

الشفعة في إحصار بيع العقار بالمزاد العلني

ذ. جيلالي بوحبص

ودون الدخول في مقدمات أكاديمية من تعريف للشفعة وأسس جوازها وأجالها وغيرها من المفاهيم نتناول مباشرة الإشكال القانوني المطروح. فإذا كانت الشفعة في إطار البيع الرضائي لاتعرف جدلا فقهيا وكثرة في الأحكام والاجتهاد القضائي فإن الشفعة في إطار البيع بالمزاد العلني طرحت إشكالا وغيابا لموقف واضح سواء على مستوى العمل والاجتهاد القضائي من جهة ونقاشا فقهيا نادرا تتنوع مواقفه بين رافض ومعارض من جهة وموقف موافق ومؤيد من جهة ثانية.

وسيكون من المفيد التعرض بإيجاز أولا للموقف الفقهي من خلال الكتابات المنشورة ثم التعرض ثانيا لموقف القضاء المغربي على مستوى المجلس الأعلى ثم أخيرا إبداء الملاحظات أوليا بخصوص :

أولا : اختلاف الفقه بخصوص جواز الشفعة في إطار البيع بالمزاد العلني.

يمكن إيجاز المواقف في موقفين اثنين موقف مؤيد وآخر معارض ويمكن إيجاز مؤيدات كل موقف على حدة.

أ - مؤيدات الموقف المؤيد للأخذ بالشفعة

نجد في هذا المجال الدكتور محمد ابن معجوز يذهب إلى جواز الأخذ بالشفعة في هذا النوع من البيوع استنادا لكون ليس هناك فرق أو خلاف بهذا

الشان وبغض النظر من كون الشفيع حاضرا أثناء المزايمة أم لم يكن حاضرا.¹

كما نجد الأستاذ محمد المحجوبي يسير في نفس الاتجاه وفي نوع من التوسط بحيث يرى أن الشفعية تجوز للشريك إذا لم يحضر المزايمة أو لم يتم إعلامه بها أما إذا كان حاضرا أثناء المزاد ولم يشارك أو استدعي ولم يحضر فلا شفعية له.²

وعلى العموم يمكن إيجاز مؤيدات الموقف المؤيد أنه لا يوجد نص قانوني يمنع الشفعية في البيع بالمزاد العلني.

ثانيا : مؤيدات الموقف الرفض للشفعية

في هذا المجال نجد الأستاذ مأمون الكزبري يساوي ويقوم بالقياس بين البيع بالمزاد العلني والبيع الجبري في إطار قانون 1946/11/16 المتعلق بملكية الشقق والطبقات ، فإذا كان المشرع لم يجز الشفعية في نطاق هذا القانون إذا كان هناك بيع جبري للشقة فمن غير المعقول الأخذ بالشفعية في البيع بالمزاد العلني ككل، كما يعتمد في رأيه بموقف القضاء اللبناني والديني برفض الأخذ بالشفعية.³

وهذا الموقف غير مستساغ من الناحية القانونية ذلك أن الحق المنصوص عليه في إطار قانون 1946/11/16 لا يتعلق بحق الشفعية وإنما بحق الأفضلية وشتان الفرق بينهما سواء من حيث طبيعة الملكية أو حالة الشياح الواردة عليهما حتى أن بعض الفقه يرى أن ما هو منصوص عليه في الفصل 29 من قانون 1946/11/16 لا يتعلق بالشفعية خاصة وأن قانون الملكية المشتركة الجديد قانون 18.00 الذي نسخ هذا القانون ينحو هذا

1- الدكتور محمد ابن معجوز " أحكام الشفعية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي " مطبعة النجاح الطبعة الثانية 1993 صفحة 174.

2- د. محمد المحجوبي " الشفعية في الفقه المالكي والتشريع المغربي " الطبعة الثانية 2000 صفحة 105.

3- الأستاذ مأمون الكزبري " التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي " الجزء الثاني الطبعة الثانية 1987 ص 175.

المنحى عندما أعطى الصبغة التعاقدية لهذا الحق أي حق الأفضلية ولم يعطه الصبغة النظامية أو القانونية.⁴

كما نجد من مؤيدي هذا الموقف الراض الأستاذ محيي الدين اسماعيل علم الدين والذي أعلن على موقفه بالمقولة التالية " ولاتثبت الشفعة إذا كان العقار قد خرج من ملك المشفوع منه جبرا أي ببيع قضائي أو بنزع ملكية للمنفعة العامة"

وأخيرا نجد الأستاذة بثينة العلوط والتي أسست لموقفها الراض عند تناولها لجواز الشفعة من عدمه في بيع العقار جبرا تنفيذا لحكم قاضي بقسمة التصفية بما يلي : " أما بالنسبة لوجهة نظرنا في الموضوع فإننا إذا كنا مع الاتجاه الذي يقول بجواز الأخذ بالشفعة في البيع بالمزاد العلني عموما إلا أننا نرى بأنه في هذه الحالة موضوع دراستنا وإن كانت تتعلق ببيع قضائي وهو مختلف نوع ما عن البيوع القضائية الأخرى، ومن تم لايمكننا أن نسمح للشريك أو الشركاء بطلب حق الشفعة مع أن الحكم نفسه يهدف إلى إنهاء حالة الشياخ، فمغزى قسمة العقار عن طريق التصفية في ذاته ينصب حول القضاء على الملكية الشائعة وخروج كل شريك بنصيبه في العقار وإن كان هذا النصيب عبارة عن مبلغ نقدي، إلا أنه في حقيقته يرغب في تفريد الملكية ولذلك يصعب القول في هذه الحالة بإمكانية أخذ الشركاء بالشفعة أثناء المزاد العلني أو دعوى القسمة لأن ذلك يخالف طبيعة دعوى القسمة ذاتها".⁵

وهذه المواقف على العموم لم يواكبها اجتهاد قضائي متميز وإن كان هناك قرارات للمجلس الأعلى متضاربين فيما بينهما يمكن التعرض لهما بإيجاز.

⁴ الدكتور عبد الحق الصافي " الملكية المشتركة للعمارات والدور المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات" ص 174 وما بعدها مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى.
⁵ الأستاذة بثينة العلوط : " القسمة القضائية للعقار " الطبعة الأولى 2005 مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ص 157 وما بعدها.

ثانيا : قلة الاجتهادات القضائية وتضاربها بخصوص الشفعة في إطار البيع بالمزاد العلني

تتمثل هذه القلة في وجود قرارين اثنين قرار أول عند 22 بتاريخ 1981/1/24 ملف مدني عدد 77021 ذهب إلى جواز الأخذ بالشفعة معللا موقفه بالحديثات التالية : " لكن حيث أنه حسب مقتضيات الفصل 25 من ظهير 1915/61 المتعلق بالتحفيظ العقاري فإن الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياخ عقارات أو حقوقا عينية عقارية في أن يأخذ الحصة المباعة بدلا من مشتريها فيكفي لممارستها أو لصحة البت فيها توافر الشروط التي حددها القانون والتي من بينها الشراء الذي تنشأ بقيامه وتزول بانعدامه لذلك فالحكم المطعون فيه كان على صواب عندما ارتكز على ما ثبت للمحكمة من أن السيد محمد وبنتيه كوثر وعبلة اشتروا حقوقا مشاعة من الرسم العقاري المشار إليه أعلاه وأن شرائهم ثابت بمحضر إرساء المزايمة العلنية المؤرخ في 1973/1/3 وبتقيد الشراء على الرسم العقاري كما أن الحكم كان على صواب عندما اعتبر أن دعوى إبطال البيع التي أقامها طالب الشفعة لاتأثير لها في البت في صحة الشفعة وأجاب بما فيه الكفاية كما أثير من دفوع في هذا المجال".⁶

فهذا القرار أقر صراحة جواز الشفعة في البيع بالمزاد العلني إذا ما انصب البيع على جزء مشاع وأخضعها للقواعد العامة الواردة بالفصل 25 من ظهير 1915/6/2.

في حين نجد أن القرار الثاني عدد 2323 الصادر عن المجلس الأعلى في 2004/7/21 ملف مدني 3269 /4/1 قضى برفض طلب الشفعة

⁶ - قرار المجلس الأعلى منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 35 صفحة 74.

إذا ما انصب البيع على كافة العقار لكون حالة الشياح الموجبة للشفعة انتهت وخرج العقار من كافة المالكين على الشياح وجاء بالحديثيات التالية :
" وحيث تبين صدق ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أن المحكمة مصدرته عندما اعتمدهت أساسا لقضائها بإلغاء الحكم الابتدائي القاضي برفض الدعوى وقضت باستحقاق المطلوبين شفعة المنزل المدعى فيه من يد الطالب بنفس العقد على كون البيع بالمزاد العلني للمدعى فيه كان جبرا على المطلوبين ويدخل في باب البيع صفقة وإن البيع الجبري لا يوضع حدا للشياح إلا إذا رضي به المبيع عليه حين التنفيذ، وذلك بأن لا يطلب الضم داخل ثلاث سنوات أو يقبض نصيبه في الثمن، ورتبت على ذلك توافر حالة الشياح وخلصت إلى القول بتأسيس دعوى الشفعة وعدم صواب الحكم الابتدائي القاضي برفضها والحال أن بيع المشفوع فيه لم يكن صفقة وإنما كان بالمزاد العلني بواسطة المحكمة وعلى جميع الشركاء تنفيذا لقرار بالقسمة اكتسب قوة الشيء المقضي به وبعد تنفيذ القرار بالقسمة فإن حالة الشياح قد انتهت ولم يبق بعد ذلك للمطلوبين ما يشفعون به ولما قضت لهم المحكمة بالشفعة رغم خروجهم من الشياح فإنها لم تجعل لقضائها أساسا وعرضت قرارها للنقض.⁷"

- وعلى العموم يمكن إجمال الموقف القضائي من خلال حالتين اثنتين :
- الحالة التي ينصب فيها البيع بالمزاد العلني على جزء مشاع من العقار فهنا تجوز الشفعة لكون حالة الشياح ما زالت ثابتة وبالتالي فالمستند الشرعي والقانوني للشفعة ما زال قائما .
 - الحالة التي ينصب فيها البيع بالمزاد العلني على كافة العقار وهنا لاتجوز الشفعة لكون هذا البيع نقل العقار جملة لكافة المالكين على الشياح وبالتالي فموجبات الشفعة خاصة حالة الشياح لم تعد قائمة.

⁷ - قرار المجلس العلى منشور بمجلة الإشعاع عدد 30 و 31 ص 350.

ثالثاً : ملاحظات حول الشفعة في إطار البيع بالمزاد العلني

يمكن إيجاز هذه الملاحظات في محورين اثنين محور ينصب على المواقف أعلاه سواء الفقهية منها أو القضائية ومحور ثاني ينصب على آليات الأخذ بالشفعة في إطار الرأي القاضي بجواز الأخذ بالشفعة. وبخصوص المحور الأول يمكن القول أن هناك عدم وضوح الرؤية العامة للموضوع الشيء الذي جعل المواقف تتضارب فيما بينها وتتفرق بتفرق حالات البيع بالمزاد العلني وصوره وهذا ما أدى إلى وجود موقفين اثنين يصلان حد التناقض مما يدفعنا للقول أن مؤسسة الشفعة كمؤسسة قانونية عرفها المغرب قديماً تجد سندها في قواعد الفقه المالكي لم تعد لها من المسوغات في الوقت الحالي فالقول بدفع مضرة الأجنبي هو قول مردود عليه اعتباراً لكون المجتمع تطور بشكل ملحوظ والظروف المنشئة والمبررة للشفعة لم تعد قائمة والتمييز بين الأجنبي عن الملك والمالك على الشيعاء فيه تقييد لحرية تصرف المالك في ملكه ولو كان شائعاً. ولنا إسوة بالتشريعات العربية المقارنة التي ألغت هذه المؤسسة كالتشريع السوري على سبيل المثال.

أما بخصوص المحور الثاني والمتعلق بآليات الأخذ بالشفعة فهناك انعدام معايير واضحة لضبط هذه المعايير فنجد رأياً يرى أن تمارس الشفعة أثناء البيع بالمزاد العلني بحيث أن المالك على الشيعاء عليه الحضور بالمزايدة والتزايد مع باقي المتزايدين وداخل هذا الموقف تثار صعوبة أداء مبلغ البيع ومفهوم مصاريف العقد فهل الشفيع عليه أداء كامل الثمن الذي رسا عليه البيع بالمزاد العلني أم يجوز استثناء قيمة نصيبه المشاع والذي يملكه أصلاً خاصة وأن هناك مقتضيات قانونية واضحة تنص على ضرورة أداء كافة الثمن عند البيع بالمزاد العلني إذ نجد الفصل 477 ق م م ينص

على ما يلي : " يؤدي من رست عليه السمسرة ثمنها بكتابة الضبط خلال عشرة أيام من المزاد ويجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي مصاريف التنفيذ المحددة من طرف القاضي والمعلن عنها قبل السمسرة". كما أنه داخل هذا الموقف يلاحظ أنه لم يتم التمييز بين البيع في إطار الحجز العقاري والذي ينصب على الجزء المشاع العائد للمدين المحجوز عليه والبيع في إطار قسمة التصفية والذي ينصب على كامل العقار. إذن وكخلاصة لهذا الموضوع الموجز نرى ضرورة الالتفات لمثل هذا الإشكال وإن كان نادرا فهو موجود سواء بالتدخل التشريعي أو اجتهاد قضائي واضح.