



دعوى الشفعة وحماية الشفيع بعد استحقاقه الحصة المبيعة

إنه وبين الحقوق التي يتمتع بها الطرف الشفيع حقه في اللجوء للقضاء من أجل المطالبة باسترداد الحصة التي باعها أحد شركائه في المال المشاع وذلك برفعه لدعوى الشفعة التي يرمي من خلالها الحكم له باستشفاع الحصة المبيعة.

إلا أنه لا بد من أجل قبول الدعوى لدى المحكمة أن يستند الشفيع لمختلف الحجج التي من شأنها أن تمكنه من استرداده حقه، إلى جانب تتبعه لمجموعة من الإجراءات القانونية الواجب الإلتزام بها أثناء سير الدعوى إلى حين البث فيها.

وتجدر الإشارة إلى أنه وبعد صدور الحكم لصالح الطرف الشفيع وصيرورته نهائياً تترتب مجموعة من الإلتزامات على الطرف المشفوع منه والتي يتوجب عليه الإلتزام بها لتحقيق الهدف الأساسي وراء رفع الدعوى.

وعموماً فمن أجل ملامسة مختلف الجوانب المرتبطة بمرحلة سير دعوى الشفعة ومرحلة ما بعد البث في الحكم الصادر بشأنها ارتأيت تقسيم الفصل على النحو الآتي :

المبحث الأول : حماية الشفيع في دعوى الشفعة

المبحث الثاني: حماية الشفيع بعد استحقاقه الحصة المشفوعة

المبحث الأول:

حماية الشفيع في دعوى الشفعة

يمكن تعريف دعوى الشفعة بكونها الحق المخول للطرف الشفيع في حالة ما إذا لم يتمكن من استرداد حقه بصورة رضائية، من اللجوء للقضاء للمطالبة بالمصادقة على العروض العينية التي تم رفضها من طرف المشفوع منه والحكم له باستحقاقه الحصة المبيعة.

ومن أجل أن يتمكن الشفيع من ذلك لا بد من استحضاره بمجموعة من الوثائق وتتبع بعض الإجراءات القضائية أمام المحكمة والتي لا غنى عنها لقبول دعواه.

إلا أنه أحيانا قد ثبت المحكمة لصالح الطرف الشفيع غير أنه لا يتمكن من تملك الحصة المحكوم له بها بصفة قانونية، وغالبا ما يحصل ذلك حينما يباشر الطرف (المحكوم عليه) مجموعة من التصرفات خلال سير الدعوى، لذلك فقد مكن المشرع المغربي المدعي من اللجوء لمؤسسة التقيد الاحتياطي لحماية حقه بصورة مؤقتة إلى حين البث فيها.

إنه ومن أجل التعرض لمختلف القواعد والمظاهر الحمائية للشفيع في دعوى الشفعة تناولت الدراسة من خلال التقسيم التالي :

المطلب الأول : إجراءات دعوى الشفعة وشروط قبولها.

المطلب الثاني : الدور الحمائي لتقيد دعوى الشفعة احتياطيا

المطلب الأول : إجراءات دعوى الشفعة وشروط قبولها

كباقي الإجراءات المتطلبة لرفع الدعاوى أمام المحكمة فدعوى الشفعة كذلك تتطلب من الشفيع تتبع مجموعة من الإجراءات أثناء سير الدعوى والنظر فيها من طرف المحكمة.

إلا أنه قبل التعرض لهذه الإجراءات لا بد من ملامسة الشروط الجوهرية والأساسية والتي لا غنى عنها لقبول الدعوى من طرف المحكمة. لذلك قسمت المطلب على النحو التالي :

الفقرة الأولى: شروط قبول دعوى الشفعة

الفقرة الثانية : إجراءات رفع دعوى الشفعة

الفقرة الأولى: شروط قبول دعوى الشفعة

إنه من أجل أن يتمكن الشفيع من رفع دعوى الشفعة يتعين عليه أن يدلي بمجموعة من الوثائق والتي في غيابها لا يمكن الحكم باستحقاق الشفيع الحصة المبيعة. ومن ذلك الإدلاء بما يثبت شركة الشفيع في الشياح وما يدل على إتمام محضر الرفض وإنجازه من طرف المفوض القضائي

أ و لا: إثبات الشفيع شركته في الشياح

طبقا للفصل الأول من ق.م.م فإنه لا يسمح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة وذلك من أجل إثبات حقوقه والصفة تعتبر من النظام العام وبالتالي فلا غنى عنها في الدعاوى المعروضة على المحاكم ومن ذلك دعوى

72

الشفعة⁷³ لذلك فالشفيع الذي يرغب في الاستشفاع عند ما يتقدم أمام المحكمة عليه أن يتثبت ما يخوله اكتساب هذه الصفة ومن ذلك إثبات شركته في المال المشاع، إذ جاء في إطار الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 أنه " الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياع عقارات⁷⁴ أو حقوقا عقارية".

وبالنسبة للعقار المحفظ ، فمسألة إثبات الشفيع الشركة على الشياع لا تطرح أي إشكال إذ يكفي أن يثبت كونه مسجل بالرسم العقاري، وذلك من خلال إدلائه بشهادة الملكية والتي تعتبر الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها للمحكمة أن تتأكد من كون الشفيع شريكا في الشياع موضوع الدعوى⁷⁵ .

وعليه يتعين على الشفيع الذي يملك حصة شائعة أن يثبت الواقعة التي جعلته يملك على الشياع قبل أن يتمكن من شفعة ما وقع بيعه من هذه الملكية⁷⁶ .

لكن الشفيع أحيانا قد يكون شريكا في المال المشاع إلا أن دعواه لا تقبل لكون تسجيله الذي يخوله شركة المال المشاع جاء بعد تسجيل المشفوع منه (المدعى عليه) لشراءه بالرسم العقاري .

حيث أنه ووفقا للفصلين 66 و 67 من ظ.ت.ع. فإن الأسبقية تكون لمن عمد إلى تسجيل حقه بالرسم العقاري، ومن ثم فإنه لا يسوغ للشفيع استعمال حق الشفعة إلا إذا كان حقه سابقا لحق الشخص الذي تجري الشفعة بحقه⁷⁷ .

⁷³ - تتمثل الصفة في إطار دعوى الشفعة في شخص كل من المشفوع منه دون البائ ع الذي لا يكون طرفا أساسيا في دعوى الشفعة.

جاء في شأن ذلك:

- قرار المجلس الأعلى عدد 765 الصادر بتاريخ 21 شتنبر 1982 ، في الملف المدني عدد 320-93 منشور بمجلة المحاكم المغربية ، عدد مزودج (33 - 34) ص 64.

⁷⁴ - الشريك في العقار المشاع هو من له حصة في العين المشاعة سواء كانت الحصة قليلة أو - كثيرة وسواء ألت إليه بشراء أو هبة أو بغير ذلك من أسباب التملك الشرعي. - راجع في ذلك:

- عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: مرجع سابق، ص: 74.

⁷⁵ - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 257 الصادر بتاريخ 06 فبراير 2008 في الملف رقم 07/881 (غير منشور).

⁷⁶ - عبد السلام بن زروع : " انطلاق أجل الشفعة من ثبوت الاستحقاق في قضاء المجلس الأعلى " منشور بمجلة الدفاع عدد 5 / 2004 ص 129

وذلك ما جاء في أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى والتي تضمنت ما يلي " مادام المطلوبون شركاء على الشيعاء في نفس العقار ولهم حق الشفعة في حدود ما كان يملكه قبل البيع موضوع الشفعة ... فإن ما نص عليه القرار المطعون فيه من ترك حصة ما يوازي حصة الطالب فيه..."⁷⁸

لكن قد لا يعتمد أحيانا ورثة الشريك في العقار المشاع لتسجيل إراثهم وذلك لعدم وجود نص قانوني يلزمهم بذلك⁷⁹ إذ لا يمكنهم انذاك المطالبة بالشفعة رغم كونهم شركاء لعدم تسجيلهم لإراثهم بالرسم العقاري⁸⁰

وعليه فالوارث لا يعتبر مالكا إلا من يوم تقييد الإرث بالمحافظة العقارية، وذلك ما جاء في أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى " إذا كان الإرث من أسباب انتقال الملكية من الموروث إلى الوارث فإنه بالنسبة للعقارات المحفوظة لا يعتبر الوارث مالكا إلا من يوم التقييد بالمحافظة العقارية "⁸¹.

⁷⁷ - مأمون الكزبري : مرجع سابق ص :448

⁷⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 250 الصادر بتاريخ 26 يناير 2005، في الملف المدني عدد 04/4/1/42 منشور بمجلة المنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005 ص: 45

نجد بهذا الشأن :

- حكم المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 2275 الصادر بتاريخ 2000/7/21 ملف رقم 14611 (غير منشور).

⁷⁹ - الفصل 81 من ظ.ت.ع.

⁸⁰ - حكم المحكمة الابتدائية رقم 928 الصادر بتاريخ 3 أبريل 2008 في الملف رقم 07/2231 (غير منشور).

⁸¹ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 1141 الصادر بتاريخ 1985/11/13 في الملف العقاري عدد 84/19، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 41-112

ثانيا : الإدلاء بنسخة من محضر العرض العيني

إنه ومن بين ما تتطلب المحكمة إحضاره من طرف الشفيع، نسخة من العرض العيني الذي أنجز من طرف المفوض القضائي والذي لقي رفض من طرف المشتري (المشفوع منه) وذلك ما يستخلص من خلال مجموعة من الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة⁸².

إذ وبمجرد الإدلاء بهذا المحضر تقوم المحكمة بتفحصه لتتأكد من تضمينه مجمل البيانات المنصوص عليها في إطار الفصل 173 من ق.م.م الذي جاء فيه "يثبت في كل من محضر للعرض جواب الدائن بالرفض أو القبول، كما يثبت فيه إذا كان وقع أو رفض التوقيع أو صرح بأنه لا يمكنه ذلك أو يجهله. ويشار في المحضر في حالة الرفض علاوة على ذلك إلى أن الدائن استدعي لحضور عملية الإيداع، كما يحدد فيه بدقة مكان ويوم وساعة إجرائها.

إلا أنه أحيانا قد تحدث بعض الظروف تجعل من المستحيل إنجاز المحضر العيني المثبت للرفض، ومن هنا يطرح التساؤل حول مدى إمكانية لجوء الشفيع للقضاء للأخذ بالشفعة في حالة عدم تمكنه من إحضار محضر العرض العيني.

لقد اعتبر المجلس الأعلى أنه من حق الشفيع اللجوء للقضاء لرفع دعوى الشفعة حتى ولو لم يتم إنجاز المحضر العيني. إذ جاء في حيثيات أحد القرارات الصادرة عنه "...بما أن الشفيع قام بإيداع الثمن والمصروفات داخل الأجل وكان سبب عدم إنجاز العرض العيني يعود إلى كون المشفوع منه يوجد خارج المغرب ... وقد تم استدعائه وتوصل بذلك ولم يرد عليه... فذلك يكون عذرا يجعل اللجوء إلى القضاء كافيا ما دام قد أودع الثمن داخل الأجل".

وعليه فالشفيع يمكنه أن لا يحضر المحضر العرض العيني، إلا أن ذلك معلق على ضرورة وجود أسباب جدية منعه من ذلك.

⁸² - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 2000/4 الصادر بتاريخ 14 يناير 2000 في الملف رقم 1081/99 (غير منشور) .

وهو توجه يخدم مصلحة الطرف الشفيع إذ لا يمكن حرمانه من حقه في الشفعة ما دام قام بكل ما يلزمه واحترم في ذلك جميع الإجراءات القانونية لاستحقاق الحصة المبيعة.

وعموما فمتى توافرت في الشفيع هذه الشروط يمكن استرداد العين موضوع طلب الشفعة. ويعتبر الحكم القاضي باستحقاقه الشفعة بعد أن يصبح نهائيا قابلا للتسجيل بالرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

الفقرة الثانية: إجراءات سير دعوى الشفعة أمام المحكمة

إنه وبعد أن يتقدم الشفيع أمام المحكمة لرفع الدعوى وذلك بمقال مرفق بالوثائق اللازمة ومن ذلك الوثائق المثبتة لاستحقاقه الحصة المشفوعة، فإن المحكمة تصدر حكمها إما بالمصادقة على العرض العيني واستحقاق الشفيع الحصة أو بإلغاء الدعوى. وتجدر الإشارة إلى أنه وبعد أن تحكم المحكمة لصالح الطرف الشفيع يتعين على المحكوم عليه أن يؤدي اليمين على أن الثمن المذكور في العقد ظاهره كباطنه⁸³. فإذا ادعى أن الثمن الحقيقي يتعدى ما ورد بعقد البيع وأدى اليمين على ذلك، فإنه يتعين على الشفيع أن يؤدي الثمن الوارد بالعقد، وذلك ما نستخلصه من خلال أحد القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بالناظور والتي تضمن ما يلي "...وحيث إن إقرار المستأنف عليه (المشفوع) بأن الثمن الحقيقي يتعدى ما ورد بالعقد وأداءه اليمين على ذلك يجعل المدعية (الشفيع) ملزمة بالأداء في حدود قيمة البيع الموثقة بالعقد"⁸⁴.

أما في الحالة التي يؤدي المشفوع منه اليمين فعلى الشفيع أن يؤدي ظاهر الثمن المضمن بالعقد⁸⁵.

⁸³ - بوطلة مبارك " مسائل اليمين الشرعية في الشفعة" السلسلة المغربية للدراسات القانونية العدد 2 أكتوبر 2007 ص: 115.

⁸⁴ - قرار محكمة الاستئناف بالناظور عدد 320 الصادر بتاريخ 25 /9/ 2001 في الملف العقاري عدد 97/446، منشور بمجلة الدفاع العدد الخامس 2004 ص 240.

⁸⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد 3596 ، الصادر بتاريخ 16/12/2003 في الملف المدني عدد 01/ 3521 منشور بمجلة رسالة الدفاع عدد 5 لسنة 2004 ص 240.

وأحكام الشفعة تترك لقسم التنفيذ الذي يطلب من الشفيع إحضارا لثم ن مع المصاريف ويضرب له أجلا غالبا ما يفوق ثلاثة أيام إن لم يحضره خلال هذا الأجل حرر محضر بذلك ، ويضطر المحكوم عليه بالشفعة أنذاك إلى رفع دعوى للحكم بسقوط الشفعة، على أنه إذا ما أحضر الشفيع الثمن وضع بصندوق المحكمة ليقوم بعد ذلك المشفوع منه بتسلمه⁸⁶.

المطلب الثاني : الدور الحمائي للتقييد الاحتياطي لدعوى الشفعة

يعتبر التقييد الاحتياطي من بين المؤسسات القانونية الأكثر أهمية والتي أوجدها المشرع المغربي للحفاظ المؤقت على الحقوق الغير القابلة للتقييد بشكل عادي⁸⁷.

ويمكن تعريفه بكونه إجراء وتحفظ للتقييد النهائي في المستقبل يضمن حقوقا في طور التأسيس أو حقوقا لم تكتمل بعد شروطها القانونية أو دعاوي عقارية⁸⁸. ومن بين ما يمكن تقييده احتياطيا الدعاوي العقارية المعروضة على المحكمة⁸⁹ إلى حين ثبوت الحق ليتمكن صاحبه من تسجيلها بصورة نهائية ، ومن

⁸⁶ - محمد ابن معجوز: " الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي " مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء ، الطبعة الأولى 1990 ص 241.

⁸⁷ - أستاذنا إدريس الفاخوري: " قضاء التحفيظ العقاري بالمغرب " دار النشر الجسور وجدة الطبعة 2004 ص: 75.

⁸⁸ - محمد ابن الحاج السلمي: " التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري " مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 2002 ص: 68.

وقد عرفه الأستاذ محمد مهدي الجم بأنه: " تقييد مؤقت بأجل معينة سلفا فتحها القانون لمدعي الحق لكي يفسح له المجال لاستكمال أسباب التسجيل و التي يمكنه من خلالها اللجوء إلى القضاء لإثبات حقه وإلا سقط حقه المؤقت من تلقاء نفسه عند منتهى الأجل.

راجع في ذلك:

-محمد مهدي الجم : "التحفيظ العقاري في المغرب " مكتبة الطالب بالرباط ، الطبعة الثانية 1980 ص: 253.

⁸⁹ - ينص الفصل 202 من ظهير 2 يونيو 1915 " إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار ... لا مفعول لها تجاه الغير إلا من اليوم الذي وقع فيه تقييد مقال التداعي الرامي إلى إثباتها تقييدا احتياطيا ".

ذلك دعوى الشفعة والتي يلجأ لها الشفيع ليطالب من خلالها بالمصادقة على صحة العرض العيني واستحقاقه الحصة المشفوعة.

ونظرا لما قد يترتب على تقييد دعوى الشفعة احتياطيا من أثر حمائي للطرف الشفيع خوله المشرع المغربي إمكانية اللجوء لمؤسسة التقييد الاحتياطي.

إنه من أجل ملامسة مختلف هذه النقط ارتأيت التعرض أولا لحالات التقييد الإحتياطي لدعوى الشفعة (الفقرة الأولى) ثم استخلاص الأثر الحمائي لتقيدها احتياطيا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حالات تقييد دعوى الشفعة إحتياطيا

إنه ومن بين الحالات التي يمكن للشفيع الاستناد لها من أجل تقييد دعوى الشفعة احتياطيا التقييد بمقتضى أمر من رئيس المحكمة وإما بناء على المقال المقدم أمام هذه الأخيرة.

أولا : التقييد الإحتياطي بناء على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية

ثانيا : التقييد الإحتياطي بمقتضى المقال المقدم أمام المحكمة

أولا : التقييد الإحتياطي بناء على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية

قد يعمد الشفيع لتقييد دعوى الشفعة احتياطيا بناء على أمر صادر من رئيس المحكمة التي يوجد العقار المعني بالأمر بدائرة نفوذها، وهذه الحالة واردة في ظل الفصلين 85 و 86 من ظ.ت.ع.

ورئيس المحكمة حينما يصدر أمر قضائي بإجراء التقييد الإحتياطي فهو يقدم بذلك بناء على طلب يقدم له من طرف الشفيع. ويكون الأمر القضائي الحامل للتاريخ والتوقيع بصفة قانونية قابلا للتنفيذ فور صدوره بدون التنصيص على ذلك وبدون

تضمنه صيغة التنفيذ ، وحين صدوره على طالب التقييد الاحتياطي (الشفيع) أن يعمل على تقديمه مباشرة للمحافظ على الأملاك العقارية للعمل على تقييده⁹⁰ .

وتجدر الإشارة إلى أن التقييد الاحتياطي بناء على أمر من السيد رئيس المحكمة يشطب عليه من طرف المحافظ إ ذا لم يتم تسجيل الحق العيني خلال ستة أشهر، على أنه إذا لم يتمكن من ذلك فأقام الشفيع دعوى في الموضوع داخل أجل شهر واحد وقام بالتقييد الاحتياطي بناء على المقال المقدم أمام المحكمة فإنه لا يبقى مرتبطا بهذا الأجل طبقا للفصلين 86 و 92 من ظ.ت.ع.⁹¹ .

ثانيا : تقييد دعوى الشفعة احتياطيا بناء على المقال المعروض على المحكمة

يمكن للشفيع أن يتقدم أمام المحافظ العقاري بنسخة من المقال المقدم أمام المحكمة والذي يطلب من خلاله الحكم له بصحة العروض العينية واستحقاقه الحصة المشفوعة ليطلب من خلاله إجراء التقييد احتياطي طبقا للفصل 85 من ظ.ت.ع.⁹² والفصل 202 من ظهير 2 يونيو 1915.

إذ يتعين على المحافظ آنذاك أن يسرع لتقييد دعوى الشفعة احتياطيا بناء على المقال المقدم له تفاديا لأي تصرف يمكن أن يعمد المشتري المشفوع منه القيام به وذلك بعد أن يتأكد من وجود ارتباط بين مقال الدعوى والعقار الذي سيكون موضوع التقييد الاحتياطي⁹³ .

⁹⁰ - محمد خيري: " حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب " مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 2002 ص: 429.

⁹¹ - للمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع يراجع:

- محمد ابن الحاج السلمي: مرجع سابق، ص: 78 وما بعدها.

⁹² - ينص الفصل 85 من ظ.ت.ع " وفي غير الحالات التي يطلب فيها التقييد الاحتياطي يجب أن يؤيد طلب التقييد ... بنسخة من المقال المرفوع لدى القضاء ...".

⁹³ - محمد خيري: مرجع سابق، ص: 410.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كان مقال الدعوى مشوباً بعيب في الشكل أو الجوهر فإن قيده ينبغي أن يتم مع ذلك ولا يجوز للمحافظ رفض المقال لهذا السبب لأن موضوع العيب أو البطلان ستفصل فيه المحكمة المرفوعة إليها الدعوى⁹⁴ ذلك مهمة المحافظ تنحصر في البحث عن وجود رابطة قانونية بين مقال الدعوى والعقار دون البحث في مضمون وشكل المقال الذي يدخل ضمن اختصاصات المحاكم.

الفقرة الثانية : الأثر الحمائي لتقييد دعوى الشفعة احتياطياً

تتجلى أهمية التقييد الاحتياطي إما بناء على أمر قضائي أو مقال مقدم أمام المحكمة ، في حفظ حقوق الشفيع إلى حين صدور الحكم النهائي ليتم تسجيله من طرف المحافظ على الأملاك العقارية بصورة نهائية والتشطيب على التقييد الاحتياطي⁹⁵.

ونظراً لأهميته فقد رتب الفصل 202 من ظهير 2 يونيو 1915 على عدم اتخاذه عدم إمكانية الإحتجاج بهذه الدعاوى تجاه الغير⁹⁶. وذلك فعلاً ما هو مكرس من خلال القضاء المغربي والذي أكد على الدور الحمائي للتقييد الاحتياطي.

وعليه إذا ما تصرف المشتري المشفوع منه (المدعي عليه في دعوى الشفعة) بتفويته للعين محل الدعوى المعروضة على المحكمة للغير فإن هذا الأخير لا يمكنه أن

⁹⁴ - نفس المرجع ص: 433

⁹⁵ - راجع في شأن ذلك :

- أستاذنا إدريس الفاخوري " نظام التحفيظ العقاري بالمغرب " مرجع سابق ، ص 77 وما بعدها.

⁹⁶ - راجع في شأن ذلك :

- قرار المجلس الأعلى عدد 3568 الصادر بتاريخ 2000/9/27 في الملف المدني عدد 4886/97 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2000 ص: 85.

= - قرار المجلس الأعلى عدد 2561 الصادر بتاريخ 2003/09/17 في الملف المدني عدد 2002/1/1/4/29 منشور بالمنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000 - 2005 ص: 94.

يحتج على الشفيع بملكية العين ما دام هذا الأخير قد قيد حقه احتياطيا عند رفع الدعوى أمام المحكمة.

وذلك ما يمكن أن نشفه من خلال أحد القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية بوجدة والتي جاء فيها " حيث أجاب السيد المحافظ بأن الرسم العقاري سبق وأن قيد احتياطيا وأنه بصدور أحكام نهائية ... كان لازما تسجيل الحقوق ... وحقا إن ما قام به السيد المحافظ يجد سنداً له في مقتضيات الفصل 85 من ظهير 3 رمضان 1331...⁹⁷

ومن ذلك فحق الشفيع يبقى مضمونا له إلى حين صدور الحكم النهائي، وبمفهوم المخالفة فعدم قيام الشفيع بهذا التقييد يجعل حقه معرضا لخطر عدم تسجيله من طرف المحافظ رغم صدور الحكم النهائي لصالحه وذلك في حالة ما إذا تصرف المشفوع منه بالعين بتفويتها للغير وسارع هذا الأخير لتسجيل حقه بالرسم العقاري إذ لا يمكن حرمانه منه بعد ذلك.

كما لا يمكن للشفيع الذي رفض تسجيل حقه له الطعن في قرار المحافظ ، لكون المحافظ العقاري يكون ملزما فقط بالتحقق من كون العملية التي أقيمت لا تتعارض مع التقييدات التي يتضمنها الرسم العقاري ، وباعتباره ملزما بتسجيل الحق في حالة توافر الشروط اللازمة ومن ذلك كون الوثائق المدلى بها للتسجيل صحيحة⁹⁸ فإنه لا يوجد أي سبب يمنعه من تسجيل الحق للغير.

وعليه فقرار المحافظ برفض تسجيل الحكم القاضي باستحقاق الشفيع الحصة المشفوعة يكون معطلا ومبنيا على أسس قانونية استنادا للفصول السابقة.

⁹⁷- حكم المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 93/1280 الصادر بتاريخ 20 أبريل 1993 ملف رقم 91/1188 (غير منشور).

⁹⁸- ينص الفصل 74 من ظ.ت.ع. " يجب على المحافظ أن يتحقق من أن العملية التي أقيمت القائمة من أجلها ، لا تتعارض مع التقييدات المضمنة في السجل العقاري ومع مقتضات هذا الظهير وأن الوثائق المدلى بها تجيز التسجيل".

ومن هنا تظهر أهمية التقييد الإحتياطي لدعوى الشفعة في حماية وحفظ حق الشفيع وحتى يكون الغير حسن النية على علم بمختلف التقييدات المدرجة بالرسم العقاري ومن ثم لا يمكن أن يخاطر ويقدم على أي معاملة بخصوص العقار موضوع الدعوى المعروضة على المحكمة.

وذلك ما جعل أحد الباحثين⁹⁹ يطالب بضرورة تقرير إلزامية التقييد الإحتياطي إثر رفع الدعاوى المشار إليها في الفصل 202 من ظهير 2 يونيو 1915 وتفعيل هذه الإلزامية وذلك بالتنصيص على عدم قبول مثل هذه الدعاوى إلا بعد إدلاء المدعى بشهادة التقييد الإحتياطي.

وبدوري أؤيد هذا الرأي لما فيه من حماية لمدعي الحق الذي لم يستطيع تسجيله بصورة نهائية خاصة وأن الكثيرين يجهلون هذه المؤسسة الأمر الذي قد يفوت عليهم استحقاقهم للحقوق المحكوم لهم بها، ولا شك أن إلزامية الإدلاء بشهادة التقييد أمام رئيس المحكمة لقبول الدعوى سيجعل المعنيين بذلك يحرصون على إجراء هذا التقييد.

⁹⁹ - خالد بن السعيد " النظم الضامنة لنقل حق الملكية في التشريع العقاري " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة التكوين والبحث في القانون المدني شعبة القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش السنة الجامعية 2002 – 2003. ص: 165

المبحث الثاني:

حماية الشفيع بعد استحقاقه الحصة المشفوعة

إنه وبعد أن يتمكن الشفيع من إثبات حقه في الشفعة واستحقاقه الحصة المشفوعة سواء رضائيا أو عن طريق القضاء بعد صدور حكم نهائي يخوله الإستحقاق فإن ملكية العين تنتقل إليه ويصبح بذلك مالكا لها مما يجعله يتمتع بجميع الحقوق المتفرعة عن هذا الحق.

إلا أن تحديد آثار انتقال الملكية وإن كان يبدو أمرا واضحا نظرا لتنظيم المشرع المغربي لذلك في إطار ق.ل.ع. والمرتبط أساسا بآثار عقد البيع عند انتقال العين، إلا أنه حينما يتعلق الأمر بحق الشفعة تتبادر مجموعة من التساؤلات حول الآثار المترتبة عن الأخذ بالشفعة خاصة مع العلم بأن انتقال الملكية عن طريق الشفعة يختلف عن انتقالها عن طريق البيع.

لذلك يطرح التساؤل حول الوقت الذي تنتقل خلاله ملكية العين للطرف الشفيع؟ وكذا الشخص الملزم بالضمان تجاه الشفيع فهل يتعين الرجوع للمشفوع منه أم أن الأمر يتطلب الرجوع للمالك الأصلي (البائع) ؟

من أجل الإجابة عن ذلك ارتأيت تقسيم المبحث على الشكل التالي :

المطلب الأول : حقوق الشفيع

المطلب الثاني : التزامات المشفوع منه.

المطلب الأول: حقوق الشفيع

إنه ومن بين أهم ما يتمتع به الشفيع من حقوق ناجمة عن استحقاق الحصة المشفوعة، حقه في تملك هذه الأخيرة وكذا تملك الثمار الناجمة عنها. إلا أنه وأمام عدم وجود نصوص قانونية تحدد لنا بشكل دقيق وقت تملك الشفيع للعين المشفوعة وكذا الثمار الناجمة عنه ١ فإنه كان لابد من تدخل كل من الفقه والقضاء لبيان ذلك علما أن تحديد وقت انتقال الملكية و تملك الثمار تترتب عليه

مجموعة من الآثار التي قد يكون لها أثر حمائي كبير للطرف الشفيع وضمان حقوقه خلال هذه الفترة

ومن أجل ملامسة هذه المواضيع قسمت المطلب إلى فقرتين :

الفقرة الأولى: حق الشفيع في التملك

الفقرة الثانية : حق الشفيع في ثمار العين المشفوعة

الفقرة الأولى: حق الشفيع في تملك العين المشفوعة

لقد أثار موضوع تحديد الوقت الذي تنتقل فيه الحصة المشفوعة للشفيع خلافا فقهما حول ما إذا كان الشفيع يملك بمجرد إبدائه الرغبة في الشفعة أم أن الأمر يتطلب ضرورة الإيداع ؟ أم أن انتقال الملكية للشفيع يستلزم استصدار حكم يقضي بثبوتها واستحقاق الشفيع لها ؟

حيث ذهب الأستاذ السنهاوري في تحديده لذلك للقول بكون الشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تنهياً لأسبابه باجتماع وقائع مادية معينة فيكون للشفيع ليس حق الملك بل الحق في أن يملك، فإذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة تكاملت عناصر الشفعة فيتملك الشفيع العقار المشفوع ويتحول حقه في أن يملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته¹⁰⁰.

إلا أن هذا الموقف يجعلنا نتساءل حول ما إذا كان مجرد إعلان الرغبة في الشفعة كافيا أم أن الأمر يتطلب ضرورة القيام بالعرض العيني والإيداع لثمن البيع ومصرفات العقد ؟

ذهب البعض إلى كون الشفيع يعتبر متملكا للحصة المشفوعة لا بمجرد إعلان الرغبة في الأخذ بها وإنما بقيامه بعرض الثمن عليه¹⁰¹.

¹⁰⁰ - عبد الرزاق السنهاوري : مرجع سابق ص : 451.

¹⁰¹ - ابن معجوز : " أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي " مرجع سابق، ص 551.

وهذا ما اعتمده توجه آخر حيث اعتبر أن مجرد صدور لفظ الشفعة من الشفيع يضر بالمشتري لكونه يفقده ملكيته للعين دونما أن يظهر الشفيع ما يثبت جديته في الأخذ بها¹⁰².

ووفق الاتجاهات السابقة فالشفيع يملك الحصة المشفوعة بمجرد قيامه بإعلان رغبته في الشفعة وقيامه بعرض الثمن والمصاريف على الشفيع ، لكن ماذا لو رفض المشتري الإستشفاع.

فهل تملك الشفيع الذي قام بإيداع العرض العيني يتوقف على صدور الحكم النهائي؟

لقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار أن دعوى الشفعة ما هي إلا وسيلة لإجبار المشفوع منه الذي يرفض الإنصياح للتنفيذ العيني وهي وسيلة قانونية يلجأ إليها صاحب الحق بهدف الحصول على سند قضائي يكرس هذا الحق الذي كان محل جحود من لدن خصمه¹⁰³ ، وكل ما هناك أنه في حالة النزاع بين المشفوع منه والشفيع يتدخل القضاء بطلب من هذا الأخير لإعلان حق الشفعة وتثبيتته في مواجهة الطرف الذي ينازعه في حقه، والحكم الذي يصدر بعد ذلك لن يكون إلا حكما مقررًا وكاشفاً لحق موجود سلفاً¹⁰⁴ ووفقاً لذلك فملكية الشفيع للعين لا تتوقف على صدور الحكم النهائي ما دام هذا الأخير ليس إلا حكماً كاشفاً للحق .

إلا أن هناك من الفقه¹⁰⁵ من ذهب للقول بكون الشفيع لا يملك إلا بالحكم النهائي بالشفعة على اعتبار أن هذا الأخير يعتبر ناقلاً للملكية لا مقررًا وكاشفاً لها.

لكن وبصرف النظر عن هذه الاختلافات الفقهية فإنه في ظل التشريع المغربي لا يمكن القول بتملك الشفيع للعين المشفوعة إلا بعد تسجيله لحقه بالرسم العقاري،

¹⁰² - عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: مرجع سابق، ص: 356.

¹⁰³ - محمد أولقاضي : مرجع سابق ص: 110 - 111.

¹⁰⁴ - العربي مياد: "مدى التنازل عن الشفعة في ضوء قرار المجلس الأعلى" مرجع سابق ص 172.

¹⁰⁵ راجع في هذه الآراء :

-حسين عبد الفتاح: مرجع سابق، ص: 58.

وذلك ما تؤكد الفصول 66 و67 من ظ.ت.ع. إذ جاء في الفصل 66 ما يلي "إن الأفعال الإرادية والإتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير والواردة على عقار محفظ لا يكون لها أثر ولو بين الأطراف إلا بعد تسجيلها بالرسم العقاري.

وعليه فلا يمكن القول بتملك الشفيع للعين إلا بتسجيل حقه بصورة نهائية ، حيث أنه إذا ما قام الشفيع بإيداع رغبته في الشفعة وقام بكل من العرض العيني والإيداع ثم وافق المشتري على هذا العرض أو قام بسحب المبلغ المشفوع منه فإنه يبرم عقد بين الطرفين وبمجرد تسجيله بالرسم العقاري تنتقل ملكية العين لشفيع ، غير أنه إذا ما رفض المشتري العرض فإن الشفيع وبعد رفعه للدعوى وصيرورة الحكم نهائيا يتعين عليه أن يبادر لتسجيله ليتملك الحصة تملكا حقيقيا على اعتبار كون التسجيل يعتبر نقطة انطلاق وانتقال عين الشفيع¹⁰⁶ .

الفقرة الثانية : حق الشفيع في ثمار العين المشفوعة

نه ومن بين المسائل التي لم يعالجها المشرع المغربي بنصوص صريحة في إطار موضوع الشفعة ما يتعلق بما ينتج عن العين المشفوعة من ثمار ومن يعود له الحق في الإستفادة منها ، وذلك ما جعل مواقف الفقه تتباين في هذه المسألة إذ وفقا لما ذهب إليه الأستاذ السنهوري والذي اعتبر كون الشفيع لا يستحق الثمار إلا من تاريخ قيامه بإعلام المشفوع منه برغبته في الشفعة على اعتبار أن المشفوع منه يعتبر قبل هذا الإعلان حائزا حسن النية أما بعد الإعلان يعتبر حائزا سيء النية، وهذا الأخير لا يكون مسؤولا عن الثمار التي جناها فعلا والتي يمكن أن يجنيها¹⁰⁷ .

هذا الموقف الذي أيده موقف آخر¹⁰⁸ والذي أكد على ضرورة معاملة المشفوع منه معاملة السيء النية على أعقاب إعلان الشفيع عن رغبته في الشفعة وإيداع العرض العيني ، إلا أن الأستاذ ابن معجوز وفي تعقيبه على ما ورد من للأستاذ

¹⁰⁶ محمد محجوبي: مرجع سابق، ص: 32.

¹⁰⁷ - عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص: 773.

¹⁰⁸ - محمد أولقاضي : مرجع سابق، ص: 214.

السنهوري أقر عدم إمكانية اعتبار المشتري الذي تسلم العقار مجرد حائزا لكون ذلك يتناقض مع ما هو مقرر من أن المشتري يعتبر مالكا ملكية تامة لا مجرد حائز له إذ لا يمكن اعتباره مجرد حائز حسن النية لأنه يتوفر على عقد يستجمع جميع شروطه وأركانه ، في حين أن الحائز حسن النية هو الذي يحوز الحق بمقتضى سند يجهل عيوبه¹⁰⁹.

المطلب الثاني: التزامات المشفوع منه

للحقوق العينية أهمية قصوى في تمتع صاحب الحق العيني بسلطات الإستعمال والإستغلال والتصرف ومن ذلك حق الملكية ، إذ يتمتع صاحب هذا الحق بهذه الحقوق باعتباره مالكا ويوجد تحت سلطته القانونية، إلا أنه ومن أجل أن يتمكن من ذلك لا بد من تحميل الطرف الآخر مجموعة من الإلتزامات والتي يتعين عليه التقيد بها واحترامها ومن ذلك الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق وضمان عيوب الشيء المبيع .

وباعتبار أن استحقاق الشفيع للحصة المشفوعة يجعله مالكا لها فإن ذلك ما يترتب عليه بالنتيجة التزام الطرف البائع (المشفوع منه) بضمان كل من التعرض والإستحقاق وعيوب الحصة المبيعة .

ولدراسة ذلك ارتأيت تقسيم المطلب على النحو الآتي :

الفقرة الأولى : ضمان عيوب الحصة المشفوعة

الفقرة الثانية : الإلتزام بضمان الإستحقاق

الفقرة الأولى: ضمان عيوب الحصة المشفوعة

إن الإلتزام بضمان العيب ثابت بمقتضى القانون ولا حاجة لاشتراطه في صلب العقد فهو من الإلتزامات التي فرضها القانون جبرا على طرف المدين به وهو إحدى

¹⁰⁹ -محمد ابن معجوز : " الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي " مرجع سابق، ص:

الضمانات الهامة التي تضمن للمشتري الحصول على مبيع سالم من الافات والعيوب التي تنقص من قيمته والتي كان لها اعتبار معين في نظر المشتري ¹¹⁰ . وبالرجوع للفصل 549 من ق.ل.ع. نجده ينص على أنه " يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد ، أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الإنتفاع والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها لا تخول الضمان". ومن خلال هذا الفصل يبدو أن الإلتزام بضمان العيب يعتبر من الإلتزامات المفروضة على الطرف البائع ، إلا أنه وبالرجوع النصوص الواردة في إطار القانون العقاري وقانون ل.ع والمنظمة للشفعة لا نجد أي نص صريح يحدد الطرف الذي يتعين الرجوع عليه بضمان العيوب .

إلا أنه وبتمعن كل من الفصلين 25 و 31 من ظهير 2 يونيو 1915 وما جرى عليه العمل القضائي، فالعلاقة في الشفعة تنحصر بين الطرف المشتري والشفيع دون البائع ، وهذا إن دل فإنه يدل على ضرورة رجوع الشفيع على الطرف المشتري ولا مجال للرجوع على البائع (المالك الأصلي) .

وذلك ما ذهب إليه بعض الفقه ¹¹¹ والذي أقر بضرورة رجوع الشفيع بضمان عيوب الحصة المشفوعة على الطرف المشفوع به على أن ذلك لا يمنع من إمكانية رجوع هذا الأخير على البائع بما رجع به الشفيع عليه.

إلا أن فقه آخر ¹¹² ذهب إلى أن المشتري وقبل إعلان الشفيع عن رغبته في الشفعة لا يتحمل تبعة ما قد يصيب العين المبيعة من عيوب ، أما بعد حصول هذا الإعلان فإن المشفوع منه يغدوا ملزما تجاه الشفيع بضمان ذلك .

¹¹⁰ - عبد القادر العراري : " الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة عقد البيع " ، مكتبة دار الأمان الرباط ، الطبعة الأولى 1999 صك 154.

¹¹¹ - محمد أوقاضي : مرجع سابق، ص : 209.

¹¹² - ابن معجوز: " أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي المقارن " مرجع سابق، ص 546.

وإذا كان المنطق القانوني يقتضي الرجوع على المشفوع منه بالضمان على اعتبار أنه لا توجد أية علاقة بين الشفيع والبائع تخول له إمكانية الرجوع عليه بضمان الحصة المباعة، فهناك من الفقه¹¹³ من أقر استثناءاً لهذه القاعدة ويتعلق الأمر بالحالة التي يتعدد فيها الشركاء بحيث يكون بعضهم غائباً ويستشفع الحاضر، ثم بعد ذلك يظهر الغائب والذي يكون في نفس درجة الشفيع السابق إذ يمنح للشفيع الثاني والذي كان غائباً الخيار بين الرجوع بضمان العيب على الشفيع الأول (شريكه) أو على المشفوع منه كما يمكن الرجوع عليهم معا .

و تجدر الإشارة أنه خلافاً لما جرى به العمل في المغرب فإن بعض الفقه المقارن ومن ذلك الفقه المصري¹¹⁴ حمل البائع ضمان العيوب نحو الشفيع إلا أنه علق ذلك على ضرورة أن يتعلق الأمر بعيوب لم يكن المشتري يعرفها وقت البيع . وإذا كان هذا التوجه الأخير قد ألزم البائع بالضمان فإن ذلك يتماشى مع ما يقتضيه القانون المصري من إمكانية إدخال البائع في العلاقة التي تجمع الشفيع والمشفوع منه.

الفقرة الثانية : الإلتزام بضمان الاستحقاق

يفيد مصطلح الاستحقاق انتزاع المبيع من المشتري أو تهديده بانتزاعه منه¹¹⁵ ويعتبر من قبيل الاستحقاق طبقاً للفصل 534¹¹⁶ من ق.ل.ع: - إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه. - إذا كان المبيع في حوز الغير و لم يتمكن المشتري من استرداده .

¹¹³ - ابن معجوز: "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي" مرجع سابق، ص 236.

¹¹⁴ - عبد الرزاق السنهوري : مرجع سابق، ص: 300.

¹¹⁵ - عبد القادر العراغاري : "الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة - عقد البيع- " مرجع سابق ص: 128.

¹¹⁶ - تجدر الإشارة على أحد الباحثين ذهب إلى اعتبار التعداد الوارد في إطار الفصل 535 من ق.ل.ت. جاء على سبيل المثال ليشمل إضافة لذلك جميع الحالات التي يضيع فيها حق المشتري في التملك كلاً أو بعضاً. - مليكة بن حفو: "نظرية الاستحقاق دراسة مقارنة" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص بوحدة التكوين والبحث في القانون المدني ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2006 - 2007 ص 197.

- إذا اضطر المشتري لتحمل الخسارة من أجل افتكاك المبيع.

وكما هو الحال بالنسبة لالتزام بضمان عيوب الحصة المشفوعة فالمشرع المغربي لم يحدد بنصوص خاصة الطرف الذي يكون ملزما بضمان الاستحقاق¹¹⁷ ، و بذلك يتم الرجوع إلى ما جرى عليه العمل القضائي و ما ذأب عليه الفقه المالكي من اعتبار الأخذ بالشفعة بمثابة بيع وبالتالي اعتبار المشفوع منه الملزم بضمان الاستحقاق¹¹⁸ وذلك ما أكدته بعض الفقه¹¹⁹ و الذي أقر بكونه لا توجد أي علاقة بين الشفيع و الطرف البائع.

إلا أنه وفي حالة ما إذا تعدد الشركاء و كان بعضهم غائبا والآخر حاضرا فإنه بالنسبة للشريك الحاضر يرجع بضمان الاستحقاق على الطرف المشفوع منه أما الشفيع الثاني والذي كان غائبا فله الخيار بين الرجوع إما على الشفيع الحاضر أو المشفوع منه أو هما معا¹²⁰.

و تجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للمشرع المصري فقد حدد صراحة الطرف الذي يجب الرجوع عليه بضمان الاستحقاق إذ جاء في الفصل 945 من القانون المدني المصري أنه "إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

وعموما فإنه وفقا لما هو مقرر قانونا لإمكانية رجوع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق في حالة ما إذا وجهت إليه دعوى بسبب الشيء المبيع إذ يتعين في هذه الحالة على المشتري (الشفيع) أن يعلم المشفوع منه بدعوى الاستحقاق على أن تنبيهه المحكمة بعد ذلك في أنه إذا استمر في الدعوى باسمه الشخصي فإنه يعرض

¹¹⁷ - إن الضمان الذي يلتزم به المشفوع منه يتعلق بكل من ضمان الاستحقاق الكلي والجزئي طبقا للفصل 535 من ق ل ع.

- لتوسع في ذلك يراجع :

- الحسين بالحساني : مرجع سابق ص:81

¹¹⁸ - جاء في المدونة الكبرى : "...الأخذ بالشفعة إنما هو بيع من البيوع ..."

¹¹⁹ - ابن معجوز : " أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن " مرجع سابق ص

382.

¹²⁰ - نفس المرجع ، ص 384.

نفسه لضياع حقه في الرجوع على البائع¹²¹ ، أما والحالة التي لا تنبئه المحكمة فحقه في الرجوع على البائع المشفوع منه يبقى مضمونا له وذلك ما كرسه المجلس الأعلى في أحد القرارات الصادرة عنه والتي جاء فيها "... إن وجهت إلى المشتري دعوى بسبب الشيء المبيع وجب عليه أن يعلم البائع بدعوى الاستحقاق وأن عدم تنبيه المحكمة للمشتري في حالة إقامة دعوى الاستحقاق لا يفقده حقه في الرجوع على البائع¹²² .

الخاتمة:

إنه وبالرغم من أهمية الشفعة وما تحققه من أمان واستقرار للشركاء وذلك بإبعاد الضرر والخطر الذي قد يتسبب فيه أحد من الغير الذي آلت إليه الحصة المشاعة، إلا أن المشرع المغربي لم يتعرض للإشكالات المتعددة التي تطرحها ممارسة هذا الحق الأمر الذي انعكس سلبا على الطرف الشفيع باعتباره المحور الرئيسي الذي يهدف إلى استرداد العين المشفوعة.

ذلك أن ممارسة الشفيع لحق الشفعة تستوجب استيفاء مجموعة من الإجراءات والضوابط ، إلا أنه وأمام الفراغ التشريعي في هذا المجال تبقى حماية الشفيع أمرا بعيد المنال لكون هذا الأخير أحيانا قد لا يجد النص القانوني الذي يمكنه الاستناد له لممارسة حقه في الاستشفاع سواء في إطار ظهير 2 يونيو 1915 أو في إطار ق.ل.ع، والذي بدوره لا توجد أي نصوص قانونية تحيل على تطبيقه، لذلك يبقى

¹²¹ - راجع الفصل 536 من ق ل ع.

¹²² - قرار المجلس الأعلى عدد 3464 الصادر بتاريخ 22 دجنبر 2006 في الملف المدني عدد 2005/5/1/1271، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68 ص:30.

الإشكال مطروحا أمام القضاء بين الرجوع إلى النص العام أو الرجوع ع للفقهاء المالكي بصورة مباشرة وفقا لما هو وارد في إطار الفصل 30 من ظهير 2 يونيو 1915 والذي جاء فيه " حقوق الأولوية في ممارسة الشفعة يبقى العمل جاري بها بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ونظرا لما يتطلبه الطرف الشفيع من حماية خاصة خلال جميع مراحل ممارسة الشفعة منذ حصول واقعة البيع من طرف أحد الشركاء للغير إلى حين استحقاق الحصة المباعة من طرف الشفيع، فإنه لا بد من تجاوز ذلك من خلال إقرار نصوص منظمة للشفعة وإجراءاتها بشكل صريح ودقيق وأقترح في ذلك ضرورة التنصيص على مجموعة من المقتضيات من ذلك:

- تحديد الأجل الذي يلزم به الطرف المشتري (المشفوع منه) لتقيد عقد الشراء بالرسم العقاري ليتمكن الشفيع من مباشرة حقه في الاستشفاع
- تحديد مآل تصرفات المشتري العوضية والغير العوضية بنصوص صريحة مع تخويل الشفيع في جميع الأحوال وبدون استثناء إمكانية الخيار بالأخذ بالشفعة بأي بيع أراد
- تحديد آجال ممارسة الشفعة بشكل يتناسب وطبيعة الإجراءات التي تتطلبها ممارسة هذا الحق.
- تحديد الطرق التي يمكن أن تتم بها عملية تبليغ المشتري برغبة الشفيع في الاستشفاع
- تحديد أجل أداء المشفوع منه لكي لا يبقى هناك أي مجال للتضارب القضائي في تحديده هذا الأجل.
- عدم ربط أجل الشفعة بأجل رفع دعوى الشفعة أمام القضاء وتحديد هذا الآجال الأخير بشكل خاص.

- تحديد وقت تملك الشفيع الحصة المستحقة له.
- النص على الوقت الذي يستحق خلاله الشفيع ثمار العين المشفوعة مع الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان المشفوع منه حسن أو سيئ النية، لكي لا يضيع حق الشفيع الذي قد يحرم من هذه الثمار أمام طول إجراءات دعوى الشفعة أمام القضاء.