



كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET SOCIALES



الماستر الاساسي في العقار و التعمير

الفصل الأول:

الفوج الأول:

عرض تحت عنوان:

أحكام الشفعة في مدونة الحقوق العينية

ਅਰਾ। ਅਸਤਾਤਿ ਪ੍ਰਿ ਮਦਾਨਿ। ਅਸਤਿ। ਅਸਤਿ।

تحت اشراف الدكتور

من اعداد الطلبة :

ذ: حليلة بنت المحجوب بن حفو

عبد السميع حريكيش

محمد پراد

2019-2018

"فإذا عزم فتوكل على الله إن الله يحب المتوكلين"

صدق الله العظيم

{سورة ال عمران الآية 159}

كلمة شكر و تقدير

تتسابق الكلمات و تتزاحم العبارات لتنظم عقد
شكر

لذي نتقدم بخالص الشكر و الامتنان
لأستاذتنا الفاضلة الدكتورة حليلة بنت
المحجوب بن حفو على الجهد الذي تبذله
في سبيل البحث العلمي

كما نتقدم بالشكر لزملائنا في ماستر
العقار و التعمير و لكل من ساهم من
قريب او بعيد

لائحة فك الرموز

قانون الالتزامات و العقود	ق.ل.ع
ظهير التحفيظ العقاري	ظ.ت.ع
مدونة الحقوق العينية	م.ح.ع
قانون المسطرة المدنية	ق.م.م
مرجع سابق	م.س
الصفحة	ص

مقدمة

ان الملكية العقارية في الاسلام تعتبر استخلافا لاهيا , ومنحة ربانية أقرها الاسلام وبين حدودها وأعطائها عناية كبيرة لأهميتها في تثبيت وضمان استقرار و تجمع المجتمعات فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول * كل المسلم على المسلم حرام , دمه وماله وعرضه * رواه مسلم.

واقرار الاسلام للملكية هو في الواقع اقرار لغريزة التملك في البشر مع حرص الانسان على المال , وحافز للبشر على العمل و الكسب , وعماراة الكون و التصرف في مال الله.

ويقصد بحق الملكية الحق المخول لكل مالك في التصرف في ملكه و الانتفاع به و استغلاله و استعماله دون أن يتمكن أحد من الغير من حرمانه من هذا الحق المخول له , فقد جاء في الفصل 35 من الدستور المغربي 2011 « أنه يضمن الدستور حق الملكية » .

غير أن الملكية يمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون , اذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية , بحيث ترد عليها مجموعة من القيود التي يرمي المشرع من خلالها تحقيق الأهداف التنموية و الاجتماعية و الاقتصادية للبلاد , ومن هذه القيود نجد حق الشفعة , فهذا الحق يعطي لأشخاص معينين الحق بالاستئثار بالحصصة المبيعة في ملك مشاع كلما توفرت شروط معينة حددها القانون وحدد اجراءاتها , كما أن نظام الشفعة يعتبر من أحد أهم أسباب كسب الملكية .

ولقد اعتنى الفقه الاسلامي بالشفعة و ذلك في جميع المذاهب الفقهية حيث درسوا هذا الموضوع دراسة وافية استوعبت كل تفاصيله و جزئياته , ولقد استمد المشرع المغربي أحكام الشفعة من الفقه الاسلامي , وبالصيغ من الفقه المالكي باعتباره المذهب المعتمد في المملكة .

ولقد عرف المشرع المغربي الشفعة في كل من قانون الالتزامات والعقود و مدونة الحقوق العينية , بحيث عرفها في اطار الفصل 974 من ق ل ع « بأنه اذا باع أحد المالكين على الشيعاء لأجنبي حصته الشائعة جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصصة لأنفسهم في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن و مصروفات العقد و المصروفات الضرورية , و النافعة التي أنفقها منذ البيع ويسري نفس الحكم في حالة المعاوضة » .

بينما عرفتھا المادة 292 من م ح ع بأنها «الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيع بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد الازمة و المصرفات الضرورية عند الاقتضاء » .

فمن خلال ما سبق يتضح بأن الشفعة هي حق يثبت للشريك على الشياح في عقار أو حقوق عينية عقارية أو منقولة , في أن يستشفع الحصة التي باعها شريكه للغير , مقابل أداء ثمن البيع و مصرفات العقد , وما أدخل من تحسينات على الحصة المشفوعة للمشتري .

أهمية الموضوع :

تتمثل أهمية موضوع ممارسة الشفعة في كونها شرعت لإزالة الضرر عن الشركاء و ابعاد الأجنبي من دخوله في الشركة لما قد يترتب عن ذلك من خصومات و نزاعات , فالشفعة شرعت من أجل تحقيق مجموعة من الغايات , منها ما هو اجتماعي و قانوني واقتصادي.

المنهج المعتمد :

ولقد حاولنا معالجة هذا الموضوع من خلال عدة مقاربات منهجية , و بالخصوص المنهج التحليلي وذلك بتحليل مختلف النصوص التي تنضم الشفعة , مع الاعتماد كذلك على المنهج الوصفي محاولين الاجابة على مختلف الاشكالات التي يطرحها هذا الموضوع.

اشكالية البحث :

هل يمكن القول بأن مدونة الحقوق العينية أحكمت تنظيم ممارسة الشفعة بحيث ساهمت في تجاوز الاشكالات التي كانت تطرحها الشفعة قبل دخول المدونة حيز التنفيذ ؟

وأمام الاشكال أعلاه يمكن طرح مجموعة من التساؤلات من قبيل :

ما هي الطبيعة القانونية للشفعة والشروط المتطلبة للأخذ بها ؟

ماهي كيفية ممارسة الشفعة و الآثار المترتبة عنها ؟

وماهي الاشكالات التي تثيرها الشفعة ؟

ولقد ارتأينا أن نجيب عن هذه التساؤلات وفق التصميم التالي :

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للشفعة
المبحث الثاني : ممارسة الشفعة و الأحكام المترتبة عنها

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للشفعة

لقد تعرض المشرع المغربي للشفعة في اطار مدونة الحقوق العينية , وبالتالي فان دراسة أحكام الشفعة في ضوء هذه المدونة يقتضي منا تحديد مفهوم الشفعة وخصائصها , كما تقتضي كذلك منا تحديد أركانها و شروط الأخذ بها ومن خلال هذا المبحث سنتطرق الى ماهية الشفعة (المطلب الأول) ثم بعد ذلك نتطرق الى الشروط التي لابد من توفرها حتى تصح الشفعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : ماهية الشفعة

لقد نظم المشرع المغربي الشفعة في مدونة الحقوق العينية وفق قانون¹ 39.08 في الفصل الرابع من الباب الثاني في القسم الأول المتعلق بأسباب كسب الملكية حيث خصص لها المواد 392 الى 312 من هذه المدونة, في هذا المطلب سنحاول التطرق الى تعريف الشفعة من الناحية الفقهية ثم القانونية (الفقرة الأولى) على أن نتناول في (الفقرة الثانية) خصائص الشفعة

الفقرة الأولى : تعريف الشفعة

ان الشفعة في اللغة تعني ضم الشئين , وهي مشتقة من الشفع و هو العدد الثنائي ضد الوتر , الذي هو العدد الفردي , وسميت بذلك لأن الأخذ بها يضيف بسببها الشفع الحصة المشفوعة فتصير بذلك الحصتان شفعا بعد أن كانت التي بيده وترا²

واصطلاحا عرفها ابن عرفة بكونها استحقاق شريك أخذ مبيعة شريكه بتمنها, وهذا التعريف الأخير استقر عليه المجاس الأعلى³

وقد عرف بعض الفقه الشفعة بكونها سبب من أسباب كسب الملكية وهي رخصة اذا استعملها الشفع تملك عقارا باعه صاحبه لغيره و حل الشفع محل المشتري في هذا البيع بشروط معينة⁴ , وعرفها البعض الاخر بأنها حق ممنوح للشريك على الشيوع في من منقول أو عقار أو حق عيني عقاري , في أن يأخذ لنفسه الحصة المشاعة التي فوتها أحد

¹ القانون رقم 39.09 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432/24 نونبر 2011 الذي دخل حيز التنفيذ في 24 ماي 2012

² محمد برادة غزيول واخرون ,الدليل العملي للعقار الغير محفظ منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية , سلسلة الدراسات و الأبحاث , العدد 2 مطبعة فضالة . الطبعة ابريل 2007 ص 113

³ قرار المجلس الأعلى , عدد 871 بتاريخ 1982/12/7 ملف عقاري عدد 93405 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 33 / 34 ص 64

⁴ عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية الجزء التاسع , دار النهضة العربية , 1968 ص 446

شركائه على الشيوع للغير , مقابل أدائه للمشفوع منه كل ما انفقته هذا الاخير مقابل تملكه الشيء المراد شفيعته , مع مراعاة أحكام القانون المطبق على موضوع الشفعة⁵

أما على مستوى التشريع فقد تطرق المشرع المغربي الى تعريف الشفعة في الفصل 974 من ق ل ع الذي جاء فيه « اذا باع أحد المالكين على الشياح لأجنبي حصته الشائعة , جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن و مصروفات العقد و المصروفات الضرورية و النافعة التي أنفقها منذ البيع , ويسري نفس الحكم في حالة المعاوضة » , كما عرفها المشرع في الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة بانها « الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياح عقارات أو حقوقا عقارية في أن يأخذ الحصة المبيعة بدلا من مشتريها بعد ادائه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا مبلغ ما انفقته عليها من تحسينات و ما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد»

و بالرجوع الى القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية نجد بأن المشرع عرف الشفعة في المادة 292 بانها « أخذ الشريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن و مصروفات العقد اللازمة و المصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء»

أما بخصوص التشريع المقارن نجد المشرع المصري قد عرف الشفعة في الفصل 935 من القانون المدني بأنها «رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال و بالشروط المنصوص عليها في هذا القانون »

كل المواقف و التعاريف المنصبة على الشفعة و التي أسلفنا ذكرها أثارت فضولنا في اجراء مقارنة قانونية ما بين هذه التعاريف , لا سيما ما جاءت به المادة 292 من م ح ع وكذا الفصل 974 من ق ل ع فنجد أن المشرع كرس نفس التعريف في المعنى العام للشفعة مع وجو اختلاف في امكانية الأخذ بها عن طريق المعاوضة التي أجازها قانون الالتزامات و العقود غي حين اقتصرت مدونة الحقوق العينية عل البيع فقط .

بالإضافة الى ما سبق فان الشفعة تجد مشروعيتها في القران الكريم في قوله تعالى « وان كثيرا من الخطاء ليبيغي بعضهم على بعض , الا الذين امنوا وعملوا الصالحات و قليل ما هم »⁶ وانطلاقا من هذه الآية الكريمة رأى بعض الفقه بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشركاء , ومن المعروف أن الاسلام عمل على رفع الضرر على المكلفين ومن مبادئه أنه اذا اجتمع ضرران ارتكب أخفهما , وهنا تكمن مشروعية الشفعة في وضع حد لتجزئة

⁵ محمد محجوبي , الشفعة في الفقه المالكي و التشريع المغربي , مطبعة , دار القلم الرباط , الطبعة الخامسة 2010 ص 13
⁶ الآية 24 من سورة ص

الملكية و التقليل من عدد الشركاء ووضع حد للنزاعات التي تقع بين الشركاء في الانتفاع واستغلال الشيء المشترك.

فالشفعة اذا نظام اسلامي ثابت في الشريعة الاسلامية , اد عمل فقهاء الشريعة الاسلامية على استنباط أحكام مختلفة دقيقة تنظمها بشكل يحقق المصالح الاقتصادية و الاجتماعية⁷ , على اعتبار أن لها أهمية قصوى من حيث كونها تسهم في رفع الضرر عن الشركاء و الحفاظ على الشيوع تلافيا لدخول الشريك الأجنبي اضافة الى كونها تساعد على التماسك بين الشركاء من ناحية و العمل على اكتساب الملكية من ناحية أخرى⁸.

ونخلص في آخر هذه الفقرة بأن الشفعة هي سبب من أسباب كسب الملكية وهي رخصة أو حق يأخذ بشروط معينة بعد أداء المقابل للمشفوع منه ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا بأن الشفعة لها مجموعة من الخصائص , وهذا ما سنتطرق له في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية : خصائص الشفعة

ان الهدف الرئيسي من اقرار الشفعة للشركاء هو تمكينهم من الحيلولة دون تملك شخص غريب عنهم حصة شريكهم خشية أن يكون هذا الشخص غير مرغوب فيه وأن يكون تملكه سببا في حدوث منازعات و خلافات تحل محل ما كان سائدا فيما بينهم من وفاق و وئام, الى جانب ذلك يمكن أن تؤول الشفعة الى ازالة الشيوع وما يرافقه غالبا من شقاق بين الشركاء و اهمال في الاستثمار في الشيء المشاع كأن يشفع الشركاء في الحصة أو الحصص المتصرف فيها للغير و يمتلك الشيء المشفوع وحده على وجه الاستغلال⁹

وتتميز الشفعة باعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية بعدة خصائص من بينها :

حق الشفعة من الحقوق التي لا تقبل التجزئة :

اد بالرجوع الى الفقرة الأولى من المادة 296 من م ح ع نجدها نصت عل انه» اذا باع شريك حصته لأجنبي في ملك مشاع , فيجب على الشريك أن يأخذ الحصة المباعة بكاملها أو أن يتركها »

فلا يحق للشفيع أن يقوم بتجزئة الحصة المباعة اد يتعين عليه اما أن يأخذها بكاملها أو أن يتركها بكاملها, و بالتالي فان من له الحق في شفعة عقار ينبغي عليه أن يأخذ العقار المبيع بكامله و ليس له الحق في تجزئته لما يترتب على ذلك من ضرر يصيب البائع¹⁰

⁷ محمد ابن معجوز , الحقوق العينية في الفقه الاسلامي و التقنين المغربي مطبعة النجاح الجديدة , البيضاء الطبعة الاولى 1990 ص 163
⁸ ادريس الفاخوري كتاب الحقوق العينية وفق قانون 39.08 منشورات مجلة الحقوق , مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2017 ص 112.

⁹ مأمون الكزبري الحقوق العينية الاصلية و التبعية في الفقه الاسلامي , مطبعة الساحل بالرباط, ص 172

¹⁰ مصطفى مجدة هرجه , الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض و الصيغ القانونية دار الثقافة سنة 1986 , ص 22

غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات جاءت بها الفقرة الأخيرة من المادة 296 من م ح ع , أنه في الحالة التي يكون فيها المشتري من أحد الشركاء فإنه يمكن للشركاء الآخرين أن يأخذوا من يده بقدر حصصهم في الملك , و يبقى للمشتري نصيبه بقدر حصته مالم يبدي رغبته في التخلي عنها.

الشفعة لا يجوز التنازل عنها لفائدة الغير :

وذلك بموجب المادة 311 من م ح ع و التي جاء في مضمونها « يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة .. اذا تنازل عنها صراحة شرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها .. »

فالشفعة حق يستفيد منه من خول له المشرع الحق في ممارسته و لا يمكن له التنازل عنها لفائدة الغير , فالشفعة هي من الحقوق اللصيقة بشخصية الشفيع اذ لا يجوز للشفيع أن يحيل حقه في الشفعة الى غيره , غير أنه يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة , أي أن يتركه و يتخلى عنه و ليس حوالته الى الغير لأنه ان كان التخلي عن الشفعة يجوز فحوالته لشخص آخر لا تجوز.

لا يسقط حق الشفعة بالموت :

فحق الشفعة لا يسقط بموت الشفيع و انما يبقى قائماً غير أنه ينتقل لورثة الشفيع بعد موته و ثبوت حقه فيها , وذلك بموجب المادة 312 من م ح ع « لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع و انما ينتقل هذا الحق الى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما يبقى من أجل للأخذ بالشفعة»

وهذا يعني أنه اذا ما تحققت شروط الأخذ بالشفعة لشريك في حياته ولم يأخذ بها بسبب موته فان هذه المكنة لا تسقط و انما تنتقل الى ورثته من بعده , وينبغي على الورثة ممارسة الشفعة وفق الشروط العامة لممارستها و داخل الآجال المحددة قانوناً.

الا أن هناك تساؤل يطرح حول امكانية أن تسقط الشفعة بموت البائع؟

المشرع لم يتطرق في مدونة الحقوق العينية لهذه الحالة و بالتالي فانه يتعين الرجوع الى قانون الالتزامات و العقود أو الفقه المالكي

وبالرجوع الى قانون الالتزامات و العقود فانه لا نجد جواباً صريحاً لهذا التساؤل .

أما بخصوص الفقه المالكي فيعتبر أن الشفعة تستمد مشروعيتها من الرغبة في رفع الضرر الناجم عن تجزئة المال الشائع وبالتالي فإنها تنتقل الى الورثة , ومصطلح الورثة هنا محمول على الخلف العام سواء من جهة البائع أو المشتري¹¹

من خصائص الشفعة كذلك أنها تخضع في تنظيمها لأنواع ثلاثة من القوانين ويتعلق الأمر ب¹² :

- أحكام الفقه الاسلامي و خاصة منها أحكام الفقه المالكي على اعتبار أن الشفعة من الحقوق التي نظمها الشريعة الاسلامية السمحة.
- ظهير الالتزامات و العقود المغربي وذلك في المنقولات و العقارات غير المحفظة تماشيا مع الأحكام الواردة من الفصل 973 الى 976 من ق ل ع .
- مدونة الحقوق العينية بالنسبة للشفعة الواردة على العقار سواء أكان قابلا للقسمة أم غير قابل لها , كما يشمل هذا التنظيم الشفعة الواردة على الحقوق العينية العقارية.
- وكذلك من بين الخصائص و المميزات التي تمتاز بها الشفعة أنها رخصة تمنح لشريك على الشياح أخذ حصة شريكه المبيعة بعوض, كما أنها تجوز في المنقول في اطار مقتضيات قانون الالتزامات و العقود , وفي العقار بحسب مقتضيات مدونة الحقوق العينية.

¹¹ العربي مباد , تأملات في مدونة الحقوق العينية الجزء الثاني مطبعة الأمنية الرباط , ص 22

¹² ادريس الفاخوري , م س , ص 112

المطلب الثاني : أركان الشفعة و شروطها

باستقراء المواد المنظمة للشفعة , وتحديدًا المواد 292 الى 312 من مدونة الحقوق العينية يتضح بأن للشفعة لها مجموعة من الأركان التي تستند عليها في قيامها و التي تتمثل في أربعة أركان (الفقرة الأولى) , كما يتضح لنا من خلال استقراء المواد المشار إليها أعلاه انه لا بد من توفر مجموعة من الشروط من أجل الأخذ بها كما سنرى ذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : أركان الشفعة

كما سبق القول فان الشفعة كحق تستند في قيامها على مجموعة من الأركان التي اشترطها المشرع في مدونة الحقوق العينية , و هذه الأركان يمكن اجمالها فيما يلي :

أولاً : الشفيع

هو المالك على الشياع الذي يثبت له الحق في أن يأخذ الحصة المباعة أي الحصة التي انتقلت الى المالك الجديد , وقد اشترطت المادة 293 من م ح ع أربعة شروط ينبغي توفرها في الشفيع لصحة طلب الشفعة و تتمثل في :¹³

- أن يكون شريكا في العقار أو الحق العيني , أي أن يكون مالكا لجزء غير معين في المال على الشياع.
- أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقا على تاريخ تملك المشفوع منه الحصة محل الشفعة , أما اذا تملك الجزء المشاع بعد تاريخ تملك المشفوع منه فلا يمكنه ممارسة هذا الحق , و هكذا فاذا كان أحمد و محمد و محمود ملاك على الشياع , وقام أحمد بتفويت حقه لفائدة عمر , ثم قام محمد بعد ذلك بتفويت حصته لسعد فلا يستطيع هذا الأخير ممارسة حق الشفعة في الحصة المفوتة سابقا لعمر .
- أما اذا تعدد الشفعاء فلكل منهم الأخذ بقدر حصته في الملك المشاع يوم المطالبة بها , فاذا تركها البعض وجب على من رغب في الشفعة من الشركاء أخذ الحصة المباعة بثمنها.
- أن يكون حائزا لحقه في الملك المشاع حيازة قانونية أو فعلية , و الملاحظ في هذا السياق أن المشرع اعتد بالحيازة القانونية تماشيا مع التوجه العام الذي سارت عليه

¹³ عبد العالي دقوقي , محاضرات في حق الملكية وفي الضمانات العينية و الشخصية , دراسة في القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية الطبعة 2017 , مطبعة سجلماصة.

مدونة الحقوق العينية عندما اعتدت بالحيازة القانونية خاصة في التبرعات والتي تم تكريسها بشكل صريح من خلال المادة 274 من المدونة .

- أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المبيعة بعوض , و هذا يعني أن الشفعة تمارس في العقود العوضية أما التبرعات فانه لا تمارس بشأنها الشفعة , غير أنه في حالة التي تكون فيها التبرعات تخفي في طياتها تصرفات عوضية أي ما يسمى بالصورية فتجوز شفعتها طبقا للمادة 303 من م ح ع , وفي هـ الحالة يتعين على الشفيع أن يثبت صورية التبرع بمختلف وسائل الإثبات, و الصورية عرفها الفقه بأنها توافق ارادتين على اخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه , فالعقد الصوري اذا هو عقد يبرمه الطرفان درءا للرماد في أعين الغير ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد لضمانه حقيقة اراداه و رضيا به .¹⁴

- حالة تزامم الشفعاء :

ان الأصل أنه اذا تعدد الشفعاء فان لكل واحد منهم الحق في الاستشفاع بقدر نصيبه لكن لهذه القاعدة استثناء ويتحصل في أنه متى كان من لهم امكانية الاستشفاع يملكون الحصة التي يستشفعون بها عن طريق الارث اما فرضا أو تعصيا أو ايضاء فانهم يوجدون في حالة تزامم الشفعاء و القواعد التي كانت تطبق مستمدة من الفقه المالكي , وهو ما دفع بالمشرع المغربي في ظهير 2 يونيو 1915 المنسوخ بمدونة الحقوق العينية الى الاحالة عليه في الفصل 28, وبذلك فان الفقه المالكي هو المصدر الاساسي في تنظيم حالة تزامم الشفعاء مع بعض التعديل أتت به المدونة في المادة 297, ففي الفقه المالكي يعتبر ترتيب الشفعاء في حالة التزامم كما يلي : أصحاب الفروض ثم العصابة ثم الموصى لهم ثم الشريك¹⁵.

أما في مدونة الحقوق العينية فان ترتيبهم كما يلي :

أصحاب السهم الواحد المشترك في الميراث ثم باقي الورثة ثم الموصى لهم ثم الاجانب .

ففي الفقه المالكي اذا باعت بنت الابن التي لها السدس تكملة للثلاثين فان بنات الابن التي يشاركن في السهم أي السدس أولى بالشفعة فان لم يوجد فبنت الصلب ذات النصف أولى

¹⁴ مأمون الكزبري نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي . المجلد واحد , مصادر الالتزامات . الطبعة غير مذكورة وكذلك المطبعة . ص 194

¹⁵ الندوة الوطنية . الأمن العقاري . م س . ص 326

بالشفعة ثم بقية أصحاب الفروض الآخرين ثم العصبية ثم أصحاب الثلث الموصى لهم ثم الشريك الأجنبي.¹⁶

أما التطبيق على ضوء المادة 297 من مدونة الحقوق العينية فيكون على الشكل الآتي :

إذا باعت بنت الابن التي لها السدس تكملة لثلثين فإن بنات الابن الأئي يشاركنها في السهم أولى بالشفعة فإن لم يوجدن فباقي الورثة بغض النظر أكانوا أصحاب فروض أم عصبية ثم الموصى لهم ثم الشريك الأجنبي ويتم الانتقال من أصحاب المرتبة العليا الى أصحاب المرتبة الدنيا و العكس لا يجوز و هذا ما نصت عليه المادة 297 من المدونة « يدخل كل واحد من هؤلاء مع من يليه في الشفعة دون العكس »

ثانيا : المشفوع منه

هو الشخص الذي تؤول اليه الحصة المشاعة عن طريق تصرف من التصرفات العوضية والذي تمارس ضده الشفعة سواء كان هذا الشخص من الغير أم من بين الشركاء¹⁷ , فمدونة الحقوق العينية خولت امكانية ممارسة الشفعة سواء كان المشفوع منه أجنبيا عن الشياح أو شريكا , وذلك طبقا لمقتضيات المادة 292 من م ح ع والتي جاءت بصيغة مطلقة عندما أكدت بأن الشفعة هي أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة , دون تخصيص الشخص المفوت له , كما هو الشأن في الفصل 974 من ق ل ع , و كذلك الأمر في الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة والمنسوخ بمدونة الحقوق العينية و الذي كان ينص على أن الشفعة حق ثابت لكل شريك على الشيوع في أن يأخذ الحصة المبيعة من الغير.

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار صادر عنها عدد 1435 بتاريخ 20/3/2014 ملف مدني عدد 2011/9/1/3517 بأن كل شريك في الملك يصبح مشاركا في ممارسة الأخذ بالشفعة كغيره مع باقي الشركاء بقدر حصته التي كان يملكها .

بل وإن مدونة الحقوق العينية جاءت صريحة بهذا الخصوص في المادة 296 التي تناولت فيها الحالة التي يتم فيها تقويت الواجب المشاع لأحد الشركاء , حيث يحق لكل شريك في الملك أن يأخذ من يد المشتري بقدر حصته في الملك, و يترك له نصيبه بقدر حصته مالم يعرب عن رغبته في التخلي عنها.

غير أن التساؤل الذي يطرح هو في الحالة التي تباع فيها الحصة موضوع الشفعة عدة مرات فضاء من سيمارس الشفيع حق الشفعة؟

¹⁶ الندوة الوطنية . م س ص 228

¹⁷ عبد العالي دقوقي , م س . ص 88

في هذه الحالة ميزت المادة 299 من مدونة الحقوق العينية في تعدد بيوع الحصة المشفوع فيها بين العقار المحفظ و العقار في طور التحفيظ.

ففي العقار الذي في طور التحفيظ فالأمر واضح ونصت عليه المادة السالفة بحيث جاء في مضمونها أنه اذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها عدة مرات قبل انصرام أجل الشفعة فللشفيع أن يأخذ من أي مشتر بالثمن الذي اشتراه به و يترتب على ذلك بطلان البيوع اللاحقة .

أما في العقار المحفظ فان الشفيع لا يأخذ الحصة موضوع الشفعة الا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري , وهو امر طبيعي بالنسبة لهذا النوع من العقارات لأن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يكون هو و العدم سواء بالنسبة للغير الا ابتداء من يوم تقييده بالرسم العقاري , فلا يهم أن تكون البيوع سابقة أو لاحقة من حيث انعقادها لأن العبرة في نقل الملكية الى المشتري هي بتاريخ تقييد عقد الشراء بالرسم العقاري لا بتاريخ تحرير هذا العقد.

ثالثا : المشفوع أي الحصة موضوع الشفعة

ان الشفعة تسري حسب المادة 298 من م ح ع على العقارات سواء كانت قابة للقسمة أم غير قابلة لها , و كذلك عل الحقوق العينية العقارية القابلة للتداول مثل حق الانتفاع و حق السطحية و حق الكراء الطويل الأمد .

كما تسري الشفعة على عقد البيع وفقا لمقتضيات مدونة الحقوق العينية , وكذلك على عقد المعاوضة طبقا لمقتضيات كل من قانون الالتزامات و العقود و أحكام الفقه المالكي.¹⁸

و المقصود به ذلك المال الذي يكون موضوعا لممارسة حق الشفعة , وقد يكون عقارا مملوكا على الشياخ كما يستفاد ذلك من أحكام الشفعة التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية , أو أحد الحقوق العينية العقارية كحق السطحية أو حق الانتفاع أو غيرها من الحقوق العينية التي تكون قابلة للتداول , فقد جاء في مضمون المادة 294 من م ح ع أنه يجوز ضم حق الهواء و التعلية الى ملكية السفلى و حق السطحية أو الزينة الى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة فيما بيع منها لأجنبي .

و هنا يطرح تساؤل حول امكانية طلب شفعة هذه الحقوق في الحالة التي يكون فيها المشتري أحد الشركاء ؟

18 - حليمة بنت المحجوب ابن حفو . " القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات " الطبعة الاولى 2018 . ص 121

هنا جاءت المادة 294 من م ح ع واضحة بحيث ذكرت فقط المشتري الأجنبي دون الشريك , و يشترط أن يكون قد أخذها بعوض و ذلك حسب المادة 303 من م ح ع¹⁹

فلا يمكن ممارسة الشفعة فيما فوت تبرعا كما أشرنا الى ذلك سابقا , ما لم يكن التبرع سوريا أو تحايلا , كما ينبغي الإشارة الى أنه لا يمكن شفعة الحصة الشائعة التي بيعت في المزاد العلني وفق الاجراءات المنصوص عليها في القانون طبق للمادة 302 من م ح ع .

بالإضافة الى ما سبق فان المنقولات يمكن أن تكون موضوعا لممارسة الشفعة وهو ما يستفاد عامة من بعض مقتضيات قانون الالتزامات و العقود , هذا مع العلم أن أحكام الشفعة في العقار محظا أو غير محظ يرجع بشأنها حاليا الى مدونة الحقوق العينية , ليبقى نطاق تطبيق أحكام الشفعة التي جاء بها قانون الالتزامات و العقود هو المنقولات , ذلك أن بعض المنقولات نظرا لقيمتها المالية يمكن أن تكون موضوعا لممارسة الشفعة كالأصل التجاري , أو بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالسفن و الطائرات و غيرها²⁰

وحسب مقتضيات الفصل 975 من ق ل ع فان ممارسة الشفعة لا تكون فقط في الحصة المبيعة من المالك على الشيع و انما تمتد أيضا بقوة القانون الى ما يدخل في هذه الحصة باعتباره من توابعها , ومن ثم اذا كانت الشفعة تتعلق بالأصل التجاري فإنها تسمح للشفيع باسترجاع كافة توابع هذا الأصل التجاري والتي كانت موضوع العقد , بل انه لا يحق للشريك أن يطلب الشفعة في الحصة وحدها دون ما بيع معها من التوابع²¹

أما فيما يتعلق بالمنقول بالمال الموجود على عقار مملوك ملكية شائعة مثل المحصول و الثمار ولو أنها تكون لصيقة بالعقار قبل جنيها و حصادها وفصلها فهي منقولات بطبيعتها , و الشفعة حسب مدونة الحقوق العينية لا تثبت الا على العقارات والحقوق العينية العقارية دون المنقولات و بالتالي لا شفعة فيها²²

أما العقار بالتخصيص الذي عرفته المادة 7 من م ح ع بأنه منقول يضعه مالكة في عقار يملكه رسدا لخدمة ذلك العقار و استغلاله و يلحق به بصفة دائمة

19 المادة 303 من مدونة الحقوق العينية جاء فيها « لا شفعة فيما فوت تبرعا... »

20 عبد العالي دقوقي م س , ص 89

21 محمد ابن معجوز م س ص 182

22 الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري , دفاتر محكمة النقض العدد 26 , ص 323

فالعقار بالتخصيص لا تثبت فيه الشفعة اذا تم بيعه مستقل على العقار الذي رصد لخدمته و استغلاله , ذلك أن البيع ينهي تخصيصه و يحوله الى منقول والمنقولات لا تثبت فيها الشفعة حسب الأحكام الواردة في مدونة الحقوق العينية.²³

رابعاً : المشفوع به

لقد جاء في المادة 292 من م ح ع «... بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة و المصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء» . ادن فالمشفوع به حسب هذه المادة هو ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه أي المشتري , مقابل استرجاع الحصة المباعة , من ثمن مصرفات العقد اللازمة و المصروفات الضرورية و النافعة الذي يكون المشفوع منه قد أنفقها منذ البيع.

كما يعرف المشفوع به ايضاً بأنه ما يلتزم به الشفيع اتجاه المشفوع منه مقابل تملكه موضوع الشفعة و حله محل المشفوع منه في كافة الحقوق المترتبة على العقد الاصلي وتحمله بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد.²⁴

الفقرة الثانية : شروط الأخذ بالشفعة

لقد تناولت مدونة الحقوق العينية شروط الأخذ بالشفعة في ثنايا النصوص المنظمة لممارسة هذا الحق , ويمكن أن نميز في هذا الاطار بين الشرط المتعلق بالمدة و ذلك المتعلق بالثمن ثم الشرط المتعلق بطبيعة الحصة موضوع حق الشفعة وأخيراً الشرط المتعلق بإثبات التفويت.

أولاً. الشرط المتعلق بآجال ممارسة حق الشفعة

لقد عمل المشرع على تحديد هذه الآجال سواء من خلال مقتضيات قانون الالتزامات و العقود أو من خلال مدونة الحقوق العينية , فبالرجوع الى المادة 304 من م ح ع نجدها تحدد آجال معينة لممارسة الشفعة سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ أو بعقار غير محفظ.

فعندما يتعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ فالملاحظ أن المادة 304 من م ح ع ميزت بين حالتين

أ. الحالة الأولى

هي التي يقوم فيها المشتري بتقيد حقوقه بالرسم العقاري , أو ايداعها في مطلب التحفيظ طبقاً لمقتضيات المادة 84 من ظ ت ع , ثم تبليغ نسخة من عقد الشراء الى من له الحق في

²³ الندوة الوطنية , م س ص 95

²⁴ حليلة بنت المحبوب بن حفو م س . ص 124

الشفعة شخصيا , و في هذه الحالة يسقط حق الشفيع في الشفعة داخل أجل 30 يوما كاملة من تاريخ التوصل , ويتعين في هذه الحالة أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بيانا عن هوية الأطراف أي كل من البائع و المشتري مع بيان عن الحصة المباعة و ثمنها ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ..

ب . الحالة الثانية

هي التي لا يقوم فيها مشتري الحصة المشاعة بهذا التبليغ , في هذه الحالة يسقط حق الشفعة بمضي سنة من تاريخ التقييد اذا كان العقار محفظا أو الايداع اذا كان العقار في طور التحفيظ.

ومن الملاحظ أن المشرع حاول ادخال تعديلات هامة على آجال ممارسة الشفعة مقارنة مع ما كان معمولاً به في اطار ظهير 2 يونيو 1915 الذي يتبنى 3 أصناف من الآجال :

ثلاثة أيام من تاريخ التبليغ , شهران من تاريخ العقد ان حرر بمحضر الشركاء , سنة واحدة ابتداء من تاريخ تقييد عقد البيع.

بالإضافة الى ذلك يلاحظ أن المشرع اعتبر هذه المدد للإسقاط وليس من قبل مدد التقادم التي يمكن أن تكون موضوعا للوقف أو القطع . خلافا لما كان عليه الأمر في ظهير 2 يونيو 1915 , حيث أن آجال ثلاثة أيام التي كانت تنطلق من تاريخ التبليغ هي التي كانت من قبيل مدد السقاط أما باقي المدد الأخرى فكانت مدد للتقادم.

أما عندما يتعلق الأمر بعقار غير محفظ فان آجال ممارسة الشفعة حسب مقتضيات المادة 304 من م ح ع هي سنة من تاريخ العلم بالبيع , و اذا لم يتحقق العلم بالبيع فبمضي أربع سنوات من تاريخ ابرام العقد وهي من قبيل مدد الاسقاط, وبالتالي فان حق الشفيع في ممارسة الشفعة يسقط بمضي هذه المدة حتى وان ادعى بعدم علمه بتقويت الحصة المشاعة وهذا ما أكدته الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بإنزكان بتاريخ 29/01/2014 حكم عدد 36 في الملف عدد 2013/72 غير منشور²⁵, وواقعة العلم بالبيع يمكن اثباتها بكافة وسائل الاثبات , و الا فان قرينة عدم علم الشفيع تبقى قائمة²⁶

ونشير في هذا الصدد الى أن فقهاء المالكية كانوا يعملون بآجال سنة من تاريخ العلم ما لم يعق الشفيع عائق يحول دون مطالبته بحق ممارسة الشفعة , من اكراه و قصر²⁷

²⁵ اشارت اليه حليلة بنت المحجوب بن حفو . م س . ص 129

²⁶ قرار 57 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1960/11/14 , قضاء المجلس الأعلى , العدد 36/35 أشار اليه مأمون الكزبري م س , ص

182.

²⁷ محمد ابن معجوز م س ص 206

بل وان المجلس الأعلى سبق وأن قرر في اجتهاد قضائي صادر عنه أنه بمرور أربعة أعوام على الشراء لا يصدق الشريك في ادعائه بعدم العلم , لأن مضي هذه المدة قرينة على علمه بالبيع²⁸, وهو ما تبنته مدونة الحقوق العينية في المادة 304 من مدونة الحقوق العينية .

ثانيا : الشرط المتعلق بأداء الثمن و مصروفات العقد وباقي المصروفات الأخرى

بموجب المادة 292 من م ح ع فإنه يتعين على الشفيع أن يقوم بأداء ثمن الحصة المبيعة

و بأداء مصروفات العقد الازمة و المصروفات الضرورية عند الاقتضاء وذلك حتى يستطيع شفعة الحصة المبيعة الشائعة.

فبالنسبة لثمن البيع و حتى يكون الشفيع مستحقا لممارسة الشفعة ينبغي أن يكون قادرا على أداء الثمن وذلك بإيداعه بصندوق المحكمة²⁹

وفي الحالة التي يقع فيها اختلاف بين المشتري و الشفيع بخصوص الثمن الحقيقي كأن يدعي الشفيع بأن الثمن الوارد في العقد يزيد عن الثمن الحقيقي بقصد منع ممارسة حق الشفعة فينعد الاختصاص للقضاء الذي تكون له السلطة التقديرية في تقدير الثمن الحقيقي للحصة المشاعة .

أما بالنسبة لمصروفات العقد فيقصد بها كل المصروفات التي يكون المشتري قد اضطر لصرفها أثناء إبرام العقد كواجبات الموثق وتسجيل العقد وتقييده بالرسم العقاري اذا كان محظا.

أما بالنسبة للمصروفات الضرورية و النافعة عند الاقتضاء , و التي يتعين على الشفيع أن يدفعها للمشتري فيبقى أهمها قيمة التحسينات التي يكون مشتري الحصة المشاعة قد أدخلها عليها والناجمة عن عمله بعد شراءه الحصة وقبل تقديم طلب الشفعة.

وفي هذا السياق جاءت المادة 308 من م ح ع لتؤكد أن المشفوع منه اذا أضاف شيئا على الحصة المشفوعة من ماله بأن يبني أو يغرس فيها قبل الاعلان عن الرغبة في ممارسة حق الشفعة , فإنه في هذه الحالة تطبق الأحكام المتعلقة بالبناء و الغرس في أرض الغير , وهذه الأحكام جاءت بها المادة 237 من م ح ع , وفي هذه الحالة فان حسن النية في المشفوع منه تبقى قائمة الى حين اثبات العكس , و اذا كان المشفوع منه حسن النية فحسب الفقرة الثانية من المادة السابقة فان مالك العقار لا يمكنه أن يطالبه بإزالة المنشآت و

²⁸ قرار 94/1620 , الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 4 ماي 1994 مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 1997 ص 221

أشار اليه عبد العالي دقوقي م س ص 97

²⁹ عبد العالي دقوقي م س ص 98

الاغراس أو البنائيات , بل يمكن الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة أو أن يدفع مبلغا يعادل ازيد في قيمة الحصة.

أما اذا تم القيام بهذه التحسينات بعد الاعلان عن الرغبة في ممارسة الشفعة فهنا تطبق أحكام الباني أو الغارس سيئ النية , وتطبق مقتضيات الفقرة الاولى من المادة 237 من م ح ع .

أما بالنسبة للتحسينات الاقتصادية أي الواقعة لأسباب اقتصادية بغير فعل المشتري فلا يؤدي أي تعويض عنها³⁰

وطبقا للمادة 292 من م ح ع فان ممارسة حق الشفعة لا يكون صحيحا الا اذا أدى الشفيع في نفس الوقت الثمن و المصروفات .

وبالرجوع الى المادة 306 من م ح ع فان الأخذ بالشفعة يفرض على طالب الشفعة تقديم طلب بخصوصها الى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة , يلتزم فيه الادن له بعرض الثمن و المصروفات الظاهرة للعقد عرضا حقيقيا , غير أنه اذا رفض المشفوع منه العرض العيني الحقيقي فان الراغب في الشفعة يجب عليه ايداع الثمن و المصروفات بصندوق المحكمة داخل الأجل القانوني و الا سقط حقه في الأخذ بها³¹.

وهنا يطرح تساؤل هل تسقط الشفعة من تاريخ المقال الرامي الى العرض العيني أم من تاريخ تبليغ العرض أم من تاريخ ايداع الثمن و المصاريف؟

الاجتهاد القضائي متردد . و الأسلم أنه من تاريخ الايداع اذا كان الثمن وما يتبعه معلوما سواء كان الثمن بالاتفاق أو التقدير وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا عدد 999 بتاريخ 1980/12/24 منشور بمجلة قضائه عدد 27 ص 46.

وهذا الاجتهاد موافق من جهة للفقهاء الذي لا يعتد بمجرد الرغبة في الشفعة اد لا بد من اظهار الملاءة , ومن جهة أخرى فان طلب الايداع دون ايداع هو تعبير عن مجرد الرغبة في الشفعة وهذا لا يكفي اد لا بد من المسارعة الى الايداع داخل الأجل , وبهذا الأخير يتم احترام أجل الشفعة الذي هو أجل السقوط وليس أجل التقادم³².

وقد يطرح تساؤل آخر في الحالة التي يفصح فيها المشفوع منه أثناء العرض العيني عن قيمة مخالفة للظاهر في العقد هل هو اقرار يأخذ به القضاء؟

نعم لأنه في حكم قبول العرض أو رفضه . الا اذا طعن في محضر العرض العيني.

³⁰ مأمون الكزبري م س, ص 185

³¹ حليلة بنت المحجوب بن حفو . م س . ص 126

³² مجلة الدفاع تصدرها هيئة المحامين بسلطات العدد السابع دجنبر 2013 . دراسة اجتهادات قضائية . ص.90

والشفيع في هذه الحالة حسب بعض الاجتهادات يكون له الخيار :³³

اذا كان الاقرار بثمن أقل من الظاهر , اما أن يصدق و يضع المبلغ رهن اشارة المشفوع منه ولا يمين على هذا الأخير واما أن يضع المبلغ الظاهر ولا يمين لأن الشفيع مخير بين الظاهر وبين الأقل .

أما اذا كان القرار بأكثر من ظاهر الثمن , فالشفيع مخير مع يمين المشفوع منه في الظاهر , و عدم يمينه فيما أقر به لكون الشفيع راضيه.

ثالثا : الشرط المتعلق بممارسة الشفعة في كافة الحصص المبيعة

ان ممارسة الشفعة تتم في كافة الحصص المبيعة وليس على جزء منها , وهذه القاعدة تجد سندها القانوني في الفقرة الأولى من المادة 296 من م ح ع , والتي أكدت على أن الشريك اذا باع حصته لأجنبي في ملك مشاع فيجب على الشفيع أن يأخذ الحصة المبيعة بكاملها أو أن يتركها , وهو نفس المبدأ الذي أكدته الفقرة الثانية من الفصل 974 من ق ل ع حين أكدت أن لكل واحد من المالكين على الشياح أن يشفع بنسبة حصته , فادا امتنع غيره عن الأخذ بها يلزمه أن يشفع الكل , ومن ثم اذا كانت الحصة المبيعة تشكل ربع المال فينبغي ممارسة الشفعة بشأن بشأن كافة الربع المبيع و ليس في جزء منه .

رابعا : الشرط المتعلق بإثبات التفويت

لقد جاء في المادة 295 من مدونة الحقوق العينية « أنه يتعين على طالب الشفعة اثبات بيع الحصة المطلوب شفعتها . فادا كان العقار محظا يتعين عليه اثبات تقييد البيع بالرسم العقاري »

وهنا يطرح تساؤل حول كيفية اثبات البيع ؟

هذا التساؤل يطرحه اضطراب المجلس الأعلى سابقا و محكمة النقض حاليا في بعض أحكامه فهو تارة لم يقبل بإقرار المشتري بالبيع لعل أنه لا يحكم بين اثنين في مال ثالث قرار 134 بتاريخ 22 يناير 1980 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 4 ص 42.

وتارة قبل بإقرار المشتري و عدل عن القاعدة الفقهية السابقة , على اعتبار أن نسبية الأحكام لم تترك لهذه القاعدة مجالا للتطبيق بحيث تسمح لمن تضرر بسلوك الطعن . قرار 38 بتاريخ 22 يناير 1980 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27 ص 105.

و الأولى بالمشرع أن يتخذ موقفا واضحا دفعا لكل تردد , وأن يأخذ بما ذهب اليه القرار الأول لكون عقد البيع أصبح من السهل الحصول عليه بعد أن ألزم المشرع أن يكون البيع في العقار بعقود رسمية طبقا للمادة 4 من م ح ع³⁴.

و بالرجوع الى المادة 295 من م ح ع نجد أن المشرع قد ألزم الشفيع بإثبات التفويت , و ذلك بإثبات تقييد البيع بالرسم العقاري اذا كان العقار محفظا , اما اذا كان العقار في طور التحفيظ فان الشفيع عليه اثبات التفويت وتضمينه بتعرضه على مطلب التحفيظ الخاص بالعقار الذي في طور التحفيظ المادة 305 من م ح ع .

وهنا يطرح تساؤل مهم حول نوع التعرض الذي نص عليه المشرع في اطار المادة 305 من مدونة الحقوق العينية؟

هل يقصد به التعرض الذي يكون في شكل التعرض على المطلب في مواجهة طالب التحفيظ ؟
لا نضمن ذلك لأن البيع قد يكون من طالب التحفيظ نفسه فلا وجه للتعرض بهذا المعنى.

وهو كذلك ليس التعرض المشار اليه في الفصل 29 من ظ.ت.ع لأن الأمر لا يتعلق بخصوص من فاتهم أجل التعرض وانما يتعلق بالشفيع.

³⁴ مجلة الدفاع . م س . ص 102

المبحث الثاني : ممارسة الشفعة و الأحكام المترتبة عنها

بتوافر الشروط و الاركان المنصوص عليها في مدونة الحقوق العينية في الشفعة و لكي تكتمل هذه الاخيرة من أجل استرجاع الحصة المبيعة لا بد من اتباع بعض الاجراءات للأخذ بها و بتحقق هذه الاخيرة و ثبوتها يترتب عن ذلك مجموعة من الآثار {المطلب الأول} كما يمكن أن ينتج عن ذلك سقوط حق الشريك في الشفعة بتحقق بعض الشروط بالإضافة الى الاشكالات التي قد تطرحها الشفعة بصفة عامة {المطلب الثاني}

المطلب الاول : اجراءات ممارسة الشفعة و آثارها

بعد تتحقق الشروط المنصوص عليها مدونة الحقوق العينية لا بد للأخذ بالشفعة من سلوك بعض الاجراءات لتحقيقها { فقرة اولى } و يترتب على ذلك مجموعة من الآثار { فقرة ثانية }

الفقرة الاولى : اجراءات ممارسة الشفعة

إذا رغب الشريك في ممارسة حقه في الشفعة فله ان يبلغ رغبته هذه الى المشفوع منه بطريقة حبية { اولاً } فاذا لم يقبل المشفوع منه ان يمكن الشفيع من حقه ،جاز لهذا الاخير اللجوء الى القضاء ليتمكنه من حقه {ثانياً}

اولاً : اجراءات ممارسة الشفعة رضاء

تسمى هذه الاجراءات بالوسائل الحبية ذلك لكونها تمكن الشفيع من ممارسة حق الشفعة في مواجهة المشتري دون اللجوء الى المؤسسة القضائية ، فإعمال هذه الطريقة نادر جداً ان المشتري غالباً ما يعرض عن تحويل الشفيع ممارسة هذا الحق ودياً و لكن مع ذلك تظل ممكنة عندما يبدي الشريك على الشياح رغبته في ممارسة حق الشفعة في الشخص المفوت ، فيتقدم الى المشتري راغباً أداء الثمن و المصروفات التي سبق لهذا الاخير أدائها.³⁵

فعندما يعلم احد المشتاعين بتقويت شريكه حصته كلياً او جزئياً لشخص اخر اجنبي او ل احد المشتاعين ، و يريد ان يمارس حقه في الشفعة يتقدم بالطلب للمشتري بصفة حبية ليتخلّى له عنها مقابل الثمن و المصروفات فيستجيب له هذا الاخير فيصوغان هاته الشفعة في عقد.

³⁵ - عبد المجيد لعميري " اجراءات الشفعة " مقال منشور بجريدة " القانونية " عدد 301 دون ذكر السنة

كما أن الشفعة يمكن أن تتم بنفس الكيفية بمبادرة من المشتري عندما يبادر الى تبليغ حصول شرائه الى أحد الشركاء أو جميعهم ليشفعوا أو يسقطوا فيصادف في نفوسهم رغبة في الشفعة.³⁶

و يتعين على المالك الجديد ان يبلغ رغبته في الشفعة اما بواسطة رسالة أو رسول أو مباشرة ، فاذا قبل هذا المشفوع منه أن يمكن هذا الشريك من الشفعة حضرا أمام عدلين و وقع الاشهاد عليه بتمكينه الشفيع من الشفعة و توصله بالثمن و المصاريف ، أو بأنه رضي أن يؤخر الثمن عن الشفيع الى تاريخ محدد ، و بذلك تنتهي القضية و ينتقل النصيب المشفوع الى ملكية الشفيع ، وحسب الاتجاه الراجح فقها فان الاشهاد العدلي لا ينتج اي أثر قانوني في مجال الشفعة الا اذا وقع بمحضر المشفوع منه ، او تم تبليغه اليه بصفة شخصية ، ما لم يكن في حالة غيبة.³⁷

و تجدر أنه اذا تم الاشهاد بالشفعة فلا يخلو حال المشتري من أحد أوجه ثلاثة ، اما ان يوافق الشفيع في مطلبه ، أو يسكت أو يرفضه .³⁸

فان وافق الشفيع في مطلبه ، فيتحتّم على هذا الاخير ان يسلمه الثمن و المصاريف ، و لا يمكن لأي منهما الرجوع عما صرح به ، لان عملية الاستشفاع هذه تقرر عقدا لازما لهما معا ، ليس لأي منهما التحلل منه .

و ان سكت المشتري عن الشفيع في مطلبه ، فان هذا الاخير ان أحضر له مبلغ الثمن و المصاريف ، فان المحكمة تجبره على تسلمه ، و ان لم يحضره ، أجلته باجتهادها ، فاذا انقضى و لم يأت بشيء ثبت الخيار للمشتري بين أمرين :

- بين أن يبقى متمسكا بطلب الثمن و المصاريف ، و تسليم الحصة للشفيع ، مما يدفع المحكمة أن تقرر حجز أموال الشفيع ، لاستيفاء دينه .

- و بين أن يطلب من المحكمة اصدارها قرارها بسقوط شفעתه و يبقى الحصة لنفسه

و ان رفض المشتري مطلب الشفيع ، ففي هذه الحالة ، ان عجل الشفيع مبلغ الثمن و المصاريف أجبرت المحكمة المشتري على تسلمه ، و تسليم الحصة المشاعة للشفيع ، و ان لم يعجله فإنها في هذه الحالة لا تؤجله باجتهادها لإحضار الثمن ، بل لمجرد ما يتبين لها عجزه عن احضار ذلك ، يثبت الخيار للمشتري بين أمرين :

- بين أن يطلب من المحكمة اصدار قرارها بسقوط شفעתه ، و يبقى الحصة لنفسه

³⁶ - فدوى بوزكري " الاجراءات المسطرية لممارسة حق الشفعة وفقا لمستجدات قانون 39-08 " رسالة لنيل دبلوم الماستر ، القانون الخاص سنة 2013/2012

³⁷ - السعيد بوزكري ، الشفعة و مجالات تطبيقها ، مجلة رسالة المحاماة ، العدد 8 سنة 1991 بالواسطة

³⁸ - فدوى بوزكري " الاجراءات المسطرية لممارسة حق الشفعة وفقا لمستجدات قانون 39-08 " م ، س ، ص 89

- و بين ان يتمسك بطلب الاستشفاع ، و تسليم الحصة ، متابعا الشفيع باستيفاء مبلغ الثمن بحيث تقرر المحكمة حجز امواله و تبيع منها لاستيفاء ديونه.³⁹

و نظرا لكون طلب الشفعة يتوقف على اثبات البيع و الملكية على الشياح و لا يحكم بها في حالة عدم ثبوتها او ثبوت أحدهما ، فان المشفوع منه عند المطالبة بالشفعة اما ان ينكر الشركة و الشياح او ينكر أحدهما ، و اما ان يدعي كونه اشترى مقسوما ، او يدعي اسقاط الشفعة ، او نسيان الثمن لطول المدة ، او كونه قام بتقويت الشيء المطلوب شفعته.

فاذا انكر المشتري المطلوب بالشفعة الشركة و الشراء معا ، او احدهما فقد وجب عل الشفيع لكي يحكم له بالشفعة ان يثبت الامرين معا و استمرار الشركة على الشياح الى حين البيع .

هذا من حيث امكانية ممارسة الشفعة رضاء ، اما اذا لم يقبل المشفوع منه أن يمكن الشفيع رضاء ، جاز لهذا الاخير ان يلتجئ الى القضاء .

ثانيا : ممارسة الشفعة قضاء

جاء في حكم صادر عن ابتدائية قنيطرة ما يلي "... وحيث لما كان حق الشفعة في عقار محفظ يقع بالتعبير الصريح عن ممارستها ... و ما دام أن تقديم الدعوى يعد اعلانا للشفيع برغبته في ممارستها حق الشفعة و التي تم تبليغها للمشفوع منه الذي أجاب عنها ... حكمت المحكمة باستحقاق المدعي للشفعة ...⁴⁰

و المدعي في دعوى الشفعة هو الشفيع الذي يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف،⁴¹

لان الأخذ بالشفعة من اعمال التصرف و ليس عمل اداري ، فهو كالبيع يقوم به الشخص بنفسه او بواسطة الغير بوكالة خاصة ، اما اذا كان الشفيع محجورا عليه لصغر سنه او سفه ، فان وليه القانوني من اب او وصي او مقدم هو الذي يتولى مكانه لرفع دعوى الشفعة .

بينما يكون المدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل شخص تملك حصة في ملك مشترك بعوض ، و يسمى المشفوع منه و ترفع دعوى الشفعة بصفة أساسية ضده لأنه هو الخصم الاصيلي ، أما البائع حسب التشريع المغربي فليس لزاما ادخاله في الدعوى و لا يترتب على اغفاله في مقال الدعوى عدم القبول او السقوط ،⁴² فقد ورد في قرار صادر عن المجلس الاعلى سابقا محكمة النقض حاليا ، ان عدم اشراك البائع في دعوى الشفعة لا يؤثر في قبول

³⁹ - نفس المرجع ص 90

⁴⁰ - حكم رقم 314 صادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، بتاريخ 2007/10/04 ، ملف عقاري عدد 181/7 غير منشور ، مشار اليه "فدوى بوزكري" الاجراءات المسطرية لممارسة حق الشفعة وفقا لمستجدات قانون 39-08 " ص 93

⁴¹ - و ذلك حسب الفقرة الاولى من الفصل الاول من قانون المسطرة المدنية الذي ينص " لا يصح التقاضي الا ممن له الصفة و الاهلية و المصلحة لإثبات حقوقه"

و عليه يتعين على الشفيع لممارسة الشفعة بلوغ السن القانوني المحدد حسب مدونة الاسرة من خلال مادتها 209 في 18 سنة شمسية كاملة .

⁴² - فدوى بوزكري " الاجراءات المسطرية لممارسة حق الشفعة وفقا لمستجدات قانون 39-08 " م ، س ، ص 94

طلب استحقاق الشفعة الذي يجب ان يكون ضد المشفوع منه ،⁴³ الا ان احضاره في الدعوى له أهمية بالغة لان الشفيع يحل محل المشتري و قد يكون عقد البيع متضمنا بعض الشروط الخاصة التي سيواجه بها كل من الشفيع و البائع بعضهما البعض كما في حالة ظهور العيوب الخفية او بكيفية الاداء او تأجيل الثمن او بتوقيف البيع على اجل واقف او على صورية الثمن .

اما بالنسبة للمحافظ على الاملاك العقارية ، فان كان ادخاله ليس الزاميا اذا تعلق الامر بعقار محفظ ، غير انه من الانسب ادخاله كطرف اساسي لاعتبارين : الاول كونه الذي سينفذ الحكم باستحقاق الشفعة ، و الثاني لتجنب العراقيل التي قد تعترض اجراءات هذا التنفيذ.⁴⁴

و عليه يتم اللجوء الى القضاء عن طريق رفع طلب الى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار موضوع الشفعة في دائرتها ، يشمل على جميع البيانات اللازمة من اسم الطرفين و عنوانهما ، و البيانات الكافية لتعيين العقار موضوع الشفعة ، ومقدار النصيب الذي يطلب شفيعته ، و تاريخ انتقاله الى المشفوع منه ، او تاريخ علمه بهذا الانتقال،⁴⁵

و ينبغي على طالب الشفعة ان يرفق مقاله بما يثبت شركته على الشياح فيما يطلب شفيعته ، وما يثبت انتقال النصيب المشفوع الى المدعى عليه بالبيع ،

بالإضافة الى هذا ينبغي على الشفيع عرض الثمن و توابعه على المشتري و ايداعه بصندوق المحكمة ،⁴⁶ و ينبغي ان يكون هذا العرض حقيقيا و اذا رفض المشتري تسلم الثمن منه ، يودعه بصندوق المحكمة داخل الاجل القانوني ،

و ايداع كل الثمن يعتبر اجراء سابق عن رفع الدعوى ، و يعتبر من الاجراءات الاساسية التي لا غنى للشفيع عنها ، وذلك تحت طائلة سقوط حقه في الشفعة،

وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية بشفشاون في حكمها عدد 94/4 الصادر بتاريخ 2009/01/07 ، حيث اعتبرت ان " الشفعة لا تعتبر انها وقعت بصفة قانونية الا اذا قدم طالب الشفعة و داخل الاجل القانوني بعرض ثمن العقار المطلوب شفيعته و مصاريفه

⁴³ - قرار المجلس الاعلى رقم 596 ، بتاريخ 1 يوليوز 1986 ، في الملف العقاري عدد 844739 ، منشور بمجلة القضاء و القانون ، العدد

139

⁴⁴ - فدوى بوزكري " الاجراءات المسطرية لممارسة حق الشفعة وفقا لمستجدات قانون 39-08 " م ، س ، ص 94

⁴⁵ - و يلاحظ ان دعوى الشفعة تخضع لنفس الاحكام العامة المنصوص عليها في رفع الدعاوى وفق قانون المسطرة المدنية ، و لم يخص المشرع المغربي دعوى الشفعة بنوع من التنظيم على خلاف بعض التشريعات المقارنة ، حيث نص المشرع المصري في المادة 943 من القانون المدني المصري عليها بقوله " ترفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري امام المحكمة الكائن بدائرتها العقار ، و تقيد بالجدول ، و يكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، و الا سقط الحق فيها ، و يحكم في الدعوى على وجه السرعة

⁴⁶ - تجدر الإشارة الى انه لا يمكن للشفيع ايداع الثمن بصندوق المحكمة قبل مباشرة عملية العرض العيني على المشتري . و هو ما أكدته قرار محكمة النقض عدد 602 الصادر بتاريخ 4 مارس 1992 في الملف المدني عدد 87.4180 ، و الذي جاء فيه " لا يلتجئ للعرض و الايداع الا اذا امتنع الدائن عن القبض " قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 46

عرضا عينيا حقيقيا على المشفوع منه و تحرير محضر بذلك و ايداعه بصندوق المحكمة و ان يتم ذلك داخل الاجل⁴⁷،

بعد ان يتقدم الشفيغ امام المحكمة لرفع الدعوى و ذلك بمقال مرفق بالوثائق اللازمة و من ذلك الوثائق المثبتة لاستحقاقه الحصة المشفوعة ، فان المحكمة تصدر حكما اما بالمصادقة على العرض العيني و استحقاق الشفيغ الحصة او بإلغاء الدعوى.

فاذا صدر حكم نهائي بالمصادقة على العروض العينية فان الشفيغ يستحق الحصة المشفوعة و يكتسبها عن طريق الشفعة ، و يكون الحكم النهائي سندا لملكية الشفيغ و يترتب عن ذلك مجموعة من الآثار القانونية كما ما سنتطرق لها من خلال الفقرة الموالية .

الفترة الثانية : الآثار المترتبة عن الأخذ بالشفعة

خص المشرع المغربي آثار الشفعة بالمواد من 307 الى 310 من مدونة الحقوق العينية .

و هكذا ، فاستقراء المواد المذكورة يتضح ان الشفعة سواء كانت بالمرضاة أو بموجب حكم قضائي يترتب على الاخذ بها تملك الشفيغ للحصة المبيعة ، و الزام المشفوع منه برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيغ ابتداء من تاريخ المطالبة بالشفعة ،⁴⁸

فتملك الشفيغ للحصة المشفوعة يعد أهم أثر يترتب عن الشفعة، بحيث ان هذا الشفيغ الذي مارس حق الشفعة يحل محل المشتري و يعتبر خلفا للبائع لا خلفا للمشتري،⁴⁹ و هنا نتساءل عن اللحظة التي يصبح فيها الشفيغ مالكا للحصة المشفوعة ؟ و مصير الغلة التي تمنحها الحصة المشفوعة و هي بيد المشفوع منه ؟ و مصير التصرفات المستحدثة من طرف المشفوع منه على الحصة المشفوعة ؟

الجواب عن هذه الاسئلة يستلزم منا دراسة وقت انتقال ملكية الحصة المشفوعة الى الشفيغ {اولا} قبل دراسة مآل التصرفات التي استحدثتها المشفوع منه على الحصة المشفوعة {ثانيا}

أولا : وقت تملك الحصة المشفوعة

تنص المادة 307 من م.ح.ع على انه " اذا تم التراضي على الاخذ بالشفعة أو حكمت بها المحكمة فان الشفيغ يملك الحصة المبيعة مع مراعاة مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 اغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري"⁵⁰

47 - حكم عدد 09/4 بتاريخ 2009/01/07 في الملف العقاري رقم 10/08/124 منشور بموقع مدونة القانون المغربي

48 - حليمة بنت المحجوب بن حفو "القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات" المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الثانية 2019 ص 130

49 - ادريس الفاخوري "الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08" مطبعة المعارف الجديدة 2017 ص 119

50 - ظهير الشريف رقم 1.11.177 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 {22 نوفمبر 2011} بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير و المتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 {12 اغسطس 1913} المتعلق بالتحفيظ العقاري

من خلال هذه المادة يتضح ان هناك اختلاف حول وقت تملك الشفيع للحصة المشفوعة بين العقار غير المحفظ و العقار المحفظ.

فبالنسبة للعقار غير المحفظ ، و بناء على المادة 307 من م.ح.ع فان ملكية الحصة المشفوعة تنتقل الى الشفيع من يوم التراضي بين الشفيع و المشفوع منه على الشفعة اذا حصل التراضي بينهما عليها⁵¹ كما أكدت على ذلك محكمة النقض في احدى القرارات الصادرة عنها الذي جاء فيه :

" الشفيع لا يصبح مالكا بأداء الثمن الا اذا وقع اتفاق ودي بين الشفيع و المشتري "⁵²

اما اذا لجأ الشفيع الى القضاء من أجل الحكم له بالشفعة ، فان الشفيع لا يصبح مالكا للحصة المشفوعة الا بعد صدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به القاضي باستحقاق الشفعة ، و هذا هو المعمول به في الفقه المالكي لقول الشيخ خليل

" ملك بحكم او دفع ثمن او اشهاد "

و في هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض :

" ان الشفيع لا يستحق غلة الشق المشفوع قبل ان يحكم له باستحقاق الشفعة تطبيقا للقاعدة الفقهية " من ملك ان يملك لا يعد مالكا" بمعنى أن الشريك يكون أجنبيا عن نصيب شريكه ، و اذا استعمل حق الشفعة و حكم له باستحقاقها حينئذ يصبح مالكا لذلك النصيب " ⁵³

و نجد لهذا المقتضى الذي اعتمدته مدونة الحقوق العينية و محكمة النقض اساسه في الفقه المالكي ،

اما بالنسبة للعقار المحفظ ، فانه بحسب المادة 307 من م.ح.ع ، فان وقت تملك الحصة المشفوعة يخضع لمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري ، و عليه و بناء على الفقرة الاولى من الفصل 66 من هذا الظهير التي تنص على أن

" كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير الا بتقييده ، و ابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الاملاك العقارية "

⁵¹ - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص 2015.2016 ص 111/110

⁵² - قرار عدد 106 صادر بتاريخ 15 يناير 1992 في الملف المدني 86/4375 ، تمت الاشارة اليه في المرجع السابق

⁵³ - قرار عدد 761 صادر بتاريخ 7 مارس 2007 في الملف المدني عدد 2005/2/1/2130 منشور بالموقع الالكتروني

www.jurisprudencemaroce.com بالواسطة

و جاء في قرار آخر لنفس المحكمة :

" اذا لم يقع اي تراضي بين الطرفين فان الامر يبقى متروكا للمحكمة التي تفصل في النزاع و لا يصبح الشفيع مالكا الا من يوم صيرورة الحكم القاضي بالشفعة "

- قرار عدد 106 صادر بتاريخ 15 يناير 1992 في الملف المدني عدد 88/3963 ، بالواسطة

و بناء على الفصل 67 من نفس الظهير الذي ينص على ما يلي :

" ان الافعال الارادية و الاتفاقات التعاقدية ،الرامية الى تأسيس حق عيني او نقله الى الغير او الاقرار به او تغييره او اسقاطه ، لا تنتج اي اثر و لو بين الاطراف الا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري ، دون الاضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض و كذا بإمكانية اقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم "

يلاحظ من خلال هذا انه كلما تعلق الامر بعقار محفظ فان الشفيع لا يصبح مالكا للحصة المشفوعة الا بعد تقييد الحكم القاضي بالشفعة او الاتفاق بين الشفيع و المشتري حال التراضي بالرسم العقاري ، اما قبل ذلك فليس للشفيع الا مجرد حقوق شخصية .

ثانيا : مآل الغلة و التصرفات المستحدثة من طرف المشفوع منه

عند انتقال الحصة المشفوعة الى المشتري قد يعتمد هذا الاخير الى التصرف فيها قبل انتقالها الى الشفيع ، كما انها ستننتج غلة ، لذلك يطرح التساؤل حول مآل هذه التصرفات و مآل الغلة ؟

أ - مآل الغلة

حسب المادة 309 من م.ح.ع⁵⁴ ، فان المشفوع منه لا يلزم الا برد الثمار للشفيع من تاريخ اعلان هذا الاخير عن رغبته في الشفعة عن طريق رفع الطلب الى رئيس المحكمة المختصة ، و يتوافق هذا المقتضى لمدونة الحقوق العينية مع مقتضيات الفصل 103 من ق.ل.ع⁵⁵ ، الذي يلزم الحائز حسن نية برد الثمار فقط من تاريخ المطالبة القضائية ،

اما بالنسبة لموقف الفقه المالكي ، فان الشفيع لا يستحق الثمار و الغلة الا بعد الاخذ بالشفعة ، وليس من تاريخ المطالبة بالشفعة ،⁵⁶

ب - مآل التصرفات المستحدثة من طرف المشفوع منه

باستقراء المواد 308 و 310 من مدونة الحقوق العينية يستنتج ان هناك نوعين من التصرفات التي يمكن ان يأتيها المشفوع منه قبل الاعلان عن الشفعة من طرف الشفيع ، هناك التصرفات المادية و التصرفات القانونية ،

⁵⁴ - التي تضمنت " لا يلتزم المشفوع منه برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع الا من تاريخ المطالبة بالشفعة "

⁵⁵ - تضمنت هذه المادة " الحائز عن حسن نية يملك الثمار ، و لا يلزم الا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء ، و ما يجنيه منها بعد ذلك .

و هو يتحمل ،من ناحية اخرى ،مصروفات الحفظ و مصروفات جني الثمار .

الحائز حسن النية هو من يجوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها"

⁵⁶ - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص 113

- فيما يتعلق بالتصرفات المادية

فالمشرع المغربي نظم مآل التصرفات المادية بموجب المادة 308 من م.ح.ع⁵⁷ ، وحسب هذه المادة فإن الامر يطرح فرضيتين:

الفرضية الاولى : اذا ادخل المشفوع منه التعديلات على الحصة المشفوعة قبل اعلان الرغبة في الشفعة ،وجب تطبيق الاحكام المتعلقة بالبناء و الغرس في أرض الغير بإذنه او شبهة الملك،⁵⁸ و بالتالي يمنح الشفيع عند تملك الحصة المشفوعة الخيار بين ان يؤدي قيمة المواد مع اجرة اليد العاملة او يدفع مبلغا يعادل ما يزيد في قيمة الملك ، حسب منطوق الفقرة الثانية المادة 237 من م.ح.ع⁵⁹

الفرضية الثانية : اذا قام بتلك التعديلات بعد اعلان الرغبة في الشفعة ، تعين تطبيق الاحكام المتعلقة بالبناء و الغرس في ارض الغير بدون اذنه⁶⁰، و في هذه الحالة يمنح للشفيع الخيار بين الاحتفاظ بالتحسينات مع اداء قيمة المواد و بين الزام المشفوع منه بإزالتها على نفقته و ارجاع حالة الارض الى ما كانت عليه قبل احداث الغرس او البناء كما جاء في الفقرة الاولى من المادة 237 من م.ح.ع⁶¹.

و هذا ما أكدته محكمة الاستئناف بمراكش في قرار لها جاء فيه :

"الباني او الغارس سيء النية يطلب منه ازالة ما بناه او غرسه او يأخذ عوضا عنه قيمته"⁶².

- اما فيما يتعلق بالتصرفات القانونية

بخصوص التصرفات الناقلة للملكية او الحق العيني او المنشئة لهذا الحق ، فانه متى تعلق الامر بالعقار غير المحفظ فإنها تكون باطلة ،حسب منطوق المادة 310 من م.ح.ع،

و هذا ما سبق لمحكمة النقض ان اكدت عليه في أحد القرارات الصادرة عنها بغرفتين ،الذي جاء فيه⁶³

⁵⁷ - تنص المادة 308 من م.ح.ع على " اذا اضاف المشفوع منه شيئا في الحصة المشفوعة من ماله بأن بنى او غرس فيها فان قام بذلك قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة طبقت الاحكام المتعلقة بالبناء و الغرس في ارض الغير بإذنه او شبه الملك ، اما اذا قام بذلك بعد اعلان الرغبة في الشفعة فتطبق الاحكام المتعلقة بالبناء و الغرس في ارض الغير دون اذن "

⁵⁸ - حليلة بنت المحبوب بن حفو " القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات " م.س ص130

⁵⁹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 237 من م.ح.ع على "...اذا احدثت الاغراس او البناءات او المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الارض في دعوى استحقاق و لم يحكم عليه برد ثمارها نظرا لحسن نيته فان مالك العقار لا يمكنه ان يطالب بإزالة المنشآت او الاغراس او البناءات المذكورة ، غير انه يمكن له الخيار بين ان يؤدي قيمة المواد مع اجرة اليد العاملة ، او يدفع مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك"

- حليلة بنت المحبوب بن حفو " القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات " م.س ص130⁶⁰ -

⁶¹ - تنص الفقرة الاولى من المادة 237 من م.ح.ع "اذا قام احد بإحداث اغراس او بناءات او منشآت عن سوء نية و بدون علم مالك العقار ، فلهذا الاخير الحق اما في الاحتفاظ بها مع اداء قيمة المواد و اما الزام محدثها بإزالتها على نفقته مع ارجاع حالة الارض الى ما كانت عليه قبل احداث الاغراس او البناءات او المنشآت "

⁶² - قرار عدد 651 {دون الإشارة لتاريخ صدوره} في الملف المدني عدد 86/2169 ، اشار اليه الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م . س ص 115

"عندما ارتأى طالب الشفعة الاخذ بها من يد المشتري الاول فالشراء الثاني يصبح كأن لم يكن ، و يكون القرار قد طبق القاعدة الفقهية "أخذ بأي بيع شاء ... و عهده عليه و نقض ما بعده " الشيخ خليل

اما بخصوص العقار المحفظ، فانه طبقا للفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري نجد ان مجرد تقييد الشفيع للحكم القاضي بالشفعة في الرسم العقاري يجعل التصرفات الاخرى المنجزة على الحصة المشفوعة عديمة الاثر.

و يثار التساؤل في هذا السياق بخصوص مآل عقود الكراء بعد الحكم بالشفعة ؟

يلاحظ ان المشرع في المادة 310 من م.ح.ع السالفة الذكر اشار فقط الى بطلان التصرفات الناقلة للملكية او الحق العيني او المنشأة له، و في ظل غياب أي مقتضيات في النصوص المنظمة لعقد الكراء المدني خاصة قانون 67.12⁶⁴ المتعلق بتنظيم العلاقة التعاقدية بين المكري و المكثري للمحلات المعدة للسكن او للاستعمال المهني و المنظمة للكراء التجاري تنهي العلاقة الكرائية بسبب تغير مالك العين المكتراه،

و مادامت محكمة النقض قد استقرت على اعتبار الشفعة استحقاقا و ليست بيعا فانه لا مانع من استمرار العلاقة التعاقدية بعد الاخذ بالشفعة.⁶⁵

وهذا ما اكدته محكمة النقض في احد قراراتها الذي جاء في نصه⁶⁶ :

"المستقر فقها و قضاء ان الاخذ بالشفعة استحقاق و ليس بيعا و بذلك فطبقا للفصل 897 من ق.ل.ع اذا استحق الشيء المكثري تبث للمستحق الخيار في ان يحتفظ بالكراء القائم و بين ان يفسخه و من جهة ثانية فان للمشتري المشفوع منه غلة الشقص و تماره الى وقت الاخذ بالشفعة و المحكمة مصدرة القرار لما تبث لها ان المطلوب قد استحق الشقص المشفوع ، بمقتضى القرار الاستئنافي الصادر بتاريخ 2001/6/28 و رتبته على ذلك عدم الزامه بعقد الكراء المبرم بين المشفوع منه و الطالب الثاني بعد البيع و قضت على الطالب و من يقوم مقامه بالإفراغ من الشقص المشفوع و رده الثمار للمطلوب الشفيع من ذلك التاريخ تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما و لم تتناقض في حيثياتها فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا ..."

⁶³ - قرار عدد 871 صادر بتاريخ 10 فبراير 1998 في الملف المدني عدد 4312/96 اشار له الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص 116

⁶⁴ - ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 { 19 نوفمبر 2013 } تنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و المكثري للمحلات المعدة للسكنى او للاستعمال المهني : الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 { 28 نوفمبر 2013 } ص 7328

⁶⁵ - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص 117

⁶⁶ - قرار عدد 4504 صادر بتاريخ 31 دجنبر 2008 في الملف المدني عدد 2007/3/1/2226 منشور بالموقع الالكتروني www.jurisprudencemaroc.com

و يأتي هذا الموقف لمحكمة النقض مخالفا لموقف كل من محكمة الاستئناف بالقنيطرة و ابتدائية وزان ، عندما قضتا بان الحكم بالشفعة يضع حدا للعلاقة الكرائية تماشيا مع المعمول به في الفقه المالكي .⁶⁷

المطلب الثاني : أسباب سقوط الشفعة و بعض اشكالاتها

رغم توفر أركان و شروط الاخذ بالشفعة ، لا يحق للشفيع الاخذ بالشفعة عند توفر سبب من أسباب سقوطها ، التي أشارت مدونة الحقوق العينية لبعضها في المادة 311 و البعض الآخر في مواد أخرى {فقرة أولى} بالإضافة الى أن الشفعة بصفة عامة تطرح العديد من الاشكالات لا على المستوى القانوني أو على المستوى الواقعي {الفقرة الثانية}

فقرة أولى : أسباب سقوط الشفعة

حسب المادة 311 من م.ج.ع⁶⁸ يسقط الحق في الشفعة ، اذا تنازل الشفيع عنها صراحة بشرط ان يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها ، و اذا اشترى الحصة التي باعها شريكه من مشتريها أو قاسمه فيها ، و ذا باع حصته التي يشفع بها ، و لو كان لا يعلم ان شريكه قد باع حصته قبله ، بالإضافة الى الاسباب التي عدتها المادة 311 السالف ذكرها قد تسقط الشفعة بعدم ممارستها داخل الآجال المحددة قانونا

- تنازل الشفيع عن حق الشفعة

يعد التنازل الصريح احدى مسقطات الحق في الشفعة ، كما نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة 311 من م.ج.ع ، و عليه اذا قام احد الشركاء ببيع حصته و تنازل الشريك الاخر عن حقه في ممارسة الشفعة صراحة ، فان ذلك يلزمه و لا يمكن له بعد ذلك ممارسة حقه في الشفعة .

و تجدر الاشارة الى انه قبل صدور مدونة الحقوق العينية كانت الفقه يتجه نحو الاخذ حتى بالتنازل الضمني عن المطالبة بالشفعة من طرف الشفيع ، و من التطبيقات الفقهية لذلك عدم المطالبة بالشفعة على الرغم من ان الشفيع رأى المشتري يتصرف في الحصة المباعة تصرف المالك في ملكه ، لقول الشيخ خليل :

67 - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص 117

68 - تنص المادة 311 من م.ج.ع على "يسقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة :

- اذا تنازل عنها صراحة بشرط ان يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها

- اذا اشترى الحصة التي باعها شريكه من مشتريها او قاسمه فيها

- اذا باع حصته التي يشفع بها ، و لو كان لا يعلم ان شريكه قد باع حصته قبله .

"و سقطت ... او سكت بهدم او بناء" 69

و هو نفس الاتجاه الذي ذهبت نحوه محكمة النقض اذ صدر في هذا قرار لمحكمة النقض جاء فيه :

"... برجعنا الى قول الشيخ خليل : و سقطت اي الشفعة ان قاسم او اشترى او استاجر او باع حصة او سكت بهدم او بناء . اي أن المالك الجديد اذا تصرف بالهدم و البناء و رأى الشريك الاخر ذلك و علم بالمعاوضة التي انتقلت بها تلك الحصة الى المالك الجديد و مع ذلك سكت عنه و لو مدة يسيرة و لم يبادر الى طلب الشفعة فان حقه في الشفعة يسقط و لو لم يمض الاجل المحدد لممارستها كما ذكر الزرقاني ، و هو ما علل به القرار المطعون فيه قضاءه و عن صواب بأن الفقه المالكي سار على كون الشفيع الذي يرى المشتري و يهدم او يبني او يغير في المبيع و هو ساكت يكون قد تنازل ضمنيا عن حق الشفعة ... " 70

وعليه اذا كانت محكمة النقض و الفقه المالكي يأخذان بالتنازل الضمني كما رأينا ، فانه مع صدور مدونة الحقوق العينية و استبعادها سقوط الشفعة بسبب التنازل الضمني ، عند اشتراطها أن يكون التنازل صريحا في الفقرة الاولى من المادة 311 ، لم يعد بالإمكان الاخذ بتوجه محكمة النقض الذي يسقط الحق في ممارسة الشفعة عند تحقق التنازل الضمني. 71

اما بخصوص وجوب أن يتم التنازل بعد ثبوت الحق فيها ، فلما كان الحق في الشفعة يثبت بمجرد حصول البيع ، في العقار غير المحفظ ، فانه لا يجوز التنازل عن الحق في الشفعة الا بعد حصول البيع.

اما بالنسبة للعقار المحفظ ، فلما كان الحق في الشفعة لا يثبت الا بعد تقييد البيع بالرسم العقاري ، فان الحق في الشفعة لا يسقط الا بعد ذلك ، 72

- اذا اشترى الشفيع الحصة التي باعها شريكه من مشتريها او قاسمه فيها

أشار المشرع لحالة سقوط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة اذا اشترى الشفيع الحصة التي باعها شريكه من مشتريها او قاسمه فيها في الفقرة الثانية من المادة 311 من م.ح.ع،

69 - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص 118

70 - قرار 5390 صادر بتاريخ 04 دجنبر 2012 في الملف المدني عدد 2012/4/1/1556 ، منشور بالموقع الالكتروني

بالواسطة www.jurisprudencemaroc.com

71 - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص 120

72 - نفس المرجع ص 121

و معنى الحالة الاولى انه اذا انتقلت الحصة الى المشتري الجديد و أقدم شريك البائع على شراء جزء من الحصة المباعة منه ، فان حق الشريك في الاخذ بالشفعة يسقط ، أما الحالة الثانية تعني ان الشفيع اذا طلب مقاسمة المشتري في الحصة المباعة فان شفעתه تسقط.⁷³

- اذا باع الشريك الحصة التي يشفع بها

اذا قام الشريك ببيع حصته التي يشفع بها فانه بحسب الفقرة الثالثة من المادة 311 من م.ح.ع يسقط حقه في الشفعة ، لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر دخول شريك جديد عليه ، واذا باع حصته فلا ضرر عليه.⁷⁴

اما اذا توفي الشفيع فان الحق في الشفعة لا يسقط بل ينتقل الى ورثته و يحلون محله فيها ، بشرط و هو ممارسة الشفعة داخل الاجل القانوني المتبقى لمورثهم في الاخذ بالشفعة.⁷⁵

كذلك بالإضافة الى الاسباب التي عدتها المادة 311 من م.ح.ع لسقوط الحق في الاخذ بالشفعة ، فقد تسقط هذه الاخيرة بعدم ممارستها داخل أجلها ، فاذا لم يقيم الشفيع بممارسة حقه في الشفعة داخل الآجال القانونية ، حسب منطوق المادة 304 و المادة 306 من م.ح.ع يسقط حقه في الاخذ بالشفعة و ذلك باستعمال المشرع لعبارة تفيد السقوط في كلا المادتين.

بغض النظر عن التنظيم الذي أولاه المشرع لحق الشفعة باعتبارها كسبب من أسباب كسب الملكية ، الا انها تطرح العديد من الاشكالات

فقرة ثانية : بعض اشكالات الشفعة

لقد سبق القول الى انه رغم التنظيم القانوني الذي حظيت به الشفعة من خلال مدونة الحقوق العينية و كذلك على مستوى قانون الالتزامات و العقود الا انها تطرح العديد من الاشكالات نذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر

- التصرفات الموجبة للشفعة :

تعتبر من اول الاجراءات لكي يبادر الشريك في ممارسة الشفعة من اجل استرداد الحصة المباعة أن يتم انتقال هذه الحصة من البائع الشريك الى المشتري، غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا السياق ، هل كل التصرفات القانونية التي بموجبها يملك المشفوع منه الحصة المراد شفعتها تسمح بالتملك عن طريق الشفعة ؟

⁷³ - نفس المرجع

⁷⁴ - نفس المرجع ص 123

⁷⁵ - حليلة بنت المحجوب بن حفو " القانون العقاري المغربي وفق اخر المستجدات " م . س ص: 131

يلاحظ أن الخلاف منعدم بخصوص ثبوت شفعة الحصة التي نقلت ملكيتها للمشتري عن طريق البيع، باعتبار هذا موقف مدونة الحقوق العينية الذي اتضح من خلال استعمال المشرع في العديد من المواد للعبارة الدالة على البيع من قبيل "البيع" و "أداء الثمن" و "الحصة المباعة"،⁷⁶ وهو الأمر الذي سبق لمحكمة النقض أن كرسته في العديد من القرارات الصادرة عنها.⁷⁷

و لما كان البيع العادي لا يطرح أي إشكال في مدى جواز الشفعة فيه ، فإن البيع بالمزاد العلني قبل صدور م.ح.ع كان يطرح بعض الإشكالات ، إذ كان البعض و على رأسهم توجه محكمة النقض⁷⁸ يذهب إلى كون الشفعة تصح في الحصة المباعة عن طريق البيع بالمزاد العلني و استدلالهم في ذلك عدم وجود أي نص قانوني يمنع ذلك ، لكن مع صدور مدونة الحقوق العينية تكون قد حسمت في الأمر من خلال مقتضيات المادة 302 التي تنص

" إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة "

فإذا كان انتقال الحصة المباعة بالبيع لا يطرح الإشكال فماذا عن انتقالها بالمعاوضات ؟

أشار المشرع في م.ح.ع إلى ثبوت الشفعة حال تملك الحصة عن طريق المعاوضات⁷⁹، عندما اشترط على طالب الشفعة لقبول طلبه أن يكون تملك الحصة المباعة بعوض من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 293 من م.ح.ع التي تضمنت

" يشترط لصحة طلب الشفعة أن يكون طالبها :

...

- أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المباعة بعوض "

كما أقر المشرع ذلك من خلال إقدامه على استثناء ما يقدم على شكل صداق أو خلع من نطاق ما تجوز فيه الشفعة من خلال المادة 303 من م.ح.ع⁸⁰،

⁷⁶ - راجع المواد 292 و 293 و 294 و 295 من مدونة الحقوق العينية

⁷⁷ - قرار صادر بتاريخ 14 مارس 1990 ، منشور بمجلة الإشعاع ، العدد 4 ص: 151 بالواسطة

و العديد من القرارات الأخرى يمكن الاطلاع في هذا الصدد " التقرير السنوي لمحكمة النقض 2013 " مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2014

⁷⁸ - قرار صادر بتاريخ 29 مارس 2011 ، منشور بمجلة ملفات عقارية ، عدد 1 ص : 146 جاء فيه ذ

" لكن حيث أن ما استدلل به في الوسيلة من مقتضيات الفصلين 473 من قانون المسطرة المدنية و 209 من ظهير 1915/6/2 ليس فيه النص صراحة على منع الشفعة في بيع المزاد الجبري و هو ما يكون قد ابقى على أصل الإطلاق في الشفعة في البيع في عقار محفظ مشترك أو شائع أيا كانت طبيعة هذا البيع مساومة أو مزايمة " أشار له الهشم المسعودي م . س ص : 45

⁷⁹ تعتبر من قبيل المعاوضات الناقلة تبديل عقار بمثله أو عقار بأخر

⁸⁰ - جاء في المادة 303 " ... كما لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صداق أو خلع "

فلو استثنى المشرع ممارسة الشفعة في المعاوضات ، لما أقدم على وضع هذا الاستثناء ، باعتبار الصداق و الخلع من باب المعاوضات ،⁸¹ و يتمشى هذا مع منطوق الفقرة الاولى من الفصل 974 من ق.ل.ع التي جاء فيها

" اذا باع أحد المالكين على الشيع لأجنبي حصته ، جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم ، في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن و مصروفات العقد و المصروفات الضرورية و النافعة التي أنفقها منذ البيع ، و يسري نفس الحكم في حالة المعاوضة "

يلاحظ من خلال هذا ان المشرع اقر بصريح العبارة جواز الشفعة فيما فوت عن طريق المعاوضات، كما أن الاستدلال في اطار مدونة الحقوق العينية بمقتضيات قانون الالتزامات و العقود تجيزه الفقرة الثانية من المادة الاولى من المدونة نفسها التي تضمنت

" ... تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 {12 اغسطس 1913} بمثابة قانون الالتزامات و العقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون ، فان لم يوجد نص يرجع الى الراجح و المشهور و ما جرى به العمل من الفقه المالكي "

و حتى اذا ما رجعنا الى الفقه المالكي نجده يجيز الشفعة فيما فوت عن طريق المعاوضات لقول الشيخ خليل

"ممن ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة"⁸²

اما فيما يتعلق بانتقال الحصة بدون عوض فان المشرع حسم الامر من خلال مقتضيات المادة 303 من م.ح.ع على أنه

" لا شفعة فيما فوت تبرعا كما ما لم يكن التبرع سوريا ... "

يعتبر كذلك من بين أهم الاشكالات التي تطرحها الشفعة ما نص عليه المشرع من خلال المادة 294 من م.ح.ع التي نصت :

"يجوز ضم حق الهواء و التعلية الى ملكية السفلى و حق السطحية او الزينة الى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة فيما بيع منها لأجنبي "

يلاحظ ان هذا يتعارض مع ما ضمنه المشرع من خلال المادة 292 من نفس المدونة التي أعطت الحق في ممارسة الشفعة للشريك في الملك المشاع دون غيره .

81 - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص 48

82 - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في المادة العقارية : الشفعة و القسمة نموذجا " م.س ص:49

و المشرع المغربي خالف ذلك من خلال المادة 294⁸³ أعلاه اذ أعطى الحق في الاخذ بالشفعة لغير الشريك و هذا يطرح العديد من الاشكالات، اذ حتى و ان لجأ مالك السفلى او الرقبة الى ممارسة الشفعة فان ذلك لا يعو ان يكون وفق الاجراءات المنصوص عليها في مدونة الحقوق العينية لأنها شفعة من شكل خاص لغير الشريك

- آجال الشفعة

تطرح آجال ممارسة الشفعة العديد من الاشكالات سواء تعلق الامر بعقار محفظ او غير محفظ ، لكن الاشكال الرئيسي يتعلق بممارسة الشفعة اذا تعلق الامر بعقار في طور التحفيظ حيث نصت مقتضيات المادة 305 من مدونة الحقوق العينية على انه :

"اذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة الا اذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به "

و ان كان هذا لا يطرح اشكالا منذ قراءته للوهلة الاولى ، لكن بالتمعن في مقتضيات المادة اعلاه يلاحظ انها تطرح العديد من الاشكالات على مستوى الآجال.

فبالرجوع الى المادة 304 من م.ح.ع نجدها حددت آجال ممارسة الشفعة اذا تعلق الامر بعقار في طور التحفيظ ، في ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الشفيع بعملية الايداع و بمضي اجل سنة من تاريخ الايداع اذا لم يتم تبليغ الشفيع .

و بالرجوع الى الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري نجده يحدد آجال تقديم التعرضات داخل اجل شهرين من يوم نشر الاعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية اذا لم يكن المتعرض قام بذلك من قبل .

و بالرجوع الى المادة 305 من م.ح.ع الزمت الشفيع بممارسة حق الشفعة في شكل تعرض على مطلب التحفيظ ،

ففي هذه الحالة هل سيتم الاخذ بالآجال المنصوص عليها في المادة 305 من م.ح.ع ؟

ام بالآجال المنصوص عليها في الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري ؟

و ماذا لو انتهى اجل الشهرين لإيداع التعرضات و آجال السنة المنصوص عليه في المادة 305 لا زال مستمرا ؟

و العديد من الاشكالات التي تطرح بهذا الصدد يتعين تدخل المشرع و الحسم فيها

⁸³ - نصت المادة 292 على " الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن و مصروفات العقد اللازمة و المصروفات الضرورية و النافعة عند الاقتضاء "

ختاما

تبقى الشفعة من المواضيع التي تحتاج الى دقة خاصة في معالجة نصوصها ،في ظل تداخل مقتضيات التي تنظمها اذ نظرا للطابع الحديث الذي يمتاز به التشريع المغربي بالنظر الى الفقه المالكي ،فقد وجدت بعض الاختلافات البسيطة في مادة الشفعة.

و مع ذلك بقيت عدة أحكام متشابهة بينهما و ان لم ينص عليها المشرع في مدونة الحقوق العينية فانه يرجع الى قانون الالتزامات و العقود ثم الى الراجح و المشهور و ما جرى به العمل في الفقه المالكي تطبيقا للفقرة الاخيرة من المادة الاولى من مدونة الحقوق العينية.

فالشفعة كما سبق الذكر تحتاج الى دقة خاصة في معالجة نصوصها ،لما فيها من خروج على القواعد العامة في القانون و التي تقضي بحرية العقود و حرية المالك في التصرف بملكه ، ولما كان الحكمة من اقرار الشفعة هي منع الضرر الذي من المحتمل ان يلحق بالشفيع اما بسبب الجوار أو الشركة لشخص قد يكون غليظ الطبع و رديء الخلق سيء المعاشرة، فإنها تكون من أهم الضمانات التي أعطاها المشرع للشريك في مواجهة الغير الاجنبي من عدم الدخول الى الحصة المشاعة.

و لهذا فالشفعة تقع بين حقين قانونيين ، من جهة حق الشريك في عدم إدخال الاجنبي الى الملكية المشاعة ، و من جهة أخرى حرية التعاقد بالنسبة للأجنبي المشتري الذي تفاجئه الشفعة فتحد من ملكيته.

لذا وجب على المشرع و القضاء تحري الدقة و الحكمة في التعامل مع هذا الحق المكسب.

و بدورنا بناء على ما قمنا بدراسته من خلال هذا العمل المتواضع نشيد بالمشرع الى ضرورة التدخل:

بالغاء مقتضيات المادة 294 من مدونة الحقوق العينية لأن الاشخاص المذكورين من خلالها تتنافى صفتهم مع من له الحق في الشفعة المنصوص عليه في المادة 292 من نفس المدونة ،او تنظيم مسطرة خاصة يسلكها هؤلاء.

ضرورة التدخل بصدد مقتضيات المادة 305 من المدونة و الحسم بين خضوع الشفعة اذا تعلق الامر بعقار في طور التحفيظ اما الى الآجال المنصوص عليها في المادة 304 من مدونة الحقوق العينية أو الى آجال التعرض المنصوص عليها في المادة 24 من ظهير التحفيظ العقاري .

لائحة المراجع و المصادر

أولا : الكتب

- ❖ مأمون الكزبري الحقوق العينية الاصلية و التبعية في الفقه الاسلامي , مطبعة الساحل بالرباط
- ❖ - حليلة بنت المحجوب بن حفو "القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات" المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الثانية 2019
- ❖ عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية الجزء التاسع , دار النهضة العربية , 1968
- ❖ محمد محجوبي , الشفعة في الفقه المالكي و التشريع المغربي , مطبعة , دار القلم الرباط , الطبعة الخامسة 2010 ص
- ❖ محمد ابن معجوز , الحقوق العينية في الفقه الاسلامي و التقنين المغربي مطبعة النجاح الجديدة , البيضاء الطبعة الاولى 1990 ص
- ❖ ادريس الفاخوري كتاب الحقوق العينية وفق قانون 39.08 منشورات مجلة الحقوق , مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2017
- ❖ العربي مياد , تأملات في مدونة الحقوق العينية الجزء الثاني مطبعة الأمنية الرباط ,
- ❖ مصطفى مجدة هرجه , الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض و الصيغ القانونية دار الثقافة سنة 1986 ,
- ❖ عبد العالي دقوقي , محاضرات في حق الملكية وفي الضمانات العينية و الشخصية , دراسة في القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية الطبعة 2017 , مطبعة سجلماصة.
- ❖ مأمون الكزبري "نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي". المجلد واحد , مصادر الالتزامات . الطبعة غير مذكورة وكذلك المطبعة .

❖ محمد برادة غزيول وآخرون ,الدليل العملي للعقار الغير محفظ منشورات
جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية , سلسلة الدراسات و الأبحاث ,
العدد 2 مطبعة فضالة . الطبعة ابريل 2007

ثانيا : الرسائل

✓ - فدوى بوزكري " الاجراءات المسطرية لممارسة حق الشفعة وفقا
لمستجدات قانون 39-08 " رسالة لنيل دبلوم الماستر ،القانون الخاص سنة
2013/2012

✓ - الهاشم المسعودي " المبادئ القانونية المكرسة من طرف محكمة النقض في
المادة العقارية :الشفعة و القسمة نموذجا "رسالة لنيل دبلوم الماستر في
القانون الخاص 2015.2016

ثالثا : الندوات

➤ الندوة الوطنية في موضوع الامن العقاري ،دفاتر محكمة
النقض العدد 26

رابعا : المقالات

- - عبد المجيد لعميري " اجراءات الشفعة " مقال منشور بجريدة " القانونية " عدد
301 دون ذكر السنة
- مجلة الدفاع دراسات و احتهادات قضائية ، مجلة تصرفها هيئة المحامين بسطات ،
العدد السابع 2015
- - السعيد بو ركة ، الشفعة و مجالات تطبيقها ،مجلة رسالة المحاماة ، العدد 8
سنة 1991 بالواسطة

خامسا : النصوص القانونية

🇲🇵 القانون رقم 39.09 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والمنشور بالجريدة الرسمية
عدد 3998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432/24 نونبر 2011 الذي دخل حيز التنفيذ في
24 ماي 2012

4 - ظهير شريف رقم 1.11.177 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 {22
نوفمبر 2011} بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير و المتمم بمقتضاه الظهير الشريف
الصادر في 9 رمضان 1331 {12 اغسطس 1913} المتعلق بالتحفيظ العقاري

4 - ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 {19 نوفمبر
2013} تنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و
المكترى للمحلات المعدة للسكنى او للاستعمال المهني :الجريدة الرسمية عدد 6208
بتاريخ 24 محرم 1435 { 28 نوفمبر 2013} ص 7328

4 - ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 اغسطس 1913 بمثابة قانون الالتزامات و
العقود وفق تعديلات ظهير رقم 1.11.40 صادر في 16 من رمضان 1432 {17
اغسطس 2011} الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 سبتمبر 2011 ص 4678

الفهرس

3	 <u>كلمة شكر و تقدير</u>
4	 <u>لائحة فك الرموز</u>
5	 <u>مقدمة</u>
8	 <u>المبحث الأول: الطبيعة القانونية للشفعة</u>
8	 <u>المطلب الأول : ماهية الشفعة</u>
8	 <u>الفقرة الأولى : تعريف الشفعة</u>
10	 <u>الفقرة الثانية : خصائص الشفعة</u>
13	 <u>المطلب الثاني : أركان الشفعة و شروطها</u>
13	 <u>الفقرة الأولى : أركان الشفعة</u>
18	 <u>الفقرة الثانية : شروط الأخذ بالشفعة</u>
24	 <u>المبحث الثاني : ممارسة الشفعة و الأحكام المترتبة عنها</u>
24	 <u>المطلب الاول : اجراءات ممارسة الشفعة و آثارها</u>
24	 <u>الفقرة الاولى : اجراءات ممارسة الشفعة</u>
28	 <u>الفقرة الثانية : الآثار المترتبة عن الأخذ بالشفعة</u>
33	 <u>المطلب الثاني : أسباب سقوط الشفعة و بعض اشكالاتها</u>
33	 <u>فقرة أولى : أسباب سقوط الشفعة</u>
35	 <u>فقرة ثانية : بعض اشكالات الشفعة</u>
39	 <u>الخاتمة</u>
40	 <u>لائحة المراجع و المصادر</u>

الفهرس

