

حق الشفعة في المنقول كاستثناء عن القواعد العامة في القانون الجزائري

يهوني زهية أستاذة مساعدة "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة لونيبي علي - البليدة 02

مقدمة

لقد نظم القانون المدني الشفعة من خلال المواد 794 إلى 807 منه واعتبرها طريقة من طرق اكتساب الملكية مثلها مثل الاستيلاء والتركبة (المادة 773، 774 قانون مدني جزائري)، والوصية (المادة 775 إلى المادة 777 قانون مدني جزائري)، الالتصاق بالعقار (المادة 778 إلى المادة 791 قانون مدني جزائري)، عقد الملكية (المادة 792 ، 793 قانون مدني جزائري) الحيازة (المادة 808 إلى المادة 843 قانون مدني جزائري)، وقد قصر المشرع الجزائري الشفعة في القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة على البيع العقاري فقط، فإذا كان البيع - حسب المادة 351 قانون مدني جزائري - هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي، فإن محل عقد البيع الذي يمكن أن يكون مجالاً لاستعمال الشفعة هو العقار دون غيره، وهذا بصريح المادة 794 قانون مدني جزائري «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...».

إن الشفعة في القانون المدني الجزائري تقتصر على العقار فقط دون المنقول، إلا أن الشفعة لا يقتصر تنظيمها على القانون المدني فقط، وإنما هناك نصوص قانونية أخرى تطرقت لأحكام الشفعة، فهل التزمت هذه النصوص القاعدة العامة المنصوص عنها في القانون المدني من حيث قصر الشفعة على

العقار فقط، أم أنها خالفت الشريعة العامة بإجازة استعمال الشفعة في غير العقار وبعبارة أخرى إلى أي مدى يمكن استعمال الشفعة في المنقول؟
للإجابة عن هذه الإشكالية علينا استقراء النصوص القانونية الخاصة للتعرف على موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة وهذا من خلال قانون تطوير الاستثمار (مطلب أول) وقانون الإجراءات الجبائية (مطلب ثان).

المطلب الأول: استعمال حق الشفعة بموجب قانون الاستثمار

إن الاستثمار من المصطلحات القديمة الحديثة التي لقيت اهتمام الباحثين في مختلف المجالات الاقتصادية والقانونية وحتى السياسية، وهو ما برر صدور قوانين منظمة للاستثمار، وبالنسبة للجزائر فقد تجسد ذلك مباشرة بعد الاستقلال بموجب عدة قوانين والاستثمار يشمل الوطني والأجنبي، حيث أن هذا الأخير أصبح يمثل قناة رئيسية يتدفق عبرها رأس المال والخبرة العلمية والفنية¹ والذي منحت له عدة ضمانات وتسهيلات قصد الوصول إلى الهدف المرجو منه، وبالمقابل قيد بآليات قصد حماية الاقتصاد الوطني أهمها "حق الشفعة"، حتى ولو كان تطبيقها خروج عن القاعدة العامة، وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال فرعين كمايلي:

الفرع الأول: أساس استعمال حق الشفعة في قانون الاستثمار

لقد كرس الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار² الحرية التامة

¹ - رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات 2012، ص 05.

² - المؤرخ في 20 أوت 2001، جريدة رسمية، عدد 47 عام 2001.

للاستثمار المحلي أو الأجنبي بداية، غير أنه بموجب تعديل قانون المالية التكميلي لسنة 2009¹ استلزم إنجاز الاستثمارات الأجنبية في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي، كما تحدد مساهمة الاستثمارات الأجنبية بنسبة 49% من رأس المال الاجتماعي في إطار الاستثمارات المنجزة بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية²، حيث أضيفت المادة 04 مكرر والتي نصت صراحة في فقرتها الثانية: «لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي، ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء»، كما أن المادة 30 من نفس القانون قد مكنت المستثمر وأجازت له نقل ملكية الاستثمار أو التنازل عنه لأي شخص دون وضع شروط معينة، إلا أن هذا التنازل لم يبق على إطلاقه حيث أضيفت أيضا المادة 04 مكرر 03 والتي تضمنت تأسيس حق الشفعة لصالح الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية بنصها: «تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب».

¹ - الصادر بموجب الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية، عدد 44 عام 2009.

² - سميحة حنان خوادجية، تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مداخلة خلال الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر المنعقد بجامعة ورقلة يومي 18 و 19 نوفمبر 2015.

إن الشفعة ليست معروفة في مجال الاقتصاد، وليست بالمصطلح المفهوم لدى المهتمين بمجال المال والأعمال، إنما اقتبسها المشرع من القانون الخاص ليسقطها على مجال الاستثمار، حيث تم تقنينها في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بعد التصرف الذي قامت به شركة أوراسكوم للبناء المصرية سنة 2007 حيث سعت إلى شراء مصنعين للإسمنت بولاية المسيلة على أساس أنها تود أن تستثمر في هذا المجال لتقوم بعد ذلك ببيعه لشركة فرنسية بدون علم السلطات الجزائرية أو احترام للنصوص والإجراءات، الأمر الذي أثار غضب الحكومة آنذاك ودفع بها إلى البحث والتفكير عن صياغة تجعل الدولة هي صاحبة الأولوية في أي عملية تنازل تتم من أو إلى المساهمين الأجانب، وبذلك سن نظام الشفعة كآلية جديدة للحفاظ على الاستثمارات التي أقيمت في الجزائر، واستفادت من تسهيلات جبائية وضريبية قياسية، وقد صرح وزير المالية بأن الهدف من وراء هذا الإجراء هو حماية الاقتصاد الوطني عن طريق ضمان المراقبة الفعلية على هذه المؤسسات والشركات بشأن الأعمال التي تقوم بها¹، فالمشرع الجزائري قد استحدث أحكاما قانونية جديدة في مجال الاستثمار بقصد ضبط دواليب التسيير والاستغلال في المجال الاقتصادي، وذلك عندما يكون المستثمر أجنبيا ويريد التصرف في المشروع عن طريق التنازل عنه كلية أو عن حصص منه لفائدة مستثمر أجنبي، فقرر حق الشفعة للدولة

¹ - النظام القانوني للشفعة في مجال الاستثمار الأجنبي: <http://hdi.Handle.Net>

الجزائرية والمؤسسات العمومية الاقتصادية¹، فبالفعل اقتبس المشرع الشفعة من القانون المدني حيث تعد قيدياً على مبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقد البيع بين البائع والمشتري بحلول الشفيع محل المشتري وأخذ الشيء المباع جبراً عن المتبايعين، وأسقطها على قانون الاستثمار فأكسب الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية صفة الشفيع ومكنها بذلك من أخذ الحصص المتنازل عنها سواء من المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب.

وإذا كان الكثير قد نظر إلى هذا النص المستحدث بموجب قانون المالية التكميلي لعام 2009 بأنه يقف حجر عثرة أمام الاستثمار الأجنبي في الجزائر خاصة مع المشكلة الاقتصادية التي تعاني منها وحاجتها لهذا الاستثمار قصد تحقيق الأهداف التي تنشدها إليها كل دولة مستضيفة لاستثمار أجنبي أهمها جلب الأموال والعمل الصعبة، والحصول على تقنيات وتكنولوجيات متقدمة، وتوفير فرص العمل إضافة إلى التقليل من نسبة الاستيراد²، وترقب إلغاءه، إلا أن المشرع أصر على التمسك بهذا النص وتثبيته وتدعيمه من خلال النصوص اللاحقة، وهو ما تجسد خاصة من خلال قانون المالية التكميلي لسنة 2010 الصادر بموجب الأمر رقم 10-01³ والذي عدل وتم بموجب المادة 46 منه أحكام المادة 04 مكرر 03 من الأمر رقم 01-03 والسابق الإشارة إليها، ثم

¹ - أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، ص 154.

² - رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص

³ - المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 49، عام 2010.

القانون رقم 08-13 المتضمن قانون المالية لسنة 2014¹ والذي بدوره عدل وتم بموجب المادة 57 منه مرة أخرى أحكام المادة 04 مكرر 03 من الأمر 01-03 لتصبح على الشكل النهائي الموضح في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مفهوم المنقول كمحل لاستعمال حق الشفعة في قانون الاستثمار
إن تقسيم الأشياء إلى ثابتة أو عقارية وإلى منقولة من أهم تقسيمات الأشياء، وهو تقسيم قديم عرفه القانون الروماني القديم، فكانت المنقولات Meubles هي الكائنات الحية التي تتحرك بذاتها، والجمادات التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر، وكانت الأشياء الثابتة أو العقارات Immeubles هي الأراضي والمباني، وكل ما يتصل بها بصفة مستقرة، وكذلك الشجر والغراس ما دام متصلا بالأرض²، وعرف المشرع الجزائري العقار بموجب المادة 1/683 قانون مدني جزائري: «كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول»، فالعقار إذن هو الشيء الثابت غير القابل للنقل من مكان إلى آخر بدون تلف وهذا خلافا للمنقول الذي بحكم طبيعته قابلا للنقل والحركة³. فرغم أن المشرع لم يقم بتعريفه تعريفا مباشرا إلا أنه اعتبر كل شيء لا تنطبق عليه شروط العقار فهو منقول، والشفعة

¹ - المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، جريدة رسمية عدد 68 عام 2013.

² - جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1996، ص 297.

³ - ريحة إغات، الملكية العقارية في ظل التشريع الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، "الملكية والقانون في الجزائر"، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 186.

الممارسة في إطار قانون الاستثمار تكون على حصة المساهمين المشكلة للذمة المالية للشركة، فالشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك¹.

والحصة النقدية أو العينية ضرورية لتأسيس الشركة، إذ هي التي تشكل رأسمالها الاجتماعي². وبما أننا بصدد استعمال حق الشفعة في المنقول فإننا نميز بين نوعين من الحصص:

أولاً- الحصة النقدية

غالبا ما تتمثل حصة الشريك في تقديم مبلغ من المال، فإذا تعهد الشريك بمثل هذا الالتزام وجب عليه تقديم الحصة النقدية في الميعاد المحدد لها، فالشركة دائما في حاجة إلى مال لمواصلة نشاطها³، والحصة النقدية أو النقود هي منقولات بطبيعتها، فبمفهوم المخالفة للمادة 1/683 قانون مدني جزائري فإن النقود يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون أن يلحقها أي تلف، فهي منقولات وليست عقارات ورغم ذلك يمكن أن تكون محلا لاستعمال الشفعة.

ثانياً- الحصة العينية

¹- المادة 416 قانون مدني جزائري.

²- الطيب بلولة، قانون الشركات (ترجمة إلى العربية محمد بن بوزة)، دار النشر Berti، الطبعة الثانية، د س ن، ص 76.

³- نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، دار هومة، الجزائر 2002، ص 34.

قد تكون حصة الشريك متمثلة في مال معين غير النقود، كأن يقدم الشريك عقارا أو منقولا ماديا أو منقولا معنويا¹، وإذا كان العقار لا يطرح أي إشكال لأن الأصل في الشفعة أن تكون في العقار فإن المسألة تثار في المنقول الذي يمكن أن يكون ماديا أو منقولا بطبيعته كأن يتقدم الشريك بسيارة أو شاحنة أو آلة حفر، أو جهاز إعلام آلي كحصة في الشركة، أو أن تكون الحصة العينية المقدمة من طرف الشريك منقولا بحسب المأل، هذا الأخير الذي يعتبر عقارا بطبيعته ولكنه سيصبح حتما في المدى القريب منقولا، وذلك عند انفصاله كالثمار التي تنفصل عن الأشجار عند قطفها، وكذا المحاصيل الزراعية التي تنفصل عن الأرض عند حصادها، أو الخشب عند قطع الأشجار، أو منتجات المقالع أو أنقاض المباني عند تحطمها².

كما يمكن أن يكون المنقول الذي يقدم كحصة في الشركة معنويا كبراءة اختراع أو علامة تجارية أو محل تجاري³.

فالمنقول هنا مهما اختلف نوعه يمكن أن يكون كحصة في الشركة التي تكون محل لاستعمال حق الشفعة إذا تم التنازل عنها من الطرف الأجنبي أو لصالح طرف أجنبي، وبذلك يكون القانون المتعلق بتطوير الاستثمار قد خرج عن القاعدة العامة المنصوص عنها في القانون المدني، وأجاز استعمال الشفعة في العقار والمنقول على حد سواء.

¹ - نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، نفس الصفحة.

² - علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، ص 361.

³ - نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، نفس الصفحة.

فبعدما نصت المادة 4 مكرر 3 في فقرتها الأولى على تمتع الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة بينت في فقراتها المتوالية الإجراءات السابقة لاستعمال حق الشفعة بنصها: «يخضع كل تنازل تحت طائلة البطلان إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة.

يقدم الموثق المكلف بتحرير عقد التنازل طلب الشهادة إلى المصالح المختصة ويحدد فيه سعر التنازل وشروطه.

يحدد السعر في حالة ممارسة حق الشفعة على أساس الخبرة.

تسلم شهادة التخلي للموثق المكلف بتحرير عقد التنازل في أجل أقصاه ثلاثة (03) أشهر¹ ابتداء من تاريخ إيداع الطلب.

في حالة تسليم الشهادة، تحتفظ الدولة لمدة سنة واحدة، بحق ممارسة حق الشفعة كما هو منصوص عليه في قانون التسجيل، وذلك في حالة تدني السعر. يعتبر عدم الرد من المصالح المختصة خلال أجل ثلاثة (03) أشهر، بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة، ما عدا في حالة ما إذا تعدى مبلغ المعاملة المقدار المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالاستثمار وعندما يتعلق موضوع هذه المعاملة بالأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركة تمارس أحد الأنشطة المحددة في نفس القرار.

¹ - مدة 3 أشهر حددت بموجب قانون المالية 13 - 08 بعدما كانت محددة بشهر واحد بموجب قانون المالية التكميلي 10 - 01.

كما يحدد نفس هذا القرار طرق اللجوء إلى الخبرة وكذا نموذج الشهادة المذكورة أعلاه.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم».

لكن في غياب التنظيم المحدد لكفاءات تطبيق هذه المادة، وفي انتظار صدوره لتوضيح كيفية وإجراءات استعمال حق الشفعة في هذا المجال ينبغي أن نلاحظ أن المشرع أشار إلى تطبيق قانون التسجيل فيما يخص الشفعة إلا أن النصوص المتعلقة باستعمال الشفعة في قانون التسجيل قد تم إلغاؤها وهذا ما سنبينه لاحقاً.

المطلب الثاني: استعمال حق الشفعة بموجب قانون الإجراءات الجبائية

إن قانون الإجراءات الجبائية في الجزائر صدر بموجب قانون المالية رقم 21/01 لسنة 2002¹ حيث نصت المادة 40 منه «يؤسس قانون الإجراءات الجبائية ويتضمن الأحكام الواردة في المواد من 41 إلى 200 من هذا القانون»، إلا أن حق الشفعة لم يتم النص عليه بموجب هذا القانون إلا بمناسبة صدور قانون المالية لسنة 2011²، فعلى أي أساس يتم استعمال حق الشفعة في هذا القانون وما علاقته بالمنقول؟

الفرع الأول: أساس استعمال حق الشفعة في قانون الإجراءات الجبائي

لقد أكد القانون رقم 13/10 المتعلق بقانون المالية لسنة 2011 على أن حق الشفعة يحتوي على المادتين 38 مكرر 3 و38 مكرر 3 "أ" حيث نصت المادة 20 منه: «تحول أحكام المواد... و118 و118 مكرر 3... من قانون

¹ - جريدة رسمية عدد 79 بتاريخ 2001/12/23.

² - جريدة رسمية عدد 80 بتاريخ 2010/12/30.

التسجيل إلى قانون الإجراءات الجبائية وتصبح على التوالي...المادة 38 مكرر 3 و38 مكرر 3 "أ...»، وذلك يعني أن حق الشفعة في هذا المجال ليس جديداً، وإنما كان منصوصاً عنه في حقيقة الأمر بموجب القانون 105/76 المتضمن قانون التسجيل¹، وكل ما فعله المشرع أنه نقل محتوى المادة 118 من قانون التسجيل إلى قانون الإجراءات الجبائية لتصبح المادة 38 مكرر 3، والتي كانت محل تعديل هي الأخرى بموجب المادة 38 من الأمر رقم 01/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015²، لتتص كمايلي: «تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، وكذا الأسهم أو الحصص في الشركة، الذي ترى فيه بأن ثمن البيع أو القيمة غير كاف، مع دفع مبلغ هذا الثمن مزايدا فيه العشر (10/1) لذوي الحقوق، وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد 38 مكرر 2 - إلى 38 مكرر 2 - هـ من هذا القانون، وذلك خلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد.

ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط، وإما بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها مدير الضرائب بالولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة أو الشركة التي تكون سندات محل الصفقة».

¹ - جريدة رسمية عدد 81 بتاريخ 18 /12/ 1977.

² - جريدة رسمية عدد 40 بتاريخ 23/07/2015.

إن أهم ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يكتف بمنح إدارة التسجيل حق استعمال الشفعة في العقارات والحقوق العقارية فقط بل وسع من مجال الأموال المشفوع فيها لتشمل المحل التجاري أو أحد عناصره، وكذلك الأسهم أو الحصص المقدمة في الشركة، مما يعني أن المشرع قد استعار مرة أخرى حق الشفعة المعروف في القانون المدني وقرر تطبيقه في التشريع الجبائي بغية ضبط وتفعيل عمليات التحصيل الجبائي¹، ذلك أنه في حالة إبرام عقد بيع منصب على محل تجاري مثلا لا بد من دفع حقوق التسجيل لدى مصلحة التسجيل على مستوى مديرية الضرائب، وحقوق التسجيل تختلف من محل تجاري لآخر حسب الثمن، فكلما كان الثمن مرتفعا كلما كانت حقوق التسجيل مرتفعة، لذا فغالبا ما يقوم أطراف العقد بالتصريح لدى الموثق المكلف بإبرام العقد بثمن غير حقيقي بغية التهرب من دفع رسوم تسجيل مرتفعة، وهو ما يعرف بالتصريح الكاذب أو التصريح غير الحقيقي²، مما دفع بالمشرع إلى إحداث آلية "حق الشفعة" لمحاربة هذه الظاهرة.

إن تأسيس حق الشفعة أملاه الحرص على استدراك كل محاولة للغش التي قد تؤثر على تحصيل حقوق التسجيل المستحقة على عمليات نقل الملكية بمقابل، ومعالجة هذه الممارسات التي تجازف بمصالح الخزينة العمومية إذا لم

¹ - أحمد دغيش، التهرب الجبائي بإخفاء جزء من ثمن بيع العقارات في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت خلال الملتقى الوطني حول الجبائية العقارية المنظم من طرف جامعة البليدة 02 علي لونيبي، كلية الحقوق يومي 02 و 03 ديسمبر 2015.

² - علاوة بوتغرار، استعمال حق الشفعة لفائدة الخزينة، مقال منشور في مجلة الموثق، عدد 4 سبتمبر 1998، ص 21.

يتم التدخل لوضع حد لها في أسرع وقت¹، وهي نية المشرع منذ عام 1976 تاريخ صدور قانون التسجيل إلى يومنا هذا، والدليل على ذلك أن المشرع لم يقصر الشفعة على العقارات فقط وإنما وسع مجالها لتشمل بعض أنواع المنقولات التي تكون محل عقد البيع حيث لا يصرح بقيمتها الحقيقية مما قد يفوت على الخزينة العمومية أموالا طائلة.

الفرع الثاني: مفهوم المنقول كمحل لاستعمال حق الشفعة في قانون الإجراءات الجبائية

إن المشرع الجبائي مكن إدارة التسجيل من استعمال حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية، وكذلك على المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه وكذا الأسهم أو الحصص في الشركة، وإذا استثنينا العقارات والحقوق العقارية فيمكن تقسيم بقية الأموال محل الشفعة إلى قسمين:

أولاً- المحل التجاري وبعض عناصره

إن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف المحل التجاري، واكتفى بالتعرض للعناصر المكونة له، وفكرة المحل التجاري حديثة النشأة، فلم تكن معروفة في كل التشريعات بل ظهرت لأول مرة في القانون الفرنسي بمناسبة صدور قانون

¹- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص 145.

المالية في 28 فيفري 1871¹، ولقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمحل التجاري، فمن نظرية المجموع القانوني التي تمنح له الشخصية المعنوية مرورا بنظرية المجموع الواقعي التي تنظر للمحل التجاري على أساس أنه وحدة عناصر فعلية بوصفه كتلة من الأموال تتعاون على غرض مشترك، وصولا إلى نظرية الملكية المعنوية، وهي النظرية الراجحة التي تقوم على أساس التمييز بين المحل التجاري باعتباره وحدة مستقلة قائمة وبين مكوناته المادية والمعنوية²، هذه الأخيرة التي تعد كلها عناصر منقولة يجمعها التاجر لمزاولة المهنة التجارية، ومن ثم فإن المحل التجاري يعتبر هو الآخر مالا منقولاً يخضع بحسب الأصل للنظام الخاص بالمنقول، وإن كان المشرع يخضعه في بعض الأحوال للأحكام الخاصة بال عقار³.

إن حق الشفعة يكون في المحل التجاري ككل أو في أحد عناصره المتمثلة في الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، ذلك أن الزبائن أو العملاء وحق الإيجار من العناصر الضرورية للمحل

¹ - حورية بورنان، تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري، مقال منشور بمجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث، فيفري 2008، ص 98.

² - ميروك مقدم، المحل التجاري، دار هومة الجزائر، الطبعة الخامسة 2011، ص 52 إلى 54، حورية بورنان، تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 99 إلى 102.

³ - السيد خلف محمد، إيجار وبيع المحل التجاري والتنازل عن المحال التجارية والصناعية والمهنية، نادي القضاة، مصر، الطبعة الثامنة 2010، ص 22.

التجاري وهذا ما تؤكدته المادة 78 قانون تجاري جزائري¹، فالحق في الإيجار هو ذلك الحق الممنوح لمالك المحل التجاري المستأجر للمحل في الانتفاع بالأماكن التي يزاول فيها تجارته، وأهمية عنصر الحق في الإيجار تجد أساسها في الدور الذي يلعبه في اجتذاب الزبائن² أو العملاء هذا العنصر الذي قد يكفي وحده لرفع قيمة المحل التجاري إضافة إلى إمكانية استقلال كل عنصر بقيمة تجارية منفردة.

وهكذا فإن إدارة التسجيل يمكنها استعمال حق الشفعة في المحل التجاري أو أحد عناصره المبيينين أعلاه إذا رأت أن ثمن البيع المصرح به غير كاف، وفي ذلك خروج عن القاعدة العامة وتطبيق للشفعة في مجال المنقولات.

ثانيا - الأسهم أو الحصص في الشركة

تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل حق الشفعة على أسهم أو حصص الشركة، ولقد عَرَفَ الفقه السهم على أنه صك أو سند يمثل حصة المساهم النقدية أو العينية في رأسمال الشركة³، وعَرَفَه المشرع الجزائري بموجب المادة

¹ - خاصة عنصر الزبائن والعملاء، حيث تنص المادة 78 ق ت ج: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته. كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية، كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك".

² - مبروك مقدم، المحل التجاري، المرجع السابق، ص 16.

³ - نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 185.

715 مكرر 40 قانون تجاري جزائري: «السهم هو سند قابل للتداول تصدره شركة مساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها»، أما الحصص في الشركة فقد سبق وأن تطرقنا لها في المطلب السابق، حيث أشرنا إلى أن قانون الاستثمار قد أحال إلى قانون التسجيل فيما يخص أحكام الشفعة، إلا أننا بينا في هذا المطلب أن هذه الأحكام ألغيت من قانون التسجيل وحولت إلى قانون الإجراءات الجبائية ولعل هذا هو الدافع الأساسي وراء صدور المادة 38 من الأمر رقم 01/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 المشار إليه سابقا، حيث أضافت تطبيق أحكام الشفعة على الأسهم أو الحصص في الشركة.

وبهذا يكون التنسيق بين قانون الاستثمار وقانون الإجراءات الجبائية في الاشتراك في النص على الشفعة في الأسهم أو الحصص في الشركة خاصة إذا كانت من طبيعة المنقول وسواء كانت المعاملة تخص المتعاملين الوطنيين أو الأجانب.

وهكذا فقد أجاز المشرع الجزائري الشفعة في المنقول والعقار معا بموجب نص صريح، وكما يرى الأستاذ طلبة وهبة خطابان المشرع صحيح يتكلم عن الشفعة بمناسبة بيع عقار، إلا أنه لم يحظر بنص صريح الشفعة في المنقول خاصة بمناسبة التصرف فيه ببيعا، بمعنى أن الشفعة في بيع العقار أصل ليس ثمة ما يمنع الخروج عليه بتقرير الشفعة في المنقول بنص تشريعي، فكما حدد المشرع الأصل في الشفعة فهو وحده يملك الخروج عليه¹.

¹ - طلبة وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، الولاء للطبع والنشر والتوزيع، مصر 1989/1990، ص 311.

إن الشفعة تعد قيда على حرية المعاملات، فتتدخل لتغيير من إرادة أطراف العقد، حيث يحل الشفيع محل المشتري في أحوال نظمها القانون سواء رضي أطراف العقد بذلك أم أبوا، لذلك نجد أن بعض التشريعات قد تراجعت عن الأخذ بها كالتشريع السوري مثلا، إلا أن أغلب التشريعات حافظت على النص عليها، بل هناك من وسعت من مجالها فلم تقصرها على العقار فقط، وإنما أجازتها حتى في المنقول وهو حال القانون المدني الكويتي والذي تنص المادة 891 منه: «الشفعة هي حق الحلول محل المشتري في بيع العقار أو المنقول...»، أما بالنسبة للمشرع الجزائري وإن نص صراحة في القانون المدني على أن الشفعة تتعلق ببيع العقار فقط، إلا أننا لاحظنا من خلال ما سبق أنه وبموجب نصوص أخرى قد خرج المشرع عن القاعدة العامة وزاوج بين المنقول والعقار، فأجاز استعمال الشفعة في المنقول بموجب قانوني الاستثمار والإجراءات الجبائية، وكان دائما الهدف الأبعد من وراء ذلك هو المحافظة على الاقتصاد الوطني والموارد العامة، إلا أنه لا بد من تفعيل هذه الآلية بإصدار بقية النصوص المبينة لإجراءات استعمالها قصد تجسيدها وتطبيقها على أرض الواقع لتكون وسيلة عقابية وردعية في آن واحد، سواء للمستثمرين الأجانب أو كل من ينوي التهرب من دفع مصاريف تسجيل عقد البيع.