

من موسوعة القانون المدني

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

الشفعة

في ضوء الفقه والقضاء

شروط الأخذ بالشفعة - التكييف القانوني للشفعة - عقود البيع التي يوقع عليها بعض البائعين دون الباقيين - العقد الصوري - إثبات البيع - ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة - أسباب الشفعة - حالات شفعة الجار - تزامن الشفعاء - البيع بالمزاد العلني - وقوع البيع بين الأصول والفروع وبين الأقارب والأصهار حتى درجة معينة - إجراءات الشفعة - دعوى الشفعة - الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الشفعة - ميعاد رفع دعوى الشفعة - المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة - الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة - ثبوت الحق في الشفعة بالتراضي - ثبوت الشفعة بالتقاضي - تسجيل الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة - البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه - سقوط الشفعة .

(طبعة 2016-2017)

ق- القاهرة
السيدة زينب
23639556
Email- da



9 شارع سامي
19 شارع بيرم
ت: 3960443
outlook.com

اسم الكتاب: الشفعة

اسم المؤلف: محمد عزمي البكري

عدد الصفحات: 328 صفحة

الطبعة الأولى: 2016-2017

رقظم الإيداع: 2016/ 14116

الترقيم الدولي: 3- 193 - 400 - 977 - 978

جميع حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة
للمؤلف، ودار محمود للنشر والتوزيع، ولا يجوز
طبع أو تصوير أو النقل الإلكتروني لأي جزء
من هذا المؤلف بأي طريقة كانت.



9 شارع سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

19 شارع بيرم التونسي - زينهم - السيدة زينب

ت: 01117997998 - 23953301 - 23960443

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً ۖ وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ
فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ ۚ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ ﴾

صدقة الله العظيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

يسرنا أن نقدم للسادة رجال القانون هذا المؤلف (الشفعة فى ضوء الفقه والقضاء) وهو يتضمن شرحا مسهبا وتعليقا بأراء الفقه وأحكام القضاء لاسيما قضاء محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا على المواد (935 - 948) من التقنين المدنى الجديد. وأرجو أن يكون هذا العمل نافعا مثمرا. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكري

رئيس محكمة استئناف بنى سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

6- الشفعة

شروط الأخذ بالشفعة :

مادة (935)

الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية.

الشرح

1 - التطور التشريعى لأحكام الشفعة :

الشفعة نظام عرفته الشريعة الإسلامية، فهى المصدر لأحكام الشفعة. وعندما صدرت المجموعة المدنية المختلطة اقتبس أحكام الشفعة من مصدرها وهى الشريعة الإسلامية. وقد نصت عليها فى المواد (93 - 101) كسبب لكسب الملكية، وذلك لما تبين لواضعى القانون المدنى المختلط من أن هذا النظام أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد.

لما صدرت المجموعة المدنية الأهلية كان طبيعيا أن تتأثر بهذا الوضع، فنصت بدورها على الشفعة فى المواد (68 - 75) ضمن أسباب كسب الملكية.

غير أن العمل أظهر أن أحكام المواد المذكورة ليست وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها، مما دعا القضاء إلى الاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه رأى فقهاءها فى شأن المشكلات التى لا يمكن الاستناد فى حلها إلى نصوص القانون. وبذلك فتح باب الاجتهاد على مصراعيه، الأمر الذى أدى إلى تشعب الآراء وتناقض الأحكام.

إزاء ذلك اضطر المشرع إلى سن قانون جديد خاص بالشفعة قن فيه بعض الأحكام التى أقرتها المحاكم، وأضاف إليها قواعد أخرى رأى ضرورة إضافتها، وصدر به الأمر العالى فى 26 مارس سنة 1900 بالنسبة للقضاء المختلط، وفى 23 مارس سنة 1901 بالنسبة للقضاء الأهلى.

وبذلك انفصلت الشفعة عن المجموعة المدنية، وظلت على هذا الحال من الانفصال حتى صدور القانون المدنى الجديد.

وبصدور هذا القانون عادت الشفعة إلى مكانها من التقنين المدنى سببا لكسب الملكية، فقد وردت أحكامها فى المواد (935- 948) ضمن أحكام الفصل الذى خصصه المشرع لأسباب كسب الشفعة⁽¹⁾.

ويلوح مما نشر من مناقشات اللجنة التى شكلت لإعداد نصوص الشفعة، أن بقاء هذا النظام من عدمه كان محل مناقشات طويلة، إلا أن رأى قد استقر على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية، لاعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد، هذا بالإضافة إلى ما للشفعة من فائدة فى جميع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة.

إلا أن اللجنة وإن كانت قد انتهت إلى استبقاء الشفعة، إلا أنها قد عملت من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها، باعتبارها قيда يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه. وقد تبعها المشرع فى ذلك. ومن مظاهر التضييق فى الشفعة ما يأتى⁽²⁾ :

1- حرص المشرع على تعريف الشفعة بأنها رخصة، أى مشيئة وإرادة على حد تعيين الشرعيين، وليس حقا يتصل بالذمة المالية. وسوف نرى ما لهذا الاتجاه من أثر فى رأى القائل بانتقال خيار الشفعة بالميراث، كما كان من أثره ما قرره المادة 948 من سقوط الشفعة إذا نزل الشفيع عنها ولو قبل البيع. وقد كانت هذه المسألة وسابقتها مثار خلاف فى الفقه والقضاء.

2- توسع المشرع فى موانع الشفعة، بأن منع الشفعة فى البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التى اقتصر عليها قانون الشفعة السابق. ومنعها فى البيع ما بين الأصهار لغاية الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق بمنعه فى البيع ما بين الأصهار أصلا.

(1) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الرابع الشفعة فى العقار الطبعة الثالثة 1355 هـ - 1936م ص 14 - الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثانى أسباب كسب الملكية طبعة 1955 ص 378 وما بعدها.

(2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 343 هامش (1).

3- توسع المشرع في مسقطات الشفعة، بأن أنقص المدة التي تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م/948/ب مدنى). بدلا من ستة أشهر وفقا للمادة 22 من قانون الشفعة الملغى.

4- ومن مظاهر التضييق في مجال الإجراءات، أن أوجبت المادة 942 مدنى على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة مبلغا يساوى الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، كما استلزمت أن يتم هذا الإيداع قبل رفع الدعوى، وإلا سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة.

وهذا تعديل جوهري من شأنه القضاء على المنازعات التي كانت تترتب على الاكتفاء من الشفيع بمجرد إبداء استعداده لدفع الثمن فى صحيفة دعوى الشفعة، وفقا لما استقرت عليه أحكام القضاء فى شأن تفسير المادة 14 من قانون الشفعة الملغى.

وكذلك ألزمت المادة 942 الشفيع بأن يقيد دعواه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة، بعد أن كان القضاء مستقرا على عدم لزوم إجراء القيد خلال هذا الميعاد. وظاهر أن قصد المشرع من ذلك هو سرعة البت فى أمر الشفعة حتى لا يتخذ منها الشفيع مجالا للمضاربة، وذلك بالاكتفاء بإعلان صحيفتها وإرجاء قيدها لمساومة المشتري على التنازل عنها فى مقابل مبلغ من المال يكون الحصول عليه هو حذف الشفيع الحقيقى.

5- أن المشرع نص فى المادة 940 مدنى على أن العبرة فى بدء سريان ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، هى بتاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، بعد أن كانت المادة 19 فقرة ثانية من قانون الشفعة الملغى تتخذ من علم الشفيع بالبيع من أى طريق كان أساسا لبدء سريان هذا الميعاد.

وقد كان تحديد وقت العلم بالبيع مثارا لإشكالات عديدة أمام القضاء، فحسم المشرع بالحكم الذى استحدثه دابر المنازعة فى مسألة فرعية كثيرا ما كان يقصد من إثارتها مجرد الكيد وإضاعة الوقت.

5- نص التقنين المدنى فى الفقرة الثالثة من المادة 937 على أنه إذا توافرت فى المشتري الشروط التى كانت تجعله شفيعا "فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم فى طبقته".

وقد كانت محكمة النقص بالتطبيق لأحكام قانون الشفعة الملغى، لا تفضل المشتري الشفيع على شفيع من طبقته، فكانت تفتح باباً للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدني الجديد بالنص سالف الذكر⁽³⁾.

2- أدلة الشفعة فى الشريعة الإسلامية :

الشفعة كما ذكرنا نظام نابع من الشريعة الإسلامية، وهو ثابت بالسنة والإجماع.

ودليل ثبوتها بالسنة ما جاء بالأحاديث الآتية :

1- فعن جابر أن النبى ﷺ قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

2- وعن أبى هريرة قال رسول الله ﷺ إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها.

3- وعن جابر أن النبى ﷺ قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإنه باعه ولم يؤذنه فهو أحق به.

4- وعن عبادة بين الصامت أن النبى ﷺ قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور.

5- وعن سمسرة عن النبى ﷺ قال : جار الدار أحق بالدار من غيره.

6- وعن الشديد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار؟ فقال الجار أحق بقبه ما كان.

7- وعن عمرو بين الشديد قال: وقفت على سعد بن أبى وقاص، فجاء المسور بن مخزومة ثم جاء أبورافع مولى النبى ﷺ، فقال يا سعد ابتع منى بيتى فى دارك، فقال سعد والله ما اتباعها، فقال المسور والله لتبتا عنها، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أنى سمعت رسول الله يقول: الجار أحق بسبقه ما أعطيتها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار، فأعطاه إياه.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 344- الدكتور عبد

الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء التاسع المجلد الأول الطبعة الثالثة

1992 ص 628 وما بعدها - محمد على عرفه ص 378.

8- وعن عبد المالك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال قال النبي ﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا.
والإجماع: لما يرى من الأخذ بها في كل زمان ومكان من غير تكثير على ذلك من أحد أئمة الإسلام.

وفى ذلك يقول ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فبما يبيع من أرض أو دار أو حائط "بستان"، وفى المغنى لأبى محمد عبد الله بن أحمد الحنبلى أنه لا يعلم فى ثبوتها خلافا لأحد إلا لأبى بكر الأصم وفى مثل ذلك فى كتاب نيل الأوطار⁽⁴⁾.

غير أن الأئمة لم يتفقوا على ثبوت الشفعة إلا للشريك فى الملك، واختلفوا فيما عدا ذلك. فقال أبو حنيفة الشفعة على مراتب، يقدم فيها الشريك فى نفس المبيع، ثم الشريك فى حقوق المبيع، ثم الجار المالك بعدهما.
 وذهب الشافعى وأحمد ومالك وأهل المدينة إلى أن لا شفعة للجار ولا للشريك فى حقوق المبيع.

3- الحكمة من الشفعة :

الحكمة من الشفعة هى دفع ضرر المجاورة أو الاشتراك فى الملك، ثم إن من شأنها أيضا منع تجزئة العقارات ببيعها لغير الجار والشريك وجمع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة⁽⁵⁾.

لكن مما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أنه لا يلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضر فعلا، كما أن انتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لا ينفى قيامها حيث إن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ به⁽⁶⁾.

ويقول ابن عابدين: "دفع الضرر الذى يحتمل وقوعه بين الشركاء أو الجيران نتيجة إعلاء الجوار وإيقاد النار دفع ضوء النهار، وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار" ويبين الفقه المعاصر جانبا من الحكمة فيقول:

(1) تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام ج9 ص 370 وما بعدها- الأستاذ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية وفى المغنى لأبى محمد عبد الله بن أحمد الحنبلى أنه لا يعلم- الطبعة الثالثة ص 109 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد المنعم البدر اوى حق الملكية 1978 ص 333.

(3) الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية طبعة 1999 ص 329.

"فقد يكون ذلك الشخص - المشتري - غليظ الطبع ردئ الخلق سىء المعاشرة ذلك إلى ما ينال الشفيع منها من سعة في مسكنه ومن تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه وافقد به راحته، أو زيادة في مزرعته تمكنه من الإحسان في استغلالها وإنماء غلاتها"⁽⁷⁾.

4- الشريعة الإسلامية المصدر التشريعى للشفعة:

استمد المشرع أحكام الشفعة من الفقه الإسلامى، ولذلك يعتبر الفقه الإسلامى مصدرا تاريخيا لها، يجب الرجوع إليه عند تفسير هذه الأحكام بشرط عدم التعارض مع المبادئ العامة فى القانون حيث يحتفظ النظام القانونى بانسجامه وتناسقه⁽⁸⁾. ومن ناحية أخرى فتطبيقا للمادة الأولى من القانون المدنى، يجب الرجوع إلى المبادئ العامة فى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص أو عرف فى المسألة المعروضة وعندئذ تكون الشريعة مصدرا رسميا. ولكن يراعى عند الرجوع للشريعة، سواء لتفسير نص أو للبحث عن حكم حيث لا نص ولا عرف عدم التقيد بمذهب معين⁽⁹⁾. وقد أخذت محكمة النقض بهذا رأى قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد، وبعد العمل به.

إذ قضت قبل العمل بهذا التقنين بأن :

- 1- (أ) "إن القانون المصرى قد خلا من النص على حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه. وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع هل ينتقل للورثة أو لا ينتقل. والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال".
- 2- "إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية وفيما أحاله القانون

(1) على الحفيف فى أحكامعاملات الشرعية ص 110.

(2) ويلاحظ أن نظام الشفعة معروف فى بعض القوانين الأجنبية ومنها قوانين البلاد غير الإسلامية، كالقانون الأسبانى والقانون الألمانى.

(3) الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 305 - عبد المنعم الصده ص 398 وما بعدها - عبد المنعم البدر اوى ص 333 وما بعدها.

عليها كالميراث والحكر وفي مسائل الأحوال الشخصية التي تعرض لها ولا تجد منها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل في هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بصفة أصلية. أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه في القوانين، كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجارى، فإنه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الإسلامى. وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هي مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث في هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أم لا ينتقل".

(طعن رقم 16 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/24)

ولا يغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية - في مذهب إلى حنيفة - لا تجيز انتقال خيار الشفعة إلى وارث الشفيع".

(ب) - "إن من عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا في انتقال الخيارات إلى الورثة انتقال الأموال والحقوق المذهب الذى انتحاه القانون المصرى فيما جرى عليه من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمؤملات والدعاوى وآجال الديون. فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لأنه حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه. والمنافع المملوكة للشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء مدتها. ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة ثم مات قبل مضى ثلاث سنين ولم يكن قد باشر فيها عمل الإحياء حل وارثه محله فى اختصاصه وأولويته بإحيائها. وإذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن إلى ورثته وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الدين وكل هذا كما هو صحيح فى القانون صحيح عند الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء، وغير صحيح عند أبى حنيفة".

(طعن رقم 95 لسنة 8 ق جلسة 1939/6/8)

5- تعريف الشفعة لغة :

الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة. وهى ضد الوتر. يقال شفعت الشيء شفعاً من باب نفع، ضممنه إلى الفرد فصار شفعاً، وشفعت الركعة

جعلتها ثنتين. ومن هنا اشتقت الشفعة، لأن صاحبها يشفعه ماله بها فيضم إليه مالا غيره ويزيده. ومنه قوله تعالى "من يشفع شفاعه حسنة يكون له نصيب منها" أى من يزد عمله فيضم عملا إلى عمل، وللشفعة استعمالان: أحدهما أن تطلق على المال المشفوع أى المأخوذ، وثانيهما أن تطلق ويراد بها التملك لذلك المال. قال صاحب الصحاح، ولا يعرف لهذا المعنى فعل، والشفيع صاحب الشفعة، وجمعه شفعاء⁽¹⁰⁾.

والأصل فى تسميتها هو أن الرجل فى الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقعا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له فى أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه فتسمى لذلك شفعة.

6- تعريف الشفعة فى الشرع:

الشفعة فى الشرع هى تملك البقعة المشتراه جبرا على المشتري مما قام عليه. أى بالثمن الذى اشترى به. وقبل هى ضم بقعة مشتراه إلى عقار الشفيع بسبب الشركة أو الجوار، وهذا أحسن⁽¹¹⁾.

وقد عرفت المادة 95 من مرشد الحيران بقولها هى: "الشفعة هى تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤمن". والمؤمن هى المصروفات كأتعاب السمسار أو نفقات تحرير البيع أو رسوم التسجيل.

7- تعريف الشفعة فى القانون:

عرفت المادة 935 مدنى الشفعة بأنها رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية. فالشفعة تعتبر إذن مصدرا من مصادر الحقوق العينية العقارية. ولذلك فهى تصلح سببا لاكتساب الملكية والانتفاع والحكر، أما الارتفاق حيث أنه لا يتصور بيعه مستقلا عن العقار المرتفق لذلك فإن الشفعة لا تصلح سببا لاكتسابه مستقلا، وإنما تؤدى إلى انتقاله مع العقار المحمل به.

(1) الأستاذ على الحفيف أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة ص 109 هامش (1) -

المبسوط جزء 14 ص 90.

(2) شرح الكنز الجزء الأول ص 185.

وقد طعن أمام المحكمة العليا فى الدعوى رقم 3 لسنة 1 قضائية "دستورية" بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى التى تعطى الحق فى أخذ العقار بالشفعة للجار إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة استنادا إلى أن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواء حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدى إلى الاحتكار والاستغلال عن طريق جمع الأراضى الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور فى مادتيه: الأولى والتاسعة أساسا للنظام الاقتصادى فى الدولة كما يهدد مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المصريين فى المادة الثامنة من الدستور من ثم تكون نصوص القانون المدنى التى تنظم الشفعة مخالفة للدستور.

وقد قضت المحكمة بمجلسة 1971/3/6 برفض الدعوى⁽¹⁾، استنادا إلى ما ذهبت إليه فى أسبابها من دستورية نظام الشفعة. ومن ثم تكون النصوص المنظمة للشفعة فى التقنين المدنى دستورية.

(1) ونشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى:

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الأمة

المحكمة العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 6 مارس 1971 - الموافق 9 من المحرم 1391.

المؤلفة برياسة السيد المستشار بدوى إبراهيم حمودة.....(رئيس المحكمة)

وحضور السادة المستشارين محمد عبد الوهاب خليل نائب رئيس المحكمة وعمر حافظ شريف وحسين قاسم وحسين زكى وأحمد طوسون حسين ومحمد بهجت عتيبة.....(أعضاء) وحضور السيد المستشار عادل عزيز زخارى نائب رئيس المحكمة ورئيس هيئة مفوضى الدولة.

وحضور السيد/ سيد عبد البارى إبراهيم.....(أمين السر)

أصدرت الحكم الآتى

فى الدعوى المقيدة بجدول المحكمة برقم 3 لسنة 1 قضائية "دستورية". =

المرفوعة من :

أسامة محمد النعناعى.

ضد

1- محمد السيد العجمى.

2- يوسف ايفان أوموف.

3- السيد / رئيس الوزراء.

الوقائع

أقام محمد السيد العجمى الدعوى رقم 681 لسنة 1966 مدنى أمام محكمة طنطا الابتدائية ضد يوسف ايفان أوموف وأسامة محمد النعناعى يطلب الحكم بأحقيته فى أخذ ثلاثة وعشرين فدانا وسبعة قراريط وثمانية أسهم المبينة بصحيفة الدعوى المبيعة من المدعى عليه الأول إلى المدعى عليه الثانى بالشفعة مقابل مبلغ 6677.220 جنيها أو ما يظهر أنه الثمن الحقيقي وملحقاته مع تسليم العين المشفوع فيها إليه واستند فى دعواه إلى أن الأرض المبيعة تجاور أرضه وأن لأرضه حق ارتفاق بالصرف وحق ارتفاق بالمرور عليها كما أن للأرض المبيعة حق ارتفاق بالرى على أرضه - وقد دفع المدعى عليه الثانى بسقوط حق المدعى فى الأخذ بالشفعة استنادا إلى أنه علم بالبيع وبكافة تفاصيله عندما عرضت عليه الصفقة لشرائها فرفضها مما يفيد نزوله عن حقه فى أخذ الأرض بالشفعة - وفى 6 من فبراير سنة 1967 قضت المحكمة برفض الدفع بسقوط الحق فى الشفعة وقبل الفصل فى الموضوع بنذب خبير زراعى من مكتب الخبراء بطنطا لأداء المهمة الموضحة بالحكم - وبعد تقديم التقرير قضت المحكمة فى 27 من شهر مايو سنة 1968 بأحقية المدعى فى أخذ الأرض المشار إليها بالشفعة مقابل مبلغ 6677.220 جنيها وملحقاته الرسمية والتسليم.

استأنف أسامة محمد النعناعى المدعى عليه الثانى الحكيمين سالفى الذكر أمام محكمة استئناف طنطا ودفع بعدم دستورية نصوص الشفعة الواردة فى القانون المدنى.

وفى 5 من أبريل سنة 1970 قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافين شكلا وبوقف سير الخصومة فيهما ريثما تفصل المحكمة العليا فى الدفع بعدم دستورية القانون المدنى الصادر بالقانون رقم 131 سنة 1948 بالنسبة إلى مواد الشفعة وحددت للمستأنف ميعادا أقصاه ستون يوما يبدأ من يوم صدور الحكم لرفع الدعوى فى هذا الخصوص.

وفى 28 من مايو سنة 1970 أقام أسامة محمد النعناعى هذه الدعوى ضد محمد السيد العجمى ويوسف ايفان أوموف بصحيفة أودعها قلم كتاب المحكمة وطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى الصادر بالقانون رقم 131 سنة 1948 مستندا فى ذلك إلى الأسباب المبينة فى صحيفة الدعوى وفى مذكراته التى أودعها قلم الكتاب.

= وقدمت هيئة مفوضى الدولة تقريراً بالرأى القانونى وانتهت فيه إلى أنها ترى الحكم برفض الدعوى.

كما أودعت الحكومة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى وإلزام رافعها بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

وأودع المدعى عليه الأول مذكرتين طلب فيهما الحكم برفض الدعوى وإلزام المدعى بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة وأودعت الحكومة مذكرة تكميلية صممت فيها على طلب رفض الدعوى.

وقد نظرت المحكمة الدعوى بجلستى 10 من أكتوبر سنة 1970 و 5 من ديسمبر سنة 1970 على النحو المبين بمحضرى الجلستين ثم أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة 13 من فبراير سنة 1971 وفى هذه الجلسة قررت المحكمة مد أجل الحكم إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات وبعد المداولة.

من حيث إن الدعوى استوفت الأوضاع الشكلية المقررة قانوناً.

ومن حيث إن المدعى يطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948 استناداً إلى أن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواه حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدي إلى الاحتكار والاستغلال عن طريق جمع الأراضى الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور فى مادتيه: الأولى والتاسعة أساساً للنظام الاقتصادى فى الدولة كما يهدر مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المصريين فى المادة الثامنة من الدستور ومن ثم تكون نصوص القانون المدنى التى تنظم الشفعة مخالفة للدستور ولا يحسنها نص المادة 166 منه، ذلك لأن هذا النص يقصر حصانته على القوانين الصادرة منذ قيام الثورة فى 23 من يوليو سنة 1952 حتى تاريخ صدور الدستور فى 25 من مارس سنة 1964 دون سواها من القوانين السابقة ومنها القانون المدنى يؤيد هذا النظر أن المشرع يحرم الشفعة فى الأرض التى يتصرف فيها ملاكها إعمالاً لقانون الإصلاح الزراعى وكذا الأرض التى توزع على صغار المزارعين تنفيذاً لهذا القانون كما يحرمها فى الأرض التى تبيعها الدولة طبقاً لأحكام القانون رقم 100 سنة 1964 بتتظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها.

ومن حيث إن المدعى عليه الأول دفع الدعوى بعدم جواز الطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور ومن هذه التشريعات النصوص المنظمة لحق الشفعة والواردة فى القانون المدنى الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948 ومبنى هذا الدفع أن المادة 166 من الدستور =

= تقضى باستمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغيها أو تعديلها السلطة التشريعية ومن ثم يظل حق الشفعة قائما كوسيلة مشروعة للملك في الحدود التي يجيزها القانون.

ومن حيث إن الحكومة طلبت رفض الدعوى استنادا إلى أن الدستور إذ نص في المادة 166 منه على استمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغيها أو تعديلها السلطة التشريعية فإنه يسلم بقيام تعارض بين بعض التشريعات المذكورة وبعض أحكام الدستور ومع ذلك أقر استمرار نفاذها حتى تعديلها أو تلغيها السلطة التشريعية ومن ثم فلا تخضع للطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا ثم قالت في مذكرتها التكميلية : إن ولاية هذه المحكمة لا تتناول تلك التشريعات إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة وقت صدورها وعندئذ تجرى عليها رقابتها على أساس هذه الأوضاع وتلك الأحكام- وقد صدرت نصوص القانون المدنى المنظمة لحق الشفعة سليمة غير مشوبة بهذا العيب، إذا أنها تقرر حقا مشروعاً للشفيع لا يخالف الدستور.

عن الدفع بعدم جواز الطعن فى دستورية نصوص القانون المدنى المنظمة لحق الشفعة:

من حيث إن المادة 166 من الدستور التى يستند إليها المدعى عليه الأول والحكومة فى تأييد هذا الدفع تنص على أن "كل ما قرره القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذاً ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور" وقد تردد هذا النص فى مدلوله ومعناه مع اختلاف يسير فى صيغته فى الدساتير المتعاقبة منذ سنة 1923 ومنها الدستور الصادر فى عام 1956 الذى تضمن نصين لكل منهما مجال يختلف عن مجال الآخر أولهما نص المادة 190 وهو مطابق لنص المادة 166 من الدستور الذى تقدم ذكره والثانى نص المادة 191 الذى يقضى بأن "جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التى تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها وكذلك كل ما صدر من الهيئات التى أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التى صدرت من هذه الهيئات التى أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أية هيئة كانت". وظاهر من هذين النصين أن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر وأن المشرع لم يلتزم فى دستور سنة 1956 موقفاً واحداً من التشريعات السابقة على تاريخ العمل به بل غاير بينهما فيما أسبغ عليه من الحماية فاتخذ بالنسبة إلى بعضها موقفاً اقتضته ضرورة تحصين التشريعات والتدابير والإجراءات الثورية الاستثنائية التى اتخذت فى ظروف لا تقاس فيها الأمور بالمقياس العادى وذلك بالنص على عدم جواز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه =

= وأمام أية هيئة كانت - بينما اتخذ بالنسبة إلى سائر التشريعات الأخرى أسلوباً آخر ينطوي على حماية أدنى من تلك التي أسبغها على التشريعات الثورية الاستثنائية المتقدم ذكرها وذلك بالنص على بقائها نافذة مع إجازة إلغائها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور - وهذه المغايرة التي قصد إليها المشرع عند تحديد موقفه من التشريعات السابقة على الدستور قاطعة في الدلالة على أنه إذ تناول موضوع التشريعات السابقة على الدستور في نصين مختلفين في دستور واحد فإن كلا منهما يقرر حكماً يختلف عما يقرره الآخر وأنه إنما يستهدف تحصين التشريعات التي حددها على سبيل الحصر في المادة 191 منه دون غيرها من التشريعات التي وقف بالنسبة إليها عند حد النص على استمرار نفاذها وذلك تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره - ولو أن المشرع أراد تحصين التشريعات السابقة على الدستور ضد الطعون القضائية لأفصح عن ذلك في نص واحد عام يتناولها كافة ولم يكن في حاجة إلى إيراد نص آخر يفيد ذات المعنى في موضوع واحد.

ومن حيث إن المشرع اجتزأ بنقل المادة 190 من دستور سنة 1956 إلى المادة 166 من دستور سنة 1964 ولم ينقل المادة 191 من ذلك الدستور التي استنفدت أغراضها إذ أسبغت على التشريعات الثورية الاستثنائية التي صدرت منذ قيام الثورة حتى عام 1956 حصانة نهائية لا مبرر ولا مسوغ لتكرار النص عليها - ولا ريب في أنه لا يعنى بنص المادة 166 من دستور سنة 1964 غير ما عناه بأصله الوارد في المادة 190 من دستور سنة 1956 وهو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم فليس معقولاً أن تكون التشريعات التي صدرت قبل صدور الدستور وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور - ليس معقولاً أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريته أولى وأوجب.

ومن حيث إن الحكومة تقول في مذكرتها التكميلية بعد إثارة الدفع بعدم جواز الطعن على النحو المتقدم ذكره: أن ولاية المحكمة العليا لا تتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورهما وتكون رقابتها لهذه التشريعات السابقة على الدستور وهذا القول مردود بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت في الدولة ذات الدساتير الجامدة تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج =

= على أحكامه- ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها اسمى القواعد الآمرة. ومن حيث إنه على مقتضى ما تقدم يكون الدفع بعدم جواز الطعن فى دستورية الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى غير قائم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضه.

عن الموضوع :

من حيث إن المدعى يطلب الحكم بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى التى تقضى بثبوت الحق فى الشفعة للجار المالك إذا كان لـأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة ويقول بيانا لأوجه مخالفة هذا النص لأحكام الدستور :

أولا : إن هدف نظام الشفعة هو جمع الأراضى فى يد شخص واحد مما يؤدى إلى الاستغلال ويتعارض مع النظام الاشتراكى الذى أرست أصوله المادتان: الأولى والتاسعة من الدستور وجعلت منه هذه المادة الأخيرة الأساس الاقتصادى للدولة.

ثانيا : إن نظام الشفعة إذ يخول الشفيع دون سواه حق شراء الأرض المبيعة لغيره فإنه يحوله سلطة احتكار هذا الحق ويحرم المشتري ثمرة تعاقد أبرمه بطريقة مشروعة ويهدر بذلك مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة فى المادة الثامنة من الدستور لجميع المصريين. ومن حيث إن الحكومة والمدعى عليه الأول دفعا الدعوى استنادا إلى أن حق الشفعة لا تعارض مع النظام الاشتراكى ولا يخل بمبدأ تكافؤ الفرص وأنه مجرد وسيلة مشروعة لكسب الملكية فى الحدود المقررة قانونا، كما أنه يستهدف منع المنازعات وإقرار الوئام بين ملاك يعملون لصالحهم ولصالح المجتمع.

ومن حيث إنه بالنسبة إلى الوجه الأول من وجهى الطعن المبني على مخالفة الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى لأحكام المادتين: الأولى والتاسعة من الدستور فإن المادة الأولى من الدستور تنص على أنه "الجمهورية العربية المتحدة دولة ديمقراطية اشتراكية"، كما تنص المادة التاسعة منه على أن "الأساس الاقتصادى للدولة هو النظام الاشتراكى الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكى بدعامتيه من الكفاية والعدل"- وفى خصوص تنظيم الملكية الزراعية فى ظل النظام الاشتراكى الذى جعل منه الدستور أساسا اقتصاديا للدولة أرسى الدستور فى المادة السابعة عشرة مبدأ تحديد الملكية الزراعية كأصل من الأصول التى يقوم عليها هذا النظام وأحال إلى القانون فى تعيين الحد الأقصى لهذه الملكية وقد صدرت قوانين الإصلاح الزراعى=

= المتعاقبة التي قيدت الملكية الزراعية بحد أقصى لا تجاوزه وقضت بتوزيع ما يزيد على هذا الحد من الأراضي الزراعية على العاملين في الزراعة تحقيقاً لأهداف المشرع من توسيع قاعدة الملكية الزراعية وتطبيقاً للنظام الاشتراكي الذي يقر الملكية الفردية في مجال الزراعة في حدود لا تسمح بالإقطاع ولم يعرض المشرع وهو بصدد من هذه التشريعات الاشتراكية لحق الشفعة إلا حيث اقتضى ذلك تحقيق أهداف الإصلاح الزراعي فحظر الشفعة في التصرفات الناقلة للملكية التي تتناول مالم يستول عليه من الأرض الزراعية الزائدة على الحد الأقصى (المادة 4 مكررة من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعي المضافة بالمرسوم بقانون رقم 311 لسنة 1952) كما حظرها في توزيع الأراضي على صغار المزارعين تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي (الفقرة الأخيرة من المادة 9 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 سالف الذكر) وكذلك منع الشفعة في بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة (الفقرة الأخيرة من المادة 58 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها) وفيما عدا تلك الحالات الاستثنائية التي ألغى فيها المشرع حق الشفعة تحقيقاً لأهداف الإصلاح الزراعي ما زال هذا الحق قائماً كسبب مشروع من أسباب كسب الملكية في الحدود المقررة قانوناً.

ومن حيث إن الأصل في سلطة التشريع في موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محدودة ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب كسب الملكية ومنها حق الشفعة ولم يقيد سلطة المشرع في تحديدها وتنظيمها اكتفاء بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية يحول دون قيام الإقطاع فمن ثم تكون سلطته في هذا الصدد سلطة تقديرية في نطاق الحد الأقصى المشار إليها - ولا ريب أن ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابها ومنها الجوار والاشتراك في حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استناداً إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به في ملكية الشفيع وحده في نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدي إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلاً عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب مشكلات المشاركة في حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار. لا ريب في أن ذلك الترجيح مما يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية التي لم يقيد الدستور في هذا الصدد.

ومن حيث إنه عن الوجه الثاني من أوجه الطعن فإن المدعى ينعي على النص المطعون فيه أنه مخالف للمادة الثامنة من الدستور ويقول في بيان ذلك إن الشفعة تخل بمبدأ تكافؤ الفرص، لأنها تخول الشفيع وحده دون سواه رخصة تجعل منه المحتكر الوحيد لشراء الأرض المشفوع فيها - وهذا النعي مردود بأن المساواة التي يوجبها أعمال مبدأ تكافؤ الفرص تتحقق =

= بتوافر شرطى العموم والتجريد فى التشريعات المنظمة للحقوق ولكنها ليست مساواة حسابية ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط فى طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتمائل ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط فى البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التى كفلها المشرع لهم - والتجاء المشرع إلى هذا الأسلوب فى تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للتمتع بالحقوق - لا يخل بشرطى العموم والتجريد فى القاعدة القانونية، ذلك لأن المشرع إنما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط.

ومن حيث إن شأن حق الشفعة كشأن غيره من الحقوق فى هذا الصدد ذلك لأن استعماله منوط بتوافر أسباب حددها المشرع على سبيل الحصر تنظيمًا لموضوع كسب الملكية عن طريق الشفعة بحيث إذا توافر سبب من أسبابها فى فرد من الأفراد أصبح فى مركز قانونى يخوله رخصة الشفعة فى العقار ولا يقاس به غيره ممن لم يتوافر فيه سبب من هذه الأسباب، إذ يكون فى مركز قانونى مغاير - ولم يتعد المشرع فى تنظيم موضوع كسب الملكية بسبب الشفعة على الوجه المتقدم جانب المساواة أمام القانون ولم يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذى أقره الدستور فى المادة الثامنة.

ومن حيث إنه يخلص من كل ما تقدم أن الدعوى لا تقوم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضها مع إلزام المدعى بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ومصادرة الكفالة.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز الطعن بعدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى وفى الموضوع برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة. وألزمت المدعى بالمصروفات وبمبلغ أربعين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة للحكومة والمدعى عليه الأول مناصفة بينهما.

رئيس المحكمة

أمين السر

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت المحكمة العليا قد انتهت فى حكمها الصادر بتاريخ 1971/3/6 فى الدعوى رقم 3 لسنة 1 ق إلى رفض الطعن بعدم دستورية نظام الشفعة تأسيساً على أن حق الشفعة ليس فيه خروج على مبدأ المساواة أمام القانون ولا يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذى أقره الدستور فإن النص بعدم الدستورية يكون غير سديد".

(طعن رقم 61 لسنة 41 ق جلسة 1979/3/5)

8 - ورود الشفعة على العقار دون المنقول :

تعرف المادة 935 مدنى الشفعة بقولها: "الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحول محل المشترى.... الخ".

وواضح من هذا النص أن الشفعة لا تكون إلا فى العقار، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة، وقد رأينا عند دراسة الشيوخ أن المادة 833 مدنى نصت على الاسترداد فى المنقول.

فالمنقول لا تجب فيه الشفعة، ذلك أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة أو الجوار على الدوام. والجوار متخلف فى المنقول، وإنما الذى يتصور فيه هو الشركة. غير أن القانون لم يثبت الشفعة لدفع ضرر الشركة وإنما أثبت الحق فى الاسترداد، والذى يترتب فى المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة فى هذا المنقول لأجنبى بطريق الممارسة.

ولذلك لا تثبت الشفعة فى السفينة على خلاف ما رآه المالكية، كما لا تثبت فى بيع الثمار على أشجارها استقلالاً، حيث تعتبر فى هذه الحالة من المنقولات بحسب المال فيجرى عليها حكم المنقول لا العقار، وكذلك الشأن فى بيع بناء للهدم أو غراس للقلع.

والبناء يعد عقاراً بطبيعته، وبيعه على استقلال يعد بيعاً لعقار لا لمنقول، ولذلك يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذه بالشفعة وذلك على خلاف ما رآه الأحناف.

كما تثبت الشفعة بين ملاك الطبقات⁽¹³⁾.

والشفعة لا تجوز فى بيع العقار بالتخصيص استقلالاً عن العقار الأصلى. ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلى، فإن الشفعة تشمل به باعتباره من ملحقاته.

والحق العينى الذى يقع على عقار يعتبر مالا عقارياً. ومن تجوز الشفعة فى بيع أى حق عينى عقارى أصلى مما يجوز بيعه استقلالاً، كحق الانتفاع وملكية الرقبة وحق الحكر⁽¹⁴⁾.

(1) السنهورى ص 633 وما بعدها - الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 262.

(2) نبيل سعد ص 262.

التكييف القانوني للشفعة :

9- (أ) قبل العمل بالقانون المدني الجديد :

انقسم الرأي في التكييف القانوني للشفعة قبل العمل بالقانون المدني الجديد. فذهب رأى إلى أن الشفعة حق عيني، استنادا إلى أنها تخول الشفيع حقا مباشرا يسرى بالنسبة إلى الكافة، وأن هذا الحق ينصب على عقار. ومادام هدف دعوى الشفعة هو اكتساب ملكية عقار، فالحق المترتب على هذه الدعوى لا يمكن أن يختلف عنها في طبيعته فهو بذلك حق عيني، فطالما أن الوسيلة تؤدي إلى اكتساب حق عيني، فيجب أن يخلع عليها نفس الوصف لعدم جواز الفصل بين الوسيلة إلى الحق والحق ذاته.

وقد قصد أنصار هذا الرأي أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع به. وهم لم يكونوا في حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة، إذ كان يمكنهم القول إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقارى، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى⁽¹⁵⁾.

غير أنه يترتب على هذا الرأي نتيجة هامة هو انتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع بمجرد ثبوته له وذهب رأى آخر إلى أن الشفعة حق شخصي استنادا إلى أن الشفعة بحسب قواعد الشريعة الإسلامية إنما تقررت لاعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع وقت حصول البيع، فهي حق يثبت لشخص معين بالنظر إلى ظروفه الخاصة. والشارع الإسلامى لم يقرر حق الشفعة ناظرا إلى العقار نفسه وإنما إلى اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع، فحق الشفعة إذن طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التى استمد منها هو حق شخصي. هذا فضلا عن أن العقار المشفوع لا ينتقل إلى ملك الشفيع إلا بعد تسجيل الحكم، فمتى يتم التسجيل وما يرتبه من آثار يبقى حق الشفعة حقا شخصيا⁽¹⁶⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 27- استئناف مختلط 11 مايو 1892 - استئناف أهلى 7 نوفمبر 1895 - استئناف مختلط أول مارس 1921- وقد ناصر هذا رأى فى اللجنة الثانية لتتقيح

القانون المدنى الأساتذة : يسار وصليب سامى وأيدهما رئيس اللجنة.

(2) استئناف مختلط 26 أبريل 1900- استئناف مختلط 21 ديسمبر 1926، وناصر هذا رأى فى اللجنة الثانية لتتقيح القانون 1906/12/20 المدنى الأساتذة فان أكد وجراهم ومصطفى الشوربجى.

ويترتب على هذا الرأي انقضاء الشفعة بموت الشفيع حتى لو طرأت الوفاة أثناء السير في دعوى الشفعة وتوسط فريق ثالث بين الرايين السابقين، فذهب إلى أن الشفعة ليست حقا عينيا بحتا ولا حقا شخصيا بحتا، بل إنها حق ذو صفة مختلطة لكونه حقا ينصب على عقار من جهة، ولكونه من جهة أخرى لا يمنح للشفيع إلا بناء على اعتبارات شخصية خاصة به⁽¹⁷⁾.

10- (ب) بعد العمل بالقانون المدني الجديد :

تنص المادة 935 مدنى على أن: "الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري... الخ".

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

1- "عرفت الشفعة بأنها رخصة لا"حق" لأنها ليست بحق بل هي سبب من أسباب كسب الملكية، فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة حقا عينيا أو حقا شخصيا وقد حذف المشروع من التعريف الذى أقرته اللجنة العبارة التى تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العقارية. فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية. وإذا أريد بهذه العبارة كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة، أن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية، كان هذا سببا ادعى لحذفها". وعلى ذلك فقد اعتبر القانون الشفعة رخصة، وليست حقا عينيا، ولا حقا شخصيا، بل هي مصدر من مصادر الحقوق العينية، حيث تعتبر سببا لكسب الملكية والانتفاع والحكر⁽¹⁸⁾.

والرخصة أوفى من الحق وأكثر من الحرية. فهي رخصة فى التملك بالشفعة تعنى جريان سبب يقتضى المطالبة بالتمليك⁽¹⁹⁾. لأن الرخصة هي الخيار المفتوح لشخص معين والذى بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانونى وفقا لمصلحته وفى حدود هذه المصلحة، فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمد من القانون

(1) عبد السلام ذهنى فى الأموال ص 652 - وناصر هذا رأى فى اللجنة الثانية لتتقيح القانون المدنى الأساتذة : دوفيه وعبد الفتاح السيد.

(2) عبد المنعم الصده ص 398- محمد على عرفه ص 387- الدكتور رمضان أبو السعود الحقوق العينية الأصلية طبعة 2001 ص 255.

(3) رمضان أبو السعود ص 255.

لكى يسمح لشخص معين بأن يغير مركزه القانونى، فالرخصة لا تطابق كل حالة يكون فيها خيار بين أمرين فلا بد وأن يكون الخيار مصدره القانون، وأن تكون ممارسته بقصد إنشاء أو تعديل مركزه قانونى⁽²⁰⁾.

انتقال الشفعة بالإرث :

11- أولا : رأى فقهاء الشريعة الإسلامية :

اختلف فقهاء الشريعة الغراء فى أثر موت الشفيع على حقه فى الشفعة. فذهب الأحناف إلى سقوط الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع به بالتراضى أو بحكم القاضى، سواء كان موته قبل طلب الشفعة أو بعده، ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته. لأن الشفعة ليست مالا، ولكنها إرادة ومشئته، والوارث لا يرث مورثه فى رغباته لأنها صفات شخصية.

فذهب الشافعى ومالك إلى انتقال حق الشفعة إلى الوارث، الذى يحل محل مورثه فيه، لأنه حق متعلق بالمال، وقد ثبت للشفيع بسبب العقار الذى يملكه، فإذا انتقل العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه.

وذهب أحمد بن حنبل مذهباً وسطاً: يورث حق الشفعة إذا ما تقرر بالمطالبة به، فإذا توفى الشفيع قبل المطالبة بالشفعة، سقط الحق فيها، أما إذا توفى بعد المطالبة بالشفعة، ثبت حقه فيها وانتقل إلى وارثه، لأن الشفيع، فى أرجح الآراء عند الحنابلة،

(1) الدكتور نعمان محمد جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونية طبعة 1977 ص 313 وما بعدها- ويذهب الدكتور السنهورى إلى القول ص 590 بأن:

"والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هى، كما قدمنا واقعة مركبة (complexe) اقترنت فيها الشيوع أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى، بإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى صادر من جانب واحد. فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الواقعة المادية.

وإذا سرنا فى هذا التكيف خطوة أبعد، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة. فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانونى بتوجيه الإيجاب إليه، إرادة منفردة - قد تعاقد مع الموجب، فكسب بالعقد حقاً شخصياً".

يتملك العقار المشفوع فيه بطلبه، دون حاجة إلى رضاء أو قضاء، فإذا توفى الشفيع بعد طلب الشفعة، فقد توفى وهو مالك للعقار المشفوع فيه، فيورث عنه لأنه عين مالية مملوكة⁽²¹⁾.

12- ثانيا : رأى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد :

انتقل الخلاف الموجود بالفقه الإسلامى إلى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد.

فذهب رأى إلى أن الشفعة بطبيعتها حق شخصى وتبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالرضاء أو القضاء. ولا تنتقل إلى ورثة الشفيع⁽²²⁾.

وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى :

1- أن الشفعة من أوضاع الشريعة الإسلامية ومن مبتكراتها، وقد اختار الشارع المصرى العمل بها، ودمجها ضمن أحكام قانونه المدنى، ولذا وجب الرجوع إلى تلك الشريعة فى كل أمر يتعلق بطبيعة هذا الحق وحدوده، إذا لم يوجد له نص فى القانون المدنى.

والشفعة شرعا هى تملك العين المشتره جبرا عن المشتري مقابل دفع الثمن والمصاريف، ومن شرائطها ملك الشفيع وقت الشراء فى العين التى يأخذ بها الشفعة فينتج من هذا التعريف ومن هذا الشرط أنه إذا مات الشفيع بطل حقه فى الشفعة ولا ينتقل إلى ورثته وذلك من وجهين: أما الوجه الأول فلأن الثابت للشفيع هو مجرد حق التملك لاحق الملك، فله الخيار بين الأخذ والترك، فكان حقه عرضا والحقوق العرضية لا يصح التعاوض عنها بمال، وما كان ليس محلا للتعاوض لا يكون محلا للتوارث، وينبنى على ذلك أنه إذا باع الشفيع حقه فى الشفعة من المشتري بثمن فلا ينعقد البيع ويعتبر ذلك تنازلا عن الشفعة ويسقط الثمن، أما الوجه الثانى فهو بقاء ملك الشفيع للعين التى يشفع بها من وقت الشراء إلى حين القضاء بالشفعة، فإذا باع الشفيع الدار

(1) الأستاذ على الخفيف ص 129 وما بعدها.

(2) الأستاذ أحمد فتحى زغول شرح القانون المدنى سنة 1913 ص 89- أسيوط الابتدائية

استئناف 7 نوفمبر 1899- دمنهور الجزئية 16 يونية 1906- الزقازيق 24 ديسمبر

1908 - الاسكندرية الابتدائية 13 نوفمبر 1926.

التي يشفع بها قبل القضاء له بالشفعة فليس للمشتري الذي يحل محله أن يطالب بالشفعة، لأن ملكه جاء بعد البيع الذي انبنى عليه حق الشفعة، لأن شرط الشفعة قيام ملك الشفيع وقت الشراء، وكذلك الوارث فإن ملك الدار التي شفع بها مورثه انتقل إليه حين الوفاة، فملكه حادث بعد البيع.

2- أنه قد يمكن الاعتراض بما جاء في المادتين 19، 22 من قانون الشفعة من أن حق الشفعة يسقط بالتنازل الصريح أو الضمني أو بعدم إظهار رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه وبمضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، فلا يصح الخروج عن هذه الأحوال الثلاثة في سقوط حق الشفعة، بما أن القانون بينها على سبيل الحصر. ولكن هذا الاعتراض مردود، لما هو ظاهر من عبارة القانون من أن هذا السقوط مقصود به سقوط الحق قبل إثباته بالطلب للتنازل عنه صراحة أو دلالة أو لإهمال صاحبه في إظهار رغبة في المدة المقررة.

وذهب رأى ثان إلى أن حق الشفعة كباقي الحقوق يؤول من صاحبه إلى الوارث الذي يكون في نصيبه العقار المشفوع به⁽²³⁾.

وقد استند هذا الرأي إلى ما يأتي :

1- أنه وإن يكن أصل الشفعة موجودا في الشريعة الغراء فإن القانون الأهلى لم يأخذها بكامل أحكامها الشرعية، بل خالف تلك الأحكام في أكثر المسائل، وسكت عن مسألة انتقال حق الشفعة بالإرث، وبما أن القانون لم يذكر أية عبارة تجيز الرجوع إلى أحكام الشريعة فيما سكت عنه من مسائل الشفعة فلا بد من الرجوع إلى ما قرر هو الرجوع إليه عند عدم وجود نص فيه، وهو المبادئ العامة المقررة في القانون أو مبادئ العدل والإنصاف، وبما أن مبادئ القانون تقضى بحلول الورثة محل مورثهم (المادة 199 مرافعات)، خصوصا إذا كان المورث طالب بالشفعة قبل وفاته ولم يحكم له بهذا الحق في حياته لمنازعة المشتري له في ذلك، فالورثة لهم الحق في أن يحلوا محله ويستفيدون من كل حقوقه.

2- أنه بالرجوع إلى ما قرره علماء الشريعة الإسلامية في هذه الحالة نجد أن المسألة خلافية بينهم. فقد قرر الشافعي والإمام مالك في مذهبيهما أنه لا يبطل الحق

(1) الدكتور عبد السلام ذهني بك في الأموال 1344 هـ - 1926 م ص 655 - مصر الابتدائية 19 أبريل 1902 وقد تأيد الاستئناف في 16 ديسمبر 1902 - استئناف 2 يناير 1912.

فى الشفعة بموت الشفيع، بل تورث عنه ويقوم ورثته مقامه. وجاء فى مذهب الحنفية تفصيل: فإذا مات الشفيع بعد طلبى الموائبة والإشهاد وقبل أن يقدم طلب الخصومة فلا يورث عنه حق الشفعة، وليس لورثته أن يقوموا مقامه فيها، وأما إذا مات بعد طلب الخصومة فقد سكتوا عن هذه الحالة. ولكن روح التشريع وحكمة التقسيم الذى قال به علماء الحنفية، ومن عدم تقريرهم حكم المنع والحرمان فى هذه الحالة، يحمل على الاعتقاد بأنه إذا مات الشفيع بعد طلب الخصومة وقبل قضاء القاضى حق الشفعة إلى ورثته.

وقد أخذت دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة بالرأى الأول فى حكمها الصادر فى 3 مايو سنة 1930 وقضت بأن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى.

13- ثالثاً : قضاء محكمة النقض قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد :

أخذت محكمة النقض بالرأى القائل بأن الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث، وخالف بذلك الحكم الصادر من دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة. بتاريخ 3 مايو سنة 1930. وقد أسست قضاءها على أن الخيارات جميعاً تنتقل قانوناً إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال.

إذ ذهب إلى أن :

1- "إن القانون المصرى قد خلا من النص على حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه. وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع هل ينتقل للورثة أولاً ينتقل. والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعاً تنتقل قانوناً إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال. ولا يغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية - فى مذهب أبى حنيفة - لا تجيز انتقال خيار الشفعة إلى وارث الشفيع".

(طعن رقم 95 لسنة 8 ق جلسة 1939/6/8)

2- "إن كون الشئ مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس مالا فلا ينتقل هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات.

وإذا كانت المادة 54 من القانون المدنى قد أحالت فى تعرف أحكام المواريث على قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فإن المراد بهذه الإحالة هو أن تطبق أحكام

القانون المحال عليه فى مسائل الإرث، ككون الإنسان وارثاً أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث ذاته. أما الأشياء التى هى موضوع هذا الحق فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعاً لأحكام القانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال.

والمال فى عرف القانون هو كل شىء متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره. وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التى تقع تحت الحواس يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور. والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية: وهى النفع والتقوم وقابلية الاستئثار، فوجب اعتباره مالا يورث، لاحقاً متصلاً بشخص الشفع.

(طعن رقم 16 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/31)

3- "وحيث إن هذا السبب مردود بأنه وإن كانت أحكام الشريعة الإسلامية فى رأى فقهاء الحنفية تقضى بعدم توارث الشفعة إلا أن هذه الأحكام لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم تطبيقه فى العلاقات المدنية إلا فيما أحاله القانون إليها، أما ما استمدته الشارع من أحكام الشريعة فى القوانين، كما هو الحال فى الشفعة، فإنه أصبح جزءاً من القانون المدنى يخضع لأحكامه دون أحكام الشريعة الإسلامية.

والفصل فى تعرف الحقوق المالية هو من صميم القانون المدنى، وما الاستشفاع إلا حق من هذه الحقوق التى توافرت فيها العناصر المالية من نفع وتقوم وقابلية للاستئثار مما يعتبر معه مالا ويصح توارثه على ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ولما كان مورثا المطعون عليهما الأولين قد أعلنوا رغبتهما فى الشفعة ورفعوا الدعوى بها وقد توافرت لهما شرائطها وانتقل حقهما فى الشفعة بالإرث إلى المطعون عليهما فإن الحكم فيما قضى به لهما على هذا الأساس لا يكون قد خالف القانون ولا أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 311 لسنة 23 ق جلسة 1957/3/7)

14- رابعاً : حكم التقنين المدنى الجديد :

كانت الفقرة الثانية من المادة (1382) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابل للمادة (935) تنص على أن: "والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة. وإنما ينتقل بالميراث وهو حق لا يتجزأ فى استعماله".

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون: "إن اللجنة جعلت الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث، خلافا لما ذهب إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة، ويأخذ بهذا رأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن بينهم الشافعى ومحمد وهو الرأى الذى يتفق مع المبادئ العامة للقانون، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث"⁽²⁴⁾.

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قام نقاش حول توريث حق الشفعة وتجزئته من عدمه. وكان من رأى بعض حضرات الأعضاء توريثه ومن رأى البعض الآخر عدم توريثه لأنه حق شخصى حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حقا وإنما هى خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الغير من الدائنين أو الورثة، وقد استقر أى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذا الموضوع "لأن اللجنة استحسنّت أن يظل أمر الحكم فيما تضمنت موكولا إلى عدل القضاء"⁽²⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض - كما قضت فى ظل التقنين القديم- بأن حق الشفعة حق مالى يجرى عليه التوارث :

فذهبت إلى أن :

1- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث، وهو حق غير قابل للتجزئة، يثبت لكل وارث إذا انفرد به، ولهم جميعا إذا اجتمعوا عليه".

(طعن رقم 903 لسنة 50 ق جلسة 1981/2/24)⁽²⁶⁾

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 349 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 356 وما بعدها.

(3) أما الفقه قد انقسم الرأى فيه أيضا فى ظل التقنين المدنى الجديد إلى آراء ثلاثة هى:

الرأى الأول :

يؤيد ما ذهب إليه محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى القديم والجديد (عبد المنعم الصده ص 498 - منصور مصطفى منصور ص 357- المستشار عزت حنوره نظرية الشفعة فى القانون المصرى 1987 ص 29 - وعلى عمران ص 106).

ويقول الدكتور عبد المنعم الصده : "نحن نقر ما ذهب إليه محكمة النقض من أن حق الشفعيع فى الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، وإنما ينتقل إلى ورثته. ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى =

= لو مات الشفيع قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى. ذلك أن الشفعة ولو أنها رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به، فتنتقل معه إلى الوارث، حيث إنها تثبت للشفيع تبعا للعقار المشفوع به. فهي رخصة لها ناحيتها المالية وترتبط ارتباطا وثيقا بشخص الشفيع.

وليس من المقبول فى نظرنا أن يعترض على هذا الرأى بأن الشفيع إذا مات سقطت عنه ملكية العقار المشفوع به قبل تمام الأخذ بالشفعة، وأن الوارث لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا لهذا العقار وقت البيع. إذ أن المسألة تتعلق بانتقال خيار الشفعة من الشفيع إلى وارثه. ومن المعروف أن الوارث تنتقل إليه الحقوق والخيارات التى كانت لمورثه، فهي تثبت له بالحالة التى كانت عليها بالنسبة إلى مورثه، ومن ثم يكون له أن يباشرها فى الحدود المقررة بالنسبة إلى المورث. فإذا مات الشفيع قبل أن يتخذ إجراء من الإجراءات المقررة للأخذ بالشفعة كان للوارث أن يتخذ هذا الإجراء مادام أن المدة المحددة لم تكن قد انتهت، وإذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل موته كان للوارث أن يستمر فى هذه الدعوى حتى يتم له الأخذ بالشفعة. والوارث فى كل هذا شأنه شأن مورثه الشفيع".

الرأى الثانى :

يذهب إلى أن الشفعة لا تورث قبل المطالبة بها، أما إذا تمت هذه المطالبة وتوفى الشفيع فإن حقه فى الأخذ بالشفعة ينتقل إلى ورثته.

ويستند هذا الرأى إلى ما يأتى :

1- أن المشرع فى المادة 935 من القانون المدنى الجديد يعرف الشفعة بأنها رخصة. والرخصة هى أكثر من الحرية ودون الحق، فهي مجرد رغبة ومشيئة، وبالتالي فلا يجوز القول بتوارث الرخص إذا ما ظلت فى مرحلة الاختيار وهى فى هذه المرحلة ليست بحق أو بمال. ولذلك فإن التركة المنتقلة من الشفيع إلى ورثته لا تشملها. ولكن متى تجاوزت الرخصة حد الاختيار والإرادة، وانتقلت إلى مرحلة الحسم، فعندئذ تتأكد وتقلب إلى حق، وهى لن تصل إلى هذه المرحلة الحاسمة إلا إذا طالب الشفيع بالشفعة، ومتى تحقق ذلك اعتبر صاحب حق، ويمكن بالتالى أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته. وهذا ما يتفق مع مذهب الحنفية فى تعريفهم للشفعة، كما يتفق مع مذهب الحنابلة القائل بسقوط الشفعة إذا مات الشفيع قبل الطلب بها.

2- أن من شروط الشفعة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه، وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة. ووارث الشفيع - إذا لم يكن الأخير قد طالب بالشفعة قبل وفاته - لم يكن مالكا للعقار وقت البيع، كما أنه لا يعد خلفا للمورث فى حق لم يثبت لهذا الأخير بعد. أما إذا مات الشفيع بعد المطالبة بالشفعة، فإن وارثه وإن لم يكن مالكا=

2- "حق الشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو من الحقوق التي يجرى فيها التوارث".

(طعن رقم 1218 لسنة 53 ق جلسة 1987/4/28)

15- عدم جواز حوالة الشفعة :

الشفعة - على ما ذهب إلىه محكمة النقض ورأى في الفقه- تخول الشفيع القدرة على اكتساب الحق العيني العقاري المشفوع فيه، فهي من ثم حق يتعلق بالمال، ولكن ليس مؤدى أنها حق متعلق بالمال، أنه يجوز التصرف فيه بالحوالة أو بغيرها، أو استعماله من قبل دائني الشفيع نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة أو الحجز عليه، وإنما امتناع هذه الأمور لا يرجع إلى افتقار حق الشفعة إلى بعض مقومات الحق، وإنما يرجع ذلك إلى تعارض هذه الممنوعات مع بعض شرائط الشفعة، وعدم توافر شرائط استعمال الدعوى غير المباشرة.

= للعقار المشفوع به وقت البيع، إلا أنه يعد خلفاً للشفيع في حقه في الشفعة الذي تأكد بالمطالبة القضائية.

3- إن القول بعدم توارث الشفعة قبل المطالبة بها، هو الذي يتفق مع مذهب المشرع في التقنين المدني الجديد في تضييقه للشفعة والحد منها (رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 2001 ص 266 وما بعدها - محمد على عرفه ص 586 وما بعدها).

الرأى الثالث :

يذهب هذا الرأى إلى أن الشفيع إذا أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه، وحل بإعلان هذه الرغبة محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا مع البائع، ولاشك في أنه إذا مات بعد ذلك، انتقل حقه هذا، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه إلى ورثته، وعلى هؤلاء أن يستمروا في إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها. أما قبل إبداء الرغبة في الشفعة فإن الشفعة تكون مجرد رخصة أو هي منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق فهي لم تكسب الشفيع بعد حقاً كاملاً في العقار المشفوع فيه. والذي ينتقل إلى الورثة من مورثهم هي الحقوق الكاملة التي تثبت للمورث ولا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحقوق، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة، ومن ثم لا يجوز القول من ناحية المبادئ العامة للقانون المدني أن الشفعة في هذا الفرض الذي نحن بصدد تناقل إلى الورثة (السنهوري جـ 9 ص 617 وما بعدها).

فالشفعة تثبت للشفيع بسبب معين هو الشركة أو الجوار ولذلك لا يجوز منطقاً حولتها منفصلة عن العقار الذى كان سبباً لها، فهي تتبع العقار ولا تتفصل عنه، وتنتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المشفوع به⁽²⁷⁾. فإذا أراد الشفيع أن ينزل عن حقه فى الأخذ بالشفعة إلى الغير، فإن عليه أن يتصرف فى العقار المشفوع به إلى هذا الغير.

ويجب أن يتم ذلك قبل بيع العقار المشفوع فيه وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة. وإذا يجب لثبوتها أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه⁽²⁸⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن النعى فى محله، ذلك أنه لما كانت الشفعة قيداً على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع - ليدفع عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة فى عقاره الذى يشفع به - ويقع باطلاً تعامله فى هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنها إلى غيره لزوال العلة منها فى هذه الأحوال التى تأبأها طبيعة الشفعة ذاتها، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار الإقرار موضوع الدعوى صحيحاً فيما تضمنه من أنه "إذا حكم للشفيع بالشفعة تكون الأرض المشفوع فيها ملكاً للمطعون ضده"، وأن هذا الإقرار لا مخالفة فيه للنظام العام فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 2474 لسنة 54 ق جلسة 1989/1/17)

16- لا تجوز الشفعة إلا فى البيع :

تعرف المادة الشفعة بأنها: "رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري... الخ".

ومفاد هذا أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع، ولذلك نجد أن المشرع فى كافة نصوص الشفعة يتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع.

(1) المستشار عزت حنوره ص 29 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 263 - نبيل سعد ص 331 هامش (1).

(2) الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية ص 100.

وبالترتيب على ذلك لا تجوز الشفعة فيما يلي :

(1) عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة :

لا تجوز الشفعة في عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة، وإذا كانت المادة 485 مدني تقضى بأن تسرى على المقايضة أحكام البيع، فإنها تجعل ذلك بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة.

ومن الواضح أن طبيعة المقايضة تأبى خضوعها للشفعة على ما نحو ما يحصل بالنسبة للبيع. ذلك أن الشفعة في البيع لا أثر لها على حق البائع في اقتضاء الثمن فالبائع يحصل على الثمن سواء من المشتري أم من الشفيع بينما لو أجزت الشفعة في المقايضة فإن صاحب العقار المشفوع فيه لن يحتفظ بالشئ الذي حصل عليه بدلا من هذا العقار، إذ يتعين أن يرد هذا الشئ إلى صاحبه، على أن يدفع الشفيع لصاحب العقار المشفوع فيه مبلغا من النقود يعادل قيمة ذلك الشئ⁽²⁹⁾.

أما إذا كانت المقايضة بمعدل، وكان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البذل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة. فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع فيجوز الأخذ بالشفعة⁽³⁰⁾. وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يقوم بدفع المعدل وكذلك قيمة العقار. وهذه القيمة يقدرها ذوو الخبرة عند الاقتضاء.

(2) عقد الهبة :

لا تجوز الشفعة في عقد الهبة، ولو كانت بعوض، مادامت هبة حقيقة. فإذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت ستار الهبة، وسمى الثمن عوضا، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع، فتجوز فيه الشفعة، ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور

(1) الدكتور إسماعيل غانم مذكرات في الحقوق العينية الأصلية الجزء الثاني 1958 ص 79 - عبد المنعم الصده ص 445 - وكان التقنين المدني الملغى يجيز الشفعة في المقايضة فكانت المادة 6/70 منه تنص على أنه: "لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايع أو المعاوضة"، وهو ما كان محل نقد من الفقه، فلما صدر قانون الشفعة (الملغى) قصر الشفعة على البيع إذ نص في المادة الخامسة منه على أنه: "لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له، ولا ممن تملك بغير المبايع".

(2) السنهوري ص 654 - إسماعيل غانم ص 79.

بالعقد، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصاً عن الثمن الحقيقي لإحكام ستر البيع، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد.

وقد يحصل أن يهب البائع للمشتري الجزء الملاصق لعقار لجار، كي يقوم هذا الجزء فاصلاً بين عقار هذا الأخير والعقار المبيع، فينتفى التلاصق الواجب توافره للأخذ بالشفعة. وهذا ضرب من التحايل ليس من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة حيث يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق أن الجزء الموهوب يدخل في نطاق البيع، وأن الهبة أريد بها الاحتيال على القانون لحرماته من طلب الشفعة، وذلك بأن يقيم الدليل مثلاً على أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار بما في ذلك الجزء الموهوب⁽³¹⁾.

(3) الوفاء بمقابل:

لا تجوز الشفعة في الوفاء بمقابل. فإذا كان الدين مبلغاً من النقود، وقبل الدائن في استيفاء حقه عقاراً بدلاً من هذا المبلغ، فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار. ذلك أن هذا لا ينطوي على بيع، وإنما ينطوي على تجديد بتغيير محل الدين بعقبه في الحال وفاء بالالتزام الجديد. فهو عملية مركبة تجمع بين التجديد والوفاء.

وإذا كانت المادة 351 مدني تقضى بأن تسرى على الوفاء بمقابل أحكام البيع، فإنها تجعل ذلك خاصاً بنقل ملكية الشيء الذي أعطى في مقابل الدين⁽³²⁾.

(4) عقد الشركة:

لا تجوز الشفعة في عقد الشركة، إذا كان أحد الشركاء قدّم حصته في الشركة عقاراً، فالعقد في هذه الحالة وإن كان من عقود المعاوضة إلا أنه لا يصدق عليه وصف البيع، إذ لا يتضمن ثمناً نقدياً فضلاً عن أن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات، وقد لا ترضى بقيمته بديلاً عنه إذ قد يخل ذلك بإغراضها من تملك العقار⁽³³⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 445.

(2) محمد كامل مرسى ص 329 - عبد المنعم الصده ص 445 وما بعدها.

(3) السنهوري ص 655 - محمد كامل مرسى ص 350 - إسماعيل غانم ص 79 - عبد المنعم

الصده ص 446.

وإذا اندمجت شركة في أخرى، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات جاز أخذها بالشفعة. وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى، كان البيع واقعا على أسهم، وهي منقولة، فلا شفعة⁽³⁴⁾.

(5) العقود الكاشفة :

لا تجوز القسمة في العقود الكاشفة للملكية مثل عقد القسمة وعقد الصلح ولو كانت القسمة والصلح تما بمقابل نقدي⁽³⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل قطعاً للنزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح طبقاً لنص المادة 532 من القانون المدني. ولا يصح اعتباره بيعاً لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين، مادامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلاً لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلاً لحسم النزاع، مما تتعدم به مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح.

والصلح لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد. ذلك أن الصلح الواقع في ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلاً للملكية بل مقرراً لها، والمبلغ المدفوع صلحاً لا يمثل قيمة العقار وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ في كسب أو خسارة دعوى الملكية. ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئاً من حقه، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبي عن العقد، مثل طالب الشفعة أو الاسترداد. هذا فضلاً عن أن نصوص القانون في الشفعة والاسترداد صريحة في أن كلا الحقين لا يردان إلا على حالة البيع".

(طعن رقم 72 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

(1) محمد كامل مرسى ص 351- استئناف مختلط 31 مايو 1899 المشار إليه بهامشه.

(2) إسماعيل غانم ص 79 - عبد المنعم الصده ص 446.

(6) حالة انتقال الملكية بغير تصرف قانوني :

إذا انتقلت الملكية إلى المشتري بغير تصرف قانوني، كالميراث والالتصاق والتقادم، فلا تجوز الشفعة، لأنه لم يحصل بيع.

17- جواز الشفعة في البيع غير المسجل :

لا يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون البيع مسجلاً أو حتى ثابت التاريخ. فحق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً⁽³⁶⁾.

والمقرر أن البيع الذي يسمى عادة بالبيع الابتدائي هو بيع تام بات، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، ويلتزم فيه المشتري بدفع الثمن وملحقاته.

ووصف العقد بأنه ابتدائي وصف لا يرد على العقد في ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي تبدأ صياغته من أن تجيء عليها، لتتغير فيما بعد لتصير في شكلها النهائي. فالعقد الابتدائي والعقد النهائي في مجال البيع لا يعدوان أن يكونا مسميين لعقد واحد هو عقد البيع مجردا عن النعت والتخصيص⁽³⁷⁾.

والغالب أن الذي يدعو إلى إبرام العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي هو أن تسجيل البيع يقتضي إجراءات تستغرق مدة طويلة، ويريد كل من الطرفين أن يقيّد الآخر بعقد ابتدائي إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فيبرما العقد النهائي. فالبيع الابتدائي إذن هو بيع تام ملزم للطرفين⁽³⁸⁾.

ومن ثم يثبت الحق في الشفعة من تاريخ إبرام العقد الابتدائي.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذي يشفع فيه، وأن الشفعة جائزة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل. فإن حق الشفعة ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط".

(طعن رقم 120 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/22)

(1) السنهوري ص 659 - عبد المنعم الصده ص 457 وما بعدها- نبيل سعد ص 377.

(2) نبيل سعد ص 377.

(3) السنهوري ص 659 وما بعدها.

2- "لما كان عقد البيع الابتدائي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسبابها فإنه لا يكون واجبا على الشفيع اختصاص بائع البائع ولو اشترك الأول في التوقيع على العقد النهائي لتسهيل إجراءات التسجيل".

(طعن رقم 418 لسنة 21 ق جلسة 1955/1/27)

3- "من المقرر أنه لا يشترط قانونا في البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ - لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن عقد البيع الصادر من الطاعن - المشتري الأول للعقار المشفوع فيه - إلى المطعون ضده الأخير - المشتري الثانى - قد تم بتاريخ.... أى قبل تاريخ إعلان الرغبة الموجه من الشفيع - المطعون ضده الأول - إلى الطاعن والبائعين له - والذى تم تسجيله فى.... وكان الطاعن قد دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة وأدخل المطعون ضده الأخير المشتري منه فى الدعوى. كما تمسك المدخل أيضا بالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم توجيه طلب الشفعة إلى البيع الثانى الصادر إليه من المشتري الأول فى... والسابق على تاريخ إعلان الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة الموجه إلى المشتري الأول والبائعين له فى.... وعلى تاريخ تسجيله فى... وكان الشفيع المطعون ضده الأول وإن ذهب ردا على ذلك الدفع أمام محكمة الدرجة الأولى إلى العزوف صراحة عن الطعن على البيع الثانى بالصورية بمقولة إنه لا حاجة لذلك - وهو ما سجله عليه الحكم الابتدائى وقضى على أساسه برفض دعواه إلا أنه عاد أمام المحكمة الاستئنافية إلى التمسك بأن العقد المذكور غير ثابت التاريخ ومن ثم فلا يحتج به عليه باعتباره من الغير، هذا إلى أنه عقد صورى صورية مطلقة دون حاجة إلى طلب تحقيق ذلك اكتفاء بما أورده من أنه من صورة واحدة وغير موقع عليه من أى شاهد وأنه مقدم من البائع، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب فى رده على هذا الدفع إلى القول بأنه يشترط لتطبيق نص المادة 938 من القانون المدنى أن يكون البيع للمشتري الثانى ثابتا ثبوتا قاطعا على نحو ما توجيه المادة 15 من قانون الإثبات قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وأن كلا من الطاعن والمطعون ضده الأخير لم يوردا أى دفاع أو طلبات بشأن عدم ثبوت تاريخ العقد المذكور مما يقتضى الالتفات عنه لانتفاء الدليل على أنه سابق على تسجيل إنذار الشفعة الحاصل فى... لما كان ما تقدم وكان هذا الذى ذهب وانتهى إليه الحكم يخالف صحيح القانون الذى لا يشترط فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ وأوجب على الشفيع

فى هذه الحالة أن يوجه طلب الأخذ بالشفعة إلى البيع الثانى متى كان سابقا لإعلان الرغبة أو تسجيله فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 864 لسنة 51 ق جلسة 1985/2/12)

18 - عقود البيع التى يوقع عليها بعض البائعين دون الباقيين :

إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من عدة شركاء عن جميع العقار موضوع العقد، وامتنع بعض الشركاء عن توقيعه بينما وقعه البعض الآخر. فإن هذا العقد يتحول إلى عقد بيع بات ملزم لمن وقعه من الشركاء دون حاجة إلى بحث أثر التعهد - إذا ورد فيه - بتوقيع الغير فيما بين المتعاقدين⁽³⁹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد، وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا قبل المشتري عن حصته التى يملكها، وللمشتري أن يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصته ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن التوقيع. وإقرار البائعين فى العقد بتضامنهم فى نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقى الشركاء حصصهم، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه فى حصته ثم فى حصص الآخرين أيضا. وإذن فتكليف المحكمة مثل هذا العقد بأنه مشروع بيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبرا عقد بيع بات ملزم لهما وترتيبها على هذا أنه لا تصح فيه الشفعة ذلك منها يكون خطأ".

(طعن رقم 55 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/1)

19 - العقد الصورى :

تنص الفقرة الأولى من المادة 244 من القانون المدنى على أنه: "إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم".

ويذهب رأى فى الفقه تسانده محكمة النقض إلى أن هذا النص يعطى للغير عامة ومنه طالب الشفعة الحق فى التمسك بعقد البيع الظاهر (الصورى)، دون العقد المستتر (الحقيقى) طالما أنه كان حسن النية أى لا يعلم بالعقد المستتر.

ومثال ذلك أن يحرر الطرفان عقد بيع صريح، ثم يحرران ورقة ضد يقران فيها بأن حقيقة العقد المذكور أنه عقد آخر كرهن مثلاً، وذلك لمنع الشفعة فيه. فإن الشفيع وهو من الغير بالنسبة إلى المتعاقدين، يكون له التمسك بالعقد الظاهر ويؤسس عليه طلب الأخذ بالشفعة وأنه لا يقبل من المتعاقدين إحباط الشفعة بالاحتجاج فى مواجهة الشفيع بالعقد المستتر طالما أنه لم يثبت علمه به⁽⁴⁰⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه من المقرر قانوناً أن ورقة الضد لا يحتج بها إلا فيما بين العاقدين وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر. وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت هى لم تسجل. فمتى كان العقد صريحاً فى أنه بيع لا رهن فلا يجوز قانوناً التمسك قبل طالب الشفعة - وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد - بأنه رهن لا بيع بناء على إقرار من البائع بذلك مقول إنه صار ثابت التاريخ بوفاء بعض الشهود الموقعين عليه".

(طعن رقم 27 لسنة 14 ق جلسة 1944/11/23)

2- "إذا كان الثابت أن هناك عقداً ظاهراً يقول طالب الشفعة إنه هو الذى علم به وحده وبنى عليه طلبه الأخذ بالشفعة وهو العقد النهائى المسجل، وآخر يقول إنه كان مستتراً عنه وقت الطلب، وهو العقد الابتدائى الذى قدمه المشتري أثناء سير الدعوى واعتمده الحكم، وكان العاقدان مختلفين فى بيان ثمن الصفقة إذ هو فى العقد الابتدائى أكثر منه فى العقد المسجل، والشفيع يتمسك بما جاء من الثمن فى العقد الأخير حتى ولو كان سورياً، فإنه إذ كان الشفيع، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة، من طبقة الغير بالنسبة إلى ورقة الضد المحررة بين البائع والمشتري، وإذا كانت ورقة الضد لا يحتج بها إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام أما غيرهم من ذوى الحقوق الذين لم يعلموا بها وقت أن نشأت حقوقهم فلمهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، سواء أكانت

(1) محمد على عرفه ص 444 - إسماعيل غانم ص 80- وعكس ذلك السنهورى ص 656 - عبد المنعم الصده ص 454 - فيريان أن الشفيع لا يعتبر من الغير فى الصورية.

ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت لم تسجل، كان الاحتجاج على الشفيع بعقد البيع الابتدائي الذي هو ورقة ضد العقد المسجل غير حائز قانوناً. وإذ خالف الحكم هذه القاعدة دون أن يذكر شيئاً عن علم الشفيع أو عدم علمه بحقيقة الثمن حين طلب الشفعة فإنه يكون متعيناً نقضه".

(طعن رقم 132 لسنة 17 ق جلسة 1949/4/14)

3- "إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشتري. فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستور إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف مقتضى هذه القاعدة وقضى بعدم جواز أخذ العقارات المباعة بالشفعة تأسيساً على أن عقد البيع ليس في حقيقته إلا عقداً ساتراً لهبة فلا تجوز فيه الشفعة، وكان هذا الخطأ قد صرف المحكمة عن بحث ما دفع به المطعون عليها دعوى الطاعنين من أن حقهما في الشفعة قد سقط لمضي المدة القانونية من تاريخ العلم بالبيع، لما كان ذلك، كان الحكم متعين النقض".

(طعان رقما 172، 179 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/15)

4- "الشفيع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد، فإن النعي عليه بمخالفة القانون على غير أساس".

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/29)

5- "استقر قضاء هذه المحكمة على أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر. وإذن فمتى كانت الأبطال المشفوع فيها مملوكة لمصلحة الأملاك الأميرية وأن لمالكها الأصليين حق استردادها بحكم القانون في خلال فترة معينة ثم تنازلا عن هذا الحق إلى المشتري الذي تعاقد مع مصلحة الأملاك ولم يشر

فى هذا العقد إلا لإقرارى تنازل صاحبه حق الاسترداد ولم يرد فيه ذكر للعقد الذى سبق إبرامه بين المتنازلين وبين المشتري والذى يتضمن أن مصلحة الأملاك تحرر عقدا لأحد المتنازلين وهذا يحرر بدوره عقدا للمشتري، وكان هذا المشتري لم يتمسك فى دفاعه فى أية مرحلة من مراحل التقاضى بأن الشفيع كان يعلم بالعقد المستتر حتى كان يصح الاحتجاج عليه بما ورد فيه، فإن النعى على الحكم بأنه فسخ نصوص العقد المستتر، أو أنه لم يلتزم بنصوصه أو أخطأ فى تكييفه، أو أنه لم يبت فى صورته، كل هذا النعى يكون غير منتج الشفيع لا يمكن أن يحاج به مادام البيع الذى صدر من مصلحة الأملاك بوصفها بائعة إلى المشتري هو الذى تقام على أساسه دعوى الشفعة".

(طعان رقما 146، 147 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/25)

6- "لئن كان الشفيع - بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة - يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد".

(طعن رقم 244 لسنة 31 ق جلسة 1965/12/30)

7- "الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية، أى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 103 لسنة 87 ق جلسة 1979/12/13)

8- "المقرر فى قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين - البائع والمشتري - فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له".

(طعن رقم 1326 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/29)

9- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان في حقيقته عقدا صوريا بين عاقيه دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقي المستتر إلا أن يكون سىء النية أى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر، وعلى من يدعى سوء نية الشفيع إثبات ذلك، فإن عبء الإثبات يقع فى هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا أفلح فى ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر أما إذا أخفق ظلت الحجة للعقد الظاهر".

(طعن رقم 1450 لسنة 50 ق جلسة 1985/1/15)

10- "الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع المشفوع فيه بحيث لا يحاج بما ورد فيه، ويجوز له إثبات ما يخالفه بكافة طرق الإثبات القانونية، إلا أنه يجوز للشفيع مع هذا أن يتمسك إذا شاء قبل طرفى البيع بما ورد فيه، ولا يكون لهما فى هذه الحالة أن يحتجا قبله بصوريته أو أن يتمسكا قبله بعقد آخر خلاف ذلك إلا إذا أثبت أنه كان سىء النية بأن كان يعلم بحقيقة العقد المستتر وبصورية العقد الظاهر المشفوع فيه".

(طعن رقم 1717 لسنة 52 ق جلسة 1985/6/25)

20- وجوب أن يظل البيع قائما حتى تتم الشفعة :

يجب للأخذ بالشفعة أن يستمر بيع العقار قائما من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة. فالنتيجة النهائية فى الشفعة هى حلول الشفيع محل المشتري فى عقد البيع المشفوع فيه، وهذا يستلزم عقلا ومنطقا بقاء العقد الذى يجب أن يتم فيه هذا الحل. وعلى ضوء هذا نعرض لحكم بعض البيوع فى البند التالى.

21- حكم بعض البيوع :

(1) البيع المعلق على شرط :

تنص المادة 265 من القانون المدنى على أنه : "يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقل غير محقق الوقوع".

ومن هذا النص يتضح أن الغاية من وصف العقد بالشرط هى إما تعليق نشوء الالتزام أو تعليق انقضائه والملاحظ أن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال. وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف أو معلق على شرط فاسخ لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال. ومن ثم يثبت الحق فى الأخذ بالشفعة فيهما من تاريخ انعقادهما.

فإذا تم الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء، حل الشفيع محل المشتري، فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار البيع باتا، وإذا تحقق زال البيع بأثر رجعي.

وإذا تحقق الشرط الواقف نفذ البيع بأثر رجعي، ونفذت معه الشفعة.

ومن ثم فإنه يجب على الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة، وتسرى من وقت إبرام العقد، فإذا أخذ بالشفعة في مواعيدها، حل محل المشتري في البيع. أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت حصول البيع سقط حقه في الشفعة⁽⁴¹⁾.

وقد أخذت بالرأى السابق محكمة النقض فقضت بأنه يجوز أخذ العقار بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف والبيع المعلق على شرط فاسخ على حد سواء. وقضت بشأن جواز الأخذ في الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف بأن:

"إن القانون إذ جعل البيع سببا للشفعة، وجعل حق الشفيع في طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عاما مطلقا، لا فرق فيه بين بيع خال من الشروط وبيع مقيد بها ولا بين شرط وشرط وإذن فالحكم الذي يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائي المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبي وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبي على بيع نصيب القصر -

(1) السنهاورى ص 662 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 340- نبيل سعد ص 380- وعكس ذلك محمد على عرفه شرح القانون المدني الجديد الجزء الثاني أسباب كسب الملكية 1955 ص 451- الأستاذ أحمد فتحي زغلول شرح القانون المدني سنة 1913 ص 83 - ويقول الدكتور محمد على عرفه إن الشفعة لا تثبت في بيع معلق على شرط واقف، إذ مثل هذا البيع لا يكون نافذا، بصريح نص القانون، إلا إذا تحقق الشرط.

ولما كانت الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجًا باتًا قاطعًا، فإننا لا نستطيع أن نتعلل بالأثر الرجعي للشرط للقول بثبوت الشفعة في مثل هذا البيع من لدن انعقاده لا من وقت تحقق الشرط، لما في ذلك من توسع مكروه في أعمال نظرية الأثر الرجعي التي يجب أن يقتصر أثرها على تحديد علاقة المتعاقدين، دون أن يتأثر بها تكييف العقد وقت انعقاده.

ويرد الدكتور السنهاورى على هذا الرأى قائلا : ص 664 هامش (2) أنه لو صح أن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجًا باتًا قاطعًا، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط فاسخ، لأن ملكية العقار في هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقالًا باتًا قاطعًا إذ أن البيع يزول بأثر رجعي بتحقيق الشرط الفاسخ.

هذا الحكم يكون خاطئاً في تقريره هذا. إلا أنه إذا كانت المحكمة مع ذلك قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بأدلة سائغة أوردتها أن الشفيع لم يكتمل علمه بأركان البيع التي أقرها المجلس الحسبي ومنها الثمن الذي لأبد من علمه به ليوازن بين ما إذا كان يقدم على الطلب أو يتخلى عنه إلا في التاريخ الذي حدده في صحيفة الدعوى، فإن ذلك التقرير الخاطئ لا يستوجب نقض الحكم لأنه لم يكن له تأثير على سلامة النتيجة التي انتهت إليها المحكمة وهي عدم سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لأن مدة السقوط المنصوص عليها في المادة 19 من قانون الشفعة لا تبدأ إلا من تاريخ العلم الكامل بأركان البيع وترك الحق لا يكون إلا بعد توافر هذا العلم".

(طعن رقم 114 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/29)

كما قضت بشأن جواز أخذ الشفعة في البيع المعلق على شرط فاسخ بأن :

"مناط الحكم بوقف الدعوى وفقاً للمادتين 129 من قانون المرافعات 1/16 من القانون 46 لسنة 1972 بشأن السلطة القضائية أن ترى المحكمة تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، وأن تكون هذه المسألة خارجة عن اختصاص المحكمة الوظيفي أو النوعي، وإذ كانت دعوى الفسخ تدخل في الاختصاص الولائي للقاضي العادي المختص ولائياً بدعوى الشفعة ولا تخرج عن الاختصاص النوعي لها، وكانت الشفعة جائزة في البيع المعلق على الشرط الفاسخ لأن البيع في هذه الحالة يكون موجوداً وناظراً من وقت إبرامه، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد إجراءات الأخذ بالشفعة فيه، فإن هو فوتها سقط حقه في الأخذ بها، ولا تبدأ مواعيد جديدة بتخلف هذا الشرط، لما كان ذلك وكان لا إلزام على محكمة الشفعة أن تحجب الطاعنين - البائعين - إلى طلب وقف الدعوى بعد أن رأت في حدود سلطتها التقديرية أنه لا محل لوقفها حتى يفصل في دعوى الفسخ تأسيساً على أن الشفعة جائزة في البيع المعلق على شرط فاسخ طالما ظل البيع قائماً، فإن النعي على الحكم بهذا السبب يكون في غير محله".

(طعنان رقما 281، 952 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/12)

(2) البيع القابل للإبطال :

البيع الباطل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود، فلا نكون بصدد عقد بيع.

أما البيع القابل للإبطال فيجوز الأخذ فيه بالشفعة، لأنه بيع قائم بات نافذ، حتى يقضى بإبطاله، لأن إبطاله لا يكون إلا بناء على طلب من شرع البطلان لمصلحته، كما أن لهذا أن يجيز العقد فتصححه الإجازة بأثر رجعي كما قد تسقط الدعوى بإبطاله بالتقادم فتستقر الملكية نهائياً. وبالترتيب على ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفي البيع الذى شابه غلط أو تدليس أو إكراه⁽⁴²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التى يشفع بها لأن العقد الذى يستند إليه فى تملكها لم يصدر من مالكا بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى، وقضت المحكمة- للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فلا تثريب عليها فى ذلك. إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبيا، ولهذا فالعيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله، والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان".

(طعن رقم 119 لسنة 13 ق جلسة 1944/6/8)

2- "بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري ما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما ومنتجا لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفيا لأركانه ولو حمل سببا لبطلانه يحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوق والتزاماته لا يملك تعديله أو تبويض محله، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع، وحمل قضاءه على ما أنبا به من أن البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة ... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته، ولم يجزه فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 691 لسنة 47 ق جلسة 1979/1/10)

(3) البيع المقترن بعربون :

إذا كان البيع المشفوع فيه مقترنا بعربون، ولم يستعمل المشتري حقه في العدول قبل طلب الشفيع الأخذ بالشفعة، فإنه يكون للشفيع أخذ العقار بالشفعة. أما إذا استعمل المشتري حقه في العدول عن الشراء بعد طلب الشفيع الأخذ بالشفعة، فإنه لا يكون له ما يبرره وخاصة أنه يتحقق للمشتري غرضه في التخلص من العقد عن طريق حلول الشفيع محله⁽⁴³⁾.

(4) البيع الذي يتم فيه التقابل :

يقصد بالتقابل (التفاسخ) في عقد البيع، اتفاق طرفيه على إلغائه ورفع آثاره، وهذا الاتفاق هو عقد جديد فاسخ للعقد الأول.

وعلى ذلك فالتقابل يؤدي إلى اعتبار البيع كأن لم يكن، ولما كان البيع هو أساس الشفعة فإنها تنهار بانتهائه وتزول بزواله. فلا حق لأحد في أن⁽⁴⁴⁾ يمتلك عقارا جبرا عن ماله إذا لم يقدم على إخراجه من ملكه، لأن مالك الشيء أولى به من غيره.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التقابل في البيع لا يعتبر بيعا جديدا يتولد عنه للشفيع حق الشفعة لأن التقايل أو التراد في البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة وإن فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا يبقى محل لطلب الشفعة".

(طعن رقم 168 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/25)

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 381.

(2) فقد قضت محكمة النقض بأن :

"... والتقابل في عقد من العقود هو اتفاق بين طرفيه على إلغائه ورفع آثاره. وهذا الاتفاق هو عقد جديد فاسخ للعقد الأول. فإذا كان العقد الأول قد ترتب عليه انتقال حق الملكية في عقار، فإن التقابل فيه من شأنه أن ينقل هذا الحق ممن آل إليه إلى صاحبه الأصلي، ومن ثم يكون تسجيله لازما لانتقال الملكية إليه عملا بنص المادة الأولى من قانون التسجيل، وهو ليس من العقود المقررة للملكية المعفاة من التسجيل. فإذا هو لم يسجل فإنه لا يملك المشتري ولا يصلح لأن يشفع بالعين التي هي محله".

(طعن رقم 144 لسنة 15 ق جلسة 1946/5/16)

أما إذا كان التقابل من البيع تم بعد طلب الشفيع الشفعة في مواعيدها ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقابل حقه، لأن حق الشفيع في طلبها متولد من مجرد إتمام انعقاد البيع⁽⁴⁵⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"القانون جعل البيع سببا للشفعة كما جعل حق الشفيع في طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، فإذا فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه في الشفعة قائما. ولما كان الثابت بالأوراق أنه بعد إتمام البيع من الطاعن الأول إلى المطعون عليه الثاني بموجب العقد المؤرخ 1972/2/12 قام المطعون عليه الأول بإعلانهما فى 1972/4/2، 1972/5/7 برغبته فى أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ثم أقام دعوى الشفعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب وقيدها بتاريخ 1972/5/10، فإن فسخ البيع الذى ادعى الطاعن الأول حصوله رضاء فى 1972/5/15 بعد طلب الشفعة، لا يسقط حق الشفيع، ويجوز له إجبار البائع أن يمضى معه فى البيع لا مع المشتري".

(طعن رقم 720 لسنة 46 ق جلسة 1980/6/3)⁽⁴⁶⁾

22- إثبات البيع :

تثور مسألة إثبات البيع إذا أنكر البائع والمشتري اتفاقهما على البيع لإحباط سعى الشفيع إلى أخذ العقار المبيع بالشفعة.

ولما كان الشفيع ليس طرفا هذا البيع، وإنما هو من الغير، ومن ثم لا يخضع فى إثباته عقد البيع لما تنص عليه المادة 60 من قانون الإثبات التى تقضى بأنه فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد

(1) محمد على عرفه ص 456 - منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى 1965 ص 333.

(2) ويرى البعض أن التقابل لا يترتب عليه زوال العقد الأول وإنما هو عبارة عن عقد جديد يتفق فيه على ما يناقض العقد الأول، إذ يتفق الطرفان على أن يسترد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن، فيقع حينئذ عقد جديد يكون البائع فيه هو المشتري فى العقد الأول ويكون المشتري فيه هو البائع فى العقد الأول. وعلى ذلك فيكون للشفيع أن يطلب الشفعة بسبب البيع الثانى (السنهورى ص 666 - عبد المنعم الصده ص 452).

القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. وإنما يضحى هذا البيع بالنسبة له بمثابة واقعة مادية، يجوز له إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن⁽⁴⁷⁾.

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة فى دعوى الشفعة لإثبات واقعة البيع المجرد، فإذا حلفها البائع أو المشتري فإنها تحسم النزاع بالنسبة إلى العقار المقول ببيعه. ولا يلزم أن يحلف كل من البائع والمشتري، إذ لابد لتمام البيع من إيجاب وقبول، فإذا انتفى أحدهما باليمين اعتبر البيع منعماً⁽⁴⁸⁾.

ولا يكفى نكول أحدهما عن حلف اليمين، بل لابد من نكول كليهما، إذ الإقرار الذى يتضمنه النكول لابد أن يصدر من طرفى البيع فالبيع لا يتم إلا بتراضيهما⁽⁴⁹⁾.

23- ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة :

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به، وقت قيام سبب الشفعة أى وقت انعقاد البيع الذى يريد أن يشفع فيه بصرف النظر عن تاريخ تسجيله. وهذا الشرط مفهوم بداهة من حكمة الشفعة وهى دفع ضرر الشركة أو الجوار، ولا يتضرر منها إلا شريك أو جار مالك. فإن كان الشفيع يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر، وجب أن يكون مالكا الرقبة أو حق الانتفاع أو رقبة العين المحكرة أو حق الحكر. وإن كان يشفع بحصة شائعة فى عقار مملوك على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة وإذا كان تملك الشفيع العقار المشفوع به بتصرف قانونى، وجب أن يكون هذا التصرف مسجلا، لأن الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

فإذا كان العقار قد آل إلى الشفيع بمقتضى عقد بيع، وجب أن يكون العقد مسجلا وقت البيع المشفوع فيه، ولا يغنى عن هذا التسجيل مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة تعاقد عن هذا البيع، أو حتى تسجيل الحكم الصادر فيها بعد البيع رأينا أن التسجيل ليس له أثر جعى.

(1) السنهورى ص 670.

(2) محمد على عرفه ص 455.

(3) السنهورى ص 670 هامش (2).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أى وقت انعقاد بيع العقار الذى يشفع فيه ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع، لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دفاع المشتري المؤسس على أن الشفيع لم يكن مالكا لما يشفع به وقت حصول البيع سبب الشفعة أقام قضاءه على أن عقد شراء الشفيع للأرض الذى يشفع بها أسبق فى التسجيل على تاريخ تسجيل عقد بيع الأطنان التى يشفع فيها، فإنه يكون قد خالف القانون وكان يتعين على المحكمة ليكون قضاؤها صحيحا فى هذا الخصوص أن تقيمه، على أن تاريخ تسجيل عقد الشفيع سابق على تاريخ بيع الأرض المشفوع فيها".

(طعن رقم 71 لسنة 21 ق جلسة 1954/2/18)

2- "إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على أن الطاعنين لم يقدموا دليلا على ملكيتهما للأرض المجاورة الحصة المراد أخذها بالشفعة، وهو ما يكفى لحمل قضاء الحكم، ومن ثم فإن النعى عليه فيما استطرد إليه بشأن تجزئة الصفقة - أيا كان وجه الرأى فيه - يكون نعيًا غير منتج".

(طعن رقم 842 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/26)

3- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة وأن ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، وإذا كان الطاعن - الشفيع - لم يسجل حكم صحة التعاقد الصادر لصالحه عن العقار المشفوع به إلا بعد صدور البيع المشفوع فيه، وكان هذا التسجيل لا يرتب أثره إلا عن تاريخ حصوله ولا ينسحب إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى وإذ رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن فى طلب أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع سبب الشفعة يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 414 لسنة 50 ق جلسة 1983/4/10)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان البين من الأوراق ومن عقد البيع المسجل رقم 1477 لسنة 1981 توثيق بنها سند ملكية طالب الأخذ بالشفعة بصفته أن الشركة التى يمثلها المطعون ضده الأول هى إحدى شركات الاستثمار التى تكونت طبقا لأحكام القانون رقم 43 لسنة 1974 الذى

حل محله القانون 230 لسنة 1989 فإنه يتعين لقبول دعوى الشفعة منها أن تقدم ما يفيد حصولها على موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار على التوسع في ملكية الأرض الزراعية اللازمة لنشاطها ذلك أن الحكم بثبوت حق الشفعيع في أخذ العقار المشفوع فيه يكون هو مصدر ملكيته المنشئ لحقه فيه وهو الأمر الممتنع على الشركة سالفة البيان طالما لم تستبق إلى الحصول على موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار والتي استلزمها القانون وعلق عليها حكمه الاستثناء من الحظر المفروض على تملك هذه الأرض وإذا لم يفتن الحكم المطعون فيه إلى أن الشركة طالبة الأخذ بالشفعة هي إحدى شركات الاستثمار ورد على ما دفع به الطاعن من عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان استنادا إلى أحكام القانون رقم 230 لسنة 1989 سالف البيان بأن لم يثبت أن المطعون ضده الأول أجنبي، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وحجبه ذلك عن التحقق من حصول موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار على تملك الشركة التي يمثلها المطعون ضده الأول للأرض المشفوع فيها مما يعيبه".

(طعن رقم 6839 لسنة 66 ق جلسة 1988/5/16)

وإذا كان الشفعيع يستند في ملكيته للعقار المشفوع به إلى تملكه بالتقادم المكسب، وجب توافر مدة التقادم وقت انعقاد البيع المشفوع به، ولا يغنى عن ذلك اكتمال هذه المدة بعد انعقاد البيع وقبل تسجيله⁽⁵⁰⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى شفعة، قد حصل من تحقيق النزاع القائم بشأن ملكية الشفعيع للأرض التي يشفع بها أن الشفعيع عجز عن إقامة الدليل على ملكيته لهذه الأرض بأى سبب من أسباب الملك بالتقادم أو بالعقد المسجل حتى تاريخ رفع الدعوى وأنه غير محق في طلب الشفعة لعدم قيام سببه لديه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون، ذلك أن شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفعيع مالكا لما يشفع به

(1) محمد كامل مرسى ص 280 - السنهورى ص 771 - محمد على عرفه ص 473 - عبد المنعم الصده ص 432 - منصور مصطفى منصور ص 321 - وعكس ذلك عبد السلام ذهني ص 673 فيذهب إلى أن تملك واضع اليد يكون معلقا على شرط واقف وهو مضى المدة القانونية، بالشرط المقررة لصحة وضع اليد، والأمر في ذلك يرجع إلى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو واقف.

ولا يكفي أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك إذ مجرد حيازة الشفيع لا يغني عن إثبات ملكيته".

(طعن رقم 382 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/2)

2- "إذا تمسك الشفيع بأنه اشترى العقار الذي يشفع به وحازه واستوفت حيازته شرائطها المكسبة للملكية قبل البيع المشفوع فيه وجب على المحكمة التي تنتظر طلب الشفعة أن تتحقق من توافر تلك الشرائط متى كان الشفيع لم يسجل سنده، لأن اكتساب الملكية بالتقادم يغنيه عن هذا التسجيل، لما كان ذلك وكان البين من محاضر أعمال الخبير أن الطاعنة تمسكت فيها بأنها وضعت يدها على الأطيان المشفوع بها منذ شرائها الحاصل بتاريخ 1955/11/1 واستمرت منذ ذلك التاريخ في ربهها من الساقية الواقعة في وقف.... وقد تأيد ذلك بشهادة شاهديها ولم ينكر ملكيتها أحد من المطعون ضدهم أو يجادل فيها، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه مع ذلك على قوله أن "عقد البيع العرفي المشار إليه لا ينقل ملكية الأطيان المشفوع بها إلى الطاعنة وحجب عن نفسه بذلك عن بحث اكتساب الطاعنة ملكية الأطيان المشفوع بها بالتقادم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب".

(طعن رقم 1210 لسنة 54 ق جلسة 1989/2/28)

وإذا كان سند ملكية الشفيع باطلاً، كما إذا تملك بموجب عقد هبة لم يفرغ في محرر رسمي، فإن العقد يكون ولا وجود له، ولا يكون بالتالي مالكا.

24- وجوب استمرار ملكية الشفيع حتى ثبوت الحق في الشفعة :

لا يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعين المشفوع بها وقت قيام سبب الشفعة فقط، وإنما يجب أن تستمر ملكيته للعقار المشفوع به حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة، ولو زالت بعد ذلك، ولو كان زوالها بأثر رجعي.

ويثبت حق الشفيع في الشفعة من وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة، أو من التراضي على الأخذ بالشفعة.

وعلى ذلك إذا تصرف الشفيع في العقار المشفوع به بأي تصرف ناقل للملكية سواء كان بمقابل كالبيع أو المقايضة أو بدون مقابل كالهبة، قبل ثبوت حقه في الشفعة، فإنه يفقد حقه في الحصول على العقار بالشفعة.

ولذلك نعرض فيما يلي لوضع بعض التصرفات التي تملك بها الشفيع.

25- حكم بعض التصرفات التى آلت بموجبها الملكية إلى الشفيع :

(1) العقد القابل للإبطال :

إذا كان العقد الذى تملك بموجبه الشفيع عقدا قابلا للإبطال، فإن العيب الذى يشوب العقد لا يمنع انتقال الملكية إليه، ذلك أن طلب إبطال هذا العقد مقصور على من شرع البطلان لمصلحته، فإذا كان الشفيع قد اشترى العقار من ناقص الأهلية، فليس للمشفوع منه أن يدفع بالبطلان لأن ناقص الأهلية هو صاحب الحق فى الدفع وحده⁽⁵¹⁾.

(2) الملكية تحت شرط واقف :

لا يجوز للشفيع المالك تحت شرط واقف ولو كان مسجلا طلب الأخذ بالشفعة، لأن المالك تحت شرط واقف لا تتوفر له الملكية، ولكن وجودها يكون معلقا على الشرط، فإذا تحقق الشرط وجدت الملكية، وإذا تخلف الشرط لا توجد الملكية. كما لا يجوز لهذا المالك إذا ما تحقق الشرط بعد صدور البيع أن يطلب الشفعة على أساس الأثر الرجعى للشرط الواقف، لأن هذا الأثر الرجعى مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له فى نطاق الشفعة⁽⁵²⁾.

(3) الملكية تحت شرط فاسخ :

المالك تحت شرط فاسخ تتوفر له الملكية طالما كان عقده مسجلا، ولكن زوالها يكون معلقا على الشرط، فإذا تحقق الشرط زالت الملكية واعتبرت كأن لم تكن. وإذا تخلف الشرط صارت الملكية باتة. ومن ثم يجوز لهذا المالك أن يطلب الشفعة. فإذا تحقق الشرط قبل الحكم بالشفعة أو تسليم المشتري بها سقط حقه فيها، لأن الملكية لم تظل له إلى حين تمام الأخذ بالشفعة. وإذا تحقق الشرط بعد تمام الأخذ بالشفعة فلا يكون لزوال ملكية حينئذ أى أثر على حقه فى الشفعة، حيث يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه. ولا يعترض على هذا بأن الشرط يتحقق بأثر رجعى، حيث يستند أثره إلى وقت انعقاد

(1) محمد كامل مرسى ص 281.

(2) محمد كامل مرسى ص 277 - السنهورى ص 772 - عبد المنعم الصده ص 438 - محمد على عرفه ص 466 إسماعيل غانم ص 77 - منصور مصطفى منصور ص 323.

التصرف، فتعتبر الملكية كأنها لم تكن قط للمالك، ويعتبر هذا كأنه شفع بعقار لا يملكه، لأن الأثر الرجعي لا يعتد به في نطاق الشفعة⁽⁵³⁾.

26- وجوب توافر كافة الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة في الشفيع حتى ثبوت الحق في الشفعة :

لا يشترط فقط في الشفيع أن يكون مالكا عند انعقاد بيع العقار المشفوع فيه، وأن يستمر هكذا إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة، وإنما يشترط أن تكون كافة الشروط الواجب توافرها في الشفيع للأخذ بالشفعة قائمة حتى ثبوت الحق في الشفعة أى بالقضاء بها أو بالتراضى عليها.

فإذا كان الشفيع جارا مالكا على الشيوع ثم تمت القسمة أثناء نظر دعوى الشفعة فاختص الشفيع بجزء من الأرض التي يشفع بها لا يتحقق بالنسبة له التلاصق المطلوب لثبوت الشفعة، سقط حقه في الشفعة لزوال سببها، أما إذا تم الحكم له بالشفعة قبل إجراء هذه القسمة ثم تمت القسمة بعد ذلك فلا أثر للقسمة على حق الشفيع.

وإذا كان الشفيع جارا مالكا وطلب الشفعة، ثم زال الجوار أثناء نظر دعوى الشفعة، كما لو أنشئ طريق أو مصرف عام يفصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع المشفوع فيه سقط الحق في الشفعة، أما إذا تم ذلك بعد الحكم في الشفعة فلا أثر له على حق الشفيع⁽⁵⁴⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 277- السنهوري ص 772 وما بعدها- إسماعيل غانم ص 76 وما

بعدها - عبد المنعم الصده ص 437 - منصور مصطفى منصور ص 323.

(2) عبد المنعم الصده ص 436 - نبيل سعد ص 396.

مادة (936)

يثبت الحق فى الشفعة :

- (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.
 - (ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى.
 - (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها.
 - (د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.
 - (هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :
- 1- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.
 - 2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.
 - 3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

(أسباب الشفعة)

(السبب الأول)

شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع

27- مضمون السبب :

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه. فالشفعة فى هذه الحالة ليست سببا لكسب الملكية، بل هى سبب لكسب حق الانتفاع، ويصبح بها الشفيع مالكا ملكية تامة.

ولئن كانت القاعدة العامة فى الشفعة أنها لا تكون إلا فى العقارات المادية، فلا تكون فى العقارات غير المادية، أى فى حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات، وعلى ذلك يكون تخويل مالك الرقبة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع استثناء من القاعدة العامة. وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عدم التوسع فيه، فلا يمنح

هذا الحق، في حالة بيع حق المنفعة، إلا لمالك الرقبة دون غيرهم، فلا يعطى مثلاً للشركاء في حق الانتفاع⁽⁵⁵⁾.

والحكمة من تقرير حق الشفعة في هذه الحالة هي أنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة فتجتمع للمالك سلطاته على الشيء. ولهذا فوائده الاقتصادية غير المنكورة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 936، 937 من القانون المدني أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة- في بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية ببرد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا الخ".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

28- فروض متعددة لشفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع :

رغم أن شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع، نادرة الوقوع في العمل، ويرجع ذلك إلى ندرة تقرير حق الانتفاع عملاً. ومع ذلك يتصور الفقه هذا السبب في فروض متعددة نعرض لها فيما يلي.

(1) أن يرتب المالك حق الانتفاع على الرقبة كلها :

فيكون هناك عقار مملوك لشخص، ويرتب عليه حق انتفاع لآخر، فيكون المالك الأصلي مجرد مالك رقبة، ويكون حق الانتفاع ملابساً لهذه الرقبة كلها. فإذا تصرف صاحب حق الانتفاع بالبيع في كل حقه أو في بعضه، جاز لمالك الرقبة أن يأخذ بالشفعة هذا المبيع أياً كان مقداره، وهو هنا لا يزاحمه أحد.

(2) أن يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة في العقار :

قد يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة في العقار، ولتكن النصف مثلاً، فإن المالك يظل مالكا ملكية تامة لمقدار النصف شيوعاً في العقار، ومالكا أيضاً لرقبة النصف الآخر- التي يلبسها حق الانتفاع، فإذا بيع حق الانتفاع كله أو بعضه، جاز لمالك الرقبة المذكور أن يشفع فيه كما في المثال السابق⁽⁵⁶⁾.

(1) محمد كامل مرسى في الجزء الثالث ص 214.

(2) المستشار عزت حنوره ص 33.

(3) أن تكون ملكية العقار لشخص واحد ورتب حق انتفاع لشخصين أو أكثر شيوعاً بينهم :

فى هذه الحالة، إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة فى حق الانتفاع، ونفرض أنها النصف، كان لمالك الرقبة أن يشفع فى الحصة المبيعة، فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار، ومالكا لرقبة النصف الآخر. ولا يستطيع الشريك الآخر فى حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة فى أخذ الحصة الشائعة المبيعة فى حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة مقدم فى الترتيب على الشريك فى الشيوع كما سنرى⁽⁵⁷⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 936، 937 من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة - فى بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا - وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشركاء عند مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الانتفاع الملبس للرقبة التى يملكها وذلك على ما جرى به نص المادة 937 من القانون المدنى المشار إليها - وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة على باقى الشفعاء عند مزاحمتهم له وفق ما جرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشركاء الآخرين مالك الرقبة فى بيع حق الانتفاع فتكون الأفضلية للأخير مؤكدا بذلك أن الشفعة فى حق الانتفاع مقررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر الحكمة من تقرير الشفعة وهى منع المضار - لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب فى النتيجة التى انتهى إليها".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

(4) أن تكون ملكية العقار شائعة لشخصين أو أكثر ويرتب الملاك على العقار جميعه حق انتفاع :

إذا كان العقار مملوكا على الشيوع لشخصين أو أكثر، ورتب الملاك حق انتفاع لآخر

على كامل العقار، وباع صاحب حق الانتفاع حقه، جاز لمالك الرقبة أخذ حق الانتفاع بالشفعة فتخلص لهم ملكية العقار تامة.

كما يستطيع أحد الملاك أن يأخذ بالشفعة حصة في حق الانتفاع تعادل حصته في الرقبة، إذ هي الحصة الملائمة للحصة التي يملكها في الرقبة. فيعود كما كان مالكا لحصة في العقار ملكية تامة. ويبقى الملاك الآخرون الذين لم يأخذوا بالشفعة مالكين لحصة في الرقبة. وعلى هذا الوجه تكون حصة في العقار الشائع مملوكة لأحد الملاك ملكية تامة، والحصة الباقية يملك رقبتها الملاك الآخرون ويملك حق الانتفاع منها المشتري لحق الانتفاع.

غير أنه إذا اعترض المشتري لتفريق الصفقة عليه، فإن الشفيع يجبر على أخذ حق الانتفاع كله أو تركه كله منعا لتفريق الصفقة⁽⁵⁸⁾.

أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع يزيد على القدر الملابس لحصة الشريك في الرقبة الذي يطلب الأخذ بالشفعة، فإن هذا الشريك لا يستطيع أن يشفع إلا في القدر الملابس لحصته في الرقبة تاركا الباقي للمشتري، ما لم يرفض هذا الأخير تفريق الصفقة عليه فيفرض على الشفيع أخذ كل المبيع أو تركه كله⁽⁵⁹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "النص في المادة 936 من القانون المدني على أن يثبت الحق في الشفعة (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ... (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها ... مفاده أن كلا من حق الرقبة وحق الانتفاع يمكن أخذه بالشفعة إذا ما توافرت شروط الأخذ بها".

(طعن رقم 1611 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/4)

(ب) - "مفاد النص في المادة 1/985 من القانون المدني أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة في حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملابس له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 1644 لسنة 51 ق جلسة 1985/4/9)

(1) السنهاورى ص 722 وما بعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية 1976 ص 418 - محمد على عمران ص 108 - رمضان أبو السعود ص 294 وما بعدها.

(2) المستشار عزت حنوره ص 34.

(5) أن تكون ملكية العقار لماكين أو أكثر على الشيوع ويرتب الملاك حق

الانتفاع في العقار لمصلحة شخصين على الشيوع :

في هذه الحالة إذا باع أحد صاحبي حق الانتفاع نصيبه الشائع، جاز لملاك الرقبة أن يأخذوا معا هذا النصيب بالشفعة، لأن كلا منهم يملك الأخذ بالشفعة. ويجوز لأحد ملاك الرقبة بمفرده أن يأخذ هذا النصيب، ولا يجوز للمشتري الاعتراض لأن الصفقة لم تنفك (60).

29- جواز الشفعة في بيع حق الاستعمال والسكنى :

لم يورد القانون بيع حق الاستعمال أو السكنى بين حالات الشفعة. غير أنه لا خلاف على أن بيع حق الاستعمال أو السكنى يسرى عليه في مجال الأخذ بالشفعة ما يسرى على حق الانتفاع. وليس هذا قياسا على حق الانتفاع، وإنما لأن المبيع حينئذ لا يظل على حاله الأول كحق استعمال أو حق سكنى بل يكون قد تحول إلى حق انتفاع.

فضلا عن أن الشارع نظم أحكام حق الانتفاع في المواد (985- 995 مدنى)، بينما خص حق الاستعمال أو حق السكنى بمادتين فقط ثم أحال فيهما على أحكام حق الانتفاع إذ نصت المادة 998 مدنى على أنه فيما عدا الأحكام التى وردت فى المادتين السابقتين تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين".

وعليه فإنه فى الحالات التى يجوز فيها النزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى (م 997 مدنى) تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الحق الملابس لها من هذين الحقين. وقد أجازت المادة 997 مدنى التنازل عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى بناء على شرط صريح أو مبرر قوى، وسنعرض لذلك فى موضعه من الموسوعة (61).

(1) السهنورى ص 724.

(2) عبد المنعم الصده 403 - نبيل سعد ص 335- منصور مصطفى منصور ص 310 - المستشار عزت حنوره ص 35 وما بعدها - لاشين الغاياتى ص 11.

(السبب الثاني)

شفعة الشريك في بيع شيء من العقار الشائع

30- مضمون السبب :

تنص المادة 936 مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

"(أ).....

(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى".

فإذا باع الشريك فى الشيوع شيئاً من العقار الشائع إلى أجنبى ثبت لباقى الشركاء على الشيوع الحق فى الشفعة.

ويجب لانطباق هذا الحكم توافر عدة شروط نعرض لها فى البند التالى.

31- شروط الأخذ بالشفعة :

يشترط للأخذ بالشفعة لهذا السبب توافر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون هناك عقار شائع :

والعقار الشائع هو الذى يتعدد مالكوه. ولا يكون نصيب كل منهم فيه مفرزاً. فالإفراز عكس الشيوع. وفى الشيوع تمليك كل من الشركاء المشتاعين حصته فى العقار الشائع، مع ملاحظة أن هذه الحصّة ترد على كل ذرة من ذرات العقار الشائع، فهى ليست محدّدة بجزء معين، بل ترد على العقار كله.

وحالة الشيوع التى يكون الاتفاق أو القانون مصدرها، تنتهى بالقسمة النهائية فبالقسمة يتم إفراز نصيب كل من الشركاء المشتاعين. فالبيع الذى يجيز الشفعة لباقى الشركاء على الشيوع هو الذى يرد على حصّة شائعة، أى هو الذى يتم قبل القسمة. وأما إذا تم هذا البيع بعد القسمة فلا شفعة لباقى الشركاء استناداً إلى نص المادة 936/ب مدنى.

وترتیباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان المشتري لا يعدو أن يكون شريكاً على الشيوع فى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك على الشيوع فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على

الشيوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى هى جزء ضئيل من بعض المبيع".

(طعن رقم 197 لسنة 23 ق جلسة 1956/12/20)

الشرط الثانى : أن يكون الشريك مالكا للحصة التى يشفع بمقتضاها وقت التصرف فى الحصة الأخرى:

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشريك مالكا للحصة التى يشفع بمقتضاها وقت التصرف فى الحصة الأخرى المراد أخذها بالشفعة. فيجب إذن أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع، وإلا امتنع عليه طلب الشفعة.

ولما كانت الملكية فى العقار لا تنتقل سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل، فإن الشريك لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده، ومن وقت التسجيل لا قبله، ومن ثم لا يثبت حق الشفعة للشريك إذا كان تسجيل عقد شرائه لاحقا لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه⁽⁶²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الشريك فى معنى الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الشفعة هو المالك على الشيوع، وإذا كان المشتري لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده، ومن وقت التسجيل لا قبله، فإن الحكم إذا نفى حق الشفيع فى الشفعة على أساس أن تسجيل عقده لحصة شائعة فى القطعة التى بها الأطنان المشفوعة لاحق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لا يكون قد أخطأ".

(طعن رقم 30 لسنة 17 ق جلسة 1948/5/20)

(1) محمد على عرفه ص 411- عبد المنعم فرج الصده ص 405- الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية - الكتاب الأول حق الملكية 1974 ص 359.

وعكس ذلك السهورى ص 725 هامش (1) إذ يرى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين، وأن المشتري إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار الذى اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من الغير فى البيع الذى تم تسجيله.

وقد رأينا عند دراسة العقد أن هذا رأى يخالف قضاء محكمة النقض والرأى الغالب فى الفقه.

وتثبت الشفعة للشريك أيا كان مقدار الحصة المباعة بالنسبة إلى حصته. كما تثبت للشريك على الشيوع سواء كان الشركاء من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين⁽⁶³⁾.

والشريك الذي له الحق في طلب الشفعة هو الشريك في العقار الذي بيع منه شيء. وعلى ذلك فإن الجار الذي له حصة شائعة في جدار فاصل بين ملكه والعقار المبيع ليس شريكا على الشيوع في ذات العقار المبيع، لأن شركته مقصورة على الشركة في ملكية الجدار الفاصل. وبناء على ذلك ليس له أن يبني طلب الشفعة على أساس الاشتراك في الملك وإنما على أساس الجوار متى توافرت له شروط الأخذ بالشفعة. وكذلك إذا لم يكن الشريك شريكا في ذات العقار المبيع وإنما كان شريكا فقط في آلة للرى قائمة على العقار المبيع، لم يكن له أن يطلب الشفعة في هذا العقار. ولا بعد شريكا في ذات العقار الشريك في مجرى معد للرى⁽⁶⁴⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان المشتري لا يعدو أن يكون شريكا على الشيوع في مجرى معد للرى يشق الأطيان المباعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك على الشيوع في جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى هي جزء ضئيل من بعض المبيع".

(طعن رقم 197 لسنة 23 ق جلسة 1956/12/20)

أما إذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم، فإنهم يصيرون بعد القسمة جيرانا لا شركاء، فلا يكون لأحدهم حق الشفعة في نصيب الآخر إذا بيع إلا بسبب الجوار إذا توافرت له الشروط التي يتطلبها القانون في شفعة الجار⁽⁶⁵⁾.

وإذا ادعى المشتري وقوع القسمة وأن الشفيع ليس شريكا بعد وقوعها، فعليه أن يثبت ذلك، وله أن يثبته بجميع طرق الإثبات، ولا يعتبر تأخير أحد الشركاء في الشيوع المال الشائع كله أو بعضه دليلا على وقوع القسمة.

(1) حسام الدين كامل الأهواني الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية ص 126.

(2) عبد المنعم البدر اوى ص 338.

(3) محمد على عرفه ص 410.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلاً على حصول قسمة هذا المال، وإذ فمتى كان الطاعن فى مقام الاستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة إلى هذا المجلس، وكان الثابت من هذا المحضر أنه وإن كان المنزل الذى عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلاً لنصيبه فى العقار المشفوع به إلا أنه لا يوجد فى الأوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بين الورثة، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أنه لا يمكن من الاطلاع على محضر الانتقال معرفة ما إذا كان المبنى الذى عرضه المطعون عليه الأول على المجلس هو كل المبنى المجاور للمنزل المشفوع فيه أو جزء منه فقط، فإن النعى عليه القصور فى التسبب استناداً إلى أنه فسخ محضر الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير خالياً من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل".

(طعن رقم 29 لسنة 19 ق جلسة 1951/5/31)

2- "حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهى إلا باتجاه إرادتهم جميعاً إلى قسمة المال قسمة نهائية، وإن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلاً سائغاً من أن الأعمال المادية التى أثبتتها خبير الدعوى - استحداث مبانى بالمنزل - غير قاطعة فى إفادة هذا المعنى ووجدت فى تقدير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأى خبير آخر فإن النعى على الحكم القصور فى التسبب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولأنه فسخ محضر مناقشة الخبير. هذا النعى يكون فى غير محله".

(طعن رقم 29 لسنة 19 ق جلسة 1951/5/31)

3- "إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدتهما) فى دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوع فى الأقطان التى يقع بها القدر المشفوع فيه - وأنهما يفصلان الشفعة بشرائهما لذلك القدر - وانتهت إلى عدم التعويل

عليه تأسيساً على ما استظهرته من المستندات التي قدمت لها - استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشبوع التي كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة وإقرار الطاعنين للقسمة التي تمت بموجبه وارتضاءهما له وإعمالهما مقتضاه من قبل شرائئهما للصفقة المشفوع فيها - وعن تحرير العقد النهائي المسجل الصادر لهما من المطعون عليها الثانية. وقد أقامت حكمها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي خلصت لها فإن النعي على حكمها بالقصور والتناقض يكون في غير محله".

(طعن رقم 302 لسنة 24 ق جلسة 1959/1/15)⁽⁶⁶⁾

32- القسمة غير المسجلة :

تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها، وبترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير. وليؤكد المشرع خضوع القسمة في عموم التصرفات المقررة نص في الفقرة الثانية من المادة العاشرة على أن يسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الثابت من مدونات الحكم أن الطاعنة قد أوردت دفاعاً مؤداه أن البائع لها وهو زوج المطعون ضدها الأولى طالبة الشفعة ويقوم معها قد باع عن نفسه وبماله من وكالة ضمنية عن زوجته المذكورة وأولادها منه الشفعة موضوع النزاع وإن جميع شقق العمارة قد بيعت لآخرين وكان هذا يعني أن المطعون ضده الثاني حينما كان يتعاقد على بيع شقق العمارة جميعها - أخذاً بنص البند الثاني من عقد البيع الصادر للطاعنة - كان ينفذ ما انصرفت إليه إرادة الشركاء المشتاعين والرغبة في بيع جميع شقق العمارة، وأنه كان في تعاقدته يمثل نفسه وينوب عن باقي الشركاء وهم زوجته وأولاده منها نيابة ضمنية مظهورة بمظهر المكلف ببيع نصيب باقي الشركاء المشتاعين ودلت كافة الظواهر على قيام هذه النيابة المستندة إلى وكالة الزوج المفترضة عن زوجته وأولاده ولم يقدّم أى دليل على انتفاؤها، فإن قيام هذه الوكالة الضمنية يجعل من طالبة الشفعة طرفاً بائعاً في عقد البيع يمتنع عليها أن تنقض ما تم منسوباً إليها بطلبها الشفعة لنفسها ويسقط حقها في الشفعة وقد وافقت على بيع زوجها لنصيبها في العين".

(طعن رقم 531 لسنة 46 ق جلسة 1978/6/7)

وعلى ذلك فإنه فى العلاقة ما بين المتقاسمين يعتبر كل متقاسم مالكا لما آل إليه بمجرد تمام القسمة دون حاجة إلى قيامه بالتسجيل.

أما فى علاقة المتقاسمين بالغير فإنه لا يجوز لهم الاحتجاج بالقسمة على الغير إلا إذا كانت قد سجلت، وإن كان يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة حتى بالرغم من عدم تسجيلها. إلا أنه يجوز له أيضا أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ويعتبر حالة الشيوع لا تزال قائمة. لأن التسجيل إنما شرع لمصلحة هذا الغير حتى يتبصر أموره ويصون حقوقه.

وبالترتيب على ذلك إذا باع أحد المتقاسمين الجزء المفرز الذى آل إليه بموجب القسمة التى لم تسجل، فإن القسمة تكون نافذة بين الشركاء، ولا يحق لهم المعارضة فى هذا البيع بحجة أنه انصب على جزء مفرز ناشئ عن قسمة غير نافذة بسبب عدم تسجيلها، لأن القسمة نافذة فى حقهم، ولم يشرع عدم النفاذ الناشئ عن عدم التسجيل لمصلحتهم هم، وإنما حماية للغير فقط. وبما أن المشتري من الغير فى هذا الخصوص فإنه له أن يتمسك فى مواجهتهم بنفاذ القسمة. وإذا تعلل أحد المتقاسمين بعدم تسجيل القسمة ليدعى أن حالة الشيوع مازالت قائمة، وأنه مازال مالكا على الشيوع، وليستند إلى هذه الملكية فى طلب الشفعة فى بيع عقار مجاور، يستطيع المشتري هنا باعتباره من الغير أن يدفع الشفعة هذه بأن طالبا لم يعد جارا للعقار المبيع، لأن القسمة التى تمت فى العقار المشفوع به - ولو لم تسجل - قد أزلت الشيوع ولم تخصص لطالب الشفعة جزءا مفزرا يجاور العقار الذى يريد أن يشفع فيه⁽⁶⁷⁾.

33- الشفعة فى حصة مفرزة :

إذا باع أحد الشركاء فى الشيوع حصته فى العقار قبل قسمته إلى أجنبى مفرزة محددة. فهل يثبت الحق فى الشفعة للشركاء المشتاعين الآخرين، أم أن هذا الحق لا يثبت لهم؟

ذهب رأى إلى القول بأن بيع الشريك على الشيوع لحصة مفرزة من العقار الشائع لا يمنع من الأخذ بالشفعة، وحجتهم فى ذلك أن تصرف الشريك على الشيوع فى هذا الفرض لا يقع غير صحيح. آية ذلك ما تنص عليه المادة 2/826 من القانون المدنى من أنه:

(1) الدكتور أحمد سلامة الملكية الفردية فى القانون المصرى الطبعة الأولى 1970 (مكررة)

"وإذا كان المتصرف منصبا على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف"⁽⁶⁸⁾.

وذهب رأى آخر - نؤيده - إلى القول بأن بيع الشريك على الشيوع لحصة مفرزة من العقار الشائع لا يجيز لغيره من الشركاء المشتاعين المطالبة بالشفعة. فهذا البيع لا يسرى قبل القسمة في مواجهة باقى الشركاء على الشيوع. وأن للمتصرف إليه - تطبيقا للقواعد العامة - إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين ملكية مفرزة المطالبة بالبطلان. وإذا كان هذا البيع لا يسرى في مواجهة باقى الشركاء على الشيوع لوروده على حصة مفرزة فلا يعتبر المتصرف إليه تأسيسا على ذلك شريكا لهم في ملكية هذا العقار الشائع. وتبعا لذلك فلا يكون لباقى الشركاء على الشيوع المطالبة بالشفعة، لعدم سريان التصرف في مواجهتهم⁽⁶⁹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى إذ قضت بأن :

1- "إن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع فيه إلا بسنده وفي حدوده أى باعتباره مالكا ملكية مفرزة، ومن ثم فإنه لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا وكل ادعاء منه على خلاف مقتضى سند خليف بأن يهدره القاضى، ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا. وإن فإذا كان مبنى مانعاه الطاعن على الحكم هو أنه على الرغم مما ورد فى عقد بدله الذى تلقى بمقتضاه العقار المشفوع به من تحديد وإفراز فإن قسمة نهائية لم تقع بين الورثة الذين حصل البديل مع بعضهم وأنه يعتبر على الرغم من هذا الإفراز وذلك التحديد مالكا على الشيوع ويحق له أن يشفع بهذه الصفة فى المبيع وكان الحكم قد أثبت أن الطاعن تلقى بعقد بدله العقار المشفوع به محددا مفرزا فإنه لا تقبل شفعته إلا إذا توافر لديه ما يشترط فى الجار الشافع، ومن

(1) محمد على عرفه ص 412.

(2) (السنهورى ص 727 وما بعدها - محمد على عمران ص 110.

ثم تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع فى العقار المبيع متعينة الرضى - فإن النعى عليه بأنه أخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 213 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/30)

2- "جرى قضاء محكمة النقض على أن من تلقى حصته مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكا ملكية مفرزة. ومن ثم لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا وأن كل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خلى بأن يهدره القاضى ذلك أن من تلقى حصته مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا. وإن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم توافر سبب الشفعة لدى الطاعن ورتب على ذلك عدم أحقيته فى مزاحمة المطعون عليها الأولى فى الأخذ بالشفعة قد استند إلى أن العقار الذى يريد أن يشفع به قد تلقاه بعقد شرائه مفرزا، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون أو شابه تناقض فيما استند إليه من أسباب".

(طعن رقم 325 لسنة 20 ق جلسة 1953/6/25)

3- "مؤدى نص المادتين 826، 936 من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة 936 من القانون المدنى".

(طعن رقم 384 لسنة 49 ق جلسة 1983/1/30)

4- "مفاد المادتين 826، 936/ب من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للمالك فى المال الشائع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع فإذا صدر البيع مفرزا لأجنبى فإن هذا الإفراز الذى تحدد به محل المبيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع ولا ينفذ فى حقهم طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع،

وينبنى على ذلك أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في هذا البيع وفقا لصريح نص المادة 936/ب من القانون المدنى التى وردت عبارته مطلقة فى قيام الحق فى الشفعة للشريك على الشيوخ، وعلى ذلك فإنه يستوى فى ثبوت هذا الحق أن يكون الشىء المبيع حصة شائعة أم قدرا مفرزا فى العقار الشائع إذ المناط فيه هو قيام حالة الشيوخ فى العقار الذى بيع قدر منه دون اعتداد بما إذا كان هذا القدر مفرزا أو شائعا".

(طعن رقم 2588 لسنة 56 ق جلسة 1991/15/23)

5- "مؤدى نص المادتين 816، 936 من القانون المدنى أن للمالك على الشيوخ أن يبيع ملكه محددًا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوخ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوخ طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة 936 من القانون المدنى".

(طعن رقم 923 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/19)

34- الشريك على الشيوخ فى حق الانتفاع :

ثار خلاف فى الفقه حول ما إذا كان للشريك المشتاع فى حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة فى حق الانتفاع يبيعها شريك آخر فى هذا الحق لأجنبى من عدمه.

فذهب رأى إلى أن الشريك فى الانتفاع ليس له الحق فى الشفعة فى هذه الحالة، لأن المادة 936 خولت الشريك فى الشيوخ الشفعة "إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى"، فالذى له الشفعة هو الشريك فى الملك، لا الشريك فى الانتفاع. كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة، وقد خول هذا الحق، كما خوله مالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة، هى جمع ما تفرق من حق الملكية. وكذلك كان الحكم فى قانون الشفعة الملغى فإنه لم يذكر فى المادة الأولى منه إلا الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع، ولم يذكر الشريك الذى له حصة

فى حق الانتفاع المبيع، وظاهر من هذا النص أن الشريك فى المنفعة لا يكون له الحق فى الشفعة فى هذه الحالة⁽⁷⁰⁾.

غير أن رأى السائد أن عبارة الشريك فى الشبوع الواردة بالمادة 936 تشمل الشريك فى حق الانتفاع كما تشمل الشريك فى حق الملكية، لأن كليهما شريك فى العقار المبيع، ولأن المصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشبوع متحققة فى حالة الانتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية. بل إن الضرر يكون أبلغ بالنسبة إلى المنتفع منه إلى المالك، لأن الشركة تنصب فى هذه الحالة على استغلال العقار، ولا جدال فى أن هذه مسألة تستقيم على الانفراد وتضار من الاشتراك.

كما أن رأى يفرضه المنطق فرضاً، إذ أنه إن كان من المقرر أن لصاحب حق الانتفاع أن يشفع بحقه المؤقت فى حق الملكية وهو دائم، فإنه يجوز له من باب أولى - أن يشفع فى حق مماثل لحقه متى كان شريكاً فيه. وهو بهذا الحق أولى من الأجنبى على أى حال⁽⁷¹⁾.

(السبب الثالث)

شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت

الرقبة أو بعضها

35- مضمون السبب :

تنص المادة 936 مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

(ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملايسة لهذا الحق أو بعضها⁽⁷²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 221 - عبد المنعم البدر أوى فى طبعة سابقة ص 431 تم عدل عنها فى هذه الطبعة (1978) ص 339 ما بعدها.

(2) السنهورى ص 733 الهامش - محمد على عرفه ص 414 - محمد على عمران ص 111 - عبد المنعم الصده ص 406 - المستشار مصطفى هرجه الشفعة فى ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية 1986 ص 40 وما بعدها.

(3) وكان إعطاء صاحب حق الانتفاع الحق فى الشفعة مثار خلاف فى لجنة المراجعة فقد جاء بمحضر جلسة 5 نوفمبر سنة 1937 ما يأتى:

= "تم انتهت اللجنة إلى الفقرة (3) من المادة الأولى فأشار الرئيس إلى أن اللجنة قد انتهت بعد جدل طويل إلى الموافقة على النص التالي:

3- لصاحب حق الانتفاع على كامل العقار المبيع في حالة بيع الرقبة.

وأضافت أن بعض حضرات الأعضاء قد عارض أثناء مناقشة النص المقترح في منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع، وأن نفس هؤلاء الأعضاء لم يقرروا النص الذي تم الاتفاق عليه إلا بعد توفيق بين وجهات النظر. وعاد الرئيس إلى التساؤل عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو انصب حقه على جزء من العقار المبيع على أن يقصر حقه في الشفعة على الجزء من ملكية الرقبة الذي ينصب عليه حقه في الانتفاع.

وعقب المسيو فان أكر بأن من المغالاة أن يمنح صاحب حق الانتفاع حق الشفعة بالنسبة لجزء من الرقبة لا يتناوله حقه. ونبه المسيوذو فيه إلى أنه سبق للجنة أن رأت التضييق من حق الشفعة، وأنه يرى منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع.

ورأى المسيو سار عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المنتفع الوحيد وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع وذلك درءاً للمشاكل والصعوبات التي قد تعرض في مثل هذه الحالة.

وعارض فؤاد حسنى بك فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع لأنها تؤدي إلى التدخل في الملكية في حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعاقد يمس ملكية الرقبة وخاصة فإن حقه وهو في الأصل موقوف بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغيير.

وقال محمد كامل مرسى بك إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع لأنه يكاد في الواقع يكون معدوماً في مصر.

وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة في الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع.

وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هي مؤقتة وقابلة للتعديل إلا أنه يحسن عدم العدول عن الرأي الذي انتهت إليه اللجنة في الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع، ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً في التضييق من هذا الحق النص التالي عوضاً عن النص الذي أقرته اللجنة في الجلسة الأخيرة :

"3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق".

واقترح المسيو فان أكر الصيغة الآتية :

"3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابس لهذا الحق إلى أجنبي".

فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 366 وما بعدها)

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يلاحظ أولاً أن اللجنة جعلت ترتيب صاحب حق الانتفاع بين الشفعاء فى المكان الثانى، فيأتى بعد مالك الرقبة وتقول المذكرة الإيضاحية فى ذلك إن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع فى مركز معادل لمركز الآخر، والغرض من إعطاء كل منهما، الحق فى الأخذ بالشفعة هو جمع ما تفرق من حق الملكية، فإذا جاء مالك الرقبة بين الشفعاء فى المكان الأول، وجب أن يتلوه صاحب الانتفاع فيأتى فى المكان الثانى⁽⁷³⁾.

فالحكمة فى ثبوت الشفعة للشريك فى الملكية، وهى استبعاد الأجنبى والعمل على إنهاء الشيوخ قائمة بالنسبة للشريك فى الانتفاع، ولذلك تقرر له الحق فى الشفعة. وتثبت الشفعة فى المرتبة الثالثة، لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملبسة لهذا الحق أو بعضها، وبنفس الشروط التى تثبت فيها الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

ولذات العلة تثبت الشفعة أيضاً، وبنفس الشروط لصاحب الاستعمال أو السكنى طبقاً للمادة 998 التى تنص على سريان أحكام الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لا تتعارض مع طبيعتها⁽⁷⁴⁾.

36- فروض شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها :

يمكن أن نتصور هنا عدة فروض، كما رأينا بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع.

وهذه الفروض كالآتى :

(1) أن تكون الرقبة لشخص واحد والانتفاع لشخص واحد :

فهنا يكون مالك العقار مالكا للرقبة فقط، فإذا بيع ملك الرقبة، كان لصاحب الانتفاع أن يشفع فيه دون أدنى صعوبة، فيصبح مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية تامة.

(2) أن تكون الرقبة لشخص واحد والانتفاع شائعاً لعدة شركاء :

فإذا بيعت الرقبة كلها فى هذا الفرض، كان لأصحاب حق الانتفاع مجتمعين أن

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 360 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 360 وما بعدها.

يشفعوا فيها كل منهم بقدر نصيبه، وبالتالي ليس لكل واحد منهم أن يشفع في كل الرقبة لأن حقه لا يلبس إلا بعض المبيع.

(3) أن تكون ملكية الرقبة شائعة بين عدة شركاء :

إذا كان ملكية الرقبة شائعة بين عدة شركاء، وباع أحد الشركاء حصته فيها، كان لصاحب الانتفاع أن يشفع لأن الرقبة المباعة هي بعض الحق والملابس لحق الانتفاع مما يدخل في حكم النص.

فإذا تزامن على الشفعة في بيع الحصة الشائعة في الرقبة شريك آخر في ملكيتها وصاحب الانتفاع فضل الشريك في الرقبة لأنه في مرتبة سابقة على شفعة المنتفع في ملكية الرقبة. ويشترط ليقوم هذا التزام أن يكون بيع الحصة الشائعة في الرقبة لأجنبي لأنه إذا كان المشتري شريك آخر في الرقبة فلا تصح الشفعة لصاحب الانتفاع، إذ أن المشتري في هذه الحالة توافرت فيه الشروط التي تجعله شافعاً في مرتبة أعلى (م 2/937 مدني).

(4) أن تكون ملكية الرقبة لمالكين أو أكثر وترتب حق الانتفاع لشخصين أو أكثر :

إذا كانت ملكية الرقبة لمالكين أو أكثر على الشيوع، ورتبوا حق الانتفاع لشخصين أو أكثر على الشيوع. وباع أحد ملاك الرقبة نصيبه الشائع جاز لمالكي حق الانتفاع أن يأخذوا معاً هذا النصيب بالشفعة، لأن كلا منهم يملك الأخذ بالشفعة مالم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، فيأخذه لأنه شريك في الشيوع ومقدم في المرتبة على أصحاب حق الانتفاع.

كذلك يستطيع أحد ملاك حق الانتفاع وحده أن يأخذ النصيب المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة. ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تنفرد عليه. وإذا باع ملاك الرقبة كل الحق، جاز لأصحاب حق الانتفاع أن يأخذوه معاً بالشفعة، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة الحصة من الرقبة والملابسة لحقه في الانتفاع، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فيتختم عندئذ على هذا الشافع، إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (75).

(1) السنهاورى ص 735 ومابعدهما - نبيل سعد ص 343 ومابعدهما - محمد على عمران ص 112 ومابعدهما.

37- سريان أحكام شفعة صاحب الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى.
(راجع بند 29).

(السبب الرابع)

شفعة مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة

38- مضمون السبب :

تنص المادة 936 مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة:

(د) - "لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة".
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا النص أنه: "ويلاحظ ثانياً أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المستحكر ومالك الرقبة، فكل منهما يأخذ بالشفعة من الآخر، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما فى الرقبة وحق الانتفاع، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر، وهو حق غير مرغوب فى بقائه" (76).
فالمشرع كما أعطى لمالك الرقبة الحق فى الأخذ بالشفعة، إذ بيع حق الانتفاع، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت ملكية الرقبة، أعطى أيضا لمالك الرقبة والمستحكر فى الحكر الحق فى الأخذ بالشفعة.

فالفرض هنا أن مالكا لأرض رتب عليها حق حكر فأصبح هو مالكا للرقبة والمحتكر صاحباً لحق الحكر. فإذا باع المحتكر حقه كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة. وإذا باع مالك حق الرقبة حقه، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة.

والشفعة هنا تقتصر على حق الرقبة وحق الحكر فقط. أما البناء أو الغراس الذى يحدثه المحتكر فى الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق الحكر، ولا يشفع فيه إلا بطريق الجوار كما سنرى تبعا لحق الحكر ذاته فعندئذ يؤخذ حق الحكر وما يتبعه من بناء أو غراس بالشفعة.

ذلك أن المادة 1002 مدنى تنص على أن: "يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحقه فى الحكر". وبذلك يكون للمحتكر حقان مختلفان: حق عينى فى الأرض المحتكرة وهو حق الحكر. وحق ملكية تامة فى البناء أو الغراس الذى أحدثه فى العين المحتكرة ويجوز له أن يتصرف فى كل منهما مستقلا عن الحق الآخر.

وشفعة مالك الرقبة وشفعة المحتكر أصبحت نادرة الحصول فى العمل، لما يأتى:

1- أنه لم يعد من الجائز منذ العمل بالتقنين المدنى الجديد ترتيب حق الحكر إلا على أرض موقوفة إذ تنص المادة 1012 مدنى على أنه من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة وذلك بحكم المادة 1008 الفقرة الثالثة. ولما كانت الفقرة الثانية من المادة 939 مدنى تنص على أنه لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة، ومن ثم لن يكون هناك شفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر.

2- بما أن حق الحكر لا ينشأ إلا على أرض موقوفة. فإن مؤدى ذلك عدم بقاء الحكر إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، وقد زالت صفة الوقف عن الوقف الأهلى - كما ذكرنا سلفا - بمقتضى المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، ومن ثم ترتب على ذلك إلغاء الأحكام القائمة على هذا الوقف وهو ما أكدته المادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور بقولها: "يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتبا على أرض انتهى وقفها وفقا لأحكام هذا القانون. وفى هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة فى المادة 1008 وما بعدها من القانون المدنى".

وحتى بالنسبة للوقف الخيرى عمد المشرع إلى إنهاء هذا الوقف بقرارات من وزير الأوقاف بالقوانين رقم 649 لسنة 1953 ثم رقم 295 لسنة 1954، ثم رقم 52 لسنة 1960. وانتهى الأمر إلى إلغاء الأحكام على الأعيان الموقوفة بمقتضى القانون رقم 43 لسنة 1982.

3- لما كانت الأعيان الموقوفة لا يجوز التبايع فيها، فإن لا يتصور بيع حق الرقبة فى الحكر حتى يشفع فيها المحتكر. أما إذا تقرر بيع أرض موقوفة وفقا خيريا

بطريق الاستبدال وكان الاستبدال على رقبة العين المحكرة وحدها فإن حق الحكر يبقى على العين الأصلية، ويكون لصاحب الحكر أخذ الرقبة بالشفعة⁽⁷⁷⁾. كذلك تجوز الشفعة في الأحكار القديمة المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على أرض غير موقوفة أو فى حالة زوال الوقف عن الأرض المحكرة عملاً بالفقرة الثالثة من المادة 1008 مدنى التى تقضى بأن: "ينتهى حق الحكر أيضاً قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته، ففى هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

(السبب الخامس)

(شفعة الجار المالك)

39- مضمون السبب:

تنص المادة 936 مدنى على أن : يثبت الحق فى الشفعة:
(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية:

- 1- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أو القرى.
 - 2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار، أو كان حق الارتفاع لأرض الجار على الأرض المبيعة.
 - 3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.
- وبين من هذا النص أن الحكم يختلف بحسب طبيعة العقار المشفوع فيه. فإذا كان هذا العقار بناء أو أرضاً معدة للبناء. فإنه يكفى لثبوت الشفعة فيه للجار أن يكون هناك تلاصق من جهة واحدة. أما إذا كان العقار أرضاً غير معدة للبناء فلا تثبت الشفعة للجار إلا فى حالتين: الأولى: أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار أو العكس. والثانية: أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

(1) السنهورى ص 741 - عبد المنعم الصده ص 411- منصور مصطفى منصور ص 315 - وعكس ذلك المستشار عزت حنوره ص 49.

فهناك إذن ثلاث حالات تثبت فيها الشفعة على أساس الجوار سنتناولها في البنود التالية والحكمة من الشفعة في هذه الحالات الثلاث هو منع المضايقة التي قد تصيب الجار إذا لم يكن له أن يأخذ بالشفعة.

فإذا كان للشريك على الشيوع أن يشفع إذا باع شريكه حصة شائعة في العقار المملوك لهما على الشيوع منعاً لمضايقته، فليس هناك ما يمنع من عدم تقدير الشفعة بسبب الجوار، فالعلة واحدة في الحالتين⁽⁷⁸⁾.

(حالات شفعة الجار)

(الحالة الأولى)

(المباني والأراضي الفضاء)

هذه الحالة، هي الحالة الأولى من الحالات المنصوص عليها في الفقرة (هـ) من المادة 936 مدني وهي:

(1) الشفعة في الفقه الإسلامي:

ثبوت الشفعة بالجوار محل خلاف بين أئمة الفقه الإسلامي. فقد ذهب الحنفية إلى ثبوت الشفعة للجار، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة، فقالوا لا شفعة بالجوار لقول جابر أنه عليه السلام قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا رفعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

أما الحنفية فلم يبق قولهم عليه السلام: "جار الدار أحق بالدار من غيره" وقوله عليه السلام: "الجار أحق بسقبه (أو بصقبه) ما كان" أي بعلة قربة فيستحق الشفعة. وعندهم أن حديث جابر معناه أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء، لأنهم أحق فيه، وحقه متأخر عن حقهم، وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث.

حكم القانون المدني القديم :

كانت المادة 73 من القانون المدني القديم تنص على أن: "للجار، بعد الشفيعين السابقين، حق الشفعة إذا دفع الثمن والمصاريف القانونية".

حكم قانون الشفعة الصادر في 26 مارس سنة 1901 (الملغى).

كانت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا القانون تنص على حق الشفعة للجار المالك في أحوال ثلاثة، أورد القانون تفصيلاتها. وجعلته المادة الثامنة من القانون في آخر مراتب الشفعاء، إذ يأتي بعد مالك الرقبة والشريك وصاحب حق الانتفاع.

"إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى" فهي تشمل المباني والأراضي المعدة للبناء فى المدن والقرى. ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى.

40- المقصود بالمباني :

يقصد بالمباني كل مجموعة من المواد أيا كان نوعها خشبا أو حجارة أو حديد اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان. ويجب أن يكون هذا البناء عقارا بالمعنى القانوني، أى مستقرا بحيزه ثابتا فيه لا يمكن نقله بدون تلف حيث إن الشفعة لا تجوز إلا بالنسبة للعقارات⁽⁷⁹⁾. وعلى ذلك لا تعتبر الخيمة أو الكشك أو الحظيرة أو الحجرات الخشبية من النوع المعد للفاك والتركيب، من المباني. أما إذا كانت من النوع الثابت الذى يتلفه النقل فإنها تكون قانونا مبان عقارية⁽⁸⁰⁾. ويستوى أن يكون البناء فى المدن أو القرى، داخل الكردون أو الحيز العمرانى أو خارجه⁽⁸¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن الاستئناف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ينقل الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية لتتظرها وفقا لما تقضى به المادة 233 من قانون المرافعات لا على أساس ما كان مقدما فيها من أدلة ودفع وأوجه دفاع أمام محكمة أول درجة فحسب. بل أيضا على أساس ما يطرح منها عليها ويكون الطرفان لم يبيدياه أمام محكمة أول درجة، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأحقية فى أخذ العقار المبيع سالف الذكر بالشفعة استنادا إلى أنه يمتلك أرضا ملاصقة للأرض المقام عليها المبنى موضوع النزاع وهى من الأراضي المعدة للبناء وكان الحق فى الشفعة يثبت وفقا للمادة 5/936 من القانون المدنى للجار المالك إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى، فإن الحكم المطعون فيه إذ حجب نفسه عن بحث هذا الدفاع الجوهرى

(1) نبيل إبراهيم سعد ص 350.

(2) المستشار عزت حنوره ص 54.

(3) محمد على عرفه ص 420 - السنهاورى ص 743.

الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، يكون قد شابه القصور فى التسبب مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 819 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/15 - غير منشور)

إلا أنه إذا كان المبنى خارج نطاق الكردون فى المدينة أو الحيز العمرانى للقرية، فإن العبرة فى تصنيف العقار بأنه بناء أو أرض غير معدة للبناء، هى بالنظر إلى السمة الغالبة على العقار كله استهزاء بطريقة استغلاله أو بما أعد له. فإذا كان المبنى لا يعدو أن يكون بضع حجرات لا تشغل سوى جزءاً ضئيلاً من الأرض التى يتبعها هذا البناء. وكانت هذه الأرض مستغلة فى الزراعة بينما أعد ذلك المبنى ليكون استراحة للعاملين أو المشرفين على الزراعة أو حتى بالمتعلقات الزراعية كانت السمة الغالبة على العقار برمته بما فيه المبنى أنه أرض زراعية⁽⁸²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم قد اعتبر الأرض غير معدة للبناء فلا يكفى للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة قد أقام ذلك على أن المنطقة التى تقع فيها واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (فى فهم معنى الإعداد للبناء قانوناً)".

(طعن رقم 42 لسنة 17 ق جلسة 1948/6/10)

41- المقصود بالأراضى المعدة للبناء :

الأراضى المعدة للبناء، هى الأراضى الداخلة فى نطاق المدن (الكردون) أو القرى (الحيز العمرانى)، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتاً لغرض آخر كالزراعة⁽⁸³⁾. وعلى ذلك فإن وجود الأرض داخل كردون المدينة أو الحيز العمرانى للقرية قرينة قانونية قاطعة على أن هذه الأرض معدة للبناء دون أى اعتبار للحالة التى هى عليها فعلاً أى حتى لو كانت مستغلة بالزراعة⁽⁸⁴⁾.

(1) المستشار عزت حنوره ص 54 وما بعدها - فى هذا المعنى السهنورى ص 743 هامش (2) وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 420.

(3) المستشار عزت حنوره ص 55- محمد على عمران ص 117- عبد المنعم الصده ص 412 - الدكتور حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية ص 138 وما بعدها.

ولبيان ما إذا كانت الأرض المعدة للبناء داخلة في كردون المدينة أو الحيز العمراني للقرية، يتعين الرجوع إلى الخرائط التي وضعتها الحكومة لتحديد الكردون أو الحيز العمراني، في ضوء القوانين المنظمة لذلك وما صدر بشأنها من قرارات تنفيذية⁽⁸⁵⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... والأصل في اعتبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التي وضعتها الحكومة تحديدا لنطاق المدينة أو القرية في ضوء القانونين سالفى الذكر وما صدر بشأنهما من قرارات تنفيذية".

(طعن رقم 248 لسنة 51 ق جلسة 1988/3/24)

أما الأراضي الكائنة خارج كردون المدن أو الحيز العمراني للقرى، فتتحدد طبيعتها بحسب حقيقة استغلالها، فإذا كان البائع قد أعدها بالفعل لكي تكون أرض بناء، فإنها تعتبر أرضا معدة للبناء.

ولا يفرق في هذا الصدد بين الأراضي الصحراوية وغيرها، فإن كانت الأرض الصحراوية مقسمة لتجهيزها للبناء فهي أرض بناء⁽⁸⁶⁾.

غير أنه بالنسبة للأراضي الخارجة عن الكردون أو الحيز العمراني، يجب على من يدعى أنها معدة للبناء إثبات ذلك، إذ لا توجد قرينة مطلقة هنا.

والعبرة في تحديد وصف الأرض بأنها معدة للبناء أو غير ذلك هي بحالتها وقت البيع دون الالتفات إلى الاستغلال اللاحق أو الغرض من الشراء. فإن كانت أرضا زراعية قصد المشتري إعدادها للتقسيم والبناء فإنها في مفهوم الشفعة تكون أرضا زراعية لأن لا عبرة بنية المشتري وإنما العبارة بالحالة التي تكون عليها فعلا وقت التصرف المرتب للشفعة. أي أن العبارة بالتخصيص الحالي للأرض، لا بالتخصيص الاحتمالي لها⁽⁸⁷⁾.

ولا يقدر في ذلك ربط ضريبة الأطين على هذه الأراضي، لأن ربط الضريبة عمل إداري، لا إرادة للأفراد عليه وأنه يرجع إلى طبيعة استغلال الأراضي وليس لطبيعة الأرض نفسها، وبالتالي فهو لا يغير من طبيعتها.

(1) السنهوري ص 743 - محمد كامل مرسى ص 246.

(2) السنهوري ص 743 - عبد المنعم الصده ص 412.

(3) محمد حسام الأهواني ص 139 - المستشار عزت حنوره ص 55 وما بعدها.

كما أن ربط هذه الضريبة على قطعة أرض لا يقوم في ذاته بحسب المعايير السليمة دليلاً قاطعاً على أنها تعتبر في طبيعتها من الأراضي الزراعية⁽⁸⁸⁾. ولا يكفي إعداد الأرض إعداداً فعلياً للبناء، بل يجب أن يكون ذلك في حدود ما تسمح به القوانين واللوائح. خاصة التشريعات التي تستهدف بها الدولة المحافظة على الرقعة الزراعية عن طريق حظر ترك الأرض بغير زراعة أو تبويرها (مادتان 151، 155 من قانون الزراعة رقم 53 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 2 لسنة 1985)، وحظر إقامة مبان أو منشآت في الأراضي الزراعية أو اتخاذ أية إجراءات في شأن تقسيم الأراضي لإقامة مبان عليها (م 152 من القانون رقم 53 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 116 لسنة 1983). ويعتبر هذا القانون في حكم الأراضي الزراعية الأراضي البور القابلة للزراعة داخل الرقعة الزراعية⁽⁸⁹⁾.

وكون الأرض غير الداخلة في نطاق كردون المدينة أو الحيز العمراني للقرية، قد أعدت فعلاً للبناء أم لا، مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع، دون معقب عليه من محكمة النقض.

ولا تكون الأرض معدة للبناء إذا كانت المنطقة التي تقع بها واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل.

(راجع نقض طعن رقم 42 لسنة 17 ق جلسة 1948/6/10 - منشور بئد 40)

42- يشترط للأخذ بالشفعة التلاصق بين العقارين :

يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به متلاصقين من جهة واحدة.

غير أنه لا يشترط أن يكون التلاصق بالبناء المشفوع فيه، بل تكفي الملاصقة بالأرض التي عليها البناء. وهذا واضح من تقرير الشفعة في الأراضي المعدة للبناء. فإذا كان منزلاً مقاماً في وسط أرض، وبيعت الأرض والمنزل تثبت الشفعة فيها لكل جار ملاصق للأرض.

فإذا كان المبيع داراً لها بستان وبيع عقار ملاصق للبستان تثبت الشفعة⁽⁹⁰⁾.

(1) نبيل سعد ص 351.

(2) نبيل سعد ص 352.

(3) محمد كامل مرسى ص 232 - محمد علي عرفه ص 420.

ويرى البعض أن للقاضي أن يقدر في كل حالة ما إذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة⁽⁹¹⁾، ومقتضى هذا القول أنه يكون للقاضي أن يرفض الحكم بالشفعة إذا لم يكن التلاصق بامتداد كاف يبررها في تقديره.

وهذا الرأي فضلا عما فيه من إفساح المجال للتحكم وما يستتبعه ذلك من تناقض بين الأحكام في الحالات المتشابهة، فإنه مخالف أيضا لما هو ثابت عند علماء الحنفية الذين انفردوا بتقرير شفعة الجار من أنه لا عبرة بامتداد مكان الملاصقة، فالملاصق في طول متر من حد كالملاصقة من الحدود الأربعة، بل إن الملاصقة تتحقق ولو قصرت حتى لم تتجاوز شبرا⁽⁹²⁾.

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض. إذ قضت بتاريخ أول أبريل سنة 1954 فى الطعن رقم 206 لسنة 21 ق بأن :

"لما كانت المادة الأولى من ديكريته 23 مارس سنة 1901 المنطبق على واقعة الدعوى قد اشترطت فى فقرتها الأولى لثبوت الشفعة للجار المالك أن تكون أرض هذا الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل، وكان الشارع قد استمد شفعة الجار من فقه الحنفية مكملا بما أورده فى المادة الأنف ذكرها من شروط، وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفى ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة - لما كان ذلك - فإنه يكون مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الجار أن يضيف الحكم المطعون فيه إلى القيود التى أوردها النص قيда لم يرد فيه بأن يشترط لثبوت الشفعة للجار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف فى حين أنه من المقرر فى قواعد التفسير أن لا مساغ للاجتهاد فى النص، وأن المطلق يجرى على إطلاقه".

ولا يشترط أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة، بل يكفى أن تحقق مع العقار الذى بيع جميعه، أو بيع جزء منه وإن لم يكن ذلك الجزء ملاصقا. فإذا بيع من دار جانب معين منها، كان لجميع جيرانها الملاصقين حق أخذ المبيع بالشفعة، لا فرق فى ذلك بين جار ملاصق لنفس الجزء المبيع وجار لا يلاصقه وإنما يلاصقه بقية الدار⁽⁹³⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 232.

(2) محمد على عرفه ص 419 وما بعدها.

(3) محمد على عرفه ص 421 - السنهورى ص 246.

ويجب أن يكون التلاصق موجودا وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة. ولم يفرض القانون ثمة شرط آخر يتعلق بالصلة بين العقارين، لا من حيث قيمة أيهما بالنسبة للآخر أو ارتباطهما بحق ارتفاق، أو تعدد مواضع الالتصاق. ولا يشترط أن يكون العقاران بناء أو أرضا معدة للبناء، فقد يكون أحدهما بناء والآخر أرضا معدة للبناء، أو أن يكون كل منهما بناء أو أرضا معدة للبناء⁽⁹⁴⁾.

43- الشفعة في العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لملاك متعددين :

الغالب أن يكون الالتصاق في البناء أفقيا بمعنى أن يكون التلاصق من الجهة البحرية أو القبلية أو الشرقية أو الغربية، إلا أنه يصح أن يكون رأسيا، بمعنى أن يكون التلاصق من أعلى أو من أسفل.

وهذا يتحقق في ملكية الطبقات والشقق المملوكة لملاك متعددين. فيكون التلاصق بين الطبقات بين مبنى الطبقة من أعلاها أو من أسفلها. فالطبقة العليا تلاصق التي تحتها، والطبقة الوسطى تلاصق كلا من التي تعلوها والتي أسفلها، أما الطبقة الدنيا فلا تلاصق سوى الطبقة التي تعلوها.

ومن ثم إذا بيعت الطبقة العليا، قام حق الشفعة بالجوار لصاحب الطبقة التي تحتها مباشرة دون التي تليها من أسفل. وإذا بيعت الطبقة الوسطى ثبت حق الشفعة لمالك الطبقة التي تعلوها ومالك الطبقة التي أسفلها⁽⁹⁵⁾.

وإذا كان المبنى مقسم إلى شقق لكل منها مالك، فإن حق الشفعة يثبت بالجوار الرأسي كما ذكرنا بالنسبة لملكية الطبقات، ويضاف إليه ثبوت حق الشفعة لكل جار تلاصق شقته للشقة المبيعة أفقيا أي تلاصقها تماما، ولكن لا تثبت الشقة لمالك شقة أخرى غير ملاصقة للشقة المبيعة تكون الشفعة لصاحب الشقة التي تعلو الشقة المبيعة، ولصاحب الشقة التي أسفلها ولصاحب الشقة الملاصقة لها⁽⁹⁶⁾.

ويذهب رأى في الفقه إلى أبعد من ذلك، ويقيم شفعة أصحاب الطبقات والشقق لا على مجرد الجوار الرأسي، ولكن أيضا على الشركة في الشيوع. ذلك بأن أبنية

(1) حسام الدين الأهواني ص 139.

(2) محمد كامل مرسى ص 238 - السنهوري ص 752 - عبد المنعم الصده ص 413 - على عرفه ص 424.

(3) رمضان أبو السعود.

الطبقات والشقق تقوم كلها على الأرض، والأرض تعتبر ملكا شائعا لجميع ملاك الطبقات، وتنص المادة 1/856 مدنى صراحة فى هذا المعنى على أنه: "إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض"، فصاحب الطبقة أو الشقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة فى الأرض التى أقيمت عليها طبقته فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة فى الأرض فى الطبقة أو الشقة التى بيعت والشيوع هنا إجبارى لا يستطيعون أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصا جزئيا. ويترتب على ذلك أن صاحب الطبقة أو صاحب الشقة يكون شفيعا فى كل الطبقات أو الشقق الأخرى، ولو لم تكن ملاصقة لطبقته لأنه لا يشفع باعتباره جار ملاصقا، وإنما يشفع باعتباره شريكا فى الشيوع فى الأرض التى أقيمت عليها الطبقات⁽⁹⁷⁾.

وحتى إذا لم تكن الأرض المقامة عليها البناء مملوكة لأصحاب البناء، فإن صاحب الطابق أو الشقة يكون له حصة شائعة فى حق القرار بالبناء على هذه الأرض يبرر له الأخذ بالشفعة⁽⁹⁸⁾.

أما بالنسبة لصاحب الأرض الذى لم يتخل عن ملكيتها لأصحاب البناء، فإنه لا يعدو أن يكون مالكا لرقبة الأرض فقط، إذ أن منفعتها مثقلة بحق القرار بالبناء. ولذا يحق له بهذه الصفة أن يطب الأخذ بالشفعة فى بيع البناء القائم على أرضه، كله أو فى بيع حصة شائعة فيه أو جزء مفرز منه.

وهذا رأى رغم وجاهته فهو ليس رأى الراجح⁽⁹⁹⁾.

غير أنه يحد من إمكانية صاحب الأرض فى طلب الأخذ بالشفعة فى بيع إحدى الوحدات المبنية المقامة عليها، حينما يكون هو الذى أقام البناء أصلا وقام بتملكه إلى مشترين، ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من أن قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها بقصد تملك طوابقه وشققه بطريق البيع، يعد نزولا منه عن حقه فى أخذ

(1) السهنورى ص 753- فى هذا المعنى محمد على عرفه ص 424- المستشار عزت حنوره ص 84 وما بعدها.

(2) المستشار عزت محمد حنوره ص 84 وما بعدها.

(3) السهنورى ص 814.

الطوابق والشقق عند إعادة بيعها بالشفعة، باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تملك الطوابق والشقق⁽¹⁰⁰⁾.
(أنظر في التفصيل بند 152).

44- الشفعة في البناء إذا بيع مستقلا عن الأرض :

تجوز الشفعة في البناء، ولو بيع مستقلا عن الأرض المقام عليها، ولا يوجد ما يمنع المالك الذي لا يملك إلا البناء من أن يشفع في العقار المبيع، فإذا بيعت أرض مع البناء الذي عليها، أو بيعت الأرض من غير البناء، أو إذا بيع البناء من غير الأرض، كما إذا باع صاحب الطابق الثاني من منزل - لا يملك فيه الطابق الأسفل - طابقه، فإنه يجوز للجار، سواء كان مالكا للأرض وما عليها من البناء، أم للبناء فقط، أن يطالب بالشفعة إذا توافرت لديه شروط الجوار بالنسبة إلى ما يشفع فيه، وذلك لأنه بالنسبة إلى العقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضا، والمادة 936 صريحة في جواز الشفعة في البناء، إذ جاء فيها عند الكلام في أحوال الجار أن الشفعة تثبت للجار "إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء"، ولم ينص فيها على أن البناء يجب أن يكون تابعا للأرض.

وبالنسبة إلى العقار المشفوع به نرى الشارع لم يخصص أيضا عقار الشفيع، فالنص صريح كما قلنا - في أن حق الشفعة يثبت للجار المالك "إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء".

يضاف إلى ما تقدم أن القول بعدم إجازة الشفعة في البناء يتعارض مع الغرض الذي من أجله شرعت الشفعة بالنسبة إلى الضرر الذي يقع ممن ينتقل إليه البناء المبيع ويتأذى منه الذي يريد المطالبة بالشفعة. وإذا كان طالب الشفعة لا يملك إلا البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذي يلحقه ممن انتقل إليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذي يلحق مالك الأرض.

ولذلك فإنه بيع عقار فإنه يجوز لكل من مالك الأرض المجاورة ولمالك البناء المجاور (إن لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد) أن يطالبا بالشفعة⁽¹⁰¹⁾.

(1) المستشار عزت محمد حنوره ص 85.

(2) محمد كامل مرسى ص 235 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 414 - عبد المنعم البدر أوى ص 347 - الدكتور لاشين محمد يونس الغاياتي التزاحم بين الشفعاء عند تعددهم في =

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن :

"إن عقد البيع غير المسجل يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع وبالوفاء به يصبح المبيع في حيازة المشتري له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشتري بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقارا ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء. ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل. ذلك أن الشفع مـشتري الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالا عن الأرض. كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالاتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة إلى الكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عقد شرائه، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الاتصاق إنما يقرر في صالح الأرض قرينة غير قاطعة لإثبات العكس، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق في إقامة المنشآت وتملكها، فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار. فمناطق تطبيق قواعد الاتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء، فحيثما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدى بقواعد الاتصاق وفقا لأحكام المادة 65 من القانون المدني القديم، ووجب اعتبار البناء عقارا مستقلا عن الأرض وملكا خالصا لمن أقامه. ولانزاع في أن البائع، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل إلى المشتري حيازة المبيع، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

(طعن رقم 31 لسنة 18 ق جلسة 1950/1/12)

= الفقه الإسلامي والقانون المدني بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد 16 لسنة 1423هـ - 2003 م الجزء الأول ص 17 - وعكس ذلك أحمد فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص 86- عبد السلام ذهني في الأموال ص 681 فيرطان بين الأرض والبناء الذي يقام عليها، فلا يجيزان الشفعة لمن يملك البناء دون الأرض، ولا يجيزانها في البناء إذا بيع مستقلا عن الأرض.

45- هل يجوز للمنتفع والمحتكر أخذ البناء بالشفعة ؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه لا يجوز للمنتفع أو المحتكر، طلب أخذ العقار المجاور بالشفعة لعدم توافر حكمتها وهى التضرب من الجوار على الدوام، ذلك لأن حق المنتفع على ما يحدثه فى الأرض من بناء هو بالضرورة حق مؤقت يزول بزوال حق الانتفاع، ثم تؤول هذه المباني عندئذ إلى مالك الأرض الذى يلتزم بتعويض المنتفع وفقا لأحكام الالتصاق.

أما بناء المحتكر على الأرض المحكرة وإن كان له حق البقاء والقرار، فإن بقاء هذا الحق مرهون بالمصلحة وقيام المحتكر بدفع أجرة الأرض المحكرة، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان سقط حق القرار وأزيل البناء، ولذا لا يماثل حق المالك فى بقاءه ودوامه، فلا يكون مثله فى أحكامه. هذا فضلا عن أن التحكير أصبح مؤقتا بمدة لا تزيد على ستين سنة (م999)، ومن ثم فلا يتوافر بالنسبة إلى المحتكر ضرر بالجوار على الدوام.

وإذا كان ذلك فإن لا يستقيم وصف المحتكر أو المنتفع بأنه "جار مالك" إذ أن صفة المالك لا تثبت إلا لصاحب الحق الدائم، وهو ما لا يصدق على أى منهما. هذا فضلا عن أنه لا يجوز أن تثبت الشفعة فى حق دائم، وهو حق الملكية، لصاحب حق مؤقت كالانتفاع والحكر، إلا فى الحالة الاستثنائية التى قررها القانون، وكان قصد المشرع منها جمع عناصر الملكية فى يد واحدة.

وظاهر أن طالب الشفعة هنا لا يبتغى تحقيق هذا القصد، بل إنه يرمى إلى اكتساب حق دائم على ملك الغير، بينما حقه الذى يشفع به مصيره الحتمى إلى الزوال، وما لهذا شرعت الشفعة بما فيها من مصادرة للملكية وعدوان على حرية المالك فى التصرف فى ملكه. ويستطرد هذا رأى أن ما يقول به يتفق تماما مع اتجاه المشرع فى التقنين المدنى الجديد، حيث ذهب إلى التضييق من نطاق شفعة المنتفع والمحتكر إلى أبعد الحدود، فلم يجعل المنتفع شفعيا إلا فى الجزء من ملكية الرقبة الملابس لحقه، كما أنه قصر حق المحتكر فى الشفعة على ملكية الرقبة، وتلك أوضاع استثنائية بحته لا يسوغ بحال التوسع فيها⁽¹⁰²⁾.

غير أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه يحق للمنتفع والمحتكر أخذ المبنى المجاور له بالشفعة، شأنه شأن صاحب العلو، تأسيساً على أن لهما حق القرار، ويملكان البناء⁽¹⁾.
البناء⁽¹⁾.

46- لا يجوز للمستأجر الذي أقام بناء الأخذ بالشفعة :

إذا أقام المستأجر بناء على الأرض المؤجرة مملوكاً له فلا يجوز له أخذ مبنى ملاصق بالشفعة، ذلك أن حق المستأجر على المبنى التي أنشأها على العين المؤجرة لا يعدو أن يكون حقاً مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حقاً بوصفها مالا ثابتاً إلا فترة محددة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير يأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جارا مالكا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان للمحتكر وفق النظام المقرر فى الشريعة الإسلامية أن يشفع ببنائه إلا أنه لا يصح أن تقاس حالته على حالة المستأجر الذى يقيم بناء على الأرض التى استأجرها، ذلك أن المحتكر طبقاً للنظام المشار إليه له حق عيى تتحملة العين فى يد كل حائز لها، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر مادام قائماً بدفع أجرة المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكاً أبدياً بدوام دفعه أجرة المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لا يخوله إلا حقاً شخصياً قبل المؤجر ولا يعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء".

(1) محمد كامل مرسى ص 240 وما بعدها - السنهاورى ص 747 هامش (1) - عبد المنعم الصده ص 413 وما بعدها - عبد المنعم البدروى ص 347 وما بعدها - نبيل سعد ص 353 - ويرى البعض أنه فى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض، وله أيضاً أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له فى الأرض وهو حق عيى فى عقار فىكون عقاراً متميزاً عن رقبة الأرض. وهو فى الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معاً، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له فى الأرض، فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض فيكفى أن تكون الأرض دون البناء هى الملاصقة للعقار المشفوع فيه (السنهاورى ص 747 هامش (1) - المستشار عزت حنوره ص 64) - ويرى البعض الآخر أن فى ذلك توسعاً ليس له ما يبرره خاصة وأن الشفعة وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع فى تفسيرها.

(طعن رقم 10 لسنة 22 ق جلسة 1955/2/3)

2- "حق المستأجر على المبنى التى أنشأها على العين المؤجرة لا يعدو أن يكون حقا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حقا بوصفها مالا ثابتا إلا لفترة محدودة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جارا مالكا".

(طعن رقم 184 لسنة 36 ق جلسة 1970/10/27)

(الحالة الثانية)

الشفعة فى الأراضى غير المبنية

وغير المعدة للبناء

تنص المادة 936 مدنى على أن يثبت الحق فى الشفعة :

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

1-.....

2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

وهذه الحالة تشمل الأراضى الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى. وهى تشتمل صورتين لم يكتف المشرع فيهما بمجرد التلاصق كما هو الشأن فى الحالة السابقة وإنما تشدد وتطلب شروطا إضافية أخرى، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى.

(الصورة الأولى)

تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة

مع وجود ارتفاق

فى هذه الصورة أضاف المشرع فيها إلى شرط التلاصق ولو من حد واحد، والذى يتحقق معه الجوار بالتفصيل الذى عرضنا له، أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على

أرض الشفيع، أو أن يكون لأرض الشفيع حق ارتفاق على الأرض المبيعة.
ونعرض لشرط التلاصق ثم لشرط الارتفاق.

47- الشرط الأول :

التلاصق من جهة :

يجب أن يكون الشفيع جاراً، أى ملاصقاً للأرض المشفوعة، وتكفى الملاصقة من جهة واحدة ومن أى ناحية من الأرض من أعلى أو من أسفل، كما هو الشأن فى المبانى والأرضى المعدة للبناء.
وتكفى الملاصقة فى أى مساحة ولو بشبر واحد وقد عرضنا لذلك تفصيلاً فى موضعه.

48- ما ينتفى به التلاصق :

ينتفى التلاصق الواجب لثبوت الحق فى الشفعة بما يأتى:

(1) ملكية الشفيع لمسقة فقط مجاورة للأرض المشفوع فيها :

وفى هذا قضت محكمة النقض طأن :

1- "المادة 936 من القانون المدنى قد جرى نصها على أن يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك فى الأحوال الآتية : (1)..... (2) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة. (3)... ومفاده أنه يجب لقيام حق الجار فى الأخذ بالشفعة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقين وأن يكون لأى من الأرضين حق ارتفاق على الأخرى بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق فى الفرضين لما كان ذلك، فإن تمسك الطاعن بملكيتيه للمسقة لا يجديه القول بتوافر شروط الشفيع فيه إذ أن ملكية المسقة وحدها لا تتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق فى الشفعة".

(طعن رقم 765 لسنة 45 ق جلسة 1980/51/28)

2- "يتعين لتوافر الجوار كسبب للأخذ بالشفعة التلاصق المباشر بين الأرضين بحيث لا يفعل بينهما أى فاصل كطريق أو مسقة كما يتعين لتوافر حق الارتفاق كسبب لها أن يكون لأيهما حق ارتفاق مباشر على الأخرى لا أن يشتركا فى حق ارتفاق على عین أخرى".

(طعن رقم 1274 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/13)

(2) وجود فاصل غير مملوك للشفيع بين العقارين :

وعلى ذلك إذا فصل بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام انتفى التلاصق الذى يجيز الشفعة. لكن إذا كان هذا الفاصل مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما فإن هذا التلاصق يتحقق. وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا الفاصل قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن هذا التلاصق ينتفى تماما. على أنه إذا كانت قطعة الأرض الفاصلة بين العقارين قد اقتطعها البائع من الأرض المبيعة ليحتفظ بملكيته ولا يدخلها فى البيع وذلك على سبيل التحايل لمنع الشفعة فإنه يرد عليه سوء قصده ويعطى للشفيع الحق فى إثبات هذا التحايل بكافة طرق الإثبات، فإن أفلح فى ذلك فإنه يحق له الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "المصرف الذى يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين. أما إذا كان مشتركا بينهما فالتلاصق قائم".

(طعن رقم 89 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/1)

2- "إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر.

فإذا ما أجاز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله، فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه".

(طعن رقم 105 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/17)

3- "إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسقاة الخصوصية الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للاثنتين مما يفيد أن حق ارتفاق الرى المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التى يدخل فيها نصف المسقاة فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون".

(طعن رقم 166 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

4- "إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما

(1) السهوى ص 748 وما بعدها- نبيل سعد ص 355 وما بعدها.

هو الاحتيايل بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه إليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيايل من الوقائع التى أوردتها والتى يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق المطعون عليه الأول فى الشفعة فإن النعى عليه بالقصور أو مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

ولا يوجد ما يمنع قانونا من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو ذاته الذى يتوافر به الجوار .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان كل من صاحبه الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التى اتفقا على عملها على حسابهما، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها، فإن كلا منهما فى انتفاعه بالمرور فيها إنما يستعمل حق ملكية فى النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر. ولا يوجد قانونا ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذى يتوافر به الجوار".

(طعن رقم 97 لسنة 13 ق جلسة 1944/12/21)

49- الشرط الثانى :

أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض المشفوع بها أو العكس. مقتضى هذا الشرط أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض المشفوع بها أو كان لهذه الأخيرة حق ارتفاق على الأرض المبيعة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى إذ نصت على ثبوت الحق فى الشفعة للجار المالك فى الأحوال الآتية (1) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى. (2) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة (3) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل، فقد دلت على أنه يكفى للأخذ بالشفعة فى الحالة الأولى حيث يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه من المباني أو من الأرض

المعدة للبناء أن يكونا متجاورين أى متلاصقين من جهة واحدة دون أى شرط آخر، ومن ثم لا يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء، ذلك أن الأراضي غير المعدة للبناء لا يكفى فيها للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق بل يجب أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق أو يكون التلاصق من جهتين من اشتراط قيمة معينة للعقار المشفوع به كما هو الحال فى الحالتين الثانية والثالثة فقرة (هـ) من المادة 936 سالفه البيان".

(طعن رقم 771 لسنة 47 ق جلسة 1980/4/15)

والحكمة من الشفعة فى هذه الحالة تخليص العقارات مما يحملها من حقوق ارتفاق باعتبارها أعباء على الملكية، فالشفعة تسمح بالقضاء على الارتفاق عن طريق اتحاد الذمة أى بتملك كل من العقار الخادم والعقار المخدوم. فالشفعة تؤدى من جهة إلى التخلص من الارتفاق، وهذا يؤدى من جهة أخرى إلى تفادى أسباب المنازعات التى قد تنشور بمناسبة استعمال حق الارتفاق⁽¹⁾.

ولا يشترط للأخذ بالشفعة أن تؤدى الشفعة إلى تخليص العقارات مما يحملها من حقوق ارتفاق كلية بل يكفى تخليصها منها جزئيا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن النعى سديد ذلك أن مفاد النص فى المادة 936/هـ من القانون المدنى على أن للجار للمالك أن يطلب الشفعة إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة أن المشرع لم يشترط للأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق بين العقارين إذا اجتمعا فى يد واحدة هى يد الشفيع وأن يزول هذا الحق فى الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التى تشترك فيه - فزوال - هذا الحق كلية - ليس شرطا من شروط الأخذ بالشفعة وقد استهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من ريعه الارتفاق ولو جزئيا باجتماعهما فى يد واحدة وهو ما يتأدى إلى أسباب النزاع عند تعدد الملاك. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واشترط للأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق كلية، فإنه يكون قد عابه الخطأ فى تطبيق القانون وهو ما حجبه عن تناول الدفع بالصورية وإنزال أثرها سلبا أو إيجابا على وقائع الدعوى مما يوجب نقض الحكم".

(طعن رقم 428 لسنة 55 ق جلسة 1991/5/29)

ولا أهمية لنوع المصدر المنشئ لحق الارتفاق، فيستوى أن يكون مصدره الاتفاق كارتفاق الشرب أو المجرى أو الصرف أو المرور، أو يكون مصدره الوصية أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم⁽¹⁾.

وقد ذهب رأى إلى أن حق الارتفاق الذى يجيز الأخذ بالشفعة هو حق الارتفاق بالمعنى الدقيق، وبالتالي لا ينصرف إلى القيود القانونية الواردة على حق الملكية، كحق المرور فى أرض الجار للوصول إلى الطريق العام، لأن هذه القيود مصدرها القانون وهو ليس من المصادر التى يجوز أن ينشأ بها حق الارتفاق عملاً بالمادتين 1016. 1017 مدنى⁽²⁾ بينما ذهب رأى آخر إلى أن حق الارتفاق الذى يجيز الأخذ بالشفعة يشمل حق الارتفاق بالمعنى الدقيق، كما يشمل القيود القانونية التى ترد على حق الملكية، إذ هى فى الحالتين تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر، الأمر الذى دعا بعض الفقهاء إلى اعتبار هذه القيود ارتفاقات قانونية⁽³⁾.

وذهب رأى ثالث - نؤيده - إلى أنه يجب التفرقة بين التكليف العينى الذى يقيد حق الملاك عموماً دون تمييز بين مالك وآخر، فهذا القيد لا يعتبر فى حكم الارتفاق بل يعتبر تنظيمًا عاماً لحق الملكية وذلك قبل قيد المسافة فى فتح المطلات. أما القيد الذى يقع على عقار مالك محدد ويحقق خدمة لعقار مالك آخر وذلك مثل حق المرور وحقوق المجرى والشرب والمسيل، فتأخذ حكم الارتفاق

(1) السنهاورى ص 756 - المستشار عزت حنوره ص 66 - وقد قضت محكمة النقض بأن:

إذا كان الثابت أن الأرض المشفوع بها تروى بمرور المياه من فتحة فى ترعة إلى ساقية تابعة للأرض المشفوع فيها ومنها إلى ساقية تابعة للأرض المشفوع بها، وأن أرض الساقية الأولى المجاورة للترعة داخلة ضمن الأرض المبيعة، فإن الأرض المشفوع بها يكون لها، والحالة هذه، حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ذاتها لا على الساقية وحدها مادامت الساقية متصلة بالأرض والمياه التى تروى منها الأرض المشفوع بها لاتصل إلا بمرورها بالأرض التى بها الساقية ثم ببئرها".

(طعن رقم 97 لسنة 13 ق جلسة 1944/12/21)

(2) حسن كيره ص 560 - نبيل سعد ص 356.

(3) السنهاورى ص 756 - عبد المنعم الصده ص 415 وما بعدها - لاشين الغياياتى ص 18 -

المستشار عزت حنوره ص 69.

والحكمة من الشفعة في هذه الصورة وفي صورة الارتفاق بالمعنى الدقيق واحدة وهي التخلص من عبء الحق المقرر للعقار المجاور أو من حيث درء أسباب المنازعات بين الجيران⁽¹⁾.

وتسوى المادة في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوعة على الأرض الشافعة، وبين أن يكون للأرض الشافعة على الأرض المشفوعة، وقد كان هذا هو حكم المادة الأولى من قانون الشفعة الملغى⁽²⁾.

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة الأولى من قانون الشفعة تسوى في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوعة على الأرض الشافعة وبين أن يكون للأرض الشافعة على الأرض المشفوعة.

وعلى ذلك فلا يجدى الطعن في الحكم بمقولة إنه أخطأ في التقرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفيع على الأرض المشفوعة في حين أن الثابت أن حق الارتفاق هو للأرض المشفوعة على أرض الشفيع".

(طعن رقم 52 لسنة 17 ق جلسة 1948/5/3)

ولا يحول دون ثبوت الشفعة أن يكون الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المشفوع بها أو الأرض المشفوع فيها تشترك فيه أراضي أخرى. كما لو كان طريقا عليه حقوق ارتفاق بالمرور لعدة ملاك. لأنه إذا كانت الشفعة في هذه الصورة سوف لا تؤدي إلى زوال الارتفاق نهائيا، إذ أن الارتفاق سيبقى على كل حال لمصلحة الأراضي الأخرى، فلا أقل من أن تكون خطوة في سبيل زوال الارتفاق⁽³⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه بأحقية المطعون ضدهم الأربعة الأول في أخذ أرض النزاع بالشفعة إلى ما ورد في تقرير الخبير الذي ندبته محكمة الاستئناف من أن الأرض المشفوع فيها زراعية وأن لها حق ارتفاق بالرى على

(1) حسام الأهواني ص 140.

(2) محمد على عرفه ص 525.

(3) محمد كامل مرسى ص 251 - محمد على عرفه ص 427 - عبد المنعم البدر اوى ص 416 -

منصور مصطفى منصور ص 318.

الأرض المشفوع بها الملاصقة لها، مما يسوغ طلب الأخذ بالشفعة طبقاً لنص البند الثانى من الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدنى الذى يجعل حق الارتفاق سبباً للأخذ بالشفعة إذا تعلق بالأرض المبيعة أو بأرض الجار، فمن ثم يكون الحكم فيما انتهى إليه سديداً، ولا ينال منه إغفاله الرد على دفاع الطاعنين - بأن حق الارتفاق بالرأى على الأرض المشفوع بها ليس قاصراً على الأرض المشفوع فيها بل تشترك فيه أراضى أخرى مما لا يجوز معه طلب الشفعة - إذ لا عبرة باشتراك الغير فى حق الارتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها على الأخرى فى تمسك الشفيع بطلب الشفعة طالما أن القانون لم يشترط أن يكون هذا الحق مخصصاً لإحدهما على الأخرى وحدها. هذا إلى أن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المروى لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به بل تظل جزءاً من هذا العقار، إذا فمتى كان هذا الدفاع لا يستند إلى أساس قانونى صحيح وليس من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يعد قصوراً مبطلاً له. ويكون النعى بهذا الخصوص على غير أساس".

(طعن رقم 593 لسنة 55 ق جلسة 1990/1/4)

50- التنازل عن حق الارتفاق :

رأينا أن الحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الصورة أن حق الارتفاق الذى يشكل عبئاً ثقيلاً بجمع الأرضين اللتين يربط بينهما حق الارتفاق فى يد واحدة. ولذلك فإن انقضاء حق الارتفاق لأى سبب من الأسباب من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة. فإذا نزل المشتري عن حق الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة المشفوع فيها فإنه لا يضحى هناك مبرر للشفيع فى الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هى التى لها حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها، وعرض المشتري أن ينهى حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التى يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه، فإن ذلك يجوز، ولكن بشرط ألا يطلب المشتري مقابلاً للأرض التى ينزل عنها للشفيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه لما كانت الشفعة سبباً لكسب الملكية تثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط

(1) محمد على عرفه ص 426 - نبيل سعد ص 357 - عبد المنعم الصده ص 416.

المقررة للأخذ بها، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشتري التنازل عن أرض المسقاة التي يدعى الشفيع أن له ارتفاعا عليها وعن حق الارتفاق المثقلة به العين المباعة مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع إذ لا سند في القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض.

(طعن رقم 158 لسنة 18 ق جلسة 1950/3/30)

غير أنه يشترط لينتج هذا التنازل أثره وهو عدم جواز الأخذ بالشفعة توافر شرطين:

الأول: أن يكون هذا النزول قد تم شهره. وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقا لقانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 الذى حصل التنازل وقت سريانه. وإذن فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بعدم الاعتداد بتنازل المشتري عن حق الارتفاق المقرر للعين المشفوع فيها على العين المشفوع بها متى كان هذا التنازل لم يشهر سواء حصل قبل رفع دعوى الشفعة أن بعد رفعها".

(طعن رقم 187 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/17)

2- "وجوب أن يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون فهو لا يتم إلا إذا كان قد أشهر وفقا لقانون الشهر العقارى 114 لسنة 1946 ولا يغنى عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق فى دعوى الشفعة بعد رفعها ذلك أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ويحل محل المشتري فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانونى ترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة- مما يسوغ الالتفات عما يقرره الطاعن فى مذكرة دفاعه أمام محكمة الاستئناف من أن البائع له قد سبق له التنازل عن حق الارتفاق بالرى من المسقاة الفاصلة وأن دليله على ذلك هو إنشاء المسقاة الأخرى التى اشتراها الطاعن لرى الأرض دون أن يقدم ما يثبت حصول شهر هذا التنازل قبل رفع الدعوى".

(طعن رقم 765 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/28)

ثانيا : أن يتم التنازل قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة:

يجب أن يتم التنازل عن حق الارتفاق، قبل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة لأن عناصر الشفعة تكون قد تكاملت بهذا الإعلان ويحل الشفيع محل المشتري فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدر الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانونى يترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة⁽¹⁾.

(راجع طعن رقم 765 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/28 المنشور سلفاً فى هذا

البند)

(الصورة الثانية)

تلاصق أرض الجار للأرض المباعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المباعة على الأقل

هذه الصورة تفترض شرطين هما :

- 1- ملاصقة أرض الجار للأرض المباعة من جهتين.
 - 2- أن تساوى أرض الجار من القيمة نصف ثمن الأرض المباعة على الأقل.
- ونعرض لهذين الشرطين فيما يلى.

51- الشرط الأول :

أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المباعة من جهتين :

ويقصد بذلك أن تكون أرض الشفيع ملاصقة للأرض المباعة من حدين مختلفين

(1) السنهورى ص 760- نبيل سعد ص 357- وهناك رأى يذهب إلى أنه يجوز النزول عن حق الارتفاق قبل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري (عبد المنعم الصده ص 416- منصور مصطفى منصور ص 318 وما بعدها - عبد المنعم البراوى شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى 1954 ص 436).

وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن النزول حائز قبل رفع الدعوى (محمد كامل مرسى ص 251).

من الحدود الأربعة: الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب. ويستوى أن تكون الملاصقة في حدين متجاورين كالشمال والشرق، والغرب والجنوب، أو غير متجاورين كالشرق والغرب والشمال والجنوب. وتكفي الملاصقة في كل من الحدين في نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد. ولكن لا يكفي التلاصق في حد واحد ولو كان التلاصق في نقطتين من هذا الحد، بل ولو كان على طول هذا الحد الواحد بأكمله⁽¹⁾.

والتلاصق من جهتين وصف يرد على الأرض المشفوع بها وليس على الأرض المشفوع فيها. فيجب أن يكون التلاصق بين هاتين الأرضين واقعا في جهتين من جهات أرض الجار الشفيع، إذ النص يسند هذا الشرط - كشرط القيمة - كما سنرى - إلى هذه الأرض، فهي الأرض التي ركز الشارع اهتمامه في تحديد أوصافها، لأن الشفعة إنما شرعت مراعاة لظروف صاحبها وهو الجار الشفيع⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة الأولى من قانون الشفعة بنصها على جواز الشفعة "إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل" قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة في تقدير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار (الشفيع) من جهتين من جهاتها للأرض المشفوعة فيها، إذ هي قد أسندت الملاصقة إلى أرض الجار (الشفيع) واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساويا لنصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل. وهذا وذاك يقطعان في أن الشارع قد ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوعة فيها، مما يقتضى القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضا وصف وارد على الأرض المشفوعة بها لا على الأرض المشفوعة فيها. يؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار، ومقتضى هذا أن الجار المقصود درء الضرر عنه هو الذى تكون جيرته محل الاعتبار".

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس في الحقوق العينية الأصلية طبعة 1976 ص 434 -

السنهورى ص 761 - عبد المنعم الصده ص 417 - نبيل سعد ص 358.

(2) محمد على عرفه ص 429 - عبد المنعم البدر اوى ص 350.

(طعن رقم 31 لسنة 14 ق جلسة 1944/12/7)

كما قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان يبين من الحكم أنه بنى قضاؤه بعدم جدية منازعة المشتري في جواز ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين على إقرار المشتري الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاوز القدر المبيع من الحدين الشرقي والغربي وعلى تسليم المشتري بهذا الجوار في صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها وعلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التي تجاور الأرض المشفوع فيها من حدين، فإن هذه الدلائل التي أوردها الحكم كافية لحمل قضائه في هذا الخصوص ويكون النعي عليه بالقصور ومخالفة القانون على غير أساس".

(طعن رقم 15 لسنة 21 ق جلسة 1953/2/19)

52- عدم توافر التلاصق بجهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع بها

بقطعتين منفصلتين :

يجب أن يكون التلاصق من جهتين لقطعة واحدة من الأرض يملكها الشفيع، فلا يتحقق التلاصق من جهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بقطعة من الأرض ويجاورها من جهة أخرى بقطعة أخرى. إذ أن النص قد ذكر كلا من أرض الجار والأرض المبيعة بصيغة المفرد، ومن ثم فإن التلاصق من جهتين يجب أن يقع بين عقارين، ولا يصح أن يكون بين ثلاثة عقارات يشفع الجار بعقارين منها. ولا يقدح في صحة هذا النظر أن الحكمة من تقدير الشفعة للجار تنهض بجواز الشفعة في هذه الصورة التي نستبعداها، لأن الشفعة في الأصل من الحقوق غير المستحبة فهي قيد يرد على حرية التصرف، فيجب على القاضي أن يضيق دائرة تطبيقها، ومادام القانون يحتم أن تكون الأرض المشفوع بها تجاور الأرض المشفوعة من جهتين فلا يمكن الحكم بالشفعة لشخص يملك قطعتي أرض كل واحدة منها تجاور الأرض المشفوعة من جهة واحدة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نص المادة 396 من القانون المدنى يدل على أن الشارع إنما أراد أن

(1) محمد كامل مرسى ص 243 وما بعدها - محمد على عرفه ص 76 - عبد المنعم الصده ص

418 - المستشار عزت حنوره ص 429 وما بعدها.

يجعل العبرة في تقدير الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها، إذ أسند التلاصق بالشروط التي ذكرها إلى أرض الجار. ولما كان التلاصق من جهتين وصفا واردا على أرض الشفيع بصيغة الفرد، فإن هذا الوصف لا يتوافر إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع فيها بقطعتين منفصلتين يملك كل منهما في إحدى جهات هذه الأرض إذ أن المشرع ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها مما يقتضى القول بأن ملاصقة هذه الأرض بقطعتين لا يؤدي إلى ثبوت الشفعة فيها لمالكها، ذلك لأن الشفيع إنما يستند في شفيعته في هذا الغرض إلى عقارين منفصلين فلا يصدق على أى منهما وصف المجاورة من جهتين".

(طعن رقم 405 لسنة 51 ق جلسة 1982/3/2)

53- لا يمتنع من الشفعة وجلود بين الأرضين طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية :

إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين إذ أن الشفيع يكون مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه.

كما يكون المشفوع فيه مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف، ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه أيضا، وبذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين. وعلى الأساس تكون الشفعة جائزة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين. إذ الشفيع يكون مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه، كما يكون المشفوع ضده مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلا في أطيانه، وبذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين، وعلى هذا الأساس تكون الشفعة جائزة".

(طعن رقم 31 لسنة 14 ق جلسة 1944/12/7)

54- وجوب ثبوت ملكية الشفيع من الجهتين قبل طلب الشفطة :

يجب أن تكون ملكية الشفيع ثابتة من الجهتين قبل طلب الشفطة. فإذا كان ملكه لم يثبت في إحدى الجهتين إلا بعد طلبها، تعين رفض دعوى شفطته⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

"التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه. فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية، حتى إذا ما تحقق هذا الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين، أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي. فإذا قضى الحكم بالشفطة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلى والشرقى مثلاً) بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد فإنه يكون قد أخطأ".

(طعن رقم 41 لسنة 18 ق جلسة 1949/12/22)

55- التحايل لمنع التلاصق :

لما كان الشرط الأساسى لثبوت الشفطة بالجوار هو اتصال لملك الشفيع بالعقار المبيع، فقد درج الناس منذ القدم على التحايل لمنع التلاصق، وبالتالي لمنع الشفطة بإهدار شرط التلاصق.

ويتحقق هذا التحايل إذا احتفظ البائع لنفسه بقطعة صغيرة من الأرض، أو إذا باع البائع أرضه إلا جزءاً فاصلاً بين العقارين وهبه للمشتري أيضاً ليفوت على الجار حق الشفطة⁽²⁾.

وإذا ثبت التحايل لإسقاط الشفطة، فإن ذلك يكون غشاً نحو القانون إذ الغاية منه سلب حق قرره القانون، وهو عمل غير مشروع فلا يعتد به. ويحكم للشفيع بحق الشفطة⁽³⁾.

(1) محمد على عرفه ص 429.

(2) محمد كامل مرسى ص 261 - عبد المنعم البدر اوى ص 355.

(3) السنهورى ص 749 - محمد على عرفه ص 434 - محمد كامل مرسى ص 264 وما بعدها =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذي أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه عليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التي أوردها والتي يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق المطعون عليه الأول في الشفعة فإن النعى عليه بالقصور أو مخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

2- "إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر. فإذا ما أجز التحيل لإبطالها كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذي قصد إبطاله. فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه".

(طعن رقم 105 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/17)

ولما كان التحايل غشاً فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البينة والقرائن⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا يعيب الحكم أنه استند في ثبوت الاحتيال قبل الطاعن على أحكام صدرت بعد رفع دعوى الشفعة وبعد انقضاء مواعيدها المقررة قانوناً متى كان استناده قائماً على استخلاص عناصر الاحتيال من الوقائع الثابتة في تلك الأحكام وكانت هذه الوقائع سابقة على رفع دعوى الشفعة ومعاصرة لها".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

= عبد المنعم البدر أوى ص 354 - وهناك رأى في الفقه الإسلامى يقول به أبو حنيفة والشافعى بأنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة، وهى من الحقوق غير المستحبة وقد أخذت بذلك بعض المحاكم استئناف وطنى 4 يناير سنة 1898 - دشنا 29 مارس سنة 1899 - استئناف مختلط 14 نوفمبر سنة 1894.

(1) محمد كامل مرسى ص 265 - محمد على عرفه ص 434.

56- الشرط الثانى :

أن تكون قيمة أرض الشفيع لا تقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها :

يجب ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها.

وهذا الشرط استحدثه المشرع بقانون الشفعة الملغى، وذلك لمنع المضاربة بالشفعة التى استفحل أمرها فى ظل أحكام القانون المدنى القديم حيث كان صغار الفلاحين يتقدمون بطلب أخذ مساحات كبيرة بالشفعة استنادا إلى مجاورتهم إياها بقطع صغيرة جدا محصورة بينها، ولم تكن شفعتهم جدية بل كانت وسيلة لاستغلال كل من البائع و المشتري بابتزاز النقود منهم فى مقابل التنازل عن الشفعة⁽⁵⁾.

وقد أقر المشرع هذا الشرط فى القانون المدنى الجديد، بعد أن استقر رأى على إبقاء شفعة الجار على ما كانت عليه فى قانون الشفعة الملغى.

وفيما يتعلق بأرض الشفيع تكون العبرة بقيمتها الحقيقية وقت إبرام البيع، فيجب أن تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المباعة على الأقل، بصرف النظر عن الثمن الذى كان هذا الشفيع قد اشتراها به، لأنه فى وقت البيع يجب أن تتوافر شروط الشفعة.

وفيما يتعلق بالأرض المباعة، فالعبرة بالثمن الحقيقى الذى بيعت به، ولو كان المشتري قد وقع ثمنا يزيد على قيمتها الحقيقية لأن له مصلحة خاصة فى الحصول عليها، وصريح النص يؤدى إلى ذلك. ينهض بها أن الأرض المباعة يجب أن ينظر إلى قيمتها بالنسبة إلى المشتري لأنه المشفوع ضده، ولأن الثمن الذى يدفعه هو الذى يلتزم الشفيع بتقديمه لإمكان الأخذ بالشفعة⁽⁶⁾.

ولا يعتد فى هذا الخصوص بمساحة الأرضين. فقد تكون مساحة أرض الشفيع منسوبة إلى مساحة الأرض المباعة هى الربع أو الثلث مثلا، ولكنها مع ذلك تساوى من القيمة نصف الثمن الذى بيعت به فتثبت فيها الشفعة.

(1) محمد كامل مرسى ص 222 وما بعدها - محمد على عرفه ص 430.

(2) السنهورى ص 764 - محمد على عرفه ص 430- عبد المنعم الصده ص 417 وما بعدها - نبيل سعد ص 378 - رمضان أبو السعود ص 311 - الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية طبعة 1974 ص 365- وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 245 فيرى أنه يجب التعويل على قيمة الأرض المشفوعة وقت الشفعة لا على الثمن الذى اشترى به.

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة على الشيوع لعدة شركاء وطلبوا جميعاً الشفعة فإن العبرة بقيمة الأرض كلها. أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء في الشيوع فقط، فتكون العبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها. لأن هذه الحصّة الشائعة تكون هي في هذه الحالة هي الأرض المشفوع بها⁽⁷⁾.



(1) المستشار مصطفى هرجه ص 65 - نبيل سعد ص 359 - رمضان أبو السعود ص 312 - عبد المنعم البدر أوى ص 351.

مطادة (937)

- 1- إذا تزامم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة.
- 2- وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.
- 3- فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

الشرح

57- تزامم الشفعاء :

قد يأخذ التزامم على ضوء المادة (937) مدنى صورة من صور ثلاث هي:

- 1- التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة.
 - 2- التزامم بين الشفعاء من طبقة واحدة.
 - 3- التزامم بين شفعاء يكون المشتري واحدا منهم.
- ونعرض لهذه الصور بالتفصيل فيما يلى.

58 - الصورة الأولى :

الترزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة :

تنص المادة 1/937 مدنى على أن: "إذا تزامم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 936 مدنى".
وإن تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة يخضع للمفاضلة بينهم للترتيب الوارد بالمادة 936 مدنى.

فالترتيب الذى اتخذه الشارع فى المادة 936 مدنى حين أحصى الشفعاء هو الذى يحدد مرتبة الشفعاء فى هذا الصدد. فمن كان من طبقة أعلى تثبت له الأفضلية على الذين هم من طبقة أدنى. وقد رتب هذه المادة الشفعاء على النحو الآتى:

- 1- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الانتفاع الملابس لها.

- 2- الشريك في الشيوع في الملكية أو غيرها إذا بيعت حصة شائعة في العقار.
- 3- صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة الملازمة.
- 4- مالك الرقبة عندما يشفع في حق الحكر أو صاحب حق الحكر عند ما يشفع في الرقبة.
- 5- الجار المالك عندما يشفع في العقار المجاور سواء كانت ملكية تامة أو ملكية رقبة.

ويترتب على ذلك ما يأتي :

- 1- في الطبقة الأولى يوجد مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع. فإذا كان حق الانتفاع مقررا لشخصين - مثلا- وباع أحدهما حقه كان الشفعاء اثنين: مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوع (في حق الانتفاع)، فإذا تزامن الإثنان في طلب الشفعة، كانت الشفعة لمالك الرقبة وحده.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 937 من ذات القانون على أن "وإذا تزامن الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة" مفادها أن المشرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها، هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة وبرد الرقبة إلى صاحب الانتفاع، وتحقيقا لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تزامن الشفعاء - لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة التي يملكها، وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزام إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها، وإذا قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند التزامهم وفق ما جرى به النص السالف فإن مؤدى ذلك أن الشفعة في حق الانتفاع أو في حق الرقبة مقررة أصلا لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة لكل منهم وهي المضارة على أن تجرى المفاضلة بينهم عند التزامهم".

(طعن رقم 1644 لسنة 51 ق جلسة 1985/4/9)

- 2- في الطبقة الثانية يوجد الشريك في الشيوع (والمراد بالشريك هنا الشريك في حق الملكية التامة، أو الشريك في الانتفاع أو الرقبة أو الحكر)، فإذا وجد عقار مملوك لاثنتين شائعا بينهما، وباع أحدهما حصته إلى أجنبي، وتقدم لكي يشفع كل من

الشريك الآخر والجار، تقدم الشريك على الجار. وإذا كان العقار الذى يملكه اثنان شائعا بينهما قد رتبا عليه حق انتفاع. فأصبحا يملكان الرقبة فقط، ثم باع أحدهما حصته الشائعة فى الرقبة لأجنبى، كان الشفعاء الشريك الآخر فى الرقبة، وصاحب حق الانتفاع والجار، ويتقدم - عند التزام فى طلب الشفعة - الشريك المشتاع الآخر فى الرقبة دون صاحب حق الانتفاع أو الجار.

3- فى الطبقة الثالثة يوجد صاحب حق الانتفاع عندما يشفع فى الرقبة فإذا كان مالك عقار قد رتب عليه حق انتفاع، فأصبح مالكا للرقبة وحدها، فباع الرقبة، كان الشفعاء هم صاحب حق الانتفاع والجار، ويتقدم هنا صاحب حق الانتفاع على الجار.

4- فى الطبقة الرابعة يوجد صاحب الرقبة يشفع فى حق الحكر أو صاحب الحكر عندما يشفع فى الرقبة. فإذا كان العقار قد رتب صاحبه عليه حق حكر، فقام صاحب حق الحكر ببيع حقه، فالشفعاء هما مالك الرقبة والجار، ويتقدم مالك الرقبة هنا على الجار. وإذا حدث العكس وباع مالك الرقبة حقه كان الشفعاء، صاحب حق الحكر والجار. وهنا يتقدم صاحب الحكر ليشفع فى الرقبة دون الجار المتأخر فى المرتبة.

5- فى الطبقة الخامسة يوجد الجار. وهو أدنى الشفعاء مرتبة، حيث يتقدم عليه الشفعاء أصحاب الطبقات الأربعة وبالترتيب السابق. ولا يتصور أن تكون الشفعة للجار بغير مزاحمة، إلا إذا تصورنا العقار المشفوع فيه مملوكا لشخص واحد ملكية تامة ولم يقرر عليه حق انتفاع أو حكر. عندئذ تكون الشفعة للجار. وهذا هو الفرض العملى الذى يكثر فى الحياة العملية⁽⁸⁾.

59 - الصورة الثانية :

التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة 937 مدنى على أنه : "إذا تزام الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه".

وتطبيق هذا النص على الطبقات الأربع الأولى لا يثير أدنى صعوبة. فإذا كان الشفعاء المتزامون شركاء فى ملكية الرقبة عند بيع حق الانتفاع، أو شركاء فى الشيوع عند بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى، أو شركاء فى حق الانتفاع عند بيع

(1) عبد المنعم الصده ص 425 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 320 وما بعدها.

الرقبة، أو شركاء في ملكية الرقبة عند بيع حق الحكر، أو شركاء في حق الحكر عند بيع الرقبة. ففي جميع هذه الحالات يقسم المبيع بين الشفعاء المتزاحمين، حيث يستحق كل منهم على قدر نصيبه، أى يأخذ كل منهم بنسبة حصته الشائعة. مثل ذلك أن يكون هناك عقار مملوك على الشيوع لثلاثة شركاء، ثم باع أحدهم حصته الشائعة لأجنبي، إذ يكون للشريكين الآخرين أن يشفعا في الحصة المبيعة فيأخذ كل منهما بنسبة حصته⁽⁹⁾.

60- قاعدة عدم تجزئة الشفعة :

إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة، وكان لهذه الطبقة الحق فى أخذ العقار بالشفعة، باعتبارها الطبقة الأعلى، وانفرد كل من الشفعاء بطلب الشفعة لنفسه مستقلاً عن غيره من الشفعاء، فإنه يجب أن يطلب الأخذ بالشفعة فى كامل العقار المبيع، ولا يقتصر على طلب جزء من العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به، طبقاً لما تقضى به قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة. إذ من حق المشتري ألا تتجزأ عليه الصفقة. أما فى حالة اشتراك الشفعاء المتعددين فى طلب الشفعة معاً بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل شفيع منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم فى أخذ العقار المبيع كله بالشفعة، إذ لا يكون ثمة تبعية للشفعة على المشتري أو تجزئة للشفعة. ولا يغير من ذلك أن يرد فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو فى صحيفة الدعوى ما يشير إلى اقتسام طالبى الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهم ولا أثر له على حقوق المشتري⁽¹⁰⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر. حتى لا يضار المشتري بتبعية الصفقة. وإذا كان الواقع الثابت بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضدهم من الثالث للأخيرة باعوا للطاعة قطعة أرض مساحتها ... وأن المطعون ضدهما الأول والثانى أعلنوا رغبتهم فى أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة، وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما فى أخذ هذه

(1) عبد المنعم الصده ص 426.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 447 وما بعدها - نبيل سعد ص 360 وما بعدها.

المساحة كلها بالشفعة، فإنه لا يكون ثمة تبعيض للصفقة على المشتري أو تجزئة للشفعة، ولا يغير من ذلك أن يرد في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو في صحيفة الدعوى ما يشير إلى اقتسام طالبى الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهما، ولا أثر له على حقوق المشتري".

(طعن رقم 404 لسنة 41 ق جلسة 1975/6/11)

ولكن إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز فإنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للشفعة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يجوز للشفيع - إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين - أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للشفعة وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة طلبت أخذ المبيع كله بالشفعة بما فى ذلك الجزء الذى بيع إلى المشتري الذى لم يختصم فى الدعوى فإن النعى على الحكم بأنه لم يبحث مدى أحقية الطاعنة فى الأخذ بالشفعة بالنسبة لأجزاء العقار المشفوع فيه التى بيعت لمن اختصمته فى الدعوى، يكون دفاعا جديدا يخالطه واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع وبالتالي لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 165 لسنة 49 ق جلسة 1981/2/26)

61- التزام الجيران :

كانت المادة 7 من قانون الشفعة الملغى تنص فى فقرتها الثانية على أنه: "إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره". وكانت المادة 1384 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص فى فقرتها الثانية على أنه : "إذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه. إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره"- وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا المشروع أنه : "إذا تزامم الجيران فى الأخذ بالشفعة، فإن الذى يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره، ويترك هذا التقدير للقاضى". وهذا هو نفس ما استقر عليه العمل فى ظل قانون الشفعة الملغى.

إلا أنه حدث في لجنة المراجعة أن اقترح استبعاد شفعة الجار كلية، فاقتضى ذلك بطبيعة الحال اقتراح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية المتقدمة، حيث أصبح لا لزوم لها بعد أن حذفت الفقرة (هـ) من المادة السابقة وهي التي كانت تقرر الشفعة للجار.

فلما أعيد النظر في شفعة الجار أثناء مناقشة المشروع في مجلس النواب، وانتهى أمرها إلى بقائها على ما كانت عليه في قانون الشفعة الملغى، سهى المجلس في غمرة هذه المناقشات عن التعديل الذي أدخلته لجنة المراجعة على نص التزام، فأقر النص بحاله كما اقترحته لجنة المراجعة، وفات مجلس الشيوخ أيضا تدارك هذا النقص⁽¹¹⁾ وبذلك ظهرت المادة 937 من القانون خالية من حكم التزام بين الجيران واقتصر نص فقرتها الثانية على أنه: "إذا تزام الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه".

وظاهر أن هذا الحكم لا يمكن بحال أن ينصرف إلى التزام بين الجيران لأنهم لا يشفعون بعقار واحد حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار، بل إن الجيران يتزاممون بمدى المنفعة التي تعود على كل منهم من الأخذ بالشفعة. ومن ثم لزم أن تكون المفاضلة بينهم على قدر هذه المنفعة، لا قدر النصيب الذي لا يتأتى وجوده في هذه الحالة كأساس للتفضيل⁽¹²⁾.

ولما كان إسقاط الحكم الخاص بجعل المنفعة أساسا للمفاضلة بين الجيران لا يعدو أن يكون من قبيل السهو التشريعي، ومن ثم فلا يسوغ أن يترتب على هذا السهو قلب الأوضاع التي استقرت في ظل قانون الشفعة الملغى بشأن المفاضلة بين الجيران عند التزام ومن ثم يجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التي تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدي للمادة 937 مدني باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل. وهي على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص⁽¹³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 386 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 436 وما بعدها - السنهاوري ص 797 - رمضان أبو السعود ص 322 - محمود جمال الدين زكي ص 449.

(3) السنهاوري ص 798 - محمد على عرفه ص 436 - محمد كامل مرسى ص 297 - محمود جمال الدين زكي ص 297.

وبالتالى يجب أن يكون أساس المفاضلة عند تزامم الجيران فى طلب الشفعة هو المنفعة التى تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به، دون اعتداد بالمنفعة التى قد تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ودون اعتبار للفوائد التى قد تعود على الشفيع شخصيا من الأخذ بالشفعة⁽¹⁴⁾.

(1) وهناك آراء أخرى مخالفة فى الفقه :

1- فيذهب رأى إلى أن صيغة نص المادة 2/937 مدنى قد وردت من العموم بمكان بحيث تنظم أيضا حالة التزام بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم. ولا يقدر فى ذلك تضمن المشروع التمهيدى للقانون الحالى نفس الحكم الوارد فى المادة السابعة من قانون الشفعة السابق طالما لم يرد ذات الحكم فى صلب التقنين نفسه. وبالتالى إذا كان الجيران المتزاممون يشفعون بعقار واحد يملكونه على الشيوع فيما بينهم فإنه ليس هناك ثمة صعوبة إذ يستحق كل منهم فى الشفعة بقدر نصيبه من الشيوع. أما إذا تعددت العقارات بحيث يكون كل جار يشفع بعقار مستقل فإن تحديد نصيب كل منهم فى العقار المشفوع فيه يتم على أساس نسبة قيمة ما يشفع به كل منهم.

(حسن كيره ص 570 وما بعدها - المستشار عزت حنوره ص 214 وما بعدها - نبيل سعد ص 362 وما بعدها).

2- رأى يذهب إلى أنه لا يمكن من الناحية الفنية تطبيق القاعدة التى كانت مقررة فى القانون القديم، وفى المشروع التمهيدى، باعتبارها قاعدة عرفية - كما يقول البعض - لأنها كانت تطبق بصفقتها قاعدة تشريعية فلم تستمد قوتها الملزمة من جريان العمل وبالتالى لا تتوافر لها مقومات القاعدة العرفية، كما لا يصح تطبيق هذه القاعدة لمجرد عدالتها كما يذهب البعض لأن تطبيقها يؤدى إلى منع تطبيق قاعدة تشريعية على أشخاص تتوافر فيهم شروط تطبيقها، وذلك دون مبرر فنى، وهذه القاعدة التشريعية هى التى تقدر حق الجار فى الأخذ بالشفعة على خلاف النص.

ولذلك فإن التطبيق الدقيق لنصوص القانون الحالى يؤدى إلى وجوب معاملة الجيران المتزاممين معاملة واحدة، ويكون ذلك بتقسيم المبيع بينهم بالتساوى، فيفرز لكل منهم جزء من العقار المبيع إن أمكن التقسيم مع الإفراز. فإذا تعذر ذلك، كما لو كان المبيع منزلا يتعذر تقسيمه، فيكون المبيع للشفعاء شائعا بينهم لكل حصة تساوى حصة الآخر. فإذا لم يقبل أحد الشفعاء هذا الحل، فيجب أن ينزل عن حقه فى الشفعة (منصور مصطفى منصور ص 328 وما بعدها).

وهذا هو ما أخذت به محكمة النقص إذ قضت بأن :

1- "العبرة في مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين في طلب الشفعة إنما هي بالمنفعة التي تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به دون اعتداد بالمنفعة التي قد تعود على ملك كسبه بعد البيع أساس الشفعة ودون اعتبار للفوائد التي قد تعود عليه شخصياً من الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 166 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

2- "متى كان الحكم قد أقيم على دعامتين مستقلة إحداهما عن الأخرى (الأولى) أن أرض الطاعن لا تجاور الأطيان المشفوع فيها إلا من حد واحد وليس لأرضه أو عليها حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها (والثانية) أنه بفرض توافر أسباب الشفعة للطاعن فإنه تعود على أرض المطعون عليه الأخير منفعة أكثر مما تعود على ملك الطاعن، وكان يصح قيام الحكم على الدعامة الثانية وحدها، فإن النعى عليه في الدعامة الأولى يكون غير منتج".

(طعن رقم 235 لسنة 21 ق جلسة 1954/1/28)

3- "النص في الفقرة الثانية من المادة 937 من القانونى المدنى.. يدل على أن المشرع لم يضع قاعدة عامة تحكم موضوع التزام بين الشفعاء جميعاً. ذلك أن القاعدة التي تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق في حالة التزام فيما بين الجيران عند تعددهم إذ أنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعاً في عقار مشفوع به واحد، فكل جار عقاره الذي يشفع به لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين وإذ لم يورد النص حكماً لتلك الحالة فيجب - وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى الرجوع إلى القاعدة التي تضمنها قانون الشفعة السابق باعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل - والتي تقضى بتفضيل الجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران وهي أيضاً الحكم العادل عند سكوت النص".

(طعن رقم 3160 لسنة 58 ق جلسة 1991/5/28)

وبالترتيب على ذلك إذا تزام جاران في أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة، وكان عقار أحد الجارين ملاصقاً للأرض المشفوع فيها ولها في الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كمطل أو حق مرور، وكان عقار الجار الآخر ملاصقاً للأرض المشفوع فيها

ولا شيء غير ذلك، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة، لأن عقاره أكثر اتصالاً بالعقار المشفوع فيه، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر⁽¹⁵⁾.

وإذا حصل التزاحم بين جارين للعقار المشفوع فيه، وكان عقارهما مثقلين بحقوق ارتفاق، كانت الأولوية لمن كان عقاره مثقلاً بحقوق ارتفاق أوسع نطاقاً وأشد عبئاً من التي تثقل عقار الجار الآخر⁽¹⁶⁾.

وإذا كان التزاحم بين جارين شفيعين لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوعة، ولكن أحدهما جواره من جهة واحدة، في حين أن جوار الآخر من جهتين، فإن الأخير هو الذى يفضل⁽¹⁷⁾.

وإذا كان التزاحم بين جارين عقار أحدهما أكبر مساحة وأحسن موقعاً عن عقار الآخر، كانت الأولوية لصاحب العقار الأصغر، لأنه بضمه إلى العقار المشفوع يحصل على منفعة أكثر من الجار الآخر⁽¹⁸⁾.

ويفضل صاحب العقار الأصغر على صاحب العقار الأكبر الذى لعقاره شكل منتظم، وله اتصال بالطريق العام من ثلاث جهات⁽¹⁹⁾.

والترجيح بين المنافع التى تعود على ملك كل من الشفعاء المتزاحمين، وهو ما يستقل قاضى الموضوع بتقديره. فإذا استحال هذا الترجيح واستبان للقاضى أن الشفعاء متساوون من حيث ما يعود على كل منهم من الأخذ بالشفعة، فقد رأى البعض وجوب قسمة العقار المشفوع بين الشركاء. ووجه هذا النظر أن الترجيح لا يكون إلا بوجود المرجح، وهو منعدم هنا لتساوى جميع الشفعاء فى المنفعة من الأخذ بالشفعة، ومن ثم تجب القسمة نزولاً عند حكم القانون الذى يقضى بها عند تزامم الشفعاء من طبقة واحدة لعدم إمكان ترجيح مصلحة أحدهم على مصلحة الآخرين⁽²⁰⁾. ويرى البعض أن يكون التقسيم ما بين الجيران بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به⁽²¹⁾.

(1) السنهاورى ص 799.

(2) استئناف مختلط 24 أبريل 1923.

(3) استئناف مختلط 10 مارس 1925.

(4) استئناف مختلط 16 مايو 1907، 21 أبريل 1904.

(5) استئناف مختلط 7 مارس 1907.

(6) محمد على عرفه ص 437 وما بعدها.

(7) عبد المنعم الصده ص 428.

وقد رد البعض على هذا الرأي بأن قسمة العقار المشفوع فيه بين الجيران المتعديدين التي كانت مقررة في الشريعة الإسلامية قد ألغاهها قانون الشفعة الذي يعطى في حالة التزام الأولوية للجار الذي تعود على عقاره منفعة أكثر من غيره، ولا يقرر القسمة إلا في حالة التزام بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حقوق الانتفاع⁽²²⁾. ونؤيد ما ذهب إليه البعض من أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذي تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر، افترض في ذلك أنه يمكن دائما إذا تزام الجيران الشفعاء، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره، وهذا الجار هو الذي يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون. ومادامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضي الموضوع، فإن القاضي سيجد دائما في ظروف الدعوى، وموقع العقارات، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به، واقتصراره في بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مرافقه أو تيسير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام، وما إلى ذلك، مبررا لتقديم جار على جار، وإيثار أحد الجيران المتزاممين دون غيره في الأخذ بالشفعة⁽²³⁾.

62 - الصورة الثالثة :

التزام بين شفعاء يكون المشتري واحدا منهم :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (937) على أنه : "إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعاء بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى". فهذا النص يواجه الفرض الذي يكون فيه المشتري قد توافرت فيه هو نفسه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذي اشتراه، ويتقدم شفيع أو أكثر بطلب الأخذ بالشفعة من المشتري.

ويقضى هذا النص بأنه إذا كان من تقدم للأخذ بالشفعة أعلى منه طبقة في مراتب الشفعاء فإن الشفيع يفضل المشتري، أما إذا كان أدنى منه طبقة أو من طبقته فإن المشتري يفضل عنه.

(1) محمد كامل مرسى في الشفعة ص 136 وما بعدها استئناف مختلط 22 فبراير 1927.

(2) السنهاورى ص 801 وما بعدها.

وهذه الحالة تعتبر من موانع نشوء حق الشفعة أكثر من اعتبارها حالة من حالات التزام. فإن كان المشتري يصلح شفيعا في نفس الوقت امتنع على الشفعاء الآخرين الذين هم من نفس طبقته الأخذ بالشفعة، وكذلك الحال بالنسبة لمن هم أدنى منه طبقة⁽²⁴⁾.

وتبدو أهمية تأصيل هذه الحالة على أنها مانع من نشوء الحق في الشفعة وليست من قبيل التزام في أنه ينطبق الحل الذي ورد في النص إذا توافرت شروط الشفعة في المشتري وقت شرائه حتى لو فقد هذه الشروط كلها أو بعضها بعد الشراء، وبصرف النظر عن وقت تقدم الشفعاء للأخذ بالشفعة. فإذا كان المشتري شفيعا استحال في هذه اللحظة أن ينشأ حق الشفعة للشفعاء الذين هم من طبقته أو أدنى منه درجة، ولا يقدح في ذلك زوال شروط الشفعة بعد ذلك من المشتري أى في وقت لاحق على الشراء. فمتى امتنعت الشفعة عن باقى الشفعاء وقت البيع فإنها لا تنشأ بعد ذلك من ذات البيع⁽²⁵⁾.

وهذا الحكم تمليه اعتبارات العدالة لأن المشتري إذا لم يتقدم للشراء كان له الحق في الأخذ بالشفعة بصفته شفيعا وقت الشراء ولذلك فإن العدالة تقتضى ألا يكون فى مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حيث يستطيع باقى الشفعاء الذين من طبقته أو من طبقة أدنى أخذ العقار منه بالشفعة. ومن أجل ذلك قرر المشرع هذا الحكم بالرغم من أن هذا الفرض لا يثير فكرة التزام بين الشفعاء بالمعنى الفنى⁽²⁶⁾. ولذلك يكفى لقيام هذا الحكم توافر علته وقت الشراء، بمعنى أنه يكفى أن يتوافر في المشتري شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء ليرتبط به الحكم ولا يلزم استمرارها بعد ذلك كما هو الشأن في التزام بين الشفعاء.

وعلى ذلك إذا توافر للمشتري سبب من أسباب الشفعة وزاحمه شفعاء آخرون، فإن النص يفرق بين ثلاثة فروض هي:

(1) حسام الدين الأهوانى ص 148.

(2) حسام الدين الأهوانى ص 149 - نبيل سعد ص 364.

(3) نبيل سعد ص 364 - منصور مصطفى منصور ص 328 هامش (1).

الفرض الأول :

أن يزاحم المشتري شفيع أو شفعاء آخرون أدنى منه طبقة :

وفى خصوص هذا الفرض لم يأت النص بجديد حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص فى الفقرة الأولى من المادة (937). فيفصل المشتري، ولا يجوز للشفيع أو الشفعاء الآخرون أخذ العقار بالشفعة.

ويتحقق هذا الفرض فى الأمثلة الآتية :

1- إذا كان هناك مالك للرقبة فى عقار، وترتب على هذا العقار حق انتفاع لشخصين بالتساوى شركة بينهما على الشيوع. فاشترى مالك الرقبة حصة أحد المنتفعين وتقدم للأخذ بالشفعة كل من صاحب حق الانتفاع الآخر والجار. فى هذا المثل لا تجوز شفعتهما. فالمشتري وهو شفيع، قد زاحمه من هم أدنى منه مرتبة، فهذه الحصة المباعة من حق الانتفاع لو بيعت لأجنبى، وتقدم للأخذ بالشفعة كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا، وكذلك الجار، لكانت الأفضلية لمالك الرقبة باعتباره فى المرتبة الأولى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يفترض نص الفقرة الثالثة من المادة 937 من القانون المدنى أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه بأن يكون مالكا بالفعل فى هذا الوقت لما يجعله شفيعا ثم يتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته أو من طبقة أدنى - فإن المشتري يفضل فى هذه الحالة ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 2320 لسنة 52 ق جلسة 1986/4/17)

2- أن يوجد عقار يملكه شريكان على الشيوع، فاشترى أحد الشريكين حصة شريكه، وتقدم الجار ليشفع فى هذه الحصة. فلا يقضى له بالشفعة، لأن الحصة لو بيعت لأجنبى لتقدم الشريك الأول على الجار لأنه أعلى منه مرتبة.

3- أن يوجد عقار، الرقبة فيه لمالك، والمنفعة لآخر، وقام صاحب حق الانتفاع بشراء الرقبة من صاحبها، فتقدم الجار ليشفع، فلا تجوز شفעתه لأنه أدنى مرتبة من صاحب حق الانتفاع، إذ لو بيعت الرقبة لأجنبى وتقدم ليشفع فيها كل من صاحب حق الانتفاع والجار، لكانت الأفضلية للأول.

4- أن توجد أرض محكرة، واشترى صاحب الرقبة حق الحكر، أو اشترى المحتكر الرقبة، وتقدم الجار ليشفع، فلا يقبل طلبه، لأنه لو كان الذى اشترى حق الحكر أو الرقبة شخص آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفيعا فى الطبقة الرابعة، فلو مزاحمه جار - وهو فى المرتبة الخامسة - لفضل عليه⁽²⁷⁾.

الفرض الثانى :

أن يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقته :

فى هذا الفرض يفضل المشتري رغم أن هؤلاء الشفعاء من طبقته. فإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر فى الشيوع، ثم تقدم شريك ثالث للأخذ بالشفعة فإن الشريك المشتري هو الذى يفضل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نص المادتين 936/ب، 3/937 من القانون المدنى - أنه لا يجوز للشريك فى الشيوع الأخذ بالشفعة فى حصة شائعة مبيعة لمشتري توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه لأنه فى هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك على الشيوع فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوع أى من طبقته".

(طعن رقم 1837 لسنة 60 ق جلسة 1995/3/29)

وإذا بيع لشريك فى الرقبة حق الانتفاع الملابس لنصيبه، وطلب الشركاء الآخرون فى الرقبة الشفعة فى هذا الحق، فضل الشريك المشتري.

أما إذا كان المبيع من حق الانتفاع يزيد على القدر الملابس لنصيب المشتري فى الرقبة، فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين عدا المشتري على قدر نصيب كل منهم طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة (937)، لأن المشتري ما كان يجوز له أن يشفع فى هذه الزيادة.

وإذا بيعت لشريك فى حق الانتفاع الرقبة الملابس لنصيبه، وطلب الشركاء الآخرون فى حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة المبيعة، فضل الشريك المشتري. أما إذا

كان المبيع من الرقبة يزيد على القدر الملابس لنصيب المشتري في الانتفاع، فإن الزيادة تقسم بين الشفعاء المتزاحمين عن المشتري على قدر نصيب كل منهم طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة 937 لأن المشتري ما كان له أن يشفع في هذه الزيادة. ففي هذين المثليين لا يقسم المبيع بين الشفعاء المتزاحمين بما فيهم المشتري طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة 937، بل يفضل المشتري على غيره من الشفعاء طبقاً لحكم الفقرة الثالثة من هذه المادة.

وإذا باع شريك في الشيوع حصته الشائعة في العقار إلى أحد الجيران، فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون، فضل الجار المشتري. ويصدق هذا الحل حتى لو كان بين الجيران الآخرين من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من المشتري⁽²⁸⁾. ذلك أن الجيران جميعاً يعتبرون من طبقة واحدة، فهم في هذا الخصوص سواء بصرف النظر عن مقدار المنفعة التي تعود على ملك كل منهم من الشفعة⁽²⁹⁾.

(1) عبد المنعم الصده ص 430 - محمود جمال الدين زكى ص 451.

(2) والقانون المدنى الحالى أتى بهذا الحكم الجديد على خلاف ما كان مستقراً عليه فى الفقه والقضاء قبل ذلك. إذ كان رأى السائد حينذاك أن الشفعاء من طبقة المشتري يقفون معه على قدم المساواة ويكون المعيار فى التفضيل بينهم لمن يثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر، وترفض دعوى الشفعة إذا تساوت المنفعتان.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

"إن القول بحرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساوياً للمشتري فى سبب الأخذ بالشفعة غير صحيح فى القانون. ذلك بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن "حق الشفعة يبقى ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفعياً، وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل عند تزاحم الشفعاء المقررة فى المادة السابعة"، والمادة السابعة تنص على أنه "إذا تعدد الجيران قدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره"، وإعمالاً لهذين النصين يكون على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الجار الشفيع وتلك التى تعود على ملك الجار المشتري، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشتري أكبر أو إذا تساوت المنفعتان، فإذا هى لم تفصل ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها فإنها تكون قد خالفت القانون".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان من المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة 937 من القانون المدنى "أنه إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى المادة السابقة فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته، وكان الثابت من تقرير الخبير الذى اطمأنت إليه محكمة الموضوع أن الطاعن يمتلك قطعة أرض زراعية تجاور القطعة الثانية المشفوع فيها ولكل من القطعتين حق ارتفاق على الأخرى، وكانت المطعون ضدها تشفع فى هذه القطعة بالجوار وحق الارتفاق فإنها تكون من طبقة المشتري ولا تجوز لها الشفعة فيها وإذ كان من حق المشتري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ألا تتجزأ الصفة عليه فإن دعوى الشفعة برمتها تكون غير مقبولة".

(طعن رقم 379 لسنة 58 ق جلسة 1990/6/19)

2- "متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجحت الرأى الذى يقول بعدم جواز الشفعة فى الحالة التى يكون فيها الشفيع من مرتبة المشتري أخذاً بما انتهى إليه الشارع فى المادة 937 من القانون المدنى الجديد، وكان هذا الرأى الذى ذهبت إليه المحكمة وأقامت عليه قضاءها، من حرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساوياً للمشتري فى سبب الأخذ بها، غير صحيح فى القانون على ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ذلك أن المادة الثامنة من قانون الشفعة (القديم) وهى الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفصيل المقررة فى المادة السابعة لتزاحم الشفعاء، وتنص هذه المادة الأخيرة على حالة تعدد الجيران فيقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وأنه إعمالاً لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الشفيع وتلك التى تعود على ملك المشتري، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشتري أكبر، أو إذا تساوت المنفعتان، أما وهى لم تفعل ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 32 لسنة 21 ق جلسة 1952/12/11)

الفرض الثالث :

أن يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقة أعلى :

فى خصوص هذا الفرض لم يأت النص المذكور بجديد، حيث يتفق الحل الوارد فيه مع الحكم المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة 937 مدنى. فيفضل هؤلاء الشفعاء على المشتري لكونهم من طبقة أعلى وفقا للترتيب المنصوص عليه فى المادة السابعة.

ومن أمثلة ذلك :

1- أن نكون بصدد عقار يملك الرقبة فيه شخص ويملك المنفعة شخصان. قام أحد أصحاب حق المنفعة ببيع نصيبه إلى المنتفع الآخر، فتقدم مالك الرقبة ليشفع فى هذا البيع، فله ذلك، ويفضل على المشتري الشفيع لأن هذا يعد شريكا فى الشيوع وفى مرتبة أو طبقة أدنى من طبقة المالك.

2- قد نكون بصدد عقار يملك رقبته شخصان، وقد رتبنا عليه حق انتفاع لشخص فإذا قام أحد ملاك الرقبة ببيع حصته فى الرقبة لصاحب حق الانتفاع، كان لمالك الرقبة الآخر أن يشفع فى هذا البيع ويفضل على المشتري الذى أصبح شفيعا لأنه أدنى منه طبقة.

3- وقد نكون بصدد عقار رتب عليه مالكان حكرا، فأصبحا لا يملكان إلا رقبة، فإذا باع أحدهما حصته فى الرقبة لصاحب الحق فى الحكر، كان للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ بالشفعة من صاحب حق الحكر. فالأخير أدنى طبقة من مالك الرقبة فى الحكر.

4- وقد نكون بصدد عقار مملوك لشخصين شائعا بينهما، فباع أحدهما نصيبه إلى الجار، فإنه يجوز للشريك الآخر أن يأخذ الحصة المبيعة من هذا الجار ولا يستطيع الأخير أن يحتج بأنه شفيع، فهو أدنى طبقة من المالك على الشيوع.

أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، ثم تقدم جار آخر طالبا الشفعة فى هذا البيع بمقولة أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر.

ويتحقق ذلك عندما يكون جوار المشتري من حد واحد، وجوار الشفيع من حدين، أو بأن يكون الجوار بالحد متشابهها، ولكن جوار الشفيع يمتاز بصله ارتفاق. فإن الجار

الآخر لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة من الجار المشتري، لأن جميع الجيران من طبقة واحدة، ولا يعلو أحدهم على الآخر لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر. والمادة 936 مدنى عندما رتبت طبقات الشفعاء لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هى الطبقة الأخيرة، فلا يعلو جار على جار.

والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتر يكون شفيعا من طبقته كما ذكرنا سلفا⁽³⁰⁾.

5- وهى صورة تتعلق بالتزام بين ملاك الطبقات وملاك الشقق.

فقد ذكرنا سلفا أن رأى الراجح إذا بيعت طبقة من البناء أو شقة من طابق، فهم شفعاء من الطبقة الخامسة والخاصة بالجار الملاصق.

فإذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشتر هو من طبقته، وأيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقة لصاحب الطبقة الأسفل، لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لذات السبب⁽³¹⁾.

وإذا كان البناء مكونا من عدة طوابق وبكل طابق أكثر من شقة ولكل شقة مالك، فإذا تصورنا أن صاحب شقة باع شقته إلى صاحب الشقة التى تعلوها أو صاحب الشقة التى أسفلها، وتقدم صاحب الشقة الملاصقة للشقة المباعة والموجودة بذات الطابق ليشفع كان له ذلك ويفصل على صاحب الشقة الأعلى. فالجوار الجانبى فى هذا الفرض وبالذات فى ملكية الشقق يفضل الجوار الرأسى⁽³²⁾، فالشفعة ولاشك تعود على الشقة المجاورة أفقيا بمنفعة أكبر. وإذا تعددت الشقق الملاصقة للشقة المباعة رأسا، كانت المفاضلة أيضا على أساس الشفيع الذى تعود على شقته من الشفعة منفعة أكبر⁽³³⁾.

(1) السنهورى ص 813.

(2) السنهورى ص 814 - رمضان أبو السعود ص 327.

(3) رمضان أبو السعود ص 2001.

(4) ويبرر الدكتور رمضان أبو السعود ص 327 تفضيل صاحب الشقة الملاصقة بأنه تحقق فى جانبه علة الشفعة بشكل أقوى، فهو علاوة على كونه شريكا فى الأجزاء المشتركة، فهو جار ملاصق، أو هو بعبارة أخرى شريك جار فيكون له الأفضلية على صاحب الشقة الذى لا يجاور ويلصق الشقة الأخرى. فالجوار الجانبى - فى هذا الفرض - وبالذات فى ملكية الطبقات، ويفضل الجوار الرأسى.

63- التفضيل لا يقتضى القيام بإجراءات الشفعة :

تفضيل المشتري الذى توفر له سبب الشفعة على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى لا يقتضى منه أن يقوم بالإجراءات التى يستلزمها القانون لإمكان طلب الشفعة. فحسبه أن تتوفر لديه الشروط الموضوعية التى كانت تجعله شفيعا. أما الشروط الشكلية فليست مطلوبة بالنسبة إليه، لأنه يستعمل حقه بطريق الدفع لا بطريق الدعوى، حيث أنه لا ينشد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتري آخر، وإنما هو يبيع استبقاء الملك الذى اشتراه⁽³⁴⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 303 - عبد المنعم الصده ص 430 ومابعدھا.

مطادة (938)

إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها.

المنطرح

64- شراء العين التي تجوز الشفعة فيها ثم بيعها قبل إعلان الرغبة على الأخذ بالشفعة أو تسجيلها :

تنص المادة على أنه إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها. وقد يوهم نص المادة أنها استعملت كلمة (أو) للتخيير، بين "قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة" وبين "قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942" بحيث أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها إما قبل "أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة" أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942، ويرجع هذا الإيهام إلى عدم إحكام الصياغة اللفظية للمادة⁽³⁵⁾. غير أن المقصود بهذه المادة ألا يتم الأخذ

(1) وقد ذهب الفقه إلى أن المادة جاءت رديئة في صياغتها ويظهر ذلك في عبارة "قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة". فقد استعملت كلمة (أو) هنا في غير موضعها، إذ أن هذه الكلمة تفيد التخيير بين الزمنين، أي بين مجرد إعلان الرغبة وبين تسجيل هذه الرغبة، مع أنهما لا يقعان في نفس الوقت، بل إن التسجيل يعقب الإعلان بطبيعة الحال. وليس من الجائز الاحتجاج على المشتري الثاني بإعلان الرغبة غير المسجل لكونه من الغير، وهذا الإعلان لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل عملاً بالمادة 942 مدنى ومن ثم فإن الزمن المعتبر لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو وقت تسجيل إعلان الرغبة، ولا عبرة مطلقاً بتاريخ حصول الإعلان.

ولذلك كانت صياغة المادة (9) من قانون الشفعة الملغى أفضل من صياغة النص الحالي، إذ استعملت في صياغتها (واو) العطف، فقالت "قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله" =

بالشفعة إلا من المشتري الثانى إذا كان قد تم تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، وأنه لا عبرة فى ذلك بمجرد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. وهو ذات الحكم الذى كان منصوصا عليه فى المادة التاسعة من قانون الشفعة الملغى، والذى لم يشأ الشارع مخالفته.

وبهذا رأى قضت محكمة النقض، إذا ذهبت إلى أن :

1- "يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقه فى الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى قبل المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل طلب إعلان الرغبة فى الشفعة. ولا يقدر فى ذلك ما قد يوهم به نص المادة المشار إليها من وجود اختلاف بينهما وبين نص المادة التاسعة من قانون الشفعة الملغى، لأن مرد ذلك إلى عدم إحكام الصياغة اللفظية للمادة 938 سالف الذكر، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة، ولا عبرة بتاريخ حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، يؤكد هذا النظر أن المادة 942 من القانون المدنى قضت بأن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل. ولا عبرة بما يسوقه الطاعنان (الشفيعان) من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى، إذ هو صاحب الشأن الأول فى دفع الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 192 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/10)

= وهو ما يفيد وجوب توافر الإجراءين، وهما إعلان الطلب وتسجيله هنا، لا أحدهما فقط كما يتوهم من صياغة النص الحالى (محمد على عرفه ص 489- السنهاورى ص 684 هامش (2) وما بعدها - نبيل سعد ص 412 هامش (1)).

2- "إنه - وعلى ما سبق لهذه المحكمة القضاء به - يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، ولا عبرة بما قد يسوقه الشفيع فى هذا الصدد من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 253 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/13)

3- "يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذى يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، وإن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، لما كان ما تقدم وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة الحاصل فى

1973/4/28، وكان المطعون عليهما قد أخطراه في 1973/5/5 بحصول البيع الثانى فإن الحكم إذ اعتد بهذا العقد والتمن الوارد به فإنه لا يكون خالف القانون".

(طعن رقم 1020 لسنة 45 ق جلسة 1978/12/12)

4- "يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقه فى الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى قبل المشتري الثانى وبالشرط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لهذا الأخير قد تم قبل تسجيل طلب إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة. ولا عبء بتاريخ حصول الإعلان. ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفعة. يؤكد هذا النظر أن المادة 942 من القانون المدنى قضت بأن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، ولا عبء بما يسوقه الطاعن من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى صورية مطلقة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 371 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/28)

5- "النص فى المادة 938 من القانون المدنى على أنه "إذا اشترى الشخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشرط التى اشترى بها". والنص فى المادة 947 من هذا القانون على أنه "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة"، مفادهما إنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنما يتخذ إجراءات دعواه قبل مشتري العقار ودون اعتداد بالبيع

الذى صدر من هذا المشتري متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة".

(طعن رقم 1392 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/24)

6- "المادتين 937، 948 من القانون المدنى إذ تتصان على أنه" إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها" وأنه "لا يسرى فى حق الشفيع... أى بيع صدر من المشتري... إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة..." فإن مؤدى ذلك أن بيع العين التى تجوز الشفعة فيها بيعا ثانيا ساريا فى حق الشفيع يوجب عليه أن لا يتطلب أخذها بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وأن البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلا قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ... الخ".

(طعن رقم 1751 لسنة 54 ق جلسة 1991/5/26 - غير منشور)

7- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 938 من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بالألا يكون البيع الثانى سوريا، فإذا ادعى الشفيع سورياه وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يعنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى، كما أنه من المقرر أيضا أنه يجب إثبات سورياه فى مواجهة المشتري الثانى لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى سورياه وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، وأنه يكفى لسلامة إجراءات الشفعة إذا ما أصر الشفيع على طلب الشفعة فى البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثانى قبل تسجيله إعلانه برغبته فى الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم بصورياه البيع الثانى فى مواجهة المشتري ويتحقق ذلك إما باختصاصه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسكه بالبيع الأول ودفعه بصورياه البيع الثانى صورياه مطلقة

وإما بإدخاله في الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل فيها أو بتدخله هو فيها. وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل في الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية وصدور حكم لصالح الشفيع بالصورية يصح إجراءات الشفعة في البيع الأول ودون اختصام المشتري الثاني. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بعدم قبول الدعوى لأن الطاعنين لم يوجها طلب الشفعة في الميعاد إلى المشتري الثاني - المطعون ضدهما الثالث والرابعة - واستنادا إلى أنه تم إعلانهما بالبيع الثاني المؤرخ 1982/10/1 قبل رفع الدعوى وأنهما لم يسجلا رغبتهما في الأخذ بالشفعة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما حجب عنه الفصل في صورية هذا العقد التي لو ثبتت ما كان هناك ثمة ما يدعو الشفيع إلى توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 1732 لسنة 59 ق جلسة 1997/2/26)

8- "لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة في الميعاد إلى المشتري الثاني يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريا فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجب ذلك عن الفصل في دفع الطاعنة بصورية العقد الصادر إلى المطعون ضده الثاني".

(طعن رقم 830 لسنة 62 ق جلسة 1998/2/24)

9- "وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان العقد صوريا فإنه يعد غير موجود قانونا حتى لو سجل، وأن العقد الصوري المبني على الغش والتدليس لا يصححه التسجيل، وأنه وإن كان مفاد نص المادة 938 من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثان قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بالأمر بكون البيع صوريا، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائما وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له، بما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني، وأنه يجب إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، فإنه يكفي لسلامة إجراءات الشفعة إذا

ما أصر الشفيع على طلب الشفعة فى البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثانى قبل تسجيله إعلانه برغبته فى الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم بصورية البيع الثانى فى مواجهة المشتري ويتحقق ذلك إما باختصامه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسكه بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة وإما بإدخاله فى الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل فيها أو بتدخله فى فيها، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل فى الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه، وصدر حكم لصالح الشفيع بالصورية يصح إجراءات الشفعة فى البيع الأول دون اختصاص المشتري الثانى. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنة الأولى والطاعن الثانى قد أقاما الدعوى بطلب الحكم بأحقيتهما فى أخذ العقار المباع من المطعون ضدهما الثانى والثالث إلى المطعون ضدها الأولى بموجب عقد البيع المؤرخ 1980/10/8 واتخذا الإجراءات المنصوص عليها قانونا وتمسكا بصورية البيع الثانى المؤرخ 1983/1/8 الصادر من المطعون ضدها الأولى إلى المطعون ضدها الرابعة وأدخلا الأخيرة ليصدر الحكم فى مواجهتها، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط حقهما فى الأخذ بالشفعة على سند من أنهما أعلنّا بالبيع الثانى المؤرخ 1983/1/8 ولم يوجها إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشتري الثانية (المطعون ضدها الرابعة)، ودون أن يعرض للدفع المبدى منهما بصورية البيع الثانى المؤرخ 1983/1/8، ويقول كلمته فيه، وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح فإن البيع الأول المؤرخ 1980/10/8 هو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى المؤرخ 1983/1/8 بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المطعون ضدها الرابعة المشتري فى هذا البيع، وهو ما يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب الذى جره إلى مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه، بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 2975 لسنة 63 ق جلسة 2004/5/25)

ويترتب على ما تقدم أنه إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وأنه لا عبرة بمجرد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة طالما لم تسجل.

65 - حكم البيع للمشتري الثانى بعد تسجيل إعلان الرغبة :

إذا باع المشتري العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فإن هذا البيع لا يسرى فى حق الشفيع، وبناء عليه فإن حقه فى الأخذ بالشفعة من المشتري الأول يظل قائماً وبالشروط التى اشترى بها. ومن ثم لا يلتزم الشفيع بإدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة. ولكن لما كان هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع، فإنه إذا رأى أن شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل، فله أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول، ويطلبها فى البيع الثانى فى مواعيد هذا البيع وبشروطه⁽³⁶⁾. وإنما يتعين عليه فى هذه الحالة أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى بإجراءات مبتدأة غير تلك التى اتخذها بسبب البيع الأول⁽³⁷⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 938 من القانون المدنى على أنه"إذا اشترى الشخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها"، والنص فى المادة 947 من هذا القانون على أنه "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبته أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة" مفادهما أنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنها يتخذ إجراءات دعواه قبل مشتري العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشتري متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة".

(طعن رقم 1392 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/24)

66 - حكم البيع للمشتري الثانى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة :

يترتب على بيع المشتري العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى. فإذا كان الشفيع لم يسجل

(1) السنهورى ص 682 وما بعدها - عبد المنعم الصده ص 478 - منصور مصطفى منصور ص 345.

(2) عبد المنعم الصده ص 478 - منصور مصطفى منصور ص 345.

رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل صدور البيع الثانى، فإن حقه فى طلب الشفعة يتجدد بسبب البيع الثانى.

ولذلك يكفيه أن يرفع الدعوى على المشتري الثانى والبائع له، أما اختصاص البائع الأصلي فلا يكون لازما. كما أن شروط البيع الثانى هى التى تسرى فى حقه. فمثلا إذا كان الثمن فى البيع الثانى أكبر منه فى البيع الأول التزم الشفيع بالثمن الذى تم به البيع الثانى⁽³⁸⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثانى لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأى سبب، فإنه يتمتع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها كأن يكون البيع الثانى صادرا من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو أحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لما كانت المادة 9 من قانون الشفعة القديم تقضى بأن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله فلا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها وكان المطعون عليه الأخير هو المشتري الثانى وقد أصبح طرفا فى الدعوى بتدخله فيها كما أدخلت فيها البائعة له فإن اختصاص البائعين لهذه الأخيرة لا يكون لازما".

(طعن رقم 245 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/4)

2- "إذا كان الطاعن لم يثبت أن طلب الشفعة قد سجل قبل البيع الحاصل إلى من باع له وكان الشفيع قد وجه دعواه إلى البائعين الأخيرين والمشتري منهما (الطاعن) فإنه يكون قد قام بما أوجبه المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة ولا عليه إذا هو لم يعلن البائعة لأحد البائعين للطاعن".

(طعن رقم 31 لسنة 21 ق جلسة 1953/5/28)

3- "إنه - وعلى ما سبق لهذه المحكمة القضاء به- يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على

الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ومما يؤيد هذا النظر المادة 947 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفعة وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، ولا عبرة بما قد يسوقه الشفيع فى هذا الصدد من أن عقد المشتري الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده".

(طعن رقم 253 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/13)

4- "يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، ولا يشترط أن يكون هذا البيع ثابتا أو أن يكون الشفيع قد أُنذر به رسميا أو علم به علما واقعيًا وإن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشتري الثانى على أساسه إلا بعد علمه به. فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدنى من أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل".

(طعن رقم 2554 لسنة 56 ق جلسة 1991/4/28)

67- لا يشترط للأخذ بالشفعة فى البيع الثانى أن يكون مسجلا أو ثبات التاريخ قبل تسجيل إعلان الرغبة :

لا يشترط لوجوب الأخذ بالشفعة من المشتري الثانى، أن يكون البيع الصادر له قد سجل قبل تسجيل إعلان الرغبة، ولا أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل هذا الإعلان. فسنرى أن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل لأن كل ما يتطلبه القانون أن يكون هناك بيع من شأنه أن ينقل الحق المشفوع به إلى المشتري، ولا يشترط أن يكون البيع ثابت التاريخ، لأن الشفيع لا يعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى ثبوت التاريخ. ولهذا كانت العبرة فى هذا الشأن بتاريخ انعقاد البيع الثانى. فإذا كان هذا البيع قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى، ولو لم يكن البيع مسجلا أو ثابت التاريخ⁽³⁹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستعمل حقه وفقا للمادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، ولا يشترط أن يكون هذا البيع ثابتا أو أن يكون الشفيع قد أذّر به رسميا أو علم به علما واقعا وإن كان لا يتصور طلب الأخذ بالشفعة من المشتري الثانى على أساسه إلا بعد علمه به. فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدنى من أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحتاج بالتصرف الذى يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بإعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل".

(طعن رقم 2554 لسنة 56 ق جلسة 1991/4/28)

68 - بيع المشتري جزء من العقار :

إذا كان المشتري قد باع جزءا فقط من العقار، وأراد الشفيع أن يأخذ كل العقار بالشفعة، وجب عليه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصلي والمشتري الأول والمشتري الثانى. وإذا أراد الشفيع أن يقتصر على أخذ الجزء الذى استبقاه المشتري الأول فإنه يكفيه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصلي وهذا المشتري. وإذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء المبيع إلى المشتري الثانى، فإنه يكفيه أن يوجه طلب الشفعة إلى المشتري الأول والمشتري الثانى. وهذا وذاك مع ملاحظة توافر شروط الشفعة بالنسبة إلى الجزء المطلوب⁽⁴⁰⁾.

فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح الجزء الذى استبقاه المشتري أو الجزء الذى باعه غير مجاور لعقار الشفيع فلا يجوز للشفيع أن يأخذه وحده بالشفعة لانقضاء شرط التلاصق⁽⁴¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يجوز للشفيع - إذا تعددت الصفقة ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين - أن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة للشفعة".

(طعن رقم 1650 لسنة 49 ق جلسة 1981/2/26)

2- "لئن كان يشترط لعدم سقوط حق الجار المالك فى الشفعة بقاء التلاصق بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه من وقت البيع وحتى الأخذ بالشفعة، إلا أن استمرار التلاصق ليس شرطاً لبقاء الاستحقاق".

(طعن رقم 1247 لسنة 52 ق جلسة 1986/5/6)



(1) عبد المنعم الصده ص 476 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 347.

(2) منصور مصطفى منصور ص 247.

مطادة (939)

1- لا يجوز الأخذ بالشفعة.

- (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون.
 (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
 (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.
 2- لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة.

(موانع الشفعة)

69- أولا : البيع بالمزاد العلنى :

ينص البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة 939 على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة "إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون".
 وقد جاء النص عاما، فلا تجوز الشفعة فيما يشهر عن بيعه بالمزاد، يستوى فى ذلك أن تتم إجراءات المزايدة أمام السلطة الإدارية أو أمام القضاء⁽⁴²⁾، ولكن بشرط أن تكون هذه الإجراءات مرسومة فى القانون العام وهو قانون المرافعات أو فى قانون خاص.

ولكن لا يكفى لقيام المانع كون البيع قد تم بالمزايدة العلنية التى تحصل بالنداء بالأثمان فى جلسة للمزايدة حددها البائع وأعلن عنها فى الصحف، فطالما أن المزايدة لم تحصل وفقا للإجراءات التى رسمها القانون أمام إحدى الجهات الإدارية أو القضائية المختصة بذلك، فلا يكون هناك مانع من الشفعة إذ قصد المالك من هذا البيع الحصول على أعلى ثمن، وهو لم يتم أمام القضاء ولم تتوافر فيه الضمانات التى يتطلبها القانون لكفالة العلانية وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر⁽⁴³⁾.

(1) محضر الجلسة (39) للجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، فقد جاء فى قرار اللجنة أن عبارة "وفقا لإجراءات رسمها القانون" يدخل فيها كل بيع بمزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها له القانون سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 408).

(2) السنهورى ص 705 - محمد على عرفه ص 547 - عبد المنعم الصده ص 460.

والحكمة من جعل البيع بالمزايدة العلنية مانعا من الأخذ بالشفعة، أن مثل هذا البيع يسمح للشفيع وغيره بأن يدخل في المزاد إذا أراد، الذي يكون يسيرا عليه أن يعلم بأمره لصفته العلنية. ولأن إباحة الأخذ بالشفعة يقعد كثيرا من الأشخاص عن الدخول في المزاد. فلا يتسنى الحصول على أعلى ثمن للعقار المبيع علاوة على أن هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن، حين أن منع الأخذ بالشفعة يلزم الشفيع بالمزايدة على الراسى عليه المزاد⁽⁴⁴⁾.

وقد جَاءَ بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد العلنى الذى يمنع من الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريا، فإن حكمة المنع متوافرة فى الفرضين، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل المزاد"⁽⁴⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تجوز الشفعة فى البيع الذى أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة 939 من القانون المدنى، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على الثمن الراسى به المزاد وعلى حقه فى إلغاء البيع بدون إيداء أسباب، وهذه شروط تنطبق بأن مثل هذا البيع ولو أنه يتم بالمزاد إلا أنه لا يتحقق مع ما هو منصوص عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادفة أحد".

(طعن رقم 336 لسنة 22 ق جلسة 1956/5/17)⁽⁴⁶⁾

(1) محمود جمال الدين زكى ص 415 - نبيل سعد ص 369.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 407.

(3) الوضع فى ظل قانون الشفعة الملغى :

كانت المادة الثالثة من قانون الشفعة (الملغى) تقضى بأن :

"لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا، أو لنزع الملكية قهرا أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء". وقد أثارَت عبارة "لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا" جدلا فى الفقه والقضاء وذلك لورودها فى النص كتحديد لما يباع بالمزاد سواء أمام جهات الإدارة أو أمام القضاء.

ويتوافر هذا المانع فى البيوع الآتية :

1- البيع الذى يتم بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء، وذلك بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم وبيعه جبرا واستيفاء حقوقهم من ثمنه. فهذا البيع قد تم بالمزاد العلنى، كما أنه قد جرى وفقا لإجراءات رسمها قانون المرافعات.

2- بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا دون ضرر. إذ تقضى المادة 464 مرافعات بأنه: "إذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء".

كما وضع المشرع فى المواد 465، 466، 467، 468 بعض الإجراءات الخاصة بهذا البيع (أو ما يسمى بقسمة التصفية)، أى أن بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا دون ضرر يتم طبقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات، وبالتالي لا تجوز فيه الشفعة.

3- بيع العقار المثقل بتأمين عيني اختياريا بالمزاد العلنى. إذ تقضى المادة 467 من تقنين المرافعات بأن: "يجوز لمن يملك عقارا مقررأ عليه حق امتياز أو اختصاص

= وقد دعا ذلك البعض إلى القول بأن هذه المادة تقضى بأنه لأجل أن يكون البيع بالمزايدة مانعا من الشفعة يجب أن يكون لعدم إمكان القسمة عينا أو لنزع الملكية قهرا، يستوى فى ذلك حصول البيع أمام السلطة الإدارية أو أمام القضاء، فالبيع الحاصل بالمزايدة لغير هذين السببين لا يكون مانعا من الشفعة. ورتبوا على ذلك أن البيع الحاصل من الحكومة فى ملكها الخاص لا يمنع الشفعة عن المشتري منها، حتى لو حصل هذا البيع بطريق المزايدة وفقا لما تقضى به القوانين واللوائح (مصر الابتدائية (استئناف) 30 يناير 1929 - الأستاذ على زكى العرابى الشفعة فى القوانين المصرية 1906 ص 21).

أما غالبية الشراح والمحكم فلم تؤيد هذا الرأى، بل ذهب إلى تفسير النص العربى على ضوء ما جاء فى أصله باللغة الفرنسية، إذ الترجمة الحرفية لهذا الأصل هى أنه: "لا محل للشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العمومى من السلطة الإدارية أو أمام القضاء لعدم إمكان القسمة أو لنزع الملكية". وهو ما يفهم منه إطلاق المنع بالنسبة إلى كل بيع بالمزاد من السلطة الإدارية، وتحديدده بالنسبة لما يباع أمام القضاء بالحالتين المذكورتين بالنص.

(استئناف مختلط 23 ديسمبر 1919 - أسبوط الابتدائية (استئناف) 29 يناير 1921 - عبد

السلام ذهنى الأموال ص 741، محمد كامل مرسى فى الشفعة ص 200.

أو رهن رسمى أو حيازى لم يحصل تسجيل تنبيه بنزع ملكيته، أن يبيعه أمام القضاء بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة". وتقضى المادة 468 مرافعات بأن تطبق على بيع العقار اختياريًا "الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع".

4- بيع الدولة لأملكها الخاصة، طبقاً للتشريعات السارية المنظمة لذلك. فهو بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة طبقاً للشروط التى ينظمها القانون.

5- بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب أمام القضاء. إذ تنص المادة 459 من قانون المرافعات على أن: "بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب بطريق المزايدة تجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين أو النائب من عديم الأهلية أو الغائب.

وقد تكفلت المواد (460 - 463) ببيان الإجراءات الواجب اتباعها فى هذا البيع⁽⁴⁷⁾.

(1) وكانت المواد 614 وما بعدها من قانون المرافعات الأهلى تنظم إجراءات خاصة لبيع عقار القاصر المأذون ببيع عقاره، ولكن اتباع هذه الإجراءات لم يكن إجبارياً، بل جرى العمل على أن يأذن المجلس الحسبى الوصى فى بيع العقار المراد بيعه، وأن يحدد لإيقاع البيع جلسة علنية تتم فيها المزايدة أمام المجلس الحسبى، ثم يصرح المجلس للوصى بإجراء البيع لمن رسا عليه المزاد والتوقيع على العقد بالثمن الذى قبل الراسى عليه المزاد الشراء به أمام المجلس - وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن البيع أمام المجلس الحسبى لا يدخل فى البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة، إذ أنه ليس من البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الإدارية المختصة بقوانين وإجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لذوى الحقوق، ويترتب عليها وقوع البيع حتماً لمن يرسو عليه المزاد.

فقد قضت بأن :

1- "البيوع التى ترخص المجالس الحسبية للأوصياء أو القامة فى إجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع بها، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة طبقاً لقواعد وإجراءات معينة قانوناً تضمن العلانية والطمأنينة الكافيين لحماية ذوى الحقوق، ثم توقعها حتماً لمن يرسو عليه المزاد).

وهذه البيوع جميعا - كما رأينا - تتم وفقا لقواعد وإجراءات رسمتها القوانين واللوائح.

أما البيوع التى لا تتم طبقا لهذه القواعد والإجراءات، فتجوز فيها الشفعة ومثال ذلك:

1- البيع الذى يجريه المالك لعقاره بالمزاد العلنى الذى يحصل بالنداء بالأثمان فى جلسة للمزايدة حددها البائع وأعلن عنها فى الصحف، طالما أن هذه المزايدة لم تحصل وفقا لإجراءات رسمها القانون أمام إحدى الجهات الإدارية أو القضائية المختصة بذلك.

2- البيع بطريق المظاريف :

لا شبهة فى أن مقصود الشارع من منع الشفعة فيما يباع بالمزاد العلنى هو أن هذا البيع تتوافر فيه العلانية الكافية مما يسمح لراغب الشراء بمتابعة المزايدة، كما أن مقصوده من حصول هذا البيع وفقا لإجراءات رسمها القانون هو أن يتم إيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر. وبذلك يستطيع الشفيع إذا كانت له رغبة فى المبيع أن يشترك فى المزايدة، ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزايد⁽⁴⁸⁾.

ولما كانت هذه الشروط لا تتوافر فى البيع بطريق المظاريف المغلقة حيث لا يعرف كل راغب فى الشراء مقدار ما عرضه الآخر ثمنا للشفقة، فلا يعتبر هذا البيع مستوفيا

=2- "إن البيع الحاصل أمام المجلس الحسى لا يدخل فى البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة، إذ أنه ليس من البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الإدارية المختصة بمقتضى قوانين وإجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لذوى الحقوق ويترتب عليها وقوع البيع حتما لمن يرسو عليه المزايد".

(طنن رقم 90 لسنة 14 ق جلسة 1945/4/12)

(1) وجاء بمحضر جلسة 19 نوفمبر سنة 1937 وفى مناقشات لجنة المرحوم كامل صدقى باشا ما يأتى:

"وتساؤل الرئيس عما إذا كان هناك محل للشفقة فى بعض حالات البيع الإدارى التى تتم بمظاريف مغلقة. فأجاب كامل مرسى بك بأن البيوع التى يشير إليها الرئيس لا تدخل فى عداد البيوع الحاصلة بالمزاد العلنى وعليه فلا ريب فى جواز استعمال حق الشفعة فى مثل هذه البيوع".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 405 الهامش وما بعدها).

للمقصود من عبارة "المزاد العلنى" الواردة بنص المادة 939، ويمكن القول بأنه فى مثل هذه الحالة لا توجد مزاييدة بل مجرد تقديم عطاءات. وقد استقر القضاء فى ظل قانون الشفعة على أن البيع بطريق المظاريف ليس من البيوع التى تمنع فيها الشفعة، إذ ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة المزاييدة، فضلا عن أن وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ به للحكومة عادة من الحق المطلق فى قبول أو رفض أى عطاء⁽⁴⁹⁾.

إذ قضت محكمة النقض طأن :

"إن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزاييدة (sila vente est faite aux enchères publiques) ومقصود الشارع من النص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو البيع بالمزاد طبقا لقواعد وإجراءات معينة قانونا تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر من جهة أخرى بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة فى المبيع أن يشترك فى المزاييدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد. ولما كان بيع أراضى الحكومة الحرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة المزاييدة، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ به للحكومة من الحق المطلق فى قبول أو رفض أى عطاء، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع فى كل حال، فالبيع الواقع من مصلحة الأملاك بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزاييدة المنصوص عليه فى المادة الثالثة من قانون الشفعة، فتجوز فيه الشفعة".

(طعن رقم 77 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

70- ثانيا : وقوع البيع بين الأصول والفروع وبين الأقارب والأصهار حظى

درجة معينة :

تنص المادة 939 فى البند (ب) من الفقرة الأولى منها على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة :

"(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية".

والحكمة فى المنع من الأخذ بالشفعة فى هذه الحالة، أن البيع هنا يقوم على اعتبار شخصى ملحوظ، فالصلة الوثيقة هى التى أدت إلى البيع على هذا النحو بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر.

ولذا رأى الشارع أن فى إجازة الشفعة فى هذا البيع تقويت لغرض البائع، وحرمان للمشتري من ثمار صلة الرحم، وحصول الشفيع على مميزات لم يكن البائع ليرضى بمنحها لغير هذا المشتري⁽⁵⁰⁾.

وقد عدد النص على سبيل الحصر الفئات التى يمتنع الأخذ منها بالشفعة، وهى كالآتى:

(1) البيع الذى يقع بين الأصول والفرع :

ينطبق النص على كل البيوع التى تقع بين الأصول مهما علوا والفرع مهما نزلوا، سواء كان الأصل أم الفرع هو البائع أو المشتري.

فينطبق النص مهما كانت الدرجة بين الأصل والفرع. فلا شفعة إذا باع شخص عقاره لابنه أو لابن ابنه أو لابن ابن ابنه وإن نزل، أو إذا باعه لأبيه أو لجدّه وإن علا. وحكم النص يسرى أيضا، فى الحالة التى يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من فروع البائع أو أصوله، لأن النص إنما جاء فى أحكام الشفعة، ولأن مثل هذا النوع من البيع إن لم يكن فى الحقيقة هبة ففيه محاباة، لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين، وليست الحكمة منع الأجنبى من تملك ما أراد الأصل أن يملكه لفرعه أو العكس.

وعلى هذا فإذا باع الجد عقارا إلى حفيده، فلا يكون لابن البائع أن يشفع فى هذا العقار ولو قام به سبب من أسباب الشفعة بدعوى أنه أقرب إلى البائع من المشتري⁽⁵¹⁾.

(2) البيع الذى يقع بين الزوجين :

يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون البيع وقع بين الزوجين، ويستوى أن تباع الزوجة إلى زوجها، أو يبيع الزوج إلى زوجته.

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الذى يقع بين الخاطبين⁽⁵²⁾.

(1) نبيل سعد ص 369 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 389- محمود عرفه ص 551.

(3) عبد المنعم الصده ص 442.

ولما كان الطلاق الرجعى يزيل الحل ولا يزيل الملك، فيجوز للمطلق أن يراجع مطلقته في فترة العدة، بعكس الحال فى الطلاق البائن الذى يزىل الحل والملك، ولا يجوز للمطلق إعادة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، فإن معنى ذلك أن الطلاق الرجعى امتداد للزوجية، ويمنع البيع الحاصل فيه بين المطلقين فى فترة العدة الأخذ بالشفعة، بعكس الحال فى الطلاق البائن⁽⁵³⁾.

(3) البيع الذى يقع بين الحواشى حتى الدرجة الرابعة :

بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشى لغاية الدرجة الرابعة مانع من أخذ العقار المبيع بالشفعة.

وتحسب قرابة الحواشى طبقاً لنص المادة 36 من التقنين المدنى التى تجرى على أن : "يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفروع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة".

وأقارب الحواشى حتى الدرجة الرابعة طبقاً للقاعدة الواردة بالمادة هم :

1- الأخ والأخت لأبوين أو لأب أو لأم (أقارب من الدرجة الثانية).

2- العم والخال والعمة والخالة (أقارب من الدرجة الثالثة).

3- أبناء العم وبنيات العم، وأبناء وبنات العمة، وأبناء وبنات الخال، وأبناء وبنات

الخالة (أقارب من الدرجة الرابعة).

وكانت الفقرة الثانية من المادة (3) من قانون الشفعة (الملغى) تنص على أن

قرابة الحواشى مانعة من الأخذ بالشفعة حتى الدرجة الثالثة⁽⁵⁴⁾.

(1) المستشار عزت حنوره ص 152.

(2) وقد قضت محكمة النقض - فى ظل هذا القانون بأن :

"إن قانون الشفعة حين قال فى المادة الثالثة منه أن لا شفعة فيما يبيع من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة" لم يبين القاعدة فى احتساب درجات القرابة. ثم إن الشريعة الإسلامية باعتبارها هى الأصل فى نظام الشفعة لا يجدى الرجوع إليها فى هذا الصدد. وذلك : أولاً: لأن المادة المذكورة لم تنقل عن الشريعة الإسلامية وثانياً: لأن الشريعة الإسلامية وإن كانت قد تعرضت لدرجات القرابة وقال فقهاؤها إن الدرجة هى البطن، فإنها لم تتعرض لكيفية =

(4) البيع الذي يقع بين الأصهار حتى الدرجة الثانية :

استحدث المشرع هذا المانع فى نص المادة 939، حيث لم يكن مقررا فى قانون الشفعة الملغى، وهذا يعد مظهرا من مظاهر التضييق فى الشفعة. ولم يكن هذا المانع

= احتساب الدرجات إذ هى لم ترتب أحكاما على تعددها. كذلك لم يأت الشارع فى النصوص الأخرى التى أشار فيها إلى درجة القرابة بقاعدة لاحتسابها، فيما عدا نسا واحدا فى قانون المرافعات فى المادة 240 التى أشير فيها إلى هذه القاعدة بصدد رد أهل الخبرة إذ جاء بها بعد ذكر أنه يجوز رد أهل الخبرة إذا كان قريبا من الحواشى إلى الدرجة الرابعة: "ويكون احتساب الدرجات على حساب طبقات الأصول طبقة طبقة إلى الجد الأصلى بدون دخول الغاية وعلى حسب طبقات الفروع طبقة طبقة لغاية الدرجة الرابعة المذكورة بدخول الغاية". وهذا النص وإن كان قد ورد فى صدد معين فإن الطريقة التى أوردتها فى احتساب درجة القرابة هى الطريقة الواجب اتباعها فى سائر الأحوال لا، لأن النص ورد بها فحسب بل لأنها هى الطريقة التى تتفق والقواعد الحسابية فى عد الدرجات. واحتساب الدرجات بمقتضى هذا النص يكون على أساس أن كل شخص يعتبر طبقة بذاته. وعلى ذلك يكون ابن العم أو العمة فى الدرجة الرابعة، إذ هو طبقة ووالده طبقة والأصل المشترك (الجد) طبقة إلا أنها لا تحتسب، ثم العم طبقة وابنه طبقة، فهذه طبقات أربع.

ويظهر أن هذه الطريقة فى احتساب الدرجات قد نقلت عن المادة 738 من القانون المدنى الفرنسى التى جاء فى الفقرة الأولى منها ما ترجمته "يكون احتساب الدرجات بالنسبة إلى الأقارب من الحواشى على حسب الطبقات من القريب المراد احتساب درجته إلى الأصل المشترك من غير أن يدخل هذا فى العدد ثم منه إلى القريب الآخر".

وجاء فى فقرتها الثانية تطبيقات للقاعدة فقالت : إن أولاد العم الأشقاء هم فى الدرجة الرابعة. والواقع أن درجة القرابة ما هى فى حقيقة أمرها إلا المسافة بين الشخص وأصله أو فرعه، فيجب بالنسبة إلى الحواشى أن تعد المسافات التى تفصل بين الشخص المطلوب معرفة درجة قرابته والأصل المشترك، ثم تضاف إليها المسافات التى بين هذا الأصل والقريب الآخر.

ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابة. وعلى ذلك فابن العم أو العمة يكون فى الدرجة الرابعة، لأن بينه وبين أبيه مسافة، وبين هذا وأبيه - وهو الأصل المشترك - مسافة، ومن هذا لابنه مسافة، ومنه لابنه مسافة، فمجموع هذه المسافات أربع. وهذا هو حاصل القاعدة التى أوردتها الشارع فى المادة 240 قانون المرافعات. فالحكم الذى يعتبر ابن العم فى الدرجة الرابعة وعلى هذا الأساس أجاز الشفعة فيما اشتراه من أبناء خاله يكون قد أصاب.

مقررًا في مشروع الحكومة، بل أضيف إلى المادة (939) بناء على اقتراح لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وذلك تحقيقًا للفكرة المقصودة من النص هو استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفة عائلية⁽⁵⁵⁾.

ولحساب درجة القرابة بالمصاهرة يرجع إلى نص المادة 37 مدني التي تجرى على أن: "أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج (آخر). فالزوج يعتبر قريبًا من الدرجة الأولى من ناحية المصاهرة بالنسبة لأبى زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر، كذلك يعتبر كل منهما في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج. وأخو الزوجة يعتبر قريبًا بالمصاهرة من الدرجة الثانية بالنسبة للزوج وأخو الزوج يعتبر قريبًا بالمصاهرة من الدرجة الثانية بالنسبة إلى الزوجة. فلا يجوز الأخذ بالشفعة إذن في البيع الحاصل لأب الزوج أو الزوجة أو لأم الزوج أو الزوجة أو لزوج البنت وزوجة الابن فهؤلاء جميعًا يعتبرون أقارب من الدرجة الأولى بالمصاهرة بالنسبة إلى البائع. ولا شفعة كذلك فيما يباع لأخ الزوج أو الزوجة أو أختها، إذ يكون المشتري في هذه الحالة قريبًا للبائع من الدرجة الثانية. ويقف المنع عند ذلك، فتجوز الشفعة فيما يبيعه أحد الزوجين لعم الزوج الآخر أو لعمته أو لابن أخى الزوج الآخر أو ابن أخته، إذ أن هؤلاء يعتبرون أقارب في الدرجة الثالثة بالمصاهرة.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد القرابة بالمصاهرة - بأن :

"والقرابة وعلى ما أورده نصوص المواد من 34 حتى 37 من التقنين المدني إما أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة ويخرج موضوع النزاع المائل عن قرابة النسب إذ يتعلق بقرابة المصاهرة وقد عبرت عنها المادة 37 من التقنين المدني فنصت على أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وهذا النوع من القرابة لا يوجد أى صلة بين أقارب الزوج وأقارب زوجته وقرابة المصاهرة لا تنشأ أصلاً من تصرف قانوني يكون الغرض منه إنشاء القرابة ذاتها وإنما تنشأ نتيجة لوجود التصرف القانوني كالزواج الذى يوجد صلة بين أسرة كل من الزوجين أما صلة الزوج بزوجه فهي مترتبة على رابطة الزواج لا على رابطة المصاهرة ولقرابة المصاهرة أهمية فى تحديد حقوق الشخص وواجباته

قبل أعضاء أسرته أو فى معرفة المحرمات من النساء وقد رتب القانون آثاراً قانونية مختلفة على درجة القرابة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبى قد قصره المشرع فى المادة 2/222 من التقنين المدنى على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية وفيما يتعلق بالزواج فقد حرم المشرع على الرجل أن يتزوج من بعض أصهاره تحريماً مؤبداً مثل أصول زوجته أى أمها وأم أبيها وإن علون سواء دخل بزوجه أو لم يدخل بها وكذلك فروع زوجته التى دخل بها أى بناتها وإن نزلن فقد حرم المشرع بنت الزوجة بشرط الدخول بأمرها كذلك حرم المشرع على الرجل زواجه من زوجة أبيه أو جده أو زوجه الفرع أى زوجه ابنه أو ابن الإبن وإن نزلن وبجوار تلك القرابة التى حرمها الشرع تحريماً مؤبداً فى الزواج هناك المحرمات مؤقتاً وهى التى تحل فى حالة معينة وتستمر حرمتها وقتاً معيناً فترة بقائها على هذا الحال فهى حرمة مؤقتة فإذا زالت صح وإن تزوج المرأة من الرجل الذى كان حراماً عليها مثال ذلك أخت الزوجة فهى تعتبر فى حكم أخت الزوج وبنت أخت الزوجة فهى تعتبر فى حكم بنت أخت الزوج وهما محرمتان على الزوج بحكم قرابة المصاهرة التى ينشأ عنها التحريم المؤقت فإذا توفيت الزوجة أو طلقها زوجها وانتهت عدتها جاز له شرعاً أن يتزوج من أخت الزوجة أو بنت أختها لزوال المانع وارتفاع سبب التحريم المؤقت إذ لا يوجد حينئذ جمع بين محرمين فى عصمته ومفاد ذلك أن قرابة المصاهرة فى تلك الحالة تزول حتماً بوفاة الزوجة أو طلاقها إذ لا يستساغ القول بأن الزوج يصح زواجه من أخته أو بنت أخته حكماً وهذه النتيجة تختلف فى حالة التحريم المؤبد فلا أثر للوفاة أو الطلاق على قرابة المصاهرة فى تلك الحالة مما مؤداه أن درجة القرابة فى تلك الأحوال لها معنى مغاير عن غيرها وفق ما رتبته الشارع من أحكام لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضدها وهى ابنة شقيقة زوجة المستأجر الأصلى والثابت من أقوال شاهديها بأن خالتها زوجة المستأجر - توفيت قبل زوجها ومن ثم ارتفع الحظر عنها وصارت أجنبية عن الزوج المستأجر لزوال المانع وارتفاع سبب التحريم بوفاة خالتها - زوجة المستأجر - وأصبحت حلالاً له، فلا محل بعد ذلك للقول بأن المطعون ضدها تعتبر فى ذات الوقت بنت أخت المستأجر بعد زوال قرابة المصاهرة بزوال السبب فى إنشائها بوفاة الزوجة أو طلاقها وعلى ذلك فشرط القرابة المطلوب لتطبيق حكم المادة 1/29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 أصبح غير متوافر إذ المقصود بالأقارب فى حكم هذا النص القانونى هم الأقارب الذين ينسبون إلى الشخص بالزواج الصحيح القائم وقت

الاستفادة من أحكام الامتداد القانوني فإذا انفصمت العلاقة الزوجية بالطلاق أو انتهت بالوفاة فلا يستفيد من الامتداد القانوني إلا المحرمات على سبيل التأييد متى توافرت لهم الإقامة المستقرة لمدة سنة سابقة على وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة ولا يتسع هذا النص ليشمل الأقارب بالمصاهرة التي تزول قرابتهم بزوال سببها ذلك أن القرابة في تلك الحالة قرابة اعتبارية محدودة الأثر وموقوتة بقيام سبب إنشائها فلا يثبت بها إرث ولا تقوم بها نفقة أقارب أو حضانة للصغير ولا يترتب عليها بعد زوالها أى تحریم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدها بأحقيتها فى استمرار عقد إيجار شقة النزاع لصالحها باعتبارها من أقارب المستأجر بطريق المصاهرة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 219 لسنة 61 ق جلسة 1995/1/26)

71- ثالثاً: ما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :

تنص الفقرة الأولى من المادة (939) مدنى على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة:

"(ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة".

وقد وردت عبارة "محل عبادة" فى النص مطلقة دون تحديد لدين معين يكون موضوع العبادة فلا يشمل الدين الإسلامى فقط بل يشمل الدين المسيحى واليهودى إلا أن كل مطلق مقيد بعدم مخالفته للنظام العام أو الآداب. ولذا إذا كان ما يسميه البعض ديناً من الأديان أو مذهباً من المذاهب يعتنق ما لا يقره النظام العام أو الآداب، فإنه لا يتحقق به وصف "محل عبادة" على المكان الذى تمارس فيه طقوسه. ومن ذلك النوع المخالف للنظام العام القديانية والبهائية والمجوسية عبادة النار، والمذاهب التى تقدر المتعة الجسدية⁽⁵⁶⁾.

ويشمل النص الأماكن التى تباع لتلحق بمحل عبادة قائم فعلاً، سواء لتوسعته أو ليكون مقصورة تخصص للنساء إذا أتين المسجد للصلاة، أو لإضافة مرفق جديد إليه كدورة مياه.

كما يجب أن يكون العقار المبيع مخصصاً لإقامة الشعائر الدينية بالمعنى الحرفى للكلمة وما يلحق بها، ويكون لازماً لأدائها، فلا تمتنع الشفعة إذا كان المقصود من البيع

هو تخصيص المبيع لغرض ديني آخر غير مباشرة العبادات فيه، فتجوز الشفعة فيما بيع ليُجعل مكتبا لتحفيظ القرآن مثلا، أو ليكون مدرسة أو مبرة ملحقة بمسجد.

ومن باب أولى لا يتحقق المانع، وتجاوز بالتالي الشفعة، إذا كان المقصود بالبيع غرض غير ديني كما إذا كان العقار سيخصص لإقامة مؤسسة خيرية أو اجتماعية، كإقامة عبادة أو مدرسة أو مكتبة⁽⁵⁷⁾.

وقد اقترح أحد أعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حيث سيحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يخصص العقار لهذه الأغراض العامة، فلم توافق اللجنة على هذا الاقتراح وأبقت الفقرة (ج) من المادة 939 دون تعديل⁽⁵⁸⁾.

وإذا كان الغرض من شراء العقار ليس هو جعله محلا للعبادة فقط، وإنما لهذا الغرض بالإضافة إلى غرض آخر، كبناء مسجد وعمارة سكنية أو مسجد ومدرسة، فإن ذلك لا يكون مانعا من الأخذ بالشفعة، ذلك أن النص لم يمنع الأخذ بالشفعة إلا إذا كان العقار قد بيع ليُجعل محل عبادة... "مما يدل على أن المشرع يعنى بذلك العقار كله لا بعضه. ولما كان هذا المنع استثناء من أصل إجازة الشفعة، فإنه يتعين الوقوف عند حد النص دون توسع.

أما إذا كان الغرض الأصيل هو إقامة دار للعبادة ويلحق مسكن لخدامها أو للإمام فإن هذا المسكن لا يكون مقصودا لذاته وإنما هو مجرد تابع ملحق بالمسجد تيسيرا على خادمه أو الإمام والقاعدة أن الفرع يتبع الأصل. ويتحقق في هذه الصورة المانع من الأخذ بالشفعة في هذا البيع⁽⁵⁹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض في قضاء حديث لها في تحديد المسجد بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، والذي يشترط في المسجد خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه، بحيث إذا كان علوا ثمنه سفلا مملوك أو كان سفلا فوقه علو مملوك لا يصير مسجدا لأنه لم يخلص لله لتعلق حقوق العباد به بغير الصلاة.. إذ قضت بتاريخ 30/11/1997 في الطعن رقم 6908 لسنة 666 بأن:

(1) نبيل سعد ص 370 - رمضان أبو السعود ص 292.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 409.

(3) المستشار عزت حنوره ص 156 وما بعدها.

"وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن مناط الأخذ بالشفعة فى جميع الأحوال ألا يقوم مانع من موانعها أو يتخلف شرط من شروطها أو يتحقق سبب من أسباب سقوطها، وإذ كان من موانع الأخذ بالشفعة وعلى ما أوردته المادة 939 من القانون المدنى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار بيع ليجعل محل عباده أو ليلحق بمحل عباده بما مفاده أن المشرع حفاظاً منه وتقديراً لهذا الغرض الدينى الذى تم البيع من أجله منع الأخذ بالشفعة فى هذا البيع لأن الشفعة ما شرعت أصلاً إلا لدفع المضار التى تلحق بالشفيع ولا يسوغ التضمر من دار للعبادة وفى القضاء بالشفعة فى هذه الحالة ما ينافى طبيعة العقد وتقويت للأغراض المنشودة منه، وإذ يشترط فى المسجد - على أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة - خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه، بحيث إذا كان علواً تحته سفل مملوك أو كان سفلاً فوقه علو مملوك لا يصير مسجداً لأنه لم يخلص لله لتعلق حقوق العباد به بغير الصلاة فيه ولأن فى وجود مسكن أو مستغل فوقه أو تحته ما ينافى تعظيمه، كما أن شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة البر والإحسان من أملاك الدولة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن تكون فى رعاية الحكومة تدير شئونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة، وكان قيام حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، إلا أن العين المشفوعة لا تصير فى ملك الشفيع - فى غير حالة التراضى - إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة، بما لازمه أنه إذا ما صارت العين المشفوعة مسجداً تسلمته وزارة الأوقاف لإدارة شئونه قبل صدور الحكم النهائى المثبت للشفعة امتنع على الشفيع أخذها بالشفعة بعد أن خرجت من ملك العباد عموماً إلى ملك الله تعالى، فإنه إذا ما ادعى الشفيع عدم صحة الغرض الذى تمسك به المشتري من أنه قصد من شرائه العقار المبيع جعله محلاً للعبادة - مسجداً - لمخالفته الحقيقة والواقع فإن عليه إثبات ذلك، لما كان ما تقدم وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه محل النعى وقدم ما يتساند إليه فى أن العين المشفوعة مقام عليها مسجد يقصده المصلون وتسلمته وزارة الأوقاف للإشراف عليه، وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بأنه قول غير صحيح، ومردود عليه بأن المادة (946) من القانون المدنى نظمت هذا الأمر، وأن الأرض لم تتوافر فيها أى حالة من الحالات المانعة من أخذها بالشفعة... وأن الأرض لم تبع لإقامة مسجد عليها.... على نحو ما سلف بيانه، وكان هذا الذى ذهب إليه الحكم المطعون فيه وأقام قضاءه عليه لا يواجه دفاع الطاعن

ولا يصلح ردا عليه، ومعه حجب الحكم نفسه عن التثبت مما آلت إليه العين المشفوعة وبحث وتمحيص دفاع الطاعن الذى من شأنه لو أنه عنى ببحثه وتمحيصه وصح أن يتغير به وجه رأى فى الدعوى فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

72- رابعا: الوقف:

تنص المادة (939) فى فقرتها الثانية على أن "ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة" وهذا ما قضت به المادة (4) من قانون الشفعة الملغى.

وعلة عدم ثبوت الشفعة للوقف ظاهرة، لأن الشفيع فى هذه المادة إما أن يكون ناظر الوقف وهو وكيل، وإما أن يكون أحد المستحقين وهو ليس بمالك أيضا وقد كانت المادة (51) من القانون المدنى القديم تقضى بأنه: "لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أو له" ولكن هذا الحكم لم يرد لا فى قانون الشفعة ولا فى القانون المدنى الجديد. ومن مقتضى ذلك جواز الشفعة فى العقار المبيع من الوقف إذ أن الترخيص ببيعه يقتضى حتما إنهاء الوقف فيه، فيصبح ملكا تجوز الشفعة فيه. أما إذا استبدلت بعين من أعيان الوقف عين أخرى فلا يجوز الشفعة فى أيهما لأن الاستبدال معاوضة، والشفعة لا تثبت إلا فى البيع.

وإذا اشترى بمال البديل عين للوقف فلا تجوز الشفعة فيه إذا أن ما يحل محل الموقوف يندرج فى الوقف ويجرى مجراه، والأصل أن مال البديل يعتبر وقفا فلا تثبت الشفعة فى المبدل منه⁽⁶⁰⁾.

أما إذا كان البديل حاصلا بمبلغ من المال فإنه يعد فى حكم المبيع ويكون محلا فى هذه الحالة لإجازة الشفعة للعقار الموقوف الذى استبدل بمبلغ نقدى إذ أن هذا الاستبدال يعد بيعا⁽⁶¹⁾.

(60) محمد على عرفه ص475.

(61) وقد جاء بمناقشات (لجنة المرحوم كامل صدقى باشا) بمحضر جلسة 1937/12/10 ما يأتى:
"وقال مصطفى الشوربجى إن نص المادة (3) آنفة الذكر لا يجيز للوقف أن يأخذ بالشفعة، فهل تجوز الشفعة فى حالة انتهاء الوقف عن طريق البديل مقابل ثمن دفع لشراء عقار آخر يحل محل عقار الوقف المستبدل. فلاحظ الرئيس بأنه إذا حصل البديل بين عقار موقوف وعقار آخر فمن البديهي عدم جواز الشفعة. فى هذا البديل - أما إذا كان البديل حاصلا بمبلغ =

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان البيع الثانى من البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى البيع الأول الذى يجيزها.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكم حديث لها ذهبت فيه إلى أن:

(أ) "إذا كان البيع الثانى من البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى فى البيع الأول الذى يجيزها، لأن البيع الثانى - إذا كان جدياً - فإنه ينسخ البيع الأول أما إذا كان بيعاً سورياً صوريةً مطلقةً، فإنه يكون منعداً قانوناً، غير قائم أصلاً فى نية عاقيه، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إلى المشتري الثانى. ويبنى على ذلك أنه إذا طلبت الشفعة فى بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة، وطعن الشفيع بالصورية المطلقة على بيع ثان وثبتت صوريته، فإن عدم جواز الأخذ بالشفعة فى هذا البيع الثانى لأى سبب من الأسباب، لا يحول دون الأخذ بها فى البيع الأول متى توافرت شروط الشفعة فيه، ومن ثم يكون لزاماً على المحكمة أن تتصدى ابتداءً لبحث الطعن بالصورية المطلقة، وتقول كلمتها فيه، فإذا ثبتت صوريته كان منعداً غير منتج لأى أثر قانونى، ولو كان مسجلاً".

(ب) "إذا كان الواقع فى الدعوى - على نحو ما حصله الحكم المطعون فيه - أن الطاعنة شفعت فى البيع الأول الحاصل بتاريخ - وهو بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة - وطعنت بالصورية المطلقة فى عقد البيع الثانى المؤرخ، فإن وجود مانع يمنع من الأخذ بالشفعة فى هذا البيع الأخير لا يحول دون تحقيق هذه الصورية، وتمكين الطاعنة من إثباتها توصلها إلى إهدار أثره.

وإذا كان البين مما أورده الحكم فى مدوناته أن محكمة الاستئناف فهمت خطأ أن الطعن بالصورية ينصب على الثمن فقط فى البيع الثانى - فى حين أنه طعن بصورية هذا العقد صوريةً مطلقةً - وجرها هذا الخطأ فى فهم الواقع إلى خطأ فى تطبيق القانون حيث انتهت إلى أنه "حتى لو كان هذا الثمن دون الثمن الحقيقى فإن الشفعة غير جائزة لأن المشتري تنتمى بصفة مصاهرة من الدرجة الأولى للبائع" فإن الحكم يكون -

= من المال فإنه يعد فى حكم البيع ويكون هناك محل فى هذه الحالة لإجازة الشفعة بالنسبة للعقار الموقوف الذى استبدل بمبلغ نقدى إذ أن هذا الاستبدال يعد بيعاً. فأقرت اللجنة رأى الرئيس".

فضلا عن خطئه فى فهم الواقع فى الدعوى- قد أخطأ فى تطبيق القانون، وشابه قصور مبطل".

(طعن رقم 2741 لسنة 63 ق جلسة 2000/11/28 - لم ينشر بعد)

73- بعض موانع الشفعة فى القوانين الأخرى :

وردت بعض موانع الأخذ بالشفعة فى بعض القوانين الأخرى، نذكر منها ما يأتى:

1- المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 (المعدل) بالإصلاح الزراعي: تنص المادة التاسعة من المرسوم بقانون المذكور على أن: "توزع الأرض المستولى عليها فى كل قرية على صغار الفلاحين بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لجودة الأرض.

ويشترط فيمن توزع عليه الأرض :

.....

ولا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة إلخ". والأراضى المذكورة هى التى يتم الاستيلاء عليها من كبار الملاك طبقا لأحكام المرسوم بقانون المذكور.

والعلة من منع الشفعة فى الأراضى الموزعة، هو مراعاة الشارع فى توزيعها اعتبارات خاصة تتعلق بالحالة الاجتماعية للموزع عليهم، ومنحها لهم بأسعار زهيدة، بقصد رفع مستوى معيشتهم ورفع الغبن الذى كان واقعا عليهم قبل ثورة 23 يوليو سنة 1952.

2- القرار بقانون رقم 50 لسنة 1969 (المعدل) بتعيين حد أقصى للملكية

الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية ما فى حكمها :

تنص المادة الأولى من القرار بقانون رقم 50 لسنة 1969 (المعدل) بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها على أنه: لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية أكثر من خمسين فدانا... وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز شهره.

وتنص المادة السادسة على أن تستولى الحكومة خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون - على الأراضى الزائدة عن الحد الأقصى للملكية. والمقرر أن وضع حد أقصى للملكية مما يتعلق بالنظام العام. ومن ثم إذا كانت ملكية الشفيع خمسين فداناً من الأراضى المذكورة فإنه يكون ممنوعاً من الأخذ بالشفعة فى أراضى أخرى لأن ملكيته ستزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً.

وقد قضت محكمة الطنقش - على نطل المظادة الأولى طن قطنون الإطلاح

الزراعي - بأن:

"متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة فى هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعى التى تقضى ببطلان كل عقد تترتب عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد على مائتى فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام - ولا محل للاستناد إلى القانون رقم 267 لسنة 1956 الذى أجاز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان عن طريق الميراث أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد عن المائتى فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدين بالقيود التى نص عليها المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 فى خصوص من يملكون أكثر من مائتى فدان وقت صدوره ذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سبباً مستقلاً لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان وإن فى إباحة تملك ما يزيد على مائتى فدان بالشفعة تحايلاً على أحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952، أما الوصية والميراث وما جرى مجراهما من أسباب كسب الملكية فإن الأمر فيها يتم بغير سعى من جانب من آلت إليه الملكية".

(طنقش رقم 235 لسنة 23 جلسة 1957/11/24)

كما قضت في ظل المادة السادسة من القانون رقم 50 لسنة 1969 بأن:

"النص في المادة السادسة من القانون رقم 50 لسنة 1969 الخاص بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها، على عدم الاعتداد في تطبيق هذا القانون بتصرفات الملاك السابقة ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل تاريخ العمل به، إنما هو نص خاص وضعه المشرع لمعالجة حالة خاصة، هي حالة التصرفات الصادرة من الملاك قبل العمل بهذا التشريع رغبة منه في استقرار المعاملات ولتقديره أن التصرفات التي تمت بعقود ثابتة قبل العمل به انتفى عنه شبه الصورية والتحايل على القانون وعلى أساس هذا التقدير قرر الاعتداد بهذا استثناء في مواجهة جهة الإصلاح الزراعي، وإذ جاء هذا الاستثناء مقصوراً على التصرفات الثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون المذكور فإن الحكم المطعون فيه - إذ قضى برفض دعوى الطاعن بالشفعة لأن ملكيته للأراضي الزراعية سوف تزيد على الحد الأقصى قانوناً - ولم يعتد بالتصرف الصادر منه - لبنائه بعد العمل به لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 207 لسنة 43 ق جلسة 1976/12/9)

3- القرار بقانون رقم 100 لسنة 1964 (المعدل) بشأن التصرف في العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة.

نصت المادة (58) من القرار بقانون المذكورة على أن: "تؤول ملكية العقارات التي يتم التصرف فيها وفقاً لأحكام هذا القانون إلى المتصرف إليه محملة بما عليها من حقوق الارتفاق. دون أن يترتب على ذلك أي حصر في المطالبة بتعويض مقابل هذه الحقوق.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أخذ العقارات المشار إليها بالشفعة". والعلة في منع الشفعة في هذه الحالة هي أن الدولة تباع عقاراتها عادة لتحقيق أغراض اجتماعية أو اقتصادية تقوم على مصالح عامة، وليس بغرض مالي بحت، وهي لذلك تتطلب في المشتري صفات خاصة وتراعى في تحديد الثمن الغرض المقصود من البيع، ولذا فإن إجازة الشفعة في هذه البيوع يفوت على الدولة هذا الغرض.

ولقد سبق للقضاء التوصل لهذه النتيجة في مثل هذه البيوع من قبل صدور القوانين التي نصت صراحة على المنع من الأخذ بالشفعة.

وذلك تأسيسا على تكيف البيع الذى يقوم على اعتبارات خاصة، بأنه ليس بيعا محضا وإنما تصرف ذو طابع خاص لا تجوز الشفعة فيه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الشفعة أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطعون عليها الأولى إلى المطعون عليه الثانى ليس بيعا تجوز فيه الشفعة وإنما هو تصرف ذو طابع خاص روى فيه إثارة المتصرف إليه بالأولية فى شراء الأطنان المبيعة موضوع طلب الشفعة لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمى إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوافر أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضى البور - فضلا عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون، ذلك بأن القضاء بالشفعة فى مثل هذه الحالة يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تقويت للأغراض المنشودة منه".

(طعن رقم 357 لسنة 21 ق جلسة 1953/2/26)

2- "إذا كان المشتري قد تمسك بعدم جواز الشفعة فى أرض اشتراها بطريق الممارسة من مصلحة الأملاك بثمان روى فى تقديره اعتبارات خاصة وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفاع الجوهري فإنه يتعين نقضه. ذلك أنه متى كان البيع مقصورا على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة فى شرائها ومهما زaidوا على أثمانها، ويعتبر البيع فى هذه الأحوال متراوفا بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمان".

(طعن رقم 74 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/16)

كما رددت محكمة النقض هذا القضاء فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 1985/12/26 فى الطعن رقم 2411 لسنة 54 ق حيث كان العقار المشفوع فيه قد بيع إلى رئيس مجلس إدارة الجمعية التعاونية لبناء المساكن لأعضاء هيئة التدريس والعاملين بالجامعة بصفته) وقد جاء بالحكم:

(1) المستشار عزت حنوره ص 58 وما بعدها.

"وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة فى شراء العقار المبيع ومهما زائد وأعلى ثمنه ويعتبر البيع فى هذه الأحوال متراوفاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى - وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن - فالقضاء بالشفعة فى مثل هذه الأحوال - يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تقويت للأغراض المنشودة منه. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا فى صحيفة الاستئناف بأن البيع الحاصل من أولهما لثانيهما ليس من البيوع التى يجوز فيها الشفعة استنادا إلى أنه تصرف ذو طابع خاص روعى فيه إثارة المتصرف إليه بصفته بالصفقة لما فيه من تحقيق مصالح اجتماعية واقتصادية لهيئة التدريس بالجامعة وأن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل قيمة العين المبيعة وقت البيع فإن الحكم المطعون فيه إذ رد على دفاع الطاعنين بمجرد القول "بأن الجمعية التى يمثلها الطاعن الثانى لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الجامعة التى يمثلها الطاعن الأول" دون أن يمحس دفاعها من أن البيع روعى فيه اعتبارات خاصة بالمشتري وأن هذه الاعتبارات كان لها أثرها فى تحديد الثمن رغم أنه دفاع جوهري من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، وكان ما أورده بالحكم فى صدده لا يواجهه ولا يصلح رداً عليه فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 2411 لسنة 54 ق جلسة 1985/12/26)



إجراءات الشفعة :

مادة (940)

على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك.

الشرح

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :

74- وجوب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري :

توجب المادة على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، فلا يغنى إعلان أحدهما بهذه الرغبة عن إعلان الآخر. وكان هذا الحكم مقرا أيضا في الفقرة الأولى من المادة (14) من قانون الشفعة (الملغي) إذ كانت تنص على أن: "يحب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لهما كتابة على يد محضر..... إلخ".

وقد قضت محكمة النقض في ظل هذا النص بأن :

1- "إن المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة قد نصت على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصما حقيقيا في دعوى الشفعة وأنه لا يترتب على عدم إعلانه سقوط الحق فيها".

(طعن رقم 17 لسنة 13 ق جلسة 1943/10/31)

2- "إنه إن صح القول بعدم وجوب إعلان الرغبة في الشفعة إلى البائع لعدم النص صراحة على السقوط في المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة وعدم ذكر البائع صراحة في الفقرة (ثانيا) من المادة التاسعة عشرة فإن ذلك لا يؤثر في سقوط الحق في دعوى الشفعة إذا لم ترفع على البائع مع المشتري في ميعاد ثلاثين يوما من وقت إعلان الرغبة مادام الشارع- كما سلف- قد نص على السقوط عند عدم مراعاة ذلك".

(طعن رقم 17 لسنة 13 ق جلسة 1943/10/21)

3- ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة:

حددت المادة ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري. وعلى ذلك لا يجوز احتساب هذا الميعاد من تاريخ العلم اليقينى بحصول البيع، كما كان الحال فى ظل قانون الشفعة الملغى إذ كانت المادة التاسعة عشرة منه تجعل هذا الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته..... فلا يبدأ هذا الميعاد إذن إلا من تاريخ الإنذار الرسمى المذكور، ولو كان الشفيع عالما بالبيع علما يقينيا قبل هذا التاريخ. وبذلك يكون النص الجديد قد قضى على الإشكالات العديدة التى كانت تنثور فى ظل قانون الشفعة إذ أن من مصلحة البائع والمشتري أن يتمسكا دائما بعلم الشفيع بحصول البيع توصلا إلى الدفع بسقوط حقه فى الشفعة لعدم إبداء رغبته فيها خلال الميعاد القانونى. فى حين أن مصلحة الشفيع تقتضى إنكار علمه بالبيع فى التاريخ الذى يدعيه البائع أو المشتري حتى يفلت من الدفع بسقوط حقه فى الأخذ بالشفعة. ولما كان تحديد تاريخ العلم بالبيع مسألة واقعية، فقد كان من مقتضى ذلك أن يستطيل النزاع حتى يثبت القاضى من تاريخ العلم، وهو ما كان يقتضى دائما إحالة الدعوى إلى التحقيق لسماع شهود كل من الطرفين إثباتا ونفيا⁽²⁾.

غير أن هذا لا يمنع الشفيع من أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس فى القانون ما يحول بينه وبين ذلك، ولم يقصد

(2) وكانت المادة (1388) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد المقابلة للمادة (940 مدنى) وكما أقرتها لجنة المراجعة تجعل ميعاد إعلان الرغبة فى الشفعة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ "علمه بالبيع أو من تاريخ الإنذار الرسمى الذى أعلنه به البائع أو المشتري". وفى مجلس النواب عدلت لجنة الشؤون التشريعية المادة بحذف عبارة "من تاريخ علمه بالبيع أو" وجاء بتقريرها أنه: "وبناء عليه يكون للشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى وكان النص الأصلى يوجب إعلان الرغبة فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالبيع أو الإنذار الرسمى. وقد دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيرا من الإشكالات والقضايا فحسما لذلك رأَت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمى وحده....."، وقد أبدتها فى ذلك لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ.

المشرع بما أورده في المادة (940 مدني) من تحديد بداية الأجل سوى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان الميعاد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً في نظر الشارع في القانون المدني القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري. ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً الذي يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشتري أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده في المادة (940) من القانون المدني تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من إنذار المشتري والبائع إجراء حتمياً يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع".

(طعن رقم 565 لسنة 34 ق جلسة 1968/12/26)

2- "لا يعتبر علم الشفيع بالبيع ثابتاً في نظر الشارع في القانون المدني القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري بحصول البيع ولا يبدأ سريان ميعاد إيداء الرغبة إلا من تاريخ هذا الإنذار، ولو علم بالبيع قبل ذلك، ما لم يسجل عقد البيع، ولا عليه إن هو أبدى الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل توجيه الإنذار إليه".

(طعن رقم 281 ، 952 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/12)

3- "لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً في نظر المشرع في القانون المدني إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً الذي يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشتري أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده في المادة (940) من القانون تحديد بداية

الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من إنذار المشتري أو البائع إجراء حتميا يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر لسقوط حق الشفيع".

(طعن رقم 832 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/17)

4- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك بأنه لما كان القانون المدنى قد وضع نظاما معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه فى المواد من (940 إلى 943) وجعل إجراءات هذا النظام مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا وثيقا وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة وكانت هذه الإجراءات جميعا تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة وأن المشرع أوجب فى المادة (940) من القانون المدنى على المشتري أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع وحدد فى المادة (941) من ذات القانون البيانات التى يجب أن يشتمل عليها وهى بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكى يقدر مصلحته فى طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه، فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمى المتضمن لتلك البيانات وأنه لا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بها بغير تلك الوسيلة التى حددها القانون. فإذا لم يتم إنذار الشفيع بالطريق الذى رسمه القانون فإن ميعاد إعلان رغبته فى أخذ العقار المبيع بالشفعة يكون مفتحا أمامه إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقا لنص الفقرة ب من المادة (948) من القانون المدنى. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم لم يقوموا بإنذار الطاعنين- الشفعاء- بحصول البيع على نحو ما أوضحته المادة (941 سالفه الذكر) وكان هؤلاء الآخرون قد أقاموا الدعوى رقم 363 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية بطلب أخذ أرض النزاع بالشفعة وتضمنت صحيفتها التى لم تعلن إلى المطعون ضدها العاشرة لعدم معرفة موطنها إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة وفات على الطاعنين إيداع ثمن الأرض المشفوع فيها خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى، غير أنهم عادوا فأقاموا الدعوى رقم 481 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية بتاريخ 14 من مايو سنة 1969 بذات الطلب موضوع الدعوى السابقة بعد إيداع ثمن الأرض المشفوع فيها خزانة المحكمة بتاريخ 1969/5/6 واختصموا فيها جميع أطراف عقد البيع بما فيهم المطعون

ضدها العاشرة التي لم تكن قد أعلنت برغبة الأخذ بالشفعة من قبل، إذ كان ذلك وكان إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد وعلى الوجه المبين في المادة (942) من القانون المدني هو شرط لقبول دعوى الشفعة فإن تخلف هذا الشرط في الدعوى رقم 363 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية لا يمنع الشفعاء من تداركه وإعلان رغبته في أخذ أرض النزاع بالشفعة في صحيفة الدعوى رقم 481 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية التي رفعت رأساً على البائعين والمشتري مادامت إجراءات هذه الدعوى قد اتخذت في وقت كان ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لم يزل مفتوحاً بسبب عدم توجيه الإنذار إلى الشفعاء بحصول البيع أصلاً طبقاً لما أوضحته المادة 941 سالفه الذكر، وعدم تمام إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في صحيفة الدعوى الأولى لجميع أطراف البيع لسبب لا يسأل عنه الطاعنون متى كان لم يوجه إليهم إنذار بالبيع يتضمن بياناً لموطن المطعون ضدها العاشرة التي لم يتم إعلانها من قبل تلك الرغبة. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر في قضائه حين اعتد في طلب الشفعة بإجراءات الدعوى رقم 363 لسنة 1969 مدنى دمنهور الابتدائية ولم يقيم اعتباراً للدعوى رقم 481 لسنة 1969 مما حجه عن بحث حق الطاعنين في الشفعة طبقاً للإجراءات التي تمت فيها فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 172 لسنة 54 ق جلسة 1991/2/14)

ومع ذلك، فإن البيع الذى يتعدد فيه البائعون أو المشترون ولا يكون المبيع فيه صفقة واحدة وإنما عدة صفقات، بما يجوز معه للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة في أى منها دون التزام عليه بأخذها جميعاً. فإن عدم نجاحه في إعلان رغبته إلى بعض البائعين أو المشتريين في الميعاد القانوني، لا يؤدي حتماً إلى سقوط حقه في جميع الصفقات. بل يسلم من السقوط حقه في الصفقة التي يتم إعلان طرفيها برغبته في الميعاد، لعدم تعارض ذلك مع قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة.

75- كيفية احتساب الميعاد:

حددت المادة مدة خمسة عشر يوماً لإعلان الشفيع رغبته منذ تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري. وعلى أن عبارة "من تاريخ الإنذار الرسمى" يجب أن تحمل على تاريخ تسليم

الإذار للشفيع، لا على تاريخ تحريره من البائع أو المشتري إذ العبرة فى بدء الميعاد هى بعلم الشفيع بالببيع بالطريق الرسمى الذى رسمه القانون وهو الإذار، وواقعة العلم لا تتحقق إلا من وقت تسليم الإذار إلى الشفيع طبقا للقواعد التى نظمها قانون المرافعات. وبحسب الميعاد وفقا للقواعد العامة. فلا يدخل فيه يوم إعلان الشفيع بالإذار، بل يبتدى من اليوم التالى لتاريخ الإعلان، ولكن يدخل فيه اليوم الأخير فينقضى الميعاد بانقضائه (م 15 مرافعات). إلا إذا صادف اليوم الأخير عطلة رسمية فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد هذه العطلة (م 18 مرافعات)⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل قانون الشفعة (الملغى) - بأن :

"إن المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة إذ نصت على إظهار الشفيع رغبته يكون فى ظرف خمسة عشر يوما، من وقت علمه بالببيع لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوما تبتدى من لحظة العلم بالببيع، بل أرادت أن تجعلها تبتدى من اليوم التالى ليوم العلم به".

(طعن رقم 20 لسنة 5 ق جلسة 1935/6/20)

76- احتساب ميعاد المسافة :

يضاف إلى الميعاد السابق ميعاد المسافة إذا توافرت شروطه وتنص المادة (16) من قانون المرافعات على أن :

"إذا كان الميعاد معينا فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذى يجب الانتقال منه والمكان الذى يجب الانتقال إليه، وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو مترا يزداد له يوم على الميعاد، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام.

ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود".

وتنص المادة (17) على أن : "ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج ستون يوما ويجوز بأمر من قاضى الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعا لسهولة المواصلات وظروف الاستعمال ويعلن هذا الأمر مع الورقة.

ولا يعمل بهذا الميعاد فى حق من يعلن لشخصه فى الجمهورية أثناء وجوده بها

إنما يجوز لقاضى الأمور الوقتية أو للمحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة على ألا يجاوز فى الحالين الميعاد الذى كان يستحقه لو أعلن فى موطنه فى الخارج".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان السبب الذى يتمسك به الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض داخلا فى عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع، وكانت عناصره الواقعية لا تخرج عما كان معروضا على تلك المحكمة، وكان مؤدى ذلك منتزعا من أسباب الحكم المطعون فيه، فلا يعتبر سببا جديدا. فإذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع فى تاريخ معين، ودفع الشفيع بعدم علمه العلم التفصيلي بالبيع، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ المعين ورفضت دعوى الشفعة، ثم طعن الشفيع فى هذا الحكم بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون فى احتساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقررة قانونا لإبداء الرغبة فى الاستشفاع، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تمده لليوم التالى للعطلة ولم تضيف إليه ميعاد المسافة، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله فى عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع".

(طعن رقم 63 لسنة 3 ق جلسة 1934/1/25)

2- "ميعاد الخمسة عشر يوما المحدد قانونا لإبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة هو من المواعيد التى يزداد عليها ميعاد مسافة. وتحسب المسافة من محل الشفيع إلى محل المشفوع منه".

(طعن رقم 63 لسنة 3 ق جلسة 1934/1/25)

3- "إن ميعاد المسافة بحسب المادة 17 مرافعات إنما هو زيادة على أصل الميعاد وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعادا واحدا متواصل الأيام. فإذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقا متصلا مباشرة بأيام أصل الميعاد".

(الطعن رقم 20 لسنة 5 ق جلسة 1935/6/20)

4- "إن مبدأ القانون فى شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها، بل إنها

تسرى فى أثنائها، وكل ما أجازها بحسب مفهوم المادة 18 مرافعات أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة فإنه يمتد لليوم التالى فإن كانت الأيام التالية هى أيضا أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة".

(طعن رقم 20 لسنة 5 قى جلسة 1935/6/20)

77- شكل إعلان الرغبة فى الشفعة:

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا أى وهو يتم بورقة من أوراق المحضرين، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطان المنصوص عليها فى قانون المرافعات، وهى بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابة شرط للاعتراف بوجودها ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة لها أو صورتها إذ هى لا تستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها.

وقد قضت محكمة النقص بأن:

"إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام وهى بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابة شرط للاعتراف بوجودها، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها إذ هى لا تستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها، ولا يجوز تكملة النقص فى البيانات الموجودة بها بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها مهما بلغت قوة هذا الدليل، وإذا كان المطعون فيه قد التزم هذا النظر ولم يعتد بإقرار المطعون ضده الثانى (البائع) بإعلانه فى منتصف شهر يونيو سنة 1976 بإنذار المطعون ضدها الأولى (الشفعية) برغبتها فى أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه دليل غير مستمد من ورقة من أوراق المحضرين المثبتة لهذا الإعلان أو صورته، ولم يثبت بالأوراق إعلانه بذلك قبل تاريخ 1976/7/31 فإنه لا يكون قد أخطأ فى فهم الواقع أو أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 417 لسنة 48 قى جلسة 1981/4/29)

ولئن كان المشرع لم يذكر البيانات الواجب توافرها فى إعلان الرغبة كما فعل ذلك بالنسبة للإنذار فإنه يمكن تبرير ذلك بأن إعلان الرغبة الذى يعقب الإنذار سوف يستمد البيانات اللازمة لهذا الإعلان من الإنذار نفسه، فإن لم يكن هناك إنذار سابق

لإعلان الرغبة فإن الشفيع يستطيع أن يستمد المعلومات اللازمة من الشهر العقارى عندما يكون عقد البيع مسجلا، ولكن الصعوبة يمكن أن تثور عند إعلانه عن الرغبة ولم يكن هناك إنذار أو تسجيل سابق، فإن هذا سيلقى عليه عبء التقصى عن البيانات اللازمة للإعلان. ولذلك فإن الشفيع لا يسأل عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار له بأسماء البائعين.

78- بطلان إعلان الرغبة فى الشفعة :

إذا لم يتم إعلان الرغبة فى الشفعة إلى البائع والمشتري طبقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات. كان الإعلان باطلا ولا يرتب أثره.

غير أنه لا يحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء (م1/20 من قانون المرافعات)، كما أن البطلان يزول إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق بها البطلان بالنظام العام. وهو هنا لا يتعلق بالنظام العام كما سنرى.

وترتبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات والنص فى الفقرة الثانية من المادة (20) من القانون المشار إليه على أنه "لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء" وفى المدة (22 منه) على أنه "يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع - وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية - قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا فإنه يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان، كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا إلا إذا تعلق بالنظام العام، لما كان ذلك وكان الثابت أن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الآخر بتاريخ 1971/10/20 فى محل تجارته وليس فى موطنه، فرد عليه بإعلان وجهه إليهما فى 1971/11/3 أقر فيه أنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتهما

للحقيقة فسارع إلى تصحيحها، وعرض على الطاعنين الحلول محله في عقد البيع بالثمن الحقيقي والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأى اعتراض أو تحفظ فى شأن بطلان إعلان الرغبة، مما يدل على تحقق الغاية التى يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما اعتراه من بطلان نسبى شرع لمصلحته، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق فى الشفعة لبطلان إعلان إبداء الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 569 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/16)

79- إعلان الرغبة بصحيفة دعوى الشفعة :

يجوز للشفيع إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة بنفس صحيفة الدعوى، إذ كل ما اشترطه القانون لإعلان الرغبة هو أن يكون رسمياً، فلم يستلزم حصوله بورقة مستقلة. بل إن إدماج إعلان الرغبة فى صحيفة الدعوى ينطوى على معنى التعجيل بالبت فى أمر الشفعة، وهو ما يتسق مع قصد المشرع.

على أنه يشترط فى هذه الحالة إعلان صحيفة الدعوى المتضمنة إبداء الرغبة خلال الميعاد المحدد لإعلان الرغبة، ومن ثم فلا يستفيد الشفيع من الميعاد المحدد لرفع الدعوى - وهو كما سنرى - ثلاثون يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن كل ما تشترطه المادة 942 من القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسمياً، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة، مادام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة".

(طعن رقم 239 لسنة 36 ق جلسة 1970/12/10)

2- "يصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأساً على كل من البائع والمشتري إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى فى هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح

(4) محمد على عرفة ص500 - السنهورى ص833 - رمضان أبو السعود ص334.

العريضة لأن تكون إعلانا بالرغبة في الأخذ بالشفعة حاصلًا في الميعاد القانوني".

(طعن رقم 399 لسنة 49 ق جلسة 1982/5/23)

3- "لا يغنى عن إعلان الرغبة- وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة- أن تكون البيانات التي أوجب القانون توافرها فيه تضمنتها صحيفة الدعوى، ما لم تكن هذه الصحيفة قد أعلنت بالفعل في الميعاد الذي أوجب القانون إعلان الرغبة فيه، ولا يكفي في ذلك مجرد إيداع الصحيفة بقلم الكتاب لأن هذا الإيداع لا يحفظ إلا الحقوق التي يحميها رفع الدعوى من السقوط ومن ذلك ما هو مقرر بالمادة (943) من القانون المدني من وجوب رفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط الحق فيها أما جزاء عدم إعلان الرغبة فلا يمنع من إعماله إلا حصول هذا الإعلان في الميعاد طبقا للمادتين 940 ، 948 سالفتي الذكر، ولما تنص عليه المادة الخامسة من قانون المرافعات".

(طعن رقم 323 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/29)

80- عدم تعلق بطلان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بالنظام العام:

بطلان إجراءات إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يتعلق بالنظام العام، وإنما شرع لمصلحة المشتري والبايع، ويجب التمسك به من أيهما. ويسقط التمسك به بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا، ولا يجوز التمسك بالبطلان لأول مرة أمام محكمة النقض⁽⁵⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدى ببطلان إعلان الرغبة في الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 1392 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/24)

كما قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان السبب الذي يتمسك به الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض داخلا في عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع، وكانت عناصره الواقعية لا تخرج عما كان معروضا على تلك المحكمة، وكان فوق ذلك منتزعا من أسباب الحكم المطعون فيه،

فلا يعتبر سببا جديدا. فإذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع فى تاريخ معين، ودفع الشفيع بعدم علمه العلم التفصيلى بالبيع، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ المعين ورفضت دعوى الشفعة، ثم طعن الشفيع فى هذا الحكم بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون فى احتساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر قانونا لإبداء الرغبة فى الاستشفاع، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تمده لليوم التالى للعطلة ولم تضيف إليه ميعاد المسافة، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله فى عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع".

(طعن رقم 63 لسنة 3 قى 1934/1/25)

81- جزاء عدم إبلاغ الرغبة فى الميعاد:

يترتب على عدم إبلاغ الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال الميعاد، سقوط حق الشفيع فى أخذ العقار بالشفعة. والحكمة من ذلك واضحة حيث أن كل هذه الإجراءات بحسب مآلها ستنتهى بحلول الشفيع محل المشتري فى العقد الذى يربطه بالبائع. ولذلك كان طبيعيا أن يستلزم القانون إعلان الرغبة إلى كل من المشتري والبائع. وأن إعلان الرغبة لأحدهما لا يغنى عن إعلانها للآخر. ولا يلزم أن تعلن الرغبة إلى البائع والمشتري فى نفس الوقت المهم أن يتم إعلانهما فى خلال الميعاد إلى كل منهما سواء كان هذا الإعلان متعاصرا أو متعاقبا. ويجب مراعاة هذه القاعدة أيضا عند تعدد البائعين أو المشترين أو عند تعددهم معا⁽⁶⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا دفع بسقوط حق الشفيع فى الشفعة لعدم توجيهه إنذار الرغبة إلى جميع البائعين فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ولذلك ذكر بها أسماءهم وأماكنهم على حقيقتها وكان الطاعن لم يعترض على هذه الصحيفة بأى اعتراض ولم يوجه إليها أى طعن ولم يقدم أى دليل على عدم صحة هذه الإجابة، فإن أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ فى القانون ولا عيبا

في الاستدلال".

(طعن رقم 114 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/29)

وإذا أعلنت الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى حد ذوى الشأن أو إلى بعضهم فقط خلال المدة القانونية، ولكن لم يعلن البعض الآخر إلا بعد فوات الميعاد، جاز لمن وصله الإعلان متأخراً أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة، ولما كان هذا الحق لا يتجزأ فإنه يسقط بالنسبة إلى الجميع فلا يكفي إذن أن يصل الإعلان في الميعاد إلى المشتري وحده أو إلى البائع وحده، بل يجب أن يعلن الجميع في الميعاد القانوني مهما تعددوا، وإلا سقط الحق في الشفعة⁽⁷⁾.



مادة (941)

يشمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا.

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

الشرح

82- المقصود بالإنذار:

الإنذار وسيلة لكل من المشتري أو البائع للتكبير بحسم الموقف فى مواجهة الشفيع. والقصد منه إثبات علم الشفيع بوقوع البيع بطريقة يقينية، وبالتالي إجباره على الولوج فى إجراءات الشفعة- إذا كان يرغب فى أخذ العقار المبيع بالشفعة- ويتيح له الإنذار ترقب خطوات الشفيع إذ قد يغفل عن اتباع إجراء أو لا ينجزه فى الميعاد المحدد، فيسقط حقه فى الشفعة. وكما ذكرنا سلفا أن المشرع لم يقصد من هذا الإجراء تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع فيه إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة فيه، إذ له أن يبادر بإعلان رغبته قبل هذا الإنذار إذا شاء.

83- شكل الإنذار:

الإنذار لابد أن يكون رسميا، أى بإعلان على يد محضر. وقد نصت على هذه الرسمية المادتان (940، 941 مدني).

ومن ثم لا يغنى عن هذا الإنذار الرسمى أية ورقة أخرى ككتاب مسجل بعلم الوصول أو برقية ولو تضمنت هذه الورقة البيانات التى يجب أن يشتمل الإنذار عليها. كما يذهب الرأى الغالب إلى أن الإنذار يجب أن يكون بورقة مستقلة، ولا تغنى عنه أية ورقة رسمية أخرى، ولو تضمنت البيانات التى يجب أن يشتمل الإنذار عليها. فلو أن المشتري لحصة شائعة فى عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد وأدخل فى الدعوى سائر الشركاء فى الشيوع ليكون الحكم فى مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد، لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمى، ويبقى حق

الشركاء فى الشيوع فى الأخذ بالشفعة قائما مادام المشتري أو البائع لم يوجه لهم إنذارا رسميا⁽⁸⁾.

ولا يقوم مقام الإنذار، علم الشفيع بالبيع ومعرفته بسائر البيانات التى يجب أن يتضمنها الإنذار.

84- بيانات الإنذار:

يجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية:

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا:

يجب أن يتضمن الإنذار بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

ويقصد بالبيان الكافي، البيان النافى للجهالة ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، وكذلك أى بيان آخر من شأنه أن يرفع الجهالة عن العقار، وكذلك ما يميزه من توابع أو ملحقات ذات تأثير فى تقييم الصفقة كالعقارات بالتخصيص المتميزة أى غير المعتادة، وحقوق الارتفاق⁽⁹⁾.... إلخ. وإذا لم يكن المبيع هو كل العقار فإنه يجب تحديد الحصة المبيعة، وذلك بحيث يستطيع من وجه إليه الإنذار أن يعمل رأيه فى الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك.

(8) استئناف القاهرة 19 ديسمبر سنة 1950- شيبين الكوم 18 ديسمبر سنة 1951- السهنورى ص825- محمد على عرفة ص479- عبد المنعم البدر اوى ص391- عبد المنعم الصده ص470- وقارن المستشار عزت حنوره ص225 فيذهب إلى أن المشرع لم يشترط أن يكون الإنذار بورقة مستقلة فيقول سيادته: "وبما أن القانون لم يشترط فى هذا الإنذار الموجه من البائع أو المشتري إلى الشفيع، سوى أن يكون رسميا وأن يشتمل على بيانات معينة، دون أن يشترط فيه أن يكون إجراء مستقلا، أو أن تكون ورقته قاصرة على مجرد إخبار الشفيع بالبيع وبياناته الإلزامية فلا تتضمن موضوعا آخر. فإن القول بوجوب ذلك يكون إضافة لشروط لم يوجبها المشرع ولا سند لها من القانون. ومن ثم لا مانع مطلقا من قيام المشتري بإدراج هذا الإنذار بكافة بياناته فى صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع التى يقيمها ضد البائع طالما اختصم فيها الشفيع أو أعلنه فقط بتلك الصحيفة دون اختصاصه فى الدعوى. لأنه فى الحالين يكون قد تم إنذار هذا الشفيع رسميا بالبيع وبما تطلبه القانون من بيانات. وبالتالي يبدأ ميعد سقوط حق طلب الشفعة من تاريخ إعلان الشفيع بتلك الصحيفة"، وهذا الرأى له وجاهته.

(9) محمود جمال الدين زكى ص455- رمضان أبو السعود ص331.

وكانت المادة (21) من قانون الشفعة (الملغي) توجب بيان العقار "بيانا دقيقا"⁽¹⁰⁾، والتعبيران متساويان.

وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع فى الإنذار قد جاء كافيا أم غير ذلك متروك لقاضى الموضوع، فإذا أقام الحكم قضاءه على أسباب سليمة فلا شأن لمحكمة النقض به.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل قانون الشفعة - بأن:

1- "إن مقصود الشارع من البيانات التى أوجبها بالمادة (21) من قانون الشفعة فيما يتعلق بالعقار المبيع هو تعريف الشفع بالبيع تعريفًا تامًا نافيًا للجهالة بحيث يستطيع أن يعمل رأيه فى الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك. وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع فى التكليف بإبداء الرغبة قد وقع كافيا أم غير كاف متروك لقاضى الموضوع فإذا أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه فلا شأن لمحكمة النقض به".

(طعن رقم 72 لسنة 18 ق جلسة 1950/1/12)

2- "متى كانت المحكمة بعد أن حصلت دفاع الطاعنين - الشفعاء - ومؤداه أنهم كانوا يجهلون مساحة العقار المبيع وعنوان البائعة فندت هذا الوجه من الدفاع بالأدلة السائغة التى أوردها فإن هذا منها لا يعتبر تكييفًا للدعوى مخالفًا للتكييف الذى ارتضاه طرفاها بل هو قيام منها بواجب الرد على كل ما يطرح أمامها من وجوه الدفاع الجوهرية وهى إذ حصلت من عناصر الدعوى أن علم الطاعنين بالبيع كان شاملاً لكافة البيانات التى أوجبها القانون وعلى أساسها كانوا يستطيعون استعمال حق الشفعة فى الميعاد القانونى وأنهم رغم هذا العلم لم يبدوا رغبتهم فيها إلا بعد فوات الأجل المحدد قانوناً ورتبت على ذلك سقوط حقهم فى الشفعة فإنها بذلك لا تكون قد خالفت القانون أو جاوزت نطاق الخصومة المطروحة عليها".

(طعن رقم 177 لسنة 18 ق جلسة 1951/4/5)

(10) وكان نص المادة (1389) من المشروع التمهيدى المقابل للنص الحال ينص على "بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً، مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته" وذلك على غرار نص المادة (21) من قانون الشفعة (الملغى) إلا أنها عدلت فى لجنة المراجعة بحذف العبارات المنضمنة تفصيلات لا حاجة لها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 417 وما بعدها).

3- "تقدير كفاية البيان الوارد في الإنذار المنصوص عليه في المادة 941 مدنى عن العقار الجائز أخذه بالشفعة وعدم كفاية هذا البيان مما يستقل به قاضى الموضوع".

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

4- "وضع القانون المدنى نطاقا معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه فى المواد من 940 إلى 943 وجعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة، وهذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة وقد أوجب المشرع فى المادة 940 من القانون المدنى على المشتري أو البائع إنذار الشفيع لحصول البيع، وحدد فى المادة 941 من ذات القانون البيانات التى يجب أن تشتمل عليها وهى بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لى يقدر مصلحته فى طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه، ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمى المتضمن لتلك البيانات ولا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التى حددها القانون. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أنه لا المشتري ولا البائع قام بإنذار الشفيع بحصول البيع طبقاً لما أوضحته المادة 941 سالفة الذكر فإن ميعاد إعلان الشفيع لرغبتها فى أخذ العقار يكون منفتحاً أمامها إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص المادة 948/ب من القانون المدنى، ولا تسأل الشفيع عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين ويكون الحكم المطعون فيه إذ رفض الأخذ بالدفع بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة على هذا الأساس قد التزم صحيح القانون ويكون الطعن بذلك على غير أساس".

(طعن رقم 1060 لسنة 49 ق جلسة 1980/2/21)

5- "المادة 941 من القانون المدنى إنما أوجبت أن يشتمل الإنذار - الذى يوجهه البائع أو المشتري لمن يجوز له الأخذ بالشفعة - على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً، والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه، ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الإنذار تسليمًا من

المشتري بحق الشفيع فى أخذ العقار المبيع بالشفعة، وإنما أراد أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تنثور فى شأن علم الشفيع بالبيع وأن يتخذ من تاريخ الإنذار بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إن لم يعلن رغبته خلالها".

(طعن رقم 1062 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/14)

6- "النص فى المادة 941 من القانون المدنى على أن "يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا: (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه" يدل على أن الغرض من هذا الإنذار إعلام الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه إعلاما كافيا لإتاحة الفرصة له لإبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة إن شاء خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار المشار إليه وإلا سقط حقه عملا بنص المادة 940 من القانون ذاته ولا يتحقق علم الشفيع بشروط البيع الأساسية التى استلزم القانون بيانها فى هذا الإنذار إلا إذا كان هذا البيان واضحا لا إبهام فيه ولا غموض وبالتالى فإن عدم وضوح شرط منها يستوى وعدم اشتمال الإنذار عليه فيتربط عليه بطلان الإنذار الموجه إلى الشفيع فلا يفتح ميعاد الخمسة عشر يوما المسقط لحقه فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 943 لسنة 59 ق جلسة 1993/6/8)

(ب) - الثمن:

يجب أن يشتمل الإنذار على بيان الثمن الذى تم به البيع أى الثمن المبين بالعقد، لأن هذا الثمن هو الذى سيلزم الشفيع بإيداعه خزينة المحكمة حتى يتمكن من الحصول على العقار بالشفعة فإذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقى فالشفيع أن يطعن فيه، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقى، ولكن يجب عليه أن يبدى رغبته خلال الخمسة عشر يوما من وقت الإنذار⁽¹¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إدعاء الشفيع بصورية الثمن الوارد فى عقد البيع لا يعفيه من واجب إعلان

رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني، وله بعد ذلك أن يطعن في هذا الثمن أمام المحكمة ويثبت صورته بجميع طرق الإثبات القانونية".

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

(ج) - المصروفات الرسمية :

يجب أن يتضمن الإنذار المصروفات الرسمية وعبارة "المصروفات الرسمية" لم تكن واردة بالمشروع التمهيدي، وقد أضافتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ. وجاء في محضر الجلسة الأربعين للجنة أنه رؤى أن يضاف إلى مشتملات الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع فضلا عن بيان الثمن، المصروفات الرسمية كرسوم التسجيل وما يماثلها، أما المصروفات الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة.

ويذهب البعض إلى أنه ليس ثمة فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي، لأن الشفيع يلتزم بإيداع الثمن وحده دون المصروفات. وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فستكون جميعا محل مطالبة على حدة وكان يكفي ذكر الثمن فهو وحده الذي يلتزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة⁽¹²⁾.

بينما يرى البعض الآخر أن اشتراط شمول الإنذار لبيان المصروفات الرسمية، لم يكن تزييدا أو ضئيل الفائدة، بل على العكس من ذلك، فإنه لا يخلو من فائدة محققة ذلك أنه لم يقصد من بيان المبالغ الواجب ذكرها بالإنذار، تحديد ما يلزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة. وإنما تعريفه بأهم ما سيلزم بأدائه في مقابل أخذه المبيع بالشفعة حتى يستطيع تقدير ما يقع على كاهله من التزامات مالية إن هو أقدم على هذه الخطوة. وليس من شك في أن المصاريف الرسمية تلي الثمن مباشرة في أهميتها في هذا التقدير، لأن هذه المصاريف تكون عادة كبيرة القيمة، فضلا عن أن مقدارها يثبت بطريق رسمي بعيد عن المساومة والجدل، فيحسن علم الشفيع بها ليتخذ قراره.

(د) - شروط البيع :

أوجب النص أن يشتمل الإنذار على شروط البيع.

والمقصود بشروط البيع، الشروط الأساسية التي لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم. ومثل ذلك أن تتضمن شروط البيع قيوداً أو تكليفاً شخصياً أو عينياً يحد من سلطات المشتري على العقار المبيع.

ولكن لا يعد من الشروط الأساسية للبيع ما يأتي:

1- بيان حصة كل مشتر في بيع على الشيوع ذلك أنه لا يجوز في جميع الأحوال إلا أن يشفع في العقار المبيع كله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تنص المادة 941 من القانون المدني على أن "يشتمل الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى من يريد الأخذ بالشفعة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً: (أ) بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري وصناعته وموطنه" وليس في القانون ما يمنع موجه الإنذار من اتخاذ موطناً مختاراً له إذ نص في المادة 43 من القانون المدني على أنه "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين". وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع قد حوى بياناً كافياً للعقار المبيع وبيان الثمن والمصروفات وشروط البيع واشتمل على بيان اسم البائع وموطنه وأسماء المشترين وموطنهم المختار، وكان المقصود بشروط البيع الذي يستلزم بيانها في الإنذار، الشروط الأساسية التي لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم فإذا كان بيان حصة كل مشتر في بيع على الشيوع لا ينفع صاحب الحق في الشفعة في تقديره لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه لا يجوز في جميع الأحوال إلا أن يشفع في العقار المبيع كله فإن عدم اشتغال الإنذار الموجه من المشترين إلى الشفيع على هذا البيان، وعدم اشتغاله على بيان محل إقامتهم والاكتفاء بذكر موطنهم المختار لا يترتب عليه بطلانه".

(طعن رقم 456 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/9)

2- شروط منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن لأن الشفيع ملزم في جميع الأحوال طبقاً للمادة 942 مدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وذلك

خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة.

كما أنه طبقا للمادة 945 مدنى لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع، ولا يعفيه هذا أيضا من إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقصود بشروط البيع التى استلزم القانون بيانها فى الإنذار هى شروطه الأساسية التى لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم وإذا كان شرط منح المشتري أجلا فى الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق فى الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ذلك أنه ملزم فى جميع الأحوال طبقا للمادة (942) من القانون المدنى بإيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة، كما أنه طبقا للمادة 945 مدنى لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع وحتى فى حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل فى الميعاد القانونى، ومن ثم ليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها وبالتالي فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار. ولا يعتبر كذلك من شروط البيع التى توجب المادة (941) من القانون المدنى اشتمال الإنذار عليها ما ورد فى عقد البيع الصادر للمطعون ضده الأول (المشتري) من أن البائع له تلقى ملكية ما باعه بطريقة الشراء من آخر بعقد ابتدائي، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تملك البائع".

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

3- شروط تلقى البائع ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائي.

4- شروط عقد تملك البائع للبائع.

(راجع نقض 1963/11/7 سالف الذكر).

(هـ) - اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه:

يجب أن يشتمل الإنذار على اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

والحكمة من هذا البيان هو تمكين الشفيع من معرفة البائع والمشتري حتى يستطيع أن يوجه إليهما إعلان الرغبة بأخذ العقار بالشفعة خلال الميعاد القانوني، وأن يباشر سائر إجراءات الشفعة بعد ذلك كما أن معرفة الشفيع بالمشتري تفيد في تدبير أمره فيما يتعلق برغبته في الأخذ بالشفعة، فإنه ربما يطمئن إلى المشتري ويرتضيه مشتريا للعقار فيمتنع عن الأخذ بالشفعة، وقد يحصل العكس فيسعى إلى طلب الأخذ بالشفعة.

ولما كانت المادة 43 من التقنين المدني تنص على أنه: "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين" فإنه يجوز أن يتضمن الإنذار الموجه من البائع أو المشتري مجرد ذكر موطن مختار له بدلا من ذكر محل إقامته الأصلي.

(راجع نقض طعن رقم 456 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/9)

85- جزاء تخلف أو عدم صحة بيانات الإنذار:

تنص المادة (941) على أنه: "يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا ... إلخ". وعلى ذلك تكون هذه المادة قد نصت صراحة على جزاء تخلف البيانات التي أوجبت اشتغال الإنذار عليها أو عدم صحة هذه البيانات، وهو بطلان الإنذار.

ويترتب على بطلان الإنذار ألا يبدأ من تاريخ توجيهه ميعاد إبداء الشفيع رغبته في أخذ العقار بالشفعة وهو خمسة عشر يوما، فلا يسقط حقه في طلب أخذ الشفعة خلال هذا الميعاد ويظل حقه في الأخذ بالشفعة قائما ما لم يسقط بالتقادم العادي كالشأن في أي حق من الحقوق ومدته خمسة عشر عاما.

86- إعلان الإنذار:

يتبع في إعلان إنذار الشفعة إلى الشفيع الإجراءات التي نص عليها قانون المرافعات لإعلان أوراق المحضرين (مادة 10 مرافعات وما بعدها).

وتقضى المادة العاشرة من قانون المرافعات بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار.

وتنص المادة (11) على أنه إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال وذلك بعد توقيعه على الأصل بالاستلام.

وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً، مرفقاً به صورة أخرى من الورقة، يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة.

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورتيه. ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً. والموطن الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة (م40 مدني) أما المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة فلا يعتبر موطناً له إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م41 مدني)، ومن ثم لا يجوز إعلان الشفيع بالمكان الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة إلا إذا كانت الشفعة تتعلق بهذه التجارة أو الحرفة⁽¹³⁾.

(13) الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة الثالثة 1995 ص149 وما بعدها- محمد على عرفة ص480- نقض طعن رقم 544 لسنة 44 ق جلسة 1979/1/20- طعن رقم 591 لسنة 39 ق جلسة 1980/2/4. ونشير إلى أن محكمة النقض قد قضت بتاريخ 31 يناير لسنة 1946 في الطعن رقم 16 لسنة 15 ق بأن:

"إن المحل المقصود في المادة السادسة من قانون المرافعات هو المركز المنسوب إلى الشخص الذي يفترض أنه عالم بما يجري فيه مما هو متعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولو غاب عنه بعض الأحيان. والمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذي يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذي يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه. وعلى ذلك فإنذار إظهار الرغبة في الشفعة الذي يعلن به المشفوع منه في مكتب مقاولاته يكون صحيحاً".

وهذا الحكم كان متسقاً مع تعريف الموطن في المادة السادسة من قانون المرافعات الأصلي، بأنه المركز المنسوب إلى الشخص الذي يفترض أنه عالم بما يجري فيه مما هو متعلق=

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كانت الطاعنة قد تمسكت ببطلان الإنذار الرسمى المؤرخ 1990/12/8 لعدم اتصال علمها به لتوجيهه إلى غير موطنها الذى تقيم فيه ولا صلة لها بالمدرسة الخاصة التى وجه إليها الإنذار والتى تستأجر العقار المشفوع به وإذ خلا الإنذار المذكور من اسم الطاعنة أو موطنها الأصلي ووجه إلى صاحب ومدير مدرسة.... وهى مدرسة لها شخصية مستقلة وباعتبارها جهة مستأجرة لا تثبت لها الشفعة لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا للجار المالك فيكون هذا الإنذار وقع باطلا وبالتالي لا يفتح به ميعاد وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بهذا الإنذار فيما انتهى إليه بسقوط حق الطاعنة فى أخذ الأرض المجاورة لها بالشفعة بمقولة إن العقار الذى تستشفع به يعد موطناً مختاراً لها على خلاف حكم القانون فإنه يكون قد شابه الفساد فى الاستدلال والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 7326 لسنة 64 ق جلسة 2004/6/27)

2- "الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للشفيع) لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين يخضع لما تخضع له هذه الأوراق من أحكام الصحة والبطالان، فيجب أن يتضمن بيانات جوهرية تتعلق باسم المعلن والمعلن إليه وموطن كل منهما وبينان العقار الجائز أخذه بالشفعة واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وثمان المبيع والمصروفات الرسمية وشروط البيع وإلا كان باطلا، وإذا لم يحدد المشرع طريقة معينة لإعلانه فإنه يتعين على المحضر تسليمه إلى الشخص المراد إعلانه أو فى موطنه فإذا لم يجد ذلك الشخص جاز تسليمه إلى وكيله أو من

= بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب عنه فى بعض الأحيان. فالمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه، يجوز أيضا أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه.

ولكن هذا الحكم - كما رأينا- أصبح لا يتسق مع تعريف الموطن فى المادة (40) من القانون المدنى الجديد وتحديده بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة، ومن ثم وجب ألا تنصرف كلمة الموطن إلى محل العمل إلا فى الحدود المرسومة فى المادة (41) من القانون المدنى (محمد على عرفة ص 480 هامش 3- الدكتور عبد الحميد أبو هيف المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر 1340هـ-1921م ص 430 وما بعدها- ص 490 هامش (2)).

يعمل في خدمته أو أحد أقاربه أو أصهاره بشرط أن يكون مقيماً معه على أن يثبت ذلك كله في ورقة الإعلان، ويقع على عاتق طالب الإعلان التحري والتثبت من موطن المعلن إليه ولا يعتبر عجزه عن ذلك قوة قاهرة، كما يجوز للمعلن إليه أن يثبت أن المكان الذى أعلن فيه ليس موطناً له بكافة طرق الإثبات دون أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير على ما أثبتته المحضر من انتقاله إلى موطنه لأن المحضر غير مكلف بالتحقق من صحة موطن المعلن إليه وإنما هو ينتقل لإجراء الإعلان في المكان الذى يورده طالب الإعلان في الورقة باعتباره موطناً للمعلن إليه".

(طعن رقم 7326 لسنة 64 ق جلسة 2004/6/27)

87- كيفية توجيه الإنذار:

يوجه الإنذار إلى الشفيع إما من البائع أو المشتري، فإذا وجه أحدهما أغنى ذلك عن أن يوجه الآخر.

وإذا تعدد الشفعاء، ولو كانوا من طبقات مختلفة تعين أن يوجه إليهم جميعاً، وذلك لاحتمال أن يترك الشفيع شفيعته فيأخذها الشفيع الآخر⁽¹⁴⁾.

ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع إذا كان مخولاً أن يمثله أمام المحاكم وأن يتسلم الأوراق والأحكام نيابة عنه⁽¹⁵⁾.

88- بدء ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة من تاريخ تسلم الإنذار:

يبدأ الميعاد المحدد لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة من تاريخ تسلم الإنذار المعلن إلى الشفيع من البائع والمشتري أو من أحدهما، ولا يغنى عن هذا الميعاد علم الشفيع بحصول البيع وشروطه، وإن كان هذا لا يمنع - كما ذكرنا سلفاً - من أن يعلن الشفيع رغبته قبل هذا الإنذار.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وضع القانون المدنى نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه فى المواد 940 إلى 943، وجعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطاً

(14) محمود جمال الدين زكى ص 454 - رمضان أبو السعود ص 330.

(15) استئناف مختلط 13 أبريل 1913 - محمد كامل مرسى ص 443 - السنهورى ص 821

هامش (2).

وثيقا وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة، وهذه الإجراءات جميعا تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة وقد أوجب المشرع فى المادة 940 من القانون المدنى على المشتري أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع، وحدد فى المادة 941 من ذات القانون البيانات التى يجب أن يشتمل عليها وهى بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكى يقدر مصلحته فى طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه، ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمى المتضمن لتلك البيانات ولا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التى حددها القانون".

(طعن رقم 1060 لسنة 49 ق جلسة 1980/2/21)

2- "متى أعلن الشفيع رغبته رسميا إلى كل من البائع والمشتري- ولو كان ذلك قبل إنذاره من أيهما- فإن هذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوما الذى أوجب القانون أن يتم فى خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة. ذلك لأن المشرع قد نص فى الفقرة الثانية من المادة 942 وفى المادة 943 من القانون المدنى على سريان ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة الوارد ذكره فى الفقرة الأولى من المادة 942 ولم يعلق سريانه على انقضاء ميعاد الخمسة عشر يوما الوارد فى المادة 940، وكل ما اشترطه القانون فى هذا الإعلان هو أن يكون رسميا وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلا بعد الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع".

(طعن رقم 832 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/17)

3- "المادة 941 من القانون المدنى إنما أوجبت أن يشتمل الإنذار- الذى يوجهه البائع أو المشتري لمن يجوز له الأخذ بالشفعة- على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا، والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه، ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الإنذار تسليما من المشتري بحق الشفيع فى أخذ العقار المبيع بالشفعة، وإنما أراد أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تنور فى شأن علم الشفيع بالبيع وأن يتخذ من تاريخ

الإذار بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن لم يعلن رغبته خلالها".

(طعن رقم 1062 لسنة 50 ق جلسة 14/3/1984)

89- الإذار لا يعد إقراراً بملكية الشفيع:

الإذار الموجه من المشتري والبائع إلى الشفيع لا يعد إقراراً منهما بملكيته، فهو لا يعدو أن يكون دعوة لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا توافرت شروطها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الإذار الموجه من الطاعن إلى المطعون ضدها الأولى بإبداء الرغبة في الشفعة لا يعد إقراراً منه بملكيتها لأنه لا يعدو أن يكون دعوة لإبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا تحققت شروطها".

(طعن رقم 1652 لسنة 51 ق جلسة 20/1/1985)



مطادة (942)

- 1- إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.
- 2- وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة.

المنظر

90- يجب أن يكون إعلان الرغبة بالشفعة رسميا :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة رسميا. وإلا كان باطلا.

ورسمية هذا الإعلان تستوجب إتمامه على يد محضر. ولا يغنى عن الرسمية أن يتم هذا الإعلان بكتاب مسجل ولو كان مصحوبا بعلم وصول، لأنه طالما حدد القانون طريقة خاصة للإعلان، وهو الإعلان الرسمي على يد محضر، فإنه لا مجال للاعتداد بأية وسيلة أخرى⁽¹⁶⁾.

ويسرى على هذا الإعلان ما يسرى على الإنذار الرسمي الذي يوجه من البائع والمشتري لدعوته إلى الأخذ بالشفعة.

وقضاء محكمة أول درجة ببطالان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لعدم اختصاص البائع اختصاصا صحيحا في الميعاد المحدد هو قضاء في الموضوع تستنفد به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"قضاء محكمة أول درجة ببطالان إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لعدم اختصاص البائع اختصاصا صحيحا في الميعاد المحدد في المادة 943 من القانون المدني هو قضاء في الموضوع تستنفد به ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى ذلك أن بطلان

إعلان الرغبة وإن تعلق بإجراءات الخصومة إلا أن القضاء به فى حقيقته قضاء بسقوط حق الشفيع فى الشفعة على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري وفقا لما يتطلبه القانون، لما كان ذلك وإذ قضت محكمة ثانى درجة فى نظر الموضوع بعد إلغائها حكم محكمة أول درجة، فإنها لا تكون قد خالفت القانون".

(طعن رقم 933 لسنة 59 قى جلسة 1994/1/19)

91- وجوب تطجيل إعلان الرغبة على الأخذ بالشفعة للاحتجاج به قبل

الغير:

تنص الفقرة الأولى من المادة (942 مدني) فى عجزها على أنه: "ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل".

فلئن كان إعلان الرغبة فى الشفعة هو الإجراء اللازم والضرورى الذى يجب أن يقوم به الشفيع إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة. إلا أن تسجيل هذا الإعلان له هدف محدد هو الاحتجاج به على الغير، فلا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.

والمقصود بالغير هنا الأشخاص الذين يتصرف إليهم المشتري فى العقار أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشتري (م 947 مدني). وبهذا تتجلى أهمية مبادرة الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة.

(أنظر شرح المادة 947)

وبعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى وما تترتب عليه من تركيز إجراءات الشهر عموما فى جهة واحدة هى مصلحة الشهر العقارى، فقد أصبح تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يتم فى مكتب الشهر العقارى الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة⁽¹⁷⁾.

ولم يحدد القانون زمنا ما لتسجيل إعلان الرغبة، إذ أن التسجيل ليس فى الواقع من إجراءات الأخذ بالشفعة، فلا يترتب على إغفاله سقوط حق الشفيع الذى يستقر

(17) وكانت المادة (14) من قانون الشفعة (الملغى) تقضى فى فقرتها الثانية بأنه "ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله..ثم أضافت أن هذا التسجيل يجرى فى قلم رهونات المحكمة المختطة الكائن بدائرتها العقار، ما لم تكن الشفعة بين وطنيين فيكتفى بإجراء التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار... إلخ".

بإعلان الرغبة لكل من البائع والمشتري. ولكن التسجيل وسيلة للاحتجاج بطلب الشفعة على الغير، وللشفيع مصلحة مؤكدة في أن يسارع إلى تسجيل إعلان الرغبة لأن المشرع جعل تسجيل هذا الطلب هي الوسيلة لحماية الشفيع من كل تصرف يجريه المشتري على العقار المشفوع فيه. كما أنه بالتسجيل تقف متابعة الشفيع للبيع التي ينقل بها المشتري حقه إلى الغير، ويتحدد به مركزه من الصفقة بصفة حاسمة⁽¹⁸⁾.

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهميته، فالمشتري إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان الشفعة، فإن هذا البيع الثانى يكون نافذا في حق الشفيع، وينسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة. ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة في البيع الثانى بمواعيده وشروطه م938 مدني، وتبطل الإجراءات التي يكون الشفيع باسرها للأخذ بالشفعة في البيع الأول. ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة⁽¹⁹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة تقضى بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري كما تقضى المادة التاسعة منه بأن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة وتسجيله لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثانى بالشروط التي اشترى بها. وتدل هذه المادة بمفهوم المخالفة على أنه إذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله، فإن دعوى أخذها تقام على المشتري الأول بالشروط التي اشترى بها.

فإذا باع المشفوع منه العقار إلى أجنبي بعد رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الأهلية، فإن هذا البيع لا يقتضى ترك الدعوى الأهلية ورفع دعوى أمام المحكمة المختلطة ولا إدخال المشتري الأجنبي أمام المحاكم الأهلية. ولكن إذا أدخل المشتري الأجنبي للحكم في مواجهته بطلبات المدعى فدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية فإنه يجب على المحكمة الأهلية أن تأخذ بهذا الدفع في حق الأجنبي وأن تقصر حكمها على ما يتعلق بطلبات الخصوم الوطنيين ودفاعهم فقط".

(18) محمد على عرفة ص488- السنهورى ص852 وما بعدها.

(19) السنهورى ص853 وما بعدها- محمد على عرفة ص488- محمود جمال الدين زكى ص462.

(طعن رقم 15 لسنة 5ق جلسة 1935/6/6)

2- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تصرفات مشتري العقار المشفوع فيه لا تسرى قبل الشفيع متى تمت بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وهو ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدني مما مؤداه بمفهوم المخالفة لتلك المادة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذي يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، وأن المادة 942 من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة في الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل".

(طعن رقم 1119 لسنة 56ق - جلسة 1989/1/25)

كما فرق القانون في المادة (946 مدني) حكم البناء والغراس الحاصلين من المشتري قبل طلب الأخذ بالشفعة وحكم البناء والغراس الحاصلين بعده، وقد تعرضنا لذلك في موضعه من الموسوعة.

92- إيداع كل الثمن الحقيقي للعقار الذي حصل به البيع:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن:

"وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع.... إلخ" فقد أوجبت هذه الفقرة على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع⁽²⁰⁾.

(20) تطور التشريع في إيداع الثمن:

كانت المادة (14) من قانون الشفعة (الملغي) تتطلب أن يكون إعلان الرغبة "مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا" وقد احتدم الجدل في الفقه والقضاء فيما إذا كان المقصود من هذا النص هو العرض المبدئي للذمة المقرون بالمبلغ موضوع العرض، أم أنه مجرد إيداع الاستعداد لتحمل العقار بما قام عليه من الثمن والمؤن وقد حسمت هذا الخلاف محكمة الاستئناف بدوايرها المجتمعة (29 مارس 1923) وقررت بأن عرض الثمن عرضا حقيقيا في دعوى الشفعة ليس محتما، ولكنها أجازت للقاضي إذا تبين له من ظروف دعوى الشفعة احتمال عدم جديتها أن يكلف الشفيع بإيداع الثمن والمصاريف في خزانة المحكمة في أجل يعينه، فإن تأخر عنه عدت دعواه غير جدية وصالحة للرفض. وله أيضا أن يقضى للشفيع بالشفعة ويحدد للشفيع ميعادا لدفع الثمن وملحقاته فإن تأخر عنه سقط حقه وزال أثر

=

الحكم الصادر له بالشفعة.

= وهذا ما أخذت به محكمة النقض إذ قضت بأن:

1- "متى كان الحكم الصادر في دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة مقابل دفعه الثمن للمشتري في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ النطق به فإنه يكون قد دل بذلك على أنه جعل من هذا الدفع في الميعاد المقرر فيه شرطا لاستحقاق العين المشفوع فيها بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفيعته وذلك دون حاجة إلى حصول تنبيه عليه من المشتري بالدفع".

2- "متى كان الحكم الابتدائي القاضي بالشفعة إذ قضى بها للشفيع مقابل أن يدفع الثمن للمشتري في خلال مدة معينة من تاريخ النطق به، فإنه يكون - على ما يجري به قضاء هذه المحكمة - قد دل على أنه جعل من هذا الدفع في الميعاد المحدد له شرطا لاستحقاق العين المشفوع فيها بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأصل دون أن يقوم بوفاء ما فرض عليه بطلب شفيعته وذلك دون حاجة إلى أن يقوم المشتري بالتنبيه عليه بالدفع ولا بإعلانه بالحكم القاضي بالشفعة ولا باتخاذ أى إجراء من إجراءات التنفيذ بالثمن، ولا يشترط النص صراحة في منطوق الحكم على سقوط الحق في الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن في الميعاد المحدد ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم".

(طعن رقم 62 لسنة 21 ق جلسة 1952/11/13)

كما جرى قضاء محكمة النقض على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه غير لازمين في حكم المادة (14) من قانون الشفعة، ومن ثم فإمساك الشفيع عن عرض الثمن أو عن إيداعه لا يصلح وحده سببا للقضاء بعدم جدية دعواه أو بسقوط حقه في الشفعة.

إذ قضت بأن:

"إن قضاء محكمة النقض قد جرى على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه غير لازميين في حكم المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة. ومن ثم فإمساك الشفيع عن عرض الثمن أو عن إيداعه لا يصلح وحده سببا للقضاء بعدم جدية دعواه".

(طعن رقم 126 لسنة 15 ق جلسة 1946/12/5)

(أيضا طعن رقم 71 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/11)

(طعن رقم 66 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/15)

(طعن رقم 16 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/24)

مناقشات لجنة تنقيح القانون المدني:

أثارت هذه المسألة مناقشات واسعة أثناء إعداد مشروع التقنين المدني في لجنة المرحوم كامل صدقي باشا. فقد رأى بعض الأعضاء (المسيو باسار، المتر جراهام) عدم ضرورة

والحكمة من إيداع الثمن هو ضمان الجدية في طلب الشفعة، وقطع الطريق على المضاربين، حيث كان يتخذ من مجرد ثبوت الحق في الشفعة وسيلة للابتزاز

عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً موجهاً للنظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقي من = خطر في الفروض التي يكون فيها العقار باهظ الثمن أو التي لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشتري أو الذي يكون العقار فيها متقلاً بحقوق عينية إذ يحسن عدم إغفال الحالات التي يحتمل فيها إفسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإفسار.

بينما ذهب رأى ثان إلى وجوب عرض الثمن عرضاً حقيقياً دفعاً للمضاربة حتى لا يتاح لشخص أن يعطل بيعاً هاماً بمجرد إنذار بسيط، كما إن إثبات مقدرة الشفيع على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشتري الذي سيحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً، وهو أقطع دليل على حسن نية الشفيع ورغبته الجدية.

وتوسط رأى أخير بين الرأيين السابقين، فذهب أنصاره إلى أنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقي دون تفويت حق لأحد، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكمة، إذ أن مثل هذا الإيداع كفيل بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من جانب هواة المضاربة، كما أنه يقضى من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تنترب على إجراء العرض الحقيقي في حالة إفسار المشفوع منه.

وهذا الرأي الأخير هو الذي أجمعت عليه اللجنة عدا رأى واحد، وهو الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة (139) من المشروع التمهيدى حيث أوجبت: "أن يودع بخزينة المحكمة الكائن في دائرتها العقار مبلغ يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع". (محضر جلسة 28 يناير سنة 1938 مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 412 الهامش وما بعدها). ولما نوقش هذا النص بلجنة المراجعة اقترح وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي لا ثلثه.

وقد رأت لجنة الشؤون التشريعية حذف الفقرة الثانية وهى الخاصة بإيداع الثمن اكتفاء بعرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن". ووافق مجلس النواب على هذا التعديل.

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة عدم الأخذ بالتعديل الذى اختاره مجلس النواب، وأثرت النص على أن يودع الشفيع كل الثمن الحقيقي دون أن يكتفى بعرضه دفعاً للمنازعات.

ووافق مجلس الشيوخ على ذلك.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 422 وما بعدها)

والمساومة، فاستلزام المشرع إيداع كل الثمن كان الإجراء الحاسم فى دابر هذه المساومات واختفائها. وعلى ذلك لا يكفى أن يودع الشفيع جزءا من الثمن ولو كان معظمه حتى ولو كان البائع قد منح المشتري أجلا فى الوفاء ببعض الثمن⁽²¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إيداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد القانونى وعلى الوجه المبين فى المادة 942 من القانون المدنى شرط لقبول دعوى الشفعة ولا يعفى من واجب إيداع الثمن كاملا أن يكون متفقا على تأجيل بعضه فى عقد البيع المحرر بين المشتري والبائع ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه فى المادة 945 مدنى من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن البائع لا يملك إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، كما أن هذا النص إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاء ويصبح الثمن من حق البائع وحده فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري".

(طعن رقم 284 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/7)

93- المقصود بالثمن الحقيقى:

المقصود بالثمن الحقيقى الذى يجب على الشفيع إيداعه خزانة المحكمة، هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن ما يجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المبيعة بالشفعة (فيما عدا الملحقات القانونية) هو الثمن الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها. ويعتبر الثمن المسمى فى العقد هو الثمن الحقيقى إلى أن يثبت الشفيع صورته. فإذا كان الحكم مفيدا أن المحكمة اعتبرت فى تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقدير الخبير قيمة الأطنان المشفوع فيها وقت البيع وأقامت قضاها على هذا الأساس وحده،

ولم يكن تحدثها عن شهادة الشهود الذين سمعته لتستخلص منها مقدار الثمن الحقيقي الذى حصل عليه الاتفاق فعلا بل لنتخذ منها قرينة تؤيد بها تقرير الخبير الذى بنى على اعتبارات اقتصادية تتصل بالقيمة التى كانت تساويها الأطنان المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقي الذى اتفق عليه، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 48 لسنة 18 ق جلسة 1950/2/16)

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض أنه لا عبرة فى تقدير الثمن، بتقرير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع استنادا على حركة السعر السائدة وقتذاك.

إذ جرى قضاؤها على أن:

1- "استخلاص الثمن الحقيقي وإن كان من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة إلا أن اعتداد الحكم فى تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقرير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع استنادا على حركة السعر السائدة وقتذاك وإقامته قضاءه على هذا الأساس وحده يصمه بالعيب".

(طعن رقم 7474 لسنة 65 ق جلسة 1996/11/20)

2- "لما كانت محكمة الموضوع قد عهدت إلى الخبير المنتدب بحث النزاع وبيان الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها وقت البيع والذى خلص فى تقريره إلى أن سعر الأرض مقداره.... مراعى فى ذلك تربة الأرض وصقعها ومجاورتها لمباني بعضها حديث وبعضها قديم وجميع العناصر المؤثرة فى الأسعار وتلك السائدة فى منطقة عقار النزاع بما مؤداه أن هذا التقرير بنى على اعتبارات متعلقة بالقيمة التى كانت تساويها الأرض المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقي الذى اتفق عليه الطاعن مع المطعون ضده الأول، وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها فإنه يكون فضلا عن مخالفته القانون مشوبا بالإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 7474 لسنة 65 ق جلسة 1996/11/20)

94- إيداع الثمن فى حالة عدم إنذار الشفيع من البائع أو المشتري:

إذا لم يعلن الشفيع من البائع أو المشتري بإظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة، وبالتالي لم يعلن بالثمن الحقيقي الذى حصل به البيع، ولكنه علم بحصول البيع، فأودع الثمن الذى ظنه الثمن الحقيقي، ثم ظهر أنه على خلافه، بعد تقديم عقد البيع، فإنه

يكون للشفيع إيداع باقى الثمن، وتستقيم بالتالى دعواه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان طالب الشفعة لم يودع كل الثمن طبقا لما توجبه المادة 942 من القانون المدنى بعد أن علم به علما يقينيا من عقد البيع الذى قدمته المشتريّة، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه فى الأخذ بالشفعة لعدم إيداعه كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وذلك بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدنى يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، لأنه إذا صح لطالب الشفعة أن يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذى حصل به البيع عند الإيداع ورفع دعوى الشفعة فإنه لا يكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشتريّة الثابت به الثمن الذى حصل به البيع، وكما لا يعفى طالب الشفعة من إيداع هذا الثمن كونه طعن عليه بالصورية لأنه فى هذه الحالة يكون مجازفا فيتحمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق فى إثبات الصورية".

(الطعن رقم 259 لسنة 35 ق جلسة 1969/5/1)

2- "وحيث إن النعى بهذا الوجه غير سديد ذلك أن الشفيع فى حالة عدم إنذاره بالبيع ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقى الذى تم به هذا البيع فيجوز له إيداع الثمن الذى يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقى فيصح الإيداع. لما كان ذلك. وكان الثابت من الأوراق أن الشفيع كانت قد بادرت بإعلان رغبتها فى الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري - الطاعنين - قبل أن يوجه إليها أيهما الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة 940 من القانون المدنى وأودعت خزانة المحكمة الثمن الذى قدرت أن البيع حصل بموجبه ثم رفعت دعوى الشفعة طالبة أخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الذى أودعته مبدية استعدادها لتكاملته فى حالة ثبوت حصول البيع بأكثر منه وحين قدمت عقود البيع الثابت منها حصوله بثمن أكبر قامت بإيداع الفرق بين المبلغ الثابت بالعقود والمبلغ السابق لها إيداعه قبل أن تقيم دعواها فإنه بإيداعها هذا الفرق تكون قد أودعت كامل الثمن طبقا لما تفرضه المادة 942 من القانون المدنى بعد علمها اليقيني بحقيقته من عقود البيع التى قدمت بعد رفع الدعوى. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون صحيحا قانونا ويكون النعى بهذا الوجه على غير أساس".

(طعن رقم 286 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/29)

3- "الشفيع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- في حالة عدم إنذاره بالبيع ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقي الذي تم به هذا البيع فيجوز له إيداع الثمن الذي يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقي فيصح الإيداع وإذا كان الثابت من الأوراق أن الشفيع كان قد بادر بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري- الطاعن والمطعون ضده الثاني- قبل أن يوجه إليه الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة 940 من القانون المدني وأودع خزانة المحكمة الثمن الذي قدر أن البيع حصل بموجبه "ثلاثة آلاف جنيه" ثم رفع دعوى الشفعة طالبا أخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الذي أودعه ثم قدم عقد البيع وثبت به أن الثمن مقداره ثلاثون ألف جنيه ثم نديت المحكمة خبيراً لتقدير الثمن الذي حصل به البيع فقدره بمبلغ..... جنيه، ولم يودع الشفيع الفرق بين المبلغ الذي أودعه والثمن الذي قدره الخبير وأخذت به محكمة الموضوع فإنه لا يكون بذلك قد أودع كامل الثمن طبقاً لما تفرضه المادة 2/942 من القانون المدني بعد علمه اليقيني بحقيقة الأمر المسقط لحقه في أخذ العقار المبيع بالشفعة".

(طعن رقم 1027 لسنة 63 ق جلسة 1993/12/9)(22)

(22) وقد عدلت محكمة النقض بهذه الأحكام عن قضاء سابق لها سايرت فيه رأى فى الفقه وقضت بأن الشفيع إذا بادر برفع دعواه اعتماداً على علم تلقائى دون انتظار لإنذار من جانب البائع أو المشتري، وأودع ما ظنه الثمن الحقيقي، ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه بذلك يكون مجازفاً عليه خطره، ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرض حقه فى الأخذ بالشفعة للسقوط.

إذ قضت بتاريخ 1955/2/10 فى الطعن رقم 54 لسنة 22 ق بأن: "لما كانت الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدني الجديد توجب على الشفيع أن يودع خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع، ورتب على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق فى الشفعة كان مفاد ذلك أن الإيداع الكامل وفى الميعاد المذكور أصبح شرطاً أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها، ولا تعتبر الدعوى قائمة فى نظر القانون إلا بتحقيق حصوله وإذن فمتى كان الواقع هو أن الشفيع قد بادر برفع دعواه اعتماداً على علم تلقائى دون انتظار لإعلان إظهار الرغبة من جانب البائع

ولا شك في عدالة هذا القضاء لأنه يرشد الجزاء المقرر وهو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة - كما سنرى - ولا يحكم به إلا إذا كان هناك محل من الناحية القانونية للحكم به فحيث يعدم الشفيع الوسيلة لمعرفة بيان جوهرى متعلق بالعقد المشفوع فيه دون أن ينسب إليه خطأ أو تقصير فمن العدالة ألا يتعرض لمثل هذا الجزاء الشديد⁽¹⁾.

ولم يشترط المشرع سوى إيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة فلم يستلزم إتمام هذا الإجراء بطريق العرض والإيداع المنصوص عليه بالمادة 1/488 من قانون المرافعات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص في المادة 2/942 من القانون المدنى على أن المشرع أوجب على الشفيع أن يقوم قبل رفع دعوى الشفعة بإيداع الثمن والملحقات وعلى أن يتم ذلك خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بما مفاده أن القانون لم يشترط سوى إجراء إيداع الثمن بخزينة المحكمة دون أن يستلزم إتمام هذا الإجراء بطريق العرض والإيداع المنصوص عليه بالمادة (1/488) من قانون المرافعات".

(طعن رقم 1717 لسنة 52 ق جلسة 1985/6/25)

(راجع طعن رقم 172 لسنة 54 ق جلسة 1991/2/14 - منشور ببند 3/74)

95- الثمن الصورى:

المعول عليه في الثمن الذى يلتزم به الشفيع هو الثمن الذى انعقدت عليه إرادة البائع والمشتري حقيقة. فإذا كان الثمن المذكور في عقد البيع ثمنا صوريا، كانت العبرة بالنسبة إلى الشفيع بالثمن الحقيقي. والأصل أن الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي. فإذا ادعى الشفيع أن الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي جاز له أن يثبت الثمن الحقيقي، فإذا نجح في هذا الإثبات فلا يلتزم إلا بالثمن الحقيقي الذى أقام الدليل عليه. وفي هذه الحالة يستطيع الشفيع أيضا أن يقتصر على إيداع ما

أو المشتري وأودع ما ظنه الثمن الحقيقي ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه يكون بذلك مجازفا وعليه خطره ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرض حقه في الأخذ بالشفعة للسقوط".

(1) نبيل سعد ص 427- المستشار عزت حنوره ص 255 وما بعدها.

يعتقد أنه الثمن الحقيقي، ويكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل أثناء نظر الدعوى على صحة اعتقاده، فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة، ولا يحول دون هذا السقوط أن يقوم بتكملة الثمن أثناء نظر الدعوى، إذ يعتبر أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى. ولذلك يكون من الأحوط أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى، وهذا بطبيعة الحال إذا كان يريد الأخذ بالشفعة حتى لو كان ذلك بالثمن المذكور في العقد في حال عجزه عن إثبات الصورية.

فإذا أثبت الشفيع أن المبلغ الذي أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقي فإن الإيداع يكون صحيحاً وله أن يسترد الفرق إذا أودع مبلغاً أكبر من الثمن⁽¹⁾. ولما كان الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة للبائع والمشتري، فله إثبات صورية الثمن بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إنه وإن كان يجوز للشفيع أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد في عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صوري تواطاً عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة إلا أن ذلك لا يسلب القاضي سلطته في إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى له من عناصر الدعوى. فإذا توافر لديه الدليل على صحة الثمن المسمى في العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق. وإن فمتى كانت الطاعنة إذ طلبت الإحالة على التحقيق لم تسند إليها بقرينة تؤيد بها صورية الثمن المسمى في العقد بل بالعكس أقامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحته وهو شراء نفس الطاعنة أطيانا شائعة في نفس الحوض في تواريخ قريبة من تاريخ العقد سبب الشفعة بأثمان تزيد على الثمن المسمى في العقد الأخير، فإن المحكمة لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون إذ رفضت بما لها من سلطة التقدير إحالة الدعوى على التحقيق بعد أن تبين لها صحة الثمن المسمى في العقد من القرينة المشار إليها".

(طعن رقم 160 لسنة 21 ق جلسة 1953/5/28)

(1) عبد المنعم الصده ص482- السنهاورى ص867- محمد على عرفه ص504- نبيل

2- "إذا كان ثمن العين المشفوع فيها محل نزاع بين الخصوم فى دعوى الشفعة مما حدا بمحكمة أول درجة إلى إحالة الدعوى على التحقيق للوصول إلى معرفة حقيقة الثمن وسمعت شهود الطرفين إثباتاً ونفياً فى هذا الخصوص فإن الحكم المطعون فيه إذ خلا من بيان الدليل الذى استند إليه فى قضائه بالشفعة بالثمن الذى تمسك به الشفيع دون الثمن المسمى فى العقد يكون قد شابه قصور يبطله".

(طعن رقم 158 لسنة 21 ق جلسة 1953/10/22)

3- "إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت الطاعنين المشفوع ضدهما، فى خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً - وهو عقد البيع الابتدائى الموقع عليه منهما - ولم تعتد بما أبدياه من تعليل لرفع الثمن فى العقد النهائى لما ساقته فى هذا الخصوص من أسباب سائغة - فلا وجه للنعى على حكمها بأنها لم تحل الدعوى إلى التحقيق لتحرى حقيقة الثمن - ذلك أن لها فى هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى لها من عناصر الدعوى".

(طعن رقم 302 لسنة 24 ق جلسة 1959/1/15)

4- (أ) "إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد فى عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة".

(ب) "إذا كانت محكمة الموضوع قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية عقد شراء الطاعنين، وكان الثابت أنها استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الأخرى التى استندت إليها أن هذا العقد جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صورى فلا تناقض بين الأمرين".

(طعن رقم 372 لسنة 24 ق جلسة 1959/4/2)

5- "الثمن الذى توجب المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري وانعقد به البيع ولا يكون هذا الثمن دائماً هو الثمن المسمى فى العقد إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقى بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يطعن فى هذا الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقى وعندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بطرق الإثبات القانونية كافة بحيث إن عجز

عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا إن كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى بالعقد".

(طعن رقم 27 لسنة 29 ق جلسة 1993/2/5)

6- "تنص المادة 2/942 من القانون المدنى على أن "وفى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان الرغبة) يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة"، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. ولما كان هذا النص صريحا فى أن ما يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، فإن اشتراط إيداع الثمن المسمى فى العقد ولو كان سوريا يعد قيذا لا يحتمله النص".

(طعن رقم 481 لسنة 47 ق جلسة 1980/4/1)

7- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الثمن الواجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المبيعة بالشفعة فيما عدا الملحقات القانونية هو الثمن الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها ويعتبر الثمن المسمى فى العقد هو الثمن الحقيقى حتى يثبت الشفيع صوريته".

(طعن رقم 7474 لسنة 65 - جلسة 1996/11/20)⁽¹⁾

(1) كما قضت محكمة النقض فى ظل قانون الشفعة الملغى بأن:

"إن القانون لا يشترط لصحة العرض الحاصل من الشفيع أن يكون بالثمن المسمى فى العقد، لاحتمال أن يكون هذا غير حقيقى فلا يكون عدلا أن يرتبط به الشفيع. وكل ما يطلب من الشفيع هو أن يعرض الثمن الذى يعرف أنه الثمن الحقيقى حسبما وصل إلى علمه، فإذا نازعه المشتري فى مقداره قضت المحكمة بالشفعة بالثمن الذى يتبين لها أنه الثمن الحقيقى. وإذا كان القانون لم يشترط أن يكون عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا يتبعه إيداعه، ولم يجعل للشفيع حق تسلم المبيع إذا أودع الثمن على ذمة المشتري، فالشفيع والحالة هذه لا يضار بإيداعه استعداده لأخذ المبيع بثمنه الحقيقى الذى تقضى به المحكمة، لأن هذا لا يكلفه شيئا أكثر مما يطلب، والمشتري من جهة أخرى لا يستفيد من إيداعه هذا الاستعداد، لأن المرجع فى نهاية الأمر إلى كلمة القضاء الملزم للطرفين. وإن فإذا قضى الحكم برفض الدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لخلو إعلانها من إيداع الاستعداد لدفع الثمن

8- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من الغير، بالنسبة لطرفي عقد البيع وبالتالي يحق له التمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية لا يكون عالما بصورية الثمن المحدد للعقار المشفوع فيه أو أنه روعى في تحديده اعتبارات شخصية بين البائع والمشتري بحيث لا تتناسب البتة مع الثمن الحقيقي وذلك وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 904 لسنة 68 ق جلسة 2011/3/13)

وإذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فعلا، وهذا متصور إذا كان البائع والمشتري جعلاً الثمن المسمى في العقد أقل من الثمن الحقيقي للتهرب من رسوم التسجيل مثلاً. فإن القاعدة في هذا الصدد، هي أنه إذا كان الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع المشفوع فيه وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون الشفيع حسن النية، بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة فإذا انقضى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد المستتر.

وبناء على ذلك إذا كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه سوريا وأقل من الثمن الحقيقي فإن للشفيع - باعتباره من الغير في هذا الصدد - إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا يدفع الثمن المذكور فيه⁽¹⁾.

المسمى في العقد إذا تبين صحتة، فإنه يكون قد أصاب".

(طعن رقم 71 لسنة 14 ق جلسة 1945/1/11)

(1) نبيل إبراهيم سعد 426- وقارن السنهوري ص 869 وعبد المنعم الصده ص 482 فيريان أنه إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي جاز لأى من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي، فإذا نجح في هذا الإثبات وجب على الشفيع أن يدفع الثمن الحقيقي الذي قام الدليل عليه.

وفى هذه الحالة يكفى أن يودع الثمن المذكور في العقد، حتى إذا ما ثبت الثمن الحقيقي أثناء نظر الدعوى وجب عليه أن يكمل الثمن، ولا يعتبر حينئذ أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى، لأنه لم يكن يعلم بهذا الثمن، وله عذره في ذلك، ويرجع التزام الشفيع بالثمن الحقيقي إلى أنه لا يعتبر - في هذا الرأي - من

وبهذا الرأي قضت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أنه :

1- "الشفيع- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/29)

2- "إذا كان الثابت أن هناك عقدا ظاهرا يقول طالب الشفعة إنه هو الذى علم به وحده وبنى عليه طلبه الأخذ بالشفعة وهو العقد النهائى المسجل، وآخر يقول أنه كان مستترا عنه وقت الطلب، وهو العقد الابتدائى الذى قدمه المشتري أثناء سير الدعوى واعتمده الحكم، وكان العقدان مختلفين فى بيان ثمن الصفقة إذ هو فى العقد الابتدائى أكثر منه فى العقد المسجل، والشفيع يتمسك بما جاء من الثمن فى العقد الأخير حتى ولو كان سوريا، فإنه إذ كان الشفيع، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة، من طبقة الغير بالنسبة إلى ورقة الضد المحررة بين البائع والمشتري، وإذا كانت ورقة الضد لا يحتج بها إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام أما غيرهم من ذوى الحقوق الذين لم يعلموا بها وقت أن نشأت حقوقهم فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، سواء كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت لم تسجل، كان الاحتجاج على الشفيع بعد البيع الابتدائى هو ورقة ضد العقد المسجل غير جائز قانونا، وإذا خالف الحكم هذه القاعدة دون أن يذكر شيئا عن علم الشفيع أو عدم علمه بحقيقة الثمن حين طلب الشفعة فإنه يكون متعينا نقضه".

(طعن رقم 132 لسنة 17 ق جلسة 1949/4/14)

3- "لئن كان الشفيع- بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة- يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه

حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدین الاحتجاج عليه بهذا العقد".

(ب) "مؤدى عموم نص المادة 244 من القانون المدنى أن المناطق فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولا يعتد فى ذلك بالبائع على الصورية- سواء كان مشروعاً أم غير مشروع- وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذى يقضى بسريان العقد الحقيقي الذى أراده المتعاقدان. وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذى يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقى".

(طعن رقم 244 لسنة 31 ق جلسة 1965/12/20)

4- "الشفيع- على ما جرى به قضاء محكمة النقض- يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. فمتى كان عقد البيع قد أشهر، فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه".

(طعن رقم 23 لسنة 32 ق جلسة 1966/10/18)

5- "الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين- المشترين- وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر- البائعين- فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن أخذاً بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة فى صورة عقد البيع".

(طعن رقم 60 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/14)

6- (أ) "الشفيع- بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة- يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة، ولا يحتج عليها إلا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية".

(طعن رقم 324 لسنة 40 ق جلسة 1975/11/27)

(ب) "بحث توافر حسن النية لدى الشفيع وعدم علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه هو من وسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغاً".

(طعن رقم 324 لسنة 40 ق جلسة 1975/11/27)

7- "الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة

الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية، أى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

8- "المقرر فى قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين - البائع والمشتري - فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له".

(طعن رقم 1326 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/29)

9- "صورية الثمن المسمى فى عقد البيع المشفوع فيه. للشفيع الأخذ بالعقد الظاهر وعدم التزامه إلا بدفع الثمن المذكور فيه. شرطه. أن يكون حسن النية غير عالم بهذه الصورية وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة. عبء إثبات علم الشفيع بالصورية وقوعه على عاتق المشفوع ضده. إثبات الأخير سوء نية الشفيع وعلمه بالصورية وبالثمن الحقيقى من قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. اعتبار الإيداع ناقصا. م 2/942 مدنى. أثره. سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة. عدم إثبات المشفوع ضده ذلك. للشفيع الأخذ بالشفعة لقاء الثمن المبين فى العقد. اعتبار إجراء الإيداع صحيح قانونا".

(طعن رقم 5737 لسنة 62 ق جلسة 2000/1/13)

96- يجب أن يكون الشفيع مالكا للمال الذى يودعه :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) "الرهبنة - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر. وقد اعترفت به الحكومة. إذ منحت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية، وقد صرح الأمر العالى الصادر فى 1938/5/14 بترتيب المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكسى وتحديد اختصاصاته بأن للرهبنة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له. ووفقا لهذه الأحكام لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه،

إذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبة ملكا للبيعة التي كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة في تملك هذه الأموال إذ الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا من كل مال كي يتقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب.... وهو راض بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلا ملكا للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك. وهذا الذي جرى عليه العرف الكنسي ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام".

(ب) "المناطق في أحقية الطاعن بوصفه راهبا- في المطالبة بالشفعة يتحدد، لا بما إذا كانت العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة فحسب، بل بما إذا كان المبلغ الذي أودعه ثمنا للعقار المشفوع به من ماله الخاص أيضا. فإذا كان الطاعن قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذي أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص. وكان ما قرره الطاعن من أن العين تخرج عن مال البيعة، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن ما يملكه الطاعن من مال بعد انخراطه في سلك الرهبة يعتبر ملكا للبيعة التي يتبعها وعلى أن الطاعن رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه ممثلا للكنيسة، فإن هذا الذي قرره الحكم يكون صحيحا في القانون".

(طعن رقم 9 لسنة 32 قى جلسة 1996/5/31 - غير منشور)

97- هل يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفي؟

يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفي مقبول الدفع، وهو الذي أطلق عليه قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) الشيك المؤشر عليه بالاعتماد من المسحوب عليه م482⁽¹⁾.

(1) تنص هذه المادة على أن:

- 1- "لا قبول في الشيك فإذا كتبت عليه صيغة القبول اعتبرت كأن لم تكن.
- 2- ومع ذلك يجوز تقديم الشيك للمسحوب عليه للتأشير عليه بالاعتماد. ويفيد هذا التأشير وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التأشير. ويعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك اعتمادا له.

أما إذا أودع الثمن بشيك مصرفى عادى، فإنه لا يدل على الإيداع إلا إذا تم صرف قيمته خلال الميعاد القانونى المحدد للإيداع. ولا يعتبر إيداعا للثمن تقديم كفيل موسر أو خطاب ضمان لأداء الثمن فى حالة الحكم بالأحقية فى الشفعة⁽¹⁾. إلا أن محكمة النقض أجازت إيداع الثمن بشيك مصرفى عادى.

إذ قضت بأن:

"إذ جاءت عبارة النص (نص المادة 2/942 مدني) فى شأن إيداع الثمن الحقيقى (فى دعوى الشفعة) دون ثمة ملحقات عامة مطلقة فلا وجه لتقييدها بقصرها على إيداعه نقدا أو بإضافة ملحقات إليه دون إيداعه بشيك مصرفى لما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص عاما مطلقا فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستثناء الحكمة منه إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل ولأن الشيك المصرفى هو نوع من الشيكات يسحبها البنك على نفسه بناء على طلب عميله وخصما من حسابه لديه لصالح المستفيد ومتى استوفى شرائطه القانونية فإن ملكية مقابل الوفاء به تنتقل لزمة المستفيد المالية بمجرد إصداره وتسليمه وبالتالي فهو أداة وفاء يقوم فيه الورق مقام النقد فإن إيداع الثمن خزينة المحكمة فى دعوى الشفعة بشيك مصرفى يحقق ذات غرض الشارع من إيداع الثمن نقدا فضلا عن أن الشارع لم ينص على تضمين الثمن ثمة ملحقات".

(طعن رقم 101602 لسنة 64 قى جلسة 2005/8/30)

98- لا يجوز للبائع إعفاء الشفيع من إيداع الثمن:

إيداع الشفيع ثمن العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة فى الميعاد الذى حدده القانون، شرط لقبول دعوى الشفعة، فلا يملك البائع إعفاء الشفيع منه، فضلا عن

3- لا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك إذا كان لديه مقابل وفاء يكفى لدفع قيمته.

4- ويبقى مقابل وفاء الشيك المؤشر عليه بالاعتماد مجمدا لدى المسحوب عليه وتحت مسؤوليته لمصلحة الحامل إلى حين انتهاء مواعيد تقديم الشيك للوفاء.

(راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثالث فى الأوراق التجارية شرح المادة 482).

(1) السهنورى ص 866.

أن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذ أوجب الشارع في الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدني على الشفيع أن يودع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة، فقد دل على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلاً عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه في المادة 2/945 من القانون المدني من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري، ومن ثم لا يجوز استنادا إلى هذا النص تخويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 718 لسنة 41 جلسة 1976/1/29)

99- عدم لزوم إيداع ملحقات الثمن:

كانت المادة (14) من قانون الشفعة الملغى توجب على الشفيع أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً⁽¹⁾.

إلا أن نص المادة (942) أغفل النص على إيداع ملحقات الثمن. ومن ثم لا يلزم الشفيع بإيداع ملحقات الثمن، إذ لو أراد المشرع أن يشمل الإيداع تلك الملحقات لذكرها في النص كما فعل قانون الشفعة الملغى، وكما فعل في تحديده للبيانات الواجب ذكرها في الإنذار الرسمي ومن اشتمالها تلك الملحقات. وقد اكتفى المشرع بإيداع كل الثمن دون إيداع الملحقات، إذ قد لا يتيسر حساب الملحقات على وجه التحديد لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة 2/942 مدنى يكتفى بإيداع "ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع" فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن فى المراحل التالية. وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق فى ذمته لقاء الأخذ بالشفعة، بل يودع الثمن الحقيقى فقط.

وقد استقرت محكمة النقض على الأخذ بهذا الرأى إذ قضت بأن:

1- "إذا كانت المادة 14 من قانون الشفعة القديم توجب على الشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة مشتملاً على عرض الثمن والملحقات الواجب دفعها قانوناً، إلا أن الشارع فى القانون المدنى الجديد لم يأخذ بقاعدة عرض الثمن والملحقات وأوجبت المادة 942 منه على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة وجعل الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، مما يدل على أن الشارع قد تعمد

(1) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"التزام الشفيع بملحقات الثمن إنما يترتب على قيام المشتري بإيفائها ويبدأ واجب عرض الملحقات من وقت اتصال هذا الاتفاق بعلم الشفيع طبقاً لنص المادة (14) من قانون الشفعة. فإذا كان الثابت أن المشتري ما كان على علم بهذه الملحقات وقت إنذار الشفعة فإنه يكفى أن يكون الشفيع قد أبدى استعداداً بعريضة الدعوى الابتدائية لدفع الملحقات مع الثمن ولا يكون الحكم قد أخطأ فى القانون إذا قضى برفض الدفع ببطلان إنذار إيداع الرغبة لعدم اشتماله عرض الملحقات فى هذه الحالة".

فى القانون الجديد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود بحيث لا ينسحب إلى ملحقات الثمن الذى لم يرد بها تكليف فى القانون".

(طعن رقم 43 لسنة 28 ق جلسة 1963/2/21)

2- "إذا كانت المادة 942 من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضمانا لجدية طلب الشفعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة مما يدل على أن الشارع قد تعمد فى القانون الجديد- خلافا لقانون الشفعة القديم- إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه، اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود، دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على ما يثيره الطاعنان بسبب النعي- من سقوط حق المطعون عليه الأول فى الأخذ بالشفعة لعدم اشتمال صحيفة الدعوى على استعداده لدفع الملحقات- لا يعيبه بالقصور".

(طعن رقم 414 لسنة 38 ق جلسة 1974/3/14)

3- "المادة (942) من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضمانا لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة. بما يدل على أن الشارع قد تعمد فى القانون القائم- خلافا لقانون الشفعة القديم إعفاء ملحقات الثمن مما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون".

(طعن رقم 720 لسنة 46 ق جلسة 1980/6/3)

4- "لا على الحكم المطعون فيه إن اكتفى- عند الرد على الدفع بعدم إيداع الشفيع لملحقات الثمن- بالقول بأن الشفيع قد أودع كامل الثمن ولم يتعرض للملحقات إذ جرى قضاء هذه المحكمة بعد العمل بالقانون المدنى الحالى على تقرير أن الشارع قد تعمد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يجب إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود فلا ينسحب إلى الملحقات التى لم يرد بها تكليف فى القانون".

(طعن رقم 542 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/8)

5- "المادة 942 من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن الذى حصل به البيع ضمنا لجدية الشفعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، وأغلقت ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء بإيداع الثمن الحقيقى فحسب، ولم يرد تكليف فى القانون ببيان المصروفات الرسمية بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 730 لسنة 48 ق جلسة 1981/11/4)⁽¹⁾

(راجع أيضا نقض طعن رقم 101602 لسنة 64 جلسة 2005/8/30 - منشور بيند

(97

على أنه يلاحظ - كما سنرى - أنه إذا قضى بثبوت الحق فى أخذ العقار بالشفعة، فإن الشفيع يلزم بأداء هذه الملحقات، وتتسع الدعوى لبحث النزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة فى مقدار هذه الملحقات.

100 - **عظم التزام الشفيع بإيداع المصروفات الضرورية والنافطة****والتعويض عن البناء والغراس :**

سنرى أن الشفيع يجب أن يرد إلى المشتري ما أنفقه على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة، ويكون ذلك لا بناء على القواعد الخاصة بحق الشفعة، بل بناء على القواعد العامة. كذلك يجب أن يعرض المشتري عما أحدثه هذا فى العقار المشفوع فيه من بناء وغراس، وهذا طبقا لقواعد خاصة بالشفعة قررهما القانون - كما سنرى تفصيلا - فى المادة (946 مدني). ولا يلزم الشفيع بإيداع هذه

(1) وهذا القضاء عدول من محكمة النقض عن قضاء سابق لها بأن الشفيع لا يعفى من إيداع الملحقات إلا إذا كان لا يعلم بها.

إذا قضت بأن:

"متى كان الحكم قد قرر لأسبابه السائغة والتى تتفق مع شروط البيع أن الشفيع إذا لم يقيم بإيداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شيء عن هذه الملحقات ولا عن مقدارها، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحا فى القانون ويكون للشفيع عذره فى عدم إيداع الملحقات مع الثمن".

المصروفات جميعا خزانة المحكمة مع الثمن الحقيقي للعقار، لذات الاعتبارات التى ذكرناها فى ملحقات الثمن، كما أن هذه المصروفات لم تتفق إلا بعد الشراء⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"بينت المادة 946 من القانون المدنى ما يحق للمشتري اقتضاؤه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذى يجريه المشتري فى العقار المشفوع به والمادة 942 من هذا القانون حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه "كل الثمن الحقيق الذى حصل به البيع ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبرة "كل الثمن الحقيق الذى حصل به البيع" لا تتسع لأن يكون المستحق للمشتري مقابل البناء أو الغراس مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا ينبى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمال للجزاء فى غير النطاق الذى حدده".

(طعن رقم 476 لسنة 47 ق جلسة 1980/6/3)

101- ميعاد الإيداع:

تنص الفقرة الثانية من المادة (942 مدني) على أن: "وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع.... إلخ" ومن ثم فإن إيداع الثمن يجب أن يتم خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الشفيع الرغبة فى الشفعة إلى البائع والمشتري. فإذا كان قد تم إعلان أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير.

ولا يحسب اليوم الذى تم فيه الإعلان، وإنما يبدأ الميعاد من اليوم التالى له، ويحسب فى الميعاد اليوم الأخير.

وبصفة عامة يخضع حساب الميعاد وإضافة مواعيد المسافة إليه لقواعد قانون المرافعات والتى ذكرناها سلفا.

وهذا الميعاد مدة سقوط لا مدة تقادم ولا يرد عليه الوقف أو الانقطاع.

ولكن إذا كان الشفيع لم ينذر من البائع والمشتري بإبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة ثم رفع الدعوى دون أن يسبقها إيداع الثمن، فله إيداع الثمن ثم رفع دعوى جديدة.

(1) السنهورى ص 880 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 469 - محمود جمال الدين زكى ص 468 وما بعدها.

وقد قضت الهيئة العاطلة للطلواد المدنيطة والتجاريطة والأطوال الشخصلية بمحكمة النقض بأن :

"مفاد النص في المادة 2/942 من القانون المدني يوجب على الشفيع خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. وقد أبانت مناقشات لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على هذا النص قبل إقراره أن اشتراط إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار قد جاء بغرض التأكيد على أن دعوى الشفعة دعوى عينية، وأن اشتراط إيداع كل الثمن الحقيقي خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ورد ضماناً لجديّة دعوى الشفعة ونأياً بها عن مجال المضاربة أو الاستغلال من جانب الشفيع وذلك بقصد تقييد دعوى الشفعة لصالح المشتري".

(طعان رقما 5085 ، 5789 لسنة 72 ق "هيئة عامة" جلسة 2005/5/18)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط الحق في الأخذ بالشفعة على أن تاريخ التصديق على عقد البيع هو تاريخ التسجيل وإنه انقضى أكثر من أربعة أشهر منذ هذا التاريخ حتى إعلان الطاعنة برغبتها في الأخذ بالشفعة مع أن الثابت بأعلى الصفحة الأولى من عقد البيع المسجل رقم...وكذا الصفحة الثالثة منه أن العقد سجل بتاريخ 1995/5/14 وكانت الطاعنة قد أعلنت رغبتها في الأخذ بالشفعة إلى كل من المطعون ضدهما الأولى والثانية بتاريخ 1995/8/26 ، 1995/9/3 فإنها تكون قد أعلنت رغبتها قبل انقضاء مدة السقوط المقررة قانوناً وتكون قد حفظت بذلك حقها من السقوط، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى مع ذلك بتأييد الحكم الابتدائي بسقوط الحق في الأخذ بالشفعة معولاً في ذلك على تاريخ التصديق على عقد البيع في 1995/4/17 رغم أنه خطوة سابقة على تسجيل العقد يتضمن تصديق الطرفين على العقد في صيغته النهائية والتي يتم على أساسها التسجيل النهائي فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف الثابت في الأوراق مما حجب عنه نظر موضوع دعوى الشفعة".

(طعن رقم 2106 - لسنة 67ق - جلسة 2010/6/27)

102- وجوب الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة :

توجب الفقرة الثانية من المادة (942 مدني) "مراعاة أن يكون هذا الإيداع (أى إيداع الثمن) قبل رفع دعوى الشفعة".

فيجب إذن أن يتم إيداع ثمن العقار المشفوع فيه قبل رفع دعوى الشفعة. وقد استوجب المشرع ذلك ضمنا للجدية في طلب الشفعة غير أن المشرع لم يحدد فاصلا زمنيا محددا بين الإيداع ورفع الدعوى، فيجوز أن يودع الثمن ثم ترفع الدعوى بعد الإيداع في ذات اليوم.

وعلى ذلك يجب على المحكمة أن تتحقق من أن الإيداع قد تم قبل رفع دعوى الشفعة. ويكون ذلك عن طريق ما يرد في صحيفة دعوى الشفعة من الإشارة إلى رقم قسيمة الإيداع وتاريخ الإيداع ورقم حافظة التوريد ورقم اليومية وغير ذلك من بيانات تسمح للمحكمة من التثبت على وجه التعيين من توافر هذا الشرط. وعلى ذلك فإن لم تستطع المحكمة التثبت من ذلك بطريقة قاطعة كما لو أن لم تتضمن صحيفة الدعوى بيانات تفيد ذلك، سقط حق الشفيع في الشفعة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تضمن نص المادة 2/942 من القانون المدني شرطين أولهما: أن يودع الشفيع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثاني أن يكون هذا الإيداع سابقا على رفع الدعوى. وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة ولم يحدد فاصلا زمنيا معينا بين الإيداع ورفع الدعوى فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع. أما التحدى بالمادة 20 من القانون المرافعات فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين أحدهما محددا بالأيام له بداية ونهاية والثاني غير محدد بالأيام وإنما بفواصل زمنية غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة".

(1) نبيل سعد ص 431 وما بعدها.

(طعن رقم 197 لسنة 27 ق جلسة 1961/10/16)

2- "لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- هو ضمان الجدية في طلب الشفعة، دون تحديد فاصل زمني بين الإيداع ورفع الدعوى. وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى. فإن اشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق يعد قيذاً آخر لا يحتمله نص المادة 2/942 من القانون المدني".

(طعن رقم 23 لسنة 32 ق جلسة 1966/10/18)

3- "لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- هو ضمان الجدية في طلب الشفعة دون تحديد فاصل زمني معين بين الإيداع ورفع الدعوى، وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى، فإن اشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق يعد قيذاً لا يحتمله نص المادة 2/942 من القانون المدني".

(طعن رقم 239 لسنة 36 ق جلسة 1970/12/10)**103- مكان الإيداع:**

أوجبت الفقرة الثانية من المادة (942 مدني) أن يكون إيداع الثمن في "خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار" وليس المقصود بالمحكمة الكائن في دائرتها العقار المحكمة المختصة قيمياً بنظر دعوى الشفعة وإنما يقصد بها أي من المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار.

وفي هذا قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية ومحكمة النقض بتاريخ 2005/5/18 في الطعنين رقمي 5085 ، 5789 لسنة 72 ق هيئة عامة بأن:

"ومن حيث إن الدائرة المختصة رأت بجلستها المنعقدة بتاريخ 4 مارس سنة 2004 العدول عن الأحكام السابقة من الدوائر المدنية فيما انتهت إليه من اشتراط أن يكون إيداع الشفيع للثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة قيمياً بنظر الدعوى، ومن ثم رأت إحالة الطعنين إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية للفصل فيهما عملاً بالفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 وإذ حددت الهيئة جلسة لنظر الطعنين قدمت

النيابة مذكرة تكميلية رأت فيها نقض الحكم المطعون فيه.

ومن حيث إن نص المادة 2/942 من القانون المدنى يوجب على الشفيع خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة. وقد أبانت مناقشات لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على هذا النص قبل إقراره أن اشتراط إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار قد جاء بغرض التأكيد على أن دعوى الشفعة دعوى عينية، وأن اشتراط إيداع كل الثمن الحقيقى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ورد ضمنا لجدية دعوى الشفعة ونأيا بها عن مجال المضاربة أو الاستغلال من جانب الشفيع وذلك بقصد تقييد دعوى الشفعة لصالح المشتري. لما كان ذلك، وكانت القواعد المنظمة للاختصاص القيمى للمحاكم الواردة فى قانون المرافعات - والتي أعيد النظر فيها أكثر من مرة على ضوء التغيير الذى لحق قيمة العملة- لا تستهدف حماية خاصة لأحد أطراف الخصومة وإنما أراد بها المشرع أن تكون الدعاوى قليلة القيمة من اختصاص القاضى الجزئى بينما يختص بالدعاوى عالية القيمة الدائرة الكلية بالمحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة مجتمعين من الخبرة والدارية ما يناسب أهمية الدعاوى عالية القيمة. لما كان ذلك، وكانت المواد المنظمة لحق الشفعة فى القانون المدنى لا يوجد فيها ولا فى قانون المرافعات نص صريح يشترط أن يكون إيداع الشفيع للثمن فى خزانة المحكمة الواقع فى دائرتها العقار والمختصة فى ذات الوقت قيميا بنظر دعوى الشفعة وإنما ورد بنص المادة 2/942 من القانون المدنى لفظ المحكمة الكائن بدائرتها العقار عاما يصدق على المحكمة الجزئية كما يصدق على المحكمة الكلية بمفهوم أن النطاق المكانى للمحكمتين واحد باعتبار أن النطاق المكانى للمحكمة الجزئية هو جزء من النطاق المكانى للمحكمة الكلية لأن متى جاء لفظ المحكمة عاما ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حملها على عمومها، لذلك فإن إيداع الثمن أيا من خزانتي المحكمة الجزئية أو الكلية الواقع فى دائرتها العقار يحقق ذات غرض المشرع من توافر جدية الشفيع وليس فيه ما ينال من توجه المشرع إلى تقييد الحق فى الشفعة ومن ثم فلا يقبل أن يكون الإيداع فى خزانة المحكمة الجزئية- التى قد تكون هى الأقرب للعقار من

المحكمة الكلية المختصة قيمياً بنظر الدعوى - سببا في سقوط حق الشفيع الذى لا ينبغي أن يتحقق إلا من خطأ يستأهله أو نص يوجبه، ويؤكد هذا النظر أن المشرع في قانون المرافعات لم يرتب سقوط الحق في أية دعوى - بما فيها دعوى الشفعة - إذا ما رفعت إلى محكمة غير مختصة قيمياً بنظر النزاع، ومن ثم فإنه لا يكون مقبولا أن يكون إيداع الثمن في دعوى الشفعة والذى هو من إجراءاتها ولا يرقى لأهمية رفع الدعوى نفسها لا يساغ أن يكون هذا الإيداع في محكمة غير مختصة قيمياً بنظر الدعوى سببا في سقوط حق الشفعة لأن هذا السقوط عندئذ سيأتى على غير خطأ يستأهله وبغير نص يوجبه. لما كان ما تقدم، وكانت الأحكام السابق صدورها من الدوائر المدنية قد ذهبت إلى وجوب إيداع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة قيمياً بنظر الدعوى دون اكتفاء بأن يكون الإيداع في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة، فإنه يتعين بعد توافر الأغلبية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 العدول عن هذا المبدأ ولتفصل الهيئة في الطعنين وفق هذا العدول".

كما قضت محكمة النقض بأن:

إن مفاد نص المادة 2/942 من القانون المدنى أن المشرع لم يشترط في المحكمة الواجب إيداع ثمن العقار المشفوع فيه خزانته إلا أن يكون العقار واقعا في دائرتها. وإذ كان لفظ المحكمة الكائن في دائرتها العقار قد جاء عاما يصدق على المحكمة الجزئية كجزء من النطاق المكانى للمحكمة الكلية وأنه متى جاء لفظ المحكمة عاما ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه. ومن ثم فإن إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداع الثمن خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار ويتحقق به أيضا مقصود المشرع في توافر الجدية لدى الشفيع. وإذ تم هذا الإجراء صحيحا على هذا النحو فلن يزول أثره لقضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بعدم اختصاص المحكمة الجزئية قيمياً بنظر الدعوى. ومن ثم يبقى الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن رقم 3940 - لسنة 67ق - جلسة 2010/5/12)

104- جزاء عدم إيداع المثلثين خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار في

الميعاد:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة (942 مدني) بعد أن أوجبت على الشفيع إيداع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، أردفت "فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة".

وعلى ذلك تكون الفقرة المذكورة قد نصت صراحة على جزاء عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة.

ويجوز لكل من المشتري والبائع أن يدفع بسقوط حق الأخذ بالشفعة في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل للمحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، حتى ولو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"أوجب القانون المدني في المادة 942 فقرة ثانية للأخذ بالشفعة شرطين: الأول: أن يودع الشفيع في خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بخزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، والثاني: أن يتم هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فتقويت أحد الشرطين موجب لسقوط الحق في الشفعة ويؤكد هذا المعنى العبارة الواردة في آخر المادة ونصها فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة وعبرة (على الوجه المتقدم) إنما تشير إلى وجوب مراعاة أن يكون الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة".

(طعن رقم 328 لسنة 20ق جلسة 1953/1/22)

(أنظر الأحكام المنشورة بالبند التالي)

105- تعلق إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار على الميعاد القانوني بالنظام العام؛

إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار في خلال الموعد القانوني هو إجراء من إجراءات الشفعة، وشرط لقبول الدعوى، ويتعلق بالتالي بالنظام العام ومن ثم يجب على المحكمة إذا لم يودع الثمن خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار في الموعد المحدد أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يتم إيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة 942 من القانون المدني".

(طعن رقم 140 لسنة 21 ق جلسة 1953/12/31)

2- "أوجب الشارع في الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدني على الشفيع أن يودع- في خلال الميعاد الذي حدده- خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الأخذ بالشفعة، وقد دل بذلك على أن يدفع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد بالكيفية التي حددها- هو شرط أساسي لقبول دعوى الشفعة مما يخول المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع في خصوص إيداع الثمن، ويجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك في الطعن باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع. ومن المقرر أن إيداع الثمن باعتباره إجراء من إجراءات دعوى الشفعة يتعين اتخاذه أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظرها وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة، وإذا كان المطعون ضده قد أودع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتي أحييت إليها الدعوى بنظرها باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة بنظرها، وقد دفع الطاعنان أمامها بسقوط حق المطعون ضده في الأخذ بالشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقيته في أخذ

العقار بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله وتفسيره".

(طعن رقم 488 لسنة 45 ق جلسة 1978/6/28)

3- "إذ أوجب المشرع فى المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، فقد دل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن إيداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد وبالكيفية التى حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إن أخل به الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تنثير ذلك من تلقاء نفسها باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح للإمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع".

(طعن رقم 1328 لسنة 48 ق جلسة 1983/2/2)

4- "وحيث إن هذا النعى فى أساسه سديد، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الثمن الذى توجب المادة 942 من القانون المدنى على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري وانعقد به البيع باعتباره أنه الثمن الحقيقى الذى يتعين على الشفيع إيداعه كاملا وبالكيفية التى حددتها هذه المادة وإلا كان لمحكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها عند مخالفة ذلك بعدم قبول الدعوى ويجيز لمحكمة النقض أن تنثيره من تلقاء ذاتها باعتباره مسألة متعلقة بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح للإمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع، وكان من المقرر أنه إذا اشتمل عقد البيع على عقارات متعددة وكانت منفصلة بعضها عن البعض فإن الأصل أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيه أسبابها دون تلك التى لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة وذلك ما لم تكن تلك العقارات مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال الحق فى الشفعة بالنسبة إلى جزء منها من شأنها أن يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع وأنه متى تحقق

للشفيع أن يأخذ بالشفعة عند اشتغال عقد البيع على عقارات متعددة منفصلة ما توافرت له فيه أسبابها فإن الثمن الحقيقي الواجب عليه إيداعه هو ثمن الجزء الذي توافرت له فيه أسباب الأخذ بالشفعة دون باقى الأجزاء، وأنه وإن كان استخلاص الثمن الحقيقي من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصا سائغا ومرتد إلى ما له من أصل ثابت بالأوراق".

(طعن رقم 9060 لسنة 66 ق جلسة 1998/5/9)

106- لا يجوز للشفيع معاودة إجراءات الشفعة بعد القضاء بالسقوط :

إذا قضى بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، لعدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة أو عدم إيداعه فى الميعاد القانوني، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة بصفة نهائية ولم يعد له الحق فى معاودة إجراءات الشفعة من جديد بصدد العقد المشفوع فيه.



مطادة (943)

ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها، ويحكم في الدعوى على وجه السرعة.

الشطرح

دعوى الشفعة :

107- الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الشفعة :

استلزمت المادة رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري في الميعاد المحدد. فالبايع خصم حقيقي في دعوى الشفعة لأن المادة (943 مدني) قد نصت صراحة على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصما حقيقيا في دعوى الشفعة لا يجب اختصاصه. غير أن المحكمة لا يكون واجبا عليها تقصى ملكية البائع للعين المشفوع فيها طالما أنه المالك الظاهر لها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 15 من قانون الشفعة إنما تتطلب رفع الدعوى على البائع الظاهر في العقد دون نظر إلى كونه مالكا أو غير مالك، بدليل ما نصت عليه المادة 13 من القانون المذكور من أن الشفيع يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه في جميع ما كان له أو عليه من الحقوق، فإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، وبدليل ما نصت عليه المادة 14 من وجوب إعلان الرغبة في الشفعة إلى البائع والمشتري وبناء على ذلك فإن تقصى الحكم ملكية الأرض المشفوع فيها لمعرفة بائعها أمر لا محل له في صدد تطبيق المادة 15 المذكورة".

ولأن الشفعة في نظر القانون هي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري، إذ أن ما يترتب على الشفعة هو تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من حقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون الصلة في تلك الحقوق ما بين البائع والشفيع ولا يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض إلا قبل ثلاثتهم جميعاً، مما يستتبع حكماً أن تكون دعوى الشفعة دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك⁽³⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة قد نصت على أن دعوى الشفعة ترفع على البائع وعلى المشتري وإلا سقط الحق فيها. ومع وجود هذا النص الصريح لا محل للاجتهاد والقول بأن البائع ليس خصماً حقيقياً في دعوى الشفعة وأنه لا يترتب على عدم إعلانه سقوط الحق فيها".

(طعن رقم 17 لسنة 13 ق جلسة 1943/10/21)

وفي حالة تعدد البائع أو المشتري أو تعددهما معاً، يجب رفع الدعوى على كل البائعين وكل المشتريين دون إغفال أيٍّ منهم⁽⁴⁾ لأن الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فيجب في حالة تعدد أطرافها أن يشتركوا جميعاً في الدعوى حتى تتم عملية التحويل في مواجهتهم جميعاً، مما يجعل الدعوى من أحدهم فقط أو ضده فقط غير جائزة القبول⁽⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن قضاء محكمة النقض قد استقر على أنه متى كان موضوع الدعوى طلب تمليك بطريق الشفعة فإنه يلزم لقبولها اختصاص البائع والمشتري والشفيع في جميع مراحلها ولو تعددوا وكذلك يجب اختصاص ورثة من يتوفى منهم وإن فمتى كان الطعن

(3) محمد على عرفه ص 511 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 475 - وكان هذا هو الوضع في ظل قانون الشفعة الملغى (م 15) - أما في ظل التقنين المدني القديم فكانت دعوى الشفعة ترفع على المشتري فقط (استئناف مختلط 11 مارس 1891 - 27 أبريل 1893).

(4) محمود جمال الدين زكي ص 471 - عبد المنعم الصده ص 487.

(5) حسن كيرة ص 628 - محمد على عرفه ص 628 - نبيل سعد ص 438.

مرفوعا من أحد ورثة البائعة دون باقى الورثة الذين كانوا خصوما فى الاستئناف فإن هذا الطعن يكون غير مقبول شكلا".

(طعن رقم 44 لسنة 20 ق جلسة 1952/4/17)

2- "لما كان موضوع الدعوى هو طلب تمليك بطريق الشفعة وكان لزاما لقبولها قيام الخصومة فيها بين البائع والمشتري والشفيع فى جميع مراحلها ولو تعددوا على ما جرى به قضاء محكمة النقض وكذلك يجب اختصاص ورثة من يتوفى منهم. ولما كان الطاعن لم يعلن بتقرير الطعن من ورثة البائعة غير المطعون عليها الثانية دون بقية الورثة الذين كانوا خصوما فى الاستئناف فإن الطعن يكون غير مقبول شكلا".

(طعن رقم 129 لسنة 20 ق جلسة 1952/6/5)

وقاعدة وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار.. وإلا سقط الحق فيها. تدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع والبائع والمشتري فى أول درجة والاستئناف والنقض، سواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، فإذا تعدد أى منهم وجب اختصاصهم جميعا كما يجب اختصاص ورثة من يتوفى منهم، فإذا رفعها أيهم فى أى مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، بما مؤداه أن اختصاص البائع أو ورثته فى الطعن بالنقض واجب قانونا أيا كان موقفه من الخصومة فى درجتى التقاضى ولو أخذ منها موقفا سلبيا إذ لا حكم إلا فى دعوى ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم⁽⁶⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا تعلق إعلان تقرير الطعن بدعوى شفعة مما يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري والشفيع فى جميع مراحل الخصومة ومنها النقض، وكان إعلان البائع قد وقع باطلا، فإن الطعن يكون غير مقبول بالنسبة لباقي المطعون عليهم".

(طعن رقم 260 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/9 بذات الجلسة طعن رقم 445

لسنة 22 ق)

2- "يوجب القانون فى دعوى الشفعة اختصام جميع البائعين والمشتريين فى كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض وينبنى على ذلك أن بطلان الطعن بالنسبة إلى بعضهم يترتب عليه عدم قبوله شكلاً بالنسبة لجميع الخصوم".

(طعن رقم 298 لسنة 26 ق جلسة 1961/4/27)

3- "دعوى الشفعة لا تكون مقبولة فى جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري فإذا رفع الطعن - فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة - من أى من هؤلاء دون أن يختصم فيه الطرفين الآخرين كان غير مقبول ولأى من الخصوم الحاضرين التمسك بعدم قبوله ومن ثم فإن بطلان الطعن بالنسبة للبائعين الذين لم يصح إعلانهم به يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المطعون ضدهم".

(طعن رقم 499 لسنة 34 ق جلسة 1968/1/25)

4- "دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا وإذا كانت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لبعض المشتريين فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقيين".

(طعن رقم 832 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/17)

5- "لا تقبل دعوى الشفعة، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، فى جميع مراحل التقاضى بما فيها مرحلة الطعن بالنقض إلا باختصام البائع والمشتري والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم".

(طعن رقم 2226 لسنة 52 ق جلسة 1989/2/21)

6- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النص فى المادة (943) من القانون المدنى على أن "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار... وإلا سقط الحق فيها" يدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشتري فى أول درجة أو فى الاستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، أما إذا رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها".

(طعن رقم 1330 لسنة 58 ق جلسة 1990/1/14)

ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعى العقار فى الميعاد القانونى وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الدعوى على باقى البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانونى⁽⁷⁾.

108- كيفية إعمال الجزاء على عدم اختصاص جميع أطراف دعوى الشفعة :

إذا لم يتم اختصاص جميع من يجب اختصاصهم فى دعوى الشفعة أمام محكمة أول درجة قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى. وكذلك إذا لم يختصم هؤلاء فى الطعن بالنقض على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف.

أما إذا كانت الخصومة أمام محكمة الاستئناف فإنه يجب على المحكمة إعمال نص الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون المرافعات. (أنظر شرح هذا النص فى بند 112).

109- عدم قبول الدعوى لطدم اختصاص الشفيع والبائع والمشتري طن

النظام العام :

يتعلق عدم اختصاص الشفيع والبائع والمشتري جميعا فى دعوى الشفعة بالنظام العام. ولذلك إذا لم يتم اختصاصهم كان على المحكمة - بالتفصيل السابق⁽⁸⁾ - القضاء بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 943 من القانون المدنى على أن "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار... وإلا سقط الحق فيها...." يدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع والبائع والمشتري وإن تعددوا فى أول درجة أو فى الاستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، أما إذا رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها وإذ قضى الحكم الابتدائى بعدم قبول دعوى الشفعة فاستأنفه المطعون ضدهم السبعة الأول ولم

(7) السهنورى ص 889.

(8) مع مراعاة إعمال نص الفقرة الثانية من المادة (218) مرافعات).

يختصموا في الاستئناف إحدى المحكوم لهم، ولم تأمر المحكمة باختصاصها في الاستئناف حتى صدور الحكم المطعون فيه فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف شكلا دون اختصاص أحد المحكوم لهم يكون قد خالف قاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع وهو ما نقضى به المحكمة من تلقاء نفسها عملا بالحق المخول لها في المادة 253 من قانون المرافعات بما يبطل الحكم المطعون فيه".

(طعن رقم 1305 لسنة 60 ق جلسة 1993/5/13)

110- اختصاص آخرين لا يؤثر في دعوى الشفعة؛

إذا استقامت دعوى الشفعة باختصاص كل من البائع والمشتري في الميعاد بإجراءات سليمة، وضمت الدعوى غيرهما ممن لا يعتبر خصما حقيقيا فيها، فإن بطلان اختصاص هذا الآخر لأى سبب من الأسباب لا يؤثر في صحة الدعوى أو الطعن⁽⁹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن؛

1- "متى تبين أن أحد المطعون عليهم قد اختصم بادئ الأمر في دعوى الشفعة أمام محكمة الموضوع على أساس أنه من بين الباعين ولما تبين أنه لم يوقع على عقد البيع وأنكر هو من ناحيته صدور البيع منه قصر الشفيع الدعوى على طلب أخذ القدر الذى باعه من وقع على عقد البيع بالشفعة كما اقتضت منازعة المطعون عليه المذكور أمام محكمة الموضوع على تحديد القدر الوارد بعد البيع فأخذت تلك المحكمة بوجهة نظره فإن بطلان الطعن بالنسبة له لا يمتد أثره إلى الطعن بالنسبة لباقي المطعون عليهم".

(طعن رقم 169 لسنة 23 ق جلسة 1957/2/7)

2- "متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اختصاص المطعون ضدها الأخيرة في دعوى الشفعة لم يكن لازما لأنها ليست بائعة للعقار المشفوع فيه وأن طالبي الشفعة قد لجئا إلى اختصاصها على سبيل الاحتياط فإن بطلان إعلانها بصحيفة

الدعوى لا يؤثر فى صحة إجراءات الشفعة ومن ثم يكون الدفع بهذا البطلان غير جوهري لانعدام أساسه القانوني وبالتالي فلا يبطل الحكم إغفاله الرد عليه".

(طعن رقم 430 لسنة 34 ق جلسة 1968/5/30)

111- هل يجب اختصاص المشتري الثانى بعقد صوري فى دعوى الشفعة؟

ذهبت محكمة النقض إبان فترة طويلة من الزمن إلى أنه إذا كان العقار المشفوع فيه قد بيع إلى مشتر ثان قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، وادعى الشافع بأن عقد البيع الصادر له هو عقد صوري صورية مطلقة، قصد به إسقاط حقه فى الشفعة، فإن ذلك لا يعفى الشافع من وجوب اختصاصه فى دعوى الشفعة، لأن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذى يوجب توجيه الدعوى إلى المشتري الثانى ولو ادعى الشافع بصورية عقده إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفي الصورية وإثبات جدية عقد شرائه، وقد رتبت المحكمة على عدم اختصاص المشتري الثانى عدم قبول الدعوى⁽¹⁰⁾.

(10) فقد قضت بأن:

1- "طعن الشافع الذى يرغب فى استعمال حقه فى أخذ كل العقار المبيع بالشفعة بصورية عقد أحد المشترين، هذا الطعن يستوجب أن توجه إلى المشتري سالف الذكر الدعوى به حتى يصح الاحتجاج قبله بالحكم الصادر فيها. وإن فمتى كان الشافع قد أغفل توجيه دعواه إلى هذا المشتري وكان المشتري الآخر المشفوع منه، قد دفع بعدم قبول الطعن بالصورية وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفع ولم يقر له وزنا وأقام قضاءه على أن إدخال المشتري- الذى لم يختصم فى الدعوى- فى عقد الشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتيال لمنع الأخذ بالشفعة، كان هذا الحكم باطلاً إذ كان يتعين على المحكمة لكى يستقيم قضاؤها وقف الفصل فى الدعوى حتى يستصدر الشافع حكماً نهائياً فى مواجهة جميع أطراف الدعوى ومن بينهم المشتري الذى لم يختصم فيها بصورية عقد هذا الأخير".

(طعن رقم 7 لسنة 19 ق جلسة 1951/1/18)

2- "الشافع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يجب أن يستعمل حقه وفقاً للمادة 938 من القانون قبل المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة. ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهما الأول والثانى بوصفهما مشترين للعقار المشفوع فيه أخطر الطاعنين ببيع ذلك العقار، وتم هذا الإخطار بإنذار =

إلا أن محكمة النقض عدلت في أحكام عديدة عن قضائها السابق، وذهبت إلى أن اختصاص المشتري الثاني بعقد صوري في دعوى الشفعة بطلب أخذ الشفعة منه غير لازم، وإنما يجب إدخاله في الدعوى ليثبت الشفيع صورية العقد الصادر له في مواجهته وهنا لا يتقيد الشفيع في إدخاله بالميعاد المحدد لرفع دعوى الشفعة، كما أنه يغني عن إدخال الشفيع للمشتري الثاني تدخله هو في الدعوى.

إدقت محكمة النقض بأن:

1- "مفاد نص المادة 938 من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بالألا يكون البيع الثاني سوريا، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من

= أعلن للطاعنين في 1972/4/5 أى قبل تسجيل إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة الحاصل في 1972/4/11 فقد وجب اختصاص هذا المشتري الأخير في الدعوى، ولا يغير من هذا النظر ما دفع به الطاعنان من أن عقد الشراء الثاني عقد صوري صورية مطلقة، ذلك أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا، الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشتري الثاني ولو ادعى بصورية عقده إذ هو صاحب الشأن الأول في نفى هذه الصورية وإثبات جدية عقد شرائه".

(طعن رقم 815 لسنة 44 ق جلسة 1978/2/28)

3- "إذا بيع العقار من نفس البائع أكثر من مرة كان للشفيع أن يشفع في أى من هذه البيوع طالما كانت ملكية هذا العقار مازالت للبائع، فإذا انتقلت الملكية إلى مشتري آخر غير المشفوع منه بتسجيله عقده قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة فإن طلب الشفعة يكون غير مقبول لأن الشفعة سبب لكسب الملكية وهى في هذه الحالة لا تؤدي إلى انتقال الملكية إلى الشفيع، فإن هو ادعى صورية هذا العقد المسجل لا يلتفت إلى ادعائه ما لم يختصم جميع المشتريين فيه وإلا بقيت دعواه غير مقبولة. لما كان ذلك، وكان مفاد دفاع المطعون ضده الأول - الشفيع - أنه يشفع في البيع الصادر من المطعون ضده الثاني إلى الطاعنين وحدهما ويدفع بصورية البيع المسجل الصادر من نفس البائع عن ذات العقار إلى الطاعنين و... وكان المطعون ضده الأول لم يسجل إعلان الرغبة في الشفعة ولم يختصم في دعواه هذه المشتري مع الطاعنين بالعقد المدعى صوريته فإن الدعوى تكون غير مقبولة".

(طعن رقم 1202 لسنة 49 ق جلسة 1982/12/30)

المالك للمشتري الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع من توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى، على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشتري الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه. إذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد للمشتري الثانى يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريا وحجب الحكم بذلك نفسه عن الفصل فى صورية العقد الصادر إلى المطعون عليه الأخير والتي لو ثبتت ما كان ثمة ما يدعو الشفيع إلى توجيه طلب الشفعة إليه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 159 لسنة 45 قى جلسة 1979/11/27)

2- "على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة، فى حالة توالى البيوع، أن يستعمل حقه وفقا لنص المادة 938 من القانون المدنى ضد المشتري الأخير وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع التالى للبيع الصادر من المالك للمشتري الأول صوريا. فإذا ادعى الشفيع صورية العقد التالى للبيع الأول وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائما، وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيوع المتتالية التى لا وجود لها، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الأخير. على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة هذا المشتري الأخير لأن هو صاحب الشأن الأول فى نفى صورية عقد سلفه وإثبات حقه ليكون الحكم الذى يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه، ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون اختصاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا، ولأن الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تختصم أحد المشتريين الأخيرين - رغم أن تاريخ عقده سابق على تاريخ تسجيل الطاعنة إعلان رغبتها فى الأخذ بالشفعة - وهو صاحب شأن فى صورية العقد الصادر من سلف البائعتين له حتى يعتد بالتالى بعقده هو، شأنه فى ذلك شأن باقى المشتريين من هاتين البائعتين، وكان لمحكمة الموضوع أن ترفض ولو ضمنا طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت أنها ليست فى حاجة إليه بما لها من سلطة تامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديميا صحيحا وترجيح ما تظمنن إليه منها واستخلاص ما تراه من واقع

الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة بعدم قبول دعوى الشفعة لعدم اختصام أحد المشتريين الأخيرين، فلا على محكمة الموضوع أن لا تحيل الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية طالما أن الدعوى غير مهيأة للحكم فى موضوعها، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بما جاء بهذين السببين يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1650 لسنة 49 ق جلسة 1981/2/26)

3- "إذ كان اختصام المطعون ضده الثالث أمام محكمة الموضوع لم يكن بطلب الأخذ بالشفعة فى العقد الثانى وإنما للحكم بصورية هذا العقد، والمقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 938 من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى سوريا فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له مما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشتري الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه وإذا كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى صورية عقد البيع الثانى، إذ كان ذلك فإن هذا العقد يكون والعدم سواء بالنسبة للشفيع فلا عليه إذ لم يوجه إجراءات دعوى الشفعة أصلاً فى خصوصه وبالتالى لا يكون ثمة محل للاحتجاج عليه بمواعيد رفعها".

(طعن رقم 376 لسنة 50 ق جلسة 1983/11/24)

4- "لئن كان مفاد نص المادة 938 من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثانى قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى، وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى سوريا، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الثانى

غير موجود، وكأن لم يكن ويبقى البيع الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة، وهو ما يغنى الشفيع أصلاً عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني، وإن كان يتعين مع ذلك إدخاله فى الدعوى لوجوب إثبات الصورية فى مواجهته باعتبار أنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده حتى يكون للحكم الصادر فيها حجية قبله".

(طعن رقم 864 لسنة 51 ق جلسة 1985/2/12)

5- "لما كان مناط التزام الشفيع بتوجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها- حتى يجوز له الأخذ بالشفعة وفقاً لنص المادة 938 من القانون المدنى- ألا يكون البيع الثانى سورياً. فإذا ادعى الشفيع فى مواجهة المشتري الثانى صورية عقد هذا المشتري، وأفلح فى إثبات هذه الصورية، اعتبر البيع الثانى غير موجود قانوناً، وكان البيع الأول هو وحده الذى يعتد به فى الشفعة، ولا يقبل من المشتري الثانى الطعن على إجراءات الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه- وعلى ما سلف إلا على السبب السابق- قد انتهى إلى صورية البيع الثانى صورية مطلقة بما يعتبر معه هذا البيع غير موجود قانوناً فلا يقبل من الطاعن- وهو المشتري بهذا البيع الصوري- أن يتمسك بما أثاره بهذا السبب من أسباب الطعن".

(طعن رقم 778 لسنة 57 ق جلسة 1989/12/5)

112- تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون المرافعات:

تنص الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون المرافعات على: "على أنه إذا كان الحكم صادراً من موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضمّاً إليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصاصه فى الطعن. وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم".

ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون- على نحو ما رأينا سلفاً- اختصاص أشخاص معينين فيها، فإن حكم هذه الفقرة يسرى على دعاوى الشفعة.

وهذه الفقرة تعرض لحكمين هما:

الحكم الأول:

خاص بالطعن المرفوع في الميعاد من أحد المحكوم عليهم أو بعضهم دون الباقين. فقد أجاز النص لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم منهم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمًا إليه في طلباته. فإذا لم يفعل ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعن باختصامه أو اختصامهم في الطعن فإن تقاعس عن ذلك قضت المحكمة بعدم قبول الطعن.

وهذا الحكم يسرى على جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، فإذا كان الحكم المطعون فيه صادرًا لصالح الشفيع ضد البائع والمشتري وطعن أحدهما في الحكم دون الآخر الذي فوت على نفسه الميعاد أو كان قد رضى بالحكم فإنه يجوز لهذا الأخير الطعن في الحكم أثناء نظر الطعن الذي أقامه الآخر في الميعاد وإن لم يفعل ذلك أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فإن امتثل لذلك الأمر استقامت الخصومة وإن تقاعس عن ذلك حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن وينطبق نفس الحكم في حالة التعدد، أي عند تعدد البائعين أو المشتريين.

الحكم الثاني:

خاص برفع الطعن على أحد المحكوم لهم أو بعضهم في الميعاد دون الباقين. فقد أوجب النص اختصام الباقين ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم.

هذا الحكم تم تخصيصه بمقتضى المادة (253/3 مرافعات) بالنسبة للطعن بالنقض حيث تجرى على أن: "تشمل الصحيفة علاوة على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم... فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه". وتطبيقاً لذلك إذا كان الحكم الصادر في الاستئناف ضد الشفيع وقرر بالطعن فيه بالنقض فإنه طبقاً لهذا النص يجب أن يذكر أسماء جميع خصومه المحكوم لهم وصفاتهم وموطن كل منهم في صلب صحيفة الطعن ذاته وإلا كان باطلاً. ومن مقتضى ذلك أنه لا يجدى الشفيع نفعا الاستناد إلى الحكم الوارد في نهاية الفقرة الثانية من المادة (218 مرافعات) ليستترك ما فاتته من عدم ذكر اسم أحد الخصوم المحكوم لهم في صلب صحيفة الطعن ذاته باختصامه حتى ولو في الميعاد. ويلاحظ أن حكم نص الفقرة الثانية من المادة (218 مرافعات) قاصر فقط على

حالات عدم شمول خصومة الطعن ابتداء لمن كان يجب أن يكون من بين أطرافها ومن ثم لا محل لإعمال حكمه لمن شملتهم خصومة الطعن فعلا منذ البداية، حتى لو شاب البطلان اختصاصه. فمن كان داخلا في الخصومة أصلا وبطل اختصاصه لا يعتبر في حكم من لم يختصم مطلقا، ولا تقاس حالته عليه. وبالتالي لا يجوز فتح الباب لاختصاصه من جديد، لأن في ذلك تحميل للنص فوق ما يحتمل، وإهدار لجزاء البطلان. ولذا فإن بطلان اختصاص من يوجب القانون اختصاصه في الطعن يؤدي إلى عدم قبول الطعن برمته⁽¹¹⁾.

113- مراقبة ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير في الصفة :

لما كان عقد البيع العرفي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة فإنه يكون من واجب الشفيع في هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير في الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها⁽¹²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "المقرر في قضاء محكمة النقض أن عقد البيع الابتدائي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة ومن واجب الشفيع في هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير في الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها، كما أنه إذا كان الشفيع لم يختصم في الميعاد البائعين بأشخاصهم مع سبق اختصاص والدهم باعتباره وليا طبيعيا عليهم بالرغم من بلوغ سن الرشد فإن حقه في الأخذ بالشفعة يكون قد سقط".

(طعن رقم 2368 لسنة 52 جلسة 1983/6/30)

2- "دعوى الشفعة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا تكون مقبولة في جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشتري والبائع سواء أمام محكمة أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض، فإذا رفعت في أي مرحلة دون اختصاص باقى أطرافها قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها،

(11)نبيل سعد ص440 وما بعدها- المستشار عزت حنوره ص277 وما بعدها.

(12)نبيل إبراهيم سعد ص438- المستشار عزت حنوره ص279.

وعلى الشفيع أن يراقب ما يطرأ على أطراف عقد البيع من تغيير في الصفة أو الحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذين أصبحوا عليه وقت اتخاذها".

(طعن رقم 344 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/8)

أما إذا أقيمت الدعوى - أو الطعن - في الميعاد باختصاص صحيح، ثم طرأ بعد ذلك تغيير في حالة أو صفة أحد الخصوم، فإن ذلك لا يتعدى انقطاع سير الخصومة عملاً بالمادة (1/130) من قانون المرافعات. ويجوز للمدعى أو الطاعن أو المدعى عليهم أو المطعون ضدهم أن يطلبوا أجلاً لإعلان من يقوم مقام الخصم الذي تحقق في شأنه سبب الانقطاع. (م 2/130 مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت المطعون ضدها الأولى قد أقامت الدعوى على الطاعن العاشر عن نفسه وبصفته وصيا على الطاعن السابع وأنه رغم بلوغ الأخير سن الرشد أثناء سير الخصومة أمام محكمة أول درجة - على ما هو ثابت من شهادة ميلاده التي تدل على بلوغه سن الرشد في 1979/3/12 - وقبل صدور الحكم الابتدائي في 1981/4/30 فإن الطاعن العاشر لم ينبه المحكمة إلى ما طرأ على حالة المذكور من تغيير وظل يحضر عنه رغم بلوغه سن الرشد مما يعد حضوره عنه أمام محكمة أول درجة منتجا لآثاره القانونية بعد أن أصبح تمثيله له قائما على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابته عنه نيابة قانونية، لما كان ذلك وكان الطاعن العاشر قد التزم موقف التجهيل بالحالة التي طرأت على الطاعن السابع إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائي عندما وجهت المطعون ضدها الأولى الاستئناف إليه بالصفة التي أقيمت بها الدعوى ابتداء والتي تحدد بموجب الحكم الصادر فيها أطراف الخصومة في الاستئناف فإن اختصاص الطاعن السابع في الاستئناف ممثلاً بواسطة الطاعن العاشر يعد اختصاصاً صحيحاً منتجا لآثاره القانونية إذ ليس للخصم أن يفيد من خطئه ولا أن ينقض ما تم على يديه".

(طعن رقم 2588 لسنة 56 ق جلسة 1991/5/23)

114- ميعاد رفع دعوى الشفعة :

تنص المادة (943) على أن: "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام.... ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة... إلخ".

فيجب أن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة بالأخذ في الشفعة الذي يوجه من الشفيع إلى المشتري والبائع. فإذا أعلن كل من المشتري والبائع بالرغبة في تاريخ غير الذي أعلن فيه الآخر، فإن الميعاد يبدأ من تاريخ إعلان الأخير لهما.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة توجب رفع الدعوى على البائع والمشتري في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة الرابعة عشرة، وهذه المادة تنص على وجوب توجيه الإعلان إلى البائع والمشتري. ومن ثم يجب إعلان كليهما بالدعوى في خلال ثلاثين يوما تبدأ من تمام إعلانهما برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما بالرغبة بعد الآخر فالعبرة في بدء الميعاد بالإعلان الأخير. فإذا كان الثابت أن الشفيع أعلن المشتري برغبته في الأخذ بالشفعة في 20 من يناير والبائع في 25 منه، ثم أعلن أولهما بالدعوى في 20 من فبراير والثاني في 22 منه، فإن الدعوى تم رفعها في 22 من فبراير تكون قد رفعت في الميعاد، إذ ميعادها يبدأ من يوم 25 من يناير".

(طعن رقم 77 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

2- "إن ميعاد الثلاثين يوما المقرر في المادة 15 من قانون الشفعة لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري إنما يبدأ سريانه من إتمام إعلانهما كليهما بالرغبة في الأخذ بالشفعة في ميعاده المقرر بالمادة 19 فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير".

(طعن رقم 126 لسنة 16 ق جلسة 1948/1/8)

3- "مفاد نص المادتين 942 ، 943 من القانون المدني أنه يتعين رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وقيدها بالجدول وذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وميعاد الثلاثين يوما

المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري يبدأ سريانه من تمام إعلانهما كليهما بالرغبة في الأخذ بالشفعة فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير لما كان ما تقدم وكانت المطعون عليها الأولى الشفيع قد أعلنت المطعون عليه الثاني البائع بتاريخ 1970/6/13 برغبتها في أخذ العقار المبيع بالشفعة بعد إعلانها الطاعن - المشتري - بذلك في 1970/6/6 فإن ميعاد الثلاثين يوما المقرر لرفع دعوى الشفعة يبدأ بالإعلان الذي تم بتاريخ 1970/6/13 وتكون الدعوى إذا رفعت بصحيفة أودعت قلم الكتاب وقيدت بتاريخ 1970/7/12 قد رفعت في الميعاد وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق جلسة 1976/5/25)

والحكمة من اشتراط رفع الدعوى خلال مدة معينة، العمل على إنهاء حالة عدم الاستقرار في المعاملات، وخصوصا بالنسبة للمشتري، في أقل مدة، وحتى لا يكون رفع الدعوى محلا لمساومات بين الشفيع والمشتري⁽¹³⁾.

115 - تصحيح دعوى الشفعة باختصاص من لم يسبق اختصاصه في الميعاد:

إذا أغفل الشفيع اختصاص أيا ممن يجب اختصاصهم في دعوى الشفعة، جاز له إدخاله في الدعوى وتوجيه الطلبات إليه، بشرط أن يتم الإدخال في الميعاد المحدد لرفع دعوى الشفعة، وبهذا الإدخال تستقيم دعوى الشفعة. كما تستقيم دعوى الشفعة بتدخل الخصم نفسه في الدعوى خلال الميعاد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تنص المادة 115 من قانون المرافعات على أنه "إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة... وكان تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها، فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بسقوط الحق في الشفعة على أن الطاعن لم يختصم فيها سوى إحدى المشتريات (المطعون عليها الثالثة) ولم يختصم باقي المشتريات بأشخاصهم إلا بعد الميعاد، مع سبق اختصاص والدهن باعتباره وليا

عليهن في الميعاد رغم بلوغهن سن الرشد، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس".

(طعن رقم 352 لسنة 46 ق جلسة 1980/2/12)

116- تصحيح خطأ على حدود الأرض المشفوعة فيها لا يعطى دعوى

جديدة:

لا يعتبر تصحيح خطأ في حدود الأرض المشفوعة فيها دعوى جديدة يجب رفعها في الميعاد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة في الأطنان المباعة ثم تبين أنه أخطأ في البيانات التي أوردها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطنان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب الشفعة في هذه الأطنان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لابس البيانات التي أوردها الشفيع في صحيفة الدعوى من أخطاء لا تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشتري لها فإن الحكم يكون معيباً إذ قضى بسقوط حق الشفيع في الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفعا للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع".

(طعن رقم 12 لسنة 24 ق جلسة 1957/12/26)

117- هل يعتبر تعديل الطلبات في دعوى الشفعة دعوى جديدة؟

"لا يعتبر تعديل الطلبات في دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد، إذا كانت الطلبات الأصلية لا توجد لبساً عند المشتري في حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة. فتعديل خطأ مادي ورد في صحيفة الدعوى لا يؤثر في قصد الشفيع وفي فهم المشتري للعقار المشفوع فيه ولا يسقط حق الشفعة" (14).

(راجع نقض طعن رقم 12 لسنة 24 ق جلسة 1957/12/26)

المنشور في البند السابق)

118- كيفية احتساب الميعاد:

يحسب ميعاد الثلاثين يوماً سالف الذكر من اليوم التالي لتاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ويحسب اليوم الأخير في الميعاد (م15 مرافعات). فإذا كان الشفيع قد أعلن المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة في يوم والباقي في يوم متأخر عنه، فإن الميعاد يكون من اليوم التالي لإعلان الباقي.

وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها (م18 مرافعات) وإذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عطلة رسمية فلا يعطى الشفيع إلا يوماً واحداً بعد نهاية العطلة⁽¹⁵⁾.

ولم ينص المشرع في المادة (943) على زيادة مواعيد مسافة على الثلاثين يوماً المحددة فيها لرفع الدعوى وقيدتها، أسوة بما قرره المادة (940) بالنسبة للموعد المحدد لإبداء الرغبة في الشفعة. وهذا هو نفس الوضع الذي كان مقرراً بنصوص قانون الشفعة (الملغي)، فقد نص فيه على زيادة ميعاد مسافة على المدة المحددة لإبداء الرغبة (م2/19)، في حين أنه لم يقرر هذه الزيادة بالنسبة إلى المدة المقررة لرفع دعوى الشفعة، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأنه لا حق للشفيع في ميعاد المسافة فوق الميعاد المنصوص عليه في المادة (943) لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان الكسوت عن ذكر المسافة في المادة (943) مع ذكرها في المادة (940)، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة في الشفعة عن القاعدة العامة التي قررها قانون المرافعات في المادة (17) ويسقط الحق في ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوماً المنصوص عليه في المادة (943)⁽¹⁶⁾، غير أن الرأي الغالب ذهب إلى أنه طالما أن المشرع لم ينص صراحة على حرمان الشفيع عن ميعاد المسافة في المادة (943)، فيجب أن تجرى عليه حكم القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (17 مرافعات). كما أنه لا مبرر قانوناً لحرمان الشفيع من الاستفادة بالقاعدة العامة المقررة في المادة (17) من قانون المرافعات. وهي تقضى بزيادة ميعاد مسافة على كل ميعاد معين في

(15) محمد كامل مرسى ص485.

(16) محمد كامل مرسى ص487، وحكم محكمة طنطا الابتدائية رقم 530 لسنة 1919 المشار إليه بهامش رقم (1) من الصحيفة المذكورة - السنهاوى ص905.

القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه. ولا شك أن المواعيد التي قررها القانون فى الشفعة تدخل تحت عموم هذا النص، فيسرى عليها حكم زيادة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك. ولا محل للقول بعدم التوسع فى حق الشفعة لأنه حق استثنائي، إذ أن مواعيد الشفعة إنما تجب مراعاتها فى حدود ما تقرره القواعد العامة، وإلا لترتب على الحد منها وتنقيصها إيجاد مسقطات جديدة لهذا الحق بغير نص صريح، وهو ما لا يجوز قانوناً⁽¹⁷⁾.

119- الميعاد فى حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

إذا رفعت دعوى الشفعة فى الميعاد أمام محكمة غير مختصة ففقدت هذه المحكمة بعدم اختصاصها بنظرها وبإحالتها إلى المحكمة المختصة، فإنها تعد مرفوعة فى الميعاد⁽¹⁸⁾.

غير أن المحكمة المحال عليها تقضى بسقوط حق الشفع لاسبب آخر، هو أن قيامه بإيداع الثمن خزانة محكمة غير مختصة مسقط لحقه سواء أكان عدم الاختصاص ولائياً أو قيمياً أو محلياً⁽¹⁹⁾.

120- طبيعة الميعاد :

ميعاد الثلاثين يوماً المحدد لرفع دعوى الشفعة، ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، لا يقبل الوقف، ويسرى فى حق الغائبين وغير كاملى الأهلية. ولا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب⁽²⁰⁾.

(17) محمد على عرفة ص 517- عبد المنعم الصده ص 486- منصور مصطفى منصور ص 351. المستشار عزت حنوره ص 269.

(18) المستشار عزت حنوره ص 274- راجع أيضاً الأستاذ محمد كمال عبد العزيز فى تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الجزء الأول الطبعة الثالثة ص 1439 إذ يذكر ذلك بالنسبة إلى ميعاد الاستئناف ويشير إلى حكمين غير منشورين صادرين من محكمة النقض بتاريخ 1985/5/28 فى الطعن رقم 1485 لسنة 52ق ، 1985/12/4 فى الطعن رقم 1483 لسنة 52ق.

(19) المستشار عزت حنوره ص 274.

(20) السنهورى ص 906- عبد المنعم الصده ص 486- عبد المنعم البدر اوى ص 398- رمضان

121- وجوب قيد دعوى الشفعة فى خلال ثلاثين يوما :

تنص المادة (943) على أن: "ترفع دعوى الشفعة..... وتفيد بالجدول. ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة... إلخ".

وقد نظمت رفع الدعوى وقيدتها المواد 63، 65، 67، 68، 69 من قانون المرافعات الجديد.

فتقضى المادة 63 بأن: "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية... إلخ". وتقضى المادة 65 (مستبدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999) بأن: "يقيد قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى إذا كانت مصحوبة بما يلى.... وعلى قلم الكتاب إثبات تاريخ طلب القيد فى جميع الأحوال. وإذا رأى قلم الكتاب عدم قيد صحيفة الدعوى - لعدم استيفاء المستندات والأوراق المبينة بالفقرة الأولى - قام بعرض الأمر على قاضى الأمور الوقتية ليفصل فيه فوراً، إما بتكليف قلم الكتاب بقيد الدعوى، أو بتكليف طالب قيدها باستيفاء ما نقص، وذلك بعد سماع أقواله ورأى قلم الكتاب. فإذا قيدت صحيفة الدعوى تنفيذاً لأمر القاضى اعتبرت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد... إلخ".

وتنص المادة 67 (المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1974) على أن: "يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها. وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه. ومع ذلك يجوز فى غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ، أن يسلم للمدعى - متى طلب ذلك - أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب". وتنص المادة 68 (المعدلة بالقانون 23 لسنة 1992 ، 18 لسنة 1999) على أنه: "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة

تقع فى أثناء هذا الميعاد فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور... ولا تعتبر الخصومة منعقدة فى الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة".

وتنص المادة (69) على أنه: "لا يترتب على عدم مراعاة الميعاد المقرر فى المادة السابقة بطلان إعلان صحيفة الدعوى، كذلك لا يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه فى التأجيل لاستكمال الميعاد".

وعلى ذلك فإنه فى ظل قانون المرافعات الجديد تعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب ولو لم تعلن إلى المدعى عليهم وإنما الإعلان شرط لانعقاد الخصومة فقط ما لم يحضر المدعى عليهم بالجلسة.

كما أن قيد الدعوى يتم فى ذات اليوم الذى تقدم فيه الصحيفة إلى قلم الكتاب. وعلى ذلك فإنه فى ظل هذا القانون يستطيع الشفيع أن يقوم بالإجراءات الثلاثة اللازمة فى الدعوى وهى إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة ورفع الدعوى وقيدها فى يوم واحد، كما يستطيع الشفيع أن يفيد من اليوم الأخير من الميعاد (وهو ثلاثون يوماً) لأننا ذكرنا سلفاً أن المشرع لا يشترط وجود فاصل زمنى بين الإجراءات الثلاثة. ⁽²¹⁾ سالفة الذكر.

(21) (1) أ- الوضع فى قانون الشفعة (الملغى):

كانت المادة (15) من قانون الشفعة الملغى توجب رفع دعوى الشفعة فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع الرغبة فى الأخذ بالشفعة ولم تشترط قيد الدعوى فى ذلك الميعاد. ولذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى تم إعلان صحيفة دعوى الشفعة فى ميعاد الثلاثين يوماً المحدد لرفعها فإن الدعوى تكون مقبولة ولو كان قيدها بالجدول لم يحصل إلا بعد هذا الميعاد".

(طعن رقم 16 لسنة 8 ق جلسة 1938/5/19)

2- "إذا كان الحكم قرر أن رفع دعوى الشفعة فى ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة تعتبر به الدعوى قائمة وإن لم تقيد بالجدول ورتب على ذلك أنه لا يسرى على حق الشفعة ميعاد السقوط الوارد فى المادة (22) من قانون الشفعة القديم فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 210 لسنة 20 ق جلسة 1953/3/26)

ب- الوضع فى ظل قانون المرافعات (الملغى):

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"ولما كانت المادة (63) من قانون المرافعات الحالى تقضى بأن ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك. وكان القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادى لرفع الدعاوى. وكانت المادة 943 من التقنين المدنى قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بها- دون أن تحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التى كان معمولا بها وقت صدور القانون المدنى أو ترسم طريقا معيناً لرفعها فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالى المنطبق على واقعة الدعوى لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنة أعلنت المطعون ضدهم برغبتها فى أخذ الحصة المبيعة بالشفعة بتاريخ 8 ، 9/3/1982 وأودعت صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة بتاريخ 29/3/1982 فإن الدعوى تكون قد رفعت فى الميعاد المحدد بالمادة 943 من التقنين المدنى سائلة البيان دون أن ينال

رأيها أن المادة (943 مدني) أوجبت قيد الدعوى خلال ميعاد الثلاثين يوما سالف الذكر، كى تستحث الشفيع على الإسراع فى الإجراءات فلا يتباطأ دون مبرر وكان تقنين المرافعات = رقم 77 لسنة 1949 (الملغى) ينص على أن الدعوى ترفع بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين ما لم يقض القانون بغير ذلك" (م69).

كما كانت المادة (75) تنص على أن يقيد قلم كتاب الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر (م75). وقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم تقيد خلال سنة من تاريخ الجلسة الأولى التى سبق تحديدها (م2/78) وواضح من ذلك أن الدعوى كانت لا تعتبر مرفوعة فى ظل ذلك القانون إلا بإعلان صحيفتها وكان قيدها بجدول المحكمة لا يتم إلا بعد هذا الإعلان. ومن ثم كانت المادة (943 مدني) تلقى على عاتق الشفيع عبئا ثقيلا يقلل فى الواقع من المدة المتاحة للشفيع للقيام خلالها بإيداع الثمن ورفع الدعوى، طالما كان لزاما عليه قيد الدعوى بعد إعلان صحيفتها وأن يتم كل ذلك خلال ذات المدة. ولما صدر القانون رقم 100 لسنة 1962 الذى عدل بعض أحكام قانون المرافعات (الملغى) خفف من غلو بعض الإجراءات السابقة- إذ عدل المادة (75 منه)، وأوجب على قلم الكتاب قيد الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك. ومن ثم أصبح قيد الدعوى سابقا على رفعها بعد أن كان لاحقا عليه.

من ذلك تراخى إعلانها إلى تاريخ لاحق ولا يترتب على سقوط الحق في الشفعة. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق في الشفعة على سند من الإعلان بصحيفة الدعوى ثم بعد ميعاد الثلاثين يوماً المقررة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه وعلى أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 3490 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/9)

وإذا كان شطب الدعوى لا يعنى زوالها إذا تبقى مرفوعة منتجة لآثارها سواء الإجرائية منها أو الموضوعية وإن استبعدت من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة. ومن ثم لا يترتب على شطب الدعوى، زوال الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا لم تجدد الدعوى من الشطب، وأقام دعوى شفعة أخرى في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة استقامت دعوى الشفعة الجديدة.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع بموجب إعلان رسمي إلى المطعون ضدهم من الأول وحتى الخامس بتاريخ 25/6/1987- ثم أرفد ذلك برفع الدعوى رقم 1987/813 مدنى جزئى بيا والتي تقرر بجلسة 1988/12/4 شطبها فإن هذا الإعلان بالرغبة يظل قائماً ومنتجاً كافة آثاره القانونية إذ من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن شطب الدعوى لا يعنى زوالها إذ تبقى مرفوعة منتجة لآثارها سواء الإجرائية منها أو الموضوعية وإن استبعدت من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة، وبالتالي تكون دعوى الطاعن الماثلة والتي أقامت بتاريخ 1989/1/27 قد رفعت بعد انقضاء أكثر من ثلاثين يوماً من وقت إعلان رغبته المشار إليه والقائم والمنتج لكافة آثاره القانونية على النحو آنف البيان بما يؤدى إلى سقوط حقه في الشفعة طبقاً للمادة 943 من القانون المدنى.... ولا يغير من ذلك مبادرته بإعلان رغبة أخرى بتاريخ 24/12/1988 أعقبه رفع دعواه المطروحة قبل انقضاء ثلاثين يوماً ذلك أنه متى كان الطاعن قد أتم إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة قبل رفع دعواه الأولى بإجراء ما زال قائماً ومنتجاً لآثاره- على النحو سالف البيان- فإنه يكون حجة عليه ومن تاريخ تمامه يبدأ ميعاد سقوط حقه في الشفعة".

(طعن رقم 4173 لسنة 62 ق جلسة 1999/5/13)

122- جزاء عدم رفع دعوى الشفعة فى الميعاد :

إذا لم ترفع دعوى الشفعة فى ميعاد الثلاثين يوماً سالف الذكر، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة. ويحق للبائع أو للمشتري التمسك بسقوط الحق، بل يجب على المحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها، ولو نزل صاحب الحق عن التمسك به، لتعلق هذا الميعاد بالنظام العام⁽²²⁾.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد إيداع الثمن فى الميعاد - بأن :

1- "للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن فى الميعاد المحدد فى المادة 942 من القانون المدني".

(طعن رقم 140 لسنة 21 ق جلسة 1953/12/31)

2- "..... إيداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد وبالكيفية التى حددها المشرع شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى... إلخ".

(طعن رقم 1328 لسنة 48 ق جلسة 1983/2/2)

والدفع بسقوط الحق فى الشفعة لرفعها بعد الميعاد كالتشأن فى أى دفع بسقوط الحق فيها بسبب من الأسباب الواردة فى باب الشفعة هو دفع موضوعى وارد على ذات الحق المطالب به، ويكون الحكم الصادر بقبوله أو برفضه صادراً فى الموضوع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الدفع بسقوط الحق فى الشفعة لسبب من الأسباب الواردة فى باب الشفعة هو دفع موضوعى وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكماً صادراً فى الموضوع مما يطعن فيه على استقلال فى الميعاد القانونى وإلا صار نهائياً وحاز قوة الأمر المقضى".

(طعن رقم 65 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/23)

123- الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن :

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن - فيما لم يستثن - لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم لا يجوز التمسك به إلا من شرع لمصلحته، رغم أن القانون يوجب اختصاص

أشخاص معينين في الدعوى، فإذا تمسك به صاحب المصلحة ورأت المحكمة إجابته إلى طلبه فإنه يفيد منه باقى المدعى عليهم⁽²³⁾.

ومثال ذلك أن تكون صحيفة الدعوى لم تعلن إلى أحد المدعى عليهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعا إلى فعل المدعى (م70 مرافعات).

أو لم يتم إعلان أحد المدعى عليهم بصحيفة تجديد الدعوى من الشطب خلال ستين يوما (م1/82 مرافعات)⁽²⁴⁾.

124- المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة:

تنص المادة (943 مدني) على أن: "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار.... إلخ".

فالمحكمة المختصة محليا بنظر دعوى الشفعة هي المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه. ذلك أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية إذ يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية وهو الشفعة.

وقد أريد بالنص على اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها العقار الدلالة على أن دعوى الشفعة دعوى عينية، وليست شخصية كما ذهب البعض⁽²⁵⁾.

وإذا كان العقار واقعا في دوائر محاكم متعددة، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أحد أجزائه (م1/50 مرافعات).

أما عن الاختصاص القيمي، فإنه يرجع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (42 ، 47 مرافعات) فتختص المحكمة الجزئية بنظر دعوى الشفعة إذا كانت

(23)نقض طعن رقم 619 لسنة 43 ق جلسة 1980/1/29.

(24)راجع مؤلفنا الدفوع في قانون المرافعات.

(25)وقد جرت مناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ إبان نظر مشروع التقنين المدني أمامها، إذ اعترض (سعادة العشماوى باشا) على الفقرة الأولى من حيث إقحام بعض قواعد المرافعات فيها فأجاب عبده محرم (بك) على ذلك الاعتراض بأنه حيث ينشئ القانون حقا فهو وإجراءاته من صميم القانون المنشئ لهذا الحق.

وأضاف إلى ذلك أنه يحسن دفعا للشبهة في هل دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الوارد في المادة فقال سعادة العشماوى باشا إنه ينزل عن اعتراضه (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص429).

قيمتها لا تجاوز أربعين ألف جنيه، بينما تختص المحكمة الابتدائية بالدعوى إذا جاوزت قيمتها ذلك.

125- كيفية تقدير قيمة دعوى الشفعة :

ذهب رأى فى الفقه إلى أن قيمة دعوى الشفعة تتحدد بمقدار الثمن المذكور فى عقد البيع المشفوع فيه على أساس أن دعوى الشفعة هى دعوى بالحلول فى تعاقد هو حلول الشفيع محل المشتري فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع وليست من الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات التى تتحدد قيمتها بقيمة العقارات إذ لا يتحقق تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه إلا من بعد ونتيجة للحلول المذكور. وإذا كان الثمن الحقيقى الذى هو أقل مما ذكر فى العقد يجعله من اختصاص القضاء الجزئى، فى حين أن الثمن المذكور فى العقد خلافاً للحقيقة يجعله من اختصاص القضاء الكلى كان القضاء الكلى هو المختص مراعاة للعقد، ويجب الطعن فى الثمن أمامه، لا أمام سواه⁽²⁶⁾.

وبهذا رأى أخذت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1983/6/21 فى الطعن رقم 1350 لسنة 49 ق إذ ذهبت فيه إلى أن:

"المقرر- وعلى ما جرى به قضاء النقض- أن الطلب المدعى به فى دعوى الشفعة هو الحق فى أخذ العقار المبيع إلى الغير والحلول فيه محل المشتري وذلك فى مقابل الثمن الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليه، ويعتبر الثمن الوارد فى العقد هو الثمن الحقيقى إلى أن يثبت الشفيع صورته، وأنه إذا كانت العين المشفوعة قد بيعت بموجب عقدى بيع فإن الحق فى الشفعة باعتبارها سبب من أسباب الملكية يثبت لكل عقد منهما على استقلال ومن ثم فإن الدعوى بطلب أخذ المبيع بالشفعة تقدر باعتبار قيمة كل منهما على حده مما مفاده أن قيمة دعوى الشفعة لا تقدر بقيمة العقار ذاته بل بقيمة الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وباعتبار أن المدعى الشفيع يحل بموجب هذا الحق محل المشتري فى ذلك التعاقد والذى يعد بهذه المثابة سنداً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه".

(26) محمد كامل مرسى ص 489 وما بعدها- السنهورى ص 894- محمود جمال الدين زكى

وقد ذهب رأى آخر إلى أنه لما كان المشرع قد أورد الشفعة في القانون المدنى باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، ونص في المادة (944 منه) على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. فقد دل على أن دعوى الشفعة، وإن لم تكن دعوى ملكية، إلا أنها بلا شك تتعلق بملكية العقار المشفوع فيه. وهو ما تؤكده المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى تعليقها على المادة 37 من أن المشرع اختار اصطلاح الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات حتى لا تنصرف إلى مجرد الدعاوى العينية العقارية، وإنما لى تشمل دعاوى الشفعة وغيرها من الدعاوى التى تتصل بالملكية ولا تعد من قبيل الدعاوى العينية العقارية. ومن ثم تقدر قيمتها طبقاً للبند الثانى من المادة 37 من قانون المرافعات بقيمة العقار على النحو المبين بالبند الأول منها⁽²⁷⁾.

والمادة 37 تجرى على أن:

"يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى:

- 1- الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنياً، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية. فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته.
- 2- الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات والمنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار تقدر قيمتها بقيمة العقار.... إلخ".

وقد أخذت بهذا رأى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى قضائها الصادر بتاريخ 27 أبريل سنة 1988 فى الطعن رقم 312 لسنة 57ق "هيئة عامة".

إذ ذهب فيه إلى أن:

"إذ كان الحكم المطعون فيه قد قدر - صحيحاً - وبما لا خلاف عليه بين طرفى الخصومة - قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيه وسبعمائة وثلاثين مليماً - وذلك طبقاً للبند الأول من المادة (37) من قانون المرافعات اعتباراً بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضى

التي يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها- بما يجعل الدعوى تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الابتدائية فإن الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزاً استثنافه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف على سند من أن الدعوى تدخل في النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

كما قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض بأن:

"إذا كانت قيمة كل من طلبى الشفعة- المختلفين خصوماً وسبباً وموضوعاً والذين جمعتهما صحيفة واحدة- لا تجاوز خمسمائة جنيه وفقاً للبندين الأول والثاني من المادة 37 من قانون المرافعات باعتبار أن الدعوى وهى دعوى شفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه- وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى تعليقها على هذه المادة وجرى به قضاء هذه المحكمة فتقدر قيمتها باعتبار مائة وثمانين مثلاً من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه ومقدارها على ما ثبت فى الأوراق باعتبار أن عقار النزاع من العقارات المبنية وهو التقدير المنطبق على واقعة الدعوى قبل زيادته بمقتضى القانون رقم 1992/23، فإن كلا من هذين الطلبين يدخل فى الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية طبقاً للمادة 42 من قانون المرافعات والمنطبقة على واقع الخصومة المطروحة قبل تعديلها بالقانون رقم 1992/23... وكانت المادة 269 من قانون المرافعات تنص على أنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل فى مسألة الاختصاص، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التى يجب التداعى إليها بإجراءات جديدة...." ولما سلف يتعين إلغاء الحكم المستأنف والحكم بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية قيمياً ينظر الدعوى وباختصاص محكمة.... الجزئية بنظرها".

(طعن رقم 1301 لسنة 61 ق جلسة 1996/5/23)

2- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أنه من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها وللخصوم وللنيابة العامة إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو فى صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التى سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم وليس على جزء آخر منه

أو حكم سابق عليه لا يشمل الطعن، وأن مناط عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى لنهايتها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو أن تكون هذه الأحكام صادرة في حدود الاختصاص القيمي لتلك المحاكم طبقاً لقواعد الاختصاص التي رسمها القانون والمتعلقة بالنظام العام، أما إذا صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فلا يمكن القول إنها قد صدرت في حدود النصاب الانتهائي لتلك المحاكم بما يتمتع معه الطعن عليها بالاستئناف لغير حالات البطلان. لما كان ذلك، وكانت قيمة الدعوى وقت رفعها في سنة 1990 تقدر بمبلغ 1052 ج (ألف وإثنان وخمسون جنيهاً) تقريباً وذلك طبقاً للمادة 36، والبندين الأول والثاني من المادة 37 من قانون المرافعات- قبل تعديله بالقانون رقم 23 لسنة 1992- باعتبارها دعوى شفعة تعد متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضي الزراعية والتي كانت قيمتها تقدر وقت رفعها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها ومقدارها 28 ج (ثمانية وعشرون جنيهاً)، وتدخل بالتالي في اختصاص المحكمة الابتدائية في حينه. إلا أنها أضحت من اختصاص المحكمة الجزئية طبقاً للمادة 42 من قانون المرافعات المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992- المعمول به اعتباراً من أول أكتوبر سنة 1992 والتي تنص على أن "تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنية ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسمائة جنية" وقد جاءت المادة الثانية عشر من القانون رقم 23 لسنة 1992 سالف البيان بحكم وقتي في شأن الدعاوى التي تعدل الاختصاص القيمي بنظرها بموجب هذا القانون إذ نصت على أن "على المحاكم أن تحيل بدون رسوم، ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون. وذلك بالحالة التي تكون عليها... وتكون الإحالة إلى جلسة تحدها المحكمة.... ولا تسرى أحكام الفقرتين السابقتين على الدعاوى المحكوم فيها قطعياً أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم" وإذ كان الثابت في الأوراق أن محكمة بنها الابتدائية قد نكلت عن إحالة الدعوى إلى المحكمة الجزئية المختصة- رغم عدم صدور حكم قطعي فيها. كما لم تكن مؤجلة للنطق بالحكم- وقضت بتاريخ 1992/12/29 في موضوعها بما ينطوي عليه ذلك من قضاء ضمنى باختصاصها بنظرها قيمياً. فإن قضاءها يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في شأن قواعد الاختصاص القيمي، ومن ثم جائزاً استئنافه.

وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بعدم جواز الاستئناف على سند من أن قيمة الدعوى تدخل في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث أسباب الطعن.

وحيث إن الاستئناف صالح للفصل فيه، ولما تقدم، فإن الاستئناف يكون جائزا وقد استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إنه لما كان الحكم المستأنف صادرا من محكمة غير مختصة قيما فإنه يتعين إلغاؤه والحكم بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية قيما بنظر الدعوى وباختصاص محكمة مركز بنها الجزئية بنظرها وإحالتها إليها للفصل فيها إعمالا لنص المادة 110 من قانون المرافعات".

(طعن رقم 2212 لسنة 64 ق جلسة 2004/3/23)

3- "لما كان من المقرر أن دعوى الشفعة تعتبر - على ما هو مستفاد من نص المادة 44 من القانون المدني - المتعلقة بملكية العقار المشفوع فيه ومن ثم تقدر قيمتها طبقا للبند الثاني من المادة 37 من قانون المرافعات بقيمة العقار على النحو المبين بالبند الأول منها، وكان القانون رقم 23 لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات والذي أدرك الدعوى أثناء سيرها أمام محكمة أول درجة وقبل الفصل فيها قد عدل أسس تقدير الدعوى التي يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وجعل تقدير هذه القيمة باعتبار ثلاثمائة مثل الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا ومائتي مثل إذا كان من الأراضي وأوجب على المحاكم أن تحيل من تلقاء نفسها بدون رسوم ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت وفقا لهذا القانون من اختصاص محاكم أخرى".

(طعن رقم 3893 - لسنة 67 ق جلسة 2010/4/8)

126- الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة :

تنص المادة (943 مدني) في عجزها على أن: "ويحكم في الدعوى على وجه السرعة"⁽²⁸⁾.

(28) وقد ورد في المشروع التمهيدي بدلا من هذه العبارة عبارة "على وجه الاستعجال"، وفي مناقشات لجنة القانون المدني استبدلت اللجنة كلمة "السرعة" بكلمة "الاستعجال" تمشيا مع تعبير قانون المرافعات القائم وقتئذ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 429).

وعبارة (على وجه السرعة) مرادفة لعبارة (على وجه الاستعجال) إلا أنها تختلف عن (الصفة المستعجلة) التي تنتظر بها بعض الدعاوى، فالمنازعات التي يوجب القانون نظرها على وجه السرعة (avec celerite) هي منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة بحسب القواعد لتصدر فيها حكمها موضوعيا، أما المواد المستعجلة (Matiere de refene) فهي منازعات في طلبات وقتية ترفع إلى المحكمة المستعجلة أو إلى محكمة الموضوع عملا بالمادة (45 مرافعات) لتصدر فيها حكما وقتيا تكون له حجة مؤقتة ولا يجمع بينهما إلا ما يوجبه القانون من إنجازهما والفصل فيهما فوراً بغير إبطاء.

وكان قانون المرافعات السابق قبل تعديله بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1962 ينص على وجوب عرض الدعاوى التي يفصل فيها على وجه السرعة مباشرة على المحكمة الكاملة في المحاكم الابتدائية دون عرضها على قاضى التحضير (م118)، ويمنع الطعن بالمعارضة فى الحكم الصادر فيها (م386) ويجعل ميعاد استئنافه عشرة أيام أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم (م402)، ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عملا بالمادة (405) ويوجب إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فى ميعاد قصير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للأحكام الصادرة فى المواد الأخرى (م346) ويكتفى بالنسبة لصحف الدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبين المدعى فيها موضوعها وطلباته بالإيجاز دون حاجة إلى ذكر وقائع الدعوى وأدلتها وأسانيد المطلوب وذلك عملا بالمادة (71).

إلا أن المشرع ألغى بالقانون رقم 100 لسنة 1962 كل تفرقة بين الدعاوى التي تنتظر على الوجه المعتاد وتلك التي تنتظر على وجه السرعة. ولم يعد المقصود من هذا التعبير إلا مجرد حث المحكمة على إنجاز الدعوى بسرعة⁽²⁹⁾.

127- الأهلية اللازمة لطلب الشفعة :

بالرغم من أن الفقه يغلب اعتبار الشفعة واقعة مادية، إلا أن إيداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة يعتبر عملا إداريا من جانب الشفيع ولهذا يجب أن تتوافر فى الشفيع الأهلية اللازمة للأخذ بالشفعة.

(29) راجع مؤلفنا شرح قانون المباني الجديد الطبعة السادسة 2003/2002 ص465 وما بعدها.

والأخذ بالشفعة من أعمال التصرف وليس من قبيل عمل الإدارة. فالشفيح يحل محل المشتري ومن ثم فإن الشفعة تكون في حكم شراء المال المشفوع فيه. ولهذا يجب أن تتوافر في الشفيح أهلية التصرف فتتوافر الأهلية في الأخذ بالشفعة لمن يبلغ سنه 21 سنة. والوكيل لا يجوز له طلب الأخذ بالشفعة إلا إذا كانت الوكالة خاصة. فالوكالة العامة تكون مقصورة على أعمال الإدارة⁽³⁰⁾.



مطالبة (944)

الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

المنظر

128- ثبوت الحق فى الشفعة بالتراضى:

عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق فى جانبه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يلج إجراءات الشفعة ويبدأ بالإجراء الأول والبدئى وهو إعلان رغبته فى لأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري. وبذلك يكون الشفيع قد عبر عن إرادته بوضوح فى رغبته فى أخذ العقار المبيع بالشفعة، وفى مواجهة هذا الموقف قد يقبل البائع والمشتري خروج المشتري من الصفقة وحلول الشفيع محله. ويجب لإتمام الشفعة الرضائية الاتفاق عليها بين كل من البائع والمشتري والشفيع جميعاً، حتى تنشأ عن هذا التراضى تلك الآثار الخاصة التى رتبها القانون على تمام الشفعة. وذلك بإنهاء آثار عقد البيع بالنسبة للمشتري، وحلول الشفيع قبل البائع محل هذا المشتري فى ذلك العقد، بمعنى قيام التزامات البائع التعاقدية نحو الشفيع بدلاً منها نحو المشتري، وقيام الالتزامات التعاقدية التى كانت على المشتري نحو البائع، على الشفيع نحو هذا البائع.

ولئن كان المشرع يخول للقضاء استناداً إلى القانون، تغيير أطراف التعاقد جبراً عنهم، وذلك بإحلال الشفيع قبل البائع محل المشتري فى عقد البيع المشفوع فيه. إلا أن ذلك لا يتأتى لأحد طرفى عقد البيع، بإرادته المنفردة دون رضا الطرف الآخر، وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة (147) من القانون المدني، ومن ثم لا يجوز للمشتري أن ينهى لنفسه الرابطة العقدية التى تربطه بالبائع وأن يفرض على هذا الأخير قيام علاقة عقدية بينه وبين الشفيع، لا يساهم هذا البائع فى شأنها كما أن الأخذ بالشفعة لا يؤدى إلى تلقى الشفيع العقار المشفوع فيه من المشتري وإنما يتلقاه من البائع. ومن ثم لا نرى محلاً للقول بأن سبق تسجيل المشتري لعقد شرائه يغنى عن وجوب إشراك البائع فى الاتفاق على إتمام الشفعة بالتراضى⁽³¹⁾.

(31) المستشار عزت حنوره ص306 وما بعدها- وقارن السنهورى ص931 فيرى أنه متى=

= أبدى الشفيع الرغبة فى الأخذ بالشفعة وأعلنها لكل من المشتري والبائع، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشتري فى البيع المشفوع فيه، وتحولت الصفقة بعد أن كانت بين البائع والمشتري إلى أن تكون بين البائع والشفيع ويكون ذلك منذ تمام البيع بين البائع والمشتري. فالقانون، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة، يحل الشفيع محل المشتري، ويجعل الشفيع هو المشتري منذ البداية ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تتعد أصلا. ويبقى البيع قائما منذ أن انعقد، ولكنه يكون بيعا للمشتري فيه هو الشفيع لا المشتري الأصلي، وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع، فيكون للشفيع حقوق المشتري وعليه التزاماته، وذلك منذ أن انعقد البيع الأول، لأن المشتري يخفى تماما ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا فى الصفقة، وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفيع فى نفس البيع الذى سبق أن تم، فلا يكون المشتري وسيطا بينهما بعد أن خرج من الصفقة. وعلى ذلك يكون الشفيع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري. وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري.

وقارن نبيل إبراهيم سعد ص 455 وما بعدها، فيرى أنه يكفى لإتمام الشفعة من الناحية القانونية والفنية رضا المشتري بحلول الشفيع محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى مواجهة البائع. ولكن تمام الشفعة على هذا النحو لا يجعلها نافذة فى حق البائع إلا بإجراءين معا: الإجراء الأول بإعلانه الرغبة إذ هذا الإعلان وحده يكفى لنفاذ هذا الحل بالنسبة لما للمشتري من حقوق طبقا للقواعد العامة. حيث يستوى لدى البائع أن يكون دائنه المشتري أو الشفيع خاصة وأن عقد البيع ليس من العقود ذات الاعتبار الشخصى. لكن بالنسبة لنفاذ حلول الشفيع فيما على المشتري من التزامات لا يكفى فيه هذا الإعلان وإنما يلزم له الإقرار من جانب البائع إذ شخص المدين دائما وأبدا محل اعتبار من جانب الدائن فإذا توافر ذلك فإن الشفعة تكون قد تمت صحيحة نافذة وملزمة لكل من الشفيع والمشتري والبائع. ولذلك لا يحق للبائع أن ينازع فى ذلك فيما بعد. وبالتالي تستقر الشفعة للشفيع ويثبت له حقه فى أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة سواء سجل المشتري عقده أو لم يسجله. وعلى ذلك تجب التفرقة من الناحية الفنية بين تمام الشفعة، إذ يكفى فيه رضا المشتري، ونفاذ الأخذ بالشفعة فى حق البائع حيث لا يتم هذا النفاذ إلا بإقرار البائع وهذا الإقرار لازم بالنظر لحلول الشفيع محل المشتري فيما على هذا الأخير من التزامات فى مواجهة البائع، أما الحل محل المشتري فيما له من حقوق فيكفى فيه إعلان الرغبة إلى البائع الذى سيطر قائما إلى أن تتم الشفعة رضاء أو المضى فى باقى الإجراءات لتتم قضاء. وقارن الدكتور مصطفى الجمال (فقرة 31 مشار إليه فى مؤلف الدكتور نبيل سعد ص 456 هامش 1) - إذ يفرق بين ما إذا كان المشتري قد سجل عقد شرائه، وعندئذ يكتفى بموافقة المشتري للشفيع على الأخذ بالشفعة وبذلك تتم بالتراضى. وبين ما إذا لم يكن المشتري سجل العقد، وهنا يستلزم لإتمام الشفعة بالتراضى موافقة كل من البائع والمشتري.

ويؤيد هذا الرأي ما قضت به محكمة النقض من أنه :

"يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عملية قانونية تدور، ولا بد بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً. ودعوى الشفعة والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء - يجب بحكم طبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصاصهم جميعاً في جميع مراحل التقاضي كما جرى به قضاء هذه المحكمة وإلا كانت غير مقبولة".

(طعن رقم 7 لسنة 19 ق جلسة 1951/1/18)

129- تسجيل عقد الاتفاق على الشفعة الرضائية :

إذا تم الاتفاق على الشفعة بين أطرافها الثلاثة على نحو ما سلف بموجب عقد عرفي، فإنه يجب تسجيل هذا العقد لتنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير عملاً بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تجرى على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة..... إلخ".

أما إذا تقاعس أى من البائع أو المشتري عن الحضور أمام الموثق للتوقيع على العقد المسجل، جاز للشفيع رفع دعوى بصحة التعاقد الذى تم على الشفعة الرضائية، أى أن وسيلته لا تكون دعوى بطلب الأخذ بالشفعة لأن الشفعة قد تمت بموجب الاتفاق الذى أبرم بين أطرافها الثلاثة.

ولما كانت هذه الدعوى ترفع بصحة التعاقد فإنه يجوز دفعها استناداً إلى وجود أى عوار لحق بركن من أركان التعاقد أو بشرط من شرائط صحته، يؤدى إلى بطلانه

أو إبطاله كالادعاء بمخالفته لحظر تملك الأجانب، أو تجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية أو انعدام أهلية أحد أطرافه، أو التمسك بنقص الأهلية، أو بأن الإرادة صدرت معيبة بعيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه. كذلك يمكن دفع هذه الدعوى بأن عقد البيع ذاته باطل بطلانا مطلقا... إلخ.

ومنى ثبت قيام عوار فى الاتفاق على الشفعة الرضائية وأدى ذلك إلى رفض تلك الدعوى. فإن حق الشفع فى الأخذ بالشفعة يكون قد سقط، بما لا يتيح له فرصة البدء من جديد فى رفع دعوى شفعة، لأن ميعاد رفعها لا يعدو ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الشفع رغبته فى الأخذ بالشفعة، وهو ميعاد معتبر حدا ويكون قد انقضى حتما قبل ذلك⁽³²⁾. أما إذا لم يكن قد أعلن بإبداء رغبته فى الشفعة فإن باب دعوى الشفعة يظل مفتوحا أمامه.

130- ثبوت الشفعة بالتقاضى :

رأينا أن المادة (944 مدني) تقضى بأن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. فالفرض الغالب أن المشتري لا يستجيب لرغبة الشفع فى الأخذ بالشفعة وعندئذ يجب على الشفع المضى فى الإجراءات على النحو السالف بيانه وأن يرفع دعوى الشفعة أمام القضاء وفى هذه الحالة بنظر القضاء دعوى الشفعة طبقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات إلى أن ينهى الأمر بصدور حكم فيها إذا توافرت الشروط التى عرضناها فيما سلف.

وبمجرد ن يصبح هذا الحكم نهائيا بثبوت الشفعة فإنه يعتبر سندا لملكية الشفع. وجاء نص المادة (944) مطابقا تماما للفقرة الأولى من المادة (18) من قانون الشفعة السابق، والذى ثار الخلاف فى ظله حول طبيعة الحكم الذى يقضى للشفع بأخذ العقار المشفوع فيه، وهل هو حكم مقرر أى كاشف لحق الشفع فى تملك العقار، أم هو حكم منشئ لهذا الحق للشفع، وساعد على هذا الخلاف، الاختلاف فى تفسير عبارة "سندا لملكية الشفع" الواردة بالنص المذكور.

وقد ذهب رأى السائد فقها إلى اعتبار الحكم الصادر فى ثبوت الشفعة هو حكم منشئ حق الشفع وليس مقرر له، فالشفع لا يصبح مالكا للعقار إلا من وقت الحكم

بالشفعة، وهذا يوافق حكم الشريعة الإسلامية الذى يقضى بأن تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديداً فى حق الشفيع. ومعنى ذلك أن المشتري يعتبر مالكا حتى صدور الحكم النهائى القاضى باستحقاق الشفيع للأخذ بالشفعة، ويكون له الحق فى الاستيلاء على الثمار إلى حين صدور هذا الحكم. فالشفيع بمجرد البيع لا يكون له الحق إلا فى أن يطالب بالشفعة وهو لا يكتسب الملكية بمجرد الطلب ولا يصح أن ترجع ملكيته إلى تاريخ هذا الطلب أو تسجيله. وإذا كان المشرع قد قيد تصرفات المشتري ببعض القيود إذا حصلت بعد طلب الشفعة أو بعد تسجيل هذا الطلب فإنما ذلك رعاية منه لحق الشفيع وحتى لا يلجأ المشتري إلى الإضرار بحق الشفيع وإقامة العوائق أمامه. ولهذا قيد المشرع حق المشتري فى إقامة البناء فى العقار بعد طلب الشفعة (م946)، وقرر عدم سريان التصرفات التى تقع من المشتري فى مواجهة الشفيع إذا سجلت بعد تسجيل إعلان الرغبة (م947). ولو كانت الملكية تثبت للشفيع من يوم تسجيل طلب الشفعة لما احتاج المشرع إلى هذا النص الأخير. ذلك أنه لو اعتبر الحكم بالشفعة ذا أثر رجعى لقضى بمجرد صدوره على جميع التصرفات الصادرة من المشتري بغير حاجة إلى نص، لكونها صادرة من غير مالك.

ويؤيد هذا الرأى نص المادة (938) التى تقرر أن العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فلا تقام دعوى الشفعة إلا على المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها. فالقانون اعتبر المشتري قبل طلب الشفعة مالكا للعين، فإذا تصرف فيها انتقلت ملكيتها منه إلى المشتري الجديد ولا يكون للشفيع أن يطلبها إلا من هذا المشتري الجديد.

هذا وتقرر المادة (944) أن: "الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع". ولم يقصد المشرع بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثا، لما هو معروف من أن للأحكام حجية بما قضت به. بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا منشئا لملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة (447) من قانون المرافعات الجديد (م687 قديم) اعتبار حكم البيع سببا قانونيا لملكية من رسا عليه المزداد. فكلمة السند لم تجئ هنا بمعنى الدليل أو الحجة وإنما جاءت بمعنى السبب المنشئ.

ويترتب على ما سبق أن دعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة على حكم الشفعة تكون دعوى لا سند لها⁽³³⁾.

(33) محمد كامل مرسى ص 581 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 359 - عبد المنعم البدر اوى ص 410 - نبيل إبراهيم سعد ص 457 - المستشار عزت حنوره ص 301.

وهناك آراء أخرى نوجزها فيما يلي:

1- رأى يذهب إلى أن الملكية تنتقل من وقت البيع أو بعبارة أدق من وقت انتقالها إلى المشتري، على أساس أن الأحكام هي في الأصل كاشفة ومقررة وليست ناقلة، وأن من أثر الشفعة حلول الشفيع محل المشتري، وهذا الحل يقتضى أن يكون الشفيع مالكا من وقت تملك المشتري (السنهوري ص 932 وما بعدها) وبهذا الرأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدي، إذ جاء بها:

"والرأى في ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة، فيملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلا، إلا إذا استولى على ثمار البيع إلى إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت، وما دام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن ومنذ يعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك، وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 440)

2- رأى يذهب إلى أن حكم الشفعة مقرر لملكية الشفيع وكاشف لها، وليس منشأ للملكية. ولكنه لا يرد أثر هذا الحكم إلى تاريخ البيع، لأن الشفيع لا يملك بالعقد، بل بالشفعة وقد جعلها المشرع سببا مستقلا لكسب الملكية. ولا يرد أثر الحكم أيضا إلى تاريخ طلب الشفعة إذ أن حق الشفيع لا يثبت نهائيا بمجرد إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة، بل إن حقه يظل مهددا بالسقوط حتى يستوفى سائر الإجراءات التي فرضها عليه القانون. وإنما يترد حكم الشفعة بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفيع سائر إجراءات الشفعة وفقا لنصوص القانون، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه اكتسب مركزا قانونيا نهائيا يستند إليه حقه في تملك العقار المشفوع. ذلك بأنه حيث يقرر القانون اتباع إجراءات معينة لثبوت حق ما، فإن هذه الإجراءات تعتبر من صميم الحق ذاته. والدليل على ذلك أن المشرع قد رتب على عدم استكمال إجراءات الشفعة في مواعيد معينة سقوط الحق في الشفعة، فطالما أن هذا الحق مهدد بالسقوط، فإنه لا يمكن القول بأن الشفيع قد أصبح في مركز قانوني نهائي يؤهله لكسب الحق الذي قرره له القانون في تملك العقار المشفوع فيه.

وبما أن آخر مرحلة للمحافظة على حق الشفيع هي قيد الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة، فقد رتب القانون على عدم القيد في هذا الميعاد =

وقد أخذت بهذا الرأي الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر في 29 مارس 1922 فقضت بأن الحكم الذى يقضى للشفيع بثبوت الشفعة هو الذى ينشئ الحق له فى أخذ العقار وتملكه، وأنه قبل ذلك لم يكن صاحب حق فى تملك العقار حتى يكون الحكم مقررًا أو كاشفاً له.

ثم أخذت بهذا الرأي بعد ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن:

1- "وحيث إن الشارع إذا كان قد نص فى المادة 18 من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع Titre de propriété فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة 232 التى نصت على حجية الأحكام. بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا cause juridique للملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة 587 من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا للملكية من رسا عليه المزاد، وكما أراد بنص المادة 608 من القانون المدنى اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا للملكية واضع اليد على المنقول. وكلمة سند Titre التى وردت فى

= سقوط الحق فى الشفعة (م943)، فإنه إذا تم ذلك الإجراء فى ميعاده القانونى وجب أن يرتد أثر الحكم إلى تاريخ رفع الدعوى لأن القيد إجراء متمم لرفع الدعوى، وليس إجراء مستقلا بذاته- ويستطرد هذا رأى إلى أن ما يقول به يتفق مع رأى الإمام الشافعى الذى قال بأن الشفيع لا يملك إلا بشرط دفع الثمن للمشتري، ولم يقر ما ذهب إليه مالك واحمد من أن الشفيع يملك بالمواتبة.

كما أنه يتفق تماما مع القاعدة العامة التى تقرر أن الأحكام كاشفة للحقوق، لا منشئة لها، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. فطالما أن المشرع لم ينص صراحة على أن الحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة يعتبر منشئا للملكية الشفيع، فإنه يعد دل بذلك على اتجاهه إلى إخضاع هذا الحكم لتلك القاعدة (محمد على عرفه ص529 وما بعدها).

3- رأى يذهب إلى أن الشفيع يعتبر مالكا ابتداء من التاريخ الذى يعلن فيه رغبته فى أخذ العقار بالشفعة، أى من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة، لأن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الحق فى الشفعة إنما يقر للشفيع بحق يرجع إلى اللحظة التى استعمل فيها هذا الحق، ويمكن إدماج هذا المبدأ فى تعريف حق الشفعة (المسيو فان أكر أثناء مناقشة لجنة المرحوم كامل

صدقى باشا محضر جلسة 1938/3/11)

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص433 هامش 11).

هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، ولم تجئ على معنى دليل الملكية أو حجيتها. ومتى كان حكم الشفعة فى نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها فإن مقتضى هذا النظر ولازمه أن لا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئاً للحقوق لا ينسحب على الماضى.

وحيث إن ما جاء فى المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيداً حق المشتري فى أن يبنى وأن يغرس فى العين المشفوعة، وما جاء فى المادة الثانية عشرة قاضياً بأن لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة - ما جاء من ذلك فى قانون الشفعة لا يمكن أن يفيد أن الشارع قد أراد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ويجعل فى الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط توقيفى هو الحكم له بطلبه بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ لمالك المشتري والموقف لملك الشفيع زالت ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن واعتبر الشفيع مالكا منذ إعلان طلبه. وهذا تقرير غير مقبول، لأن حق الشفيع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار Jusasdreem لاحق ملكيته، وهو لا يخول صاحبه مداعة المشتري بدعوى شخصية. ثم إن الأصل فى التصرفات التجيز والتعليق يثبت بعارض من الشرط. والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية. وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري - الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده - إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا الزوال. أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقاً لمن قام به سبب من أسباب الشفعة فذلك لا يتأتى قانوناً.

هذا كله إذا كان الشارع المصرى قد أتى من عنده بجديد فيما أورده من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة من قانون الشفعة ليجوز الخلاف على مراده من إيراد هذه الأحكام، وليجوز القول فى غمرة هذا الخلاف بأنه أراد بها أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى.

لكن الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية. فقد كان الرأي عند أبي يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض. ووجه هذا الرأي أن المشتري لم يكن في بنائه ولا في غرسه متعديا لأنه إنما غرس وبنى في ملكه. فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبرا عنه وجب ألا يترتب على ذلك ضرر.

وليس في أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما، لأن الشفيع يأخذ ما زاد في الأرض بقيمته والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان في إلزام الشفيع بأخذ شيء قد لا يرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتها مقلوعين. وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل. وكان الرأي عند أبي حنيفة أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمتها مقلوعين، وإن شاء أجبر المشتري على القلع. ووجه هذا الرأي أن المشتري كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل في أمر الشفعة، وإذا لم يفعل وبنى وغرس في عين تعلق بها حق غيره لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر. وقد وقف الشارع المصري بين هذين الرأيين فاخذ بالتأني في الحال التي يكون فيها البناء أو الغراس بعد الطلب، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه. فإن كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجاني على نفسه، وأخذ بالرأي الأول إذا كان البناء أو الغراس قبل الطلب لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ثم هو يتصرف في ملكه.

وكما استمد الشارع المصري من فقه الحنفية ما شرعه من أحكام لتصرفات المشتري المادية في العين المشفوعة، كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام للتصرفات القانونية في هذه العين. إذ المقرر في الفقه الحنفي أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في البيع، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبرا عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة. وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف في ملكه. لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها. فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها، لكنها

مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة، إذ يكون له في هذه الحال أن يمضى هذه التصرفات وأن يفسخها، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره، فلا ينفذ تصرفه فيها للإضرار بالشفيع. وهذا الذى قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصرى حكمه فى المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات فى العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة لأن الشارع، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب، كان خليفا بأن يجعل هذا التسجيل شرطا لحق الشفيع فى نقض تصرفات المشتري. ومن هذا يبين أن الفقه الحنفى هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة. ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعى ولا الاستناد، أى ثبوت الحكم فى الحال مستندا إلى ما قبله، إلا فى تصرفات الفصولى إذا أحيزت وغيرها مما لا يدخل فى باب التعليقات، وكانت هذه الأحكام بناءً على ذلك مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشتري والشفيع، فإن القول بأن الشارع المصرى - الذى أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاقتها الفقهية - قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى يكون قولاً ظاهرة الفساد.

وحيث إن النص فى المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على حلول الشفيع محل المشتري فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، لا يمكن أن يفيد ما ذهب إليه الطاعن من اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالاً محل المشتري منذ هذا الطلب، إذ اعتباره كذلك لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشتري، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر قبل من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع، لأن لازم كونه منشئاً أن لا تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع إلا بعد الحكم، ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هى جوهر الحق الذى يحل فيه محل المشتري، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً، فإن حله فيها قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعاً أيضاً. هذا وإن كان العمل قد جرى فى فرنسا على غير ذلك فى خصوص حق الاسترداد الوراثى، فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئاً لحق المسترد، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئاً لحق الشفيع، وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب رأى إذ قال - تأسيساً على المادة 18 من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام

المسوغ فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضى نيابة عنه. ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررا لحق الشفيع فى طلب الأخذ، منشئا لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشتري على ما نصت عليه المادة 13 من قانون الشفعة. ولا يعيب الحكم المذكور ما جاء فيه مشيرا إلى أن هذا الرأى الذى ارتآه متفق مع رأى الحنفية فى الملك بالشفعة، لأنه لم يرقم قضاءه على رأى الحنفية ليصح النعى عليه بأن هذا الرأى ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدني، بل أقام قضاءه على ما استمده استمدادا صحيحا من نصوص المادتين 18 و13 من قانون الشفعة. ولهذا يكون الوجهان الأول والثانى من وجوه الطعن واجبى الرفض.

وحيث إن النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على أن الشفيع ليس له فى حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع - هذا النص لا يمكن أن يفيد زوال ملك المشتري للعين المشفوعة بمجرد حكم الشفعة واعتباره كأنه لم يكن مالكا لهذه العين، على نحو ما قال الطاعن فى الوجه الثالث من وجوه طعنه مستدلا به على استثناء حكم الشفعة وسريانه على الماضي، لأن الشفيع إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذى حل محله، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق. وعلى ذلك فلا تعارض بين نفى الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري. كذلك لا تعارض بين اعتبار المشتري مالكا إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من الأحكام فى الفقه الإسلامى خاصا ببناء المشتري أو غرسه فى العين المشفوعة، لأن هذه الأحكام ليس مبناهما عند الحنفية اعتبار المشتري غاصبا، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن، بل مبناهما اعتبار المشتري خاطئا ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع. أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم فى الشفعة فيه افتئات على القاعدة التى تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق فرده أن الشارع نفسه هو الذى جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسى عليه المزداد فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه.

وحيث إنه وقد بان مما تقدم أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حال التراضي إلا بالحكم النهائي القاضى بالشفعة، فإن دعوى الشفيع بريع هذه العين عن المدة السابقة على هذا الحكم تكون دعوى لا سند لها من القانون. ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه، لأنه ما كان ليصبح مديناً بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزماً قانوناً بعرضه ولا بإيداعه. فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزم به القانون فهو وشأنه. على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه. وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب إذ قصر مسؤولية المطعون ضده عن ريع العين التي اشتراها على المدة التالية للحكم القاضى للطاعن بالشفعة. ويكون الطعن على هذا الحكم متعين الرفض موضوعاً.

(طعن رقم 85 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/31)

2- "نصت المادة 18 من قانون الشفعة - القديم - على أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوعة فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائي القاضى بالشفعة، إذ هو سند تملكه. وينبنى على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه، وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافية بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائى وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم الاستئنافية، إذ العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائى.

وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليهم اشتروا الأطيان والتزموا بدفع ثمنها رأساً إلى البنك المرتهن لأطيان البائعين الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصماً من دين الراهن المستحق على البائعين، ولما أن قضى بأحقية الطاعن فى أخذ الأطيان المبيعة بالشفعة حل محل المطعون عليهم فيما التزموا به من دفع كامل ثمن الأطيان المشفوع فيها إلى البنك المرتهن رأساً وقام بدفع هذا الثمن إلى البنك مع فوائده من تاريخ استحقاقه، ثم أقام دعواه على المطعون عليهم يطالبهم بريع الأطيان من

تاريخ طلب أخذها بالشفعة حتى تاريخ تسلمه لها فقاضى الحكم المطعون فيه برفضها- فإن الحكم يكون قد أصاب إذ قضى برفض الدعوى فى خصوص ريع المدة السابقة على تاريخ صدور الحكم الاستئنافى المؤيد للحكم الابتدائى القاضى بالشفعة، إذ مجرد دفع الطاعن ثمن الأَطْيَان وفوائده وحلوله محل المطعون عليهم لا يكسبه أى حق فى الريع عن المدة سالفة الذكر، إلا أن الحكم من جهة أخرى يكون قد أخطأ فى خصوص قضائه برفض طلب الريع عن المدة التالية للحكم النهائى بأحقية الطاعن فى الشفعة".

(طعن رقم 216 لسنة 18 ق جلسة 1951/2/15)

3- "استقر قضاء محكمة النقض فى ظل أحكام دكريتو 23 من مارس سنة 1901 بقانون الشفعة على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنتشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها وأن هذه الملكية لا يترد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة. ولم يعدل القانون المدنى الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكريتو فى هذا الخصوص فجاء نص المادة 944 مطابقاً لنص المادة 18 من الدكريتو من أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وانتهى المشرع إلى ترك الأمر فى تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدنى الجديد- وعلى ذلك فلا تنتقل الملكية للشفيع فى ظل القانون المدنى الحالى إلا من تاريخ الحكم بالشفعة".

(طعن رقم 235 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/14)

4- "مقتضى نص المادة 18 من قانون الشفعة القديم الصادر به دكريتو 23 مارس سنة 1901 أن العين المشفوع فيها تصير إلى ملك الشفيع بالحكم النهائى القاضى بالشفعة إذ هو سند تملكه المنشئ لهذا الحق، ومن ثم يكون ريع هذه العين من حق الشفيع من هذا التاريخ إن كانت مما يغل ثمرات وتتقطع صلة المشتري بها ولا يكون له ثمة حق عليها وتتحصّر حقوقه قبل الشفيع فى الثمن والتضمينات ولا يغير من ذلك دعم قيام الشفيع بأداء الثمن ذلك أنه إذا لم يحدد الحكم القاضى بالشفعة ميعاداً معيناً لهذا الأداء فإن حكم الشفعة يستمر حافظاً قوته فى مصلحة الشفيع حتى يصدر حكم بإلغائه لعدم دفع الثمن أو حتى يسقط بمضى المدة فى حالة عدم تنفيذه".

(طعن رقم 348 لسنة 24 ق جلسة 1959/4/2)

5- (أ) "عندما نظم المشرع أحكام الشفعة في التقنين المدني الجديد انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة 944 منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة 18 من قانون الشفعة القديم- التي كانت تنص على أن "الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع" ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم. أما ما أورده القانون في المادة 2/942 من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة- فلم يقصد به تغيير الوضع وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت تمام إجراءات المطالبة بالشفعة- وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التصديق من حق الشفعة وضماناً لجدية طلبها- وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له بالشفعة فلا محل للقول باستحقاق الريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن".

(ب) "النص في المادة 945 من القانون المدني الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع هو نص لم يستحدث حكماً جديداً بل هو مماثل لنص المادة 13 من قانون الشفعة القديم- وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذي حكم له بطلبه حالاً محل المشتري في الريع منذ قيام الطلب- إذ اعتباره كذلك- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا يجوز إلا على تقرير أثر رجعي لحلوله محل المشتري الأمر الذي يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة- وإذا كان من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري- المشفوع منه- فإن ثمرته تكون له من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق مخالف- ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في قضائه إلى تقرير حق المشتري في ريع العين المشفوعة من تاريخ تنازل البائعين لهم عن عقد إجبار حتى صدور حكم نهائى بالشفعة لصالح الشفيع فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 92 لسنة 25 ق جلسة 14/5/1959)

6- "الحكم النهائى القاضى بالشفعة يعتبر سنداً لملكية المحكوم له للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين فى الحكم فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع هذا الثمن ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن

دفع الثمن فإن هذه الدعوى هي في حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك والمحكوم له بالشفعة أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن المحدد في حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى".

(طعن رقم 37 لسنة 30 ق - جلسة 1964/12/3)

7- "الشفعة رخصة تحيز تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذي يصدر نهائيا بثبوتها يعتبر سندا لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذي يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد الثمن الذي يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشتري إذا كان قد أداه".

(طعن رقم 575 لسنة 35 ق جلسة 1970/3/19)

8- "إذا كانت ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذ لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ولا يرتد أثر هذه الملكية إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة وفقا لنص المادة رقم 944 من القانون المدني التي تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بالشفعة يعتبر سندا للشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بملكية الشفعاء وقت الحكم مضافا إليها الأطنان المشفوع فيها باعتبارها معا لا تتجاوز ملكيتهم أو ملكية أحدهم الحد الأقصى للملكية وفقا للقانون دون الاعتداد بملكيتهم وقت حصول البيع المشفوع فيه باعتبار البيع سببا للمطالبة بالشفعة وليس سببا منشئا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعان رقما 281 ، 952 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/12)

9- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لئن كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع من قيام المسوغ إلا أن العين المشفوعة لا تعتبر على ملك الشفيع - في غير حالة التراضي - إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة - إذ أن المشرع عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدني الحالي انتهى إلى ترك الأمر في تحديد بدء تاريخ ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة 944 منه مطابقا في هذه الصدد لنص المادة 18 من قانون الشفعة القديم، وهو إذ كان ينص في هذه المادة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ

لحق الملكية لا دليل الملكية أو حبتها. ومقتضى هذا النظر ولازمه أن العقار المشفوع فيه لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله المشرع من الأحكام منشأ للحقوق لا ينسحب على الماضى. ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيًا ما جاء فى المادة 946 من القانون المدنى من أن للمشتري الحق فى البناء والغراس فى العين المشفوعة، ولا ما جاء فى المادة 947 من أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبته أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، لأن المشرع إنما أخذ أحكام المادتين جملة من فقه الحنفية وهى مخرجة فيه، لا على فكرة الأثر الرجعي، بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحة المشتري والشفيع، وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه فى المادة 1/945 من حلول الشفيع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ولا مع ما نص عليه فى فقرتها الثالثة من أن الشفيع ليس له فى حالة استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة أن يرجع إلا على البائع - فإن هذا لا يدل على أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلبه الشفعة".

(طعن رقم 1727 لسنة 49 ق جلسة 1984/1/19)

10- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندًا لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته".

(طعن رقم 923 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/19)

131- وجوب تحديد الثمن فى الحكم بثبوت الشفعة :

الحكم القضائى النهائى الذى يصدر بثبوت الشفعة للشفيع - كما رأينا سلفا - هو السند القانونى الذى يتركب بمقتضاه العقار المشفوع فيه. ويصبح الشفيع بموجبه بمثابة المشتري إذ يقوم الحكم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته. ومن ثم يجب على الحكم أن يحدد الالتزام المقابل لهذا الحق، وذلك بتحديد الثمن الذى يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، وأن يبين صاحب الحق فى تقاضى هذا الثمن أى ما إذا كان البائع أو المشتري ولا يغير من ذلك ألا يكون الثمن المودع خزانة المحكمة محل نزاع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الشفعة رخصة تجيز تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوتها يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته. لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد الثمن الذى يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشتري إذا كان أداء وإذ كان الحكم قد أغفل النص فى أسبابه ومنطوقه على الثمن الواجب على الشفيع دفعه لقاء امتلاك العين المشفوع فيها، فإنه يكون قد خالف القانون، ولا يغير من ذلك تقريره فى الأسباب أن الثمن مودع وغير متنازع فيه، إذ يتعين عليه أن يبين صاحب الحق فى هذا الثمن المودع".

(طعن رقم 575 لسنة 35 جلسة 1970/3/19)

ويجوز للشفيع الطعن بالتماس إعادة النظر على تحديد الثمن على أساس وقوع غش من خصميه فى الدعوى - البائع والمشتري - بما اقتراه من خداع عن طريق صورية الثمن. ذلك أن الصورية تتطوى على الإيهام بمظهر كاذب أفرغ فى شكل يوحى بالجدية فى حين أنه يستر حقيقة أخرى خافية تتعارض مع هذا المظهر الكاذب. ومتى انخدع قضاء المحكمة بهذا التحايل، فإن الحكم يكون قد تأثر بذات الغش الذى يؤدى اقتضاح أمره إلى فتح باب الطعن فى الحكم بطريق التماس إعادة النظر خلال أربعين يوماً من اليوم الذى ظهر فيه الغش عملاً بالمادتين 241 ، 242 مرافعات⁽³⁴⁾.

(34) المستشار عزت حنوره ص302 وما بعدها - وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "لما كان الحكم بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن، وكانت الدعوى بطلب سقوط حكم الشفعة هى فى حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك، فإن قيمتها تقدر بالثمن المقرر بالسند - وهو حكم الشفعة - عملاً بالمادة 37 من قانون المرافعات".

(طعن رقم 356 لسنة 26 ق - جلسة 1961/3/30)

2- "وجوب اختصاص البائع والمشتري فى دعوى الشفعة إجراء أوجبه القانون على خلاف الأصل الذى يقضى بأن المدعى حر فى توجيه دعواه إلى من يشاء فلا يجوز التوسع فى مفهوم هذا الاستثناء. ولما كان ذلك وكانت دعوى الشفعة تنتهى بصدر الحكم فيها فإنه لا يشترط لقبول الدعوى التى ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصاص البائع فيها".

(طعن رقم 356 لسنة 26 ق جلسة 1961/3/30)

132- تسجيل الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة :

رأينا أن المادة (944 مدني) تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

وكانت المادة (18) من قانون الشفعة الملغى تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها.

وكانت الفقرة الأولى من المادة (1393) من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة 944 مدني) توجب أيضاً "على المحكمة تسجيله (أي الحكم) من تلقاء نفسها". إلا أن لجنة المراجعة رأت تعديل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني⁽³⁵⁾.

ومن ثم فإنه طبقاً للرأي الذي ذهب إلى أن الشفيع لا يملك إلا بالتراضي أو بحكم القاضي والذي أيدته محكمة النقض، يكون حكم الشفعة ناقلاً للملك وليس مقررًا له، ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أن حكم الشفعة لا ينقل الملكية إلى الشفيع إلا من يوم تسجيله، وذلك تطبيقاً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 التي تجرى على أن:

"جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.... إلخ".

ويقوم الشفيع بإجراءات التسجيل وفقاً لما قرره المادة 20 من قانون تنظيم الشهر العقاري من أنه: "تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم"⁽³⁶⁾.

(35) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 430.

(36) محمد على عرفه ص 534.

آثار الشفعة:

مطالبة (945)

- 1- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.
- 2- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.
- 3- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

المنطرح

133- حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته".

فالشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من حقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع.

فعقد البيع الذي انتقلت به الملكية إلى المشتري لا يفسخ بالحكم الصادر بثبوت الشفعة وإنما تتحول الالتزامات والحقوق التي تكون قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشتري إلى ذمة الشفيع منذ صدور الحكم النهائي. وعلى هذا فإن المشتري يكون مالكا إلى حين الحكم النهائي بالشفعة، وبالحكم النهائي يحل محله الشفيع في العقد.

ويحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما وردت تماما في العقد المبرم بين البائع والمشتري. فإن كان عقد البيع قد أوجب على المشتري التزامات خاصة فإن الشفيع يلتزم بها فلو وجد في العقد شرط يلزم المشتري ببناء منزل للسكنى في الأرض المبيعة خلال عام من وقت البيع وإلا فسخ العقد، فإن الشفيع يخضع لنفس الالتزام، والحلول في نفس العقد بشروطه تماما يعتبر المقابل المعقول لحرمان المالك من اختيار المتصرف إليه، وحتى لا تكون الشفعة مصدرا للإضرار بالبائع فيجب أن

يحصل البائع على نفس الأداء والمزايا التي كان يخولها له العقد المبرم مع المشتري⁽³⁷⁾.

ويكون للشفيع أن يطالب البائع بتنفيذ كل ما التزم به في مواجهة المشتري، وأهم هذه الالتزامات نقل الملكية إلى الشفيع. فإذا كان عقد الشراء غير مسجل، كان للشفيع أن يطلب الحكم له بصحة التعاقد. ومن حقه أن يوجه هذا الطلب في صحيفة دعوى الشفعة، فإن فعل وجب أن يتضمن الحكم الصادر بأحقية في أخذ العقار بالشفعة الحكم بصحة التعاقد على بيع العقار في نفس الوقت. وذلك على سند مما تنص عليه المادة (944) من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بالشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، فلا يتأتى اعتبار هذا الحكم سنداً للملكية إذا لم يكن عقد البيع مسجلاً إلا إذا تضمن في نفس الوقت الحكم بصحة ونفاذ هذا العقد⁽³⁸⁾.

ويتم هذا الحل - طبقاً لما أخذت به محكمة النقض - من تاريخ التراضي على الشفعة أو الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة.

ويترتب على الحل أن البائع يستطيع أن يتمسك في مواجهة الشفيع بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة المشتري مثل بطلان البيع بسبب الغلط أو غير ذلك.

كما يستطيع أن يتمسك في مواجهته بالفسخ أو بالدفع بعدم التنفيذ في حالة عدم تنفيذ التزام من الالتزامات التي يفرضها العقد على عاتق المشتري⁽³⁹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "..... الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع، فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض،

(37) حسام الدين الأهواني ص 205 وما بعدها - محمود جمال الدين زكي ص 486.

(38) محمد على عرفه ص 535 وما بعدها.

(39) حسام الدين الأهواني ص 206.

ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً. فدعوى الشفعة، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك".

(طعن رقم 79 لسنة 16 ق جلسة 1948/2/19)

2- "يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عملية قانونية تدور، ولابد، بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً. ودعوى الشفعة والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء- يجب بحكم طبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصامهم جميعاً في جميع مراحل التقاضي كما جرى به قضاء هذه المحكمة وإلا كانت غير مقبولة".

(طعن رقم 7 لسنة 19 ق جلسة 1951/1/18)

134- عدم انتفاع الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري على دفع الثمن

إلا برضاء البائع:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع".

فهذا النص يتناول علاقة الشفيع بالبائع فيما يتعلق بأداء الثمن بعد القضاء له بالشفعة، وقضت بأن الشفيع لا يفيد من الأجل الذي منحه البائع للمشتري في سداد الثمن، سواء كان ذلك بتأجيل الثمن كله، أو بعضه أو دفعه مقسطاً، وحكمة ذلك أن البائع يراعى في هذا التأجيل اعتبارات خاصة بالمشتري، قد لا تكون متوافرة في الشفيع. فإذا ما حصل الشفيع على رضاء البائع بإفادته من هذا الأجل فهو جائز.

ولا شأن لهذا النص بإيداع الثمن الحقيقي للعقار المبيع قبل رفع دعوى الشفعة فقد أوضحنا في موضعه أن إيداع هذا الثمن واجب على الشفيع وهو شرط لقبول الدعوى، بل لا يملك البائع إعفاءه من هذا الإيداع.

135- استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن :

"وإذا استحق العقار للغير بعد أن أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع". وتلك نتيجة حتمية لحلول الشفيع محل المشتري، إذا المعتبر في هذا النص أن الشفيع هو الطرف الآخر في علاقة البيع القائمة والتي حل فيها بمقتضى الأخذ بالشفعة محل المشتري. وبالتالي لا يعتبر الشفيع خلفا خاصا للمشتري، وإنما هو خلف للبائع يتلقى منه العقار مباشرة ولذلك يستطيع الشفيع أن يطالب البائع بكل الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالضمان.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والالتزامات بالنسبة إلى البائع، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع، فإن هذا لا يعنى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة".

(طعن رقم 85 لسنة 15 ق جلسة 1946/10/31)

2- "النص في الفقرة الأولى من المادة (945) من القانون المدنى على أن "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والالتزامات". مفاده أن البائع وليس المشتري هو الذى يتحمل فى مواجهة الشفيع بكافة الالتزامات التى كان يتحمل بها فى مواجهة المشتري، ومن ذلك الالتزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، كما أنه إذا تمت الشفعة اتفاقا التزم الشفيع بالوفاء بالثمن إلى البائع مباشرة إلا أن يكون هذا الأخير قد سبق أن تقاضاه من المشتري فيلتزم الشفيع بأدائه إليه".

(طعن رقم 524 لسنة 48 ق جلسة 1982/3/11)

ويظل البائع ملزما بالضمان حتى لو كان المشتري هو الذى قبض الثمن من الشفيع فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق، فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو (أى المشتري) على البائع، بل يرجع الشفيع رأسا على البائع⁽⁴⁰⁾.

ولكن إذا كان العقد المشفوع فيه مسجلا وتثبت الشفعة للشفيع رضاء أو قضاء فإن المشتري هو الذى يكون مسئولا أمام الشفيع عن ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية وإن كان له أن يدخل البائع فى دعوى الضمان حتى يصدر الحكم فى مواجهته فيسهل على المشتري بعد ذلك الرجوع عليه⁽⁴¹⁾.

والالتزام بالضمان يشمل ضمان عدم تعرض البائع الفعلى أو القانونى وكذلك يشمل ضمان عدم تعرض الغير القانونى طبقا للقواعد العامة فى عقد البيع بشرط أن يكون للغير حق قائم على المبيع وقت البيع أو يكون قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه.

كما أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية رغم عدم وجود نص لأنه نتيجة طبيعية للحلول.

ومنطق الحلول يفرض أيضا أنه إذا كان العقد متضمنا لشرط يعدل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الشرط يسرى فى حق الشفيع طبقا للقواعد العامة فى عقد البيع⁽⁴²⁾.

136- عدم سريان حكم المظادة (6) من القانون رقم 49 لسنة 1977

فى شأن تأجير وبيع الأماكن على المشفوع منه :

تنص المادة (6) من القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أن: "يعد فى حكم المستأجر فى تطبيق أحكام هذا الباب مالك العقار المنزوعة ملكيته بالنسبة إلى ما يشغله من هذا العقار.... إلخ" ولما كان هذا الحكم استثنائيا خرج به المشرع على الأصل العام فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم لا يسرى حكمه على المشفوع منه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"جرى نص المادة 1/945 من القانون المدنى على أنه يحل الشفيع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته ولذا يضحى المشتري بعد القضاء بالشفعة كما لو لم يشتر من قبل، وإذ كان النص فى المادة 3 من القانون رقم 52 لسنة 1969 المقابلة

(41)نبيل إبراهيم سعد ص465.

(42)نبيل إبراهيم سعد ص465- محمد على عرفه ص538.

للمادة 6 من القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن على أن "يعد فى حكم المستأجر..... مالك العقار المنزوع ملكيته بالنسبة إلى ما يشغله من هذا العقار....." هو استثناء خرج به المشرع على الأصل العام فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم فلا يسرى حكمه على المشفوع منه".

(طعن رقم 703 لسنة 49 ق جلسة 1985/3/7)

137- هلاك المبيع:

لم يرد بقانون الشفعة القديم ولا بنصوص الشفعة فى القانون المدنى الجديد نص خاص بما يجب اتباعه فى حالة هلاك العقار المشفوع فيه كله أو بعضه. ولذلك ذهب الشراح إلى وجوب تحكيم القواعد العامة التى وردت بالقانون فى شأن هلاك المبيع. وقد جعل القانون الهلاك على البائع قبل التسليم وعلى المشتري بعد التسليم كما يظهر من نص المادة (437 مدنى) التى تجرى على أن: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع".

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة تجب التفرقة بين فترتين:

(أ) قبل الحكم نهائياً بالشفعة:

إذا هلك المبيع فى يد البائع بسبب لا يد له فيه قبل تسليمه للمشتري، فالهلاك على البائع، بما يودى إلى انفساخ البيع ورد الثمن إن كان قد دفع. وتسقط الشفعة، وهذا سواء أكان الهلاك قبل إعلان الشفيع رغبته الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة أم بعد إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى، أو بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائياً.

وإذا هلك المبيع فى يد المشتري بعد تسليمه إليه، فالهلاك على المشتري، وهذا أيضاً سواء أكان الهلاك قبل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، أم بعد إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى، أم بعد رفع الدعوى، وقبل الحكم فيها نهائياً، وسنرى أن للشفيع حتى الحكم، أن ينزل عن حقه فى الشفعة⁽⁴³⁾.

وإذا كان الشفيع قد تسلم العقار المشفوع فيه، وهلك فإنه يتحمل تبعه الهلاك، وجاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك، فإذا

كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده. وإذا أعذر البائع الشفيع ليتسلم العقار، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار في حكم المسلم للشفيع. فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلى فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع. وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة (437 مدني): "إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع" أى أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع⁽⁴⁴⁾.

(ب) بعد الحكم نهائياً بالشفعة:

إذا هلك المبيع في يد البائع، بعد الحكم نهائياً بالشفعة، فالهلاك عليه، ووجب فسخ العقد ورد الثمن إلى من دفعه. وإذا هلك في يد المشتري قبل تسليمه إلى الشفيع، فالهلاك يكون على المشتري، إذ أنه ملزم بتسليم العقار المشفوع فيه⁽⁴⁵⁾.

138- الهلاك الجزئى:

بمقتضى أحكام البيع العامة إذا كان الهلاك جزئياً فهو على المشتري إذا حصل بعد تسليم المبيع إليه. أما إذا حصل في يد البائع قبل تسليم العقار للمشتري فيطبق حكم المادة (438) التى جاء فيها: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن.

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نفرق بين فترتين:

(أ) قبل الحكم نهائياً بالشفعة:

إذا حصل الهلاك الجزئى في يد البائع، قبل تسليم المبيع إلى المشتري، كان الخيار للمشتري بين الفسخ فى الحالة المنصوص عليها فى المادة وبين إبقاء المبيع مع إنقاص الثمن. وإذا حصل الاختيار قبل طلب الشفعة سرى على الشفيع ما اختاره المشتري، فإذا اختار الفسخ سقطت الشفعة. وإذا اختار إبقاء المبيع جاز للشفيع أن يطلب المبيع بالشفعة. وإذا طلبت الشفعة قبل حصول الاختيار فإن المشتري إما أن يظهر اختياره وإما ألا يظهره حتى يملك الشفيع. وإذا أظهر المشتري اختياره رغم طلب الشفعة فلما أن يختار إبقاء المبيع، وإما أن يختار الفسخ. فإذا اختار إبقاء المبيع

(44) السنهوري ص 979.

(45) محمد كامل مرسى ص 539.

فلا حرج من ذلك على الشفيع، لأن له حتى الحكم أن ينزل عن الشفعة إذا شاء، وإذا اختار المشتري الفسخ سقط حق الشفعة. وليس للشفيع ما يتضرر منه، لأنه بالفسخ تعود العين إلى البائع كما كانت، فلم يوجد ما اضطر الشفيع من أجله للمطالبة بالشفعة. وإذا حصل الهلاك الجزئي تحت يد المشتري، بعد تسلمه العقار المبيع، فإذا كان قد حصل قبل طلب الشفعة فالهلاك على المشتري، وللشفيع أن يطلب الشفعة إذا أراد، أو يترك. أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد إعلان الرغبة في الشفعة وقبل الحكم نهائياً. فالهلاك على المشتري كذلك، وللشفيع أن ينزل عن الشفعة إذا أراد، لأن له ذلك حتى الحكم⁽⁴⁶⁾.

(ب) بعد الحكم نهائياً بالشفعة:

بعد الحكم نهائياً بالشفعة يحل الشفيع بناء على المادة (945)، محل المشتري لدى البائع في جميع حقوقه والتزاماته. فإذا كان الهلاك الجزئي في يد البائع، لم يكن المشتري قد أظهر اختياره، فإن الخيار يكون بعد الحكم للشفيع، فله أن يختار إبقاء المبيع. وإذا اختار الفسخ، فإن ذلك يسرى على المشتري، لأن ملكية العين قد انتقلت إلى الشفيع، وقد حل بالنسبة إلى البائع محل المشتري. وإذا حصل الهلاك الجزئي في يد المشتري، بعد الحكم بالشفعة، أي قبل تسليم العين المشفوعة إلى الشفيع، فإنه يكون للشفيع الخيار بين إبقاء العين وبين الفسخ، أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد تسليم العقار للشفيع فإن الهلاك يكون عليه⁽⁴⁷⁾.



(46) محمد كامل مرسى ص 540.

(47) محمد كامل مرسى ص 541 وما بعدها - عبد السلام ذهني في الأموال ص 732 وما بعدها.

مطادة (946)

1- إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه، أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

2- وما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

المنظر

البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه

139- أولا: حكم البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة:

إذا كان المشتري قد أحدث زيادة فى المبيع قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، سواء كانت الزيادة بالبناء أو بالغراس أو غير ذلك كعمل شيء من التحسينات التى لا يصدق عليها لفظ البناء مثل استصلاح الأراضى أو التربة بما يزيد خصوبتها، فإنه لا لوم على المشتري فى هذه الحالة إذ أنه يبنى أو يدخل تحسينات فى لحظة لا يعلم فيها بأن هناك من يرغب فى الأخذ بالشفعة فهو كان حسن النية، ومن ثم يلتزم الشفيع بما يختاره المشتري، وهو طبعا يختار أكبر القيمتين مما يأتى:

إما قيمة ما أنفقه لإدخال التحسينات أى التكلفة الفعلية وهى تمثل ما افتقر به المشتري، وإما ما زاد فى قيمة المشفوع فيه بسبب ما أحدثه المشتري من تحسينات. ولكن لا يجوز للشفيع أن يطلب الإزالة.

والملاحظ أن المشتري يعامل فى هذه الحالة معاملة أفضل من البانى فى أرض الغير بحسن نية. فهو يستحق أكبر القيمتين لأن الخيار مقرر للمشتري، أما فى قواعد الالتصاق فإن الخيار مقرر لمالك الأرض وهو يختار أقل القيمتين. ويرجع ذلك التفضيل إلى أن المشتري يبنى على ما اشتراه ويملكه فعلا فهو لم يخطئ ولو بحسن نية.

يضاف إلى ذلك أنه في الأحكام العامة في الالتصاق "إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض في أن يؤدي ما هو مستحق عنها. كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن قام المنشآت نظير تعويض عادل" (م/925/2 مدني). فيستطيع إذ صاحب الأرض، في الأحكام العامة في الالتصاق أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس، بأنه يطلب تملكه الأرض في نظير تعويض عادل. أما في الشفعة فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس بأن يطلب تملكه العقار في نظير تعويض عادل، إذ لم يرد في الشفعة نص في هذا المعنى كما ورد هذا النص في الأحكام العامة في الالتصاق. والسبب في ذلك واضح، فإن الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس، فإن الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري في نظير تعويض عادل. بقي أنه في الأحكام العامة في الالتصاق، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التي استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م/925/1 مدني) وهذا أيضا جائز في الشفعة فيصح للمشتري، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة (946 مدني)، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله (48).

140- ثانيا: حكم البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة:

إذا أحدث المشتري البناء أو الغراس أو التحسينات بعد إعلانه بالرغبة في أخذ العقار بالشفعة.

كان للشفيع الخيار بين أمرين:

(1) طلب الإزالة:

وفي هذه الحالة تكون الإزالة وإعادة المبيع إلى حالته الأصلية على نفقة المشتري. مع التعويض إن كان له مقتض. وفي هذا يتمثل مركز المشتري مع مركز الحائز سيء النية في الأحكام العامة للالتصاق.

(2) استبقاء البناء أو الغراس :

وفى هذه الحالة لا يلزم المشتري إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

وهنا نجد مركز المشتري أفضل من مركز من يبنى أو يغرس فى ملك غيره وهو سىء النية حيث يلتزم مالك الأرض، إذا اختار استبقاء المنشآت وفقا لنص المادة (924) بأن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما ما زاد فى ثمن الأرض، وهو يختار الأقل بداهة⁽⁴⁹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "العبرة فى الشفعة هى بحالة العقار المشفوع وقت بيعه فإذا أقام المشتري عليه بناء أو غراس فيه أشجارا سواء قبل أو بعد إعلان الرغبة فى الشفعة فإن ذلك لا يحول دون الحكم للشفيع بأحقية فى الشفعة طالما قد توافرت لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها القانونية وآية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة فنص فى المادة (946) من القانون المدنى على أنه:

"إذا بنى المشتري فى العقار الشفيع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما إذا حصل البناء أو الغرس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس".

(طعن رقم 61 لسنة 41 ق جلسة 1979/3/5)

2- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 946 من القانون المدنى أن للشفيع الحق فى طلب إزالة البناء أو الغراس الذى يقيمه أو يغرسه المشتري فى العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة فى أخذ ذلك العقار بالشفعة وإعادته إلى أصله باعتبار المشتري فى هذه الحالة حائزا سىء النية وذلك تحسبا لما قد يسببه هذا البناء أو ذلك الغراس من ضرر بالعقار المشفوع فيه أو بالانتفاع به".

(طعن رقم 2264 لسنة 56 ق جلسة 1991/7/25)

(49) منصور مصطفى منصور ص 362 - رمضان أبو السعود ص 363 وما بعدها.

141- التعويض عن المصروفات الضرورية والنافعة :

قد ينفق المشتري على العقار بعد تسلمه من البائع مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية. وكانت الفقرة الثالثة من المادة (1395) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المقابلة للمادة (946 مدني) تنص على أن: "أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه" وفي لجنة المراجعة قررت اللجنة الاستغناء عن هذه الفقرة لأنها تطبق للقواعد العامة⁽⁵⁰⁾.

وقد نص على حكم القواعد العامة في المادة (980 مدني) التي تجرى على أن:

1- على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

2- أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين (924 و 925).

3- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها. ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة".

وتنص المادة (982 مدني) على أنه: "يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائد بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها".

وقد تناولنا هذه الأحكام تفصيلاً في المجلد موضعها من الموسوعة - ونقتصر هنا على القول بأن المشتري، إذا انفق على العقار المشفوع فيه مصروفات ضرورية، استردها بأكملها من الشفيع، وعليه أن يثبت مقدار هذه المصروفات، في أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها، أو أن يرفع بها دعوى على حدة. أما المصروفات النافعة فيطبق في شأنها قواعد الالتصاق المقررة في المادتين (924 ، 925 مدني) وقد تناولنا شرح هاتين المادتين في المجلد سالف الذكر ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري برغبة

الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام المادة (925 مدنى) وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة سيء النية وتسرى عليه أحكام المادة (924). وفي الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما أثناء نظر دعوى الشفعة، أو في دعوى جديدة على حدة. وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها، سواء أنفقت هذه المصروفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة. ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى. ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما في أثناء دعوى الشفعة، أو في دعوى جديدة على حدة وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية⁽⁵¹⁾.

142- عدم إلزام الشفيع بفوائد الثمن :

تناقشت لجنة المرحوم كامل صدقى باشا عند إعداد مشروع التقنين المدنى فى إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشفيع من وقت إعلانه الرغبة فى الأخذ بالشفعة، ويكون عليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يودعه من الثمن فى خزانة المحكمة، فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح. ولكن هذا النص لم يرد ضمن نصوص الشفعة فى القانون المدنى الجديد⁽⁵²⁾.

على أنه بالإطلاع على مناقشات اللجنة يتضح أنها لم توافق على إلزام الشفيع بالفوائد إلا عن الجزء من الثمن الذى لم يقيم بإيداعه، ولما كان الاتجاه فى المشروع التمهيدى (م1390) يقضى بإلزام الشفيع بإيداع ثلث الثمن الحقيقى فقط، فقد أقرت اللجنة أن يلزم الشفيع بالفوائد بعد أن تستنزل منها الفوائد المستحقة عن الجزء المودع من الثمن.

(51) السنهاورى ص1003 وما بعدها.

(52) محضر جلسة 11 مارس 1938 مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص435 الهامش.

أما وقد أصبح الشفيع ملزماً بإيداع كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع، فإنه ليس من المنطق ولا من العدل وقد أودع الشفيع كامل الثمن أن يلزم بالفوائد المستحقة عليه. ذلك لأن الفوائد لا تسرى إلا على مبلغ مستحق فى ذمة المدين، أما وقد برئت ذمة الشفيع من الثمن بإيداعه فإنه لا يعتبر مديناً به، ومن ثم فلا وجه لسريان الفوائد عليه.

ولذلك يكون غير صحيح ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه: "منذ يعلن المشتري بالرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك، وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذى لا يملك فيه الثمار". فقد جاءت هذه العبارة تفسيراً لما جرى به الحكم فى المشروع التمهيدى من أن الشفيع غير ملزم إلا بإيداع ثلث الثمن، فيكون عليه فوائد ما لم يودعه من الثمن فى خزانة المحكمة. أما وقد أصبح الشفيع ملزماً بإيداع كامل الثمن، فيلزم من ذلك أيضاً عدم سريان الفوائد عليه عن كامل الثمن الذى قام بإيداعه فعلاً على ذمة صاحب الحق فيه⁽⁵³⁾.

143- استحقاق الشفيع ريع العقار المشفوع فيه :

إن تحديد الوقت الذى يستحق الشفيع ابتداءً منه ريع العقار المشفوع فيه يتوقف حتماً على تحديد وقت انتقال الملكية إليه. وقد رأينا أن محكمة النقض - مؤيدة لرأى فى الفقه - تذهب إلى أن الشفيع يمتلك العقار المبيع من وقت التراضى على الشفعة أو صدور حكم نهائى بها، ولو تأخر تسجيل الحكم أو الاتفاق عن هذا اليوم، إذ يصبح

(53) محمد على عرفة ص 540 وما بعدها - السهنورى ص 1001 هامش (1) وقد قضت محكمة النقض بأن: "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أنه يترتب على نقض الحكم القاضى بالشفعة اعتباره كأن لم يكن، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت عليه، وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض، ويقتضى ذلك سقوط جميع الآثار التى ترتبت عليه وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له، وليس يجب رد الأصل فحسب بل يجب أيضاً رد فوائد النقد وثمار العقار وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار، لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ويكون لهذا الإعلان ذات الأثر المترتب على إعلان صحيفة الدعوى فى زوال حسن نية الحائز".

الشفيع منذ هذا اليوم هو المشتري. وعلى ذلك فإن ريع العقار المشفوع به لا يستحق للشفيع إلا من تاريخ الاتفاق على الشفعة أو صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة⁽⁵⁴⁾.
(راجع الأحكام المنشورة ببند 130)

144- تسليم العين المبيعة :

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، سواء باتفاق أو بحكم نهائي، حق له أن يتسلم العقار المبيع، فإذا كان العقار ما يزال في يد البائع وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، وإذا كان العقار في يد المشتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، وإذا كان العقار في يد المشتري وجب عليه أن يسلمه إلى الشفيع، ويكون له أن يحبسه تحت يده إلى أن يستوفى من الشفيع ما أنفقه عليه من مصاريف الحفظ والصيانة.
ويسرى على التسليم ما أنفق عليه بشأنه في عقد البيع فضلا عن القواعد التي وضعها القانون في شأنه⁽⁵⁵⁾.

ولا يشترط للوفاء بالالتزام بالتسليم، تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه. وإنما يتحقق ذلك أيضا إذا وضع البائع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع على نحو يتمكن معه هذا الأخير - متى شاء - من وضع يده على هذا العقار والانتفاع به دون حائل، وإخطار الشفيع بذلك. ولا يتوقف أثر هذا التسليم القانوني على استجابة الشفيع له نفاذا لالتزامه بالتسليم. وإذا كانت مصالح البائع تتأثر بتقاعس الشفيع عن التسلم، كما لو كان المبيع حصة شائعة، فإنه يجوز لهذا البائع أن يطلب تعيين حارس قضائي ليتولى المحافظة على العقار وإدارته على نفقة الشفيع⁽⁵⁶⁾.

145- إلزام الشفيع بملحقات الثمن :

ملحقات الثمن قد تكون رسمية أو غير رسمية، ومثل الملحقات الرسمية رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية. ومثل الملحقات غير الرسمية السمسة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه⁽⁵⁷⁾.

(54) عبد المنعم الصده ص504- رمضان أبو السعود ص362.

(55) عبد المنعم الصده ص503- محمود جمال الدين زكي ص487.

(56) المستشار عزت حنوره ص349.

(57) السنهوري ص877- رمضان أبو السعود ص340.

وقد رأينا سلفاً أن الشفيع لا يلزم بإيداع هذه المصاريف مع الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد المحدد لإيداع الثمن. ومن ثم فإنه يجب على المحكمة التى تنتظر دعوى الشفعة أن تفصل فى هذه الملحقات إذا ما أثارها الشفيع أو المشتري، ولا يتعين طلبها بطلب عارض حال نظر الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إنه ولئن كان المشرع لم يلزم الشفيع سوى بإيداع الثمن الحقيقى فحسب وأغفل ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه بما ينبى عليه عدم سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم إيداع الملحقات إلا أن دعوى الشفعة تتسع مع هذا لبحث النزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة حول إلزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن من مصروفات رسمية وغير رسمية بحيث يتعين على المحكمة أن تفصل فى هذه المنازعة سواء أثبتت من جانب الشفيع أو المشتري ما دامت مطروحة عليها- لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الشفعاء المطعون ضدهم طلبوا الحكم بأحقيتهم فى أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن والمصاريف والملحقات، وأن الخصوم تجادلوا أمام محكمة الدرجة الأولى دفعا وردا فى شأن قيمة هذه الملحقات ووجه الشفعاء للطاعنين اليمين الحاسمة فى شأن قيمة السمسرة ومصاريف المهندس الذى عاين العقار كما استمرت المجادلة بين الخصوم فى ذلك الشأن أمام محكمة الاستئناف بما مؤداه أن النزاع بشأن قيمة الملحقات التى يلزم الشفعاء بدفعها للطاعنين كان مطروحا مع طلب الشفعة أمام محكمة الموضوع ومن ثم فهى تلتزم بالفصل فيه باعتبار أن الخصومة حق مشترك بين طرفيها وقد يطرح كل منهما أمر هذه الملحقات فى دفاعه وطلباته الموضوعية فى الدعوى بما ينقضى معه وجه القول بوجوب المطالبة بها استقلالاً بطلب عارض رغم كونها مطروحة فعلاً من جانب الطرفين وتنازلهم فيها طلباً ودفاعاً- لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الشفيع لا يلزم بإيداع ملحقات الثمن بخزينة المحكمة وأن الطاعنين وشأنهم فى المطالبة بها بدعوى مستقلة بعد أن تقاعسوا عن اتخاذ الإجراء المناسب للمطالبة بها فى دعوى الشفعة فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيق القانون".

مطادة (947)

لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار.

الشطرح

146- تصرفات المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة؛

للمشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يباشر على العقار الذى اشتراه التصرف الذى يريده، ولا يقيد حقه فى هذا التصرف احتمال أن يؤخذ العقار بالشفعة. فله تطبيقا لذلك أن يبيع العقار أو يهبه أو يقايض عليه، كما أن له أن رتب عليه حقا عينيا كالرهن. وهذه التصرفات ونحوها تكون حجة على الشفيع ما دامت تتم قبل تسجيل إعلان الرغبة. وهذا ما يؤخذ بمفهوم المخالفة من المادة (947 مدني) التى تقضى بعدم سرىان مثل هذه التصرفات فى حق الشفيع إذا تمت بعد تسجيل إعلان الرغبة. ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المشتري فى العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة تصرفا لا تجوز الشفعة فيه، كأن وهبه أو قايض عليه، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة. وإذا باع المشتري العقار قبل هذا التسجيل لأحد أصوله أو فروعاه أو لزوجاه أو لقريب لغاية الدرجة الرابعة أو لصهر لغاية الدرجة الثانية فإن الشفيع يتمتع عليه أن يأخذ العقار بالشفعة، إذ أن هؤلاء الأقارب لا تجوز الشفعة ضدهم كما رأينا (م939 مدني)⁽⁵⁸⁾.

كما أن للمشتري أن يرهن العقار أو يقرر عليه حقوقا عينية أخرى. وكل هذه التصرفات إذا كانت تسرى على الغير، إذا كانت مسجلة أو مقيدة، فإنه يمكن الاحتجاج بها على الشفيع.

وقد تكون بعض هذه الحقوق مرهقة لدرجة تمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة.

ولكن يكون للشفيع أن يطعن في جميع التصرفات المتقدمة ويطلب بطلانها على أساس أنها ليست حقيقية بل صورية، و بأنها لم تبرم على هذا النحو إلا احتيالا على القانون لحرمانه من طلب الشفعة. فإذا نجح في إثبات هذا الادعاء فإن الشفعة تجوز له.

147- تصرفات المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة :

إذا سجل إعلان الرغبة في الشفعة فلا يسرى في حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري بعد ذلك في خصوص العقار المبيع.

فإذا باع المشتري العقار بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فلا يسرى هذا البيع في حق الشفيع، بحيث يكون له أن يأخذ بالشفعة من المشتري الأول وبالشرط التى اشترى بها، ومن ثم فلا يلزم بإدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة، على أنه يلاحظ أن هذا الحكم مقرر لحماية الشفيع وليس مفروضا عليه. حيث يجوز للشفيع أن يتغاضى عن البيع الأول ويطلب الشفعة فى البيع الثانى إذا كان له مصلحة فى ذلك، كما لو كان الثمن فى البيع الثانى أقل منه فى البيع الأول، إنما يتعين عليه فى هذه الحالة أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى بإجراءات مبتدأة غير تلك التى اتخذها بسبب البيع الأول.

وإذا رتب المشتري على العقار بعد هذا التاريخ حقا عينيا كالرهن، أو ترتب ضده على العقار حقا عينيا كالاختصاص، فلا تسرى هذه الحقوق بالنسبة إلى الشفيع بحيث ينتقل إليه العقار إذا ما حكم له بالشفعة خالصا منها.

غير أنه إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع فإن الدائنين المقيدة حقوقهم فى هذه الحالة يبقى لهم حق الأولوية على الثمن الذى يسترده المشتري. وهذا الحكم الذى نصت عليه المادة (947) ليس إلا تطبيقا للقواعد الخاصة بميزة التقدم التى تثبت لصاحب الحق العيني. إذ أنه طبقا لهذه القواعد لا تقتصر ميزة الأولوية التى للدائن المقيد حقه على الثمن المحصل من البيع الجبرى للشيء محل الحق، بل تمتد كذلك إلى مقابل نقدي لهذا الشيء. ومن ثم فإن فكرة الحلول العيني ليست هى الأساس الذى يقوم عليه ذلك الحكم⁽⁵⁹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الشفعة في العقار المبيع بشرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع تكملها وتحد منها أحكام الشفعة. وحاصل ما اتفق عليه الرأي في أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً في حق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه في اختيار الغير. وإذا كان إعمال هذا الاختيار يسند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة في عقد البيع المذكور فإنه يكسبه أيضاً حقوقاً قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله في جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه في الاختيار. ولما كان مقرراً بالمادة (12) من قانون الشفعة أن الشفيع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة، فإنه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإنذار المعلن للشفيع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم معه فى الشراء والذى قال فيه هذا المشتري إنه تنازل لهم عن بعض العقار المبيع له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد اعتوره من تفريرات مخالفة للقانون".

(طعن رقم 101 لسنة 17 جلسة 1950/3/9)

148- تصرفات البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة :

إذا تصرف البائع فى العقار بأى تصرف من التصرفات قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، كالبيع والهبة والمقايضة، أو قرر عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمى أو حيازي، أو أخذ على العقار حق اختصاص من دائئى البائع أو ترتب عليه حق امتياز يكفل ديناً فى ذمة البائع. فإن هذه التصرفات تسرى فى حق الشفيع. ولكن بشرط أن يكون المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل إعلان الرغبة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه. فإذا تحقق ذلك سرت هذه التصرفات فى حق الشفيع سريانها فى حق المشتري المشفوع ضده⁽⁶⁰⁾.

149- تصرفات البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة؛

إذا رتب البائع الحقوق التي ذكرناها في البند السابق، ولم تشهر أو تسجل، إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة في الشفعة، أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تنفذ في حق الشفيع.

فمثلاً إذا باع البائع- بعد البيع الأول- العقار أو (قابض عليه أو وهبه مثلاً) إلى مشتر ثان لم يسجل قبل تسجيل إعلان الرغبة إلى البائع، فإن هذا البيع لا ينفذ في حق الشفيع، وكان له أن يشفع في البيع الأول، ويرجع المشتري الثانى على البائع بالضمان، بل وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة، ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول، فإن التصرف لا ينفذ في حق هذا المشتري طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل، ومادام لا ينفذ في حق المشتري الأول، فإنه لا ينفذ أيضاً في حق الشفيع الذى حل محل المشتري الأول، ولا يسرى أيضاً في هذه الحالة في حق الشفيع إلا البيع الأول فيأخذ فيه بالشفعة.

وهكذا الشأن أيضاً إذا رتب البائع على العقار حق ارتفاق أو انتفاع ولم يتم تسجيله قبل تسجيل إعلان الرغبة. أما إذا رتب البائع رهناً رسمياً أو حيازياً أو ترتب عليه حق اختصاص أو امتياز، ولم تفيد تلك الحقوق قبل تسجيل إعلان الرغبة، فإنها لا تسرى في حق الشفيع. وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار⁽⁶¹⁾.



سقوط الشفعة :**مطادة (948)****يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :**

- (أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.
 (ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.
 (ج) في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون.

المنطرح**150- الفرق بين موانع الشفعة ومسقطاتها :**

يقصد بموانع الشفعة، الظروف التي تحيط بالبيع ذاته منذ نشأته فتجعله غير قابل للأخذ فيه بالشفعة أيا كانت شخصية الشفيع، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع لأى شفيع. أما ما يطرأ على حق شفيع معين فيلغيه بالنسبة له مع بقاء البيع في حد ذاته قابلاً للأخذ فيه بالشفعة لغير هذا الشخص من الشفعاء الآخرين، فإنه يكون من مسقطات حق الشفعة. وبعد أن أورد القانون المدني مسقطات حق الشفعة متفرقة في ثنايا المواد المنظمة لأحكام الشفعة كجزاء على الإخلال ببعض إجراءاتها أجملها في المادة (948 منه)⁽⁶²⁾، وهو ما سنعرض له تفصيلاً فيما يلي.

أسباب سقوط الحق في الأخذ بالشفعة :**السبب الأول :****نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:****151- المقصود بالنزول :**

النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يؤدي إلى سقوط هذا الحق.

(62) المستشار / عزت حنوره ص 283 وما بعدها.

وهذا النزول لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه (م 91 مدني).

وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل⁽⁶³⁾.

152- النزول الصريح والنزول الضمنى :

قد يكون التنازل عن الحق فى أخذ العقار بالشفعة صريحا وقد يكون ضمنيا. والنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك. أو باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود⁽⁶⁴⁾.

فقد نصت المادة (90) من التقنين المدنى على أن :

1- "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود.

2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذى اتخذه الشفيع ليس فى ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود مثل هذه الإرادة⁽⁶⁵⁾.

ولما كان النزول يتضمن معنى الإسقاط فإنه عندما يكون ضمنيا يجب أن يستخلص بوضوح من الظروف، أى يجب التشدد والحيطه فى استخلاص التعبير الضمنى.

(63) عبد المنعم الصده ص 493- منصور مصطفى منصور ص 353- نبيل إبراهيم سعد ص 446.

(64) السنهورى الجزء الأول الطبعة الثانية 1964 ص 188.

(65) السنهورى ص 989- وكانت المادة (79/72) من المجموعة المدنية الملغاة تقضى بأن "يسقط حق الشفعة إذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري"، ونصت المادة (19) من قانون الشفعة- التى حلت محلها- على أن: "يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفة مالك العقار نهائيا"- وكانت المادة (1397) من المشروع التمهيدى تنص على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة..... " أ- إذا تنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة، صراحة أو ضمنا حتى ولو قبل البيع".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت حذف عبارة "صرحة أو ضمنا" لأنها تزيد تغنى عنه القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 445 وما بعدها).

وعلى كل فاستخلاص هذا النزول من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع. وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب تكفى لحمله.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "النزول الضمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة يفترض صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع يفيد الرغبة عن استعمال ذلك الحق".

(طعن رقم 578 لسنة 50 ق جلسة 1978/1/10)

2- "النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة كما قد يصدر صريحا فإنه قد يكون ضمنيا بإتيان الشفيع بعد البيع عملا أو اتخاذه موقفا يكشف بوضوح فى دلالاته عن هذا النزول، واستخلاص ذلك من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا مستمدا له أصل ثابت بأوراق الدعوى".

(طعن رقم 1478 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/11)

3- "النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يستلزم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتما رغبته فى عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع".

(طعن رقم 669 لسنة 49 ق جلسة 1982/11/24)

4- "النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يستلزم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتما رغبته فى عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع، واستخلاص هذا النزول الضمنى هو من مسائل الواقع التى تستخلصها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم 1006 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/9)

5- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع المشفوع فيه يفيد حتما رغبته فى عدم استعمال هذا الحق واعتبار أن المشتري مالكا نهائيا للمبيع، وأن استخلاص هذا النزول الضمنى من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم 2123 لسنة 51 ق جلسة 1984/11/25)

6- "مفاد نص المادة 948 من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحا يكون ضمنيا- وذلك بإتيان الشفيع عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا يفيد حتما رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا النزول- فإذا تمسك المشتري بمثل هذا النزول وطلب تمكينه من إثباته بشهادة الشهود، وخلت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفي لتكوين عقيدة المحكمة في شأنه بما يغنى عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب، فإن لم تعرض له كان حكمها مشوبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 1390 لسنة 56 ق جلسة 1988/11/15)

7- "لما كان النص في المادة 948 من القانون المدني على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة..... إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، بما مفاده- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا- وذلك بإتيان الشفيع عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا يفيد حتما رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح في دلالاته عن هذا النزول، وهو بذلك يختلف عن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة لعدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري. وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بنزول المطعون ضدها الأولى ضمنا عن هذا الحق واستدلت على ذلك بما أوردته بوجه النعي، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع بقوله... إن ميعاد الخمسة عشر يوما المسقط لحق الشفيع في إعلان رغبته في الشفعة يبدأ سريانه من تاريخ إنذاره رسميا من البائع أو المشتري بوقوع البيع، وأن علمه بذلك بأى طريق آخر لا يغنى عن الإنذار عملا بالمادتين 940 ، 941 من القانون المدني، ومن ثم فإن النعي على الحكم بعلم المستأنف عليها الأولى بالبيع بالمحضر الإداري في 1981/2/28 يكون على غير أساس من القانون" فإنه يكون قد فهم دفاع الطاعنة على غير مرماء وقد حجب هذا الفهم الخاطئ عن تمحيص دفاعها والرد عليه بما يعيبه ويوجب نقضه".

(طعن رقم 391 لسنة 59 ق جلسة 1989/12/12)

8- "المقرر في قضاء هذه المحكمة- أن النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع المشفوع فيه يفيد حتما رغبته فى عدم استعماله هذا الحق واعتبار أن المشتري مالكا نهائيا للمبيع وأن استخلاص هذا النزول الضمنى هو من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع، والأصل فى الإجراءات أنها روعيت وحسبها أن تقيم قضاها على أسباب مبررة تكفى لحمله".

(طعن رقم 923 لسنة 59 قى جلسة 1994/1/19)

غير أن محكمة النقض تخط فى قضائها بين استخلاص التعبير الضمنى بوضوح من الظروف وبين اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود باعتباره تعبيراً صريحاً لا ضمناً.

إذ قضت بأن:

"لئن كان تراخى الشفيع فى اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزولاً عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابتست هذا التراخى ظروف يستفاد منه بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة- بإتيانه عملاً أو تصرفاً أو اتخاذه موقفاً لا يدع مع تراخيه هذا مجالاً للشك فى دلالاته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمناً عن حقه فى الشفعة وسقط بهذا النزول الضمنى حقه فيها عملاً بنص المادة 948 من القانون المدنى".

(طعن رقم 957 لسنة 54 قى جلسة 1987/12/29)

153- أمثلة للنزول الضمنى:

من أمثلة النزول الضمنى ما يأتى:

- 1- أن يقوم الشفيع بالوساطة فى البيع بين البائع والمشتري.
- 2- أن يتفق الشفيع مع المشتري على تقرير حق ارتفاق لمصلحة العقار المبيع⁽⁶⁶⁾ أو عليه.
- 3- أن يضمن الشفيع المشتري فى الثمن.
- 4- أن يتصرف المشتري فى العقار بالمبيع إلى الغير فى حضور الشفيع ومع شهادته فى البيع.

5- نزول الشفيع عن الشفعة للغير، فالشفعة لا يجوز النزول عنها للغير، فيحقق مثل هذا النزول معنى إسقاطها⁽⁶⁷⁾.

6- إقامة الشركاء المشتاعين بناء بقصد تملك طوابقه أو شققه للغير بطريق البيع، إذ يعتبر ذلك نزولا منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم نصيبه فيه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "أجازت المادة 1/948 من القانون المدني النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تملك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولا منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم نصيبه فيها، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين في نظام تملك الطوابق والشقق".

(طعن رقم 531 لسنة 46 ق جلسة 1978/6/7)

(ب) - "إذا كانت المادة (948) من القانون المدني قد أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع الذي يرتب هذا الحق، وكان قيام مالك الأرض بإقامة مبان عليها يقصد تملك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع بعد نزولا منه عن حقه في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند إعادة بيعها باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تملك الطوابق والشقق".

(طعن رقم 1317 لسنة 50 ق جلسة 1981/3/19)

(ج) - "إذ كان البين من عقد البيع وشركة التضامن المؤرخ 1969/12/25 المحرر بين مورثة المطعون ضدهم ثانيا ومورثة المطعون ضدهم أولا قيام الأولى ببيع نصف قطعة الأرض التي قامت بشرائها بالعقد المؤرخ 1969/12/4 للثانية ونص في البند الثالث من العقد على اتفاقهما على تكوين شركة تضامن بينهما نشاطها تجزئة قطعة الأرض هذه وعرضها للبيع وقد وضع هذا العقد موضع التنفيذ فعلا كما جاء بتقرير الخبير المقدم في الدعوى رقم 17 لسنة 1992 مدنى جزئى المنتزه والذى اتخذته المحكمة المطعون فيه سنداً لقضائه حيث أثبت الخبير تجزئة قطعة الأرض المملوكة للطرفين إلى اثنتين وأربعين قطعة تم بيعها جميعها من الطرفين وهو

ما يفيد نية البائعين إلى تملك القطع بطريق البيع ونزولا في ذات الوقت عن حقهما في أخذ أى منها بالشفعة سواء صدر البيع منهما معا أو من أحدهما مما يجعل دعوى الشفعة غير مقبولة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للمطعون ضدهم أولا بالأحقية في أخذ قطعة الأرض المبيعة للطاعن من المطعون ضدهم ثانيًا أحد الملاك بالشفعة على سند من قيام حالة الشبوع وعدم إجراء قسمة بين الشركاء فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 2768 لسنة 69 ق جلسة 2001/1/11)

7- تعامل الشفيع مع المشتري باعتباره مالكا للأرض المشفوع فيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "النزول الضمنى عن الحق في الأخذ بالشفعة، ذلك هو كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له من شأنه أن يفيد النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة، فإذا ساوم الشفيع المشتري على العقار المشفوع فيه بأن طلب بيعه له بثمن شرائه أو بما يزيد عنه، فإن ذلك يعنى طلب تملك بعقد جديد من هذا المشتري، وفى ذلك دلالة الرضا به مالكا بمقتضى البيع الصادر إليه، كذلك فإن طلب الشفيع من المشتري مقاسمته العقار المشفوع فيه أو إشراكه فى جزء منه يفصح فى دلالته عن الإعراض عن استعمال الحق فى الأخذ بالشفعة ورضائه بالمشتري مالكا، وهذه أمور اعتبرت لهذا السبب من مسقطات الشفعة فى فقه الشريعة الإسلامية التى هى مصدر نظام الشفعة فى القانون المدنى".

(طعن رقم 1478 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/11)

(ب) - "لما كان الثابت بالمحضر الإدارى - المرفق صورته الرسمية ضمن الأوراق - أن الطاعنة قررت به أن مالك الأرض المجاورة لأرضها - وهو المطعون ضده - قام بهدم السور المحيط بأرضها وتعدى على مساحة منها وطلبت إلزامه بالتعهد بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وهو ما يدل على تعاملها معه باعتباره مالكا للأرض المشفوع فيها فإن استدلال الحكم المطعون فيه من ذلك على تنازلها عن حقها فى طلب أخذها بالشفعة يكون استدلالا سائغا".

(طعن رقم 128 لسنة 5 ق جلسة 1985/3/28)

154- أمثلة لما لا يعتبر نزولا ضمنيا :

لا يعتبر نزولا ضمنيا عن الحق في الشفعة ما يلي:

1- أن يكون الشفيع، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها، قد اتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتعهده له بتسليمها إلى المشتري.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"..... ولا يعتبر الشفيع متنازلا عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكا نهائيا للمبيع ولا يكفي في ذلك أن يكون الشفيع وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها قد اتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتعهده له بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصاريف التسجيل وغيرها، فإن القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته، فمتى أبدأها في هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالمبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل".

(طعن رقم 66 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/15)

2- أن يرفض الشفيع أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي طلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان ما حصلته المحكمة هو أن الشفيع إنما رفض أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي طلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي، واستخلصت من ذلك أن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن طلب الشفعة، وكان ما أوردته المحكمة ثابتا في التحقيق ومن شأنه أن يؤدي إلى ما استخلصته منه فلا محل للنعي عليها بأنها خالفت التحقيق".

(طعن رقم 30 لسنة 15 ق جلسة 1945/12/20)

3- دفع الشفيع المستأجر الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الشفيع مستأجرا للأرض التي يشفع فيها من قبل بيعها إلى المشفوع منه، ثم حدث بعد بيعها له أن أوقع الصراف الحجز الإداري على زراعة الشفيع في هذه

الأرض وفاء للأموال الأميرية المستحقة عليها، وذكر في محضره اسم المشفوع منه باعتباره مالكا، ثم قبل اليوم المحدد لبيع الزراعة المحجوزة باع الشفيع هذه الزراعة ودفع ثمنها من أصل الأموال المحجوزة بها، ثم لما أقام ملاك الأرض المؤجرة، ومن بينهم المشفوع منه، حالا محل المالك الذي باعه الأرض، الدعوى على الشفيع مطالبين بأجرتها طلب هذا أن يخصم منها ما دفعه من الأموال، فاستخلصت المحكمة من ذلك أن الشفيع قد أقر المشفوع منه على ملكيته وتنازل له ضمنا عن حقه في الشفعة، فهذا الاستخلاص يكون حاصلًا مما لا يفيد، إذ الأموال الأميرية تستحق على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكة، ودفعها كان مخولا للمستأجر (الشفيع) في عقد الإيجار، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة، وبهذا يكون الحكم معيب التسبب متعينا نقضه".

(طعن رقم 126 لسنة 15 ق جلسة 1946/12/5)

4- قبول الشفيعه تعامل زوجها بوصفه مستأجرا مع المشتري.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتما رغبته عن استعمال هذه الرخصة بأن ينطوى على اعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع. لما كان ذلك، وكان مجرد قبول المطعون ضدها الأولى - بفرض ثبوته - لتعامل زوجها بوصفه مستأجرا مع الطاعن بوصفه مؤجرا محولا إليه عقد الإيجار، سواء بالنسبة لاستمرار العلاقة الإيجارية أو بالنسبة لغرض إنهاؤها مقابل مبلغ نقدي، لا يفيد حتما أنها اعتبرت الطاعن مالكا نهائيا لهذه الأطنان المؤجرة ونزلت بذلك عن حقها في طلب الشفعة".

(طعن رقم 763 لسنة 49 ق جلسة 1980/5/29)

5- المساومة حول التنازل عن حق الشفعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمني عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته الموضوعية بأسباب سائغة من أقوال الشهود أن المساومة كانت حول التنازل عن حق الشفعة

وليس المساومة على شراء الشفيع للعقار المشفوع فيه من المشتريات وانتهى صحيحا إلى تكيف مثل هذه المساومة بأنها لا تفيد النزول عن حق الشفعة وفقا للمادة 948 من القانون المدني وتقتضى للشفيع (المطعون عليه الأول) بطلابه فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 542 لسنة 47ق جلسة 1981/1/8)

6- مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع ورفضه شراءه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن التنازل الضمنى عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد حتما الإعراض عن استعمال حق الشفعة، واعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع، وأن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلا عن حقه فى أخذه بالشفعة إذا بيع، ومن ثم فإنه بافتراض صحة ما يثيره الطاعن من أنه عرض على المطعون ضده الأول شراء العقار موضوع النزاع فرفض، فإن ذلك لا يسقط حقه فى أخذه بالشفعة طالما لم يصدر منه ما ينبئ عن رغبته عن استعمال هذا الحق، الأمر الذى يصبح معه طلب الإحالة إلى التحقيق (الموجه من الطاعن لإثبات العرض والإبداع سالف الذكر) غير منتج حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها، ولا على المحكمة إذا هى لم تستجب إلى هذا الطلب".

(طعن رقم 3269 لسنة 62ق جلسة 2001/1/30)

7- تراخى الشفيع فى اتخاذ إجراءات الشفعة، إلا إذا لابتست هذا التراخى ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حقه.

وفى هذا قضت محكمة النقض أن:

"لئن كان تراخى الشفيع فى اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزولا عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابتست هذا التراخى ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة - بإتيانه عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا لا يدع مع تراخيه هذا - مجالا للشك فى دلالة على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمنا عن حقه فى الشفعة وسقط بهذا النزول الضمنى حقه فيها عملا بنص المادة 948 من القانون المدني".

(طعن رقم 957 لسنة 54ق جلسة 1987/12/29)

155- جواز النزول عن الشفعة قبل البيع :

يجوز نزول الشفيع عن حقه في أخذ العقار بالشفعة ولو قبل حصول البيع. وقد قضت صراحة على ذلك الفقرة الأولى من المادة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن ما أريد بذلك هو تمكين المشتري من أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم أحد على الشراء⁽⁶⁸⁾.

ومن أمثلة ذلك قيام مالك الأرض بإقامة مبان عليها بقصد تملك طوابقه وشققه للغير. فإنه يعد متنازلاً عن أخذ أي شيء من هذه المباني بالشفعة.

(راجع قضاء محكمة النقض المنشور بالبند السابق) وكذلك اشتراط بعض الأفراد أو الجهات التي تقوم بإقامة شقق لتمليكها للغير، على المشتريين تنازلهم عن حقهم في أخذ أي شقة أخرى في العقار بالشفعة.

156- وجوب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحاً :

يجب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحاً، فلا يجوز أن يكون هذا النزول ضمناً.

(68) مذكرة المشروع التمهيدي ج 6 ص 444- أما في ظل قانون الشفعة الملغي، فقد اتجه القضاء إلى أن النزول عن الشفعة مقدماً لا يجوز، لأنه لا يصح النزول عن الحق قبل ثبوته وذلك أخذاً بما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية (على الخفيف ص 131- على قراءة دروس المعاملات الشرعية 1371 هـ- 1951 م ص 229). ولكن محكمة النقض لم تقر هذا الاتجاه حيث قضت بجواز النزول عن الشفعة مقدماً.

إذ قضت بتاريخ 1952/3/20 في الطعن رقم 87 لسنة 20 ق بأن:

"لما كان الاستشفاع حقاً يخول كسب الملك فإنه يجوز التنازل عنه مقدماً وفقاً للقواعد العامة ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود متى كان الملتزم يعلم مقدماً كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل عنه. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحة التنازل عن الشفعة مقدماً بنى قضاءه على أن قانون الشفعة الصادر بتاريخ 26 مارس سنة 1900 والذي تسرى أحكامه على موضوع النزاع وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى بعض أئمة الفقه الإسلامي إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدماً وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام وليس ثمة ما يوجب النقيض برأى فقهاء الشريعة في هذا الخصوص. فإن ما قرره هذا الحكم صحيح في القانون".

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

1- "ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشافع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا، أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشافع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة. هذا هو مفهوم النزول الضمنى عن الشفعة وهو ما كانت تقرره المادة 19 من قانون الشفعة الملغى إذ نصت على أنه: "يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشافع عرف المشتري بصفته مالك العقار نهائيا" أما ما تضمنته المادة 948 من القانون المدنى الجديد من سقوط الشفعة بالنزول عنها قبل البيع، فالمقصود منها جواز محاجة الشافع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة، وبهذا النص حسم القانون المدنى الجديد الخلاف الذى كان قائما قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشافع بمثل هذا الالتزام".

(طعن رقم 330 لسنة 25 ق جلسة 1960/3/10)

2- "النص فى المادة 48 من القانون المدنى على أن: "يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية:.... إذا نزل الشافع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع..." يدل على أن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشافع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا، أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشافع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة".

(طعن رقم 1247 لسنة 52 ق جلسة 1986/5/6)

157- إلى متى يتم التنازل عن الأخذ بالشفعة؟

يجوز للشافع أن ينزل عن الشفعة بعد طلبها، ويظل له الحق فى النزول ما دام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم أو بالتراضى. أما إذا تم الأخذ بالشفعة، لأن رضاء المشتري هو قبول لذلك الإيجاب الذى عرضه الشافع بالطلب، ومن ثم يتم عقد بين الاثنين بملكية الشافع للعين واستحقاق المشتري للثمن، ولا يجوز لأحدهما فسخه

إلا برضاء الآخر أو بحكم القضاء. وإذا حكم بثبوت الشفعة فإن الشفعة تصبح ملكاً للشفيع والتمن حقاً للمشفوع منه، فلا يملك الشفيع النزول عن حكم الشفعة⁽⁶⁹⁾. ولا يجوز مطالبة الشفيع المتنازل عن الأخذ بالشفعة بالتعويض، ما دام الأخير قد استعمل حقه في حدود القانون، فلم يسرف في استعماله ولم يفرط فيه، وما دام لم يصب المشفوع منه ضرر ما من قبل الشفيع، وحتى إذا كانت الأثمان قد هبطت فلا يلزم بتعويض، لأن هبوط أسعار العقارات ليس من فعل الأخير⁽⁷⁰⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان الحق في أخذ العقار المباع بالشفعة ينشأ بمجرد بيعه دون توقف على إنذار الشفيع بانعقاد هذا البيع من أحد طرفيه وكان المشرع قد نص في المادة 948 من القانون المدني على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع عنه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على جواز التنازل عن الحق في الأخذ بالشفعة دون توقف على إنذار الشفيع يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 128 لسنة 52 ق جلسة 1985/3/28)

158- كيفية التمسك بالنزول عن الحق في الأخذ بالشفعة:

يتم التمسك بنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة في صورة دفع يدفع به البائع أو المشتري دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع.

وهذا الدفع يجب أن يبدى في صيغة صريحة جازمة تقرر سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفوع التي قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع وممرماه لا بالتسمية التي تطلق عليه⁽⁷¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الدفع بنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يجب أن يبدى في صيغة صريحة جازمة تقرر سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من

(69) محمد كامل مرسى ص 570 - عبد المنعم الصده ص 494.

(70) محمد كامل مرسى ص 565 وما بعدها - السنهوري ج 9 ص 606 هامش (1) - محمود جمال الدين زكى ص 396.

(71) المستشار عزت حنوره ص 291 - نبيل إبراهيم سعد ص 453.

الدفع التي قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع وممراته لا بالتسمية التي تطلق عليه، وإذا كان الثابت أن الطاعنين لم يبدو هذا الدفع أمام محكمة أول درجة وكان قولهم أن الصفقة عرضت على الشفيع قبل البيع فرفضها لا يفيد بذاته إبداءه لأن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلاً عن حقه في أخذه بالشفعة إذا بيع، وكان الطاعنون لم يبدو الدفع بالنزول في استئنافهم فلا جناح على المحكمة إن هي لم ترد عليه بوصفه دفعا أو دفاعا لم يبد أمامها أو يعرض عليها".

(طعن رقم 531 لسنة 40 ق جلسة 1975/11/26)

ولما كان هذا الدفع يقوم على واقع فإنه لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي هذا قد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يجوز للمشتري أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه في الشفعة لتهنئته له بالصفقة".

(طعن رقم 304 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/15)

159- عدم التوسع في تفسير التنازل عن الشفعة:

النزول عن الشفعة في البيع يؤدي إلى سقوط الحق فيها، ومن ثم فإنه يعتبر استثناء من الأصل العام الذي يجيز الشفعة، فلا يجوز التوسع في تفسيره. فإذا كان التنازل عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير على الأرض المجاورة من الجار المتنازل له، فإن هذا لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشتري هذه الأرض⁽⁷²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذي يجيز الشفعة في نطاق الحدود التي بينها القانون فلا يجوز التوسع في تفسيره".

(72) عبد المنعم البدر أوى ص 477- محمود جمال الدين زكى ص 397 منصور مصطفى منصور ص 355.

2- "متى كانت المحكمة قد فسرت الشرط الوارد في عقد البيع بمنع المشتري من استعمال حق الشفعة تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين، فإنه يكون غير منتج النعي عليها بأنها لم تبحث في جواز تطبيق المادة 146 من القانون المدني".

(طعن رقم 243 لسنة 22 ق جلسة 1955/2/17)

160- قصر الاستفادة من النزول على المتنازل له :

من المقرر أن أثر التنازل عن الشفعة نسبي، بمعنى أنه لا يحتج به إلا من صدر التنازل لمصلحته، فإذا نزل جار له حق الشفعة عن حقه هذا قبل مشتر فلا يعتبر هذا نزولاً منه عن حقه قبل كل مشتر لاحق، لأن النزول في هذه الحالة هي نزول عن حق شخصي ليس له صفة الحق العيني الذي يلزم العين المبيعة أبداً⁽⁷³⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الطاعن قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة وبالتالي فإنه لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشتري هذه الأرض ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهري فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه".

(طعن رقم 16 لسنة 20 ق جلسة 1952/3/20)

2- "متى كانت المحكمة قد فسرت الشرط الوارد في عقد البيع بمنع المشتري من استعمال حق الشفعة تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين، فإنه يكون غير منتج النعي عليها بأنها لم تبحث في جواز تطبيق المادة 146 من القانون المدني".

(طعن رقم 243 لسنة 24 ق جلسة 1955/2/17)

3- "إن الشفعة رخصة والتنازل عنها التزام لا يرتبط به إلا من ارتضاه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لم يخطئ إذ لم يعتد بتنازل البائع إلى المطعون عليها في عقد شرائه من الشركة البائعة له عن حق الشفعة لأن هذا التنازل لا يعتبر حقا عينياً يتبع العقار في يد كائن من كان".

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/29)

161- التنازل عن دعوى الشفعة وتكييفه :

تنص المادة 143 مرافعات على أنه: يترتب على ترك الخصومة إنهاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى... والحكم على التارك بالمصاريف، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى" وواضح أن ترك الدعوى من شأنه أن يمحو آثار صحيفة الدعوى، ومن ثم فإن ترك الخصومة في دعوى الشفعة يؤدي إلى اعتبار التنازل عن الدعوى تنازلاً عن الحق ذاته. وذلك لأن المشرع قد ربط في هذا المجال بين الحق وإجراءاته، ورتب على عدم مراعاة الإجراءات سقوط ذات الحق. فإذا تنازل الشفيع عن دعواه وزال بذلك أثر صحيفتها، فإنه لا يستطيع بعد ذلك أن يطلب الشفعة مرة أخرى لاستحالة توجيه هذا الطلب بعد فوات المواعيد المحددة في القانون⁽⁷⁴⁾.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليها الثانية آلت إليها أطيان بطريق الاسترداد من الشركة العقارية ومصلحة الأملاك الأميرية تنفيذا لقرار مجلس الوزراء الصادر في 27 من نوفمبر سنة 1935 فطلبت الطاعنة أخذ هذه الأطيان بالشفعة وأقامت الدعوى بذلك وفي أثناء نظرها أمام محكمة أول درجة تنازلت المطعون عليها الثانية إلى المطعون عليه الأول عن هذه الأطيان، ولما قضت محكمة أول درجة برفض تلك الدعوى أقامت الطاعنة دعوى شفعة جديدة على أساس التنازل المشار إليه كما استأنفت الحكم الصادر برفض دعواها الأولى وطلبت في دعوى الشفعة الثانية الإيقاف حتى يفصل نهائياً في الدعوى الأولى، فلما قضى في استئناف الحكم الصادر في الدعوى الأولى للطاعنة بالشفعة طعنت فيه المطعون عليها الثانية بطريق النقض وأعلنت الشفيعه بهذا الطعن ثم وجه المطعون عليه الأول إنذاراً للطاعنة يعرض فيه عليها أن تحل محله في العقد موضوع دعوى الشفعة الثانية مقابل أن تدفع إليه ما عجله من الثمن على أن يتم ذلك في خلال أسبوع من تاريخ الإنذار، وبعد انقضاء هذه المدة دون أن ترد الطاعنة على هذا الإنذار قررت هذه الأخيرة في الجلسة المحددة للمرافعة في دعوى الشفعة الثانية نزولها عن هذه الدعوى لقضاء محكمة

الاستئناف في الدعوى الأولى بالشفعة لها وأثبتت المحكمة نزولها عن دعوها، ثم قضى من محكمة النقض بنقض الحكم المشار إليه فأقامت الطاعنة دعوى شفعة جديدة وصفتها بأنها تجديد للدعوى الثانية التي زعمت أنها نزلت عنها اضطراراً بعد أن قضى لمصلحتها نهائياً في دعوى الشفعة الأولى، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي الصادر برفض هذه الدعوى الأخيرة قد أقام قضاءه على أن تنازل المدعية عن دعوى الشفعة الثانية كان تنازلاً اختيارياً انصب على ذات الحق وعلى أنه يفرض أنه كان مقصوراً على ترك المرافعة في الدعوى فإن هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى بما فيها ورقة التكليف بالحضور ويزيل كل الآثار التي ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب وقطع مدة التقادم وأنه يتفرع عن ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد الميعاد المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الشفعة، متى كان الأمر كذلك فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون في تكييفه للتنازل المشار إليه وفيما رتبته عليه من آثار كما أنه لا يكون قد خالف المادة 31 من المرسوم بقانون بإنشاء محكمة النقض مادامت المحكمة قد أثبتت في حدود سلطتها الموضوعية وبأدلة سائغة أن تنازل الطاعنة كان تنازلاً اختيارياً ولم يكن نتيجة حتمية للحكم الصادر من محكمة الاستئناف بأحقيتها في دعوى الشفعة الأولى أي كان الباعث لها على هذا التنازل إذ صدر منها وهي على علم بقيام الطعن بطريق النقض في الحكم المذكور واحتمال القضاء فيه على غير مصلحتها وأنها بالرغم من ذلك اختارت التنازل الصريح دون طلب إيقاف الفصل في دعوى الشفعة الثانية حتى يفصل في الطعن المذكور".

(طعن رقم 223 لسنة 18 ق جلسة 1951/5/31)

162- لا يجوز الرجوع في التنازل عن الأخذ بالشفعة:

ليس للشفيع الذي ينزل عن حقه في الشفعة أن يعود إلى طلبه غير أن الحق في الشفعة يتجدد ويمكن استعماله عند كل انتقال للملكية. فإذا نزل شفيع عن حق شفيعته فهذا النزول لا يحتج به عليه إذا ما انتقلت الملكية لمالك جديد. إذ يجوز له في هذه الحالة أن يطالب بالشفعة، إذ أن نزوله لم يكن إلا بالنسبة إلى المالك السابق⁽⁷⁵⁾.

163- مدى التزام الخلف العام بتنازل سلفه عن الشفعة :

يعتبر النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة بالنسبة للخلف العام من قبيل الالتزام وبالتالي يعتبر دينا في تركة المورث ويسأل عنه الورثة في حدود هذه التركة ويجب الوفاء به عينا قبل أن يخلص له حقه في التركة. وعلى ذلك إذا كان المورث قد نزل عن الأخذ بالشفعة كأن اشترى عقارا والتزم في عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار وبعد الوفاة اختص أحد الورثة بهذا العقار، ثم حدث أن يبيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار فإنه لا يجوز لهذا الوارث أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد أن يثبت الحق فيها وذلك لسبق نزول المورث عنها، أما إذا كان المورث قد نفذ الالتزام بعدم طلب الشفعة في حياته بأن تم بيع العقار ولم يطلب الشفعة فيه فلا يكون على الورثة شيء، وإذا توفر لهم سبب من أسباب الشفعة خاص بهم بالنسبة للعقار الذي سبق وأن نزل المورث عن حق الأخذ بالشفعة فيه فإنه يجوز لهم الحق في الأخذ بالشفعة⁽⁷⁶⁾.

164- مدى التزام الخلف الخاص بالتنازل عن الشفعة :

الخلف الخاص، هو من يتلقى من سلفه مالا معيناً أو حقا عينيا إذا كان قائما في ذمة السلف، كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة.... إلخ فإذا اشترى شخص قطعة أرض مستصلحة من شركة استصلاح الأراضي والتزم في عقد الشراء بعدم المطالبة بالشفعة عند بيع الشركة للقطع المجاورة، ثم قام المشتري ببيع هذه القطعة التي اشتراها إلى مشتر ثان.

فيثور التساؤل عن مدى التزام المشتري الثاني بما التزم البائع له من عدم المطالبة بالشفعة.

وقد ذهب رأى في الفقه إلى أن الخلف يتقيد بالنزول عن الأخذ بالشفعة الصادر من سلفه طبقا لنص المادة (146 مدني) التي تنص على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" ذلك أن النزول عن الشفعة مقتضاه الالتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الالتزام من شأنه أن يحد من حرية

المتنازل في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه مالكا، فهو من هذا يحد من حرية الانتفاع بالمال، فيعتبر محددا للشيء، ومن ثم يكون من مستلزماته، ومؤدى هذا أن ينتقل الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة إلى المشتري الثاني إذا كان يعلم به وقت صدور عقد شرائه⁽⁷⁷⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الخلف الخاص لا يلتزم بهذا التنازل، لأن هذا التنازل لا يعدو كونه التزاما شخصيا لا يتبع العقار ولا يلتزم به إلا من رضيه صراحة. فإذا خلا عقد المشتري اللاحق من هذا الشرط فلا التزام عليه بالتنازل عن الشفعة. ولا يعترض على ذلك بأن شرط التنازل قد فرضته الشركة على كل مشتر منها وعلى كل من يتلقى حق الملكية عن المشتريين منها وأن هذا الشرط أصبح مشهورا معروفا بالتواتر للناس وخصوصا لكل من يتعامل بالشراء أو البيع في أراضي الشركة التي وضعت هذه لشروط لحماية جميع المتعاملين في أراضيها. وأنه لذلك يعتبر كل مشتر لقطعة من هذه الأراضي قد تنازل ضمنا عن حق الأخذ بالشفعة ولو لم يرد بعقد شرائه نص صريح على قبول شروط قائمة ببيع الشركة، لأن هذه الشروط قد تواترت بين الناس حتى أصبحت بمثابة شرط ضمنى لكل تعاقد، فلا يكفي للتحلل منها مجرد إغفالها لأن هذا الاعتراض محله أن يعتبر القيد الذى فرضته الشركة على المشتريين منها بالامتناع عن المطالبة بالشفعة حقا عينيا يتبع العقار فى أيدي ملاكه المتعاقبين، والحال أن هذا القيد ليس متضمنا لحق ارتفاق عيني، وإنما هو تنازل من المشتريين عن استعمال حق أجازة القانون لهم، فهو بهذه المثابة لا يعدو كونه التزاما شخصيا لا يلتزم به إلا من رضيه⁽⁷⁸⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأخير إذ قضت بأن:

"إن الشفعة رخصة والتنازل عنها لا يرتبط به إلا من ارتضاه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لم يخطئ إذ لم يعتد بتنازل البائع إلى المطعون عليها فى عقد شرائه من الشركة البائعة له عن حق الشفعة لأن هذا التنازل لا يعتبر حقا عينيا يتبع العقار فى يد كائن من كان".

(طعن رقم 322 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/29)

(77) عبد المنعم الصده ص496- نبيل سعد ص451 وما بعدها- محمد على عمران ص160.

(78) محمد على عرفة ص575 وما بعدها- عزت حنوره ص290.

165- إثبات التنازل عن الشفعة :

كانت المادة (20) من قانون الشفعة (الملغي) تنص على أنه: "يجوز إثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة فى القانون بما فيها الإثبات بالبينة".

ولم يأت القانون المدنى الجديد بنص مماثل لهذا النص، اكتفاء بالقواعد العامة. فإذا كان التنازل صريحا فإنه يخضع فى إثباته للقاعدة المنصوص عليها بالمادة (60) من قانون الإثبات، فإذا كان قيمة العقار تزيد على ألف جنيه تعين إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين.

أما إذا كان التنازل ضمنيا، فإنه قد يكون واقعة مادية أو تصرف قانونى. فإذا كان واقعة مادية جاز إثباتها بكافة الطرق، وإن كان تصرفا قانونيا مدعى قيامه بين الشفيع وبين المتمسك بهذا النزول، فإن على هذا الأخير إثباته بالطريق القانونى المناسب⁽⁷⁹⁾، ثم تأتى بعد ذلك مسألة الاستخلاص الضمنى. وقد ذكرنا سلفا أن ذلك مما يخضع لسلطة قاضى الموضوع.

والغالب فى الحياة العملية أن يتم النزول عن الأخذ بالشفعة مقدما. فقد يحصل هذا النزول بمقتضى اتفاق بين المشتري والشفيع قبل أن يقدم المشتري على الشراء. وقد يكون مجرد شرط فى العقد ذاته الذى تملك الشفيع بموجبه العقار الذى يشفع به. ومثل ذلك ما يجرى عليه العمل فى العقود التى تبرمها شركات استصلاح الأراضى حيث أنها تشترط على من يشتري قطعة من أراضيها النزول مقدما عن الحق فى الأخذ بالشفعة فى بيع القطع الأخرى.

السبب الثانى : انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع :

كانت المادة (22) من قانون الشفعة (الملغي) تقضى بأن: "يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء.....".

وعند مناقشة النص المقابل لهذه المادة فى لجنة المرحوم كامل صدقى باشا (لتحضير القانون المدنى) اقترح الرئيس تخفيض مدة ستة الأشهر إلى ثلاثة فقط، وذلك

لكى لا يظل مركز المشتري قلقاً أمداً طويلاً، فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس. كما وافقت لجنة المراجعة على هذا التخفيض، ووافق عليه مجلس النواب. ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترحت رفع مدة السقوط من ثلاثة أشهر إلى أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع توخياً للتيسير على الشفيع، فوافق المجلس على اقتراح اللجنة⁽⁸⁰⁾.

فللمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق فى هذه الحالة متى أثبت فقط أن عقد بيعه قد سجل، وأنه قد مضى أربعة أشهر من يوم التسجيل. ويظهر تطبيق هذا النص فى الحالة التى لا يندر فيها البائع أو المشتري الشفيع بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة، لأنه إذا تم هذا الإنذار فإن حق الشفيع يسقط حتماً بعد انقضاء الميعاد الذى حدده القانون لإظهار رغبته.

ويعيب هذا الحكم أنه يضع عقبة فى سبيل حق الشفعة، فالمشتري يستطيع أن يتقضى الشفعة بتسجيل عقده فى الحال وتأخير وضع يده أو تحاشى إظهاره مدة أربعة أشهر، فإذا لم يعن الشخص الذى يحق له أن يشفع بالرجوع من وقت لآخر إلى دفاتر التسجيل فإنه يفقد حق شفيعته⁽⁸¹⁾.

166- مدة أربعة أشهر مدة سقوط:

كانت المادة (22) من قانون الشفعة (الملغى) تقضى صراحة بسريان مدة السقوط المحددة فيها (سنة أشهر) بالنسبة لكافة الشفعاء، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً، ومقتضى ذلك أن هذه المدة لا يقف سريانها ولو كان الشفيع ناقص الأهلية، وذلك خلافاً لما هو مقرر فى شأن مدد التقادم.

وقد ورد هذا الحكم فى المشروع التمهيدى (مادة 1397) ولكن لجنة المراجعة اقترحت حذفه اكتفاء بالقواعد العامة⁽⁸²⁾.

وهذا الحذف لا يؤثر فى وجوب تطبيق الحكم المتقدم، إذ أن المدة المحددة فى النص هى دون أدنى شك مدة سقوط لا مدة تقادم، ومن المقرر أن مدة السقوط لا يعتورها وقف ولا انقطاع.

(80) محضر جلسة 11 مارس سنة 1938 مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 هامش ص443.

(81) محمد كامل مرسى فى الشفعة ص322.

(82) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص444.

ولا يشترط علم الشفيع بالبيع، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضى أربعة أشهر المذكورة.

ومعنى ذلك أن القاعدة التي تقضى بأن مدد التقادم لا تسرى على من لا يستطيع اتخاذ الإجراءات القانونية لحفظ حقه، لا تمنع من سقوط حق الشفعة بمضى أربعة أشهر من تاريخ التسجيل إذ أن مدة السقوط لا تقف بسبب جهل الشفيع بالبيع بسبب الشفعة⁽⁸³⁾. ويحسب الميعاد بالأشهر من الميعاد للميعاد، أى رقم اليوم من الشهر. وإذا لم ينص القانون على حساب المواعيد بالساعة وجب الرجوع لأحكام القانون العام، وحساب مبدأ سريان الميعاد من أول يوم كامل، أى من اليوم التالي⁽⁸⁴⁾.

فيمتدأ سريان المدة من اليوم التالى لتسجيل عقد البيع، وتتقضى بانقضاء اليوم المقابل له فى الشهر الرابع من تاريخ التسجيل (م 15 مرافعات). فإذا فرضنا أن العقد قد سجل فى أول يناير، كان بدء سريان مدة السقوط هو 2 يناير، وتتقضى فى 2 مايو. فإذا رفعت دعوى الشفعة فى 3 مايو، فإنها تكون متعينة الرضى لرفعها بعد انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن العلم المسقط لحق الشفعة فى معنى المادة 19 من قانون الشفعة هو العلم الواقعى بجميع أركان البيع، ومنها البائع إذا كان واحداً أو البائعون جميعهم إذا تعددوا، وهذا العلم هو الذى يجب على المحكمة أن تتحراه وأن تقيم على ثبوته بالذات حكمها بسقوط حق الشفيع، إلا أن يكون قد انقضى على تسجيل عقد البيع سنة شهور من تاريخ تسجيله طبقاً للمادة 22، إذ أن حق الشفعة يسقط فى هذه الحالة بغير حاجة إلى إثبات العلم الواقعى.. إلخ".

(طعن رقم 44 لسنة 15 ق جلسة 1946/3/7)

2- "إن القانون إذ جعل البيع سبباً للشفعة وجعل حق الشفيع فى طلبها متولداً من مجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عاماً مطلقاً، لا فرق فيه بين بيع بات خال من الشروط وبيع مقيد بها، ولا بين شرط وشرط. ومن ثم فالبيع

(83) محمد على عرفة ص 580- محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية ج 3 ص 575 وما بعدها.

(84) محمد كامل مرسى ص 578.

المشروط فيه خيار البائع يتولد منه في الحال كغيره، حق الشفيع في طلب الشفعة وتسرى عليه مواعيد السقوط وإن لم تجب له الشفعة ولا أخذ العين المشفوعة إلا بانقضاء خيار البائع بعد أن يكون الشفيع طلب الشفعة وفقاً للقانون.

(طعن رقم 62 لسنة 16 ق جلسة 1947/4/3)

3- "إن المواد (7 ، 10 ، 12) من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 إذ أجازت تسجيل صحائف دعاوى بطلان العقود واجبة التسجيل أو فسخها أو إلغائها أو الرجوع فيها ودعاوى استحقاق الحقوق العينية العقارية ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في هذه الدعاوى على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر التسجيل بالحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة فإنما أجازت ذلك على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من تترتب لهم حقوق عينية على العقار أو ديون عقارية منذ تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، فهي لا تفيد أن تسجيل الصحيفة في هذه الأحوال يقوم مقام تسجيل العقد في جميع ما يترتب على هذا التسجيل من آثار. وإذا كانت المادة 22 من قانون الشفعة صريحة في النص على سقوط الحق في الشفعة بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل في مدة معينة يجب التزام حدوده فإن الحق في الشفعة لا يسقط بمضي ستة أشهر على تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأطنان المشفوع فيها سواء أكانت هذه الدعوى دعوى صحة تعاقد أم صحة توقيع".

(طعن رقم 196 لسنة 18 ق جلسة 1950/4/13)

السبب الثالث: الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون:

لم يشأ المشرع أن يحصر حالات سقوط الشفعة في هذا النص وإنما ذكر ما يمكن أن يثور الشك حوله، كنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، وحالة ما إذا لم يكن هناك إنذار فقرر ميعاد سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وهو أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

أما الأسباب الأخرى للسقوط فقد رأيناها أثناء دراستنا لشروط وإجراءات الشفعة

وقد وردت بها نصوص في التقنين المدني ومنها:

1- عدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد.

2- عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد.

3- عدم إيداع الثمن فى الميعاد.

4- عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة.

167- التحيل بقصد الهروب من الشفعة مانع من الدفع بسقوطها :

لا محل للدفاع بسقوط حق الشفعة بعد مضى أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، إذا كان هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام الشفعة. فإذا ثبت لمحكمة الموضوع أن تجزئة صفقة العقار المشفوع فيه كان مقصودا بها التحيل على منع حق الشفعة، وأن الصفقة كانت فى الواقع واحدة، قضت بأنه لا محل للتمسك بانقضاء المدة على تاريخ تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة، إذ لا يجوز التمسك بسقوط حق الشفعة فى هذه الحالة مع ثبوت التحيل من طريق تجزئة الصفقة.

واستخلاص واقعة التحيل من ظروف الدعوى ووقائعها هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه".

2- "إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر. فإذا ما أجاز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله. فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه".

3- "إنه وإن كانت المادة 22 من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة "فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا"، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون"(85).

(طعن رقم 105 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/17)

(85) واقعة التجزئة التى ثبت لمحكمة الموضوع أنه قصد بها التحيل على إضاعة حق الشفعة هى أن المشتري جعل البائع يبيعه أولا 3 ف و 9 ط و 4 س ثم يحرر بباقي الصفقة وهو 2 ف و 1 س عقد بيع ثانيا لصهره بحيث لا تتوافر فى أى من الجزئين مسوغات الأخذ بالشفعة (محمود أحمد عمر مجموعة القواعد القانونية ج 4 ص 689 هامش 1).

168- القضاء بسقوط الحق في الشفعة تستنفذ فيطه محكمة أول درجة

ولايتها ويجوز الطعن عليه استقلالا :

الدفع بسقوط الحق في الشفعة بسبب من الأسباب الواردة في باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على الحق المطالب به، فإذا قضت محكمة أول درجة بقبوله أو برفضه فإنها تستنفذ ولايتها، ويجوز الطعن عليه استقلالا وإذا قضت محكمة ثانية درجة بإلغاء حكمها فلا يجوز لها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "القضاء بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في القانون المدني في باب الشفعة هو قضاء في الموضوع وارد على أصل الحق المطالب به وتستنفذ محكمة الدرجة الأولى بهذا القضاء ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى وي طرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات ودفع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها في حالة إلغاء هذا القضاء أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد. ولا يغير من الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق في الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم ذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعى في الشفعة على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقا لما يتطلبه القانون. ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلا عن الغاية عن التمسك به والأثر المترتب عليه".

(طعن رقم 244 لسنة 31 جلسة 1965/12/30)

2- "الدفع بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في باب الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكما صادرا في الموضوع مما يطعن فيه على استقلال في الميعاد القانوني وإلا صار نهائيا وحاز قوة الأمر المقضي".

(طعن رقم 65 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/23)

محتويات الكتاب

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	6- الشفعة	
	شروط الأخذ بالشفعة:	
7		
-	مادة (935)	
7		
1 -	التطور التشريعي لأحكام الشفعة.....	7
-2	أدلة الشفعة في الشريعة الإسلامية.....	10
-3	الحكمة من الشفعة.....	11
-4	الشريعة الإسلامية المصدر التشريعي للشفعة.....	12
-5	تعريف الشفعة لغة.....	13
-6	تعريف الشفعة في الشرع.....	14
-7	تعريف الشفعة في القانون.....	14
- 8	ورود الشفعة على العقار دون المنقول.....	23
-	التكييف القانوني للشفعة	24
-9	(أ) قبل العمل بالقانون المدني الجديد.....	24
-10	(ب) بعد العمل بالقانون المدني الجديد.....	25
	انتقال الشفعة بالإرث.....	26
-11	أولاً: رأى فقهاء الشريعة الإسلامية	26
-12	ثانياً: رأى فقهاء القانون قبل العمل بالتقنين المدني	
	الجديد.....	27
-13	ثالثاً: قضاء محكمة النقض قبل العمل بالتقنين المدني	
	الجديد.....	29

رقم البند	الموضوع	الصفحة
14-	رابعاً: حكم التقنين المدنى الجديد	30
15-	عدم جواز حوالة الشفعة	33
16-	لا تجوز الشفعة إلا فى البيع	34
17-	جواز الشفعة فى البيع غير المسجل	38
18 -	عقود البيع التى يوقع عليها بعض البائعين دون الباقيين	40
19-	العقد الصورى	40
20-	وجوب أن يظل البيع قائماً حتى تتم الشفعة	44
21-	حكم بعض البيوع	44
-	(1) البيع المعلق على شرط	44
-	(2) البيع القابل للإبطال	46
-	(3) البيع المقترن بعربون	48
-	(4) البيع الذى يتم فيه التقايل	48
22-	إثبات البيع	49
23-	ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة	50
24-	وجوب استمرار ملكية الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة	53
25-	حكم بعض التصرفات التى آلت بموجبها الملكية إلى الشفيع	54
-	(1) العقد القابل للإبطال	54
-	(2) الملكية تحت شرط واقف	54
-	(3) الملكية تحت شرط فاسخ	54
26-	وجوب توافر كافة الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فى الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة	55

الصفحة	الموضوع	رقم البند
56	مادة (936)	-
	(أسباب الشفعة)	-
	(السبب الأول)	
56	شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع	
56	مضمون السبب	-27
57	فروض متعددة لشفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع	-28
57	(1) أن يرتب المالك حق الانتفاع على الرقبة كلها	-
	(2) أن يرتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة فى	-
57	العقار	
	(3) أن تكون ملكية العقار لشخص واحد ورتب حق	-
58	انتفاع لشخصين أو أكثر شيوعاً بينهم	
	(4) أن تكون ملكية العقار شائعة لشخصين أو أكثر	-
58	ويرتب الملاك على العقار جميعه حق انتفاع	
	(5) أن تكون ملكية العقار لمالكين أو أكثر على الشيوع	-
60	ويرتب الملاك حق الانتفاع فى العقار لمصلحة	
60	شخصين على الشيوع	
60	جواز الشفعة فى بيع حق الاستعمال والسكنى	-29
	(السبب الثانى)	-
61	شفعة الشريك فى بيع شئ من العقار الشائع	
61	مضمون السبب	-30

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-31	شروط الأخذ بالشفعة	61
-32	القسمة غير المسجلة	65
-33	الشفعة فى حصة مفرزة	66
-34	الشريك على الشيوع فى حق الانتفاع	69
-	(السبب الثالث)	
	شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت	
	الرقبة أو بعضها	
-35	مضمون السبب	70
-36	فروض شفعة صاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها	70
-37	سريان أحكام شفعة صاحب الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى	72
-	(السبب الرابع)	74
	شفعة مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع الحكر	
	والمستحكر إذا بيعت الرقبة	
-38	مضمون السبب	74
-	(السبب الخامس)	
	(شفعة الجار المالك)	
-39	مضمون السبب	76
		76

رقم البند	الموضوع	الصفحة
—	(حالات شفعة الجار)	
	(الحالة الأولى)	
	(المباني والأراضي الفضاء)	
77		
78	المقصود بالمباني.....	40-
79	المقصود بالأراضي المعدة للبناء.....	41-
81	يشترط للأخذ بالشفعة التلاصق بين العقارين.....	42-
	الشفعة في العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لملاك متعددين.....	43-
83		
85	الشفعة في البناء إذا بيع مستقلا عن الأرض.....	44-
87	هل يجوز للمنتفع والمحتكر أخذ البناء بالشفعة؟.....	45-
88	لا يجوز للمستأجر الذي أقام بناء الأخذ بالشفعة.....	46-
—	(الحالة الثانية)	
	الشفعة في الأراضي غير المبنية	
	وغير المعدة للبناء	
89		
—	(الصورة الأولى)	
	تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة	
	مع وجود ارتفاع	
89		
90	الشرط الأول: التلاصق من جهة.....	47-
90	ما ينتفى به التلاصق.....	48-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(1) ملكية الشفيع لمسقاة فقط مجاورة للأرض المشفوع فيها.....	90
-	(2) وجود فاصل غير مملوك للشفيع بين العقارين	91
-49	الشرط الثاني: أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على الأرض المشفوع بها أو العكس.....	92
-50	التنازل عن حق الارتفاق.....	96
-	(الصورة الثانية)	
	تلاصق أرض الجار للأرض المبيعة	
	من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل	
-51	الشرط الأول: أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين.....	98
-52	عدم توافر التلاصق بجهتين إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع بها بقطعتين منفصلتين.....	100
-53	لا يمنع من الشفعة وجود بين الأرضين طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية.....	101
-54	وجوب ثبوت ملكية الشفيع من الجهتين قبل طلب الشفعة.....	102
-55	التحاييل لمنع التلاصق.....	102
-56	الشرط الثاني: أن تكون قيمة أرض الشفيع لا تقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها.....	104
-	مادة (937)	
-57	تزامم الشفعاء.....	106

رقم البند	الموضوع	الصفحة
58 -	الصورة الأولى: التزام بين الشفعاء من طبقات مختلفة.....	106
59 -	الصورة الثانية: التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة....	108
60 -	قاعدة عدم تجزئة الشفعة.....	109
61 -	التزام بين الجيران.....	110
62 -	الصورة الثالثة: التزام بين شفعاء يكون المشتري واحدا منهم.....	115
63 -	التفضيل لا يقتضى القيام بإجراءات الشفعة.....	123
-	مادة (938)	124
64 -	شراء العين التى تجوز الشفعة فيها ثم بيعها قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو تسجيلها.....	124
65 -	حكم البيع للمشتري الثانى بعد تسجيل إعلان الرغبة.....	131
66 -	حكم البيع للمشتري الثانى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.....	131
67 -	لا يشترط للأخذ بالشفعة فى البيع الثانى أن يكون مسجلا أو ثابت التاريخ قبل تسجيل إعلان الرغبة.....	134
68 -	بيع المشتري جزء من العقار.....	135
-	مادة (939)	136
69 -	أولا: البيع بالمزاد العلنى.....	136
70 -	ثانيا: وقوع البيع بين الأصول والفروع وبين الأقارب والأصهار حتى درجة معينة.....	141
-	(1) البيع الذى يقع بين الأصول والفروع.....	142
-	(2) البيع الذى يقع بين الزوجين.....	142

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(3) البيع الذى يقع بين الحواشى حتى الدرجة الرابعة	143
-	(4) البيع الذى يقع بين الأصهار حتى الدرجة الثانية	144
-71	ثالثا: ما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة...	147
-72	رابعا: الوقف	150
-73	بعض موانع الشفعة فى القوانين الأخرى	152
-	إجراءات الشفعة:	
	مادة (940)	
-	إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة	157
-74	وجوب إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى البائع والمشتري	157
-75	كيفية احتساب الميعاد	161
-76	احتساب ميعاد المسافة	162
-77	شكل إعلان الرغبة فى الشفعة	164
-78	بطلان إعلان الرغبة فى الشفعة	165
-79	إعلان الرغبة بصحيفة دعوى الشفعة	166
-80	عدم تعلق بطلان إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة بالنظام العام	167
-81	جزاء عدم إبلاغ الرغبة فى الميعاد	168
-	مادة (941)	
-82	المقصود بالإنداز	170
-83	شكل الإنداز	170
-84	بيانات الإنداز	171

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(أ) - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.....	171
-	(ب) - الثمن.....	174
-	(ج) - المصروفات الرسمية.....	175
-	(د) - شروط البيع.....	175
-	(هـ) - اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.....	177
-85	جزاء تخلف أو عدم صحة بيانات الإنذار	178
-86	إعلان الإنذار.....	178
-87	كيفية توجيه الإنذار.....	181
-88	بدء ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة من تاريخ تسلم الإنذار.....	181
-89	الإنذار لا يعد إقراراً بملكية الشفيع.....	183
-	مادة (942)	184
-90	يجب أن يكون إعلان الرغبة بالشفعة رسمياً.....	184
-91	وجوب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة للاحتجاج به قبل الغير.....	185
-92	إيداع كل الثمن الحقيقي للعقار الذي حصل به البيع.....	187
-93	المقصود بالثمن الحقيقي.....	190
-94	إيداع الثمن في حالة عدم إنذار الشفيع من البائع أو المشتري.....	191
-95	الثمن الصوري.....	194
-96	يجب أن يكون الشفيع مالكا للمال الذي يودعه.....	201
-97	هل يجوز إيداع الثمن بشيك مصرفي؟.....	202

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-98	لا يجوز للبائع إعفاء الشفيع من إيداع الثمن	203
-99	عدم لزوم إيداع ملحقات الثمن	204
-100	عدم التزام الشفيع بإيداع المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والغراس	207
-101	ميعاد الإيداع	208
-102	وجوب الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة	209
-103	مكان الإيداع	211
-104	جزاء عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار فى الميعاد	213
-105	تعلق إيداع الثمن خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار فى الميعاد القانونى بالنظام العام	214
-106	لا يجوز للشفيع معاودة إجراءات الشفعة بعد القضاء بالسقوط	217
-	مادة (943)	
-	دعوى الشفعة	218
-107	الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الشفعة	218
-108	كيفية أعمال الجزاء على عدم اختصام جميع أطراف دعوى الشفعة	222
-109	عدم قبول الدعوى لعدم اختصام الشفيع والبائع والمشتري من النظام العام	222
-110	اختصام آخرين لا يؤثر فى دعوى الشفعة	223
-111	هل يجب اختصام المشتري الثانى بعقد صورى فى دعوى الشفعة؟	224

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-112	تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (218) من قانون المرافعات.....	228
-113	مراقبة ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير في الصفة.....	230
-114	ميعاد رفع دعوى الشفعة.....	232
-115	تصحيح دعوى الشفعة باختصاص من لم يسبق اختصاصه في الميعاد.....	233
-116	تصحيح خطأ في حدود الأرض المشفوع فيها لا يعتبر دعوى جديدة.....	234
-117	هل يعتبر تعديل الطلبات في دعوى الشفعة دعوى جديدة؟.....	234
-118	كيفية احتساب الميعاد.....	235
-119	الميعاد في حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.....	236
-120	طبيعة الميعاد.....	236
-121	وجوب قيد دعوى الشفعة في خلال ثلاثين يوماً.....	237
-122	جزاء عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد.....	241
-123	الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن.....	241
-124	المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.....	242
-125	كيفية تقدير قيمة دعوى الشفعة.....	243
-126	الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة.....	247
-127	الأهلية اللازمة لطلب الشفعة.....	248
-	مادة (944)	250
-128	ثبوت الحق في الشفعة بالتراضي.....	250
-129	تسجيل عقد الاتفاق على الشفعة الرضائية.....	252

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-130	ثبوت الشفعة بالتقاضى.....	253
-131	وجوب تحديد الثمن فى الحكم بثبوت الشفعة.....	265
-132	تسجيل الحكم النهائى الصادر بثبوت الشفعة.....	267
-	آثار الشفعة:	
	مادة (945)	
-133	حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري.....	268
-134	عدم انتفاع الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع.....	270
-135	استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة.....	271
-136	عدم سريان حكم المادة (6) من القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن على المشفوع منه.....	272
-137	هلاك المبيع.....	273
-	(أ) قبل الحكم نهائيا بالشفعة.....	273
-	(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة.....	274
-138	الهلاك الجزئى.....	274
-	(أ) قبل الحكم نهائيا بالشفعة.....	274
-	(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة.....	275
-	مادة (946)	
	البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه	
-139	أولاً: حكم البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة.....	276
-140	ثانياً: حكم البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة.....	277

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-141	التعويض عن المصروفات الضرورية والنافعة.....	279
-142	عدم إلزام الشفيع بفوائد الثمن.....	280
-143	استحقاق الشفيع ريع العقار المشفوع فيه.....	281
-144	تسليم العين المبيعة.....	282
-145	إلزام الشفيع بملحقات الثمن.....	282
-	مادة (947)	
-146	تصرفات المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة.....	284
-147	تصرفات المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة.....	285
-148	تصرفات البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة.....	286
-149	تصرفات البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة.....	287
-	سقوط الشفعة:	
-	مادة (948)	
-150	الفرق بين موانع الشفعة ومسقطاتها.....	288
-151	المقصود بالنزول.....	288
-152	النزول الصريح والنزول الضمني.....	289
-153	أمثلة للنزول الضمني.....	292
-154	أمثلة لما لا يعتبر نزولا ضمنيا.....	295
-155	جواز النزول عن الشفعة قبل البيع.....	298
-156	وجوب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحا..	298
-157	إلى متى يتم التنازل عن الأخذ بالشفعة؟.....	299
-158	كيفية التمسك بالنزول عن الحق في الأخذ بالشفعة.....	300
-159	عدم التوسع في تفسير التنازل عن الشفعة.....	301

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-160	قصر الاستفادة من النزول على المتنازل له	302
-161	التنازل عن دعوى الشفعة وتكييفه	303
-162	لا يجوز الرجوع فى التنازل عن الأخذ بالشفعة	304
-163	مدى التزام الخلف العام بتنازل سلفه عن الشفعة	305
-164	مدى التزام الخف الخاص بالتنازل عن الشفعة	305
-165	إثبات التنازل عن الشفعة	307
-166	مدة أربعة الأشهر مدة سقوط	308
-167	التحيل بقصد الهروب من الشفعة مانع من الدفع بسقوطها	311
-168	القضاء بسقوط الحق فى الشفعة تستند فيه محكمة أول درجة ولايتها ويجوز الطعن عليه استقلالا	312
-	محتويات الكتاب	313

بسم الله وتوفيقه

