

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Research Ministry of High Education and Scientific
جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعرييج -
University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi - Bba-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences



الحقوق العقارية بين الشفعة وحق الاسترداد

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر تخصص: التهيئة والتعمير

إشراف الأستاذة:

د. مكاري نزيهة

من إعداد الطلبة:

❖ قويدرات لحسن

❖ بن الصغير عصام

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
زاوي رفيق	أستاذ محاضر قسم ب	رئيسا
مكاري نزيهة	أستاذ مساعد قسم أ	مشرفا ومقررا
عثماني حمزة	أستاذ محاضر قسم ب	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

مقدمة

أسباب كسب الملكية في الحقوق العقارية متعددة ومتنوعة حددها القانون المدني الجزائري وقوانين خاصة أخرى ومن بينها الاستيلاء والتركه والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والتقادم المكسب والاسترداد وأغلب هذه الأسباب تضمنها باب اكتساب الملكية في القانون المدني، غير أن الاسترداد كسب استثنائي لكسب الملكية المشاعة في الحقوق العقارية فقد ورد في الباب الأول حق الملكية الفصل الأول حق الملكية بوجه عام القسم الرابع الملكية الشائعة.

وقد خص المشرع الجزائري الملكية العقارية الشائعة بحماية خاصة تهدف إلى تمكين الشركاء من اكتساب الحقوق المشاعة التي يتصرف فيها بعض الشركاء للغير حفاظاً على خصوصية المال المشاع، والملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يتعدد فيه الملاك، وتشتمل هذه الملكية على المال المشاع برمته غير منقسم وعليه فمحل حق الشريك هو الحصة الشائعة، والمقصود بالحصة الشائعة السهم الجاري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك¹، فالشيوخ هو الحالة القانونية التي تنجم عنها تعدد أصحاب الحق العيني الأصلي، فإذا اشترى شخصان عقار ولم يحددا الجزء الخاص بكل منهما، فهما شركاء على الشيوخ، أو أن شخصاً أوصى بحق الانتفاع لعدة أشخاص، فيكون بذلك الموصى به مشاعاً بينهم، فبالرغم من أن الشريك لا يملك كل المال المشاع إلا أنه يملك سهماً جاري في كل المال المشاع، كما أن الشيوخ قد يكون في شكل حصص ملكية تامة تشمل جميع عناصر الملكية الثلاثة فقد يشترك شخصان أو أكثر في عقار بامتلاك عنصر من عناصر الملكية مثل الملكية المجردة وحق الاستغلال.

وعلى اعتبار أن الشريك مالك لحصته فله الحق في التصرف فيها وأخذ ثمارها واستغلالها على أن لا يرتب ذلك ضرراً لسائر الشركاء طبقاً للمادة 714 من القانون المدني.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثامن - دار احياء التراث العربي بيروت لبنان، 1967
² الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30

فإن تصرف في حصته بالبيع جاز للشركاء استرجاع هذه الحصة بإحدى الرخصتين المخولتان قانوناً ألا وهما حق الشفعة وحق الاسترداد وكلاهما تؤديان نفس الغرض وتبائنان من حيث المال محل الاسترجاع ومن حيث الإجراءات والآثار.

فالشفعة والاسترداد إذا هما رخصتان رتبهما المشرع الجزائي في القانون المدني أجاز من خلالهما للشريك في الشيوع استرجاع الحصة التي باعها أحد الشركاء في العقار الشائع إلى أجنبي عن الشيوع. غير أن المشرع قيد رخصة الشفعة بإجراءات لم يقرها في حق الاسترداد وللشريك حرية اختيار أحد الرخصتين لاكتساب الحصة المشاعة المباعة لأجنبي في العقار المشترك والملاحظ أن القانون لم يمنع الشريك من ممارسة الاسترداد ثم اللجوء إلى طلب الشفعة لعدم وجود نص مانع، كما أن ازدواجية نظام اكتساب الحصة المشاعة في العقار المباعة لأجنبي تدفعنا لطرح الإشكال التالي:

ماهي الآثار القانونية الناتجة عن ممارسة رخصتي الشفعة والاسترداد في الملكية

العقارية ؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنعمد منهج الدراسات التحليلية المقارنة، إذ سنطلق من تحليل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع الجزائي الموضوع محل الدراسة على ضوء ما ذهب إليه الشراح والقضاء. وللوصول إلى أصوب النتائج سنعمد على ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة، وبالخصوص التشريع المصري، لأن المشرع الجزائي قد استسقى غالبية نصوصه منه، إضافة إلى التطرق إلى الفقه الإسلامي لكونه المصدر الأساسي للتشريع الجزائي وسنخص الدراسة بالتصرفات الواردة على العقار، وكل ذلك وفق خطة تتكون من فصلين

فنخصص الفصل الأول بدراسة الشفعة في مبحثين، الأول يتناول مفهوم الشفعة وشروطها والثاني إجراءات الشفعة وآثارها.

أما الفصل الثاني، فنخصه بدراسة الاسترداد في الحصة المشاعة في مبحثين الأول يتناول مفهوم الاسترداد وشروطه والثاني إجراءات الاسترداد وآثاره.

الفصل الأول: الشفعة

نظم المشرع الجزائري الشفعة في القانون المدني، في الكتاب الثالث: الحقوق العينية

الأصلية، الباب الأول: حق الملكية، الفصل الثاني: طرق اكتساب الملكية، القسم الخامس:

الشفعة في المواد من 794 إلى 807 ق م.

وقد عرفها القانون المدني بأنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في

بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية³

ويستخلص من هذا التعريف أن الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية،

إذا ما أستعملها الشفيع لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع، الذي يحل

محل المشتري بشروط

وقبل التطرق إلى مختلف الجوانب المتعلقة بنظام الشفعة وأحكامها لا بد

من الوقوف أولا على مفهوم الشفعة، وعلى إثر ذلك سنتطرق في هذا

الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الشفعة بينما نتطرق في

المبحث الثاني لشروط الشفعة.

³ المادة 794 من القانون 10/05 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم

المبحث الأول: ماهية الشفعة وشروطها

إذا بيع عقار وقام سبب يجعل القانون بموجبه لشخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري فيكون لمن تحقق له هذا السبب إذا أراد استبعاد المشتري والحلول في البيع محله، فيقال إن له أخذ العقار المبيع بالشفعة، وقبل التطرق إلى مختلف الجوانب المتعلقة بنظام الشفعة والخوض في أحكامها، لا بد من الوقوف أولاً على تعريف الشفعة والحكمة منها بالإضافة إلى تكييفها القانوني وأهم خصائصها، ولذلك سنتطرق من خلال المطالب التالية إلى تعريف الشفعة في المطلب الأول بينما نتطرق في المطلب الثاني لخصائص الشفعة.

المطلب الأول: مفهوم الشفعة وخصائصها

الشفعة لغة هي الضم والزيادة وهي مشتقة من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم شيء إلى شيء وهي أيضاً مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه فالشفيع يشفع ماله بها فيضم إليه مال غيره ويزيده.⁴

فإذا باع أحد الشريكين في الشيوع حصته في عقار لأجنبي، جاز للشريك أن يظهر رغبته في أخذ هذه الحصة بالشفعة باعتباره شريكاً في الشيوع ليحل محل المشتري في تملكها إذا وفى بما دفعه المشتري فيها وما صرفه، ويسمى الآخذ بالشفعة "الشفيع"، ويسمى المشتري "المشفوع منه"، ويسمى العقار المبيع "العقار المشفوع أو المشفوع منه"، كما يسمى عقار الشفيع أو حقه الذي يشفع بموجبه "العقار أو الحق المشفوع به"⁵ وبذلك يكون الشفيع في مركز قانوني يعطيه أفضلية على المشتري المشفوع منه، بحيث يكون له استبعاده والحلول محله في بيع العقار المشفوع فيه.⁶

فالشفعة إذن هي حق قانوني يمكن الشفيع من الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك، ويحل بذلك في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة نتيجة هذا الحل إلى اكتساب ملكية الحقوق العقارية المبيعة أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبراً على المشتري.

وقد استمدت أحكام الشفعة من الفقه الإسلامي، فهي مباحة عند جمهور الفقهاء لما يلي.

الفرع الأول: تعريف الشفعة

⁴ عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص188
⁵ حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 3، 1994، ص515
⁶ رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص151

أولاً: الشفعة في الشريعة الإسلامية

فمن السنة النبوية ما رواه البخاري عن جابر رضي الله عنه قال ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)) روى مسلم عن جابر رضي الله عنه قال: ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به)).

وأما في الإجماع فقد قال الإمام إبراهيم بن المنذر وهو من كبار العلماء المحدثين عن مالك، أجمه أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط. ولقد أقر الفقهاء أن الشفعة تثبت على خالف الأصل والقياس، وأنها استثناء وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه إلى غيره إلا بطيب نفسه ورضاه، وفي الشفعة يملك العقار جبراً عن صاحبه، وهو المشتري، إذ بمقتضى عقد البيع يصبح مالكا، ومع ذلك ينزع ملكه عنه جبراً، ومن جهة أخرى، فإن في تقرير مبدأ الشفعة إضراراً بالمالك الأصلي وهو البائع، إلا أنه إذا علم الراغبون في الشراء أنهم إذا اشتروا نزع ملكهم منهم، لا يقدمون على الشراء، فإذا كان البائع مضطراً للبيع، كان بين حالين: إما احتمال الضرر النازل به الذي يضطره للبيع وذلك أدى لا ريب فيه، وإما الترغيب في المبيع الذي أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس فيه غبن فاحش عليه ولكن قد أضطر إليه.⁷

• الحكمة من الشفعة:

قام نظام الشفعة منذ أن استقر تطبيقه في الشريعة الإسلامية على فكرة دفع الضرر عن الشفيع، المتصل حقه بالعقار المبيع، الذي قد يأتي من المشتري لهذا العقار الذي ال تكون له في الأصل صلة بهذا العقار فالشريك قد يتضرر من دخول أجنبي أو غريب عن الشركاء إذا باعه أحد الشركاء حصة في العقار الشائع وبذلك تبرر الشفعة على أساس تفضيل القريب على الغريب، أي تفضيل من قامت له صلة بالعقار المبيع على الغريب الذي لم تكن له هذه الصلة أو من كانت له بالعقار صلة أدنى من صلة الشفيع.⁸

إلا أنه ورغم كل هذا، فإن نظام الشفعة يبقى نظاماً استثنائياً يمس حرية التعاقد وحق التصرف وحقوق المشترين وحق الملكية على السواء، بما يعنيه من إحلال الشفيع محل المشتري الذي

⁷ الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 150

⁸ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 6

اختاره البائع وبما ينتهي إليه من أخذ الشفيع للعقار جبرا على المشتري، ولذلك ينبغي التضييق من نطاق هذا النظام والتشدد في شروطه وإجراءاته، ويدخل كل ذلك في مسؤولية المشرع، كما ينبغي عدم التوسع في تفسير أحكامه، وهذه مسؤولية القضاء غير أن المآخذ على نظام الشفعة الـ تحجب ما تحققه الشفعة من فوائد في بعض الصور حيث تكون هي الوسيلة لتجميع ما تفرق من عناصر الملكية، أو للقضاء على وضع الشيوخ غير المرغوب فيه أو حتى لتقليل عدد الشركاء.⁹

ثانياً: التعريف الفقهي والقانوني للشفعة

اختلف الفقهاء حول تكييف الشفعة، فمنهم من يعتبرها حق عيني ومنهم من اعتبرها حق شخصي، فالذين يعتبرونها حق عيني على أساس أنها تتولد من حق ملكية العقار المشفوع به، وينصب على العقار المشفوع فيه، أما الذين يعتبرون الشفعة حقاً شخصياً ولكن مع حمل هذا الوصف على معنى الحق المتصل بشخص الشفيع لا على معنى حق الدائنية في هذا الصدد فإنه لا يمكن التسليم باعتبار الشفعة حقاً عينياً للشفيع، إذ أن الحق العيني يعبر عن رابطة تخول لصاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي، وليس في الأخذ بالشفعة ما يخول الشفيع أي تسلط مباشر على العقار المبيع المشفوع فيه، وإنما يخوله - بالإرادة المنفردة- سلطة استبعاد المشتري والحلول محله في بيع هذا العقار، أما القول باعتبار الشفعة حقاً شخصياً بمعنى اتصالها بشخص الشفيع، فلا يفصل في مسألة تكييف الشفعة بقدر ما يبين خاصية من خصائصها.¹⁰

وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى اعتبارها من الحقوق الإرادية، معتمدين في تكييف الشفعة على تحديد المحل الذي ينصب عليه التأصيل، فإذا كانت الشفعة تتركب في الأصل من عناصر ثلاثة هي قيام سبب من أسباب الأخذ بالشفعة، وحصول بيع العقار المشفوع فيه، ثم إرادة الشفيع الأخذ بالشفعة فينبغي مع ذلك التمييز بين هذه العناصر من حيث دورها، فمجرد قيام سبب من أسباب الشفعة لا يوجد أي حق لمن قام به السبب طالما لم يحصل بعد بيع العقار المشفوع فيه، وقيام السبب ثم حصول البيع يفتح خياراً لمن قام به السبب للأخذ بالشفعة.¹¹ ولا تقوم الشفعة إلا باستعمال هذا الخيار، ويتحقق هذا الاستعمال بإرادة الشفيع الأخذ بالشفعة، فالشفعة إذن إذا كانت تتركب من العناصر الثلاثة في الأصل والأساس، إلا أنها تتركز

⁹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 517

¹⁰ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 526

¹¹ حسن كيرة، نفس المرجع، ص 528.

في استعمالها في إرادة الشفيع الأخذ بالشفعة، فهذه الإرادة هي العنصر الجوهرى الذى ينبغى التركيز عليه، رغم أن هذه الإرادة إنما وجدت نتيجة اجتماع العنصرين الآخرين فدورها هو دور الممهد لإرادة الشفيع فى تحقيق الشفعة.

وعلى ذلك فإن الحق الثابت للشفيع بإرادته، يدخل ضمن الحقوق الإرادية التى تخول لصاحبها بإرادته المنفردة سلطة التأثير فى علاقات أو مراكز قانونية قائمة من قبل بتغييرها أو بإنهائها أو بإنشاء غيرها، وهذه الحقوق الإرادية تتميز عن الحقوق المدنية الأخرى وبخاصة عن الحقوق العينية وعن الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية، فهى لا تنصب مباشرة على شىء مادى كما هو الشأن فى الحق العينى، وليس فيها اقتضاء أداء معين كما هو الشأن فى حق الدائنية، وإنما ترد على علاقة قانونية قائمة من قبل بالتأثير فيها بالإرادة المنفردة. وتتميز هذه الحقوق التى تضم الشفعة، بأنها تنتهى باستعمالها وإحداث الأثر القانونى المخول للإرادة المنفردة إحداثه، وهى غير مشروطة وغير قابلة للتجزئة كما أنها كذلك نهائية وملزمة لمن أصدر الإرادة المنفردة بحيث لا يملك بعد إعلانها الرجوع عنها بإرادته المنفردة.¹²

إلى جانب جميع الآراء الفقهية السابقة، هنالك اتجاه يرى فى الشفعة أنها رخصة وليست حقا، لأنها مجرد رأى ومشية، إذ يعتبر أنصار هذا الرأى أن الشفعة سبب لكسب الحق فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية العقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة أو حق حكر.¹³

وهو الاتجاه الذى سلكه المشرع الجزائرى بنصه فى المادة **794** ق.م على أن: ((الشفعة رخصة تجيز الحلول فى بيع العقار محل المشتري)).¹⁴ والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هى واقعة مركبة اقترن فيها الشبوع أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى بإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى صادر من جانب واحد، فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة

¹² حسن كيرة، المرجع السابق، ص 533

¹³ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء التاسع-أسباب كسب الملكية-، دار احياء التراث العربى، بيروت،

1968، ص447

¹⁴ المادة 794 من القانون المدنى الجزائرى المعدل والمتمم.

فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة

المادية.¹⁵

إلى جانب ذلك فإن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة فمن وجه إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب، فهو بهذا القبول قد تعاقد مع الموجب، فكسب بالعقد حقا شخصيا، فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه فاستطاع- بإرادته المنفردة - وهي قبول هذا الإيجاب أن يكسب الحق.¹⁶ فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تنهياً لأسبابه للشفيع فيكون شريكا مشتاعا في العقار أو مالكا للعقار وتباع حصة شائعة في العقار مثال، وهنا ينشأ المركز القانوني ويكون للشفيع رخصة في أن يمتلك العقار المشفوع.

فالرخصة تتولد بقيام هذا المركز القانوني وهي تخول للشفيع الحق في أن يمتلك العقار

المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة.¹⁷

فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تنهياً لأسبابه باجتماع وقائع مادية معينة فيكون للشفيع، ليس حق الملك، بل الحق في أن يمتلك، فإذا أعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة وهذه إرادة منفردة أي تصرف قانوني صادر من جانب واحد تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ويتحول حقه في أن يمتلك هذا العقار إلى حقه في ملكيته، وذلك عن طريق حله محل المشتري.¹⁸

الفرع الثاني: خصائص الشفعة

إن أهم خصائص الشفعة أنها غير قابلة للتجزئة وأنها متصلة بشخص الشفيع وأنها لا ترد إلا على العقارات وسنتطرق لهذه الخصائص كما يلي:

أولا: عدم قابلية الشفعة للتجزئة

معنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة

بعض المبيع دون بعض وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك.¹⁹

استقر الفقه الإسلامي على مبدأ هام هو مبدأ عدم التجزئة في استعمال الشفعة والمقصود به

أنه إذا توافر سبب الأخذ بالشفعة فينبغي استعماله بما لا يلحق الضرر بالمشتري بتفريق

¹⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 448

¹⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 448

¹⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 449

¹⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 450

¹⁹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 483

الصفقة عليه، بحيث تجب الشفعة في البيع بأكمله طالما كان يمثل صفقة واحدة وكان سبب الشفعة متوافرا في شأنه كله. 20

وفي تطبيق مبدأ عدم التجزئة في الشفعة، يستوجب الاعتداد بجملة من الاعتبارات أهمها: 21

- يرتهن مبدأ عدم التجزئة بوجود صفقة واحدة متكاملة وغير متفرقة يخشى من أن يؤدي الأخذ بالشفعة فيها إلى تفريقها على المشتري، وبذلك يستبعد من نطاق هذا المبدأ وجود صفقات متفرقة ولو جمعها عقد واحد، إذ مع تفرقها الأصلي لا حرج من الشفعة في بعضها دون البعض

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

- ليس من شأن أعمال مبدأ عدم التجزئة حرمان الشفيع في الأصل من الشفعة طالما التزم في شفيعته بحدودها المقررة، ومع ذلك ينبغي ألا ينجم عن استعمال الشفعة إلحاق ضرر فاحش أو جسيم بالمشتري.

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

ثانيا: ورود الشفعة على العقارات

لا شفعة إلا في العقار، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني في نص المادة 794 ق م، على خلاف حق الاسترداد الذي يكون في المنقول و مجموع المال المشاع. وقد عرف المشرع الجزائري العقار بأنه: ((كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص)). 22

وهذا هو العقار بالطبيعة فتجوز الشفعة في بيعه إذا توافر سببها، سواء أكان هذا العقار أرضا أم أرضا عليها بناء بيع بمفرده دون الأرض، ولما كانت المنقولات التي يضعها

20 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص155

21 حسن كبيرة، المرجع السابق، ص597

22 المادة 683 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

صاحبها في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص وتعتبر من ملحقات العقارات الذي تخدمه فإن التصرف في هذا العقار يشملها في الأصل، ولذلك إذا بيع عقار وتوافر سبب الأخذ بالشفعة فيه، فتشمل الشفعة هذا العقار والعقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته أو استغلاله، ما لم تكن قد استبعدت من البيع، ولكن إذا فصلت عن العقار الذي تخدمه وبيعت على استقال، فلا تجوز الشفعة فيها، إذ أنها بذلك تكون قد عادت لها صفتها المنقولة وال شفعة في منقول، ولا تجوز كذلك في بيع المنقولات بالمال، وهي العقارات بالطبيعة المعدة للفصل عن أصل ثباتها واستقرارها، إذ تعامل لذلك معاملة المنقول، ولا شفعة في منقول، ولذلك تجوز الشفعة في بيع بناء معد للهدم، إذ يرد البيع في الحقيقة على أنقاضه المتخلفة عن الهدم وهي منقولات.²³

ثالثا: اتصال الشفعة بشخص الشفيع

إن الحكمة من الشفعة هي تضرر الشفيع من شريك جديد وهذا التضرر يترك تقديره للشفيع، فإن رأى تحققه طالب بالشفعة وإن رأى تخلفه أحجم عن هذا الطلب ولذلك اعتبرت الشفعة قائمة على اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع.

ويترتب على كون الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع النتائج التالية:²⁴

- عدم إمكان دائني الشفيع استعمال هذه الرخصة نيابة عنه، حتى ولو أدى عدم استعمالها ضياع فرصة أو صفقة رابحة، فنطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق دون الرخص، كما أنه ال يجوز للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة عن طريق الدعوى غير المباشرة.
- أن الشفعة لا تنتقل بالحوالة، فلا يجوز للشفيع عندما تثبت له الشفعة أن يحيل حقه في الأخذ بها إلى الغير وذلك لأن الشفعة وطالما قد اتصلت بشخص الشفيع، فلا يجوز التنازل عنها وبالتالي لا يجوز حوالتها.
- يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة وذلك ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 807 فقرة 01 ق.م، والتنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا، فالتنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يتم شفاهة، ولكن على من يتمسك بحصول هذا التنازل إثباته طبقا للقواعد العامة للإثبات، أما التنازل الضمني فيتحقق إذا صدر من الشفيع أي

²³ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص596.

²⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص163.

عمل يفيد نزوله عن حقه، كما يجوز للشفيع بعد أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، أن يعيد طلب الشفعة عند حدوث بيع جديد للعقار المشفوع فيه هذا وقد يتحقق التنازل قبل ثبوت الحق في الشفعة.²⁵

فقد نصت المادة 807 فقرة 01 ق.م على أنه ((لا يمارس حق الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع))، وذلك حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء. ويصح في هذا التنازل أن يكون صريحا، كتابة أم شفاهه كما يصح أن يكون ضمنيا بأن يسلك الشفيع مسلكا يفيد حتما هذا التنازل، كأن يتوسط بين البائع والمشتري في الصفقة.

● انتقال حق الأخذ بالشفعة إلى ورثة الشفيع: لا تنتقل الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها إلى ورثته، فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه بان يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته، فإن حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت وينتقل هذا الحق منه لورثته، حتى ولو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه، ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات فإن ورثته يحلون محله في الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة، وبديهي أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار فإن ملكية العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته.²⁶

المطلب الثاني: شروط الشفعة

عرفت المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة بأنها: ((رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية)). ومن خلال النص القانوني يتبين أن الأخذ بالشفعة مرتبط بشرطين، أولا بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشياء المشفوع فيه، وثانيا يتعلق بوجود شفيع.

ولذلك سنتناول من خلال المطلب الثاني في الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبمحلها، أما الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالشفيع.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبمحلها

اشترط القانون المدني في المادة 794 أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا، كما اشترط أن يكون المبيع عقارا، إلا أن هناك عدة استثناءات على القاعدة العامة كما يلي:

²⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 166
²⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 458

أولاً: جواز الشفعة في حالة البيع العقاري

للأخذ بالشفعة لابد من أن يكون التصرف منصبا على عقار وأن يكونا بيعا، وهذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية، واستند إليها القانون المدني.

إذ يجب لجواز الشفعة أن يكون المال الذي ورد عليه البيع عقارا، فالشفعة لا تكون إلا في العقار والمقصود بذلك أن يرد البيع على العقار بوصفه عقارا، فإذا بيع العقار باعتباره منقولا بحسب المآل كما لو بيع البناء لكي يهدمه المشتري ويأخذ أنقاضه، فإن الشفعة لا تجوز فيه.

27

وإذا كان هناك عقار بالتخصيص وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار واستغلاله، وبيع مستقل عن العقار الأصلي، فإن البيع يعتبر حينئذ واردا على منقول فلا تجوز الشفعة فيه وإذا كان البيع واردا على أحد العقارات، فلا تجوز الشفعة في بعضه دون البعض الآخر وذلك تطبيقا لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة، إذ يبقى ملك الشفيع على اتصال بملك المشتري وهو ما قامت الشفعة لتفادي وقوعه ومنع الإضرار بالشفيع، أما إذا كان البيع واردا على عدة عقارات فتجوز الشفعة في أحدها ما لم يكن المقصود من البيع تخصيصها جميعا لغرض واحد فلا تجوز الشفعة إلا فيها جميعا منعا من الإضرار بالمشتري. 28

إلى جانب وجوب وجود العقار، فإن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع، وانطلاقا من ذلك يمكن الوصول إلى النتائج التالية: 29

- لا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بسبب من الأسباب لا يعد تصرفا قانونيا كالميراث والالتصاق والتقادم
- لا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية.
- لا شفعة أيضا إذا كان انتقال الملكية قد تم بمقتضى تصرف من التصرفات الكاشفة أو المقررة كالقسمة، أو الصلح
- لا تجوز الشفعة في نزع ملكية العقار للمنفعة العامة،
- لا تجوز الشفعة في الهبة كقاعدة عامة، حيث يتخلف المقابل في الهبة

27 عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص150

28 مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص434

29 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص172

• لا تجوز الشفعة في الوفاء بمقابل إذا قام المدين بإعطاء الدائن عقارا في مقابل الدين، حتى ولو زاد ثمنه على هذا الدين

• كما لا تجوز الشفعة في البيع الباطل بطالنا مطلقا وذلك ألن مثل هذا العقد الوجود له والشفعة لا ترد إلا عند وجود عقد بيع قائم.

• لا تجوز الشفعة في عقد الشركة، فإذا قدم الشريك حصته في الشركة عقارا، فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار، إذ أن تقديم الشريك للعقار في هذه الحالة لا يعتبر بيعا يحصل منه الشريك على ثمن نقدي، وإنما يترتب عليه أن يصبح للشريك حصة معينة في الشركة تجعله يفتسم ما قد ينشأ عن هذه الشركة من ربح أو من خسارة.³⁰

هذا وتجدر الإشارة إلى مسألة مهمة وتتعلق بالشفعة في حالة توالي البيوع، إذ نصت المادة **797** من القانون المدني على انه "إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة **801** ق م، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها." انطلاقا من نص المادة **797** ق.م فإنه إذا قام المشتري ببيع العقار إلى شخص آخر فإنه يجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني وبشروطه، ويستوي أن تكون شروط البيع الثاني أشد أو أخف من شروط البيع الأول.

ثانيا: البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة - موانع الشفعة

أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على تحريم البيع الفاسد إذ لا تثبت عندهم الشفعة في المشتري شراء فاسدا لأن هذا العقد يجب نقضه، ورد المبيع إلى ملك بائعه للتخلص من الفساد، فلا يكون البيع إلزام لاحتمال فسخه من كل المتعاقدين .

أما القانون المدني فقد تعرض لبعض البيوع الصحيحة والتي تتوفر فيها شروط الأخذ بالشفعة ومع ذلك فقد ورد النص على استثنائها وعدم الشفعة فيها، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة **798** من القانون المدني، وهي تتعلق إما بالبيع وإما بالمشتري فبالنسبة لموانع الشفعة المتعلقة بالبيع، فقد أورد القانون المدني مانعين من الشفعة والمنع فيهما مطلق نعرض لبيانها فيما يأتي:

³⁰ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص132

أ): البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون فرض المشرع مانعا من الأخذ بالشفعة في هذا البيع، وذلك بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة ((إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون)).³¹

وحكمة المنع في ذلك تتمثل في كون الفرصة متاحة للشفيع لدخول المزاد وأخذ العقار بالمزايدة دون حاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزاد، فضلا عن أنه – بالمنع المفروض – تؤدي المزايدة ثمارها من الحصول على أعلى ثمن بعد أن تحرر المزايدون من خطر التهديد بأخذ العقار من بعد بالشفعة.

ب) البيع لإقامة محل عبادة أو الإلحاق بمحل عبادة فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة ((إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة))³²

والمقصود بهذا المنع حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار وهو إقامة محل عبادة جديد أو الإلحاق بمحل عبادة قائم، إذ يصير المشتري بهذا الغرض أولى بالعقار من الشفيع، ويجوز للشفيع الطعن بصورية الغرض المدعي، وله إثبات ذلك بكافة الطرق ويكفي لقيام المانع أن تكون العبادة تتعلق بدين من الأديان المعترف بها في البلاد وينبغي قصر المنع على حدود ما نص عليه المشرع دون توسع، فلا ينصرف المنع إلى بيع عقار بغرض إقامة مقر لجمعية دينية أو لمعهد ديني، بل تجوز الشفعة فيه. وإذا تعدد الغرض من شراء العقار، فلا يتوافر المانع إلا إذا كانت إقامة محل عبادة هي الغرض الأساسي بينما الغرض الآخر مجرد غرض تابع لخدمته، كما لو اشترى عقار لإقامة محل عبادة وبيت صغير للمؤذن هذا عن موانع الشفعة المتعلقة بالبيع.³³

ج): قيام علاقة زوجية أو قرابة لدرجة معينة بين المشتري والبائع

فرض المشرع هذا المانع بالنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة. ((إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية)).³⁴

31 المادة 798 فقرة 01 من القانون المدني المعدل والمتمم

32 المادة 798 فقرة 03 من القانون المدني المعدل والمتمم

33 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 538

34 المادة 798 فقرة 02 من القانون المدني المعدل والمتمم

ويؤخذ هذا المانع في الاعتبار الصلة القائمة بين البائع والمشتري، وأن هذه الصلة قد روعيت في البيع مما يغلب أخذ شخصية المشتري في الاعتبار ومحاباته عادة في الشروط والتمن مما يجعل المشتري أولى بالعقار من الشفيع بما لا يجيز الشفعة فيه.

والصلة التي تربط بين المشتري والبائع والتي تقيم المنع هي صلة الزواج أو صلة القرابة لغاية درجة معينة والقرابة تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة.

وقرابة النسب إما قرابة مباشرة بين الأصول والفروع وإما قرابة غير مباشرة أي قرابة الحواشي حيث يجمع الأقارب فيها أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر.³⁵

أما قرابة المصاهرة، فهي قرابة أحد الزوجين لأقارب الزوج الآخر وتكون في نفس القرابة والدرجة للزوج الآخر ولكن بالمصاهرة.

ونظراً لأن الصلة العائلية هي أقوى ما تكون في قرابة النسب المباشرة بين الأصول والفروع فلم يحدد المشرع درجة للقرابة يقف عندها المانع، فلا تجوز الشفعة في بيع يكون فيه المشتري أصلاً للبائع مهما علا ولا فرعاً له مهما نزل.

أما في شأن قرابة الحواشي غير المباشرة فقد وقف المشرع بالمانع لغاية الدرجة الرابعة في القرابة.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالشفيع

إلى جانب الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبالشيء المشفوع فيه والتي يمكن إجمالها في البيع العقاري، يقتضي البحث في الشفعة أيضاً الوقوف على الأسباب التي تعطي الحق فيها وهي أسباب يحددها المشرع على سبيل الحصر باعتبارها أسباباً تفضيلية لمن يقوم به سبب منها على مشتري العقار المشفوع فيه.

وقد يتعدد الشفعاء فيتزاحمون على الأخذ بالشفعة، ويبين المشرع كيفية حل هذا التزاحم سواء أكانوا من طبقات مختلفة أم كانوا من طبقة واحدة.

أولاً: أسباب الأخذ بالشفعة وتحديد الشفعاء

اعتبر جمهور الفقهاء أن الشفعة تثبت للشريك، أما الحنفية فقد اعتبروا أن الشفعة تثبت للشريك والجار، فهل سار المشرع الجزائري على هذا النهج من خلال نصوص القانون المدني؟ أم أنه أقر غير هذا؟ انتهى المشرع الجزائري إلى رد أسباب الشفعة إلى سببين

³⁵ المادة 33 من القانون المدني المعدل والمتمم

رئيسيين هما: تفرق عناصر الملكية، والشركة في الشيوخ وقد بين هذه الأسباب في معرض تبيانه لمراتب الشفعاء الواردة في نص المادة **795** من القانون المدني. بالإضافة لما أورده المادة **795** ق.م، أضاف المشرع الجزائري طائفة أخرى من الشفعاء وذلك بموجب قوانين خاصة.

أ) الأسباب المنصوص عليها في القانون المدني

نصت المادة **795** من القانون المدني على انه: ((يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية

- 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)).

يتضح من هذا النص أنه وبعد إلغاء الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، فإن أسباب الأخذ بالشفعة تتمثل في سببين أساسيين هما:

1) الشفعة لجمع ما تفرق من حق الملكية:

يتمثل سبب تفرق عناصر الملكية في التشريع الجزائري والذي يهدف إلى تمكين لم شتات هذه العناصر المتفرقة في صورة وحيدة، فإذا تقرر حق انتفاع على عقار، يقوم سبب الأخذ بالشفعة لتفرق عناصر الملكية على هذا النحو- في إحدى الحالتين: حالة بيع حق الانتفاع، وحالة بيع الرقبة.

وقد تعرضت المادة **795** ق.م لكل من الحالتين في فقرتين مستقلتين، إذ أثبتت الحق في الشفعة في الفقرة الأولى لمالك الرقبة في الحالة الأولى، وأثبتته في الفقرة الثالثة لصاحب حق الانتفاع في الحالة الثانية وتعرض للحالتين على التوالي:

- **شفعة مالك الرقبة في بيع حق الانتفاع:** تنص المادة **795** فقرة **01** ق.م على أن: ((يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة))

أضحى هذا التقييد لا معنى له بعد صدور قانون **25/90** المؤرخ في **18** نوفمبر **1990** المتعلق بالتوجيه العقاري، والذي ألغى صراحة الأمر **73/71** المتعلق بالثورة الزراعية بموجب المادة **75** منه.

ويؤدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع، وهو ما يحقق إعادة تجميع عناصر الملكية لتعود متكاملة للمالك وهذا هو الغرض الذي أعطيت من أجله الشفعة لمالك

الرقبة باعتباره أولى من مشتري حق الانتفاع وتعتبر هذه الحالة من الناحية العملية نادرة التحقق، ويرجع ذلك إلى ندرة تقرير حق الانتفاع، ولا يشترط المشرع للأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلا أن يكون حق الانتفاع المبيع مناسباً للرقبة.

• شفعة صاحب حق الانتفاع في بيع الرقبة :

نصت المادة **795** فقرة **03** ق.م على أنه تثبت حق الشفعة: ((لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها))

ويؤدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع وبالتالي إلى تجميع كل عناصر الملكية بيد من كان له حق الانتفاع بما يحقق الغرض من إعطاء الشفعة . ويشترط في شفعة المنتفع في بيع الرقبة أن تكون الرقبة المبيعة مناسبة لحق الانتفاع . ويستوي أن يكون المبيع هو كل الرقبة أو بعضها وأن يكون صاحب حق الانتفاع أو مالك الرقبة واحداً أو متعدداً.

2) الشفعة بسبب الشراكة في الشيوع:

نصت المادة **795** فقرة **02** ق.م على أنه يثبت حق الشفعة: ((للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي)).

وبذلك تكون الشراكة في الشيوع سبباً للشفعة، إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار الشائع إلى أجنبي غريب عن الشركاء، وذلك باعتبار الشريك أولى بتلك الحصة من الأجنبي. وأن الشفعة تؤدي إما إلى إنهاء وضع الشيوع غير المرغوب فيه إذا لم يكن للشريك البائع إلا شريك واحد، وإما إلى تقليل عدد الشركاء إذا كانوا متعددين.

ويتضح من النص المذكور أن توافر سبب الشفعة مرتبط بقيام حالة الشياح في عقار، وبيع أحد الشركاء حصته المشاعة، ويكون هذا البيع لشخص أجنبي.

ب) الأسباب المنصوص عليها في القوانين الخاصة الأخرى

بالإضافة للأسباب التي أوردها القانون المدني، هناك أسباب أخرى خولت لأشخاص أو للدولة والجماعات المحلية حق الشفعة وردت في نصوص متفرقة في بعض القوانين الخاصة، نذكرها كما يلي:

(1) ما ورد بقانون التوجيه العقاري: فقد تضمن القانون **25-90** المتعلق بالتوجيه العقاري

المعدل والمتمم بالأمر **26-95** حالتين للأخذ بالشفعة:

وقد نصت المادة 71 على أنه: ((ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجيات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية)).

ونصت المادة 57 على أنه: ((يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة)).

(2) ما جاء به المرسوم التنفيذي 454/91 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة: فقد نصت المادة 16 على أنه: ((يمارس حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة، بموجب المادة 118 من قانون التسجيل والمادة 24 من القانون 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 والمادتين 71/62 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المذكور أعلاه وفق الشروط وحسب الكيفيات المقررة بموجب الأحكام أو النصوص المتخذة لتطبيقها))

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الشفيع

يعد الأخذ بالشفعة في حكم شراء العقار المشفوع فيه، حيث يحل الشفيع بتصرفه محل المشتري لذلك وجب أن تتوفر في الشفيع الشروط التالية:

(أ) ملكية العقار المشفوع فيه:

يجب أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به، فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر وجب أن يكون أن يكون مالك لها، وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيع وجب أن يكون مالك لهذه الحصة الشائعة، وإن كان يشفع بعقار مجاور وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور.³⁶

(ب) الأهلية الواجبة:

وجب أن تتوفر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة إذ هو في حكم شراء العقار المشفوع فيه والشفيع إنما يحل بإرادته أي بتصرفه القانوني محل المشتري فإن الأهلية الواجب توافرها في الشفيع للأخذ بالشفعة هي أهلية التصرف.³⁷

³⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 580

³⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 589

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية، أي بالغ سن الرشد غير محجور عليه توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة.

كما أنه لا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف.

أما إذا كان الشفيع قاصر وله أب ولي عليه أو له من يولى عليه فإنه يجوز للولي أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر.

وإذا كان الشفيع محجورا عليه، كان للمقدم الأخذ بالشفعة بعد الحصول على إذن المحكمة لما كانت الشفعة في حكم الشراء، فإنها تمتنع على الشفيع إذا كان ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه كما إذا كان الشفيع نائبا عن غيره في بيع مال هذا الغير، فيكون ممنوعا من شراء هذا المال لنفسه. 38

ج) الشفيع ليس بوقف

ولا يشترط في الشفيع أن يكون شخصا طبيعيا، فقد يكون شخصا معنويا فيحق له الأخذ بالشفعة ومع ذلك فلا شفعة للوقف رغم تمتعه بالشخصية المعنوية، وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية.

فإذا كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك، فلا شفعة للوقف – من ناظر أو موقوف عليه – في الجزء الملك من العقار والسبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف، وكذلك الحال بالنسبة للموقوف عليه، وإذا كان العقار المشفوع به ملكا لا وقفا وقت بيع العقار المشفوع فيه، ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة، فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكا وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة، وإذا تمسك الشفيع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ به يبقى ملكا بعد أن بطل وقفه، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف. 39

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف، فإنها تجوز في الوقف، ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعي، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل، فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه، وأما ثمنه فيشتري به عقارا آخر هو الذي يصبح وقفا، ولا تجوز الشفعة فيه، أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا، كأن كان مسجدا، فلا يجوز

38 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 591

39 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 594

أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا، فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة، اعتبر هذا تهربا من الشفعة فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة، وتكون العبرة بتاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة.⁴⁰

ثالثا: تعدد الشفعاء وتزاحمهم

قد يتعدد الشفعاء وفي هذه الحالة تثور إشكالية أفضلية من يشفع قبل الآخر وما يلاحظ حول هذه الحالة، هو الاتفاق الحاصل بين فقهاء الشريعة الاسلامية وما أقره القانون المدني إذ نجد نص المادة **796** ق م قد بين حكم تزاحم الشفعاء و فرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه ⁴¹

الحالة الثانية: إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفعا بمقتضى المادة

795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة

أعلى.⁴²

المبحث الثاني: إجراءات الشفعة وآثارها

من الثابت شرعا وقانونا أن الشفعة تؤخذ بالتراضي أو عن طريق التقاضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية ودون نزاع يذكر، ويحل بذلك الشفيع محل المشتري، غير أنه قد يثور نزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وفي هذه الحالة كان اللجوء إلى القضاء حتمية لا مفر منها.⁴³

وجدير بالذكر أن الشفعة مؤسسة على الإجراءات، لذا سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى معرفة إجراءات الشفعة، وفقا للقانون المدني الجزائري، كما سنتطرق إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها، والآثار الناتجة عنها.

المطلب الأول: إجراءات الشفعة

نظم المشرع الشفعة بإجراءات محددة وربطها بمواعيد محددة يجب الالتزام بها تحت طائلة سقوط الحق في ممارسة الشفعة، وقد حدد المشرع الجزائري إجراءات ممارسة الشفعة في المواد من **799** إلى **803** ق.م وتتمثل في:

⁴⁰ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 595

⁴¹ المادة 796 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

⁴² المادة 796 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

⁴³ مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص 120 .

الفرع الأول: التصريح وإعلان الرغبة في الشفعة وإيداع الثمن والمصاريف

حدد القانون كيفية التصريح بالرغبة بالشفعة و إعلان الرغبة في الشفعة للبائع والمشتري وذلك لممارسة حق الشفعة وقد نصت المادة 799 ق.م أنه ((على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري .))، وحددت المادة 800 ق.م مشتملات الإنذار المنصوص عليه في المادة 799، كما بينت المادة 801 ق.م كيفية إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده، وقد أوجبت المادة 801 فقرة 02 على الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع دعوى الشفعة ولذلك سنتطرق إلى المسائل التالية:

أولاً: الإنذار الموجه إلى الشفيع

أتاح المشرع لكل من البائع والمشتري أن يتخذ إجراء يحفز به الشفيع على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد معين وإلا سقط حقه، وهذا عن طريق إنذار يوجهه البائع أو المشتري ويغني إنذار أحدهما أن يوجهه الآخر ويوجه إلى الشفيع يعلنه فيه بحصول البيع ويدعوه إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذا كان يريد ذلك فهذا الإنذار هو اختاري من أجل تقليص مدة ممارسة الشفعة، و يتعين على الشفيع أن يتخذها في الأجل المحدد، حيث تقضي المادة 799 ق.م 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، وقد حدد المشرع الجزائي بيانات محددة لصحة الإنذار تحت طائلة بطلانه وهي:

أ) بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا: وذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، وكذلك أي بيان آخر من شأنه أن يرفع الجهالة عن العقار، وان مسألة تقدير ما إذا كانت البيانات كافية أم لا مسألة موضوع يترك تقديرها للقاضي. 44

ب) بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان:

وقد نصت المادة 800 ق م على البيانات التي يجب أن يشتملها الإنذار الموجه للشفيع

44 أ. أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2006 ، ص

- (1) **بيان ثمن بيع العقار والمصاريف:** أوجب القانون أن يتضمن بيان الثمن الذي بيع به العقار الذي يمكن ممارسة الشفعة عليه، كما يتضمن الإنذار المصاريف التي تم دفعها من أجل إبرام عقد البيع والتي تتمثل في رسوم التوثيق ورسم التسجيل ورسم الإشهار
- (2) **بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه:** ويقصد بها الشروط الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع أن يوازن بين أن يقدم على الأخذ بالشفعة أو لا.
- (3) **بيان اسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل:** وهذا حتى يتمكن الشفيع من معرفة الهوية الكاملة للمشتري من أجل تمكنه من ممارسة الشفعة، ومعرفة الأجل القانوني الذي يمكنه خلاله القيام بالإجراءات.

ثانيا: التصريح وإعلان الرغبة في الشفعة وميعادها

نصت المادة **799** ق م على أنه من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري وبذلك فإن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع والمشتري، فإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب إعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني، فإذا وجه الإعلان إلى أحدهما فقط أو وجه الإعلان إلى أحدهما في الميعاد والآخر بعد فواته، كان إعلان الرغبة باطلاً وجاز لمن وصله الإعلان متأخرا أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة.

وبما ان حق الشفعة لا يتجزأ، فإن السقوط بالنسبة لأحد الأطراف يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين حتى ولو أعلنوا إعلانا صحيحا.

وحددت المادة **801** **فقرة 01** ق م الكيفية التي يتم بها الإعلان وقد جاء في نصها ((يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلاً. ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا)).

ويستشف من نص المادة **801** ق م أن الشفيع يجب أن يقوم بالتصريح برغبته في الأخذ بالشفعة بموجب عقد رسمي، والذي يحرر من طرف ضابط عمومي مختص وهو الموثق وإلا اعتبر باطلاً، ويجب أن يخضع وجوبا للتسجيل وإلا فإنه لا يمكن الاحتجاج به ضد الغير. وبعد تحرير العقد يتم إعلانه للبائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط، غير أن اختصاصات كاتب الضبط تم نقلها للمحضر القضائي، وبذلك أصبح إعلان الرغبة بالشفعة للبائع والمشتري عن طريق محضر يحرره المحضر القضائي.

وقد حدد أجل إعلان الرغبة بثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ويزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك.

كما أن المادة 807 ق م نصت على أنه لا يمارس حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون أي أنه في حالة عدم قيام المشتري أو البائع بالإنذار المنصوص عليه في المادة 799 ق م فإن أجل ممارسة الشفعة يمتد خلال سنة كاملة تسري من تاريخ إشهار عقد البيع بالمحافظة العقارية المختصة.

ثالثاً: إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق:

أوجب القانون المدني في المادة 801 فقرة 02 على الراغب في الأخذ بالشفعة أن يقوم بإيداع ثمن البيع مع المصاريف المترتبة عن عقد البيع، ويكون إيداع ثمن البيع والمصاريف خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يحرره الموثق، كما اشترطت المادة 801 ق م أن يكون إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.

الفرع الثاني: دعوى الشفعة

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

أولاً: رفع دعوى الشفعة

أقرت الشريعة الإسلامية حق الشفيع في اللجوء إلى القضاء بصفته مدعياً للمطالبة بحقه في تثبيت الشفعة ومخاصمة المشتري في ذلك، غير أنها لم تهتم بالشكليات كما اهتم بها القانون وقد جاء في المادة 802 من القانون المدني أنه ((يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق)).

ويثير هذا النص عدة مسائل تتعلق بكيفية رفع الدعوى والمحكمة المختصة التي يتم رفع الدعوى أمامها وميعاد رفع الدعوى وجزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى.

أ) **رفع الدعوى:** لم يضع القانون المدني قواعد خاصة لكيفية رفع دعوى الشفعة مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة في رفع الدعاوى والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

1) **الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى:** يعتبر طلب الشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لذلك يجب في الشفيع الذي يرفع دعوى الشفعة أن تتوفر لديه أهلية التصرف، وإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها فلا يجوز للوصي أو المقدم أن يطلب الشفعة باسمه إلا بإذن المحكمة.

ولا تكفي الوكالة العامة في طلب الشفعة باسم الموكل لأن هذه الوكالة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، بل لا بد من وكالة خاصة. ولأن الشفعة مجرد رخصة لا يجوز للدائنين أن يطلبوا الشفعة باسم مدينهم بطريق الدعوى غير المباشرة.⁴⁵

وبمقتضى نص المادة 802 ق.م، فإن دعوى الشفعة ترفع على كل من البائع والمشتري، وهذا نظرا إلى أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته قبل البائع، وفي حالة تعدد البائع أو المشتري أو تعددهما معا، يجب رفعها على كل الباعين وكل المشتريين جميعا دون إغفال أي منهم وإلا ترتب على الإغفال سقوط حق الشفعة فيجب اختصاصهما معا، الأول بوصفه بائعا والثاني بوصفه مشتريا، وأيا كان المشتري فيجب اختصاصه ولو كان الشفيع يطعن في عقده بالصورية، وإذا كان واجبا رفع الدعوى على البائع والمشتري بحيث تقوم الخصومة بين أطرافها الثالثة الشفيع والبائع والمشتري، فيسري هذا الحكم في كل مراحل التقاضي بما فيها مرحلة النقض.⁴⁶

2) **المحكمة المختصة بنظر الدعوى:** نصت المادة 802 ق.م على أن: ((ترفع دعوى الشفعة... أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار ... وإلا سقط الحق فيها)).

فدعوى الشفعة من الدعاوى العينية، حيث يطلب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة، لذلك فإن محكمة موقع العقار هي المختصة بنظر هذه الدعوى.

وبالاستناد إلى نص المادة 802 ق.م، فإن رفع الدعوى أمام محكمة أخرى يترتب عليه 2 سقوط الحق في الشفعة. إلا أن هناك جانب من الفقه يعتبر أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة

⁴⁵ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 174 .
⁴⁶ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 264

غير مختصة من شأنه قطع ميعاد السقوط المقرر بالمادة 802 ق.م، ويستمر أثر هذا الانقطاع حتى الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من تاريخ صدور هذا الحكم ميعاد جديد يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة.⁴⁷

3) ميعاد رفع الدعوى:

حدد المشرع ميعادا محددًا لرفع دعوى الشفعة ينبغي عدم تجاوزه، إذ نص على أن ترفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط الحق فيها، وهو ذاته الميعاد المحدد لإيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق ولكن مع وجوب سبق الإيداع لرفع الدعوى.

ويبدأ حساب ميعاد رفع الدعوى من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة أو من اليوم التالي للتسليم الأخير للإعلان، وينتهي الميعاد بانقضاء اليوم الثلاثين، وإذا وقعت عطلة رسمية في اليوم الأخير، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها، وتعتبر مدة ميعاد رفع الدعوى مدة سقوط لا مدة تقادم بحيث لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع.⁴⁸

ب) جزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى

شدد المشرع في فرض احترام الأحكام المتعلقة بالشفعة، حيث رتب جزاء سقوط الشفعة على مخالفة الأحكام التي أوردها في شأن رفع الدعوى، وبناء على ذلك، يسقط الحق في الشفعة إذا رفعت الدعوى بعد الميعاد، أو إذا رفعت في خلال الميعاد ولكن مع اختصاص البائعين والمشتريين دون البعض الآخر أو مع رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة. ويعتبر ترتيب جزاء سقوط الحق في الشفعة أمرا متعلقا بالنظام العام، بحيث يمكن الدفع بالسقوط في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، بل وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يتم التمسك به أو حتى ولو نزل عنه صاحب الحق في التمسك به.⁴⁹

ج) الحكم الفاصل في دعوى الشفعة:

تجدر الإشارة إلى طبيعة هذا الحكم، فإلى جانب اعتباره سندا لملكية الشفيع استنادا إلى نص المادة 803 من القانون المدني بقولها: ((يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري))، ولما كان الشفيع لا يتقرر له حق الملك إلا بحصول التراضي أو صدور حكم القاضي، فيستتبع ذلك بالضرورة أن

⁴⁷ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص266

⁴⁸ حسن كيرة، المرجع السابق، ص631

⁴⁹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص632

يكون حكم القضاء بالشفعة هو المنشئ أو الناقل لحق الملكية ومنذ لحظة صدور هذا الحكم فقط لا قبل ذلك، والقول بالأثر المقرر للحكم بالشفعة معناه ارتداد أثر هذا الحكم إلى تاريخ سابق على صدوره أي تاريخ البيع أو تاريخ إعلان الرغبة وشهرها أو تاريخ رفع دعوى الشفعة. ولكن في كل هذه المراحل لا يكون للشفيع هذا الحق على وجه الإطلاق، فقبل حصول الرضاء أو القضاء ليس للشفيع إلا حق التملك أي حق استعمال رخصة التملك وهو حق الشفعة، أما حق الملكية فلا يثبت له إلا بعد حصول التراضي أو صدور حكم قضائي يقضي بصحة الشفعة، وعلى ذلك فلا يمكن اعتبار الحكم بالشفعة من الأحكام المقررة للحقوق.⁵⁰

ثانياً: سقوط الحق في الشفعة

نصت المادة 807 من القانون المدني على الحالات التي يسقط فيها الحق في الأخذ بالشفعة ((لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع

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

وتجدر الإشارة قبل التطرق إلى مسقطات الشفعة، التمييز بينها وبين موانع الشفعة التي سبق التعرض إليها والمتمثلة في الموانع الواردة في نص المادة 798 ق.م.

إذ أن المانع من الشفعة أمر يمنع قيام الشفعة ابتداءً، أما مسقط الشفعة فهو أمر يؤدي رغم

إمكان الأخذ بالشفعة وبعد نشوئها إلى سقوط الحق فيها.⁵¹

وقد عدد المشرع مسقطات الشفعة بالنص على أنه لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع - إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع -

في الأحوال التي نص عليها القانون طبقاً للمادة 807 ق.م وقد سلفت الإشارة إلى سقوط الحق

في الأخذ بالشفعة بمضي سنة من يوم تسجيل ويراد به شهر عقد البيع المشفوع فيه دون إعلان

الرغبة خلال هذا الميعاد.

أما الأحوال الأخرى التي نص المشرع عليها لسقوط الشفعة فتتمثل في مخالفة أحكام إعلان

الرغبة طبقاً للمادة 799 ق.م، ومخالفة أحكام إيداع الثمن طبقاً للمادة 801 فقرة 2، ومخالفة

أحكام رفع دعوى الشفعة طبقاً للمادة 802 ق.م.

المطلب الثاني: آثار الشفعة

⁵⁰ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص281

⁵¹ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص192

نصت المادة **794** من القانون المدني أن: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ."

كما نصت المادة **803** ق.م على أنه: ((يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري)).

كما نصت المادة **804** ق.م بأنه ((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)).

بناء على النصوص السابقة يتبين أن ملكية الشفيع تثبت إما بالتراضي وذلك بتسليم المشتري وموافقته أخذ الشفيع العقار بالشفعة، وإما بمقتضى الحكم الصادر في دعوى الشفعة.

وكيفما تثبت ملكية الشفيع فإن الشفعة تقوم على فكرة تفضيل الشفيع على المشتري في البيع المشفوع فيه لذلك فإن أثرها المباشر هو حلول الشفيع محل المشتري الذي يتم استبعاده.

أما بقية الآثار الأخرى التي تنسب إلى الشفعة، فليست إلا نتيجة للحلول المذكور، وعلى ذلك سنتطرق إلى كل من حلول الشفيع محل المشتري، والآثار المترتبة على الحلول.

الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري

إن الشفعة بما تقوم عليه من فكرة تفضيل الشفيع على المشتري، فإن أثرها الوحيد المباشر يكون هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه. وهذا ما يؤكدته المشرع ، فقد اقتصر في تعريف الشفعة أنه: ((تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار)) طبقاً للمادة **794** ق.م

ثم عاد فركز على هذا الأثر بنصه في المادة **804** ق.م على: ((يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته))، وبخصوص الحلول وبغية التمييز بينه وبين النتائج التي يمكن أن تترتب عليه، يستوجب التطرق إلى كل من مصدر الحلول ووقت الحلول .

والسؤال الذي يطرح نفسه، هو معرفة الوقت الذي يتم فيه حلول الشفعة محل المشتري، هل من وقت صدور الحكم النهائي القاضي بالشفعة؟ أم من وقت إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة؟

أولاً: حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة

ذهب رأي بعض فقهاء الحنفية إلى أنه إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع دون توقف على أداءه الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحقه شفيعاً بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه، لأن حق الشفعة ضعيف، فلا يتقوى إلا بطلبه من القاضي، وعلى هذا فلا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين:

(أ) تسلمه من المشتري عن رضا منه، فيملكه الشفيع من وقت تسلمه.

(ب) قضاء القاضي له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يملكه فعلاً. 52

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني إلى الميل إلى هذا الرأي، إذ اعتبروا أن حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت حقه في الشفعة أو من وقت التراضي عليها، بحيث يعتبر هذا التراضي أو الحكم القاضي بثبوت الشفعة، منشأً لحق الشفيع لا مقرراً له ومن ثم ناقلاً لملكية العقار المشفوع فيه بتسجيله، ويظل المشتري إلى تاريخ التسجيل مالكا للعقار المشفوع فيه. 53

ويستند هذا الرأي إلى أن الحكم بالشفعة منشأً لحق الشفيع لا مقرراً له، وبالتالي فإن الشفيع يعد مالكا للعقار المشفوع فيه من وقت ثبوت الحكم النهائي بالشفعة،

وهذا راجع إلى أن المسألة لا تتعلق بنزاع حول الملكية ولا بإبطال البيع أو فسخه، وإنما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بواسطتها أن يكسب ملكية العقار المبيع بدلاً من المشتري، وهذا يعني أن الشفيع يملك العقار من وقت تسليم المشتري بالشفعة أو الحكم بها، أما قبل صدور الحكم بالشفعة فإن المشتري يعد مالكا للعقار المشفوع فيه، ويتصرف فيه كما يشاء وهذا الكلام ينطبق على أي مشتري انتقلت إليه ملكية هذا العقار وعلى ذلك فإن جميع التصرفات التي تصدر من المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة تكون نافذة في حق الشفيع وإذا بيع العقار المراد أخذه بالشفعة إلى مشتر ثان في هذا الوقت، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وهو ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني كما رأينا سابقاً.

وإذا كان المشرع قد قرر إبطال التصرفات الصادرة من المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فهذا لا يعني انتقال الملكية إلى الشفيع من هذا التاريخ، وإنما لحمايته من التصرفات التي قد تضر به والتي تمنعه من الأخذ بالشفعة.

ثانياً: حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع

52 محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 120
53 سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني في الصورية والشفعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 215

يرى أبو حنيفة بأن الشفيع إذا طلب المواثبة ثم طلب الإشهاد والتقارير بشكل صحيح، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه، لأن الحق ثبت للشفيع بالطيبين، و الأصل أن الحق متى ثبت لا يبطل إلا بإبطال، لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون. 54

أما المذاهب الأخرى الثالثة، فنجد أن الإمام مالك قد ارتأى أن الشفيع يمتلك المشفوع فيه بقوله، أخذته بالشفعة وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضي أو رضاء من المشتري متى كان عالما بالثمن، لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله وكذا قال الإمام أحمد، أما الإمام الشافعي فقال بأنه يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري ومما سبق قوله، فإن جمهور الفقهاء الأربعة تعتبر بأن قضاء القاضي لا يكون ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع. 55

أما في الفقه القانوني فيرى الأستاذ السنهوري، بأن المبادئ العامة في الشفعة، ترجع أساسا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة التي تعد واقعة مركبة من عناصر ثلاثة، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة فمتى تكاملت هذه العناصر فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين البائع والمشتري، منذ تمام هذا البيع فالشفعة لا تحدث أثرها إذن إلا عند إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، و لكن متى أحدثت هذا الأثر، فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته، وعلى هذا يجب استبعاد القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة، أو من وقت رفع الدعوى، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو من وقت إعلان الرغبة أساسا. 56

أما المشرع الجزائري فقد بين موقفه من خلال نص المادة 803 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: ((يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند الملكية الشفيع، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري))، وهو أن حلول الشفيع محل المشتري يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة للشفيع.

الفرع الثاني: العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة

54 عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 727 - 728

55 عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 728

56 عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 732

نتيجة ثبوت الشفعة للشفيع وحلولة محل المشتري وتملكه للحقوق محل الشفعة تنشأ علاقات قانونية متعددة نبينها في العناصر التالية:

أولاً: علاقة الشفيع بالبائع تنشأ بعد ثبوت الشفعة وحلول المشتري التزامات على عاتق البائع و الشفيع تتمثل في:

(أ) التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع: وهنا نفصل بين احتمالين

(1) إذا تمت الشفعة بالتراضي أي بموافقة المشتري بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة، فإذا كان المشتري قد أشهر عقده، فعندئذ يكفي أن يوقع هذا المشتري، إقرارا بتسليمه الشفعة للشفيع ويجب أن يكون هذا الإقرار موثقاً. ويعتبر هذا الإقرار استعمالاً لحق الشفعة، وليس بيعاً جديداً صادراً من المشتري إلى الشفيع. ثم يشهر الإقرار ويؤشر بمضمونه على هامش عقد البيع المشهر وعلى هامش إعلان الرغبة المشهر أيضاً، أما إذا لم يقم المشتري بشهر عقده، فإن الإقرار بتسليم الشفعة يجب أن يكون موقعا من البائع والمشتري والشفيع، ويجوز أن يحرر عقد بيع جديد من البائع إلى الشفيع ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتاً لرضاه بالشفعة، ويشهر الإقرار أو عقد البيع ويؤشر بمضمونه على هامش إعلان الرغبة المشهر.⁵⁷

(2) إذا حكم القضاء بالشفعة: فإن على الشفيع أن يشهر هذا الحكم وذلك عن طريق

الموثق، فتنتقل إليه الملكية، فيصبح مالكا للعقار من وقت الشهر فمن هذا الوقت يجوز للشفيع التصرف في العقار باعتباره مالكا يتصرف في ملكه.

(ب) التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، سواء باتفاق أو بحكم، حق له أن يتسلم العقار المبيع، فإذا كان العقار ما يزال في يد البائع وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، وإذا كان العقار في يد المشتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، ويكون له حق الحبس إلى أن يستوفي من الشفيع ما أنفقه عليه من مصاريف الحفظ والصيانة.⁵⁸

وإذا هلك العقار بسبب أجنبي طبقت عليه الأحكام الواردة في المادة **369** من القانون المدني في خصوص عقد البيع، حيث جعل المشرع تبعة الهالك رهنا بتسليم المبيع.

⁵⁷ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 661
⁵⁸ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 195

فإذا هلك العقار في يد البائع قبل تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، وقعت تبعة الهالك على البائع فيكون للمشتري أن يسترد الثمن الذي دفعه. وإذا كان البائع قد تسلم الثمن المودع بين يدي الموثق وجب عليه أن يرده إلى الشفيع.

وإذا هلك العقار في يد المشتري قبل تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، وقعت تبعة الهالك على المشتري.

فإذا كان المشتري قد دفع الثمن فلا يكون له حينئذ أن يسترده من البائع، وإذا لم يكن قد دفعه فإنه يحق للبائع أن يطالبه به، ويكون للشفيع أن يسترد الثمن الذي أودعه لدى الموثق. أما إذا هلك العقار بعد تسليمه إلى الشفيع أو إعداره بتسلمه، فإن تبعة الهالك تقع عليه ولا يكون له أن يرجع على أحد

ج) التزام البائع بالضمان : إذا كان من نتائج الحلول اختفاء المشتري وقيام علاقة مباشرة بين الشفيع والبائع فمقتضى ذلك التزام البائع اتجاه الشفيع بالضمان، في مختلف صورته، كما كان ملتزما بذلك اتجاه المشتري فيما يتعلق بضمان الاستحقاق، فقد نص المشرع في المادة 804 ق م أنه: ((... ولا يرجع الشفيع-إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة)) فرجوع الشفيع بالضمان يكون على البائع وحده، والالتزام بهذا الضمان كان محملا به البائع اتجاه المشتري الذي حل الشفيع محله في كافة حقوقه ومن بينها حقه في هذا الضمان، ويلتزم البائع كذلك اتجاه الشفيع بضمان التعرض ولا يكون للشفيع الرجوع بضمان التعرض إلا على البائع وحده دون المشتري، وكذلك الأمر بالنسبة لضمان العيوب الخفية، حيث يلزم البائع بضمانها اتجاه الشفيع ويخضع الالتزام بالضمان للقواعد العامة.

د) التزام الشفيع بدفع الثمن

إذا تمت الشفعة بالتقاضي، فقد أوجب المشرع على الشفيع إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق،⁵⁹ فإذا حكم للشفيع بالشفعة، فيعتبر أن الشفيع قد وفى بالالتزام بدفع الثمن الذي حل فيه محل المشتري، ويكون للبائع سحب الثمن من لدى الموثق إذا كان مطابقا للثمن المحدد بالحكم.

⁵⁹ المادة 801 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

أما إذا تمت الشفعة بالتراضي بحيث لم يكن قد تم إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق ولم ترفع دعوى الشفعة، فيكون على الشفيع دفع الثمن إلى البائع إذا لم يكن المشتري قد سبق بدفعه إذ حينئذ يكون الثمن مستحقاً للبائع.⁶⁰

وفي الحالتين، حالة التراضي وحالة التقاضي قرر المشرع خروجاً عن القاعدة العامة المقررة في الحلول أي حلول الشفيع في جميع حقوق المشتري والتزاماته، أنه لا يمكن للشفيع الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، وذلك طبقاً لنص المادة 804 ق.م.

ثانياً: علاقة الشفيع بالمشتري

نتطرق هنا لآثار الحلول في العلاقة بين الشفيع والمشتري

أ) حق المشتري في استرداد الثمن والمصروفات من الشفيع:

إذا تمت الشفعة قضاءً، بحيث قام الشفيع بإيداع كل الثمن والمصاريف بين يدي الموثق وفقاً لأحكام المادة 801 فقرة 02 ق م، فيكون للمشتري بعد الحكم بالشفعة استرداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع، ويعتبر الشفيع بذلك موفياً بالتزامه برد الثمن. لكن قد ال يكون الثمن المودع معادلاً للثمن المحدد في الحكم، فإذا كان أكبر من هذا الثمن فيقتصر المشتري على أن يسحب من المبلغ المودع القدر المعادل للثمن وتبرأ بذلك ذمة الشفيع الذي يكون له استرداد الزائد.

أما إذا كان المبلغ المودع أقل من الثمن المحدد في الحكم، فيسحب المشتري المبلغ المودع وال تبرأ ذمة الشفيع إلا بالوفاء بالباقي للمشتري. أما إذا تمت الشفعة رضاءً، فيكون للمشتري أن يسترد من الشفيع كل الثمن والمصاريف.

ومن حق المشتري كذلك مطالبة الشفيع باسترداد المصروفات الضرورية التي أنفقها على العقار دون المصروفات الكمالية. ومن حق المشتري دائماً أن يحبس العقار في يده فال يسلمه للشفيع إلى أن يسترد الثمن والمصروفات الأخرى المستحقة وذلك وفقاً للقواعد العامة.⁶¹

ب) التزام المشتري بتسليم العقار للشفيع: إذا كان العقار بيد المشتري وتمت الشفعة رضاءً أو قضاءً، فعليه أن يسلمه هو وملحقاته إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع،

⁶⁰ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 661

⁶¹ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 664

وتقع تبعة هالك العقار بسبب أجنبي على المشتري إذا وقع الهالك قبل تسليم العقار للشفيع أو قبل إعداره بتسلمه.⁶²

(ج) **استحقاق الشفيع لثمار العقار:** لم يضع المشرع الجزائري نصا يفصل في هذه المسألة، وقد اختلفت الآراء الفقهية بصدها، حيث يثور الخالف بالدرجة الأولى حول الوقت الذي يرد عليه الاستحقاق وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية يؤيدها في ذلك بعض الفقهاء، على الربط بين وقت تملك الشفيع من تاريخ الحكم النهائي بالشفعة، فإنها تحدد بذلك وقت استحقاقه للثمار بهذا التاريخ. وهناك فقهاء آخرون ممن يربطون بين التملك واستحقاق الثمار ويختلفون في تحديد وقت استحقاق الثمار تبعا لاختلافهم في وقت التملك، فمن يحدد التملك بوقت انعقاد العقد يسحب ذلك في الأصل على استحقاق الثمار، ولكنه مع ذلك يعفى المشتري باعتباره حائزا حسن النية من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان الرغبة، ومن يقول بالتملك من تاريخ رفع دعوى الشفعة، يجعل استحقاق الثمار من هذا التاريخ.⁶³ أما في القانون المدني وخاصة المادة **806** منه توحى بمفهوم المخالفة أن الشفيع لا يملك الثمار إلا من وقت صدور الحكم، أما قبل هذا التاريخ فإنها تكون من حق المشتري.

ذلك أن ثمار العقار تكون من حق دائني المشتري المسجلة حقوقهم حتى ولو تم جنيها بعد إعلان الرغبة في الشفعة طبقا لمادة **806** ((..على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمار العقار)) كما أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار إلا من تاريخ صدور الحكم، والقاعدة أن لمالك الشيء حق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته.⁶⁴

(د) **مصير البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة:** حدد المشرع مصير ما أقامه المشتري من بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه قبل إعلان الرغبة، أن يكون الشفيع ((ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس))⁶⁵.

ومقتضى ذلك أنه ليس للشفيع طلب إزالة البناء أو الغراس إذ أن إقامته تمت قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أي قبل حلول الشفيع محل المشتري، فإذا لم يزل المشتري البناء أو الغراس، فيلتزم الشفيع بتعويض المشتري، وقد راعى المشرع جانب المشتري في تحديد

⁶² عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص195

⁶³ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص667

⁶⁴ عبد الرحمن ملزي، المرجع السابق، ص163

⁶⁵ المادة 805 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

مقدار التعويض المستحق له، إذ جعل له الخيار بين إحدى القيمتين: نفقات البناء أو الغراس أو مقدار الزيادة في قيمة العقار نتيجة البناء أو الغراس، ويعامل المشرع بذلك المشتري في هذه الحالة معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت حسن النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق.⁶⁶

أما فيما يخص النماء الطبيعي أو المحدث الذي ينشئه المشتري في العقار المشفوع فيه، قبل إبداء الشفيع لرغبته، فإن المذاهب الأربعة جعلته من حق المشتري على قول المالكية: ((الغلة قبل الشفعة للمشتري)).⁶⁷

هـ) مصير البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة: إذا كان حلول الشفيع يتحقق وينفذ في حق المشتري منذ إعلان الرغبة، فمقتضى ذلك عدم أحقية المشتري في إقامة بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه بعد هذا الإعلان لتعارضه مع الحلول ومساسه به.

وقد نصت المادة **805** **فقرة 2** ق م على أن ((أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فاليلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس)).

ومقتضى ذلك إعطاء الشفيع حق طلب الإزالة طالما أن إقامة البناء أو الغراس تمت بعد حلوله، فإذا طلبها تحمل المشتري نفقات الإزالة، ومع ذلك، يكون للشفيع استبقاء البناء أو الغراس إذا شاء على أن يعرض المشتري بما يعادل نفقات البناء أو الغراس، ويعامل المشرع بذلك المشتري، من حيث مقدار التعويض معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت سيء النية في أرض الغير وفقا لأحكام الالتصاق، الذي لا يستحق إلا أقل القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد في الأرض نتيجة إقامة المنشآت، ومرد ذلك إلى أن المشتري، رغم بنائه أو غراسه بعد الحلول، كان يعتقد بعدم أحقية الشفيع إذ كان ينازعه في توافر سبب الشفعة أو شروطها أو صحة إجراءاتها.

ثالثا: علاقة الشفيع بالغير:

نصت المادة **806** من القانون المدني على أنه: ((لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبته

⁶⁶ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 668

⁶⁷ زروقي ليلي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 835.

المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار)).
وإذا كان هذا النص يقرر عدم نفاذ ما يتم من تصرفات أو يرتب من حقوق بعد شهر إعلان الرغبة في حق الشفيع، فإنه وبمفهوم المخالفة، تسري في حق الشفيع التصرفات التي تتم والحقوق التي تترتب قبل إشهار إعلان الرغبة.

أ) **مصير التصرفات في العقار:** اقتصر المشرع في نص المادة 806 ق م على بيع العقار، إلا أن ذلك مجرد تطبيق لقاعدة عامة يفرضها الاحتجاج بالحلول على الغير بشهر إعلان الرغبة، ولذلك يسري الحكم الذي أورده المشرع في خصوص البيع على أي تصرف آخر، إلا بعض التصرفات التي تتم في العقار ومقتضى حكم المادة 806 ق م تنفذ في حق الشفيع بعد شهر إعلان الرغبة بينما تنفذ في حقه التصرفات التي تتم قبل هذا الشهر.⁶⁸

ب) • مصير الحقوق المرتبة على العقار:

يقصد بالحقوق المرتبة على العقار المشفوع فيه والتي أشار إليها نص المادة 806 ق م الحقوق العينية التي تنقرر للغير على هذا العقار، سواء أكانت حقوقاً عينية أصلية أو حقوقاً عينية تبعية، وإذا كان الغالب أن يتم ترتيب هذه الحقوق من طرف المشتري فيمكن أن يتم هذا الترتيب كذلك من قبل البائع، وهي في كل الأحوال تأخذ نفس الحكم من حيث النفاذ أو عدم النفاذ في حق الشفيع، فإذا تعلق الأمر بالمشتري فالوضع العادي أنه هو الذي يرتب هذه الحقوق بالاتفاق مع الغير، كما هو الشأن في ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ومع ذلك يمكن أن ترتب هذه الحقوق ضد المشتري كحق اختصاص يؤخذ ضده أو حق امتياز ينقرر على العقار لصفة في الدين المكفول به.

وطبقاً للقاعدة العامة المطبقة على التصرفات في العقار المشفوع فيه، يتفاوت مصير الحقوق المرتبة على هذا العقار تبعاً لما إذا كان ترتبها قد تحقق قبل شهر إعلان الرغبة أو بعد هذا الشهر، وبناء على ذلك إذا رتب المشتري على العقار حق انتفاع أو حق ارتفاق وتم شهره قبل شهر إعلان الرغبة أو رتب على العقار حق رهن أو أخذ ضده حق اختصاص أو ترتب حق امتياز عليه وتم قيد الحق قبل شهر إعلان الرغبة، فينفذ الحق المرتب في حق الشفيع، بحيث يأخذ العقار المشفوع فيه محملاً بالحق المرتب، أما إذا كان ترتب أي من هذه الحقوق

⁶⁸ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 921

بعد شهر إعلان الرغبة، فلا ينفذ الحق في مواجهة الشفيع بحيث يأخذ العقار المشفوع فيه خالياً منه.

ومع ذلك، فرغم عدم نفاذ هذه الحقوق في مواجهة الشفيع، فإنها تظل قائمة في مواجهة المشتري بحيث يكون لأصحابها الرجوع عليه بعد أن استحال إعمال حقوقهم على العقار ويظل لأصحاب الحقوق العينية التبعية أولويتهم في هذا الرجوع على الدائنين الآخرين ولكن على الثمن المستحق للمشتري على العقار المشفوع فيه، وهذا ما أكدته المادة 806 ق م في نهاية أحكامها بقولها: ((على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار)).⁶⁹

⁶⁹ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 672.

خلاصة الفصل الأول

نستخلص من دراستنا لموضوع الشفعة أنها رخصة سنها القانون الجزائري لحماية المال المشاع من أن يشترك فيه الأجنبي الغير مرغوب فيه من قبل الشركاء أو أحدهم، وهذا هو الأصل في الشفعة ، وهو مستقى من قواعد الفقه الإسلامي .

وقد نظمها القانون المدني الجزائري فمنح حق الشفعة للشريك إذا بيعت حصة بملكية تامة أو حق الانتفاع أو حق ملكية الرقبة لأجنبي.

و حدد القانون المدني للشفعة اجلا قدره شهرا من تاريخ اعدار الشريك بالبيع و سنة من تاريخ اشهار عقد البيع، ووضع لها إجراءات دقيقة تمثلت في اعلان الرغبة للبايع و المشتري بتصريح رسمي بالشفعة يبلغ بواسطة محضر قضائي، و أن يودع الشفيع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق ، وأن يرفع دعوى اثبات الشفعة كل هذه الإجراءات خلال أجل محدود تحت طائلة سقوط الحق .

والحكم بالشفعة يعد سندا لملكية الشفيع للحصة محل الشفعة.

وقد ورد النص على وجوب احترام قواعد الاشهار العقاري ، وبذلك تعين اشهار التصيح بالشفعة و اشهار الحكم القاضي بإثبات الشفعة باعتباره سند تملك.

كما أن المشرع أحدث حالات خاصة خارج عن الاطار التقليدي للشفعة ، فمنح حق الشفعة للدولة بشروط خاصة كما منح حق الشفعة لأصحاب المستثمرات الفلاحية بغرض توسيعها و ذلك دون اشتراط الاشتراك في المال المشاع .

الفصل الثاني: استرداد الحصة المشاعة في الملكية العقارية

لما كان تصرف الشريك في حصته الشائعة تصرفا صحيحا نافذا في حق الشركاء فإنهم ملزمون باحترامه، واحترام تنفيذه بحسن نية، بما فيها التعامل مع المتصرف إليه كأى منهم، ولا يملكون الاعتراض عليه أو طلب إبطاله، وإن كان في حلول المتصرف إليه شريكا بينهم محل المتصرف، غير أن التصرف بنقل الملكية للأجنبي قد يسبب الضرر للشركاء⁷⁰، فللشركة أسرار لا يجوز للأجانب الاطلاع عليها.

لذلك واستثناء على مبدأ حرية الأفراد في التعاقد، خول المشرع للشركاء رخصة قانونية تمكنهم ليس من طلب الاعتراض على التصرف ذاته، وإنما من استبعاد الأجنبي من الشروع بحلولهم محله في التصرف، وعليه لم يكتف المشرع الجزائي بإعطاء حق الشفعة للشريك لحماية الملك المشاع بل منح الشريك أيضا حق الاسترداد وفقا لنص المادة 721 من القانون المدني، وسع نطاق الاسترداد في الحق المشاع ليشمل كل من المنقول ومجموع المال خلافا لقواعد الشفعة التي ينحصر نطاقها في حماية العقار.

سنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية الاسترداد ونبين شروطه والإجراءات القانونية الواجب اتباعها من أجل ممارسة حق الاسترداد وأخيرا الآثار الناتجة عن ممارسة الحق بصفة عامة ثم نركز على ممارسة حق الاسترداد على الحقوق العينية العقارية وللإشارة فإن نص المادة 721 من القانون المدني هو النص الوحيد الذي نظم حق الاسترداد في الحصة المشاعة، وهي قاعدة عامة واحدة شملت العقار والمنقول ومجموع المال دون تفصيل خاص لكل حالة، و لتطبيق النص فإننا ملزمون باحترام و تطبيق النصوص القانونية التي تحكم العقار و المنقول بجميع أنواعه.

⁷⁰ كبيرة حسن، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية. أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998-187 الصفحة

المبحث الأول: ماهية استرداد الملك المشاع

من القواعد العامة التي يقرها القانون ويحميها حرية كل فرد في التعاقد مع من شاء، ولكن قد تنشأ ظروف وأسباب تجعل من هذه الحرية في حد ذاتها تشكل ضرراً على أطراف أخرى، من بين هاته الأسباب وجود شركاء في مال على الشيوع. ومن حيث المبدأ والأصل، فإن تصرف الشريك في حصته الشائعة لا يحمل في ذاته أي معنى للاعتداء أو الإضرار بحقوق باقي لشركاء. وعلى هذا الأساس ليس لهم الاعتراض عليه، ولكننا يجب أن نلاحظ أن الشريك إذا تصرف بالبيع، فإن المشتري سيحل أجنبياً بين الشركاء، وهذا ما يجعل الشركاء قد يتضررون من هذا التصرف⁷¹. ولذلك نظم المشرع حق الاسترداد فما المقصود من الاسترداد وماهي شروطه.

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين لبيان مفهوم الاسترداد في مطلبين

▼ المطلب الأول: مفهوم الاسترداد

▼ المطلب الثاني: شروط الأخذ بالاسترداد

المطلب الأول: مفهوم الاسترداد

نظم القانون المدني الجزائري حق الاسترداد بالمادة 721 وقد استمد المشرع الجزائري حق الاسترداد من القانون المدني المصري الجديد المنصوص عليها بحكم المادة 833 والتي نصها ما يلي: ((للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه، وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته))⁷²

غير أن المشرع الجزائري وسع مجال الاسترداد مقارنة بالمشرع المصري ليشمل العقار كما أضاف وجوب التصريح وتبليغه خلافاً للمشرع المصري الذي اكتفى بالإعلان و لبيان مفهوم الاسترداد سنتطرق إلى ثلاثة فروع

⁷¹ مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية منشأة المعارف بالإسكندرية، ص.133.
⁷² عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني - الجزء الثامن (حق الملكية) - دار احياء التراث العربي بيروت لبنان 1967- الصفحة 850

الفرع الأول: تعريف الاسترداد

نظم القانون المدني الجزائري الاسترداد في الكتاب الثالث الحقوق العينية الأصلية الباب

الأول حق الملكية الفصل الأول حق الملكية بوجه عام القسم الرابع: الملكية الشائعة المادة 721

((للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفق. وإذا تعدد المستردون فكل منهم أن يسترد بنسبة حصته.))⁷³

من خلال نص المادة فإن الاسترداد هو تصرف قانوني يتم بموجبه حلول الشريك محل المشتري الأجنبي في حصة شائعة طبقاً للشروط والإجراءات المحددة بذات النص، وقد يكون الحلول في منقول شائع أو مجموع من المال المنقول أو العقار، ويمارس حق الاسترداد قبل القسمة عن طريق التصريح الذي يجب تبليغه إلى البائع والمشتري خلال شهر من تاريخ العلم أو اعلام المسترد، بشرط أن يقوم المسترد بتعويض المشتري على كل ما قام بإنفاقه، كما وضحت المادة أنه في حالة تعدد المستردين فإن الاسترداد يتم لكل واحد من بنسبة حصته وقت البيع.

بناء على ما سلف فإن الاسترداد يعد استثناء على مبدأ حرية الأفراد في التعاقد وحق الشريك في التصرف في حصته المشاعة، بمقتضى هذا الاستثناء خول القانون للشركاء رخصة قانونية يمارسها رغماً عن البائع والمشتري ودون موافقتهما تمكنه من استرداد المبيع والحلول محل المشتري في ذلك، وبذلك يتسنى له استبعاد الشريك الأجنبي الغير مرغوب فيه،

ولا تعدو أن تكون رخصة الحلول هذه إلا رخصة استثنائية، لذلك كان المشرع حريصاً على عدم إطلاقها، ووضع لها حدوداً ضيقة.⁷⁴

الفرع الثاني: مرجعية الأخذ بحق استرداد الحصة المشاعة

اختلفت الآراء الفقهية في مرجعية حق استرداد الحصة المشاعة في القانون الجزائري و المصري والمعلوم أن المادة 721 من القانون المدني مأخوذة حرفياً عن القانون المدني

⁷³ القانون المدني الجزائري - مرجع سابق .
⁷⁴ كيرة حسن - مرجع سابق - 187 الصفحة

المصري القديم قبل التعديل وأن الفقهاء المصريين اختلفوا في المصدر الذي اخذ منه المشرع المصري مفهوم الاسترداد في الحق المشاع فانقسموا إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية.

● **الاتجاه الأول:** يقول أن حق الاسترداد للحصة الشائعة مأخوذ من نص المادة **841** من القانون الفرنسي والتي أباحت للورثة أن يأخذوا بطريق الاسترداد الحصة الشائعة التي يبيعها الورثة لأجنبي، وأنه تم التوسع في تطبيق المبدأ حتى يشمل الحقوق المشاعة في المنقول و العقار ومجموع المال ، وأن أصل حق الاسترداد يرجع إلى منشأ فرنسي صميم ابتكره قضاء البرلمانات الفرنسية القديمة؛ لتحويل الحق في استرداد الحقوق المتنازع فيها، ويبرر أصحاب هذا الرأي أن مقصد المشرع المصري و من بعده المشرع الجزائري في تشريع حق استرداد الحصة الشائعة لا يخالف ما رآه المشرع الفرنسي؛ رغم التوسع في نطاق تطبيقها .

● **الاتجاه الثاني:** يرى أن حق الاسترداد في الحصة الشائعة ليس منقولاً عن القانون الفرنسي ولا يوجد دليل على ذلك؛ كما يرى أن حق الاسترداد إنما أدخل على القانون الفرنسي لأنه لا يوجد فيه حق عام كحق الشفعة؛ الذي ينطبق في حالة الاشتراك على الشيوع في الملك من غير بيان سببه؛ فلا محل إذن للقول بوجود حق منفصل ليستعمله الشركاء على الشيوع في مثل الأحوال التي يستعمل فيها حق الاسترداد الوراثة في فرنسا والمادة نقلت من القانون الفرنسي، ولكن على سبيل الاطراد، أي من غير أن يقصد منها الغرض الذي وضعت له في فرنسا. ⁷⁵ حيث أن المشرع المصري و من بعده المشرع الجزائري قد بدّلا في تركيب المادة **841** من القانون الفرنسي؛ بما يدل على أنه أراد تغيير حكمها لجعلها تشمل كل أنواع الشيوع؛ ولذا أطلق لفظ "الحصة الشائعة" بعكس ما جاء به المشرع الفرنسي؛ حيث قيدها بأن تكون شائعة في الميراث⁷⁶

● **الاتجاه الثالث:** يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن نص المادة التي تقرر حق الاسترداد للحصة الشائعة مأخوذة من نص المادة **1408** من القانون الفرنسي والتي جعلت للزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التي يشتريها زوجها في عقار لها فيه ملك شائع. **لكن** بتفحص و تحليل أحكام المادتين **841** و **1408** من القانون المدني الفرنسي و مقارنتها بما نص عليه القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري نلاحظ أن كلا النصين لا علاقة لهما بمفهوم الاسترداد الوارد في القانون المصري و الجزائري.

⁷⁵ عقوني محمد - الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع - مجلة الدراسات القانونية و السياسية - العدد 07 - جانفي 2018 ص 301.

⁷⁶ أحمد بيك لطفي - استرداد الشيوع - <https://www.printfriendly.com/p/g/dVwJ79> - تم التحميل بتاريخ 2021/08/09.

فالمادة **841** من القانون الفرنسي نصت على ما يلي :

((Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession)).⁷⁷

والتي ترجمتها كالتالي:

((كل شخص لم يكن وارثا ولو كان قريبا للمتوفى تنازل له أحد الورثة عن حصته في
التركة فلباقى الورثة أو أحدهم الحق في اخراجه من القسمة ودفع قيمة الحصة المبيعة له))
ومقتضى هذا النص انه لا يجوز للورثة استرداد الحصة الشائعة المباعة لأجنبي مادام
الشيوع قائما و أن كل ما يملكه الورثة هو اخراج الأجنبي عن التركة من عقد القسمة أي أن
الرخصة تبيح لهم منح الأجنبي من القسمة و من امتلاك حصة مفرزة مع الورثة أثناء القسمة ،
و لذلك فإن النص لم يتضمن أي أجل لممارسة هذه الرخصة بل ربطها باجراء قسمة التركة،
و الهدف من هذا النص لا يؤدي إلى منع ادخال شريك أجنبي في التركة ما لم تقسم ، ولم
يحمي المال المشاع وإنما مكن الورثة من عزل الشريك الأجنبي من الاستفادة بفرز نصيبه
بالقسمة .

كما أن المادة **1408** من القانون المدني الفرنسي بفقرتها تهدف إلى حماية الأموال المشتركة

بين الزوجين في نظام الملكية المشتركة وقد نصت على ما يلي:

((L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt ; sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

Dans le cas où le mari deviendrait, seul et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition.))⁷⁸

وهي أيضا لا تتضمن أي استرداد بمفهوم القانون المصري والجزائري.

ذلك أن الاسترداد في القانون المصري والجزائري يهدف إلى تمكين الشركاء من المحافظة

على المال المشاع من أن يشترك فيه أجنبي لا يرغبون في اشراكه، ويتم فور العلم بالبيع

وينصب على حصة المشاعة قبل القسمة.

⁷⁷ القانون المدني للفرنسيين - Code civil des Français 4- 1804 - المادتين 841 - 1408.

⁷⁸ القانون المدني للفرنسيين مرجع سابق

ومنه فإن المشرع المصري والجزائري لم يأخذا نظام الاسترداد من المشرع الفرنسي لعدم تجانس النصوص من حيث المبدأ والهدف.

لكن بمقارنة نظام الاسترداد في القانون المصري والجزائري سنلاحظ بوضوح أنه يهدف إلى تحقيق نفس الغرض الذي تحققه الشفعة وهو استرجاع الحصة المباعة من المشتري الأجنبي.

غير أن الاسترداد أوسع نطاقا في القانون المدني المصري القديم⁷⁹ و القانون الجزائري إذ شمل الاسترداد على العقار و المنقول و مجموع المال، بينما اقتصر الشفعة على العقار. ومنه يمكن القول بأن حق الاسترداد ما هو إلا نظام لتوسيع نطاق تطبيق مبدأ حماية الشركاء من الغير المستمد من نظام الشفعة ليشمل المنقول ومجموع المال، وهو في رأينا ما ينسجم مع مجموع النصوص و الأكثر منطقية من البحث في نصوص لا علاقة لها بنظام استرداد الحصة الشاعة من طرف الشريك.

الفرع الثالث: التكييف القانوني لحق الاسترداد

من خلال النص المادة 721 من القانون المدني الجزائري فإن المشرع منح للشريك رخصة ليمارس بها استرداد الحصة المشاعة المبيعة للأجنبي بيعا صحيحا نافذا. ذلك أن أن تصرف الشريك في حصته الشائعة تصرف صحيح لكونه يملك حصته ملكية تامة طبقا للمادة 714 من القانون المدني و أن بيع حصة الشريك لأجنبي يمنح لهذا الأخير حقا مكتسب وهو ملكية الحصة كخلف خاص للبائع ملكية تامة و أن حرمانهما من هذا الحق يعد من باب الترخيص، ومن القيود الواردة على حق الملكية حفاظا على استقرار المعاملات و خصوصية الشركاء و أحقية الشركاء في اختيار من يشاركونهم و التقليل من النزاعات بين الشركاء⁸⁰.

وبذلك فإن الاسترداد هو اجراء استثنائي يرد بشروط خاصة وهو مقيد من حيث المدة و الإجراءات ويسقط بعدم ممارسته خلال المدة القانونية او بعدم استيفاء شروط الاسترداد من هذا المنطلق فإن الاسرداد يصنف بانه رخصة قانونية منحت للشريك ليمارسها في نطاق ضيق و محدود.⁸¹

79 عبد الرزاق الصنهوري - مرجع سابق - ص 850

80 الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.
81 كيرقحسن حق استرداد حصة شائعة في القانون المدني الجزائري - المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية - العدد الثاني - ديسمبر 2016

المطلب الثاني: شروط الأخذ بالاسترداد

من الملاحظ أن القانون المدني الجزائري اكتفى بنص المادة 721 فوضع فيها كافة الشروط الواجب توفرها لممارسة حق الاسترداد .

غير أن النص المشار إليه لم يتوسع كثيرا في تحديد الشروط ذلك أن النص قد شمل أموال ذات طبيعة قانونية مختلفة وهي العقار و المنقول و مجموع المال، ولا يخفى أن لكل نوع قواعد خاصة تحكمه، فالقواعد التي تحكم العقار لا تسري كلها على المنقول ، كما أن المنقول انقسم إلى منقول عادي و منقول له طبائع خاصة كالسيارة و الطائرة وحق المؤلف وغيرها ، فبعض هذه المنقولات تخضع لقواعد خاصة، كما أن مجموع المال كالتركة و المحل التجاري و الشركة لها قواعد خاصة لكل صنف منها .

و على العموم فإن القواعد التي نصت عليها المادة 721 يمكن بيانها فيما يلي:

الفرع الأول: حدوث عملية البيع لحصة مشاعة

أولاً: حدوث البيع

خصت المادة 721 ق م ح حق الاسترداد على عملية البيع فقط⁸² دون غيرها من المعاملات كالهبة والمبادلة و الوصية والاسهام في شركة وغيرها ، فيجب لممارسة حق الاسترداد أن يكون البيع صريحا .

ويجب أن يكون البيع صحيحا، وليكون البيع صحيحا ينبغي لانضر إلى محل البيع فبيع

المنقول العادي يكون بالتراضي دون حاجة للكتابة، في حين يخضع بيع المحل التجاري لل رسمية و النشر و التسجيل بالسجل التجاري، بينما يجب أن يحرر عقد بيع العقار أو الحقوق العقارية في شكل رسمي وأن يسجل ويشهر بالسجل العقاري

ولممارسة الاسترداد و الحلول محل المشتري يجب أن يكون العقد محل الاسترداد صحيحا حتى يستفيد منه المسترد، فيحل محل المشتري في عقد صحيح يمنحه حق امتلاك الحصة امتلاكا صحيحا.

وللحلول في عقد بيع مناب مشاع في العقار يجب أن يكون هذا العقد صحيحا ناقلا للملكية، فإن كان العقد غير صحيح فلا طائل من استرداه طبقا للمادة 721 ق م، بل يكفي للشريك أن يرفع دعوى تهدف لحماية المال المشاع من أي تصرف غير قانوني و منع أي اجنبي من استغلاله بدون حق.

⁸² القانون المدني الجزائري - مرجع سابق.

ويشترط في البيع الذي يثبت به حق الاسترداد طبقا للمادة 721 ما يلي:

• أن يكون البيع تاما: بمعنى أن يكون قد انعقد من الناحية القانونية، وترتبت عليه آثاره القانونية.

• أن يكون البيع قد تم بالتراضي: ونقصد بذلك ألا يكون البيع قد تم بطريقة المزاد العلني طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁸³، فهذا المزاد هو مزاد مفروض على الأطراف و ليس باختيارهم ، وهو المزاد الذي يؤدي إلى تطهير العقار و اسقاط الضمانات أما المزاد الذي ينظمه الأطراف بحرية وخارج الإجراءات القانونية فهو بمثابة البيع الرضائي و يجوز ممارسة الاسترداد بشأنه.

ثانيا: ورود البيع على حصة مشاعة

إن حق الاسترداد مرتبط بحالة الشروع ، وأنه يقع على حصة مشاعة قبل القسمة ذلك ان الهدف من ممارسة الاسترداد هو تمكين الشريك من استرجاع الحصة المباعة ، و لذلك فإن المبيع يجب أن يكون حصة مشاعة في المال ، وتجدر الملاحظة هنا ان الاشتراك أنواع فهو ينقسم على عناصر الملكية فهناك الشريك بحصة يملكها ملكية تامة وهناك الشريك الذي يملك حق الاستغلال دون حق الملكية أو جزء من حق الاستغلال .و هناك الاشتراك بحق الملكية المجردة أو جزء منها دون حق الاستغلال ، و هذه الحقوق كلها حقوق عينية و يوصف صاحب أحد هذه الحقوق بأنه شريك ، فإذا ارتبطت بالعقار وصفت بأنها حقوق عينية عقارية يجوز في الاسترداد

الفرع الثاني: أن يكون البائع شريكا ويصدر البيع لأجنبي عن الشركاء

أولا: أن يكون البائع شريكا

نصت المادة 721 على أن يكون البائع شريك آخر غير الشريك الذي يمارس الاسترداد، وليكون البيع صحيحا فإن الشريك يبيع حصته أو جزء منها لأجنبي ، فيكون تصرفه تصرفا صحيحا يمكن أن يحل فيه المسترد .

وتجدر الملاحظة أنه إذا باع الشريك جزءا من حصته فلي يستطيع ممارسة حق الاسترداد بلكونه هو البائع بينما اشترط القانون ان يكون شريكا آخر هو الذي باع.

ثانيا: صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء:

83 القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد نصت المادة **721** أن الاسترداد يقع على الحصة المشاعة التي بيعت لأجنبي.⁸⁴ والمقصود بالأجنبي في هذا النص أن لا يكون المشتري أحد الشركاء في المال وقت البيع فعبارة الأجنبي لا يقصد بها القرابة ولا الانتماء للدولة ولا تشمل الوقت الماضي . فلو افترضنا أن شريكا باع حصته كاملة فصار أجنبيا ثم اشترى حصة من نفس المال المشاع فإنه يعد أجنبيا وقت شراءه وتطبق عليه أحكام الاسترداد.

الفرع الثالث : أن يكون المسترد شريكا.

لقد خصت المادة **721** ق م حق الاسترداد بالشريك أو الشركاء على اعتبار أن الشريك هو المقصود بالحماية من أن يشاركه أجنبي في المال المشاع دون رضاه⁸⁵ ويجب أن تكون صفة الشريك قائمة وقت البيع ومستمرة إلى غاية ممارسة الاسترداد و اكتساب صفة الشريك وقت بيع الحصة كاف لممارسة الاسترداد سواء كانت هذه الصفة أصلية أي أنه اكتسبها مع باقي الشركاء في وقت واحد أو أنها حديثة ، فلو اكتسب شخص حصة مشاعة بالهبة أو المبادلة أو اكتسبها بالشراء و لم تمارس ضده إجراءات الاسترداد و الشفعة فإنه يحق له كباقي الشركاء أن يمارس حق الاسترداد .

فإذا تعدد المستردون فقد نصت المادة **721** في فقرتها الأخيرة مايلي : ((وإذا تعدد

المستردون فكل منهم أن يسترد بنسبة حصته .))

84 القانون المدني مرجع سابق
85 القانون المدني مرجع سابق

المبحث الثاني: إجراءات الاسترداد و آثاره

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 721 من القانون المدني على إجراءات ضمن آجال محددة لا بد أن تتوفر ليثبت حق الاسترداد، وذلك من أجل توفير الحماية اللازمة لحقوق الشركاء من جهة، وضمان استقرار المعاملات من جهة ثانية وسنتطرق في هذا المبحث إلى إجراءات و آثار الاسترداد من خلال مطلبين:

▼ المطلب الأول : إجراءات الاسترداد

▼ المطلب الثاني آثار الاسترداد

المطلب الأول: إجراءات الاسترداد

بالرجوع إلى نص المادة 721 من القانون المدني يتضح أن هنالك إجراءات معينة و آجال يجب على المسترد مراعاتها حتى لا يسقط حقه في ممارسة الاسترداد سنتطرق لها كالتالي:

الفرع الأول: ميعاد الاسترداد

حددت المادة 721 من القانون المدني ميعاد ممارسة الاسترداد بشهر واحد يسري من تاريخ علم المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلامه على أن يكون قبل القسمة ، وهذا يعني أن التصريح بالاسترداد يجب أن يكون خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك الراغب في الاسترداد بالبيع أو إعلامه به، ومتى تم الإعلان للشركاء فإنه على الشريك الذي يريد الاسترداد أن يصرح بذلك خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع.⁸⁶

وشرط الاجل مادام يسري من تاريخ العلم ، وأن العلم مسألة شخصية فإنه يسري على كل شريك بالاستقلال عن الشريك الآخر ، فمن علم بالبيع أو بلغ به يسري عليه الاجل من تاريخ العلم ومن لم يعلم أو يبلغ فلا يسري عليه أي أجل إلى غاية علمه وتطرح هنا إشكالية اثبات العلم بالنسبة للمشتري أو البائع إذا دفعا بأن التصريح جاء خارج الأجل فيكون عليها عبء اثبات تاريخ العلم.

الفرع الثاني: التصريح بالاسترداد

تتم مباشرة إجراءات الاسترداد طبقا للمادة 721 من القانون المدني من طرف الشريك الذي يريد استرداد الحصة المشاعة المتصرف فيها بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ العلم أو إعلامه بالبيع .

⁸⁶ بوبكر لبيض،- مرجع سابق -

ويجدر التذكير بأن النص قد فرق بين التصريح و تبليغه .⁸⁷ وذلك على خلاف المشرع المصري الذي اقتصر على الإعلان دون أن يشترط التصريح و التبليغ .

فالمشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار أن الإسترداد يمارس على العقار خلافا للقانون المصري فأوجب التصريح ثم تبليغ التصريح وهو ما يشبه إجراء اعلان الرغبة في الشفعة غير أن هناك فرق جوهري بين التصريح بإعلان الرغبة في الشفعة و التصريح بالاسترداد ذلك أن اعلان الرغبة في الشفعة يتم بالتصريح رسمي يبلغ عن طريق كتابة الضبط كما سبق بيانه في الفصل الأول و أن هذا التصريح لا يترتب عليه ثبوت الشفعة بل مجرد اجراء أولي .

بينما لم يحدد المشرع شكلا خاصا للتصريح بالاسترداد ولم يشترط القانون أن يكون هذا التصريح و تبليغه رسميا ولا لكيفية تبليغه، كما أن هذا التصريح بالاسترداد يترتب عليها قيام حق الاسترداد بشرط التعويض خلافا للتصريح بالشفعة.

وعلى خلاف القانون المصري الذي اقتصر فيه حق الاسترداد على المنقول ومجموع المال فإن القانون الجزائري أقر الاسترداد على العقار ، و نصرا لكون المنقول لا يخضع إلى إجراءات خاصة في نقل ملكيته فإنه يصح أن يتم التصريح في شكل رسمي أو في شكل عرفي وأن يبلغ تبليغا رسميا أو برسالة مضمونة الوصول طبقا للقانون المدني

وقد رأى بعض الفقهاء المصريون جواز اعلان الاسترداد شفاهة، ذلك أن المشرع المصري لم يشترط التصريح بالاسترداد ولم يشترط شكلا معنيا للإعلان . ، غير أن مسألة الاثبات تصبح عبء على الشريك المسترد سواء لإثبات القيام بالإعلان و اثبات تاريخه.

في حين فإن المشرع الجزائري اشترط التصريح بالاسترداد ثم القيام بتبليغ ذلك التصريح وهذا الشرط في حد ذاته ودون حاجة إلى نص آخر لا يمكن القيام بيه بطريقة شفوية ،

فالتصريح الذي يقوم المسترد لكي يمكن تبليغه يجب أن يكون كتابيا ، ثم أن تبليغ هذا التصريح طبقا للقواعد العامة للقانون المدني يتم إما بطريق الإرسال أو التبليغ الرسمي.

وعلى خلاف المنقول فإن العقار يخضع في كل اجراءاته لوجوب احترام الشكلية الرسمية فيكون بذلك التصريح و التبليغ لاسترداد الحقوق العقارية في الشكل الرسمي وجوبيا و يخضع للإشهار لحماية الحصة المشاعة من العقار و حماية حقوق جميع الأطراف.

و مع ذلك ففي غياب النص الصريح فإن تطبيق القواعد العامة في هذا المجال قد يصبح أمرا اجتهاديا.

87 القانون المدني - مرجع سابق

ويرتبط إتمام الاسترداد بتعويض المشتري عن كل ما أنفقه على ان يتم تسليم الحصة المشاعة المستردة للمسترد فيحل المسترد محل المشتري في الحقوق والواجبات .
غير ان القانون لم يشترط أن يعرض مبلغ التعويض عرضا مسبقا ولم يشترط ايداع التعويض خلافا للشفعة 88

وما دام الاسترداد موقوف على دفع تعويض عما أنفقه المشتري طبقا للمادة 721 من القانون المدني فإنه على المسترد أن يكون مستعدا لدفع كامل التعويض المستحق الذي يثبته المشتري تحت طائلة سقوط حق الاسترداد

الفرع الثالث: دعوى الاسترداد

في حالة وقوع خلاف بين المشتري والمسترد فإن النزاع يطرح على القضاء المختص للفصل فيه، فإذا امتنع من يحوز الحصة المشاعة المستردة سواء كان البائع أو المشتري من تسليمها للشريك المسترد ، يقوم هذا الأخير برفع دعوى قضائية ضد كل من البائع و المشتري يطالب فيها بثبوت حق الاسترداد و التسليم .

وعلى عكس ذلك ففي حالة امتناع المسترد عن دفع تعويض ما أنفقه المشتري فلكل من البائع أو المشتري أن يرفع دعوى لإلزام المسترد بالدفع تحت طائلة سقوط الحق .
وفي حالة الخلاف حول تقدير مبلغ التعويض المستحق فلكل الأطراف الحق في رفع دعوى لتحديد قيمة التعويض.

فحق الاسترداد ينشأ بالتصريح المبلغ للأطراف ويتوقف نفاذه على شرط تعويض المسترد للمشتري عن كل ما أنفقه طبقا لنص المادة 721 ((ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه))

وخلاصة هذا النص أن الاسترداد يتم بالتصريح و أن التصريح يؤدي إلى الحلول و أن الحلول موقوف على التعويض.

فالدعوى القضائية تهدف إلى تنفيذ الالتزامات الناتجة عن الاسترداد في حالة امتناع أحد الأطراف أو وقوع خلاف بينهم حول أحد المسائل الناتجة عن الاسترداد .
وإذا كان استرداد المنقول بسيطا إذ يكفي فيه استلام الحصة المشاعة و دفع التعويض فإن بعض المنقولات الخاصة و مجموع المال و العقار تحكمها نصوص خاصة .

فبالنسبة للعقار فإن نقل ملكيته يتم بسند رسمي يثبت قيام جميع شروط الاسترداد و يخضع لقواعد التسجيل والاشهار ليكون سندا لملكية المسترد طبقا لـ :

✓ المادة 29 من قانون رقم 25-90 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 المعدل بالأمر رقم 26-95 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25 سبتمبر سنة 1995 المتضمن قانون التوجيه العقاري التي نصت على : ((يثبت الملكية الخاصة للاملاك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الاشهار العقاري.)) 89

✓ والمادة 324 مكرر 1 و ما يليها من القانون المدني التي نصت على : ((زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد

كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد.)⁹⁰

✓ والمواد 15 و 16 و 16 مكرر من الأمر 75 - 74 مؤرخ في 8 ذى القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن أعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁹¹ التي نصت على ما يلي:

- المادة 15: كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية, غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسرى مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.

- المادة 16: ان العقود الارادية و الاتفاقات التي ترمى الى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني, لا يكون لها أثر حتى بين الاطراف الا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

⁸⁹ قانون رقم 25-90 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 المعدل بالأمر رقم 26-95 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25 سبتمبر سنة 1995 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

⁹⁰ القانون المدني مرجع سابق.

⁹¹ الأمر 75 - 74 مؤرخ في 8 ذى القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن أعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري

- المادة 16 مكرر : تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنده، بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة .

لا يترتب عن إشهار عريضة رفع الدعوى تجميد أو تعليق أو منع التصرف في العقار أو الحق العيني العقاري .

إذا تم التصرف في حق عيني عقاري يتعلق بعقار أشهرت بشأنه عريضة رفع الدعوى قبل التصرف، فإنه يستوجب على المتصرف إبلاغ المتصرف له بالدعوى المشهورة عن طريق محضر قضائي، على أن يرفق محضر التبليغ بملف العقد عند تقديمه لإجراء الشهر العقاري يشهر المحافظ العقاري المعني بالحكم القضائي النهائي الصادر في الدعوى محل العريضة المشهورة“

ونضرا لكون المادة 721 لم تحدد إجراء خاصا لنقل ملكية العقار عند الاسترداد تقيد به القواعد العامة صراحة، فإن نقل ملكية الحصة المشاعة في العقار يخضع وجوبا للقواعد العامة التي تحكمه فيكون في هذه الحالة للأطراف تحرير عقد رسمي يتضمن اتفاق على قبول الاسترداد والتزام الطرفين بتنفيذه وذلك بتسليم الحصة محل الاسترداد للمسترد و دفع التعويض و النص على حلول المسترد محل المشتري فيما تضمنه عقد البيع ويتم تسجيل العقد و اشهاره طبقا للقواعد السارية المفعول.

فإذا لم يحدث اتفاق في بين الأطراف فإن دعوى اثبات الاسترداد وإلزام الأطراف كل بتنفيذ التزاماته القانونية و نقل ملكية العقار تصبح ضرورية للحصول على حكم يقوم مقام سند الملكية يتم تسجيله و اشهاره طبقا للقانون.

المطلب الثاني: آثار الاسترداد

ورد عن الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الجزء الثامن من الوسيط في شرح القانون المدني الصفحة 863 أن بعض الفقهاء كيفوا الاسترداد على أنه بيع ثاني يتم بين المشتري والمسترد غير أ الأستاذ السنهوري ضعف هذا الرأي و أخذ بالرأي القائل بأن الاسترداد ليس بيعا بل هو حلول المسترد محل المشتري بأثر رجعي⁹² و رتب على هذا الرأي عدة نتائج سنتطرق إليها في ثلاثة فروع ثم نقوم أخيرا بمناقشة هذه الآثار من منضور القانون المدني على النحو التالي:

92 عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - الصفحة 863

- ✓ الفرع الثالث: الالتزام بين البائع و المشتري
- ✓ الفرع الثاني: الالتزام بين المسترد و البائع
- ✓ الفرع الثاني: الالتزام بين المسترد و البائع
- ✓ الفرع الرابع : آثار الاسترداد من خلال نصوص القانون المدني

الفرع الأول: الالتزام بين المسترد والمشتري والبائع

أولاً: الالتزام بين المسترد والمشتري

يعتبر حق الاسترداد مجرد حلول المسترد محل المشتري بأثر رجعي، وعليه فإنه يترتب على هذا الأمر أن يصبح المسترد في حكم المشتري للحصة الشائعة منذ البداية، وبذلك تنتهي العلاقة بين البائع والمشتري لتحل محلها علاقة جديدة بين البائع والمسترد والذي هو شريكه ابتداءً⁹³ ولا يعتبر خلفاً خاصاً للمشتري، بل يعتبر خلفاً خاصاً للبائع الذي تربطه به علاقة مباشرة ويترتب على هذا الأمر ما يلي:

- يلتزم المسترد بدفع الثمن إلى البائع، فإذا كان مؤجلاً أو مقسطاً استنفاد من ذلك ، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع قبل الاسترداد، فإن المسترد يلتزم برده إليه مع فوائده من يوم الدفع قياساً على الحقوق المتنازع فيها، ويلتزم أيضاً بأن يدفع له من نفقات ومصاريف للمشتري ما تحم.

- يلتزم المشتري برد الثمن التي حصل عليها منذ يوم البيع إلى أن اكتمل الاسترداد.
- أي تصرف يجريه المشتري على الحصة الشائعة المبيعة هو تصرف ساقط وغير ملزم للمسترد، وبذلك تصبح الحصة المبيعة خالصة من أي حق يكون قد رتبته المشتري الحصة المستردة

ثانياً: الالتزام بين المسترد و البائع

إن المسترد يتحمل تجاه البائع كل ما ينتج عن العقد من حقوق والتزامات، لأنه هو الذي أصبح خلفاً خاصاً له، ويترتب على ذلك:

- يلتزم المسترد بأداء الثمن للبائع إذا لم يكن المشتري قد أداه له، ويكون التزامه بالثمن الحقيقي، ولو كان الثمن المذكور في العقد سورياً، ويقع عليه عبئ إثبات صورية الثمن.⁹⁴

⁹³ عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق - ص
⁹⁴ عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص

• يلتزم البائع بنقل ملكية ما باعه من حصة شائعة إلى المسترد، وهنا تنتقل الملكية مباشرة إلى المسترد، فإذا كانت الحصة المستردة منقولا، فإن الملكية تنتقل إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع وليس من الوقت الذي قام به المسترد بعملية الاسترداد وأما إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع المال يحتوي على عقار، فإنه لا بد من الشهر وذلك لأن العقار لا تنتقل ملكيته إلا بالشهر

الفرع الثاني: الالتزام بين البائع و المشتري

يحل المسترد محل المشتري وذلك في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع، وعلى هذا الأساس فإن العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري يحكم عليها بالزوال، وهذا الزوال يكون بأثر رجعي، وبالتالي يكون حكمها كحكم المعدوم، ويترتب على هذا ما يلي:

أولاً: زوال حقوق المشتري تجاه البائع. تزول كل الحقوق التي كانت للمشتري تجاه البائع، وذلك لأنها أصبحت للمسترد، ولا يجوز للمشتري أن يطالب البائع بأي حق من الحقوق التي كان قد اكتسبها بسبب عقد البيع، سواء أكان نقل الملكية أو ضمان الاستحقاق، أو أي حق من الحقوق

ثانياً: زوال التزامات المشتري تجاه البائع كل الالتزامات التي تشغل ذمة المشتري تجاه البائع،

يكون حكمها الزوال، لأن هاته الالتزامات أصبحت مشغولة بذمة المسترد، وعليه لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بدفع الثمن، وإنما عليه أن يطالب المسترد بذلك.

الفرع الثالث: آثار الاسترداد من خلال نصوص القانون المدني

إن القول بأن الحلول يكون بأثر رجعي ويترتب عنه زوال العلاقة بين البائع والمشتري زوالاً تاماً لتصبح كأنها لم تكن، و أن كل أعماله وتصرفاته تصبح في حكم العدم في رأي مخالف لنصوص قانونية صريحة و مخالف لمبدأ الحقوق المكتسبة و لمبدأ المسؤولية عن الفعل الشخصي.

فالمعلوم أنه قبل ممارسة الاسترداد فإن عقد البيع يؤول جميع آثاره القانونية و أن المشتري يصبح بقوة القانون مالكا للحصة المشترية ملكية تامة صحيحة له حق استغلالها و التصرف فيها طبقاً لأحكام المادة 814 من القانون المدني ، كما أن المشتري قد يقوم بأفعال تؤدي إلى تغيير طبيعة المبيع و قد يحصل على موافقة اغلبية الشركاء و يقوم ببعض الإنجازات كالبناء و الهدم و ما شابه ذلك ، كما قد يقوم بأفعال مخالفة لقواعد الشيوخ بأن يحدث تغييرات في العقار ،

وقد يستعمل العقار بصفته شريكا استعمالا متلفا و طبقا لأحكام المادة 124 من القانون المدني فإنه مسؤول مسؤولية تامة عن جميع أفعاله و مسؤول عن أتباعه 95.

أولاً: إن المشتري يستطيع أن يبرم بعض العقود القانونية كرهن حصته رهنا قانونيا رسميا . وقد يكون محلا لصدور أمر قضائيا بتخصيص حصته لضمان دين خارجي ، فتصبح الحصة بقوة القانون مرهونة لفائدة الدائن 96.

وحيث ان تصرفات المشتري التي يبرمها في اطار القانون لا يشترط فيها حسن النية و سئوها و جدير بالذكر أن رهن الحصة او تخصيصها قد يؤدي إلى حجزها ، فيكون المشتري مسؤولا شخصيا عن فعله الذي يلزمه بضمان تسليم الحصة 97.

إن المادة 106 من القانون المدني نصت على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. و يترتب على ذلك أن كافة العقود التي يبرمها المشتري قبل الاسترداد هي صحيحة ترتب كافة آثارها القانونية و لا يجوز نقضها بدون نص صريح ، وفي غياب نص صريح يقضي ببطان جميع التصرفات التي أبرمها المشتري فإنها تبقى صحيحة منتجة لآثارها طبقا للمادة 106 خاصة وانها تتعلق بحقوق الغير 98

ثانياً: إن القول برجعية الاسترداد مبني على عبارة حلول المسترد محل المشتري في حقوقه و التزاماته، غير أن العبارة لا تفيد أن يكون هذا الحلول بأثر رجعي ، ذلك أنه طبقا للقانون المدني فإن الشفيع يحل محل المشتري و أن الخلف الخاص يحل محل سلفه فيما أبرمه من اتفاقيات مرتبطة بالعين محل التصرف كرهنه و تأجيريه و غير ذلك .

لكن هذا الحلول يؤدي إلى انتقال الالتزامات و الحقوق بتاريخ الحلول ولا يؤدي إلى اسقاط مسؤولية المشتري ولا إلى ابطال العقود التي أبرمها ولا إلى اعفاء أي طرف من الأطراف عن تصرفاته و أفعاله.

ثالثاً: إن تكييف الاسترداد على أنه بيع أو أنه حلول بأثر رجعي هو مجرد رأي فقهي ذلك أن القانون قد أنشأ علاقة قانونية و أعطاه تسمية خاصة وهذه صفتها فالاسترداد لا يمكن وصفه إلا بأنه استرداد وأنه تصرف قانوني ينتج آثار قانونية ولا يحتاج إلى إعادة تكييف كما لا تحتاج الشفعة لإعادة تكييفها ، كما لا يحتاج التأميم و نزع الملكية لإعادة تكييفها ، فالاسترداد هو

95 القانون المدني - مرجع سابق

96 القانون المدني - مرجع سابق

97 القانون المدني - مرجع سابق

98 القانون المدني - مرجع سابق

رخصة قانونية تخول المسترد من اكتساب ملكية الحصة المشاعة التي باعها شريكه لأجنبي ولا يترتب عليها انشاء عقد جديد أو الغاء العقد السابق وأن تنظيم علاقة المسترد بكل من المشتري والبائع تطلب أن لا توضع له شروط جديدة حماية لحق البائع والمشتري في الاحتفاظ بالشروط المتفق عليها ، فالمسترد ملزم بما نص عليه عقد البيع وهذا الالتزام يشبه تماما ما تقرر بشأن الشفعة ، و ببساطة كبيرة فإن الاسترداد هو نوع من الشفعة في المال المشاع التي تم تخفيف إجراءاتها و توسيعها ، وفي جميع الحالات ينبغي أن تمارس بأقل ضرر ممكن للبائع و المشتري لأن المسترد لا يملك حقا أصليا بل مجرد ترخيص للوصول على حق مقرر للغير و الحلول فيه محل المشتري دون إرادة البائع والمشتري

وبه فإننا نرى أن تكبير الاسترداد بأنه عقد أو مجرد حلول بأثر رجعي ليس له أي سند قانوني ويترتب عليه آثار مخالفة لقواعد العامة للقانون يمس بالحقوق المكتسبة.

خلاصة الفصل الثاني

وخلاصة القول فإن استرداد الحقوق العقارية المشاعة هو رخصة أقرها القانون المدني الجزائري ضمن قاعدة عامة شملت المنقول ومجموع المال المنقول والعقار فأعطت الحق لكل شريك أن يسترد الحصة التي باعها شريكه لأجنبي خلال أجل شهر من العلم مقابل تعويض المشتري عما انفقه و يتم الاسترداد بتصريح يبلغ للمشتري و البائع.

وخلال بحثنا هذا لم نجد مراجع تناولت موضوع الاسترداد في العقار خاصة تأخذ بعين الاعتبار جميع القواعد التي تنظم العقار، فأغلب المراجع التي اعتمدها سارت في مسار المراجع المصرية التي ناقشت الاسترداد في المنقول ومجموع المال ذلك أن القانون المصري لم يقر حق استرداد الحصة المشاعة في العقار.

ونظرا لكون القانون المدني لم ينظم إجراءات تتناسب مع الطبيعة القانونية لاكتساب العقار بالاسترداد، فإنه وجب تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقار، بذلك رأينا أن التصريح بالاسترداد يجب أن يكون كتابيا وأن يبلغ تبليغا قانونيا وأن يتم اثبات الاسترداد بعقد أو بحكم يعتبران بمثابة سند ملكية قابل للإشهار.

خاتمة

الشفعة والاسترداد رخصتان رتبهما المشرع الجزائري في القانون المدني أجاز من خلالهما للشريك في الشيوخ استرجاع الحصة التي باعها أحد الشركاء في العقار الشائع إلى أجنبي عن

الشيوع. غير أن المشرع قيد رخصة الشفعة بإجراءات لم يقرها في حق الاسترداد مما يدفع الشركاء باللجوء إلى هذا الأخير تهربا من الإجراءات المطولة واختصارا للوقت.

فتتميز الشفعة عن الاسترداد كون الشفعة هي سلطة تخول للشفيع متى توافرت أسبابها وشروطها الحلول في بيع العقار أو حصة شائعة منه، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع وتنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو حصة شائعة منه دون موافقة المشتري، ومتى تم الحكم بثبوت الشفعة حل الشفيع محل المشتري ولو جبرا عنه وصار الحكم سندا لملكيته ومن هذه الصورة فإن نظام الشفعة أكثر ملائمة لقواعد اكتساب ملكية العقار باعتبارها تنتهي دائما بحكم قضائي قابل للإشهار العقاري. بينما الاسترداد رخصة قررها المشرع فقط للشركاء في المال المشاع سواء عقار كان أو منقول، وهو على غرار الشفعة يجعل المسترد يحل محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات، و لا حاجة لموافقة المشتري على الاسترداد متى تم التصريح بحق الاسترداد، و هنا نلاحظ أن الاسترداد يتم بمجرد تبليغ التصريح ودفع التعويض غير أن هذا الاجراء لا يكفي لنقل ملكية الحق العقاري العيني وتسجيله و اشهاره لغياب السند الذي يثبت و يتوج جميع لإجراءات و لذلك دعت الحاجة إلى تحرير عقد اثبات الاسترداد و التعويض أو تحصيل حكم قضائي يمكن اشهاره ليكتسب المسترد سند ملكية الحصة المستردة

إن غياب تنظيم الإجراءات الخاصة باسترداد الحقوق العقارية تأخذ بعين الاعتبار الطبيعة القانونية للعقار جعلت ممارسة الاسترداد أمرا صعبا وقد يتعرض ممارس الحق إلى إشكالات قانونية كثيرة لجواز الاجتهاد في غياب النص الضابط.

ولذلك لاحظنا أن أغلب الشركاء في العقار يلجؤون لممارسة الشفعة رغم تعقد إجراءاتها ، لأنها في جميع الأحوال إن تمت صحيحة تؤدي إلى النتيجة المرجوة

وللملاحظة فإن القانون المصري وبسبب ازدواجية استرداد الحصة المشاعة في العقار مع نظام الشفعة فقد استثنى العقار من نظام الاسترداد و اقتصره على المنقول و مجموع المال ، وبذلك خص استرجاع العقار و الحقوق العقارية بنظام الشفعة .

وننتهي للقول أن نظام الاسترداد هو أكثر ملائمة للمنقول خاصة المنقول العادي باستثناء المنقولات الخاصة و مجموع المال ذي الطبيعة الخاصة كالشركات والمحلات التجارية التي أخضعها القانون الجزائري لشكليات محددة منها الرسمية و التسجيل والنشر، بينما نظام الشفعة أكثر ملائمة للعقار بسبب الطبيعة القانونية الخاصة بالعقار، فهو يراعي الإجراءات الشكلية و إجراءات التسجيل والاشهار.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً : الكتب

- 1) عبد الرزاق أحمد السنهوري - "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثامن - دار احياء التراث العربي بيروت لبنان ، 1967
- 2) عبد الرزاق أحمد السنهوري - "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء التاسع - دار احياء التراث العربي بيروت لبنان، 1968
- 3) حسن كيرة - الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية. أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف - الإسكندرية - 1998.
- 4) حسن كيرة - الموجز في أحكام القانون المدني - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الثالثة - 1994.
- 5) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية - دار المطبوعات الجامعية - 2012.
- 6) رمضان أبو السعود - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت 2002
- 7) عبد الناصر توفيق العطار - شرح أحكام حق الملكية - دار الفكر العربي - القاهرة
- 8) الامام أبو زهرة - الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي - القاهرة.
- 9) عبد المنعم فرج الصدة - الملكية في قوانين البلاد العربية - دار الفكر العربي القاهرة.
- 10) أحمد خالدي - الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري - دار هومة - الطبعة الأولى - 2006.
- 11) محمد شتا أبو سعد - الشفعة السورية - دار النهضة العربية - القاهرة - 1995.
- 12) سعيد أحمد شعلة - قضاء النقص المدني في الصورية والشفعة - دار الفكر العربي - القاهرة - 1993
- 13) زروقي ليلي و حمدي باشا عمر - المنازعات العقارية - دار هومه - الجزائر - 2002 .

ثانياً: القوانين

- (1) الأمر رقم 58/75 ، المؤرخ في 26/09/1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975
- (2) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.- الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة في 23/04/2008
- (3) القانون المدني للفرنسيين *Code civil des Français* - 1804 - المادتين 841 - 1408.
- (4) الأمر 75 - 74 مؤرخ في 8 ذى القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .
- (5) قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 المعدل بالأمر رقم 95-26 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25 سبتمبر سنة 1995 المتضمن قانون التوجيه العقاري

ثالثاً: المجلات

- (1) عقوني محمد - الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع - مجلة الدراسات القانونية والسياسية - العدد 07 - جانفي 2018.
- (2) بوبكر لبيض - حق استرداد حصة شائعة في القانون المدني الجزائري - المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية - العدد الثاني - ديسمبر 2016

رابعاً : المقالات الالكترونية

- أحمد بيك لظفي - استرداد الشيوخ - <https://www.printfriendly.com/p/g/dVwJ79> - تم التحميل بتاريخ 2021/08/09.

ملخص البحث

نظم المشرع الجزائري في القانون المدني وسيلتين قانونيتين تسمحان للشريك في الشيوخ استرجاع الحصة التي باعها أحد الشركاء في العقار الشائع إلى أجنبي الشفعة والاسترداد، وهما رخصتان استثنائيتان تقيدان حقوق الغير في التصرف في ماله الخاص رغم أن الشفيع أو المسترد ليس طرفا في عقد البيع ولا يملك حق مراجعته أو نقضه، لكن ولطبيعة الاشتراك جاءت هذه الرخص لحماية الشركاء من أن يرد عليهم أجنبي، والشفعة محددة من حيث الموضوع والإجراءات وترد على العقار والحقوق العقارية الأصلية ، بينما الاسترداد يشمل العقار و المنقول ومجموع المال .

The Algerian legislator organized in the civil law two legal means that allow the common partner to recover the share sold by one of the partners in the common property to a foreigner, pre-emption and redemption, which are two exceptional licenses that restrict the rights of others to dispose of his own money, even though the intercessor or recoverer is not a party to the sale contract and does not have the right Reviewing it or revoking it, but because of the nature of the subscription, these licenses came to protect the partners from being returned to them by a foreigner. Pre-emption is specific in terms of the subject and procedures and is given to the real estate and the original real estate rights, while the recovery includes the real estate, the movable and the total money.

فهرس البحث

01	صفحة	- مقدمة
03	صفحة	- الفصل الأول: الشفعة
04	صفحة	- المبحث الأول: ماهية الشفعة وشروطها
04	صفحة	- المطلب الأول: مفهوم الشفعة وخصائصها
05	صفحة	- الفرع الأول: تعريف الشفعة
08	صفحة	- الفرع الثاني: خصائص الشفعة
11	صفحة	- المطلب الثاني: شروط الشفعة
12	صفحة	- الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالتصرف الذي يجيز الشفعة وبمحلها
15	صفحة	- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالشفيع
20	صفحة	- المبحث الثاني: إجراءات الشفعة وآثارها
21	صفحة	- المطلب الأول: إجراءات الشفعة
21	صفحة	- الفرع الأول: التصريح وعلان الرغبة في الشفعة وايداع الثمن والمصاريف
23	صفحة	- الفرع الثاني: دعوى الشفعة
27	صفحة	- المطلب الثاني: آثار الشفعة
28	صفحة	- الفرع الأول: حلول الشفيع محل المشتري
30	صفحة	- الفرع الثاني: العلاقات المترتبة عن ممارسة حق الشفعة
37	صفحة	- خلاصة الفصل الأول
38	صفحة	- الفصل الثاني: استرداد الحصة المشاعة في العقار
39	صفحة	- المبحث الأول: ماهية الاسترداد وشروطه.
39	صفحة	- المطلب الأول: مفهوم الاسترداد
40	صفحة	- الفرع الأول: تعريف الاسترداد
40	صفحة	- الفرع الثاني: مرجعية الاخذ بحق استرداد الحصة المشاعة
43	صفحة	- الفرع الثالث: التكييف القانوني لحق الاسترداد
44	صفحة	- المطلب الثاني: شروط الأخذ بالاسترداد
44	صفحة	- الفرع الأول: حدوث عملية البيع على حصة مشاعة
45	صفحة	- الفرع الثاني: أن يكون البائع شريكا ويصدر البيع لأجنبي عن الشركاء
46	صفحة	- الفرع الثالث: أن يكون المسترد شريكا.
47	صفحة	- المبحث الثاني: إجراءات الاسترداد وآثاره
47	صفحة	- المطلب الأول: إجراءات الاسترداد
47	صفحة	- الفرع الأول: ميعاد الاسترداد
47	صفحة	- الفرع الثاني: التصريح بالاسترداد
49	صفحة	- الفرع الثالث: دعوى الاسترداد
51	صفحة	- المطلب الثاني: آثار الاسترداد
52	صفحة	- الفرع الأول: الالتزام بين المسترد والمشتري والبائع
53	صفحة	- الفرع الثاني: الالتزام بين البائع والمشتري

53	صفحة	- الفرع الثالث: آثار الاسترداد من خلال نصوص القانون المدني
56	صفحة	- خلاصة الفصل الثاني
57	صفحة	- خاتمة
59	صفحة	- قائمة المراجع والمصادر
61	صفحة	- ملخص البحث