

نظام الشفعة بين الشريعة العامة(*) والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري.

أحمد دغيش

أستاذ القانون الخاص المركز الجامعي ببشار

ملخص:

الشفعة نظام قديم عرف لدى أغلب المجتمعات التي سبقت المجتمع الإسلامي، إلا أنها في تلك العصور القديمة كانت محدودة النطاق بسبب محاصرتها 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 خروجها 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 تأكدت 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.

اختلف الفقهاء سواء في الشريعة أو القانون بشأن تكييف الشفعة (تحديد طبيعتها القانونية). إلا أن الراجح هو اعتبار الشفعة واقعة مركبة ذات طابع مالي.

من خلال هذا البحث نجد أن المشرع الجزائري قد وسّع من مجال الشفعة وهذا بإضافة أشخاص آخرين لهم الحق في الأخذ بالشفعة إلى قائمة الأشخاص المذكورين في المادة 795 من القانون المدني.

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 se 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

(*)- يُقصد بالشريعة العامة هنا القانون المدني الجزائري.

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.

A travers cette recherche on a constaté que le législateur Algérien à élargit le champ de la Chefâa et ceci en incluant d'autres personnes pouvant prétendre à la Chefâa que ceux cités dans l'article 795 du code civil.

مقدمة.

الملكية من الأنظمة القديمة التي عرفتها البشرية لما لها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال والتصرف فيها، والملكية عبر العصور عرفت أنظمة متعاقبة ومتنوعة، فأول نظام لها كان أساسه العرف إذ كانت جماعية، ثم تطورت إلى ملكية شائعة، ثم إلى ملكية فردية على رأسها ملكية المنقولات، أما العقارات فأدخلت ضمن الملكية الفردية في عصور متأخرة.

والتشريعات الحديثة وضعت ضوابط ومعايير لحرية التملك تخدم مصلحة الفرد و الجماعة، وعلى هذا فإن تشريع أسباب اكتساب الملكية كان لحاجة المجتمعات إليها، ولو لم تُشرع تلك الأسباب والطرق لتعطلت مصالح الناس ولظهرت أسباب وطرق أخرى غير مشروعة تُكتسب بها الملكية، فاعتبرت الملكية من الحقوق العينية الأصلية في هذه التشريعات، لذلك قسم الفقهاء المعاصرين (1) أسباب اكتسابها إلى ثلاث:

1- أسباب منشئة للملكية:

وهي كسب الملكية ابتداء من شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية، ومنه الاستيلاء على مال لا يملكه أحد و كل إحرار للمباح كالصيد مثلاً.

2- أسباب اكتساب الملكية بالخلافة عن المالك:

وهي التي تؤول الملكية عن طريقها إلى شخص آخر تربطه به علاقة ما، بمعنى وجود صلة بالمالك الميت ومنها الميراث و الوصية.

(1) عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية" ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1986 ص 07.

3- الأسباب الناقلة للملكية:

وهي التي تشمل كل التصرفات والعقود الناقلة للملكية من شخص لآخر، لكن هذا الانتقال يكون بين الأحياء، وهذا إما تراضيا كالعقود، أو قسرا على إرادة المالك الأول وهو حال الشفعة التي هي موضوع مقالنا هذا.

وباعتبار الشفعة سببا مهما من أسباب كسب الملكية تتميز عن غيرها من الأسباب التي حددتها القوانين والتشريعات المعاصرة، إذ أنها حق تملك قسري للعقار يُمارس بغض النظر عن إرادة المشتري أو المالك الأول بقوة القانون، فكأنها انتزاع لملك الغير بغير رضاه لكن بمقابل، كل هذا من أجل دفع ضرر الشركة أو الجواز، أو من أجل الحفاظ على وحدة ومردودية العقار وبخاصة إذا كان العقار فلاحياً. وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في المواد من: 794 إلى 807 من القانون المدني تحت فصل: "طرق اكتساب الملكية"، بالإضافة إلى بعض التشريعات الخاصة، كقانون التوجيه العقاري الذي اقتبسها من الشريعة الإسلامية فاعتبرت المصدر التاريخي للشفعة، بالإضافة إلى بعض المراسيم منها المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري وغيره من التشريعات الخاصة ممن سيأتي الحديث عنها في محتوى المقال لاحقاً.

ومن دواعي اختيارنا للموضوع هو الطبيعة الخاصة والاستثنائية له، باعتباره خروجاً عن مبدأ الرضائية في التعاقد واحترام إرادة المتعاقدين. بالإضافة إلى الإشكالات القانونية التي تثار في الواقع العملي في هذا المجال ونقص الدراسات القانونية المتخصصة في موضوع الشفعة بصفة خاصة وفي القانون العقاري بصفة عامة.

ولهذا ارتأينا معالجة هذا المقال وفق الفروع الآتية:

أولاً: التطور التاريخي للشفعة.

ثانياً: تعريف الشفعة في اللغة والاصطلاح.

ثالثاً: مشروعية الشفعة.

رابعاً: الطبيعة القانونية للشفعة وحكمتها التشريعية.

خامساً: التمييز بين نظامي الاسترداد والشفعة.

سادساً: موقف المشرع الجزائري من نظام الشفعة.

خاتمة.

أولاً: تطورها التاريخي.

الشفعة نظام قديم عرف لدى معظم المجتمعات التي سبقت المجتمع الإسلامي، كانت بداية ظهور هذا النظام في أواخر العصر القديم حينما ظهرت بعض الأنظمة الشبيهة بنظام الشفعة، ومنها الشراء بالتفضيل الذي حوّل لصالح بعض الأشخاص ممن تتوفر فيهم شروطا معينة لأجل اكتساب ملكية مال معين عن طريق ما يسمى بحق استرداد المال من المشتري الأول، وهو شبيه بحق الاسترداد الوارد في المنقولات حديثا ويترتب عن حق التفضيل هذا انتقال الملكية من المشتري إلى الشفيع، واللجوء إلى هذا النظام آنذاك كان لعدة اعتبارات أهمها ما تعلق بالمصلحة الاجتماعية أو بالنظام الاقتصادي، وهو ما استند إليه عند تشريع الشفعة عبر كل العصور والأجيال(2).

ومن هنا عُرِفَت الشفعة في القانون الروماني والتي اعتمدها الإمبراطور "قسطنطين" للجيران والأقارب ثم ضيِّق نطاقه من طرف الإمبراطوريات اللاحقة.

كما شهد القانون البيزنطي نظاما خاصا للشفعة، فقد أصدر الإمبراطور "ليون الحكيم" مرسوما سنة 922 م حدد درجات الأفضلية ممن يحق لهم الأخذ بالشفعة، وهم أولا الأقارب ثم الشركاء في العقار، ثم الجيران مع تحديد مدة للأخذ بالشفعة أقصاها شهر بعدما كانت في السابق ستة أشهر(3).

إلا أن الشفعة في هذه العصور كانت محدودة النطاق بسبب الفكر الاقتصادي السائد آنذاك والقائم على التملك المطلق وتشجيع حرية تداول الأموال، وهو ما يقتضيه المذهب الفردي(4).

وكما عرفت الشفعة أيضا في العصور الوسطى ولكن بأنظمة خاصة منها حق الاسترداد الزراعي وحق الاسترداد النسبي، والاسترداد الإقطاعي، وهذا بعد أن اشتهرت الزراعة أكثر وسادت سياسة الإقطاع آنذاك.

فالاسترداد الزراعي كان مخولا لسكان المقاطعة بموجب قانون الإفرنج ومقتضاه أنه يجوز للجيران طرد الأجنبي الذي يريد أن يحل محل جارهم في ملكية العقار المملوك لهذا الأخير(5).

وأما الاسترداد النسبي فيمنح للقريب أن يسترجع بسبب قرابته ملكا عائليا بيع لأجنبي بشرط أن يسدد له الثمن والمصاريف اللازمة وهو يهدف إلى حفظ أموال العائلة التي انتقلت إلى أفرادها عن طريق الإرث.

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

(3)- جان باز، القانون العقاري اللبناني، مكتبة لبنان، بيروت، 1968.

(4)- استقرّ المذهب الفردي وساد أغلب دول العالم في نهاية القرن الثامن عشر، نتيجة لذلك برزت أنواع الشركات الضخمة الرأسمالية في العالم.

والمذهب الفردي (LA DOCTRINE INDIVIDUALISTE) يقوم على فكرة تقديس الفرد والاعتراف له بحقوقه الإنسانية وحرية في التصرف وفقا لإرادته الحرة، وأن تلك الحقوق والحريات ثابتة له بطبيعته الإنسانية حسب مدرسة القانون الطبيعي وقواعد العدالة وما القانون إلا مقرر لهذه الحقوق والحريات، وهي في نشأتها سابقة عن تكوين المجتمع السياسي، ولم تنشأ الدولة إلا لحماية حريات الأفراد وحقوقهم وخدمة مصالحهم وكذا تنظيم ممارسة الأفراد لهذه الحقوق والحريات. راجع في هذا: إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 103.

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

أما الاسترداد الإقطاعي فكان خاصا بالسيد صاحب الإقطاعية ممن يملك الأملاك الكبيرة، فإذا كان غير راض عن المشتري، فيمكن له أن ينزع ملكيته لذلك العقار، مع تسديده لنفقات ذلك. وهذا من أجل الحفاظ على العقارات تحت سلطة السيد الإقطاعي(6).

وأما الشفعة في الشريعة الإسلامية فقد وردت بأحكام وقواعد عادلة خلافا لما ورد في الحضارات والمجتمعات القديمة، ضببت من خلالها موضوع الملكية كغيره من المواضيع الأخرى التي تناولها الفقه الإسلامي، فشرعت الشفعة كقيود على حرية التصرف في الملكية لصالح المنفعة الخاصة.

وعرفت الشفعة في الفقه الإسلامي على أنها: "حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضي أم أبى". وسيأتي تفصيل هذا في الفروع اللاحقة.

وأما بالنسبة للعصر الحديث فنجد بأن الشفعة أكثر تنظيماً وأضيق مجالاً مما عرف في العصور المتقدمة وهي مشرعة في كثير من تشريعات الدول الحديثة منها: القانون الإسباني والقانون الألماني والقانون الفرنسي وفقاً لما يعرف عندهم بحق الاسترداد(7) في المنقولات وفي المجموع من المال المختلط عقاراً كان أم منقولاً(8).

وهي مقررة أيضاً في بعض تشريعات الدول العربية منها: لبنان وتونس والأردن، والكويت والسودان والعراق(9) والجزائر(10).

إلا أن معظم هذه التشريعات لا تعترف بالشفعة في غير العقارات، أما المنقولات فيسري عليها أحكام الاسترداد الواردة في التشريعات المدنية لتلك الدول.

ثانياً : تعريف الشفعة في اللغة والاصطلاح.

1- تعريفها لغة: يُشتق لفظ الشفعة من عدة مصادر في اللغة العربية، أهمها الضم والزيادة والإضافة فيقال شفع الشيء شفعاً، أي: ضم مثله إليه وجعله زوجاً، يقال أيضاً ناقة شفوع، التي تجمع بين محلبين في حلبة واحدة، والشفيع في العدد هو الزوج، وجمعها شفعاء. والشفع بفتح الشين وسكون الفاء، ضد الوتر(11).

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

(7)- حق الاسترداد هو حق يُخوِّله القانون للشريك في الشيوع في المنقولات بأن يسترد قبل قسمة ذلك المال الحصة الشائعة التي باعها شريكه لأجنبي، فيحل بذلك المسترد محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات حسب المادة 721 من القانون المدني الجزائري، وهو مأخوذ من القانون والفقه الفرنسيين.

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

(9)- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، ص 162.

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

(11)- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط 1، دار الكتاب الحديث الكويت، 1993، ص 329.

- ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج 03/دار الجيل، ودار لسان العرب، بيروت لبنان، 1988، ص 333.

والملاحظ أن هذه المعاني اللغوية هي أصل معنى الشفعة في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية وهو ضم ملكية العقار المشفوع فيه إلى أملاك الشفيع جبراً على مشتريه ومالكة معاً (12)، أي إضافته إليه ليصبح وحدة واحدة وملكا واحدا في يد الشفيع.

2- تعريفها في الاصطلاح:

أ- الإصطلاح الشرعي: اختلف فقهاء المسلمين في تعريف الشفعة فتعددت آراؤهم حول ذلك، فعرفها ابن عرفة من المالكية بأنها : (استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه) (13).

وعرفها البعض من الحنفية بأنها: (حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن) (14).

شرح التعريف الأول:

الاستحقاق الوارد في هذا التعريف و المخول لهذا الشريك معناه: أن لهذا الأخير حق أخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره في مقابل ثمن يبيعه إذا كان العقد بيعاً، أو بقيمة العقار الذي بادله به هذا الغير إن كان العقد مقايضة، لاعتبار أن المقايضة والبيع لهما نفس الحكم في الفقه الإسلامي، بخلاف التشريعات الحديثة فالبيع عندها يختلف عن المقايضة.

شرح التعريف الثاني:

معنى لفظ (حق) الوارد في التعريف أن لهذا الشفيع سلطة أو صلاحية أو امتياز إن شاء استعمله و إن شاء تنازل عنه.

فهذه السلطة التي منحت له شرعاً وقانوناً تعتبر اختيارية بالنسبة إليه ، بحيث لا يجبر على استعمالها وأما عبارة (كله أو بعضه)، فيستفاد منها أنه في حالة تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة فيقسم بينهم ذلك العقار تحقيقاً للعدالة و المساواة في الحقوق والأنصبة.

وأما عبارة (بما قام عليه من الثمن والمؤن)، فيقصد بها وجوب دفع ثمن الشراء مع المصاريف التي أنفقها المشتري على ذلك العقار من قبل الشفيع الراغب في أخذ هذا العقار بالشفعة لفائدة ذلك المشتري.

الاصطلاح القانوني: اتفق الفقه والقانون على اعتبار الشفعة سبباً من أسباب اكتساب الملكية، إلا أنهم اختلفوا حول تحديد تعريف موحد للشفعة.

فعرّفها القانون الكويتي (15) على أن: "الشفعة هي الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها ... " (16).

(12) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 150.

(13) - محمد ابن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، تونس، 1985، هامش

ص 154.

(14) - عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسم في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، 2000، ص 09.

(15) - من خلال المادة 891 منه.

(16) - عبد الله محمد صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 11.

وعرفها القانون المدني الأردني(17) على أن: "الشفعة حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه بما قام عليه من الثمن والنققات"(18).

وعرفها المشرع المصري(19) في القانون المدني بأن: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية". وهذا النص يقابل عدة نصوص في التشريعات العربية منها: القانون المدني الليبي والقانون العراقي(20) وقانون الملكية العقارية اللبناني(21). وكذلك القانون المدني الجزائري(22).

ثالثاً: مشروعية الشفعة.

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الشفعة لا تثبت إلا في العقارات فقط(23). غير أن الشفعة مشروعة بالسنة والإجماع والقياس.

أ- السنة: فقد وردت عدة أحاديث دالة على مشروعيتها نذكر منها:

الحديث الذي رواه 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"(24). والأحاديث في هذا المجال كثيرة.

ب- الإجماع: أجمع العلماء في الشريعة الإسلامية على جواز الأخذ بالشفعة لاعتبارها تحقق المصلحة الاجتماعية وتدفع الضرر عن أصحاب الحقوق المالكين للعقارات(25).

ج- القياس: أكد بشأنه كثير من فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الشفعة ثابتة أيضاً بالقياس، وأنها لم تأت على خلافه أبداً، منهم ابن القيم الجوزية الذي يرى بأن مشروعيتها من الأصول المقررة في الشريعة وهو ما أكده الإمام السرخسي أيضاً(26).

فالقياس هنا يكمن في أنه إذا كان الشارع الحكيم يدعو إلى إكرام الجار وتفضيله على غيره، نظراً للرعاية التي منحها إياه إلى درجة أنه اقترن بالأمر بعبادته عز وجل من خلال نصوص القرآن

(17)- من خلال المادة 1150 منه.

(18)- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، ص162.

(19)- من خلال المادة 935 منه.

(20)- من خلال المواد: المادة 29 مدني ليبي، المادة 128 مدني عراقي، المادة 238 من القانون اللبناني.

(21)- معوض عيد التواب، الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض، ط03، دون ذكر دار النشر، القاهرة، 1997، ص 17.

(22)- نصّ المشرّع الجزائري على تعريف الشفعة في المادة 794 منه.

(23)- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ج 02، دار الفكر العربي، دون ذكر البلد، 1996

ص265.

(24)- هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الشفعة، بابا الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة حديثاً رقم:

2099، راجع الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج02، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 1992، ص 787.

(25)- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص 266.

(26)- نقله محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،

1986 ص 137.

الكريم والسنة النبوية الشريفة منها : قوله تعالى: "واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً والجار ذي القربى" (27)

ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: "من كان يؤمن بالله الآخر فلا يؤذي جاره" (28) وغيرها من النصوص الشرعية الدالة على الرعاية الخاصة للجار من قبل الشريعة الإسلامية، المعتبرة هنا أصلاً شرعياً في تقرير حقوق الجار بصفة عامة.

فإنه يمكن التأكيد عن طريق القياس الشرعي بأحقية الجار في الأخذ بالشفعة دفعا للضرر المحتمل وقوعه عليه مستقبلاً، فقيس حقه في الشفعة على الحقوق الأصلية الواردة بالنصوص الشرعية القطعية، ومنها الإحسان إليه وعدم إلحاق الأذى به.

فكان الاستدلال بالقياس هو بمثابة الرد على بعض الفقهاء ممن يرون بعدم جواز شفعة الجار بحجة أنها أنت مخالفة للقياس.

ورغم ما قيل في هذه المسألة من آراء فقهية يطول بيانها، إلا أن البعض منها قرر بأن الشفعة ليست ثابتة بالقياس فقط، بل هي أصل في الشرع، وبهذا يقول الإمام السرخسي: "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" (29).

رابعا : الطبيعة القانونية للشفعة وحكمتها التشريعية.

1- طبيعتها القانونية: رغم اختلاف أقوال الفقهاء في المسألة (30) إلا أن الراجح فقها في نظرنا أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا، بل لا تعتبر حقا أصلا وإنما هي سبب لكسب الملكية العقارية، على أساس أن السبب المكسب للحق العيني لا يتصور أبداً أن يسمى ذاته حقا عينيا.

لهذا كيفت الشفعة بأنها واقعة مركبة نظرا للتصرف الإرادي من جانب الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بها، وهذا تصرف قانوني، إلا أنه غير كاف وحده لإحداث الأثر القانوني، بل لابد من توفر الأسباب الأخرى، ومنها إقدام الشريك في الشبوع على بيع حصته لأجنبي، ثم إعلان الرغبة من قبل الشفيع وفقا للإجراءات القانونية المحددة، فيتمتج هذا مع الواقعة المادية المتوفرة وهي واقعة الجوار أو الشبوع لتنشأ بعدها صلة مادية بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهو ما يخول للشفيع طلب الأخذ بالشفعة ولهذا سميت بأنها واقعة مركبة، نظرا لكونها تتألف من وقائع مادية وتصرف قانوني وهو عقد البيع المرتب للشفعة، والناقل لملكية العقار من البائع إلى المشتري ثم إلى الشفيع.

2- حكمتها التشريعية : إن تشريع الشفعة والعمل بها رغم اختلاف أشكالها وتعدد أنواعها عبر

العصور والأزمنة، لم يكن بأي حال من قبيل العبث، أو التضيق على الناس من وضع القيود على

(27) - الآية 36 من سورة النساء.

(28) - حديث صحيح رواه الإمام البخاري.

(29) - نقله محمد وحيد الدين سوار، نفس المرجع، ص 137.

(30) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 405-406.

التصرف في أملاكهم، أو من خلال الضغط على إرادة المشتري للحيلولة دون إحداث أثرها القانوني، وكذلك ردا على الاتجاه القائل بأن الشفعة إنما أنت على خلاف الأصل والقياس (31)، نظرا لكونها قيذا يرد على حرية التصرف والتعاقد أيضا.

فإنه يمكننا القول بأنه رغم هذه العيوب والتي تعتبر قليلة بالمقارنة مع ما تحققه من إيجابيات وفوائد جمة، فهي شرعت لتحقيق المصالح الخاصة والاجتماعية للفئة الغالبة في المجتمع والأولى بالرعاية، وهي مصلحة المجتمع أيضا، ذلك أن الشفعة شرعت لدفع أضرار كبيرة يحتمل وقوعها على أي فرد من أفراد هذا المجتمع مستقبلا، في مقابل ما تحدثه من أضرار طفيفة ومعتمدة، إلا أن هذه الأخيرة يمكن تحملها أو تدارك أخطارها، وسواء وقعت على الشريك أو الجار.

ولهذا أجاز القانون لأحد الشركاء أن يتدخل ويطلب شراء الحصة المبيعة من قبل الشريك الآخر بدلا من ذلك الأجنبي الدخيل على الشركة الراغب في الاتصال بهم لأنه قد يفسد عملهم مستقبلا ويشنت وحدثهم وبالتالي قد يؤدي ذلك إلى حل الشركة.

لأن ذلك الأجنبي في غالب الأحيان يكون مجهول الشخصية لدى الشركاء، فلا يعلمون به ولا يدرون أهو عدل فتؤمن بوائقه، أم باغ مفسد فتنتقى بوادره، فشرع له لأجل هذا الاحتمال حق امتلاك ما اشتراه جبرا عنه، ولنفس الحكمة شرعت الشفعة للجار عند الحنفية ومن سار على دربهم من التشريعات الحديثة (32).

وإضافة إلى ما سبق ذكره شرعت الشفعة من أجل المحافظة على وحدة عناصر الملكية وهي حق الانتفاع والاستعمال وحق الارتفاق من أجل أن تبقى مع ملكية الرقبة وفي يد شخص واحد ليصبح صاحب الحق فيها مالكا للعقار ملكية تامة (33).

والفائدة العظمى من تقرير الشفعة في هذه الحالة أنها تؤدي إلى تحقيق منفعة اقتصادية عندما يستجمع ما تفرق من عناصرها المكونة لها في يد شخص واحد (34).

وهناك حكمة أخرى من وراء تشريع الشفعة وهي الحفاظ على وحدة العقار وعدم تجزئته إلى مساحات وقطع صغيرة عن طريق عملية القسمة، وبالتالي استحداث مرافق جديدة، ومع ما يتطلب في ذلك من نفقات وتكاليف جديدة قد ترهق كاهل العقار والمالكين معا، وهذا لأن الأخذ بالشفعة في كثير من الحالات يؤدي إلى إنهاء الشيوع في حالة بيع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبي، وبخاصة إذا كان هناك شريكين فقط على الشيوع.

(31) - على الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999، ص 162.

(32) - 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.

(33) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج09، المجلد01، ط03، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، 1986، ص 561.

(34) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص13.

وتظهر فوائد هذه الحكمة أكثر إذا تعلق الأمر بالأراضي الفلاحية، فصيرورة ملكيتها في يد شخص واحد يعتبر عاملاً مساعداً لتحقيق الاستثمار والاستغلال الأمثل للعقارات الفلاحية طبقاً لما أقره قانون التوجيه العقاري (25/90)35). وبخاصة المواد: 27 و 28 و 55 منه التي شرّعت من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية انطلاقاً من الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بالملكية العقارية الفلاحية، وكذا الحفاظ على حجم المستثمرة الفلاحية وعدم تغيير وجهتها الفلاحية وقابليتها للاستثمار الفلاحي، وتماشياً مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه (36).

خامساً : التمييز بين نظامي الاسترداد والشفعة

تعريف حق الاسترداد: حق الاسترداد هو حق يُحوّله القانون للشريك في الشيوخ في المنقولات بأن يسترد قبل قسمة ذلك المال الحصة الشائعة التي باعها شريكه لأجنبي، فيحل بذلك المسترد محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات حسب المادة 721 من القانون المدني الجزائري، وهو مأخوذ من القانون والفقهاء الفرنسيين، وأخذت به معظم التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري في المادة المشار إليها أعلاه.

وهو يقابل حق الأخذ بالشفعة في العقارات، والحكمة منه أيضاً 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 منقولاً بحسب الأصل والطبيعة، أم منقولاً بحسب المال، كما في حالة بيع البناية بعد هدمها والأشجار بعد قطعها (37).

مع الإشارة إلى أن حق الاسترداد في المنقولات يثبت فقط عند الشيوخ، بخلاف الشفعة تثبت في الشيوخ 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 للشيوخ فقط (38).

ويثبت هذا الحق مع توفر شروط معينة وهي:

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.

(35) - القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49.

(36) - راجع المواد: 57.55.28.27، من قانون التوجيه العقاري المشار إليه أعلاه.

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

- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً و عملاً، المرجع السابق، ص 65.

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

ويوجد 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، الذي 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 سعيه للمضاربة فيه والتحايل على القضاء وعندما تُمكن الطرف الآخر في النزاع من استرداد ذلك الحق المتنازع عليه وإبقائه لدى أحد أطراف النزاع نُفوت على ذلك المضارب قصده(1).

ومما 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.

ومن هنا 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 نوعاً ما بالفقه 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.

هذا مع أن البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بثبوتها في المنقول أيضا على رأي الحنابلة والظاهرية وبعض أئمة الفقه الآخرين(4).

وعليه ترى هذه التشريعات من أنه لا فائدة للتفرقة 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(5).

(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 الاسترداد 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 والحق 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.

(4) - منهم عطاء الظاهري والإمام الفقيه والمحدث جابر رضي الله عنه.

(5) - الدكتور: عبد الله محمد علي صالح، المرجع السابق، ص 63.

وبناء على ما سبق بشأن تبيان الحكمة من قصر المشرع الشفعة على العقارات فقط دون المنقولات يمكن القول اختصاراً 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 وكذا الجوار.

إلا أن الاسترداد نطاقه فقط في الشيوخ، لأنه لا فائدة منه في الجوار لاعتبار المنقول مال متحرك طبيعته لا تقتضى الجوار.

وبالرغم 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، وندخل بذلك أحكام المادة 721 ق مدني السابق ذكرها ضمن أحكام مواد الشفعة الخاصة بالعقارات ليصبح نظاماً واحداً يسري على المنقولات الشائعة والعقارات على حد سواء، مع الإبقاء على نظام الاسترداد في الحقوق المتنازع عليها، باعتبارها نظاماً استثنائياً خاصاً يرد على المنقولات والعقارات معا وهو ما تضمنته المواد من (400-403) من القانون المدني.

سادساً: موقف المشرع الجزائري من نظام الشفعة.

نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في القانون المدني ضمن المواد من 794-807 منه. واستهل تنظيمها بعرض تعريفها استناداً لما ورد في نص المادة 794 منه بقولها: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

فلنحظ جلياً من خلال هذا النص بأن المشرع الجزائري كَيَّفَهَا (39) على أنها رخصة وليست حقاً.

وتعددت الآراء في تعريف الرخصة، إلا أن الراجح عند الفقهاء أنها: 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. والرخصة عند الفقهاء أدنى من الحق وأكثر من الحرية (40).

والشفعة وفقاً لهذا المفهوم لا ترد إلا على العقارات فقط دون المنقولات لأن هذه الأخيرة تخضع لأحكام حق الاسترداد الواردة في المادة 721 من القانون المدني (41) بشأن استرداد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي.

(39) - التكيف هنا بمعنى تحديد طبيعتها القانونية.

(40) - رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1985، ص 148.

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

كما اتضح موقفه من خلال اعتماده لأغلب نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني المصري ومتأثراً كذلك بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال مثل باقي الدول العربية الأخرى.

إلا أنه من خلال هذا البحث اتضح لنا بأن المشرع الجزائري في تنظيمه للشفعة لم يتقيد بالقواعد العامة الواردة في الشريعة العامة (القانون المدني)، وإنما أضاف أحكاماً جديدة لنظام الشفعة اعتبر بمثابة تعديلات لنصوص الشفعة المقررة في القانون المدني.

وتلك الأحكام الإضافية تظهر من خلال ما جاء به قانون التوجيه العقاري وفقاً للمواد: 52، 57، 71 حيث قررت المادة 52 أحقية الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في اكتساب صفة الشفيع على الأراضي الفلاحية التابعة للخواص، وقررت المادة 57 منه صفة الشفيع للجار في الأراضي الفلاحية دون تحديد مرتبته صراحة بين مراتب الشفعاء الواردة في المادة 795 من القانون المدني، إلا أننا نرى بإدراجه في المرتبة الأخيرة .

وأما المادة 71 من قانون التوجيه العقاري فأثبتت شفعة الدولة والجماعات المحلية في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير من أجل تحقيق المصلحة العامة، إلا أن هذا النص قرر صراحة وضع حق الدولة والجماعات المحلية هنا في المرتبة الأولى تسبقاً له عن المراتب المحددة في المادة 795 من القانون المدني (42).

كما أضاف المشرع الجزائري أحكاماً أخرى ألحقت بالشريعة العامة (القانون المدني) في موضوع الشفعة، منها ما جاء به نص المادة 118 من قانون التسجيل (43) فيما يتعلق بشفعة الدولة على كل أصناف الأملاك العقارية، وهو ما أكدته المادة 16 من المرسوم التنفيذي 454/91 الخاص بإدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة (44).

كما يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية (45) أن يستعمل حقه في الشفعة باعتباره مالكا للرقبة على كل الأراضي الفلاحية طبقاً للمادة 52 من قانون التوجيه العقاري، والمادة 24 من قانون 19/87 الخاص بالمستثمرات الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة (46).

وهذه الهيئة التنفيذية التابعة للدولة تمارس حقها في الشفعة ضمن المرتبة الأولى من مراتب الشفعاء المحددة بالمادة: 795 ق م ج.

(42) - راجع في هذا نصوص المواد 52، 57، 71 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن قانون التوجيه العقاري الجريدة الرسمية رقم 49.

(43) - الأمر رقم 105/76، المؤرخ في: 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.
(44) - المرسوم التنفيذي رقم 454/91، المؤرخ في: 1991/11/23، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 1991/11/26، العدد 60.

(45) - أنشأ هذا الجهاز التنفيذي بموجب 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.

(46) - القانون رقم 19/87، المؤرخ في: 1987/12/08، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 50.

وتكملة للأحكام الجديدة الصادرة عن المشرع الجزائري نجد بأنه قرر للمستأجر الشاغل حق ممارسة الشفعة عند قيام المؤجر الذي يعتبر شخصا معنويا ببيع البناية التي يملكها أجزاءً لصالح شخص أجنبي طبقاً للمادة 23 من المرسوم التشريعي: 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري(47).

فمن خلال إبرازنا لموقف المشرع الجزائري بشأن نظام الشفعة اتضحت أكثر العلاقة القائمة ما بين أهم أحكام نصوص الشفعة وما جاءت به مختلف التشريعات الخاصة من أحكام واستثناءات خاصة قيدت في معظمها تلك النصوص العامة، على اعتبار أن هذه الأخيرة تعتبر في حكم القانون بمثابة قاعدة عامة أو تشريع عام، وهذا الأمر أُعْتَبِرَ أحد الأسباب الذي من أجله لُقِبَ الفقهاء القانون المدني بالشفعة العامة.

كما أن هذا الحكم يتوافق مع القاعدة الفقهية الشهيرة ومؤداها: "أن العام يُحْمَلُ على عمومته حتى يرد ما يخصه" وكذلك: "المطلق يُعْمَلُ على إطلاقه حتى يرد ما يقيدده".
خاتمة.

ختاماً للبحث نورد النتائج الآتية:

أولاً: 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 نصوص قانون التوجيه العقاري 25/90، طبقاً للمادة 71 منه 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 تطبيقاً لأحكام المادة 52 منه بالنسبة للأراضي الفلاحية التابعة للخوادم، وكذلك ما ورد في المادة 57 من نفس القانون بأن قررت صفة الشفيع للجار في الأراضي الفلاحية وفي المرتبة الأخيرة بالنسبة لِمَا ورد في القانون المدني (م 795 منه) كما لا ننسى شفعة الدولة أيضاً على كل الأملاك العقارية المقررة بنص المادة 118 من قانون التسجيل(48) وما قررت المادة 16 من المرسوم التنفيذي 454/91 الخاص بإدارة الأملاك الخاصة والعامرة التابعة للدولة(49).

ولإشارة فإن الشفعة الواردة في المادة 118 من قانون التسجيل تمارس عن طريق إدارة التسجيل لصالح الخزينة العمومية إذا رأت أن ثمن بيع العقار غير مناسب لقيمة العقار، فتمارس من قبل الوكالات

(47) - المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في: 01/03/1993، المتضمن النشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 03/03/1993، العدد: 14.

(48) - الأمر رقم: 105/76، المؤرخ في: 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمنتم.
(49) - المرسوم التنفيذي رقم: 454/91، المؤرخ في: 23/11/1991/ يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامرة التابعة للدولة وتسييرها، ويضبط كفاءات ذلك، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في 26/11/1991، العدد: 60.

العقارية وهذا ما جاء به المرسوم التنفيذي 405/90(50)، كما يكسب صفة الشفيع أيضا الديوان الوطني للأراضي الفلاحية على كل الأراضي الفلاحية طبقا للمادة 52 من قانون التوجيه العقاري، والمادة 24 من قانون 19/87 الخاص بالمستثمرات الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة(51).

إلا أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية طبقا للمادة 24 من قانون 19/87 المشار إليه أعلاه، يمثل الدولة باعتبارها مالكة الرقبة وبالتالي يحتل المرتبة الأولى طبقا للمادة 795 ق م ج المحددة لمراتب الشفعاء وهذا عند التنازل عن الحصة في المستثمرة الفلاحية باعتبارها من حقوق الانتفاع الدائمة، وكذلك إذا سقطت هذه الحقوق بمقتضى نصوص قانون 19/87 المشار إليه سابقا.

ثانيا: القاعدة العامة وطبقا للمادة 795 ق م ج، أن المستأجر لا يدخل ضمن الأشخاص المخول لهم صفة الشفيع، وعليه لا يعتبر المستأجر منتفعا بحق الانتفاع المعروف في القانون المدني، ذلك أن حق الإيجار يدخل ضمن الحقوق الشخصية، في حين أن حق الانتفاع مجاله الحقوق العينية، وهو ما أيده المحكمة العليا في أكثر من قرار لها، إلا أنه وخروجا عن القاعدة العامة المقررة سلفا أجاز المشرع الجزائري بنص استثنائي خاص ورد في المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري - المشار إليه سلفا- للمستأجر الشاغل حق ممارسة الشفعة عند قيام المؤجر الذي يعتبر شخصا معنويا بيع البناية التي يملكها أجزاء، وهذا المستأجر الشخص الطبيعي إنما يشغل فقط أحد أجزاء البناية ليشفع في الأجزاء الأخرى عند قيام الشخص المعنوي ببيعها لأجنبي، طبقا للمادة 23 من هذا المرسوم.

ثالثا: تكملة للنتيجة السابقة وطبقا لما نقضي به المادة 23 من المرسوم التشريعي 03/93، واستنادا لعموم النص، فإننا نرى من خلال هذه الدراسة أن الشخص المعنوي هنا قد يكون عاما يمارس نشاطه في إطار القانون الخاص، كالأملاك العقارية المبنية التابعة للدولة ملكية خاصة، والمسيرة من طرف ديوان الترقية والتسيير العقاري وقد يكون هذا الشخص المعنوي خاصا كشركة أو مؤسسة ترقية خاصة، طالما أنها تحمل صفة الشخص المعنوي قانونا، ليشملها بذلك عموم النص، ولأن العام يحمل على عمومته حتى يرد ما يخصه طبقا لقواعد تفسير النصوص القانونية.

ونحن نرى بأن اتجاه المشرع هذا بإضافة طبقة أخرى من الشفعاء موسعا 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. ولإشارة فإن هذا المرسوم جاء أيضا بالموازاة مع إلغاء حق البقاء في الأمكنة المشغولة بناء على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني طبقا للمادة 20 من هذا المرسوم.

رغم أن لفظ "البناية" الوارد في نص المادة 23 منه جاء عاما أيضا في نظرنا، لذا فهو يشمل البناية ذات الطابع السكني بالإضافة إلى البناية ذات الطابع المهني.

(50)- المرسوم التنفيذي رقم: 405/90، المؤرخ في: 1990/12/22 يتضمن إنشاء وكالات التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، الجريدة الرسمية العدد 56.

(51)- القانون رقم 19/87، المؤرخ في: 1987/12/08، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، لجريدة الرسمية، العدد: 50.

رابعاً: نلاحظ من خلال دراستنا لهذا الموضوع أن نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري المنظم لشفاعة الجوار في الأراضي الفلاحية قد ورد عاماً هو الآخر، فلم يبين شروط تطبيقه ولا الإجراءات المعتمدة في ذلك بالمقارنة مع أحكام شفاعة الجوار الواردة في القانون المدني المصري الحالي، يضاف إليه أن المشرع الجزائري من خلال قانون التوجيه العقاري اقتصر فقط على شفاعة الجوار عند بيع الأراضي الفلاحية دون باقي الأصناف الأخرى، رغم أن الحكمة من تشريع نظام الشفاعة موجودة أيضاً في العقارات المبنية وبخاصة في مجتمعنا الحاضر، وما طرأ عليه من فساد للأخلاق وقلة احترام الجيران، يرمي الأوساخ والنفايات عليهم، وما يحدث من انتهاك للأخلاق والآداب العامة في المجتمع الحديث، وبخاصة إذا كانت البناءات سكنية فإن الضرر سيكون أعظم.

ونشير إلى أن أضرار الجوار معظمها يصعب إثباتها لدى جهات القضاء، إضافة إلى تكاليف التقاضي المعتبرة التي تقع على عاتق المدعي المتضرر عند رفع دعواه أمام القضاء.

خامساً: من خلال تفحصنا لنصوص الشفاعة الواردة في القانون المدني الجزائري، نجد بأن الشفاعة بعد ثبوت الحق فيها رضاء أو قضاء تبدأ مباشرة بترتيب آثارها القانونية، وأولها حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، طبقاً 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 تتحدد العلاقة فيما بين البائع والشفيع بظهور التزامات متقابلة بينهما، وقد ينتقل العقار من المشتري إلى الشفيع إن كان بيد المشتري وتقوم أيضاً بين هذين الطرفين علاقة قانونية تتحدد على إثرها التزامات متبادلة أيضاً.

كما قد تظهر علاقات قانونية أخرى بين كل من الشفيع وغيره من جهة وبين البائع والمشتري من جهة أخرى، وهذا إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوقاً عينية أو تصرفات معينة للغير وقبل شهر الشفيع رغبته في الشفاعة، أو قبل تسجيل المشتري عقد شرائه، حيث تصبح تلك التصرفات سارية في حق الشفيع.

سادساً: ونخلص في آخر هذه الدراسة إلى تحديد مسقطات الشفاعة طبقاً لنصوص الشفاعة الواردة في القانون المدني من (794-807)، وأيضاً ما ورد في القواعد العامة بشأن سقوط الحقوق والالتزامات عند عدم المطالبة بها في مدة معينة، وهذه المسقطات نوردتها كالاتي:

- 1- نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفاعة صراحة أو ضمناً.
- 2- عدم إظهار الرغبة في الأخذ بالشفاعة في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للشفيع.
- 3- عدم إيداع ثمن بيع العقار والمصاريف لدى الموثق في ميعاد الثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفاعة.
- 4- عدم رفع دعوى الشفاعة في ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة.
- 5- مضي أجل سنة من تاريخ شهر عقد البيع المرتب للشفاعة.

- 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.

قائمة المراجع المعتمدة.

أولاً: المؤلفات.

- 1- الدكتور/ فرج أبي راشد، الشفعة، نصوص واجتهادات فقه، بدون ذكر دار النشر والبلد.
- 2- الدكتور/ جان باز، القانون العقاري اللبناني، مكتبة لبنان، بيروت، 1968.
- 3- الدكتور/ على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ج 02، دار الفكر العربي، دون ذكر البلد، 1996.
- 4- الإمام البخاري/ صحيح البخاري، ج 02، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 1992.
- 5- الدكتور/ محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 6- الإمام/ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1993.
- 7- الأديب/ ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج 03، دار الجيل ودار لسان العرب، بيروت، لبنان، 1988.
- 8- الإمام/ محمد ابن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، تونس، 1985.
- 9- الدكتور/ عبد الله محمد صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.
- 10- الدكتور/ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، دون ذكر السنة.
- 11- الدكتور/ معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض، ط 03، دون ذكر دار النشر القاهرة، 1997.
- 12- الدكتور/ علي الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- 13- الدكتور/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

- 14-الدكتور/أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية القاهرة، 1999.
- 15-الدكتور/ عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 2000.
- 16-الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج 09، المجلد 01، ط03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1986.
- 17-الدكتور/ رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1985.
- ثانيا: القوانين والمراسيم.**
- 1-القانون رقم : 25/90، المؤرخ في : 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49.
- 2-الأمر رقم : 75-58، المؤرخ في : 26/09/1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، والمنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 30/09/1975، العدد : 78.
- 3-القانون رقم: 19/87 المؤرخ في : 08/12/1987، المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد : 50.
- 4-الأمر رقم : 105/76، المؤرخ في : 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.
- 5-المرسوم التشريعي رقم: 03/93، المؤرخ في: 01/03/1993، والمتضمن النشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في : 03/03/1993، العدد : 14.
- 6-المرسوم التنفيذي رقم: 87/96، المؤرخ في : 24/02/1996، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في : 28/02/1996، العدد : 15.
- 7-المرسوم التنفيذي رقم : 405/90، المؤرخ في : 22/12/1990، يتضمن إنشاء وكالات التسجيل والتنظيم العقاريين الحضريين، الجريدة الرسمية، العدد : 56.
- 8-المرسوم التنفيذي رقم : 454/91، المؤرخ في : 23/11/1991، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 26/11/1991، العدد : 60.

