



وحدة البحث والتطوير في القانون الخاص
مركز الدراسات العقارية

جامعة الحسن الثاني - سبتة المغرب
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية - المدار البيضاء.

رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسات العقارية
تحت عنوان:

شفعة العقار غير المحفظ الأحكام والآثار

تحت إشرافه الأستاذ:

الدكتور محمد الطيب النوري.

إعداد الطالب الباحث:

أنوار رفيق

الدكتور محمد الطيب النوري: رئيسا ومشرفا

الدكتور:

الدكتور:

مقدمة:

أصبحت القوانين الحديثة تعتبر الملكية مؤسسة حقوقية يراد منها أن تؤدي وظيفة إجتماعية .

ويعتبر حق الملكية الخاصة من الحقوق المرتبطة بحياة الإنسان الخاصة لذلك يضمه الدستور ويحميه القانون فقد نص الفصل 35 من دستور 30 يوليو 2011 على ما يلي :

" يضمن القانون حق الملكية ، ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون إذا اقتضى ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد ، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات وفق الإجراءات التي ينص عليها القانون "

كما أن للملكية الخاصة مركزا خاصا في العديد من الإتفاقيات الدولية فقد جاء في الفصل 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 أكتوبر 1948 :

" إن لكل إنسان حق التملك بمفرده وبالإشتراك مع غيره، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا "

ويراد بهذا الحق قدرة الفرد على أن يصبح مالكا ، كما يعطيه وحده دون سواء الحق في استعمال ذلك الشيء، وإستغلاله والتصرف فيه ، بدون تعسف وضمن الحدود التي رسمها القانون والنظام العام ، ولا يمكن الإعتداء على هذا الحق أو نزعه إلا في إطار الحدود التي رسمها القانون ، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة الحقوق العينية بأنه :

" يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه ، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الإتفاق "

لكن هذا الحق المعترف به ليس مطلقا ، بل هناك شروط وقيود ترد على هذا الحق ، فرضتها مجموعة من التطورات الإقتصادية والاجتماعية .

ومن القبول الواردة على حق الملكية هو حق الشفعة ، هذا الحق الذي يعتبر قيديا على حق الملكية لكونه يمكن كل من توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة من أن يأخذ الحصة المباعة من يد المالك الجديد الذي إنتقلت إليه .

فالشفعة من الحقوق التي قررتها الشريعة الإسلامية للشريك في الملكية الشائعة، وقد أعطى الشارع هذا الحق لهؤلاء خوفا من أن يصيب أحدا منهم الضرر فيما لو شاركه شخص أجنبي وهذا نابع من حرص الإسلام على إيجاد مجتمع متماسك تسوده المحبة والوئام ، وذلك من خلال القضاء على كل أسباب المشاحنة والمنازعة ، فوضع الضوابط والقواعد التي تكفل تحقيق الحقوق لمستحقيها دون أن يلحق أي جهة من الجهات المتصلة بصاحب الحق حيف أو ضرر من جراء ذلك .

فالشفعة وسيلة من وسائل كسب الملكية، وقد تم تنظيم أحكام الشفعة في إطار القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية في المواد من 292 إلى 312.

ومن مزايا هذه المدونة أنها أصبحت تطبق على العقار العادي ، العقار الذي يوجد في طور التحفيظ والعقار المحفظ .

أولا - أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية موضوع الشفعة في الحكمة أو الغاية التي من أجلها شرعت الشفعة، إذ مما لا جدال فيه أن الشفعة شرعت لتحقيق غاية معينة رغم أنها تعتبر قيد وإستثناء من الأصل العام، إذ من الأصول الشرعية الثابتة أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه، إلا أن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة.

إذ لموضوع الشفعة أهمية قصوى على أكثر من مجال :

ففي المجال الإقتصادي تتجلى أهمية الشفعة في كونها ترمي إلى منع تجزئة العقارات و تشتتها إلى قطع صغيرة لدرجة يصعب معها مواصلة العمل فيها ، وهو ما ينعكس سلبا بدوره على التطور الإقتصادي والعقاري، فالشفعة تؤدي إلى الحؤول دون ذلك و بالتالي يتم ضم الحصة المباعة إلى ملكية الشفيع ، الشيء الذي سيؤدي إلى إستغلال

العقار بطريقة أفضل تعود بالنفع على الإقتصاد الوطني و تطويره ما دامت الثروة العقارية تشكل الدعامة الأساسية للإقتصاديات المعاصرة.

و في المجال الإجتماعي تكتسي الشفعة أهمية بالغة باعتبارها تساهم في تحقيق السلم الإجتماعي بواسطة تحقيق الأمن والإستقرار المجتمعي ، و ذلك عن طريق التقليل من المنازعات العقارية و التقليل منها ، و يعتبر هذا الهدف هو السبب الرئيس الذي من أجله شرعت الشفعة.

فالمشرع بإقزازه لحق الشفعة أراد منع الضرر الذي يسببه الشيوخ و حماية الشركاء من دخول شخص أجنبي للعقار المشترك قد يتعذر عليهم معاشته و التصرف معه في العقار المشترك، خاصة و أن الإنسان يميل بطبعه إلى الإهتمام بشؤونه الخاصة أكثر من شؤون غيره، و غالبا ما يطبع التواكل بين الشركاء حيث يلقي شريك مسؤولية إدارة الملك المشترك على غيره الشيء الذي ينتج عنه نوع من التصادم ستظهره آثاره على المال المشترك ، و بذلك تتحول الملكية العقارية من وسيلة للتقدم الإجتماعي والإقتصادي إلى وسيلة لإثارة النزاعات و الصراعات وبالتالي التأثير على الإستقرار و الأمن الإجتماعي.

ثانيا - دوافع اختيار الموضوع:

لقد كانت هناك عدة دوافع جعلت إختياري يقع على موضوع الشفعة في العقار غير المحفظ كموضوع لرسالتي، و لعل أهم هذه الدوافع تتجلى في الأهمية القصوى التي يطلع بها هذا الموضوع.

من منطلق قلة الدراسات التي عملت على تحليل هذا الموضوع من زاوية الفقه المالكي والتشريع المغربي¹، إذ نجد أن أغلب الدراسات تركز على الشفعة في الفقه المالكي وحده أو التشريع المغربي وحده ، خاصة وأن الأمر يتعلق بمولود قانوني جديد يجب أن ينال حظه من الدراسة والبحث ألا وهو مدونة الحقوق العينية الجديدة².

فقد كانت الغاية من مدونة الحقوق العينية تحقيق قانون موحد متكامل يطبق على العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة وينظم الحقوق العينية المتعلقة بها لوضع حد

¹ - باستثناء مرجع محمد محجوبي الشفعة بين الفقه المالكي والتشريع المغربي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الخامسة 2010
² - ظهير شريف رقم 178 1.11 صادر في 25 ذي الحجة 1432. 22. نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 98.59 بتاريخ 24.11.2011 ص 55-87

لإزدواجية القواعد والنصوص المطبقة التي خلقت صعوبات متعددة تعرقل عمل القضاء وتعصف بمجهودات توحيدده خاصة على مستوى محكمة النقض الذي إختار نهجا بخطتين متوازنين طيلة العقود التي مرت على تأسيسه فصارت عاملا يحد من إرادة إدماج العقارات غير المحفوظة في مسلسل التنمية وتنشيط الإستثمار في الاراضي الفلاحية وفي التنمية القروية³.

أن الملكية تحظى بأهمية ومكانة بارزة في النسيج الإقتصادي للمجتمع ، فهي تشكل الوعاء والأداة التي لا يمكن تصور إنجاز إقتصادي بدونه .

وكذلك للأهمية التي يحظى بها العقار العادي داخل النسيج العقاري المغربي ، إذ أن النسبة الأكبر من العقارات بالمغرب لازالت تصنف ضمن خانة العقارات غير محفظة ، والتي تظل خاضعة للمشهور وما جرى به العمل من فقه الإمام مالك بالمغرب.

وتحمي الشفعة الشركاء على الشياخ من ضرر الشركة لتفادي ما قد يصدر عن الشريك الأجنبي ، بوصفه عنصرا دخيلا من تصرفات تعاكس رغبات المالك أو الملاك الأصليين، وتشكل سببا لإعاقة سبل الإستغلال والإستثمار، كما تجنبهم ضرر القسمة بإعتبارها نتيجة حتمية لحالة الإشتراك مع أجنبي وما يؤدي إليه من تجزئة العقار إلى عدة أجزاء تعيق إستثماره.

كما أن تعلق المغاربة بأحكام هذه المؤسسة العريقة التي ألّفوها لحماية حقوقهم المشتركة في الملكية الشائعة بإعتبار أن الارض مصدر عيشهم ومورد رزقهم ولا يمكنهم التخلي عنها وهذا ما يجعل محاكمتنا لا تخلوا من قضايا الشفعة .

فالفلاح المغربي متعلق بأرضه وأرض آباءه وأجداده أشد تعلق، ولا شيء أحب إليه من تميمتها والإضافة إليها ولن يسمح في التفریط فيها .

ولا يخفى أن قيمة العقار في السنوات الأخيرة عرفت إرتفاعا خطيرا مما يزيد في هذا الإرتباط ، كما أن البائع والمشتري قد يلجآن إلى إخفاء عقد البيع الوارد على العقار بعقد صوري يتضمن تبرعا لمنع الشريك الشفيع من الأخذ بالشفعة مما يطرحنا إلى التساؤل حول

³ - محمد لمعكشاوي المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء طبعة 2013 مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء من 7

المقتضيات الكفيلة بحماية هذا الشريك من هذا التحايل خصوصا أنه يتعين على الشفيع إثبات عقد البيع حتى يستطيع الأخذ بالشفعة .

إضافة إلى أن نظام الشفعة خلق العديد من الإختلافات في وجهة نظر بين الفقه والقانون كما هو الحال بالنسبة لأجال الشفعة وخاصة شفعة الغائب فكما هو معلوم في الفقه الإسلامي " الغائب على شفيعته حتى يحضر " .

وكذلك الأمر بالنسبة للشفعة على البيع الذي يتم بواسطة القضاء أو ما يعرف بالمزاد العلني، ثم إن إستحققت الشفعة يستوجب وجود نصوص قانونية وإجراءات مسطرية يتعين على الطرف الراغب في المطالبة بالشفعة سلوكها ، لذلك فدراسة هذه القواعد والإجراءات سيبين لنا ما هي المراحل التي يتعين على الشفيع سلوكها للوصول لحقه ، وهل الأمر بسيط أم يتطلب الكثير من الحرص والتدقيق حتى لا تضيع حقوق طالب الشفعة ، ومن بين الدوافع أيضا التي جعلت إختبارنا يقع على هذا الموضوع هو إهتمامنا بالمواضيع المتعلقة بالمادة العقارية، إذ تكتسي الثروة أهمية بالغة على جميع الأصعدة القانونية والعقارية والإقتصادية مما يجعل البحث في هذه المواضيع غاية من الأهمية.

لكل تلك الأسباب إختارنا دراسة موضوع الشفعة في العقار غير المحفظ من أجل إثارة النقاش حول النقط القانونية التي يثيرها الموضوع و للوقوف على أهم إشكالاته.

ثالثا - صعوبات الموضوع:

لا يخلو أي بحث من صعوبات معينة تعترض وجه الباحث في إعداد له، وتتجلى صعوبة موضوع الشفعة في العقار غير المحفظ في كون البحث في القضايا العقارية من أصعب الأمور وذلك راجع بالدرجة الأولى إلى تشعبها ووفرة الآراء الفقهية وإختلافها وتضاربها حيناً وغموضاً أحيانا أخرى، مما يفرض على الباحث الإطلاع عليها جميعها و فهمها.

لكن أبرز الصعوبات على الإطلاق تكمن في ضيق الوقت الذي ظل يلاحقنا في إعداد هذا البحث فالمدّة المحددة لإنجازه قصيرة جدا لا تسعف الباحث في الفحص الدقيق و التمهيص الجيد والتحليل الحسن للوصول إلى أفضل النتائج الممكنة.

ولكون العقار العادي يخضع لقواعد الفقه المالكي المتميزة بكثرة الآراء الفقهية وتشعبها بل إختلاف الفقهاء حول الموضوع الواحد، بل هناك من أطلال في شرحه للشفعة فجاء شرحه في مجلدات.

والبحث في هذا الموضوع المتشعب لن يكون من الممكن إنجازاه في ظل الوقت المحدد لإنجاز موضوع الرسالة، بل يصلح لأن يكون موضوعا لأطروحة دكتوراه نظرا لأهميته البالغة حتى يستوفي حقه من العناية والبحث و التدقيق.
كلها صعوبات يبدو أمامها تواضع العمل الذي قمت بإنجازه ليبقى هذا العمل قابلا للنقد و المراجعة.

رابعاً - إشكالية البحث:

تعتبر الشفعة في العقار غير المحفظ من المواضيع العقارية التي أثارت و لازالت تثير عدة نقاشات وخلفت مجموعة من الإشكاليات على الصعيد العملي.

فالمشرع المغربي خول للشريك على الشياح أن يسترد من أي مشتري للحصة التي اشتراها من شريك آخر بمقتضى حق الشفعة سواء كان أجنبيا أم أحد الشركاء ،(باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 294 من م .ح .ع) وفق إجراءات وآجال محددة بعد ثبوت حالة الشياح وثبوت السبب مقابل أدائه - الشفيع- للمفوت له الثمن والرسوم القانونية المترتبة عن العقد، وهذا ما يستوجب الإجابة عن التساؤلات والتي تتمثل فيما يلي :

- ما المقصود بالشفعة ؟
- ما هي شروط ممارسة الشفعة ؟
- ما هي الأجال التي يتعين إحترامها لممارسة حق الشفعة ؟
- ما هو الحكم في الحالة التي يكون فيها أحد الشركاء ذميا ؟
- ماهي الإجراءات التي يتعين إتباعها لممارسة الشفعة ؟
- وإذا كانت الشفعة تتم إما رضائيا أو قضائيا ، فإنه في الحالة الأخيرة لابد من إستصدار حكم من المحكمة المختصة يقضي بها ، لذلك يطرح التساؤل حول الإجراءات

الواجب إتباعها لأجل الحصول على حكم يقرر الشفعة وما هي حدود إختصاصات القضاء في هذا الإطار ؟

ومعالجة موضوع الشفعة في العقار غير المحفظ سيكون محاولة بسيطة منا لإثارة النقاش حول هذه النقط القانونية.

لمعرفة ذلك لا بد من التساؤل حول :

أحكام الشفعة في العقار غير المحفظ؟

ما هي شروط ممارسة الشفعة في العقار غير المحفظ وأجالها ؟

الإجراءات المسطرية لممارسة الشفعة وآثارها؟

خامسا - خطة البحث:

إن معالجة الموضوع تقتضي منا أن نستله بفصل تمهيدي نحاول من خلاله الوقوف على أحكام شفعة العقار غير المحفظ من خلال التطرق لمفهوم الشفعة وطبيعتها القانونية وخصائصها .

الفصل الأول سنتطرق لشروط ممارسة الشفعة في العقار غير المحفظ والإجراءات المسطرية المتعلقة بها وكذا آجالها.

وسنحاول من خلال الفصل الثاني تناول آثار الحكم بشفعة العقار غير المحفظ وسقوطها وكذا أحكام التنازل عنها.

ومن تم فإن تقسيمنا لهذا الموضوع سيكون على الشكل التالي:

فصل تمهيدي : أحكام شفعة العقار غير المحفظ.

الفصل الأول : شروط ممارسة شفعة العقار غير المحفظ وإجراءاتها المسطرية .

الفصل الثاني : آثار الحكم بشفعة العقار غير المحفظ وسقوطها.

فصل تمهيدى :

الأحكام العامة لشفعة العقار غير المحفظ

الأحكام العامة في شكلها العام ، كما هو متداول على مستوى المنهج، تدرس مدلول الشفعة وأساسها القانوني ومميزاتها، وهي على مستوى النظر عملية لربط أحكام الشفعة بعضها ببعض في وحدة متماسكة ومتشابكة تشكل إطارا عاما ، أو قواعد عامة ، وهي بناء عام يتكون من ضوابط وقواعد عامة ، وهو ليس إطارا إلا أنه يشد ويشد بالعموم والشمول⁴ تتدرج تحته بالضرورة القواعد والأحكام التي تدخل في هذا العموم⁵.

المبحث الأول:

ماهية الشفعة ومشروعيتها

إن الشفعة تعتبر من بين الأسباب الناقلة للملكية من شخص لآخر، والكلام عليها يقتضي منا تبيان ماهيتها لغويا واصطلاحيا، والأصل في مشروعيتها، والحكمة من مشروعيتها ، وكذا طبيعتها القانونية ، وذكر خصائصها .

المطلب الأول: تعريف الشفعة

من خلال هذا المطلب سنتطرق للشفعة لغة واصطلاحا نتناول التعريف اللغوي للشفعة كفقرة أولى على أن نتناول التعريف الاصطلاحي كفقرة ثانية.

4 - أحمد أباش الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الاسلامي والقانون المغربي أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق السنة الجامعية 2003-2004

ص 5

5 - نفس المرجع الصفحة 5

الفقرة الأولى : الشفعة في اللغة والأصطلاح

أولاً - الشفعة لغة:

الشفعة مأخوذة من الفعل شفع، وهو يطلق بإطلاقين، يطلق بمعنى ضم، ومنه الشفع أي الزوج، لأن كل واحد ضم إلى الآخر، ويطلق بمعنى زاد ومنه شاة شافع إذا كان معها ولدها لأنه زادها، وعلى هذا يصح أن تكون الشفعة مأخوذة من شفع بمعنى ضم، لأن الشفيع يضم العقار المبيع إلى ملكه، ويصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى زاد لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة⁶.

والشفع : وهو خلاف الوتر، وهو الزوج. تقول: كان وترا فشفعته شفعاً. وشفع الوتر من العود شفعاً: صيره زوجاً. والشفيع من الأعداد: ما كان زوجاً.⁷

وقال الفيومي: شفعت الشيء شفعاً من باب نفع : ضمته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها اثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة، وهي مثال غرفة، لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي إسم للملك المشفوع⁸.

وفي القاموس: وإنه ليشفع علي بالعداوة: أي يعين علي ويضارني، وقوله تعالى: "من يشفع شفاعه حسنة"⁹ أي من يزد عملاً إلى عمل¹⁰.

وقال ابن منظور: وشفع لي يشفع شفاعه وتشفع: طلب، والشفيع: الشافع. والجمع شفعاء، واستشفع بفلان على فلان وتشفع له إليه، فشفعه فيه. وقال الفارسي: استشفعه طلب منه الشفاعه، أي قال له: كن لي شافعاً. وفي التنزيل: "من يشفع شفاعه حسنة يكن له نصيب منها ومن يشفع شفاعه سيئة يكن له كفل منها"¹¹. وقرأ أبو الهيثم: "من يشفع شفاعه حسنة" أي: يزداد عملاً إلى عمل. وورد عن المبرد وتغلب أنهما قالاً في قوله تعالى: "من ذا الذي يشفع عنده إلا بإذنه"¹²، قالاً: الشفاعه الدعاء ههنا. وسئل العباس عن اشتقاق الشفعة

⁶ -الامام أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية مطبعة دار الفكر العربي ص 165

⁷ -لسان العرب لابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم (ت 711 هـ) ط 1 بيروت دار الكتب العلمي 2003 ج 8 ص-217

220

⁸ -المصباح المنير (432/1) مادة (شفع).

⁹ -سورة النساء: آية 85.

¹⁰ -القاموس المحيط (59/3) مادة (شفع)، وانظر معجم مقلييس اللغة لابن فارس (201/3).

¹¹ -سورة النساء: آية 85.

¹² -سورة البقرة: آية 255.

في اللغة فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي تزيده بها، أي أنه كان وترا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه به. وقال العيني في تفسير الشفعة: كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه، فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعا ... والشفعة الجنون وجمعها شُفَع، ويقال للمجنون مشفوع ومشفوع ... والشفعة: العين، وامرأة مشفوعة: مصابة بالعين¹³.

مما سبق يتبين أن الشفعة في اللغة تطلق على عدة معان، منها: الضم، والشفع الذي هو ضد الوتر، والزيادة، والإعانة، والشفاعة، والعين، والجنون، وأقرب هذه المعاني للمعنى الاصطلاحي - كما سيأتي - هو معنى الضم والزيادة.

ثانياً - الشفعة اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الشفعة بتعريفات متقاربة أذكر بعضها منها على سبيل الإيجاز:

1- تعريف الحنفية:

* هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه. كذا في عامة الشروح والتمتون¹⁴.
ويلاحظ على هذا التعريف عدم الإشارة إلى سبب تملك الشقص بالشفعة، كما يلاحظ عليه أيضا دخول ما كان بغير عوض وعدم الإحتراز منه في التعريف، وقد قال عامة العلماء بعدم ثبوت الشفعة فيه، أو ما كان العوض فيه غير مسمى، وقد قال الحنفية بعدم ثبوت الشفعة فيه.

2- تعريف المالكية:

* قال ابن عرفة: الشفعة إستحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه¹⁵. وقد إعترض عليه الخطاب بقوله: إنه غير جامع لخروج ما تكون فيه الشفعة بقيمة الشقص¹⁶. كما إذا كان المقابل عوضا غير مالي، كمهر المرأة والصلح.

3- تعريف الشافعية:

13 - لسان العرب (4/2289 - 2290) مادة "شفع".
14 - العنقبة على الهداية على الهداية لأفضل الدين البابرني طبعة القاهرة (1931/369/9).
15 - هذا التعريف لابن عرفة الزرقاني شرح مختصر خليل جزء 5 صفحة 169
16 - مواهب الجليل (310/5)، وانظر في التعريف الشرح الصغير للدردير (226/2).

* قال الشريبي الخطيب: وشرعا: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض¹⁷.

ويلاحظ على التعريف أنه غير مانع لدخول المنقولات فيه، والشافعية لا يقولون بالشفعة فيها، وكذا دخول العقار الذي لا يقبل القسمة، والشافعية لا يقولون بالشفعة فيه على الصحيح من مذهبهم.

4- تعريف الحنابلة:

قال ابن قدامة: هي إستحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنقلة عنه من يد من انتقلت إليه¹⁸.

الفقرة الثانية : الشفعة في القانون والقضاء

أولا - الشفعة في القانون:

عرف المشرع المغربي الشفعة في المادة 292 من مدونة الحقوق العينية: "الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء".

وقد عرفها المشرع المغربي كذلك في قانون الالتزامات والعقود في الفقرة الأولى من الفصل 974 الذي نص على أنه "إذا باع أحد المالكين على الشياح لأجنبي حصته الشائعة جاز لباقيهم أن يشفَعوا هذه الحصة لأنفسهم في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع وبسري نفس الحكم في حالة المعاوضة".

كما عرفها المشرع المصري في المادة 935 من القانون المدني بقوله: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال و بالشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

¹⁷ -مغني المحتاج (296/2)، وانظر في التعريف فتح الباري (436/4).

¹⁸ -المغني (178/5) وانظر في التعريف غاية المنتهى لمرعي بن يوسف (250/2).

وعرفها المشرع العراقي في المادة 1128 من القانون المدني بقوله: " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة".

وعرفها كذلك المشرع اللبناني في قانون الملكية العقارية في المادة 238 بقوله: "الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينزع العقار المبيع من المشتري في الأحوال و بالشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

المشرع المغربي نص على أن الشفعة رخصة¹⁹، كما فعلت بعض التشريعات كالقانون المصري (م 935)، والقانون الليبي (م 939)، والقانون الصومالي (م 745)، والقانون الجزائري (م 394).

فالمشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية الجديدة المادة 292 نجده عرف الشفعة على أنها أخذ، والمقصود بذلك أن الشفعة هي أخذ الشفيع الفعلي للحصة المشفوعة من يد المشتري وإخراجها من ذمته المالية في ذمته وضمها ضما وتملكها .

كذلك نجده حصر الشفعة في العقار بثتى أنواعه في حالة تفويته عن طريق البيع، وبذلك لا مجال لباقي المعاوضات²⁰ (العوض غير المالي)، وإنما فقط الثمن باعتباره إلزام المشتري في عقد البيع حسب الفصل 478 ق.ل.ع²¹، وهو ما تؤكد لنا المادة 292 من م.ح.ع التي تتحدث عن أداء الثمن، وبذلك فهذه المادة تكون قد قيدت العبارة الأخيرة الواردة في الفصل 974 من ق.ل.ع، والتي جاء فيها: "يسري نفس الحكم في حالة المعاوضة "

لذا نرى أنه لم يعد لهذه العبارة أي تبرير، والتي سيتم تجميدها لأن النص الخاص يقيد العام، وعلاوة على الثمن الذي يجب على الشفيع تأديته من مصروفات العقد اللازمة، والمصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء.

19 - محمد خيرى نحو تشريع عقاري جديد أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية يومي 29 و30 منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكز سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 38-2011 ص 109
- خديجة اجنفي الشفعة في بيع العقار غير المحفظ وفق المذهب المالكي ومستجدات مدونة الحقوق العينية المغربية رسالة ليل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار جامعة محمد الاول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2012-2013 ص 3
- ذ. شكير الفتوح، مقارنة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية والفقه المالكي والاجتهاد القضائي، المغربي المنازلات العقارية الجزء الاول العدد 5 سنة 2014 ص 166

20 - غزلان نادير، إجراءات ممارسة الشفعة في العقار المحفظ الطبعة الأولى 2013 الصفحة 12
21 - عرف المشرع المغربي المعاوضة من خلال الفصل من ق ل ع " المعاوضة عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للاخر على سبيل الملكية، شيئا منقولا أو عقاريا، أو حقا معنويا، في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر. "
21 ينص الفصل من 478 ق ل ع "البيع عقد بمقتضاه ينقل لأحد المتعاقدين لأخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يتلوم هذا الأخير بدفعه له "

ثانيا - الشفعة في القضاء:

لقد عرف المجلس الأعلى الشفعة في العديد من قراراته من بينها قراره عدد 43 على أنها " الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه " ²² وهو بذلك أخذ بتعريف ابن عرفة .
يؤخذ من هذه التعاريف أن أركان الشفعة في العقار هي الشفيع والمشفوع والمشفوع منه والمشفوع به .

الشفيع : وهو من له الحق في إستشفاع حصة شائعة في عقار يملك فيه جزءا شائعا فوتها شريكه للغير عن طريق البيع مقابل تأدية الثمن المدفوع ومصاريف العقد . وهو إما أن يكون واحدا أو متعددا .

المشفوع : وهو الشيء محل الشفعة، وهو يثبت في العقار المشترك وفيما يتعلق بالعقار من الأشياء والحقوق.

المشفوع منه : هو الشخص الذي تستعمل الشفعة في مواجهته ليأخذ الشفيع من يده الحقوق التي فوتها إليه شريكه ، والشرط الذي يجب توفره لقيام الأخير في الشفعة، أن تكون شركة المشفوع منه في العقار متأخرة عن شركة الشفيع.

إضافة إلى أنه يجب أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المباعة بعوض، وهو تحصيل حاصل لما ورد في المادة 303 م . ح . ع التي منعت الشفعة في التبرعات .

المشفوع به : هو ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه عند الشفعة مقابل حصوله على الحصة المشفوعة من الثمن الذي أداه الأخير للبائع، وما خرج من يده من صوائر وقيمة التحسينات التي قام بها المشتري، لكون هذه التحسينات رفعت من قيمة الحصة المشفوعة.

والشفعة تكون في العقارات ²³ ، سواء كانت قابلة للقسمة أم غير قابلة لها، وتكون في الحقوق العينية القابلة للتداول، وهو إتجاه تشريعي أخذ به المشرع المغربي إحدى الروايتين في فقه الإمام مالك رحمه الله تعالى ²⁴ .

²² - قرار المجلس الأعلى عدد 43 بتاريخ 1960/11/7 منشور بمجلة ق ق عدد 35-36 ص 251 مذكور بمرجع محمد محجوبي الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي الطبعة الثانية 2000 ص 204 تستعمل تسمية المجلس الأعلى لأن بها صدرت القرارات التي اعتمدها فيه وهي قرارات ستظل تحمل في ديباجتها ووقائعها وأسمائها ومنظورها تلك التسمية ومن غير اللائق أن نذكر محكمة النقض في المتن ثم نشير -مضطربين إلى أنه قرار صادر عن المجلس الأعلى-

²³ - 9. F. urbino-soulier : les preemption 1er edition . imprimerie louis-jean . octobre 1989 page n° 9.

المطلب الثاني : مشروعية الشفعة

لقد إنفق الفقهاء المسلمون على مشروعية الشفعة ، وأقروا الأخذ بها فالشفعة ثابتة بالإجماع والسنة.

الفترة الأولى: دليل مشروعية الشفعة

ثبتت الشفعة بالسنة والإجماع:

أولاً - من السنة:

ثبتت في مشروعيتها أحاديث كثيرة منها:

(1) عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة⁽²⁵⁾. قال ابن حجر: "وهذا الحديث أصل في ثبوت الشفعة"²⁶.

(2) عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في كل شركة لم تقسم، ربعه أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذن فهو أحق به²⁷.

(3) عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً"⁽²⁸⁾.

عن سمره - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "جار الدار أحق بالدار"²⁹.

²⁴ - د. علي أحمد صالح المهدي أوجه الاختلاف في أحكام الشفعة في القانونين الإماراتي والمغربي مجلة الحقوق مدونة الحقوق المعينة وفاق التطبيق ص162

²⁵ - أخرجه البخاري (128/2) في كتاب الشفعة - باب الشفعة فيما لم يقسم - رقم الحديث (2257).

²⁶ - فتح الباري (436/4).

²⁷ - أخرجه مسلم (1229/3) في كتاب المساقاة - باب الشفعة - رقم الحديث (1608).

²⁸ - أخرجه أبو داود (788/3) في كتاب البيوع - باب في الشفعة - رقم الحديث (3518)، والترمذي (642/3) في

كتاب الأحكام - باب ما جاء في شفعة الغائب - رقم الحديث (1369).

وابن ماجة (833/2) في كتاب الشفعة - باب الشفعة بالجوار - رقم الحديث (2494). والحديث حسنه الترمذي،

وصححه الألباني في إرواء الغليل (378/5).

ثانياً - من الإجماع:

نقل جمع من العلماء الإجماع على مشروعية الشفعة منهم ابن المنذر حيث يقول:
"وأجمعوا على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط"³⁰.

وقال ابن هبيرة: "واتفقوا على أن الشفعة تجب في الخليط"، أي الشريك.

وقال القاضي عبد الوهاب: لا خلاف في وجوب الشفعة للشريك المخالط³¹.

ومع هذا النقل للإجماع إلا أن بعض الشافعية نقل خلافاً في ذلك كما جاء في كفاية الأخيار: ونقل ابن المنذر الإجماع على إثبات الشفعة وهو ممنوع، فقد خالف في ذلك جابر بن زيد من كبار التابعين وغيره³². إلا أن الشريبي استدرك بقوله: وحكى ابن المنذر فيها الإجماع لكن نقل الرافعي عن جابر بن زيد من التابعين إنكارها، قال الدميري: ولعل ذلك لم يصح عنه³³.

وذكر ابن قدامة أنه خالف في مشروعية الشفعة الأصم حيث قال: "ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيتضرر المالك، ثم رد عليه بأنه مخالف للأثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله، ورد على دليله من وجهين:

الأول: أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

الثاني: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة.³⁴

29 - أخرجه أبو داود (787/3) في كتاب البيوع والإيجارات - باب في الشفعة - رقم الحديث (3517)، والترمذي (641/3) في كتاب الأحكام - باب ما جاء في الشفعة - رقم الحديث (1368). وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في إرواء الغليل (377/5).

30 - الإفصاح (95).

31 - المعونة على مذهب عالم المدينة (1267/2) وانظر: بداية المجتهد لابن رشد (310/2).

32 - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لأبي بكر بن محمد الحسيني (284).

33 - مغني المحتاج (296/2).

34 - المغني (178/5) وانظر فيمن نقل الإجماع ورد على من شد: الحاروي للماردي (227/7) وتكملة المجموع للمطيعي (302/14) وحاشية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي القفال (263/5).

الفقرة الثانية :الحكمة من مشروعيتها

تتجلى في رفع الضرر عن الشريك، أو الشركاء الآخرين الذي يمكن أن يحصل له أو لهم بسبب دخول العنصر الأجنبي، والذي سيجل محل شريكهم وفي دفع كثير من النزاعات والخصومات، كما تتجلى أيضا في ضم ما يمكن أن يتبدد من أجزاء الملكية الواحدة، هذا الضم الذي من شأنه عدم إلحاق أي ضرر بالمشتري الأجنبي عن الشركاء، نظرا لكونه يأخذ الثمن الذي دفعه في الجزء المشاع زيادة على غيره من المصروفات الضرورية.

المبحث الثاني :

الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى الطبيعة القانونية للشفعة (كمطلب أول).

ثم إبراز الخصائص التي تتميز بها الشفعة من خلال (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للشفعة

إستأثر موضوع التكيف القانوني للشفعة باهتمام كبير من الفقهاء، حيث اختلفت الآراء وتباينت حول تحديد الطبيعة القانونية لحق الشفعة هل هي حق عيني أم حق شخصي أو ليست بحق أصلا؟.

لقد ذهب إتجاه تقليدي في تكيف الشفعة إلى التمييز بين ثلاثة آراء : رأي اعتبر الشفعة شراء جديد، ورأي نظر إليها كنوع من الحلول ورأي حصر طبيعتها ضمن دائرة الحقوق.

وما يهمنا هو ما ذهب إليه الرأي الثالث الذي كِيف الشفعة حقا لأنه من أشهر الآراء، إلا أن الخلاف اشتد حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق هل هي حق عيني أم حق شخصي؟

فإعتبرها حقا عينيا³⁵ أصلي لأن الشفعة :

- تخول الشفيع حق تملك العقار فتجعل له حقا على العقار المشفوع .
- إن للشفيع إستعمال حق التتبع ، فإذا باع المشتري العقار وتوالت البيوع يجوز له مطالبة المشتري الجديد، ولو كان شخصيا لما إستطاع إلا مقاضاة المشتري الأول .
- إن دعوى الشفعة مصدرها القانون وليس الإتفاق ، وسببها الشراكة في العقار فهي إذن عينية عقارية.

³⁵ - محمد كامل مرسي الشفعة في القانون الأصلي والمختلط وفي الشريعة الاسلامية القاهرة طبعة 1997 الصفحة 34

وأما إعتبرها حقا شخصيا³⁶ فلكون الشفعة :

- أن الشفيع يمارس حقا شخصيا لا عينيا ولا تجوز حوالبته .
- أن الشفعة لم ترد مع الحقوق العينية.
- إن الحق العيني لا يتولد للشفيع بمجرد البيع وإنما يتولد بالطلب .
- إن الملكية لا تكتسب بمقتضى حق الشفعة إلا بالتسليم الإختياري أو بحكم القاضي ، فالدعوى إذن شخصية وتعني الحلول في حقوق المشتري .

إلا أن الإتجاه الحديث يذهب إلى إعتبر أن الشفعة ليست حقا عينيا أو حقا شخصيا وإنما هي مصدر للحق نفسه، والفرق واضح بين الحق وبين سبب إكتسابه فالملكية مثلا يقول الأستاذ السنهوري " حق عيني وتكتسب بالاستيلاء والوصية والإلتصاق والميراث والعقد والحيازة والشفعة، ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الإلتصاق أو الحيازة حق عيني؟ فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أم حق شخصي؟ فالشفعة واقعة قانونية، وهي من طرق اكتساب الملكية وليست بحق أصلا بل هي مصدر الحق³⁷ .

أما المشرع المغربي فقد إستعمل في الفصل 974 من قانون الإلتزامات و العقود كلمة " جاز " مما يفيد أنه إعتبرها رخصة وإستعمل في المادة 292 من مدونة الحقوق العينية " الشفعة أخذ شريك " حيث إعتبرها كذلك رخصة³⁸ . وهو بذلك يكون قد سار على نهج المشرع في كل من مصر و تونس.

ويترتب على إعتبر الشفعة رخصة العديد من النتائج القانونية منها³⁹ :

36 - محمد كامل مرسي الشفعة في القانون الأصلي والمختلط وفي الشريعة الإسلامية القاهرة طبعة 1997 الصفحة 35
37 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة بدون تاريخ الطبعة، ص. 447
38 - الرخصة هي تخيير بين بدائل معروفة مقدما وهذا بخلاف الحرية حيث يكون التخيير بغير حدود ونتائج تكون غير معلومة مقدما كما تختلف الحرية عن الرخصة في وجود السبب الذي يمنح مكنة الإختيار فالسبب موجود في الرخصة متخلف في الحرية فحرية التملك تعني حرية مطلقة في سلوك أي سبيل للتملك أو عدم سلوكه أما رخصة التملك فتعني جريان سبب يقتضي المطالبة بالتملك فالشفيع قبل بيع الشريك لنصيبه له حرية التملك أما إذا باع الشريك نصيبه عندئذ يكون للشفيع رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة بها
ابو العود رمضان النظرية العامة للحق ذ ط الاسكندرية دار الجامعة الجديدة 2005 ص 37
39 - أبو الليل إبراهيم الدسوقي خيار الشفعة مجلة الحقوق العدد الثاني 1988 م ص 84 - 86 - 88

يترتب على الشفعة التأثير على المركز القانوني للمشتري، وذلك بإقصاء المشتري والحلول محله في تملك المبيع، بما يؤدي إلى تحول العلاقة القانونية التي قامت بين البائع والمشتري لتصبح بين البائع والشفيع .

خيار الشفيع لصيق بشخص صاحبه ، وبالتالي عدم إمكان إستعمالها من غير الشفيع وعدم إمكان حوالتها إلى الغير .

ورغم الدراسات الفقهية الكثيرة التي إستفاضت في بيان طبيعة الشفعة ، هل هي حق أم رخصة، فإننا لا ننتصر لأي من الإتجاهين ، بل إننا نعتبر أن الشفعة هي حق ورخصة في نفس الوقت ، فهي من جهة أولى حق لأن كل شريك على الشياح يستفيد منها ولا يمكن حرمانه منها ، وهي من جهة ثانية رخصة لأنه يمكن للشريك على الشياح أن يمارسها كما يمكنه أن يتنازل عنها .

المطلب الثاني : خصائص الشفعة

تتميز الشفعة بعدة خصائص بإعتبارها مؤسسة فريدة من نوعها، إنطلاقا من كونها حق إستثنائي و حق غير قابل للتجزئة و كونها حق عقاري اختياري.

فالشفعة رخصة أو هي تقنية خاصة لإكتساب الملكية بالحلول و هي تعتبر حقا إستثنائيا بإعتباره تقييدا لحرية التعاقد و لحق الملكية فيه ينتزع العقار من مشتريه بدون رضاه فيتملك لشخص آخر غير الذي أباعه إياه، كما أنه حق لا يمارس إلا في صور معينة وحسب شروط مضبوطة و في حدود ضيقة.

أما إعتبار الشفعة حقا غير قابل للتجزئة فيعني أنه للشفيع أن لا يطلب تملك بعض المبيع وترك بعضه ، وهذا ما قرره المادة 296 من مدونة الحقوق العينية بقولها:

" يجب على الشريك أن يأخذ الحصة المبيعة بكاملها أو يتركها " .

إذ يترتب على أخذ بعض المبيع ضرر بالمشتري و عليه يجب على كل شفيع أن يطالب بكل العقار تفاديا لإحتمالات تجزئة الشفعة.

أما إعتبار الشفعة حقا عقاريا فإن ذلك يعني أنها الشفعة لا ترد إلا على العقارات والحقوق العينية القابلة للتداول هذا ما جاء في المادة 298 م . ح . ع حيث نصت على أن

"تكون الشفعة في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أم غير قابلة لها وتكون في الحقوق العينية القابلة للتداول".

كما أن الشفعة تعتبر حقا إختياريا ذلك أن الأخذ بها يرجع إلى محض إرادة الشفيع فله الأخذ بها أو التنازل عنها.

الفصل الأول :

شروط شفعة العقار غير المحفظ وإجراءاتها

تمنح الشفعة لكل مالك على الشياخ في عقار أو حقوق عينية الحق في أخذ الحصنة التي باعها شريكه من مشتريها بعد أدائه للمبلغ المؤدى في شرائها وكذا ما أداه عنها من مصاريف لازمة ومبلغ ما أدخله عليها من تحسينات .

ولكي يمارس الشريك على الشياخ حقه في الشفعة لابد له من توفر الشروط اللازمة لذلك فما هي هذه الشروط ؟ (الفرع الأول)

بالإضافة إلى توفر الشروط اللازمة لممارسة الشفعة فان هذا لا يكفي بل لابد للشركاء من سلوك إجراءات مسطرية معينة داخل آجال محددة لكي يتمكنوا من إستحقاق الحصنة المشفوعة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول :

شروط شفعة العقار غير المحفظ ومراتب الشفعاء فيها

لا تتم الإستجابة لطلب الشفعة في العقار العادي إلا بتوفر الشفيع على مجموعة من الشروط نصت عليها مدونة الحقوق العينية (المبحث الأول)

كما أن ممارسة الشفعة قد تمارس من طرف شفيع واحد أو متعدد وعليه إذا تعدد الشفعاء بحيث تثبت لأكثر من شخص نكون أمام تزامم الشفعاء (المبحث الثاني)

المبحث الأول :

شروط شفعة العقار غير المحفظ

حتى يستفيد الشفيع من حق الشفعة فانه يتعين عليه أن يثبت أنه شريك بجزء شائع في العقار الذي يطلب الشفعة في الحصة المبيعة منه (المطلب الأول).

كما أن الشفعة في العقار غير المحفظ لا تثبت إلا في البيع ولا تثبت في غيرها من التصرفات سواء كانت بعوض أو بغير عوض (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشركة على الشياء

يجب أن يكون طالب الشفعة شريكا في الملك المشاع وقت بيع حصة شريكه في العقار وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 293 من مدونة الحقوق العينية وينصرف هذا الشرط أن يكون طالب الشفعة أو ما يطلق عليه بالشفيع شريكا في الملك المشاع .

فالشفيع هو الشخص الذي له الحق للأخذ بالشفعة لأجل أخذ الحصة من المالك الجديد الذي اشترى الحصة الشائعة من أحد الشركاء .

لكن ما المقصود بالحصة الشائعة ؟

المشرع المغربي لم يعرف الملكية الشائعة في مدونة الحقوق العينية وإنما تطرق لأحكامها بما لا يتعارض مع النصوص الواردة في قانون الالتزامات والعقود، هذا الأخير أشار إليها من خلال الفصل 960 بقوله " إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشترائك فيما بينهم وعلى سبيل الشياء . تنشأ حالة قانونية تسمى الشياء أو شبه الشركة . وهي إما اختيارية أو اضطرارية . "

وقد عرفها بعض الفقه⁴⁰ " الملكية الشائعة بأنها ملكية مشتركة بين عدة اشخاص على شئ يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل جزء من أجزاء الشئ المشترك دون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن سواها . "

وعليه فالملكية الشائعة تكون عندما يكون الشئ الواحد مملوكا لأكثر من شخص بحيث يكون لكل منهم حصة شائعة تنسب إلى الشئ في مجموعه كالنصف أو الربع مثلا

⁴⁰ مالمون الكزبري التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي الجزء الطبعة الثانية 1987 ص 115

دون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن باقي الحصص الأخرى⁴¹، بل هو شائع في جميع العقار، ولذلك لا يمكن تعيين الجزء الذي يملكه، فلا يمكن مثلا أن يقول شخص أن نصيبه هو هذا البيت من هذه الدار أو هذا الجانب من الضيقة.⁴²

ويثبت عنصر الشياح إذا نص العقد على أن البيع وقع على الشياح، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ومحكمة النقض حاليا أنه :

" يثبت عنصر الشياح إذا نص عقد الشراء المدلى به لإثبات البيع على أن المبيع معين يتمثل في قطعة مساحتها هكتار ونصف والشركة غير ثابتة تكون قد تجنبت الصواب وعرضت قرارها للنقض."⁴³

وعليه فالشريك في الملك المشاع يثبت له الحق في الشفعة إذا طالب بها وهو لا يزال شريكا وقت بيع حصة شريكه في العقار غير المحفظ، إذ لا شفعة لمن كان شريكا وانتهت شراكته قبل البيع لأن بانتهاء شركته أصبح أجنبيا عن باقي الشركاء⁴⁴، لأنه لم يعد بحوزته ما يشفع به.

وكذلك الأمر بالنسبة لمن كان شريكا وانتهت شركته إما ببيع الشركاء على الشياح جميعهم لأجنبي بما فيهم هو، أو إجراء قسمة بتية⁴⁵ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " الشفعة فيما لم يقسم فأذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة "

ويقع إثبات القسمة على كاهل من يدع وقوعها، وإلا فتوجه اليمين على منكر القسمة لرد الدعوى وهو ما أكدته المحكمة الأعلى⁴⁶ في القرار الصادر عنه والذي نص فيه على: " أن دفع المدعي عليه في الشفعة بأن الشفعة قد أجرى القسمة مع الشركاء تتضمن إقراره له بملكته على الشياح ولا يكلف بإثبات هذا الشرط أما ادعاه القسمة فعليه هو عبء إثباته وإلا استحققت الشفعة "

ولقول صاحب التحفة :

والمدعي لقسمة البنات *** يؤمر في الأصح بالإثبات

⁴¹-ادريس الفاخوري الحقوق العينية وفق القانون رقم 39,08 ص 123
⁴²-محمد ابن معجور أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتفتين المغربي المقارن الطبعة الثانية 1993 مطبعة النجاح الجديدة ص 62
⁴³قرار المجلس الأعلى سابقا ومحكمة النقض حاليا رقم 89/6886 صادر في 26 يوليوز 1994 في ملف عقاري مذكور بمؤلف عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة ص 298
⁴⁴-محمد محجوبي الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي طبعة ثانية 2000 ص 187
⁴⁵عرفت المادة 13 من مدونة الحقوق العينية القسمة البتية على أنها " أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقض بها الشياح "
⁴⁶قرار المجلس الأعلى رقم 1318 ملف عقاري بتاريخ 21 أكتوبر 1986 عدد 84/4431 عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص 257

وتثبت القسمة بعقد يفيد بشكل واضح وصريح إنتهاء حالة الشياح بين جميع الشركاء في العقار أو الحق العيني ، وأن يوقع جميع الشركاء على العقد أو يشار الى حضورهم في الرسم العدلي حتى يكون نافذا في حقهم جميعا، وفي هذا الإطار أكد المجلس الأعلى في أحد قراراته أنه :

" لا عبرة بموجب اثبات القسمة إلا إذا تضمن جميع الشركاء على الشياح وأن اعتماد المحكمة في إصدار حكمها على الموجب المذكور رغم دفع الطالب بعدم حضور بقية الشركاء فيه ورغم أن القسمة غير قابلة للتجزئة يجعل القرار معرضا للنقض⁴⁷ ".
وفي نفس الاتجاه صدر قرار آخر جاء فيه :

" إن المخارجة تنهي الشياح وتمنع الشفعة ، وأن وقوع المقاسمة بحضور المدعي الراشد والمقدمة على القاصر وإثبات ذلك برسم المخارجة قد تمت بصفة قانونية⁴⁸ ".
وبرجعنا إلى أحكام الفقه المالكي في الموضوع فإن العلامة ابن عاصم قد نص في تحفته على ما يلي :

وفي الأصول شفعة مما شرع * في ذي الشياح ويحد تمتع**

والمعنى أن الشفعة في الأصول مشروعة في ذي الشياح منها حين البيع لا أنها إنما تجب للشريك بجزء شائع لا بأدرع معينة أو غير معينة كما في أوائل الشفعة ، ومن ادعى الشياح فعليه إثباته ليشفع، وإنما تجب أيضا إذا استمر الشياح إلى حين البيع كما قال :

(ويحد تمتع) أي فلا شفعة فيما قسم وضربت حدوده وصرفت طريقه لأن كل واحد صار جارا للأخر⁴⁹، ولا شفعة للجار في المذهب المالكي وهو المعمول به في المغرب ، عكس بعض التشريعات الأخرى كالتشريع المصري التي تأخذ بالمذهب الحنفي الذي يجيز شفعة الجار .

أما القسمة الاستغلالية⁵⁰ فلا ينتهي بها الشيوح ، كما لا تعد مانعا من موانع الشفعة وهذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته الذي جاء فيه " إن قسمة الاستغلال لا ترفع

⁴⁷ قرار المجلس الأعلى رقم 801 ملف عقاري بتاريخ 2000/02/23 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزوج 58 -57 ص 88
⁴⁸ قرار المجلس الأعلى عدد 51 بتاريخ 2003/01/51 منشور بمؤلف عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في الشفعة من 1998 إلى 2003 ص 69

⁴⁹ البهجة في شرح التحفة لابي الحسن علي بن عبد السلام التنولي الجزء الثاني دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء ص ب 4040 ص 204
⁵⁰ عرفتها المادة 313 أنها " قسمة المهياة تقتصر على المنافع اما زمانية أو مكانية "

حالة الشيعاء ، وأنه لما ثبت للمحكمة من رسمي الصدقة وعقد البيع أن العقار مشاع بين البائع والشفيع لم تكن بحاجة إلى مناقشة موجب الاستغلال الذي لا يرفع الشيعاء⁵¹.

لكن الإشكال الذي يطرح حينما يكون الشفيع مالكا على الشيعاء بمساحة معينة ويشار إلى ذلك صراحة في عقد الشركة ، وهنا للأسف الشديد لم تقدم لنا المدونة جوابا عن هذا الإشكال كما أن فقهاء المذهب المالكي اختلفوا حول هذه النقطة حيث ذهب جانب منهم إلى القول بجواز الأخذ بالشفعة ، ومنهم العلامة الشيخ اشهب وإعتبر ذ. العلوي العابدي⁵² أن هذا الرأي هو الراجح ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى منع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة ، وقد قال بهذا الرأي الشيخ خليل وشراحه ومنهم الزرقاني والحطاب ، فقد جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل لدى قوله الشفعة أخذ شريك تعليقا على ما هو بالشريك ما نصه :

" المقصود منه بجزء شائع لا بأذرع معينة فلا شفعة لأحد على الآخر قطعا لأنهما جاران ولا بغير معينة عند الامام مالك ورجحه ابن رشد وأفتى به والملاحظ في هذا الاطار أن المجلس الأعلى سبق له أن أصدر قرارا تبني فيه الرأي الأول ومما جاء في هذا القرار " يثبت عنصر الشيعاء إذا نص عقد الشراء المدلى به لاثبات البيع أن المبيع يقدر بهكتار ونصف على الشيعاء مع من شارك البائع⁵³ .

لكن بعد ذلك أصدر مجموعة من القرارات تراجع فيه عن موقفه السابق وتبني الرأي الثاني في الفقه المالكي فقد جاء في أحد هذه القرارات " لا شفعة بين الشريكين بأذرع معينة أو بمساحة معينة لأنهما جاران ولا شفعة للجار على جاره⁵⁴ ، وفي قرار آخر جاء " إن المحكمة التي قضت بالشفعة على إعتبار أن الشيعاء قائم والحال أن طالب الشفعة يملك بأذرع معينة تكون قد خالفت قواعد الفقه المعمول بها وعرضت قرارها للنقض⁵⁵ .

⁵¹ قرار المجلس الأعلى 2003/02/27 عدد 612 عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص74

⁵² ذ. شكير الفتوح مرجع سابق ص 173

⁵³ قرار المجلس الأعلى عدد 1014 بتاريخ 1994/07/26 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47 ص171

⁵⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 780 بتاريخ 1999/09/14 منشور بمجلة عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في الشفعة من 1998 إلى

2003 ص 35

⁵⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 2882 بتاريخ 2003/10/09 منشور بمجلة عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في الشفعة من 1998 إلى

2003 ص 86

وهكذا فإن الشريك الذي يمكن له أن يطالب بحق الشفعة، هو ذلك الشخص الذي يملك في العقار المراد شفعته نسبة معينة في مجموعه، كنصف أو ربع وهكذا وأن هذه الملكية توجد في كل جزء من أجزاء العقار لأنها غير معينة ولا مفرزة ابتداء⁵⁶.

وأن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع الذي يشفع به سابقاً على تاريخ تملك المشفوع من يده للحصة محل الشفعة، أما إذا كانت ملكيته لاحقة للتصرف بالحصة المشاعة فلا تثبت له الشفعة، بحيث يجب أن ترجع ملكيته لحصته⁵⁷، وهذا ما أكدته المادة 293 من مدونة الحقوق العينية " أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقاً على تاريخ تملك المشفوع من يده للحصة محل الشفعة " .

فهكذا مثلاً لو أن عمراً وزيداً وسعداً يملكون عقاراً على الشياخ فيما بينهم وباع عمر حصته لسمير في شهر فبراير 2013، ثم قام زيد ببيع حصته لجابر في أبريل 2013 فلا يستطيع جابر أن يشفع الحصة التي كانت قد بيعت قبلاً لسمير .

وكذلك الأمر حتى إذا تملك شخصان عقاراً دفعة واحدة، أي بتاريخ واحد فلا شفعة لأحدهما على الآخر لكون تملك كل منهما لم يتجدد على الآخر.

يتعين أن يكون الشفيع شريكاً للبائع في رقبة وأصل الحصة المطلوب شفعتها لا شريكاً في منفعتها فقط، إذ لا شفعة في الرقبة لشريك في المنفعة فقط، كالمحبس عليه إذا باع شريكاً الأحباس واجبه في عقار غير محفظ، لأنه لا يملك في الرقبة المبيعة شيئاً⁵⁸، فالشريك في الرقبة يستحق الشفعة ولو كان لا يملك المنفعة بخلاف مالك المنفعة فقط فهو لا يستحق الشفعة⁵⁹.

فهكذا إذا كان عدة أشخاص يملكون منفعة عقاراً وآخرون يملكون رقبة ذلك العقار، فإذا فوت أحد الشركاء نصيبه في المنفعة يستحق باقي شركائه في تلك المنفعة الشفعة، وإذا فوت أحد المالكين للرقبة حصته في الرقبة يستحق بقية شركائه في الرقبة الشفعة.

وأن تكون ملكية الشفيع للجزء المشفوع به ثابتة، وليست محل منازعة من أي طرف أما إذا كانت محل منازعة من الغير، كان يكون الجزء المشفوع به ليس تحت يد الشفيع وإنما

56 - محمد محجوبي مرجع سابق ص 32

57 - مامون الكزبري : مرجع سابق ص 178

58 - سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة والصفقة، منشورات وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط، سنة 1983، ص 88.

59 - محمد خير، الشفعة وأجالاتها بين العقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ، مجلة محاكمة، عدد 3، سنة 2007، ص 15.

بيد الغير، ويدعي هذا الأخير ملكيته له كان يكون شخصان شريكان على الشياح في عقار معين ، ويتولى أحدهما إدارته دون الآخر فيقوم هذا الأخير ببيعه للغير، وعند قيام شريكه بالشفعة يواجهه البائع بأنه لا يملك أي حق عيني على هذا العقار، ففي هذه الحالة لا يمكن للشريك ممارسة الشفعة إلا بعد استحقاقه لنصيبه الشائع، ويمكنه اما أن يطالب بواجبه استحقاقا والباقي شفعة في مقال واحد، وإما ان يتقدم بطلب مستقل يرمي إلى الاستحقاق وبعد صيرورة الحكم بالاستحقاق نهائيا يتقدم بدعوى الشفعة، أما إذا طلب الشفعة في كل المبيع دون أن يطلب إستحقاق واجبه الذي يشفع به فسيحكم بإلغاء دعواه على الحالة لكونها سابقة لأوانها.

وعليه إذا طلب الشريك إستحقاق نصيبه واستحقاقه للشفعة فان أجل الشفعة يسري في مواجهته ابتداء من تاريخ صيرورة الحكم بالاستحقاق نهائيا، فلو أن الشفيع طلب إستحقاق واجبه الذي يشفع به وطالت المسطرة في ذلك مدة عامين أو أكثر ما بين زمان البيع وزمان الإستحقاق ،فان أجل حق ممارسة لا يفوت بعد ذلك، وإنما يبتدئ أجلها بالنسبة إليه من تاريخ صيرورة الحكم بالإستحقاق نهائيا عملا بقاعدة فقهية تقول لمن كمل له الإستحقاق في نصيب من الملك أن يأخذ ما كان يبيع منه بالشفعة ولو طالت ما بين زمان البيع وزمان الإستحقاق⁶⁰.

وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض في أحد قراراتها حيث أكدت أنه :

" من شروط الأخذ بالشفعة ان يكون طالبها مالكا لواجبه الذي يشفع به، فإذا نوزع في استحقاقه له، فعليه ان يطلب واجبه استحقاقا ويأخذ الباقي شفعة لما نص عليه الشريف العلمي من أن " من كمل له استحقاق نصيبه من الملك أن يأخذ الباقي شفعة "،ومتى ثبت له استحقاق نصيبه فتح له أجل الشفعة ولو طال الأمد بين تاريخ البيع وتاريخ الشفعة"⁶¹

ولكن من خلال قراءتنا للمادة 293 من م . ح . ع نجدها تشترط أن يكون الشفيع شريكا في الملك المشاع وقت بيع حصة شريكه ، مما يدفعنا إلى التساؤل هل يشترط أن يظل الشفيع مالكا لما يشفع به إلى حين صدور الحكم بالشفعة، أم يكفي توفره على صفة

⁶⁰ -النوازل الصغرى لسيدى محمد المهدي الوزاني، الجزء الثالث، مطبعة فضالة بالمحمدية 1993 ص 473
⁶¹ قرار محكمة النقض عدد1025 صادر بتاريخ 28 فبراير 2012 في الملف المدني عدد 2011/9/1/3730 منشور بمجلة محكمة النقض ملفات عقارية العدد سنة 2012 ص266 إلى 269

شفيح حين قيام سبب الشفعة وقيامه بإجراءاتها والمطالبة بها قضائياً ولو باع حصته في العقار موضوع الشفعة بعد ذلك وقبل صدور الحكم بالشفعة ؟

إن مدونة الحقوق العينية وقواعد الفقه الإسلامي⁶² لا تشترط في الشفيح أن يبقى مالكا لما يشفع به إلى حين صدور الحكم بالشفعة، وإنما تشترط فقط قيام سبب الشفعة والمطالبة بها في وقت يملك فيه الشفيح ما يشفع به .

ويذهب البعض أنه ليس ثمة شيء يلزم الشفيح بأن يظل مالكا لما يشفع به إلى حين صدور الحكم بالشفعة، إنما يكفي توفره على صفة شفيح حين قيام سبب الشفعة والقيام بإجراءاتها والمطالبة بها قضائياً ، ولو باع حصته التي يشفع بها بعد ذلك وقبل صدور الحكم⁶³.

في إعتقادنا يجب أن يبقى سبب الشفعة قائماً لحين تمام الحكم بالشفعة من طرف القضاء أو بالرضاء⁶⁴، ولا يهم بعد ذلك أن يزول سبب الشفعة⁶⁵.

وفي هذا الإطار نجد إجتهد لمحكمة التمييز الأردنية نجدها إستقرت على ما يلي⁶⁶ :

" من المبادئ المسلم بها فقها وقضاء، ان الشرط الاساسي للمطالبة بحق الشفعة بسبب الشراكة ان يكون الشفيح مالكا لخصه المشاعة، وقت بيع العقار المشفوع وان تكون ملكيته نهائية وان تبقى كذلك حتى يتملك العقار المشفوع بالقضاء أو الرضاء فإذا زالت ملكيته قبل ذلك يسقط حقه في الشفعة ."

وكذا طعن مصري جاء فيه :

" نشوء حق الشفيح في الأخذ بالشفعة بالبيع مع قيام المسوغ . عدم صيرورة العين المشفوعة الى ملك الشفيح في غير حالة التراضي - إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة - مقتضى ذلك وجوب استمرار ملكية الشفيح للعقار المشفوع به حتى صدور الحكم النهائي له بالشفعة أو إبرام التراضي عليها⁶⁷"

62 - عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة الطبعة الاولى 1999 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 8
63 - خديجة اجنوبي الشفعة في بيع العقار غير المحفظ وفق المذهب المالكي ومستجدات مدونة الحقوق العينية المغربية رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار جامعة محمد الاول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2012-2013 ص 17
64 - عبد الحميد الثوراني، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية، 1995 ، مطبعة دار الفكر الجامعي سويفر، ص 56
65 - محمد حسين منصور الحقوق العينية الاصلية الملكية والحقوق المنفردة عنها دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2003 ص 518
66 - تمييز حقوق رقم 81/38 سنة 1981 م ص 1077 نقابة المحامين الاردنيين ماخوذ عن رسالة حق التملك بالشفعة للطالبة حنان سامي محمد موافي جامعة مؤتة 2006 ص 65
67 - طعن رقم 224 لسنة 58 جلسة 1995/5/23 منكور بمرجع حسين منصور الحقوق العينية الاصلية الملكية والحقوق المنفردة عنها دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2003 ص 518

وعليه يجب أن يبقى الشريك على الشياح الذي طلب الشفعة شريكا على الشياح إلى ما بعد الحكم له بها من طرف القضاء أو بالرضاء، لأنه لو باع حصته قبل ذلك يكون قد جعل حدا لهذا الموجب ببيع حصته المشفوع بها وأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشريك الجديد بالتالي لم يبقى له المطالبة بالشفعة⁶⁸.

غير أنه إذا باع فقط جزء من الحصة فإنه يبقى على شفعته بنسبة ما تبقى له من الحصة⁶⁹.

وكذلك إذا باع الشريك لخصته التي يشفع بها ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله، وهذا ما يستفاد من المادة 311 من م. ح. ع. وجعلته سببا من أسباب سقوط الشفعة، فرغم أنه كان شريكا وقت بيع حصة شريكه ولكنه باع حصته في الملك المشاع، فإن حقه في الشفعة يسقط رغم عدم علمه بتصرف شريكه بالبيع.

بعد أن عرفنا أن لصحة طلب الشفعة أن يكون الشافع شريكا على الشياح وقت بيع حصة شريكه، لكن السؤال المطروح ما حكم الشفعة إذا كان أحد أطراف الشفعة غير مسلم؟

لقد أجمع علماء المسلمين على ثبوت الشفعة على الذمي⁷⁰، وللذمي على الذمي متى تحققت أسباب الشفعة، لأنهما تساويا في الدين والحرمة فثبتت لأحدهما على الآخر⁷¹.

وإنما وقع الخلاف بينهم في ثبوت الشفعة للذمي على المسلم كوجوبها للمسلم على أخيه المسلم، فقد ذهب جمهور العلماء من الشافعية والحنفية والمالكية والظاهرية إلى القول بوجوب الشفعة للذمي على المسلم، كوجوبها للمسلم واستندوا في ذلك إلى الحديث الوارد عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة في كل ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به"⁷².

68 - أحمد الخريصي، أحكام الشفعة في التشريع المغربي، مطبعة دار الطباعة الحديثة الدار البيضاء دون ذكر سنة الطبع ص34

69 - أحمد الخريصي أحكام الشفعة في التشريع المغربي مطبعة دار الطباعة الحديثة الدار البيضاء دون ذكر سنة الطبع ص34

70 الذمي هو غير المسلم الذي يقيم بين المسلمين سواء كان يهوديا أو نصرانيا

71 حنان سامي محمد موافي حق التملك بالشفعة رسالة الماجستير في الفقه والقانون جامعة مؤتة الكويت سنة 2006 ص65

72 نفس الرجوع ص 67

فلفظ شريكه من صيغ العموم لأنه إسم جنس مضاف إلى معرفة ، فهو عام يتناول المسلم وغير المسلم، فثبتت الشفعة للشريك الذمي على المسلم كما ثبتت للمسلم على المسلم⁷³.

ومن الإجماع أنه روي عن شريح بن الحارث⁷⁴ أنه قضى بالشفعة للذمي على المسلم وكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب، فأجازها بمحضر من الصحابة من غير إنكار فكان ذلك إجماعاً على ثبوت الشفعة للذمي على المسلم.

أما الحنابلة فذهبوا إلى أنه لا شفعة لكافر على مسلم محتجين بحديث أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا شفعة لنصراني " ، فهذا النص بحسبهم يقصر ثبوتها للمسلم على المسلم ، وللمسلم على الذمي ويخرج من العموم الذمي فلا يكون شفعياً على المسلم⁷⁵.

كما إحتجوا على ذلك أيضاً بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك المسلم ، وإن كان فيها بعض الضرر على المشتري ولا يلزم من إباحة الشفعة لإزالة الضرر عن المسلم إباحتها بالنسبة للشريك غير المسلم لأن حق المسلم أرجح ورعايته أولى⁷⁶.

ويجاب على ذلك بأن الحديث الذي يحتجون به ضعيف لا يقوى على أن يعارض الصحيح الذي يحتج به الجمهور والذي يفيد العموم بالنسبة للمسلم والكافر كما يجاب بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك بقطع النظر عن دينه⁷⁷.

والرأي الأول هو الحري بالتأييد مادام أن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك ، وهذا الضرر يلحق الشريك مسلماً كان أو غير مسلم، فيحق بالتالي للشريك - بقطع النظر عن دينه - أن يمارس حقه في الشفعة لرفع الضرر اللاحق به⁷⁸.

ويثار تساؤل آخر وهو إذا مات أحد الشركاء على الشيوع فهل ينتقل حق الشفعة ممارسة الشفعة إلى ورثته ؟.

73 -حنان سامي موافي مرجع سابق ص67

74 - هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي ابو امية من اشهر القضاة في صدر الاسلام اصله من اولاد الفرس الذين كانوا باليمن كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع عنه ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان ومعاوية واستعفى في ايام الحجاج فأعفاه سنة 77هـ وكان ثقة في الحديث ومأموناً في القضاء

75 -حنان سامي محمد موافي مرجع سابق ص68

76 -محمد ابن معجوز احكام الشفعة في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي المقارن الطبعة الثانية 1993 مطبعة النجاح الجديدة ص 106

77 -محمد ابن معجوز احكام الشفعة في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي المقارن الطبعة الثانية 1993 مطبعة النجاح الجديدة ص 106

78 -غزلان نادير :اجراءات ممارسة الشفعة في العقار المحفظ الطبعة الاولى سنة 2013 ص 54

اختلف العلماء من المسألة وتباينت آراؤهم على ثلاثة أقوال :

حيث ذهب الحنفية إلى القول بأن حق الشفعة لا ينتقل إلى الورثة بالإرث عن الشفيع مطلقا سواء طالب به الشفيع قبل موته أو لم يطالب به.

بينما يرى الحنابلة أن حق الشفعة لا يورث إذا مات الشفيع قبل المطالبة به أما إذا طالب الشفيع بحقه فيها قبل موته فيثبت ذلك الحق لورثته .

أما المالكية فذهبوا إلى القول بميراث الشفعة مطلقا إذا مات الشفيع سواء طالب بها قبل موته أو لم يطالب بها ⁷⁹.

فحق الشفعة عنصرا من عناصر الذمة المالية وفقا للمذهب المالكي فهو ينتقل إلى ورثة الشريك، حتى إن كان هذا الأخير قد أحجم عن ممارسته قيد حياته وذلك بناء على المبدأ القائل " أن من مات عن حقه فلوارثه " ⁸⁰

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه مدونة الحقوق العينية في المادة 312 التي جاء فيها " لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع وإنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما بقي من أجل للاخذ بالشفعة "

والمشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية نجده إشتراط الملكية على الشفيع، ولم تميز بين الشركاء، وبذلك فإن الشفعة تثبت للشريك في العقار سواء أكان مسلما أو غير مسلم .

من كل ما تقدم نقول إن العبرة بملكية الشريك على الشفيع في العقار المطلوب شفيعته ، فلا يهم قدر نصيبه المشاع صغيرا كان أم كبيرا، كما لا يهم مدخل تملكه إختياريا كان كالعقد أو إضطراريا كالإرث ⁸¹، أو شريكا مسلما أو ذميا.

لكننا نطرح التساؤل التالي ما حكم الأخذ بالشفعة من قبل الواقف لحصته المشاعة ؟
فهل يجوز له الأخذ بالشفعة أم لا ؟

⁷⁹ - عبد الله بن عبد العزيز درعان: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي مكتبة التوبة الطبعة الأولى 1994 ص126
⁸⁰ - محمد أوالقاضي: أحكام الشفعة في ضوء التشريع والفقه والقضاء مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء الطبعة الأولى يونيو 2003 ص33
⁸¹ إبراهيم الهلالي: الشفعة كسب مشروع للملكية مجلة المحامي عدد 15 سنة 1989 ص98

المشرع المغربي لم يبين حكم الأخذ بالشفعة في هذه الحالة، بعكس بعض التشريعات الأخرى كقانون المعاملات المالية الإتحادي الإماراتي ، الذي إعتبر الواقف أحد الشفعاء وله الأخذ بالشفعة في حالتين :

الأولى : أن يأمر ناظر الوقف أخذ الحصص المعروض بها بالشفعة فيكون الناظر بذلك وكيلًا عنه.

الثانية : أن يأخذها - ناظر الوقف - بنفسه حال عود الحصص الموقوفة إليه إعتبارًا بأن له مرجع الوقف ، وهي تعود إليه في حالتين ، إحداهما إنقضاء مدة الوقف إذا كانت الحصص موقوفة لمدة معينة ، والثانية إنقراض الموقوف عليهم ، وذلك يكون في الوقف الذري كأم يقف الحصص على عائلة معينة ويتوفى جميع أفرادها⁸².

وعليه نتفق مع تصور بعض الفقه⁸³ بإمكانية الشفعة في الحبس في الحالة التالية: عندما يقوم المحبس بتحبيس نصيبه في عقار غير محفظ على شخص ، أو أشخاص لمدة معينة ، أو على جهة معينة ، وبشترط على أنه عندما تنتهي تلك المدة يعود ذلك النصيب إلى ملكه بعد مدة محددة ، لكن قبل أن تنتهي تلك المدة باع أحد الشركاء الآخرين نصيبه في ذلك العقار ، فإن لهذا المحبس أن يشفع ذلك النصيب سواء أراد أن يحتفظ بذلك النصيب لنفسه ، أو أراد أن يحبسه بدوره فيما حبس فيه نصيبه الأول أو في غيره .

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يرد على شرط الملكية على الشيعاء إستثناء، قرره المشرع لفائدة الدولة فهذه الأخيرة يحق لها الأخذ بالشفعة سواء كانت مالكة أم لا⁸⁴.

المطلب الثاني : تفويت الحصص المشاعة عن طريق البيع

ينص الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود على أن " البيع عقد بمقتضاه ينقل احد المتعاقدين للأخر ملكية شيء أو حق مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له".

⁸² علي أحمد صالح المهراوي، أوجه الاختلاف في أحكام الشفعة في القانونين الإماراتي والمغربي، منشورات مجلة الحقوق مدونة الحقوق العينية وأفاق التطبيق 2013 الصفحة 164

⁸³ محمد ابن معجور مرجع سابق الصفحة 66 و67

⁸⁴ - للمزيد من الإيضاح راجع الشفعة الممارسة من طرف الدولة لمحمد بادن رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني المعمق جامعة محمد الخامس -أكادال- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 1998-1999

ففيما يتعلق بالعقار غير المحفظ وحتى العقار المحفظ فإن الشفعة لا تثبت إلا عند انتقال الحصّة المشفوع منه عن طريق البيع فقط دون سائر أنواع الانتقال الأخرى⁸⁵، لأن مدونة الحقوق العينية لا تتحدث إلا على الشفعة في البيع.

لكن صياغة المشرع صياغة معيبة وخللا تعبيريا منه إذ أن الإشارة الى كون الحصّة مبيعة (وهو ما يتناسق مع المادة 292 من المدونة في التركيز على البيع) ثم تملكها بعوض وبالتالي كان من الأولى عدم إدراج هذا الشرط لأنه من باب الإطناب المؤدي الى اللبس⁸⁶.

وبإضافة المشرع لهذا الشرط يكون قد قطع شوطا كبيرا في منع الشفعة في التبرعات وذلك تماشيا مع ما قرره فقهاء المالكية في هذا الاطار اذ يقول ابن رشد:

"... فالمشهور عند مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع... وبه قال الشافعي أيضا..."⁸⁷

ولاشك أن من شأن ذلك التقليل من التصرفات التي تبيح الشفعة.

ولا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة في العقار الذي ينتقل إلى المشتري عن طريق البيع الصحيح النافذ المستجمع لجميع أركانه وشروطه⁸⁸، غير أن بعض البيوع تثير بعض الإشكالات في ثبوت الشفعة.

فالبيع الفاسد هو ما اختلف فيه شرط أو ركن من أركان البيع وشروطه، ومادام العقد الباطل يعتبر معدوما ولا اثر له فقد تم الإجماع على عدم ثبوت حق الشفعة فيه، وهذا ما ذهب إليه المالكية وهو المذهب الذي يجري عليه العمل في المغرب⁸⁹.

إلا أنه لما كان من الممكن أن يطالب الشريك بالشفعة قبل الاطلاع على أن البيع فاسد، كما أنه قد يتعذر فسخ ذلك البيع الفاسد وذلك بأن يفوت بيد المشتري⁹⁰.

⁸⁵ - محمد خيرى نحو تشريع عقاري جديد أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 38- 2011 ص 109

⁸⁶ - عصام بن زيدون قراءة لمستجدات الشفعة في مدونة الحقوق العينية المجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء العدد الثاني صيف 2013 ص

55

⁸⁷ ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد

⁸⁸ ينص الفصل 488 من ق. ل. ع ما يلي " يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه احدهما بالبيع والاخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى."

⁸⁹ - محمد الحياتي، في نظام التحفيظ العقاري الجزء الأول مؤسسة النخلة للكتاب وجدة الطبعة الأولى 2004 ص 43

⁹⁰ - محمد بن معجوز: مرجع سابق ص 167

فإذا استعمل الشريك الشفعة قبل الاطلاع على فساد هذا البيع ثم إطلع على فساد⁹¹ :

- فإن لم يكن المبيع قد فات بيد الشفيع فإن البيع يفسخ وتفسخ الشفعة أيضا .
- وإذا كان قد فات بيد الشفيع فإن المشتري تلزمه قيمته ويلزم الشفيع أيضا بأن يؤدي ما أداه للمشتري حين الشفعة ، وإلا فإنه يكون له الخيار بين أن يؤدي تلك القيمة ويحتفظ بذلك الشيء المشفوع وبين أن يردده للمشتري ويسترد منه ما دفعه له . أما إذا تعذر فسخ البيع الفاسد وذلك بان يطلع على فساده إلا بعد أن فات ذلك الشيء المبيع بيد المشتري :

- فإذا فات المبيع بيد المشتري بزيادة أو نقصان ، كما إذا هدمه أو بنى أو غرس فيه ، فإن الشريك يستحق الشفعة ، وإذا كان البيع متفقا على فساده فإن الشريك يستحق الشفعة ويدفع للمشتري قيمته التي كان يساويها قبل قبضه من البائع ، وإن كان البيع مختلفا في فساده فيدفع له الثمن الذي دفعه المشتري للبائع .

- وإذا فات المبيع بيد المشتري بسبب بيع صحيح أجراه هذا الأخير لفائدة شخص آخر فإن الشريك يستحق الشفعة أيضا⁹² .

والخيار في البيع نوعان : خيار شرطي وخيار حكمي ، فأما الخيار الشرطي فهو أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الخيار لأحدهما أو لكليهما خلال مدة إمضاء البيع أو رده ،

فإذا كان الخيار للبائع فلا شفعة إلا إذا أمضى البائع البيع ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري فلا شفعة إلا إذا أمضى المشتري ببيعه⁹³ .

⁹¹ عادل حميدي : التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ بين الفقه الإسلامي والفرع التشريعي . المطبعة الوطنية بمراكش الطبعة الأولى أكتوبر 2006 ص 74

⁹² - محمد بن معجوز مرجع سابق ص 167 و 167

⁹³ - محمد الحياتي ، من نظام التحفيظ العقاري المغربي ، الجزء الأول ، مطبعة النخلة ، وجدة ، الطبعة الأولى ، 2004 ص 75

وأما الخيار الحكمي، فهو الذي يثبت للمشتري عندما يطلع على عيب في المبيع بعد العقد وهنا إذا قرر المشتري البيع والرجوع على البائع بالتعويض حق للشريك ان يستعمل حق الشفعة، أما إذا قرر رد المبيع للبائع لم يكن للشريك حق في الشفعة⁹⁴.

بيع الثنيا هو أن يتفق الطرفان على أنه متى رد البائع الثمن للمشتري رد له المبيع وينتهي بذلك اثر البيع⁹⁵، ويرى المالكية أنه متى وقع الاتفاق على هذا الشرط حين العقد فبيع الثنيا يعتبر فاسداً، لأنه سلف جر نفعاً فيفسخ ولا شفعة فيه، بخلاف ما إذا تم الاتفاق عليه بعد العقد فإنه ينعقد صحيحاً ومن ثمة يكون للشريك الحق في الشفعة، وعليه ان يؤدي للمشتري الثمن المتفق عليه عند العقد⁹⁶.

أما الإقالة فهي أن يتفق البائع والمشتري على الرجوع عن البيع الذي أبرماه وأن يرجع كل واحد إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، بحيث يرد البائع الثمن للمشتري ويرد المشتري الشيء الذي اشتراه للبائع⁹⁷.

فإذا طالب الشفيع بالشفعة بالرغم من الإقالة التي تمت بين البائع والمشتري، فإنه يحكم له بها، ويكون المشفوع منه هو المشتري، لأن الإقالة تلغى ولا تعتبر⁹⁸.

وإذا تنازل الشريك عن الشفعة للمشتري تم أقال البائع هذا المشتري، فإن لهذا الأخير أن يشفع الحصه المبيعه، ولا يضره تنازله الذي وقع قبل الإقالة، لان الاقالة تعتبر في هذه الحالة بيعاً أي كان المشتري باع نا اشتراه لمن باعه له⁹⁹.

البيع بالمزايدة هو البيع الذي يتم بواسطة القضاء جبراً على مالكة، وذلك لإستيفاء دين معين ويتم فيه المناداة على العفار فيتقدم كل راغب بالشراء بثمن أعلى من سابقه إلى أن يرسو البيع على آخر مزاييد.

والشفعة في البيع بالمزاد العلني كانت محل خلاف الفقه المعاصر فهناك من يرى¹⁰⁰ أنه لا خلاف في أن البيع بالمزاد العلني من البيوع التي تبيئت فيها الشفعة، بمعنى

⁹⁴ - محمد بن معجوز الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي ص 185

⁹⁵ - الفصل 585 من ق ل ع

⁹⁶ - عادل حميدي مرجع سابق ص 75

⁹⁷ - الفصل 393 من ق ل ع

⁹⁸ - محمد بن معجوز الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي مرجع سابق ص 186

⁹⁹ - محمد بن معجوز الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي مرجع سابق ص 176

أن للشريك الحق في أن يشفع الحصة التي باعها شريكه عن طريق المزايدة سواء كان هذا الذي يرغب في الشفعة حاضرا أثناء المزايدة أم لم يكن حاضرا وسواء علم بتلك المزايدة في إبانها أم لم يعلم، ويستند هذا الرأي على الحجج التالية:

1- إن الأحاديث الواردة في الشفعة جاءت عامة لم تخصص بما يبيع عن طريق المساومة دون البيع عن طريق المزايدة.

2- إن الضرر الذي شرعت الشفعة لإزالته كما يوجد في البيع بالمساومة يوجد بالبيع بالمزايدة.

وفي مقابل هذا الرأي الذي يجيز الشفعة في البيع الجبري، هناك رأي¹⁰¹ مغاير يقول بعدم جوازها: " إذ يجب الانتباه إلى أن البيوع التي تجوز فيها الشفعة هي البيوع الرضائية أما البيع الجبري الذي يحصل إثر إجراءات تنفيذية فلا يعطي البيوع ممارسة حق الشفعة. ويستند هذا الرأي على الحجج التالية:

1- إن الشفعة تحد من حرية المالك في التصرف في ملكه لذا وجب تفسير النصوص المتعلقة بها تفسيراً ضيقاً.

2- إن البيع الجبري يتم علانية وتسبقه إجراءات إشهار يصل بمقتضاها إلى علم الشريك أنه سوف يقع بيع الجزء المشاع المملوك لشريكه، فإذا سكت فهذا دليل على أنه لا يرغب في تملك الجزء المشاع المعروض للبيع، ولو كانت له رغبة في ذلك لشارك في المزايدة و منع الغير من تملك الحصة الشائعة¹⁰².

إلا أن مدونة الحقوق العينية منعت أخذ الحصة المباعة في المزاد العلني بالشفعة وذلك من خلال المادة 302 التي جاء فيها: " إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة ".

100 - محمد ابن معجور، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، الطبعة الأولى 1985، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 161.

101 - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية 1978، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 175 وما بعدها.

102 - للمزيد من الإيضاح المرجو مراجعة مقال ذ. حسن فتوح شفعة العقار المباع بالمزاد العلني القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية الجزء الأول الطبعة الأولى 2010 ص 137 و 138

وهو نفس توجه المشرع المصري الذي منع الشفعة في البيع بالمزاد العلني¹⁰³، يستوي الأمر فيه أن يكون جبريا أو إختياريا، والحكمة من هذا المنع أن المزايدة العلنية تمكن الشفيع من الحصول على العقار الذي يريده وهو إذا أراد العقار فما عليه إلا أن يحضر جلسات المزايدة فإذا لم يشترك فيها فقد ضاع حقه ، لأنه بإمكانه الدخول في المزاد وتملك الحصة الشائعة قبل بيعها لغيره ، فكانت العلنية دليلا على عدم تضرره ببيع حصة الشريك لغيره¹⁰⁴، إضافة الى أن إعراضه عن الدخول في المزاد يعد تنازلا ضمنيا منه عن الأخذ بالشفعة ، ومن ناحية أخرى فإن المشرع قد حرص أن يباع العقار المبيع بأعلى ثمن ممكن ومنع الشفعة من شأنه تحقيق هذا الغرض¹⁰⁵ .

والبيع بالمزاد الذي يمنع من استعمال حق الشفعة ، هو الذي يتم وفقا للإجراءات التي رسمها القانون ، فالمزايدة قد تكون بواسطة الإدارة في بيع أملاكها الخاصة ، أو أملاك الأفراد المحجوزة لاستيفاء الأموال . وقد تكون بواسطة القضاء ، ويستوي في ذلك كون البيع جبريا كبيع عقار المدين بناء على طلب الدائنين وعقار المفلس . أو إختياريا بناء على رغبة الشركاء .

أما البيع بالمزاد العلني الذي يجريه الأفراد فيما بينهم فإنه لا يمنع الشفعة لعدم توافر الضمانات التي تقع في البيع بواسطة القضاء أو الإدارة ويدخل في هذا الإطار أيضا المزايدة التي تحصل بتقديم عطاء داخل ظرف فلا ينطبق عليها البيع بالمزاد إذ لا توجد هنا مزايدة حقيقية بل مجرد تقديم عطاءات والعلنية فيها غير متوافرة ولا يزايد أحد على آخر فيه بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين حتى لو رسم له القانون

¹⁰³ المقصود بالبيع بالمزايدة تلك البيوع التي تحصل بالنداء بالأمان إذ فيها يتمكن الشفيع من الدخول للاشتراك في المزايدة وتخلفه عن ذلك يعتبر رضاه ضمنيا منه بجواز البيع محمد خيرى العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي مطبعة المعارف الجديدة الرباط دار نشر المعرفة طبعة 2014 ص 610 هامش رقم 236.

¹⁰⁴ - د. علي أحمد صالح المهناوي أوجه الاختلاف في أحكام الشفعة في القانونين الإماراتي والمغربي مجلة الحقوق منونة الحقوق العينية وأفاق التطبيق سنة 2013 ص 170.

¹⁰⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع أسباب كسب الملكية دار النهضة العربية القاهرة طبعة بدون تاريخ ص 534.

- محمد حسين منصور الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق العينية المنفردة عنها دار الجامعة الجديدة للنشر 2003 ص 518-519.

- عبد الحميد الشورابي أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه الطليعة الثانية، 1995 الصفحة 85.

- محمد خيرى العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي مطبعة المعارف الجديدة الرباط دار نشر المعرفة طبعة 2014 ص 610 هامش رقم 236.

- عبد المنعم فرج الصدة الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت 1982 ص 426-427

إجراءات معينة وأجري البيع وفقا لهذه الإجراءات فإنه يكون بيعا جرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلني ومن ثم تجوز فيه الشفعة ¹⁰⁶.

لكن هل تجوز الشفعة في التبرعات ؟

نقول أنه بالرجوع إلى المادة 303 من م ح ع نجد المشرع المغربي نص على أنه " لا شفعة فيما فوت تبرعا ما لم يكن التبرع صوريا أو تحايلا. كما لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صداق أو خلع ".¹⁰⁷

فالقاعدة أنه لا تقبل الشفعة في عقود التبرعات ما لم يطعن فيها بشبهة البيع في العقار غير المحفظ، وهكذا إذا ثار نزاع بين الشفيع والمشتري حول نوع التصرف، فادعى الشفيع أنه بيع في حين تمسك المشتري بكونه صدقة أو هبة أو غيرها من التبرعات فالقاعدة هي تكليف الشفيع بإثبات ما يدعيه من صورية¹⁰⁷، وأن لم يثبت ما ادعاه من الصورية وبقي مصرا على إدعائه فإن على خصمه اليمين على أن العقد ظاهره كباطنه ويسقط حقه الشفعة، وإن نكل حكم للشفيع بالشفعة لأن يمين التهمة لا تنقلب¹⁰⁸، لقول المتحف :

ومن له شفعة مهما يدعي *** بيعا لشخص حيز بالتبرع
فما ادعاه فعليه البينة *** وخصمه يمينه معينة
وتهمة ان قويت بها تجب *** بيمين متهوم وليست تنقلب

ولا توجه اليمين على الشريك الذي تبرع للقاعدة الفقهية " لا يحلف أحد ليستحق غيره "

أما بخصوص الصداق والخلع فلا شفعة فيهما، فلو أن زوجا دفع لزوجته حصة مشاعة في عقار مهرا، أو أن الزوجة دفعت لزوجها حصة مشاعة في عقار عوضا عن خلع فليس لشركاء الزوج في حالة دفع الحصة مهرا، أو الزوجة المطلقة خلعاً، أن يمارسوا حق الشفعة على الحصنتين .

¹⁰⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية، دون ذكر تاريخ الطبعة، الصفحة 332.
¹⁰⁷ أمينة ناعمي، الإثبات في دعوى الشفعة فقها وقضاء، مجلة الحقوق المغربية القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية الجزء الأول، الطبعة الأولى 2010 ص 154.
¹⁰⁸ أمينة ناعمي، الإثبات في دعوى الشفعة فقها وقضاء، مجلة الحقوق المغربية القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية الجزء الأول، الطبعة الأولى 2010 ص 154.

وفي ذلك مخالفة لمقتضيات الفقه المالكي التي تجيزها ونعتقد أن المشرع أحسن صنعا بهذا المنع صيانة لحرمة العلاقات الاسرية ونأيا بها عن الخوض في متاهات دعوى الشفعة لحصص ترتبط بها حقوق المرأة المتزوجة أو المختلعة¹⁰⁹

المبحث الثاني: تعدد الشفعاء وتزاحمهم

تحدث إمام المذهب¹¹⁰ عن مراتب الشفعة عند تزاحم الشفعاء بإيجاز في موطنه كما يلي: "قال مالك في الرجل يورث الأرض نفرا من ولده، ثم يولد لأحد النفرا، ثم يهلك الأب، فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الأرض، فإن أخ البائع أحق بشفيعته من عمومته شركاء أبيه، قال مالك: وهذا الأمر عندنا، قال: الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم، يأخذ كل إنسان منهم بقدر نصيبه، إن كان قليلا قليلا، وإن كثيرا فبقدره وإن تشاحوا فيها، قال: فأما أن يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد الشركاء: أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري: إن شئت أن تأخذ الشفعة كلها أسلمتها إليك، وإن شئت أن تدع فدع، فإن المشتري إذا خيره من هذا وأسلمه إليه، فليس للشفيع إلا أن يأخذ الشفعة كلها أو يسلمها إليه، فإن أخذها فهو أحق بها، وإلا فلا شيء له".¹¹¹

فإذا كان هناك عدة أشخاص يملكون على الشيع عقارات غير محفوظة ويأخذ أحدهم حصته يجوز لباقي الشركاء شفعة هذه الحصص.

والشفعاء قد يكونوا من طبقة واحدة، وإذا كان سبب تملكهم واحدا، فهم يستحقون الحصص المشاعة كل بقدر النصيب الذي يملكه كل واحد منهم (المطلب الأول).

أما إذا كانوا من طبقات مختلفة فهم يستحقون الشفعة بحسب مراتبهم، أي تطبق حقوق الأولوية (المطلب الثاني).

لكن إذا كان المشتري أحد الشركاء فهل يحق لباقي الشركاء ممارسة حقهم في الشفعة؟ (المطلب الثالث)

¹⁰⁹ عصام بن زيدون، قراءة لمستجدات الشفعة في مدونة الحقوق العينية، المجلة المغربية لنادي فضاء المغرب بالدار البيضاء، العدد الثاني صيف

2013 ص 55

¹¹⁰ هو الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن الحارث بن عثمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث الأصبحي الحميري المدني، ولد بالمدينة المنورة سنة 93 هـ على أشهر الأقوال، نشأ من أسرة عالمة بالمدينة عاصمة العلم وقتئذ.

¹¹¹ موطأ الإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس، بيروت، طبعة بدون تاريخ، صفحة 505.

المطلب الأول: تراحم الشفعاء من طبقة واحدة

يكون الشركاء متساوين في إستحقاق إذا كان سبب تملكهم واحد، وهو ما عبر عنه الفقه الإسلامي بوحدة المدخل (كما إذا إشتري ثلاثة أشخاص دارا على وجه الشركة بينهم ، وكما إذا مات شخص وترك عقارا وخلف ابنين وبنيتين . فإن الأشخاص الثلاثة في المثال الأول متساوون في المدخل لأنهم إشتروا الدار بعقد واحد كما أن الابنين والبنيتين في المثال الثاني يعتبرون في درجة واحدة من حيث ثبوت الشفعة لهم لأنهم تجمعهم صفة واحدة وهي أنهم ملكوا هذا العقار عن طريق الارث بالتعصيب)¹¹² فإنهم يستحقون جميعا الشفعة بنسبة ما يملكه كل واحد منهم،¹¹³ وهذا هو موقف المالكية.¹¹⁴

وينطبق هذا الحكم إذا كان الشفعاء المتراحمين شركاء في الشروع عند بيع جزء من العقار غير المحفظ الشائع بينهم إلى أجنبي، بحيث يقسم المبيع بين الشفعاء المتراحمين، حيث يستحق كل منهم على قدر نصيبه، أي يأخذ كل منهم حصته الشائعة فعند تساوي الشركاء فيشفعون بقدر حصصهم لا بعدد الرؤوس وذلك حسب قول مالك أن "الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل إنسان، بقدر نصيبه إن كان قليلا فقليل، وإن كان كثيرا فبقدره، وذلك إذا تشاحوا فيها"¹¹⁵.

كما جاء في نظم ابن عاصم :

والشركاء للشفيع وجبا **** أن يشفعوا معه بقدر الأنصبا

فانطلاقا مما جاء في الموطأ وفي نظم ابن عاصم فإن الشركاء يكونون متساوين في إستحقاق الشفعة بقدر نصيب كل منهم أي بنسبة حصته الشائعة¹¹⁶، وذلك أن تساوي الشركاء في إستحقاقهم للشفعة على قدر أنصبتهم يبقى رهين بأن يكون سبب تملكهم كما أشرنا واحد أي ما يعبر عنه في الفقه المالكي بوحدة المدخل¹¹⁷، كما لو ملكوا جميعا العقار

112 - محمد ابن معجوز مصدر سابق الصفحة 276

113 محمد الحياتي، من نظام التحفيظ العقاري المغربي، الجزء الأول، مطبعة النخلة، وجدة ، الطبعة الأولى، 2004، ص.46.

114 جاء في المدونة: "قلت ما قول مالك في الشفعة انقسم على عدد الرجال أم على عدد الأنصبا؟

قال مالك إنما الشفعة على قدر الأنصبا وليس على عدد الرجال"، ج.4، ص.207، دار الفكر بيروت، أورده عبد العزيز درعان أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مطبعة التوبة، الرياض السعودية، الطبعة الأولى، 1994، ص.136.

115 - موطأ الإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي مصدر سابق ص505

116 - عبد المنعم فرج الصدة الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري مطبعة دار النهضة العربية بيروت طبعة 1982

ص 382. 383

117 أمال بر نومي، ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة وجدة، السنة الجامعية 2006-2007،

ص.41.

الشائع عن طريق الهبة مثلا أو عن طريق الارث أو الشراء لأن المبدأ المسلم به أن الشركاء اذا كانوا متساوين في المدخل فانهم يستحقون جميعا الشفعة¹¹⁸.

وهذا أيضا ما نصت عليه مدونة الحقوق العينية من خلال المادة 296 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الثانية بقولها:

"إذا تعدد الشفعاء كان لكل واحد منهم الأخذ بالشفعة بقدر حصته من الملك المشاع يوم المطالبة بها، فإذا تركها وجب على من رغب في الشفعة من الشركاء أخذ الحصة المبيعة بكاملها".

وهذا ما سار عليه المشرع المصري حيث نص في المادة 937 من القانون المدني على أنه: "إذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم الشفعة يكون على قدر نصيبه".

ونصت المادة 240 من القانون المدني اللبناني على ما يلي: "...إذا تزامم الشفعاء من منه واحدة في الأحوال الأربعة المبينة في المادة السابقة، فاستحقاق كل واحد منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه".

كما نجد المشرع الجزائري إتخذ نفس الموقف، وذلك بنصه في المادة 796 من القانون المدني: "إذا تعدد الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

1- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه".

ولتوضيح مسألة ممارسة الشفعة من قبل الشركاء كل بقدر نصيبه نورد المثال التالي:

فلو فرضنا وجود قطعة أرضية مشتركة بين ثلاثة أشخاص أحدهم يملك النصف

والثاني يملك الثلث، والثالث يلمس السدس.

فإذا باع صاحب الثلث نصيبه وطالب الأخران بالشفعة فإن هذا الثلث يقسم على

أربعة، حيث يأخذ صاحب النصف ثلاثة أجزاء، ويأخذ صاحب السدس جزءا واحدا وتصبح

نسبة كل منهما كالآتي: $3/4$ و $1/4$.

¹¹⁸ - محمد ابن معجوز مصدر سابق الصفحة 276

إذن فلو قسمنا الثلث الذي باعه صاحبه بالتساوي بين باقي الشركاء لأصبحت نسبة الشريك صاحب النصف 24/16 بدلا من 24/18 وأصبحت نسبة الشريك صاحب السدس 24/8 بدلا من 24/6.

إن قسمة الشيء المشفوع بين الشركاء بالتساوي بغض النظر عن نصيب كل واحد منهم تؤدي إلى غبن الشريك الذي يملك أكثر ويأخذ ما يأخذه الأقل منه نصيبا، لذلك فإن توزيع الشفص بين الشركاء بحسب نصيب كل واحد منهم يحقق العدالة ويقبله المنطق.

لكن ما الحكم في الحالة التي يوجد شريك مع ثلاثة من إخوته شركاء من قطعة أرضية غير محفظة، وقام أحد الإخوة ببيع نصيبه، فهل يحق للشريك أن يشفع في حدود حصته من العقار أو القطعة الأرضية، والحال أن بقية الشركاء المالكين على الشياح لا يرغبون في شفعة حصة أخيهم البائع؟ وما الفائدة القانونية؟

إذا كان المشتري شريكا على الشياح، قام الشفيع بشفعة الباقي مما زاد في نصيب المشتري الشريك، ولا يحق له أن يشفع بقدر نصيبه من الشياح بل له كل ما يقع شفعتة، وهذا ما يعبر عنه بعدم تبويض الشفعة، وهذا ما أكدته المادة 296 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الثانية.

ولا يحق للشفيع أن يشفع جزء مما لم يشفع فيه بقية الشركاء ولا الاقتصار على نصيبه من الشياح.

فالشفيع في هذه الحالة يجب عليه أخذ الحصة بكاملها وعدم تبويض الحصة المباعة، وهذا ما نص عليه المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية في المادة 300 عندما نص على أنه: "إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها بأجمعها أو أجزاء منها أو عدة حصص شائعة بعقد واحد، وجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع المبيع المشاع بينه وبين البائع من يد المشتري أو أن يترك الجميع للمشتري، سواء تعلق العقد بملك واحد أو عدة أملاك مشاعة، وسواء اتحد البائع أو المشتري أو تعدد، فلا يجوز تبويض الشفعة إلا إذا رضي المشتري بذلك".

مع إمكانية تبويض الحصة في الحالة التي يقبلها المشفوع منه، وهو ما يستفاد من الجزء الأخير من المادة المذكورة أعلاه، وهو نفس ما سار عليه قضاء المجلس الأعلى سابقا في أحد قراراته بقوله:

. الشفعة ...تجزئتها إذا قبل المشفوع منه

. المنصوص عليه فقها أن الشفعة لا تتجزأ إلا مع رضی المشفوع منه وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي ما نصه: "إذا وجبت الشفعة لجماعة اقتسموا المشفوع على قدر حصصهم وإن سلم بعضهم فلآخر أخذ الجميع أو تركه وليس له أن يأخذ نصيبه إلا إذا أباحه له المشتري.

وهو ما أكد عليه التسولي في شرحه لابن عاصم:

والشقص لاثنتين فأعلى مشتري *** يمنع أن يأخذ منه ما يرى

إن كان ما اشتراه صفقة وما *** في صفقات ما يشاء التزما¹¹⁹

المطلب الثاني: تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة

تزامم الشفعاء أو حق الأولوية في الشفعة هو أن يكون بعض الشركاء أولى من بعض في الأخذ بها، فلا يكون لباقي الشركاء الأخذ بها إلا إذا تنازل من له الأولوية فيها، وهذا يعني أن الشركاء قد يكونون غير متساوين في استحقاق الشفعة بل يكون بعضهم أولى بالشفعة من بعض.

لقد نصت المادة 297 من م . ح . ع : "إذا اختلفت مراتب الشفعاء كان ترتيبهم في

الأخذ بالشفعة على الشكل التالي:

"يقدم من يشارك البائع في السهم الواحد من الميراث على من عداه، فإن لم يأخذ انتقل الحق إلى باقي الورثة ثم الموصى لهم، ويدخل كل واحد من هؤلاء مع من يليه في شفيعته دون العكس وينتزل المشتري منزلة البائع، والوارث منزلة موروثه في الأخذ بالشفعة".

وعليه فمن خلال المادة المذكورة يتبين أن مراتب الشفعاء على الشكل التالي:

- الوارث بالفرض

¹¹⁹ قرار المجلس الأعلى رقم 643 الصادر في 15 مارس 1990، ملف شرعي 88/7249، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة لسيد العزيز توفيق طبعة 1999، ص. 264.

- الوارث بالتعصيب

- الموصى لهم

- الأجانب

إن حق الشفعة يمارس حسب ترتيب المراتب المذكورة ولا يمارس دفعة واحدة من طرف كل هذه المراتب، وعليه فيقدم شريك البائع في السهم في الأخذ بالشفعة على مطلق الورثة عصبية كانوا أو أصحاب فروض، ثم الأخص ذوي السهام على الأعم منهم ثم العصبية على الموصى لهم، ثم الأخص من العصبية على الأهم منهم ثم الموصى لهم على الأجانب.¹²⁰

وإذا كان الشركاء على الشيعاء ورثة بالتعصيب فإذا باع أحدهم لأجنبي يمنح باقي الشركاء بالفرض أو التعصيب أو الوصية حق شفعة المبيع كل بقدر حصته لأن الأجنبي هنا لا يمكن مساواته بالوارث كيفما كانت صفته الإرثية.

أما إذا كان المشتري أحد الشركاء أنفسهم فإن للشركاء بالفرض حق الشفعة من المبيع كل حسب نصيبه لأنهم أعلى من طبقة الشريك البائع، ويحجب هذا الحق على الشركاء بالتعصيب والوصية إعمالاً للقاعدة السابقة.

وأما إذا كان سبب شيعاء الشركاء من العقار غير المحفظ راجع إلى الوصية وباع أحد الموصى لهم لأجنبي فلباقى الشركاء بالفرض أو التعصيب أو الوصية حق الشفعة المتبقية كل بقدر حصته، أما إذا كان المشتري أحد الشركاء أنفسهم فإن لكافة الشركاء غير البائعين شفعة المبيع كل حسب حصته.¹²¹

أما بخصوص مراتب الشفعة عند المالكية فقد قسموها . الشركاء . إلى أربعة مراتب

وهي:

- المرتبة الأولى: الشركاء من النوع الأخص أو الأقرب وهم الذين يشتركون مع البائع في إرث فرض واحد، ويسمى هؤلاء المشتركون في سهم واحد، والورثة الذين يمكن اشتراكهم في فرض واحد هم:

¹²⁰ سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة والصفقة، سلسلة دروس المعهد الوطني للدراسات القضائية، مطبعة الساحل، الرباط، طبعة 1983، ص.52.
¹²¹ جعفر عبد الله، حق الأولوية في ممارسة الشفعة أو تراحم الشفعة ومراتبهم، مجلة المحاكم المغربية، عدد 5، السنة 1993، ص.1.

أ . المتعدد من الزوجات: إثنان فأكثر لأنهن يشتركن إما في الربع إذا لم يكن للهالك ولد أو في الثمن إذا كان له واد.

ب . المتعدد من البنات: إثنان فأكثر يرثن الثلثين، إذا لم يكن مَحْنُ ابن (أخوهن) ومثلهن بنات الابن وما سفل إذا لم يوجد من يحجبهن.

ج . المتعدد من الأخوات الشقيقات أو للأب اثنتان فأكثر يرثن الثلثين إذا لم يوجد من يحجبهن، ولم يكن معهن ذكر في درجتهم.

د . الإخوة للأم اثنان فأكثر سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو مختلطين يرثون الثلث.

هـ . الجدتان . أم الأب وأم الأم . ترثان السدس إذا لم يوجد من يحجبهما أو يحجب إحداهما.

و . بنت الابن مع البنت والأخت لأب مع الأخت الشقيقة حيث ترث البنت أو الأخت الشقيقة النص، وترث بنت الابن وما سفل منها أو الأخت للأب السدس تكملة الثلثين.

ز . بنتا الابن فأكثر مع البنت وأختان للأب فأكثر مع الأخت الشقيقة، حيث ترث بنات الابن أو الأخوات للأب السدس تكملة الثلثين.

وأفراد فئة من هذه الفئات يعتبرون شركاء بالمعنى الأخص فيما بينهم يقدمون على أصحاب الفئات الأخرى، بحيث إذا باعت إحدى الزوجات نصيبها، فإن الذي يستحق الشفعة أولا هو بقية الزوجات وإذا باعت إحدى البنات فإن أخواتها يقدمن في الشفعة على غيرهن وهكذا بقية أصحاب الفروض.

إلا عندما تتعدد بنات الابن مع البنت أو الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة وتبيع البنت أو الأخت الشقيقة نصيبها فإن بنات الابن أو الأخوات للأب هن اللواتي يقدمن في الشفعة على بقية الورثة لأنه شريكات بالمعنى الأخص مع البنت والأخت الشقيقة من حيث أنهن جميعا يشتركن في سهم واحد وهو الثلثان.

أما إذا باعت إحدى بنات الابن أو إحدى الأخوات للأب نصيبها، فإن بقية بنات الابن أو الأخوات للأب يقدمن على غيرهن في الشفعة لأنهم يشتركن في سهم واحد هو فرض السدس، فإذا تنازلن جميعا عن الشفعة فإن بنات البنت أو الأخت الشقيقة هي التي تستحق الشفعة حينئذ لاشتراكها مع البائعة في سهم الثلثين.

- المرتبة الثانية: الشريك من النوع الخاص أو القريب، وهو الذي يرث حصته شائعة من العقار الذي ورث فيه البائع أيضا، بحيث يكون كل واحد منهما قد آل إليه نصيب من العقار عن طريق الإرث من غير أن يجتمع مع البائع من سهم واحد، ويتحقق ذلك في الصور الآتية:

أ . أن يكون كل وارث ورث بفرض غير الفرض الذي ورث به البائع كما لو ماتت امرأة وتركت زوجها وأمها وأخاها من الأم فإن كل واحد من هؤلاء الورثة شريك خاص للآخرين لأن كل واحد منهم ورث بفرض غير الفرض الذي ورث به الآخر.

ب . أن يكون كل وارث ورث بالتعصيب، كما لو توفي شخص وترك ثلاثة أبناء وبنتين فكل واحد منهم شريك خاص للآخرين لأنه لا يجمعهم أي سهم خاص، وإنما يجتمعون في مطلق الإرث.

ج . أن يكون بعض الورثة ورثة بالفرض وبعضهم ورث بالتعصيب، كما لو مات شخص وترك زوجة وبناتا وأخا وأختا فإن الزوجة ورثت بالفرض والبنات ورثت بفرض آخر والأخ والأخت عاصبان، ولذلك يعتبر كل واحد منهم شريكا خاصا للآخر لأنه لا يجمعه سهم واحد.

د . أن يكون بعض الشركاء ورثوا بفرض غير الفرض الذي ورث له البائع كما إذا ماتت امرأة وتركت زوجا وثلاث بنات وأم، ثم يبيع الزوج نصيبه فإن البنات والأم يعتبرن شريكات من النوع الخاص للزوج، لأنهن ورثن بفرض غير الفرض الذي ورث به الزوج.

وكذلك إذا باعت إحدى البنات فإن الزوج والأم يعتبران شريكين من النوع الخاص، وكذلك إذا باعت الأم نصيبها فإن البنات والزوج يعتبرن شريكات من النوع الأخص لأنهن ورثن بغير الصفة التي ورثت بها الأم.

- المرتبة الثالثة: الشركاء بالمعنى العام أو البعيد وهم الذين يجتمعون مع البائع الذي آل إليه النصيب المبيع عن طريق الوصية أو التنزيل.

كما لو مات شخص وترك زوجة وبناتا وأخا شقيقا، وكان قد أوصى لأحد أقاربه بالثلث أو أنزله منزلة ابنه، فإن هذا الموصى له أو المنزل منزلة الابن يعتبر شريكا عاما

لكل واحد من الورثة لأن تلقى نصيبه في العقار عن طريق الوصية أو التزويل وليس عن طريق الإرث.

إذا كان الموصى له أو المنزل متعدداً، فإن كل واحدا منهم يعتبر شريكا عاما لبقية الموصى لهم، ولكل واحد من الورثة.

- المرتبة الرابعة: الشركاء بالمعنى الأعم أو الأبعد، وهم الشركاء الذين يشتركون مع البائع بحصة آلت إليه عن غير طريق الإرث أو الوصية، بأن يكون قد ملك الحصة عن طريق الشراء أو الهبة أو الصدقة من غير من سبق ذكره ومثال ذلك:

- أن يشتري شخصان عقارا فإن كل واحد منهما شريكا أبعد بالنسبة للآخر، ويكون ورثة كل واحد منهما شريكا أبعد بالنسبة لورثة الآخر.

- كل من انتقل إليه نصيب من أحد أصحاب هذه المراتب الأربعة ينزل منزلة ويعتبر خلفا له سواء انتقل إليه هذا النصيب بإرث أو بمعاوضة أو بتبرع.

ومن خلال تطرقنا للمراتب التي قسم المالكية الشركاء إليها بالنسبة للشفعة وكذا من القواعد التي أوجدوها لتطبيق حق الأولوية في استحقاق الشركاء للشفعة عند تزاحمهم.

يمكن أن نستنتج من خلال كلام الفقهاء والتطبيقات التي أوردها في الموضوع، والتي تطابق ما أخذ به المشرع في المادة 297 من مدونة الحقوق العينية، أن حق الأولوية¹²² يخضع للقواعد التالية:

- يقدم الشريك الأخص للبائع على الشريك الأعم
- يدخل الشريك الأخص مع الشريك الأعم وليس العكس.
- يدخل صاحب الإرث بالفرض على صاحب الإرث بالتعصيب وليس العكس.
- يدخل الوارث مع الموصى له وليس العكس.
- يقدم الشريك في الإرث على الشريك من غير الورثة.
- ينزل خلف كل شريك منزلة سلفه وينتقل إليه نفس الحق الذي كان لسلفه.

¹²² محمد ابن معجور، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، طبعة 1993، ص. 292.

- إذا تنازل المشاركون في السهم عن الشفعة انتقل الحق إلى من يليهم.

وتجدر الإشارة إلى أن سكوت الشريك الأقرب درجة عن المطالبة بالشفعة لا يمنع من هو بعده في الدرجة من المطالبة بها، ويجوز لمن أراد الاشتراك مع الشفيع أن يتقدم بالمطالبة بنصيبه.¹²³

لكن يطرح التساؤل في الحالة التي يوجد فيها شركاء مسلمين مع غير مسلمين فهل تطبق حقوق الأولوية على جميع الشركاء؟ أم يوزع العقار المشفوع بقدر نصيب كل واحد منهم دون تفرقة بين الشركاء المسلمين وغير المسلمين؟

كما أن المادة 297 من مدونة الحقوق العينية عند تنظيمها لاختلاف مراتب الشفعاء لم تفرق بين المسلمين وغير المسلمين، وهذا بالفعل ما سيحقق العدالة المطلوبة.¹²⁴

المطلب الثالث: إذا كان المشتري أحد الشركاء

عند وجود عقار مشترك بين عدة أشخاص وقام أحدهم ببيع حصته إلى أحد الشركاء، فهل يجوز لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة؟

إذا كانوا يستحقون الشفعة، فهل يحق لهم أن يشفعا منه جميع ذلك النصيب الذي اشتراه أو يتركون له شيئاً منه؟

لقد وقع خلاف في الفقه الإسلامي حول إمكانية منح الشركاء حق ممارسة الشفعة إذا كان المشتري أحد الشركاء، فهناك من العلماء من جعل حق الشفعة لجميع الشفعاء مع الشريك المشتري ومنهم من قصرها على المشتري وحده دون باقي الشركاء.¹²⁵

أما جمهور العلماء فقد استقروا على منح جميع الشركاء حق ممارسة الشفعة سواء كان المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء.¹²⁶

وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في المادة 296 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الثالثة: "إذا كان المشتري أحد الشركاء فلكل شريك من الملك أن يأخذ من يده بقدر

¹²³ قرار المجلس الأعلى عدد 918 صادر بتاريخ 2 يوليوز 1985، ملف عقاري عدد 676 منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، سنة 1997، ص.212.

¹²⁴ أمال برنومي، ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة وجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص.48.

¹²⁵ عبد الله بن عبد العزيز الدرعان، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، ص.148.

¹²⁶ محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص.303.

حصته من الملك، ويترك للمشتري نصيبه بقدر حصته ما لم يعرب عن رغبته في التخلي عنها".

فحسب المادة المذكورة لا يحق لهؤلاء الشركاء أن يشفعوا جميع ذلك النصيب الذي باعه شريكهم، وإنما يترك له ما يساوي نصيبه على فرض أنه غير مشتر.

وهذا يعني أنه عندما يشتري أحد الشركاء من شريك أخذ نصيبه ويطالب الشركاء الآخرون بالشفعة، فإن ذلك النصيب الذي وقع عليه البيع، يوزع على جميع الشركاء الباقين بحيث يأخذ كل واحد منهم نصيباً منه بنسبة ما يملكه ويعتبر الشريك المشتري كأنه مجرد شفيع قام يطالب بحقه بالشفعة كبقية الشركاء.

مثال: لدينا أربعة أشخاص شركاء على الشيعاء في عقار غير محفظ بطبيعة الحال، أحدهم يملك النصف والثاني يملك الربع ويملك الآخران ثلثاً لكل واحد منهما.

فباع صاحب النصف نصيبه لصاحب الربع وطالب الشريكين الآخرين بالشفعة.

ففي هذه الحالة يوزع النصف المبيع على الشركاء الثلاثة بنسبة ما يملك كل واحد منهم، بحيث يبقى للمشتري نصف المبيع، وهو الربع، ويأخذ كل واحد من الشريكين بالشفعة ربع النصف المبيع أي الثلث.

كما تنصب الشفعة على بعض الحقوق العرفية الإسلامية المنفردة عن حق الملكية، والتي ارتقت إلى مصاف الحقوق العينية الأصلية مع مدونة الحقوق العينية الجديدة بموجب المادة التاسعة، حيث قضت المادة 294 م. ح. ع في هذا الصدد على أنه:

"يجوز ضم حق الهواء والتعلية إلى ملكية السفلى وحق السطحية أو الزينة إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة فيما بيع منها لأجنبي."

مكرسة بذلك لما جاء في المواد مائة وستة عشر و 131 و 140 حيث جاء في مضمون المواد إنتقال هذه الحقوق عن طريق الشفعة. غير أن الأشكال الذي قد يطرح هنا هو مدى إمكانية طلب الشفعة بشأن هذه الحقوق إذا تم البيع لأحد الشركاء؟

الواضح أن المشرع قد حصن المشتري الشريك من إمكانية طلب الشفعة ضده بشأن الحقوق الواردة في المادة مائتان وأربعة وتسعون من م. ح. ع وبالتالي فلا مجال للشفعة بشأن هذه الحقوق إذا كان المشتري أحد الشركاء لأن المشرع لو أراد ذلك لما ميز بين المشتري

الأجنبي والمشتري الشريك كما فعل في المادة مائتان وستة وتسعون من مدونة الحقوق
العينية .

الفرع الثاني:

إجراءات شفعة العقار غير المحفظ وآجالها

بالرغم من توافر مجموعة من الشروط المطلوبة للأخذ بالشفعة، فإن الشفيع ملزم بإتباع وسلوك مجموعة من المساطر والإجراءات لكي يمارس هذا الحق بصفة قانونية (المبحث الأول)، إضافة إلى ضرورة احترامه الآجال المحددة (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الإجراءات المسطرية لممارسة الشفعة

إن المشرع المغربي يسمح بممارسة الشفعة إذا توفرت شروطها، وذلك من خلال مسطرتين اثنتين: الأولى رضائية أو حبية، والثانية قضائية.

ومسطرة الأخذ بالشفعة عن طريق التراضي يمكن أن يتم بين الشفيع والمشتري المشفوع منه، الذي باع له شريك الشفيع حصته من العقار المشاع، وذلك بواسطة عقد كتابي يحرره بين الطرفين (الشفيع والمشفوع منه) وتوقيعها عليه مع الإشهاد على قبول المشتري بانتقال ملكية الحصة التي اشتراها عن طريق الشفعة، وبأنه توصل بالثمن والمصروفات اللازمة ومقابل ما أدخل على الحصة المباعة من تحسينات، وبذلك تنتقل الحصة المشفوعة إلى ملكية الشفيع.

لكن إذا لم تتم الشفعة عن طريق التراضي فإن الشفيع يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم المصادقة على العروض العينية التي يقدمها إلى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يوجد بدانرتها العقار موضوع الشفعة.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في (المطلب الأول) إجراءات ممارسة الشفعة رضاء وفي (المطلب الثاني) إجراءات ممارسة الشفعة قضاء.

المطلب الأول: إجراءات ممارسة الشفعة رضاء

عندما يعلم أحد المشتاعين بتفويت شريكه في العقار حصته كلياً أو جزئياً لشخص آخر أجنبي أو لأحد المشتاعين، ويريد أن يمارس حقه في الشفعة يتقدم بالطلب للمشتري

بصفة حبية ليتخلى له عنها مقابل الثمن والمصروفات، فيستجيب له هذا الأخير فيصوغان هاته الشفعة في عقد.

كما أن الشفعة يمكن أن تتم بنفس الكيفية بمبادرة من المشتري عندما يبادر إلى تبليغ حصول شرائه إلى من لهم الحق في الشفعة ليشفعا أو يسقطوا فيصادف في نفوسهم رغبة في الشفعة.¹²⁷

ففي الحالة التي يقوم فيها المشتري المشفوع منه بتبليغ باقي الشركاء بواقعة الشركاء، فإنه في هذه الحالة يسري في حقهم أجل ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 304 من مدونة الحقوق العينية، فالتبليغ يجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان بيانا عن هوية كل من البائع والمشتري، وكذا بيان الحصة المبيعة وثنها والمصروفات ومراجع عقد التفويت المتعلقة بها، والتبليغ يجب أن يتم إلى من له الحق في الشفعة شخصا ويسقط إن لم يمارسه داخل الأجل وهو ثلاثين يوما كاملة من تاريخ التوصل (الفقرة الأولى من المادة 304 من م.ح.ع)، فإذا قبل هذا المشفوع منه أن يمكن هذا الشريك من الشفعة حضر أمام عدلين ووقع الإشهاد عليه، بتمكينه - الشفيع - من الشفعة وتوصله بالثمن والمصاريف أو بأنه رضي أن يؤخر الثمن عن الشفيع إلى تاريخ محدد، وبذلك تنتهي القضية وينقل النصيب المشفوع إلى ملكية الشفيع.

وحسب الإتجاه الراجح فقها، فإن الإشهاد العدلي لا ينتج أي أثر قانوني في مجال الشفعة إلا إذا كان وقع بمحضر المشفوع منه، أو تم تبليغه إليه بصفته الشخصية ما لم يكن في حالة غيبة.¹²⁸

وتتبعي الإشارة إلى أن الإشهاد بمباشرة الشفعة غير المقترن بأداء أو إيداع الثمن ومصروفات العقد لا أثر له من نقل الحصة المشفوعة إلى ملكية الشفيع، وبالتالي فلا يحق لهذا الأخير ملاحقة المشتري ثمار العقار عن الفترة ما قبل حصول الإيداع.

فإذا ما اكتفى الشفيع بالإشهاد فقط، أو باستصدار الحكم المعلق بتنفيذه على أداء الثمن وتكاليف العقد، جاز للمشفوع منه مداعاته من أجل إجباره على الأداء تحت طائلة بيع

¹²⁷ محمد الحمداني، العمل القضائي في الشفعة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والفقارية بكلية الحقوق، بمرآكش، يومي 27 و 28 فبراير 2004 تحت عنوان: العقار غير المحفظ... إلى أين؟ ص. 140.

¹²⁸ العمود بوركبة، الشفعة ومجالات تطبيقها، مجلة رسالة المحاماة، العدد 8، سنة 1991، ص. 118.

العقار المشفوع أو غيره من ممتلكاته بالمزاد العلني لاستيفاء دينه، إضافة إلى تعويض إن اقتضى الحال.¹²⁹

فإذا تم الإشهاد بالشفعة فلا يخلو حال المشتري من أحد أوجه ثلاثة:¹³⁰

1. إما أن يوافق الشفيع على مطلبه أو يسكت عنه أو يرفضه فإن وافق الشفيع في مطلبه فيتحتّم على هذا الأخير أن يسلمه الثمن والمصاريف، ولا يمكن لأي منهما الرجوع عما صرح به لأن في عملية الاستشفاع هذه تقرر عقدا لازما لهما معا ليس لأي منهما التحلل منه، وإن لم يحضر الشفيع مبلغ الثمن والمصاريف أجلته المحكمة لإحضاره ثلاثة أيام، فإذا انصرم الأجل ولم يأت بشيء باعت عليه أموال لاستيفاء دينه.

2. وإن سكت المشتري عن الشفيع في مطلبه، فإن هذا الأخير إن أحضر له مبلغ الثمن والمصاريف، فإن المحكمة تجبره على تسلمه وإن لم يحضره أجلته باجتهادها فإن انقضى الأجل ولم يأت بشيء ثبت الخيار للمشتري بين أمرين:

أ. بين أن يبقى متمسكا بطلب الثمن والمصاريف وتسلم الحصة للشفيع، مما يدفع المحكمة أن تقرر حجز أموال الشفيع لاستيفاء دينه.

ب. وبين أن يطلب من المحكمة إصدار قرارها بسقوط شفيعته ويبقى الحصة لنفسه.

3. وإن رفض المشتري مطلب الشفيع ففي هذه الحالة إن عجل الشفيع مبلغ الثمن والمصاريف، أجبرت المحكمة المشتري على تسلمه، وتسليم الحصة المشاعة للشفيع، وإن لم يعجله فإنها في هذه الحالة لا تؤجله باجتهادها لإحضار الثمن، بل بمجرد ما يتبين لها عجزه عن ذلك يثبت الخيار للمشتري بين أمرين:

- بين أن يطلب من المحكمة إصدار قرارها بسقوط شفيعته ويبقى الحصة لنفسه.

- وبين أن يتمسك بطلب الاستشفاع وتسليم الحصة متابعا للشفيع باستيفاء مبلغ الثمن بحيث تقرر المحكمة حجز أمواله وتبيع منها لاستيفاء دينه.

¹²⁹ محمد أولقاضي، أحكام الشفعة في ضوء التشريع والفقہ والقضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، يونيو 2003، ص.110.

¹³⁰ السعيد بوركية، مرجع سابق، ص.120.

من الحكم في الحالة التي يدعي فيها المشتري أنه اشترى مقسوما قسمة بنية ، فمن يكلف بالإثبات؟

المعتمد والذي عليه العمل القضائي هو تكليف المشتري بإثبات ما ادعاه من قسمة، فإذا أثبت المشتري وقوع القسمة البنية، سقطت دعوى الشفعة، وإن عجز الإثبات حلف الشفيع لرد دعوى القسمة وحكم له بالشفعة، وذلك بعلّة ان المشتري بادعائه القسمة أقر ضمنيا بالشركة على الشياح بين الشفيع والبائع له قبل الشراء فيؤاخذ بإقراره، وهذا لكون الإقرار الضمني كالإقرار الصريح في العقار،¹³¹ لقول الزقاق في لاميته: مضمن إقرار كتصريح انجلا بربع،¹³² ومعنى ذلك أن الإقرار الضمني هو كالصريح في هذا المجال.¹³³

وإذا قان المشفوع منه بتقويت عقار الشفعة ببيع صحيح لشخص آخر فللشريك الشفيع أن يأخذ بأي البيعين أو البيوعات شاء،¹³⁴ وهذا ما أكدته المادة 299 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الأولى: "إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها عدة مرات قبل انصرام أجل الشفعة، فللشفيع أن يأخذ من أي مشتر بالثمن الذي اشترى به ويترتب على ذلك بطلان البيوع اللاحقة".

فإذا تعاقبت على الحصة المشاعة عدة بيوعات فإن للشفيع استردادها بثمن أي بيع يعتبر هو الأصلح بالنسبة إليه.¹³⁵

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا مات الشفيع بعد أن باع الشريك سهمه في العين لشخص، وبعد أن ملك الشفيع حق الشفعة، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الشفعة تنتقل إلى ورثته كسائر متروكاته واستدلوا على ذلك بالآيات والنصوص الدالة على قيام الوارث مقام مورثه ومنها جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم: "ما ترك الميت من حق فهو لوارثه"، والشفعة من الحقوق الثابتة للشفيع بإجماع الفقهاء".¹³⁶

¹³¹ امحمد برادة اغزيول، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، مطبعة فضالة، المحمدية 2007، ص.119.

¹³² الربيع هو الدور كالدكاكين، وما إلى ذلك من أرض وما اتصل بها من متجر وبناء.

¹³³ مأخوذ عن غزلان نادير، إجراءات ممارسة الشفعة في العقار المحفظ، طبعة 2013، ص.68.

- ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق. دار الرشد الحديثة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2008 ص 224

¹³⁴ امحمد برادة اغزيول، مرجع سابق.

¹³⁵ محمد أولقاضي، مرجع سابق، ص.63.

¹³⁶ هاشم معروف الحسني، الولاية والشفعة وإجارة في الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار القلم، بيروت، دون ذكر سنة النشر، ص.205.

فلا يمنع موت الشريك في المال الشائع قبل أن يخلص له الحق المشفوع، الورثة
حقهم في المطالبة بالشفعة، فموت الشريك لا يعتبر حاجبا للورثة، فلهم ممارسة حق الشفعة
مقام مورثهم الهالك.¹³⁷

وهو ما نصت عليه المادة 312 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "لا يسقط
الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع، وإنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته بنفس الشروط بنا في
ذلك ما بقي من أجل للأخذ بالشفعة".

المطلب الثاني: إجراءات ممارسة الشفعة قضاء

إذا لم يقبل المشفوع منه أن يمكن الشفيع من الشفعة رضاء فإنها تتم عن طريق
النقاضي وسلوك إجراءات قضائية، بحيث يلتجئ إلى القضاء من غير أن يتصل بالمشفوع
منه.

ففي هذه الحالة يقوم الشفيع بسلوك مسطرة العرض العيني والإيداع للمشفوع به (الفقرة
الأولى) ثم بعد ذلك يرفع دعوى من أجل المصادقة على العروض العينية واستحقاق الشفعة
(الفقرة الثانية)، وتنفيذ الحكم بالمصادقة على العروض العينية واستحقاق الشفعة (الفقرة
الثالثة).

الفقرة الأولى: مسطرة العرض العيني والإيداع للمشفوع به

إذا رفض المشتري تمكين الشريك من الشفعة، فعلى الشفيع أن يوجه إلى رئيس
المحكمة الابتدائية بصفته هاته في إطار الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية¹³⁸، مقالا
يرمي إلى الإذن له بعرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد لدى صندوق المحكمة
الابتدائية التي يوجد بدائرتها العقار موضوع الشفعة تطبيقا للفصل 28 من ق.م.م، لأن
طبيعة الشفعة هي دعوى عقارية، وتطبق عليها نفس القواعد العامة الواردة في قانون
المسطرة المدنية، وأنه يعرض عليه الثمن عرضا حقيقيا.¹³⁹

¹³⁷ محمد بن أحمد بونبات، العقار غير المحفظ والمعاملات، دراسة في ضوء الفقه والقضاء، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى
2010، ص.80.

¹³⁸ ينص الفصل 148 من ق.م.م: "يختص رؤساء المحاكم الابتدائية وحدهم بالبت في كل مقال يستهدف الحصول على أمر بتبنيات حال أو توجيه
إذار أو أي إجراء مستعجل في أية مادة لم يرد بشأنها نص خاص ولا يضر بحقوق الأطراف...".

¹³⁹ لقد أشار الفصل 279 من ق.ل.ع إلى شروط صحة العرض الحقيقي.

فأول إجراء يجب القيام به هو الإعلان الصريح من طرف الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، يعرض عليه فيه رغبته في شفعة الحصاة التي اشتراها ويضع رهن إشارته الثمن والمصاريف¹⁴⁰، ويتم هذا التبليغ إلى المشتري بأية وسيلة من وسائل التبليغ¹⁴¹، فقد يكون بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، وإما عن طريق كتابة الضبط¹⁴².

لكن من الناحية العملية غالباً ما يتم التبليغ بواسطة إنذار يوجهه عون كتابة الضبط إلى المشتري، ويتم توجيه الإنذار المذكور بعد الحصول على أمر بذلك من رئيس المحكمة المختصة، بناء على طلب يتقدم به الشفيع قصد إستصدار أمر يعرض ثمن العقار المبيع والمصاريف على المشفوع منه، وهذا ما نصت عليه 306 من مدونة الحقوق العينية التي تنص: " يجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقدم طلباً إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الشفعة وأن يطلب من الرئيس أن يأذن له بعرض الثمن والمصاريف عرضاً حقيقياً على المشفوع من يده، وأن يقوم بكل ذلك داخل الأجل القانوني وإلا سقط حقه في الشفعة ".

وهو إجراء سابق على رفع الدعوى ويعتبر من الإجراءات الأساسية التي لا غنى للشفيع عنها، وذلك تحت طائلة سقوط حقه في الشفعة، مع الإشارة إلى أن المقال يجب أن يكون مشتملاً بطبيعة الحال على جميع البيانات الضرورية من إسم الشريك وعنوانه وإسم المشتري ومكان الحصاة موضوع الطلب.

ويرى البعض¹⁴³ أن التبليغ بهذه الطريقة أدهى للحيطه ذلك أن التبليغ الذي يقع بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل قد يكون مثار جدل بين الطرفين حول محتوى الظرف، فإن ادعى المرسل إليه أنه قد وجد الطي فارغاً أو أن الورقة التي يحتوي عليها لا علاقة لها بموضوع الشفعة فإنه يستحيل على الشفيع إثبات خلاف ذلك، وفي هذا الصدد صدر عن المجلس الأعلى قرار جاء فيه: " يكون طالب الشفعة قد مارس حقه في طلب

140 - سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة والصفقة، مرجع سابق، ص 99.
141 - وذلك على عكس المشرع المصري الذي نص صراحة على كيفية الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة في المادة 942 من القانون المدني التي تنص: " إعلان الرغبة في الشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً... " أي يجب أن يكون الإعلان رسمياً على يد محضر. للتوسع أكثر انظر: السنهوري، مرجع سابق، ص 627.

142 - عبد الله درميش، الشفعة في العقار المحفظ، مرجع سابق، ص 28.
143 - محمد أولقاضي، أحكام الشفعة في ضوء التشريع والفقه والقضاء، الطبعة الأولى يونيو 2003، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ص 114 وما يليها.

الشفعة إذا أبدى رغبته الأكيدة بأن وجه رسالة يخبر فيها المشتري بأنه عازم على أخذ المبيع بالشفعة وعرض المبلغ المدفوع والمصاريف.¹⁴⁴

فإيداع الثمن وتوابعه بصندوق المحكمة يكون داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ عدم قبول المشفوع منه بعد عرضه عليه عرضا حقيقيا داخل الأجل المذكور، وهو ما يستفاد من الفصل 974 من ق.ل.ع الذي نص أنه يلزمه أن يدفع ما عليه معجلا، وعلى الأكثر خلال ثلاثة أيام فإذا إنقضى هذا الأجل لم يكن لمباشرة حق الشفعة أي أثر.

لكن ما المقصود بالثمن المنصوص عليه في المادة 306 من مدونة الحقوق العينية؟

نقول أن المقصود بالثمن في المادة المذكورة أعلاه هو المحدد في العقد¹⁴⁵، أي الثمن المعتبر وليس قيمة المبيع، وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى - حيث قضى بأن: "الشفيع ملزم بعرض وإيداع الثمن المسجل في عقد البيع والمصاريف الظاهرة ولا يلزم بدفع الفرق بين ثمن الشراء المسجل في العقد المشفوع وثمان الشقص يوم الحكم بالشفعة".¹⁴⁶

وكذلك لا يعتد بجزء من الثمن المذكور في العقد، لأن الإيداع جزء من مصاريف

العقد ينزل منزلة عدم الإيداع ولو أبدى استعداده لأداء ما تبقى من المصاريف.¹⁴⁷

كما أن المشتري قد يدخل بعض التحسينات على العقار، فإن لم تقع منازعة بين الشفيع والمشتري حول وجود أو قيمة هذه التحسينات وجب على الشفيع أن يودعها بصندوق المحكمة مع الثمن ومصرفات العقد، أما إذا نازع المشتري في وجود هذه التحسينات أو في قيمتها فإنه لا يلزم بإيداعها إلا بعد إثبات وجودها.¹⁴⁸

¹⁴⁴ - قرار المجلس الأعلى رقم 573، بتاريخ 31 ديسمبر 1975، ملف مدني عدد 45542، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 126، ص 227، ذكره محمد أولقاضي مرجع سابق، ص 114.

¹⁴⁵ -Le droit de préemption par .CorinneSaint -alary Houin : preface de pierre Raynaud .Librairie general de droit et de jurisprudence 1979 page N° 159

¹⁴⁶ قرار المجلس الأعلى رقم 13 صادر بتاريخ 5 يناير 1994 ملف مدني عدد 91/2844 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة لعبد العزيز توفيق، طبعة 1999، ص.113.

¹⁴⁷ هذا ما أكدته المجلس الأعلى بقوله: "حيث إن الشفيع الذي لم يودع ما هو بالعقد يعتبر أداؤه غير صحيح ولو أظهر استعداده لإكمال المبلغ الممثل للثمن المذكور في العقد ومصاريفه، وأن العرض الناقص يعرض لإسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، لأن العرض الحقيقي الكامل للثمن والمصاريف شرط أساسي لممارسة حق الشفعة وإجراء جوهرى من إجراءاتها".

- قرار المجلس الأعلى عدد 484 بتاريخ 1978/6/21، صادر عن الغرفة المدنية، منشور بمجلة المحامي عدد 6، سنة 1986، ص.48، وما بعدها.
¹⁴⁸ عبد الله درميش، الشفعة في العقار المحفظ، مجلة المحاكم المغربية، عدد 24، مارس-أبريل 1983، ص.32.

وبعد إيداع الشفيع الثمن وتوابعه بصندوق المحكمة ، الذي يجب أن يكون داخل أجله القانوني ليحصل على محضر إيداع ، ومن ثم فإن له مواصلة إجراءات الشفعة عبر دعوى المصادقة على العروض العينية واستحقاق الشفعة.

وإذا كان الشفيع ملزماً بتقديم العروض العينية في الأجل القانوني، فإن التأخير في تبليغ العروض العينية من طرف المشتري لا أثر له على قبول طلب الشفعة.¹⁴⁹

وتجدر الملاحظة أن الشفيع لا يجوز له استرداد الثمن المودع بعد أن يكون قد أودع صندوق المحكمة إلى حين البت في دعوى الشفعة ، إذ في حالة المنازعة في حقيقة الثمن المتمسك به من طرف الشفيع ، فإن الأجل الممنوح لهذا الأخير من أجل ممارسة حق الشفعة لا يبدأ من السريان إلا من اليوم الذي يبلغ إليه المشفوع منه القرار النهائي المتخذ في هذه النقطة.¹⁵⁰

ومن الإشكالات التي كشفت عنها الممارسة العملية، هناك حالة الشفيع الذي يلجأ للمحكمة مباشرة لطلب الشفعة قبل أن يسلك مسطرة العرض والإيداع، ويضمن في مقاله طلبين، الأول هو إبطال عقد الصدقة المبرم بين البائع والمشفوع منه لكونه عقد صوري والثاني استحقاق شفعة العقار المبيع¹⁵¹، ففي هذه الحالة يمكن القول أنه إذا ثبت للمحكمة صورية العقد الرابطة بين البائع والمشفوع منه فإنه يجب أن تصدر أمراً تمهيدياً لإجراء خبرة من أجل تقويم العقار المبيع ، وبعد ذلك تصدر أمراً تمهيدياً ثانياً تأمر فيه الشفيع بإيداع المبلغ الذي تحدده بصندوق المحكمة داخل أجل معين ، وبذلك يمكن تجاوز إشكالية عدم سلوك مسطرة العرض والإيداع قبل تقديم الدعوى .

الفترة الثانية: دعوى المصادقة على العرض العيني واستحقاق الشفعة

بعد استيفاء شروط الإيداع وحصول الشفيع على محضر إيداع المبالغ بصندوق المحكمة يقوم الشفيع برفع دعوى المطالبة على العرض الذي تم إيداعه بكتابة ضبط

¹⁴⁹ قرار المجلس الأعلى عدد 187 الصادر بتاريخ 15 مارس 1978 في الملف عدد 58156 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30، سنة 1988، ص.117.

¹⁵⁰ قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 17 مارس 1972 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 09، 1972.

¹⁵¹ - شكير الفتوح ، مقاربة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية والفقهاء المالكي والاجتهاد القضائي المغربي، مجلة القضاء المدني، العدد الخامس المنازعات العقارية الجزء الأول طبعة 2014 ص 191

المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها العقار المراد شفيعته، لأن دعوى إستعمال الشفعة التي تهدف إلى نقل الملكية لها طابع الدعوى العينية¹⁵² وإستحقاق الشفعة.

وتسمى هذه الدعوى أيضا بدعوى الشفعة وهي نتاج العمل القضائي، ورغم أن مدونة الحقوق العينية لم تشر إلى كيفية رفعها، إلا أنها تخضع للمقتضيات العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية¹⁵³، أما بالنسبة لأطرافها فالمدعي هو الشفيع الذي يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف، أما إذا كان محجورا عليه فيرفع الدعوى نائبه الشرعي أو القانوني، وأما المدعي عليه فهو المشتري وليس البائع لأنه هو من سينتزع منه الملك، وهذا ما أشارت إليه مدونة الحقوق العينية في أغلب المواد المنظمة لها . الشفعة . حيث تارة تطلق عليه لفظ المشتري وتارة المشفوع منه.¹⁵⁴

فأطراف دعوى الشفعة تنحصر في الشفيع والمشتري فقط، دون إدخال البائع كطرف ثالث في الدعوى، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى سابقا . محكمة النقض حاليا . الذي قضى في قراره الصادر بتاريخ 1 دجنبر 1982 بما يلي: " إن عدم إشراك البائع في دعوى الشفعة لا يؤثر في قبول دعوى إستحقاق الشفعة التي يجب أن توجه فقط ضد المشفوع منه".¹⁵⁵

هذا بعكس بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري الذي نص في المادة 943 من القانون المدني على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع والمشتري.

وهذا نفس موقف القانون الجزائري الذي ينص في المادة 802 من القانون المدني على أنه :

"يجب أن ترفع دعوى الشفعة ضد البائع والمشتري".

وبما أن عدم إدخال البائع في الدعوى لا يترتب عليه أي جزاء، فإن إدخاله فيها أيضا لا يترتب عليه أي جزاء، وبالتالي يمكن للشفيع أو المشتري إدخاله في الدعوى خاصة إذا كان دخوله هذا سيحسم خلافا قائما بين الشفيع والمشفوع منه.

¹⁵² محمد ابن معجور، مرجع سابق، ص.525.

¹⁵³ الفصل الأول من ق.م.م في فقرته الأولى ينص على أنه: "يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة لإثبات حقوقه".

¹⁵⁴ ما ينطبق على الشفيع من ناحية أهلية التصرف فيطبق أيضا على المشفوع منه.

¹⁵⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 768 صادر بتاريخ 1 دجنبر 1982، ملف مدني رقم 93320، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 26، سنة 1989، ص.54.

وإذا كان الشفيع واحدا ذكر في مقاله أنه يرغب في شفعة جميع الحصص أو الحصص التي إنتقلت إلى المدعى عليه، أما إذا كان الشفيع متعددا، وهم في مرتبة واحدة وقد إتفقوا على رفع مقال واحد لطلب الشفعة، وجب أن يعينوا في هذا المقال، نسبة ما يملكه كل واحد منهم حتى يحكم لكل واحد منهم بالشفعة على قدر نصيبه، ولكن في حالة ما إذا كان الشريك الراغب في الشفعة في مرتبة أدنى من بعض الشركاء، فيجب أن يرفع الدعوى بحضور بقية الشركاء الذين هم في مرتبة أعلى منه حتى يطلب من المحكمة الحكم عليهم الإعراب عن موقفهم من الشفعة هل يرغبون فيها أم لا؟

فإذا أجابوا بأنهم يرغبون فيها سقط حقه فيها وإن أعربوا عن تنازلهم عنها حكم له بها. 156

أما إذا كان الشفيع ينازع في الثمن الحقيقي للعقد، ويعتقد أن الثمن المكتوب هو أكثر من الثمن الحقيقي الذي تم به البيع، أمكنه إثبات ذلك، وإن تعذر عليه ذلك أمكنه أن يطلب في مقاله توجيه اليمين إلى المشفوع منه بأن يحلف على أن الثمن ظاهره كباطنه.

وإذا أصدرت المحكمة حكم نهائي بالمصادقة على العروض العينية، فإن الشفيع يمتلك الحصص المشفوعة، وهذا ما أكدته المادة 307 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه "إذا تم التراضي على الأخذ بالشفعة أو حكمت بها المحكمة فإن الشفيع يمتلك الحصص المبيعة".

كما إن إلغاء الدعوى شكلا لعدم الإدلاء ببعض الوثائق يترك الباب مفتوحا أمام المدعي لإقامة الدعوى من جديد لكن التساؤل يطرح هنا هو هل يستفيد الشفيع من أجل جديد مدته يبدأ احتسابها من تاريخ صدور الحكم الأول أم أنه لا يستفيد من أي أجل جديد؟

برجعنا إلى مقتضيات المادة 304 من م. ح. ع نجدها إعتبرت أن أجل الشفعة هو أجل سقوط كونها إستعملت عبارة يسقط ولم تستعمل عبارة يتقادم وبالتالي فطبقا لهذا المقتضى فإن أجل الشفعة هو أجل سقوط لا يخضع للتوقف والإنقطاع ويثار تلقائيا من طرف المحكمة.

156 سليمان الحمزاوي، المرجع السابق، ص. 83.

هذا وإن دعوى المصادقة على العروض العينية يجب البث فيها بسرعة من طرف المحكمة¹⁵⁷، وإن كانت جميع الدعاوى حسب المسطرة المدنية تقتضي البث فيها بسرعة كما نص على ذلك الفصل 36 ق.م.م في فقرته الأولى¹⁵⁸.

الفقرة الثالثة: تنفيذ الحكم بالمصادقة على العروض العينية واستحقاق

الشفعة

إذا صدر حكم نهائي بالمصادقة على العروض العينية فإن الشفيع يستحق الحصة المشفوعة ويكتسبها عن طريق الشفعة، ويكون الحكم النهائي سنداً لملكية الشفيع وهذا ما أكدته المادة 307 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه إذا تم التراضي على الأخذ بالشفعة أو حكمت بها المحكمة فإن الشفيع يتملك الحصة المبيعة.

ويلاحظ من مقتضيات الشفعة أن هذا الحكم هو دليل إثبات ملكية الشفيع، فالحكم إذن ليس سبباً للملكية، فسبب الملكية هو الشفعة طبقاً للمادة 292 من مدونة الحقوق العينية، أما الحكم النهائي بالشفعة فلا يعدو أن يكون إجراءً موجوداً منذ أن مارس الشفيع إجراءات الشفعة في الأجل وطبق الشكليات المنصوص عليها في القانون.¹⁵⁹

ويشترط في هذا الأخير -الحكم النهائي- أن يكون قد اكتسب قوة الشيء المقضي

به .

والمقصود بالحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به هو الحكم النهائي الذي لا يقبل الطعن عن طريق طرق الطعن العادية (الإستئناف والتعرض)، أما إذا وقع الطعن عن طريق النقض في حكم إكتسب قوة الشيء المقضي به بصحة العروض العينية واستحقاق الحصة المبيعة عن طريق الشفعة، فإن مثل هذا الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم المذكور، استناداً إلى

¹⁵⁷ - نص القانون العراقي على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة 139 بقوله: " إن دعوى الشفعة تعتبر من الدعوى التي تروى على وجه الاستعجال وفقاً للنصوص الواردة في قواعد المرافعات ولهذا أجازت إقامتها خلال عطلة المحاكم".

- وتنص المادة 943 من القانون المدني المصري على ذلك أيضاً إذ جاء فيها: "... ويحكم في الدعوى على وجه السرعة".
¹⁵⁸ - ينص الفصل 36 من ق.م.م في فقرته الأولى على: " يستدعي القاضي حالا المدعي والمدعى عليه كتابة إلى جلسة يعين يومها ويتضمن الاستدعاء...".

¹⁵⁹ - عبد الله درميش، مرجع سابق، ص 34 .

الفصل 361¹⁶⁰ من ق.م.م، الذي وردت فيه حالات ثلاث على سبيل الحصر يوقف فيها النقص التنفيذ تلقائيا، وليس الحكم بالشفعة من بينها لأن الشفعة ليست من قضايا التحفيظ. وما يؤكد ذلك قرار لمحكمة الاستئناف بالقنيطرة جاء فيه: "حيث إن القرار باستحقاق الشفعة هو قرار حضوري نهائي وأنه ينفذ بقوة القانون حتى في حالة الطعن بالنقض لأنه لا يدخل ضمن حالات الفصل 361 من ق.م.م الذي يوقف الطعن بالنقض التنفيذ...."¹⁶¹.

وتنفيذ الحكم باستحقاق الشفعة يعني إنتزاع الحصاة المشفوعة من يد المشتري وتسليمها للشفيع ، فيحل هذا الأخير محل الأول ويعتبر تبعا لذلك خلفا للبائع.

وبذلك يكون المشرع من خلال المادة 306م.ح.ع قد تضمن مستجدا في غاية الأهمية¹⁶² ، وهو أن الشفيع ملزم بتقديم طلب العرض والإيداع إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية ، ثم تنفيذ الأمر الصادر عن هذا الأخير ، وهذا خلاف ما إستقر عليه عمل المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا، التي إعتبرت في الكثير من الأحيان أن المطلوب هو تقديم طلب العرض والإيداع داخل أجل السنة ، أما التنفيذ فلا مانع من أن يكون خارج الأجل¹⁶³ .

المبحث الثاني: آجال شفعة العقار غير المحفظ

منذ أن دخل الإسلام إلى المغرب في النصف الثاني من القرن الأول الهجري والمغاربة يعتقدونه عن بيعة وإختيار، وتقيدوا بأحكامه أمرا ونهيا ، وطبقوه شريعة وعقيدة¹⁶⁴ .

ومنذ النصف الثاني من القرن الهجري ، والمغاربة يلتزمون بالمذهب المالكي في حياتهم ومعاملاتهم اليومية ، ومن ذلك الشفعة التي عني بها فقهاء المالكية أشد العناية

¹⁶⁰ - ينص الفصل 361 المذكور على: "لا يوقف الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال التالية:

1- في الأحوال الشخصية.

2- في الزور الفرعي.

3- في التحفيظ العقاري."

¹⁶¹ - قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة ، بتاريخ 1991/7/23، في الملف المدني عدد 95/514، منشور بمجلة الإشعاع العدد السادس ديسمبر 1991، ص 77 وما بعدها.

¹⁶² - د. شكير الفتوح ، مقاربة قنونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية والفقهاء المالكي والاجتهاد القضائي ، المغربي المنازعات العقارية الجزء الأول العدد 5 سنة 2014 ص 189 .

¹⁶³ - د. عصام بنزويدون ، قراءة لمستجدات الشفعة في مدونة الحقوق العينية ، المجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء العدد الثاني صيف 2013 ص 55.

¹⁶⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 999 بتاريخ 1980/12/24 عبد العزيز توفيق ، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة ص 43

¹⁶⁴ - سعيد مستنير تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص : إشكالية آجال الشفعة في التشريع المغربي لسنة 1998-1999 ص 10

واهتموا بكل جزئياتها، فإذا كان العقار المحفظ طبقت عليه مقتضيات تشريعية متمثلة في ظهير 02 يونيو 1915 الملغى، فإن العقار العادي تطبق عليه أحكام الفقه المالكي، ولكن بعد صدور القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والذي تسري أحكامه على كافة أنواع العقارات المحفوظة منها وغير المحفوظة نجدها وحدت آجال ممارسة حق الشفعة .

ولصحة طلب ممارسة الشفعة في العقار غير المحفظ، يجب أن يقدم داخل آجال حددها المشرع، فالمشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية، وخاصة المادة 304 منها تطرقت إلى آجال الشفعة التي تطبق على جميع أنواع العقار مع الاختلاف في خصوصيات كل نوع.

وعليه سنتطرق إلى آجال شفعة العقار غير المحفظ موضوع بحثنا، وهي آجال تختلف بحسب ما إذا تم التبليغ من طرف المشتري بواقعة الشراء، بحيث تسري في حقه أجل الثلاثين يوما (المطلب الأول).

وكذا في الحالة التي لم يتم فيها تبليغ الشفيع بواقعة الشراء من طرف المشتري، ولكنه على علم بواقعة الشراء، بحيث إن الأجل الذي يسري في حقه هو أجل سنة من تاريخ العلم (المطلب الثاني).

أما في الحالة التي لم يبلغ فيها الشفيع بواقعة الشراء من طرف المشتري أو أنه لم يعلم بأن حصة شريكه قد بيعت، فإن الأجل الذي يطبق في هذه الحالة هو أجل أربع سنوات عند عدم حصول العلم (المطلب الثالث).

المطلب الأول: أجل ثلاثين يوما

لقد نص المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من المادة 304 من مدونة الحقوق العينية على أنه "يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ أن يبلغ نسخة من عقد شرائه إلى من له حق الشفعة، ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصيا من له الحق فيها، ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه خلال أجل ثلاثين يوما كاملة من تاريخ التوصل".

من خلال قراءتنا للفقرة الأولى للمادة المذكورة أعلاه يتبين أنها تنصرف إلى أن أجل الثلاثين يوما يطبق على العقار المحفظ من خلال عبارة "يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري" وكذا إلى العقار الموجود في طور التحفيظ، وذلك من خلال عبارة "إيداعها في مطلب التحفيظ" ولا توجد أي إشارة إلى العقار غير المحفظ، مما يطرح التساؤل التالي هل أجل الثلاثين يوما يسري في مواجهة العقار غير المحفظ أم لا ؟

يذهب جانب من الفقه¹⁶⁵ إلى اعتبار أجل الثلاثين يوما لا يسري على العقار غير المحفظ.

نقول أنه مادام هدف المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية هو تطبيقها على جميع نوعيات العقار، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية في فقرتها الأولى بقولها:

"تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار".

وبالتالي فإن أجل الثلاثين يوما لممارسة الشفعة تطبق على العقار غير المحفظ، وهذا ما يستنتج من خلال الفقرة الثانية من المادة 304 من القانون رقم 39.08 بقولها: "يتعين أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بيانا عن هوية كل من البائع والمشتري، مع بيان عن الحصّة المتبّعة وثنمها والمصروفات ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ أو مراجع عقد التفويت، فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط...".

فمن خلال الفقرة الثانية من المادة 304 نجد المشرع نص أنه يجب أن يتم التبليغ إلى من له الحق في الشفعة حتى يسري في حقه أجل الثلاثين يوما، فإذا تعلق الأمر بعقار محفظ فإنه من بين ما يجب أن يتضمن التبليغ هو ذكر رقم الرسم العقاري والعقار الموجود في طور التحفيظ من خلال ذكره لمطلب التحفيظ، ونفس الأمر ينطبق على العقار غير المحفظ من خلال ذكره لمراجع عقد التفويت.

¹⁶⁵ إدريس الفخوري الحقوق العينية وفق القانون رقم 39/08 منشورات مجلة الحقوق دار نشر المعرفة طبعة 2013 ص 115
د. شكير الفتوح، مقارنة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية والفقه المالكي والاجتهاد القضائي، المغربي المنازعات العقارية الجزء الأول العدد 5 سنة 2014 ص 186.

وبهذا فإن أجل ثلاثين يوما لممارسة الشفعة بعد تبليغ الشفيع يسري على العقار غير المحفظ إستنادا إلى عبارة مراجع عقد التفويت، ولكن حيدا لو أن المشرع المغربي ذكر في الفقرة الأولى من المادة 304 على أنه: "يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ، أو من إبرام عقد البيع أن يبلغ...التوصل".
وذلك نقاديا لكل خلاف أو نقاش قد يحصل في الأمر.

خلاصة القول إن المشرع المغربي قد قيد المشتري بمجموعة من الشروط حتى يمكنه الإستفادة من أجل ثلاثين يوما المؤدية إلى سقوط الشفعة في العقار غير المحفظ، وهذه الشروط هي:

- أن يقوم المشتري بتبليغ نسخة من عقد الشراء إلى كل من له الحق في الشفعة.
- أن يتم التبليغ إلى المعني بالأمر بصفة شخصية، بحيث لا يصح إلا إذا توصل به شخصا، والملاحظ أن المشرع المغربي لم يحدد شكلا معيناً لهذا التبليغ، كما أنه لا يحيل على قواعد المسطرة المدنية،¹⁶⁶ والأهم هو أن يتم التبليغ للشفيع شخصيا وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 309 بقولها: "...ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصيا من له الحق فيها".

وبذلك لا يصح التبليغ الذي يتم في موطن الشفيع أو أحد أقاربه أو خدمه،¹⁶⁷ وهو الإتجاه الذي إستقر عليه القضاء المغربي في مقدمته المجلس الأعلى سابقا. محكمة النقض حاليا ..¹⁶⁸

خلافاً لأحكام المسطرة المدنية التي تعتبر التبليغ صحيحاً إذا تسلّمه الشخص نفسه أو أحد أقاربه، أو خدمه، أو من يسكن معه¹⁶⁹.

¹⁶⁶ هشام بحار، أحكام الشفعة، دراسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني مع القضاء المدني، يوم 5 مايو 2012 بتزنيت، ص.185.

¹⁶⁷ Paul Decroux, Droit Foncier Marocain, 2^{ème} édition, 1977, P.328.

¹⁶⁸ قرار المجلس الأعلى عدد 630 في الملف المدني عدد 51418 الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 128، سنة 1978، ص.65 وما بعدها.

- قرار آخر للمجلس الأعلى عدد 1763 صادر بتاريخ 14 أبريل 1999 في الملف المدني عدد 96/4077 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في الشفعة من سنة 1999 إلى 2003، ص.103.

¹⁶⁹ - الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية

هذا ونشير إلى أن التبليغ يجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان بيان عن هوية كل من البائع والمشتري مع بيان الحصاة المبيعة وثنمها والمصروفات ومراجع عقد التفويت. مادام أجل ثلاثين يوما أجل إسقاط فلا ينقطع ولا يتوقف بسبب من أسباب الانقطاع أو التوقف.

مع الإشارة إلى أن موت الشفيع لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة وإنما ينتقل إلى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما بقي من أجل (المادة 312 من مدونة الحقوق العينية). وعليه فالشفيع الذي يتم تبليغه من طرف المشتري بواقعة الشراء تبليغا صحيحا متوفرا على الشروط المطلوبة قانونا، يسري في حقه أجل ثلاثين يوما لممارسة حقه في الشفعة فإن لم يبادر داخل هذا الأجل فإن حقه يسقط.

ويمكن القول إن أجل ثلاثين يوما إذا تم تبليغ من له الحق من الشفعة جاءت كبديل لأجل الشهرين التي تطرق لها الفقه المالكي والتي تتم عندما يحضر الشفيع عقد البيع ويكتب شهادته في هذا العقد والتي يكون مفادها أن شريكه قد قام ببيع حصته لشخص آخر يكون عليه أن يمارس حقه في الشفعة داخل أجل الشهرين يبتدئ احتسابها من تاريخ العقد وال سقط حقه هذا¹⁷⁰.

أما بخصوص أجل ثلاثة أيام المنصوص عليها في الفقه المالكي تنصرف إلى الحالة التي يطالب فيها المشتري الشفيع بالتعجيل بالأخذ بالشفعة أو الترك والتي تتم بتكليف من القاضي الذي يمهل الشفيع لإحضار الثمن والمصاريف عند التعبير عن إرادته في الأخذ بالشفعة،¹⁷¹ وأن مطالبة المشتري للشفيع بالأخذ أو الترك للشفعة يسمى توقيفا ويجب أن يكون التوقيف من طرف القاضي فإن كان من غيره فلا يعمل به.¹⁷²

¹⁷⁰ سعيد مستمير تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص: اشكالية اجل الشفعة في التشريع المغربي لسنة 1998-1999 ص 11
¹⁷¹ "إن أجل ثلاثة أيام المنصوص عليها في الفقه المالكي لإحضار الثمن لا تطبق إلا إذا حددما القاضي لإحضار الثمن".
قرار المجلس الأعلى عدد 3653 بتاريخ 1994/10/27 ملف مدني رقم 90/628، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة طبعة 1993، عبد العزيز توفيق، ص. 306.
¹⁷² سليمان الحمراوي، مرجع سابق، ص. 64.

المطلب الثاني: أجل سنة

نصت الفقرة الثانية من المادة 304 من مدونة الحقوق العينية في مقطعها الأخير أنه إذا لم يقع التبليغ، فإن حق الشفعة يسقط في جميع الحالات بمضي سنة على العلم بالبيع إذا كان العقار غير المحفوظ.

ففي الحالة التي لا يبلغ فيها الشريك بواقعة الشراء من طرف المشتري، فإن طلب الشفعة فور علمه بالبيع، فإن تماطل في طلبها فإن حقه يسقط، ويقوم بهذه الممارسة من تاريخ العلم لا من تاريخ إبرام العقد.

وقد أقر المجلس الأعلى سابقا . محكمة النقض حاليا . على أن "مناط سقوط الحق في الشفعة هو العلم بالبيع، فلا يكفي مجرد مضي المدة، وإن علة تقرير حق الشفعة قائمة بالنسبة للشريك الذي لم يثبت علمه وإن طالّت المدة".¹⁷³

والعلم بالبيع يثبت بكافة الوسائل، فروية الشفيع المشتري يتصرف في العقار تصرف المالك كأن يحرثه أو يخرس به أشجار أو يضيف إليه أبنية أو يكرهه ويقبض ثمن الكراء وغيرها من الأمور التي تعطي الانطباع والعلم على أنه المالك الجديد لتلك الحصة ويتصرف فيها تصرف المالك، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى سابقا . محكمة النقض حاليا . بقوله "فيما يتعلق بالشفعة في عقار غير محفوظ، تكون المحكمة على صواب لما استخلصت علم الشفيع مما يثبت لديها من أن المشتري كان يتصرف بمحض الشفيع في العقار بالبناء، فقبض الكراء ويكون استدلالها لما قاله التسولي لدى قول التحفة:

والترك للقيام فوق العام *** يسقط حقه مع المقام استدلال في محله¹⁷⁴

وفي قرار آخر:¹⁷⁵ "لا يعقل ألا يكون الزوج على علم ببيع زوجته لنصف الدار التي يقيمان فيها معا، ففي المعيار لابن حسن الصغير، أما سكوته أي الشفيع عن القيام أمدا يرى، أنه دليل على تركها فلا قيام له وأقله سنة على مذهب أشهب وعليه عمل القضاة".

¹⁷³ قرار المجلس الأعلى عدد 46 بتاريخ 1982/02/02، م.ق.م.أ، عدد 30، ص74، مأخوذ من مرجع أحكام الشفعة في الفقه المالي والتشريع المغربي، طبعة 2000، لمحمد محجوبي، ص.235.

¹⁷⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 832 بتاريخ 1982/11/23، م.ق.م.أ، عدد 31، ص.79، مشار إليه لدى محمد محجوبي، ص.236.

¹⁷⁵ قرار رقم 763 صادر بتاريخ 30 يونيو 1992 ملف شرعي عدد 4054 (85 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى من الشفعة خلال أربعين سنة لعبد العزيز توفيق، طبعة 1999، ص.277.

وفي الفقه المالكي نجد أن الشفيع الذي لم يحضر عقد البيع، فإن أجل الشفعة لا يسقط إلا بعد مضي سنة من تاريخ علمه بالبيع أو المعارضة إن كان حاضرا يقول صاحب التحفة:

والترك للقيام فوق العام *** يسقط حقه مع المقام¹⁷⁶

ولكن يطرح السؤال التالي: ما هو التقويم المعتمد لاحتساب أجل السنة، هل التقويم الهجري أم التقويم الميلادي؟

نقول على أن الفقهاء المسلمين حينما وضعوا أحكام الشفعة وأجالها كانت مرجعيتهم في ذلك هي الشريعة الإسلامية التي تعتمد التقويم الهجري، إلا أن المجلس الأعلى سابقا . محكمة النقض حاليا قد اعتمد في أحد القرارات الصادرة عنه التقويم الميلادي في احتساب أجل السنة مادام هذا التقويم هو أصلح للشفيع،¹⁷⁷ مادام يستفيد من 13 يوما إضافية.

وإن تعذر على الشفيع الذي علم بالبيع ممارسة الشفعة نتيجة لظروف قاهرة أو توفي الشريك خلال الأجل عن قاصر مهمل أو غائب، حيث يتوقف الأجل عن السريان إلى أن يتم تعيين مقدم على القاصر، أو رجوع الغائب من غيبته إذا غاب عن أثر العقد بنية الإياب قبل انصرام الأجل وهو مصمم على ممارسة الشفعة، غير أنه كانت ظروف حالت دون تحقيقه لهذه الرغبة شريطة إثبات ذلك ببينة، والغيبة واقعة مادية، يمكن إثباتها بمختلف وسائل الإثبات بما في ذلك الليف العدلي أو جواز السفر إذا كان الشفيع يتواجد خارج أرض الوطن إبان إبرام العقد.

المطلب الثالث: أجل أربع سنوات

يخضع العقار غير المحفظ لأجل عام وهو سنة من تاريخ العلم بالبيع لا من تاريخ إبرام عقد البيع، حيث يجب على الشفيع أن يفصح عن رغبته في المشفوع فور علمه بالبيع، وفي جميع الحالات فإن حقه يسقط بمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد في حالة عدم تحقق العلم، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 304 من القانون رقم 39.08 بقولها: "وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فيمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد".

176 - محمد الحياتي، دعوى الشفعة بين العقاري العادي والمحفظ (أوجه التلاقي والاختلاف) المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، أشغال الندوة الجهوية الخامسة، سطات، يومي 26-27، أبريل 2007، ص.123.

177 هشام بحار، مرجع سابق، ص.186.

وعليه فعندما كانت المحاكم في موضوع الشفعة، تتشبهت بأن بداية احتساب أجل السنة في الشفعة في العقار غير المحفظ، ينطلق من تاريخ علم طالب الشفعة بواقعة البيع، وكانت هذه المدة تطول أحيانا لما يزيد على عشرين أو ثلاثين سنة، على اعتبار أن الشفيع قد لا يعلم بالبيع إلا منذ أقل من سنة، فإن المجلس الأعلى سابقا . محكمة النقض حاليا . وبقرار مدني بغرفتين وضع حدا لهذه الحالة التي تهدد استقرار المعاملات، وتجعل مشتري الحصة الشائعة تحت رحمة الشريك الذي يظل ساكنا لسنين طويلة، وقد يرى الاستغلال أو البناء ولا يحرك ساكنا، ثم يتقدم فجأة لسبب أو لآخر يطلب الشفعة في وقت قد يكون فيه المشتري قام بالبناء أو الغرس أو الاستثمار وأصبح من الصعب مواجهته الشفعة بعد هذه السنين الطويلة.

حيث حدد المدة القصوى لطلب الشفعة في العقار غير المحفظ في أربع سنوات رغم أن جمهور الفقه المالكي يترك المجال مفتوحا لطالب الشفعة، مهما طال الزمن مادام العلم بالشراء غير ثابت تأسيسا على قول خليل: "وصدق إن أنكر علمه".

فقد جاء في حيثيات هذا القرار: "... إن الذي يتعين بمقتضاه في نوازل الشفعة التي
يقام بطلب الأخذ بها بعد العام من تاريخ البيع، بالنسبة للحاضر ومن في حكمه من عصرنا
هذا، أن تحدد مدة القيام في أربعة أعوام من تاريخ البيع، وهي مدة كافية لحصول العلم
للشريك..".¹⁷⁸

¹⁷⁸ قرار أشار إليه الطبيب الشرفاوي، أثناء الندوة الجهوية الخامسة بسطات يومي 26-27 أبريل 2007، مجلة المنازعات العقارية من خلال
اجتهادات المجلس الأعلى، ص.19.

الفصل الثاني:

آثار الحكم بالشفعة وسقوط الحق فيها

بعد قيام الشريك بشفعة الحصة التي باعها شريكه بإيداع ثمن الحصة ومبلغ ما أداه المشتري من مصاريف، ومقابل ما أدخله من تحسينات على الحصة المشفوعة بصندوق المحكمة، يقوم برفع دعوى المصادقة على العروض العينية، وتمكينه من استشفاع الحصة المبيعة، وعند تأكد المحكمة من توافر الشروط الضرورية ووجود جميع الإثباتات فإنها تحكم للشفيع باستحقاق الحصة المبيعة، وابتداء من صدور الحكم تنتقل ملكية العقار المشفوع إلى الشفيع وخروجه من ملكية المشتري جبرا ودون رضاه.

وبالرغم من أن الشفعة قد تظهر كنوع من البيوعات الجبرية فإنه يترتب عن الأخذ بها آثار قانونية مخالفة لما يترتب عن البيع من بعض الوجوه.

إلا أنه تتوفر شروط الأخذ بالشفعة إلا أن الشفيع لا يتحقق له الأخذ بها وذلك لتوفر سبب من أسباب سقوطها أو لتنازله عنها.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين:

الفرع الأول: آثار الحكم بالشفعة

الفرع الثاني: سقوط الشفعة

الفرع الأول:

آثار الحكم بالشفعة

يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وانتقال هذه الملكية يترتب عليه أيضا حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته.

فما هو إذن الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إلى الشفيع؟ وما هو أجل حلول الشفيع محل المشتري؟ (المبحث الأول)

وبما أن المشتري قد يقوم بإجراء تصرفات على العقار المشفوع فيه قبل انتقال ملكيته إلى الشفيع فيمكن التساؤل عن مآل هذه التصرفات؟ (المبحث الثاني)

المبحث الأول:

علاقة الشفيع بالمشتري

تثير علاقة الشفيع بالمشتري مسألتين: الأولى تتعلق بتملك الشفيع للحصة المشترية وحلولة محل المشتري (المطلب الأول) والثانية تتعلق بوقت تملك الحصة المشفوعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حلول الشفيع محل المشفوع منه

يترتب على حق الأخذ بالشفعة انتقال ملكية العقار فيه من المشتري المشفوع منه إلى الشفيع، بحيث عندما يقوم أحد الشركاء على الشياح ببيع حصته، فمشتري هذه الحصة يملك الحصة المبيعة، ويحق له استغلال واستعمال العقار المبيع بكل حرية مع احترام خصوصيات الملكية الشائعة، كما يمكنه التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات إلى حين إبداء أحد الشركاء رغبته في أخذ الحصة المبيعة عن طريق الشفعة، وعرض الثمن والمصروفات، ومبلغ ما أدخل على هذه الحصة من تحسينات. وبالتالي فإجراءات الشفعة تباشر ضد المشتري لا البائع فالشفيع يتلقى الحصة المشفوعة من المشفوع منه وليس من المالك القديم، وهذا يعني أن لا علاقة بين الشفيع والبائع، وإنما تبقى العلاقة في الشفعة بين الشفيع والمشفوع منه.¹⁷⁹

أي أن المشفوع منه هو الذي يلتزم تجاه الشفيع بجميع الواجبات التي كان يلتزم بها البائع تجاه المشتري، بما فيها الالتزام بضمان العيوب الخفية، فإذا تبين أن الحصة المبيعة معيبة، فإنه يحق للشفيع مطالبة المشفوع منه بضمان هذه العيوب، سواء كانت قبل انتقال الحصة المبيعة إلى المشتري أو بعد تملك هذا الأخير لهذه الحصة.¹⁸⁰

¹⁷⁹ محمد ابن معجور، مرجع سابق، ص. 545.
¹⁸⁰ الرجوع إلى الفصول من 549 إلى 575 من ق.ل.ع.

كما يلتزم المشتري بضممان استحقاق الحصة المباعة، حيث يكف هذا الأخير عن كل فعل أو مطالبة ترمي على التشويش على الشفيع أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع.¹⁸¹

والاستحقاق إما أن يكون كلياً وإما أن يكون جزئياً، فإذا كان الاستحقاق كلياً ثبت للشفيع أن يرجع على المشتري المشفوع منه بكل ما دفعه مقابل الشفعة من ثمن وملحقات.¹⁸²

أما إذا كان الاستحقاق جزئياً، فيجب التمييز بين أن يبلغ هذا الاستحقاق من الأهمية ما يجعل العقار المشفوع فيه معيياً وبين أن يكون الاستحقاق قليل الأهمية.

ففي الحالة التي يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي من الأهمية حداً بحيث يعيب العقار المشفوع فيه، وأن الشفيع كان يمتنع عن الأخذ بالشفعة لو علم بالأمر، يثبت للشفيع الخيار بين الرجوع بقيمة الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالباقي، وبين رد العقار المبيع والرجوع على المشتري المشفوع منه بالتعويض كما في الحالة التي يكون فيها الاستحقاق كلياً.

أما في الحالة التي لا يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير الفسخ فإنه لا يثبت للشفيع سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر سبب الاستحقاق الجزئي وفقاً لما هو منصوص عليه في الفصل 542 من قانون الالتزامات والعقود.¹⁸³

¹⁸¹ الرجوع إلى الفصول من 533 إلى 548 من ق.ل.ع.

¹⁸² إدريسي المصطفى، ممارسة الشفعة على الملكية العقارية في ضوء التشريع العقاري المغربي، ص. 155.

¹⁸³ ينص الفصل 542 من ق.ل.ع: "في حالة الاستحقاق الجزئي الذي يبلغ من الأهمية حداً بحيث يعيب الشيء المبيع، ويثبت إن المشتري كان يمتنع عن الشراء لو علم به، يثبت للمشتري الخيار بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة إلى الباقي، وبأن يفسخ البيع واسترداد كل الثمن.

وإذا لم يبلغ الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير فسخ البيع لم يثبت للمشتري إلا الحق في إنقاص الثمن بقدر ما استحق."

فأساس التزام المشتري بهذه الالتزامات هو أن دعوى المطالبة بالشفعة تقوم بين الشريك الراغب في الشفعة والمشتري ولا يكون البائع طرفاً فيها.¹⁸⁴

ثم إن البائع باع الحصاة للمشتري ولم يبعها للشريك، كما أن الشريك الشفيع إنما دفع الثمن والمصاريف وقيمة التحسينات للمشتري المشفوع منه ولم يدفع شيئاً من ذلك للبائع ومن المنطق إذن أن يبقى هذا المشتري هو المتحمل بالضمان تجاه الشفيع مع حفظ حق المشتري في الرجوع على البائع بما رجع به الشفيع عليه.¹⁸⁵

كما أنه لا يمكن أن يرجع على كل من البائع والمشتري في آن واحد أو على من يشاء منهما لأنه لا تضامن بينهما، وهذا بخلاف المشرع الجزائري والمشرع المصري بحيث نجد المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 804 من القانون المدني على أنه "يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

فالقانون الجزائري جعل الشفيع يرجع على البائع بضمان العيب والاستحقاق، كما أن الشفيع يلتزم بجميع الالتزامات التي كانت ملقاة على عاتق المشتري، وهذا نفس ما نص عليه المشتري المصري صراحة في المادة 945 من القانون المدني بقوله على أنه: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته:

إنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع.

وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع".

ومن الفقه الإسلامي نجد إجماع الأئمة مالك والشافعي وأحمد على أن تكون العهدة عند استحقاق العقار لغير بائعه على المشتري مطلقاً، وهو بدوره يرجع على البائع، ولم يخرج عن هذا الإجماع من أصحاب هذه المذاهب إلا أبو حنيفة الذي يرى أن تكون العهدة على من تسلم منه الشفيع العقار وقت التملك سواء أكان البائع أو المشتري.¹⁸⁶

¹⁸⁴ "إن عدم إشراك البائع في دعوى الشفعة لا يؤثر في قبول دعوى استحقاق الشفعة، التي يجب أن توجه فقط ضد المشفوع منه".
- قرار عدد 765 بتاريخ 1982/12/01، ملف مدني رقم 93323 (م.م.م عدد 26، ص. 54) مشار إليه لدى محمد محجوبي، مرجع سابق.

¹⁸⁵ محمد ابن معجور، مرجع سابق، ص. 546.

¹⁸⁶ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، طبعة أولى، المطبوعات العربية القاهرة، ص. 248.

وعليه، فإن كلا من المشرع الجزائري والمصري استمدا هذا الحكم من المذهب الحنفي الذي يرى أن الشفيع يأخذ الحصاة ممن يجدها بيده، بحيث إذا كانت ماتزال بيد البائع أخذها منه، ويكون هو الضامن إزاءه وإذا كانت قد انتقلت إلى يد المشفوع منه أخذها، ويكون حينئذ هو الضامن إزاءه.¹⁸⁷

أما المشرع المغربي وبالرغم من أن مدونة الحقوق العينية لم تنص على أن العلاقة تنحصر بين الشفيع والمشتري إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من المواد المنظمة للشفعة حيث نجد المادة 304 من القانون رقم 39.04 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، أعطت الإمكانية للمشتري بأن يبلغ من له أو لهم الحق في الشفعة حتى يسري عليهم أجل ثلاثين يوما لممارسة حق الشفعة، كما أن المادة 309 من المدونة نصت على أنه لا يلتزم المشفوع منه برد ثمار الحصاة المشفوعة للشفيع إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة.

وعلى أن التصرفات الناقلة للملكية أو لحق عيني..، والتي أجزاها المشفوع من يده على الحصاة المشفوعة تبطل إذا تعلقت بعقار غير محفظ (المادة 310).

وبذلك فإن المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية قد حصر العلاقة في الشفعة وبين الشفيع والمشفوع منه، إذ هو الذي يأخذ منه الحصاة وله يدفع الثمن والمصرفات ولا يمكن أن يدفع ذلك الثمن للبائع.

وعليه فالشفيع لا يحل محل المشتري في تلقي الحصاة من البائع، وإنما الحصاة تنتقل من ملكية المشتري المشفوع منه إلى الشريك الشفيع كأن الشفيع باعها للشريك بنفس الثمن الذي اشتراها به ولذلك لا تنشأ عن الشفعة أية علاقة بين الشفيع والبائع، وإنما تبقى العلاقة محصورة بين الشفيع والمشفوع منه طبقا لما يقرره الفقه المالكي.¹⁸⁸

وهكذا يبقى أهم التزام يلتزم به المشتري المشفوع منه هو نقل ملكية المشفوع إلى الشفيع، وهذا ما نص عليه المادة 307 من مدونة الحقوق العينية بقولها.

"إذا تم التراضي على الأخذ بالشفعة أو حكمت بها المحكمة فإن الشفيع يتملك الحصاة المباعة...".

¹⁸⁷ محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص. 547.

¹⁸⁸ محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص. 548.

المطلب الثاني: وقت تملك الحصّة المشفوعة

عرف الوقت الذي يصبح فيه الشفيع مالكا للمشفوع فيه نقاشا فقهيًا وقانونيًا، وتعددت اتجاهات العلماء فيه.

الفقرة الأولى: الاتجاهاة الفقهية:

تنتقل هذه الملكية عند أبي حنيفة إلى الشفيع بمجرد إتيان الشفيع بطلب المواظبة وبطلب الإشهاد والتقويم الصحيحين، وهذا الحكم هو ظاهر مذهب الحنفية وعليه الفتوى¹⁸⁹ ويفسر الكرخي سبب ثبوت الحق للشفيع وانتقاله قالاً: "إذا قضى القاضي بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم، وروي عن أبي يوسف أنه لا ينتقض واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم لا ينتقض بل تتحول الصفقة إلى الشفيع، وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، وهذا قول محمد، وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه كان من البائع إيجابين، أحدهما من المشتري والآخر من الشفيع، فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه، وانقضى ما أضيف إلى المشتري سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل".¹⁹⁰

أما في المذهب المالكي فتنقل ملكية الحصّة المبيعة من الملك الشائع بأحدى الوسائل:

- إذا عرض المشفوع به على الشفيع منه مباشرة وقضاء.
 - إذا شهد عدلين بحضور المشفوع منه على أنه استعمل حقه في الشفعة.
 - إذا حكم باستحقاقه للشفعة بعد إثبات لموجباتها.
- فإذا تحققت هذه الوسائل أصبح الشريك مالكا للحصّة المشفوعة ويحق له التصرف فيها.¹⁹¹

¹⁸⁹ أحمد أباش الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق لسنة 2003-2004 ص 226

¹⁹⁰ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة المنار، القاهرة، طبعة 1942، ص 119-120.

¹⁹¹ محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 387.

الفقرة الثانية: الاتجاه القانوني

إذا كان الشفيع قد تملك الحصة المبيعة سواء بالتراضي أو بحكم قضائي وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 307 من مدونة الحقوق العينية، فما هو وقت بدء سيران هاتيه الملكية؟ هل من تاريخ صدور البيع من الشريك للمشتري المشفوع منه؟ أم من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة وعرضه للثمن على المشتري؟

للفقه القانوني في تحديد لحظة صيرورة مالكا للمشفوع عدة آراء يمكن تلخيصها في أربعة:¹⁹²

1. إن الشفيع يملك الحصة من تاريخ صدور البيع من الشريك المشتري المشفوع منه، لأنه في ذلك التاريخ تمت للشريك أسباب الشفعة.

2. إن الشفيع لا يملك الحصة المشفوعة إلا من صدور الحكم النهائي القاضي باستحقاقه للشفعة.

3. إن الشفيع يملك الحصة من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة، وعرض الثمن على المشتري.

4. إن الشفيع يملك الحصة من تاريخ رفع دعوى الشفعة.

ولقد اعتبر المرحوم السنهوري . الذي يمثل الرأي الأول . أن المشتري يملك الثمار، فلا يلتزم بإرجاعها إلى الشفيع، إلى وقت إعلامه بالرغبة في الشفعة، إذ يكون عند ذلك حائزا حسن النية، وهو الذي يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت، ومن وقت إعلان المشتري بالرغبة عن الشفعة يصبح المشتري حائزا سيء النية، فلا يملك الثمار وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أي الشفيع ويستطيع هذا الأخير أن يستردها من المشتري. وعليه من ذلك الوقت أيضا أن يرد المشتري التكاليف التي سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها من المصروفات مما أنفقه المشتري في إنتاج هذه الثمار .

¹⁹² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 703

أما الأستاذ عبد الله درميش فيرى أن الشفيع يحل محل المشتري منذ تاريخ إبرام العقد لا منذ تاريخ الحكم بثبوت الشفعة لأن هذا الحكم ليس منشأ للحق بل مقرراً.¹⁹³

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية ذهبت إلى أنه: "إذا كان الحكم النهائي ثبوت الشفعة هو سند ملكية الشفيع، فبالى الوقت التي يصدر فيه هذا الحكم تكون الملكية للمشتري وبالتالي، فإن الشفيع لا يحل محل المشتري في علاقته بالبايع إلا من وقت ثبوت الشفعة للشفيع قضاءً أو اتفاقاً".¹⁹⁴

من خلال ما سبق، يمكن القول بأن تملك الحصة المشفوعة من يوم شراء المشتري لها يخالف القاعدة المقررة في الفقه والقانون من أن المشتري يملك الحصة ملكية تامة عندما يشتريها ولا يكون مجرد حائز لها، فالمشتري يعتبر مالكا للحصة المشفوعة عند شرائها، ويمارس جميع حقوقه المترتبة على حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف في هذه الحصة.

كما أنه مخالف لما هو مقر من كون الشفعة مجرد رخصة تعطي للشريك الحق في أن يملك الحصة التي باعها شريكه، ولا تصبح سببا من أسباب الملكية إلا باستعمال الشريك لها.¹⁹⁵

ففي الحالة التي يعلن فيها الشفيع رغبته من ممارسة الشفعة، فإن الشفيع يحل محل المشتري في الاستفادة من ثمار الحصة المشفوعة.

وهذا ما نصت عليه المادة 309 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها: "لا يلتزم المشفوع منه برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة".

وبالتالي فحسب هذه المادة فالمشفوع منه يستغل ثمار المشفوع إلى تاريخ المطالبة بالشفعة، وبالتالي يمكنه أن يستغل هذه الحصة ويستحق ثمارها ولا يلزم بردها إلى الشفيع.

وإذا كان من الثابت أن الملكية في العقار المحفظ لا تنتقل بصورة رضائية أو حكمت به المحكمة وفق ما هو منصوص عليه في الفصلين 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري، فإن الأمر بالنسبة للعقار غير المحفظ وإن كان المشرع المغربي قد سوى بينه وبين العقار

¹⁹³ عبد الله درميش، مرجع سابق.

¹⁹⁴ طعن 1727 لسنة 49 ق جلسة 1984/1/19 مشار إليه لدى مصطفى مهدي هرج، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، مطبعة دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1993، ص.180.

¹⁹⁵ محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص.554.

المحفظ في شكلية التحرير وتحريرا من الرسمية أو محرر ثابت التاريخ وفقا لما هو منصوص عليه من المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية،¹⁹⁶ فإن الملكية تنتقل من المشفوع منه إلى الشفيع بمجرد التوقيع على العقد طبقا للقواعد العامة الواردة من قانون الالتزامات والعقود أو بعد صدور حكم قضائي.

المبحث الثاني:

حكم التصرفات التي يجريها المشتري في الحصة المشفوعة

لما كان المشتري المشفوع منه قبل المطالبة بالشفعة مالكا للعقار المشفوع فيه، فإن ما يقوم به من أعمال هي أعمال صحيحة ونافذة، ذلك أن مجرد قيام حق الشفعة مستكملة لشروطها لا يمنع المشتري من التصرف في العقار المبيع -أثناء المدة التي تجوز خلالها ممارسة الأخذ بالشفعة، فقد يحصل أن يتصرف المشتري المشفوع منه في العقار المشفوع فيه تصرفا ماديا أو قانونيا، من شأنه أن يزيد أو ينقص من القيمة الاقتصادية للعقار. فما هو حكم هذه التصرفات وما مصيرها إذا قام الشفيع وطالب بالشفعة واستحق بها العقار بعد هذه التصرفات؟.

ينبغي التمييز في هذا الصدد بين تصرفات المشتري القانونية (المطلب الأول) وبين تصرفاته المادية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التصرفات القانونية

تتمثل هذه التصرفات في القيام بالتصرفات التي تؤدي إلى نقل ملكية الشيء المشفوع فيه إلى الغير خلال أجل الشفعة أو خلال ممارستها¹⁹⁷.

ليس من نتائج حق الشفعة منع المشتري المشفوع منه من التصرف في العقار المبيع أثناء المدة التي تجوز فيها المطالبة بالشفعة، فللمشتري خلال المدة المذكورة أن يتصرف في المشفوع فيه تصرف المالك من كل الوجوه، فله أن يتصرف فيه تصرفا ناقلا

¹⁹⁶ تنص المادة 4 من مدونة الحقوق العينية على أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

¹⁹⁷ - خيري محمد، الشفعة وأجالها بين العقار المحفظ والعقار في طور التحفظ مجلة محاكمة، عدد 3، سنة 2007 ص 18.

للملكية كأن يبيع العقار الذي اشتراه، أو يقايض عليه، وأن يهبه وأن يجعله مسجداً أو مقبرة، أو يوقفه¹⁹⁸، وله أن يتصرف فيه تصرفاً غير ناقل للملكية كأن يرهنه أو يقرر عليه حقوقاً عينية أخرى، كان يكرهه كراء طويلاً، كل هذه التصرفات تسري على الغير، كما يمكن الاحتجاج بها على الشفيع¹⁹⁹، ويعتبر حق المشتري في التصرف في العقار حقاً طبيعياً يمنحه له حق الملكية باعتباره المالك الوحيد للعقار في الفترة السابقة لثبوت الشفعة فتعتبر جميع تصرفاته نافذة من وقت تمامها²⁰⁰، ولكنها مع ذلك لا تمنع الشفيع من حقه على العقار المبيع لأن حقه ثابت بحكم القانون ومن ثم يكون قد تعلق بالعقار المشفوع به حقان: حق الشفيع وحق الغير، الأمر الذي يجعلنا أمام عاملين متناقضين ملكية المشتري تبيح له حق التصرف فيما اشتراه وبالطريقة التي يراها، وحق الشفعة يعطي الشفيع حق تملك العقار المبيع إذا رغب في ملكيته ولو جبراً عن المشتري مادام قد توافر له سبب الأخذ بالشفعة، وإن وقعت صحيحة ونافاذة من وقت إتمامها فإنها لا تبطل حق الشفيع الثابت له على العقار، ولا تمنعه من ممارسة الشفعة وإبطال ما تم من التصرفات لأن حق الشفيع سبق وجانبه أقوى²⁰¹، فكيف يمكن التعامل مع هذه الوضعية؟.

إن التشريعات المقارنة كالتشريع المدني المصري والقانون المدني العراقي وقانون الملكية العقارية في لبنان ميزت بين التصرفات التي تتم قبل إعلان الرغبة وتلك التي تتم بعد هذا التاريخ²⁰².

وأما المشرع المغربي فقد نص في المادة 310 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "تبطل التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني أو المنشئة لهذا الحق التي أجزاها المشفوع من يده على الحصة المشفوعة إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ".

الملاحظ على هذه المادة أنها طبقت حكم البطلان على التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني التي يجريها المشتري على الحصة المشفوعة دون تمييز بين تلك القائمة قبل

198 - محمد يوسف موسى، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، طبعة 1996، مطبعة دار الفكر العربي، ص 212.

- علي الخفيف، مرجع سابق، ص 311.

- السنهوري، مرجع سابق، ص 776.

199 - محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية الجزء الثالث، الطبعة الثانية 1952، بدون مطبعة ص 409.

200 - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 311.

201 - إدريسي المصطفى، مرجع سابق، ص 140.

202 - أنظر المادة 938 و 937 من القانون المدني المصري.

إعلان رغبة الشفيع في أخذ هذه الحصة عن طريق الشفعة كما فعل المشرع المصري الجزائري فبطلان التصرفات التي يجريها المشتري للحصة التي اشتراها وحرسته في التصرف فيها كيفما شاء مادام أن الشفيع لم يعرب عن رغبته في أخذ الحصة المبيعة عن طريق الشفعة لذلك نناشد بتغيير وتعديل هذه المادة لأنها تشكل مساسا بحق المشتري من التصرف في ملكه .

وعليه فالكراء مثلا قبل الشفعة يصبح بعدها غير نافذ ويستوجب طرد المكتري الذي يعتبر محتلا بدون سند ولا قانون .

وهكذا فإن الحكم بالشفعة يضع حدا للعلاقة الكرائية التي كانت تربط بين المشتري (المشفوع منه) والبائع ، وإلا يجعلها تستمر مع الشفيع.²⁰³

والحكم بالإفراغ هو نتيجة إستحقاق الشفعة ولا يحتاج إلى إجراءات أخرى²⁰⁴ .

لا يستحق التعويض عن عدم إستغلال العقار المشفوع من طرف الشفيع إلا من يوم امتناع المشفوع منه عن تنفيذ الحكم النهائي القاضي بالشفعة .²⁰⁵

على أنه في الحالة التي يقوم فيها المشتري ببيع العقار الذي تجوز فيه الشفعة قبل تمام الأخذ بها فما أثر ذلك ؟

جاء في مختصر الشيخ خليل : " وأخذ بأي بيع شاء وعهده عليه ونقضى ما بعده"²⁰⁶ ، وهذا ما نصت عليه المادة 299 من م ح ع بقولها " إذا بيعت الحصة التي تجوز فيها الشفعة عدة مرات قبل انصرام أجل الشفعة فللشفيع أن يأخذ من أي مشتر بالثمن الذي اشترى به ويترتب على ذلك بطلان البيوع اللاحقة."

203 - محمد لمعكشاري المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء طبعة 2013 مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء ص 246

204 - قرار عدد 861 الصادر بتاريخ 1999/2/24 في الملف المدني عدد 98/365 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 ص 511

205 - قرار عدد 5167 الصادر بتاريخ 1999/11/10 في الملف المدني عدد 97/6/11/1744 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 ص 83

206 - محمد جبيني دعوى الشفعة بين العقار العادي والمحفظ (أوجه التلافي والاختلاف) مجلة المنار عنت العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى سنة 2007 ص 128

المطلب الثاني: التصرفات المادية التي يجريها المشتري على العقار

قد يتصرف المشتري في العقار تصرفا ماديا بما يزيد من قيمته أو ينقص منها، إذ قد يحدث أن يقوم المشتري ببعض الأعمال المادية التي من شأنها أن تزيد أو تنقص من قيمة العقار الاقتصادية، وهذه الأفعال إما أن تكون من قبيل المنشآت التي تعود على العقار إلا بالنفع البين، كأن يدخل المشتري الإضافة الكهربائية أو ينشئ المرابي والمصارف في الأراضي الزراعية أو يبني في الأرض أو يغرس فيها أشجارا، وكلها أعمال تزيد في قيمة العقار المبيع و تسهل الانتفاع به ²⁰⁷ ومن تم تدخل ضمن التحسينات المنصوص عليها في المادة 308 من مدونة الحقوق العينية

فالمادة 308 نصت على " إذا أضاف المشفوع منه شيئا في الحصة المشفوعة من ماله بان بنى او غرس فيها فان قام بذلك قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقت الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في ارض الغير بإذنه او شبهة ملك، اما إذا قام بذلك بعد إعلان الرغبة في الشفعة فتطبق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في ارض الغير دون اذن"

وبذلك يكون المشرع المغربي قد ميز في هاته الحالة بين مسألتين :

المسألة الأولى: القيام بهاته الأعمال قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فتطبق في هاته الحالة الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في ارض الغير بإذنه او شبهة ملك.

ففي هذه الحالة يعتبر الباني او الغارس حسن النية ويخير بين أمرين :

- إما دفع قيمة البناء او الأغراس إضافة إلى ثمن الاستشفاع
- إما ترك الشفعة

المسألة الثانية: إذا قام المشتري المشفوع منه بتلك التصرفات بعد اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فتطبق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في ارض الغير دون اذن فالمشتري يعتبر في حكم الباني او الغارس سيء النية حيث يخير الشفيع بين أمرين :

²⁰⁷ - إدريسي المصطفى، مرجع سابق، ص 147.

- إما مطالبة المشتري بهدم ما بنى أو قلع ما غرس على نفقته ودون تعويض

- إما ان يترك الشفيع البناءات أو الأغراس بقيمتها إذا رغب في ذلك.

وإما أن تكون من قبيل التصرفات التي من شأنها أن تحط من قيمة العقار، كهدم الأبنية وقلع الأشجار وما شابه ذلك، وكلها رغم أهميتها لم يتطرق لها المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية في أية مادة، لذلك سنعمل على دراسة ذلك انطلاقاً من أحكام الشريعة الإسلامية وخصوصاً المذهب المالكي .

وعليه فبالرجوع إلى المذهب المالكي نجده يفرق بين حالتين :

الأولى : أن يحدث ذلك النقص بغير عمل المشتري، أو بعمله ولكن لمصلحة ارتأها كما إذا هدم جدار يريد أن ينقض ولم يبين غيره ،ففي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يؤدي للمشتري جميع الثمن ولا يحظ عنه شيء منه مقابل ما حدث في الشقص من نقص .

الثانية: أن يتسبب المشتري في ذلك النقص لغير مصلحة ، كما إذا هدم جدار لا مصلحة في هدمه، أو أتلف بعض الأشجار لغير سبب، فإن هذا المشتري يضمن ذلك النقص الذي حدث في قيمة النصيب المشفوع، بحيث يحظ عن الشفيع من الثمن ما يقابل ذلك النقص من القيمة سواء اكان المشتري قد فعل ذلك عمداً أو خطأ لما هو معروف من ان العمد والخطأ في أموال الناس سواء .

ولا يقبل اعتذار المشتري بأنه احدث ذلك النقص عندما كان ذلك النصيب في ملكه لأنه تبين بعد الشفعة ان ذلك النصيب لم يكن في ملك المشتري .

أما فيما يخص الثمار فهو عكس ما سبق ،فقد حصرها المشرع المغربي في مرحلة المطالبة بالشفعة ،فقد نصت المادة 309 من مدونة الحقوق العينية على أن المشفوع منه لا يلتزم برد الثمار الا من تاريخ المطالبة بالشفعة .

الفرع الثاني: سقوط الشفعة وأحكام التنازل عنها

لا بد لكل تصرف كي ينتج آثاره القانوني من توفر شروط وجوده وعناصر تكوينه، وهو ما يتطلب حتى في مجال من يدعي الحق في ممارسة الشفعة.

إلا أن هناك بالرغم من توافر شروط الأخذ بالشفعة حالات لا يحق فيها للشفيع الأخذ بالشفعة، وذلك لتوافر سبب من أسباب سقوطها أو لتنازله عنها، وهو ما يجعلنا نتساءل حول أسباب السقوط في مجال الشفعة؟

وكذا الأحكام الخاصة بتنازل الشفيع عنها وعزوفه عن الأخذ بها؟.

هذا ما سنعمل على دراسته في مبحثين:

المبحث الأول : أسباب سقوط حق الشفعة.

المبحث الثاني : أحكام التنازل عن الشفعة.

المبحث الأول :

مسقطات الشفعة

يشترط للأخذ بالشفعة عدة شروط سبقت الإشارة إليها في الفصل الأول، عند حديثنا

عن الشروط الواجب توافرها في الشفيع وهي :

1- أن يكون الشفيع مالكا للجزء الذي يشفع به.

2- أن تكون ملكيته على الشياع.

ومن جهة أخرى رأينا أن لا شفعة إلا إذا تمت المطالبة بها داخل الأجل

القانوني، وبمفهوم المخالفة فإن حق الشفيع في الشفعة يسقط إذا انعدم شرط من شروطها بأن لم يتوفر سبب الأخذ بها.

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية خصص نص المادة

310 لبيان الحالات التي تسقط فيها الشفعة على غرار بعض التشريعات الحديثة²⁰⁸ التي

²⁰⁸ - تنص المادة 948 من القانون المدني المصري على: " يسقط الحق بالشفعة في الأحوال الآتية:

بينت حالات سقوط الشفعة، بحيث نص في المادة 310 المذكورة أعلاه على أنه: "يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة:

- إذا تنازل عنها صراحة بشرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها.

- إذا اشترى الحصة التي باعها شريكه من مشتريها أو قاسمه فيها،.

- إذا باع حصته التي يشفع بها، ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله."

من خلال هذه المادة ومن خلال ما سبق دراسته حول شروط الشفعة فإن الحالات

التي تسقط فيها الشفعة هي:

المطلب الأول: شراء الحصة المشاعة أو مساومة المشتري عنها.

المطلب الثاني: تقويت الشريك لحصته التي يشفع بها قبل بيع شريكه.

المطلب الثالث: قسمة المال المشاع.

المطلب الرابع: ممارسة الشفعة خارج الأجل القانونية.

وفيما يلي نظرة موجزة عن كل حالة:

المطلب الأول : شراء الحصة المشاعة أو مساومة المشتري عنها.

يسقط حق الشفيع في الشفعة إذ قام بشراء الحصة المشاعة أو ساوم المشتري عنها.

قد يحصل أن يقوم أحد الشركاء على الشياح ببيع حصته لأجنبي، ويثبت الحق

للشريك الشفيع في أخذ الشيء المشفوع عن طريق الشفعة بعد أن تجتمع فيه شروط الأخذ

بالشفعة، ورغم ذلك يقوم بشراء الحصة المباعة من المشتري، فإن تصرف من هذا القبيل

ليس له إلا معنى واحد وهو أن هذا الشريك لا يرغب في الشفعة فيسقط حقه فيها تبعاً لذلك،

وهو ما عبر عنه البعض²⁰⁹ عند الحديث عن أسباب سقوط الشفعة "... وأخرى في الإسقاط

شراؤه منه الحصة المذكورة"، أي شراء الشفيع الحصة الشائعة من المشتري.

(أ) - إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قيل البيع.

(ب) - إذا انقضت أربعة أشهر من يوم التسجيل عقد البيع.

(ج) - في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون.

²⁰⁹ - سليمان الحمزاوي، مرجع سابق، ص 82.

وليس من حق الشفيع الحصة أن يمتنع عن أداء الثمن بحجة أن المبلغ المطلوب منه من طرف المشتري يفوق الثمن الذي اشترى به هذا الأخير الحصة الشائعة وان من حقه أخذها بالشفعة لأنه بالاتفاق مع المشتري على الثمن وما يصاحبه ذلك الاتفاق من مفاوضات حول الثمن، كل ذلك يؤدي إلى إسقاط حقه في الشفعة، كما ليس له أن يدفع بجعله حول ما إذا كان له الحق في ما يسمى بالشفعة.

كما أن مجرد مساومة الشريك الجديد على بيع هذه الحصة يسقط حقه في شفعتها²¹⁰، أما إذا عرض عليه ثمن أقل مما اشترى به فإن الشفعة لا تسقط بذلك ما دام لم ينقذ بينهما بيع، لأن الشفيع قد يحتج بأنه ساومه لعله يرضى ببيعها بأقل مما اشترى به، ولكن يمكن لهذا المشتري أن يطلب توجيه اليمين على الشفيع على أنه لم يتنازل عن حقه في الشفعة عندما ساومه على بيع الحصة له، وأنه بقي محتفظا بحقه ذاك ليلجأ إليه إذا فشلت المساومة²¹¹.

مع الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يأخذ بالمساومة كسبب لسقوط حق الشفيع في الشفعة في مدونة الحقوق العينية، وان كان قد تم التطرق لها في المشروع قبل المصادقة عليه، ونرجو أن يعيد النظر في ذلك.

المطلب الثاني : تقويت الشريك لحصته

إذا لم يكن الشفيع مالكا للجزء الشائع في العقار الذي تم تقويت حصة شائعة منه إلى الغير فلا شفعة²¹²، إذ يسقط حق الشفيع بخروج الملك من يده قبل البيع، حيث يفقد صفة الشريك ولا يمكنه التذرع بأنه كان شريكا فيما قبل²¹³، وإنما أصبح أجنبيا عن باقي الشركاء خاصة وأنه يتعين على طالب الشفعة أن تكون ملكيته سابقة على ملكية المشفوع منه.

لكن إذا لم يفوت الشريك الا بعض حصته بعد علمه انتقال نصيب شريكه بالبيع إلى شريك جديد، فإن حقه في الشفعة لا يسقط، غير أنه إذا طلب الآخرون الشفعة، وكانوا في

210 - محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي و التقنين المغربي المقارن، مرجع سابق، ص 329.

211 - السعيد، بور كية، مرجع سابق، ص 117.

212 - محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 186.

213 - محمد خيري، الشفعة وأجالها بين العقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ، مجلة محاكمة، عدد 3، سنة 2007 ص 19

درجة واحدة من مراتب الشفعة، فإن هذا الشريك لا يستحق الا على قدر النصيب الذي بقي له .

كذلك إذا باع الشفيع حصته التي يشفع بها ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 311 من مدونة الحقوق العينية بحيث لم يعد شريكا على الشياح وأصبح في حكم الأجنبي.

بل الأكثر من ذلك إذ يحق للشريك الجديد أن يشفع في حصته -البائع- لأنه كان شريكا وقت بيع الحصة .

المطلب الثالث : قسمة العقار الشائع

استنادا إلى حديث جابر ابن عبد الله رضي الله عنه، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة."²¹⁴ لأن كل من الشركاء قد صار بعد القسمة جارا، ومعلوم أنه لا شفعة للجار عند الملكية²¹⁵. ويسقط حق الشفيع في الشفعة إذا وقعت القسمة فعلا أما مجرد طلب القسمة فإنه لا يسقط الحق في الشفعة بالنسبة للشفيع باعتبار عدم حصول القسمة الفعلية للحصة المشاعة. وبالنسبة للتشريع المغربي²¹⁶ فإنه نجده من خلال مدونة الحقوق العينية فالمشرع دائما ينص على سقوط الشفعة بقسمة المال الشائع، وبذلك لا حديث عن الشفعة إذا انتقلت حالة الشياح وجرت القسمة سواء كانت قسمة بتية²¹⁷ أو قسمة استغلالية²¹⁸ وفقا لما أكدته المجلس الأعلى في إحدى حيثياته بقوله : " ونظرا إلى أن مقاسمة الشفيع للمشتري تسقط شفيعته، بتية كانت أم استغلالية بخلاف مقاسمته له على الغلة."²¹⁹

²¹⁴ - رواه البخاري في كتيب الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، رقم الحديث 2097.

²¹⁵ - محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 187.

- محمد خيري، مرجع سابق، ص 19

²¹⁶ - وهو ما يستفاد من خلال المواد المنظمة للشفعة في إطار مدونة الحقوق العينية وخاصة المادة 293.

- وهو ما يستفاد أيضا من خلال الفصل 960 من ق.ل.ع الذي ينص على حالة " إذا باع أحد الشركاء على الشياح لأجنبي حصته المشاعة..."

²¹⁷ - القسمة البتية نوعان: قسمة عينية و قسمة تصفية:==

=في القسمة العينية يقسم المال المشترك إلى عدة أقسام مفرزة بعضها عن بعض، فيستقل كل شريك بجزء معين يتناسب وحصته. أما قسمة

التصفية فهي التي تتم عن طريق بيع الشيء المشترك وتوزيع ثمنه على كافة الشركاء على الشروع كل حسب نصيبه.

²¹⁸ - قسمة الاستغلال أو قسمة المهابة فيتم بمقتضاها الاقتصار على اقتسام المنافع دون الرقبة أو حق الملكية.

²¹⁹ - قرار المجلس الأعلى عدد 11، بتاريخ 7 دجنبر 1959 ورد في مولى ابن معجز أحكام الشفعة، مرجع سابق ص 331.

إلا أن المجلس الأعلى في قرار له آخر اعتبر أن القسمة الاستغلالية لا أثر لها على طلب الشفعة²²⁰.

وقد عبر الأستاذ سليمان الحمزاوي عن سقوط الحصّة في الشفعة بسبب قسمة الحصّة الشائعة قائلاً: " إن قاسم الشفيع المشتري بالفعل في الرقبة أو منفعتها أي أن قاسمه قسمة بتية أو استغلالية ففعله هذا يسقط شفيعته"²²¹.

ان القول بأن القسمة البتية تنهي حالة الشيع، بحيث يختص كل مالك بنصيبه مفرزا وبالتالي ان حق الشفعة يسقط فان القسمة الاستغلالية كما عرفها المشرع من خلال المادة 313 بأنها " قسمة المهايأة تقتصر على المنافع وهي اما زمانية او مكانية " فهي لا تقوم على إنهاء حالة الشيع وبالتالي لا تسقط الحق في الشفعة .

المطلب الرابع: ممارسة الشفعة خارج الأجل القانونية

لكل مالك على الشيع في عقار غير محفظ الحق في طلب الشفعة عند تفويت جزء من العقار المشترك إلى الغير، وذلك عند توفر شروط الأخذ بالشفعة.

إلا أن الحق في الشفعة يسقط إذا لم يبادر الشفيع - واحداً كان أو متعدداً - إلى ممارسة حقه في الشفعة داخل الأجل القانوني، لذلك فقد سبق ورأينا أن أجل الشفعة في العقار غير المحفظ هو ثلاثين يوماً إذا تم التبليغ إلى من له الحق في الشفعة أو سنة من تاريخ العلم أو اربع سنوات عند عدم حصول العلم ، فإذا انقضى هذا الأجل ولم يمارس الشفيع حقه في الشفعة سقط حقه فيها.

ويعتبر هذا السبب من أكثر الأسباب التي تثار أمام المحاكم بمناسبة دعوى الشفعة.

قد يثار تساؤل حول إمكانية سقوط حق الشفعة في حالة موت الشفيع، فهل يحق للورثة الأخذ بالشفعة بدل مورثهم أم أن موت الشفيع يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة؟.

²²⁰ - قرار المجلس الأعلى عدد 929، بتاريخ 1985/6/2 في الملف العقاري عدد 61765، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 137.

²²¹ - سليمان الحمزاوي ، مرجع سابق، ص 19.

تنص المادة 312 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على أن: " لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع وإنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما بقي من أجل للأخذ بالشفعة."

وعليه فاستنادا إلى المادة أعلاه فإن حق الشفعة لا يسقط بمجرد موت الشفيع وإنما يبقى حقا قائما للورثة²²² فلو فرضنا أن شخصين كان شريكين في عقار، فباع أحدهما نصيبه فيه ثم مات الآخر، فإن ورثته يرثون حقه في الشفعة، سواء مات الشريك المستحق للشفعة بعد أن شرع في ممارسة الشفعة وقبل أن تتم له، أو مات قبل أن يطالب بالشفعة، وذلك لأن الشفعة حق ثبت للموروث، ومن مات على حق فلوارثه والوارث خليفة الموروث فيما يملك من أموال وحقوق فينتقل حق الشفعة إليهم بمقتضى هذه الخلافة²²³، غير أن الموت لا يوقف أجل الشفعة الذي كان ابتداء للموروث بحيث لا يعطي لهؤلاء الورثة أجل جديد يبتدئ بالموت وإنما يبقى لهم ما بقي من الأجل الذي كان لمورثهم، فإذا توفي الشريك بعد ستة أشهر، فلا يكون لورثته الحق في الشفعة إلا خلال ستة أشهر الباقية من السنة فإن لم يمارسوا الشفعة خلالها سقط حقهم فيها²²⁴.

المبحث الثاني :

أحكام التنازل عن الشفعة²²⁵

يعتبر الحق في الشفعة إختياريا بالنسبة للشفيع، لذا بإمكانه أن يتنازل عن حقه إن هو أراد ذلك.

والتنازل المسقط لحق الشفعة قد يكون بشكل صريح أو بشكل ضمني

(المطلب الأول) وقد يقع التنازل عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها أو بعد ذلك،
(المطلب الثاني) وفي جميع الأحوال على من يدعي تنازل الشفيع عن حقه أن يثبت ذلك
(مطلب الثالث).

²²² - أما بالنسبة للمذهب الحنفي فليس للوارث أن يطالب بالشفعة إذا مات الشفيع المورث قبل الحكم له وذلك لأن حق الشفعة لا يورث عنهم إذ هو إرادة ومشينة.

²²³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، طبعة 1996، مطبعة دار الفكر العربي، مدينة نصر، ص 157.

²²⁴ - ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مرجع سابق، ص 239.

²²⁵ - سبق أن رأينا أن هناك أسباب كلما تحققت تؤدي إلى سقوط حق الشفيع في الشفعة ويمكن أن يعتبر أن تنازل الشفيع عن شفيعته أحد تلك الأسباب إلا أنه ونظرا للأحكام الخاصة بهذا التنازل ارتأينا أن نتناول بنوع من التفصيل في أحكام التنازل عن الشفعة في فقرة مستقلة.

المطلب الأول : التنازل الصريح والتنازل الضمني

إذا وجد شريكان على الشيوع وياع أحدهما نصيبه للغير فيحق للشريك الذي احتفظ بنصيبه أن يتنازل عن الشفعة من يد المشتري، فيسقط حقه في طلبها لذلك، سواء تم تنازل بعوض أو بدونه وبطبق نفس الحكم في حالة تعدد الشركاء حيث يلزم التنازل من صدر منه فقط دون الباقي²²⁶.

إلا أن التنازل المتحدث عنه قد يكون صريحا (الفقرة الأولى) كما قد يكون ضمنيا (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : التنازل الصريح عن الشفعة

التنازل الصريح هو الذي يعبر عنه الشريك صراحة بما لا يدع مجالا حول ذلك التنازل، كما لو قال الشفيع : إني أنتازل عن حقي في الشفعة أو إني لن أشفع ما باعه شريكي على الشياخ في العقار الفلاني المشترك بيننا .

والنزول الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته يصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يصح أن يكون شفويا²²⁷، وقد يتم ذلك بمقابل أو بدونه كما أنه ليس هناك ما يمنع من كتابة التنازل عن الشفعة في صلب عقد البيع²²⁸.

الفقرة الثانية : التنازل الضمني

أما التنازل الضمني فيتخذ عدة صور مختلفة تفيد كل واحدة منها أن الشفيع لم يعد يرغب في المطالبة باسترداد ما آل إلى الشريك الجديد. ومن تلك الصور نذكر الآتي :

- أ- إذا قام الشفيع نفسه بالبيع نيابة عن شريكه البائع أو سلم بنفسه المبيع للمشتري.
- ب- إذا ساوم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه ما إشتراه، أو قاسمه .
- ت- إذا رأى الشفيع المشتري يهدم ويبني ويغرس حتى أحدث تغييرا كبيرا فيما إشتراه وهو ساكت دون أن يحرك ساكنا²²⁹.

226 - محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 190.

227 - عبد العزيز محمد أبو غددير، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، بدون طبعة، مطبعة المعارف لإسكندرية، ص 229.

228 - محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 191.

ث- أن يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشتري والمتصرف إليه.

ج- هذا ولا يعتبر من باب التنازل الضمني، سؤال الشفيع عن اشتري المشفوع، أو سؤاله بكم بيع من الثمن، فقد يقبل شركة شخص دون آخر، وقد يصلح له المشتري فلان دون غيره، وسؤاله هذا يعد من مقدمات الطلب (طلب الشفعة) لا من قرائن التنازل عنها²³⁰.

وفي الأخير نقول على أن المشرع المغربي لا يأخذ بالتنازل الضمني، وإنما يؤكد على أنه لسقوط الحق في الشفعة لا بد من التنازل الصريح وهو ما نص عليه بشكل صريح في المادة 311 من م ح ع على أنه :
يسقط حق الشفيع بالأخذ بالشفعة :

- إذا تنازل عنها صراحة بشرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها.

المطلب الثاني : تنازل الشريك عن الشفعة قبل أو بعد ثبوت الحق فيها

يفتضي الكلام بالنسبة لتنازل الشفيع في هذه الفرضية أن نميز بين ما إذا كان تنازله قد صدر منه قبل ثبوت الحق في الشفعة (الفقرة الأولى) وبين ما إذا كان تنازله قد صدر منه بعد ذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : التنازل عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها

نصت المادة 311 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الأولى على أنه: " يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة : -إذا تنازل عنها صراحة بشرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها " .

²²⁹ - راجع قرار المجلس الأعلى عدد 832، ملف شرعي بتاريخ 1982/11/23، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 79، الذي أشار على أن المشتري إذا كان يتصرف بمحض الشفيع في العقار بالبناء وقبض الكراء يعتبر تنازلا عن حقه في الشفعة ضمنا تطبيقا لقول ابن عاصم:

والترك للقيام فوق عام *** يسقط حقه مع المقام.

²³⁰ - محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 191.

إنطلاقاً من المادة أعلاه فإنه لا شفعة إلا بعد ثبوت الحق في الشفعة أي بعد تفويت أجزاء من مال شائع بين عدة شركاء لذا لا يتصور عملياً أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها، فإن كل تنازل عن حق الشفعة في عقار غير محفظ قبل ثبوت الحق فيها يعتبر باطلاً وبالتالي لا يسقط حق الشفيع في الشفعة لأنه يكون كمن سلم ما لم يجب له، بمعنى آخر فإنه تنازل عن حق لم يثبت له بعد²³¹، وذلك تطبيقاً للقاعدة القائلة "من أسقط حقاً قبل وجوبه لم يلزمه".

فهكذا فإن المشرع المغربي من خلال المادة المذكورة أعلاه لا يجيز التنازل عن الشفعة قبل ثبوتها شأنه شأن باقي التشريعات الأخرى²³². إلا أن هناك بعض التشريعات العربية أجازت النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها حيث نجد المادة 948 من القانون المدني المصري تنص: "يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

1- إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع". ويرى البعض²³³ أن المشرع المصري قصد من ذلك تضيق حق الأخذ بالشفعة، وحتى يأمن المشتري جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء، فيحصل المشتري من الشفيع على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه.

الفقرة الثانية: التنازل عن الشفعة بعد ثبوت الحق فيها

أما بعد ثبوت الحق في الشفعة فلا خلاف في أنه يحق للشفيع أن يتنازل عنها للغير، وذلك استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة 311 من مدونة الحقوق العينية، وعليه يمكن القول أن التنازل عن الشفعة بعد ثبوتها سواء كان العقار المطلوب شفيعته محفظ أم غير محفظ، يسقط الحق في الشفعة وذلك ينسجم مع قواعد الفقه الإسلامي²³⁴.

إلا أنه قد يحدث أن يتواجد عدة شركاء على وجه الشياخ في مال معين فيقدم أحدهم على تفويت حصته الشائعة إلى مالك جديد، ويحصل أن يتنازل أحد الشركاء دون الآخر، فهل تنازل بعضهم يلزم الآخرين الذين لم يتنازلوا؟.

231 - سليمان الحمزاوي، مرجع سابق، ص 333.

232 - أنظر المادة 90 من القانون المدني الليبي، والمادة 1134 من القانون المدني العراقي، والمادة 246 من قانون الملكية العقارية اللبناني.

233 - السنهوري، مرجع سابق، ص 454.

234 - إبراهيم بجماني، دعوى الشفعة، مجلة الملحق القضائي، العدد 9-10-11، نوفمبر 1983، ص 72.

ففي الحالة التي يتنازل الشركاء جميعا بعوض أو بدونيه فلا وجود لأي إشكال، باعتبار أنه لا وجود لمن يدعي بعد ذلك أنه يرغب في ممارسة الشفعة والحال أنه متنازل عنها.

أما في حالة تنازل أحدهم دون الآخرين عن الحق في ممارسة الشفعة فإن ذلك التنازل لا يلزم الآخرين، وبالتالي يجوز لهم ممارسة الشفعة كل بحسب نصيبه في العقار وهذا ما نصت عليه المادة 296 م.ح.ع في فقرتها الثانية بقولها:

"إذا تعدد الشفعاء كان لكل واحد منهم الأخذ بالشفعة بقدر حصته في الملك المشاع يوم المطالبة بها فإذا تركها البعض وجب على من رغب في الشفعة من الشركاء أخذ الحصة المببغة بكاملها."

وهو ما يسير عليه أيضا المذهب المالكي سواء تنازل أحد الشركاء بعوض أو بدونه، وبالتالي فإن نزول أحد الشركاء عن حقه في الشفعة لا يلزم الآخرين إذ يمكنهم أن يدفعوا بأن حق الشفعة ثابت لهم في رفع الضرر عنهم، ودخول هذا الشريك الجديد أحدث ضررا لهم ومن حقهم المطالبة برفع ذلك الضرر بغض النظر عن شريكهم الذي رضي بذلك المالك الجديد.

وليس من حق المشتري أن يلزم الشريك الذي لم يتنازل في أن يشفع بقدر نصيبه في العقار المشترك، إذا ما رغب في أن يشفع جميع الحصة الشائعة التي آلت إليه من الشريك البائع عن طريق البيع.

المطلب الثالث : إثبات التنازل عن الشفعة

إن الذي يدفع بتنازل الشفيع عن الشفعة هو المشفوع منه، وما دامت البيئة على المدعي فلا بد للمشفوع من إثبات إدعائه، وذلك بكافة طرق الإثبات التي تثبت الحقوق المالية²³⁵، فقد يتم الإثبات عن طريق إقرار الشفيع نفسه، وبالتالي يزول الإشكال ويقر بإقراره، إذ يمكن للمشتري أن يأخذ عليه تعهد بذلك كتابة ليحمي نفسه من أي إدعاء حول شفعة تلك الحصة التي آلت إليه بالبيع من الشريك المقر.

²³⁵ - محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 193.

أما إذا أنكر الشريك أنه تنازل للمالك الجديد فإن لهذا الأخير أن يثبت تنازل ذلك الشريك بشهادة عدلين أو شهادة اللفيف إذا إستعصى عليه الحصول على إثبات²³⁶ وله كذلك الإستعانة بشهادة أحد الشركاء ولكن هذه الحالة في الفرضية التي يقر فيها الشريك على تنازله .

أما أن يقوم المشتري بالإعتماد على شهادة أحد الشركاء حتى وإن حلف والحال أن الشريك المنسوب إليه التنازل ينكر ذلك فلا يؤخذ بشهادة ذلك الشاهد وحتى ولو أعاد شهادته بعد أن يتنازل عن شفيعته هو الآخر .

وإذا ما شهد للمشتري شريكا بتنازل شريكهما فإن شهادتهما تقبل إذا وقعت بعد تنازلهما عن الشفعة²³⁷ . وكذلك يمكن للمشتري أن يستفيد من شهادة البائع²³⁸ بتنازل شريكه عن الشفعة لأنه لم تعد له أية مصلحة بعد تفويت حصته للمشتري .

وعموما يمكن القول أنه يمكن للمشتري أن يثبت تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة طبقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات .

236 - محمد محجوبي، مرجع سابق ، ص 193 .
237 - ابن معجوز ، أحكام الشفعة ، مرجع سابق، ص 342-343
238 - السنهوري، مرجع سابق ص 40 .

خاتمة:

تعتبر الشفعة رخصة منحها المشرع للشركاء على الشياح ليجنبهم ضرر الشركة، والذي يحدث لهم من دخول شريك جديد محل شريك قديم، هذا الأجنبي الذي يقوم بسلب راحة بقية الشركاء والتنغيص عليهم بما يبتدعه كل يوم، من أعمال تعسفية لفتت منذ القديم نظر الفقهاء الذين حبذوا الشفعة دفعا للضرر الناشئ عن سوء المجاورة على الدوام، بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث " إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار".

فالشفعة تحقق للشركاء الأمن والإستقرار، وذلك بإبعاد الخطر الذي يتسبب فيه الغير الذي آلت إليه الحصة المشاعة، فهي تزيل الشيوخ وما يرافقه في غالب الأحيان من إهمال في إستثمار العقارات المشتركة لعدم الوفاق بين الشركاء.

كما أنها تسمح للفلاح في توسيع أرضه الزراعية إذ يضم حصص الغير لخصته وبشغل جميع الحصص المضمونة.

فالشفعة رغم وصفها بالاضطراب والتدبيب، وأنها من معيقات الإستثمار فإن ذلك لم يمكن خصومها من النيل من أهميتها الاقتصادية ولا من منافعها الكثيرة بل ولم يستطع خصومها بانتقاداتهم أن يلفتوا لا نظر الفقه ولا نظر القانون عنها²³⁹، إذ الأمر خلاف ذلك، فقد إزداد إهتمام الفقهاء بمنافع الشفعة ومزاياها الكثيرة لدرجة جعلت بعض كبار فقهاء الغرب²⁴⁰ يعجب بها لحد المطالبة بتطبيق أحكامها لاسيما في مجال الأراضي الزراعية الصغيرة ذات المساحة المحدودة.

فإقرار المشرع للشفعة لا يعود كما يعتقد لإعتبارات دينية وتاريخية محضة فقط، أو لأن مؤسسة الشفعة قد أصبحت جزءا من التقاليد القانونية للبلاد كما يدعي بعض الفقه²⁴¹.

وإنما إلى إعتبارات أخرى إجتماعية واقتصادية، وبذلك تجاوز مفهوم الإشتراك أو الشياح في تحديد مفهوم الشفعة إلى إعتبارات أخرى رأى أنها جديرة بالإعتبار، فتجاوز بذلك

²³⁹ - ادريسي المصطفى مرجع سابق ص 168

²⁴⁰ - Planiol . Droit civil ; librairie general Paris 1947

²⁴¹ - السنهوري مرجع سابق ص 475

مفهوم الإشتراك في تحديد مفهوم الشفعة المالكى التقليدي، وإعتمد تقنياتها في مجالات حيوية ذات صبغة خاصة تعود بالنفع العام.

فالشفعة لا تجلب الضرر للمشتري كما يعتقد، لأنه من المفروض في المشتري لخصة في الملك على الشياح قبوله قواعد هذا النظام، وارتضاؤه بها وتعامل على أساسها، وبتحمل ما يترتب عليها من من مخاطرة .

فالتطور الإجتماعي والإقتصادي فرض على المشرع في كل الدول التي أقرت قوانينها أحكام الشفعة أن يدخل تعديلات جوهرية على هذه المؤسسة كي تتلاءم أحكامها والنظام الإقتصادي المعاصر .

فعدت الشفعة نظاما إجتماعيا قانونيا يتفق مع حاجات العصر ويأثلف من الوجهة الإقتصادية مع النظام الإجتماعي الحاضر .

إن تنظيم أحكام الشفعة وضبط إجراءاتها من طرف المشرع في كل التشريعات الحديثة وبكيفية محكمة لمن شأنه أن يساعد على تثبيت السلم الاجتماعي بين الشركاء المشتاعين بصفة خاصة وباقي فئات المجتمع بصفة عامة وهو هدف تسعى إليه كل الدول على إختلاف مذاهبها في مجتمعنا الحاضر .

وهو ما توجهه المشرع المغربي من خلال إصداره للقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية التي طال إنتظارها من طرف العاملين بحقل العدل من قضاة ومحامين وموثقين وخبراء وأساتذة مهتمين بالتشريع عموما والمتعلق بالشأن العقاري خصوصا لما يلعبه العقار من دور يزداد باطراد ويتعاطم في التنمية الإقتصادية والإجتماعية سواء بالحواضر أو بالبوادي .

فمحاكمنا المغربية تعرف الكثير من الدعاوي العقارية التي تنتظر فيها في ظل غياب تشريع موحد ومتكامل يطبق على جميع العقارات المحفوظة منها وغير المحفوظة معتمدة القواعد الفقهية المستمدة من الفقه المالكى على دعاوى العقار غير المحفظ ومنها دعاوى الشفعة حيث يضطر الممارس الذي ليس له إلمام بالدراسات الفقهية إلى بذل جهود شاقة للإهتداء إلى القواعد الصحيحة الواجبة التطبيق .

وكانت الغاية من مدونة الحقوق العينية تحقيق قانون موحد متكامل يطبق على العقارات المحفظة وغير المحفظة وبذلك ما يسري على شفعة العقار غير المحفظ يسري على العقار المحفظ مع الاختلاف في بعض الخصوصيات .

إلا أن الشفعة لم تحظى من المشرع المغربي بتنظيم دقيق وشامل يتناول كل الجزئيات والحلول الملائمة لمعالجة المشاكل المطروحة على الساحة القضائية .

ذلك أن ممارسة الشفعة تستوجب إستيفاء مجموعة من الإجراءات والقواعد المسطرية إلا أن المشرع لم يخصص لهذا الموضوع في مدونة الحقوق العينية سوى بعض المواد التي تنظم كل الجوانب المتعلقة بها وذلك بالرغم من الأمر يتعلق بسبب من أسباب كسب الملكية إلا أنه في نفس الوقت قيد على حق الملكية.

وقد إستند المشرع لملء الفراغ التشريعي في هذا المجال الإحالة على أحكام الفقه الاسلامي كمصدر تكميلي كما جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من م ح ع بقولها :

" تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي " .
وكما هو معلوم فهذه القواعد ليست مجموعة في كتاب واحد يمكن الرجوع إليه عند الحاجة ولكنها متناثرة في كتب الفقه المالكي مما يصعب مهمة القضاء .

فرغم أن المشرع إعتبر أجل الشفعة أجل سقوط لا تقادم بحيث لا يخضع لما تخضع له التقادم وذلك لتفادي تكرار دعاوى الشفعة ولإستقرار المعاملات وخاصة في العقار .

كما أن المشرع لم يحدد شكليات خاصة لمباشرة التبليغ، أي الطريقة القانونية التي يتعين على المشتري إتباعها عند قيامه بإعلام الشفيع بالبيع الأمر الذي جعل كل الطرق متاحة ومقبولة سواء عن طريق كتابة الضبط أو عن طريق رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو أية وسيلة أخرى.

ولا يخفى على أحد أن هذا الغموض سيؤدي إلى العديد من الصعوبات التطبيقية، إضافة إلى السماح للأطراف بإختيار الطريقة القانونية التي يريدونها سيكون لا محالة للتحايل والتواطؤ بين البائع والمشتري لحرمان الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة وهو ما سيؤدي حتما إلى مشاكل في التطبيق .

من أجل تجاوز كل ما ذكر نناشد المشرع بتعديل بعض الفصول التي تعرف بعض الغموض، وإضافة نصوص جديدة تنظم المقتضيات التي تم إغفالها في القانون رقم 39.08 لتفادي الفراغ التشريعي وبالتالي جمع شتات المواد المنظمة للشفعة في العقار غير المحفظ في ترسانة قانونية قوية قادرة على مواكبة التطور الذي يعرفه المجال الاقتصادي، نظرا للأهمية البالغة التي أصبحت الملكية العقارية تضطلع بها.

كما نطالب أيضا بالتصحيح على تحديد الطريقة التي يجب بها تبليغ الشراء إلى الشفيع وذلك لتفادي التواطؤ بين البائع والمشتري على حرمان الشفيع من حقه، وذلك بجعل التبليغ بطريقة محددة من قبل المشرع وغير متروكة لإرادة الأطراف.

ولكن حبذا لو أن المشرع المغربي ذكر في الفقرة الأولى من المادة 304 على أنه: "يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ، أو من إبرام عقد البيع أن يبلغ....التوصل".

وذلك تفاديا لكل خلاف أو نقاش قد يحصل في الأمر حول عدم سرعان أجل الثلاثين يوما لممارسة الشفعة على العقار غير المحفظ.

إن هدفنا من إقتراح تعديل مدونة الحقوق العينية يبرره الأهمية القصوى لموضوع الشفعة وما يثيره من إشكالات إذ نجد ساحة القضاء تعرف عددا هائلا من هذه الدعاوى.

وفي الختام إن ما يمكن قوله عن موضوع الشفعة العقار غير المحفظ أنه يعد من المواضيع التي حظيت بإهتمام جل التشريعات و حظيت بإهتمام الفقهاء نظرا لأهميتها الكبيرة.

إلا أن الشفاعة رغم ذلك تظل قيّدا على حرية المالك في التصرف في ملكه لأنها تعد إستثناء من الأصل الذي هو حرية الشخص في التصرف في ملكه كما يشاء لذلك يجب عدم التوسع في تفسير نصوصها وإستعمالها في أضيق الحدود.

وفي الختام لست أدعي أنني قد وصلت ببحثي هذا إلى كل ما أبتغي لأن كل عمل يمكن أن تشويه بعض الهفوات وأن كل عمل بشري يعتريه القصور لا محالة إذ ما خلى عمل الإنسان من سهو ولهذا فإنه مهما كتب فإن النقص صفة أساسية فيه وفي هذا الصدد أقول كما قال عماد الدين الأصفهاني :

" إني رأيت ألا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا قال في غده : ولو غير هذا لكان أحسن لو زيد كذا لكان يستحسن لو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على إستيلاء النقص في جملة البشر "

(وما توفيقى الا بالله عليه توكلت وإليه أنيب) صدق الله العظيم.

لائحة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية:

المراجع العامة:

- محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج :- شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر 1377هـ - 1958م.
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة السادسة 1983، دار المعرفة بيروت.
- مالك بن أنس، موطأ، برواية يحيى بن يحيى الليثي دار النفائس بيروت طبعة بدون تاريخ.
- عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة- تحقيق: حميش عبد الحق - مكتبة نزار مصطفى الباز.
- عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة، الافصاح عن معاني الصحاح في مذاهب الأئمة الأربعة :- تحقيق: د. محمد يعقوب طالب عبيدي- مركز فجر للطباعة - القاهرة.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن محرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب - دار صادر - بيروت دار الكتب العلمي 2003 ج 8 ص 217-220
- محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، - دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية - 1398هـ - 1978م .
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير :- مكتبة لبنان- بيروت.
- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط- دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الأولى - 1412هـ - 1991م.
- ابن حجر العسقلاني فتح الباري، شرح صحيح البخاري :- ترقيم : محمد فؤاد عبد الباقي - دار المعرفة - بيروت .

- الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ومعه معالم السنن : للخطابي - تحقيق : عزت عبيد الدعاس وعادل السيد - دار الحديث - حمص - سوريا.
- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري - المطبعة السلفية - القاهرة - الطبعة الأولى - 1400 هـ .
- أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم :- تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء الكتب العربية - القاهرة .
- أبو بكر بن محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، - تحقيق : علي بن عبد الحميد ومحمود وهبي - دار الخير - المكتبة التجارية.
- أكحل الدين البابرتي، العناية على الهداية، طبعة القاهرة 1931.
- سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، الجزء الثالث مطبعة فضالة بالمحمدية 1993.
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، النهجة في شرح التحفة الجزء الثاني دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء ص ب 4040.
- ميارة الفاسي فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2008.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد التاسع، بدون تاريخ الطبعة، مطبعة دار النهضة العربية القاهرة.
- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الثانية 1999، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، طبعة 1996، مطبعة دار الفكر العربي، مدينة نصر.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، طبعة 1996، مطبعة دار الفكر العربي، مدينة نصر.
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية 1987، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- محمد الحياتي، في نظام التحفيظ العقاري الجزء الأول مؤسسة النخلة للكتاب وجدة الطبعة الأولى، 2004 .
- محمد بن أحمد بونبات، العقار غير المحفظ والمعاملات، دراسة في ضوء الفقه والقضاء، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2010.
- ادريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08، منشورات مجلة الحقوق دار نشر المعرفة الإصدار الثاني عشر طبعة 2013.
- محمد لمعكشاوي، المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء، طبعة 2013 مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء.
- امحمد بريدة غزبول، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، الطبعة الثانية 2007، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث العدد 2 .
- عادل حميدي، التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ بين الفقه الإسلامي والفراغ القانوني ، الطبعة الأولى، أكتوبر 2006 . مطبعة الوراقة الوطنية.
- عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، مطبعة دار النهضة العربية ، بيروت طبعة 1982
- محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية الجزء الثالث، الطبعة الثانية 1952، بدون مطبعة.
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2003

- محمد يوسف موسى ، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، طبعة 1996، مطبعة دار الفكر العربي.
- محمد خيرى ، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، دار نشر المعرفة الرباط، طبعة 2014

❖ المراجع الخاصة:

- محمد كامل مرسي ، الشفعة في القانون الأصل والمختلط وفي الشريعة الإسلامية، القاهرة، طبعة 1997.
- محمد ابن معجوز ، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، الطبعة الأولى 1985، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- عبد العزيز أبو غدير ، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، بدون طبعة، مطبعة المعارف لإسكندرية.
- محمد أولقاصي، أحكام الشفعة في ضوء التشريع و الفقه والقضاء، الطبعة الأولى يونيو 2003، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء.
- عبد العزيز توفيق ، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال 40 سنة، الطبعة الأولى 1999، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة والصفقة، طبعة 1983، منشورات وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط .
- ابراهيم أبو الليل الدسوقي :خيار الشفعة مجلة الحقوق العدد الثاني 1988
- هاشم معروف الحسني، الولاية والشفعة والإجارة في الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، دار القلم بيروت، دون ذكر سنة النشر.
- محمد محجوبي، الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي ، طبعة 1999 ، بدون مطبعة.

- عبد الحميد الشورابي أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقہ الطبعه الثانيه 1995 دار الفكر الجامعي
- مصطفى مهدي هرج، الشفعة في أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، طبعه 1992، مطبعه دار المطبوعات الجامعيه، الإسكندريه.
- أحمد الخريصي، أحكام الشفعة في التشريع المغربي بدون ذكر تاريخ الطبع، دار الطباعة الحديثه، الدار البيضاء.
- أمينة ناعمي، الإثبات في دعوى الشفعة فقها وقضاء، مجله الحقوق المغربيه القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، الجزء الأول، الطبعه الأولى 2010.
- عبد الله بن عبد العزيز درعان: أحكام الشفعة في الفقہ الإسلامي مكتبة التوبة الطبعه الأولى، 1994 .
- غزلان نادير، إجراءات ممارسة الشفعة في العقار المحفظ الطبعه الأولى 2013.
- ❖ الرسائل والاطروحات:
- أحمد أباش، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقہ الاسلامي والقانون المغربي أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق للسنة الجامعيه، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء كلية العلوم القانونيه والاقتصاديه والاجتماعيه في الدار البيضاء 2003-2004.
- المصطفى إدريسي، آثار ممارسة الشفعة على الملكية العقارية في ضوء التشريع العقاري المغربي، رساله لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونيه والاقتصاديه والاجتماعيه في الدار البيضاء، السنة الجامعيه 1992-1993.
- أمال بر نوسي، رساله لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار، جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونيه والاقتصاديه والاجتماعيه بوجده، السنة الجامعيه 2006-2007.

▪ مستمير سعيد ، إشكالية آجال الشفعة في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999.

▪ محمد بادن ، الشفعة الممارسة من طرف الدولة ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني المعمق جامعة محمد الخامس -أكدا- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 1998-1999

▪ حنان سامي محمد موافي حق التمليك بالشفعة رسالة الماجستير في الفقه والقانون جامعة مؤتة الكويت سنة 2006.

❖ المقالات و الندوات:

▪ ذ. شكير الفتوح ، مقارنة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية والفقه المالكي والاجتهاد القضائي المغربي ، مجلة القضاء المدني ، المنازعات العقارية العدد 5 الجزء الأول سنة 2013

▪ ذ . عصام بنزيدون قراءة لمستجدات الشفعة في مدونة الحقوق العينية ، المجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء ، العدد الثاني- صيف 2013

▪ بو ركة سعيد ، الشفعة ومجالات تطبيقها، مجلة رسالة المحاماة ، عدد 8 ، أبريل 1981.

▪ إبراهيم بحماني دعوى الشفعة مجلة الملحق القضائي العدد 9 . 10 . 11 تنمية البحوث والدراسات القضائية، الرباط، 1983.

▪ خيربي محمد، الشفعة وأجالها بين العقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ، مجلة محاكمة، عدد 3، سنة 2007

▪ عبد الله درميش، الشفعة في العقار المحفظ، مجلة المحاكم المغربية، عدد 24 ، مارس أبريل 1983.

- إبراهيم الهلالي ، الشفعة كسبب مشروع للملكية، مجلة المحامي، عدد 15، سنة 1989.
- هشام بحار، أحكام الشفعة دراسة في ضوء مدونة الحقوق العينية مجلة المنبر القانوني العدد الأول 2013.
- عبد الله جعفر، حق الأولوية في ممارسة الشفعة او تزامم الشفعاء ومراتبهم مجلة المحاكم المغربية عدد 55 بتاريخ 1992.
- محمد الحمداني ، العمل القضائي في الشفعة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية تحت عنوان العقار غير المحفظ إلى أين، بكلية الحقوق بمراكش يوم 27 و 28 فبراير 2004 منشورات كلية الحقوق بمراكش.
- محمد جيباني ، دعوى الشفعة بين العقار العادي والمحفظ (أوجه التلاقي والاختلاف)، أشغال الندوة الجهوية الخامسة لولاية الشاوية ورديغة سطات 27_26 أبريل 2007
- ذ. حسن فتوخ شفعة العقار المبيع بالمزاد العلني القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية الجزء الأول الطبعة الأولى 2010
- محمد خيري، نحو تشريع عقاري جديد أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، يومي 29 و 30 أبريل 2011 منشورات كلية جامعة القاضي عياض، مراكش.
- محمد أحمد صالح المهداوي أوجه الاختلاف في أحكام الشفعة في القانونين الاماراتي والمغربي منشورات مجلة الحقوق مدونة الحقوق العينية وآفاق التطبيق أشغال الندوة الدولية المنظمة بتاريخ 2-3 يناير 2013 بكلية الشريعة بفاس ومجموعة البحث في " المهن القانونية والقضائية المنظمة " وبنية البحث في " الدراسات القضائية " .

❖ المجلات:

- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 سنة 1988.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 سنة
- مجلة قضاء المجلس الأعلى في الشفعة من سنة 1999 إلى 2003.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 48.
- مجلة محكمة النقض ملفات عقارية العدد 1 سنة 2013
- مجلة محكمة النقض ملفات عقارية العدد 2 سنة 2013
- مجلة القضاء والقانون عدد 128 سنة 1978.
- مجلة المحامي عدد 6 سنة 1986.
- مجلة المحامي عدد 15 سنة 1989.
- مجلة المحاكم المغربية عدد 09 سنة 1972.
- مجلة المحاكم المغربية عدد 24 مارس ابريل 1983.
- مجلة المحاكم المغربية عدد 26 سنة 1989
- مجلة المنبر القانوني 05 مايو 2013
- مجلة الاشعاع العدد 6 ديسمبر 1991
- مجلة الاشعاع العدد 5 يونيو 1991

المراجع باللغة الفرنسية

- ☒ Paul Decroux, Droit Foncier Marocain, 2^{ème} édition, 1977.
- ☒ Corinne Saint –Alary Houin Le droit de préemption, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1979.
- ☒ Planiol, Droit civil, librairie générale Paris 1947.
- ☒ F. Urbino-soulier : les préemptions 1^{ère} édition . imprimerie Louis-Jean, octobre 1989 .

الفهرس

1مقدمة:
6أولا - أهمية الموضوع :
7ثانيا - دوافع اختيار الموضوع:
9ثالثا - صعوبات الموضوع:
10رابعا - إشكالية البحث:
11خامسا - خطة البحث:
12فصل تمهيدي: الأحكام العامة لشفعة العقار غير المحفظ
12المبحث الأول: ماهية الشفعة ومشروعيتها
12المطلب الأول: تعريف الشفعة
13الفقرة الأولى : الشفعة في اللغة والاصطلاح
13أولا - الشفعة لغة:
14ثانيا - الشفعة اصطلاحا:
15الفقرة الثانية : الشفعة في القانون والقضاء
15أولا - الشفعة في القانون:
17ثانيا - الشفعة في القضاء:
18المطلب الثاني : مشروعية الشفعة
18الفقرة الأولى: دليل مشروعية الشفعة
18أولا - من السنة:
19ثانيا - من الإجماع:
20الفقرة الثانية: الحكمة من مشروعيتها
21المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها
21المطلب الأول : الطبيعة القانونية للشفعة
23المطلب الثاني : خصائص الشفعة
24الفصل الأول: شروط شفعة العقار غير المحفظ وأجراءاتها
24الفرع الأول: شروط شفعة العقار غير المحفظ ومراتب الشفاء فيها
25المبحث الأول: شروط شفعة العقار غير المحفظ
25المطلب الأول : الشركة على الشياح
35المطلب الثاني : تفويت الحصة المشاعة عن طريق البيع

- 42.....المبحث الثاني: تعدد الشفعاء وتزاحمهم
- 43.....المطلب الأول: تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة
- 46.....المطلب الثاني: تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة
- 51.....المطلب الثالث: إذا كان المشتري أحد الشركاء
- 54.....الفرع الثاني: إجراءات شفعة العقار غير المحفظ وأجالها
- 54.....المبحث الأول: الإجراءات المسطرية لممارسة الشفعة
- 54.....المطلب الأول: إجراءات ممارسة الشفعة رضاء
- 58.....المطلب الثاني: إجراءات ممارسة الشفعة قضاء
- 58.....الفقرة الأولى: مسطرة العرض العيني والإيداع للمشفوع به
- 61.....الفقرة الثانية: دعوى المصادقة على العرض العيني واستحقاق الشفعة
- 64.....الفقرة الثالثة: تنفيذ الحكم بالمصادقة على العروض العينية واستحقاق الشفعة
- 65.....المبحث الثاني: آجال شفعة العقار غير المحفظ
- 66.....المطلب الأول: أجل ثلاثين يوماً
- 70.....المطلب الثاني: أجل سنة
- 71.....المطلب الثالث: أجل أربع سنوات
- 74.....الفصل الثاني: آثار الحكم بالشفعة وسقوط الحق فيها
- 74.....الفرع الأول: آثار الحكم بالشفعة
- 75.....المبحث الأول: علاقة الشفيع بالمشتري
- 75.....المطلب الأول: حلول الشفيع محل المشفوع منه
- 79.....المطلب الثاني: وقت تملك الحصّة المشفوعة
- 79.....الفقرة الأولى: الاتجاهات الفقهية:
- 80.....الفقرة الثانية: الاتجاهات القانونية
- 82.....المبحث الثاني: حكم التصرفات التي يجريها المشتري في الحصّة المشفوعة
- 82.....المطلب الأول: التصرفات القانونية
- 85.....المطلب الثاني: التصرفات المادية التي يجريها المشتري على العقار
- 87.....الفرع الثاني: سقوط الشفعة وأحكام التنازل عنها
- 87.....المبحث الأول: مسقطات الشفعة
- 88.....المطلب الأول: شراء الحصّة المشاعة أو مساومة المشتري عنها
- 89.....المطلب الثاني: تفويت الشريك لحصته

90	المطلب الثالث : قسمة العقار الشائع.....
91	المطلب الرابع: ممارسة الشفعة خارج الأجال القانونية.....
92	المبحث الثاني: أحكام التنازل عن الشفعة.....
93	المطلب الأول : التنازل الصريح والتنازل الضمني.....
93	الفقرة الأولى : التنازل الصريح عن الشفعة.....
93	الفقرة الثانية : التنازل الضمني.....
94	المطلب الثاني : تنازل الشريك عن الشفعة قبل أو بعد ثبوت الحق فيها.....
94	الفقرة الأولى : التنازل عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها:.....
95	الفقرة الثانية : التنازل عن الشفعة بعد ثبوت الحق فيها :.....
96	المطلب الثالث : إثبات التنازل عن الشفعة.....
98	خاتمة:.....
103	لائحة المصادر والمراجع.....

Vertical text on the right edge of the page, possibly bleed-through from the reverse side. The text is extremely faint and illegible.

Small, faint mark or characters located in the lower-middle section of the page.