبقاً لنص المادة 71 و 72 من هذا القانون وما ورد أيضاً في التشريعات السارية المفعول والمعمول بها في هذا المجال<sup>(2)</sup>.

الملاحظ على نص المادة 71 السابق ذكره أن المشرع الجزائري منح للدولة والجماعات المحلية الحق في الأخذ بالشفعة في مرتبة تسبق كل أصناف الشفعا المحددتين وفقاً لنص المادة 795 ق م ج، هذا يعني أن الأولوية تكون دائماً للدولة والجماعات المحلية عند ممارسة الشفعة على هذا النوع من الأراضي، وحتى ولو لم تكن الدولة مالكة للرقبة ولا لحق الانتفاع ولا هي مالكة للعقار المشفوع به وهو ما يُخرجها عن الأحكام الواردة في القواعد العامة للشفعة التي جاء بها القانون المدني، وبالتالي يمكن أن نطلق عليها بأنها شفعة خاصة تقترب من إجراء نزع الملكية العمومية.

(1) - نزع الملكية للمنفعة العمومية هي طريقة استثنائية أو إجراء قانوني يخول للإدارة صلاحيات إلزام المواطنين وإجبارهم على التنازل عن أموالهم وحقوقهم العقارية لصالحها أو لفائدة هيئات عمومية تابعة للدولة بشرط تخصيص هذه الأملاك العقارية لخدمة المجتمع وتحقيق المصلحة العامة، وهي لا يلجأ إليها إلا بعد انسداد الطرق الودية حول تملك تلك العقارات أو الحقوق العقارية لصالح الدولة أو أجهزتها العمومية.

(2) - القانون رقم 11/91 المؤرخ في: 1991/04/27 المتضمن نزع الملكية للمنفعة العمومية، الجريدة الرسمية الصادرة في: 1991/04/30، العدد: 21.

إلا أنه يُشترط على الدولة أن تمارس الشفاعة من أجل توفير الحاجات العامة وما يخدم المصلحة العمومية فقط دون غيرها وإلا جاز للمشتري أن يطلب من القضاء إبطال هذه الشفاعة إذا كانت لغير المصلحة العامة.

بالرجوع إلى نص المادة 71 من قانون التوجيه العقاري نجد أيضا بأن المشرع الجزائري قد استلزم تنفيذ شفاعة الدولة بصدور تنظيم يحدد الهيئات العمومية التي تمارس هذا الحق، وهذا بصريح نص الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها: « وتطبق حق الشفاعة المذكور مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم ».

إلا أن التنظيم المشار إليه في الفقرة السابقة لم يصدر لحد الآن، الأمر الذي يعرقل تطبيق هذه النصوص في الواقع العملي. وعليه يمكن القول حسب وجهة نظرنا وبعد تفحص المادة 73 من نفس القانون<sup>(1)</sup> وبموجب أحكام المرسوم التنفيذي 405/90<sup>(2)</sup>، فإننا نجد بأن الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، هي هيئات عمومية إدارية تابعة للدولة والجماعات المحلية يمكنها قانونا ممارسة الشفاعة باسم الدولة ولصالحها وهذا طبقا لأحكام المادة 71 المشار إليها أعلاه.

إن لجوء الدولة والجماعات المحلية لممارسة الشفاعة بمقتضى المادة الأخيرة يكون دائما من أجل إنجاز المشاريع ذات المنفعة العامة، وهذه الأخيرة غالبا ما تتمثل في ما يلي: - ترقية وتشجيع السياسة العمرانية المحلية، حيث بموجب الشفاعة يتم تمكين الجماعات المحلية من اقتناء أراضي قابلة للبناء وتخصيصها من أجل إقامة مساكن جماعية توضع خصيصا للعائلات المحتاجة، ولأشخاص ذوي الدخل الضعيف.

(1) - تنص المادة 73 من قانون التوجيه العقاري على أنه: « تُسبّر المحفظة العقارية التابعة للجماعات المحلية في إطار أحكام المادة 71 السابقة، هيئات التسيير والتنظيم العقاريين المتميزة والمستقلة الموجودة أو التي ينبغي إنشاؤها، وكل تصرف تباشره الجماعة المحلية مباشرة ولا يكون لفائدة شخصية عمومية يعد باطلا و« عديم الأثر ».

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في: 1990/12/22 المحدد لقواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1990/12/26، العدد: 56.

- تطوير وترقية محلات الترفيه والأماكن السياحية، وكذا المساهمة في الحفاظ على النسيج العمراني والمناطق الطبيعية<sup>(1)</sup> والخلابة وحمايتها من التدهور.

- إقامة المشاريع العمومية الكبرى المختلفة كالجسور وشق الطرقات وبناء المطارات والمدارس والجامعات وغيرها من التجهيزات العمومية ذات المنفعة العامة.

- تكوين احتياطات عقارية في إطار المحفظة العقارية المُسيّرة من طرف الوكالات العقارية المحلية المشار إليها من خلال المرسوم التنفيذي 405/90 وهذا بغية توفير أكبر قدر من السكنات لسد الاحتياجات المتزايدة على هذه الأخيرة.

### ثانيا: ممارسة الدولة للشفعة على الأراضي الفلاحية:

بالرجوع إلى نص المادة 04<sup>(2)</sup> من قانون التوجيه العقاري نجدها تعرف الأراضي الفلاحية بقولها: « الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان<sup>(3)</sup> سنويا أو خلال عدت سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله».

إن شفعة الدولة على الأراضي الفلاحية تثبت لها قانوناً بصرف النظر عن كونها تابعة للأموال الوطنية أو كانت تابعة للخواص<sup>(4)</sup>، وبغض النظر أيضاً عن

---

(1)-VOIR : P.MARQUET.LEDROIT DE PREEMPTION DANT LES ESPACES NATURELES SENSIBLES؛REVUE JURIDIQUE DE L'ENVIRANEMENT N°2،1997،P08.

(2)- وردت المادة 04 من هذا القانون ضمن الباب الأول تحت عنوان: الأملاك العقارية في فصله الأول بعنوان: القوام التقني في الأملاك العقارية، وهذا في قسمه الأول المعنون بالأراضي الفلاحية والأراضي ذات الوجهة الفلاحية.  
(3)- عبارة « تدخل الإنسان» تدل على التدخل عن طريق استعمال الأجهزة التقليدية أو التقنيات والوسائل الحديثة، وهذا لعموم اللفظ وإطلاقه دون تقييد. لأن الألفاظ في النصوص القانونية تحمل على عمومها وإطلاقها حتى يرد ما يخصصها أو يقيدنها.

(4)- لأن المشرع من خلال قانون التوجيه العقاري يهدف إلى حماية الأراضي الفلاحية وتشجيع استثمارها ويدعو إلى إلزامية استغلالها. ولم يفرق في هذا بين الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية أو التابعة للملكية الخاصة، لأن الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية للأراضي الفلاحية تستدعي عدم التفرقة بين هذه الأراضي في مفهوم هذا القانون.

الصنف الذي تنتمي إليه هذه الأرض الفلاحية، بأن كانت خصبة جدا أو خصبة أو متوسطة الخصب أو حتى ضعيفة الخصب، وهذا حسب تقدير المادة 05 من هذا القانون بقولها: « تصنف الأراضي الفلاحية إلى أراض خصبة جدا، وأراضي خصبة ومتوسطة الخصب، وضعيفة الخصب، تبعا لضوابط علم التربة والانحدار والمناخ والسقي». وشفعة الدولة على الأراضي الفلاحية تمارس من قبل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية<sup>(1)</sup>، وهي الهيئة العمومية المؤهل قانونا، والمشار إليها في نصوص قانون التوجيه العقاري، وهذا في المواد: 52 و 56 و 61 و 62 منه باعتبارها الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري في مجال الأراضي الفلاحية.

يُعتبر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في طبيعته القانونية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وهذا بالرغم أنه هيئة عمومية يتولى مهام الخدمة العمومية لأنه مكلف بالتنظيم العقاري، وهو ما تنص عليه المواد من 01 إلى 05 من المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المتضمن إنشاء هذا الديوان، وفي هذا الشأن تنص المادة الأولى منه في فقرتها الأولى بقولها: « عملا بالقانون رقم 90-25<sup>(2)</sup> المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والذکور أعلاه، تحدث مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تحت اسم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتدعى في صلب النص الديوان».

---

بالرغم من وجود تنظيمات وتشريعات خاصة بالأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية التي كانت في ظل القانون رقم 16/84 المؤرخ في 1984/06/30 المتعلق بالأمالك الوطنية ضمن الأملاك الاقتصادية التابعة للدولة كأحد أصناف الأملاك الوطنية، فالمشرع فرق هنا بين صنفين من الأملاك، وهم **الأمالك الوطنية العامة** والتي بقيت محمية بنصوص الدستور ومنها المادة 17 و 18 منه إلى حد الآن، ومنها قاعدة عدم قابليتها للحجز والتصرف. **والصنف الثاني هو الأملاك الوطنية الخاصة** ومن بينها الأراضي الفلاحية التابعة للدولة وهي غير محمية بالإجراءات القانونية السابقة، فهي قابلة للتصرف والحجز كغيرها من الأملاك الخاصة الأخرى، وهو ما دفع بالمشرع حاليا إلى التفكير في إمكانية تأجيرها أو عرضها للبيع حتى يحقق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية المنوطة بها، في مفهوم قانون التوجيه العقاري، إلا أنه حاليا نرى بأن الدولة تتجه إلى الإبقاء على تنظيم هذا النوع من الأراضي واستغلالها طبقا لنظام الامتياز.

(1) - أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في: 1996/02/24 والمتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1996/02/28، العدد: 15.

(2) - ويقصد به قانون التوجيه العقاري.

إضافة إلى ما سبق يُعتبر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هيئة عمومية تمارس أعمال الإدارة تجاه الدولة بغض النظر عن الطبيعة الصناعية والتجارية له، بما يحقق مهام الخدمة العمومية، وهو ما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من المرسوم 87/96 بقولها: « يخضع الديوان للقواعد الإدارية المطبقة على الإدارة في علاقاته مع الدولة، ويعد تاجرا في علاقته مع الغير».

أما بشأن مهام الخدمة العمومية فأقرتها المادة 03 منه بقولها: « يمارس الديوان مهام الخدمة العمومية طبقا لدفتر شروط تبعات الخدمة العمومية كما هو مبين في الملحق بهذا المرسوم»، وهو تابع للدولة ويتصرف لصالحها ويتبع إداريا وصاية الوزير المكلف بالفلاحة وهذا بنص المادتين 2 و 5 منه.

نصت المادة 02 من المرسوم المشار إليه في الفقرتين السابقتين على أنه: « يوضع الديوان تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة ويكون مقره في مدينة الجزائر». في حين نصت المادة 05 على أنه: « يتولى الديوان، باعتباره أداة تابعة للدولة ويتصرف لحسابها، تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية.

وبهذه الصفة يكلف بجميع المهام التي لها علاقة بهدفه كما هي محددة في أحكام القانون رقم: 90-25 المؤرخ في: 18 نوفمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه». إن الديوان السابق ذكره مكلف بممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها على الأراضي الفلاحية بمقتضى نص المادة 04 من هذا المرسوم، وكذلك المادة 02

من دفتر شروط تبعات الخدمة العمومية الواردة في الملحق بهذا المرسوم، وفي هذا الشأن نصت المادة 04 على أنه: « الديوان هيئة عمومية يكلف بالتنظيم العقاري كما هو منصوص عليه في المواد 52 و 56 و 61 و 62 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في: 18 نوفمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه».

أما الفقرة الثانية من المادة 02 من المرسوم 87/96 فقد قررت صراحة أحقية هذه الهيئة العمومية بممارسة الشفعة على الأراضي الفلاحية التابعة للخواص وفقا



لأحكام المادتين 51 و52 من قانون التوجيه العقاري، وهذا بقولها: « يكلف الديوان في إطار مهامه<sup>(1)</sup> على الخصوص بما يأتي:

- يمارس حق الشفعة لامتلاك الأراضي الموضوعة للبيع بموجب المادة 52 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في: 18 نوفمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه».

نشير في هذا الصدد بخصوص تطبيق المواد 50 و51 و52 من قانون التوجيه العقاري، أنه لا يُعمد لتطبيق الشفعة إلا بعد استنفاد الإجراءات القانونية الأخرى وهي وضع الأرض حيز الاستثمار أو التأجير بعد ثبوت عدم استثمارها

من طرف الهيئة العمومية الخاصة<sup>(2)</sup> وإنذار المستثمر لكي يستأنف استغلالها، ثم انتهاء سريان أجل مدته سنة حسب ما هو وارد في المادة 51 من هذا القانون.

(1)- بالإضافة إلى أن له مهاماً أخرى في إطار إلزامية استغلال الأراضي الفلاحية، وكذا ضرورة حماية الأراضي الفلاحية من جميع المعاملات التي تغير من طابعها الفلاحي، وهذا في إطار أحكام المواد: 51 و56 و55 و58 من قانون التوجيه العقاري وبموجب أحكام الفقرات: 1 و3 و4 من المادة 02 من هذا المرسوم والأحكام الواردة في المواد التي بعدها.

(2)- في إطار تطبيق المواد: 48 و49 و50 و51 و55 من قانون التوجيه العقاري وهذا في حالة عدم الاستثمار الفعلي للأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة، نظراً للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بهذه الأراضي الفلاحية ومن أجل تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية المنتهجة من طرف الدولة منذ سنة 1987 وبداية التسعينات وبخاصة بعد صدور قانون التوجيه العقاري 90-25 وإلغاء قانون الثورة الزراعية الصادر بالأمر 71-73 المؤرخ في 08/11/1971 بمقتضى المادة 75 من قانون التوجيه العقاري وجدت الدولة نفسها مضطرة إلى إنشاء هيئات عمومية وأجهزة تنفيذية خاصة من أجل تطبيق نصوص قانون التوجيه العقاري ونصوص قانون إنشاء المستثمرات الفلاحية بالنسبة للأراضي التابعة للدولة (قانون 19/87)، وبناء عليه أنشأ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بموجب المرسوم التنفيذي: 96-87 المشار إليه سابقاً. إلا أنه في مجال ثبوت عدم استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للخواص كان لا بد من وجود هيئة عمومية خاصة تسبق عمل الديوان وتقوم بإبلاغه عن حالة وجود الأرض الفلاحية غير المستغلة بعد الانتقال إلى موقع العقار من أجل المعاينة. وتحرير محضر إثبات الحالة، يوجه إلى الوزير المكلف بالفلاحة والوالي أيضاً وهذه الهيئة الخاصة يطلق عليها لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في: 15 ديسمبر

إن الشفعة لا يُلجأ إليها إلا في المرحلة الأخيرة من نفاذ كل الإجراءات السابقة وهي المرحلة التي ترافق عرض الأرض الفلاحية الغير مستغلة استغلالاً فعلياً للبيع وبخاصة إذا كانت خصبة جداً أو خصبة، وهذا بعد إثبات اللجنة الخاصة في محضرها عدم استغلال الأراضي الفلاحية، وقيامها بإبلاغ الديوان الوطني لأراضي الفلاحية حتى يتابع الإجراءات القانونية المعتمدة في هذا المجال طبقاً لنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المشار إليه سابقاً<sup>(1)</sup> وهذا تطبيقاً للمادتين 51 و52 من قانون التوجيه العقاري، وفي إطار مهام الديوان القانونية باعتباره مكلفاً بتطبيق التنظيم العقاري وتنفيذ السياسة العقارية الفلاحية.

ما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن عمل اللجنة الخاصة، المشار إليها سابقاً ينطوي في إطار إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية التابعة فقط للأموال الخاصة، أي الأراضي غير المستغلة الخاضعة للقانون الخاص دون غيرها من الأراضي التابعة للأموال الوطنية المسيرة بموجب أحكام القانون 19/87<sup>(2)</sup>، حيث أن هذه الأخيرة عند عدم استغلالها أو تغيير وجهتها الفلاحية، أو عند عدم قيام عضو المستثمرة بتنفيذ التزامه تجاه المستثمرة الفلاحية، فإن هذا الأمر يخضع للتنظيمات الخاصة المطبقة لنص المادتين 28 و29 من قانون 19/87 المتضمن ضبط كيفية

---

1997، المتضمن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 17 ديسمبر سنة 1997، العدد: 83. وتقوم هذه اللجنة في الأخير بعد المعاينة وثبوت عدم الاستغلال الفعلي بإعذار المستغل ليستأنف الاستثمار لمدة لا تتجاوز 06 أشهر ثم بعدها في حالة عدم التجاوب بإعذاره مرة ثانية لمدة سنة وفقاً لنص المادة 51 من قانون التوجيه العقاري يحال الأمر إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وهذا ما أشارت إليه المواد من 6 إلى 9 من المرسوم 87/96.

(1) - وفي هذا الصدد نصت المادة 09 من هذا المرسوم على أنه: « تقوم اللجنة بإبلاغ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بغرض تطبيق التدابير المقررة لأحكام المادة 51 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في: أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه، مع مراعاة أحكام المادة 52 من القانون نفسه عند نهاية المهلة المحددة في المادة 7 أعلاه في حالة ما إذا بقيت الأرض بدون استغلال».

(2) - وهذا لأن هذه اللجنة الخاصة تم إنشاؤها من أجل تطبيق المادة 50 من قانون التوجيه العقاري على وجه الخصوص والتي تعالج مراقبة استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للخواص، وهذا عملاً بأحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 97-484 المنشئ لهذه اللجنة، وفي هذا الشأن نصت المادة الأولى منه بقولها: « تطبيقاً للمادة 50 من القانون رقم 90/25 المؤرخ في: 18 نوفمبر 1990 والمذكور أعلاه، يضبط هذا المرسوم تشكيلة الهيئة الخاصة وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية».

وتسمى الهيئة الخاصة في مفهوم هذا المرسوم لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية وتدعى في صلب النص «اللجنة».

- جاءت المادة 02 من هذا المرسوم التنفيذي لتقرر الحكم المشار إليه أعلاه بقولها: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الأراضي غير المستغلة الخاضعة للقانون الخاص».

استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ويكون هذا في إطار المادة 24 من هذا القانون التي خولت للدولة حق الشفعة عند التنازل عن الحصص في المستثمرة أو إسقاط حقوقهم بمقتضى المادتين: 28 و 29 منه<sup>(1)</sup>.

بناء على ما سبق يمكن القول بأن الدولة عند ممارسة شفعتها على الأراضي الفلاحية تتبع في ذلك إجراءات قانونية تختلف عن بعضها حسب طبيعة العقارات الفلاحية الممارس عليها الشفعة من كونها تابعة للخواص أو تلك العقارات التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة، وهذا لأن الشفعة على النحو المتقدم تشمل كل الأراضي الفلاحية سواء كانت تابعة للخواص أو الدولة.

إن الهيئة العمومية المنفذة لحق الدولة في الشفعة هنا هي الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/96، حيث يجعله محل تفضيل على كل مشتري لأرض فلاحية ليحل محله<sup>(2)</sup> باعتباره الهيئة العمومية المخولة بممارسة الشفعة باسم الدولة ولحسابها، سواء تعلق الأمر بالأراضي التابعة للدولة أو التابعة للخواص، إلا أن هذه الأخيرة تمارس الدولة الشفعة عليها عن طريق هذه الهيئة العمومية في المرتبة الرابعة بعد ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني، لأن هذه الأراضي مملوكة للخواص سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين وهذه الرتبة أشارت إليها المادة 52 من قانون التوجيه العقاري في فقرتها الثانية بقولها: « وفي هذا الإطار يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر رقم

(1)- تطبيقا للمادتين 28 و 29 من القانون 87-19 المشار إليه سابقا صدر المرسومين التنفيذيين وهما: المرسوم التنفيذي المطبق للمادة 28 يحمل رقم 51/90 المؤرخ في: 1987/12/08 الذي يضبط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، وهذا المرسوم منشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1990/02/07، العدد: 06.

وأما التنظيم الثاني فهو المرسوم التنفيذي الذي يحمل رقم: 51/89، المؤرخ في: 18 أفريل المحدد لكيفيات تطبيق المادة 29 من القانون رقم 19/87 المشار إليه أعلاه، وهذا المرسوم منشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 19 أفريل 1989، العدد: 16.

(2)- Voir : pour habault et mourices marchel ; droit rural applique ،tome2 édition j ،B.Bailiere. paris1977.p19.

58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه». وهذا النوع من الشفعة هو ما أشارت إليه أيضا المادتين 55 و56 من قانون التوجيه العقاري.

أما النوع الآخر من الشفعة الممارس من طرف الدولة هي تلك الشفعة التي يمارسها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة المسيرة بالقانون رقم 19/87<sup>(1)</sup>، وهذا في حالة التنازل عن الحصص<sup>(2)</sup> داخل المستثمرة الفلاحية والمكتسبة في إطار القانون الأخير والمنظم للمستثمرات الفلاحية، وكذلك حالات إسقاط حقوق أعضاء هذه المستثمرات طبقا للمادتين 28 و29 من قانون 19/87.

إن شفعة الدولة في الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة كرسستها المادة 62 من قانون التوجيه العقاري 25/90، بالإضافة إلى المادة 16 من المرسوم التنفيذي<sup>(3)</sup> رقم 454/91، وكذلك المادة 24 من القانون رقم 19/87 وفي هذا الشأن تنص المادة 62 من قانون التوجيه العقاري على أنه: « تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في: 08 ديسمبر سنة 1987 المذكور أعلاه.

وتحل زيادة عن ذلك محل المستفيدين الذين أسقطت حقوقهم بموجب المادتين 28 و29 من القانون رقم 19-87 المؤرخ في: 08 ديسمبر سنة 1987 المذكور أعلاه»<sup>(4)</sup>.

(1)- القانون رقم 19/87 المؤرخ في: 08 ديسمبر 1987 والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين و واجباتهم، والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 09/ ديسمبر 1987، العدد: 50.

(2)- التنازل عن الحصص في والمستثمرات الفلاحية عالجته المادة 12 من تعديل قانون التوجيه العقاري تطبيقا للمادة 23 من قانون 19/87 التي تجيز التنازل عن الحصص داخل المستثمرة الفلاحية. وللإشارة فإن التعديل الأخير لقانون التوجيه العقاري صدر بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في: 16/09/1995 المعدل للقانون رقم: 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري الجريدة الرسمية العدد 55.

(3)- المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في: 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها، الجريدة الرسمية العدد 60.

(4)- عدلت المادة 62 بموجب الاستدراك الصادر في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19/12/1991، العدد 55 والذي أحال على المادتين 28 و29 من القانون رقم 19/87 بدلا من المادة 25 منه كما كان في السابق قبل صدور هذا الاستدراك المعدل.

بناءً على ما سبق يحق قانوناً للديوان الوطني للأراضي الفلاحية أن يمارس الشفعة على هذا النوع من الأراضي بمقتضى النصوص القانونية المشار إليها أعلاه، لكن باعتبار الدولة هنا مالكة للرقبة، لأن الأراضي الفلاحية هذه مملوكة للدولة ملكية خاصة، وأما المستثمرين فيها من أعضاء المستثمرات الفلاحية فلا يملكون إلا حق الانتفاع الدائم بمقتضى قانون 19/87، وبالتالي فالتنازل عن الحصص في هذه المستثمرات الفلاحية أو في حالة إسقاط حقوقهم قانوناً، فيعتبر ذلك تنازلاً عن حق الانتفاع الدائم.

بمقتضى الشفعة الممارسة لصالح الدولة تصبح هذه الأخيرة مالكة للرقبة وحق الانتفاع معاً، إلا أن الشفعة هنا تمارسها الدولة في المرتبة الأولى باعتبارها مالكة للرقبة كغيرها من باقي الشفعاء العاديين طبقاً لنص المادة 795 من القانون المدني. وعليه يمكن القول بأن هذه الشفعة ما هي إلا شفعة عادية تختلف في طبيعتها عن شفعة الدولة بالنسبة للأراضي العامرة والقابلة للتعمير، وكذلك تختلف عن شفعتها في الأراضي الفلاحية التابعة للخوادم باعتبارها شفعة من نوع خاص قررت استثناءً لأسباب اقتصادية واجتماعية معينة، وكذا ما يقتضيه الصالح العام في المجتمع. والهدف من تقرير الشفعة بالنسبة للأراضي الفلاحية التابعة للدولة ولصالحها حسب وجهة نظرنا يكمن في النقاط الآتية:

أ- من أجل مكافحة التجزئة المفرطة للمستثمرات الفلاحية، وبذلك تصبح ملكية الرقبة مع حق الانتفاع في يد شخص واحد هو الدولة المالكة للعقار هنا بالإضافة إلى المحافظة على الطابع الفلاحي لها وعدم تغيير وجهتها الفلاحية طبقاً لما قرره المادة 55 من قانون التوجيه العقاري.

ب- حماية الأراضي الفلاحية من كل المعاملات العقارية التي قد تلحق بها أضراراً تؤثر على قابليتها للاستثمار، ومنعاً من المضاربات العقارية في مجال الأراضي الفلاحية، وكل ما من شأنه أن يتسبب في تكوين أراضٍ قد تتعارض

بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه<sup>(1)</sup> وهو ما يتماشى مع تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية التي انتهجتها الدولة مؤخرا.

ج- كما يهدف الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أيضا إلى السعي من أجل الحصول على أراضي فلاحية تساهم في إنشاء مستثمرات فلاحية جديدة وتوزيعها على مستفيدين جدد لهم الخبرة والكفاءة المهنية اللازمة في مجال الفلاحة.

### ثالثا: الشفعة التي تمارسها الدولة على كل أصناف الأملاك العقارية:

تنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 على أنه: « يمارس حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة بموجب المادة 118 من قانون التسجيل، والمادة 24 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في: 08 ديسمبر 1987 والمادتين 71/62 وحسب الكيفيات المقررة بموجب الأحكام أو النصوص المتخذة لتطبيقها»<sup>(2)</sup>.

بالرجوع إلى المادة 118 من قانون التسجيل وفقا لما أحال إليه هذا النص نجد أنها تتضمن حق الدولة في الشفعة على كل الأملاك العقارية وهذا لفائدة الخزينة العمومية، وعليه جاء نص المادة 118 من هذا القانون كالاتي: « تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار، أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف مع دفع مبلغ هذا الثمن مزاد فيه العشر(10/1) لذوي الحقوق، وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 من هذا القانون خلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح.

(1) وفي هذا الشأن تنص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري بقولها: « تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية ويجب ألا تلحق هذه المعاملات ضررا بقبالية الأراضي للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين أراض قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه، ويتم ذلك مع مراعاة تطبيق المادة 36 أعلاه وممارسة حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 52 أعلاه».

(2) - المرسوم التنفيذي رقم: 454/91 المؤرخ في: 1991/11/23، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك، الجريدة الرسمية الصادرة في: 1991/11/25، العدد: 60.

يبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط أو بواسطة رسالة موسى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة»<sup>(1)</sup>.

هناك أيضا الشفعة التي تمارسها الدولة لصالح العقارات السياحية عن طريق الوكالة الوطنية للتنمية السياحية من أجل المحافظة على المناطق السياحية وتطويرها، بالإضافة إلى الشفعة التلقائية التي تمارسها الدولة على تصرفات الأجانب في أملاكهم العقارية عند قيامهم ببيعها.

من هذا المنطلق يمكننا معالجة حالات شفعة الدولة على كل الأملاك العقارية على النحو الآتي:

### 1- الشفعة التي تمارسها الدولة لصالح الخزينة العمومية:

طبقا لنص المادة 118 من قانون التسجيل نجد بأنه يحق للدولة أن تستعمل الشفعة من أجل اكتساب أملاك عقارية لصالح خزينة الدولة وفقا للشكل القانوني المصطلح عليه طبقا للنص السالف الذكر " بحق المزايدة بال عشر". وتتحقق شفعة الدولة في هذه الحالة عندما يكون ثمن البيع المصرح به في العقد المبرم بين الطرفين المتعاقدين غير حقيقي، فهو لا يعبر حقيقة عن ثمن العقار الواجب دفعه لمالك هذا العقار وهذا من أجل التهرب من دفع رسوم التسجيل لصالح الخزينة العمومية.

بموجب نص المادة 118 من قانون التسجيل يحق للدولة عن طريق إدارة الضرائب أن تدفع ثمن البيع المصرح به في العقد أمام الموثق مزاد عليه نسبة العشر (10/1) لذوي الحقوق وتأخذ هذا العقار أو المحل التجاري موضوع المعاملة لصالح الخزينة العمومية.

إلا أن نص المادة 118 لم يكن ساري المفعول منذ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية الصادرة في ديسمبر 1976 إلا بعد سنة 1994 عندما نشرت المديرية

(1) - الأمر رقم 105/67 المؤرخ في: 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.

العامة للضرائب إعلانا في الجرائد الوطنية اليومية قررت فيه الشروع في تطبيق نص المادة 118 من قانون التسجيل، ثم بعدها مباشرة صدرت تعليمة عن المديرية العامة للضرائب تحدد فيه كيفية تطبيق حق الشفعة المؤسس بموجب المادة 118 من قانون التسجيل<sup>(1)</sup>، وعليه يعاب على إدارة الضرائب بشأن تطبيق نص المادة 118 من قانون التسجيل أنها تهاونت في عدم احترام النصوص التشريعية المعتمدة من جهاز رسمي تابع للدولة الجزائرية ألا وهو السلطة التشريعية.

كيف يعقل في نظرنا أن تبقى النصوص القانونية للدولة الجزائرية مجمدة في الرفوف حبرا على ورق فقط، وطيلة كل هذه المدة ابتداء من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية في سنة 1976، وهي مجمدة نائمة في سبات لم تر النور إلا بعد 18 عاما؟! بعد هذا كله تقرر الإدارة الجبائية تطبيق هذا النص وعن طريق ماذا؟! ليطم إعلان التنفيذ عن طريق الجرائد اليومية، وكأن الجرائد الرسمية أصبحت غير قادرة على تأدية وظيفتها في الإشهار والتبليغ والرسمية، بالإضافة إلى أن مثل هذه الإجراءات الإدارية البعيدة كل البعد عن نصوص التشريع الجزائري، تُعتبر طعنا في مصداقية المادة 04 من القانون المدني أيضا والتي تنص على أنه « تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي كل النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع بالجريدة».

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن القانون عادة لا يتوقف تنفيذه على نصوص قانونية أخرى أو تشريعات فرعية أو تعليمات وزارية أو إدارية تقرر تطبيقه، فيما

(1) - علاوة بوتغراة، استعمال حق الشفعة لصالح الخزينة العمومية، مقال منشور في مجلة الموثق، العدد 04، الجزائر 1998، ص21.



عدا بعض الحالات التي ينص عليها التشريع ذاته، وذلك عندما يحيل نفس النص المجلد من حيث تطبيقه إلى تنظيم يصدر لاحقا يبين كيفية تطبيقه مفصلا، وهذا بصريح النص بعبارة: (يحدّد التنظيم كيفية تطبيق هذه المادة)، أو ما يشابهها من العبارات الأخرى الدالة على هذا المفهوم كعبارة: (تضبط كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم)، وغيرها من العبارات الدالة على نفس المعنى، وكذلك الحالات التي ينص عليها القانون ذاته صراحة على بداية سريانه في المستقبل، كل من هذا لم يتم التصريح به في نص المادة 118 من قانون التسجيل، حيث جاءت واضحة وصريحة في ضرورة تنفيذ فحواها دون أن يتوقف تنفيذها على نصوص أخرى أو تعليمات إدارية تحدد تاريخ سريانها.

لعل الجميع من الباحثين والعاملين في مجال الضرائب يجمعون على أن صعوبة تطبيق نص المادة 118 من قانون التسجيل راجع إلى قيمة الرسوم الجبائية في حد ذاتها نظرا للمبالغ المرتفعة التي تقع على عاتق المتعاملين في العقارات وبخاصة رسوم التسجيل والشهر التي تصل إلى 10% من قيمة المعاملة العقارية، وعليه فكلما زادت قيمة المعاملات العقارية في هذا المجال كلما ارتفعت نسبة الضريبة الواجب دفعها لخزينة الدولة على تلك العقارات المتصرف فيها، وهو ما شجع المتعاملين العقاريين على عدم التصريح بقيمة العقار الحقيقية، أثناء تحرير العقد لدى الموثق، وهذا تهربا من دفع رسوم التسجيل والشهر حسب النسبة المئوية المقررة من طرف السلطة الإدارية المكلفة.

حيث نجد معظم المتعاملين في العقارات يلجئون إلى التصريحات غير الحقيقية بقيمة تلك العقارات، وهو ما يضر حقيقة بمصالح الخزينة العمومية وبالتالي مصلحة الاقتصاد الوطني.

إن تطبيق أحكام شفعة الدولة بشأن المعاملات العقارية التي خرقت أحكام المادة 118 من قانون التسجيل قد ينجر عنها من الناحية العملية عواقب وخيمة نتيجة

استقرار العرف في نفوس المتعاملين العقاريين على عدم تطبيق أحكام نص المادة 118 السابقة، وبالتالي قيامهم بالتصريحات غير الحقيقية لقيمة المعاملة.

نظرا للحجم المعتبر للمعاملات العقارية في الميدان العملي غير المصرح فيها بالقيمة الحقيقية للعقار، فإن تطبيق أحكام المادة 118 قد يحول الدولة إلى شفيع دائم في هذا النوع من المعاملات العقارية، وهو ما قد يؤدي إلى اضطراب المعاملات العقارية والخروج عن أحكام قوانين الشهر العقاري، وهذا بلجوء المتعاملين العقاريين إلى العقود العرفية والصورية، مما ينعكس سلبا على موارد الخزينة العمومية، بالإضافة إلى تزايد حجم المنازعات العقارية لدى المحاكم من جرّاء إبرام العقود بطريقة غير رسمية، وأيضا يؤدي هذا إلى ضياع حقوق المالكين الحقيقيين لتلك العقارات، نتيجة عدم احترام ركن الشكلية في المعاملات العقارية، والتي تمت بطريقة عرفية تهربا من دفع الضرائب والرسوم الجبائية المبالغ فيها، والتي قد ترهق فعلا كاهل المتصرف إليه في العقار.

من هذا المنطلق نرى أنه من الأفضل تعديل المراجع التشريعية المقننة لهذه الرسوم والضرائب الجبائية من أجل تخفيض نسبة الرسوم والضرائب الواجب تحصيلها على مبالغ المعاملات العقارية لصالح خزينة الدولة، كأن يطالب المكلفين بدفع هذه الرسوم بنسبة 3% بدلا من 10% من المبلغ الإجمالي للمعاملة العقارية وهو ما قد يحفز المتعاملين في العقارات على التصريح الحقيقي لمبالغ المعاملات العقارية أثناء تحرير العقد لدى الموثق، وبالتالي يؤدي هذا إلى تشجيع المتعاملين في العقارات على تسجيل عقودهم وشهرها في المحافظة العقارية، مما يؤدي إلى ضمان حقوق المالكين الحقيقيين للعقارات، وكذلك تدعيم موارد الخزينة العمومية نتيجة دفع رسوم التسجيل والشهر لكونها أصبحت مبالغ غير مبالغ فيها وبالتالي لا ترهق كاهل المتصرف إليهم في العقارات.

**2 - الشفعة الممارسة من طرف الدولة على العقارات ذات الطابع السياحي:**

إن السياحة في أي بلد يعتبر الاستثمار فيها من أهم الموارد الاقتصادية الهامة التي ترجع بالفائدة على نمو الاقتصاد الوطني، لهذا السبب تسعى الدولة من أجل المحافظة على الطابع السياحي للعقارات والحيلولة دون تدهورها، وبناء عليه أنشأت الوكالة الوطنية للتنمية السياحية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 70/98<sup>(1)</sup> ومُنحت لها صلاحية المحافظة على مناطق التوسع السياحي وترقيتها لأجل الاستثمار السياحي وهذا نظرا للتوجه الجديد في الجزائر من أجل ترقية السياحة وتدعيم كل الوسائل الكفيلة بتنميتها عن طريق الإجراءات القانونية المعدة خصيصا لحماية وتطوير العقارات السياحية، باعتبار السياحة في الوقت الحالي أصبحت تشكل موردا هاما يدعم الرصيد المالي لخزينة الدولة، وهو ما يساهم قطاعا في عملية إنعاش الاقتصاد الوطني وتطويره.

مما سبق يحق للدولة أن تمارس الشفعة على الأراضي ذات الطابع السياحي أو تلك العقارات التي تشكل امتداداً لها، عن طريق الوكالة الوطنية للتنمية السياحية المشار إليها أعلاه، طبقاً لأحكام المادة 04 من الأمر: 62/66 المنظم للمناطق السياحية<sup>(2)</sup>، فهذه الوكالة مُخوّلة قانوناً باستعمال حق الشفعة لصالح الدولة، ومن أجل توسيع العقارات السياحية على كل عقار قد يكون موضوع تصرف إداري بعوض أو بدون عوض<sup>(3)</sup>، فالشفعة في هذه الحالة يتم اللجوء إليها لكسب ملكية العقار السياحي أو توسيعه بغض النظر عن كون هذا التصرف القانوني عقداً أو رخصة إدارية من البلدية مثلا أو غير ذلك.

### 3- الشفعة الممارسة من طرف الدولة على تصرفات الأجانب في ملكيتهم

#### العقارية:

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 70/ 98 المؤرخ في: 21 فيفري 1998، المتضمن إحداث الوكالة الوطنية للتنمية السياحية، الصادر بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1998/02/23، العدد 16.

(2) - الأمر رقم 62/66 المؤرخ في: 1966/03/26 والمتعلق بالمناطق والأماكن السياحية في الجزائر.

(3) - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 ص 37.

طبقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 344/83 والمتضمن حرية المعاملات<sup>(1)</sup> فإن الدولة يحق لها أن تمارس الشفعة على العقارات المملوكة للأجانب داخل التراب الوطني في حالة قيامهم بالتصرف فيها للأفراد، بل إن تدخل الدولة يعتبر إجبارياً في ظل هذا المرسوم من أجل شراء هذا العقار من الأجنبي والحلول محل المشتري أياً كانت صفته بشرط أن يكون التصرف لغير الدولة، أو الفروع الإدارية التابعة لها، إلا أن الدولة هنا عندما تستعمل الشفعة لكسب ملكية العقار وبعد استكمال إجراءات نقل الملكية تنتازل بعدها عن هذه الملكية لصالح المواطن الذي يحتل العقار محل المعاملة، فوظيفة الدولة هنا تتمثل في اعتبارها نقطة وصل بين الأجنبي والمواطن الذي يريد شراء هذا العقار، وهي تسعى إلى نقل الملكية العقارية لمصلحة هذا المواطن الجزائري في نهاية المطاف حسب هذا المرسوم.

إلا أنه وفي سنة 1991 صدرت تعليمية وزارية في هذا المجال تحت رقم 172 بتاريخ 1991/09/01 غيّرت الاتجاه السابق المعتمد من طرف الدولة في ظل المرسوم التنفيذي المشار إليه سابقاً، والذي جعل تدخل الدولة إجبارياً من أجل استعمال الشفعة لنقل ملكية العقار المراد التصرف فيه من طرف الأجنبي بنقله إلى المواطن الذي يريد شراؤه، ففي ظل هذه التعليمية الوزارية أصبح تدخل الدولة هنا اختيارياً وليس إجبارياً، وهذا لإقرار هذه التعليمية الوزارية بمبدأ جديداً يتمثل في حق حرية الأجانب بالتصرف في أملاكهم العقارية لمن يريدون، ماعدا خضوعهم في ذلك لبعض الإجراءات الإدارية، ومنها طلب ترخيص مسبق من الوالي المختص إقليمياً وهذا من أجل السماح لهؤلاء الأجانب بالتصرف في أملاكهم العقارية.

من ضمن ما جاء في التعليمية الوزارية المشار إليها في الفقرة السابقة، أن تحديد ثمن العقار يكون على أساس القيمة التجارية في حالة رغبة الدولة في ممارسة الشفعة لاكتساب العقار وتحديد قيمته يتم من طرف مصلحتي الأملاك الوطنية

(1)- المرسوم التنفيذي رقم 344/83، المؤرخ في: 1983/05/21، المتضمن حرية المعاملات، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في: 1983/05/24، العدد: 21.

والضرائب، وهذا بعد أن يقوم الوالي المختص إقليميا بإخطار مدير إدارة الضرائب بإجراء التقييم للعقار محل التصرف بالاشتراك مع إدارة الأملاك الوطنية ويجب أن لا تتعدى مدة التقييم هذه 20 يوما من تاريخ التكليف بالمهمة.

بعد عملية التقييم وفي خلال 15 يوما الموالية يتم إرسال تقرير بالمهمة المنجزة إلى الوالي حيث يكون لهذا الأخير السلطة التقديرية في ممارسة الشفاعة باسم الدولة أو عدم ذلك، بشرط أن لا يتجاوز رد الوالي على الطلب المقدم له أجل أقصاه، أربعة أشهر<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني:

### مالك الرقبة والشريك في الشيوخ.

ملكية الرقبة تخول للشخص مالك العقار ملكية تامة في حالة بيع حق الانتفاع أو التنازل عنه لشخص آخر، وبالتالي فصاحب الانتفاع هو الذي يقوم باستغلال العقار والاستفادة من ثمراته، لأنه إنفراد بحق الانتفاع كحق وسلطة من سلطات المالك، تاركا فقط سلطة التصرف في يد المالك لهذا العقار، بمعنى أن صاحب الملك لم يعد إلا كونه مالكا لرقبة العقار فقط دون الأجزاء الأخرى والمتمثلة في حقوق الانتفاع أو الاستغلال<sup>(2)</sup> (أولا).

أما الشركة في الشيوخ فهي الوضعية القانونية التي يتعدد فيها أصحاب الحق العيني على العقار وسواء كانت الشركة في حق الملكية أو في حق الانتفاع. نجد تحديد مفهوم الشريك في الشيوخ من خلال قواعد الملكية الشائعة الواردة في القانون المدني<sup>(3)</sup>، منها على وجه الخصوص نص المادة 713 بقولها:

(1) - إسماعيل شامة، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ سنة 1990، رسالة ماجستير، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، ص 68 .

(2) - وهذا لأن المالك بتصرفه في حق الانتفاع يكون قد فصل رقبة العقار كتلة واحدة عن باقي الأجزاء الأخرى المكونة لهذا العقار، فتفرقت أجزاء الملكية بذلك، ومن الأجزاء الأخرى حق الاستعمال وحق الانتفاع.

(3) - نص الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على قواعد الملكية الشائعة في المواد من 713 إلى 742 منه.

« إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك» (1) (ثانياً).

**أولاً: شفعة مالك الرقبة:** تثبت هنا لمالك الرقبة على عقاره في حالة تحقق سبب الشفعة وهو إقدام صاحب حق الانتفاع المرئب على هذا العقار ببيعه كلية أو جزءاً منه فقط لشخص آخر غير مالك الرقبة، طبقاً لما تقضي به المادة 2/795 بقولها: « يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي نص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية(2):

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة» .  
إن شفعة مالك الرقبة تكون في المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة المقررة للمصلحة العامة، طبقاً لما جاء به قانون التوجيه العقاري 25/90، ويطلق الفقه على هذا النوع من الشفعة بالشفعة في الانتفاع، وذلك بسبب قيام المنتفع ببيع حقه إلى شخص آخر يحل محله في الانتفاع، وعليه أجاز القانون لمالك الرقبة باعتباره المالك الحقيقي للعقار أن يشفع في حق الانتفاع المبيع بمعنى: أن يأخذه من المشتري ودون اعتبار لإرادته، ليصبح العقار مملوكاً ملكية تامة لمالك الرقبة بعد ضم حق الانتفاع للرقبة(3).

ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن سبب الشفعة الوارد في الفقرة السابقة غريب عن أحكام الفقه الإسلامي، لاعتبار أن حق الانتفاع بالشكل والقواعد التي جاء بها القانون ليس له نظير في الشريعة الإسلامية، ولذا لم يكن فيها بيع لحق الانتفاع حتى تثبت فيه الشفعة، لأن البيع في الفقه الإسلامي لا يكون إلا في الأعيان فقط دون

(1) - كما تحدد المادة 1/714 منه الطبيعة القانونية لهذه الملكية بقولها: « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً

وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

(2) - مما تجدر الإشارة إليه أن هذا الأمر لم يعد ساري المفعول الآن بسبب إلغائه من طرف قانون التوجيه العقاري

25/90 المؤرخ في: 90/11/18.

(3) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص34.

المنافع وكذلك الحال بالنسبة لحق الاستعمال وحق السكن فليسا محلا للبيع<sup>(1)</sup>، بخلاف القانون فإنه يجيز بيع حق الانتفاع أو التنازل عنه شأنه كشأن حق الملكية تماما.

إن في إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع المصاحب لها<sup>(2)</sup> حسب ما قررته التشريعات المدنية الوضعية نجد بأن هناك اعتبارا فقهيا وقانونيا كثيرا ما تناوله فقهاء القانون المدني في هذا المجال والمتمثل في لمّ شتات الملكية بعد تفرقها وهو نفسه الصورة المجسدة للحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة، لأنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة<sup>(3)</sup> فتجتمع للمالك سلطاته الثلاث على هذا العقار وهي سلطات التصرف والاستعمال والاستغلال أو الانتفاع.

يُعتبر لذلك التجميع أو توحيد السلطات في يد شخص واحد فوائد اقتصادية كبيرة، بالإضافة إلى التقليل من حجم النزاعات الواقعة على هذا العقار، وهو ما يعود بالنفع على العقار ذاته وأيضا مالك العقار والمجتمع، كما يساهم ذلك في استقرار المعاملات العقارية.

المقصود بحق الانتفاع المصاحب أو الملابس للرقبة أنه الحق الذي يقع على ملكية الرقبة التي تكون ثابتة للشفيع، بحيث إذا اجتمع الحقان معا تنتهي تجزئة الملكية، وهذا الفرض يرى الفقه المصري أنه نادر الحصول في الواقع العملي<sup>(4)</sup>.

(1) - علي الخفيف الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص 277.  
(2) - إن التعبير بلفظ ( المناسب للرقبة) بشأن الفقرة الثانية من نص المادة 795 والمحددة لأصحاب الحق في الأخذ بالشفعة يعتبر لفظا ليس في محله لأنه قد لا يؤدي المعنى المقصود من النص، وبالتالي لا يجسد الإرادة التشريعية، لأن المشرع لا يقصد في هذا حق الانتفاع المناسب للرقبة، لأنه ليس هناك حق انتفاع يناسب الرقبة وحق انتفاع آخر لا يناسبها وإنما قصد في ذلك حق الانتفاع المرتب على العين إلى جانب حق الرقبة.

وحتى الكلمة في النص الفرنسي غير دقيقة أيضا (Correspondant)، ولهذا يرى بعض الباحثين في هذا المجال أن الكلمة المعبرة في النص المصري(م2/935) مدني أقرب إلى أداء المعنى المقصود إذ تقول « الملابس للرقبة». - وعليه يرى: علي سليمان بأنه كان من الأولى على المشرع الجزائري هنا أن يقول (المصاحب لحق الرقبة) لأنه أقطع في الدلالة على المقصود، وبناء على هذا كان من المفروض أن تحرر صياغة الفقرة الثانية من المادة 795 كالآتي (لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع المصاحب للرقبة كله أو بعضه)، راجع في هذا: علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص 171.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 542.

(4) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 13.

إلا أن المشرع الجزائري عند معالجته لتجزئة حق الملكية من خلال نصوص القانون المدني قرر في المادة 844 منه على أنه: « يُكسب حق الانتفاع بالتعاقد والشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون»، وهذا النص يدل على أن حق الانتفاع يمكن بيعه وشراؤه شأنه شأن الأعيان من الأملاك العقارية الأخرى.

بناء على ما سبق يمكن لمالك الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع الملابس لها عند بيعه من طرف صاحبه لأجنبي حسب نص المادة 01/795 ق م ج، بالإضافة إلى ما قرره النص المشار إليه أعلاه لاعتبار أن الشفعة هي الأخرى تصلح لأن تكون سببا مستقلا لكسب حق الانتفاع.

تجدر الإشارة إليه في هذا المجال انه بالرغم من إجماع الفقه المصري على أن شفعة مالك الرقبة على الانتفاع المصاحب لها نادرة الوقوع في الواقع العملي، إلا أنه يمكن أن نتصور حدوث هذه الحالة في الواقع العملي الجزائري وهذا في حالتين:

**1- حالة كون مالك الرقبة شخصا معنويا:** وهي الصورة التي جاء بها القانون رقم 19/87 المؤرخ في: 08 ديسمبر 1987 والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم<sup>(1)</sup> فالدولة هنا هي المالكة للرقبة باعتبار هذه العقارات الفلاحية تدخل ضمن الأملاك الوطنية الخاصة.

إلا أن الدولة تنازلت عن حق الانتفاع المصاحب لتلك الأملاك العقارية بموجب نصوص القانون ولصالح أشخاص اعتبرهم هذا القانون منتجين فلاحيين كما يعبر عنهم أيضا بالمستغلين أو المستفيدين، لكن هذا الاستغلال وتلك الاستفادة المقررة على الأراضي الفلاحية المعنية تتم في شكل حق انتفاع دائم، وهو نفسه الحق الذي

(1) - صدر هذا القانون المشار إليه أعلاه بالجريدة الرسمية بتاريخ: 1987/12/09، العدد: 50. وهذا القانون المشار إليه هنا يهدف إلى تحديد قواعد استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة المحددة بموجب قانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية. المؤرخ في: 1990/12/01. ومن بين الأهداف الرئيسية أيضا هو رفع الإنتاج والإنتاجية بهدف تلبية الحاجات الغذائية للسكان واحتياجات الاقتصاد الوطني (راجع المواد 1، 2) من هذا القانون.



منح للمستفيدين في إطار قانون الثورة الزراعية الملغى بقانون 25/90 المشار إليه سابقا.

إلا أنه في ظل قانون 19/87 تمنح الدولة حق الانتفاع الدائم هذا باعتبارها مالكة لتلك الأراضي الفلاحية للمنتجين فيها بمقابل، أي لم يعد التنازل عن حق الانتفاع هنا مجانا كما كان في التشريعات السابقة، وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 06 من قانون 19/87 بقولها: « تمنح الدولة المنتجين الفلاحيين المعنيين بهذا القانون حق الانتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتألف منها المستثمرة.

يمنح حق الانتفاع الدائم مقابل دفع أتاوة من طرف المستفيدين يحدد وعاءؤها وكيفيات تحصيلها وتخصيصها في قوانين المالية»<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى قيام الدولة مالكة الرقبة هنا بالتنازل عن حق الانتفاع وبصفة دائمة لصالح المنتجين الفلاحيين قامت بعدها أيضا بالتنازل لهم عن جميع الممتلكات العقارية المنقولة التي تخصص لاستغلال الأرض ومنها: المباني السكنية وكذا المعدات الفلاحية التابعة للمستثمرات الفلاحية وهذا بمقابل مالي، وتدخل في ذمة المستثمرة الفلاحية بعد تكوينها قانونا كحق الانتفاع تماما.

يكون المستثمرين مالكين على الشيوع وبالتساوي في حق الانتفاع الدائم وأيضا لهم الحق في ملكية الممتلكات العقارية السكنية أو المنقولات إذا كان سبب كسبها وتكوينها راجع إليهم شخصيا بعد تكون المستثمرات قانونا ماعدا الأرض فتبقى دائما ملكا للدولة، وهو ما أكدت عليه المادة 07 من هذا القانون بقولها:

(1)- ضببطت قوانين المالية ابتداء من سنة 1988 هذه الأتاوة أو القيمة المحصلة لصالح الدولة مالكة الرقبة، وهذا لأول مرة بموجب قانون المالية رقم: 133/88 لمؤرخ في: 1988/12/31 والمتضمن قانون المالية لسنة 1989، ونشر بالجريدة الرسمية في الصادرة شهر جانفي 1989، العدد: 54. وبعدها بقيت هذه الأتاوة أو مقابل حق الانتفاع الدائم يعدل في كل مرة بموجب قوانين المالية اللاحقة.

إلا أنه في الناحية العملية نجد معظم المستثمرات الفلاحية تتهرب من دفع هذا المقابل دون أن تتدخل مصلحة أملاك الدولة بمقاضاتها وإلزامها بتسديد هذه المبالغ المالية لصالح الدولة المالكة ويتحجج المستثمرين لهذه الأراضي بتراكم ديون المستثمرات الفلاحية. وهذا في نظرنا كان نتيجة لسوء استغلال هذه المستثمرات الفلاحية لأن أغلبها منحت لأشخاص غير مؤهلين فلاحيا لكونهم لا تتوفر فيهم الكفاءة اللازمة لذلك، بالإضافة إلى التصرفات الغير قانونية لقيامهم بتحويل جزء كبير من بعض الأراضي الفلاحية إلى مجمعات سكنية ومحلات غير منتجة.

يضاف إلى هذا عوامل الطبيعة والتمثلة في ندرة مياه الأمطار من خلال سنوات الجفاف التي مرت بها الجزائر مباشرة بعد صدور هذا القانون (19/87).

« تمنح الدولة المنتجين الفلاحيين حق امتلاك جميع الممتلكات المكونة لذمة المستثمرة ماعدا الأرض، ويتم التنازل عن هذا الحق في الملكية بمقابل مالي وتكون الممتلكات المحققة من قبل الجماعات بعد تكوينها ملكا للمنتجين».

من هذا المنطلق فإن الدولة كشخص معنوي وباعتبارها مالكة للعقارات الفلاحية وفي حالة إسقاط حقوق المنتجين المستفيدين من المستثمرات الفلاحية بموجب قرار من الوالي في حالة التنازل عن الحصص طبقا لقانون 19/87، يحق لها هنا باعتبارها مالكة الرقبة أن تشفع في حق الانتفاع المتنازل عنه من طرف أصحابه، وعليه تصبح الدولة مالكة رقبة وانتفاع معا، أي بضم الحقين إلى بعضهما البعض ولمّ شتات الملكية بعد تفرقها ودون أن يزاحمها في هذا الشركاء الآخرون في حق الانتفاع لأنها في مرتبة أفضل منهم وهي المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة للمصلحة العامة.

أما الشركاء في الشيوخ بالنسبة لحق الانتفاع هذا فهم في المرتبة التي تليها أي المرتبة الثالثة وبالتالي لا يمكن لهم الاستشفاع في هذا الحق المتنازل عنه إلا إذا تنازلت الدولة عن حقها في الشفعة كمالكة رقبة، هنا فقط يتم الانتقال إلى أصحاب المراتب الموالية، وأولها مرتبة الشركاء في الشيوخ طبقا للمادة 2/795 من القانون المدني الجزائري، والمعنيين هنا هم الشركاء في حق الانتفاع الدائم أي جماعة المستفيدين أو المنتجين الفلاحيين المقررة حقوقهم على هذه الأراضي الفلاحية.

## 2- حالة كون مالك الرقبة شخصا طبيعيا:

وهي الحالة العادية طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 795 ق م ج حيث يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة عند بيع الكل أو الجزء من حق الانتفاع المصاحب للرقبة، وكما أشرنا سالفا فإنه بالرغم من إجماع الفقه المصري على ندرة حدوث مثل هذا الفرض في الميدان العملي<sup>(1)</sup>، إلا أنه يبقى واردا عمليا، وبالتالي يمكن تصور

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 545.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 310.

حدوثه في الواقع من خلال مجموعة من الافتراضات أوردها الفقهاء في هذا المجال وهي كالاتي:

**الفرض الأول:** حسب الفقهاء هو أبسط الفروض وأوضحها، ومقتضاه أن هناك عقار مملوك لشخص، وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر، فلو قام هذا الأخير ببيع حقه في الانتفاع لغير مالك الرقبة، حُقَّ لهذا الأخير أيضا أن يشفع في حق الانتفاع المبيع بأن يأخذه من المشتري ولو لم يرض هذا الأخير بالتخلي عنه<sup>(1)</sup> وعند أخذه لهذا الحق عن طريق الشفعة يكون بهذا قد استجمع شتات ملكيته بعدما كانت متفرقة، ويصبح حينها مالكا ملكية تامة على هذا العقار، وهو الهدف الأساسي والجوهري الذي على أساسه خول القانون المدني لمالك الرقبة هذا الحق بالاستشفاع في حق الانتفاع المبيع. ويرى الفقهاء بأن هذا الفرض المُبسَّط لا يمكن فيه لأي شفيع آخر أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة<sup>(2)</sup>.

**الفرض الثاني:** ويوصف بأنه أكثر تعقيدا من سابقه، ويتحقق في حالة ما إذا رتب العقار حق الانتفاع لفائدة أكثر من شخص واحد وعلى الشيوخ، بحيث لو قام أحد الشركاء ببيع نصيبه الشائع في حق الانتفاع هذا لشخص آخر غير مالك الرقبة ويفرض هنا أن يكون مقدار هذا النصيب الشائع هو نصف حق الانتفاع المصاحب للرقبة، يحق هنا لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة، ليصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار، ومالكا لرقبة النصف الآخر، وفي هذا الفرض يكون المالك قد استرد النصف من النصيب الشائع لحق الانتفاع وضمه للرقبة كلها، وهو بهذا إذا لم يكن في هذا الفرض قد استجمع أجزاء الملكية كلها بشكل تام، فإنه يكون قد تمكن من لم شتاتها في نصف العقار، وهذا أخف الضررين في نظرنا.

يضاف إلى ما سبق أن الشريك الآخر في حق الانتفاع لا يستطيع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعية في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 34.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 545.

- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 335.

الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوخ عامة<sup>(1)</sup>، وهو ما جاء به نص المادة 795 ق م ج عندما بيّن أصحاب الحق في الأخذ بالشفعة على الترتيب الوارد فيه، وهذا ما يدل قطعا أن الشفعة هنا تثبت لمالك الرقبة حتى ولو كان المشتري هو أحد الشركاء في الشيوخ في حصة حق الانتفاع المباعة<sup>(2)</sup>.

**الفرض الثالث:** يُعتبر هو الآخر الأكثر تعقيدا من الفرضين السابقين ومقتضاه أن يملك الرقبة أشخاص متعددون على الشيوخ ثم رتب على هذا العقار حق انتفاع لأشخاص متعددون أيضا، وقام بذلك أصحاب حق الانتفاع أو أحدهم المالكين لهذا الحق على الشيوخ ببيع نصيبهم في الانتفاع، فيكون لمالكي الرقبة على الشيوخ مجتمعين في أن يأخذوا المبيع بالشفعة، بحيث يكون استحقاق كل منهم على قدر نصيبه، وأما إذا طلب الشفعة في هذه الحالة أحد هؤلاء فحسب فلا يجوز له أن يشفع في المبيع إلا بقدر نصيبه في الرقبة<sup>(3)</sup>.

بناءً عليه فإن الشفعة في هذا الفرض لا يمكن الأخذ بها من طرف مالكي الرقبة على حق الانتفاع المُرتَّب على الشيوخ إلا إذا كانت هذه الصفقة قابلة للتجزئة بما يحقق الهدف من استغلال العقار، وإلا لا تجوز الشفعة لمالك الرقبة إلا إذا بيعت كل أجزاء حق الانتفاع الشائع، وهذا الفرض مثَّل له بعض الفقهاء بمثاليين تجسيدياً لصورتين شائعتين في العمل وهما:

**الصورة الأولى:** كأن تكون الرقبة مملوكة لشخصين على الشيوخ، ورتبا عليه حق انتفاع لشخص آخر، ثم قام هذا الأخير ببيع حق الانتفاع في هذا الفرض، فإن مالكي الرقبة طبقاً لهذه الصورة يستطيعان أن يشفعا في حق انتفاع المبيع ويصبحا كما كانا مالكيين للعقار ملكية تامة<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 545.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 34.

(3) - عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص 34.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 545.

لكن لو طلب الشفعة أحد مالكي الرقبة فقط دون الآخر، فله أن يأخذ وحده بالشفعة نصف حق الانتفاع، باعتباره النصف المصاحب للنصف الذي يملكه في الرقبة، فيعود كما كان مالكا لنصف الرقبة على الشيوخ ملكية تامة، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة في حين ان المشتري لحق الانتفاع يبقى لديه نصف هذا الحق فقط<sup>(1)</sup>.

في هذه الحالة أيضا يحق لمشتري حق الانتفاع أن يعترض على هذه النتيجة، ليمسك بقاعدة عدم تفريق الصفقة عليه، لأنه قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه فقط وعليه يكون له الحق في إجبار مالك نصف الرقبة الذي أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع بأن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفريق الصفقة، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الانتفاع الذي أراد أخذه<sup>(2)</sup> ومن هنا فإنه إذا اخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر المصاحب لملكية حصة شريكه، وأما في حالة امتناعه عن الأخذ بالشفعة، فإنه سيحصل مشتري حق الانتفاع على حقه في هذا الانتفاع كاملا وبالشكل الذي تعاقد عليه في بداية الأمر، وعندها لا تتفرق عليه الصفقة، ويبقى مالكا للرقبة كماهما مالكين للرقبة في الشيوخ بعد أن ترك

كل منهما حق الأخذ بالشفعة<sup>(3)</sup>.

(1) - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 418.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 546.

(3) - وفي هذا الشأن دائما أشار: عبد الرزاق السنهوري في هامش كتابه المشار إليه أدناه، إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد المصري كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم، وهو نص المادة 1385 من هذا المشروع بقولها: « لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبثمن واحد، غير الحق الذي أخذه بالشفعة، حقوقا أخرى لا شفعة فيها. إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة، فإن لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين». وحسب هذا الفقيه فإنه قد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع التمهيدي بشأن هذا الفرض على أنه: « إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله، فإن أحد من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه، ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ، كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه». وحسب هذا الفقيه الباحث فقد قامت نخبة مجلس الشيوخ بحذف هذا النص وترك هذا الحكم لاجتهاد القضاء المصري.

نشير هنا أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى لم يعالج هذه المسائل المتعلقة بهذه الفروض التي نحن بصددتها، وهذا من أجل الجزم بجواز الشفعة لمالك الرقبة هنا في هذا الفرض المتضمن تعدد مالكي الرقبة وتعدد المنتفعين أو أفرادهم، وهذا بسبب قاعدة عدم تفرقة الصفقة أو عدم تجزئة الشفعة، ليترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء.

**الصورة الثانية:** ومثالها أن يملك العقار مالكان في الشيوع مناصفة، ويُرتَّبان عليه معاً حق انتفاع لفائدة شخصين مناصفة أيضاً وعلى الشيوع، فلو باع أحد صاحبي حق الانتفاع حقه في الانتفاع جاز لمالكي الرقبة معاً أن يأخذه بالشفعة لأن كلاهما يملك حق الأخذ بها.

كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف، ولا يحق للمشتري أن يعترض عليه بحجة تفريق الصفقة لأنها لم تتفرق عليه<sup>(1)</sup>. أما لو باع المنتفعان معاً حقه في الانتفاع كله لمشتري واحد جاز لمالكي الرقبة أن يأخذه معاً بالشفعة، كما يجوز لأحدهما أيضاً أن يشفع في النصف المصاحب لحقه في الرقبة، إلا إذا تمسك المشتري حق الانتفاع هذا بقاعدة عدم تفرقة الصفقة عليه وهذا حتى تنسجم مع الحكمة من تقرير نظام الشفعة بلمّ شتات الملكية وعدم تفرق الصفقة عليه<sup>(2)</sup>، فيتعين هنا على مالك نصف الرقبة الراغب في الأخذ بالشفعة وحده إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً<sup>(3)</sup>. ويشير بعض الفقهاء هنا بخصوص هذا الفرض أن الشفعة كسبب مستقل من أسباب كسب الملكية في هذه الحالة لا تؤدي إلى

---

وفي هذا الصدد اختلف الفقه القانوني أيضاً بشأن هذا الحكم إلى اتجاهين:  
أحدهما: يؤيد ما ذهب إليه المشرع التمهيدي لهذا القانون داعين إلى ضرورة العمل بالنص المحذوف.  
والآخر: يرى بضرورة العمل بالحكم الذي قرره القضاء وسار عليه ومنهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا المرجع أيضاً حيث يقول هذا الأخير:  
« وقررنا أن الرأي الذي يتماشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط، وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه، فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع بالشفعة في العقار كله».  
- راجع في هذا: عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 546، هامش (1).  
(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 349.  
(2) - خليل جريج، الرسالة العلمية في الشفعة، مطبعة جان دارك، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ، ص 10.  
(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 547.

كسب الملكية، وإنما تؤدي إلى كسب حق الانتفاع، وهذا مقرر استثناء من الأصل العام الذي يقضي بأن الشفعة هي طريق لكسب الملكية<sup>(1)</sup>.

إن المشرع الجزائري عندما اعتبر الحكم المقرر في الفقرة الأخيرة، كان هدفه هو استجماع شتات الملكية بلم عناصرها وتوحيد مشتملاتها لتخلص لمالك العقار ملكية تامة، وهو ما تجلّى من خلال الحكمة المتوخاة من تقرير نظام الشفعة في القانون المدني والتشريعات الأخرى الخاصة كقانون التوجيه العقاري 25/90<sup>(2)</sup>، حيث أصبحت الشفعة تؤدي وظيفة عمرانية جليّة وتحقق أيضا وظيفة اقتصادية واجتماعية معتبرة من حيث إسهامها في تنظيم الملكية العقارية وتحسينها وتوفير مردودية أكثر في مجال العقارات الفلاحية، عندما تجتمع كل سلطات الملكية في يد شخص واحد، وبهذا قد نتحاشى كثيرا من النزاعات العقارية التي قد تحدث في هذا المجال، وبخاصة إدارة واستغلال هذه الأملاك العقارية المرتب عليها حقوق انتفاع لأجانب.

إضافة إلى ما سبق بيانه وتفصيله بشأن شفعة مالك الرقبة على حق الانتفاع المصاحب لها عند بيعه من طرف صاحب هذا الحق المرتب، سابقا على هذا العقار، فإن الفقهاء يرون في هذا المجال بأن الأحكام المتقدمة والخاصة بالشفعة على حق

(1) - عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 460.

(2) - إن قانون التوجيه العقاري مثلما اعترف بنظام الشفعة ووسع من مجاله ليشمل شفعة الجوار وشفعة الدولة للمصلحة العامة وشفعتها من أجل الحفاظ على الطابع الفلاحي للأراضي الفلاحية وتحقيق الاستغلال الأمثل لهذه الأراضي، بما يتماشى مع الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بالأراضي الفلاحية، فقد قرر حكما جديدا من خلال ما جاءت به المواد 27 و28 و29 من هذا القانون فيما يتعلق بمفهوم الملكية الخاصة، يضاف إلى المفهوم التقليدي الوارد في المادة 674 من القانون المدني، حيث تنص هذه الأخيرة على أن: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة»، بالإضافة إلى أن هذا الحكم يتوافق تماما مع أحكام القانون المدني في هذا المجال من حيث طبيعة حق الانتفاع وإمكانية التنازل عنه وطريقة كسبه، ويتجلى هذا المفهوم الجديد من خلال نصي المادتين 27 و28 من قانون 25/29، حيث تنص المادة 27 منه بقولها: «الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها». وتتص كذلك المادة 28 منه بقولها: «الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور وتخضع للأمر رقم 58-73 المؤرخ في: 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه، ويجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرها القانون». يشمل المفهوم الجديد من خلال هذه النصوص جواز ملكية الحقوق العينية العقارية كحق الانتفاع، والتصرف فيها بصفة مطلقة مثل حق الملكية تماما، إضافة إلى مصطلح حق التمتع الذي يشمل حق الاستعمال وحق الانتفاع طبقا لنص المادة 27 من قانون التوجيه العقاري مع مراعاة المصلحة العامة التي أقرها القانون ويُقصد بذلك الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للملكية الخاصة، وضرورة استعمال تلك الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها.

الانتفاع تسري أيضا على حق الاستعمال والسكن في الأحوال التي يجوز فيها النزول عن هذين الحقين<sup>(1)</sup>.

يجب في نظرنا أن يكون التنازل عن حق السكن وحق الاستعمال في صورة عقد بيع أي بمقابل نقدي دون التصرفات والعقود الأخرى، حتى يجوز الأخذ فيهما بالشفعة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا في عقد البيع.

تجدر الإشارة إلى أن الأحوال التي يجوز فيها التنازل عن هذين الحقين هي نفسها الحالات التي يجوز فيها بيع حق الاستعمال والسكن وهذا لا يتم إلا بناء على شرط صريح في العقد المكسب لهذين الحقين أو بناء على مبرر قوي، وهذا الأخير في نظرنا يخضع في تقدير مدى قوته للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وعليه يمكن القول بأن الاتحاد في الحكم بين حق الاستعمال وحق السكن كان نتيجة الطبيعة القانونية الخاصة لهذين الحقين، باعتبار أن نطاقهما يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم، إلا ما تضمنه السند المنشئ لهذين الحقين استثناءً، وبالتالي فمجالهما أضيق بالمقارنة مع حق الانتفاع، فهذين الحقين لهما طابع شخصي في استعمالهما رغم أنهما يدخلان ضمن الحقوق العينية، ولذا لا نجد هناك اختلافا كبيرا بينهما، إلا أن حق السكن لا يقع إلا على العقارات ذات الطابع السكني المخصصة لإيواء أفراد الأسرة.

أما حق الاستعمال فمجاله أوسع بقليل من سابقه لأنه يشمل كل استعمال للأموال، عقارية كانت أو منقولة، سكنية أو غير ذلك، إلا أن نطاقه محدود فقط بما يحتاجه صاحب هذا الحق<sup>(2)</sup> وهو ما يفرقه على حق الانتفاع، حيث يمكن لصاحب هذا الأخير التصرف فيه بكل حرية بشرط عدم الإضرار بالرقبة، فله أن ينتفع بثمار الرقبة بقدر مدة الانتفاع المحددة في السند المنشئ له إما لحاجته وأسرته أو

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 547.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 311.

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 14.

(2) - وهذا الحكم قرره المادة 855 ق م ج بقولها: « نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق ».



التصرف في الرقبة ببيعها أو هبتها أو غير ذلك (م 846 ق م ج) وما بعدها، وبناء على هذا يجوز للمنتفع التنازل وبيع حق الانتفاع، وله مطلق الحرية في ذلك بشرط احترام طبيعة العقار والغرض المخصَّص له.

إن حق الاستعمال والسكن كقاعدة عامة لا يجوز التنازل عنهما للغير من طرف أصحابهما إلا بإذن مالكي الرقبة، واستثناء يجوز النزول عنهما في حالتين فقط وهما: الشرط المدون في سند إنشائهما، وحالة المبرر القوي، كما أشارت إليه المادة 856 ق م ج، بقولها: « لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي»<sup>(1)</sup>.

بناء على ما سبق ذكره بشأن حق الانتفاع والاستعمال والسكن، ومادامت أيضا القواعد الخاصة بحق الانتفاع تعتبر سارية المفعول على حق الاستعمال والسكن أيضا حسب ما قرره القانون المدني في المادة 875 منه إلا ما تعارض منها مع طبيعة هذين الحقين، فإنه يمكن القول حسب وجهة نظرنا بأنه يجوز لمالك الرقبة أن يستعمل حقه في الأخذ بالشفعة عند قيام صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق السكن المرتبان على العقار ببيع هذين الحقين لغير مالك الرقبة سعيا منه لاسترداد هذين الحقين لتصير له الملكية العقارية تامة، وقلنا بهذا الحكم نظرا للتقارب والتداخل الموجود بين الطبيعة القانونية لهذه الحقوق العينية العقارية، فحق الاستعمال وحق السكن ما هما في الحقيقة إلا صورة أخرى أو شكلا خاصا من أشكال الانتفاع<sup>(2)</sup>.

(1) - نشير بدورنا إلى أن مفهوم المخالفة لهذا النص يدل بوضوح على إمكانية التنازل عن حق الانتفاع كحق عيني دون أن يتوقف ذلك على ورود شرط صريح في السند المنشئ له أو وجود مبرر قوي كما هو الحال في حق الاستعمال وحق السكن رغم أن كلا منهما يعتبر حقا عينيا في نظر القانون.

(2) - ويظهر لنا هذا التداخل ما بين حق الانتفاع وحق الاستعمال من خلال النصوص القانونية الواردة في القانون المدني المنظمة لحق الانتفاع، ومنها مثلا المادة 847 حيث تنص على أنه: « على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة». فنلاحظ بأن الانتفاع يتحقق بالاستعمال هنا، وأما حق السكن فهو مجرد استعمال لمحل ذا طابع سكني. والسكن في حقيقته هو أيضا انتفاع بالعقار المبني.

نجد أيضا بعض الفقهاء والباحثين يرون بجواز طلب الشفعة لمالك الرقبة عند بيع حق الاستعمال أو حق السكن في الأحوال التي يجوز فيها هذا البيع<sup>(1)</sup> وهذا نظرا للطابع القانوني الخاص لهذين الحقين.

### ثانيا: شفعة الشريك في الشيوخ:

الشريك في الشيوخ هو الشريك في العقار الشائع، وهو العقار المملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوخ، والشركة في الشيوخ هي تلك الحالة التي يتعدد فيها أصحاب الحق العيني على العقار بصفة عامة، سواء كانوا أصحاب ملك أو أصحاب حقوق انتفاع.

في هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد عرف الملكية الشائعة في المادة 731 ق م ج بقولها: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك»<sup>(2)</sup>.

من خلال هذا المنطلق يمكن القول بأن حق الأخذ بالشفعة هنا يتحدد مجاله عندما يتعلق الأمر ببيع الشريك لحصته الشائعة لأجنبي، ويتسع هذا المفهوم ليشمل الشريك في حق الانتفاع كما يشمل الشريك في حق الملكية، وما يؤكد هذا الحكم هو أن المشرع الجزائري نص على ثبوت الشفعة للشريك في الشيوخ بصفة مطلقة دون تقييد بالملكية الشائعة، وطبقا للقواعد الفقهية التفسيرية فإن المطلق يحمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيد، ونص المشرع الجزائري هذا جاء في المادة 795 ق م ج

(1) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 310.

- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق الأصلية، المرجع السابق، ص 350.

- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء 02، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1961، ص 67.

- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها- منشأة المعارف الإسكندرية القاهرة، 1995، ص 541.

(2) - نظم المشرع الجزائري في القانون المدني أحكام الملكية الشائعة في القسم الرابع من الفصل الأول ضمن الباب الأول وهذا في الكتاب الثالث تحت عنوان: الحقوق العينية الأصلية، ووردت أحكامها في المواد من 713 إلى 742 من هذا القانون.

في فقرتها الرابعة كما يلي: « يثبت حق الشفعة ... - للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي».

أكد كثير من الفقهاء في هذا المجال<sup>(1)</sup> بأنه عند تحديدنا هنا لمفهوم العقار الشائع ضمن هذا القانون، فإن المفهوم يتحدد انطلاقاً من ثلاث عناصر جوهرية: **أولها:** العقار المملوك ملكاً تاماً لعدد من الشركاء في الشيوخ، **وثانيها:** رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع، حيث تكون رقبة العقار عقاراً شائعاً إذا كانت لعدد من الشركاء في الشيوخ أيضاً، **والعصر الثالث:** يتضمن حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقبة، بحيث يكون حق الانتفاع بعقار عقاراً شائعاً إذا كان هذا الحق مملوكاً لعدد من الشركاء في الشيوخ<sup>(2)</sup>.

هذا بالإضافة إلى أن مصطلح «العقار الشائع» هو الآخر لفظ مطلق يشمل الملكية العقارية التامة وأيضاً ملكية الرقبة في العقار وكذلك ملكية حق الانتفاع العقاري، فكل من هؤلاء يعتبر عقاراً أو مالا عقارياً في نظر القانون المدني الجزائري وهذا بصريح المادة 684 منه بقولها: « يُعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار».

بناء على هذا فالقواعد الخاصة بشفعة الشريك في ملكية العقار تصدق أيضاً على الشريك في حق الانتفاع بالعقار. وبالتالي يمكن للشريك المشتاع في حق الانتفاع الوارد على العقار أن يطلب الشفعة إذا باع شريك آخر حصته الشائعة في الانتفاع لأجنبي<sup>(3)</sup>.

نشير في هذا المقام أيضاً أن قاعدة شفعة الشريك في الشيوخ المقررة قانوناً في المرتبة الثانية عند بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي، قد تقررت من أجل حكمة ظاهرة اعتبرها المشرع في هذا المجال وهي السعي إلى إبعاد الأجنبي من أن يقتحم

(1) - نقله: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 36.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 552.

(3) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 36.

نطاق الشركاء في الملكية الشائعة ومنعه من الاختلاط بهم<sup>(1)</sup>، لأجل الحد من تعدد الشركاء وبالتالي التقليل من عددهم كلما أمكن ذلك، لأن هذا قد يؤزم الأمور أكثر ويزيد من حجم المنازعات العقارية بين الشركاء، وهو ما قد يرهق كاهل القضاء بدعاوي قضائية كان بإمكاننا التقليل منها.

بالإضافة إلى هذا الاعتبار القانوني هناك أيضا اعتبارات اقتصادية أخرى تتجلى من خلال التقليل من الشيوخ وبالتالي التقليل من نفقات وتكاليف العقار، كما أنه يمكن أيضا إنهاء الشيوخ عن طريق الشفعة وبالتالي تجميع الملكية في يد شخص واحد، وهو ما يساعد ويشجع على الإدارة الحسنة والاستثمار الأمثل لهذا العقار بما يحقق مردودية اقتصادية أكبر، لهذا يرى الفقهاء بأن نظام الشفعة بناء على هذا الاعتبار يعتبر وقاية من تجزئة الملكية وهي من الأوضاع المرغوب فيها من الناحية الاقتصادية، بالإضافة إلى أنها تؤدي وظيفة عمرانية جليلة من حيث الإسهام في تنظيم الملكية العقارية وتحسينها عندما تجتمع الحصص الشائعة المبعثرة وتنتقل بحق الشفعة إلى يد واحدة تستقل بممارسة سلطاتها عليها<sup>(2)</sup>.

الملاحظ أن الاعتبار المشار إليه في الفقرة السابقة قد اعتمد في الفقه الإسلامي وُسلم به لدى جميع المذاهب الفقهية الأربعة، حيث تثبت الشفعة في الشريعة الإسلامية في حالة اتصال شركة في نفس العقار وذلك متى كان العقار المبيع جزءا شائعا مع حصة الشفيع في أرض مشتركة بينهما أو في دار كذلك، ويأتي هذا في المرتبة الأولى قبل حقوق الارتفاق وقبل حالة الجوار، وعليه فثبوت حق الشفعة للشريك في العقار المشترك على الشيوع هو مذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة<sup>(3)</sup>.

(1)- وهذه الحكمة هي نفسها المعتمدة قانونا عند تقرير حق استرداد الحصة من المنقول الشائع عند بيع حصة شائعة من هذا المنقول لأجنبي طبقا لما تقضي به المادة 721 ق م ج بقولها: « للشريك في المنقول الشائع، أوفي المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي...»

(2)- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية، أسباب الملكية - الأردن، 1999، ص 161.

(3)- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص 277.

بناء على ما سبق ذكره بشأن شفعة الشريك في الشيوع ومفهوم هذا الأخير قانوناً، سوف نبحت في هذا الجزء بالإضافة إلى ما ذكر سالفاً من خلال نقطتين جوهريتين هما:

1- شفعة الشريك على الشيوع في الملك.

2- شفعة الشريك على الشيوع في حق الانتفاع.

### 1- الشريك على الشيوع في الملك:

لتحقق شفعة الشريك على الشيوع في الملك لابد من توفر شروط معينة وهذه الشروط تتمحور حول صفة الشريك الذي له الحق في الأخذ بالشفعة والبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بها وهي كالاتي:

أ- ضرورة أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع في العقار الذي بيعت حصة منه لنفسه:

في هذا المقام يرى بعض الفقهاء بأنه لا يجوز للشريك في الجدار الفاصل المشترك بين ملكيته والعقار المبيع أن يأخذ بالشفعة باعتباره شريكاً، لأنه ليس شريكا في العقار المبيع ذاته ولكن يبقى له الحق في الأخذ بالشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه<sup>(1)</sup>، ونفس الحكم ينطبق على بيع غرفة أو طبقة واحدة من الدار المقسمة إلى عدة طبقات أو شقق مملوكة لكل منها ملكية مستقلة، حيث لا يجوز حسب هذا الاتجاه من الفقه لمالك طبقة أو غرفة أخرى أن يشفع في الطبقة أو الغرفة المباعة استناداً إلى ملكيته في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار كالفناء أو الباب أو السلم أو الأرضية المقام عليها البناء المقسم إلى طبقات، لاعتبار أن هذا المالك ليس شريكا في ملكية الطبقة أو الدار المباعة، أي ليس شريكا في العقار الذي بيعت حصة منه نفسه<sup>(2)</sup>.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1995، ص 162.  
(2) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1993، ص 549.

الإلا أن الرأي الثاني من الفقه يرى بعكس هذا الحكم، وبالتالي لا يرى ضرورة لوجود هذا الشرط وعليه يمكن حسبهم أن يشفع الشريك على الشيوع في البناءات المتلاصقة المقسمة إلى طبقات وشقق مملوكة لملاك مختلفين، حيث تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كذلك، وهكذا، فيجوز حسب هذا الاتجاه الفقهي أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات في الطبقة التي هي فوقه مباشرة والتي تحته كذلك، لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين<sup>(1)</sup>.

إن السبب في الحكم الوارد في الفقرة السابقة حسب نظرهم أن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض، والأرض هنا تعتبر ملكا شائعا لجميع ملاك الطبقات سواء كانوا في الأسفل أو الأعلى<sup>(2)</sup>، وعليه فصاحب الطبقة إذا باعها يكون قد باع معها حصته الشائعة في الأرض، وبالتالي في الطبقة التي بيعت بالإضافة إلى أن الشيوع هنا أقوى من الشيوع العادي لأنه إجباري بحيث لا يمكن لأي شريك هنا أن يطلب القسمة للتخلص من مضاره، فأولى لهم حسب هذا الفقه أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو جزئيا.

بناء على هذا المنطق القانوني يمكن لصاحب الدار أو الطبقة أن يكون شفيعا في الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لداره أو طبقته، لأنه لا يشفع هنا بسبب الجوار الملاصق، بل باعتباره شريكا عن الشيوع في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات كلها<sup>(3)</sup>.

(1) - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 436.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 413.

- محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 245.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 318.

(2) - وفي هذا الشأن يرى الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة أنه إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين لمالكين مختلفين فإن لكل منهما أن يشفع في عقار الآخر، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء، وهذا نظرا لأن ملكية البناء والأرض مشتركة بينهما معا أي مملوكة معا على الشيوع لكلا المالكين. راجع في هذا: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 413.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 570.

- محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، دون ذكر التاريخ، ص 439.

- محمد علي عرفة، ج 02، المرجع السابق، ص 434.

إلا أنه حسب وجهة نظرنا فإن الرأي الثاني هو الأقرب للصواب والمنطق القانوني من حيث عدم اعتبار هذا الشرط من أساسه، وهذا نتيجة للحجج والاستنتاجات التي تتماشى والمنطق القانوني بما يخدم الإرادة التشريعية من وراء تشريع نظام الشفعة في حالة بيع جزء من الملكيات الشائعة وكذا الحكمة التشريعية المنوطة بها في مثل هذه الظروف، والمتمثلة في منع دخول الأجنبي على سكان العمارة المالكين لكل أجزائها وطوابقها، وبالتالي إلحاق الضرر المحتمل بهم.

تجدر الإشارة في هذا المقام أنه خلافا للحكم الأخير (الرأي الثاني) لا يمكن الأخذ بالشفعة اتفاقا بين الرايين في حالة الشركة في مجرى مشترك معد للري، أو في فناء مشترك أو في طريق مشترك كذلك بين عقارين، وهذا بأن يشفع الشفيع بوصفه شريكا في الشيوع لأن حقه الشائع يقتصر هنا على الاستفادة من هذه الارتفاقات المشتركة فقط دون أن يتعدى هذا إلى العقارات المجاورة وعليه يمكن لهذا الشريك في هذه الارتفاقات أن يلجأ إلى الشفعة عند بيع العقار المجاور له ولكن على أساس شفعة الجوار متى توافرت شروطها<sup>(1)</sup>، وهذا الرأي قد أجمع عليه فقهاء القانون في هذا المجال<sup>(2)</sup>.

**ب- يجب أن يكون البيع لأجنبي:** ويترتب على هذا الشرط أنه لو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله، فإنه لا يجوز لأي من باقي الشركاء طلب الأخذ بالشفعة وهذا نتيجة عدم تحقق السبب المنطقي والقانوني الذي يجيز الأخذ بالشفعة لهذا الشريك في هذه الحالة، باعتبار أن هذا الأخير ليس أجنبيا عن الشركاء، وهذا الحكم قد فُرر صراحة في نص الفقرة الثالثة من المادة 795 ق م ج، بقولها: « للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي». وقد قصد

---

- عزت محمد حنورة، نظرية الشفعة في القانون المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1987، ص 84.

(1) - عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 352.

- إسماعيل غانم، ج 02، المرجع السابق، ص 67.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 361.

- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 548.

(2) - راجع في هذا أيضا، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 549.

المشروع إجازة الشفعة هنا من أجل منع الأجنبي من الاختلاط بالشركاء وبالتالي الدخول معهم في الشركة حماية لمصالحهم الخاصة فيها، لأن مصلحتهم أولى بالرعاية.

يضاف إلى هذا أن المشروع يسعى دائما بأن يصبح المالك العقاري في يد مالك واحد أو التقليل قدر الإمكان من الشيوخ، وهذه الحكمة هي نفسها التي من أجلها حُول للشريك في المنقول أو المجموع من المال<sup>(1)</sup> استرداد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي من خلال ما قرره المادة 721 من القانون المدني الجزائري.

يؤيد الحكم الذي قرره المادة 795 السابق ذكرها أيضا نص المادة 796 من نفس القانون في فقرتها الثالثة حيث نصت على أنه: « وإذا 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». هذا يدل صراحة أن المشتري للحصة الشائعة إذا كان هو نفسه أحد الشركاء في الشيوخ فُضِّل قانونا على أي شفيع شريك في الشيوخ مثله، لأنه شفيع من طبقته<sup>(2)</sup> وإنما يأخذ الشريك في الشيوخ الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة في حالة كون مشتري هذه الحصة أجنبيا عن الشركاء<sup>(3)</sup>.

حسب الفقه والقانون فالمقصود بالأجنبي في هذه الحالة هو الشخص المشتري الذي تباع له الحصة الشائعة من غير الشريك في العقار<sup>(4)</sup>، ولهذا فالشفيع هنا ما دام شريكا في الشيوخ فيعتبر من طبقة أعلى بالمقارنة مع هذا الأجنبي المشتري، لذا

(1) - المجموع من المال هنا يقصد به الأموال العقارية والمنقولة المجتمعة معا بحيث تكون في جملتها ملكا لشخص واحد، ويراد قسمتها معا كما هو الحال في أموال التركة التي تتألف من المنقولات والعقارات وفي المقابل هناك تعدد للورثة.

(2) - إلا أن الفقه الإسلامي يري بعكس هذا الحكم، وهو بذلك لا يساير القانون في ما ذهب إليه، وهذا يجعل الشريك المشتري لا يتقدم على الشريك الشفيع وبالتالي لا يفضل عليه، وإنما يرى الفقه الإسلامي بضرورة أن يتقاسم كل من الشريكين الصفقة معا بحيث إذا تعدد الشركاء خلاف البائع كانت الحصة المبيعة بين الطالبين على السواء، لاستوائهم جميعا في استحقاق أخذها بالشفعة، وهذا لأن الفقه الإسلامي لا يشترط بجواز الشفعة هنا أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا لأجنبي. راجع في هذا: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 271.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 551.

(4) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 337.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 311.



حُقَّ له التقدّم عليه دون منازع وضمن هذا المفهوم يرى الفقهاء بأنه حتى ولو كان المشتري جارا توافرت فيه شروط الشفعة فإنه مع ذلك يعتبر أجنبيا بالنسبة إلى الشركاء في الشيوخ، ومن هنا يمكن لأحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ الحصة الشائعة المباعة من يد هذا الجار المشتري عن طريق الشفعة، لأن البيع في هذه الحالة قد تم لأجنبي بالرغم من كون هذا الجار شفيعا، إلا أن الشريك في الشيوخ موجود ضمن طبقة أعلى من طبقته فيستطيع بذلك الأخذ منه بالشفعة ويؤيد القانون هذا الحكم من خلال مقتضى نص المادتين 795 و 796 المشار إليهما سابقا.

**ج- يجب أن يكون الشفيع شريكا في الشيوخ وقت البيع، وأن يكون البيع لحصة شائعة :** بالنسبة للشرط الأول الوارد في هذا العنوان يترتب عليه أن الشفعة لا يمكن الأخذ بها لمن اشترى حصة من أحد الشركاء بعقد غير مشهر<sup>(1)</sup> لدى مصلحة الشهر، والسبب في هذا أنه لا يملك أي جزء من العقار الشائع، لأنه قبل الشهر لا يُعد مالكا، فالملكية في البيوع العقارية وكذلك كل الحقوق العينية الأخرى في العقار حسب نص المادة: 793 ق م ج لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا إذا روعيت الإجراءات التي قررها القانون، وهي إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر العقاري، ووقت انتقال الملكية هو تاريخ الشهر بالمحافظة العقارية، وهو ما تنص عليه أيضا التشريعات التي تدير مصلحة شهر العقار<sup>(2)</sup>.

(1) - الشهر العقاري هو نظام قانوني تميزه مجموعة من القواعد والإجراءات التي يجب مراعاتها لضمان حق الملكية العقارية بانتقالها أو نشأتها أو تعديلها وكل الحقوق العينية الأخرى، وبالتالي ضمان جميع العمليات القانونية الواردة على هذه العقارات، والشهر العقاري يتم لدى مصلحة شهر العقود والتصرفات القانونية الخاضعة للشهر بموجب التشريعات الخاصة بالشهر، وهذا بتسجيل هذه التصرفات في السجل العقاري الذي تعده هذه المصلحة والتمثلة حاليا في المحافظة العقارية عندنا في الجزائر، ويرتب الشهر العيني في البيوع العقارية الأثر العيني للعقار وهو انتقال الملكية من البائع إلى المشتري من تاريخ الشهر المدون بالسجل العقاري، وللشهر نظامان أحدهما: الشهر العيني حيث يتم التسجيل هنا طبقا للمعلومات الخاصة بالعين ذاتها، وهو الأصل المعتمد في الشهر عموما وله حجية مطلقة. وأما الآخر: فهو الشهر الشخصي، حيث يتم الشهر هنا تحقيفا لوظيفة الإعلان عن طريق التركيز على أسماء الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، وهذا في الأراضي التي لم يتم بها عملية مسح الأراضي كعلاج مؤقت فقط في انتظار إتمام العملية نهائيا، وله حجية نسبية فقط.

(2) - ومن هذه التشريعات الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 11/12/1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ولا سيما المواد 14، 15، 16 منه حيث يعتبر إجراء الشهر إلزاميا بالنسبة للعقود الرسمية المنشئة أو الناقلة، أو المعدلة الواردة على الملكية العقارية المعدة بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية. - وكذلك ما جاء به المرسوم التنفيذي: 63/76، المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، والشهر أيضا إجباري في هذا المرسوم طبقا لنص المادة 90 منه، وليس فقط على أطراف العقد بل أيضا على

كما لا تثبت الشفعة أيضا لمن اشترى جزءاً مفرزاً من أحد الشركاء ولو شهر عقده لاعتبار أن هذا العقد غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي لا يُعتبر شريكا معهم في الشئوع.

بناء على ما سبق بيانه فإنه حتى يُحوّل للشريك في الشئوع الحق في الأخذ بالشفعة يجب عليه أن يكون مالكا للعقار المشفوع به، وهذا وقت بيع العقار المشفوع فيه مع ضرورة بقاءه مالكا له إلى حين إتمام الأخذ بالشفعة، ولا يؤثر في هذا الحكم الأخير ما يمكن أن ترتبه القسمة بعد ذلك مما قد يؤدي في النهاية إلى حرمان هذا الشريك الشفيع من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه، لأنه ربما كان يهدف من وراء الأخذ بالشفعة أن يخلص له نصيبه في العقار الشائع بعد القسمة مجاورا للعقار المشفوع فيه، إلا أن القسمة لم تحقق له هذا الجوار، فبالرغم من كل هذا يستفيد من نظام الشفعة مادام مالكا أو شريكا في الشئوع وقت بيع هذا العقار للأجنبي.

يترتب على ما سبق بيانه أيضا - وهو ما أكدته كثير من الفقهاء - أن الشفعة لا تثبت لهذا الشريك في حالة انقضاء الشئوع لأي سبب من الأسباب حتى ولو تم بعد ذلك بيع جزء من العقار كان يدخل ضمن أجزاء العقار الشائع<sup>(1)</sup>.

بناء على ما سبق فالعقار الذي كان شائعا بين مجموعة من الأشخاص ثم قسم إلى أجزاء مفرزة يختص كل شريك بحصة واضحة المعالم والحدود لا يمكن الأخذ فيه بالشفعة<sup>(2)</sup> طبقا لواقعة الشركة في الشئوع، لكن يمكن لهذا الشريك السابق أن يؤسس شفيعته على أساس الجوار، إذا كانت الأرض المراد الاستشفاع فيها ذات طابع فلاحى طبقا لما تقضي به المادة 57 من قانون التوجيه العقاري وهذا من أجل تطبيق أحكام المادة 55 من نفس القانون بغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرات

---

الموثقين والسلطات الإدارية وكتاب الضبط والقناصلة، حيث يسميهم هذا المرسوم بالمحررين للتصرفات الواجبة للشهر.

- يضاف إلى سلسلة هذه التشريعات ما تضمنه قانون التوجيه العقاري 25/90 المؤرخ في: 1990/11/18، ولاسيما المادة 29 منه بقولها: « يثبت الملكية الخاصة للأمالك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري».

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 16.

(2) - فؤاد ماهر، القسمة العقارية، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، دون ذكر التاريخ، ص 130.

الفلاحية التابعة للخواص، وضمانا لعدم الإضرار بقابلية الأراضي الفلاحية للاستثمار الفلاحي وعدم التغيير من وجهتها الفلاحية<sup>(1)</sup>.

يرى الفقه والقانون بأن زوال الشيوخ يتم أيضا عن طريق القسمة وبصرف النظر عن كونها ودية أم قضائية، وبالتالي لم يعد الشركاء بعد هذه القسمة مالكيين على الشيوخ، بحيث لو باع أحدهم حصته مفرزة إلى شخص أجنبي لا يمكن للشركاء الآخرين أن يأخذ بالشفعة بحجة أنهم شركاء فيه، وهذا لأنهم لم يعودوا شركاء في الشيوخ بعد عملية القسمة الرضائية أو القضائية، بل أصبحوا جيرانا فتثبتت الشفعة هنا في هذا الحالة لسبب آخر غير الشيوخ وهو الجوار متى توفرت شروطه<sup>(2)</sup>، وهذا الحكم مقرر بسبب الخروج عن الشيوخ والانتقال إلى وضعية قانونية أخرى وهي الجوار ولها أحكاما خاصة بها تميزها عن أحكام الملكية الشائعة.

من هذا المنطلق منع القانون كلا من كان شريكا قبل القسمة أن يلجأ إلى إتباع الإجراءات الخاصة بالشفعة على أساس الشركة في الشيوخ، لأن الغرض منها في هذا الحالة هو إبعاد الأجنبي من اختلاطه بالشركاء واقتحامه مجال الملكية الشائعة، من أجل التقليل قدر الإمكان من عدد الشركاء وإنها الشيوخ، وهذه كلها اعتبارات قانونية واقتصادية أيضا، من خلال تزايد قيمة الاستثمار بتوحيد الملكية في يد شخص واحد، وكذا تجنب الملكية الشائعة والشركاء أيضا الأضرار المتوقعة من جراء المنازعات التي قد تحدث مستقبلا وبالتالي إرهاب كاهل العدالة بالقضايا العديدة المطروحة أمام المحاكم<sup>(3)</sup>.

(1) - تشير في هذا المقام إلى أن شفعة الجوار غير واردة في نصوص القانون المدني، وإنما جاء بها قانون التوجيه العقاري استثناء فقط من أجل تنظيم الأراضي الفلاحية فقط والحيلولة دون فقدان تابعها الفلاحي والحفاظ على قابليتها للاستثمار الفلاحي طبقا لنص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري بقولها:

« يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 85/75 المؤرخ في: 1975/05/26 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة».

(2) - عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الملكية، دار الفكر العربي، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ، ص 214.

(3) - لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، بحيث منشور بمجلة الموثق دورية داخلية متخصصة، العدد 06.

- أما بالنسبة للشرط الثاني المتضمن في الشق الثاني من عنوان هذه الفقرات وهو وجوب أن يكون البيع لحصة شائعة: ففي هذه الحالة يكون البيع صحيحا وناظدا بين الطرفين وكذلك بالنسبة لباقي الشركاء، وبالتالي سيصبح المشتري شريكا معهم وهذا دون التوقف على موافقتهم ومن اجل هذا منح لهم القانون حق الأخذ بالشفعة لتجنب دخول هذا المتصرف إليه الأجنبي بينهم لكن لو قام أحد الشركاء ببيع نصيبه المرتب على جزء مفرز من الملكية الشائعة لأجنبي، فقد ثار خلاف فقهي حول هذا منقسما إلى اتجاهين أساسيين وهما:

**الأول:** يرى أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين متى كان المشتري يعلم بالوضعية القانونية للملكية الشائعة وأن الشريك البائع للجزء المفرز إنما يمكنه على الشيوع أن يتصرف قانونا في نصيبه، إلا أن هذا البيع غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، وعليه لا تجوز الشفعة هنا لأي شريك مشتتاع ضد مشتري النصيب المفرز من هذا المال الشائع، وهذا لأن المشتري كذلك لا يعد شريكا في نظر القانون مع شركاء البائع، وبالتالي انتفت الحكمة من تقرير الشفعة لباقي الشركاء عند بيع شريكهم حصته لأجنبي في هذه المسألة<sup>(1)</sup>.

يضاف إلى هذا أن بيع حصة مفرزة من العقار الشائع لا يؤدي إلى جعل المشتري شريكا في الشيوع معهم وإنما يظل البائع هو الشريك حتى تقع القسمة<sup>(2)</sup>، وقد أسس هذا الاتجاه الفقهي رأيه هذا أيضا على نظام استعمال حق الاسترداد للحصة الشائعة في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار المخول لأي شريك في هذا الشيوع ضد المشتري الأجنبي لهذه الحصة الشائعة طبقا لنص المادة 721 من القانون المدني الجزائري.

(1) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 314.

- إسماعيل غانم ج 02، المرجع السابق، ص 69.

(2) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 350.

يكون التأسيس الوارد سابقا عن طريق قياس نظام الشفعة في هذه الحالة على نظام الاسترداد في المنقولات أو المجموع من المال<sup>(1)</sup>، و لهذا لا يرى أنصار هذا الاتجاه أدنى مبرر للتفرقة في هذا الخصوص بين حق الاسترداد والشفعة لأن الحكمة منهما واحدة<sup>(2)</sup>.

بناء على ما سبق بيانه وإيراده بشأن هذا الاتجاه الأخير فقد قرر لديهم عدم جواز الأخذ بالشفعة لأي شريك في الشيوخ ضد هذا الجزء المفرز من العقار الشائع الذي باعه أحد الشركاء لأجنبي، وبالتالي لا تجوز الشفعة هنا إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه ولأجل هذا الحكم فُسرت عبارة نص الفقرة الثالثة من المادة 795 ق م ج: «... إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي»، حيث أن لفظ "جزء" والمطابق للفظ "شيء" في النص المصري<sup>(3)</sup> يُقصد به في تفسير هؤلاء الفقهاء الحصة الشائعة، فيكون المقصود من عبارة: «بيع شيء أو جزء من العقار الشائع» بيع حصة شائعة في هذا العقار<sup>(4)</sup>، وتوصل أنصار هذا الاتجاه وفقا للحكم السابق إلى حكم آخر مكمل له وهو أن الشريك المشتاع ما دام لا يمكنه الأخذ بالشفعة في الجزء المفرز من ذلك العقار الشائع الذي تم بيعه من طرف شريكه في الشيوخ فإنه يترتب على هذا أنه لا يجوز كذلك لمشتري هذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار باعها شريك مشتاع.

وفي المقابل لو اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة جاز له ذلك، ولا يمكن حسب هؤلاء الفقهاء أن يحتج عليه المشتري على أساس أنه هو نفسه شريك مشتاع مثله

(1) - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 551.

- شفيق شحاتة، شرح القانون المدني الجديد - القسم الأول - النظرية العامة للحق العيني دون ذكر دار النشر، مصر، دون ذكر التاريخ، ص 260.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 352.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 428.

(3) - تنص المادة 936 في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري بقولها: «للشريك في الشيوخ إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي». راجع معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 18.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 550.

قبل شرائه للحصة الشائعة، باعتباره أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة<sup>(1)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يرى هذا الاتجاه الفقهي عكس الأول، وهذا بجواز الأخذ بالشفعة من طرف باقي الشركاء في العقار الشائع عند بيع شريكهم المشتاع حصته المفرزة من العقار الشائع<sup>(2)</sup>، وهذا ما دام أن التصرف الذي أقدم عليه شريكهم المشتاع يعتبر في نظر القانون صحيحا فيما بين المتعاقدين، وحتى الشركاء الآخرين لا يمكنهم قانونا الاعتراض على هذا التصرف لأن هذا يدخل في حقوق وصلاحيات الشريك المشتاع طبقا لما تقضي به المادة 1/714 ق م ج بقولها: « كل شريك في الشروع يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها... ».

يضاف إلى ذلك أن المتصرف إليه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه، وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة<sup>(3)</sup>، وهذا لأن قواعد الملكية المفرزة في هذه الحالة تأخذ أحكام الملكية العادية، لكنها في حقيقتها مجرد تصرف في جزء مفرز ما زال تابعا لملكية شائعة فيأخذ بذلك أحكام هذه الأخيرة وليس أحكام الملكية العادية في نظرنا، كما أن مصطلح الفرز المقصود به هنا ليس هو الفرز الذي تختص به الملكية العادية غير الشائعة، وكل ما في الأمر هو إمكانية استئثار المتصرف إليه بحصة الشريك المشتاع والاستحواذ عليها بكيفية تمكنه من الانتفاع بها واستعمالها وفقا لطبيعتها، دون أن يخرجها ذلك من نطاق الملكية الشائعة، طالما بقيت هذه الأخيرة دون قسمة، وعليه يبقى ذلك الجزء المفرز محافظا على طبيعته القانونية كونه ينتمي لعقارات شائعة.

(1) - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 419.  
- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 314.  
- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 550.  
(2) - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 464 .  
- عزت حنورة، المرجع السابق، ص 43.  
- محمد علي عرفة، ج 02، المرجع السابق، ص 412.  
(3) - عبد المنعم البدرأوي، نفس المرجع، ص 163.  
- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع و المقايضة، منشأة المعارف بالإسكندرية القاهرة، 1992، ص 397.

يرى هذا الاتجاه الفقهي القائل بجواز الشفعة في هذه الحالة أن النتيجة المنطقية التي تترتب على وفقها الحكم السابق هو صيرورة هذا المشتري شريكا في الشيوخ، رغم شرائه لجزء مفرز من الملكية الشائعة، وهذه النتيجة المنطقية وذلك الحكم السابق مصدرهما نص المادة 795 في فقرتها الثالثة، حيث جاء فيها أن الشفعة تثبت للشريك في الشيوخ في حالة إذا بيع "جزء" من العقار المشاع إلى أجنبي، ومن هنا قرر هذا الجانب من الفقه بأن هذا التعبير كما يصدق على بيع الحصة الشائعة يصدق أيضا على بيع الجزء المفرز<sup>(1)</sup>.

يضاف إلى ما ذكر أعلاه أن لفظ "الجزء" في النص جاء عاما لأنه يشمل الحصة الشائعة والمفرزة معا، و العام يحمل على عمومته حتى يرد ما يخصه. أما تأسيس الرأي الأول مذهبهم الفقهي هذا بقياس نظام الشفعة على نظام الاسترداد في المنقولات أو المجموع من المال طبقا لمقتضى نص المادة 721 ق م ج، فيعتبر حسب أنصار الرأي الثاني قياسا مع الفارق لاعتبار أن نظام الاسترداد يقوم على بيع حصة شائعة في منقول معين، والقسمة في المنقولات تزيل كل صلة أو ترابط بين من كانوا شركاء في هذا المنقول وهذا بخلاف الأمر في العقار<sup>(2)</sup>، بسبب أن الطبيعة القانونية للمنقولات تختلف جوهريا عن الطبيعة القانونية للعقارات، ويظهر الفارق جليا من خلال المفهوم القانوني لكل منهما<sup>(3)</sup>.

إن ما يمكن أن يدل عليه مفهوم كلاً من المنقول والعقار صراحة أن الشيوخ في المنقول يمكن إزالته بالقسمة وبالتالي لا يبقى له أي أثر مستقبلي، لأنه قابل للحركة والتنقل من مكان لآخر دون تلف بخلاف العقار يتعذر نقله من حيز لآخر دون أن يلحقه تلف وضرر، والقسمة في الملكية العقارية الشائعة حتى ولو أزلت واقعة الشيوخ إلا أنها تُرتب أثرا مستقبليا يتمثل في واقعة قانونية جديدة، ألا وهي

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال، دون ذكر دار النشر البلد والتاريخ، ص 345.

(2) - عزت حنورة، المرجع السابق، ص 42.

(3) - وفي هذا السياق حددت المادة 683 ق م ج مفهوم كل من المنقول والعقار بقولها: « كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول ».

حالة الجوار وهي الأخرى قد يترتب عنها أضراراً لا نهاية لها إلا بالترحال والتنقل إلى إقامة أخرى لمن كان قادراً على تغيير مقر السكن وإلا بقي الجار يتضرر من ذلك الشريك الأجنبي سابقاً وهو نفسه الجار الجديد في الوضعية القانونية الحالية وهذا على مدى طول الحياة لكل من الجارين، وبناءً على هذه النتيجة المنطقية والحتمية، لا يمكن في نظرنا قياس الاستشفاع في العقارات على الاسترداد في المنقولات.

أخيراً نرجح الحكم الذي قرره أنصار الاتجاه الثاني والقائلين بجواز الشفعة للشريك المشتاع عند بيع حصته مفرزة لأجنبي من طرف شريك آخر في هذا العقار الشائع ليأخذ نفس حكم بيع الحصة الشائعة، طبقاً لعموم نص الفقرة الثالثة من المادة 795 ق م ج، حيث تشمل بيع النصيب المفرز والنصيب الشائع معاً وأيضاً طبقاً لما ورد في المادة 714 من نفس القانون والتي تجيز لأي شريك في الشيوخ أن يتصرف بحرية في كامل حصته باعتباره مالكا لها ملكية تامة، بشرط ضرورة إعلام المتصرف إليه بالوضعية القانونية لمحل التصرف وهذا تحت طائلة البطلان، ومتى تم هذا الإعلام فإنه لا يضمن المتصرف من الشركاء المشتاعين تعيين هذا المحل بعد القسمة رغم كونه محددًا في سند التصرف<sup>(1)</sup>.

## 2- الشريك على الشيوخ في حق الانتفاع:

إن مصطلح الشريك في الشيوخ يصدق فقهاً وقانوناً على الشريك في الملك كما يصدق على الشريك في حق الانتفاع الذي انفصلت عنه الرقبة، بحيث يكون حق الانتفاع بعقار عقاراً شائعاً في حالة إذا كان هذا الحق مملوكاً لعدد من الشركاء في الشيوخ، وفي هذا السياق قرر القانون أن كلا من حق الرقبة في عقار وحق الانتفاع في عقار يُعتبر عقاراً، وهذا بصريح المادة 684 ق م ج بقولها: «يعتبر

(1) - وقد أكدت المادة 2/714 ق م ج على هذه الفكرة بقولها: « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ». »



ملا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار».

إلا أنه رغم هذا المفهوم الصريح للمال العقاري فقد ثار جدل فقهي بشأن أحقية الشريك في حق الانتفاع طلب الشفعة باعتباره شريكا في الشيوخ، وانقسم فقهاء القانون إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** يرى بعدم أحقية الشريك في حق الانتفاع الأخذ بالشفعة بشأن الحصة الشائعة في حق الانتفاع التي باعها شريك آخر في هذا الحق إلى أجنبي<sup>(1)</sup>، وهذا لأن المقصود من النص « إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي » يشمل فقط الشريك في الملك دون صاحب حق الانتفاع، بالإضافة إلى أن القانون المدني هنا نص صراحة و بوضوح على شفعة صاحب حق الانتفاع عند بيع الرقبة كلها أو بعضها وهذا من أجل جمع ما تفرق من حق الملكية، وبحيث لو كان المشرع يرغب منح الشريك في الانتفاع الحق في الأخذ بالشفعة لنص على هذا صراحة كما فعل في الحالة السابقة.

**الاتجاه الثاني:** يرى معظم الفقهاء في هذا المجال أن القواعد السابقة الخاصة بالشريك في ملكية العقار تصدق أيضا على الشريك في حق الانتفاع بالعقار، حيث أنه يجوز للشريك المشتاع في حق الانتفاع الوارد على عقار أن يطلب الشفعة إذا باع شريك آخر حصته الشائعة في الانتفاع لأجنبي<sup>(2)</sup>.

استند الرأي المشار إليه في الفقرة الأخيرة إلى نفس الفكرة التي تضمنها نص المادة 684 ق م ج السابقة الذكر على أساس أن العقار كما يشمل الرقبة يشمل أيضا حق الانتفاع الذي انفصل عن الرقبة<sup>(3)</sup>، وكما أن عبارة "الشريك في الشيوخ" التي

(1) - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 222.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص 36.

- عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق ص 339.

- جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 429.

- محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 413.

- شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 260.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص 353.

وردت في نص المادة 936 من القانون المدني المصري والمقابلة لنص المادة 795 جاءت مطلقة بحيث تصدق على الملكية كما تصدق على الانتفاع بالعمارة، والمطلق يجري على إطلاقه حتى يرد ما يقيد<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى أن الحكمة المقررة من أجل تشريع الشفعة لمصلحة الشريك في الملك العقاري متوفرة أيضا عند الشريك في حق الانتفاع<sup>(2)</sup>، فصاحب حق الانتفاع هو الآخر يتضرر من شريكه الأجنبي كما يتضرر الشريك في الملك تماما، لهذا وجب قانونا إلحاق الثاني بالأول من أجل الاستفادة معاً من الأخذ بالشفعة باعتبارهما شركاء في الشيوع، ويرى هؤلاء الفقهاء بضرورة التمييز بين صاحب حق الانتفاع باعتباره شفيعا على أساس أنه صاحب كل حق الانتفاع الملابس للرقبة طبقا لنص المادة 795 ق م ج السابقة الذكر وبين صاحب حق الانتفاع هذا، باعتباره شفيعا على أساس أنه مالكا في الشيوع مع منتفع آخر أو عدة منتفعين لنفس العقار.

ففي الحالة الأولى الواردة في الفقرة السابقة لا يمكن لصاحب حق الانتفاع التقدم كشاف قانوني إلا إذا كان يريد الاستشفاع في الرقبة، وهذا عند بيعها كلها أو بعضها، وهنا يأتي في المرتبة الثالثة بين الشفعاء.

لكن الأمر يختلف في الحالة الثانية لو أن صاحب حق الانتفاع تقدم للاستشفاع لكونه شريك في الشيوع في حق الانتفاع، وهنا يحتل صاحب حق الانتفاع في هذه الحالة المرتبة الثانية بين الشفعاء.

وحسب ما قرره الفقه والقانون فإنه لو حدث وأن تزامم الشريك المشتاع في حق الانتفاع مع مالك الرقبة وهو الحق الذي انفصل عنه حق الانتفاع، فيقدم من

---

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 312.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 21.

(2) - إسماعيل غانم، المرجع السابق ص 68.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص 345.

- محمد لبيب شنب، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، دون ذكر دار النشر والبلد، 1988 ص 79.

- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 548.

كان في مرتبة أعلى وهو مالك الرقبة في هذه الحالة باعتباره شفيعا في المرتبة الأولى على الشريك المشتاع في حق الانتفاع لاعتبار هذا الأخير يحتل المرتبة الثانية بالمقارنة مع الأول<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث:

#### صاحب حق الانتفاع.

يجوز قانونا لصاحب حق الانتفاع الذي فصل عن الرقبة أن يشفع في الجزء من الرقبة أو كلها الملايسة لهذا الحق، وهذا طبقا لما تقضي به المادة 3/795 ق م ج، حيث قررت ثبوت الحق في الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها وهذا في المرتبة الرابعة بالنسبة للشفعة إجمالا وفقا للتشريع الجزائري<sup>(2)</sup>. وجاء نص الفقرة الثالثة من النص السابق كما يلي: «لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها». فشفعة صاحب حق الانتفاع هنا تختلف تماما عن شفيعته لكونه شريك مشتاع في حق الانتفاع ويريد أن يشفع في العقار على هذا الأساس، لأنه في هذه الحالة الأخيرة يتدخل باعتباره شريك مشتاع وبالتالي يحتل المرتبة الثالثة إجمالا لا المرتبة الرابعة شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشيوخ.

الملاحظ هنا وكما أكده كثير من فقهاء القانون المدني أن ثبوت الشفعة في هذه الحالة يستجيب لنفس الاعتبارات التي أدت إلى ثبوتها لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه، وبالتالي يشتركان في نفس الحكمة التشريعية المعتمدة قانونا وفقها وهي لم شتات الملكية بعد تفرقها<sup>(3)</sup>، أو ما يعبر عنه أيضا: بجمع ما تفرق من عناصر حق الملكية في يد واحدة ولذات العلة تثبت الشفعة أيضا حسب اجتهادات الفقهاء، وبنفس الشروط لصاحب حق الاستعمال أو السكن طبقا لما

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 554 .

وهذا بمراعاة المستجدات القانونية التي أضافها قانون التوجيه العقاري بخصوص شفعة الدولة للمصلحة العامة  
(2) - وكذا ما قرره قانون التسجيل في هذا المجال أيضا عندما يتعلق الأمر بشفعة الدولة لصالح الخزينة العامة.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 542.

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 22.

تقضي به المادة 857 ق م ج والتي قررت سريان أحكام حق الانتفاع على هذين الحقيين متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما<sup>(1)</sup>، وهذا بقولها: « تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقيين وذلك مع مراعاة الأحكام المتقدمة ».

إن ثبوت الشفعة لصاحب حق الاستعمال وحق السكن لا يتحقق إلا في الحالات التي يمكن فيها التنازل للغير عن هذين الحقيين، كما إذا نص في العقد المانع لحق الاستعمال أو السكن صراحة على إمكانية النزول عنهما من طرف المستفيد للغير، وكما هو الشأن أيضا بالنسبة للأحكام المقررة في المادة 856 ق م ج<sup>(2)</sup>.

بناء على ما سبق بيانه فإنه طالما أن شفعة صاحب حق الانتفاع تشترك مع شفعة مالك الرقبة عند بيع الانتفاع المصاحب لها في الحكمة التشريعية المقررة لهما فقها وقانونا فإن الفروض المعتبرة بالنسبة لشفعة مالك الرقبة هي نفسها الفروض المقررة عند شفعة صاحب حق الانتفاع على الرقبة المصاحبة لهذا الحق، وهو ما أكدته غالبية فقهاء القانون في هذا المجال<sup>(3)</sup>.

تطبيقا للقواعد السابقة المتعلقة بتلك الفروض<sup>(4)</sup> فإن أبسطها هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص واحد و مُثقل بحق انتفاع لفائدة شخص واحد أيضا بحيث أصبح مالك العقار بناءً على هذا مالكا لرقبته فقط، فلو باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها كان لصاحب حق الانتفاع أن يطلب الأخذ بالشفعة في الرقبة المباعة دون أدنى صعوبة<sup>(5)</sup>، وهو الوجه العادي والشائع في العمل أيضا، فتجتمع بذلك كل

(1) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 314.

- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 541.

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 270 .

(2) - حيث تنص هذه المادة على أنه: « لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي ».

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 555 .

- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق: ص 421.

(4) - راجع الجزء الأول من الفرع الثاني من هذا المطلب والخاص بشفعة مالك الرقبة، ص 157.

(5) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 22.

أجزاء الملكية العقارية بأن يصير مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية تامة وهذا هو الهدف الأساسي الذي من أجله منح صاحب حق الانتفاع الشفعة في الرقبة.

أما تطبيقات الفروض الأخرى بشأن صاحب حق الانتفاع هنا فنتناولها كالاتي:  
أولاً: أن يكون حق الانتفاع مملوكاً لشخص واحد وتكون الرقبة مملوكة لعدة أشخاص وباع أحدهم حصته فيها، كان لصاحب حق الانتفاع أن يطلب الأخذ بالشفعة على الرقبة المبيعة لأن هذه الأخيرة هي بعض الحق المصاحب لحق الانتفاع مما يدخل في حكم النص (م 3/795 ق م ج).

كما تثبت الشفعة أيضاً للشريك الآخر في الرقبة وغيره من الشركاء ممن طلب الأخذ بها لأن الشريك في الرقبة إذا طلبها فضل على صاحب حق الانتفاع باعتباره متقدماً عليه في المرتبة، ويطلق على هذه الحالة قانوناً وفقها تزامم الشفعاء، لأنه إذا تزامم على الشفعة في بيع الحصة الشائعة في الرقبة شريك آخر في ملكيتها وصاحب حق الانتفاع فضل الشريك في الرقبة، لأنه في مرتبة سابقة على شفعة المنتفع في ملكية الرقبة<sup>(1)</sup>.

يُشترط لكي يقوم هذا التزامم أن يكون بيع الحصة الشائعة في الرقبة صادر لأجنبي لأنه إذا كان المشتري شريك آخر في الرقبة فلا تصح الشفعة لصاحب حق الانتفاع، باعتبار أن المشتري في هذه الحالة يعتبر شفيعاً هو الآخر ولكن في منزلة مفضلة على صاحب حق الانتفاع طبقاً لما تقضي به المادة 796 ق م ج<sup>(2)</sup>.

ومن هذا المنطلق يتأكد لدينا الفرق بين شفعة صاحب حق الانتفاع على الرقبة وشفعة مالك الرقبة على حق الانتفاع المصاحب لها، ذلك أن شفعة هذا الأخير

---

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 40 .

(1) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 541.

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 270.

(2) - تنص المادة 796 ق م ج بشأن مسألة تزامم الشفعاء بقولها: « إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

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

- وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى ».

تعتبر صحيحة حتى ولو باع أحد الشركاء في الانتفاع حصته الشائعة إلى شريك آخر غير الأجنبي، بخلاف صاحب الانتفاع لا يمكنه الأخذ بالشفعة إلا إذا كان البيع صادر لأجنبي<sup>(1)</sup>.

**ثانياً:** إضافة إلى ما سبق ذكره بشأن الفرض الأول هناك فرض آخر وهو: إمكانية كون الرقبة مملوكة لعدة أشخاص على الشيوع مع تعدد أصحاب حقوق الانتفاع عليها، فيمكن هنا لأصحاب حقوق الانتفاع أن يشفعوا مجتمعين في الرقبة المباعة باعتبارهم معا شركاء في الشيوع، وهذا بأن يشفع كل منهم بقدر نصيبه. أما في حالة لو طلبها البعض منهم دون البعض الآخر من الشركاء في الشيوع في حق الانتفاع أو طلبها أحدهم فقط، فإنه لا يجوز له أن يشفع في المبيع إلا بقدر نصيبه في الانتفاع وكما هو مقرر فقها وقضاء فإن الشفعة لا تثبت حينئذ في حدود هذا القدر إلا إذا كانت الصفقة قابلة للتجزئة، لأنه إذا لم تكن كذلك فلا يحق للمنتفع أن يأخذ بالشفعة<sup>(2)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن الفقه الإسلامي لا يعترف بشفعة صاحب حق الانتفاع عند بيع الرقبة كلها أو بعضها، وهذا لاعتبار أن فقهاء الشريعة الإسلامية أنفسهم لا يعترفون بحق الانتفاع كحق عيني وارد على العقارات بالطريقة المنظمة وفقا للقانون المدني لأن هؤلاء الفقهاء يرون بعدم إمكان بيع المنافع أصلا، وبالتالي فلا مجال للأخذ بالشفعة هنا على الإطلاق، وهذا لأن فقهاء الإسلام لا يجيزون البيع إلا في الأعيان دون المنافع، وكذلك بالنسبة لحق الاستعمال وحق السكن فليس محللا للبيع في نظرهم<sup>(3)</sup>.

بخصوص المسألة المتعلقة بشفعة أصحاب حقوق الانتفاع المقررة على الرقبة عند بيعها فقد ظهر في المجال التطبيقي والعملية بشأن هذه الواقعة الكثير من النقاش والجدل، ويتمحور ذلك حول مسألتين هامتين هما كالآتي:

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 23.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 40.

(3) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص 277.

1- معالجة مدى جواز تمسك المستأجر بحق الشفعة طبقا لنصوص التشريع الجزائري؟.

القاعدة العامة أنه طبقا لنص المادة 795 ق م ج السابق ذكرها<sup>(1)</sup> نجد بأن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاث المشار إليها في هذا النص، لاعتبار أن حق الانتفاع هو حق عيني، في حين أن حق الإيجار هو حق شخصي، وهو ما أيدته المحكمة العليا في قرارين لها جاء نص الأول كالآتي: « من المقرر قانونا أن حق الشفعة يكون لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفته الإجراءات والخطأ في تطبيق القانون يعد غير وجيه.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما رأوا أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني باعتبار أن حق الإيجار هو حق شخصي في حين أن حق الانتفاع هو حق عيني ومن ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما<sup>(2)</sup>.

وأما نص القرار الثاني فقد جاء فيه ما يلي: « من المقرر قانونا أنه يكتسب حق الانتفاع 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 الانتفاع المناسب للرقبة.
- 2- للشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع للأجنبي.
- 3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها. ولما ثبت - في قضية الحال - بأن قضاة المجلس قرروا بأن صفة الطاعنين كمستأجرين للأمكنة لا تسمح

(1) - تنص المادة 795 ق م ج في هذا الشأن على أنه: « يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة،

- للشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ».

(2) - قرار المحكمة العليا، رقم 54/388، المؤرخ في: 1988/12/25 المجلة القضائية الصادرة في 1992،

لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة و لا يمكن اعتبارهم كذلك كمنتفعين حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني فإنهم سببوا قرارهم تسبباً كافياً وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأسباب ليس في محله»<sup>(1)</sup>.

من هذا المنطلق نجد بأن المستأجر ليس له الحق في الأخذ بالشفعة لأن حق الإيجار لا يمكنه بأي حال أن ينزل منزلة حق الانتفاع لاعتبار أن هذا الأخير عيني بينما الأول هو حق شخصي، والشفعة لا تقرّر إلا في الحقوق العينية العقارية دون الحقوق الشخصية.

إلا أنه خروجاً عن القاعدة العامة المقررة سلفاً حول المشرع الجزائي بنص استثنائي خاص ورد في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري<sup>(2)</sup> للمستأجر الشاغل حق ممارسة الشفعة عند قيام المؤجر الذي يعتبر شخصاً معنوياً ببيع البناية التي يملكها أجزاء وهذا المستأجر الشخص الطبيعي إنما يشغل فقط أحد أجزاء البناية، حيث يمكنه ممارسة الشفعة على الأجزاء الأخرى من العقار المبني إذا قرر المؤجر الذي يحمل صفة الشخص المعنوي بيعها إلى أجنبي.

إن النص الاستثنائي الخاص هو نص المادة 23 من هذا المرسوم حيث تنص على أنه: « إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها أجزاء يستفيد الشاغل القانوني للجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه، وتُبيّن بدقّة نية البيع على الخصوص ثمن البيع المطلوب، كما يجب أن تبلغ برسالة موصى عليها مع وصل استلام إلى الشاغل الذي يتعين عليه أن يجيب خلال أجل لا يمكن أن يتجاوز شهراً واحداً، ويصبح حق الشفعة بدون أثر إذا انقضى هذا الأجل ».

من خلال هذا النص يتضح لنا جلياً بأن المشرع الجزائي قد أضاف طبقة أخرى من الشفعاء بصفة استثنائية وهم المستأجرين لأحد أجزاء البناية التي يملكها

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 150/100، المؤرخ في: 1997/11/19، المجلة القضائية الصادرة في 1997، العدد 02، ص 55.

(2) - المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في: 1993/03/01، والمتضمن النشاط العقاري والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1993/03/03، العدد 14.



شخص معنوي أجزاء خروجاً عن القاعدة العامة، يشترط هنا دائماً في هذا النوع من الشفعة أن تكون البناية أو العقار المبني ملكاً لشخص معنوي دون أن يشمل هذا الحكم أملاك الأشخاص الطبيعيين، يضاف إلى هذا وحسب عموم النص<sup>(1)</sup> أن الشخص المعنوي هنا قد يكون عاماً كذلك التي تمارس نشاطها في إطار القانون الخاص<sup>(2)</sup>، وقد يكون هذا الشخص المعنوي خاصاً كشركة أو مؤسسة خاصة تابعة للأفراد، وحسب وجهة نظرنا فإن المشرع هنا في هذه الحالة الخاصة قد لجأ للشفعة لمعالجة قضية اجتماعية وهي توفير السكنات للأفراد من جرّاء أزمة السكن التي تمر بها البلاد.

فكان الالتجاء للشفعة هنا علاجاً لتلك الأزمة من جانب معين بتقرير الأولوية لشاغلي هذه البنايات من شرائها، فهي مصلحة أولى بالرعاية لأنهم في أمس الحاجة لمثل هذه السكنات، وفي المقابل جاء أيضاً هذا المرسوم التشريعي بالموازاة مع إلغاء حق البقاء في الأمكنة المشغولة بناء على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني طبقاً للمادة 20 من هذا المرسوم<sup>(3)</sup>.

حيث كان بمقتضى نصوص القانون المدني ومنها المادة 514<sup>(4)</sup> منه وما بعدها الحق للمستأجرين الشاغلين عن حسن نية للأماكن المعدة للسكن أو المهن أن يتمسكوا بالبقاء في الأماكن المستأجرة من أجل تجديد الإيجار مرة أخرى وهذا الحكم هو الآخر قرّر لعلاج أزمة السكن التي تمر بها البلاد.

(1) - وعموم النص هنا يدل أيضاً على أن حق الشفعة هذا مخول لكل المستأجرين و مهما كانت نوعية الإيجار سواء تعلق الأمر بالإيجار السكني أو المهني، لأن لفظ البناية عام يشمل البناية ذات الطابع السكني أو المهني، والعام يحمل على عمومته حتى يرد ما يخصه.

(2) - ومنها على وجه الخصوص الأملاك العقارية المبنية التابعة للدولة كملكية خاصة لها والمسيرة من طرف ديوان الترقية والتسيير العقاري.

(3) - حيث جاء نص المادة 20 من المرسوم كما يلي: « لا تطبق المواد 471 و 472 و 473 و 474 و 509 وكذا المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمذكور أعلاه والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي».

(4) - وأما المادة 514 هذه فتتص على أنه: « للشاغلين عن حسن نية للأماكن المعدة للسكن أو المهن والمنافع بها عن طريق الإيجار الحق في أن يتمسكوا بالبقاء في الأماكن دون اللجوء إلى أي إجراء حسب مقتضيات و شروط العقد الأصلي ما لم تكن مخالفة لنصوص هذا القانون».

2- هناك مسألة أخرى تتعلق بمدى جواز تمسك مؤجر جدران المحل المعد للاستعمال التجاري بحق الأخذ بالشفعة عند قيام المستأجر ببيع القاعدة التجارية للغير؟<sup>(1)</sup>، فبالرجوع لأحكام الشفعة وشروطها ومنها شرط أن يرد البيع على عقار نجد بأنه ما دامت الشفعة لا ترد إلا على العقارات، وبما أن القاعدة التجارية ليست بعقار بل هي مال منقول معنوي وبالتالي لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة، وهذا الحكم هو الجاري به العمل لدى القضاء الجزائري، و في هذا الشأن أكدت المحكمة العليا في أكثر من قرار لها على هذا الحكم، ومنه القرار الذي ينص على أنه: « متى كان من المقرر قانونا أن مالك الجدران يمنع من التعرض لمستأجره إذا أراد بيع قاعدته التجارية باعتبار أن حق الشفعة ينحصر نطاقه في العلاقات التي ينظمها القانون المدني.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه صرح بأن حضور مؤجر المحل التجاري يعد ضروريا لإبرام العقد الذي باع بمقتضاه المستأجر قاعدته التجارية ثم منح هذا المؤجر الأولوية لشرائه، يكون قد خالف القانون، واستوجب نقضه»<sup>(2)</sup>.

فهذا القرار يؤكد لنا قطعا أنه لا يمكن للمؤجر بأي حال من الأحوال أن يتمسك بحقه في الشفعة على القاعدة التجارية عند قيام المستأجر ببيعها، لأن هذه الأخيرة ما هي في حقيقتها إلا منقولا يخضع للقواعد والمبادئ التي تحكم المنقولات، والشفعة لا ترد إلا على العقارات.

وبالمقابل أيضا لا يجوز للمستأجر هو الآخر أن يتمسك بحق الأخذ بالشفعة عند قيام المؤجر ببيع الجدران لفائدة الغير، وهو ما قررته المحكمة العليا في قرار آخر لها جاء نصه كالاتي: « حيث أنه من الثابت أن حق الشفعة المنصوص عليه في المواد 794 وما يليها من القانون المدني لا يمكن ممارسته إلا إذا تعلق الأمر

(1) - حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 34.

(2) - قرار المحكمة العليا رقم 30/401، المؤرخ في 1984/01/21، المجلة القضائية الصادرة في سنة 1990، العدد 01، ص 100.

بيع عقار، حيث أن المحل التجاري لا يعتبر عقارا بالمفهوم القانوني، إذ أنه يتكون من أموال معنوية وعليه فإن القرار المنتقد لم يخرق أي نص قانوني عندما رفض دعوى المستأجر الطاعن الرامية إلى ممارسة حق الشفعة في محل تجاري يوجد داخل عقار الذي تم بيعه من قبل المؤجر الأصلي»<sup>(1)</sup>.

هناك أيضا قرار آخر للمحكمة العليا يتماشى مع القرار السابق الإشارة إليه، ويرتكز أساسا على ما ورد في المادة 794 من القانون المدني من أحكام خاصة بالشفعة، وكذا فكرة أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات، وبالتالي لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية، أي القاعدة التجارية باعتبارها تدخل في قائمة المنقولات لا العقارات<sup>(2)</sup>.

في نفس السياق يوجد قرار آخر للمحكمة العليا يقرر عدم اعتبار التاجر مستأجر جدران المحل التجاري صاحب حق انتفاع بالمعنى القانوني، وبالتالي لا يمكنه ممارسة الشفعة عند بيع هذا الجدران بالرغم من أن هذا الأخير يعتبر عقارا، وهذا لأن التاجر هنا عند إنشائه للملكية التجارية التي تتكون من المحل التجاري باعتباره مال منقول أو منشأة التاجر أو الصناعي أو الحرفي طبقا لنص المادتين 78 و 172 من القانون التجاري، يكون قد أنشأ ملكية شخصية متعلقة فقط بالشخص المنشئ لها بصفة مستقلة عن ملكية الجدران أو العقار المخصص لاستغلال المحل التجاري، بينما المنتفع حسب هذا القرار ووفقا لما تقضي به المادة 844 ق م ج لا يمكنه قانونا اكتساب حقه في الانتفاع إلا بمقتضى اتفاق أو عن طريق التقادم أو الشفعة أو بحكم القانون.

لهذا السبب قررت المحكمة العليا في هذا القرار الصادر عنها: « بأن التاجر لا يمكنه في هذه الحالة ممارسة حق الشفعة، إذ أن حقه الوحيد يقتصر فقط على

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 181/039، المؤرخ في: 1999/02/09، المجلة القضائية الصادرة في سنة 1999، العدد 01، ص 159.

(2)- قرار المحكمة العليا رقم 155/181 المؤرخ في 1997/11/18، نشرة القضاة الصادرة في سنة 1999 العدد 54، ص 78.

الحصول على تعويض عن الإخلاء (تعويض الاستحقاق) قبل خروجه من المحل حيث يستغل محله التجاري وفقا لنص المادة 176 من القانون التجاري إلا في حالة الحكم بالخروج بسبب خطأ جسيم يرتكبه المستأجر»<sup>(1)</sup>.

قبل إقفال باب النقاش حول هذه المسائل العامة و التي أثير حولها جدلا عميقا من الناحية العملية أو التطبيقية، وبخاصة ما تعلق بالمسألة الأولى عند الكلام عن مدى أحقية المستأجر الأخذ بالشفعة في إطار نصوص التشريع الجزائري، نرى أنه كان من الأولى للمشرع أن يعمم سريان الحكم الممدد لنطاق الشفعة عندما شمل المستأجر أو الشاغل القانوني لأحد أجزاء البناية التي يملكها الشخص المعنوي، ونص على حق هذا المستأجر في الأخذ بالشفعة فكان الأجدر بالمشرع أن يعمم هذا الحكم أكثر لكي يحقق الفائدة والمنفعة العامة المنوطة به ليشمل الأخذ بالشفعة أيضا لكل المستأجرين للعقارات المبنية سواء كانوا مستأجري أملاك عقارية تابعة للأشخاص الطبيعيين أو تلك التابعة للأشخاص المعنوية، حسب ما قرره نص المادة 23 من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري .

إن تعديل النص المشار إليه في الفقرة السابقة في رأينا سوف يساهم فعليا بدرجة أكبر من أجل تحقيق الفائدة الاجتماعية المرجوة من هذا النص، وهي حماية المصلحة الأولى بالرعاية ويؤدي هذا إلى المساهمة في علاج أزمة السكن التي تمر بها البلاد حاليا، وبالتالي الموازنة بين عواقب الإجراء القانوني الحاصل بمقتضى نص المادة 20 من هذا المرسوم و الذي ألغى حق البقاء في الأمكنة الذي كان مخولا بمقتضى نصوص القانون المدني المشار إليها سالفًا، وبين الإجراء القانوني الجديد الموسع لنطاق الشفعة في التشريع الجزائري حسبما جاءت به المادة 23 من هذا المرسوم.

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 179/132 المؤرخ في 1998/03/25، المجلة القضائية الصادرة في سنة 1998، العدد 01، ص 89.

إن نص المادة 20 من هذا المرسوم يعتبر حكمه مقرر لصالح الطرف القوي في هذه القضية، ويمثل جماعة المالكين المؤجرين عن طريق حمايتهم من تعسف المستأجرين في حقوقهم من جراء حق البقاء في الأمكنة المقرر سابقاً.

أما نص المادة 23 منه فقد قرر حكماً لصالح الطرف الضعيف في هذه القضية عندما مدد الأخذ بالشفعة ليشمل المستأجر للبناء التي يملكها الشخص المعنوي.

لكي تتحقق الموازنة الكاملة في نظرنا بين الحقوق المشار إليها في الفقرات الأخيرة كان لابد للمشرع أن يوسع في نطاق الشفعة أكثر لتشمل كل أنواع الإيجارات دون تفرقة بين المؤجر الشخص المعنوي أو الطبيعي، وبالتالي يتحقق الهدف الكامل للمشرع من وراء هذه التوسعة، وبناء عليه نرى بأن نص المادة 23 من المرسوم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري يمكن أن يكون على الشكل الآتي: « إذا قرر شخص مؤجر بيع البناء التي يملكها أجزاء يستفيد الشاغل القانوني أو المستأجر للجزء المعروض للبيع من رخصة الشفعة لشرائه... ».

## الفرع الرابع :

### شفعة الجوار.

الجوار واقعة مادية وقانونية تقرر القرب أو التلاصق بين العقارات المتجاورة، وهذا القرب أو التلاصق بين الأملاك العقارية قد يمنح في كثير من الحالات حقوقاً بين الجيران كما يترتب التزامات تقع على عاتقهم مقابل ذلك، ومن بين تلك الالتزامات والحقوق ما يتجسد في صورة الشفعة في نظر الفقه الإسلامي وبعض التشريعات الحديثة ممن حذت حذو الشريعة الإسلامية فاقتبست أحكام شفعة الجوار من هذه الأخيرة.

من التشريعات الحديثة من حذفت أصلاً شفعة الجوار من قوانينها المدنية والعقارية كما هو الحال في التشريع اللبناني مؤخرًا<sup>(1)</sup>، وهو ما نادى به كثير من

(1) - ألغى المشرع اللبناني شفعة الجوار بالقانون رقم 461 المؤرخ في 1995/08/31 المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 1995/09/07، العدد 36.

فقهاء القانون المعاصرين بحجة عدم الحاجة لشفعة الجوار في عصرنا الحاضر المميز بازدهام البناءات وتعدد الطبقات فأصبحت الأضرار الجوارية تكاد تكون مألوفة، وأما غير المألوفة أو غير العادية يمكن مقاضاة الجار الضار أمام القضاء، وبالتالي فشفعة الجوار لم يعد ما يبررها قانونا في ظروف المجتمع الحالي<sup>(1)</sup>.

يرى الاتجاه السابق أن الشفعة أصلا وردت على خلاف الأصل وهي تدخل في حالات انتزاع الأملاك من أصحابها بغير رضاهم، لذلك فهي وسيلة شاذة من وسائل كسب الملكية جاءت على خلاف القياس دفعا لضرر متوقع له.

من هذا المنطلق وجب عدم التوسع في الشفعة، وضرورة حصرها وتقييدها إلى أبعد الحدود الممكنة، ومن هذا التوسع الغير جائز في نظرهم ثبوت الشفعة للجوار في عصرنا الحاضر عند بيع العقار المجاور له، وبالتالي يرون بضرورة إلغاء شفعة الجوار، لأنه لم يعد لها ما يسوغها في ظل الحياة الاجتماعية الحديثة، وبخاصة في مجال المباني المعاصرة حيث انتفى فيها ما كان يسببه التجاور في المباني القديمة من أذى للجيران من حيث إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار<sup>(2)</sup>.

بالرجوع كذلك إلى مصادر الفقه الإسلامي نجد بأن شفعة الجار ليست محل إجماع بين الفقهاء، فقد ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى القول بعدم جواز الشفعة للجار، في حين يرى الحنفية عكس ذلك وهو القول بإجازة الشفعة للجار الملاصق<sup>(3)</sup>. وهو ما يؤكد فعلا بأن شفعة الجوار لم تلق ترحيبا كبيرا من جمهور

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط 04، منشأة المعارف بالإسكندرية القاهرة 1995 ص 519.

(2) - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية - ج 02، دون ذكر دار النشر، الأردن، 1999، ص 161-162.

(3) - فخر الدين عثمان الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق المطبعة الأميرية، القاهرة، دون ذكر التاريخ، ص 239.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ج 02، المرجع السابق، ص 275.  
- محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي القاهرة، سنة 1996، ص 146 و 147.

- محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 162.

فقهاء الشريعة الإسلامية ولا من جمهور فقهاء القانون من بعد<sup>(1)</sup>، بيد أن هذا الخلاف الفقهي في الفقه الإسلامي بشأن مدى مشروعية شفعة الجوار كان له أثره وصداه على المشرعين في مختلف الدول العربية، حيث لم تتفق هذه القوانين ممن اعتمدت أحكام الشفعة في نصوصها على الاعتراف بشفعة الجوار كسبب لكسب الملكية، إذ نجد بأن القانون الكويتي لا يعترف بهذه الأخيرة، وأيضاً فعل المشرع اللبناني مؤخراً عندما ألغى شفعة الجوار، وأما المشرع المصري فقد اعترف بها لكن بقيود وشروط خاصة لم ترد في مذهب الحنفية.

أما المشرع الجزائري فلم يتناول هذا النوع من الشفعة ضمن أسبابها الواردة في المادة 795 ق م ج، إلا أنه بعد بداية التغيير في المسار الاقتصادي تدريجياً سنة 1990 نص عليها المشرع الجزائري ضمن نصوص قانون التوجيه العقاري 25/90 المشار إليه سابقاً، و لكن في حالات جزئية خاصة، تختلف عما ورد بالتشريعات المشار إليها أعلاه.

بالإضافة إلى أن المشرع لم يذكر لا حالات الجوار ولا شروطه، على عكس المشرع المصري الذي فصل في هذا المجال أحسن تفصيل ضمن القانون المدني المصري الجديد في المادة 936 منه بند (هـ)<sup>(2)</sup>.

ومن هذا المنطلق ارتأينا معالجة بعض النقاط الهامة ضمن هذا الفرع نتناولها على الترتيب وهي: مفهوم الجوار القانوني ونطاقه (أولاً)، ثم نتناول شفعة الجوار في الفقه الإسلامي (ثانياً)، ثم القانون المصري، باعتباره أحد المصادر التاريخية الهامة للقانون المدني الجزائري (ثالثاً)، ونختم هذا الفرع بموقف المشرع العقاري الجزائري من شفعة الجار (رابعاً).

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 24 .  
(2) - حيث تنص المادة 936 هذه على أنه: "يثبت الحق في الشفعة للجار المالك في الأحوال الآتية:- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.- إذا كانت للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق ارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين و تساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.  
- نقلها عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، دون ذكر السنة ص 361.

## أولا : المقصود بالجوار القانوني ونطاقه:

**1- المقصود بالجوار القانوني:** الجوار كما أشرنا سابقا واقعة قانونية مادية تستلزم القرب والتلاصق بين العقار المبيع (المشفوع فيه) والعقار المملوك للشفيع (العقار المشفوع به) ويقصد بالتلاصق عدم وجود انفصال تام بين هذين العقارين بأن يفرق بينهما عقار آخر مستقل (كساحة أو طريق) غير مملوك لأي من الشفيع والبايع، أو كان تابعا للبايع لكنه لم يدخل في البيع لأي سبب كان<sup>(1)</sup>.

**2- نطاقه:** إن نطاق شفعة الجوار يتمحور حول نطاقها من حيث الموضوع ونطاقها من حيث الأشخاص كما يلي:

**أ- من حيث الموضوع:** نطاق شفعة الجوار من حيث الموضوع يشمل حالة التلاصق الحاصلة بين العقارات تلاصقا تاما ومباشرا دون فاصل ما عدا المساحات والطرق والمصارف الخاصة المملوكة لأحد الطرفين أو مشتركة بينهما حيث لا تغير تلك الفواصل من وضعية التلاصق والجوار القانونية إلا إذا كانت عبارة عن مساحات ومصارف وطرق عمومية، فهنا ينتفي التلاصق وبالتالي لا يتحقق الجوار القانوني<sup>(2)</sup>، كما يُشترط ألا يكون الفاصل بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه اصطناعيا يُقصد به مجرد حرمان الشفيع من حق الشفعة تحايلا على نصوص القانون، كأن يقوم البائع بتجزئة الأرض المباعة إلى قطعتين فيبيع الجزء الغير مجاور للشفيع تاركا الشريط المحاذي لعقار هذا الأخير دون بيع، حتى لا يستطيع هذا الشفيع أن يتمسك بشفعة الجوار لأن هناك فاصلا بين العقارين لم يدخل في محل البيع، أو كأن يتم هبة هذا الشريط الفاصل للمشتري أو أي شخص آخر<sup>(3)</sup>.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 25 .

- أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1998 ص 355.

(2) - مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون ذكر التاريخ، ص 422.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 26.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 44.



للإشارة فقد كان استعمال مثل تلك الحيل لإسقاط الشفعة محل خلاف في الفقه الإسلامي حيث أجازها بعض الفقهاء بدعوى أن الشفعة حق ضعيف ومنعها البعض الآخر، إلا أن فقهاء القانون يُجمعون على أن هذا الاحتيايل بوجود الفاصل بين العقارين لا ينتفي معه التلاصق والجوار، وتجاوز الشفعة حينها وهو موقف القضاء أيضا<sup>(1)</sup>، وهذا التحايل يعتبر حسب كثير من الفقهاء بأنه يدخل في دائرة الغش وهو مفسد لكل أمر وبالتالي يجوز للمدعى لهذا التحايل إثباته بكافة طرق الإثبات، كما يتمتع قاضي الموضوع في تقديره لوجود الغش سلطة تقديرية دون تعقيب من محكمة النقض<sup>(2)</sup>.

لا يشترط في التلاصق بالمعنى القانوني أن يكون ممتدا بقدر كافي كما ذهب إلى هذا بعض الفقهاء، ممن رأوا بأن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه والقاضي هو الذي يقدر ذلك الامتداد حتى يكفي لتبرير شفعة الجوار<sup>(3)</sup>.

إلا أن أغلب الفقه وما استقر عليه القضاء المصري في هذا الشأن وما يراه الفقه الإسلامي أيضا أنه يكفي التلاصق ولو بشبر واحد وهذا هو الحل السليم في نظر جمهور فقهاء القانون<sup>(4)</sup>.

---

(1) - نقله: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 377 .  
- مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع ص 422.  
- رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 305.  
(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية المرجع السابق ص 305.  
- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 567.  
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 377 .  
- عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص 44 .  
(3) - محمد كامل مرسي، ج 03، المرجع السابق، ص 220.  
- شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 259 .  
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية نفس المرجع، ص 375 .  
(4) - محمد علي عرفة، المرجع السابق ج 02، ص 420.  
- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 316.  
- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 71.  
- عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 442 .

**ب- من حيث الأشخاص:** ويعني ذلك ثبوت الشفعة للجار المالك دون سواه والذي يملك فعلا عقارا ملاصقا لعقار جاره، ويستوي أن يكون مالكا ملكية مفرزة أو مالكا مع غيره على الشيوع، كما يستوي أن يكون مالكا ملكية تامة أو مالكا للرقبة فقط، لأن الرقبة تمثل جوهر الشيء<sup>(1)</sup>، إلا أنه يترتب على هذا أن صاحب حق الانتفاع أو السكن ليس له أن يطلب الأخذ بالشفعة إذا بيع العقار المجاور للعقار الذي يرد عليه حقه لأنه ليس مالكا<sup>(2)</sup>.

كما أنه يكفي أن يكون الشفيع مالكا للبناء دون الأرض المقام عليها حتى تثبت له الشفعة<sup>(3)</sup>، وهذه الحالة تتحقق في الواقع العملي إذا قام الجار صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكن أو الجار المستأجر بإقامة بناء على الأرض التي يباشر عليها حقه و كان قد تملك هذا البناء برضاء مالك الأرض.

حسب جمهور فقهاء القانون يستطيع الشفيع بوصفه مالكا للبناء هنا أن يشفع في العقار المجاور إذا توفرت شروط الشفعة الأخرى بالنسبة لهذا البناء<sup>(4)</sup>، وقد أسسوا رأيهم هذا على أن القول بعدم إجازة الشفعة في البناء يتعارض مع الغرض الذي من أجله شرعت الشفعة نتيجة الضرر الذي يقع ممن ينتقل إليه البناء المبيع، ويتأذى منه الذي يريد المطالبة بالشفعة، وبحيث إذا كان طالب الشفعة لا يملك إلا البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذي يلحقه ممن انتقل إليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذي يلحق مالك الأرض، وهو الرأي الذي اعتمده القضاء المصري

(1) - حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 555.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 378.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 44 .

- محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ج 03، ص 209.

(3) - حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 557 .

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق ص 28.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 565 .

- جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 438.

- عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص 44 .

(4) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 306.

أيضا<sup>(1)</sup> ويضيف هذا الجانب من الفقهاء بأن لفظ العقار عام يشمل البناء المستقل عن الأرض كما يشمل الأرض كذلك ، باعتبار أن العقار يشمل الأموال الثابتة وما يتعلق بها، كحق التعلي فهو ذاته عقار بغض النظر عن البناء<sup>(2)</sup>.

إلا أن بعض الفقهاء لا يرون بهذا الرأي ويذهبون إلى عدم جواز الشفعة في هذه الحالة<sup>(3)</sup> معتمدين في ذلك على ما ذهب إليه بعض أئمة الفقه الإسلامي القائلين بشفعة الجوار حيث لا يجوز الشفعة عندهم لمالك البناء دون الأرض إلا إذا بيع البناء مع الأرض، وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 109 من مرشد الحيران<sup>(4)</sup>، بالإضافة إلى نص المادة 1020 من مجلة الأحكام العدلية<sup>(5)</sup>.

**ثانيا: شفعة الجار في الفقه الإسلامي:** لقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الشفعة نظاما خاصا واستثنائيا يرد على القاعدة العامة التي تقرر الرضائية في العقود عامة وعقود نقل الأموال خاصة، لقوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»<sup>(6)</sup>.

وأدرجت الشفعة بذلك ضمن الأحوال الحصرية التي يُنتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه<sup>(7)</sup>، ومن هنا قيل بشأنها أنها وردت على خلاف الأصل والقياس، وبالرغم من أن فيها إضرار بالمالك الأصلي وأيضا المشتري في حرمانه ملكية

(1)- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 306.

(2)- محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ج 03، ص 215 .

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09، ص 565 .

- جمال الدين زكي، المجرع السابق ص 438 .

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية المرجع السابق، ص 363 .

(3)- محمد علي عرفة، المرجع السابق، ج 02، ص 423 .

(4)- محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص 25.

(5)- تنص هذه المادة على أنه: « لو بيعت الحصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية، تجرى الشفعة في الأشجار والأبنية أيضا تبعا للأرض و أما إذا بيعت الأشجار و الأبنية فقط فلا تجرى فيها الشفعة».

- راجع في هذا: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة ط 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1986، ص 570.

(6)- سورة النساء، الآية 29.

(7)- وهذه الأحوال هي ثلاثة حصرا و أوردتها فقهاء الشريعة الإسلامية وهي:

أ- نزع الملكية للمنفعة العامة كتوسيع مسجد أو شق الطرقات و توسيع الساحات العمومية،

ب- نزع الملكية لقضاء دين على صاحبه بعد أن امتنع عن سداه تماطلا وظلما منه،

ج- حالة الأخذ بالشفعة والتي هي موضوع دراستنا، راجع في هذا: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دون ذكر البلد، 1996، ص 142، 143، 144 .

عقار ابتغاه لنفسه ولأسرته، وربما قد يكون هو الآخر في حاجة ماسة إليه، إلا أن الضرر الذي سوف يلحق هذا الشفيع مستقبلاً لو لم يأخذ بالشفعة هذا العقار سيكون أكبر بكثير من الضرر الحاصل للمشتري، ولأن حكمة الشارع تقتضي دفع الضرر عن المكلفين كلما أمكن ذلك، فإن لم يمكن دفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله، و إن أمكن دفعه بالتزام ضرر دونه دفعه به<sup>(1)</sup>.

وعليه سوف نُعرِّج على مجموعة من الآراء الفقهية، ثم نتناول بعدها شروط شفعة الجار في الفقه الإسلامي كالاتي:

1- رأي جمهور الفقهاء: من هذا المنطلق ذهب جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم ثبوت الشفعة للجار<sup>(2)</sup>، ودليلهم في ذلك ما يلي:

أ- روى الإمام البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:

« قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت

الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة»<sup>(3)</sup>، وعليه فهذا الحديث النبوي الشريف النابع من السنة الفعلية للرسول صلى الله عليه وسلم يدل بوضوح على نفي الشفعة بعد أن تبينت الحدود، وهذا ينطبق على الجار حسب هؤلاء الفقهاء باعتبار أن حده مبين عن حد جاره.

ب- قولهم أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لحكمة جوهرية وهي عدم التضمر بالقسمة والشركة من ذلك المشتري الجديد، وذلك المعنى لا يتحقق في

(1) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص 145.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 347 .

(3) - هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة حديث رقم 2099، راجع البخاري، صحيح البخاري، ج 02، ضبطه ورقمه وشرح أحاديثه: مصطفى ديب البغا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص 787.

- أخرجه مالك كذلك في الموطأ عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف دون عبارة « وصرفت الطرق»، راجع: مالك ابن أنس، موطأ مالك - رواية يحيى بن يحيى - دار الكتب، الجزائر، دون ذكر السنة، ص 403. - ورواه كذلك الترمذي وأبو داود، راجع محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دار شريفة للنشر دون ذكر البلد والسنة، ص 254.

الجار لأنه لا يقاسم، وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه أما ضرر الجوار فيمكن دفعه بالترافع إلى ولي الأمر فلا حاجة في نظرهم إلى الشفعة<sup>(1)</sup>.

ج- رُوي عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة (أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة)، ووجه الاستدلال هنا أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار، وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم<sup>(2)</sup>، والاتجاه بعدم جواز الشفعة للجار هو قول كل فقهاء المالكية حيث يرون بأن لا شفعة للجار وإن كان ملاصقا<sup>(3)</sup>.

**2- رأي الحنفية:** إن الحنفية وحدهم هم القائلين بشفعة الجار<sup>(4)</sup> متى كان عقاره ملاصقا للعقار المبيع في أي جزء من أي حد من حدوده، امتد مكان الملاصقة أم لم يمتد، ولو كان ذلك بشبر واحد، ولا يشترط أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المباعة بل يكفي أن تتحقق مع العقار المبيع أو جزء من المبيع<sup>(5)</sup>.

لقد استدل الحنفية بمجموعة من الأحاديث النبوية الشريفة منها ما يلي:

1- روى الإمام البخاري عن أبو رافع رضي الله عنهما، أنه قال: سمعت

رسول الله صلى

الله عليه و سلم يقول: «الجار أحق بسقبه»<sup>(6)</sup>، وفي رواية أخرى: «بصقبه» والصَّقْب والسَّقْب بحركتين هو القرب، فيقصد بهما إذا ما قرب من داره فهو أحق به من غيره، كما يقصد بالسقب أيضا عند بعض الفقهاء قولهم: «إن الصقب هو ما يلاصق ملك الجار ويليه»، ويضيف أحد الفقهاء قائلا: «... وإن المناسبة التي قيل

(1) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 147 .

(2) - نقله ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 02، ص 254 .

(3) - محمد بن حارث الخشني، المرجع السابق، ص 134، هامش 01.

(4) - فخر الدين عثمان الزيلعي، تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية القاهرة بدون ذكر السنة

ص 239. - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09، ص 568 .

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 347 .

(5) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ج 02، ص 275.

(6) - رواه البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 2139 ص 787 .

فيها الحديث تؤيد ذلك، فإنه كان جواباً لسائل سأل رسول الله صلى الله عليه و سلم عن أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار»<sup>(1)</sup>.

2- عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء و عن جابر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: « الجار أحق بشفعه جاره ينتظر بها، و إن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»<sup>(2)</sup>. وأيضاً ما رواه سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: « جار الدار أحق بالدار من غيره»<sup>(3)</sup>.

انطلاقاً من تلك الأحاديث النبوية الشريفة يرى جانب من الفقه الشرعي الحديث وتدعيماً لرأي الحنفية بأن الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك، وإن لم يكن بقدر واحد مما يدل بأن الجار أولى بالشراء من الأجنبي<sup>(4)</sup>، وهذا لأن الجوار أيضاً يحتمل فيه الضرر مستقبلاً، وهذا الأخير إن حصل فعلاً قد يكون دائماً ومؤبداً، فيتأذى بذلك الجار من جاره وتشتد العداوة والبغضاء بينهما، لأن الجار الطالب للشفعة سيجاوره مستقبلاً جار جديد قد يكون غليظ الطبع سيئ الخلق لا تؤمن شروره ولا بوائقه فكانت شفعة الجار حلاً صائباً لذلك، يضاف إليه أن الشفيع يكسب عن طريقها سعة في مسكنه أو في أرضه، وإن كانت فلاحية فتزداد استغلالاً ونماءً، كما أن الضرر ظلم وهو واجب الإزالة والدفع عن المصاب به طبقاً للقواعد الفقهية التي تلزم رفع الضرر ودفعه قدر الإمكان عن المكلفين.

3- رأي الفقيه ابن القيم: اختار ابن القيم في شفعة الجوار اتجاهاً ثالثاً وهو رأي فقهاء البصرة، فذهب إلى أن الشفعة تثبت للجار إذا اشترك الجاران في حقوق

(1) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 147.

(2) - رواه الترمذي، صحيح الترمذي، ج 06، دار العلم للجميع، لبنان، دون ذكر السنة، ص 131.

- ونقله كذلك عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 11 .

- ونقله أيضاً محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 147.

(3) - رواه الترمذي وأبو داود و صححه أيضاً، راجع كذلك محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 254.

- ونقله كذلك: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 147.

(4) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص 147 .

الارتفاق، أي بمعنى إذا كان لعقاره أو عليه حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها.

من هنا يقول الفقيه ابن القيم رحمه الله: « والقول الوسط الجامع بين الأدلة الذي لا يحتمل سواه، وهو قول البصريين ... أنه إذا كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك<sup>(1)</sup> من طريق أو ماء أو نحو ذلك تثبت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة بل كان كل واحد منهما متميزا ملكه و حقوق ملكه فلا شفعة<sup>(2)</sup>»، ثم يستطرد قائلا: «... وهذا هو الذي نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فإنه سأله عن الشفعة: لمن هي؟ فقال: إذا كان طريقهما واحدا فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة وهو قول عمر بن عبد العزيز ... والقياس الصحيح يقتضي هذا القول»، ثم يضيف قائلا: «... فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب إليه وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشتري...»<sup>(3)</sup>.

أطلق كثير من فقهاء القانون على هذا الاتجاه الثالث بأنه رأيا وسطا واعتُبر من أعدل الآراء في نظرهم<sup>(4)</sup>.

وللإشارة فإن الجوار عند القائلين بشفعة الجار في الفقه الإسلامي يعتبر عندهم حالة واحدة في جميع أنواع العقارات دون تفرقة بين المباني والأرض المعدة للبناء.

#### 4- شروط شفعة الجار عند القائلين بها في الفقه الإسلامي:

يشترط لثبوت الشفعة للجار شرطان أساسيان وهما على التوالي:

أ- شرط التلاصق بين عقار الجار الشفيع والعقار المبيع.

(1) - حقوق الأملاك في الفقه الإسلامي يقصد بها حقوق الارتفاق في القانون الوضعي.

(2) - ويقصد ابن القيم هنا نفس الفكرة التي ذهب إليها أحمد بن حنبل في الرواية الثانية عنه أنه قال بشفعة الجوار لكن بشرط اتحاد الطريق ويقاس عليها الاشتراك في حقوق الارتفاق (حقوق الملك) لاعتبار الطريق أحد الارتفاقات الشرعية والقانونية أيضا، راجع علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص 267.

(3) - نقله: محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص 148.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ج 02، ص 267.

(4) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 347.

ب- ملكية الجار الشفيح للعقار المشفوع به.

**أ- شرط التلاصق:** التلاصق يقتضي عدم وجود انفصال تام بين العقارين كترعة أو مصرف أو طريق طالما أن الفاصل بين العقارين غير مملوك لأي من الشفيح والبائع المجاور كأن يكون مملوكا للدولة أو الغير، أما إذا كان الفاصل مملوكا للشفيح أو البائع أو مشتركا بينهما فلا ينفى ذلك التلاصق<sup>(1)</sup>، وفي هذا الصدد تنص المادة 100 من مرشد الحيران على أن: «الجار الملاصق هو من له عقار متصل بالعقار المبيع»<sup>(2)</sup>.

كما لا يشترط الفقهاء أن يكون للتلاصق امتداد كاف لكي يثبت الحق في الشفعة للجار بل يتحقق التلاصق بين العقارين ولو كان بمقدار شبر واحد، إذ يستوي الملاصق بطول شبر واحد مع الملاصق بعدة أمتار، كما يستوي الملاصق من جانب واحد مع الملاصق من ثلاث جوانب في طلب الشفعة<sup>(3)</sup>.

يرى الفقهاء بأن التلاصق قد يكون بتلاصق ظهر العقار المشفوع فيه بظهر العقار المشفوع به، كما أنه يكون بتلاصق الجنب، أي طرفي اليمين أو اليسار، ومن الاتصال الملاصق اتصال العلو بالسفل أيضا، فيثبت لكل من صاحب العلو والسفل حق الشفعة إذا بيع ما تحته أو ما يعلوه وإن كان بناء وذلك بسبب الجوار، وكذلك يعتبر اتصال كل من السفلى والعلو بالأرض المجاورة وما عليها من البناء من قبيل الجوار الذي يترتب عليه ثبوت حق الشفعة<sup>(4)</sup> وضمن هذا المجال نصت المادة 101 من مرشد الحيران على أنه: « إذا كان السفلى لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جارا ملاصقا »<sup>(5)</sup>.

(1) - إسماعيل غانم، المرجع السابق، ج 02، ص 71.

- جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 434 .

(2) - نقله: محمد قدرى باشا، المرجع السابق ص 22.

(3) - شمس الدين السرخسي، المبسوط، المجلد 14، ط 01، مطبعة السعادة القاهرة، دون ذكر السنة، ص 97.

(4) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 02، المرجع السابق، ص 275.

(5) - نقله: محمد قدرى باشا، نفس المرجع، ص 22.



إلا أن فقهاء الحنفية يميزون في إثبات الشفعة بين مالك العلو والسفل<sup>(1)</sup> بين حالتين وهما على التوالي:

**الحالة الأولى:** تقتضي أن تكون طريق العلو في السفلى، وهنا أجمع الفقه على ثبوت الحق في الشفعة بين صاحب العلو والسفل، إلا أن سبب الشفعة هنا هو الاشتراك في الطريق الخاص و ليس بسبب الجوار.

**الحالة الثانية:** أما هذه الحالة فتقتضي أن تكون طريق العلو من غير طريق السفلى، بمعنى عدم وجود اشتراك في الطريق بين صاحب العلو والسفل، وهنا اعتبر فقهاء الحنفية أن كل واحد من هذين الجارين جارا لصاحبه و هذا بمنزلة منزلين متجاورين على الأرض، بحيث إذا بيع السفلى كان لصاحب العلو الشفعة بسبب الجوار لوجود التلاصق بينهما، وكما أنه لو بيع العلو كان لصاحب السفلى الشفعة بسبب الجوار<sup>(2)</sup>.

هذا ويرى الفقهاء بشأن التلاصق بصفة عامة أنه قد ينتفي التلاصق بين العقارين المتجاورين متى وجد بينهما عقار مملوك للغير أو لأحدهما أو طريق عام مثلا، وبالتالي لا تثبت الشفعة في هذه الحالة لانعدام الجوار، وهو ما أكدته المادة 100 من مرشد الحيران، حيث جاء فيها ما يلي: « أما لو كان عقار الجار منفصلا عن العقار المبيع انفصالا تاما ولو بقدر شبر أو أقل فلا يكون جارا مستحقا للشفعة»<sup>(3)</sup>.

مما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أيضا أن شفعة الجار تثبت لكل جار ملاصق وفي جميع العقارات المبيعة الملاصقة لعقاره، متى توافرت أسباب الأخذ بالشفعة في جميعها، أما لو أراد الجار الشفيع أن يأخذ البعض و يترك البعض

(1) - يقصد بالسفل في الفقه الإسلامي الطابق الأسفل من الطابق الأعلى حيث يعتبر الطابق الأول سفلا بالنسبة للطابق

الثاني وكذا يعتبر الطابق الثاني سفلا للطابق الثالث و الثالث سفلا للرابع ... الخ.

(2) - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 170.

(3) - محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص 22.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 375.

الأخر من العقارات فليس له ذلك إلا برضا المشتري، وهذا نتيجة لما سيَلحقه من ضرر من جراء تفريق الصفقة عليه.

### ب- شرط ملكية الجار الملاصق للعقار المشفوع به:

إضافة إلى الشرط الأول وهو شرط التلاصق بين العقارين المتجاورين، يرى كذلك فقهاء الحنفية أنه يجب أن يكون الجار الشفيع مالكا للعقار المشفوع به حتى تثبت له الشفعة، وبناء على هذا لا يستفيد من الشفعة ممن ليس مالكا كما هو الحال بالنسبة لصاحب حق الانتفاع في الفقه الإسلامي كالمستعير والمستأجر، كما لا تجوز الشفعة في الأملاك الوقفية ولا لها أيضا<sup>(1)</sup> لأن غرض تشريع الشفعة هنا هو دفع ضرر المتأذى بسوء المجاورة على الدوام، ومن لهم حق الانتفاع لا الملك ليس لهم حق متصل بالمبيع على وجه التأييد، لذا فجوارهم مؤقت فقط لا يستلزم الترخيص لهم بالشفعة، فيمكن دفع الأضرار التي تلحق هؤلاء المنتفعين والمستأجرين من جيرانهم بمقاضاتهم أمام جهات القضاء المختصة.

إن عدم ثبوت الشفعة للجيران أصحاب حقوق الانتفاع والمستأجرين هو اتجاه أغلب فقهاء القانون الحديث أيضا، حيث يشترطون بأن يكون البيع واردا على الملكية، بالإضافة إلى شرط التلاصق، وإن اختلف الفقه القانوني عن الفقه الشرعي في مقدار التلاصق، حيث يرى فقهاء القانون أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه، والقاضي هو الذي يقدر ذلك المقدار إن كان صالحا لتبرير الشفعة أم لا، إلا أن محكمة النقض المصرية حذت حذو فقهاء الحنفية وقررت بأن التلاصق ولو بشبر واحد يكفي<sup>(2)</sup>، وهو رأي بعض فقهاء القانون أيضا<sup>(3)</sup>.

(1) - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 95.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 375 و 377.

- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 559.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 27 .

وأما بشأن ملكية الجار الملاصق للعقار المشفوع به فيرى فقهاء الحنفية أن الشفعة لا تجوز لمالك البناء دون الأرض إلا إذا كانت الشفعة مقررة على عقار بيع البناء فيه مع الأرض المقام عليها، وهو ما نصت عليه المادة 109 من مرشد الحيران بقولها:

« لا شفعة في البناء والشجر المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها، فإذا بيع البناء تبعا للأرض ثبتت فيه الشفعة»<sup>(1)</sup>، يضاف إلى هذا ما نصت عليه المادة 1020 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: « لو بيعت الحصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية، تجرى الشفعة في الأشجار والأبنية أيضا تبعا للأرض، وأما إذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجرى فيها الشفعة»<sup>(2)</sup>.

مما سبق عرضه يتضح لنا أن السبب الذي على أساسه منع فقهاء الحنفية جواز الأخذ بالشفعة لمالك البناء دون الأرض أو تقرير حق الشفعة على البناء دون الأرض، إنما هو راجع إلى أن البناء يعتبر منقولاً لديهم و لدى معظم فقهاء الشريعة الإسلامية، وفي نظرهم لا تجوز الشفعة في المنقول، بالإضافة إلى أن الشفعة عندهم سبب للملكية الدائمة لا المؤقتة، وبالتالي فالبناء لا تجوز فيه الشفعة إلا إذا كان تابعا للأرض، ومن هنا فالجوار الذي تثبت على وفقه الشفعة يجب أن يكون بين رقاب الأرض.

كما نستنتج أيضا بشأن جوار العلو والسفل، أن القائلين بشفعة الجوار يقررون أن أساس الحق في الشفعة بين صاحب العلو والسفل هو الاشتراك في الطريق الخاص لا الجوار، إذا كانت طريق صاحب العلو تمر على السفلى، لكن لو كانت طريق العلو من غير طريق السفلى فإن أساس الشفعة في هذه الحالة هو الجوار متى تحقق شرط التلاصق بين عقاري الجارين.

(1) - نقله: محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص 25 .

(2) - سليم رستم باز، المرجع السابق، ص 570 .

لهذا نرى بأن القول بإثبات الشفعة بين صاحب العلو و السفلى على أساس الاشتراك في الطريق الخاص سيؤدي حتما إلى زيادة عدد الشفعاء لاعتبار أنه يحق لجميع ملاك الطبقات المشتركين في الطريق الخاص أخذ الطبقة المباعة بالشفعة سواء الملاصق منهم أو غير الملاصق لاستوائهم في سبب الاستحقاق وهو الاشتراك في الطريق الخاص.

### ثالثا: شفعة الجار في القانون المصري:

نظم المشرع المصري شفعة الجار ضمن المادة 936 من القانون المدني الجديد وأدرجتها في المرتبة الخامسة في الفقرة (هـ) فنصت على أنه:

« يثبت الحق في الشفعة: ... (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية:

1- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

2- إذا كان للأرض المباعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المباعة.

3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المباعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المباعة على الأقل»<sup>(1)</sup>.

للإشارة فقد وردت شفعة الجار في القانون المدني المصري في آخر مراتب الشفعاء وانتقدت انتقادا شديدا من طرف الفقه المصري، فقيل عنها بأنها لم تلق ترحيبا لا من جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من قبل ولا من جمهور فقهاء

(1) - نقله: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 29 و 30 .

- حسن كبيرة، الموجز في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 556 .

- محمد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 422.

القانون من بعد<sup>(1)</sup>، مما أدى بفريق من الفقهاء المصريين إلى القول بضرورة حذف شفعة الجار من أسباب الأخذ بالشفعة منتقدين المشرع المصري في ذلك<sup>(2)</sup>.

هذا وبالرجوع إلى نص المادة 936 مدني مصري نجد بأن هذا النص جعل الشفعة للجار تختلف باختلاف طبيعة العقار، حيث قسم حالات الجوار إلى ثلاث حالات وجعل لكل حالة شروط وقواعد خاصة بها، إلا أن هناك شروطاً عامة اعتمدها جميع الفقهاء سواء في القانون أم في الفقه الإسلامي، وعليه سوف نعرض على هذه الشروط العامة ثم نتناول حالات الجوار والشروط الخاصة بكل حالة طبقاً للنص المصري السابق ذكره كالآتي:

**1- الشروط العامة لشفعة الجوار:** وتتنحصر في شرطين أساسيين لا بد من توافرها حتى تثبت الشفعة للجار وهما: شرط التلاصق وشرط ملكية الجار للعقار المشفوع به.

**أ- شرط التلاصق:** وهو المحدد لحالة الجوار القانونية ويتمثل في الاتصال المباشر بين العقارين أيما كان امتداد هذا التلاصق والاتصال، لأن النص القانوني المصري (م 936 مدني) لا يستلزم إلا التلاصق العادي بطريقة عامة دون تحديد مقدار التلاصق، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، فالتلاصق إذاً ولو بشبر واحد كالتلاصق بقدر أكبر<sup>(3)</sup>، وتأسيس ذلك كما يرى فقهاء القانون هو عمومية النص السابق وإطلاقه في تحديد التلاصق<sup>(4)</sup>، كما أنه لا يتحقق التلاصق إذا فصل بين ملك الجار والمالك المبيع عقاراً ليس مملوكاً للجارين، أما إذا كان الفاصل بين

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1995، ص 419.

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 66.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 306 و 307.

(2) - حسن كيرة، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 551 .

- منصور مصطفى منصور، نفس المرجع، ص 306.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 376 .

- مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 422

(4) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 354 .

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 567 .

- منصور مصطفى منصور، نفس المرجع، ص 425 .

العقارين طريقاً خاصاً أو مصرفاً خاصاً مملوكاً للجار الشفيع أو مملوكاً للبائع أو مشتركاً بينهما فإن التلاصق يتحقق<sup>(1)</sup>، وهذا بشرط ألا تنحصر ملكية الشفيع أو البائع في هذا الفاصل دون باقي العقار الملاصق، إذ يلزم أن يخدم هذا الفاصل أحد العقارين ولو لم يكن مملوكاً لهما وحتى ولو كان يخدم عقارات أخرى<sup>(2)</sup>.

### ب- شرط ملكية الجار الشفيع للعقار المشفوع به:

يُشترط لثبوت الشفعة على أساس الجوار أن يكون طالب الشفعة مالكا للعقار الملاصق الذي يشفع به و هذا طبقاً لنص المادة 936 / هـ ق مدني مصري، سواء كانت ملكية تامة أو ملكية الرقبة فقط، و يستوي أن يكون مالكا ملكية مفرزة أو على الشيوع وهذا سواء طلبها كل الشركاء على الشيوع أم انفرد بطلبها واحد منهم فحسب<sup>(3)</sup>، وبناءً عليه فإنه لو كان هذا الجار غير مالك للعقار المشفوع به، بأن كان مجرد صاحب حق انتفاع أو مستأجر فلا يجوز له قانوناً أن يأخذ هذا العقار المراد بيعه بالشفعة<sup>(4)</sup>.

هذا وبالرغم من اتفاق الفقه والقضاء المصري على شرط ملكية الجار للعقار المشفوع به، إلا أنهم اختلفوا بشأن مسألة ضرورة ورود البيع المشفوع فيه على الملكية من عدم ذلك ففريق من الفقه يرى ضرورة ذلك، بحيث إذا بيع حق الانتفاع المقرر على العقار فلا تثبت الشفعة حينها لمالك العقار الملاصق<sup>(5)</sup>، إلا أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى عكس ما ذهب إليه هذا الفريق من الفقهاء فقضت بجواز طلب الشفعة للجار المالك إذا ورد البيع المشفوع فيه على مجرد حق الانتفاع

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 376 .

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، المرجع السابق، ص 423.

(3) - حسن كبيرة، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 555 .

- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 423.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 317 .

- عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 356

(4) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 28 .

أنور طلبية، الوسيط في شرح القانون المدني ج 05، دار الفكر الجامعي، القاهرة 1998، ص 355 .

(5) - طلبية وهبة خطاب، المرجع السابق ص 584 .

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 72 .

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 379 .

- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، نفس المرجع، ص 423 .

دون ضرورة أن يكون واردا على الملكية، وعللت محكمة النقض ذلك بأن حق الانتفاع طبقا لما هو مقرر في نصوص القانون المدني (م1/985 ق م مصري)<sup>(1)</sup>، يمكن كسبه بالشفعة في حالة بيعه مستقلا عن الرقبة المصاحبة له متى توافرت شروط الأخذ بالشفعة.

وعليه قررت محكمة النقض المصرية بأن الشفعة في حق الانتفاع مقررة لسائر الشفعاء بما فيهم الجار المالك، وذلك لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة وهي دفع الأذى عن الجيران<sup>(2)</sup>.

### - حالات الجوار في القانون المدني المصري:

هذا القانون جعل الجوار سببا لكسب الملكية بالشفعة ويميز في ثبوت الشفعة للجوار حسب طبيعة العقار، ففرق بين العقارات المبنية والأراضي المعدة للبناء من جهة ثم الأراضي غير المعدة للبناء من جهة أخرى، ورتب على هذا التمييز اختلاف في الشروط الواجب توافرها للأخذ بالشفعة، وسوف نتناول هذه الحالات طبقا لما ورد في المادة 936 مدني مصري كالاتي:

#### أ- الحالة الأولى: ثبوت الشفعة للجوار المالك في المباني والأراضي المعدة

للبناء<sup>(3)</sup>: نصت المادة 936 ق م مصري في الفقرة (هـ) على ثبوت الشفعة للجوار المالك في حالة ما إذا كانت العقارات من المباني أو من الأرض المعدة للبناء سواء

(1) - للإشارة فإن هذا النص يقابل المادة 844 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: « يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون».

(2) - نقض مدني مصري صادر في: 1979/12/13 بمجموعة أحكام النقض سنة 30، ج 03، ص 261، نقله: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 29 .

(3) - يقصد بالمباني أو البناء كل مجموع من المواد أيا كان نوعها خشبا أو حجارة أو حديدا اتصل بالأرض اتصال قرار ثابت بيد الإنسان، و يجب أن يكون هذا البناء عقارا بالمعنى القانوني.

وهو ما استقر بحيزه وثبت فيه بحيث لا يمكن نقله دون تلف، ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا في العقارات، راجع في هذا: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 30.

كانت في المدن أم في القرى حيث تثبت الشفعة هنا لكل جار ملاصق له من أي جهة كانت كما أنه يكفي أن يكون العقارين متلاصقين ولو من جهة واحدة<sup>(1)</sup>.

لمعرفة ما إذا كانت الأرض المشفوع فيها معدة للبناء أم لا فإنه يُرجع للخرائط التي تبين حدود المدينة أو القرية، فلو كانت الأرض ضمن نطاق المدينة أو القرية وفقا لهذه الحدود وجب اعتبارها من الأراضي المعدة للبناء حتى ولو كان البائع قد خصصها لغرض آخر. وأما لو كانت خارج هذا النطاق اعتبرت قانونا أرضا غير معدة للبناء، ما لم يكن البائع قد أعدها بالفعل وفي حدود ما يسمح به القانون أرضا مخصصة للبناء تطبق عليها قواعد الشفعة في أرض البناء<sup>(2)</sup>، وهذا لأن الإعداد الفعلي للأرض بكونها مخصصة للبناء قد لا يكفي في نظر بعض الفقهاء، بل يجب أن يكون ذلك في حدود ما تسمح به القوانين واللوائح وهذا حفاظا على الطابع الزراعي للأراضي المخصصة لذلك<sup>(3)</sup>.

## ب- الحالة الثانية: ثبوت الشفعة في الأراضي غير المبنية و غير المعدة

### للبناء:

وتشمل هذه الحالة الأراضي الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى سواء كانت هذه الأراضي الزراعية خصبة أو عديمة الخصوبة، وهذه الحالة تشمل صورتين لم يكتف المشرع المصري فيهما بمجرد التلاصق كما هو الحال في الحالة السابقة، وإنما استلزم شروطا خاصة إضافية متعلقة بكل صورة على حدا:

### ب-1 الصورة الأولى: التلاصق مع الارتفاق:

- (1) - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 303.
- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 562.
- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 423.
- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 44 .
- وهذا الحكم أكدته أيضا محكمة النقض المصري في قرار لها صادر في 1980/02/12.
- راجع في هذا: معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، المرجع السابق، ص 40.
- (2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 362.
- مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص 424 .
- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 563.
- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 327 .
- (3) - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 556 .
- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 32 .



انطلاقاً من نص المادة 936 في فقرتها (هـ) والتي قررت بأن الشفعة تثبت للجار المالك إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة، فإن المشرع من خلال هذا النص وبشأن هذه الصورة قد أضاف إلى شرط التلاصق ولو من حدٍّ واحد - السابق بيانه في الحالة الأولى وهو الذي يتحقق معه الجوار- أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الشفيع، أو أن يكون لأرض الشفيع حق ارتفاق على الأرض المبيعة<sup>(1)</sup>.

ولا يُشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين، أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة في هذه الحالة، حيث أن قيام حق الارتفاق وحده يغني عن كل ذلك فيكفي إذاً لقيام القاضي للحكم بالشفعة أن يثبت جوار الشفيع في حد واحد بقطعة أرض مقرر عليها حق ارتفاق، سواء لمصلحة الأرض المشفوع بها أو المشفوع فيها، ودون الاعتداد في هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع بها وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في أكثر من قرار لها<sup>(2)</sup>.

كما لا يحول دون ثبوت الشفعة أن يكون الارتفاق في كلتا الحالتين مقرراً في الوقت نفسه لمصلحة أراضي أخرى، كما لو كانت طريقاً عليه حقوق ارتفاق بالمرور لعدة ملاك<sup>(3)</sup> والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة هو أنه بالشفعة يزول حق الارتفاق إما على الأرض المشفوع بها أو المشفوع فيها، فتتخلص من عبء ثقيل كان يقع على ملكيتها، لتزول بذلك مبررات المنازعات التي يمكن أن تنور بين الجيران بسبب هذه الارتفاقات، وهذا بعدما أصبحت ملكية هذين العقارين المتجاورين في يد شخص واحد<sup>(4)</sup>.

(1) - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 424 .  
(2) - راجع في هذا عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 570 .  
(3) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 431 .  
- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 45 .  
(4) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 308 .

ومثال عن حقوق الارتفاق التي تجيز الشفعة، حق المرور وحق الشرب وحق المجرى أو حق الصرف، ومهما كان مصدر هذه الارتفاقات، ويستوي أن تكون هذه الارتفاقات حقيقية تقرر بإرادة الإنسان أو قيوداً قانونية تقرر بمقتضى نص في القانون، ورغم أن هناك رأي فقهي يفرق بين حقوق الارتفاق والقيود الواردة على الملكية، إذ أن هذه الأخيرة لا تعتبر في نظرهم حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق، بل هي قيود قانونية واردة على الملكية و بالتالي لا يمكن الأخذ بالشفعة بسببها<sup>(1)</sup>.  
إلا أن معظم الفقهاء يرون باعتبارها سبباً للأخذ بالشفعة سواء كانت قيوداً قانونية أو حقوق ارتفاق، فقيام أي منهما يسوغ الأخذ بالشفعة<sup>(2)</sup>.

## ب-2 الصورة الثانية: إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من

### جهتين ولا تقل قيمتها عن قدر معين:

تحدثت المادة 936/هـ السابق ذكرها على هذه الصورة بالنص على أنه يثبت الحق في الشفعة للجار المالك: « إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل ».

يتضح من النص بأن هذه الصورة تختلف عن الصورة الأولى لاعتبار أن هذه الأخيرة كان يُكتفى فيها بالتلاصق من جهة واحدة مع وجوب إضافة شرط تقرير حق الارتفاق على أي من العقارين المتجاورين، أما هذه الصورة فلا وجود لحق الارتفاق بين هذين العقارين، وبالتالي تعيّن إضافة شروط أخرى تقابل شرط تقرير حق الارتفاق، وتتمثل في شرطين أساسيين لجواز الشفعة في هذه الحالة: وهما ملاصقة أرض الجار للأرض المبيعة من جهتين وأن تكون قيمة أرض الشفيع مساوية لنصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل، وسوف نتناول هذين الشرطين تباعاً كالاتي:

(1) - نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، المرجع السابق، ص 37.

- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 560.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 572.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 365.

- جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 441.

## الشرط الأول: ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين:

ويقصد به أن تكون أرض الشفيع ملاصقة للأرض المبيعة من حدين مختلفين من الحدود الأربع، الشرق، أو الغرب، أو الشمال، أو الجنوب، ويستوي أن تكون الملاصقة في حدين متجاورين كالشمال والشرق، أو الغرب والجنوب، أو غير متجاورتين كالشرق والغرب، أو الشمال والجنوب<sup>(1)</sup>.

فهذا التلاصق حسب بعض الفقهاء هو الذي يوجد الارتباط الوثيق بين الأرضين، بحيث يقوم مقام حق الارتفاق في توثيق صلة الجوار كما هو الحال في الصورة السابقة، ومن هنا فإن تحقق التلاصق من جهة واحدة لا يكفي حتى ولو كان هذا التلاصق في حدين مختلفين بل حتى ولو كان التلاصق على طول الحد الواحد بأكمله<sup>(2)</sup>.

وكما أن الملاصقة تكفي في كل من الحدين في نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد، فلا يشترط أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه<sup>(3)</sup>، كما يجب أيضا لتحقيق هذا الشرط أن تكون الشفعة بأرض واحدة تتحقق فيها الملاصقة من جهتين للأرض المبيعة، وبالتالي لا تجوز الشفعة إذا كان التلاصق من جهتين للأرض المبيعة متحقق لقطعتين أرض منفصلتين مملوكتين للشفيع، والملاصقة من جهتين هنا ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة<sup>(4)</sup>، وهذا لأن التلاصق من جهتين وصف يرد على الأرض المشفوع بها وليس على الأرض المشفوع فيها، فيجب أن يكون التلاصق بين الأرضين واقعا في جهتين من جهات

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني، المرجع السابق، ص 432.

- حسن كيرة، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 562 .

(2) - رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 310.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 45.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 577.

- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 425.

(4) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 39 .

أرض الجار الشفيح وهذا طبقا للنص السابق ذكره، ولأن الشفعة حسب الفقهاء إنما شرعت مراعاة لظروف صاحبها وهو الجار الشفيح<sup>(1)</sup>.

### الشرط الثاني: ألا تقل قيمة أرض الشفيح عن نصف ثمن الأرض المباعة:

أضاف المشرع المصري هذا الشرط بغرض منع المضاربة من طرف صغار الملاك الذين يجاورون بقطعة صغيرة من الأرض، فيضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة فيشترون قطعاً صغيرة من الأرض في وسط أرض واسعة، ويتربصون حتى إذا ما بيعت أرض مجاورة لأراضيهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن، بأن يطلبوا الأرض المباعة بالشفعة ثم يساومون و ينزلون عن الشفعة نظير مقابل من المال<sup>(2)</sup>.

وأما فيما يتعلق بأرض الجار فتكون العبرة بقيمتها الحقيقية وقت إبرام البيع، لأنه الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة<sup>(3)</sup>، وعليه فلا يُنظر إلى الثمن الذي اشترت به هذه الأرض، أما فيما يتعلق بالأرض المباعة فتكون العبرة بثمنها الحقيقي الذي حصل به البيع ولو كان المشتري قد دفع ثمناً يزيد على قيمتها الحقيقية، لأن له مصلحة خاصة في الحصول عليها<sup>(4)</sup>.

### رابعاً: شفعة الجار في القانون الجزائري:

نتيجة للاتجاه الاقتصادي السائد أثناء صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975 والمتمثل في النهج الاشتراكي، وحيث أن هذا الأخير يعتمد في برنامجه الاقتصادي على نظام الملكية الجماعية مشدداً الخناق على الملكية الخاصة للأفراد، فهو يأبى توسيع الأملاك العقارية الخاصة، وبالتالي كان لزاماً على المشرع

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 367.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 578 .

(3) - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 350.

- حسن كيرة، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 563

(4) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 368 .

الجزائري آنذاك عدم إدراج نظام شفعة الجوار ضمن أحكام الشفعة الواردة في القانون المدني، لأن القول بشفعة الجوار يعني إباحة ضم أراضي جديدة للملكيات العقارية المتحصل عليها سابقا مما قد يؤدي إلى رفع نصاب الملكية العقارية عن القدر المسموح به قانونا في إطار ما قرره النهج الاشتراكي.

ظل الحال على ما هو عليه إلى ما بعد صدور دستور سنة 1989 فكرس هذا الأخير نظام اقتصاد السوق تدريجيا، واعتبر نقطة بداية تغيير النهج الاقتصادي السابق المقرر في دستور 76، وعليه أصدر المشرع الجزائري مجموعة من التشريعات اعتبرت تطبيقا لدستور 1989 وكان هذا في بداية التسعينات.

من هذه المجموعة التشريعية الجديدة لا سيما في مجال العقار، قانون التوجيه العقاري 25/90 المؤرخ في: 18 نوفمبر سنة 1990 الذي ألغى قانون الثورة الزراعية ونص على استرجاع الأراضي المؤممة والملحقة بصندوق الثورة الزراعية لملاكها الأصليين.

مما سبق نجد بأنه لم يعد هناك مانعا من تقرير نظام شفعة الجوار في التشريع الجزائري ولكن في إطار التعامل في الأراضي الفلاحية فقط، دون باقي الأصناف الأخرى، وهذا نظرا للهدف الاقتصادي والاجتماعي المنوط بالأراضي الفلاحية بما يسمح لصغار الملاك ذوي الأغلبية العظمى في المجتمع الفلاحي من استغلال ثرواتهم العقارية المحدودة بكيفية حسنة نتيجة تملك الأراضي المجاورة لأراضيهم الفلاحية بطريق الشفعة، وهو ما يساهم في توحيد الملكيات الصغيرة وتجميع شتاتها مما يشجع على استغلال الأراضي الفلاحية والمحافظة على قابليتها للاستثمار وعدم تغيير وجهتها الفلاحية بما يتوافق مع مقاييس التوجيه العقاري و برامجه.

وعليه جاء نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري مكرسا شفعة الجار في نطاق الأراضي الفلاحية وتحقيقا لأهداف هذا القانون، ومنها الحفاظ على الطابع الفلاحي للأراضي الفلاحية، وتشجيع استثمارها على أحسن وجه، وبخاصة

تلك الأهداف الواردة في المادة 55 منه<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الشأن نصت المادة 57 على أنه: « يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه، و بغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة».

فالملاحظ على هذا النص أنه قرر **حق شفعة جديد** يضاف إلى ما ورد في المادة 795 ق م ج المحددة لقائمة الشفعاء، وما جاء أيضا في نصوص قانون التوجيه العقاري الأخرى منها المادة 71 منه وما ورد في قانون التسجيل أيضا، إلا أن هذا الحق يمارس من طرف الملاك المجاورين عند التعامل في الأراضي الفلاحية بالبيع بغية تجميع الملكية العقارية الفلاحية وبالتالي تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة الفلاحية، إلا أن النص السابق ذكره لم يشر إلى رتبة المالك المجاور من بين الشفعاء، لكن الراجح هو إدراجه في المرتبة الأخيرة بعد الحالات التي أوردتها المادة 795 ق م ج.

ما يميز هذا النص أيضا أنه جاء عاما من حيث شروط تطبيقه بالمقارنة مع أحكام شفعة الجوار في القانون المصري وما ورد في الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى أنه اقتصر فقط على شفعة الجوار عند بيع الأراضي الفلاحية دون باقي الأصناف الأخرى.

- وبناء عليه نرى بإمكانية إدراج نصوص قانونية أخرى تضاف للمادة 57 من قانون التوجيه العقاري تبين شروط تطبيق هذا النص على غرار ما سلكه المشرع المصري وما قرره الفقه الحنفي أيضا، ولا سيما إدراج الشروط العامة

(1)- تنص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري على أنه: « تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في تشكيل عقود رسمية، ويجب ألا تعلق هذه المعاملات ضررا بقبالية الأراضي للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه ... ».

لشفعة الجوار باعتبارها موضع اتفاق بين القانون المصري والفقهاء الحنفي، وهي لزوم وجود تلاصق بين أرض الجار الشفيق وأرض مالك العقار المشفوع فيه، وكذا وجوب أن يكون الجار الشفيق مالكا للأرض المشفوع بها، حيث لا شفعة للجار صاحب حق الانتفاع أو الجار المستأجر، وهذا باتفاق الفقهاء الإسلامي والقانون الوضعي.

بالإضافة إلى الشروط الخاصة ومنها أن يكون للأرض المشفوع بها أو عليها حق ارتفاق بالنسبة للأرض المبيعة، ويتحقق هذا عادة متى اتصل عقار الشفيق بعقار المشفوع منه بطريق خاص أو شرب خاص أو مجرى خاص، وكذلك ضرورة وجود تناسب معقول بين قيمة أرض الشفيق و ثمن الأرض المبيعة بحيث لا تقل قيمة أرض الشفيق عن مقدار معين من ثمن الأرض المبيعة، كأن يُحدّد هذا المقدار بنصف ثمن الأرض المبيعة أو ثلثها.

أما فيما يتعلق بشرط الارتفاق وشرط التلاصق فنقول بأن شرط الارتفاق الحاصل بين العقارين غير كاف بل لابد أن يضاف إليه شرط التلاصق لكن من جهة واحدة على الأقل.

- وبناء عليه يمكن إضافة نص قانونيا آخر للمادة 57 من قانون التوجيه العقاري وفق الصياغة الآتية:

م 57 مكرر: (يثبت حق الشفعة المشار إليه في المادة 57 وفق الشروط الآتية:

- 1- إذا كان الجار طالب الشفعة مالكا .
- 2- إذا كان هناك حق ارتفاق بين أرض الشفيق والأرض المبيعة ترتب على إحداهما لصالح الأخرى.
- 3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة ولو من جهة واحدة، و تقدر قيمتها ثلث ثمن الأرض المبيعة على الأقل).

- كما نرى بإمكانية توسيع نطاق الشفعة لتشمل الأراضي غير الفلاحية أيضا، ونقصد بذلك العقارات المبنية والمعدة للبناء كما فعل المشرع المصري، وقد أحسن

صنعا رغم الانتقادات الموجهة إليه، لأن الحكمة المتوخاة من تشريع الشفعة موجودة أيضا في هذا النوع من العقارات نتيجة ما طرأ على المجتمع العربي الحديث من فساد الأخلاق وقلة احترام الجيران ورمي الأوساخ والنفايات عليهم، وما يحدث من انتهاك للأخلاق والآداب العامة في المجتمع، وبخاصة إذا كانت البناءات عمرانية فإن الضرر حتما سيكون أبلغ وأعظم، ومما زاد الأمر سوءا وتفاقما هو أزمة السكن التي تمر بها المجتمعات العربية، حيث يعسر على الجار المتضرر تبديل سكنه أو الحصول على سكن آخر ينتقل إليه.

- وبناء على ما سبق بيانه يكون من الأفضل توسيع مجال المادة 795 من القانون المدني لتشمل شفعة الجار سواء كانت العقارات مبنية أو غير مبنية وبشروط محددة حتى لا يتوسع أكثر من نطاق الشفعة لتبقى محافظة على طابعها الخاص الاستثنائي، بالإضافة إلى شفعة الدولة والجماعات المحلية بيانه ليصبح نص المادة 795 ق م ج على الشكل الآتي:

« يثبت حق الشفعة على الترتيب للأشخاص الآتية:

- الدولة والجماعات المحلية ضمن الأحوال المقررة قانونا.
  - لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المصاحب للرقبة.
  - للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
  - لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.
  - للجار بالشرائط الآتية:
- 1- ملكيته للعقار المشفوع به .
  - 2- التلاصق ولو بشبر واحد بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به».

**المطلب الثاني:**

**شروط أخرى للشفيع.**



هذا وبعد ما تناولنا في المطلب الأول الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع أو ما يعبر عنهم بأسباب الأخذ بالشفعة ضمن الشروط الخاصة بها. سوف نعالج في هذا المطلب شروطا أخرى يجب مراعاتها، حتى يتم الأخذ بالشفعة، وهي الأهلية (الفرع الأول)، وملكية العقار المشفوع به (الفرع الثاني)، وأن لا يكون الشفيع ممنوعا قانونا من شراء العقار المشفوع فيه (الفرع الثالث).

## الفرع الأول:

### الأهلية.

تعتبر الشفعة كما أشرنا سابقا مصدرا هاما من مصادر اكتساب الملكية العقارية، وبالتالي فالأخذ بالشفعة من أعمال التصرف التي يُشترط فيها أهلية التصرف لا أهلية الإدارة، ولأن الشفعة تأتي في حكم شراء العقار المشفوع فيه طالما أن الشفيع يحل بإرادته محل المشتري في شراء العقار المراد بيعه لأجنبي. إن أهلية التصرف محددة ببلوغ الشخص سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة مع خلو هذا الشخص من عوارض الأهلية المعروفة في القانون المدني طبقا لما تقضي به المادة 40 ق م ج<sup>(1)</sup>، وبالتالي فإن الشفيع حتى يجوز له الأخذ بالشفعة بنفسه لا بد أن يبلغ سن الرشد 19 سنة كاملة مع تمتعه بكواه العقلية وغير محجور عليه، فيمكنه حسب النص السابق ذكره أن يأخذ بالشفعة بإتباع الإجراءات القانونية التي حددها المشرع عن طريق إبداء رغبته فيها بنفسه<sup>(2)</sup>.

إلا أن الشفيع يمكنه أن يطالب بالشفعة عن طريق وكيله، لكن نفرق هنا بين الوكالة العامة والخاصة، فإذا كان الشفيع قد منح الوكيل توكيلا عاما ولم يجز له صراحة في طلب الوكالة الأخذ بالشفعة، فلا يجوز له إبداء رغبته فيها نيابة عن الموكل الشفيع، لأن وكالته تقتصر على بعض الأعمال الإدارية فقط، وهو ما

(1)- تنص المادة 40 ق م ج على أنه: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة».

(2)- لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، بحث منشور بمجلة الموثق، دورية داخلية متخصصة، العدد 06، الجزائر أفريل 1999، ص 35 .

تقضي به المادة 573 ق م ج<sup>(1)</sup>. وعليه فيُشترط هنا لجواز الأخذ بالشفعة الوكالة الخاصة، لأن الأخذ بها يعتبر من أعمال التصرف<sup>(2)</sup>، يضاف إلى ما سبق بيانه أيضا ضرورة إفراغ هذه الوكالة الخاصة في الشكل القانوني الرسمي المطلوب في التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة طبقا للمادة 572 ق م ج<sup>(3)</sup>.

بناء على ما سبق لا يستطيع الوكيل الحلول محل الشفيع في إتباع إجراءات الشفعة إلا إذا نص على ذلك صراحة في مضمون الوكالة، وأما لو كان الشفيع قاصرا فلوليه نيابة عنه الحق في الأخذ بالشفعة دون استئذان المحكمة. إن صفة الولي طبقا للمادة 87 قانون الأسرة<sup>(4)</sup> تشمل الأب وبعد وفاته الأم، وأما إذا لم يكن للقاصر ولية فلوصيه الأخذ بالشفعة بعد استئذان المحكمة، وأما إذا كان الشفيع محجورا عليه فيمكن للقيم عليه الأخذ بالشفعة نيابة عنه، ولكن بعد حصوله على إذن من المحكمة أيضا.

## الفرع الثاني:

### ملكية الشفيع للعقار المشفوع به.

لا تجوز الشفعة إلا إذا كان حق الشفيع الذي يكون سببا للشفعة قد توافر وقت البيع المشفوع فيه و استمر حتى يُحکم له بالشفعة أو يسلم بها المشتري<sup>(5)</sup>.

(1)- قررت المادة 573 ق م ج هذا الحكم بقولها: « إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة و التي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية...».

(2)- إسماعيل غانم، ج 02 المرجع السابق، ص 78 .

- حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 575 .

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 589 .

(3)- جاء نص المادة 572 ق م ج كما يلي: « يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك».

(4)- تنص المادة 87 ق.أ على أنه: « يكون الأب ولية على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا»، القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 1984/06/12، العدد 24.

(5)- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 428 .

- علي الهادي العبيدي، المرجع السابق، ص 173 .

ومن هنا يرى الفقهاء بأنه يجب أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به، فمتى كان الشفيع يشفع برقبته أو بحق انتفاع فيشترط أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع، وإن كان يشفع بحصة شائعة وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة، وإن كان يشفع بعقار مجاور لزم أيضا أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور، وعليه لا تثبت الشفعة لصاحب حق الانتفاع بالجوار لأن القانون قد يخوله الشفعة في حالة بيع رقبة العقار المقرر عليه حق الانتفاع فقط، وكما لاحق في الشفعة للمرتهن وإن طالت مدة حقه<sup>(1)</sup>.

كما لا تجوز الشفعة أيضا إلا إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة، فإذا تملك بعد ذلك لم تثبت له الشفعة، وعلى الشفيع إثبات كونه مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع به بجميع طرق الإثبات<sup>(2)</sup>.

وإذا انتقل العقار المشفوع به إلى الشفيع بموجب عقد بيع فإنه يجب أن يكون هذا البيع مسجلا بمصلحة الشهر العقاري حتى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به، وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة<sup>(3)</sup>، وفي هذا الصدد نصت المادة 793 ق م ج على أنه: « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار»، وهو ما تقضي به المادة 16 من الأمر المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بقولها: « العقود الإدارية والاتفاقات التي

---

- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 473 .

(1)- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 388 .

(2)- عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 479 .

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ومصادرها، المرجع السابق، ص 314 .

(3)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 581 و 582 .

- محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 172 .

ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تسريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

ينتج عن هذا الشرط الوارد في هذا الفرع أن الشفيع إذا كان واضعا يده على العقار المشفوع به ولم يكن قد استكمل مدة وضع اليد فإنه لا تجوز له الشفعة، لأنه غير مالك فيجب أن تكون مدة التقادم المكسب قد اكتملت له قبل تاريخ انعقاد البيع الذي يشفع فيه.

كما هو مقرر فقها وقضاء أن الشفيع لا يكفي أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل يجب أيضا أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة، إما بصدور حكم قضائي أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة<sup>(1)</sup>.

بناء على ما سبق بيانه فإنه إذا كان سند ملكية الشفيع بيعا معلقا على شرط واقف فلا تثبت الشفعة حتى ولو تم إشهار هذا البيع، لأن ملكية الشفيع تعتبر موقوفة ولا يتغير الحكم حتى ولو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة، وهذا لأن ملكية الشفيع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه.

أما لو انتقلت الملكية للشفيع ببيع معلق على شرط فاسخ، فإن هذا البيع بمجرد شهره يؤدي إلى نقل الملكية للشفيع معلقة على هذا الشرط الفاسخ، وتعد ملكية قائمة تجوز بها الشفعة<sup>(2)</sup>، لكن لو تحقق الشرط الفاسخ قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حق الشفيع بزوال ملكيته

(1) - إلا أن عبد الرزاق السنهوري يرى: (بأن الشفيع يثبت حقه في الشفعة إذا توافرت شروطها من وقت إعلان رغبته في الأخذ بها، فهذا الإعلان تكون عناصرها قد تكاملت و حل الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه، وليس الحكم القضائي أو التراضي بثبوت الشفعة إلا تقريرا لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) راجع: عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص 583، 584، هامش 02.

- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 473 .

(2) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 224 .

- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 585 .

فهو لم يعد مالكا لهذا العقار<sup>(1)</sup>، بخلاف لو تحقق الشرط الفاسخ بعد تمام الأخذ بالشفعة فلا أثر لهذا التحقق على أخذ الشفيع للعقار المشفوع فيه، لأن ملكيته استمرت إلى وقت القضاء له بالشفعة أو التراضي بها.

كما يثبت حق الشفيع بسند قابل للإبطال بسبب عيب في الرضا أو نقص الأهلية وإن استمرت صحة السند بعد ثبوت الحق في الشفعة، ثم أبطل بعد ذلك فإن الملكية تزول بأثر رجعي، لكن ليس لزوالها أثراً على حق الأخذ بالشفعة للشفيع، أما لو أبطل هذا السند قبل ثبوت الحق في الشفعة فإن ملكية الشفيع تزول حتما ويسقط معها الحق في الشفعة<sup>(2)</sup>، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة.

أما لو كان سند ملكية الشفيع باطلا بطلانا مطلقا لا تثبت الشفعة لأن سند الملكية غير موجود أصلا، وبالتالي لا أثر له في نقل الملكية، وعليه يكون للمشفوع منه أن يتمسك ببطلان عقد الشفيع<sup>(3)</sup>.

ما نستنتجه من خلال هذا الفرع هو أن الشفيع حتى يجوز له الأخذ بالشفعة لا بد وأن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع، وعليه أن يظل مالكا له إلى حين ثبوت الشفعة نهائيا له، ولا يهم نوعية المصدر القانوني الذي اكتسب به الملكية سواء تحصل عليها بغير عوض كأن يكون تبرعا أو بعوض من مختلف التصرفات القانونية، أو أي سبب قانوني آخر كالإرث أو التقادم المكسب بالحيازة وغيرها. كما يمكن للشخص أن يشفع في العقار المبيع سواء كان بالغا أو غير ذلك، إلا أن ناقص الأهلية يمكنه ذلك لكن بواسطة وليه أو وصية أو القيم عليه.

### الفرع الثالث:

(1) - إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 76 .

- محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 475.

- حمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 172، 173 .

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 78، 79 .

- حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، 581.

(3) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 394 .

## عدم منع الشفيع قانوناً من شراء العقار المشفوع فيه.

يرى الفقهاء بأن الأخذ بالشفعة يعتبر بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه لأن الشفيع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار<sup>(1)</sup>، وهذا المنع يؤدي إلى انتقاص في أهلية الوجوب<sup>(2)</sup> بالنسبة لهذا التصرف فقط دون باقي التصرفات الأخرى، لأن أهلية الوجوب تثبت لأي شخص ولد حياً بقوة القانون، إلا أن هناك بعض القيود والاستثناءات ترد على أهلية الوجوب في هذه الحالة تجعل الشخص غير مؤهل قانوناً من ممارسة تصرف معين دون تصرف آخر، وتتجلى هذه الحالة في منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها (أولاً)، وكذا منع الخبراء والوكلاء من ينوبون عن غيرهم في شراء العقارات المنوط بهم بيعها (ثانياً).

### أولاً: منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها:

وفي هذا الشأن نصت المادة 402 بقولها: « لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة، ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً».

نصت المادة 403 كذلك بقولها: « لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها، وإلا كانت المعاملة باطلة».

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 590 .

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 60 .

(2) - أهلية الوجوب تعرف بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومناطقها هو الشخصية القانونية وهي تنشأ لكل شخص بمجرد ولادته حياً.

من خلال هذه النصوص نجد بأن الممنوع عليهم شراء هذه الحقوق المتنازع عليها هم القضاة وأعضاء النيابة العامة وكتاب الضبط والمحامون وأيضا الموثقون والمحضرين القضائيين بالرغم من عدم التنصيص عليهم في النصوص القانونية السالفة الذكر، وهذا راجع

لعدم العمل بنظام المحضرين وقت صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975<sup>(1)</sup>، وجزاء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام، فما يخالف النظام العام هو استغلال عامل القضاء نفوذه وسلطته في شراء الحق المتنازع عليه، وفيه تأثير نفسي على الخصمين معا، ويؤدي إلى ضياع الحقوق من يد أصحابها، وعامل القضاء على العكس من ذلك موكل لحماية الحقوق والحفاظ عليها.

لقد أجمع الفقهاء أن من أسباب الحظر أيضا هو إبعاد رجال القضاء عن مواطن الشبهات وخشية أن يشك الناس في حيادهم ونزاهتهم، ومتى كان شراء العقار المتنازع فيه محظورا على رجال القضاء ممن سبق ذكرهم في النص القانوني عندما يقع النزاع في اختصاصهم، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة<sup>(2)</sup>، لأن ما يحرم شراؤه يحرم كذلك أخذه بالشفعة.

ويُشترط لمنع القضاة والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها بالشفعة أن تثبت لهم هذه الصفة وقت الشراء، فلو اشترى قبل تعيينه في القضاء أو بعد اعتزاله فشفعته صحيحة، كما يُشترط كذلك لمنع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أن يكون الحق متنازعا فيه، ويعتبر الحق متنازعا فيه حتى ولو صدر حكم لمصلحة رافع الدعوى طالما أن مواعيد الطعن في هذا الحكم لا زالت قائمة، فمتى انتهت مواعيد

(1) - إلا أن النص المدني المصري أدخل المحضرين القضائيين في قائمة عمال القضاء الممنوعين من شراء الحقوق المتنازع عليها من خلال نص المادة 471 من القانون المدني المصري بقولها: «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلا».

- نقله: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 591، 592.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 592 .

الطعن أصبح الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ليصبح الحق بعدها غير متنازعا فيه طبقا لنص المادة 02/400 ق م ج بقولها: « ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهرية ».

يرى الفقه بأن النزاع يعتبر جوهريا أو جديا متى كانت هناك حاجة إلى رفع دعوى لإثبات حق صاحب الحق ولو لم ترفع هذه الدعوى فعلا، وهي مسألة موضوعية متروكة لتقدير المحكمة عندما يُطعن في عقد البيع بالبطلان<sup>(1)</sup>، كما يشترط بالإضافة إلى ما سبق بيانه أن يكون العقار متنازعا فيه وقت الشراء، وأن يكون النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عامل القضاء عمله، فلو كان مستشارا بالمحكمة العليا مثلا امتنع عليه شراء أي حق من الحقوق المتنازع عليها في جميع أنحاء الجمهورية نظرا لامتداد اختصاصه إلى جميع أنحاء الدولة.

نجد أيضا مستشار المجلس القضائي بالجزائر يمتنع من شراء العقارات التي يكون نظر النزاع فيها من اختصاص مجلس قضاء الجزائر، لكن يجوز له شراء العقار بالشفعة الذي يكون نظر النزاع فيه من اختصاص مجلس قضائي آخر، وينطبق الأمر على سائر عمال الجهات القضائية المختلفة<sup>(2)</sup>.

والمنع من الشراء ينطبق على القاضي والمحامي سواء تم الشراء باسمه صراحة أو باسم مستعار، كأن يتعاقد شخص ثالث مع البائع، وسواء كان البائع يعلم الحقيقة أو لا يعلمها<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: الوكلاء و الخبراء الممنوعون من شراء العقارات المنوط بهم بيعها:

لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشفعا في العقارات المعهود إليهم ببيعها أو في تقدير قيمتها، لأنه يمتنع عليهم ذلك بمقتضى نص المادة 410 وكذا المادة

(1) - سمير عبد السيد نتاغو، عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، دون ذكر التاريخ، ص 392.

(2) - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 51.

(3) - سمير عبد السيد نتاغو، نفس المرجع، ص 402.



411 ق م ج، والحكمة من هذا أن هؤلاء السماسرة والخبراء قد يتساهلون مع المشتري في شروط البيع<sup>(1)</sup>.

في هذا الصدد نصت المادة 410 ق م ج بقولها: « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة<sup>(2)</sup> كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى».

نصت المادة 411 بقولها: « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار».

من خلال هذه النصوص القانونية نجد بأن الوكلاء والخبراء لا يمكنهم قانونا شراء العقارات بالشفعة ممن وگّلوا فيها ببيعها أو تقدير قيمتها بسبب تعارض المصالح من جهة والتساهل مع المشتري من جهة أخرى، فنجد الوكيل إذا اشترى لنفسه فسيحاول جاهدا أن يشتريه بأقل ثمن ممكن، في حين أن مصلحة مؤكّله تقتضي أن يبيعه بأفضل سعر ممكن<sup>(3)</sup>.

ما دام أن الخبير و الوكيل يتمتع عليهما قانونا شراء العقار الموكّلين ببيعه أو تقدير قيمته فإنه يُمتنع عليهما أيضا ممارسة الشفعة على هذه العقارات لنفس الأسباب المتعلقة بمنع الوكلاء والخبراء من شراء العقارات التي عُهدت إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها.

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 61.

(2) - تعرف النيابة بأنها حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب.

تنقسم النيابة إلى ثلاثة أنواع تفصيلا و هي النيابة الاتفاقية التي يستمد النائب فيها سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل بموجب عقد الوكالة، والنيابة القانونية التي يستمد سلطته فيها من القانون و مثالها: الولي، الوصي، والقضائية التي تكون بأمر من القضاء كما هو الحال في الوصي والقيم والحارس القضائي و الوكيل عن الغائب.

- راجع في هذا: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات- ج 02، ط 01، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992-1993، ص 145.

(3) - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 52.

## المطلب الثالث:

### مسألة تزامم الشفعاء عند التعدد.

يقوم التزامم بين الشفعاء إذا توفر سبب الشفعة لأكثر من شخص وطلبوها كلهم أو بعضهم، كما لو باع شريك حصته الشائعة في العقار إلى أجنبي فطلب الشفعة فيها الشريك الآخر ثم تقدم من له حق انتفاع عليها أيضا بطلب شرائها، أو قد تكون أرض فلاحية ويتقدم أيضا الجار المالك بمقتضى نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري من أجل استعمال حقه في الشفعة، وكما لو باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى شريك آخر فطلب الشفعة فيها مالك الرقبة، فكل هذه الحالات تمثل لنا صور تزامم الشفعاء وهي تشكل في مجموعها مسألة معقدة يصعب حلها إلا بمقتضى نص المادة 796 ق م ج رغم النقائص المسجلة عليها.

وجاء نص المادة 796 كما يلي: « إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة

حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه،
- وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتة أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى»، رغم أن هذه المادة يُسجل عليها بعض النقائص حيث أنها لم تتضمن تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة وعالجت فقط مسألة تزامم الشفعاء من طبقة واحدة ومسألة تزامم المشتري الشفيع مع غيره من الشفعاء، وهذا راجع لخطأ في صياغة فقرتها الأولى، والخطأ هو عبارة: « في الفقرات التالية». والأصح هو استبدالها بعبارة: « في المادة السابقة»، فتكون الصياغة السليمة كالآتي: « إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة»، لأن المادة السابقة (795) هي التي تبين ترتيب الطبقات الثلاث عند التزامم وليس فقرات المادة 796.

وما يؤكد هذا أكثر هو نص المادة 1/937 مدني مصري، المقابلة لنص المادة 796 مدني جزائري حيث جاءت المادة 1/937 مدني مصري<sup>(1)</sup> شاملة لجميع حالات التعدد والتزام وكما نعلم بأن المشرع الجزائري في هذه الحالة قد اقتبس جل نصوص الشفعة من المشرع المصري حيث يعتبر القانون المدني المصري أحد المصادر التاريخية للقانون المدني الجزائري، وبالتالي يُستحسن الرجوع إليه عند تفسير نصوص هذا الأخير.

ونص المادة 796 بعد تصحيحه يصبح منسجما مع روح تشريع نصوص الشفعة ونستطيع على وفقه حل كل مسائل التزام، مع الأخذ بعين الاعتبار ما جاء به قانون التوجيه العقاري، حيث تعتبر شفعة الدولة والجماعات المحلية في أعلى الطبقات الواردة في المادة 795 ق م ج.

وشفعة الجوار بالنسبة للأراضي الفلاحية في آخر تلك الطبقات ليصبح مجموع الطبقات الواردة في التشريع الجزائري خمس طبقات، وعليه فنص المادة 796 عند تصحيحه يفترض أن هناك أكثر من شفيح واحد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإذا لم يتقدم منهم لطلبها إلا شفيح واحد فله الشفعة بغير مزاحمة حيث يجوز له أخذ العقار المشفوع فيه كله أو بعضه طبقا لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم جواز تفريق الصفقة على المشتري على النحو السابق بيانه.

ولكن قد يتعدد الشفعاء ويتزاحمون في طلب الشفعة، ففي هذه الحالة لا بد من سبب قانوني مرجح بينهم و هو ما نستشفه من المادة 796 المشار إليها سابقا، حيث نجد من خلالها وعلى ضوء ما عالجه الفقه في هذا المجال بأن التزام قد يكون بين

---

(1) - وفي هذا الشأن تنص المادة 1/937 على أنه: « إذا تزام الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة ». ونص المادة السابقة هو المادة 936 مدني مصري التي تبين ترتيب طبقات الشفعاء ممن لهم الحق في الأخذ بالشفعة وهي تقابل المادة 795 مدني جزائري حيث حددت ثلاث طبقات على الترتيب التالي:  
الأولى: هي طبقة مالك الرقبة في بيع حق الانتفاع المصاحب لها.  
الثانية: هي طبقة الشريك في الشبوع في بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.  
الثالثة: هي طبقة صاحب حق الانتفاع في بيع الرقبة كلها أو بعضها، يضاف إلى هذا ما ورد في المادة 71 و المادة 57 من قانون التوجيه العقاري بشأن شفعة الدولة و شفعة الجوار.

شفعاء من طبقات مختلفة (الفرع الأول)، أو شفعاء من طبقة واحدة (الفرع الثاني)، كما قد يتزاحم المشتري الشفيع مع غيره من الشفعاء (الفرع الثالث).

## الفرع الأول:

### تزاحم الشفعاء و هم طبقات مختلفة.

يمكن حل مسألة تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة بالرجوع لنص المادة 795 ق م ج المحددة لقائمة ترتيب الشفعاء على ثلاث طبقات، بالإضافة إلى ما جاء في نص المادة 71 والمادة 57 من قانون التوجيه العقاري، حيث تم إضافة طبقتين من خلال هذين النصين وهما طبقة شفعة الدولة و طبقة شفعة الجوار.

وبناء عليه يصبح لدينا في التشريع الجزائري خمس طبقات من الشفعاء، وهم على التوالي: الدولة والجماعات المحلية (أولاً)، مالك الرقبة (ثانياً)، الشريك في الشيوخ (ثالثاً) وصاحب حق الانتفاع (رابعاً)، الجار المالك (خامساً).

**أولاً: الدولة والجماعات المحلية عندما تشفع في الأرض العامرة والقابلة**

### للتعمير.

حيث يحق للدولة أن تمارس حقها في الشفعة بالإضافة إلى الجماعات المحلية بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، مع حقها في نزع الملكية للمنفعة العمومية أيضاً متى استلزم الأمر ذلك، وهذا الحق تمارسه الدولة و الجماعات المحلية في المرتبة الأولى التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 ق م ج، على حسب ما تقضي به المادة 71 من قانون التوجيه العقاري<sup>(1)</sup>، حسب هذه المادة فإن للدولة باعتبارها شفيعة هنا الأولوية في ممارسة الشفعة على بقية الشفعاء

(1) - حيث جاء هذا الحق في الباب الثاني من القسم الثاني من هذا القانون الذي يحمل عنوان طرق وأدوات تدخل الدولة و الجماعات المحلية، وضمن فصله الثاني الذي يحمل عنوان أحكام تتعلق بالأراضي العامرة والقابلة للتعمير وهذا في المادة 71 بقولها: « ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية، وتطبق حق الشفعة المذكور، مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم، ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 1975/09/26 المذكور أعلاه.»

وفي جميع الحالات التي يجوز لها فيها الأخذ بالشفعة، متى كان ذلك من أجل المصلحة العامة، إلا أن هذا ينحصر فقط في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير.

### ثانياً: مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع.

إن مالك الرقبة يأتي في المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة والجماعات المحلية بالنسبة للأراضي العامرة والقابلة للتعمير<sup>(1)</sup> في إطار المصلحة العامة، أما فيما عدا هذا النوع من الأراضي فيبقى مالك الرقبة في المرتبة الأولى عند طلبه للشفعة، وعليه فإذا باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى أجنبي فطلب الشفعة فيها مالك الرقبة والشريك الآخر في الانتفاع فضل مالك الرقبة، ولو باع شريك في الرقبة حصته الشائعة إلى أجنبي، فطلب الشفعة فيها الشريك الآخر في الرقبة، وصاحب حق الانتفاع، فضل الشريك الآخر<sup>(2)</sup>.

إذا كان العقار المشفوع فيه أرض فلاحية، وباع شريك حصته الشائعة في العقار للأجنبي، فطلب الشفعة فيها الشريك الآخر والجار المالك في إطار أحكام المادة 57 من قانون التوجيه العقاري، فإن الشريك الآخر يفضل على الجار المالك باعتبار هذا الأخير يأتي في أدنى الطبقات.

تجدر الإشارة إلى أنه كما قد يكون الشفيع شخصاً طبيعياً، يمكن أن يكون كذلك شخصاً معنوياً، وعليه يمكن أن يكون كذلك مالك الرقبة هنا شخصاً معنوياً كما ورد في نص المادة 24 من القانون 19/87 السابق بينها، حيث متى تنازل أحد الشركاء في المستثمرة الفلاحية عن حصته في حق الانتفاع الدائم يكون للدولة

(1) - الأراضي العامرة عرفتها المادة 20 من هذا القانون بقولها: « الأراضي العامرة في مفهوم هذا القانون هي كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية وفي مشتملات تجهيزاتها وأنشطتها، ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية، أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع بنايات». أما الأراضي القابلة للتعمير فقد عرفتها المادة 21 من قانون التوجيه العقاري أيضاً بقولها: « الأراضي القابلة للتعمير في مفهوم هذا القانون هي كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في أجل معينة بواسطة أدوات التهيئة و التعمير».

- راجع في هذا أيضاً المواد 20، 21، 22 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المؤرخ في 1990/12/01.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 599 .

- عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 372 .

وحدها باعتبارها مالكة الرقبة حق ممارسة الشفعة أما باقي المنتفعين في المستثمرة فهم شركاء على الشيوع .

### ثالثاً: الشريك في الشيوع.

المراد بالشريك في الشيوع هنا ليس فقط الشريك في عقار مملوكاً ملكاً تاماً لعدد من الشركاء في الشيوع، بل أيضاً الشريك في الشيوع في رقبة العقار أو في حق انتفاع في عقار وفي حالة إذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوع وباع أحد الشريكين حصته الشائعة لأجنبي، كان الشفيعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر والجار إن كانت أرض فلاحية، مع الأخذ بعين الاعتبار شفعة الدولة في الأراضي العمرانية، وإذا كانت أرض فلاحية كان الشفيعان إذاً في هذه الحصة هما الشريك الآخر والجار، ولما كان الشريك الآخر في الشيوع وهو في الطبقة الثالثة يتقدم على الجار، كان هو الذي يأخذ بالشفعة دون الجار<sup>(1)</sup>.

وأما إذا كان العقار الذي يملكه اثنان شائعاً بينهما قد رتب عليه حق انتفاع، فأصبحت يملك الرقبة فقط ثم باع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي وكان العقار أرضاً فلاحية فإن الشفعاء المحتملين هم الشريك الآخر في الرقبة وصاحب حق الانتفاع والجار.

وطالما أن الشريك الآخر في الرقبة في طبقة أعلى من طبقة صاحب حق الانتفاع والجار، فيتقدم على كل منهما و يأخذ بالشفعة وحده دون الاثنين الآخرين<sup>(2)</sup>.

### رابعاً: صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة.

---

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 382 .  
(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية و مصادرها، المرجع السابق، ص 319.  
- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 41 .  
- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 326.  
- محمود جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 457 .  
- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 568.

وفي هذه الصورة متى كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها، ثم باع الرقبة، فالشفيعان في الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والجار متى كان العقار أرضا فلاحية.

ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الرابعة في التشريع الجزائري فإنه يتقدم على الجار، ويأخذ الشفعة وحده.

### خامسا: الجار المالك.

يوجد في هذه الطبقة الجار بالنسبة للأراضي الفلاحية فقط وهو بذلك أدنى المراتب حيث يتقدمه الشفعاء أصحاب الطبقات الأربعة وبالترتيب السابق، كما أنه لا يُتصور أن تكون الشفعة للجار بغير مزاحمة إلا إذا تصورنا العقار المشفوع فيه مملوكا لشخص واحد ملكية تامة، ولم يرتب عليه أي حق انتفاع وكان العقار أرضا فلاحية عندنا في التشريع الجزائري، هنا فقط تكون الشفعة للجار بلا منازع، ويرى بعض الفقهاء بأن هذا الفرض العملي هو الذي يكثر في الحياة القانونية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني:

#### تزامم الشفعاء و هم طبقة واحدة.

نصت المادة 2/796 على أنه: « إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه... ».

من خلال هذا النص نجد أنه إذا ثبتت صفة الشفيع في عدة أشخاص ينتمون إلى مرتبة واحدة من مراتب الشفعاء المتقدم ذكرهم، يأخذ كل شفيع بالشفعة جزءا يتناسب مع مقدار حصته في العقار المشفوع به.

يرى بعض فقهاء القانون بأنه لا توجد أي صعوبة في تطبيق هذا النص على التزامم الشفعاء بالنسبة للطبقات الثلاث الأولى بعد شفعة الدولة، كتزامم شركاء في الرقبة على الانتفاع المبيع أو التزامم شركاء في الشيوخ على الحصة الشائعة المبيعة

(1) - حسن، كيرة الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 567.

من العقار الشائع، أو كتراحم شركاء في الانتفاع على الرقبة المبيعة، لأنه يُقدَّر استحقاق كل مزاحم في الشفعة في هذه الحالة ليشفع بعقار واحد مع باقي الشفعاء من طبقته على قدر نصيبه الذي يكون من اليسير تحديده<sup>(1)</sup>.

مثال ذلك أن يكون هناك عقار يملكه أربعة على الشيوع، لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبي ولكل من الثلاثة الآخرين السدس، فإن هؤلاء الثلاثة يقتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذي أخذوه بالشفعة بالتساوي فيما بينهم لكل منهم السدس، فيصبح العقار بعد الأخذ بالشفعة مملوكا لهؤلاء الثلاثة على الشيوع بالتساوي فيما بينهم لكل واحد منهم الثلث، ونفس الحكم ينطبق على الشركاء في الشيوع في الرقبة، وكذا الشركاء في الشيوع في حق الانتفاع<sup>(2)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور تزاحم الدولة مع غيرها من الشفعاء من نفس طبقته من جهة، ومن جهة أخرى أن الدولة عندما تمارس الشفعة تأخذ كل العقار، كما تكون لها أولوية على جميع الشفعاء الآخرين أدناها في الترتيب.

الملاحظ هنا على نص المادة 2/796 أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى أن مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع أو الشريك في الشيوع لا يشفع إلا بالقدر الملايس لحقه فقط ومعنى ذلك أن المشرع قد خرج على مبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة بما تؤدي إليه من تفريق الصفقة على المشتري.

لكن استقر الفقه على وجوب طلب الشفعة في كل العقار المبيع تحسبا لعدم المطالبة بالشفعة من باقي الشفعاء، إعمالا لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة.

لذلك إذا كان طلب الشفعة في الجزء من الانتفاع مثلا يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري على خلاف ما كان ينبغي، فيحق لهذا المشتري إلزام الشفيع، إما أن يأخذ الكل أو يدع الكل، لأن مبدأ عدم التجزئة مقرر هنا لمصلحة المشتري<sup>(3)</sup>.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 568، 569.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 604 .

(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 321 .



لكن الصعوبة تظهر في تطبيق حكم المادة السابقة (02/796 ق م ج) على الشفعاء المتزاحمين من الجيران إذا كان العقار أرضا فلاحية، على الرغم من عدم تعرض المشرع الجزائري لتزاحم الجيران وهذا لأن هؤلاء الجيران الشفعاء يختلفون عن غيرهم من الشفعاء الآخرين في أنهم لا يشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد، وإنما لكل جار عقاره الذي يشفع به ولا يُشترك فيه مع غيره من الجيران الآخرين<sup>(1)</sup>، وبالتالي يجب تحديد الحكم الذي يمكن تطبيقه في حالة تزاحم الشفعاء الجيران الملاصقة عقاراتهم، وفي هذا المجال اختلف الفقه ضمن اتجاهين أساسيين:

**الاتجاه الأول:** ذهب جانب من الفقه إلى أن نص المادة 2/796 مدني جزائري لا ينطبق في حالة التزاحم بين الشفعاء الجيران عند تعددهم، وبالتالي يجب البحث عن حل لهذا التزاحم<sup>(2)</sup>، واختلف هؤلاء بعد ذلك في تحديد هذا الحل بين عدة آراء: فذهب أحد هؤلاء الآراء إلى وجوب معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ويكون ذلك بتقسيم المبيع بينهم بالتساوي<sup>(3)</sup> بحيث يفرز لكل منهم جزء من العقار المبيع إن أمكن التقسيم مع الفرز، وإن تعذر ذلك يكون المبيع للشفعاء شائعا بينهم لكل منهم حصة تساوي حصة الآخر، والشفيع الذي لم يقبل هذا الحل يتعين عليه أن ينزل عن حقه في الشفعة<sup>(4)</sup>.

وذهب رأي آخر إلى وجوب الوصول إلى حكم لهذه الحالة عن طريق القياس إلى أقرب الحالات إليه، وهي حالة التزاحم بين الشفعاء الآخرين المنصوص عليها

---

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 605 . - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق ص 43 .

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق ص 43 .

(2) - إسماعيل غانم ج 02، المرجع السابق، ص 74 .

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 327 .

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 384، 383 .

- عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 374 .

- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 606، 607 .

(3) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 329 .

(4) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 329 .

في المادة 2/796 ق م ج، ويؤدي هذا القياس أنه إذا تزامم الجيران وجب أن يتوزع العقار المشفوع فيه عليهم بنسبة قيمة ما يشفع به كل منهم<sup>(1)</sup>.

إلا أن غالبية الآراء بشأن الاتجاه القائل بعدم انطباق نص المادة 2/796 ق م ج على التزام بين الشفعاء الجيران، يرون بأنه في حالة التزام بين الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره.

وعليه إذا تزامم جاران في أخذ أرض فلاحية بالشفعة ولكل منهما حق ارتفاع بالري على الأرض المشفوع فيها، وكانت أرض أحد الجارين ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وأحدهما يجاور الأرض من جهة واحدة، يفضل الجار الأول وله وحده أخذ الأرض بالشفعة غير أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا فيما بينهم في كيفية تقسيم العقار المشفوع فيه إذا تساوى الشفعاء المتزاممون من الجيران في المنفعة بالشفعة، فيرى البعض وجوب قسمة العقار المشفوع فيه بالتساوي لعدم إمكان ترجيح مصلحة أحدهم على مصلحة الآخرين، في حين يرى بعضهم بأن يقسم المبيع بنسبة ما يملكه كل منهم من العقار المشفوع به<sup>(2)</sup>.

في حين يرى البعض الآخر وجوب ترك المسألة إلى تقدير قاضي الموضوع، فهو الذي يستطيع من ظروف الدعوى أن يجد مبررا لتفضيل جار على جار، وإيثار أحد الجيران المتزاممين دون غيره في الأخذ بالشفعة<sup>(3)</sup>.

وقد اختلف هؤلاء الفقهاء أيضا في تعليل رأيهم هذا القائل بحل مسألة التزام الجيران عن طريق مدى نسبية المنفعة العائدة لكل منهم، حيث استند بعضهم إلى العرف في تعليل رأيه<sup>(4)</sup> ومنهم من علل رأيه بالرجوع إلى قواعد العدالة<sup>(5)</sup> والبعض الآخر استند إلى العرف والعدالة معا<sup>(6)</sup>.

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 370 .

(2) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 328 .

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 384 .

(4) - إسماعيل غانم، ج 02، المرجع السابق، ص 74 .

(5) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 384 .

(6) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 369 .

**الاتجاه الثاني:** يرى هذا الاتجاه بأن نص المادة 2/796 ق م ج جاءت عامة تقضي أن استحقاق الشفعاء في حالة تزامهم يكون على قدر نصيب كل واحد منهم دون تفريق في تطبيق هذا الحكم بين الجيران وغيرهم من باقي الشفعاء. يترتب على ذلك أن المبيع يقسم بين الجيران بنسبة ما يملكه كل منهم، ولا ينظر إلى قيمة ما يملك بل إلى مقدار ما يملك<sup>(1)</sup>.

على ضوء الآراء السابقة و بالرجوع إلى نص المادتين 795 و 796 ق م ج يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري لم يراع لطبقة الجوار أهمية نظرا لعدم اعتبار الجار شفيعا أصلا في نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، وبالتالي فسكوت المشرع عن عدم التنصيص على حكم التزاحم بين الجيران الشفعاء كان قد قصد منه في عدم الاعتراف أصلا بشفعة الجار وظل الحال على ما هو عليه دون أن تثار أي مشكلة بشأن التزاحم بين الجيران في الشفعة.

إلا أن صدور قانون التوجيه العقاري 25/90 في سنة 1990 وما جاءت به المادة 57 منه بشأن شفعة الجوار في الأراضي الفلاحية يعتبر مصدرا كافيا لظهور كثير من الجدل لي طرح على إثره كثير من الأسئلة من بينها: كيف يمكننا تطبيق نص المادة 57 من القانون المشار إليه أعلاه في غياب النصوص القانونية المؤكدة والمعترفة أصلا بشفعة الجوار في القانون المدني؟ وكيف يمكننا أيضا البحث عن حل للتزاحم الحاصل بين الجيران الشفعاء؟ أم سنسلك ما انتهجه الفقه المصري حينما تعددت آراؤهم بشأن إيجاد حل مناسب لهذا التزاحم.

من هنا اعتبرت المادة 57 من قانون التوجيه العقاري بداية جدل ونقاش كبيرين حول تطبيق شفعة الجوار في الواقع العملي، وفي ظل نصوص القانون المدني الجزائري بشأن الشفعة العاجزة عن معالجة و تنظيم شفعة الجوار.

(1) - محمد كامل مرسي، ج 03، المرجع السابق، ص 369.  
- شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 266.

- وبناء عليه نرى بإمكانية إدراج طبقة الجار ضمن قائمة الشفعاء الواردة في نص المادة 795 ق م ج، بالإضافة إلى شفعة الدولة.

- كما يكون من الأفضل للمشرع أن يتدارك النقص الملحوظ في نص المادة 796 ق م ج من أجل إيجاد معيار يحدد طريقة التفضيل بين الجيران الشفعاء عند تراحمهم.

يمكن للمشرع الجزائري أن ينتهج مسلك غالبية الفقه عندما رجع بين الجيران الشفعاء في الأخذ بالشفعة على أساس المنفعة التي تعود على العقار المشفوع به، وبغض النظر عن المنفعة التي تعود على عقار آخر يملكه الشفيع أو ما يعود من منفعة على الشفيع شخصيا من جراء الأخذ بالشفعة، وهو المعيار الذي يبدو أقرب إلى العدالة والمنطق لأنه لا يفضل أصحاب الملكيات الكبيرة على الصغيرة ويتفق مع روح التشريع والحكمة من تشريع نصوص الشفعة في دفع الأذى والضرر عن الجار المالك، أو كما يرى بعض الفقهاء يترك أمر تقدير المنفعة لقاضي الموضوع في ضوء كل حالة على حدا<sup>(1)</sup>.

ما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية يحق له أن يمارس الشفعة بمقتضى نصوص قانون التوجيه العقاري، ويكون له ذلك في نفس مرتبة المجاورين لهذه الأراضي الفلاحية فيتزاحم معهم، وفي حالة تدخله لممارسته الشفعة تكون له الأولوية على الشفعاء الجيران، لأنه يسعى إلى تحقيق خدمة عمومية لصالح المجتمع، وبخاصة تلك الأراضي الفلاحية المهملة والمتروكة بدون استغلال، طبقا لما تقضي به المادة 2/52 من قانون التوجيه العقاري<sup>(2)</sup>، ويمكن للدولة حينها القيام بتوزيع تلك الأراضي الفلاحية المتحصل عليها عن طريق استعمال حق الشفعة من طرف هذه الهيئة العمومية على الفلاحين

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 384 .  
(2) - تنص المادة 2/52 على أنه: « و في هذا الإطار يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المذكور أعلاه».

المتخصصين والمؤهلين ميدانيا، ونظريا لممارسة مهنة الفلاحة، وهذا من أجل تحقيق أهداف وبرامج التوجيه العقاري في الجزائر.

### الفرع الثالث:

#### التزام بين شفعا يكون المشتري أحدهم .

عالج المشرع هذا النوع من التزام مع المشتري بمقتضى نص المادة 03/796 ق م ج بقولها: « إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعا من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى»<sup>(1)</sup>.

يتضح من هذا النص أن المشتري في هذه الحالة هو طالب الشفعة نفسه وقد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذي اشتراه، ويعتبر سببا كافيا للأخذ بالشفعة بحيث لا يشترط استمراريتها بعد ذلك كما هو الشأن في التزام بين الشفعا، فلو تقدم شفعا آخرون لمزاحمته في شراء هذا العقار فإن هناك فروضا ثلاثة يمكن أن يُتصور فيها حدوث هذا التزام، أحد هذه الفروض هو التزام المشتري الشفيع مع شفعا أعلى منه طبقة (أولا).

(1)- يرى بعض الفقهاء في هذا المجال بأن هذا النوع من التزام تمليه اعتبارات العدالة لأن المشتري حتى ولو لم يتقدم للشراء فإن له صفة الأخذ بالشفعة وقت الشراء. وعليه فمن العدالة ألا يكون في مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حتى يفضل على شفعا مثله، وعلى شفعا أدنى منه طبقة، ومن أجل هذا اعتمد المشرع هذا الحكم الخاص بهذا النوع من التزام بالرغم من أن هذا الفرض لا يثير فكرة التزام بين الشفعا بالمعنى الفني. - راجع في هذا : منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 337، وهو ما ناقشه: عبد الرزاق السنهوري أيضا بقوله:

« وإذا كان مستساغا أن يقال إن الحالة التي يكون فيها المشتري شفيعا ليست حالة التزام بين الشفعا، لأن التزام إنما يكون بين أكثر من شفيع لا بين شفيع و مشتتر ولو كان المشتري تثبت له صفة الشفيع ... ». ثم يضيف قائلا: « إلا أنه قد لوحظ عند إيراد هذه الحالة بين حالات التزام الشفعا أن المشتري هو أيضا شفيع يزاحمه شفعا آخرون، فيتقدم عليهم إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدنى، و يتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة، فلا يخلوا الأمر من معنى المزاحمة ... ». ثم استطرده قائلا: « ومهما يكن من أمر فإن تقريب هذه الحالة من حالات التزام الشفعا مستساغ من الناحية العملية على الأقل».

- راجع في هذا: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 610، هامش 01.

أما الفرض الآخر وهو تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء من طبقة أدنى (ثانياً)، والفرض الثالث وهو تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء من نفس الطبقة (ثالثاً).

### أولاً : تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء أعلى منه طبقة:

يرى الفقهاء في هذا المجال بأن المشرع في هذا الفرض لم يأت بشيء جديد بالنسبة للنص القانوني المنظم له (م 03/796) ق م ج، حيث يتفق النص الوارد فيها مع الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 796، فيُفضّل هؤلاء الشفعاء على المشتري لكونهم من طبقة أعلى<sup>(1)</sup> وفقاً للترتيب المنصوص عليه في المادة 795 ق م ج، وما جاء به أيضاً قانون التوجيه العقاري في المواد 52، 57، 71 منه، وكما أنه لا يمكن للمشتري في هذه الحالة أن يعترض على هذا التزامم بحجة أسبقيته في الشراء على باقي الشفعاء، لأن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري، وليس للبائع أيضاً أن يُفضل المشتري الشفيع على خلاف ما يقضي به القانون من إثارة الشفيع على المشتري<sup>(2)</sup>.

ومن أمثلة هذا الفرض أنه إذا كان مالك العقار قد رتب على عقاره حق انتفاع لشريكين في الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة بعدها، ثم أقدم أحد الشريكين ببيع حصته في الانتفاع للشريك الآخر، هنا يحق لمالك الرقبة أن يأخذ هذه الحصّة الشائعة المباعة من المشتري بالشفعة ولا يستطيع المشتري الشريك في حق الانتفاع أن يرفع دعوى الشفعة على أساس أنه شفيع أيضاً وهذا لا اعتبار أن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة<sup>(3)</sup>، ونفس الحكم ينطبق على باقي الشفعاء الوارد ذكرهم في المادة 795 ق م ج وما جاء به قانون التوجيه العقاري أيضاً، حيث متى طالب باقي

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 386 .

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 64 .

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 617، 618 .

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ومصادرها، المرجع السابق، ص 325 .

(3) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 617 .

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، المرجع السابق، ص 47 .

هؤلاء الشفعاء بأخذ العقار الذي اشتراه المشتري بالشفعة وكانوا أعلى منه في الطبقة فإنهم يفضلون عليه ويستبعدونه بحيث يحلون محله في البيع<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء أدنى منه طبقة:

والنص القانوني هنا (م 03/796 ق م ج) يفترض أن المشتري نفسه أيضاً توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أدنى منه طبقة، والمهم هنا أيضاً هو توفر شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء، حيث لا يؤثر ذلك على الأخذ بها إن فُقدت هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء<sup>(2)</sup>.

في خصوص الفرض السابق فإن النص القانوني (م 03/796 ق م ج) لم يأت بشيء جديد، حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من نص المادة 796 ق م ج، فيفضل المشتري على هؤلاء الشفعاء حسب ما تناوله أحد الفقهاء<sup>(3)</sup>، لكونهم من طبقة أدنى وفقاً للترتيب المنصوص عليه في المادة 795 ق م ج.

مثل ذلك أن يشتري مالك الرقبة حصة أحد الشريكين على الشيوع في حق الانتفاع فإذا تقدم للأخذ بالشفعة الشريك الآخر في حق الانتفاع أو تقدم الجار للأخذ بها إن كانت أرض فلاحية، فإن مالك الرقبة هنا يفضل بصفته مشترياً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء، لأنه حسب كثير من الفقهاء لو كان المشتري شخصاً غير مالك الرقبة، لكان هذا الأخير نفسه شفيعاً من الطبقة الأولى من الشفعاء<sup>(4)</sup>، ويحق له قانوناً نفس هذا الحق عند شرائه لهذه الحصة، لأن العدالة في نظر أحد الفقهاء تقتضي ذلك<sup>(5)</sup>.

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 573، 574.

(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية و مصادرها، نفس المرجع، ص 324.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 387 .

(4) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية و مصادرها، نفس المرجع، ص 324.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 610 .

(5) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 46.

### ثالثاً: تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء من نفس الطبقة .

بالنسبة لهذا الفرض يرى البعض من الفقهاء أن النص القانوني المشار إليه سابقاً (م/796/03 ق م ج) قد جاء بشيء جديد يضاف للحكم المنصوص عليه في المادة 795 ق م ج والفقرة الأولى والثانية من المادة 796 ق م ج، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حيث أن الحل الوارد في الفقرة الثانية من المادة 796 يخالف الحكم المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من نفس المادة، إذ يقضي بتفضيل المشتري على هؤلاء الشفعاء رغم كونهم من نفس طبقتهم<sup>(1)</sup>.

وفي هذا يرى بعض الفقهاء أن المشرع قد انحاز للمشتري في هذا الفرض بالرغم من أنه في مركز واحد مع باقي الشفعاء.

إلا أن المشرع قدر ذلك لأنه توافرت لديه صفتان في نفس الوقت، صفته كمشتري وصفته كشفيع<sup>(2)</sup>، كما أنه وهو يقرر في هذا الحكم المخالف للنصوص السابقة وانحيازه للمشتري إنما كان يستند على قاعدة جوهرية في القانون المدني، وهي التي تقضي بالألا ينزع من المالك ملكه دون رضاه لشفيع لا يعلو على المشتري في طبقتهم، وأن الشفيع متى كان في طبقة المشتري فلا معنى لإعطائه الحق في الشفعة ومشاركة المشتري في العقار المشفوع فيه حيث أن المشتري يعادله في الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذي وقع عليه دون الشفيع اختيار البائع فأثره بالصفقة، ولا مبرر في نظر الفقه للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة وكما أن المشتري ليس من الأجانب ممن يراد التخلص منهم عن طريق الشفعة<sup>(3)</sup>.

ومن الأمثلة على هذا الفرض لو قام مالك الرقبة ببيع جزء من الرقبة للشريك في حق الانتفاع وفي الجزء من الرقبة الملابس لنصيبه، وطلب الشركاء الآخرون

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 387.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، نفس المرجع، ص 47.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 616 .



في حق الانتفاع الشفعة في الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشتري لأنه يتزاحم مع شفعاء من نفس طبقته<sup>(1)</sup>.

إلا أنه إذا باع الشريك في الشيوخ حصته الشائعة في العقار لأحد الجيران فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون، فضل هنا الجار المشتري، وهذا على رأي جانب من الفقه ممن يرى بأن الجيران الشفعاء كلهم مرتبة واحدة وبغض النظر عن قدر المنفعة العائد على ملك كل منهم، بينما يرى فريق آخر من الفقهاء بأن الجيران ليسوا كلهم في مرتبة واحدة، بل يفضل الجار ممن يعود على ملكه منفعة أكبر على هذا الجار المشتري<sup>(2)</sup>، وما تجدر الإشارة إليه في آخر هذا الفرع، أن تفضيل المشتري الشفيع على باقي الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى لا يقتضي منه أن يقوم بالإجراءات التي يستلزمها القانون لإمكان طلب الشفعة، فيكفي أن تتوفر لديه الشروط الموضوعية التي تؤهله بأن يكون شفيعاً.

أما فيما يخص الشروط الشكلية التي استلزمها القانون من خلال نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني فلا تعنيه في شيء، لأن المشتري الشفيع حقيقة يستعمل حقه بطريق الدفع لا بطريق الدعوى، فهو لا يريد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتر آخر كما هو الحال في الإجراءات العادية للشفعة، وإنما هو يريد فقط إبقاء العقار الذي اشتراه تحت يده<sup>(3)</sup>.

## الفصل الثاني:

### الإجراءات القانونية للشفعة.

إن الإجراءات القانونية المعتمدة من خلال نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني تُعتبر بمثابة طريق سطره المشرع لفائدة طالب الشفعة، ممن توفر فيه أسباب الشفعة وكامل شروطها، يسعى من خلاله للحصول على حقه في الشفعة من

(1) - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 491.

(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 328.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 388.

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 328.

أجل شراء العقار المشفوع فيه بإحلاله محل المشتري و أخذه هذا العقار، وهذا متى لم يستطع تملكه بالتراضي أي بعد المعارضة التي قد تظهر من البائع أو المشتري، حينها يجد الشفيع نفسه مضطرا لأن يسلك هذه الإجراءات القانونية حتى يصل إلى تملك العقار المشفوع فيه عن طريق الشراء وبحكم القضاء.

وفي هذه الحالة رسم المشرع للبائع والمشتري معا طريقا آخر يُعتبر في صالح الجميع من أجل حسم الأمر، وهو توجيه إنذار إلى الشفيع (المبحث الأول)، لتبدأ بعده سلسلة إجراءات قانونية متتابعة، بحيث يجب أن تحصل خلال مواعيد محددة ومضبوطة، وعدم احترامها من طرف الشفيع يؤدي حتما إلى سقوط الأخذ بالشفعة.

وهذه النتيجة الأخيرة راجعة لكون المشرع وهو يضع هذه الإجراءات القانونية كان يعتقد دائما بأن الشفعة ما هي إلا قيد يرد على حرية التصرف يُفضّل عدم التوسع فيه، حفاظا على استقرار المعاملات وحتى لا يبقى المشتري مهددا بطلب الشفعة لمدة طويلة، لهذا تكفل المشرع بتقنين هذه الإجراءات وفرض لها آجال قصيرة مراعاة لمصالح الأطراف جميعا.

فبعد الإنذار بوقوع البيع تبدأ إجراءات إعلان الرغبة في الشفعة (المبحث الثاني)، ثم يليها إجراءات إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة، إلى حين الحكم النهائي بثبوت الشفعة لصالح الشفيع (المبحث الثالث).

## المبحث الأول:

### الإنذار بوقوع البيع.

يُعرّف الإنذار بوقوع البيع، بأنه ورقة من أوراق المحضرين القضائيين تأخذ شكل إجرائي معين، يقوم البائع أو المشتري بتوجيهه عن طريق هذا المحضر القضائي إلى الشفيع لإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع وإلزامه باتخاذ إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها في القانون المدني.

يعتبر الإنذار بداية لسريان ميعاد الثلاثين يوماً من أجل إعلان رغبة الشفيع، وإلا سقط حقه في الشفعة، والإنذار يكفي أن يوجهه إما البائع أو المشتري إلى الشفيع، فإذا وجهه أحدهما يُعفى الآخر منه، والإنذار يوجه إلى الشفيع إذا كان منفرداً وإلى كافة الشفعاء إذا تعددوا، و سواء كانوا من طبقة واحدة أم من عدة طبقات، وهذا لأنه قد يتنازل الشفيع من هو في مرتبة متقدمة عن حقه في الشفعة فيتمسك بها من يليه في المرتبة.

هذا وقد استلزم القانون المدني لصحة هذا الإنذار تضمينه بيانات جوهرية على وفقها يقع الإنذار تحت طائلة البطلان في حال تخلفها **(المطلب الأول)**.  
يضاف إليها مسألة رسمية الإنذار، التي نرى بضرورة تبليغه رسمياً بواسطة ورقة رسمية، وعن طريق محضر قضائي، و وفق إجراءات قانونية معتمدة **(المطلب الثاني)**، وحتى لا يثار أي جدل أو نزاع بشأن بداية تاريخ سريان أجل إعلان رغبة الشفيع.

### المطلب الأول:

#### البيانات الواجب مراعاتها في الإنذار بوقوع البيع.

تُفتتح إجراءات الشفعة عادة عن طريق الإنذار بوقوع البيع، ويُقصد به إخطار الشفيع وإعلامه بحصول البيع الذي يجوز له الأخذ فيه بالشفعة حتى يتدبر أمره<sup>(1)</sup> ويُعلن موقفه من الأخذ بالشفعة، رغبة من المشرع في تسريع إجراءات الشفعة نتيجة للطابع الاستثنائي والخاص الذي تتميز به، وهذا الإنذار يوجهه البائع أو المشتري للشفيع، ومتى وجهه أحدهما أغنى بذلك على أن يوجهه الآخر<sup>(2)</sup>، ويوصف بأنه فاتحة لإجراءات الشفعة، باعتباره إجراءً محفزاً للشفيع على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في أجل محدد، ولا يكفي هذا في نظر المشرع، بل لا بد أن

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 103 .

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 436 .

- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 435.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 625 .

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 330.

يشمل الإنذار على بيانات ضرورية للاعتراف به وصحته قانوناً، ولأجل ذلك جاءت المادة 800 ق م ج لتقرر حتمية هذه البيانات الشكلية بقولها: « يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلاً: - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع و اسم كل من البائع والمشتري ولقبه، ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799».

من خلال هذا النص فإن البيانات التي اشترطها المشرع في الإنذار ترمي إلى جعل الشفيع على علمٍ بأركان البيع الجوهرية، لكي يستطيع تقدير مصلحته في الأخذ بالشفعة ويمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه<sup>(1)</sup>.

بالرجوع إلى النص السالف ذكره (800 ق م ج) نجد بأن المشرع اشترط مجموعة من البيانات وهي:

**أولاً: استهل هذه البيانات بشرط بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً:**

ويُقصد به البيان الذي يستطيع الشفيع من خلاله معرفة هذا العقار معرفة نافية للجهالة<sup>(2)</sup>، ويتم ذلك عن طريق تعيين موقعه و حدوده و مساحته الإجمالية و كل بيان من شأنه أن يجعل الشفيع عالماً بالعقار المبيع دون أي لبس أو غموض<sup>(3)</sup>، وهذا حتى يتحدد ويتعين لديه محل البيع تعييناً وتحديداً دقيقين، لأنه عند إعلان رغبته للأخذ بالشفعة يُعتبر ذلك تمهيداً لإحلاله محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه المراد تعيينه وتحديده، وكما أن كفاية هذا البيان من عدمه أمر يقدره

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 85.

(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 331 .

- عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص 103.

(3) - والبيان الكافي النافي للجهالة المزيل لكل إبهام وغموض حول العقار المشفوع فيه مَثَل له بعض الفقهاء بحالة إذا كان الشفيع شريكاً مشتاعاً في العقار، ووصف هذا الإنذار العقار المبيع بأنه حصة شائعة مقدراً مساحتها بقياس معين، وفي ناحية معينة ومحددة وذكر كل الملحقات للعقار المبيع من آلات ومباني وحدائق، فهذا البيان اعتبر كافٍ مانع للجهالة في نظرهم.

- راجع في هذا عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 625 هامش 03.

قاضي الموضوع في ضوء ظروف الواقع بما للقاضي من سلطة تقديرية في هذا الشأن، وليس للمحكمة العليا سلطة النقض طالما أنه أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: بيان الثمن والمصاريف الرسمية اللازمة لبيع العقار:

يُقصد بالثمن في النص (800 ق م ج) هو المبلغ الذي يبيع به العقار المشفوع فيه، فيجب أن يدون كتابة أو بالأرقام مما يدل بوضوح على قيمة العقار المبيع حقيقة.

أما المصاريف الرسمية فيُقصد بها المصروفات التي فُرضت بقوة القانون، حيث بدونها لا تتم العقود في شكلها الرسمي، ولا يمكن أن تسجل أو تشهر، وتشمل رسوم التسجيل في الإدارة الخاصة بالتسجيل، ورسوم الشهر الذي يتم في المحافظة العقارية وما يماثلها، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحامي وعمليات السمسرة فليس من الواجب ذكرها، فإن لم تذكر كانت محلاً لمطالبة قضائية مستقلة، وإن طُلبت أثناء سير الدعوى فلا تُبطل الإنذار ولا يجوز الدفع بعدم قبول طلبها لعدم ورودها في الإنذار<sup>(2)</sup>، وهذا لأن القانون حقيقة اشترط فقط ذكر المصاريف الرسمية المشار إليها سالفًا بمقتضى نص المادة 800 ق م ج.

أما المصاريف غير الرسمية فيمكن المطالبة بها بعد ذلك وإن لم يشترط القانون ذكرها في نص الإنذار بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها وفقاً للقواعد المقررة في مواد الإثبات<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: شروط البيع للعقار المشفوع فيه:

- 
- (1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 437 .  
- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية المرجع السابق، ص 610 .  
- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 625 هامش 03 .  
(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 331 .  
- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية المرجع السابق، ص 610 .  
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 437 .  
(3) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 626 .

والمقصود بشروط البيع هنا هي شروطه الجوهرية والأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها فهي وحدها التي استلزم القانون توضيحها في ورقة الإنذار، فبفضل هذه الشروط يستطيع الشفيع أن يوازن بين مصلحته في الأخذ بالشفعة أو التنازل عنها.

ومن الشروط الغير أساسية نذكر منها شرط منح أجلا في الوفاء ببعض الثمن لصالح المشتري من طرف البائع، فهذا الشرط يمكن أن لا يُذكر في ورقة الإنذار، لأنه لا يعني الشفيع في شيء وليس من حقه إلا إذا رضي به البائع، وبخاصة وأن الشفيع ملزم في كل الأحوال بمقتضى نص المادة 2/801 ق م ج بإيداع كل الثمن الحقيقي من المصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما من تاريخ التصريح بالرغبة وقبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط حقه فيها.

كما أنه طبقا للمادة 804 ق م ج فإن الشفيع لا يمكنه الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري بدفع الثمن إلا برضاء البائع، وحتى في حالة حصول هذا الرضا من طرف البائع فإن على الشفيع إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل وفي الأجل القانوني المحدد.

وعليه فلا وجود لأي فائدة تعود على الشفيع من تدوين هذا الشرط في ورقة الإنذار فعلمه به وعدم علمه سيان، وبالتالي فتخلف هذا الشرط عند عدم ذكره في الإنذار لا يجعله بأي حال تحت طائلة البطلان<sup>(1)</sup>.

**رابعاً:** بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه ومهنته وموطنه:

وهذه البيانات الأساسية الهدف منها أيضا تعيين العقار المشفوع فيه تعيينا كافيا، وحتى يمكن للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك<sup>(2)</sup>، وللإشارة هنا فإن الموطن لا يُشترط أن يكون محلا للإقامة في نظرنا فيمكن أن يكون عاما أو خاصا أو مختارا، وهذا على حسب عموم النص، فالشخص قد لا

(1) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 332.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 626.

يعرف له سكن ولا محل للإقامة، ولكن يعرف له محلا تجاريا أو مهنة يمارسها في مكان معين، فيمكن أن يوجه له التبليغ في هذا المكان، وهو ما قرره القضاء المصري و أيده بعض الفقه أيضا<sup>(1)</sup>، إلا أن بعض الفقهاء يرون بأن الموطن المقصود به هنا هو مكان الإقامة العادي أي الموطن العام العادي دون أن يشمل الموطن الخاص<sup>(2)</sup>.

#### خامسا: لابد من ذكر الأجل المحدد لإعلان الشفيع رغبته في الشفعة في

ورقة الإنذار، حسبما قررته المادة 799 ق م ج والمقدر بثلاثين يوما، ويسري ابتداء من تاريخ التبليغ بالإنذار، ويزداد على هذا مدة المسافة إن لزم الأمر ذلك.

ما تجدر الإشارة إليه في آخر هذا المطلب، أنه بالرغم من أن الإنذار بالبيع إذا لم يشتمل على أحد البيانات المتقدمة يعد باطلا قانونا، إلا أن بطلان هذا الإنذار لا يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة متى لم يعلن الشفيع رغبته فيها خلال أجل الثلاثين يوما من تبليغ هذا الإنذار، لأن كلا من البائع أو المشتري لم يوجه للشفيع الإنذار القانوني على النحو السابق بيانه في هذا المطلب، وعليه يقع تحمل المسؤولية هنا على عاتقهما معا دون أن يتعلق ذلك بالشفيع.

لكن حسب ما أشار إليه كثير من الفقهاء وما يُستفاد أيضا من نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، أنه وإن كان لابد من إنذار الشفيع بوقوع البيع، فإن الشفيع يمكنه قانونا أن يعلن رغبته في الشفعة متى علم بحصول البيع، وسواء تم إنذاره أم لم يتم، بل ويجوز له أكثر من ذلك وقبل الإنذار أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة، حيث يعتبر إعلان عريضة دعوى الشفعة بمثابة إعلان للرغبة في الأخذ بها<sup>(3)</sup>.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 87.

(2) - ومن هؤلاء الفقهاء: رمضان أبو السعود حيث يقول: (كما يجب أن يوجه هذا الإنذار الرسمي إلى الشفيع في موطنه، أي في المكان الذي يقيم فيه عادة لا في المكان الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة، حيث لا يعد هذا المكان موطنًا له إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة).

(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 332.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 627 .

## المطلب الثاني:

### شرط الرسمية في الإنذار.

طبقا لنص المادة 799 ق م ج بقولها: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك»، نلاحظ بأن المشرع لا يشترط الرسمية في الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، وبالتالي فيمكن أن يتم كتابيا أو شفويا، لأن عبارة (يوجهه إليه البائع أو المشتري) لا تقتضي بالضرورة أن يكون التوجيه كتابيا، هذا ناهيك عن الشكل الرسمي من خلال هذا النص، حيث أن المشرع لم يُشر بتاتا ما يدل على اشتراط الشكل الرسمي في هذا الإنذار.

الظاهر على المشرع أنه عالج مسألة توجيه الإنذار من حيث الموضوع دون أن يقيده بشكل رسمي معين على خلاف ما قرره القانون المصري في هذا المجال، حيث اشترط الطابع الرسمي على هذا الإنذار، وهذا من خلال المادة 940 من القانون المدني المصري والتي تقابل المادة 799 السابق ذكرها<sup>(1)</sup>.

كما نعلم فإن نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري من مصادرها التاريخية نجد القانون المدني المصري، وهذا الأخير اقتبس جل أحكامها من الفقه الإسلامي، إلا أنه من خلال النص العربي المصري نجد بأن هذا الأخير يشترط الرسمية في الإنذار بالرغم من توافق النص الفرنسي الجزائري مع النص الفرنسي المصري<sup>(2)</sup>.

(1) - نصت المادة 940 قانون مدني مصري بقولها: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر».

- نقله: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 103 .

(2) - لعروم مصطفى، المرجع السابق، ص 41 .



إلا أن المشرع الجزائري أكد على عدم اشتراط الرسمية في الإنذار من خلال المادة الموالية، حيث نصت المادة 1/800 هذه بقولها: « يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية ... ».

فمن خلال هذه الفقرة نلاحظ جليا بأن المشرع أورد لفظ « الإنذار » دون أن يلحقه بلفظ الرسمية، على خلاف ما فعل مع المصاريف حيث ألحق بها مصطلح الرسمية في الفقرة الثالثة من المادة 800 ق م ج بقولها: « ... بيان الثمن والمصاريف الرسمية ... ».

بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادتين 799 و 800 ق م ج نجد بأنهما تتشابهان مع النص الفرنسي للمادتين 940 و 941 مدني مصري<sup>(1)</sup>، فنجد في كل من النصين الجزائري والمصري عبارة : « La sommation » ويقابلها في النص العربي لفظ « الإنذار »، وبالتالي فالنص المدني الجزائري سواء العربي أو الفرنسي في المادتين 799 و 800 يتشابه تماما مع النص الفرنسي والقانون المدني المصري في المادتين 940 و 941، وهذا يدل على أن المشرع قد تعمد في ذكر الإنذار في النص دون اشتراط الرسمية فيه<sup>(2)</sup>، ويُعتبر هذا تضييقا في أحكام الشفعة، ويقصد منه عدم إرهاب كاهل البائع أو المشتري بأشكال قانونية نظرا للطابع الخاص والاستثنائي للشفعة باعتبارها وردت على خلاف الأصل، وأنها مجرد قيد يرد على حرية التصرف، لذا ينبغي عدم التوسع في الإجراءات القانونية وبخاصة الملزمة للبائع والمشتري تحقيقا للعدالة وتوافقا مع روح التشريع.

- إلا أننا نرى بأن عدم اشتراط الرسمية في الإنذار الموجه من طرف البائع أو المشتري للشفيع وإن كان يرمي إلى عدم التوسع في إجراءات الشفعة أكثر، فإنه

(1) - نصت المادة 941 مدني مصري والتي تعتبر مقابلة للمادة 800 ق مدني جزائري على أنه: « يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية و إلا كان باطلا:

أ - بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

ب - بيان الثمن و المصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه».

- نقله: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 436.

(2) - لعروم مصطفى، نفس المرجع، ص 41.

قد يفتح بابا لكثير من المنازعات والخصومات التي قد تحدث من جراء التبليغ الفوضوي بهذا الإنذار سواء بالكتابة العادية وإرسالها بغير البريد، أو بواسطة البريد ولو برسالة موسى عليها مع ختم الوصول ناهيك عن التبليغ الشفوي الذي يعتبر أكثر فوضوية، فهو لا يثبت لا تاريخ الإنذار ولا حتى الإنذار في حد ذاته، وعليه يبقى شرط علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة تحت رهان التلاعب من طرف البائع والمشتري، وبالتالي ضياع حقه المقرر له قانونا، لأن تاريخ علم الشفيع بالبيع وهو تاريخ تبليغه بالإنذار يعتبر قانونا بداية لتحديد رغبته خلال هذه المدة، وبه أيضا تفتتح إجراءات الشفعة متى أعلن الشفيع رغبته خلال الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 799 ق م ج.

إن الغرض الأساسي من الإنذار بوقوع البيع هو إثبات علم الشفيع بحصول عملية البيع بطريقة مؤكدة ويقينية، وبالتالي إجبار الشفيع بالولوج في إجراءات الشفعة وترقب خطواته فيها لأنه إذا غفل عن إتباع إجراء معين أو عدم اتخاذه في الأجل المحدد قانونا سقط حقه في الشفعة<sup>(1)</sup>.

ومن هنا اعتبر بعض الفقهاء هذا الإنذار وسيلة لكل من المشتري والبائع للتبكير بحسم الموقف في مواجهة الشفيع، وكما أنه ليس في توجيهه أي معنى لإقرار موجهه بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة<sup>(2)</sup>.

وبناء على ما سبق بيانه اتفق جميع الفقهاء على ضرورة أن يكون الإنذار رسميا بورقة من أوراق المحضرين القضائيين تحت شكل قانوني معين ويتم التبليغ بواسطة المحضر القضائي أيضا<sup>(3)</sup>، لاعتبار أن هذا الإنذار وما ينجم عنه

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 84، 83 .

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 84، 83 .

(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 332 .

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 103 .

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 625 .

من إعلان للرغبة في الشفعة هما فاتحة للإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها من خلال نصوص الشفعة<sup>(1)</sup>.

في نهاية هذا المطلب يمكن القول بأن شرط رسمية الإنذار لا بد منه للأسباب المتقدم ذكرها، وبالتالي كان من المفروض على المشرع الجزائي أن يقرر رسمية الإنذار، ويعتبر باطلا كل إجراء يخالف هذا الشكل القانوني من التبليغ، وحتى ولو كان هذا الإجراء الذي تم التبليغ بواسطته يحمل تاريخا ثابتا.

وقد أكد جميع الفقهاء بأنه لا يكفي أن يعلم الشفيع بالبيع بمقتضى ظرف موصى عليه بعلم الوصول يتضمن ورقة الإنذار، بل ولا يكفي أيضا أن يعلم بالبيع عن طريق عريضة دعوى توجه إلى الشفيع، كدعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري على البائع والمدخل فيها الشفيع بوصفه شريكا في الشيوخ بالنسبة للعقار الذي بيعت حصة شائعة منه من أحد الشركاء الآخرين، فهذا الإجراء بالرغم من رسميته فلا يعتبر في نظر الفقه إنذارا رسميا ولو تضمن البيانات الأساسية الواجب تضمينها في الإنذار<sup>(2)</sup>.

تجدر الإشارة أيضا في هذا المجال أن الشفيع ولو لم يتحصل على الإنذار فيمكنه قانونا أن يتأكد من حصول البيع عن طريق السجل العقاري المتواجد بمصلحة الشهر العقاري في المحافظة العقارية، فيتم من خلاله إعلام الشفيع أيضا بحصول عملية البيع.

- انطلاقا مما سبق شرحه ومناقشته نرى بإمكانية إعادة صياغة نص المادة

799 ق م ج حتى تصبح على الشكل الآتي:

« على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، عن

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 435 .

(2) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني والحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 609 .

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 436، 437 .

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 227.

طريق محضر قضائي وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك».

## المبحث الثاني:

### إعلان الرغبة في الشفعة.

الإجراءات الحقيقية للشفعة تبدأ بإعلان الرغبة فيها، ذلك أن الإنذار قد يحدث من طرف البائع أو المشتري وقد لا يحدث، والمشرع بهذا الإجراء الأخير لم يقصد تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه، إذ له أن يبادر بإعلان الرغبة قبل الإنذار أو يقدم على الإنذار ويجعل منه إجراء حتميا يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة.

وعليه فإن الشفيع إذا أراد أخذ العقار بالشفعة أن يعلن إرادته في الأخذ بها إلى البائع أو المشتري بعد علمه بوقوع البيع بأي طريقة كانت، سواء كان هذا بطريق الإنذار المشار إليه سالفًا أو بغير ذلك، فحق الشفيع في إعلان الرغبة غير معلق على توجيهِ هذا الإنذار، بل يجوز له متى علم بالبيع أن يعلن رغبته دون انتظار الإنذار.

أما إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيتم حقيقة عن طريق عقد رسمي يُعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا طبقا لنص المادة 801 ق م ج (المطلب الأول).

يضاف إلى ذلك وجوب تقيد الشفيع بالأجل القانوني، فلو حدث وأنذر إنذارا رسميا يتعيّن عليه هنا أن يُعلن رغبته في أجل ثلاثين يوما من هذا الإنذار، فإن لم يتم إنذاره فخلال سنة من يوم عقد البيع (المطلب الثاني).

كما يجب أيضا على الشفيع أن يُشهر إعلان رغبته للأخذ بالشفعة في المحافظة العقارية الواقع بدائرتها العقار محل الشفعة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول:

## الرسمية في إعلان الرغبة.

طبقا لنص المادة 1/801 والتي نصت على أنه: « يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة يعقد رسمي يُعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان التصريح باطلا...».

نجد بأن إجراء إعلان الرغبة الصادر من الشفيع يجب أن يُفرغ في قالب رسمي ليتم عن طريق عقد رسمي، يعلن لدى كتابة الضبط في المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وإلا وقع إعلان الرغبة هذا تحت طائلة البطلان عند احترام هذا الشكل الرسمي، كأن يتم الإعلان بالطرق العادية أو برسالة موصى عليها مع ختم الوصول، فلا بد إذاً من احترام هذا الإجراء القانوني من أجل الأخذ بالشفعة.

إن إعلان الرغبة تُفتتح به إجراءات الشفعة عادة، ويستقل عن رفع دعوى الشفعة وبالتالي يجب القيام بالإجراءين منفصلين<sup>(1)</sup>.

كما أن الرسمية في إعلان الرغبة تقتضي أن يتم هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري بواسطة محضر قضائي<sup>(2)</sup>، وفي موطن كل من البائع والمشتري أيضاً<sup>(3)</sup>، وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة طبقا لنص المادة 799 ق م ج، والتي جاء فيها: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري ... وإلا سقط حقه...». وهذا يدل بوضوح أن الشفيع ملزم بتبليغ هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري، لأن الشفيع إنما يريد بالشفعة الحل محل المشتري.

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 607.

(2) - رمضان أبو السعود، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 334.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 441.

(3) - الأصل أن الموطن المقصود هنا هو الموطن العام العادي طبقا لنص المادة 36 ق م ج يقولها: « موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي و عن عدم وجود سكن يحل محلها مكان الإقامة العادي». - إلا أننا نرى حسب وجهة نظرنا الخاصة هنا أن الشفيع يمكنه أن يبلغ إعلانه للبائع و المشتري في موطنهما المختار متى كان لهما موطناً مختاراً، وهذا في حالة ما إذا لم يعرف لهما مقراً للسكن أو محلاً للإقامة العادية. وأما إذا لم يكن لهما لا موطناً عادياً و لا مختاراً فإنه حسب وجهة نظرنا يمكن أن يتم التبليغ في موطنهما الخاص حفاظاً على السير العادي للإجراءات القانونية للشفعة، وبخاصة وأن المشرع قد سكت عن تحديد الموطن المراد تبليغ إعلان الرغبة فيه.

تَحَقُّقُ الحُلُولِ المُشَارِ إِلَيْهِ فِي الفُقَرَاتِ السَّابِقَةِ يَكُونُ فِي مُوَاجَهَةِ البَائِعِ، وَعَلَيْهِ وَجِبَ إِعْلَانُ كِلَيْهِمَا بِالأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ، حَيْثُ لَا يُعْنِي إِعْلَانُ أَحَدِهِمَا عَنِ إِعْلَانِ الأُخْرَى وَلَوْ تَمَّ فِي المِيعَادِ المُحَدَّدِ لِذَلِكَ، بَلْ يَسْقُطُ الحَقُّ فِي الشَّفْعَةِ نَتِيجَةً تُخَلِّفُ الشَّفِيعَ فِي إِعْلَانِ أَحَدِهِمَا، وَلَا يُشْتَرَطُ هُنَا أَنْ يَتِمَّ إِعْلَانُ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، فَقَدْ يَسْبِقُ أَحَدُهُمَا الأُخْرَى أَوْ يَعْقِبُهُ طَالَمَا أَنَّ الإِعْلَانَيْنِ يَتِمَّانِ خِلَالَ الأَجْلِ المُحَدَّدِ قَانُونًا<sup>(1)</sup>، وَالأَمْرُ كَذَلِكَ لَوْ تَعَدَّدَ البَائِعُونَ أَوْ المُشْتَرُونَ فَيَجِبُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ إِعْلَانُهُمْ جَمِيعًا بِالرَّغْبَةِ فِي الأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ وَفِي المِيعَادِ القَانُونِيِّ.

يَتَرْتَبُ عَلَى مَا سَبَقَ أَنَّهُ لَوْ أُعْلِنَ الرَّغْبَةَ فِي الشَّفْعَةِ لِأَحَدِهِمَا فَقَطْ مُشْتَرِيًا كَانَ أَمَّ بَائِعًا دُونَ البَاقِينَ مِنَ البَائِعِينَ أَمَّ المُشْتَرِينَ أَوْ وَجِهَ الإِعْلَانُ بِالرَّغْبَةِ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي المِيعَادِ وَالأُخْرَى بَعْدَ انقِضَائِهِ، فَإِنَّ إِعْلَانَ الرَّغْبَةِ هَذَا يَعْتَبَرُ بَاطِلًا لَا أَثَرَ لَهُ قَانُونًا، وَيَجُوزُ لِمَنْ وَصَلَهُ الإِعْلَانُ مُتَأَخِّرًا أَنْ يَتَمَسَّكَ بِسُقُوطِ حَقِّ الشَّفِيعِ فِي الشَّفْعَةِ، وَمَا دَامَ أَنَّ هَذَا الحَقَّ لَا يَتَجَزَأُ فَإِنَّ السُقُوطَ لِوَاحِدٍ يُسْقُطُ مَعَهُ الشَّفْعَةُ بِالنِّسْبَةِ لِالأُخْرَيْنِ مِمَّنْ أُعْلِنُوا إِعْلَانًا صَحِيحًا<sup>(2)</sup>.

إِنَّ الطَّبِيعَةَ القَانُونِيَّةَ لِصُورَةِ إِعْلَانِ الرَّغْبَةِ كَمَا يَرَاهَا أَحَدُ الفُقَهَاءِ أَنَّهَا تَأْخُذُ طَابِعَ التَّصَرُّفِ القَانُونِيِّ بِإِرَادَةِ مُنْفَرِدَةٍ الصَّادِرَةِ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ مِنْ طَرَفِ الشَّفِيعِ، فَهِيَ بِمِثَابَةِ العُنْصُرِ الذِّي بِهِ تُسْتَكْمَلُ عُنْصُرُ الأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ، فَبِمَجْرَدِ إِعْلَانِهَا إِلَى كُلِّ مِنَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي تَتَكَامَلُ هَذِهِ العُنْصُرَاتُ فَيَحِلُّ الشَّفِيعُ مَحَلَّ المُشْتَرِي إِزَاءَ البَائِعِ بِحُكْمِ القَانُونِ، وَمَنْ تَمَّ لَا يَجُوزُ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَذِهِ الإِرَادَةِ وَيَعْدِلَ عَنِ طَلْبِ الشَّفْعَةِ بَعْدَ أَنْ أُعْلِنَ رَغْبَتَهُ فِي الأَخْذِ بِهَا إِلَّا بِرِضَاءِ المُشْتَرِي<sup>(3)</sup>.

(1) - حَسَنُ كَبِيرَةَ، المَوْجُزُ فِي أَحْكَامِ القَانُونِ المَدَنِيِّ، الحَقُوقُ العِينِيَّةُ الأَصْلِيَّةُ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 607 .

- نَبِيلُ إِبرَاهِيمَ سَعْدُ، الشَّفْعَةُ عِلْمًا وَعَمَلًا، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 89 .

(2) - رَمْضَانَ أَبُو السَّعُودِ، الوَجِيزُ فِي الحَقُوقِ العِينِيَّةِ الأَصْلِيَّةِ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 333 .

- نَبِيلُ إِبرَاهِيمَ سَعْدُ، الشَّفْعَةُ عِلْمًا وَعَمَلًا، نَفْسُ المَرْجِعِ، ص 89 .

- عِبْدُ الحَمِيدِ الشَّوَارِبِيِّ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 105 .

(3) - عِبْدُ الرِّزَاقِ السَّنْهُورِيِّ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 631 .

إلا أن هناك رأياً فقهياً آخر يرى بأن الشفيع لا يمكنه الأخذ بالشفعة إلا بصدور حكم قضائي يثبت حقه في الشفعة أو بالتراضي عليها مع المشتري، وعليه يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد إعلان رغبته في الأخذ بها إلا إذا قبل المشتري طلب الشفعة وسلم له بها وأخطره بهذا القبول، فعندها فقط لا يجوز للشفيع أن يعدل عن طلبه لحصول تعاقد صريح بين الطرفين، ولا يجوز الرجوع فيه إلا بتراضي جديد<sup>(1)</sup>.

وللإشارة فإن المشرع لم يذكر البيانات الواجب توافرها في إعلان الرغبة كما فعل في إنذار حصول البيع طبقاً للمادة 800 ق م ج، ويمكن أن يبرر سكوت المشرع بشأن ذلك على أنه قصد الرجوع إلى المادة 800 نفسها المحددة لشكل الإنذار.

لكن لو لم يحدث هناك إنذار مع البائع أو المشتري وشهر عقد البيع، فإن الشفيع يمكنه الرجوع إلى مصلحة الشهر العقاري لأخذ البيانات والمعلومات اللازمة عن العقار والمتبايعين معاً، إلا أن الصعوبة تظهر أكثر لو لم يتم شهر العقار أيضاً، فإن الشفيع حينها يقع عليه عبئ التقصي عن المعلومات والبيانات اللازمة لتحديد إعلان الرغبة في الشفعة<sup>(2)</sup>.

حسب النصوص القانونية السابقة فإن إعلان الرغبة ليس واجبا متى رفعت دعوى الشفعة في الميعاد القانوني المقرر للإعلان وهو خلال 30 يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع ومن هنا فإن الشفيع يمكنه الاستغناء عن إعلان رغبته في الشفعة متى احترم الأجل القانوني المشار إليه أعلاه، حيث تحل هنا عريضة دعوى الشفعة المقدمة من طرف الشفيع محل إعلان الرغبة في الشفعة، ويُشترط كذلك لصحة هذا الإجراء البديل أن يتم إعلان هذه العريضة المتضمنة دعوى الشفعة

(1) - محمد كامل مرسي باشا، ج 03، المرجع السابق، ص 631.  
(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، نفس المرجع، ص 89.

رسمياً أيضاً على يد محضر قضائي<sup>(1)</sup>، ولكن بشرط إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق قبل رفع دعوى الشفعة طبقاً لنص المادة 2/801 ق م ج وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، عندها فقط يمكن الجزم بأن إعلان عريضة دعوى الشفعة قد حل محل إعلان الرغبة فيستطيع الشفيع بعد ذلك المضي في الإجراءات المتبقية<sup>(2)</sup>.

نتيجة لاحترام الشروط المشار إليها أعلاه نجد بأن رفع الدعوى هنا يغني عن إعلان الرغبة، لأن عريضة الدعوى تتضمن بطبيعة الحال إعلان الرغبة في الشفعة، لا سيما وأن القانون لم ينص على بطلان دعوى الشفعة إذا لم يحصل إعلان الرغبة بورقة مستقلة سابقة على رفع دعوى الشفعة وأن ينتظر كل المدة المرخص له فيها من أجل إقامة هذه الدعوى وإنما اشترط المشرع فقط من خلال نص المادة 801 ق م ج أن يكون هذا الإعلان رسمياً ويرى أحد الفقهاء بأن مبادرة الشفيع إلى رفع الدعوى تتفق مع الروح التشريعية التي تسود إجراءات الشفعة، حيث يحرص المشرع في هذه الإجراءات على ضمان سرعة البت في أمر الشفعة<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني:

### الأجل المحدد لإعلان الرغبة في الشفعة.

من الثابت أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع فإنه يستطيع أن يبادر بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك<sup>(4)</sup>، وهذا الإعلان يُنتج جميع آثاره القانونية فيسري من تاريخه ميعاد الثلاثين

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 607.

هامش (1).

- جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 466.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 343.

(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 334.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 441.

(4) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، المرجع السابق، ص 92.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 633.



يوما حسب ما أوجبه القانون بأن يتم خلاله رفع دعوى الشفعة طبقا للمادة 802 ق م ج، بل يمكن للشفيع وقبل إنذاره أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن لدى الموثق طبقا للمادة 2/801.

إلا إن حرية الشفيع في إعلان الرغبة تتقيد من حيث الأجل المنصوص عليه في نصوص الشفعة، بحيث لو أُنذِر الشفيع إنذارا رسميا فهنا يجب عليه أن يعلن رغبته في خلال ثلاثين (30) يوما من هذا الإنذار، أما إذا لم يصل هذا الإنذار وتم إشهار البيع في المحافظة العقارية فهنا على الشفيع أن يعلن رغبته في الشفعة خلال سنة من وقت الشهر طبقا لنص المادة 2/807 ق م ج.

في حالة إذا لم يُنذَر الشفيع و لم يسجّل عقد البيع، فله الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم تسقط، حيث تسقط في هذه الحالة بمضي 15 سنة من إتمام عقد البيع طبقا للقاعدة العامة في التقادم المسقط للحقوق والالتزامات، ووفقا لما نصت عليه المادة 308 ق م ج.

من خلال هذا المنطلق، فإن هناك ثلاث احتمالات حول سريان الأجل المحدد لإعلان الرغبة وهي:

**الاحتمال الأول:** قيام البائع أو المشتري بإنذار الشفيع على وقوع البيع.

يلاحظ من خلال النصوص السابقة بشأن إنذار الشفيع أن البائع والمشتري غير ملزمين بتوجيه إنذار للشفيع، و إنما هو اختياري بالنسبة إليهما، إلا أنه قد يفضل أحدهما توجيه الإنذار حرصا على سرعة إظهار الموقف من الأخذ بالشفعة وحسمه مبكرا.

إذا حدث وأن قام أحد المتبايعين بالإجراء الوارد في الفقرة السابقة، فأنذِر الشفيع بحصول عملية بيع العقار المشفوع فيه، فإنه يتعين على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال أجل قدره ثلاثون يوما يسري ابتداء من تاريخ

تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله<sup>(1)</sup>، ويتم هذا وفق الأصل في الموطن العام العادي له، وبهذا الإجراء يتحقق علم الشفيع بحصول البيع، وفي حالة عدم حصول إعلان الرغبة في هذا الأجل، يسقط حق الشفيع هذا بالإضافة إلى مدة المسافة في حالة إذا كان الشفيع خارج الوطن، حسب ما قرره قانون الإجراءات المدنية.

في هذا المجال تنص المادة 799 ق م ج بقولها: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك».

هناك أيضا مجموعة من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في الجزائر مدعمة لهذا النص ومفسرة له أكثر ونورد منها ما يلي:

**القرار الأول:** و جاء نصه كآتي: « على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه.

ومن المقرر قانونا أن تبليغ هذا الإعلان لا يكون صحيحا إذا لم يتم لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية»<sup>(2)</sup>.

**القرار الثاني:** وينص على أنه: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع أو المشتري في أجل ثلاثين (30) يوما وإلا سقط حقه. ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط»<sup>(3)</sup>.

بالرجوع لنص القرار الأول نجد بأنه يشترط لصحة إعلان الرغبة أن يتم توجيهه لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 ق م ج، بقياس هذا الإعلان

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 611 .

- محمد علي عرفة، ج 02، المرجع السابق، ص 484 .

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 94 .

(2) - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1985/06/26، المجلة القضائية الصادرة في 1989، العدد الرابع (04)، ص

61.

(3) - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1982/10/17، نشرة القضاة الصادرة في: 1985، العدد الأول (01)، ص 89.

على أحكام التكليف بالحضور صراحة وفق ما جاء في الباب المتعلق برفع الدعاوي، في الكتاب الثاني المنظم للإجراءات أمام المحاكم، من قانون الإجراءات المدنية، وهؤلاء الأشخاص هم: إما الشخص المطلوب تبليغه وهو البائع أو المشتري، أو أحد أقاربهما، أو تابعيه، أو البوابين، أو أي شخص آخر يقيم بمنزلهما، علما بأن تبليغ أي منهما يعد كافيا قانونا، ومنه جاء نص المادة 23 ق م ب بقولها: « يصح تسليم التكليف بالحضور إما إلى شخص المطلوب تبليغه، إما إلى أحد أقاربه، أو تابعيه أو البوابين، أو أي شخص آخر يقيم بالمنزل نفسه... ».

أما فيما يخص احتساب ميعاد الثلاثون يوما فيحسب حسب قواعد قانون الإجراءات المدنية وقواعد القانون المدني، من اليوم التالي لتاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيح، ويستمر إلى نهاية يوم الثلاثين. وإذا صادف آخر يوم في الميعاد يوم عطلة رسمية، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها<sup>(1)</sup>، وبالرجوع لأحكام القانون المدني الجزائري بشأن احتساب مدد التقادم لا اعتبار أن هذه المدة تقاس على مدد التقادم، وهذا طبقا لما تقضي به المادة 314 ق م ج بقولها: «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها». وحسب هذا النص لا يحسب اليوم الذي يستلم فيه الشفيح الإنذار، وإلا كان الميعاد ناقصا ويبقى الميعاد ساري المفعول حتى نهاية اليوم الثلاثين من اليوم التالي لليوم الذي تسلم فيه الشفيح الإنذار.

يلاحظ هنا أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 ق م ج يعد من مواعيد السقوط وليس من مواعيد التقادم، وطالما أن مدة الثلاثين يوما هي مدة سقوط، فتسري أيضا على الغائبين، ومن لم تكن لديه أهلية التصرف، باعتبارها مدة لا تقبل الوقف أو الانقطاع<sup>(2)</sup>.

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 612 .

(2) - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ج 02، ص 405 .

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 335.

أما مدة المسافة التي تضاف إلى ميعاد الثلاثين يوما طبقا لنص المادة 799 السابق ذكره فإنها تقدر بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية، وهذا ضمن الكتاب الثاني من هذا القانون الذي يحمل عنوان: في الإجراءات أمام المحاكم ضمن بابه الأول تحت عنوان في رفع الدعوى نصت من خلاله المادة 26 منه بقولها: « تحدد مهلة 10 أيام على الأقل من تاريخ تسليم التكاليف بالحضور إلى اليوم المعين للحضور وإذا لم يكن للشخص المبلَّغ بالحضور موطن أو محل إقامة في الجزائر فتكون المهلة المذكورة شهرا واحدا إذا كان يقيم بتونس أو المغرب و شهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى»، ولما كانت هذه المهلة تتعلق برفع الدعاوي، فإنه يمكن أن يؤخذ بها باعتبارها ميعاد مسافة.

إن المشرع الجزائري قد فرَّق بين حالة وجود موطن للشفيع في الجزائر وحالة عدم وجود موطن له داخل الجزائر، فإذا كان للشفيع موطن في الجزائر، فإن المشرع حدد ميعاد المسافة بـ 10 أيام، بحيث تضاف هذه المدة إلى ثلاثين يوما، فيصبح الميعاد أربعين يوما.

في حالة إذا كان للشفيع موطن في تونس أو المغرب فإن المشرع حدد ميعاد المسافة بشهر واحد، فتضاف مدة الشهر إلى مدة الثلاثين يوما، فيصبح الميعاد شهرا وثلاثين يوما، وإذا كان للشفيع موطن في بلاد أخرى، فإن المشرع حدد ميعاد المسافة بشهرين بحيث تضاف إلى مدة الثلاثين يوما، فيصبح الميعاد شهرين وثلاثين يوما.

كما نعلم فإنه متى وقع اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوما لإظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في يوم عطلة رسمية، امتد الميعاد إلى اليوم الذي يليه حسب ما نصت عليه المادة 463 ق إ م<sup>(1)</sup> بقولها: « جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا

---

(1) - الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 06/06/1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 08/06/1966 العدد 47.

القانون تحتسب كاملة فإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه.

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

طبقاً للنص السابق فإنه بالإضافة إلى عدم جواز التبليغ في العطل الرسمية إلا في الاستعجال وبإذن من القاضي فإنه أيضاً لا يجوز التبليغ قبل الساعة الثامنة صباحاً ولا بعد الساعة السادسة مساءً. وجاء نص المادة 463 ق إ م عما يشمل كل المواعيد في القانون ومنها مواعيد الشفعة. وأيام العطلة حددتها المادة 464 ق إ م بقولها: «تعد من أيام العطلة الرسمية في مجال تطبيق القانون أيام الراحة الأسبوعية والأعياد الرسمية».

#### الاحتمال الثاني: حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع:

في حالة إذا لم يقيم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلاً غير أن المشتري شهر عقد البيع في المحافظة العقارية، فهنا يفتح للشفيع ميعاداً آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع<sup>(1)</sup>، وهذا الأجل نصت عليه المادة 807 ق م ج بقولها: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

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

انطلاقاً من ذلك النص نجد بأن الشفيع في حالة إذا لم يعلم بوجود البيع، لكن تم إشهار هذا البيع فإن المشرع يفترض حتماً افتراضاً لا يقبل إثبات العكس أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد لحظة إشهاره، وبالتالي فلا يجوز للشفيع إدعاء عدم علمه

(1) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 336.

بالببيع رغم التسجيل<sup>(1)</sup>، إلا أنه طالما أن هذا العلم يعد علما افتراضيا في نظر المشرع فلاجله أطال الميعاد الواجب على الشفيح أن يطلب فيه الشفعة<sup>(2)</sup>.

من خلال نص المادة 807 ق م ج نجد بأن المشرع الجزائري قد جعل هذا الميعاد سنة من وقت إشهار عقد البيع من طرف المشتري، وبالتالي على الشفيح أن يبادر إلى إعلان رغبته في خلال هذا الأجل وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وهذا الحكم قرره المشرع أيضا لصالح المشتري من أجل ألا يظل الحق في الشفعة قائما، مع أنه حق استثنائي يُخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد، فاعتبره الفقهاء سبيلا ميسرا للمشتري يطمئن معه إلى سقوط الحق في الشفعة متى انقضى الأجل المحدد قانونا<sup>(3)</sup>.

هذا ويعتبر ميعاد السنة من يوم شهر عقد البيع في المحافظة العقارية مدة سقوط لا مدة تقادم، وبالتالي لا ينقطع ولا يوقف، ويسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية<sup>(4)</sup>.

نفس الحكم هنا أيضا يسري عليه ما يتعلق بالمواعيد القانونية المشار إليها سالفًا، حيث يسري هذا الميعاد من اليوم التالي مباشرة لليوم الذي حصل فيه التسجيل حتى لا يكون ناقصا، وتحسب الشهور بالتقويم الميلادي دون غيره<sup>(5)</sup>.

مما سبق بيانه نجد بأن القاعدة التي تقضي بأن مدة التقادم لا تسري على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، هذه القاعدة لا تمنع من سقوط حق الشفعة، لأن مدة السقوط لا تقف بسبب جهل الشفيح بالبيع المرتب للشفعة.

كما أن الدفع بسقوط الشفعة لانقضاء المواعيد السابقة يعتبر من الدفع المتصلة بالنظام العام، حيث للمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها، وفي

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 613 .

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 642 .

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 94 .

(4) - محمد علي عرفة، المرجع السابق، ج 02، ص 581 .

(5) - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 644 .

أية حالة كانت عليها الدعوى، و حتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط<sup>(1)</sup>، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار لها أيضا<sup>(2)</sup>.

هذا ويقع عبئ إثبات استعمال رخصة الشفعة في خلال سنة من شهر عقد البيع في المحافظة العقارية على عاتق الشفيع، ولكن إذا ثبت أن الشفيع قد استعمل هذه الرخصة خلال الميعاد المحدد وأخطأ في بعض البيانات، وهذا الخطأ لم يكن من شأنه إيقاع المشتري في أي لبس، فإن تصحيح هذا الخطأ لا يعد فيما بعد طلبا جديدا<sup>(3)</sup>.

بعبارة أخرى فإنه متى رفع الشفيع دعوى الشفعة خلال أجل سنة المشار إليه سالفا، ثم بعد هذا الأجل أو خلاله ظهرت هناك أخطاء في البيانات التي ذُكرت في عريضة الدعوى عن حدود الأرض ورقم القطعة وغيرها من البيانات المماثلة، فقام الشفيع بتعديل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة، فإن الحكم القاضي بسقوط الشفعة في هذه الحالة - والمؤسس على أن تعديل الطلبات في هذه القضية يعتبر رفعا للدعوى بطلبات جديدة، تخالف الطلبات الواردة في عريضة الدعوى، وأن هذا التعديل جاء بعد مضي أكثر من سنة من تاريخ القيام بشهر عقد البيع- يُعتبر غير مطابق للقانون ليكون معرضا للطعن بالنقض من طرف المحكمة العليا في حالة إذا لم يبلغ من طرف المجلس القضائي المختص إقليميا.

### الاحتمال الثالث: حالة عدم إنذار الشفيع وعدم إشهار عقد البيع:

طالما أن إنذار الشفيع غير ملزم للبائع ولا للمشتري وكما أن هذا الأخير غير مجبر كذلك على تسجيل أو شهر عقد البيع، فقد يحدث بناء على هذا أن لا يُنذر الشفيع أو ينذر إنذارا باطلا، بالإضافة إلى عدم شهر عقد البيع المجيز للشفعة،

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية المرجع السابق ص 614.  
(2) - جاء نص هذا القرار بشأن مواعيد إعلان الرغبة في الشفعة، ويقاس عليه باقي مواعيد الشفعة المنصوص عليها قانونا، وجاء نص هذا القرار كالاتي: « من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، و ذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة. ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبقا تلقائيا».  
- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/11/1984، المجلة القضائية الصادرة في 1990، العدد الثاني (02)، ص 52.  
(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 336.

عندئذ لا يُتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع، لأن الوقائع التي تفتح معها هذه المواعيد لم تحدث، وعليه يحق للشفيع متى علم بوقوع البيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت شاء، إلا أن هذا الحق يظل قائماً للشفيع ما دام لم يسقط بالتقادم طبقاً للقواعد العامة، أي بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ البيع المشفوع فيه<sup>(1)</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 308 ق م ج بقولها: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...»، وحكم هذه الحالة أكدته أيضاً جملة من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا جاءت مدعمة لما سبق بيانه ومنها القرار الذي جاء نصه: « وإذا لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانوناً لاحتساب أجل الشهر<sup>(2)</sup> الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله، فإن فوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير»<sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى قرار قضائي آخر صادر عن المحكمة العليا جاء نصه: « من المقرر قانوناً أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه.

و لما كان الثابت – في قضية الحال – أن كل من البائع و المشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائماً، و من ثم فإن قضاة الموضوع

---

(1) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 337 .  
- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 615 .  
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 440 .  
- إسماعيل غانم، المرجع السابق ج 02، ص 86 .  
- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 344 .  
- محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ج 03، ص 526 .  
(2) - هناك خطأ في استعمال الألفاظ المناسبة في القرار حيث استعملت عبارة « أجل الشهر ». والصواب هو استعمال عبارة «أجل الثلاثين يوماً» طبقاً لنص المادة 799 ق م ج، لأن هناك فرق بين الشهر والثلاثين يوماً في القانون.  
(3) - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1985/01/02، المجلة القضائية الصادرة في 1989، العدد الرابع (04)، ص 64.



برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون»<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث:

#### شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

كما أشرنا في المطلب السابق فإن إعلان الرغبة يعتبر إجراء قانونيا جوهريا لازما من إجراءات الشفعة حتى يتسنى للشفيع الأخذ بالشفعة من خلال الاستمرار في باقي الإجراءات وغياب هذا الإجراء في الأجل المحدد له قانونا يمنعه من الاستمرار في ما بقي من الإجراءات وتبطل الشفعة حينها، أما تسجيل أو شهر هذا الإعلان فلا يعتبر إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة، وإنما قرر ليكون هذا الإعلان حجة على الغير<sup>(2)</sup>.

بناء عليه يستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة في الشفعة ألا يُشهر هذا الإعلان ويمضي في إجراءات الشفعة المتبقية من إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق ورفع دعوى الشفعة ويستصدر حكما بثبوت حقه في الشفعة<sup>(3)</sup>، إلا أن هذا المسعى قد يعرضه لخطر التصرفات التي قد يقوم بها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة، حيث تصبح هذه التصرفات سارية المفعول في حق الشفيع الذي لم يشهر هذه الرغبة حتى ولو كان قد حصل على حكم قضائي بثبوت الشفعة<sup>(4)</sup>.

يُعتبر إجراء الشهر في المحافظة العقارية الوسيلة الوحيدة المعترف بها قانونا لتأكيد علم الغير<sup>(5)</sup> بإعلان الرغبة في الشفعة، فإجراء هذا الإعلان يُعتبر غير كاف

(1) - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/04/30، المجلة القضائية الصادرة في 1991، العدد الثاني، (02)، ص

28.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 105 .

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 442 .

(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 337

(4) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 647 .

(5) - المقصود بالغير هنا، الأشخاص الذين يتصرف إليهم المشتري في العقار أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشتري كما سنوضحه أكثر عند الحديث عن علاقة الشفيع بالغير في الباب الخاص بآثار الشفعة.

لتحقيق هذا الإعلام<sup>(1)</sup> وعليه إذا أراد الشفيع أن يتفادى خطر سريان تلك التصرفات في حقه فعليه تسجيل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، حيث منذ هذا التسجيل لا يسري في حقه أي تصرف يصدر من المشتري سواء كان بيعا أو رهنا أو غير ذلك.

إضافة إلى ما سبق بيانه يرى كذلك بعض شراح القانون عندنا في الجزائر بنفس الاتجاه السالف ذكره، والقاضي بأنه إذا قام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري فسيُحتج بهذا الإعلان على من أعلن إليه من يوم وصوله إليه سواء كان بائعا أم مشتريا. أما بالنسبة للغير الذي قد يكتسب حقا عينيا على العقار المشفوع فيه فلا يحتج عليه بإعلان الرغبة في الشفعة إلا بعد شهره<sup>(2)</sup>.

من هنا يتضح لنا جليا بأن الشهر ما هو إلا إجراء وقائي غير وجوبي من إجراءات الشفعة، حيث به يتوقى الشفيع تصرفات المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه، ومن أجل أن يتجنب أخطارها ويطمئن على حقه أكثر ولا يتقيد ذلك بميعاد معين، حيث يصح شهر الإعلان بالرغبة المحافظة العقارية في أي وقت حتى ولو بعد رفع دعوى الشفعة، إذ هو لا يُعتبر بأي حال من الأحوال إجراءً لازما وضروريا لصحة إجراءات الشفعة بل هو فقط من أجل هدف محدد يتمثل في الاحتجاج بإعلان الرغبة على الغير، وبخاصة إذا قام المشتري أو البائع بتصرفات تضر بالعقار المشفوع فيه بعد شهر هذه الرغبة.

أما إجراءات الشفعة فتبقى صحيحة ويمكن للشفيع غير المشهر إعلانها مواصلة هذه الإجراءات دون أن تسقط الشفعة في حقه وهو ما يفهم من نص المادة 1/801 ق م ج، وهذا باتفاق فقهاء القانون في هذا المجال<sup>(3)</sup>.

(1) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 617.

(2) - زروقي ليلي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد، مقال منشور بمجلة الموثق الصادرة في ديسمبر 1998 العدد الخامس (05)، ص 15.

(3) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 617.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 442 .

إلا أن القضاء الجزائري يعتبر شهر الإعلان شرطا لصحة إجراءات طلب الشفعة، حيث يترتب على عدم القيام به سقوط حق الشفيع في مواصلة باقي إجراءات الشفعة، وهو ما أكدته كثيرا من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، واعتبر هذا الحكم في نظر القضاء الجزائري مفهوما لمؤدى نص المادة 801 ق م ج، ومن هذه القرارات يوجد لدينا القرار الذي نصه: «إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط فلا يحتج به تجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن»<sup>(1)</sup>.

إلا أننا بالرجوع لنص المادة 1/801، فإننا لا نجدتها تتضمن هذا الحكم بل تقضي على خلاف ما قرره القضاء الجزائري، ويتفق تماما مع ما ذهب إليه جميع فقهاء القانون<sup>(2)</sup> - كما هو مبين أعلاه- بأن شهر إعلان الرغبة ليس إجراء ضروريا لازما من إجراءات الشفعة، فيمكن الاستغناء عنه من طرف الشفيع، ولا يسقط الشفعة بأي حال من الأحوال، وعليه فلا يعد شرطا لصحة إجراءات الشفعة كما في هذا القرار، وكل ما هنالك هو اشتراط نص المادة 1/801 ق م ج أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا.

الرسمية هنا لا تعني أبدا إجراء الشهر في المحافظة العقارية، بل مجرد إتمام هذا التصريح لدى الموثق ثم إعلانه لدى كتابة الضبط في المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، ثم بعدها يبلغ عن طريق محضر قضائي إلى كل من

---

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 105 .  
- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 647 .  
- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، 337 .  
- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 97 .  
<sup>(1)</sup> - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1991/12/24، المجلة القضائية الصادرة ف:1993 العدد الأول (01)، ص 69.

<sup>(2)</sup> - كما يتفق معنى هذا النص (م 1/801 ق م ج) أيضا مع معنى النص المدني المصري المقابل له، وهو نص المادة 1/942، حيث تنص على أنه: «إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا، وإلا كان باطلا ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل»، - نقله: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 646، 647

البائع والمشتري في الأجل القانوني المحدد له، وأما إجراء الشهر فيمكن أن يتم في خلال هذه المرحلة أو ينتظر به الشفيع إلى ما بعد رفع الدعوى، بل يمكن له إشهاره حتى ما بعد صدور الحكم المثبت لحقه في الشفعة، إلا أنه يبقى متحملاً لمسؤوليته بشأن التصرفات المادية والقانونية التي قد يقوم بها البائع أو المشتري في مواجهته قبل إجراء الشهر.

بناء عليه فإن نص المادة 1/801 ق م ج يشير بوضوح إلى أن مسؤولية الشفيع تبرز من خلال التصرفات التي قد يقوم بها أحد المتابعين على العقار المشفوع فيه، حيث تعتبر حجة عليه متى صدرت قبل شهر إعلان الرغبة، وبالتالي لا يمكن للشفيع الأخذ بالشفعة إلا من التصرف الثاني إن كان بيعاً أو يأخذ العقار مثقلاً إذا كان التصرف الثاني مرتباً لحقوق عينية تبعية<sup>(1)</sup>.

إن الحكم الوارد في الفقرة السابقة يدل على أن المشتري متى باع العقار قبل شهر إعلان الرغبة فإن هذا البيع يسري في حق الشفيع، ولا يجوز له الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها وتبدأ مواعيد جديدة تحسب ابتداء من البيع الثاني، أي على الشفيع توجيه إعلان آخر للرغبة في البيع الثاني وبشروطه، على أن يتم توجيه الإعلان إلى المشتري الأول بوصفه بائعاً في البيع الثاني وإلى المشتري الثاني بوصفه مشترياً منه، ولا لزوم لتوجيهه إلى البائع في البيع الأول<sup>(2)</sup> وهذا الحكم قد قرره المادة 797 ق م ج بقولها: « إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها».

(1) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 506.  
- وفي هذا الشأن نصت المادة 806 ق م ج 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 ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».  
(2) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية المرجع السابق، ص 618، 619 .

في آخر هذا المبحث يمكن القول بأن المشرع اشترط في الأخذ بالشفعة القيام بجملة من الإجراءات القانونية، منها ما ورد في هذا المبحث مما أعتبر افتتاحاً لإجراءات ومواعيد الشفعة المتبقية، فالشفعة تفتح بإعلان الرغبة فيها ويتعين أن يكون هذا الإعلان في شكل رسمي لدى الموثق ويعلن لدى كتابة الضبط ويبلغ للمعنيين به عن طريق محضر قضائي باعتباره العون الرسمي القائم بالتنفيذ والتبليغ.

إن إعلان الرغبة في الشفعة يجب أن يُبلَّغ إلى كل من البائع والمشتري مهما تعددوا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع من طرف البائع أو المشتري، أما إذا لم يتم هذا الإنذار، فللشفيع أجل سنة من يوم شهر عقد البيع المرتب للشفعة، يجب أن يعلن رغبته خلاله، وإلا سقطت الشفعة في حقه، أما إذا لم يتم إنذار الشفيع ولم يشهر عقد البيع فيبقى الحق في المطالبة بالشفعة قائماً لمدة خمس عشرة سنة من تاريخ حصول البيع.

إلا أنه من مصلحة الشفيع أن يشهر الإعلان بالرغبة في الشفعة حتى يستطيع مواجهة التصرفات القانونية التي يقوم بها المشتري أو البائع ويرتب بها حقوقاً للغير على العقار المشفوع فيه، وبها يضمن الشفيع عدم نفاذ هذه التصرفات الواقعة بعد الشهر في حقه، ليصبح بذلك شهر إعلان الرغبة حجة على الغير وفي جميع التصرفات طالما تمت بعد الشهر.

### **المبحث الثالث.**

#### **إيداع الثمن و رفع دعوى الشفعة.**

بعد الإجراءات السابقين المفتحين لإجراءات ومواعيد الشفعة وهما الإنذار بوقوع البيع وإعلان الرغبة في الشفعة قد يحدث من جراء هذا أحد الفرضين:

**الأول:** وهو إمكانية رضاء المشتري والبائع بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع أي التراضي بالشفعة بينهما وبين الشفيع، وهنا لا تثار أي قضية حيث يحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي أبرمه مع البائع.

إلا أنه قد لا يتم تنفيذ الشفعة بالتراضي بعد إعلان الرغبة، وهنا يلجأ الشفيع إلى مقاضاة المشتري والبائع معاً، في هذه الحالة يقع الفرض الموالي:

**الفرض الثاني:** ويلجأ إليه بعد امتناع المشتري والبائع من تسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، واستمرار عزم هذا الأخير على أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، هنا يجد الشفيع نفسه مضطراً بالمضي في باقي إجراءات الشفعة إذا أراد الحصول عليه فعلاً، وهي المرحلة الثانية من الإجراءات بعد الإنذار وإعلان الرغبة، وأهم ما يميز هذه المرحلة هو اللجوء للقضاء المختص من أجل حل هذا النزاع ليبدأ الشفيع بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق طبقاً لما تقضي به المادتين 2/801، 802 ق م ج (المطلب الأول)، ثم بعدها يقوم برفع دعوى الشفعة ضد البائع والمشتري من أجل الحصول على حكم قضائي يثبت حقه في الشفعة (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول:**

#### **إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق.**

بعد إعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع في الأجل القانوني المحدد له، يحق له بعد ذلك أن يواصل ما بقي له من إجراءات، وأولها إيداع الثمن (الفرع الأول) مع المصاريف (الفرع الثاني) لدى الموثق طبقاً لنص المادة 02/801 ق م ج، وهذا خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، و بشرط أن يتم قبل رفع دعوى الشفعة حتى لا تسقط الشفعة في حقه.

### **الفرع الأول:**

#### **إيداع الثمن لدى الموثق.**

إن إيداع الثمن لدى الموثق يُعتبر إجراءً جوهرياً يأتي عقب إعلان الشفيع رغبته في الشفعة، وقد قررتها المادة 02/801 ق م ج بقولها: « 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». والهدف من وراء تقرير هذا الإجراء وفي هذه المرحلة بالذات، هو المحافظة على حقوق ذوي المصلحة، وضماناً لجديّة طلب الشفعة، وحتى يكون هذا الإيداع عاملاً من عوامل التقييد التي تحد من نطاقها، ويسعى المشرع من خلال هذه المرحلة إلى تنظيم إجراءات الشفعة<sup>(1)</sup>.

كما يرى أحد الفقهاء أن الحكمة تتجلى أيضاً في قطع الطريق على المضاربين ممن يتخذوا من ثبوت الحق في الشفعة وسيلة للابتزاز والمساومة لكي يضطر المشتري بأن يدفع لهم مبلغاً نقدياً نظير التنازل عن هذا الحق، وعليه استلزم المشرع إيداع الثمن من أجل أن يكون إجراء حاسماً في قطع دابر هذه المساومات واختفائها<sup>(2)</sup>.

بالرجوع لنص المادة السابق ذكره (م 02/801 ق م ج) نجد بأن ثمن بيع العقار المشفوع فيه يجب أن يودع لدى الموثق دون غيره، وفي أجل ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة، وبالتالي فإنه يمكن أن يتم هذا الإيداع عقب إعلان الرغبة أو عند إعلانها، أي يتم الإيداع وإعلان الرغبة في وقت واحد، كما يجوز أن يتأخر الإيداع إلى ما بعد ذلك<sup>(3)</sup>، حتى يتمكن الشفيع من تدبير أموره بشرط احترام المدة القانونية المشار إليها أعلاه.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 443.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ص 349.

- محمد علي عرفة، المرجع السابق، ج 02، ص 505.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 649، هامش (1).

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 110.

(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 338.

يتضح من النص انطلاقاً من عبارة: « يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق...»، أن المشرع هنا يلزم الشفيع بإيداع كل الثمن الذي حصل به البيع، وبالتالي فلا يكفي أن يودع الشفيع جزء من الثمن ولو كان معظمه، حتى ولو لم يُدفع ثمن بيع العقار كله للبائع، وكذلك يبقى الشفيع ملزماً بإيداع كل الثمن ولو كان البائع قد منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن<sup>(1)</sup>.

يُعتبر إيداع كل الثمن إجراءً جوهرياً يتطلبه القانون من أجل قبول رفع دعوى الشفعة وبالتالي فلا يملك البائع الإعفاء منه وحتى ولو حدث اتفاق بينه وبين الشفيع على التأجيل<sup>(2)</sup> ويكون للمحكمة عند عدم القيام به أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الشفعة وإيداع كل الثمن إنما تقرر مراعاة لمصلحة كل من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عندما يُحكم بالشفعة، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل الثمن أم البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه، أم الدائنون المقيدة حقوقهم، وأما بشأن ما قرره المادة 804 ق م ج فلا يعتبر مناقضاً لهذا الحكم الذي يفهم من نص المادة 2/801 ق م ج.

حسب نص المادة 804 ق م ج لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، فهذا الحكم ليس مجاله الإجراءات التي يجب القيام بها لجواز الأخذ بالشفعة وإنما يتعلق الأمر بالآثار التي تترتب على الشفعة، وهذه الآثار لا ينظر إليها إلا بعد تمام الأخذ بالشفعة قضاء أو رضاء، حينها يمكن للبائع أن يمنح الشفيع الأجل الممنوح للمشتري حسب نص المادة 804 ق م ج، وعليه لا يجوز الاستناد إلى ذلك الحكم لتحويل البائع حق إعفاء الشفيع من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى<sup>(3)</sup>.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 110.

(2) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 348.

- محمد علي عرفة، المرجع السابق ج 02، ص 507.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 444.

(3) - يلاحظ بأن المشرع الجزائري عندما نص على إيداع ثمن البيع لدى الموثق طبقاً للمادة 02/801 ق م ج لم يحدد الثمن الذي يجب إيداعه فعلاً وبخاصة إذا كنا بصدد دعوى صورية هذا الثمن من طرف الشفيع، لأن المشتري قد يتفق مع البائع من أجل وضع ثمن صوري مبالغ فيه حتى لا يقدم الشفيع على الأخذ بالشفعة، ومن هنا جاء نص المادة



إلا أن نص المادة 256 من قانون التسجيل عدّل بموجب نص المادة 23 من قانون المالية لسنة 1998 والذي استوجب إيداع خمس الثمن بدل الثمن كله لدى الموثق، وهذا في عقود البيع العادية أي الرضائية، وبالتالي يجد الموثق نفسه هنا في إشكال قانوني، وهو هل يكفي بإيداع ما يعادل الخمس من الثمن المصرح به في صلب عقد البيع، أم يفرض على الشفيع إيداع الثمن كله حسب مفهوم المادة: 02/801 ق م ج؟ لحل هذا الإشكال في نظرنا فإنه يميز بين حالتين:

**الحالة الأولى:** إذا كنا بصدد عقد بيع رضائي أي عادي، فهنا يمكن لنص المادة 23 من قانون المالية 1998 أن ينظم هذه الحالة، وبالتالي يمكن للموثق أن يسمح للأطراف بإيداع خمس الثمن فقط دون الثمن كله والباقي يمكن أن يسلم للبائع خارج مجلس العقد، أو يتم الاتفاق على تقسيطه أو تأجيل جزء منه أو كله. إلا أنه يجب على الموثق أن يشير إلى ذلك في عقد البيع بأن الأطراف وضعوا خمس ثمن البيع في الخزينة والأربعة أخماس الأخرى تسلمها البائع خارج مجلس العقد.

**الحالة الثانية:** وهي التي نحن بصدد مناقشتها والحديث عنها وهي كون إيداع الثمن لدى الموثق هنا لا يعتبر لقاء إبرام عقد بيع رضائي حيث يتم الاتفاق على تفاصيله وشروطه والكيفية التي بها يتم تسديد الثمن بين البائع والمشتري، وإنما نحن بصدد حالة استثنائية نص عليها القانون ووضع لها ضوابط محددة وإجراءات دقيقة، وجعل لها آجالاً محددة لا يمكن تجاوزها، وكما أننا نسعى من خلال إيداع ثمن البيع هنا بالتمهيد لرفع دعوى الشفعة.

---

02/801 مطلقاً دون تقييد، بخلاف المشرع المصري نص في المادة 942 قانون مدني والمقابلة لهذا النص (م/801/2 جزائري) على وجوب إيداع « الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ». والأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع هو الحقيقي و من يدعي الصورية عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات وهذا حماية للغير حسن النية سواء كان الشفيع أم غيره. وعلى الشفيع أن يتمسك بالثمن المذكور في عقد البيع حتى ولو كان أقل من الثمن الحقيقي وعلى المتعاقدين إثبات قيمة الثمن الحقيقي.

بناء على ما سبق لا يمكن قانوناً أن ينطبق نص المادة 23 من قانون المالية المشار إليه في الحالة الأولى على أحكام الشفعة، وإنما يتعين علينا في هذه الحالة تطبيق مقتضى نص المادة 02/801 من القانون المدني، والقاضية بلزوم إيداع كل ثمن بيع العقار المشفوع فيه لدى الموثق مع المصاريف أيضاً، ودون اعتبار لأي اتفاق بين الأطراف بشأن هذا الثمن، لاعتبار أن هذا يمس بجوهر الإجراءات القانونية التي قررها القانون واعتبرت من النظام العام.

يضاف إلى ذلك أن الشفيع لم تربطه أي علاقة مباشرة مع المشتري، ولم يتفق معه على تفاصيل العقد و كيفية التسديد، ولم يتفاوض معه بشأن الثمن، وإنما وجد نفسه أمام واقعة قانونية تجيز له استعمال حق منحه القانون عندما يتهيأ له مركزاً معيناً. لهذا نرى بوجوب إيداع الثمن كاملاً والمصاريف لدى الموثق الذي يعتبر همزة وصل بين الأطراف، فهو يقوم بتسليم الثمن والمصاريف إلى المشتري إذا أصدرت المحكمة حكماً بأحقية الشفيع في الحل محل المشتري، كما يقوم بتسليم الثمن المودع لديه إلى الشفيع مع المصاريف إذا خسر هذا الأخير دعوى الشفعة.

هذا وبالرجوع لنص المادة 2/801 ق م ج نجد بأن المشرع يشترط أيضاً لصحة إجراءات الشفعة وعدم سقوطها أن يتم إيداع كل الثمن والمصاريف لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة<sup>(1)</sup>، كما أن ميعاد الإيداع يبدأ من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة للبائع وللمشتري، أو للتسليم الأخير لأي منهما إن لم يتعاصر الإعلانان<sup>(2)</sup>، هذا لأن الإعلان بالرغبة في الشفعة لا يمكن القول بأنه قد تم إلا إذا وصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري معاً.

(1) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 338.  
(2) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 625.

بناء عليه فإنه متى وصل الإعلان إلى البائع في يوم معين ووصل الإعلان إلى المشتري بعده بيومين مثلا، فإن ميعاد الثلاثين يوما يسري من اليوم التالي لليوم الذي وصل فيه الإعلان إلى المشتري<sup>(1)</sup>.

في آخر هذا الفرع تجدر بنا الإشارة إلى مسألة يكثر إثارتها في الواقع العملي وهي: كون الثمن المصرح به في عقد البيع قد لا يعبر فعلا عن القيمة الحقيقية للعقار المبيع، أي نكون بشأن صورية ثمن بيع العقار المشفوع فيه، وفي هذه الحالة يجمع فقهاء القانون المدني أن العبرة بالنسبة إلى الشفيع والمتعاقدين بالثمن الحقيقي، أي ما انعقدت عليه إرادة البائع والمشتري حقيقة<sup>(2)</sup>.

إن مسألة صورية ثمن البيع هنا يميزها فرضين:

**الأول:** إذا كان الشفيع يطعن في الثمن بالصورية على اعتبار أنه يزيد على الثمن الحقيقي، فهنا يجب عليه أن يودع الثمن المذكور في عقد البيع لدى الموثق حفاظا على مصلحته في الأخذ بالشفعة في كل الأحوال متى رغب في ذلك، ويشرع بعدها في إثبات الثمن الحقيقي لأنه يقع عليه قانونا عبئ إثبات هذه الصورية، إلا أنه يمكنه إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن باعتباره من الغير في الصورية.

أما في حالة لو قام بإيداع الثمن الذي قدره شخصيا بأنه الثمن الحقيقي دون أن يعترف بالثمن الوارد في صلب عقد البيع ثم عجز عن إثبات هذه الصورية، أو حتى ولو ربح دعواه ولكن صدر الحكم القضائي متأخرا بعد فوات أجل الثلاثين يوما من إعلان الرغبة حسب المادة 02/801 ق م ج، فإنه يعتبر متخلفا عن الإيداع الملزم به قانونا متى كان المبلغ الذي أودعه يقل عن الثمن المسمى في عقد البيع، كما لا يمكنه أيضا تكملة الثمن بعد ذلك، وبالتالي لا تُقبل دعوى الشفعة منه

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 655، 656.

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 338.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 445.

- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 660.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 118.

لفوات الأجل المنصوص عليه في المادة 02/801 ق م ج، والنتيجة الحتمية هي سقوط حقه في الشفعة، وكل هذا كان بسبب المجازفة التي أقدم عليها الشفيع، فوجب عليه تحمل مخاطرها لأنه أخفق في إثبات هذه الصورية<sup>(1)</sup>.

بناء على ما سبق بيانه يرى كثير من الفقهاء في هذا المجال بأنه من الأفضل للشفيع إذا كان راغبا في الأخذ بالشفعة، ومستعدا لأخذ هذا العقار عن طريقها، أن يقوم بإيداع الثمن المصرح به في عقد البيع، ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى، بحيث إذا نجح استرد الزيادة وإن لم ينجح فلا يسقط حقه في الشفعة<sup>(2)</sup>.

إن هذا الفرض الذي نحن بصدده يحدث كثيرا في الحياة العملية بين المتعاقدين، وغرضهما من وراء المبالغة في الثمن هو بهدف تعجيز الشفيع لمنعه من طلب الشفعة، لأنه قد لا يقدر على تدبير كل هذا المبلغ من أجل إيداعه لدى الموثق و في الأجل القانوني المحدد له، ولهذا كان من الأولى للمشرع في نظرنا أن يضع حماية قانونية أكثر للشفيع الراغب للأخذ بالشفعة عن طريق ثمن بيع صوري، وتتجلى تلك الحماية عن طريق سن نص قانوني ضمن نصوص الشفعة يجيز للشفيع في هذه الحالة أن يودع فقط الثمن الجزئي من ذلك المصرح به في عقد البيع، بشرط أن يرفع دعوى الصورية على المتعاقدين، ويُمكنه من رفع دعوى الشفعة وعدم سقوطها، متى ربح الشفيع دعواه في الصورية وحتى ولو فات أجل الثلاثين يوما، ثم بعدها يلزم الشفيع بإيداع كامل الثمن الحقيقي المثبت بحكم قضائي من خلال دعوى الصورية.

**الفرض الثاني:** إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فعلا، فنثور هنا أيضا مسألة صورية الثمن وكيف يمكن الاحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي، ومن هنا انقسم الفقه إلى اتجاهين:

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 111.

(2) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 235.

- حسين كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 632.

**الاتجاه الأول:** ويرى بأن الشفيع ليس من الغير في الصورية، فيذهب إلى أنه ليس للشفيع التمسك بالثمن الظاهر والمصرح به في العقد والذي اعتبر كافيا في الإيداع الأصلي بل يلزم الشفيع بالثمن الحقيقي الأكبر الذي أثبت من طرف المتعاقدين بأي من طرق الإثبات، وبالتالي يجب عليه إيداع الفرق بين الثمنين، إلا أنه لا يعتبر حينئذ أنه تخلف عن القيام بإيداع الثمن في الأجل القانوني بعدما تبين أن المبلغ المودع أقل من الثمن الحقيقي، وبالتالي لا تسقط في حقه الشفعة لأنه كان معذورا في إيداع الثمن المذكور في العقد، لاعتبار أنه لم يكن بوسعه العلم بهذا الثمن(1).

**الاتجاه الثاني:** يرى بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع المشفوع فيه، ومن هنا يجوز له التمسك بالعقد الظاهر، فلا يُحتج عليه بالعقد المستتر ما دام الشفيع حسن النية باعتباره لا يعلم بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة، وعلى المتعاقدين إثبات سوء نيته بكافة طرق الإثبات، وبأنه كان يعلم بالعقد الحقيقي المستتر وبالتالي يصبح هذا حجة على الشفيع(2).

مما تجدر الإشارة إليه أن هناك حالة متوقعة يمكن حصولها في الواقع العملي، وهي حالة إذا لم يتوافر للشفيع وسيلة للعلم بالثمن الذي حصل به البيع، لأنه لم يتم إنذاره كما لم يحدث إشهار عقد البيع، فهل يجازف الشفيع ويدفع الثمن الذي يعتقد أنه يقدره شخصيا بأنه المناسب لقيمة العقار؟، وإذا اتضح أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فهل يسقط حقه في الشفعة، أم يستطيع تكملة المبلغ المودع لدى الموثق بعد معرفته بالثمن الحقيقي؟.

(1) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 348.  
- حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 632.  
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 445، 446.  
(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 112.  
- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ج2، ص 88.

للجواب على تلك الأسئلة: يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الحالة ضمن نصوص القانون المدني، وبالتالي نلجأ لتبيان موقف الفقه والقضاء المصري من هذه الإشكالية القانونية كما يلي:

- بالنسبة للقضاء المصري فقد قضت محكمة النقض في قضية من هذا القبيل: (على أن الشفاعة لا تسأل عن التأخير في إعلان رغبتها لأحد البائعين بعريضة الدعوى، بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين)<sup>(1)</sup>. كما سايرت محكمة النقض هذا الاتجاه وقضت بصحة الإيداع الذي قام به الشفيع طالما أنه جرى وفق الإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في القانون، وأجازت للشفيع أن يكمل الثمن الحقيقي الذي تم به البيع بعد معرفته به قبل رفع الدعوى<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للفقه القانوني فيرى جانب من الفقهاء في تعقيبهم على حكم القضاء هذا بأن ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية يعبر على عدالة هذا القضاء في عدم حكمه بسقوط الشفعة في هذه الحالة والحكم بتكملة الثمن فقط، حيث أخذ بعين الاعتبار عدم وجود وسيلة مؤكدة عند الإيداع لكي يعلم الشفيع بالثمن الحقيقي، والشفيع في هذا لا ينسب إليه أي خطأ أو تقصير لأنه لم يعلم حقيقةً بحصول عملية بيع ذلك العقار، فمن العدالة ألا يتعرض لمثل هذا الجزاء الشديد<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني.

### إيداع مصاريف البيع لدى الموثق.

طبقاً لنص المادة 02/801 ق م ج والتي جاء فيها: « 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...»، فإننا نجد بأن المشرع قد ألزم الشفيع بأن يودع المصاريف أيضاً لدى الموثق وفي نفس

(1) - نقض 1980/02/21، مجموعة أحكام النقض، ص 583.

(2) - نقض 1983/12/29، مجموعة أحكام النقض، ص 1993.

- نقله: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 113.

(3) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 633.

- عزت حنورة، المرجع السابق، ص 255.

الميعاد القانوني، والمحدد بثلاثين يوما من تاريخ إعلان التصريح بالرغبة في الشفعة، وكما يجب أيضا حسب هذا النص أن يتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. إن المشرع الجزائري في النص السابق ذكر المصاريف فقط دون أن يحدّد فيما إذا كانت رسمية أو غير رسمية، حيث جاءت عبارة المصاريف عامة تشمل المصاريف الرسمية وغير الرسمية، لاعتبار أن الألفاظ في تفسير النصوص القانونية تُحمل على عمومها حتى يرد ما يخصصها من نصوص قانونية أخرى. ما يقال بشأن رسمية المصاريف أن المشرع أغفل دون قصد عن ذكر نوع المصاريف وأنه يقصد بذلك المصاريف الرسمية فقط، فإن هذا القول يمكن الرد عليه بأن المشرع عندما قصد تحديد نوع المصاريف في المادة 800 ق م ج نص عليها صراحة بشأن البيانات المطلوب ذكرها في الإنذار الموجه للشفيع، بقولها: « بيان الثمن والمصاريف الرسمية... ». لهذا فلو أراد المشرع أن يُودع مع الثمن المصاريف الرسمية لما أغفل ذكرها ولنص عليها صراحة كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار<sup>(1)</sup>.

إن المصاريف الرسمية تشمل رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله لدى مصلحة التسجيل وإشهاره لدى المحافظة العقارية، أما المصاريف غير الرسمية فمنها أتعاب المحامي، ونفقات معاينة العقار المشفوع فيه. كما يجب على الشفيع أيضا إيداع المصاريف التي أنفقها المشتري قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة عن البناء والغراس الحاصل في العقار المشفوع فيه طبقا لنص المادة 02/805 ق م ج<sup>(2)</sup>، ويترتب على هذا أنه لو قام الشفيع بإيداع المصاريف الرسمية دون المصاريف الغير رسمية قبل رفع دعوى الشفعة ولم

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 662.

(2) - نصت المادة 02/805 ق م ج على أنه: « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا 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 ».

يتدارك ذلك حتى فات الأجل المضروب له في المادة 2/801 ق م ج سقط حقه في الشفعة.

هذا ويستطيع البائع أو المشتري أن يتمسك بهذا السقوط في أي حالة كانت عليها الدعوى وذلك عن طريق دعوى يرفعها أمام القضاء، وللمحكمة أيضا أن تقضي بهذا السقوط من تلقاء نفسها و في أية مرحلة أيضا من مراحل سير الدعوى، وحتى ولو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بها، وهذا لتعلق هذه المخالفة بجوهر الإجراءات القانونية والمعتبرة من النظام العام.

في آخر هذا المطلب نشير إلى أن المحكمة العليا قد قررت أيضا في قرار لها سقوط الشفعة، متى لم يحترم الشفيع الإجراءات القانونية، ومنها على وجه الخصوص مواعيد دفع الثمن والمصاريف، وهذا تدعيما للنصوص القانونية السابقة الذكر ومنه نص المادة 02/801 ق م ج، ولأجل هذا قررت المحكمة العليا بقولها: « من المقرر قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي، يُعلن عنه عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا.

كما لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا، ويجب أن يتم إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر، من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فيها، ولما ثبت في قضية الحال أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع والمصاريف لم يتم في الأجل على الوجه المذكور أعلاه، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله، وينجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها»<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني:

### رفع دعوى الشفعة.

(1) - قرار المحكمة العليا، مؤرخ في: 1995/01/10، المجلة القضائية الصادرة في: 1995، العدد الأول (01)، ص 194.



يُعتبر إجراء رفع الدعوى آخر الإجراءات القانونية والتي يشترط القانون صدورها من جانب الشفيع، وفيها يقاضي الشفيع كلا من البائع والمشتري باعتبارهما خصمين له من أجل حصوله على العقار المشفوع فيه، وهي تعد خاتمة لتلك الإجراءات المرتبطة والمكملة لبعضها البعض لضمان حق الشفيع في الأخذ بالشفعة (الفرع الأول)، وهذا بعد صدور حكم قضائي يُثبت له هذا الحق (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### الخصوم في دعوى الشفعة.

بعد إعلان الشفيع رغبته في الشفعة، وإيداع كل من الثمن والمصاريف لدى الموثق في الآجال القانونية المحددة، ألزم القانون الشفيع بعدها برفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري، فيجب لصحة الإجراءات اختصاص هذين الشخصين معا ولا يكفي رفع الدعوى على أحدهما<sup>(1)</sup>، وحتى لا يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يجب احترام أجل الثلاثين يوما المقرّر لإعلان الرغبة في الشفعة طبقا لما تقضي به المادة 802 ق م ج بقولها: « 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 وإلا سقط الحق»<sup>(2)</sup>.

في حالة تعدد البائعين أو تعدد المشترون فيجب هنا رفع دعوى الشفعة عليهم جميعا<sup>(3)</sup> وعليه يصبح أطراف الدعوى في دعوى الشفعة ثلاثة أطراف، هم الشفيع،

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 130.

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 342.  
(2) - يلاحظ في نهاية هذا النص ورود عبارة « وإلا سقط الحق » ، فهذه العبارة الأخيرة قد تؤدي بنا إلى الوقوع في بعض اللبس والزلل و اختلاط المفاهيم، فلا نستطيع التأكد عن الحق المعني بالسقوط هنا، أهو الحق في أجل ثلاثين يوما، أم الحق في الأخذ بالشفعة، ولهذا كان من الأولى للمشرع أن يجزم على تأكيد نوع الحق المقصود هنا بإضافة عبارة " في الشفعة " فتصح الجملة كاملة هكذا: « وإلا سقط الحق في الشفعة ». - راجع في هذا : علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1992، ص 172.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 673.

والبائع، والمشتري مع الأخذ بعين الاعتبار تعدد كل طرف سواء الشفيع أو البائع أو المشتري.

استقر القضاء المصري على أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين هؤلاء الأطراف الثلاثة، سواء كان ذلك في أول درجة، أو في الاستئناف، أو في النقض، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع، أم المشتري، أم البائع، وبحيث عدم مخاصمة أيّاً منهم، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى من طرف الآخر فستقضي به المحكمة و لو من تلقاء نفسها بعدم قبولها<sup>(1)</sup>، ونفس الحكم أيضاً قرره المحكمة العليا في الجزائر في قرار لها بقولها: « من المقرر قانوناً أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، و ذلك في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة.

من المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام و تطبق تلقائياً»<sup>(2)</sup>، للإشارة فإن هذا الإجراء وهو رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري، لا يُعد وجوبياً متى سلم المشتري والبائع معا بشفعة الشفيع، فعندها يتعين عليهم تحرير سند التراضي أمام موثق، ثم يشهر في المحافظة العقارية.

هذا ويشترط لقبول دعوى الشفعة وفي حالة إذا لم يتم هذا التراضي، أن يكون الشفيع كامل الأهلية ببلوغ تسع عشرة سنة، أي تتوفر فيه أهلية التصرف لاعتبار أن طلب الشفعة من أعمال التصرف كالشراء والبيع<sup>(3)</sup>.

إن دعوى الشفعة تُرفع وفقاً للإجراءات التي قررتها المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، وعلى ضوء أحكام المادة 3/8 من نفس القانون، وهذا بإيداع

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 451.  
- حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 628.  
(2) - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1984/11/19، المجلة القضائية الصادرة في: 1990، العدد الثاني (02)، ص 52.  
(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 349.

عريضة مكتوبة من الشفيع أو وكيله<sup>(1)</sup>، مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط بالمحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، على اعتبار أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية، وهذا على أساس قواعد الاختصاص المحلي وطبقا لما قررته المادة 2/8 ، 3 ق إ م<sup>(2)</sup>.

أما من ناحية الاختصاص النوعي، فإن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعوى الشفعة طبقا للمادة 2 ق إ م / 1 ، 2 بقولها: « تختص المحاكم ابتدائيا ونهائيا: 1- بالدعاوي المنقولة و الدعاوي الشخصية العقارية إذا كانت قيمة النزاع لا تجاوز ألفي دينار (2000دج).

2- بالدعاوي المتعلقة بحقوق عينية عقارية إذا كان الدخل السنوي مقدرًا بإيراد أو قيمة إيجارية لا تجاوز ثلاثمائة دينار (300 دج) ».

هذا و يمكن القول بأن دعوى الشفعة الراجح أنها دعوى عينية عقارية لأن الشفيع يطالب بمقتضاها الحصول على حق عيني عقاري بملكية العقار أو الرقبة أو حق الانتفاع، كما أنه متى تعدد الشفعاء قبلت الدعوى المرفوعة عنهم جميعا بعريضة واحدة إذا كان طلب الشفعة قد حصل منهم جميعا في إعلان واحد و في ميعاد الثلاثين يوما.

أما لو كان الشفيع قاصرا أو محجورا عليه فلوليه أو وصيه أو القيم أن يرفع دعوى الشفعة نيابة عنه، ما لم يشترط القانون إذنا خاصا من المحكمة<sup>(3)</sup>.

أما في حالة لو توفي البائع أو المشتري، فهنا يجب على الشفيع أن يختصم جميع الورثة، ولو طعن أحد ورثة البائع أو المشتري ضد الشفيع دون باقي الورثة

(1) - وهنا لا بد من وكالة خاصة لهذا الوكيل، فالوكالة العامة في طلب الشفعة باسم الموكل تعتبر غير كافية، لأن هذه الوكالة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، وطلب الشفعة من أعمال التصرف.  
يضاف إلى هذا باعتبار أن الشفعة رخصة استثنائية فهي دعوى عينية متصلة بشخص الشفيع لا يجوز للدائنين أن يطلبوا الشفعة هنا باسم مدينهم بطريق الدعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة 189 ق مدني جزائري.  
- راجع في هذا: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 449.

(2) - نصت المادة 02/08، 03 على أنه: « ومع ذلك ترفع الطلبات المتعلقة بالمواد المذكورة أدناه أمام الجهات القضائية دون سواها على الوجه التالي:

- في الدعاوي العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار ... أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ».

(3) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 342.

فإن الطعن يكون غير مقبول من ناحية الشكل. وإذا لم يحضر البائع أو المشتري أو من يمثلهما قانوناً رغم صحة التبليغ، فإن المحكمة تقضي في الدعوى بحكم غيابي. أما لو تغيب الشفيع عن الجلسة باعتباره مدعياً فإن المحكمة تقضي بشطب الدعوى طبقاً لنص المادة 35 ق إ م<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الحكم النهائي بثبوت الشفعة.

بعد قبول دعوى الشفعة شكلاً ومضموناً ينتظر بعد ذلك الفصل فيها بحكم قضائي، وإذا صدر بشأنها حكماً نهائياً بثبوت الشفعة فهذا يعتبر سنداً لملكية الشفيع ولكن بعد شهره في المحافظة العقارية، وفي هذه الحالة تنتهي دعوى الشفعة<sup>(2)</sup>، وهو ما يؤكد نص المادة 803 ق م ج بقولها: « يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري ». «

من خلال هذا النص يتضح جلياً بأن الحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحل محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، يعتبر سبباً قانونياً منشئاً لحق الشفيع في هذا التملك وعليه فلا تبدأ آثار هذا الحق إلا من يوم صدور الحكم وشهره بعد ذلك في المحافظة العقارية ولا يرجع هذا الأثر بأي حال من الأحوال إلى تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري.

من هذا المنطلق يتضح لدينا أن الحكم يعتبر دليلاً على الملكية التي قضى بها، كما يجب أن يخضع هذا الحكم إلى إجراء الشهر العقاري، طبقاً للنص السابق ذكره وكذا ما قرره المادة 793 ق م ج بشأن انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية المترتبة على العقار، سواء كان بين المتعاقدين أم كان ذلك في حق الغير، والتي

(1) - وفي هذا الشأن نصت المادة 35 من قانون الإجراءات المدنية قائلته: « إذا لم يحضر المدعي أو وكيله في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ يقضى بشطب الدعوى بحالتها.

وإذا لم يحضر المدعي عليه أو محاميه أو وكيله في اليوم المحدد، رغم صحة التبليغ، يقضى في غيبته. «

(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 348.

يشترط القانون شهرها في المحافظة العقارية ضمن السجل العقاري الخاص بعمليات الشهر<sup>(1)</sup>.

نشير هنا بأن المشرع عندما اشترط لنقل ملكية العقار المشفوع فيه بعد صدور الحكم القضائي القاضي بثبوت الشفعة شهره في المحافظة العقارية، فهذا يدل بوضوح بأنه قبل شهر حكم الشفعة لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، ولكن متى تم شهر هذا الحكم انتقلت إليه الملكية، ويكون انتقالها من وقت الشهر سواء بالنسبة لهذا الشفيع أو في مواجهة الغير، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء أيضا<sup>(2)</sup>.

نخلص في آخر هذا الفصل بأن المشرع الجزائري اشترط للشفيع على وجه الخصوص إذا رغب في الأخذ بالشفعة أن يتقيد بجملة من الإجراءات القانونية نص المشرع على معظمها في نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، ولم يترك إلا القليل منها فقط منظما وفقا للقواعد العامة في التقاضي ضمن قانون الإجراءات المدنية.

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

(1) - نصت المادة 793 ق م ج على أنه: « لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ».

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 699.

قوانين شهر العقار من ضرورة تسجيل هذا الحكم المثبت لحقه في الشفعة في  
مصلحة الشهر العقاري.

## الباب الثالث.

آثار الشفعة و سقوطها.

## الباب الثالث:

أ

بعد قيام سبب الشفعة ونحو شروطها فإن الشفيع يبدأ في مباشرة إجراءات الشفعة تبعا للمواعيد المحددة، والمضبوطة في نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، بالإضافة إلى ما شمله قانون الإجراءات المدنية انطلاقا من إعلان رغبته في الشفعة ووصولاً إلى نقطة مراده وهو ثبوت حقه في الشفعة، إما رضاء عن طريق التسليم له بحقه من طرف المتبايعين، أو بصدور حكم قضائي يثبت أحقيته في الشفعة، وتسجيله في المحافظة العقارية بعد ذلك، وعليه فإذا ما ثبت الحق في الشفعة رضاء أم قضاء، فإننا نكون بعد ذلك بصدد البحث في آثار الشفعة التي تنجر عن ثبوت هذا الحق.

أول تلك الآثار السابقة هو حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، بناء على المادة 794 ق م ج، والتي جاء نصها: « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ...». وكذا نص المادة 804 التي جاء فيها: « يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته ...»، ليعتبر بذلك الأثر المباشر الذي يتم بين الشفيع والمشتري، يضاف إلى هذا آثار أخرى غير مباشرة تظهر في علاقة الشفيع بالبائع وعلاقة الشفيع بالغير (الفصل

**الأول)،** كما سنبحث أيضا من خلال هذا الباب في مسألة سقوط الشفعة والتي يتحدد وقتها وموقعها بناء على فرضين:

**الفرض الأول:** وهو في حالة التنازل الصريح عن الشفعة سواء كان قبل ثبوت الحق فيها أو بعد ذلك، أما **الفرض الثاني:** ويأتي عند وجود رغبة للشفيع في الأخذ بالشفعة مع تحقق أسبابها وشروطها، إلا أن الشفيع لم يتمكن من أخذ العقار المشفوع فيه لسقوط حقه في الشفعة نتيجة لعدم احترامه لمواعيد وإجراءات الشفعة **(الفصل الثاني).**

## **الفصل الأول:**

### **آثار الشفعة.**

يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إما رضاء أو قضاء حلول الشفيع محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه، ليتم بناء على هذا تفضيل الشفيع على المشتري في البيع المشفوع فيه، ونتيجة لهذا الحل ينتقل الحق العقاري المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع وسواء أكان هذا الحق حق ملكية أم حق انتفاع، ومن هنا تتحول الصفقة التي كانت مبرمة بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع<sup>(1)</sup>، ويُستبعد المشتري منها وكأنها لم تنعقد له أصلا، وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع من حيث التزامات كل منهما، بعد تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري بالنسبة للبائع، وتحدد هنا علاقة الشفيع بالبائع **(المبحث الأول).**

إلا أن هذا لا يعفي الشفيع بأي حال من التزاماته اتجاه المشتري، والتزامات هذا الأخير اتجاه الشفيع أيضا تتحدد انطلاقا من علاقة الشفيع بالمشتري **(المبحث الثاني).**

(1) - أساس هذه الفكرة هي إحدى الروايات في الفقه الإسلامي، من أن البيع في ذاته الحاصل ما بين البائع والمشتري لا ينقض (لا يبطل) ولكن يتحول من المشتري إلى الشفيع، وإن كان هناك نقض في البيع فهو بالنسبة للمشتري وليس هناك نقض للعقد في ذاته - راجع في هذا: محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 162.



يضاف إلى ذلك مسألة علاقة الشفيع بالغير وبخاصة بعد حصول التصرفات الواردة على العقار المشفوع فيه، سواء قبل شهر إعلان الرغبة أو بعدها، وبشأن حصول هذه التصرفات تتحدد علاقة أخرى تضاف للعلاقات السابقة، وهي علاقة البائع بالمشتري (المبحث الثالث).

## المبحث الأول:

### علاقة الشفيع بالبائع.

إذا ثبت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة وتملك العقار المشفوع فيه بالتراضي أو عن طريق القضاء، هنا تنشأ بين أطراف الشفعة علاقات قانونية متعددة إثر انتقال ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفيع، ليحل بعدها هذا الأخير محل المشتري. لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو متى تنتقل هذه الملكية؟ ثم متى يحل الشفيع محل المشتري؟

سنجيب على هذه الأسئلة في بداية المبحث (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى تحديد علاقة الشفيع بالبائع، عندما يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته طبقاً لنص المادة 804 ق م ج وكذا المادة 794 منه، حيث يقتضي ذلك عدم انعقاد عقد بيع جديد بين الشفيع والبائع، بل يحل الشفيع محل المشتري في ذات العقد الذي انعقد بين البائع والمشتري، فتقوم على إثرها علاقة مباشرة بين الشفيع والبائع.

إن الحلول المشار إليه في الفقرة السابقة يترتب عليه استبعاد المشتري وإخراجه من الصفقة وتعتبر بالنسبة له كأنها لم تنعقد له أصلاً<sup>(1)</sup>، حيث ينجر عن تلك العلاقة جملة من الحقوق والالتزامات، منها ما يقع على عاتق البائع ومنها ما

(1) - أنور طلبه، المرجع السابق، ص 458.

يقع على عاتق المشتري بحيث يعتبر الشفيع بمقتضى هذه العلاقة دائناً مباشراً للبائع بحقوق المشتري، ومديناً مباشراً للبائع بالتزامات المشتري، وذلك منذ أن انعقد البيع، وبالتالي تُربط الصلة مباشرة بين البائع والشفيع في نفس البيع السابق، فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما بعد أن أخرج من الصفقة<sup>(1)</sup> (المطلب الثاني).

## المطلب الأول:

### وقت حلول الشفيع محل المشتري.

لقد تأثر بعض فقهاء القانون بما ورد من اختلاف فقهي في الفقه الإسلامي بين المذاهب الأربعة بشأن وقت حلول الشفيع محل المشتري (الفرع الأول)، حيث يربط القانون تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري بالمصدر المنشئ لهذا الحلول.

اختلف الفقهاء حول تحديد ذلك المصدر بين اتجاهين: أحدهما يرى بأن هذا المصدر هو إرادة الشفيع المنفردة في الأخذ بالشفعة<sup>(2)</sup>، فعندما يتحقق هذا المصدر باستكمال العناصر الثلاث للشفعة وهم: الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر، وهو حلول الشفيع محل المشتري، ولكن بشرط أن يكون إعلان الرغبة على الوجه الذي رسمه القانون<sup>(3)</sup>، ومصدر هذا القول كان نتيجة للمبدأ المتمسك به عند هؤلاء حيث يعتبرون أن سند التراضي في حالة الشفعة بالتراضي، أو الحكم القضائي القاضي بالشفعة إذا تمت قضاءً يُعتبر مقررًا لهذا الحلول لا منشئاً له.

أما الاتجاه الآخر: فيرى بأن مصدر حلول الشفيع محل المشتري هو سند التراضي عند الشفعة بالتراضي، أو الحكم القضائي المثبت للشفعة عندما تكون

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 703.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 702.

(3) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 653.

الشفعة بالتقاضي، فبالتراضي على الشفعة، أو بصدور حكم قضائي بثبوت الحق فيها، يحل الشفيع محل المشتري فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع<sup>(1)</sup>، إلا أن اختلاف فقهاء القانون حول المصدر المنشئ لهذا الحل أدى بهم بالضرورة إلى اختلافهم أيضا حول وقت حلول الشفيع محل المشتري وهذا نتيجة للارتباط المنطقي الحاصل بين وقت الحل والمصدر المنشئ لهذا الأخير، ونتيجة لاختلافهم حول وقت الحل اختلفوا أيضا بشأن وقت انتقال الملكية إلى الشفيع (الفرع الثاني)

## الفرع الأول:

### الاختلاف في الفقه الإسلامي.

يرى المالكية بأن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بقوله: أخذته بالشفعة وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضي، أو رضا المشتري متى كان عالما بالثمن، أما الشافعية فيذهبون إلى أن الملك بسبب الشفعة إنما يكون بما يصدر من الشفيع من لفظ يدل على تملكه بها أو نحوه، ككتابة أو إشارة من الأخرس، كأن يقول الشفيع: تملكيت أو أخذت بالشفعة، أو اخترت الأخذ بها، كما يشترط أن يكون عالما بالثمن أيضا مع تسليمه العوض إلى المشتري أو رضا المشتري بثبوت الثمن في ذمته، أو قضاء القاضي له بالشفعة<sup>(2)</sup>.

كما يرى الحنابلة أن الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في الصفقة من تاريخ قضاء القاضي أو من تاريخ تسليم المشتري بشفعة الشفيع، إذا توافر العلم بالثمن والمبيع<sup>(3)</sup>.

أما الحنفية فتعد الشفعة عندهم بمثابة الشراء الجديد، ويملك الشفيع العقار المشفوع فيه من وقت التراضي أو من وقت صدور الحكم من القاضي، ولا ملك له

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 144.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 151.

(2) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 305.

(3) - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 145.

قبل ذلك، حيث أن الملك للمشتري<sup>(1)</sup>، ووجهة الحنفية هنا تتلخص في أن تملك الشفيع برضاء المشتري وتسليمه مبادلة حقيقية بينهما، فلا كلام ولا اعتراض عليها، وأما إذا لم تتم هذه المبادلة بسبب رفض المشتري هنا يلزم اللجوء إلى القضاء لثبوت الملك وانتقاله إلى الشفيع، وتجنب إثارة النزاع حول ذلك<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني:

### الاختلاف في الفقه القانوني.

اختلف فقهاء القانون حول تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري إلى عدة اتجاهات فقهية، الأول: يرى بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وأساسهم في هذا هو أن القواعد القانونية تقضي بأن الأحكام القضائية مقررة للحقوق لا منشئة لها، وهذا يدل أن الحق الذي قُضي به مكتسب من يوم وجوده لا من يوم القضاء به، وعليه يكون الشفيع مالكا للعقار من يوم انعقاد البيع، أي من وقت إبرام الصفقة، فيكون بيعا المشتري فيه هو الشفيع لا المشتري الأصلي، وعليه فالبيع المشفوع فيه عندهم ينتج كامل آثاره فيما بين البائع والشفيع، فيكون للشفيع حقوق المشتري و عليه التزاماته، و ذلك منذ أن انعقد البيع<sup>(3)</sup>.

أما الاتجاه الثاني: يرى بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت إعلان الرغبة في الشفعة، كما يرى هذه الاتجاه بأن البيع وإن وجد عن طريقه حق الشفيع لكنه لا يثبت في مواجهة البائع والمشتري، إلا بعد تاريخ إعلان رغبته في الشفعة، والمشتري إذا بقي حائرا لهذا الملك بعد تاريخ إعلان الرغبة يُعد سيء النية، أما الاحتجاج على الغير بحق الشفيع فلا يكون إلا من تاريخ شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن حكم القاضي بالشفعة من الأحكام المقررة لا المنشئة<sup>(4)</sup>، ودليلهم في التشريع الجزائري هو نص

(1) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 349.

(2) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، نفس المرجع، ص 305.

(3) - نقله عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 702، 703.

(4) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 653، 654.

المادة 806 ق م ج والمادة 805 منه<sup>(1)</sup>.

نصت المادة 806 بقولها: « لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري، أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

**أما الاتجاه الثالث:** فيرى بأن الشفيع يحل محل المشتري وقت رفع الدعوى، فحكم الشفعة عند هذا الاتجاه لا يرجع إلى تاريخ انعقاد البيع لأن الشفيع لا يملك بالعقد بل بالشفعة، وهي سببا مستقلا لكسب الملكية، كما لا يرجع أثر هذا الحكم إلى تاريخ إعلان الرغبة لأن حق الشفيع لا يثبت نهائيا بمجرد إبداء الشفيع رغبته في الشفعة، بل حقه يظل مهددا بالسقوط حتى يستوفي باقي الإجراءات القانونية وفي مواعيدها المضبوطة.

لكن حكم الشفعة هنا يمتد بأثر رجعي إلى الوقت الذي تُستكمل فيه سائر إجراءات الشفعة من طرف الشفيع وفقا لنصوص القانون، وبما أن آخر مرحلة في ذلك هي رفع دعوى الشفعة وبالتالي متى رفعت في أجلها القانوني فإن حكم الشفعة يسري ابتداءً من تاريخ رفع هذه الدعوى.

يلاحظ بأن هذا الرأي يعتمد أساسا على القاعدة الفقهية التي تقرر بأن الأحكام القضائية في بعض الحالات تعتبر كاشفة للحقوق لا منشئة لها ما لم يقض القانون

---

- محمد كامل مرسي باشا، ج 03، المرجع السابق، ص 467، هامش (1).

- محمد علي عرفة، المرجع السابق، ج 02، ص 536.

(1) - نصت المادة 805 ق م ج قائلته: « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما اختاره 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، أو نفقات الغراس».

بخلاف ذلك، لا سيما وأن المشرع لم ينص صراحة على أن الحكم القاضي بالشفعة يعتبر منشأً لملكية الشفيع<sup>(1)</sup>.

أما الاتجاه الرابع: فيرى بأن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو تاريخ شهر الحكم القضائي القاضي بالشفعة، وهذا على أساس أن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفيع وليس مقرراً له، وهذا متى تمت الشفعة عن طريق التقاضي، وأما إن تمت الشفعة عن طريق التراضي فيحل الشفيع محل المشتري من تاريخ شهر سند التراضي الحاصل بين الشفيع والمشتري، وهو الاتجاه الفقهي الغالب والراجح<sup>(2)</sup>.

في آخر هذا المطلب يمكن القول بأن ما أثاره أنصار الاتجاهات الفقهية السابقة الذكر وبخاصة الاتجاه الثاني بشأن تقييد المشرع لتصرفات المشتري الحاصلة بعد شهر إعلان الرغبة، وبالتالي اعتبار وقت حلول الشفيع محل المشتري هو وقت إعلان الرغبة في الشفعة فإن ذلك التقييد إنما كان بغرض منع الإضرار بحق الشفيع وإقامة العوائق أمامه، ولهذا قيد المشرع حق المشتري في بناء العقار بعد إعلان الرغبة في الشفعة وقرر عدم سريان التصرفات التي تقع من المشتري في مواجهة الشفيع إذا حصلت بعد شهر إعلان الرغبة<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للأثر الرجعي لحكم الشفعة حسب ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول، فإن هذا الأثر الرجعي لو قصد المشرع كان قد قضى به بمجرد صدور الحكم القضائي القاضي بالشفعة ليسري ذلك على جميع التصرفات الصادرة من المشتري دون حاجة لتنظيم هذه المسألة من طرف المشرع حسب المواد: 805 و806 ق م ج، وهذا لا اعتبار أن هذه التصرفات صادرة من غير مالك طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني، وإنما الذي أراده المشرع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً

(1) - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 486.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 479.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 359.

- عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 520.

- عبد الحكيم فودة، أحكام الريع في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 157.

(3) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 253.

قانونيا لملكية الشفيع، حيث أن كلمة «سند» التي وردت في نص المادة 803 ق م ج يقصد منها السبب القانوني المنشئ لحق الملكية، وليس معناه دليل الملكية أو حجيتها<sup>(1)</sup> وعليه فإن وقت الحلول يأتي بعد صدور ذلك الحكم لا قبله، لأن المسبب كما يرى الفقهاء لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله المشرع من أحكام منشئة للحقوق لا ينسحب على الماضي.

بناء على ما سبق عرضه وبيانه بشأن وقت حلول الشفيع محل المشتري، فإننا نرى بأن الشفعة سببا لكسب الملكية العقارية، وأن هذا السبب لا يتقرر قانونا ولا عقلا إلا بعد التسليم به من طرف المتبايعين أو القضاء به من طرف المحكمة المختصة، وأما قبل ذلك فلا تُعد الشفعة في نظرنا إلا سببا للتملك فقط<sup>(2)</sup>، وبالتالي فحكم الشفعة منشئ لحق الشفيع ولا يعتبر مقرا له وهذا لأن المسألة لا تتعلق بنزاع على الملكية، ولا بإبطال البيع أو فسخه، وإنما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بها أن يكسب ملكية العقار المبيع بدلا من المشتري، ومقتضى هذا الحكم أن لا يكسب الشفيع الملكية إلا بعد أن يسلم المشتري بالشفعة مع شهر سند التراضي، أو يُحكم بها مع شهر هذا الحكم أيضا، أما قبل ذلك فإن المشتري يعتبر مالكا للعقار المشفوع فيه، كما هو الشأن بالنسبة إلى أي مشتر آخر.

نخلص مما سبق بأن تصرفات المشتري في العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة تكون نافذة في حق الشفيع، وإذا باع المشتري العقار في هذا الوقت فإن

---

(1) - لأن كلمة السند في لغة النصوص القانونية لها معنيان، المعنى الأول: وهو السبب القانوني المنشئ للحق. والمعنى الآخر: وهو دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب. إلا أن المعنى الراجح في نظرنا بالنسبة لهذه الحالة هو المعنى الأول، وهو ما قرره محكمة النقض المصرية أيضا.

- راجع في هذا: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 721.  
(2) - يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن حق التملك يأتي بعد الحرية والرخصة في التملك، لا اعتبار أن تلك الرخصة والحرية لم تصلا بعد إلى درجة الثبوت والوجوب طالما أن البائع لم يقدم بعد على بيع عقاره المشفوع فيه. وحق التملك يعبرون عنه بأنه ذلك الحق الذي استقر في عين معينة لم تملك بعد، وإن كان لصاحبه نوع ملك في الجملة.

والشفيع يكون له بعد طلب الشفعة والإشهاد عليه، حق في التملك (وهذا هو الحق المؤكد) الذي يتأكد عند جميع فقهاء الشريعة الإسلامية بطلب الشفعة بعد أن يقدم البائع على البيع.  
- راجع في هذا: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 352، 353.

الشفيع لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني مما لا يتصور معه مطلقاً أن تستند ملكية الشفيع إلى وقت البيع كما يذهب إليه الرأي الأول. إذا كان المشرع قد جعل التصرفات التي تصدر من المشتري أو تصدر ضده في خصوص العقار بعد شهر إعلان الرغبة غير نافذة في حق الشفيع، فإن هذا لا يعني استناد ملكية الشفيع إلى هذا التاريخ، كما يذهب إليه أنصار الرأي الثاني، إذ لو كان الأمر كذلك لما كان المشرع في حاجة إلى إيراد هذا الحكم، لأنه لو صح أن ملكية الشفيع تستند إلى هذا التاريخ لأدى ذلك إلى تخلص العقار المشفوع فيه من هذه التصرفات دون حاجة للنص عليه.

يمكن القول بأن اعتماد الحكم الوارد في الفقرة السابقة من طرف المشرع، إنما أراد أن يحمي به الشفيع من تصرفات المشتري سيئ النية، ومن هنا تقرر في الفقه الراجح أن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع يكون إما بتسليم المشتري بها أو بمقتضى حكم قضائي مع شهر السند القاضي بالشفعة في المحافظة العقارية مراعاة لنص المادتين 793 و 803 ق م ج، وانطلاقاً من هذه النتيجة فإن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو تاريخ شهر السند القاضي بالشفعة سواء تمت هذه الأخيرة رضاءً أم قضاءً.

## المطلب الثاني:

### التزامات البائع والشفيع.

العلاقة هنا بين البائع والشفيع تقتضي دائماً فرضاً وحيداً، وهو أن عقد البيع لم يتم تنفيذه بعد، كما لا يمكننا الحديث عن هذه العلاقة إلا بعد أن يحل الشفيع محل المشتري بمقتضى حكم قضائي مشهر لدى مصلحة الشهر، كما أن البائع هنا يعتبر الطرف الأول الثابت في هذه العلاقة القانونية، بينما الشفيع يعتبر الطرف الثاني فيها بعد عملية الحلول، والتي يترتب عنها آثاراً قانونية، منها إلزام البائع بالوفاء بكل الالتزامات المترتبة عن عقد البيع قبل الشفيع، كتسليم المبيع ونقل ملكيته، أو



القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى الشفيع، بالإضافة إلى التزامه بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية (الفرع الأول).

كما يلتزم الشفيع في المقابل بدفع الثمن والمصاريف للبائع، والتزامه أيضا بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### التزامات البائع.

طبقا لنص المادة 804 ق م ج والتي جاء فيها: « يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته...»، فإنه يترتب على حلول الشفيع محل المشتري قبل البائع أن يلتزم البائع تجاه الشفيع بجميع الالتزامات التي كانت في ذمته لصالح المشتري، وهذا قبل الأخذ بالشفعة<sup>(1)</sup>، ومن هذه الالتزامات:

**أولاً: التزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المشفوع فيه إلى الشفيع<sup>(2)</sup>**، هذا وفقا للقواعد العامة بشأن التزامات البائع، حسب ما تقضي به المادة 361 ق م ج بقولها: « يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا».

كما أن هذه الملكية لا تنتقل سواء في حق الغير، أو بين المتعاقدين إلا بمراعاة إجراءات الشهر العقاري، وهو ما قرره كثير من النصوص التشريعية منها، نص المادة 165 ق م ج<sup>(3)</sup> وكذلك المادتين 793، 803 ق م ج.

من هذا المنطلق فإنه كلما كانت الشفعة بالتراضي وجب شهر سند التراضي، لتنتقل الملكية إلى الشفيع من تاريخ شهر هذا السند، وإذا تمت الشفعة بالتقاضي

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 739.

(2) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، 250.

(3) - جاء نص المادة 165 ق م ج ضمن الباب المتعلق بأثار الالتزام وفي فصله الأول قائلة: « الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيننا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري».

يجب كذلك شهر حكم القاضي المنشئ لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة في المحافظة العقارية، لتنتقل الملكية أيضا من تاريخ ذلك الشهر.

### ثانيا: الالتزام بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع:

هذا في حالة إذا لم يكن البائع قد سلم العقار المشفوع فيه للمشتري، وإلا يقع ذلك على عاتق المشتري إن كان قد تسلمه من البائع<sup>(1)</sup>.

تجدر الإشارة هنا طبقا لما ورد في القواعد العامة بشأن التزامات البائع، فإنه على هذا الأخير أن يقوم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وبالمقدار المعين في العقد وبالملحقات التي تتبعه، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله<sup>(2)</sup>، وهو ما قرره المادة 364 ق م ج بقولها: « يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع ». وما جاء أيضا في نص المادة 365 ق م ج بقولها: « إذا عُين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف ... ».

يكون التسليم عادة بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون أي مانع أو عائق، ولو لم يستول عليه ماديا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك.

يحصل التسليم قانونا حسب ما يتوافق مع طبيعة الشيء المبيع، وهو ما تقضي به المادة 367 ق م ج<sup>(3)</sup>.

يضاف إلى ما سبق أن البائع يتحمل أيضا تبعة الهلاك حسب القواعد العامة وهذا قبل التسليم بوصفه مدينا للمبيع طبقا للمواد 369 و 370 ق م ج<sup>(1)</sup>، لأنه يعتبر هنا مالكا وحائزا في نفس الوقت.

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 152.

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 150.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 743.

(3) - وهذا الحكم قرره المادة 367 بقولها: « يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسلم ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ».

### ثالثاً: التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية:

هذا الالتزام مقرر أصلاً بنصوص القواعد العامة المنظمة لعقد البيع الواردة في القانون المدني ومنها على وجه الخصوص المواد من 371 إلى 386 منه<sup>(2)</sup>، حيث يرجع الشفيع على البائع بضمان التعرض<sup>(3)</sup> سواء صدر من البائع نفسه، أو صدر هذا التعرض من الغير بالإضافة إلى ضمان الاستحقاق أيضاً.

ضمان الاستحقاق يُجسد حالة ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير المبني على سبب قانوني<sup>(4)</sup>، فهنا يجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، بأن يرد هذا التعرض الصادر من الغير في حق الشفيع ويجعل هذا الغير يُكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه، وفي حالة عجز البائع في ذلك، واستطاع الغير إثبات ما يدّعيه وقضى له بأحقّيته على العقار المشفوع فيه، هنا وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض للشفيع عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق

(1) - وفي هذا المجال نصت المادة 369 ق م ج على أنه: « إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع ».

- كما نصت المادة 370 منه على أنه: « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن ».

- والملاحظ هنا أن تبعة الهلاك قبل التسليم تقع على عاتق البائع وحتى ولو كان الشفيع قد شهر حكم الشفعة، أو أقر بها المشتري فانتقلت ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع قبل أن يتسلمه من البائع.

ولكن لو قام الشفيع باستلام العقار المشفوع فيه، فإن تبعة الهلاك هنا تقع على عاتقه وحده، وحتى ولو لم يشهر حكم الشفعة أو لم يقر المشتري بالشفعة فلم تنتقل الملكية إليه.

(2) - تنص المادة 371 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 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».

- أما بالنسبة لضمان العيوب الخفية فقد تعرضت المادة 379 لهذه المسألة بقولها: « يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها... ».

(3) - ضمان التعرض من البائع نفسه، يتحقق متى صدر من البائع عمل يؤدي إلى عدم انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه وسواء كان التعرض مادياً أو قانونياً.

فالتعرض المادي مثل قيام البائع بتحويل طابع الأرض المشفوع فيها من أرض فلاحية إلى غير ذلك. وأما التعرض القانوني فيتحقق متى ادعى البائع حقاً على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع وسواء كان هذا الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له.

- أما التعرض الصادر من الغير فلا يضمنه البائع إلا ما كان منه قانونياً فقط، أما المادي فيخرج عن نطاق ضمان البائع كما هو معروف في القواعد العامة.

ونتيجة الضمان عادة هي إما إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعرض إن كان ممكناً أو الرجوع على البائع بالتعويض أو تردد دعوى البائع بهذا الحق إن كان التعرض مبني على سبب قانوني.

(4) - مصطفى كمال طه، عقد البيع و المقايضة، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1990، ص 80

العقار المشفوع فيه للغير، وسواء كان ضمانا عن استحقاق كلي أي لكل العقار المشفوع فيه، أو ضماناً لاستحقاق جزئي<sup>(1)</sup> يشمل جزءا منه فقط أو ضمان ما أثقل العقار من حقوق انتفاع أو ارتفاق، أو حقاً عينياً تبعياً.

نصت المادة 804 ق م ج، بقولها: « يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة».

يُستفاد من هذا النص أنه يترتب على حلول الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع أن يلتزم هذا الشفيع بكافة الالتزامات التي كانت ستقع على المشتري لو بقي طرفا في العقد بدل الشفيع، كما يلتزم البائع أيضا تجاه الشفيع بجميع الالتزامات التي كانت في ذمته لصالح المشتري قبل الأخذ بالشفعة.

بالإضافة إلى الالتزام الأساسي هنا المبين في الجزء الأخير من النص، وهو وجوب ضمان الاستحقاق من طرف البائع لصالح المشتري في حالة إذا تعرض الغير لحق الشفيع واكتسب هذا الغير العقار المشفوع فيه عن طريق دعوى الاستحقاق، والتي عبّر عنها المشرع بالاسترداد، عندما قال :

«... ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة»

(2)

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 749.

(2) - ما يلاحظ على هذا المقطع من النص حسب ما ورد في نص القانون المدني المدون بالعربية، أن المشرع الجزائري وقع هنا في خطأ بالغ الأهمية، عندما نفى حق الشفيع في الرجوع على البائع، مع أن الحق ثابت له قانونا طبقا للأصل وهو النص المدون بالفرنسية، حيث جاء خاليا من الخطأ الوارد في النص العربي، حينما قال المشرع في هذا النص: «Le préempteur n'a recours que contre le vendeur ...» = ...

... = بالرجوع للنص المصري المقابل له الذي يعتبر مصدرا تاريخيا لهذا النص، من خلال نص المادة 945 مدني مصري نجدها هكذا: « وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع». ومن خلال هذه النصوص المقابلة للنص العربي الجزائري وبالرجوع للقواعد العامة وما يقتضيه روح التشريع في نصوص الشفعة، يتضح جليا بأن النص المدون بالعربية خاطئ في نفي حق الشفيع في الرجوع على البائع إذا استحق العقار.

وفضلا عن هذا الخطأ الموضوعي الخطير، ورد في النص العربي خطأ شكلي عندما استعمل عبارة: « إذا ما استرد العقار». والمنطق القانوني يقضي بأن العقار غير قابل للاسترداد، نتيجة لطبيعة العقار فهو ثابت بحيزه لا يمكن نقله دون تلف (م 683 ق م ج).

في آخر التزامات البائع، نجد التزام ضمان العيوب الخفية، طبقاً لنص المادة 379 ق م ج، ويرى الفقه في هذا المجال بأن العيب الحاصل في العقار المشفوع فيه حتى يوجب الضمان لا بد أن يكون مؤثراً وقديماً أيضاً، بمعنى موجوداً في العقار قبل تسليمه للمشتري أو للشفيح، ويجب أن يكون خفياً كذلك، بحيث إذا كان ظاهراً وقت أن تسلم المشتري أو الشفيح العقار ورضي به هذا أو ذاك لم يضمنه البائع<sup>(1)</sup>، كما يجب أن يكون غير معلوم للمشتري وقت أن تسلم العقار، وإن كان الشفيح هو الذي تسلمه مباشرة من البائع وجب أن يكون العيب أيضاً غير معلوم له. في حالة اكتشاف الشفيح البائع، فإنه عليه أن يخبر الباعث فوراً بما حدث، وإذا العار طبقاً للمواد 380، 381، 386 ق م ج، وإذا ما أخبره كان له أن يرجع عليه بالضمان<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني:

والاسترداد يعني إعادة العقار مادياً إلى صاحبه، وهذا لا يمكن إلا في المنقولات، لأنه يمكننا نقلها من مكان لآخر دون تلف، و من هنا فالعقار يثبت حق تملكه لمالكه دون أن ينتقل عن طريق دعوى الاستحقاق. وعليه فالعقار يُستحق ولا يُسترد، لأن الاسترداد خاص بالمنقولات دون العقارات، ولذلك كان النص الفرنسي موقفاً عندما استعمل فعل: " Revendiquer " لأن اصطلاح " Revendication " أي استحقاق مخصص للعقارات.

بينما اصطلاح " Restitution " أي: استرداد مخصص للمنقولات. كما يُعاب على نص هذه المادة أيضاً عدم تقسيمه إلى فقرات، وجاء النص فقرة واحدة، وبالمقابل نجد النص المدون بالفرنسية مقسماً إلى ثلاث فقرات. وبناء على ما سبق عرضه، نقول بأن نص المادة 804 ق م ج يمكن إعادة صياغته مع تجزئته إلى ثلاث فقرات كما هو الحال في النص المدون بالفرنسية المطابق له، وهذا التعديل يكون فيه معنى النص العربي مطابقاً تماماً لمعنى النص الفرنسي.

وعليه نرى بضرورة أن يأخذ المشرع عند التعديل باقتراح الأستاذ: علي علي سليمان في هذا ليصبح الجزء الأخير منه كالآتي: « ولا يرجع الشفيح إلا على البائع إذا ما استحق العقار بعد الشفعة»، وهذا حتى يتفق النصوص العربي والفرنسي.

- راجع في هذا: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، المرجع السابق، ص 172.  
(1) - ولكن في حالة إذا لم يكن العيب ظاهراً، وأثبت البائع أن المشتري لا الشفيح كان بمقدوره أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادي، فلا ضمان على البائع.  
لكن يعتبر البائع ضامناً هنا في حالة ما إذا أثبت الشفيح بأن البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب الخفي، أو يثبت بأن البائع قد عمد إخفاء هذا العيب عن المشتري غشاً منه. وللشفيح أن يعتمد في إثباته على كافة طرق الإثبات.

- راجع في هذا: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 751، هامش رقم (1).  
- وهذا الحكم أيضاً قرره المادة 2/379 ق م ج بقولها: « غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً منه».  
(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752.

## التزامات الشفيع.

بالنسبة للشفيع، فيقع على عاتقه تجاه البائع التزامين، وهما: الالتزام بدفع الثمن والمصاريف (أولاً)، والتزامه بتسلم العقار المشفوع فيه من البائع (ثانياً).

**أولاً: التزام الشفيع بدفع الثمن و المصاريف للبائع:** في حالة إذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة فإنه يصبح ملتزماً بدفع الثمن للبائع، وعليه فإن مقدار ثمن العقار المشفوع فيه يكون قد تحدد مسبقاً في صلب العقد المبرم ما بين البائع والمشتري، وبالتالي يكون الشفيع قد أودع هذا الثمن لدى الموثق مع المصاريف اللازمة، متى اكتسب حقه في العقار بالتقاضي، وهنا يكون قد تحلل من التزامه فيلجأ البائع إلى الموثق ليسحب ثمن البيع المخصص له مع المصاريف سواء كانت رسمية أم غير رسمية.

أما لو تمت الشفعة بالتراضي بحيث لم يكن قد تم إيداع الثمن لدى الموثق ولم ترفع بشأنه دعوى الشفعة، هنا يكون على الشفيع دفع الثمن إلى البائع إذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعه إذ حينئذ يكون الثمن مستحقاً للبائع<sup>(1)</sup>.

في الحالتين، حالة التراضي وحالة التقاضي، يقرر المشرع خروجاً عن الأصل المقرر في الحلول - من حلول الشفيع في جميع حقوق والتزامات المشتري- أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، وهذا يعني أن ثمن البيع يجب أن يدفعه الشفيع فوراً للبائع، إلا إذا تنازل البائع عن حقه في فورية دفع ثمن العقار، أما بالنسبة للشفعة التي تتم بالتقاضي، فيجب هنا أن يدفع الثمن كاملاً وإلا سقط حق الشفيع فيها بقوة القانون<sup>(2)</sup>.

أما في حالة رضاء البائع لصالح الشفيع على دفع الثمن أقساطاً أو حسب الأجل، فيجوز للشفيع بعد الحكم له بالشفعة، أن يسترد بعض ما أودعه لدى الموثق

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 661.

- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 753.

(2) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 361.

برضاء البائع، وهو ما قررته المادة 804 ق م ج التي جاء فيها: «... إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع...». إن حكم المشرع الوارد في الفقرة السابقة يركز على أساس أن منح الأجل للمشتري من طرف البائع إنما كان لأسباب شخصية تتعلق بالمشتري، دون أن تتوفر في غيره من الأشخاص، فقد يكون البائع منح هذا الأجل قبل ذلك للمشتري على أساس علاقة قرابة أو صداقة بينهما أو علاقة عمل معينة، وقد يكون بسبب المركز المالي ودرجة الملاءة التي تميز هذا المشتري، وما إلى غير ذلك من المميزات الشخصية، والتي تنعكس بوضوح على عامل الثقة بينهما، فدرجة ثقته في المشتري غير درجة ثقته في الشفيح، وكما أن الأول تعاقد معه اختيارياً بإرادته الحرة و الثاني تعاقد معه إجبارياً.

فمن العدل في نظرنا ألا يجبر البائع في أن يمنح المتعاقد الثاني وهو الشفيح، الامتيازات التي منحها للأول وهو المشتري، وهذا الاتجاه أكده كثير من الفقهاء في هذا المجال، باعتبار أن الأشخاص يتفاوتون في اليسار وفي مدى استعدادهم للوفاء بالدين، ويرون بأن منح الأجل للمشتري يقوم على ثقة البائع فيه، وقد لا تتوفر هذه الثقة بالنسبة للشفيح<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى الالتزام بدفع الثمن، يجب كذلك على الشفيح أن يدفع كامل المصاريف سواء كانت رسمية أو غير رسمية للبائع<sup>(2)</sup>، وبخاصة إذا تمت الشفعة بالتراضي ولم يتم إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق، لأن الشفعة التي تؤخذ بحكم القاضي تكون المصاريف فيها قد أودعت مسبقاً قبل رفع دعوى الشفعة مع ثمن بيع العقار، وما على البائع إلا أن يسحبها من طرف الموثق المودعة لديه.

**ثانياً: التزام الشفيح بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع و تحمل نفقات ذلك:**

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 488.

(2) - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 504.

على الشفيع أن يلتزم بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع متى كان في يد هذا الأخير، أما إذا كان المشتري قد تسلمه من البائع فإن الشفيع ملزم باستلامه من المشتري<sup>(1)</sup>، ويتسلمه الشفيع هنا تسليماً قانونياً وهذا باستعداد الشفيع وضع العقار المشفوع فيه تحت تصرفه وحيازته والانتفاع به على الوجه المشروع، ويقابل هذا التزام التسليم الواقع على عاتق البائع لفائدة الشفيع، ويتسلمه الشفيع في المكان الذي يوجد فيه هذا العقار ودون تأخير طبقاً لنص المادة 394 ق م ج<sup>(2)</sup>.

أما بشأن نفقات التسلم فيتحمّلها الشفيع باعتباره يأتي في حكم المشتري طالما أنه قد حل محله في شراء العقار المشفوع فيه. وتحمل المشتري لنفقات التسلم قررتها المادة 395 ق م ج بقولها: « إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك ».

في ختام هذا المبحث نخلص إلى القول بأنه في علاقة الشفيع بالبائع وجب علينا التأكيد من جملة من النقاط الأساسية منها: - أن وقت حلول الشفيع محل المشتري بالنسبة لهذا البائع هو تاريخ تسليم المشتري له بالشفعة رضاء، تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع من تاريخ شهر سند التراضي في مصلحة الشهر العقاري.

إذا تمت الشفعة قضاء، فوقت الحل هو تاريخ صدور الحكم القضائي بالشفعة وتنتقل الملكية للشفيع من تاريخ شهر هذا الحكم في نفس المصلحة أيضاً، على أساس أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع لا مقرر له.

عند إحلال الشفيع محل المشتري يقع عليه هنا جملة من الالتزامات هي نفسها التي كانت ستقع على عاتق المشتري، كما يقع على البائع أيضاً مجموعة من الالتزامات لصالح الشفيع، مثل الالتزامات التي كانت مقررة عليه في هذا العقد

(1) - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 536.  
(2) - جاءت أحكام تسلم المبيع ضمن المادة 394 ق م ج بقولها: « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم ».



سابقاً لصالح المشتري، شأنها شأن الالتزامات والحقوق المتقابلة في أي عقد بيع رضائي، إلا ما استثنى منها بنص خاص ضمن نصوص الشفعة، كما هو الحال في نص المادة 804 ق م ج.

## **المبحث الثاني:**

### **علاقة الشفيع بالمشتري.**

إن الوضع الغالب في علاقة الشفيع بالمشتري هو قيام الشفيع بتسليم العقار من البائع مع دفع الثمن له، وهنا يحق للمشتري أن يسترجع الثمن والمصاريف من الشفيع، ويكون على الشفيع التعويض عن المصاريف والنفقات اللازمة والنافعة للمشتري، ويلتزم الشفيع بالتعويض عما أقامه المشتري من بناء وغراس **(المطلب الأول)**.

كما يلتزم المشتري في المقابل بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، مع ردّ ثمار العقار المشفوع فيه إليه إن وُجدت **(المطلب الثاني)**.

نلاحظ دائماً بأننا أمام التزامات متقابلة بين الطرفين، وكل التزام يقع على عاتق طرف معين يعتبر في نفس الوقت حقاً للطرف الآخر. بناء عليه فإننا نجد أنفسنا هنا أمام نوعين من الالتزامات، التزامات الشفيع تجاه المشتري، والتزامات المشتري تجاه الشفيع.

### **المطلب الأول:**

#### **التزامات الشفيع تجاه المشتري.**

عندما يحل الشفيع محل المشتري بعد ثبوت حقه في الأخذ بالشفعة تقع على عاتقه جملة من الالتزامات، منها التزامه بدفع ثمن البيع والمصاريف اللازمة للمشتري إذا كان هذا الأخير قد أوفى بها للبائع **(الفرع الأول)**، بالإضافة إلى التزامه بالتعويض للمشتري عن كل النفقات والمصاريف اللازمة والنافعة التي

أنفقها على العقار المشفوع فيه (الفرع الثاني)، ثم التزامه بالتعويض عن البناء والغراس في العقار المشفوع فيه (الفرع الثالث).

## الفرع الأول:

### الالتزام بدفع ثمن البيع و المصاريف للمشتري.

إن هذا الالتزام لا يقع على عاتق الشفيع إلا إذا تم تنفيذ البيع المشفوع فيه، لأنه في هذه الحالة سيُرتب الحلول أثره بأن يقوم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع، وفي مقابل ذلك يقع على عاتق الشفيع دفع ثمن البيع والمصاريف اللازمة لهذا المشتري<sup>(1)</sup>.

كما أن المشتري يكون له حقه في الثمن والمصاريف ولو لم يكن قد دفع الثمن إلى البائع<sup>(2)</sup>، إلا أن بعض الفقهاء لا يرون بهذا الحكم ويميزون بين حالتين: الأولى وهي إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، هنا في هذه الحالة يكون الثمن الذي أودعه الشفيع من حق المشتري بخلاف الحالة الثانية وهي التي لم يدفع فيها الثمن للبائع، فيكون الثمن المودع لدى الموثق من طرف الشفيع من حق البائع لا المشتري، ونفس الحكم كذلك ينطبق على الشفعة التي تمت بالتراضي وسلم بها المشتري للشفيع بحيث لم ترفع دعوى الشفعة من طرف هذا الأخير فيكون على الشفيع أن يدفع الثمن والمصاريف للمشتري في الحالة الأولى، ويكون عليه أن يدفع الثمن للبائع في الحالة الثانية<sup>(3)</sup>.

نحن نرى بأن الرأي الأول القاضي بأن المشتري يكون له دائما حقه في الثمن والمصاريف، ولو لم يكن قد دفع الثمن إلى البائع هو الأولى بالإتباع، وهو الراجح فقها وقانونا باعتبار أن هذا الحكم يتوافق مع روح التشريع، وما تضمنته نصوص الشفعة وبخاصة ما ورد في المادة 804 ق م ج والمادة 794 منه.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 145.

(2) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 664.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 487.

- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 154.

مما سبق عرضه وبيانه، يتضح لدينا بأنه على الشفيع أن ينفذ التزامه هذا بغض النظر عن كون الشفعة تمت رضاءً أو قضاءً، بحيث لو تمت رضاءً بتسليم المشتري بحق الشفيع فإنه يكون من حق المشتري أن يسترجع من الشفيع كل الثمن والمصاريف، أما إذا تمت الشفعة قضاءً، وذلك بعد إتمام إجراءات الشفعة ومن بينها إيداع الثمن لدى الموثق، فإنه بعد الحكم في هذه الدعوى يكون للمشتري استرداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع، وهو غالباً ما يكون معادلاً لهذا الثمن.

لكن في حالة إذا رفع الشفيع دعوى صورية الثمن بعد أن أودع كل الثمن المحدد في عقد البيع، ونجح في إثبات دعواه، وقضت المحكمة بالثمن الحقيقي، فإن المشتري ليس له إلا أن يسحب ما يعادل هذا الثمن الحقيقي وما زاد يعتبر من حق الشفيع<sup>(1)</sup>، ويترتب على هذا أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب من الشفيع مبلغاً يزيد عن الثمن والمصاريف، مما قام بالوفاء به إلى البائع بحجة غلاء المعيشة وارتفاع الأسعار، وبالتالي فإن العقار قد ارتفعت قيمته، وبالمقابل فإنه لا يجوز للشفيع كذلك أن يطلب إنقاص ثمن البيع بحجة هبوط الأسعار وبالتالي فإن العقار قد نقصت قيمته.

بالإضافة إلى الالتزام بدفع الثمن يجب أيضاً على الشفيع دفع قيمة المصاريف التي صرفها المشتري على هذا العقار، سواء كانت مصاريف رسمية كرسوم التوثيق، ورسوم الدمغة والتسجيل، ورسوم الشهر، وغيرها، أو كانت غير رسمية كأجر السمسار وأتعاب المحاماة<sup>(2)</sup>، وتكاليف معاينة العقار المشفوع فيه، حيث أن هذه المصاريف التزم المشتري بدفعها عند شراء العقار، ومنها ما دفع من أجل انتقال الملكية من البائع إلى المشتري، كرسوم التسجيل والتوثيق والشهر.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 149.

(2) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 664.

أما إذا أخل الشفيع بالتزامه، بدفع الثمن والمصاريف للمشتري، فإن هذا الأخير لا يستطيع فسخ البيع، بحجة أن الشفيع لم يحم بوفاء الثمن له، لأن المشتري حين قام بوفاء ثمن البيع للبائع إنما يكون قد وفى دينا واجبا في ذمته، ويرجع المشتري على الشفيع في هذه الحالة طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب، ليسترد الثمن الذي دفعه للبائع، وكذا المصاريف التي أنفقها من أجل شراء العقار المشفوع فيه، وهذا عن طريق التنفيذ على أموال الشفيع أو حبس العقار المشفوع فيه ويتحقق هذا الفرض في حالة ما إذا تمت الشفعة بالتراضي، ولم يحم الشفيع برفع دعوى الشفعة لكن إذا تمت الشفعة بالتقاضي، فإن الشفيع يكون قد أودع الثمن لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة، وعليه يكون حينئذ للمشتري في هذا الفرض أن يسحب الثمن والمصاريف مما أودعه الشفيع لدى الموثق، وحينها يكون الشفيع قد أوفى بالتزامه تجاه المشتري.

## الفرع الثاني:

### الالتزام بالتعويض عن النفقات اللازمة والنافعة للمشتري.

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

إن المصروفات الضرورية أو اللازمة يُقصد بها تلك النفقات غير العادية التي أنفقت من طرف المشتري، بغية المحافظة على العقار المشفوع فيه، كالمصروفات التي أنفقها المشتري لإنقاذ العقار من الحريق أو الغرق وما شابه ذلك، ومنه أيضا النفقات التي أنفقها المشتري من أجل ترميم جدار في العقار المشفوع فيه آيل للسقوط، وكل أعمال الحفظ والصيانة والترميم التي تشمل تقوية أساس المنزل

وترميم السقف وإصلاح دورة المياه وغيرها، فكل هذه النفقات تدخل ضمن النفقات اللازمة<sup>(1)</sup>.

تقرّر التزام دفع المصروفات اللازمة بمقتضى المادة 1/839 ق م ج والتي نصت بأنه: «على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة».

نشير هنا بأن المصروفات الضرورية أو اللازمة واجبة على الشفيع لصالح المشتري سواء كان إنفاقها بعد إعلان الرغبة أم بعده<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمصروفات النافعة: فيُقصد بها تلك النفقات التي ينفقها المشتري لتحسين العقار وزيادة من قيمته، وتحسين طريقة الانتفاع به، كتمديد الإضاءة الكهربائية وإدخال أنابيب الغاز و المياه إلى العقار المشفوع فيه، وكل أعمال الري والصرف وما شابه ذلك، وقد أشارت إليها المادة 02/839 ق م ج لتحيلنا إلى المادتين 784 و 785 ق م ج بقولها: « وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبق المادتان 784 و 785 ».

بالرجوع إلى نص المادتين، نجد نص المادة 784 كالاتي: « إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضاء صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت، إزالة المنشآت على نفقة من أقامها، مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك أو أن يطلب استبقائها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم<sup>(3)</sup>، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 764.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 488.

(2) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 665.

(3) - يرى علي علي سليمان، بأن تكرار كلمة (قيمتها) خطأ قد يؤدي إلى اللبس، كما أن التعبير: « أو قيمتها في حالة الهدم » غير واضح، ولا يؤدي المعنى المقصود من طرف المشرع، فهذا الأخير أراد ألا يلزم مالك الأرض بدفع أجرة العمل التي أنفقت لإقامتها، متى أراد استبقاء المنشآت، ومنحه الخيار بين أن يستبقئها كمواد، و كما لو كانت أنقاضاً، بدون أن يدفع قيمة العمل الذي صرف في إقامتها، وبين أن يدفع قيمة ما زاد في ثمن الأرض، بسبب هذه المنشآت.

يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا إلا إذا أختار صاحب الأرض استبقاءها طبقا لأحكام الفقرة السابقة».

يُستفاد من نص المادة 784 ق م ج وما تضمنته المادة 785 ق م ج أيضا<sup>(1)</sup>، أن كل شخص يقيم منشآت في أرض الغير وبمواد من عنده، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له وقام حينها مالك الأرض برفع دعوى استحقاق على أرضه، فهنا تثار مشكلة المنشآت المقامة عليها، وبالتالي يجب أن نميز هنا بين حالتين: حالة ما إذا كان الشخص الذي أقام المنشآت وهو المشتري هنا سيء النية، وبين ما إذا كان حسن النية.

فإذا أقام المشتري هذه المنشآت والتحسينات قبل شهر الشفيع إعلان الرغبة في الشفعة فإنه يعد حائزا حسن النية، وبالتالي فلا يجوز لمالك الأرض وهو الشفيع أن يطلب إزالة المنشآت، بل يجوز للحائز (المشتري) أن يطلب استبقاء المنشآت ويملكها صاحب الأرض (الشفيع) بالالتصاق<sup>(2)</sup>، ويجب عليه هنا أن يعرض المشتري بدفع قيمة مواد البناء وأجرة العمل، وهي القيمة التي افتقر بها المشتري، أو يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهي القيمة التي اغتنى بها مالك الأرض وهو الشفيع، حسب ما قرره المادة 785 ق م ج السابق

---

ويرى: علي علي سليمان، بأن النص العربي لا يؤدي هذا المعنى، وعليه يجب على المشرع أن يعيد صياغة هذا النص على النحو التالي: «أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمة المواد دون أجره العمل... الخ».

وبهذه الصياغة يتوافق نص المادة 784 مع نص المادة 785 التي ذكرت «أجره العمل».

- راجع في هذا: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 170، 171.

(1) - في هذا المجال نصت المادة 785 ق م ج بقولها: «إذا كان من أقام المنشآت (المشار) إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها. غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية، وكان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض، جاز له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل».

ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع من خلال النص العربي أسقط كلمة في السطر الأول من النص، وهي (المشار) حيث جاء النص هكذا: «إذا كان من أقام المنشآت إليها في المادة 784».

والصحيح هو: «... المنشآت المشار إليها ...».

كما أن الفقرة الثانية من هذه المادة جاء فيها: «غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية، وكان تسديدها مرهقا...».

والصواب هو: (تسديد قيمتها)، لأن المنشآت لا تسدد وإنما تسدد قيمتها.

- راجع في هذا: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 171.

(2) - حيث أن هذه النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة (784 و 785) جاءت ضمن القسم الخاص بأحكام الالتصاق بالعقار.

ذكرها، أما في حالة إذا أنجز المشتري هذه المنشآت والتحسينات بعد أن قام الشفيع بشهر إعلان الرغبة في الشفعة فإنه يعد سيء النية، وبالتالي يكون للشفيع باعتباره مالكا خلال سنة أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها، وكما يمكن له أن يطلب زيادة على ذلك تعويضا عما تحدثه هذه الإزالة من أضرار، على أساس أن من أقام هذه المنشآت وهو المشتري هنا، كان يعلم بأن العقار المشفوع فيه ملكا للشفيع.

كما يمكن أيضا للشفيع أن يطلب استبقاء المنشآت ليملكها بالالتصاق مع دفع مقابل ذلك للمشتري، وهو أقل القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، وقيمة العقار المشفوع فيه مع المنشآت، أي يتقيد هنا دائما بأحكام الالتصاق في شأن تعويض الحائز سيء النية حسب ما قرره المواد 784 و785 ق م ج، وذلك لاعتبار أن المشتري هنا حائزا سيء النية<sup>(1)</sup>.

أما المصروفات الكمالية، وهي تلك النفقات التي لا ترجع بالفائدة الكبيرة على العقار وإنما تنفق مثلا لزخرفة العقار وتزيينه كطلاء الجدران، والسقف، وكل ما يدخل في معنى الزينة والزخرفة، أو أي عمل ثانوي آخر، فهذه المصروفات لا يجوز للمشتري أن يطالب الشفيع بردها له، غير أنه يجوز للمشتري أن يزيل ما أحدثه من منشآت التزيين والتجميل بشرط أن يعيد العقار إلى وضعه الأول وعلى نفقته، لكن يجوز للشفيع أن يطلب استبقاء هذه المنشآت، على أن يدفع للمشتري قيمتها بعد عملية الإزالة أو الهدم<sup>(2)</sup>.

كما لا يجوز للمشتري أن يطالب الشفيع بهذه المصروفات الكمالية سواء أنفق هذه المصروفات قبل التصريح بالرغبة في الشفعة أو بعده<sup>(3)</sup>.

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 665.

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 150.

(2) - وهذا لأن منشآت التزيين هذه بعد عملية الهدم تصبح مستعملة وقد تتعرض للتشقق والكسر فتقل قيمتها.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 481.

أحكام المصرفيات الكمالية نظمها المشرع الجزائري من خلال المادة 3/839 ق م ج بقولها: « وإذا كانت المصرفيات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت، بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقياها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم».

### الفرع الثالث:

#### الالتزام بالتعويض عما أقامه المشتري من بناء و غراس.

عالج المشرع الجزائري مصير ما أقامه المشتري في العقار المشفوع فيه من بناء أو غراس أشجار، مفرقا في ذلك بين إقامة البناء أو الغراس، قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وبين إقامته بعد هذا الإعلان، ونلاحظ بأن المشرع هنا كأنه يعتبر بأن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو وقت إعلان الرغبة مسائراً لاتجاه بعض الفقهاء<sup>(1)</sup>.

إلا أن الراجح بأن وقت الحلول يكون بعد صدور الحكم القضائي المثبت للشفعة إن تمت قضاء، أو بعد التسليم بها من طرف المشتري إن تمت رضاءً، وهو ما ذهب إليه كثير من الفقهاء في هذا المجال<sup>(2)</sup>، وقد عالج المشرع هذه الحالة في المادة 805 ق م ج بقولها: «إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا 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.

(1) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 667.  
(2) - وفي هذا يرى جانب من الفقه بأن الحكم الذي ذهب إليه المشرع يعتريه كثير من التناقض، فكيف يثبت للشفيع الملك في وقت ويقرر له حقا في الثمار في وقت سابق.  
ولأن الثمار هي نماء الملك وزيادته ولا تكون للشخص إلا بعد أن يثبت له الملك في الأصل، وهو مقرر في الفقه الإسلامي أيضا. - راجع في هذا: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 362.



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 أو نفقات الغراس».

نستخلص من هذا النص أن المشرع وضع أحكاما خاصة لحالة بناء المشتري أو غرسه أشجارا في العقار المشفوع فيه، وذلك بعد أن تسلمه من البائع بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما وميز النص بين حالتين:

**أولا- الحالة الأولى: قيام المشتري بالبناء والغراس في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الرغبة في الشفعة:**

في هذه الحالة لا يحق للشفيع أن يطلب الإزالة، وإنما يجب عليه أن يأخذ العقار بما عليه من بناء أو غراس، ويكون عليه أن يعرض المشتري، حيث يلتزم الشفيع تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء والغراس، حيث يلتزم الشفيع هنا بأكبر هاتين القيمتين<sup>(1)</sup>.

**ثانيا- الحالة الثانية: البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة:** وفي هذه الحالة يكون للشفيع الخيار بين أن يطلب الإزالة وإعادة العقار إلى أصله على نفقة المشتري مع التعويض إن كان له وجه في ذلك، كما يجوز للشفيع بدلا من ذلك أن يختار استبقاء البناء أو الغراس، وهنا لا يلتزم إلا بدفع ما أنفقه المشتري<sup>(2)</sup>.

(1)- ما يلاحظ على النص السابق (م 805 ق م ج)، أن المشرع الجزائري هنا قد عامل المشتري في هذه المرحلة باعتباره حسن النية في إقامته لهذا البناء والغراس في العقار المشفوع فيه معاملة أفضل من معاملة الحائز حسن النية، حيث يكون لهذا الأخير ضمن أحكام الالتصاق أن يتقاضى أقل القيمتين طبقا لما تقتضي به المادة 785 ق م ج خلافا للمشتري في الشفعة الذي له الخيار بين أكبر القيمتين، وقد برر بعض الفقهاء هذا الحكم على أساس أن المشتري لا يعتبر هنا بانيا أو غارسا في أرض غيره، بل هو مالك بيني أو يغرس في ملكه كما يشاء، فليس عليه من حرج في ذلك طالما أنه يباشر هذه الأعمال قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الشفعة. - راجع في هذا: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 496.

(2)- أما هذه الحالة فقد اختلف بشأنها الفقهاء عند مقارنتها بحالة التصاق العقار، فمنهم من يرى بأن معاملة المشرع هنا بالنسبة للمشتري الذي بنى وغرس بالرغم من إعلان الرغبة إليه كانت أفضل من تلك التي رأيناها في خصوص الالتصاق بالنسبة إلى من يقيم منشآت في أرض غيره بسوء نية طبقا للمادة 784 ق م ج، حيث يكون لصاحب الأرض في هذه الحالة إذا اختار استبقاء المنشآت أن يدفع إما قيمتها بعد الإزالة، أم مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسببها، فالمشتري هنا بالرغم من اعتباره سيء النية حين يقوم بهذه الأعمال بعد إعلان الرغبة، فإنه لا يعتبر بانيا أو غارسا في أرض غيره، إذ تظل له الملكية إلى أن يحكم له بالشفعة. - راجع في هذا: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 496.

## المطلب الثاني:

### التزامات المشتري تجاه الشفيع.

يترتب على الأخذ بالشفعة أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته طبقاً لنص المادة 804 ق م ج، ومن بين هذه الآثار حصول علاقة قانونية بين المشتري والشفيع، إلا أننا هنا في هذه العلاقة سنبحث في الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري لفائدة الشفيع وهي تتمحور حول التزامين اثنين هما: التزامه بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع (الفرع الأول)، والتزامه برد ثمار العقار المشفوع فيه له (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### الالتزام بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع.

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة رضاً أو قضاءً، فإنه يجب على المشتري بعد ذلك أن يسلم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وهذا متى استلمه من البائع<sup>(1)</sup>، وتسليم العقار هنا يكون وفق الحالة التي كان عليها وقت البيع<sup>(2)</sup>، وفي حالة إذا قام المشتري بتسجيل عقده فإنه يقع عليه أيضاً التزام بنقل ملكية العقار المشفوع فيه بصفة خاصة، إذا كان الأخذ بالشفعة قد تم رضاً<sup>(3)</sup>.

يتم التسليم عادة بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق<sup>(4)</sup>، حيث يُعتبر الشفيع في حكم المشتري لأنه يحل محل هذا

---

- بخلاف الرأي الثاني الذي يرى عند المقارنة بأنه يتساوى كل من الحائز سيء النية في أحكام الالتصاق والمشتري في الشفعة، لأنه يجوز لكل من الحائز سيء النية في الالتصاق وللمشتري في الشفعة أن يطلب إزالة البناء والغراس على نفقته مع دفع تعويض إن كان هناك مجال للتعويض، بحيث لا يولي هذا الرأي أهمية لبقاء ملكية العقار المشفوع فيه تابعة للمشتري إلى حين صدور حكم الشفعة. - راجع في هذا: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 766.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 482.

(2) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 665.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 146.

(4) - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 206.

الأخير، وبالتالي تنطبق عليه أحكام المادة 367 ق م ج بشأن أحكام التسليم<sup>(1)</sup>، وأهمية التسليم تظهر أكثر في تحمل تبعة الهلاك، وبالرغم من عدم وجود نص ضمن نصوص الشفعة خاص بتبعة هلاك العقار المشفوع فيه، فإن الفقهاء عالجوا هذه المسألة بقياسها على تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين الوارد بيانها في

القانون المدني، وبخاصة ما ورد في نص المادة 369 منه<sup>(2)</sup>، ذلك أن الأصل في هذه العقود أن تبعة الهلاك تقع على المدين الملتزم بالتسليم.

بناء عليه فمتى هلك العقار المشفوع فيه بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو أي سبب أجنبي آخر لا يد فيه للشفيع قبل أن يتسلمه هذا الأخير أو قبل إعداره بتسليمه، فتكون تبعة الهلاك على المشتري، ويسترد الشفيع الثمن المودع لدى الموثق، أما إذا كان العقار المشفوع فيه قد هلك بعد تسلمه من جانب الشفيع أو بعد إعداره بتسليمه، فإن تبعة هذا الهلاك تقع على الشفيع، ولا يحق له أن يسترد الثمن المودع لدى الموثق، حيث أن هذا الثمن يصبح من حق المشتري وحده<sup>(3)</sup>.

(1) - ونصت المادة 367 ق م ج على هذا بقولها: « يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ».

(2) - نصت المادة 369 ق م ج في هذا المجال على أنه: « إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع ».

وهذا النص كما نلاحظ يتحدث عن الهلاك الكلي، يضاف إلى هذا أيضاً ما ورد في المادة 370 ق م ج بشأن الهلاك الجزئي، بحيث يمكننا تطبيق هذا النص أيضاً على هلاك العقار المشفوع فيه هلاكاً جزئياً متى نقصت قيمته بسبب المشتري أو غيره.

فيكون تحمل تبعة الهلاك حسب هذا النص بقوله: « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن ».

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 147.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 362.

- محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ج 03، ص 490.

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ج 02، ص 95.

من هذا المنطلق نلاحظ أن تبعة الهلاك يتحملها المدين الملتزم بالتسليم، وهو المشتري متى وقع الهلاك قبل التسليم، أو قبل إعدار الشفيع بالتسليم وبغض النظر إن كان الهلاك قد وقع قبل إعلان الرغبة أم بعدها، لأنه لا يصح قياس تبعة هلاك العقار المشفوع فيه على تحمل هذه التبعة بالنسبة لحيازة العقار بسبب المسؤولية في حالة الهلاك، يُفترض المشتري هنا حائزا فيتحمل تبعة الهلاك على أساس سوء أو حسن نيته، والقول بأن معيار سوء النية يتحدد انطلاقا من وقت إعلان الرغبة.

إن القول بالفكرة الواردة في الفقرة الأخيرة سيؤدي إلى اتساع نطاق الشفعة أكثر مما يخدم مصلحة الشفيع على حساب مصلحة المشتري، لا سيما أن الشفعة حق استثنائي ورد على خلاف الأصل، ومن نتائج نزع الملكية جبرا من يد هذا المشتري، فلو قلنا بهذه الفكرة لكنا قد شددنا الخناق على هذا المشتري أكثر، فبعد ما حرم من العقار المشفوع فيه نكبده بذلك خسائر تحمل تبعة الهلاك وقبل الحكم القاضي بالشفعة، بالرغم أنه في هذه الفترة التي تبدأ من وقت إعلان الرغبة وحتى النطق بالحكم، لم يلزمه القانون بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، كما لم يلزمه أيضا قبل هذه الفترة. ومتى لم يلزم بالتسليم فلا يعتبر مدينا به قانونا، فمن العدل إذاً أن لا يتحمل تبعة هلاك العقار المشفوع فيه إذا كان لا يد له فيه قبل تاريخ إلزامه بالتسليم.

## الفرع الثاني:

### الالتزام برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع.

الأصل هو أحقية الشفيع لثمار العقار المشفوع فيه إلى حين تسلمه العقار من المشتري ولكن السؤال المطروح هنا هو: متى يثبت للشفيع أحقيته لهذه الثمار؟.

للإجابة على هذا السؤال يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة بنص خاص ضمن قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني، وبناء عليه اختلف الفقه بشأن الإجابة على هذا السؤال على عدة آراء فقهية منها من يرى بأن الشفيع له الحق في هذه الثمار من وقت انتقال الملكية، أي من تاريخ الحكم النهائي

بالشفعة عندهم، وهو ما استقر عليه القضاء المصري أيضا، وهذا الرأي يقوم بالربط بين وقت تملك الشفيع للعقار وبين استحقاقه للثمار<sup>(1)</sup>.

هناك رأي آخر يرى بأن وقت التملك يكون من وقت انعقاد العقد، فإنه يطبق نفس الحكم على الثمار ولكنه مع ذلك يعفي المشتري - باعتباره حائزا حسن النية- من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان رغبة الشفيع في الشفعة<sup>(2)</sup>.

أما الرأي الفقهي الذي يرى بأن وقت حلول الشفيع محل المشتري هو تاريخ رفع دعوى الشفعة، فيذهب إلى جعل استحقاق الثمار من هذا التاريخ أيضا<sup>(3)</sup>.

مما سبق من ملخص الآراء الفقهية، نلاحظ جليا بأن تلك الآراء كانت تربط بين وقت التملك ووقت استحقاق الثمار، فكانت بذلك حلولهم لهذه المسألة ناتجة عن هذا الأساس.

إلا أن أغلب فقهاء القانون<sup>(4)</sup> يرون بعدم جدية هذا الربط، لا سيما وأن المشرع في نصوص الشفعة يوجب على الشفيع إيداع الثمن كله كإجراء جوهري بدونه تسقط الشفعة، ولا يمكنه بعد ذلك رفع دعواها، ويصف هؤلاء الفقهاء الاتجاهات السابقة، ومنها الرأي الذي يعتبر تاريخ الحصول على الثمار وتملك العقار المشفوع فيه هو تاريخ صدور الحكم النهائي، بأن هذا الاتجاه الفقهي توصل إلى نتيجة غير عادلة في حق الشفيع، طالما أن المشرع يجبر هذا الأخير إيداع كل الثمن الذي حصل به البيع لدى الموثق، وعليه فإن هذا الإجراء الأخير يحرم الشفيع من الاستفادة من مبلغ هذا الثمن من تاريخ الإيداع إلى حين صدور الحكم النهائي

(1) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 412.

- عزت حنورة، المرجع السابق، ص 358.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 773.

(3) - محمد علي عرفة، المرجع السابق، ج 02، ص 533.

(4) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 485.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 363.

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 96، هامش (2).

- حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 667.

بثبوت الشفعة، وهي فترة قد تستغرق سنوات، ليحرم بالإضافة إلى هذا وطوال تلك الفترة من ثمار العقار أيضا.

بناء على ما سبق وحتى يتحقق التوازن اللازم والعدالة ما بين المشتري والشفيع يرى أغلب الفقهاء بأنه يجب أن تكون الثمار للشفيع من وقت إيداع الثمن، وهذا الحل المقرر لدى هذا الاتجاه الفقهي هو الواجب التطبيق أيضا في القانون اللبناني<sup>(1)</sup>.

إلا أن أحد الفقهاء ممن انتقدوا بشدة الربط بين وقت التملك ووقت أحقية الثمار للشفيع يرى بأن استحقاق الشفيع لثمار العقار المشفوع فيه، يثبت له من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، لأنه في هذا التاريخ حسب وجهة نظره يُستبعد المشتري من البيع ويحل الشفيع محله في كافة حقوقه والتزاماته، والحق في الثمار من بين تلك الحقوق، ويرى كذلك بأنه على الشفيع أن يتحمل من هذا الوقت تكاليف العقار، بحيث يكون للمشتري أن يسترد منه ما دفعه من ضرائب، ونفقات استغلال، ومصروفات تحصيل الثمار<sup>(2)</sup>.

هذا وبعد عرضنا لمجمل الآراء الفقهية حول مسألة وقت إثبات أحقية ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع، وفي غياب النص القانوني الخاص المنظم لهذه المسألة، فإننا نرى بعدم جدية تلك الآراء الفقهية لعدم اعتمادها على سند قانوني صريح وجازم ودقيق لحل هذه الإشكالية، وعليه ارتأينا إخضاع حلها لأحكام قواعد الحيازة الواردة في القانون المدني الجزائري باعتبار المشتري حائزا لملك الشفيع، وفي هذا الشأن جاء في الجزء الخاص بتملك الثمار بالحيازة طبقا لنص المادة 837 بقولها: « يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية ».

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 485.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 363.

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 96، هامش (2).

(2) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 667.

طالما أن المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر حائزا حسن النية فإنه لا يلتزم برد ثمار العقار المشفوع فيه ونمائه إلى الشفيع على اعتبار أنها ملك له، وبالمقابل تكون الثمار التي قبضها المشتري أو قصر في قبضها بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة ملكا للشفيع باعتبار المشتري في هذه الحالة سيء النية، وعليه يلتزم بردها إلى الشفيع، كما يتحمل هذا الأخير تكاليف جمع هذه الثمار وكل ما أنفقه المشتري من مصاريف عليها، وهو ما قرره المادة 838 ق م ج بقولها: « يكون الحائز سيء النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها».

### **المبحث الثالث:**

#### **علاقة الشفيع بالغير وعلاقة البائع بالمشتري.**

يترتب على ثبوت الشفعة سواء بالتراضي أم بالتقاضي حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، ونتيجة لهذا الحل تظهر عدة علاقات سواء فيما بين أطراف الشفعة أو فيما بين هؤلاء الأطراف والغير، وعليه سوف نتناول في هذا المبحث إحدى العلاقات التي لم نعالجها في المبحثين السابقين وهي علاقة الشفيع بالغير **(المطلب الأول)**، ثم علاقة البائع بالمشتري **(المطلب الثاني)**.

#### **المطلب الأول:**

##### **علاقة الشفيع بالغير.**

لا تظهر علاقة الشفيع بالغير إلا إذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية، أو أي تصرفات قانونية، وهنا يجب أن نميز بين التصرفات والحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة **(الفرع الأول)**، ثم الحقوق العينية أو التصرفات التي تمت بعد شهر إعلان الرغبة **(الفرع الثاني)**.

## الفرع الأول:

### التصرف في العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

نظم المشرع الجزائري صراحة هذه المسألة ضمن نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني طبقا لما نصت عليه المادة 806 منه بقولها: « لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

انطلاقا من مفهوم المخالفة لهذا النص فإنه يسري في حق الشفيع كل تصرف صادر من المشتري أو البائع ضد العقار المشفوع فيه، وكذلك كل ما رتبه هؤلاء للغير من حقوق أصلية كانت أم تبعية، في حالة إذا تم شهر هذه التصرفات أو قيدها بحسب الأحوال قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع، حيث أن هذه التصرفات القانونية والحقوق العينية التبعية، عندما تتم قبل شهر إعلان الرغبة، فإنها تسري في حق الشفيع، سواء قام بها المشتري أو البائع ولكن بشرط أن يكون المنتصرف إليه أو الغير قد شهر حقه بالتسجيل أو القيد بحسب الأحوال قبل تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة<sup>(1)</sup>.

في حالة إذا رتب البائع وحده حقا عينيا أو تصرفا قانونيا على العقار المشفوع فيه فإنه لا يسري في حق الشفيع ولو قبل إعلان الرغبة، عندما يقوم المشتري بشهر عقد البيع، قبل شهر التصرف الثاني الذي قام به البائع<sup>(2)</sup>.

بناء على ما سبق فإنه متى رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية أصلية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حقوق عينية تبعية، كرهن رسمي أو رهن حيازي بحيث يكفل دينا في ذمة البائع أو المشتري، وتم شهر هذه

(1)- حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 671.

(2)- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 364.



التصرفات قبل أن يشهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن هذه الحقوق تكون نافذة في مواجهة الشفيع<sup>(1)</sup>، وسريانها هنا يعني انتقال العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وهو مثقلا أو محملا بالحق المرتب<sup>(2)</sup>.

تجدر الإشارة هنا أنه إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه للغير بيعاً تجوز فيه الشفعة فيترتب على سريان هذا البيع في حق الشفيع أنه لا يجوز له أن يشفع إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، طبقاً لما نصت عليه المادة 797 ق م ج<sup>(3)</sup>، وهذا بسبب سقوط حق الشفيع في الشفعة من البيع الأول، وبالتالي وجب على الشفيع هنا حسب النص المذكور أن يوجه إجراءات الشفعة إلى كل من المشتري الأول بصفته بائعاً، والمشتري الثاني بصفته مشفوعاً منه، ولا يلزم اختصام البائع الأول<sup>(4)</sup>، كما أن سريان عقد البيع المشار إليه أعلاه في حق الشفيع، مشروط بشهره قبل شهر الشفيع إعلانه بالرغبة في الشفعة.

يضاف إلى هذا أيضاً أن الشفيع حتى يستطيع الأخذ بالشفعة من البيع الثاني، يجب أن يكون هذا الأخير مما تجوز فيه الشفعة، لأن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الثاني وفق شروطه ومواعيده نتيجة سقوط حقه في البيع الأول، ويترتب عليه أنه إذا كان هذا الغير أو المشتري الثاني من أصول أو فروع المشتري الأول أو زوجه، أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة، أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية، فإن الشفيع هنا لا يمكنه قانوناً الأخذ بالشفعة في البيع الثاني أيضاً<sup>(5)</sup>، كما لم يمكنه ذلك في البيع الأول.

(1) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 524.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 155.

- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 671.

(3) - عالجت المادة 797 هذه المسألة بقولها: « إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها ».

(4) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 153.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 499.

(5) - وهنا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة في البيع الثاني، لتوفر مانع درجة القرابة طبقاً لنص المادة 798 ق م ج، والتي جاء فيها: « لا شفعة: - إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ».

كما نشير أيضا بأن آثار الحقوق العينية التبعية المقيدة قبل شهر إعلان الرغبة و المرتبة للغير، وإن كانت نافذة في حق الشفيع، بحيث ينتقل إليه العقار متقلا بها، فإن هذا لا يمنع الشفيع من الرجوع على المشتري بما يقابل النقص في قيمة العقار بسبب وجود هذا الحق، لأن الشفيع قد دفع للمشتري الثمن الذي دفعه هذا الأخير للبائع عندما أخذ المشتري العقار دون أن يكون محملا بشيء من ذلك والمشتري ملتزم هنا بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع<sup>(1)</sup>.

كما يمكن للشفيع الرجوع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب، وله أن يرجع على البائع كذلك بدعوى ضمان الاستحقاق، إذا كان البائع هو الذي رتب هذا الحق طبقا لنص المادة 804 ق م ج، على أساس أن الشفيع يحل بالنسبة للبائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

### الفرع الثاني:

#### التصرف في العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة.

طبقا لما تقضي به المادة 806 ق م ج، فإنه في حالة ما إذا ترتبت على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية، أو أي تصرفات أخرى لصالح الغير، وسواء ترتب ذلك بفعل البائع أو المشتري، بعد شهر إعلان رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، فإنه لا يسري في حق الشفيع أي تصرف قانوني، وهذا لأن شهر الإعلان يعتبر حجة على البائع والمشتري والغير أيضا وتطبيقا لذلك فإذا باع المشتري العقار بعد شهر إعلان الرغبة، فلا يسري هذا البيع في حق الشفيع.

يظل حق الشفيع قائما في البيع الأول وبشروطه، ولا يلتزم بإدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة، ويرى أحد الفقهاء بأن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع، وليس مفروضا عليه، وبالتالي يحق له الأخذ بالشفعة في أي من البيعين بحسب

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 154.  
- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 155.

اختياره وما يحقق مصلحته، مع مراعاة أن كل بيع له إجراءاته الخاصة به<sup>(1)</sup>، وهو ما أكده كثير من الفقهاء في هذا المجال، حيث يرون بجواز أن يأخذ الشفيع بالشفعة في أي من البيعين، متى قرر الشفيع بأن شروط أحد البيعين أيسر له، أو أن الثمن فيه أقل من الآخر<sup>(2)</sup>، وكما هو الحال أيضا إذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه، وذلك بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، فلا يسري هذا الحق على الشفيع، ويأخذ هذا الأخير العقار المشفوع فيه بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو حق الارتفاق.

نفس الحكم الوارد في الفقرة الأخيرة ينطبق أيضا على الحقوق الأخرى التي يرتبها المشتري، أو تترتب ضده بعد شهر إعلان الرغبة، كالرهن الرسمي، أو الرهن الحيازي وحقوق الاختصاص، أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته مثلا، فكل هذه الحقوق لا تسري ولا تنفذ في حق الشفيع، وبناءً عليه يحصل الشفيع على ذلك العقار عندما يثبت حقه في الأخذ بالشفعة خاليا من تلك الحقوق<sup>(3)</sup>.

إن التصرف في العقار المشفوع فيه أو ترتيب الحقوق عليه بعد شهر إعلان الرغبة وإن كان لا أثر له على حق الشفيع، فإنه يؤثر على حق المشتري في ثمن العقار الذي يسترده بعد ذلك عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق وهذا في حالة إذا دفع الثمن للبائع، حيث يباشر الدائنون أصحاب هذه الحقوق بما لهم من حق الأولوية على الدائنين العاديين التنفيذ على ثمن العقار المشفوع فيه، طالما كانت حقوقهم مستحقة الأداء، ويتقدم الدائنون المقيدة حقوقهم في تاريخ سابق، على من قيدت ديونهم في تاريخ لاحق وهو ما قضت به المادة 806 ق م ج في الجزء الأخير منها، حيث جاء فيه: «... على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 155.

(2) - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 214.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، نفس المرجع، ص 155.

عند البحث في الأساس الفقهي لحق الأفضلية هذا، يرى جانب من الفقه بأن أساس تقدم الدائن ذو الحق المقيد على ما آل للمشتري من ثمن العقار، يتمثل في حلول الثمن محل العقار حلولا عينيا، بينما يرى الرأي الراجح أن حق الأولوية إنما هو تطبيق للقواعد العامة في حق التقدم، فهذا الحق لا يقتصر وروده على الثمن المكتسب من البيع الجبري، بل يمتد إلى كل مقابل نقدي للشيء محل الحق<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني:

### علاقة البائع بالمشتري.

بعدما تناولنا آثار الشفعة من خلال العلاقات القانونية السابقة فيما بين الشفيع والبائع، ثم علاقة الشفيع بالمشتري، ثم علاقة الشفيع بالغير، سنتناول من خلال هذا المطلب علاقة أخرى وهي علاقة البائع بالمشتري فهذه العلاقة تعتبر مباشرة بينهما نتيجة للصلة التي كانت قائمة بينهما من خلال البيع الأول قبل الأخذ بالشفعة، وبالتالي فإن هذه العلاقة قد تؤثر أيضا حتى على الشفيع في بعض الأحيان، وتظهر آثار هذه العلاقة في حالتين أساسيتين: إحداهما تتمثل في الحقوق التي يربتها البائع على العقار المشفوع فيه قبل شهر المشتري عقد شرائه (الفرع الأول)، وأما الأخرى فتشمل الحقوق المرتبة على العقار المشفوع فيه بعد شهر ذلك العقد (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### ما ينقل العقار قبل شهر المشتري عقد شرائه.

قد يقدم البائع في مرحلة ما قبل شهر المشتري عقد شرائه على القيام ببعض التصرفات التي قد تؤثر على حالة العقار المراد الأخذ فيه بالشفعة من طرف الشفيع، كأن يعاود بيعه من جديد أو يهبه أو يقايض عليه، وهذه التصرفات لا تسري في حق المشتري إلا إذا أشهرت قبل أن يقوم المشتري بشهر عقد شرائه.

(1) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 366.

إذا حدث وأن أشهرت تلك التصرفات قبل شهر المشتري لعقد البيع، فإنها لا تسري في حق الشفيع متى سبق هذا الأخير بشهر رغبته في الشفعة قبل تاريخ شهر تلك التصرفات الصادرة من البائع<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى ما سبق قد يقوم البائع أيضا في مرحلة ما قبل شهر إعلان رغبة الشفيع بإثقال العقار المشفوع فيه بحقوق عينية أصلية أو تبعية، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو تقييده برهن رسمي أو حيازي، أو كان يرتب عليه حق امتياز، بحيث يكفل دينا في ذمة البائع، وقام حينها الغير الذي تصرف إليه البائع لمصلحته بشهر تصرفه قبل شهر المشتري عقد شرائه فإن هذه الحقوق العينية تكون نافذة في مواجهة المشتري، وهذا لأن المشتري لا يُعد مالكا إلا بعد شهر عقد شرائه، ويبقى البائع هو المالك قانونا وله أن يتصرف في ملكه كما يشاء، ولا يترتب عن عقد بيع العقار في هذه الحالة إلا مجرد حصول التزامات شخصية بين البائع والمشتري نتجت من عقد البيع الرضائي المبرم بينهما.

أما أثر تلك الحقوق المثقلة للعقار المشفوع فيه على الشفيع، فيظهر من خلال قيام البائع بترتيب أحدها على هذا العقار قبل أن يُشهر الشفيع رغبته في الشفعة، فحينها تكون تلك الحقوق نافذة في حقه، وبناء عليه ينتقل العقار المشفوع فيه عند ثبوت الأخذ بالشفعة للشفيع إلى هذا الأخير وهو مثقلا بالحقوق العينية المرتبة عليه<sup>(2)</sup>، إلا أن الشفيع يمكنه بعدها الرجوع بدعوى ضمان التعرض و الاستحقاق على البائع<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني:

### ما يثقل العقار بعد شهر المشتري عقد شرائه.

(1) - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 364.  
(2) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 671.  
(3) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 776.

إن الحكم في هذه الحالة يختلف تماما عن الوضع السابق، ذلك أن البائع هنا قد رتب تلك الحقوق العينية على العقار المشفوع فيه بعد أن أشهر المشتري عقد شرائه، فمراعاة لأثار شهر التصرفات، فإنه يمكننا القول بأن العقار المشفوع فيه يخلص للمشتري خاليا من الحقوق المرتبة عليه من طرف البائع، سواء كانت حقوقا أصلية أم تبعية، وبالتالي أصبح المشتري هو المالك الحقيقي للعقار المشفوع فيه بعد تاريخ شهر هذا العقار، وعليه فكل تصرف يقدم عليه البائع ضد هذا العقار، لا أثر له في مواجهة المشتري ولا في مواجهة الشفيع، وهذا بصرف النظر عن تاريخ شهر الرغبة في الشفعة.

أما لو حدث وأن قيد دائنو البائع حقوقهم على العقار المشفوع فيه بعد أن أشهر المشتري عقد شرائه، فإن هؤلاء الدائنون طالما أنه لا حق لهم في العقار المشفوع فيه فإنه يمكنهم الرجوع على البائع وحده بالتنفيذ على أمواله، حسب طرق التنفيذ المعروفة في قانون الإجراءات المدنية.

## الفصل الثاني:

### سقوط الشفعة.

بعدها تناولنا آثار ثبوت الأخذ في الشفعة في الفصل الأول، من حيث علاقة أطراف الشفعة فيما بينهم، وعلاقة هذه الأطراف بالغير أيضا، سوف نعالج في هذا الفصل الأسباب التي بها تسقط الشفعة، وإذا حدث ذلك فإن الشفيع لا يمكنه نهائيا أخذ العقار عن طريق الشفعة وعليه فإن مسقطات الشفعة يمكننا إجمالها في حالتين أساسيتين وهما: حالة التنازل عن الأخذ بالشفعة (المبحث الأول)، وكذا حالة عدم الالتزام بمواعيد وإجراءات الشفعة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول:

### التنازل عن الشفعة.

إن النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة يعتبر تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة، يؤدي عند حصوله إلى سقوط الحق في الشفعة، وبالتالي فهذا النزول لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه طبقاً للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة<sup>(1)</sup>، كما قد يكون صريحاً أو ضمناً، وكما يجوز أيضاً أن يقع بمقابل أم بدون مقابل، فإن وقع صريحاً خضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني، وإن كان ضمناً جاز إثباته بجميع الطرق<sup>(2)</sup> وهذا النزول قرره المادة 807 ق م ج بقولها: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: ... - إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل لبيع».

من خلال النص الوارد في الفقرة السابقة يتضح لنا جلياً بأنه جاء على خلاف القواعد العامة التي لا تجيز النزول عن الحقوق إلا بعد ثبوت الحق فيها، فنجد المشرع هنا قد وسع نطاق النزول عن حق الشفعة ليشمل مرحلة ما قبل ثبوت هذا الحق ابتداءً بالبيع المبرم ما بين البائع والمشتري، أي التنازل عنها قبل تاريخ البيع (المطلب الأول)، كما يمكن للشفيع انطلاقاً من النص أيضاً أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد عملية البيع المثبت لهذا الحق (المطلب الثاني).

### المطلب الأول:

#### التنازل عن الشفعة قبل تاريخ البيع.

طبقاً لنص المادة 807 ق م ج فإن حق الشفيع في الشفعة يسقط في حالة تنازله عنه سواء تم ذلك للبائع أو للمشتري، ويشير النص بصورة خاصة أن هذا التنازل يعتبر صحيحاً ولو تم قبل البيع<sup>(3)</sup>، على أساس أن البيع هنا يخول للشفيع الحق في مباشرة إجراءات الشفعة من أجل الحصول على حكم قضائي يثبت حقه

(1) - طالما أن التنازل هنا تعبير رضائي عن الإرادة فإنه يخضع لأحكام المادة 61 ق م ج و التي نصت على أنه: « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و يعتبر التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك».

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 467.

(3) - القاعدة العامة في القانون أنه لا يجوز التنازل عن حق قبل نشوئه، وهو ما اعتمده الفقه الإسلامي أيضاً، وبالتالي فالحكم بالتنازل هنا يعتبر خروجاً عن القاعدة العامة. - راجع في هذا: محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 578.



فيه، كما قد يسلم بها المشتري للشفيع من تلقاء نفسه ليثبت له حقه في الشفعة بالتراضي.

أساس ما ذهب إليه المشرع في جواز التنازل عن الشفعة ولو قبل البيع هو بسبب اعتبار حق الشفعة حقا استثنائيا تقرر على خلاف الأصل والقياس، كما أن هذا الحق يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية، ولهذا جعل النزول عن حق جائز محتمل حتى يُضيق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع<sup>(1)</sup>.  
يضاف إلى هذا أن المشرع وسع من مفهوم ونطاق النزول عن حق الشفعة حتى قبل ثبوت الحق، وذلك لكي يستطيع المشتري الاطمئنان على حقه حينما يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على عملية شراء العقار.

أما فيما يتعلق بشكل هذا النزول، فقد يكون إما باتفاق مع مالك العقار وهو البائع، أو مع من يرغب في الشراء وهو المشتري، كما يمكن أن يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل<sup>(2)</sup>. والتنازل هنا قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، فالصريح<sup>(3)</sup> يأتي بطريقة مباشرة باللفظ كأن يقول الشفيع: (أبطلت الشفعة أو أسقطتها)<sup>(4)</sup>، أو يكون كتابية، كأن يحصل المشتري من الشفيع على تنازل مكتوب صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه، كما يمكن أن يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه<sup>(5)</sup>.

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 132.

(2) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 353.

(3) - التنازل الصريح يعتبر أيضا من مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي ويعبر عنه بعبارة « الرغبة عنها صراحة »، يندرج تحت هذا الإسقاط الصريح وهو الذي يتم باللفظ الصريح كقوله: (أسقطت حقي في الشفعة أو تنازلت عن شفعتي)، ولا يكون مسقطا إلا بعد ثبوت الحق فيها، بالإضافة إلى طلب العوض من الشفيع مقابل التنازل، فلو ثبت ذلك يسقط حقه أيضا، وكذلك التنازل عن الشفعة لبعض الشفعاء، ورضا الشفيع بالمشتري كأن يرضى به جارا مثلا. - راجع في هذا: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ج 02، ص 320 وما بعدها.

- محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 168

(4) - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 201.

(5) - وفي هذا الشأن نصت المادة 60 ق م ج بقولها: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ».

في حالة التنازل الشفوي يجب على المشتري هنا أن يثبت حصوله<sup>(1)</sup>، ويمكنه ذلك عن طريق القواعد العامة في إثبات التصرف القانوني.

أما التنازل الضمني<sup>(2)</sup>، وهو الذي يصدر بطريقة غير مباشرة بحيث يُستفاد النزول هنا من كل عمل أو تصرف يُؤخذ منه نزول الشفيع عن حقه، كأن يقوم الشفيع بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري، أو يتفق مع المشتري على تقرير حق ارتفاق لمصلحة العقار المبيع أو عليه، أو يضمن المشتري في الثمن<sup>(3)</sup>، وعلى العكس من ذلك لا يعتبر نزولا ضمنيا أن يكون الشفيع وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها، قد اتفق مع البائع على فسخ عقد الإيجار وتعهده بتسليمها للمشتري، ويرى الفقهاء أنه لا يعتبر نزولا ضمنيا بأن يرفض الشفيع أخذ العقار المشفوع فيه بالثمن الذي يطلبه المشفوع منه (المشتري) لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي<sup>(4)</sup>.

ينبه أحد الفقهاء في هذا إلى ضرورة أن يُستخلص النزول الضمني بوضوح من الظروف الدالة على ذلك، بحيث يجب التشدد والحيطه في استخلاص التعبير الضمني<sup>(5)</sup>.

(1) - لعروم مصطفى، المرجع السابق، ص 19.

(2) - والتنازل الضمني يُعبر عنه الفقه الإسلامي بالرغبة عن الشفعة دلالة و يندرج تحته ما يلي:  
أ - تأخير طلب الموائبة عن وقته بلا عذر، وطلب الموائبة يعني توجيه الطلب من الشفيع للبائع أو المشتري أو للمشتري الثاني الذي يتضمن الرغبة في الأخذ بالشفعة، ولكن الشفيع هنا يعلم بالعقد وشروطه ويعلم بالمبيع و بالثمن والمشتري، ويجب عليه تقديم الطلب هنا قبل انتهائه من مجلس العلم به و إلا سقط حقه في الشفعة.

ب- تأخير طلب التقرير عن وقته من غير عذر أو عدم القيام به في مكانه أيضا، أو ترك الإشهاد عليه عند من يرون بذلك وطلب التقرير يأتي عادة قبل طلب الموائبة، ويوجه بالطلب إلى البائع، أو المشتري، أو المشتري الثاني، ويحدث عندما يعاود الشفيع طلب الشفعة مرة ثانية بعد الطلب الابتدائي لتأكيد حقه في طلبها، ولذلك سمي تقريريا، وبهذا الطلب يتقرر حقه في الشفعة، وطلب الموائبة ومع رضاه المشتري يتملك الشفيع العقار.

ج- تأخير طلب الخصومة أمام القاضي.

د- مساومة الشفيع للمشتري في المبيع بعد علمه بشرائه.

هـ - بيع الشفيع العقار المشفوع فيه بالوكالة عن مالكه.

و- ضمان الشفيع المشتري في ثمن البيع ولو كان بعد مطالبته بالشفعة، فكل هذه الحالات السابقة تدخل ضمن التنازل الضمني (بالدلالة) في الفقه الإسلامي. - راجع في هذا : علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ج 02، ص 322 وما بعدها، وكذلك: محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 168.

(3) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 157.

(4) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، 467.

(5) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 133.

على كل حال فإن تقدير إجراء النزول الضمني يعتبر لدى الفقهاء مسألة واقعية تقوم على ما تحصل عليه المحكمة من مجموع وقائع الدعوى وظروفها، بحيث يكون من شأن هذه الوقائع والظروف أن تؤدي إلى ما استخلصته المحكمة منها<sup>(1)</sup>، وعليه قرر الفقه والقضاء بأن تراخي الشفيع في إعلان رغبته في الشفعة لا يفيد بذاته نزولا ضمنيا عن حقه فيها ما لم يقترن بعمل أو تصرف أو موقف يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا النزول، بحيث لا يدع مع تراخيه هذا مجالا للشك في دلالاته على التنازل<sup>(2)</sup>.

يضيف أحد الفقهاء في هذا المجال أيضا إلى أنه ينبغي عدم التوسع في تفسير النزول عن الشفعة، لاعتبار أن هذا النزول ورد استثناء من الأصل العام وهو جواز الشفعة، فضلا عن خطورة النزول باعتباره يؤدي إلى سقوط الشفعة<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني:

### التنازل عن الشفعة بعد تاريخ البيع.

المشرع الجزائري قرر في المادة 807 ق م ج سقوط الشفعة في حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع، وهذا يدل صراحة وانطلاقا من عبارة « ولو قبل البيع» الواردة بالنص أنه يمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة بعد عملية البيع، وهو الأصل في هذا النص، وباعتبار أن عقد البيع الحاصل بين البائع والمشتري هو المثبت أولا لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وعن طريقه يستطيع الشفيع المباشرة والسير قدما في إجراءات الشفعة، إلا أن حق الشفيع هذا جاء مطلقا دون تقييد حسب النص المشار إليه أعلاه، فقد يفهم منه أن حق النزول المخول للشفيع يستمر حتى بعد صدور الحكم النهائي المثبت نهائيا للشفعة.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 467.

(2) - عبد الفتاح مراد، التعليق على القانون المدني، ط 03، الهيئة القومية العامة للكتب والوثائق المصرية، مصر دون ذكر السنة، ص 291.

(3) - حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 644.

لكن الفقهاء يرون بأن حق النزول هذا ليس مطلقاً بل مقيداً ومحدوداً ضمن نطاق زمني يتعلق أساساً بإجراءات الشفعة، لكنهم اختلفوا حول تحديد هذا النطاق الزمني، فذهب جانب من الفقه إلى أن النزول عن الشفعة يظل جائزاً للشفيع إلى حين ثبوت الشفعة بإعلان الرغبة فيها وعليه لا يجوز للشفيع النزول عن حق الشفعة بإرادته المنفردة بعد إعلان الرغبة، وأساسهم في ذلك أن الحقوق الإرادية التي ينتمي إليها حق الشفعة حقوق نهائية ملزمة لمن أصدر الإرادة، فضلاً عن أنه بإعلان الرغبة يكون الشفيع قد حل محل المشتري في عقد البيع، على حسب ما يراه هذا الجانب من الفقه<sup>(1)</sup>.

إلا أن الرأي الراجح في نظرنا هو من يرى بجواز النزول عن حق الشفعة من طرف الشفيع حتى بعد إعلان الرغبة فيها، ويظل حقه في النزول قائماً إلى أن يثبت له الحق في الشفعة نهائياً بمقتضى حكم أو بتسليم المشتري بالشفعة<sup>(2)</sup>، أما بعد ذلك فلم يعد هناك حق في الشفعة يجوز النزول عنه، وإنما أصبح الشفيع طرفاً في عقد البيع المشفوع فيه، وهو بعد شهر سند التراضي أو حكم القاضي أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه<sup>(3)</sup>.

في آخر هذا المبحث نشير إلى مسألة خاصة أثار بشأنها الفقه جدلاً كبيراً، وهي تتعلق بنطاق هذا النزول من حيث الأشخاص، وبخاصة مدى تأثر الخلف الخاص بالنزول الصادر من سلفه، فقد ذهب أحد الآراء إلى القول بأنه:

« إذا انتقل العقار المشفوع به إلى خلف خاص فلا يسري عليه نزول سلفه المسبق عن الحق في الشفعة، بل ينبغي رضاء هذا الخلف الخاص بالنزول عن الشفعة »<sup>(4)</sup>.

(1) - نقله: حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 645.

(2) - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 353.

(3) - محمد علي عرفة، المرجع السابق، ج 02، ص 574.

- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 468.

(4) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 645.

- محمد علي عرفة، نفس المرجع، ج 02، ص 575.

- عزت حنورة، المرجع السابق، ص 290.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 381.

في حين يرى جانب آخر من الفقه وهو الأرجح في نظرنا، إلى أن المشتري الثاني أو الخلف الخاص هنا عليه أن يتقيد بالنزول الصادر من سلفه، بمعنى أن نزول السلف في الأخذ بالشفعة على عقار معين يُعتبر التزاما ينتقل إلى الخلف الخاص مع انتقال العقار إليه، لاعتبار أن الالتزام بالنزول عن الشفعة يُعد من مستلزمات الشيء محل البيع<sup>(1)</sup>، وسندهم القانوني في ذلك هو نص المادة 109 ق م ج، بقولها: « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته<sup>(2)</sup> وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

انطلاقا مما سبق فإن النزول عن حق الشفعة هو التزام بعدم المطالبة بها وهذا الالتزام من شأنه أن يحد من حرية المتنازل في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه مالكا، وباعتباره يحد من حرية الانتفاع بالمال ومن رخصة تملك هذا الشيء، فعلى هذا الأساس اعتبر محمدا للشيء، وتنفيذ هذا الالتزام لا يمكن إلا إذا حدث من طرف مالك الشيء، وهذا الالتزام تقرر بالنظر إلى العقار المشفوع به لا إلى شخص الشفيع.

بناء على ما سبق بيانه اعتبر بعض الفقهاء الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة أو النزول عنها الصادر من طرف السلف من مستلزمات الشيء، وبالتالي ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص و بشرط أن يكون هذا الأخير عالما بهذا الالتزام وقت صدور عقد شرائه<sup>(3)</sup>.

(1) - منصور مصطفى منصور، نفس المرجع، ص 355.

- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ج 02، ص 49.

(2) - تعتبر الالتزامات التي عقدها السلف من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيها شروط ثلاثة وهي:

1- أن يكون الالتزام محمدا للشيء، فيقيد من استعماله أو يحد من سلطات المالك عليه.

2- أن يكون ليس في الوسع تنفيذه عينا إلا من انتقل إليه الشيء.

3- أن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقريره فلم تراخ فيه شخصية السلف.

- راجع في هذا: نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 137.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، المرجع السابق، ص 137.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 470.

## المبحث الثاني:

### عدم الالتزام بمواعيد و إجراءات الشفعة.

إضافة إلى سبب السقوط الذي عالجه في المبحث الأول، وهو التنازل عن الشفعة من طرف الشفيع، سواء قبل أو بعد البيع المشفوع منه، والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 807، فإننا سنتناول في هذا المبحث بعض المسقطات التي لم يشر إليها النص السالف الذكر وإنما تناولها المشرع من خلال عرضه وبيانه لإجراءات الشفعة، ما عدا الأجل المنصوص عليه في المادة 807 ق م ج طبقا لما تقضي به لمواد: 799، 801، 802 ق م ج وهذه المسقطات هي: عدم إظهار الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع في الميعاد المحدد قانونا وكذا عدم إيداع الثمن في الأجل المحدد (المطلب الأول)، يضاف إليه عدم رفع دعوى الشفعة في ميعادها القانوني (المطلب الثاني).

طبقا للمادة 807 ق م ج فإن حق الشفيع في الشفعة يسقط كذلك بمرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع (المطلب الثالث).

## المطلب الأول:

### عدم إظهار الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن في ميعادهما.

إذا رغب الشفيع في الأخذ بالشفعة، عليه أن يحترم إجراءات الشفعة الوارد بيانها وتقريرها من خلال نصوص الشفعة، وبالتالي فعدم التزامه بأشكال هذه الإجراءات سيؤدي به في الأخير إلى سقوط حقه في الأخذ بها، وتبدأ هذه الإجراءات بإعلان الشفيع رغبته وإرادته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري على حد سواء، بحيث لو أعلن إلى أحدهما دون الآخر لم يصح منه إجراء إعلان الرغبة في الشفعة ويبقى عليه أن يتدارك ذلك الخلل بإعلان رغبته

إلى الطرف الآخر أيضا، وهذا قبل فوات الأجل المحدد لذلك قانونا في نص المادة 799 ق م ج<sup>(1)</sup>، وإلا سقط حقه في الشفعة<sup>(2)</sup>، وهذا الأجل هو ثلاثون يوما من تاريخ الإنذار، الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى هذا الشفيع ليعلمه فيها بحصول البيع، ويدعوه إلى أن يبين موقفه من رخصة الشفعة خلال هذا الميعاد، وإلا سقط حقه في طلب الشفعة<sup>(3)</sup>.

يشترط المشرع حتى يكون إعلان الرغبة صحيحا، تحريره وفق عقد رسمي لدى الموثق ويُعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان ذلك باطلا<sup>(4)</sup>، كما يشترط أن يتم هذا الإعلان على يد محضر قضائي، باعتباره الموظف الرسمي الذي يتولى مهمة التبليغات القضائية والإعلانات الرسمية لذوي الشأن، كما لا يحتج بهذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان مشهرا لدى المحافظة العقارية.

أما ثاني هذه الإجراءات المسقطة للشفعة عند عدم احترامها، فهي التزام الشفيع بإيداع الثمن لدى الموثق طبقا لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 801 ق م ج<sup>(5)</sup>، مع المصاريف اللازمة لذلك سواء كانت رسمية أم غير رسمية، وعليه فلا بد للشفيع أن يودع هذه المبالغ بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، وفي كل الأحوال يجب أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقطت الشفعة.

إن إيداع الثمن والمصاريف واجب على الشفيع ولو كان الثمن مؤجلا لصالح المشتري كله أو بعضه<sup>(6)</sup>، ويُشترط أيضا في صحة هذا الإيداع أن يتم إيداع كل

(1) - وجاء في نص هذه المادة بأنه: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار، الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ...».

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 441.

(3) - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 435.

(4) - وفي هذا الشأن قررت المادة 801 ق م ج هذا الحكم بقولها: « يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا ... ».

(5) - ونصت المادة 2/801 على هذا الحكم بقولها: « يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة».

(6) - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 437.

التمن الحقيقي<sup>(1)</sup> الذي حصل به البيع والمدون في عقد البيع حتى ولو ادعى الشفيع بصوريته، وإنما عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بعد إيداع كل المبلغ السابق، وإذا أثبت الصورية في التمن فيحكم له بالتمن الحقيقي فقط، ويسترد المبلغ الزائد. ويبدأ سريان ميعاد إيداع التمن من تاريخ إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الشفعة، فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فلا يبدأ سريان المدة إلا من تاريخ الإعلان الأخير<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني:

#### عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد المحدد لها.

في هذا الشأن نصت المادة 802 ق م ج قائلًا: « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يومًا من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق».

فمن خلال هذا النص يتضح لنا بأن جزاء عدم رفع دعوى الشفعة هو سقوط حق الشفيع في أخذ العقار عن طريق الشفعة، وعليه يتعين على الشفيع إذا رغب فعلا بالاستشفاع في ذلك العقار ولم يسلم المشتري له بالشفعة تراضيا، أن يقوم برفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يومًا من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، والحكمة من ذلك هي حث الشفيع على الإسراع في إتمام إجراءات الشفعة حتى لا يظل مصير البيع معلقًا دون مبرر<sup>(3)</sup>.

كما أننا لا ننسى بأن الشفعة هي مجرد رخصة أو حق استثنائي، ورد خلافاً عن الأصل وخروجاً عن القاعدة العامة في حرية التعاقد والتصرف، ويعتبر هذا أيضاً تماشياً مع سياسة المشرع بالصرامة في فرض احترام الأحكام المتعلقة

(1) - نجد في بعض قوانين الدول العربية ومنها القانون الأردني اشتراط إيداع كل التمن الحقيقي أو إيداع كفالة مصرفية به حتى تقبل دعوى الشفعة قضاءً. - راجع في هذا: الهادي العبيدي، المرجع السابق، ص 181.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 443.

(3) - مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص 438.



بالشفعة، ولذلك رتب المشرع جزاء سقوط الحق في الشفعة على مخالفة الأحكام الخاصة التي أوردها بشأن رفع الدعوى<sup>(1)</sup>.

تشمل الأحكام المشار إليها في الفقرة السابقة كل ما نُظِم في القانون المدني بخصوص الشفعة، لا سيما ما ورد في المادة 802 ق م ج، أو تلك التي نظمها قانون الإجراءات المدنية بشأن رفع الدعوى عموماً، وعليه يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا رُفعت الدعوى بعد الميعاد المحدد في المادة 802 ق م ج، أو إذا رُفعت في خلال الميعاد، ولكن مع اختصاص بعض البائعين والمشتريين دون بعض، لأن دعوى الشفعة لا تُقبل إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطراف الشفعة الثلاث، وهم البائع والمشتري مهما تعددوا، وكذلك الشفيع وإن تعدد أيضاً، وفي كامل مراحل التقاضي<sup>(2)</sup>، سواء في المحكمة الابتدائية أو الاستئناف أو النقض.

كما تسقط دعوى الشفعة أيضاً طبقاً لقانون الإجراءات المدنية، إذا رُفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، بحيث يجب أن ترفع إلى المحكمة الكائن في دائرتها العقار حسب قواعد الاختصاص المحلي.

يضاف إليه ضرورة احترام قواعد الاختصاص النوعي طبقاً لنص المادة 1/2، 2 ق م ج حيث تنص الفقرة 1 من المادة 02 على أنه: « تختص المحاكم ابتدائياً ونهائياً: 1- بالدعاوي المنقولة والدعاوي الشخصية العقارية إذا كانت قيمة النزاع لا تجاوز ألفي دينار (2000 دج)».

يرى بعض الفقهاء في هذا المجال بأن قيمة دعوى الشفعة أو قيمة النزاع تتحدد انطلاقاً من الثمن الحقيقي المحصّل، وهو الثمن المذكور في عقد البيع المشفوع منه، إلى أن يقوم الدليل على العكس، وقد تقرر لديهم بأن دعوى الشفعة ليست دعوى ملكية<sup>(3)</sup>، أو كما يعبر عنها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 02 بقوله: «الدعاوي المتعلقة بحقوق عينية عقارية ...». فيرى هذا الفقه

(1) - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 398.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 451.

(3) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 630.

بأن دعوى الشفعة تدخل ضمن الدعاوي الشخصية العقارية وعليه تخضع لأحكام الفقرة الأولى لا الثانية من المادة 02 ق إ م.

تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في النزاع ابتدائياً ونهائياً إذا كانت قيمة النزاع تقدر بألفي دينار فأقل، وتتنظر فيها ابتدائياً فقط إذا كانت قيمة النزاع يجاوز الألفين دينار (2000 دج)، وتكون إثارة النزاع أمام القسم العقاري المتواجد بالمحكمة الابتدائية حالياً، والذي تم إنشاؤه مؤخراً فقط، بينما في السابق وقبل سنة 1998 كان يختص بالمسائل العقارية القسم المدني، وعليه فمخالفة الإجراءات القانونية في التقاضي يترتب عنه سقوط دعوى الشفعة وبالتالي سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، ويُجمع الفقه على أن هذا السقوط يُعتبر من النظام العام، بحيث يمكن الدفع به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، بل ويتعين على المحكمة المختصة أن تقضي به من تلقاء نفسها إذا لم يتم التمسك به من طرف صاحب المصلحة، كما يُحكم بهذا السقوط ولو نزل عنه صاحب الحق في التمسك به<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث:

#### مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع.

هذا الحكم قرره المشرع الجزائري في المادة 807 ق م ج بقولها: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

– إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون». نلاحظ من خلال النص العربي أن المشرع الجزائري قرر حالات سقوط الشفعة ضمن حالتين فقط وهي حالة النزول عن الشفعة على النحو السابق تفصيله، وحالة مرور أجل سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع المشفوع منه، وذلك من خلال الفقرة الأولى والفقرة الثانية منه، ونحن هنا بصدد الحديث عن الحالة الثانية المسببة للسقوط، وهي حالة مرور سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع.

(1) - نقله محمد كامل مرسي باشاء، المرجع السابق، ج 03، ص 440.

يبدأ حساب الميعاد المذكور في الفقرة السابقة تحديدا ابتداء من اليوم التالي لليوم الذي حصل فيه التسجيل، ويستمر حتى اليوم الأخير من نهاية سنة بكاملها وإذا كان اليوم الأخير من هذا الأجل قد صادف يوم عطلة، فيمتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلي انتهاء العطلة، ويعتبر هذا اليوم هو آخر يوم في الأجل المحدد بسنة حسب ما قرّر في قانون الإجراءات المدنية، طبقا للمادة 463 منه بقولها: « جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة، وإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة<sup>(1)</sup> امتد إلى أول عمل يليه».

تجدر الإشارة هنا بأنه يحق للمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة متى أثبت أن عقد شرائه قد سجل، وأنه مضى أجل سنة من يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه<sup>(2)</sup>، ولكن لا يطلب منه إثبات علم الشفيع بالبيع، لأن المشرع في هذه الحالة يفترض حتما افتراضا لا يقبل إثبات العكس بأن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد تاريخ إشهاره في المحافظة العقارية، هذا وبالنظر لكون ذلك العلم يعد علما افتراضيا فإن المشرع قد أطال الميعاد الواجب على الشفيع طلب الشفعة فيه، فجعله سنة<sup>(3)</sup> من تاريخ إشهار عقد البيع المشفوع منه، وبالتالي على الشفيع المبادرة بإعلان رغبته في خلال هذا الميعاد، إذا كان يرغب في الأخذ بالشفعة، وإلا سقط حقه فيها<sup>(4)</sup>.

يُلاحظ في هذا النطاق أيضا بأن ميعاد السنة هذا يعد مدة سقوط لا مدة تقادم، وبالتالي فلا يقبل الوقف ولا الانقطاع، ويسري في حق الغائبين وغير كامل الأهلية، وهو ما يدل بوضوح هنا بأن القاعدة التي تقضي بأن مدة التقادم لا تسري

(1) - حددت المادة 464 ق إ م أيام العطلة بقولها: « تعد من أيام العطلة الرسمية في مجال تطبيق هذا القانون أيام الراحة الأسبوعية والأعياد الرسمية». وعليه لا يعد يوم عطلة غير ما ذكره النص.  
(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 159.  
(3) - قرر المشرع المصري من خلال النص المقابل للنص الجزائري بسقوط الشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، حسب نص المادة 948 ق مدني مصري.  
- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 159.  
- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 131.  
(4) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 426.

على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، لا تمنع من سقوط حق الشفعة، لأن مدة السقوط لا تقف بسبب جهل الشفيع بالبيع المشفوع منه، كما أن الدفع بسقوط الشفعة لانقضاء هذا الميعاد، يُعد كسابقه من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، في أية حالة كانت عليها الدعوى، وحتى ولو تنازل صاحب الحق صراحة عن ذلك<sup>(1)</sup>.

نشير كذلك، إلى أن عبئ إثبات استعمال رخصة الشفعة في خلال سنة من شهر عقد البيع في مصلحة الشهر، يقع على عاتق الشفيع وحده، أما إذا أثبت الشفيع بعد ذلك أنه قد استعمل هذه الرخصة خلال الميعاد المحدد لكنه أخطأ في بعض البيانات، فهذا الخطأ لا يعد طلبا جديدا وإنما تبقى إجراءات الشفعة سارية على مقتضى الطلب الأول الذي حدث أثناء الميعاد القانوني ولا يمكن للمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة على أساس أن الطلب الثاني المعدل لبيانات الطلب الأول جاء بعد انقضاء أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المشفوع منه.

في نهاية هذا المبحث نخلص إلى القول بأننا قد سجلنا ملاحظة على نص المادة 807 ق م ج، فنجد النص المدون بالفرنسية أوضح وأصح من النص المدون بالعربية، كما جاء النص الفرنسي موافقا لمقتضى نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، وهذا عندما أشار إلى كل الأسباب المسقطه للشفعة، وإن لم يُحصر كل حالات السقوط حقيقة بالنص عليها واحدة تلو الأخرى مكتفيا في ذلك بعبارة « وفي الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون» وهي نص الفقرة الثالثة الواردة في النص الفرنسي، لكننا بالرجوع إلى النص العربي، فإننا لا نجده يشير بتاتا إلى الحالات الأخرى الواردة في نصوص القانون، وهذا نتيجة لعدم التطابق بين النصين حيث ورد النص الفرنسي بثلاث فقرات، بينما ورد النص العربي بفقرتين فقط، وهما:

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

(1) - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ج 03، ص 440.

2- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون». أما الفقرة التي سقطت من هذا النص والواردة في النص الفرنسي فهي: « في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون»، وهي نص الفقرة الثالثة منه. وجاءت هذه الفقرة بالفرنسية هكذا: « **dans les cas prévus par la loi** ».

- من هذا المنطلق نرى بأنه من الأفضل مراعاة المشرع لعدم التطابق هذا وتعديل النص العربي حتى يتطابق تماما مع النص المدون بالفرنسية، وهذا بتقسيمه هو الآخر إلى ثلاث فقرات ليصبح النص العربي للمادة 807 ق م ج هكذا: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

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

2- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.

3- في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون»<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث:

#### أسباب أخرى لسقوط الشفعة.

بالإضافة إلى ما سبق بيانه بشأن أسباب الشفعة المنظمة والمشار إليها في نصوص الشفعة، سنقوم في هذا المبحث بالتطرق للأسباب الأخرى التي عن طريقها يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وهذه الأسباب لم يشر إليها المشرع في نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني، ولو ضمنا ما عدا حالة السقوط عن طريق زوال أحد شروط الشفعة فإنها تُستشف من خلال معاني وفحوى النصوص التشريعية للشفعة.

لقد حاولنا جاهدين لحصر ما تبقى من مسقطات الشفعة من خلال هذا المبحث لنعرضها فيه وهي: **السبب الأول**: سقوطها بزوال احد شروطها **(المطلب الأول)**،

(1) - حتى يتطابق النص العربي مع النص الفرنسي للمادة 807 ق م ج وهذا الأخير جاء كالآتي:

« le droit de préemption ne peut être exercé dans les cas suivants :

Si le préempteur renonce même avant la vente :

S'il s'est écoulé un an à partir du jour de la transcription de l'acte de vente.

Dans les cas prévus par la loi »

أما السبب الثاني والثالث فهما على الترتيب: بطلان البيع المشفوع فيه وسقوطها بالتقادم المُسقط (المطلب الثاني).

## لمطلب الأول:

### سقوط الشفعة بزوال أحد شروطها.

تسقط الشفعة كذلك بالإضافة إلى ما سبق عرضه عندما يزول أحد شروطها المحددة قانوناً، كأن يقدم الشفيع على بيع عقاره قبل طلب الشفعة وبالتالي فلا يمكنه الأخذ بها بعد ذلك<sup>(1)</sup>، وهذا لزوال شرط أساسي هنا وهو ملكية الشفيع للعقار المشفوع به، فبعد البيع أصبح الشفيع غير مالك له وبالتالي سقطت الشفعة في حقه. مثال ما ورد في الفقرة السابقة كأن يكون مالك العقار هنا شريكا في الشروع يملك حصة شائعة غير مفرزة في الملك الشائع، وبعد حصول البيع المشفوع منه باع لشريكه حصته الشائعة إلى أجنبي، فقام الشفيع بعدها ببيع حصته هو الآخر سواء لشركائه المشتاعين أو إلى أجنبي عنهم، وحتى ولو كان قد أعلن رغبته في الشفعة قبل بيعه لخصته، فإنه لا يمكنه الأخذ بالشفعة بعدها لتخلف أحد شروط الشفعة، وكذلك الحال لو انتهى وضع الشروع في هذه الحالة عن طريق عملية قسمة الملك الشائع ليأخذ كل شريك حصته مفرزة بعد أن أعلن الشفيع رغبته في الشفعة، وقبل صدور الحكم النهائي في ثبوت الشفعة للشفيع.

بناءً على ما سبق أصبح المتقاسم مالكاً ملكية مفرزة للنصيب المقسوم له، وبذلك لا يحق له الأخذ بالشفعة بسبب الشركة في الشروع إذا باع متقاسم آخر نصيبه، حتى ولو لم تكن القسمة قد سُجلت، لأنه بالقسمة لم يعد شريكا، فالقسمة حجة على المتقاسمين حتى قبل تسجيلها، ولأن المبيع في الوضع الجديد شيء مفرز، ولا تكون الشفعة إلا في بيع حصة شائعة<sup>(2)</sup>.

(1) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 159.

(2) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 545.

نشير في هذا السياق بأنه لو تصرف البائع أو المشتري في العقار المشفوع فيه لمشتري آخر وأشهر هذا الأخير عقد شرائه قبل أن يشهر الشفيع رغبته في الشفعة بالرغم من توجيه الإعلان إلى كل منهما، فإنه لا يحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا من البيع الثاني وبشروطه ومواعيده، ولو حدث وأن كان المشتري الثاني من أقارب البائع أو المشتري الأول على حسب الأحوال، وضمن درجات القرابة المحددة قانوناً، فإن الشفيع يسقط حقه في الشفعة نتيجة للوضع الجديد الذي طرأ على العقار، وحتى ولو كان البيع الأول مما تجوز فيه الشفعة، فالشفيع هنا سقط حقه في الشفعة بالرغم من وجود هذا الحق في البداية وقيامه بإعلان الرغبة في البيع الأول<sup>(1)</sup>.

كما قد يزول شرط الشفعة أيضاً في هذه الحالة عندما يلحق الشفيع عقاره بمحل عبادة أو يجعله مسجداً أو وهبة للغير، أو نحو ذلك، ونشير أيضاً في هذا المجال أن سبب السقوط الذي نحن بصدده يعتبر أيضاً مسقطاً للشفعة في الفقه الإسلامي، لأن من شروط الشفعة استمرارية ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى حين ثبوت حقه في الشفعة نهائياً بالتراضي، أو بالتقاضي عن طريق صدور حكم قضائي مثبت لها، وعليه فإذا خرج العقار المشفوع به عن ملكية الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه سقط حقه في الشفعة بمنظور الفقه الإسلامي، وذلك سواء أكان الشفيع يعلم ببيع العقار المشفوع فيه أم لا<sup>(2)</sup>، ومن هنا فلو باع شخص حصته في

(1) - ولهذا نجد الفقهاء يفرقون بين حالة إلغاء الشفعة ابتداءً، والحالة التي تلغى فيها الشفعة انتهاءً، فالحالة الأولى يطلقون عليها مصطلح « موانع الشفعة » كبيع الزوج لزوجته عقاره في البيع الأول، فالشفعة هنا لا تقوم منذ البداية. وأما الحالة الثانية وهي إلغاء الشفعة بعد قيامها ابتداءً فهي التي نقصدها هنا ويطلق عليها مسقطات الشفعة. ومثال ذلك المثال الذي نحن بصدده، حيث أن الشفيع الأول قامت فيه الشفعة لعدم وجود هذا المانع، ولكن البيع الثاني وبعد تماطل الشفيع من شهر رغبته، ظهر فيه مشتري آخر يقرب لأحد المتعاقدين حسب الأحوال، وبالتالي سقط الحق في الشفعة بمقتضى البيع الثاني لا الأول، وهذا بظهور طارئ جديد على مسيرة الشفعة.

(2) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ج 02، ص 325.  
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 169.

الدار المشتركة بعد أن باع شريكه حصته فيها يسقط حقه في الشفعة، سواء أكان يبيعه لخصته بعد أن طلب الأخذ بالشفعة أم قبل أن يعلم أن شريكه قد باع حصته<sup>(1)</sup>. كما تسقط الشفعة أيضا عندما تزول صفة الجار عن الشفيع، بزوال الالتصاق المسبب لواقعة الجوار بالنسبة للأراضي الفلاحية، كأن تزول بإنشاء طريق عام بين عقار الشفيع والعقار المشفوع فيه بعد طلبه للشفعة، وقس على هذا بالنسبة لباقي أسباب الشفعة، فعند زوال السبب يزول معه المسبب حتما، ولأجل هذا قرر الفقهاء أنه متى زال حق الشفيع أو انتقل إلى الغير أو تغير محله بما يؤدي إلى تخلف سبب الشفعة، سقط حقه في الأخذ بها<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني:

#### سقوط الشفعة ببطلان البيع، وبالتقادم المسقط.

يضاف إلى ما ذكر في المطلب الأول من أسباب السقوط العامة التي لم يرد بشأنها نصا خاصا يحددها ضمن نصوص الشفعة، هناك أسباب أخرى تسقط الشفعة عند تحققها، سواء كان ذلك بعد طلب الشفعة بإعلان الرغبة فيها أم قبل ذلك، وهذه المسقطات هي: حالة بطلان عقد البيع المشفوع منه، وحالة التقادم المسقط كما ورد في القواعد العامة.

بالنسبة لبطلان عقد البيع فهو متفرع من شرط أساسي لشروط الشفعة وهو شرط استمرارية قيام حق الشفيع إلى حين ثبوت الشفعة، لأن في بطلان عقد البيع

(1) - إلا أن أحمد بن حنبل، يرى في هذا الحكم رأيا آخر حيث ذهب إلى أن حق الشفيع هنا في الشفعة لا يسقط إلا إذا كان يبيعه لخصته بعد العلم ببيع شريكه، أما في حالة إذا باع قبل أن يعلم بحصول البيع المشفوع منه، وكان يبيعه بعد حصول هذا البيع الأخير، كان له الحق في الأخذ بالشفعة. وهذا لأن بيعه في الحالة الأولى يعد إعراضا عن حقه في الشفعة لعلمه بذلك، وليس كذلك بيعه في الحالة الثانية لأنه لم يعلم بحصول البيع المشفوع منه، فيكون له الحق في طلب الشفعة لثبوت حقه قبل أن يبيع وعدم سقوطه بالبيع، وهذا لأن أحمد بن حنبل، لا يشترط لصحة الشفعة أن يبقى الشفيع مالكا لما يشفع به حتى تملكه العقار المشفوع فيه. - راجع في هذا: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص 325.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 131.

- وفي هذا المجال ذهب بعض الفقهاء أيضا إلى هذا الحكم، ويرون بأنه كلما كان الشفيع يشفع في بيع العقار المجاور ثم نزع ملكيته للمنفعة العامة قبل ثبوت الشفعة في ملكية الجزء الملاصق من عقار الشفيع، لإقامة طريق عام مثلا سقط حق الشفيع في الشفعة، وهذا نتيجة للتغير الحاصل في محل حق الشفيع، أدى إلى تخلف سبب الشفعة وبالتالي زالت أحد شروطها الأساسية. - راجع في هذا: حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 584.



المرتب لجواز الأخذ بالشفعة يعني منطقيا أنها أصبحت غير جائزة في هذه المرحلة رغم جوازها في البداية ويحدث هذا غالبا في إذا كان عقد البيع المجيز للشفعة معلقا على شرط فاسخ، أو قابلا للإبطال وقت البيع المشفوع فيه ثم تحقق الشرط الفاسخ بعد الاستمرار في إجراءات الشفعة، أو حكم بإبطال عقد البيع قبل ثبوت الشفعة للشفيع بمقتضى حكم قضائي، فتسقط الشفعة هنا بالرغم من قيام حق الشفيع وقت البيع المشفوع منه (المرتب للشفعة)<sup>(1)</sup>.

سبب السقوط الوارد في الفقرة السابقة يدل على أن البيع المرتب للشفعة بعد الحكم ببطلانه لم يعد له وجود قانوني لأن وجوده هو الذي يفتح الخيار للأخذ بالشفعة. على هذا الأساس قرر فقهاء القانون المدني قاعدة مفادها لا شفعة في بيع باطل بطلانا مطلقا لأنه بيع منعدم<sup>(2)</sup>، إلا أنهم أجازوا الشفعة في البيع القابل للإبطال<sup>(3)</sup> وفي البيع المعلق على شرط فاسخ، لأنه قبل الحكم بالإبطال أو تحقق الشرط الفاسخ يكون للبيع وجوده القانوني بل حتى نفاذه<sup>(4)</sup>.

كما يرى بعض الفقهاء بجواز الشفعة وعدم سقوطها في التقايل، باعتباره فسخ للبيع بالتراضي واعتباره كأن لم يكن، وهذا متى حصل التقايل بعد طلب الشفعة<sup>(5)</sup>، أما حصوله، قبل إعلان الرغبة فيها فلا يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وعدم إسقاطها بعد إعلان الرغبة هو بسبب أن كلا من البائع والمشتري لا يستطيعان إسقاط الشفعة بإرادتيهما. إضافة إلى ما سبق ذكره تسقط الشفعة أيضا في حالة إثبات صورية عقد البيع المرتب للشفعة، في حالة إذا كان ذلك العقد يُخفي هبة

(1) - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما و عملا، المرجع السابق، ص 131.

(2) - إسماعيل غانم، المرجع السابق، ج 2، ص 81.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 333.

- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 461.

(3) - محمد علي عرفة، المرجع السابق، ج 02، ص 450.

- محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ج 03، ص 304.

- إسماعيل غانم، نفس المرجع، ص 81.

(4) - محمد علي عرفة، نفس المرجع، ج 02، ص 451.

(5) - جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 412.

مستترة مثلا لا اعتبار أن الشفعة لا يؤخذ بها إلا في البيوع فقط طبقا للمادة 794 ق م ج، وعقد البيع هنا لا وجود له، فيأخذ حكم العقد الباطل<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة لسقوط الشفعة عن طريق التقادم المسقط فهو الآخر لم يشر إليه المشرع في النصوص الخاصة بالشفعة الواردة في القانون المدني، إلا أنه بالرجوع للقواعد العامة بشأن التقادم المسقط الوارد في القانون المدني ضمن الكتاب الأول منه، في بابه الخامس، ضمن فصله الثالث، من خلال القسم الثالث من هذا الأخير المعنون بالتقادم المسقط، وهذا وفق ما ورد في المادة 308 من هذا القانون بقولها: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون... ». وهذا باعتبار أن أخذ العقار عن طريق الشفعة وإن اعتبر قانونا حقا للشفيع، يمارسه عند بيع هذا العقار من طرف مالكه، فهو يُعتبر أيضا في حد ذاته التزاما يقع على عاتق كل من البائع والمشتري، في أن يُمكننا الشفيع من استعمال حقه في الشفعة، وهذا من خلال الإنذار الموجه من طرفهما إلى الشفيع ليعلماه بحصول البيع.

انطلاقا من الفقرة السابقة فإنه في حالة إذا لم يتم هذا الإنذار، وعند عدم حصول تسجيل عقد البيع، وطالما أن الشفيع بذلك لا يعلم بحصول البيع المجيز للشفعة، وبالتالي لم يحصل هناك طلب لها عن طريق إعلان الرغبة في الشفعة، فإن حق الشفيع في أخذ العقار المبيع عن طريق الشفعة لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر (15) سنة من تاريخ البيع المرتب للشفعة بناء على القواعد العامة<sup>(2)</sup>، وهو ما يمكن أن نستشفه من فحوى المادة 308 ق م ج نتيجة لعدم استعمال حق الشفعة بمرور المدة القانونية المحددة.

في آخر هذا الفصل نلخص الأسباب التي بها تسقط الشفعة كالآتي:

## 1- نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 498.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 159.

- 2- عدم إظهار الرغبة في الأجل المحدد قانونا.
- 3- عدم رفع دعوى الشفعة في ميعادها.
- 4- عدم إيداع الثمن في أجله القانوني.
- 5- مضي أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المرتب للشفعة.
- 6- زوال أحد شروط الشفعة. 7- بطلان البيع المرتب للشفعة.
- 8- التقادم المسقط لمدة 15 سنة ابتداء من تاريخ البيع المرتب للشفعة.

## خاتمة.

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

إن ما يمكن أن نستشفه من خلال تفحصنا للمصادر اللغوية والمتمثلة في المؤلفات القديمة كتبنا كانت أم معاجم بشأن الاشتقاقات والمصادر اللغوية لمصطلح الشفعة، هو أن جل المفردات تتمحور حول معنى واحد لها ويتمثل في: الضم والزيادة والإضافة، وهو ما يتوافق مع المعنى الشرعي أو الفقهي لها، بالرغم من اختلاف الفقه الإسلامي وحتى الفقه الوضعي أيضا بشأن الوصول إلى صياغة تعريف اصطلاحي موحد للشفعة، وبناء عليه يمكن القول بأن الشفعة في الاصطلاح هي: نظام خاص، حاصله ضم ملكية العقار المبيع المشفوع فيه كلها أو جزء منها إلى أملاك الشفيع جبرا على مشتريه وبائعه معا، لقاء الثمن المحصل في عقد بيعه وما تكبده المشتري من مصاريف.

اتفق جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون المعاصر على مشروعية الشفعة، وضرورة العمل بأحكامها لأنها تهدف إلى جلب المصالح لأفراد المجتمع ودفع الأضرار عنهم، بالرغم من أن هناك جانبا من الفقه، سواء الشرعي منه أو القانوني يرى بعدم جوازها وبعدم مشروعيتها، على أساس أنها جاءت مخالفة

للقياس وفيها أكل أموال الناس بالباطل، وإحلال الحصول على ممتلكاتهم دون طيب نفس منهم، فهي طريق للتملك الجبري ضد إرادة المشتري وبغير رضاه، وبحسب زعم هؤلاء فإن الآخذ بالشفعة يسعى من خلالها بأن يدفع الضرر عن نفسه، على وجه يلحق الضرر بالمشتري عند إبطال ملكه عليه، و ليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره<sup>(1)</sup>.

إلا أن ذلك الاتجاه الفقهي المشار إليه في الفقرة السابقة قد رُد عليه ودحضت حججه من طرف جمهور الفقهاء وما تناوله الفقه الوضعي الراجح في هذا المجال، ومن جملة ردودهم الهادفة والمسايرة للمنطق، بحسب تقديرنا قولهم: أن في إجبار المشتري بنزع الملكية منه فيه ضرر أقل، وأما ضرر الشفيع في حرمانه من ملكية جاره أو شريكه المراد بيعها، ودخول هذا الشخص الأجنبي عليه لهو ضرر أعظم وأبشع، بالتضييق عليه وكشف عوراته، لا سيما إذا كان هذا الجار الجديد أو المشتري، أو من سيحل عليه شريكا معه في الملك، أو في حق الانتفاع معروف ومشهور بفساد الطبع ومشهود له بسوء الأخلاق، في المعاملة والمعاشرة بين الجيران والشركاء.

تزداد حدة الضرر المشار إليه في الفقرة السابقة وفضاعته إذا كان دخول الأجنبي بصفته جار جديد أو شريك جديد في الملك، يترتب عنه ملازمة أبدية لهذا المتضرر، مما قد يستغرق ذلك حياته كلها، وإذا كانت إمكانيات هذا الأخير الاقتصادية والاجتماعية محدودة، مما لا يستطيع عن طريقها تحويل مقر إقامته، إن كان العقار سكنيا، أو محل عمله إن كان مهنيا، فإنه يترتب على عدم جواز الشفعة للجار أو الشريك المتضرر مستقبلا، تحويل سكينته واستقراره إلى ضجيج وفوضى، وحياته إلى شقاء وجحيم.

(1) - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 119.  
- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 11.

يضاف إليه ما ينجر عن ذلك من نزاعات وخصومات ومشاكل لا نهاية لها،  
أليس هذا ضررا أعظم وأبشع؟ إنه فعلا كذلك في رأينا الخاص.

بناء على ما سبق نرى بجواز الشفعة حتى يرفع الظلم عن الجار والشريك،  
ويدفع ذلك الأذى أو الضرر الأبدي، وبتفادي من خلاله نزاعات وقضايا سترهق  
كاهل المحاكم، ونحن في غنى عنها.

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

على الرغم من كل الإنتقادات الموجهة للشفعة فإننا نرى بجوازها  
ومشروعيتها، وقد تأكدت هذه المشروعية بفضل كثير من الأحاديث النبوية الشريفة  
الصحيحة الداعية لضرورة العمل بها، لما في ذلك من مصلحة اجتماعية واقتصادية  
تقتضيها مصلحة الفرد والجماعة معا، ولا اعتبارها طريقا شرعيا لدفع الأضرار في  
الوسط الاجتماعي، والقول بها نابع من فحوى الشرع والمنطق أيضا، وحتى  
المبادئ الإنسانية العامة التي تقوم على العدل والمساواة ورفع الظلم عن الأفراد في  
حياتهم المعيشية.

من خلال هذا البحث تأكد لدينا اختلاف الفقهاء سواء في الشريعة أم في  
القانون بشأن تكييف الشفعة، أو تحديد طبيعتها القانونية، فمنهم من يرى بأنها حق  
شخصي لصيق بالشخص ومنهم من يرى بأنها حق عيني، والبعض الآخر يرى  
بأنها رخصة، تقيدا بما اتجه إليه المشرع الجزائري في المادة 794 ق م ج، وكذا  
المشرع المصري أيضا.

من الفقهاء من يرى بأن الشفعة تدخل ضمن الحقوق الترخيضية، والبعض من فقهاء الشريعة الإسلامية يرى بأنها مجرد إرادة ومشئئة، لا ترتقي إلى درجة الحق المالي، وجانب من الفقه يرى بأنها واقعة مركبة.

إلا أن الراجح في نظرنا هو اعتبار الشفعة واقعة مركبة ذات طابع مالي، فهي مركبة بين الوقائع المادية وهي الشيوخ والجوار، وبين التصرف القانوني، أي العمل الإرادي المتمثل في إعلان الرغبة فيها من طرف الشفيع، باعتباره تصرفاً قانونياً صادراً بإرادة منفردة وهو غير كاف وحده إلا بوجود الوقائع الطبيعية والمادية، كالشيوخ أو الجوار، أي وجود علاقة بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، كأن تكون علاقة شراكة أو علاقة جوار بالنسبة للأراضي الفلاحية، بالإضافة إلى وجود عقد البيع الصحيح المبرم بين البائع والمشتري، فكل هذه الوقائع تشكل واقعة مركبة عند اجتماعها، وبالتالي يحق للشفيع ممارسة حق الشفعة بناء على ذلك.

أما قولنا بأن الشفعة ذات طابع مالي، لأنها طريق لاكتساب الملكية العقارية أو لترتيب حق عيني عقاري ذو طبيعة مالية، والوسيلة هنا في رأينا تأخذ حكم الغاية، وبناء عليه أدخلت الشفعة ضمن إطار الحقوق المالية.

استناداً لما سبق عرضه وبيانه بشأن آراء الفقهاء حول توريث الشفعة وتماشياً مع قولنا في النقطة السابقة، فإننا نرى بتوريث الشفعة مطلقاً، أي سواء طالب بها المورث قبل وفاته بإعلان رغبته فيها أم لا، أخذاً بالمذهبين المالكي والشافعي وهذا لسببين رئيسيين: أولهما أن الشفعة حسب جمهور الفقهاء تدخل ضمن الحقوق المالية، وثانيهما أن الشفعة في حقيقتها وإن كانت خدمة لمالك العقار المشفوع به، فهي تخدم ذات العقار أيضاً، ونجدها تتبع العقار ولا تنفصل عنه أبداً، بحيث تنتقل إلى كل من انتقلت إليه ملكية العقار سواء كان بالميراث أو بالطرق القانونية الأخرى المكسبة للملكية، وهذه الخدمة التي تقدمها الشفعة سواء للمالك أو العقار بذاته، تتمثل أساساً في دفع الضرر عنهما، والسعي إلى عدم تجزئة العقار ليبقى

وحدة كبيرة متكاملة الجوانب، وبالتالي المحافظة على وحدة عناصر الملكية حسب ما تقتضيه الحكمة التشريعية من الشفعة، ولهذا قلنا بأن تلك الخدمة هي لمصلحة العقار قبل أن تكون لمصلحة مالكة، وعليه فلا يوجد فرق في نظرنا بخصوص ثبوت الحق في الشفعة بين كون الشفيع وارثا وكونه مورثا، لأن الحكمة واحدة ومحلها العقار بعينه، فلم يتغير أي شيء بشأن ذلك، سواء قبل وفاة الشفيع أم بعده. بناء على ما سبق نرى بتوريث الشفعة مطلقا، سواء طلبها المورث قبل وفاته أم لا بحيث إذا لم يتمكن مورثهم من ذلك كمن فاجأته المنية، فيجوز لورثته أن يعلنوا رغبتهم في الشفعة ويواصلوا الإجراءات القانونية في ذلك، بشرط عدم انقضاء المواعيد القانونية المقررة لذلك.

يمكن القول كذلك بأنه من خلال التطور التاريخي للشفعة خلصنا إلى أن الشفعة وفق قواعدها الحالية مصدرها الحقيقي هو الشريعة الإسلامية دون منازع، وهذا انطلاقا من السنة النبوية الشريفة، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود أنظمة مشابهة لها في العصور القديمة، فقد امتدت جذور تلك الأنظمة إلى الرومان والبيزنطيين وفق ما كان يعرف عندهم « بالشراء بالتفضيل » وهو إمكانية استرداد المال من المشتري الأصلي بعد إجراء عملية البيع الأولى من طرف أفراد العائلة المالكة فقط، حيث تقرّر لهؤلاء الأفراد نوع من الأولوية على جميع الممتلكات التي يقيم عليها الأجانب في حالة بيعها ثم تطور هذا النظام القديم في العصور الوسطى، على شكل أنظمة خاصة تقترب نوعا ما من الشفعة عندنا من حيث النتيجة فقط دون القواعد والإجراءات، وهذه الأنظمة الخاصة هي: حق الاسترداد النسبي، وحق الاسترداد الزراعي، وحق الاسترداد الإقطاعي.

إن حق الاسترداد النسبي مخول لأفراد العائلة في استرداد أملاكها التي بيعت لأجنبي وأما الإقطاعي فهو مخول لصاحب الإقطاعية إذا كان غير راض عن المشتري، فله أن ينزع ملكه في مقابل الثمن والمصاريف، وحق الاسترداد الزراعي مخول لسكان المقاطعة فقط، وبخاصة الجيران منهم حيث يجوز لهم طرد

الشخص الأجنبي، الذي يريد أن يحل محل جارهم في العقار المجاور لهم حسب قانون الإفرنج.

الملاحظ أن تلك الأنظمة القديمة بقي لها صدى في التشريعات الغربية الحديثة وفق ما يعرف بحق الاسترداد في المال المنقول أو في المجموع من المال، ومنها القانون الفرنسي الحالي<sup>(1)</sup>، وقد تأثر به المشرع الجزائري فنص عليه في المادة 721 ق م ج.

خلصنا أيضا من خلال هذا البحث إلى أن الحكمة من وراء تشريع نظام الشفعة ليس فقط من أجل دفع ضرر الشريك الجديد، أو الجار الجديد مستقبلا، كما هو شائع ومعروف من خلال قواعد الشفعة في الفقه الإسلامي، والتي غاص فيها فقهاء الشريعة الإسلامية بالتحليل والمناقشة وإنما هناك حكم أخرى، استثمرها المشرع الجزائري مؤخرا من خلال اعتماده لنظام شفعة الجوار في الأراضي الفلاحية، طبقا لما جاء به قانون التوجيه العقاري 25/90 في إطار تطبيق أحكام المواد 55 و 57 منه، وكذلك ما ورد في المادة 795 ق م ج بالنسبة لشفعة مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها، وشفعة صاحب حق الانتفاع عند بيع الرقبة، حيث يتدخل الشفيع هنا ويحل محل المشتري الأجنبي من أجل أن تصبح الملكية بأكملها في يد شخص واحد لتتحقق لنا حكمة المحافظة على وحدة عناصر الملكية.

تتحقق لنا أيضا حكمة أخرى من خلال شفعة الشريك في الشيوع، وهي عدم تجزئة العقار لتجنبه ضرر القسمة، وهو ما يحقق فائدة اقتصادية أخرى تضاف للفوائد الاجتماعية المعروفة وبخاصة في الأراضي الفلاحية عندما تظل الأملاك العقارية في يد شخص واحد لتحافظ بذلك على طابعها الفلاحي وعلى قابليتها للاستثمار، لأن التجزئة تقلل من مردودية العقار الفلاحي وهو ما جاءت من أجله المادة 57 قانون التوجيه العقاري، عندما قررت شفعة الجوار في الأراضي

(1) - طلبة وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، الولاء للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1990، ص 61.



الفلاحية، وتطبيقاً كذلك لأحكام المادة 55 من نفس القانون حيث شرّعت بغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة الفلاحية، وتجسيدا لإرادة المشرع من خلال شفعة الجوار المشار إليها أعلاه، والمتمثلة بوضوح في توسيع حجم المستثمرات الفلاحية قدر الإمكان بتشكيل وحدات عقارية منتجة كبيرة غير مجزأة، وهو ما يتماشى مع برامج ومخططات التوجيه العقاري بما يحقق أهداف السياسة العقارية عموماً.

لأجل تجسيد الحكم التشريعية للشفعة وتنفيذ تلك السياسة العقارية أنشأ جهاز إداري اقتصادي بموجب مرسوم تنفيذي، يسعى إلى تطبيق وتفصيل النصوص القانونية السابقة، وهو **الديوان الوطني للأراضي الفلاحية**، حيث يعتبر هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري، يمكنه ممارسة عملية الشفعة طبقاً للمادة 52 من قانون التوجيه العقاري، بالنسبة للأراضي الفلاحية المهملة وبدون استغلال، تحقيقاً للمصلحة العامة في المجتمع، وتماشياً مع الفائدة الاقتصادية والاجتماعية المنوطة بالملكية العقارية الفلاحية.

يتضح لنا من نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني أنه لا يمكن ممارسة الشفعة إلا بتوافر شروط معينة، منها ما يتعلق بالمال المشفوع فيه، حيث يشترط أن يكون عقاراً، بحيث لا تجوز الشفعة في المنقولات بل تخضع هذه الأخيرة لقواعد الاسترداد في المادة 721 ق م ج كما يشترط أن يطلب الشفيع الشفعة في العقار كله لا بعضه، تجنباً لتجزئة الصفقة على المشتري، وكذا الحفاظ على عدم تجزئة العقار، وهناك شروط أخرى تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة حيث لا شفعة إلا في عقد البيع فقط دون باقي التصرفات الأخرى، طبقاً للمادة 794 ق م ج، وفي هذا السياق رجّحنا جواز الشفعة في البيع الابتدائي، سواء ما تعلق بالبيع غير المسجل أو المتعلق بالبيع بعد الإنجاز الوارد في العقارات، طالما أن العقد قد أبرم وتم لدى الموثق في انتظار تنفيذه، فهو لم يعد وعداً بالبيع بل أصبح عقد بيع بتوفر كل الأركان والشروط، وإنما ينقصه التنفيذ فقط.

في هذا الشأن لا يجوز الأخذ بالشفعة في الوعد بالبيع الصادر من جانب واحد، لأنه لم يحصل قبول من الطرف الآخر متصلاً بإيجاب الطرف الأول، فلم يرتق إلى درجة عقد البيع لعدم تطابق الإيجاب مع القبول، كما لا تجوز الشفعة في البيع الباطل بطلاناً مطلقاً، ولا في البيع الصوري كذلك خروجاً على قاعدة جواز الشفعة في عقود البيع، هناك بيوع يمنع فيها الأخذ بالشفعة وردت على سبيل الحصر وهي: البيع بالمزاد العلني والبيع الحاصل بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، وكذلك يمنع البيع إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بها، وهذا طبقاً للمادة 798 ق م ج.

هذا ولا يجوز للشفيع أيضاً أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول عند توالي البيوع، متى بيع العقار المشفوع فيه مرة أخرى من مشتريه الأول إلى مشتري ثان، وهذا قبل شهر إعلان رغبة الشفيع في الشفعة، وهو ما تضمنه مفهوم المخالفة لنص المادة 806 ق م ج، وبعد تدارك النقائص المسجلة على المادة 797 ق م ج وتماشياً مع المادة 801 منه، وعليه لم يبق للشفيع إلا توجيه إجراءات الشفعة للمشتري الثاني وفق البيع الثاني، وفي ظل شروط هذا الأخير ومواعيده.

يُضاف إلى ما سبق هناك شروطاً متعلقة بشخص الشفيع، وفي هذا الشأن تؤكد لدينا أن الشفعة لا تجوز إلا لأشخاص معينين تبنت لهم صفة الشفيع وعلى الترتيب الآتي:

- 1- الدولة والجماعات المحلية.
- 2- مالك الرقبة.
- 3- الشريك في الشروع.
- 4- صاحب حق الانتفاع.
- 5- الجار الملاصق في الأراضي الفلاحية .

ختاما لشروط الشفعة لاحظنا وجود شروط أخرى للشفيع، وهي الأهلية القانونية اللازمة وملكية العقار المشفوع به، وأن يكون الشفيع غير ممنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه.

أما بالنسبة لثبوت صفة الشفيع والمندرجة ضمن الشروط المتعلقة بشخص الشفيع، فقد لاحظنا بأن المشرع الجزائري قد وسع من نطاق الشفعة في هذا المجال، إضافة إلى ما قرره القانون المدني، وهذا من خلال قانون التوجيه العقاري 25/90 طبقا للمادة 71، التي تقرر شفعة الدولة والجماعات المحلية في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير، والتي تسبق المرتبة المحددة في المادة 795 ق م ج، فتأخذ بذلك المرتبة الأولى بالنسبة لباقي الشفعاء، وكذلك ما ورد في المادة 52 من قانون التوجيه العقاري، حيث يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية أن يكتسب صفة الشفيع تطبيقا لأحكام المادة 51 منه بالنسبة للأراضي الفلاحية التابعة للخوادم، وكذلك ما ورد في المادة 57 من نفس القانون بأن قررت صفة الشفيع للجار في الأراضي الفلاحية ولكن في المرتبة الأخيرة لما ورد في القانون المدني (م 795 منه)، كما لا ننسى شفعة الدولة أيضا على كل الأملاك العقارية المقررة بنص المادة 118 من قانون التسجيل، وما قرره المادة 16 من المرسوم التنفيذي 454/91 الخاص بإدارة الأملاك الخاصة والعامرة التابعة للدولة.

إن الشفعة الواردة في المادة 118 من قانون التسجيل تمارس عن طريق إدارة التسجيل لصالح الخزينة العمومية، إذا تبين لها بأن ثمن بيع العقار غير مناسب لقيمة العقار الحقيقية، أما الشفعة في المادة 62 و71 من قانون التوجيه العقاري فتمارس من طرف الوكالات العقارية التي جاء بها المرسوم التنفيذي 405/90 المؤرخ في: 1990/12/22.

يكتسب الديوان الوطني للأراضي الفلاحية صفة الشفعة على كل الأراضي الفلاحية طبقا للمادتين 52 ق ت ع بالنسبة لأراضي الخوادم، وهنا يندرج في المرتبة الرابعة بعدما ذكر في المادة 795 ق م ج، ويأخذ صفة الشفيع بالنسبة

لأراضي الدولة طبقا للمادة 24 من قانون 19/87 الخاص بالمستثمرات الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة، إلا أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في هذه الحالة الأخيرة يمثل الدولة باعتبارها مالكة الرقبة وبالتالي يحتل المرتبة الأولى طبقا للمادة 795 ق م ج، وهذا عند التنازل عن الحصص في المستثمرات الفلاحية باعتبارها من حقوق الانتفاع الدائمة، وكذلك إذا أسقطت هذه الحقوق بمقتضى نصوص قانون المستثمرات الفلاحية 19/87.

استنادا لنص المادة 3/795، ونص المادتين 856 ق م ج و 857 منه، ونص المادة 847 ق م ج، فإننا نرى بجواز الأخذ بالشفعة بالنسبة لمالك الرقبة عند قيام صاحب حق الاستعمال، أو صاحب حق السكن، ببيع هذين الحقين المرتبين على العقار لغير مالك الرقبة حتى تصير له الملكية العقارية تامة، وهذا نظرا للتقارب والتداخل الموجود بين الطبيعة القانونية لهذه الحقوق العينية العقارية، فحق الاستعمال وحق السكن ما هما في الحقيقة إلا صورة أخرى أو شكلا خاصا من أشكال حق الانتفاع، لهذا السبب نرى بضرورة اتحادهما في الحكم، بجواز الأخذ بالشفعة عند بيع هذه الحقوق لفائدة مالك الرقبة.

نخلص من هذا البحث أيضا أن القاعدة العامة طبقا للمادة 795 ق م ج تُقرر عدم أحقية المستأجر الأخذ بالشفعة، لأن المستأجر لا يُعد منتفعا بحق الانتفاع المعروف في القانون المدني، فحق الإيجار يدخل ضمن الحقوق الشخصية في حين حق الانتفاع مجاله الحقوق العينية وهو ما أيده المحكمة العليا في أكثر من قرار لها.

إلا أنه خروجاً عن القاعدة العامة المقررة في الفقرة الأخيرة أجاز المشرع الجزائري بنص استثنائي خاص ورد في المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في 1993/03/01، للمستأجر الشاغل حق ممارسة الشفعة عند قيام المؤجر الذي يعتبر شخصا معنويا ببيع البناية التي يملكها أجزاء، وهذا المستأجر الشخص الطبيعي إنما يشغل فقط أحد أجزاء البناية، ليشفع في الأجزاء

الأخرى عند قيام الشخص المعنوي ببيعها لأجنبي، وهذا طبقاً للمادة 23 من هذا المرسوم.

حسب عموم النص (م 23) فإننا نرى من خلال هذا البحث، أن الشخص المعنوي هنا قد يكون عاماً يمارس نشاطه في إطار القانون الخاص كالأمالك العقارية المبنية التابعة للدولة ملكية خاصة والمسيرة من طرف ديوان الترقية والتسيير العقاري، وقد يكون هذا الشخص المعنوي خاصاً، كشركة أو مؤسسة ترقية خاصة طالما أنها تحمل صفة الشخص المعنوي قانوناً، ليشملها بذلك عموم النص، ولأن العام يُحمل على عمومه حتى يرد ما يُخصه طبقاً لقواعد تفسير النصوص القانونية، وعللنا ذلك بأن اتجاه المشرع هذا بإضافة طبقة أخرى من الشفعاء موسعاً بذلك من نطاق الشفعة، إنما كان من أجل علاج أزمة السكن التي تمر بها البلاد بإعطاء الأولوية لهؤلاء الشاغلين لأنهم في أمس الحاجة لهذه السكنات، وكما نعلم فإن هذا المرسوم التشريعي جاء أيضاً بالموازاة مع إلغاء حق البقاء في الأمكنة المشغولة بناءً على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني، طبقاً للمادة 20 من نفس المرسوم، وبالرغم من أن لفظ «البنائية» الوارد في نص المادة 23 منه جاء عاماً أيضاً في نظرنا، لذا فهو يشمل البنائية ذات الطابع السكني والبنائية ذات الطابع المهني.

نلاحظ من خلال هذا البحث أن نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري المنظم لشفعة الجوار في الأراضي الفلاحية، قد ورد عاماً فلم يبين شروط تطبيقه ولا الإجراءات المعتمدة في ذلك، بالمقارنة مع أحكام شفعة الجوار الواردة في القانون المصري الحالي، يُضاف إليه أنه اقتصر فقط على شفعة الجوار عند بيع الأراضي الفلاحية دون باقي الأصناف الأخرى بالرغم من أن الحكمة من وراء تشريع نظام الشفعة موجودة أيضاً في العقارات المبنية وبخاصة في مجتمعنا الحاضر، وما طرأ عليه من فساد للأخلاق وقلة احترام الجيران برمي الأوساخ والنفايات عليهم، وما يحدث من انتهاك للأخلاق والآداب العامة في المجتمع

الحديث، لا سيما إذا كانت البنايات عمرانية، فإن الضرر سيكون أعظم. ونشير إلى أن هذه الأضرار معظمها يصعب إثباتها لدى جهات القضاء.

- نستشف من خلال دراستنا لقواعد الشفعة أنه في حالة تعدد الشفعاء وتزاحمهم، فإن العقار المشفوع فيه يقسم بينهم على حسب نصيب كل واحد منهم في العقار المشفوع به متى كانوا من طبقة واحدة، وإن كانوا من طبقات مختلفة، أستحق الشفعة من كان من طبقة أعلى وإذا كان المشتري شفيعا في نفس الوقت، فإنه يقدم على الشفعاء من طبقته ومن هم أدنى طبقة من طبقته، باستثناء الدولة التي لها الأولوية في ممارسة الشفعة على جميع الشفعاء في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير، وطبقا لأحكام المادة 118 من قانون التسجيل أيضا، لا أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذه المسألة أنه لم يورد حكما في حالة تزامم الشفعاء بين الجيران الملاصقين، بالرغم من احتدام النقاش والجدل بين الفقهاء حول هذه المسألة، فكان الأولى للمشرع أن يورد حكما فيها بأن يعطي الحق في الشفعة للجار المزاحم على أساس المنفعة التي تعود على العقار المشفوع به بغض النظر عن المنفعة التي تعود على عقار آخر يملكه الشفيع، أو ما يعود من منفعة على الشفيع شخصيا من جراء الأخذ بالشفعة وهو الرأي الراجح فقها وقضاء في رأينا.

إن الشفيع بعد توفر شروط الشفعة في حقه وفي حالة إذا لم يسلم المشتري والبائع بالشفعة للشفيع، حينها يباشر إجراءات الشفعة من أجل الحلول محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه، عن طريق التقاضي أمام الجهة القضائية المختصة، وعليه كان لزاما على هذا الشفيع أن يحترم هذه الإجراءات القانونية حتى لا يتعرض حقه للسقوط، وتبدأ هذه الإجراءات انطلاقا من تاريخ توجيه الإنذار إليه من المتعاقدين، ثم إعلان الرغبة في الشفعة خلال الميعاد القانوني، ثم إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق في أجله القانوني المحدد أيضا، مع رفع دعوى الشفعة من طرف الشفيع أو وكيله بشرط أن يسبق رفع دعوى الشفعة إيداع كل الثمن مع كل المصاريف رسمية كانت أم غير رسمية.

في آخر الإجراءات الواردة في الفقرة السابقة يأتي صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة ، وبعد صدور هذا الأخير لصالح الشفيع يلزمه القانون حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إليه أن يراعي ما أوجبه قوانين شهر العقار من ضرورة تسجيل ذلك الحكم المثبت لحقه في الشفعة في مصلحة الشهر العقاري.

يُلاحظ هنا بخصوص إجراءات الشفعة وبخاصة ما ورد في المادة 799 ق م ج أن المشرع الجزائري لم يشترط الرسمية في الإنذار الموجه للشفيع، وهو بهذا وإن كان يرمي إلى عدم التوسع في إجراءات الشفعة، إلا أنه قد يفتح بابا لكثير من المنازعات في رأينا، التي تحدث من جراء التبليغ الفوضوي لهذا الإنذار، كما أنه لا يشترط حتى الكتابة في ذلك، فيمكن أن يتم شفويا أيضا، وعليه نرى بأن التبليغ الغير رسمي سواء كان كتابة برسالة موصى عليها أو شفويا، لا يمكنه إثبات تاريخ الإنذار، كما هو غير قادر على إثبات صدور الإنذار في حد ذاته لا سيما وأن الإنذار يعتبر محددًا لتاريخ علم الشفيع بالبيع، وهو بداية الأجل المقرر لسقوط حقه في الشفعة إذا لم يبادر بإعلان رغبته خلال أجل معين، وبه تفتتح إجراءات الشفعة كذلك متى أعلن الشفيع رغبته في الشفعة خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 799 ق م ج.

نستخلص من هذا البحث أيضا أن الشفعة بعد ثبوت الحق فيها رضاء أو قضاء تبدأ مباشرة بترتيب آثارها القانونية، وأولها حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته طبقا لنص المادة 804 ق م ج، ونتيجة لهذا الحل ينتقل العقار المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع، إن كان ما يزال في يد البائع، وهنا تتحد العلاقة فيما بين البائع والشفيع بظهور التزامات متقابلة بينهما، وقد ينتقل العقار من المشتري إلى الشفيع إن كان بيد المشتري وتقوم أيضا بين هذين الطرفين علاقة قانونية تنشأ على إثرها التزامات متقابلة أيضا، كما قد تظهر علاقات قانونية أخرى بين كل من الشفيع والغير من جهة، وبين البائع والمشتري من جهة أخرى، وهذا في حالة ما إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية أو

تصرفات معينة للغير، وقبل شهر الشفيع رغبته في الشفعة أو قبل تسجيل المشتري عقد شرائه، حيث تصبح تلك التصرفات سارية في حق الشفيع.

في آخر البحث خلصنا إلى تحديد مسقطات الشفعة وفق الأسباب الآتية:

- 1- نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة صراحة أو ضمناً.
- 2- عدم إظهار الرغبة في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للشفيع.
- 3- عدم إيداع ثمن بيع العقار و المصاريف لدى الموثق في ميعاد الثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة.
- 4- عدم رفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة.
- 5- مضي أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المرتب للشفعة.
- 6- زوال أحد شروط الشفعة.
- 7- بطلان البيع المرتب للشفعة.
- 8- التقادم المسقط للشفعة بمرور 15 سنة ابتداء من تاريخ إبرام البيع المرتب للأخذ بها.

إضافة إلى نتائج البحث التي تناولناها في بداية هذه الخاتمة لاحظنا أن بعض نصوص الشفعة تحتاج إلى إعادة النظر من طرف المشرع الجزائري، وهذا بعد الدراسة القانونية المفصلة لأحكام وقواعد الشفعة طبقاً لما ورد في القانون المدني والتشريعات العقارية الخاصة وعليه رغبتنا أن نختم هذه الدراسة بمجموعة من الملاحظات التي نراها مناسبة لسد بعض النقائص والثغرات القانونية، هذه الأخيرة اكتشفناها من خلال البحث والتحليل ومقارنة النصوص ببعضها البعض، واستئناساً بما تناوله الفقه الإسلامي في مجال الشفعة، وما قرره القانون المدني المصري باعتبارهما مصدرين تاريخيين أساسيين لنصوص الشفعة المقررة في التشريع الجزائري، وكذا على ضوء ما توصل إليه الفقه و القضاء، سواء المصري منه أو الجزائري.



من هذا المنطلق يمكن القول بأنه طبقا لما لاحظناه من عيوب ونقائص وردت على نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري 25/90، حيث جاء عاما دون أن يبين إجراءات وشروط تطبيقه مقارنة مع ما ورد في الفقه الإسلامي، وما قرره القانون المصري بشأن شفعة الجار يضاف إلى هذا أنه اقتصر على شفعة الجوار في الأراضي الفلاحية دون باقي أصناف العقارات الأخرى، وعليه نرى بإمكانية إدراج نصوص قانونية أخرى تضاف للمادة 57 من قانون التوجيه العقاري، تبين شروط تطبيق هذا النص، حتى لا يبقى مثيرا للنزاع والجدل حول كيفية تطبيقه، ولا سيما إدراج الشروط العامة لشفعة الجوار باعتبارها موضع اتفاق بين القانون المصري و الفقه الحنفي، بالإضافة إلى بعض الشروط الخاصة، ومنها أن يكون للأرض المشفوع بها أو عليها حق ارتفاق بالنسبة للأرض المبيعة.

يتحقق الحكم الوارد في الفقرة السابقة عادة متى اتصل عقار الشفيع بعقار المشفوع منه بطريق خاص أو شرب خاص أو مجرى خاص، وهذه الشروط كلها موضع اتفاق بين الفقهاء، وبناء عليه يمكن إضافة نص جديد للمادة 57 من قانون التوجيه العقاري كأن تكون 57 مكرر: « يثبت حق الشفعة المشار إليه في المادة 57 وفق الشروط الآتية:

- 1- إذا كان الجار طالب الشفعة مالكا.
- 2- إذا كان هناك حق ارتفاق بين أرض الشفيع والأرض المبيعة ترتب على إحداهما لصالح الأخرى.
- 3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة ولو من جهة واحدة، وتقدر قيمتها ثلث ثمن الأرض المبيعة على الأقل».

كما يمكن أيضا للمشرع الجزائري أن يضع نصا يحدد فيه حكم تزامم الجيران في الشفعة بالنسبة للأراضي الفلاحية، وله أن يأخذ بالرأي الفقهي الذي يرى بالأولوية في الشفعة للجار الذي تعود على عقاره المشفوع به منفعة أكثر من غيره.

نرى أيضا في هذا الشأن بأن المشرع الجزائري يمكنه أن يوسع نوعا ما من نطاق شفعة الجوار لتشمل العقارات المبنية والمعدة للبناء، وهذا لأن الحكمة التشريعية متوفرة أيضا في هذا النوع من العقارات. وفي هذا السياق يكون من الأفضل أن يضيف المشرع الجزائري نصا قانونيا ينظم الشفعة التي تمارسها الدولة بناء على نص المادة 71 من هذا القانون، من أجل تحديد نطاق هذه الشفعة وشروط تطبيقها، والإجراءات القانونية المتبعة في ذلك.

في إطار تصحيح الأخطاء الواردة بشأن صياغة المادتين: 784 و785 من القانون المدني الجزائري المنضمتان لأحكام الالتصاق بالعقار، فإننا نرى بضرورة تصحيح هذه الأخطاء سواء كانت شكلية أو موضوعية لتحقيق المعنى الحقيقي للنص و تتوافق بذلك مع روح التشريع وغرض المشرع في ذلك، ومن أجل إزالة اللبس الذي يعتري هذين النصين في الأخير.

بالنسبة لنص المادة 784 ق م ج، فقد وقع فيه تكرار كلمة « قيمتها » دون أن تؤدي إلى أي معنى واضح، كما أن التعبير بـ « قيمتها في حالة الهدم » غير مفهوم ولا يؤدي المعنى المقصود من طرف المشرع، لأن هذا الأخير أراد ألا يلزم مالك الأرض بدفع أجره العمل التي أنفقت لإقامتها، متى أراد استبقاء المنشآت، وأعطاه الخيار بين أن يستبقها كمواد، وكما لو كانت أنقاضا بدون أن يدفع قيمة العمل الذي صرف في إقامتها، وبين أن يدفع قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

بناء على ما سبق فإن النص العربي لا يؤدي المعنى الوارد في المادة 784 فيكون من الأولى على المشرع أن يعيد صياغة نص المادة 784 ق م ج في الجزء الأخير من الفقرة الأولى على النحو الآتي: «... أو أن يطلب استبقائها مقابل دفع قيمة المواد دون أجره العمل، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها». حيث أن الشطر من النص المصحح ورد في نص المادة 784 هكذا: «... أو أن يطلب استبقائها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم...»

وعن طريق الصياغة المصحَّحة يتوافق نص المادة 784 مع نص المادة 785 التي ذكرت «أجرة العمل».

أما فيما يتعلق بنص المادة 785 ق م ج فيلاحظ بشأنها أن المشرع الجزائري من خلال النص المدون بالعربية قد أسقط كلمة في السطر الأول منه وهي: (المشار)، حيث جاءت عبارة النص هكذا: « إذا كان من أقام المنشآت إليها في المادة 784». والصواب هو: «... المنشآت المشار إليها...». كما أن الفقرة الثانية من هذه المادة جاء فيها: «غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية و كان تسديدها مرهقا...». والصواب هو : (تسديد قيمتها)، لأن المنشآت لا تُسَدَّد و إنما تسدد قيمتها.

أما بشأن المادة 795 ق م ج فإننا نسجل عليها بعض الملاحظات الآتية: بالنسبة للفقرة الثانية المحددة لصفة أحد الشفعاء فقد وردت هكذا: « لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة».

بناء على ما ورد في الفقرة السابقة يرى علي علي سليمان أن التعبير بلفظ «المناسب للرقبة» تعبيرا ليس في محله لأنه قد لا يؤدي المعنى المقصود من النص، فلا يوجد هناك حق انتفاع يناسب الرقبة وآخر لا يناسبها، وإنما قصد المشرع حق الانتفاع المرتب على العين إلى جانب حق الرقبة، وحتى الكلمة في النص الفرنسي غير دقيقة أيضا (correspondant).

وبناء عليه يمكن أن تُحرَّر صياغة هذه الفقرة من المادة 795 كالاتي:

« لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع المصاحب للرقبة كله أو بعضه».

استنادا لما توصلنا إليه من خلال دراستنا لهذا الموضوع نرى بإمكانية توسيع نص المادة 795 ق م ج لتشمل شفعة الجار، سواء بالنسبة للعقارات المبنية أو غير المبنية ولكن بشروط محددة حتى لا يتوسع أكثر من نطاق الشفعة حفاظا على طابعها الخاص والاستثنائي.

كما نرى بإدراج شفعة الدولة المقررة بنص المادة 71 من قانون التوجيه العقاري وهذا حتى تصبح المادة 795 ق م ج شاملة لكل أصناف الشفعاء تفاديا لأي جدل أو تفسيراً آخر لنصوص الشفعة وقواعدها، وعليه يمكن أن يكون نص المادة 795 بالشكل التالي:

« يثبت حق الشفعة على الترتيب للأشخاص الآتية:

1- الدولة والجماعات المحلية ضمن الأحوال المقررة قانوناً.

2- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المصاحب للرقبة.

3- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

4- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

5- للجار بالشرائط الآتية:

أ- ملكيته للعقار المشفوع به.

ب- التلاصق ولو بشبر واحد بين العقار المشفوع فيه و العقار المشفوع به.».

بهذه الصياغة الأخيرة لنص المادة 795 ق م ج فإننا نكون قد أأميناً بكل أسباب الشفعة الواردة في التشريع الجزائري، وليبقى نص المادة 795 مدني نصاً عاماً يتناول شفعة الجار سواء بالنسبة للأراضي المبنية أو غير المبنية، بما فيها الأراضي الفلاحية، وبهذا تنسجم النصوص القانونية وتتوافق مع بعضها لتحقيق هدف وسياسة المشرع من خلال اعتماده لنظام الشفعة في التشريع الجزائري.

نرى بأن المادة 796 ق م ج تحتاج هي الأخرى لصياغة تتماشى مع روح التشريع في نظام الشفعة من خلال وضع حكم مناسب لحالة تزامم الشفعاء عند التعدد، وحتى تنسجم مع أحكام المادة 795 السابقة وهذا نتيجة للغموض واللبس الحاصل من خلال عبارات هذا النص ولأجل هذا سجلنا عليها بعض الملاحظات، حيث أنها لم تتضمن حل مسألة تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة وعالجت فقط مسألة تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، ومسألة تزامم المشتري الشفيع مع غيره من الشفعاء، والسبب راجع لخطأ في صياغة فقرتها الأولى، والخطأ هو عبارة:

« في الفقرات التالية»، والأصح هو استبدالها بعبارة: «في المادة السابقة»، لتكون الصياغة السليمة لنص المادة 796 ق م ج كالآتي:

« إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة»، وهذا لأن المادة السابقة (م 795) هي التي تبين ترتيب الطبقات الثلاث عند التزاحم وليس فقرات المادة 796.

إنّ عبارة « في الفقرات التالية» الواردة في نص المادة 796 ق م ج خالية من أي معنى وبالتالي يكون من الأفضل حذفها واستبدالها بالعبارة المقترحة، حتى يستقيم المعنى وينسجم مع معنى النص السابق، ونسد بذلك النقص المسجل على هذا النص.

انطلاقاً من دراستنا كذلك لهذا الموضوع وما توصلنا إليه أثناء الشرح والتحليل سجلنا ملاحظة بشأن صياغة المادة 797 ق م ج باعتبار أن فيها نوعاً من الخلط في استعمال الألفاظ الدالة على المعنى الحقيقي للنص، إلى درجة جعل هذا النص يتناقض تماماً مع مضمون المادة 801 ق م ج، عندما قررت حكماً مفاده أن الشفيع مخير بين أن يتخذ الإجراء الأول للاحتجاج به على الغير وهذا بمجرد إعلان الرغبة في الشفعة، أو يضيف إليه الإجراء الثاني وهو الشهر في المحافظة العقارية لرغبته في الشفعة، وهذا المعنى يُستفاد من لفظ «أو» الوارد بالنص وهو يفيد التخيير في اللغة العربية، لكن بالرجوع لنص المادة 801 فإننا نجد بأن التصريح بالرغبة لا يُحتج به ضد الغير إلا إذا كان مشهراً، وهو ما يتوافق أيضاً مع المادة 793 ق م ج ومع مقتضى نصوص القوانين التي تنظم وتدير مصلحة الشهر العقاري.

إنّ لفظ «أو» الوارد في نص المادة 797 كان في غير محله ووجوده في النص غير المعنى كلية مما يتناقض مع نصوص القانون الأخرى، ومنها المادة 801 ق م ج، وكذلك نص المادة 806 ق م ج، ومن هنا يكون من الصواب حذفه من النص، وحتى يُزال التعارض بين النصوص أيضاً، وعليه يمكن أن يكون نص

المادة 797 ق م ج وفق الصياغة التالية: «إذا اشترى شخص عقارا تجوز فيه الشفعة ثم باعه قبل شهر رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة طبقا للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني...».

إن المشرع الجزائري اشترط في إجراءات الشفعة ضرورة توجيه إنذار من البائع أو المشتري إلى الشفيع من أجل علمه بالبيع ومعرفة موقفه من الأخذ بالشفعة طبقا لما ورد في المادة 799 ق م ج، لكنه لم يشترط الرسمية فيه. لذا فإننا نرى بأن ما ذهب إليه المشرع في عدم اشتراط الرسمية في الإنذار من خلال نص هذه المادة، وما ورد في النصوص الموالية لم يكن سديدا لأنه قد يؤدي إلى إثارة النزاع بين الشفيع وخصومه بشأن مسألة علم الشفيع بوقوع البيع، لأن الإنذار إذا لم يكن رسميا ويبلغ عن طريق محضر قضائي فلا يمكن التأكد من حصول الإنذار فعلا.

كما لا يمكننا عمليا ولا قانونيا إثبات تاريخ الإنذار، وبخاصة إذا تم الإنذار شفويا فقط، لأن المشرع لم يشترط الكتابة أيضا، بالرغم من أن هذا التاريخ له أهمية في إجراءات الشفعة حيث يُبتدأ منه حساب ميعاد سقوط الشفعة في حق الشفيع إذا لم يبادر بإعلان رغبته فيها خلال هذا الأجل، وبناء عليه يمكن أن يحذر نص المادة 799 ق م ج وفق الصياغة الآتية: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يُعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع، عن طريق محضر قضائي، وإلا سقط حقه، ويزداد على ذلك الأجل مدة المسافة أن اقتضى الأمر ذلك».

مادما في إطار إجراءات الشفعة، فإننا قد سجلنا بعض الملاحظات حول هذا الموضوع منها: أننا نرى من الأفضل الاستغناء كلية عن مرحلة إعلان الرغبة، نتيجة لما تشكّله من عقبات أمام الشفيع، يضاف إلى هذا أنها تُسهم في تطويل إجراءات الشفعة وتعقيدها، وعليه فإنه متى تم الاستغناء عنها فإنه يجب أن يتم رفع دعوى الشفعة مباشرة خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي وإلا سقط الحق في الشفعة، كما يمكن أن يضع المشرع نصا يقرر البت في مسائل الشفعة

على وجه السرعة ليدخلها في حالات الاستعجال، نظرا للتصرفات القانونية المتداولة على العقارات، وبالتالي نرى بضرورة التقليل من الآجال القانونية لتتلاءم مع وجه السرعة وحالات الاستعجال المشار إليها أعلاه في حل قضية الشفعة، وهذا حتى تبقى الشفعة محافظة على طابعها الخاص والاستثنائي.

بالرجوع لنص المادة 804 ق م ج يتضح جليا للمتمتع فيه وقوع المشرع في خطأ، وهذا عندما نفى حق الشفيع في الرجوع على البائع، مع أن الحق ثابت له قانونا طبقا للأصل، وهو النص المدون بالفرنسية حيث جاء خاليا من الخطأ الوارد في النص العربي، فضلا عن ذلك الخطأ الموضوعي، ورد في النص العربي خطأ آخر شكلي عندما استعمل عبارة « إذا ما استرد العقار»، والمنطق القانوني يقضي بأن العقار غير قابل للاسترداد نتيجة لطبيعته، فهو ثابت بحيزه لا يمكن نقله دون تلف (م 683 ق م ج)، والاسترداد يعني إعادة العقار ماديا إلى صاحبه، وهذا لا يمكن إلا في المنقولات لأنه يمكن نقلها دون تلف، وعليه فالعقار يُستحق بإثبات حق تملكه لمالكه دون أن ينتقل، وهذا عن طريق دعوى الاستحقاق طبقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية، وبالتالي فالعقار يُستحق ولا يُسترد.

بناء على ما سبق بيانه وعرضه نقول بإمكانية تعديل نص المادة 804 ق م ج ليصبح الجزء الأخير منه كالآتي: « ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استُحق العقار بعد الشفعة» وبهذا يتفق النصان العربي والفرنسي. كما نرى أيضا بتقسيم هذا النص إلى ثلاث فقرات كما هو الحال في النص المدون بالفرنسية المطابق له.

يضاف إلى سلسلة الأخطاء المشار إليها سلفا خطأ آخر ورد في نص المادة 807 ق م ج من خلال عدم التطابق وكذا التباين الملحوظ بين النصين العربي والفرنسي لتلك المادة، حيث نجد النص الفرنسي مكونا من ثلاث فقرات تبين بوضوح حالات سقوط الشفعة في القانون المدني الجزائري، وهي حالة تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع، وحالة مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع، ثم تأتي الفقرة الثالثة لتقرر سقوط الشفعة أيضا في الأحوال الأخرى التي

نص عليها القانون، لتشمل بذلك كل الحالات الغير منصوص عليها في نص المادة 807 ق م ج، وبالتالي كان النص الفرنسي موقفاً إلى حد ما، أما النص العربي فلم يتضمن إلا فقرتين فقط، مع سقوط الفقرة الثالثة كلية، وبالتالي سقط معها كل ما تضمنته هذه الأخيرة من أحكام.

بناء على ما ورد في الفقرة السابقة يمكن القول بإعادة صياغة النص العربي للمادة 807 ليتطابق تماماً مع فحوى نصها الفرنسي، وكذا تجزئته إلى ثلاث فقرات كما هو الحال في النص الفرنسي، ليصبح على الشكل الآتي: « لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية: 1- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع. 2- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع. 3- في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون». وبهذا يتوافق معنى النصين العربي والفرنسي للمادة 807 ق م ج، ونتجنب بذلك التطبيقات الغير صحيحة لهذا النص.

في آخر هذه الدراسة نتمنى أن نكون قد أدينا ما علينا من أجل أن يعم نفع هذا البحث على الجميع، ليحقق بذلك أهدافنا المتوخاة من وراء اختيارنا لهذا الموضوع، تعميماً للفائدة العلمية ونفض الغبار عن بعض المواضيع الفقهية والقانونية التي لا نجد إلا القليل ممن يغوص للبحث في طياتها، لا سيما إذا كان لها تأثير بالغ الأهمية في واقعنا المعاش. والله الموفق.

### قائمة المراجع\*.

أولاً: مؤلفات في اللغة والشريعة الإسلامية.

أ- المؤلفات اللغوية:

01- المنجد الأبجدي، ط 05، دار المشرق، بيروت لبنان، دون ذكر السنة.

02- المنجد في اللغة والأعلام، ط 30، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986.

\* ملاحظة: تم ترتيب قائمة المراجع على أساس ترتيب الحروف الأبجدية اعتباراً من أول حرف لأسماء الباحثين بالنسبة للكتب والرسائل الجامعية. وتم ترتيب قائمة التشريعات العادية والفرعية والقرارات القضائية والمقالات والبحوث العلمية حسب تاريخ صدورها.



- 03- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج 01، ط 02، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، تركيا، دون ذكر التاريخ.
- 04- أحمد ابن فارس اللغوي، مجمل اللغة - حقه : زهير عبد المحسن سلطان ج 02، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1984.
- 05- محمد ابن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط 01، دار الكتاب الحديث، الكويت. 1993.
- 06- محمد ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج 03، دار الجيل ودار لسان العرب بيروت لبنان، 1988.
- 07- محمد ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج 04، دار الجيل ودار لسان العرب بيروت لبنان، 1988.
- 08- فؤاد إفرام البستاني، المنجد، ط 45، دار المشرق، بيروت لبنان، دون ذكر السنة.

#### ب- مؤلفات الشريعة الإسلامية:

- 01- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الكتب السلفية، القاهرة، دون ذكر التاريخ.
- 02- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية القاهرة، 1999.
- 03- مالك ابن أنس، موطأ مالك، دار الكتب، المطبوعات الجميلة، الجزائر، دون ذكر التاريخ.
- 04- محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج 05، ط 02، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، القاهرة، 1963.
- 05- محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دار شريفة للنشر دون ذكر البلد والتاريخ.

- 06- محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج 02 - ضبطه ورقمه وشرح أحاديثه مصطفى ديب البغا- دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 1992.
- 07- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة دون ذكر التاريخ.
- 08- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي القاهرة. 1996.
- 09- محمد ابن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب مالك - حقه وعلق عليه محمد أبو الأجدان وآخرون، الدار العربية للكتاب، تونس، 1985.
- 10- محمد ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 06، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، دون ذكر التاريخ.
- 11- محمد ابن عيسى الترمذي، صحيح الترمذي، ج 06، دار العلم للجميع، لبنان، دون ذكر التاريخ.
- 12- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحول الإنسان، ط 02، دار الفرجاني القاهرة دون ذكر التاريخ.
- 13- مسلم ابن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ج 05، دار إحياء التراث العربي لبنان دون ذكر التاريخ.
- 14- صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل، شرح مختصر خليل، ج 02، مطبعة دار الكتاب العربية، دون ذكر البلد والتاريخ.
- 15- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مجلد 01، دار الفكر العربي لبنان، 1975.
- 16- عثمان ابن حسنين الجعلي المالكي، سراج السالك، شرح أسهل المسالك، ج 02 المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 1992.

17- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، ج 02، دار الفكر العربي، دون ذكر البلد، 1996.

18- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط 02، دار الفكر العربي، دون ذكر السنة.

19- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط 01، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967.

20- فخر الدين عثمان الزيلعي، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، القاهرة دون ذكر التاريخ.

21- سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1986.

22- سيد أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 03، المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1992.

23- سيد سابق، فقه السنة، المجلد 03، ط 05، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1992.

24- شمس الدين السرخسي، المبسوط، المجلد 14، ط 01، مطبعة السعادة، القاهرة، دون ذكر التاريخ.

### ثانيا: مؤلفات قانونية متخصصة.

#### أ- مؤلفات عامة:

01- أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط 04، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1984.

02- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

- 03- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 04- أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 1998.
- 05- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، منشأة المعارف، بالإسكندرية القاهرة، 1992.
- 06- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 07- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج 02، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر، بدون ذكر التاريخ.
- 08- جان باز، القانون العقاري اللبناني، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.
- 09- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ج 01، معهد الدراسات العربية العالمية العراق، دون ذكر التاريخ.
- 10- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، ط 04، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة. 1995.
- 11- خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني، ج 02، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 12- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت لبنان، 1985.
- 13- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية مصر، 1997.
- 14- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني – نظرية الحق – الدار الجامعية، القاهرة، دون ذكر التاريخ.

- 15- زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، ج 01، ط 03، دار الثقافة، بيروت لبنان، 1974.
- 16- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1985.
- 17- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 18- محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 19- محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998.
- 20- محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية – ج 03، ط 02، المطبعة العالمية، مصر، دون ذكر التاريخ.
- 21- محمد محدة، التركات والمواريث، ج 03، ط 02، مطابع عمار قرفي، باتنة، الجزائر. 1994.
- 22- محمد لبيب شنب، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، دون ذكر دار النشر والبلد. 1988.
- 23- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات، ج 01، ط 01 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1993.
- 24- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري – مصادر الالتزام – ج 02، ط 01، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991-1992.
- 25- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية – أسباب كسب الملكية – ج 02، مصر، دون ذكر التاريخ.

- 26- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية – ط 01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن عمان، 1999.
- 27- محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 28- محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ.
- 29- مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية القاهرة، بدون ذكر التاريخ.
- 30- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة القاهرة، 1965.
- 31- مصطفى كمال طه، عقد البيع والمقايضة، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1990.
- 32- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون ذكر التاريخ.
- 33- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة – عقد البيع – ج 01، دار النهضة العربية بيروت لبنان، 1997.
- 34- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية – أحكامها ومصادرها – دار النهضة العربية بيروت لبنان، 1998.
- 35- نقولا أسود، القانون المدني – المدخل والأموال – دون ذكر دار النشر، لبنان 1986.
- 36- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – أسباب كسب الملكية – ج 09 المجلد 01، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.

- 37- عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، ط 03، مطبعة الكيلاني، القاهرة دون ذكر التاريخ.
- 38- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ.
- 39- عبد الناصر توفيق العطار، أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ.
- 40- عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، ط 02 مطبعة دار الكتب، بيروت لبنان، 1984.
- 41- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال، دون ذكر دار النشر والبلد والتاريخ.
- 42- عبد الفتاح مراد، التعليق على القانون المدني، ط 01، الهيئة القومية العامة للكتب والوثائق المصرية، مصر، دون ذكر التاريخ.
- 43- علي الهادي العبيدي، الموجز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية ط 01 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999.
- 44- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 45- علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 46- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
- 47- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري – الملكية العقارية – ج 02 بيروت لبنان، 2001.
- 48- فؤاد ماه القسمة العقارية، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت لبنان 1994.

49- سمير عبد السيد نتاغو، عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون ذكر التاريخ.

50- سمير عبد السيد نتاغو، النظرية العامة للالتزام، ج 01، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية، مصر، 1983.

51- شفيق شحاتة، شرح القانون المدني الجديد – النظرية العامة للحق العيني – القسم الأول دون ذكر دار النشر، مصر، دون ذكر التاريخ.

### ب- مؤلفات خاصة:

01- خليل جريج، الرسالة العلمية في الشفعة، مطبعة جان دارك، بيروت لبنان، دون ذكر التاريخ.

02- طلبة وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، دار الولاء للطبع، مصر، 1990.

03- محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

04- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، ط 03، دون ذكر دار النشر القاهرة، 1997.

05- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1998.

06- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000.

07- عبد العزيز محمد أبو غدير، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1986.

08- عزت محمد حنورة، نظرية الشفعة في القانون المصري، مكتبة عبد الله وهبة مصر 1987.

09- عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة - دراسة تأصيلية – منشأة المعارف بالإسكندرية مصر، 1997.



10- فرج أبي راشد، الشفعة - نصوص واجتهادات فقه - بدون ذكر دار النشر والبلد والتاريخ.

11- فؤاد ظاهر، الشفعة - نص، فقه، اجتهاد - المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، دون ذكر التاريخ.

12- سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني في الصورية والشفعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1994.

13- سعيد محمد أحمد المهدي، الوجيز في قانون الشفعة السوداني، ط 01، دار التأليف والترجمة والنشر، التابعة لجامعة الخرطوم، 1985.

### ثالثا: مؤلفات باللغة الفرنسية.

01- Marquet ; de droit préemption dans les espaces naturels sensibles ; Revue juridique de l'environnement N°2 .1997.

02- Paul Habault Maurice Marchal ; Droit rural appliqué, tome 2. Edition J.B. Bailiere. Paris 1977.

### رابعا: التشريعات العادية والفرعية.

#### أ- التشريعات العادية:

01- الأمر رقم: 62 /66، المؤرخ في: 1966/03/26، والمتعلق بالمناطق والأماكن السياحية في الجزائر.

02- الأمر رقم: 154/66، المؤرخ في: 1966/06/06، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1966/06/08، العدد: 47.

03- الأمر رقم: 58/75، المؤرخ في: 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1975/09/30، العدد:

04- الأمر رقم: 59/75، المؤرخ في: 1975/09/26، والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1975/02/19، العدد: 101.

05- الأمر رقم: 74/75، المؤرخ في: 1975/11/12، والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

06- الأمر رقم: 105/76، المؤرخ في: 1976/12/09، والمتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.

07- القانون رقم: 11/84، المؤرخ في: 1984/06/09، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1984/06/12، العدد: 24.

08- القانون رقم: 19/87، المؤرخ في: 1987/12/08، والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1987/12/11، العدد: 50.

09- القانون رقم: 33/88، المؤرخ في: 1988/12/31، والمتضمن قانون المالية لسنة 1989 المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في شهر جانفي 1989، العدد: 54.

10- القانون رقم: 25/90، المؤرخ في: 1990/11/18، والمتضمن قانون التوجيه العقاري المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1990/11/20، العدد: 49.

11- القانون رقم: 29/90، المؤرخ في: 1990/12/01، والمتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1990/12/03، العدد: 56.

12- القانون رقم: 30/90، المؤرخ في: 1990/12/01، يتضمن قانون الأملاك الوطنية المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1990/12/03، العدد: 56.

13- القانون رقم: 11/91، المؤرخ في: 1991/04/27، والمتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1991/04/30 العدد: 21.

14- المرسوم التشريعي رقم: 03/93، المؤرخ في: 1993/03/01، والمتضمن النشاط العقاري المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1993/03/03 العدد: 14.

15- الأمر رقم: 26/95، المؤرخ في: 1995/09/25، المعدل لقانون التوجيه العقاري: 25/90 المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1995/09/28، العدد: 55.

#### ب - التشريعات الفرعية:

01- المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، المؤرخ في: 1976/03/25، والمتعلق بتأسيس السجل العقاري.

02- المرسوم التنفيذي رقم: 344/83، المؤرخ في: 1983/05/21، والمتضمن حرية المعاملات الصادر بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1983/05/24، العدد: 21.

03- المرسوم التنفيذي رقم: 51/89، المؤرخ في: 1989/04/18، المحدد لكيفيات تطبيق المادة 29 من القانون رقم: 19/87، الذي يضبط كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية. ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم. وهذا المرسوم منشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1989/04/19، العدد: 16.

04- المرسوم التنفيذي رقم: 70/89، المؤرخ في: 1989/09/05، والمتضمن الترتيبات الإدارية العامة والشروط التقنية لإعداد دفاتر الشروط المتعلقة باستغلال الغابات وبيع الحطب المقطوع منها ومنتجاته، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1989/09/09، العدد: 51.

05- المرسوم التنفيذي رقم: 51/90، المؤرخ في: 1990/02/06، المحدد لكيفيات تطبيق المادة 28 من القانون رقم: 19/87، الذي يضبط كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية. ويحدد حقوق المنتجين و واجباتهم. وهذا المرسوم منشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1990/025/07 العدد: 06.

06- المرسوم التنفيذي رقم: 405/90، المؤرخ في: 1990/12/22، والمتضمن إنشاء وكالات التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1990/12/26، العدد: 56.

07- المرسوم التنفيذي رقم: 454/91، المؤرخ في: 1991/11/23، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1991/11/26، العدد: 60.

08- المرسوم التنفيذي رقم: 87/96، المؤرخ في: 1996/02/24، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1996/02/28، العدد: 15.

09- المرسوم التنفيذي رقم: 484/97، المؤرخ في: 1997/12/15، والمتضمن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة (لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية)، وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1997/12/17، العدد: 83.

10- المرسوم التنفيذي رقم: 70/98، المؤرخ في: 1998/02/21، والمتضمن إحداث الوكالة الوطنية للتنمية السياحية، الصادر بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1998/02/23، العدد: 16.

**خامسا: قرارات المحكمة العليا والمقالات والبحوث العلمية والموسوعات.**

**أ- قرارات المحكمة العليا:**

- 01- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1982/10/17، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1989، العدد: 04.
- 02- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1984/01/21، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1990، العدد: 01.
- 03- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1984/11/19، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1990، العدد: 02.
- 04- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1985/01/02، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1989.
- 05- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1985/06/26، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1989، العدد: 04.
- 06- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1988/12/25، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1992، العدد: 03.
- 07- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1990/04/30، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1991، العدد: 02.
- 08- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1991/12/24، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1993، العدد: 01.
- 09- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1995/01/10، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1995، العدد: 01.
- 10- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1997/01/18، المنشور بنشرة القضاة،  
الصادرة في: سنة 1999، العدد: 54.
- 11- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1997/11/19، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1997، العدد: 02.
- 12- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1998/03/25، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1998، العدد: 01.

13- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 1999/02/09، المنشور بالمجلة القضائية،  
الصادرة في: سنة 1999، العدد: 01.

### ب- المقالات العلمية:

01- الشفعة في القانون المدني، محسن البيه، مقال منشور بمجلة البحوث القانونية  
والاقتصادية، التابعة لجامعة المنصورة بالقاهرة، الصادرة في: أكتوبر 1986،  
العدد. 01

02- التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عي القيد، ليلي زروقي،  
مقال منشور بمجلة الموثق، الصادرة في: ديسمبر 1998، العدد. 05

03- الشفعة في القانون المدني، لعروم مصطفى، بحث منشور بمجلة الموثق،  
الصادرة في: أبريل 1999، العدد: 66.

### ج- البحوث الجامعية:

01- إسماعيل شامة، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ سنة  
1990 رسالة ماجستير، كلية الحقوق بابتن عكنون، جامعة الجزائر، 1999.

02- موسى سلمان صالح أبو ملوح، التملك بالشفعة وطبيعته القانونية، دراسة  
مقارنة في القانون والشريعة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.

03- نادية يونسى، النظام القانونى للشفعة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير،  
جامعة قسنطينة، 1980.

04- عبد الله محمد علي صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمنى، دراسة  
مقارنة رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.

05- عبد الوهاب لطوف، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير،  
كلية الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1983.

- د- الموسوعات: 1- موسوعة القضاء والفقہ للدول العربية، ج 20، الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان دون ذكر التاريخ.
- 2- موسوعة القضاء والفقہ للدول العربية، ج 43، الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان دون ذكر التاريخ.
- سادسا: اللقاءات العلمية: 01 - فيصل العساف، أستاذ محاضر في القانون العقاري، كلية الحقوق بجامعة حلب بسوريا من خلال لقاء علمي عُقد معه بتاريخ: 2006/05/29.
- 02- أحمد عيسى، أستاذ محاضر في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة حلب بسوريا خصصنا لقاء علميا معه بتاريخ: 2006/06/01.

## الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
12	الباب الأول: مفهوم الشفعة، تطورها التاريخي، حكمتها التشريعية
13	الفصل الأول: مفهوم الشفعة
14	المبحث الأول: تعريف الشفعة
14	المطلب الأول: تعريف الشفعة لغة
16	المطلب الثاني: تعريف الشفعة شرعا
18	المطلب الثالث: تعريف الشفعة قانونا
22	المبحث الثاني: الأصل التشريعي للشفعة
22	المطلب الأول: في السنة

24	المطلب الثاني: آراء الفقهاء .....
30	المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للشفعة .....
30	المطلب الأول: الشفعة حق .....
34	المطلب الثاني: الشفعة رخصة .....
45	المطلب الثالث: الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة .....
48	المطلب الرابع: الشفعة واقعة مركبة .....
51	الفصل الثاني: التطور التاريخي للشفعة وحكمتها التشريعية .....
52	المبحث الأول: التطور التاريخي للشفعة .....
53	المطلب الأول: الشفعة في العصر القديم .....
55	المطلب الثاني: الشفعة في العصور المتوسطة .....
56	المطلب الثالث: الشفعة في الشريعة الإسلامية .....
58	المطلب الرابع: الشفعة في العصر الحديث .....
66	المبحث الثاني: الحكمة التشريعية للشفعة .....
67	المطلب الأول: دفع ضرر الشريك الجديد .....
69	المطلب الثاني: دفع ضرر الجار الجديد .....
72	المطلب الثالث: المحافظة على وحدة عناصر الملكية .....
75	المطلب الرابع: عدم تجزئه العقار .....
81	الباب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة وإجراءاتها القانونية .....
82	الفصل الأول: شروط الأخذ بالشفعة .....
83	المبحث الأول: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه .....
84	المطلب الأول: الشفعة لا ترد إلا على العقارات .....
84	الفرع الأول: تعريف العقار .....
91	الفرع الثاني: الحكمة من قصر الشفعة على العقار .....



96	المطلب الثاني: شرط عدم تجزئة الشفعة
98	الفرع الأول: أساس عدم تجزئة الشفعة
100	الفرع الثاني: نتائج قاعدة عدم تجزئة الشفعة
106	المبحث الثاني: شروط تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة
107	المطلب الأول: لا شفعة إلا في عقد البيع
108	الفرع الأول: تعريف عقد البيع
111	الفرع الثاني: البيوع الجائز فيها الشفعة
118	المطلب الثاني: التصرفات الأخرى الغير جائز فيها الشفعة
119	الفرع الأول: التصرفات الغير جائزة فيها الشفعة بسبب طبيعتها
139	الفرع الثاني: البيوع العقارية المستثناة من الشفعة
160	المطلب الثالث: الشفعة عند توالي البيوع
160	الفرع الأول: بيع العقار بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة
163	الفرع الثاني: بيع العقار قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة
168	المبحث الثالث: شروط متعلقة بشخص الشفيع
169	المطلب الأول: من تثبت له صفة الشفيع
171	الفرع الأول: الدولة والجماعات المحلية
194	الفرع الثاني: مالك الرقبة والشريك الشيوع
225	الفرع الثالث: صاحب حق الانتفاع
236	الفرع الرابع: شفعة الجوار
265	المطلب الثاني: شروط أخرى للشفيع
265	الفرع الأول: الأهلية
267	الفرع الثاني: ملكية الشفيع للعقار المشفوع به
270	الفرع الثالث: عدم منع الشفيع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه

274	المطلب الثالث: مسألة تراحم الشفعاء عند التعدد
276	الفرع الأول: تراحم الشفعاء وهم طبقات مختلفة
280	الفرع الثاني: تراحم الشفعاء وهم طبقة واحدة
286	الفرع الثالث: التراحم بين شفعاء يكون المشتري أحدهم
291	الفصل الثاني: الإجراءات القانونية للشفعة
292	المبحث الأول: الإنذار بوقوع البيع
292	المطلب الأول: البيانات الواجب مراعاتها في الإنذار بوقوع البيع
297	المطلب الثاني: شرط الرسمية في الإنذار
301	المبحث الثاني: إعلان الرغبة في الشفعة
302	المطلب الأول: الرسمية في إعلان الرغبة
306	المطلب الثاني: الأجل المحدد لإعلان الرغبة في الشفعة
315	المطلب الثالث: شهر إعلان الرغبة في الشفعة
320	المبحث الثالث: إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة
320	المطلب الأول: إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق
321	الفرع الأول: إيداع الثمن لدى الموثق
329	الفرع الثاني: إيداع مصاريف البيع لدى الموثق
331	المطلب الثاني: رفع دعوى الشفعة
331	الفرع الأول: الخصوم في دعوى الشفعة
335	الفرع الثاني: الحكم النهائي بثبوت الشفعة
338	الباب الثالث: آثار الشفعة وسقوطها
339	الفصل الأول: آثار الشفعة
340	المبحث الأول: علاقة الشفيع بالبايع
341	المطلب الأول: وقت حلول الشفيع محل المشتري

- 342 ..... الفرع الأول: الاختلاف في الفقه الإسلامي
- 343 ..... الفرع الثاني: الاختلاف في الفقه القانوني
- 347 ..... المطلب الثاني: التزامات البائع والشفيع
- 348 ..... الفرع الأول: التزامات البائع
- 353 ..... الفرع الثاني: التزامات الشفيع
- 356 ..... المبحث الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري
- 357 ..... المطلب الأول: التزامات الشفيع تجاه المشتري
- 357 ..... الفرع الأول: الالتزام بدفع ثمن البيع والمصاريف للمشتري
- 360 ..... الفرع الثاني: الالتزام بالتعويض عن النفقات اللازمة والنافعة للمشتري
- 363 ..... الفرع الثالث: الالتزام بالتعويض عما أقامه المشتري من بناء وغراس
- 365 ..... المطلب الثاني: التزامات المشتري تجاه الشفيع
- 366 ..... الفرع الأول: الالتزام بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع
- 368 ..... الفرع الثاني: الالتزام برد ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع
- 371 ..... المبحث الثالث: علاقة الشفيع بالغير وعلاقة البائع بالمشتري
- 371 ..... المطلب الأول: علاقة الشفيع بالغير
- 371 ..... الفرع الأول: التصرف في العقار المشفوع فيه قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة
- 374 ..... الفرع الثاني: التصرف في العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة
- 376 ..... المطلب الثاني: علاقة البائع بالمشتري
- 376 ..... الفرع الأول: ما يثقل العقار قبل شهر المشتري عقد شرائه
- 378 ..... الفرع الثاني: ما يثقل العقار بعد شهر المشتري عقد شرائه
- 379 ..... الفصل الثاني: سقوط الشفعة

380	.....المبحث الأول: التنازل عن الشفعة
380	.....المطلب الأول: التنازل عن الشفعة قبل تاريخ البيع
383	.....المطلب الثاني: التنازل عن الشفعة بعد تاريخ البيع
386	.....المبحث الثاني: عدم الالتزام بمواعيد و إجراءات الشفعة
387	.....المطلب الأول: عدم إظهار الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن في ميعادهما
388	.....المطلب الثاني: عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد المحدد لها
391	.....المطلب الثالث: مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع
394	.....المبحث الثالث: أسباب أخرى لسقوط الشفعة
394	.....المطلب الأول: سقوط الشفعة بزوال أحد شروطها
397	.....المطلب الثاني: سقوط الشفعة ببطان البيع، وبالتقادم المسقط
400	.....خاتمة
423	.....قائمة المراجع
439	.....الفهرس

## ملخص.

الشفعة نظام قديم عرف لدى أغلب المجتمعات التي سبقت المجتمع الإسلامي، إلا أنه في تلك العصور القديمة كان محدود النطاق بسبب محاصرته من طرف المذهب الفردي آنذاك القائم على حرية تداول الأموال. أما الشفعة في الشريعة الإسلامية فقد وردت بأحكام وقواعد عادلة خلافا لما ورد في المجتمعات القديمة، فشرعت كقيد يرد على حرية التصرف لصالح المصلحة الخاصة.

فالشفعة بهذا المعنى نظام استثنائي ورد على خلاف الأصل الذي يقضي بأنه لا يجوز نزع ملك شخص منه إلا برضاه، ومن هنا جاءت خروجاً عن القواعد العامة بشأن حرية الإرادة والتصرف، لهذا السبب لا يجوز التوسع في تفسير النصوص المتعلقة بها. ورغم كل هذا فإننا نرى بجوازها ومشروعيتها، وقد أكدت هذه المشروعية بفضل كثير من الأحاديث النبوية الصحيحة، لما في ذلك من مصلحة اجتماعية واقتصادية تقتضيها مصلحة الفرد والجماعة معاً، فاعتبرت طريقاً شرعياً لدفع الأضرار في الوسط الاجتماعي. وقد اختلف الفقهاء سواء في الشريعة أو القانون بشأن تكييف الشفعة (تحديد طبيعتها القانونية). إلا أن الراجح هو اعتبار الشفعة واقعة مركبة ذات طابع مالي.

**الكلمات المفتاحية:** الشفعة رخصة. بيع العقار. شفعة الجوار. سقوط الشفعة.

## Abstract

Chefâa is an old system used in most of the societies that preceded Islam. During these ancient times, its use was very limited because of the existence, of an individual doctrine that favoured the freedom of the individual to deal with his property.

But chefâa in Islam was based on legitimate rules intended to restrict that freedom. Chefâa accordingly is an exceptional system that came to make an end to the belief that the individual cannot be deprived from his property.

But in spite of all these facts, we admit that it is useful and legal. This can be found in most of the prophetic sayings.

He must note that this system plays an important role in the social and economic life. There is no single agreement among people on how the system should be used but the most prevalent way is based on financial aspects.

**Key words :** Chefâa is a faculty. sale of immovable. The proximity of chefâa. Downfall of chefâa.

## Résumé.

La Chefâa est un ancien système connu de la plupart des sociétés anciennes, qui ont précédé la société musulmane, il faudra indiquer cependant qu'en ces temps elle était limitée (à l'époque de ces sociétés) par les libertés individuelles qui donnaient l'entière capacité à l'individu d'agir comme bon lui semble sur ses biens. En Islam par contre la Chefâa est régie par des lois et des règles à l'opposé de ce qui était connu auparavant. Elle a été donc instaurée comme un frein à la liberté d'agir pour l'intérêt individuel et personnel.

La Chefâa est en ce sens un système particulier (exceptionnel) qui va à l'encontre de la règle qui n'autorise la déchéance qu'avec l'approbation du propriétaire, elle reste cependant légale du point de vue de la Charia Islamique et les hadiths authentiques viennent consolider cette thèse, car elle vise dans son esprit l'intérêt de l'individu et de la communauté.

Les points de vue divergent sur la Chefâa que ce soit dans la Charia ou dans la loi sur la manière de la définir or il y a une sorte de consensus qui la considère comme une action complexe à caractère financier.

**Mots clés :** La chefâa (préemption) est la faculté. l'impôt d'immobilière. la chefâa du voisinage. De la déchéance du droit de chefâa.