

## حق الشفعة الثابت للشريك المشتاع في عقار في التشريع الجزائري

### Fixed Preemption Right of the undivided partner in the building in Algerian legislation



الدكتور/ محمد عقوني

جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر

mohamedaggoni@gmail.com

تاريخ القبول للنشر: 2018/12/01

تاريخ الاستلام: 2018/07/01



#### ملخص:

تعالج هذه الدراسة، حق الشفعة الذي يثبت للشركاء المشتاعين في حالة بيع أحدهم حصته الشائعة في عقار إلى أجنبي. فإذا كان المشرع قد مكن المالك على الشيوخ التصرف في حصته بكل حرية من غير أن يلحق ضرراً بشركائه، فقد منح في مقابل ذلك لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة، بانتزاع ما تصرف فيه بعوض من يد المتصرف إليه، بحيث يُحوّل للمالك على الشيوخ مع المتصرف امتلاك العقار المبيع جبراً عن مشتره بما قام من الثمن والمصاريف، طبقاً لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 795 من القانون المدني، بهدف الحلول دون اقتحام الأجنبي نطاق الملكية الشائعة، ومن أجل التقليل من عدد الشركاء على الشيوخ، وهذا وفق اجراءات وشروط خلقت لبساً وغموضاً وإشكالات، نحاول استعراضها وإيجاد الحلول الممكنة لها في هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الشفعة؛ الشريك؛ العقار؛ التشريع؛ الجزائري.

#### Abstract:

*This study deals with the right of pre-emption which is proved to the undivided partners in the event that one of them sells his undivided share in a property to a foreigner. If the legislator has the owner on the undivided disposition of his share freely without harm to his partners, it was granted in return for the rest of the partners to exercise the right of pre-emption, by extracting what he was doing with mosquitoes from the hand of the person who acted, so that the undivided owner has the right to communism with the owner to acquire the property sold in a manner that is compulsive to the buyer for the price and expenses, as stipulated by the Algerian legislator in the article 795 of the Civil Code, With a view to solutions without alien intrusion into the domain of undivided property, and in order to reduce the number of partners on indivis and this according to the procedures and conditions have been created confusion and ambiguity and problems, we try to review them and find possible solutions for them in this study.*

**Keywords:** Preemption, partner, building, legislation, Algerian.

## مقدمة:

كفل المشرع الجزائري حرية الشخص في التصرف بالبيع لمن يشاء وأن يشتري ممن شاء، دون أن يعترض طريقه أي شخص، وبما أن لكل قاعدة استثناء، هناك قيود ترد على هذه الحرية، من أهمها حق الشفعة الذي يثبت عند تصرف الشريك المشتاع في حصة شائعة في عقار، بحيث يُحوّل للمالك على الشيوع مع المتصرف امتلاك العقار المبيع جبراً عن مشتريه بما قام من الثمن والمصاريف، طبقاً لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 795 من القانون المدني<sup>(1)</sup>.

وعليه إذا كان المشرع قد مكن المالك على الشيوع التصرف في حصته بكل حرية من غير أن يلحق ضرراً بشركائه، فقد منح في مقابل ذلك لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة، بانتزاع ما تصرف فيه بعوض من يد المتصرف إليه. ومن خلال ما تقدم فإن حق الشفعة يجعل المشتري مرغماً على التخلي عن عقار كان قد اشتراه، كما يجعل البائع طرفاً في عقد مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداءً.

والجدير بالذكر القول أن أغلب البحوث والدراسات التي اهتمت بحق الشفعة وفي حدود ما اطلعت عليه لم تُفصّل وتُدقق في الشفعة التي تثبت للشريك المشتاع، ما جعلنا نعمل على تسليط الضوء على حق الشفعة في هذه الحالة، لما لها من أهمية، حيث يعتبر حق الشفعة وقاية من التعسف في البيع الذي قد يُضر بالشركاء، بالإضافة إلى أنه وسيلة للتقليل من عدد المالكين على الشيوع من خلال إعطاء الأولوية للشريك بهدف حصر نطاق الاختلاف بينهم عند الانتفاع بالمال الشائع. كما تعتبر الشفعة سبباً من أسباب كسب ملكية العقار، الذي يعتبر أساس الاستثمار وعصب الاقتصاد.

وبناء على ما سبق نحاول الإجابة في بحثنا عن تساؤل مهم يمثل إشكالية الدراسة، نصيغها كما يلي: ماهي أحكام حق الشفعة الذي يثبت للشريك في الشيوع، وكيف نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني؟ ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية والإلمام بهذه الدراسة، نتطرق إلى مفهوم الشفعة (المطلب الأول)، ثم شروط ثبوتها (المطلب الثاني)، والإجراءات المتبعة للأخذ بها (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### مفهوم حق الشفعة

حق الشفعة لا يثبت للشريك في الشيوع فحسب، إنما يثبت أيضاً لغيره من الشفعاء، كما يعتبر سبباً من أسباب اكتساب الملكية<sup>(2)</sup>، والتفصيل أكثر في مفهوم الشفعة يستدعي منا الدراسة التطرق إلى تعريف الشفعة (الفرع الأول)، ثم تحديد طبيعتها القانونية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الشفعة

إن الشفعة قدرة أو سلطة أو مكنة تخول أن يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذ أظهر إرادته في ذلك، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري من التزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبراً على المشتري، فمن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة يحل في عقد البيع محل المشتري، دون اشتراط رضاه ويتملك العقار المبيع، فيضمه إلى عقاره الأصلي<sup>(3)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 794 من القانون

المدني الجزائري بما يلي: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية....".

كما عرفت الشفعة أيضا بالقول: "هي استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو بقيمته الذي باع به بصيغة"<sup>(4)</sup>.

مما سبق يتضح تعريف الشفعة، على أنها حق تملك العين المباعة من مشتريها ولو جبراً عنه بما دفعه من ثمن ومصروفات، فأعطى المشرع الجزائري الحق للشفيع إذا أظهر إرادته في تملك المبيع إلى شخص آخر بنفس شروط البيع، أي أنه يحل محل المشتري في الصفقة وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب العقار المبيع.

ومعلوم أن الشفعة نظام مأخوذ عن الشريعة الإسلامية، وقد نظمها المشرع الجزائري مستمداً غالبية أحكامها من هذه الشريعة، مما يستوجب على القاضي الرجوع إلى فقه الشريعة الإسلامية في حالة تفسيره للأحكام المتعلقة بها، أو في حالة وجود نقص فيها.

كما تعتبر الشفعة قيدها على الملكية، ولهذا فإنه ورد هذا الحق على سبيل الاستثناء عن القاعدة العامة، التي تكرس حرية المالك للتصرف في ما يملك لمن يشاء، وفي عدم انقضاء حق ملكية الشخص إلا بإرادته. ورغم ذلك حق الشفعة لا يخالف مبدأ تكافؤ الفرص، ولا مبدأ المساواة أمام القانون<sup>(5)</sup>.

#### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق الشفعة

ثار جدل فقهي حول الطبيعة القانونية للشفعة، هل هي حق عيني أم حق شخصي؟ وذلك للنظر في بعض الآثار الخاصة بالشفعة والتي تعتمد أساساً على طبيعتها، كتحديد مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع وتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى الشفعة؛ ما أدى بعض الفقه إلى التوفيق بين الرأيين، بالقول أن الشفعة ليست بالحق العيني البحت، ولا بالحق الشخصي البحت، وإنما هي حق ذو صفة مختلطة على أساس أنه يقع على عقار من جهة، ومن جهة أخرى لا يُمنح للشفيع إلا بناء على اعتبارات شخصية مرتبطة به<sup>(6)</sup>.

في حين اعتبرها الأستاذ أنور طلبية ليست حقاً وإنما رخصة، والحكم نفسه جاء به المشرع المدني الجزائري في نص المادة 794، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن الشفعة هي رخصة أو خيار للشفيع، فله أن يأخذ بها أو يتركها، بحيث لا يكره عليها ولا تجوز إلا في عقار، ومتى ثبت الحق فيها تملك العقار المبيع ولو جبراً عن المشتري بموجب حكم صادر من القضاء، يعتبر عقداً حقيقياً حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة<sup>(7)</sup>.

فالشفعة إذن هي رخصة تروى مركزاً قانونياً للشفيع، إذا توافرت أسبابها التي نصت عليها المادة 795 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "يثبت حق الشفعة، وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لملك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

- لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

فيتولد المركز القانوني للشفيع، إذا كان له صفة أصحاب هذا الحق، والذي نص عليهم المشرع في المادة المذكورة أعلاه. ولأن حق الشفعة الذي يهمننا في دراستنا هو الحق الذي يثبت للشريك المشتاع، فإننا سوف نتناول شروط الأخذ بالشفعة في هذه الحالة.

#### المطلب الثاني: شروط ثبوت حق الشفعة

تثبت الشفعة عند توافر جملة من الشروط نذكرها فيما يلي:

#### الفرع الأول: تصرف أحد الشركاء بالبيع

يثبت حق الشفعة للشفيع أي للشريك المشتاع في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة، أما البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فقد نصت عليها المادة 798 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " لا شفعة.

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.

- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

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

وبذلك تثبت الشفعة في عقود البيع الواردة على العقار، وهو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة، فأى عقد آخر، ولو كان ناقلاً للملكية، مثل الهبة والمقايضة والوصية لا تجوز فيه الشفعة<sup>(8)</sup>. وهذا الحكم له ما يبرره عندما يكون التصرف تبرعاً، لأنه يقوم على اعتبارات شخصية، إضافة لانعدام العوض الذي يتعين على المسترد دفعه للمتصرف إليه<sup>(9)</sup>.

وبالتالي فإن الشفعة لا تكون إلا إذا كان التصرف محل عقد بيع، ويشترط في البيع أن يكون بطريق الممارسة، فلا يجوز الأخذ بحق الشفعة في البيع بالمزاد، لأن الحكمة في تخويل هذا الحق للشركاء هي الحلول دون دخول الأجنبي في الملكية الشائعة، وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها في حالة البيع بالمزاد، حيث تتيح للشركاء فرصة دخول البيع بالمزاد، وشراء الحصة المعروضة للبيع، ومنع الأجنبي من الحلول كشريك في الشيوخ معهم<sup>(10)</sup>، وعليه فتخلفهم عن ذلك يعتبر رضاء ضمني منهم بأن يكون الأجنبي شريكاً معهم..

#### الفرع الثاني: ورود البيع على حصة شائعة في عقار

حق الشفعة يكون وارداً على حصة في العقار المملوك على الشيوخ، وأما العقار الذي كان محل قسمة، سواء قضائية أو ودية يتحول إلى ملكية فردية، بعدما كان شائعاً، حيث قسم إلى أجزاء واختص كل شريك بنصيب مفرز، فإنه لا يكون فيه حق الشفعة، حيث إنه إذا باع أحدهم حصته المفرزة إلى شخص أجنبي، لا يمكن للآخرين أن يستعملوا حق الشفعة بدعوى أنهم شركاء فيه، لأنهم بعد إجراء القسمة أصبحوا جيراناً<sup>(11)</sup>، ولم يعودوا شركاء في الشيوخ<sup>(12)</sup>. ولإيضاح هذه المسألة أكثر نعمل على تحديد مفهوم الحصة الشائعة.

### أولاً- مفهوم الحصة الشائعة:

إذا كانت الملكية الشائعة تَنصَبُ على كل العقار الشائع، فإن حق كل مالك على الشيوع يَنصَبُ على حصته الشائعة، فالحصة الشائعة لا كل العقار الشائع هي محل حق الشريك في الشيوع. يقوم حق كل شريك على نسبة معينة (النصف ، الثلث....)، أو حصة من مجموع أملاك الشيوع، والقسمة هي وحدها التي تمنح لكل متقاسم حقاً حصرياً في ملكية معينة<sup>(13)</sup>. وعليه فالحصة الشائعة هي قدر نصيب الشريك في جميع العقار الشائع، حيث إن كل شريك يمتلك في كل جزء من أجزاء هذه الملكية بقدر نصيبه، وتُكوِّن مجموع هذه الأجزاء الملكية التي تُكوِّن شائعة بين الشركاء، ويتحدد حق كل واحد منهم وفق ذلك<sup>(14)</sup>. فالحصة الشائعة هي النطاق المعنوي لحق الشريك على العقار الشائع، وهي وإن كانت تسري بقدرها إلى كل أجزاء العقار الشائع، فإن ذلك لا يمنع من أن لكل حصة فيه كياناً ذاتياً، فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى غاية إجراء القسمة<sup>(15)</sup>. وتعطي الحصة الشائعة للمالك على الشيوع كل ماله من سلطات التصرف الذي يخوله حق الملكية على هذا العقار الشائع.

ويبقى التساؤل الذي يطرح نفسه في هذه الجزئية، هو هل للشريك حق الأخذ بالشفعة في حالة ما إذا تصرف الشريك ببيعه لجزء مفرز من العقار الشائع؟

### ثانياً- حكم الأخذ بالشفعة عند ورود التصرف على جزء مفرز من عقار شائع:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من يرى أنه لا يجوز للشريك في الشيوع أن يطلب حق الشفعة في جزء مفرز من العقار، ويبرر الأستاذ عبد الحميد الشواربي هذا القول على أساس أن بيع حصة مفرزة من عقار مشاع لا يؤدي إلى جعل المشتري شريكاً على الشيوع معهم بل يظل البائع هو الشريك على الشيوع حتى تجرى القسمة، ويختص بجزء مفرز<sup>(16)</sup>، لأن بيع الحصة مفرزة يعتبر بيعاً غير نافذ في حق باقي الشركاء، وعليه تنتفي الحكمة من الشفعة في هذه الحالة<sup>(17)</sup>.

وكذلك لا يجوز لمن اشترى جزءاً مفرزاً أن يطلب حق الشفعة في حصة شائعة أخرى باعها شريك مشتاع آخر؛ حيث أن البيع الصادر من الشريك والمنصب على حصة مفرزة يكون صحيحاً بين أطراف العقد، أي بين الشريك البائع والمشتري، غير أنه يكون غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، وبالتالي فإن هذا التصرف يبقى متوقفاً على نتيجة القسمة، أو في حالة موافقة باقي الشركاء، وبذلك لا يعتبر المشتري مالكاً على الشيوع قبل القسمة، بل يبقى البائع هو الشريك كما ذكرنا سابقاً، وبالتالي لا يجوز للشريك في الشيوع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع قام ببيعه شريك آخر<sup>(18)</sup>.

كما أن المشرع في نص المادة 2/ 795 من القانون المدني عند قوله: "...إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي." كان يقصد بلفظ "جزء"، الحصة الشائعة في هذا العقار.

بالإضافة إلى أن هدف المشرع من تقرير حق الشفعة، هو الحلول دون دخول الأجنبي بين الشركاء، وجعلها وسيلة لإنهاء حالة الشيوع، باعتبار الملكية الشائعة غير مرغوب فيها اقتصادياً<sup>(19)</sup>، وهذه الغاية لا

تتحقق إلا إذا كان المبيع حصة شائعة، وتنتفي عند التصرف في جزء مفرز، لأنها تكون بعد قسمة العقار وانتهاء حالة الشيوغ.

اتجه فريق آخر، منهم الأستاذ معوض عبد التواب، إلى رأي مخالف بالقول: جواز الشفعة في هذه الحالة، مؤسساً ما ذهب إليه، بما جاء في نص المادة 714 من القانون المدني، أين أقر المشرع بصحة التصرف في جزء مفرز من المال الشائع مهما كانت نتيجة القسمة، حيث إنه إذا لم يقع الجزء المفرز من اختصاص الشريك البائع، فإنه تطبيقاً لفكرة الحلول العيني<sup>(20)</sup> ينتقل حق المشتري من وقت البيع إلى الجزء الذي اختص به البائع بعد القسمة.

كما يبرر أصحاب هذا الرأي قولهم، بأن ما جاء في نص المادة 795 / 2، عند ذكر المشرع لعبارة، "جزء من العقار المشاع"، جاء على إطلاقه، أي أن المشرع قصد بذلك الحصة الشائعة والجزء المفرز من العقار الشائع، فلو أراد المشرع غير ذلك لكان قوله خلافاً لما جاء في نص المادة، مع العلم أن البيع الوارد على حصة مفرزة، إنما يقع صحيحاً في نظر القانون<sup>(21)</sup>. كما أن التسليم بعدم ثبوت حق الشفعة في هذه الحالة، قد يؤدي إلى استغلال ذلك من طرف الشريك البائع بحرمان شركائه من طلب حق الشفعة، بمجرد بيع حصته مفرزة، مما يسهل اتباع الغش والتحايل لمنع الشفعة<sup>(22)</sup>.

ومن المهم الإشارة بالقول، أن المشتري لحصة مفرزة قبل وقوع القسمة، لا يعطى له الحق أن يشفع في حصة شائعة تم بيعها من طرف شريك آخر، كما ليس له أن يحتج بأن القسمة النهائية لم تقع بين الشركاء، إذ لا يمكنه أن يغير حصته من مفرزة إلى حصة شائعة.

وأما إذا بيعت حصة ثانية من العقار شائعة للمشتري السابق، بعدما أن اشترى حصة مفرزة، فلا يكون له إذا ما أراد أحد الشركاء أن يشفع فيها، أن يحتج بأنه شريك مشتاع كالشريك الشفيع قبل شرائه للحصة الشائعة، على اعتبار أنه سبق له أن اشترى جزءاً مفرزاً حتى يحول دون أن تؤخذ منه الحصة بالشفعة<sup>(23)</sup>.

ويبدو لنا أن الراجح مما سبق، هو ما قيل في الرأي الأول، فلا يجوز الشفعة للشريك إذا بيعت حصة مفرزة من العقار الشائع، بناء على أن حق الشفعة هو قيد يرد على حق الملكية واستثناء جاء به المشرع من أجل غاية محددة، وهو إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الملكية وكذلك عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء، ثم من أجل العمل على إنهاء حالة الشيوغ بالحد من عدد الشركاء. ولأن هذه الغايات تتحقق عند التصرف في حصة شائعة دون أن يكون ذلك عند التصرف في حصة مفرزة، لأن المشتري لا يكون مالكاً على الشيوغ ولا يصبح مالكاً إلا بعد القسمة ولكن لجزء مفرز، وحينها تزول حالة الشيوغ ويتحول الشركاء في الشيوغ إلى ملاك لحصص مفرزة، وتنتفي الحكمة التي وجدت من أجلها الشفعة في هذه الحالة.

ومع ذلك فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية، بيع أحد الشركاء لجزء مفرز من الشيء الشائع، في حكم التصرف في قدر شائع، وأجازت الشفعة له كما ذكرنا سابقاً.



### الفرع الثالث: صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء

يجب أن يكون بيع الحصة الشائعة إلى أجنبي، حيث جاء الحكم الوارد في نص المادة 795 من القانون المدني الجزائري، متوافقاً مع علة إثبات شفعة الشريك، وهي رفع الضرر من مشاركة الأجنبي. فإذا باع المالك على الشيوع حصته الشائعة لشريك آخر مشتاع مثله، فإنه يُفضل على شفيع هو مثله شريك في الشيوع، لأنه شفيع من طبقته، بينما يأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة المباعة بالشفعة، إذا كان الشخص الذي اشترى هذه الحصة أجنبياً عن الشيوع، لأن الشفيع في هذه الحالة يكون من طبقة أعلى<sup>(24)</sup>، وهذا تجسيدا لما جاء في نص المادة 796 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على ما 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 شفيعاً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".
- وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم: 21224، المؤرخ في 1982/06/09، والذي قضى بأن الشفعة لا تجري إلا على الأجنبي، ولأن المشتري له مناب في الشيوع من القطعة المباعة مع الشفيع والبائع، فإن طلب الشفعة غير مقبول<sup>(25)</sup>.

كما أنه من المهم القول في حالة وجود عقار شائع محل حق انتفاع من طرف شخص، فإنه يتجزأ حق الملكية، التي يصبح فيها ملكية رقبة العقار الشائع للشركاء على الشيوع، وحق انتفاع يترتب لهذا الشخص. فإذا بيعت حصة شائعة في هذه الرقبة، كان لها شفيعان، الشفيع الأول هو الشريك المشتاع في الرقبة، ويشفع بصفته مالكا في الشيوع والشفيع الثاني هو صاحب حق الانتفاع المرتب على العقار الشائع. فإن تزام هذان الشفيعان، قدم الشريك المشتاع في الرقبة على الشفيع صاحب حق الانتفاع<sup>(26)</sup>.

### المطلب الثالث: إجراءات الشفعة وأثارها

على من يريد الأخذ بالشفعة القيام بعدة إجراءات ضرورية في مواعيد محددة قانوناً قبل اللجوء إلى القضاء، نذكرها بالتفصيل (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الأثار المترتبة عن الشفعة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة

حذا المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه المشرع المصري، باعتبار الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري، وهذه الرخصة يستعملها الشفيع باتباع إجراءات دقيقة حددها المشرع، فإذا لم يلتزم بها فقد حقه في الأخذ بالشفعة، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل.

#### أولاً- الإنذار الرسمي وإعلان الرغبة

لقد نصت المادة 799 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها، إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه يتضح أن المشرع علق الإعلان بوجود توجيه انذار إلى الشفيع من طرف البائع أو المشتري، فأول إجراء حسب نص المادة يرمي إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع، ويتم ذلك بإنذار رسمي.

### 1- الإنذار الرسمي:

عادة ما تبدأ اجراءات الشفعة بالإنذار الرسمي بغرض إخطار الشفيع بوقوع البيع حتى يتمكن من تدبر أمره فإذا أراد الأخذ بالشفعة يكون له ذلك بإعلان رغبته وإلا فلا، ويجب أن يتضمن الإنذار البيانات التي نص عليها المشرع في المادة 800 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية، وإلا كان باطلا:  
- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية، وشروط البيع، واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه، والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799".  
والهدف من كل هذه البيانات، هو إحاطة الشفيع بكل المعلومات المتعلقة بعملية البيع ويجب أن يكون الإنذار رسمياً، يتم على يد محضر قضائي فالإنذار الشفوي أو المكتوب لا يفي بالغرض إن لم يكن رسمياً<sup>(27)</sup>، كما يتضمن الإنذار بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً يتعين موقعه وحدوده ومساحته ومعامله وطبيعته، وبيان الثمن الذي بيع به العقار، وحقوق التسجيل ومصاريف الشهر العقاري، كما يشمل الإنذار المدة التي يمكن للشفيع خلالها من إبداء رغبته في شراء العقار، وحلوله محل المشتري وهي ثلاثون يوماً<sup>(28)</sup>.

### 2- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

يبيد الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد قانوناً، أي خلال ثلاثين (30) يوماً، ابتداء من تاريخ إنذاره من طرف البائع والمشتري، وإلا سقط حقه في الشفعة<sup>(29)</sup>، ويكون ذلك بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، فلا يكفي أن يوجه الإعلان لأحدهما، ويصدر إعلان الرغبة في شكل رسمي، ولم يشترط المشرع أن يكون بإنذار رسمي فقط وإن كان هو الأصل، فقد يكون بوسيلة رسمية تقوم مقامه، كما في حالة رفع الشفيع مباشرة الدعوى بطلب الشفعة، لأن عريضة الدعوى تتضمن إبداء الرغبة في الشفعة، كما أنها تُعلن كلاً من البائع والمشتري، لكن يجب إعلان الدعوى خلال مواعيد إبداء الرغبة، حتى تكون في نفس الوقت إعلاناً لها. والحكمة من اشتراط المشرع الرسمية في الإعلان، هي قطع دابر كل خلاف حول صدور أو موعد ذلك، خصوصاً أن المشرع يرتب أثراً هاماً على الإعلان ومنها أنه يجمد العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري<sup>(30)</sup>.

### ثانياً- إيداع الثمن ورفع الدعوى:

نصت المادة 802 من القانون المدني بما يلي: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801، وإلا سقط الحق".



غير أنه يتعين على الشفيع قبل رفع دعوى الشفعة إيداع ثمن البيع والمصاريف بواسطة الموثق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ شهر العقد الرسمي المتضمن الرغبة في الشفعة، بغرض الحلول محل المشتري في شراء العقار المبيع، وإلا سقط حقه في الشفعة<sup>(31)</sup>، وهذا حسب المادة 2/801 من القانون المدني، التي نصت على ما يلي: " 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".

كما يجب أن تتوافر في الشفيع أهلية التصرف المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري، لأن الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف، وليس من قبيل أعمال الإدارة، ومن ثم الشفعة تكون في حكم شراء المال المشفوع فيه، والوكيل لا يجوز له طلب الأخذ بالشفعة إلا إذا كانت الوكالة خاصة، أما الوكالة العامة فتكون مقصورة على أعمال الإدارة.<sup>(32)</sup>

بعد اتخاذ الشفيع الإجراءات المذكورة، يكون له الحق في رفع دعوى الشفعة، وقيدها خلال المدة المحددة قانوناً وهي ثلاثين يوماً، تحسب من اليوم التالي لليوم الذي أعلن فيه كل من البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة، وإلا سقط حقه في رفع الدعوى<sup>(33)</sup>. كما يخضع رفع الدعوى بحق الشفعة لأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>(34)</sup> والتي تنص على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...."، وإلا قضي بعدم قبول الدعوى شكلاً.

أما المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى، فهي المحكمة المتواجد العقار المشفوع فيه بدائرتها، لأن دعوى الشفعة، دعوى عينية يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه لكون الشفعة سبباً من أسباب اكتساب الملكية، وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على ما يلي: "... ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

- في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات، بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار..."، وهذا ما أكدته المادة 802 من القانون المدني.

#### ثالثاً- صدور حكم يقضي بثبوت الشفعة:

نصت المادة 803 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً للملكية الشفيع، وذلك دون إدخال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

يتضح من نص المادة أن الحكم النهائي الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع هو السبب القانوني المنشئ لحق الملكية، ومعناه أن الحكم يُنشئ حقاً ولا يُقره، فلا تبدأ آثاره إلا من يوم صدور الحكم، ولا يرجع إلى تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري<sup>(35)</sup>، بمعنى أن الحكم يعتبر سنداً للملكية الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيه، ويجب أن يخضع إلى إجراءات الشهر<sup>(36)</sup>، طبقاً لما جاء في نص المادتين 803 و793 من القانون المدني الجزائري.

وعليه إذا اتبع الشفيع الإجراءات الواحدة تلو الأخرى، وراعى الأجل التي حددها المشرع، يمكنه حينئذ استصدار حكم يقضي بأحقية في اكتساب الحصة الشائعة المبيعة وحلوله بذلك محل المشتري.

### الفرع الثاني: آثار الشفعة

نصت المادة 804 من القانون المدني بما يلي: "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 على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة". ويترب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إليه نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع، وعليه تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار إلى الشريك الشفيع دون المشتري، بناء على هذا الحلول الذي تم بمقتضى حكم قضائي، ويترب على ذلك أن العقد المبرم بين هذا الأخير وبين الشريك البائع يصبح كأنه لم يكن ويبقى العقد قائماً منذ البداية، غير أنه يكون الطرف الأول فيه البائع والطرف الثاني هو الشريك الشفيع لا المشتري الأصلي، وبالتالي يُنتج البيع آثاره القانونية فيما بين البائع والشفيع، فيكون لهذا الأخير حقوق المشتري وعليه التزاماته<sup>(37)</sup>، وذلك منذ أن انعقد البيع، كما سبق أن أشرنا إلى ذلك، لأن المشتري في هذه المعاملة يخفي تماماً، ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتاً في إبرام عقد البيع، وبذلك تكون الصلة بين الشريك البائع والشريك الشفيع في العقار الشائع صلة مباشرة، فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما. غير أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن أو ما تبقى منه إلا برضاء البائع، كما أنه يستوجب على الشفيع أن يدفع الثمن والمصاريف إلى المشتري، وهو ما تم إيداعه عند إعلانه<sup>(38)</sup>، ومن ثم يكون قد استعد مسبقاً إلى ما ينجم عن اتباع الإجراءات القانونية لحق الشفعة.

كما أن في علاقة الشريك الشفيع بالغير، نصت المادة 806 من القانون المدني على ما يلي: "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".

وعليه إذا باع المشتري الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيها بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، فإنه لا يسري هذا البيع في حق الشفيع، حيث يأخذ الحصة الشائعة خالية من جميع الحقوق، إلا أن نص المادة أبقى للدائنين المسجلة ديونهم وما لهم من حقوق الأفضلية على ثمن الحصة المبيعة.

### الخاتمة:

من خلال هذه الورقة البحثية نخلص إلى أن أعمال حق الشفعة لا يكون إلا عند التصرف ببيع الحصة الشائعة في الملك التام للعقار أو المنفعة، ولا يجوز في بيع المنقول، أو في مجموع من المال المنقول أو العقار، الذي يثبت فيه للشريك في هذه الحالة حق الاسترداد.

كما توصلنا إلى أنه في حالة وجود عقار شائع محل حق انتفاع من طرف شخص، وبيعت حصة شائعة في هذه الرقبة، كان لها شفيعان، الأول هو الشريك المشتاع في الرقبة، والثاني هو صاحب حق الانتفاع، فإن تزاحم هذين الشفيعين، قدم الشريك المشتاع في الرقبة على الشفيع صاحب حق الانتفاع.

وخلصنا أيضا إلى أن المشتري لحصة مفرزة قبل وقوع القسمة، لا يعطى له الحق أن يشفع في حصة شائعة تم بيعها من طرف شريك آخر، كما ليس له أن يحتج بأن القسمة النهائية لم تقع بين الشركاء، إذ لا يمكنه أن يغير حصته من مفرزة إلى حصة شائعة.

وعليه ومن خلال ما تقدم نخلص إلى أن المشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوخ حق الشفعة إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي وفق شروط وإجراءات حددها بدقة، والحكمة من ذلك هي ما تؤدي إليه الشفعة من دور، حيث تحول دون دخول شخص غريب بين الشركاء في الشيوخ، على غير رغبة أحدهم الذي قد يتضرر من ذلك. بالإضافة إلى إنهاء أو الحد من تعدد ملاك العقار، وبالتالي جمع شتات الملكية في يد شخص واحد أو أقل عدد ممكن من الأشخاص وهو ما يسهل حسن الانتفاع بالعقار الشائع. حيث إن الممارسات العملية تُظهر أنه كلما تعدد الشركاء كلما ازداد اتساع نطاق الخلاف، وطفت على الواجهة بوادر النزاع، مما يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع والاستثمار فيه، وهذا ما نلاحظه من خلال القضايا العديدة المطروحة أمام الجهات القضائية المختصة.

وفي الأخير نذكر بعض الملاحظات التي خرجنا بها فيما يلي:

1- إعادة النظر في أحكام نص المادة 795 من القانون المدني، التي تقضي بأن حق الشفعة يثبت للشريك في الشيوخ، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، باستبدال لفظ "جزء" من العقار الشائع بـ"حصة شائعة" من العقار، على أساس أنه لا يجوز الشفعة للشريك إذا بيعت حصة مفرزة من العقار الشائع، وبناء على أن حق الشفعة هو قيد يرد على حق الملكية واستثناء جاء به المشرع من أجل غاية محدد لا يجب عدم التوسع فيها، لأن هذه الغاية تتحقق عند التصرف في حصة شائعة دون أن يكون ذلك عند التصرف في حصة مفرزة.

2- تعدد الشفعة قيدها استثنائياً على الملكية، وجب حسب رأينا عدم التوسع في الحكم به من طرف القضاة، وبالتالي مسaire قصد المشرع من إقرارها، حتى لا تتخذ الشفعة ذريعة لعرقلة التصرفات الواقعة على عقار، أو وسيلة للاحتيال على الغير من خلال الضغط على المشتري وتهديده باستعمال الشفعة قصد ابتزازه، ما يفتح مجال المضاربة على العقارات.

## الهوامش:

(1) الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30.

(2) حق الشفعة في القانون المغربي محصور على حالة الملكية الشائعة، وبذلك لا يعتبرها المشرع المغربي سبب من أسباب كسب الملكية، أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، "أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، الجزء الثالث، الجيل للطباعة، المغرب، 1977، ص 96.

(3) محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية"، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007، ص 595.

(4) خالد أحمد، "الشفعة"، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 13، 14.

(5) حسام الدين كامل الأهواني، "الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية"، دار أبو المجد بالهرم، مصر، 1993، ص 130.

(6) رمضان أبو سعود "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية" منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 153.

(7) - أنور طلبية، "الوسيط في القانون المدني" الجزء الخامس، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2001، ص 178.

(8) - خالد أحمد، مرجع سابق، ص 173، 176، 177.

- (9) محمود جمال الدين زكي، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 136، 137.
- (10) حسن كيرة، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 190.
- (11) التشريع المصري يجعل الجوار أيضا كسبب للشفعة، فيكون الحق فيها عند بيع عقار مجاور لعقار آخر، حسب نص المادة 936 من القانون المدني المصري.
- (12) مهدي كامل الخطيب، "الموجز في شرح أحكام الشفعة"، الطبعة الأولى، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمينا، 2000، ص 38.
- (13) BRIGITTE HESS-FALLON , ET ANNE-MARIE SIMON , « Droit Civil », 7eme Edition , Dalloz , France , 2003, P 159.
- (14) أنور طلبة، "الملكية الشائعة". (بدون دار نشر ولا سنة الطباعة)، ص 15.
- (15) محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874 / 825 " المجلد الخامس عشر، محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 6، 7.
- (16) عبد الحميد الشواربي، "أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء"، منشأة المعارف، مصر، ص 36.
- (17) لابد أسماء، "الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، دراسة مقارنة"، ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران، 2015، ص 35.
- (18) خالد أحمد، مرجع سابق، ص 63.
- (19) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 135، 136.
- (20) الحلول هو استبدال قانوني للمال بمال جديد يماثل في القيمة المالية، ومن ثم يكون صالحاً لتخصيصه كضمان لوفاء الدين، وقد نظم المشرع الجزائري بنصوص صريحة نظرية الحلول العيني، منها ما تعلق بالحلول عند بيع الشريك لجزء مفرز من الملكية الشائعة، وأيضاً في حالة رهن الشريك حصته في عقار شائع أنظر أكثر عقوني محمد، "الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه علوم، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016، ص 181.
- (21) هذا ما قضته محكمة النقض المصرية (الطعن 428 لسنة 55 ق - جلسة 1991/05/29 س 42 ص 1239)، بالقول: أن بيع الشريك المشتاع حصته مفرزة للأجنبي، بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقي الشركاء، باعتباره في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم، أثره بثبوت حقهم في أخذ الحصص المبيعة عن طريق الشفعة، أنظر أكثر، معوض عبد التواب، "الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض"، الطبعة الخامسة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 41.
- (22) خالد أحمد، مرجع سابق، ص 64.
- (23) خالد أحمد، المرجع نفسه، ص 65.
- (24) مهدي كامل الخطيب، مرجع سابق، ص 41.
- (25) بن سعيد عمر، "الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 501.
- (26) خالد أحمد، مرجع سابق، ص 68.
- (27) لابد أسماء، مرجع سابق، ص 60.
- (28) لعروم مصطفى، "الشفعة في القانون المدني"، مجلة الموثق، العدد 6، افريل 1999، ص 41.
- (29) - أنظر المادة 799، من القانون المدني الجزائري.
- (30) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 184، 185.
- (31) معي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 96.
- (32) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 186.
- (33) معي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 96.
- (34) القانون رقم: 09-08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 21، المؤرخ في 2008/04/23.
- (35) خالد أحمد، مرجع سابق، ص 244، 245.
- (36) معي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 96.
- (37) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 206.
- (38) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 211.