

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس

مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص المعمق

## الشفعة على ضوء القانون والقضاء

تحت اشراف الأستاذ

بوجمعة يوسف

من اعداد الطالبة:

مناد نعيمة

أعضاء لجنة المناقشة

-1

-2

-3

السنة الجامعية : 2013 - 2014

# شكر وتقدير

الحمد لله الكريم الحنان المنان على نعمه وآلائه والصلاة والسلام على الرحمة المهداة  
والنعمة المسداة محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن ولاة الى يوم الدين.  
وأحمد الله وأشكره على توفيقه وتيسيره انجاز مذكرتي وبداية لا يسعني الا أن أتقدم  
بالشكر والتقدير لأستاذي الفاضل " **بوجمعة يوسف** " على اشرافه وتوجيهاته القيمة  
ازاء بحثي.

كما أتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على  
تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

والشكر والتقدير إلى الأستاذ " **بورحلة محمد** " على دعمه وتشجيعه لي للمضي  
قدما في مشواري العلمي والمهني.

وكذا أساتذتي الكرام خلال السنة الدراسية النظرية اعترافا بفضلهم واحتراما لعلمهم  
وفكرهم وجهدهم.

وأخيرا الشكر والتقدير لكل من قدم لي العون بطريق مباشر أو غير مباشر من أجل  
اتمام هذا البحث.

# اهداء

أهدي ثمرة جهدي الى:

من أرضعتني النبل والحياء، وما زالت الى الفناء، فكانت الدم والهواء.  
من كرسوا حياتهم من أجل تكوين أبنائهم.  
والديا الكريمين أدامهما وأطالا الله في عمرهما

**أبي وأمي**

أستاذي الفاضل والذي أحترمه كثيرا الذي كان لي العون والسند خلال مشواري  
الدراسي والمهني.

**الأستاذ محمد بورحلة**

الى الذين شاركوني الدم، الماء والهواء اخوتي كل باسمه: محمد  
السعيد، فضيلة، الغالي، فوزية، نادية، اسمة، حفيظة، البشير، عبد الحكيم، حميدو.  
أولاد أخي وأخواتي لا سيما البراعم: حفصة، عبد الله، مروى، عبد القادر وفاطمة  
الزهراء.

كل عائلة محمد بورحلة زوجه الزهرة وأولاده يمينة، عبد القادر، عبد المجيد، رضوان  
و يسرى.

كل عائلة مسيد بوزيان مفلح خاصة نعيمة وعائلة بن يطو خاصة مختارية .  
زميلي الأستاذ يوخاتم فتحي.

كل صديقات المسيرة الفكرية وأخص بالذكر عواد خولة وبلغوثي نصيرة وبليل  
نواره.

العزيرن على قلبي عيسانى جيجيقة وعطاء الله منال.

الذين يكافحون من أجل الوصول الأستاذة رابح والأستاذ زواتين.

كل من أمدني يد العون سواء كان من قريب أو بعيد.

# قائمة المختصرات

ط .	طبعة .
ج .	جزء .
ص .	صفحة .
ق.م.ا	قانون الاجراءات المدنية

المقدمة

# مقدمة

لقد عملت التشريعات الحديثة على وضع ضوابط ومعايير ترد على حرية التملك أو التمتع من أجل تحقيق مصلحة الفرد والجماعة، من بين هذه الضوابط نجد ما يتعلق بأسباب كسب الملكية باعتبارها من الحقوق العينية الأصلية<sup>(1)</sup> من ذلك نجد الشفعة<sup>(2)</sup>. تعتبر الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية العقارية لأنها حق تملك جبري لها ينفذ دون إرادة مالكة ومشتريه، وهذا بضم العقار المبيع إلى ملك الشفيع بسبب اتصال ملكه بهذا العقار دفعا لضرر متوقع، وعلى الرغم من ثبوت هذا الحق لفائدة الشفيع إلا أنه لا يمكن ممارسته بصفة مطلقة كونه مقيد بشروط محددة بقوة القانون.

مع العلم أنها عرفت منذ العصور القديمة وتطورت أحكامها في العصور الوسطى في ظل الشريعة الإسلامية التي بفضلها ضببت قواعدها، إذ وضعت لها شروطا محددة في إطار الفقه الإسلامي، ثم جاءت التشريعات الحديثة في مختلف الدول التي قننت أحكامها ووضعت لها شروط إضافية وسعت من مجالها، وهذا من أجل رفع ودفع الضرر بجمع ما تفرق من حق الملكية وجمع شتاتها فللمالك أن يأخذ بالشفعة في حق الانتفاع إذا ما تم بيعه، كما للشريك في الشيوع أن يشفع إذا ما قام الشريك ببيع نصيبه في العقار المشاع، وهذا بهدف المحافظة على وحدة عناصر الملكية وعدم تجزئة العقار<sup>(3)</sup>. وتعتبر الشفعة من الموضوعات المهمة التي تمس حياتنا الاقتصادية والاجتماعية، وقد تثير العديد من الخلافات بين الافراد التي قد تؤدي الى ارتكاب الجرائم.

<sup>1</sup> - جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة، مقال منشور بالمجلة القضائية صادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، عدد خاص بالعرفة العقارية، ج 3، 2010، ص 64.

<sup>2</sup> - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية في ذاته، أسباب كسب الملكية، ط 1، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 257.

<sup>3</sup> - أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 19 و 21.

والشريعة الاسلامية حين نظرت الى حق الملكية لم تجعله حقا مطلقا بلا قيود ولا ضوابط، باعتبارها قد تؤدي الى الحاق الضرر على الأفراد والمجتمعات، لذلك وضعت لها ضوابط لتنظيم هذا الحق.<sup>(1)</sup>

حيث نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في المواد من 794 الى 807 من القانون المدني،<sup>(2)</sup> اضافة الى ما هو منصوص عليه في التشريعات الخاصة.<sup>(3)</sup> وتجدر الاشارة أن المشرع الجزائري، وعلى غرار باقي التشريعات استمدوا هذا النظام من الشريعة الاسلامية، اذ تعتبر المصدر التاريخي لقواعد الشفعة، مما يتعين الرجوع الى أحكامها في حالة عدم وجود نص تشريعي،<sup>(4)</sup> لا سيما أنها المصدر الثاني من مصادر القانون طبقا للمادة 2/01 من القانون المدني.<sup>(5)</sup>

وتعرف الشفعة على أنها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بالثمن الذي بيع وكذا مصاريف وتكاليف انتقال الملكية، فإذا ما قام شخص ببيع ملكه إلى غير شريكه فهذا الأخير تملك المبيع من المشتري بدون رضاه بالثمن الذي تراضيا عليه بالإضافة

---

<sup>1</sup> - جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، القاهرة، 2009، ص 05 و 06.

<sup>2</sup> - في القسم الخامس من الفصل الثاني من الكتاب الثالث بعنوان طرق اكتساب الملكية من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، وبالقانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية، العدد 31.

<sup>3</sup> - ولقد صدرت في هذا الاطار نصوص تشريعية تضمنت في أحكامها حق الشفعة منها:

- قانون رقم 03/10، المؤرخ في 15/08/2010، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 64، الذي ألغى قانون رقم 19/87، المؤرخ في 08/12/1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، الجريدة الرسمية، العدد 50.

- قانون 25/90، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49، المعدل والمتمم بالأمر 25/96، المؤرخ في 25/09/1995، الجريدة الرسمية، العدد 55.

- أنظر الأمر رقم 105/76، المؤرخ في 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد 81، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/97، المؤرخ في 31/12/1997، المتضمن قانون المالية 1998، الجريدة الرسمية، العدد 89.

- قانون رقم 29/90، المؤرخ في 01/12/1990، المتضمن قانون التهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية، العدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04، المؤرخ في 01/12/1990، الجريدة الرسمية، العدد 51.

- القانون رقم 04/11، المؤرخ في 17/02/2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، الذي ألغى المرسوم التشريعي رقم 03/93، المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 14.

<sup>4</sup> - أحمد خالد، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 16.

<sup>5</sup> - تنص المادة 2/01 على: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الاسلامية ....".

إلى مصاريف الشراء، كما انه لا شفعة إلا في الملكية الشائعة وليس للجار شفعة سواء كان قريب أو بعيد أو كان محاذي أو لا، كما تثبت لمالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع<sup>(1)</sup> وتُعرف أيضا على أنها انتقال حصة شريك إلى شريك نتيجة انتقالها إلى أجنبي بمثل العوض المسمى، ولم يختلف العلماء في مشروعيتها<sup>(2)</sup>.

مع العلم أن المشرع الجزائري عرفها في المادة 794 من القانون المدني<sup>(3)</sup>.

اذ من هذا التعريف نجد أن المشرع كيف الشفعة بأنها رخصة تتحقق في حالة بيع العقار- ولا تكون في المنقول- وكان هناك سبب قانوني يخول لشخص آخر الحلول محل المشتري في شراء العقار فتكون له الأولوية عن غيره الذي يريد تملكه، ومن هنا يقال أخذ العقار المبيع عن طريق الشفعة، ويسمى هذا الأخير بالشفيع والمشتري المشفوع منه.

أما العقار المراد تملكه من طرف الشفيع يسمى العقار المشفوع فيه، والعقار المجاور أو الداخل ضمن أجزاء الشيوخ المتصل بملكيتها- الشفيع- يطلق عليه العقار المشفوع به، وهذا هو السبب الذي يجعل الشفيع في مركز قانوني يعطيه الحق في الأخذ بالشفعة<sup>(4)</sup>.

حيث يتبين من خلال المادة 794 المذكورة أعلاه أن للشفعة خصائص تتمثل في أنها رخصة استثنائية باعتبارها قيد يرد على حق الملكية كونها تحرم المالك من التصرف في ماله، وتؤدي الى زوال ملكية المشتري جبرا وتثبت للشفيع رفعا للضرر المحتمل.

كما أنها رخصة عقارية غير قابلة للتجزئة اذ لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة على جزء من العقار المشفوع فيه دون الآخر، وهي حق قابل للارث لا تسقط بموت الشفيع وانما تنتقل للورثة وقابلة للارث، اضافة الى أنها حق قابل للاسقاط وغير قابل للتنازل الى الغير لاتصالها بشخص الشفيع وتبعيتها للعقار المشفوع فيه<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر التَّمْرِي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 1، المجلد 3، دار ابن حزم، لبنان، 2013، ص 1082 و 1083.

<sup>2</sup>- الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، صححة عبد العزيز بن عبد الله بن باز، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط 1، ج 5، دار الفكر، لبنان، 2007، ص 147.

<sup>3</sup>- تنص المادة 794 على: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ".

<sup>4</sup>- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 29.

<sup>5</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، د. ط، ج 9، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 452 و مايليها.

ترجع أسباب اختيارنا لموضوع الشفعة لسببين: الأول ذاتي متمثل في الميل ذاتي لمثل هذه الدراسات القانونية التي يكثر فيها البحث والأخذ والرد ومن أجل تكوين ملكة قانونية أردنا اكتسابها، أما الثاني موضوعي متمثل في كثرة المشاكل والاشكالات القانونية المطروحة من الناحية العملية أمام ساحة القضاء الجزائري من خلال الممارسات القضائية ولأهميته ودوره على المستوى الاجتماعي والاقتصادي لا سيما أمام ظهور أزمة العقار وباعتبار الشفعة من الأسباب الناقلة لحق الملكية، التي تؤدي الى تملك العقار باتباع اجراءات خاصة.

حيث و نحن بصدد دراسة هذا الموضوع واجهنا صعوبات ومشاكل أهمها قلة المراجع القانونية في هذا الشأن وحتى وان وجدت فانها ليست متعلقة بالتشريع الجزائري لا سيما المتخصصة منها، اضافة الى ذلك عدم وجود دراسة متعلقة بدراسة أحكام الشفعة على ضوء الممارسات القضائية على حد علمنا.

ومن جهة أخرى هناك صعوبات تتعلق بجمع الاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا الموضوع لا سيما أن المحكمة العليا ولحد الساعة على حد علمنا لم تقم باصدار مجلات قضائية لسنة 2013 .

ونظرا لأهمية الشفعة فلا يمكنها أن تكون سببا لكسب الملكية الا بقيام مركز قانوني معين تنهياً أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة<sup>(1)</sup> لذلك يكون للشفيع الحق في أن يملك وليس حق الملك.

وفي هذا الصدد فان الاشكالية التي تطرح نفسها تتمثل ما مدى تطبيق القضاء الجزائري لأحكام الشفعة في القانون المدني الجزائري؟ و تتفرع عنها التساؤلات تتمثل في: ما موقف المحكمة العليا من أحكام الشفعة؟ و ما هي الاجراءات التي خصها المشرع الجزائري بموجب القانون المدني؟.

---

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، القاهرة، 2007، ص 345 و 597.

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية وكذا المقارن الذي فرض نفسه لاستنباط ما يمكن أن ينسجم مع روح القانون الجزائري.

حيث ما تجدر الإشارة إليه أنه سوف تقتصر في دراستنا للشفعة على القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني من ناحية ومن ناحية أخرى في ظل ممارسات القضاء الجزائري مستبعدين بذلك تناولها في ظل التشريعات الخاصة وإن أشرنا إليها فهي على سبيل التوضيح.

وبما أن موضوع الدراسة يتعلق بتناول الشفعة على ضوء القانون والقضاء قمنا بتقسيم دراستنا هذه إلى فصلين:

لقد تناولنا في الفصل الأول شروط الأخذ بالشفعة والذي قسم بدوره إلى مبحثين شمل المبحث الأول منه على الشروط المتعلقة بالشفيع والمبحث الثاني عالجا فيه الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه وبالتصرف المرتب للشفعة.

وسوف نتعرض في الفصل الثاني للإجراءات القانونية للشفعة وآثارها المقسم بدوره إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى الإجراءات القانونية للشفعة، أما المبحث الثاني خصصناه لدراسة آثار الشفعة وسقوط الحق فيها.

وأنهينا بحثنا هذا بخاتمة التي تضمنت أهم النقاط التي تم دراستها وبعض النتائج التي أمكن استخلاصها.

# الفصل الأول

### الفصل الأول: شروط الأخذ بالشفعة:

لا يمكن الأخذ بالشفعة إلا إذا وجد صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع ليخول له حق اكتساب ملكية العقار الذي قام مالكة ببيعه إلى مشتري آخر غير هذا الشفيع ليطلق عليه العقار المشفوع فيه.

حيث أن العقار المشفوع فيه يشترط فيه أن يكون متصلا بعقار آخر يملكه ذلك الشفيع ويصطلح عليه بالعقار المشفوع به، سواء كان هذا الاتصال ناجما من شركة على الشفيع في نفس العقار وذلك إذا كان العقار المبيع جزءا شائعا مع حصة الشفيع في عقار أو مسكن، أو كان الاتصال ناجما من تجزئة حق الملكية لذلك العقار بتحويل حق الانتفاع لشخص وبقاء ملكية الرقبة في يد شخص آخر وهو المالك الأصلي للعقار.

حيث أن الحكمة من تقرير الشفعة هي دفع الضرر المتوقع للشفيع كما تحقق فوائد اقتصادية تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد كضم حق الانتفاع إلى الرقبة والعكس، كما تؤدي إلى إنهاء حالة الشفيع أو التقليل منه.

كما أنها تحقق حكمة تشريعية تتمثل في السعي إلى عدم تجزئة العقار وجمعه،<sup>(1)</sup> وبيعه إلى أجنبي من أجل جمع عنصرى حق ملكية الرقبة والمنفعة في يد شخص واحد دفعا لضرر الاشتراك في الملك بدفع الشفيع الثمن المماثل الذي بيع به العقار. والمالك حينما يتصرف في ملكه مقيد بعدم الإضرار بالغير وليس له حرية البيع لمن يشاء اضرارا بشريكه.

لذلك شرعت الشفعة دفعا لهذا الضرر مصداقا لقول إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار " إذ لا ضرر على المشتري الذي يحصل على ما دفعه من ثمن العقار بعد الأخذ بالشفعة منه وعلى فرصة التسليم بأن تمت ضرر في الأخذ منه ذلك أن ضرر الشريك أكبر وأشد فكان هذا الأخير أولى بالحماية،<sup>(2)</sup> ذلك أن الأشد يزال

<sup>1</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 73 وما يليها.

<sup>2</sup> - بلقايد كريمة وبطاهر العالية، أحكام الشفعة، رسالة ماستر تخصص ادارة عامة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، مستغانم، 2011-2012، ص 09 و 10.

بالأحق، لذلك كان الشريك أحق بدفع العوض دفعا للضرر عنه، وهذا هو العدل الذي يتوافق مع العقل والمنطق وهذا تحقيقا لمصالح الأفراد والمجتمع ككل.<sup>(1)</sup> وقد اعتبر المشرع الجزائري الشفعة قيد على حرية التصرف الذي قيده وضيق منه دون التوسع فيه وهذا بإحاطته بجملة من الشروط الموضوعية والإجرائية نص عليها في القانون المدني.

حيث أن حق الأخذ بالشفعة لا يخول لأي كان بالرغم من أن هناك اتصالا بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه بل لا بد من توفر ثلاثة أنواع من الشروط الأول متعلق بشخص الشفيع والثاني يتعلق بالمال المشفوع فيه أما الثالث يتعلق بالتصرف المرتب للشفعة.

### المبحث الأول: الشروط المتعلقة بشخص الشفيع

إن الشروط المتعلقة بالشفيع هي تلك التي تتعلق بصفة الشفيع بمعنى من هم الأشخاص أصحاب الحق في للأخذ بالشفعة ويطلق على ذلك أسباب الأخذ بالشفعة. مع العلم أنه هناك شروط أخرى للشفيع تتعلق بالأهلية وشرط ملكية العقار المشفوع به ويشترط أيضا أن يكون الشفيع غير ممنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه أو ما يسمى بعدم وجود عارض قانوني طبقا للمادة 402 من القانون المدني كالقضاة والمحامين ممنوع عليهم قانونا شراء الحقوق المتنازع عليها المتواجدة في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم.

هذا إضافة إلى الوكلاء ممنوعون من شراء العقارات التي كلفوا ببيعها بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة في ذلك وكذا السماسرة والخبراء الذين لا يجوز لهم شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها عملا بالمادتين 410 و 411 من نفس القانون، كما أنه قد يتزاحم الشفعاء عند تعددهم التي سوف يتم التطرق إليها لاحقا.

<sup>1</sup> - صالح بن فوزان الفوزان، الملخص الفقهي، ط 1، دار ابن حزم، القاهرة، 2010، ص 298.

### المطلب الأول : أسباب الأخذ بالشفعة

إذا ثبت للشخص صفة الشفيع أصبح صاحب الحق في الأخذ بالشفعة فيكتسب مركزا قانونيا يخول له القدرة في التمسك بالشفعة من أجل تملك العقار المبيع بحلوله محل المشتري في ذلك العقار أو محله في حق الانتفاع المصاحب للرقبة، وهذه الحالات التي تتحقق أو تثبت فيها الشفعة يصطلح عليها الفقه أيضا بأسباب الشفعة.<sup>(1)</sup>

### الفرع الأول: الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع

إن الأشخاص الذين تثبت لهم هذه الصفة في القانون الجزائري نصت عليها المادة 795 من القانون المدني<sup>(2)</sup> بحيث يتضح من هذا النص أن هناك ثلاثة أسباب للشفعة وهي:

#### أولاً: مالك الرقبة:

تثبت الشفعة عملاً بالمادة 795 الفقرة الأولى من القانون المدني لمالك الرقبة على عقاره في حالة تحقق سببها وهو إقدام صاحب حق الانتفاع المرتب على هذا العقار إذا بيع كله أو بعضه لشخص آخر غير مالك الرقبة.

فصاحب حق الانتفاع هو الذي يقوم باستغلال العقار والاستفادة من ثماره لأن انفراد حق الانتفاع كحق وسلطة من سلطات المالك تاركاً سلطة التصرف في يد مالكه بمعنى أن هذا الأخير لم يعد إلا كونه مالكا لرقبة العقار دون الأجزاء الأخرى المتمثلة في حق الانتفاع أو الاستغلال.

حيث هذه الحالة نادرة الوقوع من الناحية العملية إلا أنه يمكن تصور تحققها عندما يكون هناك عقار مملوك لشخص الذي يكون قد رتب عليه حق الانتفاع لشخص آخر، فإذا باع المنتفع حقه كله أو بعضه إلى شخص آخر غير مالك للرقبة فإن لمالكه أن يشفع في انتفاع المبيع وبذلك تكون الشفعة سبباً لكسب حق الانتفاع.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 91 و ما يليها.

<sup>2</sup> - نصت المادة 795 على: " 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 الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،

لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الرقبة كلها أو بعضها "

<sup>3</sup> - جبار جميلة، المرجع السابق، ص 68.

وما يلاحظ أن مالك الرقبة لا يكون له الحق في الشفعة إلا في حالة بيع حق المنفعة من صاحبه، وأن القاعدة العامة في الشفعة هي أنها لا تكون إلا في العقارات المادية ولا تكون في العقارات الغير المادية بمعنى في حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات، إلا انه واستثناء على هذه القاعدة تم تحويل لمالك الرقبة الحق في الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع.

ولقد جاء القانون بهذا الاستثناء حتى يتمكن مالك الرقبة من التخلص من حق المنفعة الذي يكون للغير على عقاره حتى يعود العقار ملك تام له، كما يجب عدم التوسع في هذا الحق إذ لا يمنح هذا الحق إذا ما تم بيع حق المنفعة إلا لمالك الرقبة دون غيره فلا يعط مثلاً للشركاء في حق الانتفاع.<sup>(1)</sup>

إن في إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع المصاحب لها حسب ما قرره التشريعات المدنية الوضعية ذلك لوجود اعتبار فقهي وقانوني كثيراً ما تناوله فقهاء القانون المدني في هذا المجال المتمثل في لم شتات الملكية بعد تفرقها ذلك لأن الشفعة قررت من أجل جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة قصد جمع السلطات الثلاثة في يد المالك وهي سلطة التصرف، الاستعمال والاستغلال.

ويعتبر تجميع وتوحيد السلطات في يد شخص واحد فوائد اقتصادية كبيرة إضافة إلى التقليل من النزاعات الواقعة على هذا العقار مما يعود بالنفع على هذا الأخير وعلى مالك العقار والمجتمع، خاصة أن ذلك يساهم في استقرار المعاملات العقارية.<sup>(2)</sup>

حيث تثبت الشفعة لمالك الرقبة ولو كان حق الانتفاع مقرر لعدة شركاء على الشيوع وقام أحدهم ببيع حصته المشاعة ولو كان البيع لأحد الشركاء الآخرين، لأن الهدف والحكمة من تقرير حق الشفعة هي جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة فتجتمع للمالك سلطاته على الشيء.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - أحمد محمود خليل، أحكام الشفعة فقه وقضاء، د.ط، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص 20.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 599.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ودراسة مقارنة، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 410.

كما تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الاستعمال أو حق السكن وهذا في الأحوال التي يجوز فيها هذا البيع وهذا نظرا للطابع القانوني الخاص لهذين الحقين.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: الشريك في الشيوخ:

الشريك في الشيوخ هو الشريك في العقار الشائع فيكون ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوخ، والشركة في الشيوخ هي تلك الحالة التي يتعدد فيها أصحاب الحق العيني على العقار بصفة عامة سواء كانوا أصحاب ملك أو أصحاب حقوق الانتفاع.<sup>(2)</sup>

مع العلم أنه تثبت الشفعة للشركاء على قدر ملكهم كونه حق يستفاد بسبب الملك فكانت على قدر الأملاك، فان تنازل أحدهم أخذ الآخر الكل أو ترك الكل ذلك لأن أخذ البعض فيه اضرار بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر.<sup>(3)</sup>

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الملكية الشائعة في القسم الرابع من الفصل الأول ضمن الباب الأول من الكتاب الثالث بعنوان الحقوق العينية الأصلية وهذا في المواد 713 الى 742 من القانون المدني، اذ عرفها في المادة 713 منه.<sup>(4)</sup>

مع العلم أن القضاء في قرار له<sup>(5)</sup> ذهب الى أن للشريك في الشيوخ لمجموع المال المنقول أو العقار أن يمارس حق الاسترداد دون الشفعة، اذ توصل قضاة القانون أن قضاة الموضوع خرقوا نص المادة 721 من القانون المدني حين رفضوا دعوى حق الاسترداد على العقار الشائع اذا ما تم بيعه لأجنبي وحين أسسوا قرارهم على ضرورة اتخاذ اجراءات الشفعة.

ومن هذا المنطلق يمكن القول أن حق الأخذ بالشفعة يتحدد ببيع الشريك حصته الشائعة لأجنبي ويتسع هذا المفهوم ليشمل الشريك في حق الانتفاع والشريك في حق الملكية بدليل أن المشرع الجزائري نص على ثبوت الشفعة للشريك في الشيوخ بصفة مطلقة دون تقييد بالملكية الشائعة - طبقا للقواعد الفقهية التفسيرية فان المطلق يُحمل على

1- محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 263 و264.

2- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 214.

3- صالح بن فوزان الفوزان، المرجع السابق، ص 299.

4- تنص المادة 713 على: " اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت كل حصة منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء في الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية اذا لم يقم دليل على غير ذلك".

5- أنظر للقرار الصادر بتاريخ 1998/03/25، الملف رقم 179321، أشار اليه أحمد لعور ونبييل صقر، القانون المدني نسا وتطبيقا طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 05/07، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 325.

اطلاقه حتى يرد ما يقيده - هذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 795 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

حيث يستخلص من نص المادة 795 من نفس القانون أن يكون هناك عقارا شائعا وأن أحد الشركاء في الشيوخ باع حصته وهي شائعة أو شيئا منها الى أجنبي فبذلك يثبت لأي واحد من شركاء في الشيوخ الآخرين حق تملك هذه الحصة الشائعة المباعة بالشفعة ولا يتحقق ذلك الا بتوفر الشروط التالية:

### 1- أن يكون هناك عقار شائع:

اذ يجب أن يكون هناك عقار شائع.<sup>(2)</sup>

هذا ما أقره القضاء من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا<sup>(3)</sup> الذي جاء في حيثياته أنه ثبت في قضية الحال أن المدعى عليه ليس له صفة التقاضي ولم يثبتها كوارث أو شريك في الشيوخ مؤسسة ذلك على أن هذه الأخيرة هي من النظام العام بالتالي فالدعوى تم رفعها على غير ذي صفة، الأمر الذي يعرض القرار للنقض، كما توصلت الى أن جوهر النزاع منصب على قيام صفة الشريك في الشيوخ على العقارات موضوع الشفعة من عمه، مما أدى بها الى رفض الطعن.

أما اذا قسم العقار الى أجزاء مفرزة وكان لكل شريك جزء مفرز فلا تكون فيه شفعة اذا باع أحد منهم جزئه المفرز بسبب الشركة في الشيوخ لأنهم لم يعودوا شركاء في الشيوخ بعد القسمة بل أصبحوا جيرانا.<sup>(4)</sup>

حيث هذا ما كرسه القضاء في قرار له<sup>(5)</sup> جاء فيه: " من المقرر قانونا أن لكل شريك شريك في عقاره أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق.

1- تنص المادة 3/795 على: " يثبت حق الشفعة..... للشريك في الشيوخ اذا بيع جزء من العقار المشاع الى أجنبي".

2- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 75.

3- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2005/11/23، الغرفة المدنية، ملف رقم 311138، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2005، ص 212 و 214.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 547 و ما يليها.

5- أنظر القرار الصادر بتاريخ 19984/11/05، ملف رقم 33797، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 324.

كما أن من المقرر كذلك اذا ما تعذرت القسمة أو كان من شأنها احداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع هذا المال بالمزاد وفقا للاجراءات القانونية، اذ كان من الواضح أنه لم يثبت الى حد الآن أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة وأن قضاة الاستئناف بصرف الأطراف للتقاضي من جديد أمام المحكمة الابتدائية ليتبين عن طريق الخبرة ان كان العقار لا يقبل حقيقة القسمة كما يزعمه الطاعنون كانوا على صواب فيما قضاوا به وهم بذلك لم يخرقوا القانون بتأسيس قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة هذا المبدأ " .

حيث أن ذهبت المحكمة العليا في قرار لها (1) يتضمن مبدأ: " لا شفعة بعد القسمة النهائية "

حيث جاء في حيثياته أن قضاة الموضوع لم سببوا قرارهم تسببا كافيا من حيث القانون والوقائع كونهم عاينوا أن الحكم بلغ للمدعي ونتيجة لذلك فانه فقد حق ممارسة الشفعة.

كما أن المدعى عليهم باثروا اجراء القسمة قبل تحرير الشهادة التوثيقية عكس ما نصت عليه المادة 91 من مرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري،(2) والتي بموجبها تنقل الملكية من المورث الى الورثة وأنه الفريضة وعقد الملكية لا يشكلان حالة الشيوخ وأن المدعي لم يمارس حقه في الشفعة عملا بالمادة 795 من القانون المدني وأن ايداعه للمبلغ المحدد والمصاريف التوثيقية من أجل ممارسة حق الشفعة يصبح عقد البيع باطلا.

حيث أن قضاة القانون أسسوا قرارهم على أن النزاع يطبق عليه القانون المدني - وليس المرسوم المذكور أعلاه - ذلك أن المادة 3/795 منه تثبت الشفعة للشريك في الشيوخ اذا بيع جزء من العقار المشاع الى أجنبي، وأن هذه الحالة فان الشركاء في الشيوخ توصلوا الى قسمة قضائية بموجب أحكام نهائية تم تبليغها للأطراف وتم وضع حد للشيوخ وأن كل طرف تحصل على حصته التي له الحرية في التصرف فيها، ليتوصلوا الى أن

1- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/05/09، الغرفة العقارية، ملف رقم 402638، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2008، ص 193 وما يليها.

2- أنظر المرسوم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 30، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 123/93، المؤرخ في 1993/05/19، الجريدة الرسمية، العدد 34.

الشروط المنصوص عليها في نفس المادة غير متوفرة الأمر الذي يستوجب رفض الطعن لعدم التأسيس.

كما أن المحكمة العليا كرست مبدأ آخر في قرارها (1) من أنه: " لا شفعة في الملكية المشتركة " .

حيث يستخلص من حيثيات قرارها على أن النظام القانوني لملكية الطاعن هو نظام الملكية المشتركة التي يملك فيها كل الشريك ملكية مفرزة ويشتركون فقط في الأجزاء المشتركة وأن هذا النظام المنصوص عليه في المادة 743 من القانون المدني - تختلف عن الملكية في حالة الشيوخ- التي تكون فيها الملكية مقسمة حصص بين عدة أشخاص تشمل كل حصة على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة التي لا يثبت للشريك حق الشفعة التي لا وجود لها في هذا النظام.

أما حق الملكية على الشيوخ تكون فيها الملكية غير مقسمة وغير مفرزة وهنا يصبح للشريك أن يتمسك بحق الشفعة اذا ما تصرف الشريك الآخر في حصته لأجنبي وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة طبقوا صحيح القانون.

حيث جاء أيضا في قرار المحكمة العليا (2) أنه: " لا تُعد حالة الجوار سببا من أسباب حق الشفعة "

حيث توصل قضاة القانون الى أن ما تعييه الطاعنة ليس في محله كون أن الشفعة حق استثنائي وهو لا يتقرر الا في حالات ثلاث اذ تثبت لمالك الرقبة، اذا بيع حق الانتفاع وللشريك في الشيوخ اذا بيع جزء من العقار المشاع الى أجنبي ولصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

ولكن الطاعنة ليست واحدة من هؤلاء ذلك لأنها والمطعون ضدها كل واحدة منهما تملك جزء مفرز بذاته من هذا العقار، وحالة الجوار لا تعد سببا من أسباب حق الشفعة، لذلك فان قضاة الموضوع عندما صرحوا برفض دعواها قد سببوا قرارهم وأحسنوا تطبيق القانون.

1- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2006/06/21، الغرفة المدنية، ملف رقم 337852، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2006، ص 205 وما يليها.

2- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2004/03/03، الغرفة المدنية، ملف رقم 282553، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2004، ص 99 و 101.

كما أن المحكمة العليا ذهبت في قرار لها (1) الى تقرير مبدأ يتعلق بأنه: " لا يدخل حائز الأرض بموجب أحكام سابقة ضمن الأشخاص المحددين على سبيل الحصر في المادة 795 من القانون المدني في مجال ممارسة حق الشفعة ".

حيث يستشف من حيثيات القرار أن المحكمة العليا استندت في تسببها على أن قضاة الموضوع حين قضوا لفائدة المطعون ضده بممارسة حق الشفعة للحلول محل الطاعنين في العقار ملك للبلدية التي تصرفت فيه الوكالة العقارية باسمها، إذ أسست ذلك في كونهم اكتفوا بمناقشة اجراءات الشفعة ومدى صحتها وتغافلوا عن تطبيق المادة 795 من القانون المدني التي ذكرت على سبيل الحصر الاشخاص الذين لهم الحق في طلب هذا الحق وهم مالک الرقبة، الشريك في الشيوخ وصاحب حق الانتفاع.

حيث أن قضاة القانون توصلوا الى أن المطعون ضده لا تتوفر فيه أحد الصفات والشروط المذكورة أعلاه وأن حيازته للأرض بموجب أحكام سابقة لا تمنحه ولا تجيز له المطالبة بحق الشفعة، لا سيما أن الأرض ملك للبلدية وأن قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري حدد حالات استثنائية للمادة 689 من القانون المدني التي يمكن ممارسة فيها الشفعة في ملك الدولة والتي لا تتوفر في قضية الحال، وبذلك توصلوا الى أن قضاة الموضوع بمخالفتهم للقانون عرضوا قرارهم للنقض.

## 2- أن يتصرف أحد الشركاء في حصته عن طريق البيع:

بمعنى اذا باع أحد الشركاء حصته من المال الشائع فحتى وان كان هذا البيع صحيحا بين المتعاقدين فيما لو كان المشتري عن علم أن البائع يملك جزء مفرز من العقار المشاع فلا ينفذ ذلك البيع في حق باقي الشركاء ولا يكون المشتري شريكا في الشيوخ معهم. الا انه لا يجوز للشريك في الشيوخ أن يشفع في بيع شريكه في جزء مفرز من العقار الشائع، وعليه لا تجوز الشفعة الا اذا تم بيع حصة شائعة في العقار لا في جزء مفرز. (2)

<sup>1</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2004/02/25، الغرفة العقارية، ملف رقم 256626، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2004، ص 221 و 222.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 549 و 560.

هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها (1) التي أقرت المبدأ التالي: " لا شفعة بعد القسمة النهائية "، اذ جاء في حيثياته أن الشركاء في الشيوخ قاموا بقسمة قضائية بموجب أحكام نهائية بلغت للأطراف وأنه تم وضع حد للشيوخ وأن كل طرف تحصل على حصة مفرزة التي له حق التصرف فيها، وعليه فان قضاة المحكمة العليا توصلوا الى أن شروط ممارسة الشفعة غير متوفرة وذلك على أساس المادة 796 من القانون المدني.

### 3- أن يكون البيع لفائدة أجنبي:

بمعنى اذا باع شريك في الشيوخ لخصته الشائعة لشريك مشتاع مثله لما جاز لشريك ثالث مثلهم الأخذ بالشفعة الحصة التي قام ببيعها، لأن بيع للحصة الشائعة التي يجوز الأخذ بالشفعة يجب أن تكون صادرة لأجنبي وليس للشريك في الشيوخ.(2)

### ثالثا: صاحب حق الانتفاع:

قانونا يجوز لصاحب حق الانتفاع الذي فصل عن الرقبة أن يشفع في جزء من الرقبة أو كلها الملايسة لهذا الحق طبقا للمادة 3/795 من القانون المدني وهنا لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة لذلك يأتي في المرتبة الثالثة، وهنا شفحته تختلف اذا ما كان شريك في حصة شائعة في حق الانتفاع التي يشفع فيها كشريك في الشيوخ لا صاحب حق الانتفاع شأنه في ذلك شأن باقي الشركاء في الشيوخ، وعليه هنا يحتل المرتبة الثانية.(3)

هذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر عنها (4) جاء في حيثياته أن قضاة المجلس لما استندوا وأسسوا قرارهم على أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاثة المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني يكونوا طبقوا صحيح القانون باعتبار أن الايجار حق شخصي في حين حق الانتفاع هو حق عيني.

1- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/05/09، الغرفة العقارية، ملف رقم 402638، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2008، ص 193 و 195.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 551.

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 232.

4- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1988/12/25، ملف رقم 54388، أشار اليه أحمد لعور و نبيل صقر، المرجع السابق، ص 321.

حيث تجدر الإشارة الى أن القضاء عزز هذا الموقف على غرار أن موقف قضاة الموضوع الذي لم يستقر في موقفه اذ اتجه اتجاه مخالف من خلال قراره (1) الى أن: "المستفيدين من حق الشفعة محددون في المادة 795 من القانون المدني على سبيل الحصر من بينهم مالك حق الانتفاع وأن قضاة الموضوع أخطأوا لما اعتبروا المستأجر منتفعا وأخطأوا بين الانتفاع على وجه الايجار وبين حق الانتفاع التفرع عن حق الملكية".

ولم يتوقف القضاء عند هذا الحد بل أكد ذلك في قراره (2) من خلال ما ذهب اليه الى أن قضاة الموضوع بحيث توصلت المحكمة العليا الى أنهم أخطأوا في تطبيق القانون حينما اعتبروا أن حق الايجار هو حق الانتفاع والذي جعلهم يقرروا للمستأجر بحق الشفعة ذلك مسببة ذلك على حق الانتفاع يسمح لصاحبه باستعمال الشيء المنتفع به مثله مثل المالك والذي يختلف عن حق الايجار في مداه وحدوده ومدته.

حيث اذا كانت الرقبة ملك لشخص والانتفاع ملك لشخص آخر وتم بيع الرقبة كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع فيها دون صعوبة.

أما اذا كان حق الانتفاع شائعا بين عدة شركاء وتم بيع الرقبة كلها فان لأصحاب الانتفاع مجتمعين أن يشفعوا فيها كل بقدر نصيبه، أما اذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وباع أحدهم حصته فيها كان لأصحاب حق الانتفاع أن يشفعوا في الرقبة المباعة كل على قدر نصيبه باعتبارهم شركاء في الشروع.(3)

مع العلم أن الكثير من فقهاء القانون المدني أكدوا أن ثبوت الشفعة لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها كان لاعتبارات تشريعية معتبرة قانونا وفقها وهي لم شتات الملكية بعد تفرقها وجمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد واحدة ولنفس السبب الذي ثبتت به الشفعة ونفس الشروط لصاحب حق الاستعمال أو السكن عملا بالمادة 857

1- القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسة القانونية، النص الكامل للقانون المدني وتعديلاته الى غاية 2007/05/13 مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيرتي، الجزائر، 2011-2012، ص 184.

2- أنظر القرار الصادر بتاريخ 2000/04/26، ملف رقم 193704، أشار اليه أحمد لعور ونبييل صقر، المرجع نفسه، ص 321.

3- نبييل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 417.

من القانون المدني التي تقرر سريان أحكام حق الانتفاع على حق الاستعمال والسكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعتها.<sup>(1)</sup>

هذاما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر<sup>(2)</sup> الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون ومن المقرر أيضا أنه يثبت حق الشفعة: لمالك الرقبة اذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، وللشريك في الشيوع اذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي ولصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

حيث أن قضاة المجلس لما قرروا بأن صفة الطاعنين كمستأجرين للأمانة لا تسمح لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة ولا يعتبرون كمنتفعين حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني، يكونوا بذلك قد سببوا قرارهم تسببها كافيا.

مع العلم أنها أكدت نفس المبدأ في قرارها<sup>(3)</sup> الذي توصلت فيه الى أنه: " لما ثبت أن الملكية التجارية التي تتكون من المحل التجاري تعتبر مال منقول أنشأه التاجر أو الصناعي أو الحرفي (وفقا للمادتين 78 – 172 من القانون التجاري) فهي تعد ملكية شخصية للذي أنشأها بصفة مستقلة عن ملكية الجدران.

حيث يستغل فيه المحل التجاري بينما المنتفع حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني لا يستطيع أن يكتسب حقه في الانتفاع الا بمقتضى اتفاق أو عن طريق التقادم أو الشفعة أو بحكم القانون، وفي قضية الحال لا يعتبر تاجرا منتفعا وبالتالي لا يمكنه ممارسة حق الشفعة، ولما اعتبروا قضاة المجلس أن المستأجر لا يمكنه ممارسة حق الشفعة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما " .

حيث أنه وخلاصة لما سبق ذكره فإنه صدر قرار عن المجلس الأعلى<sup>(4)</sup> يؤكد على ضرورة توفر أحد الصفات للأخذ بالشفعة فيما يلي: " كون أن الطاعن ليس له صفة من

1- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 232.

2- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 19/11/1997، الغرفة العقارية، ملف رقم 150100، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 1997، ص 55 .

3- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 25/03/1998، الغرفة العقارية، ملف رقم 179132، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 1998، ص 88.

4- أنظر القرار الصادر بتاريخ 11/11/1997، ملف رقم 155794، أشار اليه أحمد لعور و نبيل صقر، المرجع السابق، ص 319.

الصفات الثلاثة المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني- رفض، ان المادة 795 من القانون المدني تذكر على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة وهم ثلاثة أصناف: مالك الرقبة والشريك في الشيوخ وصاحب حق الانتفاع وأن لم يبين ولم يثبت أن له صفة من الصفات الثلاثة المنصوص عليها في هذه المادة فان تمسكه بحق الشفعة يعتبر خارج عن كل اطار قانوني " .

### الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في الشفيع:

تثبت الشفعة في حدود الفئات الثلاث السابق ذكرها لكل شخص من أشخاص القانون، سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، ويستوي في ذلك أن يكون الشخص الاعتباري من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص. إضافة الى الشروط المذكورة سابقا تمت هناك شروط أخرى يجب مراعاتها وتوفرها في الشفيع للأخذ بالشفعة وهي الأهلية، ملكية العقار المشفوع به وأن لا يكون الشفيع ممنوعا قانونا من شراء العقار المشفوع فيه.<sup>(1)</sup>

### أولا: الأهلية:

لما كانت الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية العقارية فان الأخذ بها وممارستها يعتبر من أعمال التصرف التي يشترط فيها أهلية التصرف لا الادارة- وتعد تصرف دائر بين النفع والضرر-<sup>(2)</sup> لذلك يشترط في الشفيع الأهلية الكاملة، ذلك أن الشفعة تأتي في حكم شراء العقار المشفوع فيه طالما أن الشفيع يحل بارادته محل المشتري في شراء العقار المراد بيعه لاجنبي.

لذلك يشترط في الشفيع أن يكون له أهلية التصرف وهذا ببلوغه سن الرشد 19 سنة كاملة مع خلوه من عوارض الأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني، وعليه حتى يجوز له الأخذ بالشفعة بنفسه من خلال اتخاذه الاجراءات القانونية المحددة من طرف المشرع المتمثلة في ابداء رغبته وعليه لا بد أن يكون بالغ سن الرشد المحدد ب 19 سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 274 وما يليها .

<sup>2</sup> - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 174.

مع الإشارة الى أنه يمكن للشفيع المطالبة بالشفعة عن طريق الوكالة الا انه يشترط أن تكون خاصة كونها من أعمال التصرف عملاً بالمادة 574 من القانون المدني، إضافة الى ذلك يشترط افرغها في الشكل القانوني الرسمي المطلوب في التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة عملاً بالمادة 572 من نفس القانون.

إضافة الى ذلك لا يستطع الوكيل حلول محل الشفيع في اتباع اجراءات الشفعة الا اذا كان مضمون الوكالة ينص صراحة على ذلك، أما اذا كان الشفيع قاصراً فان وليه ينوب عنه في الأخذ بالشفعة دون ضرورة الحصول على اذن من المحكمة.

مع العلم أن صفة الولي تشمل الأب وفي حالة وفاته تحل الأم محله عملاً بالمادة 87 من قانون الأسرة،<sup>(1)</sup> أما اذا لم يكن للقاصر ولي فان لوصيه الأخذ بالشفعة لكن بعد الحصول على اذن من المحكمة، أما اذا كان محجوراً عليه فيتم ذلك عن طريق القيم وهذا بعد حصوله على اذن من المحكمة.

#### ثانياً: ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه:

لا تجوز الشفعة الا اذا كان حق الشفيع الذي يكون سبباً للشفعة قد توافر وقت البيع المشفوع فيه واستمر حتى يُحكم له بالشفعة أو يسلم بها المشتري.

وهنا يرى الفقهاء بأنه يجب أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به، فمتى كان يشفع برقبته أو حق الانتفاع فيشترط أن يكون مالكاً للرقبة أو حق الانتفاع، وان كان يشفع بحصة شائعة وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة.

ولا تجوز الشفعة الا اذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة، فاذا تملك بعد ذلك لم تثبت له الشفعة، وعلى الشفيع اثبات أنه مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع به بجميع طرق الاثبات.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup>- أنظر القانون 11/84 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المعدل والمنتم بالأمر 02/05، المؤرخ في 05/05/2005، الجريدة الرسمية، العدد 15.

<sup>2</sup>- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 271 وما يليها.

وإذا انتقل العقار المشفوع به إلى الشفيع بموجب عقد البيع فانه يجب أن يكون هذا البيع مشهرا بالمحافظة العقارية حتى تنتقل له ملكية العقار المشفوع به وأن يكون هذا الشهر سابقا على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة.<sup>(1)</sup> عملا بالمادة 793 من القانون المدني.<sup>(2)</sup> هذا ناهيك على ما هو منصوص عليه في الأمر 74/75<sup>(3)</sup> في المادة 16 منه.<sup>(4)</sup> إن الشرط الوارد في المادة يقتضي أنه إذا كان الشفيع واضعا يده على العقار المشفوع به إلا أنه لا تجوز له الشفعة مادام لم يستكمل مدة وضع اليد لأنه يعتبر غير مالك.

حيث من المقرر فقها وقضاء أن الشفيع لا يكف أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه بل يجب أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة اما بصدور الحكم القضائي أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة. أما إذا كان سند ملكية الشفيع بيعا معلقا على شرط واقف فلا تثبت له الشفعة حتى ولو تم إشهار هذا البيع ذلك لأن ملكيته تعتبر موقوفة وليست قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه.

أما إذا انتقلت ملكية الشفيع ببيع معلق على شرط فاسخ فان هذا البيع بمجرد شهره يؤدي إلى نقل الملكية للشفيع المعلقة على هذا الشرط ذلك لأن ملكيته قائمة يجوز الأخذ فيها بالشفعة، لكن إذا تحقق هذا الشرط الفاسخ قبل تمام الأخذ بالشفعة فان حق الشفيع يسقط بزوال ملكيته كونه لم يعد مالك لهذا العقار على خلاف لو تحقق هذا الشرط بعد تمام الأخذ بها فلا أثر لهذا التحقق على أخذ الشفيع للعقار المشفوع فيه، لأن ملكيته استمرت إلى وقت القضاء له بالشفعة أو التراضي بها.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 581 و 582.  
2- نصت المادة 793 على: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا اذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".  
3- الأمر رقم 74/75، الصادر في 1975/11/12، المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 62.  
4- تنص المادة 16 على: " العقود الادارية والاتفاقات التي ترمي الى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف الا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

كما يثبت حق الشفيع بسند قابل للإبطال بسبب عيب في الرضا أو نقص الأهلية وان استمرت صحة السند بعد ثبوت الحق في الشفعة ثم أبطل بعد ذلك فان الملكية تزول بأثر رجعي إلا أن زاولها ليس له أثر على الأخذ بالشفعة للشفيع.<sup>(1)</sup>

وهذا استنادا لنص المادة 86 من مرسوم 63/76 المؤرخ 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وهذا حماية للغير حسن النية.<sup>(2)</sup>

أما لو أبطل هذا السند قبل ثبوت الحق في الشفعة فان ملكية الشفيع تزول حتما ويسقط معها الحق في الشفعة، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة.

أما اذا كان سند ملكية الشفيع باطلا بطلان مطلق فلا تثبت الشفعة لأن سند الملكية غير موجود أصلا، وعليه فلا أثر له في نقل الملكية، وعليه يكون للمشفوع منه أن يتمسك ببطلان عقد الشفيع.

وعليه يستخلص مما سبق ذكره أن الشفيع حتى يجوز له الأخذ بالشفعة لا بد أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع، وعليه أن يظل مالكا له الى حين ثبوت الشفعة نهائيا له، ولا يهم نوع المصدر القانوني الذي اكتسب به الملكية سواء تحصل عليه بعوض أو بدون عوض من مختلف التصرفات القانونية أو أي سبب قانوني آخر كالارث أو التقادم المكسب سواء عن طريق الحيازة أو غيرها، كما يمكن للشخص أن يشفع في العقار المبيع سواء كان بالغا أو غير ذلك، أما ناقص الأهلية يمكنه ذلك بواسطة وليه أو وصيه أو القيم عليه.

### ثالثا: عدم منع الشفيع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه:

ان الأخذ بالشفعة يعتبر بمثابة شراء العقار المشفوع فيه ذلك لأن الشفيع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار، لذلك لا تجوز الشفعة اذا كان الشفيع ممنوعا بحكم القانون من شراء هذا العقار، الا أن هذا المنع يؤدي الى انتقاص من أهلية الوجوب في هذا

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 583 وما يليها.

<sup>2</sup> - تنص المادة 86 على: " ان فسخ الحقوق العينية العقارية أو ابطالها أو الغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر، الا اذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقض قد تم اشهاره مسبقا أو كان الفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقض، بحكم القانون تطبيقا للقانون ".

التصرف ولا يؤثر ذلك على باقي التصرفات ذلك لأن أهلية الوجوب طبقا للمادة 25 من القانون المدني تثبت لأي شخص ولد حيا بقوة القانون.

الا أنه في هذه الحالة هناك قيود واستثناءات ترد على أهلية الوجوب تجعل من الشخص غير مؤهل قانونا من ممارسة تصرف معين دون آخر، وتتمثل في منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها، وكذا منع الخبراء والوكلاء من ينوبون عن غيرهم في شراء العقار المنوط ببيعها.<sup>(1)</sup>

### 1- منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها:

نصت على ذلك المادتين 402 و 403 من القانون المدني،<sup>(2)</sup> اذ يتبين من خلالهما أن الممنوع عليهم شراء هذه الحقوق المتنازع عليها هم القضاة وأعضاء النيابة العامة، كتاب الضبط، المحامون، الموثقون والمحضريين القضائيين، وهذا الأخير لم يتم ذكرهم في المادتين 402 و 403، ذلك لعدم العمل بنظام المحضرين آنذاك أي وقت صدور القانون المدني الجزائري في 1975.

حيث أن جزاء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام، فما يخالف النظام العام هو استغلال عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع عليه، وفيه تأثير نفسي على الخصمين معا، وهذا يؤدي الى ضياع الحقوق من يد أصحابها كما أنه يتناقض ومهمة عامل القضاء المتمثلة في حماية الحقوق والحفاظ عليها.

كما أنه من أسباب الحظر أيضا هو إبعاد رجال القضاء عن مواطن الشبهات وخشية من أن يشك الناس في حيادهم ونزاهتهم، ولما كان شراء العقار المتنازع فيه محظورا على رجال القضاء عند وقوع النزاع ضمن اختصاصهم فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في العقار المتنازع فيه متى توافرت لهم أسباب الأخذ بالشفعة، لأنه ما دام يحرم شراؤه يحرم الشفعة فيه.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 583 وما يليها .  
<sup>2</sup> - نصت المادة 402 على: " لايجوز للقضاة، ولا للمدافين القضائيين، ولا المحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلا".  
- نصت المادة 403 القانون: " لا يجوز للمحامين ولا للمدافين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة اذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها، والا كانت المعاملة باطلة ".

ويشترط لمنع القضاة والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها بالشفعة أن تثبت لهم هذه الصفة وقت الشراء، فلو اشترى قبل تعيينه في القضاء أو بعد اعتزاله فشفعته صحيحة، كما يشترط في المنع أن يكون الحق متنازع فيه. (1)

ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي عملا بالمادة 2/400 من القانون المدني. (2)

حيث أن جدية المنازعة مسألة موضوعية متروكة لتقدير المحكمة عندما يطعن في عقد البيع بالبطلان ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء، أما النزاع السابق الذي حسمه قبل الشراء أو النزاع اللاحق الذي ثار بعد الشراء فلا يبطل البيع الى عامل القضاء حتى ولو كان محتملا، اذ يجب أن يكون النزاع محقق بالفعل وقت الشراء. (3)

كما يجب أن يكون النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عامل القضاء عمله، فاذا كان مستشار بالمحكمة العليا مثلا أمثنتع عليه شراء أي حق متنازع عليه في جميع أنحاء الجمهورية ذلك لأن اختصاصه ممتد على المستوى الوطني. (4)

كما أن المستشار على مستوى المجلس القضائي بالجزائر هو الآخر يمنع عليه شراء العقارات التي ينظر فيها النزاع من اختصاص مجلس قضاء الجزائر، الا انه يجوز له الشراء بالشفعة الذي يكون النظر في النزاع من اختصاص مجلس قضائي آخر، ويطبق نفس الحكم على سائر عمال الجهات القضائية المختلفة.

والمنع من الشراء ينطبق على القاضي والمحامي سواء تم الشراء باسمه صراحة أو باسم مستعار كأن يتعاقد شخص ثالث مع البائع سواء كان البائع عن علم أم لا. (5)

1- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 49 و 50.

2- تنص المادة 2/400 على: " ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهرى ".

3- محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 49 و 50.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 592.

5- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 49 و 51.

## 2- الوكلاء والخبراء الممنوعون من شراء العقارات المنوط بهم بيعها:

لا يجوز للسامسة والخبراء أن يشفعوا في العقارات المعهود اليهم بيعها أو تقدير قيمتها، إذ يمنع عليهم ذلك بمقتضى المادتين 410 و 411 من القانون المدني.<sup>(1)</sup> والحكمة من المنع هو تعارض بين مصلحة هؤلاء الوكلاء وواجبهم كما قد يتساهل الوكيل مع المشتري في شروط البيع فباستعماله للشفعة يحل محل المشتري في جميع ما له وما عليه . حيث ما دام أن الخبير والوكيل قانونا يمنع عليهما شراء العقار الموكلين ببيعه أو تقدير قيمته فإنه يُمنع عليهما ممارسة الشفعة عليها وذلك لنفس الأسباب المتعلقة بمنع الوكلاء والخبراء من شراء العقارات التي عهدت اليهم ببيعها أو تقدير قيمتها.

### المطلب الثاني: تزامم الشفعاء عند التعدد

يقوم التزامم بين الشفعاء اذا توفر سبب الشفعة في أكثر من شخص وطلبوا كلهم أو بعضهم بها، كما لو باع الشريك حصته الشائعة لأجنبي فطلب الشفعة الشريك الآخر، ثم تقدم بطلب لشرائها من له حق الانتفاع عليها. أما اذا باع شريك في حق الانتفاع بالعقار لخصته الشائعة الى شريك آخر وقام مالك الرقبة بالمطالبة بالشفعة، وعليه فان كل هذه الحالات تشكل صور التزامم الشفعاء وهي تعتبر في مجموعها مسألة معقدة يصعب حلها الا بمقتضى نص المادة 796 من القانون المدني على الرغم من النقائص التي سجلت عليها. مع العلم أن هذه المادة تتضمن بعض النقائص كونها لم تعالج مسألة التزامم الشفعاء من طبقات مختلفة وعالجت فقط مسألة التزامم الشفعاء من طبقة واحدة ومسألة التزامم المشتري الشفيع مع غيره من الشفعاء، وهذا راجع لخطأ في صياغة الفقرة الأولى في

<sup>1</sup>- نصت المادة 410: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في نصوص قانونية أخرى ".  
- نصت المادة 411 على: " لا يجوز للسامسة، ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة اليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار " .

عبارة " في الفقرات التالية " والأصح هي عبارة " في المادة السابقة، لأن المادة السابقة 795 هي التي تبين ترتيب الطبقات الثلاث عند التزامم وليس فقرات المادة 796.<sup>(1)</sup>

إضافة الى ما ورد في المادة 71 من قانون 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري<sup>(2)</sup> المتعلقة بشفعة الدولة وشفعة الجوار - المادة 796 من القانون المدني الجزائري - التي تعتبر شاملة لجميع حالات التعدد والتزامم.

حيث ثبت قضاء من خلال اجتهاد مجلس الدولة في قراره الصادر عنه<sup>(3)</sup> التي كرس مبدأ مفاده أنه يمكن للإدارة ممارسة الشفعة على ملك خاص، مؤسساً ذلك على المادة 71 من قانون التوجيه العقاري وهذا باتخاذ نفس الاجراءات المشترطة قانوناً على الشخص الطبيعي استناداً على المادتين 801 و 802 من القانون المدني.

حيث بعد تصحيح نص المادة 796 فإنه يصبح منسجماً مع روح تشريع نصوص الشفعة وبناءً عليه يمكن حل كل مسائل التزامم، مع الأخذ بعين الاعتبار قانون التوجيه العقاري، إذ تعتبر شفعة الدولة والجماعات المحلية أعلى الطبقات والمراتب الواردة في المادة 795 من القانون المدني.

حيث الثابت قانوناً وقضائياً بموجب قرار صادر عن مجلس الدولة<sup>(4)</sup> أنه يمكن تسجيل حق الشفعة وممارسة هذا الحق لصالح الخزينة العمومية.

هذا ناهيك عن المادة 57 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري<sup>(5)</sup> التي نصت على شفعة الجوار بالنسبة للأراضي الفلاحية التي تعتبر آخر تلك الطبقات وأدناها ليصبح مجموع الطبقات الواردة في التشريع الجزائري بموجب القانون المدني والتشريعات الخاصة بخمس طبقات.

<sup>1</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 280 وما يليها.

<sup>2</sup> - تنص المادة 71 على: " ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل الى اجراء نزع الملكية، وتطبيق حق الشفعة المذكور، مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم، ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه."

<sup>3</sup> - أنظر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 30/09/2009، ملف رقم 049069، المجلة القضائية، العدد 10، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بمجلس الدولة، 2012، ص 142.

<sup>4</sup> - أنظر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 24/06/2002، ملف رقم 007152، المجلة القضائية، العدد 05، مجلة تصدر عن قسم الوثائق، 2004، ص 127.

<sup>5</sup> - تنص المادة 57 على: " يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه الى المجاورين، في اطار أحكام المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة".

حيث بعد تصحيح المادة 796 من القانون المدني (1) يفترض أن هناك أكثر من شفيع واحد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإذا لم يتقدم من يطلبها الا شفيع واحد فله الشفعة بغير مزاحمة بحيث يجوز له أخذ كل أو بعض العقار المشفوع فيه عملاً بمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة.

لكن قد يتعدد الشفعاء ويتزاحمون في طلب الشفعة فهنا لابد من سبب قانوني مُرَجِح بينهم، وهذا التزاحم قد يأخذ احد الصور الثلاث الأولى تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة والثاني تزاممهم وهم من طبقة واحدة و الثالث التزاحم بين الشفعاء يكون المشتري واحد منهم. (2)

### الفرع الأول: تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة وتزاممهم

#### وهم من طبقة واحدة

#### أولاً: تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة:

يمكن حل مسألة تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة بالرجوع الى المادة 975 من القانون المدني التي حددت قائمة ترتيب الشفعاء على ثلاث طبقات، إضافة الى المادتين 71 و 57 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري اللتين أضافتا طبقتين وهي طبقة شفعة الدولة وطبقة شفعة الجوار ليصبح مجموع الطبقات خمسة في التشريع الجزائري.

#### 1- الدولة والجماعات المحلية عندما تشفع في الأرض العامرة والقابلة

#### للتعمير:

يحق للدولة والجماعات المحلية أن تمارس حقها في الشفعة من أجل تحقيق حاجات ذات مصلحة عامة ومنفعة عمومية، هذا ناهيك عن حقها في نزع الملكية للمنفعة العمومية متى استلزم عليها الأمر، وهذا الحق تمارسه في المرتبة الأولى التي منحها لها المشرع

<sup>1</sup> نصت المادة 796 على: " إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه،  
وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقاته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى ".  
<sup>2</sup> نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 436.

الجزائري كما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني، وهذا حسب ما تقتضيه المادة 71 من قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

اذ حسب المادة 71 فالدولة باعتبارها شفيعة لها الأولوية في ممارسة الشفعة على بقية الشفعاء وهذا في جميع الحالات التي يجوز لها فيها الأخذ بالشفعة، متى كان ذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة، إلا أن ذلك ينحصر فقط في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير.

## 2- مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع:

ان مالك الرقبة يأتي في المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة والجماعات المحلية بالنسبة للأراضي العامرة والقابلة للتعمير<sup>(1)</sup>، أما ما عدا ذلك فان مالك الرقبة نجده يحتل المرتبة الأولى عند طلبه للشفعة، وعليه اذا كان هناك عقار رتب عليه حق انتفاع لفائدة شخصين في الشبوع وباع أحدهما حصته فالشفعاء في هذه الحصة هو مالك الرقبة ثم يليه صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريك في حق الانتفاع الذي بيع بعضه<sup>(2)</sup>.

أما اذا كان العقار المشفوع فيه أرض فلاحية وباع شريك حصته الشائعة في العقار لأجنبي وطلب الشفعة فيها الشريك الآخر والجار المالك في اطار أحكام المادة 57 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، فان الذي يفضل هو الشريك الآخر على الجار المالك باعتبار أن هذا الأخير يأتي في طبقة أدنى من الشريك.

وتجدر الإشارة الى أنه قد يكون الشفيع شخصا طبيعيا كما يمكن أن يكون شخصا معنويا، وعليه يمكن أن يكون مالك الرقبة هنا شخصا معنويا.

حيث متى تنازل أحد الشركاء في المستثمرة الفلاحية عن حصته في حق الانتفاع الدائم يكون للدولة وحدها حق ممارسة الشفعة باعتبارها مالكة الرقبة استنادا الى المادة 15 من قانون 03/10 الذي يحدد كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة،<sup>(3)</sup> أما باقي المنتجين في المستثمرة الفلاحية في اطار حق الامتياز فهم شركاء على الشبوع.

1- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 280 و ما يليها.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 598 و 599.

3- تنص المادة 15 على: " في حالة التنازل عن حق الامتياز، يمكن المستثمرين الآخرين أصحاب امتياز نفس المستثمرة الفلاحية، أو عند الاقتضاء، الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ممارسة حق الشفعة طبقا للتشريع المعمول به " .

### 3- الشريك في الشيوخ:

لا يقصد بالشريك في هذه الحالة الشريك في عقار مملوكا له ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوخ فقط بل يشمل أيضا الشريك في الشيوخ في رقبة العقار أو حق الانتفاع في العقار.

وفي حالة ما اذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوخ وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبي كان الشفيعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر والجار اذا كانت الأرض فلاحية- مع الأخذ بعين الاعتبار شفعة الدولة في الاراضي العمرانية- ولما كان الشريك الآخر في الشيوخ في الطبقة الثالثة فانه يتقدم على الجار في الأخذ بالشفعة.

أما اذا كان العقار الذي يملكه اثنان شائعا بينهما قد ترتب عليه حق انتفاع، فأصبحت مالكان للرقبة فقط ثم باع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي وكان العقار أرض فلاحية فان الشفعاء المحتملين هم الشريك الآخر في الرقبة وصاحب حق الانتفاع والجار.<sup>(1)</sup>

وطالما أن الشريك الآخر في الرقبة في طبقة أعلى من صاحب حق الانتفاع والجار فانه يتقدم وينفرد على كل منهما للأخذ بالشفعة وحده دون الآخرين.

### 4- صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة:

هذه الحالة متى كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها ثم باع الرقبة فالشفيعان في الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والجار متى كان العقار أرض فلاحية.

ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الرابعة في التشريع الجزائري فانه يتقدم على الجار للأخذ بالشفعة وحده.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 599.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 236.

## 5- الجار المالك:

يوجد في هذه الطبقة الجار بالنسبة للأراضي الفلاحية فقط ويحتل بذلك أدنى المراتب والطبقات، اذ يتقدمه الشفعاء أصحاب الطبقات الأربعة.<sup>(1)</sup>

ولا يتصور أن تكون الشفعة للجار بغير مزاحمة، الا اذا تصورنا أن العقار المشفوع فيه مملوكا لشخص واحد ملكية تامة، ولم يرتب عليه أي حق انتفاع وكان أرض فلاحية في التشريع الجزائري، هنا فقط تكون الشفعة للجار بلا منازع.

ويرى بعض الفقهاء بأن هذا الفرض العملي هو الذي يكثر في الحياة القانونية.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: تزامم الشفعاء وهم من طبقة واحدة:

يتبين من خلال المادة 2/796 من القانون المدني<sup>(3)</sup> أنه اذا ثبت صفة الشفيع في عدة اشخاص ينتمون الى مرتبة واحدة من مراتب الشفعاء السابق ذكرها أعلاه فان كل واحد منهم يأخذ بالشفعة في الجزء الذي يتناسب مع مقدار حصته في العقار المشفوع به.<sup>(4)</sup> وعليه في هذه الحالة الشركاء يشتركون في أخذ العقار المشفوع فيه كل على قدر نصيبه، على أن ينفرد كل شريك في طلب الشفعة في كل العقار المبيع اعمالا لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة.<sup>(5)</sup>

ولقد ذهبت المحكمة العليا في هذه الحالة أي تزامم الشفعاء من طبقة واحدة في قرارها<sup>(6)</sup> الى تقرير مبدأ يتضمن أنه: " لا يؤثر سبب الشيوخ على ترتيب الشفعاء و يستوي الشريك في الشيوخ عن طريق الارث مع الشريك في الشيوخ عن طريق الشراء، لا أفضلية لأحدهما على الآخر في التمسك بحق الشفعة ".

حيث أن قضاة المحكمة العليا استندوا على ان الحكم المتعلق بالقسمة لم يشهر والا لكان سبب لانهاء حالة الشيوخ ومن تم فان طلب الشفعة يكون غير قانوني.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 599.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 237.

3- نصت المادة 2 /796 على: " اذا تعدد الشفعاء ..... اذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه ".

4- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 286.

5- محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 271.

6- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2009/07/08، الغرفة العقارية، ملف رقم 543584، المجلة القضائية، عدد خاص، ج 03، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2010، ص 334 و مايليها.

مع العلم أنهم سببوا قرارهم على الطاعن باعتباره مالك في الشيوع بسبب الميراث لا يعطيه حق أفضلية على باقي الشركاء ولو أنهم شركاء عن طريق الشراء ولا مزاحمتهم، لأن المادة 796 من القانون المدني تقضي بأن المزاحمة تكون بين الشفعاء من طبقة واحدة في مواجهة المشتري أجنبي للعقار المشاع، أما إذا كان هذا الأخير مما تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 795 من نفس القانون فإنه يفضل الشفعاء من طبقة أعلى أو من طبقة أدنى والطاعن ليس من طبقة أعلى، إضافة إلى ذلك ذهبوا إلى أن للطاعن حق مزاحمة المطعون ضدهما عملاً بالمادة 796 ومادام أن الملك في الشيوع صاحب طبقة أعلى من الذي هو أدنى فإنه هو من أحق بالشفعة.

لكن هناك صعوبة تظهر في تطبيق المادة السابقة 2/796 على الشفعاء المتزاحمين من الجيران إذا ما كان العقار أرض فلاحية على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى تراحم الجيران، لأن هؤلاء الجيران الشفعاء يختلفون عن غيرهم من الشفعاء الآخرين في أنهم لا يشتركون جميعاً في عقار مشفوع به واحد، إنما لكل جار عقاره الذي يشفع به ولا يُشترك فيه مع غيره من الجيران.

حيث بالرجوع إلى المادتين 795 و 796 من القانون المدني يتضح أن المشرع الجزائري لم يعطي لطبقة الجار أهمية نظراً لعدم اعتبار الجار شفعياً أصلاً بالرجوع إلى نصوص الشفعة في القانون المدني، وعليه فإن سكوته على ذكره والنص على حكم التزاحم بين الجيران الشفعاء كان عن قصد لعدم اعترافه أصلاً بشفعة الجار وهنا لم تثار أي مشكلة بشأن التزاحم بين الجيران في الشفعة.

حيث بناءً على ذلك يمكن إدراج طبقة الجار ضمن القائمة الشفعاء الواردة في نص المادة 795 من القانون المدني بالإضافة إلى شفعة الدولة، لكن الأفضل أن يتدارك المشرع النقص الوارد في المادة 596 من القانون المدني من أجل الوصول إلى إيجاد معيار يحدد طريقة التفضيل بين الجيران الشفعاء عند تراحمهم.<sup>(1)</sup>

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أنه يحق للديوان الوطني للأراضي الفلاحية ممارسة الشفعة بمقتضى نصوص قانون التوجيه العقاري، إذ يكون له ذلك في نفس مرتبة

<sup>1</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 288 وما يليها.

المجاورين لهذه الأراضي الفلاحية فيتراحم معهم، وإذا ما تدخل لممارسة الشفعة كانت له الأولوية على الشفعاء الجيران، لأنه يسعى لتحقيق منفعة عمومية لصالح المجتمع خاصة إذا كانت الأراضي مهملة متروكة دون استغلال طبقا للمادة 2/52 من قانون التوجيه العقاري 25/29،<sup>(1)</sup> ويمكن للدولة توزيع تلك الأراضي الفلاحية المتحصل عليها عن طريق استعمال حق الشفعة من طرف الهيئة العمومية على الفلاحين المتخصصين والمؤهلين ميدانيا، ونظريا لممارسة مهنة الفلاحة وهذا من أجل تحقيق أهداف وبرامج التوجيه العقاري في الجزائر.

### الفرع الثاني: التزاخم بين الشفعاء يكون المشتري أحدهم

لقد عالج المشرع الجزائري هذا التزاخم بموجب المادة 3/796 من القانون المدني.<sup>(2)</sup> إذ من خلال هذا النص أن نجد أن المشتري في هذه الحالة هو طالب الشفعة نفسه وقد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذي اشتراه، الذي يعتبر سببا كافيا للأخذ بالشفعة بحيث لا يشترط استمراريتها بعد ذلك كما هو الحال في التزاخم بين الشفعاء، فإذا تقدم شفعاء آخرون لمزاحمته في شراء هذا العقار فإن هناك ثلاثة فروض يمكن أن يتصور فيها حدوث هذا التزاخم تتمثل في:

### أولاً: تزاخم المشتري الشفيع مع شفعاء أعلى منه طبقة:

ان المشرع الجزائري في هذا الفرض لم يأت بجديد في نص المادة 3/796 المذكور أعلاه باعتبار أن هذا الأخير يتفق مع الحكم الوارد في الفقرة الأولى من نفس المادة إذ يُفضل هؤلاء الشفعاء على المشتري كونهم من طبقة أعلى وفقاً للترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني وكذا المواد 52، 57، و 71 من قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.<sup>(3)</sup>

كما لا يمكن في هذه الحالة للمشتري أن يعترض على هذا التزاخم بحجة أسبقيته في الشراء على باقي الشفعاء لأن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري ولا

<sup>1</sup> نصت المادة 2/52 على: " وفي هذا الاطار، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعاً للترتبة المحددة في المادة 795 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه".

<sup>2</sup> تنص المادة 3/796 على: " و إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

<sup>3</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 292 وما يليها.

يمكن للبائع تفضيل المشتري الشفيع على خلاف ما يقضي به القانون من ايثار الشفيع على المشتري.

ومثال ذلك أنه اذا كان مالك العقار قد رتب على عقاره حق انتفاع لشريكين في الشيوخ فأصبح لا يملك الا الرقبة ثم أقدم أحد الشريكين ببيع حصته في الانتفاع لشريك آخر فهنا يحق لمالك الرقبة أن يأخذ هذه الحصاة الشائعة المباعة من المشتري بالشفعة ولا يستطيع المشتري الشريك في حق الانتفاع رفع دعوى الشفعة على أساس أنه شفيع لأن مالك الرقبة يعتبر شفيع أعلى منه طبقة.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء ادنى منه طبقة:

طبعا لنص المادة 3/796 من القانون المدني فإن المشتري نفسه قد توفرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي قام بشرائه ويتقدم شفيع أدنى منه طبقة ومرتبة لأخذ العقار منه بالشفعة، والمهم هنا توفر شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء ولا يؤثر على ذلك اذا فقدت هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء.<sup>(2)</sup>

حيث في هذه الحالة يفضل المشتري على هؤلاء الشفعاء كونهم أدنى منه طبقة تبعا للترتيب المنصوص عليه قانونا ومثال ذلك أن يشتري مالك الرقبة حصاة أحد الشريكين على الشيوخ في حق الانتفاع فاذا تقدم للأخذ بالشفعة الشريك الآخر في حق الانتفاع أو تقدم الجار للأخذ بها اذا كانت الأرض فلاحية، فان مالك الرقبة يفضل بصفته مشتري توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء لأنه لو كان شخصا آخر غير مالك الرقبة، لكان هذا الأخير نفسه شفيعا من الطبقة الأولى من الشفعاء وكان بإمكانه أخذ هذه الحصاة بالشفعة لو زاحمه في ذلك الشريك المشتاع في حق الانتفاع بقي له نفس هذا الحق عند شرائه لهذه الحصاة لأن العدالة تقتضي ذلك.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 617 و 618.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 242.

<sup>3</sup> - أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 35.

**ثالثاً: تزامم المشتري الشفيع مع شفعاء من نفس الطبقة:**

الثابت أن المشرع قد فضل للمشتري في هذا الفرض بالرغم من أنه في مركز واحد مع باقي الشفعاء، ذلك لأنه توافرت لديه صفتان في نفس الوقت وهي صفته كمشتري وصفته كشفيع.<sup>(1)</sup>

من أمثلة ذلك لو أن مالك الرقبة بيع جزء من الرقبة للشريك في حق الانتفاع وفي الجزء من الرقبة الملابس لنصيبه وطلب باقي الشركاء في حق الانتفاع الشفعة في الرقبة المباعة فضل المشتري لأنه يتزامم مع شفعاء من نفس طبقتة.

الا انه اذا باع الشريك في الشيوع حصته الشائعة في العقار لأحد الجيران فطلب الشفعة الجيران الآخرين فضل الجار المشتري.

وما تجدر الإشارة إليه الى أن تفضيل المشتري الشفيع على باقي الشفعاء من طبقتة أو من طبقة أدنى لا يقتضي منه أن يقوم بالاجراءات التي يستلزمها القانون لامكان طلب الشفعة اذ يكفي أن تتوفر لديه الشروط الموضوعية التي تؤهله أن يكون شفيعاً.

أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية التي يستلزمها القانون من خلال نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني فلا تعنيه في شيء ذلك أن المشتري يستعمل حقه عن طريق الدفع لا بطريق الدعوى، فهو لا يريد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتري آخر كما هو الحال في الاجراءات العادية للشفعة وانما هو يريد فقط ابقاء العقار الذي اشتراه تحت يده.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 442.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 245 و 246.

## المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه

### وبالتصرف المرتب للشفعة

لما كانت الشفعة حق استثنائي وفيه خروج عن قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني التي تقتضي بالأب ينزع من المالك ملكه دون رضاه وطيب نفسه وكل ذلك كان له انعكاس واضح على شروط الشفعة والجزاء المترتب على تخلفها. حيث من بين هذه الشروط هو التصرف المنشئ لحق الشفعة أي المال المشفوع فيه و التصرف المشفوع فيه.<sup>(1)</sup>

### المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه

يجب أن يكون محل التصرف المشفوع فيه أو المال المبيع الذي تطلب فيه الشفعة عقارا، ويجب أن تطلب في كل العقار المبيع.<sup>(2)</sup>

### الفرع الأول: الشفعة ترد على العقارات:

ان حق الأخذ بالشفعة مقرر فقط عند بيع العقارات دون المنقولات لأن هذه الأخيرة يرد عليها حق الاسترداد، وهذا في المنقول الشائع اذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي ولحق الاسترداد قواعد تختلف عن أحكام الشفعة باعتباره مستمد من القانون الفرنسي، في حين أن قواعد الشفعة مستمدة من الفقه الاسلامي، الا أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الأخذ بالشفعة، لهذا يرى الفقه الحديث أن الشفعة ما هي الا حق استرداد يثبت في العقار وفي أحوال خاصة وبشروط معينة.<sup>(3)</sup>

مع العلم أنه يمكن تعريف العقار بالاستناد الى النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن في القانون المدني.

<sup>1</sup>- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 444.

<sup>2</sup>- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 287.

<sup>3</sup>- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 481.

حيث أن تعريفه يختلف عن تعريف المنقول لاختلاف طبيعة كل منهما، ولقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

مع الإشارة الى أن المادة 675 من القانون المدني نجدها تقرر قاعدة قانونية مفادها أن ملكية الأرض تشمل بحكم القانون كل ما يتصل بها سواء كان على سطح الأرض أو تحت سطحها، ولقد أكدت هذه القاعدة المادتين 1/782 و 1/783 من نفس القانون.

وعليه ان كلمة عقار تنصب أساسا على الأرض، وما يتصل بها من مبان ومنشآت وأغراس مختلفة، كما يلحق بها المنقولات المخصصة لخدمة العقار، ونتيجة لذلك فالعقار نوعان:

**1- عقار بطبيعته:** ويشمل الأرض وما يتصل بها من مباني ومنشآت وأشجار وأغراس.

**2- عقار بالتخصيص:** ويشمل جميع المنقولات من عتاد و آلات وتجهيزات مختلفة بشرط أن تكون مرصودة لخدمة العقار.<sup>(2)</sup>

حيث أن المشرع قصر الشفعة على العقار دون غيره هذا ما أكده القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا<sup>(3)</sup> الذي جاء تطبيقا لنصوص قانونية: " لأن المادة التي تحدد حالات المطالبة بالشفعة هي المادة 795 من القانون المدني وليس المادة 794- رفض الطعن.

ان المادة 794 من القانون المدني تنص على أن حق الشفعة لا يكون الا في العقارات ولا يمكن ممارسته في المحلات التجارية- القاعدة التجارية ".<sup>(4)</sup>

<sup>1-</sup> تنص المادة 683 على: " كل شئ مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول.

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

<sup>2-</sup> عمر زيتوني، تحديد بعض المفاهيم والقواعد العامة المتعلقة بالمنازعات العقارية، مقال منشور بمجلة صادرة عن منظمة المحامين لناحية تيزي وزو، العدد 04، جوان 2006، ص 14 و 15.

<sup>3-</sup> أنظر القرار الصادر بتاريخ 1997/11/18، ملف رقم 155181، أشار اليه أحمد لعور ونبييل صقر، المرجع السابق، ص 320.

مع العلم أنه تم تأكيد على ذلك من خلال القرار<sup>(1)</sup> الذي جاء أكثر وضوحاً: " من المقرر قانوناً أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، ولما ثبت- في قضية الحال- أن حق الشفعة لا يمارس إلا على العقارات وأن المحل التجاري لا يعتبر عقاراً بالمفهوم القانوني لأنه يتكون من أموال معنوية والمستأجر يعتبر منتفعاً وبالتالي لا يستطع ممارسة حق الشفعة في محل تجاري يوجد داخل عقار تم بيعه من قبل المؤجر الأصلي ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ".

هذا ناهيك على الحقوق العينية العقارية وهي الحقوق العينية الأصلية عملاً بالمادة 684 من القانون المدني الواردة على عقار كحق الملكية والانتفاع والارتفاق والاستعمال والسكن.

هذا إضافة إلى الحقوق العينية التبعية التي يرتبط وجودها وعدمها بحق شخصي لضمان الوفاء به، ومثالها: الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص وحقوق الامتياز، هذه الأخيرة تعتبر في حكم العقارات إذا كان موضوعها عقاراً، وقد تعتبر منقولة إذا كان موضوعها منقولاً.

مع الإشارة إلى أنه هناك مصطلح آخر استحدثه المشرع الجزائري في قانون التوجيه العقاري 25/90 وخصه بنوع محدد من العقارات هي الأملاك العقارية إذ حصرها في نطاق ضيق وذلك في الأراضي أو الثروات العقارية غير المبنية طبقاً للمادتين 02 و 03 منه، إذ صُنِّفت إلى ثلاثة أصناف هي الأملاك الوطنية وأملاك الخواص أو الأملاك الخاصة والأملاك الوقفية عملاً بالمادة 23 من نفس القانون.

ولقد عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية الخاصة طبقاً للمادة 27 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري،<sup>(2)</sup> مع العلم أنه نفس التعريف الوارد في المادة 674 من القانون المدني<sup>(3)</sup> إلا أنه يتضمن فرق طفيف في استعمال بعض المصطلحات.

<sup>1</sup>- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1999/02/09، ملف رقم 181039، أشار إليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 320.

<sup>2</sup>- تنص المادة 27 على: " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها ".

<sup>3</sup>- تنص المادة 674 على: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة ".

مع الإشارة الى أن الملكية العقارية ما هي الا سلطة مباشرة تُخول لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله وينتفع به ويتصرف فيه في حدود القوانين و الأنظمة المعمول بها لذلك فان نقل الملكية العقارية يقصد بها انتقال تلك السلطة من شخص لآخر وبالشروط والمعايير المحددة قانونا.

كما أن العقارات تختلف اختلافا كبيرا عن المنقولات لذلك كانت الأولى مجالا للشفعة أما الثانية خصت بتطبيق حق الاسترداد.<sup>(1)</sup>

حيث أن موقف القضاء أكد ذلك من خلال قراره<sup>(2)</sup> الذي جاء فيه: " من المقرر أن لكل شريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة...،ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس قضاوا برفض دعوى حق الاسترداد على العقار الشائع اذا بيع الى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا اجراءات الشفعة فانهم يكونون قد خرخوا نص المادة 721 من القانون المدني التي تعطي الورثة الحق في الاسترداد ".<sup>(3)</sup>

حيث تبعا لذلك فان جميع العقارات محل للشفعة سواء كانت بطبيعتها أو بالتخصيص بشرط أن يباع هذا الأخير تبعا للعقار الذي رصد لخدمته واستغلاله فتثبت له الشفعة تبعا للعقار باعتباره من ملحقاته،الا أن الأمر يختلف بحيث لا شفعة فيه اذا بيع مستقلا عن العقار الذي رصد لخدمته واستغلاله لأنه يعتبر منقول ويخضع لحكمه.<sup>(3)</sup>

ومن هذا المنطلق اذا تم بيع أرض زراعية بما عليها من مباني وحظائر ومخازن ومواشي وآلات زراعية وغير مما يعد عقارا بالتخصيص فان الشفعة تثبت في المزرعة وما يصل بها من مواشي وآلات الخدمة،لكن اذا فصلت المواشي أو آلات الري مثلا عن الأرض وبيعت مستقلة فلا شفعة فيها لأن البيع وقع على المنقولات منفصلة عن العقارات.

<sup>1</sup>- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 97 و 98.

<sup>2</sup>- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1998/03/25، ملف رقم 179321، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق،ص 325.

<sup>3</sup>- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 461.

### الفرع الثاني : شرط عدم تجزئة الشفعة

ان شرط عدم التجزئة عبارة عن قاعدة أساسية تضمنتها أحكام الشفعة ومؤداها أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض البيع ويترك البعض الآخر حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك، لأن هذا الأخير اشترى كل المال وليس جزء<sup>(1)</sup> منه، وبقاء هذا الأخير في يده لا يحقق الفائدة من عملية الشراء وربما يكلفه ذلك نفقات أكثر من الإيرادات التي تعود له من الشراء، وهذا يعتبر خسارة فادحة لا يقتضيها المنطق القانوني وكذا مبادئ العدالة والانصاف.

مع العلم أنه لا يوجد نص تشريعي يقرر الزامية قاعدة عدم التجزئة في نصوص الشفعة باعتبارها متفرعة عن قاعدة عدم تفريق الصفقة، بالرغم من أن الزاميتها طبقاً للقواعد العامة من ضرورة احترام القوة الملزمة للعقد وحرية التعاقد .

حيث عند تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة يجب أن نفرق بين عدة فروض هي:

#### أولاً: اذا ورد البيع على عقار واحد لمشتري واحد:

تطبيقاً لمبدأ عدم تفرق الصفقة فإنه لا يجوز للشفيع طلب الشفعة في جزء من العقار دون باقي الأجزاء، ويتم ذلك لو تعدد الشفعاء وكانت قاعدة التزامهم بينهم تفرض قسمة المبيع كل بحسب نصيبه، فإنه يجب على كل واحد منهم طلب الشفعة في كل أجزاء العقار.<sup>(2)</sup>

#### ثانياً: اذا ورد البيع على عدة عقارات لمشتري واحد:

يجب ان نفرق بين حالتين:

1- اذا كانت هذه العقارات منفصلة وغير متلاصقة وليست مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، فللشفيع أن يطلب منها ما توافرت له أسباب الشفعة دون العقارات الأخرى، وله أن يختار من بينها ما يريد أخذه بالشفعة، وعليه فإنه لا يلزم أن يشفع في كل ما توافرت فيه شروط الشفعة، أما اذا كانت العقارات المبيعة قد بيعت جميعها بثمن اجمالي فيقدر ما يخص العقار أو العقارات المشفوع فيها من هذا الثمن بواسطة أهل الخبرة.

<sup>1</sup>- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 482 و 483.

<sup>2</sup>- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 105 وما يليها.

2- اذا كانت العقارات المبيعة متصلة أي متلاصقة أو منفصلة لكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث يكون استعمال حق الأخذ بالشفعة بالنسبة الى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع، كما في حالة تخصيص العقارات جميعا لانتاج ما يحتاجه مصنع قائم بجوارها.

حيث في هذه الحالة اذا كانت شروط الشفعة متوفرة للشفيع بالنسبة لجميع العقارات وأراد أن يشفع وجب عليه أن يشفع في جميعها حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري، لكن اذا توافرت شروط الشفعة في بعضها دون الآخر فلا تجوز الشفعة أصلا، اذ لا تجوز في العقارات جميعا لأن من بينها عقارات لا تتوفر فيها شروطها، لذلك لا تجوز فيما توافرت فيه الشروط وحده حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري.

**ثالثا: أن يكون المبيع عقارا واحدا بيع لعدة أشخاص:**

وهنا نميز بين حالتين:

1- اذا كان البيع لعدة أشخاص على الشيوخ: بمعنى كل واحد من المشتريين يملك حصة شائعة غير مفرزة في ذلك العقار فلا تجوز الشفعة هنا الا في كل العقار حتى لا تتفرق الصفقة عليهم مادام البيع تم في صفقة واحدة.

2- اذا كان البيع لعدة أشخاص وكان لكل واحد منهم حصة مفرزة فيه: فاننا نكون بصدد تعدد الصفقة وعليه يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون البعض الآخر اذا توافرت شروط الشفعة فيها دون غيرها، أي فيما عدا الأجزاء التي توافرت فيها الشروط لا يحق له الأخذ بالشفعة في الأجزاء الأخرى.

مع الاشارة الى أن القانون المدني لا يتضمن نص قانوني يضبط الحالات التي تضمنها مبدأ عدم تجزئة الشفعة، الأمر الذي يقتضي الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر التاريخي لأحكام الشفعة عملا بالمادة 2/01 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup>- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 464 وما يليها.

**المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالتصرف المرتب للشفعة:**

لقد أقرت أغلب التشريعات الحديثة على أنه لا تجوز الشفعة الا في عقد البيع الذي يصدر من المالك للعقار المشفوع فيه الى المشتري المشفوع منه باعتباره تصرف قانوني<sup>(1)</sup> صادر من جانبيين وناقل للملكية بعوض.

باعتبار أن الشفعة تنحصر في عقد البيع فانه يتعين علينا التعرض للتصرفات الأخرى التي لا يجوز فيها ذلك، اضافة الى أنواع البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة.

**الفرع الأول: الشفعة ترد على عقد البيع:**

لا تجوز الشفعة الا في عقد البيع الصحيح الذي انعقد بتوفر الأركان والشروط اللازمة لذلك، ووفقا للمفهوم القانوني الذي حدده المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني.

الا أن مفاهيم البيع تتعدد حسب مدى شروطه وكذا المراحل التي يكون عليها عقد البيع، وورود البيع مقترن ببعض الشروط التي تلازمه الى أجل معين، لذا فان مفهوم البيع لا يتضح الا اذا تم التطرق لتعريفه لا سيما القانوني، اذ عرفه المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني على أنه عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية شئ مقابل مبلغ نقدي.

وطالما أن الشفعة انحصرت في عقد البيع فانه يمكن القول أنه هناك بيوع عقارية يجوز طلب الشفعة فيها على الرغم ما يعترضها نقائص في شروطها وهي كما يلي:<sup>(2)</sup>

**أولا: البيع القابل للإبطال:**

يخضع عقد البيع كغيره من العقود الى القواعد العامة المتعلقة بإبطال العقد بحيث أن العقد يكون قابلا للإبطال في حالتين:

**الأولى تتعلق بعيوب الرضا** فاذا ما شاب ارادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضا المنصوص عليها في 81 وما يليها من القانون المدني والمتمثلة في الإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال جاز للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته أن يطلب ابطال العقد.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، ط 2، ج 1، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 32.  
<sup>2</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 115 وما يليها.

**الثانية في حالة نقص الأهلية** ويعتبر ناقص الأهلية طبقا للقانون المدني الجزائري كل من بلغ سن 13 ولم يبلغ 19 عملا بالمادة 42 من نفس القانون أو لعاهة عقلية طبقا للمادة 43 من نفس القانون.

والعقد القابل للإبطال تجوز فيه الشفعة لأن له وجود قانوني، فهو عقد قائم ومنتج لآثاره إلى أن يُحكم بإبطاله فهو يعتبر عقد صحيح نافذ لكنه مهدد بالزوال، بالتالي تجوز فيه الشفعة، كذلك يعتبر من قبيل العقد القابل للإبطال ذلك التصرف الذي يصدر من الموصى عليه بعد تعيين الوصي بقرار قضائي طبقا للمادة 2/80 من القانون المدني.

كما تجوز الشفعة في الحالات الخاصة الأخرى للإبطلان النسبي أو القابلية للإبطال الواردة في المادتين 410 و 411 من القانون المدني التي سبق ذكرها المتعلقة بجواز إبطال بيع النائب لنفسه، شراء السماسرة والخبراء لأنفسهم الأشياء المعهود اليهم ببيعها أو تقدير قيمتها<sup>(1)</sup> والإبطلان النسبي استنادا على المادة 412 من نفس القانون.<sup>(2)</sup>

هذا ناهيك على حالة بيع ملك الغير الذي هو مقرر لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك حتى ولو أجاز ذلك المشتري عملا بالمادة 397 من نفس القانون.<sup>(3)</sup>

وعليه إذا أخذ الشفيع بالشفعة في هذا النوع من البيع وأقره المالك الحقيقي استقرت بذلك ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، لأن إقرار المالك تجعل البيع قابل للإبطال صحيحا وناظرا في حقه هذا ما نصت عليه المادة 1/398 من القانون المدني،<sup>(4)</sup> أما إذا لم يقر به الملك الحقيقي كان غير نافذ في حقه حتى ولو أجازته المشتري.<sup>(5)</sup>

حيث ما دام أن حق القابلية للإبطال قد تقرر لمصلحة المشتري فإن أخذ الشفيع بالشفعة وإحلاله محل المشتري لا يجيز له بذلك إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري، لأن باستشفاعه يكون قد أجاز البيع ومتى أجازته بعد إقراره من المالك الحقيقي لزمه.<sup>(6)</sup>

<sup>1</sup>- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 252.

<sup>2</sup>- تنص المادة 412 على: " يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه "

<sup>3</sup>- تنص المادة 397 على: " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع بيع عقار أعلن أم لم يعلن بيعه، وفي كل حالة لا يكون البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري "

<sup>4</sup>- تنص المادة 398 على: " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري "

<sup>5</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 508.

<sup>6</sup>- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 177 و 178.

مع العلم أن هذا البيع القابل للإبطال يثبت الملكية للشفيع بنفس العيب الذي لحقها فلو أبطل البيع بعد ذلك زال بأثر رجعي وأعتبر كأن لم يكن، وبالمقابل تثبت ملكية الشفيع لو تم إقرار هذا البيع.

مع الإشارة إلى أن الشفيع عندما يرغب في الأخذ بالشفعة في البيع القابل للإبطال وجب عليه احترام المواعيد التي تحسب من إبرام هذا العقد، فلو تم إقرار هذا البيع وأصبح صحيحاً لم يستطع الشفيع الأخذ بالشفعة بعدها إن لم يطالب بها في المواعيد التي تبدأ من إبرام العقد وعليه لا يمنح له ميعاد جديد يبدأ من إقرار البيع.

### ثانياً: البيع المقترن بشرط:

إن الشرط في العقد قد يضعه البائع أو المشتري وهذا بالاتفاق بينهما من أجل إبرام العقد وتنفيذه نهائياً، وهذا بهدف تعليق نشأة الالتزام أو انقضائه وزواله وفي ذلك نصت المادة 203 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

حيث يتحقق ذلك عن طريق الشرط الواقف وهي عدم نشأة الالتزام على عاتق من اشترط لمصلحته إلا بتحقق الشرط الواقف فيكون العقد غير نافذ في مواجهته عملاً بالمادة 206 من نفس القانون مثال ذلك شرط القبول في البيع بناء على التجربة، إذ يكون المشتري مالكا للمبيع بشرط تجربته وقبوله، فالشرط يتحقق بقبول المبيع ومتى تحقق أصبحت ملكية المشتري للمبيع تامة بأثر رجعي من وقت إبرام العقد.

أما الشرط الفاسخ فهو الذي من خلاله يتم تعليق انقضاء العقد أو زواله إلى حين توفر الشرط المتفق عليه أثناء العقد، فإن تحقق الشرط انفسخ العقد بأثر رجعي إلى وقت إبرامه طبقاً للمادتين 1/207 و 1/208 من نفس القانون، ومثال ذلك شرط عدم القبول أو الرفض بعد التمكين من التجربة في البيع بشرط التجربة،<sup>(2)</sup> إذ يعتبر شرطاً فاسخاً إذا تبين من الاتفاق عملاً بالمادة 2/355 من نفس القانون.

حيث يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف أو معلق على شرط فاسخ لأن البيع هنا يكون موجوداً وإن كان وجوده معلق على حظر الزوال، لكن ما يهم أن

<sup>1</sup> - تنص المادة 203 على: " يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل وممكن وقوعه " .

<sup>2</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 122 و 123 .

يظل البيع قائماً بوجوده الى أن تتم الشفعة قانوناً، ففي البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذاً من وقت ابرامه وعلى الشفيع مراعاة مواعيد الشفعة التي تسري من وقت ابرام العقد، فإذا ما احترمها حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط فاسخ، فإذا تخلف هذا الأخير صار البيع باتاً، ويزول بأثر رجعي إذا تحقق الشرط كما يزول بالنسبة للمشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة.<sup>(1)</sup>

أما البيع المعلق على شرط واقف كأن يكون العقد غير نافذ لكنه موجود ويجوز الأخذ فيه بالشفعة،<sup>(2)</sup> ويسري على حساب مواعيدها ما يسري على الشرط الفاسخ من وقت ابرام البيع، بحيث إذا أخذ الشفيع بالشفعة في هذه المواعيد حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط واقف، وإذا تحقق نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة، أما إذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي ويزول بالنسبة للمشتري إذا لم يأخذ الشفيع بالشفعة، أما إذا ما انتهت مواعيد الشفعة وفوتها الشفيع من تاريخ ابرام الحق فإن حقه في ذلك يسقط.<sup>(3)</sup> ويستخلص مما سبق ذكره أنه سواء تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فإن العقد المشفوع فيه يزول بأثر رجعي ويزول معه حق الشفعة والسبب هو تخلف شرط جوهرى في الشفعة وهو استمرار البيع قائماً وقت الطلب بها.<sup>(4)</sup>

### ثالثاً: عقد البيع غير مشهر في المحافظة العقارية:

ان الشهر في المحافظة العقارية هو اجراء قانوني لنقل ملكية العقار الى المشتري وليس ركناً في العقد، وهذا يدل على أن البيع غير مشهر صحيح وتام مرتب جميع آثاره ماعدا نقل الملكية، ولا يتوقف ذلك الأثر على ارادة البائع بل يمكن التقاضي بدعوى صحة التعاقد، ومن بين آثار عقد البيع يلتزم البائع بنقل الملكية للمشتري وتسليم المبيع، وكذا ضمان العيوب الخفية وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن والمصاريف وتسلم المبيع.<sup>(5)</sup>

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 503 و 504.

2- علي الهادي العبيدي، المرجع السابق، ص 145.

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 124.

4- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 629.

5- أحمد دغيش، المرجع نفسه، ص 125.

علاوة على ذلك فإن أحكام الشفعة لا تتطلب في حق الشفعة أن يكون المشتري قد تملك العقار المشفوع فيه بالرغم من اشتراط ذلك صراحة في الشفيع، وعليه يكفي لقيامها وقوع البيع الذي تجوز فيه الشفعة.<sup>(1)</sup>

كما ينبغي أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية وملزم لطرفيه، إلا أنه هناك ما يسمى بالعقد الابتدائي الذي يقوم فيه المتعاقدان بأثبات رضائهما بالعقد وشروطه دون شهره بالمحافظ العقارية، والذي يعتبر عقد ابتدائي لأن الالتزامات المترتبة على البائع والمشتري غير منفذة في الحال، بل تبقى موقوفة الى غاية تحرير العقد النهائي وشهره والمتفق على ابرامه في وقت محدد بين المتعاقدين اللذان يقوما بابرامه قبل العقد النهائي ويكون عادة لاعتبارات عملية محضة.<sup>(2)</sup>

مع العلم ان صورته في التشريع الجزائري نجدها في البيع بعد الانجاز في العقارات وخاصة البيع بناء على التصاميم.

ان البيع الابتدائي ينعقد صحيحا بنفس الأركان وشروط الصحة التي ينعقد بها البيع عادة، فقط نجد أن الركن المتخلف هو المحل باعتباره غير موجود لكنه معين بوصفه ونوعه عن طريق التصاميم والكشوف البيانية، مما يجعلها محددة تحديدا نافيا لكل جهالة، فيثبت ابتدائيا أمام الموثق وبعد انجاز البناية يحرر العقد النهائي خلال مدة معينة في العقد ويسلم المبيع بعد تحرير محضر التسليم ليتم تنفيذ العقد نهائيا.

وهناك صورة غالبية للبيع الابتدائي الذي هو بيع غير مشهر الذي يتطلب اجراءات طويلة يتم أمام الموثق في انتظار شهره بالمحافظة العقارية وهو بيع تام ملزم للطرفين، واذا امتنع أحدهما عن تنفيذه دون مبرر جاز للطرف الآخر اجباره على ذلك.<sup>(3)</sup>

وعليه فانه تجوز الشفعة في العقد الابتدائي وهذا من وقت صدوره وتسري مواعيدها من وقت ابرامه لدى الموثق، وعليه لا يشترط في البيع الذي تجوز فيه أن يكون بعقد مشهر.<sup>(4)</sup>

1- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 458.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 500 و 501.

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 126.

4- عدلي أمير خالد، الارشادات العملية في الدعاوى المدنية في ضوء ملاحظات التفتيش القضائي والمستحدث من القوانين وأحكام النقض والمحكمة الدستورية، د.ط، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص 521.

**الفرع الثاني: التصرفات غير جائز فيها الشفعة:**

لما كانت الشفعة لا تجوز الا في عقود البيع فقط باعتبارها من عقود العوض ملزمة لجانبين وناقلة للملكية فانه يجب استبعاد ما عداه من العقود الأخرى في فئته الناقلة للملكية وكذا التصرفات القانونية الأخرى نظرا لأوجه التشابه الموجودة بينهما، على الرغم من أنه لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة بسبب طبيعتها القانونية التي تختلف مع عقود البيع. من هذا المنطلق فانه يجب على قاضي الموضوع المختص للفصل في النزاع المتعلق بالشفعة أن يقوم أولا بتكليف التصرف القانوني المعروض أمامه للتحقق من أنه عقد بيع طبقا لنصوص القانون المدني لا سيما المادة 351 منه أم لا، وأن البيع منسوب على عقار كما سبق الذكر.<sup>(1)</sup>

كما أنه في عقد البيع لا تراعى الاعتبارات الشخصية والخاصة في المشتري أو الغرض من البيع عادة، إلا أنه اذا ما تم مراعاة هذه الاعتبارات الخاصة كالقربة أو الغرض من البيع الحاق المبيع ببيوت عبادة أو حصل بيع بالمزاد العلني وفقا للاجراءات التي رسمها القانون فلا تجوز الشفعة فيها.<sup>(2)</sup>

**أولا: التصرفات غير جائزة فيها الشفعة بسبب طبيعتها:**

**1- البيع الباطل بطلان مطلق:**

البطلان هو الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توفر ركن من أركان العقد وشروط صحته.<sup>(3)</sup>

حيث أجازت المادة 102 من القانون المدني لكل ذي مصلحة التمسك به وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الخصوم<sup>(4)</sup> لأنه يتعلق بالنظام العام والعقد الباطل ليس له وجود قانوني ولا يترتب أي أثر منذ ابرامه ويعتبر كأن لم يكن وعليه فهو معدوم، ويترتب على البطلان اعادة الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد

<sup>1</sup> - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 445.

<sup>2</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ط 2، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 82 و 83.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 256.

عملا بالمادة 103 من القانون المدني،<sup>(1)</sup> كونه ينشأ من تخلف ركن من أركانه أو حالة وجود نص قانوني يقضي ببطلانه كالتعامل في تركة انسان على قيد الحياة ولو برضاه<sup>(2)</sup> طبقا للمادة 2/92 من القانون المدني وبطلان بيع الوفاء عملا بالمادة 396 من نفس القانون.

كما أن العقد الباطل لا يرد عليه الاجازة و لا يزول بالتقادم وان كانت دعوى البطلان تسقط به بمضي 15 سنة من وقت ابرام العقد طبقا للمادة 2/102 من القانون المدني،<sup>(3)</sup> كما يتقرر البطلان أيضا عند تخلف الشكل في حالة العقود الشكلية التي تتطلب توفر ركن الشكلية كالبيع الذي يرد على العقارات التي اشترط فيها المشرع افراغ التصرف في عقد رسمي محرر أمام الموثق طبقا للمادة 1/324 من نفس القانون وكذلك الرهن الرسمي الذي لا ينعقد الا بموجب عقد رسمي عملا بالمادة 883 من نفس القانون، وطبقا للمادة 102 من نفس القانون فانه يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان سواء كان البائع أو المشتري وحتى الغير – كما للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها- وعنصر المصلحة متوفر في حق المشفوع منه وهو مشتري العقار في التمسك ببطلان العقد الذي تملك به الشفيع للوصول الى سقوط حق هذا الأخير في الشفعة.<sup>(4)</sup> وعليه لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقد الباطل بطلان مطلق كونه عقد لا وجود له.<sup>(5)</sup>

## 2- البيع الصوري:

يقصد بالصورية عند قيام المتعاقدان في عقد البيع باخفاء حقيقة ما تم عليه الاتفاق بينهما اذ يوجد عقدان الأول ظاهر وهو صوري أما الثاني فهو مستتر وهو العقد الحقيقي.<sup>(6)</sup>

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ط 8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 77.  
<sup>2</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 211.  
<sup>3</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة، دط، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 177.  
<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 251 وما يليها.  
<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 498.  
<sup>6</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 178.

لا يكفي للأخذ بالشفعة أن يكون البيع موجودا من الناحية القانونية بل يجب أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي قصده المتعاقدان، فإذا كان البيع مستتر في تصرف آخر فعلى الشفيع اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات ومثال ذلك الهبة مستترة في عقد البيع فعليه اثبات أن الهبة صورية متى قصد المتعاقدان التحايل لمنع أخذ العقار بالشفعة، أما إذا فشل في اثبات صورية العقد فلا يمكن الأخذ بالشفعة.<sup>(1)</sup>

حيث في حالة ما إذا كان البيع يستر تصرف آخر مثل الهبة فإن ذلك يسمى بيعا سوريا طبقا للمادة 198 من القانون المدني<sup>(2)</sup> ومقتضى هذا النص للغير التمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية ولا يحتج بالعقد المستتر الا فيما بين المتعاقدين التي تكون له تلك الحقوق؟

لقد ذهب رأي الى أن الشفيع لا يعد من الغير في الصورية بالنسبة لعقد البيع، فليس له التمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة بل يجب عليه دفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أي من البائع أو المشتري، ذلك أن الشفيع كسب حقه بالشفعة، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه البيع الصوري، وبموجب هذا الأخير يكسب هذا الحق ولا يعتبر من الغير في هذا العقد.

حيث ومن جهة أخرى فإن الشفيع مادام أنه يحل محل المشتري في البيع فهو ليس من الخلف الخاص للمشتري لأنه لم يتلق منه ملكية العقار، وبعد حلوله محل المشتري أصبح طرف مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفا خاص للبائع.

بينما ذهب رأي آخر الى اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة للمتعاقدين، لذلك يكون له أن يتمسك بالعقد الظاهر ويؤسس عليه طلبه للشفعة و يمكن للمتعاقدان التحجج بالعقد المستتر في مواجهة الشفيع طالما لم يثبت علمه به.<sup>(3)</sup>

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 496.

2- نصت المادة 198 على: " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

3- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 179.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها<sup>(1)</sup> الذي كرس مبدأ مفاده أنه: " لا يحتج على الشفيع باعتباره من الغير الا بالثمن الوارد في عقد البيع محل الشفعة حتى ولو كان ثمنا صوريا، ما لم يثبت خلاف ذلك بالطرق القانونية " .

وعليه فمن خلال هذا القرار نجد أن القضاء الجزائري أخذ بالرأي الأخير حين سبب وأسس حكمه على المادة 804 من القانون المدني التي تقضي بأن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وأن الشفيع بحكم أنه صاحب حق لأخذ العقار بالشفعة واعتبره من طبقة الغير بالنسبة للطرفين المتعاقدين أي البائع والمشتري لذلك له التمسك بظاهر العقد دون العقد المستتر فلا يحتج عليه الا بالثمن الوارد في العقد .

الا أن الرأي الراجح هو الرأي الأول لكن ليس على أساس عدم اعتبار الشفيع من الغير وانما على أساس آخر، فالشفعة باعتبارها رخصة تجير حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار، فان هذه الرخصة لا يجوز استعمالها الا اذا توفر سببها، وهذا الأخير مزدوج يتمثل في بيع العقار ووجود البيع لتحقيق السبب، والبيع بهذا المسمى هو حقيقي ناقل للملكية أو الحق العيني من البائع الى المشتري، ونقل الملكية من شأنه ألحق ضرر للشفيع مما وجب منحه رخصة الشفعة، أما اذا لم يوجد بيع فلا ضرر ولا شفعة، لذلك يحتج على الشفيع بالعقد المستتر فلا يمكنه الأخذ بالشفعة في عقد البيع الظاهر – الصوري- والقول بغير ذلك يؤدي الى التوسع في الشفعة بدون مبرر مقبول ومعقول.<sup>(2)</sup>

### 3- الوعد بالبيع:

يعتبر الوعد بالبيع أحد صور التراضي وهو تعهد يلتزم بمقتضاه البائع – الواعد- ببيع شئ معين اذا أظهر المشتري – الموعود له- رغبته في الشراء في مدة معينة، وله صورتين الوعد من جانب واحد الذي لا يعتبر بيعا والوعد بالبيع ملزم لجانبين الذي يحصل بين البائع والمشتري معا فيكون ملزم للطرفين والذي يطلق عليه البيع الابتدائي الذي يعتبر صورة خاصة للوعد بالبيع.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>- أنظر الى قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2010/09/16، الغرفة العقارية، ملف رقم 617998، المجلة القضائية،

العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2010، ص 236 و 238.

<sup>2</sup>- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 179 و 180.

<sup>3</sup>- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 133.

يعرف البيع الابتدائي على أنه تعهد من البائع بإبرام العقد النهائي لمدة معينة تخضع لاتفاق الطرفين ويقابله تعهد المشتري بالشراء وتسلم المبيع بعد تحرير العقد النهائي، ويعتبر صورة خاصة للوعد بالبيع باعتبار أن المدة ركن أساسي فيه وتحديد الثمن في عقد البيع الابتدائي أو جعله قابل للتعيين ودفع أقساط في أجل معين وفي هذه الحالة يمكن الأخذ بالشفعة فيه.

أما الوعد من جانب واحد لا يجوز الأخذ بالشفعة لعدم حصول قبول من الطرف الآخر متصلاً بإيجاب الطرف الأول لذلك فهو ليس عقد ولا يمكن الأخذ بالشفعة فيه حتى يتم عقد البيع بتطابق الإيجاب والقبول،<sup>(1)</sup> في حين جانب من الفقه يرى بعدم جواز الشفعة في الوعد بالبيع بصورتيه كونه لا ينقل الملكية نقلاً نهائياً.<sup>(2)</sup>

مع الإشارة إلى أن التعهد الملزم لجانبين إذا ما تم تحديد فيه الشروط الضرورية لعقد البيع وتم بكل أركانه لا سيما المحل فيما يتعلق بتحديد الثمن فإنه يعتبر في نظر القانون عقد بيع وليس وعد ويعتبر بيعاً ابتدائياً خاصة بتحريره أمام الموثق وهذا إلى غاية شهره بالمحافظة العقارية حتى يكون ناقل للملكية باعتباره البيع منصرف على عقار.<sup>(3)</sup>

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 10/01/1995 في الملف رقم 130337 إلى: " حيث ان قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي وقضوا بإبطال عقد البيع، والقضاء له باثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار، فالمادة 794 من القانون المدني تنص على أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها قانوناً ولم تنص على الوعد بالبيع، كما أن المادة 807 من نفس القانون نصت على سقوط حق الشفعة، إذا مرت سنة من يوم شهر عقد البيع وليس الوعد بالبيع".<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية الاستيلاء، الالتصاق الشفعة، د. ط، منشأة المعارف، القاهرة، 2005، ص 330 و 331.

<sup>2</sup> - فؤاد الزاهر، الشفعة نص فقه اجتهاد، د. ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بدون سنة النشر، ص 176.

<sup>3</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 135 و 136.

<sup>4</sup> - أنظر القرار الصادر بتاريخ 10/01/1995، ملف رقم 130337، أشار إليه أحمد دغيش، المرجع نفسه، ص 136.

كما أن أكدت المحكمة العليا ذلك أيضا في قرارها (1) التي أقرت فيه ضمينا على أن ممارسة حق الشفعة يتم بإبطال عقد البيع وأنها اعتبرت الدفع جدي الا أنه رفضته كونه لم يتم اثارته من قبل أمام قضاة الموضوع، دون أن تشير الى مسألة جوهرية تتعلق بتكثيف دعوى ممارسة هذا الحق اذا ما كانت تتعلق بإبطال عقد البيع أو يقتصر على احلال الشفيع محل المشتري في العقار المشفوع فيه، اذ كان عليها التصريح بأن الأمر لا يتعلق بالبطلان لأن العقد صحيح فقط أن المشرع أعط للشفيع رخصة بإمكانية ممارسة الشفعة دفعا للضرر، وعليه فان قضاة القانون جانبوا الصواب ولم يطبقوا صحيح القانون.

الا أن المحكمة العليا جاءت في قرار آخر لها(2) الذي جاء مطابق للقانون وهذا من خلال تقريرها صراحة لمبدأ مفاده أن: " يترتب على الشفعة حلول المشتري محل المشتري، وليس بطلان عقد البيع للجزء الشائع " .

#### 4- المقايضة:

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام المقايضة في المواد 413 الى 415 من القانون المدني الا أنه لم يتوسع في تفاصيلها انما أحال معظم أحكامها الى أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، بحيث أنه طبقا للمادة 415 اعتبر كل من المقايضان بائعين ومشتريان للشئ الذي تمت به المقايضة وكأنه جعل المقايضة أحد الصور الخاصة للبيع لكنهما يختلفان فقط بالمقابل المالي الذي لا يكون له وجود في هذا العقد، هذا ما أكدته المادة 413 التي عرفت هذا العقد.

و لما كانت الشفعة لا تجوز الا في عقد البيع فانه يترتب على ذلك عدم جوازها في المقايضة، لأن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه، وهذا الأخير لا وجود له الا في عقد البيع، واذا أخذ في المقايضة لتعين أخذ العقار بقيمته وفي هذا الأخير لا وجود للثمن، ولتعيين اجبار المالك على تقاضي قيمة العقار الذي قايض به بدلا من العين التي

1- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2005/11/23، الغرفة المدنية، ملف رقم 311138، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2005، ص 212.

2- أنظر الى قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2011/10/13، الغرفة العقارية، ملف رقم 683702، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2012، ص 193 .

قايض عليها، والبائع أراد بالمقايضة هذه العين بالذات، لذلك كان من المناسب عدم جواز الأخذ بالشفعة في المقايضة.<sup>(1)</sup>

الا أنه اذا كانت المقايضة بمعدل فان جواز الشفعة من عدمه يتوقف على حسم طبيعة هذا العقد، وهذا يتوقف على الوزن النسبي لهذا المعدل فاذا كان هذا المبلغ هو العنصر الغالب كان العقد بيعا وعليه تجوز فيه الشفعة، أما اذا كان غير ذلك فان العقد يعتبر مقايضة فلا تجوز فيه،<sup>(2)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 414 من القانون المدني.<sup>(3)</sup>

#### 5- الوفاء بمقابل:

لقد اعتبر المشرع الجزائري الوفاء بمقابل وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء والذي نص عليه في المادة 285 من القانون المدني، والذي يسري عليه أحكام البيع عملا بالمادة 286 من نفس القانون.

فلا شفعة في الوفاء بمقابل اذا أعطى المدين عقارا للدائن عقارا في مقابل الدين ذلك لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين، كما أن الدائن قد لا يقبل الا العقار ذاته كمقابل للوفاء بالدين.<sup>(4)</sup>

#### 6- عقد الهبة:

تعتبر الهبة من عقود التبرع الا أن القانون المدني لم يتضمن في عرضه لأسباب اكتساب الملكية لعقد الهبة بل أحال أحكامه على قانون الأسرة لذلك فهو يخضع له جملة وتفصيلا.<sup>(5)</sup>

ولقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة،<sup>(6)</sup> ولا تجوز الشفعة في الهبة لعدم وجود مقابل لأن الواهب قد وهب ورضي بالتخلي عن ملكه دون

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 493.

2- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 445.

3- تنص المادة 414 على: " اذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود "

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 498.

5- عمر زيتوني، المرجع السابق، ص 29.

6- تنص المادة 202 على: " الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط."

مقابل وهذا لاعتبارات شخصية في الموهوب له لذلك لا تجوز الشفعة فيه حتى ولو أراد الشفيع أخذ العقار بقيمته.<sup>(1)</sup>

#### 7- التصرفات المضافة بعد الموت:

لا تجوز الشفعة في الميراث باعتباره واقعة قانونية ناتجة عن الوفاة كواقعة طبيعية يرتب عليها القانون أثراً، والميراث من أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة وعن طريقه يكتسب الورثة أموالاً و حقوقاً مالية من مورثهم، لهذا لا تجوز فيه الشفعة شرعاً وقانوناً. كما لا تجوز الشفعة في الوصية كتصرف قانوني صادر من جانب واحد وناقل للملكية بالوفاة،<sup>(2)</sup> ولقد نصت عليه المادة 775 من القانون المدني التي تحيل أحكامها على قانون الأسرة.

وتعتبر تصرف مضاف الى ما بعد الموت عملاً بالمادة 184 من قانون الأسرة،<sup>(3)</sup> كما لا يوجد المقابل في هذا الوصية لأنها من أعمال التبرع صادر من جانب واحد ولا تجوز فيها الشفعة.<sup>(4)</sup>

#### 8- العقود الكاشفة ونزع الملكية:

تسمى أيضاً بالعقود المقررة لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة سواء كانت قسمة أو صلح حتى ولو تم أي من العقدين بمعدل نقدي، لأن القسمة ليست ناقلة إنما هي مقررة وكاشفة عن حقوق الشركاء طبقاً للمادة 730 من القانون المدني، مثلاً إذا ما تمت قسمة عقار مشترك بين شخصين فلا يجوز للجار ممارسة الشفعة، ونفس الحكم يطبق على الصلح باعتباره كاشف عن الملك، كما أن المبلغ المدفوع في الصلح لا يمثل قيمة العقار<sup>(5)</sup>، كما أن أن الصلح يتنافى والشفعة، لأنه يرتب التزامات شخصية لا يمكن للشفيع الأجنبي عن النزاع القيام بها، لذلك لا تجوز فيه الشفعة،<sup>(6)</sup> مع العلم أن الصلح ورد في المادة من 459 الى 466 من القانون المدني.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 179.

2- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 141.

3- تنص المادة 184 على: " الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع "

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 494.

5- أحمد دغيش، المرجع نفسه، ص 142.

6- رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 173.

الشفعة لا تجوز أيضا في عقد الصلح لأن هذا الأخير الواقع على ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ولا يعتبر ناقل للملكية بل مقررا لها والمبلغ الذي تم دفعه للصلح لا يمثل العقار وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ كسب أو خسارة دعوى الملكية.<sup>(1)</sup> أما فيما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة فإن المبدأ والأصل العام أن القوانين تحمي الملكية الخاصة، إلا أنه وبصفة استثنائية فإن هذه القوانين تسمح بنزع هذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة والمنفعة العمومية.

حيث أن نزع الملكية للمنفعة العمومية طبقا للقانون 11/91<sup>(2)</sup> لا تجوز فيها الشفعة لأن ذلك لا يعتبر بيعا، وحتى وإن كانت تتم بمقابل نقدي المتمثل في التعويض، لا سيما أن الشفيع لا يمكنه قطعا الحلول محل الدولة كسلطة عامة في تخصيص العقار لتحقيق أهداف عامة في المجتمع.<sup>(3)</sup>

#### 9- عقد الشركة:

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الشركة ضمن القانون المدني في المواد من 416 الى 459، والشركة تأخذ طابع الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها. ونظرا لوجود اختلاف بين كل من الطبيعة القانونية للشركة وعقد البيع التي تتضح في حالة تقديم الشريك أحد العقارات كحصة في الشركة والتي لا يمكن للشفيع أن يحل محل الشريك في الشركة خاصة إذا كانت هذه الأخيرة تقوم على اعتبارات شخصية كشركات أشخاص التي تقم على الاعتبار الشخصي، كما يكون الشريك فيها ملتزما إضافة الى تقديم ذلك العقار، القيام بعمل بصفة شخصية تراعى فيها مؤهلاته وكفاءته المهنية عملا بالمادة 3/425 من القانون المدني، ففي هذه الحالة إذا ما قضي بجواز الشفعة فهنا يلتزم الشفيع بتقديم تلك الحصة عن طريق تخصيص العقار للغرض المتفق عليه من طرف الشركاء، وهذا لا يمكن تصوره باعتبار أن الشفيع ليس شريك في الشركة.<sup>(4)</sup>

1- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري دراسة مقارنة، ط 2، ج 2، منشورات زين الحقوقية، بدون بلد النشر، 2011، ص 489.

2- أنظر القانون رقم 11/91، المؤرخ في 1991/04/27، المتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة، الجريدة الرسمية، العدد 21.

3- معاشو عمار، اشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القاضي الإداري، مقال منشور بمجلة المحاماة، الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تيزي وزو، العدد 04، جوان 2004، ص 83.

4- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 144 و 145.

## ثانيا: البيوع العقارية المستثناة من الشفعة:

يتبين من نص المادة 798 من القانون المدني<sup>(1)</sup> أن هناك موانع تحول دون الأخذ بالشفعة تتمثل في على:

### 1- البيع بالمزاد العلني وفقا لاجراءات رسمها القانون :

نصت على ذلك المادة 1/796 من القانون المدني والعلة من هذا الاستثناء هو أنه في مثل هذه البيوع يسمح للشفيع وغيره الذي علم بالبيع عن طريق الاجراءات القانونية المعلنة والمشهرة الدخول الى المزاد، لا سيما أن المشرع يقصد من هذا النوع من البيوع هو بيع العقار جبرا عن صاحبه بأعلى ثمن ممكن، والتمنع هنا يحقق هذا الغرض.<sup>(2)</sup> ولا يجوز الأخذ بالشفعة اذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا للاجراءات التي رسمها القانون سواء تمت أمام القضاء أو الجهات الادارية، ويستوي في ذلك أن يكون البيع جبريا أو اختياريا، إذ يمكن للشفيع الدخول في المزاد.

ويشترط لمنع الشفعة في البيع بالمزاد العلني شرطين: الأول يتمثل في أن يكون البيع بالمزاد العلني، أما الثاني أن يتم وفقا لاجراءات رسمها القانون المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

أما بيع العقار بالمزاد العلني الذي يجريه الأفراد خارج ساحة القضاء ودون اتباع الاجراءات التي رسمها القانون تجوز فيه الشفعة لعدم توفر الضمانات التي يتطلبها القانون.<sup>(3)</sup>

### 2- البيوع بين الزوجين وبعض الأصهار والأقارب:

لقد منعت الشفعة في هذه الحالة لأن البيع يقوم على اعتبارات شخصية في شخص المشتري، وهذا راجع الى الصلة والقربة الوثيقة والمتينة بين هذا الأخير والبائع<sup>(4)</sup> وهي التي دفعت البائع لابرار عقد البيع لأجنبي، لهذا لا يجوز للشفيع أخذ العقار بالشفعة

<sup>1</sup>- نصت 798 على: " لا شفعة:

- اذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لاجراءات رسمها القانون،

- واذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية،

- اذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة "

<sup>2</sup>- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 195.

<sup>3</sup>- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 634 و 635.

<sup>4</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 534.

وينتزه من يد المشتري اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، اذ نص القانون على حالات على سبيل الحصر الذي يمنع فيها الأخذ بالشفعة لا سيما المادة 798 / 2 من القانون المدني وهي: (1)

### 2-1- البيع الحاصل بين الأصول والفروع:

لقد نص القانون على ذلك في المادة 798 من القانون المدني باستعمال عبارة "الأصول والفروع" مما يفيد أن الأصل مهما علا والفرع مهما نزل وسواء كان الأول بائعا أو مشتري أو العكس، فلا يجوز استعمال حق الشفعة. (2)

### 2-2- البيع بين الأزواج:

ويشترط أن يكون هناك عقد زواج صحيح فلا يمكن لغير المتزوجين أن يستفيدوا من هذا الحق كالمطلقة اذا باعت لزوجها السابق أو العكس وكذا الخاطب لخطيبته أو العكس بحيث تجوز الشفعة لعدم وجود عقد زواج صحيح. (3)

### 2-3- البيع بين المالك لأقارب النسب الحواشي لغاية الدرجة الرابعة:

كالأخ وابن الأخ والعم والخال وأولاد العم وأولاد الخال أو الخالات أو العمات. حيث أن المحكمة العليا أقرت من خلال قرارها (4) الذي قضى بأن ابن الخال مثلا ليس له الحق في ممارسة حق الشفعة كونه لا يعتبر من الدرجة الرابعة.

### 2-4- البيع بين المالك لأحد من أصهار لغاية الدرجة الثانية:

كالبيع لوالد الزوجة أو أخيها الذي لا تجوز فيه الشفعة. (5)

### 3- بيع العقار ليكون محل عبادة أو ليلحق بها:

نصت على ذلك المادة 3/798 من القانون المدني والحكمة من منع الشفعة في هذا النوع من البيع لاعتبارات دينية التي تقدم على مصلحة الشفيع فاذا قام المالك ببيع أرض الى مشتري بقصد تخصيصها لبناء مسجد عليها أو يلحقها بمسجد قصد توسعته أو جعلها

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 635.

2- عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 492.

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 158 و 159.

4- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/03/29، ملف رقم 196675، أشارت اليه جبار جميلة، المرجع السابق، ص 70.

5- محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 632.

دورة مياه تابعة له أو مقصورة للنساء، فالعقار هنا قد بيع ليكون محل عبادة أو ملحق لها الذي لا تجوز فيه الشفعة حتى لا يفقد المشتري هدفه الديني الذي أرد أن يحققه.

أما إذا زعم المشتري أن الغرض من شراء العقار هو تحقيق هذا الغرض الديني الا أنه ثبت أن ذلك غير مطابق للحقيقة والواقع، لكن تحايل منه حتى يحقق غايته في عدم الأخذ بالشفعة بهذه الحجة، فهنا للشفيع الأخذ بالشفعة في مواعيدها وعليه اثبات وبكل الطرق القانونية أن سبب البيع الموجود بالعقد لا أساس له من الصحة.<sup>(1)</sup>

وينطبق ذلك على كل دور العبادة كالمساجد والكنائس والمستشفيات والملاجئ والمدارس.<sup>(2)</sup>

---

<sup>1</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 538.  
<sup>2</sup>- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 632.

# الفصل الثاني

### الفصل الثاني: الاجراءات القانونية للشفعة و آثارها

تعتبر الاجراءات القانونية للشفعة المنصوص عليها في القانون المدني طريق منحه المشرع لفائدة طالبها ممن تتوفر فيه أسبابها وشروطها، فيسعى من خلالها لشراء العقار المشفوع فيه والحلول محل المشتري عندما لا يستطع تملكه بالتراضي بعد المعارضة التي قد تظهر من البائع والمشتري، فيجد نفسه مضطر الى اتباع اجراءات فرضها القانون عليه للوصول الى تملك العقار المشفوع فيه عن طريق الشراء عن طريق القضاء. ولقد وضع المشرع طريق لكل من البائع والمشتري يعتبر في مصلحة الجميع بغرض حسم الأمر وهذا بتوجيه الانذار الى الشفيع، لتبدأ مجموعة من الاجراءات القانونية اذ يجب أن تحصل خلال مواعيد محددة ومضبوطة وعدم احترامها من الشفيع يؤدي الى سقوط الأخذ بالشفعة.

كما أنه بعد الانذار بوقوع البيع تبدأ اجراءات الاعلان الرغبة في الشفعة، ثم تليها اجراءات ايداع الثمن والمصاريف ثم رفع الدعوى الى غاية الحكم النهائي بثبوت الشفعة لصالح الشفيع، ثم يتم شهره بالمحافظة العقارية، واذ ثبت له الحق في الشفعة رضاء أو قضاء، فان الأمر يقتضي بعد ذلك معرفة الآثار التي تنجر عن ثبوت هذا الحق.<sup>(1)</sup>

### المبحث الأول: الاجراءات القانونية للشفعة:

الشفعة باعتبارها رخصة استثنائية وقيد يرد على حرية التصرف فان المشرع وضع جملة من الاجراءات مضبوطة تضاف الى شروطها، فهي تمارس في مواعيد ومدد محددة حتى لا يبقى المشتري مهددا في ملكه لفترة طويلة وحفاظا على مبدأ استقرار المعاملات، لذلك المشرع تكفل بتقنين هذه الاجراءات وفرض لها آجال قصيرة مراعاة لمصلحة الأطراف، وعدم احترامها في مواعيدها يترتب عنها سقوط الحق في الأخذ بها .

<sup>1</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 299 و 347.

مع العلم أن هذه الاجراءات تقسم الى مرحل هي مرحلة اعلان الرغبة في الشفعة، ثم مرحلة ايداع الثمن والمصاريف ثم تأتي المرحلة القضائية.<sup>(1)</sup>

**المطلب الأول: اعلان الرغبة في الشفعة وايداع الثمن والمصاريف لدى الموثق**  
اذا ما توافرت في الشفيع شروط الأخذ بالشفعة فانه يجب عليه اتخاذ الاجراءات القانونية المفروضة عليه في أجل محددة بدأ من الانذار وصولا الى الحكم القاضي بتثبيت حقه في ذلك.

### الفرع الأول: اعلان الرغبة في الشفعة

#### أولاً: الانذار الرسمي:

يعتبر الانذار باعتباره اجراء أولي الذي يُعرف بأنه ورقة تتم على يد المحضر القضائي يقوم به كل من البائع أو المشتري بتوجيهه عن طريق رسالة غير قضائية الى الشفيع لاثبات علمه بوقوع البيع الذي يطلب منه ابداء رغبته في أخذ العقار المبيع عن طريق اتخاذ اجراءات الشفعة في الأجل المنصوص عليها قانوناً، وعليه فان الغرض منه هو اعلام الشفيع وتحفيزه على ابداء رغبته في الشفعة خلال مدة معينة والا سقط حقه في ذلك.<sup>(2)</sup>

أما اذا تعدد الشفعاء وجب عليه انذار كل منهم بذلك سواء كانوا من طبقة واحدة أو من عدة طبقات.<sup>(3)</sup>

لقد فرض المشرع الجزائري هذا الاجراء في المادة 799 من القانون المدني.<sup>(4)</sup>  
من خلال هذه المادة نجد أن المشرع لم يشترط الرسمية في الانذار الذي يوجهه البائع أو المشتري للشفيع، اذ يمكن أن يتم شفهايا أو كتابيا، وبالتالي يكون عالج هذا الاجراء في جانبه الموضوعي.

<sup>1</sup> - جبار جميلة، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب عرفة، الشامل في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار، دط، المكتب الفني للموسوعات القانونية بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص 70.

<sup>3</sup> - جبار جميلة، المرجع نفسه، ص 73.

<sup>4</sup> - تنصت المادة 799 على: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة ان اقتضى الأمر ذلك ".

الا أن عدم اشتراط الرسمية في الانذار الموجه للشفيع من طرف البائع أو المشتري وان كان بهدف عدم التوسع أكثر في اجراءات الشفعة،فان ذلك سيؤدي الى فتح نزاعات سببها التبليغ الفوضوي لهذا الانذار سواء بالكتابة العادية عن طريق البريد،أو بواسطة رسالة موصى عليها مع اشعار بالاستيلاء.

اضافة الى التبليغ الشفوي الذي يفتح اشكالات كثيرة لاسيما أنه لا يوجد ما يثبت تاريخ الانذار الذي يعتبر مسألة جد مهمة لتحديد بداية لبالأجل المحدد قانونا لابداء الرغبة في الشفعة،الأمر الذي يجعل اجراء اعلام الشفيع محل تلاعب من طرف البائع والمشتري،فيضيع حقه المقرر له قانونا.

ان الغرض الأساسي من الانذار بوقوع البيع هو دليل اثبات عن علم الشفيع بجدية حصول عملية بيع بطريقة مؤكدة و يقينية،وعليه اجباره والزامه باتخاذ اجراءات الشفعة،ومراقبة جميع الاجراءات والخطوات المنصوص عليها قانونا لأن عدم اتخاذ أو اغفال أي اجراء في الأجل المحدد قانونا،فانه يترتب عليه سقوط هذا الحق.<sup>(1)</sup>

أما موقف القضاء من هذا الاجراء أكده من خلال قرار<sup>(2)</sup> الذي ثبت فيه أن لقضاة القانون أن كل من البائع والمشتري لم يقوما بتوجيه انذار للطاعن مما يجعل حقه في الشفعة لازال قائما وتوصلوا أن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون وخالفوه عند رفضهم دعوى الشفعة.

ولقد تم تأكيد هذا الموقف من خلال القرار الصادر أيضا عن المحكمة العليا<sup>(3)</sup> بحيث أعبت المحكمة العليا القرار الصادر عن قضاة الاستئناف كونه لم يقم بحساب الآجال المنصوص عليها قانونا في المواد 799، 801 و 802 من القانون المدني حول العمليات التي قامت به الطاعنة وكذا الانذار الموجه للبائعة والمشتري حتى تبسط رقابتها عليها،وأنهم اقتصروا على ذكر عموميات مما يجعل قرارهم القاضي برفض دعوى المدعية لسقوط حقاها في الشفعة مشوب بالغموض والقصور في التسبيب.

1- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 307.

2- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 64331، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 322 و 323.

3- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/01/09، ملف رقم 33798، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع نفسه، ص 322 و 323.

حيث أن القانون اشترط لصحة هذا الانذار أن يتضمن بيانات جوهرية تحت طائلة البطلان وأن تخلفها يؤدي الى التصريح ببطلانه، هذه البيانات تضمنتها المادة 800 من القانون المدني<sup>(1)</sup> تتمثل في:

### 1- بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً نافياً لكل جهالة:

ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته الاجمالية وبيان كل ما من شأنه أن يجعل الشفيع عالماً بالعقار المبيع دون لبس أو غموض.

### 2- بيان الثمن والمصاريف الرسمية اللازمة لبيع العقار:

يقصد بالثمن هو بالمبلغ الذي بيع به العقار المشفوع فيه الذي يدون كتابة وبالارقام التي تدل على قيمة العقار الحقيقية، أما المصاريف الرسمية يقصد بها المصروفات المفروضة بقوة القانون في العقود التي تقتضي الشكلية وتسجيلها على مستوى الضرائب مقابل رسوم وكذا الشهر لدى المحافظة العقارية الذي يتم مقابل دفع رسوم.<sup>(2)</sup>

### 3- بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه ومهنته وموطنه:

يعتبر هذا أحد البيانات الأساسية من أجل تعيين العقار المشفوع فيه تعييناً كافياً نافياً لكل جهالة وحتى يتمكن الشفيع من اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة اذا ما رغب في ذلك.<sup>(3)</sup>

### 4- لا بد من ذكر الأجل المحدد لاعلان الشفيع رغبته في الشفعة في ورقة الانذار:

طبقاً للمادة 799 المذكورة أعلاه فان الأجل محدد بثلاثين يوماً ويسري هذا المعيار أي ابتداءً من تاريخ الانذار الموجه من البائع أو المشتري للشفيع. مع الإشارة أنه اذا لم يتم ذكر أحد هذه البيانات في الانذار فانه يترتب عليه بطلانه قانوناً، الا أن هذا الجزاء لا يسري ولا يطبق بحيث لا يؤدي الى سقوط الحق في الشفعة اذا

<sup>1</sup> - تنص المادة 800 على: " يجب ان يشمل الانذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية والا كان باطلاً:

- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً،

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للاعلان المنصوص عليه في المادة 799 "

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 249.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 626.

لم يعلن الشفيع عن رغبته في ذلك في أجل ثلاثين يوما من الانذار لأن هذا الأجل لا يسري ويبقى مفتوح مادام أن البائع أو المشتري لم يوجها له الانذار القانوني.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: اعلان الرغبة في الشفعة:

#### 1- الرسمية في الاعلان:

طبقا لنص المادة 1/801 من القانون المدني<sup>(2)</sup> نجد أن الاعلان بالرغبة من الشفيع الى كل من البائع والمشتري يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن أمام كتابة ضبط المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار، والا كان ذلك باطلا بطلان مطلق اذ لا يمكن مقبوله اذا ما تم بالطرق العادية أو بموجب رسالة موصى عليها مع اشعار بالاستلام.<sup>(3)</sup> حيث أن موقف القضاء جاء موافق ومطبق لما هو منصوص عليه قانونا وهذا ثابت من خلال قراره<sup>(4)</sup> اذ أن قضاة المحكمة العليا استندوا في حيثيات قرارهم أن المطعون ضدها أعلنت رغبته في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط على أساس المادة 801 من القانون المدني التي تشترط في طالب الشفعة تحرير رسم توثيقي عن طريق كتابة الضبط لتتوصل الى أن قضاة الموضوع طبقوا القانون والتزموا به عند قضائهم بصحة التصريح بالشفعة.

هذا ما كرسته أيضا في قراره<sup>(5)</sup> الذي جاء فيه: "من الثابت قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي والاعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط..."

لقد وضعت المحكمة العليا من خلال هذا القرار معيار للتفرقة بين تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة المنصوص عليه في المادة 801 من نفس القانون الذي يجب أن يكون بعقد رسمي يحرره الموثق والاعلان عن طريق كتابة الضبط وبين تاريخ اعلان تلك الرغبة الى البائع والمشتري الذي يبدأ من تاريخ احتساب مدة ثلاثين يوما عملا بالمادة

1- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 312.

2- نصت المادة 1/801 على: " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، والا كان هذا التصريح باطلا، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير الا اذا كان مسجلا".

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 310.

4- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/10/02، ملف رقم 33030، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 326.

5- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/06/16، الغرفة العقارية، ملف رقم 1864332، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 1999، ص 112 و 113.

802 التي تقضي بأن أجل رفع الدعوى يكون خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801، وعليه فان قضاة المجلس يكونوا قد خالفوا المادة 802 لما أخذوا في حساب الآجال بتاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وليس بتاريخ الاعلان، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه الذي جاء تطبيقا لنص المادة 1/801 من القانون المدني.

كما أن الرسمية في اعلان الرغبة يقتضي أن يتم بواسطة محضر قضائي الى موطن كل من البائع والمشتري والاسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة عملا بالمادة 799 السابق ذكرها<sup>(1)</sup>.

هذا ما أقرته المحكمة العليا من خلال المبدأ الذي تضمنه القرار الصادر عنها<sup>(2)</sup> في ما يلي: " تسقط دعوى الشفعة في آجال 30 يوما من تاريخ الاعلان، ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلنته عن طريق المحضر القضائي في 16 ديسمبر 1995 ثم رفعت دعوى الشفعة في 1995/12/25، وعليه فان حقها في الشفعة لم يسقط ولما أقر قضاة الموضوع عكس ذلك أخطأوا في تطبيق القانون". حيث أن يستشف من حيثيات هذا القرار أن قضاة القانون توصلوا الى ان الطاعنة قد صرحت برغبتها في الشفعة بموجب عقد رسمي أعلنته عن طريق المحضر القضائي الى كل من البائعة والمشتري لذلك ان حقها في ذلك لم يسقط، الأمر الذي استوجب نقض وابطال القرار محل الطعن.

حيث أن الاعلان بالرغبة في الشفعة يجب توجيهه الى كل من البائع والمشتري بمعنى اعلان أحدهما لا يعني عدم اعلان الآخر بل يجب اعلامهما ولا يشترط أن يتم ذلك في وقت واحد المهم أن يتم ذلك في الأجل المحدد قانونا، واذا ما تعددوا فلا بد من اعلام كل واحد على حدى<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/10/27، الغرفة العقارية، ملف رقم 1906993، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2001، ص 249 و 251.

<sup>3</sup>- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 316.

هذا ما أكدته القضاء الذي جاء تطبيقا لما هو منصوص عليه قانونا من خلال القرار الصادر عنه (1) الذي جاء في حيثياته أن الاعلان عن الرغبة لا يكون صحيحا اذا لم يتم لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 من قانون الاجراءات المدنية لا سيما البائع أو المشتري طبقا للمادة 799 من القانون المدني، ليتوصلوا الى أن قضاة المجلس التزموا بتطبيق القانون حين قضاوا بالغاء الحكم المستأنف فيه على أساس لم يتم اعلان الرغبة في الشفعة.

مع العلم أن القضاء ذهب الى أبعد من ذلك وهذا في قرار (2) الذي فصل في النزاع بدون احالة كونه أقر مبدأ مفاده يقضي: " جواز تبليغ التصريح بالرغبة في الشفعة الى وكيل البائع المكلف بالبيع بناء على وكالة خاصة".

حيث أن قضاة المحكمة العليا توصلوا الى أن عملية بيع وشراء العقار موضوع الأخذ بالشفعة تمت بموجب وكالة لا زالت قائمة وملزمة لصاحبها وأن عقد البيع الذي تم عن طريق الوكالة هو محل نزاع بسبب الاعلان عن حق الشفعة طبقا للمادة 799 من القانون المدني فباطاله يتم عن طريق الوكيل لأن هذا الأخير حل محل المالك، بالتالي أسسوا قرارهم على أن هذا الاعلان تم وفقا للقانون بموجب عقد رسمي مبلغ لكل من البائعين والمشتري والوكيل بموجب محضر تبليغ لممارسة الشفعة الذي تم وفقا للشروط والاجراءات الملزم اتباعها التي تقتضي أنه من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن الرغبة لكل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه البائع والمشتري والا سقط حقه مؤسسين ذلك على المواد من 794 الى 807 من نفس القانون.

كما سببوا قرارهم على عدم قيام كل من بائعي العقار ولا المشتري بتوجيه انذار استنادا الى نص المادة 799 من نفس القانون الى الطاعن ليتوصلوا الى أن حق هذا الأخير لم يسقط، ليتوصل قضاة النقض الى أن قضاة المجلس حين أسسوا قرارهم واعتبروا أن تبليغ الرغبة في الشفعة يعتبر غير صحيح كونه وجه الى طرف غير معني بالأمر – وكيل المالك – دون أن يأخذوا بعين الاعتبار أن واقعة البيع تمت عن طريق

1- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/06/26، ملف رقم 34707، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 324.

2- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2006/03/22، الغرفة المدنية، ملف رقم 326507، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2006، ص 223 .

وكالة وتجاهلوا أن الوكيل يحل محل المالك وملزم باتمام جميع الاجراءات بما فيها الاعلان عن الحق في الشفعة وهذا استنادا على وكالة خاصة فمسؤولية الوكيل لا تزال قائمة، وأن بقضائهم بذلك يكونوا قد أساؤا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض دون الالتفات الى باقي الالوجه.

حيث أن الادارة هي الأخرى عند ممارستها لحقها في الشفعة عليها أن تتبع جميع الاجراءات المفروضة على الشخص الطبيعي وفقا للمادتين 801 و 802 من القانون المدني التي تبدأ من تاريخ التصريح بالرغبة هذا ما كرسته مجلس الدولة من خلال قراره الصادر في 2009/09/30.<sup>(1)</sup>

ومع ذلك فلا بد أن يراعى في الاعلان الرغبة في الشفعة ما يلي:

**1-1- يعتبر الاعلان بالرغبة تصرف قانوني يشترط فيه أن يتمتع الشفيع بأهلية التصرف وهي أهليه الأداء كاملة ببلوغه 19 سنة، أما اذا كان قاصر ناب عنه وليه الشرعي.**

**1-2- مادام أن اعلان الرغبة وجوبي سواء في حالة توجيه الانذار أو عدم حصوله من المتبايعين أو أحدهما ولم يستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على اعلان عريضة الدعوى جاز رفع دعوى الشفعة تتضمن الرغبة في الاخذ بالشفعة.**

**1-3- أداء الشفيع صورية الثمن المتضمن في عقد البيع لا يعفيه من وجوب اعلان الرغبة في الميعاد القانوني اذ يمكنه الطعن فيه بالصورية أمام المحكمة ويقع عليه عبئ اثبات ذلك بكل الطرق القانونية.<sup>(2)</sup>**

مع الاشارة الى أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكر البيانات التي يجب أن تتوفر في هذا الاعلان عكس الانذار الذي اشترط فيه بيانات نصت عليها المادة 800 من القانون المدني، وهو الأمر الذي يبرر سكوته على ذلك فيقتضي يتوفر في الاعلان بالرغبة نفس

<sup>1</sup> - أنظر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 2009/09/30، ملف رقم 049069، المجلة القضائية، العدد 10، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بمجلس الدولة، 2012، ص 141 و 142.  
<sup>2</sup> - عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 77.

هذه البيانات التي تعتبر أساسية مثل بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا وثمان البيع وشروطه واسم كل من البائع والمشتري والمصاريف الرسمية.<sup>(1)</sup>

حيث من المقرر قانونا وما استقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها<sup>(2)</sup> الذي ثبت من حيثياته أن العارض بين من عريضة الاستئناف بطلان اجراءات الشفعة من خلال عدم تحديد الوعاء العقاري محل الشفعة من حيث الموقع ورقمه في المخطط العام والمساحة وكذا الثمن المودع لدى الموثق الذي يعتبر زهيد للغاية وأنه لا يتعدى سدس ثمن المبيع، لأن العارض اشترى العقار محل الشفعة من شخصين كما تنص المادة 2/800 من القانون المدني لكن المجلس لم يثرها ولم يناقشها ولم يجب عنها مما يعرض قراره للنقض.

حيث أن قضاة المحكمة العليا توصلوا الى أن دفع الطاعن غير مؤسسة ذلك أن قضاة الموضوع قد بتوا فيها بالرفض بعد اطلاعهم على تلك البيانات والمواصفات في عقد الاعلان بالرغبة في الشفعة مما يؤدي الى رفض الطعن.

ويستخلص من النصوص القانونية السابقة أن اعلان الرغبة ليس واجب اذا ما تم رفع دعوى الشفعة في الأجل القانوني المقرر للاعلان المحدد بثلاثين يوما من يوم الانذار بوقوع البيع، اذ يجوز للشفيع أن يستغني عن اعلان رغبته في الشفعة وذلك برفع دعوى الشفعة بموجب عريضة تُغني عن اعلان الرغبة ويحل محلها، ويشترط لصحة ذلك اعلان وتبليغ هذه العريضة رسميا على يد محضر قضائي، بشرط أن يودع الشفيع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق قبل رفع هذه الدعوى طبقا للمادة 2/801 من القانون المدني والا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، هنا فقط يمكن الجزم بأن اعلان عريضة الشفعة يحل محل اعلان الرغبة، كونها تتضمن هذا الاعلان، لا سيما أن المشرع لم يرتب على تخلف هذا الأخير بطلان دعوى الشفعة.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 327.

<sup>2</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2005/11/23، الغرفة المدنية، ملف رقم 311138، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2005، ص 213.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 254.

الا أن القضاء اتخذ موقفا مغاير حين فصل في النزاع بموجب قراره (1) الذي جاء فيه: " القضاء برفض دعوى ممارسة لعدم تبليغ الطاعنين في الشفعة كما تشترطه المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة البطلان واكتفائهم بوضع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق يعد تطبيقا سليما للقانون ".

## 2- الأجل المحدد لاعلان الرغبة في الشفعة:

يجوز للشفيع بمجرد علمه بوقوع البيع ولو قبل انذاره بذلك أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة وهذا الى كل من البائع والمشتري بحيث أن هذا الاعلان ينتج آثاره القانونية اذ يسري من تاريخه ميعاد ثلاثين يوما طبقا للمادة 1/801 من القانون المدني من أجل رفع دعوى الشفعة عملا بالمادة 802 من نفس القانون .

مع العلم أنه بإمكان الشفيع أن يتجاوز هذا الاجراء ويقوم برفع دعوى الشفعة دون اتخاذ هذا الاجراء على أن يودع الثمن لدى الموثق عملا بالمادة 2/801 من نفس القانون.(2)

الا أن حرية الشفيع في اعلان الرغبة تنقيد من حيث الأجل المنصوص عليه قانونا اذا ما وجه له انذار رسمي حينها وجب عليه اعلان رغبته خلال ثلاثين يوما تسري من الانذار، أما اذا لم يتم انذاره لكن تم شهر البيع في المحافظة العقارية له أن يعلن رغبته في الشفعة خلال سنة من يوم الشهر عملا بالمادة 2/807 من القانون المدني.(3)

أما اذا لم يتم انذار الشفيع ولم يتم شهر عقد البيع يكون له حق في اعلان رغبته طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم طبقا للقواعد العامة المحدد بخمسة عشرة سنة من ابرام عقد البيع العرفي عملا بالمادة 308 من القانون المدني.(4)

وعليه ومن خلال هذا المنطلق تمت وجود ثلاث احتمالات حول سريان الأجل المحدد لاعلان الرغبة وهي:

1- القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسة القانونية، النص الكامل للقانون المدني وتعديلاته الى غاية 2007/05/13، مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيرتي، الجزائر، 2011-2012، ص 187.

2- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 54 و 55.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 634.

4- عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 76.

## 2-1- قيام البائع أو المشتري بانذار الشفيع بوقوع البيع:

يتبين من النصوص السابقة المتعلقة بانذار الشفيع أن طرفي عقد البيع – البائع والمشتري- لهما الاختيار في توجيه له الانذار وعليه فهما غير مجبران على ذلك، إلا أنه من باب السرعة وحرصا على اظهار الرغبة في الشفعة يفضل أن يقوم أحدهما بهذا الاجراء.<sup>(1)</sup>

وحتى يكون الانذار صحيحا يجب أن يكون رسميا عن طريق المحضر القضائي يتضمن اعلام الشفيع بالبيع وشروطه مع طلب تحديد موقفه، وفي حالة تعدد الشفعاء وجب توجيه الانذار اليهم جميعا، واغفال ذلك يترتب عليه بطلان الانذار فلا ينتج أثره، فلا يبدأ منه الميعاد المحدد للشفيع لاعلان الرغبة، ويتم انذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل واحد منهم أي في محل اقامته المعتادة،<sup>(2)</sup> وبهذا الاجراء يكون الشفيع قد علم بواقعة حصول البيع، فاذا لم يعلن رغبته في هذا الأجل سقط حقه، ويضاف اليه مدة المسافة اذا ما كان الشفيع خارج الوطن.

حيث ثبت قانونا أن هذا الاجراء من خلال ما نص عليه المشرع في المادة 799 من القانون المدني.

كما أنه ثبت قضاء من خلال ما كرسته المحكمة العليا من القرارات القضائية التي جاءت مدعمة لهذا النص ومفسرة له التي نوردها فيما يلي:

حيث في هذا الصدد كرست المحكمة العليا ذلك في قرارها<sup>(3)</sup> الذي جاء فيه ما يلي: " بأنه اذا كان مؤدى نص المادة 799 من القانون المدني ينص على أنه يجب على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه، ومن المقرر قانونا أن تبليغ هذا الاعلان لا يكون صحيحا اذا لم يتم لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 من ق.ا.م ولما كان كذلك فان النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على خرق المادة 75 المشار اليها سلفا في غير محله، ولما كان قضاة

<sup>1</sup>- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 485.

<sup>2</sup>- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 318 و 319.

<sup>3</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/06/26، أشار اليه أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 316.

الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف لديهم لعدم صحة الاعلان بالشفعة فانهم بقضائهم هذا التزموا بتطبيق القانون و استوجب ذلك رفض الطعن".

فمن خلال هذا القرار نجد أنه يشترط لصحة الاعلان عن الرغبة أن يتم توجيهه الى أحد الأشخاص المذكورين في المادة 23 الأمر 154/66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الملغى بالقانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الادارية،<sup>(1)</sup> المتعلقة بالأحكام التي تسري على التكليف بالحضور ليكون القضاء أقر تطبيق ذلك على الاعلان بالرغبة وهؤلاء الاشخاص هم الشخص المطلوب تبليغه وهما البائع أو المشتري أو أحد أقاربهما أو تابعيهم أو البوابين أو أي شخص مقيم بمنزلهما، مع العلم أن تبليغ أي منهما يعتبر كافي قانونا.

الا انه بالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد 09/08 نجد أن المشرع تناولها في الأحكام المتعلقة بالتبليغ الرسمي لا سيما المادتين 408 و 410 من، مع العلم أنه عند مقارنتها بالنص المادة 23 من القانون الاجراءات المدنية القديم نجد أنه ضيق منها وهذا حماية للشخص المطلوب تبليغه، اذ قصرها في أن التبليغ الرسمي يكون عندما يتم شخصيا وعند استحالة ذلك يعد صحيحا اذا تم في موطنه الأصلي الى أحد أقاربه المقيمين معه أو في موطنه المختار.

كما صدر قرار أيضا قرار عنها<sup>(2)</sup> جاء فيه مايلي: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته الى كل من البائع أو المشتري في أجل ثلاثين (30) يوما والا سقط حقه، ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط ".

حيث أنه من الثابت في قرار المحكمة العليا<sup>(3)</sup> أنه اذا لم يوجه البائع والمشتري الانذار المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني الى من يريد الاخذ بالشفعة فان ميعاد ثلاثين يوما لا يبدأ، ومن ثم يحق للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي

<sup>1</sup>- أنظر الى القانون 09/08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الذي ألغى الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 1966/06/06 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 47.

<sup>2</sup>- أنظر قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/17، أشار اليه أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 316.

<sup>3</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/10/02، ملف رقم 333030، أشار اليه أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 320.

وقت،ذلك أن القانون لا يأخذ بالعلم الواقعي وانما يعتمد فقط على العلم القانوني،وعليه لا يسر الأجل مادام أنه لم يعلم بالطرق القانونية.

حيث هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا بثوت ذلك أيضا من خلال القرار (1) الذي أقرت فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه،ومن تم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون،ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن كل من البائع والمشتري لم يوجها انذار الى الطاعن مما يجعل حقه في الشفعة يظل قائما،ومن ثم فان قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية الى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون،ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".

كما ذهب القضاء الى أبعد من ذلك ولم يكتف بأن القيام بالاجراءات المذكوره أعلاه تتم في مواجهة البائع والمشتري بل أقر بأنها تكون صحيحة وسارية اذا ما تم توجيهها الى الوكيل هذا ما ثبت في قرار صادر عنه (2) الذي جاء في حيثياته أنه ثبت أن الاعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة تم وفقا للقانون بموجب عقد رسمي مبلغ الى كل من البائعين والمشتري و حتى الوكيل بموجب محضر تبليغ ليتوصل قضاة القانون الى أن قضاة الموضوع أصابوا في حكمهم حين قضاوا بحلول الشفيع محل المشتري بناء على ممارسته لحق الشفعة الذي تم وفقا للاجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما المادة 799 من القانون المدني التي تقضي باعلان الرغبة في أجل ثلاثون يوما من تاريخ الانذار.

لذلك يستخلص مما سبق التطرق اليه من خلال الممارسات القضائية أن ما أقره القضاء لم يكن الا تطبيقا وتجسيذا لنصوص القانونية.

حيث وفيما يتعلق بحساب ميعاد ثلاثين يوما فانه يتم احتسابها وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية اذ يبدأ سريانه من اليوم الموالي لتاريخ تسليم الشفيع للانذار ليتم حساب

1- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 64331، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر،المرجع السابق، ص 322 وما يليها.

2- أنظر الى قرار المحكمة العليا،المؤرخ في 2006/03/22،الغرفة المدنية،ملف رقم 326507،المجلة القضائية،العدد 01،مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا،2006،ص 227.

ثلاثين يوما عملا بالمادة 405 الفقرة الأولى من قانون الاجراءات المدنية والادارية، واذ صادف آخر يوم من الميعاد عطلة رسمية فان الاجل يمتد الى أول يوم طبقا لنفس المادة الفقرة الأخيرة.

حيث أنه عملا بالمادة 416 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لا يمكن اجراء أي تبليغ قبل الساعة 00:08 صباحا ولا 00:20 مساء ولا في أيام العطل الرسمية الا باذن من القاضي أو حالات الاستعجال أو وجود خطر من التأخير. مع العلم أن الأجل المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني يعتبر ميعاد ومدة سقوط لا تقادم ولا تقبل الوقف أو الانقطاع.<sup>(1)</sup>

## 2-2- حالة عدم انذار الشفيع بوقوع البيع وكان عقد البيع مشهور:

اذا لم يتم انذار الشفيع بوقوع البيع من طرف البائع أو المشتري أو كان الانذار باطلا، والمشتري قام بشهر هذا العقد بالمحافظة العقارية فان للشفيع ميعاد آخر وهو سنة من تاريخ هذا الشهر<sup>(2)</sup> عملا بالمادة 807/2 من القانون المدني.<sup>(3)</sup>

وعليه في حالة ما اذا لم يكن الشفيع عالما بوجود بيع الذي تم شهره فان ذلك جعل من المشرع أن يفرض افتراض لا تقبل اثبات العكس، اذ لا يجوز له أن يدعي بعدم علمه بالبيع بعد اشهاره لذلك تم تحديد ميعاد طويل كحد أقصى لطلب الشفعة.<sup>(4)</sup>

فمن خلال المادة 2/807 من القانون المدني نجد أن الميعاد محدد بسنة من يوم شهر عقد البيع من المشتري، لذلك فعلى الشفيع المبادرة باعلان الرغبة خلال هذا الأجل والا سقط حقه في ذلك، كما أن هذا الحكم مقرر أيضا للمشتري حتى لا يظل الحق في الشفعة قائما.<sup>(5)</sup>

الا أنه في هذه الحالة نجد أن القضاء لم يتقيد بهذا الأجل وترك الأجل مفتوحة ولم يكرس هذه المدة المنصوص عليها قانونا كما هو ثابت من قرار المحكمة العليا<sup>(6)</sup> الذي

1- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 319.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 255.

3- نصت المادة 2/807 على: " - اذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع " .

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 641 و642.

5- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 320.

6- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 64331، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 322.

جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه ومن ثم القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون،لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن كل من البائع والمشتري لم يوجها انذارا الى الطاعن مما يجعل حقه في الشفعة يظل قائما.

ومن ثم فان قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية الى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون،ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ". .

حيث أن هذا الالتزام المتعلق باعلان الرغبة يسري أيضا على الدولة التي ترغب في ممارسة الشفعة هذا ما ذهب اليه مجلس الدولة في قرار صادر عنه (1) المتعلق بممارسة حق الشفعة لفائدة الخزينة العمومية من أجل شراء عقار متنازع عليه وهذا على اثر دعوى تتعلق بتصحيح خطأ مادي أين سبب قراره على أن قضاة مجلس الدولة ارتكبوا خطأ مادي باستنادهم على الرسالة المؤرخة في 15/06/1987 وهذا باستخلاصهم من الرسالة المؤرخة في 19/02/1985 بأن ادارة الضرائب أبدت رغبتها في الأخذ بالشفعة وأن رسالة المؤرخة في 06/03/1985 تؤكد ارادتها في ذلك.

حيث أن قضاة مجلس الدولة سببوا قرارهم على أن الخطأ المادي أثر على الحكم عندما اعتبروا أن مدة سنة طبقا للمادة 118 من قانون التسجيل 105/76 قد انقضت ليتوصلوا أن ادارة الضرائب تصرفت في الأجل القانوني،مما أدى به الأمر الى القضاء والتصريح بأن قرار مجلس الدولة الصادر في 26/07/1999 باطل وبدون أثر وفصلوا من جديد بتأييد قرار مجلس البلدية الصادر في 20/07/1996.

مع العلم أن هذا الأجل المنصوص عليه في المادة 807 يعتبر مدة سقوط لا تقادم بالتالي لا يسر عليه الوقف ولا الانقطاع.(2)

1- أنظر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 24/06/2002، ملف رقم 007152، المجلة القضائية، العدد 05، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بمجلس الدولة، 2004، ص 127 و 128.  
2- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 487.

حيث تسري المواعيد القانونية السابق ذكرها من اليوم الموالي من الشهر وتحسب الشهور بالتقويم الميلادي طبقا للمادة 03 من القانون المدني.

حيث أن الدفع المتعلق بسقوط الشفعة بانقضاء المواعيد يعتبر دفع متعلق بالنظام العام والمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط الشفعة وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، حتى ولو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط.<sup>(1)</sup>

هذا ما أشارت اليه المحكمة العليا في قرار لها<sup>(2)</sup> حيث أن هذا القرار يتعلق بمواعيد اعلان الرغبة في الشفعة التي تقاس على باقي مواعيد الشفعة المنصوص عليها قانونا اذ جاء فيه أنه من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الشفعة، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الاجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا وأنه ثبت أن الطاعنين لم يعلنوا رغبتهم خلال هذا الأجل بالرغم من علمهم بواقعة البيع، ولما قضى المجلس بتأييد الحكم القاضي بالمصادقة على طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة طبقوا صحيح القانون.

مع الملاحظة أنه يقع عبئ اثبات استعمال رخصة الشفعة خلال سنة التي تبدأ من تاريخ شهر عقد البيع على عاتق الشفيع، أما اذا أثبت هذا الاخير أنه قد استعملها في الميعاد الميعاد القانوني لها، لكنه أخطأ في بعض البيانات ولم يكن الخطأ من شأنه ايقاع المشتري في لبس فان تصحيحه لا يعتبر طلب جديد.

### 2-3- حالة عدم انذار الشفيع وعدم اشهار عقد البيع:

قد يحدث ألا يقوم البائع أو المشتري بانذار الشفيع بوقوع البيع، وقد لا يقوم المشتري بشهر عقد البيع، عندئذ لا يمكن تصور سريان المواعيد السابق بيانها في حق الشفيع، ذلك لعدم وجود انذار أو الشهر الذي تفتح به حساب المواعيد والأجال.

1- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 320 و 321.

2- أنظر القرار الصادر بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم 34331، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 328.

وعليه فان حق الشفيع يظل قائما ما دام لم يسقط بالتقادم طبقا للقواعد العامة طبقا للمادة 308 من القانون المدني أي بمضي خمسة عشرة سنة تسري من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه.<sup>(1)</sup>

مع العلم أن هذا الحكم أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات قضائية منها قرار<sup>(2)</sup> الذي جاء فيه: " أنه اذا لم يثبت أن البائع قد وجه الانذار المنصوص عليه قانونا لاحتساب أجل الشهر الواجب اعلان الرغبة في الشفعة خلاله، فان فوات الأجل بعد الانذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة والمستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير ".<sup>(3)</sup>

هذا ناهيك على صدور قرار عنها<sup>(3)</sup> جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه.

ولما كان الثابت- في قضية الحال- أن كل من البائع والمشتري لم يوجها انذار الى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما،ومن ثم فان قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية الى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطوا في تطبيق القانون".

### 3- شهر اعلان الرغبة في الشفعة:

نصت على اجراء الشهر في المحافظة العقارية المادة 1/801 من القانون المدني،<sup>(4)</sup> اذ يعتبر الوسيلة الوحيدة المعترف بها قانونا الذي يؤكد علم الغير باعلان الرغبة في الشفعة.

الا أن ذلك لا يعتبر كافي لتحقيق الاعلام فاذا أراد الشفيع تفادي خطر سريان التصرفات في حقه فعليه أن يسعى الى الشهر بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة

<sup>1</sup>- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 256.

<sup>2</sup>- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1985/10/02، ملف رقم 33030، أشار اليه أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 322.

<sup>3</sup>- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 64331، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 322 وما يليها.

<sup>4</sup>- نصت المادة 1/801 على: " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، والا كان هذا التصريح باطلا، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير الا اذا كان مسجلا".

اختصاصها العقار المشفوع فيه – فاذا صدر أي تصرف بالبيع أو الرهن وغيرها من التصرفات بعد هذا الاجراء – فلا تكون نافذة في حق الشفيع.<sup>(1)</sup>

مع العلم أن هذا الاجراء غير وجوبي لكن يعتبر وقائي لفائدة الشفيع من تصرفات المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه، وهذا تجنباً للأخطار وحتى يطمئن على حقه أكثر كما لا يتقيد بميعاد معين، اذ يصح شهر الاعلان الرغبة بالمحافظة والعقارية في أي وقت حتى ولو تم بعد رفع دعوى الشفعة، لأنه لا يعتبر اجراء وجوبي لصحة الاجراءات فالغاية منه هو الاحتجاج بهذا الاعلان على الغير لا سيما البائع أو المشتري اذا ما قاما بتصرفات تضر بالعقار المشفوع فيه بعد شهر الرغبة والتي لا تسر في مواجه الشفيع.

الا أن القضاء الجزائي يعتبر شهر الاعلان شرطاً لصحة اجراءات طلب الشفعة، اذ عدم القيام بذلك يؤدي الى سقوط حق الشفيع في مواصلة باقي اجراءات الشفعة، هذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا التي جاءت مجسدة لذلك وعليه جاءت تطبيقاً لنص المادة 801 من القانون المدني.<sup>(2)</sup>

حيث من بينها نجد القرار الصادر عنها<sup>(3)</sup> الذي جاء فيه أنه اذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة اجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة واشهاره، ليتوصل قضاة القانون الى أن قضاة الموضوع طبقوا القانون عند رفضهم دعوى الشفعة المرفوعة من الطاعنين لعدم احترام اجراءات الشفعة. ولقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ أيضاً في القرار الصادر عنها<sup>(4)</sup> الذي جاء فيه ما يلي: " استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، في مجال الشفعة، على أن مصطلح التسجيل، مستعمل كذلك في بعض مواد القانون المدني، بمعنى مصطلح الشهر.

لا حجة لتصريح بالرغبة في الشفعة، غير مسجل ومشهر.

حيث أنها أسست قرارها على المادة 801 من القانون المدني باعتبارها جاءت في شكل وجوبي فيما يخص التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يتم بعقد رسمي يعلن عن

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 647.

2- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 325.

3- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1991/12/24، ملف رقم 76678، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 326.

4- انظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2012/02/09، الغرفة العقارية، ملف رقم 698546، المجلة القضائية، العدد، الصادر 02، تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2012، ص 381 ومايليها.

طريق أمانة الضبط تحت طائلة التصريح بالبطلان، وأنه لا بد من تسجيله حتى يكون حجة على الغير.

حيث جاء في حيثيات القرار أن ما استقرت عليه المحكمة العليا أن المقصود بالتسجيل هو الاشهار، وتوصلت الى أن قضاة الموضوع بقضائهم عندما أثاروا عدم صحة التصريح بالشفعة لعدم اشهاره واعتبروه من النظام العام وعلى هذا الأساس يكونوا على صواب وطبقوا صحيح القانون.

الا أنه بالرجوع الى المادة 1/801 من القانون المدني نجدها لا تتضمن هذا الحكم بل تقضي بخلاف ما قرره القضاء الجزائري الذي اعتبر هذا الاجراء من النظام العام، مع العلم أنه يتفق مع ما ذهب اليه فقهاء القانون الذين أقروا بأن شهر اعلان الرغبة لا يعتبر اجراء ضروري لازما من اجراءات الشفعة، ولا يمكن ذلك بأي حال من الأحوال أن يؤدي الى سقوط الحق فيها،<sup>(1)</sup> لذلك لا يعد شرطا لصحة الاجراءات كما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/12/24 وكذا الصادر في 2012/02/09 المذكورين أعلاه.

#### 4- الشفعة عند توالي البيوع:

يقصد بحالة توالي البيوع عندما يتم بيع العقار الذي تجوز فيه الشفعة قانونا دون أن يتمكن من له الحق في الشفعة من أخذ العقار وهو سبب اقدم ذلك المشتري على بيع هذا العقار مرة ثانية دون أن يترك له الفرصة لاستعمال رخصة الشفعة وتملك العقار، وهنا يثور سؤال يتمثل في هل الشفيع يأخذ العقار بالشفعة في البيع الأول أم الثاني؟ حيث في هذا الصدد نجد أن نص المادة 797 من القانون المدني<sup>(2)</sup> أجابت على السؤال التي من خلالها نميز بين حالتين:

#### 4-1- بيع العقار بعد شهر اعلان الرغبة في الشفعة:

بمعنى أن لا يكون المشتري الأول قد باع العقار للمشتري الثاني الا بعد أن طلب الشفيع الشفعة في البيع الأول وقام بشهره لدى المحافظة العقارية، لذلك فان بيع المشتري

<sup>1</sup>- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 327.

<sup>2</sup>- تنص المادة 797 على: " اذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها " .

الأول للثاني لا يسري في مواجهة الشفيع وهذا ما يستشف من مفهوم المخالفة لنص المادة 797 من نفس القانون، وعليه فإنه يسري عليه البيع الأول وحده، لذلك فإنه يأخذ بالشفعة فيه بالشروط الواردة فيه.

#### 4-2- بيع العقار قبل شهر اعلان الرغبة في الشفعة:

بمعنى أن يكون المشتري الأول قام بالبيع للمشتري الثاني قبل أن يسجل الشفيع طلب الشفعة في البيع الأول فهنا يكون البيع الثاني ساريا في حق الشفيع، كونه صادر قبل شهر طلب الشفعة وكل تصرف يصدر قبل شهر طلب الشفعة يسري في مواجهة الشفيع عملا بالمادة 797 من القانون المدني، لذلك لا يمكن للشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول في حين يستطيع ذلك في البيع الثاني - الذي يبقى وحده قائما- وفي مواعيد وشروط البيع الثاني.

وما دام أن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الثاني فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب، امتنع عليه الأخذ بالشفعة حتى ولو كان البيع الأول يجيزها.<sup>(1)</sup>

#### الفرع الثاني: ايداع الثمن والمصاريف لدى الموثق

بعد اعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الأجل المنصوص عليه قانونا، كان له حق مواصلة باقي الاجراءات المتمثلة في ايداع الثمن وكذا المصاريف لدى الموثق عملا بالمادة 2/801 من القانون المدني على شرط أن يتم ذلك قبل رفع دعوى الشفعة والا سقط حقه في ذلك.

#### أولا: ايداع الثمن لدى الموثق:

يعتبر ايداع الثمن من قبل الشفيع لدى الموثق اجراء جوهريا باعتباره يلي اجراء اعلان رغبته في الشفعة، هذا ما أكدته المادة 2/801 من القانون المدني،<sup>(2)</sup> والهدف من ذلك هو المحافظة على حقوق ذوي المصلحة وكضمان لجدية طلب الشفعة.

<sup>1</sup>- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 36 وما يليها.

<sup>2</sup>- تنص المادة 2/801 على: " يجب ايداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة، فان لم يتم الايداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم، سقط الحق في الشفعة ".

حيث يتبين من نص المادة 2/801 من القانون المدني بأنه يجب على الشفيع ايداع الثمن الذي بيع به العقار المشفوع فيه لدى الموثق في أجل ثلاثين يوماً تسري من تاريخ اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى، واذ لم يقم الشفيع بذلك سقط حقه في الشفعة. كما أنه من خلال هذا النص نجد أن المشرع فرض على الشفيع ايداع كل الثمن الذي حصل به البيع فلا يكفي أن يودع جزء منه حتى ولو لم يقم المشتري بدفع ثمن العقار المشفوع فيه للبائع، وحتى ولو قام هذا الأخير بمنح أجل للمشتري في الوفاء ببعض الثمن أو كان الثمن مقسطاً، فإن الشفيع مجبر بدفع الثمن كاملاً فهو لا يستفيد من التأجيل أو التقسيط.<sup>(1)</sup>

حيث يعد ايداع الثمن اجراءاً جوهرياً يتطلبه القانون لقبول دعوى الشفعة وليس للبائع أن يعفيه منه حتى ولو كان هناك اتفاق بينهما على التأجيل ويكون للمحكمة عند عدم دفعه أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع، وايداع كل الثمن يتقرر مراعاة لمصلحة من يكون له الحق فيه اذا ما تم ايداعه كله أو بعضه عند الحكم بالشفعة، سواء كان المشتري الذي عجل بالثمن أو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه، أم الدائنون الذين قيدوا حقوقهم.<sup>(2)</sup>

حيث أن القضاء جاء موافق لما جاء به القانون كما هو ثابت من القرار الصادر عن المحكمة العليا<sup>(3)</sup> القاضي بأنه لم يتم احترام الاجراء المتعلق بايداع ثمن البيع والمصاريف بين أيدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من التصريح بالرغبة، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله، الأمر الذي يؤدي الى نقض القرار القاضي باثبات حقه في ذلك.

حيث ما تجدر اليه الملاحظة في هذه المرحلة أن نص المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 23 من قانون 02/97 المتضمن قانون المالية 1998 المؤرخ في 1997/12/31 التي تستوجب في العقود الرضائية العادية ايداع خمس الثمن بدلاً من كل

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 648 وما يليها.

2- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 341.

3- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1995/01/10، في الملف رقم 130337، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 327.

الثلث لدى الموثق، مما يجعل هذا الأخير في اشكال فهل يتم دفع خمس المبيع أم كله وفقا لنص المادة 2/801 المذكورة أعلاه؟ للجواب لا بد من التمييز بين حالتين:<sup>(1)</sup>

### 1- اذا كنا بصدد عقد بيع رضائي وعادي:

فهنا تطبق المادة 23 من قانون المالية 1998 بمعنى أنه يتم ايداع خمس الثلث لدى الموثق وليس كله على أن يتم دفع الباقي خارج مجلس العقد وعلى الموثق الاشارة على ذلك.

### 2- اذا كنا بصدد الأخذ بالشفعة:

فهنا ايداع الثلث لا يتعلق بابرام عقد رضائي حيث يتم الاتفاق على تفاصيله وشروطه والكيفية التي يتم فيها تسديد الثلث بين البائع والمشتري، وانما الأمر يتعلق بحالة استثنائية نص عليها القانون ووضع لها ضوابط واجراءات دقيقة ومحددة، لا سيما أن مسألة ايداع الثلث تعتبر مرحلة تمهيدية لرفع دعوى الشفعة.

حيث بناء على ما سبق ذكره فانه قانونا لا يمكن تطبيق المادة 23 من قانون المالية لسنة 1998 على أحكام الشفعة وانما النص الواجب التطبيق هو المادة 2/801 من القانون المدني والتي تقضي بالزامية دفع كل الثلث والمصاريف، وهذا حتى ولو كان هناك اتفاق بين الاطراف حول الثلث، لأن ذلك فيه مساس بجوهر الاجراءات القانونية التي قررها القانون وجعلها من النظام العام.

هذا ناهيك الى أن الشفيع لا تربطه أي علاقة مباشرة مع المشتري بحيث أنه لا يوجد اتفاق بينهما على تفاصيل العقد وكيفية تسديد الثلث أو التفاوض معه بشأن ذلك، انما وجد نفسه أمام واقعة قانونية تجيز له استعمال حق منحه له القانون، لذلك وجب ايداع الثلث والمصاريف بين يدي الموثق الذي يعتبر همزة وصل بين الأطراف، اذ يقوم بتسليم الثلث والمصاريف الى المشتري اذا ما أصدرت المحكمة حكم يقضي بحلول الشفيع محل هذا الأخير، أما اذا خسر الشفيع دعواه فانه يتسلم الثلث والمصاريف من الموثق أيضا.<sup>(2)</sup>

1- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 339.

2- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 330.

هذا ما كرسه القضاء وأقره من خلال قراره (1) في المبدأ التالي: " يستوفي شروط المادة 801 الفقرة الثانية من القانون المدني بخصوص التصريح بالرغبة في الشفعة، ايداع خمس ثمن البيع بمراى وبين يدي الموثق، وفقا لمقتضيات المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بالمادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بالمادة 23 من قانون المالية لسنة 1998". حيث أن قضاة المحكمة العليا سببوا قرارهم على أن الدفع الذي جاء به الطاعن كون أن المطعون ضده أودع خمس ثمن شراء العقارات موضوع الشفعة دون تحديد المبلغ المدفوع بدقة وأنه لا يمثل خمس احدى القطعتين ليتوصلوا الى أنه دفع غير مؤسس كون خمس الثمن قد دفع وفقا لمادة 23 من قانون المالية 1998 المؤرخ في 1997/12/31 الذي عدلت بالمادة 256 من قانون التسجيل.

حيث أن المحكمة العليا أصدرت أيضا قرار الذي يعتبر تطبيق للمادة 2/801 من القانون المدني (2) الذي جاء فيه مايلي: " يكون الشفيع الراغب في الشفعة بالحلول محل المشتري في العقار المبيع، ملزما بدفع الثمن المذكور في العقد الرسمي وليس في الاعتراف بالدين".

حيث أن قضاة المحكمة العليا سببوا قرارهم على أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على المادة 194 من قانون الاجراءات المدنية القديم وتوصلوا الى وجود غش شخصي يتجلى في كون تاريخ تحرير عقد الاعتراف بالدين جاء لا حقا لتاريخ البيع المبرم بين البائع والمشتري وتمسك الطاعن بأن الشفيع لم يدفع المبلغ المذكور في الاعتراف، ليفصلوا في النزاع بأن اجراءات ممارسة الشفعة سليمة باعتبار أن الشفيع الذي يرغب في الاحلال محل المشتري في العقار المشفوع فيه مقيد بالعقد الرسمي المبرم بين المتبايعين وهو ملزم بدفع الثمن المحدد بين أيدي الموثق، مما يجعل قرارهم مسببا وبذلك يكون قد طبقوا القانون.

1- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2005/11/23، الغرفة المدنية، ملف رقم 311138، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2005، ص 209 و 213.  
2- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/01/17، الغرفة العقارية، ملف رقم 383114، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2007، ص 389 و ما يليها.

مع العلم أن ايداع ثمن المبيع الذي يسري على الشخص الطبيعي يطبق اذا ما كان الشفيع ادارة هذا ما كرسه اجتهاد مجلس الدولة في قراره (1) الذي أقر مبدأ مفاده : " ان امكانية ممارسة حق الشفعة على ملك خاص التي أنشأها المشرع لصالح الادارة تخضع لضرورة اتباع هذه الأخيرة لنفس الاجراءات التي يسلكها الشخص الطبيعي وفقا للمواد 801 و 802 من القانون المدني وذلك من وجوب ايداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان عن الرغبة في الأخذ بها والا سقط هذا الحق، وبالتالي فان دعوى البلدية الرامية الى اثبات حقها في الشفعة على عقار والمرفوعة دون احترام الاشكال الجوهرية المشترطة قانونا تحت طائلة سقوط الحق تعد غير مؤسنة".

حيث أن قضاة مجلس الدولة توصلوا الى أن قضاة المحكمة طبقوا صحيح القانون باعتبار أن مسألة ايداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما عملا بالمادة 2/802 من القانون المدني تعتبر وجوبية.

حيث أنه بالرجوع الى المادة 2/802 من القانون المدني نجد أن المشرع يشترط ايداع كل الثمن والمصاريف أمام الموثق قبل رفع الدعوى حتى تكون اجراءات الشفعة صحيحة ولضمان عدم سقوطها.(2)

ويسري ميعاد الايداع من اليوم الموالي لتسليم اعلان الرغبة للبائع والمشتري أو للتسليم الأخير لأي منهما اذا لم يتعاصر الاعلان، لأن هذا الاحير لا يمكن القول أنه قد تم الا اذا وصل هذا الاعلان الى كل من البائع والمشتري معا، ولا يحسب اليوم الأول لهذا الاعلان وينقضي بمرور ثلاثين يوما تبدأ من اليوم الموالي له، وعليه يجب ايداع الثمن يوم الثلاثين على الأكثر، أما اذا صادف اليوم الأخير عطلة فانه يمتد الى أول يوم عمل.

1- أنظر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 2009/09/30، ملف رقم 049069، المجلة القضائية، العدد 10، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بمجلس الدولة، 2012، ص 141 و 142.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 257 و 258.

وبناء على ذلك فانه متى وصل الاعلان الى البائع في يوم معين ووصل أيضا للمشتري لكن بعد يومين فان ميعاد ثلاثين يوما يسري من اليوم الموالي لليوم الذي وصل فيه الاعلان للمشتري.<sup>(1)</sup>

حيث ما تجدر اليه الاشارة في هذه المرحلة أنه صدر قرار عن المحكمة العليا<sup>(2)</sup> يؤكد ويجسد نفس المبدأ بل تجاوزت ذلك حين أقرت مبدأ مفاده: " يعد خرقا للقانون، عدم تحديد تاريخ انطلاق المهلة القانونية المقررة لايداع الشفيع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق في حيثيات القرار المطعون فيه ".<sup>(3)</sup>

مع العلم أن المشرع الجزائري نص في المادة 2/801 من القانون المدني على الزامية ايداع الثمن لدى الموثق من طرف الشفيع الا أنه لم يحدد الثمن الواجب دفعه فعلا لا سيما اذا ما كنا بصدد دعوى صورية، فقد يتفق البائع والمشتري بوضع ثمن صوري فيه مبالغة حتى لا يتمكن الشفيع من ممارسة الشفعة، لذلك فان هذه المادة جاءت مطلقة، والأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع هو الحقيقي، والذي يدعي الصورية يقع عليه اثبات ذلك بكل طرق الاثبات وهذا حماية للغير حسن النية، ويجوز للشفيع باعتباره من الغير أن يودع الثمن وفقا لما هو في عقد البيع الظاهر مادام لم يكن يعلم بالثمن الحقيقي.<sup>(3)</sup>

حيث أن هذه مسألة صورية الثمن مهمة يكثر وقوعها في الحياة العملية باعتبار أن الثمن المصرح به في عقد البيع مبالغ فيه ولا يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار ومع ذلك قام الشفيع بايداعه، فنكون هنا بصدد صورية ثمن العقار موضوع الشفعة وأمكن للشفيع اثبات ذلك بكل الطرق القانونية للاثبات أن الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي ومبالغ فيه، فاذا أثبت مقدار الثمن الحقيقي الذي بيع به العقار فله الحق في استرداد الفارق اذا ما قام بايداع الزيادة عن الثمن الحقيقي.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 655 و656.

<sup>2</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/09/12، الغرفة العقارية، ملف رقم 406629، المجلة القضائية، عدد خاص، ج 3، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2010، ص 330.

<sup>3</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، والحقوق العينية المتفرعة عنه، د.ط، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، 2004، ص 238 و 239.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 259.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها (1) الذي يتضمن مبدأ مفاده أنه: " لا يحتج على الشفيع باعتباره من الغير الا بالثمن الوارد في عقد البيع محل الشفعة حتى ولو كان ثمنا سوريا، ما لم يثبت خلاف ذلك بالطرق القانونية " .

وعليه يجب على الشفيع باعتباره طالب الشفعة أن يودع الثمن الحقيقي وهذا توكيا لسقوط هذا الحق وهو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع وليس الثمن المناسب المساوي لقيمة العقار المشفوع فيه سواء قل أو كثر عن الثمن المتفق عليه، وإذا اعتمد الحكم على الثمن المناسب لقيمة العقار المقدر من طرف الخبير كونه الثمن الحقيقي وتم القضاء بسقوط الحق في الشفعة لعدم ايداع الثمن الحقيقي الذي قدره فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.(2)

### ثانيا: ايداع المصاريف لدى الموثق:

حيث بالرجوع الى المادة 2/802 من القانون المدني نجد أن المشرع قد ألزم الشفيع أيضا بايداع المصاريف لدى الموثق في نفس الميعاد القانوني لايداع ثمن العقار المبيع المشفوع فيه المحدد بثلاثين يوما من تاريخ اعلان التصريح بالرغبة في الشفعة، على أن يتم ذلك قبل رفع دعوى الشفعة كما تشترطه نفس المادة.

الا أنه ما تجدر الاشارة الى أن المشرع الجزائري لم يحدد في نص المادة 2/801 من القانون المدني اذا ما كانت المصاريف رسمية أو غير رسمية، كون هذه العبارة جاءت عامة اذ تشملها كلها.(3)

حيث أن المصاريف الرسمية تشمل رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله لدى مصلحة التسجيل واشهاره لدى المحافظة العقارية ورسوم استخراج الشهادات العقارية، أما المصاريف غير رسمية كالمسرة وأتعاب المحامي ونفقات معاينة العقار المشفوع فيه.(4)

1- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2010/09/16، الغرفة العقارية، ملف رقم 617998، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2010، ص 236.

2- عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 519.

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 336 و 337.

4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 260.

كما يجب على الشفيع أيضا أن يقوم بايداع المصاريف التي أنفقها المشتري قبل اعلان الرغبة في الشفعة عملا بالمادة 2/805 من القانون المدني<sup>(1)</sup> والمتمثلة في البناء والغراس الحاصل في العقار المشفوع فيه، ويترتب على ذلك أن الشفيع لو قام بدفع المصاريف الرسمية دون غير الرسمية قبل رفع دعوى الشفعة ولم يتدارك حتى مر الأجل المحدد في المادة 2/ 801 من القانون المدني فان حقه في الشفعة يسقط.<sup>(2)</sup>

مع العلم أن للبائع أو المشتري التمسك بالسقوط في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها سقوط هذا الحق وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بها، لأن مخالفة الاجراءات القانونية مسألة تتعلق بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.<sup>(3)</sup>

حيث في هذا الصدد نشير الى أن المحكمة العليا قد قضت في قرار لها<sup>(4)</sup> بسقوط الشفعة اذا لم يحترم الشفيع الاجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما فيما يتعلق بمواعيد دفع الثمن والمصاريف، وهذا تدعيما لما نص عليه القانون خاصة المادة 2/801 من القانون المدني، اذ أقرت المحكمة العليا في قرارها أنه من قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بايداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة و الا سقط الحق فيها.

ولما ثبت في قضية الحال أن الاجراء الخاص بايداع ثمن البيع والمصاريف لم يتم في الأجل المذكور أعلاه، فان تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله، وينجر عنه نقض القرار القاضي باثبات حقه فيها .

<sup>1</sup> نصت المادة 2/805 على: " اذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الاعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له اما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس "

<sup>2</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 337.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 663.

<sup>4</sup> أنظر القرار الصادر بتاريخ 1995/01/10، ملف رقم 130337، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 327.

حيث أن المحكمة العليا أكدت هذا الموقف أيضا من خلال قرارها<sup>(1)</sup> في المبدأ الذي سبق ذكره أعلاه اذ ذهبت الى أن قضاة الموضوع عند عدم تحديدهم في حيثيات قرارهما تاريخ انطلاق المدة القانونية الممنوحة للشفيع لايداع الثمن والمصاريف لدى الموثق يكونوا قد خرخوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض.

مع الاشارة الى أن القضاء قد أقر للادارة نفس الأحكام المطبقة على الشخص الطبيعي من خلال قراره<sup>(2)</sup> الذي ذهب فيه مجلس الدولة وجوب ايداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق من طرف الادارة في اطار ممارسة الشفعة خلال أجل ثلاثين يوما عملا بالمادة 2/801 من القانون المدني.

مع العلم أن حق الشفيع في الاخذ بالشفعة عندما يسقط انما يكون ذلك بصفة نهائية بحيث لا يمكنه اتخاذ الاجراءات من جديد ذلك أن الجزاء يتعلق بالنظام العام، اذ يعتبر شرط لقبول دعوى الشفعة، وعليه للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز للمحكمة العليا اثارته من تلقاء نفسها.<sup>(3)</sup>

الا أن موقف القضاء جاء مخالف لذلك وهذا من خلال ما جاء في قراره<sup>(4)</sup> أين استند قضاة القانون على أنه لم يتم اثاره ومناقشة مسألة دفع المصاريف أمام قضاة الموضوع، الأمر الذي يؤكد أنها لم تعتبر هذا الدفع متعلق بالنظام العام وتوصلت الى أنهم طبقوا القانون حين قضاوا بصحة الاجراءات باعتبار أن المصاريف قد تم دفعها أمام الموثق.

<sup>1</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/09/12، الغرفة العقارية، ملف رقم 406629، المجلة القضائية، عدد خاص، ج 3، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2010، ص 330.

<sup>2</sup>- أنظر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 2009/09/30، ملف رقم 049069، المجلة القضائية، العدد 10، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بمجلس الدولة، 2012، ص 141 و 142.

<sup>3</sup>- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 502.

<sup>4</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، المؤرخ في 2007/01/17، ملف رقم 383114، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2007، ص 393.

### المطلب الثاني: دعوى الشفعة

ان رفع دعوى الشفعة تعتبر آخر الاجراءات و المواعيد القانونية المرتبطة ببعضها ارتباطا وثيقا، والتي يشترط القانون اتباعها من طرف الشفيع والا سقط حقه في الشفعة، ولاستكمال هذه الاجراءات فانه وجب الوقوف على كيفية وميعاد رفع الدعوى وتحديد الأشخاص التي ترفع عليهم وكذا الجهة القضائية المختصة وهذا الى غاية الوصول الى صدور الحكم القضائي المثبت لهذا الحق.<sup>(1)</sup>

#### الفرع الأول: شروط رفع دعوى الشفعة

##### أولاً: أطراف دعوى الشفعة:

ان الشفيع هو المدعي في دعوى الشفعة وباعتبار أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال التصرف لا الادارة لذلك يشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف ببلوغه 19 سنة وغير محجور عليه وله أن يوكل غيره برفعها بموجب وكالة خاصة عملا بالمادة 574 من القانون المدني، أما اذا كان قاصر أو محجور عليه فلا بد أن ترفع من طرف وليه أو وصيه أو القيم عليه باذن من المحكمة.<sup>(2)</sup>

حيث طبقا للمادة 802 من القانون المدني<sup>(3)</sup> ترفع هذه الدعوى على كل من البائع والمشتري، بحيث لا تكون مقبولة اذا رفعت على أحدهما دون الآخر.<sup>(4)</sup> أما في حالة تعدد الباعين أو المشتري فانه لقبول الدعوى يجب مخاصمتهم جميعا في دعوى الشفعة ويتقرر ذلك أيضا في حالة الطعن بالاستئناف أو النقض.<sup>(5)</sup>

وعليه فان أطراف دعوى الشفعة هم ثلاث الشفيع، البائع والمشتري، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة تعدد كل طرف من هؤلاء سواء الشفيع أو البائع أو المشتري. ولقد استقر القضاء على أن الدعوى لا تكون مقبولة الا اذا كانت الخصومة القضائية قائمة على هذه الأطراف الثلاث سواء كان ذلك أمام المحكمة أو المجلس أو المحكمة العليا سواء كانت الدعوى أو الطعن مرفوع من الشفيع أو البائع أو المشتري، وعدم مخاصمة

<sup>1</sup>- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 502.

<sup>2</sup>- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 67.

<sup>3</sup>- نصت المادة 802 على: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 و الا سقط الحق ".

<sup>4</sup>- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 264.

<sup>5</sup>- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 240.

أحدهما فان المحكمة تقضي بعدم القبول من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى.<sup>(1)</sup>

هذا ما أقرته المحكمة العليا من خلال قرارها <sup>(2)</sup> الذي جاء فيه أنه من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الشفعة، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الاجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا، وأنه لما لم يقر الطاعنين برفع الدعوى ضدهما واكتفوا برفعها على البائع فقط فان قضاة الموضوع طبقوا القانون حين قضوا برفض طلبهم في الشفعة.

حيث أن رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري لا يعد اجراء وجوبي متى سلم كل من البائع المشتري بشفعة الشفيع بحيث يتعين عليهم تحرير سند التراضي أمام الموثق وشهره بالمحافظة العقارية.<sup>(3)</sup>

#### ثانيا: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة:

لقد كرس قانون الاجراءات المدنية والادارية باعتباره قانون اجرائي كأصل عام مبدأ قواعد الاختصاص الاقليمي وأسند ذلك للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه عملا بالمادة 37 منه وفي حالة تعددهم فان الاختصاص يؤول الى المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم طبقا للمادة 38 من نفس القانون<sup>(4)</sup>، مع العلم أن المشرع الجزائري جعل من قواعد هذا الاختصاص لا تتعلق بالنظام العام استنادا الى المادة 46 من نفس القانون، ومع ذلك وضع معايير أخرى في تحديد الاختصاص الاقليمي منها معايير تتعلق بمادة النزاع والتي لا يجوز مخالفتها.<sup>(5)</sup>

1- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 339 وما يليها.

2- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34331، أشار اليه أحمد لعور ونيل صقر، المرجع السابق، ص 328.

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 340.

4- نيب عبد السلام، قانون الاجراءات المدنية والادارية ترجمة للمحاكمة عادلة، د.ط، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر، ص 37 و 38.

5- فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، د.ط، منشورات أمين، الجزائر، بدون سنة النشر، ص 125.

بمعنى أنه هناك اختصاص مانع في حالات استثنائية لبعض الجهات القضائية أوردها على سبيل الحصر في المادة 40 من نفس القانون لا سيما الفقرة الأولى منها التي تقضي بأنه في المواد العقارية يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار، كما أكد ذلك أيضا في المادة 518 من نفس القانون.<sup>(1)</sup>

لكن بالرجوع الى القانون المدني باعتباره قانون موضوعي لا سيما المادة 802 منه فان دعوى الشفعة ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار، والشفعة هي دعوى عينية يطالب فيها الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه لذلك تعتبر سبب من أسباب كسب الملكية، لذلك فان الاختصاص يؤول الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار.<sup>(2)</sup>

مع الاشارة الى أنه عملا بالمادتين 47 و 50 من نفس القانون يجب على الأطراف اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع أي كدفع أولي وقبل التطرق للموضوع.<sup>(3)</sup>

حيث أن موقف القضاء جاء من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا<sup>(4)</sup> الذي أقر مبدأ ما هو الا تطبيق لما هو منصوص عليه قانونا مفاده أنه من المقرر قانونا أن دعوى الشفعة ترفع على البائع والمشتري معا أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار.

أما فيما يتعلق بالاختصاص النوعي فقد نص عليه المشرع في المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تقضي بأن المحكمة هي الجهة القضائية صاحبه الاختصاص العام للنظر في جميع القضايا لا سيما القسم العقاري، الا أن المشرع لم يكتف بذلك بل استحدث أحكام خاصة بهذا القسم تماشيا مع تخصص القضاة، اذ نص القانون

<sup>1</sup>- خليل بوضنبورة، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، د.ط، ج 1، منشورات نوميديا، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر، ص 104.

<sup>2</sup>- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 265.

<sup>3</sup>- سائح سنقوفة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية نصا شرحا تعليقا تطبيقا، د.ط، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 115

<sup>4</sup>- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34331، أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 328.

على صلاحيات القسم العقاري في المادة 511 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، كما خولت المادة 6/512 صلاحية النظر في دعوى الشفعة الى القسم العقاري.<sup>(1)</sup>

### ثالثا: رفع دعوى الشفعة وقيدتها في ميعادها القانوني:

ترفع دعوى الشفعة وفقا للاجراءات المنصوص عليها في المادة 13 قانون وما يليها من قانون الاجراءات المدنية والادارية، اذ بالرجوع للمادة 14 من نفس القانون فانها ترفع بموجب عريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع امانة ضبط المحكمة من قبل المدعي- الشفيع- أو وكيله أو محاميه مرفقة بنسخ حسب عدد الأطراف على أنه يجب أن تتضمن بيانات حددتها المادة 15 من نفس القانون.<sup>(2)</sup>

ولقد سهل المشرع الجزائري الاجراءات المتبعة أمام كتابة ضبط المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار وهذا بتكليف كاتب الضبط بتقييد الدعوى في سجل خاص بالدعاوى تبعا لترتيب ورودها وبيان أسماء الأطراف واعطائها رقما وتحديد تاريخ أول جلسة ليسلم النسخ للمدعي بقصد تبليغها للأطراف.

مع العلم أنه يجب احترام مهلة عشرون يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة عملا بالمادة 16 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، على أن يتم تبليغ هذه العريضة الى الأطراف عن طريق المحضر القضائي الذي يحرر محضر بذلك الذي يجب أن يتضمن بيانات طبقا لما هو منصوص عليه في المادتين 18 و 19 من نفس القانون.<sup>(3)</sup>

أما فيما يتعلق بالميعاد القانوني التي ترفع فيه الدعوى فانه طبقا لنص المادة 802 من القانون المدني يجب رفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ قيام الشفيع الاعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة الى كل من البائع والمشتري والا سقط حقه في ذلك.<sup>(4)</sup>

1- ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 294.

2- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية قانون 09/08، الخصومة التنفيذية، التحكيم، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 81.

3- بوبشير محند أمقران، قانون الاجراءات المدنية، نظرية الدعوى، الخصومة، الاجراءات الاستثنائية، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 214.

4- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 70 و 71.

حيث أن القضاء أصدر عدة قرارات التي جاءت مطبقة ومكرسة لنصوص قانونية لا سيما المادة 802 المذكورة أعلاه والتي نوردتها فيما يلي:

حيث ثبت من خلال قرار المحكمة العليا<sup>(1)</sup> الذي يقضي بأن دعوى الشفعة ترفع في أجل ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الشفعة وأن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الاجراءات وأنها تعتبر من النظام العام وتطبق تلقائيا، اذ ثبت أن الطاعنين لم يعلنوا رغبتهم في الأجل رغم علمهم بالبيع وتوصل قضاة القانون الى أن قضاة المجلس لما رفضوا طلبهم في الشفعة طبقوا القانون.

حيث استقرت قرارات المحكمة العليا على هذا مبدأ وعززته باضافة معيار للتفرقة بين التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يكون بموجب عقد رسمي وبين الاعلان به الذي يقع عن طريق كتابة الضبط وهذا في قرار صادر عنها<sup>(2)</sup> جاء فيه ما يلي: " من الثابت قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي والاعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط ....

كما أنه يجب أن ترفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني ....

ولما تبين من القرار المطعون فيه أنه تم رفض دعوى الطاعنة الرامية الى ممارسة حقها في الشفعة على أساس ورودها خارج مهلة ثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، فانهم خالفوا القانون لما أسسوا قرارهم على تاريخ التصريح بالرغبة في حين أن المادة 802 من القانون المدني تفرض وجوب رفع الدعوى ابتداء من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "

حيث أن قضاة المحكمة العليا سببوا وأسسوا قرارهم على كون قضاة الموضوع رفضوا دعوى المدعية كونها جاءت خارج مهلة ثلاثين يوما عملا بالمادة 802 من القانون المدني كون التصريح بالرغبة تم في 1993/02/25 ورفعها للدعوى كان بتاريخ

<sup>1</sup>- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34331، أشار اليه أحمد لعور ونيل صقر، المرجع السابق، ص 328.

<sup>2</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/06/16، الغرفة العقارية، ملف رقم 1864332، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 1999، ص 111.

1993/07/12 لذلك فان قضاة الموضوع عندما أخذوا بتاريخ التصريح بالرغبة دون الأخذ بعين الاعتبار تاريخ الاعلان فانهم يكونوا قد خالفوا القانون لا سيما المادة 802 من القانون المدني.

كما عزز القضاء موقفه أيضا في قرار صادر عنه <sup>(1)</sup> وذلك من خلال المبدأ التالي: " تسقط دعوى الشفعة في آجال 30 يوما من تاريخ الاعلان،ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلمته عن طريق المحضر القضائي في 16 ديسمبر 1995 ثم رفعت دعوى الشفعة في 1995/12/25،وعليه فان حقها في الشفعة لم يسقط ولما أقر قضاة الموضوع عكس ذلك أخطأوا في تطبيق القانون".

حيث أن قضاة المحكمة سببوا قرارهم على أن ممارسة الشفعة من طرف أحد الورثة يخضع لشروط واجراءات منصوص عليها قانونا في المواد من 794 الى 807 من القانون المدني لا سيما المادة 802 منه التي توضح الكيفيات الواجب اتباعها بصفة الزامية ووجوبية من طرف الشفيع برفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان بالرغبة المنصوص عليه في المادة 801 والا سقط حقه في ذلك وتوصلوا الى أن حق الطاعنة في الشفعة لم يسقط.

حيث أكثر من ذلك فقد كرسست المحكمة العليا وذهبت الى أبعد من ذلك اذ أكدت مسألة الميعاد الذي يجب على الشفيع احترامه لرفع دعوى الشفعة المحدد ب ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان بالرغبة وأن ذلك يتعلق بالنظام العام هذا ما أكدته المادة 802 التي جاءت بصيغة الوجوب وهذا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2007/09/12.<sup>(2)</sup>

حيث أن قضاة القانون أسسوا قرارهم على المادة 802 من القانون المدني التي تنص على أجل رفع دعوى الشفعة هو ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان بالرغبة طبقا للمادة 801 من نفس القانون بالاضافة الى توصلهم الى أن النزاع يتعلق بسقوط هذا الحق نهائيا لفوات هذا الأجل باعتباره من النظام العام وأنه لا يمكن رفع دعوى جديدة ليخلصوا لنتيجة

<sup>1</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/10/27، الغرفة العقارية، ملف رقم 190693، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2001، ص 249 و 251.

<sup>2</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/09/12، الغرفة العقارية، ملف رقم 406629، المجلة القضائية، عدد خاص، ج 3، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2010، ص 331 و 332.

الى أن المطعون ضده رفع أول دعوى انتهت بصدور حكم في 2003/04/12 يقضي برفضها شكلا كونها جاءت خارج الأجل القانوني وأنه قام برفع نفس الدعوى للمرة الثانية.

حيث اضافة الى ذلك اتضح أن المطعون ضده - المدعي الأصلي- قد أعلن رغبته أمام الموثق في 2002/10/07 طبقا للمادة 801 من القانون المدني ثم رفع أول دعوى في 2002/11/24 انتهت بالرفض شكلا لعدم استيفائها الأجل المنصوص عليه في المادة 802 من نفس القانون ليرفع دعوى ثانية في 2003/04/07 .

حيث أن المحكمة العليا توصلت الى أن قضاة الموضوع اعتمدوا على المواد 799 الى 801 دون أن يراعوا المادة 802 باعتبار أنه جاء في حيثيات قرارهم أن الدعوى جاءت مستوفية الشروط الشكلية والموضوعية في حين أنهم ذكروا أيضا أن الدعوى رفعت في أجل ثلاثين يوما، الا أنهم لم يذكروا تاريخ انطلاق هذا الأجل الذي هو تاريخ الاعلان بالرغبة الذي يبدأ من تاريخ تحرير العقد التوثيقي الذي لم يأت القضاة على ذكره، ليكونوا بذلك قد خالفوا المادة 802 وهذا يشكل قصور في التسبب مما يعرض قرارهم للنقض.

حيث بالموازاة مع ذلك فإن مجلس الدولة ذهب الى نفس الاتجاه الذي ذهبت اليه المحكمة العليا في قراره صادر عنه (1) الذي كرس نفس الاجراءات التي تطبق على الشخص الطبيعي تطبق على الادارة عند ممارستها للشفعة وهذا من خلال المبدأ التالي: " ان امكانية ممارسة حق الشفعة على ملك خاص التي أنشأها المشرع لصالح الادارة تخضع لضرورة اتباع هذه الأخيرة نفس الاجراءات التي يسلكها الشخص الطبيعي وفقا للمواد 801 و 802 من القانون المدني وذلك من وجوب ايداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ومن وجوب رفع دعوى الشفعة في أجل 30 يوما من تاريخ الاعلان عن الرغبة في الأخذ بها والاسقط هذا الحق، بالتالي فان دعوى البلدية الرامية الى اثبات حقها في الشفعة على العقار والموقعة

<sup>1</sup>- أنظر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 2009/09/30، ملف رقم 049069، المجلة القضائية، العدد 10، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بمجلس الدولة، 2012، ص 141 و 142.

دون احترام الأشكال الجوهرية المشترطة قانونا تحت طائلة سقوط الحق تعد غير مؤسسة".

حيث أن مجلس الدولة سبب قراره على أنه بالرجوع الى العقد المشفوع فيه وطبقا للقوانين السارية المفعول لا سيما المادة 71 من قانون التوجيه العقاري الى أن الدولة تمارس الشفعة بنفس الاجراءات التي يقوم بها الشخص الطبيعي وعليه فانه أحالها الى أحكام القانون المدني الذي يقتضي وجوب رفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان بالرغبة والا سقط هذا الحق على المادتين 801 و 802 من نفس القانون ، وعليه فانه ألزم الدولة عند ممارستها للشفعة أن تتخذ جميع الاجراءات المنصوص عليها قانونا . حيث ما تجدر الاشارة اليه أنه اذا ما تأخر الشفيع في رفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني فان ذلك يؤدي الى سقوطها و للبائع والمشتري التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها<sup>(1)</sup> عملا بالمادة 67 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

#### رابعاً: عن شهر العريضة الافتتاحية:

مادام أن دعوى الشفعة تتعلق بدعوى عينية ليس الغرض منها ابطال عقد البيع وانما حلول الشفيع محل المشتري في العقار المشفوع فيه ومادام أن الأمر يتعلق بحق عيني تم شهره فانه يتعين شهر العريضة الافتتاحية عملا بالمادة 17 الفقرة 3 و 519 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

الا أن القضاء أخذ موقفا مناقضا فيما يتعلق بشهر الدعاوى المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل بالمرسوم التنفيذي 123/93 اذ ساد لبعض الوقت في القضاء الجزائري اتجاهان متعاكسان الأول يدعو بالزامية الشهر استنادا على صراحة المادة 85 التي جاءت بموجب مرسوم والثاني يدعو بعدم ضرورة ذلك كون هذه المادة كانت تتعارض مع قانون الاجراءات المدنية الذي جاء

<sup>1</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 240.

بموجب قانون وباعتبار أن التشريع أسمى وأعلى هو الذي يطبق اذا ما خالفه تشريع الفرعي.<sup>(1)</sup>

حيث أن الحل لهذا التضارب في القرارات القضائية فصل فيه صدور قانون الاجراءات المدنية الادارية الذي جاء بقاعدة من النظام العام بنص المادة 3/17 منه التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها متعلقة بالزامية الشهر، اضافة الى المادة 519 التي تعتبر نقل حرفي لنص المادة 85 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه.

لذلك كان من بديهي أن القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي جاءت في ظل قانون الاجراءات المدنية الذي لم يأت بنص خاص بذلك باعتباره قانون اجرائي أن تكون متوافقة مع هذا الأخير، الامر الذي يؤكد أنها لم تأت مخالفة للقانون بل جاءت تطبيقاً سليماً للقانون، الا أنه مع صدور القانون الجديد فلا بد من احترام هذا الاجراء عند ممارسة الشفعة طبقاً لما نص عليه قانون الاجراءات المدنية والادارية وهذا تطبيقاً لقاعدة توازي الأشكال.

حيث ما يؤكد ما ذهبت اليه المحكمة العليا فيما يتعلق بعدم شهر العريضة هو القرار الصادر عنها<sup>(2)</sup> من خلال المبدأ التالي: "الثابت من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعة شكلاً بسبب عدم قيامها باشهار عريضتها لرفع الدعوى في النزاع المتعلق باثبات حقها في الشفعة، قد أخطأ في تطبيق القانون لأن المادة 85 من المرسوم المذكور أعلاه تخص الدعاوى القضائية الرامية الى النطق بفسخ أو ابطال أو الغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها والحال أن دعوى الطاعة تتعلق بالأخذ بالشفعة وشروط ممارستها، ومن الثابت كذلك أن المشرع في مجال المحافظة العقارية والسجل العقاري اختار النظام العيني لا الشخصي وبالتالي فإن حلول الشفيع محل المشتري في حالة تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر، ومن هنا فإن القرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون وعرض قضاءه للنقض".

<sup>1</sup> - محمد كنازة، شهر الدعوى القضائية، مقال منشور بمجلة تصدر عن قسم الوثائق بمجلس الدولة، العدد 05، 2005، ص 57.

<sup>2</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 26/04/2000، الغرفة العقارية، ملف رقم 194437، المجلة القضائية، العدد 02، الصادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2000، ص 146 و 149.

حيث أن قضاة المحكمة العليا سببوا قرارهم على أن النزاع يتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة التي خصها المشرع بأحكام خاصة وحدد شروط ممارستها نص عليها في المادة 794 الى 807 من القانون المدني ولا تدخل هذه الأخيرة من ضمن الدعاوى التي نص عليها المشرع في المادة 85 من المرسوم 63/76 المحددة على سبيل الحصر.

حيث ومن جهة أخرى ذهبوا الى أن المشرع في المحافظة العقارية أخذ بنظام الشهر العيني وليس الشخصي وأن حلول الشفيع محل المشتري عند تثبيت حق الشفعة لا يؤثر على محتوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات المتعلقة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه كما هو بالنسبة للدعاوى المنصوص عليها في المادة 85 المذكورة أعلاه ليتوصلوا الى أن قضاة المجلس أخطأوا في تطبيق القانون عند قضائهم برفض الدعوى شكلا على أساس عدم شهر العريضة الافتتاحية.

### الفرع الثاني: حكم دعوى الشفعة

عندما تتأكد الجهة القضائية المختصة من أن دعوى الشفعة مقبولة شكلا ومضمونا فانها تنتهي بصدور حكم قضائي نهائي يقضي بثبوت الشفعة لصالح الشفيع الذي يعتبر سند ملكيته لكن بعد شهره بالمحافظة العقارية، هذا ما أكده المشرع في المادة 803 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

حيث يتضح من نص المادة 803 المذكور أعلاه<sup>(2)</sup> أن الحكم القاضي بحق الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه يعتبر سبب قانوني منشئ لكن آثاره تبدأ من يوم صدور الحكم وشهره بالمحافظة العقارية، وعليه فهو ذا أثر فوري من وقت شهر هذا الحكم دون أن يكون له أثر رجعي.<sup>(3)</sup>

حيث أن الحكم المثبت للشفعة يعتبر سندا للملكية<sup>(4)</sup> وهذا بعد شهره طبقا للمادة 803 من القانون المدني وكذا المادة 793 من نفس القانون.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 274.

2- نصت المادة 803 على: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالاشهار العقاري ".

3- عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 100.

4- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 76.

حيث موقف القضاء جاء مؤكداً ومطابقاً للقانون وهذا ثابت من خلال قرار المحكمة العليا<sup>(1)</sup> الذي جاء موافق لما هو منصوص عليه قانوناً وجاء تطبيقاً للمادتين 803 و 793 من القانون المدني اذ توصلت الى ان قضاة المجلس طبقوا القانون على أساس أن المادة 803 المذكورة أعلاه نص على أن الحكم بثبوت الشفعة يصدر نهائياً ويعتبر سنداً للملكية بمراعاة القواعد المتعلقة بالاشهار العقاري وكذا بتطبيقه للمادة 793 من نفس القانون. كما أكدت المحكمة العليا أنه يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري، وعليه يكون قضاة الموضوع على الصواب حين قضاوا بذلك ويعتبر قرارهم مؤسس قانوناً. حيث ما تجدر الاشارة اليه أن المشرع اشترط شهر الحكم القاضي بثبوت الشفعة لانتقال الملكية فان ذلك يؤكد أن قبل القيام باجراء الشهر فان ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل الى الشفيع، وأنها تنتقل من تاريخ الشهر سواء بالنسبة للشفيع أو في مواجهة الغير.<sup>(2)</sup> حيث ما يمكن استخلاصه مما سبق التطرق اليه نجد أن المشرع الجزائري ألزم الشفيع الذي يريد الاخذ بالشفعة اتباع اجراءات قانونية نص على أغلبها في القانون المدني باعتباره قانون موضوعي الذي يقتض أن لا يتضمن نصوص اجرائية، ومع ذلك فانه ترك بعض من هذه الاجراءات للقواعد العامة في القانون الاجرائي وهو قانون الاجراءات المدنية والادارية.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2011/10/13، الغرفة العقارية، ملف رقم 683702، المجلة القضائية، العدد

01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2012، ص 194.

<sup>2</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 699.

<sup>3</sup>- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 343.

### المبحث الثاني: آثار الشفعة وسقوط الحق فيها

لما ثبت للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة قضاء أو رضاء فانه يترتب على ذلك حلول الشفيع محل المشتري وينشأ عن هذا الحلول عدة آثار سواء على مستوى العلاقة بين المشتري والشفيع أو بين البائع والشفيع أو بين الشفيع والغير الذي تصرف له المشتري في العقار أو الذي رتب عليه حقا عينيا عليه.<sup>(1)</sup>

الا أنه هناك حالات تؤدي الى تسقوط الحق في الشفعة اذا توفرت لا يمكن للشفيع الأخذ بالشفعة نهائيا يمكن اجمالها في نقطتين أساسيتين هما حالة تنازل الشفيع عن الأخذ بها وحالة عدم الالتزام بمواعيد واجراءات الشفعة.

### المطلب الأول: آثار الشفعة

ان الأخذ بالشفعة يترتب عنه حلول الشفيع بالنسبة للبائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته عملا بالمادة 804 من القانون المدني،ولهذا الحلول آثار سواء في العلاقة بين المشتري والشفيع أو العلاقة بين الشفيع و البائع أو في العلاقة بين الشفيع والغير.

### الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبائع والمشتري

#### أولا: العلاقة بين الشفيع والبائع:

طبقا للمادة 804 من القانون المدني<sup>(2)</sup> يحل الشفيع محل المشتري فيما له من حقوق والتزامات وأن كل ذلك سيكون في العلاقة التعاقدية القائمة بين البائع والمشتري التي يبقى فيها البائع طرف ثابت وبمقتضى الحلول يكون الشفيع طرف ثاني في هذه الرابطة مع البائع بدلا من المشتري.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 282.

<sup>2</sup> - نصت المادة 804 على : " يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته الا أنه لا يمكن له لانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن الا برضاء البائع ولا يرجع الشفيع على البائع اذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة ".

<sup>3</sup> - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 526.

هذا ما استقر عليه القضاء الذي جاء مطبقا لهذا النص وهذا من خلال قراره (1) الذي جسد المبدأ التالي: " يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري وليس بطلان عقد البيع " .

حيث أن قضاة القانون خلصوا الى أن القرار المطعون فيه لم يرد فيه اسم بائع العقار الى المطعون ضدهما وعليه لم يشر الى المالك الأصلي رغم أن مورثة الطاعنين هي التي حلت محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات، بذلك تكون المحكمة العليا أقرت بقاعدة حلول الشفيع محل المشتري وما يترتب هذا الحل من التزامات وحقوق.

حيث ومن جهة أخرى فقد أكدت ذلك من خلال قرارها (2) إذ أسسته على المادة 804 من القانون المدني التي تقضي بحلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. ويترتب على ذلك أن يلتزم البائع نحو الشفيع بالوفاء بكل التزامات البائع الناشئة عن العقد المتمثلة في نقل ملكية المبيع وتسليمه وضمان التعرض والاستحقاق وكذا العيوب الخفية وبالموازاة مع ذلك فإن الشفيع هو الآخر يلتزم نحوه بجميع التزامات المشتري التي تتمثل في دفع الثمن وتسلم المبيع، هذا ما سيتم التطرق اليه فيما يلي: (3)

## 1- التزامات البائع:

### 1-1- التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى الشفيع:

بمعنى أن يقوم البائع بما هو ضروري لنقل الحق المشفوع فيه الى الشفيع طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني المتعلقة بالتزامات البائع المادة 361 منه. (4)

<sup>1</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2011/10/13، الغرفة العقارية، ملف رقم 683702، المجلة القضائية، العدد 01، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2012، ص 193 و194.

<sup>2</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2010/09/16، الغرفة العقارية، ملف رقم 617998، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق، 2010، ص 237 و238.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 100.

<sup>4</sup> - نصت المادة 361 على: " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع الى المشتري وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا " .

مع العلم أن هذه الملكية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو الغير الا اذا روعيت اجراءات الشهر العقاري (1) الذي قررته نصوص قانونية لاسيما المواد 165 و 793 و 803 من القانون المدني. (2)

وعليه فاذا تمت الشفعة بالتراضي فانه يجب شهر سند التراضي حتى تنتقل الملكية الى الشفيع من تاريخ الشهر، أما اذا تمت عن طريق القضاء وجب شهر الحكم القاضي بثبوت الشفعة في المحافظة العقارية حتى تنتقل الملكية من تاريخ الشهر. (3)

### 2-1- التزام البائع بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع:

بالرجوع الى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني فيما يتعلق بالتزامات البائع التي نجد من بينها التزامه بتسليم العقار المبيع الى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبالمقدار الذي عين في العقد والملحقات التي تتبعه وكل ما أعد له بصفة دائمة لاستعماله (4)

وهذا استنادا الى المادتين 364 و 365 من القانون المدني. (5)

حيث يتم التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع (6) حتى يتمكن من حيازته والانتفاع به دون مانع أو عائق حتى ولو لم يتسلمه ماديا مادام أن البائع أعلمه بذلك، مع العلم أن التسليم يتم قانونا حسب طبيعة الشيء المبيع طبقا للمادة 367 من نفس القانون. (7)

1- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 358.

2- تنص المادة 165 على: " الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري ".

3- أحمد دغيش، المرجع نفسه، ص 358.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 743.

5- نصت المادة 364 على: " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع ".  
- نصت المادة 365 على: " اذا عُين في عقد البيع مقدار المبيع، كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف ".

6- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 91.

7- نصت المادة 367 على: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً، مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ".

مع الاشارة الى أن البائع يتحمل أيضا طبقا للقواعد العامة قبل التسليم بوصفه مدينا للمبيع تبعة الهلاك عملا بالمادتين 369 و 370 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

ومن خلال هذه المادتين نجد أن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو البائع وهذا قبل التسليم حتى ولو كان الهلاك بسبب لا يد للبائع فيه وحتى لو كان الشفيع قد قام بشهر حكم الشفعة التي بها انتقلت اليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع.

أما بعد التسليم تقع على الشفيع حتى ولو لم يشهر حكم الشفعة، ويطبق نفس الحكم اذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا في قيمة العقار بسبب التلف الذي أصابه.<sup>(2)</sup>

### 1-3- التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية:

هذا هو منطق الحلول باعتبار أن الشفيع هو الطرف الآخر في علاقة البيع القائمة التي حل فيها محل المشتري بمقتضى الأخذ بالشفعة، فالشفيع لا يعتبر خلفا خاصا للمشتري وانما هو خلف للبائع الذي يتلقى منه العقار مباشرة، لذلك يمكن للشفيع مطالبة البائع بكل الالتزامات الناشئة عن العقد وأهمها الالتزام بالضمان عملا بالمادة 804 من القانون المدني.

ويشمل الالتزام بالضمان عدم تعرض البائع الفعلي أو القانوني ويشمل ضمان تعرض غير القانوني طبقا للقواعد العامة في عقد البيع لا سيما المادة 371 من القانون المدني<sup>(3)</sup> بشرط أن يكون للغير حقا قائما على البيع وقت البيع أو أن يكون حقه ثبت بعد البيع اذا كان هذا الحق آل اليه من البائع نفسه.<sup>(4)</sup>

ويتحقق ضمان التعرض للشفيع الصادر من البائع عند قيامه بأي عمل من شأنه أن يعيق الشفيع من الانتفاع بملكته للعقار المشفوع فيه كليا أو جزئيا، وهذا الالتزام الواقع

<sup>1</sup>- نصت المادة 369 على : " اذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد المشتري الثمن، الا اذا وقع الهلاك بعد اعداد المشتري بتسليم المبيع " .

- نصت المادة 370 على: " اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، واما أن يبقي المبيع مع انقاص الثمن " .

<sup>2</sup>- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 81.

<sup>3</sup>- نصت المادة 371 على: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل اليه هذا الحق من البائع نفسه " .

<sup>4</sup>- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 545.

على البائع دائم اذ يجب عليه أن يمتنع عن التعرض للشفيع في أي وقت بعد البيع حتى ولو انقضى على البيع بمدة التقادم الطويل المحددة ب 15 سنة.

أما فيما يتعلق بضمانه للتعرض الصادر من الغير للشفيع فلا بد من أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانوني، أما اذا كان سببه مادي فلا يلتزم بضمانه وهنا ليس للشفيع سوى دفع هذا التعرض عن طريق استعماله الوسائل القانونية المتاحة له.

فاذا ادعى الغير حق على العقار المشفوع فيه سابق على البيع فان ذلك يعتبر تعرض قانوني يلتزم البائع بضمانه، الا أنه لا يلتزم بذلك اذا كان هذا الحق تاليا للبيع وغير مستمد من البائع.

ومتى قام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير تجاه الشفيع فهنا يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً وهذا بجعل الغير الذي تعرض له بأن يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه، وفي حالة استطاعة الغير اثبات حقه وقضي له بما ادعاه يكون البائع هنا قد عجز عن التنفيذ العيني ومع ذلك فانه ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض، وعليه يعرض الشفيع عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق.

كما أن البائع يلتزم أيضاً بضمان العيوب الخفية للشفيع في العقار المشفوع فيه طبقاً للقواعد العامة لا سيما المادة 379 من القانون المدني،<sup>(1)</sup> لكن حتى يتقرر الضمان يجب أن يكون العيب مؤثراً وموجوداً في العقار المشفوع فيه قبل تسليمه للمشتري أو الشفيع، كما يجب أن يكون خفياً لأنه اذا كان ظاهراً وقت التسليم للمشتري أو الشفيع ورضياً به فان البائع لا يضمنه، ويجب أيضاً أن يكون معلوم للمشتري وقت تسلّم العقار.

<sup>1</sup> - تنص المادة 379 على: " يكون البائع ملزماً بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها".

أما اذا كان الشفيع هو من تسلمه مباشرة من البائع فانه يجب أن يكون غير معلوم له فان وجد بالعقار عيب توفرت فيه الشروط السابق ذكرها فعلى الشفيع اخطار البائع به والرجوع عليه بالضمان<sup>(1)</sup> طبقا للمادتين 380 و381 من القانون المدني.<sup>(2)</sup> مع العلم أن دعوى الضمان تسقط بالتقادم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع الى المشتري، أما اذا لم يسلم له فمن وقت تسليمه مباشرة للشفيع<sup>(3)</sup> وهذا بمقتضى المادة 382 من نفس القانون.<sup>(4)</sup>

مع الإشارة أنه من منطلق الحلول يفترض أيضا اذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشتري يتضمن شرط يعدل أحكام الضمان اما بالزيادة أو النقصان أو الاسقاط فان هذا الضمان يسري على الشفيع لحلوله محل المشتري على شرط ألا يكون البائع قد تعمد اخفاء العيب في العقار المشفوع فيه غشا منه والا وقع الاتفاق باطلا للمشتري والشفيع بعده<sup>(5)</sup> هذا ما أكدته المادة 384 من نفس القانون.<sup>(6)</sup>

## 2- التزامات الشفيع:

### 2-1- التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع:

اذا تمت الشفعة بطريق رضائي وجب على الشفيع دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشتري دفعه من قبل ففي هذه الحالة يكون المشتري هو الطرف الذي يستحق الثمن.<sup>(7)</sup> أما اذا تمت الشفعة عن طريق القضاء فهنا يكون الشفيع قد قام بكل الاجراءات اللازمة لذلك من ايداع الثمن والمصاريف لدى الموثق وهنا يكون قد تحلل من التزامه المتعلق بدفع الثمن والمصاريف لأن على البائع أن يلجأ الى الموثق للحصول عليه.<sup>(8)</sup>

1- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 82.  
2- تنص المادة 380 على: " اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فان لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع ".  
- تنص المادة 381 على: " اذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 ".  
3- أحمد محمود خليل، المرجع نفسه، ص 82 و 83.  
4- تنص المادة 382 على: " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان ".  
5- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 545.  
6- تنص المادة 384 على: " يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه ".  
7- نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 544.  
8- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 751 و 752.

الا أنه وخروجا على قاعدة حلول الشفيع محل المشتري في التزاماته فان دين الثمن المستحق في ذمة الشفيع قبل البائع يكون دائما مستحق الأداء فلا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل المتفق عليه الممنوح للمشتري لسداد كل الثمن أو بعضه الا برضا البائع الذي يمنحه أجل للوفاء عملا بالمادة 804 من القانون المدني، وما يبرر هذا الحكم هو ضمان جدية الشفيع لطلبه الأخذ بالشفعة، هذا اضافة على الاعتبارات شخصية في شخص المشتري التي قد تكون على أساس الثقة والانتماء أو تقديم ضمانات لدينه التي جعلت من البائع يرتضي على منحه أجل لدفع الثمن، الا أن هذه الاعتبارات لا تتوفر في الشفيع الذي لا تربطه أية علاقة تعاقدية معه، لذلك جعل المشرع الأصل هو الاستحقاق أما الاستثناء هو رضا البائع بمنحه أجل.<sup>(1)</sup>

## 2-2- التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه:

يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع اذا لم يتم تسليمه للمشتري لأنه بعد الأخذ بالشفعة يصبح هو المشتري ويتسلمه بالحالة التي كان عليها وقت البيع وهذا استنادا الى القواعد العامة المتعلقة بتسليم المبيع<sup>(2)</sup> لا سيما المادة 394 من القانون المدني.<sup>(3)</sup> والتسليم هو العملية المتممة للتسليم فالبائع يلتزم بتسليم المبيع والشفيع يلتزم يتسلمه بأن يضع يده عليه فعلا ويصبح في حيازته. مع العلم أن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع أما نفقات تسلمه على الشفيع بعد حلوله محل المشتري.

## ثانيا: العلاقة بين الشفيع والمشتري:

يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة حلوله محل المشتري التزامات متبادلة فيقع على الشفيع التزامات تتمثل في استرداد الثمن الذي دفعه للبائع وكذا مصروفات البيع ويلتزم أيضا بالتعويض المصروفات الضرورية وعن الغرس أو البناء في

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 244.

2- رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 285.

3- نصت المادة 394 على: " اذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم ".

العقار المشفوع فيه، وفي المقابل يلتزم المشتري تجاه الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه وتحمل تبعة الهلاك، كما يلتزم برد ثمار العقار المشفوع فيه.

### 1- التزامات الشفيع:

#### 1-1- الالتزام بدفع ثمن البيع والمصاريف:

بمعنى من حق المشتري في استرداد الثمن والمصروفات من الشفيع فاذا تمت الشفعة رضاء يكون للمشتري حق استرداد منه كل الثمن وملحقاته، أما اذا تمت قضاء بعد القيام باجراءات الأخذ بالشفعة لا سيما ايداع الثمن لدى الموثق فللمشتري استرداده عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق وغالبا ما يكون معادل لهذا الثمن.

الا أنه في حالة ما اذا قام الشفيع بايداع الثمن المسمى في العقد على الرغم من صوريته خوفا من فشله من مخاطر اثبات الصورية عن طريق رفعه لدعوى بذلك فاذا ما نجح في اثبات ذلك وقضت المحكمة بالثمن الحقيقي فليس للمشتري سوى سحب ما يعادل الثمن الحقيقي، أما ما زاد عنه فهو من حق الشفيع.<sup>(1)</sup>

اضافة الى ذلك فان الشفيع يلتزم أيضا بأن يرد للمشتري مصروفات عقد البيع التي أنفقتها المتمثلة في رسوم التوثيق، التسجيل، شهر العقار، أتعاب المحامي وغيرها.<sup>(2)</sup> كما يحق للمشتري استرداد المصاريف الضرورية من الشفيع التي أنفقتها على العقار، ومن حقه أيضا في المصروفات النافعة التي أنفقتها طبقا لقواعد الالتصاق الواردة بالمادة 785 من القانون المدني، وهنا لا بد من التفرقة بين ما اذا كانت قد أنفقت قبل الاعلان بالرغبة الى المشتري فمن حق أن يستردها، أما التي أنفقتها بعد ذلك فلا يستردها لكن له أن يطالب بازالتها.

مع العلم أن للمشتري الحق في حبس العقار الى أن يسترد من الشفيع الثمن والملحقات والمصروفات الأخرى المستحقة.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 542 و ما يليها.

<sup>2</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 247.

<sup>3</sup> - نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 543.

## 1-2- التزام الشفيع بتعويض المشتري عما أقامه من بناء أو أغراس

### في العقار:

قد يعتمد المشتري الى القيام بأعمال مادية في العقار المشفوع فيه كالغراس والبناء والترميم<sup>(1)</sup> التي يلتزم الشفيع بتحمل التعويض عما أقامه في هذا العقار من بناء أو غراس لكن بالرجوع للمادة 805 من القانون المدني لا بد من التفرقة بين حالتين:<sup>(2)</sup>

ففي المرحلة السابقة على اعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فان ما أقامه المشتري من منشآت وغراس كأشجار تكون ملك للشفيع، وعلى هذا الأخير تعويضه عن ذلك مراعاة لحسن نيته، يتحدد وفقا لاختياره بين المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب ما أقامه من بناء أو غراس عملا بالمادة 805 /1 من نفس القانون.

أما في المرحلة اللاحقة لاعلان الشفيع المشتري برغبته في الأخذ بالشفعة، فللشفيع المطالبة بازالة ما أقامه من منشآت أو أغراس خلال هذه المرحلة الزمنية، أما اذا اختار الاستبقاء عليها فلا يلزم الا بدفع قيمة البناء أو أجره العمل أو نفقات الغراس طبقا للمادة 805/2 من نفس القانون.

و للمشتري الحق في حبس العقار المشفوع فيه الى غاية استيفاء ما هو مستحق له في ذمة الشفيع من تعويض عما أقامه من بناء أو غراس.<sup>(3)</sup>

## 2- التزامات المشتري:

### 1-2- التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه الى الشفيع وتحمل

#### تبعة الهلاك:

اذا أخذ الشفيع العقار بالشفعة رضاء أو قضاء فان المشتري يلتزم بتسليمه العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبالمقدار المحدد في العقد وبملحقاته التابعة له، ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون

<sup>1</sup> - عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 545.

<sup>2</sup> - نصت المادة 805 على: " اذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الاعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له اما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد الاعلان بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الازالة واذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم الا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل أو نفقات الغراس "

<sup>3</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 249.

عائق، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق وطبيعة العقار وفورا بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة، فإذا تأخر المشتري عن التسليم أمكن له مطالبته بالتعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة التأخير.<sup>(1)</sup>

أما في حالة هلاك الشيء فإنه طبقا للقواعد العامة لا سيما المادة 369 من القانون المدني الأصل في العقود الملزمة لجانبين الناقلة للملكية تقع تبعة الهلاك على المدين بالالتزام بالتسليم، لذلك إذا هلك العقار بقوة قاهرة قبل أن يتسلمه الشفيع أو قبل اعداره بذلك فإن تبعة الهلاك تكون على المشتري وللشفيع حق استرداد الثمن الذي أودعه، أما إذا كان الهلاك بعد تسلمه أو بعد اعداره بذلك فإن تبعة العلاك تقع على الشفيع وليس من حقه استرداد الثمن المودع من طرفه بل هو من حق المشتري.<sup>(2)</sup>

## 2-2- التزام المشتري برد ثمار العقار المشفوع فيه:

لا يمكن للشفيع تملك ثمار العقار المشفوع فيه بعد حلوله محل المشتري الا من الوقت التي تنتقل فيه الملكية اليه، ومتى ثبت للشفيع الحق في ثمار العقار المشفوع فيه من وقت تملكه له فإنه يتحمل تكاليفه من ضرائب، نفقات حفظ العقار، الصيانة، نفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمار وغيرها، ذلك لأن العقار لم ينتج هذه الثمار الا بعد تحمل هذه التكاليف.<sup>(3)</sup>

لكن السؤال المطروح هو متى يثبت للشفيع الحق في هذه الثمار؟

حيث أن المشرع الجزائري لم يورد نص خاص ضمن الأحكام المتعلقة بالشفعة المنصوص عليها في القانون المدني، مما يتعين الرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها في نفس القانون لا سيما تلك المتعلقة بتملك الثمار بقواعد الحيازة عملا بالمادتين 837 و 838 منه.<sup>(4)</sup>

حيث في هذا الشأن يتوقف الأمر اذا ما كان المشتري الحائز للعقار حسن النية أو سيئ النية، فإن كان حسن النية فهو يستحق الثمار، وينقلب وضعه الى حائز سيئ النية

1- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 89.

2- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 541.

3- أحمد محمود خليل، المرجع نفسه، ص 91.

4- تنص المادة 837 على: " يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية " .

- تنص المادة 838 على: " يكون الحائز سيئ النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في انتاجها " .

وهذا في الوقت الذي يوجه فيه الشفيع اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة اليه، فيلتزم المشتري منذ هذا الوقت بأن يرد للشفيع الثمار التي قبضها كونها من حقه وهذا لثبوت سوء نية المشتري.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالغير

ان علاقة الشفيع بالغير لا تظهر الا اذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه حقوقا عينية أو أي تصرفات قانونية التي يجريها المشتري لفائدة الغير على العقار المشفوع فيه<sup>(2)</sup>، وهنا يجب التمييز بين هذه الحقوق والتصرفات التي يرتبها قبل شهر اعلان الرغبة في الشفعة تلك التي تمت بعد ذلك<sup>(3)</sup> عملا بالمادة 806 من القانون المدني.<sup>(4)</sup>

#### 1- التصرفات الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل شهر

##### اعلان الرغبة في الشفعة:

##### 1-1- التصرفات:

انطلاقا من مفهوم المخالفة لنص المادة 806 من القانون المدني نجد أنه يسري في حق الشفيع التصرفات الصادر من المشتري أو البائع اذا كانت قبل شهر اعلان الرغبة فاذا ما تصرف في العقار بالهبة أو المقايضة على شرط أن يتم شهرها حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الشفيع، ولا يمكن لهذا الأخير الأخذ بالشفعة كونها تصرفات لا تجوز فيها الشفعة.<sup>(5)</sup>

وعليه قبل اعلان الرغبة يمكن للمشتري أن يجري على العقار ما شاء من التصرفات باعتباره يتصرف التصرف المالك لملكه دون تقييد.<sup>(6)</sup>

حيث اذا ما قام المشتري ببيع العقار المشفوع فيه للغير بيعا تجوز فيه الشفعة فانه يترتب عليه سريانه في حق الشفيع اذ لا يجوز له أن يشفع الا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها طبقا للمادة 797 من القانون المدني، وعليه يجب على الشفيع

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 246 و 247.

2- عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 545.

3- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 381.

4- تنص المادة 806 على: " لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه اذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الاعلان بالرغبة في الشفعة، على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار ".  
5- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 546.

6- عفيف شمس الدين، المرجع نفسه، ص 546.

توجيه اجراءات الشفعة الى المشتري الأول بصفته بائعا والمشتري الثاني بصفته مشفوعا منه، مع العلم أنه لا يشترط اختصاص البائع الأول الا أنه يشترط أن يكون عقد البيع مشهور قبل شهر اعلان الرغبة حتى يسري في مواجهة الشفيع.

### 2-1- الحقوق العينية:

في حالة ما اذا رتب المشتري أو البائع للغير حقا عينيا أصليا على العقار كحق الانتفاع أو الارتفاق أو تبعا كالرهن الرسمي أو الحيازي بحيث يكفل دينا في ذمة البائع أو المشتري وتم شهرها قبل شهر الاعلان الرغبة من طرف الشفيع فان هذا الحق ينفذ في حق الشفيع الذي يتلقى العقار محملا به.

لكن هذا لا يمنع الشفيع من الرجوع على المشتري بما يقابل النقص في قيمة العقار الناتج عن وجود الحق العيني، ذلك لأن الشفيع دفع للمشتري الثمن الذي دفعه للبائع كثمن للعقار المشفوع فيه دون أن يكون محملا بشيء، لأن المشتري يلتزم بتسليم العقار وهو على الحالة التي كان عليها وقت البيع.

### 2- التصرفات والحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد شهر

#### اعلان الرغبة في الشفعة:

### 1-2- التصرفات:

اذا ما رتب المشتري أو البائع للغير تصرفات بعد شهر اعلان رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة فلا يسري ذلك في مواجهة الشفيع لأن شهر الاعلان يعتبر حجة على البائع والمشتري والغير عملا بالمادة 806 من القانون المدني، وتطبيقا لذلك اذا ما قام أحدهما ببيع العقار بعد شهر اعلان الرغبة فلا يسري ذلك البيع في حق الشفيع، ويظل حقه قائما في البيع الأول وبشروطه ولا يلتزم بادخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 546 وما يليها.

## 2-2- الحقوق العينية:

استنادا على نفس المادة الفقرة الاخيرة فانه اذا ما رتب المشتري حقوق أخرى كالرهن الرسمي أو الحيازي وحقوق الاختصاص أو حق الامتياز يكفل دينا في ذمته وهذا بعد شهر اعلان بالرغبة من الشفيع فان ذلك لا ينفذ في حق هذا الاخير،بمعنى أنه يحصل على ذلك العقار عندما يثبت حقه في الشفعة خاليا من تلك الحقوق.

حيث ما تجدر الاشارة اليه في الأخير أن التصرف في العقار المشفوع فيه أو ترتيب عليه حقوق بعد شهر الاعلان بالرغبة وان كان لا أثر له على حق الشفيع فان ذلك يؤثر على المشتري في ثمن العقار الذي يسترده بسحبه من الموثق في حالة دفعه للبائع بحيث يباشر الدائنون أصحاب هذه الحقوق كونهم يتمتعون بحق الأولوية على الدائنين العاديين في التنفيذ على ثمن العقار المشفوع فيه طالما كانت حقوقهم مستحقة الأداء،على أن يتقدم الدائنون المقيدة حقوقهم في تاريخ سابق على الذين قيدت في تاريخ لاحق عملا بالمادة 806 الفقرة الأخيرة من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: سقوط الحق في الشفعة

لقد أورد المشرع الجزائري في المادة 807 من القانون المدني حالات تسقط بها الشفعة فان توفرت واحدة منها لا يمكن للشفيع أخذ العقار عن طريق الشفعة وعليه فان مسقطات الشفعة يمكننا اجمالها في حالتين هما حالة عدم التزام الشفيع بمواعيد واجراءات الشفعة وحالة تنازله عن الأخذ بالشفعة.<sup>(2)</sup>

#### الفرع الأول: التنازل عن الشفعة وعدم الالتزام بمواعيد واجراءات الشفعة

بالرجوع الى المادة 807 من القانون المدني<sup>(3)</sup> تسقط الشفعة بتنازل الشفيع عن حقه فيها،كما أنه استنادا على المواد 801،799 و 802 من نفس القانون نجدها تسقط أيضا بعدم اظهار الرغبة في الشفعة من الشفيع في الميعاد المحدد قانونا وعدم ايداع الثمن في

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 293 و 294.

<sup>2</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 389.

<sup>3</sup> - تنص المادة 807 على: " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

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

- اذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.

- في الأحوال التي نص عليها القانون "

الأجل المحدد وعدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني اضافة الى ما ورد في المادة 1/807 المذكورة أعلاه وهي حالة مرور سنة من يوم تسجيل العقد.

مع الاشارة الى أنه سبق التطرق الى جميع هذه الحالات الواردة في المواد 801،799 و 802 من القانون المدني قانونا وقضاء عند التطرق الى اجراءات الشفعة.<sup>(1)</sup> حيث وفي هذا الصدد تمت مناقشة عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا منها القرارات التالية: الصادرة بتاريخ 1985/10/02 و 1999/06/16 و 1999/10/27 و 2000/05/31 و 2005/11/23 و 2006/03/22 و 2007/01/17 و 2007/09/12 و 2009/09/30 وغيرها من القرارات.

مع العلم أن باقي الحالات سيتم التطرق اليها فيما يلي:

#### أولاً: التنازل عن الشفعة من طرف الشفيع:

لقد أقر المشرع الجزائري في المادة 807 من القانون المدني سقوط الشفعة في حالة تنازل الشفيع عن هذا الحق ولو قبل البيع وهذه الأخيرة تفيد أيضا بحق له أن يتنازل بعد عملية البيع وهذا هو الأصل.

حيث أن النزول عن حق الشفعة ولو قبل البيع هو التزام بعدم المطالبة بها،<sup>(2)</sup> اذ يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء.

والتنازل عن الشفعة اما أن يكون صريح كما يمكن أن يكون ضمني،فيكون الصريح بأن يصدر الشفيع تعبيراً صريحاً يتضمن اسقاط أو التنازل عن حقه في الشفعة ويشترط أن يكون ذلك في وثيقة ثابتة التاريخ تتضمن كل البيانات المتعلقة بالبيع، كما يمكن أن يحصل في أي وقت لغاية صدور الحكم، أما الضمني أن يصدر منه تصرف يفيد دلالة التنازل عن هذا الحق كأن يستأجر من المشتري العقار المبيع.<sup>(3)</sup>

كذلك النزول عن الشفعة للغير كون هذا الحق يعتبر من الحقوق الشخصية التي لا يمكن لصاحبها النزول عنها للغير بل النزول عنها يعد اسقاط لها.

1- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 533.

2- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 393.

3- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 97.

حيث أن اثبات نزول الشفيع عن حقه في الشفعة لم يرد عليه نص في الأحكام المتعلقة بالشفعة مما يقتضي الأمر الرجوع الى القواعد العامة بحيث يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات المقررة قانونا بما فيها الاثبات بالبينة اذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره تقل عن 100.000 دج أما اذا زاد عن ذلك فلا يمكن اثباته بالبينة عملا بالمادة 333 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

حيث هذا ما أقره القضاء أيضا من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا<sup>(2)</sup> الذي جاء في حيثياته أنه يجوز للشفيع التنازل عن حقه في الشفعة على أساس المادة 807 من القانون المدني.

حيث ومن جهة أخرى كرس أيضا مسألة اثبات هذا التنازل الذي أقر خضوعه للقواعد العامة في الاثبات التي تستوجب الكتابة بالنظر الى قيمة العقار عملا بالمادة 333 من القانون المدني، وعليه يتم أخذ بعين الاعتبار قيمة التصرف.

#### ثانيا: مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع:

نص المشرع على هذه الحالة أيضا في المادة 807 من القانون المدني إذ أقر بسقوط الشفعة بمرور سنة من تسجيل العقد

مع الاشارة أنه ثبت قضاء طبقا لقرارات المحكمة العليا أن التسجيل يقصد به الشهر بالمحافظة العقارية.<sup>(3)</sup>

حيث يحسب ميعاد السنة بالتقويم الميلادي عملا بالمادة 03 من القانون المدني، مع الملاحظة أن المشرع افترض افتراض لا يقبل اثبات العكس فبشهر عقد البيع من طرف المشتري يثبت علم الشفيع بالبيع.

<sup>1</sup> - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 543 و 544.

<sup>2</sup> - أنظر الى قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2010/09/16، الغرفة العقارية، ملف 617998، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2010، ص 237.

<sup>3</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2012/02/09، الغرفة العقارية، ملف رقم 698546، المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2012، ص 384.

ويتم حساب ميعاد سنة من اليوم الموالي الذي حصل فيه شهر عقد البيع ويستمر الى غاية اليوم الأخير من نهاية السنة بكاملها واذا ما صادف اليوم الأخير يوم العطلة فانه يمتد الى أول يوم عمل عملا بالمادة 405 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.<sup>(1)</sup> ولقد أكد القضاء ذلك من خلال قراره<sup>(2)</sup> الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن الحق بالشفعة يسقط من يوم تسجيل عقد البيع ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون في غير محله يستوجب رفضه، ولما كان الثابت في - قضية الحال- أن النزاع بين الطرفين ينحصر حول ثبوت حق الشفعة وأن الأملاك المتنازع عليها بيعت بعقود رسمية ومسجلة في السنوات 1944، 1946، و 1974 وأن الطاعنتين طلبتا ممارسة حقهما في الشفعة بثلاثة عقود محررة في 1951/05/31، فان قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بابطال الدعوى طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "

#### الفرع الثاني: الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون لسقوط الشفعة

اضافة الى الحالات المذكوره أعلاه المتعلقة بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة تمت وجود أسباب أخرى على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يتطرق لها في الأحكام المتعلقة بالشفعة ماعدا حالة السقوط بطريق زوال أحد شروط الشفعة التي أوردها في نصوصها، وتتمثل هذه الحالات في:

#### أولا: سقوط الشفعة بزوال أحد شروطها

تسقط الشفعة بزوال أحد شروطها المحددة قانونا كأن يقوم الشفيع ببيع عقاره قبل طلب الشفعة فلا يمكنه الأخذ بالشفعة لزوال شرط أساسي وهي زوال ملكيته للعقار المشفوع به من وقت البيع فيصبح الشفيع غير مالك، الأمر الذي يترتب عليه سقوط حقه في الشفعة.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 39 و 40.

<sup>2</sup> - أنظر القرار الصادر بتاريخ 1987/02/23، ملف رقم 44804، أشارت اليه بقايد كريمة و بظاهر العالية، المرجع السابق، ص 84 و 85.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص 52.

حيث أن السبب الذي يستند عليه لاستعمال حق الشفعة هو الحق الذي يتذرع به الشفيع في طلب الشفعة كملكية الرقبة أو الحصة الشائعة أو حق الانتفاع، فإذا زال السبب قبل الأخذ بالشفعة سقط الحق في الأخذ بها.

حيث أنه يسقط حق الشريك في الشفعة إذا ما قام بالتصرف في حصته إلى شخص آخر قبل تصرف شريكه في حصته ببيع العقار المشفوع فيه، لأن حقه بطلب الشفعة ناشئ عن ملكيته الشائعة الذي يزول برزالي حقه في هذه الملكية لا سيما أن حق الشفعة لصيق بشخص الشفيع، ومن أجل ممارسة هذا الحق يشترط أن يبقى مالكا حتى وقت الأخذ بالشفعة، فإذا زال ملكه قبل ذلك بطلت الشفعة بزوال أسبابها.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: سقوط الشفعة ببطلان البيع:

حيث أن هذه الحالة لم يتناولها المشرع الجزائري في النصوص الخاصة المتعلقة بأحكام الشفعة مما يقتضي الأمر الرجوع إلى أسباب السقوط الواردة في القواعد العامة. تسقط الشفعة ببطلان عقد البيع الذي ترتب عليه، بحيث يتضح أن البائع لم يكن مالكا عند قيامه بالبيع،<sup>(2)</sup> ذلك أن البيع باطل ببطلان مطلق هو معدوم لا أثر له في نقل الملكية. مع العلم أن جميع النصوص المتعلقة بالشفعة تكلمت على البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع كما سبق التطرق إليه، وعليه هنا يشترط لجواز الشفعة أن يكون البيع صادر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه.<sup>(3)</sup>

### ثالثا: سقوط الشفعة بالتقادم

لم يشر المشرع أيضا هذه الحالة في النصوص المتعلقة بالشفعة في القانون المدني إلا أنه لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في هذا القانون التي تناولها في القسم الثالث من الفصل الثالث من الباب الخامس من الكتاب الثاني تحت عنوان التقادم المسقط لا سيما المادة 308 منه.<sup>(4)</sup>

1- عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 512.

2- محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 557.

3- جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص 98.

4- تنص المادة 308 على: " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون ....".

حيث أن أخذ العقار عن طريق الشفعة وان كان مخول قانونا للشفيع فانه يمارسه عند بيع العقار المشفوع فيه من مالكة، فهو في حد ذاته يعتبر التزاما يقع على عاتق كل من البائع والمشتري بتمكينه من ممارسة هذا الحق عن طريق توجيه له انذار بوقوع البيع. أما اذا لم يتم توجيه له انذار بذلك وعدم حصول تسجيل عقد البيع ولم يعلم الشفيع بالبيع الذي يجوز فيه الشفعة، بالتالي لم يحصل الطلب عن طريق اعلان الرغبة فيها فان حق الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة لا يسقط الا بمضي 15 سنة تسري من تاريخ البيع المرتب للشفعة عملا بالمادة 308 المذكورة أعلاه وهذا نتيجة عدم استعمال حق الشفعة بمرور المدة المحددة قانونا.<sup>(1)</sup>

---

<sup>1</sup> - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 408 و 409.

الخطاتمة

# خاتمة

لقد تطرقنا في دراستنا هذه الى موضوع الشفعة على ضوء القانون والقضاء، وحاولنا البحث في شروط وكيفية الأخذ بالشفعة وكذا القيود والاجراءات التي فرضها المشرع الجزائري في القانون المدني حتى لا يتم استعمال هذا الحق بصفة تعسفية وكذا لضمان اسقرار المعاملات، وركزنا على مدى تكريسها في ظل الواقع العملي من خلال الممارسات القضائية.

ومن أهم النتائج التي أمكن لنا التوصل اليها وقرارها اجابة عن الاشكالية المطروحة نلخصها فيما يلي:

حقيقة أن الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المادة 794 وما بعدها من القانون المدني لذلك هي رخصة اختيارية تجيز للشفيع أن يمتلك عقار قام مالكة ببيعه لغيره. وتبين أن لا يمكن ممارسة الشفعة الا بتوفر شروط معينة منها ما يتعلق بالشفيع ومنها ما يتعلق بالمال المشفوع فيه وأخرى تتعلق بالتصرف المرتب للشفعة.

كما اتضح لنا أنه رغم أهمية الأخذ بالشفعة وقرارها لفائدة الشفيع الا أن المشرع نص في القانون المدني على الرغم من أنه قانون موضوعي لا اجرائي على وجوب اخضاعها لضوابط وتقييدات من خلال فرض جملة من الاجراءات الواجب اتباعها التي قد ساهم القضاء في تطبيقها وتكريسها، من أجل الوصول الى الحكمة التي من أجلها شرعت الشفعة منها رفع الضرر ولم شتات الملكية هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق الحماية لمالك العقار والشفيع وحتى الغير.

لذلك اتضح لنا من خلال ما كرسته المحكمة العليا وباستقراء القرارات التي تم التطرق اليها أن موقف القضاء الذي جاء موافق للأحكام المنصوص عليها في القانون المدني وبالتالي جاءت تطبيقا لنصوص قانونية .

حيث من الثابت قانونا وقضاء أن حق الشفعة هو من الحقوق المقررة للشفيع نظرا لما فيه من تقييد لحرية التعاقد وحق الملكية ويترتب عليها نزع ملكية المشتري المشفوع منه جبرا تفاديا لمخاطر مقدرة بطبيعتها أشد ضرر وخطرا من هذا النزع الجبري للملكية. وعليه يستخلص مما سبق دراسته أن الشفعة تمثل قيذا خطيرا على حرية التصرف والتملك والتعاقد، لذلك ضبطها المشرع الجزائري بقيود واجراءات دقيقة التي ثبت من خلال الممارسات القضائية للجهات القضائية لا سيما المحكمة العليا باعتبارها جهة مقومة لعمل الجهات القضائية وتضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد طبقا للمادة 152 من الدستور التي تعتبر من الضمانات المخولة قانونا والمكرسة قضاءا للأطراف المتعاقدة والغير.

ومن جهة أخرى حد من حرية الشفيع من خلال وضع نصوص تؤدي الى سقوط هذا الحق.

# قائمة المصادر و المراجع

# قائمة المراجع

## 1- المؤلفات:

### أ) المؤلفات العامة:

- 01- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق، بدون طبعة، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 02- بوبشير محند أمقران، قانون الاجراءات المدنية نظرية الدعوى الخصومة، الاجراءات الاستثنائية، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 03- رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 04- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ودراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 05- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام التصرف القانوني، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 06- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، بدون طبعة، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، 2004.
- 07- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري التصرف القانوني العقود الارادة المنفردة، بدون طبعة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

- 08- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية الاستيلاء الالتصاق الشفعة، بدون طبعة، منشأة المعارف، القاهرة، 2005.
- 09- خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 10- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية حق الملكية في ذاته أسباب كسب الملكية، الطبعة الثانية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 11- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 12- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها أسباب كسب الملكية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
- 13- الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، صححة عبد العزيز بن عبد الله بن باز، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، دار الفكر، لبنان، 2007.
- 14- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 15- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 16- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية قانون 09/08، الخصومة التنفيذ التحكيم، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 17 - صالح بن فوزان الفوزان، الملخص الفقهي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، القاهرة، 2010.
- 18- سائح سنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، نصا، شرحا، تعليقا، تطبيقا، بدون طبعة، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 19- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، منشورات زين الحقوقية، بدون بلد النشر، 2011.

- 20- أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النُّمري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، الطبعة الأولى، المجلد الثالث، دار ابن حزم، لبنان، 2013.
- 21- خليل بوضنبرة، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، بدون طبعة، الجزء الأول، منشورات نوميديا، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر.
- 22- ذيب عبد السلام، قانون الاجراءات المدنية والادارية ترجمة لمحكمة عادلة، بدون طبعة، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر.
- 23- فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، بدون طبعة، منشورات أمين، الجزائر، بدون سنة النشر.
- 24- عدلي أمير خالد، الارشادات العملية في دعاوى المدنية في ضوء ملاحظات التفقيش القضائي والمستحدث من القوانين وأحكام النقض والمحكمة الدستورية، بدون طبعة، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر.

#### ب) المؤلفات المتخصصة:

- 01- جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009.
- 02- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 03- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2013.
- 04- أحمد محمود خليل، أحكام الشفعة فقه وقضاء، بدون طبعة، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر.
- 05- عبد الوهاب عرفة، الشامل في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار، بدون طبعة، المكتب الفني للموسوعات القانونية بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر.

06- فؤاد الزاهر، الشفعة نص فقه اجتهاد، بدون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بدون سنة النشر.

## 2- رسائل:

01- بلقايد كريمة وبطاهر العالية، أحكام الشفعة، رسالة ماستر تخصص ادارة عامة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، مستغانم، 2011-2012.

## 3- المقالات:

- 01- معاشو عمار، اشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القاضي الإداري، مقال منشور بمجلة المحاماة، الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تيزي وزو، العدد 04، جوان 2004.
- 02- محمد كنانة، شهر الدعوى القضائية، مقال منشور بمجلة قضائية تصدر عن قسم الوثائق لمجلس الدولة، العدد 07، 2005.
- 03- عمر زيتوني، تحديد بعض المفاهيم والقواعد العامة المتعلقة بالمنازعات العقارية، بحث منشور بمجلة صادرة عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو، العدد 04، جوان 2006.
- 04- جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة، مقال منشور بمجلة قضائية تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، عدد خاص بالرفة العقارية، الجزء الثالث، 2010.

#### 4- التشريعات:

- 01- قانون رقم 25/90، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49، المعدل والمتمم بالامر 26/95، المؤرخ في 25/09/1995، الجريدة الرسمية، العدد 55.
- 02- قانون رقم 29/90، المؤرخ في 01/12/1990، المتضمن قانون التهيئة والتعمير، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04، المؤرخ في 01/12/1990، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 51.
- 03- القانون رقم 11/91، المؤرخ في 27/04/1991، المتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21.
- 04- القانون رقم 03/10، المؤرخ في 15/08/2010، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للاملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 64، الذي ألغى قانون رقم 19/87، المؤرخ في 08/12/1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للاملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 50.
- 05- القانون رقم 04/11، المؤرخ في 17/02/2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، الذي ألغى المرسوم التشريعي رقم 03/93، المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14.
- 06- القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسة القانونية، النص الكامل للقانون المدني وتعديلاته الى غاية 2007/05/13 مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيرتي، الجزائر، 2011-2012.

07- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 21، الذي ألغى الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 1966/06/06، المتضمن قانون الاجراءات المدنية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 47.

08- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 2005/06/20، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44، وبالقانون 05/07، المؤرخ في 2007/05/13، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 31.

09- الأمر رقم 74/75، الصادر في 1975/11/12، المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 62.

10- الأمر رقم 105/76، المؤرخ في 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 81، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/97، المؤرخ في 1997/12/31، المتضمن قانون المالية 1998، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 89.

#### 5- القرارات القضائية:

01- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1997.

02- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1998.

03- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1999.

04- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2000.

05- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2001.

06- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 2004.

07- المجلة القضائية لمجلس الدولة، العدد الخامس، 2004.

- 08- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2005.
- 09- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 2006.
- 10- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2006.
- 11- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 2007.
- 13- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
- 14- المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، 2010.
- 15- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2010.
- 16- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
- 17- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2012.
- 18- المجلة القضائية لمجلس الدولة، العدد العاشر، 2012.

الفهرس

# الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة:
06	الفصل الأول: شروط الأخذ بالشفعة
07	المبحث الأول: الشروط المتعلقة بشخص الشفيع
08	المطلب الأول: أسباب الأخذ بالشفعة
08	الفرع الأول: الاشخاص الذين تثبت لهم حق الشفعة
18	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشفيع
24	المطلب الثاني: تزامم الشفعاء عند التعدد
26	الفرع الاول: تزامم الشفعاء وهم من طبقة مختلفة وتزاممهم وهم من طبقة واحدة
31	الفرع الثاني: تزامم الشفعاء يكون المشتري أحدهم
34	المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه وبالتصرف المرتب للشفعة
34	المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه
34	الفرع الأول: الشفعة ترد على العقارات
38	الفرع الثاني: شرط عدم تجزئة الشفعة
40	المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالتصرف المرتب للشفعة
40	الفرع الأول: الشفعة ترد على عقد البيع
45	الفرع الثاني: التصرفات غير جائز فيها الشفعة
57	الفصل الثاني: الاجراءات القانونية للشفعة وآثارها
57	المبحث الأول: الاجراءات القانونية للشفعة
58	المطلب الأول: اعلان الرغبة في الشفعة وايداع الثمن والمصاريف لدى الموثق
58	الفرع الأول: اعلان الرغبة في الشفعة

76	الفرع الثاني: ايداع الثمن والمصاريف لدى الموثق
85	المطلب الثاني: دعوى الشفعة
85	الفرع الأول: شروط رفع دعوى الشفعة
94	الفرع الثاني: حكم دعوى الشفعة
96	المبحث الثاني: آثار الشفعة وسقوط الحق فيها
96	المطلب الأول: آثار الشفعة
96	الفرع الأول: علاقة الشفيع بالبايع والمشتري
106	الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالغير
108	المطلب الثاني: سقوط الحق في الشفعة
108	الفرع الأول: تنازل الشفيع عن الشفعة وعدم التزامه بمواعيد واجراءات الشفعة
111	الفرع الثاني: الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون لسقوط الشفعة
114	خاتمة
115	قائمة المراجع
121	الفهرس