

الشفعة

في القانون لأهل وأهل
وفي الشريعة الإسلامية

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القيمة

تأليف

محمد كمال مرسي باشا

رئيس مجلس الدولة

الطبعة الثالثة

١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م

للمؤلف

(١) كتب باللغة العربية

- ١ — شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، الطبعة الأولى ١٩٢١ في ٤٤٠ صفحة .
الطبعة الثانية ١٩٢٣ في ٤٤٠ صفحة .
- ٢ — أصول القوانين (بالاشتراك مع سيد مصطفى باشا) ، ١٩٢٣ في ٦٨٨ صفحة .
- ٣ — العقود المدنية الصغيرة ، الطبعة الأولى ١٩٢٣ في ٣٥٩ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٨ في ٦١٠ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٢ في ٧٥٨ صفحة .
- ٤ — عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والإيرادات وأحكام الفوائد على العيوض (بالاشتراك مع سيد مصطفى باشا) ، ١٩٢٢ في ٤٨٢ صفحة .
- ٥ — الملكية والحقوق العينية ، الطبعة الأولى ١٩٢٣ في ٤٥٩ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٢٨ في ٥٩٦ صفحة ، الطبعة الثالثة : الجزء الأول (الأموال ، الحقوق ، حق الملكية ، حق الانتفاع) ، ١٩٣٣ في ٥٢٤ صفحة . الجزء الثاني (حقوق الارتفاق ، الهبة) ، ١٩٣٤ في ٥٠٠ صفحة . الجزء الثالث (الموارث والوصية : في التحضير) . الجزء الرابع (الشفعة) ، ١٩٣٦ في ٤٨٣ صفحة ، ١٩٤٧ .
الجزء الخامس (التقادم أو مضي المدة) ، ١٩٤٢ في ٥٥٢ صفحة .
- ٦ — الشفعة وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، الطبعة الأولى ١٩٢٣ في ١٥٧ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٦ في ٤٨٣ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٧ .
- ٧ — التقادم أو مضي المدة ، ١٩٤٢ في ٥٥٢ صفحة .
- ٨ — الأموال ، الطبعة الأولى ١٩٣٥ في ٦٠٥ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٧ في ٥٩٨ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٣ في ٥١١ صفحة .
- ٩ — الملكية العقارية في مصر وتطورها التاريخي من عهد الفراعنة حتى الآن ، ١٩٣٦ في ٢٥٦ صفحة .
- ١٠ — التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الأولى ١٩٢٧ في ٤١٤ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٠ في ٦٥٧ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٣٨ في ٨١٢ صفحة .
- ١١ — الموجز في التأمينات ، الطبعة الأولى ١٩٣٩ في ٣٩١ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٤١ في ٣٨٣ صفحة .
- ١٢ — شهر التصرفات العقارية (التسجيل ، القيد) ، ١٩٣٩ في ٥٠٠ صفحة .
- ١٣ — شرح قانون العقوبات المصري الجديد (بالاشتراك مع الدكتور السيد مصطفى السيد) ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ١٩٣٩ في ٥١٣ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٤٣ في ٥٤٣ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٦ في ٥٣٨ صفحة .
- ١٤ — قوانين المحاكم المختلطة والقوانين السكّلة لها (ترجمة) ، ١٩٢٦ في ٤٩٥ صفحة .
- ١٥ — المجموعة المدنية المصرية ، ١٩٤٠ في ٤٤٦ صفحة ، ١٩٤٢ في ٦٧٢ صفحة .

(ب) باللغة الفرنسية

- ١٦ — نطاق حق للملكية العقارية في مصر ، دراسة قانونية تاريخية مقارنة ، باريس ١٩١٤ في ٦٦ : صفحة .

(ج) مقالات باللغة العربية

- ١٧ — الأموال الثابتة بطريق التخصيص (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ١٩٣١ ، ص ٦٤ — ٩٣) .
- ١٨ — تملك واضع المبدأ الثمر (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ١٩٣١ ، ص ٢٦٣ — ٢٨٤) .
- ١٩ — الشفاء ومراتبهم في الشريعة الإسلامية وفي القانون الأهلى والمختلط (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، ١٩٣٢ ، ص ٥٦٥ — ٦٠٤ ، السنة الثالثة ، ١٩٣٣ ، ص ٥ — ٥٠ و ص ١٤٧ — ١٧٤) .
- ٢٠ — اشهار التصرفات العقارية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ، ١٩٣٣ ، ص ٤٣٩ — ٤٦٠ و ص ٥٨٩ — ٦٤٢ ، السنة الرابعة ، ١٩٣٤ ، ص ٦٩ — ٨٦ و ص ١٤٩ — ١٨٠) .
- ٢١ — فتح المطالعات والناور (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة ، ١٩٣٤ ، ص ٢٣٥ — ٢٦٥) .
- ٢٢ — العقود التي تتميز الشفعة والتي لا تتميزها (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٤٥ — ٣٩٤) .
- ٢٣ — قاعدة « الحيازة في الحقوق سند الملكية » (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ١٩٣٧ ، ص ٨٩٣ — ٩٥٢) .
- ٢٤ — مركز الأجانب في التشريع الجنائي المصري (بالاشتراك مع الدكتور السعيد مصطفى السعيد) ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ١٩٣٧ ، ص ١٠٤٧ — ١٠٩٢ .
- ٢٥ — السكينة الجنائية أو ضمان الافراج ، مجلة مصر القضائية عدد ١٣ فبراير ١٩٣٨ .
- ٢٦ — الحل أو اللوطن (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣ — ٥٦) .
- ٢٧ — كلية الحقوق ، نشرت في الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية ، الجزء الاول ، ١٩٣٣ ، ص ٤٠٩ — ٤٣٤ .
- ٢٨ — بحث في الوصية : الوصية واستباحها بغيرها من العقود والتصرفات (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٨٩ — ١٣٥) .
- ٢٩ — تصرفات المريض مرض الموت (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٢٧١ — ٣٨٩) .
- ٣٠ — البناء أو الفراس في أرض الغير أو بأدوات الغير (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة

الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣٩١ — (٤٧٠) .

٣١ — تطبيقات على الأحكام المدنية : (١) هل يعتبر معدل النسبة ثمنا و يأخذ أحكامه ؟
(٢) هل يشترط التقييد أم التسجيل في رهن الحيازة العقارى ؟ (مجلة القانون
والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٨٢١ — ٨٢٤) .

٣٢ — أجرة الوكيل (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٨٦٥ —
٨٨٤) .

٣٣ — تسجيل الدعاوى (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة ، ١٩٣٩ ، ص ٣ —
٢٢) .

٣٤ — تسجيل دعوى صحة التعاقد والفرق بين هذه الدعوى ودعوى صحة التوقيع (مجلة
القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة ، ١٩٣٩ ، ص ٢٠٧ — ٢١٥) .

٣٥ — قيود البناء الانفاقية ، هل تعتبر حقوق ارتفاق أم التزامات شخصية ؟ (مجلة القانون
والاقتصاد ، السنة التاسعة ، ١٩٣٩ ، ص ٣٣١ — ٣٥٢) .

٣٦ — قطع التقادم (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة ، ١٩٣٩ ، ص ٤٤٧ —
٥٣٢) .

٣٧ — السبب الصحيح وحسن النية فى التقادم المكسب (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة
التاسعة ، ١٩٣٩ ، ص ٥٦٧ — ٦٢٠) .

٣٨ — الأموال الخاصة والعامة فى القانون المصرى (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة ،
١٩٣٩ ، ص ٦٧٢ — ٨١٢) .

(د) مقالات باللغة الفرنسية

٣٩ — تطور حق الملكية العقارية فى مصر ، مجلة مصر العصرية ، السنة السادسة
والعشرون ، ١٩٣٥ ، فى الكتاب الذى وضع خصيصا لحضرة صاحب السمو
الملكى أمير الصعيد ، ص ٢٨٧ — ٣٠٣ .

٤٠ — قيود البناء الانفاقية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ١٩٣٧ ، ص
٣١١ — ٣٢١) .

٤١ — الشفعة والبيع غير المسجل (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ١٩٣٧ ،
ص ٤٣١ — ٤٤٢) .

٤٢ — الصفة العينية أو الشخصية لحق الشفعة وانتقاله الى الورثة (مجلة القانون والاقتصاد ،
السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣ — ١١) .

٤٣ — الحكر وحق الشفعة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص
١٢ — ١٩) .

٤٤ — عدم تجزئة حق الشفعة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص
٢٥ — ٢٦) .

٤٥ — عرض الثمن وملحقاته فى موضوع الشفعة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ،

- ١٩٣٨ ، ص ٢٧ — ٣٥) .
- ٤٦ — وقت امتلاك الشئ العقار المشفوع (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣٦ — ٤١) .
- ٤٧ — مقارنة حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة بالشفقة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٤٢ — ٥٧) .
- ٤٨ — بيع المشتري العين قبل طلبها بالشفقة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٥٨ — ٦٢) .
- ٤٩ — العمرى والرقي (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٨٥ — ٩٤) .
- ٥٠ — بحوث في الهبة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ١٧٥ — ٢٢١ ، و ص ٢٣١ — ٢٦٣) .
- ٥١ — آثار الكفالة في حالة تعدد المدينين أو المكفلاء (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣٤٥ — ٣٤٩) .
- ٥٢ — التسجيل ونظرية سوء النية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة العاشرة ، ١٩٤٠ ، ص ٤٧ — ٧٠) .

مقدمة الطبعة الثالثة

صدرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب في سنة ١٩٢٣ ، وقد أخرجتها
لنفع طلاب الليسانس بمدرسة الحقوق الملكية الذين كنت أدرس لهم موضوع
الشفعة .

وفي سنة ١٩٣٦ قمت بتدريس هذا الموضوع مع التعمق ضمن دروس
القانون المدني لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، فرأيت تجديد
طبع هذا الكتاب ، وقد اقتضت هذه المناسبة أن أعيد النظر في مضامينه وأن أزيد
في بسط موضوعه واستيعاب مسأله وبحث مشأله ، فجاءت طبعته الثانية أوسع
مادة وأوفى بحثا وأكثر احاطة ، ورأيت أن أحققها بكتاب الملكية والحقوق
العينية واعتدتها الجزء الرابع من هذا الكتاب .

ومع أن هذه الطبعة قد نفذت من زمن طويل ، فاني لم يحفزني الى تجديد
طبع الكتاب الا الحرص على استكمالها ، بتضمينه ما صدر من أحكام جديدة
في موضوعه ، وبالإشارة فيه الى الاتجاهات التشريعية الحديثة في صدد ما تعرض
له حتى يكون كافيا وافيا .

والواقع أنه بسبب الرخاء الذي أصابته البلاد في السنوات الأخيرة ، واتجاه
الناس الى امتلاك العقارات ، قد كثرت دعاوى الشفعة كثرة تلفت النظر ، وكان
من أثر تطور البيئة الاجتماعية واتساع الحيل للمطامع والمناضلة عن الحقوق أن
وجد في هذه الدعاوى من مسائل الشفعة مشكلات طريفة .

والحق أنه قد صدرت في تلك الدعاوى أحكام كثيرة جليمة القدر عالجت
تلك المشكلات بحلول فقهية موفقة سديدة .

ولقد راجعت ما أصدرته المحاكم ، وخصوصا محكمة النقض والابرار ، من

أحكام الشفعة ، في المدة التي تلت ظهور الطبعة الثانية ، وهأنذا أضمن هذه الطبعة القواعد التي قررتها تلك الأحكام .

وقد رأيت اتماما للقائلة أن أشير في هذه الطبعة الى أحكام الشفعة في مشروع القانون المدني الذي أتم مجلس النواب نظره ، ولا يزال قيد بحث مجلس الشيوخ .

والله ولي التوفيق ما

نصوص القانون

(١) في الشفعة في العقار

(١) المجموعة المدنية المختلطة

مادة ٩٣ — لمن أعار أرضه لآسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية (٦٨ أهلى).

مادة ٩٤ — للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه إذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ما عدا الشفع المبين فى البند السابق (٦٩ أهلى) .

مادة ٩٥ — وله الأخذ بالشفعة ممن اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه فى العين إذا طلبوا ذلك .

مادة ٩٦ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايع أو المعاوضة (٧٠ أهلى) .

مادة ٩٧ — لا يثبت حق الشفعة لمن وفقت عليه حصة فى عقار مشاع ، إنما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذه الحصة المبيعة بقصد وقفها (٧١ أهلى) .

مادة ٩٨ — يسقط حق الشفعة إذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري (٧٢ أهلى) .

مادة ٩٩ — للجار بعد الشفعين السابقين حق الشفعة إذا دفع الثمن والمصاريف القانونية (٧٣ أهلى) .

مادة ١٠٠ — يبطل حق الشفعة متى كان البيع واقعا على يد محكمة (٧٤ أهلى) .

مادة ١٠١ — وفى كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته الأخذ بالشفعة فى العقار المباع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف

الرسمي الحاصل له بإبداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق والا سقط حقه (٧٥ أهلى) .

(٢) مجموعة المرافعات المختاطة

مادة ٧١٩ — فى جميع أحوال البيع المتقدم ذكرها لا تجوز الشفعة للشريك أو الجار الا اذا طلبت فى حال انعقاد جلسة البيع بالمراد بشرط ايداع بمقدار المصاريف والتمن بتمامه من أصل وملحقات فى الحال .

(٣) المجموعة المدنية الأهلية

المادة ٦٨ — لمن أعار أرضه لآنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة فيها اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية (٩٣ مختلط) .

المادة ٦٩ — للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ما عدا الشفيع المدين فى المادة السابقة (٩٤ مختلط) .

المادة ٧٠ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا من تملك بغير المباينة أو المعاوضة (٩٦ مختلط) .

المادة ٧١ — لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أو له (٩٧ مختلط) .

المادة ٧٢ — يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري (٩٨ مختلط) .

المادة ٧٣ — للجار بعد الشفيعين السابقين حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية (٩٩ مختلط) .

المادة ٧٤ — يبطل حق الشفعة متى كان البيع قهريا على يد محكمة ، انما يجب على من اطلب إجراء ذلك البيع أن يعلن قبل البيع بخمسة عشر يوما الى من

يسوغ له التمسك بحق الشفعة لو كان البيع اختياريا ورقة بأشعاره بيوم الزيادة
ولا يكون للمعلن اليه المذكور مع ذلك امتياز أو تقدم على غيره (١٠٠ مختلط).

المادة ٧٥ — يجب على من له حق الشفعة ويرغب الأخذ بها أن يبين
رغبته في ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها
العقار في ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشتري
بإبداء رغبته والاسقاط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق (١٠١ مختلط).

(٤) قانون الشفعة

دكرينو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠	دكرينو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١
نحن خديو مصر	نحن خديو مصر
بعد الاطلاع على لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .	بعد الاطلاع على الأمر العالي
وبعد الاطلاع على القانون المدني وقانون المرافعات في المواد الدنية والتجارية المتعين لدى المحاكم المذكورة .	الصادر في ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ المستعمل على لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .
وبعد الاتفاق بين حكومتنا والدول المصادقة على إنشاء المحاكم المذكورة .	وبعد الاطلاع على القانون المدني المتبع لدى المحاكم المذكورة .
وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .	وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .

أمرنا بما هو آت :

الباب الأول

المادة ١ — يثبت حق الشفعة لمن يأتي :

أولا — للشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع .

ثانيا — للجار المالك في الأحوال الآتية :

إذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء
كانت في المدن أو في القرى .

إذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة .

إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

المادة ٢ — يعد شريكا في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

المادة ٣ — لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو نزع الملكية قهرا أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء ، وكذلك لا شفعة فيما بيع من الأصول لقروعههم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

المادة ٤ — لا شفعة للوقف .

المادة ٥ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن يملك بغير المبايعة .

المادة ٦ — لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة أو يليحق به .

المادة ٧ — إذا تعدد الشفعاء يكون الحق في الشفعة :

أولا — للمالك الرقبة .

ثانيا — للشريك الذي له حصة مشاعة .

ثالثا — لأصاحب حق الانتفاع .

رابعا — للجار المالك .

فإذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

المادة ٨ — يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ولو كان المشتري حائزا لما يحطه شفعيا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى .

المادة ٩ — العين الجائز أخذها بالشفعة إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها .

المادة ١٠ — اذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة، يكون الشفيع ملزما ببناء على رغبة المشتري اما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فلفشيع الخيار ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاءهما وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس .

أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشتري المشفوع منه .

المادة ١١ — اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه ، أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة .

الباب الثانى

فيما يترتب على حق الشفعة

المادة ١٢ — كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفيع ، ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتبهين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل المشفوع منه من ثمن ذلك العقار .

المادة ١٣ — يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق . على أن المشتري اذا استحصل على تأجيل الثمن لا يشتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع .

وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس الشفيع أن يرجع الا على البائع .

الباب الثالث

في الاجراءات التي يلزم مراعاتها فيما يتعلق بالشفعة
وفي سقوط حق الأخذ بها

المادة ١٤ — يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لما كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا .

ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله في قلم رهونات المحكمة المختطة الكائن بدائرتها العقار^(١)

(وإذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى بإجراء هذا التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة ، وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها ، ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعه الدول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل الأخير)^(٢) .

ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثامنة عشرة الآتي ذكرها .

المادة ١٥ — ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة عشرة والاسقط الحق فيها .

المادة ١٦ — ويحكم فيها دائما على وجه السرعة .

(١) بناء على المادة ٥٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الحاس بتنظيم الشهر العقاري يصبح نص الفقرة : « ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله في مكتب الشهر الكائن بدائرتها العقار » .

(٢) ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ١٤ بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الحاس بتنظيم الشهر العقاري .

المادة ١٧ — لا تقبل المعارضة في الأحكام الغياية الصادرة في الشفعة .
وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها .

المادة ١٨ — الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية
الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها ^(١) .

المادة ١٩ — يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية :

أولاً — اذا حصل النزاع عنه صراحة أو ضمناً .

ويستدل على النزاع الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف
المشتري بصفة مالك العقار نهائياً .

ثانياً — اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من
وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بإبداء رغبته سواء كان بناء على
طلب البائع أو بناء على طلب المشتري ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد
المسافة .

المادة ٢٠ — يجوز اثبات النزاع الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع
بكافة طرق الاثبات المقررة في القانون بما فيها الاثبات بالبينة .

المادة ٢١ — يجب أن يملن التكليف الرسمى المنصوص عنه في الفقرة
الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشتمل على البيانات الآتية والا
عد لاغياً . وهذه البيانات هي :

أولاً — بيان المقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه
وحدوده ومقاسه .

ثانياً — بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصناعة ومحل سكن كل من
البائع والمشتري .

المادة ٢٢ — يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال بعد مضي ستة

(١) عدلت العبارة الأخيرة في المادة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، لأنه بمقتضى المادة

٢٠ منه أصبح التسجيل يتم بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم ، وقد نص في المادة

٦٠ منه على إلغاء كل نص يخالفه ، فتعتبر المادة ١٨ معطلة بموجب ذلك .

أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة المكافئة الشفاء ولو كان الشفيع غير أهل للمتصرف أو غائبا .

المادة ٢٣ (أهلى) — ألغيت المواد ٦٨ و ٦٩ و ٧٠ و ٧١ و ٧٢ و ٧٣ و ٧٤ و ٧٥ من القانون المدنى .

المادة ٢٣ (مخطأ) : ألغيت المواد ٩٣ و ٩٤ و ٩٥ و ٩٦ و ٩٧ و ٩٨ و ٩٩ و ١٠٠ و ١٠١ من القانون المدنى والمادة ٧١٩ من قانون المرافعات الشيعين لدى المحاكم المختلطة .

المادة ٢٤ (أهلى) — يعمل بهذه الأحكام بعد مضى خمسة عشر يوما من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية .

المادة ٢٥ (مخطأ) : يعمل بهذه الأحكام بعد مضى شهر واحد من تاريخ نشرها بالعموم المنصوص عليها فى المادة ٣٥ من الكتاب الأول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

المادة ٢٥ — على ناظر الحفانية تنفيذ أمرنا هذا .

(٥) مشروع القانون المدنى

كما أقره مجلس النواب فى ٢٧ من مايو سنة ١٩٤٦

شرط الأخذ بالشفعة

المادة ١٠٠٤ — (١) الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية .

(٢) والحق فى الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . والأخذ به لا يتجزأ .

المادة ١٠٠٥ — يثبت الحق فى الشفعة :

(أ) لملك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع للملايس لها أو بعضه .

(ب) للشريك فى الشيوع اذا بيع شئ من العقار الشائع الى أجنبي .

(ج) لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة للملايس لهذا الحق أو

بعضها .

(د) لملك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر والمستحكر اذا بيعت الرقبة .

(هـ) لجار المالك فى الأحوال الآتية :

١ — اذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء كانت في المدن أم في القرى .

٢ — اذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

٣ — اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

المادة ١٠٠٦ — (١) اذا تراحم الشفاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة .

(٢) واذا تراحم الشفاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

(٣) فاذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعيا يقتضى نص المادة السابقة فانه يفضل على الشفاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى .

المادة ١٠٠٧ — (١) لا شفعة ان شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد غير العقار الذي يجوز أخذه بالشفعة عقارات أخرى لا شفعة فيها .

(٢) واذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة جاز هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين .

المادة ١٠٠٨ — اذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ١٠١٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها .

المادة ١٠٠٩ — (١) لا يجوز الأخذ بالشفعة :

(أ) اذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لاجراءات رسمها القانون .

(ب) اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة .

(ج) اذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ..

(٢) ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة .

اجراءات الشفعة

المادة ١٠١٠ — على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمي الذي يوجه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة اذا اقتضى الأمر ذلك .

المادة ١٠١١ — يشتمل الانذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية والا كان باطلا :

(١) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

(ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه .

المادة ١٠١٢ — (١) اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا والا كان باطلا .

(٢) ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير الا اذا سجل .

المادة ١٠١٣ — (١) ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتفيد بالجدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيق للثمن الذي حصل به البيع مخصوصا منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة السابقة والا سقط الحق في الدعوى .

(٢) ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال .

المادة ١٠١٤ — (١) لا تقبل المعارضة في الأحكام الغيائية الصادرة في الشفعة .

(٢) وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما من تاريخ اعلان الحكم .

المادة ١٠١٥ — (١) الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع وذلك دون اخذ بالقبول بالشفعة بالتسجيل .

آثار الشفعة

المادة ١٠١٦ — (١) يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته .

(٢) وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع .

(٣) وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع .

المادة ١٠١٧ — (١) إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له اما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

(٢) أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطالب بالازالة ، فاذا آثر أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم الا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس .

المادة ١٠١٨ — لا يسرى في حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري كما لا يسرى في حقه أى بيع صدر من المشتري وأى حق عينى رتبه أو ترتيب ضده اذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار .

سقوط الشفعة

المادة ١٠١٩ — يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :

(أ) اذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة خراحة أو ضمناً ولو قبل البيع .

(ب) اذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

(ج) اذا انقضت سنة كاملة من وقت وضع يد المشتري على العقار المبيع .

(د) في الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون .

(ب) حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

(١) المجموعة المدنية المختلطة

مادة ٥٦١ — يجوز للشركاء الأصليين في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

مادة ٥٦٢ — ولكل واحد من الشركاء الحق في الشفعة بقدر حصته الشائعة ، وله أيضا الحق في الشفعة بالنسبة للكل في حالة عدم الرغبة للباقيين .

مادة ٥٦٣ — تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك في الملك الذي له مشاركة المدعى بقدر حصته في الملك المشترك .

(٢) المجموعة المدنية الأهلية

مادة ٤٦٢ — يجوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

(٣) مشروع القانون المدني الجديد

مادة ٩٠٢ — (١) للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة وذلك في خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه بالبيع . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه الى كل من البائع والمشتري . ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما أنفقته .

(٢) واذا تعبد المشترون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته .

أهم المؤلفات المتعلقة بالشفعة

- النيسوط ، للإمام شمس الأئمة المرخسى الحنفى ، جزء ١٤ كتاب الشفعة ، ص ٩٠ وما بعدها ، مطبعة السعادة ، القاهرة .
- حاشية ابن عابدين ، السبابة رد المختار على الدر المختار نرح تنوير الأبصار ، الجزء الخامس ص ١٤٢ وما بعدها ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٢٣ هـ .
- تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق ، تأليف الإمام نحر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى ، الجزء الخامس ص ٢٣٩ وما بعدها ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٥ هـ .
- حاشية الامام شهاب الدين أحمد الشلبى بهامس تبين الحقائق .
- الفتاوى العالمكيرية ، المروفة بالفتاوى الهندية ، الجزء الخامس ص ١٦٠ وما بعدها ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٠ هـ .
- الفتاوى الخانية (فتاوى قاضىخان) للإمام نحر الدين حسن بن منصور الأوزجندى القرغائى الحنفى المتوفى سنة ٢٩٥ ، بهامس الجزء الثالث من الفتاوى الهندية ص ٥٣٥ — ٥٥٨ ، الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية بيولاق مصر سنة ١٣١٠ هـ .
- الفتاوى البرازية ، وهى السبابة بالجامع الوجيز ، للششيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البراز الكردى الحنفى المتوفى سنة ٨٢٧ ، بهامس الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١٥٤ — ١٦٧ ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية بيولاق مصر ، سنة ١٣١٠ هـ .
- البدائع (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع) ، تأليف الامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الككسانى الحنفى ، الجزء الخامس ص ٤ وما بعدها ، المطبعة الجمالية ١٩١٠ م .
- أعلام الموقعين عن رب العالمين تأليف شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى فى سنة ٧٥١ هـ ، الجزء الثانى ص ٢٤٧ وما بعدها ، مطبعة النيل ، القاهرة .
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحداث سيد الأخبار محمد بن على بن محمد لشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ . الجزء السادس ص ٨٠ وما بعدها الى ٨٧ ، المطبعة المنيرية ، القاهرة سنة ١٣٤٤ هـ .
- مجم الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ، الجزء الثانى ص ٥٣ وما بعدها .
- كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل ، تأليف أبى عبد الله محمد ابن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب المتوفى سنة ٩٥٤ ، جزء ٥ ، معجمة السعادة ، مصر ١٣٢٩ هـ .
- وبهامشه التاج والاكلیل لمختصر خليل تأليف أبى عبد الله سيدى محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ .
- كتاب المفتى تأليف الشيخ موفى الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ، على مختصر الامام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقى المتوفى سنة ٣٣٤ — ومعه الصرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢ هـ — كلاهما على مذهب الامام ابن حنبل ، مع بيان خلاف سائر الأئمة ، مطبعة المنار سنة ١٣٤٧ هـ ، الجزء الخامس ص ٤٥٩ — ٥٥٤ .

كتاب میزان عبد الوهاب الشعراني . وبهامشه كتاب رحمة الأمة في اختلاف الأئمة تأليف الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأزهرية المصرية سنة ١٣٢٨ هـ .

مرشد الخيران الى معرفة أحوال الانسان ، مؤلفه محمد قدري باشا ، المادة ٩٥ وما بعدها ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٩٠٩ م .
المجلة (مجلة الأحكام العدلية) ، المادة ١٠٠٨ الى المادة ١٠٤٤ ، الطبعة الثانية ، المطبعة العثمانية ، قسطنطينية ١٣٠٥ هـ .

شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأدبية ، بيروت سنة ١٩٢٣ م .
شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد سعيد الحاسني ، ثلاثة أجزاء ، مطبعة الترقى بدمشق ١٣٤٦ هـ — ١٩٢٧ م .

مראה المجلة طبع يوسف أضاف ، جزأين ، المطبعة العمومية ، القاهرة ١٨٩٤ م .
كتاب المعاملات ، تأليف الشيخ أحمد أبي الفتح بك ، ٦٣ وما بعدها ، مطبعة البسفور ، القاهرة .

أحمد فتحي زغلول — شرح القانون المدني ، ٩٢ — ٩٨ .
على زكي العرابي — الشفعة في القوانين المصرية ، مطبعة الشعب ، القاهرة ١٩٠٦ .
Balbaa (Abdel Salam) — La préemption en droit égyptien, Dijon, 1938. عبد السلام بلع

Fahmy (Mahmoud). — De la préemption immobilière en droit égyptien, Paris, 1928. محمود فهمي

Nasralla (Y.). — De la préemption dans le droit égyptien et dans ses rapports avec les retraits en droit français, thèse, Paris, 1897. نصر الله

Halton. — An elementary treatise on the Egyptian Civil Codes, vol. I, p. 160-179, Cairo, 1904. هالتون

De Hults. — Répertoire alphabétique de droit civil égyptien, t. III, p. 211-294, Chambéry, 1911. دي هلتس

فورجيير (Le Baron Adrien Forgeur) : الشفعة في القانون المصري ، مجلة مصر العصرية (L'Egypte Contemporaine) ١١ (سنة ١٩٢٠) ص ١١٧ — ١٣٤ ، ٣٠١ — ٣٨٣ .

Moh. Kamel Moursy. — De l'étendue du droit de propriété foncière en Egypte, étude historique, juridique et comparée, 1914. محمد كامل مرسى

محمد كامل مرسى — الأموال ، الطبعة الأولى ، ١٩٣٦ ، الطبعة الثانية ١٩٣٧ ، الطبعة الثالثة ١٩٤٣ .

عبد السلام ذهني — في الأموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ١٩٢٦ .
أحمد نجيب الهلالي — شرح القانون المدني : في البيع والهبة والمقايضة ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ١٩٢٤ ، الطبعة الثانية بالاشتراك مع الدكتور حامد زكي ، مطبعة نوري ، القاهرة . ١٩٤٠ .

فى الشفعة

١ — **النصوص الخاصة بالشفعة** — استمد الشارع أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية . وقد نص عليها أولا فى المواد ٩٣ — ١٠١ من المجموعة المدنية المختلطة ، وفى المواد ٦٨ — ٧٥ من المجموعة المدنية الأهلية . غير أن العمل أظهر أن أحكام المواد المذكورة ليست وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، ودعا الرجوع الى أحكام الشريعة ، لسد النقص ، الى تشعب الأحكام وناقضها بعضها مع بعض . فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة أورد فيه بعض الأحكام التى أقرتها المحاكم ، وأضاف إليها قواعد أخرى ، وصدر به الأمر العالى فى ٢٦ من مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة الى القضاء المختلط ، وفى ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة الى القضاء الأهلى . وهذا القانون هو المعمول به الآن ^(١) .

والشفعة ليست خاصة بالشريعة الإسلامية ، بل يوجد ما يشبهها فى القوانين الأخرى ، كما سنبينه فيما بعد .

٢ — **الشفعة لغة** — الشفعة بضم المعجمة وسكون الفاء ، وغلط من حركها ، مأخوذة من الشفع الذى هو ضد التوتر ، لما فيه من ضم عدد الى عدد ، أو شىء الى شىء . يقال شفع الرجل شفعما اذا كان فردا فصار له ثمان . فهى اسم لملك المشفوع بملك ^(٢) .

والأصل فى تسميتها هو أن الرجل فى الجاهلية كان اذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاد المجاور أو الشريك فشفع له فى أن يوليه اياد ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه ، فسمى ذلك شفعة ^(٣) .

٣ — **تعريف الشفعة** — لم تأت القوانين المصرية بتعريف للشفعة . واذا رجعنا الى الشريعة الإسلامية ، التى استمدت أحكامها منها ، نجد أنها عرفت

(١) وقد أعاد مشروع القانون المدنى الجديد (وقد أقره مجلس النواب وهو الآن بمجلس الشيوخ) الشفعة الى مكانها فى التقنين المدنى ، فى المواد ١٠٠٤ الى ١٠١٩ من هذا المشروع .

(٢) راجع المبسوط جزء ١٤ ص ٩٠ — نيل الأوطار ص ٨٠ — الزيلعى ص ٢٣٩ .

(٣) الخطاب ص ٣١٠ .

بأنها « حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن »^(١).

فهى حق اختياري للشفيع ، يستعمله اذا أراد ، أى أنه لا يكره على استعماله . وهى خاصة بالعقار . فلا تكون فى المنقول^(٢).

ويترتب عليها امتلاك العقار كله أو بعضه ، لأن الشفيع تارة يستحق كل المبيع ، وتارة يستحق بعضه فقط ، كما اذا تعدد الشفعاء وكانوا من درجة واحدة ، فانه يقسم بينهم بالتفصيل الذى سيأتى بيانه .

والأصل أن الشفعة لا تكون فى حالة نقل الحقوق التى دون الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن القانون فى المادة ٢ من قانون الشفعة جاء باستثناء لهذه القاعدة ، اذ أجاز لمالك الرقة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع من صاحبه كما سيجى^(٣).

ومتى ثبت حق الشفيع حق له امتلاك العقار « ولو جبرا على المشتري » ، لأن الغالب عدم رضاه ، فالشفيع يمتلك العقار المشفوع بتسليمه له اختيارا من المشفوع منه أو بناء على حكم ، وحتى فى هذه الحالة يعتبر الحكم عقد بيع حقيقى حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة^(٤).

وانما يجب على الشفيع أن يقوم بدفع الثمن والمصروفات التى قام المشتري بدفعها . ويقال لمن كان له حق الشفعة « الشفيع » كما تقدم^(٥) . وللعقار الذى تعلق به حق الشفعة « المشفوع »^(٦).

(١) مرشد الحيران المادة ٩٥ .

وقد عرفت فى مشروع القانون المدنى بأنها رخصة تجوز فى بيع انفجار الحلول محل المشتري فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد الخاصة بها (المادة ١٠٠٤) .

(٢) راجع ما سيجىء خاصا بالمال الذى تجوز فيه الشفعة (نبذة ٢٣٨) .

(٣) وقد أجاز مشروع القانون المدنى الشفعة لمالك الرقة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ، واصحاب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقة الملابس لهذا الحق أو بعضها ، وللا مالك الرقة فى الحكر اذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر اذا بيعت الرقة (المادة ١٠٠٥) .

(٤) راجع استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٦ (٤٨ ص ١١٣) ، ٧ يونيو ١٩٢٤ (٣١ ص ٢٠٩) .

(٥) المجلة المادة ٩٥١ .

(٦) المجلة المادة ٩٨٣ .

ولمَّا ك الشفيع الذى وجبت به الشفعة « المشفوع به » ^(١).

٤ — **الاستنباه بالغصب** — يذكر فقهاء الشرع كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب ، لمناسبة بينهما ، لأنه فى كل واحد منهما يملك مال الانسان بغير رضاه . وفرقهما أن الشفعة مشروعة ، والغصب غير مشروع ، بل هو عدوان محض . ويقول فقهاء الشرع كان القياس أن يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ، ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته ، لأنه يقع كثيرا فى المعاملات ، كاليبيعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها ^(٢).

٥ — **مُشْرُوعِيَّةُ الشَّفْعَةِ** — الشفعة فى الشريعة الاسلامية ثابتة بالسنة والاجماع :

بالسنة : للأحاديث العديدة الواردة فى شأنها ^(٣) :

١ — فعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

٢ — وعن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها .

٣ — وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم أربعة أوحائط لا ينحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به .

٤ — وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور .

٥ — وعن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : جار الدار أحق بالدار من غيره .

٦ — وعن الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ؟ فقال الجار أحق بسقبة ما كان .

(١) المجلة المدة ٩٥٣ .

(٢) حاشية الشلبى على شرح الزيلعى ص ٢٣٩ .

(٣) راجع كذلك نبذة ١٧ فقها بعض الفرح لهذه الأحاديث .

٧ — وعن عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء المسور ابن مخرمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال يا سعد اتبع منى بيتى فى دارك ، فقال سعد والله ما أتباعها ، فقال المسور والله لتبتاعن بها ، 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 بسقبة ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار فاعطاها إياه .

٨ — وعن عبد الملك ابن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقتهما واحدا^(١) . والاجماع : لما يرى من الأخذ بها فى كل زمان ومكان من غير تكبير على ذلك من أحد أئمة الاسلام^(٢) .

وزعم بعض الفقهاء أن القياس يأتى بثبوت حق الشفعة ، لأنه يتملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه ، وذلك لا يجوز ، فإنه من نوع الأكل بالباطل ، وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يخل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه » ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري فى إبطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره^(٣) .

وجاء فى نيل الأوطار^(٤) ما يختلف العلماء فى مشروعيتها الا ما نقل عن أبى بكر الأصم من انكارها .

٦ — حكمه مشروعيتها — حكمة مشروعية الشفعة اتصال ملك الشفيع بالشئ المشتري . فتجب لدفع ضرر المشتري عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة ، من حيث « اعلاء الجدار ، وإيقاد النار ، ومنع ضوء النهار ، وإثارة الغبار ، وإيقاف الدواب والصغار » ، لاسيما إذا كان المشتري يضاده فى الأخلاق والعادات^(٥) .

(١) راجع نبذة ١٧ .

(٢) المعاملات للشيخ أبى الفتح بك س ٦٣ —

(٣) المبسوط جزء ١٤ س ٩٠ .

(٤) س ٨٠ .

(٥) مجمع الأنهر ٢ س ٤٥٤ — ابن عابدين ٥ س ١٤٢ — الزيلعي ٥ س ٢٣٩ .

ولا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم ، والاخذ من المشتري ضرر محقق به ، لأنه غالب ، فيرفع قبل وقوعه ، والا فربما لا يمكن رفعه ^(١) .

وجاء في أعلام الموقعين ^(٢) أن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به . ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلطاء يكثر فيهم بقى بعضهم على بعض ، شرع رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك . فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، ويؤول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل الى حقه من الثمن .

وللشفعة مزية أخرى ، وهي منع تجزئه العقارات الى قطع صغيرة يبيعها لغير الجار والشريك ، اللذين باستعمالها حق الشفعة يضمنانها الى ملكهما ، فيضمنان تجزئتهما ^(٣) .

غير أنه لا يلزم ، لكي تثبت الشفعة ، أن يتحقق الضرر فعلا ، لأنه من المقرر شرعا وقانونا أنها تثبت متى توافرت في الشفع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة .

(١) شرح سليم باز على المادة ١٠٠٨ من الحجة — ابن عابدين ٥ ص ١٤٢ .

(٢) ص ٢٤٧ و ٢٤٨ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الجديد أن الرأي استقر على ابقاء الشفعة سببا لسكسب الملكية ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا الى ما للشفعة من فائدة في جمع ما تفرق من حق الملكية ، كضم حق الانتفاع الى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة . وأضافت المذكرة الايضاحية أن المشروع اذا كان قد اتجه الى استبقاء الشفعة فقد عمل من ناحية أخرى على التضييق في الأخذ بها ، اذ هي قيد يرد على حرية التصرف ، فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ومن ناحية الاجراءات . فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها ، اذ جعل قرابة الخواص المانعة من الأخذ بها تمتد الى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفع عن الشفعة قبل البيع ، وتقص المدة التي تسقط حق الأخذ بالشفعة الى ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع . وعالج من ناحية الاجراءات مسألة هامة بروح التضييق في الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفع أن يردع الحزاة مبلغا يساوى الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع .

ولا يجوز دفع دعوى المدعى بها بأن سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجله لم يكن محققا^(١).

٧ — مضار الشفعة وعدم التوسع فيها — ان فى استعمال الشفعة تقييدا لحرية الملكية ، وحرية التعاقد ، اذ بمقتضاها يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذى اشتراه رغم ارادته^(٢).

ولذلك يجب عدم التوسع فيها^(٣)، حتى ان علماء الشرع توسعوا فى مسقطاتها ، وبالغوا فى ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل فى اسقاطها^(٤).

وقد صدرت جملة أحكام من المحاكم الأهلية والمختلطة فى تضيق حق الشفعة : فقررت محكمة طنطا الابتدائية^(٥) أن الغرض الذى يقصده القانون من الشفعة هو حصرها فىمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال ملكية العين المشفوعة ، وهم الذين بينهم القانون ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل أن يأخذوا النصفقة لأنفسهم ، فيحلون محل المشتري بالرغم منه ومن البائع ، ولذا لا يمكن لغير الشفعاء الذين عينهم القانون أن يستفيدوا من ذلك الحق الاستثنائى ، لا مباشرة ولا بطريق التحايل ، فيجب رفض طلب الشفعة اذا كان الغرض منه المضاربة^(٦) ، كما لو كان الجار غير قادر على دفع الثمن واتفق مع شخص آخر على أن يدفعه مقابل أخذه جزءا

(١) استئناف أهلى ١٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلمور ويوسف شوق بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ — راجع ما سيجىء نبذة ٩ .

(٢) راجع استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) ، ٣١ ديسمبر ١٩١٧ (٣٠ ص ١١٢) ، ١٢ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٢٣ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ أبريل ١٨٩٥ (٧ ص ٢٥٧) ، ٨ يونيو ١٨٩٨ (١٠ ص ٣١٢) ، ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨) ، ٢٣ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) ، ٢٦ أبريل ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) ، ٣١ ديسمبر ١٩١٧ (٣٠ ص ١١٢) .

(٤) راجع ما سيجىء خاصة باستعمال الحيل نبذة ٩٩ وما بعدها .

(٥) ٢٢ أبريل ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف ضيا وجمال الدين أباطه) المجموعة ٢٠ ص ٢٧ رقم ٢٣ . الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٨ الحقوق ٣٤ ص ١٤١ .

(٦) راجع استئناف مختلط ٢٣ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) ، ١٢ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) .

من العقار المشفوع^(١).

وقضت محكمة بنى سويف الابتدائية^(٢) أنه يعد باطلا لبنائه على سبب فاسد ومخالف للقانون التعاقد الذى يتعهد به شخص بتقديم النقود اللازمة لشفيع ليأخذ أرضا بالشفعة ، ثم يتقاسمها معه ، لأن مثل هذا العقد يقصد به الانجار والرجح من طلب الشفعة بطريق غير شرعى ، وبناء على ذلك اذا تواطأ طالب الشفعة مع المشتري ، وتنازل عن دعوى الشفعة ، فليس لمقدم المال أن يطالب الشفيع بتعويض . وحكم بأن حق الشفعة الذى للجار هو حق خاص به ، فليس له أن يتنازل عنه أو أن يستعمله لمصلحة شخص آخر ، وبذلك يجعله محلا للمضاربة . فيجب رفض دعوى الشفعة التى يحركها الجار لمصلحة شخص آخر قدم مصروفات الدعوى ووعد الجار بمكافأة فى حالة كسبه الدعوى المرفوعة ، وكذلك دعوى الجار المرهونة أملاكه والذى ليس لديه ما يستطيع به استعمال الشفعة لحسابه الخاص^(٣).

وحكم بأنه لما كان حق الشفعة من الحقوق الاستثنائية الخارجة بطبيعتها عن الحد ، فلا يجوز امتداده بطريق التزويل والاستنتاج ، بل من الواجب حصره فى أضيق حدوده ، وعلى ذلك لا يمكن سريانه بحجة المجاورة أو المنفعة أو التبعية اللازمة على قطعة أرض غير مجاورة لملك الشفيع ولا لباقي الأرض المشفوعة ، حتى لو كانت تلك القطعة بيعت بثمن واحد مع باقى الأملاك المجاورة لها^(٤).

(١) راجع استئناف ٢ يناير ١٩١٢ (دائرة عبد العزيز كحيل بك وعلى ذو الفقار بك ومستر مارشال) المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ القهرست العصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٣ ، وقد أيد هذا الحكم فى هذه النقطة حكم محكمة الزقازيق ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاة حافظ لطفى وبجي صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٢ ص ٦٣ — ومصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك وأحمد عزى بك والقاضى محمد صالح) الحقوق ١٤ رقم ٣١ ص ٦٦ .

(٢) بنى سويف الابتدائية ٢٠ مايو ١٩٠٣ (دائرة محمد مظهر بك والقاضى محمد فضل والقاضى عبد اللطيف على) ، الاستقلال ٤ رقم ١٨١ ص ١٧١ ، وقد تأيد هذا الحكم فى الاستئناف فى ٢٠ ديسمبر ١٩٠٤ (دائرة يحيى إبراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوجلن) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ إبريل ١٩٠٠ (١٢ ص ٢٣١) .

(٤) استئناف مختلط ١٠ فبراير ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٤) .

راجع كذلك استئناف مختلط ٨ يونيو ١٨٩٨ (١٠ ص ٣١٣) ، ٢٣ إبريل ١٩٠٣ (١٥٦ ص ٢٦١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٢٨٦ ، ١٢ إبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) .

على أنه قد قضى على عكس ذلك ، بجواز استعمال الشفعة ، حتى لو كان القصد منها المضاربة ، أو كان القصد بيع العقار المشفوع الى شخص آخر^(١) ، لأن كل شفعة يوجد فيها مضاربة speculation . ويستحيل تصور شفعة تكون فيها المنفعة لعقار الشفيع ، ولا يكون فيها في ذات الوقت منفعة شخصية للشفيع نفسه^(٢) . وبأنه ليس للقاضي أن يرفض دعوى الشفعة التي ترفع على حسب الشروط المدونة في القانون بحجة أنها استعملت بقصد المضاربة^(٣) ، اذ لا يوجد في القانون نص يقضى بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة . وكل مضاربة تكون مشروعة مادام القانون لم يحرمها^(٤) .

ونحن لا نوافق على هذا الرأي الثاني .

ولكن اذا لجأ الشريك في الملك الى غيره للحصول على المال اللازم لاستعمال حق الشفعة ، فلا يكون لعمله صفة المضاربة غير الجائزة أو المشروعة^(٥) . وقد حكم بأن طلب الشفعة الذي يقدم في حالة من الأحوال المذكورة في القانون لا يمكن أن ترفضه المحكمة بحجة أن الشفيع لم تكن لديه النقود اللازمة ، وأنه اقترضها بشروط تجعل الوفاء بها عسيرا^(٦) .

٨ — بروت الشفعة ولو لم يتحقق الضرر^(٧) — اذا توافرت في الشفيع

الشروط المقررة للأخذ بالشفعة فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذي شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس متحققا^(٨) ، لأنه مهما يكن من الحكمة التي

(١) راجع استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) ، ١٤ يونيو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٣١) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٦٢) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

(٥) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .

(٦) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر ١٩١٢ (٢٥ ص ٩٠) .

(٧) راجع ما تقدم نبذة ٦ .

(٨) استئناف مصر ١٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلمور ونوسف شوقي بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ ، ١٧ نوفمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٦٩ ، ١٥ ديسمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧١ — مصر الابتدائية حكم استئنافي ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ — استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

توخاها الشارع في تقرير حق الشفعة فإنه طرد الباب وأطلق الحكم ، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت في حالته حكمة ذلك الحق ، فلا محل للتخصيص والتقييد^(١) .

خصائص حق الشفعة

٩ — من استثنائي — حق الشفعة حق استثنائي بينما . لأن فيه تقييدا

لحرية التعاقد ولحق الملكية ، فمقتضاه يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذي اشتراه ، ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذي أراد البيع له ، وقد يتفق أن يكون عامل المشتري معاملة ممتازة . من حيث الثمن أو شروط البيع ، لاعتبارات خاصة موجودة فيما بينهما ، فيستفيد الشفيع من هذه المعاملة ، وإن كانت لا توجد هذه الاعتبارات بالنسبة اليه .

ولذلك يجب كما قلنا عدم التوسع في تفسير نصوص حق الشفعة^(٢) . وقد حاطه الشارع نفسه بجملة قيود ، فنص على أن لاشفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم والعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة (المادة ٣ الفقرة ٢) ، ونص على وجوب استعماله في مواعيد قصيرة بينها ، والا سقط الحق فيه ، إلى غير ذلك من القيود التي تراها مفصلة في مواضع أخرى من هذا الكتاب .

١٠ — من عقارى — حق الشفعة حق عقارى ، لأنه لا يقع الا على

العقارات . وسنفصل ذلك عند بحث ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب .

١١ — من غير قابل للتجزئة — الشفعة حق غير قابل للتجزئة . فالشفيع

(١) ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحميد بدوى و خليل عفت وصالح جعفر) .

المحكمة ١ رقم ٦١ ص ٣٤٠ الجدول العشري الأول للمعاملة رقم ٩٧١ .

استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٧٤) المحكمة ١٧ ص ٧٩٦ رقم ٤٠٠ .

لا يجوز الدفع بانعدام مصلحة الشفيع إلا في حالة تعدد الشفعاء بالجوار حيث ثبتت الشفعة بالأولوية للشفيع الذي تعود أكبر منفعة للملك من العقار المشفوع ، وبالعكس في أحوال تعدد الشركاء على الشاع فإن حق الشفعة يكون لكل منهم بنسبة حصته

(٢) راجع بنية ٧ .

أن يطلب كل العقار المبيع اذا توافرت لديه شروط الشفعة . وليس له أن يطلب جزءا منه لحسب ، ويترك الباقي . وسيجيء تفصيله فيما بعد .

١٢ — هل الشفعة حق عيني ؟ — اختلف في ذلك .

ومن رأى بعض الأحكام أنها حق عيني :

فقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة وان كانت من حق كل مالك في حالة بيع عقار جاره ، وتكون له في كل مرة يباع فيها هذا العقار ، فإنها مع ذلك ليست حقا شخصيا بالمعنى الذي ينخصه القانون لهذه العبارة ، مقابل عبارة الحق العيني . فالشفعة حق عيني حقيقي ، ومصدر هذا الحق وأساسه هو الحق العيني لملكية العقار الشافع التي تخول مالك هذا العقار حقا على العقار المشفوع ^(١) Jus ad rem .

وجاء في حكم آخر لمحكمة الاستئناف المختلطة أن حق الشفعة حق عيني يتولد من حق ملكية العقار وينتقل من مالك الى مالك بانتقال المالك من شخص الى شخص ^(٢) .

ورأت كذلك بعض المحاكم الأهلية أن الشفعة حق عيني ثابت على العقار ، وأنه متى ترتب هذا الحق بمجرد حصول البيع فيكون تابعا للعقار في يد أى كان . ولا يزول عنه الا بمسوخ قانونى ، كاستئصال صراحة أو دلالة ، وعدم المطالبة به لمدة معينة قانونا ^(٣) .

وقرر بعض الأحكام أن الشفعة حق شخصى . لا يمكن استعماله لمصلحة شخص

(١) استئناف مختلط أول مارس ١٩٢١ (٣٣ س ١٩٠) . راجع كذلك ٤ ابريل

١٨٨٩ (١ س ١٤٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ الحاماة ٤ رقم ٥٩٥ س ٧٨٧ الجدول العنصرى

الأول للحاماة رقم ٩٧٦ .

(٣) استئناف أهلى ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدى بك ومسيو دى هلتس ومسيو

كامران) المحاكم ٦ س ٧١٦ .

استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر ١٨٩٤ (دائرة أحمد عثيمين بك وعمر رشدى بك وكوربت

بك) المحاكم ٦ س ٤٢٩ .

استئناف أهلى ٢٢ يونيو ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد

بك) الحاماة ٦ رقم ١٠٢ س ١٤٠ .

آخر أو التنازل عنه للغير ^(١) .

وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة ليست حقا عينيا ، وأنه وإن كان غرض الشفيع الحصول على الملكية ، لكنه لا يصل إليها إلا بواسطة عقد بالحلول قبل البائع محل المشتري في كل حقوقه والتزاماته . ومعنى هذا أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية ، بل حقا شخصيا ، وهو الحق في أن يصير مشتريا بالأفضلية على الشفوع منه ، ولو ضد إرادة البائع ، وبذلك تكون له الحقوق التعاقدية التي كانت للمشتري السابق ^(٢) .

وحكم بأن المادة ٦٦ (من القانون المختلط) قد أوردت الشفعة بين طرق اكتساب الملكية ، والدعوى التي يطالب بها حق الشفعة مصدرها وسببها ليس رابطة التزام ، وإنما حالة قائمة متعلقة بمقار ، ويترتب عليها الزام المشتري بترك ملكية العقار لمصلحة الجار بسبب صفة كونه مالكا للعقار المجاور . فالدعوى إذن دعوى عينية حقيقية ^(٣) .

وحكم بأن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية بما أن موضوعها عقار معين يطالب الشفيع بالحلول في ملكيته محل المشتري أيا كان ^(٤) .

وحكم بأن دعوى الشفعة ليست حقا عينيا Jus in re ، بل هي دعوى شخصية للحلول في حقوق المشتري une action personnelle en subrogation dans les droits de l'acquéreur (jus ad rem) ، ولا يكتسب الشفيع الملكية إلا بالتسليم الاختياري أو بحكم القضاء ^(٥) .

(١) استئناف مختلط ٢٦ إبريل ١٩٠٠ بریاسة Korizmico (١٢ من ٢٣١) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩٠ من ٤٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ بریاسة Baviera (٣٩ من ١٠٢) ، ١٠ مارس ١٩٣٦ (٤٨ من ١٧٤) .

(٣) استئناف مختلط ١١ مايو ١٨٩٢ (٤ من ٢٥٩) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩٠٢ بریاسة Korizmico (١٤ من ١٦٣) ،

أول مايو ١٩٠٢ بریاسة Korizmico (١٤ من ٢٧٥) .

(٥) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ من ٤٢) ، ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ من ١٠٢) .

وحكم بأنها وإن لم تكن دعوى عينية عقارية ، فإنها ليست دعوى شخصية ، بما أن الغرض منها اكتساب ملكية عقار ^(١) .

ورأى بعض الأحكام أنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحاً في القانون المدني أنها طريقة من طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية ، كالعقود والهبة والميراث ووضع اليد بدون فرق ، ولا يتصور أن السبب المنتج للحق العيني يسمى نفسه حقاً عينياً ، فليست إذن الشفعة حقاً من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء ، كالملكية أو حق الانتفاع ، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني ، أو بعبارة أخرى هي مجرد اباحة للتوصل إلى اكتساب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة ، وهذه الاباحة لا تنتج حقاً إلا إذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به ^(٢) .

وجاء في حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف ^(٣) ، القاضي بأن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي :

« وحيث أن الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائياً بالقضاء أو بالرضا حقاً تاماً ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأي ومشئئة ، أو بعبارة علماء القانون Simple faculté ، وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لاحق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث أنه من جهة

(١) استئناف مخطوط ١٤ مايو ١٩٠٨ برئاسة Moriondo (٢٠ من ٢٢٩) .

(٢) استئناف أهل ٢ أبريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستربوند وقاسم أمين بك)

القضاء ٣ ص ١٠٧ .

(٣) ٣ مايو ١٩٣٠ (برئاسة كامل إبراهيم بك وحضور السيد محمد عبد الهادي الجندي بك ومحمد فريد الشافعي بك ومصطفى محمد بك وعبد العظيم راشد باشا ومحمد فهمي حسين بك وأحمد نظيف بك ومحمود المرجوشي بك وعبد الباقي زكي القشيري بك وعلام محمد بك ومصطفى حنفي بك ومحمود علي سرور بك وعلي حيدر حجازي بك وأحمد مختار بك ومحمد نور بك وسليمان السيد سليمان بك وعلي زكي العرابي بك) المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ .

أخرى فانه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فإذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ولا تنتقل لمن آل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقته ، وبناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهي حادثة بعد البيع . وحيث ان هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها فوجب العمل بها .

ويقول الأستاذ عبد السلام ذهني بك^(١) ان حق الشفعة شخصي عيني : شخصي بالنسبة الى الشفيع ، وعيني بالنسبة الى العقار المشفوع فيه .

ومن رأى مسيو دى هلتس أن حق الشفعة حق شخصي متعلق بشيء droit personnel ad rem مرتبط بالشخص الذي تتوافر فيه الشروط الواجبة وقت بيع العقار الذي تترتب عليه الشفعة ، ولا ينتقل مع ملكية العقار اذا بيع بعد هذا الوقت^(٢) .

ولكن دى هلتس لا ينظر الى حق الشفعة الا من وجهة واحدة ، وهي وجهة صاحب الحق الذي تتوافر فيه وقت البيع الشروط المطلوبة للأخذ بالشفعة ، فان له حقا شخصيا ، بمعنى أن حق الشفعة خاص به ، ولا ينتقل الى ورثته ، ولكن الشفيع في ذلك مثل صاحب حق الانتفاع ، فان حقه لا ينتقل الى ورثته ، ومع ذلك فلا خلاف في أنه حق عيني .

ومن رأى مسيو فورجير أنه حق شخصي ، لا عيني^(٣) .
ومن رأى الأستاذ السنبورى^(٤) أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، بل هي واقعة قانونية طبيعية ، وهي من أسباب اكتساب الملكية ، فهي ليست بحق ، بل هي مصدر للحق^(٥) .

(١) « في الأموال » نبذة ٤٥٩ ص ٦٥٢ .

(٢) دى هلتس ، شفعة ، نبذة ٦ .

(٣) فورجير ص ١٢٢ : un droit personnel, non réel, un jus ad rem et non un jus in re.

(٤) في كتابه « النظرية العامة للالتزامات » الجزء الأول (نظرية العقد) ص ٧٥ (هامش) .

(٥) قارن حكم الاستئناف الأهلي ١٢ ابريل ١٨٩٥ السابقة الاشارة اليه .

وعندنا أن حق الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية، وهو أقرب الى الحق العيني منه الى الحق الشخصى . فالشفيع بمقتضاه ما يشبه حق التبعية وحق الأولوية للذين يخولها الحق العيني :

حق التبعية droit de suite : لأن للشفيع أن يطلب العقار من هو فى يده ، أيا كان . فإذا باع المشتري العقار الى آخر فلا شفيع الحق فى طلبه من المشتري الجديد (المادة ٩ من قانون الشفعة) . ويستنتج من ذلك أنه لو كان الحق شخصيا فإن صاحب الحق لا يتقاضى حقه الا من شخص معين .

وحق الأولوية droit de préférence : لأن الشفيع مقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع ، اذا توافرت فيه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة ، ومتى قام بالاجراءات التى يوجبها القانون . وقد جاء فى المادة ١٢ من قانون الشفعة أن « كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لايسرى على الشفيع »^(١).

١٢ مكررا — صفة الشفيع — الشفيع ليس من الغير فيما يتعلق بالبيع . فهو خلف البائع . وقد خوله القانون دعوى بمقتضاها يطلب حله محل المشتري فى الانتفاع بالبيع وحقه شخصى له . فبالنسبة الى الجار مثلا لا يكون هذا الحق الا للجار المالك وقت البيع .

وقد حكم بأنه لا يكون للمحول اليه^(٢)، ولا للخلف العام أو الخاص^(٣) ، ولا للغير الذى يرفع الجار الدعوى بدلا منه مقابل أجر^(٤).

(١) وقد جاء فى مشروع القانون الذى الجديد أن الشفعة رخصة تحيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري (المادة ١٠٠٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ابريل ١٩٠٠ (١٢ ص ٢٣١)

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٤٩) ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٨ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٤٠) ، ١١ يناير ١٩٣٨ (٥٠ ص ٩١) (بالنسبة

الى الوارث) — راجع ما سيجىء بخصوص توارث حق الشفعة (نبذة ٣٨٣ وما بعدها) .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ ابريل ١٩٠٠ (١٣ ص ٢٣١) ، ١٨ يناير ١٩٣٨ (٥٠ ص ١٠٤) .

القانون الواجب تطبيقه في الشفعة

١٣ - قانونه الشفعة الخاص بها - للشفعة قانون خاص في مصر^(١) ،
فيجب اذن العمل بأحكامه وتطبيقها^(٢) .

وبما أن الشفعة تتولد بين الشئع والبائع والمشتري معا فيطبق القانون الأهلي
إذا كانوا كلهم وطنيين ، والقانون المختلط إذا كانوا كلهم أو أحدهم من الأجانب^(٣) .
وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المحاكم المختلطة تكون مختصة
بالنظر والفصل في دعوى الشفعة إذا رفعها بعض الشركاء على الشيوع ضد شريك
على الشيوع من الوطنيين إذا وجد أجنبي بين الشركاء على الشيوع طالبي
الشفعة^(٤) .

وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الشفعة تكون خاضعة للقانون التابع

(١) راجع نبذة ١ .

وقد نص على الشفعة في مشروع القانون المدني في المواد ١٠٠٤ الى ١٠١٩ .
(٢) طعنا الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة بطرس يوسف بك والقاضي محمد صدقي
والقاضي محمد زكي) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ الفهرست الأولى للمجموعة رقم ٧٧٣ :
لا تسرى أحكام الأمر العالي الصادر في ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ متعلقا بالشفعة على ما قبلها من
الزمن إذا كان طلب الشفعة تقدم قبل صدور هذا الأمر العالي . وبناء على ذلك فمسائل المتعلقة
بشروط الشفعة والمواضع الواجب مراعاتها فيها يسرى عليها القانون السابق على ذلك الأمر العالي .
استئناف مصر الأهلية ١٧ مارس ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد
زبور بك) المجموعة ٦ رقم ١٤ ص ٢٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦٧ : لا تنطبق
قواعد قانون الشفعة من حيث سقوط الحق فيها على دعوى شفعة سابقة على صدور هذا القانون .
وراجع نقض ٨ يونيو ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ ملحق القانون
والاقتصاد ٩ رقم ٥٤ : ان الشريعة الاسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية
تطبيقه الا في خاصة العلاقات المدنية التي نشأت في ظلها قبل انشاء المحاكم الأهلية وفيما أحاله القانون
اليها ، كالمراث والحكر ، أما ما أخذه الشارع من أحكامها وطبعه بطابعه وأدجه في القوانين ،
كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجاري ، فانه يكرن
قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متفيدة فيه بأراء أئمة الفقه الاسلامي ، وقضاؤها
في ذلك خاضع لرئاسة محكمة النقض .

(٣) قارن مادتي ١٤ و ١٨ من قانون الشفعة .

(٤) استئناف مختلط ٤ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٩٢ ص ٢٧١ الجدول العشري
الأول للمحاماة رقم ١١٠٠ .

له كل من المشتري والشفيع فقط ، لأنهما الخصمان الحقيقيان ^(١) . وقد جاء في أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفيع والمشتري في الدعوى الحالية أهليان فلا ينطبق عليهما القانون المختلط وان كان البائع أجنبيا .

» وحيث انه لا يمكن انطباقه عليهما أيضا باعتبار كونه قانون عقد البيع الذي تولد عنده الحق المتنازع فيه ، لأن الشفعة ليست من الحقوق الاتفاقية ، أى التى تنتج من اتفاق المتعاقدين وتتكون من اتحاد ارادتهما ، بل هى من الحقوق القسرية التى مصدرها القانون ، وعلاقتها بالبيع علاقة مناسبة لا علاقة نسيب ، فلا يبحث عنها فى اتفاق المتبايعين ، ولا فى القانون الذى يحكم اتفاقهما باعتبار أنه هو الملحوظ لهما وقت التبايع ، بل فى القانون الذى يخضع اليه الشفيع والمشتري اللذان هما الطرفان الحقيقيان لها ، كالحق فى نزع الملكية للمصلحة العامة لا يرجع فيه الى القانون الذى اكتسب المالك بموجبه الملك المراد نزعه ، بل الى القانون الذى يخضع هو والحكومة لسلطانه ، ولا فرق بين الحقين ، لأن كلا منهما مصدره القانون وموضوعه نزع الملك قهرا عن صاحبه وغايته فائدة الغير من مصلحة عامة أو خاصة .

« وحيث ان لائحة الشفعة الصادرة للمحاكم الأهلية لا تنطبق أيضا على هذه الدعوى لتولد الحق فيها واقامتها قبل وجوب العمل بها ، وليس وجوب ادخال البائع فى الدعوى الذى قضت به هذه اللائحة من أحكام المرافعات كما فهمت خطأ محكمة أول درجة ، بل هو من الأحكام المتعلقة بالحق ، لأنه شرط فى صحة استعماله ، اذ لا معنى لاختصاص شخص فى دعوى الاستعمال الحق الذى هو موضوعها ضد من له شأن فيه ، فلا يسرى عليه الا القانون الذى يسرى على الحق نفسه » .

ولكن هذا رأى غير سديد ، لأن القانون نفسه أوجب ضرورة وجود البائع فى دعوى الشفعة ، وللبائع مصلحة فى ذلك ، ولا يمكن أن تحكم فى أمر

(١) استئناف أهلى ٢٥ ابريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد زيور بك وأحمد موسى بك) المجموعة ٧ رقم ٨ ص ١٣ .

مصالحه الا المحكمة المختصة^(١) .

١٤ - **اختلاف النص العربي والفرنسي** - من رأى محكمة مصر الابتدائية^(٢) أنه اذا اختلف النص العربي عن النص الفرنسى فى قانون الشفعة ، فان الذى يجب تطبيقه أمام المحاكم الأهلية هو النص العربى ، لأنه هو الذى عرض على مجلس شورى القوانين ، وتناقش فيه وصدق عليه ، وهو الذى صدر به القانون فعلا ، وكلف الناس باتباعه ، فلا يمكن ترك القانون والرجوع الى نصوص ربما وجدت أمام الشارع ولكنه لم يصدرها بالفعل ، كما أنه ليس من العدل ولا من النظام مؤاخذة الناس بنصوص خفية وغير رسمية وخارجة عن القانون وتناقض نصوصه ولم تنشر على الناس ولم ينبهوا اليها بأى طريق من الطرق المعروفة فى القانون ، وانما يمكن الرجوع الى النص الفرنسى اذا كان النص العربى غامضا بتفسيره ولمعرفة المعنى الحقيقى الذى يرمى اليه ، ولكن اذا تناقض النصان فلا يمكن اهمال النص العربى والأخذ بالنص الفرنسى ، لأن معنى ذلك إلغاء القانون الذى صدر فعلا والعمل بنصوص لم يصدر بها القانون .

وقد قررت محكمة مصر ذلك بمناسبة تفسير المادة ٣ من قانون الشفعة ، الخاصة بالبيع بالزيادة ، والتي تعارضت فيها أحكام المحاكم .

ومن رأينا أنه يجب العمل بالنص الفرنسى ، فى مثل هذه الحالة ، لأنه الأصل فى قانون الشفعة ، فقد وضع هذا القانون باللغة الفرنسية ، وصدر أولا بالنسبة الى المحاكم المختلطة ، ثم ترجم ، وصدر بعد ذلك بالنسبة الى المحاكم الأهلية . ولم يطرح هذا القانون للمناقشة أمام مجلس شورى القوانين ، كما ذكر ذلك خطأ فى حكم محكمة مصر الابتدائية^(٣) .

(١) زكى العرابى باشا نبذة ٩٠

(٢) مصر الابتدائية الأهلية ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى عفيفى عفت والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ س ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠١ .

(٣) راجع أسبوط الابتدائية استثنائى ٢٩ يناير ١٩٢١ (دائرة محمد عبد الهادى الجندى بك والقاضى عبد الله محمد والقاضى محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ س ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ س ٨٨ المحاماة ١ رقم ٩٨ س ٤٨٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٣ . وراجع قضا ٣١ مايو ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١١٥ سنة ١٤ القضاية (مشارليه نبذة ١٤١) =

١٥ — الرجوع الى أمم السريعة — عند عدم وجود نص صريح يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن معظم أحكام حق الشفعة مأخوذ منها . وقد قضت بذلك المحاكم المختلطة والأهلية ^(١) .

وليس القاضى مقيدا بالأخذ بأحكام مذهب مخصوص من المذاهب الشرعية ، أولا لعدم وجود نص قانونى يلزمه بذلك ، وثانيا لأن قانون الشفعة نفسه استمد أحكامه من مذاهب مختلفة كما سترى . فللقاضى إذن أن يأخذ بأى حكم من أحكام الشريعة يراه موافقا لقواعد العدالة بسبب عدم وجود نص فى القانون ، بناء على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، المقابلة للمادة ١١ من القانون المدنى المختلط .

وليس للقاضى كذلك أن يأخذ بأى نص من أحكام الشرع اذا رآه غير موافق لسياق نصوص قانون الشفعة ، لأن هذا القانون جاء ببعض نصوص تخالف أحكام الشريعة ^(٢) .

من لهم حق الشفعة

(١) فى الشريعة الإسلامية

١٦ — انصرف فى الرأى — لم يتفق الأئمة على ثبوت الشفعة الا للشريك فى الملك ^(٣) ، واختلفوا فيما عدا ذلك .

== وقارن نقض ١٩ مايو ١٩٣٨ المجموعة ٣٩ رقم ١٩٤ القهرست العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٣ .

(١) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٨٩٢ (٥ س ٤٦) .

بندر طنطا الجزئية (القاضى محمود صادق بك) ٢٥ فبراير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ١٥٠ س ٦٢٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٧ مرجع القضاء ٤٦٢٨ .

وراجع نقض ٨ يونيو ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٨٩ ص ٤٧٥ المتقدم ذكره . وقارن استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستربوند وقاسم أمين بك) القضاء ٣ ص ١٠٧ .

(٢) استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ المحاكم ٦ عدد ٢٣٧ — استئناف مصر ، دوائر مجتمعة ، ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ — زكى الغراني نبذة ٨ .

(٣) كتاب الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٦ .

فقال أبو حنيفة وأهل العراق الشفعة على مراتب ، يقدم فيها الشريك في نفس المبيع^(١) ، ثم الشريك في حقوق المبيع^(٢) ، ثم الجار المالك بعدها^(٣) .
وذهب الشافعي وأحمد ومالك وأهل المدينة الى أن لاشفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع^(٤) .

١٧ - مبيع الفأيلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار^(٥) :

- (١) منع مضايقة الجار ، فان الجار قد يسيء الى جاره غالبا أو كثيرا ، فيعطي الجدار ، ويتبع العثار ، ويمنع الضوء ، ويشرف على العورة ، ويطلع على العثرة ، ويؤذى جاره بأواع الأذى ، كما يشهد به الواقع .
- (٢) ما أوصى به الله ورسوله في القرآن والسنة من اكرام الجار والاحسان اليه .
- (٣) الحكم بالشفعة ثبت في الشركة ، لافضاؤها الى ضرر المجاورة ، فانهما اذا اقتسما تجاورا . ولهذا اختصت بالعقار دون المنقولات . فاذا ثبتت في الشركة في العقار ، لافضاؤها الى المجاورة ، لتحقيق المجاورة أولى بالثبوت فيها .
- (٤) هذا معقول النصوص لو لم ترد بالثبوت فيها ، فكيف وقد صرحت بالثبوت فيها أعظم من تصريحها بالثبوت للشريك :

(١) فعن عمرو بن الشريد قال « وقفت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال يا سعد ابتع مني بيتي في دارك ، فقال سعد والله ما أبتاعها ، فقال المسور والله لتبتاعنها ، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، قال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول الجار أحق بسقبة ما أعطيتكها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ،

(١) راجع نبذة ٢٥ .

(٢) راجع نبذة ٢٦ وما بعدها .

(٣) المبسوط للرخسي ص ٩٤ .

(٤) كتاب رحمة الأمة ٢ ص ٣٧ - الترمذي في جامعه ، حاشية الشلبي ص ٢٤٠ .

(٥) راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها .

فأعطاها إياه ^(١).

(ب) وعن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « جار الدار أحق بالدار من غيره » ^(٢).

(ج) وعن الشريد بن سويد قال « قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ، فقال الجار أحق بسبقه ما كان » ^(٣).

(د) وعن عطاء عن جابر قال « قال النبي صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا » ^(٤).

(١) قوله « اتبع بيتي » ، بلفظ التثنية ، أى البيتين الكائنين فى دارك .

وقوله « فقال المسور » فى رواية أن أبارافع سأل المسور أن يساعده على ذلك .

وقوله « منجمة أو مقطعة » شك من الراوى ، والمراد مؤجلة على أقساط معلومة (نيل الأوطار ص ٨٥ — ٨٦) .

(٢) قوله « أحق » فى شرح السنة هذه اللفظة تستعمل فىمن لا يكون غيره أحق منه . والصريك بهذه الصفة أحق من غيره ، وليس غيره أحق منه . وقد استدل بهذا القائلون بثبوت الشفعة للجار ، وأجاب المانعون بأنه محمول على تعهده بالاحسان والبر بسبب قرب داره ، وكذا قال الشافعى (نيل الأوطار ص ٨٤ — ٨٥) .

(٣) قال البغوى ليس فى هذا الحديث ذكر الشفعة ، فيحتمل أن يكون المراد به الشفعة ، ويحتمل أن يكون أحق بالبر والمعونة .

قوله « أحق بسبقه » بفتح السين المهملة والقاف وبعدها باء موحدة ، وينبوز فتح القاف واسكانها (نيل الأوطار ص ٨٤ — ٨٥) . والسبق القرب ، والمراد منه الشفعة ، وتنبوز كتابته بالسين والصاد جميعا كالصراط . يقال دار فلان بسبق دار فلان ، أى بقرب منها ، وأبيات القوم متساقبة أى متقاربة . وسقت الدار وأسقت لفتان فصيحتان ، والمترل سقب ومسقب (حاشية الشلبى ص ٢٣٩ — ٢٤٠) — والسبق بالسين القرب والمجاورة ، وبالصاد الأخذ والاتزاع (المبسوط ص ٩١) .

وقوله « ما كان » : له معنيان ، أحدهما أن المراد من كان ، فإن ما تذكر بمعنى من ، قال الله تعالى والسماء وما بناها ، فهو دليل على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر والملوك والصغير والكبير والمسلم والذى . والثانى أن المراد بقوله ما كان أى ما كان يحتمل القسمة أولا يحتمل القسمة — فيكون دليلا لمن يقول بثبوت الشفعة فيما لا يحتمل القسمة — والبعض كالشافعى يقول بعدم ثبوت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة (راجع ما سيجىء نبذة ٢٠ وما بعدها — المبسوط ص ٩٢ — ٩٣) .

وبظاهر هذا الحديث يستدل من أوجب الشفعة فى بعض المنقولات ، كالسفن ونحوها ، وهو قول أصحاب الظواهر (المبسوط ص ٩٣) .

(٤) قوله « ينتظر بها » مبنى للمفعول .

وقوله « اذا كان طريقهما واحدا » فيه دليل على أن الجوار بمجرد لا تثبت به الشفعة ، بل لا بد معه من اتحاد الطريق (نيل الأوطار ص ٨٦ — ٨٧) .

(هـ) وعن أبي سعيد الخدري « قال ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره » . والخليط هو الشريك في نفس المبيع ، والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع ، كالشرب والطريق . وقيل على عكس ذلك ، فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع ، فالشريك يكون في نفس المبيع ، والخليط يكون في حقوق المبيع ، سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك ، والشفيع هو الجار . وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب ، وأن البعض مقدم على البعض بقوة سببه ، وهذا انما يتأتى على مذهب من يثبت الشفعة لغير الشريك^(١) .
وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

(و) وعن جابر أيضا « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان له جار في حائط أو شريك فلا يبيعه حتى يعرضه عليه » .

(ز) وعن هشام بن المغيرة الثقفي ، قال سمعت الشعبي يقول « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب » .

(٥) ان حق الأصيل ، وهو الجار ، أسبق من حق الدخيل ، وهو المشتري ، وحكمة الشفعة في الشركة متوافرة في حالة الجوار ، والضرر منه دائم متأبد ، ولا يندفع ذلك الا برضاء الجار ، ان شاء أقر الدخيل على جواره له ، وان شاء انتزع الملك بثمنه^(٢) .

ولا يرد بحالة المستأجر مع المالك ، فان منفعة الاجارة لا تتأبد عادة كحالة الجوار .

١٨ — مبحث المبطلين لشفعة الجوار^(٣) :

(١) النصوص :

(١) فمن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم

(١) المبسوط ص ٩١ — ٩٢ .

(٢) المبسوط ص ٩٥ .

(٣) راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها .

يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ^(١) .

(ب) وعن جابر أيضا « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، ربة أو حائط ، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ^(٢) .

(٢) ان الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجيه من التزام في المرافق والحقوق والتعديل والتغيير والافضاء الى التقاسم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه .

(١) قوله « في كل ما لم يقسم » ظاهر هذا العموم ثبوت الشفعة في جميع الأشياء وأنه لا فرق بين الحيوان والجماد والمقول وغيره . وقد ذهب الى ذلك العترة ومالك وأبو حنيفة وأصحابه (راجع ما يقال خاصا بشفعة المنقول) .

وقوله « فاذا وقعت الحدود » أى حصلت قسمة الحدود في المبيع ، واتضحت بالقسمة مواضعها . وقوله « وصرفت في الطرق » ، بضم الصاد وتخفيف الراء المكسرة ، وقيل بتشديدها ، أى بينت مصارفها ، وكأنه من التصريف والتصرف . قال ابن مالك معناه خلاصت وبانت ، وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة ، وهو الخالص من كل شيء ، سمي بذلك لأنه صرف عنه الحائط ، فعلى هذا صرف مخفف الراء ، وعلى الأول أى التصريف والتصرف مشدد (نيل الأوطار ص ٨٠ — ٨١) .

(٢) قوله « في كل شركة » ، وفي رواية في كل شرك ، وهو بكسر الشين المعجمة واسكان الراء ، من أشركته في البيع اذا جعلته لك شريكا ، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثانى ، فيقال شرك وشركة ، كما يقال كلم وكلمة .

وقوله « ربة » بفتح الراء وسكون الموحدة ، تأنيث ربيع ، وهو المنزل الذى يرتبون فيه في الربيع ، ثم سمي به الدار والسكن .

وقوله « لا يحل له أن يبيع » الخ : ظاهره أنه يجب على الشريك اذا أراد البيع أن يؤذن شريكه — جاء في شرح الارشاد أن الحديث يقتضى أنه يحرم البيع قبل العرض على الشريك . وقد قال الشافعى اذا صح الحديث فاضربوا بقولى عرض الحائط .

وقوله « فان باعه ولم يؤذن فهو أحق به » فيه دليل على ثبوت الشفعة للشريك الذى يؤذنه شريكه بالبيع . وأما اذا أعلمه الشريك بالبيع فأذن فيه فباع ، ثم أراد الشريك أن يأخذه بالشفعة ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والمهادوية وابن أبى ليلى والبنى وجمهور أهل العلم أن له أن يأخذه بالشفعة ، ولا يكرن مجرد الاذن مبطلا لها . وقال الثورى والحكم وأبو عبيد وطائفة من أهل الحديث ليس له أن يأخذه بالشفعة بعد وقوع الاذن منه بالبيع . ودليل الآخرين مفهوم الشرط فانه يقتضى عدم ثبوت الشفعة مع الايدان من البائع . ودليل الأولين الأحاديث الواردة في شفعة الشريك والجار من غير تقييد ، وهى منطوقات لا يقاومها ذلك المفهوم . وأجيب بأن المفهوم المذكور صالح لتقييد تلك المطلقات عند من عمل بمفهوم الشرط من أهل العلم ، والترجيح يصار اليه عند تعذر الجمع ، وقد أمكن هنا ، بحمل المطلق على المقيد (نيل الأوطار ص ٨٣ — ٨٤) .

وقالوا ان حالة الشريك تفترق عن حالة الجار في مدى حقوق كل منهما ، فان للشريك على شريكه حق مطالبته بانقصة وحق منعه من التصرف في المال المشترك ، ولذلك ثبت له حق استحقاق الملك اذا بيع لغيره . أما الجار فليس له شيء من ذلك قبل جاره . والحكمة من شفعة الشريك أيضا هي تجنب مضار القسمة التي قد تؤدي اليها مضايقة الشريك الجديد ، ولذلك منح هذا الحق للتخلص منها بانتزاع المبيع على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشتري ، ولا تنطبق هذه الحكمة على حالة الجار ، فليس للجار حق يصلح أساسا للشفعة ، ولا تتوافر بالنسبة اليه الحكمة منها .

(٣) كما أن الشارع يقصد منع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفعه عن المشتري ، ولا يجب أن تكون مصلحة الأول مسوغا للاضرار بالثاني ، فإذا سمح للجار بالشفعة من المشتري لدار يحتاج الى سكناها مع أسرته تعذر عليه الحصول على دار ما لم تكن خالية من الجوار ، وهذا في الواقع مستحيل ، بخلاف الشركة فان المشتري يمكنه أن يحصل بسهولة على دار لا شركة فيها .

يضاف الى ذلك أن الضرر الواقع على المشتري بسبب شفعة الشريك بسيط جدا بالنسبة الى الضرر الذي يلحق الشريك الشفع ، لأن المشتري لا يمكنه الانتفاع مستقلا بما اشتراه ، بينما الشريك يمكنه ذلك بضم المبيع الى ملكه .

(٤) حينئذ يتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشركة ، فيكون لفظ الجار فيها مرادا به الشريك . ووجه هذا الاطلاق المعنى والاستعمال اللغوي . أما المعنى فان كل جزء من ملك الشريك مجاور لملك صاحبه ، فهما جاران حقيقة . وأما الاستعمال فانهما خليطان متجاوزان ، ولذا سميت الزوجة جارة ، كما قال الأعشى :

أيا جارتى بينى فانك طالق كذاك أمور الناس غاد وطارق

والمراد زوجته ، وهي شريكته في الفراش .

ورد على ذلك بأن في هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ، ثم الزوجة تسمى جارة لأنها مجاورة في الفراش تنصرف عنه ، لا لأنها تشاركه ، وفي

الأحاديث ما يدل على بطلان هذا التأويل ^(١) .

١٩ — رأى وسط — من رأى بعض الفقهاء ^(٢) أنه ان كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك ، من طريق أو ماء أو نحو ذلك ، ثبتت الشفعة ، وان لم يكن بينهما حق مشترك البتة ، بل كان كل واحد منهما متميزا ملكه وحقوق ملكه ، فلا شفعة .

فالآراء من حيث سبب الشفعة اذن ثلاثة :

- (١) رأى يثبت شفعة الجوار مع تميز الطرق والحقوق ^(٣) .
- (٢) ورأى يسقطها مع الاشتراك في الطرق والحقوق ^(٤) .
- (٣) ورأى يسقط شفعة الجوار اذا صرفت الطرق ، ولم يكن هناك اشتراك في حق من حقوق الأملاك ، ويثبتها اذا اشترك الجاران في حق من حقوق الأملاك ، كالطريق ^(٥) .

وحديث جابر صريح في رأى الأخير ، فانه قال الجار أحق بسقبه ينتظر به وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ، فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ، ونفاها به مع اختلاف الطريق ، بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

ويقول أنصار هذا رأى الوسط ان القياس الصحيح يقتضى هذا القول ، فان الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب اليه ، ورفع مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشتري ، فالمنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة في الملك موجود في الخلطة في حقوقه ، فهذا المذهب أوسط المذاهب ، وأجمعها للأدلة ، وأقربها الى العدل ^(٦) .

(١) المبسوط ص ٩٠ .

(٢) راجع أعلام الموقعين ص ٢٦٠ .

(٣) وهذا رأى أهل الكوفة (أعلام الموقعين ص ٢٦١) .

(٤) وهذا رأى أهل المدينة (أعلام الموقعين ص ٢٦١) .

(٥) وهذا رأى أهل البصرة (أعلام الموقعين ص ٢٦١) .

(٦) أعلام الموقعين ص ٢٦٢ .

الشركة التي تجيز الشفعة في الشريعة الإسلامية

٢٠ — **امتنع في الرأي** — اختلف من قالوا بوجود الشفعة في الشركة الى رأيين :

(١) رأى مالك في احدى روايتيه والشافعي أن كل ما لا ينقسم ، كالبر والحمام والطريق ، لا شفعة فيه .

(٢) رأى أبي حنيفة ومالك في روايته الأخرى أن في ذلك الشفعة ^(١) .
وسنين حجج كل من الرأيين :

٢١ — **الرأي الأول** — لا شفعة فيما لا يحتمل القسمة : يقول هذا

الرأي بأن لا شفعة الا فيما يقبل القسمة ، لأن كل واحد من الشريكين اذا طالب شريكه بالقسمة كان عليه في ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم ، فانه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها وبأى موضع شاء منها ، فاذا وقعت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها ، وفي ذلك من الضرر عليه ما لا يخفاء به ، فمكته الشارع من رفع هذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه ^(٢) .

٢٢ — **الرأي الثاني** — الشفعة جائزة أيضا فيما لا يحتمل القسمة —

يقول من يأخذ بهذا الرأي ان الشفعة انما شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، فتجوز فيما لا ينقسم ، فاذا كانا شريكين في عين من الأعيان ، بارث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك ، لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر ، فاذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، اذ في ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فانه يصل الى حقه من الثمن ويصل هذا الى استبداده بالمبيع ، فيزول الضرر عنهما جميعا ^(٣) .

(١) الميزان للشعراي ٢ ص ٨٧ .

(٢) أعلام الموقعين ٢ ص ٢٤٨ .

(٣) راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٤٩ .

وقالوا ان الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالشركة فيما يقبل
القسمه ، فاذا كان الشارع يريد ارفع الضرر الأدنى فلأعلى أولى بالرفع .
وقالوا لو كانت الأحاديث مختصة بالأعيان المنقسه فاثبات الشفعة فيها
تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمه .

رأى الامام أبى حنيفة

٢٣ — عند الامام أبى حنيفة سبب الشفعة هو كما تقدم اتصال ملك
الشفيع بالمقار اتصال شركة أو اتصال جوار^(١) . فالذين لهم حق الشفعة عندهم :
(١) الشركاء ، و (٢) الجيران :

٢٤ — (١) الشركاء — الشركة في الشفعة على نوعين : شركة في
نفس العقار المبيع ، و خلطة أو شركة في حقوقه .

٢٥ — الشركة في نفس العقار — فالشركة في نفس العقار المبيع هي أن
يكون للشفيع حصة شائعة فيه ، قليلة كانت أو كثيرة ، فان كانت حصته مفرزة
عن العقار فلا يكون شريكا فيه^(٢) .

والمشارك في حائط الدار يعتبر مشاركا في نفس العقار^(٣) ، اذا كان شريكا في
أرض الحائط ، أو في الأرض والبناء ، أما اذا كان شريكا في بناء الحائط دون
الأرض فيعتبر جارا كما سيجيء^(٤) .

٢٦ — الشركة في حقوق العقار — الخلطة أو الشركة في حقوق العقار
المبيع عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص ، أو الطريق الخاص .
ويسمى الشريك في حقوق الملك الخليط^(٥) .

(١) راجع مرشد الحيران المادة ٩٦ .

(٢) مرشد الحيران المادة ٩٨ — المجلة المادة ١٠٠٨ .

(٣) مرشد الحيران المادة ٩٨ — المجلة المادة ١٠١٢ .

(٤) راجع نبذة ٣٣ .

(٥) المجلة المادة ٩٥٥ .

٢٧ — الطريق الخاص — اذا بيعت دار لها باب على طريق خاص كان أصحاب سائر البيوت التي تفتح أبوابها على ذلك الطريق كلهم شفعاء ، سواء أكان جوارهم ملاصقا أم لم يكن ^(١) .

ولكن اذا بيعت إحدى الدور التي لها باب على الطريق العام فليس لأصحاب الدور الأخرى التي لها أبواب على الطريق العام حق الشفعة ^(٢) . فلا شفعة بالطريق العام لصاحب الملك المقابل للعقار المبيع ، ولو تقاربت الأبواب ، وانما تكون الشفعة للجار الملاصق ، سواء أكان باب داره في هذا الطريق أم في غيره ^(٣) .

والطريق الخاص هو الترقاق الذي لا ينفذ ^(٤) . والمراد بذلك أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه أحد غيرهم ، ولكن لو كان فيه مسجد فيعتبر نافذا ^(٥) .

ولو فتح أصحاب الطريق الخاص منفذا ، ووصلوه بالطريق العام ، كان لهم أن يمنعوا غيرهم من المرور فيه ^(٦) .
والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة هو ما لا يملك أهله سده ^(٧) .

٢٨ — تطيقات :

١ — دار فيها طريق الى الدرب ، ويخرج من باب آخر منها الى الطريق الأعظم ، فان كان طريقها للناس فلا شفعة لأهل الدرب ، لأن السكة نافذة وان كان طريقا لأهل الدرب خاصة فهم شفعاء ، لأن السكة غير نافذة ^(٨) .

ب — دار بيعت ولها بابان في سكتين ، فان كانت هذه الدار منذ القديم

(١) المجلة المادة ١٠٠٨ — مرشد الحيران المادة ٩٦ — البدائع ص ٤ .

(٢) المجلة المادة ١٠٠٨ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٠٢ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) المجلة المادة ٩٥٦ .

(٥) ابن عابدين جزء ٥ ص ١٠٥ .

(٦) شرح المجلة لسليم رستم باز على المادة ٩٥٦ من المجلة .

(٧) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٨) الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

دارين ، باب احدهما في سكة غير نافذة وباب الأخرى في السكة الأخرى مثلها ، فاشتراها رجل ورفع الحائط من بين الدارين حتى صارتا دارا واحدة ، فلا أهل كل سكة أن يأخذ الجانب الذى كان بابه في تلك السكة . وإن كانت هذه الدار المبيعة في الأصل واحدة ولها بابان كانت الشفعة لأهل السكتين في جميع الدار بالسوية ، وإنما يعتبر في هذا القديم دون الحادث ^(١) .

٢٩ — الشرب الخاص — اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق شرب خاص يكون أصحاب الرياض الآخر كلهم شفعاء ، يستوى الملاصق وغير الملاصق . وأما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم فليس لأصحاب الرياض الآخر التى تسقى من ذلك النهر حق شفعة ^(٢) . وإنما الشفعة في هذه الحالة للجار الملاصق ^(٣) .

واذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبيع حق شربها ، فليس للخلطاء في حق شربه شفعة ^(٤) .

واختلفوا في معنى الشرب الخاص : فعند أبى حنيفة ومحمد النهر الصغير الذى لا تجرى فيه السفن . أما ان كان كبيرا بحيث تجرى فيه السفن فليس بخاص ، فاذا بيعت أرض من الأراضى التى تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه ، والجار أحق منهم ، بخلاف النهر الصغير ^(٥) . والمراد بالسفن ههنا الشماريات التى هى أصغر السفن ^(٦) .

وقيل الشرب الخاص هو ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ، ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الأراضى ، ولا يكون له منفذ . والعام ما يتفرق ويبقى له منفذ ^(٧) .

(١) سليم باز على المادة ١٠١٤ من المجلد — الفتاوى الهندية ص ١٦٩ .

(٢) المجلد المادة ١٠٠٨ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) وليقس الطريق الخاص على هذا . راجع المادة ١٠١٥ من المجلد .

(٥) الزيامى ص ٢٤٠ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٦) الذخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٧) وعرف الشرب الخاص في المجلد في المادة ٩٥٥ بأنه : « هو حق الشرب في الماء الجارى المختص بأشخاص معدودين . وأما أخذ الماء من الأنهر التى تنتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص » .

وعن أبي يوسف الشرب الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام ^(١) . والقراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء . والماء القراح الذي لم يختلط به شيء ^(٢) .

وعامة المشايخ على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون . واختلفوا فيما لا يحصى فقدره بعضهم بخمسمائة ، والبعض بمائة ، والبعض بأربعين ، وقدره آخرون بعشرة . والأصح أنه مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر ^(٣) .

وللشريك فى حق الشرب الشفعة ، ولو كانت أرض النهر لغيره ، أو كان الماء منقطعا وقت البيع . هذا على قول محمد . وعند أبي حنيفة وأبى يوسف لا شفعة له ، كما فى العلو المنهدم ^(٤) . والراجح قول محمد ^(٥) .

٣٠ — (٢) الجبراه — الجار هو من له عقار متصل بالعقار المبيع . والملاصق من جانب واحد ، ولو بشبر ، كالملاصق من ثلاثة جوانب ، فهما سواء ^(٦) . أما لو كان عقار الجار منفصلا عن العقار المبيع انفصالا تاما ، ولو بقدر شبر أو أقل ، فلا يكون جارا مستحقا للشفعة ^(٧) . وقيل اذا كان الفاصل صغيرا بحيث لا يصح أن يكون ممرا ثبتت الشفعة للجوار حكما ، والا فلا شفعة . والأول هو المعتمد ^(٨) . والشفعة للجار الملاصق ، أما الجار المحاذى فلا شفعة له بالجاورة ، سواء

= وجاء فى المادة ١٢٣٩ من المجلة : الأنهار المملوكة ، يعنى التى دخلت فى المقاسم (أى فى المجارى المملوكة) نوعان : الأول الأنهر التى يوزع ماؤها وينقسم بين الشركاء ، ولكنه لا يعنى كله فى أراضيهم ، بل تبقى له كل بقية تجري الى مفازة مباحة للعامة . فالأنهر من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لأحدها نهر عام أيضا ، والشفعة لا تجري فيها . النوع الثانى النهر الخاص الذى يتفرق ماؤه ، وينقسم الى أراضي عدة أشخاص ، ومتى انتهى الى آخر أراضيهم يعنى ولا ينفذ الى مفازة ، فالشفعة إنما تجري فى هذا النوع فقط .

(١) الزيلعى ص ٢٤٠ .

(٢) حاشية الشلبى ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

(٣) مجمع الأنهر جزء ٢ ص ٤٥٤ — ابن عابدين جزء ٥ ص ١٤٤ — الزيلعى ص ٢٤٠ .

(٤) راجع نبذة ٣١ .

(٥) راجع شرح سليم رستم باز على المادة ١٠٠٨ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٦) ابن عابدين ص ١٤٥ .

(٧) مرشد الحيران المادة ١٠٠ .

(٨) كتاب المعاملات للشيخ أبى الفتح بك ص ٦٧ .

أكان أقرب بابا أم أبعد . فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر^(١) .
وسبب عدم ثبوت الشفعة اذا كان الجار مقابلا هو أن حق الأخذ بالشفعة يكون
للشفيع ليتفرق به من حيث توسع الملك والمراقق ، وهذا في الجار الملاصق يتحقق
لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى ، ولا يتحقق ذلك في
الجار المقابل لعدم امكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى لوجود
طريق نافذ بينهما^(٢) .

٣١ — الجوار في الدار ذات الطبقات — اذا كان السفلى لشخص والعلو
لآخر يعتبر كل منهما جارا ملاصقا^(٣) . هذا اذا كان ممر كل منهما منفصلا عن
الآخر . أما اذا كان ممرهما واحدا ، بأن كان طريق العلوفى السفلى اعتبر كل منهما
شريكا للآخر فى حق المرور^(٤) .

وان لم يأخذ صاحب العلو السفلى بالشفعة ، حتى انهدم العلو ، فعلى قول أبى
يوسف بطلت الشفعة ، لأن الجوار بالاتصال ، وقد زال ، كما لو باع التى يشفع
بها قبل الأخذ . وعلى قول محمد تحجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار ،
وحق القرار باق^(٥) .

وان كانت ثلاثة أليات بعضها فوق بعض ، وباب كل الى السكة ، فيبيع
الأوسط تثبت للأعلى والأسفل . وان بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أولى^(٦) .
ولو كان السفلى لرجل والعلو لآخر ، فبيعت دار بجنبها ، فالشفعة لها^(٧) .

٣٢ — من رغب اغتصاب على عائط الجوار — من كانت أخشاب سقته

(١) المبسوط للسرخسى ص ٩٣ — ٩٤ — ويلاحظ أن الجار المخاذى يكون له حق الشفعة
بصفته شريكا اذا كان خليطا فى حقوق الملك .

(٢) ولكن اذا كانت الداران فى سكة غير نافذة فن الشفعة تثبت للجار المقابل بصفته شريكا
فى حقوق العقار كما تقدم (راجع المبسوط ص ٩٦) .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٠١ — المجلة المادة ١٠١١ .

(٤) راجع نبذة ٢٧ .

(٥) راجع الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ .

(٦) ابن عابدين ص ١٤٣ — سليم باز على المادة ١٠١١ من المجلة .

(٧) الفتاوى الهندية ص ١٦٤ .

ممتدة على حائط لا ملك له فيه ، أو كان شريكا في خشبة موضوعة على حائط جاره ، يعتبر جاراً ملاصقاً ، لا شريكاً ^(١) ، لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار ، لا في المنقول ، والخشبة منقولة ، وبوضع الأخشاب على الحائط لا يصير شريكاً في الدار .

وهو يعتبر جاراً ملاصقاً لوجود اتصال بقعة أحدها ببقعة الآخر ، فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق ، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران ^(٢) .

٣٣ — الشريك في بناء حائط — تقدم أن الشريك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار ^(٣) ، وذلك أن كان البناء والحمل الذي عليه البناء مشتركاً ، فيقدم الشريك في الحائط على الخليلط ، وعلى الجار . والشريك في بناء الحائط دون الأرض القائم عليها يعتبر جاراً ملاصقاً ، لا شريكاً ^(٤) .

وفي الدر المنقى الشريك في البناء فقط لا شفعة له ، لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا تستحق بها الشفعة ^(٥) .

٣٤ — جار الدار ذات المناصير — إذا كان لرجل دار فيها مقاصير ، باع منها مقصورة معينة أو طائفة معلومة أو بيتاً ، فلجار الدار الشفعة فيها من أية ناحية كان الجوار ، وإن لم يكن جاراً لتلك المقصورة ولا لتلك الطائفة ، لأن المبيع من جملة الدار والشفيع جار الدار فكان جاراً للمبيع . ولو أن الشفيع سلم الشفعة ، ثم إن المشتري باع المقصورة المبيعة لم تكن الشفعة إلا لجار المقصورة المبيعة ، لأن المبيع صار مقصوداً ومفرداً بالملك ، فخرج من أن يكون بعض الدار ، وأذن ليس لجار الدار شفعة في المقصورة إذا لم يكن هو جاراً لها ^(٦) .

(١) مرشد الحيران المادة ١٠١ — المجلة ائادة ١٠١٢ — الزيلعي ص ٢٤١ .

(٢) الزيلعي ص ٢٤١ .

(٣) المجلة ائادة ١٠١٢ — راجع ما تقدم نبذة ٢٥ .

(٤) الزيلعي ص ٢٤١ .

(٥) سليم باز على المادة ١٠١٢ من المجلة .

(٦) سليم باز على المادة ١٠١٢ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

٣٥ — جوار الشرب أو الطريق :

١ — اذا كان نهر لرجل خالصا ، له عليه أرض ، ولآخرين عليه أرض ولا شرب لهم فيه ، فباع رب الأرض النهر خاصة ، فهم شركاء في الشفعة فيه لاتصال ملكهم بالمبيع ، وان باع الأرض خاصة دون النهر ، فلملاصق للأرض أولاهم بالشفعة ، وان باع الأرض والنهر جميعا كانوا جميعا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر ، وكان الذى هو ملاصق للأرض أولاهم بالشفعة في الأرض لاتصال ملكه بالأرض ، بمنزلة طريق في دار لرجل ، فباع الطريق ، والطريق خالص له ، فجار الطريق أولى به من جار الأرض ، ولو كان شريكا في الطريق أخذ شفعته من الدار ، لأن الشريك مقدم على الجار . وكذلك ان كان شريكا في النهر أخذ بحصته من الأرض ، وكان أحق بها جميعا من جيران الأرض . والطريق والنهر سواء في كل شيء ^(١) .

ب — اذا اشترى الرجل نهرا بأصله ، ولرجل أرض في أعلاه الى جنبه ، ولرجل آخر أرض في أسفله الى جنبه ، فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر من أعلاه الى أسفله ، وكذا في القناة والعين والبر ، فهى من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار . وكذلك القناة يكون مفتحتها في أرض ويظهر ماؤها في أرض أخرى فجيرانها من مفتحتها الى مصبها شركاء في الشفعة ^(٢) .

٣٦ — نزاحم الجار مع الشريك — الشريك مقدم عن الجار في الشفعة كما سيأتى ^(٣) .

نزاحم الشفعاء في الشريعة الإسلامية

٣٧ — القاعدة — بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية اذا اجتمعت أسباب الشفعة يقدم الأقوى فالأقوى ، فيقدم الشريك في نفس العقار ، ثم

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) راجع نبذة ٣٧ وما بعدها .

الشريك في أرض الحائط المشترك ، ثم الخليط أى الشريك في حقوق المبيع الخاصة ، ثم الجار الملاصق ^(١) ، وذلك تقوله صلى الله عليه وسلم « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع » . والمراد بالشريك هو الشخص الذى له شركة في نفس المبيع ، وبالخليط الشريك في حقوق المبيع الخاصة ، وبانشفيع الجار الملاصق ^(٢) .

وما دام الأول بحسب الترتيب المتقدم طالبا فليس للآخرين حق شفعة ، وما دام الثانى طالبا فليس للذى بعده حق شفعة ، وهكذا ^(٣) .

وإذا سلم الشفعة أو سقط حقه فيها تنتقل الشفعة الى من يليه في الرتبة ^(٤) . وإذا اجتمع خليطان يقدم الأخص ثم الأعم ^(٥) .

وقد قدم الشريك في الملك لأن سبب الاستحقاق في التقرب والاتصال ، وذلك في حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ، ثم بعده الشريك في حقوق الملك لزيادة الاتصال في حقه على الجار ، وقوة السبب توجب الترجيح ^(٦) .

٣٨ — رأى لأبى يوسف — قد روى عن أبى يوسف أنه مع وجود

الشريك لا شفعة لأحد ، سواء سلم أو استوفى ، لأنهم مجبون ، لحق الشريك ، وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم . ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرير السبب في حقه ، إلا أن حق الشريك كان مقدما ، فإذا سلم كان للجار أن يستوفى ^(٧) .

٣٩ — تطبيقات :

١ — دارين شريكين في سكة غير نافذة ، طريقها من هذه السكة ، باع

(١) مرشد الخيران المادة ١٠٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١٧ ص ٤١ .

(٣) المجلة المادة ١٠٠٩ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) مرشد الخيران المادة ١٠٣ .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — راجع ما سيجىء نبذة ٤٩ .

(٦) المبسوط للسرخسى ص ٩٦ .

(٧) المبسوط ص ٩٦ — الزيلعى ص ٢٤٠ .

أحد الشريكين نصيبه من الدار ، فالشفعة أولاً للشريك في الدار ، فإن سلم فالشريك في الحائط المشترك الذي يكون بين الدارين ، فإن سلم فالأهل السكة ، الكل في ذلك على السواء ، فإن سلموا فالجار الذي يكون ظهر هذه الدار الى داره وباب تلك الدار في سكة أخرى ^(١) .

ب — بيت في دار في سكة غير نافذة ، والبيت لاثنتين ، والدار لقوم ، باع أحد الشريكين نصيبه من البيت ، فالشفعة أولاً للشريك في البيت ، فإذا سلم فالشريك الدار ^(٢) ، فإن سلم فالأهل السكة ، الكل في ذلك على السواء ، فإن سلموا فالجار الملاصق ^(٣) .

ج — دار بين قوم ، فيها منازل ، لهم فيها شركة بين بعضهم ، وفيها ما هي مفردة لبعضهم ، وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها ، وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير ناقد ، فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها . فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ، ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار . فإن سلم الشريك في المنزل الشفعة فإن الشريك في الساحة أحق بالشفعة . وإن سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منفذ له الذي يشرع فيه باب الدار أحق بعده بالشفعة من الجار الملاصق . وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء في الشفعة ، من كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواء . فإن سلم الشركاء في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعد هؤلاء أحق ، وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له في الزقاق ^(٤) .

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٢) في شرح أدب القاضي للخفاف في باب الشفعة : فإن كان لهذه الدار التي هذا البيت هو فيها جيران ملازقون فالذي هو ملازق هذا البيت المبيع والذي هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت في الشفعة على السواء (الفتاوى الهندية ص ١٦٦) .

(٣) المبسوط ص ٩٦ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد (من مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي : في حاشية الشلبي ص ٢٤٠) .

٤٠ — فى الدار ذات الطبقات :

١ — سفل بين رجلين ، ولأحدهما عليه عو منزل بينه وبين آخر ، فباع الذى له نصيب فى السفل والعلو نصيبه ، فلشريكه فى السفل الشفعة فى السفل ، ولشريكه فى العلو الشفعة فى العلو . ولا شفعة لشريكه فى السفل فى العلو ، ولا لشريكه فى العلو فى السفل ، لأن شريكه فى السفل جار للعلو ، وشريك فى حقوق العلو ان كان طريق العلوفيه ، وشريكه فى العلو جار للسفل أو شريك فى الحقوق اذا كان طريق العلو فى تلك الدار ، فكان الشريك فى عين البقعة أولى ^(١) .

ب — لو كان لرجل علو على داره ، وطريقه فيها ، وبقية الدار لآخر ، فباع صاحب العلو بطريقه ، ففي الاستحسان تجب الشفعة لصاحب السفل ^(٢) .

ج — ولو كان طريق هذا العلو فى دار رجل آخر ، فبيع العلو ، فصاحب الدار التى فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التى عليها العلو ، فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملازق ، أخذ صاحب الدار التى عليها العلو بالجوار . وان كان للعلو جار ملازق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأنهما جاران . وان لم يكن جار العلو ملازقا ، وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار ، فلا شفعة له .

ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا . ولو بيعت الدار التى فيها طريق العلو فصاحب العلو أحق بشفعة الدار من الجار ^(٣) .

د — اذا اشترى بيتا من دار ، علوه لآخر ، وطريق البيت الذى اشترى فى دار أخرى ، فانما الشفعة للذى فى داره الطريق ، فان سلم صاحب الدار فحتمتد لصاحب العلو الشفعة بالجوار ^(٤) .

٤١ — فى الحائط — الشريك فى الملك مقدم على الشريك فى الحائط ،

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ — الزيلعى ص ٢٤١ — حاشية الشاى ص ٢٤٠ .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

(٤) كذا فى المبسوط فى باب الشفعة بالعروض — الفتاوى الهندية ص ١٦٩ .

والشريك في الحائط مقدم على الخليط وعلى الجار كما تقدم :

ا — دار بين رجلين ، لأحدهما حائط في الدارين وبين رجل ، يعنى بأرضه ، فباع الذى له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط ، فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار ، وله الشفعة في الحائط وأرضه ^(١) .

ب — بنى الشريكان في المشترك ، ثم اقتسما الأرض غير موضع البناء ، فبقى البناء وموضعه على الشركة ، الشريك أولى من الجار ، لأنه شريك في بعض المبيع : أما في موضع البناء فظاهر لكونه شريكا فيه ، وأما في الباقي فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد وأحدى الروايتين عن أبي يوسف ، لأن الضرر أخص به حيث كان شريكا في البعض ، فيقدم على الجار ، وفي رواية أخرى عنه هو والجار سواء في غير موضع الجدار ، لأن استحقاق الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار ، وغيره من الجيران يساوونه فيه . وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا في منزل من الدار أو بيت منها ، فبيعت الدار ، كان هو أحق بالمنزل لما ذكر ، واستتوا في البقية في رواية ، لأن كلهم جيران في حق البقية ^(٢) . وأصح الروايات عن أبي يوسف أن الشريك في الحائط أو في البناء أولى ببقية الدار من الجار .

٤٢ — في البئر — لو كانت دار بين رجلين ، ولأحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار ، فباعها ، كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لأنه شريك فيها ، والآخر جار ، والشريك في البئر أولى بالبئر لأنه شريك فيها والآخر جار ^(٣) .

٤٣ — نزاعهم الشريك في المالك والشريك في الطريق :

دار بين رجلين ، ولرجل فيها طريق ، فباع أحدهما نصيبه من الدار ،

(١) من مختصر أبي الحسن السرخسي منقولة في حاشية الشافعي ص ٢٤٠ .

(٢) الزيلعي ص ٢٤١ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٣) الزيلعي ص ٢٤١ — حاشية الشافعي ص ٢٤٠ .

فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك ، ولا شفعة لصاحب الطريق ^(١) .

٤٤ - تراصم الشريك في الملك والجار :

دار لرجل فيها بيت بينه وبين غيره ، فباع الرجل الدار ، فطلب الجار الشفعة ، وطلبها الشريك في البيت ، فصاحب الشركة في البيت أولى بالبيت ، وبقية الدار بينهما نصفان ^(٢) .

٤٥ - تراصم الشريك في الطريق والجار :

(أ) دار فيها ثلاثة بيوت ، بيت في أول الدار ، ثم البيت الثاني بجانب هذا البيت ، ثم البيت الثالث بجانب الثاني ، كل بيت لرجل واحد ، فباع واحد منهم بيته . ان كان طريق البيوت في الدار كانت الشفعة للباقيين بحكم الشركة في الطريق . وان كانت أبواب البيوت في سكة نافذة ، لا في الدار ، فان بيع البيت الأوسط فالشفعة لصاحب الأعلى والأسفل ، وان بيع البيت الأعلى كانت الشفعة لصاحب الأوسط ، وان بيع الأسفل كانت الشفعة لصاحب الأوسط أيضا ^(٣) .

(ب) ثلاثة بيوت في دار ، كل واحد فوق الآخر ، وكل واحد لانسان ، فباع واحد منهم بيته ، فان كان طريق الكل في الدار فالباقيين أن يشتركا في الشفعة ، وان كانت أبواب البيوت في السكة ، فان باع الأوسط فللأعلى والأسفل أن يأخذا الشفعة ، وان باع الأعلى فالأوسط أولى . وان باع الأسفل فالأوسط أيضا أولى ^(٤) .

(ج) دار فيها ثلاثة أليات ، ولها ساحة ، والساحة بين ثلاثة نفر ، والبيوت بين اثنين منهم ، فباع أحد مالكي البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه في البيوت والساحة ، فلا شفعة لشريكهما في الساحة ^(٥) .

(١) مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي عن أبي يوسف منقولة في حاشية الشلبي ص ٢٤٠ .

(٢) هكذا في البدائع ص ١٠ - الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

(٤) هكذا في خزانة المفتين - الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٥) كذا في الذخيرة - الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(د) درب غير نافذ فيه دور لقوم ، باع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا في السكة العظمى ، ولم يبع طريقه في الدرب ، على أن يفتح مشترى البيت بابا الى الطريق الأعظم ، فلا أصحاب الدرب الشفعة لشركتهم في الطريق وقت البيع ، فان سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك ، فلا شفعة لأهل الدرب لانعدام شركتهم في الطريق وقت البيع الثاني ، فتكون الشفعة للجار الملازق ، وهو صاحب الدار . وكذلك اذا باع قطعة من الدار بغير طريق في الدرب ^(١) .

(هـ) فناء منفرج عن الطريق الأعظم ، أو زقاق أو درب غير نافذ فيه دور ، فبيعت دار منها ، فأصحاب الدور شفعاء جميعا ، لأنهم شركاء في الفناء والطريق ، فان سلم هؤلاء الشفعة فالشفعة للجار الملاصق ^(٢) .

٤٦ — التزامم بين صاحب السرب الخاص والجار :

(١) نهر كبير كدجلة ، يجري لقوم منه نهر صغير ، فصار تشرب أراضيهم من هذا النهر الصغير ، فباع رجل من أهل هذا النهر الصغير أرضه بشربها ، كان للذين شربهم من هذا النهر الصغير أن يأخذوا تلك الأرض بالشفعة ، أقصاهم وأدناهم فيها سواء ، فان كانت مع الأرض التي بيعت قطعة أخرى لزيقة بهذه الأرض المبيعة ، وشرب هذه القطعة من النهر الكبير ، فلا شفعة لصاحب القطعة مع الذين شربهم من النهر الصغير ^(٣) .

(ب) في المتقى عن محمد : نهر بين قوم ، ولهم عليه أرضون وبساتين شربها من ذلك النهر ، وهم شركاء فيه ، فلمهم الشفعة فيما يبيع من هذه الأراضي والبساتين . فان اتخذوا من تلك الأرضين والبساتين دورا ، واستغنوا عن ذلك الماء ، فانه لا شفعة بينهم الا بالجوار بمنزلة دور الأمصار . وان بقى من هذه الأرضين ما يزرع

(١) كذا في الذخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٢) المبسوط ص ٩٦ — ٩٧ .

والدار ما أدير عليه الحائط ، والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معدا لوقوف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك ، فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم ، وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء (المبسوط ص ٩٧) .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٧٠ .

وبقي من هذه البساتين ما يحتاج الى السقى فهم شركاء فى الشرب على حالهم وشركاء فى الشفعة (١).

٤٧ — المشتري أحد الشفعاء — لو كان المشتري أحد الشفعاء ، وطلب معهم ، فيحسب واحدا منهم ، ويقسم المبيع بينهم (٢).

٤٨ — القسمة بين الشفعاء عند تعددهم اذا تساوا — استحقاق الشفعة للشفعاء يكون بقدر رؤوسهم ، لا بقدر أملاكهم ، فاذا باع أحد الشركاء مثلاً حصته ، وكان المشتري أحد الشركاء ، يحسب واحدا منهم فى الشفعة ، وتقسم الحصة المبيعة بينهم ، لافرق بين صاحب الجزء الكثير والجزء القليل (٣). مثلاً لو كانت دار بين ثلاثة نفر ، لأحدهم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، وباع صاحب النصف حصته لآخر ، وطالب الآخران بالشفعة ، يقسم النصف بينهما بالمناصفة ، وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصته حصة زائدة على الآخر (٤).

هذا عند الامام الأعظم .

أما عند الشافعى ومالك فيقضى بقدر الأملاك أو الأنصباء ، لا بقدر الرؤوس . فلو كانت الدار بين ثلاثة ، لأحدهم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع صاحب النصف نصيبه ، كانت الشفعة بين الباقيين نصفين ، عند الامام الأعظم على عدد الرؤوس ، وعند الشافعى ومالك أثلاثاً ، ثلثاه لصاحب الثلث ، وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة (٥).

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٢) رد المختار — سليم باز على المادة ١٠١٣ .

ولو أن رجلاً اشترى داراً فى سكة غير نافذة ، ثم اشترى داراً أخرى فى تلك السكة ، كان لأهل السكة أن يأخذوا الأولى بالشفعة ، لأن المشتري لم يكن شافعياً وقت الفراء الأول ثم صار هو شافعياً مع أهل السكة فى الدار الثانية (كذا فى الظهيرية — الفتاوى الهندية ص ١٧٠) .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٠٤ .

(٤) المجلة المادة ١٠١٣ .

(٥) البدائع ص ٥٥ .

وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة ، قضى بينهما أخماسا عند الشافعي . وان باع صاحب الثلث نصيبه قضى به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما . وعند أبي حنيفة يقضى به نصفين ^(١) .
وحجة الشافعي ومالك في ذلك أن الشفعة من مرافق الملك ، فتكون على قدر الملك .

أما الامام أبو حنيفة فيقول ان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره ، والترجيح لقوة العلة لا للكثرة ^(٢) ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة على ردوس الرجال » . وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشراكة ، وقد استويا في أصل ذلك ، فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير ، أو جار لاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير ^(٣) . ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل ، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم ، ولا ترجيح بكثرة العلة ، بل بقوة فيها ، ألا ترى أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء ^(٤) .

٤٩ — نقرهم الأعمى على الأعمى — اذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الأخص على الأعم ^(٥) .

مثلا لو بيعت إحدى الرياض التي لها شرب في الخرق الذي أحدث من النهر الصغير مع شربها ، يقدم ويرجح الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق . وأما لو بيعت إحدى الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها ، فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقة ، لاستوائهم في الشرب ^(٦) .

ولو انشعبت من سكة غير نافذة سكة أخرى غير نافذة ، فبيعت دار في هذه السكة الأخيرة ، فالشفعة لأهل هذه السكة المتشعبة خاصة ، لأن خلطة أهل هذه

(١) المبسوط ص ٩٧ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ ص ٤٥٥ — الزيلعي ٥ ص ٢٤١ .

(٣) المبسوط ص ٩٧ .

(٤) الزيلعي ص ٢٤١ .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — المجلة المادة ١٠١٤ .

(٦) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

السكة أخص من خلطة أهل السكة العليا المتشعب منها ، وان بيعت دار في السكة العليا فالشفعة تعم من له حق المرور في السكة العليا المتشعب منها والسكة السفلى المتشعبة ، لأن خلطتهم في السكة العليا سواء ^(١) .

٥٠ — تقديم هو الشرب على هو الطريق — حق الشرب مقدم على حق الطريق . بناء عليه لو بيعت روضة لها خليط في حق الشرب الخاص ، وخليط في طريقها الخاص ، يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق ^(٢) .

٥١ — هو المسيل وتقديم هو الطريق عليه — اذا كان لرجل مسيل ماء في دار ، وبيعت الدار ، كان لصاحب المسيل الشفعة بالجوار ، لا بالشركة . وليس المسيل كالشرب ^(٣) .

وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء اذا لم يكن موضع المسيل ملكا له . وصورة هذا اذا بيعت دار ، ولرجل فيها طريق ، وللاخر فيها مسيل الماء ، فصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء ^(٤) .

(٢) نصوص المجموعة المدنية

٥٢ — الشفعاء ثلاثة أنواع — على حسب نصوص المجموعة المدنية كان

الشفعاء ثلاثة أنواع :

(أ) معبر الأرض الذي يأذن المستعير في البناء .

(ب) الشريك في العقار غير القسوم .

(ج) الجار .

والأول مقدم على الثاني ، والثاني مقدم على الثالث .

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — الزيلعي ٢٤٠ .

(٢) المجلة المادة ١٠١٦ .

(٣) كذا في الترخانية ، الفتاوى الهندية ١٧٠ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ — سليم باز على المادة ١٠١٦ من المجلة .

٥٣ — (١) معبر الأرض — كانت المادة ٩٣/٦٨ تقرر أن : « لمن

أعار أرضه انسانا ، وأذن له بالبناء أو الغرس فيها ، حق الشفعة فيها اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ، ولو قبل انقضاء مدة العارية » .

مثال ذلك : يملك أحمد قطعة أرض ، فأعارها حسنا ، وأذن له في أن يبني عليها ، فأنشأ حسن بناء ، ثم باعه عليا ، فكان لأحمد ، بمقتضى المادة ٩٣/٦٨ ، الحق في الأخذ بالشفعة .

ومما يلفت النظر أن حكم المادة ٩٣/٦٨ المذكورة غير منصوص عليه عند علماء الحنفية ، وإنما يقرره علماء المالكية . ولذلك تساءل بعض الشراح عن سبب وجود هذا الحكم في القانون المصري ، حالة كون المذهب الحنفي هو المعمول به في مصر ، وفسروا ذلك بأن المادة ٦٨ أهلى مأخوذة من المادة ٩٣ مختلط ، فلا بد أن يكون الشارع المختلط استمد حكمها من المؤلفات الفرنسية التي تتكلم في المذهب المالكي ، وهو المعمول به في الجزائر ^(١) .

ولم يأت قانون الشفعة الجديد بحكم هذه المادة كما سيجي .

٥٤ — (ب) الشريك في العقار غير المقسوم — كانت المادة ٩٤/٦٩

نقضى بأن « للشريك في عقار غير مقسوم الحق في أن يأخذ بالشفعة الحصة التي باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه في ذلك مقدم على غيره ، ما عدا الشفيع المبين في المادة السابقة » (أى في المادة ٩٣/٦٨ المتقدم ذكرها) .

وزادت المادة ٩٥ مدنى مختلط أن « له (أى للشريك في عقار غير مقسوم) الأخذ بالشفعة ممن اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه اذا طلبوا ذلك » .

(١) راجع هالتون الجزء الأول ص ١٦٩ .

وقد جاء في شرحي الخطاب والمواق (ص ٣١٨ — ٣١٩) أنه اذا بنى رجلان في عرصة رجل بأذنه ، ثم باع أحدهما حصته من النقض (أى مقلوعا) ، فرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمته (أى مقلوعا) أو من الثمن الذي باعه به ، فإن أبى فليسريكة الشفعة بالضرر . وهذا في العارية المطلقة ، وأما المقيدة بمدة فقال ابن رشد اذا باع قبل انقضائها على النقاء فالشريك الشفعة ولا كلام لرب الأرض ، وان باعه على النقض قدم رب الأرض .

٥٥ — (ج) الجار — كانت المادة ٧٣/٩٩ تنص على أن « للجار ، بعد الشفيعين السابقين ، حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية » .

وقد عرفت محكمة الاسكندرية ، في حكمها الاستثنائي الصادر في ٢٩ من ابريل سنة ١٨٩٧^(١) ، الجار الذي أعطته المادة ٧٣ حق الشفعة ، بأنه هو الذي لايفصل عقاره عن العقار المشفوع فيه ملك لأجنبي أو طريق أو مجرى مياه عموميان^(٢) .

(٣) قانون الشفعة

٥٦ — تقدم أن الشفعة في الشريعة عند الامام أبي حنيفة للشريك في نفس العقار المبيع ، ثم للشريك في أرض الحائط المشترك ، ثم للخليط في حقوق العقار المبيع ، ثم للجار الملاصق .

وتقدم أيضا أن الشفعة بمقتضى النصوص الملغاة ، الخاصة بحق الشفعة في المجموعة المدنية ، لمعير الأرض الذي يأذن المستعير في البناء ، ثم للشريك في العقار غير المقسوم ، ثم للجار .

ولم يأت قانون الشفعة بمحكم الشريعة الخاص بالشركة في الحائط ، ولا بحكمها الخاص بالشركة في حقوق المبيع ، وهي كما تقدم عبارة عن الاشتراك في حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب .

كذلك لم يأت قانون الشفعة بما قرره المجموعة المدنية من تحويل حق الشفعة لمعير الأرض الذي يأذن المستعير في البناء .

انما أعطى هذا القانون حق الشفعة في المادة الأولى منه للشريك في الملك المشاع وللجار المالك ، وشبه في المادة ٢ صاحب حق الانتفاع بالشريك في الملك

(١) القضا ٤ ص ٣٥٧ .

(٢) وقررت المحكمة المذكورة أنه ينتج من ذلك أنه اذا بيعت دار في طريق خاص ، فجميع أهل هذا الطريق ممن لهم مرور على الدار أو جزء منها يعدون شفعاء فيها ، يستوى في ذلك الملاصق والمقابل ، لأن للجميع في الحقيقة ملكا ملاصقا لها ، وهو الطريق المتصل بدورهم — راجع نصر الله ص ٥٥ وما بعدها و٧٣ وما بعدها .

وهذا الحكم محل نظر ، لأن المحكمة طبقت فيه أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالشركة في حقوق العقار .

المشاع ، وقال ان له طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة .
وفي المادة ٧ ، التي تكلمت في أحوال التزاحم ، ذكر أيضا مالك الرقبة بين
الشفعاء .

٥٧ — أنواع الشفعاء — فالشفعاء اذن بمقتضى قانون الشفعة أربعة أنواع ،
وهم :

- (١) مالك الرقبة .
 - (ب) الشريك الذى له حصة مشاعة .
 - (ج) صاحب حق الانتفاع .
 - (د) الجار المالك .
- وقد ذكروا في المادة الأولى والثانية والسابعة من قانون الشفعة ^(١) .
وذكرت في المادة ٧ مرتبة كل واحد من هؤلاء الشفعاء .
وستتكم في حكم كل منهم على حدة ، وتتبع ذلك بالتكلم في حالة اجتماعهم
وتزاحمهم على الأخذ بالشفعة .

(١) أما مشروع القانون المدنى الجديد فقد ذكر الشفعاء في المادة ١٠٠٥ ، التي جاء
فيها : « يثبت الحق في الشفعة :

- (١) لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .
 - (ب) للشريك في الشيوع اذا بيع شيء من العقار الشائع الى أجنبي .
 - (ج) لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها .
 - (د) لمالك الرقبة في الحكر اذا بيع حق الحكر والمستحكر اذا بيعت الرقبة .
 - (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية :
- ١ — اذا كانت العقارات من المبنى أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم
في القرى .

٢ — اذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض
الجار على الأرض المبيعة .

٣ — اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف
ثم الأرض المبيعة على الأقل » .

وبلاحظ أن المشروع قد زاد على الشفعاء مالك الرقبة في الحكر والمستحكر ، فكل منهما
يأخذ بالشفعة من الآخر ، جما لما تفرق من حق الملكية كما في الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء
لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر ، وهو حق غير مرغوب في بقاءه .

١ - مالك الرقبة

Nu-Propriétaire

٥٨ — ذكر مالك الرقبة في الفقرة الثانية من المادة ٢ التي جاء فيها :

“Il (celui qui a un droit d'usufruit) peut exercer le droit de préemption, si le propriétaire ne l'exerce pas lui-même”.

» وله (أى لصاحب حق

الانتفاع) طلب الشفعة إذا لم يطلبها

مالك الرقبة نفسه .

وهو مذکور أيضا في المادة ٧ التي جاء فيها أنه في حالة تعدد الشفعاء يكون

مالك الرقبة هو المقدم على من سواه .

فمالك الرقبة هو الذى يكون له حق الأخذ بالشفعة ، مقدما على من عداه .

وقد أعطى القانون حق الشفعة لمالك الرقبة ، مع أن حق الشفعة ، بمقتضى

أحكام الشريعة الاسلامية ، لا يوجد الا في حالة بيع عقار مادی .

ولا يمكن أن يتصور أن لمالك الرقبة الحق في أن يشفع في عقار مادی الا في

الحالتين الآتيتين :

١ — في حالة ما يكون شريكا على الشيوع في ملك الرقبة . ولكنه في هذه

الحالة يكون له حق الشفعة باعتباره شريكا في الملك .

٢ — في حالة بيع أرض مجاورة للأرض التي له فيها ملك الرقبة . ولكنه

في هذه الحالة يشفع باعتباره جارا .

والظاهر أنه ، خلافا لأحكام الشريعة الاسلامية ، ليس الأمر هنا متعلقا ببيع

عقار مادی ، وإنما ببيع حق عینی ، وهو حق الانتفاع ^(١) .

٥٩ — لا شفعة للمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع — يلاحظ أن

مالك الرقبة لا يكون له الحق في الشفعة الا في حالة بيع حق المنفعة من صاحبه .

ولكن القاعدة العامة في الشفعة ، كما تقدم ، هي أنها لا تكون الا في العقارات

المادية ، فلا تكون في العقارات المعنوية ، أى في حالة بيع الحقوق المقررة على

العقارات ، وعلى ذلك يكون تحويل مالك الرقبة حق الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع

(١) قارن هالتون ص ١٦٨ و ١٧٠ .

استثناء من القاعدة العامة . وقد جاء القانون بهذا الاستثناء ليتمكن مالك الرقبة من التخلص من حق المنفعة الذي يكون للغير على عقاره ، كي يعود اليه الملك تاماً^(١) . وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عدم التوسع فيه ، فلا يمتنع هذا الحق ، في حالة بيع حق المنفعة ، الا للمالك الرقبة دون غيره ، فلا يعطى مثلاً للمشاركاء في حق الانتفاع^(٢) .

٦٠ — نمر مالكي الرقبة — اذا تعدد مالكو الرقبة يكون استحقاق كل منهم للشفعة بقدر نصيبه (المادة ٧) .

ب — الشريك الذي له حصة مشاعة

Copropriétaire Indivis

٦١ — الشريك — يلي مالك الرقبة في الرتبة الشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع . وقد ذكر في المادة الأولى والمادة السابعة من قانون الشفعة . وتأتى الشركة اما من طريق الارث أو من طريق الاتفاق . ويكون لكل من الشركاء الحق في أخذ الحصة — الشائعة المبيعة — بالشفعة ، سواء أكان البيع لشريك أم لأجنبي^(٣) .

٦٢ — بيع مهنة مفروضة — اذا باع أحد الشركاء ، قبل حصول القسمة ،

(١) راجع فتحي زغلول باشا ص ٨٤ — دى هلنس نبذة ٤٣ .

(٢) دى هلنس نبذة ٤٣ — استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) — فتحي زغلول باشا ص ٨٤ — ويقول فتحي باشا قد يكون هذا المنع ضاراً ضرراً كبيراً بالشركاء في حق الانتفاع الا أن لهم مندوحة عنه باستعمال حق الاسترداد المقرر في المادة ٤٦٢ من القانون — راجع ماسيجى نبذة ٧٤ .

عكس ذلك : فورجير ص ٣٠٧ — عبد السلام ذهني بك (الأموال) نبذة ٤٨٧ ص ٦٧٩ . وقد نص ، كما رأينا ، في المادة ١٠٠٥ من مشروع القانون المدني الجديد ، على أن الحق في الشفعة يثبت لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

(٣) دى هلنس نبذة ٤٦ و ٥٠ — استئناف أهلى ٢٩ مايو ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٥٢٥ — استئناف مختلط ٤ يونيو ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) ، ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٥٧) ، ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

ومما تجب ملاحظته أن مشروع القانون المدني الجديد لم يعط حق الشفعة للشريك في الشيوع الا اذا كان البيع لأجنبي (المادة ١٠٠٥ من المشروع) .

حصة مفروزة في الملك المشترك ، فان صحة البيع تكون معلقة على نتيجة القسمة .
وبما أن للقسمة أثرا رجعيا فانه يمكن استعمال حق الشفعة ممن يملكه ، وانما يكون
نفاذها معلقا ، كالبيع نفسه ، على نتيجة القسمة ، لمعرفة هل يأتي الجزء المبيع في
نصيب البائع أولا يأتي .

وقد أخذت بذلك بعض المحاكم ، خصوصا الأهلية :

فقد قررت محكمة المنصورة الجزئية ^(١) أن البيع على التحديد ممن يملكون على
الشيوع غير باطل أصلا ، ولكنه قابل للبطلان ، فلا تمتنع الشفعة فيه ، لأن البيوع
الفاسدة ، أي القابلة للبطلان ، والبيوع الموقوفة على شرط ، تعتبر جميعها بيوعا
مشروعة أصلا ، وتترتب عليها نتائجها القانونية ، ولذلك تجوز فيها الشفعة وفقا
للقانون ، خلافا لما ورد في الشريعة الغراء التي نصت على عدم جواز الشفعة في
البيوع الفاسدة ، ولكن الشارع المصري لم ينقل هذا النص ، مما يدل على أنه لم يرد
ادخاله في قانون الشفعة . والبيع على التحديد لا يمنع باقي الشركاء من استعمال جميع
الحقوق المحولة لهم قانونا ، كحق الشفعة ، ولو جاز غير ذلك لاستطاع كل شريك ،
بطريق الغش والتدليس ، أن يبيع غيره حصته مفروزة ، ويحرم باقي الشركاء من
حق الشفعة أو الاسترداد ، وهذا ما لا يجوز عقلا ولا قانونا .

ورأت محكمة سمالوط الجزئية ^(٢) أن للشريك على الشيوع حق الشفعة ولو
وقع البيع على التحديد . فالشفعة جائزة مادام الشيوع قائما ، ويكون نفاذها معلقا ،
كالبيع نفسه ، على نتيجة القسمة .

وقضت محكمة المنصورة الجزئية ^(٣) بأن الشريك الذي يطلب الشفعة في
حصة شائعة يبعث على التحديد ليس ملزما بأن يذكر في انذار الشفعة الحدود
الواردة بعقد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصلية للعين المشتركة ، لأنه

(١) ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضي يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨
الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٩٥ .

(٢) ٣٠ مايو ١٩٢٦ (القاضي اسكندر حنا) المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ الجدول
العشري الأول للمحاماة رقم ٩٩٤ .

(٣) حكم ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المتقدم .

إذا فعل ذلك فقد يؤخذ عليه هذا الأمر كإقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه في الشفعة .

ولكن المحاكم المختلطة حكمت على عكس الرأي المتقدم ، اذ رأت أنه ليس للشريك في الملك حق الشفعة في حالة بيع شريك آخر جزءا معيناً *une part déterminée* من العقار المشترك ، لأن البيع في هذه الحالة يكون باطلا *nulle* ، وبطلانه يضع الأشياء في الحالة السابقة التي كانت عليها ^(١) .

ومنشأ الخلاف بين الأحكام هو انقسام الآراء فيما اذا تصرف أحد المشتاعين في نصيبه معيناً . فرأى يقول ان التعيين باطل ، والتصرف صحيح على الشيوع الا اذا أجاز به باقي الشركاء ، أو وقع الجزء الذي عين في نصيبه بمقتضى القسمة . ورأى يقرر أن بيع أحد الشركاء في الملك الشائع جزءا معيناً باطل ^(٢) .

أما اذا تصرف الشريك في الملك ببيع كل العقار الشائع فإن البيع يكون باطلا ، ولا مجال لتطبيق قواعد الشفعة ^(٣) .

٦٣ — يجب أنه تكونه الشركة في ذات العقار — الشريك الذي له حق الشفعة هو الشريك على الشيوع في ذات العقار المشفوع فيه ^(٤) .

٦٤ — الشريك في الحائط الفاصل بين ملكين — الجار الذي له حصة شائعة في جدار فاصل بين ملكه والمالك المشفوع فيه لا يمكن بناء على ما تقدم اعتباره

(١) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩٠٤ (١٧ ص ٤٥) ٢٠ يونيو ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٧) .

(٢) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٠٩ ص ٣٠٣ — ١٧٥ .

(٣) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٠٨ — دى هانس نبذة ٤٧ — استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩٠٤ (١٧ ص ٤٥) .

(٤) راجع استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) المحاماة ٥ رقم ٥٨٢ ص ٧٠٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٩٣ .

وراجع نقض ١٨ يونيو ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ٣ رقم ١٧٨ ص ٤٨٥ : اذا قضت المحكمة بالشفعة وأثبتت في صدد سببها أن الشيوع لايتناول جميع القطع ، ولم تتحدث عن مؤدى ما أثبتته من أن بعض الأرض المشفوع فيها شائع والبعض غير شائع وعن أثر ذلك في حق الشفعين والشفوع ضده ، فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور .

شريكا على الشيوع ، لأن ملكيته ليست منصبة على ذات العقار المشفوع ، وإنما منحصرة في جدار فاصل بين الملكين . وفي هذه الحالة لا يمكن أن يبنى طلب الشفعة الا على الجوار منضما الى حقوق الارتفاق المقررة بالمادة الأولى من قانون الشفعة ان وجدت وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة ، وسنتكلم فيه فيما بعد ^(١) .
وقد رأينا فيما تقدم أنه بمقتضى أحكام الشريعة الغراء يعتبر الشريك في حائط الدار في حكم المشارك في نفس الدار ^(٢) .

٦٥ — الشريك في آلة الري — اذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الري التي عليها فليس للشريك في ملكية الآلة وحدها الشفعة في الأراضي المبيعة اذا لم يكن شريكا فيها ^(٣) .

٦٦ — لا تنكفى الشركة في الحيازة العرضية — حق الشفعة لا يكون الا للشريك في الملك ، فليس للمشتاع الذي يحوز جزءا غير مفروز من العقار بصفة عرضية *à titre précaire* أن يطالب بالشفعة ^(٤) .

٦٧ — الشفعة للشريك وانه لم ترد في قانونه أمواله الشخصية — لكل شريك في الملك حق الشفعة مهما كان قانون أحواله الشخصية ، فلا يحتاج على الوارث ، الشريك في الملك مع البائع ، بأن حق الاسترداد الوراثي *le retrait successoral* غير مقرر بمقتضى قانون أحواله الشخصية ^(٥) .

٦٨ — لا شفعة بعد القسمة — لا يجوز للشريك استعمال حق الشفعة ^(٦) اذا كان قد صدر حكم بالقسمة وحاز قوة الشيء المقضى به ^(٧) .

(١) راجع نبذة ٨٩ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٥ .

(٣) استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٥٧) .

(٤) استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٥) — راجع نبذة ١٠٩ —

راجع كذلك ما سيجيء بخصوص الحكم (نبذة ٨٣) .

(٥) استئناف مخطط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٦) حتى لو كان لا يجوز له أيضا استعمال حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة *retrait d'indivision* الذي تقرره المادة ٤٦٢/٥٦١ مدي — استئناف مخطط ٢٧ مايو ١٩١٩ (٣١ ص ٣١٤) .

(٧) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩١٩ (٣١ ص ٣١٤) .

٦٩ — زعمد الشركاء — اذا تعدد الشركاء كان استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه (المادة ٧) .

٧٠ — من استرداد الحصة المبيعة قبل النسخة — للشركاء طريق آخر للاستيلاء على الحصة الشائعة ، وهو استعمال حق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٥٦١/٤٦٢ التي نصها : « يجوز للشركاء في المالك ، قبل قسمته بينهم ، أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم للغير ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

وهناك فروق بين حق الشفعة وحق الاسترداد المذكور في المادة ٥٦١/٤٦٢ ، وأهم هذه الفروق هي :

(١) حق الشفعة يكون اذا حصل البيع لشريك آخر أو لأجنبي ، أما حق الاسترداد فلا يكون الا اذا كان البيع لأجنبي .

(٢) الشفعة لا تكون الا في العقار ، أما حق الاسترداد فيكون أيضا في المنقول .

(٣) الشفعة خاضعة لاجراءآت وشروط خاصة نص عليها في قانون الشفعة ، وتسقط اذا لم تتبع تلك الشروط والاجراءآت في المواعيد المنصوص عليها ، بخلاف حق الاسترداد ^(١) .

وعلى ذلك اذا حصل البيع لأجنبي كان لكل من الشركاء الحق في الأخذ بالشفعة في المواعيد المقررة في قانون الشفعة ، أو في استرداد الحصة المبيعة بمقتضى المادة ٥٦١/٤٦٢ في أى وقت حتى تحصل القسمة . واذا سقط حق الشريك في الشفعة ، لعدم تقديم طلبه في الميعاد القانوني مثلا ، فانه يبقى له حق الاسترداد حتى تحصل القسمة ، وأما اذا حصل البيع لشريك فلا يكون لباقي الشركاء سوى الحق في الأخذ بالشفعة ، ولا يكون لهم حق الاسترداد ، والعلة في ذلك هي أن حق الاسترداد لم يوضع لمنع الأجنبي من التدخل بين الشركاء ، وقد شرع لمنع الاشكالات التي تنتج من ذلك .

(١) دى هلتس نبذة ٥١ — استئناف مختلط ١٨ مارس ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

٧١ — السهماء فى حق الانتفاع — اذا كان حق الانتفاع العقارى

usufruit immobilier مشتركاً بين عدة أشخاص ، وباع أحدهم حقه ، هل يكون للآخرين حق الشفعة ؟

ان المادة الأولى من قانون الشفعة لم تذكر الا الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع copropriétaire indivis de l'immeuble vendu ، ولم تذكر الشريك الذى له حصة فى حق المنفعة المبيع ، فيظهر من نصها أن الشريك فى المنفعة لا يكون له حق الشفعة فى هذه الحالة . ولكن دى هلتنس^(١) يرى أن دخول أجنبى فى حالة الشيوخ بين باقى الشركاء فى المنفعة مضر ، كحالة دخول أجنبى فى الملك المشترك ، لأن عملية القسمة تتجدد فى أوقات دورية بالنسبة الى العقار ، ولذلك يرى امكان تطبيق المادة ٢ التى تقول « يعد شريكاً فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه »^(٢) . ونحن نرى أن فى ذلك توسعاً فى تطبيق المادة ٢ التى تتكلم فى العقار المبيع immeuble vendu ، لا فى حق الانتفاع المبيع .

وكذلك يرى دى هلتنس امكان تطبيق المادة ٤٦٢/٥٦١ فى هذه الحالة ، وان كان كل ذلك مشكوكاً فيه ، كما يقرر دى هلتنس نفسه^(٣) .

ج — صاحب حق الانتفاع

Usufruitier

٧٢ — أعطت المادة ٢ حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع فى العقار المبيع كله أو بعضه الذى ترتب عليه حقه . وهذا هو نص المادة ٢ :

« يعد شريكاً فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه . وله طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

وبمقتضى المادة ٧ صاحب حق الانتفاع يلى الشريك فى المرتبة .

(١) نبذة ٥٢ .

(٢) راجع النبذة الآتية .

(٣) دى هلتنس ٥٥ .

٧٣ — صاحب حق الانتفاع لم يكن بين الشفعة قبل قانونه الشفعة —

ايس لصاحب حق الانتفاع الحق في طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم يعط هذا الحق بمقتضى النصوص الملغاة الخاصة بالشفعة في المجموعة المدنية . ولهذا لانفهم سبب النص عليه في قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصي المنتفع لا ينتقل للورثة ، فهو أساس واه للشفعة لا يبرر تضييع حق المشتري الذي انتقل اليه حق دائم هو حق الملكية .

٧٤ — نقر نص المادة ٢ الخاصة بصاحب حق الانتفاع — يلاحظ

أن المادة ٢ تنص على أنه «يعد شريكا في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه » . وهذا النص لا يفهم بمقارنته بالمادة ٧ التي جعلت مرتبة صاحب حق الانتفاع بعد مرتبة الشريك ^(١) .

كذلك نص في آخر المادة ٢ على أن لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة « اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » . وهذا النص غير مفهوم أيضا ، لأن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق في الأخذ بالشفعة الا اذا باع مالك الرقبة حقه في العين . فكيف يكون لمالك الرقبة الحق في طاب الأخذ بالشفعة في الوقت نفسه ؟ يمكن تصور ذلك في حالة ما اذا تعدد مالكو الرقبة وباع بعضهم نصيبه ، فانه في هذه الحالة يكون لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها الشريك في ملك الرقبة ، ولكن في هذه الحالة لم يكن هنالك داع للنص على ذلك ، لأن الشريك مقدم على كل حال على صاحب حق الانتفاع (المادة ٧) ^(٢) .

يمكن أن تتصور أيضا حالة ما اذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وباع أحدهم نصيبه ، فهل يكون للشريك في حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة ؟ سبق أن بينا أن تحويل حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع هو استثناء من القاعدة العامة التي تقضى بأن بيع الحقوق غير المادية ، مثل حق الانتفاع ، لا يعطى

(١) دى هلنس نبذة ٤١ .

(٢) راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٥ و ٨٦ — دى هلنس نبذة ٥٤ .

الحق في الشفعة ، ولذلك يجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق في حالة بيع حق الانتفاع الا لملك الرقبة ، ولا يمنح للشركاء في حق الانتفاع ^(١) .

٧٥ — نمرد أصحاب حق الانتفاع — اذا تعدد أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم يكون على قدر نصيبه (المادة ٧) .

د — الجار المالك

Propriétaire Voisin

٧٦ — كان مجرد المجاورة ، من غير شرط آخر ، يكفي للشفعة . وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه في معظم الأحوال حق الشفعة للجار ، مما دعا المتعاقدين الى ابتداع طرق مختلفة لمنع التلاصق بين العقار المبيع وعقار الجار ^(٢) . لهذا قرر قانون الشفعة شروطا أخرى ، فأصبح بمقتضاه لا يكفي مجرد التلاصق أو المجاورة للأخذ بالشفعة ^(٣) .

٧٧ — نمرت أحوال للجار — تعطى المادة الأولى من قانون الشفعة الحق في الشفعة للجار المالك في أحوال ثلاث ، اذ تفرق بين الأحوال الآتية :

(١) راجع ما تقدم نبذة ٥٩ — عكس هذا الرأي فورجير ، وهو يستند الى ما يأتي :
(١) روح القانون تقضى بمنع تدخل شخص أجنبي في الشيوع ، لأن تدخله يكون عاملا للمنعاب وعدم الوفاق .

(ب) المادة ٢ قد شبهت صاحب حق الانتفاع بالمرتك في الملك .

(ج) أجاز القانون الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع (فورجير ص ٣٠٧) .

على أن هذا البحث عديم الأهمية ، لأن أحكام حق الانتفاع نادرة التطبيق في مصر .
عكس هذا الرأي أيضا : عبد السلام ذهني بك في كتابه « الأموال » نبذة ٤٨٧ ص ٦٧٩ — محمود فهمي ص ١٤٨ .

وقد نص في المادة ١٠٠٥ من مشروع القانون المدني الجديد — كما رأينا — على أن الحق في الشفعة يثبت لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها . وبهذا النص تلافى المشروع كل لبس .

(٢) دى هلنس نبذة ٥٦ .

(٣) استئناف مختلط ٦ مارس ١٩٤٥ (٥٧ ص ٧٩) : لا يستمد حق الشفعة من شخصية الجار المالك ، وانما يتعلق بالعقار نفسه ، أي بالفائدة التي تعود على هذا العقار من ضمه الى العقار المبيع .

الحالة الأولى — العقار المشفوع من المباني أو الأراضي المعدة للبناء ، سواء في المدن أو في القرى .

الحالة الثانية — العقار المشفوع من الأراضي غير المبنية أو غير المعدة للبناء .

الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق للعقار المشفوع به على العقار المبيع أو العكس .

وهذا نص ما جاء في المادة الأولى خاصا بالجار :

« يثبت حق الشفعة لمن يأتي :

أولا —

ثانيا — للجار المالك في الأحوال الآتية :

إذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء كانت في المدن أو في القرى .

إذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة .

إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل » .

وستتكمّل فيما يلي في كل حالة من هذه الأحوال الثلاث .

ويمكن القول بأن القانون فرق بين حالتين للجوار :

(١) أن يكون العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء . وهنا تكفي المجاورة من جهة واحدة .

(٢) ألا يكون العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء . وهنا لا تثبت الشفعة إلا إذا وجد أحد شرطين :

(أ) أن يكون للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو العكس .

(ب) أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

وعما يجدر ذكره هنا أن الشفعة لا تكون للجار إلا إذا كان مالكا للعقار المشفوع به ، فإذا لم يكن مالكا ، بل كان له حق انتفاع فقط أو كان مستأجرا ، فلا حق له في الشفعة .

وحق الانتفاع كما تقدم لا يعطى الحق في الشفعة إلا إذا كان مقررا على العقار المبيع لا على العقار المشفوع به ^(١) .

وللجار حق الأخذ بالشفعة سواء أوقعت على عقار مقسوم أم على جزء من عقار غير مقسوم ، إنما يشترط القانون في حالة عدم قسمة العقار المشفوع أن يتأخر الجار عن الشريك في الملك ، ولا يمتنع الجار حق الشفعة إلا إذا تنازل هذا الأخير أو سقط حقه ^(٢) .

٧٨ — الحالة الأولى — بالنسبة إلى المباني والأراضي المعدة للبناء :

جاء في المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت للجار المالك « إذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء كانت في المدن أو في القرى » .

“ S'il s'agit de constructions ou de terrains destinés à être bâtis, situés dans une ville ou dans un village ”.

فيشترط في هذه الحالة توافر شرطين :

أولا — التلاصق من جهة .

ثانيا — أن يكون العقار المشفوع من المباني أو الأراضي المعدة للبناء .

٧٩ — الشرط الأول — التلاصق من جهة — يجب أن يكون

العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين من أية جهة ^(٣) . والقاضي يقدر في كل حالة ما إذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة ^(٤) .

(١) دى هانس نبذة ٥٧ — راجع ما سيجيء نبذة ١٠٥ .

(٢) استئناف مخطط ١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ من ٢٤٥) المجموعة الرسمية المختلطة

٢٨ من ٢٦٨ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٠ — زكى العرابى باشا نبذة ٥٤ من ٣٤ — فورجير

من ٣١٢ .

(٤) ذهني بك الأموال نبذة ٤٩٢ من ٦٨١ .

ويكفي التلاصق من جهة واحدة ^(١) .

والعبرة في التلاصق بالأرض لا بالبناء ، إذا كانت الأرض تحوى بناء ،
فاذا كان المبيع دارا لها بستان وبيع عقار ملاصق للبستان ثبت الشفعة ^(٢) .

٨٠ — الشرط الثاني — أنه بكونه العقار المشفوع من المباني أو

الأرض المعرّضة للبناء — فاذا لم يكن العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي
المعدة للبناء ، بأن كان معدا للزراع ، فله حكم آخر ^(٣) .

ولا يشترط ، كما هو ظاهر من النص ، أن يكون العقار المشفوع مبنيا بالفعل ،
بل يكفي أن يكون من الأراضي المعدة للبناء .

ويجب أن يكون العقار المشفوع في مدينة أو قرية ، أى أن يكون جزءا من
منطقة مبان agglomération urbaine ^(٤) .

٨١ — الشفعة في البناء — هل للمالك البناء أن يشفع في العقار المبيع ، إذا

لم يكن مالكا للأرض التي أقيم عليها البناء؟ — وإذا كان المبيع بناء من غير الأرض
المقام عليها هل تجوز الشفعة في هذا المبيع ؟

يقول المرحوم فتحى زغلول باشا عند كلامه في حالة الجار المالك إذا كان
الشفوع من العقارات التي في المدن والقرى :

« يجب أن يكون العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين ، سواء كان

= ويكفي للمطالبة بالشفعة أن يكون العقاران متلاصقين ، وليس للقاضي أن يبحث فيما إذا
كانت أئمة مصلحة جديّة ، لأن الشارع حين أوجد هذا الحق لم يخول القاضي حق منحه أو
رفضه (استئناف مختلط ٥ يونيو ١٩٤٨ (٥٧ ص ١٦١) .

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٨) ، ١٠ يونيو ١٩٢٤

(٣٦ ص ٤٢٤) .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٦ — فورجير ص ٣١٢ .

وعلى ذلك تمكن الشفعة في الأبنية من غير شرط المجاورة فيها ، كما إذا كان منزل مقاما في
وسط بستان أو أرض فضاء ، بشرط أن يباع المنزل مع البستان أو مع الأرض وأن يتحقق
شرط المجاورة بالنسبة الى البستان أو الأرض (دى هلتس ٥٩) .

(٣) راجع نبذة ٨٤ وما بعدها .

(٤) استئناف مختلط ١١ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) — راجع أيضا ما سيحيى

نبذة ٨٨ .

العقار المشفوع مبنياً أو معداً للبناء ، فالعبرة هنا بالأرض ، لا بالبناء ، وينتج من ذلك :

١ — اذا كان المبيع داراً لها بستان ، وكان لأحدهم عقار ملاصق للبستان ، فله الشفعة ، لأن العبرة بملاصقة الأراضي ، لا الأبنية .

٢ — اذا كان الشفيع لا يملك الا البناء ، بأن كانت الأرض محكورة له أو مؤجرة ، فلا شفعة .

٣ — اذا كان المبيع هو البناء دون الأرض فلا شفعة ، كما لو كانت الأرض لمالك ، وكان مترتباً عليها حق انتفاع بالبناء الآخر أو أن للدار المبنية فضاء هو الملاصق للجار ولم يدخل في المبيع .

هذا ما يقوله المرحوم فتحى زغلول باشا ، والظاهر أنه لم يتناول بالذات النقطة الخاصة التى هى موضوع بحثنا الآن .

ويقول دى هلتس ان حق الشفعة يقع على المباني تبعا للأرض المقامة عليها هذه المباني^(١) ، فلا يجوز أن يشفع فى منزل من غير أن يشفع فى الأرض المبنى عليها . وينتج من ذلك أن التلاصق يشترط ، لا بالنسبة الى المنازل المشفوعة ، بل بالنسبة الى الأرض المقامة عليها هذه المنازل ، فيمكن أن يشفع فى المنازل من غير أن تكون متلاصقة ، كما اذا كان منزل مقاما وسط بستان أو ضيعة وكان البستان أو الضيعة مجاورين للأراضى المشفوع بها^(٢) . وبما أن حق الشفعة لم يعط الا للجار المالك ، فينتج من ذلك أن من لا يكون مالكا للأرض التى بنى عليها لا يشفع فى المنزل المجاور لمنزله ، لأنه لا يوجد التصاق بين العقارين لمصلحته . وهذا الحق لا يوجد الا لمصلحة مالك الأرض المقام عليها البناء . وهى هنا حالة من لا يحوز الأرض الا بصفته صاحب حق القرار *droit de superficie* أو حق الحكر ، فحق الشفعة يكون للمالك الأرض ، أى لمن أعطى حق القرار أو الحكر . ويضيف دى هلتس أن هذا ، كما يظهر له ، هو السبب الذى من أجله يجب حرمان من له حق القرار *superficiaire* أو حق الحكر من حق الشفعة ، وليس السبب الذى

(١) نبذة ٥٨ .

(٢) نبذة ٥٩ .

يذكرونه غالبا ، وهو أنه ليس لها حق الملك التام ، فإن لها هذا الحق على المباني التي يقيمونها ، حتى أن لها أن يرهنها رهنا تأمينا^(١) .

ويقول الأستاذ ذهني بك عند بحثه حالة الجار إذا كان العقار المشفوع مبنيا : ان العقار المشفوع المبني « يتكون من البناء بالذات ومن الأرض القائم عليها البناء . ولا بد للشفيع من أخذ العقار ببناء وأرضا بالشفعة . ويستحيل عليه أن يطالب بأحد الاثنين . وإذا كانت الأرض للمالك والبناء لآخر وبيع البناء دون الأرض فلا شفعة . وكذلك لا شفعة إذا بيع البناء دون الأرض (!) . وإذا كان الشفيع لا يملك الا البناء القائم على الأرض المشفوع بها ، كما إذا كان مستأجرا أو كانت الأرض محكورة له أو كان مرتهنا رهنا حيازيا عقاريا ، فلا شفعة له أيضا ، ولكن للمالك الأرض حق الأخذ بالشفعة ، وهو المؤجر أو صاحب الأرض المحكورة أو المدين الراهن »^(٢) .

أما نحن فمن رأينا أن الشفعة تجوز في البناء ، ولو بيع مستقلا ، وأنه لا يوجد ما يمنع المالك الذي لا يملك الا 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^(٣) ، كما إذا باع صاحب الطابق الثاني من منزل — لا يملك فيه الطابق الأسفل — طابقه ، فإنه يجوز للجار ، سواء أ كان مالكا للأرض وما عليها من البناء ، أم للأرض فقط ، أم للبناء فقط ، أن يطالب بالشفعة إذا توافرت لديه شروط الجوار بالنسبة الى ما يشفع فيه ، وذلك لأنه بالنسبة الى العقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضا ، بل اشترط فقط أن يكون عقارا ، ولم يخص ، فقد ورد لفظ العقار immeuble من غير تخصيص في المواد ٢ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ ، وعبر في المادة ٧ بلفظ ملك fonds ، حيث جاء فيها « وإذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة ... » والمادة الأولى صريحة في جواز الشفعة في البناء ، اذ جاء فيها عند الكلام في أحوال الجار أن الشفعة تثبت

(١) نبذة ٦٠ .

(٢) ص ٦٨١ — ٦٨٢ .

(٣) أي مع بقاء حق القرار .

للجار المالك « إذا كان العقار المشفوع من المباني constructions أو من الأراضي المعدة للبناء ، ولم ينص فيها على أن البناء يجب أن يكون تابعا للأرض .

وبالنسبة الى العقار المشفوع به نرى الشارع لم يخصص عقار الشفيع ، بل أطلق ، فقد جاء في المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت « للشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع au copropriétaire indivis de l'immeuble vendu .

ومن المعلوم أن العقار في القانون اما أن يكون مالا ثابتا بطبيعته أو من أصل خلقته immeuble par nature ، واما أن يكون ثابتا بطريق التخصيص immeuble par destination (مدنى ٥٢٤/١٨/٤) ، واما أن يكون ثابتا بالنسبة الى الشيء المتعلق به Immeuble par l'objet auquel il s'applique

أما بالنسبة الى الأموال الثابتة بطبيعتها ، فإن الشفعة تكون فيها ، سواء أكانت أرضا ، أم بناء ، أم غراسا ، فإن البناء وحده ، أو الغراس وحده ، معتبر عقارا ، بصرف النظر عن الأرض القائم عليها ، فتقع فيه الشفعة .

وبالنسبة الى الأموال الثابتة بطريق التخصيص فإنها تتبع العقارات التي اتصلت بها ، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة في هذه الحالة . وفيما يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة الى الشيء المتعلقة به ، أو الأموال الثابتة غير المادية كما تسمى أحيانا ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التي يتطلبها القانون ، كالجوار . وقد أجاز القانون نفسه ، في المادة ٢ ، لمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة في حالة بيع حق الانتفاع كما تقدم .

ومن بين الأموال الثابتة بالنسبة الى الشيء المتعلقة به ، حق التعليل . فحق التعليل ذاته عقار ^(١) ، بصرف النظر عن البناء ، فتثبت فيه الشفعة كما ثبتت به ، لأنه عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذي لصاحبه الحق في البناء فيه . ولذلك في الدار ذات الطبقات يجوز لكل من أصحاب الطبقات المطالبة بالشفعة اذا تحققت الشروط التي يتطلبها القانون ، كالجوار ، كما سنبينه ^(٢) .

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ .

(٢) راجع نبذة ٨٢ .

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

ولذلك نرى كما تقدم أنه اذا بيع عقار فانه يجوز لكل من مالك الأرض المجاورة ومالك البناء المجاور (ان لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد) أن يطالب بالشفعة ، وتكون الأفضلية لمن منهما يعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من الآخر وفقا للمادة ٧ .

والظاهر أن الذي دعا الى ايجاد الرأى المخالف لرأينا هي أحكام الشريعة الاسلامية ، فانه بمقتضى مذهب الحنفية يعتبر البناء منقولا ، فلا تجوز فيه الشفعة ، الا اذا بيع مع الأرض ، ولكن اذا بيع من غير الأرض فلا شفعة فيه ، فقد جاء في المادة ١٠٩ من مرشد الخيران أن « لا شفعة في البناء والشجر المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها . فاذا بيع البناء تبعا للأرض ثبتت فيه الشفعة » . وجاء في المادة ١٠٢٠ من المجلة : « لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية تجرى الشفعة في الأشجار والأبنية أيضا تبعا للأرض . وأما اذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجرى فيها الشفعة » ^(١) .

ولكن القانون صريح في أن البناء يجب أن يعتبر عقارا ، وما دام القانون كما تقدم لم يشترط في العقار المشفوع أن يكون أرضا فلا يعمل بحكم الشريعة . ويلاحظ أن الامام مالك يعتبر البناء من العقارات ، فتصح فيه الشفعة عنده . على أن فقهاء المذهب الحنفى لا يقررون عدم جواز الشفعة بتاتا في البناء ، بل انهم يميزونها استحسانا لأصحاب الدور في الدار ذات الطبقات ، وبعضهم يميزها

(١) راجع الذخيرة في الفصل الثالث من الشفعة — مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢ ص ٣٩

— شرح المجلة المادة ١٠١١ لمحمد سعيد المحاسنى جزء ٢ ص ٣٦٩ و ٣٧٤ .

في البناء الذي يقام على أرض محتكرة ، وذلك لما للبناء من حق القرار^(١) .
وإذا رجعنا الى أحكام المحاكم الخاصة بالشفعة في البناء نجدتها في موضوع
الحكم ، وسنتكلم فيه فيما بعد^(٢) .

وقد صدرت بعض الأحكام قبل قانون الشفعة : من ذلك حكم استئناف
مصر الأهلية في ١٩ من ديسمبر سنة ١٨٩٢^(٣) ، فقد جاء فيه :

ان المادة الثانية من القانون المدني قسمت الأموال الثابتة الى قسمين ، أموال
ثابتة حقيقية وأموال ثابتة حكومية ، حيث نصت على أن الأموال الثابتة هي الحائزة
لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع بحيث لا يمكن
نقلها بدون أن يمتريها خلل أو تلف وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .
فيتبين من التقسيم الثاني لحوزة الاستقرار ، وهو قول المادة أو بصنع صانع ، أن

(١) جاء في البدائع (٥ ص ١٢) أن الشفعة لا تجب الا في العقار أو ما في معناه وهو
العلو — وفي ص ١٣ : اذا بيع سفلى عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو بيما جميعا وجبت
الشفعة . أما السفلى فلا شك فيه لأنه عقار ، وأما العلو بدون السفلى فتجب فيه الشفعة اذا كان
العلو قائما استحسانا ، لأن حق البناء على السفلى متعلق به على سبيل التأييد ، فصار بمعنى العقار ،
فيجب فيه الشفعة . ولو انهدم العلو ثم بيع السفلى وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبي يوسف ،
وعند محمد لا شفعة له . وجه قول الأول أن البناء وإن بطل لحق البناء قائم ، وأنه حق متعلق
بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأييد ، فكان بمنزلة البقعة . ووجه قول الثاني أن الشفعة إنما
تجب اما بالمشركة في الملك أو الحقوق ، أو بجوار الملك ، ولم يوجد شيء من ذلك ، أما المشركة
فظاهر الانتفاء ، وكذا الجوار ، لأن الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة . —
يلاحظ أن الذي يجزى الشفعة هو محمد والذي يطلبها هو أبو يوسف خلافا لما جاء في البدائع
(راجع الفتاوى الهندية ص ١٦٤) .

وجاء في الزيلعي (٥ ص ٢٥٢ — ٢٥٣) : لا تجب الشفعة في بناء ونخل بلا عرصة ، لأنهما
منقولان ، فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا أرض ، وإن بيعا مع الأرض تجب فيهما الشفعة تبعاً للأرض ،
بخلاف العلو ، حيث يستحق بالشفعة ، ويستحق به السفلى على أنه مجاوره ، وذلك اذا لم يكن
طريقه طريق السفلى ، وإن كان طريقهما واحداً يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق
وهو الطريق ، لأن حق التعلل يبقى على الدوام ، وهو غير منقول ، فتستحق به الشفعة كالعقار .
وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة في العلو استحسان (حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥
ص ٢٥٢ — ٢٥٣) ، اذ كان القياس ألا تجب فيه الشفعة ، لأنه لا يبقى على وجه الدوام ،
وانما استحسنا لأن حق الوضع متأبد فهو كالعرصة .

(٢) راجع نبذة ٨٣ .

(٣) المحاكم ٤ رقم ١٤٤ ص ٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٢ ص ١٤١ .

غرضها منه اعتبار البناء أموالاً ثابتة بصرف النظر عن الأرض القائم عليها ، والبناء انما يكون بصنع صانع ، ولا يمكن نقله بدون خلل أو تلف ، اذ نقله يكون بنتقضة وهدمه ، فلا يمكن القول بأنه يعتبر منقولاً لوجود السبيل الى هدمه وإزالته ، اذ لا يطلق عليه اسم البناء الا ما دام قائماً ويترب على الهدم الخلل والتلف الاذان اعتباراً شرطاً .

وجاء فيه أيضاً أنه اذا لم يعتبر حق القرار تابعا للبناء فلا بد من اعتباره من الحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة ، والحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة هي من العقار الحكمي .

وأضاف الحكم أن القانون في باب الشفعة أطلق إجازتها في العقار كما في المادة ٦٩ ، ولم يقيد بكونه حقيقياً أو حكماً أو تبعياً . ومعلوم أن لفظة العقار تشمل ذلك كصريح المادة ٢ و ٤ من القانون المدني ، وانما لم يقيد ارتكاناً على هاتين المادتين ، فعليه يكون تخصيص العقار في باب الشفعة بالحقيقى ترجيحاً بلا مرجح ، والتخصيص كالأستثنائي لا يكون الا بالتنصص الصريح كما هي القواعد القانونية ، والقانون لم يصرح ، فيتعين الحل على العموم .

ولكن محكمة مصر الابتدائية قضت ^(١) ، على عكس ذلك ، بأن القانون صريح في عدم جواز الشفعة في البناء وحده أو بواسطة البناء وحده ، بدليل المادة ٩٣/٦٨ ، حيث نصت (لمن أعار أرضه لآسان وأذن له بالبناء أو الفرس فيها حق الشفعة الخ) ، لأنها أثبتت حق الشفعة لصاحب الأرض في البناء دون صاحب البناء في الأرض مع التلازم الذهني حال وضع هذا النص ، ويؤخذ منه أن القانون انما صدر المادة بلفظ الأرض ومنع صاحب البناء من الشفعة فيها إشارة الى أن الشفعة لا تجوز الا في عقار مخصوص هو الأرض ، فان قام عليها شيء فهو يتبعها . وحيث ان الدليل المأخوذ من تصريح المادة (٩٤/٩٦) بقولها للشريك في عقار غير مقسوم من غير نص على نوع العقار دليل ساقط ، لأن لفظة عقار جاءت على لسان ناقل هذه المادة من قبل التحسين لا من قبيل الوضع ، يشهد بذلك الطبعة

(١) القضية رقم ١٣٩ سنة ١٨٩٦ المحاكم ٧ ص ٩٨٧ مسائل الأوقاف رقم ٣٧٩

الفرنساوية ، اذ عابرتها بالحرف (للشريك غير المقسوم Le copropriétaire indivis) ، فغير المقسوم صفة للشريك كما هو ظاهر ، ولقطة عقار غير موجودة ، فالارتكان على ذكرها خطأ في الطبعة العربية خطأ في القضاء ، ولذلك لم تأت هذه اللفظة السقيمة مرة ثانية في باب الشفعة .

٨٢ — **المرور ذات الطبقات** — اذا كانت الدار ذات طبقتين ، وكان السفل من البناء لشخص والعلو لآخر اعتبر كل منهما جارا ملاصقا ^(١) .
فاذا بيع العلو كان لصاحب السفل أن يأخذ بالشفعة . واذا بيع السفل كان لصاحب العلو حق الشفعة ^(٢) .

واذا لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة ، حتى انهدم العلو ، فقد قلنا انه في الشريعة الاسلامية على قول أبي حنيفة وأبي يوسف تبطل الشفعة ، لأن الجوار بالاتصال وقد زال ، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ . وعلى قول محمد تجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار ^(٣) .

وفي القانون نرى أن الحكم يجب أن يكون كقول محمد ، لأن حق القرار عقار ، فتثبت فيه الشفعة كما ثبت به ، وهو عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذي لصاحبه الحق في البناء فيه ^(٤) .

واذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، بعضها فوق بعض ، فبيعت الطبقة الوسطى ثبتت الشفعة لصاحب الطبقة العليا ولصاحب السفلى . واذا بيعت الطبقة السفلى أو الطبقة العليا فلصاحب الطبقة الوسطى حق الشفعة . وهذا هو حكم الشريعة أيضا كما تقدم ^(٥) .

٨٣ — **الشفعة في الحكم** — هل تجوز الشفعة في البناء القائم في أرض

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣١ .

(٢) العرابي باشا ص ٣٣ نبذة ٥٣ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣١ — الفتاوى الهندية ص ١٦٤ .

(٤) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٤٨٤ — راجع العرابي باشا

نبذة ٥٣ ص ٣٣ .

(٥) راجع نبذة ٣١ — زكي العرابي باشا نبذة ٥٣ ص ٣٣ .

محتكرة ؟ لا يوجد ما يدل على أن الشارع المصرى أراد أن يخالف الشريعة فيما يتعلق بأحكام الحكر .

وقد تضاربت أقوال الفقهاء فى ثبوت الشفعة فى البناء القائم فى الأرض المحتكرة ، أو الأشجار المملوكة الواقعة فيها . فمنهم من قال بثبوتها . ومنهم من قرر عدم الثبوت . وانقسمت أحكام المحاكم المصرية بسبب ذلك . —
فمن قالوا بثبوت الشفعة احتجوا بما يأتى :

ان البناء فى الأرض المحتكرة هو عقار ، لأن حق القرار هو من الحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة ، وهو عقار حكمى ، أى غير مادى ، وقد أجاز القانون الشفعة فى العقار على إطلاقه حقيقيا كان أو حكما^(١) .

واستندوا على ما قاله السكال بن الهام من أن البناء اذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار ، وقد انتصر له أبو السعود من علماء الحنفية فى حاشية مسكين وجزم بخطأ من أفتى بأن لا شفعة فى البناء فى الأرض المحتكرة كالطورى^(٢) . ووفق بين القولين بأنه اذا لم يكن للمحتكر حق القرار فيكون البناء من المنقولات ولا شفعة فيه الاتبعاً ، واذا كان للمحتكر حق القرار فيلتحق بالعقار ، وهى ثابتة فيه ، كما فى مسألة العلومع السفلى لما فيه من حق القرار ، ولو كان العلوانهدم قبل قيام الشفيع يبقى حقه كما قال محمد^(٣) .

يضاف الى ما تقدم أن مذهب الامام مالك يجيز الشفعة فى البناء القائم على الأرض المحتكرة^(٤) .

واستند من يقول بعدم ثبوت الشفعة على ما يأتى :

(١) قنا الجزئية سنة ١٨٩٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ ص ١٤٥ — استئناف ٢٩ مارس ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٤ ص ٥٣١ .

(٢) ابن عابدين ٥ ص ١٤٣ .

(٣) استئناف مصر الأهلية ١٩ ديسمبر ١٨٩٢ المحاكم ٤ رقم ١٤٤ ص ٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٢ ص ١٤١ — قنا الجزئية سنة ١٨٩٣ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ .

(٤) راجع الجزء الثالث من شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل صفحة ٥٩١ . — كتاب البهجة فى شرح التحفة للعلامة التسولى الجزء الثانى ص ١٢٠ — بلغة المسالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير للشيخ الدردير الجزء الثانى ص ٢٥١ .

ان البناء ليس له حق البقاء على الدوام ، بل هو على شرف الزوال ، لأن
المحتكر اذا امتنع عن دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر الأرض لغيره .
وانه بمقتضى الشريعة يشترط أن يكون المبيع مملوكا ملكا تاما لبائعه ^(١) ،
ولم يرد الشارع مخالفة أحكام الشريعة ^(٢) ، بل ان جل ما تدون بقانون
الشفعة بنوع خاص كان مقصودا به تنظيم الاجراءات الواجب اتباعها لطلب
الشفعة ، وليس فيها ما يؤخذ منه الميل الى مخالفة فقه الشريعة نفسها في مادة
الشفعة ، فوجب اذن احترام أحكام الشريعة التي لم يرد في القانون نص يخالفها ،
وفضلا عن ذلك فان حكم الشريعة الاسلامية في هذا الصدد جاء مطابقا للمعقول
لضرورة حصر حق الشفعة هنا ، لأنه لو جازت الشفعة للأراضي المحكرة لزادت
الأراضي الموقوفة زيادة فاحشة تضر بمصلحة البلاد التجارية والاقتصادية ^(٣) .

هل يشفع بالحكر ؟

اختلفت المحاكم كذلك فيما اذا كان يجوز أن يشفع بالحكر ، فقال البعض
ان البناء القائم على الأرض المحتكرة له حق القرار ، فهو اذن عقار يشفع
ويشفع به ^(٤) .

وقال البعض الآخر انه لا يشفع به ، لأن قانون الشفعة لم يعط حق الشفعة الا
لمالك العقار المشفوع به ملكا تاما ، حتى انه لم يعطه لصاحب حق الانتفاع الا في
العين المقرر عليها حقه ، ولم يعطه اياه الا اذا لم يطلبه مالك الرقبة نفسه . ولا يمكن
تشبيه المحتكر بالجار المالك ، ولا بصاحب حق الانتفاع ، لأن المحتكر لا يمكن
اعتباره مالكا بالمعنى القانوني الصحيح ، لأنه ليس له الا حق عيني على ملك الغير

(١) المجلة المادة ١٠١٩ و ١٠٢٠ — مرشد الخيران المادة ١٠٩ و ١١٠ — قانون
العدل والانصاف المادة ٣٤٢ .

(٢) استئناف مخطط أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨١ —
ص ١٤١ ، ٤ تم يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨٠ ص ١٣٩ — مصر
الأهلية ٢٩ مارس ١٩٢١ . المحاماة ١ رقم ١١٤ ص ٥٣١ الجدول العنصري الأول للمجلة
المحاماة رقم ٩٩٦ .

(٣) حكم ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) .

(٤) قنا الجزئية القضية نمرة ١٢٤ سنة ١٨٩٣ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ ص ١١٤ .

ينحوله الانتفاع به انتفاعا تاما في مقابل جعل سنوى له يسمى حكرا ، اعترافا بملكيته لرقبة العين ، أو يعطيه حق الانتفاع بالبناء والغراس القائم على أرض الغير . وانه وان كان للمحتكر حقوق أوسع من حقوق صاحب الانتفاع بالعين فقط ، دون حق التصرف فيها بطريقة مطلقة ، الذى هو عنوان الملك ، وان كان المحتكر يعتبر حيال الغير أنه يملك التصرف فى العين ، فانه فى الحقيقة ونفس الأمر ملك متقل بالواجبات أخف ما فيها وجوب المحافظة على كيان العين المقرر عليها حقه ، لأنه باتهاء أجل الاحتكار أو بسقوط الحق ترجع العين المحكرة الى صاحبها الأصلي .

وفضلا عن ذلك فان المحتكر مثل صاحب الانتفاع لا يمكنه أن يمتلك العين المحكرة مهما طال وضع يده عليها ، الا اذا تغير وضع يده فيظهر فى العين بمظهر المالك المتصرف فيها التصرف المطلق ^(١) .

وقالوا ان هذا التشديد مطابق تماما لروح الشريعة الإسلامية وللقوانين المختلطة والأهلية وقانون الشفعة ^(٢) .

ونحن نفضل رأى الذى يقول بجواز شفعة الحكر ، وانه يشفع به ، فقد قلنا فيما تقدم ^(٣) بجواز شفعة البناء ، فضلا عن أن للمحتكر حق القرار ، وهو عقار ، وفى العادة والواقع يكون على وجه التأييد ، اذ أن العادة جرت على عدم اخراج صاحب البناء الذى يورث حقه ^(٤) .

٨٤ — الحائز الثانية — الأرضى غير المعرّض للبناء :

جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت أيضا للجار المالك :

(١) راجع مصر الابتدائية ٢٦ ابريل ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ — مصر الابتدائية ١٨٩٦ المحاكم ٧ ص ٩٨٧ — استئناف مختلعة ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨٠ ص ١٣٩ .

(٢) المجلة المادة ١٠١٧ — مرشد الحيران المادة ١٠٧ .

(٣) راجع نبذة ٨١ .

(٤) وقد جاء فى شرح الخطاب (ص ٣١٩) نقلا عن التوضيح : « وينبغي أن يتفق فى الأحكام التى عندنا بمصر أن تجب الشفعة فى البناء القائم فيها ، لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلا ، فكان كمالك الأرض » .

وقد تقدم القول ان مشروع القانون المدنى الجديد نص فى المادة ١٠٠٥ منه على أن الحق فى الشفعة يثبت للمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر وللمستحكر اذا بيعت الرقبة .

« اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل » .

« Si les deux terrains sont contigus de deux cotés, et que la valeur de celui du préempteur représente au moins la moitié de la valeur de l'autre » .

كحالة الأراضي الزراعية ، سواء أ كانت مزروعة بالفعل أم لا .

ويشترط في هذه الحالة توافر شرطين :

(١) التلاصق من جهتين .

(٢) أن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة .

واذا انعدم شرط من الشرطين فلا شفعة .

ولم يكن هذان الشرطان موجودين قبل قانون الشفعة ، بل كان يكفي للأخذ بالشفعة مجرد الملاصقة من جهة واحدة كما تقدم .

٨٥ — الشرط الأول : التلاصق من جهتين — يجب أن تكون

أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من حدين ، كالشرق والبحرى مثلاً ، ولا تكفى الملاصقة من نقطتين من جهة واحدة ^(١) . وكذلك لا يكفي التلاصق من جهة واحدة ولو على طول الحد بأكمله ^(٢) .

ويصح أن يكون التلاصق من جهتين متجاورتين ، كالحدين الشرقى والقبلى . ويصح أن يكون من جهتين غير متجاورتين ، كالجهة الشرقية والغربية .

ولا يكفي مجرد الملاصقة من جهتين ، بل يجب أن يكون التجاور من حدين ، أى من جهتين من الجهات الأصلية (الشمال ، الجنوب ، الشرق ، الغرب) ^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ من ٧١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ من ١٠٢ — قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ من ٨٧٥ الجدول العصري الأول للمحاماة رقم ٩٩٨ .

(٢) فتحى زغلول باشا من ٨٧ — استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ من ٧) ، ٥ يناير ١٩٠٥ (٧ من ٧١) .

(٣) زكى العرابى باشا نبذة ٥٥ من ٣٥ — دى هلنس ٦٨ — فوجير من ٣١١ .

وينجب أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، كثلث الحد أو نصفه ^(١) .
والتقاضى هو الذى يقدر ما اذا كان التلاصق على امتداد يكفى لتبرير الشفعة .
وقد حكم بأنه اذا كان الشفيع جارا من حد واحد منكسر أو منحرف فهو جار
من حد واحد على كل حال ^(٢) .

وفى دعوى اختلف الشفيع والمشفوع ضدهم فى تعيين جهتي المجاورة . فقال
الشفيع ان أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين ، هما الحد الغربى والحد
القبلى . وقال المشفوع ضدهم ان أرضهم هى التى تحد الأرض المشفوع بها من
جهتين الشرقية والقبلية ، أما الأرض المشفوع بها فأنها تقع فى الزاوية البحرية
الشرقية للأرض المشفوع فيها المقدار المشفوع فيه ، أى أن حدها من هذه الناحية
حد منكسر ، وهى بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها الا من جهة واحدة
هى اما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية . فقررت محكمة النقض والابرار أن
هذا الخلاف فى تعيين جهتي المجاورة ، هل تكون بالنسبة الى الأرض المشفوعة
أو الى الأرض المشفوع بها ، لا محل له ، لأن المادة الأولى من قانون الشفعة بنصها
على جواز الشفعة « اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين
وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل » قد دلت على أن
الشارع انما أراد أن يجعل العبرة فى تقرير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار
(الشفيع) من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها ، اذ هى أسندت التلاصق
بالشروط التى ذكرتها الى أرض الجار ، ويؤكد ذلك اشتراطها أن تساوى أرض
الجار نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل مما يقطع فى أن الشارع ركز اهتمامه
فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها . ويزيد هذا النظر
توكيدا أن الشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الجار ، ولا نزاع فى أن الجار المقصود
دفع الضرر عنه هو الذى تكون جيرته محل الاعتبار . فالعبرة فى الجوار الحيز للشفعة

(١) دى هلتس ٦٨ — فتحى زغلول باشا ص ٨٧ — استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٠٢

(١٤ ص ٧١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٠٢ ، ١٤ مايو ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١

الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠١ .

هي بملاصقة الأرض المشفوع بها من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها^(١).

٨٦ — المجاورة من جهتين بملكين :

لم ينص قانون الشفعة على حالة ما اذا كان الشفع يحاور الأرض المشفوعة بملكين مختلفين . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يؤخذ من الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون الشفعة — التي نصت على جواز طلب الشفعة اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين — وجوب مجاورة الأرض المشفوع بها للأرض المشفوعة من حدين ، فاذا كان طالب الشفعة يحاور الأرض المشفوعة من جهة ، ومن الجهة الأخرى لا يحاورها بنفس القطعة ، ولكنه يحاورها بصفته شريكا على الشيوع في قطعة أخرى ، فلا شفعة له ، لأن المجاورة من جهتين يجب أن توجد بين عقارين^(٢) ، ولا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفع بعقارين منها^(٣).

وعلقت مجلة المحاماة على هذا الحكم بأن الشفعة في الأصل من الحقوق غير المستحبة ، فيجب أن يضيق القاضي دائرة تطبيقها ، وما دام القانون يحتم أن تكون الأرض المشفوع بها تحاور الأرض المشفوعة من حدين فلا يمكن الحكم بالشفعة لشخص يملك قطعتي أرض كل واحدة منهما تحاور الأرض المشفوعة من حد واحد .

ونحن من هذا الرأي .

ويضاف الى ما تقدم أن نص المادة ، وخصوصا النص الفرنسي ، ذكر به أرض الجار وأرض الشفع بصيغة المفرد^(٤)

على أنه قد يمتز على هذا الرأي بأن الشفعة شرعت لدفع الضرر الذي يلحق الجار ، وبما أن القانون أجاز الشفعة في حالة ما اذا كان له ملك يحاور

(١) نقض ٧ ديسمبر ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ١١٣ س ١٩٦ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٦٦ .

(٢) جاء في نص المادة "Si les deux terrains sont contigus"

(٣) استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤٢٤) المحاماة ٥ رقم ٦٨٥ ص ٨٤٠ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٩٧ .

(٤) قارن محمود فهمي ص ١٧٠ — ١٧٢ .

الأرض المبيعة فإن الضرر الذى يلحق الجار يكون أكثر إذا كان له ملكان يجاوران الأرض المبيعة . ولكن يرد على ذلك بأنه يجب عدم التوسع فى أحكام الشفعة كما تقدم .

٨٧ — الشرط الثانى : أنه تساوى أرض الشفيع نصف قيمة

الأرض المشفوعة — يجب أن تساوى أرض الجار من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

والقصد من هذا الشرط منع المضاربة ، فقد كان مجرد المجاورة يكفى لطلب الشفعة بمقتضى نصوص المجموعة المدنية ، وكان من نتيجة ذلك أن كل البيوع تقريباً كانت تخول الشفعة ، وكان المضاربون يسعون للحصول على القطع الصغيرة جدا المحصورة بين عقارات أخرى ، وبواسطتها كانت تتهياً لهم فرص عديدة للشفعة ، فيجعلون من القطع الصغيرة أملاكاً واسعة ، فلهذا اشترط قانون الشفعة هذا الشرط الخاص بالقيمة ^(١) .

ويجب التعويل على قيمة أرض الجار والأرض المشفوعة وقت الشفعة ^(٢) ، لا على الثمن الذى اشترياه به ^(٣) .

ولا يهتم مقدار المساحة ^(٤) .

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة لعدة أشخاص على الشيوع ، وطلبوا جميعاً أخذها بالشفعة ، فإن قيمة مجموع الأرض هى التى يجب اعتبارها ، لا قيمة نصيب كل منهم ^(٥) .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة ^(٦) أن الجار المالك على الشيوع له أن يستعمل حق الشفعة من غير حاجة لأن يشترك معه شركاؤه فى الملك ، ولا يحتج

(١) دى هلتس نبذة ٧٠ .

(٢) دى هلتس نبذة ٧٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩١٧ (٣٠ ص ٤٢٨) .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) — فتحى زغلول باشا ص ٨٨

— دى هلتس ٦٩ .

(٥) استئناف مختلط ٢ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) ، ١٦ يناير ١٩١٣ (٢٥ ص ١٣٩) .

(٦) ١٦ يناير ١٩١٣ التقدم .

عليه ، اذا كانت الأملاك زراعية ، بأن قيمة حصته لا تساوى نصف ثمن الأراضي المشفوعة على الأقل .

ونحن نوافق على هذا الحكم ، من حيث جواز شفعة الشريك في الملك ^(١) . ولكن لا نرى ما رأته المحكمة من حيث عدم اعتبار قيمة حصة الشريك الذي يطلب الشفعة ، لأن عبارة القانون تدل بوضوح على أن قيمة أرض الشفيع يجب أن تساوى نصف قيمة الأرض المشفوعة .

وقد عدلت محكمة الاستئناف المختلطة عن رأيها فقضت بوجوب مراعاة قيمة حصة الشريك ^(٢) .

٨٨ — التفرقة بين أراضي البناء والأراضي الزراعية — للتمييز بين

الأراضي الزراعية والأراضي المعدة للبناء ، لا ينبغي النظر الى كون العين المطلوبة بالشفعة محاطة بأراض مزروعة أولا ، أو الى كونها بيعت بالمترا أو بالفدان ، بل ينبغي الرجوع الى خريطة المدينة أو القرية ، ومعرفة ما اذا كانت هذه القطعة تدخل ضمن دائرتها أولا ، فاذا اتضح أنها تدخل ضمن دائرة المدينة أو القرية وجب اعتبارها من الأراضي المعدة للبناء ^(٣) .

وقاضى الموضوع هو الذى يفصل فى ذلك على حسب الأحوال .

والذى يعتبر هو اعداد البائع الأرض للبناء ، لا اعداد المشتري لها . فاذا اشترى شخص أرضا زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء فلا تثبت الشفعة الا اذا توافر شرط الجوار من جهتين ، لأنها تعتبر أرضا زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من الأراضي المبنية كما يعدها المشتري .

ويؤخذ من نص المادة أنه يجب أن تكون الأراضي معدة للبناء وقت البيع ، فقد جاء فيها « اذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء » ،

(١) راجع ما سيجىء نبذة ١١٣ .

(٢) راجع استئناف مختلط ٤ يونيه ١٩١٨ (٣٠ من ٤٦٠) — قارن محمود فهمي

ص ١٧٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩١٥ المرائع ٣ رقم ٢٨ من ١١٣ — راجع أيضا

استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ من ٢٤٠) — دى هلس نبذة ٦٤ .

ولم تقل المادة من الأراضي التي ستعد للبناء ^(١).

وقد قضى بأنه إذا كان المشفوع أرضا وصفت في عقد البيع بأنها أرض زراعية ، وقدرت مساحتها بالفدان ، وكانت مؤجرة للزراعة ، ولا يزال يدفع المال عنها باعتبارها أرضا زراعية ، واسكنها كانت معدة لتقسيمها عاجلا الى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمباني وانتشار العمران بالجهة التي بها ، جازت الشفعة فيها للجار لدى الحد الواحد باعتبارها أرض بناء ^(٢).

وحكم بأن لو كانت « مينا هوس » لا تعتبر داخله ضمن دائرة المباني أو الأراضي المعدة للبناء في المدن أو القرى المنصوص عليها في المادة ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراض زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية ^(٣).

وحكم بأنه لا تجوز الشفعة للجار من حد واحد في الأراضي المعدة للبناء الا اذا كانت الأرض ببلدة أو قرية بحيث تكون جزءا من مجموعة مساكن ^(٤) وحكم بأنه يجب اعتبار الأرض زراعية ، ولو تعين لها ثمن عال جدا قدر بالذراع ، لا بالفدان ، اذا كانت الأرض واقعة ضمن أراضي قرية خارج منطقة المباني agglomération batie بالقرية ، أو خارج منطقة المباني بأطراف المدينة banlieue d'une ville ، وفي هذه الحالة يجب توافر شرط الجوار من جهتين للأخذ بالشفعة ^(٥).

وحكم بأنه من حيث الشفعة يعتبر القانون مبنيا urbains العقارات (المباني والأراضي) الواقعة في منطقة بناء dans une agglomération batie (مدينة

(١) ركن العزابي باشا نبذة ٥٤ ص ٣٤ .

(٢) استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ٤٩) المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٠ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٠٩) — راجع أيضا ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

(٤) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشري الأول لمجلة المحاماة رقم ١٠٠١ .

(٥) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٠٩) .

أوقرية) ، بخلاف العقارات الزراعية ruraux التي يكون تخصيصها العام للحالى للزراعة لا البناء ، والتي تكون فيها المباني على مسافات ^(١) .

وبأنه يجب لتمييز أراضي البناء عن الأراضي الزراعية البحث عن تخصيصها الحالى ، وعمّا اذا كانت توجد فى منطقة بناء dans une agglomération batie ، فكلما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قربا كافيا بحيث يمكن اعتبارها بالفعل ، ان لم يكن من الوجهة الادارية ، جزءا منها فان الشفعة تكون للجار الملاصق من جهة واحدة ^(٢) .

وحكم بأن القانون يقصد عند كلامه فى الأرض المعدة للبناء التخصيص المحض الناشئ من موقعها الحالى فى مدينة أوقرية ، لا التخصيص الشخصى الحقيقى الذى قد يكون احتماليا aléatoire ^(٣) .

٨٩ - المادة الثالثة - وجود حق ارتفاق :

نصت المادة الأولى على أن حق الشفعة يثبت أيضا للجار المالك :
« اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة » .

“ Si pour le service du terrain vendu, une servitude est établie sur le terrain du propriétaire voisin, ou si celui-ci a un droit de servitude sur le terrain vendu...”

ويشترط فى هذه الحالة شرطان :

أولا - التلاصق من جهة .

ثانيا - أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر .

٩٠ - الشرط الأول - التلاصق من جهة - يجب أن يكون

الشفيع جارا ، أى ملاصقا للأرض المشفوعة . وتكفى الملاصقة من جهة واحدة ^(٤) .
أما مجرد وجود حق ارتفاق لعقار على آخر فلا يعطى وحده الحق فى الشفعة

(١) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٠٩) .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٤) .

في حالة البيع ، بل لا بد أن يكون أحد العقارين ملاصقا للآخر ، لأن صاحب العقار المشفوع به لا يكون جارا الا بالملاصقة كما تقدم ^(١) .

٩١ — الشرط الثاني — أنه يكون لأحد العقارين من ارتفاع على

الآخر — يجب أن يكون للعقار المشفوع حق ارتفاع على العقار المشفوع به ، أو العكس ، كأن يكون له حق المرور أو حق الشرب ^(٢) .

ولا فرق بين ما اذا كانت العقارات مبنية أو معدة للبناء أو زراعية ، في المدن والقرى ، أو ليست بها ^(٣) .

الا أنه يجب أن يكون حق الارتفاق موجودا وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة ^(٤) .

(١) فتحى زغلول باشا ص ٨٨ — دى هلتس نبذة ٨١ — قارن استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٦٤) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٦٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٨٩٢ (١٦ ص ١٦٤) — ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (٦٨ ص ٥٧) ، وقد جاء فيه أن وجود مسافة تأخذ ماءها من ترعة عامة وتجر بأرض الشفيع ثم تجلب المياه الى الأراضي المجاورة ، وهى المشفوعة ، تكون حق ارتفاق يترتب عليه اعطاء الحق في الشفعة — ١٢ يناير ١٩٠٩ (٢١ ص ١٠٧) ، وقد قرر هذا الحكم الأخير أن حالة الاشتراك في ترعة موجودة بين عقارين لا يمكن تشبيهها بحق الارتفاق انقرر على أحد العقارين لشفعة العقار الآخر — راجع كذلك استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) ، وقد جاء في هذا الحكم أن رى عقارين من مسافة واحدة أوجدت بتخصيص رب الأسرة ، وأصبح بعد تقسيم العقارات حق ارتفاق حقيقى ، يبرر في حالة بيع أحد العقارين استعمال الشفعة — استئناف أهلى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ — قارن ٢٧ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٦٤) للتقدم — بيا الجزئية (القاضى محمد ذهنى) ٢٦ ديسمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٥٧٨ رقم ٢٧٨ — قض ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ١١٨ ص ٢٠٤ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٧٣ : اذا كان الثابت أن الأرض المشفوع بها تروى بمرور المياه من فتحة في ترعة الى ساقية تابعة للأرض المشفوع فيها ، ومنها الى ساقية تابعة للأرض المشفوع بها ، وأن أرض الساقية الأولى المجاورة للترعة داخلة ضمن الأرض المبيعة ، فإن الأرض المشفوع بها يكون لها والحالة هذه حق ارتفاع على الأرض المشفوع فيها ذاتها ، لا على الساقية وحدها ، مادامت الساقية متصلة بالأرض ، والمياه التى تروى منها الأرض المشفوع بها لا تصل اليها الا بمرورها بالأرض التى بها الساقية ثم يبررها .

(٣) دى هلتس نبذة ٨٧ .

(٤) دى هلتس نبذة ٨٢ — استئناف مختلط ٥ مايو ١٩١٩ (٣١ ص ٢٨٣) .

٩٢ — للعقار المشفوع من ارتفاع على عقار الشفيع — حق

الشفيع في الأخذ بالشفعة ظاهر في حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على عقاره لمنفعة العقار المبيع ، فانه باستعمال حق الشفعة يخلص عقاره من هذا العبء .

ويلاحظ أن مصلحة الجار في تخليص ملكه لا تظهر تامة في حالة ما يكون الارتفاق مقررا لمنفعة عدة عقارات ، ثم يباع أحد هذه العقارات ، كما يحصل ذلك بالنسبة الى حق المرور أو الصرف ، فان ازالة حق الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة لا يمنع بقاء الارتفاق لمصلحة الأراضي الأخرى . ولكن على كل حال يكون استعمال الجار حق الشفعة خطوة في سبيل تخليص عقاره من حقوق الارتفاق التي تثقله ^(١) .

ولما كان حق الشفيع مبنيا هنا على كونه باستعماله الشفعة يزيل حق ارتفاق ، فان سبب الشفعة ، وبالتالي حق الشفيع ، ينعدم اذا تنازل المشتري عن حق الارتفاق المقرر على أرض الشفيع .

وقد قضت المحاكم المختلطة والأهلية ، في كثير من القضايا ، بذلك ^(٢) . غير أنه ليس للمشفوع منه أن يتنازل عن حق الارتفاق بعد رفع دعوى الشفعة ، لأنه بعمله هذا يغير الحالة الموجودة والنتائج القانونية التي تترتب على رفع

= راجع نفس ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٧٣ المجموعة ٤٥ رقم ١١٨ س ٢٠٤ : متى كان كل من صاحبي الأرضين المشفوع بها والمشفوع فيها يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا على عملها ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فيكون بانتفاعه بها بالمرور انما يستعمل حق ملكيته في النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر ، ولا يوجد قانونا ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذي يتوافر به الجوار ، وبذلك يكون الشرط الذي يتصلبه القانون لجواز الشفعة ، وهو وجود حق ارتفاق لأحدى الأرضين على الأخرى متوافرا .

(١) دي هلتس نبذة ٨٠ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ س ١٥٤) — ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ س ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ س ٦١١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠١٠ . استئناف أهلى ١٣ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ س ١٨٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٧٢ ، ٥ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ س ٣١٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٧٣ — دي هلتس نبذة ٨٠ .

الدعوى ، فيحرم الشفيع من حق مكتسب يقره القانون وقام هو بالمطالبة به^(١).

٩٣ — لعقار الشفيع من ارتفاق على العقار المشفوع — أما علة منح حق الشفعة في حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار فغير ظاهرة . لأن حق الارتفاق حق عيني ، ويبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هذا الحق ، مهما انتقل العقار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار في وجوده^(٢) . غير أنه يجوز أن يكون الشارع أراد من منح حق الشفعة في هذه الحالة تخليص العقار المشفوع من حق الارتفاق الذي هو عبء ثقیل على حق الملكية .

٩٤ — اشتراك عقارات أخرى في حق الارتفاق — قضت محكمة الاستئناف المختلطة^(٣) بأنه اذا بنى طلب الشفعة على وجود ارتفاق بالصرف وجبت التفرقة بين المصارف الخاصة التي تعطى حق الشفعة والمصارف مشتركة الانتفاع التي لا تحول هذا الحق ، لأن الشفعة بسبب وجود حق ارتفاق انما شرعت لازالة حق الارتفاق المقرر على أرض الشفيع لصالح الأرض المشفوع فيها أو العكس . فاذا كان حق الارتفاق مشتركا بين الشفيع والمشفوع منه وآخرين فلا تحول الشفعة دون بقاء حق الارتفاق لتعلق حق الغير به ، لأن الشفيع حتى لو صار مالكا للعقار لا يكون له الحق في ازالة المصرف ، ومن ثم لا يتحقق الغرض الذي من أجله قرر القانون حق الشفعة بسبب وجود حق ارتفاق ، فلا محل اذن للشفعة .

ونحن لا نوافق على ما قرره هذا الحكم ، فان القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على عقار الشفيع مقررا لمصلحة المشفوع منه دون غيره ، وسبق أن قلنا ان استعمال حق الشفعة في مثل هذه الحالة يكون خطوة في سبيل تخليص العقار من عبء الارتفاق الذي يثقله^(٤) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ من ٢١٠) .

(٢) دى هلتس نبذة ٧٩ .

(٣) ٨ ابريل ١٩٢٤ (٣٦ من ٢٩٩) المحاسبة ٨ رقم ١٦٩ من ٢٣١ الجدول العفري الأول لمجلة المحاسبة رقم ٩٩٩ .

(٤) راجع نبذة ٩٢ .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي ، اذ قررت أن وجود حق ارتفاق للغير على أرض الطريق لا يمنع الجوار ، لأن حق الارتفاق لا يخرج الأرض عن ملكية أصحابها ، بل هي تظل جزءا من العقار . فإذا زالت الحاجة الى الطريق لسبب من الأسباب زال معها حق الارتفاق . وإذا لم تزل الحاجة وبقي حق الارتفاق فإن الشفيع يحل محل المالك ويتلقى عنه الأرض محملة به . كما أن اشتراك الغير في الانتفاع بحق الارتفاق الذي للأرض المشفوعة أو المشفوع بها لا يحرم الشفيع من التمسك بحق الارتفاق للمطالبة بالشفعة ، لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على الأرض المشفوعة مقررا لمصلحة أرض الجار دون غيرها أو أن يكون حق الارتفاق الذي على أرض الجار مقررا لمصلحة الأرض المشفوعة وحدها ^(١) .

شرط التلاصق

٩٥ — التلاصق هو الشرط الأساسي في الشفعة بسبب الجوار —

يرى مما سبق خاصا بأحوال الجار أن الشرط الأساسي لاستعمال الجار حق الشفعة هو التلاصق المباشر بين عقاره والعقار المشفوع ^(٢) .

(١) نقض ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ١١٨ س ٢٠٤ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٧٣ .

• وراجع نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ المجموعة ٤٤ رقم ٣٢ س ٦٨ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٨٩ : ان وجود حق ارتفاق للغير على أرض مصرف في العقار المشفوع فيه لا يمنع الجوار الذي يشترطه القانون في صدد حق الشفعة ، اذ هو لا يخرج تلك الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل تظل جزءا من هذا العقار ، وإذا زالت الحاجة الى المصرف لسبب من الأسباب زال معها حق الارتفاق ، ولا جدال في أنه اذا حكم بالشفعة عند توافر جميع شروطها فإن العقار المشفوع فيه ينتقل الى ملكية الشفيع محملا بما قد يكون للغير من حقوق الارتفاق على العقار كله أو بعضه . وإذا كان الثابت أنه يلى المصرف مباشرة طريق فاصل بين العقارين العقار المشفوع به والعقار المشفوع ، وأن هذا الطريق يملكه مناصفة طرفا النزاع — أى أن الشفيع يملك نصف الطريق المجاوز لأرضه المشفوع بها والنصف الآخر يملكه صاحب الأرض المشفوعة ، فالجوار متحقق قانونا على أى حال .

(٢) استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ س ٦٣) .

وكل فاصل مهما كان صغيرا يكفى لمنع استعمال هذا الحق ^(١) .
 ويجب أن يكون التلاصق موجودا وقت طلب الشفعة ^(٢) .
 وعلى الشفيع أن يثبت صفة كونه جارا ملاصقا وقت البيع ، فإن لم يثبت
 التلاصق اثباتا كافيا وجب رفض الشفعة ^(٣) .
 ولتقدير ما اذا كان للشفيع صفة الجار الملاصق في وقت البيع الحاصل للمشفوع
 منه يرجع الى عقد تملكه الأصلي اذا لم يكن مطعونا فيه بالتدليس ، وذلك بصرف
 النظر عن كل تاريخ ثابت ^(٤) .
 وبثبت الجوار والملاصقة بالمعاينة ^(٥) .

-
- (١) استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥٠ من ٢٠٢) ، ٣ يونيو ١٩١٥ (٢٧ من ٣٨٨) ، ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ من ٥٧) .
 (٢) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ من ١٥٥) .
 (٣) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ من ٦١) ، ٢٦ نوفمبر ١٩٠٨ (٢١ من ١٥) .
 (٤) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ من ٦١) — راجع ما سيجي ،
 نبذة ١١١ .
 (٥) فتحى زغلول باشا من ٨٩ .

نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ من ٨٧ رقم ٤٢ : (١) اذا كان المدعى عليه
 فى دعوى الشفعة قد دفع بعدم الجوار ، لأن المدعى قد اختص بموجب قسمة أجريت بجزء معين
 من العقار المجاور ولم يعد ملكه مجاورا للعقار المشفوع فيه ، واستند فى ذلك الى أوراق
 قدمها ، وطلب التحقيق على الضيعة للثبوت من ذلك ، ورأت المحكمة أن الأوراق المقدمة
 ليس فيها ما يقنع بأن المدعى قد خرج من الشيوع فانه يكون لزاما عليها أن تعرض لما طلبه
 المدعى عليه من التحقيق وتقول كلمتها فيه ما دام هو قد اتخذ وسيلة لاثبات دعواه فى حالة
 عدم اقتناع المحكمة بكفاية ما قدمه من أسانيد ، فاذا لم يفعل ولم يكن فيما عرضت له
 فى حكمها من البحث ما يفيد الرد صراحة أو ضمنا على هذا الطلب الذى هو مستقل عن
 الأسانيد الأخرى وله دلالة خاصة مادية لها أثرها فى مصير الدعوى فان حكمها يكون باطلا ،
 ولا يصلح ردا على هذا الطلب قول الحكم أن المدعى عليه لم يقدم عقد القسمة أو صورة منه
 ما دام الثابت أن العقد لم يكن لديه لأنه لم يكن طرفا فيه ، وما دام العقد لم يكن قد سجل حتى
 كان يمكن الحصول على صورة منه . (ب) ان عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين
 من التمسك بمحصل القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من
 العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة ، وذلك لأن التسجيل هنا انما شرع لفائدة الغير
 صونا لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا ينفع على من لم يقم به .

٩٦ — المبرور في حالة نمر العقارات المبيعة — اذا كان المبيع

عقارات متعددة تجب التفرقة بين ما اذا كانت العقارات منفصلا بعضها عن بعض أو كانت متصلة .

فاذا كانت العقارات منفصلا بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقارات التي توجد شروط الشفعة بالنسبة اليها ، لا العقارات الأخرى التي لا تتوافر فيها شروط الشفعة ، والتي لا يمكن أن يستعمل حقه بالنسبة اليها فيما لو بيعت مستقلة^(١) .

غير أنه اذا كانت العقارات غير متصلة ، ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، بحيث ان استعمال حق الشفعة بالنسبة الى جزء منها يجعلها غير صالحة بالنسبة الى الباقي ، كما اذا بيعت قطع متفرقة من الأرض منفصل بعضها عن بعض ، وكانت معدة للانتفاع بما ينتج من محصولها في ادارة « وابور » لحلاجة القطن أو « فاوريقة » سكر ، جاز في هذه الحالة للمشتري أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة ، حتى لا يترك له أجزاء من المبيع لا تحقق الغرض الذي

(١) راجع استئناف أهلى ١٦ فبراير ١٩٠٧ المحاكم ٢٠ ص ٤٢٢٦ الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ : اذا بيع في عقد واحد عقاران مستقلان عن بعضهما فطلب أخذ أحدهما بالشفعة لا يعد تجزئة للصفقة ، لأن الجمع بين البيعين في عقد واحد لا ينافى انفصالهما قانونا . وراجع استئناف مختلف ٥ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٨٦) .

واستئناف مختلف ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) : في حالة بيع ياتعين ملكين مستقلين لمشتري واحد ولو أن هذين الملكين يكونان بعد البيع في يد المشتري ملكا واحدا فإنه ليس للجار أن يستعمل الشفعة الا اذا ثبت أن الشروط التي يتطلبها القانون لاستعمال حق الشفعة متوافرة بالنسبة الى كل من الملكين .

واستئناف مختلف ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشري الأول للمعاماة رقم ١٠٠١ : اذا اشترى جملة أشخاص بعقد واحد عدة قطع من الأرض مفروزة معينة فالجار الذي يرغب في أن يشفع في كل هذه القطع يجب عليه أن يثبت توافر الشروط التي حتمها القانون ، وذلك بالنسبة الى كل قطعة ، وليس له أن يأخذ بالشفعة قطعة ليست مجاورة له بحجة أنها مجاورة لقطعة أخرى ملازمة .

راجع أيضا : الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١١ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ الجدول العشري الأول للمعاماة رقم ٩٨٥ — استئناف مختلف ٤ يناير ١٩٠٠ (١٢ ص ٦٢) ، أول مارس ١٩٠٠ (١٢ ص ١٤٣) ، ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٩١) ، ٢٨ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) .

كان يقصده من الشراء^(١).

وإذا شمل البيع جملة عقارات ، وكان مقدرا لها ثمن واحد ، فإن قيمة العقار المشفوع تقدر ، بواسطة تعيين خبراء ، بنسبة الثمن المقدر لكل الصفقة^(٢) ، مع مراعاة مساحة العقار المشفوع وموقعه وصقعه^(٣).

وإذا كان بالأرض الزراعية المبيعة بناء ، وكان الشفيع غير محتاج إليه ، فليس له أن يطلب الأرض من غير البناء ، مع خصم قيمته ، بل يجب عليه أن يأخذ بالشفعة كل ما هو داخل في الشراء^(٤).

(١) دى هلتس نبذة ٩٥ ، ٧١ — فتحى زغلول باشا ص ٩١ — الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١١ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٥ .

وقد قضى بأنه إذا شمل البيع ثلاثة منازل فلا يجوز للشفيع أن يطلب استحقاقه لواحد منها ، إذا كانت لا تكون في الحقيقة الأعقارا واحدا مالمالك واحد ، وكان من الواجب بحسب قصد العاقدین وطبيعة الأشياء أن تبقى عقارا غير قابل للتجزئة (استئناف مختلط ٥ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٨٦) .

(٢) راجع استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٠٠ (١٢ ص ٦٢) ، ١٠ يونيو ١٩٢٤ (٣٦ ص ٤٢٤) .

وراجع استئناف ١٢ يناير ١٩٠٥ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ : متى كان طلب الشفعة مختصا بجزء فقط من الأرض المبيعة صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان فيختلف بالضرورة عرض الشفيع في مقدار الثمن بالنسبة الى الثمن الاجالى الوارد في عقد البيع ، وفي هذه الظروف يتعين على المحكمة النظر فيما إذا كان العرض لائقا أم لا ، ولها الحق للوصول لهذا العرض في أن تعين خيرا لتقدير قيمة الأرض المشفوع فيها ، وإذا تراءى للمحكمة حينئذ لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحته .

واستئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠١ (١٣ ص ٣٠٩) : في حالة بيع قطعتى أرض إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة على حساب القطعة الأخرى غير الخاضعة للشفعة بقصد منع استعمال هذا الحق من غير أن يزداد ثمن البيع الاجالى فان للقاضى أن يعين الثمن الحقيقى المستحق من الشفيع .

(٣) دى هلتس نبذة ٢٧ — استئناف مختلط ١٠ يونيو ١٩٢٤ (٣٦ ص ٤٢٤) ، ٥ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٣٣) .

(٤) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) — دى هلتس نبذة ٩٨ . وقد قضى بأن لا يجوز للشفيع أن يشفع في العقار المبيع من غير توافقه الطبيعية أو الصناعية الا اذا قبل المشفوع منه الفصل (استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) . وقضى بأن الشفعة لا تقبل اذا تعاقت بقضعة أرض هي بحسب طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين معتبرة من التوايع الضرورية لعقار غير خاضع لحق الشفعة (استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٩١) .

أما اذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذ كل العقارات .

وكذلك الحال فيما اذا كانت العقارات المبيعة بعضها متصل وبعضها غير متصل . غير أنه يجب مراعاة ما تقدم ذكره في حالة ما اذا كان الغرض من الصفقة عملا واحدا ^(١) .

٩٧ — مجرد المجاورة لا يكفي — يرى أيضا مما تقدم خاصا بالجيران أن قانون الشفعة لا يكتفى بمجرد التلاصق ، بل يشترط شرطا آخر ، وهو أن يكون العقار المشفوع من المباني أو الأراضي المعدة للبناء في المدن أو القرى ، أو أن يكون متلاصقا من جهتين ، أو أن يكون له أو عليه حق ارتفاق ، وهذا خلافا لأحكام المجموعة المدنية التي كانت تكتفى بمجرد التلاصق كما تقدم .

٩٨ — انعدام التماسك — رأينا فيما تقدم أنه يجب في كل الأحوال أن يكون عقار الشفيع ملتصقا بالعقار المشفوع ، والا فلا يعتبر جارا ^(٢) . وينعدم الالتصاق في الأحوال الآتية :

- (١) بوجود قطعة أرض مملوكة للغير بين العقار المشفوع والعقار المشفوع به ^(٣) .
- (ب) بوجود قطعة أرض مملوكة للبائع بين العقارين . فيجوز مثلا للبائع أن يحتفظ — اذا وجد مصلحة له في ذلك — بجزء من الأرض ، بين الأرض التي يبيعها وأرض الجار ، ولا يمكن أن يوصف عمله هذا بأنه مخالف للقانون ، إلا في الحالة التي يحتفظ فيها بقطعة صغيرة من الأرض لم تترك الا بقصد منع الشفعة ^(٤) .
- أما في الحالة التي تكون فيها القطعة المتروكة حقيقية ، وتبقى مقيدة باسم البائع ، ويدفع عنها الضرائب ، فلا شفعة لعدم التلاصق ^(٥) .

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩٢ .

(٢) استئناف مخطط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٤) .

(٣) استئناف مخطط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (٢٤ ص ٢٣٢) .

(٤) استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٤١) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) .

(٥) استئناف مخطط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ٥٥) — راجع أيضا البند التالية .

(ج) بوجود طريق عامة أو ترعة عامة أو مصرف عام^(١).

ولكن الطرق والترع والمصارف الخاصة المملوكة للبائع أو المشفيع لا تمنع الشفعة، لأنها تبقى مملوكة لمن أنشأها وتتبع الأرض. فان كانت مملوكة للمغير فأنها تنضم^(٢).

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢)، ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٣٢٢، ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣)، ١٦ أبريل ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٩٠).

راجع أيضا ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) : لا شفعة للجار الذي يفصل عقاره عن العقار المبيع ترعة معدة لخدمة عدة قرى وتظهر سنويا بمعرفة الحكومة، فهي ترعة عامة وتنضم للتلاصق.

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٧.

راجع العقارين الجزئية ١٣ أكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩١ ص ٧٨١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٨٦ : ان الطرق الخاصة التي يحدتها المالك في أرضه لتجريتها ويبيعها قطعا منفصلا بعضها عن بعض تعتبر فاصلا مانعا من الأخذ بالشفعة.

واستئناف مختلط ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) : اذا حصل عند بيع جزء من الأرض أن البائع والمشتري تعهدا بترك مسافة تبقى من غير بناء، وأن يؤخذ جزء منها من الأرض المبيعة وجزء من الباقي من أرض البائع، فان هذا الشرط الذي لا يتضمن ترك ملكية الأرض التي يجوز للعاقدين أن يتفعا بها أى انتفاع يريدانه لا يزيل التلاصق، فيبقى حق الشفعة.

واستئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) : اذا كانت التركة المشتركة بين الجارين لا تمكن ازالتهما الا برضاء الغير فأنها تمنع التلاصق وتحول دون استعمال حق الشفعة — راجع أيضا ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢).

واستئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ٤٩) المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٠ : لا يحول الطريق الخاص المملوك للمشفيع والمشفوع منه دون حق الشفعة. ولكن الأمر يصبح بالعكس في حالة قسمة مساحة واسعة الى قطع بقدر عدد الشركاء اذا بقي هؤلاء شركاء على الشيوع في الفرق التي أنشئت وفقا لعقد القسمة. فلا شفعة في هذه الحالة، لأن هذه الفرق لا تزال في حالة الشيوع التي كانت عليها، فتبقى مملوكة لمجموع التقاسمين الذين يستعملون حق المرور فيها بمقتضى حق ملكيتهم ولها ذاتية مستقلة عن الأملاك المتصلة بها.

راجع أيضا استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢)، ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢)، ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧).

وراجع نقض ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ١١٨ ص ٢٠٤ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٧٣ (مذكور أيضا بهامش نبذة ٩١). وقد جاء فيه أنه اذا كانت الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها هما في الأصل أرضا واحدة مملوكة لشريكين على المشاع ثم قسمت قسمين بينهما سكة زراعية عملت على حساب القسمين ومملوكة لهما مناصفة، وكان الحد الفارق للأرض المشفوع فيها هو نصف هذه السكة والحد الفارق للأرض المشفوع بها هو نصف السكة المذكورة، فان الجوار بين الأرضين يكون قائما =

وقد قررت محكمة النقض والابرام أنه اذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فان هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين ، اذ الشفعي يكون مالكا لنصف الطريق ونصف المصرف ، ويكون هذا النصف داخلا في أرضه ، كما يكون المشفوع ضده مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ، ويكون هذا النصف داخلا في أرضه ، وبذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين ، وعلى هذا الأساس تكون الشفعة جائزة^(١).

واذا كانت الأرض التي تفصل بين عقار الشفعي وعقار المشفوع منه مملوكة لهذا الأخير ، ولم تدخل في البيع الذي بسببه استعملت الشفعة ، فلا محل للشفعة لعدم توافر شرط التلاصق^(٢).

٩٩ — استعمال الحيل لمنع الشفعة — قد يستعمل البائع والمشتري بعض الحيل لاسقاط حق الشفعة ، كأن يترك قطعة أرض صغيرة تفصل بين الأرض المبيعة والأرض المشفوع بها ، أو كأن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكي يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع . وسنبين أحكام ذلك في الشريعة الاسلامية ، ثم في القانون .

١٠٠ — في الشريعة الاسلامية — ذكر فقهاء الشرع وجوها كثيرة من الحيل التي تستعمل لحرمان الشفعي من استحقاق الشفعة ، واختلفوا في جوازها . فمن رأى أبي حنيفة والشافعي أنه يجوز الاحتيال لاسقاط الشفعة ، وهي من الحقوق غير المستحبة .

ومن رأى مالك وأحمد عدم جواز الاحتيال على اسقاط الشفعة .

= ونقض أول فبراير ١٩٤٥ في الضمن رقم ٨٩ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠١ : المصرف الذي يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم ، الا اذا كان غير مملوك للجارين . أما اذا كان مشتركا بينهما فالتلاصق قائم .

(١) نقض ٧ ديسمبر ١٩٤٤ في الضمن رقم ٣١ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية

٤ رقم ١٦٦ المجموعة ٤٥ رقم ١١٣ س ١٩٦ .

(٢) استئناف مختلف ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ س ٦٣) .

ووجه الرأي الأول استنباط الحيلة من الكتاب والسنة .

ويقول أصحاب الرأي الثانى ان الحيلة انما هى رخصة لضعفاء المؤمنين ^(١) ، والتحيل لا بطلال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لا بطلالها لكان عودا على مقصود الشريعة بالابطال ، ويلحق الضرر الذى قصد ابطاله .

ومن الحيل التى ذكروها ^(٢) :

(ا) أن يتفقا على مقدار الثمن ، ثم عند العقد يصبره صبرة غير موزونة ، فلا يعرف الشفع ما يدفع . وقالوا اذا فعلا ذلك فلاشفيع أن يستحلف المشتري أنه لا يعرف قدر الثمن ، فان نكل قضى عليه بنكوله ، وان حلف فلاشفيع أخذ الشقص بقيمته .

(ب) أن يهب الشقص للمشتري ، ثم يهبه المشتري ما يرضيه . وهذا لا يسقط الشفعة ، وهو بيع ، وان لم يتلفظا به ، فله أن يأخذ الشقص بنظير الموهوب .

(ج) أن يشتري الشقص ويضم اليه سكيना أو منديلا بألف درهم فتصير حصة الشقص من الثمن مجهولة . وقالوا ان هذا لا يسقط الشفعة ، بل يأخذ الشفع الشقص بقيمته ، كما لو استحق أحد العوضين وأراد المشتري أخذ الآخر فانه يأخذ بحصته من الثمن ان انقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، والا فبقيمته . وهذا الشقص مستحق شرعا ، فان الشارع جعل الشفع أحق به من المشتري بثمنه ، فلا يسقط حقه بالحيلة .

(د) أن يشتري الشقص بألف وهو يساوى مائة ، ثم يبرئه البائع من تسعمائة . وهذا لا يسقط الشفعة ، و يأخذه الشفع بما بقى من الثمن بعد الاسقاط وهو الذى يرجع به اذا استحق للمبيع .

(هـ) أن يشتري جزء من الشقص بالثمن كله ، ثم يهب له بقية الشقص . وهذا لا يسقطها و يأخذ الشفع الشقص كله بالثمن ، فان هذه الهبة لاحقيقة لها ، والموهوب هو المبيع بعينه ، ولا تغير حقائق العقود وأحكامها التى شرعت فيها بتغير العبارة .

(١) الميزان للشعراني ٢ ص ٨٧ .

(٢) راجع أعلام الموقعين ٣ ص ٢٢٩ وما بعدها .

١٠١ - في القانون - قد تضاربت أحكام المحاكم أيضا في جواز التحايل لاسقاط الشفعة .

١٠٢ - أممالم المحاكم الأهلية - قررت بعض المحاكم الأهلية أن قواعد القانون نقضى بعدم اعتبار الحيل التي يكون القصد منها إسقاط الحقوق . فإذا باع أحد عقارا الاجزاء صغيرا منه ^(١) مجاورا للشفيع بقصد منعه من الأخذ بالشفعة ، بحجة أن ما هو مجاور له لم يبع ، وكان ذلك الجزء مما لا يمكن الانتفاع به ، كان هذا العمل حيلة غير جائزة ، وتحكم المحكمة بحق الشفعة ^(٢) ، لأن القانون متى أعطى حقا لشخص فلا يجوز سلبه منه بحيلة من الحيل ^(٣) .

(١) ثمن فدان (حكم ٦ يناير ١٩٠٣) - شريط من الأرض رفيع طويل لا يصلح للانتفاع به (حكم طنطا ١٦ يونيو ١٩١٨) .

(٢) استئناف أول ديسمبر ١٨٩٦ (دائرة حامد محمود بك ومسيو دي هلس وقاسم أمين بك) الحقوق ١٢ ص ٩ ، ٦ يناير ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٧٢ ص ١٦٧ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦٥ الحقوق ١٨ ص ١٨٠ الاستقلال ٢ رقم ١٣٦ ص ١٦٣ .

(٣) ١٠ يونيو ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٤٢ الاستقلال ١ ص ٣٧٠ . راجع أيضا حكم بنى سويف استئناف ٦ مارس ١٨٩٨ (دائرة مظهر بك والقاضي ابراهيم أمين والقاضي وهبه خنا) القضا ٥ ص ٢١٨ الحقوق ١٣ ص ٢٥٠ . وقد قرر : أن الشفعة حق مدنى كسائر الحقوق لا يجوز لأحد استعمال الحيلة لاسقاط حق غيره فيها ، من ذلك ما اذا ترك البائع لنفسه الجزء المجاور للشفيع ولم يبعه الا بعد بيع باقى العين المشفوعة بزمان قليل بدون أن يبين السبب .

طنطا الابتدائية ١٦ يونيو ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباطه) المجموعة ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٢ الحقوق ٣٤ ص ١٨٧ : ان استعمال الحيلة لاسقاط حق الشفعة غير جائز ، مثل ما لو ترك البائع جزءا من الأرض المبيعة رفيعا طويلا فى ملكيته لأجل منع ملاصقة الجوار ، مع أن الجزء المذكور لا نفع منه للبائع بسمى .

واستئناف مصر الأهلية ٢٧ يونيو ١٩٢٨ (دائرة حسين دروش باشا ومصطفى محمد بك وأنترى أبو العز بك) المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٢ ، وقد جاء فيه : بالرغم من ترك جزء من الأرض دون بيع للحيلولة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوعة فيها يعتبر الشفيع جارا له حق الشفعة فى الأرض المبيعة .

بنا الجزئية (القاضي محمد ذهني) ٦ ديسمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٥٧٨ رقم ٢٧٨ .

استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٦٢٥ رقم ٣٠٥ .

راجع فتوى زغلول باشا ص ٨٧ .

وقرر بعض آخر من المحاكم أنه إذا كان الجوار غير متصل فلا شفعة ، ولا يجوز الاحتجاج بأن هناك حيلة لمنع الشفعة ، كعدم بيع الجزء الصغير المجاور للشفيع منعا للجوار ، لأن هذه الحيلة جائزة شرعا ، والشرعية الفراء أساس حق الشفعة^(١) .

١٠٣ — **أحكام المحاكم المختلطة** — صدرت أحكام كثيرة من المحاكم المختلطة قضت أيضا بأنه إذا باع شخص أرضا ، وأبقى منها لنفسه قطعة صغيرة ، فمما أن مساحة تلك القطعة ليست حقيقية ، بل هي وهمية ، فلا يمكن اعتبارها كفصل بين العقارين الواقعة هي على حدتها ، وابقاؤه القطعة المذكورة على ذمته لا تتصف به صفة عمل صحيح معتبر ، بل صفة احتيال وغش مغاير للقانون في حق من له الأخذ بالشفعة^(٢) . أما إذا كانت قطعة الأرض حقيقية ، وبقيت على ذمته ، فإنها تمنع من الشفعة^(٣) .

١٠٤ — **رأينا** — وعندنا أن الرأي الأخير هو الذي يجب العمل به ، فالشفعة حق مدني مقرر في القانون ، ومتى كان الأمر كذلك فإنه لا يجوز التحايل على إسقاطه ، كما هو الحال بالنسبة الى سائر الحقوق المدنية . وإذا رجعنا الى أحكام

(١) استئناف ٤ يناير ١٨٩٨ (دائرة مستر بوند ويحيى ابراهيم بك ومستر بلاتون) الحقوق ١٣ ص ١٥٩ القضا ٥ ص ٢٩٢ .

راجع أيضا دشنا ٢٩ مارس ١٨٩٩ (القاضي أحمد محمود) الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ ، وقد جاء فيه : ان حق الشفعة هو حق ضعيف جدا ، وقد أوجدته الشريعة الفراء دون باقي الشرائع لمنع ضرر موهوم ، وهو اتقاء شر الجار الجديد ، الذي ربما تكون مجاورته للشفيع تعود عليه بالضرر ، وربما يكون أقل ضررا ممن قبله ، ولأجل ذلك قد ضيقت الشريعة الفراء في اكتساب هذا الحق ، وأباحت الحيلة للتخلص منه ، ومن طرق الحيلة ترك الجزء المجاور للشفيع من العقار المبيع بدون بيع وبيع الباقي ، فإن هذا الجزء مهما قل ، حتى ولو كان شبرا ، يمنع شفعة الجار لأنه باق حكما في ملكية المالك الأصلي يستطيع أن يبيعه ثانية ، فيكون فيه شفعة ، ويستطيع أن يهبه . أو يرهنه ، واذا ذلك فلا شفعة فيه .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ فبراير ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٦) ، ١١ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٣٢) ، ٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٤١) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) ، ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) ، ٣ يونيو ١٩١٥ (٢٨ ص ٣١٨) — قارن ١٤ نوفمبر ١٨٩٤ (٧ ص ٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) المجموعة الرسمية المختلطة

الشريعة فإننا نجد كما تقدم كثيرا من الفقهاء لا يقر استعمال الحيل لاسقاط هذا الحق .
فاذا باع شخص عقارا لآخر ، ولكي يمنع الشفعة وهبه الجزء المجاور للشفيع ،
فانه يكون للشفيع الحق في أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجيء اليها
بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية
بما في ذلك الجزء الموهوب ^(١) .

ولما كان التحايل غشا فيجوز اثباته بكل الطرق القانونية ، بما في ذلك
الاثبات بالبينة وبالقرائن ^(٢) .

وقد قررت محكمة النقض والابرار أن التحيل لا بطلان الشفعة مناقض للغرض
المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فاذا ما أجز التحيل لا بطلانها
كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذي قصد ابطاله . فكل
تحيل لا بطلان الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه . وقالت ان
استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة
الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من
أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون معقب عليه ^(٣) .

ملكية الجار

١٠٥ — يجب أنه يكون الجار مالكا — اذا لم يكن الجار مالكا ، كما
اذا كان صاحب حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو كان مستأجرا ، فلا شفعة له ^(٤) .
ولا يحتاج بالمادة الثانية من قانون الشفعة التي تعتبر صاحب حق الانتفاع
شريكا ، لأن نصها مقصور على حالة من له حق الانتفاع في العقار المشفوع ،

(١) دى هلس نبذة ٧٦ — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ .

(٢) زكى العرابي باشا ص ٣٢ نبذة ٤٩ .

(٣) نقض ١٧ مايو ١٩٤٥ في الطعن رقم ١٠٥ سنة ١٤ قضائية مجموعة القواعد القانونية
٤ رقم ٢٥٤ . وكانت واقعة التجزئة هي أن المشتري جعل البائع يبيعه أولا جزءا من الأرض
ثم يحرر بياق الصفقة عقد بيع ثان لصره بحيث لا تتوافر في أى الجزءين مسوغات الأخذ
بالشفعة — راجع نبذة ٣٧٤ .

(٤) فورجير ص ٣١٠ — راجع نبذة ٨٣ بخصوص المحتكر .

لا في العقار المشفوع به ^(١).

١٠٦ - الجار مالك على الشيوع - راجع نبذة ١١٣ .

١٠٧ - هل للجار أن يشفع في حصه يبيع على الشيوع ؟

قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الجار في الشفعة لا ينحصر في العقارات المفروزة المحدودة ، ولكنه يكون أيضا في الحصة الشائعة في العقارات التي يكون مجاورا لها ، غير أنه في هذه الحالة لا يكون للجار هذا الحق الا اذا تنازل الشركاء في الملك الشائع عن حقهم ، أو اذا سقط حقهم فيها . لأن الشريك في الملك مقدم على الجار كما تقدم ^(٢).

ويرى الأستاذ على زكي العرابي باشا عكس هذا الرأي ، اذ يقول ان الشفعة هنا هي بسبب الجوار ، وهو غير مؤكد في هذه الحالة ، لأن بيع الحصة المشاعة هو في الحقيقة بيع ما ستؤول اليه هذه الحصة بعد القسمة ، وما الشيوع الا حالة وقتية لحين الفرز ، وقد تتحول الحصة المبيعة الى جزء غير مجاور للشفيع ، ولذلك فان حق الجار في الشفعة يكون موقوفا على نتيجة القسمة ، فاذا آلت الحصة المبيعة الى جزء مجاور له ثبتت الشفعة ، والا فلا ، لأنه لا يكون جارا لما يقع في الجانب الآخر ، وليس في قانون الشفعة ما يفيد أن حق الشفعة هنا هو حق بات ، والشفعة حق استثنائي لا يجوز التوسع في تأويله ^(٣).

ونحن نخالف هذا الرأي ، ونرى رأي المحكمة المختلطة ، لأنه وقت بيع الحصة الشائعة في العقار الملاصق لعقار الجار الشفيع يكون شرط الجوار متوافرا ، اذ أن الحصة المبيعة تكون شائعة في كل أجزاء العقار الملاصق للجار الشفيع ، وليس في القانون ما يقضي بأن يتوقف حق الجار على نتيجة القسمة . وقد لا تطلب القسمة ، فيضيع الغرض الذي من أجله شرعت الشفعة . وقد تطلب القسمة

(١) دهي بك في « الأموال » نبذة ٤٨٩ ص ٦٨٠ .

(٢) ٦ أبريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٨٢) ، ٦ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٤٩) ، ١٦ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) .

(٣) زكي العرابي باشا نبذة ٥٨ ص ٣٥ - ٣٦ .

وتؤول الحصة المبيعة الى جزء مجاور ، ولكن بما أن للقسمة أثرا رجعيا فيعتبر المشتري الحصة الشائعة أنه كان دائما مالكا للجزء المجاور الذي آل اليه ، وإذا لم يكن الجار قد طلب الشفعة عند البيع — وما كان يمكنه ذلك بحسب رأى الأستاذ العراقي باشا الذي يقول بوقف حق الشفيع حتى تحصل القسمة — تكون النتيجة ان المشتري يدفع بسقوط حق الجار الشفيع لعدم مطالبته بالشفعة في ذلك الوقت ، كما يقضى بذلك القانون ^(١) .

١٠٨ — ليس لغير الشفعاء المذكورين في القانون هو الأخر

بالشفعة — ان الغرض الذي قصده القانون من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوعة ، وقد بينهم القانون بمراتبهم ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل ، أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم ، فيحلوا محل المشتري على الرغم منه ومن البائع ، ولذا لا يمكن لغير الشفعاء الذين عينهم القانون أن يستفيد من ذلك الحق الاستثنائي ، لا مباشرة ولا بطريق التحايل ^(٢) .

ملكية الشفيع

١٠٩ — يجب أنه يكون الشفيع مالكا — يشترط في الشريعة

الاسلامية ^(٣) ، وفي القانون ، أن يكون الشفيع ، وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، مالكا للعقار المشفوع به .

والقانون صريح في هذا الشرط ، فقد أعطت المادة الأولى من قانون الشفعة حق الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع Copropriétaire indivis ،

(١) ويقول الدكتور محمود فهمي (ص ١٧٠) ان قد الأستاذ زكي العراقي باشا صحيح من حيث النطق والقانون البحث ، ولكن من الوجهة العملية رأى القضاء أقل تعقيدا وأكثر فائدة .

(٢) طنطا الابتدائية ٢٢ ابريل ١٩١٨ (دائرة القضاء مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباطه) الحقوق ٣٤ ص ١٤١ المجموعة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧ .

(٣) البدائع ٥ ص ١٤ — المجلة للمادة ١٠١٨ .

أى الشريك فى الملك المشاع ، وكذلك للجار المالك ، propriétaire voisin ،
وخولته المادة الثانية لملك الرقبة le nu propriétaire .

ولكن بطريق الاستثناء أعطى القانون حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع
celui qui a un droit d'usufruit كما تقدم (١) .

فلو أوصى لرجل بدار ، ولم يعلم حتى يبعث دار بجنبها ، ثم قبل الوصية ، فلا
شفعة له ، لأنه حين البيع لم يكن قد تملك الدار المشفوع بها ، اذ لا يملكها الا
بقبوله الوصية .

أما لو مات قبل أن يعلم بالوصية ، ثم يبعث الدار بجنبها ، فادعى الورثة شفعتها ،
فلهم ذلك ، لأن موته صار بمنزلة قبوله (٢) .

وان لم يكن بيد الشفيع سند ، أو كان العقد الذى قدمه لا يثبت حق
ملكيته ثبوتاً كافياً (٣) ، فانه يجوز له الاثبات بوضع اليد المعروف بالشهرة من
زمن قديم quasi immémoriale (٤) .

ولا شفعة للشخص بدار يسكنها بالاجارة أو الاعارة ولا بدار باعها قبل الشراء
ولا بدار جعلها مسجداً ، لأنه فى كل هذه الأحوال لا يكون مالكا (٥) .

وقد حكم بأن المستفيد bénéficiaire فى عقد وصف بأنه بيع وفاء ، والواقع
أنه رهن مستتر بقصد تجنب أحكام القانون ، لا يمكنه ، استناداً على هذا العقد ،
أن يستعمل حق الشفعة بصفته جاراً ، لأن الشرط الأول للشفعة هو اثبات صفة
المالك وقت بيع العقار المشفوع (٦) .

وحكم بأنه اذا وقع خلاف بين البائع والمشتري ، وكان خلافاً جدياً من شأنه
أن يهدد بفسخ العقد الابتدائى ، مثل الخلاف على مقاس الأرض المبيعة ، فان

(١) نبذة ٧٢ وما بعدها .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٦٤ — الخانية ص ٥٥٤ — سليم باز على المادة ١٠١٨ من المحلة .

(٣) راجع استئناف مختلف ٢٤ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) .

(٤) فتحي زغلول باشا ص ٨٩ .

(٥) المحلة المادة ١٠١٨ — البدائع ص ١٤ .

(٦) استئناف مختلف ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣١٤) .

المشتري لا يستطيع الادعاء بأنه صار مالكا من تاريخ هذا العقد ، وأنه بناء على ذلك يمكنه أن يشفع في العقار المجاور للبيع قبل تسوية الخلاف المتقدم وقبل الشروع في تحرير عقد البيع النهائي ^(١) .

وحكم بأنه اذا طلب شخص الحكم باستحقاقه لأخذ عقار بالشفعة ، وكان عقاره الذى بسببه يحق له طلب الشفعة قد حكم باستحقاق غيره لأخذه بالشفعة ، ثم رفع دعوى يطلب فيها سقوط الحكم الأول الذى صدر عليه فى الشفعة الأولى لعدم تسلمه الثمن والملحقات فى المدة المبينة بالحكم ، وجب وقف دعوى الشفعة الثانية حتى يحكم فى دعوى السقوط نهائيا ^(٢) .

١١٠ — يجب أنه نكوره ملكية الشفيع سابقة على البيع — لا قبل الشفعة الا اذا كان ملك الشفيع لما يشفع به سابقا وجوده وثبوته على ملك المشفوع عليه للعقار الذى يرغب أخذه بالشفعة ^(٣) .

ولا ثبوت للشفعة بما يتجدد ملكه للشفيع بعد امتلاك المشفوع عليه . ولا

(١) استئناف مخطوط ٢٢ يونيه ١٩٢٠ (٢٢ ص ٢٦٢) .

(٢) استئناف ٣ فبراير ١٩٣٨ (دائرة أمين بك وعبد الله اسماعيل بك وعبد الوهاب عزت بك) المحاماة ١٩ ص ٣٨٠ رقم ١٦٧ .

(٣) استئناف أهلى ١٧ مايو ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيف بك وعمر رشدى بك وكوريت بك) الحقوق ٩ ص ٢٠٢ — استئناف مخطوط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٥) ، ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٤٩) ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٨ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) ، أول مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ١٨٩) .

ونقض ٧ ديسمبر ١٩٤٤ فى الضمن رقم ٣١ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٦٦ : انه لما كان من المقرر قانونا أن الشفعة لا تجوز الا اذا كان الشفيع مالكا للعين التى يشفع بها وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة فانه اذا كان المشفوع ضده قد قرر أنه وان كان العقد الذى تملك به الشفيع الأرض التى يشفع بها مسجلا قبل تسجيل عقد تملكه هو للأرض المشفوع فيها الا أن الاتفاق على شراء هذه الأرض قد تم بينه وبين البائع لها قبل تسجيل عقد الشفيع ، واستخلصت المحكمة من ظروف الدعوى ، التى ينتها فى حكمها والمؤدية الى ما استخلصته ، أن الفراء لم يحصل فى التاريخ المدعى ، وأن كل ما فى الأمر أنه كان هناك مفاوضات للبيع والشراء انتهت بحصول البيع بعد تسجيل عقد الشفيع ، فذلك منها لا مطنع عليه . ولا يصح أن يعاب عليها أنها لم تجب المشفوع ضده الى ما طلبة من احالة الدعوى الى التحقيق لثبت ما ادعاه ، مادامت هى قد استظهرت من وقائع الدعوى أنه غير صحيح ، مما معناه أنه لا موجب لاجابة طلب التحقيق فى شأنه .

شفعة اذا باع الشفيع العقار الذى يشفع به أو جعله وفقا^(١).

فحق الشفعة ينشأ بسبب بيع أحد العقارات ، وفى وقت هذا البيع ، ولمصلحة الشفعاء الحاليين وحدهم ، فلا يكون لمن ينتقلون الحق عنهم بصفة خاصة أو بصفة عامة *à titre universel ou particulier*^(٢) ، أى خلفائهم الخاصين أو العاميين.

١١١ — اثبات أسبقية ملك الشفيع — على الشفيع اثبات كونه مالكا وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، أى قبل تملك المشفوع عليه ، لا بعده^(٣). ويرجع فى اثبات هذه الأسبقية الى التاريخ الحقيقى للملكية الشفيع^(٤) ، وهو ما يصح اثباته بكل طرق الاثبات .

وليس الشفيع مقيدا بالطرق المدونة فى المادة ٢٢٩ من القانون المدنى لاثبات التاريخ^(٥).

- (١) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) — البدائع ٥ ص ١٤ .
 (٢) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٤٩) ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٨ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) — راجع الآراء المختلفة عن توارث حق الشفعة .
 (٣) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر ١٩٠٨ (٢١ ص ١٥) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٥٦ .
 (٤) نبذة ١١٠ .

(٥) راجع الزقاقى الابتدائية ٣ فبراير ١٩٢١ (دائرة محمد مراد سيد أحمد بك ومحمد زكى خليل بك والقاضى محمد عبد الرازق) المجموعة ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ : «وحيث ان المادة ٢٢٨ مدنى الواردة فى باب اثبات الديون واثبات التخلّص منها قضت بما يأتى (لكنها ، أى المحررات غير الرسمية ، لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا) . . . »

«وحيث ان العقود التى تحصل أمام مأمورى العقود تاريخها يثبت بطريقة قاطعة . أما العقود العرفية فيمكن العاقدان أن يضعها تاريخا سابقا على تاريخ حصولها ، وهذا الخطر لا يقع بطبيعة الحال على من لم يكن طرفا فى العقد ولا على المتعاقدين الملزمين باحترام ما تعاقدوا عليه ، بغض النظر عن تاريخ العقود ، انما يقع على من تلقى حقا من شخص تعاقد بعد ذلك مع آخر وجعل لتعاقد تاريخا أسبق من تاريخ التعاقد الأول ، ليحرم بذلك المتعاقد الأول من ثمره ما تعاقد عليه كله أو بعضه ، وهو ما أراد الشارع تلافيه بالنص على ضرورة اثبات التاريخ .

« وحيث ان الشفيع يتلقى ملكيته من شخص ، والمشفوع منه يتلقاها من آخر ، وحق ملكية كل منهما منصب على عين خلاف العين المنصبة عايبا ملكية الآخر ، ولا علاقة تربطهما =

١١٢ - بقاء ملكية الشفيع لحين الطهر بالشفعة - يشترط أن يبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع به حتى يمتلك العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضاء^(١). ولا يهم زوال ملكيته بعد ذلك ، لأنه بالقضاء أو بالرضاء يصبح مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨ من قانون الشفعة) .

وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية أيضا ، فقد جاء في حاشية الشلبي^(٢) : قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبجاني رحمه الله في شرح الكافي فان كان المشتري قد قبضها فبيعت دار يحنها فلمشتري أن يأخذها بالشفعة ، لأنه قد ملك الدار بالقبض ، فصار جارا عند وقوع البيع ، فاذا قضى القاضى له بالشفعة ، ثم ردت الدار (التي شفع بها) لفساد البيع ، لم تبطل الشفعة ، لأن القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك في داره ، لأن بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق ، وان لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعتها ، لأن قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ، ولا شفعة للبائع أيضا فيها ، لأن جواره حادث بعد البيع .

= بعض ، وما وان كانا أجنبيين عن بعضهما فان الشفيع ليس من طبقة من سمتهم المادة ٢٢٨ بغير المتعاقدين ، ولذا فلا ضرورة بينهما لاثبات التاريخ ، انما العبرة بالتاريخ الحقيقي للملكية كل منهما .

راجع أيضا استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ س ٦١) .
وراجع الاسكندرية الابتدائية ٢٩ نوفمبر ١٩٣٦ (دائرة القضاء أحمد حمدي ومحمد غالب عطية وأحمد الحارم) المحاماة ١٧ س ٥٦٢ رقم ٢٧١ .
(١) سليم باز على المادة ١٠١٨ .

استئناف مخطوط ٦ مارس ١٩٤٥ (٥٧ س ٧٩) : حق الشفعة حق شخصي غير قابل للانتقال . فمن تكون له صفة الجار المالك هو وحده الذي يستطيع استعماله ، فليس للتنازل له ولا للخلف العام أو الخاص أن يستعمله . ولا يحق للجار المالك استعمال هذا الحق لمصلحة الغير .
نقض ٢٩ يناير ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ٣ رقم ١٣٨ س ٤٠٩ : ان عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بمحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل هنا انما شرع لفائدة الغير صوتا لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يرق به .

(٢) بهامش الزيلعي ٥ س ٢٥٥ .

ومثل ذلك جاء في التزيلي^(١).

وفي الهداية أيضا أن بقاء ملك الشفيع في التي يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط^(٢).

١١٣ — الشريك المتاع في ملكية العين المشفوع بها — لا يشترط أن يكون الشفيع مالكا لكل العين التي يشفع بها ، بل يكفي أن يكون شريكا فيها فقط^(٣).

ولكن محكمة بنى سوييف الجزئية^(٤) حكمت بعكس ذلك ، اذ قررت أن لاشفعة لمن يملك حصة شائعة في عقار مجاور للعين المشفوع فيها لعدم قيام السبب . وقد جاء في أسباب حكمها :

« وحيث ان من يملك حصة مشاعة هو في الواقع مالك الى ما استتول اليه هذه الحصة عند القسمة .

» وحيث انه لذلك يكون سبب الشفعة غير قائم الآن ، وغير محقق مستقبلا ، بل وضعيف الاحتمال ، اذ لا يملك المدعى الاجزاء من أربعة وثلاثين من العين المجاورة ، ويكون احتمال مجاورة نصيبه عند القسمة للعين المشفوع فيها من حدين مجاورة كافية لأن يشفع بها أضعف احتمال بكثير كما لا يخفى .

» وحيث ان ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها المشار اليه

(١) ٥ س ٢٥٥ .

(٢) حاشية الشلي س ٢٥٥ .

وفي الحاشية (س ٥٤١) : لو جعل الشفيع داره التي يستحق الشفعة بها مسجدا أو وقفها وقفا مسجلا أو جعلها مقبرة ثم قضى له القاضي بالشفعة فانه لا يكون شفيعا للدار الثانية ، لأن قيام الملك له فيما يستحق به الشفعة شرط وقت القضاء . والمسجد والوقف المسجل بمنزلة الزائل عن ملكه .

(٣) استئناف أهلى ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ س ٢٦ ، ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ س ٧١ — كفر الزيات ٣ يونيه ١٩٠٧ (القاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١١٩ س ٢٥١ — استئناف مختلط ٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ س ٣٤١) ، ١٦ يونيه ١٩٣١ (٢٥ س ١٣٩) .

(٤) ٣١ يناير ١٩٢١ (القاضى أحمد نشأت) المحاماة ٣ رقم ٢٠ س ٥٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٤ .

في لنتز جزء ثانى نمرة ٨٢٧٧ ، ومحكمة كفر الزيات ٣ يونيه ١٩٠٧ في حكمها المنشور في المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ، من أن المالك على الشيوع يملك في كل ذرة يكفيها للدرد عليه ما تقدم ، خصوصا أن الحصة الشائعة ما هي الا عبارة عما ستؤول اليه بالقسمة ، وأن المدعى وان كان يملك في كل ذرة ، فانه لا يملك كل ذرة ، بل ولا يملك الجزء الكافى من كل ذرة ، أو كل ما يملكه جزء من أربعة وثلاثين فقط . ويجب أن تكون المجاورة على امتداد كاف كثلث الحد أو نصفه .
والظاهر أن المحكمة تأثرت في حكمها بتفاهة نصيب الشفيع (جزء من أربع وثلاثين جزءا) .

ونحن لا نوافق على هذا الحكم ، لأن ما يتطلبه القانون من الشفيع هو أن يكون مالكا وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى كذلك حتى الأخذ بالشفعة . ولا يهم زوال ملكيته بعد ذلك . فالجار الشريك في الملك وقت طلب الشفعة مالك ، اذا أنه يملك نصيبه في كل جزء في العقار ، وفي كل ذرة مجاورة للعقار المشفوع ، فاذا بقى مالكا على الشيوع لحين الأخذ بالشفعة ، فانه يكون محقا في طلب الشفعة . ولا يحتاج علينا بأن الحصة الشائعة ما هي الا ما سيؤول بالقسمة ، وأنه قد تحصل القسمة فلا يثول لطالب الشفعة الجزء المجاور للعقار المشفوع ، وبما أن للقسمة أثرا رجعيا فيعتبر أنه لم يملك بتاتا الجزء المجاور . ونرد على ذلك بما تقدم ، وهو أن ما يتطلبه القانون هو أن يكون الشفيع مالكا ، وأن يظل كذلك لحين الأخذ بالشفعة ، وما الأثر الرجعى للقسمة الا افتراض قانونى قصد به حماية التصرفات التى يجريها من انتقل اليه الحق الشائع ، ولا يمكن أن يضر بنحق الشريك في الملك الذى توافرت فيه الشروط وطالب بالأخذ بالشفعة ، ولو وقفنا حقه في طلب الشفعة حتى تحصل القسمة فقد لانتم ، وهو الغالب ، الا بعد فوات مواعيد الشفعة .

وقد أخذت محكمة النقض والايام بهذا الرأى ، فقررت أنه يجوز للجار الذى يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ، ولو لم يشترك معه باقى شركائه في الملك ، وذلك لأنه انما يملك نصيبه في كل ذرة من العقار المشترك ، ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع ، لأن القانون انما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع

وأن يبقى مانكا له حين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق . فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ، ولم يختص بالجزء ، المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة فلا يهتم زوال ملكه الذي يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أى طريق آخر ^(١) .

١١٤ — لا بشرط انضمام كل المتناعين لطلب الشفعة — للشريك على الشيوع طلب الشفعة وإن لم يشترك معه باقى شركائه فى الملك . وله أن يطلب بالشفعة كل العقار المبيع .

وقد أخذت بذلك محكمة الاستئناف الأهلية ، اذ قررت أن للمالك على الشيوع الحق فى طلب أخذ العين المجاورة بالشفعة ، ولا يترتب على عدم انضمام باقى شركائه معه فى الدعوى سقوط حقه ، لأنه متى كانت ملكيته فى عين على المشاع فهو مالك لكل جزء من أجزائها بقدر حصته ^(٢) .

وقضت بذلك أيضا محكمة كفر الزيات ^(٣) ، اذ قررت « أن القانون منح حق الشفعة لكل جار مالك بدون تمييز بين المنفرد بالملك والمشتاع ، ولا يمكن تجريد المشتاع من صفة الجار ، لأنه يملك فى كل جزء من العقار المجاور . وحيث ان حق الشفعة واحد لا يتجزأ ، فإذا قامت صفة الجار بشخص واحد كان له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ، وإذا قامت تلك الصفة بشخصين أو أكثر ، لا متلاكهم عقارا واحدا على الشيوع ، كان لهم أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضا . وليس معنى أن هؤلاء الشركاء حق الأخذ بالشفعة أن يكون لكل منهم جزء من هذا الحق ، وإنما يثبت حق الشفعة لكل واحد منهم اذا انفرد ، ولهم جميعا اذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضروريا لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز . وبما

(١) نقض ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ١١٨ ص ٢٠٤ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٧٣ .

استئناف مصر (دائرة عبد الوهاب فهمى بك ومحمد توفيق ابراهيم بك وسليمان حافظ بك) المجموعة ٤٣ رقم ١٦ ص ٢٩ .

(٢) استئناف مصر ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ (دائرة محمد مصطفى بك ومسبو سودان وزكى برزى بك) المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ .

(٣) ٣ يونيو ١٩٠٧ القاضى أحمد زكى أبو السعود المجموعة ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ .

يؤيد هذا الرأي أحكام الشريعة الغراء في الأحوال المماثلة هذه التي منها تعدد الشفعاء اذا غاب أحدهم ، فلا ينتظر قدومه ، ولا يوقف نصيبه ، بل يقضى لمن يطلب من الحاضرين بالكل ، فان حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفيا شرائطها يقضى له بحقه ان لم يوجد مسقط له ، فان كان مثل الأول في المرتبة يقضى له بما يخصه بنسبة ملكه الذي يشفع به » ^(١).

١١٥ — الشفيع مالك تحت شرط — هل يشترط أن يكون الشفيع

مالكا لما يشفع به ملكا باتا ، أم يجوز له طلب الشفعة وان كان عقد تملكه معلقا على شرط واقف Condition suspensive أو شرط فاسخ Condition résolutoire ؟ من المعلوم أن العقد المعلق على شرط واقف لا يكون لازما ولا تنتقل فيه الملكية . وأن العقد المعلق على شرط فاسخ يكون لازما ومنتقل فيه الملكية من يوم العقد . ولكن الشرط قد يتحقق وقد يتخلف .

فان تخلف الشرط ، أى لم يتحقق ، فان كان واقفا فلا ينفذ العقد أصلا ، وان كان فاسخا فالعقد باق ونافذ .

واذا تحقق الشرط فانه يترتب على تحققه تأييد العقد ان كان الشرط واقفا ، واسقاطه ان كان فاسخا .

ويعتبر التأييد أو الفسخ حاصلا من وقت العمل القانوني ، أى أن الشرط له أثر رجعي ، وذلك بناء على افتراض قانوني .

(١) راجع المادة ١٢٤ من مرشد الخيران — راجع أيضا استئناف مختلط ١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٠ ص ١٣٩) ، ٤ يونيو ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٣٦١ . ١٦ يناير ١٩٣١ (٢٥ ص ١٣٩) — استئناف أهلى ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويهور ومستر كوجلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

وراجع استئناف مصر ١٢ مارس ١٩٣٩ المجموعة ٤٠ رقم ١٠٩ القهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٨ : اذا طلب مالكان على الشيوع أخذ عين بالشفعة وتقرر أن حق أحدهما ساقط بسبب علمه بالبيع من قبل الطالب بأكثر من خمسة عشر يوما فليس هناك ما يمنع المالك الآخر من أن يأخذ كل العين لنفسه ، والقول بغير ذلك مردود ، اذ من السلم أن للمعريك على الشيوع في الأرض المشفوع بها أن يطلب كل العين المبيعة لنفسه .

وفى بيع الوفاء ، وهو بيع على شرط خيار الاسترداد للبائع^(١) ، يكون البائع مالكا تحت شرط واقف ، وهو شرط خيار الاسترداد ، ويكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ .

ولا فرق بين بيع الوفاء وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط وعدم تحققه معين الأجل ، أى أنه يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع .

فاذا بيع عقار وكان الشفيع — الجار مثلا — مالكا تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ هل تجوز له الشفعة ؟

وفى بيع الوفاء ، وقد اجتمع فيه كما تقدم المالك تحت شرط واقف ، وهو البائع وفاء ، والمالك تحت شرط فاسخ ، وهو المشتري وفاء ، هل تكون الشفعة لكل من البائع وفاء والمشتري وفاء اذا بيع عقار بجوار العقار محل البيع الوفاؤى ؟

١١٦ — رأى أول — يمكن أن يقال انه ليس لغير المالك ملكا بانا

أن يطالب بالشفعة ، فليس للمالك تحت شرط فاسخ أو واقف أن يطالب بها ، لأن كليهما لا يعتبر مالكا ملكا بانا ، فالمالك تحت شرط فاسخ ، وان كان مالكا وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة ، فانه عند تحقق الشرط يزول ملكه ، ونظرا الى الأثر الرجعى يعتبر أنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به فى أى وقت ، ولذلك لم يكن محقا فى طلب الشفعة لكونه غير مالك .

والمالك تحت شرط واقف لا يكون مالكا وقت بيع العقار المشفوع ، ولذلك لا يجوز له طلب الشفعة .

ولكن يرد على هذا رأى بأن المالك تحت شرط فاسخ هو مالك وقت بيع العقار ، وقد يتخلف الشرط فتستقر له الملكية ، ولذلك لا يكون حرمانه من حق الشفعة عادلا ، والمالك تحت شرط واقف وان لم يكن مالكا وقت بيع العقار ، فانه اذا تحقق الشرط يصبح مالكا ، ونظرا الى الأثر الرجعى يعتبر مالكا من وقت تملكه ، ولذلك لا يكون حرمانه من حق الشفعة عادلا .

١١٧ — رأى تارة — الذى له طلب الشفعة هو المالك تحت شرط فاسخ — وفى بيع الوفاء المشتري، وفاء — لأن الملكية تنتقل اليه من وقت عقد تملكه ، على عكس المالك تحت شرط واقف — وفى بيع الوفاء البائع وفاء — لأن الملكية لا تكون له الا اذا تحقق الشرط .

ونحن من هذا رأى ، لأن شرط طلب الشفعة أن يكون الشفيع مالكا وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى كذلك حتى يمتلك العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضا ، فاذا زالت ملكيته قبل ذلك سقط حقه ، ولا يهم زوال ملكيته بعد الأخذ بالشفعة ، لأن الشفيع يصبح بالقضاء أو بالرضا مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨)^(١) ، ويكون له أن يتصرف فى هذا العقار بعد ذلك .

وقد أخذت بهذا رأى محكمة طنطا الابتدائية^(٢) فى دعوى طالب فيها البائع وفاء بحق الشفعة فى عين بيعت وهى شائعة فى الأرض التى باعها وفاء ، فحكمت بأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشتري ، فلم يعد البائع شريكا فى العين المشفوعة ، بل الشريك فيها هو من حل محله ، وهو المشتري الذى صار مالكا لهذا المبيع . ورتبت المحكمة على ذلك أن الشفعة تكون لهذا المشتري ، دون البائع ، اذا أراد . فاذا حكم بها وجب على البائع عند استرداد المبيع منه أن يأخذه مع العين المشفوعة (المادة ٣٤٧ من القانون المدنى) اذا طلب المشتري ذلك . ورأى المحكمة صحيح فى نظرنا من حيث المبدأ الذى قرره ، وهو جواز طلب الشفعة للمشتري وفاء .

ولكننا لا نوافق المحكمة على ما قرره من أنه يجب على البائع وفاء ، عند استرداد المبيع ، أن يأخذ ، مع العين المستردة ، العقار المشفوع ، لأن المادة ٣٤٧ التى نصها : « اذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكيها بعد طلب هذا المالك مقاسمته فللمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها » —

(١) راجع ما تقدم نبذة ١١٢ .

(٢) ١٩ ابريل ١٩١١ (دائرة حسن حسنى بك ومستر لونغ والقاضى غبريال سيدم)

المجموعة ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦ .

هذه المادة غير منطبقة ، اذ السبب فيها أن المشتري يكون مضطرا لشراء الحصة الباقية محافظة على المبيع حتى لا يخرج من يده ، فالتمن الذى يدفعه فى مقابلها يعتبر بمثابة مصروفات ضرورية صرفت منه لاستبقاء المبيع ، والمشتري يحق له أن يسترد ما أنفقه من هذه المصروفات . ومثال هذه الحالة : أن يبيع الانسان لآخر وفاء نصف حمام شائعا فى الحمام كله ، فاذا طلب صاحب النصف الآخر قسمة الحمام عينا ، فتبين أنها متعذرة لعدم امكان الانتفاع بكل نصف على حدته . وحصلت القسمة بطريق التصفية ، بأن يبيع الحمام كله بالزاد ، ثم اشتراه المشتري ، جاز للمشتري أن يلزم البائع بأخذ الحمام كله . وفى الدعوى التى فصلت فيها محكمة طنطا لم يكن المشتري مضطرا الى شراء الحصة التى أخذها بطريق الشفعة حتى يستبقى المبيع فى يده ، ولا يمكن اعتبار ثمنها فى حكم المصروفات الضرورية التى استوجبتها ضرورة المحافظة على المبيع ^(١) .

وعندنا أن المالك تحت شرط فاسخ له أن يستبقى العين التى أخذها بالشفعة ، رغم تحقق الشرط وخروج العين التى شفع بها من تحت يده ، لأنه بالأخذ بالشفعة قد أصبح مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨) .

وقد يعترض على هذا رأى بأنه بالاسترداد يعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملك البائع وفاء ، وأن المشتري لم يملكه لحظة ، نظرا الى الأثر الرجعى للشرط ، وكان المشتري قد شفع بعقار لم يملكه .

وردنا على ذلك أنه يشترط فى الشفع كما تقدم أن يكون مالكا وقت المطالبة بالشفعة ، وأن يبقى كذلك حتى يقضى له بها ، فاذا ما أخذ بالشفعة أصبح مالكا نهائيا ، ولا يهم زوال ملكية العين المشفوع بها بعد ذلك .

١١٨ — رأى ثالث — هذا رأى يقرر أن لكل من المالك تحت شرط

فاسخ والمالك تحت شرط واقف أن يطالب بالشفعة . وفقط اختلف أنصار هذا رأى فى كيفية المطالبة بها ووقت حصولها :

(١) فيقول الأستاذ زكى العرابى باشا ، عند بحث ما اذا كان للمشتري وفاء أو البائع وفاء حق الشفعة :

(١) راجع فى هذا رأى نجيب الملاى باشا ، كتاب البيع ، ٧٥٣ .

بما أن الشفيع يلزم أن يكون مالكا لما يشفع به ، والملكية هنا معلقة بين البائع والمشتري ، ولا تستقر لهذا الأخير الا بقوات المدة مع عدم الفسخ ، ولا يمكن معرفة ذلك من قبل ، فيلزم أن يكون له حق الطلب ، وانما لا يقضى له الا بعد مضي المدة وعدم الفسخ ، أو يجوز القضاء في الحال ، انما يكون نفاذ الحكم مقيدا بنفس الشرط المقيد به الملك ، بحيث اذا فسخ البائع البيع سقط البيع ومعه الشفعة ، واذا مضت المدة ولم يفسخ البيع استقر واستقرت الشفعة أيضا . كذلك اذا كان ملك الشفيع لما يشفع به معلقا وجوده على شرط فانه يكون له حق الطلب ، ولكن لا يقضى له الا اذا تحقق هذا الشرط ^(١) .

ونعترض على هذا الرأي بما يأتي :

(١) كيف يكون للمالك تحت شرط طلب الشفعة مع عدم الاستمرار في اجراءاتها ، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة ، فالواجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة والا سقط حقه ، وعلى المحكمة أن تحكم في الدعوى على وجه السرعة . واذا فهم من الرأي السابق أنه يكون له أن يرفع الدعوى ، وانما لا يحكم له الا بعد مضي مدة الاسترداد وعدم الفسخ ، فكيف تقف الدعوى ، وما هو السند القانوني لذلك ؟

على أننا لو سلمنا بجواز وقف الدعوى ، فان مدة الاسترداد في بيع الوفاء قد تصل الى خمس سنوات ، وهي مدة طويلة قد يعمل المشفوع عليه في خلالها كل صنوف الأعمال الضارة التي من أجلها شرعت الشفعة . وقد تكون مدة الانتظار أكثر من خمس سنين اذا كان طالب الشفعة مالكا تحت شرط في غير حالة بيع الوفاء ، ووقف الحكم له بالشفعة طول هذه المدة يضيع الغرض الذي من أجله شرع هذا الحق .

(٢) يميز زكي العرابي باشا القضاء في الحال لطالب الشفعة ، انما يكون نفاذ الحكم مقيدا بنفس الشرط المقيد به الملك ، بحيث اذا فسخ البائع البيع سقط

البيع ومعه الشفعة . وكان من الممكن الموافقة على وجهة النظر هذه ، فيما يتعلق بالمالك تحت شرط فاسخ ، لولا ما يترتب على اتساع ذلك من الصعوبات العملية الكثيرة ، لأنه اذا قضى لطالب الشفعة بملكية العقار المشفوع ، ثم تحقق الشرط فانسخت ملكية الشفيع التي شفع بها ، فالى من يعود العقار المشفوع ، أيسلم الى البائع وفاء وهو لم يطلبه بالشفعة (وحتى اذا طلبه فمن رأينا أنه ليس له الحق في ذلك لأنه لا يمكن أن يقال انه مالك وقت تملك العقار المشفوع) ، أم هل يرجع العقار المشفوع الى المشفوع عليه ، وقد لا يكون في حاجة اليه في ذلك الوقت ، وقد لا يكون عنده ما يدفع منه ثمنه مع ما استجد عليه من البناء أو الفراس ؟

(ب) ومن رأى الأستاذ عبد السلام ذهني بك أنه لكل من البائع والمشتري وفاء « الحق في انذار المشفوع منه باظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقا للمادة ١٤ ، ويجب التربص حتى يتحقق حتما أحد الشرطين . فاذا تحقق الشرط من جهة كونه فاسخا ومن جهة كونه توقيفيا ، بأن استرد البائع عقاره ، صح له السير وقتئذ في اتمام اجراءات الشفعة ، فيرفع دعوى الشفعة المنصوص عليها بالمادة ١٥ في ظرف ثلاثين يوما من يوم تحقق الشرط في أحد أيام الفترة المضروبة بالمقد . ويعتبر لتحقق الشرط أثر رجعي بالنسبة لانذار الشفعة الموجه من البائع وفائيا (١) ، أى يعتبر أن هذا الانذار قد عمل في ذات يوم تحقق الشرط . وعلى ذلك يزول أثر الانذار الآخر الموجه من المشتري وفائيا ، لأن ملكية هذا الأخير قد زالت . وعلى العكس مما تقدم فيما اذا لم يتحقق الشرط الفاسخ من جهة والتوقيف من جهة أخرى ، وظل العقار بيد المشتري وفائيا وتأيدت الملكية لديه ، وجب عليه أن يعمل نفس ما كان يعمل البائع فيما اذا تحقق الشرط من جانب هذا الأخير . وبذا يزول أيضا أثر الانذار الموجه من البائع وفائيا » (١) .

ونرد على هذا الرأي بما يأتي :

(١) ان القول بأن انذار اظهار الرغبة يعتبر أنه عمل في ذات يوم تحقق الشرط لا يمكن قبوله ، اذ لا سند قانونيا له ، فلا يمكن الأخذ به بدون تشريع جديد لذلك .

(١) كتابه في « الأموال » نبذة ٤٧٩ ص ٦٧١ .

(٢) انه نظرا الى الأثر الرجعي للشرط يعتبر البائع وفاء — في حالة تحقق الشرط — أنه كان دائما مالكا للعقار الذي بيع وفاء . فلذلك لا يمكن قبول دعوى الشفعة لرفعها بعد أكثر من ٣٠ يوما من اعلان اظهار الرغبة . واذا تخلف الشرط ، واستقرت الملكية للمشتري وفاء فانه يعتبر أنه كان مالكا من يوم البيع الوفاي ، فاذا ما رفع الدعوى بعد انتهاء مدة الاسترداد فانها لا تقبل منه لمضى أكثر من ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة .

١١٩ — هل لو اضع اليد على عقار لم تتم مرة تقادم هو الشفعة ؟ —

اذا كان الشفيع واضعا يده على عقار بقصد امتلاكه ، ولكنه لم يتم مدة التقادم القصير (٥ سنين) ، أو الطويل (١٥ سنة) ، وبيع عقار مجاور ، فهل يكون له الحق في الأخذ بالشفعة ولو أن مدة التقادم لم تتم ؟

نرى أنه ليس له هذا الحق ، اذ شرط طلب الشفعة أن يكون الشفيع مالكا وقت بيع العقار المشفوع ، وهنا الشفيع لا يعتبر مالكا قبل تكامل مدة التقادم . ومن رأى الأستاذ عبد السلام ذهني بك ^(١) أن تملك واضع اليد معلق على شرط واقف ، وهو مضى المدة القانونية ، بالشروط المقررة لصحة وضع اليد ، والأمر في ذلك يرجع الى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو واقف .

ومن جهتنا نحن فقد تقدم أن قلنا انه ليس المالك تحت شرط واقف أن يطالب بالشفعة ^(٢) .

١٢٠ — ما الحكم اذا كان عقد الشفيع باطلا ؟ — عقد الشفيع

اما أن يكون باطلا بطلانا نسبيا ، أى فاسدا ، واما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا ، فاذا كان باطلا بطلانا نسبيا فان العيب الذي يشوب العقد لا يمنع انتقال الملكية ، وانما يكون العقد قابلا للبطلان ، والذي له طلب البطلان هو من شرع البطلان في مصلحته ، ولذلك نرى أنه يكون للشفيع ، اذا كان عقده باطلا بطلانا نسبيا (كما

(١) كتابه في « الأموال » نبذة ٤٨٠ ص ٦٧٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١١٧ .

إذا اشترى من ناقص الأهلية) ، أن يطالب بالشفعة ، وليس لمشفوع منه أن يدفع بالبطلان (والذي له أن يدفع بالبطلان هو ناقص الأهلية في المثل المتقدم) .

أما إذا كان عقد الشفيع باطلا بطلانا مطلقا (كما إذا امتلك بموجب هبة له تحرر بعقد رسمي) فإنه لا يجوز له أن يطالب بالشفعة ، ويجوز للمشفوع منه أن يدفع ببطلان عقد الشفيع .

١٢١ - عزم تسجيل عقد الشفيع - قبل قانون التسجيل قررت

محكمة الرقازيق الابتدائية ^(١) أن المادة ٦١١ مدني التي جاء فيها « الحقوق بين الأحياء الآتية من عقود انتقال الملكية أو ... تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينيا بتسجيل تلك العقود الخ . » لا تنطبق هنا ، لأن « تحديد دائرة انطباق هذه المادة ظاهر من عبارة (ممن يدعى حقا عينيا) ، فهي تفترض أن شخصين تلقى كل منهما حقا على عين واحدة ، فالأسبقية بينهما تكون للتسجيل ، وهذا طبيعة إذا كان ناقل الحق واحدا ، وهي ليست الحالة التي نحن بصددنا ، فلا حاجة إذن للتسجيل لمعرفة ان كان عقد المستشفع أسبق أم عقد المشفوع منه » .

وقررت أيضا المحكمة المختلطة أنه لا يشترط أن يكون عقد ملكية الشفيع للعقار المشفوع به مسجلا ، لأن التسجيل لا مفعول له إلا بالنسبة إلى الغير الذي له حق ثابت في الشيء *jus in re* ، بخلاف طالب الشفعة فإن له أفضلية حولها له الشارع (حق على الشيء *jus ad rem*) ، وعليه فإذا ثبت أن المشفوع منه كان مالكا قبل تملك طالب الشفعة فلا حق لهذا الأخير بطلبه ، وذلك بصرف النظر عن كل تسجيل ^(١) .

ولكن هذا الحكم محل نظر بعد صدور القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ مختلط) ، الصادر بتعديل نصوص

(١) ٣ فبراير ١٩٢١ (دائرة محمد مراد سيد أحمد بك ومحمد زكي خليل بك والقاضي محمد عبد الرازق) المجموعة ٢٣ رقم ٩١ س ١٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ س ٣٣٥) الاستقلال ٤ ص ٢٤٦ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ س ٦١) .

القانون فيما يتعلق بالتسجيل ، لأنه أوجب التسجيل لإنشاء الحقوق العينية العقارية أو انتقالها أو زوالها ، ونص على أنه لا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . وكذلك بعد صدور القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الصادر بتنظيم الشهر العقارى (المادة ٩ منه) والذى حل محله .

ومن رأينا أنه اذا كان عقد الشفيع غير مسجل ، وكان لا يستند فى الملكية الى اكتسابها بوضع اليد ، فلا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، لأن قانون الشفعة يشترط ، كما رأينا ، أن يكون الشفيع مالكا ، وبمقتضى قانون التسجيل أو قانون تنظيم الشهر العقارى لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل .

وقد أخذت بهذا رأى محكمة أسبوط الابتدائية ^(١) . وجاء فى أسباب حكمها :

« حيث ان الأحكام قد تعارضت فى صحة دعوى الشفعة فى حالة عدم تسجيل عقد شراء المشفوع ضده . الا أن الأمر على ما يظهر قد استقر الآن على أن هذه الدعوى صحيحة ، وأن الحكم الذى يصدر للشفيع انما يحله محل المشتري فيما له من حقوق بناء على العقد غير المسجل ، ولكن النزاع المطروح اليوم أمام المحكمة خاص بالصورة العكسية لهذه تماما . . .

« وحيث ان رأى الذى ساد فى النهاية فيما يتعلق بصحة دعوى الشفعة ضد مشتر لم يسجل عقده تتلخص فى الاعتبار الآتية :

أولا — ان القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ المعروف بقانون التسجيل لم ينص على بطلان البيع فى حالة عدم التسجيل ، بل قضى فقط بتعليق نقل الملكية على هذا التسجيل ، بناء على أن البيع فى حد ذاته يقع صحيحا .

(١) ١٩ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٤ .
وراجع بهذا المعنى أيضا ملوى الجزئية ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ (القاضى محمد أحمد العريان) المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ .

وراجع استئناف مخطوط ١٢ يونيو ١٩٤٥ (٥٧ ص ١٣٩) : تأسيسا على قانون التسجيل وتطبيقا لقانون الشفعة لا تكون صفة الجار المالك فى حالة المطالبة بالشفعة أو دفع مطالبة الغير بها الا لمن يكون قد سجل عقد ملكيته للعقار المجاور للعقار المشفوع .

ثانياً — ان نقل الملكية لا يمكن ركنا أساسيا في البيع ، وإنما هو نتيجة من نتائجه .

ثالثاً — ان الشفيع يحل قانونا محل المشتري .

رابعاً — ان تعليق حق الشفعة على التسجيل أو تولده من يوم حصوله يجعل المشتري مهددا بالشفعة زهنا قد يطول أمدده ويعطل أحكام الشفعة (راجع حكم الدوائر المجتمعة الصادر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧) .

« وحيث ان جميع الأحكام التي ناقشت حق الشفعة بناء على بيع غير مسجل متفقة رغم تناقضها في أن البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية ، وأن الشفيع اذا حل محل المشتري فأنما يكون ذلك فيما له من حقوق شخصية قبل البائع يستطيع بموجبها ارغامه على الوفاء بما التزم به ولو قضاء .

« وحيث ان الشرط الأساسي للمطالبة بحق الشفعة هو أن يكون الشفيع مالكا ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من قانون الشفعة ، فاذا كان عقد الشفيع نفسه غير مسجل ، وكان الشفيع لا يستند في الملكية الى التملك بوضع اليد الحائز لشروطه القانونية ، فانه لا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، اذ هو لا يمد مالكا طبقا لأحكام القانون الجديد الذي ينص في المادة الأولى منه^(١) على أن الملكية لا تنتقل حتى بالنسبة للمتعاقدين الا بالتسجيل ، ولا يكون للعقد غير المسجل من الأثر سوى التزامات شخصية .

« وحيث انه لا سبيل للاستناد الى ما للشفيع قبل بائعيه بمقتضى عقود غير المسجلة من حقوق شخصية للمطالبة بما المشفوع ضده من ملكية ثابتة ، كما هو الشأن في الصورة الأخرى التي عرضت على القضاء غير مرة ، وكان الشفيع فيها لا يطالب بالملكية المنجزه حتما ، بل بالحلول محل المشفوع ضده فيما له من حقوق بمقتضى العقد الصادر اليه ليس الا ، لما بين الحالتين من فارق كبير ، اذ النظرية الأولى مبناها أن الشفعة ليست حقا عينيا للعقار الشفيع Jus in re ، ولكنها حق شخصي لمالك هذا العقار اذا توفرت لديه الشروط المنصوص عليها قانونا ،

(١) المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري .

فلا ينتقل الى من يبيع له هذا العقار عقب تولد هذا الحق ، وينبنى على ذلك أن البيع اذا كان معلقا على شرط موقوف أو فاسخ كانت دعوى الشفعة صحيحة ^(١) .
الا أن هذه النظرية لا يمكن التسليم بها في الحالة المطروحة أمام المحكمة ، إذ لا القانون مهما توسعنا في تأويل نصوصه ، ولا المنطق ، يسمحان بالقول بأن لصاحب الحق في الحقوق الشخصية أو الملكية المعلقة على أكثر تقدير حق الشفعة في عقار انتقلت ملكيته نهائيا لمشتريه بالتسجيل .

« وحيث انه مما يؤيد صحة ما تقدم أنه لو فرض أن بيعت العقارات الواردة بعقود الشفيع كلها أو بعضها من بائعيه الى مشتر آخر بعقد تسجيل كان هذا العقد بلا جدال ناقلا للملكية وأولى بالاحترام من عقد الشفيع ، فاذا كان هذا ما يجب الأخذ به بالنسبة لعقار واحد أمكن القول باتباعه من باب أولى في حالة التفاضل بين عقود تصرفات عن عقارات مختلفة لا تنافر بينها ولا تؤثر في بعضها البعض من حيث الصحة ، وغاية الأمر أن كل ما على أصحابها الخضوع لأحكام الشفعة فيما وضعته من القيود .

« وحيث انه لا يبقى من الاعتبارات التي بنى عليها حكم الدوائر المجتمعة سوى ما كان متعلقا بتهديد المشتري غير المسجل بالشفعة زمنا قد يطول ، وبتعطيل أحكام الشفعة اذا علق استعمال الحق فيها على التسجيل ، وهو ما لا محل له في مثل النزاع المطروح ، لأن التقصير هنا من جانب الشفيع صاحب المصلحة في أخذ العقار بالشفعة ، وقد حال بينه وبينها عدم تسجيله ، وأصبح المشفوع ضده بذلك مطمئنا على عقاره كل الاطمئنان » .

ولكن من رأى الأستاذ عبد السلام ذهني بك أنه لا يشترط أن يكون عقد الشفيع مسجلا لأجل المطالبة بالشفعة ، بل يكفي وجود العقد المثبت لشراء الشفيع ، وعلى ذلك يجوز للجار المشتري بعقد غير مسجل أن يطلب الشفعة ، ويعتبر الحكم القاضي بالشفعة حكما معلقا على شرط ، وهو عدم تصرف البائع للشفيع في العقار ثانيا للغير ، وعدم تسجيل الغير لعقده ، والا اذا حصل التصرف

(١) دى هلنس جزء ٣ صفحة ٢٢٠ رقم ٦ وصفحة ٢٢٤ رقم ١٥ .

ثانيا وسجل العقد قبل تسجيل عقد الشفيع ، بطلت الشفعة ، لأنه لا يعتبر في هذه الحالة مالكا^(١) .

ويقول الأستاذ عبد السلام ذهني بك انه يصح الاعتراض على رأى القائل بعدم قبول دعوى الشفعة بأن البيع قبل التسجيل ولو أنه غير ناقل للملكية الا أنه بيع فيه مشروبا بواجبات وحقوق ، وأن الهلاك على المشتري بعد تسليم المبيع اليه برغم اعتبار البائع لا زال مالكا ، فيجوز للشفيع أن يدعى بأنه مشتر مثلا للعقار المشفوع به ولو أن عقده لم يسجل بعد ، الا أنه مشتر على كل حال ، وأنه عند ما يسجل عقده يعتبر مالكا ، لا من وقت التسجيل بل من وقت الشراء ، أى أن للتسجيل أثرا رجعيا في نقل الملكية فيعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت التسجيل ، وعلى ذلك تصح تصرفاته في العقار قبل التسجيل .

ويضيف الأستاذ ذهني بك الى ذلك أنه اذا أخذ بما قرره بشأن الهلاك وقانون التسجيل ، وأخذ بنظرية جواز الأخذ بالشفعة في العقود الشرطية فيما اذا كان عقد المشفوع ضده معلقا على شرط ، وأخذ بما قرره بصحة دعوى الشفعة في حالة عدم تسجيل عقد المشفوع ضده ، اذا أخذ بذلك كله ترجح لديه القول بجواز صحة دعوى الشفعة اذا كان عقد المشتري لم يسجل بعد ، وعلى ذلك اذا سجل العقد تأيدت الشفعة ، واذا لم يسجل سقطت الشفعة ، وسقط ما ترتب عليها من اجراءات وأحكام^(٢) .

ونحن لا نرى رأى الأستاذ ذهني بك ، لأن من شروط الشفعة الأساسية أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ، وهنا الشفيع ولو أنه مشتر فانه لا يمكن أن يعتبر مالكا .

وقد أخذ الأستاذ ذهني بك بنظرية الأثر الرجعي للتسجيل ، على أن هذه النظرية ليست متفقا عليها ، وعندنا أنه ليس للتسجيل أثر رجعي للأسباب التي

(١) كتابه في « الأموال » نبذة ٤٨٩ ص ٦٧٩ — ٦٨٠ .

(٢) كتابه في « الأموال » نبذة ٤٦٣ ص ٦٥٧ .

أخذت بها الأحكام الصادرة في هذا الموضوع^(١).

(١) راجع الاسكندرية الابتدائية ٨ يناير ١٩٣٠ (برئاسة حسن صادق رشيد بك وحضور القاضي محمد صادق والقاضي عبد الرحيم غنيم) الجريدة القضائية لسنة الأولى العدد ١٧ رقم ١٦٠ ص ٢٢ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٥٧ ص ١٦٢ .

وقد رفضت المحكمة في هذا الحكم الأخذ بنظرية الأثر الرجعي للتسجيل للأسباب الآتية :

١ — لتعارض هذه النظرية مع الغاية المقصودة من التشريع الجديد ، وهي تثبيت دعائم الملكية العقارية ، وجعلها بآمن من فوضى تضارب التصرفات الظاهرة منها والخبية ، تدرجا من المشرع نحو الغاية التي يرجى الوصول إليها يوم تصبح العقود الخاصة بالتصرفات العينية العقارية حجة تامة بصحة هذه التصرفات ، وتحقيقا لتلك الأغراض نصت المادة الأولى من قانون التسجيل على أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم ، أي أن هذه الحقوق تنشأ أو تنتقل أو تتغير أو تزول بالتسجيل ، فهو الذي به تتأثر الحقوق العينية ، وليس يصح القول بوجود الأثر قبل وجود المؤثر .

٢ — ليس من ضرورة فعلية ولا قانونية توجب تلمس نظرية الأثر الرجعي للتسجيل ، وهي مجرد تصور قانوني *une fiction légale* ، اذ لو كان لها موجب لما فات المشرع أن ينص عليها ، وهي لا شك قيد لقاعدة أنشأها على خلاف قواعد التسجيل المقررة من قبل ، خصوصا أن تلك القواعد السابقة ما كانت لتعرف للتسجيل أثرا رجعيا . وقد أراد المشرع بقانونه الجديد تشديد الجزاء لا تخفيفه كما ينجم عن الأخذ بنظرية الأثر الرجعي .

وعدم الحاجة إلى افتراض نظرية بعيدة عن قصد المشرع ظاهر من أنها حتى في نظر من يقول بها لا تسرى إلا في دائرة ضيقة جدا — وهي دائرة المتعاقدين — ولا يمكن أن يترتب عليها أي مساس بحقوق الغير . وحتى في تلك الدائرة الضيقة يتبين بتدقيق النظر أنها وضعت لضرورة وهمية ، فمن قال بهذه النظرية أراد بها حماية التصرفات التي تصدر قبل التسجيل من شخص يسجل عقده فيما بعد ، حتى لا ينافي المتعاقد معه فيما تعاقد معه عليه ، كمن يشتري عقارا وقبل تسجيل عقده يرهنه لآخر ، فنما لهذا المشتري الذي يحاول بعد تسجيل عقده الطعن في الرهن الصادر منه قبل التسجيل بأنه صدر منه وهو لم يصبح مالكا بعد ، ورؤى الأخذ بنظرية الأثر الرجعي للتسجيل حتى يعتبر هذا المشتري مالكا من يوم الشراء ، فيمتنع عليه الطعن فيما صدر عنه من التصرفات . غير أن القواعد العامة كفيّة بتحقيق هذه الغاية دون الالتجاء إلى انشاء هذه النظرية ، اذ أنه لا يسوغ لأحد طرفي العقد أن يسعى بأية وسيلة ما في نقض ما تم من جهته ، كما لا يسوغ له ، والتسجيل من عمله وإهمال التسجيل من فعله ، أن يضار غيره بهذا الإهمال ، كما قالت بحق محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة في حكمها الرقم ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، حيث رأت أنه لا يجوز لمدين أن يدفع دعوى دائن تزعم ملكية أحد عقاراته بقوله ان عقد شرائه لذلك غير مسجل ، كما لا يجوز لبائع أن يعارض المشتري منه في تنفيذ صفقة باعها له ، بحجة أن عقد تملكه أياها غير مسجل ، وكذلك شأن المشتري الذي لم يسجل عقده اذا هلك العقار قبل التسجيل وبعد تسليمه إليه فهلاكه عليه .

وقد قطعت محكمة النقض والابرار برأيها في هذا الموضوع في دعوى لم يكن فيها الشفيع قد سجل عقده وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فطعن في الحكم الذي قضى برفض دعواه بمقولة انه أخطأ في تطبيق القانون وفي تفسيره ، ذلك أن القانون وقد علق نقل الملكية على التسجيل =

على أننا لا نرى التوسع في اعتبار المشتري غير المسجل مالكاً ، خصوصاً بالنسبة الى حق الشفعة . وهو ليس من الحقوق المستحقة ويجب التضييق في دائرة تطبيقه .

١٣٢ — الاسلام ليس بشرط — في الشريعة الاسلامية اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة . فتجب لأهل الذمة فيما بينهم ، وللمذمي على المسلم .

وهذا هو رأى الأئمة الثلاثة .

ولكن من رأى أحد أنه لا شفعة للمذمي .

== قد جعل المشتري بعقد غير مسجل مالكا تحت شرط واقف هو أن يسجل عقده ، فإذا تحقق الشرط وجب اعتباره مالكا ، لأن يوم التسجيل لحسب ، بل من يوم انعقاد العقد الذي سجل ، وذلك عملاً بقاعدة الأثر الرجعي للشرط ، تلك القاعدة العامة المقررة في المادة ١٠٥ من القانون المدني والتي لم يرد في قانون التسجيل ما يعطلها أو يحدد من تطبيقها . فردت محكمة النقض على ذلك بقولها : ان استناد أثر الشرط الى الماضي ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني ، انما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن ارادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت الا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين ، اذ يعلقان اتفاقهما على شرط — أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد — يكونان جاهلين مآل الشرط ، فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف . فقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط . ولا مبرر لها في الشرائع التي أخذت بها الا أنها تعبر عن ارادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد ألزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التعهدات والعقود . وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً الى ارادة الشارع — كشرط التسجيل لتقل الملكية — لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وفضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم ان هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضع القانون المذكور انما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المتعاملين على المبادرة الى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو انشاؤه في المستقبل (نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ في الدعوى رقم ١٢٨ سنة ١٥ القضائية) .

ووجه الرأى الأول اطلاق الأحاديث بأن الشفعة للشفيع من غير تقييد ذلك بالمسلم .

ووجه الثانى التغليب على الذمى من حيث ان فى اثبات الشفعة له تسليطا على المسلم بأخذ حقه بنوع من القهر والغلبة لاسيما مع عدم طيب نفس المسلم بذلك ^(١) .
وروى عن شريح أنه قضى بالشفعة لذمى على مسلم ، فكتب الى سيدنا عمر رضى الله عنه ، فأجازه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، فيكون هذا اجماعا ^(٢) .
وفى القانون ليس الاسلام بشرط ، وقد رأينا أن الشفعة مقررة فى القانونين الأهلى والمختلط .

١٢٣ — الذكورة والعقل والبلوغ ليست بشرط — الذكورة والعقل والبلوغ ليست بشرط ، لأنه حق مبنى على الملك ، فالاناث والصبيان والمجانين لهم أن يأخذوا بالشفعة .

والذى ينوب عن الصبي هو وليه الذى يتصرف فى ماله من الأب ووصيه والجد لأب ووصيه والقاضى ووصى القاضى . فاذا بيعت دار ، والصبي شفيعها ، كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والولى يتلك ذلك ، فان سلم الشفعة صح التسليم . ولا شفعة للصبي اذا بلغ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ، وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه والصبي على شفעתه اذا بلغ ^(٣) .

والذى ينوب عن المجنون هو قيمه .

فيمن لا شفعة له

١٢٤ — الوقف :

فى الشريعة الاسلامية — لا شفعة للوقف ، لا بشركة ولا بجوار ،

(١) الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٨ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٦ .

(٣) البدائع ٥ ص ١٦ .

فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف ، وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف ، لا لقيمه ولا للموقوف عليه ^(١) .

ولكن اذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كأن شرط الواقف استبداله ، فإن الشفعة تثبت فيه . أما اذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال ، بأن كان مسجداً ، فلا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة البيع ^(٢) .

في المجموعة المرفوعة : نصت المادة ٧١ من المجموعة المدنية الأهلية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقار المبيع من الوقف أوله » ^(٣) .

وقررت المادة ٩٧ من المجموعة المدنية المختلطة المقابلة للمادة ٧١ المذكورة أنه « لا يثبت حق الشفعة لمن وقفت عليه حصة في عقار مشاع ، إنما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذ الحصة المبيعة بقصد وقفها » .

في قانونه الشفعة : قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » ^(٤) ، ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف ، وكما يقول فتحي زغلول باشا ان النص على حالة وترك أخرى يفيد الإباحة ، فالشفعة جائزة من الوقف ^(٥) .

وإذا كان هناك نزاع في صحة الوقف وجب أن تقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة الشرعية في شأن الوقف ^(٦) .

ويلاحظ أن حق الشفعة يتولد من وقت بيع الشيء المشفوع ، فإن وقفه

(١) مرشد الحيران المادة ١١٣ — المجلة المادة ١٠١٧ و ١٠١٩ — ابن عابدين ص ١٤٧ — الخانية ص ٥٤٢ .

(٢) شرح مرشد الحيران للأستاذين محمد زيد بك وسلامة بك ص ٩٦ .

(٣) راجع دمنهور الجزئية ١٦ نوفمبر ١٨٩٢ (القاضي مصطفى واصف) الحقوق ٧ رقم ٧٥ ص ٣٣٩ .

(٤) وقد جاء مشروع القانون المدني الجديد بهذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٩ بالنص الآتي : « ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » .

(٥) ص ٩٨ .

(٦) استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقي

زكى القشيري بك) المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ .

المشتري بعد طلب الشفعة كان الوقف باطلا ويعد هربا من حقوق الشفع (١) .
ويزول حق الشفعة اذا وقف الشفع ، أثناء الدعوى ، العقار الذى شفع به (٢) .

١٢٥ — من لا يملك شراء العقار المشفوع — يرى بعض الشراح أن لا شفعة لمن لا يملك شراء العقار المشفوع من البائع مباشرة ، لأن الشفع باستعماله حق الشفعة يحل محل المشفوع منه فى جميع ماله وما عليه من الحقوق (المادة ١٣) ، أى أنه يصير مشتريا بدله ، وما دام محظورا عليه الشراء فليس له أن يشفع . ومثال هؤلاء الأشخاص المذكورون فى النبد الآتية .

١٢٦ — موظفو المحاكم والمحامون المنوعون من شراء المحفوق المتنازع فيها — تنص المادة ٢٥٧/٣٢٤/١٥٩٧ على أنه « لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية (أى أعضاء النيابة العامة) وكتبة المحاكم والمحضرين والأفوكاتية (المحامين) أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم لا كلا ولا بعضا من الحقوق المتنازع فيها droits litigieux التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، فاذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفى هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا radicalement nulle ، ويحكم بطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة فى ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . » d'office .

والأشخاص المذكورون فى المادة جاء ذكرهم على سبيل الحصر . لأن نص المادة استثنائى ، فلا يجوز التوسع فى تطبيقه (٣) .

وسبب المنع هو أن شراء أحد هؤلاء الحق المتنازع فيه يدل ظاهرا على أن غرضه من الشراء مجرد المضاربة ، فمنع الشارع موظفى المحاكم والمحامين من شراء

(١) بنى سويف ٢٧ نوفمبر ١٨٩٤ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى قاسم أسعد وعبد اللطيف على) الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .
وراجع نبذة ١٦١ .

(٢) استئناف مخطط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

(٣) نجيب الهلالى باشا نبذة ٤١٣ ص ٢٥٢ .

الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التي يجرون فيها وظائفهم ، لشدة رغبته في الاحتفاظ بحزمة القضاء وكرامته ، فقد خشي أن يحايي القاضى أو الموظف المشتري زملاؤه في القضاء فيتأثر بذلك سير العدالة ، وإذا لم يحايوه فلا أقل من أن يتهمهم الناس ويظنوا به ويهم الظنون ، وكلاهما مضيع لحرمة القضاء^(١).

ومن رأى على زكى العرابى باشا^(٢) ، وعبد السلام ذهني بك^(٣) ، والدكتور محمود فهمى^(٤) ، أنه لا شفعة لموظفى المحاكم والمحامين فى العقارات الممنوعين من شرائها .

وعندنا أن هذا رأى محل نظر ، لأن العلة التي من أجلها منع الشارع هؤلاء الموظفين والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها غير متحققة هنا ، لأن القاضى أو المحامى الذى يريد الشفعة فى العقارات الممنوع من شرائها لا يقصد المضاربة ، وإنما يرغب فى اتقاء الأضرار التي شرعت من أجلها الشفعة ، وحرمانه من حق الشفعة هو حرمان من حق مشروع أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس ، ولم يستثن موظفى المحاكم والمحامين المنصوص عليهم فى المادة ٢٥٧/٣٢٤ المتقدمة من استعمال هذا الحق . ولو كان الشارع أراد استثناءهم لنص على ذلك صراحة فى قانون الشفعة مع من استثناهم منه . والقول بأن الشفعيع باستعمال حق الشفعة يحل محل المشفوع منه ويعتبر أنه اشترى الصفقة من المشتري مباشرة هو افتراض قانونى لا يصح التوسع فيه .

١٢٧ — الوكلاء الممنوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها :

جاء فى المادة ٢٥٨/٣٢٥/١٥٩٦ :

« لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى Mandataires légaux ،

كالأوصياء والأولياء ، ولا للوكلاء المقامين من موكلهم Mandataires

(١) نجيب الهلالى باشا نبذة ٤١٢ ص ٢٥١ .

(٢) نبذة ٦٢ ص ٣٧ — ٣٨ .

(٣) نبذة ٥٣٢ ص ٧٤٧ .

(٤) ص ١٧٥ — ١٧٦ .

conventionnels أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة ، فإذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق » .

وسبب المنع هو التعارض القائم بين مصلحة هؤلاء الوكلاء وواجبهم^(١) . ومن رأى الشراح أنه ليس للوكلاء أن يشفعوا في العقارات المنوط بهم بيعها لتوافر حكمة النص ، فقد يتساهل الوكيل مع المشتري في شروط البيع ، اذ باستعماله حق الشفعة يحل محل المشتري في جميع ما له وما عليه^(٢) .

ونحن من هذا الرأي ، وهو ظاهر ، أما إذا أراد الوكيل أن يأخذ الصفقة وجب أن يتنحى عن مباشرة البيع .

١٢٨ — شفعة الوارث في البيع الحاصل للأجنبي في مرضه الموت :
أورد الأستاذ على زكي العراقي باشا هذه الحالة ، وقال في شأنها ما يأتي : « قد نصت المادة (٢٥٤) أنه لا ينفذ^(٣) البيع الحاصل من المورث ، وهو في حالة مرض الموت ، لأحد ورثته ، إلا إذا أجاز له باقي الورثة . فإذا باع المورث عقارا لأجنبي ، وهو في مرض الموت ، وكان الوارث شفعيا لهذا العقار ، فلا يجوز له استعمال الشفعة إلا بإجازة الورثة ، والا فلا يمكنه تملك العقار المبيع بالشفعة »^(٤) .
ونحن نرى — بشأن جواز الشفعة أو عدم جوازها في هذه الحالة — وجوب التفرقة بين فرضين :

(١) أن يكون البيع بأقل من القيمة .

(٢) أن يكون البيع بمثل القيمة .

وذلك لأن نص المادة ٢٥٤/٣٢٠ مستمد من الشريعة الإسلامية ، وقد أعطى الفقهاء البيع للوارث في مرض الموت حكم الوصية ، لافتراض أنه ليس بيعا حقيقيا ،

(١) نجيب الهلالي باشا نبذة ٤٢١ ص ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) نجيب الهلالي باشا نبذة ٤٢٩ ص ٢٦٧ — حلمي عيسى باشا ، شرح البيع ، نبذة

٩٣٠ ص ٢٩٤ — دى هلتس جزء ٤ بيع نبذة ٦٢ .

(٣) n'est valable

(٤) العراقي باشا ص ٣٨ .

وأنه في الواقع يسترهبة أريد تشكيلها بشكل البيع تخلصا من قيد اجازة الورثة ،
ولذلك يجرون في هذا البيع أحكام الوصية ^(١) .

واختلف الشراح والمحاكم في حكم البيع بمثل القيمة لاختلاف فقهاء الشرع :
فاتبع بعض الشراح والمحاكم ^(٢) رأى الامام أبى حنيفة في أن البيع لا يجوز
لوارث ، ولو بمثل القيمة أو أضعافها ، الا بتصديق باقى الورثة ، دفعا لايثار بعضهم
بالأعيان ، وذلك لأن الناس لهم أغراض في العين ، فلا يجوز للمورث ايثار بعض
الورثة بها .

واتبع البعض الآخر من الشراح والمحاكم ^(٣) رأى الصاحبين في أنه لا حق
لباقى الورثة في الاعتراض ، لأن القرينة المفترضة في المادة ٣٢٠/٢٥٤ ليست
قرينة قاطعة ، بل انها تقبل الدليل العكسى ، فقد يكون البيع حقيقيا لا ساترا
لوصية ، وفي هذه الحالة يجوز للوارث اثبات عكس هذه القرينة .
والرأى الثانى أعدل ^(٤) .

ومن رأينا أنه تجوز الشفعة في الحالة الثانية ، ولا تجوز في الحالة الأولى ، لأن
الشفعة لا تجوز الا في البيوع ، فلا تجوز في الهبة والوصية ، والقاعدة أنه اذا اتصف
العقد بغير صفته الحقيقية فلا يعول على الشكل الظاهر للعقد ، ويكون للشفيع أن
يثبت حقيقته بكل طرق الاثبات .

نزاحم الشفعاء

١٢٩ — تجب التفرقة بين حالة ما يكون الشفعاء من طبقات مختلفة ، أو
من طبقة واحدة .

١٣٠ — (١) الشفعاء من طبقات مختلفة — اذا كان الشفعاء من طبقات

(١) نجيب الهلالى باشا نبذة ٣٩٦ ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

(٢) هالتون ٢ ص ٨ — استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٢٢ (٣٤ ص ٢٤٨) .

(٣) دى هلتس جزء ٤ بيع نبذة ٢٨ — استئناف أهلى ١٤ أبريل ١٩١٤ (دائرة

حسن جلال باشا ومستر كلايكوت ومحمد شكرى باشا) الفرائع ١ رقم ٣٤١ ص ١٩٠ .

(٤) نجيب الهلالى باشا نبذة ٣٩٨ ص ٢٤٣ — ٢٤٤ .

مختلفة طبقت الفقرة الأولى من المادة ٧ ، ونصها :

“ En cas de concours de plusieurs préempteurs le droit de préemption appartient :

» اذا تعدد الشفعاء يكون الحق في

الشفعة :

En premier lieu, au nu propriétaire ;

أولاً — لمالك الرقبة .

En deuxième lieu, au copropriétaire ;

ثانياً — للشريك الذي له حصة

مشاعة .

En troisième lieu, à l'usufruitier ;

ثالثاً — لصاحب حق الانتفاع .

En quatrième lieu, au propriétaire voisin ”.

رابعاً — للجار المالك ^(١) .

وليس لأحد من هؤلاء الحق في الشفعة اذا وجد من يتقدم عليه في المرتبة

بحسب هذا الترتيب .

فاذا لم يستعمل أحدهم حقه في الشفعة حل محله الذي يليه .

١٣١ — (٢) الشفعاء من طبقة واحدة — اذا كان الشفعاء من طبقة

واحدة طبقت الفقرة الثانية من المادة ٧ ، ونصها :

“S'il y a concours de plusieurs nus propriétaires, copropriétaires ou usufruitiers le droit de préemption appartiendra à chacun d'eux dans la proportion de ses droits.

» فاذا تعدد مالكو الرقبة أو

الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع

فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون

على قدر نصيبه .

Entre voisins la préférence appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds”.

واذا تعدد الجيران يقدم منهم

من تعود على ملكه منفعة من الشفعة

أكثر من غيره ^(٢) .

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٦ من مشروع القانون المدني الجديد على أنه « اذا

تراجع الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة » .

والمادة ١٠٠٥ جعلت الترتيب كالآتي : مالك الرقبة ، فالشريك في الشبوع ، فصاحب حق الانتفاع ،

فمالك الرقبة في الحكر والمستحكر ، فالجار المالك .

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٦ من مشروع القانون المدني الجديد على أنه

« اذا تراجع الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » . ولم

يأت المشروع بالنص الذي يستثنى الجيران ، ويجعل التقدم لمن تعود على ملكه منفعة من الشفعة

أكثر من غيره .

فالفقرة الثانية من المادة ٧ تفرق بين حالة تعدد مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع من جهة ، وحالة تعدد الجيران من جهة أخرى .

١٣٢ — مائة تعدد مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق

الانتفاع :

« اذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه dans la proportion de ses droits » .
ويمكن التساؤل هنا عما اذا كان المراد من النصيب هو النصيب في المقدار أو القيمة ؟

يقول أحمد فتحي زغلول باشا^(١) ان الرأي الذي يجب اعتباره هو القيمة ، قياسا على ما جاء في القانون في حق الجار المالك ، اذ نص على أنه يجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به مساوية لنصف قيمة العقار المشفوع على الأقل .
أما دى هلتس فيعتبر النصيب في المقدار^(٢) . ونحن نفضل هذا الرأي .

ويلاحظ أن حكم الفقرة الثانية من المادة ٧ ينطبق على مذهب الامام الشافعي والامام مالك ، لا على رأي الامام الأعظم الذي يرى القسمة بين الشفعاء بالنسبة الى عددهم ، لا بالنسبة الى ملكهم كما تقدم^(٣) .

١٣٣ — مائة تعدد الجيران — اذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره^(٤) .

La préférence appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds.

(١) ص ٩٠ .

(٢) نبذة ٨٧ .

(٣) راجع نبذة ٤٨ .

(٤) استئناف مخطوط ٣١ مارس ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨١) المجموعة الرسمية المخططة

٢٩ ص ٥٥١ ، ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) ١٠ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٢)

الاستقلال ٤ ص ٢٤٦ ، ١٦ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٠) .

والقاضي هو الذي يقدر ذلك على حسب الأحوال^(١) . وعند الشك تكون الأولوية للمشتري . وبذلك لا تخرق حرية التعاقد^(٢) . وفي هذا تطبيق للقاعدة التي تقرر تفضيل واضع اليد عند التساوي *in pari causa melior est causa possidentis* .

وللحكم فيمن يعطى الأولوية من الجيران تجب مراعاة موقع عقار كل منهم وتخصيصه وضرورة توسيعه اذا كان لا يفي بتخصيصه الحالي^(٣) .

أما الوجهة الشخصية للشفيع فلا تهم ، فلا يدخل في اعتبار المحكمة القوائد الشخصية التي يستطيع الشفيع اجتناءها من الشفعة ، بل تعتبر العقارات متساوية من هذه الوجهة^(٤) .

كذلك لا يعتبر — عند الحكم في الترجيح أو التقدم — المضار أو نقص القيمة المحتمل ترتبها عن فروض لا يوجد ما يبعث على تحققها^(٥) .

فان كان بين الشفعاء المجاورين شفيع مجاور من حد واحد ، وكان للعقار المشفوع به حق ارتفاق ، جاز أن يكون هذا الجار هو الأحق بالشفعة من غيره ، لأن له منفعة خاصة من الشفعة ، وهي ابطال حق الارتفاق المرتب على عقاره^(٦) .

وقد حكم بأنه اذا حصل التزاحم بين جارين للعقار المشفوع ، وكان عقارهاا متقلين بحقوق ارتفاق ، كانت الأولوية لمن كان عقاره مثقلا بحقوق ارتفاق أوسع نطاقا وأشد عبثا من التي تثقل عقار الجار الآخر^(٧) .

(١) استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ — فتحي زغلول باشا ص ٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) ، ١٦ يناير ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٠) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ ص ٣٨٣ — قارن زكي العرابي باشا نبذة ٦٧ ص ٤٢ .
(٣) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣١) ، ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٩٦) .

(٤) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) ، ١٢ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٩) .

(٥) استئناف مختلط ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) .

(٦) فتحي زغلول باشا ص ٨٩ .

(٧) استئناف مختلط ٢٤ أبريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) .

وحكم بأنه اذا كان التزاحم بين جارين شفعيين لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوعة . ولكن أحدهما جواره من جهة واحدة . فى حين أن جوار الآخر من جهتين . فإن الأخير هو الذى يفضل ^(١) .

وبأنه اذا كان التزاحم بين جارين عقار أحدهما أكبر مساحة وأحسن موقعا من عقار الآخر . كانت الأولوية لصاحب العقار الأصغر ، لأنه يضمه الى العقار المشفوع يحصل على منفعة أكثر من الجار الآخر ^(٢) .

وقضت المحكمة المختلطة بتفضيل صاحب العقار الأصغر على صاحب العقار الأكبر الذى لعقاره شكل منتظم *une forme parfaitement régulière* ، وله اتصال بالطريق العام من ثلاث جهات ^(٣) .

ويرى بعض الشراح أن الترجيح يجب أن يكون دائما لجار واحد ، كما هو ظاهر من النص ، حيث يعبر عن يكون له التقدم بصيغة المفرد ^(٤) . ويرى بعض آخر جواز القسمة بين الجيران عند التساوى ^(٥) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ س ٢٧١) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٠٧ (١٩ س ٢٦٣) ، ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ س ٢٠٤) .

(٣) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ س ١٦٩) .

(٤) فورجير ص ٣١٦ و ٣١٧ .

(٥) دى هلتس نبذة ٩٠ — فتحى زغلول باشا س ٩٠ — زكى العرابى باشا نبذة ٦٧ س ٤٢ — استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقي زكى القشيري بك) الحمامة ٨ رقم ٣١٧ س ٤٨٨ ، وقد جاء فيه :

« وحيث ان هذه المسألة هى من الوقائع المتروكة لنظر القاضى لتقديرها حسب ظروف كل قضية . »
« وحيث ان تقرير الخير أسهب فى بيان هذا الموضوع وسمع شهادة الشهود وعابن الأرض وبين موقعها المستطيل وطرق ريها وشرح المضار والمزايا التى تنتج من تفضيل أحد الطرفين على الآخر ، وتوصل بعد هذا البحث الى الحل الذى ذكره فى تقريره وأخذت به محكمة أول درجة ، وهو تقسيم أرض الشفعة بين المستأنف والمستأنف عليه الى قسمين غير متساويين ، أحدهما يعطى للشفيع ، وهو المستأنف الأول ، وهو المجاور للأرضه ، ومقداره ١٥ قيراطا و ٧ أسهم ، والثانى يعطى للمشتري ، وهو المستأنف ، ومقداره فدان و ١٠ قيراط و ١٧ سهما ، وقد لاحظ أيضا مقدار الثمن الواجب دفعه من الشفيع للأسباب التى أبدتها فى تقريره . »

« وحيث ان المحكمة بعد اطلاعها على تقرير الخير وأعماله المفصلة تفصيلا تاما ترى الأخذ بالتقرير المذكور لكونه أقرب للعدل ولوحظ فيه المنفعة التى تعود على كل من الطرفين من الشفعة ومنع الضرر الذى يتوقع حصوله لو استأنز أحدهما بجميع الصفقة » .

وبهذا الرأي الأخير قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، اذ قررت أن حق الشفعة منشؤه الشريعة ، والشريعة تجيز بحسب الأحوال القسمة بين الجيران المتعدين ، ولا يمنع نص الفقرة الأخيرة من المادة جواز القسمة ^(١) .

وهذا يتفق مع ما قرره قانون الشفعة في مواضع أخرى من جواز التقسيم ^(٢) .

ولكن المحكمة المختلطة عادت بعد ذلك فقررت أن قسمة العقار المشفوع 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 الا في حالة التزام بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حقوق الانتفاع ^(٣) .

ونحن نفضل هذا الرأي . والظاهر أن محكمة النقض والابرام من الرأي الآخر ^(٤) .

١٣٤ — طلب بعض الشفعاء كل المبيع — اذا كان للعقار المشفوع شفعاء عديدون ، ولكن لم يطلب الشفعة منهم الا بعضهم ، وجب أن تكون العين المشفوعة كلها من حق الطالبين ^(٥) .

(١) استئناف مختلط ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ س ٢٠٥) .

وراجع المنصورة الابتدائية ١٤ مايو ١٩٣٤ المجموعة ٣٦ رقم ١١٩ القهرس العسرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٦ : ان الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من قانون الشفعة وان كان ظاهرها عدم تجزئة العقار المشفوع ، الا أن فقه الشريعة الإسلامية — مصدر الشفعة — يجيز التجزئة ، خصوصا اذا كانت مصلحة الجيران تقضى بذلك مما يجعل للمحكمة صاحبة التقدير في الأفضلية مخرجا للعدل والانصاف بين الجيران . فاذا تبين لها أن مصلحتهم في هذه التجزئة فضلا عن تجزئة العقار بضييعته وبحكم استغلاله وتراضى طلاب الشفعة على هذه التجزئة ووضوح قصد كل منهم من الانتفاع بجزء منه قضت بالتجزئة .

(٢) دى هلتس نبذة ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ س ٢٥٩) .

(٤) راجع قض ٥ ديسمبر ١٩٤٦ في الدعوى رقم ١٢٦ سنة ١٥ القضائية . وهو مذكور في نبذة ١٤١ .

(٥) راجع مصر ٢٢ يونيو ١٨٩٩ (دائرة القضاة أمين على وقسطندى حجار ومحمد توفيق) الحقوق ١٤ ص ٥٣٩ . وقد جاء في هذا الحكم أيضا أنه في هذه الحالة تقسم العين بين الطالبين على عدد الرؤوس . ولكن يلاحظ أن هذا الحكم صادر قبل قانون الشفعة ، ولا يتفق مع نص الفقرة الثانية من المادة ٧ التي تقضى بقسمة العين بحسب الأنصاء كما سبق .

وكذلك اذا طلبوا الشفعة . ولكن سقط حق بعضهم لتقديته بعد انبعاد القانونى ، فلا يوجد ما يمنع من أن تكون العين المشفوعة كلها من حق الباقيين ^(١) .

المشتري أحد الشفعاء

١٣٥ — المجموعة المرئية — كانت المادة ٩٥ من المجموعة المدنية المختلطة تنص على أن الشريك فى الملك المشاع الأخذ بالشفعة من اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه فى العين اذا طلبوا ذلك . ولم تنص المجموعة المختلطة على حالة ما اذا طلب الشفعة جار وكان المشتري جاراً أيضاً .

ولم تأت المجموعة الأهلية بنص المادة ٩٥ مختلط ، ولا بأى حكم خاص بالحالة التى تتوافر فيها أسباب الشفعة فى المشتري .

وقد تضاربت الأحكام المختلطة والأهلية بسبب ذلك .

فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن لا شفعة للجار من المشتري الجار ^(٢) . ثم قضت بجواز الشفعة ولو كان المشتري جاراً ، وبأنه تجب قسمة العقار المشفوع بين الجار المشتري والجار طالب الشفعة ^(٣) .

وقضت بعض المحاكم الأهلية بأن لا شفعة من شفيع ^(٤) .

وقضى بعض آخر بأن لا أصل للقول بأن الشفيع لا يأخذ من شفيع مثله ، بل انه يجوز الأخذ من المشتري الشفيع ومقاسمة طالبى الشفعة له ^(٥) .

(١) استئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٣) . وقد جاء فى هذا الحكم أنه اذا طلب الشفعة شريكان فى حالة بيع شريك آخر حصته ، وسقط حق أحد الشفيعين لتقديم طلبه بعد انبعاد فلا يوجد ما يمنع الشفيع الآخر من طلب الشفعة فى كل اخصة المبيعة .

(٢) ١٤ يناير ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٣) .

(٣) ١٢ يونيه ١٨٩٥ (٧ ص ٣٩١) .

(٤) راجع استئناف مصر ١٧ نوفمبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٣٩ ، ١٥ ديسمبر ١٨٩٨ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دى هلنس ومستر كوغلن) القضا ٦ ص ١٧١ ، ١٥ يونيه ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٩٠ — مصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك وأحمد عوفى بك والقاضى محمد صالح) القضا ٦ ص ١٧٩ .

(٥) راجع : الاسكندرية حكم استئناف ٢٩ أبريل ١٨٩٧ القضا ٤ ص ٣٥٧ ، ٣٠

ديسمبر ١٨٩٧ القضا ٥ ص ٧٩ — استئناف ١٢ يناير ١٨٩٩ القضا ٦ ص ١٨٩ .

١٣٦ — قانونه الشفعة — أراد قانون الشفعة أن يضع حدا للخلاف في قضاء المحاكم بسبب نقص النص في المجموعة المختلطة وعدم النص أصلا في المجموعة الأهلية كما تقدم، فجاء بالمادة الثامنة التي نصها :

« يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة (المادة ٧) فيما يتعلق بالأولية ، ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى »^(١).

“ Le droit de préemption subsiste et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article premier pour se rendre lui-même préempteur ”.

ويؤخذ من هذه المادة أن المشتري يكون له الحق في الشفعة والتزام مع غيره إذا توافرت فيه الشروط اللازمة لطلب الشفعة^(٢).

غير أنه يجب أن يلاحظ أن المشتري ليس ملزما بمراعاة الاجراءات الواردة بالقانون لاستعمال حق الشفعة ، لأنه فيما يختص به لا يشفع بالمعنى الحقيقي للكلمة ، فانه لا يحصل على ملكية جديدة بالحلول في شراء شخص آخر ، وإنما هو يستبقى ملكا قد حازه قبل ذلك ، متمسكا بأولوية مستنداته لدفع دعوى طالب الشفعة^(٣).

(١) وقد نص مشروع القانون المدني الجديد ، في الفقرة الثالثة من المادة ١٠٠٦ ، على أنه « اذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تبعها شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة فانه يفضل على الشفعاء الذين هم طابقته أو من طبقته أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقته أعلى » .

(٢) مصر الابتدائية ٣٠ أبريل ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ١٤٨ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٣١٤ : الشفعة جائزة اذا تزامم الجيران وكان أحدهم مشتريا ، لأن حق الشفعة للجار مقرر بقانون الشفعة ، ولأنه حق لا يصح أن يزول الا بنس صريح أو برغبة صاحبه ، وحيث لا نص ولا رغبة فلا سقوط ، ولأن المادة ٨ من قانون الشفعة تقر هذا الحق بوجه عام ولم تفرق بين الجيران اذا اشترى أحدهم أولا دون الباقي .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ ص ٢٧٠) .

استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٤٣ (دائرة أحمد كامل محمد بك وزكى خير الأبوتيجى بك وعبد الرحيم غنيم بك) في الدعوى رقم ٨٠٨ سنة ٥٩ ق : ان المادة ٨ من قانون الشفعة تعنى = (١٠)

١٣٧ — المشتري ليس من مرتبة الشفعاء — لا خلاف بين الشراح والمحاكم فيما اذا كان الشفعاء من درجات مختلفة ، وتوافرت في المشتري أسباب الشفعة ، فان قاعدة الترجيح المبينة في المادة السابعة تطبق حينئذ ، كما هو مذكور صراحة في المادة الثامنة ^(١) .

فاذا كان المشتري أحد الشركاء في الحصة المبيعة ، وطلب الجار الأخذ بالشفعة ، وجب ترجيح الشريك المشتري على الجار الشفيع . وكذلك اذا كان المشتري هو الجار ، وطلب بالشفعة الشريك في الحصة المبيعة ، فانه يجب ترجيح الشريك على الجار ، لأنه أسبق منه في المرتبة .

١٣٨ — المشتري من مرتبة الشفعاء — وانما انقسم الشراح والمحاكم في الحالة التي يكون فيها الشفعاء من مرتبة المشتري ، كما اذا بيع لشريك حصة شائعة ، وطلب باقي الشركاء في الحصة المبيعة الأخذ بالشفعة ، فهل يتميز المشتري ولا تجوز شفعة الباقيين ، أم هل تجوز الشفعة ، ويقسم المبيع بين الشفعاء والمشتري ^(٢) . يقول رأى يجوز الشفعة ، على أن تقسم الصفقة المبيعة بين طالب الشفعة

== بالمشتري الحائز لما يجعله شفيعا ، كما تدل عليه عبارة النص ، ذلك المشتري الحائز وقت شرائه لما يجعله شفيعا . أما من يقوم به سبب الشفعة بعد الشراء فانه قبل قيام هذا السبب يكون مشتريا فقط لا يستفيد من حكم تلك المادة . وفضلا عن دلالة ألفاظ النص على هذا المعنى فان القواعد الأساسية في قانون الشفعة تؤيده وتستلزمه . فالمشتري الحائز لما يجعله شفيعا ان هو الا شفيع أجاز له القانون أن يطلب الشفعة بطريق الدفع لا بطريق الدعوى ، وهو لذلك معفى من الاجراءات الشكلية التي يستوجبها طلب الشفعة بطريق الدعوى ، ولكنه يبقى خاضعا للشروط الموضوعية التي يجب توافرها في الشفيع ، ومنها أن يكون طالب الشفعة حائزا لشيئها وقد تولد الحق فيها ، أي وقت البيع الذي هو منشؤها ، فلا يتلقى الحق عند نشوئه الا من قام به سببه في ذلك الوقت ، والقول بغير ذلك يترك مصير الشفعاء الذين قام بهم سبب الشفعة وقت البيع معلقا على ما قد يطرأ من تصرفات لاحقة ، وفي ذلك اضرار بالحقوق المكتسبة ، كما أن فيه ما قد يفتح الباب لوسائل احتيالية ترمى الى تعطيل تلك الحقوق .

(١) والحكم كذلك في مشروع القانون المدني الجديد .

(٢) وقد نص مشروع القانون المدني الجديد في الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦٠ على تفضيل المشتري اذا كان من طبقة باقي الشفعاء .

والمشتري^(١) .

ويقول رأى آخر بعدم جواز الشفعة لعدم النص^(٢) .

١٣٩ — مبيع القابلين بجواز الشفعة :

(١) ان حق الشفع في الشفعة حق مطلق ما لم ينص على تحريمه ، فالشفعة حق ثابت لكل من تتوفر فيه شروط الشفعة ، وحسبه التمسك بالمادة الأولى من القانون ، وهي مصدر الحق وأصله ، فلا يحرم منه صاحبه الا بنص صريح ، مهما

(١) من هذا الرأي : منفلوط الجزئية ١١ ديسمبر ١٩٢٤ (القاضي عبد العزيز كامل) المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٤٥٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٢٠ .
بني سويف الابتدائية ٣٠ ديسمبر ١٩٢٧ في القضية رقم ٦٧٥ سنة ١٩٢٦ (لم ينشر ومشار اليه في حكم بني سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨) .
بني سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ (دائرة القضاة كامل حنا وبادير يوسف واسماعيل مجدى) المحاماة ٩ رقم ٢٤٥ ص ٤٢٩ .
استئناف ٢٤ مايو ١٩٣٢ المجموعة ٣٤ رقم ٩٣ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٣١٥ .

استئناف ١٩ أكتوبر ١٩٣٧ المجموعة ٣٩ رقم ١٩ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٣١٧ .
الحلة الكبرى ٢٨ أبريل ١٩٤٠ (القاضي حافظ سابق) المحاماة ٢١ ص ١٢٦ رقم ٦٧ .
استئناف مصر ٢٩ مارس ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بخيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٨١ ص ١٤٧ .
دى هلنس نبذة ٤٦ و ٩١ .

فتحى زغلول باشا ص ٩٠ و ٩١ .
زكى العرابى باشا نبذة ٦٨ ص ٤٣ .
حامد فهمى باشا (المشتري الشفع كغيره من الشفعاء استحقاقا ومزاحة) المحاماة ٨ ص ٢٦١ .
عبد السلام ذهني بك في « الأموال » نبذة ٥٠٦ ص ٦٩٣ .
(٢) استئناف مخطوط ٢ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٩) .
طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ المحاماة ١ ص ٣٤٠ رقم ٦٢ .
الاسكندرية الابتدائية ١٢ أبريل ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ .
بني سويف الابتدائية ٢٨ يناير ١٩٢٦ في القضية رقم ٧٣٨ سنة ١٩٢٥ (لم ينشر ومشار اليه في حكم بني سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨) .
استئناف أسيوط ٢ مارس ١٩٢٧ (دائرة عبيد الله باشا واسماعيل الحكيم بك ومحمد توفيق حق بك) المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ المجموعة ٢٨ رقم ٨٥ ص ١٦٠ .
أسيوط الابتدائية ٢٠ سبتمبر ١٩٤٤ (دائرة عارف محمد بك والقاضي حسين ابراهيم والقاضي زكى عبد الحميد) المجموعة ٤٥ رقم ٤٣ ص ٨٥ .

كان هذا الحق مقموتا واستثنائيا . ومن المبادئ الشرعية أن المطلق يجرى على إطلاقه اذا لم يقيم دليل التقييد نصا أو دلالة ، ولا وجود لنص التحريم أو التقييد في هذه الحالة ، لأن الشارع حصر وجود التحريم في المواد ٣ و ٤ و ٥ و ٦ من القانون ، ثم فرغ منها وأتى على أحكام التزاحم ، فلو كان مراده تحريم الشفعة على الشريك أو الجار متى كان المشتري شريكا أو جارا لما فاته أن ينص على ذلك نصا خاصا ، والمقام مقام حرمان من حق ثابت أصلا ، أسوة بما نص عليه صراحة في المادة ٥ من أنه لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة ، أو كان الشارع على الأقل قد ألحق بهذه المادة عبارة « ولا من المشتري اذا كان ممن لهم حق الشفعة وكان من طبقة الشفع » ، ولكنه لم يفعل ، لأن نيته لم تنصرف الى تحريم الشفعة في هذه الحالة ، بل انصرفت الى النص على أن الحق يظل قائما حتى لو كان المشتري صاحب حق أيضا ، ولكنه خشي اغفال النص على تنظيم التفاضل أو الأولوية ، في هذه الحالة أيضا ، فأشار الى وجوب مراعاتها وفقا للترتيب الوارد في المادة السابعة ^(١) .

(٢) ان ما يقال من عدم توافر حكمة الأخذ بالشفعة من مشتر هو شريك في العين أو جارا لها من قبل ، وهو دفع الأذى المحتمل من الشريك الدخيل أو الجار الحادث مردود بما دونه الفقهاء في كتب الشريعة ، وهي مأخذ الشفعة ، من أن سببها الاتصال بالشركة أو الجوار ، وهذا الاتصال هو الأصل والحكم المطرد ، وهو مظنة الضرر بقطع النظر عن إيجاب تحققه وتوافر وجود الحكمة في كل شفعة ، ومن أجل ذلك أثبتها العلماء لكل شريك أو جار ، وجد الضرر أو لم يوجد الضرر ، كما أثبتوها للمشتري يزحم بها غيره من الشفعاء اذا كان أقوى منهم سببا ، ويزحونه اذا قوى سببهم على سببه ، أو يتقاسمونها اذا تساوا في السبب ^(٢) .

(٣) انه وان كان القانون لم ينص على حالة تراحم الشفعاء والمشتري ان كانوا في مرتبة واحدة ، فانه لم يكن في حاجة مطلقا الى النص صراحة على جواز الشفعة في هذه الحالة ، وعلى قسمة العين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفعاء ومشتريين ، لأن

(١) حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٢) راجع مقال الأستاذ حامد فهمي باشا ص ٢٦٢ و ٢٦٧ وما بعدها ، وحكم بنى سويف

الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الشفعة يغني عن هذا النص ^(١) .
 (٤) ان استناد الرأي المخالف الى الغاء المادة ٩٥ مدني مختلط قديمة التي كانت تنص على حق الشريك في الشفعة من المشتري الشريك استناد ضعيف ، فان تلك المادة لم تلغ لذاتها ، ولا كان الالغاء مقصورا عليها ، بل تناول فصل الشفعة برمته ، تقصوره وإيجازه ، واستعاضة الشارع عنه وعن مثيله في القانون الأهلي بقانون خاص ، تناول نص المادة ٩٥ وأكثر منها ، ولا يمكن أن يؤخذ من الغائها عدول الشارع عن العمل بمضمونها ^(٢) .
 (٥) ان امتياز أحد الشركاء بالصفقة وحرمان آخرين منها يخل بالتوازن بين أنصبتهم .

١٤٠ — موجع القائلين بعدم جواز الشفعة :

(١) ان الشفعة انما شرعت للضرورة ، وهي منع الأذى المحتمل من وجود شريك حادث في ملكية حصة شائعة في العقار غير المقسوم ، أو من وجود جار جديد ، بمعنى أنها حق استثنائي قرره الشارع لضرورة خاصة وان ترتب عليه المساس بحق الملك . ومن ثم وجب الاحتراز من التوسع أو الخروج عن النصوص التي جاءت خاصة بتشريع الشفعة ^(٣) . فيجب عدم التوسع في نص المادة ٨ ، الا بقدر ما يرمى اليه ، وهو تطبيق أحكام المادة السابعة فيما يتعلق بالأولية فقط دون غيرها ، فمالك الرقبة يشفع في شراء الشريك الذي له حصة مشاعة ، وهذا يشفع في شراء صاحب حق الانتفاع ، وهذا يشفع في شراء الجار المالك ، والجار الذي تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره يشفع في شراء هذا الغير . أما لو تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع وكان أحدهم مشتريا فلا شفعة ممن هم في درجته فيما اشتراه ، لعدم النص على ثبوت حق الشفعة في هذه الحالة من جهة ، ولانتفاء الضرر من جهة أخرى ^(٤) .

(١) حكم بنى سوف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ — حامد فهمي باشا ص ٢٧٢ .

(٢) حكم بنى سوف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٣) استئناف أسبوط ٢ مارس ١٩٢٧ — مختلط ١٢ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٠) .

(٤) استئناف مصر الأهلية ٢٤ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة على سالم بك ومحمد فريد الشافعي

بك ومحمود المرجوشي بك) المجموعة ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٣٤ .

(٢) يقول المعارضون لهذا الرأي ان حق الشريك في الشفعة حق مطلق ، بحيث يكون للشفيع على قولهم حق الأخذ بالشفعة مطلقا بمجرد حصول البيع ، وان القانون لم ينص على استثناء حالة المشتري الحائز لما يجعله شفيعا من هذا الاطلاق .

ولكن النص المشار اليه وان أطلق حق كل شريك في الأخذ بالشفعة فانه لم يطلق له هذا الحق ضد كل مشتر ، وعليه فلا يمكن صرف هذا الاطلاق أيضا الى المشفوع منه الشريك على المشاع لعدم النص . يؤيد ذلك أن القانون قد عني بوضع نص خاص بالمشتري في حالة خاصة أوضحها في المادة الثامنة منه ، وهي الحالة التي يكون فيها المشتري شفيعا ، وطالب الشفعة أسبق منه باعتبار قاعدة الأولوية المذكورة في المادة السابعة^(١) .

(٣) يقول الرأي المعارض ان أحكام الشريعة قد أجازت الشفعة من الشريك ، ومن ثم وجب حتما الرجوع الى تلك الأحكام . وهذا قول مردود ، لأن مادة الشفعة وان كانت مأخوذة أصلا من الشريعة الاسلامية ، الا أن القانون المدني قد وضع لها على التعاقب نظاما متفقا مع الضرورة التي أوجدتها ، بحيث لا يصح الخروج عن أحكام النصوص التي اكتفى الشارع المصري بوضعها لها وحصرها فيها دون غيرها من الأحكام الخاصة بالشفعة في كتب الفقهاء .

== وتقول محكمة طنطا الابتدائية في حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحميد بدوي و خليل عفت وصالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ :
« وحيث ان قصر النص في المادة الثامنة على أحكام الأولوية ينفي جواز القياس ، وذلك بفهم المخالفة ، خصوصا أن العلة التي بنيت عليها قاعدة التقسيم المقررة في المادة السابعة منتفية في هذه الحالة ، إذ أنه اذا جاز التقسيم بين الشفعاء لعدم وجود وجه تفضيل أحدهم على الباقي ، ولأن الأذى بالشريك الجديد يدركهم جميعا ، فلا وجه للتقسيم بين الشفيع بالشركة والمشتري الشريك ، لأن الأذى منتف ، ولأنه لم يجد بالشراء الا أن المشتري زادت حصته باعتباره شريكا ونقص عدد الشركاء واحدا ، ولأن التقسيم اذا جاز كان معناه يجب ألا يستأثر أحد الشركاء بنصيب غيره من الشركاء ، ويجب أن ينتفع الشركاء جميعا به اذا طلبوا ذلك ، وليس ذلك غرض الشفعة ، ويجب إذن كلما كان المشتري حائزا لما يجعله شفيعا أن يختص وحده بما اشتراه اذا لم يشفع في العين المبيعة من كان أقوى منه سببا ، ويكون تعامله بالشراء مع المالك وجه تفضيل له على غيره ممن هم في درجته » .

وقد كان للشريك على المشاع أن يأخذ بالشفعة نصيبا مناسباً لحصته فيما اشتراه شريكه من العقار المشترك ، وذلك عملاً بالمادة ٩٥ من القانون المدني المختلط التي ألغيت .

ولكن التشريعين المدنيين الجديدين المختلط والأهلي فيما يختص بالشفعة قد جاءا بقانوني ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للأول و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للثاني ، في نصوص واحدة . وقد نص في أولهما على إلغاء المواد من ٩٣ الى ١٠١ من القانون المدني المختلط ، وبذلك تكون المادة ٩٥ السابق الكلام فيها قد ألغيت في قانون الشفعة الجديد للمحاكم المختلطة^(١) .

(٤) يقول الرأي المعارض بأن لا حاجة للشارع الى النص صراحة في قانون الشفعة على قسمة العين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفعاء ومشتريين ، اكتفاء بنص الفقرة الثانية من المادة السابعة ، وهذا قول مردود أيضاً ، لأن المادة السابعة من قانون الشفعة نصت في الفقرة الأولى منها على أن يكون الحق في الشفعة في حالة تعدد الشفعاء على التفاضل ، وبالترتيب المذكور فيها ، ثم نصت في الفقرة الثانية منها على حالة تعدد الشفعاء من مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فيما بين كل فريق منهم ، ومعنى هذا النص صريح في أن الفقرة الأولى منه تقتضي تعدد الشفعاء من درجات مختلفة ، والفقرة الثانية تقتضي حالة تعدد الشفعاء من درجة واحدة ، وفي كلتا الحالتين يكون الأخذ بالشفعة من مشتر غير شفعيع .

وبما أن المادة الثامنة من القانون قد أتت بعد المادة السابعة ونصت على ما يأتي « يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفعياً باعتبار ما ذكر في المادة الأولى » ، فهذا النص يدل صراحة على أن حق الشفعة يثبت للشفيع إذا كان الشفعيع أسبق في الدرجة ، بحسب ترتيب الفقرة الأولى من المادة السابعة ، من المشتري الحائز لما يجعله شفعياً بمقتضى المادة الأولى ، وعلى ذلك لا يكون للشفيع أن يشفع من شفعيع إلا إذا كان أسبق منه في الدرجة بحسب الأولوية التي نصت عليها المادة السابعة

(١) حكم استئناف أسبوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

في الفقرة الأولى منها^(١).

(٥) لا محل للقول بأن امتياز أحد الشركاء على المشاع بالصفقة وانفراده بها وحرمان باقي الشركاء منها يخل بالتوازن بين أنصبتهم ، لأن الشارع قد لاحظ في ذلك انعدام علة الشفعة في هذه الحالة ، لعدم وجود شريك جديد في العقار المشترك ، هذا فضلا عن أن حكمة الشفعة ، إنما هي دفع الأذى المحتمل من وجود شريك أو جار جديد ، لا دفع اختلال التوازن بين أنصبة الشركاء^(٢).

١٤١ — رأينا — نحن من الرأي الأول للأسباب التي استند اليها ،

ولأن هذا الرأي يتفق مع النص الفرنسي للمادة ٨ ، ولا يخفى أن نص المادة ٨ وضع أولا باللغة الفرنسية للمحاكم المختلطة ، ثم نقل كما هو للمحاكم الأهلية . والغرض منه هو وضع حد للخلاف الذي كان سائدا بين المحاكم قبل صدور قانون الشفعة ، فقد رأينا أن بعض المحاكم كان يقضى بأن لا شفعة من مشتر شفيع ، وبعضها آخر كان يقضى بأن الشفعة جائزة من المشتري الشفيع ، فقصد الشارع من وضع المادة فض هذا الخلاف ، فقرر فيها أن حق الشفعة يبقى Le droit de préemption subsiste^(٣) ، حتى في حالة ما يكون المشتري حائزا للشروط المذكورة في المادة الأولى للأخذ بالشفعة même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er, pour se rendre lui-même préempteur.

وأضافت المادة ٨ أن القاعدة الواردة في المادة السابقة من حيث التفضيل et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence تطبق أيضا في هذه الحالة . وكان من اللازم إضافة هذه العبارة حتى لا يؤخذ من النص أن القانون قد عدل في حالة التزاحم مع المشتري عن القاعدة التي قررها في المادة السابعة ، بخصوص ترجيح من يكون أقوى سببا من الآخر^(٤) . ولم يكن

(١) استئناف أسبوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

(٢) حكى استئناف أسبوط وطنطا المتقدمين .

(٣) وقد ترجمت في النسخة العربية بعبارة « يثبت حق الشفعة » . وهذه العبارة وردت

أيضا في المادة الأولى ترجمة لعبارة : Le droit de préemption appartient

(٤) وقد جاء في حكم محكمة بني سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ :

« ان وجهة الخلاف في المسألة مرجعها خطأ الفريق الثاني في تأويل تلك المادة (المادة ٨) ،

ولعل الخطأ ناشئ عن سقم النص العربي وترجمته ترجمة حرفية عن الفرنسية ، دون مراعاة =

الشارع في حاجة الى النص على وجوب القسمة في حالة اتحاد الدرجة ، بأن كان الشفيع والمشتري مالكي رقة أو شريكين أو صاحبي حق انتفاع ، وصدر المادة صريح في أن حق الشفعة يبقى حتى في الحالة التي تتوافر فيها في المشتري شروط الشفعة^(١) .

أما اذا كان التزاحم بين جيران ، وكان المشتري أحدهم ، فإن الأولوية تكون لمن تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره ، تطبيقا للفقرة الأخيرة من

== الأسلوب اللغوي ، فأوهم خلاف المراد منه ، حتى فهم بعضهم أن النص خاص بأحدى صورتى النزاع ، وهى صورة (مراعاة الأولوية) ، نخرج عن مدلولها اتحاد طبقة الشفيع والمشتري ، وهذا وهم ، والمراد هو « ثبت حق الشفعة ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى ، هذا مع مراعاة الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية » . فاثبات حق الشفعة هو المقصود أصلا ، وأما مراعاة الأولوية فأمر ثانوى متفرع عنه يجب العمل به عند وجوده ...

« وحيث انه يؤخذ من ذلك أن النص لا يرمى الى حصر المسألة في دائرة ضيقة هى دائرة الأولوية ، انما قصد بها استقرار حالة كانت مثار خلاف قبل وضع قانون الشفعة ١٠٠٠ وسنت المادة الثامنة لحسم الخلاف ، وورد في صدرها نفس العبارة التى صدرت بها المادة الأولى ، وهى « ثبت حق الشفعة » ، ومن هنا يفهم أن هذه العبارة هى المقصودة أصلا دون عبارة « وتراعى أحكام الأولوية » ، على خلاف ما يفهم من أسباب حكم محكمة استئناف أسيوط . على أن في النص الفرنسى لصدر المادة الثامنة لفظا أقوى دلالة من ثبوت الحق ، فإن اللفظ « subsiste » يدل على وجوب استمرار حق الشفعة وقيامه حتى ولو كان المشتري صاحب حق في الشفعة ، وانهموم من ذلك تأكيد حق الشفعة في هذه الحالة مع مراعاة الأولوية عند الاقتضاء ، فاذا لم يكن للأولوية وجه تعين العمل بالفقرة الأخيرة من المادة السابعة .

راجع أيضا مقال حامد فهمى باشا س ٢٦٦ وما بعدها .

(١) وقد أخذت محكمة النقض والابرام بهذا النظر ، فقررت أن النص الفرنسى للمادة ٨ من قانون الشفعة ، وهو النص الأصل الذى وضع به القانون ، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق جميع الأحكام الواردة في المادة ٧ عليه في الحالة التى يكون فيها المشتري حائزا لما يجعله شفيعا ، ولا يمكن أن يستفاد منه أن يكون حق الشفعة متصورا على حالة التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة دون حالة التزاحم بين شفعاء من طبقة واحدة ، فالنص لا يحتمل هذه التفرقة . والأولوية *préférence* المنصوص عليها في المادة ٧ من قانون الشفعة ، والتى أحالت اليها المادة ٨ هى أولوية من نوعين ، أولوية بحسب الدرجة بين شفعاء من طبقات مختلفة ، وأولوية بحسب النصيب أو المنفعة بين شفعاء من طبقة واحدة ، والقول بعدم وجود أولوية بين الشفعاء الذين هم من طبقة واحدة فيه مجافاة للنص ، لأنه لو لم تكن هناك أولوية بينهم لوجب تقسيم العين المشفوعة عليهم بالتساوى . ولا محل للتحدى بمواد الشفعة التى أوردها القانون المدنى المختلط والأهلى قبل صدور القانون الحاس بالشفعة ، لأن العبرة هى بتطبيق أحكام هذا القانون بالذات (نقض ٣١ مايو ١٩٤٥ ١٩٤٥ في الطعن رقم ١١٥ سنة ١٤ القضاية بمجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٦١) .

المادة السابعة^(١).

وقد أخذت بذلك محكمة النقض والابرام في حكمها الصادر في ٥ من ديسمبر سنة ١٩٤٦^(٢)، وقد جاء فيه : ان القول بحرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساويا للمشتري في سبب الأخذ بها غير صحيح في القانون . ذلك أن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شفعبا ، وفي هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة في المادة السابقة لتزاحم الشفعاء ، وتنص المادة السابعة على أنه اذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . واعمالا لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التي تعود على ملك الشفيع وتلك التي تعود على ملك المشتري ، وأن تفصل في طلب الشفعة وفقا لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه اذا كانت المنفعة التي تعود على ملك للمشتري أكبر ، أو اذا تساوت المنفعتان . أما اذ هي لم تفعل ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة في سببها فانها تكون قد خالفت القانون^(٣).

العقود التي تجيز الشفعة والتي لا تجيزها

١٤٢ — لا تجوز الشفعة الا في بعض الأحوال التي تنتقل فيها ملكية العقار من شخص الى آخر . وهذه الأحوال ليست واحدة في الشريعة الاسلامية وفي القانون . ولذلك سندكر أولا أحكام الشريعة الغراء ، ثم نأتى بأحكام القانون .

(١) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٣٠) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ ص ٣٨٣ . راجع أيضا استئناف مختلط (١٦ ص ٤) الاستقلال ٣ رقم ٢٣١ ص ١٣١ ، وقد جاء فيه : اذا أقام جارد دعوى طلب فيها الأخذ بالشفعة من مشتر هو جار أيضا ، فالمسألة الواجب البحث فيها هي أى العقارين يستفيد أكثر من الآخر بالنسبة الى المواقع بضمه الى العقار المشفوع . وكون المشتري سبق له أن بنى على عقاره الأصل أبنية يخشى عليها هبوط قيمتها ونزول ريعها من مجاورتها للمباني التي يمكن أن يقيمها الجار الطالب الأخذ بالشفعة يجوز أن يكون سببا شرعيا لتفضيل الجار المشتري . وأما اذا تساوت كل الأجور من جهة موقع العقارات فالواجب تفضيل المشتري على الشفيع الذي أهمل شروء رابحة على زعمه . وفي حالة الشك يجب احترام حرية التعاقد ورفض دعوى الشفيع .

راجع ما تقدم نبذة ١٣٣ .

(٢) في الضمن رقم ١٢٦ سنة ١٥ القضائية .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٣٣ .

في الشريعة الاسلامية

١٤٣ — رأى المالكية — المشهور عن مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض ، كالبيع وهبة الثواب والصلح والمهر والخلع وارش الجنائيات وغير ذلك . وأما المنتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث ، فلا شفعة فيه . وبهذا قال الشافعي . وحكى عن مالك رواية ثانية في المنتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة ، ويأخذه الشفيع بقيمته . وحكى ذلك عن ابن أبي ليلي . لأن الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة ، وهذا موجود في الشركة كيفما كان ، والضرر الملاحق بالمتبب دون ضرر المشتري ، لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه ، فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه^(١) .

١٤٤ — رأى الشافعية — تثبت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع ، لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . وثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض ، كالاجارة والزواج والخلع ، لأنه عقد معاوضة ، فجاز أن تثبت في الشقص المملوك به كالبيع .

فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض ، كالوصية والهبة من غير عوض ، فلا تثبت فيه الشفعة ، لأنه ملكه بغير بدل ، كما لو ملكه بالارث^(٢) .

١٤٥ — رأى الحنابلة — يشترط أن يكون المشفوع شقصا منتقلا بعوض . فالمنتقل بغير عوض أشبه الميراث . ولأن محل الوفاق هو البيع ، والخبر ورد فيه . وليس غيره في معناه . لأن الشفيع يأخذ من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا في غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه ، لا بقيمته ، وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا^(٣) .

١٤٦ — رأى الحنفية — لا تثبت الشفعة عند الحنفية الا بعقد البيع

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ — المغنى ٥ ص ٤٦٧ — ٤٦٨ — الخطاب ٥ ص ٣١٥ .

(٢) المهذب ١ ص ٣٨١ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٧ — ٤٦٨ .

وما في معناه من المعاوضات المالية . وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضى أنها في المبيعات ، بل ذلك نص فيها^(١) .

فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع ، حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية ، لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه بما تملك هو ، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع إما أن يأخذ بالقيمة أو بجائنا ، ولا سبيل الى الأول لأن المأخوذ منه لم يملك بالقيمة ، ولا الى الثاني لأن الجبر على التبرع ليس بمشروع ، فامتنع الأخذ أصلا^(٢) .

وتثبت الشفعة سواء أصدر البيع من المالك نفسه ، أم من وكيله ، أم من النائب عنه^(٣) .

ويشترط أن تكون المعاوضة معاوضة مال بمال^(٤) . فإذا لم يكن البديل مالا معلوم المقدار فلا تصح الشفعة ، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة .

بناء على ذلك لا تجرى الشفعة في حالة ما يتزوج رجل امرأة ويجعل مهرها بيتا^(٥) . ولو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باعها داره بمهر المثل تجوز الشفعة . وكذلك لو جعل الدار بدل المهر المسمى عند العقد أو بعده ، فتثبت فيها الشفعة لأنه حينئذ مبادلة مال بمال ، اذ أن ما أعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر^(٦) .

ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفا ، فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين تجوز الشفعة في حصة الألف . وكذلك لو خالع المرأة على أن يرد الزوج عليها ألفا ، فعلى هذا الخلاف^(٧) .

(١) مرشد الحيران المادة ١٠٥ — المجلة المادة ١٠٢١ — سليم باز على المادة ١٠٢١ — البدائع ٥ ص ١٠ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ .

(٣) شرح مرشد الحيران ص ٩١ .

(٤) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — البدائع ٥ ص ١٢ .

(٥) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ .

(٦) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ — سليم باز على المادة ١٠٢٥ من المجلة — الزيلعي

٥ ص ٢٥٣ .

(٧) كذا في محيط السرخسي — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ — الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ —

راجع نبذة ١٥٣ .

كذلك لا تجرى الشفعة في الدار التي ملكت بدل الأجرة ، لأن بدل الدار هنا ليس بمال ، وإنما هي الأجرة التي هي من قبيل المنافع ^(١) .

١٤٧ — **التفرقة بين المنتقل بعوض وبغير عوض** — مما تقدم يرى أن الفقهاء يفرقون بين المنتقل بعوض والمنتقل بغير عوض . ولا خلاف عندهم في جواز الشفعة فيما عوضه المال . كذلك لا خلاف عندهم في أنه لا شفعة في الميراث ^(٢) . أما فيما عدا ذلك فقد تباينت الآراء .

١٤٨ — **المنتقل بعوض** — ينقسم المنتقل بعوض قسمين :

القسم الأول : ما عوضه المال ، كالبيع ، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف . وهو في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع ، كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم ، لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع ، وبهذا يقول مالك والشافعي وأحمد وأصحاب الرأي . إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا ، لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار . ورد على ذلك بأنه يملكها بعوض هو مال ، فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع . ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم ^(٣) .

القسم الثاني : ما انتقل بعوض غير المال ، نحو أن يجعل الشقص مهرا أو أجرة أو عوضا في الخلع أو في الصلح عن دم العمد . فظاهر كلام الخرق أنه لا شفعة فيه ، لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع . وهذا قول أبي بكر . وبه قال الحسن

(١) المجلة المادة ١٠٢٥ .

راجع أيضا مرشد الخيران المادة ١٠٨ : « لا شفعة فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو ارث أو وصية ، ولا في عقار ملك يبدل ليس بمال ، كما لو استأجر شيئا بدار أو حانوت » .

وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي تجب فيه الشفعة .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) المغني ٥ ص ٤٦٨ — ٤٦٩ .

والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، حكاه عنهم ابن المنذر واختاره . وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة ، وبه قال ابن شبرمة والحارث العكي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي . ثم اختلف بم يأخذه . فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته . وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد ان كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة ، وهو قول العكي والشافعي ، لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل ، فيجب الرجوع الى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بعوض . واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبهه البيع^(١) .

فالأعواض المتقدمة متقومة عند من يقول بوجوب الشفعة ، فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلاً ، كما في البيع بعوض ، ألا ترى أنها مضمونة بها شرعاً ، والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على جعله قيمة لها ، بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الأخذ بلا عوض ، اذ هو غير مشروع^(٢) .

وعند الحنابلة والحنفية أن المستحق بالعقود المتقدمة ليس بمال ولا هو مثل المال لا صورة ولا معنى ، فلم يصلح المال قيمة له ، لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادها في المقصود ، ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الأشياء ، فلا تكون قيمة لها . غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها أو للضرورة فلا تتعدى موضعها ، لأن ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة ، فلا تكون متقومة في حقه ، فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض ، ولأن الشفيع يملك بما يملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر ، وهنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر غير الأول ، لأن الأول زواج أو اجارة أو غير ذلك وليس يبيع أصلاً ، ولو أخذه لكان بيعاً وفيه انشاء تصرف غير الأول ، والأخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الأول^(٣) .

١٤٩ — المتنفل بغير عوض^(٤) — الهبة للثواب لا شفعة فيها عند أبي

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٩ .

(٢) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ .

(٣) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ — المغنى ٥ ص ٤٦٩ .

(٤) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٨٥٢ و ٨٦٢ و ٩٣٤ وما

بعدها .

حنيفة ، ولا الشافعى . أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده فى البيع فقط . وأما الشافعى فلأن هبة الثواب عنده باطلة . وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة ^(١) .

وأما الميراث فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق كما تقدم ^(٢) .

فى القانون

١٥٠ — النصى القديم — بمقتضى نصوص الشفعة الملغاة فى المجموعة

المدنية لا تثبت الشفعة الا بعقد البيع أو المعاوضة ، اذ نص فى المادة ٩٦/٧٠ من المجموعة المدنية على أنه : « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة » .

١٥١ — قانون الشفعة — أما قانون الشفعة فلا يجوز الأخذ بها الا فى

حالة البيع فقط ، حيث جاء فى المادة ٥ منه :

« لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » .
 «Ce droit n'existe ni contre le donataire ni contre celui qui a acquis autrement que par vente » .

فلا تجوز فى حالة المعاوضة ، وان كانت المعاوضة تنتج نفس الآثار التى ينتجها البيع الا ما استثنى . ولكن المادة ٥ من قانون الشفعة لم تذكرها ، خلافا للمادة ٩٦/٧٠ مدنى الملغاة ولأحكام الشريعة ^(٣) .

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) جاء فى بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ : واختلف فى الشفعة فى المناقلة ، وهى تبديل أرض بأرض . فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الأجانب ، فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الأجانب .

وصورة المناقلة أن يكون لشخص حصة من دار مثلا ولآخر حصة من أخرى ، فنأقل كل منهما الآخر ، فلهشريك كل أن يأخذ بالشفعة ممن ناقل شريكه ويخرجان معا من الدارين (الشرح الصغير للشيخ الدردير جزء ٢ ص ٢٠١) .

راجع أيضا منح الجليل جزء ٣ ص ٥٨٧ .

ويلزم توافر أسباب الأخذ بالشفعة لدى الشفيع قبل حصول البيع المترتبة عليه الشفعة . وهذا يقتضى أن يكون تاريخ هذا البيع ثابتا ثبوتيا كافيا للاحتجاج به على الشفيع وغيره ، كما لو ذكر في ورقة رسمية ، وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا لها ، بما أن طرق اثبات التاريخ غير مبينة على سبيل الحصر . وقد حكم أنه بناء على ذلك إذا ذكر عقد شراء المشفوع منه في انذار منه الى البائع له مثلاً سابق لتاريخ عقد تملك الشفيع لقطعة الأرض التي بها يستكمل الجوار من ناحيتين للأرض الزراعية المشفوع فيها لم تقبل الشفعة ، لأن أسبابها لم تتوافر لدى الشفيع من قبل عقد شراء المشفوع منه ، ولو كان عقد الشفيع أسبق تسجيلاً^(١) .

المقايضة المقترنة بمعدل

١٥٢ — جرى البحث فيما إذا كانت الشفعة تجوز في المقايضة (أى المعاوضة أو البذل) l'échange ، في حالة قيام أحد المتعاقدين بدفع فرق أو معدل البذل soulte للآخر .

فيرى بعض الشراح عدم التفريق بين ما إذا كان في المقايضة فرق أو كانت بدون فرق^(٢) .

ويرى بعض آخر وجوب التفرقة ، بأن ينظر الى المبلغ المدفوع فرقا ، فإن كان كبيرا ، بحيث يعتبر ثمنا حقيقيا ، فتجوز الشفعة ، لأن العقد يكون في الواقع بيعا . مثال ذلك أن تحصل مقايضة عشرة أفدنة مقابل فدان و ٩٠٠ جنيه ، فإن الشفعة تجوز في هذه الحالة ، والا لو رفضت الشفعة لوجد العاقدان سييلا لمنهما ، وهو اضافة عقار بقيمة زهيدة الى الثمن^(٣) .

وعندنا أن الرأي الأخير وجيه ، ومبناه قصد العاقدين . ومتى أجزنا الشفعة في هذه الحالة وجب على الشفيع أن يقوم بدفع المبلغ المعتبر فرقا ، وكذلك قيمة العقار . وهذه القيمة تقدر عند الضرورة بمعرفة الخبراء .

(١) استئناف مصر ٧ مارس ١٩٣٩ (دائرة حسن زكى محمد بك وسليم زكى بك وأحمد مختار نجيت بك) المحاماة ١٩ ص ١١٤٩ رقم ٤٦٢ .

(٢) فتحي زغلول باشا ص ٨٣ .

(٣) دى هلتس نبذة ٩ و ١٠ — فورجير ص ١٣٠ .

وإذا كان الفرق قليلا فلا تجوز الشفعة .

١٥٣ — وقد اختلف الفقهاء في المسألة الآتية :

لو تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألف درهم . لا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة .

وقال الصحابان تجب في حصة الألف ، لأنه مبادلة مالية في حقه .

وأبو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينقصد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ، ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع ، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع^(١) .

١٥٤ — اثبات أنه العقر ببيع لا مفاضلة — إذا طلب شفعي أن يثبت

بالبينة أن المشاركة بين الذين رفع عليهم دعوى الشفعة كانت على بيع ، وليست على بدل كما هو مذكور بتلك المشاركة ، فليس ثمة ما يمنع من الاذن له في ذلك ، ولا يكون هناك محل للقول بعدم جواز الاثبات بالبينة بمجرد أن الواقعة المراد اثباتها تخالف ما تدون بالعقد ، لأن طالب الشفعة لم يكن طرفا في ذلك العقد^(٢) .

الهبة

١٥٥ — في الشريعة الإسلامية^(٣) — بمقتضى أحكام الشريعة

الاسلامية لا تصح الشفعة في الهبة في قول عامة أهل العلم ، ومنهم مالك ، والشافعي وأصحاب الرأي .

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ — راجع ما تقدم نبذة ١٤٦ .

(٢) استئناف ٣١ ديسمبر ١٩٢٢ (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومنولى غنيم

بك) . المجموعة ٢٥ رقم ٦٩ ص ١١٩ .

استئناف مصر ٣٠ نوفمبر ١٩٣٧ (دائرة حسن زكي محمد بك ومحمد بهجت بك وأحمد مختار بنحيت بك) . المحاماة ١٩ ص ٩٥٣ رقم ٣٨٧ : إذا ادعى الشفعي أن عقد البدل إنما هو في حقيقته عقد بيع وضع في صورة بدل لمنع الشفعة وأن البدل منه لا يزال في ملكية صاحبه المشتري جاز اثبات الصورية بجميع الطرق ومنها البينة .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٤٩ .

وحكى عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة كما تقدم ، ويأخذه الشفيع بقيمته . وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى ، لأن الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة ، وهذا موجود في الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالتهيب دون ضرر المشتري ، لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه ، فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه ^(١) .

وحجة من يقول بعدم جواز الشفعة أن المنتقل بغير عوض أشبه الميراث ، ولأن محل الوفاق هو البيع ، والخبر ورد فيه ، وليس غيره في معناه ، لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا في غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته ، وفي غيره يأخذه بقيمته فافتراقا ^(٢) .

١٥٦ — الرهن بشرط العوض — أما بالنسبة الى الهبة بشرط العوض فعند الامام أبي حنيفة لا تثبت الشفعة الا بعد أخذ العوض . وعند زفر تثبت فيها الشفعة . وذلك لأن الهبة بعوض معتبرة عند الامام أبي حنيفة تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء ، أى أنها معتبرة كالبيع من وقت تسليم العوض فقط ^(٣) . أما عند زفر فالهبة بعوض معتبرة معاوضة ابتداء وانتهاء ، أى معاوضة من وقت العقد ^(٤) .

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٨ — البدائع ٥ ص ١١ — ما تقدم نبذة ١٤٣ .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٦٨ .

(٣) راجع المحلة المادة ١٠٢٢ : الهبة بشرط العوض في حكم البيع . فلو وهب من آخر داره المملوكة بشرط العوض وسلمه اياها كان جارها الملاصق حق الشفعة . وسلم باز على هذه المادة .

وقد جاء في البدائع ٥ ص ١١ ، وفي الفتاوى الهندية (٥ ص ١٦٠) : وان كانت الهبة بشرط العوض ، فان تقابضا وجبت الشفعة (لوجود معنى المعاوضة عند التقابض) ، وان قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة . ولو وهب عقارا من غير شرط العوض ، ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك دارا ، فلا شفعة في الدارين ، لافي دار الهبة ، ولافي دار العوض ، لأن اعطاء دار العوض هبة مبتدأة ، الا أنها اختصت بالمنع من الرجوع الا أن تكون عوضا حقيقة ، بدليل أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه خمسة جاز ، ولو كان عوضا حقيقة لما جاز ، لأنه يكون ربا دل أن الثاني ليس بعوض عن الأول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة ، بل كان هبة مبتدأة ، فلم تجب به الشفعة .

(٤) البدائع ٥ ص ١١ .

ولا أهمية للفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه ، وجعله عبارة عن البيع خاصة ^(١) . وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد .

١٥٧ — فى القانون — لا تجوز الشفعة بسبب الهبة ، كما نصت على ذلك صراحة المادة ٥ من قانون الشفعة .

وإذا كانت الهبة بعوض فمن رأى بعض الشراح عدم جواز الشفعة أيضا ^(٢) . وعندنا أنه يصح القول بجواز الشفعة فى حالة العوض ، وأن يلزم الشفيع بدفع الثمن الحقيقى ، لا العوض المسمى فى العقد ^(٣) . ومن هذا رأى أيضا الأستاذ على زكى العربى باشا . وفى ذلك يقول ^(٤) : « الشريعة الاسلامية تجيز الشفعة فى هذه الحالة ، ويكون الشفيع ملزما بدفع الثمن المتفق عليه على قلته . ولكن هذا فيه اجحاف ، لأن فرق الثمن من القيمة الحقيقية هو فى هذه الحالة هبة مقصودة المشتري ، ولا يصح عدلا منح الشفيع الحق فى أن يحل محل المشتري فى تلك الهبة ويأخذها لنفسه . القانون ساكت فى هذه النقطة ، وحال سكوت القانون فى المواد المدنية يرجع لقواعد العدل ، وهى تقضى بأن يلزم الشفيع بدفع القيمة الحقيقية ، لا الثمن الحقيقى المتفق عليه ، اذ لا يصح للشفيع أن ينتفع بشرط فى العقد مقصود به شخصية المشتري ، بخلاف ما لو كان هذا النقص فى الثمن غير مقصود من البائع ، وانما هو من قبيل الغبن فقط جهلا من البائع ، ففى هذه الحالة تثبت الشفعة بالثمن المسمى ، لأن البائع لم يقصد الهبة ، فمادة الهبة اذن ليست موجودة فى العقد ، وعليه فلا يكون هناك شرط فى العقد مقصود به شخصية المشتري » .

١٥٨ — انصاف الهبة بعوض آخر — قد يحصل فى كثير من الأحوال أن يتصف العقد بغير صفته الحقيقية ، كأن يكون مثلا عقد بيع ويجعل فى صورة عقد هبة ، أو العكس ، ففى هذه الأحوال لا يعول على الشكل الظاهر للعقد ،

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٨ .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٤) ، ١٠ مايو ١٩٠٦

(١٨ ص ٢٣٩) .

(٤) ص ١٢ .

ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الإثبات ، ولو بالقرائن ^(١) .

وقد قضت محكمة مصر ^(٢) بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بثمان زهيد . وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة ، لأنه لا يترتب على الهبة ^(٣) .

وقررت محكمة الاستئناف ^(٤) أن العقود تفسر بحسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه ، مهما كانت الألفاظ والمعاني اللغوية المستعملة لذلك ، وعليه لا تصح الشفعة في العين الموهوبة ، ولو وصفت في العقد بالبيع ^(٥) .

١٥٩ — ويجب أن يلاحظ ، كما قررت محكمة الاستئناف ^(٦) ، أنه لا القرابة البعيدة ، ولا المصاهرة بين المشتري والبائع ، ولا خسة الثمن المذكور في العقد ، تكون قرينة على أن العقد المحرر يبيع عقار يحتوي في الحقيقة على هبة ، وقلة الثمن ربما يكون القصد منها تخفيف مصاريف التسجيل على المشتري .

ويظهر للأستاذ زكي العراقي باشا أن اعتبار العقد بحسب الغرض الذي يقصده المتعاقدان مناقض للمبدأ القانوني الذي لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد ضد ثالث . وإذا كانت نية المتعاقدين حقيقة هي الهبة فإن اختيارها وصف العقد بكونه بيعاً دليل على أن الهبة ليست واقعة على العين نفسها ، بل على الثمن ، فالملك باع العقار للمشتري ، ثم تنازل له عن الثمن ، فيوجد في الحقيقة عقدان متواليان ، عقد بيع للعين وعقد هبة للثمن مستقل عن العقد الأول وهذا لا يمنع

(١) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٧ (١٤ ص ٣١٤) — دى هلنس نبذة ١٢ —

فورجير ص ١٣٠ و ١٣١ .

(٢) حكم استئنافي ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ الحقوق ١٤ ص ٦٦ .

(٣) راجع أيضاً استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٢ ص ٨٩) المحاكم ١ ص ٥٢ .

(٤) أول ديسمبر ١٨٩١ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو أندرس وعمر رشدي بك)

الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٣٨٢ المحاكم ٥ رقم ١٩٩ .

(٥) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٨٩٣ (٦ ص ٧٣) ، ٤ يناير ١٨٩٩ (١١

ص ٨٨) .

(٦) ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هلنس ومستر ساتو) المجموعة

٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

راجع مصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ .

من الشفعة . ويضيف العرابي باشا : ولعل أساس هذه الأحكام هو الميل الى التضيق في تأويل حق الشفعة ^(١) .

١٦٠ — للموهوب له أنه يسفّع — اذا وهب شخص لآخر عقارا ، ثم بعد ذلك باع عقارا غيره ، فان للموهوب له أن يطلب هذا العقار الأخير بالشفعة اذا توافرت شروطها ، ولا يمنع كون العقار المشفوع به سبق أن وهبه البائع للشفيع ، لأن الموهوب له تملك العقار الموهوب ، وكل الحقوق الخاصة بالملكية المتعلقة بهذا العقار ، ومنها حق الشفعة ^(٢) .

١٦١ — هبة المشتري العين المشفوعة — اذا وهب المشتري أو وقف العين المشفوعة قبل رفع دعوى الشفعة فلا يسقط الحق في طلبها منه ^(٣) .

وقد قضى بأن عقود الهبة الصادرة من المشتري الى الغير لا يسرى عليها نص المادة ٥ من قانون الشفعة الذي يقرر أنه لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له . فالموهوب له الذي يتلقى حقه من المشتري ليس له أن يتمسك بنص المادة الخامسة المذكورة ضد الشفيع الذي يطلب أخذ العين الموهوبة بالشفعة باعتبار أن حقه نشأ من تاريخ البيع الصادر من المالك الأصلي الى المشتري الذي صدرت منه الهبة بعد ذلك ^(٤) ، اذا كان لا يزال في الميعاد القانوني للشفعة ضد الواهب ،

(١) نبذة ١٥ ص ١٤ .

(٢) استئناف مخطوط ٢ يونيه ١٩٠٤ برئاسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال

٤ رقم ١٠٤ ص ١٠٤ .

(٣) أسبوط استئناف ٨ أكتوبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٦ — استئناف ١٥ مايو

١٨٩٥ (دائره محمد زكي بك ومسيو أندرس والقاضي يحيى ابراهيم) القضا ٢ ص ٢٤٣ .

راجع أيضا أسبوط ١٩ أكتوبر ١٨٩٧ (دائرة أحمد حلمي بك والقاضي محمد زكي والقاضي عضيه حسني) القضا ٥ ص ٥٨ . وقد قرر هذا الحكم أنه عند عدم وجود نص في القانون الأهلى فيما يتعلق بالشفعة يرجع لنص أحكام الشرع الشريف . وقضى بأنه لو تصرف المشتري في العين المشتراة قبل أخذ الشفيع ، لجعلها معبدا ووقفه ، فالشفيع أن يتنص تصرف المشتري ، ويأخذ العين بالشفعة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

(٤) استئناف مخطوط ٢٤ أبريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) المحاماة ٥ رقم ٥٨٢ ص

٧٠٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٥ .

راجع القواعد الخاصة بالتصرف في العين المشفوعة .

وذلك لأن الموهوب له لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من حقوق الواهب^(١).

١٦٢ — التحايل بطريق الرهبة لمنع الشفعة — قد يحصل أن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكي يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع ، ففي هذه الحالة يكون للشفيع الحق في أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجيء إليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية ، بما في ذلك الجزء الموهوب^(٢).

وينجوز للشفيع أن يثبت حقيقة العقد بكل طرق الاثبات^(٣).

الميراث والوصية

١٦٣ — لا تجوز الشفعة بسبب الميراث. كذلك لا تجوز بسبب الوصية. وقد جاء في المادة ١٠٢٣ من المحلة : « لا تجرى الشفعة في عقار ملك لآخر بلا بدل ، كما لو تملك واحد عقارا بهبة بلا شرط العوض ، أو بميراث ، أو وصية »^(٤).

القسمة

١٦٤ — لا تجوز الشفعة بسبب القسمة ، لأن القسمة معلنة ومقررة لحقوق الشركاء ، وإن كان فيها معنى البيع ، وذلك بمقتضى المادة ٤٥٧ من المجموعة المدنية الأهلية التي تقول : « وكل حصة وقعت بموجب القسمة في نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التي قسمت ».

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٦٠) — العرابي باشا نبذة ١٦٠

ص ١٤ .

(٢) دى هلنس نبذة ٧٦ — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ — ما تقدم نبذة ١٠٤ .

(٣) العرابي باشا نبذة ١٤ ص ١٣ .

(٤) البدائع ٥ ص ١١ — الخطاب ٥ ص ٣١٥ — ٣١٦ .

على أن الشارع المختلط جاء بنص سوى فيه بين القسمة والبيع ، اذ قررت المادة ٥٥٥ من المجموعة المدنية المختلطة المقابلة للمادة ٤٥٧ أهلى : « قسمة المال عينيا تعتبر بمنزلة بيع كل مالك حصته الشائعة لمن وقعت في نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . ولكن بالرغم من نص المادة المذكورة ، فإن المحاكم المختلطة ، بعد التردد ، حكمت بأن القانون المختلط كالقانون الأهلى والفرنسى في هذا الصدد ، وأن القسمة فيه مقررة للملكية ^(١) .

فحكم الشفعة بالنسبة الى القسمة واحد في القانونين الأهلى والمختلط ، وهو عدم جوازها .

وهو حكم الشريعة الاسلامية أيضا ، فقد جاء في مرشد الخيران المادة ١١٤ : لا تجرى الشفعة في القسمة ، فاذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفعيا فيها ^(٢) .

الصلح

١٦٥ — في الشريعة الاسلامية — بمقتضى الشريعة تجب الشفعة في

الدار التى هى بدل الصلح ، لوجود معنى المعاوضة — وفيه تفصيل . فقد جاء في البدائع :

« وتجب الشفعة في الدار التى هى بدل الصلح ، سواء كان الصلح على الدار

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣١٥ وما بعدها .

وكتابنا « العقود المدنية الصغيرة » نبذة ٢٠٠ .

استئناف مختلط ٤ أبريل ١٨٨٩ (١ س ١٤٧) ، ٨ مايو ١٨٩٠ (٢ س ٤٠٩) .

دى هلنس نبذة ١١ .

(٢) راجع أيضا المادة ١٠٢٧ من الحجة — البدائع ٥ س ١١ .

راجع أيضا الزيلعي ٥ س ٢٥٥ ، وحاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ س ٢٥٥ : في القسمة المبادلة أيضا ، ولكن الشفعة لم تصرع الا في المبادلة المطلقة ، وهى المبادلة من كل وجه . وجاء في الفتاوى الهندية (٥ س ١٦٤) : واذا اقسام الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضى أو بغير قضائه .

عن اقرار أو انكار أو سكوت ، لوجود معنى المعاوضة . أما في الصلح عن اقرار فظاهر ، لأن المدعى ملك المدعى في حق المدعى والمدعى عليه ، فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا ، فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح . وأما في الصلح عن انكار فلأن عند المدعى أنه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت ، فكان الصلح معاوضة في حقه ، وكان للشفيع فيها حق الشفعة . وكذا في الصلح عن سكوت المدعى عليه ، لأن المدعى ان كان محقا في دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة ، وان كان مبطلا كان عوضا عن ملكه في زعمه ، فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه .

« ولذا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة في هذا الصلح من الجانبين جميعا . وأما عن انكار فلا تجب به الشفعة ، لأن في زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة ، فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه ، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ، ولكنه يقوم مقام المدعى في اقامة الحجة ، فان أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فكل فله الشفعة ، لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقة ، وان لم تقم له الحجة فلا شفعة له . وكذلك لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت ، لأن المدعى ان كان محقا في دعواه كان الصلح معاوضة ، فتجب الشفعة ، وان كان مبطلا لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال ، لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه ، لأن غير الثابت ييقن لا يثبت بالشك .

« ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها ، سواء كان الصلح عن انكار أو اقرار ، لأن بدل الصلح ليس بعين مال ، فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال ، وهذا من شرائط ثبوت الشفعة .

« ولو اصطلاحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه دارا أخرى ، فان كان الصلح عن انكار تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى ، لأن الصلح اذا كان عن انكار كان الصلح على معاوضة دار بدار ، وان كان عن اقرار لا يصح الصلح ، ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا ، لأنهما جميعا ملك

المدعى» (١).

١٦٦ — في القانون — الصلح الواقع في ملكية عقار مقابل دفع مبلغ من النقود لا يبنى عليه طلب الشفعة ، لأنه ليس ناقلا للملكية ، بل مقرر لها ، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار ، بل ما قد يكون للطرفين من الحظ في كسب أو خسارة دعوى بخصوص الملكية (٢).

والصلح يقتضي بطبيعته ترك كل طرف شيئا من حقه ، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة رتبها القانون في منفعة شخص معين (٣) . فضلا عن أن الصلح بين طرفين يناق حق الشفعة الذي يتمسك به أجنبي ، لأنه يستلزم من قبل الطرفين واجبات شخصية لا يمكن هذا الأجنبي أن يقوم بها (٤) . وبذلك يتعذر أن يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشفوع منه في جميع ما كان له وعليه من الحقوق كما تنص على ذلك المادة ١٣ من قانون الشفعة (٥).

الوفاء بتقديم عين Dation en paiement

١٦٧ — لا تجوز الشفعة في العقار المعطى للدائن باختيار مالكه وفاء للدائن ، وإن زاد ثمنه على الدين المذكور ، وهو كالصلح على يد المحكمة (٦) .

(١) البدائع ٥ ص ١١ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ .

وجاء في الخطاب ٥ ص ٣١٥ : وقد قال في الجواهر في آخر كتاب الصلح اذا ادعى رجل على رجلين دارا ، فكذب أحدهما وصدقه الآخر ، فصالحه المصدق على مال ، فأراد المكذب الأخذ بالشفعة ، فله ذلك .

(٢) استئناف أهلى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ (دائرة مستر بوند ومسيو دى هلتس ويوسف شوق بك) المجموعة ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ الاستقلال ٢ رقم ٧٤ ص ٩٤ الحقوق ١٨ ص ٩٠ .

(٣) فتحي زغلول باشا ص ٨٣ .

(٤) حكم الاستئناف المتقدم — راجع أيضا استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) — دى هلتس نبذة ١٤٠ .

(٥) بنى سوييف الابتدائية (دائرة القضاة زكى خير الأبوبتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٠ .

(٦) فتحي زغلول باشا ص ٨٣ و ٨٤ — دى هلتس نبذة ١٤٠ . وهذا هو حكم الصريفة أيضا — راجع الزيلعى ٥ ص ٢٦٠ .

عقود المبادلة ذات الصفة الخاصة

١٦٨ — يجب قصر حق الشفعة في الحدود القانونية ، ولا يجوز امتداده للعقود ذات الصفة الخاصة sui generis التي لا تقتصر على نقل الملكية بمقابل ، كما في الحالة التي يكون فيها نقل الملكية مشتركا مع البيع والهبة أو الصلح ^(١) .
ففي حالة نقل الملكية ، الذي يحصل بنصف القيمة ، بسبب اعتبارات متعلقة بشخص المشتري ، وتخصيص الشيء ، لا تجوز الشفعة ، لأن مثل هذا العقد يكون في نفس الوقت بيعا وهبة ^(٢) .

وقد حكمت محكمة الاستئناف بأنه لا يدعى بالحق في الشفعة على من كان ملتزما أرضا من الحكومة ، فحازها على شرط أن يطهرها رعاية للصحة العامة ، لأن ذلك العقد لا يشبه بعقد من عقود البيع ^(٣) .

وقضت بهذا المعنى أيضا في دعوى أخرى ، مقرر أن البيوع الصادرة من الحكومة لبعض الأشخاص الذين أصلحوا أرضها ، وتساهلت معهم الحكومة في الثمن تساهلا كبيرا في مقابل الاصلاحات التي قاموا بها ، لا تصلح لأن تكون أساسا لدعوى الشفعة ، لأنه ليس من المقبول ولا من العدل أن يتنفع الشفيع بالثمن الأسامي الذي ذكر في عقد البيع ، مع أنه ليس مقابل القيمة الحقيقية للأرض ^(٤) .
ومن رأى الأستاذ على زكي العرابي باشا جواز الشفعة « لأن الهبة في هذه الحالة ليست واردة على المبيع نفسه ، بل على جزء من الثمن فان البائع لم يقصد

(١) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٣ س ٨٩) ، ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ س ٢٣٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ التقدم .

راجع أيضا استئناف مختلط ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ س ٨٨) . وقد جاء فيه أنه اذا بيع عقار بنصف قيمته نظرا لحالة المشتري والغرض المخصص له العقار فلا شفعة ، لأن هذا العقد فيه مادة الهبة ، والشفعة حق استثنائي لما فيه من الحجر على حرية التصرف ، فيجب حصره في الدائرة التي أوجدها القانون .

(٣) ٢ فبراير ١٨٨٨ القضا ١ ص ١٥ .

(٤) استئناف مصر ١٩ يناير ١٩٢٥ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل ومحمد مصطفى

بك) المحاماة ٥ رقم ٤٣٢ س ١٩٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٦ .

أن يعطى المشتري جزءا من المبيع بثمنه والجزء الآخر بلا مقابل ، ولكن باع اليه العقار كله ، وغاية ما في الأمر تنازل له عن جزء من الثمن . فكأن البيع حصل أولا بمعناه الأكمل ، ثم حصل الخط بعد ذلك من الثمن ، فتثبت الشفعة بموجب هذا البيع ، ولا يجوز أن يسرى هذا الخط على الشفيع « (١) .

ونحن نرى جواز الشفعة اذا لم يكن البيع حصل لاعتبارات خاصة بشخص المشتري ، أما اذا وجدت هذه الاعتبارات فان العقد لا يكون بيعا ، بل يكون عقدا ذا صفة خاصة ، ولا تجوز فيه الشفعة .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة قبول دعوى الشفعة من الشفيع الذى تتوافر فيه شروط الشفعة فى الأرض التى تباعها الحكومة بالممارسة ، ولو كان المشتري مستأجرا الأرض التى اشتراها من سنوات عديدة مضت ، فأعطته الحكومة الأولوية فى الشراء بسبب الاصلاحات والتحسينات التى يكون أجراها فى الأرض (٢) .

الوقف

١٦٩ — فى السريعة الإسلامية — لاشفعة فى الوقف . فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان بعض المبيع ملكا وبعضه وقفاً وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف (٣) . ولكن اذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كأن شرط الواقف استبداله ، فان الشفعة تثبت فيه . أما اذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال ، بأن كان مسجدا ، فلا يؤخذ بالشفعة ، لعدم صحة البيع (٤) .

(١) ص ١٢ — ١٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٦ .

وراجع تعليق المحاماة على هذا الحكم .

(٣) مرشد الحيران المادة ١١٣ — المحلة المادة ١٠١٧ و ١٠١٩ — ابن عابدين ص

١٤٧ — الحاشية ص ٥٤٢ .

(٤) شرح مرشد الحيران ص ٩٦ .

١٧٠ — في المجموعه المرئيه -- نصت المادة ٧١ من المجموعه المدنية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقار المبيع من الوقف أوله » .

١٧١ — في قانونه الشفعة — قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » . ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف . وكما يقول فتحي زغلول باشا^(١) ان النص على حالة وترك أخرى يفيد الاباحة . فالشفعة جائزة من الوقف .

ويلاحظ كما تقدم أن حق الشفعة يتولد من وقت بيع الشيء المشفوع ، فان وقفه المشتري بعد طلب الشفعة كان الوقف باطلا ويعد هربا من حقوق الشفعين^(٢) .

عقود البيع التي تجيز الشفعة

١٧٢ — مما تقدم يرى أن عقود البيع هي فقط التي تجوز فيها الشفعة . ولكن يجب أن تتوافر في البيع شروط خاصة ، فيشترط أن يكون البيع صحيحا ، وأن يخرج المبيع عن ملك البائع . فاذا كان البيع باطلا فلا شفعة^(٣) .

وستتكم فيما يلي في البيع الفاسد ، وفي البيع بشرط الخيار ، وفي البيع المعلق على شرط .

البيع الفاسد

١٧٣ — في الشريعة الاسلامية — بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية اذا كان البيع فاسدا ، لفقده شرطا من شروط الصحة ، فلا تثبت فيه الشفعة ، الا اذا انقطع فيه حق الفسخ^(٤) .

(١) ص ٩٨ .

(٢) بي سويف نوفمبر ١٨٩٤ (دائرة محمود رشاد بك والقاضي قاسم أسعد والقاضي عبد اللطيف على) الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

راجع ما تقدم نبذة ١٢٤ ونبذة ١٦١ .

(٣) العرابي باشا نبذة ١٧ ص ١٥ .

(٤) مرشد الحيران المادة ١١٥ — البدائع ٥ ص ١٣ — الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ .

وقد جاء في المجلة المادة ١٠٢٦ : « يشترط أن يزول ملك البائع عن البيع . وبناء عليه لا تجرى الشفعة في البيع الفاسد ، ما لم يسقط حق استرداد البائع . فلو بقي حق المشتري ، فذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن الشرط زوال ملك البائع ، فإن سقط حقه بالفسخ زال ملكه ، وتجب الشفعة » .

وعند الامام أبي حنيفة اذا بنى المشتري شراء فاسدا بناء في الدار التي اشتراها ينقطع حق استرداد البائع ، ويكون للبائع قيمتها ، فاذا جاء الشفيع أخذها بالشفعة ، لأن المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع ، وقد بطل ، ويكون للشفيع أن يأمر المشتري بهدم البناء ، لأنه لو بناه في البيع الصحيح يكون له حق النقص ، فاذا بناه في البيع الفاسد أولى .

وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حق استرداد البائع ببناء المشتري في الدار التي اشتراها شراء فاسدا ، ويرد المشتري الدار على البائع ، ويهدم بناءه ، ولا شفعة فيها ، لأن شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع ^(١) .

وينقطع حق البائع أيضا باخراج المشتري المبيع بالمبيع أو غيره ^(٢) . فان أخرج المشتري الدار المبيعة عن ملكه بالمبيع كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء ، لانقطاع حق البائع . أى أن الشفيع الخيار ، ان شاء أخذها بالمبيع الأول ، وان شاء أخذها بالمبيع الثانى . فان أخذ بالمبيع الثانى أخذ بالثمن ، لأن البيع الثانى صحيح ، والواجب فيه الثمن ، فיאخذ به ، وان أخذ بالمبيع الأول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض ، لأن المبيع يباع فاسدا مضمون بالقبض كالمقصوب ^(٣) .

ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى ليأخذها الشفيع ، لأن البيع الثانى كان صحيحا مفيدا للعك ، وانما فسخ لحق الشفيع ، ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع ، ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لأجله ، لأن ما يكون من مقتضيات حق شخصى لا يثبت على وجه يبطل حقه .

(١) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١١٥ : لا شفعة فيما يبيع يباع فاسدا ، الا اذا انقطع حق البائع عنه ، بأن قبضه المشتري وتصرف فيه تصرفا يمنع فسخ البيع ، كأن وهبه أو بنى أو غرس فيه .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ .

وكذا لو أخرجه عن ملكه بغير البيع ، كالهبة ، أو جعله مهرا ، أو غير ذلك ،
نقض تصرفه ، وأخذه بقيمته ^(١) .

وينجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع
اتفاقا ^(٢) .

١٧٤ — في القانون — أما في القانون فترى أنه إذا كان عقد البيع
فاسدا ، أى قابلا للبطلان (annulable) ، فإنه لا ينجب الرجوع الى أحكام الشريعة
الاسلامية ، اذ الرجوع اليها لا يكون الا لسد النقص الواضح في أحكام الشفعة .
وهنا لا داعي لعمل التفريق الموجود في الشريعة ، اذ لا يوجد ما يدل على أن القانون
أراد ادخاله . ولا خطر في طلب الشفعة في حالة البيع الفاسد ، وهو الذي يكون
محيجا بادىء بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ ، كبيع القاصر ، فلا
مانع فيه من طلب الشفعة ، فاذا لم يتأيد هذا البيع وفسخ ، فإن الشفعة تسقط بطبيعة
الحال معه . ولا معنى لانتظار سقوط دعوى الفسخ ، وتحمل الأضرار التي شرعت
الشفعة لمنعها طول مدة الانتظار ^(٣) ، فتصح الشفعة ، ويحل الشفيع محل المشتري ،
ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع في مواجهة الشفيع ، كما كان له
ذلك في مواجهة المشتري ^(٤) .

البيع بشرط الخيار

في الشريعة الاسلامية

١٧٥ — يشترط زوال ملك البائع عن المبيع كما تقدم ، لأن الشفيع يملك
المبيع على المشتري بمثل ما ملك به ، فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري ،

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) سليم باز على المادة ١٠٢٦ من المجلة .

(٣) دى هلتس نبذة ٨ .

(٤) زكي العرابي باشا نبذة ١٨ — عبد السلام ذهني بك ، الأموال ، نبذة ٥١٥ —

المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضي يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص
٥٧٨ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٨١ .

فاستحال تملك الشفيع . فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع .

١٧٦ — المبيع بشرط خيار البائع — اتفق الفقهاء على أنه لا تجب

الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة^(١) .

فإن أسقط البائع خياره حتى لزم البيع ، فتجب فيه الشفعة للشفيع .

١٧٧ — هل يجب على الشفيع طلب الشفعة عند سقوط الخيار أم

عذر البيع ؟ — اختلف الفقهاء . فيرى بعضهم أن الشفعة تجب للشفيع إن طلبها عند البيع بشروطها ، أي أنه يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة عند حصول البيع ، والاسقط حقه^(٢) .

ويرى بعض آخر أنه يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار ، لأن البيع إنما صار سببا لافادة الملك في ذلك الوقت^(٣) .

١٧٨ — خيار المشتري — إن كان الخيار للمشتري تجب الشفعة ، لأن

المبيع خرج من ملك البائع^(٤) . وإنما اختلف هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل ، والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه ، بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد ، فجحد زيد ، وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه ،

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ . وقد جاء في المذهب (١ ص ٣٨١) : وإن اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار ، لأنه في أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفي القول الثاني ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ، وفي القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، وأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع ، لأنه يسقط حقه من الفسخ ، والضرر لا يزال بالضرر . قارن رأي أبي الخطاب ، فقد جاء في المغني ٥ ص ٤٧١ : « ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان . وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة ، لأن الملك انتقل ، فثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه » .

(٢) مرشد الحيران المادة ١١٦ : لا شفعة فيما يبيع بشرط الخيار للبائع إلا إذا أسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيع إن طلبها عند البيع بشروطها .

(٣) شرح مرشد الحيران ص ٨٣ — البدائع ٥ ص ١٣ — الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ .

(٤) الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — المذهب ١ ص ٣٨١ .

وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري^(١) . وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعي والكوفيين .

وقيل ان الشفعة غير واجبة على المشتري ، لأنه غير ضامن ، وبه قال جماعة من أصحاب مالك^(٢) .

١٧٩ — الخيار للبائع والمشتري معا — لاشفعة اذا كان الخيار للبائع والمشتري ، لأنه اذا كان الخيار للبائع ، أولها ، لا يخرج المبيع عن ملك البائع . هذا ما لم يسقط البائع حق خياره^(٣) .

١٨٠ — واذا بيعت دار وكان الخيار فيها للبائع أو للمشتري ، وبيعت دار بجنبها ، كان لأيهما الأخذ بالشفعة . لأن البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له ، فله أن يأخذها بالشفعة ، ويسقط خياره ، وينسخ البيع ، لأن الأخذ بالشفعة نقض منه للبيع ، لأنه أراد بذلك الاستيفاء ، اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام . وكذلك المشتري ان كان الخيار له ، لأن المبيع دخل في ملكه ، لأنه يصير بالأخذ مختارا للبيع ، فيصير اجازة ، فيلزم ويملك به المبيع ، ولأنه صار أحق بالمبيع من غيره ، وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة^(٤) .

وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها ، فبيعت دار بجنبها قبل أن يرى الأولى . كان له أن يأخذها بالشفعة ، لأن ملكه في التي يشفع بها ثابت ، فيستحق به الشفعة ، كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط أو باع ، لكنه هنا اذا أخذ المشفوعة لا يسقط خياره ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال ، فبدلالته أولى . ثم اذا حضر شفيع الدار الأولى ، وهي التي اشتراها المشتري ، كان له أن يأخذها بالشفعة ، لأنه هو أولى بها من المشتري ، لما عرف أن الشفيع أولى من المشتري ، وليس له أن يأخذ الثانية ، وهي التي أخذها المشتري بالشفعة ، اذا لم تكن متصلة بملكه ، لانعدام سبب الشفعة في حقها ، واتصالها بالمشفوعة لا يفيد له عدم

(١) حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٠ .

(٤) الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٣ .

ملكه فيها وقت بيع الأخرى ، وإن كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب . وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية ، بل كل من اشترى دارا وبيعت دار يجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة ، ثم إذا جاء شفيع الأولى بعد ما أخذ المشتري الثانية بالشفعة ، كان لهذا الذي جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة ، وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة إلا إذا كانت متصلة بملكه ^(١) .

١٨١ — الخيار للشفيع — لو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له

في المبيع ، لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه ، فإن أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفيعته ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ، وصار كأنه باع . وإن فسخ فلا شفعة له أيضا ، لأن ملك البائع لم يزل . ولكن الحيلة للشفيع في ذلك ألا يحيز ولا يفسخ حتى يحيز البائع البيع أو يجوز بمضى المدة ، فحينئذ له الشفعة ^(٢) .

١٨٢ — وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري ، والشفيع حاضر فضمن ، جاز البيع ، ولا شفعة له ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له ^(٣) .

١٨٣ — ولو أن المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام ، كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري ، وذلك لا يمنع وجوب الشفعة ^(٤) .

١٨٤ — خيار العيب وخيار الرؤية — خيار العيب وخيار الرؤية لا يمتنعان وجوب الشفعة ، لأنهما لا يمتنعان زوال ملك البائع ^(٥) .

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٣ — ١٦٤ .

(٢) راجع حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ —

١٦١ .

(٣) حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ .

(٤) راجع حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ .

(٥) البدائع ٥ ص ١٣٤ — المجلة المادة ١٠٢٦ — حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥

ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ .

١٨٥ — الرد بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء — اذا سلم الشفيع الشفعة ، ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الأول ، فلا شفعة له بالعود ، لأنه أسقط شفيعته عن ذلك ، ولا يعود الا بعود سبب آخر ، وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة ، كما لو اشتراها . وفي الموضوع تفصيل . فان كان الرد بالعيب ، وحصل بعد القبض ، بأن وجد مشتري الدار عيبا بالدار بعد ما قبضها ، وردها بالعيب ، وكان ذلك بعد ما سلم الشفيع الشفعة ، فيختلف فيه القضاء وغير القضاء . فليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة ان كان الرد بالعيب بقضاء قاض ، لأنه انسخ العقد من أصله ، وعاد على حكم الملك الأول ، ولو كان الرد بغير قضاء ففيه الشفعة ، لأن الشيء عاد بملكه بقوله ورضاه ، فصار كسواء مبتدأ ، فتعلقت به الشفعة ^(١) .

وان كان الرد بالعيب قبل قبض الدار ، فان كان بقضاء فلا شفعة للشفيع وان كان بغير قضاء فكذلك عند محمد . وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فقد اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا للشفيع الشفعة ، وبعضهم قالوا لا شفعة للشفيع ^(٢) . وان كان المشتري رد الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، حصل الرد قبل القبض أو بعد القبض ، بتراضيهما أو بغير تراضيهما ^(٣) .

في القانون

١٨٦ — يشترط في القانون أيضا أن يزول ملك البائع عن العقار المبيع . فان لم يكن كذلك ، بأن كان البيع موقوفا مثلا على تصديق مجلس الوزراء ، فان حق الشفعة لا يمكن استعماله ^(٤) .

(١) راجع حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ ص ٢٥٥ — ٢٥٦ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٣) كذا في المحيط . الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٤) راجع استئناف مخطوط ١٥ نوفمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ١٧) ، أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٨) ، ٢ يونيو ١٩٠٤ برئاسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ رقم ١٠٤ ص ١٠٤ . وقد جاء في هذا الحكم الأخير أن البيع الموقوف لا ينقل للمشتري حقا ، بل شبه حق Spes juris ، وعليه فالجار الذي يعلم بهذا البيع لا يحق له المطالبة بالشفعة ، لأن البيع المذكور ليس كاملا .

البيع المعلق على شرط

١٨٧ — لم يذكر قانون الشفعة شيئاً عن البيع المعلق على شرط واقف (condition suspensive) ، أو شرط فاسخ (condition résolutoire) ^(١) .
ونرى جواز الشفعة في الحالتين ^(٢) .

ففي حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، وإن كانت الملكية لا تنتقل ، إلا أن مثل هذا الشرط عند تحققه يرجع إلى وقت العقد ، ويعتبر البيع نافذاً من وقته .
ويقوم طالب الشفعة بدفع المبلغ الذي يكون المشتري تحت شرط قد دفعه ^(٣) .

وفي حالة البيع المعلق فسخه على شرط يكون العقد موجوداً ، وآثاره كلها سارية ، وتنتقل الملكية بالعقد وتسجيله ، فيجب على الشفيع أن يطالب بالشفعة ، ولا سقط حقه إذا لم يعلن رغبته ، فإذا تحقق الشرط يسقط حقه ، كما كان يسقط حق المشتري الذي حل محله ^(٤) .

ويرى أحمد فتحي زغلول باشا عدم الشفعة في حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، لأن الملكية لا تنتقل ، ولا عبء بأنها عند تحقق الشرط تعتبر أنها نقلت من يوم البيع ، ولأن خيار التقايل لا يزال موجوداً حتى يتحقق الشرط ^(٥) .

وحكمت محكمة المنصورة الجزئية ^(٦) بجواز الشفعة في البيوع الفاسدة وفي البيوع الموقوفة على شرط ، لأنها تعتبر جميعها بيوعاً مشروعة أصلاً ، وتترتب عليها نتائجها القانونية .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه في حالة البيع المعلق على شرط يبدأ سريان ميعاد الأخذ بالشفعة من تاريخ علم الشفيع بالبيع ، لا من تاريخ تحقق هذا

(١) راجع مدني ٢٣٨/٣٠٤ .

(٢) من هذا الرأي أيضاً دي هلتس نبذة ١٥ .

(٣) قارن استئناف مختلط ٦ مارس ١٩٤٥ (٥٧ من ٧٩) .

(٤) دي هلتس نبذة ١٦ .

(٥) من ٨٣ — عكس ذلك : العرابي باشا نبذة ١٩ .

(٦) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضي يوسف رفعت بك) الهامزة ٨ رقم

٣٧٩ من ٥٧٨ الجدول العشري الأول للمعاملة رقم ٩٨١ .

الشرط بالذات ^(١) .

١٨٨ — بيع الوفاء (Vente à rémère) — بيع الوفاء هو البيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع (المادة ٣٣٨/٤٢١/١٦٥٩ من القانون المدنى) . ولا فرق بينه وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط وعدمه معين الأجل ، أى أنه يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع ^(٢) .

وقد اختلف فيما اذا كانت تجوز فيه الشفعة أم لا .
فحكمت محكمة الاستئناف المختلطة ^(٣) بأنه لا تجوز الشفعة فى حالة البيع الوفاى ، الا اذا سقط حق البائع فى الاسترداد ، وأصبح حق المشتري نهائيا .
ومحكمة طنطا الابتدائية من هذا رأى أيضا ، فقد جاء فى حكم لها ^(٤) أن الشفعة انما تكون فى البيع الصحيح التام غير المعلق على شرط . أما فى حالة بيع الوفاء فان المشتري ليس كذلك .

ومن هذا رأى أيضا بعض الشراح ^(٥) .
وترى محكمة الاستئناف الأهلية أن بين البيع الوفاى وبيع الخيار — الذى لم تبح الأئمة الشفعة فيه الا متى بطل الخيار — فرقا عظيما ، لأنه فى بيع الوفاء تنتقل الملكية بمجرد البيع ويصبح المشتري مالكا ، وأما فى بيع الخيار فلا تنتقل الملكية الى المشتري ما دام الخيار ، فعلى ذلك لا يمكن الشفعى أن يأخذ العين من المشتري بالشفعة الا عقب حصول البيع فى المواعيد المبينة قانونا ، لا عند انقضاء ميعاد الوفاء ^(٦) .

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٣٦ (٤٨ من ٣٠٥) المحاماة ١٨ من ٢٠٥ رقم ١٠٠ .

(٢) فتحى زغلول باشا من ٢٥٣ .

(٣) أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ من ١٠٨) .

(٤) ١٩ أبريل ١٩١١ (دائرة حسن حسنى بك ومستر لوج والقاضى غبريال سيدهم)
المجموعة ١٣ رقم ٢٤ من ٤٦ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٣ . وقد قرر هذا الحكم أيضا أن البائع يباع وفائيا لا يكون له حق الشفعة ، لأنه يترتب على بيع الوفاء حرمان البائع من ملكية المبيع ، لا تقاها المشتري بمجرد البيع ، وعليه فيكون حق الشفعة حين استرداد المبيع للمشتري لا للبائع .

(٥) فتحى زغلول باشا من ٨٣ — فورجير من ١٣٣ .

(٦) ٢٦ أبريل ١٩١٣ (دائرة مستر دلبراغو ومحمد توفيق نسيم بك وأحمد راغب بدر

ونحن لا نرى ما يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن حق الاسترداد يمكن الاتفاق على أن يكون الى خمس سنوات ، وهذا الوقت طويل ، ومن السهل العمل في خلاله على جعل الشفعة مستحيلة^(١) ، وليس هناك ما يدعو الشفيع الى الانتظار خمس سنوات ، في حين أن البيع الذي حصل يترتب عليه نقل الملكية في الحال الى المشتري . وقد يكون الشفيع وقت البيع في حالة تسمح له بدفع الثمن ، ولكن قد لا يجد الثمن بعد خمس سنين . على أن رفض الشفعة في هذه الحالة مما يمهّد للعاقدين طريقاً لعرقلة الشفعة ، وهو اشتراط خيار الاسترداد في كل بيع ، ثم كتابة ورقة ضد contre lettre في الوقت نفسه لالغاء هذا الشرط .

وبالنسبة الى البائع لا يوجد ما يضره اذا استعمل الشفيع حقه وقت البيع ، لأنه اذا شاء الاسترداد فسيان أن يكون الاسترداد ضد المشتري منه أو ضد الشفيع . وقد حكم بأنه لا تقبل الشفعة اذا كان في وقت استعمالها لا يزال للبائع بحسب عقده حق فسخ البيع واستعمل هذا الحق^(٢) .

١٨٩ — البيع بالعربونه وهيار البائع والمشتري — العربون هو مبلغ

من المال يدفعه أحد العاقدين (وغالبا المشتري) للآخر عند انشاء البيع . والغرض من دفعه هو اما الدلالة على اتمام العقد ، وفي هذه الحالة يحتسب المبلغ المدفوع من أصل الثمن اذا كان المشتري هو الذي دفعه ، واما الدلالة على أن الاتفاق لم يتم بين العاقدين وأن لكل منهما خيار الرجوع فيه ونقضه مقابل خسارة العربون^(٣) . وفي هذه الحالة يعتبر البيع بالعربون بيعا معلقا على شرط . ولقد اختلف في ماهية الشرط .

= كوم حمادة الجزئية (القاضي عبد الرحمن جنيّة) ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩٢٦ رقم ٤٦٣ : البيع الوفاؤى الذي يستوفى شروطه القانونية يخول حق طلب العقار بالشفعة ، فان أهمل الشفيع في طلب العقار المشفوع فيه من تاريخ علمه بهذا البيع في المواعيد المنصوص عليها في القانون سقط حقه في الشفعة ، ولا ينشأ له حق جديد اذا بيع العقار بعد ذلك بيعا نهائيا . فان ثبت أن البيع الوفاؤى باطل فان حق الشفعة يظل قائما الى تاريخ العلم بالبيع الأخير .

(١) دى هلتس ١٧ — العراقي باشا ص ١٨ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ أبريل ١٩٠٢ (١٤٠ ص ٢٦٧) .

(٣) وقد جاء في المادة ١٥٩٠ من القانون المدني الفرنسي ، في صدد الوعد بالبيع : « اذا حصل الوعد بالبيع مصحوبا بعربون كان لكل من المتعاقدين حق نقضه . فمن دفع العربون خسره . ومن أخذه رد ضعفه » .

فراى بعض الفقهاء أنه شرط فاسخ ، بمعنى أن العقد يتم ، ولكنه يفسخ باستعمال الحق فى نقضه . ورأى بعض آخر ، وهو الرأى الراجح ، أنه شرط واقف ، بمعنى أن البيع لا يعتبر تاما ، بل يكون معلقا على شرط عدم استعمال المتعاقدين أحدهما فى نقضه فى الأجل الذى عيناه لخيار النقص . فإذا لم يعينا أجلا بقى الخيار الى حين تنفيذ العقد ، اذ التنفيذ يدل على الرضاء به وعلى ترك الحق فى الرجوع . هذا اذا كان التنفيذ من الجانبين . أما اذا كان من طرف واحد فيسقط خيار هذا الطرف ويبقى خيار الطرف الآخر ^(١) .

١٩٠ — البيع المعلق على شرط يحذف بنقل الملكية — لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط يحذف بنقل الملكية ، مثل أن المشتري لا يكون مالكا للمبيع ملكا ياتا الا بعد دفع آخر قسط ، وأنه ممنوع من التصرف فيه ، سواء بالرهن أو بالاعطاء أو غيره ، الى أن تدفع جميع الأقساط ^(٢) .

١٩١ — البيع المعلق على شرط عدم استعمال الشفعة — يكون البيع صحيحا ، والشفعة جائزة ، والشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، لأنه يترتب عليه حرمان غير العاقدين من استعمال حق له . على أن هذه المسألة لا تخلو من آراء أخرى ^(٣) .

الاقالة من البيع

١٩٢ — توجد الشفعة بمجرد البيع ، فإذا حصل بين البائع والمشتري اقالة برضاءهما ، فلا يسقط حق الشفع في الشفعة الثابت له بسبب البيع الذى ترتبت عليه الاقالة ، بل انها تجدد للشفع حق الشفعة اذا كان سقط فى البيع الأول ،

(١) أحمد نجيب الهلالي باشا نبذة ٢٥٢ وما بعدها . محمد حلمى عيسى باشا نبذة ٢٤٢ .

وراجع ما سيجى . نبذة ٢٩٩ .

(٢) استئناف ٢١ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة صالح ثابت بك ومستر بوندونجى ابراهيم بك)

الحقوق ١١ ص ٢٨ .

راجع أيضا استئناف مختلط أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٦) .

قارن استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) .

(٣) راجع العرابى باشا نبذة ٢٠ ص ١٥ — ١٦ .

لا اعتبارها بيعا جديدا^(١) .

وهذا هو حكم الشريعة ، فقد جاء في الفتاوى الهندية^(٢) :

« اذا سلم الشفيع الشفعة ، ثم ان المشتري رد الدار على البائع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ جديد من كل وجه ، نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط وبالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء وبعد القبض بقضاء ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة . وان كان الرد بسبب هو بيع جديد في حق الثالث ، نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء وبالرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع حق الشفعة . وأما اذا لم يسلم الشفيع الشفعة حتى فسخ البائع والمشتري العقد بينهما فلا يبطل حق الشفعة ، سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه أو بسبب هو فسخ من وجه ، بيع جديد من وجه . كذا في الذخيرة » .

ويرى العراقي باشا عكس هذا الرأي^(٣) ، لأن الاقالة عبارة عن اعدام البيع ، وبحصولها يعتبر كأنه لم يكن ، فلا تجوز الشفعة مع عدم بقاء البيع ، ولا تعتبر الاقالة بيعا جديدا يتجدد به للشفيع حق الشفعة ، لأنها هي فسخ بيع سابق ، لا انشاء بيع جديد .

وعند الشافعية لا تجوز الشفعة . وقد جاء في المذهب : « وان باع من رجل شقصا ، فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ، ثم رجع الشقص اليه بالاقالة ، لم تثبت فيه الشفعة ، لأنه لم يملكه بعوض ، وانما انفسخ البيع ورجع المبيع الى ملكه بغير بدل »^(٤) .

(١) أنظر العياط الجزئية ٢٢ مارس ١٩٢٢ (الفاضى أحمد نشأت) المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٧٥ .

راجع استئناف أهلى ٢٠ فبراير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيف بك ومسيو كامران ونجي ابراهيم بك) الفضا ٣ ص ٣٢٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

راجع أيضا سليم باز على المادة ١٠٢١ من المحلة .

(٣) ص ١٦ وما بعدها .

(٤) المذهب ١ ص ٣٨١ .

البيع الصورى

١٩٣ — يشترط ، كما تقدم ، خروج المبيع عن ملك البائع . فإذا ثبت أن البيع الذى بنى عليه طلب الشفعة بيع صورى فلا شفعة ^(١) .

١٩٤ — **البيع مع وجود ورقة ضرر** — الأوراق التى تعمل ضد عقود ، والتى يتفق على أن تكون سرية ، وعلى أن تخالف نصوصا من نصوص تلك العقود ، لى تترتب فى الظاهر العلاقات التى بين المتعاقدين ، لا يكون لها تأثير الا بالنسبة الى المتعاقدين وورثتهم أو خلفائهم فى جميع حقوقهم ، ويمكن أن ينكرها الغير . ويراد هنا بكلمة الغير جميع الأشخاص الذين لم يدخلوا فى ورقة الضد ولا هم ورثة المتعاقدين ولا خلفائهم ، ولذلك لا يمكن — كما حكمت محكمة الاستئناف المختطة — التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعمل الا كتأمين لضمان دين للمشتري على البائع حتى اذا دفع الدين فسخ البيع ^(٢) .

عقد البيع الابتدائى

١٩٥ — اذا كان عقد البيع الابتدائى قابلا للعدول عنه نظير دفع تعويض فلا يمكن أن يتولد عنه حق الشفعة . وقد حكمت بذلك المحاكم ^(٣) . وانما يتولد حق

(١) مصر الابتدائية أول فبراير ١٩٢٣ (دائرة اسكندر عازر بك ومستر بارن وأحمد نظيف بك) المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٧٧ .

راجع الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ : اذا اشترى الرجل دارا أو أرضا فلم الشفيع الشفعة ، ثم ان البائع والمشتري تصادقا أن البيع كان ناجحة ، ورد المشتري الدار على البائع ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، لأنه بعد تسليم الشفعة لم يبق للشفيع حق أصلا ، فإقرارها لا يتضمن بطلان حقه ، فثبت النجاسة بإقرارها ، فكان الرد بسبب النجاسة ، فلا يتجدد به حق الشفيع .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ برئاسة مسيو كوريزميكس (١٤ ص ٢٣٢)

الاستقلال ٢ رقم ١٧٤ ص ١٨١ .

(٣) استئناف أهلى ١٤ فبراير ١٩٢١ (دائرة مستر برسفال ومستر كلابكوت وأحمد زكى أبو السعود بك) المحاماة ٢ رقم ١١ ص ٢٢ المجموعة ٢٣ رقم ٤١ ص ٦٥ — كفر الشيخ الجزئية ١١ يناير ١٩٢٦ (القاضى رياض رزق الله) المحاماة ٦ رقم ٤٩٩ ص ٨١١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٧٨ — بنى سويف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكى خير الأبوتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) المحاماة ١١ رقم ٣٢١

الشفعة من عقد بيع يتحدد به مركز البائع والمشتري ازاء الشفيع بطريقة نهائية ، كما يستنتج من نص المادة ١٩ من قانون الشفعة ، اذ ورد فيها أنه يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالكا للعقار نهائيا ، ولا ريب أن تحقيق هذه الصفة للمشتري يستلزم أن يكون عقده ناقلا للملكية بطريقة نهائية . وأن هذا الاستنتاج يتمشى مع روح التشريع كما يظهر من نص المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة التى تقضى بأن يكون طلب الشفعة مشتملا على عرض الثمن وملحقاته ، فإن هذا الطلب الذى يشمل عرض الثمن ، كما يشمل طلب التخلي عن العقار ، لا يمكن أن يكون جديا الا اذا كان المشتري قد دفع الثمن أو جزءا عظيما منه وتسلم العقار الذى يطالب بالتخلي عنه ، ولا ريب أن مثل هذه النتائج لا تترتب الا على عقد بيع نهائى ، وعلى ذلك لا يبدأ ميعاد سقوط الحق فى الشفعة بسبب العلم بالبيع الا من تاريخ العقد النهائى ، وليس من تاريخ العقد الابتدائى ، حتى ولو ثبت أن الشفيع كان على علم بحصول البيع الابتدائى قبل ذلك .

وقد حكم بأنه اذا كان البيع قد تم ، فلا يكون طلب الشفعة سابقا لأوانه بحجة عدم تحرير عقد رسمى وعدم تسجيل البيع ، فى حين أن العقد النهائى تحرر وسجل فى أثناء دعوى الشفعة وفى تاريخ قريب من تقرير الشفعة ^(١) .

وبأنه اذا كان عقد البيع ما هو الا صورة رسمية expression authentique لاتفاق سابق وصف خطأ بأنه مؤقت provisoire ، فطلب الشفعة الذى يقدم بمقتضى هذا الاتفاق لا يعتبر سابقا لأوانه ^(٢) .

وبأنه اذا كان العقد الرسمى ما هو الا تأييد لاتفاق سابق ، فكون طلب

= استئناف مصر ٧ مارس ١٩٣٩ (دائرة حسن زكى محمد بك وسليم زكى بك وأحمد مختار بخيت بك) المحاماة ١٩ ص ١١٤٩ رقم ٤٦٢ المجموعة ٤٠ رقم ١٥٠ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠١ : حق الشفعة يتولد من عقد بيع يتحدد به مركز البائع والمشتري ازاء الشفيع بطريقة نهائية ، ولا يستلزم ذلك أن يكون العقد رسميا أو مسجلا ، بل يكفي العقد الابتدائى ما دام لم يشتمل على نص يجيز لأحد طرفيه العدول عنه .

(١) استئناف مخطط ٢٤ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) . راجع ما سيجىء بخصوص العقد غير المسجل .

(٢) استئناف مخطط ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

الشفعة حصل قبل تحرير هذا العقد لا يعتبر سببا لعدم قبول الدعوى ، ما دامت الرغبة في الشفعة لم تنقطع في أى وقت ، وما دام العاقدان قد أبلغا بأنهما يجب أن يحجرا العقد الجديد لمصلحة الشفيع^(١).

وقررت محكمة النقض والابرام أن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي أخذا بالعرف الذى جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم ترع في تحريرها الأوضاع التى تطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعى لا يقبل العدول . ومتى كان عقد البيع لازما باتا فانه يثبت الحق في الشفعة بمجرد تمامه لكل من قام به سبب من أسبابها . ومن ثم كان العلم به موجبا على الشفيع المبادرة الى اظهار رغبته قبل أن ينتضى على علمه الميعاد المعين في الفقرة الثالثة من المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة . وما قد يقع من النزاع بين البائع والمشتري على تكليف العقد أو على قوته الملزمة لا يرفع عن الشفيع واجب اظهار رغبته في الميعاد المذكور ، لأن الشارع قد جعل مجرد العلم بداية حتمية لسريان هذا الميعاد ورتب على فواته سقوط حق الشفعة ، ومواعيد السقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع^(٢).

(١) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) .

(٢) نقض ٢٦ ديسمبر ١٩٤٦ في الطعن رقم ٣ سنة ١٦ القضائية .

نقض ١٥ فبراير ١٩٤٥ في الطعن رقم ٥٥ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢١٥ : اذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد ، وكان بعض الورثة لم يوقعه فان من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا قبل المشتري عن حصته التى يملكها ، والمشتري أن يطالبه دائما بنفاذ البيع في حصته ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقي الشركاء عن التوقيع . وقرار البائعين في العقد بتضامنهم في نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم الا اذا باع باقي الشركاء حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه في حصته ثم في حصص الآخرين أيضا . واذن فتكليف المحكمة مثل هذا العقد بأنه مشروع يبيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبرا عقد يبيع بات ملزم لهما ، وترتيبهما على هذا أنه لا تصح فيه الشفعة ، ذلك منها يكون خطأ .

نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ في الطعن رقم ٩٠ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٣٨ : اذا حرر عقد ابتدائي يبيع نصيب القصر في أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذا الا بعد موافقة المجلس الحسبى عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية في بيع هذه الأرض بالشروط =

الوعد بالبيع

١٩٦ — اذا كان الوعد بالبيع مصحوبا بالوعد بالشراء ، وحصل الاتفاق على المبيع والتمن ، فان حكمه حكم البيع (Promesse de vente vaut vente) . وعلى ذلك فليس ما يمنع من طلب الشفعة ^(١) .

أما اذا كان الوعد من جانب البائع وحده ، أو من جانب المشتري وحده ، فلا يوجد بيع حتى يوجد القبول من الطرف الآخر ، وعلى ذلك فلا شفعة حتى يتم العقد بتلاقي الإيجاب والقبول ^(٢) .

تقديم عقار للشركة

١٩٧ — اذا قدم أحد الشركاء للشركة عقارا فان الملكية تنتقل من الشريك الى الشركة ، ويترتب على تقديم العقار ما يترتب على البيع ^(٣) .

وقد جرى البحث فيما اذا كانت الشفعة تجوز في هذه الحالة . فمن رأى فتحى زغلول باشا عدم جوازها ^(٤) . وهذا هو أيضا رأى دى هلتس ^(٥) . ونحن من هذا رأى ، وذلك لأنه يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري وقيامه بكل التزاماته ، وهذا متعذر في حالة تقديم العقار للشركة ، اذ يترتب على الشفعة ، اذا قضى بجوازها ، أن يقوم الشفيع بالتزام مقدم الحصة في تخصيص العقار للغرض المتفق عليه بين الشركاء (كتنصيبها لاقامة الادارة) ، وكيف يتمكن الشفيع ، وهو ليس

= الواردة في العقد الابتدائي الا فيما يتفق بالتمن فقد رفعه الى الحد الذى وصلت اليه الزائدة التى أمر بأجرائها تمهيدا لافرار البيع ورست على نفس المشتري بالعقد الابتدائي ، فان هذا القرار لا يعتبر ملغيا لذلك العقد ، وانما هو مؤيد ومتم له . واذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة فى الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد بمقولة انها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بعدم اقرار المجلس الحسبى اياه .

(١) دى هلتس نبذة ١٨ .

(٢) عبد السلام ذهبى بك « الأموال » نبذة ٥١٦ مكررا (١) .

(٣) راجع مدنى ٤٢٤/٥١٦ ، ٤٢٥/٥١٧/١٨٤٥ .

(٤) ص ٨٣ .

(٥) دى هلتس نبذة ١٩ .

راجع أيضا فورجير ص ١٣٢ .

شريكا ، من القيام بهذا الالتزام ، وإذا تمكن فما فائدته من الأخذ بالشفعة ، على أن حالة الشريك الذى يقدم العقار لاتشبه حالة البيع تماما ، وإن كان يترتب عليها بعض ما يترتب على البيع ، وذلك لأنه لا يوجد ثمن ، اذ فى كثير من الأحوال لا يقوم العقار المقدم من الشريك ، والأرباح التى يستولى عليها الشريك ليست نتيجة انتقال ملكية العقار بل هى نتيجة الشركة .

أما اذا كان الشريك لا يقوم بأى التزام ، بل كان تقديمه عقاره للشركة مقابل نقود تدفعها الشركة له أو مقابل سهم الشركة ، فإن تقديمه العقار يعتبر بيعا أو تنازلا مقابل ثمن ، فتجوز الشفعة . وقد حكمت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة ، مضيفة الى ما تقدم أنه لو كان هناك عنصر احتمالى ، سواء فى تقدير الشيء أم فى تحديد الثمن ، فإن هذا لا يزيل عن العقد صفة البيع ^(١) .

١٩٨ — اندماج شركة فى أخرى — اذا انحلت شركة ، وامتزجت بأخرى موجودة ، فاندماج الشركة الأولى فى الثانية هو نوع من البيع ، بمقتضاه تقوم الشركة المحلولة بدور البائع أو المتنازل ، والشركة الباقية بدور المشتري أو المتنازل له . وهذا الامتزاج يخول اذن لمصلحة الغير الذى يكون شريكا فى ملكية عقار تنازلت عنه الشركة المحلولة حق الشفعة فى هذا العقار ^(٢) .

نزع العقار للمنفعة العامة

١٩٩ — لا تجرى الشفعة فى العقار المبيع اذا كان مأخوذا للمنافع العامة ، اذ لا فائدة من الشفعة فيه ^(٣) .

البيع مقابل ايراد لمدى الحياة

٢٠٠ — لا يجوز طلب الشفعة فى البيع مقابل ايراد لمدى الحياة Rente

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٨٩٩ (١١ س ٢٥٩) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٨٩٩ (١١ س ٢٥٩) .

(٣) فحجى زغالول بأشاس ٨٣ .

Viagère ، لأن الثمن غير محدد ، وقد يكون عبئا ثقيلا اذا امتدت حياة الشخص الذى ترتب الايراد لمدة حياته ^(١) .

عقد البيع غير المسجل

٢٠١ — اختلف رأى فيما اذا كان البيع غير المسجل يعطى الحق فى الشفعة . فرأى فريق جواز الأخذ بالشفعة ، ولو أن العقد لم يسجل ، لأن البيع ينعقد صحيحا ، بصرف النظر عن التسجيل الذى ينحصر أثره فى تقييد نقل الملكية . ورأى فريق آخر عدم جواز الشفعة ، لعدم نقل الملكية فى البيع غير المسجل . وسنبين فيما يلى حجج الفريقين :

٢٠٢ — مذهب القائلين بجواز الشفعة :

استند من يقول بجواز الشفعة على الأسباب الآتية :

(١) عدم قبول الشفعة له نتائج خطيرة لا يمكن أن يحجزها القانون ، لما تنطوى عليه من احتمال تعطيل حق موجود ، وهو حق الشفعة ، فى كثير من الأحوال ، فما هو الا أن يحجم المشتري بارادته عن تسجيل العقد ، خصوصا اذا كان مطمئنا من جهة البائع له ، ويستمر (أى المشتري) متمتعا بالعقار المبيع بكل حقوق المالك ، فى حين أن الشفيع تصيبه جميع الأضرار التى شرع من أجلها حق الشفعة ، فيظل تحت رحمة المشتري ، فان سجل جازت الشفعة ، والا فلا ^(٢) .

(١) راجع فورجير ص ١٣٢ و ١٣٣ .

(٢) المنصورة الجزئية (القاضى يوسف رفعت بك) ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المحاماة ٥ رقم ٥٦٧ ص ٦٩١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٦٦ .
أسيوط الابتدائية (دائرة حامد شكرى بك والقاضى محمد عزت والقاضى محمد أمين صدق) ٢٨ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٥٦٥٧ الحقوق ٤٢ رقم ٣ ص ١١ .
استنا الجزئية (القاضى محمد فايز) ٣١ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٦١ ص ٥٤٨ .
الخليفة الجزئية (القاضى سعيد أنور بك) ٢١ أبريل ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٥٣ ص ٣٧٦ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٧٣ .
سهاووط الجزئية (القاضى اسكندر حنا) ٣٠ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ .
ايتاى البارود (القاضى محمود حلمى سوكة) ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص ٨٤٠ .
الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٧٦ .

وما أسهل قياس هذه الحالة على الحالة التي يكون فيها أمر ما معلقا على شرط ارادى ، فقد أجمعت القوانين على أن مثل هذا الشرط لا قيمة له ، ولا يمكن أن يعطل لأحد حقا^(١) .

(٢) ان قانون الشفعة لم يقل فى نصوصه المتعلقة بدعوى الشفعة انه يجب لصحة رفع الدعوى أن تكون موجهة ضد المالك الأصلى والمالك الجديد ، بل قال برفع الدعوى على البائع والمشتري ، وهما صفتان تصدقان على البائع والمشتري ، سواء أحصل التسجيل أم لم يحصل ، وذلك لأن البيع لم يزل من العقود الرضائية المحضة^(٢) . ومن الخطأ البين أن يقال ان عقد البيع غير المسجل هو عقد بيع ناقص *vente irrégulière* ، بل هو بيع كامل وصحيح . وكل ما هنالك أن نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع ، أصبح خاضعا لاجراءات شكلية تنحصر فى تسجيل العقد^(٣) .

(٣) أوجب قانون الشفعة على الشفيع أن يبدى رغبته فى استعمال حقه فى خمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالبيع ، لا من تاريخ التسجيل^(٤) .

(٤) ان القول باعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب فى الشفعة يترتب عليه أن

(١) مصر الابتدائية (دائرة محمد شكرى بك ومحمد نصار بك والقاضى سابا حبشى) ١٠ مارس ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٢ .

(٢) مصر المختطفة ١٥ مايو ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٣٠٥ ص ٣٠٣ المحاماة ٦ رقم ٥٠٨ ص ٨٢٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧١ .

ايتاى البارود ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦ المتقدم المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص ٨٤ .

(٣) مصر المختطفة ١٥ مايو ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٣٠٥ ص ٣٠٣ المحاماة ٦ رقم ٥٠٨ ص ٨٢٧ ، ١٤ فبراير ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ١٣٥ ص ١٢٣ .

(٤) مصر الابتدائية (برياسة عبد الباقي زكى القشيري بك) ٢ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ الحقوق ٤٢ رقم ٣ ص ٩ .

سمالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ المتقدم المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ .

اسنا الجزئية ١٠ مايو ١٩٢٧ المتقدم المحاماة ٧ رقم ٥٣١ ص ٩٢٣ .

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ١٠٢) جازيت ١٨ ص ١٣٢ رقم ١٤٥ المحاماة ٨ رقم ١٨٦ ص ٢٣٨ .

استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٢٩ (٤١ ص ١٥٩) المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ .

يسقط حق الشفيع الذى لا يبادر الى الطلب فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التسجيل ، مع أن قانون الشفعة نفسه ينص على أن الحق لا يسقط الا اذا سكت الشفيع عن الطلب ستة أشهر بعد يوم التسجيل ، ولا يخفى ما فى ذلك من التناقض والتعارض^(١) .

(٥) لم يتعرض قانون التسجيل لنصوص الشفعة بتعديل أو تغيير^(٢) ، مما يدل على أن الشارع لم ير أن فى اصدار هذا القانون مساسا ما بالحقوق المقررة بقانون الشفعة من قبل^(٣) .

(٦) ان الشفعة جائزة باجماع آراء الفقهاء فى البيع بشرط الخيار اذا كان الخيار للمشتري ، وحكمة ذلك أن البائع فى هذه الحالة لا يملك طلب الفسخ ، وانما يكون الأمر موكولا الى ارادة المشتري ، وحينئذ تصح الشفعة^(٤) ، فيمكن أن يقاس البيع غير المسجل فى حالة الشفعة على البيع بشرط الخيار للمشتري ، اذ أن انتقال الملكية هو فى الواقع فى يد المشتري ، الذى ان شاء سجل وان شاء امتنع للنكاي بالشفيع ، وأما البائع فلا عمل له ولا مصلحة فى التسجيل الا فى أحوال مخصوصة لحفظ الامتياز وغيره ، وليس من الحق ولا من العدل أن يكون خيار المشتري فى التسجيل منشأ ضرر للشفيع^(٥) .

(١) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المتقدم المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ .

(٢) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المتقدم المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المتقدم .

مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ المتقدم المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم

١٦ ص ٣١ .

(٣) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المتقدم .

(٤) المادة ١٠٢٦ من المحلة — التعليقات على هذه المادة فى مرآة المحلة ٢ ص ٤٢ .

(٥) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المتقدم المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المتقدم .

قارن محكمة مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ المتقدم المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ ، فقد اعترضت المحكمة على من شبه البيع مع عدم التسجيل بالبيع مع خيار المشتري ، فقالت انهم قد أخطأوا فى العلة التى بنوا عليها ذلك الرأى ، لأن المحكمة التى لأجلها أجازت الفريضة الاسلامية الشفعة فى البيع مع خيار المشتري ، وعلى الضد من ذلك حرمتها فى البيع مع خيار البائع ، هى أن الملكية فى حالة خيار المشتري تنتقل الى هذا الأخير فعلا ، بعكس ما اذا كان الخيار للبائع ، فانها لا تنتقل ، فالدليل اذن على هذه الصورة لا يؤدى الى صحة هذا الرأى ، بل الأمر بالعكس .

راجع أيضا ما سيجى .

(٧) ان الشفيع لا يتلقى حق الملكية من المشتري حتى ينتظر تسجيل العقد، ولكنه يحل محله بمقتضى المادة ١٣ من قانون الشفعة في جميع حقوقه وتعهدهاته، ويعتبر البيع كأنه صادر اليه من البائع دون المشتري^(١).

ومن ضمن الحقوق التي تؤول الى المشتري بعقد البيع الصحيح أن تنقل الملكية اليه بشهر العقد بالتسجيل، بغير حاجة الى تدخل البائع، وهذا الحق ينتقل الى الشفيع^(٢)، فله أن يطلب حله محل المشتري، وشهر عقده بالطرق القانونية، حتى تنتقل اليه الملكية التي كانت تنتقل للمشتري لو أنه سجل عقده^(٣).

وليس للبائع أن يشكو من ذلك، فانه تخلى عن الملكية، وهي لا تبقى لاصقة به بارادته، بل بارادة غيره، وهو المشتري، وأما المشتري فان احتماؤه وراء عدم تسجيله عقده الذي هو من عمله، ومن واجباته أن يقوم به، تلاعب غير مشروع وتحكم غير جائز في حق الشفيع، والقانون لا يحمي الأعمال المنطوية على سوء النية^(٤).

(٨) لا ضرر من عدم تسجيل عقد البيع، لأن تسجيل حكم الشفعة يقوم مقام تسجيل العقد^(٥).

(١) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المتقدم.
الوايلي الجزئية (القاضي محمد وصفي أبو الذهب بك) ٧ نوفمبر ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٣٥٤ ص ٥٣١ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ١٠٦٩.
راجع استئناف محتلط ٥ فبراير ١٩٢٩ (٤١ ص ١٩٦) الحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ١٠٨١.

(٢) مصر الابتدائية ٢ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ المتقدم.
اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٢٦١ ص ٥٤٨.
(٣) أسبوط الابتدائية ٢٨ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ الحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ المتقدم.

المنصورة الابتدائية (دائرة على عبد الرازق بك والقاضي محمد زكي أبانته والقاضي كامل عزمي) ١١ أكتوبر ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ١٠٦٨.

(٤) مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ الحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٢١ المتقدم.

(٥) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المتقدم.
اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٣٦١ ص ٥٤٨ المتقدم.
سناوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ الحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ المتقدم.

(٩) ان الشارع خالف في قانون الشفعة القواعد العامة المدونة في قانون المرافعات ، فقضى بأن الأحكام الغياية فيها لا تقبل المعارضة ، كما قصر في ميعاد استثنائها وجعله خمسة عشر يوما ، ولم يقصد الشارع من ذلك الا تقصير أمد النزاع بين أرباب المصالح في دعاوى الشفعة ، حتى يساعد على استقرار حالة الملكية العقارية ، لما رأى في ذلك من أوجه النفع ، وهو لا يمكن انكاره . فتأخير ابداء الرغبة حتى يسجل العقد يطيل أمد النزاع ، ولا يساعد على استقرار حالة الملكية العقارية ^(١).

(١٠) ان التردد الذى أبدته المحاكم في الأخذ بهذا الرأى كان من نتائج العملية أن نسبة عدد العقود التى لم تسجل زادت كثيرا عما كانت عليه قبل العمل بقانون التسجيل ، فلم تتحقق أغراض الشارع من اصداره هذا القانون ^(٢).

٢٠٣ — مهبج الفائلين بعدم جواز الشفعة :

استند من يقول بعدم جواز الشفعة على الأسباب الآتية :

(١) ان الشفعة ، كما عرفها الفقهاء ، هى « تملك العقار المبيع كله أو بعضه ، ولو جبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والمؤن » (المادة ٩٥ من مرشد الخيران) . فالشفعة انما هى فى الملكية دون سواها ، اذا انتقلت بالبيع ، فاذا لم تنتقل فلا شفعة ، وهى أثر من آثار البيع ، وقد نصت المادة الأولى من قانون التسجيل (المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى) صراحة على أن العقد غير المسجل لا يكون له من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ، فنفت بذلك الشفعة ^(٣).

(٢) ان القول بأن البائع قد فعل كل ما يلزم من جهته للتخلي عن ملكه ،

(١) مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ من ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ من التقدم .

(٢) مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ التقدم ٠٠

(٣) مصر الابتدائية (دائرة على زكى الراى بك والقاضى محمد شوق والقاضى ابراهيم حلمى) ٨ مارس ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ من ٧١٥ الجدول العبرى الأول المحاماة رقم ١٠٧٧ .

الحليفة الجزئية (القاضى ابراهيم عارف بك) ٢٨ يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦٨ من ٢٣٩ .

وقد يكون المشتري واثقاً منه فيمتنع عمداً عن التسجيل لمنع الشفعة ، والقانون لا يحمي الأعمال المنطوية على سوء النية ، هذا القول مدفوع بأن القانون إنما يحمي الشفيع بعد أن يتولد له حق الشفعة ، وهذا الحق لا يولد إلا بانتقال الملكية ، وكل ما يمنع انتقالها لا يمنع تولده . ولا يمكن القول بحرمان الشفيع من حق الشفعة قبل وجوده ، وليس له إذا رأى أن العقد غير ناقل للملكية أن يكره المتعاقدين على اتمام الاجراءات الناقلة لها ليتولد له حق الشفعة ، كما ليس له أن يدعى هذا الحق قبل اتمام تلك الاجراءات ^(١) .

(٣) ان القول بأن قانون الشفعة لم يوجب رفع دعوى الشفعة على المالك الأصلي والمالك الجديد ، بل قال برفعها على البائع والمشتري ، وهاتان الصفتان تصدقان على البائع والمشتري حتى عند عدم تسجيل عقد البيع ، هو قول في غير محله ، لأن العبرة ليست بالألفاظ ، فنقل الملكية هو جوهر عقد البيع ، والغرض الوحيد منه ، فان كان العقد غير ناقل للملكية فهو ليس بيعاً في الحقيقة ، رغم تسمية المتعاقدين له بهذا الاسم ، ولا يسميان بائعاً ومشترياً رغم انتقالهما هاتين الصفتين ، بل هما متعاقدان على عقد خاص ليس له من الأثر إلا التزامات شخصية . وقد كان البيع قبل قانون التسجيل ينقل الملكية في الحال بين المتعاقدين بمجرد العقد ، وكان يصدق عليهما أنهما بائع ومشتري ، أما بعد هذا القانون فلا يتم ذلك إلا بالتسجيل ^(٢) .

(٤) لا محل للقول كذلك بأن الشفعة ما شرعت إلا لمنع الأجنبي من أن يكون شريكاً أو جارا للشفيع والمشتري ولو لم يسجل عقده يكون في الواقع كذلك ، لا محل لهذا القول لأن الشفعة لا تكون إلا في الملك . فإذا لم يأت الأجنبي بصفة مالك فلا شفعة . ولذلك فان الايجار مهما طال مدته لا يعطى الحق في الشفعة ، والمشتري غير المسجل ليس مالكا وليس له حق عيني على العين ، بل له مجرد حقوق شخصية قبل البائع ، والشفعة هي حلول المشتري في الملكية ، لا في مجرد

(١) مصر الابتدائية ٨ مارس ١٩٢٧ الحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ المقدم .

(٢) مصر الابتدائية ٨ مارس ١٩٢٧ الحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ التقديم .

مصر المختلطة ٩ أبريل ١٩٢٥ جازيت ١٦ ص ٣٠٣ رقم ٣٠٤ .

حقوق شخصية^(١)

(٥) ان رأى القائل يجاوز الشفعة فى العقد غير المسجل لا يقوم الا على انكار التشريع الجديد ، الذى أدخل عمدا بنص صريح ، وبنى على أسباب صريحة لا تحتل التأويل ، لأنه يحمل حكم البيع بعد صدور القانون الجديد هو نفسه حكمه قبل صدوره ، ويعطيه بمجرد الاتفاق كل نتائج القانونية ، متجاهلا النص على عدم انتقال الملكية . ولا يكون من الواضح حينئذ معنى هذا النص ، ولا ما هى نتائج العملية ولا ما هو الغرض من ايجاده^(٢) .

(٦) طلب الأخذ بالشفعة فى بيع لم يتم تسجيله هو طلب سابق لأوانه ، لأن الشفعة وجدت لدرء الضرر الذى يلحق الشفيع من جراء تصرفات يبنى عليها حلول جار جديد أو شريك جديد يتسبب من وجودها علاقات غير مرضية بينهما وبين الشفيع ، أو لوجود حقوق عينية تربط العقارين المملوكين للشفيع والبايع بدرجة يحسن معها توحيد الملكية ، وهذه المشروعية تستلزم حتما وجود بيع تام ينقل الملكية من البائع الى المشفوع منه ، حتى يوجد حق الشفيع لدرء الضرر الذى ربما يناله من هذا التصرف ، ولذلك فقد جاء فى أحكام الشريعة أن الشفعة لا توجد اذا كان البيع قابلا للفسخ بالخيار وغيره (راجع رقم ٧ التالى) ، ولا شئ يمنع القضاء الحالى من الأخذ بهذه القاعدة ، وقد سبق للقضاء المختلط أن أخذ بذلك ، حيث قرر أن الشفعة لا تجوز الا فى البيع البات دون البيع الموقوف على اتمام اجراءات ، أو البيع القابل للفسخ ، كالبيع الوفاي (راجع رقم ٨ الآتى) . والبيع غير المسجل غير منشئ ولا ناقل للحقوق العينية أو لحق الملكية ، وأصبح اتفاقا بسيطا يعطى كلا من الطرفين حق الرجوع على الآخر بالالتزامات الشخصية^(٣) .

(٧) لا نزاع فى القانون ولا فى الشريعة فى أنه يشترط لقبول حق الشفعة

(١) مصر الابتدائية ٨ مارس ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ المتقدم .

(٢) مصر الابتدائية ٨ مارس ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ المتقدم .

(٣) استئناف مصر (دائرة عطية حسنى باشا ومستر رافرقى ومحمد فهمى حسين بك)

١٠ يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ الجدول العشرى الأول للمعلمة رقم

أن يصير المشتري مالكا نهائيا للعقار المبيع ، كما أنه لا تصح الشفعة في البيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج البيع عن ملكه ، وعقد البيع غير المسجل غير ناقل نهائيا للملكية ، فلا يترتب عليه إذن حق الشفعة^(١) .

(٨) ان كثيرين من علماء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية وعددا كبيرا من أحكام المحاكم ذهبوا الى أن الشفعة لا تجوز في حالة البيع الوفاؤى ، والبيع المعلق على شرط فاسخ أو شرط واقف ، مع أنه في هذه الأحوال تنتقل الملكية من البائع للمشتري ، ولكنها تكون مقيدة ببعض القيود ، وقد حكمت محكمة الاستئناف في ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥^(٢) بأنه لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط بحذف بنقل الملكية ، مثل أن المشتري لا يكون مالكا للمبيع ملكا تاما الا بعد دفع آخر قسط ، فمن باب أولى أن لا تصح الشفعة في حالة بيع لم يسجل ولم تنتقل بمقتضاه الملكية من البائع الى المشتري ، وخصوصا أن حق الشفعة حق استثنائي يجب عدم التوسع فيه ، حتى ان علماء الشرع قد توسعوا في مسقطات حق الشفعة وبالفعل في ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل^(٣) في اسقاطها^(٤) .

(٩) ان قياس البيع غير المسجل على البيع بشرط الخيار للمشتري قياس مع فروق عدة ، فانه وان كان نقل الملكية في يد المشتري ان شاء سجل عقده وان شاء امتنع ، فانه يجوز للبائع في حالة عدم التسجيل أن يتفق مع مشتر آخر يبيع له العقار فيسجل عقده وتنتقل له الملكية نهائيا دون أن يكون البائع مسئولا أمام المشتري الأول الا عن التزاماته الشخصية فقط ، وليست هذه حالة البائع في حالة

(١) مصر الابتدائية (دائرة عبد الوهاب فهمى بك ومترى ميخائيل بك وجمال الدين أباطه بك) ٣ نوفمبر ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٦٥ .

قنا الابتدائية (دائرة حسن صادق رشيد بك والقاضى حسين منصور والقاضى عبد الحميد عمر وشاحى) ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٧٠ .

(٢) الحقوق ١١ ص ٢٨ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٧ ونبذة ١٠٠ .

(٤) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم .

البيع بشرط خيار المشتري^(١).

(١٠) ان القول بأن الشفيع لا يستمد حقه من المشتري مباشرة ، بل هو يحل محله في جميع حقوقه وتمهيداته ، ويعتبر أنه تلقى الملك من البائع ، تحميل للمركز القانوني فوق ما يحتمل ، لأن كل ذلك معلق على شرط انتقال الملكية من البائع للمشتري نهائيا ، وهذه لا تحصل في البيع غير المسجل^(٢).

فلا يمكن أن يقال بأن حلول الشفيع محل المشتري لتنفيذ التزام البائع بالتسجيل لنقل الملكية يعطيه حق الشفعة ، الذي لا يوجد الا اذا وجد البيع ، لأن توجد الشفعة لاتمام البيع^(٣).

(١١) لا تناقض ولا اضطراب في الأخذ بهذه النظرية ، كما ذهبت الى ذلك محكمة المنصورة الجزئية (بمحكمة الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤)^(٤) ، لأن مواعيد الشفعة في هذه الحالة لا يمكن أن تبدى الا من يوم علم الشفيع بتسجيل عقد البيع ، أما علمه بالبيع قبل التسجيل فلا يترتب عليه امتداد هذه المواعيد . والقول بأن في اعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب في الشفعة تعارضا مع نصوص القانون في غير محله ، لأنه يتفق كثيرا ألا يعلم الشفيع بالبيع الا من التسجيل ، وفي هذه الحالة يسقط حقه في الشفعة بمضى خمسة عشر يوما اذا لم يبد رغبتة فيها ، ولا يمكنه الانتفاع بميعاد الستة الشهور^(٥).

٢٠٤ — رأى الدوائر المتجمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية :

أخذت محكمة الاستئناف الأهلية في دوائرها المتجمعة بالرأى الأول ، أى بجواز الشفعة ولو أن العقد لم يسجل^(٦).

(١) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم — راجع النبعة السابقة .

(٢) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم .

(٣) استئناف مصر ١٠ يوفيه ١٩٢٦ المتقدم .

(٤) المحاماة ٥ ص ٦٩١ .

(٥) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم .

(٦) محكمة استئناف مصر بدوائرها المتجمعة (أحمد طلعت باشا وحسين درويش باشا وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك ومحمد مظهر بك وكامل ابراهيم بك وعبد العزيز محمد بك =

وهذه هي الأسباب التي انبنى عليها حكمها :

(١) ان نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولكنه أثر من آثاره ،
بدليل :

أ — تعريف البيع في القانون المدني (المادة ٢٣٥) ، فقد عرفه بأنه عقد يلتزم به البائع نقل ملكية المبيع الى المشتري مقابل التزام هذا الأخير بأداء الثمن الى البائع ، وقد جاء فيه أن هذا العقد يتم بمجرد الايجاب والقبول بين الطرفين بشرائطه القانونية .

ب — جواز تعليق نقل الملكية على شرط ، كشرط التجربة مثلا ، أو تأجيله الى أجل ، وجواز بيع أخرى قد لا يتفق فيها انتقال الملك أصلا ، كمبيع الأشياء المعلق وجودها على محض الحظ والمصادفة ، أو غير ذلك من البيوع التي لا تجيزها الشريعة .

(٢) ان قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل واعتباره كأن لم يوجد ، وألا تسمع أى دعوى فى شأنه ، بل قضى فقط بتعليق نقل الملكية فيه على شرط التسجيل ، فهو من ضمن العقود المعلق نقل الملكية فيها على شرط ، والجلالة قانونا .

(٣) ان قانون التسجيل وان نص على أن العقد غير المسجل لا يترتب عليه الا مجرد التزامات شخصية بين المتعاقدين ، فإنه لم يحدد مدى تلك الالتزامات ، ولا الطرف المتعاقد الذى تقع عليه ، وبما أنه قانون استثنائى جاء مقيدا للحرية المطلقة التى كانت للتعامل من قبل وجب الرجوع فيه الى أحكام القانون العام والى المبادئ القانونية لأجل اكمال النقص أو تفسير ما أجمل .

(٤) ان التسجيل انما شرع أصلا لمصلحة المشتري ، فله أن يعمل أو لا يعمل ، فلو تعدد عدم القيام به اضرارا بالغير لما جاز له وفقا للقواعد القانونية العامة أن

= ومصطفى حلمى بك ومحمد فريد الشافعى بك وزى برزى بك ومصطفى محمد بك وعلى عزت بك ومحمود سامى بك وأترنى أبو العز بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقي القشيرى بك (٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢٢ من ٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٩ الجدول العشرى الأول للمعاماة رقم ١٠٨٠ الحقوق ٢ رقم ٣٣ ص ٥٥ .

يتمسك بعمله هذا قبل الغير ، لأن هذه القواعد لا تقر الأعمال المنطوية على سوء النية التي يقصد منها اضرار الغير .

(٥) ان المبادئ القانونية العامة لا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل ، كما أنه لم ينسخ شيئاً من أحكام الشفعة التي من ضمنها أن حق الشفع يسقط بسكوته مدة خمسة عشر يوماً من يوم علمه بالبيع لا من يوم التسجيل فقط . وإذا قيل بأن الشفع لا يملك حق الشفعة الا من تاريخ التسجيل وأن حقه لا يسقط الا بمضى خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه به يكون هناك تضارب وتعارض لا مفر منه في النصوص القانونية ، اذ بينما تقضى تلك النصوص بسقوط حق الشفع بمجرد العلم تراها لا تسقطه الا بالتسجيل ، فكان قانون التسجيل قد أعطى الشفع حقوقاً أزيد وأوسع بكثير مما هي مقررة له في قانون الشفعة ، على أن الشفعة بالاجماع هي من الحقوق الضيقة التي لا تقبل التوسع .

(٦) من المعلوم أن الذي حدا بالشارع الى التضييق في أحكام الشفعة ، سواء كان من جهة المواعيد أو طرق الطعن في الأحكام التي تصدر فيها ، إنما هو حرصه على مصلحة العقار نفسه الذي هو جزء من الثروة العامة ، اذ بتقصيره أمد النزاع تستقر الملكية في يد أربابها ، وتطمئن نفوسهم من جهتها ، فيتفرغون لاصلاح العين وانماء ثروتها ، وعلى هذا فتعلق حق الشفعة كما جاء في بعض الأحكام على حصول التسجيل ، أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، قول لا يمكن قبوله ، لأي المشتري يظل زمناً مهدداً بالشفعة اذا هو سجل ، وقد يطول أمد هذا التهديد كثيراً ، فتضعف ثقة المشتري في مستقبل عقاره ، وتقل عنايته به ، وفي هذا من الضرر العام والخاص ما لا يخفى .

(٧) ان الشفع إنما يحل قانوناً محل المشتري في العقد في جميع ما له وعليه ، فلا خطأ في هذا من الوجهة القانونية ، كما لا ضرر في الواقع على المشتري ، وانما الخطأ والضرر كل الضرر أن يسمح للمشتري بالتلاعب بأحكام القانون ، وأن يعطل فيه نصوصاً برمتها ، وهي النصوص الخاصة بالشفعة ، وأن يضار الغير بنحواره الذي قد يكون غير مرغوب فيه والذي قد حصل عليه بصورة غير شرعية وهذا مما قد يؤدي الى اطلاق الراحة والاخلال بالأمن العام .

(٨) من الخطأ الرجوع الى أحكام الشريعة في هذا الموضوع ، لأن الشريعة وان تكن مصدرا لأحكام الشفعة التي أخذها عنها القانون ، الا أن القانون نفسه قد خالف الشريعة في كثير من أحكام البيع ، ولم يقرر منع الشفعة الا في حالات معينة ليست الحالة الحاضرة منها ، فالرجوع الى الشريعة في مثل هذه الحالة يكون غير مقبول ، لأن الرجوع اليها انما يكون في حالة السكوت ، أما في حالة النص الصريح فلا مساع للرجوع ولا للاجتهاد .

٢٠٤ مكررا — استقرار المذهب :

• استقرت الأحكام على رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف^(١) . وأقرت ذلك محكمة النقض والابرام ، فقد جاء في أحد أحكامها^(٢) أنه «من المقرر أن ملكية الشفع للعقار الذى يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه ، وأن الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل . ولقد سبق للدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف أن بحثت هذا الموضوع ، على ضوء النصوص الواردة فى قانونى الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه ان حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على

(١) راجع المنصورة الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩٣٠ (دائرة أمين زكى بك والقاضى ابراهيم لطفي والقاضى عبد الله محمد عمار) المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ ، وقد جاء فيه : ان قانون التسجيل لم ينسخ شيئا من المبادئ العامة ، ولذلك يجب الرجوع اليها مادام هذا القانون لم يبين مدى الالتزامات التى ذكرها فى المادة الأولى منه ، ولا أى طرف من المتعاقدين تقع عليه . وبناء على ما قضت به دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة فى ٣ ديسمبر ١٩٢٧ يسقط حق الشفع بضى خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بالبيع لا من يوم التسجيل فقط .

وراجع استئناف مصر الأهلية ٢ أبريل ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٢ ، وقد قرر : أن رفع دعوى الشفعة من شخص ، ثم التنازل عنها ، ومشتري الشفع العقار بعد ذلك ، وتسجيل عقده قبل تسجيل العقد محل دعوى الشفعة ، يجعل لهذا العقد قيمته القانونية ، بخلاف العقد الذى لم يسجل ، لأنه لم ينتقل الملكية . ولا يغير طلب الشفعة والتنازل عنها بعد ذلك من جوهر النزاع ، وهو معرفة قيمة كل عقد على حدته .

استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٦٢٥ رقم ٣٠٥ .

استئناف مختلط ١٢ يونيه ١٩٤٥ (٥٧ ص ١٣٩) .

(٢) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١٢٠ سنة ١٤ القضائية بمجموعة القواعد

القانونية ٤ رقم ٢٠٩ .

حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقدمات التي أقيم عليها .

٢٠٥ — عملية تدخل الحكومة لمساعدة المدينين في استرداد أراضيهم

المزروعة ملكيتها — كان من أثر الضائقة المالية التي حلت بالبلاد نتيجة هبوط أسعار الحاصلات الزراعية ، واشتدت في غضون سنة ١٩٣١ ، أن عجز كثير من ملاك الأراضي الزراعية عن الوفاء بأقساط الديون المقارية المستحقة على أرضهم مما أدى الى زيادة دعاوى نزع الملكية وعرض جانب عظيم من الأراضي في البيوع الجبرية وبيعه بأثمان بخسة . وقد فكرت الحكومة في حل لعلاج هذه الحالة ، ورأت في بادئ الأمر مد يد المساعدة الى المدينين ، وذلك بتكليف أعضاء مجلس ادارة بنك التسليف الزراعى بصفتهم الشخصية القيام بذلك على أن تضع تحت تصرفهم مبلغا من المال لا يقل عن مليون من الجنيهات ، بل قد يزيد الى مليونين فأكثر ، وقد قبلت تلك الهيئة القيام بالمهمة المعروضة عليها ، ووضعت لتنفيذها برنامجا أقره مجلس الوزراء في ١٦ من أغسطس سنة ١٩٣١ ، وهو يتضمن « الامتناع عن شراء الأتليان المعروضة للبيع الجبرى تحاشيا لتعريض الحكومة للصعوبات المترتبة على ادارة أملاك مختلفة المساحات مبعثرة في جهات متعددة وأن يوجه مجهود تلك الهيئة الى السعى في إيجاد اتفاق بين الدائن والمدين يحول دون الالتجاء الى نزع ملكية الأرض ، وذلك اما بزيادة الضمان المعقود للدائن اذا كان في استطاعة المدين ذلك أو بتدخل الهيئة ودفع القسط المستحق في الأحوال التي يتبين فيها أن توقف المدين عن الوفاء يرجع الى الأزمة المالية » ^(١) .

ولكن هذا العلاج لم يكن حاسما لكثرة عدد الحالات المعروضة فيها الأراضي للبيع الجبرى ، ولذلك اتجهت فكرة وزارة المالية الى البحث عن هيئة تموّلها الحكومة لتقوم بشراء الأراضي التي يتضح من بحث حالتها أنها معرضة للبيع أو بيعت بثمان بخس ، على أن تتولى تلك الهيئة ادارة تلك الأراضي . وصدر قرار مجلس الوزراء في ١٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١ « بالموافقة على ما اقترحت وزارة المالية

(١) راجع في ذلك مذكرة مرفوعة من وزارة المالية الى مجلس الوزراء في ١٥ من نوفمبر

خاصا بتدخل الحكومة فى شراء الأقطان التى يتضح من بحث حالتها أنها بيعت بالمراد الجبرى أو معرضة للبيع به بضمن بخس ، على أن يكون هذا التدخل عن طريق الشركة العقارية المصرية التى تتولى ادارة تلك الأقطان بعد شرائها الى حين وجود مشتر لها بضمن مناسب ، مع اعطاء المدين الأصلي وعائلته وأهل منطقته حق الأولوية فى الشراء » ، وذلك فى خلال السنوات الخمس التالية لشراء الشركة الأرض ، وعلى أن تقوم الشركة بامساك حساب خاص للمبالغ التى تقدمها الحكومة للشركة وكذلك أوجه الإيرادات والصرف الخاصة بالعملية الخ .

وسارت الشركة فى عملها ووضعت الحكومة تحت تصرفها مبلغ مليون جنيه على دفعات متعددة صدر باعتمادها الرسوم بقانون رقم ٢٦ فى ٢٧ من مايو سنة ١٩٣٣ . وبلغت مساحة الأراضى التى اشتريتها ١٧٨١٠ فدان تقريبا . وقد جاء فى مذكرة وزارة المالية المرفوعة الى مجلس الوزراء والمؤرخة فى ٢٤ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ ووافق عليها مجلس الوزراء فى ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ ما يأتى بالنص :

« بما أن إعادة هذه الأقطان الى أصحابها متى توفرت فيهم أسباب استردادها كان من الأغراض التى رمت اليها الحكومة بتدخلها فى شراء تلك الأراضى فقد بحث مجلس النواب أثناء النظر فى ميزانية سنة ١٩٣٢ هذا الموضوع وكان من أثر بحثه أن فاضت وزارة المالية الشركة وتم الاتفاق على أن يباع لأصحاب الأولوية فى شراء تلك الأراضى كل أو بعض الأقطان التى يرغبون فى استردادها بزيادة قدرها ١٠ ٪ مما تكلفته الحكومة فى شرائها (ويشمل ذلك الثمن الذى دفعته الشركة مضافا اليه ملحقاته من مصاريف ادارية وعمومية وتكاليف اصلاح وفوائد لغاية تاريخ البيع بواقع ٥ ٪ بعد خصم ريع الأقطان) ، وبشرط أن يقوم المشتري بدفع ربع الثمن على الأقل نقدا والباقي مقسطا لمدة لا تزيد على عشرين عاما بفائدة ٦ ٪ غير أن هذه الشروط قد أعيد النظر فيها بمجلس النواب لما تبين من أن المالكين الأصليين لم تمكنهم ظروفهم وقتئذ من استرداد أراضيهم على أسامها . وقد تقرر أن يترك للحكومة بحث ما تقدم بمجلس النواب من اقتراحات فى هذا الشأن وتحقيق ما يمكن تحقيقه منها .

« وقد أوقف تدخل الحكومة في شراء الأراضي منذ ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ . وظلت الشركة العقارية تدبر تلك الأطنان الى أن صدر قرار مجلس الوزراء بتاريخ أول أغسطس سنة ١٩٣٤ بأن تستعمل الحكومة الحق الخول لها بالمادة التاسعة من عقد الاتفاق المبرم بينها وبين الشركة والذي يخولها حق تسلّم الأطنان من الشركة وتصفية العملية . ومن هذا التاريخ تسلمت مصلحة الأملاك تلك الأطنان وتولت ادارتها . وتدل نتيجة استغلال هذه الأراضي أنها لا تأتي بغلة تتناسب مع رؤوس الأموال التي أنفقت في شرائها واستغلالها . ويرجع السبب في ذلك الى تفرقها في مناطق متعددة مما يزيد في تكاليف ادارتها ويتطلب مجهودا ونفقات كبيرة . . . ولذلك فمن صالح الحكومة أن تسرع برسم الخطة الصالحة لبيع تلك الأراضي حتى لا تتضخم رؤوس أموال هذه الصفقات سنة بعد أخرى وتكون النتيجة أن يرهق أصحابها الأصليون بأثمانها المتضخمة أو تلجأ الحكومة الى بيعها بأثمان تقل عما تكبدته في شرائها وادارتها . ولذا فقد بحثت وزارة المالية هذا الموضوع . . . وقر رأيها في النهاية على أن تعرض هذه الأراضي على أصحاب الأولوية في شرائها من أصحابها الأصليين أو ذويهم في ظرف المدة الباقية من الخمس السنوات التي حددها قرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ بالشروط الآتية :

١ — لأصحاب هذه الأراضي أو ذويهم ممن سيأتي ذكرهم بعد الحق في شراء تلك الأراضي في ظرف المدة الباقية من الخمس السنوات التي حددها قرار مجلس الوزراء في سنة ١٩٣١ بثمن يقدر على الأساس الآتي :

(١) الثمن الذي اشترت به الحكومة الصفقة .

(ب) المصاريف القضائية ورسوم التسجيل وما يتبعها من أتعاب محاماة وغيرها .

(ج) اذا كانت إيراداتها تزيد عما تكلفته من مصاريف وأموال وغيرها . أما اذا كانت المصروفات بأنواعها والأموال الأميرية تربو على الإيرادات التي عادت بها الصفقة (بسبب استصلاحها مثلا أو غير ذلك) فتضاف الزيادة الى الثمن .

(د) تحتسب فوائد على رصيد كل صفقة بواقع . . .

٢ — يكون ترتيب الأولوية في شراء تلك الأطنان لأصحابها الأصليين أو

ذويهم على الوجه الآتى : (١) المالك الحقيقى (المنزوع ملكيته) . (٢) الزوج أو الزوجة . (٣) أولاد المالك الحقيقى . (٤) أبويه . (٥) اخوته . (٦) أولاد اخوته . (٧) الأعمام . (٨) أولاد الأعمام . (٩) الأصهار (الخ الشروط) .

وزادت المذكرة أنه « قد روعى فى وضع هذه الشروط ألا تحصل الحكومة من هؤلاء المشترين الا على ما تكلفته من شراء الصفقة وأن تحدد لهم فائدة معقولة وآجالا واسعة للدفع حتى تتاح لهم فرصة فى استعادة أملاكهم ، كما راعت ألا تغبن الخزينة نتيجة تدخل الحكومة فى شراء هذه الأراضى . وترى وزارة المالية اذا ما اقتضت الخمس السنوات التى أقرها مجلس الوزراء فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ دون أن يتقدم أصحاب الأولوية فى شراء أية صفقة لاستردادها بالشروط الآنف ذكرها فتباع تلك الصفقة بالمزايدة بطريق المظاريف المقفلة على أن يكون الثمن الأساسى ما تقرره اللجنة التى يختار أعضاؤها وزير المالية وأن تكون شروط البيع كما بلى :

(١) أنه يكون المشتري مصرى الجنس . (ب) » .

وفى ١٦ من مارس سنة ١٩٣٧ وافق مجلس الوزراء على ما اقترحت وزارة المالية فى مذكرتها المرفوعة اليه من تخفيض الفائدة ، ومن تقسيط رأس المال على ٣٥ سنة ، ومن أن يكون مبدأ الخمس السنوات المعينة لقبول طلبات الاسترداد من نوفمبر سنة ١٩٣٥ بدلا من تاريخ مرسى المزاد حتى يتسنى لأصحاب هذه الأراضى استعمال حقهم فى الاسترداد فى مدى أوسع .

وفى ١٦ من أغسطس سنة ١٩٣٩ وافق مجلس الوزراء بناء على مذكرة مرفوعة اليه من وزارة المالية ، على أن يكون ترتيب الأولوية الذى أقره مجلس الوزراء فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ساريا فى حالة وجود المالك الأصيل للأرض على قيد الحياة . أما فى حالة وفاته فيكون المبدأ رد الأرض بطريق البيع الى الورثة جميعا كل بحسب نصيبه بحكم الميراث الشرعى .

تلك هى الظروف التى دعت الحكومة الى شراء الأراضى المعروضة للبيع الجبرية وادارتها لاعادتها بعد ذلك الى أصحابها الأصليين أو الى ذويهم بالطريقة والشروط التى بينها قرارات مجلس الوزراء .

ويتلخص ما تقدم فيما يأتى :

أولاً — ان الغرض الذى رمت اليه الحكومة من تدخلها هو « صيانة الثروة العقارية من التدهور بسبب عرض تلك الأطنان فى السيوع الجبرية بأثمان بخسة ، وضنا لهذه الأراضى أن تنتقل الى أيد أجنبية ، ولمد يد المساعدة لأصحاب تلك الأراضى الأصليين الذين أصابتهم الأزمة فحالت بينهم وبين الوفاء بأقساط ديونهم » ، « واعادة هذه الأطنان الى أصحابها متى توفرت فيهم أسباب استردادها » (مذكرة المالية المؤرخة فى ٢٤ من نوفمبر سنة ١٩٣٥) .

ثانياً — ان المبلغ المأخوذ من الاحتياطى العام للدولة انما خصص لشراء تلك الأراضى وادارتها لمدة تشرع الحكومة بعدها فى بيعها بالثمن المناسب اذا لم يتقدم لاستردادها فى هذه المدة المالك الحقيقى أو ذويه بالترتيب المعين بقرارات مجلس الوزراء .

ثالثاً — ان ما يجب على المالك الحقيقى دفعه لاسترداد أرضه المنزوعة ملكيتها ليس ثمن تلك الأرض فى وقت استردادها ، وانما هو مبلغ تعينت أصول حسابه فى قرارات مجلس الوزراء . ويتضمن هذا المبلغ الثمن الذى رسا به المزاد على الشركة العقارية لحساب الحكومة وما يلحقه من مصروفات مضافا اليه فائدة قدرها ٥ ٪ ، وأحيانا $3\frac{1}{4}$ ٪ (أى أن الحكومة انما تسترجع ما كلفتها الصفقة بالفعل وتقتصر على اقتضاء فائدة بسيطة لرأس مالها) .

رابعاً — انه الى أن يتقدم المالك الحقيقى أو أحد ذويه بطلب استرداد الأراضى المنزوعة ملكيتها تقوم الشركة العقارية نيابة عن الحكومة (وبعد ذلك مصلحة الأملاك) بادارة الأراضى ، وتحقيقا لهذا الغرض تمسك دفاتر خاصة بالأراضى المشتراة لحساب أصولها وخصومها ولحساب أرباحها وخسائرها فى تلك المدة ، بحيث اذا نشأت أرباح حسبت من القيمة الواجب دفعها للاسترداد ، واذا نشأت عنها خسارة أضيفت الى تلك القيمة (أى أن الحكومة تقوم بادارة الأراضى لحساب المالك الحقيقى) .

وقد آلت بعض الأراضى المشار اليها الى ملاكها الأصليين ، كما آلت بعضها الى ذويهم أو الى من تنازلوا لهم عنها . ولما كانت بعض عقود من آلت اليهم لم

تسجل ، وبيعت أراض بجوارها ، فطالبوا بأخذها بالشفعة ، ورفعت دعاوى بطلب أخذ الأراضى المستردة بطريق الشفعة ، فقد جرى البحث فى تكييف عملية تدخل الحكومة وحيازتها لتلك الأرض . فرأى بعض أن العملية بيع منجز ، ورأى بعض آخر أنها عملية من نوع خاص ، فهى فضالة من جانب الحكومة ، أو وكالة قانونية عن المنزوعة ملكيته ، أو اشتراط لمصلحته ، أو هى شراء مقترن بشرط فاسخ ^(١) .

وأول حكم منشور فى هذا الخصوص هو حكم محكمة المنصورة المدنية المختلطة ^(٢) ، وقد جاء فيه أن التصرف محل النزاع لا يتضمن بيعا قطعيا ، لأن الشروط التى يتطلبها القانون لوجود هذا العقد ليست متوافرة ، ولانعدام حرية الشخص فى بيع ماله بحسب اختياره مهما يكن الشخص الذى يبيع له . فالبيع يقوم أصلا على الرضاء ، بمعنى أن كل طرف يبقى حرا ، سواء فى الشراء أو فى البيع . أما فى صورة الدعوى فإن الحكومة لم تكن تستطيع وفقا لنصوص قرارات مجلس الوزراء أن ترفض نقل الملكية الى المدين المنزوعة ملكيته أو الى ذويه مكانه ، وذلك لجرد أن يعبر هذا الأخير عن ارادته ويقوم بأداء الشروط المنصوص عليها فى القرارات المذكورة . ومن ناحية أخرى فإن التصرف قد تم بثمن خاص هو الثمن الذى اشترت به الحكومة مع بعض الشروط وبنية التبرع التى أوجت بها اعتبارات متعلقة بشخص المتصرف له . وانتهت المحكمة الى أن التصرف المبرم بالتطبيق لنصوص قرارات مجلس الوزراء المذكورة لا يمكن أن يتضمن بيعا قطعيا ، وإنما هو عملية من نوع خاص حاصلة بثمن خاص ليس هو الثمن الحقيقى وقت التصرف ومبنية على نية المساعدة والتبرع .

وجاء فى حكم المحكمة الاستئناف ^(٣) : (١) ان قرار مجلس الوزراء الذى صدر فى ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، والذى يجعل لملاك الأراضى الزراعية التى نزلت

(١) راجع مذكرة لنا فى هذا الموضوع قدمت لمحكمة طنطا الابتدائية فى الدعوى رقم ١٤٨ سنة ١٩٤٣ وقت مزاولتنا للحمامة .

(٢) فى الدعوى المرفوعة من نانوبولو ضد عبد الحميد عبد الحق بك ووزارة المالية والمنشور فى جرنال المحاكم المختلطة فى العدد رقم ٣١٧٣ فى ٢ و ٣ من يولييه سنة ١٩٤٣ .

(٣) استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٤٥ فى الاستئناف رقم ٨٦٣ سنة ٥١ القضائية .

ملكيتها ولفئات من ذوى هؤلاء الملاك من الأولوية فى شراء هذه الأراضى انما صدر من مجلس الوزراء بمقتضى التفويض المنصوص عليه فى المرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ الصادر بفتح اعتماد بمبلغ مليون جنيه يؤخذ من المال الاحتياطى العام للدولة لمساعدة ملاك الأراضى الزراعية ، نظرا الى ما جاء فيه من أن تحديد كيفية المساعدة وشروطها يكون بقرار من مجلس الوزراء . ومتى كان الأمر كذلك فإن القرار المذكور يكون متما للمرسوم الذى صدر على موجبته وتنفيذا له ويكون بالتالى قانونا ، له ما للقوانين من قوة النفاذ والالزام ، ولما كانت الأولوية التى جعلها هذا القرار لملاك الأراضى الزراعية وذويهم تتنافى مع حق الشفعة فقد وجب اعتبار القرار المذكور ناسخا لقانون الشفعة عملا بقواعد التفسير العامة ، (٢) انه أيا كان التكييف القانونى الصحيح للعملية التى تجربها وزارة المالية لمصلحة المدين المزروعة ملكيته من وقت دخولها المزاد بصفة مشترية فى الظاهر الى وقت ردها الأرض له أو لواحد من ذويه فانها فى أية صورة صورت لا يصح اعتبارها فى مرحلتها الأخيرة التى تؤول فيها ملكية الأرض لذى الحق فى استردادها بيعا باتا يحجز الأخذ بالشفعة ، لأن وزارة المالية لم تقصد الى شراء أرض المدين لتستقر لها ملكيتها ، انما قصدت الى أن تحوزها لتردها فيما بعد له أو لواحد من ذويه بحسب ترتيب أولويتهم ولأن البيع يقوم على الرضا ووزارة المالية لا تملك أن ترفض نقل الملك الى المدين أو من حل محله من ذويه متى أعرب عن ارادته فى طلب الأرض ، ولأن التصرف فى مرحلته الأخيرة يتم بمقابل خاص هو المبلغ الذى دفعته الحكومة فى سبيل الحصول على الصفقة مضافا اليه المصاريف القضائية مع استئزال فائض ريع الصفقة حتى تاريخ ردها لطالب استردادها . وهذه اعتبارات من شأنها أن تنفى عن العملية أهم خصائص البيع وتطبعها بطابع خاص ليكن تكييفه القانونى ما يكون ، فهى على كل حال ليست فى مرحلتها الأخيرة بيعا يصح معه الأخذ بالشفعة . ولا يغير من طبيعة هذه العملية صدورها مباشرة لمن تنازل له ذو الحق فى استرداد الأرض بموافقة وزارة المالية ، لأن المتنازل له يحل محل المتنازل فى جميع حقوقه وواجباته ، فلا يتحول عقده الى بيع بات يحجز الشفعة .

وقضت محكمة الاستئناف^(١) في دعوى أخرى بأنه وإن كان صحيحاً أن ملكية الحكومة لما يؤول اليها نتيجة تدخلها لصيانة الثروة العقارية ليست ملكية عادية ، وإنما هي ملكية من نوع خاص تخالف في تكييفها وجهات النظر ، هل هي ملكية معلقة على شرط فاسخ ، أم هي ملكية وكيل لحساب موكله ، أم ملكية فضولى لحساب غيره ، إلا أنه مهما يكن الرأى القانونى الذى يستعان به في تكييفها فإن أقصى نتائجها — إذا صح قبول هذه النتائج — أن المدين نفسه هو الذى يمكن أن يعتبر مالكا لم يتجرد عن ملكيته منذ نزعت منه الى يوم أن استردها من الحكومة . أما غير المدين من يكون قد استعمل حق الأولوية واشترى العين من الحكومة فإنه يملك ما اشتراه ملكية جديدة عليه . وهذه الملكية لا تثبت له بحكم قانون التسجيل الا من يوم تسجيل عقده الذى اشترى به من الحكومة ، وقبله لا يجوز له أن يشفع فيما بيع بعقد مسجل قبل تسجيل عقده هو . وقد أقرت محكمة النقض والابرام هذا النظر^(٢) .

وقضت محكمة الاستئناف^(٣) بأن الرأى اختلف في تكييف تصرف الحكومة لشراء الأراضى الزراعية لبيعها بعدئذ بالشروط التى أخذت بها نفسها . فمن قائل انه فضالة من جانبها ، أو وكالة قانونية من المنزوعة ملكيتهم ، أو اشتراط لمصلحته ، ومن قائل انه شراء مقترن بشرط فاسخ هو طلب المالك استردادها . ورتب الفريقان على ذلك أن تصرف الحكومة فى تلك الأراضى لا ينطوى على بيع يتولد عنه حق الأخذ بالشفعة ، لأنه ان فسرت العملية بأنها فضالة أو وكالة أو اشتراط لمصلحة المالك الأصلى فإن الملكية تبقى على ذمته رغم شراء الحكومة ، وان فسرت بأنها شراء مقترن بشرط فاسخ فإنه يفسخ بأثر رجعى عند تحقق الشرط . ولكن هذا التكييف الرباعى لا يستقيم أمره الا فى حالة ما اذا استرد المالك أرضه ، فإن لم يفعل وباعتها الحكومة الى غيره من ذويه فى خلال السنوات الخمس التالية على شرائها

(١) استئناف مصر ٢٩ فبراير ١٩٤٤ فى الاستئناف رقم ١٨٥ سنة ٦١ القضائية .
(٢) نقض ٢٢ مارس ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٥٦ سنة ١٤ القضائية بمجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٢٤ .
(٣) استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٤٥ فى الاستئناف رقم ٩١٥ سنة ٦١ القضائية واستئناف مصر ١٤ يونيه ١٩٤٥ فى الاستئناف رقم ١٠٠٣ سنة ٦١ القضائية .

أو الى من عداهم من قطان البلاد المصريين بعد انقضائها فلا شك في أن انتقال الملكية الى واحد من هؤلاء لا يمكن أن يتفق مع بقائها لرب العمل أو الموكل أو الغير المشترط لمصلحته أو مع انفساخ البيع بأثر رجعي ، هذا عدا أن الوكالة لا سند لها من القانون ، كما أن الشرط الفاسخ لا يتصور بغير اتفاق لم يحصل بين الحكومة والمالك المنزوعة ملكيته ، وكل هذا اذا كانت الحكومة قد اشترت من المزارع مباشرة ، أما اذا كان شراؤها من المصارف التي رسا عليها المزارع من قبل فواضح أن أى واحد من هذه التكييفات جميعا لا يمكن أن ينطبق على تصرفها في أية حالة سواء كان المالك هو الذى يسترد أرضه أو كان غيره هو الذى يطلب شراؤها . والتكييف الصحيح الذى يستقيم في جميع الأحوال هو أن تصرف الحكومة ليس الا شراء مقترنا بوعده بالبيع لفريق معين من الناس بثمن معين وبشروط خاصة . فالعملية اذن تنطوي على بيعين ، أحدهما يصدر من المالك الأصلي جبرا عليه للحكومة فتنتقل الملكية لها ، والثاني بيع من الحكومة لهذا المالك أو لواحد من أصحاب الأولوية يقع بمجرد قبوله وعدها وان ثمن البيع الثاني وان جاز أن يقل فرضا عن القيمة فان ذلك ليس فيه من التبرع ما يبدل طبيعة العقد ليجعل هبة تتمتع معها الشفعة . وقد رأت محكمة النقض والابرار^(١) أن المدين الذى يسترد أرضه المنزوعة ملكيتها لا يتفق على انشاء بيع مستحدث ، بل يتفق على التنازل في البيع القديم . وبنت رأيها على ما يأتى :

انه يتبين من المرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ والمرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٣٣ وقرارات مجلس الوزراء التي صدرت تنفيذا لهذين المرسومين ومذكرات وزارة المالية التي انبنت عليها هذه القرارات أن الحكومة قد هالها الازدياد المطرد في دعاوى نزع ملكية الأراضى الزراعية ، بسبب عجز الملاك عن الوفاء بديونهم بسبب الضائقة المالية ، مما كان له أثره في خفض قيمة هذه الأراضى ، ورأت وجوب تدخلها لمنع هذا الأثر وتدارك أسبابه ، فاتجهت الى مجلس ادارة بنك التسليف الزراعى طالبة اليه أن يعد برنامجا يكفل المحافظة على قيمة الثروة العقارية .

(١) في أحكامها الصادرة في ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ في الطعون رقم ٣٦ و ١٢٧ و ١٤٤

سنة ١٥ القضائية .

فاستجاب المجلس المذكور لهذا الطلب ، ووضع برنامجا مقتضاه أن يتجه الجهد الى السعى لدى الدائنين لصددهم عن الالتجاء الى نزع الملكية ، وذلك اما بزيادة الضمان المقدم لهم كلما كان ذلك في وسع مدينيهم ، أو بأن يدفع بنك التسليف نفسه للدائنين المستحق لهم من الأقساط المتأخرة . وقد حرص مجلس ادارة بنك التسليف على أن يشير على الحكومة في البرنامج الذي وضعه بوجوب الامتناع عن شراء الأرض المعروضة للبيع الجبرى ، حتى لا تتعرض الحكومة للصعوبات المترتبة على ادارة أملاك مختلفة المساحات مبعثرة في جهات متعددة . وأقر مجلس الوزراء هذا البرنامج في ١٦ من أغسطس سنة ١٩٣١ ، وبدأت الحكومة في تنفيذه ، فاستصدرت في ٢٠ من أغسطس سنة ١٩٣١ المرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ ، وهو ينص على فتح اعتماد بمبلغ مليون جنيه لمساعدة ملاك الأراضي الزراعية المعرضين لخطر نزع الملكية بناء على طلب الدائنين ، على أن يؤخذ المبلغ المذكور من المال الاحتياطي العام للدولة ، وعلى أن تحدد كيفية المساعدة المتقدم ذكرها وشروطها بقرار من مجلس الوزراء . ولم يعرض هذا المرسوم على البرلمان عند انعقاده ا كنفاء بايداعه ضمن ما أودع من المراسيم التي صدرت بعد فض دور الانعقاد ، لكنه مع ذلك نفذ منذ صدوره ، وتلقى بنك التسليف من الحكومة دفعات متعددة خصما من المليون جنيه التي صدر بها المرسوم ليدفعها للدائنين وفاء للأقساط المتأخرة على مدينيهم . غير أن الحكومة ما لبثت حتى أدركت قصور هذا البرنامج عن تحقيق الغاية التي هدفت اليها ، وهى الحيلولة دون بيع الأراضي الزراعية بيعا جبريا بأثمان بخسة . ولهذا اتجه تفكيرها الى التدخل لشراء الأراضي التي يتضح من بحث حالتها أنها بيعت أو أنها معرضة للبيع بثمان بخس عن طريق هيئة تمولها وتشرف على عملها . وتنفيذا لهذا التفكير عقدت وزارة المالية مع الشركة العقارية اتفاقا أقره مجلس الوزراء في ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١ جاء فيه أن الحكومة تضع تحت تصرف الشركة مائة ألف جنيه . فاذا ما استنفد هذا المبلغ وضعت الحكومة مبلغا آخر مماثلا له ، وهكذا كلما استنفد مبلغ وضع بمبلغ مماثل بدلا منه ، وأن تستعمل الشركة هذه المبالغ في شراء الأرض الزراعية المملوكة لمصريين والمعرضة للبيع الجبرى في أحوال يتبين منها أن الشراء سيتم بثمان أقل من القيمة الحقيقية

لها ، وأن تدبر الشركة الأراضى المشتراة الى أن يوجد مشتر لها بضمن مناسب ، على أن يكون للمدين الأصلي الذى نزع ملكيته ، ثم لأفراد عائلته ، ثم لأهالى المنطقة الموجودة بها الأرض ، حق الأولوية فى الشراء عند تساوى الشروط ، وأن تحسب للحكومة -فائدة على المبالغ التى تمول بها الشركة- بسعر خمسة لكل مائة ، وأن تقسم الأرباح الناتجة من العملية عند انتهائها مناصفة بين الشركة والحكومة ، مع ثبوت الحق للحكومة فى أن تنهى العمل بالاتفاق فى أى وقت تشاء . وسارت الشركة العقارية فى تنفيذ هذا الاتفاق الى أن قرر مجلس الوزراء فى أول أغسطس سنة ١٩٣٤ إنهاء العمل به ، فوقف الشراء وتسلمت مصلحة الأملاك الأميرية ما اشترته الشركة من أراض زراعية وأدارتها بنفسها . وقد أسفرت هذه الإدارة عن أنه لا تناسب بين غلة هذه الأراضى وبين رءوس الأموال التى أنفقت فى شرائها ، لتفرقها فى مناطق متعددة تفرقا ضاعف تكاليف إدارتها ، الأمر الذى حدا بالحكومة الى التفكير فى التصرف فيها . غير أنه حدث قبل أن يوضع هذا التفكير موضع التنفيذ أن عرض على مجلس النواب فى جلسة ٥ من يولييه سنة ١٩٣٢ تقرير اللجنة المالية عن مشروع ميزانية سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ ، وكان هذا المشروع قد تضمن فصلا عن صيانة الثروة العقارية الزراعية ، أشير فيه الى اتفاق الحكومة مع الشركة العقارية ، فقال مقرر اللجنة تعليقا على هذا الاتفاق « ان اللجنة مع تقديرها لما قامت به الحكومة من الاتفاق مع الشركة العقارية تلاحظ أن هذا الاتفاق خلوما يضمن إعادة الأراضى التى تشتريها الشركة الى أصحابها أو الى ذويهم فى خلال خمس سنين من تاريخ الشراء بضمن محدود لا يقوم حوله شك ولا ريب ، بأن تقرر صراحة إعادة هذه الأراضى لأصحابها أو ذويهم بضمنها الأساسى ، مضافا اليه ١٠ ٪ ربحا للشركة والحكومة ، على أن يدفع ربع الثمن نقدا ويقسط الباقى على عشرين سنة بفائدة ٦ ٪ . وحينئذ يتحقق غرض الحكومة وتتحقق الفائدة المرجوة للبلاد » . وما أن أبدى مقرر اللجنة المالية ملاحظته هذه حتى قال رئيس الحكومة انه يوافق اللجنة على رأيها . وحدث أيضا ، عند نظر مشروع القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٣٣ القاضى بأن يؤخذ مليون جنيه من المال الاحتياطى لمساعدة ملاك الأراضى الزراعية

المعرضين لخطر نزع الملكية ، أن اتضح للنواب في جلستي ١٩ و ٢٤ من أبريل سنة ١٩٣٣ أن المبلغ موضوع هذا القانون هو قيمة ما دفعته الحكومة فعلا للشركة العقارية تنفيذا للاتفاق الذي أقره مجلس الوزراء في ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١ ، فعنى كثير منهم على الحكومة أنها لم تضمن الاتفاق المذكور ما يفيد تقرير حق الاسترداد المالك الذين نزع ملكيتهم ، وقبل أن يوافق المجلس على مشروع هذا القانون أبدى رغبة عامة في أن يعطى هذا الحق للمالك المذكورين ، وأن تيسر عليهم سبل استعماله . وعلى أثر ذلك غيرت الحكومة وجهتها ، وأقامت سياستها في التصرف فيما آل إليها من الأراضي ، لا على أساس عرضها للبيع ، بل على أساس ردها الى أصحابها بحيث لا يباع منها بالزاد أو بطريق المظاريف — كما تباع أموال الحكومة عادة — الا ما يبقى تحت يدها دون أن يطلبه صاحب الحق في استرداده . وعملا بهذه السياسة الجديدة أصدر مجلس الوزراء في ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ قرارا أقر مذكرة لوزارة المالية تضمنت القواعد التي وضعتها الوزارة المذكورة لتراعى في التصرف في هذه الأراضي . ومن هذه القواعد أن يكون لأصحاب هذه الأراضي أو ذويهم ممن سيأتي ذكرهم بعد الحق في شراء تلك الأراضي في مدى خمس سنوات تبدأ بالنسبة الى كل صفقة من تاريخ رسومزادها على الشركة العقارية ، وأن يكون الشراء مقابل الثمن الذي اشترت به الحكومة الصفقة مضافا اليه المصاريف القضائية ورسوم التسجيل ، على أن يخصم من ذلك ما يوازي غلة الأرض اذا كان ايرادها زائدا على مصروفاتها ، أما اذا زادت المصروفات على الايراد فتضاف الزيادة الى الثمن ، وأن يدفع طالب الشراء عشر الثمن عند توقيع العقد الابتدائي بالبيع ، وتحتسب على باقي الثمن فائدة بسيطة بسعر ٣ ١/٢ لكل مائة ، وتضم هذه الفائدة الى باقي الثمن ، ويقسط المجموع على ثلاثين سنة . وأن تكون الأولوية في شراء الأرض للمالك المنزوعة ملكيته فزوجه فأولاده فأبويه فأخوته فأولاد أخوته فأعمامه فأولاد أعمامه فأصهاره ، وألا يجوز بيع هذه الأراضي أو رهنها رهنا عقاريا أو حيازيا أو تقرير اختصاص قضائي عليها أو اجراء البدل فيها أو التنازل عنها أو تقرير حق عيني عليها أو التنفيذ عليها بطريق الحجز أو نزع الملكية ، وذلك لغاية الوفاء بالثمن كله ، ومع ذلك فيجوز بيع الأرض أو التنازل عنها كاملة أو مجزأة لأي شخص بشرط موافقة

وزارة المالية ، وفي هذه الحالة لا تلتزم الحكومة ازاء المتنازل اليه بما التزمت به ازاء الملاك الأصليين وذويهم من حيث أجل دفع الثمن وسعر الفائدة ، وأنه اذا انقضت الخمس السنوات دون أن يتقدم أصحاب الأولوية في شراء أية صفقة لاستردادها بالشروط الأنف ذكرها تباع تلك الصفقة بالمرابدة بطريق المظاريف المغلفة ، على أن يكون الثمن الأساسى بحسب ما تقدره لجنة يختار أعضاؤها وزير المالية . ومع ما فى هذه الشروط من التيسير البالغ فإن من أصحاب الأراضى من قصرت أسبابه عن الافادة منها . ولم يهن على الحكومة أن يضع على هؤلاء حقهم فى الاسترداد فحولتهم بناء على تظلمهم مزيدا من التيسير والمراعاة بقرار صدر من مجلس الوزراء فى ١٦ من مارس سنة ١٩٣٧ قضى بأن تخفض الفائدة الى ٣ ٪ بدلا من ٣ ¼ ، وأن يعفى أصحاب الأراضى من استهلاك رأس المال فى الخمس السنوات الأولى من الاسترداد ، وأن يقسط رأس المال على خمس وثلاثين سنة بدلا من ثلاثين ، وأن تبدأ الخمس السنوات المعينة لقبول طلبات الاسترداد من نوفمبر سنة ١٩٣٥ بدلا من تاريخ رسو المزاد .

فيتضح مما تقدم : أولا — أن مجلس الوزراء — اذ أصدر فى ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ قراره بالموافقة على مذكرة وزارة المالية التى تضمنت شروط بيع الأراضى التى آلت الى الحكومة نتيجة تدخلها بالشراء لصيانة الثروة العقارية الزراعية — انما كان يباشر سلطته الادارية التى تجعل منه قويا على الملك الخاص للدولة له أن يضع من الشروط لبيع هذا الملك ما يراه محققا للصالح العام . وما يصدر عنه فى هذا الشأن من قرارات هى من قبيل القرارات الادارية . واذا كان المرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ الذى نص على فتح اعتماد بمبلغ مليون جنيه لمساعدة ملاك الأراضى الزراعية المهدة بخطر نزاع الملكية قد أذن لمجلس الوزراء فى أن يحدد كيفية هذه المساعدة وشروطها فإن هذا الاذن مع ما يدور فى الفقه الدستورى من خلاف حول قوة القوانين المالية وأثرها فى القوانين الأخرى مما لامل هنا للتعرض له — لا يسوغ اعتبار ما صدر من المجلس المذكور من القرارات الخاصة بتدخل الحكومة لشراء الأراضى الزراعية أو بيع ما اشترته منها بشروط معينة فى حكم القوانين ، لأن المساعدة المقصودة بالمرسوم الذى تضمن هذا الاذن كانت مقصورة

على تمويل بنك التسليف العقارى بالمال ليدفع عن المدينين باسم الحكومة ما تأخر عليهم من الأقساط ، أخذا بالبرنامج الذى وضعه مجلس ادارة بنك التسليف على أساس اطراح فكرة تدخل الحكومة لشراء الأراضى والتحذير من عواقب تلك الفكرة . ومتى كان الأمر كذلك فإن تلك القرارات لا يمكن أن تكون قد صدرت فى حدود الاذن الذى تضمنه المرسوم رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ ، فلا محل أصلا للقول بأنها تشريع ناسخ لأحكام الشفعة . فضلا عن ذلك فإن هذه القرارات لم تنشر فى الجريدة الرسمية ، مع أن هذا النشر فى حكم الدستور اجراء لا بد منه لنفاذ كل تشريع . ثانيا — أن الحكومة وقت أن رأت فى ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١ وجوب تدخلها لشراء الأراضى الزراعية المعرضة للبيع الجبرى بضمن نجس إنما كانت تهدف الى تقوية عنصر الطلب فى سوق الأراضى الزراعية لتضع حدا لتدهور قيمتها بعد أن اطردت الزيادة فى عرضها . أما رد هذه الأراضى الى أصحابها فلم يكن هو هم الحكومة . ولهذا جاء اتفاقها مع الشركة العقارية قاضيا بأن تضع الشركة يدها على ما تشتريه الى أن يوجد له مشتر بضمن مناسب فتبيعه ، على أن يكون لصاحب الأرض ثم لأفراد عائلته ثم لأهالى المنطقة حق الأفضلية فى الشراء عند تساوى الشروط . وهذا صريح فى أن الحكومة — الى هذا الحين — لم يكن من رأيها أن تؤثر المدين المنزوعة ملكيته بأرضه ، فتركته عرضة لأن يزاحمه غيره ولأن يفضل عليه من يعرض شروطا أفضل من شروطه . ومن ثم يكون القول بأن الحكومة عندما أقدمت على شراء الأراضى الزراعية المهدة بالبيع قد التزمت مقدما بأن ترد هذه الأراضى لأصحابها عند طلبها ، وأن ملكيتها لهذه الأراضى تبعاً لهذا الالتزام كانت ملكية مقيدة بشرط فاسخ لاسندله . ثالثا — أن الحكومة منذ واجهها مجلس النواب برغبته فى أن ترد ما آل اليها من الأراضى الزراعية الى أصحابها اتجهت نحو تنفيذ هذه الرغبة ، وجاء قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ عاملا على تحقيقها . ولما كان القرار المذكور قد تضمن ايجاباً من الحكومة أوجبت به على نفسها أن ترد لكل مالك ملكه الذى نزع منه بمجرد طلبه فى مدى خمس سنوات مقابل ثمنه الذى رسا به المزاد عليها ، ولما كان المدين المنزوعة ملكيته ، هو قانونا فى حكم البائع ، فإن هذا الايجاب متى قبله

المدين المذكور لا يكون انشاء لبيع مستحدث ، وانما هو اتفاق على التقابل في البيع القديم والتراد في المبيع والتمن . ومتى كان هذا هو التكييف الصحيح للعقد المكون من عرض الحكومة وقبول المالك الأصلي لهذا العرض فان افرغ التراد في صورة عقد بيع ليس من شأنه أن يؤثر في صحة هذا التكييف .

٢٠٦ — الشفعة تكونه عن البيع بشروط — لا يمكن استعمال الشفعة

الا بالحالة التي يكون قد حصل بها البيع وبأوصافه ومضاره والأخطار *risques* التي قد تنجم عنه . فليس للشفيع أن يدعى تخلصه من شرط وارد في عقد البيع يقضى بالزام المشتري بأن يبنى في ميعاد معين منزلا للسكنى في الأرض المبيعة ، وأن يحافظ على مستوى الأرض الحالى ، والا كان جزاء الاخلال بهذا الشرط فسخ البيع ، لأن مثل هذا الشرط ليس فيه شىء غير عادى ، ولا يوجد فيه ما يحمل على اعتباره وسيلة تدليسية لمنع استعمال حق الشفعة ^(١) .

وقد حكم بأنه لا يقبل من الشفيع الطلب الذى يقدمه تحت شرط أن يستبعد مقدما احتمال رفع دعوى استحقاق عن الأراضى المبيعة ^(٢) .

٢٠٧ — لا يجوز بالشفعة لا يعتبر بيعا — يتجدد حق الشفعة عند كل

انتقال للملكية ، الا اذا استبعد لسبب مسقط ، كما اذا ظهر عدم تحقق شرط الجوار ^(٣) . ولكن طالب الشفعة الذى أظهر رغبته فى الأخذ بها ، وسقط عنه هذا الحق ، ليس له أن يطالب بالشفعة ، مدعيا أن الشفعة التي أجراها طالب آخر فيما بعد تعتبر بيعا جديدا يغوله حق شفعة جديد ، لأن الشفعة لا يمكن بحال تشبيهها ببيع جديد ، ولا يمكن التسليم بأنه فى الوقت الذى تتم فيه الشفعة لشخص تصح الشفعة من هذا الشفيع ^(٤) .

٢٠٨ — لا يمنع الشفعة كونه الشفيع سببا أنه امتلك العقار المشفوع —

لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار المبيع ، سواء أكان

(١) استئناف مخطوط ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ ص ٥٦) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ فبراير ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٠٢) — راجع أيضا ٢٠ أبريل

١٩٠٥ (١٧ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مخطوط ٣ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠٠) .

(٤) استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٤٩) .

البائع هو المشتري منه ، أو كان أحد من تلقوا الحق عنه ayants cause ، اذا توافرت في طالب الشفعة الشروط القانونية ^(١) .

البيع الصحيحة التي لا تقع فيها الشفعة

٢٠٩ — ذكر قانون الشفعة ثلاثة أنواع من البيع لا تصح فيها الشفعة في

المبيع ، وهي :

(١) البيع بالمزايدة .

(٢) البيع لبعض الأقارب .

(٣) ما بيع لجعاد محل عبادة .

(١) البيع بالمزايدة

٢١٠ — النص القديم — كانت المادة ١٠٠ من المجموعة المدنية

المختلطة تنص على أنه « يبطل حق الشفعة متى كان البيع واقعا على يد محكمة » . وكانت المادة ٧٤ من المجموعة المدنية الأهلية ، المقابلة للمادة ١٠٠ مختلط ، تنص أيضا على أنه « يبطل حق الشفعة متى كان البيع قهريا على يد محكمة ، انما يجب على من طلب اجراء ذلك البيع أن يعلن ، قبل البيع بخمسة عشر يوما ، الى من يسوغ له التمسك بحق الشفعة لو كان البيع اختياريا ، ورقة باشعاره بيوم المزايدة ، ولا يكون للمعلن اليه المذكور مع ذلك امتياز أو تقدم على غيره » .

وتجب هنا المقارنة بالمادة ٧١٩ من مجموعة المرافعات المختلطة التي جاء فيها « في جميع أحوال البيع المتقدم ذكرها (أى البيع بالمحكمة) لا تجوز الشفعة للشريك أو الجار الا اذا طلبت في حال انعقاد جلسة البيع بالمزاد ، بشرط ايداع مقدار المصاريف والتمن بتمامه من أصل وملحقات في الحال » . ولا مقابل لهذه المادة في مجموعة المرافعات الأهلية ، ونصها مناقض لنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الشفعة ، ولذلك نص هذا القانون ، في المادة ٢٣ منه ، على الغائها .

٢١١ — نص قانون الشفعة — نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة

(١) استثناف مختلط ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) .

من قانون الشفعة على أنه :

« Il n'y a pas lieu à pré-emption si la vente est faite aux enchères publiques par autorité administrative ou en justice par voie de licitation ou d'expropriation » .

« لاشفعة فيما يبيع بالمزايدة لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام إحدى جهات الادارة أو القضاء » ^(١) .

والمعنى الظاهر لهذا النص هو عدم جواز الشفعة فيما يبيع أمام إحدى جهات الادارة أو القضاء بالمزاد العلني : لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لنزع الملكية قهرا .

٢١٢ - تعارضه الأعظم - وقد تعارضت أحكام المحاكم في شأن

هذا النص :

(١) فرأت بعض المحاكم ^(٢) أنه إذا أخذ بالمعنى الظاهر كان النص على البيع بتمعرفة الادارة لغوا لامعنى له ، لأنه لا توجد حالة من الحالتين المذكورتين في الفقرة الأولى من المادة الثالثة تتولى فيها الجهات الادارية البيع ، بل ان الجهات القضائية هي المختصة باجراء البيع في هاتين الحالتين . ولكن بالرجوع الى النص الفرنسي يتضح أنه افترض حالتين منفصلتين احدهما عن الأخرى تمام الانفصال : أولاها حالة البيع الذي يحصل بالمزاد العام بواسطة الادارة ، والثانية حالة البيع الذي يحصل أمام القضاء لعدم امكان القسمة بين الشركاء أو لنزع الملكية قهرا (بواسطة الدائنين) . فاذا باعت إحدى الجهات الادارية عقارا مملوكا لها بالمزاد العلني فلا يكون لأحد حق في أن يشفع فيه . وبما أن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم الأهلية نقل بحروفه عن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم المختلطة الصادر قبله ، فيكون قد نقل أولا عن الفرنسية ، ثم ترجم الى العربية ، ويكون النص الواجب الأخذ

(١) جاء مشروع القانون المدني الجديد بهذا الحكم في المادة ١٠٠٩ بالنسبة الآتي : « لا يجوز الأخذ بالشفعة (١) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفنا لأجراءات رسمها القانون » .

(٢) أسيوط الابتدائية ، حكم استثنائي ، ٢٩ يناير ١٩٢١ (دائرة محمد عبد الهادي الجندی بك والقاضي عبد الله محمد والقاضي محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ ص ٨٨ ، المحاماة ١ رقم ٩٨ ص ٨٥ ؛ الجدول العمري الأول للمعاماة رقم ١٠٠٣ .

به واعتباره هو النص الفرنسي ، وخصوصا أنه هو المتفق مع المقول والمطابق لغرض الشارع ^(١) .

(٢) وقد أخذت محكمة مصر الابتدائية ^(٢) بعكس هذا الرأي ، مقررّة أن النص الفرنسي للمادة الثالثة ترجمته حرفيا كما يأتي « لا محل للشفعة اذا حصل البيع بالمراد العام من الجهة الادارية أو أمام القضاء لعدم امكان القسمة أو لنزع الملكية » . ولا شيء في هذا النص يمنع أن العبارة الأخيرة ، وهي « لعدم امكان القسمة أو لنزع الملكية » ، ترجع الى البيع أمام الجهة الادارية أو أمام القضاء على السواء . والقول بأنه لا توجد حالة يحصل فيها بيع أمام الجهة الادارية لأحد هذين السببين غير صحيح ، لأن الجهات الادارية تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية ، كما أنها تنزع ملكية العقارات لأداء الأموال . وأضافت محكمة مصر الابتدائية الى ما تقدم أنه حتى مع افتراض وجود خلاف بين النص الفرنسي والنص العربي فإن النص العربي وحده هو الواجب التطبيق أمام المحاكم الأهلية ، لأنه هو الذي عرض على مجلس شورى القوانين ، وتناقش فيه وصدق عليه ، وهو الذي صدر القانون به فعلا ، وكلف الناس اتباعه ، فلا يمكن ترك القانون والرجوع الى نصوص ربما وجدت أمام الشارع ولكنه لم يصدرها بالفعل ، كما أنه ليس من العدل ولا من النظام مؤاخذه الناس بنصوص خفية وغير رسمية وخارجة عن القانون وتناقض نصوصه ولم تنشر على الناس ولم ينبهوا اليها بأي طريق من الطرق المعروفة في القوانين ، وانما يمكن الرجوع الى النص الفرنسي ، اذا كان النص العربي غامضا ، لتفسيره ولمعرفة المعنى الحقيقي الذي يرمى اليه ، ولكن اذا تناقض النصان فلا يمكن اهمال النص العربي والأخذ بالنص الفرنسي ، لأن معنى ذلك إلغاء القانون الذي صدر فعلا والعمل بنصوص لم يصدر بها قانون .

(١) راجع أيضا استئناف مصر الأهلية (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى غنيم بك) ١٢ فبراير ١٩٢٢ المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ — استئناف مختلط ١٨ يونيه ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٠٢) ، ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٣) — قارن فتحي زغلول باشا ص ٨٣ — دى هلتس ٢٥ .

(٢) ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى العرابى بك وغفنى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البشري) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠١٢ المجموعة ٣٠ ص ١٧١ رقم ٧٢ .

٢١٣ - رأينا - اذا قارنا النص العربي بالنص الفرنسى نجد أن النص العربى صريح فى أنه لاشفعة فى البيع بالمزايده ، سواء أحصل أمام احدى جهات الادارة أم أمام احدى جهات القضاء ، وذلك فى حالتين :

(١) حالة عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا .

(ب) حالة نزع الملكية القهرى .

أما النص الفرنسى فيحتمل تفسيرين :

(١) قد يفيد ما يفيد النص العربى تماما ، مع هذا الفرق فى الصياغة ، وهو أنه ذكر حالتى البيع بالمزاد العلنى فى آخر الفقرة ، بدل ذكرهما فى أولها كما فعل النص العربى .

(٢) يمكن أن يفسر بأنه لا يجوز شفعة المبيع بالمزاد :

(١) أمام جهات الادارة اطلاقا ، أى فى جميع الأحوال .

(ب) أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما (وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا) .

وقد اعترض على التفسير الأول بأن النص على البيع بالمزاد أمام جهة الادارة يصبح لغوا ، لأن الادارة لا تتولى البيع فى الحالتين المذكورتين فى المادة بل ان الجهة القضائية هى المختصة وحدها بالبيع فيهما . ورد على ذلك بأنه توجد حالات تتولى فيها الجهات الادارية نزع ملكية بعض العقارات وبيعها بالمزاد كما تقدم .

ولكن أى التفسيرين يجب العمل به ؟

نرى أنه يجب العمل بالتفسير الثانى ، أى عدم جواز الشفعة : (١) فى البيع الحاصل أمام جهات الادارة فى جميع الأحوال التى يحصل فيها البيع بالمزايده أمامها ، و (ب) فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما ، وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا . فالظاهر من النص الفرنسى أن الشارع لم يرد تقييد حالات البيع بالمزايده ، وإنما نص على الحالتين المذكورتين فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة بالنسبة الى جهات القضاء ، وهما الحالتان اللتان يكون فيهما البيع بالمزاد العلنى أمام هذه الجهات . والأخذ

بهذا الرأى يتفق مع قواعد الشفعة التى يجب عدم التوسع فى حالاتها .
وعندنا أنه وقد تعارض النصان العربى والفرنسى يجب العمل بالنص الفرنسى ،
لأنه الأصل فى قانون الشفعة ، فقد وضع هذا القانون باللغة الفرنسية ، وصدر أولاً
للمحاكم المختلطة ، ثم ترجم ، وصدر بعد ذلك للمحاكم الأهلية . ولم يطرح هذا
القانون للمناقشة أمام مجلس شورى القوانين كما ذكر ذلك خطأ فى حكم محكمة مصر
الابتدائية الصادر فى ٣٠ من يناير سنة ١٩٢٩ السابق الإشارة إليه ^(١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية ، تطبيقاً للرأى الذى قلنا بترجيحه ،
بأن الشارع منع الشفعة فيما يباع بالمزاد العلنى أمام إحدى جهات الإدارة ، ومن
ثم فلا شفعة فيما يباع من الأراضى بالمزاد العلنى من مصلحة الأملاك الأميرية ^(٢) .
٢١٤ — ويلاحظ أنه فى حالة البيع بالمزاد العام أمام إحدى جهات الإدارة
لأشفعة فى حالة البيوع التى تقوم بها الإدارة ، سواء أكانت بالنسبة إلى العقارات
التي هى من الأملاك الخاصة للدولة ^(٣) ، أم بالنسبة إلى العقارات المملوكة للأفراد
والتي تحجزها الحكومة وتبيعها بالمزاد لاستيفاء الأموال ونحوها ^(٤) .

٢١٥ — **الحكمة من استثناء البيع بالمزايرة** — السبب فى الاستثناء
واضح ، وهو أن الذى يريد الأخذ بالشفعة ما عليه إلا الحضور فى جلسة المزايدة .

(١) من رأى الأستاذ على زكى العرابى باشا وجوب اتباع النص العربى — وإن كان النص
الفرنسى هو الأصل — لأن نفس الشارع — وهو الذى وضع القانون فى الأصل باللغة الفرنسية
— أمر بأن نعتبر النص العربى هو الأصل والفرنسى الترجمة (نبذة ٢٤ ص ٢١) .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣ (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى
غنىم بك) المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

وقد جاء مشروع القانون المدنى الجديد بهذا الحكم فى المادة ١٠٠٩ ، بنص يزيل الخلاف ،
فقال إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون ، وحذف عبارة « لعدم
إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لترح الملكية قهراً » .

(٣) أسبوط الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢١ المتقدم (المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٩١٩ (٣٢ ص ٧٩) ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣
ص ١٣١) .

فإن رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك الذى يرى أن المادة الثالثة مقصورة على البيع الذى
يحصل بالمزاد بمعرفة الإدارة عن أملاك الحكومة الخاصة ، وأن النص العربى يؤم بأن المزاد
يحصل بواسطة السلطة الإدارية عن عقارات الأفراد قهراً أو رغبة ، وهذا غير صحيح ، وعلى
ذلك يجب الأخذ بالنص الفرنسى (نبذة ٥٢٩ ص ٧٤١) .

يضاف الى ذلك ما جاء في حكم محكمة مصر الابتدائية ^(١) ، وهو حرص الشارع على أن يباع العقار المبيع جبراً بأعلى ثمن ممكن ، ومنع الشفعة موصل الى هذا الغرض ، فان اباحة الشفعة تهدد المشتريين وتقعدهم عن المزايدة ، فضلاً عن أن منعها يلزم الشفيع بالزيادة على الراسى عليه المزايدة .

٢١٦ — معنى المزايدة — المزايدة التى يقصدها القانون هى المزايدة العلنية التى تحصل بالنداء بالأمان ، حتى يتمكن الشفيع من الدخول فى المزايدة ومن متابعة الزيادة الى أن يرسو عليه المزايدة .

ويستوى كون البيع بالمزاد العلنى جبرياً أو اختيارياً ، فان حكمة المنع متوافرة فى الحالتين ، اذ يستطيع الشفيع أن يدخل فى المزايدة . أما المزادات التى تعطى داخل مظارييف ، ولا يعرف كل مقدار ما عرضه الآخر فلا تعتبر علنية ، بل هى مزايدات سرية لا تمنع شفعة ، ويمكن القول بأنه فى مثل هذه الحالة لا توجد مزايدة بل مجرد تقديم عطاءات ^(٢) .

(١) مصر الابتدائية الأهلية ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى العرابى باشا وعفنى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ س ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٢ المجموعة ٣٠ ص ١٧١ .
(٢) مصر الابتدائية ٣٠ يناير ١٩٢٩ المجموعة ٣٠ رقم ٧٢ ص ١٧١ — أسبوط الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢١ المتقدم (المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١) .
راجع أيضاً استئناف مخلط ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) ، ١٨ مايو ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤١٤) .

استئناف مصر ٢٦ ديسمبر ١٩٤٥ (دائرة حسن عبد الرحمن بك وزكى خير بك وعبد الحميد رشدى بك) فى الاستئناف رقم ٣٩٣ سنة ٦٢ القضائية : من الجمع عليه فقها وقضاء أن المزايدة التى يقصدها القانون هى المزايدة التى تحصل بالنداء علانية بالأمان حتى يتمكن كل راغب فى الشراء سواء كان شفيماً أو غير شفيع من الدخول فيها ومن متابعتها فى حدود طاقته وحسب مقتضيه ومصالحته الى أن يرسو عليه أو على غيره المزايدة ، وبهذه الطريقة دون غيرها تتحقق حكمة الشارع من تحريره أخذ المبيع من المشتري بالشفعة ، لأن البيع قد تم جبراً ، وليس عمة مبرر ولا عذر للشفيع اذا ما تخلف عن التقدم لشراءها رغم كون البيع قد تم علانية بعد اتمام اجراءات الشهر . أما المزادات التى تعطى داخل مظارييف مختومة ولا يعرف كل مقدار ما عرضه الآخر ثماً للشفقة فلا تعتبر علنية ، بل هى عروض سرية لا يعلم بحقيقتها الا مقدموها ولا يعلمها الغير الا بعد انتهاء المزايدة وفض المظارييف ، ومثل هذه الحالة لا تعتبر مستوفية للمقصود من كلمة « مزايدة » الواردة فى نص المادة ٣ من قانون الشفعة ، اذ ليس هناك الا فرصة واحدة للراغب فى الشراء ، وهى اعلان رغبته مرة واحدة ، مما لا يستقيم مع مدلول لفظ المزايدة ومع ما رسمه لها قانون المرافعات من اجراءات فى المواد ٦٩ و ٥٧٠ وما تلاهما .

وقد حكم بأن البيع بالمزاد أمام إحدى جهات الإدارة الذي لا ينحول الحق في الشفعة هو البيع الذي يحصل بناء على الاجراء المنصوص عليه في دكريتو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكريتو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق نزع الملكية قهرا الى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع العقارات الخاصة المملوكة للحكومة الذي يحصل بطريق العطاء داخل مظلوف محتوم بناء على اعلان للجمهور، وفقا لشروط المنشور الوزاري المؤرخ في ٢١ من أغسطس سنة ١٩٠٢ ، فان هذا البيع ، ولو أنه حاصل بالطريق الإداري ، فان ذلك لاينفي أنه بيع اختياري ولا يصير تاما الا اذا وافقت الحكومة عليه ^(١) .

وحكم بأن البيع الذي تعقده الحكومة مع المشفوع منه بطريقة ودية من غير اجراءات المزاد يعطى الحق في طلب الشفعة لمصلحة الجار الذي يثبت توافر شروطها ، ولا يمنعها أن المشفوع منه كان استأجر الأراضي المباعة له لزراعتها ^(٢) .

وقضت محكمة النقض ^(٣) بأن البيوع التي ترخص المجالس الحسبية للأوصياء أو القامة في اجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التي منعت

(١) استئناف مختلط ١٨ يونيو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٨٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٧٧) .

(٣) نقض ٢٧ فبراير ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٣٣٣ ص ١٠٧١ ملحق القانون والاقتصاد ٦ ص ١٥٧ رقم ٤٢ المحاماة ١٦ ص ٨٨٢ رقم ٤٠٣ المجموعة ٣٧ رقم ١٥٠ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٠ .

ونقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ في الطعن رقم ٩٠ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٣٨ : ان البيع الحاصل أمام المجلس الحسبي لا يدخل ضمن البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة ، اذ أنه ليس من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التي تجرئها الجهات القضائية أو الادارية المختصة بمقتضى قوانين واجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافي لذوى الحقوق ويترتب عليها وقوع البيع حتما لمن يرسو عليه المزاد .

استئناف أسيوط ١٦ مايو ١٩٣٥ (دائرة محمود المرجوشي بك وجندى عبد الملك بك وأحمد نشأت بك) المحاماة ١٦ ص ٣١٢ رقم ١٣٠ المجموعة ٣٦ رقم ١٩١ : ان المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على حالتين تتمتع فيهما الشفعة وهما حالة البيع لعدم امكان القسمة بين الشركاء وحالة نزع الملكية قهرا ، فبناء عليه تجوز الشفعة في حالة بيع عقار القاصر بالمزاد بمعرفة المحاكم ، بل ان البيع الصادر من الوصى بناء على اذن المجلس الحسبي هو كأي بيع آخر يقع من الأفراد تجوز فيه الشفعة حتى ولو حصل هذا البيع بطريق المزايدة أمام المجلس الحسبي اذ لا فرق بين البيعين الا أن الوصى مراقب بالمجلس الحسبي محافظة على أموال القصر .

المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها ، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع الا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الادارية المختصة وفقا لقواعد واجراءات معينة قانونا تضمن العلانية والطمأنينة الكافيتين لحماية ذوى الحقوق ، ثم توقيعها حتما لمن يرسو عليه المزاد .

٢١٧ — والبيع بالمزاد العلنى الذى يجريه الأفراد لا يمنع من الشفعة ، اذ لا تتوافر فيه كل الضمانات التى توجد فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء أو الادارة .

٢١٨ — ماهية الدفع بأنه العين المطلوبة شفعنها بيعت بالمزايدة العلنية — الدفع بأن لا شفعة فيما بيع بالمزايدة ليس دفعا يتعلق بشكل الدعوى ، بل هو خاص بأصل الحق ، فيجوز ابدائه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ^(١) .

٢١٩ — عدم التوسع فى النص — يجب قصر نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة على الحالة المنصوص عليها فيها صراحة ^(٢) .

(٢) البيع لبعض الأقارب

٢٢٠ — جاء فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة :

« وكذلك لا شفعة فيما بيع

« Il en est de même s'il s'agit de vente entre ascendants et descendants, entre mari et femme ou entre parents jusqu'au troisième degré » .

من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » ^(٣) .

(١) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣ المتقدم (المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢) .

(٢) استئناف مخطط ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) .

(٣) راجع مصر ٢٩ أكتوبر ١٩٠٣ الاستقلال ٢ ص ٢٨٧ .

وقد جاء مشروع القانون المدنى الجديد بهذا الحكم فى المادة ١٠٠٩ بالنص الآتى : « لا يجوز الأخذ بالشفعة ... (ب) اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة » . ومما تجب ملاحظته هنا أن قرابة الهواشى المانة من الأخذ بالشفعة قد امتدت الى الدرجة الرابعة . وذلك بقصد التضييق فى الأخذ بالشفعة .

٢٢١ — الأصول والفروع — ينطبق حكم الفقرة على كل البيوع التي تقع بين الأصول والفروع ، سواء أكان الأصل أم الفرع هو البائع ، كما هو ظاهر من النص .

وتنطبق الفقرة مهما كانت الدرجة بين الأصل والفرع . فلا شفعة اذا باع شخص عقاره لابنه أو لابن ابنه أو لابن ابن ابنه وان نزل ، أو اذا باعه لأبيه أو لجده وان علا .

وحكم المادة يسرى أيضا ، كما قررت محكمة الاستئناف ^(١) ، في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، فان هذا النص انما جاء في قانون الشفعة ، لأن مثل هذا النوع من البيع ان لم يكن في الحقيقة هبة فيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها الا الشخص المقصود بها دون غيره مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين . وليست الحكمة منه منع الأجنبي من تملك ما أراد الأصل أن يملكه لفرعه .

٢٢٢ — عزم التوسع في النص — لا يصح التوسع في تفسير الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة ، بل يجب قصرها على الحالة التي تنص عليها فقط ^(٢) .

فلا تنطبق على حالة البيع من الأب لزوجة ابنه ، ولا من الأم لزوج ابنتها الخ ، لأن الفقرة المذكورة نصت على البيع الذي يحصل بين الأصول والفروع فقط ، ولم تنص على أزواج الأصول وأزواج الفروع ، كما فعلت المادتان ١٥٥ / ٢١٧ ، ٢١٨ / ١٥٦ الخاصتان بالنفقات ^(٣) .

٢٢٣ — الأقارب Parents — الأقارب الذين تنص عليهم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة هم غير الفروع والأصول ، لأن هؤلاء غير مقيدین بدرجات ، وقد نص عليهم خصيصا . فلا تجوز الشفعة فيما يباع للفروع

(١) استئناف ٨ أبريل ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألتون ومستر ساتو) المجموعة ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢ الحقوق ٢١ ص ٣٥١ .

(٢) استئناف مخطوط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) دى هلتس نبذة ٢٣ .

من الأصول مهما كانت الدرجة كما تقدم . بخلاف الأقارب ، كالأخوات ، والأخوال ، والأعمام ، وأولاد العم والخال ، وأولاد الأخوات ، فإن الشفعة لا تجوز إذا كان البيع لأحد الأقارب لغاية الدرجة الثالثة ، وتجوز إذا كانت درجة القرابة أكثر من ذلك .

وقد بينت محكمة النقض الطريقة التي تحتسب بها الدرجات ، فقالت ان قانون الشفعة حين قال في المادة الثالثة منه أنه لا شفعة فيما بيع من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة لم يبين القاعدة في احتساب درجات القرابة . ولا يجدى الرجوع في هذا الصدد الى أحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها هي الأصل في نظام الشفعة ، وذلك : أولاً لأن المادة المذكورة لم تنقل عن الشريعة الاسلامية ، وثانياً لأن الشريعة الاسلامية وإن كانت قد تعرضت لدرجات القرابة ، والدرجة عند فقهاءها هي البطن ، فإنها لم تعرض لكيفية احتساب الدرجات ، اذ هي لم ترتب أحكاماً على تعددها . والشارع لم يأت في النصوص الأخرى التي أشار فيها الى درجة القرابة بقاعدة لاحتسابها فيما عدا نصاً واحداً في قانون المرافعات في المادة ٢٤٠ ، فقد أشير في هذه المادة الى هذه القاعدة بصدد رد أهل الخبرة ، اذ قالت بعد ذكرها أنه يجوز رد أهل الخبرة إذا كان قريباً من الحواشي الى الدرجة الرابعة « ويكون احتساب الدرجات على حسب طبقات الأصول طبقة فطبقة الى الجذد الأصلي بدون دخول الغاية وعلى حسب طبقات الفروع طبقة فطبقة لغاية الدرجة الرابعة المذكورة بدخول الغاية » . ويقابل هذه العبارة في النسخة الفرنسية :

« Les degrés seront calculés par génération en remontant jusqu'à l'auteur commun, qui ne sera pas compté et en redescendant sur la ligne collatérale » .

وهذا النص وإن كان قد ورد في صدد معين فإن الطريقة التي أوردتها في احتساب درجة القرابة هي الطريقة الواجب اتباعها في سائر الأحوال ، لا لأن النص ورد بها فحسب ، بل لأنها هي الطريقة التي تتفق والقواعد الحسابية في عد الدرجات . وبمقتضى هذا النص يكون احتساب الدرجات على أساس أن كل شخص يعتبر طبقة بذاته ، وعلى ذلك يكون ابن العم أو العمه في الدرجة الرابعة ، اذ هو طبقة ووالده طبقة والأصل المشترك (الجذد) طبقة الا لأنها لا تحتسب ، ثم العم

طبقة وابنه طبقة ، فهذه طبقات أربع . وهذه الطريقة في احتساب الدرجات قد نقلت على ما يظهر — كما يبين من عبارة النص الفرنسية — عن المادة ٧٣٨ من القانون المدني الفرنسي ، التي جاء في الفقرة الأولى منها :

« En ligne collatérale, les degrés se comptent par les générations, depuis l'un des parents jusques et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent » .

وترجمته : يكون احتساب الدرجات بالنسبة الى الأقارب من الحواشي على حسب الطبقات من القريب المراد احتساب درجته الى الأصل المشترك من غير أن يدخل هذا في عدد الطبقات ثم منه الى القريب الآخر . ثم جاء في فقرتها الثانية تطبيقات للقاعدة ، فقالت ان أولاد العم الأشقاء هم في الدرجة الرابعة . على أن درجة القرابة ما هي في حقيقة أمرها الا المسافة بين الشخص وأصله أو فرعه فيجب بالنسبة الى الحواشي أن تعد المسافات التي تفصل بين الشخص المطلوب معرفة درجة قرابته والأصل المشترك ، وتضاف اليها المسافات التي بين هذا الأصل والقريب الآخر . ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابة . فابن العم أو العمة يكون في 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 . وهذه هي ذات النتيجة التي تؤدي اليها القاعدة التي أوردتها الشارع في المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات . واذا كان الأمر كذلك كانت هذه القاعدة هي المناط المتعين الأخذ به في احتساب الدرجات في سائر الأحوال ^(١) .

وقد حكم بأن البيع الذي يصدر من أخ لأخيه أو لأولاد أخيه لا تقبل فيه شفعة ، لأن الأخ يعتبر من الدرجة الثانية وابن الأخ من الدرجة الثالثة ^(٢) .

(١) نفس ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ٧٦ ص ١٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٦١ .

(٢) سوهاج (القاضي محمود علام) ٢٧ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٤ .

فان دكرنس الجزئية (القاضي محمد جلال صادق) ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٠٦ ص ٦٦٠ .

ميت عمر الجزئية (القاضي فهم ابراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٩ ص ٨٨٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٩ ، وقد اعتبر هذا الحكم أولاد العم وأولاد العمة من الدرجة الثالثة ، لا الرابعة .

٢٢٤ — المحكم في استثناء البيع للقارب — المحكمة في منع الشفعة

فما بيع للأقارب أن البيع في هذه الحالة شبه هبة مستورة ، ولا يجبر الوهاب على هبة شيء من أمواله على غير إرادته . فإذا بيع لقريب لا يصح لقريب آخر أن يشفع ، ولو كان على درجة واحدة في القرابة مع المشتري .

وقد حكم بأنه إذا كان الشفيع قريباً للبائع (لأنه ابن خالته) فلا تجوز شفيعته إذا كان البيع صادراً لابن العم ، ولو أنهما على درجة واحدة من القرابة ، أى الدرجة الثالثة للسبب المتقدم ^(١) .

٢٢٥ — اختصاص المحكمة المطروح أمامها دعوى الشفعة بنظر

النزاع في القرابة — قضت محكمة طهطا بأن القرابة المانعة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة من دعوى الشفعة ، وتدخل في صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراماً للمبدأ القائل بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، والقول بغير هذا الرأي يترتب عليه أنه كلما عرضت مسألة القرابة في دعوى من الدعاوى التي لا يمكن الفصل فيها إلا بشوئها ، كدعاوى رد الخبراء ورد القضاة ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادي من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى . وقد يكونون تابعين لطوائف مختلفة ، ولهم في أحوالهم الشخصية هيئات مختلفة ^(٢) .

وأضافت المحكمة المذكورة إلى ذلك أن القرار الصادر من المجالس المالية بنفي القرابة بين البائع والمشتري لا يقيّد المحكمة عند نظر دعوى الشفعة في إثبات هذه القرابة بما يقدم لديها من الأدلة . فالمجالس المالية إنما تستمد وجودها من الخط المهايوني الصادر في فبراير سنة ١٨٥٦ والمادة ١١ من القانون الأساسي للدولة العثمانية ، وواضح لها أن اختصاصها ينحصر في المسائل المتعلقة بالدين من

(١) ميت غمر الجزئية (القاضي فهم إبراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم

٥٤٩ ص ٨٨٣ .

(٢) طهطا الجزئية (القاضي عبد العظيم الشقنيري) ٧ نوفمبر ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم

٣٨٥ ص ٧٧٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠١٣ .

زواج وطلاق ونفقة وما أشبهه ، وهو اختصاص استثنائي لا يصح القياس عليه ، كما لا يصح التوسع فيه بطريق التأويل أو التفسير . وإذا جاوزت هذه الهيئات حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء ، ولذلك كانت قراراتها دائماً محلاً للفحص والتحقيق ^(١) .

٢٢٦ — الأصهار (alliés) — يجب كما تقدم عدم التوسع في تفسير الفقرة الثانية من المادة الثالثة ، فلا تنطبق هذه الفقرة على الأصهار ^(٢) .

٢٢٧ — القرابة وعدم تجزئة الشفعة — إذا بيعت عين لعدة أشخاص على الشيوع بينهم ، وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروع أو من أقاربه لغاية الدرجة الثالثة ، فانتفت الشفعة بالنسبة إليهم ، فانها تبطل بالنسبة إلى الباقين ، لأن حق الشفعة يتصادم في هذه الحالة مع نص المادة ١١ من قانون الشفعة الذي نص على أنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه ^(٣) .

(٣) ما يبيع ليجعل محل عبادة

٢٢٨ — تنص المادة ٦ على أنه :

« La préemption n'est pas non plus admise si l'immeuble vendu est destiné à l'exercice d'un culte ou doit être annexé à un immeuble déjà affecté à cet usage ».

« لا شفعة فيما يبيع ليجعل محل عبادة أو يلحق به » ^(٤) .

وليس النص مقصوداً على محال العبادة الخاصة بالديانة الإسلامية ، كالمساجد ،

(١) حكم طهطا الجزئية المتقدم .

راجع استئناف مخطط ٩ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٧١ ص ٥٦٦ — استئناف أهلي ١٤ يونيو ١٩٠٨ المجموعة ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

(٢) راجع استئناف مخطط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) سوهاج الجزئية (القاضي محمود علام) ٢٧ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ .

(٤) وقد جاء مشروع القانون المدني الجديد بهذا الحكم في المادة ١٠٠٩ بالنص الآتي : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : . . . (ج) إذا كان العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة أو يلحق بمحل عادة » .

بل ينطبق أيضا على محال العبادة الخاصة بالديانات الأخرى ، كالكنائس .
ولا ينطبق على المستشفيات والملاجئ والتكايا والمدارس ، لأنها ليست محال
عبادة ولا ملحقة بها ^(١) .

الأملاك المعلقة للموظفين بدل المعاش

٢٢٩ — حكمت محكمة الاستئناف المختلطة ^(٢) بأن لا شفعة فيما تنازل عنه
الحكومة من أملاكها الحرة لموظفيها السابقين بدلا عما يستحقونه من المعاش ،
لأن حق الشفعة لا يجوز التوسع فيه .

ولكن الظاهر أن هذا التنازل هو بيع بكل معانيه ، وتصح فيه الشفعة ^(٣) .

المال الذي تجوز فيه الشفعة

في الشريعة الإسلامية

٢٣٠ — اتفق الفقهاء على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين
كلها . واختلفوا فيما سوى ذلك .

وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة إلا في العقار فقط . وحكى عند قوم أن الشفعة
في كل شيء ، ما عدا المكمل والموزون ^(٤) .

٢٣١ — مذهب المالكية — تحصيل مذهب مالك أن الشفعة في ثلاثة

أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والخوانيت والبساتين . والثاني
ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبثرومحال النخل ، ما دام

(١) دى هانس نبذة ٢٤ — العراقي باشا نبذة ٢٧ ص ٢٣ .

(٢) ١٨ أبريل ١٨٩١ (٣ ص ٢٨٦) .

(٣) راجع ركي العراقي باشا نبذة ٢٩ ص ٢٤ — ٢٥ .

عكس هذا الرأي : ذهني بك « الأموال » نبذة ٥١٨ هامش ١ ، فن رأيه أن العقد
الذي تنازل فيه الحكومة عن أراض لموظف محال على المعاش مقابل ما يستحقه من المعاش هو
عقد خاص مستقل بذاته sui generis ، ولا يعتبر عقد بيع ، إنما يقرب من البيع والبدل والعقد
الاحتمالي ، ولا تجوز فيه الشفعة .

راجع أيضا ما تقدم .

(٤) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم . والثالث ما تعلق بهذه ، كالثمار ، وفيها عنه خلاف . واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا . وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده . وكذلك لاشفعة عنده فى الطريق ، ولا فى عرصة الدار . واختلف عنه فى الدين ، هل يكون الذى عليه الدين أحق به ؟ وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين . وبه قال أشهب من أصحاب مالك . وقال ابن القاسم لاشفعة فى الدين ^(١) .

٢٣٢ — مذهب الشافعية — تجب الشفعة فى العقار ، لما روى جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شرك لم يقسم أربعة أو حائط لا يخل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . ولأن الضرر فى العقار يتأبد من جهة الشريك فتثبت فيه الشفعة لازالة الضرر .

وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه ، لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا فى أربعة أو حائط . وأما البناء والغراس فانه ان بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة ، لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان له شريك فى ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه » ، لأنه ينقل ويحول ، فلم تثبت فيه الشفعة ^(٢) .

وان بيع الزرع مع الأرض ، أو الثمرة الظاهرة مع الأصل ، لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة ، لأنه منقول ، فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة ، كثيران الضيعة . فان بيع وفيه ثمرة غير مؤجرة ففيه قولان ، أحدهما تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة ، لأنها تبع الأصل فى البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس ، والثانى لا تؤخذ

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) المذهب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

واختلف الشافعية فى النخل اذا بيعت مع اقرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض ، فمنهم من قال ثبت فيها الشفعة لأنها فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم من قال لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها ، فاذا لم تجب الشفعة فيها اذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها (المذهب ١ ص ٣٨٠) .

لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل ، كالزريع والثمره الظاهرة ^(١) .

٢٣٣ — مذهب الحنفية — يشترط أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمناه ، وهو العلو ^(٢) . فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه . وسواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها ، كالحمام والرحا والبئر ^(٣) والنهر والعين والطريق والدور الصغار ، وهذا خلافا للشافعي الذي يقول بعدم وجوب الشفعة الا في عقار يحتمل القسمة ^(٤) . وسبب الخلاف أن الشفعة عند الحنفية وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم ، وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء . وعند الشافعي وجبت معلولة بدفع ضرر خاص ، وهو ضرر القسمة ، فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل ^(٥) .

ولا تجوز الشفعة في البناء والشجر والنخل قصدا بدون الأرض القائم عليها ، لأنها منقولات ، فاذا بيعت مع الأرض تجب فيها الشفعة تبعا للأرض ^(٦) .

٢٣٤ — مذهب الحنابلة — عند أحمد شرط الشفعة أن يكون المبيع أرضا ، لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها . وأما غيرها فينقسم قسمين : أحدهما تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض ، وهو البناء والفراس يباع مع الأرض ، فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض ، بغير خلاف في المذهب . وقد دل عليه قول النبي

(١) المذهب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٠٦ : يشترط في المبيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقارا ولو غير قابل للقسمة . . . ولا فرق في العقارين أن يكون دارا أو حانوتا أو أرضا أو كرما أو علوا أو سفلا .

(٣) جاء في بداية المجتهد (٢ ص ٢٤٣ — ٢٤٤) أن أبا حنيفة لم يجز الشفعة في البئر والفحل ، وأجازها في العرصة والطريق ، وأن أبا حنيفة استدل على منع الشفعة في البئر بما روى لا شفعة في بئر . ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات ، لا التي تكون في أرض مملوكة .

(٤) راجع ما سيجيء نبذة ٢٣٦ .

(٥) البدائع ٥ ص ١٢ — ١٣ — الزيلعي ٥ ص ٢٥٢ .

(٦) الزيلعي ٥ ص ٢٥٢ — مرشد الحيران المادة ١٠٩ .

صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط . وهذا يدخل فيه البناء والأشجار . والقسم الثاني ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض ، فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل ^(١) .

وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار ، أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفردا ^(٢) .

٢٣٥ — الشفعة في المنقول — ظهر مما تقدم أن جمهور الفقهاء على أن

الشفعة لا تثبت الا في العقار . وهذا هو رأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد .

وروى عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات . واختلف عن مالك وعطاء ، فقالا مرة كذلك ، ومرة قالوا الشفعة في كل شيء ، حتى في الثوب . قال ابن أبي موسى وقد روى عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما في معنى ذلك . قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس وإن بيع مفردا ، وهو قول مالك ، لعموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما لم يقسم » ، ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ، ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الشفعة في كل شيء » ^(٣) .

واستند القائلون بقصر الشفعة على العقار على ما يأتي :

(١) الأصل عدم انتزاع الانسان مال غيره الا برضاه ، ولكن تركنا ذلك في الأرض والعقار لثبوت النصوص فيه . فقوله في الحديث الصحيح فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة يدل على اختصاصها بذلك .

(١) وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله ، لأنه متصل بما فيه الشفعة ، فثبت فيه الشفعة تبعا ، كالبناء والغراس .

ولأحد أنه لا يدخل في البيع تبعا ، فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار ، وعكسه البناء والغراس ، وذلك لأن الشفعة بيع في الحقيقة ، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضا المشتري ، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة ، لأنها تتبع في البيع ، فأشبهت الغراس في الأرض .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٦٣ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٣ -- ٤٦٥ — راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٠ .

وقول جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك في أرض أوريح أو حائط يقتضي انحصارها في ذلك .

وأما الآثار المتضمنة لثبوتها في المنقول فضعيفة . وحديث « الشفعة في كل شيء » لم يرد في الكتب الموثوق بها ^(١) .

وقد قال عثمان بن عفان لا شفعة في بئر ولا غل والأرف يقطع كل شفعة . والفحل النخل والأرف بوزن الغرف المعالم والحدود ^(٢) .

(٢) الفرق بين المنقول وغيره أن الضرر في غير المنقول يتأبد بتأبده ، وفي المنقول لا يتأبد ، فهو ضرر عارض ، فهو كالمسكيل والموزون ^(٣) .

(٣) الضرر في العقار يكثر جدا ، فالشريك فيه يحتاج الى احداث المرافق وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار . فأين ضرر الشراكة في الجوهرة والسيوف من هذا الضرر ؟ ^(٤) .

واعترض من أجاز الشفعة في كل شيء بما يأتي :

(١) انما كان الأصل عدم انتزاع ملك الانسان منه الا برضاه لما فيه من الظلم له والاضرار به . فأما ما لا يتضمن ظلما ولا اضرارا بل مصلحة له باعطائه الثمن فلشريكه دفع ضرر الشراكة عنه ، فليس الأصل عدمه ، بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فان أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجعة ، وان لم يرض صاحب المال ، وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه واضرار لشريكه فلا يمكن الشارع منه ، بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه الى غير شريكه وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك ^(٥) .

(٢) أما الآثار فقد جاءت بهذا وهذا ، ولو قدر عدم صحتها بالشفعة في المنقول فهي لم تنف ذلك ، بل نبهت عليه .

(١) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ — الفنى ٥ ص ٤٦٥ — بدايه المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

(٣) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

(٤) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

(٥) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ — ٢٥٢ .

(٣) وأما تأبد الضرر وعدمه ففرق فاسد ، فان من المنقول ما يكون تأبده كتابد العقار ، كالجوهرة والسيف والكتاب والبئر ، وان لم يتأبد ضرره مدى الدهر فقد يطول ضرره ، كالعبد والجارية ، ولو بقي ضرره مدة فان الشارع مرید لدفع الضرر بكل طريق ولو قصرت مدته .

(٤) وأما التفريق بكثرة الضرر في العقار وقلته في المنقول فان الضرر في العقار يكثر من تلك الجهات ولكن يمكن رفعه بالقسمة ، وأما الضرر في المنقول فانه لا يمكن رفعه بقسمته . على أن هذا منتقض بالأرض الواسعة التي ليس فيها شيء^(١) .

٢٣٦ — ما لا يمكن قسمته — اختلف فيما لا يمكن قسمته من العقار^(٢) ، كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والطريق الضيقة والعراض الضيقة ، فعن أحمد فيها روايتان : احدهما لا شفعة فيما لا يمكن قسمته ، وبه قال يحيى بن سعيد وربيعه والشافعي . والثانية فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن سريح . وعن مالك كالروايتين .

ووجه من يقول بالشفعة عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما يقسم » ، وسائر الألفاظ العامة ، ولأن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره .

ووجه من يقول بعدم الشفعة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » ، والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في زعوس المسائل . وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل . ولأن اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة ، فيؤدى اثباتها الى نفيها . ويمكن أن يقال ان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم^(٣) .

(١) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٢ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٠ وما بعدها .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٦ .

٢٣٧ — السفينة — قال مالك تجب الشفعة في السفينة . وقال غيره لا تجب .

وجه قوله أن السفينة أحد المسكنين ، فتجب فيها الشفعة ، كما تجب في المسكن الآخر ، وهو العقار .

وجه قول الآخرين ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاشفعة الا في ربع أو حائط ، لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا ، وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام ، وذلك لا يتحقق الا في العقار^(١) .

في القانون

٢٣٨ — لا تكون الشفعة الا في العقار ، فلا تجوز في المنقول . وانه وإن كان هذا الحكم لم ينص عليه صراحة في قانون الشفعة ، فانه واضح من مجموع مواده ، حيث تكلمت المواد ١، ٢، ٦، ٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥، ١٩، ٢١ في الشفعة في العقار *immeuble* ، ولم يذكر القانون المذكور ، في أية مادة من مواده ، الشفعة في المنقول .

ومن المعلوم ، كما تقدم^(٢) ، أن العقار في القانون اما أن يكون : (١) مالا ثابتا بطبيعته *immeuble par nature* ، أو (٢) مالا ثابتا بالتخصيص *immeuble par destination* ، أو (٣) مالا ثابتا بالنسبة الى الشيء المتعلق به *immeuble par l'objet auquel il s'applique*^(٣) .

أما بالنسبة الى الأموال الثابتة بطبيعتها ، فإن الشفعة تكون فيها ، سواء أكانت أرضا ، أم بناء^(٤) ، أم غراسا ، فإن البناء وحده ، أو الغراس وحده ، معتبر عقارا ، بقطع النظر عن الأرض القائم عليها ، فتقع فيه الشفعة . وهذا خلافا

(١) البدائع ٥ ص ١٢ — الزيلعي ٥ ص ٢٥٢ .

(٢) راجع نبذة ٨١ .

(٣) راجع الجزء الأول من كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٢٨ وما بعدها .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ٨١ حيث فصلنا الشفعة في البناء — وراجع استئناف مختلط ١٥

مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

للشريعة التي تعتبر، كما تقدم، البناء والغرس من المنقولات^(١)، فلا تجوز فيها الشفعة الا اذا بيعت مع الأرض، ولكن اذا بيعت من غير الأرض فلا شفعة فيها^(٢). غير أن الامام مالكاً يعتبر البناء من العقارات، فتصح فيه الشفعة عنده. وبالنسبة الى الأموال الثابتة بالتخصيص فإنها تتبع العقارات التي اتصلت بها، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة، لأنها تكون منقولة في هذه الحالة.

وفما يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة الى الشيء المتعلقة به، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التي يتطلبها القانون، كالجوار، وقد أجاز القانون نفسه، كما رأينا، في المادة ٢، لملك الرقبة، أن يطالب بالشفعة في حالة بيع حق الانتفاع^(٣).

٢٣٩ — وقد تكلمنا بالتفصيل، فيما سبق، في البناء^(٤)، والدور ذات الطبقات^(٥).

عدم تجزئة العقار المبيع

٢٤٠ — هي الشفعة لا تجزأ indivisible — يجب أن يشمل حق الشفعة جميع الأعيان المبيعة، فلا يسوغ طلب جزء من المبيع بالشفعة وترك جزء منه، والا كان في ذلك تفرقة للصفقة واضرار بالمشتري، إذ أن الثمن تقدر جملة واحدة، بصرف النظر عن قيمة كل جزء على حدته، وقد يكون الجزء المشفوع فيه أصقع من باقي الأجزاء الأخرى، ولولاه لما رغب المشتري في أن يأخذ جملة الصفقة^(٦).

(١) راجع الجزء الأول من كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٨٧.

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٣٠ وما بعدها — المادة ١٠٩ من مرشد الحيران.

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٥٨ ونبذة ٨١.

(٤) نبذة ٨١، ٨٣.

(٥) نبذة ٨٢.

(٦) ملوى الجزئية ٢٢ أكتوبر ١٩٠٦ (القاضي على عبد الرازق) المجموعة ٨ رقم

١١٦ ص ٢٤٦ الحقوق ٢٢ ص ٢٨٦.

استئناف ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومستر ايموس ومحمد صدق بك)

المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥.

وكانت المحاكم قبل صدور قانون الشفعة تقضى بهذه القاعدة^(١). وقد نص عليها صراحة قانون الشفعة في المادة ١١^(٢)، وهي حكم الشريعة الإسلامية أيضاً، بالتفصيل الذي سنذكره فيما يلي.

في الشريعة الإسلامية

٢٤١ — قاعدة عدم التجزئة مقررة في الشريعة الإسلامية، إذ من شروط التملك بالشفعة أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري. فان تضمن فليس له أن يملك، لأن في التفريق ضرراً بالمشتري، وهو ضرر الشركة، ودفع الضرر بالضرر متناقض^(٣).

وعلى هذا يخرج ما إذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشتري بالشفعة دون بعض، أنه هل يملك ذلك، فجملة الكلام فيه أن المشتري لا يخلو: (١) أما أن يكون بعضه ممتازاً عن البعض، و (٢) أما أن لا يكون:

(١) فان لم يكن، بأن اشترى داراً واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض، أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي، ليس له ذلك بلا خلاف بين الحنفية، ولكن يأخذ الكل أو يدع، لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري، لأن الملاك له في كل الدار ثبت بقول واحد، فكان أخذ البعض تفريقاً، فلا يملكه الشفيع. وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر، حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد

== قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ (دائرة حسن صادق رشيد بك والقاضي حسن منصور والقاضي عبد الحميد عمر وشاحي) المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشري الأول للمعاملة رقم ٩٧٩.

استئناف مخطوط ٥ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٨٦)، ٥ أبريل ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢١٩).

(١) استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دي هلتس ومستر كوغلين) الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ رقم ١٢٢.

(٢) ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٤ من مشروع القانون المدني الجديد أن الأخذ بالشفعة لا يتجزأ.

(٣) البدائع ٥ ص ٢٥ — المفني ٥ ص ٥٢٧.

البائعين ليس له ، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض ، في ظاهر الرواية ^(١) .
وروى أن المشفع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض ، وليس له أن
يأخذ من المشتري نصيب أحدهما قبل القبض .

ووجه هذه الرواية أن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق ، لأن
التملك يقع على البائع ، وقد خرج نصيبه عن ملكه ، فلا يلزمه ضرر التفريق ،
وهو ضرر الشركة ، بخلاف ما بعد القبض ، لأن التملك بعد القبض يقع على
المشتري ، ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفريق ملكه . وجاء في البدائع أن
الصحيح جواب الرواية ، لأن الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة ، فبملك
نصيب أحد البائعين تفريق ملكه ، فيلزمه ضرر الشركة ^(٢) .

ولو اشترى رجلان من رجل دارا فللمشفع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين
في قولهم جميعا ، لأن الأخذ هنا لا يتضمن التفريق ، لأن الصفقة حصلت متفرقة
وقت وجودها ، اذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله ، فلم تتحد
الصفقة ، فلا يقع الأخذ تفريقا لحصول التفريق قبله ، وسواء كان بعد القبض أو
قبله ، في ظاهر الرواية ^(٣) . وروى أنه ليس للمشفع أن يأخذ قبل القبض الا
الكل ، و بعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين .

وجه هذه الرواية أن أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على
البائع ، والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق ، لأن التملك يقع على البائع ، وأنه
لا يجوز ، ألا ترى أن أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس
له ذلك .

ووجه ظاهر الرواية أن الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء ، فلا يكون أخذ
البعض تفريقا لحصول التفريق قبل الأخذ . وقوله فيه تفريق اليد ، وهو القبض ،

(١) البدائع ٥ ص ٢٥ . وعن أحمد والشافعي أن للمشفع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ،
لأن عقد الاثنین مع واحد عقدان ، لأنه مشتري من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد ، فكان
للمشفع أخذه ، كما لو أفرد به عقد (المغني ٥ ص ٥٣٠) .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٥ .

(٣) وهذا هو رأي أحمد ومالك والشافعي (المغني ٥ ص ٥٣٠) .

ممنوع ، فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ، وإن كان لا يفرق اليد ، حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض ، وسواء سمي لكل نصف ثمنا على حدة ، أو سمي للجملة ثمنا واحدا ، فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددتها ، لا لاتحاد الثمن وتعددته ، لأن المانع من التفريق هو الضرر ، والضرر ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن .

وسواء كان المشتري عاقدا لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعا . حتى لو وكل رجلان جميعا رجلا واحدا بالشراء ، فاشترى الوكيل من رجلين ، فجاء الشفيع ، ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة . ولو وكل رجل واحد رجلين فاشترى من واحد ، فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين . وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا لرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة . قال محمد وأنا أنظر في هذا إلى المشتري ولا أنظر إلى المشتري له ، لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأنها راجعة إلى الوكيل ، فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعددته دون الموكل ^(١) .

(٢) وإن كان المشتري بعضه ممتازا عن البعض ، بأن اشترى دارين صفقة واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ احدهما دون الأخرى . فإن كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك ، ولكن يأخذهما جميعا أو يدعهما . وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه . وقال زفر له أن يأخذ احدهما بحصتها من الثمن .

وجه قول زفر أن المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ، ولم يوجد ههنا ، لانفصال كل واحدة من الدارين عن الأخرى .

ووجه قول الآخرين أن الصفقة وقعت مجتمعة ، لأن المشتري ملك الدارين بقبول واحد ، فلا يملك الشفيع تفريقها ، كما في الدار الواحدة . وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم ، لكن فيه ضرر آخر ، وهو أن الجمع بين الجيد والردى في الصفقة معتاد فيما بين الناس ، فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لأخذ الجيد ، فيتضرر منه المشتري ، لأن الردى لا يشتري وحده بمثل ما يشتري مع الجيد ، فيتضرر به .

وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين ، في مصر واحد أو مصرين ، فهو على الاختلاف ^(١) .

فان كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الأخرى ، ووقع البيع صفقة واحدة ، فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة ؟

روى عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يأخذ الا التي تجاوره بالحصة . وكذا روى عن محمد في الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جارا لاحداهما ، أنه ليس له الشفعة الا فيما يليه .

وكذا قال محمد في الأفرحة المتلاصقة ، وواحد منها يلي أرض انسان ، وليس بين الأفرحة طريق ولا نهر ، انما هي منسأة ، انه لاشفعة له الا في القراح الذي يليه خاصة .

وكذا في القرية اذا بيعت بدورها وأراضيها ، أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه خاصة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي رواية الحسن تدل على أن قول أبي حنيفة كان مثل قول محمد ، ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة .

وجه الرواية الأولى أن سبب ثبوت الحق ، وهو الجوار ، وجد في أحدهما ، وهو ما يليه ، فلا يملك الا أخذ أحدهما ، والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت الى شيئين ، أحدهما ثبت فيه حق الشفعة ، والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة ، فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق ، كما اذا اشترى عقارا أو منقولا صفقة ، انه يأخذ العقار خاصة ، كذا هذا .

ووجه الرواية الأخرى أن سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقي لكن لاسيلى الى أخذه خاصة بدون الباقي ، لما فيه من تفريق الصفقة ، فيأخذ ما يليه قضية للسبب ، ويأخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة ^(٢) .

(١) البدائع ٥ ص ٢٦ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٦ .

قانون الشفعة

٢٤٢ — جاء في المادة ١١ من قانون الشفعة أنه :

« Si un immeuble est vendu indivisément à plusieurs personnes, le droit de préemption ne peut s'exercer que sur l'immeuble entier; si, au contraire, l'immeuble a été partagé entre les acquéreurs, le droit de préemption pourra s'exercer soit sur la totalité de l'immeuble soit sur une ou plusieurs quote-parts (*), en se conformant aux règles établies pour l'exercice du droit de préemption ».

« اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا يجوز الشفعة الا فيه بتمامه ، أما اذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة »^(١).

(*) راجع انتقاد دى هلنس لكلمة quote-parts (دى هلنس نبذة ١٠٠) .
(١) نص في المادة ١٠٠٤ من مشروع القانون المدنى الجديد على أن الأخذ بالشفعة لا يتجزأ . وكذلك جاء في المادة ١٠٠٧ :
« ١ — لا شفعة ان شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد غير العقار الذى يجوز أخذه بالشفعة عقارات أخرى لا شفعة فيها .
« ٢ — واذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة جاز هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » .
وتقول المذكرة الايضاحية للجنة التى أعدت المشروع أن هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى . وهو يفرض أن المشتري قد اشترى صفقة واحدة وبشمن واحد العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . ففي هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ هذه الصفقة ، ولا العقارات جميعاً لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص في حالتين : (١) اذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها ، فان أحداً من المتنعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها . ولكن يجوز للمتنعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ ، كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه . (ب) اذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فان أحداً من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذى يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ ، كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه .
(١٦)

٢٤٣ — نعر المشرين — نصت للمادة ١١ على حاتين :

(١) نصت أولا على أنه اذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص وجب على الشفيع أن يأخذ كل العقار .

وقد حكم استنادا على ذلك ، بأنه اذا بيعت عين لعدة أشخاص على الشيوع بينهم ، وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الثالثة ، فانتفت الشفعة بالنسبة اليهم ، فانها تبطل بالنسبة الى الباقين ، لأن حق الشفعة يتصادم في هذه الحالة مع نص المادة ١١ ، الذى نص على أنه اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه ^(١) .

(٢) نصت المادة ١١ كذلك على أنه في حالة بيع العقار لعدة أشخاص ، مع تعيين حصة كل منهم مفروزة ، يكون للشفيع الحق في طلب أخذ العقار بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر ، فهذا الخيار المعطى للشفيع يثبت له بمجرد كونه حائزا لسبب الأخذ بالشفعة بالنسبة الى العقار بتمامه ، بدون وجوب توافر هذا السبب بالنسبة الى كل حصة من الحصص المطلوب أخذها بالشفعة ، بشرط أن يكون في ممارسته لهذا الحق تحقيق للغرض المقصود من الأخذ بالشفعة ، وهو رفع ضرر الجوار المحتمل بحسب ما افترضه القاتون ، ولذا لا يجوز للشفيع أن يترك الجزء المبيع المجاور لأرضه ويأخذ الجزء البعيد عنه من كل جهة ، بل يجب أخذ الجزء المجاور له أو كل أجزاء العقار جملة واحدة ، أو الجزء المجاور له وما يتصل به من الأجزاء الأخرى ، ولو كان بعض هذه الأجزاء غير متوافر فيه في ذاته شرط الجوار ، كملك الشفيع من جهتين مثلا ^(٢) .

(١) سوهاج الجزئية ٢٧ يناير ١٩٢٣ (القاضى محمود علام) المحاماة ٣ رقم ١٢٨
ص ١٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٤ .

اسنا الجزئية ١٣ يناير ١٩٢٣ (القاضى حسن رياض) المجموعة ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٦ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا
وجمال الدين أباطه) الحقوق ٣٤ ص ١٨٧ المجموعة ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١ الفهرست العشرية
الثانية للمجموعة رقم ٩٦٢ . وقد جاء في الحكم :

٢٤٤ - نمر البائعين - اذا تعدد البائعون على الشيوع ، وكان

المشتري واحدا ، وجب تطبيق ما تقضى به المادة ١١ ، وهو عدم جواز الشفعة

== « فان كان السبب الجوار من جهتين وجب أن يكون كذلك بالنسبة للحصص التي يطلب أخذها بالشفعة في مجموعها ، فلا يصح له مثلا أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التي لا يكون له بها اتصال أو التي لا يكون له بها اتصال الا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصص المتصلة بها والمجاورة للملك من الجهتين . ولكن يكتفى أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين ، وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوفر فيه في ذاته شرط الجوار للملك الشفيع من الجهتين ، وذلك لأن اباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن الاعتبار في نظر القانون هو كلية العقار وكلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه بحيث ان هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلا واحدا متى تحقق الجوار من جهتين في بعضه سرى ذلك الى باقية . والقول بخلاف ذلك يؤدي الى نتيجة غير مقبولة ، وهي أنه في مثل هذه الحالة يكون للشفيع أن يأخذ العقار بتمامه ، ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص الا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين ، وقد لاحظ المقتن في ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفيع من جميع من ينتقل اليهم بالبيع بحصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه ابعاد الضرر عنه ، وقد يكون ذلك متحققا في عدد من جيرانه الجديدين ، فان اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون البعض فانه يبقى جارا ملاصقا أيضا لهذا البعض الباقي ، فلا يدفع عن نفسه أذى جواره ، لذلك جعل له القانون الحق في أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوفرا في بعضها ويكون باقية متصلا بها . وحيث ان العقار هنا واحد ، وهو ما كان يملكه المدعى عليه الثالث قطعة واحدة يجاورها المدعيان من جهتين البحري والغربي ، فباعها المدعى عليه الثالث للمدعى عليهما الأولين مع تعيين حصة كل منهما مفروزة فيها ، فيكون للمدعيان الحق في أخذ العقار بتمامه بالشفعة ، كما أن لهما الحق في أن لا يأخذا بالشفعة الا الفدان البحري فقط ، ولكنهما ليس لهما أن يأخذا الفدان القبلي دون الفدان البحري » .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٠ مارس ١٨٩٢ (٤ من ١٤٢) ، أول مارس ١٩٠٠

(١١ ص ١٤٣) .

استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٢٦ (٣٨ ص ١٨٤) المحاماة ٦ رقم ٣٢١ ص ٤٥٩
الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٨ : اذا بيعت قطعتا أرض ، احدهما وهي الكبرى للزوج ، والأخرى وهي الصغرى للزوجة ، في يوم واحد ، وتبين أن البيع الحاصل للزوجة مقصود به فصل القطعة المبيعة للزوج عن أرض الجار لمنع الشفعة ، كان لاجار الحق رغما من ذلك في أخذ القطعتين بالشفعة ، سواء كان البيع الحاصل للزوجة بمفردها يباعا جديا أو كان يباعا صوريا مقصودا به الحيلولة بين الأرض التي اشتراها الزوج وأرض الجار ، اذ أنه حتى في حالة ما اذا كان البيع الصادر للزوجة هو بيع جدي فان هذا لا يمنع الشفعة ، اذ أن حصول البيع لجملة أشخاص في يوم واحد ولو بقود مختلفة لا يمنع الجار من طلب الشفعة وفقا لحكم المادة الحادية عشرة من قانون الشفعة .

الافى العقار بتمامه . فلا يمكن استعمال حق الشفعة من أجل حصة أحد البائعين فقط (١) .

وبناء على قاعدة عدم تجزئة العقار المبيع . اذا تعدد الشفعاء ، وسقط حق بعضهم ، جاز للبعض الآخر من لم يسقط حقهم أن يأخذوا كل الأعيان صفقة واحدة (٢) .

٢٤٥ — عزم التجزئة مقرر لمصلحة المشتري — لم تقرر قاعدة عدم تجزئة حق الشفعة الا لمصلحة المشتري ، ولا يصح أن يحتج بها الشفيع ليؤيد طلبه أخذ جميع الأعيان المبعة بالشفعة مع أنه مجاور لجزء منها فقط (٣) .

٢٤٦ — ويجب على الشفيع أن يطلب كل العقار المبيع ، لا جزءا منه

= استئناف مختلط ١١ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨٨ ص ٢٦٩ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ٩٨٠ : اذا بيعت أرض لجملة أشخاص بعقود متفرقة في يوم واحد ، وسجلت في يوم واحد ، جاز للجار أن يطلب الأرض كلها بالشفعة اذا توافرت في الجوار الشروط التي تجعل حقه في الشفعة ثابتا . وتجزئة الصفقة لا تمنع من استعمال حق الشفعة في الأرض بأكملها .

(١) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩١٣ (٢٥ ص ١٩٦) .

(٢) استئناف أهلى ٢ يونيه ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الاستقلال ٣ رقم ٣٣١ ص ٢٢٤ .

استئناف مختلط ١١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٣) .

(٣) طنطا الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة بطرس يوسف بك والقاضى محمد صدق والقاضى محمد زكى) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ .

استئناف مصر الأهلية ١٢ يونيه ١٩٢٨ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقي زكى القشيري بك) المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ٩٨٢ : ليس معنى عدم جواز تجزئة الصفقة أن يكون للشفيع حق الشفعة في جميع الصفقة بما فيها العقار الذى لا شفعة له فيه أصلا ، وإنما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك اذا شاء ، والا كان حق الشفيع مقصورا على العقار الذى له حق الشفعة فيه وحده .

استئناف مصر ٤ يونيه ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المجموعة ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٢٩٧ : اذا باع الشريكان عقارا ، وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة الا في الجزء المجاور له ولا حق له بأخذ جميع العقار بحجة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة انما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع .

فقط ، والا سقط حقه في الشفعة ، وذلك حتى لو تعدد من لهم حق الشفعة ، لأن المحكمة في هذه الحالة هي التي تعين ترتيب الشفعاء أو تحدد مقدار ما يخص كلا منهم في العقار المشفوع .

وسيان في ذلك أن يكون المشتري حائزا لما يجعله شفعيا أو كان أجنبيا لا حق له في الشفعة أصلا ، اذ يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في العقار جميعه ، والمشتري الذي تتوافر فيه صفة الشفيع وكان مساويا له في المرتبة أن يطلب مقاسمته العقار المشفوع كل بقدر نصيبه في الملك المشاع ، هذا لأن حق عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشتري وهو وحده الذي يملك التنازل عنه ^(١) .

وقد حكم بأنه اذا اقتصر الشفيع على طاب جزء من العقار المبيع ، ثم عاد وطلب الشفعة في كل العقار ، فان حقه يسقط اذا كان طلبه لم يقدم الا بعد انقضاء الميعاد الذي عينه القانون للمطالبة بالشفعة ^(٢) .

٢٤٧ - نورد العقارات المبيعة - كل ما تقدم اذا كان العقار المبيع واحدا ، أما اذا كان المبيع عقارات متعددة وجبت التفرقة بين الحالة التي تكون فيها العقارات منفصلا بعضها عن بعض والحالة التي تكون فيها متصلة . وقد تقدم الكلام في ذلك في نبذة ٩٦ .

(١) المحلة الكبرى ٢٨ أبريل ١٩٤٠ (القاضي حافظ سابق) المحاماة ٢١ ص ١٢٦

رقم ٦٧ .

(٢) ملوى ٨ يناير ١٩١٩ (القاضي موافى علام) المجموعة ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٢٣ .

وراجع نبذة ٣٤٠ .

الاجراءات التى تلزم مراعاتها للأخذ بالشفعة

٢٤٨ — اذا طلب الشفيع العين المبيعة ، فان سلم المشتري بحقه ثبت الملك للشفيع بالتراضى ، من غير حاجة لاتخاذ اجراءات قضائية ، والا احتاج الحال فيه الى رفع دعوى والحصول على حكم من القاضى .
وقد نص القانون على الاجراءات الواجب اتباعها فى الحالة الأخيرة . وقبل أن نبسطها نرى وجوب الكلام فى أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بها .

فى الشريعة الاسلامية

٢٤٩ — طلب الشفعة على ثلاثة أوجه :

- (١) طلب موأبة .
- (٢) طلب اشداد وتقرير .
- (٣) طلب خصومة وتملك^(١) .

(١) طلب الموائبة

٢٥٠ — المبادرة بمجرد العلم — طلب الموائبة هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة بمجرد علمه بالبيع والمشتري ومقدار الثمن . فاذا علم ببعضها ، مثلاً بالبيع والمشتري ، ولم يعلم بمقدار الثمن ، لا يبطل حقه فى الشفعة .
ويلزم أن يحصل الطلب بمجرد العلم بالأشياء الثلاثة المتقدمة ، وهى البيع والمشتري والثمن .

وسمى طلب الموائبة كذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن وأبها » ، أى طلبها على وجه السرعة ، لأن الموائبة من الوثب ، وهو العدو الشديد .
ولقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الشفعة كنشطة عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت » .

٢٥١ — علم الشفيع — قد يحصل علم الشفيع بسماعه بالبيع بنفسه ، وقد يحصل باخبار غيره . واختلف فيما اذا كان يشترط فيه العدد والعدالة :

(١) مرشد الخيران المادة ١١٧ — المجلة للمادة ١٠٢٨ .

فقال أبو حنيفة يشترط أحد هذين ، اما العدد في الخبر ، رجلا أو رجل وامرأتان ، واما العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة ، حتى لو أخبره واحد بالشفعة ، عدلا كان الخبر أو فاسقا ، بالغا أو صبيا ، ذكرا أو أنثى ، فسكت ولم يطلب على فور الخبر ، على رواية الأصل ، أو لم يطلب في المجلس ، على رواية محمد ، بطلت شفيعته عندهما اذا ظهر كون الخبر صدقا . وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين .

فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا في المعاملات ، وهذا من باب المعاملة ، فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة .

ولأبي حنيفة أن هذا اخبار فيه معنى الالتزام ، ألا ترى أن حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر ، فأشبه الشهادة ، فيعتبر فيه أحد شرطى الشهادة ، وهو العدد أو العدالة ^(١) .

ولو أخبر المشتري الشفيع بنفسه ، يجب عليه الطلب بالاجماع ، وإن لم يكن المشتري عدلا ، لأن المشتري خصم ، وعدالة الخصم ليست بشرط في الخصومات ^(٢) . وإن كان الخبر رجلا واحدا غير عدل ، أن صدقه الشفيع في ذلك ثبت البيع بخبره بالاجماع ، وإن كذبه في ذلك لا يثبت البيع بخبره ، وإن ظهر صدق الخبر عند أبي حنيفة ، وعندهما يثبت البيع بخبره اذا ظهر صدق الخبر ^(٣) .

٢٥٢ — وقت طلب الموائبة — اختلف فيما إذا كان يشترط الطلب فور العلم ، أو يكفي أن يكون في مجلس علمه بالبيع وإن امتد المجلس . فعلى القول الأول شرط طلب الموائبة هو أن يكون على فور العلم بالبيع ، إذا كان قادرا عليه ، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه ، بطل حق الشفعة . ولو أخبر بكتاب ، وكانت عبارة البيع والتمن والمشتري في أوله أو في وسطه ، وتمادى في القراءة إلى آخر الكتاب ، سقط حقه في الشفعة ، لأن تماديه في القراءة دليل

(١) البدائع ٥ ص ١٧ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ — الزيلعي ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٧ — الزيلعي ٥ ص ٢٤٣ .

(٣) كذا في الذخيرة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ .

على اعراضه عن الأخذ بها . ولكن لو قال كلاما يدل على الأخذ لا يبطل حقه ^(١) .

وهذا في رواية الأصل . ومال الى هذا القول قاضيخان في فتاواه . وفي جواهر الفتاوى ما يؤيده حيث صرح بوجوب الطلب على الفور وان عليه الفتوى . وقال في رد المختار وهذا القول مناسب لتسميته طاب المواتبة ، وظاهر الهداية اختياره ونسبه الى عامة المشايخ . قال في الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هنيهة بغير عذر ولم يطلب أو تكلم بكلام لغو بطلت شفעתه كما في الخانية والزيلعي وشرح الجمع ^(٢) .

وهو الصحيح في مذهب أحمد ، نص عليه في رواية أبي طالب ، قال الشفعة بالمواتبة ساعة يعلم . وهذا قول ابن شبرمة والبتى والأوزاعى والعنبرى والشافعى في أحد قوليهِ . وحكى عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخى لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك . وهذا قول مالك وقول الشافعى ، إلا أن مالكا قال تنقطع بمضى سنة ، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص . وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته . وحكى عن ابن أبي ليلى والثورى أن الخيار مقدر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعى ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط ، فصحت حدا لهذا الخيار ^(٣) .

وروى عن محمد أنه على المجلس كخيار القبول ، ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر ، لا تبطل شفעתه ، وله أن يطلب . وذكر الكرخى أن هذا أصح الروایتين . ووجه هذه الرواية أن حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه ، فيحتاج الى التأمل ، أن هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن ، وأنه هل يتضرر بجوار هذا المشتري فيأخذ الشفعة أو لا يتضرر فيترك ، وهذا لا يصح بدون العلم بالمبيع .

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٢٩ .

(٣) الفقى ٥ ص ٤٧٧ — ٤٧٨ .

ووجه رواية الأصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الشفعة لمن واثبها . وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال إنما الشفعة كسشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب . وفي بعض الروايات الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه . وفي لفظ أنه قال « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . ولأنه حق ضعيف متزلزل ثبوته على خلاف القياس ، اذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم ، فلا يستقر الا بالطلب على الموائمة ^(١) .

وإثباته على التراضي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على البيع ويمنعه من التصرف بعارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ، لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها . والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ^(٢) .

٢٥٣ — تطبيقات — لو آخر بيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو سبحانه الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعتها على رواية محمد ، لأن هذا يذكر لافتتاح الكلام تبركاً به ، فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب . وكذا اذا سلم أو شمت العاطس ، لأن ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض . وكذلك اذا قال من ابتاعها ، وبكم بيعت ، لأن الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره ، وقد تصلح له الدار بثمان دون غيره ، فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضاً عنه ، وهذا كله على رواية اعتبار المجلس .

فأما على رواية اعتبار الفور ، تبطل شفعتها في هذه المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة .

وقد قالوا ولو أخبر بالبيع وهو في الصلاة فمضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون في الفرض أو في الواجب أو في السنة أو في النفل المطلق . فان كان في الفرض لا تبطل شفعتها ، لأن قطعها حرام ، فكان معذورا في ترك الطلب . وكذا اذا كان في الواجب ، لأن الواجب ملحق بالفرض في حق العمل ، وان كان في

(١) البدائع ٥ ص ١٧ .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٧٨ .

السنة فكذاك ، لأن هذه السنن الراتبة في معنى الواجب ، سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً ، كالأربع قبل الظهر . وذكر محمد في الحيرة إذا كانت في صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها ^(١) .

٢٥٤ — والغائب إذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والشهاد ، لأنه قادر على الطلب الذي يتأكد به الحق وعلى الشهاد الذي يتوثق به الطلب . ولو وكل الغائب رجلاً ليأخذ له بالشفعة فذلك طلب منه ، لأن في التوكيل طلباً وزيادة .

وإذا طلب الغائب على الموائبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التي يأتي إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار ، لا زيادة عليه ، لأن تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة ^(٢) .

٢٥٥ — وجاء في المغنى : متى آخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعتها ، وإن أخرها لعذر ، مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصباح ، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة ، أو اغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وستتها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف قوتها ، لم تبطل شفعتها ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فإن شفعتها تبطل بتركه المطالبة ، لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه ، فأما مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفעתه ، لأنه طلب بحكم العادة . وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري ، فإذا لقيه بدأ بالسلام ، لأن ذلك السنة ، وقد جاء في حديث « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه » ، ثم يطالب . وإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فيكون من

(١) البدائع ٥ ص ١٨ — الزيلعي ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٨ .

جملته ، والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا . وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفעתه ^(١) .

٢٥٦ — وان آخر الشفيع طلب الموائبة بطلت شفעתه ، ولو كان جاهلا بثبوت الطلب له . قال في الخانية رجلا ن ورثا أجرة ، وأحدهما لم يعلم بالميراث ، فبيعت أجرة بجنبها ، فلم يطلب الشفعة ، فلما علم أن له نصيبا طلب الشفعة في المبيعة ، قالوا تبطل شفעתه ، لأن شرط تأكد الشفعة طلب الموائبة عند العلم بالبيع ، فإذا لم يطلب ، والجهل ليس بعذر ، فلا تبقى له الشفعة ^(٢) .

٢٥٧ — هل بشرط الاسرار — الاشهاد ليس بشرط لصحة الطلب ، حتى لو طلب على الموائبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى . وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار ، لأن من الجائز أن يشتري لا يصدق الشفيع في الطلب ، أو لا يصدق في الفور ، ويكون القول قوله ، فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضي على تقدير عدم التصديق ، لأنه شرط صحة الطلب .

واذا طلب على الموائبة فان كان هناك شهود أشهدهم وتوثق الطلب ، وان لم يكن بحضورته من يشهده فبعث في طلب شهود لم تبطل شفעתه ، لما تقدم من أن الاشهاد للاظهار الطلب عند الحاجة ، لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور ، فبطلت الشهادة على الفور ضرورة ، وعلى رواية المجلس اذا قال وهو في المجلس ادعوا الى شهودا أشهدهم فجاء الشهود فأشهدهم صح وتوثق الطلب لأن المجلس قائم ^(٣) .

(١) المغني ٥ ص ٤٧٩ .

(٢) سليم باز على المادة ١٠٣٢ من المجلة .

وقد جاء في المغني : وان لقيه الشفيع في غير بلده ، فلم يطالبه ، وقال انما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لأخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفעתه ، لأن ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة ، فانها لا تنف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه . وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة ، أو نسيت البيع ، سقطت شفעתه ، لأنها خيار على الفور ، فإذا أخره نسيانا بطل كالرد بالعيب . ويحتمل ألا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر ، فأشبهه ما لو تركها لعدم علمه بها . وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب (المغني ٥ ص ٤٨٢) .

(٣) البدائع ٥ ص ١٧ — ١٨ .

٢٥٨ — كيفية الطلب — اختلفوا في لفظ طلب الموائبة ، والصحيح أنه يصح الطاب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ^(١) .

(٢) طلب الاشهاد والتقرير

٢٥٩ — يجب على الشفيع ، بعد طلب الموائبة ، أن يشهد ويطلب التقرير ^(٢) .

وانما يحتاج الى طلب الموائبة ثم الى طلب الاشهاد بعده اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة ، بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار . أما اذا سمع عند حضرة هؤلاء الثلاثة ، وأشهد على ذلك ، فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين ^(٣) .

٢٦٠ — كيفية الطلب — المبيع اما أن يكون في يد البائع ، واما أن يكون في يد المشتري :

فان كان في يد البائع ، فالشفيع بالخيار ، ان شاء طلب من البائع ، وان شاء طلب من المشتري ، وان شاء طلب عند الدار . أما الطلب من البائع والمشتري فلا أن كل واحد منهما خصم ، البائع باليد ، والمشتري بالملك ، فكان كل واحد منهما خصما ، فصح الطلب من كل واحد منهما . وأما الطلب عند الدار فلا أن الحق متعلق بها . فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته ، لأنه فرط في الطلب .

(١) شرح المحلة لسليم باز على المادة ١٠٢٩ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ — الزيلعي ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) المحلة المادة ١٠٣٠ .

(٣) كذا في خزانة المفتين — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ — الزيلعي ٥ ص ٢٤٤ .

وقد جاء في المادة ١١٩ من مرشد الحيران : « طلب التقرير هو أن يشهد الشفيع على البائع ، ان كان العقار المبيع في يده ، أو على المشتري ، وان لم يكن العقار في يده ، أو عند المبيع ، بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن . والمدة الفاصلة بين هذا الطلب والطلب الأول مقدرة بالتمكن منه . فان تمكن بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته ، وان لم يتمكن منه فلا تسقط . وان أشهد الشفيع في طلب الموائبة عند أحد من هؤلاء المذكورين كفاه ذلك الاشهاد ، فقام مقام الطلبين » .

وان كان في يد المشتري فان شاء طلب من المشتري وان شاء عند الدار ، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصما لزوال يده ولا ملك له ، فصار بمنزلة الأجنبي . ولو لم يطلب من المشتري ، ولا عند الدار ، وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد ، بطلت شفעתه ، لوجود دليل الاعراض ، وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا .

ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ، ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه ، لأن الشفيع اذا كان بجانب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد . فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقلين بطلت شفעתه لوجود الاعراض عن الطلب .

هذا اذا كان قادرا على الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدار . فأما اذا كان هناك حائل ، بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع ، لا تبطل شفעתه بترك المواثبة الى أن يزول الحائل ^(١) .

٢٦١ — وقد اختلف في صورة الطلب . فعن محمد بن مقاتل الرازي أن الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها .

وعن محمد بن سلمة أنه يقول طلبت الشفعة فحسب .

وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب ، بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب ، أى لفظ كان ، يكفي ، نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب ، وهو الصحيح ، لأن الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه ، سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره ^(٢) .

وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدده ، لأن مطالبة غير معلوم لا تصح ، فاذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع ، فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب ^(٣) .

(١) البدائع ٥ ص ١٨ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٩ .

(٣) الزيلعي ٥ ص ٢٤٤ .

وقد جاء في المادة ١٠٣٠ من الحجة : « على الشفيع بعد طلب الموائبة أن يشهد ويطلب التقرير والاشهاد . وهو أن يقول في حضور رجلين أو رجل وامرأتين عند المبيع ان فلانا قد اشترى هذا العقار ، أو عند المشتري أنت قد اشتريت العقار الفلاني ، أو عند البائع ان كان العقار موجودا في يده أنت قد بعت عقارك وأنا شفيع بهذه الجهة ، وكنت طلبت الشفعة والآن أطلبها اشهدا . وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بنفسه على هذا الوجه يوكل آخر ، وان لم يجد وكيلا أرسل مكتوبا » .

٢٦٢ — مرة طلب التقرير والاشهاد — ليس لطلب التقرير والاشهاد مدة معلومة ، بل مدته مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد . وفي المنح اذا كان الشفيع في طريق مكة ، فطلب طلب الموائبة ، وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار أو عند صاحب اليد ، يوكل وكيلا ان وجد ، فان لم يجد يرسل رسولا أو كتابا ، فان لم يجد فهو على شفيعته ، فاذا حضر طلب ، وان وجد ولم يفعل بطلت شفيعته . وفي الهندية الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح (١) .

٢٦٣ — هل بشرط الاسراء على الطلب ؟ — الاشهاد على هذا الطلب ليس بشرط لصحته ، كما ليس بشرط لصحة طلب الموائبة ، وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار ، كما في الطلب الأول . وكذا تسمية المبيع وتحديدده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد في ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف أنه شرط ، لأن الطلب لا يصح الا بعد العلم ، والعقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ، فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه (٢) .

(٣) طلب الخصومة والتملك (٣)

٢٦٤ — طلب الخصومة والتملك هو أن يطلب ويدعى الشفيع في حضور

(١) شرح الحجة لسليم باز على المادة ١٠٣٣ .

(٢) البدائع ٥ س ١٨ — راجع أيضا نبذة ٢٦١ المقدمة .

(٣) وسماه بعضهم طلب الأخذ والتملك (الزيلي ٥ س ٢٤٤) ، أو طلب الخصومة ،

أو طلب الاستحقاق (حاشية الشلبي على الزيلي ٥ س ٢٤٤) .

القاضي بعد طلب التقرير والاشهاد^(١) ، فهو المرافعة الى القاضي ليقضى له بالشفعة^(٢) .

٢٦٥ — مبعاره — رأى الامام أبى حنيفة عدم التقيد بمدة معينة .

فالشفيع اذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة أبدا حتى يسقطها بلسانه . وهذه هي أيضا إحدى الروايتين عن أبى يوسف . وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى . كذا فى الهداية^(٣) . وفى رواية أخرى قال اذا ترك الخصمة الى القاضي فى زمان يقدر فيه على الخصمة بطلت شفעתه ولم يؤقت فيه وقتا ، وروى عنه أنه قدره بما يراه القاضي . وقال محمد وزفر اذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفעתه ، وإن أخره بعذر مقبول ، ككونه فى ديار أخرى أو لحبس أو جنون فلا تسقط . والفتوى على قولهما . كذا فى محيط السرخسى^(٤) . وهو رواية عن أبى يوسف أيضا^(٥) .

ووجه قول محمد وزفر أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ، ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره ، وفى ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبدا اضرار بالمشتري ، لأنه لا يبنى ولا يغرس خوفا من النقص والقلع ، فيتضرر به ، فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به ، فقدّر بالشهر لأنه أدنى الآجال ، فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط فى الطلب فتبطل شفעתه .

ووجه قول أبى حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين ، والأصل أن الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطال ولم يوجد ، لأن تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون . وقوله يتضرر المشتري ممنوع ،

(١) المجلة المادة ١٠٣١ — مرشد الحيران المادة ١٢٠ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

(٤) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

(٥) البدائع ٥ ص ١٩ .

وفى رواية عن محمد أنه قدره بثلاثة أيام ، لأن هذه المدة هى التى ضربت لابتداء الأعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء (الزيلعي ٥ ص ٢٤٤) .

فانه اذا علم أن الشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يتمتع من البناء والغرس خوفاً من النقص والقلع ، فلئن فعل فهو الذى أضر بنفسه ، فلا يضاف ذلك الى الأخذ بالشفعة ، ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغية الشفيع ، ولا يقال ان فيه ضرراً بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس لما تقدم كذا هذا ^(١) .

٢٦٦ — كيفية الطلب — الخصم للشفيع هو المشتري وحده اذا حصل تسليم المبيع اليه ، وقبل التسليم يكون خصمه كل من المشتري والبائع (المشتري لأنه هو المالك والبائع لكونه واضع اليد) ^(٢) . فاذا كان المبيع فى يد البائع وترافع الشفيع معه فلا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشتري ^(٣) .

وصورة هذا الطلب ، كما جاء فى شرح المجله لسليم باز على المادة ١٠٣١ ، أن يقول الشفيع اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا فره يسلم الدار الى ، وهذا لو كان قد قبضها المشتري ، أما لو كانت فى يد البائع فيطلب أن يأمر البائع بتسليمها ، غير أنه يشترط حينئذ حضور المشتري فى الدعوى (تنوير) ، وان كان المشتري قد أدى الثمن الى البائع فيقضى بالثمن للمشتري والعهد عليه ، والا فيقضى به للبائع والعهد عليه (هندية) . والمراد بالعهد حقوق العقد كضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم (طحطاوى) . وان اشترى الوكيل بالشراء والعقار باق فى يده فهو الخصم فى الدعوى ، لأن حقوق العقد له والتسليم بالشفعة منها ، ولكنه يشترط حضور المشتري فيقضى بتسليم المشفوع على الوكيل وبدفع الثمن له (مجمع الأنهر) ^(٤) .

واذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضى سأل القاضى

(١) البدائع ٥ ص ١٩ .

وقد جاء فى المادة ١٢٠ من مرشد الحيران : طلب التملك هو طلب الخاصة والمرافعة عند القاضى ، فاذا أخره الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير شهراً واحداً بلا عذر بطأت شفيعته ، وان أخره بعذر مقبول فلا تسقط .

راجع أيضاً المادة ١٠٣٤ من المجلة .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٢ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٢٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

(٤) راجع الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

المدعى عليه ، وهو المشتري ، عن الدار التي يشفع بها الشفيع . هل هي ملك الشفيع أم لا ، فإن أقر بأنها ملكه ، أو أنكر ونكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه ، سأل القاضى المشتري عن الشراء ، فيقول له هل اشتريت أم لا ، فإن أقر بأنه اشترى ، أو نكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة ، قضى بالشفعة لثبوته عنده (١).

فى القانون

٢٦٧ — قد رأينا فيما سبق أنه فضلا عما فى حق الشفعة من مخالفة جسيمة لمبدأ حرية التعاقد ، فإنه ينجم عنه مضار كثيرة . فحق ملكية المشتري يخضع لحالة عدم استقرار قد تدوم طويلا . ولذلك كان على الشارع أن يتدخل لينقص المدة التى قد تستغرقها هذه الحالة الى أقل حد ممكن . وقد ألزم القانون الشفعاء بإبداء رغبتهم فى استعمال حقهم فى مدة محدودة ، كما فى الشريعة . وأجاز للمشتري أن يدعوا من له الشفعة ليبدى رأيه فى المدة المحدودة . وقصر لحد كبير الاجراءات ، مقررًا وجوب نظر دعوى الشفعة على وجه السرعة ، وأورد مواعيد يسقط بانقضائها حق الشفيع .

وهناك أشخاص قد يتعاملون مع المشتري ، كالدائنين المرتهنين ، ومن تقرر لهم حقوق عينية على العقار المشفوع ، ومن يحوزون العقار من المشتري ، بمقابل أو بغير مقابل ، وقد جاء الشارع بأحكام خاصة بهم ، فقرر قانون الشفعة تسجيل اعلان الرغبة ، كما قرر تسجيل حكم الشفعة ، مرتبا على ذلك بعض الأحكام . على أنه ليس من الضروري اتخاذ الاجراءات المقررة للشفعة ، فقد يحصل الشفيع على حقه بالاتفاق مع المشفوع منه والبايع . وحتى بعد أن يعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة يمكنه الوصول الى حقه بالتراضى .

وستنكمل تفصيلا فيما يلى فى الاجراءات التى يحتمها قانون الشفعة .

٢٦٨ — بمقتضى قانون الشفعة يجب على الشفيع مراعاة ما يأتى :

أولا — اعلان رغبته فى الشفعة .

(١) الزيلى ٥ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ .

ثانيا - رفع الدعوى .

أولا - اعلان رغبة الشفيع

٢٦٩ - نصت المادة ١٤ من قانون الشفعة على أنه :

« يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا .

« ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله في مكتب الشهر^(١) الكائن بدائرتة العقار^(٢) .

وجاء في المادة ١٩ أن حق الشفعة يسقط :

« 2° Si la personne ayant le droit de préemption n'a pas déclaré son intention de l'exercer dans les quinze jours à partir du moment où elle a eu connaissance de la vente ou de la date de la mise en demeure qui lui aurait été signifiée, soit par le vendeur, soit par l'acquéreur.

« . . . ثانيا - اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري .

(١) كانت نص الفقرة الثانية من المادة « ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله في قلم رهونات المحكمة المختطة الكائن بدائرتها العقار » . وقد عدلت بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الحاص بتنظيم الشهر العقارى (المادة ٥٩ منه) . فأصبح التسجيل بمكتب الشهر الكائن بدائرتة العقار .

(٢) كانت المادة ١٤ تشتمل على فقرة ثالثة وفقرة رابعة نصهما :
« واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى بإجراء هذا التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة وعلى هذه المحكمة أن تبث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعه الدول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل الأخير . » ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطاب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها .

ولكن بعد صدور القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الحاص بتنظيم الشهر العقارى أصبحت هاتان الفقرتان ملفتين ، لأن المادة ٦١ منه قضت بإلغاء كل نص يخالف أحكام هذا القانون . وقد جاء صراحة في مذكرته الايضاحية أن من النصوص المخالفة التى ألغاهما الفقرتين ٣ و ٤ من المادة ١٤ من قانون الشفعة الصادر بذكرينو ٢٦ مارس ١٩٠٠ وذكرينو ٢٣ مارس ١٩٠١ .

Ce délai de quinze jours sera augmenté du délai de distance, s'il y a lieu » .^(١) ويزاد على المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة «^(١) .

فبمقتضى النصوص المتقدمة تجب مراعاة الشروط الآتية في اعلان الرغبة :

- (١) اعلان طلب الشفيع كتابة على يد محضر .
- (٢) اعلان البائع والمشتري .
- (٣) عرض الثمن وملحقاته .
- (٤) أن يكون الاعلان في خلال خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع .

(١) الاعلان كتابة على يد محضر

٢٧٠ — نصت المادة ١٤ على أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن الى البائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر .
ولكن المادة لم تنص على الحكم الذى يتبع عند مراعاة ذلك . وقد اختلف الشراح ، وكذا القضاء .

٢٧١ — رأى الشراح — يرى فتحى زغلول باشا أنه يجوز أن يكون الاعلان غير رسمى ، ولو بكتاب فى البريد ، والأولى أن يكون الاعلان رسميا ، لما فى اتباع غير هذه الطريقة من مشاق الاثبات ^(٢) .
وهذا هو رأى دى هلتس أيضا ^(٣) .

وهو رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك ، الذى يقول « ان تشدد القانون

(١) يقابل النصوص المتقدمة فى مشروع القانون المدنى الجديد المادتان ١٠١٠ و ١٠١٢ اللتان جاء فيهما :

المادة ١٠١٠ : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة اذا اقتضى الأمر ذلك » .

المادة ١٠١٢ : « ١ — اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا والا كان باطلا .
٢ — ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير الا اذا سجل » .

(٢) ص ٩٢ — ٩٣ .

(٣) نبذة ١١٨ .

في جعل اظهار الرغبة على يد محضر تشدد لا مبرر له ، وربما لاحظ هذا التشدد تفاديا من صعوبة أو استحالة الاثبات عند النزاع في حصول اظهار الرغبة ، وما دام الشارع لم يقرر جزاء لشرط حصول الرغبة على يد محضر ، وهو البطلان ، فاذا حصل بواسطة خطاب أو اشارة بريدية ، صح اظهار الرغبة «^(١)» .
ويرى عكس هذا الرأي مسيو فورجير^(٢) .

وكذلك زكى العرابي باشا ، اذ يقول : « ويظهر من عبارة المادة أنه لا يجوز اثبات ابداء الطلب في الميعاد المقرر الا بطريق الاعلان على يد محضر . ولا يجوز اثبات ذلك بالبينة مهما قلت قيمة العقار المشفوع عن ألف قرش »^(٣) .

٢٧٢ — رأى القضاء — قررت محكمة أسبوط الابتدائية أن الشارع لم ينص على البطلان أو سقوط الحق في حالة عدم قيام الشفيع بالاجراء المنصوص عليه بالمادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة ، كما فعل ذلك في المادتين الخامسة عشرة والتاسعة عشرة^(٤) .

وبذلك حكمت أيضا محكمة الاستئناف الأهلية^(٥) مقررة أنه لا يترتب على اعلان الرغبة الى البائع أى بطلان .

وقررت محكمة الاسكندرية الابتدائية أن الفقرة الثانية من المادة ١٩ من دكرينو الشفعة لم تنص على كيفية اظهار الرغبة ولا على الأشخاص الذين يجب أن يعلنوا ، لذلك كان من التعسف فرض قيود وتكاليف لم يحوها نص المادة الصريح والقول بأن الخروج عنها يترتب عليه سقوط حق الشفيع ، بل يتحتم أمام النص الصريح للفقرة الثانية من المادة ١٩ القول بصحة اجراء اظهار الرغبة حتى لو كان

(١) « في الأموال » نبذة ٥٤٠ .

(٢) ص ٣٢١ .

(٣) نبذة ٩٨ ص ٦٠ .

(٤) أسبوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاء أحمد حسني وحسن محمد

سعودي ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مرجع القضاء ٤٧١٩ .

(٥) استئناف ٧ مارس ١٩٢٩ (دائرة محمد فهمي حسين بك وأترابي أبو العز بك ومحمود

الترجوشي بك) المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ ص ٥١٤ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٧ مرجع القضاء ٤٧٤٦ .

بورقة غير رسمية ، ككتاب ، وسواء أبلغ بهذه الرغبة البائع أو المشتري ^(١) .
وقضت بعض الأحكام المختلطة بأنه يكفي أن يكون الاعلان بكتاب في
البريد ، وخصوصا اذا حصل الاعلان الى الشفيع عن البيع بهذه الكيفية ،
وليس للقاضي أن يقضى بالبطلان ، لأن البطلان الخاص بالشكل وسقوط الحق
déchéance لا يمكن أن يقرر الا بموجب نص صريح في القانون ^(٢) .

ولكن حكما آخر مختلطا قرر أن الكتاب لا يقوم مقام الاعلان على يد
محضر ^(٣) .

وقررت محكمة طنطا الابتدائية ^(٤) أن المادة ١٤ من قانون الشفعة فرضت
على الشفيع ، بطريق الالزام ، أن يعلن الى البائع والمشتري طلبه الأخذ بالشفعة
كتابة على يد محضر . ومتى كان جميع الخصوم في الدعوى وطنيين ، فالأصل أن

(١) الاسكندرية الكلية ١٧ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة القضاة عبد الحميد عمر وشاحي
ومحمد صادق وعبد العزيز محمد) المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ الجدول العشري الأول
للمحاماة رقم ١٠٤٩ مرجع القضاء ٤٧٤٥ . وجاء في أسباب الحكم :

وحيث ان الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة تنص على أن حق الشفيع
يسقط « اذا لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع » ،
ولم يرد بها كيفية اظهار الرغبة ولا الأشخاص الذين يجب أن يخطروا بها ، لذلك كان من
التصف فرض قيود وتكاليف لم يحوها نص المادة الصريح ، والقول بأن الخروج عنها يترتب
عليه سقوط حق الشفيع ، بل يتجتم أمام النص الطليق للفقرة الثانية من المادة ١٩ القول
باجراء اظهار الرغبة حتى لو كان بورقة غير رسمية تكطاب . وسيان أخطر بهذه الرغبة البائع
أو المشتري ، ولا محل للدعاء بأن المادة ١٤ تنص على عرض الثمن باعلان على يد محضر لسكل من
البائع والمشتري ، اذ ظاهر أن هذه المادة لم تنص على جزاء اغفال هذا الاجراء . والواقع أن
اغفال اجراء العرض كلية للبائع والمشتري لا يترتب عليه الا الزام الشفيع بمصاريف دعوى
الشفعة اذا سلم المشفوع منه بأحقية الشفيع لها . وبمراجعة النصوص في مادة الشفعة يتضح منها
أن حق الشفيع لا يستلزم بسبب نصير في الاجراءات الا اذا لم يظهر رغبته بأية طريقة في بحر
١٥ يوما من علمه بالبيع أو من تكاليف البائع أو المشتري بابداء هذه الرغبة ، أو عدم رفعه
دعوى الشفعة على البائع والمشتري في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ اظهار الرغبة ، أو على العموم
قبل مضي ستة شهور من تسجيل عقد البيع .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) -- راجع أيضا ٦ فبراير
١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

(٤) ١٤ يونيو ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت ويوسف مينا)

الحقوق ٣٤ ص ٢١١ .

تكون أوراق المحضرين التي يعلنها بعضهم الى بعض حاصلة على يد محضرين خاضعين لأحكام المحاكم الأهلية ، ومحركة باللغة العربية التي هي اللغة الرسمية للبلاد في حق الوطنيين ، وأنه ان أمكن التجاوز عن القيد الأول ، والقول بصحة الاعلان الذي يصدر على يد محضر من جانب المحكمة المختلطة ، لأنه موظف مصرى ، فلا يمكن التجاوز عن القيد الثانى ، وهو أن يكون الاعلان محررا باللغة العربية أو مترجما اليها ، اذ أن ذلك واجب في حق الوطنيين ، حتى أمام المحاكم المختلطة ، التي حتم منشور الاستئناف المختلط الصادر في ٢٢ من فبراير سنة ١٨٧٦ (رقم ٤٧ أورفانلى بند ٤١٣) ترجمة الأوراق متى كان بين الخصوم وطنيون ، وقد يكتفى بتلخيص الورقة باللغة العربية ، وتوضع الترجمة عادة على الهامش . فاعلان طلب الشفعة الذي يكون بين وطنيين اذا لم يكن مرسلا على يد أحد محضرى المحكمة الأهلية ، ومحررا باللغة العربية ، يكون لاقيمة قانونية له ، وكأنه لم يحصل .

٢٧٣ — رأينا — ونحن من رأى الأخير ، لأن نص المادة ١٤ صريح في وجوب أن يكون الاعلان الى البائع والمشتري ، كتابة على يد محضر ، فلا يكتفى أن يكون بكتاب ، ولم ينص الشارع في المادة ١٤ على البطلان اكتفاء بالمادة ١٩ التي تقول ان حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته » ، واطهار الرغبة يكون كما تقضى بذلك المادة ١٤ باعلان على يد محضر الى البائع والمشتري ، وأن يكون مشتملا على عرض الثمن وملحقاته . فاذا لم يحصل بهذه الكيفية في المدة المينة يسقط حق الشفيع في الشفعة ^(١) .

(٢) وجوب اعلان البائع والمشتري

٢٧٤ — يجب أن يعلن طلب الأخذ بالشفعة الى البائع والمشتري ، فان كان الى أحدهما فقط كان باطلا ^(٢) .

(١) وقد قضى معرود القانون المدني الجديد على هذا الخلاف بنصه في المادة ١١١٢ على أن اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا والا كان باطلا .

(٢) فتحي زغلول باشا ص ٩٣ .

واعلان طلب آخر بعد مضي الميعاد على العلم بالبيع يكون متأخرا ، ويسقط حق الأخذ بالشفعة ^(١) .

وليس من الواجب على طالب الشفعة انذار البائع والمشتري باعلان واحد ^(٢) .
وقد حكم بأن البائع المقيم خارج الديار المصرية ككل بائع لا مصلحة له في دعوى الشفعة ، فاذا أعلن الشفيع طلب الشفعة الى وكيل البائع ، الذى وقع العقد نيابة عنه ، كان الاعلان كافيا لسريان المواعيد القانونية في مادة الشفعة ^(٣) .

= استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة عطية حسنى باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك) المحاماة ٦ رقم ٢٠ من ٢٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٢ .
قارن ما تقدم نبذة ٢٧٢ .

راجع بخصوص الحل الذى يوجب القانون صحة الاعلان فيه :
استئناف ٨ ديسمبر ١٩٣١ المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ من ١٧٤ — وما سيجىء نبذة ٣٢٤ — واستئناف مختلط أول فبراير ١٩٢٧ (٣٩ من ٢٠٥) .
استئناف مصر ٢٤ أكتوبر ١٩٣٥ المجموعة ٣٧ رقم ٢٢ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٤ .

أسيوط الابتدائية ١٣ يونيه ١٩٣٧ المحاماة ١٨ من ٣٦٩ رقم ١٨٨ .
(١) استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة المستشارين عطية حسنى باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك) المحاماة ٦ رقم ٢٠ من ٢٣ مرجع القضاء ٤٧٢٠ .
(٢) استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ من ٢٦ .
(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ من ١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ من ٦١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٦ .

وفي احدى الدعاوى دفع بطلان اعلان اظهار الرغبة لأنه لم يوجه الى المعلن فى مسكنه كما تنضى بذلك المواد ٦ و ٧ و ٢٢ من قانون المرافعات ، وانما فى مكتبه . فقررت محكمة النقض والابرار (فى ٣١ يناير ١٩٤٦ فى الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ القضائية) : ان الحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات هو المركز المنسوب الى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب عنه بعض الأحيان ، والحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيقاء ماعليه . واذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات قد تحدثت عن خادم المعلن اليه أو أقاربه الساكنين معه فان هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حين يكون الاعلان قد وجه الى مسكن المراد اعلانه ، وهو لايعنى بحال أن الشارع لم يرد بالحل الا المسكن ، اذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلا أن ينص على وجوب الاعلان فى المسكن ، بدلا من أن ينص على وجوبه فى الحل ، مع الفارق الواضح فى مدلول اللفظين ، وعلى ذلك يكون انذار اظهار الرغبة الذى أعلن فى مكتب المقاولات قد وقع صحيحا .

٢٧٥ — الاعتراف غير لازم اذا رفعت الدعوى في ميعاده —

ليس الاعلان واجبا اذا رفعت دعوى الشفعة في خلال الخمسة عشر يوما المقررة للاعلان ، لأن القانون لم ينص على بطلان دعوى الشفعة اذا لم يحصل اعلان اظهار الرغبة بورقة مستقلة ، سابقة على اعلان دعوى الشفعة . ولا شيء بالقانون يلزم الشفيع أن يفصل بين اذار ابداء الرغبة وبين صحيفة الدعوى ، وألا يجمع بينهما ، وأن ينتظر كل المدة المرخص له فيها في اقامة الدعوى ، بل بالعكس ترمى روحه الى الزام الشفيع السرعة في التقاضي . فمن الجائز اذن الاقتصار على اظهار الرغبة في ذات اعلان الدعوى ، أى أن يقوم الاعلان المذكور في هذه الحالة مقام طلب اظهار الرغبة ، مادام مستكملا لجميع محتويات اعلان الرغبة ، وما دام مقدما في الميعاد ^(١) .

وانما اذا أذعن المشتري ، بعد اعلان الدعوى التي جمعت بين ابداء الرغبة والتكليف بالحضور ، لطلب الشفعة ، فهذا يغني الشفيع عن قيد الدعوى . فان تسرع وقيدها قبل معرفة قبول المشتري وجب أن تلقى عليه مسئولية زيادة

(١) فتحي زغلول باشا ص ٩٣ — دى هاتس ٣ نبذة ١٢٠ ص ٣٦٤ .
طنطا الابتدائية ١٦ يولييه ١٩١٠ (دائرة القضاة واصف سمكة بك ومستر ألكسندر جون ويكن لونج وعلى عبد الرازق) الحقوق ٢٦ ص ١٦٩ المجموعة ١٢ رقم ٩ ص ١٩ مرجع القضاء ١٣٠٨ .

طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباطة) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ المحاكم ٢٩ ص ٦٩٣٠ الحقوق ٣٣ ص ١٨٠ مرجع القضاء ١٣٠٩ .

مصر الابتدائية ٢٦ ديسمبر ١٩٢٨ (دائرة على زكى العرابى بك وعففى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البصرى) المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٦ مرجع القضاء ٤٧٤٧ .

أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودي ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مرجع القضاء ٤٧٤٨ .

أسيوط الابتدائية ١٣ يونيه ١٩٣٧ (دائرة القضاة حسن نجيب بك ومصطفى كامل وعبد المجيد المرسى) المحاماة ١٨ ص ٣٦٩ ص ١٨٨ .

استئناف مختلط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) ، ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) ، ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) .

المصروفات ، اذا ثبت أن المشتري لم يكن متوقفا عن التسليم بطلبه ^(١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه اذا جاز لطالب الشفعة أن يرفع دعواه بها للمحكمة مباشرة والألا يتقيد بما نصت عليه المادة ١٤ من قانون الشفعة من وجوب اعلان رغبته فيها قبل رفع الدعوى بالكيفية المنصوص عليها في هذه المادة ، فانه يشترط عندئذ أن تشتمل صحيفة دعواه على ما أوجب القانون اجراءه في الطلب المنصوص عليه في تلك المادة من عرض الثمن وملحقاته والا كان مقصرا فيما أوجبه القانون ^(٢) .

(٣) عرض الثمن وملحقاته

٢٧٦ — يجب أن يكون اعلان الرغبة مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا (المادة ١٤ الفقرة الأولى) ^(٣) .

٢٧٧ — المراد من العرض — قد اختلفت المحاكم في تفسير المراد من « العرض » الواجب القيام به في اعلان الشفعة . فمنها من رأى وجوب العرض الحقيقي . ومنها من رأى الاكتفاء بالعرض البسيط . وأصدرت محكمة الاستئناف الأهلية أحكاما متباينة في هذه المسألة . وطرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت في ٢٩ من مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضروري لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا . واستقرت الأحكام على ذلك . وأخذت بهذا الرأي أيضا محكمة النقض والابرار .

(١) حكم طنطا الابتدائية ١٦ يولييه ١٩١٠ المتقدم .

مصر الابتدائية ٢٦ ديسمبر ١٩٢٨ المتقدم .

(٢) استئناف مصر (دائرة طاهر محمد بك وأحمد حلمي بك وعبد العظيم الشقنبري بك)

٣١ مارس ١٩٤٥ في الاستئناف رقم ١٢٨ سنة ٦٢ القضائية .

(٣) ولم ينص مشروع القانون المدني الجديد على أن يكون اعلان الرغبة مشتملا على عرض الثمن . ولكنه نص في المادة ١٠١٣ على أنه يجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيقي للثمن الذي حصل به البيع مخصوما منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية . ويكون ذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة والا سقط الحق في الدعوى .

وكذلك اختلف الشراح في المراد من العرض . فمن رأى عبد السلام ذهني بك^(١) وزكى العرابي باشا^(٢) وجوب العرض الحقيقي . ونحن نرى مع دى هلتنس^(٣) وفورجير^(٤) وفتحى زغلول باشا^(٥) الاكتفاء بالعرض البسيط .

٢٧٨ — الرأى الأول — وجوب عرض الثمن عرضاً عقيقياً —
بنى هذا الرأى^(٦) على الأوجه الآتية :

(١) « فى الأموال » نبذة ٥٤٤ ص ٧٥٩ — ٧٦٤ .

(٢) نبذة ٩٥ ص ٥٦ .

(٣) نبذة ١٢٢ .

(٤) ص ٣٢٢ .

(٥) ص ٩٣ .

(٦) من هذا الرأى :

طنطا الابتدائية ٧ مايو ١٩٠٤ (دائرة محمد صالح بك وحنى ناصف بك والقاضى أحمد زكى سرور) الحقوق ١٩ ص ٩٨ .

استئناف أهلى ٢٨ مايو ١٩١١ (دائرة محمد صدق بك ومحمد توفيق رفعت بك ومستر كالوينى) المجموعة ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٢ ، المحاكم ٢٣ ص ٥٠٢٣ . وقد أيد هذا الحكم حكم الزقازيق ١٦ أغسطس ١٩١٠ (دائرة القضاة حافظ لطافى وعبد الله الضوير بك واسكندر حلمى) المنشور فى المجموعة مع حكم الاستئناف .

استئناف ٢٤ أبريل ١٩١٢ (دائرة أحمد ذو الفقار بك ومستر مارشال وأمين على بك) المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ .

استئناف ٢٨ أبريل ١٩١٢ (دائرة محمد صدق بك وعبد الحميد رضا بك ومستر برسيفال) المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢٢١ .

استئناف ٢١ أبريل ١٩١٣ (دائرة مستر دبراغلو ومحمد توفيق نسيم بك وأحمد راغب بدر بك) الشرائع ١ رقم ٤٢ ص ٢٨ .

استئناف ٨ مايو ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا وحسين درويش بك ومستر هيل) المجموعة ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ المحاكم ٣٠ ص ٧٠٣٤ .

استئناف ٧ يناير ١٩١٩ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر كالوينى وعبد الرحمن رضا بك) الحقوق ٣٥ ص ١١٥ رقم ٤٧ .

طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى جمال الدين أباطة وأحمد فائق بك) المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٠ .

استئناف ١٨ فبراير ١٩٢٠ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر مارشال ومحمد ابراهيم بك) المجموعة ٢١ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ .

(١) انه هو الأكثر انطباقا على غرض الشارع في وضع قانون الشفعة ، والأكثر ملاءمة لخطة التضييق التي اقتضاها فيه ضد الشفعاء ، حتى يثبت هؤلاء بالعرض الحقيقي أنهم يجدون في طلبهم ، وأنهم لا يريدون مجرد معاكسة المشتري ومشاغلتة أو مجرد المتاجرة بهذا الحق ^(١) .

(٢) ان لم يكن العرض المشار اليه في قانون الشفعة هو العرض الحقيقي فلا يخلو الأمر فيه من أحد معنيين : الأول أن يكون بمعنى الانجذاب في العقود ، وبمعنى عنه في هذه الحالة اعلان طلب الشفعة ، هذا فضلا عن أن الشفعة عند ما تكون بطريق التقاضي ليست عقدا ، لأنها تملك مال بغير اذن مالكة . والثاني أن يكون بمعنى الاستعداد لدفع الثمن ، ولا وجه لهذا التأويل ، لأن الاستعداد لدفع الثمن مقدر من طبيعة الشفعة ، فليس وجوده أو انقطاعه معلقا على ما يبدى الشفيع . وفوق ذلك فان العرض بهذا المعنى ليس من الأوضاع القانونية ، اذ ليس في القانون المصرى كله ، ولا في القانون الفرنسى أو الشريعة الاسلامية ، اصطلاح قانونى اسمه العرض بمعنى الاستعداد ، والقول انه كذلك في قانون الشفعة مصادرة على المطلوب ^(٢) .

وعلاوة على ما تقدم فان تأويل العرض المذكور في المادة ١٤ من قانون الشفعة باظهار مجرد الاستعداد لدفع الثمن ، مع ما فيه من اخراج اللفظ عن معناه ، هو توسع لا ينطبق على قصد الشارع ، اذ هو لم يضع قانون الشفعة الا لتضييق نطاق حق الشفعة بفرض تكاليف على طالبها لم تكن مقررة من قبل . فلا يعقل أن ينطبق القانون القديم على ما يفيد وجوب دفع الثمن ويكتفى القانون الجديد بمجرد القول بالاستعداد لدفعه ، وربما عند المحاصمة والمرافعة والتحقيقات لا يوجد الثمن

== طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك و خليل عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٥١ .
استئناف ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالوينى وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٥٦ .
العرابى باشا ص ٩٤ .

(١) أحكام ٨ مايو ١٩١٨ و ٢٤ أبريل ١٩١٢ و ٢٨ مايو ١٩١١ التقدم .

(٢) حكم طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ التقدم .

عند المحكوم له بالشفعة لسبب ما ، أو يتراخى في تنفيذ الحكم ، فيتعطل المشتري الأصلي عن العمل ويضعف حق تصرفه وانتفاعه بالعين المشتراة أو بالثمن فيضطر الى اتخاذ اجراءات كان في غنى عنها لو قام طالب الشفعة بعرض ثمن ما يطلب الحكم له بامتلاكه ، ولا ضرر في هذا العرض على الشفيع مادام معتقدا صحة دعواه ، وخصوصا أن القانون قد فرض الحكم في دعاوى الشفعة بوجه الاستعجال وقلل مواعيد الاجراءات وطرق الطعن فيها^(١) .

(٣) ان وجوب العرض الحقيقي ظاهر من حكمة الشفعة وطبيعتها ، ومن نصوص دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ ، فان الشفعة اذا كانت بقضاء القاضي نزع للملكية المشتري جبرا عنه ، فان كان الحكم بالشفعة لا يسقط الا بعد خمس عشرة سنة ، وكان لا بد لزوال أثره من التقادم أو من دعوى جديدة بفسخ البيع لعدم دفع الثمن اذا لم يقيم الشفيع بدفع الثمن وقت صدور الحكم ، فان هذا يحمل الشفعة نقضا شديدا لحرية التماقد والملك ، لأن يد الشفيع بعد الحكم بالشفعة لا تبيح له حرية استعمال العقار المشفوع فيه أو التصرف فيه ، ثم هو لم يجن ذنبا في اعتراض الشفيع له ومركزه في الشفعة سلبى محض ، فكيف يكلف الانتظار أو المحاصمة ان أراد أن تستقر يده ويطمئن على ملكه ، فطبعى اذن أن يكلف الشارع الشفيع عرض الثمن عرضا حقيقيا ، فاذا لم يقبله المشتري بادیء الرأى وانتظر حتى صدر القضاء بالزامه كان آمنا أن يخرج من الصفقة لا له ولا عليه ، ويزداد هذا جلاء بمراجعة المادتين ٨ و ١٧ من دكريتو نزع الملكية للمنفعة العامة والمادة ١٣ من دكريتو الشفعة ، فان نزع الملكية بالشراء سواء أكان للشفعة أم للمنفعة العامة يجب أن تستوفي اجراءاته ، وتنقطع آثاره بمجرد الحكم فيه نهائيا ، وذلك بالتحقق من وجود قيمة الملك المنزوع تحت يد من نزع ملكه وعدم الجائنه الى المحاصمة بها ، والمادة ١٣ تكملة لقطع ذيول الشفعة حتى لا يحتاج البائع الى مقاضاة الشفيع بيباق الثمن في الأجل الذى منحه المشتري ، فهى والمادة ١٤ ترميان الى غرض واحد^(٢) .

(١) حكم طلطا الابتدائية ٧ مايو ١٩٠٤ المتقدم .

(٢) حكم طلطا ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٤) ان قانون الشفعة لم يقل « عرضا حقيقيا » ، لأن العرض لا يحتمل أن يكون مجازيا ، بل ان مراد القانون بكلمة « عرض » العرض الحقيقي المصحوب بالابداع على ذمة المعروض عليه ليتدبر في صرفه وفض النزاع اذا رأى حجة لهذا العرض ، لا سيما أن ظروف الشفعة وأحوالها تؤيد هذا الاستنتاج^(١) .

وليس هناك أهمية عظمى لعدم استعمال الشارع لفظة « حقيقى » ، لأن الشارع قد استعمل في القانون المدنى لفظة « عطاء » بدون أن يضيف اليها لفظة « حقيقى » ، وبالرغم من ذلك فان التشريع يقضى بأن يكون العطاء حقيقيا^(٢) . ولم يثبت أن الشارع يعرف نوعا آخر من العرض كما تقدم . والاحتجاج بالمادة ١٧٥ من القانون المدنى في غير محله ، لأن تفصيل شكل العرض جاء من أن المادة سقت لبيان حكمه من الابراء ، أما المادة ١٤ فحاجة التحرير لا تقضى لزوما بتفصيل شكل العرض^(٣) .

(٥) ان وجوب دفع الثمن أو عدم دفعه قبل القضاء أمر يختلف فيه أئمة الشرع الشريف ، وقد جاء في قول محمد صاحب الامام الأعظم ما نصه : لا يقضى حتى يحضر الثمن لأن الشفيع عساه يكون مفلسا^(٤) ، وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة .

(٦) ان الاعتراض بأن دفع الثمن ربما يستوجب حبس مبالغ جسيمة بدون فائدة لصاحبها مدة النزاع ليس بوجيه ، لأن المشتري في استطاعته اجتناب هذا الضرر بقبول الثمن المعروض له بحسب ما هو وارد في عقد مشتراه . وقد نص فوق ذلك على أن الشفعة يقضى فيها على وجه السرعة ، ولم يجز القانون المعارضة في أحكام الشفعة الغيائية ، فدل على أنه أراد أن يكون الضرر من ايداع المبلغ على أقل ما يمكن أن يكون^(٥) .

(١) أحكام طنطا ٧ مايو ١٩٠٤ واستئناف ٢١ فبراير ١٩٢٢ واستئناف ٥ فبراير ١٩٢٢ المقدمة .

(٢) استئناف ٢٨ مايو ١٩١٩ المتقدم .

(٣) حكم طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٤) جزء ٥ من حاشية ابن عابدين في باب طلب الشفعة ص ١٤٩ .

استئناف ٢٤ أبريل ١٩١٢ ، ١٨ فبراير ١٩٢٠ .

(٥) طنطا ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ .

(٧) ان وصف الشفيع بأنه مشتر محتمل ، وأنه لا يصبح مشترى حقيقة الا في يوم القضاء بالشفعة ، فلا يصح الزامه بأن يدفع مقدما ثمن عين قد لا يصبح مشترى لها ، وصف غير صحيح . أما أنه قد لا يصبح مشترى لها فذلك ما لا تأثير له في ايجاب الدفع ما دام عدم الشراء ليس من جانبه ، وما دام لا يجوز له من جهة أخرى الرجوع في طلبه الشفعة اذا قبلها المشتري . وأما أنه مشتر تطبق عليه قواعد البيع فلا وجه له ، لأن الشفعة نزع للملكية وان أشبهت البيع ، ولهذا وضعت لها قواعد خاصة ، والا اكتفى الشارع بقواعد البيع ^(١) .

٢٧٩ — وقررت محكمة أسبوط الابتدائية ، أنه مع الأخذ بالرأى القائل بوجوب العرض الحقيقي ، اذا كان عقد البيع المترتب عليه حق الشفعة مطعونا فيه بالتزوير جاز للشفيع ايداع الثمن خزانة المحكمة دون أن يعرضه على المشتري وحتى يفصل في دعوى التزوير ، ولا يطلب من الشفيع أن يرخص للمشتري قبض الثمن فوراً مع وجود شكوى مرفوعة للنيابة عن تزوير عقد البيع كما هو محتمل من أن تحقيق هذه الشكوى يؤدي الى ثبوت التزوير والى تعريض الثمن للضياع ان كان المشتري غير ملئ ^(٢) .

٢٨٠ — ابراع التمه — يرى بعض المحاكم أن العرض الحقيقي صحيح ولو لم يقترب بايداع الثمن بادىء بدء ، لأن الايداع ليس شرطاً لصحة العرض الا بالنسبة الى براءة الذمة من الدين المتعلق بها قطعاً للفوائد ومنعاً لاستحقاقها . وليس ثمن العين المشفوع فيها من ذلك في شيء ، وهو لا يترتب في ذمة طالب الشفعة الا بالحكم له بها ^(٣) . وعلى ذلك عدم ايداع الثمن خزانة المحكمة لا يجعل العرض باطلاً ^(٤) ، لعدم

(١) طنطا ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ .

(٢) أسبوط الابتدائية ٢٥ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضي محمد توفيق العطار والقاضي حسن توفيق) المحاماة ٢ رقم ١٠٨ من ٣٣٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٥٣ .

(٣) بنى سويف استئناف (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومحمد عثمان القندى وعلى سري)

٣٠ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٨٥ من ٢٧١ .

(٤) استئناف مغلط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ من ٢١٤) .

النص على البطلان ، وإنما يترتب عليه الزام الشفيع بفوائد الثمن من تاريخ العرض حتى الايداع ^(١) .

ويرى بعض آخر أنه لابد من الايداع بعد العرض الحقيقي ^(٢) .

٢٨١ — الرأي الثاني — العرض الحقيقي ليس بهلزم ^(٣) — يقرر

- (١) طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك و خليل عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ من ٣٤٠ مرجع القضاء ١٢٥٠ .
- (٢) استئناف مصر ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالوينى وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٠ من ٣١٥ مرجع القضاء ١٢٥٢ .
- ومن هذا الرأي أيضا عبد السلام ذهني بك فى كتابه « فى الأموال » نبذة ٥٤٥ من ٧٦٤ .
- (٣) من هذا الرأي :
- استئناف أهلى ٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلمور ويوسف شوقى بك) المجموعة ٢ من ١٤٢ .
- استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ من ٢٦ .
- استئناف ١٥ مايو ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد زيور بك وأحمد طلعت بك) الاستقلال ٤ من ٤٥٤ .
- استئناف ٥ يناير ١٩٠٦ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ من ٢٩٥ .
- استئناف ٤ يونيه ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألتون ومستر ساتو) المحاكم ١٧ رقم ١٤٨ من ٣٧٠٩ الاستقلال ٥ من ٣٧١ .
- طنطا الابتدائية ١٠ يونيه ١٩٠٧ (دائرة بوغوص أجويان باشا و ابراهيم فريد بك والقاضى محمود على سرور) المحاكم ٢٠ رقم ٤٤ من ٤١٩٢ .
- استئناف ١٧ يوليه ١٩٠٧ (دائرة ابراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر والقاضى على ماهر) الاستقلال ٥ رقم ٢٠٤ من ٤٦٧ .
- طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد بك وحسن رفعت وجمال الدين أباطة) المجموعة ١٩ رقم ٨ من ٢٧ .
- استئناف ١٦ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومصطفى فتحى بك ويوسف سليمان بك) المجموعة ٢١ رقم ١٠٥ من ١٦٧ الحقوق ٣٦ رقم ٥٢ من ٣ .
- الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ (دائرة ديمترى مقار بك وعبد الرحمن ابراهيم بك وأحمد فائق بك) المجموعة ٢٢ رقم ١١٥ من ١٨٦ المحاماة ١ رقم ٧٨ من ٤٠٥ الحقوق ٣٧ رقم ٤٦ من ١٢١ .
- استئناف مخطط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ من ٢٣٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ من ٦٦) ، ٣ يناير ١٩٠١ (١٣ من ١٠٠) ، ٦ أبريل ١٩٠٤ (١٦ من ١٨١) ، ١٧ =

هذا الرأي أن المطلوب هو اشتغال اعلان الطلب على ذكر الثمن . وتفسير العرض هنا بايراد الثمن وتقديمه هو خروج عن حدود النص وتحميل له بما لا يحتمل . فيكفى أن يظهر الشفيع استعدادا لدفع الثمن وملحقا به . وقد ارتكن أصحاب هذا الرأي على ما يأتي :

(١) ان الشفيع مشتر تحتل Acheteur éventuel ، يقره القضاء على حقه في أخذ الصفقة أو لا يقره ، فهو لا يصبح مشتريا حقيقة الا من يوم حكم القضاء ، فلا محل اذن حتى من الوجهة التشريعية لالزامه بأن يدفع مقدما ثمن عين قد لا يصبح مشتريا لها ، بدعوى أنه قد يكون مفلسا (كما يقرر أصحاب الرأي الأول) ، وخصوصا أن للمشتري حق حبس العين المشفوعة لحين قبض الثمن والمصروفات ، وأن له أيضا أن يطلب من القضاء تعيين مدة لدفع الثمن والا سقط حق الشفعة ^(١) .

(٢) انه وان كان حق الشفعة حقا استثنائيا حقيقة الا أنه مقرر في القانون ، وقد أحاطه الشارع بقيود وشروط مخصوصة رأى فيها الكفاية لصيانة الحقوق ، وليس من مهمة القاضي أن يزيد هذه القيود تضييقا ^(٢) .

(٣) انه وان كانت الشفعة مستمدة من الشريعة الفراء الا أن الشارع المصرى وضع لها نظاما خاصا ، فلا محل اذن للرجوع الى الشريعة لتفسير هذا النظام . على أن مأخذ الشفعة هو مذهب الامام أبي حنيفة ، والقول الراجح فيه عدم تكليف الشفيع احضار الثمن قبل القضاء له بالشفعة ^(٣) ، ولم يقل بغير ذلك الا الامام محمد من أصحاب الامام أبي حنيفة ، وقوله مرجوح بدليل اتفاق الفقهاء على أن للمشتري المشفوع منه الحق في حبس العين حتى يدفع الشفيع الثمن المقضى

= أبريل ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٣١) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) ، ٢ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٣٥) ، ٢ يناير ١٩٠٨ (٢٠ ص ٤٥) ، ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٤) ، ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) ، ١٨ مايو ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤١٤) .
(١) طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ .

(٢) الاسكندرية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ — طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ .

(٣) راجع الزيلعي ٥ ص ٢٤٥ وقد جاء فيه « ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بأدائه والاحضار للتسليم ، ولا يجب التسليم قبل الوجوب ، فلا معنى لاحتضاره قبل القضاء ، ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فالمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه ، لأنها نزلا منزلة البائع والمشتري » .

به ، وهذا صريح في عدم الزام الشفيع باحضار الثمن قبل القضاء ، والا ما احتيج لحبس العين حتى يدفع الثمن المقضى به ^(١) .

(٤) لو أراد الشارع بالعرض اظهار الثمن وتقديمه للمعرض عليه لقال بدل عبارة « ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته » عبارة : « ويكون هذا الاعلان مقرونا بعرض الثمن وملحقاته » .

ولا يقال ان الشارع لا يعرف عرضا آخر يتكلم فيه غير العرض الحقيقي ، لأن لفظ العرض بمفرده معنى لغويا مخالفا للعرض الحقيقي ، فالعرض في اللغة معناه الاظهار ، ولا يمكن أن يكون الشارع قصد هذا المعنى ^(٢) .

(٥) لو كان الشارع أراد أن يكون العرض حقيقيا لنص على ذلك صراحة ، كما فعل في المادة ١٧٥ من القانون المدني ، التي لم يكتف فيها بعبارة « عرض حقيقى » ، بل أضاف اليها التطبيق للقواعد المبينة في قانون المرافعات ^(٣) ، وخصوصا أن الرأي السائد وقت صدور دكريتو سنة ١٩٠١ كان يقضى بالعرض البسيط ^(٤) .

(٦) ان تشبيه الشفعة بنزع الملكية جبرا للمنفعة العامة لما في كل منهما من أخذ العقار رغما من ارادة مالكة لا يؤدي الى ايجاب على الشفيع لتقديم الثمن عند الطلب ، لأن نزع الملكية جبرا للمنفعة العامة لا يدفع فيه الثمن الا بعد صدور الدكريتو بنزع الملكية ، لا قبله ، والدكريتو أشبه بالحكم ، فالقياس به يقضى بعدم تكليف الشفيع تقديم الثمن ودفعه الا بعد رضاء المشفوع منه أو بعد القضاء بالشفعة ^(٥) .

(١) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٢) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٣) راجع ٦٨٥ مرافعات : « اذا أراد الدين أداء الدين المقر به نقدا كان أو غيره يعرضه عرضا حقيقيا على الدائن على يد محضر وهو يحضر بذلك محضرا » .

(٤) استئناف مختلط ١٤ ديسمبر ١٨٩٢ ، ٢١ ديسمبر ١٨٩٣ ، ١٧ أبريل ١٨٩٥ ،

٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ .

الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٥) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٧) ان تكليف الشفيع عرض الثمن والملحقات عرضا حقيقيا لا يحصى المشتري في حالة رفضه قبول العرض من افلاس الشفيع أو مماطلته بعد الحكم بالشفعة ، لأن قانون الشفعة خلو من وجوب ايداع الثمن والملحقات خزانة المحكمة عند رفض المشتري تسامه من المحضر ، والايداع لا يدخل في ضمن معنى العرض الحقيقي كما يستفاد من عنوان الفصل الرابع من الباب العاشر من قانون المرافعات ، وحينئذ لا توجد فائدة من العرض الحقيقي ، وانه من العبث تكليف الشفيع عرض مبالغ وايداعها فتبقى بغير انتاج وبلا فائدة تعود على أحد حتى يحكم في دعوى الشفعة بالقبول أو الرفض ، والمصلحة الاقتصادية تقضى بالعكس بأن دفع الثمن لا يلزم به الشفيع الا بعد الرضاء أو القضاء ، ففي هذه الحالة لا ينال أحدا من الخصوم ضرر جسيم ، وللمشروع منه التمسك بالمادة ٢٧٩ من القانون المدني وحبس العين حتى يتسلم الثمن وملحقاته وحق طلب سقوط الشفعة للتأخير عن دفع الثمن والملحقات ^(١) .

٢٨٢ — وقد قضت محكمة منيا القمح الجزئية ^(٢) ، دون التعرض لبحث ما اذا كان الشفيع ملزما بعرض الثمن عرضا حقيقيا أو لا ، بأنه لا يتسنى للشفيع الذى لم يعرض ثمن العقار عرضا حقيقيا أن يطلب تعويضا عن ريع العين الناتج قبل التسليم ، اذ لا يكون من العدل أن يجمع بين الاستفادة من ريع العين وبين فوائد الثمن .

٢٨٣ — رأى دوائر محكمة الاستئناف مجمعة — بناء على اختلاف الأحكام في تفسير المراد من العرض الواجب القيام به قد طرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجمعة ، فقررت في ٢٩ من مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضروري لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا

(١) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٢) منيا القمح (القاضى زكى برزى) ٢٩ نوفمبر ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ١١٥ المجموعة

٨ رقم ٣٣ ص ٦٦ . راجع استئناف ٢٤ أبريل ١٩١٢ المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ .

وراجع نبذة ٣٩٨ وما بعدها .

حقيقيا . وجاء في حكمها ما يأتي^(١) :

« وحيث ان الواجب البحث فيه الآن هو معرفة ما اذا كان واجبا حتما على الشفيع أن يعرض على المشفوع منه عرضا حقيقيا جميع الثمن الوارد بعقد الشراء وملحقاته والا سقط حقه في الطلب ، أو أن عدم هذا العرض الحقيقي غير مسقط لحق الشفعة .

« وحيث ان الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف الأهلية تضاربت في هذا الموضوع ، وقد أجمعت أحكام المحاكم المختلطة على أن العرض الحقيقي غير واجب فلا يؤدي عدمه الى سقوط الحق في الشفعة .

« وحيث ان الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الفراء ، وقال الفقهاء فيها انها تمليك بالتراضي أو بقضاء القاضي دفعا لاحتمال الضرر ، أى ان الشفيع لا يعد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لما له عليه من حق الشفعة أو بحكم القاضي ، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التي يكون قد صرفها في سبيل هذا الشراء .

« وحيث انه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك ، وليس مقرر له ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضي أو حكم القاضي .

« وحيث انه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشتري الى حكم القاضي فليس من المسلم به الزام الشفيع بايداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذي له حق الانتفاع بشجرة العين مادام النزاع قائما ، قصر أو طال .

« وحيث ان المادة ٦٩ من القانون المدني الواردة في باب الشفعة القديم قضت في النسخة العربية بأن للشريك في عقار غير مقسوم الحق في أن يأخذ

(١) ٢٩ مارس ١٩٢٣ (أحمد طلعت باشا ومستر برسيفال ومستر مارشال ومستر هل وأحمد عرفان باشا وصالح حق بك ومستر ساندرسن ومستر كرى وأحمد زكى أبو السعود بك وعلى حسين بك وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك وعلى جلال بك وشاكر أحمد بك وعبد الحكيم عسكر بك) المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٥٧ المجموعة ٢٤ رقم ٢٦ ص ٤١ .

بالشفعة الحصة التي باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف ، وأتت عبارة النسخة الفرنسية قاصرة على أنه اذا عرض عليه دفع الثمن والمصاريف ، والقانون المختلط وضع أولا مطابقا لنص القانون الأهلي .

« وحيث انه مع هذا النص سارت المحاكم الأهلية في أحكامها لغاية صدور قانون الشفعة المعمول به الآن على عدم وجوب هذا العرض وعدم اعتباره مسقطا لحق الشفعة ، وكذلك المحاكم المختلطة فانها سارت في أحكامها على هذا النمط الى اليوم .

« وحيث انه بعد ذلك قد رؤى تعديل القانون المختلط فيما يخص قواعد الشفعة ، وعرض على الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة أمر هذا التعديل ، فنظرت فيه وأخرجت مشروع قانون الشفعة المعمول به الآن ، وصدر به أمر عال تاريخه ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ ، وبعد ذلك صدر أمر عال تاريخه ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة لدى المحاكم الأهلية ، ونصوصه بمطابقة تمام المطابقة لقانون المحاكم المختلطة الذي حضرته الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، أى أن قصد الشارع لم يتغير في كلا القانونين .

« وحيث ان جميع أحكام المحاكم المختلطة مجمعة كما سلف الذكر على عدم وجوب العرض الحقيقي ، وأن عدم حصوله غير مسقط لحق الشفعة ، ولا فرق في ذلك بين العصر السابق على القانون الجديد واللاحق له .

« وحيث ان أحكام المحاكم الفرنسية وآراء الشراح لم تخالف هذه القاعدة فيما يماثل قضايا الشفعة ، وهو استرداد الحصة المبيعة من أحد الورثة طبقا للمادة ٨٤١ من القانون الفرنسي المقابلة للمادة ٤٦٢ من القانون المدني الأهلي ، اذ أجمعوا على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشتري ليس بواجب حتما ، ولا يؤدي عدمه الى سقوط الحق في الطلب .

« وحيث انه بالرجوع الى المادة ١٤ من قانون الشفعة يتبين من نصها أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها

قانونا ، ولم يأت بهذه المادة الزام بالعرض الحقيقي ، ولا نص صريح بما يترتب من النتائج على عدم هذا العرض .

« وحيث ان كل ما جاء من المسقطات في قانون الشفعة : (أولا) ما قضته مادة ١٩ من هذا القانون من سقوط حق الشفعة أولا بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا ، وثانيا اذا لم يظهر الشفيع رغبته في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته . (وثاني المسقطات) ما جاء بالمادة ٢١ من وجوب اشتغال التكليف الرسمي المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا ، مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه وبيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصناعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري والاعد التكليف لاغيا . (وثالث المسقطات) ما جاء بمادة ٢٢ من سقوط الحق في الشفعة بعد مضي ستة شهور من يوم تسجيل عقد البيع . ولم يأت بالصراحة نص خاص بسقوط الحق عند عدم العرض الحقيقي .

« وحيث انه من المقرر قانونا أن سقوط الحقوق لا يحكم به الا بناء على نص صريح في القانون ، ولعدم النص يصبح القضاء بالسقوط عند عدم العرض غير مستمد من نص يأمر به .

« وحيث ان القانون لو كان يريد بالعرض الوارد بالمادة ١٤ من قانون الشفعة أن يكون حقيقيا لنص عليه صراحة ، وذكر ما ينجم عن مخالفته ، اذ أنه جاء بمادة ١٧٥ من القانون المدني أنه اذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات تبرأ ذمة المدين بعرض الدين على الدائن عرضا حقيقيا بالتطبيق للقواعد المبينة في قانون المرافعات ، وعلى مقتضى نص هذه المادة لا تتم البراءة من الدين ولا يعفى المدين من سر يان فوائده والمصاريف الا بعد عرض الدين عرضا حقيقيا وايداعه بخزانة المحكمة على ذمة الدائن ، تطبيقا للأصول المقررة بقانون المرافعات في باب عرض الدين على الدائن ، مادة ٦٨٥ وما بعدها .

« وحيث انه مما يؤيد التفسير المتقدم الذكر أنه لو ألزم الشفيع بعرض الثمن عرضا حقيقيا في الميعاد القانوني ، واستلمه المشفوع منه ، وكان الشفيع يظن في مقداره بأنه زائد عن الحقيقة زيادة صورية ، وثبتت صحة طعنه وأحقته في

استرداد ما دفعه زائدا ، فقد يكون المشفوع منه في حالة عسر لا تمكنه من رد ما أخذه بغير حق ، وفي ذلك مضرة بالشفيع بغير مقتضى قانوني . وقد يتفق أن الشفيع مع علمه بالبيع يجهل شروطه ومقدار الثمن وملحقاته لعدم اعلانه بها من المشتري ، وفي تكليف الشفيع بوجوب العرض الحقيقي صعوبة ، ان لم تكن هناك استحالة ، في القيام به .

« وحيث انه بناء على جميع ما تقدم يتبين أن عدم عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشتري غير مسقط لحق الشفيع ، لعدم النص القانوني الصريح في ذلك . فالقول بسقوط حق الشفعة لعدم العرض الحقيقي فيه مجازفة ومساس بالحقوق بغير نص صريح . على أنه لو كان المرجع في الأمر قاصرا على احتمال كون طالب الشفعة قد لا تكون دعواه جديدة ، ولا يقوم بدفع الثمن وملحقاته عند القضاء بالشفعة ، فالقاضي اذا ما تبين له من ظروف الدعوى في خلال نظرها عدم احتمال جديتها أن يقرر من باب العدالة ومراعاة لصالح المشتري تكليف الشفيع بإيداع الثمن والمصاريف بخزانة المحكمة في ميعاد يعينه ، وان تأخر عنه يعد طلبه غير جدي ، وصالحا للرفض ، وله أيضا أن يحدد بناء على طلب المشفوع منه ميعادا في الحكم لدفع الثمن والملحقات ، وان تأخر الشفيع عنه يسقط حقه في الطلب » .

٢٨٤ — استقرار الأعطام — وقد استقرت الأحكام على ما قررت الدوائر المجتمعة ^(١) .

(١) راجع استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكي برزى بك وعبد الباقي زكي القشيري بك) المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ مرجع القضاء ٤٧٢٢ . وقد جاء في هذا الحكم : « وفيما يتعلق ببطلان الاجراءات استنادا على أن ابداء المستأنفة رغبته بأخذ العقار بالشفعة لم يكن مصحوبا بالثمن الواجب عرضه عرضا حقيقيا فعليا ، فان الثابت أن القضاء اتفق أخيرا في أحكامه على أنه ليس من الضروري لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا ، بل يكفي أن يظهر الشفيع استعدادده لدفع الثمن وملحقاته . وثابت في هذه الدعوى أن المستأنفة قامت بهذا الشرط الأخير قياما تاما » .

استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٨٧٨ رقم ٤٤٢ المجموعة ٣٨ رقم ١١١ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٨ : ليس بلازم كإستقرار عليه القضاء الزام الشفيع بعرض الثمن عرضا حقيقيا ، ويكفي في ذلك استعداده لعرض ما يعتقده أنه الثمن الحقيقي ، سواء وافق بعد ذلك ما أخذت به المحكمة أو لم يوافق ، فاذا لم يستطع المشتري (المشفوع منه) إقامة الدليل على أن الشفيع كان يعلم حقيقة الثمن ولم يظهر استعداده لعرضه فلا يقبل منه ==

وقد أقرت محكمة النقض والابرام هذا الرأي في كثير من أحكامها . وفيما يلي ما قالته في حكمها الصادر في ٣١ من يناير سنة ١٩٤٦ ^(١) .

« وحيث ان ما سبق من حجج تأييدا للرأي القائل بوجوب العرض الحقيقي في الشفعة حاصله أن كلمة عرض ليس لها في القانون غير مدلول واحد هو العرض الحقيقي المقترن بالمبلغ المعروض ، وأن الاستعداد لدفع الثمن مستفاد من طبيعة الشفعة ، فليس وجوده أو انقطاعه معلقا على ما يبدى الشفيع . ومتى كان الاستعداد مستفادا من مجرد طالب الشفعة بغير حاجة الى التصريح به أو النص عليه في طلبها فإن اقتضاء العرض مع الطلب يكون المراد به حتما أن العرض يجب أن يكون حقيقيا ، هذا الى أن الأخذ بالشفعة شبيه بنزع الملكية للمنافع العامة لما في كل منهما من أخذ العقار رغما من ارادة صاحبه ، ومتى كان الأمر كذلك فإن الشفيع واجب عليه ما هو واجب على نازع الملكية من ايداع الثمن اذا لم يقبله المشتري بعد عرضه ، أما أن يعفى المشتري من العرض ومن الايداع اذا رفض العرض فذلك فيه ما يعين على المضاربة والاتجار بحق الشفعة .

= الدفع بسقوط حق هذا الشفيع .

واستئناف مصر ١٢ يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٦٢٥ رقم ٣٠٥ .

واستئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ في الدعوى رقم ٨٥٤ سنة ٦٢ القضائية . وقد جاء في هذا الحكم أنه يكفي مجرد استعداد الشفيع لدفع الثمن الى يوم صدور الحكم ، فلا يسقط الحق في الشفعة ، ولو ثبت أنه لم يتوافر لديه الثمن كله يوم اظهار رغبته في الأخذ بالشفعة أو يوم رفع دعوى الشفعة أو بعد ذلك الى أن يصدر الحكم في الشفعة ، وما دام القانون لا يلزمه بالدفع أو العرض الحقيقي فمن حقه اذن أن يطالب الشفعة وهو واثق بقدرته على دفع الثمن والضرورات عند صدور الحكم ، ومن حقه أن يتأهب لدفع الثمن وأن يستعد لجمع المال اللازم لذلك في الوقت الذي يكون فيه ملزما بدفعه (راجع مسقطات الشفعة) .

استئناف مصر ٢٢ مارس ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بنخيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٨٠ ص ١٤٥ : اذا طلب الشفيع الحكم له باستحقاقه للشفعة نظير الثمن المتفق عليه دون بيان لهذا الثمن ثم عين ظروف خاصة في الدعوى ثمنا دون الثمن الحقيقي فهذا لا يعيب طلبه الشفعة ويعتبر عرضا صحيحا للثمن ما دام لم يكن يعلم الثمن الحقيقي للبيع .

وقد اشترط مشروع القانون المدني الجديد كما رأينا أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيقى للثمن (المادة ١٠١٣ من المشروع) .

(١) في الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ القضائية (دائرة محمد كامل مرسى بك وأحمد نشأت بك ومحمد الفتى الجزائري بك وسليمان حافظ بك ومصطفى مرعى بك) .

« وحيث ان الشارع المصرى قد عنى بالعرض كطريق من طرق الوفاء ، فنقد له فصلا فى الباب العاشر من قانون المرافعات عنوانه « فى عرض الدين على الدائن وايداعه ان لم يقبله ايداعا رسميا » . ونصت المادة ٦٨٥ وفى أولى مواد هذا الفصل على أنه « اذا أراد المدين أداء الدين المقرب به نقدا أو غيره يعرضه عرضا حقيقيا على الدائن على يد محضرو وهو يحرر بذلك محضرا » . ونصت المادة ٦٩٧ على أنه « يجوز عرض الدين عرضا حقيقيا وقت المرافعة أمام المحكمة بدون اجراءات أخرى ويسلم المعروض الى كاتب المحكمة وهو يودعه فى الصندوق اذا لم يستلمه الدائن » . ونصت باقى مواد هذا الفصل على تفصيل اجراءات هذا العرض الحقيقى المبرىء للذمة ونتائجه . وفى القانون المدنى تناول الشارع العرض كسبيل من سبل الوفاء أيضا . فنص فى المادة ١٧٥ على أنه « اذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات فان ذمة المدين تبرأ بعرضه الدين على الدائن عرضا حقيقيا بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات ، » . واذا كان النص الفرنسى لهذه المادة قد خلا عن وصف العرض بأنه عرض حقيقى فان النصين العربى والفرنسى مع ذلك متفقان فى أن العرض الذى قصد اليه فيهما هو العرض الذى يقع تطبيقا للقواعد المبينة فى قانون المرافعات . وهذه القواعد لم تتناول الا العرض الحقيقى . وبذلك يكون النصان المذكوران متفقين فى المعنى وان اختلفا فى اللفظ . والذى يؤخذ من مجموع هذه النصوص — ماورد منها فى قانون المرافعات وماورد فى القانون المدنى — هو أن الشارع المصرى قد جرى على وصف العرض بأنه حقيقى كلما كان مراده العرض المبرىء للذمة المقرون بالشئ المعروض ، وهذا يفيد بطريق مفهوم المخالفة أن الشارع نفسه اذا تحدث عن العرض بغير وصف كان مراده عرضا غير العرض المبرىء للذمة المقرون بالشئ المعروض .

« وحيث ان قانون الشفعة اذا تحدث عن العرض فى المادة الرابعة عشرة منه قد تحدث عنه غير موصوف ، وهو لم يتحدث عنه الا كبيان من البيانات التى يجب أن يشملها اعلان اظهار الرغبة ، ولا تلازم بين ايراد هذا البيان وبين أن يكون الاعلان المتضمن له مصحوبا بالمبلغ موضوع العرض . يضاف الى ذلك أن الشفع لا يصير مدينا بالثمن وملحقاته الا بعد أن يثبت حقه فى الشفعة بالرضاء أو القضاء . فاذا أوجب القانون عليه أن يضمن الاعلان المظهر لرغبته فى الأخذ

بالشفعة عرض الثمن وملحقاته فلا يمكن أن يكون مراد القانون حله على أن يعرض العرض الحقيقي الذي لا يتطلبه القانون الا في سبيل براءة ذمة العارض .

« وحيث ان القول بأن الاستعداد لدفع الثمن مقدر من طبيعة طلب الشفعة ، فافتضاء العرض مع الطلب يفيد حتما أن العرض يجب أن يكون حقيقيا — هذا القول مردود بأن الأخذ بالشفعة وما يؤدي اليه من حلول الشفيع محل المشتري في الصفقة التي عقدها يقتضى أن يعرض الشفيع مقابل تلك الصفقة أى ثمنها وهو ركن من أركان البيع الذي يريد الشفيع أن يحل محل المشتري فيه .

« وحيث انه اذا صح تشبيه الشفعة بنزع الملكية لما في كل منهما من أخذ العقار على الرغم من مالكه فان قياس حالة الشفيع على حالة نازع الملكية يبدو مع ذلك قياسا مع الفارق ، لأن نشر مرسوم نزع الملكية يترتب عليه في صالح طالب نزع الملكية نفس النتائج التي تترتب على تسجيل عقد انتقال الملك ، فلا جرم أن يلزم نازع الملكية بالدفع أو الايداع بعد صدور المرسوم ونشره ، أما الشفيع فلا يملك العين المشفوعة الا اذا أقر المشتري بحقه أو حكم له القضاء به . هذا وان كان في اعفاء الشفيع من أن يعرض عرضا حقيقيا الثمن وملحقاته عند اظهار رغبته ما قد يضير المشتري في بعض الصور أو قد يعين المعسرين على الاتجار أو المضاربة بحق الشفعة ، فذلك كله خلق بأن يندبره المشرع ، أما القاضى فلا يسعه الا أن يطبق القانون كما هو ، وما دام القانون قد أعفى الشفيع من العرض الحقيقي فلا وجه لالزامه به .

« وحيث انه على أساس ما تقدم يكون العرض الذي تضمنه ائذار الرغبة المعلن بناء على طلب مورث المطعون ضدهم قد وقع صحيحا لا عيب فيه من حيث الشكل . أما أن هذا العرض قد انصب على أربعة آلاف جنيه في حين أن الثمن كان أربعة آلاف وخمسمائة جنيه فذلك لا يقدر في صحة العرض من حيث موضوعه ، ما دام الشفيع قد عرض على ما اعتقد أنه الثمن الحقيقي ، وما دام هو قد شفع عرضه هذا باستعداده لدفع الثمن الذي يثبت أمام القضاء أنه دفع فعلا » .

وجاء في حكمها الصادر في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ : ان القانون لم يشترط لصحة طلب الشفعة أن يقوم الشفيع بدفع أو ايداع الثمن المسمى في العقد والملحقات التي يدعيها

المشتري ، كما أنه لم يجعل من مسقطات الشفعة امتناع الشفيع عن الدفع أو الإيداع بعد تكليفه بذلك من المشتري ، ولم يكن من المعقول أن يحتم القانون شيئا من ذلك ، لأن فيه إرهاقا للشفيع بلا مقتض واعدة المشتري على التحكم في الشفيع . فمتى قام الشفيع بما يفرضه عليه القانون في المواعيد التي عينها من إعلان الرغبة ورفع الدعوى ، ولم يكن قد صدر منه ما يصح اعتباره قانونا تنازلا عن حقه ، فلا يجوز اعتباره غير جاد بناء على مجرد امتناعه عن اجابة المشتري لما يفرضه عليه تحكما من تكاليف لم ينص عليها القانون ولا يلزم بها الشفيع الا بحكم القضاء ^(١) .

٢٨٥ — هل طلب الشفيع خصم دين له على البائع بغنى عن عرض

التمن ؟ — للأخذ بالشفعة شروط قررها القانون ، منها ، كما تقدم ، أن يعرض الشفيع الثمن الوارد في العقد وملحقاته بغير قيد ولا شرط ، أو أن يظهر استعداداه لدفعه عند اثبات صحته . فاذا لم يقم الشفيع بما فرضه عليه القانون ، بل قيد رغبته في الأخذ بالشفعة بأن يعترف المشتري بدين يدعى أنه له في ذمة البائع ، وبأن يقبل خصم الدين من الثمن ، ولم يعرض في إعلان الرغبة جميع الثمن المقدرفي العقد ، ولم يظهر على الأقل استعداداه لدفعه عند اثبات صحته ، كان طلب الشفعة غير مقبول ^(٢) .

٢٨٦ — مبرز قيمة الرهن — قضت محكمة الاستئناف بأنه اذا كان

واجبا على الشفيع أن يعرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا فليس واجبا عليه أن يعرض الثمن جميعه اذا كان على العين المبيعة دين لآخر ، وانما يحق له عرض باقي الثمن بعد خصم قيمة الرهن ، لأن المادة ١٣ من قانون الشفعة نصت على أن الشفيع يحل في الصفقة محل المشفوع منه وفقا لشروط عقد الشفيع ^(٣) .

(١) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٥ في الطعن رقم ٦٦ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية
رقم ٢٠٨ .

ونقض ٢٩ نوفمبر ١٩٤٥ في الطعن رقم ٢٢ سنة ١٥ القضائية .

(٢) الاسكندرية ١٨ أكتوبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة محمود حلمي سوكة وامام عيبدروس
الحوت وسعيد ذو الفقار) المحاماة ١١ رقم ٢٧١ ص ٥٣٠ مرجع القضاء ٤٧٢٣ .

(٣) استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر كلابكوت وأحمد عرفان
بك) المحاماة ٢ رقم ٤٤ ص ١٣٩ الجدول العشري الأول للمحاماة ١٠٥٤ . وعلفت بحالة =

٢٨٧ — العرض في حانة شفعة جزء من الأرض المبيعة — متى كان

طلب الشفعة مختصا بجزء فقط من الأرض المبيعة صفقة واحدة، مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان، اختلف بالضرورة عرض الشفيع في مقدار الثمن بالنسبة الى الثمن الاجمالى الوارد في عقد البيع. ويتعين على المحكمة النظر فيما اذا كان العرض لا تقا أو غير لائق، ولها الحق للوصول لهذا الغرض في أن تعين خيرا لتقدير قيمة الأرض المشفوع فيها، واذا تراءى للمحكمة حينئذ لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحته (١).

٢٨٨ — الثمن العسورى — يجب على الشفيع أن يعرض الثمن الوارد

في عقد البيع. ولكن اذا اتفق البائع والمشتري على زيادة المبلغ في العقد، فقد اختلفت المحاكم في مقدار المبلغ الواجب عرضه.

فمنها من رأى أنه يجب على الشفيع أن يعرض الثمن برمته الوارد في العقد، بما فيه الزيادة التي يظن فيها، مع حفظ حقه في اثبات صورته، فاذا عرض الثمن الذى يدعى أنه حقيقى فلا يعتبر هذا العرض صحيحا (٢).

== المحاماة على الحكم بما يأتى : ان هذا المبدأ ظاهر جدا للسبب المتقدم، ولأن قيمة الرهن ليست من حق المشتري، ولأن حق الدائن هنا عيى على العقار وليس شخصا على البائع أو المشتري، ولكن هذه الاعتبارات كلها لم تمنع من صدور بعض أحكام قضت بضرورة عرض الثمن كله بما فيه قيمة الرهن، وبذلك قررت استحقاق دين الدائن قبل ميعاده وعلى الرغم منه .

راجع استئناف ٢٣ يونيه ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٣٧ ص ٧١٥ مرجع القضاء ٤٧٢٦ — ونبذة ٣٥٣ .

قنا الجزئية ١٣ أكتوبر ١٩٣٠ (افاضى السيد على السيد) المحاماة ١٢ رقم ٤٤٤ ص ٨٩٦ مرجع القضاء ٤٧١٧ .

وقد نص مشروع القانون المدنى الجديد، في المادة ١٠١٣ على أن ما يعرض هو الثمن الذى حصل به البيع محضوما منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية .

(١) استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ مرجع القضاء ١٢١٩ .

(٢) استئناف مختلط (١٤ ص ٢٣٤)، (٩ ص ٣٠١) .

استئناف أهلى ١٣ يناير ١٩١٣ (دائرة محمد مجدى بك وأحمد موسى بك ومسيو سودان) المجموعة ١٤ رقم ٤٨ ص ٩١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٦ المحاكم ٢٥ ص ٥٤٢١ مرجع القضاء ١٢٥٤ .

استئناف ٧ يناير ١٩١٩ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر كالوينى وعبد الرحمن رضا بك) الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ مرجع القضاء ١٢٥٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه يجب ==

ومنها من رأى أن العمل بالرأى الأول ربما كان فيه فرصة سائحة للمشتري بها يمنع الشفيع من الأخذ بحقه في الشفعة ، وذلك بوضعه صورة في العقد ثمنا باهظا جدا يستحيل على الشفيع أن يحصل عليه ، وإن اعلاء ثمن المبيع بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة هو أمر مخالف للقانون ، والمحاكم لم تسمح للمشتري باستعمال طريقة غير شرعية لمنع الشفيع من استعمال حق منحه إياه الشارع بنص صريح في القانون . وقد رأى هذا الفريق الأخير بناء على ذلك أنه يكتفى بعرض الثمن الذى يعتقد الشفيع صحيحا ، محملا إياه تبعة اثبات صورية الزيادة ، فإذا عجز عن إقامة الدليل على ذلك فلا يعتبر أنه قام بما فرضه عليه قانون الشفعة من عرض الثمن وملحقاته ، ويسقط حقه في الشفعة ، ولا يفيد أنه يعرض بقية الثمن بعد ذلك إذا كان الميعاد المنصوص عليه في المادة ١٩ من قانون الشفعة قد انقضى (١) .

وقد قضى بأنه إذا عرض الشفيع الثمن الذى يعتقد حقيقيا ، واحتفظ بأثبات الصورية فيما يتعلق بالزيادة ، وجب عليه فى آن واحد أن يصرح باستعداده لدفع

= أن يكون العرض اما للثمن الوارد بعقد البيع أو اذا رأى الشفيع فيه مبالغة فللثمن الذى يقول به هو مع وضع الفرق بين الثمين فى خزانة المحكمة على ذمة الدعوى .

(١) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر الستون) المجموعة ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ .

• استئناف أهلى ١٤ أبريل ١٩١٤ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر دلبراغلو ومينا ابراهيم بك) الشرائع ١ رقم ٣٣٩ ص ١٨٨ المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٥٧ مرجع القضاء ١٢٥٥ .
المنصورة الجزئية أول فبراير ١٩١٧ (القاضى فوزى الطيعى بك) المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ .

استئناف ٨ مايو ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا وحسين درويش بك ومستر هل) المجموعة ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ مرجع القضاء ١٢٥٧ .

طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى جمال الدين أباطة والقاضى أحمد فائق) المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ مرجع القضاء ١٢٥٩ .

استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥

ص ٤٠٠) .

فوه الجزئية ٤ مارس ١٩٣٩ (القاضى ابراهيم محمد حبيب) المحاماة ١٩ ص ١٤٧٨

رقم ٥٥٣ .

الفرق فيما لو اتضح للقضاء أن الثمن كله الوارد في العقد حقيقى . فإذا قصر فى ذلك كان عرضه ناقصا ، وبالتالى غير صحيح ، لمخالفته للقانون ويترتب على ذلك سقوط حق الشفيع فى الشفعة ^(١) .

وقد قررت محكمة النقض والابرام أن القانون لا يشترط لصحة العرض أن يكون بالثمن المسمى فى العقد ، لاحتمال أن يكون ثمننا غير حقيقى ، فليس من العدل أن يرتبط الشفيع به وكل ما يطلب منه أن يعرض الثمن الذى يعرف أنه الثمن الحقيقى حسبما وصل الى علمه ، فإذا نازعه المشتري فى مقداره قضت المحكمة

(١) أسبوط الابتدائية ٢ مايو ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٤٠٩ ص ٦٤٧ مرجع القضاء ٤٧٢٥ .
استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ (٣٦ ص ١٧٠) .

استئناف مصر ٣١ مارس ١٩٤٥ (دائرة طاهر محمد بك وأحمد حلمى بك وعبد العظيم الشنقيرى بك) فى الاستئناف رقم ١٢٨ سنة ٦٢ القضائية : ان القانون عند ما أوجب عرض الثمن فأما قصد الثمن الحقيقى الذى تم عليه التعاقد فعلا بين البائع والمشتري ، بصرف النظر عن القيمة الواقعية للعقار المبيع ، والتي قد تختلف قليلا أو كثيرا عن الثمن ، نظرا الى ظروف المتعاقدين من زيادة رغبة المشتري فى المبيع بالذات أو زهد البائع فيه . وعليه فان الشفيع اذا عرض مبلغا أقل من الثمن الحقيقى كان عرضه ناقصا ومستوجبا لسقوط حقه فى الشفعة . ولما كان الأصل أن الثمن المسمى فى العقد هو الثمن الحقيقى ، فإذا ادعى الشفيع صوريته فلا شك أن له اثباتها بجميع الفروق الثانوية ، ولكنه اذا لم يعرض ذلك الثمن ، بل عرض ما يدعى هو أنه الثمن الحقيقى ، ولم يتمكن من اثبات مدعاه ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة بأنه عرض الثمن الحقيقى وقام بما يوجب القانون من عرض الثمن ، ولذا فانه يتعين على الشفيع فى تلك الأحوال أن يعرض الثمن المسمى بالعقد مع تمسكه بحقه فى الفرق بينه وبين ما يثبت أنه الثمن الحقيقى ، أو على الأقل يجب عليه اذا عرض الثمن الذى يعتقد حقيقيا أن يظهر فى نفس الوقت استعداده لدفع ما يظهر من التحقيق أنه الثمن الحقيقى والا كان عرضه ناقصا . ولو كان الأمر بخلاف ذلك وسمح للشفيع أن يعرض أى مبلغ يعتقد هو أو يتخيل أنه الثمن الحقيقى بصرف النظر عما يثبت فيما بعد أنه الثمن الذى حصل عليه التعاقد ، لانتفت المحكمة المقصودة من إيجاب عرض الثمن عند طلب الأخذ بالشفعة ، وهى سرعة البت فى أمرها وتقصير مدى النزاع وأمدده ، ذلك لأنه لا يتصور قبول البائع أو المشتري هذا العرض الناقص واحلال الشفيع فى الصفقة فى مقابل ثمن أقل مما دفع ، فى حين أن اظهار طالب الشفعة استعداده لدفع ما يظهر أنه الثمن الحقيقى قد يفتح باب التناغم بين الطرفين على حقيقة الثمن ، فينتهى النزاع أو ينحصر فى أضيق دائرة . ومن الجهة العملية تتضح فائدة وجوب عرض الشفيع استعداده لأخذ المبيع بالثمن الذى يثبت أنه الثمن الحقيقى من أنه اذا اقتصر على عرض ما يعتقد أنه الثمن الحقيقى ، ثم تبين للمحكمة بعد التحقيق أن الثمن الحقيقى يزيد على ما عرض الشفيع دفعه ، فانه لا يجوز لها أن تقضى له من تلقاء نفسها بالصفقة نظير دفع الثمن الحقيقى ، والا تكون قد تجاوزت سلطتها وقضت بما لم يطلبه .

بالشفعة بالثمن الذي يتبين لها أنه الثمن الحقيقي ^(١) .

٢٨٩ — اثبات صورة الثمن — يجوز للشفيع أن يثبت بالبينة أن الثمن الوارد بالعقد معلى عن الثمن الحقيقي بقصد منعه من استعمال حقه في الأخذ بالشفعة ، لأن الاثبات بالبينة جائز على ما خالف القانون ، والمحكمة أن تقضى عليه بدفع الثمن الذي يثبت من شهادة الشهود ومن تقرير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقي ^(٢) .

ولكن تطبيق المبدأ المتقدم قد ينتج عنه ضرر بليغ ، اذ أن البيع الصحيح يكون معرضا لنتيجة شهادة شهود كاذبين يأخذ الشفيع بمقتضاها العقار بثمن أقل من ثمنه الحقيقي . لذلك يجب على القضاة ، كما قررت محكمة الاستئناف ^(٣) ،

(١) نقض ١١ يناير ١٩٤٥ في الطعن رقم ٧١ سنة ١٤ القضائية بمجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٨٨ .

ونقض أول فبراير ١٩٤٥ في الطعن رقم ٨٩ سنة ١٤ القضائية بمجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠١ : اذا كان الثابت بصحيفة الدعوى أن الشفيع طاب الأخذ بالشفعة مقابل الثمن الحقيقي — على تقديره — وهو مبلغ كذا أو ما يظهر أنه الثمن الحقيقي بالغنا ما بلغ ، فعرض الثمن على هذا النحو يعتبر عرضا جديا وليس فيه ما يدل على الرغبة في المساومة ، بل هو استعمال للحق الخول قانونا للشفيع في اثبات حقيقة الثمن .

(٢) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر ألتون) المجموعة ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٠ مرجع القضاء ١٢٢٣ .

استئناف ١٤ فبراير ١٩١٤ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر دلبراغلو ومينا ابراهيم بك) المرائع ١ رقم ٣٣٩ ص ١٨٨ المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ مرجع القضاء ١٢٢٤ .
استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حتى بك)
الحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٦٥٥ مرجع القضاء ١٢٦٠ .

أسيوط الابتدائية استئنافى ١٠ نوفمبر ١٨٩٦ (دائرة القضاة أحمد حلمى وعثمان غالب وحسين درويش) القضا ٤ ص ١١٢ مرجع القضاء ١٢٢٠ .
استئناف مختلط (١٥ ص ٢٤٣) ، (١٩ ص ٣٠١) .
دى هلنس نبذة ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٣) استئناف ١٤ أبريل ١٩١٤ التقدم المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ المرائع ١ رقم ٢٣٩ ص ١٨٨ .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) ، ١١ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) ، ١٩ يونيو ١٩٠٧ (١٩ ص ٣١٠) ، ٩ أبريل ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٧٤) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) .

أن يشددوا بأكثر ما يمكنهم قبل الحكم بالشفعة ، فلا يأمرُوا بتحقيق ادعاء طالب الشفعة الا اذا وجدت في الدعوى قرائن تدل على صحته ، كأن يتأكدوا من المستندات المقدمة لهم ، أو من خير معتمد ، من أن العقار لا يساوى أكثر من الثمن الذي يقول عنه طالب الشفعة ، وأنه لا توجد أسباب خاصة تحمل المشتري على شرائه بأكثر من قيمته ، فاذا ثبت ذلك كان قرينة على تلاعب المشتري والبائع واتفاقهما على ضياع حق الشفيع ، فعندها يصح للمحكمة سماع الشهود ، ولا تحكم بمقتضى شهادتهم الا اذا جاءت مؤيدة لقول المدعى بطريقة لا شك فيها ، فاذا اتخذت المحكمة هذه الاحتياطات قبل الحكم بالشفعة تكون قد أدت ما يريده الشارع من التشديد .

وحكمت محكمة الاستئناف بأنه لا يكفي — لاثبات أن الثمن الذي ذكر في عقد البيع زيد بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة — الحصول على شهادة من البائع تدل على ذلك . وإنما اذا تقدمت في الدعوى شهادة بهذا المعنى فانه يترتب عليها وجود شك عند المحكمة في صحة الثمن الوارد بالعقد ، ويمكن اعتبار الشهادة مبدأ ثبوت ما دام من الجائز أن يكون ما حرر فيها حقيقيا ، كما أنه يجوز ألا يكون كذلك . والمحكمة أن تحلف المشتري اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد في العقد ودفعه بأكماله الى البائع ^(١) .

ولا يسوغ للقاضي أن يقبل القرائن الضعيفة اثباتا لصورية الثمن المذكور في عقد البيع ، بل يجب أن يقوم الدليل على صورية الثمن بطريقة لا تدع مجالاً للشك ^(٢) .

٢٩٠ — ولا يقبل من الشفيع عرضه دفع الثمن الوارد في عقد البيع

(١) استئناف ٧ مايو ١٩١٤ (دائرة يحيى ابراهيم باشا وأحمد موسى بك ومستر برسيفال) الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ مرجع القضاء ١٢٢٥ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٧ (٣٠ ص ١١٢) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٣٨ (دائرة حسن زكى بك وسليم زكى بك وأحمد مختار نجيب بك) المحاماة ١٨ ص ٦٣٠ رقم ٣٠٩ : اذا لم تبين الوقائع التي يستند اليها لاثبات صورية عقد البيع الثانى لمناقشتها وتقدير قيمتها ومعرفة مدى تأثيرها فلا محل لتحقيقها .

مشرطاً أن يثبت المشفوع منه جديته ^(١) .

٢٩١ - طلب المأجر بالشفعة بالثمن الرزى ثبت صحة - طلب شخص الحكم له باستحقاقه لأخذ أرض بالشفعة بالثمن الحقيقي لها وقدره كذا ، مدعياً أن الثمن الوارد بالعقد صوري لا يحتج به عليه ، وطالبا اثبات صحة الثمن بالينة . ودفع المشتري الدعوى بأن الثمن المذكور بالعقد حقيقي ، وأن الشفيع مع علمه بالبيع وشروطه وثمنه لم يرفع الدعوى في الميعاد القانوني . فأحالت المحكمة الدعوى الى التحقيق لاثبات ما ادعاه كل من الطرفين ، ثم حكمت للمدعى بالشفعة بالثمن الوارد بالعقد على اعتبار أنه لم يثبت لها من التحقيق أن هذا الثمن أكثر من الثمن الحقيقي . وقد قررت محكمة النقض والابرام أن هذا الحكم لا يعتبر أنه قد قضى للمدعى بما لم يطلبه ، ولو أنه لم يكن طاب على سبيل الاحتياط الحكم له باستحقاقه لأخذ الأرض بأى ثمن آخر تثبت صحته ، بل هذا الطلب يكون ملحوظاً ومتعيناً افتراضه لدخوله تحت عموم طلب المدعى الشفعة بالثمن الحق ^(٢) .

٢٩٢ - هل للمشفوع منه اثبات أنه الوارد في العقد أقل من الثمن الحقيقي - قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه وإن جاز للشفيع أن يثبت أن الثمن المدون في عقد البيع تضمن زيادة في الثمن لتعجيزه عن طلب الشفعة فإن المشفوع منه لا يجوز له أن يثبت أن الثمن الذى ذكره في العقد أقل من الثمن الحقيقي ، حتى لو أبرز مستندات صادرة من بائعه تثبت أن الثمن الحقيقي يزيد على الثمن الوارد بالعقد ، وأن انقاص الثمن كان الغرض منه الهرب من دفع الرسوم الحقيقية اضراراً بمصلحة الخزانة .

وقضت أيضاً بأن المشتري الذى يخفض ثمن المبيع فى عقد مشتراه بقصد الهروب من دفع رسوم التسجيل الحقيقية ، اذا خسر دعواه ولم يقض له على الشفيع الا بالثمن الوارد فى عقده ، لا يحق له أن يرجع على بائعه بفرق الثمن ، بناء على

(١) استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩٠٧ (١٩ ص ٣١٠) .

(٢) نقض ٢ أبريل ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٣٤٤ ص ١٠٨٧ ملحق

القانون والاقتصاد ٦ ص ١٧٥ رقم ٥٣ المحاماة ١٧ ص ٧٢ رقم ٣٩ المجموعة ٣٧ رقم ١٨٦
الفهرس العبرى الرابع رقم ١٣٠٧ .

أن القضاء لم يحكم له الا بالثمن الوارد في العقد^(١).

٢٩٣ — ملحقات الثمن — يجب على الشفيع أن يعرض ملحقات

الثمن *légitimes accessoires du prix* ، وهي المصروفات الرسمية *les frais et loyaux coûts* ، أي مصروفات العقد ، ومصروفات التسجيل ، اذا كان العقد قد سجل^(٢) ، والسمسرة التي دفعها المشتري المطلوب الأخذ منه بالشفعة^(٣) ، وكل المصروفات التي اضطر المشتري لدفعها للحصول على مشتراه . وليس للشفيع أن يعترض على القيمة التي دفعت أو على ضرورة دفعها ما دامت لم تدفع أو يبالغ فيما دفع منها اضرارا بحقوقه .

وقد قضى بأن الزام الشفيع بكل ما التزم به المشتري عملا بنص المادة ١٣ من قانون الشفعة لا يسد على الشفيع باب المناقشة ولا يأخذ عليه مسائل الاعتراض فيما لا يروقه من الشروط التي اشترطها البائع على المشتري والتي قد يرى فيها الشفيع غشا أو يرى أنها مخالفة للنظام العام ، بل ان للشفيع أن يناقش من هذه الشروط ما يراه حريا بالمناقشة ، ولا بأس في ذلك على البائع أو المشتري ما دامت الكلمة الأخيرة فيه للقضاء^(٤).

(١) استئناف مخطوط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ جدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٦ .

(٢) وخصوصا أن الشفيع لا يدفع عند الحكم له رسم تسجيل جديدا . راجع دعياط الجزئية (القاضي أحمد فؤاد) المحاماة ١١ رقم ٣٣٢ ص ٦٦٨ . وقد جاء في أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان المدعى غاوش في الحكم بمصاريف التسجيل بحجة أنه يمكن المدعى عليها الأولى استردادها .

» وحيث ان هذا القول غير صحيح ، اذ لا يمكن رد رسم التسجيل بأي حال من الأحوال ، وبالعكس فان رسم التسجيل الذي دفعته المدعى عليها الأولى قد أعفى المدعى من دفع رسم جديد على حكم الشفعة ، أي أن ملزومية المدعى بدفع رسم التسجيل ناشئة أولا من أنه من ملحقات الثمن الواجب ردها ، وثانيا لأنه يستفيد منه شخصا ، اذ سيفنيه عن دفع رسم جديد كما تقدم . وقد أفتى قسم القضايا بذلك (راجع فتوى قسم القضايا المؤرخة ٢٥ نوفمبر ١٩٢٤ والمباشرة للمحاكم في ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤) .

(٣) استئناف مخطوط ٢ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٢٣) ، ٦ يونيو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٠) ، ١٠ مايو ١٩٢٧ (٣٩ ص ٤٤٨) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ مارس ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بخيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٨٠ ص ١٤٥ .

وحكم بأنه اذا تعين مبلغ السمسرة بنسبة أعلى بسبب الالتزامات الخاصة التي فرضت على السمسار لمصلحة المشتري ، ولكن بسبب الشفعة لم يقم السمسار بوكالته بتمامها . فانه لا يكون للسمسار أن يستولى على المبلغ المعين ، بل على تعويض يترك تعريفه للقاضي على حسب قواعد الوكالة ، وهذا المبلغ هو الذى يجب على الشفيع دفعه ^(١) .

واذا ذكر المشتري باتفاقه مع البائع له فى عقد البيع ثمناً أكثر من الثمن الحقيقى الذى اشترى به فلا يلزم طالب الشفعة الا بمصروفات التسجيل بنسبة الثمن الحقيقى ^(٢) .

وقد حكم بأنه لا يعتبر عرضاً غير كاف العرض الحاصل من الشفيع شاملاً الثمن وجزءاً من المصروفات والملحقات التى لم تكن قيمتها معروفة له ، مع اظهار استعداده لتسوية الباقي ودفع جميع المصروفات الأخرى التى يقدم المشفوع ضده الدليل عليها ^(٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا اختلف الشفيع والمشفوع منه فى مدلول العبارة التى أوردها الشفيع فى صحيفة دعواه خاصة بعرض الثمن والملحقات ، هل كانت تفيد عرض الثمن فقط أم تفيد عرضه مع الملحقات ، فرأت فيها محكمة الموضوع أنها

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٠) .

(٢) استئناف ١٨ مارس ١٩١٤ (دائرة أحمد موسى بك ومستر برسيغال ومحمد شكرى

باشا) الفرائع ١ رقم ٢٧١ ص ١٤٦ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٣٢ (٤٤ ص ٣٥٠) المحاماة ١٤ رقم ٣١ ص ٦٤ .

استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ (دائرة حسن عبد الرحمن بك وزكى خير الأبوتيجى بك وعبد الرحمن رشدى بك) فى الدعوى رقم ٨٥٤ سنة ٦٢ ق : ان الدفع بسقوط حق الشفيع لأنه لم يعرض شيئاً فى مقابل الملحقات ولم يعينها وفوض الرأى للمحكمة فى تقديرها — هذا الدفع لا يقوم على أساس قانونى صحيح لأنه يؤخذ من الاطلاع على الدار الرغبة وصحيفة دعوى الشفعة أن الشفيع عرض الثمن وما يلحق به قانوناً بصريح العبارة ، وهذا كل ما يتطلبه القانون . أما عدم بيان هذه الملحقات فراجع الى جهات مفردات هذه الملحقات ومقدارها ، وهو معذور فى الجحالة ، لأن الذى صرفها هو المشفوع ضده ، وهو الذى يعرف أقلامها ، وحتى اذا أنذر الشفيع وذكر قيمة هذه الملحقات فى انذاره فليس الشفيع ملزماً بالتسليم بها وترديدها ، اذ له الحق فى المنازعة اذا ما بان له وجه المبالغة فيها ، ولا تثريب عليه اذا فوض الى المحكمة أن تحكم بقيمة الملحقات الصحيحة .

تفيد عرض الثمن والملحقات ، فإن ما رأته من ذلك لا يخضع لرقابة محكمة النقض^(١) .
ولا يدخل ضمن مصروفات العقد الرسمية ، أى ضمن ملحقات الثمن
الواجب دفعها قانونا ، مصروفات القرض العقاري l'emprunt hypothécaire التى
اضطر المشفوع منه الى دفعها للحصول على المبلغ اللازم لأداء الثمن والتعويض الذى
ألزم بدفعه المقرض مقابل أداء المبلغ المقرض قبل ميعاده^(٢) .

٢٩٤ — المصروفات الضرورية أو النافعة — يلزم الشفيع بالمصروفات
الضرورية أو النافعة التى أنفقها المشتري ، غير أن الزامه بها لا يكون بناء على
القواعد الخاصة بحق الشفعة ، بل بناء على قواعد العدالة التى تقضى بأن لا يثرى
انسان على حساب غيره . وعلى ذلك فليس من الضروري أن تعرض مع الثمن
وملحقاته ، لأنها ليست داخلية فيها ، ولم تعمل الا بعد الشراء^(٣) .

٢٩٥ — الرفع بمرم عرض الثمن لأول مرة أمام محكمة النقض —
كل دفع لا يكون متعلقا بالنظام العام ولا داخلا فى عموم ما طلب المدعى الحكم
به لا تستطيع محكمة الموضوع أن تعرض له من تلقاء نفسها . فاذا لم يدفع لدى هذه
المحكمة بسقوط حق الشفيع فى الشفعة لعدم قيامه بعرض الثمن الوارد بعقد الشراء
على المشتري حين عرض عليه رغبته فى أخذ الصفقة بالشفعة ، فهذا الدفع لا يجوز
ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنه من جهة ليس من أسباب النظام العام ،
ومن جهة أخرى لا يدخل تحت عموم طلب الشفيع المنحصر فى طلب الحكم له
باستحقاقه لأخذ العقار بالشفعة^(٤) .

(٤) ميعاد اعلان الرغبة فى الشفعة

٢٩٦ — يجب أن يكون اعلان الرغبة فى خلال خمسة عشر يوما من وقت

(١) نقض ١٤ مايو ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٣٦٤ ص ١١١٧ ملحق
القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٢٠ رقم ٧٣ المحاماة ١٧ ص ١٧٤ رقم ٨٢ .
(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٢٧ (٢٩ ص ٤٤٨) .
(٣) دى هلتس نبذة ١٢٨ و ١٢٩ .
(٤) نقض ٢ أبريل ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٧٢ رقم ٣٩ ملحق القانون والاقتصاد ٦ ص
١٧٥ رقم ٥٣ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٣٤٤ ص ١٠٨٧ .

علم الشفيع بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا ابداء رغبته في الأخذ بالشفعة .
وهذا الميعاد مذکور في الفقرة الثانية من المادة ١٩ التي تقرر أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » .

ويلاحظ النص الفرنسي للمادة بخصوص مبدأ سريان الميعاد ، حيث جاء فيه :

« Dans les quinze jours du *moment* où elle a eu connaissance de la vente ou de la *date* de la mise en demeure » .

أى فى خلال خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من تاريخ تكليفه رسميا ، فهل يؤخذ من ذلك أن مبدأ الخمسة عشر يوما يختلف فى حالة العلم بالبيع عنه فى حالة التكليف الرسمى ؟ الظاهر أنه لا يوجد فرق بين الحالتين ، وخصوصا أن مواعيد السقوط لا تحسب من وقت لوقت ، بل من يوم ليوم ^(١) .

وقد تعرضت محكمة النقض والابرام لهذه النقطة ^(٢) ، فقالت : ان النسخة العربية اذا كانت قالت من وقت علمه بالبيع ، فقد قالت أيضا « من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته » . وهذه العبارة الأخيرة قد ورد نصها بالفرنسية هكذا *ou de la date de la mise en demeure* ، ومقابلها بالعربية « أو من تاريخ تكليفه رسميا » مما يفيد أن واضعى النص يستوى عندهم كلمة « وقت *moment* » وكلمة « تاريخ *date* » .

٢٩٧ — ويجب اظهار الرغبة قبل مضى الخمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالبيع ، وليس من تاريخ العلم بالتسجيل ^(٣) ، لأن الحق فى الشفعة ينشأ عند اتمام البيع ، لا وقت تسجيل البيع .

(١) دى هلتس نبذة ١١٤ .

(٢) نقض ٢٠ يونيو ١٩٣٥ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ المحاماة ١٦ ص ٢٧٧ رقم ١١٥ مجموعة القواعد المدنية ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ .

(٣) استئناف مخطوط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٥ ، ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ١٠٢) .
وقد جعل مشروع القانون المدنى الجديد مبدأ الخمسة عشر يوما تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشتري الى الشفيع (المادة ١٠١٠) .

وقد قررت محكمة النقض والابرام أن العبرة في علم الشفيع بالبيع العلم الذى يحتاج به هي بوقت حصول البيع . فإذا قرر المجلس الحسبى الموافقة على بيع جانب من أرض القاصر ، وعلم الشفيع بهذا القرار ، ثم شفع في الأرض المبيعة بعد يومين من تاريخ البيع الحاصل من الوصى بناء على قرار المجلس الحسبى ، فإن الشفيع لا يحتاج بعلمه بذلك القرار ^(١) .

والعبرة في احتساب مدة اظهار الرغبة في الشفعة هي بحصول الاعلان الى البائع والمشتري ، لا بتقدمه لقلم المحضرين . وقد فصلت في ذلك محكمة النقض ، حيث قالت ان قانون الشفعة اذ نص في المادة ١٤ على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » . واذ نص في المادة ١٩ على أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع » ، اذ نص على ذلك يكون قد دل على أنه يجب على طالب الشفعة أن يعلن رغبته الى البائع والمشتري بورقة على يد محضر في ميعاد خمسة عشر يوما يبدأ من تاريخ العلم بالبيع والاسقط حقه في الشفعة ، كما أنه يكون قد دل على أن العبرة في انتهاء الميعاد هي بحصول الاعلان فعلا الى البائع والمشتري ، لا بتسليم ورقة الاعلان لقلم المحضرين . لأن نص المادة ١٤ المذكور صريح في وجوب الاعلان ، والاعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين ، وإنما يكون بالطريق المقررة له في قانون المرافعات . ويؤكد هذا النظر ما جاء في آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ من أنه « يزداد على هذه المادة (أى مدة الخمسة عشر يوما) عند الاقتضاء ميعاد المسافة ، مما يقطع بأن المقصود باظهار الرغبة هو بالاعلان ، أى بتسليم الورقة للمعلن اليه أو في محله على حسب الأصول المرسومة في القانون ، اذ لو كان يكفي مجرد التسليم لقلم المحضرين لما كان هناك محل للنس على ميعاد للمسافة ، ولكان الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم ، لأن

(١) نقض ٢٧ فبراير ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٣٣٣ س ١٠٧١ المحاماة

١٦ س ٨٨٢ رقم ٤٠٣ ملحق القانون والاقتصاد ٦ رقم ٤٢ س ١٥٧ .

هذا التسليم بذاته ليس فيه أى اعلام للخصم^(١).

٢٩٨ — ميعاد اعلانه الرغبة بالنسبة الى عقد البيع الابتدائي —

قد تقدم القول بأنه اذا كان عقد البيع قابلا للعدول عنه نظير دفع تعويض فلا يمكن أن يتولد عنه حق الشفعة^(٢). وعليه لا يبدأ ميعاد سقوط الحق في الشفعة في هذه الحالة بسبب العلم بالبيع الا من تاريخ العقد النهائي ، وليس من تاريخ العقد الابتدائي^(٣).

٢٩٩ — اعلانه الرغبة في البيع المعلق على شرط — من رأينا

كما تقدم^(٤) جواز الشفعة في البيع المعلق على شرط ، سواء أكان الشرط واقفا أم فاسخا . ولكن متى يبدأ ميعاد اعلان الرغبة ؟ أبدأ من يوم العلم بالبيع ؟ أم يبدأ عند تحقق الشرط ، اذا كان واقفا ، وعند تخلفه اذا كان فاسخا ؟ من رأينا وجوب التفريق بين البيع المعلق على شرط واقف والبيع المعلق على شرط فاسخ . فبالنسبة الى البيع المعلق على شرط واقف لا يبدأ ميعاد اعلان الرغبة من وقت العلم بالبيع ، بل من وقت العلم بتحقق الشرط ، لأنه قبل تحقق الشرط لا يكون لازما ولا تنتقل الملكية فيه . قد يحتج بأن الشرط عند تحققه يرجع الى وقت العقد ويعتبر البيع نافذا من وقته ، وعلى ذلك يسقط حق الشفيع اذا لم يكن أبدى رغبته في الخمسة عشر يوما التالية لعلمه بالبيع . ولكن يرد على ذلك بأن الشفيع لا يمكن أن يعتبر عالما بالبيع قبل تحقق الشرط ، ولا عبءة بالأثر الرجعي الذي يفترضه القانون لتحقيق الشرط ، لأن ذلك لا يغير من حالة الشفيع الذي لا يعتبر

(١) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ في الضمن رقم ٣٦ سنة ١٤ القضائية بمجموعة القواعد القانونية

٤ رقم ٢٣٤ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١٩٥ .

(٣) استئناف مصر الأهلية ١٤ فبراير ١٩٢١ (دائرة مستر برسفال ومستر كلايكوت وأحمد زكي أبو السعود بك) المحاماة ٢ رقم ١١ ص ٢٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٣٠ المجموعة ٢٣ رقم ٤١ ص ٦٥ مرجع القضاء ١٣٢٢ .

بني سويف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكي خير الأبوتيجي وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكروري) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ .

(٤) نبذة ١٨٧ .

علما بالبيع الا اذا وقع البيع وانتقلت فيه الملكية ، أما قبل ذلك فلا تنتقل الملكية الى المشتري كما تقدم .

أما بالنسبة الى البيع المعلق على شرط فاسخ فإن البيع يكون موجودا ، وتسرى كل آثاره ، وتنتقل الملكية فيه من يوم العقد ، الا أن العقد يسقط اذا تحقق الشرط . وعندنا أنه يجب على الشفيع اتخاذ الاجراءات من وقت علمه بالبيع ، ويحل الشفيع محل المشتري اذا قضى له بالشفعة . واذا تحقق الشرط وفسخ البيع فإن هذا لا يغير شيئا ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع من الشفيع ، كما كان يسترده من المشتري لو لم يؤخذ المبيع بالشفعة .

ويرى رأينا الأستاذ زكي العراقي باشا فيقول^(١) بجواز الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ ، وأن الميعاد في البيع المعلق فسخه على شرط يحتسب من يوم العلم بالبيع بدون انتظار نتيجة الشرط ، وفي البيع المعلق وجوده على شرط يجب أن لا يسرى الميعاد الا من يوم تحقق الشرط « لأن العلم بالبيع ليكون مبدأ لسريان المدة يجب أن يكون علما نافيا للجهالة ، وهذا لا يكون الا بتحقق الشرط ، وقبل ذلك لا يوجد بيع ، بل هذا شيء قد يكون وقد لا يكون حسب الأحوال ، والى تحقق الشرط يكون حصول البيع مشكوكا فيه ، ولا يصير حقيقيا الا بتحقيقه » . ولكن الأستاذ العراقي باشا يضيف الى ما تقدم : « ومع هذا فالشفيع أن يطلب بمجرد العلم بالبيع ، ولكن لا يقضى له الا اذا تحقق الشرط »^(٢) . ونحن لانوافق على هذه الاضافة ، اذ كيف يقف القضاء بالشفعة للشفيع حتى يتحقق الشرط ، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة . فالواجب على الشفيع رفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة ، والا سقط حقه ، ويجب على المحكمة أن تحكم على وجه السرعة . ولا يوجد في القانون ما يميز وقف الحكم في دعوى الشفعة حتى يتحقق الشرط^(٣) .

(١) نبذة ٩٦ ونبذة ٩٧ .

(٢) نبذة ٩٦ ص ٥٩ .

(٣) وللأسباب التي تقدمت لا نوافق على حكم النقض الصادر في ٣ من أبريل سنة ١٩٤٧ (في الظن رقم ٦٢ سنة ١٦ القضائية) والذي جاء فيه : ان القانون اذ جعل البيع سببا للشفعة =

٣٠٠ — اعلان الرغبة في بيع الوفاء — بيع الوفاء هو بيع مع شرط

خيار الاسترداد للبائع (المادة ٣٣٨/٤٢١ من القانون المدني) ، ويكون فيه البائع مالكا تحت شرط واقف ، وهو شرط خيار الاسترداد ، ويكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ . ولا فرق بين بيع الوفاء وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا في كون تحقق الشرط وعدم تحققه معين الأجل كما تقدم ^(١) . وقد قلنا بجواز الشفعة فيه ^(٢) . أما ميعاد اعلان الرغبة فيسرى بالتفصيل الذي ذكرناه في النبذة السابقة .

٣٠١ — اعلان الرغبة في البيع الفاسد — البيع الفاسد أو الباطل

باطلا نسبيا يكون صحيحا بآدى بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ . وقد قلنا بجواز الشفعة فيه ^(٣) . ويبدأ ميعاد اعلان الرغبة من يوم العلم به . فاذا قضى بالشفعة حل الشفيع محل المشتري . فاذا لم يتأيد البيع وفسخ ، فان الشفعة تسقط معه ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع في مواجهة الشفيع ، كما كان له ذلك في مواجهة المشتري .

٣٠١ مكررا — في البيع مع التصريح بالسراء عن الغير Déclaration

de command ou élection d'ami — وهو البيع الذي يقرر فيه المشتري أنه يشتري لنفسه أو لشخص آخر يحتفظ باسمه مؤقتا . وحكمته أن المشتري الحقيقي قد تكون له مصلحة في اخفاء اسمه . وقد تضمنت المادة ٥٧٦/٦٥٨ من قانون المرافعات فيما يتعلق بالبيع القضائي أن كل مشتري له أن يحضر في الجلسة ويزايد لحساب نفسه أو لحساب غيره ، ولا يجب عليه في الحالة الأخيرة أن يبين أنه يزايد

== وجعل حق الشفيع في طلبها متولدا من مجرد تمام انعقاد البيع على الدين المشفوعة جاء نصه عاما مطلقا لا فرق فيه بين بيع بات خال من الشروط وبيع مقيد بها ولا بين شرط وشرط . ومن ثم فالبيع المشروط فيه خيار البائع يتولد منه في الحال كغيره حق الشفيع في طلب الشفعة وتسرى عليه مواعيد السقوط ولكن لا تجب له الشفعة ولا يأخذ العين المشفوعة الا باقتضاء خيار البائع بعد أن يكون الشفيع طلب الشفعة وفقا للقانون .

(١) نبذة ١١٥ .

(٢) نبذة ١٨٩ .

(٣) نبذة ١٧٤ .

لحساب غيره ولا أن يذكر اسم الشخص الذى يشتري بالنيابة عنه .
ولم يرد فى شأن هذا النوع من البيع نص فى القانون المدنى . ومن رأى
الفقه والقضاء أنه جائز أيضا فى البيوع الاختيارية ^(١) .

وقد أثير هذا الموضوع ، فيما يتعلق بالشفعة ، فى دعوى تتحصل وقائعها فى أن
المشتري لقطعة أرض احتفظ فى عقد الشراء « بالحق فى التنازل عن هذا العقد لأى
شخص يريد بدون توقف البائع وبدون احتياج للحصول على قول منه وبأن له
أيضا الحق فى ادخال أى شريك معه » ، ولما طلب جاره الأخذ بالشفعة دفع
المشتري بسقوط الشفعة لقوات ميعاد ابداء الرغبة لعدم اعلانه شركاء المشتري
فى مدة الخمسة عشر يوما التالية للبيع أو للانذار الذى وجهه الى الشفيع وفيه
يخبره بما احتفظ به فى عقد الشراء . وأنكر الشفيع جواز البيع الاختيارى الذى
يحتفظ بامكان ادخال مشتريين آخرين ، وقال انه بفرض جوازه فإن عقد المشتري
لا يفيد هذا النوع من البيع . وقد قررت محكمة الاستئناف عند ما طرح عليها
هذا النزاع أن نص عقد المشتري لا يدع مجالا للتردد فى أن المراد منه هو أن يحتفظ
المشتري بشرط ادخال الغير ، سواء بطريق الحلول محله أو بطريق مشاركته ،
وهو جائز قانونا متى كان التصريح باسم الغير حاصلا فى الميعاد المعين فى العقد
الابتدائى ، وكان العقد النهائى متفقا مع هذا العقد فى نصوصه . ولما كان شرط
اختيار الغير (البيع مع التقرير بالشراء عن الغير) لا يستقيم الا على أساس وكالة
المشتري الأول عن المشتري الثانى وكالة فعلية أو مفترضة فانه فى الدعوى المعروضة
قد أكد المشتري الأول فى انذاره المعان الى الشفيع أنه وقت أن تعاقد كان يعمل
بحسابه وكىلا عن المشتري الآخر . ويتفرع عن قيام الوكالة أن المشتري الأول
كان يمثل المشتري الثانى تمثيلا تستلزمه وكالته فى كل ما يتعلق بالبيع أو يتصل به .
ولما كانت الشفعة واجراءاتها مترتبة على هذا البيع ومتصلة به فان مبادرة الشفيع
الى اظهار رغبته الى المشتري الأول تنصرف حتما الى من وكله اذا كانت الصفقة
كلها لحساب الموكل . أو تنصرف اليه والى موكله اذا تقاسماها . ولا مفر من

(١) راجع كتاب البيع لأحمد نجيب الهلالي باشا نبذة ٢٠٣ س ١٢٥ وما بعدها —
والطبعة الثانية منه بالاشتراك مع الدكتور حامد زكى نبذة ٥٥ س ٥٥١ .
استئناف ٢٦ فبراير ١٩٠٧ فى الاستئناف رقم ٦١٨ و ٦٤٨ سنة ٦٣ القضائية .

التسليم بهذه النتيجة . لأن المشتري الأول إما أن يكون وكيلًا فحسب أو يكون وكيلًا ومشتريًا ، وفي كلتا الحالتين تبدو صفة الوكالة مهما استترت ، لأن في ثنايا شرط اختيار الغير ما يشف عنها ويشير إليها . ومتى كان المشتري الأول يجمع بين الوكالة والاصالة فإن توجيه الانذار اليه شامل للصفتين جامع لهما . والمشتري الأول حينما يتلقى الانذار فأنما يتلقاه باعتباره أصيلاً ووكيلاً . والقول بغير ذلك يؤدي الى تجريد المشتري الأول من صفة الوكالة ، لاشيء سوى ابطال مفعول انذار الشفعة ، مع ما في هذا التجريد من تحد لارادة المشتري الأول والمشتري الثاني ، وقد انعقدت الوكالة بينهما لغرض معين ، وهو شراء العين المشفوع فيها . وأضافت محكمة الاستئناف الى ما تقدم أن العلم الذي حمّله الانذار الى الشفيع كان علماً ناقصاً ، اذ هو لم ينقل اليه أسماء جميع المشتريين ، بل نقل اليه أسماء بعضهم دون البعض الآخر ، والعلم الذي تسقط به الشفعة هو العلم التام الذي لا يشوبه نقص . ولم يتوفر للشفيع أسماء جميع المشتريين الا بالانذار الموجه اليه أخيراً ، وعلى أثره أدخلهم الشفيع جميعاً في دعواه في خلال الخمسة عشر يوماً ، وكان ذلك تزيداً منه ، ذلك لأن الشارع في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة نص صراحة على أن « كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذي سجل فيه طلب الشفعة لا يسرى على الشفيع » . فمهما تكن الحقوق التي يقول المشتري الأول انها آلت لباقي المشتريين ، لأنه كان قد اشترى لحسابهم ، فيكون لشرائهم أثر رجعي — كل هذه الحقوق لا تسرى على الشفيع ولا يواجه بها ، اذ هي لم تخرج عن حقوق قبلها المشتري فاكْتسبها الغير ضده ولم تكشف للشفيع الا بعد تسجيل انذاره . والقول من جانب المشتريين بأنه كان على الشفيع أن يحدد اجراءات الشفعة مبتدئاً باظهار رغبته من جديد في خلال الخمسة عشر يوماً كلما عن لهذا المشتري الأول أن يدخل مشترياً جديداً بمقولة انه كان قد اشترى لحسابه وان شرائه أثر رجعي — هذا القول لا يتفق مع نصوص القانون ، ويترب على الأخذ به تحميل الشفيع ما لم يحمله به الشارع ، لأن الشارع قد وحد اجراءات الشفعة وانتهى بها الى تسجيل الانذار بحيث لا يواجه بعد هذا التسجيل بحقوق

قد تظهر للغير أيًا كان نوعها وأيًّا كان مصدرها ^(١) .

٣٠٢ — **امتناب ميعاد اعرابه الرغبة** — وفقا للقاعدة العامة لا يحسب من الميعاد اليوم الأول الذي حصل فيه العلم *dies a quo* ، بما أن الشارع لم ينص في قانون الشفعة على خلاف هذه القاعدة ^(٢) .
ويحسب اليوم الأخير ^(٣) .

فللشفيع أن يظهر رغبته باعلان هذه الرغبة في اليوم الخامس عشر ^(٤) .
واذا وقع اليوم الأخير من الخمسة عشر يوما المعينة لاطهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في يوم عطلة رسمية امتد الميعاد الى اليوم الذي يليه ^(٥) .

(١) استئناف ٢٦ فبراير ١٩٤٧ (دائرة عبد العظيم الشقنقري بك ومحمد حسين العراجي بك واسكندر حنا بك) في الاستئناف رقم ٦١٨ و ٦٤٨ سنة ٦٣ القضائية .

(٢) راجع المادة ١٨/١٦ مرافعات : « اذا كانت الورقة المعلنه للمخيم مشتتة على طاب حضوره في ميعاد مقدر بالأيام أو على التنبيه عليه بإجراء أمر ما في ذلك فلا يدخل يوم الاعلان في الميعاد المذكور » .

دى هلنس ١١٥ .

استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ .

نقش ٢٠ يونيه ١٩٣٥ بمجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٨ من ٨٧٤ المحاماة ١٦ رقم ١١٥ من ٢٧٧ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ من ٢٨٨ ، وقد جاء فيه أن المادة التاسعة عشرة ، اذ نصت على أن اظهار الشفيع رغبته يكون في خلال خمسة عشر يوما « من وقت علمه بالبيع » ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوما تبدأ من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبدأ من اليوم التالي لتاريخ العلم به . راجع ما تقدم نبذة ٢٩٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ من ٧٨٧ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ : انه وان كان يوم الاعلان في الشفعة لا يدخل في حساب المواعيد القانونية فان يوم حلول الأجل المضروب نهاية للميعاد القانوني يجب أن يحسب ضمن المواعيد القانونية .

(٤) راجع من ٢٩٣ . وقارن ابتاي البارود الجزئية (القاضي محمود حلمي سركة) ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦ من ٨٤ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٤ مرجع القضاء ٤٧٤٤ .

(٥) المادة ٢٠/١٨ مرافعات : « اذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عيد يصير امتداد الميعاد الى اليوم الذي بعده » .

استئناف ٢١ يناير ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا ومحمد صدقي بك ومستر هل) ==

وإذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عطلة واحد فلا يعطى صاحب الحق في الميعاد الا يوما واحدا بعد نهاية العطلة لعمل الاجراء المطلوب ، وهذا اليوم يقوم مقام أيام العطلة جميعها ، ويكمل الميعاد ^(١) .

وميعاد الخمسة عشر يوما ليس مدة تقادم prescription ، بل هو مدة سقوط déchéance ، فيسرى على السكافة ، حتى الغائبين . ، ومن كان غير أهل للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع interruption ولا الوقف suspension .

٣٠٣ — ميعاد المسافة — يزداد على ميعاد الخمسة عشر يوما المذكورة بالمادة ١٩ عند الاقتضاء ميعاد المسافة ^(٢) . ولم تذكر المادة أية مسافة يزداد ميعادها ، ولكن بما أنها خاصة باعلان ابداء رغبة الشفيع الى البائع والمشتري فتكون المسافة المقصودة هنا هي المسافة بين محل الشفيع ومحل البائع أو المشتري ^(٣) .
وإذا كان اليوم الأخير من ميعاد الخمسة عشر يوما يوم عطلة ، فلما يجب زيادته من مواعيد المسافة يحسب بعد اليوم التالى للعطلة ^(٤) .

= الحقوق ٣٤ ص ١٠٦ المجموعة ٢٠ رقم ٥ ص ٥ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٠ مرجع القضاء ١٣١٠ .

(١) طعنا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وعفني عفت بك وصالح جعفر بك) الحمامة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ .

نقض ٢٠ يونيو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ الحمامة ١٦ ص ٢٧٧ رقم ١١٥ ملحق القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ : ان مبدأ القانون في شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها ، بل انها تسرى في أثنائها ، وكل ما أجازته القانون بحسب مفهوم المادة ١٨ من قانون المرافعات أن الميعاد اذا وقع آخره يوم عطلة فانه يمتد لليوم التالى ، فان كانت الأيام التالية هي أيضا أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة .

(٢) وقد نص على ذلك أيضا مشروع القانون المدنى الجديد في المادة ١٠١٠ .

(٣) دى هلنس نبذة ١١٦ .

وراجع نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ ملحق القانون والاقتصاد ٤ ص ٢٩ ص ٦٣ : تحسب المسافة من محل الشفيع الى محل الشفوع منه .

(٤) نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ ملحق القانون والاقتصاد ٤ رقم ٢٩ ص ٦٣ . وقد جاء في أسباب الحكم : « بما أنه قد تبين من الحكم انضغون فيه ، ومن الانتذار المعلن بمعرفة الطاعن في ٢٣ فبراير ١٩٣١ بابداء رغبته في الأخذ بالشفعة ، ومن الشهادة الرسمية المقدمة منه الدالة على أنه كان وقت حصول هذا الانتذار شاغلا وظيفته الرسمية بمركز شبراخيت ، وجوب احتساب مدة المسافة بين شبراخيت وشبين الكوم ، وذلك عملا بالمادة ١٧ من قانون المرافعات ، وهذه المدة لا تقل عن يوم واحد . وبإضافة هذا =

٣٠٤ — الخطأ في حساب الميعاد والرفع بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض — قضت محكمة النقض والابرام بأنه اذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعله بالبيع في تاريخ معين ، ودفع الشفيع بعدم العلم التفصيلي بالبيع ، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ ، ورفضت دعوى الشفعة ، ثم طعن الشفيع في هذا الحكم أمام محكمة النقض بوجه أنه أخطأ في تطبيق القانون في حساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقررة قانونا لابداء الرغبة في الاستشفاع ، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت في حساب هذا الميعاد على مقتضى القانون ، اذ لم تمدده لليوم التالى للعطلة ، ولم تضيف اليه ميعاد المسافة ، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع ، ولا يعتبر سببا جديدا ، مادام هذا السبب داخلا في عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع ، وعناصره الواقعية لا تخرج عما كان معروضا على تلك المحكمة ، وهو فوق ذلك منتزع من أسباب الحكم المطعون فيه ^(١) .

٣٠٥ — التكليف الرسمي بإبراء الرغبة — تنص المادة ٢١ على أنه :

= اليوم الى آخر الخمسة عشر يوما — التي بدأت من ٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، وهو يوم علم الطاعن بالبيع ، كما قرره الحكم المطعون فيه ، وانتهت في ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ ، ثم امتدت أربعة أيام العطلة ، أى الى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣١ — يكون الانذار الصادر من الطاعن باظهار رغبته الأخذ بالشفعة ، والمعلن الى الطعون ضده في ٢٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، قد حصل في الميعاد القانوني ، ومن ثم يكون الحكم الاستثنائي المطعون فيه الذى قضى برفض دعوى الطاعن لابداء رغبة الأخذ بالشفعة بعد الميعاد ، يكون هذا الحكم قد أخطأ فيما قضى به .

راجع أيضا نقض ٢٠ يونيو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ الحاماة ١٦ ص ٢٧٧ رقم ١١٥ ملحق القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ . وقد جاء فيه أن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات انما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بدهاء أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وایاه ميعادا واحدا متواصل الأيام ، فاذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فانه يأخذ هذا الميعاد متلاحقا متصلا مباشرة بأيام أصل الميعاد .

(١) نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم ٢٩ ص ٦٣ . مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ .

« La mise en demeure prévue au § 2 de l'article 19 sera signifiée par acte d'huissier et devra, à peine de nullité, contenir :

1^o. Une description exacte de l'immeuble soumis à la préemption, avec désignation de sa situation, de ses limites et de sa contenance :

2^o L'indication du prix et des charges de la vente, avec désignation des noms, prénoms, professions et domiciles du vendeur et de l'acheteur ».

« يجب أن يعلن التكليف الرسمي ^(١) المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا ، وهذه البيانات هي :
أولاً — بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه .

ثانياً — بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري » .

أى البيانات الكافية الخاصة بالمشتري والبائع ، حتى يمكن الشفيع أن يعلن رغبته اليهما من غير تأخير ^(٢) .

والثمن الواجب ذكره في التكليف — والا كان لاغيا — هو الثمن المبين في العقد . فإذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقي فلا شفيع أن يطعن فيه ، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقي ، ولكن يجب عليه أن يبدي رغبته في خلال خمسة عشر يوماً من وقت التكليف . فإذا كان الثمن المذكور في التكليف لا يطابق الثمن المذكور في العقد ، أو اذا كانت البيانات الأخرى المشترطة في المادة ٢١ تخالف البيانات المذكورة في العقد ، كان التكليف لاغيا ،

(١) يقابل عبارة « التكليف الرسمي » في النص الفرنسي عبارة (mise en demeure) ، وهي ليست ترجمة صحيحة لها .

(٢) دى هتس نبذة ١١١ . وقد أورد مشروع القانون المدني الجديد حكم المادة ٢١ من قانون الشفعة في المادة ١٠١١ بالنص الآتي :

« يشتمل الانذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية والا كان باطلا :

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً .

(ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه » .

ولا يترتب عليه سريان الخمسة عشر يوما المسقطه لحق الشفيع ^(١) .

والتكليف الرسمى غير لازم ^(٢) ، فيجوز ابلاغ الشفيع شفها ، أو أمام شهود ، أو بكتاب فى البريد ، على أنه اذا أنكر الشفيع وصول الكتاب اليه أمكن المشتري أن يثبت ارساله ، وان كان هذا الاثبات ليس من السهل فى غالب الأحوال ، ولهذا يكون من الأصوب عمل التكليف رسميا على يد محضر ^(٣) .

ويجوز أن يعلن التكليف الى وكيل عن الشفيع اذا كان محولا له أن يمثل موكله أمام المحاكم ، وأن يتسلم عنه الأوراق والأحكام ، فاذا مضى خمسة عشر يوما بعد ذلك ولم يحصل اعلان الرغبة من الشفيع سقط حقه ^(٤) .

على أن المشتري غير ملزم بأن يعلن الشفيع بحصول الشراء ^(٥) . وكان من الأوفق لو أن الشارع جعل الاعلان الزاميا ، فكان بذلك يمنع كثيرا من الدعاوى ، ويزيل صعوبة الاثبات ^(٦) .

٣٠٦ — علم الشفيع — لأجل أن يسقط حق الشفيع ، لعدم المطالبة

فى مدة الخمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع ، لا يكفي أن يكون قد علم بحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف اسم المشتري ^(٧) وثن المبيع وباقي شروط البيع حتى يمكنه أن يقرر رغبته فى الشفعة ^(٨) .

(١) دى هاتس نبذة ١١٢ — استئناف مختلط ١٨ أبريل ١٩٠٧ (١٩ س ٢١٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر ١٩٠٥ (١٨ س ٢٠) .

(٣) دى هاتس نبذة ١١٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٣ أبريل ١٩١٣ (٢٥ س ٢٨١) .

(٥) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر ١٩١٦ (١٩ س ٩) .

(٦) فورجير س ٣٢٤ . وقد رأينا فيما سبق أن مشروع القانون المدنى الجديد جعل مبدأ اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشتري الى الشفيع (لائحة ١٠١٠) .

(٧) استئناف مختلط ١٥ يونيو ١٩١٨ (٣٠ س ٤٩٠) .

(٨) دى هاتس نبذة ١٠٧ .

استئناف ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) الاستقلال ٢ رقم ١٤٦ س ١٦٧ المجموعة ٤ رقم ٨٥ س ١٩٣ . الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦٦ الحقوق ١٨ س ٢١٩ .

وقد بينت المادة ٢١ الشروط التي يجب أن يشتمل عليها اعلان تكليف الشفيع ابداء رغبته والا عد لاغيا ، فإذا علم الشفيع بالبيع من طريق آخر غير طريق التكليف بابداء رغبته وجب أن يكون قد عرف هذه الشروط أيضا حتى يمكنه أن يقدر هل يأخذ بالشفعة أو لا يأخذ ^(١) .

= المنصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ (دائرة فوزى المظيعى بك والقاضى حسن رفعت والقاضى عبد الوهاب عزت) المجموعة ١٨ رقم ٧٠ س ١٢١ القبرست العشيرة الثانية المجموعة رقم ٩٧٦ الحقوق ٣٣ س ٤٣ .
دمياط الجزئية ٢٤ ديسمبر ١٩٣٠ (القاضى أحمد فؤاد بك) المحاماة ١١ رقم ٣٣٢ ص ٦٦٨ مرجع القضاء ٤٧٥٢ .

نقض ٢١ مايو ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٣٦٨ س ١١٢٧ المحاماة ١٧ ص ١٨٦ رقم ٨٧ : ملحق القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٣٠ رقم ٧٨ : اذا رفضت المحكمة طلب الشفيع اعتمادا على أن الشفيع نفسه لا وكيله فقط قد علم بحصول بيع الأرض التي أراد أن يشفع فيها ، وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية ، وذكرت في حكمها المصادر والقرائن والدلائل التي اطمأت اليها في تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصى ، فلا شأن لمحكمة النقض معها .

استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ (دائرة حسن عبد الرحمن بك وزكى خير الأيوبيجى بك وعبد الرحمن رشدى بك) في الدعوى رقم ٨٥٤ سنة ٦٢ ق : يشترط للدفع بعلم الشفيع في زمن مضى قبل اظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة بأكثر من ١٥ يوما أن تتوافر ثلاثة شروط في ذلك العلم ، حتى يبدأ سريان المدة القانونية : (الأول) أن يعلم الشفيع بشخص المشتري واسمه علما تاما نافيا للجهاالة ، لأن الشفعة انما شرعت لدفع الضرر من جار أو شريك طارىء ، والضرر يتفاوت بتفاوت الأشخاص ، ولا يعتبر الشفيع مسقطا لحقه في الشفعة الا بعد أن يعلم بشخص المشتري ثم يسكت عن المطالبة بالشفعة . وقد ورد في المادة ١٤٥ من كتاب مرشد الحيران أنه اذا علم الشفيع باسم المشتري فسلم في الشفعة ، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمي ، فله حق الشفعة . (والثاني) أن يعلم بمقدار الثمن الذى اتفق عليه ، وذلك لأن للشفيع أن يحل محل المشتري في جميع ما عليه من الالتزامات ، فمن حقه إذن أن يعلم علم اليقين بمقدار الثمن الذى يلزم بدفعه وشروط دفعه قبل الموائبة بطلب الشفعة . (والثالث) أن يكون البيع قد تم وانعقد ، بمعنى أن يكون الايجاب والقبول قد تم ، وأن تتحد ارادة المتعاقدين على البيع ومقدار الثمن وشروط البيع ، وأن ينتهى دور المفاوضة نهائيا . أما اذا كان البيع لم يصل الى هذه المرحلة النهائية ، بأن كانت المساومة لازالت جارية بين المتعاقدين على مقدار الثمن أو غيره من الشروط الجوهرية ، فلا يمكن أن يقال بانعقاد البيع ووقوعه قانونا .

استئناف مصر ٦ يناير ١٩٣٨ (دائرة أمين حسنى بك وجندى عبد الملك بك وعبد الوهاب عزت بك) المحاماة ١٩ ص ٣٦٨ رقم ١٥٩ .

(١) دى هلنس نبذة ١١١ .

نقض ١٨ يناير ١٩٤٥ في الطعن رقم ٨٠ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٩٣ : ان العلم المسقط لحق الشفعة في معنى المادة ١٩ من قانون الشفعة هو العلم بأركان =

ولا يقال ان الشفيع الذى علم بالبيع يلزمه أن يبحث عن معرفة شروطه وبقية أركانه ، فإن لم يعمل ذلك عد مقصرا وسقط حقه ، خصوصا اذا كان عقد

== عقد البيع التى أوجبت المادة ٢١ من القانون المذكور بيانها للشفيع عند تكليفه رسميا من جانب البائع أو المشتري بإبداء رغبته ، أى العلم التفصيلي بالبيع وبالتمن والشروط الأساسية للبيع ، ذلك العلم الذى يمكن صاحب الحق فى الشفعة من تقرير رغبته فيها أو عنها . فإذا كان الحكم قد قضى برفض دعوى الشفيع على أساس أنه لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة فى مدى الخمسة عشر يوما من علمه بالبيع ، ولم يبين قضاءه الأعلى أن عقد البيع الابتدائي حصل فى تاريخ كذا وهو لم يظهر رغبته الا فى تاريخ كذا (بعد فوات هذه المدة بشهور) ، وأن الباعين منهم من هم من ذوى قرابته ، والآخرين يقيمون معه فى بلدة واحدة ، وأن البيع قد اقترن بتخلى الباعين عن حيازة العين المبيعة الى المشترين ، وأنه ليس من المنقول والحالة هذه أن يكون الشفيع جاهلا بالبيع فى حين حصوله أو بعده بقليل ، فهذا الحكم يكون قاصرا فى بيان الأسباب التى أقيم عليها ، اذ القرائن التى اعتمد عليها ليست من القرائن القانونية التى لها مدلول خاص لا يقبل خلافا ، وهى بذاتها لا تكفى لاثبات حصول العلم الكافى الذى يتطلبه القانون .

وقارن استئناف ٩ مايو ١٩٣٣ (دائرة حسن نبيه المصرى بك وأحمد نظيف بك ومحمد زكى على بك) المحاماة ١٤ رقم ١٢ ص ١٩ : ان العلم الكافى الذى يترتب عليه المبادرة بطلب الشفعة هو معرفة المبيع والتمن ، مع ملاحظة أن للشفيع حق المناقشة والمنازعة فيه اذا ظهر له أنه غير حقيقى ، أما باقى شروط البيع وطريقة دفع الثمن فليس من اللازم علم الشفيع بها ، لأنه فى حل من العدول عن طلب الشفعة اذا تبين له بعد ابداء رغبته فيها أن هناك شروطا لا يقبلها ، كما أنه من المقرر قانونا أن الشفيع لا يستفيد من اتفاق البائع مع المشتري على تأجيل دفع الثمن كله أو بعضه إلا برضاء البائع ، وهذا الرضاء لاعلاقة له بطلب الأخذ بالشفعة ، ولا يتوقف هذا الطلب عليه . وفضلا عن هذا فإن من له مصلحة حقيقية فى أخذ المبيع بالشفعة لا يتوانى مطلقا فى ابداء رغبته فى المعاد القانونى ليحفظ حقه من السقوط ، ويستطيع أن يضمن اعلان الرغبة جميع التحفظات التى يرى من مصلحته ابداءها بسبب جهاه جميع البيانات المتعلقة بشروط البيع وبمحققة الثمن ، والمهم فى الأمر أن يعرف الشفيع المبيع الذى له حق أخذه بالشفعة والتمن الذى تم به البيع ، وإن تعذر عليه معرفة هذا الثمن كان فى حل من أن يبدي رغبته فى الأخذ بالشفعة بالمبلغ الذى يقدره ثمنا حقيقيا مع استمساكه برغبته هذه فى حالة ما اذا كان الثمن الحقيقى أكثر مما قدره .

وراجع أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضى فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ مرجع القضاء ٤٧٥٠ .

استئناف ٦ يناير ١٩٢٩ (دائرة على حيدر حجازى بك ومسئوسودان وأحمد مختار بك) المحاماة ١٠ رقم ٢٦٤ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة ١٠٤٨ مرجع القضاء ٤٧٥١ .

ملوى الجزئية ١٧ يناير ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١١٨ ص ١٣ مرجع القضاء ٤٧٥٣ .

استئناف أسبوط ١٦ مايو ١٩٣٥ المجموعة ٣٦ رقم ١٩١ الفهرس العشرى الرابع المجموعة رقم ١٣٠٢ : لا يؤخذ الشفيع بعلمه بموافقة المجلس الحسبى على بيع عقار القاصر ، اذ العبرة بوقت حصول العلم .

البيع مسجلا ويسهل الاطلاع عليه لمعرفة البيع وأحواله ، لأن العلم المسقط للشفعة عند عدم ابداء الرغبة فيها في خلال خمسة عشر يوما يجب أن يكون علما حقيقيا حاصلًا بالفعل ^(١) ، أما العلم التقديرى الذى فرضه القانون فلا يسقط الحق به بمضى خمسة عشر يوما ، بل لا بد من مضى ستة أشهر ، وهو العلم الذى فرضه القانون حاصلًا من تسجيل عقد البيع . وستكلم فيه عند بيان مسقطات الشفعة ^(٢) .

وقد قررت محكمة النقض أن العلم الذى جعله القانون بداية الميعاد المسقط لحق الشفعة هو العلم بأركان البيع وبشروطه الأساسية التى لا بد من علم الشفيع بها ليقدر على الموازنة بين أن يقدم على الطلب أو لا يقدم ، هذا اذا كان البيع قد اقترن فعلا بشروط من هذا النوع ، والا فان علم الشفيع بأركان البيع وحدها يوجب عليه المبادرة الى طلب الشفعة فى الميعاد الذى عينه القانون ، ولا يقبل منه فى هذه

== راجع مرشد الحيران :

المادة ١٤٤ : اذا أخبر الشفيع بمقدار الثمن ، فاستكثره فسلم فى الشفعة ، ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبر به ، فله حق الشفعة .

المادة ١٤٥ : اذا علم باسم المشتري فسلم فى الشفعة ، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمي ، فله حق الشفعة .

المادة ١٤٦ : اذا بلغ الشفيع شراء نصف العقار المشفوع فسلم فى الشفعة ، ثم تحقق له شراء كل البيع ، فله الشفعة ، وفي عكسه لا شفعة له .

(١) عكس ذلك : أول مايو ١٩١٢ (١٤ ص ٢٧٤) — هالتون ص ١٧٧ .

(٢) استئناف ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى)

المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ مرجع القضاء ١٣٢٠ .
النصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ المتقدم المجموعة ١٨ ص ١٢١ رقم ٧٠ الحقوق ٣٣ ص ٤٣ مرجع القضاء ١٣٢١ .

استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٧٤) المحاماة ١٧ ص ٧٩٦ رقم ٤٠٠ :

(١) يجب استعمال حق الشفعة بمجرد العلم بالبيع بغض النظر عن العقد الحاصل رسميا أو عرفيا اثباتا له ، ولا يتعاق تسجيل عقد البيع الا بالغير صاحب الحق العيني لا الشفيع الذى ليس له الا حق شخصى . ويستتبع هذا أن ميعاد خمسة عشر يوما للمعينة لانذار الشفعة تبدأ من تاريخ العلم بالبيع ولو كان بعقد عرفى غير مسجل لا من يوم العلم بالتسجيل . (ب) لا يجب أن يكون علم الشفيع بالبيع غامضا أو مشكوكا فيه — فعلى من يدفع بسقوط الحق فى الشفعة لقوات ميعاد الانذار أن يثبت علم الشفيع بالشروط الأساسية للبيع . ولا يكفي أن يحتاج المشفوع ضده الشفيع بالطلب المقدم منه للحصول على صورة رسمية من عقد البيع بدعوى أنه كان فى وسعه معرفة الشروط الأساسية للبيع باستخراج كشف نظرى عنه .

الحالة اذا هو آخر الطلب عن ميعاده الاعتذار بأنه ما كان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يقرن ، لأن الأصل في التصرفات أن تكون خالية من هذه الشروط^(١) .

٣٠٧ — اثبات العلم — يكون من الصعب في كثير من الأحوال تعيين

الوقت الذي يعلم فيه الشفيع بالبيع ، وهو الذي يبدأ منه ميعاد الخمسة عشر يوماً التي يسقط بعدها حق الشفعة اذا لم يقرر الشفيع رغبته فيها كما تقدم^(٢) .

والذي عليه اثبات العلم هو المدعى عليه في الشفعة ، ويمكنه أن يثبت بجميع طرق الاثبات^(٣) ، بما في ذلك الاثبات بالبينة ، فقد جاء في المادة ٢٠ :

« Le fait de la... connaissance de la vente (pourra être prouvé) par tous les moyens légaux et même par témoins » .

« يجوز اثبات . . . العلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة في القانون بما فيها الاثبات بالبينة » .

ويجوز استخلاص العلم من قرائن الأحوال^(٤) ، ككون الشفيع والمشتري جارين وبينهما قرابة وكون المشتري أدار حركة العين إدارة ملك ونقل التكليف لاسمه ودفع الأموال^(٥) .

(١) نقض ٢٦ ديسمبر ١٩٤٦ في الدعوى رقم ٣ سنة ١٦ القضائية .

(٢) دى هلنس نبذة ١٠٦ .

(٣) راجع استئناف أهلى ٢٦ فبراير ١٩٠٧ (دائرة أحمد زيور بك ومستر ألتون ومستر ايموس) الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ المحاكم ٢٠ رقم ١٢٧ ص ٤٢٢٦ — وقد جاء في هذا الحكم : لا يختم القانون على المحكمة وجوب توجيه اليقين الى الشفيع عند طلبها في شأن علمه بالبيع ، بل الأمر موكول لسلطة المحكمة تتصرف فيه تبعاً لما تراه من ظروف الدعوى .

(٤) استئناف مختلط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) .

(٥) استئناف أهلى ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هلنس ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ الاستقلال ٢ رقم ١٠١ ص ١٣٦ . وقد قرر هذا الحكم أن للمحكمة أن تستنتج من تاريخ البيع وعلاقات المحصوم بعضهم مع بعض الوقت الذي لا بد أن يكون قد علم الشفيع فيه بالبيع والمدة التي تراها كافية في حالة سكوته لرضاه بالبيع ، وتقضى اذ ذاك بسقوط حقه في الشفعة أو ببقائه .

راجع أيضاً استئناف ١٠ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢٩٤ ، ٢٥ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢١٨ .

استئناف مختلط ١٤ يونيو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) ، أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) ، ٦ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٢) .

وقد قررت محكمة طنطا الابتدائية^(١) أن مجرد وجود طالب الشفعة في المنزل يوم البيع لا يكفي في اعتباره علما بالبيع وبالمشتري وبالثلث^(٢).

وكل ما لا يصدر عن أحد الخصوم أو لم يأذن فيه لا يكون حجة عليه ، ولذلك لا يصح الاستدلال على علم الشفيع بالبيع ورضاه به من مكاتبات متبادلة بين أشخاص آخرين تفيد ذلك^(٣).

وحكم بأنه لا يكفي علم وكيل الشفيع أو نائبه بالبيع لسقوط حق الشفيع اذا كان هذا الأخير يجهاه^(٤).

وحكم أيضا بأنه لا محل لاحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات علم الشفيع بالبيع قبل الطلب بأزيد من خمسة عشر يوما اذا كان المشتري عرض على الشفيع تسليمه العين وطلب هذا الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني ، لأنه بذلك يكون قد حدث

= أنبوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضي فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٥٣ ، الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ .

وقد قضت محكمة أسيوط الابتدائية في ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضي أحمد نصرت والقاضي حسين لطفي) المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ المحاماة ٩ ص ٤٣٤ مرجع القضاء ٤٧٧٣ بأن القرابة وحدها ليست بقرينة قاطعة في مسألة العلم ، وخصوصا أن الشفيع سيدة وقد تجهل مثل هذه التصرفات مدة من الزمن حتى يذاع أمرها ويعرفها سائر الناس ، لا سيما مع ما تمسكت به من أنها ليست مقيبة مع البائعين وكون البيع حصل في أسيوط .

(١) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباطه) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ .

(٢) راجع دي هلتس نبذة ١٠٩ .

(٣) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر ١٨٩٨ (دائرة محمد مجدى بك ويحيى ابراهيم بك ومستر ألتون) الحقوق ١٤ ص ١ القضاة ٦ ص ٧٣ .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ يناير ١٩٠٣ (١٥ ص ١٢١) ، ٢ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ ص ١٠٥ رقم ١٠٤ .

وراجع تقض ٢١ مايو ١٩٣٦ المجموعة ٣٧ رقم ٢٣١ الفهرس العشري الرابع للمجموعة ١٣٠٣ : اذا اعتمدت محكمة ثانى درجة في قضائها برفض طلب الشفعة في المقدار المبيع على أن الشفيع قد علم شخصيا بمحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة فيما بيع حتى انقضت المواعيد القانونية ، وعينت المحكمة بسرد المصادر والدلائل والقرائن التي أوجدت عندها العقيدة بقيام هذا العلم الشخصى ، وكان من ضمن تلك القرائن علم محامى الشفيع ، ذلك العلم الذى كان له أثره في تكوين عقيدة المحكمة مضافا الى سائر الدلائل لا منفردا بنفسه ، كان حكمها الذى اعتمدت في اصداره على علم الشفيع نفسه لا على علم وكيله سليما من الخطأ في القانون .

إيجاب وقبول بنى عليهما تمام العقد ، وعليه فلا يصح للمشتري الرجوع فيما تم^(١) .
وقد قررت محكمة النقض والابرام أن العلم المسقط لحق الشفعة في معنى المادة ١٩ من قانون الشفعة هو العلم الواقعي بجميع أركان البيع (ومنها البائع اذا كان واحدا أو البائعون جميعهم اذا تعددوا) ، وهذا العلم بالذات هو الذي يجب على المحكمة أن تتحرراه وأن تقيم على ثبوته حكمها بسقوط حق الشفع ، الا أن يكون قد انقضى على تسجيل عقد البيع سنة شهور من تاريخ تسجيله طبقا للمادة ٢٢ ، اذ أن حق الشفعة يسقط في هذه الحالة بغير حاجة الى اثبات العلم الواقعي^(٢) .

وقضت بأن واقعة العلم بالبيع في دعاوى الشفعة مسألة موضوعية تستخلصها محكمة الموضوع مما في الدعوى من دلائل وقرائن يصح أن تؤدي اليها عقلا . فاذا استخلصت المحكمة من الدفع لسقوط الحق في دعوى الشفعة ومن طلب التأجيل لادخال باقى البائعين واجابة المحكمة هذا الطلب ومن مبادرة المدعين الى طلب صورة العقد عقب هذا التأجيل للوصول الى معرفة أسماء جميع البائعين ومن الحصول على هذه الصورة — اذا استخلصت من كل ذلك أن المدعين قد علموا بأسماء باقى البائعين في وقت معين ، كان استخلاصها هذا سائغا عقلا^(٣) .

٣٠٨ — طلب الشفعة المرمو — طلب الشفعة اللاحق لا يعتبر متما للطلاب السابق الا اذا قدم في الميعاد القانونى باعتباره طلبا أصليا . فاذا جاء الطلب اللاحق بعد انقضاء المواعيد القانونية عليه باعتباره طلبا أصليا فان الحق فيه يكون قد سقط ولا يقبل لهذا السبب ، كما أن الطلب السابق يكون غير مقبول لعدم صحته قانونا^(٤) .

٣٠٩ — الرجوع في الطلب — اذا أبدى الشفع رغبته وفقا للمادة ١٤ من قانون الشفعة ، فهل يقيد بهذه الرغبة ، أم هل يجوز له أن يرجع فيها ؟

(١) استئناف أهلى ٢٦ نوفمبر ١٩٠٥ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ألتون وأحمد طلعت بك) الحقوق ٢١ ص ٨٤ .

(٢) تقض ٧ مارس ١٩٤٦ فى الطعن رقم ٤٤ سنة ١٥ القضائية .

(٣) تقض ٢١ أكتوبر ١٩٤٣ المجموعة ٤٤ رقم ١١ ص ١٨ مجموعة القواعد القانونية

٤ رقم ٧٣ .

(٤) ملوى ٨ يناير ١٩١٩ (القاضى موافى علام) الحقوق ٣٥ ص ٩٣ رقم ٣٤ .

الجواب عن ذلك أنه لا يوجد ما يمنع من رجوع الشفيع عن طلبه ، وليس هناك ما يشكو منه المشفوع منه ، لأنه برجع الشفيع عن طلب الشفعة يستبقى ملكا رغب هو في شرائه . ولكن اذا قبل المشفوع منه طلب الشفيع ، وأعلم هذا الأخير برضائه ، فانه في هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يرجع لحصول تعاقد صريح بين الطرفين ^(١) .

٣١٠ — تسجيل اعلانه الرغبة ^(٢) — يشترط تسجيل اعلان طلب الشفعة لتترتب عليه آثاره بالنسبة الى الغير ^(٣) ، فقد يتعامل المشتري مع الغير رغم اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فيحصل الغير بحسن نية على حقوق عينية ، فاذا لم يسجل الاعلان فلا توجد وسيلة يعلم بها الغير بحق الشفعة الذي يهدده ، وتبقى الحقوق التي حصل عليها صحيحة . ولكن بعد تسجيل اعلان الرغبة لا يحتج بحقوق الغير على الشفيع .

ويحصل التسجيل في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرته العقار .

٣١١ — ما يترتب على اعلانه الرغبة من هبة تصرفات المشتري — فرق القانون في المادة ١٢ بين التصرفات التي يجريها المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة ، والتصرفات التي يجريها بعد ذلك ، وجعل لكل حكما . كذلك فرق القانون في المادة ١٠ بين حكم البناء والفرس الحاصلين من المشتري قبل طلب الأخذ بالشفعة وحكم البناء والفرس الحاصلين بعده . وستكلم في ذلك فيما بعد عند بيان ما يترتب على حق الشفعة ^(٤) .

(١) فورجير ص ٣٢٤ — ٣٢٥ — دي هلتس نبذة ١٣٠ — ١٣٢ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

(٣) وقد اشترط ذلك أيضا مشروع القانون المدني الجديد ، فقد نص في المادة ١٠١٢ على أن اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة لا يكون حجة على الغير الا اذا سجل .

(٤) راجع نبذة ٤٣٣ وما بعدها .

وكانت المادة ١٤ من قانون الشفعة تقضى بحصول التسجيل في قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرته العقار اذا كان أحد أطراف الدعوى أجنبيا . ثم انه بمقتضى المادة المذكورة كان يكفي بإجراء التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرته العقار اذا كانت الشفعة بين وطنيين ، ولكن لأجل أن يكون اعلان الرغبة حجة على الغير (الدائنين المرتهنين والمشتري الخ) من الأجانب ترسل صورة من التسجيل الى قلم رهونات المحكمة المختلطة =

٣١٢ — مقارنة إجراءات القانون بالاجراءات الشرعية — مما تقدم يرى أن اعلان الشفيع برغبته في الشفعة على حسب القانون يقوم مقام طلبى الموائبة والاشهاد في الشريعة الاسلامية ، وان كانت المواعيد والاجراءات تختلف . أما رفع الدعوى الذى سنتكلم فيه فيما يلى فهو بمثابة طلب التملك والخصومة ، والمدة الفاصلة بينه وبين اعلان الرغبة ثلاثون يوما ، كالمدة بين طلب الخصومة والتملك وطلب التقرير والاشهاد بحسب أحكام الشريعة .

ثانيا — رفع دعوى الشفعة

٣١٣ — القانون المرئى — لم تعين نصوص القانون المدنى ميعادا لرفع دعوى الشفعة بعد التقرير من الشفيع برغبته في التمسك بها . على أن المحاكم كانت تقضى بأنه يتعين عليه رفعها في أقرب وقت ممكن ، حتى لا يبقى المشتري طويلا تحت طائلة التهديد بالمطالبة بالشفعة ^(١) .

٣١٤ — قانون الشفعة — نص قانون الشفعة بعبارة صريحة في المادة ١٥ منه على الآتى :

« La demande en préemption doit, à peine de déchéance, être introduite entre le vendeur et l'acquéreur devant le tribu-

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين

= الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله ، ولا يحتاج على الغير من تبعة الدول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل . وكان على قلم كتاب المحاكم الأهلية ارسال الصورة . فاذا أهمل ولم يبعث بصورة التسجيل فلا يكون اعلان الرغبة حجة على الغير من تبعة الدول الأجنبية ، ويكون للشفيع حق مقاضاة قلم الكتاب . وبعد صدور القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى أصبح اجراء التسجيل في مكتب الشهر العقارى بناء على طلب صاحب الشأن .

(١) استئناف ١٣ يونيه ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومسترساتو) المجموعة ٣ رقم ١٧ ص ٥١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٣ الحقوق ١٧ ص ٢٧٤ .

استئناف ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هانتس ومسترساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

nal de la situation de l'immeuble dans le délai de trente jours à partir de la signification de l'acte prévue à l'article 14 » .

يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة عشرة والا سقط الحق فيها» ^(١) .

٣١٥ — من برفع الدعوى — الذى يرفع الدعوى هو الشفيع ^(٢) .

٣١٦ — الوكيل فى الادارة — يجوز للوكيل فى الادارة أن يشفع فى

عقار باسم موكله ، لأنه ليس ممنوعا من أن يشتري لموكله بماله عقارا اذا رأى لموكله مصلحة فى ذلك ، وخصوصا اذا أجاز الموكل عمل وكيله بعد رفع دعوى الشفعة ، لأن الاجارة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة ^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) .

ويقابل نص المادة ١٥ من قانون الشفعة فى مشروع القانون المدنى الجديد المادة ١٠١٣ الى جاء فيها « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتفيد بالجدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيقى للشن الذى حصل به البيع مخصوصا منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية . ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة والا سقط الحق فى الدعوى » .
(٢) دى هلتس نبذة ١٠٥ .

(٣) استئناف ٦ فبراير ١٩٢٢ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر مارشال وعطية حسنى بك) المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٣ مرجع القضاء ١٢٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم : « وحيث وان كان الوكيل فى ادارة أشغال موكله ممنوعا أصليا من أعمال التصرف فى الأعيان الثابتة ، الا أنه اذا كان تصرفه هذا فيه مصلحة لموكله ، بحيث لو لم يعمل يعد مقصرا ، فيعتبر هذا العمل من أعمال حسن الادارة الواجب على الوكيل القيام به ، ولذلك يجوز له عمله باعتبار أنه داخل فى حدود توكيله ، كأن اشترى عقارا من مال موكله صفقة رابحة . هذا فضلا عن أن القانون لا يحرم على الوكيل فى الادارة الا التصرف بالبيع *aliénation* ، ولم يحرم عليه المشتري ، ولو كان خاصا بعقار ، خصوصا فى ذلك الوقت اللائق (انظر باندكت فرانسيه جزء ٣٧ نوتة ٤٨٧ و ٥١٦ ص ١٠٩٤ و ١٠٩٦) .
« وحيث ان الوكيل المذكور رفع باسم موكله دعوى الشفعة باعتبار أن فيها مصلحة له ، ولما كان الغرض منها أن يعمل الشفيع محل المشتري ، فلا يمكن أن يعتبر فعل هذا من التصرفات المحظورة عليه عملها بخصوص التوكيل السابق ذكره .

« وحيث فضلا عن ذلك فان (الموكل) حرر توكيلا مصدقا عليه بصفة رسمية بتاريخ ٥ يونيه سنة ١٩٢٠ بمدينة باريس الى (الوكيل) صرح له فيه بأن يكون وكيله شرعيا عنه ولاسما فى تنفيذ كل العقود والمسائل والأشياء التى تكون ضرورية للمطالبة والحصول على حق الشفعة المذكور ، وقد أجاز له الأعمال السابقة التى أجراها بشأن هذه القضية وقد صادق ووافق على ذلك .

ولا حاجة لتوكيل خاص لتقديم طلب الشفعة ^(١).

٣١٧ — هل لدائى الشفيع رفع دعوى الشفعة؟ — دعوى الشفعة

شخصية ، فليس لدائى الشفيع رفعها تطبيقا للمادة ٢٠٢/١٤١ من القانون المدنى ^(٢) ، وهذا هو الحكم أيضا فى القانون الفرنسى بالنسبة الى حق الاسترداد الوراثنى retrait successoral ^(٣) .

٣١٨ — الفاصر — هل يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة؟ —

راجع ماسيجىء نبذة ٣٥٤ .

٣١٨ مكررا — رفع الوالدر دعوى باسمه لا يستفيع منه الابن —

فى دعوى طلب شخص الشفعة لنفسه فى انذار الرغبة ، كما طلبها لنفسه فى صحيفة افتتاح دعوى الشفعة ، ولما ظهر أثناء نظر الدعوى أن العين المشفوع بها ليست ملكا له وإنما هى ملك لولديه المشمولين بولايته عدل دعواه بأن طلب الشفعة لولديه ، فرفضت المحكمة طلبه هذا ، وقالت ان لكل من الأب وابنه فى نظر القانون شخصية مستقلة تجعل من كل منهما كائنا قانونيا مستقلا فى حقوقه والتزاماته ، ومهما اتسعت سلطة الأب على ابنه بصفته وليا عليه فانها لا يمكن قانونا أن تمتد بحيث تفنى شخصية الابن فى شخصية أبيه ، وعلى ذلك فاذا أراد الأب أن يباشر اجراء من اجراءات المرافعات التى لا تنتج أثرها القانونى الا اذا صدرت عن صاحب الحق فيها ، مثل طلب الأخذ بالشفعة ، فعليه فى هذه الحالة وأمثالها أن يباشر هذا الاجراء بصفته وليا على ابنه ، والا امتنع انتفاع الابن بالاجراء المذكور ^(٤) .

== « وحيث من المقرر قانونا أن الموكل اذا أجاز وكيله على ما فعله خارجا عن حدود التوكيل فيكون عمله نافذا وصحيحا بهذه الاجازة ، فتصبح أعمال الوكيل الماضية نافذة من مبدئها كأن لم تشبها أدنى شائبة ، فالاجازة تسرى على الماضى ، كما وأنه من المقرر شرعا أن الاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة » .

(١) مصر ١٣ فبراير ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ١٢ . مرجع القضاء ١٢٧٧ .

(٢) دى هلتس ١٠٥ — فورجير ص ٣٢٦ .

(٣) بلانيول ٣ نبذة ٢٤٥٠ و ٩٦٨ .

(٤) استئناف مصر ٢٢ ديسمبر ١٩٤٣ (دائرة أحمد مختار بنخيت بك وعبد العزيز غنيم

بك ومصطفى مرعى بك) الحاماة ٢٤ رقم ١١٩ ص ٣٦٦ .

٣١٩ — على من ترفع الدعوى ؟ — تنص المادة ١٥ على وجوب

رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا ^(١) . والمشتري هو الخصم الحقيقي في الدعوى ، ولكن قانون الشفعة قضى أيضا برفع الدعوى على البائع ، ولم يكن القانون المدني يقضى بادخاله في الدعوى ، بل كانت ترفع الدعوى على المشتري فقط ^(٢) . والحكمة التي قصدها الشارع من وجوب ادخال البائع في دعوى الشفعة أن ادخاله من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، لأنه شرط في صحة استعماله ، إذ أن طلب الشفعة بطبيعته هو طلب موجه في الحقيقة الى البائع والمشتري في آن واحد ، والحكم في هذا الطلب هو حكم عليهما معا ، فإن الشفع بمقتضى المادة ١٣ من القانون المذكور « يحل بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق » ، فيتحول عقد البيع اذن من كونه بين البائع والمشتري الى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشتري ،

(١) راجع نقض ٦ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ المحاماة ١٦ ص ٢٧٠ رقم ١١١ .

استئناف مصر ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (دائرة أترى أبو العز بك وسليمان السيد سليمان بك ومحمد محمود بك) المحاماة ١٦ ص ٣٨٥ رقم ١٧١ : طلب المواثبة شرعا هو أن يبادر الشفع بطلب الشفعة على وجه السرعة بمجرد علمه بالبيع ، وهو الذي عبر عنه في المادة ١٤ بطلب الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فالإخلال بشرط من الشروط التي نص الشارع على وجوب توافرها في اعلان الرغبة أو اغفاله بيعه ويترتب عليه بطلان الاعلان . ولما كانت المادة ١٤ تشترط وجوب اعلان المشتري والبائع على السواء فاذا لم يعلن أحدهما كان الاعلان باطلا .

أسيوط الابتدائية ١٣ يونيه ١٩٣٧ (دائرة القضاة حسن نجيب بك ومصطفى كامل وعبد المجيد المرسى) المحاماة ١٨ ص ٣٦٩ رقم ١٨٨ : يفرض أن اظهار الرغبة يصح اذا حصل في مدة خمسة عشر يوما للمشتري وحده دون البائع باعتبار أن المشتري هو صاحب الشأن الأكبر في البيع وأن المادة ١٤ لا ترتب على عدم اعلان هذه الرغبة الى البائع أى بطلان ، فان القانون يحتم في المادة ١٥ أن ترفع الدعوى على المشتري والبائع معا في ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الشفع رغبته الأخذ بالشفعة والا سقط الحق فيها .

استئناف مصر ١٨ مايو ١٩٣٧ المجموعة ٣٨ رقم ١٩٢ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٣١٠ .

ونقض ٢١ أكتوبر ١٩٤٣ المجموعة ٤٤ ص ١٨ رقم ١١ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٧٣ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٣٢) ، ٢٧ أبريل ١٨٩٣ (٥ ص ٢٠٨) .

ولا يمكنه أن يطالب بها الا الشفيع الذى حل محله ، ويصبح البائع له حقوق وعليه واجبات قبل الشفيع نفسه ، فيطالبه بالثمن ويضمن له المبيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ويظهر مما تقدم أنه لا يجوز الحكم للشفيع باستحقاقه للشفعة التى هى فى الحقيقة طلبات موجهة الى البائع كما هى موجهة الى المشتري بدون ادخال البائع .

ومن ثم اذا كان البائع للعقار أجنبيا وجب أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة ^(١) .

واذا لم يعلن الشفيع المشتري أو البائع فى ميعاد الثلاثين يوما سقط الحق فى الشفعة ^(٢) .

٣٢٠ — ولا يشترط أن يعلن البائع والمشتري لنفس الجلسة ^(٣) .

٣٢١ — واذا رفعت دعوى شفعة على البائع فى الميعاد ، ولم تكن كذلك بالنسبة الى المشتري ، فلا تعتبر صحيحة بالنسبة اليه ، لأن الأمر بين البائع والمشتري ليس من نوع حالات عدم التجزئة التى تغلب فيها الصحة على البطلان كما هو الشأن فى الاستئناف ، كما أنه لا محل فى الشفعة لتطبيق قواعد تفسير العقود التى تغلب فيها الصحة على البطلان ، لأن الشفعة ليست عقدا ، وانما هى طريقة تملك بحكم القانون ، فلا تجرى عليها أحكام العقود ^(٤) .

(١) طنطا الابتدائية استئنافى ٢٤ فبراير ١٩١٤ (دائرة محمد ابراهيم بك ومسترفوكس وأحمد محمد خشبة بك) الشرائع ٢ رقم ٥٣ ص ٨ : المجموعة ١٦ رقم ٩ ص ١١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ١٨٨ .

وراجع تقض ٦ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ .
دى هلتنس نبذة ١٠٥ .

(٢) استئناف ٢١ مايو ١٩٣٠ (دائرة عبد العظيم راشد باشا ومحمود المرجوشى بك ويس أحمد بك) المحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ مرجع القضاء ٤٧٣١ .
استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) ، ١٩ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يناير ١٩٠٣ (١٥ ص ١٢١) .

(٤) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى عفيفى عفت والقاضى صالح جمفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٩ ورقم ٥٦٥٤ .

٣٢٢ — واذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة الا في الاعلان الذى رفعت بمقتضاه الدعوى فانه لا ينبى على ذلك بطلان الاجراءات ، اذ أن المادة ١٤ ، التى تفترض أن اعلان الرغبة يجب أن يسبق رفع الدعوى ، لم تقرر أن مخالفة ذلك ينبى عليه البطلان ^(١) .

٣٢٣ — واذا رفعت دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، وتبين أن البائع الحقيقى غير المرفوع عليه الدعوى ، فليس ما يمنع الشفيع من رفع الدعوى من جديد فى الميعاد القانونى من تاريخ علمه بالبائع الحقيقى على الأخير والمشتري نفسه ، ولا يجوز للمشتري فى هذه الحالة الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فيها ، لاختلاف البائع فى الدعويين ^(٢) .

٣٢٣ مكررا — ويلاحظ ، كما قررت محكمة النقض والابرام ، أن المادة ١٥

= أسيوط الابتدائية ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٨ المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ مرجع القضاء ٤٧٣٠ .
استئناف مصر ٢ فبراير ١٩٤٥ فى الدعوى رقم ٩٤٣ سنة ٦١ القضائية :

ا — ان ميعاد الثلاثين يوما المنصوص عليه فى المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة يجب مراعاته بالنسبة الى المشتري والبائع على السواء ، ولو تعدد كلاهما ، والا سقط الحق فى دعوى الشفعة ، وللمشتري أن يتمسك بهذا السقوط ولو كان قد أعلن بدعوى الشفعة فى الميعاد ، لأن له مصلحة ظاهرة فى رفع الدعوى على جميع البائعين له فى الميعاد القانونى ، وبالتالي فى التمسك بسقوط حق الشفيع فى دعوى الشفعة ان لم يرفع دعواه فى الميعاد القانونى .

ب — ان اعلان بعض البائعين فى الميعاد القانونى لا يعنى من وجوب اعلان الباقيين فى الميعاد المذكور ، ولو كان لهم وكيل واحد تولى عقد البيع ، ما دام هذا الوكيل لا يمثل البائعين فى الخصومة ، كما لا يعنى من هذا الوجوب كون الحصص المبيعة هى على الشيوع فى قطعة واحدة ، لأن البائعين لخصص شائعة لا يمثل بعضهم بعضا فى الخصومة .

ج — لا يجوز للشفيع أن يعتبر دعواه صحيحة بالنسبة الى بعض البائعين على الشيوع ، وهم الذين أعلنهم بها فى الميعاد القانونى دون الباقيين ، لأن فى ذلك تجزئة للصفقة على المشتري بدون رضائه ، وهى غير جائزة كفتضى نص المادة الحادية عشرة من قانون الشفعة .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) ، ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢

ص ٢٥٧) .

راجع ما تقدم نبذة ٢٧٥ .

(٢) استئناف ٢ يناير ١٩٢٨ (دائرة أحمد طلعت باشا وحافظ لطفى باشا ومحمد عبد الهادى الجندى بك) المحاماة ٨ رقم ٣٢٧ ص ٥٠٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٧ مرجع القضاء ٤٧٣٤ .

من قانون الشفعة إنما تتطلب رفع الدعوى على البائع الظاهر في العقد دون نظر الى كونه مالكا أو غير مالك ، بدليل ما نصت عليه المادة ١٣ من القانون المذكور من أن الشفعيع يحل بالنسبة الى البائع محل المشفوع منه في جميع ما كان له أو عليه من الحقوق ، فاذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفعيع أن يرجع الا على البائع ، وبدليل ما نصت عليه المادة ١٤ منه من وجوب اعلان الرغبة في الشفعة الى البائع والمشتري ^(١) .

٣٢٤ — محل الاعتراف — الحل الذي أوجب القانون صحة الاعلان

فيه هو المركز الشرعي المنسوب الى الانسان الذي يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام ، ولو لم يكن حاضرا فيه بعض الأحيان أو أغلبها ، أو أنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه . فاذا كان المعلن اليه موظفا ومقيا بعيدا عن بلده الأصلية ، وثبت للمحكمة من الأوراق المقدمة في الدعوى أن له في بلده محلا ينطبق عليه هذا التعريف ، فالاعلان الذي يحصل فيه صحيح ^(٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ترك المشتري محل اقامته الموضح بعقد البيع ، من غير أن يبين عنوانه الجديد ، فانه يجب على الشفعيع أن يعلنه بطلب الشفعة في النيابة فورا ، والا سقط حقه لو ترك الميعاد ينقضي ^(٣) .

٣٢٥ — وحكم بأنه اذا تعمد البائع تجهيل الشفعيع اسم المشتري منه ، ثم دفع دعوى الشفعة بعدم قبولها بناء على أنها لم ترفع على المشتري منه ، كان دفعه غير صحيح ، لأنه ليس له أن ينتفع بعقده وتضليله ^(٤) .

(١) تقضى أول فبراير ١٩٤٥ في الضمن رقم ١٠٧ سنة ١٤ القضائية .

(٢) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣١ (دائرة كامل إبراهيم بك ومحمود سامي بك وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٣٩ .

(٤) استئناف ٢٢ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٩٨ مرجع القضاء ٤٧٣٢ .

راجع أيضا استئناف ٢٤ مارس ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويل وعبد الخالق ثروت بك) الاستقلال ٦ ص ١٤٨ المحاكم ٢٠ ص ٤١٣٠ الحقوق ٢٣ ص المجموعة ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ مرجع القضاء ١٢٦٥ .

٣٢٦ — بيع المشتري العين المشفوعة ورفع الدعوى على المشتري

الثاني — تقضى المادة الخامسة عشرة بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، كما تقضى المادة التاسعة بأن العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة وتسجيله لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها ^(١) .

وتدل هذه المادة بمفهوم المخالفة على أنه اذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله فان دعوى أخذها تقام على المشتري الأول بالشروط التى اشترى بها .

وقد قضت محكمة النقض بناء على ذلك بأنه اذا باع المشفوع منه العقار الى أجنبى بعد رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة ، فان هذا البيع لا يقتضى ترك الدعوى الأهلية ، ورفع دعوى أمام المحكمة المختلطة ، ولا ادخال المشتري الأجنبى أمام المحكمة الأهلية . ولكن اذا ادخل المشتري الأجنبى للحكم فى مواجهته بطلبات المدعى ، فدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية ، فانه يجب على المحكمة الأهلية أن تأخذ بهذا الدفع — فى حق الأجنبى — وأن تقصر حكمها على ما يتعلق بطلبات الخصوم الوطنيين ودفاعهم فقط ، فان قضت فى الطلبات الموجهة الى المشتري الأجنبى ، كان حكمها واجب النقض ، بالنسبة الى هذا المشتري ^(٢) .

٣٢٧ — نمرد البائعين أو المشترين — اذا رفع الشفيع فى اليعاد

القانونى دعوى شفعة على بعض بائعى عقار ، وهو لا يعلم بوجود غيرهم ، ثم أدخل باقى البائعين فى الدعوى عند ما علم بوجودهم ، فالدعوى صحيحة ولو كان أدخل

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) .

استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٣٨ (دائرة حسن زكى بك وسليم زكى بك وأحمد مختار بنحيت بك) المحاماة ١٨ ص ٦٣٠ رقم ٣٠٩ : كما أن الشفعة تجوز اذا كان عقد الثراء غير مسجل كذلك يجب على طالب الشفعة اذا كان يعلم ببيع حصل من المشفوع منه الى شخص آخر أن يتخذ اجراءات الشفعة مع المشتري الثانى ، ولو كان عقد الثراء الثانى غير مسجل والا كانت دعوى الشفعة غير مقبولة .

(٢) نقض ٦ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٢٧٠ رقم ١١١ مجموعة القواعد القانونية ١

رقم ٨٤٢ ص ٨٦٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٦ ص ٢٨٧ .

الآخرين بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوما^(١) .

وإذا كان موضوع الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمة المادية ، واشترها عدة أشخاص باعتبار حصة لكل منهم ، فإن اعلان الشفعة الحاصل لبعض المشترين فقط لا يكون له تأثير بالنسبة الى باقى المشترين ، ولو أن الاعلان يشير الى قطعة الأرض جميعها ، اذ لا يمكن اعتبار الدعوى غير قابلة للانقسام^(٢) .

وإذا بيع عقار على الشيوع لشخصين ، وكانت الشفعة ، بناء على المادة ١١ من قانون الشفعة ، لا يمكن استعمالها الا فى العقار جميعه ، فإن الدعوى لا تكون صحيحة الا اذا رفعت فى الميعاد القانونى على المشترين الاثنين ، فاذا أعلن أحدهما فقط فى الميعاد سقط حق الشفع بالشفعة بالنسبة الى الكل^(٣) .

٣٢٧ مكررا — نمرد الشفعة — تقبل دعوى الشفعة المرفوعة من عدة شفعاء ، وبصحيفة واحدة ، ولو تنازل أحدهم للآخرين ، اذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم باعلان واحد وفى ميعاد خمسة عشر يوما^(٤) .

٣٢٨ — هل يصح رفع الدعوى على الوكيل — قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اعلان الشفعة الى البائع بورقة تعلن الى وكيله باطل ، ولو كان الوكيل مأذونا فى الحضور عنه أمام القضاء ، لأن اعلان هذه الورقة خاضع للقانون العام ، ولأن التوكيل المذكور لا يسوغ الخروج على القواعد الأصلية فى قانون المرافعات التى هى من النظام العام^(٥) .

وقضت أيضا بأن اعلان الشفعة الى وكيل البائع ، الذى لا يخوله توكيله صفة الحضور عن موكله أمام القضاء ، باطل . وادخال البائع فى الدعوى بعد أن

(١) استئناف ٦ أبريل ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسترويل ومسترساتو)
المجموعة ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٥٦ مرجع القضاء
٠ ١٢٧٤

(٢) استئناف مختلط ٢ أبريل ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٠٨) .

(٣) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) .

(٤) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٣٦ (٤٨ ص ٣٠٥) الحماسة ١٨ ص ٢٠٥ رقم ١٠٠ .

(٥) استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٠٨ (٢٠ ص ٦١) .

اكتسب المشفوع منه الحق في السقوط لا يترتب عليه ازالة هذا السقوط ^(١) .

٣٢٩ — المطالبة بتعويض خطأ المحضر في اعلانه صحيفة الدعوى —

رفعت المدعية دعوى على الحكومة وأحد مندوبي المحضرين بطلب تعويض ما لحقها من الضرر بسبب عدم مراعاة هذا المندوب للاجراءات اللازمة وفقا للمادة ١٣ من قانون المرافعات (التي تقضى باعلان الصور الى الخصوم بحضور شاهدين يوقعان الأصل والصور) عند اعلانه صحيفة دعوى الشفعة ، وترتب على ذلك سقوط حقها في الشفعة ، فدفع المدعى عليهم دعواها بأن حقها سقط على أى حال بفعلها . والمحكمة قررت : أن ليس لها الا أن تتحقق من الوقائع التي تثبت تولد حق الشفعة ، فلا يجوز لها أن تفصل بنفسها في حقوق الخصوم في دعوى الشفعة ، كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى الى المحكمة ، وانما عليها أن تحكم بتعويض اذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفعية في دعواها . وجاء في الأسباب : « حيث ان محكمة أول درجة رفضت التعويض لأنها اعتبرت أن حق الشفعة ساقط للسببين الموضحين آنفا ، وهما : أولا علم الشفعية بمشترى المشتري والرضا به ، وثانيا اظهار الرغبة في بيع حصتها الى المشتري .

» وحيث ان هذين السببين هما من أدلة الثبوت التي تترك عادة بالنسبة لقوتها وضعفها الى تقدير القاضى وفطنته ودرجه اقتناعه منها ، لأنه يجوز أن ما يراه قاض فى مثل تلك الأدلة لا يراه قاض آخر فيها .

» وحيث انه لا يمكن رفض التعويض الا اذا كان حق الشفعة باطلا بطلانا جوهريا ، كأن يكون الشفيع غير شريك فى العقار المشفوع فيه أو غير مجاور له مثلا ، ولكن هذين السببين لا يكفيان لرفض التعويض ، لأنهما ليسا من الأسباب الجوهرية لسقوط حق الشفعة . هذا فضلا عن أنهما منسوبان الى وكيل الشفعية لا اليها ، وقد يجوز أن المحكمة كانت تجد فى تصرفات الوكيل لأى سبب كان ما يدعوى الى الحكم بعدم سقوط حق الشفعة ، ومع ذلك فقد رأت هذه المحكمة من وقائع هذه الدعوى ترجيح أن الست . . . كانت تكسبها .

(١) استئناف مخطوط ٩ يونيه ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤٨١) .

« وحيث من ذلك ترى المحكمة أن للشفعة حقا في التعويض ، وأنت الحكومة ملزمة بتعويض هذا الضرر مع مندوب الحضر ، لأنها مسئولة قانونا عن تعويض الضرر الذى يقع بفعل موظفيها » ^(١) .

٣٣٠ — **ميعاد التكليف بالحضر** — قضت المادة ١٥ من قانون الشفعة بسقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا لم ترفع الدعوى فى مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة وفقا للمادة ١٤ ^(٢) .
وميعاد الثلاثين يوما المنصوص عليه بالمادة ١٥ مرتبط بالنظام العام ، فإذا انقضى فلمحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، حتى لو تنازل صاحب الحق عن المنسك به ^(٣) .

٣٣١ — **مساب الميعاد** — لا يحسب آخر يوم إذا كان من أيام العيد أو العطلة ، فقد جاء فى المادة ١٨ من قانون المرافعات « إذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عيد يصير امتداد الميعاد الى اليوم الذى بعده » ^(٤) . وهذا النص عام يشمل كل المواعيد التى عينها القانون ومنها المواعيد المقررة فى قانون الشفعة ^(٥) .

(١) استئناف ١٧ أبريل ١٩١٠ (دائرة محمد صدق بك ومستر رويل ومستر ايموس)
المجموعة ١١ رقم ١٣٤ ص ٣٦٦ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ١١٩٨ .
(٢) مصر الابتدائية استئنافى ٣١ مايو ١٩٠٤ (دائرة اسكندر عمون بك ومستر ايموس والقاضى عثمان غالب) الاستقلال ٣ ص ٣٢٦ رقم ٤٤٦ .
(٣) أسبوط الابتدائية ١٣ يونيه ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٣٦٩ رقم ١٨٨ . وراجع نبذة ٣٧٣ .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ٣٠٢ .
طنطا ١٠ يونيه ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ١٧٠ مرجع القضاء ١٢٦١ .
(٥) تقض ١٩ مايو ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ ملحق القانون والاقتصاد ٨ رقم ٥٨ ص ٢٠٠ المجموعة ٣٩ رقم ١٩٤ .
استئناف مصر ٢٦ ديسمبر ١٩٤٥ (دائرة حسن عبد الرحمن بك وزكى خير بك وعبد الحميد رشدى بك) فى الاستئناف رقم ٣٩٣ سنة ٦٢ القضائية : من المقرر قانونا أن العطلة اذا جاءت فى أثناء المواعيد فلا تقف سريانها . أما اذا جاءت فى نهايتها فانها تمتد لليوم التالى ، تطبيقا لنص المادة ١٨ من قانون المرافعات . فاذا كان الثابت فى الدعوى أن نهاية الثلاثين يوما التى يجب رفع دعوى الشفعة فيها ، والتى تبدأ من اليوم التالى لاعلان الرغبة ، وافق يوم جمعة وهو عطلة رسمية ، وكان اعلان الدعوى قد حصل فى اليوم التالى ، فانه يكون قد وقع فى الميعاد القانونى .
وقارن استئناف مصر ٢٢ ديسمبر ١٩٣٧ (دائرة عبد الوهاب فهمى بك وعبد الله =

واذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عيد واحد فلا يعطى صاحب الحق في الميعاد الا يوما واحدا بعد نهاية العيد لعمل الاجراء المطلوب ، وهذا اليوم يقوم مقام أيام العيد جميعها ويكمل الميعاد .

وهذه القاعدة لم ينص عليها القانون ، وإنما جاءت تأويلا للمادة ١٨ من قانون المرافعات بمفهوم المخالفة *a contrario* ، تأويلا محددا المدلول المادة ١٨ نفسها ، بمعنى أن هذه القاعدة تبين أن ما قصد الابدال منه هو اليوم الأخير وحده أيا كان نوع الأيام السابقة عليه ، ولو كان الأمر على غير ذلك لجاز لمن كان له ميعاد انتهى بيوم غير يوم عيد وسبقه أربعة أيام عيد أن يطلب أربعة أيام أخرى ، كما يجوز أن يجاب المدعى الى طلبه أن يبدل من الأربعة الأيام العيد أربعة أيام عاملة أخرى ، ولم يقل بذلك أحد . ويجب أيضا أن تراعى الحكمة التي دعت الى وضع المادة ١٨ ، وهي ضرورة تمكين صاحب الحق في الاعلان من اجراء الاعلان اذا خطر له حتى آخر يوم في الميعاد القانوني خاطر استعمال حقه . ولما كانت القاعدة أن الضرورات تقدر بقدرها كان اليوم الواحد كافيا ، سواء أكان العيد هو آخر يوم في الميعاد أم كان آخر ثلاثة أيام فيه ، اذ أنه ليس ما يمنع صاحب الحق من التفكير في استعمال حقه طول أيام العيد ، لأن أيام العيد تصلح للتفكير ، كما تصلح له الأيام الأخرى ، فاذا صحت عزيمته على ذلك الاستعمال في آخر يوم من أيام ميعاده ، وانفق أنه كان آخر يوم عيد ، أعطى له القانون الزمن اللازم لتمكينه منه ، ولا عبرة بالأيام السابقة عليه ان كانت أياما عاملة أو عاطلة ^(١) .

٣٣٢ — ومدة الثلاثين يوما ليست مدة تقادم ، بل هي مدة سقوط ، ولا تقبل الانقطاع ولا الوقف وتسرى على الفائتين ومن ليس أهلا للتصرف ^(٢) .

== اسماعيل بك ومحمود منصور بك (المحاماة ١٨ ص ٧٣٠ رقم ٣٥٥ : اذا كان آخر يوم من الثلاثين يوما التي ترفع فيها دعوى الشفعة يوم عطلة لم يمتد الميعاد الى اليوم الذي يليه ، لأن الشفعة حق ضيق ضعيف .

(١) طنطا الابتدائية القضية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ المتقدم .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣٠٢ ، وما سيجيء نبذة ٣٣٥ و ٣٣٧ — ذهني بك في « الأموال » نبذة ٤٧٧ .

٣٣٣ — ويجب اعلان ورقة افتتاح الدعوى الى كل من البائع والمشتري في الميعاد المذكور ، والا سقط الحق في الشفعة . ومع ذلك لا يسقط هذا الحق اذا كان عدم الاعلان الى أحدهما في الميعاد القانوني ناشئا عن غش حصل منه كما تقدم ^(١) .

٣٣٤ — مواعيد المسافة — لاحق للشفيع في ميعاد للمسافة فوق الميعاد المنصوص عليه في المادة ١٥ ، لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان السكوت عن ذكر المسافة في المادة ١٥ من قانونها ، مع ذكرها في المادة ١٩ ، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة في الشفعة عن القاعدة العامة التي قررها قانون المرافعات في المادة ١٧ ، ويسقط الحق في ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوما كالمنصوص عليه في المادة ١٥ من قانون الشفعة . ولو كان أراده لكان النص عليه هنا أدعى لتقدم المادة ١٥ على المادة ١٩ ^(٢) .

٣٣٥ — عدم قبيل الدعوى — اختلف فيما اذا كانت دعوى الشفعة

(١) استئناف ٢٤ مارس ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومسترويل وعبدالحالق ثروت بك) المجموعة ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٨ .
وقد جاء في هذا الحكم : « وحيث ان القانون أراد أن ترفع الدعوى على المشتري وعلى البائع في الميعاد المحدد ، وقضى بسقوط الحق ان لم ترفع . وحيث ان رفع الدعوى على البائع في الميعاد لا يترتب عليه اعتبارها مرفوعة على المشتري كما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية ، وخصوصا أن المشتري هو الخصم الحقيقي في الدعوى . ولكن حيث انه يتبين من مراجعة أوراق الدعوى أن المحضر لما أراد أن يعلن المشتري بطلب الحضور في نفس اليوم الذي أعلن فيه البائع ، أى في الميعاد القانوني ، أخبر من العدة أن المشتري لم يكن مقيما في البلد ، وهذا الاقرار غير صحيح لأن المحضر لما توجه الى البلد مرة ثانية لاعلان المشتري وجده مقيما في البلد وسلمه الاعلان بعد الميعاد . وحيث يظهر من ذلك أن المستأنف استعمل غشا لعدم وصول الاعلان اليه في الميعاد ، وهذا الغش لا يصح أن يستفيد منه ، ولا يقبل منه أن يتمسك بأن طلب الحضور وصل اليه متأخرا بعد أن ثبت أنه هو المتسبب في عدم وصوله اليه في أول مرة في الميعاد ... » .

(٢) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوي بك والقاضي عفيفي عفت والقاضي صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ مرجع القضاء ١٢٦٢ .
أسيوط استئنافي ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضي أحمد نصرت والقاضي حسين لطفي) المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ مرجع القضاء ٤٧٣٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٣٨ .

تعتبر قائمة رغم عدم قيدها . فرأى بعض المحاكم^(١) أن عدم قيد الدعوى في الجدول لا يمنع التكليف بالحضور من أن ينتج جميع نتائجها القانونية ، فإن الدعوى تعتبر قائمة رغم عدم قيدها . وكما أنه يترتب على التكليف بالحضور ولو لم تقيد الدعوى في اليوم المعين فيه سريان الفوائد وقطع المدة في سقوط الحق ، كذلك يجب اعتبار دعوى الشفعة مرفوعة في الميعاد متى وصل طلب الحضور الى المدعى عليه في مدة الثلاثين يوما .

وقد أخذت محكمة النقض والابرام بهذا الرأي ، اذ قررت أن قيد دعوى الشفعة غير خاضع للميعاد المنصوص عليه بالمادة ١٥ من قانون الشفعة . فاذا أعلنت صحيفة الدعوى في الميعاد القانوني ، ثم قيدت بعد ذلك ، فإن الشفعي يكون قام

(١) استئناف أهلى ٥ يناير ١٩٠٦ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ مرجع القضاء ١٢٧١ — استئناف مصره يناير ١٩٣٧ (دائرة سليمان السيد سليمان بك وأمين زكى بك ومحمد زكى على بك) المحاماة ١٧ ص ٨٧٨ رقم ٤٤٢ — كوم حمادة الجزئية (القاضي عبد الرحمن جنيته) المحاماة ١٧ ص ٩٢٦ رقم ٤٦٣ — استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

طنطا الكلية ٢٤ مايو ١٩٣٧ (دائرة القضاة محمد عزمى ومحمد عباس زكى وإبراهيم واصف) المحاماة ١٨ ص ١٧٣ رقم ١٨٢ المجموعة ٣٨ رقم ٣٢١ : « ان نص المادة ١٥ من قانون الشفعة صريح في أن المطلوب اجراؤه في ميعاد الثلاثين يوما هو رفع الدعوى على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار ، فاشتراط قيد الدعوى أيضا في ذلك الميعاد هو اشتراط غريب من النص ويعتبر تعديلا للقانون لا تفسير له . والحجج التي قام عليها رأى بعض الأحكام وشرح القانون المصرى في باب الشفعة لا تقوم على أساس معين ، فالنص الفرنسى لم يأت بمجديد فيها ، اذ هو عين ما نص عليه بالمادة ٣٣ من قانون المرافعات وهى تعنى مجرد التكليف بالحضور ، وأما القيد ذاته فقد تكلمت عنه المادة ٥٠ مرافعات وعبرت عنه بلفظ آخر ، ولا شأن للاجتهاد بالنص الصريح أو الحق المستمد من القانون ومن الشرع ولو كان مكروها . كما لا محل لبث ما اذا كان ميعاد الثلاثين يوما هو ميعاد سقوط أم ميعاد تقادم ، لأن المطلوب هو عمل معين تطلب القانون اجراءه فيه » .

استئناف مصر ٥ يناير ١٩٣٧ المجموعة ٣٨ رقم ١١١ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٩ .

استئناف مصر ٦ يناير ١٩٣٨ (دائرة أمين حسنى بك وجندى عبد الملك بك وعبد الوهاب عزت بك) المحاماة ١٩ ص ٣٦٨ رقم ١٥٩ .

وراجع استئناف مختلط ١١ مارس ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٠٤) ، وقد جاء فيه أن العبرة في حساب مدة الثلاثين يوما هى بوصول الاعلان الى كل من البائع والمشتري ، لا بتقديمه لفلن المحضرين .

بالواجب عليه قانونا . وان كلمة *introduite* الواردة بالنص الفرنسي لم يقصد بها القانون قيد الدعوى ، وانما أراد رفع الدعوى ، وذلك لأن القانون استعمل هذه الكلمة في جملة مواضع وأراد بها رفع الدعوى ، فلو أن الشارع أراد وجوب قيد دعوى الشفعة في هذا الميعاد أو في ميعاد آخر لنص على ذلك صراحة ، كما جاء في المادتين ٣٦٣ و ٤٨٧ الفقرة الثانية من قانون المرافعات ، حيث تكلم في القيد فعبّر عنه بعبارة *inscrire l'affaire au rôle* . هذا فضلا عن أن العبارة هي بالنص العربي وهو الأصل ، وقد جاء فيه « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ... في ميعاد ثلاثين يوما » الخ ^(١) .

ونحن نرى ، مع بعض آخر من المحاكم ، أن حق الشفع في الأخذ بالشفعة يسقط اذا رفع دعواه في مدة الثلاثين يوما المنصوصة في المادة ١٥ ولكن لم يقيد بها في خلال هذه المدة ، اذ يجب أن ترفع الدعوى بصفة جدية في الميعاد الذي عينه القانون ^(٢) .

(١) قض ١٩ مايو ١٩٣٨ المجموعة ٣٩ رقم ١٩٤ الفهرس العشري الرابع رقم ١٣١٣ مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ ملحق القانون والاقتصاد ٨ رقم ٥٨ ص ٢٠٠ .
(٢) ملوى الجزئية ٣ نوفمبر ١٩١٩ (القاضي سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢١ رقم ٣٦ ص ٦١ مرجع القضاء ١٢٧٣ : « حيث ان قانون الشفعة قانون ضيق ألزم فيه الشفع باتخاذ اجراءات سريعة لاثبات رغبته الحقيقية في الأخذ بالشفعة ، كالزامه بوجوب عرض الثمن في ميعاد معين ، وكالزامه بوجوب رفع الدعوى في ميعاد معين ، وهو ثلاثون يوما من تاريخ ابداء رغبته في الأخذ بالشفعة وعرض الثمن . وحيث انه يؤخذ من ذلك أن الغرض من رفع الدعوى المنصوص عنه في المادة ١٥ من قانون الشفعة هو الدعوى التي تقيد فعلا ، لا الدعوى التي يرفعها الشفع في الميعاد ولا يقيد بها » .

. أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسني وحسن محمد سعودي ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مرجع القضاء ٤٧٢٩ : ان المدد المقررة في الشفعة هي مدد سقوط ، لا تقادم ، لأن حق الشفعة حق ناقص غير كامل ، فلا بد له من اجراءات . والحق معلق وجوده نهائيا عليها . فاذا لم يحصل في المدة المينة زال الحق المعلق عليها . وعليه فلا تقبل المدد ايقافا ولا قطعا ، فاذا رفعت الدعوى ولم تقيد بالجدول فلا يجوز اعتبار مجرد رفعها ، أي تحرير عريضة الدعوى ودفع ريع الرسم عليها واعلانها للبائع والمشتري سببا كافيا لقطع مدة الاجراءات ، وهي مدة الثلاثين يوما ، فيسقط حق الشفع اذا رفع الدعوى في مدة الثلاثين يوما المنصوص عليها في المادة ١٥ ولكن لم يقيد بها في خلال هذه المدة .

وجاء في أسباب الحكم : « وحيث ولو أنه لم يرض بين اعلان المدعى عليه الأول والقيد =

٣٣٦ — تقدير القيمة من حيث الاختصاص — الأصل في دعاوى

الشفعة أن يؤخذ بعقدها ، ولهذا فتقدير قيمتها القضائية من حيث الاختصاص يكون بمقتضى الثمن الوارد في العقد . فإذا كان الثمن الحقيقي الذى هو أقل مما ذكر في العقد يجعله من اختصاص القضاء الجزئى ، في حين أن الثمن المذكور في العقد خلافا للحقيقة يجعله من اختصاص القضاء الكلى ، كان القضاء الكلى هو المختص مراعاة للعقد ، ويجب الطعن في الثمن أمامه ، لا أمام سواء ^(١) .

٣٣٧ — انقطاع مرة سقوط الحق ورفع الدعوى أمام محكمة غير

مختصة ^(٢) — قضت المحاكم بأن المدد المعينة لسقوط الحق أو للتقادم قد تنقطع

مدة تزيد على الثلاثين يوما ، غير أن المعلن اليه المذكور أحد الباعين ولم يحصل القيد في الميعاد بالنسبة للمشتري والبايع الآخر فلا يمكن أن تعتبر صحيحة بالنسبة للآخرين ، والمشتري هنا هو الخصم الحقيقي في الدعوى ، ولا يمكن اعتبار الأمر هنا بين أحد الباعين والمشتري من نوع حالات عدم التجزئة التى تغلب فيها الصحة على البطلان كما هو الحال في تعدد الباعين ، ومتى كان الحق قد سقط بالنسبة للمشتري سقط بالنسبة للآخرين ، ولا يمنع من ذلك حصوله في الميعاد بالنسبة لأحد الباعين » .

راجع كذلك بنى سويف ٦ نوفمبر ١٩١٧ ، وقد تأيد استئنافيا في ١٠ أبريل ١٩١٨ الشرائع ٦ رقم ٢٢ ص ١٣٠ مرجع القضاء ١٢٧٢ .

استئناف مصر ٢٢ ديسمبر ١٩٣٧ (دائرة عبد الوهاب فهمى بك وعبد الله اسماعيل بك ومحمود منصور بك) المحاماة ١٨ ص ٧٣٠ رقم ٣٥٥ .

استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) .
وللاحظ أن مشروع القانون المدنى الجديد أوجب في المادة ١٠١٣ رفع الدعوى وقيدتها في ميعاد الثلاثين يوما .

(١) عابدين ٢٠ فبراير ١٩٠٥ (القاضى أحمد قحة) الحقوق ٢٠ ص ١٨٧ رقم ٦٤ .
راجع استئناف مصر الأهلية ٢٢ يونيو ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٤ مرجع القضاء ٤٧٣٧ : اذا رفعت دعوى الشفعة في خلال الثلاثين يوما أمام محكمة كانت مختصة في الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطوء طوارىء حادثة أخرجت القضية من اختصاصها ، كان للشفيع تجديدها أمام المحكمة المختصة . ولا يقبل من الشفوع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد مرور الثلاثين يوما (كانت الدعوى رفعت ابتداء على المشتري الأول الى محكمة عابدين الداخل في دائرة اختصاصها العقار المشفوع ، وقيمتها في عقد المستأنف لا تتجاوز اختصاصها ، ولم تحكم هذه المحكمة بعدم اختصاصها الا لما أدخل فيها المستأنف عليه الأخير الذى زعم أنه اشترى العقار المشفوع من المشتري الثانى بمن يخرجها عن اختصاص المحكمة ، ودفع بعدم اختصاصها) .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣٣٢ .

وراجع كتابنا « التقادم أو مضي المدة » نبذة ٢٣٢ ونبذة ٦١٩ وما بعدها .

ببعض الاجراءات ، على أن هذا الانقطاع وان كان له نصوص خاصة في القانون الفرنسى ، فإنه ليس له نص في القانون المصرى ، فيجب أن يجرى العمل بمقتضى المبادئ القانونية العامة . ففي القانون الفرنسى تنقطع المدة برفع الدعوى الى محكمة غير مختصة في حالة التقادم prescription ، وذلك بنص في القانون خاص بذلك (المادة ٢٢٤٦ من القانون المدنى الفرنسى) ، ولكن لم يرد فيه نص مثيل له في باب السقوط déchéance ، ولذلك اختلف القضاء الفرنسى في حل هذه الحالة^(١) . ولما كان القانون المصرى خاليا من أى نص في هذا الشأن في الحالتين ، فإنه لا يسوغ التمييز بينهما فيما يتعلق بانقطاع المدة ، لأن صاحب الحق في كلتا الحالتين يعمل كل ما في استطاعته للوصول الى تقرير حقه ، ومسائل الاختصاص هى في الواقع من المسائل الفنية التى قد تغيب عن الخصوم وتلتبس على وكلائهم ويختلف فيها القضاء . ولما كان أساس ضياع الحقوق بالتقادم والحرمان منها بفوات مدة قررها القانون هو الاهمال الذى يشعر بتركها ، ولا اهمال عند رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، بل هنالك خطأ يكون في غالب الأحيان مغفورا ، لذلك يكون رفع دعوى الشفعة الى محكمة غير مختصة قاطعا لمدة الثلاثين يوما المقررة لسقوط الحق فيها^(٢) .

(١) تعليقات دالوز على المادة ٢٢٤٦ بنذة ١٢ — ١٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد وحسن رفعت وجمال الدين أباطه) المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة ٩٧٧ الحقوق ٣٣ ص ٢٢٦ مرجع القضاء ١٢٦٩ .

استئناف ٢٦ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك ومستر برى وأحمد زيور بك) الاستقلال ٥ ص ١٣٣ رقم ٨٧ .

استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستركرشو وصالح حق بك) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ مرجع القضاء ١٢٧٠ .

بنى سويف استئنافى ٣٠ مايو ١٩٢١ (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومحمد عثمان القندى وعلى سرى) المحاماة ٢ رقم ٥٨ ص ٢٧١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣١ مرجع القضاء ١٢٩٤ : اذا كان واجبا على الشفيع أن يرفع دعواه في الثلاثين يوما التالية لظهار رغبته في الشفعة فان رفع الدعوى خطأ أمام محكمة غير مختصة يقطع هذه المدة . فلا يدخل في حسابها =

وقد قننى بأنه انما كان الشفيع قد رفع دعواه أمام محكمة غير مختصة ، وحكم بعدم اختصاص المحكمة بالفصل فى هذه الدعوى ، وسكت بعد صدور حكم عدم الاختصاص مدة تزيد على شهر ولم يستأنفه ، سقط حقه فى الشفعة ، لأن هذا يدل على قبول ذلك الحكم ، ولا يلتفت لعدم اعلان الحكم المذكور ، لأنه

== الا الأيام السابقة على رفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصة والأيام التالية لحكم عدم الاختصاص (١) . ويلاحظ على هذا الحكم أنه خاطئ بين أحكام اقطاع المدة وأحكام وقفها . استئناف ٣١ مارس ١٩٢٤ (دائرة محمد محرز باشا ومسيو سودان وعلى جلال بك) المجموعة ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ مرجع القضاء ٤٧٣٦ : اذا رفعت دعوى الشفعة فى المواعيد المقررة فى المادتين ١٥ و ١٩ من قانون الشفعة ، وحكمت المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص ، ومضى أكثر من ثلاثين يوما قبل إعادة رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ، فانه لا يمكن التمسك بسقوط الحق فى إعادة رفع دعوى الشفعة لمضى مدة الثلاثين يوما ، ما دامت هذه المدة لم تمض على الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٧ من قانون الشفعة لاستئناف حكم عدم الاختصاص . وقد جاء فى أسباب الحكم :

« وحيث ان الميعاد المنصوص عنه فى المادة الأولى هو ١٥ يوما بين تاريخ العلم بالبيع وعلان الرغبة فى أخذ العين المباعة بطريق الشفعة ، وقد وقع البيع فى هذه القضية بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٢٢ (تاريخ ثابت فى ٣١ منه) ، وأبدى المستأنف رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ١٣ يونيه . وحيث فيما يتعلق بالميعاد المنصوص عنه فى المادة ١٥ فقد رفعت الدعوى فى طرف الثلاثين يوما اللاحقة لتاريخ ابداء الرغبة فى الشفعة ، اذ أن اعلان الدعوى حصل فى ١٢ يولييه سنة ١٩٢٢ . وحيث انه بعد رفع تلك الدعوى أمام المحكمة الجزئية قد حكم فيها فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ بعدم الاختصاص ، ومضى أكثر من ثلاثين يوما قبل إعادة رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية فى ١٩ ديسمبر ، ولكنه يستحيل التمسك بسقوط حق المستأنف فى دعوى الشفعة لمضى مدة الثلاثين يوما ، ما دام لم يمض على الميعاد المنصوص عنه فى المادة ١٧ لاستئناف حكم عدم الاختصاص كما قد كان له الحق فى أن يقبل حكم عدم الاختصاص ويرفع دعواه من جديد الى المحكمة الكلية كما فعل طالما لم يكن مضى ميعاد الاستئناف على الأقل » .

بني سويف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكى خير الأبوتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ مرجع القضاء ٤٧٣٨ : من المبادئ المقررة أن رفع الدعوى أمام القاضى غير المختص يقطع المدة ، واذا رفعت دعوى الشفعة فى الميعاد القانونى الى محكمة قضت بعدم اختصاصها فلا يسقط الحق فيها بمضى الميعاد ، بل تبتدىء من يوم الحكم النهائى بعدم الاختصاص .

استئناف مصر ٥ يناير ١٩٣٧ (دائرة سليمان السيد سليمان بك وأمينة زكى بك ومحمد زكى على بك) المحاماة ١٧ ص ٨٧٨ رقم ٤٤٢ المجموعة ٣٨ رقم ١١١ الفهرست العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٩ .

وحكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا رفعت دعوى الشفعة أمام القضاء الأهلى ، وقضى فيها بعدم الاختصاص فان ميعاد الثلاثين يوما لرفع الدعوى أمام المحاكم المختلطة يبدأ من النطق بالحكم بعدم الاختصاص ، وليس من اعلانها : ٣ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

قبله ونفذه ، فلا يسقط بتقديم الدعوى الى المحكمة المختصة^(١) .

٣٣٨ — انقضى بابطال المرافعة — اذا رفعت دعوى الشفعة فى الميعاد القانونى ، وحكم فيها بابطال المرافعة لعدم حضور المدعى ، فلا يجوز له تجديد طلب الشفعة اذا كانت مدة الثلاثين يوما مضت من تاريخ اعلان اظهار رغبته فى الاخذ بالشفعة ، لأن حكم ابطال المرافعة يمحو أثر جميع اجراءات المرافعة بما فيها صحيفة الدعوى^(٢) .

٣٣٩ — المسائل الفرعية — المسائل الفرعية التى لا تتعلق بأوجه الدفع الابتدائية الميينة فى المادة ١٣٣ من قانون المرافعات ، كطلب عدم قبول دعوى الشفعة لعدم ادخال البائع فيها ، لا تسقط بطلب الميعاد لاستحضار مستندات . على أن طلب الميعاد لاحضار مستندات لا يسقط الحق أبدا فى أى دفع ولو كان ابتدائيا اذا كان الغرض من هذه المستندات التمسك بها على صحة ذلك الدفع^(٣) .

٣٤٠ — نصحيح الشكل — اذا طلب الشفيع العين المشفوعة محدودة ، ثم عدل الى طلبها مشاعا ، فلا يعتبر هذا تغييرا لشكل الدعوى ، بل يعتبر تصحيحا لها جائزا قانونا ، اذ أن الشفعة لم تتغير الى وصف آخر ، بل ما زالت شفعة^(٤) . وقد حكم بأنه اذا رفع اثنان دعوى شفعة ، وظهر أن ملك أحدهما موقوف ، فعلا طلبهما بأن طلبا الحكم أصليا بالطلبات السابقة مع تعديل صفة أحدهما

(١) استئناف ٢٦ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك ومستر برى وأحمد زبور بك) الاستقلال ٥ س ١٣٣ رقم ٨٧ .

(٢) طنطا الابتدائية استئنافى ١٥ يناير ١٩٠٧ (دائرة أحمد عابدين بك وحسن حسنى بك والقاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١١٢ س ٢٣٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٥٧ الحقوق ٢٢ س ٢٨٤ مرجع القضاء ١٢٩٥ .

أبنوب الجزئية ٢٤ أكتوبر ١٩٢٢ (القاضى محمود فؤاد) المجموعة ٢٥ رقم ١٧ س ٢٥ مرجع القضاء ٤٧٣٥ .

(٣) استئناف ٢٥ أبريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد موسى بك وأحمد زبور بك) الاستقلال ٤ رقم ٣١٠ س ٣٢٥ المجموعة ٧ رقم ١٨ س ٣٨ .

(٤) استئناف ٢٠ يونيو ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك ومسيو لدبلاديو وأحمد عرفان بك) الحقوق ١٤ س ١٣٩ رقم ٦٦ .

عند الاقتضاء بأنه ناظر على وقفه واحتياطيا باستحقاق الآخر في أخذ كل الأرض بالشفعة ، وحكمت المحكمة الابتدائية بناء على ما دفع به المشفوع منه من عدم جواز الشفعة بالنسبة الى ناظر الوقف ، اذ لا شفعة للوقف ، وسقوط حق الآخر بالنسبة الى نصف الأرض المشفوع فيها لعدم جواز تجزئة الصفقة ، وعدم جواز طلبه بالنسبة الى باقى الأرض ، لأنه طلبها كلها بعد الميعاد ، وجب الغاء هذا الحكم ، لأن الطالب الآخر لم يقصد مطلقا تجزئة الصفقة ولا طلب فعلا نصف الأرض فقط تاركا للمشتريين النصف الآخر ، وما كان يستطيع ذلك قانونا ، فيجب عدلا ألا يؤخذ بأمر لم يقصده ولا طلبه ، وأن يعتبر الطلب الثانى ملحقا للطلب الأول ومصححا ومتمم له ، لا طلبا مستقلا عنه . وقول المشتري ان طالب الشفعة ما كان يستطيع أن يطلب كل القدر لنفسه مردود بأنه من المبادئ المسلمة أن الشريك على الشيوع فى الأرض المشفوع بها له أن يطلب كل العين المبيعة لنفسه^(١) .

٣٤١ — **دعوى خصم ثالث** — يصح دخول شخص ثالث بصفته شفيعا فى دعوى شفعة ، دون أن يكون ملزما بمراعاة قواعد القانون الخاصة المقررة لاقامة دعوى الشفعة^(٢) ، انما يشترط لقبوله فى الدعوى أن لا يكون حقه قد سقط بأحد الأسباب المسقطة للشفعة^(٣) .

٣٤٢ — **تنازل المشتري عن الصفقة بعد رفع الدعوى** — اذا تنازل المشتري عن الصفقة بعد رفع دعوى الشفعة فلا يؤثر ذلك فى حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة^(٤) .

(١) استئناف مصر ١٢ مارس ١٩٣٩ (دائرة محمد زغلول بك وطاهر محمد بك وأحمد نشأت بك) المحاماة ١٩ ص ١٤١٥ رقم ٥٣٠ .

(٢) استئناف ٢٥ أبريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد موسى بك وأحمد زيور بك) المجموعة ٧ رقم ١٨ ص ٣٨ الاستقلال ٤ رقم ٣١٠ ص ٣٢٥ مرجع القضاء ١٢٧٥ — استئناف مصر ٥ يناير ١٩٣٧ (دائرة سليمان السيد سليمان بك وأمين زكى بك ومحمد زكى على بك) المحاماة ١٧ ص ٨٧٨ رقم ٤٤٢ المجموعة ٣٨ رقم ١١١ .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٩٥ .

(٤) بنى سويف الابتدائية ١٥ أبريل ١٩١٧ (دائرة مصطفى فهمى بك والقاضى =

٣٤٣ — الحكم بوجه السرعة — يجب الحكم في دعاوى الشفعة

على وجه الاستعجال . وقد جاء في المادة ١٦ :

« ويحكم فيها دائما على وجه السرعة »^(١)
« Elle sera toujours jugée d'urgence ».

٣٤٤ — عدم قبول المعارضة في الأقطام الغيبائية — نصت المادة

١٧ على أنه :

« لا تقبل المعارضة في الأحكام الغيبائية الصادرة في الشفعة .
« Le jugement ne sera pas susceptible d'opposition. »

وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها »^(٢)
Le délai d'Appel sera de quinze jours à partir de la signification du jugement ».

٣٤٥ — ميعاد الاستئناف — قضت المادة ١٧ من قانون الشفعة

المتقدم ذكرها بوجوب رفع الاستئناف في دعوى الشفعة في خلال خمسة عشر

= محمود شوقي والقاضي مراد كامل (الشرائع ٤ رقم ١٥٠ ص ٥٠٥ مرجع القضاء ١٣٣٩
وجاء في الحكم : « وحيث ان حق الشفعة يتولد بمجرد البيع ، وبشئ قبل المشتري باعلانه رغبته
الأخذ بالشفعة ، فلا يجوز تقايل المشتري والبائع بعده ، لأنه حق تعلق بالشفيع وحده ، ولا يؤثر
فيه اتفاق هو غريب عنه ، والا لأصبحت الاقالة حيلة لاسقاط ذلك الحق » .

(١) وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ من مشروع القانون المدني الجديد :
« ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال » .

(٢) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ المحاكم ٢٠ رقم ٦٨ ص ٤١٦١ .
وقد حكمت محكمة الاستئناف المختاطة بأن المادة ١٧ تقضى بعدم قبول المعارضة في أحكام
الشفعة ، ولكنها لا تتعدى ذلك مطلقا ، وعليه فاذا قامت خصومة بين طالب الشفعة والمطلوبة
منه على أمور قانونية لا علاقة لها بموضوع الشفعة ، ولكنها ناتجة عنه ، كاختلافهما على قيمة
التمن والمصرفات وكيفية دفعها ، فكل الأحكام في هذه الأمور تجوز المعارضة فيها وفقا للقاعدة
القانونية العامة . على أنه لا يجوز الرجوع الى أمر الملكية والمقاضاة عليها مادام الحكم بالشفعة
لأحد المتخاصمين قد قضى في هذا الأمر نهائيا ، وأن الرجوع الى مثل هذا يعد قضا لقوة الشيء
المقضى به ويجب رفضه (استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٨٣) الاستقلال (٤
ص ٢٤٨ رقم ٢٦٠) .

وقد جاء في المادة ١٠١٤ من مشروع القانون المدني الجديد :

١ — لا تقبل المعارضة في الأحكام الغيبائية الصادرة في الشفعة .

٢ — وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما من تاريخ اعلان المحكمة .

يوما التالية ليوم اعلان الحكم^(١) .

وقد حكم بأن انقاص ميعاد الاستئناف الى خمسة عشر يوما لا يطبق الا في موضوع الشفعة نفسها ، فلا يطبق بالنسبة الى الدعوى التي يرفعها الشريك مطالبا بالغاء بيع حصة شائعة في العقار اذا لم تشمل الدعوى طلب الشفعة الا كطريق احتياطي *voie subsidiaire* في حالة تأييد البيع^(٢) .

٣٤٦ - *اعلانه البائع والمشتري في الاستئناف* - في مواد الشفعة

يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر في الميعاد القانوني ، والا سقط حقه في الشفعة . وكذلك الأمر عند استئناف حكم الشفعة ، فان الاستئناف ، ليكون مقبولا شكلا ، يجب أن يعلن الى كل من البائع والمشتري في ميعاد الاستئناف ، والا كان باطلا^(٣) .

وقد حكم بأنه اذا أهمل الشفيع اعلان البائع في ميعاد الاستئناف فلا يقبل استئنافه ، الا اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة^(٤) ، بخلاف ما اذا كان لم يحضر ، فان الغائب يعتبر دائما أنه معارض للدعوى^(٥) .

وحكم بأن عدم ادخال البائع في الاستئناف المرفوع عن حكم صادر في دعوى شفعة يحمل الاستئناف غير مقبول ، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه

(١) استئناف ١٩ مايو ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زبور بك)

الاستقلال ٣ رقم ٢٧١ ص ١٦٥ .

استئناف ١٧ أبريل ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفي بك ومستر روبل ومستر ساتو)

الاستقلال ٥ رقم ٢٥ ص ٢٢ مرجع القضاء ١٢٨٤ .

وراجع استئناف ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حق بك)

الحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ : لا يسقط الحق في رفع الاستئناف اذا رفع بعد ميعاده بسبب وقف المواعيد القانونية بناء على منشور السلطة العسكرية .

وما تقدم نبذة ٣٣٧ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر ١٩٠٢ (١٥ ص ٣٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٨) الحاماة ٤ رقم ٧٤٤ ص

٩٦٢ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ١٠٤٠ ، ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٨٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) الحاماة ٧ رقم ١٩١ .

(٥) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٢) .

أمام محكمة الاستئناف ، اذا كان حضوره قد حصل بعد فوات ميعاد استئناف الحكم واكتسب المستأنف عليه حق الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلاً .
على أن حضور البائع أمام الاستئناف جائز ، ويصح شكل الاستئناف ، اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة ، فاتفق تنافر المصلحتين (مصلحة الشفيع ومصلحة البائع)^(١) .

واذا كان الاستئناف مرفوعاً من المشفوع منه فانه يكون مقبولا ولو لم يعلن البائع ، لأن شرط اعلان البائع لا يستلزمه القانون الا بالنسبة الى الشفيع^(٢) .
وقد حكم بأنه بما أن البائع لا مصلحة له ولا صفة للاقرار بحلول الشفيع محل المشفوع منه أو للمنازعة في ذلك فان مصروفات ادخاله في الدعوى تكون على الشفيع أو المشفوع منه على حسب نتيجة الحكم في الدعوى^(٣) .

وحكمت محكمة الاستئناف بأن نص المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة ، التي توجب رفع الدعوى في ميعاد معين على البائع والمشتري معا ، مقصور حكمه على دعوى الشفعة عند رفعها ، أما بعد رفع الدعوى وصدور حكم فيها فان رفع استئناف عن هذا الحكم لا يخضع لهذا النص ، وانما يخضع للقواعد المقررة في باب الاستئناف^(٤) .

ولم تأخذ محكمة النقض والابرام بهذا النظر ، وقالت ان المادة ١٥ من قانون الشفعة تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا والا سقط

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) المحاماة ٧ رقم ١٩١ ص ٢٧٠ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١١٠٩ ، ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٣) .
وحكم بأن الشفيع لا يلزم بادخال البائع في الاستئناف اذا كان الاستئناف المرفوع منه لا يتناول حق الشفعة ذاته ، وانما يتناول فقط المبلغ الذي يجب عليه دفعه للمشتري كالحق للثمن .
فاذا أراد المشتري المجادلة في حق الشفعة ذاته كان عليه أن يدخل البائع في الدعوى ، لأن وجوده واجب في هذه الحالة ، والا كان استئناف المشتري الفرعى غير مقبول (استئناف مختلط ٧ نوفمبر ١٩٤٤ (٥٧ ص ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٧ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (٢١ ص ٨٨) .

(٤) استئناف مصر ٢ فبراير ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بنجيت بك وعبد العزيز غنيم بك

ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

الحق فيها . واذا لوحظ أن القانون المدني لم يكن — قبل صدور قانون الشفعة — يقضى باذخال البائع فى الدعوى ، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشتري فقط ، لزم عن ذلك القول بأن ادخال البائع فى دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، أى أنه شرط فى صحة استعماله ، بحيث اذا تخلف هذا الشرط سقط حق الشفعة . وحكمة ذلك هى أن طلب الشفعة هو طلب موجه فى الحقيقة الى البائع والمشتري فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معا ، لأن الشفع بموجب المادة ١٣ من قانون الشفعة يحل بالنسبة الى البائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات . وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشتري الى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشتري ولا يكون له أن يطالب بها الا الشفع الذى حل محله . وكما تكون حقوق البائع قبل الشفع لا قبل المشتري يكون كذلك ما عليه من الواجبات باعتباره بائعا للشفيع لا المشتري ، فيكون للبائع أن يطالب بالثمن ويكون عليه أن يضمن له المبيع . وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ولما كانت المادة ١٧ نصت على أن ميعاد الاستئناف فى دعاوى الشفعة ١٥ يوما من يوم اعلان الحكم ، وكان الاستئناف يعيد الدعوى الى حالتها الأولى ، فانه يجب عند استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا ، أن يعلن الى كل من المشتري والبائع فى ميعاد الاستئناف (١) .

(١) قض ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١٣١ سنة ١٤ القضائية .
وراجع استئناف مصر ٣ مارس ١٩٤٧ فى الاستئناف رقم ٧٢ سنة ٦٤ القضائية (دائرة محمد محمود باشا ومحمد عزى بك وعبد العزيز محمد بك) : انه وان صح تطبيق قواعد عدم التجزئة على دعوى الشفعة الا أنه يشترط ألا تففل فى هذا التطبيق قاعدة أخرى جوهرية مستمدة من النص الصريح الوارد فى المادة ١٥ من قانون الشفعة ، وهو يقضى بوجوب رفع الدعوى على البائع والمشتري فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الشفعة والا سقط الحق فيها . ولا يفى عن عدم اعلان أحدهما فى الميعاد ادخاله فى الدعوى بعد اقضائه . أى أن القواعد المتبعة فى أحوال عدم التجزئة لا تسرى فى هذه الحالة ، لأن الشارع سن فيها نصا آمرا صريحا لاسيلا للخروج عليه . ولا مناس من استبعاد القواعد الخاصة بعدم التجزئة . فى الاستئناف الذى يرفع من الشفع ، لأنه من القواعد الثابتة أن الاستئناف ينقل الدعوى فى حدوده الى المحكمة الاستئنافية بنفس الوضع الذى كانت عليه أمام المحكمة الابتدائية ، وعلى هذا لا يسوغ القول بأن وجوب رفع =

٣٤٦ مكررا - أثر رفع الاستئناف - يترتب على رفع الاستئناف

نقل موضوع النزاع برمته الى محكمة الاستئناف واعادة طرحه عليها مع أسانيدہ القانونية وأدلتہ الواقعية . ولذلك يكون للمستأنف عليه الذى صدر الحكم الابتدائى لمصلحته أن يتسك بكل الأسانيد القانونية التى أقام عليها دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، دون أن يكون مطالبا بأن يرفع استئنافا فرعيا . وذلك اذا كان قد حكم له بطلباته كلها ، اذ فى هذه الحالة تكون مصلحته فى رفع الاستئناف منعدمة . أما اذا كان لم يحكم له الا ببعض الطلبات فيكون هناك محل للاستئناف للمطالبة بما لم يحكم له به . ويجب فى هذا المقام أن يكون المحكوم برفضه طلبا بالمعنى الصحيح فى القانون « chef de demande » . فاذا كان المدعى قد أقام دعواه بالشفعة على أنه مالك بالشيوع ، وأن أرضه تجاوز العقار المشفوع فيه من جهتين ، وأن لها عليه حق ارتفاق ، فندبت المحكمة الابتدائية خيرا فى الدعوى لتحقيق هذه الأسباب ، ثم قضت للشفيع بطلباته استنادا على ما ظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار من الحدين ، وعند ما استأنف المشتري هذا الحكم أصر الشفيع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسبب الشفعة الآخرين ، وطلب تأييد الحكم المستأنف ، فمن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف ان الشفيع بعدم استئنافه الحكم فيما يتعلق بدينك السبين يكون قد انتهى الى التمسك بسبب الجوار فقط ، وتلتفت بناء على ذلك عن السبين الآخرين اللذين أصر عليهما أمامها ^(١) .

٣٤٧ - عدم قبول المعارضة فى الأخطاء الاستئنافية - قضت

= الدعوى على البائع والمشتري معا فى ميعاد معين مقصور حكمه على الدرجة الأولى دون الاستئناف ، فهذا النظر لا يتمشى مع روح التشريع فى قانون الشفعة ولا مع القواعد المعروفة فى علم المرافعات ، وهى تقضى بأنه فى الأحوال الاستئنافية التى يحتم القانون فيها اختصاص أشخاص مخصوصين ، كما فى حالة دعوى الاسترداد وما شاكلها ، يجب أن يوجه الاستئناف الى هؤلاء الأشخاص جميعا فى الميعاد القانوني ، والا كان غير مقبول شكلا . ولذلك جرى القضاء على تطبيق هذه القاعدة فى دعاوى الشفعة ، دون القاعدة المتبعة فى أحوال عدم التجزئة ، وهى التى تبيح ادخال باقى المحكوم لهم فى الاستئناف بعد فوات الميعاد بالنسبة اليهم ، متى رفع على أحدهم فى الميعاد .

(١) قض ٣٠ نوفمبر ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٣ رقم ٨ ص ١٧ .

المادة ١٦ من قانون الشفعة بأن دعاوى الشفعة تنظر على وجه الاستعجال ، وقضت المادة ١٧ بأن الأحكام الغيابية فيها لا تقبل المعارضة ، وأن ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما ، ويرى من المادتين المذكورتين ، كما يرى من مواد أخرى في القانون المذكور ، أن غرض الشارع أن يوجد استثناءات خاصة بدعاوى الشفعة تخالف القواعد العامة المذكورة بقانون المرافعات ، وذلك لضرورة تقصير أمد النزاع بين المتقاضين ، حتى لا تبقى مصالحهم معطلة وقتا طويلا ، وبناء عليه يكون عدم قبول المعارضة المذكورة في المادة ١٧ ساريا على الأحكام الاستثنائية كما هو سار على الأحكام الابتدائية على السواء ^(١) .

ولا تطبق المادة ١٧ — التي تمنع المعارضة في الأحكام الغيابية في الشفعة — على الأحكام التي تصدر في الدعاوى الخاصة بالثمن أو ببعض المشاكل التي تنشأ بين الشفيع والشفوع منه بخصوص تنفيذ الحكم الذي فصل قطعا في موضوع الملكية ، فإن هذه الأحكام تقبل المعارضة إذا صدرت غيابية ^(٢) .

٣٤٨ — طلبات جديدة في الاستئناف — لا يجوز أن تقدم في

الاستئناف طلبات جديدة غير الطلبات الأصلية وفقا للمادة ٣٦٨ من قانون المرافعات .

وقد حكم بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة الدرجة الأولى الشفعة في جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، فطلب كل العقار في المحكمة الاستئنافية يعد طلبا جديدا فيما زاد على الجزء المذكور ^(٣) .

(١) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ (دائرة أحمد موسى بك ومستر روبل وأحمد طام بك) المجموعة ٩ رقم ١١١ ص ٢٦١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٨ الاستقلال ٦ ص ١٨٣ المحاكم ٢٠ ص ٤٣٣٨ مرجع القضاء ١٢٨٥ .
استئناف مختلط ٣٠ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٠٤) ، ١٢ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ١٨١) .

دى هلنس نبذة ١٧٢ — فورجير ص ٣٢٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٨٣) .

(٣) وقد قررت محكمة الاستئناف أنه لا يسع المحكمة قبول مثل هذا الطلب ، ولو كانت تقدمت في الأصل الدعوى بطلب الكل وأبطلت المرافعة فيها ، لأنه متى بطلت المرافعة في دعوى انعدمت جميع نتائجها القانونية ولم يعد في الامكان الاحتجاج بها ولا اتخاذها أساسا لأي حق =

وبأنه لا يجوز لمدعى الشفعة ، بعد أن رفضت محكمة أول درجة دعواه ، أن يرتكن لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية على نص المادة ٤٦٢ من القانون المدني في طلب استرداد الحصة الشائعة المبيعة ، ليتحلل بهذه الوسيلة من قيود دعوى الشفعة ، لأن هذا يعتبر طلبا جديدا لا يجوز ابدائه لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (١) .

٣٤٩ — القانون الواجب تطبيقه — من المبادئ المقررة من حيث حق الاستئناف ومواعيده أن القانون الواجب العمل به هو القانون الجارى عليه العمل عند صدور الحكم ، لا الذى كان معمولاً به عند رفع الدعوى ، لأن حق الاستئناف لا يكتسب الا بعد النطق بالحكم . وقد صدرت جملة أحكام من محكمة الاستئناف مطبقة هذا المبدأ ، حيث قررت أن المواعيد الواجب مراعاتها في مسائل الشفعة لاستئناف حكم صادر بعد صيرورة القانون الجديد واجب التنفيذ ، ولو كانت الدعوى رفعت قبل ذلك ، انما هى المواعيد المقررة في القانون الجديد ، لا القوانين الواردة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية (٢) .

٣٥٠ — انقسام دعوى الشفعة — قضى بعض المحاكم بأن الحق الناشئ عن دعوى الشفعة قابل للانقسام ، واذن فلا ينتفع أحد الخصوم من الاستئناف

= الحقوق : ١٢ يناير ١٨٩٩ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دى هاتس ومستر كوغان)
الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ .

- (١) استئناف مصر ١٨ مايو ١٩٣٧ المجموعة ٣٨ رقم ١٩٢ .
- (٢) استئناف ١٦ مارس ١٩٠٢ (دائرة مستر بوند ويوسف شوقي بك ومستر دلبراغلو) الحقوق ١٧ ص ٨٢ رقم ٤١ .
- استئناف ٣٠ أبريل ١٩٠٢ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو دى هاتس ومستر ويلبور)
المجموعة ٥ ص ٦٢ .
- استئناف ٢٠ مايو ١٩٠٢ الاستقلال ٢ ص ٩ رقم ٢ .
- استئناف ٢٥ نوفمبر ١٩٠٢ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى)
الاستقلال ٢ ص ١٠ رقم ٣ الحقوق ١٧ ص ٢٦٣ .
- استئناف ٣٠ ديسمبر ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويال ومحمد صدق بك)
الحقوق ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٥ .

المرفوع قانونا من زملائه^(١) .

وقضى بعض آخر بأن دعوى الشفعة هي دعوى غير قابلة للانقسام ، بمعنى أن الحكم فيها يجب أن يكون واحدا بالنسبة الى البائع والمشتري ، فلا يصح أن يصدر فيها بالنسبة الى أحدهما حكم ثم يصدر فيها بالنسبة الى الآخر حكم ثان قد يتعارض مع الحكم الأول . ورتبت المحكمة على ذلك أنه وان يكن الأصل في باب الاستئناف أن آثار اعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون الا بالنسبة الى المعلن أو المعلن اليه من الخصوم دون سواهم ، فان هذا الأصل خاضع لاستثناءين يتحقق أحدهما في حالة عدم امكان التجزئة ، ويتحقق الثاني في حالة التضامن ، ففي كل من هاتين الحالتين اذا رفع الاستئناف في الميعاد بالنسبة الى واحد من المحكوم عليهم صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقيون الا بعد الميعاد القانوني . وعلى ذلك وجب أن لا يعاب على المستأنف في دعوى الشفعة (وهي دعوى غير قابلة للتجزئة بين البائع والمشتري) أن يكون قد فاته أن يعلن البائع في الميعاد القانوني ، مادام قد أعلن المشتري في الميعاد المذكور^(٢) .

وواقعة الحال في الدعوى أن الحكم الابتدائي أعلن من جانب المشتري الى الشفيع في ٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٣ ، وقد كان قبل ذلك أعلن صحيفة الاستئناف الى المرفوع منه اليه في ٢٤ من أغسطس سنة ١٩٤٣ ، ولم يعلن الاستئناف الى البائع الا في ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٤٣ .

(١) استئناف ٣٠ ديسمبر ١٩٠٧ المتقدم ، الحقوق ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٥ .

الا في حالة التضامن وحالة عدم التجزئة .

راجع استئناف مصر ١٣ مايو ١٩٤٥ (دائرة أحمد مختار بنجيت بك وأحمد حسني بك وعبد السلام النحاس بك) في الدعوى رقم ٣٦٨ سنة ٦٢ القضائية . وقد جاء فيه : بما أنه ظاهر من الأوراق أن المحكوم لهم قد رفعوا دعواهم على المستأنفين يطلبون فيها أحقيتهم للأخذ بالشفعة في ١٤ ف و ٣٠ شيوعا في ١٤ ف و ١٥ ط ، وقد قضى لهم بذلك ، فالدعوى على هذا الوجه غير قابلة للتجزئة طبقا للمادة ١١ من قانون الشفعة ، وما دام الحكم الصادر فيها قد استؤنف بالنسبة الى بعض الشفعاء في الميعاد القانوني فان هذا الاستئناف يعتبر ساريا بالنسبة الى من حصل الاستئناف ضدهم بعد الميعاد القانوني .

(٢) استئناف مصر ٢ فبراير ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بنجيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

وقد قررت محكمة النقض والابرار^(١) في الطعن المرفوع أمامها عن هذا الحكم أنه « لما كان الاستئناف يعيد الدعوى الى حالتها الأولى فإنه يجب عند استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا، أن يعلن الى كل من المشتري والبائع في ميعاد الاستئناف الذي يفتحه أحدهما باعلان الحكم . فاذا كان الحكم قد أعلن من المشتري ولم يعلن الشفيع البائع مع المشتري في الميعاد القانوني فلا يقبل استئنافه . ولا وجه للقول بأن ميعاد الاستئناف يظل مفتوحا بالنسبة الى البائع ، حتى اذا كان البائع أعلن الشفيع بعد الاعلان الموجه اليه من المشتري فان ميعاد الاستئناف يبدأ من الاعلان الأول، اذ أنه في الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة اذا أعلن الحكم كل ذوى الشأن الذين كسبوا الدعوى الى المحكوم عليه ، وكانت اعلاناتهم في تواريخ مختلفة ، فان ميعاد الاستئناف يبدأ من أول اعلان . على أنه مادام القانون قد حتم اختصاص أفراد مخصوصين في الدعوى في الميعاد المعين لها ، فإنه يكون واجبا على الشفيع اختصاصهم في الميعاد المذكور والا كانت دعواه غير مقبولة . والحال كذلك في الاستئناف . ولا يفيض من ذلك ما تعرض له الحكم للطعون فيه في شأن قاعدة نسبية الآثار المترتبة على اجراءات المرافعات ، فإنه وان كانت آثار اعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون الا بالنسبة الى المعلن والمعلن اليه من الخصوم في الدعوى عند تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم على السواء فيما عدا حالتى التضامن وعدم امكان التجزئة فالحال هنا يختلف ، مادام القانون يستوجب اختصاص المشتري والبائع معا في دعوى الشفعة في الميعاد المعين لها .

٣٥٠ مكررا — اختصاص البائع والمشتري في الطعن بالنقض —

قررت محكمة النقض والابرار^(٢) « أن القانون قد أوجب على الشفيع اختصاص المشتري والبائع كليهما معا في دعوى الشفعة ، والا كانت غير مقبولة . وقد قررت هذه المحكمة أن هذا الحكم يسرى على الدعوى في درجتى التقاضى

(١) قض ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥ في الطعن رقم ١٣١ سنة ١٤ القضائية .

(٢) قض ٦ يونيه ١٩٤٦ في الطعن رقم ١٢٣ سنة ١٥ القضائية .

الابتدائية والاستثنائية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له فإن اختصاص كلا المشتري والبائع في الطعن يكون واجبا كذلك . وانه وان كان قد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون الصادر بانشاء محكمة النقض أن لرافع النقض الحرية في تعيين الخصوم الذين يريد ادخالهم في الدعوى دون الزامه باعلان الطعن الى جميع الخصوم في الحكم المطعون فيه — فان هذا لا يمكن أن يفيد أنه في دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزما باختصاص من لا تقبل الدعوى الا باختصاصه ، بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصاص من يجب قانونا اختصاصه في الدعوى يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهيمه نقض الحكم في حقه .

٣٥١ — الحكم — نصت المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن :

« Le jugement qui fait définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur ; il devra être transcrit d'office » .

« الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » .

وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ :

« ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها » ^(١) . ولكن بعد صدور القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى أصبح التسجيل يتم بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم (المادة ٢٠ منه) ، وقد نص فيه على أن التسجيل يحصل بمكاتب الشهر التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها (المادة ٥) ، كما نص فى المادة ٦٠ منه على إلغاء كل نص يخالف أحكامه . ولذلك تعتبر المادة ١٨ من قانون الشفعة معدلة بمقتضاه ، ويترتب على هذا وجوب قيام المحكوم له بالشفعة باجراءات التسجيل ، كما أن الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ من قانون الشفعة أصبحت ملغاة لأنها تخالف

أحكام ذلك القانون^(١) .

٣٥٢ — ومن يحكم برفض شفعته لا تجوز مطالبته بتعويض ، لأنه إنما استعمل حقا خوله إياه القانون^(٢) .

٣٥٣ — الحكم على الشفيع بمصروفات الدعوى لعدم عرصة جميع الثمن — للقاضي أن يلزم الشفيع بجميع مصروفات الدعوى إذا رأى أنه لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا من الثمن وحجز باقيه بدون حق^(٣) .

شفعة الصبي

٣٥٤ — لولى الصبي أو وصيه أن يأخذ له بالشفعة^(٤) ، بشرط أن لا يكون فيها غبن فاحش^(٥) . فإن لم يطلبها الولي أو الوصي وبلغ الصبي فلا شفعة له بعد البلوغ^(٦) . فإن لم يكن للصبي ولي ولا وصي ينصب له القاضي قيدا ليأخذ له بالشفعة ، فإن لم ينصب له قيدا فإنه يبقى على شفعته حتى يبلغ فيأخذها ، ولو مضى على بيع العقار المشفوع سنون^(٧) .

وقال الامام محمد إذا لم يطلب الولي أو الوصي الشفعة أو سلمهاها ، وكان البيع بمثل القيمة أو أقل ، فلا يبطل حق الصبي في الأخذ بالشفعة ، لأن من له الولاية أو

(١) يقابل المادة ١٨ من قانون الشفعة في مشروع القانون المدني الجديد المادة ١٠١٥ . وهذا نصها : « الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع . وذلك دون إخلال بالفواعل المتعلقة بالتسجيل » .

(٢) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (٦ ص ٣٣٢) .

(٣) استئناف مصر ٢٣ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد مصطفى بك وشاكر أحمد بك والقاضي المنتدب محمد نور بك) المجلة ٦ رقم ٤٣٧ ص ٧١٥ الجدول العشري الأول للمعاملة رقم ١٠٥٩ مرجع القضاء ٤٧٢٦ . وقد جاء في أسبابه : « حيث أن المستأنف لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا فقط من الثمن وحجز باقي الثمن بدون حق ، وهو المخصص لدفع ديون الرهن ، وقد أثبتت المحكمة الابتدائية في حكمها أن المستأنف مهمل في عدم استيفاء إجراءات الشفعة بعرض جميع الثمن ، وألزمته بالإيداع في خزانة المحكمة والا سقط حقه في الشفعة ، ومن ثم يكون المستأنف ملزما بالمصاريف » .

(٤) مرشد الحيران المادة ١٢١ .

(٥) شرح مرشد الحيران ص ١٠٥ .

(٦) المجلة المادة ١٠٣٥ .

(٧) مرشد الحيران المادة ١٢١ ر .

الوصاية قد فوت حقاً للصغير بالاهمال ، والشرع لا يفوته حرصاً منه على حق الصبي ^(١) .
ولو باع الأب داره وولده الصغير شفيعها كان للصبي أن يأخذها بالشفعة اذا
بلغ ، اذ ليس للوالد أن يطلب الشفعة لولده لأنه بائع .

ولو اشترى الأب داراً لنفسه وولده الصغير شفيعها ليس للصبي اذا بلغ أن
يأخذها بالشفعة ، لأن الأب كان متمكناً من أخذها بالشفعة لكون الشراء
لا ينافي الأخذ بالشفعة ، بخلاف ما لو باع الأب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيعها ،
فلم يطلب الأب الشفعة للصغير ، لا تبطل شفעתه ، لأن الأب هنا لا يتمكن من
الأخذ بالشفعة لكونه بائعاً وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلاً ^(٢) .

وجاء في الغني : واذا باع وصي الأيتام ، فباع لأحدهم نصيباً في شركة آخر ،
كان له الأخذ للآخر بالشفعة ، لأنه كالشراء له ، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع
عليه لم يكن له الأخذ ، لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من
مال يتيمة . ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ
فيها ، لأن التهمة منتفية ، فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه ، لكون المشتري لا يوافق ،
ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم فانه
يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به ، فاذا رفع الأمر الى الحاكم فباع عليه فللوصي
الأخذ حينئذ لعدم التهمة . وإن كان مكان الوصي أب ، فباع شقص الصبي فله
أن يأخذ بالشفعة ، لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة . وإن بيع
شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة ، لأنه لا يمكن تملكه
بغير الوصية . واذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر ^(٣) .

وقد حكم بأنه لا يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة الا بوصيه . واذا كان
الوصي هو البائع لزم أن يعين قاضي الأحوال الشخصية وصياً آخر يطلبها له ^(٤) .

(١) شرح مرشد الحيران ص ١٠٨ و ١٠٩ .

(٢) الحانية — سليم باز على المادة ١٠٣٥ من المجلة .

(٣) الغني ٥ ص ٤٩٧ — ٤٩٨ .

(٤) طنطا الابتدائية ١٩ ديسمبر ١٩٠٦ (دائرة حسن حسني بك ومستر ويكمان لوج
والقاضي أحمد زكي أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١٦ ص ٣١ القهرست العشرية الأولى
للمجموعة رقم ٨٥١ الحقوق ٢٢ ص ٥٩ المحاكم ١٨ ص ٣٨٣٢ مرجع القضاء ١٢٧٦ .

ويتعين على الوصى ، قبل المطالبة بالشفعة ، أن يحصل على إذن في ذلك من المجلس الحسبي^(١) .

مسقطات الشفعة

٣٥٥ — أهم الأسباب التي يسقط بها حق الشفعة هي الآتية :
أولا — التنازل .

ثانيا — عدم اظهار الرغبة في الميعاد .

ثالثا — عدم رفع الدعوى في الميعاد .

رابعا — مضي ستة أشهر من تسجيل البيع .

خامسا — بطلان البيع .

سادسا — مضي المدة الطويلة .

سابعا — زوال أحد شروط الشفعة^(٢) .

(١) استئناف مخطوط ٩ يناير ١٩٤٥ (٥٧ من ٣٦) .

(٢) راجع استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ (دائرة حسن عبد الرحمن بك وزكى خير الأبو تيجى بك وعبد الرحمن رشدى بك) فى الدعوى رقم ٨٥٤ سنة ٦٢ ق : ان قانون الشفعة ذكر المسقطات لحق الشفعة على سبيل الحصر فى المواد ١٩ و ٢١ و ٢٢ ، ولم يرد من بينها سقوط الحق لعدم توافر الثمن كله لدى الشفيع بعد اظهار الرغبة أو أثناء نظر دعوى الشفعة ، ولا تسقط الحقوق بدون نص صريح يقضى بسقوطها . والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة يقضى بعدم تكليف الشفيع احضار الثمن قبل القضاء له بالشفعة . وتطبيقا لما تقدم لا نسمع دعوى المشفوع ضده بسقوط حق الشفيع لأنه لم يوجد لديه الثمن عند اظهار الرغبة فى الأخذ بالشفعة وبعد رفع الدعوى ، ولا يسمع منه القول بأنه احتال برفع الدعوى والاطالة فى الخصومة لمد الأجل المقرر حتى يحصل على الثمن ، لأن القانون لم يلزمه بدفع الثمن ، ولم يعين أجلا لذلك . وبكس ذلك قد بان أن الشفيع كان جادا فى دعواه ولم يرفع الدعوى احتيالا للمتاجرة بالشفعة أو للمطالبة فى الخصومة ، اذ باع أرضه فى بدء السير فى دعوى الشفعة ثم أودع جميع الثمن والملحقات قبل صدور الحكم التمهيدى بالأحالة الى التحقيق .

وفى طعن أمام محكمة النقض والابرام عاب الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه خالف القانون ، اذ قضى برفض ما دفع به الدعوى من أن الشفيع معسر غير أهل للشفعة ، مؤسسا هذا الرفض على أن الطاعن لم يثبت الاعسار الذى ادعاه ، فى حين أن ادعاء الاعسار ليس الا انكارا للثراء ، والقاعدة أن النكر لا يكلف باثبات . فردت محكمة النقض على ذلك بأن المنكر المعنى من الاثبات هو من ينكر الدعوى انكارا مجردا ، فلا يجيب عنها بغير الانكار . أما من أجاب عن الدعوى بدفعها فانه بذلك يصير مدعيا مطالبا بأن يقيم الدليل على ما يدعيه . وعلى ذلك يكون الدفع باعسار الشفيع ادعاء من المشتري وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه . وبما أن الاعسار =

أولا — التنازل

٣٥٦ — في الشريعة الإسلامية — يشترط عدم رضا الشفيع بالبيع وحكمه ، فإن رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له . والرضا قد يكون صريحا ، وقد يكون دلالة . والدلالة نحو أن يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها ، بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها ، فلا شفعة له ، لأن بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه ، وهو الملك للمشتري ^(١) .

٣٥٧ — في القانون المدني — كانت المادة ٩٨/٧٢ من القانون المدني تجيز التنازل أيضا ، اذ جاء فيها : « يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري » ^(٢) .

ويلاحظ أن هذه المادة لم تنص الا على التنازل الحاصل من الشركاء ، ولكن ذلك لم يمنع المحاكم من مراعاته أيضا بالنسبة الى الجار . فقد قررت محكمة أسيوط الابتدائية ^(٣) أن المادة ٧٢ تقضى بأن حق الشفعة يسقط اذا وقع من

= هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نقي مطلق يتعذر اثباته بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الاثبات أنه اذا كانت الواقعة المدعاة سلمية وكانت منضبطة التي كان على مدعيها اثبات عكسها متى أمكن تحويلها الى قضية موجبة ، فإن لم يكن ذلك ممكنا أو كانت الواقعة المدعاة غير منضبطة التي فإن مدعيها يعتبر عاجزا عن اثبات دعواه . وعلى ذلك لاختلاف اقواعد الاثبات فيما أخذه الحكم المطعون فيه على الطاعن اذ اعتبره عاجزا عن اثبات اعسار الشفيع ما دام الطاعن لم يقدم دليلا على هذا الاعسار (نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ في الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ القضائية) .

(١) البدائع ٥ ص ١٥ .

وقد جاء في المادة ١٠٢٤ من المجلة : يشترط ألا يكون الشفيع رضى صراحة أو دلالة بعقد البيع الواقع . فاذا سمع بعقد البيع ، وقال هو مناسب ، سقط حق شفيعته ، وليس له طلب الشفعة بعد ذلك ، وكذا اذا طالب بعد سماعه بالبيع شراء العقار المشفوع أو استجاره من المشتري سقط حق شفيعته ، وكذلك اذا كان وكिला للبايع فليس له حق الشفعة في العقار الذي باعه بوكالته .

(٢) استئناف أهلى ٢ يناير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيف بك ومستر كامرون ويحيى ابراهيم بك) القضا ٣ ص ٢٣٠ .

(٣) أسيوط الابتدائية حكم استئنافى ٤ أكتوبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد حلمى بك والقاضى نعمان عمران والقاضى محمد زكى) القضا ٦ ص ١٧٢ .

الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري ، وهذه الأحوال تجب مراعاتها أيضا في حق الجار ، بحيث انه لو وقع منه أمر أو عقد يستدل منه على أنه قبل ملكية المشتري للعقار المشفوع منه يسقط حقه في الشفعة بلا شك ، لأن ما جوزه القانون بالنسبة الى الشريك يجوز بالنسبة الى الجار ، اذ حقهما يترتب على أمر واحد ، وهو حق الأخذ بالشفعة .

وقررت محكمة الاستئناف ^(١) أن حق الشفعة حق وارد على غير القياس ، فلا يتوسع فيه التوسع المطلق في الحقوق الواردة على القياس ، وقد جرى على هذه القاعدة أئمة الشريعة الاسلامية الغراء ، حيث قرروا سقوط حق الشفعة بمجرد حصول أمور لم يجعلوها سببا لسقوط حقوق أخرى من التي وردت على سنن القياس ، وأن علماء القانون أجمعوا على أن الأمور التي يؤخذ منها التنازل الضمني لاتقع تحت حصر أو قاعدة ، بل هي موكولة لرأي القضاة وذمهم ^(٢) .

٣٥٨ — قانونه الشفعة — نصت على التنازل الفقرة الأولى من المادة

١٩ من قانون الشفعة ونصها : « يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية :

« 1° S'il y a eu renonciation expresse ou tacite.

La renonciation tacite résulte de tout acte impliquant que le préempteur a reconnu l'acquéreur comme propriétaire définitif de l'immeuble vendu » .

أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا . ويستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفة مالك العقار .^(٣) « هاتيا » .

(١) ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيف بك وكوربت بك والفاضى سعد زغلول) الحقوق ١٠ ص ١٨٥ .

(٢) راجع أيضا استئناف أهلى (دائرة أحمد عفيف بك وحامد محمود بك ومستر ساتو) ٢ مايو ١٩٠١ المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ .

(٣) راجع استئناف ٨ ديسمبر ١٩٣١ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سائى بك وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ مرجع القضاء ٤٧٤٩ : يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة اذا ثبت أنه عندما علم بالشراء أظهر رغبته في عدم الأخذ بالشفعة ، أو بعبارة أخرى تنازل عن حقه فيها ، وأنه مارفع الدعوى بهذا هذا التنازل الا لفائدة شخص آخر أراد أن يجعله سبيلا لتلك العقار المشفوع .

و يؤخذ من لفظ « نهائيا » الوارد بالمادة أن التنازل يجب أن يكون قطعيا ، لا معلقا على شرط .

٣٥٩ — التنازل الصريح — التنازل الصريح ، كما جاء في بدائع الصنائع ، هو نحو أن يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك ، لأن الشفعة خالص حقه ، فيملك التصرف فيها استيفاء واسقاطا ، سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع ، لأن هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوى فيه العلم والجهل ، كالإبراء عن الحقوق ، بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه ثمة الا العلم ^(١) . وإنما كان كذلك لأن السقوط في الحالة الأولى بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف في نفس الحق ، فيستدعى ثبوت الحق لا غير . والسقوط في الحالة الثانية ، أى بطريق الدلالة ، وهى دلالة الرضا ، لا بالتصرف في محل الحق ، بل في محل آخر ، والتصرف في محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع ، إذ الرضا بالشيء بدون العلم به محال ^(٢) .

ويحصل التنازل الصريح في أى وقت لغاية يوم الحكم ^(٣) .

= المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٧٨ • مرجع القضاء ٤٧٧٤ : الشريك الذى يطلب الشفعة في حصة شائعة بيعت على التحديد ، ليس ملزما أن يذكر في ائذار الشفعة الحدود الواردة بعقد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصلية للعين المشتركة ، لأنه اذا فعل ذلك فقد يؤخذ عليه هذا الأمر كإقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه في الشفعة .

نقض ١٥ فبراير ١٩٤٥ في الطعن رقم ٦٦ سنة ١٤ القضاية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠٨ : لا يعتبر الشفيع متنازلا عن حقه في الشفعة الا اذا 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 اجارتها وتعهده له بتسليمها الى المشتري ولم يبادر الى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصروفات التسجيل وغيرها ، فان القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لابتداء رغبته ، ففى أبدأها في هذا الميعاد فلا يصح أن يؤخذ بعدم ابتدائها بعد العلم بالببيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل . راجع أيضا نبرة ٢٨٤ فقد أشير فيها أيضا الى بعض ما قرره هذا الحكم .

(١) البدائع ٥ ص ١٩ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢١ .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٩٧ .

٣٦٠ — التنازل الضمني — من الأمور التي يؤخذ منها التنازل دلالة

استئجار الشفع ، من المشتري ، العقار المبيع ، ودفع قيمة الايجار للمشتري ان كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع^(١) ، والاتفاق على حقوق ارتفاع أو على قسمة العقار قسمة زراعية ان كان مشتركا^(٢) .

كذلك التنازل عن الشفعة للغير ، لأن حق الشفعة من الحقوق الشخصية التي لا يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها لغيره ، بل التنازل عنها يعد اسقاطا لها ، وقد قرر هذا المبدأ فقهاء القوانين الفرنسية في حق الاسترداد الوراثي المقرر بالمادة ٨٤١^(٣)

(١) فتحي زغلول باشا ص ٩٧ — استئناف أهلى ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة الحمد عفيفي بك وحامد محمود بك ومستتر ساتو) المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦١ — استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٧) .
(٢) فتحي زغلول باشا ص ٩٧ — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر ١٨٩٥ (٨ ص ١٦) ، ٦ أبريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٨٢) .

(٣) استئناف ٢ مايو ١٩٠١ المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ المتقدم .
استئناف مصر الأهلية ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة كامل ابراهيم بك ونحمود سبلى بك وعلام محمد بك) المحاماة ١٠ رقم ٢١٣ ص ٤٣٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٢٨ : اذا قبض البائع باقى الثمن من الشفع ، وتنازل له عن حق امتيازته على العين المبيعة ، فلا يعتبر هذا وحده عدولا من الشفع عن المطالبة بحق الشفعة ، اذ الأصل أن الشفع ليس له أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري الا برضاء البائع نفسه ، وحلول الشفع محل البائع فى باقى ثمن الصفقة قد يدل على تمسكه بالشفعة .

راجع البدائع ٥ ص ٢١ : أما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو أن يوجد من الشفع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له ، لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا ، فيبطل بدلالة الرضا أيضا ، وذلك نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر... لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل . وكذا اذا ساوم الشفع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه اياها أو استأجرها الشفع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة ، وذلك كله بعد علمه بالشراء ، لأن ذلك كله دليل الرضا . أما المساومة فلائها طلب تمليك بمقد جديد وانه دليل الرضا بملك التملك . وكذا التولية لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك التملك . وأما الاستئجار والأخذ بمعاملة أو مزارعة فلائها تقرير لملك المشتري ، فكانت دليل الرضا بملكه .

ومرشد الحيران المادة ١٤٢ : اذا اشترى الشفع العقار المشفوع من المشتري سقطت شفעתه ، واذا سقطت شفעתه فلمن دونه أو مثله فى الدرجة من الشفعاء أن يأخذها بالعقد .
والمادة ١٤٣ : اذا استأجر الشفع المبيع أو ساومه يباع أو اجارة أو طلب من المشتري يباع له تولية أى بمثل الثمن الأول سقطت شفעתه .

٣٦١ — اثبات التنازل — نصت المادة ٢٠ على أنه :

« Le fait de la renonciation tacite au droit de préemption, de même que le fait de la connaissance de la vente, pourront être prouvés par tous les moyens légaux et même par témoins » .

« يجوز اثبات التنازل الضمني عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة في القانون بما فيها الاثبات بالبينة » ^(١) .

وانه وان كان جائزا اثبات التنازل دلالة بالبينة فانه لا يجوز اثبات التنازل الصريح بها ان كانت القيمة تزيد على ألف قرش ^(٢) .

٣٦٢ — التنازل عن الشفعة بعد طابرها ^(٣) : يجوز للشفيع بعد أن يطلب العين المبعة بالشفعة أن يتنازل عنها ^(٤) .

وقد حكم بأنه اذا استعمل الشفيع حقه ، ثم عدل فتنازل عنه ، فلا يترتب على ذلك حق للمشفوع منه في مطالبة الشفيع بالتعويض ، مادام الأخير انما استعمل حقه في حدود القانون ، فلم يسرف في استعماله ولم يفرط فيه ، ومادام لم يصب المشفوع منه ضرر ما من قبل الشفيع ، وحتى اذا كانت الأثمان قد هبطت فلا يلزم بتعويض ، لأن هبوط أسعار الأراضي ليس من فعل الأخير ^(٥) .

(١) استئناف مختلط أول فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٠٥) ، ١٦ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) ، ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) ، ١٤ يونيو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) .

(٢) استئناف أهلى ٧ مايو ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك والقاضى قاسم أمين ومستر بوند) الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ . وسبب هذا التمييز واضح ، لأنه في حالة ما يكون القصد اثبات تنازل صريح فلا شيء يمنع الخصوم من الحصول على كتابة تثبت هذا الاتفاق ، أما الأعمال التي تكون صدرت من أحد الخصوم فهذه ظاهر أنه لا يمكنه تكليف أحد بأخذ كتابة عليها لأنه يكون الزاماً بأمر فوق الطاقة .

استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) الاستقلال ٤ رقم ٤٧١ ص ٥٤٨ . (٣) راجع نبذة ٣٦٩ .

(٤) وجاء في المادة ١٣٧ من مرشد الحيران : اذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة وتركه قبل الحكم سقط حقه ، ولاشفعاء الآخر أن يأخذوا العقار المبيع ان طلبوا الشفعة بشروطها . وان أسقط حقه بعد الحكم له فلا يسقط ولا يكون لأحد حق فيه .

(٥) بنى سويف الابتدائية أول مارس ١٩٢١ (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومراد كامل وحسن عبد الرحمن) المحاماة ٢ رقم ٩١ ص ٢٨٤ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٢٦ .

٣٦٣ — طلب الشفعة بعد التنازل عنها — يتجدد حق الشفعة ، ويمكن

استعماله عند كل انتقال للملكية ، فإذا تنازل شفيع عن حق شفعته فهذا التنازل لا يحتج به عليه إذا ما انتقلت الملكية لمالك جديد ، فانه يجوز له في هذه الحالة أن يطالب بالشفعة ، إذ أن تنازله لم يكن الا بالنسبة الى المالك السابق ^(١) .

٣٦٤ — التنازل عن الشفعة مقابل تعويض — هل يجوز التنازل

عن حق الشفعة مقابل تعويض ؟ نذكر أولا حكم الشريعة الغراء ، ثم نأتي بحكم القانون .

٣٦٥ — في الشريعة الاسلامية — لوصالح الشفيع المشتري على أن يترك

شفعته بمال يأخذه من المشتري لم يجز الصلح ، ولم يثبت العوض ، وبطل حق

= استئناف أهلى ٢٨ فبراير ١٩٢٢ (دائرة مستر مارشال وعطية حسنى بك ومحمد حلمى عيسى بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٥ س ٣٢٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٧ مرجع القضاء ١٣٣٧ .

راجع ما تقدم نبذة ٣٠٩ .

(١) استئناف مختلط ٣ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠١) المجموعة الرسمية المختلطة

٢٦ ص ١٢٥ .

استئناف مصر ٣١ يناير ١٩٤٠ (دائرة منصور اسماعيل بك وأحمد على علوبة بك وأحمد كامل بك) المحاماة ٢٠ ص ٩٤٧ رقم ٣٩٣ : اذا تنازل جاز له حق الشفعة عن حقه هذا قبل مشتري فان هذا لا يعد تنازلا منه عن حقه قبل كل مشتري لاحق الى ما شاء الله ، لأن التنازل في هذه الحالة هو تنازل عن حق شخصي ليست له صفة الحق العيني الذى يلزم العين المبيعة أبدا . وظروف الشفيع تختلف في الأزمنة المختلفة ، كما أن أحوال المشتريين تختلف ، وان قيل ان هذا التنازل له صفة الحق العيني لا يلزم به كل مشتري لاحق من الشفيع أيضا ، وهذا لا يمكن القول به . ومن القياس من باب أولى أنه من المقرر قضاء أن الحق لا يتنازل عنه الانسان الا اذا كان موجودا ، وبما أن حق الشفعة لا وجود له الا بعد حصول البيع ، فكل تنازل عن الأخذ بالشفعة قبل البيع لا يحرم التنازل من حقه في طلب الشفعة وان عرض العقار المشفوع على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلا عن حقه في الشفعة بعد البيع لاغير ، ومن المقرر شرعا أنه لا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لأنه اسقاط الحق واسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال .

استئناف مصر ١٣ يناير ١٩٤٦ (دائرة أحمد مختار نجيت بك وأحمد حسنى بك وعبد السلام النحاس بك) في الاستئناف رقم ١١٤٢ سنة ٦٢ القضائية : ان حق الشفعة يتجدد عند كل انتقال للملكية ، ولا يعتبر عدم استعمال الحق في البيع السابق تنازلا بالنسبة الى البيع اللاحق ، بل هو مقصور على البيع السابق لا يمكن أن يعمد أثره الى مصدر حق لم ينشأ بعد .

الشفعة.. أما بطلان الصلح فلا يندم ثبوت الحق في المحل ، لأن الثابت للشفيع حق التملك ، وأنه عبارة عن ولاية التملك ، وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه ، فبطل الصلح ، ولم يجب العوض ، ولو أخذ المال فعليه رده .
وأما بطلان حق الشفيع فلا أنه أسقطه بالصلح ، فالصلح وإن لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح ، لأن صحته لا تقف على العوض ، بل هوشىء من الأموال لا يصلح عوضا عنه ، فالتحق ذكر العوض بالعدم ، فصار كأنه سلم بلا عوض^(١) .
وهذا هو رأى الحنفية .

وعند الحنابلة : قال القاضى لا تسقط الشفعة ، لأنه لم يرض باسقاطها ، وإنما رضى بالمعاوضة عنها ، ولم تثبت المعاوضة ، فبقيت الشفعة . ولا ينقدامة أنه رضى بتركها وطلب عوضها ، فيثبت الترك المضى به ، ولم يثبت العوض ، كما لو قال بغيري فلم يبيعه ، ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها ، فمع طلب عوضها أولى .
ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

وقال مالك إن صالحه عنها بعوض يصح ، لأنه عوض عن إزالة ملك ، فجاز أخذ العوض عنه^(٢) .

٣٦٦ - فى القانونه - لا يوجد فى القانون ما يمنع ترك حق الشفعة مقابل تعويض . فالمشتري الذى يكون دفع الى الشفيع مبلغا من النقود لهذا الغرض لا يقبل منه فيما بعد طلب رده بناء على أنه دفع بغير سبب . وأنه وإن كان رأى الحنفية فى الشريعة الاسلامية وجوب الرد ، فإن مذهب الامام مالك يجوز التنازل بالعوض ، ولا يرد العوض ، بل يكون ملك الشفيع . وبما أن الشفعة حق مقرر قانونا للشفيع فنرى الأخذ بمذهب الامام مالك لموافقته للقانون .
وقد أخذت المحاكم بهذا رأى^(٣) .

٣٦٧ - التنازل عن الشفعة قبل البيع - من المقرر أن الحق لا يتنازل

(١) البدائع ٥ ص ٢١ .

(٢) المفتى ٥ ص ٤٨٢ .

(٣) قنا الجزئية ٢٤ يونيه ١٩٠١ (القاضى أحمد عابدين) الاستقلال ٢ رقم ٧ ص ١١

الحقوق ١٧ ص ٢٦٨ رقم ١٣٤ المحاكم ١٣ ص ٢٨٤٤ مرجع القضاء ١٣١٣ .

عنه الانسان الا اذا كان موجودا ، وبما أن حق الشفعة لا وجود له الا بعد حصول البيع^(١) ، فكل تنازل عن الأخذ بالشفعة قبل البيع لا يحرم التنازل من حقه في طلب الشفعة^(٢) .

أعرب زيد لعمره وبكر عن رغبته في بيع عقار لها الحق في أخذه بالشفعة ، فرفضاً شراؤه ، فلما باعه لشخص ثالث قاما يطالبان بأخذه بالشفعة ، فتمسك زيد برفضهما الأول ، وأراد أن يمنعهما من ذلك ، فحكمت محكمة منفلوط بأنه ليس للرفض الحاصل قبل البيع تأثير في استعمال حق الشفعة اذا آن أوانه ، لأنه لم يوجد

- (١) استئناف أهلى ١٧ نوفمبر ١٩٢١ (دائرة أبو بكر يحيى باشا ومستر هل وحلى عيسى بك) المجموعة ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ مرجع القضاء ١٣١٨ .
(٢) الفشن الجزئية ٩ يونيه ١٩٣٠ (القاضى عارف محمد) المحاماة ١١ رقم ٤٩٢ ص ٩٨٠ مرجع القضاء ٤٧٧١ .

عكس هذا رأى : ذهني بك في كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٦٧ ، حيث يقول « وأما تمليق بقاء حق الشفعة على اعتبار أن التنازل عن حق لا يصح الا عند وجود هذا الحق بالفعل والواقع فهذا لا تفره . وما الحكم حينئذ فى التنازل الصريح الذى يؤخذ على الشفيع قبل ظهور حق الشفعة ، كما يحصل عادة فى الشركات التى تشتري الأراضى وتقسّمها قطعاً وتبيعها كذلك بالتقسيت أو بغير التقسيت ، ثم تشتري على كل مشتر أنه لا يطالب بالشفعة فى الأرض المجاورة له ، وأنه يتنازل وقت شرائه عن المطالبة بالشفعة فى القطعة التى تباع فيما بعد وتكون مجاورة له ؟ فهل مثل هذا الشرط صحيح أم باطل ؟ لانرى محلاً للقول ببطالان الشرط وعدم صحته ، بل نقول بصحته . نعم ولو أن حق الشفعة لم يظهر وقت الاشتراط بعدم التمسك به ، ولم يكن التنازل عنه حاصلًا وقت وجود الحق بالذات ، لأنه لا يوجد قانوناً الا بالبيع ، الا أنا لا نرى ما يمنع التنازل عن حق سيظهر فيما بعد ، بينما أركان الحق ظاهرة بحيث لا تخفى على الشفيع ، اذ يرى العقار الذى سيكون مشفوعاً ، ويرى شروط الشفعة لديه من جوار أو حق ارتفاق وغير ذلك ، وانما الذى ينقص فقط هو البيع ، أى العملية القانونية التى تنصب على العقار المشفوع . وهل فى بيان أركان الشفعة هذه ووضوحها لدى الشفيع ، مع عدم حصول البيع فقط ، تجهيل على الشفيع حتى يقال بأن تنازله صادم حقاً مجهولاً لا يعرف له حد ولا قدر ؟ نظن لا . ونرى القول بصحة الشراء ، وأنه لو قيل العكس لتعطلت أعمال هذا النوع من الشركات الذى ذكرناه ، فلا يقبل الناس على شراء قطع الأراضى خوفاً من شفعة الشفعة . وفى ذلك ما يحول دون ترويج نقل الملكية فى العقارات من يد الى أخرى » .

عكس ذلك أيضاً مشروع القانون المدنى الجديد ، فقد نص فى المادة ١٠١٩ منه على سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة اذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة صراحة أو ضمناً ولو قبل البيع . وقد أجاز المشروع التنازل مقدماً عن الشفعة حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء .

الابعد بيع العقار ^(١) .

كذلك قررت محكمة الاستئناف أن عرض العقار المشفوع على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله مشتراه لا يعد تنازلا عن حقه في الشفعة بعد البيع ^(٢) .

والأحكام المتقدمة مطابقة للشريعة الاسلامية ، فقد جاء في البدائع ^(٣) : ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع ، لأنه اسقاط الحق ، واسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال .

٣٦٨ — المساومة في الشراء — لا تعتبر المساومة في الشراء تنازلا عن

حق طاب الشفعة اذا بيعت العين لغير المساوم ، لأن حق الشفعة الذي هو نزع ملك المشتري جبرا عنه لا يولد قبل أن يوجد المشتري ويتم له الشراء ^(٤) .

٣٦٩ — التنازل بعد الحكم — انه وان كان مجرد حصول الطلب من

الشفيع لا يلزمه ، لأنه أمر اختياري من جهته ويمكنه العدول عنه ، الا أن حقه هذا في العدول ينقطع برضاء المشتري أو بالقضاء بالشفعة ، لأن رضاء المشتري هو

(١) منفلوط ١٥ مايو ١٩١٥ (القاضي ابراهيم ثروت) المجموعة ١٦ رقم ٩٣ ص ١٥٣
الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٩٥٨ الحقوق ٣٣ ص ٣٨ مرجع القضاء ١٣١٦ .

(٢) استئناف أهلى ٧ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر روبل) الاستقلال ٥ رقم ٦٦ ص ٨٥ مرجع القضاء ١٣١٥ و ٢٩ مايو ١٨٩٣ (دائرة أحمد عفيفى بك ومحمد مجدى بك ومستر بوند) الحقوق ٩ ص ٢٢٥ و ١٧ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ المتقدم — استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ — ٣٧٤ و ١٩ يونيه ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٢٨ ص ١١٣ و ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) .

(٣) ٥ ص ١٩ .

(٤) طعنا الابتدائية ٢٥ أبريل ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى خليل عفت والقاضى صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٥ مرجع القضاء ١٣١٧ .

استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ (دائرة حسن عبد الرحمن بك وزكى خير الأبو تيجى بك وعبد الرحمن رشدى بك) فى الدعوى رقم ٨٤٥ سنة ٦٢ ق : ان حق الشفعة لا يولد الا فى تاريخ انعقاد البيع انعقادا تاما ، فلا يمكن اذن القول بسقوط هذا الحق قبل أن يوجد . وما كانت المساومات والمفاوضات مع الشفيع أو عرض الأرض المشفوعة عليه لشراءها قبل انعقاد البيع مسقطه لحقه فى الشفعة ما دام عقد البيع المولد للشفعة لم ينعقد بعد انعقاد قانونيا صحيحا .

قبول لذلك الايجاب الذى عرضه الشفيع بالطلب ، وبذلك يتم عقد بين الاثنين بملكية الشفيع للعين واستحقاق المشتري للثمن ، ولا يجوز لأحدها فسخه الا برضاء الآخر أو القضاء . ومن المقرر أن الشفيع له أن يترك الشفعة قبل الحكم ، أما بعده فلا يصح له الترك ، لتحول الصفقة اليه ، فلا يجوز له ابطالها منفردا^(١) .

وقد حكم بأنه اذا كانت الشفعة تتم بالحكم فيها فقد أصبحت العين ملكا للشفيع والثن حقا للمشفوع منه ، فلا يملك الشفيع التنازل عن حكم الشفعة ، ولا يؤثر هذا فى حق المشفوع منه فى تنفيذ الحكم للحصول على الثمن دون حاجة الى رفع دعوى جديدة به . وعلى ذلك فلاشكال فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن مقبول اذا كان مبنيا على أن للشفيع ديناً على المشفوع منه تجب محاسبته عليه أو المقاصة فيه مع الثمن ، وأما اذا كان مبنيا على أن لا حق للمشفوع منه فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن فيصبح الاشكال غير مقبول^(٢) .

ثانياً — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد

٣٧٠ — فى الشريعة الاسلامية — جاء فى المادة ١٣٦ من مرشد الحيران : تبطل الشفعة بترك طلب الموائبة أو باختلال شرط من شروط صحتها ، وتسقط أيضاً بترك طلب التقرير والاشهاد مع امكانه والقدرة عليه ، وبتأخير طلب الخاصة شهراً بلا عذر .

وقد قلنا فيما سبق^(٣) ان طلبى الموائبة والاشهاد فى الشريعة يقابلان اعلان الرغبة فى القانون ، وان طلب التملك والخصومة فى الشريعة يقابل رفع الدعوى فى القانون .

٣٧١ — فى القانون الفرنسى — كانت المادة ١٠٠/٧٥ من القانون المدنى تقضى بأنه « يجب على من له حق الشفعة ويرغب الأخذ بها أن يبين رغبته فى

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣٦٢ .

(٢) مصر الابتدائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة على زكى الدرابى بك والقاضى مصطفى صبرى والقاضى عبد الفتاح سليم البهرى) المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦ .
وراجع ما سيجىء نبذة ٤١٦ وما بعدها .

(٣) راجع نبذة ٣١٢ .

ذلك بتقرير يقدم لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار في ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بتعريف المشتري بإبداء رغبته والاسقاط حقه ، ويزاد على هذا مسافة الطريق «^(١) .

٣٧٢ — في قانونه الشفعة — قررت الفقرة الثانية من المادة ١٩^(٢)

أن حق الشفعة يسقط « إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته ، سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة »^(٣) .

ولأجل أن يسقط حق الشفيع لعدم المطالبة به في مدة خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع لا يكفي أن يكون قد علم بحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف اسم المشتري وثمان البيع وباقي شروط العقد كما تقدم^(٤) ، قياسا

(١) استئناف ٢٥ مارس ١٨٩٨ (دائرة مستر بوند ويحي ابراهيم بك ومستر بلاتون) الحقوق ١٣ رقم ٣٧ ص ١١٤ : يجب على الشفيع بمجرد علمه بالبيع ، أى عند تولد حقه ، أن يبادر الى طلب الشفعة والاسقاط حقه في ذلك . وهذا المبدأ مأخوذ من نصوص الشريعة الفراء التي هي المرجع الشرعى في أحكام الشفعة ويخالفه أحكام القانون الأهلى .

راجع أيضا طنطا الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٩٠٠ (دائرة بطرس يوسف بك) الاستقلال ٢ رقم ٣٣ ص ٤٠ ، وقد أبدته محكمة الاستئناف في ١٣ يناير ١٩٠٣ برئاسة سعد زغلول بك . وإذا كان الشفيع يعلم بالبيع في وقت حصوله ، ويعلم أيضا أن المشتري استعمل البيع بصفة مالك وأجرى فيه تصليحات وأعمالا أخرى ، ولم يبد أية رغبة في الأخذ بالشفعة مدة أربع سنوات ، يكون هذا السكوت المصحوب بهذه الحالة دليلا كافيا على تنازله عن حق الشفعة ضمنا وسقوط حقه فيها ، لأنه لايسوغ بقاء المشتري زمنا طويلا مهددا من الشفيع باسم استعماله لحق الشفعة — استئناف ٥ مارس ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفي بك ويحي ابراهيم بك ومسيو كامرون القضا ٣ ص ٣٠٩) .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٢٠) .

(٤) ما تقدم نبذة ٣٠٦ .

استئناف أهلى ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ .

النصورة الجزئية أول فبراير ١٩١٧ (القاضي فوزى المطيعي) الحقوق ٣٣ ص ٤٣ المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ .

استئناف مصر أهلى ٦ يناير ١٩٢٩ (دائرة على حيدر حجازى بك ومسيو سودان وأحمد =

على ما يجب توافره من البيانات في اعلان التكليف بإبداء الرغبة^(١) .
ويجوز اثبات العلم بالأدلة المادية وبقرائن الأحوال والبيئة كما تقدم^(٢) .

= مختار بك (المحاماة ١٠ رقم ٢٦٤ ص ٥٣٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٨ .
استئناف مختلط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤)

(١) أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضي فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص
٤٥٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ .

وقد جاء في البدائع : ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو من فلان فسلم ، فظهر بخلافه ، هل
يصح تسليمه ؟ فالأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع في التسليم
صح التسليم وبطلت شفيعته ، وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفيعته ، لأن غرضه في
التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما يبيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح ، واذا اختلف
غرضه في التسليم لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم . وبيان هذا في مسائل اذا أخبر
أن الدار يبع بألف درهم فسلم ، ثم تبين أنها يبع بألفين ، فلا شفعة له ، لأن تسليمه كان
لاستكثاره الثمن ، فاذا لم تصلح له بأقل الثمن فبأكثرها أولى ، فحصل غرضه بالتسليم ،
فبطلت شفيعته . ولو أخبر أنها يبع بألف فسلم ، ثم تبين أنها يبع بخمسمائة ، فله الشفعة ، لأن
التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلة ، فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقى على شفيعته
(البدائع ٥ ص ١٩) .

ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم ، ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة . ولو أخبر بشراء
الجميع فسلم ، ثم تبين أنه اشترى النصف ، فالتسليم جائز ولا شفعة . هذا هو الرواية المشهورة .
وقد روي الجواب فيهما على العكس ، وهو أن التسليم في النصف يكون تسليمًا في الكل
والتسليم في الكل لا يكون تسليمًا في النصف .

وجه هذه الرواية أن تسليم النصف لعجزه عن الثمن ، ومن عجز عن القليل كان عن الكثير
أعجز . فأما العجز عن الكثير فلا يدل على العجز عن القليل .

وجه الرواية المشهورة أن التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر ، وهو ضرر الشركة ،
وهذا لا يوجد في الكل ، فاختلف الغرض ، فلم يصح التسليم ، فبقى على شفيعته واذا صح
تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة ، لأنه داخل في الكل ، فصار بتسليم الكل مسلما
لنصف ، لأن الشركة عيب ، فكان التسليم بدون العيب تسليمًا مع العيب من طريق الأولى
(البدائع ٥ ص ٢٠) .

ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم ، ثم تبين أنه عمرو ، فهو على شفيعته ، لأن التسليم للأمن عن
الضرر ، والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن عن ضرر عمرو ، لتفاوت الناس في الجوار .
ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم ، ثم تبين أنه زيد وعمرو ، كان له أن يأخذ نصيب عمرو لأنه
سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقى له الشفعة في نصيبه (البدائع ٥ ص ٢٠) .

(٢) ما تقدم نبذة ٣٠٧

طنطا ٢٦ نوفمبر ١٩٠٠ (دائرة بطرس يوسف بك) الاستقلال ٢ رقم ٣٣ ص ٤٠ .

استئناف مختلط ٦ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٢) .

وقد حكم بأنه اذا كان الدفع متعلقا بسقوط الحق بفوات موعد معين ، كالدفع بفوات =

ثالثا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد

٣٧٣ — يسقط حق الشفيع ، كما يؤخذ من المادة ١٥^(١) ، اذا لم يرفع الدعوى فى ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة^(٢) .
والميعاد المنصوص عليه بالمادة ١٥ من قانون الشفعة مرتبط بالنظام العام ، فاذا انقضى فله محكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو تنازل صاحب الحق عن التمسك به^(٣) . ومن باب أولى فان الدفع بالسقوط متأخرا لا يسقط الحق فيه^(٤)

رابعا — مضى ستة أشهر من تسجيل البيع

٣٧٤ — نصت المادة ٢٢ على أنه :

« Dans tous les cas, le droit de préemption est prescrit contre tous préempteurs à l'expiration du délai de six mois, à partir du jour de la transcription de l'acte de vente.

Cette prescription court même contre les incapables et les absents ».

« يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر^(٥) من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا^(٦) .

= الموعد القانونى على علم الشفيع بالبيع ، فلا يمكن الأخذ به بمجرد اقامة الدليل على امكان أو ترجيح العلم بالبيع ، وإنما يجب استخلاص هذا العلم بطريقة ايجابية ومباشرة من واقعة معينة يمكن تعيين تاريخها .

استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول العشرى الأول للمعاماة رقم ١٠٣٥ .

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣١٤ و ٣٣٠ .

(٢) دى هلنس نبذة ١٤١ — استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٦ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٢٠) .

(٣) أسبوط الابتدائية ١٣ يونيه ١٩٣٧ (دائرة القضاة حسن نجيب بك ومصطفى كامل وعبد المجيد المرسى) المحاماة ١٨ ص ٣٦٩ رقم ١٨٨ .

(٤) أسبوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ .
راجع نبذة ٣٣٠ .

(٥) نص مشروع القانون المدنى الجديد المدة من ستة أشهر الى ثلاثة ، فقد جاء فى المادة ١٠١٩ منه أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط اذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٩٩) .

والنص الفرنسي للمادة معيب ، حيث استعمل لفظة prescrit ، ولفظة prescription ، فقال في أول المادة Le droit de préemption est prescrit ، وفي آخرها Cette prescription court même contre les incapables ، والصواب استعمال لفظة déchéance ، وهى التى تسرى ضد الناس كافة ، حتى الغائبين ومن كان غير أهل للتصرف ، بخلاف لفظة prescription ^(١) .

والمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق فى هذه الحالة متى أثبت فقط أن عقد بيعه قد سجل ، وأنه مضى ستة أشهر من يوم التسجيل ، من غير أن يستعمل الشفيع حقه ، ولا يطلب منه أن يثبت علم الشفيع بالبيع ^(٢) أو غير ذلك ، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضى مدة ستة الأشهر المذكورة ^(٣) .

هذا ما يقضى به قانون الشفعة ، أما القانون المدنى فلم يكن ينص على ذلك ،

(١) راجع دى هلنس نبذة ١٤٤ .

(٢) نقض ٧ مارس ١٩٤٦ فى الطعن رقم ٤٤ سنة ١٥ القضائية (مشار اليه فى نبذة ٣٠٧) .

(٣) استئناف مصر ٧ يونيه ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بخيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٨٥ س ١٥٢ : اذا ثبت أن تجزئة صفقة بيع العقار المشفوع فيه كان مقصودا به التحيل على منع حق الشفعة وأن الصفقة كانت فى الواقع واحدة ، فلا محل للتمسك باقضاء ستة أشهر على تاريخ تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة ، اذ لا يجوز هذا التمسك مع ثبوت التحايل من طريق تجزئة الصفقة .

وقد أقرت محكمة النقض والابرار هذا النظر فى حكمها الصادر فى ١٧ مايو ١٩٤٥ (فى الطعن رقم ١٠٥ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٥٤) ، اذ قررت أنه وان كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة « فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » فان محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون .

وقالت ان استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها من الشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه .

أما واقعة التجزئة التى ثبت لمحكمة الموضوع أنه قصد بها التحيل على اضاءة حق الشفعة فهى أن المشتري جمل البائع بيبعه أولا ٣ ف و ٩ ط و ٤ س ، ثم يحرر بياق الصفقة وهو ٢ ف و ١ س عقد بيع ثان لصهره بحيث لا تتوافر فى أى من الجزئين مسوعات الأخذ بالشفعة .

بل كان الشفيع بمقتضاه أن يطالب بحق الشفعة في أى وقت مهما مضى من الوقت بعد التسجيل ، ما لم يثبت علم الشفيع ، ولا تخفى المضار التي كانت تعود على المشتري من ترك حقه في الشيء المشتري غير ثابت مدة طويلة غير محدودة .

وقد انتقد بعض الشراح تحديد ميعاد الستة الأشهر وعده أكبر عائق لاستعمال حق الشفعة ، فالمشتري يستطيع أن يتقى الشفعة بتسجيل عقده في الحال وتأخير وضع يده أو محاشاة اظهاره مدة ستة أشهر ، فاذا لم يعن الشخص الذي له أن يشفع بالرجوع من وقت لآخر الى دفاتر التسجيل فانه يفقد حق شفيعته^(١) .

٣٧٥ — وميعاد الستة الأشهر يجب أن يحسب ، كمواعيد التقادم المملك والمبرىء في المواد العقارية ، بحسب التقويم الهجرى^(٢) .

وتحسب المواعيد المعينة بالأشهر من الميعاد للميعاد ، أى رقم اليوم من الشهر . واذا لم ينص القانون على حساب المواعيد بالساعة وجب الرجوع لأحكام القانون العام ، وحساب مبدأ سريان الميعاد من أول يوم كامل ، أى من اليوم التالى . وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية ، بناء على ذلك ، بأن دعوى الشفعة المرفوعة في ٣ من رمضان جائزة ، ولو تسجل العقد في ٢ من ربيع الأول^(٣) .

٣٧٦ — وقد نص القانون في الحالة الأخيرة على أن سقوط الحق يكون بالنسبة الى جميع الشفعاء حتى الغائب ومن كان غير أهل للتصرف^(٤) .

(١) هالتون ص ١٧٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٣) ، ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ ، الجدول العشرى الأول للمعاماة رقم ١٠٣٣ . راجع كتابنا « الأموال » نبذة ٨٥٢ .

(٣) استئناف ٨ فبراير ١٩٢٨ (دائرة حسين درويش باشا ومسيو سودان ومصطفى محمد بك) المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠ مرجع القضاء ٤٧٢٥ .

(٤) استئناف مختلط ٣ يناير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١١٦) .

وحكم بأنه وان كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة مطلقة التعبير وعامة فان هذا لا يمنع من اقامة دفعات تستتج بداهة من المادة وتكون نتيجة منطقية لمنطوقها ومعناها . وعليه يقف مفعول المدة عن السريان في الشفعة أثناء سير دعوى يطالب بها الجار برد الأرض من المشتري باعتبار أن مضى المدة في هذه الحالة مرتبط بحق الملكية ونفس حق الملكية موقوف لعلقه بما يقضى به الحكم المنتظر (استئناف مختلط ١٨ فبراير ١٩٠٤ (١٦ ص ١٣٨) الاستقلال ٣ رقم ٤٥٧ ص ٣٣٣) . أى أنه اذا كان موضوع الشفعة متنازعا فيه بين الشفيع =

٣٧٧ — وانه وان كان القانون لم يأت بنص يشبه ذلك في الحالتين السابقتين ، أى حالة سقوط الحق اعدم رفع الدعوى في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان ، وفي حالة عدم اظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع أو من وقت التكليف بإبداء الرغبة ، فان سقوط الحق يكون بالنسبة الى الجميع أيضا ، ولا يقفه كون الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا^(١) .

خامسا — بطلان البيع

٣٧٨ — تبطل الشفعة ببطلان البيع الذى ترتبت عليه ، كما اذا اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع .

سادسا — مضى المدة الطويلة

٣٧٩ — اذا مضى ١٥ سنة من تاريخ البيع ، ولم تحصل الشفعة ، فانها تسقط بناء على القواعد العامة .

سابعا — زوال أحد شروط الشفعة

٣٨٠ — اذا زال أحد الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة ، كما اذا باع الشفيع عقاره قبل طلب الشفعة ، فليس له أن يشفع بعد ذلك^(٢) ، وهذا هو حكم الشريعة

= والمشفوع منه فان استعمال حق الشفعة يبقى معاقا أثناء الدعوى (استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣١١) .

(١) راجع دى هلتس نبذة ١٤٧ — فورجير ص ٣٢٧ .

استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٤٥ (٥٧ ص ٣٦) : يجب تشبيه السقوط المنصوص عليه في المادة ١٩ من قانون الشفعة بالتقادم القصير ، واذن ، كقاعدة عامة ، لا يقف هذا السقوط بسبب القصر أو الحجر . وجاء في هذا الحكم أيضا أنه يجب تطبيق قانون الشفعة تطبيقا ضيقا ، لأنه نوع من نزع الملكية المصاحبة الخاصة . وعلى ذلك فالقاعدة التى تقضى بأن التقادم لا يسرى على من لا يستطيع اتخاذ الاجراءات القانونية لحفظ حقه *Contra non valentem agere non currit praescriptio* لا تمنع من سقوط الحق المنصوص عليه في المادة ١٩ من القانون المذكور . وعلى كل حال فان الوصى الذى لا يثبت أنه بذل جهده للحصول من المجلس الحسبى على الاذن في طاب الشفعة لا يستطيع الدفع بعدم السقوط .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٧ (١٧ ص ٣١٦) .

بندر طنطا الجزئية ٢٥ فبراير ١٩٢٥ (القاضى محمود صادق) المحاماة ٥ رقم ٥١٥ ص ٦٢٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤١ مرجع القضاء ٤٦٧٨ : الشفعة هى تلك العقار جبرا على المشتري ، وسببها اتصال ملك الشفيع بالعقار اتصال شركة أو جوار ، ويجب =

أيضا^(١) ، أو كما اذا جعله وقفا^(٢) ، أو مسجدا^(٣) ، أو كما اذا زالت صفة الجار عن الشفيع بأن منع الالتصاق بإنشاء طريق عام بين عقاره والأرض التي يرغب في أخذها بالشفعة^(٤) ، الخ .

٣٨١ - موانع الدفع بسقوط الحق في الشفعة في أية حالة - قد

حكم بأن قواعد السقوط في الشفعة قررهما القانون ، والحق ذاته مستمد منه ، ولذا أحاط الشارع استعماله بقيود كثيرة ، ونص على وجوب القيام بالاجراءات في مواعيد قصيرة بينها والاسقط الحق فيها . فهو حق استثنائي مقيد لحرية التعاقد وحق الملكية ، فاذا انقضت المواعيد زال الحق المعلق عليها وأصبح لا وجود له ، كما نص بالمادتين ١٥ و ١٩ ، وينبنى على ذلك أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل عنها صراحة صاحب الحق في التمسك بها . ومن باب أولى فالدفع بالسقوط متأخرا لا يسقط الحق فيه^(٥) .

هل تسقط الشفعة بموت المشتري أو البائع

٣٨٢ - في القانون لا تسقط ، وكذلك الحكم في الشريعة الإسلامية^(٦) .

وقد جاء في الفتاوى الهندية^(٧) : واذا مات البائع والمشتري ، والشفيع حي ، فلاشفيع الشفعة ، كذا في فتاوى قاضيخان . واذا مات المشتري ، والشفيع حي ، فلاشفيع الشفعة ، وان كان على الميت دين لا تباع الدار في دينه ، وأخذها الشفيع

= أن يستمر هذا الاتصال من تاريخ البيع الى تاريخ الأخذ بالتراضي أو الى تاريخ قضاء القاضي ، فاذا تصرف الشفيع في ملكه قبل القضاء له بالشفعة سقط حقه فيها .

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٨ .

المادة ١٤١ من مرشد الحيران : اذا باع الشفيع العقار المشفوع به أو وقفه أو جعله مسجدا قبل تملك العقار المشفوع بطلت شفيعته .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٧ المتقدم .

(٣) قانون الشفعة المادة ٦ .

(٤) فورجير ص ٣٣٣ .

(٥) أسبوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسني وحسن محمد

سمودي ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مرجع القضاء ٤٧٧٢ .

(٦) مرشد الحيران المادة ١٣٩ - الزيامي ٥ ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

(٧) ٥ ص ١٩٨ - ١٩٩ .

بالشفعة ، وان تعلق بالدار حق الغريم والشفيع . كذا في المحيط . فان باعها القاضى أو الوصى فى دين الميت فالشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة ، كما لو باعها المشتري فى حياته . وكذلك لو أوصى فيها بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية . كذا فى المبسوط . أثبت الشفعة بطلين ومات فليس للوارث أخذها بالشفعة . كذا فى السراجية .

هل تسقط الشفعة بموت الشفيع فى الشريعة الإسلامية

٣٨٣ — رأى أبى حنيفة — اذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالتراضى أو قضاء القاضى تبطل الشفعة بموته ، سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ، ولا ينتقل حقه فيها الى ورثته ^(١) . وسبب ذلك أن حق الشفعة ليس بمال ، بل هو مجرد ارادة ومشئئة ، ولأن ملك الشفيع الذى هو سبب الأخذ قد بطل بموته ، وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع الى زمن الأخذ بالتراضى أو الحكم بقضاء القاضى ، وملك الورثة حادث بعد البيع ، فلم يوجد السبب وقت حصول البيع ، ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه ، فلو باع حقه فى الشفعة بطل حقه لوجود الاعراض ولزم رد العوض ^(٢) .

٣٨٤ — رأى الدافعى ومالك — لا يبطل الحق فى الشفعة بموت الشفيع ، بل يورث عنه ، وتقوم ورثته مقامه ، لأن حقه معتبر شرعا ، مثل حق

(١) مرشد الحيران المادة ١٤٠ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) شرح مرشد الحيران ص ١٢١ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ .

قال الامام الأسيجانى فى شرح الطحاوى ان دارا يبع ولها شفيع ، وطلب الشفعة ، فأثبتها بالطلين ، ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري اليه ، فأراد ورثته أخذها ، فليس لهم ذلك . ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري اليه ، ثم مات ، تكون ميراثا لورثته (حاشية الشافعى على الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — ٢٥٨) .

راجع فتوى شرعية (من شيخ الجامع ومفتى الديار المصرية الشيخ حسونة النواوى) ١٩ رجب ١٣١٦ المحاماة ٦ رقم ٢١٨ ص ٢٩٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٨ . وقد جاء فيها أن المصرح به فى كتب المذهب أن حق الشفعة من الحقوق التى لا تورث . فاذا مات الشفيع قبل القضاء له بالشفعة سقط حق الشفعة بموته .

الرد بخيار العيب ، ومثل حق القصاص ^(١) .

٣٨٥ — رأى الخالبة — اذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة لم يخل من حالين : أحدهما أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل الى الورثة . وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي والعنبري يورث كما تقدم . الحال الثاني اذا طالب بالشفعة ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة ، لأن الحق ينتقل بالطلب ، ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط ^(٢) .

في القانون

٣٨٦ — اختلف في الرأي — لا يوجد نص على ذلك في قانون الشفعة . وقد اختلفت أحكام المحاكم وأقوال الشراح في جواز توارث حق الشفعة . فقرر بعضها أن الشفعة بطبيعتها حق شخصي ، وتبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالرضا أو بالقضاء ولا تنتقل الى ورثة الشفيع ^(٣) .

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٧ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ — شرح مرشد الحيران ص ١٢٢ . وقد جاء في المنقح (١ ص ٣٨٧) : وان مات الشفيع قبل الغفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى ورثته ، لأنه قبض استحققه بعقد البيع ، فانتقل الى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ، فورث كالرد بالعيب .

ورد على رأي الشافعي بأن حق الشفعة مجرد حق ، وهو حق التملك ، وانه مجرد رأي وهو صفته ، فلا يورث عنه ، بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ الموضع عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت ، فأمكن ارثه ، بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق ، اذ هي مجرد الرأي والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن ارثها ، ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع الى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ (الزيلعي ٥ ص ٢٥٨) .

(٢) المهذب ٥ ص ٥٣٦ — ٥٣٧ .

(٣) أسبوط الابتدائية استثنائي ٧ نوفمبر ١٨٩٩ (دائرة أحمد حلمي بك والقاضي أحمد عبد الرازق والقاضي محمد زكي) المجموعة ١ ص ٣٠ فهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٣٦ مرجع القضاء ١١٤١ .

دمهور الجزئية (القاضي محمد علام) ١٦ يونيو ١٩٠٦ المجموعة ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١
 فهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٠ الحقوق ٢١ ص ٣٠٤ مرجع القضاء ١١٤٣ .

وقرر بعضها أن حق الشفعة كباقي الحقوق ، يؤول من صاحبه الى الوارث الذى يكون فى نصيبه العقار المشنوع به ^(١) .

وقد طرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف بمجتمعة ، فقررت فى ٣ من

= الرقازيق الابتدائية ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاة حافظ لطفي ويحيى صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٣ ص ٦٣ . وقد أُلغاه حكم الاستئناف الصادر فى ٢ يناير ١٩١٢ المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ كما سيجىء .

أسبوط الابتدائية ٣ فبراير ١٩١٨ (دائرة محمد رشيد بك والقاضى محمد رشدى والقاضى محمد توفيق العطار) المجموعة ١٩ رقم ١١٣ ص ١٦٣ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦١ الحقوق ٣٤ ص ٧٣ مرجع القضاء ١١٤٦ .

الرقازيق الابتدائية ٢٠ أكتوبر ١٩١٩ (دائرة محمد توفيق أمين بك ومحمد لبيب عطية بك والقاضى محمد رشدى) المجموعة ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ المحاكم ٣١ رقم ١١٢٢ مرجع القضاء ١١٤٧ .

الاسكندرية الابتدائية ١٣ نوفمبر ١٩٢٦ (دائرة خليل عفت بك والقاضى محمد حمدى السيد والقاضى أحمد نصرت) المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٠ المجموعة ٢٧ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ مرجع القضاء ٤٦٨٠ .

شين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٨ (القاضى حسين رياض صبحى) المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ الجدول العشرى الأول للمحاماة ٩٩١ .

استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (٢٧ ص ٣١٦) ، ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٨١) ، ١٩ مارس ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٣٥) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) بانية حكمها على أن ذلك مطابق للعادات المحلية Coutume locale ، ١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٥ ص ١٥٤) ، ١٦ يناير ١٩٢٤ (٣٥ ص ١٥٤) المحاماة ٤ رقم ٥٩٧ ص ٣٨٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٧ ، ١١ يناير ١٩٣٨ (٥٠ ص ٩١) ، ٦ مارس ١٩٤٥ (٥٧ ص ٧٩) .

فتحى زغلول باشا ص ٨٩ — خورجير ص ٣٣٦ — على زكى العرابى باشا نبذة ١٤٣ .
(١) مصر الابتدائية ١٩ أبريل ١٩٠٢ (دائرة اسكندر عمون بك والقاضى واصف سميكه والقاضى ابراهيم فريد) الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ ، وقد تأيد بالاستئناف ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ مرجع القضاء ١١٤٢ .

استئناف ٢ يناير ١٩١٢ (دائرة عبد العزيز كحيل بك وعلى ذوالفقار بك ومستر مارشال) المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٤ .
مأمورية الدر ٦ مايو ١٩٢٦ (القاضى محمود طلعت) المحاماة ٧ رقم ٣٥ ص ٥٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٠ .

ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٤٦١ : بما أنها حق مدنى محكوم بالأصول العامة للقانون المسنون ، وذلك برغم أن الشفعة من الحقوق المقنونة .

مايو ١٩٣٠^(١) أن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى .

ولكن محكمة النقض^(٢) والابرام لم تأخذ بهذا الرأى ، وقررت أن حق الشفعة ينتقل الى الورثة^(٣) .

٣٨٧ - الرأى الأول - استند الرأى الأول ، الذى يقول بعدم

توارث حق الشفعة ، على ما يأتى :

(١) ان الشفعة من أوضاع الشريعة الاسلامية ومن مبتكراتها ، وقد اختار الشارع المصرى العمل بها ، ودمجها ضمن أحكام قانونه المدنى ، ولذا وجب الرجوع الى تلك الشريعة فى كل أمر يتعلق بطبيعة هذا الحق وحدوده ، اذا لم يوجد عليه نص فى القانون المدنى ، وبما أن الشفعة شرعا هى تملك العين المشتراة جبرا عن المشتري مقابل دفع الثمن والمصروفات ، ومن شرائطها ملك الشفيع وقت الشراء فى العين التى يأخذ بها بالشفعة ، فينتج من هذا التعريف ومن هذا الشرط أنه اذا مات الشفيع بطل حقه فى الشفعة ولا ينتقل لورثته ، 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 ،

(١) استئناف مصر ، دوائر مجمعة ٣ مايو ١٩٣٠ (برئاسة وكيل المحكمة كامل ابراهيم بك وحضور السيد محمد عبد الهادى الجندى بك ومحمد فريد الشافعى بك ومصطفى محمد بك وعبد العظيم راشد باشا ومحمد فهمى حسين بك وأحمد نظيف بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقي زكى القشبرى بك وعلام محمد بك ومصطفى حنى بك ومحمود على سرور بك وعلى حيدر حجازى بك وأحمد مختار بك ومحمد نور بك وسليمان السيد سليمان بك وعلى زكى العرابى بك) المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ ، المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ ، الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٢ ، الجريدة القضائية ٢٧ ص ٢٤ ، مرجع القضاء ٤٦٨١ .

(٢) نقض ٨ يونيه ١٩٣٩ (دائرة محمد فهمى حسين بك وحامد فهمى بك وعبد الفتاح السيد بك وعلى حيدر حجازى بك ونجيب مرقس بك) مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٨٩ . ونقض ٣١ يناير ١٩٤٦ (دائرة محمد كامل مرسى بك وأحمد نشأت بك ومحمد الفتى الجزايرلى بك وسليمان حافظ بك ومصطفى مرعى بك) فى الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ القضائية .

(٣) وقد أخذ مشروع القانون المدنى الجديد بالرأى القائل بعدم توارث حق الشفعة ، فنص فى المادة ١٠٠٤ منه على أن « الحق فى الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث » .

وينبنى على ذلك أنه اذا باع الشفيع حقه في الشفعة من المشتري بثمن فلا ينعقد البيع ويعتبر ذلك تنازلاً عن الشفعة ويسقط الثمن ، أما الوجه الثاني فهو بقاء ملك الشفيع للعين التي يشفع بها من وقت الشراء الى حين القضاء بالشفعة ، فاذا باع الشفيع الدار 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 فان ملك الدار التي شفع بها مورثه انتقل اليه حين الوفاة ، فملكه حادث بعد البيع ^(١) .

(٢) قد يمكن الاعتراض بما جاء في المادتين ١٩ و ٢٢ من قانون الشفعة من أن حق الشفعة يسقط بالتنازل الصريح أو الضمني أو بعدم اظهار رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه وبتضى 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 اثباته بالطلب للتنازل عنه صراحة أو دلالة أو لاهمال صاحبه في اظهار رغبته في المدة المقررة ^(٢) .

(٣) ان ما ذهب اليه بعض المحاكم من أن حق الشفعة كسائر الحقوق مذهب غير وجيه ، لأنه ليس مضافاً الى سند من القانون ، اذ الحقوق اما طبيعية كحق الانسان في الحياة والحرية ، وهذه معلومة بالطبيعة في كل زمان ومكان ، واما وضعية ، وهذه منشؤها القانون ، فاذا قضت الشريعة الاسلامية ، التي يجب اتباع أحكامها في هذه المسألة ، بأن حق الشفعة حق ذو صفة خاصة وطبيعة خاصة فلا حق للقاضي أن يغير من هذه الصفة وتلك الطبيعة والا يكون قد وضع نفسه موضع الشارع ، وقرر حقاً لم يقرره الشارع ، وهذا محظور عليه ^(٣) .

(١) راجع أسيوط الابتدائية ٧ نوفمبر ١٨٩٩ المتقدم .

الزقازيق الابتدائية ٣٠ أكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٢) الزقازيق الابتدائية ٣٠ أكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٣) الزقازيق الابتدائية ٣٠ أكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

٣٨٨ — **الرأى الثانى** — استند الرأى الثانى — الذى يقرر أن الشفعة كباقي الحقوق تؤول من صاحبها الى الوارث الذى يكون فى نصيبه العقار المشفوع به — على ما يأتى :

(١) انه وان يكن أصل حق الشفعة موجودا فى الشريعة الغراء فان القانون الأهلى لم يأخذها بكامل أحكامها الشرعية ، بل خالف تلك الأحكام فى أكثر المسائل ، وسكت عن مسألة انتقال حق الشفعة بالارث ، ولما كان القانون لم يذكر أية عبارة تميز الرجوع الى أحكام الشريعة فيما سكت عنه من مسائل الشفعة فلا بد من الرجوع الى ما قرره الرجوع اليه عند عدم وجود نص فيه ، وهى المبادئ العامة المقررة فى القانون أو مبادئ العدل والانصاف ، وبما أن مبادئ القانون تقضى بحلول الورثة محل مورثهم (المادة ١٩٩ من قانون المرافعات) ، خصوصا اذا كان المورث طالب بالشفعة قبل وفاته ولم يحكم له بهذا الحق فى حياته لمنازعة المشتري له فى ذلك ، فالورثة لهم الحق فى أن يحلوا محله ويستفيدوا من كل حقوقه^(١) .

(٢) انه بالرجوع الى ما قرره علماء الشريعة الاسلامية فى هذه الحالة نجد أن المسألة خلافية بينهم . فقد قرر الامام الشافعى والامام مالك فى مذهبهما أنه لا يبطل الحق فى الشفعة بموت الشفيع ، بل تورث عنه ويقوم ورثته مقامه . وجاء فى مذهب الحنفية تفصيل : فاذا مات الشفيع بعد طلبى الموائبة والاشهاد وقبل أن يقدم طلب الخصومة فلا يورث عنه حق الشفعة ، وليس لورثته أن يقوموا مقامه فيها ، وأما اذا 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 اذا مات

(١) مصر الابتدائية ١٩ أبريل ١٩٠٢ المتقدم .

استئناف ٢ يناير ١٩١٢ المتقدم المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ . وقد ألقى هذا الحكم حكم محكمة الزقازيق الابتدائية (دائرة القضاة حافظ لطفى ويحيى صديق وعزت شكرى) ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ المجموعة ١٣ ص ٦٣ .

الشفيع بعد طلب الخصومة وقبل قضاء القاضى ينتقل حق الشفعة الى ورثته^(١) .

٣٨٩ — رأى دوائر محكمة الاستئناف مجمعة — قررت دوائر محكمة

الاستئناف مجمعة ، كما تقدم ، أن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث . وبنت حكمها على ما يأتى :

« حيث ان المسألة المطلوب الفصل فيها هي ما اذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضاء ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه .

« وحيث ان قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الاسلامية وجب الرجوع اليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . « وحيث ان الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن^(٢) .

« وحيث ان هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائي ، لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من نزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائما باب الشفعة عقب باب الغصب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه^(٣) ، وقد عمدوا الى تخفيف وطأته بالتشدد في شروطه والتوسع في مسقطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد علمه بالبيع يجب عليه أن يعلن فورا رغبته في الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه^(٤) .

« وحيث ان الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو الرضاء حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشيشة ، أو بعبارة علماء القانون simple faculté ، وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ، ولا أن

(١) مأمورية الدر القضائية ٦ مايو ١٩٢٦ المتقدم — فارن استئناف ١٥ مارس ١٨٩٤

الحقوق ٩ ص ٦١ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣ .

(٣) ما تقدم نبذة ٤ .

(٤) ما تقدم نبذة ٢٥٠ وما بعدها .

يورث ، فهو حق لاحق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره .
« وحيث انه من جهة أخرى فانه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فإذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقتها ، وبناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهي حادثة بعد البيع .

« وحيث ان هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها .

« وحيث انه وان كان الشافعي ومالك يقولان بالارث في الشفعة الا أن مذهب الامام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، فنص في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة وبأحكام تلك اللائحة . ونص في المادة ٣٢٧ على أنه يقبل الطعن بطريق الالتماس في الحكم اذا لم يصادف قولا في هذا المذهب ، وعند ما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصلي في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ عنه أحكام الشفعة في مجموعها ، حيث خول حق الشفعة للجار وللشريك مطلقا طبقا لهذا المذهب ، خلافا لمذهبي الشافعي ومالك اللذين لا يخولانه الا للشريك ، فقط في حالة ما اذا كان العقار يقبل القسمة ^(١) .

« وحيث انه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات للقول بأنه اذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال

(١) راجع ما تقدم نبذة ١٦ وما بعدها .

لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون اجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى اذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل اليه .

« فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بأن لا ينتقل حق الشفعة الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضى . . . » .

٣٨٩ مكررا — رأى محكمة النقض — قررت محكمة النقض والابرار ، على خلاف ما رأته دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، أن حق الشفعة ينتقل الى الورثة . وقالت في حكمها الصادر في ٨ من يونيه سنة ١٩٣٩ ان 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 في الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا الى ورثة من له الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال . ولا يغض من ذلك أن الشريعة الاسلامية — فى مذهب أبى حنيفة — لا تجيز انتقال خيار الشفعة الى وارث الشفيع . وبنت حكمها الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ على ما يأتى :

« وحيث ان الطاعن يقول ان قانون الشفعة اذ خلا عن النص على ما اذا كان خيار الشفعة ينتقل الى ورثة الشفيع أو لا ينتقل فقد وجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية ، على اعتبار أنها مصدر تشريع الشفعة ، وعلى اعتبار أن المادة ٥٤ من القانون المدنى توجب تطبيق قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فى مسائل الموارث ، ومتى وجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية على هذين الأساسين فلا يرجع اليها على اطلاقها ، بل يرجع اليها لتعرف الرأى الراجح فى مذهب الامام أبى حنيفة والأخذ به وحده ، عملا بنص المادة ٢٨٠ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية . والراجح فى هذا المذهب أن خيار الشفعة لا ينتقل بالارث ، لأنه ليس مالا ولا حقا متعلقا بمال ، بل هو مجرد ارادة ومشئئة للشفيع والوارث لا يرث مورثه فى ارادته ومشئئانه .

« وحيث ان الشريعة الاسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه الا في خاصة العلاقات المدنية التي نشأت قبل انشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون اليها كالميراث والحكر وفي مسائل الأحوال الشخصية التي تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل في هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية ، أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدجمه في القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجارى فانه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بأراء أئمة الفقه الاسلامى . وعلى ذلك فكون الشريعة الاسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بأراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالارث أو لا ينتقل .

« وحيث ان كون الشيء مالا فينتقل من الشخص الى ورثته ، أو ليس مالا فلا ينتقل ، هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات . واذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدنى قد أحالت فى تعرف أحكام المواريث الى قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فان المراد بهذه الاحالة أن تطبيق أحكام القانون المحال اليه على مسائل الارث ، ككون الانسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالارث أو يشاركه فيه غيره الى غير ذلك مما يقوم عليه حق الارث فى ذاته . أما الأشياء التى يصح أن تكون موضوع هذا الحق فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون الا تبعا لأحكام القانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال .

« وحيث ان المال فى اصطلاح القانون هو كل شىء متقوم نافع للانسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لا تدرك الا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية النفع والتقوم وقابلية الاستئثار فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولاً بأنه مجرد خيار مردود الى مشيئة الشفيع ورغبته وأنه متصل بشخصه

ولا تعلق له بالعين المشفوعة فهو زعم لا يستقيم في ظل أحكام القانون الوضعي الذي جعل اعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الاعلان حجة على الغير وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع مما لا يمكن معه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال .

ما يترتب على حق الشفعة

٣٩٠ — لا يثبت الملك للشفيع في البيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشتري بالتراضى^(١) . فالملك بالشفعة يكون بأحد طريقين : اما بتسليم المشتري ، واما بقضاء القاضى . وهذا الحكم واحد في الشريعة الاسلامية وفي القانون ، ولكن بالتفصيل الآتى .

في الشريعة الاسلامية

٣٩١ — التملك بالرضا — التملك بتسليم المشتري ظاهر ، لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه يبدل يبدله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك^(٢) .

٣٩٢ — التملك بالقبض — المبيع لا يخلو : (١) اما أن يكون في يد البائع ، (ب) واما أن يكون في يد المشتري .

٣٩٣ — (١) المبيع في يد البائع — ذكر الكرخي أن القاضى اذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم . وروى عن أبى يوسف أنه لا ينتقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة الى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشتري ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من

(١) مرشد الحيران المادة ١٢٥ — المجلة المادة ١٠٣٦ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٣ .

البائع ايجابان ، أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع ، فاذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الايجاب الذى أضيف اليه ، وانتقض ما أضيف الى المشتري ، سواء قبل المشتري الايجاب المضاف اليه أو لم يقبل .

ووجه قول من قال بالتحويل ، لا بالانتقاض ، أن البيع لو انتقض مذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فاذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ .

ووجه قول من قال انه ينتقض نص محمد والمعقول والأحكام :
أما نص محمد فقد قال محمد انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري ، وهذا نص فى الباب .

وأما المعقول فمن وجهين : أحدهما أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع ، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه من الفائدة ، كما اذا هلك المبيع قبل القبض ، والثانى أن الملك قبل الأخذ بالشفعة للمشتري لوجود آثار الملك فى حقه ، ولو تحول الملك الى الشفيع لم يثبت الملك للمشتري .

وأما الأحكام فإن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، واذا رد عليه لا يعود شراء المشتري ، ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شراء المشتري ، لأن التحويل كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغى أن يعود الشراء ، ولأنها لو تحولت اليه لصار المشتري وكيلًا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري رآها قبل ذلك ورضى بها ، لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه . وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بثمن حال ، ولو تحولت الصفقة اليه لأخذها بثمن مؤجل . وكذا لو اشتراها على أن البائع برىء من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردها على من أخذها منه ، ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشتري . فدلّت هذه المسائل على أن شراء

المشتري ينتقض ، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد إيجاب مبتدأ مضاف إليه .
وقد خرج الجواب عن قولهم ان البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه
لا يأخذ بذلك العقد لا انتقاضه ، بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع والشفيع على
ما سبق تقريره ^(١) .

وقد جاء في المادة ١٢٦ من مرشد الخيران : تملك العقار قضاء كان أو رضاء
يعتبر شراء جديدا في حق الشفيع ، فله خيار الرؤية والعيب ، وان اشترط
المشتري مع بائعه البراءة مبهما ^(٢) .

٣٩٤ — (ب) المبيع في يد المشتري ، — ان كان المبيع في يد المشتري
أخذه الشفيع منه ، ودفع الثمن الى المشتري ، والبيع الأول صحيح ، لأن التملك
وقع على المشتري ، فيجعل كأنه اشترى منه ^(٣) .

٣٩٥ — بماذا يأخذ الشفيع — اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان
كان حالا . واختلفوا اذا كان البيع الى أجل ، هل يأخذه الشفيع بالثمن الى
ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وسن فصل ذلك فيما بعد ^(٤) .
والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس يبيع فالمعلوم عنهم أنه يأخذ
الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى في
خلع ، واما أن يكون معطى في شيء يتقدر ، ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة
مكيلا ولا موزونا ، فانه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه . وان
كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل
أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقطة فانه يأخذه بدية الموضحة
أو المنقطة ^(٥) .

٣٩٦ — لمن يدفع الشفيع الثمن — اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع

(١) البدائع ٥ ص ٢٣ — ٢٤ .

(٢) راجع أيضا المادة ١٠٣٧ من المحلة .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٤ .

(٤) راجع نبذة ٤١١ .

(٥) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٥ .

الثلث إلى البائع ، وكانت العهدة عليه . ويسترد المشتري الثلث من البائع أن كان قد نقد .

وان أخذها من يد المشتري دفع الثلث إلى المشتري ، وكانت العهدة عليه ، لأن العهدة هي حق الرجوع بالثلث عند الاستحقاق ، فيكون على من قبض الثلث ^(١) .

وروى عن أبي يوسف أن المشتري إذا كان نقد الثلث ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحضر منهما ، أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثلث للمشتري والعهدة على المشتري . وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثلث إلى البائع والعهدة على البائع ، لأنه إذا كان نقد الثلث للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا ، لأنه لا ملك له ، ولا بد أيضا لبطان حق الحبس بنقد الثلث ، بل يقع على المشتري ، فيكون الثلث له والعهدة عليه . وإذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس ، فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار إلا بدفع الثلث إلى البائع ، فكانت العهدة على البائع ^(٢) .

٣٩٧ — ما يملك بالشفعة — الذي يملكه الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء ، سواء ملكه أصلا أو تبعاً بعد أن يكون متصلاً وقت التملك بالشفعة ، وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر . وهذا استحسان . والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة .

وجه القياس أن الشفيع إنما يملك ما ثبت له فيه حق الشفعة ، وأنه يثبت في العقار لا في المنقول ، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق ، فلا تملك بالشفعة ، وخاصة الزرع والثمر ، لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية ، فلم يثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعاً .

ووجه الاستحسان أن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له ، لأن حكم التبع حكم الأصل ، وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال . أما البناء والغرس فظاهران ، لأن قيامهما بالأرض ، وكذلك الزرع والثمر ، لأن قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر ، وقيام الشجر بالأرض ، فكان تبعاً للأرض بواسطة الشجر ،

(١) البدائع ٥ ص ٢٤ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٤ .

فيثبت الحق فيهما تبعا ، فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية ، الا أنهما لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص^(١) .

في قانون الشفعة

٣٩٨ — لا يثبت الملك للشفيع في المبيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشتري بالتراضى كما تقدم^(٢) .

و يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري ، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٣ ، التى جاء فيها :

« Le préempteur est subrogé vis-à-vis du vendeur dans tous les droits ainsi que dans toutes les obligations de l'acquéreur.

Il ne peut, toutefois, bénéficier des termes de paiement accordés à l'acquéreur, si le vendeur n'y consent ».

« يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق . على أن المشتري اذا استحصل (حصل) على تأجيل الثمن لا يمتنع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع »^(٣) .

(١) راجع البدائع ٥ س ٢٨ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠١ (١٨ س ١٥٤) ، ١٥ نوفمبر ١٩٠٦

(١٩ س ٩) ، ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ س ١٥٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ س ٤٢) ، ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ س ١٦٩) .

استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٤٦ (دائرة أحمد مختار نجيت بك وأحمد حسنى بك وعبد السلام النحاس بك) فى الدعوى رقم ٧٤ سنة ٦٢ ق : أنذر الشفيع المشتري والبائع له برغبته فى الأخذ بالشفعة فخر على الانذار اقرار وقعه الشفيع والمشتري أقر فيه الأخير بأنه قبل التنازل عن الصفقة للشفيع لاستحقاقه لها ، وبعد ذلك أنذر المشتري الشفيع بالعدول عن الاقرار وتمسكه بالصفقة ، فرفع الشفيع دعوى بطلب الأرض المبيعة بالشفعة ، ودفع المشتري فيها بأن الشفيع لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة الا بعد اقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالمبيع وشروطه . فقضت المحكمة الابتدائية بحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات العلم . ومحكمة الاستئناف قررت أن الاقرار المشار اليه لم ينكره المشتري ولا ورثته فهو ملزم لهم لا يؤثر فيه انذار المشتري بالعدول عنه ، اذ تعلق حق الشفيع به من ثبوت حقه فى الشفعة ، فلا يملك المشتري ولا ورثته بعد ذلك مناقشة هذا الحق الذى اعترف له به ردا على انذاره بدعوى أن حقه سقط بمضى مدة خمسة عشر يوما على علمه بالمبيع ، حتى ولو صح فوات هذا الوقت ، لأن الاقرار بالحق مع ذلك يعتبر تنازلا عن حق التمسك ببيع الشكل وهذا التنازل مقبول لا يمس النظام العام ولذا يكون الحكم الابتدائى اذ قضى بالتحقيق لاثبات العلم فى غير محله .

(٣) وقد قرر ذلك مشروع القانون المدنى الجديد فى المادة ١٠١٦ ، بالنص الآتى : —

أى أنه متى قضى للشفيع بأخذ العقار المشفوع يزول كل ارتباط قانونى بين البائع والمشتري ، ويحل الشفيع محل المشتري لدى البائع ، ويعتبر البيع كأنه حصل للشفيع من البائع^(١) ، فيصبح الشفيع الخلف المباشر للبائع . ولم تتعرض المادة ١٣ لتحديد علاقة الشفيع بالمشتري ، وسنحددها فيما يلي^(٢) .

٣٩٩ — ويحل الشفيع محل المشتري من يوم الحكم أو التراضى ، كما سيجىء^(٣) .

٤٠٠ — وحلول الشفيع محل المشتري فى حقوقه لا يخول الشفيع مركزا يكون أفضل من مركز هذا الأخير^(٤) .

وقد حكم بأنه ليس لطالب الشفعة أن يدعى التخلص من الشرط الوارد فى عقد البيع الذى بمقتضاه تعهد المشتري بأن ينشئ فى خلال سنة منزلا للسكنى على الأرض المبيعة ، وأن يحافظ على الاستواء الحالى ، والا ترتب على عدم قيامه

« ١ — يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته .

٢ — وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن الا برضاء البائع » .
(١) استئناف مختلط ١١ أبريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) ، ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) ، ٢٨ أبريل ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢٦٢) .

فليس لمشتري العقار — الذى زالت عنه ملكيته باستعمال حق الشفعة والذى أصبح فى مأمن من أية مفاجأة من قبل الشفيع — أى رجوع على البائع (استئناف مختلط ٢٠ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٨٢) .

وليس للشفيع الذى قبل طلبه أن يدعى أنه كان على المشفوع منه أن يوفى دائما مقيدا رهنه ، وبما أنه لم يفعل ، بل ترك العقار المشفوع نزع ملكيته ، فيجب اعتبار الشفعة كأنها لم تحصل لعدم وجود محل لها ، لأنه بمقتضى الشفعة صارت ملكية العقار المشفوع للشفيع ، فهذا الأخير ، فى حال نزع الملكية ، له بصفته حائرا للعقار tiers détenteur التكاليف والحقوق المبينة فى المادة ٥٧٥/٦٩٨ مدنى . استئناف مختلط ١٧ أبريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٩٢) .

(٢) راجع نبذة ٤٠٢ وما بعدها .

(٣) نبذة ٤٠٦ .

(٤) استئناف مختلط ١١ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) .

بذلك فسخ البيع ، وذلك لأن مثل هذا الشرط ليس شرطا غير عادى ، ولا يدعو للريبة ، فلا يعتبر من طرق الغش التى يقصد بها منع الشفيع من استعمال حقه ^(١) .

٤٠١ — وطبيعة حق الشفعة الذى بنى عليه حلول الشفيع فى حقوق

المشفوع منه والتزاماته تتطلب ، كما تتطلب العدالة أيضا ، أن المشفوع منه يخرج سليما من العملية التى قررتها سلطة القانون ^(٢) . فيجب أن يوضع فى المركز الذى كان فيه قبل الشفعة ، كما لو كان البيع الذى حصل لمصلحته لم يقع ^(٣) .

٤٠٢ — وقت تملك الشفيع — اختلفت المحاكم فى الوقت الذى يملك

فيه الشفيع المال المشفوع فيه : فرأى بعضها أن تملكه يستند الى وقت بيع العقار المشفوع فيه . ورأى بعض أنه يستند الى وقت طلب الشفعة . ورأى بعض آخر أن حكم الشفعة ناقل للملك ، فالشفيع يملك من وقته . ونحن نرى أن تملك الشفيع يكون من وقت الحكم أو التراضى . وسنشرح ذلك فى التليد الآتية .

٤٠٣ — (١) الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت البيع — قرر

بعض المحاكم ^(٤) أن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام معلنة أو مقررّة للحقوق ، لا موجودة أو منشئة لها ، بمعنى أن الحق الذى قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب من يوم وجوده ، لا من يوم القضاء له به ، فبناء على ذلك يكون الشفيع الذى

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ ص ٥٦) .

(٢) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٣١) ، ٢٨ أبريل ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢٦٢) .

راجع استئناف مختلط ٧ أبريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل ١٩١٧ (٥٠ ص ٢٦٢) ، ٢٨ أبريل ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢٦٢) .

(٤) والظاهر أن على زكى العرابى باشا من هذا الرأى أيضا (نبذة ١١٣) . وكذلك

عبد السلام ذهني بك « فى الأموال » نبذة ٥٢٥ .

عكس هذا الرأى : استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤٢) ، وقد جاء فيه أن قانون الشفعة لم يفترض حلول الشفيع فى حقوق المشفوع منه والتزاماته من يوم البيع :

La loi sur la préemption n'a pas consacré la fiction d'une subrogation du préempteur aux droits du préempté rétroagissant à la date de la vente.

طلب الأخذ بالشفعة مالكا للعقار من يوم حصول البيع^(١) .
وقد قضى^(٢) بأن البيع الحاصل من الشفيع بعد صدور حكم ابتدائي في صالحه لا يلغى بمجرد حصوله قبل صدور الحكم النهائي الذي جاء مؤيدا للأول .
وجاء في أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفعة تثبت بالطلب المستوفى للشرائط القانونية ، ومتى ثبتت انفسخ البيع للمشتري ، وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكا له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التي يكون قد قررها عليه المشتري .

« وحيث ان الحكم بها للشفيع ليس عبارة الا عن تقرير صحة الطلب والزام المتخاصمين بالتأجيل القانونية المرتبة عليها ، فهو من الأحكام الميينة للحقوق لا المنشئة لها ، خلافا لما قرره قضاء أول درجة .

« وحيث انه بناء على ذلك لا يعتبر بيع العقار المشفوع فيه بعد طلب الشفعة وقبل القضاء فيه من قبيل بيع الآمال ولا بيع ما لا يملكه الانسان ، بل هو من قبيل بيع الحقوق المتنازع فيها ، وهذا جائز بلا خلاف .

« وحيث انه مع ذلك فان بيع الأمل ، أى الشيء الذى يأمل الانسان امتلاكه فى المستقبل ، جائز ، الا فى بعض المستثنيات ، ومتى تحقق الأمل نفذ البيع .
« وحيث انه من جهة أخرى فلا يصح فى القانون المصرى لمن باع ما لا يملك

(١) استئناف ١٥ مارس ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) الحقوق ٩ رقم ١٦ ص ٦١ المحاكم ٥ رقم ١٧١ ص ١٠٨ مرجع القضاء ١٢٩٧ .
وقد جاء فى الحكم أن هذا يوافق ما نص عليه فى مذهب الامامين مالك والشافعى من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع ولو لم يسلم المشتري أو يتسلم الثمن ، وربت المحكمة على ذلك أنه يجوز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة . ولكن يلاحظ أن رأى الامامين لا يفيد أن التملك يكون من وقت البيع ، بل ان النص المتقدم يفيد أنه يكون من وقت الطلب .

راجع نبذة ٣٨٣ وما بعدها فيما يختص بتوارث حق الشفعة .

(٢) استئناف مصر الأهلية ١١ مارس ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألتون ومستر سانو) المجموعة ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٤٣١ الحقوق ٢٠ ص ١٧٧ مرجع القضاء ١٢٩٨ .

أن يحتج ببطان البيع اذا صار مالكا للمبيع ، لأن هذا البطان ليس من قبيل البطان المطلق ، بل البطان النسبي الذى يقبل التصحيح ، ولا يسوغ أن يتمسك به الا من تقرر فى مصلحته .

٤٠٤ — الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الطلب — رأى بعض

الحاكم أن الشفيع يعتبر مالكا للعين المشفوع فيها من يوم طلبه الأخذ بالشفعة . ولذلك اذا استمر المشتري واضعا يده عليها بعد الطلب فانه يكون مسئولا ، قبل الشفيع ، عن ثمرتها من يوم الطلب الى يوم التسليم . ولكن يراعى خصم ما يقابل أتعاب الادارة ومصروفاتها ، وفوائد ثمن المبيع ، من يوم طلب الأخذ بالشفعة الى يوم دفع الثمن ^(١) .

وقد قضى ، بناء على هذا الرأى ، بأنه اذا حكم للشفيع باستحقاقه لأن يأخذ بالشفعة عينا واضعا يده عليها فلا حق للمشتري فى مطالبة الشفيع بريعها من يوم المطالبة بالشفعة الى يوم الحكم له بها ^(٢) .

٤٠٥ — الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم — رأى بعض

الحاكم ^(٣) أن حكم الشفعة ناقل للملكية لا مقرر لها ، فلا يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع الا من تاريخ الحكم له بالشفعة . وقد قضى بناء على ذلك :

بأنه لا يكون للشفيع الحق فى ريع العقار المشفوع الا من تاريخ التراضى أو قضاء القاضى ^(٤) . وحتى لو كان الشفيع قد قام بعرض الثمن عرضا حقيقيا فانه لا يكون له حق فى غلة العقار المشفوع الا من تاريخ القضاء له بالشفعة ، لا من

(١) استئناف ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ (دائرة حسن جلال بك ومستر رويل وعبد الحميد رضا بك) المجموعة ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٩٥٦ . استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

(٢) الأقصر الجزئية ٣١ مارس ١٩٠٩ (القاضى مصطفى محمد) المجموعة ١١ رقم ١٠ ص ٢٦ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٥٥ المحاكم ٢٢ ص ٤٦٥٨ مرجع القضاء ١٣٠٠ .

(٣) ومن هذا الرأى أيضا محمود فهمى ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٤) طهطا الجزئية ١٩ يونيه ١٩٢٤ (القاضى سليمان بهجت) المحاماة ٤ رقم ٧٢٠ ص ٩٤٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٧ مرجع القضاء ٤٧٣٩ .

تاريخ عرض الثمن عرضا حقيقيا^(١).

وبأن المشتري يعتبر مالكا لغاية صدور الحكم النهائي القاضى باستحقاق الشفيع للأخذ بالشفعة ، وله الحق فى الاستيلاء على الثمرات الى حين صدور هذا الحكم^(٢).

وقد صدرت من محكمة الاستئناف ، عند فصلها فى الدعاوى المرفوعة اليها بخصوص عدم دفع الشفيع الثمن ، جملة أحكام تفيد أخذها بالرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم^(٣).

وجاء فى أسباب حكم محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة^(٤) ، الخاص بالمراد من عرض الشفيع ، ما يفيد أخذها بهذا الرأى أيضا ، اذ قالت :

« وحيث ان الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الغراء ، وقال الفقهاء فيها انها تملك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لما له عليه من حق الشفعة أو بحكم القاضى ، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التى يكون قد صرفها فى سبيل هذا الشراء .

« وحيث انه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلًا للملك ، وليس مقررا له ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى .

« وحيث انه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشتري الى حكم القاضى ، فليس من المسلم به الزام الشفيع بايداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال

(١) بنى سويف الجزئية ٢٨ أكتوبر ١٩٢٠ (القاضى أحمد نشأت) الحقوق ٣٧ رقم ٦٦ ص ١٧١ المجموعة ٢٢ رقم ١٤٧ ص ٢٣٩ المحاماة ١ رقم ٥٦ ص ٣٠٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٣ .

(٢) شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٨ (القاضى حسين رياض صبحى) المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٠ مرجع القضاء ٤٧٤١ .

(٣) راجع نبذة ٤١٦ .

(٤) ٢٩ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ ، ٦ رقم ١٩٣ ص ٢٤١ المجموعة ٢٤ ص ٤١ .

و بغير مسئولية على المشتري الذى له حق الانتفاع بشرة العين ما دام النزاع قائما قصر أو طال» (١).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري الذى ترفع عليه دعوى شفعة لا تزول ملكيته للعقار المشفوع الا بقبول حق الشفعة نهائيا، ولذلك يبقى له حتى ذلك الوقت الحق فى الانتفاع بالثمار، ولكن ليس له فى نفس الوقت أن يحتفظ بهذه الثمار وأن يطالب بفوائد المبالغ التى دفعها (٢).

٤٠٦ — رأينا — رأى الذى نقول به هو ما أخذ به الفريق الأخير من المحاكم، فالشفيع لا يصبح مالكا للعقار المشفوع الا من وقت التراضى، أو من وقت الحكم بالشفعة قضاء. وهذا يوافق حكم الشريعة الاسلامية الذى يقضى بأن تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع (٣).

فالشفيع بمجرد البيع يكون له الحق فى أن يطالب بالشفعة، ولكن لا تنتقل اليه ملكية العقار المبيع الا اذا سلم المشتري له بالشفعة، أو قضى له بها، وقبل ذلك تكون الملكية للمشتري. وانما قد قيد القانون تصرفات المشتري ببعض القيود اذا حصلت بعد طلب الشفعة أو تسجيل ذلك الطلب. فمنعه من البناء أو الغراس بعد طلب الشفعة بمقتضى المادة ١٠، التى جاء فيها أنه اذا بنى أو غرس، بعد طلب الأخذ بالشفعة، فانه يكون للشفيع الخيار ان شاء طلب ازالة البناء أو الغراس، وان شاء طلب بقاءهما بعد دفع مصروقاتهما (٤). ونص فى المادة ١٢ على أن الرهون والبيوع والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشتري بعد تاريخ

(١) راجع ما تقدم نبذة ٢٨٣.

(٢) استئناف مختلط ١٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٢٤).

راجع أيضا استئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠١ (١٣ ص ٣٠٠).

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٩١ وما بعدها.

وللاحظ — كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة — أن كون الشفيع واضعا اليد على العقار لا يثبت رضاء المشفوع منه، اذا كان هذا الأخير قد رفع استئنافا عقب اعلانه بالحكم الذى ألزمه بترك العقار للشفيع ولم يتنازل عن استئنافه (١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٥ ص ١٤٥). ذلك لأن وضع اليد الذى يمتلك به الشفيع العقار رضاء هو الذى يحصل عليه برضاء المشفوع منه.

(٤) راجع ما سيجىء نبذة ٤٤٥ وما بعدها.

تسجيل طلب الشفعة لا تسرى على الشفيع^(١) .

ويؤيد الرأي الذى نقول به ما جاء فى المادة ٩ من أن « العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله ... لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها » . فقانون الشفعة اعتبر المشتري قبل طلب الشفعة مالكا للعين التى اشتراها ، فاذا تصرف فيها سقط حق الشفيع فى طلبها بالشفعة ، ولا يكون له أن يطلبها الا بمقتضى البيع الثانى الحاصل من المشتري ، وبشروط هذا البيع الثانى . وكذلك يؤخذ من المادة ١٢ بمفهوم الخالفة أن الرهون والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة تسرى على الشفيع .

قلنا ان الشفيع لا يصبح مالكا الا من وقت تسليم المشتري له بالشفعة أو من وقت الحكم له بها . وقد جاء فى المادة ١٨ ، كما رأينا ، أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع » . فهذا الحكم يعتبر عقداً الزامياً فيما بين المشتري والشفيع ، وشروطه هى شروط البيع الذى ترتبت عليه الشفعة . أما فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التى كانت بين البائع والمشتري بمقتضى عقد البيع الذى ترتبت عليه الشفعة ، فإن الشفيع يحل لدى البائع ، بمقتضى المادة ١٣ ، محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته ، فتكون له الحقوق التى كانت للمشتري بمقتضى هذا العقد ، وتكون عليه التزاماته ، ويزول كل ارتباط قانونى بين البائع والمشتري ، وقد فصلنا ذلك فيما تقدم^(٢) .

٤٠٦ مكرراً — رأى محكمة النقض والابرام — أخذت محكمة النقض والابرام بالرأى الأخير ، القائل بامتلاك الشفيع من وقت الحكم . وقد اعترض عليه أمامها بأن من قال به قد أخطأ فى تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة ، وخالف أحكام قانون الشفعة نفسه ، كما خالف المبادئ العامة للقانون وللشريعة الإسلامية . أما خطؤه فى تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة فوجهه أنه استند الى

(١) راجع ما سيجىء نبذة ٤٤٤ .

(٢) راجع نبذة ٣٩٨ .

هاتين المادتين في القول بأن حكم الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها ، في حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدي الى ذلك ، لأن ما نص عليه في المادة ١٨ من أن « الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع » لا يفيد أكثر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكية العين المشفوعة ، كما أن حكم القسمة هو دليل التقاسم على ملكية ما اختص به في القسمة ، أما سبب الملكية ، وهو غير دليلها ، فسابق على الحكم في كلتا الحالتين . وأما المادة ١٣ فنص على حلول الشفيع محل المشتري بالنسبة الى البائع في كل ما كان له وعليه من الحقوق . وهذا الحلول ليس معناه أن الشفيع ، وقد حل محل المشتري ، لا يكون مالكا الا من يوم الحكم له بالشفعة ، بل معناه أن البيع الذي صدر الى المشتري كان يجب أن يصدر الى الشفيع ، اذ هو أحق به . فهو بهذه المثابة يجب أن يعتبر حالا محل المشتري من اليوم الذي أظهر فيه رغبته وأعلنها الى المشتري منبها عليه بأنه أولى منه بالصفقة . والشفيع في ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثي ، والحكم له فيما هو مجمع عليه في فرنسا وفي مصر يقرر حقه ولا ينشئه ، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره ، بل يرجع الى يوم البيع الذي حل فيه المسترد محل المشتري . أما ما قيل من التفرقة بين حق الأخذ بالشفعة وحق التملك بها ، وأن الحق الأول ينشأ بالبيع مع قيام سبب الشفعة ، وأن الحق الثاني لا ينشأ الا بالتراضي أو قضاء القاضى وما رتب على هذه التفرقة من أن حكم القاضى بالشفعة يكون مقررا لحق طلبها منشئا لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري — أما ما قيل من ذلك وما رتب عليه فلا أساس له الا اعتبار المشتري بائعا مع أنه ليس ببائع ، بل هو متخل عن الصفقة والبائع هو البائع ذاته . وأما مخالفة قانون الشفعة فوجهه أن الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من هذا القانون تنص على أنه « اذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع » ، والمعتبر في هذا النص أن الشفيع يتلقى حقه مباشرة من البائع . وعلى هذا أوجب النص المذكور رفع دعوى الضمان عليه . ومقتضى هذا الاعتبار أن حق الشفعة قائم من وقت البيع . وأن طلبها هو بداية

ستعمال هذا الحق وأن ملكية الشفيع ترجع الى هذا الطلب . وأما مخافة المبادئ العامة في القانون المدني وفي الشريعة الاسلامية فوجهه أن المعتدى على الحق أو المنكر له يجب أن لا يفيد من مطله ، وأن صاحب الحق يجب أن يعرض عما يلاقه من ضرر بسبب عنت خصمه ، ولهذا كان من الأصول الثابتة أن الأحكام مقررّة للحقوق لا منشئة لها . والقول بأن حق الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها مناقض لهذا الأصل . كما أنه مناقض لأحكام الفقه الاسلامي التي تقضي باعتبار المشتري كالفاسد في كل ما له علاقة بالمباني أو الغراس في الأرض المشفوعة ، وهذا لا يتفق مع القول بأن حكم الشفعة منشئ لا مقرر ، لأن لازم كونه منشئاً أن يعتبر المشتري مالكاً حتى صدور الحكم ومن ثم ذا حق في أن يجري في الملك ما يشاء من بناء وغراس ، أما أن يعتبر المشتري غاصباً وأن يعامل معاملة الغاصب فذلك يتفق كل الاتفاق مع اعتبار حق الشفيع قائماً منذ طلبه واعتبار الحكم مظهراً للحق لا منشئاً له .

وقد ردت محكمة النقض والایرام على ذلك ، معززة رأيها بما يأتي :

١ — ان الشارع اذا كان قد نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع titre de propriété فانه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها ، والا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام ، بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً cause juridique لملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة ٥٨٧ من قانون المرافعات حكم البيع سبباً قانونياً لملكية من رسا عليه المزاد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً لملكية واضع اليد على المنقول ، وكلمة سند titre التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشئها فان مقتضى هذا النظر ولازمه أن لا يصير المشفوع الى ملك الشفيع الا بعد هذا الحكم ، أما قبله

فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشأاً للحقوق لا ينسحب على الماضي .

٢ — ان ما جاء في المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيدا بحق المشتري في أن يبنى وأن يغرس في العين المشفوعة ، وما جاء في المادة الثانية عشرة قاضيا بأن لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة — ما جاء من ذلك في قانون الشفعة لا يمكن أن يفيد أن الشارع قد أراد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي لأن هذا الأثر لا يستقيم الا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل في الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط واقف هو الحكم له بطله ، بحيث اذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ لمالك المشتري والواقف لمالك الشفيع زالت ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن واعتبر الشفيع مالكا منذ اعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفيع الذي سيتولد عند البيع هو حق متعلق بمقام *Jus ad rem* ، لاحق بملكية ، وهو لا يخول صاحبه الامداعة المشتري بدعوى شخصية . ثم ان الأصل في التصرفات التنجيز . والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون الا في الالتزامات الاتفاقية . واذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري — الذي اشترى بعقد غير مضاف ولا معاق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عنده — الا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له الى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التي تؤدي الى هذا الزوال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة الى ملكية معلقة ، لجرد أن البيع الذي كان علة لها قد ولد حقا لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ، فذلك لا يتأتى قانونا . هذا كله اذا كان الشارع المصرى قد أتى من عنده بجديد فيما أورد من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة من قانون الشفعة ليجوز الخلاف على مراده من ايراد هذه الأحكام ، وليجوز القول في غمرة هذا الخلاف بأنه أراد بها أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي ، ولكن الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين

بجامة من فقه الحنفية . فقد كان رأى عند أبي يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر ، لكن اذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا اليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض . ووجه هذا الرأى أن المشتري لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعديا ، لأنه انما غرس وبنى فى ملكه . فاذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبرا عنه وجب ألا يترتب على ذلك ضرر . وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفيع يأخذ ما زاد فى الأرض بقيمته ، والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة ، واذا كان فى الزام 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 الرأى عند أبي حنيفة أن الشفيع بالخيار ان شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا ، وان شاء أجبر المشتري على القلع ، ووجه هذا الرأى أن المشتري كان عليه أن يترىث الى أن يفصل فى أمر الشفعة ، واذا لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأين ، فأخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس بعد الطلب ، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه ، فان كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على نفسه ، وأخذ بالرأى الأول اذا كان البناء أو الغراس قبل الطلب ، لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف فى ملكه . وكما استمد الشارع المصرى من فقه الحنفية ما شرعه من أحكام لتصرفات المشتري المادية فى العين المشفوعة ، كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام للتصرفات القانونية فى هذه العين ، اذ المقرر فى الفقه الحنفى أنه اذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري فى البيع ، ولا ترفضه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة ، وانما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبرا عن المشتري اذا رغب فى 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 والابطال اذا قضى للشفيع بالشفعة ، اذ 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 منعا للاضرار بالشفيع . وهذا الذي قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصرى حكمه في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع وقد أوجب تسجيل هذا الطلب كان خليقا بأن يجعل هذا التسجيل شرطا لحق الشفيع في 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 في الحال مستندا الى ما قبله الا في تصرفات الفضولى اذا أجزت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات ، وكانت هذه الأحكام بناء 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 ، فان 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 ظاهر الفساد .

٣ — ان النص في المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة الى البائع ، لا يمكن أن يفيد ما ذهب اليه الطاعن من اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشتري منذ هذا الطلب ، اذ اعتباره كذلك لا يجوز الا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشتري ، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر قبل من أن حكم الشفعة منشىء لا مقرر لحق الشفيع ، لأن لازم كونه منشئا أن لا تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع الا بعد الحكم ، ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هى جوهر الحق الذى يحل فيه محل المشتري ،

وكان اسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعا ، فإن حله فيها قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعا أيضا ، هذا وإن كان العمل قد جرى في فرنسا على غير ذلك في خصوص حق الاسترداد الوراثي ، فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع ، وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأي اذ قال تأسيسا على المادة ١٨ من قانون الشفعة « ان هناك فرقا بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها وانه اذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ فإن الحق الثاني لا يوجد الا بقبول المشتري أو التقاضى نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررا لحق الشفيع في طلب الأخذ منشئا لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » ...

٤ — ان النص في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع الا على البائع ، هذا النص لا يمكن أن يفيد زوال ملك المشتري للعين المشفوعة بمجرد حكم الشفعة واعتباره كأنه لم يكن مالكا لهذه العين ، لأن الشفيع اذ يرجع بالضمان في حالة الاستحقاق إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذي حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذي يتأتى أن يرجع على البائع الذي ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق ، وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعي لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا الى يوم هذا الحكم وبين ايجاب الضمان في حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري . كذلك لا يتعارض بين اعتبار المشتري مالكا الا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من الأحكام في الفقه الاسلامي خاصة ببناء المشتري أو غرسه في العين المشفوعة ، لأن هذه الأحكام ليس مبناهما عند الحنفية اعتبار المشتري غاصبا ، بل مبناهما اعتبار المشتري خاطئا ببنائه أو غرسه في ملكه الذي تعلق به حق الشفيع . أما القول بأن اعتبار المشتري مالكا الى يوم الحكم في الشفعة فيه افنيات على القاعدة التي تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشأة للحقوق فردء أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم

الشفعة منشأ لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراسى عليه الزاد فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه .

٥ — انه وقد بان مما تقدم أن العين المشفوعة لا تصير الى ملك الشفيع فى غير حال التراضى الا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة فان دعوى الشفيع برىع هذه العين عن المدة السابقة على هذا الحكم تكون دعوى لا سند لها من اقاانون . ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا ، وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة اثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزما قانونا بهرضه ولا بإيداعه ، فاذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه . على أنه ليس له أن يتوسل بفعله الى حرمان المشتري من حقه ^(١) .

٤٠٧ — نصرف الشفيع فى المشفوع — للشفيع بعد أن يأخذ العقار بالشفعة ، بالتراضى أو بالتقاضى ، أن يتصرف فيه كيف يشاء ، ولا يمكن تعيين مدة مخصوصة يمنع فيها من التصرف والا اعتبر مضاربا على حساب المشفوع منه ^(٢) .

دفع الثمن

٤٠٨ — يجب على الشفيع دفع الثمن الى البائع ^(٣) . ولا لزوم لأن يسلمه

(١) قض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ فى الطعن رقم ٨٥ سنة ١٥ القضائية .

(٢) بنى سويف الابتدائية ١٦ أبريل ١٩٢٣ (دائرة محمود جعفر بك والقاضى غازى حبشى بك والقاضى بيومى على نصار) المحاماة ٣ رقم ٣٥١ ص ٤٢٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٥ مرجع القضاء ١١٣٥ . وقد جاء فيه : « وبما أن حق الشفعة هو حق شخصى للشفيع يجب ألا يستعمله الا اذا توفرت لديه سلامة الذية بأكمل معايها وأن لا يتخذها وسيلة للمضاربة ، ولا يستعمله بقصد الاغتناء اضرارا بالغير . وحيث انه ولو أن حق الشفعة حق ضيق ولا يجب التوسع فيه الا أنه للشفيع بعد أن ثبت له الحق بالرضا أو القضاء أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للمشفوع فيه ، وله اذن حرية التصرف فى العين التى بيعت له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ولا يشترط أن يشفع ليحفظ المالك المشفوع فيه لنفسه » .

(٣) وقد قضى بأن للشفيع أن يطالب المشفوع منه بالتنازل له عن العقار مقابل قيامه بعرض المبالغ المعترف بأن لا نزاع فى وجوب دفعها عرضا حقيقيا وايداع المبالغ المتنازع فيها بالمحكمة (استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٧٢) .

بواسطة المشتري ، بما أنه بناء على المادة ١٣ يحل محل المشفوع منه في حقوقه والتزاماته^(١) .

هذا اذا لم يكن المشتري دفع الثمن الى البائع . فان كان قد قام بدفعه اليه فانه هو الذى يكون دائنا بالثمن ، ككل انسان يقوم بدفع دين آخر (المادة ٢٢٤/١٦١ من القانون المدنى)^(٢) .

٤٠٩ — وليس للمشفوع منه أن يطلب مبلغاً أكثر من ثمن البيع ، بدعوى أن العين المشفوعة قد زادت قيمتها ، اذا كانت هذه الزيادة عامة ، وليست من فعل المشتري ، ولا للشفيع أن يطلب انقاص الثمن ، بدعوى أن العين قد نقصت قيمتها ، وذلك لأن الشفيع يحل محل المشتري وعليه أن يقوم بدفع ثمن المشتري وتوابعه .

٤١٠ — لا ضرورة لرفع دعوى للمطالبة بالثمن بعد الحكم بالشفعة —

تم الشفعة بطلب الشفيع وقبول المشفوع منه ، ويقوم الحكم مقام قبول المشفوع منه . واذا كانت الشفعة تتم بالحكم فيها فقد أصبحت العين ملكاً للشفيع والثمن حقاً للمشفوع منه . فلا يملك الشفيع التنازل عن حكم الشفعة^(٣) . ولا يؤثر هذا في حق المشفوع منه في تنفيذ الحكم للحصول على الثمن دون حاجة الى رفع دعوى جديدة به . وقد نصت المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع »^(٤) . ولا محل للقول بأن حكم الشفعة انما يقضى للشفيع وحده باستحقاقه للعين المشفوعة مقابل دفع الثمن ، وهو وحده الذى يملك تنفيذه بتسلم العين ، انما بشرط أن يدفع الثمن ، وان الحكم لم يقض بشيء للمشتري فلا يمكن تنفيذه بالثمن ، لأن هذا القول مردود بأن الحكم بالشفعة أصبح به الشفيع مالكا نهائياً للعين المشفوعة مقابل

(١) ولا يستفيد الشفيع من تأجيل الثمن الذى يكون البائع قد منحه المشتري ، كما سيجيء — راجع نبذة ٤١٣ .

(٢) راجع نبذة ٤١٩ — راجع استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٢٤) — فورجير ص ٣٣٠ .

(٣) راجع نبذة ٣٦٩ .

(٤) راجع نبذة ٣٥١ .

دفع الثمن ، وما دام لا يمكنه ترك الشفعة فيكون الثمن مستحقا فوراً بمقتضى ذلك الحكم نفسه ، وليس للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسلم العين ودفع الثمن ، ولا وجه لتكليف المشتري رفع دعوى جديدة بالثمن ، لأن هذا الثمن هو في الواقع مقضى به بحكم الشفعة ، وأصبح مقدراً وغير متنازع فيه ، فليس هناك موضوع لدعوى أخرى في شأنه ، بل إن هذه الدعوى تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها ^(١) .

وإنه وإن كان يجوز للمشتري ، إذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، أن يرفع عليه دعوى يطالبه بدفع الثمن أو بطلان الشفعة ^(٢) ، فإن الواقع أن الدعوى التي ترفع في هذه الحالة ليس الغرض منها إلزام الشفيع بالثمن ، بل الحكم بإبطال الشفعة لتأخيرها في دفع الثمن ، وفقاً للقاعدة العامة المقررة للعقود ، وهي أنه إذا قصر أحد الطرفين في القيام بواجباته كان الطرف الآخر مخيراً بين تنفيذ العقد وبين المطالبة بفسخه لعدم تنفيذه .

وقد قضى بناء على ذلك بأنه إذا استشكل في تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن ، فإن الاشكال يكون مقبولا إذا كان مبنياً على أن للشفيع ديناً على المشفوع منه تجب محاسبته عليه أو المقاصة فيه مع الثمن . وأما إذا كان مبنياً على أن لا حق للمشفوع منه في تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن فيصبح الاشكال غير مقبول ^(٣) .

الثن المؤجل

٤١١ — في التبرعة الإسلامية — اختلف الفقهاء إذا وقع الشراء بثمن

(١) مصر الابتدائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة على زكي العرابي بك والقاضي مصطفى صبرى والقاضي عبد الفتاح سام البشرى) المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ من ٣٧٦ .
استئناف مصر الأهلية ٢٢ أبريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمي بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ من ٩٨٣ : الحكم الذي يقضى بالشفعة يقضى في الوقت نفسه بدفع الثمن ، فليس المشتري في حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة ، وإنما إذا تعلل الشفيع في حبس الثمن بوجود دين على العين تعين القضاء باستمرار التنفيذ .

(٢) راجع نبذة ٤١٦ .

(٣) حكم مصر الابتدائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ المقدم .

مؤجل ، الى سنة مثلا ، يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل ، أم يأخذ المبيع بالثمن حالا ، أم هر مخير ؟ فقال مالك يأخذه بذلك الأجل اذا كان مليا أو يأتي بضامن مليء . وقال الشافعى : مخير ، فان عجل تعجلت الشفعة ، والا تتأخر الى وقت الأجل . وهو نحو قول الكوفيين . وقال الثورى لا يأخذها الا بالنقد ، لأنها قد دخلت فى ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها ، فاذا بلغ الأجل أخذها الشفيع ^(١) .

٤١٢ — رأى الحنفية : — اذا قضى للشفيع بالمبيع ، وكان ثمنه مؤجلا على المشتري ، يأخذه الشفيع بثن حال ^(٢) ، لأن رضاء البائع بالأجل فى حق المشتري لا يدل على رضاه به فى حق الشفيع ، لتفاوت الناس فى اليسار والاعسار وايفاء الحقوق ، فان أدى الثمن للبائع سقط الثمن عن المشتري ، واذا أراد الشفيع تأجيل الثمن فليس له ذلك الا برضاء المأخوذ منه ، فاذا لم يرض المأخوذ منه فهو اما أن ينقد الثمن حالا أو يصبر حتى يحل الأجل ، فان نقد الثمن حالا ، وكان الأخذ من البائع سقط الثمن عن المشتري ، وان نقد الثمن حالا وكان الأخذ من المشتري يبقى الأجل فى حق المشتري على حاله ، حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشتري قبل حلول الأجل ، وان صبر حتى حل الأجل فهو على شفيعته اذا كان الأجل معلوما ، وأما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك ، فقال الشفيع أنا أعجل الثمن وأخذها لم يكن له ذلك ^(٣) .

وقال زفران الثمن يتأجل على الشفيع أيضا ، لأن للشفيع حق الأخذ بالثمن الذى تملك به المشتري بصفته والأجل صفة للدين ^(٤) .

٤١٣ — فى القانون — يستفيد الشفيع من جميع الشروط الواردة بعقد البيع ، ولكنه لا يستفيد من تأجيل الثمن الذى يكون البائع قد منحه المشتري ،

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٧ .

(٣) كذا فى المحيط والخيرة والفتاوى العتابة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٦ — ٧٧ .

(٤) كتاب « المعاملات » للشيخ أبى الفتح بك ص ٨٣ .

كما نص القانون صراحة على ذلك في المادة ١٣ التي جاء فيها^(١) : « على أن المشتري إذا استحصل (حصل) على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع »^(٢) ، وذلك ، كما تقدم ، لتفاوت الناس في اليسار والاعسار وايفاء الحقوق ، فيجب على الشفيع أن يدفع ثمن المبيع حالا ، بدون أن يستفيد من الأجل المضروب للمشتري^(٣) .

وقد حكم بأن تأجيل الثمن لا يرفض للشفيع الا اذا لم يوافق البائع — وهو ذو المصلحة في ذلك — على منحه اياه . وعليه فاذا قدم الشفيع في الجلسة الجزء المدفوع من الثمن ، ولم يعترض المشتري على هذا الدفع الجزئي ، فليس المشفوع منه أن يحتج بعدم قبول الشفيع لعدم قيامه بدفع كل الثمن^(٤) .

وفي دعوى اشترط تأجيل الوفاء بمبلغ الدين وجزء من الثمن في عقد بيع أرض كان الدائن المرتهن طرفا فيه ، واشترط في العقد أيضا أنه في حالة بيع جزء من تلك الأرض يصير شطب الرهن عنه مقابل دفع ما يخصه في الدين الى الدائن المرتهن ، وطلب مالك أرض مجاورة لجزء من الأرض المبيعة أخذ هذا الجزء بالشفعة ، مرتكنا على ما لأرضه من حق الارتفاق على هذا الجزء ، فدفع المشترون هذه الدعوى بانكار وجود هذا الحق ، ورأت المحكمة عدم صحة هذا الدفاع ، ولذلك حكمت :

أولا — باستحقاق المدعى للأخذ بالشفعة ، بما أنه لا البائع ولا المشترون لم يتمسكوا بحق عدم تجزئة الصفقة .

ثانيا — فيما يختص بما لكل من المتعاقدين من الحقوق قبل الآخر اعتبار

(١) راجع نبذة ٣٩٨ .

(٢) راجع استئناف ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامي بك وعلام محمد بك) المحاماة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ مرجع القضاء ٤٧١٨ .
وقد نص مرسوم القانون المدني الجديد على أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن الا برضاء البائع (المادة ١٠١٦) .

(٣) راجع استئناف ٢٠ مارس ١٨٩٤ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو دي هانس والقاضي سعد زغلول) الحقوق ٩ ص ٤٩ مرجع القضاء ١٢١٥ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢١٠) .

الشفيع كالمشتري بدون قيد ولا شرط ، واحلاله محل المشتريين الأصليين فيما لهم من الحقوق ، ما عدا ما يتعلق بتأجيل دفع الثمن .

ثالثا — أنه ما دام الشفيع يقوم بدفع جزء نسبي من الثمن الأصلي الى البائع الأصلي والدائن المرتهن فيكون له حق ملكية الجزء المشفوع فيه خاليا من حقوق الامتياز التي للمشتري ومن حق الرهن ^(١) .

٤١٤ — وللبيع ، وفقا للقواعد العامة ، حق حبس المبيع ، حتى يدفع اليه الثمن ، وله أيضا في حالة عدم الدفع ، حق الفسخ .

ولا نرى ما يمنع من أن يتضمن حكم الشفعة تعيين ميعاد يحصل فيه الفسخ حتما de plein droit اذا لم يدفع الثمن ^(٢) .

عدم دفع الثمن

٤١٥ — في الشريعة الإسلامية — اذا طالب الشفيع بالشفعة يقضى له

القاضى بها ، سواء حضر الثمن أولا ، في ظاهر الرواية . ولمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن من الشفيع ، وكذا الورثة ، لأن التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ، كما تقدم . وللبيع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن ^(٣) .

ونال محمد ليس ينبغي للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال .
وجه قول محمد أن حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع ، والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري ، لاحتمال افلاس الشفيع ، ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض ، فلا يقضى قبل الاحضار ، ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكينا له من نقد الثمن .

وجه ظاهر الرواية أن الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة ، كأن اشتراه منه ، والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن ، كما في

(١) استئناف أهلى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومستر ايموس ومحمد صدق بك) المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ الحقوق ٢٤ ص ٣٣ مرجع القضاء ١٢١٦ .

(٢) راجع فورجير ص ٣٣٠ .

راجع الزقاقىق الابتدائية ٢١ أغسطس ١٩٠٩ المجموعة ١١ رقم ٥ ص ١٣ .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٦ .

الشراء المبتدأ^(١).

وقال محمد لو ضرب له القاضى أجلا ، فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك ، فلم يأت به ، بطلت شفעתه . وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فأنا برىء من الشفعة ، لأن هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط ، والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط^(٢) .

٤١٦ — فى القانون — قررت المادة ١٨ من قانون الشفعة أن الحكم

الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً ملكية الشفيع ، فبمقتضى هذا النص الصريح يكون الحق متولداً بين الطرفين ، الشفيع والمشفوع منه ، من تاريخ الحكم بالشفعة الذى أصبح نهائيا ، ويعتبر هذا الحكم عقد بيع الزامى لأحد طرفى الخصومة ، وعقد شراء للطرف الآخر ، فعند وجود نزاع بين الخصوم فيما يختص بالغاء هذا الحكم بسبب عدم دفع الثمن يجب الرجوع الى النصوص الواجب اتباعها فى البيوع الاختيارية ، وهى الواردة بالقانون المدنى ، فاذا لم يرد فى الحكم القاضى بالشفعة نص بوجوب دفع الثمن فى ميعاد معين استمر الحكم حافظاً قوته فى مصلحة المحكوم له مدة خمس عشرة سنة . وهذا اذا لم يرفع المشفوع منه دعوى بمطالبة الشفيع بالثمن ، وعند عدم دفعه يحكم بسقوط حق الشفعة المحكوم به لعدم دفع الثمن ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا يوجد ميعاد معين فى القانون للدفع ، ولذا فلا يمكن المشفوع منه تعيين أجل لذلك من تلقاء نفسه ، بل تتبع فيه أحكام فسخ البيع الاختيارى فى حالة عدم أداء الثمن ، حيث لا يقضى بالفسخ الا اذا لم يحصل الدفع قبل الحكم^(٣) .

(١) البدائع ٥ ص ٢٤ — ٢٥ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٥ .

(٣) راجع استئناف مصر ٢٩ فبراير ١٩٤٠ (دائرة حسن فريد بك و محمود شاكر

عبد اللطيف بك ومحمد صادق فهمى بك) المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ .

وراجع استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٢٦ (٤٨ ص ١١٣) جازيت ٢٩ ص ٤٨ رقم ٦٩

المحاماة ١٨ ص ٧٥٥ رقم ٣٧٢ . وقد جاء فيه أن حكم الشفعة هو عقد بيع حقيقى تحل فيه

سلطة القضاء محل ارادة الطرفين . ويترتب على ذلك أنه يعتبر سنداً تنفيذياً لمصاحبة الطرفين ،

فبمقتضاه يكون للشفيع الحق فى أن يطلب تسليم العقار المشفوع ، كما يكون للمشفوع منه أن يطلب =

ويعتبر الثمن مدفوعا فيما لو أودعه الشفيع خزانة المحكمة بغير أن يعرضه على المشفوع منه اذا كان هذا الايداع مراعى فيه ضرورة حبس الثمن اسبب وجود حقوق عينية على العين يقتضى ازالته قبل الدفع^(١).

وقد حكم بأنه تطبيقا للقواعد القانونية العامة للمشفوع منه طالب فسخ الشفعة *résolution de la préemption* ، لعدم دفع الثمن ، متى ثبت الحق فى الشفعة للشفيع بالتراضى أو بقضاء القاضى^(٢).

وفى دعوى حكم للمستأنفة نهائيا فى ١٢ من يونيه سنة ١٩٠٠ باستحقاقها لأن تأخذ بالشفعة الأرض التى اشتراها المستأنف عليه ، ولعدم قيام المستأنفة بدفع الثمن رفع المشتري دعوى عليها فى ١١ من أكتوبر سنة ١٩٠٨ ، مدعيا أن حقها

== دفع الثمن . وعلى ذلك فرض الشفيع تنفيذ الحكم لا يكون من نتيجته اعتبار الشفعة مفسوخة ، فعلى الشفيع الذى يريد تسليم العقار المشفوع فيه أن يعرض فى الوقت نفسه الثمن عرضا حقيقيا ، فلا يسوغ له أن يطلب التسليم قبل ذلك . واذا عارض فى تنبيه نزع الملكية المقصود به التنفيذ من أجل الحصول على الثمن بحجة أنه لم يتسلم العين كانت معارضته مرفوضة .

(١) استئناف ٢٢ يناير ١٩١٣ (دائرة أحمد موسى بك ومسيو سودان ومحمد توفيق نسيم بك) المجموعة ١٤ رقم ٤٧ من ٨٩ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٥ الحقوق ٢٩ من ٥٦٣ المحاكم ٢٥ من ٥٤٣٣ مرجع القضاء ١٢٩٢ .

طنطا الابتدائية ٢٨ يناير ١٩١١ (دائرة القضاة محمد عبد الهادى الجندى ومحمود على سرور وحامد وصنى) المحاكم ٢٣ من ٥٠٢٤ المجموعة ١٢ رقم ١٢٤ من ٢٤٤ (تأييد من الاستئناف فى ٢٨ مايو ١٩١١) الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧١ مرجع القضاء ١٢٩١ .

مصر الابتدائية ١٧ يناير ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك وحسن حسنى بك وأحمد فحة بك) الحقوق ١٨ من ٣٣ مرجع القضاء ١٢٨٩ : ان الحكم بالشفعة هو فى الواقع عبارة عن عقد يلزم فيه كل من المتعاضدين بأداء شئ معين ، فالمشتري يسلم العين المشفوع فيها ، والشفيع يدفع الثمن ، فهو اذن بمثابة بيع معلق على شرط ، فكما أنه اذا قصر المشتري فى دفع ثمن البيع حق للبائع فسخ البيع ، كذلك اذا قصر الشفيع فى دفع الثمن المحكوم عليه بدفعه حالة أخذه بالشفعة ، جاز للمشفوع منه طلب الحكم بسقوط حق الشفيع فى تنفيذ الحكم الصادر له بالشفعة بدعوى جديدة مستقلة . والسبب فى هذا هو أن طالب الشفعة الذى يرغب أخذ ما آل للمشتري من حقوق عليه أن يتحمل ما كان على المشتري من الواجبات كما هى . فاذا كان المشتري قد دفع ثمن العين فورا وجب على الشفيع الاقتداء به بدفعه ذلك فورا على أثر الحكم له ، والا سقط حقه فى الانتفاع بذلك الحكم .

(٢) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ من ١٧٢) ، ٢ مايو ١٩٠٧ (١٩ من ٢٠٤)

(٢٠٤) ، ٢ مايو ١٩٠٧ (١٩ من ٢٣٥) ، ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ من ٢٤٤) .

في الشفعة قد سقط ، وقبل صدور حكم المحكمة الجزئية أودعت الشفعية الثمن خزانة المحكمة ، وتسلمت العين المشفوع فيها ، ثم حكمت المحكمة الجزئية بسقوط حق اندعى عليها في الأخذ بالشفعة . والمحكمة الاستئنافية قررت : أن أحكام الشفعة مثلها مثل جميع التعهدات والحقوق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، والحكم القاضى بالاستحقاق للشفعة لم تمض عليه هذه المدة ، وأنه عند سكوت القانون في أمر متعلق بالشفعة يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية الفراء ، وأن أحكام الشريعة الاسلامية الفراء قضت باستحقاق المشتري لحبس العين المشفوعة لحين قبض الثمن ، فإذا تأخر الشفيع عن أدائه لم تبطل شفيعته^(١) ، لأن المقضى به لا يسقط الا بالرضا أو القضا ، وتطبيقا لهذه القاعدة اذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، تنفيذاً للحكم القاضى بالشفعة ، فلمشتري أن يرفع عليه دعوى يطالبه فيها بدفعه والا بطلت شفيعته ، وبما أن المشتري لم يطلب ذلك في هذه الدعوى ، فضلا عن قيام الشفيع بدفع الثمن ، فلا محل للحكم بسقوط حقها في الشفعة^(٢) . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية^(٣) بأنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام قبل اعلانها وفقاً للمادة ٣٨٤ من قانون المرافعات الأهلى ، وأن قواعد تنفيذ الأحكام من النظام العام ، فلا يملك المحكوم لصالحه أن يغير من أوضاعها أو يستبدل بها اجراء آخر . فاذا كلف المشفوع ضده الشفيع بانذار رسمى ، بعد صدور حكم باستحقاقه للعين المشفوعة وقبل اعلانه بهذا الحكم ، أن يدفع اليه الثمن المقضى به وملحقاته في موعد معين فليس له بعد ذلك أن يرفع على الشفيع دعوى بسقوط حق الشفعة المحكوم به ، اذ لا يمكن أن يعطل الانذار حق خصمه في تنفيذ الحكم وفقاً للقانون .

وبأن للشفيع الذى حكم لصالحه أن يطالب بتنفيذ الحكم ، ولو كان قد مضى

(١) راجع حاشية ابن عابدين ٥ ص ١٥٧ .

(٢) الزقازيق الابتدائية استئنافى (دائرة فوزى جورجى المطيعى بك ومستر فوكس والقاضى محمود شكرى) ٢١ أغسطس ١٩٠٩ المجموعة ١١ رقم ٥ ص ١٣ الفهرست العشرية الثانية رقم ٦٢٨ مرجع القضاء ١٢٨٧ .

(٣) استئناف مصر ٢٩ فبراير ١٩٤٠ (دائرة حسن فريد بك ومحمود شاكر عبد اللطيف

بك ومحمد صادق فهمى بك) المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ .

على صدوره مدة أربع سنوات ولم يكن دفع الثمن ، الا اذا كلفه المشتري رسميا بالدفع في ميعاد معين ولم يفعل ^(١) .

٤١٧ — وسقوط حق الشفعة (déchéance) الذي يقضى به القاضى فى حالة عدم دفع ثمن العقار — الذى أصبح مالكا له — فى ميعاد معين من اعلان الحكم ، هو فى مصلحة المشفوع منه . فليس اذن للشفيع الذى لم يدفع الثمن فى الميعاد الممنوح اياه أن يدفع بسقوط حقه قبل المشفوع منه ، ويدعى أنه تنازل عن الشفعة التى يرغب المشفوع منه قيامها ، بل يجب أن يتحمل نتائج الحكم ^(٢) . وقد حكم بأنه لا يجوز للشفيع بعد القضاء له بالشفعة أن يرفض دفع الثمن بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم نفسه خول حقا مكتسبا للمشفوع ضده أو البائع ، وهو قبض الثمن ^(٣) .

(١) استئناف ٦ مارس ١٩٠٩ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر مارشال وحسين رشدى بك) المحاكم ٢٤ ص ٥٠٧٠ المجموعة ٧ رقم ٨٨ ص ١٨١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٨ الحقوق ٢١ ص ٣٣٤ مرجع القضاء ١٢٨٦ . وقد جاء فى أسباب الحكم : وحيث ان الحكم بالشفعة يعتبر كعقد بيع ، وبما أنه لا يجوز فسخ عقد البيع بسبب عدم دفع الثمن ، الا بعد تكليف المشتري بدفع الثمن ولم يقم بدفعه بعد التكليف ، فلذا لا يسقط حق الشفع فى الشفعة بعد الحكم له ابتدائيا الا اذا كلفه المشتري بدفع الثمن والمصاريف المحكوم بها وأعطى له ميعاد ولم يف .

راجع أيضا استئناف مصر ٢٢ أبريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ مرجع القضاء ٤٧٤٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٢١ (٣٣ ص ٣١٧) .

(٣) استئناف أهلى ١٤ مايو ١٩٠٨ (دائرة يحيى ابراهيم باشا ومستر ألتون ومستر كالوينى) الاستقلال ٦ ص ٢٩٢ .

قارن استئناف ١٧ مايو ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم باشا ومستر ويلمور ومستر كوغلن) المحاكم ١٥ ص ٣٢٨٧ رقم ٣٢ الاستقلال ٣ ص ٢٦٤ الحقوق ١٩ ص ١٢٥ مرجع القضاء ١٢٩٠ . وقد جاء فيه أن الشفعة عبارة عن تملك مال الغير بغير رضاه . ولذلك اشترط فيها شروط ضيقة منها عرض الثمن عند طلب الشفعة ، فاذا حكم للطالب وتأخر عن دفع الثمن وتسلم العقار ، عد تأخره تنازلا عن الشفعة للمشتري ، اذ الحكم الذى يصدر بالشفعة هو عبارة عن سك الملكية ، فلا يمكن أن يكون نافذا الا بدفع الثمن الذى هو من أركان تنفيذ ذلك الحكم .

٤١٨ — هل للشفيع عبس الثمن متى ظهر العين من رهونه ؟

إذا دفع المشتري الثمن كله نقدا للبائع كان من حقه أن يأخذه من الشفيع .
وايس لهذا أن يحبسه عن المشتري حتى يقوم له بتطهير العين مما يظهر عليها من
رهون وحقوق عينية ، لأنه لا ضمان عليه فيها بأصل شرائه ، ولا يحكم الأخذ
بالشفعة ^(١) .

٤١٩ — الفوائد — لا يلزم الشفيع بفوائد ثمن العقار المشفوع ، والا كان

ذلك بمثابة دفع تعويض الى المشفوع منه بسبب الضرر الناتج من دعوى الشفعة ،
وهذا لا يجيزه القانون ، الا اذا كان للدعوى صفة كيدية ^(٢) .

غير أنه اذا تسلم الشفيع العين ، وكانت ذات ثمرة ، ولم يدفع الثمن ، وجب
الحكم عليه بدفع فائدة عن الثمن تعادل الثمرة الناتجة من العين من يوم تسلمها ^(٣) .

الاستحقاق للغير

٤٢٠ — في الشريعة الإسلامية — اختلف في عهدة الشفيع ، أهى على

المشتري أم على البائع ، يعنى أن الشفيع اذا أخذ الشقص ، فظهر مستحقا ، فعلى
من يرجع بالثمن ؟ قال مالك والشافعى وأحمد هى على المشتري ، ويرجع المشتري
على البائع . وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى عهدة الشفيع على البائع .

وعنده مالك أن الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري
وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة .

(١) استئناف ٢٢ أبريل ١٩٣٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد
فهى بك) المجموعة ٣١ رقم ٥١ ص ١٤٤ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٥
المحامة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ الجدول العشرى الأول للمحامة رقم ١٠٩١ مرجع
القضاء ٤٧٢٤ .

استئناف مختلط ١٧ أبريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) ، ٢٥ يونيه ١٩١٨
(٣٠ ص ٤٩٠) .

(٣) استئناف مصر ٢٢ أبريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك
وحامد فهى بك) المحامة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ مرجع القضاء ٤٧٢٨ .
وراجع نبذة ٤٠٦ .

وعمدة ابن أبي ليلى أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع فطروءها على البيع فسخ له وعقد لها . فالحق ثبت للشفيع بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري^(١) .

وعند أبي حنيفة إذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع ، فأدى ثمنه ، ثم استحق المبيع ، فإن كان أداه للمشتري فعليه ضمانه ، سواء استحق قبل تسليمه إليه أو بعده ، وإن كان أداه للبائع ، واستحق المبيع وهو في يده ، فعليه ضمان الثمن للشفيع^(٢) .

٤٢١ — في القانون — إذا استحق العقار المشفوع للغير بعد الأخذ بالشفعة فإن رجوع الشفيع يكون على البائع ، كما قررت ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ التي نصها :

« Dans le cas où, après la préemption, l'immeuble serait revendiqué par des tiers, le préempteur ne pourra exercer son droit de recours que contre le vendeur » .

« وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الأعلى البائع »^(٣) .

وإذا اشترط البائع عدم الضمان في حالة الاستحقاق ، فإن هذا الشرط يسرى على الشفيع ، لأنه يحل محل المشتري ، بالنسبة إلى البائع ، في جميع ما كان له وعليه ، فينتفع بكل الشروط الواردة بالعقد — ما عدا تأجيل الثمن — كما يلتزم بكل ما جاء فيها .

الهلاك

٤٢٢ — لم يتكلم قانون الشفعة في حالة هلاك الشيء أو تلفه . ونرى

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ — المغني ٥ ص ٥٣٤ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٨ . وجاء في المغني ٥ ص ٥٣٤ : وقال أبو حنيفة إن أخذه من المشتري فالعبرة عليه ، وإن أخذه من البائع فالعبرة عليه ، لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري ، فكان الشفيع آخذاً من البائع بمالكه من جهته فكانت عهده عليه .

راجع ابن عابدين ٥ ص ١٥٠ .

(٣) وجاء في مشروع القانون المدني الجديد في الفقرة الثالثة من المادة ١٠١٦ :

« ٣ — وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع الأعلى البائع » .

وجوب الرجوع الى القواعد العامة . وقد جعل القانون المصرى ^(١) الهلاك على البائع قبل التسليم ، وعلى المشتري بعد التسليم ، كما يظهر من نص المادة ٢٩٧/٣٧١ ^(٢) من القانون المدنى التى جاء فيها : « اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع ، إلا اذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد » .

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نرى التفريق بين فترتين :

(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة .

(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة .

٤٢٣ — (ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة — اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل تسليمه للمشتري ، فالهلاك على البائع ولو كان بدون تقصيره أو اهماله ، ووجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع ، وتسقط الشفعة . وهذا سواء أكان الهلاك قبل اعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة أم بعد اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى ، أم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائيا .

واذا هلك المبيع فى يد المشتري ، بعد تسليمه اليه ، فالهلاك على المشتري ، وهذا أيضا سواء أكان الهلاك قبل اعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أم قبل اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى ، أم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائيا . وقد رأينا أن للشفيع ، حتى الحكم ، أن يتنازل عن الشفعة ^(٣) .

٤٢٤ — (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة — اذا هلك المبيع فى يد البائع ، فالهلاك عليه ، ووجب فسخ البيع ، ورد الثمن الى من دفعه ، سواء أكان المشتري ، أم الشفيع .

(١) أحكام الهلاك فى البيع فى القانون المصرى تخالف أحكام القانون الفرنسى ، لأن هذا القانون الأخير جعل الهلاك على المشتري باعتباره مالكا ، سواء قبل تسليم المبيع اليه أم بعده (المادتان ١١٣٨ و ١٦٢٤) .

(٢) وهى تطبيق للقاعدة العامة التى قررها الشارع فى المادة ١٧٩/٢٤٢ — راجع نجيب الهلالى باشا فى « العقود » الجزء الأول نبذة ٤٧٩ .

(٣) راجع نبذة ٣٥٩ ونبذة ٣٦٩ .

وإذا هلك في يد المشتري قبل تسليمه الى الشفيع ، فلهلاك يكون على المشتري ، اذ أنه ملزم بتسليم العقار المشفوع ، وبما أنه قد استحال عليه التسليم فتطبق المواد ١٧٧/٢٤٠ وما بعدها . فبناء على المادة ١٧٧/٢٤٠ « تزول التعهدات بالفسخ اذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن » . ووفقا للمادة ١٧٩/٢٤٢ « اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون اخلال بما يلزم من التضمنات لمستحقيها في نظير ما استحصل عليه غيره من المنفعة بغير حق » . فيبرأ المشتري من تسليم العقار للشفيع ، ولا يطالب الشفيع بالثمن .

وإذا كان الهلاك قد حصل بخطأ المشتري أو بعد تكليفه بالوفاء ، فبناء على المادة ١٧٨/٢٤١ « اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكافيا رسميا ألزم بالتضمنات » . وهذا مع وجود انسخ وزوال الالتزامات المتبادلة^(١) .

ومن رأى مسيو فورجير أنه اذا حصل الهلاك ، وكان الشيء في يد المشتري ، فانه يجب على الشفيع أن يقوم بدفع كل الثمن الى البائع ، لأن هذا الأخير قد أخلى نفسه من كل مسئولية عن الحالات القاهرة ، فلم الشيء الى المشتري الذي حل الشفيع محله . وكذلك يكون الحكم اذا تلف العقار بتقصير المشتري ، وانما يكون للشفيع حق الرجوع على المشتري بالتعويضات اذا كان لها وجه^(٢) .

٤٢٥ — وإذا حصل الهلاك بعد تسليم العقار الى الشفيع فان الهلاك يكون عليه .

٤٢٦ — **الهلاك الجزئي** — بمقتضى أحكام البيع العامة اذا كان الهلاك جزئيا ، فهو على المشتري اذا حصل بعد تسليم المبيع اليه . أما اذا حصل في يد البائع قبل تسليم العقار للمشتري فيطبق حكم المادة ٢٩٨/٣٧٢ التي تنص على أنه

(١) ذهني بك « في الأموال » نبذة ٥٢٤ .

(٢) فورجير ص ٣٣١ .

« اذا نقصت قيمة المبيع بعيب^(١) حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء كان المشتري مخيرا بين الفسخ و بين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه^(٢) ، الا اذا سبق منه رهنه^(٣) .
ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نرى التفريق بين فترتين :
(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة .
(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة .

٤٢٧ — قبل الحكم نهائيا بالشفعة — (ا) اذا حصل الهلاك الجزئي

في يد البائع ، قبل تسليم المبيع الى المشتري ، كان الخيار للمشتري بين الفسخ و بين تحمل الهلاك الجزئي بابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه . واذا حصل الاختيار قبل طلب الشفعة سري على الشفيع ما اختاره المشتري . فاذا اختار الفسخ سقطت الشفعة . واذا اختار ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه جاز للشفيع أن يطلب للمبيع بالشفعة بالثمن المتفق عليه اذا اراد .

واذا طلبت الشفعة قبل حصول الاختيار فان المشتري اما أن يظهر اختياره واما ألا يظهره حتى يملك الشفيع . واذا أظهر المشتري اختياره رغم طلب الشفعة فاما أن يختار ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، واما أن يختار الفسخ . فاذا اختار ابقاء المبيع فلا ضرر من ذلك على الشفيع ، لأن له حتى الحكم أن يتنازل عن الشفعة اذا شاء ، واذا اختار المشتري الفسخ سقط حق الشفعة . وليس للشفيع ما يتضرر منه ، لأنه بالفسخ تعود العين الى البائع كما كانت ، فلم يوجد ما اضطر الشفيع من أجله للمطالبة بالشفعة .

(١) المقصود بالعيب هو هلاك بعض المبيع ماديا ، بدليل أن القانون وضع حكم هذا الهلاك الجزئي بازاء الهلاك الكلى . وقد أجمع الشراح على أن المقصود منه هنا هو نقصان قدر المبيع ، لا نقصان قيمته ووصفه (نجيب الهلالى باشا نبذة ٤٩٠) .

(٢) راجع أيضا المادة ٣٧٣/٢٩٩ .

(٣) عبارة « الا اذا سبق منه رهنه » موجودة بالمادة ٣٧٢ المختلطة ، ولم يكن لها مقابل في المادة ٢٩٨ أهلى ، ولكنها أضيفت اليها بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ . وعلى ذلك اذا كان المشتري قد رهن المبيع ، فليس له أن يختار فسخ البيع ، لأن الفسخ يضر بحقوق المرتهنين ، فالهلاك الجزئي في هذه الحالة على المشتري (راجع نجيب الهلالى باشا نبذة ٤٩١) .

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 بالثمن المتفق عليه إذا أراد ، أو يترك . أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد إعلان الرغبة في الشفعة وقبل الحكم نهائيا ، فالهلاك على المشتري كذلك ، وللشفيع أن يتنازل عن الشفعة إذا أراد ، لأن له ذلك حتى الحكم^(١) .

٤٢٨ — (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة — بعد الحكم بالشفعة يحل

الشفيع ، بناء على المادة ١٣ ، محل المشفوع منه ، لدى البائع ، في جميع حقوقه والتزاماته . فإذا كان الهلاك الجزئي في يد البائع ، ولم يكن المشتري قد أظهر اختياره ، فإن الخيار يكون بعد الحكم للشفيع ، فله أن يختار ابقاء المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه . وإذا اختار الفسخ هل يسرى على المشتري ، وقد يكون راغبا في أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ؟ الذي نراه أن اختيار الشفيع يسرى على المشتري ، لأن ملكية العين قد انتقلت الى الشفيع ، وقد حل بالنسبة الى البائع محل المشتري .

وإذا حصل الهلاك الجزئي في يد المشتري ، بعد الحكم بالشفعة ، أى قبل تسليم العين المشفوعة الى الشفيع ، فانه يكون للشفيع الخيار بين ابقاء العين بالثمن

(١) ذهني بك ٥٢٤ — راجع العرابي باشا نبذة ١٢٤ .

وقد جاء في المفتي (٥ س ٥٠٣ — ٥٠٤) : وان تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه ، لأنه ملكه تلف في يده . ثم ان أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كنقصه للبناء ، أو بغير اختياره مثل أن انهدم . ثم ان كانت الأقباض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة ، وان كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم . وهذا قول الثوري والعمري وأبي يوسف وقول للشافعي . وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وان كان بفعل الله تعالى ، كأنهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق ، فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك . وهذا قول أبي حنيفة وقول للشافعي . لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله الى المشتري فلا يتضرر ، ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الأخذ منه اضارا به والضرر لا يزال بالضرر .

المتفق عليه ، وبين الفسخ ^(١) .

٤٢٩ — أما اذا حصل الهلاك الجزئى بعد تسليم العقار الى الشفيع فان الهلاك يكون عليه .

العيوب الخفية

٤٣٠ — يكون البائع مسئولا قبل الشفيع عن العيوب الخفية فى الشئ المشفوع ، لأن المشتري الحق فى الرجوع على البائع من أجل العيوب الخفية ، وقد حل الشفيع محله فى هذا الحق ^(٢) .

ولكن ما الحكم اذا كان المشتري قد تنازل عن حق الرجوع من أجل العيوب clause de non garantie ؟ الذى نراه هو أنه لا يكون للشفيع حق الرجوع ، لأنه باستعماله حق الشفعة يعتبر أنه قبل كل اشتراطات العقد المتفق عليها بين البائع والمشتري ، وان كان هذا الحكم مختلفا فى الشريعة الاسلامية ، لأن الأخذ بالشفعة معتبر فيها شراء جديدا كما رأينا ، ولم تقرر الحلول .
واذا توصل الشفيع الى اثبات أن البائع كان يعلم بوجود العيوب الخفية عندما اشترط عدم ضمانه فله أن يلزمه بضمانه ، وفقا للقواعد العامة (المادة ٣٩٦/٣٢١ من القانون المدنى) .

تصرفات المشتري قبل الأخذ بالشفعة

٤٣١ — فى الشريعة الاسلامية — اذا تصرف المشتري فى المبيع قبل أخذ الشفعة أو قبل علمه فتصرفه صحيح ، لأنه ملكه وصح قبضه له ، ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يملكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين فى البيع معيها لم يمنع التصرف فى الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف فى الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيها .
فتى تصرف فيه تصرفا صحيحا تجب به الشفعة ، مثل أن باعه ، فالشفيع

(١) قارن ذهني بك « فى الأموال » نبذة ٥٢٤ .

راجع العراقى بإسناد نبذة ١٢٣ .

(٢) دى داتس نبذة ١٩٤ — هالترن ص ١٧٧ — فورجير ص ٣٣٠ .

بالخيار ان شاء فسخ البيع الثانى وأخذه بالبيع الأول بثمنه ، لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري ، وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثانى ، لأنه شفيع فى العقدین ، فكان له الأخذ بما شاء منهما ، وان تباع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول ، وينسخ العقدان الآخران . وله أن يأخذ بالثانى وينسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذ بالثالث ولا يفسخ شىء من العقود . فإذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذى اشتري به ، ولم يرجع على أحد ، لأنه وصل اليه الثمن الذى اشتري به . وان أخذ من الثانى دفع اليه الثمن الذى اشتري به ، ورجع الثالث عليه بما أعطاه ، لأنه قد انسخ عقد . وأخذ الشقص منه ، فيرجع بثمنه على الثانى ، لأنه أخذه منه . وان أخذ بالبيع الأول دفع الى المشتري الأول الثمن الذى اشتري به ، وانسخ عقد الآخرين ، ورجع الثالث على الثانى بما أعطاه ، ورجع الثانى على الأول بما أعطاه . فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ، ثم اشتراه الثانى بعشرين ، ثم اشتراه الثالث بثلاثين ، فأخذه بالبيع الأول ، دفع الى الأول عشرة ، وأخذ الثانى من الأول عشرين ، وأخذ الثالث من الثانى ثلاثين ، لأن الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه فى يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذى ورثه .

قال فى المغنى ^(١) : ولا نعلم فى هذا خلافا ، وبه يقول مالك والشافعى والحنبرى وأصحاب الرأى .

وجاء فى الفتاوى الهندية : رجل اشترى من آخر دارا بألف درهم ، وباعها من آخر بألفى درهم ، وسلمها ، ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول . قال أبو يوسف يأخذها من الذى هى فى يديه ويدفع اليه ألف درهم ويقال له أطلب صاحبك الذى باعك فخذ منه ألفا آخر . وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة اذا حضر الشفيع وقد باع المشتري الدار وسلمها وغاب وأراد أن يأخذها بالبيع الأول فلا خصومة بينه وبين المشتري الآخر . فالخاص أن الشفيع لو أراد أخذها بالبيع الأول يشترط حضرة المشتري الأول عند أبى حنيفة ، وهو قول محمد ، وفى

قول أبي يوسف لا تشتري حضرته ، وإن أراد أخذها بالبيع الثاني لا تشتري
حصرة المشتري الأول بلا خلاف . كذا في المحيط^(١) .

وذكر في المتقى قال إذا اشترى دارا بألف درهم ثم باعها بألفين ، فلم الشفيع
بالبيع الثاني ، ولم يعلم بالأول ، فخاصم فيها ، فأخذها بالشفعة بالبيع الثاني بحكم
الحاكم أو بغير حكمه ، ثم علم بالبيع الأول ، فليس له أن ينقض ما أخذه ، وبطلت
شفعته في البيع الأول^(٢) .

وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة ، كالوقف والهبة
والرهن ، أو جعله مسجدا وصلى فيه ، أو جعله مقبرة ودفن فيها ، فقال أبو بكر
للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذها بالثمن الذي وقع البيع به . وهو قول مالك
والشافعي وأبي حنيفة^(٣) وأصحاب الرأي ، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني
والثالث مع امكان الأخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ،
ولأن حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى ، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفا
يبطل حقه . ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير ، كما لو وقف المريض
أملأه وعليه دين ، فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد
على ثلثه .

وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد
اسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة . وحكى ذلك عن الماسرجسي في
الوقف ، لأن الشفعة انما تثبت في المملوك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكا .
وقال ابن أبي موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا فقد استهلكها ، ولا شفعة
فيها . ولأن في الشفعة ههنا اضرارا بالموهوب له والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول
عنه بغير عوض ، ولا يزال الضرر بالضرر ، بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع
الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر . ولأن ثبوت
الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك ، فاذا قلنا بسقوط

(١) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

(٣) راجع الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

الشفعة فلا كلام ، وان قلنا بثبوتها فان الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده
ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري . وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب
له ، لأنه يأخذ ملكه . قال في المغنى ^(١) : ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ
الشقص بحكم العقد الأول ، ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد
الهبة المفسوخة .

في القانون

٤٣٢ — من الاستفاد والادارة — ان حكم الشفعة ينقل الملكية

ولا يقررها ، والمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلا له لنفسه حتى يدفع له
الشفيع الثمن والمصروفات بناء على التراضي أو حكم القاضي . وبهذا المعنى حكمت
محكمة الاستئناف بدوائرها الجمعية في ٢٩ من مارس ١٩٢٢ ^(٢) . وحكمت محكمة
الاستئناف في ١٣ من ديسمبر ١٩٢٥ بأن تطبيق هذا المبدأ ، الذي اطمأن اليه
القضاء العالي ، يسقط معه أى ادعاء للاستئناف (الشفيع) في المطالبة بفوائد ثمن
العين أو ريعها قبل وصول هذا الثمن للمشفوع منها ، كما تسقط معه دفعه عن
اضطراره لايداع الثمن لتعنت المشتريين وانكارهما عليه حقه ، فان المبدأ قد
غطى كل خلاف على حق شفعة ^(٣) .
وستكلم فيما بعد في البناء والغراس ^(٤) .

(١) المغنى ٥ ص ٤٩٠ — ٤٩١ .

(٢) ٢٩ مارس ١٩٢٢ المجموعة ٢٤ ص ٤١ المحاماة ٦ رقم ١٩٣ ص ٢٤١ ، ما تقدم

نبذة ٤٠٥ .

وقد حكم بأن المشتري لا يلتزم بانتظار اقضاء الستة أشهر المنصوص عليها في المادة ٢٢
من قانون الشفعة قبل البدء في الأعمال التي يرغب في القيام بها في الأرض التي اشتراها ، وأنه
بني بدائها ، وخصوصا اذا كانت من الأعمال التحفظية ، فليس له أن يترك أعمالها عند تسلمه
طلب الأخذ بالشفعة ، فتضيق عليه النفقات التي تكبدها ، بل له الحق في أن يتم هذه الأعمال ،
فاذا ما أخذ المبيع منه كان له أن يطالب بجميع المصروفات التي أنفقها : استئناف مختلط ٧ نوفمبر
١٩٤٤ (٥٧ ص ٣) .

(٣) استئناف ١٣ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة متولى غنيم بك ومحمد ليب عطية بك ومحمد
زغلول بك) المحاماة ٦ رقم ١٩٢ ص ٢٣٩ .

(٤) نبذة ٤٤٦ .

٤٣٣ — التصرّفات — تجب التفرقة بالنسبة الى التصرفات التي تقع من المشتري — بين (أ) التي تكون قبل تسجيل طلب الشفعة المنصوص عليه في المادة ١٤ ، و (ب) التي تكون بعده .

٤٣٤ — (أ) التصرّفات المحاصلة قبل تسجيل طاب الشفعة — حق الشفعة ليس من نتائج منع المشتري من التصرف في العقار لمصلحة الشفيع المحتمل أثناء المدة التي تجوز المطالبة فيها بالشفعة^(١) ، وقد تكون هذه المدة طويلة اذا لم يعلم من له حق الشفعة بالبيع وشروطه .

فلمشتري أثناء هذه المدة أن يتصرف في ملكه كما يشاء ، فله أن يبيع العقار الذي اشتراه أو يرهنه أو يقرر عليه حقوقا عينية أخرى ، وكل هذه التصرفات اذا كانت تسرى على الغير ، أى اذا كانت مسجلة أو مقيدة ، فانه يمكن الاحتجاج بها على الشفيع ، ما دامت حاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة .

وقد تكون هذه الحقوق مرهقة لدرجة تمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة . وكما يجوز للمشتري أن يبيع يجوز له أيضا أن يقايض على العقار الذي اشتراه ، وقد تقدم أن المقايضة لا تعطى الحق في الشفعة ، فاذا حصلت المقايضة أثناء هذه المدة فانها تمنع من الشفعة . ولكن يكون للشفيع أن يطعن في جميع التصرفات المتقدمة ويطلب بطلانها . وانما عليه أن يثبت أنها ليست حقيقية ، بل صورية .

٤٣٥ — بيع المشتري العين قبل طابها بالشفعة — ذكرنا فيما تقدم^(٢) حكم الشريعة الاسلامية في حالة تصرف المشتري في العين التي اشتراها بالبيع قبل تقديم طلب بالشفعة فيها . ونتكلم الآن في حكم القانون في هذا الموضوع .

نصت المادة ٩ من قانون الشفعة على أن :

(١) استئناف مخطوط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ س ١٦٩) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦

(١٩ ص ٤١) .

(٢) نبذة ٤٣١ .

« Lorsque l'immeuble sujet à préemption aura été revendu avant qu'aucune déclaration de préemption n'ait été faite et transcrite comme il est dit à l'article 14 qui suit, l'action en préemption ne pourra s'exercer que contre le deuxième acquéreur et suivant les conditions de son contrat ».

« العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله ، كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها » (١).

فاذا بيع العقار مرتين ، ولم يستعمل الشفيع حق الشفعة فى البيع الأول ، فلا يترتب على ذلك سقوط حقه فى البيع الثانى ، لأن حق الشفعة يتجدد ويمكن استعماله عند كل بيع (٢).

ولم يكن فى القانون المدنى نص يلزم الشفيع بأن يأخذ بالثمن الثانى عند بيع العين المطلوبة بالشفعة ، وجرت المحاكم فى أحكامها على مبدأ جواز الأخذ بالشفعة بثمان المبيع الأول فى الدعاوى المرفوعة قبل صدور قانون الشفعة ، وذلك وفقا لما قرره أغلب علماء الشريعة الاسلامية (٣).

والنص الذى جاء به قانون الشفعة ليس فى مصلحة الشفيع ، بل هو خطر

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ من ٢١٣) المحاماة ٣ رقم ٤٥٢ من ٤٤٤ هـ الجدول العشرى الأول للمطاماة رقم ١٠٦٣ ، أول مايو ١٩٠٢ (١٤ من ٢٧٤) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ من ٢٧٩ .

وقد جاء مشروع القانون المدنى الجديد بهذا الحكم فى المادة ١٠٠٨ بالنص الآتى : « اذا 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 ١٠١٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها » .

(٢) سمالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ (القاضى اسكندر حنا) المحاماة ٦ رقم ٤٥١ من ٧٤٦ مرجع القضاء ٤٧٠٩ .

(٣) راجع استئناف ١١ يونيه ١٩٠٣ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو دى هاتس ومستر ويلمور) المجموعة ٥ رقم ٣١ من ٦٩ .

استئناف ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدى بك ومسيو دى هاتس ومسيو كامران) القضا ٣ من ١١٠ .

عليه ، اذ يجد نفسه أمام عقد جديد شروطه أشد بالنسبة اليه من شروط عقد البيع الأول وثمنه أعلى ، وقد يكون العقد الجديد حصل بقصد منعه من الشفعة ، ويكون من المتعذر عليه اثبات أن هذا الثمن ليس جدياً .

٤٣٦ — رفع الدعوى على المشتري الثانى والبائع له — اذا باع

المشتري العقار المشفوع قبل طلب الشفعة وتسجيله وجب رفع دعوى الشفعة على المشتري الثانى وطلب الشفعة منه بحسب شروط عقد مشتراه ، بمعنى أن البيع الأول يعتبر غير موجود^(١) .

ولا تقبل دعوى الشفعة اذا رفعت على المشتري الأول وحده^(٢) . فانه وان كانت المادة التاسعة من قانون الشفعة تنص على أن دعوى الشفعة لا تقام الا على المشتري الثانى فان المادة الخامسة عشرة توجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا . فليس معنى قول الشارع اذن فى المادة التاسعة أن الدعوى لا تقام الا على المشتري الثانى أنها لا ترفع على سواه ، وانما قصد الشارع بذلك النص أن عقد البيع الأخير هو الذى يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة بمقتضاه ، أى بالثمن الذى اتفق عليه فيه وبباقى شروطه^(٣) .

وعلى ذلك اذا بيع عقار ، وتراضى الشفيع مع المشتري على أن يحل الأول محل الثانى فيما له وعليه من خفوف ، وظهر شفيع آخر ، فليس له أن يغفل اعلان

(١) استئناف مختلط أول مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤) ، ٢٦ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ٢١٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مارس ١٩١٢ (٢٤ ص ٢٤٥) ، ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٣) .

استئناف أهلى ١٤ ديسمبر ١٩٢١ (دائرة مستر مارشال وعطية حسنى بك وعلى حسين بك) المجموعة ٢٤ رقم ٣١ ص ٣٣ .

راجع أيضا استئناف مختلط ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) . وقد قرر هذا المحكم أن عدم قبول طلب الشفعة المبني على كون الشفيع لم يرفع دعواه فى الميعاد المعين فى القانون الا على المشتري الأول ، وليس على المشتري الثانى ، يتعلق بمعرفة ما اذا كان الفراء اللاحق سوريا أم لا .

(٣) استئناف أسبوط (دائرة أحمد نظيف بك ومحمود عفيف بك وحسن نجيب بك) ١٣ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ .

المشتري الأول في دعواه^(١) .

ولأجل اقامة دعوى الشفعة على المشتري الثاني يجب أن يكون البيع الجديد مسجلا ، لأنه بتسجيله يستطيع الشفيع أن يعلم بالشراء الثاني ، فيرفع الدعوى على المشتري الثاني . فإذا لم يكن مسجلا جاز للشفيع أن يرفع دعواه على المشتري الأول^(٢) .

وإذا كان الشفيع يعلم بالبيع الثاني ، كما إذا أرسل اليه المشتري الثاني اعلانا رسميا ، يكلفه فيه ابداء رغبته وفقا للمادة ٢١ من قانون الشفعة ، رفعت الدعوى على المشتري الثاني^(٣) .

وقد حكم بأن قانون الشفعة لم يخضع لاجراء التسجيل العقود التي يبرمها المشفوع منه مع الغير . على أن هذا الاجراء لا تكون له مزية عملية في العلاقات بين الشفيع والمشفوع منه ، لأن هذه العلاقات لا يترتب عليها أية منازعة في ملكية العقار المشفوع ، لأن الشفعة مقررة حتى بالنسبة الى البيوع المسجلة^(٤) .

وبأن عقدي البيع الأول والبيع الثاني ، ولو كانا غير مسجلين ، يمكن الاحتجاج بهما على الشفيع ما دام لم يسجل طلبة ، وهذا التسجيل هو وحده الذي يقرره قانون الشفعة^(٥) ، ولا يوجد أى نص في القانون يلزم المشتري الذي يرغب في البيع بأن يسجل عقد البيع الثاني من أجل الشفعات المحتملة^(٦) .

وقررت محكمة مصر أنه اذا كان عقد المشتري الثاني مسجلا ، وهذا المشتري أجنبيا ، وجب على المشتري الأول أن يطلب عدم قبول الدعوى ، لأن الملك انتقل من يده ، لا أن يطلب عدم الاختصاص ، لأن المشتري الثاني

(١) استئناف أسبوط ١٣ ديسمبر ١٩٤١ انتقدم .

(٢) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضي حافظ عبد النبي

والقاضي أحمد قحه) الاستئناف ٤ رقم ٥١٠ ص ٥٧٨ .

(٣) راجع ذهني بك « في الأموال » بنفذة ٥٢١ ص ٧٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٢٤) .

(٥) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

(٦) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٣) .

أجنبي^(١) .

وحكم بأنه اذا اشترى البائع عقاره المبيع فلا يعتبر أجنبيا بالنسبة الى الشفيع . وعليه فلا يمكنه أن يحرم هذا الأخير من حقه في الأخذ بالشفعة بحجة أن العقد الذى بيعت به العين سجل قبل تسجيل اعلان طلب الأخذ بالشفعة^(٢) . وترفع الدعوى على البائع الأخير ، لا على البائع الأصلي ، لأن البيع الأول يعتبر كما قلنا غير موجود بالنسبة الى الشفيع ، ويكون البائع الذى يجب رفع دعوى الشفعة عليه هو البائع الأخير^(٣) .

وقد حكم بأن طلب الشفعة لا ينشئ حقا قبل المشفوع منه شخصيا . فاذا

(١) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى حافظ عبد النبي والقاضى أحمد فحة) الاستقلال ٤ رقم ٥١٠ من ٥٧٨ الحقوق ٢٠ رقم ١٠٧ من ٢٥٦ . وقد تأيد هذا الحكم استئنافيا في ٢ مايو سنة ١٩٠٥ .

(٢) ميت غمر الجزئية ٧ مايو ١٩٠٨ (القاضى مصطفى النحاس) المجموعة ٩ رقم ١٣٠ من ٣٠٥ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٣ . وجاء في هذا الحكم :

« وحيث انه وان كان تسجيل هذا البيع سابقا على تسجيل اعلان الأخذ بالشفعة الا أنه حصل بعد تاريخ الاعلان المذكور وعلم المدعى عليهما به ، وهذا كاف بتعلق حق المدعى بالعين المبيعة ، فلا يسرى عليه كل تصرف يحصل بينهما بعد هذا الاعلان . أما اشتراط التسجيل فلم يكن الا فى فائدة الغير دون المدعى عليهما .

« وحيث انه لا عبرة بما أبداه المدعى عليهما من أن البيع الثانى رد للبيع الأول لعدم قيام المشتري بدفع الثمن ، اذ أن البيع الأول تم بمجرد توقيع صيفته بدون تعليق على شرط ما فى عقده ، فيكون البيع الثانى بيعا قائما بذاته أيضا كما هو واضح من نصه ، وقد صدر بعد اعلان المدعى للمدعى عليهما بأخذ العين المبيعة بالشفعة ، فيكون تهريبا من حقه ، ولا يسرى عليه » .

(٣) دى هلتس نبذة ١٩٦ .

ولا نوافق الأستاذ ذهنى بك على ما يقوله من أن المشتري الأول لا يدخل دعوى الشفعة ولا يكون خصما فيها ، بل يدخل فيها المشتري الثانى فقط مع البائع الأصلي ، وان الشفيع محل محل المشتري الثانى قبل البائع الأصلي ، وأنه اذا استحق العقار المشفوع كلا أو بعضا لا يرجع الشفيع الا على البائع الأصلي ، لا على المشتري الثانى ولا على المشتري الأول الخ (ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١) — لا نوافقه على ما يقوله ، ونرى أنه اذا باع المشتري العين التى اشتراها فان دعوى الشفعة ترفع على المشتري الثانى والبائع له (أى المشتري الأول) ، وأن الشفيع اذا قضى له بالشفعة يحل محل المشتري الثانى قبل المشتري الأول ، ويعتبر البيع كأنه حصل من المشتري الأول للشفيع ، أى أن الشفيع يعتبر كخلف للمشتري الأول ، وهو الذى يرجع عليه الشفيع فى حالة الاستحقاق .

لم يبق المشتري الأول مالكا للعقار ، فلا توجد أية رابطة قانونية بينه وبين الشفيع ، الا اذا أصبح ، بسبب أفعاله الحاصلة بسوء نية ، مسئولا قبله ببناء على شبه جنحة^(١) .

٤٣٧ — الطعن في البيع الثاني بالصورية — للشفيع أن ينزع

المشتري الثاني اذا رأى أن مشتراه صوري بقصد منع الشفعة بالثمن والشروط التي حصل بها البيع الأول ، واذا أثبت ذلك يحكم له بالشفعة بالثمن الحقيقي^(٢) .

ويلاحظ أنه اذا كان الثمن الصوري الذي يطعن فيه الشفيع يزيد على نصاب القاضى الجزئى ، وكان ثمن البيع الأول من نصاب القاضى الجزئى ، فان الدعوى ترفع أمام المحكمة الكلية ، لأن الثمن المذكور فى البيع الثانى ، وان كان الشفيع يطعن فيه بالصورية ، فانه يخرج الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى^(٣) .

وليس الشفيع ملزما بأن يعرض احتياطيا دفع الثمن الوارد فى عقد البيع الثانى عند الحكم بعدم صورية هذا البيع ما لم يطلب احتياطيا الحكم له بالشفعة فى البيع الثانى ولم يكن طلبه مقصورا على الشفعة فى البيع الأول . وعلى ذلك فدعوى الشفعة مقبولة فى هذه الحالة بالرغم من عدم العرض الاحتياطى^(٤) .

٤٣٨ — والبيئة على الشفيع اذا ادعى أن البيع الثانى الصادر من المشتري

-
- (١) استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٣١٣) .
 (٢) المنصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ (دائرة فوزى المطيعى بك والقاضى حسن رفعت والقاضى عبد الوهاب عزت) الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ . مرجع القضاء ١٢١٠ .
 استئناف أهلى ٢٠ يناير ١٩١٥ (دائرة محمد توفيق رفعت بك وعبد الحميد رضا بك ومستر كلابكوت) الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ مرجع القضاء ١٢٠٩ .
 راجع أيضا استئناف مختلط ١٢ فبراير ١٩١٤ (٢٦ ص ٢٢٣) ، ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) ، ٢١ فبراير ١٩٢٢ (٣٤ ص ١٩٢) .
 (٣) ذهني بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١ .
 (٤) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٠ .

كان بيعاً سورياً حصل بقصد الهروب من الشفعة^(١) .

والشفيع أن يلجأ الى اليمين الحاسمة serment décisoire لاثبات صورية البيع الثاني^(٢) . وهذه اليمين يجب عليه أن يوجهها الى المشتري الثاني ، لأن المشتري الأول في حالة بيعه يعتبره القانون من الغير tiers ، فلا تربطه بالشفيع أية رابطة قانونية^(٣) .

وقد حكم بأن اليمين التي يوجهها الشفييع الى المشتري الأول عن حقيقة الثمن الذي اشترى به لا تكون مقبولة ، لأنها غير متعلقة بالشفعة الموجهة الى المشتري الثاني^(٤) .

٤٣٩ — واذا قام الشك في صحة البيع الثاني وجب تفسير الشك في مصلحة المدعى عليه في دعوى الشفعة^(٥) .

وقد حكم بأن كون المشتري الثاني أما أو أختاً أو أخاً لمن باع لا يكفي وحده لاعتبار العقد سورياً . وكون البيع الثاني حصل بثمن أعلى من الثمن الأول بكثير يثير الشك في صحة العقد في الظاهر فقط اذا كان الشفييع لا ينكر أن ثمن الصفقة الثانية أقل من ثمن المثل ، ولا سيما اذا كان العقد المطعون فيه قد أمضى وأثبت تاريخه قبل طلب الشفعة^(٦) .

وبأن تحرير عقد رسمي بالبيع الثاني بعد تسجيل طلب الشفعة بخمسة شهور يعتبر قرينة على عدم صحة البيع الثاني الحاصل بعقد عرفي^(٧) .

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٢) المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٤٤٤ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦) .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ (٣٥ ص ٣٩٨) .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ أبريل ١٩٣٢ المحاماة ٤ رقم ٥٩٦ ص ٧٨٨ ، الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٩٥ .

(٥) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٢) المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٥٤٤ .

(٦) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٥٤٤ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٩٤ .

(٧) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٧٩ .

٤٤٠ — والشفيع الذى يحرم من حقه بسبب تأخيره فى الطلب لا تكون له صفة فى الطعن بالصورية فى البيع الثانى الذى بنى عليه حق شفيعته^(١) .

٤٤١ — ويترتب على المادة ٩ المتقدم ذكرها التى تقضى بأن الشفعة إنما تطلب من المشتري الثانى منع الشفعة اذا كان البيع حاصلًا من الأصول الى الفروع . فاذا باع المشتري العين المشفوعة الى ولده قبل طلب الشفعة فلا شفعة^(٢) .

٤٤٢ — واذا باع المشتري العقار موضوع الشفعة فانه لا يكون ملزما قبل المشتري الثانى بأى ضمان قانونى لنزع العقار منه بسبب استعمال حق الشفعة ، بل يجب على المشتري الثانى أن يحتاط لهذا الخطر ويمنع رفع دعوى الشفعة على البائع له بشروط عقد هذا الأخير^(٣) .

٤٤٣ — **النسرف فى جزء من العقار** — اذا بيع جزء من العقار المشفوع قبل أن يسجل طب الشفعة ، وكان الجزء المبيع جزءا مفرضا *divise* ، فللشفيع أن يجرىء دعواه ويرفعها على المشتري الأول وحده من أجل الجزء الذى استبقاه ، أو على المشتري الثانى وحده من أجل الجزء الذى بيع له ، وله أن يرفعها بالكل على الاثنين^(٤) .

واذا بيع جزء شائع من العقار المشفوع قبل تسجيل طلب الشفعة ، فاذا حرم الشفيع من حق الشفعة قبل المشتري الثانى لهذا الجزء ، أو اذا تنازل عن حقه فى الشفعة قبله ، فانه بمقتضى المادة ١١ لا يقبل منه أن يشفع ضد المشتري الأول فى الجزء الشائع الذى استبقاه ، لأن الشفيع يكون فى نفس المركز الذى يكون فيه لو أن العقار بيع فى مبدأ الأمر على الشيوع للملاك الحاليين^(٥) .

٤٤٤ — (ب) **النسرفات الحاصلة بعد تسجيل طلب الشفعة** — اذا وقعت تصرفات المشتري بعد تسجيل طلب الشفعة فقد نصت المادة ١٢ على أن :

(١) استئناف مختلط ٣ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

(٢) قارن المرابي باشا نبذة ١٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٧٦) .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ٢١٩) .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ٢١٩) .

« Sont sans effet à l'égard du préempteur, les inscriptions hypothécaires et les affectations spéciales prises contre l'acquéreur, de même que toutes ventes et tous autres droits réels par lui consentis ou acquis contre lui, postérieurement à la date de la transcription qui devra être faite de la déclaration de préemption, conformément à l'article 14 ci-après. Néanmoins les créanciers privilégiés ou hypothécaires conserveront leurs droits de préférence sur le prix de l'immeuble revenant au préempté ».

كل رهن من المشتري^(١) وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع^(٢) وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لايسرى على الشفيع ، ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنيين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار»^(٣).

(١) يشمل الرهن : الرهن التأمينى والرهن الحيازى العقارى ، وان كان النص الفرنسى لا يشير الا الى الرهن التأمينى .
(٢) أو مقايضة أو نحو ذلك ، وان كان النص لم يذكر الا البيع ، اذ لا مبرر للتمييز —
ذهنى بك نبذة ٥٢١ .

نقض ٦ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٤ من ٨٦٤ ملحق القانون والاقتصاد ٥ من ٢٨٦ رقم ٨٣ المجموعة ٣٨ رقم ٣٣٩ : ان المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة تقضى بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، كما تقضى المادة التاسعة منه بأن العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة وتسجيله لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها . وتدل هذه المادة بمفهوم المخالفة على أنه اذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله فان دعوى أخذها تقام على المشتري الأول بالشروط التى اشترى بها . فاذا باع المشفع منه العقار الى أجنبى بعد رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الأهلية ، فان هذا البيع لا يقتضى ترك الدعوى الأهلية ورفع دعوى أمام المحكمة المختلطة ، ولا ادخال المشتري الأجنبى أمام المحاكم الأهلية . ولكن اذا ادخل المشتري الأجنبى للحكم فى مواجهته بطلبات المدعى ، فدفن بعدم اختصاص المحاكم الأهلية ، فانه يجب على المحكمة الأهلية أن تأخذ بهذا الدفع — فى حق الأجنبى — وأن تقصر حكمها على ما يتعلق بطلبات الخصوم الوطنيين ودفاعهم فقط ، فان قضت فى الطلبات الموجهة الى المشتري الأجنبى كان حكمها واجب النقص بالنسبة الى هذا المشتري .

(٣) استئناف ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ من ٢٣٢) الاستقلال ٢ رقم ١٧٤ من ١٨١ ، ١٧ أبريل ١٩١٧ (٢٩ من ٣٧٢) .

مصر الابتدائية ١٧ يوليه ١٩٠٧ (دائرة ابراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر =

بناء على المادة ١٢ أصحاب الحقوق العينية الذين حصلوا على حقوقهم من المشتري بعد تسجيل طلب الشفعة ليس لهم أن يحتجوا بحقوقهم على الشفيع ، ولو كانت مسجلة أو مقيدة . ويؤخذ من المادة ١٢ بمفهوم المخالفة أن الذين حصلوا على حقوقهم قبل تسجيل طلب الشفعة لهم أن يتمسكوا بها ، ولكن يلزمهم تسجيل حقوقهم أوقيدها اذا كان ذلك ضروريا للاحتجاج بحقوقهم على الغير ، اذ أن الشفيع ، وقد أصبح بمقتضى المادة ١٣ خلف البائع المباشر ، يعتبر من الغير بالنسبة الى المشفوع منه ^(١) .

والجزء الأخير من المادة ١٢ — الذى يقرر أنه يبقى لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل المشفوع منه من ثمن العقار — لا ينطبق الا اذا كان المشتري قد دفع الثمن الى البائع ، فان الشفيع فى هذه الحالة يؤدي الثمن الى المشتري الذى قام بدفعه ، ويستعمل أصحاب الديون الممتازة والدائنون المرتهنون حقوق أولويتهم على هذا الثمن . أما اذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن الى البائع ، فان الشفيع يقوم بدفعه اليه ، وفى هذه الحالة لا يكون لأصحاب الديون الممتازة والدائنين المرتهنين حق الأولوية على الثمن .

البناء والغراس

٤٤٥ — فى التربة الاسلامية — اذا جدد المشتري فى العقار

المشفوع شيئا لم يكن موجودا من قبل ، فان الزيادة التى جددتها اما أن تكون لها قيمة بعد نقضها ، كالبناء والغرس والزرع ، واما أن لا تكون لها قيمة بعد نقضها ، كطلاء البناء بالجير والألوان .

== والقاضى على ماهر (الاستقلال ٥ رقم ٢٠٤ من ٤٦٧ .

وقد جاء مشروع القانون المدنى الجديد بهذا الحكم فى المادة ١٠١٨ بالنص الآتى : « لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو حق اختصاص أخذ ضد المشتري كما لا يسرى فى حقه أى بيع صدر من المشتري وأى حق عينى رتبه أو ترتب ضده اذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » .

(١) فورجير ٣٣٢ — دى هلتس ١٨٩ .

فاذا كانت الزيادة مما له قيمة بعد نقضه ، كأن بنى فى العقار أو غرس أشجارا ، فاما أن يكون هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض ، وفى هذه الحالة يكون للشفيع أخذ البناء أو الغرس بقيمتها مستحقين للهدم أو للقلع ، زيادة على ثمن الشفعة ، وبين أن يكلف المشتري بالهدم والقلع ويأخذ الأرض خالية منهما^(١) .

وان كان الهدم أو القلع يضر بالأرض كان للشفيع أخذ البناء أو الأشجار مستحقين للهدم أو القلع ولو جبرا على المشتري ، وله تحمل الضرر وتكليفه بالازالة .

هذا هو رأى الامام ومحمد ، والعلة فيه هى أن المشتري بنى أو غرس فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من له الحق ، فيكون متعديا بالنسبة اليه .

وعند أبى يوسف والشافعى ومالك يخير الشفيع فى الحالتين بين أمرين ، اما أخذ البناء أو الغراس بقيمتها قائمين ، أى مستحقين البقاء ، وتعتبر القيمة يوم الأخذ ، واما ترك الشفعة ، وعلة ذلك أن المشتري غير متعد لثبوت ملكه فى الشراء ، فلا يعامل معاملة المتعدى بتكليفه بالقلع أو تركه بقيمته مستحقا للهدم أو القلع .

واذا كان ما زيد له نهاية معلومة ، كالزراع ، فليس للشفيع اجبار المشتري على قلعه استحصانا ، اذ لا ضرر عليه فى بقاءه ، لأنه يترك الأرض بالأجرة حتى يحصد الزرع .

واذا زاد المشتري على العقار المشنوع شيئا مما لا قيمة له بعد نقضه ، بأن يبيضه أو صبغه بالألوان ، فان الشفيع يكون بالخيار ان شاء أخذه بالثمن وقيمة الزيادة ، وان شاء ترك الشفعة^(٢) .

(١) مرشد الحيران المادة ١٣٠ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٣٠ — المجلة المادة ١٠٤٤ — كتاب المعاملات للشيخ أبى الفتح بك ص ٨٧ وما بعدها — شرح مرشد الحيران ص ١١٢ وما بعدها — الفتاوى الهندية ص ١٨٠ .

٤٤٦ — في قانونه الشفعة — نص قانون الشفعة في المادة ١٠ منه على حكم البناء والغراس ، فقرر أنه :

« Si. avant la déclaration de préemption, l'acquéreur a fait des constructions ou des plantations sur l'immeuble, le préempteur est tenu de rembourser, suivant l'option de l'acquéreur, soit la somme dépensée, soit le montant de la plus-value que ces constructions ou plantations ont apportée à l'immeuble.

Si les constructions ou les plantations sont faites postérieurement à la déclaration de préemption, le préempteur peut exiger qu'elles soient enlevées. S'il préfère les garder, il n'est tenu qu'au paiement de matériaux et de la main-d'œuvre au remboursement des frais de plantations. Néanmoins les dépenses nécessaires pour la conservation de l'immeuble devront toujours être remboursées à l'acquéreur préempté».

« اذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما ، بناء على رغبة المشتري ، اما أن يدفع له ما صرفه ، أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء والغراس ^(١) .

أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاءهما وفي هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس ^(٢) .

أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه ^(٣) .

- (١) وهذا موافق لرأى أبى يوسف والشافعى ومالك .
راجع العطارين الجزئية ١٣ أكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩١ ص ٧٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٤ مرجع القضاء ٤٧١٠ .
(٢) وهذا موافق لرأى الامام .
(٣) استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) الاستقلال ٤ رقم ٤٧١ ص ٥٤٨ .

وقد جاء مشروع القانون المدني الجديد بحكم هذه المادة في المادة ١٠١٨ بالنص الآتى :
« ١ — اذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له اما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

فليس للشفيع حين اعلانه طلب الأخذ بالشفعة أى حق قبل المشتري ،
فليس له أن ينازعه في حقه كمالك قبل هذا الاعلان ، والمشتري وحده هو
الذى له حق التصرف في ملكيته ، فله أن يشرع في الهدم أو في البناء ، ولا يجبر
المشتري على إعادة العقار الى حالته الأولى ، وعلى الشفيع أن يدفع اليه المصروفات
النافعة التي أنفقها^(١).

وليس للمشتري الذى يوجه اليه اعلان الشفعة أن يطلب زيادة القيمة
الناجمة عن البناء والأعمال التي أوجدها بعد هذا الاعلان ، فليس له حق الا في
قيمة الأدوات وأجرة العمل أو في مصروفات الزرع اذا أراد الشفيع أن
يحتفظ به^(٢).

وقد حكم بأن أتعاب المقاول الذى كلفه المشتري قبل الشفعة بتحضير
رسوم وبيانات عن مصروفات العقار المراد بناؤه على الأرض المشتراة تدخل ضمن
المبالغ التي يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن يترتب على دفع هذه الأتعاب أن تصير
هذه الرسوم والبيانات ملكا للشفيع^(٣).

٤٤٧ — مصروفات تحسين العين — للمشتري أن يطالب الشفيع

بالمصروفات التي صرفها لتحسين حالة العين . أما المصروفات العادية التي يستلزمها
الاستغلال^(٤) وفوائد ثمن العين فلا حق في طلبها من الشفيع ، ما دام قد استحوذ

« ٢ — أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطالب
بالازالة . فاذا آثر أن يستبق البناء أو الغراس فلا يلتزم الا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة
العمل أو نفقات الغراس » .

(١) راجع استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) ، ٣ فبراير ١٩٠١

(١٣ ص ١٠١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) .

(٣) استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٢٧ (٣٩ ص ٣٠٩) .

(٤) نقض ٢٧ أكتوبر ١٩٣٢ بمجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٦٤ ص ١٣٦ ملحق

القانون والاقتصاد المجموعة ٣٤ رقم ١٨٨ الفهرس العشري الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٦ :
الشفيع غير ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه ما دفعه من الأموال عن الأرض المشفوع فيها ، ولا
ما أنفق عليها من مصروفات استغلالها ، مدة حيازته هو لها وانتفاع بها .

على الربيع^(١) .

٤٤٨ — واذا تبين أن زيادة قيمة الأرض المشفوع بها لم تكن ناتجة عن اصلاح أحدثه المشتري فيها ، بل هي زيادة عامة حصلت لعموم الأراضي ، فلا وجه للحكم بقيمة تلك الزيادة^(٢) .

(١) مصر الابتدائية ١٩ أبريل ١٩٠٢ ، وقد تأيد استئنافيا في ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ ، المحاكم ١٣ ص ٢٨٦٤ الحقوق ١٧ ص ٢٧٨ مرجع القضاء ١٢١١ .
استئناف ١٨ مارس ١٩١٤ (دائرة أحمد موسى بك ومستر برسيفال ومحمد شكري باشا) الشرائع ١ رقم ٢٧١ ص ١٤٦ مرجع القضاء ١٢١٢ .
استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .
(٢) استئناف ١٤ فبراير ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١٣٠ القضا ٢ ص ١٨٠ مرجع القضاء ١٢٢١ .

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

Retrait d'indivision

٤٤٩ — حالة الشيوع التي تترتب عليها القسمة تأتي اما من طريق الارث ، واما بسبب عقد ، كالشركة ، أو الشراء ، أو الهبة ، أو الوصية الخ^(١) . وفي الحالة الأولى يمكن الوارث أن يبيع حصته المشاعه ، اما لو ارث مثله أو لشخص أجنبي . وقد نص كثير من الشرائع على اعطاء باقى الورثة الحق فى أن يستردوا لأنفسهم الحصة المبيعة لأجنبى ، لىكى يمنعوا ذلك الأجنبى من الدخول بينهم . وفى القانون الفرنسى يعرف هذا الحق بحق الاسترداد الوراثى Retrait successoral ، وهو مقصور على حالة الارث ، ولا يكون الا فى حصة شائعة فى جميع أموال التركة ، ثابتة أو منقولة ، أو فى جزء من حصته فيها ، فلا وجود لهذا الحق اذا كان المتنازل عنه حقا فى عقار معين على الشيوع بين الورثة ، كما سيجى .

وفى الشركات المدنية يجوز للشركاء أن يبيعوا حقهم فيها اذا وجد نص صريح فى عقد الشركة يبيح ذلك ، أو اذا اتفق جميع الشركاء على ذلك . والشريك فى الملك المشاع فى الأحوال الأخرى قد يبيع نصيبه أيضا لشريك معه أو لأجنبى .

فى كل أحوال الشيوع المتقدمة اذا حصل البيع لأجنبى فان القانون المصرى يعطى شركاء البائع فى الحصة المبيعة الحق فى استردادها لأنفسهم بشروط مخصوصة . وهذا الحق مذكور فى المادة ٤٦٢/٥٦١ من القانون المدنى .

٤٥٠ — حق الاسترداد الوراثى فى القانون الفرنسى^(٢) — تكلم

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) راجع :

Baudry-Lacantinerie & Wahl, Des successions, t. III, § 2575 et s.

Dalloz Pratique, t. XI, mot : "Succession", § 1287 et s.

Josserand, t. III, § 1059 et s.

القانون المدني الفرنسي في حق الاسترداد الوراثي في المادة ٨٤١ التي جاء فيها :

« Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écarté du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession ».

« لكل ورثة المتوفى أو لأحدهم أن يخرجوا من القسمة كل شخص لم يكن وارثا ، ولو كان قريبا للمتوفى ، تنازل له أحد الورثة عن حقه في التركة ، وذلك بأن يدفعوا له ثمن الحق المتنازل له عنه » .

٤٥١ — هو الاسترداد في القانون المصري — نصت المادة ٤٦٢

من المجموعة المدنية الأهلية على أنه :

« Les copropriétaires originaires peuvent, jusqu'au partage, racheter la part indivise qui aurait été vendue par l'un d'eux à un tiers, en lui remboursant le prix, les loyaux coûts et les dépenses nécessaires et utiles ».

« يجوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

ويلاحظ أن النص الفرنسي للمادة ٤٦٢ قد ورد فيه لفظ « الأصليين »

بعد لفظ « الشركاء » ، وهذا اللفظ غير وارد في النص العربي .

والنص الفرنسي للمادة ٤٦٢ الأهلية مطابق لنص المادة ٥٦١ المختلطة .

فحق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢/٥٦١ لا يوجد إلا في حالة

بيع مالك على الشيوع حصته الشائعة كلها أو بعضها لأجنبي^(١) .

=Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, Successions § 551 et s.

Benoit, Du retrait successoral, Paris 1847.

Desjardin, Du retrait successoral, revne Pratique, t. XXX, 1870, p. 497.

Guyot, La renaissance des retraits, Revue Critique, 1924, p. 104.

Héan, Revue Pratique, t. XVIII, 1854.

Labbé, Etude sur les retraits, Revue Critique, 1855.

(١) وقد نص مشروع القانون المدني الجديد ، في المادة ٩٠٢ ، على أن :

« ١ — للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة =

٤٥٢ — ويوجد في المجموعة المدنية المختلطة مادتان لا مثيل لهما في المجموعة الأهلية ، وهما المادتان ٥٦٢ و ٥٦٣ ، وهذا نصهما :

المادة ٥٦٢ :

« Chacun des communistes a droit à la préemption, dans la proportion de sa part indivise; il a droit à la préemption pour le tout en cas d'abstention des autres ».

« لكل واحد من الشركاء الحق في الشفعة بقدر حصته الشائعة ، وله الحق في الشفعة بالنسبة الى الكل في حالة عدم الرغبة من الباقين » .

المادة ٥٦٣ :

« La préemption peut s'exercer même contre le copropriétaire qui toutefois a un droit de retention pour sa part dans la propriété commune ».

« تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك في الملك الذي يكون له مع ذلك حق الحبس بالنسبة الى حصته في الملك المشترك » .

ولم يبلغ قانون الشفعة المادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ من القانون المدني المختلط ، ولم ينقلهما القانون الأهلى ، والظاهر أنه لم يرلها فائدة^(١) ، اتكاه في الشفعة في

= الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة وذلك في خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه بالبيع . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما أنفق .

٢ — واذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » .

ويرى من هذا النص أن المشروع قصر حق استرداد الحصة الشائعة على المتول دون العقار . وجعل الشفعة في العقار مبنية عن هذا الحق ، حتى لا تتضارب الحقوق في الميدان الواحد . ولم يميز المشروع بين شريك أصلى وشريك عارض . وجعل الحق في المقول الشائع أو في المجموع من المال ، كالتجر أو التركة ولو حوت عقارا . وقيد بمواعيد قصيرة حتى لا يظل مصير التصرف معقلا مدة طويلة ، فأوجب على المسترد أن يعلن الى البائع والمشتري رغبته في الاسترداد في خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه بالبيع . ولم يعين مياعدا للاعلان بالبيع . بل ترك الأمر ليقظة صاحب الشأن . ولم يلزم المشروع المسترد أن يعرض الثمن عرضا حقيقيا ، فيكفي اظهار الرغبة في الاسترداد وفي الاستعداد لدفع الثمن وبقيّة النفقات . واذا أراد أكثر من شريك أن يسترد الحصة المبيعة كان لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته .

(١) دى هاتس ، كلمة «retrait» ، نبذة ه .

موضع آخر ، فضلا عن أن عبارة المادة ٥٦٣ غير صحيحة ، إذ أنها تقرر أنه إذا اختار المالك على الشيوع طريق الشفعة ، فإن للمالك الحق في أن يدفع ضده بحق الحبس بالنسبة الى حصته في الشيوع . وعبارة « حق الحبس » المذكورة في هذه المادة ليست صحيحة ، فإن النص يشير الى الحالة التي يبيع فيها أحد الشركاء في الملك حصته لشريك آخر ، وهي الحالة التي لا يجوز فيها استعمال حق الاسترداد ، وبما أن حق الشفعة لا يكون الا في الشيء المبيع ، فلا يفهم السبب الذي لأجله يرجع الى حق الحبس للاحتفاظ بالشيء الذي لم يكن داخلا في البيع ، وبالتالي في دعوى الشفعة^(١) .

٤٣٥ — **حق استرداد أمري** — جاء القانون المصري بحق استرداد آخرين يشبهان حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، أو حق الاسترداد في الشيوع *retrait d'indivision* . وهذان الحقان هما :

(أ) حق الاسترداد في بيع الوفاء *pacte à réméré* (المادة ٤٢١/٣٣٨ وما بعدها) ، وبمقتضاها يكون للبائع حق استرداد الشيء المبيع في مدة معينة ، ومصدره الاتفاق ، فهو حق استرداد اتفاق *retrait conventionnel* .
(ب) استرداد الحق المتنازع فيه *Retrait litigieux* (المادة ٤٤٢/٣٥٤) ، وبمقتضاه إذا باع الدائن الحق المتنازع فيه فإنه يجوز للمدين استرداده بدفعه للمشتري الثمن الذي اشترى به وفوائده والمصروفات المنصرفة .

وجاء القانون الفرنسي بحق استرداد البائع وفاء ، وبحق الاسترداد الوراثي *retrait successoral* (المادة ٨٤١) ، واسترداد الحق المتنازع فيه *retrait litigieux* (المواد ١٦٩٩ — ١٧٠١) ، كما جاء بحق استرداد الشيوع *retrait d'indivision* (المادة ١٤٠٨ الفقرة ٢) خوله الزوجة لاسترداد الحصة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه .

وكان يوجد في القانون الفرنسي القديم عدد كبير من حقوق الاسترداد ، بلغت خمسة وعشرين نوعا ، ولكن القانون الفرنسي لم ينقلها ، ولم يأت منها

(١) دى هلتس بنده ١٧ .

الابحقوق الاسترداد المتقدم ذكرها .

٤٥٤ — وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، كحق الاسترداد الوراثي في فرنسا ، هو نزع ملكية حقيقي للمنفعة الخاصة .
وقد انتقد الشراح في فرنسا ابقاء نظام حق الاسترداد الوراثي ، وودوا لو أن الشارع ترك هذا الحق ، ولم يأت به كما فعل بالنسبة الى حقوق الاسترداد العديدة التي تركها .

وقد نبذ الشارع الايطالي هذا الحق ولم يأت به .
وستكلم في حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، مع مقارنته بحق الاسترداد الوراثي عند الاقتضاء ، ولا نتكلم في حقوق الاسترداد الأخرى ، لأنها لا تدخل في حيز بحثنا .

٤٥٥ — مأخذ المادة ٥٦١/٤٦٢ — اختلفت الآراء في مأخذ المادة ٥٦١/٤٦٢ التي جاءت بحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة .
فمعظم أحكام المحاكم على أنها مأخوذة من المادة ٨٤١ من القانون الفرنسي .
وبعضها يقرر أن الشارع المصري أتى بها من القانون الفرنسي على سبيل الاطراد .
وبعضها يقول انه توسع فيها فلم يقصرها على التركات ، بل جعلها تشمل الشركات أيضا .
وبعضها يقرر أن الشارع لم يقصرها على البيوع التي تقع في حصص شائعة في مجموع حقوق والتزامات التركة أو الشركة ، بل انها تنطبق أيضا على بيع حصة شائعة في عقار معين في تركة أو شركة . وبعضها يقول غير ذلك كما سيجي .

ويرى بعض الشراح أن المادة ٥٦١/٤٦٢ مأخوذة من المادة ١٤٠٨ من القانون الفرنسي الخاصة بحق استرداد الشيوع الذي يخول الزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه ^(١) .
ومن رأى بعضهم أن حق استرداد الحصة المبيعة ، كما ورد في المادة ٤٦٢ ، كان حقا معروفا في القانون الفرنسي القديم ، وهو غير حق الاسترداد الوراثي المنصوص عليه في المادة ٨٤١ من القانون الفرنسي ، فاذا أريد تلمس غرض

(١) مقال نجيب شقرا بك الحامى بمجلة الاستقلال ٥ ص ١٥٨ .

الشارع المصرى وغايته من المادة ٤٦٢ لا يرجع الى المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى ، بل يجب الاهتداء بشروط استعمال الحق الذى كان معروفا فى القانون الفرنسى القديم ، وهى شروط سمحة لا تقيد فيها على الاطلاق ^(١) .
ومن رأى بعضهم أن المادة ٤٦٢/٥٦١ ليست منقولة عن القانون الفرنسى ^(٢) .

من لهم حق الاسترداد

٤٥٦ — **الشركاء فى الملك** -- أعطى القانون حق الاسترداد للشركاء فى الملك الذى تباع حصة فيه ، وقال فى النسخة العربية للمادة ٤٦٢ من المجموعة الأهلية « يجوز للشركاء فى الملك » ، ولكن النص الفرنسى للمادة فى المجموعتين الأهلية والمختلطة ذكر فيه « للشركاء الأصليين فى الملك copropriétaires originaires » ، وبما أن المادة ٤٦٢ نقلت برمتها ، من القانون المختلط ، فى القانون الأهلى الصادر بعد القانون المختلط ، فالظاهر أن كلمة « الأصليين » لم تهمل عن عمد فى النص العربى للمادة المذكورة ، وبناء على ذلك لا يكون هذا الحق الا للشركاء الأصليين .

وهذا الشرط ، فضلا عن صراحته فى النص ، فانه متفق مع حكمة التشريع

(١) الأستاذ زكى عربى الحامى ، المحاماة ٢ من ٢٠١ - ٢٠٣ . وقد استدل على رأيه بالرجوع الى بوتيه Pothier ، اذ ورد فى باب حقوق الاسترداد Les Retraits :

Il y a quelques autres espèces de retrais, tels que celui que quelques coutumes accordent aux propriétaires par indivis d'une chose lorsque l'un d'entre eux vend sa part indivise à un étranger.

(بوتيه جزء ٣ من ٢٥٩ طبعة باريس ١٨٦١) .

وجاء فى ديغولومب عند الكلام فى حق الاسترداد الوراثى :

Quelques-uns, il est vrai, ont pensé que le retrait successoral pourrait bien avoir été occasionné par l'ancien retrait de bienséance et de commun. On appelait autrefois de ce nom le droit qui était accordé par quelques coutumes à tous les copropriétaires d'immeuble de racheter la part indivise que l'un d'eux avait vendue à un étranger, cette espèce de retrait aussi existe en droit romain, jusqu'au règne de Théodore le Grand.

(٢) راجع ما جاء فى مقال أحمد لطفي بك الحامى فى مجلة المحاماة ١ من ٧٥ وما بعدها .

التي تنحصر في أن الشارع أراد المحافظة على كيان الشركة بين أشخاص أعضائها الأصليين الذين ألفوها أو الذين كانوا موجودين وقت انشائها ، سواء أكان منشؤها الارث أم التعاقد ، فحولهم حق اخراج من يتدخل فيها من الأجانب وحولهم محله ، لما يترتب عادة على تدخل الأجنبي من الارتباك الضار بأمور الشركة ، سواء أثناء قيامها أم عند تصفيتها^(١) .

وقد سارت المحاكم المختلطة — بناء على نص المادة ٥٦١ — على أن هذا الحق لا يمنح الا للشركاء الأصليين^(٢) .

وكذلك قضى معظم المحاكم الأهلية بأن غرض الشارع انما هو الوارد بالنص الفرنسي ، أى أن حق الاسترداد لا يمنح الا للشركاء الاصيلين^(٣) .

٤٥٧ — الشركاء الأصليون — الشركاء الاصيلون هم الشركاء الذين

ابتدأت بهم حاة الشيوخ ، أى الذين نشأ الشيوخ بينهم من مبدئه بأية طريقة كانت ، سواء أتى الشيوخ بالارث ، أم بالشراء ، أم بالوصية ، أم بالهبة ، أم بغير ذلك^(٤) ، فيعتبر شركاء أصليين الورثة الذين بدأ بهم الشيوخ ، والشركاء فى عقد تأسيس الشركة ، والمسترون على الشيوخ ، أو من امتلكوا العقار بالعقد^(٥) .

وقد حكم بأن وارث الشريك الأصلى لا يعتبر شريكا أصليا ، لأنه بحسب

(١) أسيوط الكلية ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق

الطار والقاضى جندى عبد الملك) المجموعة ٢٣ رقم ٧ ص ٧ .

(٢) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١٢٤) ، ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧

ص ٣٢٧) ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) ، ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦) .

(٣) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ .

طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ الفهرست العشرية

الثانية للمجموعة رقم ٧٣٦ .

(٤) راجع طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ يونيه ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٩) ، ٢٠ يونيه ١٩٢٢

(٣٤ ص ٤٨٧) .

استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٤٦ (دائرة أحمد حسن بك ومحمد حسين العراجى بك ومحمد

على رشدى بك) فى الاستئناف رقم ٤٤٣ سنة ٦٣ القضائية : مما لا جدال فيه أن حق

الاسترداد لا يخول الا للشركاء الأصليين فى التركة أو الشركة .

أحكام الشريعة الإسلامية لا يتم شخصية مورثه ^(١) .
ولا يعتبر المحتال cessionnaires الذى حول اليه الحق من الشريك الأصلي
شريكا أصليا ، فليس له إذن أن ينتفع بحق الاسترداد ^(٢) .
وكذلك من اشترى الحصة من الشريك الأصلي ، لا يعتبر شريكا أصليا ،
لأن حق الاسترداد يمكن استعماله ضده هو لغاية القسمة ^(٣) .
وفي إحدى الدعاوى باع أب لولديه عقارا الكل نصفه على المشاع ، ثم باع
أحدهما حصته لآخر ، ثم استصدر الأب من ولده الثانى عقدا بالنصف الذى كان
قد باعه له ، فأصبح شريكا للولد الآخر ، وارتكنا على هذه الشركة الجديدة
طلب استرداد ما باعه ابنه الأول . فقررت محكمة جرجا الجزئية ^(٤) أنه يؤخذ من
ذلك صراحة أن الأب لم يكن شريكا للبائع وقت انشاء الشركة ووقت البيع ، بل
كان الشريك هو ابنه الثانى ، وهو وحده صاحب الحق فى طلب الاسترداد ، أما

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .
أسيوط الابتدائية ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق
العطيار والقاضى جندى عبد الملك) المجموعة ٢٣ رقم ٧ ص ١٠ : ان القول بأن الوارث
يكمل شخص المورث ولا يعتبر شخصا جديدا بالنسبة اليه قول غير صحيح ، لأن الأمر على
عكس ذلك فى الشريعة الإسلامية التى تعتبر الوارث شخصا آخر غير شخص المورث ، فلا
تلزمه مثلا بديونه الا بقدر ما يرثه عنه .

ومن رأى الأستاذ ذهني بك (« فى الأموال » نبذة ٥٥٢) أن الورثة ملاك على الشيوع ،
سواء كانوا هم الأصل فى الشيوع بسبب الارث من مورثهم ، أو كانوا ورثة لأحد المالكين
على الشيوع ، فخلوا محله فى الشيوع ، لأنه عقب وفاة المالك على الشيوع لا يجوز لبقية الملاك
أن يستردوا حصة التوفى التى تؤول لورثته ، لأن انتقال الملكية بالارث لا يعتبر بيعا يجوز
فيه الاسترداد .

قارن دى هلتس نبذة ٩ ص ١٣٧ .

وفى القانون الفرنسى يجوز للورثة استعمال الحق الذى كان لمورثهم .

(٢) استئناف مختلط ٦ يونيو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) ، ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) .

(٣) استئناف أهلى ٢١ يناير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٦ .

استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) ، ٢٦ يونيو ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٩) ، ٣ يناير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١١٦) .

(٤) جرجا الجزئية ١٧ مايو ١٩٢٠ (القاضى سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢٢ رقم
١٠٤ ص ١٦٦ مرجع القضاء ٣٢٤٨ .

الأب فهو دخیل على الشركة ، وكان يجوز للابن الثانى أن يسترد منه ما اشتراه من أخيه .

٤٥٨ — رأى آفر — من رأى بعض المحاكم أن حق الاسترداد يجوز لأى شريك ، سواء أكان أصليا أم تلقى الحق عن شريك أصلى . فقد قررت محكمة طنطا^(١) أن الشارع قصد من تقرير حق الاسترداد تمكين الشركاء فى الملك من أن يخرجوا من بينهم شخصا طارئا عليهم قد يتضررون منه ، وقد تصعب معه عملية القسمة ، فقرر هذا الحق للشركاء الأصليين ، ولم يرد بالشركاء الأصليين من نشأ بينهم الشيوع من بادىء الأمر دون سواهم ، بل من وجد بينهم الشيوع قبل بيع الحصة المطلوب استردادها ، لأنه يحق لهم جميعا أن يتضرروا من شخص طارىء عليهم ، وأخرج بذلك الشركاء الطارئین بعد بيع الحصة الذين ليس لهم أن يتضرروا من حالة سابقة على نشوء حقهم . وأضافت المحكمة الى ما تقدم أن هذا التفسير يؤيده سياق النص ، فان المادة أجازت للشركاء الأصليين استرداد الحصة التى باعها أحدهم للغير ، فأخرجت بذلك الحصة التى باعها شريك طارىء قبله الشركاء الأصليون ، فاذا اعتبر أن الشركاء الأصليين هم من نشأ بينهم الشيوع من بادىء الأمر ما جاز لهؤلاء الشركاء استرداد الحصة التى باعها شريك طارىء كانوا قبلوه^(٢) ، مع أنه لا موجب للفرقة بين البيع الذى يصدر عن شريك من

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أبانلة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مرجع القضاء ٣٢٥١ .

(٢) ونحن نرى أن النص لا يمنع الشركاء الأصليين من استرداد الحصة التى باعها شريك طارىء كانوا قبلوه ، فالمادة ٤٦٢ تقول انه « يجوز للشركاء (الأصليين) ... أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير » ولم تفرق بين البيع الحاصل من شريك أصلى لأجنبى عنهم وبين البيع الحاصل من هذا الأجنبى لآخر ، سواء أكانوا قد قبلوا هذا الأجنبى أم لم يقبلوه ، فللشركاء الأصليين ، بحسب رأينا ، حق الاسترداد مادامت الحصة الشائعة قد خرجت من ملكية أحدهم بالبيع الى غيرهم .

فان استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩٠٤ (٢٧ ص ١٠٠) . وقد قرر هذا الحكم أنه اذا أقر أحد الشركاء الأصليين بقبول البيع الحاصل من أحد الشركاء الى أجنبى فلا يكون له حق الاسترداد اذا باع هذا الأجنبى حصته فى العقار ، وفقط يكون له الحق فى رفع دعوى الشفعة .

بدء الشيوع والبيع الذى يصدر عن شريك متأخر عنه ^(١) ، اذ كلاهما قد يضر
بمن هم شركاء فى الملك وقت البيع ^(٢) .

٤٥٩ — وليس لدائى الشركاء استعمال الحق بطريق الدعوى غير المباشرة
action oblique ، المنصوص عليها فى المادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ من القانون
المدنى ، لأن حق الاسترداد متصل بالشخص ^(٣) .

ضد من يستعمل حق الاسترداد ؟

٤٦٠ — نص القانون على أن حق الاسترداد لا يرفع الا على من اشترى
الحصة الشائعة متى كان أجنبيا عن الشركاء un tiers ، وبناء على ذلك اذا كان
المشتري هو أحد الشركاء الأصليين فلا محل لحق الاسترداد ، لانعدام العلة التى
وضع هذا الحق من أجلها ، اذ أن حق الاسترداد وضع لامكان اخراج
الأشخاص — الذين لم يشتركوا فى الشيوع عند بدئه — من القسمة ، لأن عملية
القسمة عملية دقيقة دائما ويخشى أن يؤدى وجود دخيل فيها الى ارتباكات
يصعب التغلب عليها ^(٤) .

(١) على حسب رأينا لا يفرق بين البيع الذى يصدر عن شريك من بدء الشيوع والبيع
الذى يصدر عن شريك متأخر عنه ، ففى الحالين يجوز للشركاء الأصليين أن يستردوا ، مادامت
الحصة الشائعة قد خرجت من ملكية أحدهم بالبيع . فاذا كان البيع حاصلا من الشريك الأصلي
مباشرة حاز لباقي الشركاء الاسترداد من المشتري . واذا كان البيع قد حصل لأجنبي ثم من هذا
الأجنبي لآخر كان لباقي الشركاء أن يستردوا من المشتري الأخير كما كان لهم أن يستردوا
من الذى باع له .

(٢) راجع دى هلتس نبذة ٩ ص ١٣٧ .
راجع أيضا استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٠٤) : المقصود من الشركاء
الأصليين ليس الذين بدأ بهم الشيوع لحسب ، بل أيضا كل من دخلوا فى حالة الشيوع قبل المالك
الجديد الذى يخول القانون اخراجه .

ومن هذا رأى أيضا ذهني بك « فى الأموال » نبذة ٥٥٢ .

(٣) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٥٦ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا
ونوثة ٣٢ .

عكس ذلك : بودرى لاكتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٣١ .

(٤) مصر الابتدائية الأهلية أول فبراير ١٩٢٣ (دائرة اسكندر عازر بك ومستر بارن
وأحمد نظيف بك) المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم
١١١٠ مرجع القضاء ٦٤٦٥ .

٤٦١ — وإذا رضى الشركاء فى الملك بدخول أجنبى بينهم يباع له أحد الشركاء حصته ، فلا يتمتعهم ذلك من استعمال حق الاسترداد بالنسبة الى غيره ^(١) .

٤٦٢ — وليس من اللازم أن يقيم الشريك المسترد الدليل على وجود ضرر من بقاء المشتري الأجنبى بين الشركاء ^(٢) .

التصرفات التى يترتب عليها استعمال حق الاسترداد

٤٦٣ — بيع حصّة شائعة — لا يجوز استعمال هذا الحق الا فى حالة بيع حصّة شائعة من أحد الشركاء فى الملك لأجنبى ، كما هو صريح نص المادة . فإذا كان البيع واقعا على حصّة معينة فى الأموال المشاعة فلا محل لحق الاسترداد ^(٣) ، وذلك لأن المشتري فى هذه الحالة لا يصير مالكا الامتى حصلت القسمة ، وظهر منها أن ما بيع وقع فى حصّة البائع له ، وبما أن حق الاسترداد يسقط بحصول القسمة ، فتمت عملت لا يمكن استعماله ، فضلا عن أن مثل هذا البيع لا يعطى المشتري حق التدخل فى أحوال الشيوع والاطلاع على أسرارته ^(٤) .

٤٦٤ — كل أموال الشيوع — حق استرداد الحصّة الشائعة التى يبيعها الشريك للغير ليس مقصورا على الملك الموروث ، بل يتناول كل شيوع مهما كان أصله ، سواء أكان الارث أم الشركة أم الشراء أم الهبة أم الوصية أم غير ذلك ^(٥) .

(١) طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى محمد صديق والقاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ مرجع القضاء ٣٢٥٤ .

(٢) راجع ما تقدم خاصا بإثبات الضرر فى الشفعة (نذرة ٨) .

(٣) كفر الشيخ الجزئية (القاضى رياض رزق الله) ١١ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٩٩ ص ٨١١ الجدول العشرى ، الأول للمحاماة رقم ٩٧٨ .
جرجا الجزئية ١٧ مايو ١٩٢٠ (القاضى سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢٢ رقم ١٠٤ ص ١٦٦ مرجع القضاء ٣٢٤٨ .

(٤) استئناف ١٧ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة مراد وهبة بك ومحود على سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١١ رقم ٣١٧ ص ٦٣٨ مرجع القضاء ٦٤٦٢ .

(٥) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ برئاسة بافيرا (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١١ ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) .

وهل يكون في الشيوع في غير الملكية التامة ؟ قد يكون الشيوع في الرقبة وقد يكون في حق الانتفاع ، فهل يخول مثل هذا الشيوع حق الاسترداد ؟ الذي نراه هو أن الشيوع في ملك الرقبة يعطى الشريك حق الاسترداد^(١) ، أما الشيوع في حق الانتفاع فلا يترتب عليه منح الشريك هذا الحق ، لأن صاحب حق الانتفاع لا يعتبر شريكا في الملك ، والنص الخاص بالاسترداد استثنائي فلا يجوز التوسع فيه .

٤٦٥ — **بيع بعض حصص الشركاء** — يجوز الاسترداد سواء أكان المبيع هو كل حصة الشريك أم كان جزءا منها .

٤٦٦ — **في مجموع حقوق والالتزامات أو في عقار معين** — قد اختلف فيما إذا كان حق الاسترداد يجوز استعماله فقط في حالة البيع الذي يقع على حصة شائعة في مجموع الحقوق والالتزامات في الملك المشترك أو أنه يجوز استعماله أيضا في حالة بيع حصة شائعة في عقار معين .

فقرر بعضهم أنه لا يجوز إلا في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة في مجموع الحقوق والالتزامات في شركة أو جزء من حصة فيها شائعة ، ولا يجوز في حالة بيع حصة شائعة في شركة^(٢) ، أي أنهم يقصرون حالات حق الاسترداد المقرر بمقتضى المادة ٥٦١/٤٦٢ على الحالات التي يجوز فيها حق الاسترداد الوراثي في فرنسا (المادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي) .

وقرر بعضهم أن حق الاسترداد يجوز استعماله في حالة بيع حصة شائعة في مجموع الحقوق في شركة أو شركة ، لأن القانون المصري استمد أحكام المادة ٥٦١/٤٦٢ من المادة ٨٤١ المذكورة ، ولكنه توسع فيها وجعلها تشمل أيضا الشركات^(٣) .

وقرر بعض آخر أن حق الاسترداد يجوز في حالة بيع حصة شائعة في مجموع

(١) عكس ذلك : ذهب بك « في الأموال » نبذة ٥٥١ .

(٢) راجع استئناف مخطوط ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) — ونبذة ٥٠٠ .

(٣) راجع نبذة ٥٠٢ .

شركة أو شركة أو في عقار معين^(١) ، لأن نص المادة ٤٦٢/٥٦١ عام .
وسنفضل كل ذلك عند مقارنة حق الاسترداد بحق الشفعة ، ونبين الآراء المختلفة في هذا الموضوع .

٤٦٧ — البيع من أحد الشركاء الأصليين — يؤخذ من نص المادة ٤٦٢/٥٦١ أن حق الاسترداد يكون في حالة البيع الحاصل من أحد الشركاء الأصليين سواء أكان البيع حاصلًا منه مباشرة أم كان حاصلًا من المشتري منه ، لأن المادة تقول « يجوز للشركاء (الأصليين) في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا الحصة الشائعة التي باعها أحدهم للغير »^(٢) .

٤٦٨ — هل يجوز الاسترداد في حالة البيع بالمراد ؟ — لا يجوز ، كما هو الحال بالنسبة إلى الشفعة ، استعمال حق الاسترداد فيما يبيع بالمراد . وقد قضت بذلك دوائر محكمة الاستئناف المختلطة مجتمعة^(٣) .

٤٦٩ — البيع الفاسد — يجوز استعمال حق الاسترداد ، ولو كان البيع باطلا بطلانا نسبيًا ، بسبب نقص الأهلية مثلاً ، لأنه تترتب عليه الآثار القانونية حتى يفسخ^(٤) . فإذا فسخ البيع بحكم أصبح نهائياً قبل الاسترداد فإن الاسترداد

(١) راجع استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٠) — ونبذة ٥٠٤ .

(٢) راجع ما تقدم . وقارن استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (٣٣ ص ٥٥) .

استئناف مختلط ٢٦ يونيو ١٩١١ (٢٣ ص ١٣٨) ، ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ ص ٢٧١) .

وراجع المادة ٣ من قانون الشفعة . وما تقدم نبذة ٢١٠ وما بعدها فيما يختص بالشفعة .
والموضوع مختلف فيه في فرنسا بالنسبة إلى حق الاسترداد الوريثي ، فمن رأى بعضهم أنه لا يجوز في حالة البيع بالمراد (ديمولومب ١٦ نبذة ١٠٠ — ديمات ٣ نبذة ١٧١ مكررة — باريس ١٤ يونيو ١٨٣٤ سيري ٣٦ — ٢ — ١١٣) . ويقول معظم الشراح والمحاكم أن حق الاسترداد جائز ، ولا يعترض بأنه كان للورثة أن يتقدموا للشراء بالمراد ، لأنه ليس هناك ما يلزمهم بذلك ، وقد لا تكون لديهم القود اللازمة للمزايدة (بودري لاكتنري وفاهل نبذة ٢٥٩٤ و ٢٦١٣ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٠ — ليون ١٩ يوليو ١٨٤٣ تحت حكم النقض ٢٥ يوليو ١٨٤٤ سيري ٤٤ — ١ — ٦٠٥ — باريس ١١ مارس ١٨٥٩ Caz. des Trib. ١٤ و ١٥ مارس ١٨٥٩) .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ١٧٤ بخصوص الشفعة .

وراجع أيضاً ما تقدم خاصاً بالبيع المعلق على شرط (نبذة ١٨٧ وما بعدها) .

لا يمكن استعماله ، بل انه يسقط اذا فسخ البيع ، ولو بعد القسمة ، بسبب الأثر الرجعى .

٤٧٠ — **البيع المعاق على شرط عدم الاسترداد** — اذا علق البيع على شرط عدم استعمال حق الاسترداد ، فهل يمنع ذلك من استعماله ؟ من رأينا ، كما فى الشفعة ، أن الاسترداد جائز ، والشرط باطل . وقد اختلف فى ذلك فى فرنسا بالنسبة الى حق الاسترداد الوراثى ، فرأى بعض الشراح أن مثل هذا الشرط غير مشروع ، لأنه يترتب عليه حرمان الشريك من حق منحه القانون اياه ، فهو باطل ، ويجوز الاسترداد . ورأى بعضهم أن الشرط صحيح ، لعدم مخالفته النظام العام ، ولعدم وجود نص قانونى يمنع من اشتراطه^(١) .

٤٧١ — **عقود المعاوضة غير البيع** — لا يجوز الاسترداد الا فى حالة البيع ، كما هو ظاهر من نص المادة ٤٦٢/٥٦١ . فلا يجوز فى حالة المقايضة أو غيرها من عقود المعاوضة ، كما هو الحال فى الشفعة .

٤٧٢ — **التبرعات** — عقود التبرعات ، كالهبة ، لا يصح الاسترداد فيها ، لقصره على حالة البيع كما تقدم ، ولأن حق الاسترداد جاء على خلاف القواعد العامة ، فلا يصح التوسع فيه ، وان كانت الأسباب التى من أجلها وضع حق الاسترداد موجودة فى حالة الهبة .

واذا كانت الهبة لم تعمل الا لاختفاء البيع ، فانه يكون للشريك حق الاسترداد بعد اظهار حقيقة التصرف .
والهبة المستترة لا تجيز الاسترداد ، لأنها ليست بيعا .

٤٧٣ — **عدم قابلية الاسترداد للتجزئة** — اذا كان الشريك الذى يطالب بالاسترداد واحدا كان له الحق فى طلب كل الحصص التى بيعت للأجنبى . وايس له أن يطالب بعضها ، ويترك الباقي ، لأن العلة فى تحويل الشريك

(١) راجع بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦١٤ — ديولومب ١٦ نبذة ١٠٤ .
وراجع ماتقدم فى الشفعة (نبذة ١٩١) .

حق الاسترداد هو استبعاد الأجنبي ، فلو ترك له بعض الحصة التي اشتراها لما تحقق الغرض الذي قصد من الاسترداد .

وإذا تعدد الشركاء المستردون ، وطلب أحدهم الحصة المبيعة ، ولم يطلب الباقون ، كان الذي طلب الحق في كل الحصة المبيعة .

وإذا طلبوا الاسترداد جميعا اقتسموا الحصة المبيعة بنسبة أنصبتهم في الشيوع ^(١) .

٤٧٤ — ولا يكفي أن يكون الطلب مقدما من أحد الشركاء لحرمان باقيهم من حق الاسترداد ، ولا يحرمون الا اذا أصبح لأحدهم حق مكتسب خاص به . فاذا طالب أحد الشركاء بالاسترداد ، وتدخل باقي الشركاء أو بعضهم ، قبل تسليم المشتري بالاسترداد أو قبل حكم المحكمة ، فانه يكون لهم الاستفادة من الاسترداد بقدر أنصبتهم في الأعيان المشتركة ^(٢) .

٤٧٥ — واذا كان البيع الحاصل للأجنبي يشمل حصص جملة شركاء فان حق الاسترداد يكون بالنسبة الى كل الحصص المبيعة ، والا ضاع الغرض الذي وضع من أجله حق الاسترداد اذا ترك بعض المبيع ^(٣) .

ميعاد حق الاسترداد

٤٧٦ — لم تنص المادة ٥٦١/٤٦٢ على ميعاد معين يجب فيه على الشريك في الملك المشاع أن يتمسك بحقه ، بل قررت المادة أن حق الاسترداد يجوز استعماله قبل قسمة الأموال المشتركة . فيجوز للشريك أن يتمسك به اذا

(١) راجع ما تقدم بخصوص، تراحم الشفعاء (نبذة ١٣٢) .
ويرى بعض الشراح في فرنسا ، فيما يختص بحق الاسترداد الوراثي ، أن القسمة تكون بعدد رؤوسهم ، لا بقدر أنصبتهم : بودرى وفاهل نبذة ٢٦١٦ — لوران نبذة ٣٧٢ —
عكس ذلك : ديمولومب ١٦ نبذة ٦٩ و ٧٠ — تولوز ١١ فبراير ١٨٨٨ سيري ٩٠ — ٢ — ٢٢٢ .

(٢) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٥٧ .

(٣) بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦١٩ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٩ — تولوز ٢٢ فبراير ١٨٤٠ سيري ١٨٥٠ — ٢ — ٣١٨ .

الحق حتى حصول القسمة^(١) ، ومتى تمت القسمة واختص كل من الشركاء بنصيبه منفرزا — سواء أكان ذلك بطريق الاقتراع أم كان بطريق التخصيص — انتهى حق الاسترداد^(٢) .

وإذا كانت القسمة لم تتم فعلا صح الاسترداد في أثناء اجراءاتها ، حتى إذا كان طالب القسمة هو المشتري^(٣) .

وليس من الواجب على الشريك ابداء رغبته في الاسترداد في ميعاد خمسة عشر يوما من وقت العلم ، كما هو الحال في الشفعة^(٤) .

ويترتب على حصول القسمة استحالة استعمال حق الاسترداد . ولا يشترط حيازة المتقاسمين لما يختصون به .

وإذا كانت القسمة قضائية وجب صدور حكم التصديق *jugement d'homologation* .

وإذا أبطلت القسمة أو فسخت ، أصبح الاسترداد ممكنا ، سواء أكان البيع الذي ترتب عليه الاسترداد حاصلًا بعد طلب الفسخ أم قبله^(٥) .

والقسمة التي يسقط بها حق الاسترداد هي القسمة النهائية . فلا تسقطه قسمة المهايأة .

وإذا سمح الشركاء للمشتري بالدخول في العمليات الأولى للقسمة فانه

(١) استئناف أهلى ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حتى بك) المحاماة ١ رقم ٩٥ ص ٤٧٨ ، ٢ رقم ٦ ص ١٠ ، ١٠ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومسيو سودان ومستر كلابكوت) المجموعة ٢١ رقم ٩٣ ص ١٥١ المحاماة ١ رقم ٦١ ص ٣٣٧ مرجع القضاء ٣٢٥٣ .

استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

(٢) دالوز العملى نبذة ١٣٤٣ .

(٣) فارن استئناف مختلط ١٧ مايو ١٨٩٣ (٥ ص ٢٤٩) : ليس للشركاء الأصليين حق الاسترداد اذا قضى بالقسمة بحكم حاز قوة الشيء المقضى به ، ولم يبق الا اتباع اجراءات القسمة .

وراجع استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) .

(٤) استئناف مختلط ٦ أبريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٤) ، ١٤ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٦) ، ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٠) .

(٥) بودرى لاكتنري وفاهل نبذة ٢٦٥٧ و ٣٥٤٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ٨٩ — دالوز العملى ١٣٤٦ .

لا يترتب على ذلك سقوط حق الاسترداد ، فقد يجد الشركاء فيما بعد أسبابا تلجئهم لاستعماله ، ولكن يجب لذلك ألا تكون القسمة قد انتهت ^(١) .

٤٧٧ — التنازل عن حق الاسترداد — للشريك في الملك أن يتنازل

عن حقه في استعمال حق الاسترداد ، لأن الاسترداد وضع لمصلحته ، وخصوصا أن في استطاعته التنازل عنه ضمنا بعدم استعمال الاسترداد .

وقد صدرت أحكام كثيرة بجواز التنازل عنه صراحة أو دلالة . فقد قررت محكمة طنطا الابتدائية ^(٢) أنه لا يكون قبول الشريك نهائيا ومانعا من استعمال حق استرداد حتى تصبح القسمة نهائية ، ويجوز الرجوع فيه حتى تفرز الأنصاء .

وقرت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الاسترداد يسقط اذا صدر من الشريك ما يدل على اعترافه بالمشتري شريكا معه أو على رضائه بالبيع الحاصل لأجنبي ^(٣) .

وكذلك قررت ذلك محكمة الاستئناف الأهلية ^(٤) .

وحكم بأنه لا يؤخذ من تأخير طلب القسمة تنازل الشريك عن حق استرداده ^(٥) .

اجراءات استعمال حق الاسترداد

٤٧٨ — اذا كان الاسترداد حاصلًا في أثناء اجراءات القسمة كان طلبه

(١) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٥٨ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى محمد صديق والقاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ س ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ س ٣٧ مرجع القضاء ٣٢٥٢ .

(٣) ٥ مارس ١٨٩٦ (٨ س ١٤٨) ، ٢٢ مارس ١٩٠٠ الجمعية الرسمية للمحاكم المختلطة ١٢ ص ١٧٥ ، ١٦ يونيه ١٨٩٥ (٧ ص ٣٤٥) . واذا باع المشتري حصته في العقار فليس للشريك رفع دعوى الاسترداد ، وانما له أن يرفع دعوى الشفعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٤) ٢٦ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٢٩١ .

(٥) استئناف مختلط ١٨ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٥٢) .

بصفة فرعية بمجرد التقرير بالرغبة فيه . ولكن اذا كان الاسترداد حاصلًا قبل طلب القسمة فانه يرفع بدعوى أصلية كسائر الدعاوى .

ولم يأت القانون باجراءات خاصة لحق الاسترداد كما فعل بالنسبة الى حق الشفعة ، فتطبق القواعد العامة . والأحكام الواردة في الشفعة المخالفة للقانون العام ، مثل الأحكام الخاصة بميعاد الاستئناف ، لا تطبق في حق الاسترداد ^(١) .

وقد قررت محكمة النقض والابرام ^(٢) في هذا الخصوص أنه لما كان القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب الاسترداد فانه يكون من المتعين أن تطبق في هذا الصدد القواعد العامة . إلا أنه من ناحية أخرى لما كان الاسترداد نوعا من الشفعة فان كونه كذلك يستلزم أن يطبق على الدعوى به من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة ما تقتضيه هذه النوعية . أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية ، فلا أنه على خلاف أحكام القانون العام ولا يصح القياس عليه ، لا يطبق على دعوى الاسترداد . واذا كان في الاسترداد ، كما في الشفعة ، يحل المسترد بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمشتري فانه يكون من اللازم ادخال البائع في دعوى الاسترداد ، كما هو لازم في دعوى الشفعة ^(٣) ، أما الحكم الخاص بوجوب اعلان المشتري والبائع في الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة فلا يسرى ، لأنه حكم استثنائي ، بل الذي

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٤٣) .

(٢) تقض ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥ (دائرة محمد كامل مرسى بك وأحمد نشأت بك ومحمد المفتي الجزائري بك ومحمد توفيق ابراهيم بك وسليمان حافظ بك) في الطعن رقم ١٣١ سنة ١٤ القضائية .

(٣) وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب ادخال البائع في الدعوى الخاصة بحق الاسترداد ، سواء أكان ذلك أمام محكمة أول درجة أم في الاستئناف (استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٣) .

وفي فرنسا ترفع دعوى الاسترداد على المشتري الأخير . وله أن يدخل في الدعوى من تلقى منه الحق بسبب الضمان الذي قد يكون له حتى الرجوع به عليه . راجع بودري لاكتنري وفاهل نبذة ٢٦٣٣ — لايه Labbé في المجلة الانتقادية ١٨٥٥ نبذة ١٥٣ . وقارن ديمولومب ١٦ نبذة ١١١ .

يسرى في هذا الصدد هو حكم القانون العام . واذن يكون ميعاد الاستئناف في دعوى الاسترداد ستين يوما لا خمسة عشر يوما^(١) .

وينجوز رفع الدعوى حتى تحصل القسمة كما تقدم . ولا تسقط الدعوى قبل ذلك بانتقادم .

وليس للمشتري أن ينذر الشركاء الذين لهم حق الاسترداد بوجوب المطالبة بالاسترداد في مدة معينة والاسقط حقهم . واذا أنذر المشتري الشريك فللشريك ألا يجيب ، لأن القانون أعطاه ميعادا يستمر في السريان حتى وقت القسمة ، فليس للمشتري أن ينقص هذا الميعاد^(٢) .

ولا يلزم عرض الثمن عرضا حقيقيا ، ويكفي أن يظهر المسترد استعداده لدفعه^(٣) .

وقد قررت محكمة النقض والابرام أن المادة ٤٦٢ من القانون المدني لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن ، خلافا لما هو مقرر في قانون الشفعة ، وهذا يفيد أنه لايجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة ان الثمن الذي عرضه الطالب هو دون الثمن الذي ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقي ، الا اذا عرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح له فرصة العلم به^(٤) .

ما يجب دفعه في حالة الاسترداد

٤٧٩ — حق الاسترداد هو نوع من نزع الملكية للمنفعة الخاصة ،

(١) وعقبت المحكمة على ذلك بأنه : « لما كان المشتريان في النزاع المعروض قد أعلنوا الى الشفعين الحكم الابتدائي في ٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٣ ، فان الاعلان الموجه من الشفعين الى البائع في ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٤٣ يكون — بناء على قاعدة نسبية الآثار المترتبة على اجراءات المرافعات — قد حصل بعد الميعاد . ولكن لما كانت هذه القاعدة لا تسرى في حالتى التضامن وعدم امكان التجزئة ، وكان موضوع دعوى الاسترداد لا يقبل التجزئة ، فان الاستئناف — مادام قد أعلن الى المشتريين في الميعاد — يكون صحيحا ، ولو أنه أعلن الى البائع بعد الميعاد » .

(٢) دى هاتس نبذة ١٢ .

(٣) دالوز العملى نبذة ١٣٣٦ — بودرى لاكتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٦٧ —

أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوثة ٥٨ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٤ و ١٢١ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٩ .

(٤) نقض ١٨ أبريل ١٩٤٦ في الطعن رقم ٦٩ سنة ١٥ القضائية .

فيجب تعويض من تنزع ملكيته عن كل ما أنفق .

ويجب على طاب الاسترداد أن يقوم بدفع ما نصت عليه المادة ٤٦٢/٥٦١ أى الثمن والمصروفات الرسمية والمصروفات الضرورية أو النافعة .

٤٨٠ — **التمن** — الثمن الواجب القيام بدفعه هو الثمن الحقيقي ، لا الثمن المذكور في عقد البيع بصفة صورية ، فقد يذكر في عقد البيع ثمن مبالغ فيه بقصد منع حق الاسترداد ، فإذا ثبت وجود هذا الغش فإن المسترد لا يكون ملزما الا بدفع الثمن الحقيقي . ويمكن اثبات ذلك بجميع الطرق القانونية ، بما فيها البيئة . ويجوز توجيه اليمين الى المشتري ، ولكن لا يجوز توجيهها الى البائع ، لأنه ليس طرفا في الدعوى ^(١) .

٤٨١ — وإذا كان الثمن معينا بشكل مرتب مدى الحياة *rente viagère* فإن كان البائع قد مات وقت استعمال الاسترداد فإن المرتب ينقضى ، ولا يدفع المسترد الا مجموع المرتبات *arrérages* التي دفعها المشتري بالفعل ^(٢) . أما اذا كان لا يزال حيا فإنه يجب عليه أن يرد المبالغ التي دفعت وأن يلتزم بدفع المرتبات اللاحقة بحيث لا يكون المشتري مهددا بأي رجوع لاحق ^(٣) . وليس له أن يطلب دفع رأس المال *capital* ، كما أنه لا يمكن الزامه بذلك ^(٤) .

٤٨٢ — **المصروفات الرسمية** — *les loyaux coûts* الرسمية هي مصروفات العقد ومصروفات التسجيل وقيمة السمسرة ، وبصفة عامة كل ما قام المشتري بدفعه مما هو واجب عليه . وليس لطالب الاسترداد أن يعترض على القيمة التي دفعت ، أو على ضرورة دفعها ، ما دامت لم تدفع أو لم يبالغ فيما دفع منها اضارا بحقوقه .

(١) بودرى لاكتنرى وفاهل ٢٦٣٩ .

(٢) Chambéry ١٢ فبراير ١٨٧٨ دالوز ٧٩ — ٢ — ٢٠١ سيري ٧٩ — ٢ —

٣٣٢ .

(٣) بلانيول وريبير ومورى ٥٦٠ .

(٤) بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٤٣ — هوك ٥ نبذة ٣٢٨ — لوران ١٠

نبذة ٣٨٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٢ و ١١٣ .

وإذا كان ثمن المبيع قد بولغ فيه بطريق الغش ، فإن المسترد لا يلزم بالمصروفات إلا بنسبة الثمن الحقيقي^(١) .

٤٨٣ — المصروفات الضرورية أو النافعة — المصروفات الضرورية

أو النافعة ، مثل مصروفات الري ، يصعب تصورها ، والظاهر أنها ذكرت في نص المادة بغير تدبر ، لأنه ما دام الشراء قد وقع على حصة مشاعة فكيف يتصور أن المشتري يدفع مصروفات وهو في حالة الشيوع التي تدفع فيها المصروفات من جميع الشركاء في صالح كل المال المشترك . وإذا أنفق أحدهم مصروفات على الشيء المشترك بغير أن يؤذن بالدفع من باقي شركائه كان عمله عمل الفضولي *gérant d'affaires* ، وله بصفته هذه أن يرجع على باقي الشركاء بنسبة حصتهم في كل المصروفات إذا كانت ضرورية ، وفيما زاد في قيمة العين إذا كانت من المصروفات النافعة ، فلماذا يرجع على المسترد بكل المصروفات وهو لم يستفد منها أكثر من غيره ؟ والمقول إذن أن يكون المسترد ملزماً بدفع المصروفات الخاصة بالحصة التي يطلب استردادها . ولكن القانون صريح في إلزامه بدفع كل المصروفات الضرورية أو النافعة . وهذا النص قد يفيد رغبة الشارع في وضع حد لكل العلاقات بين المشتري المطلوب رفع يده عما اشتراه وبين الشركاء الذين لم يكن لهم دخل في الاسترداد ، فأراد أن تسوى هذه العلاقات بين المسترد والمشتري . ويلاحظ أن قواعد العدالة تقضى بأن يكون للمسترد الحق في مطالبة باقي شركائه بكل ما دفعه زيادة على نصيبه .

أما إذا كان المشتري قد أنفق المصروفات بناء على توكيل من باقي الشركاء فيجب أن تدفع إليه كل المصروفات^(٢) .

ويلاحظ فرق بين النص العربي والنص الفرنسي الأهلئ والمختلط ، فقد جاء في النص العربي « المصاريف الضرورية أو النافعة » ، أما النص الفرنسي

(١) بودري لاكتنري وفاهل ٣ نبذة ٢٦٤٦ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٠٦ —

هوك ٥ نبذة ٣٢٨ .

(٢) دى هلتس نبذة ١٩ .

فقد جاء فيه « Les dépenses nécessaires et utiles » ، أى المصروفات الضرورية والنافعة ، ولكن لا يقصد من ذلك أن تكون المصروفات صفتا الضرورية والنافعة ، بل يكفى أن تكون ضرورية أو نافعة^(١) ، وعلى ذلك فالنص العربى أصح .

ويمكن تحقيق المصروفات الضرورية والنافعة وتقديرها بمعرفة الخبراء اذا لم توجد فى الدعوى عناصر يمكن تقديرها بها^(٢) .

٤٨٤ — **فوائض الثمن** — يجب على المسترد أن يدفع الفوائد من اليوم الذى دفع المشتري فيه الثمن ، لا من يوم طلب الاسترداد . واذا كان المسترد منه قد حصل ثمار الشئ لزمه خصمها من مقدار ما يكون له الحق فى طلب دفعه اليه^(٣) ، ولكنه يستبقى الثمار التى حصلها قبل طلب الاسترداد ، لأنه يعتبر حائزا حسن النية^(٤) .

٤٨٥ — **امتياز المتقاسم** — يكون للمسترد منه ، لضمان دفع الثمن اليه ، امتياز المتقاسم *privilege du copartageant* — لا امتياز البائع — اذا ترتب على الاسترداد انقضاء الشيوع^(٥) .

ميعاد الدفع

٤٨٦ — لم يعين القانون للمسترد ميعادا لدفع الثمن والمصروفات ، فدفعها واجب فى وقت وفاء المشتري بالتزامه الذى أوجبه عليه القانون ، أى وقت

(١) استئناف مختلط ١٣ يونيه ١٩٠١ (١٣ ص ٣٧٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .

استئناف مختلط ١٢ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢١) المحاماة ٥ رقم ٦٣ ص ٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٣٠٣ .

(٣) فيما يختص بحق الاسترداد الوراثى : جوسران ٣ نبذة ١٠٦١ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ص ٥٢٩ — بودرى لا كنتنرى وفاهل نبذة ٢٦٤٧ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٦ — قارن حكم Chambéry ٢٧ يناير ١٨٧٢ سبرى ٧٢ — ٢ — ٧٧ دالوز ٢٣٩ — ٢ — ٣٢٨ هوك ٥ نبذة ٣٢٨ .

(٤) دالوز العملى نبذة ١٣٣٢ Agen ٢٧ يناير ١٨٨٠ دالوز ٨٠ — ٢ — ١٨٢

— Chambéry ٢٧ يناير ١٨٧٢ المتقدم .

(٥) دالوز العملى نبذة ١٣٣٤ .

التخلي عن العين المشتراة . وإذا أنذر المشتري المسترد بالدفع في ميعاد عينه له فلا يترتب حتما على تأخير المسترد عن الدفع سقوط حقه في الاسترداد ، بل للمحكمة النظر في الأمر ، ولها تقرير الميعاد الذي يجب فيه الدفع بحيث اذا مضى هذا الميعاد ولم يحصل الدفع يسقط الحق في الاسترداد ، حتى لا تبقى حالة المشتري مضطربة زمنا طويلا ^(١) .

ما يترتب على حق الاسترداد

٤٨٧ — حق الاسترداد لا يسقط بالتقادم imprescriptible ^(٢) ، بل يستمر حتى تحصل القسمة ، وبحصولها ينقضى . ويجوز لمن له الحق في الاسترداد التنازل عن حقه ، وقبول المشتري شريكا ، كما تقدم ^(٣) .

وإذا حصل الاسترداد محل المسترد محل المشتري ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمسترد ، ولا يلغى عقد البيع ، وغاية ما في الأمر أن القانون يجعل شخصا محل محل الآخر ، ولكن آثار هذا الحلول تكون مقصورة على العلاقة فيما بين المسترد retrayant ومن نزع ملكه منه (المسترد منه retrayé) ، من غير مساس بالعلاقة التي ترتبت على التنازل فيما بين البائع والمشتري . فالاسترداد عملية من نوع خاص sui generis ، وليست فسخا للبيع ، ولا

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضي يوسف مينا والقاضي جمال الدين أباطه) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مرجع القضاء ٣٢٥٥ — راجع دالوز موسوعات جزء ٤١ نبذة ١٩٧٨ و ١٩٧٩ ص ٥٢٨ . محكمة Bordeaux ٢٥ مارس ١٨٥٧ سيري ٥٨ — ٢ — ٢٨٩ دالوز ٥٧ — ٢ — ١١٦ .

عكس ذلك : بودري لاكتنري وفاهل نبذة ٢٦٥١ .

(٢) بودري لاكتنري وفاهل نبذة ٢٦٦٢ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٢٥ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٥ . ومن رأى بعض الشراح الفرنسيين أن حق الاسترداد الوراثي ينقضى بالتقادم (ثلاثين سنة) (راجع Rennes ١٥ يناير ١٨٨٠ سيري ٨١ — ٢ — ١٨٥ دالوز ٨١ — ٢ — ١١٤) .

(٣) نبذة ٤٧٧ .

ابطالاً له ، وليست بيعاً جديداً . فان البيع الأول يبقى ، وفقط يستبدل بالمشتري آخر^(١) .

ولذلك يجب التفريق بين :

(أ) العلاقة فيما بين المسترد والمسترد منه .

(ب) العلاقة فيما بين البائع والمشتري .

(أ) فيما بين المسترد والمسترد منه

٤٨٨ — في العلاقة بين المسترد والمسترد منه (المشتري) يزول البيع ،

ويكون لذلك أثر رجعي ، بمعنى أن المسترد لا يعتبر خلفاً للمشتري الذي حل محله ، وذلك لا بالنسبة الى المستقبل فحسب ، بل أيضاً بالنسبة الى الماضي . فيزول شخص المشتري ، ويعتبر المسترد أنه حصل على الأموال محل الاسترداد من البائع مباشرة . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) لا يكون هناك شراء جديد .

(٢) لا ضرورة للتسجيل .

(٣) يستفيد المسترد من الأجل الممنوح للمشتري لدفع الثمن .

(٤) الحقوق العينية التي رتبها المشتري في الأثناء تسقط .

(٥) الحقوق التي انقضت باتحاد الذمة بسبب انتقال الحصّة المبيعة تعود ، بما

أن البيع الذي كان سبباً في اتحاد الذمة قد سقط مستنداً الى الماضي .

(٦) لا ضمان على المشتري للمسترد ، وعلى ذلك لا يكون للمسترد أن يمتنع

عن دفع الثمن للمشتري ، بحجة أنه مهدد باستحقاق المبيع^(٢) . ولكن يكون للمسترد

(١) ومن رأى بودرى لاكتنرى وفاهل (٣ نبذة ٢٦٧٤) أنه يترتب على الاسترداد الوراثي وجود بيع جديد (retrait-vente). وقد انتقد هذه النظرية معظم الفراح ، وخصوصاً أوبرى ورو (١٠ نبذة ٦٢١ ثالثاً ونوطة ٦٤ و٦٧ مكررة) ، ويظهر أنها نبذت اليوم . راجع نقض فرنسي ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ١١٣ سيري ٩٣ — ١ — ١٧ وتعليق Wahl عليه .

(٢) راجع نقض فرنسي ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ١١٣ سيري ٩٣

— ١ — ١٧ وتعليق Wahl عليه — بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٦٢ .

حق في الضمان على البائع وفقا للقانون العام ، لأنه يستفيد من كل المزايا التي كانت للمشتري الأصلي .

(٧) بما أن المسترد يعتبر أنه خلف للبائع مباشرة ، فحيازة المشتري السابقة تمحي (١) .

(٨) يستفيد المسترد من كل المزايا التي كانت الأموال المشتراة محلا لها في المدة من وقت البيع لوقت الاسترداد (٢) ، وعلى الخصوص المزايا الناتجة من انقضاء المرتب مدى الحياة (٣) .

(٩) بما أن الاسترداد ليس بيعا فلا يكون للمسترد منه امتياز البائع ، ولكن يكون له امتياز المتقاسم اذا ترتب على الاسترداد انهاء الشئوع (٤) .

٤٨٩ — تسجيل الحكم — لا يلزم المسترد بتسجيل الطلب ولا الحكم الصادر له بالاسترداد ليتمكن الاحتجاج به على الغير ، خلافا للحال في الشفعة (٥) .
وقد رأى بعض الشراح لزوم التسجيل ، لأن الاسترداد متمم للبيع ، اذ يستبدل بالمشتري الأصلي مشتر آخر (٦) . ولكن لم يؤخذ بهذا الرأي ، لأن السندات التي يجب تسجيلها هي التي تشتمل بذاتها على تصرف .

ومن رأى بعضهم أنه يجب أن يؤشر بالاسترداد بهامش تسجيل البيع . ولكن يلاحظ أنه اذا لم يقم المسترد بهذا التأشير فانه لا يترتب على عدم اجرائه أى جزاء أو سقوط يحكم به عليه ، لأنه لا يوجد نص يلزم بهذا الاجراء ، وقد

(١) أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ — بودرى لاكتنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٠ — Labbé في المجلة الانتقادية ص ١٥٣ — نقض فرنسي ٣١ مايو ١٨٥٩ دالوز ٥٩ — ١ — ٢٤١ .

(٢) بودرى لاكتنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٤٦ و ١٤٧ .
(٣) ما تقدم نبذة ٤٨١ — Chambéry ١٢ فبراير ١٨٧٨ دالوز ٧٩ — ٢ — ٢٠١ — دالوز العملى نبذة ١٣٤٨ .

(٤) ما تقدم نبذة ٤٨٥ — دالوز العملى نبذة ١٣٤٨ .

(٥) أحمد لطفى بك (المحاماة ١ ص ٨٥) .

بودرى لاكتنترى وفاهل نبذة ٢٦٧١ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٦ .

(٦) تروبلونج ، التسجيل ، نبذة ٢٤٩ .

يرفض أمين التسجيلات الذى يطلب منه التأشير القيام به ، لأنه ليس من الأعمال المنصوص عليها ^(١) .

٤٩٠ — تأجيل دفع الثمن — اذا كان عقد البيع ينص على أجل لدفع الثمن ، أو على أن الثمن يدفع على أقساط ، فإن المسترد يستفيد من هذا النص ^(٢) ، وليس هذا هو الحال فى الشفعة ، لأن قانون الشفعة نص فى المادة ١٣ منه على أن الشفيع لا يستفيد من مثل هذا النص الا برضاء البائع . وعلى المسترد تقديم كفيل ، اذا طلب المسترد منه ذلك ، لأن الأجل يمنح مع مراعاة حالة المشتري الشخصية ، ويجب ألا يتحمل المسترد منه نتائج اعسار المسترد ^(٣) .

٤٩١ — الحقوق التى رتبها المشتري — تسقط جميع الحقوق التى رتبها المشتري على العين ، وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن منشئها يعتبر كأنه لم يملك العين . وقد يقال ان ذلك يلحق ضررا كبيرا بمن تعاملوا مع المشتري ، ولكن

(١) بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٧١ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٤ يونيو ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت ويوسف مينا) المجموعة ٢٠ رقم ٥٥ ص ٦٨ مرجع القضاء ٣٢٥٦ .
بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٥٢ — ديولومب ١٦ نبذة ١٤٤ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ — تقض فرنسي ٧ يناير ١٨٥٧ سيري ٥٧ — ١ — ٣٦٩ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ .

عكس ذلك : هوك ٥ نبذة ٣٢٨ — Moulon, Rev. Prat., XI, 1860, p. 246 .
ويقول أنصار هذا الرأي العكسي ان المسترد منه لا ينال تعويضا كاملا اذا بقي ملزما للبائع له .

(٣) بلانيول وريبير ومورى ٥٥٩ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٧ ص ١٣٨ — بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٥٢ — تقض ٧ يناير ١٨٥٧ سيري ٥٧ — ١ — ٣٦٩ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ .

عكس ذلك : لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ — Moulon Rev. Part., IX, 1860, p. 225 .
ويستند هذا الرأي العكسي على أن المدين لا يطالب بتقديم كفيل الا اذا كان ملزما بذلك بمقتضى الاتفاق .

ويرد على ذلك بأن هذا صحيح ، ولكن الاسترداد ليس باتفاق ، بل هو نزع ملكية محل فيه ارادة المسترد المصدق عليها من المحكمة محل الاتفاق ، فالمحكمة أن تشرف على تنفيذ التزام المسترد ، ويلزم الاحتياط لجعل الدفع مؤكدا .

هذا الرأي هو المعمول عليه في القانون الفرنسي في حق الاسترداد الوراثي ، وفي القانون المصري فيما يختص بالبيع الوفاؤى الذى هو حق استرداد مبنى على الاتفاق ^(١) .

(ب) فيما بين البائع والمشتري

٤٩٢ — تبقى الالتزامات الناشئة عن البيع بين المشتري والبائع ، فالمسترد يعقد التزاما شخصيا بتعويض المشتري . ولكن لا يحل في دين المشتري قبل البائع .

ويستطيع البائع أن يطالب المشتري بالثمن المتفق عليه أو بالباقي منه ، من غير أن يكون له الرجوع على المسترد ، لأنه لم يصبح مدينا له ، بل يظل أجنبيا بالنسبة اليه . فالمسترد لا يحل في التزامات المشتري نحو البائع ، وإن كان يحل في حقوق المشتري ^(٢) . وإذا دفع المشتري الى البائع رجوع على المسترد ^(٣) .

٤٩٣ — ويجب على طالب الاسترداد أن يأخذ كل المبيع ، لا جزءا منه فقط ^(٤) .

٤٩٤ — وحق الاسترداد لا ينتقل الى الورثة ، لأنه في الشريعة الاسلامية لا يعتبر الوارث متما لشخصية مورثه ^(٥) .

٤٩٥ — بيع الحصة السائغة ثانيا — اذا باع المشتري الحصة السائغة

(١) المادة ١٦٧٣/٤٣١/٣٤٥ : « عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشتري ، انما يلتزم البائع بتنفيذ الايجارات التى أجرها ذلك المشتري بدون غش ، بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين » .

(٢) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٦١ .

(٣) Bordeaux ٢٤ يولييه ١٨٥٠ دالوز ٥٥ — ٢ — ٢١٤ — قض فرنسى ٧

يناير ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ — بودرى لاكتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٩ .

ومن رأى بعض الشراح الفرنسيين أنه لما كان المسترد مدبرا أنه تعامل مع البائع فان المشتري الأول لا تكون عليه التزامات نحو البائع ، كما لا تكون له حقوق عليه — Labbé في المحلة الانتقادية ١٨٥٥ ص ١٤٤ وما بعدها — Mourlon ص ٢٤١ .

(٤) دى هلتس شفعة نبذة ١٠٢ .

(٥) استشاف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢٧٢ ص ٢٥٢ .

راجع ما تقدم نبذة ٤٥٧ .

التي اشتراها الى آخر فان البيع الثانى لا يمنع الشريك من أن يسترد لنفسه الحصة الشائعة المبيعة عملا بأحكام المادة ٤٦٢/٥٦١ ، وكل ما فى الأمر أن يلتزم طالب الاسترداد بتوجيه دعواه الى المشتري الثانى وأن يدفع اليه الثمن الذى اشترى به ^(١) .

وثمن البيع الأخير هو الذى يجب على المسترد أن يقوم بدفعه ، الا اذا كان البيع السابق قد أخفى غشا . وهذا الحل يتفق مع نص القانون وروحه ، لأن الحائز الحالى يجب أن يعوض عن كل ما دفعه ، وألا يحصل على ربح ، ولا يتحمل خسارة ^(٢) .

والموضوع مختلف فيه ^(٣) .

وقد حكم بأنه اذا أخبر الشريك شفويا بالبيع المعقود من أحد الشركاء الأصليين ، فقام الشريك فى الحال بإبداء رغبته فى أخذ المبيع بثمنه وشروطه ، فان البيع الثانى الذى يعقد بعد ذلك يجب اعتباره باطلا لحصوله غشا ^(٤) .

مقارنة حق الاسترداد بالشفعة

٤٩٦ — ان وجود المادة ٤٦٢/٥٦١ الخاصة بحق الاسترداد فى القانون ، مع وجود قانون الشفعة ، أدى الى اختلاف عظيم فى رأى فيما يختص بحق الاسترداد . وقد انقسمت المحاكم فى هذا الصدد الى آراء مختلفة . وسرى أن بعض هذه الآراء ينكر حق الاسترداد مع وجود حق الشفعة ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد فى بعض الأحوال دون البعض الآخر ، ومنها ما يجيز حق

(١) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٧) برئاسة بافيرا الحمامة ه رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ الجدول العشرى الأول للحمامة رقم ١١١١ .

(٢) بلانيول وريبير ومورى ٥٦٠ — بودرى لاكتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٤٥ — بيرانسون ٥ يونيه ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ٢ — ١١١ .

(٣) يرى آخرون أن للمشتري الحق فى طلب ثمن البيع الأول ، وان كان أعلى منه فى البيع الأخير : أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٥٦ ص ١٤٤ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٠ و ١١١ .

(٤) استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٥٢) . راجع استئناف مختلط ٤ مايو ١٩١١ (٢٣ ص ٣٠٢) .

الاسترداد مستقلا عن حق الشفعة في جميع الأحوال^(١).

٤٩٧ — الرأي الأول — لا عمل للمادة ٤٦٢ مع وجود قانونه

الشفعة — اعتبرت بعض المحاكم المادة ٤٦٢ الخاصة بحق الاسترداد منسوخة بقانون الشفعة، وإن لم ينص على ذلك صراحة، لأنه لا معنى لأن يضرب في قانون الشفعة بميعاد ستة شهور لسقوط الحق في الشفعة في جميع الأحوال، بما فيها حالة الشريك، من يوم تسجيل عقد البيع، وأن تقضى المادة ٤٦٢ باعطاء هذا الحق ولا يسقط الى ما شاء الله، ولذلك يجب على الشريك الذي له حصة مشاعة في العقار ويرغب في استرداد الحصة المباعة من شريكه أن يتبع أحكام قانون الشفعة، والا سقط حقه^(٢).

ولكن يرد على هذا الرأي بأن قانون الشفعة نص صراحة في المادة ٢٣ منه على إلغاء بعض مواد في المجموعة المدنية الأهلية والمختلطة ومادة في مجموعة المرافعات المختلطة، ولم تذكر مادة الاسترداد من بين هاته المواد الملغاة.

٤٩٨ — الرأي الثاني — المادة ٤٦٢ خاصة بالنقول — يقرر هذا

الرأي أن حق الاسترداد خاص ببيع المنقول الشائع، أما الشفعة فتكون في العقار^(٣).

ولكن يلاحظ على هذا الرأي أن عبارة المادة ٤٦٢ عامة، ولا يوجد فيها ما يدل على قصرها على المنقولات.

(١) قد تلاقى مشروع القانون المدني الجديد هذا الخلاف، بأن جعل حق الشفعة مقصورا على العقار وحق الاسترداد على المنقول.

(٢) استئناف ٧ يونه ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) المجموعة ٦ رقم ١٦ ص ٣٣ الحقوق ١٩ ص ١٧٤ الاستقلال ٣ رقم ٣٣٢ ص ٢٢٦ مرجع القضاء ٣٢٣٣.

استئناف أهلى ٣١ مارس ١٩٠٦ (دائرة محمد مجدى بك ويوسف شوقى بك وأحمد حلمى بك) المجموعة ٨ رقم ١٣ ص ٢٦ الحقوق ٢٢ ص ٥٧ المحاكم ١٨ ص ٣٨٣١ مرجع القضاء ٣٢٣٤.

(٣) استئناف أهلى ٣ يناير ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) الحقوق ١٠ ص ٥٧.

٤٩٩ — الرأى الثالث — المادة ٤٦٢ مقبرة لقانون الشفعة — من

رأى بعض المحاكم أن حق الاسترداد مقيد لقانون الشفعة ، لأنه لا يوجد الا فى خلال حصول القسمة ، فالمادة ٤٦٢/٥٦١ تحرم اذن على الشريك حق الشفعة بمجرد اتمام القسمة ، حتى لو كانت مواعيد الشفعة لم تنقض ^(١) .

ولكن بناء على هذا الرأى تكون القسمة من مسقطات الشفعة ، وهذه المسقطات مذكورة فى قانون الشفعة ، وليس من بينها القسمة .

٥٠٠ — الرأى الرابع — المادة ٤٦٢ خاصة بحق الاسترداد

الوراثى كما هو فى فرنسا — ان حق الاسترداد مقصور على حالة خاصة ، وهى حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة فى التركة أو جزءا من حصته الشائعة فيها ، أما اذا باع أحد الورثة حصته فى أعيان معينة من التركة فتجوز الشفعة فى هذا البيع ، ولا يجوز حق الاسترداد ، أى أن حق الاسترداد هذا هو حق الاسترداد الوراثةى Retrait successoral المنصوص عليه فى المادة ٨٤١ من القانون المدنى الفرنسى .

ولكن يرد على هذا الرأى بأن المادة ٤٦٢/٥٦١ عامة ، وذكرت فى باب قسمة الشركات وغيرها ، ولم يذكر فيها ما يدل على أنها خاصة بحق الاسترداد الوراثةى المذكور فى فرنسا فى باب الميراث .

(١) مصر ٢٢ نوفمبر ١٨٩٢ (دائرة أحمد بليغ باشا ومستر بوند ومسيو دى هلتس) الحقوق ٧ ص ٤٠٠ مرجع القضاء ٣٢٣٠ : « وحيث ان هذه المادة جاءت فى باب تقسيم الشركات ، ومن المعلوم أن الشركة صالحة لأن تكون فى عقار فقط أو فى منقول فقط أو فيهما معا ، ولم تخصص هذه المادة بالحق المقرر فيها العقار فقط أو المنقول فقط ، فوجب لعدم تقيدها اطلاق ماورد فيها على كل ما تنأتى الشركة فيه ، على أنه قد يظهر بالبداهة أن هذه المادة ملاحظة المنقول ملاحظة مخصوصة ، فان الحق الوارد فيها قد سبق فى باب الشفعة تقريره للشريك فى العقار دون المنقول ، فيتعين أن يكون مراد وضعها افادة اطلاق الحكم الذى سبق تقريره للشريك فى العقار فى حق الشريك فى المنقول أيضا ، فجاءت المادة بهذه الكيفية العامة لافادة ذلك » .

ومن رأى زكى العرابى باشا (نبذة ١٤١ ص ٨٢) أنه بما أن قانون الشفعة جاء بعد القانون المدنى فيكون ملفيا ضمنا كل ما جاء فيه مخالفا لأحكامه ، وبما أن المادة ٤٦٢ تخالف أحكامها فيما يخص المدة ، فتكون قد أُلغيت بالنسبة اليها .

٥٠١ — الرأى الخامس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسى

على سبيل الاطراد — ان حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢/٥٦١ هو حق الاسترداد الورائى لفائدة الورثة فى حالة بيع أحدهم لأجنبى نصيبه أو جزءا عاما من نصيبه ، والحكمة فيه عندهم فى فرنسا هى منع الأجنبى من التدخل فى أحوال العائلات والتنقيب على أسرارها والاضرار بسمعتها ، أما بيع العين المعينة فليس فيه مظنة الضرر ، وهم محتاجون لذلك فى فرنسا لعدم وجود نصوص الشفعة عندهم ، أما فى مصر فيوجد قانون للشفعة واف بحقوق الشركاء وذوى الجوار ، وعلى ذلك تكون المادة نقلت من القانون الفرنسى على سبيل الاطراد ، لالغرض مخصوص ، ولا يمكن القول بأن المادة ٤٦٢ جاءت استثناء من المادة الخاصة بالشفعة ، لكونها ليست من بابها ولا من متماتها ^(١) .

ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به ، لأن الشفعة لا تجوز الا فى العقار ، وحق الاسترداد يجوز أيضا فى المنقول .

٥٠٢ — الرأى السادس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسى

مع توسع فيها وتخالف الشفعة — ان حق الاسترداد مأخوذ من القانون الفرنسى (المادة ٨٤١) ، الا أن الشارع المصرى توسع فيه ، فبدل أن يجعله ، كما فى مادة القانون الفرنسى ، مقصورا على الحالة التى يكون فيها سبب الشئوع الارث ، جعله عاما لكل شركة كان سببها الارث أو غيره من شراء أو مقايضة أو هبة أو وصية أو غير ذلك ، وعلى ذلك فبدلا من أن يجعله مقصورا على الحالة التى يكون فيها المبيع الحق فى الارث أو بعض الحق فيه ، كالنصف أو الثلث مثلا ، أى حق الوارث فى التركة بما لها وما عليها *son droit à la succession* ، جعله شاملا لكل حالة يكون فيها البيع حصة شائعة فى الملك المشترك بدون قيد *part indivise* ، فيكون فى تركة أو شركة مؤلفة من مجموع حقوق أو أموال ثابتة أو منقولة ، ولا يكون فى حصة شائعة فى عقار معين بالذات ^(٢) ، لأن العلة

(١) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٨ مرجع القضاء ٣٢٣٢ .

(٢) استئناف ٢٢ أبريل ١٩١٣ (دائرة أحمد ذو الفقار بك ومينا ابراهيم بك ومستر =

في هذه المادة ، وهي خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك
مشتري الحصة الشائعة في العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها
من الديون ، متنتية في حالة العقار المعين ، اذ المشتري لا يحتاج الا الى الاطلاع
على أسباب التملك في ذلك العقار المعين .

وبذلك يخالف حق الاسترداد حق الشفعة الذي لا يكون الا في حصة
شائعة في عقار معين^(١) . وعلى ذلك فليس بين الحقين تنافر أو تناقض ، اذ يرد

= (ماك بارنت) المجموعة ١٤ رقم ٩٢ ص ١٧٧ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٢٨٣
الحقوق ٢٨ ص ٢٦٠ مرجع القضاء ٣٢٣٦ : الحق المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ مدني بعضه
مأخوذ من حق الاسترداد الوراثي المنصوص عليه بالمادة ٨٤١ مدني فرنسي التي تنوله الشريك
في الميراث ، وبعضه مأخوذ مما جرت عليه المحاكم الفرنسية في أحكامها التي كانت تجعل نص هذه
المادة شاملا لجميع الشركات ، وان كانت قد عدلت عن ذلك فيما بعد (بودري لاكتنري ،
الموارث ، طبعة ثانية ، جزء ٣ فقرة ٢٥٨٢) .

راجع أيضا استئناف ١٣ مايو ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل وأحمد عرفان
بك) المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٠ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ .
استئناف ٢١ يناير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفي بك ومستر كالويني وعلى سالم بك) المحاماة
٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٦ مرجع القضاء ٣٢٥٠ .

القشن الجزئية (القاضي حسن رياض) ٣١ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة ١٨ رقم ٩٦ ص
١٧٠ الفهرست العشرية الثانية رقم ٩٥٩ مرجع القضاء ٣٢٣٨ .
طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوي بك والقاضي محمد صديق
والقاضي أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ الجدول العشري
الأول للمحاماة رقم ١١٠٢ مرجع القضاء ٣٢٤١ .

استئناف ١٠ يولي ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣١٠ مرجع القضاء ٣٢٣٥ : ان الحق
المعطي للشريك في المادة ٤٦٢ مدني هو الحق المأخوذ عن القانون الفرنسي ، ويسمى حق
الاسترداد الوراثي ، وهو يكون في شركة أو تركة مؤلفة من مجموع حقوق وأموال
ثابتة أو منقولة ، فلا يكون في حصة شائعة في عقار معين ، والفرض منه أدبي ، وهو منع
الأجنبي من التدخل في العائلات ، فهذا الحق يخالف حق الشفعة الذي لا يكون الا في
حصة شائعة في عقار معين ، والفرض منه أمر مادي ، وهو منع ضرر عقار من عقار آخر ،
وعليه فالمادة ٤٦٢ مدني ليست ملغاة بقانون الشفعة الجديد ولا مكررة مع المادة ٦٩ مدني
(الملغاة) .

(١) استئناف ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفي بك وحامد محمود بك ومستر ساتو)
المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦١ ، الحقوق ١٦
ص ٢٣٥ مرجع القضاء ٣٢٣١ : بالتأمل في المادة ٤٦٢ يتبين جليا أن واضح القانون إنما =

كل منهما على نوع مخصوص من التصرفات لا يرد عليه الآخر .
ولا يمكن القول بانطباق المادة على التصرفات في العقار المعين ، لأن هذا القول يقتضى القول بالتناسخ أو التناقض أو الاشتراك بين هذه المادة ومواد الشفعة ، لأن حق الشريك في الشفعة في العقار المبيع محوط بقيود وضوابط خلص منها حق الاسترداد ، فإذا اشتركا في مدلول وجب أن يعتبر الحق المطلق منسوخا بالحق المقيد ، أو أن يعتبر الشارع متناقضا في أحكامه ، وأنه وضع للشفعة في باب حكما وفي باب آخر حكما آخر أوسع منه ، فمن له يتيسر لم الانتفاع بالأول جاز له أن يطلب الانتفاع بالآخر ، وهذا عيب وتناقض ينزه الشارع عنه عادة ، ولم يبق

=أراد بتدوينها جواز الشفعة في حالة خاصة ، وهي ما اذا باع أحد الشركاء أو الورثة حصته الشائعة في شركة أو تركة أو جزءا من الحصة شائعا مثل ربعها أو سدسها أو خمسها . ومن العلوم أنه يدخل في الحصة جميع مشتملات الشركة أو التركة من عقار ومنقول وما عليها وما لها من الديون والحقوق . ولم يرد واضح القانون شمولها لما اذا باع حصته الشائعة في عين معينة تابعة للشركة أو للتركة ، لأنه لو كان أراد بوضع هذه المادة ما يشمل هذه الحالة لما كان لوضعها فائدة فيما اذا كانت الحصة المبيعة في عقار لدخوله تحت نص مادة الشفعة ، ولو كان مراده من هذه المادة المقول لصرح بذلك . وقد اتفق علماء القانون الفرنسي على أن حكم المادة ٨٤١ لا يسرى على حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته في عين معينة تابعة للتركة ، مع أنه لم يوجد في قانونهم أحكام عامة للشفعة كما هو موجود في القانون المصري ، فيكون من باب أولى أن المادة ٤٦٢ لم توضع الا للحالة الخاصة المذكورة .

استئناف ١٣ مايو ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل وأحمد عرفان بك)
المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٠ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ الجدول العشري الأول للمحاماة
رقم ١١٠٥ .

طنطا الابتدائية ١٣ مارس ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى خايل عفت والقاضى صالح جعفر) المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٢ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١١٠٤ : ان الشارع المصرى لم يضع أحكاما للتركات باعتبارها من الأحوال الشخصية ، وإنما وضع بابا للقسمه يشمل الشركات والتركات على السواء ، وقد ترتب على نقل المادة ٨٤١ الفرنسية الى هذا الباب أن المادة المصرية لم تصبح مقصورة على التركات ، ولوحظ ذلك في تحريرها ، وهذه المادة لا تنطبق حيث يكون المبيع حصة شائعة في عقار معين بالذات ، لأن العلة في هذه المادة وهى خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك مشتري الحصة الشائعة في العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها من الديون منتفية في حالة العقار المعين ، اذ المشتري لا يحتاج الا الى الاطلاع على أسباب التملك في ذلك العقار المعين .

بعد هذا الا أن يخص باب الشفعة بالتصرفات في العقارات المعينة ، وأن تجعل المادة ٤٦٢ خاصة بالتصرف في الحصص الشائعة في الشركات والتركات أخذا بنص المادة الأخيرة ، واختلاف حكماتها عن حكمه الشفعة ، ووجوب قصر انطباقها على الحالات التي تتوافر فيها تلك الحكمه ، وإثارا للقول بعد التنازع بين أجزاء قانون واحد ، وخصوصا أن قانون الشفعة الذي صدر في سنة ١٩٠١ لم ير محلا لالغاء المادة ٤٦٢ ، لأنه لم ير بينها وبينه تناقضا أو تراكبا .

ولكن يرد على هذا الرأي أن هذا الحصر لا مبرر له في مصر ، إذ أن نص المادة ٤٦٢ عام ، وليس مقصورا على الحالة المذكورة في الأحكام المتقدمة^(١) .

٥٠٣ — الرأي السابع — المادة ٤٦٢ خاصة بالسبوع الثاني، عن

الشركات والتركات ومخالف الشفعة — حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ من القانون المدني هما حقان مختلفان تمام الاختلاف من حيث موضوعهما وطريقة تطبيقهما . فحق الشفعة لا يسرى الا في حالة بيع العقار ، وفي المواعيد والشروط المبينة في قانون الشفعة ، أما حق الاسترداد فلا يطبق الا في حالة ما اذا كان الشيوع ناشئا عن عقد « شركة » وباع أحد الشركاء حصته الشائعة في الأموال المشتركة ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة .

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة مصر الابتدائية^(٢) ، وبنت رأيها على ما يأتي : يستخلص من مقارنة النصوص القانونية أن الشارع المصري نقل أحكام الشفعة عن الشريعة الاسلامية التي كان معمولاً بها وقت وضع القوانين ، ولما كانت الشفعة تميز لكل شريك على العموم له حصة شائعة في العقار المبيع أن يمتلك العين المشفوعة استغنى بها عن حقوق الاسترداد الموضوعة في القانون الفرنسي لاسترداد حصة الشريك في عقار موروث أو مملوك لأحد الزوجين ، لأن أحكام الشفعة تناولها ولذلك حذفها . ومما يؤيد هذا الاستنتاج أن الشارع

(١) راجع ما سيجىء في نبذة ٥٠٤ .

(٢) مصر الابتدائية ٢٨ أبريل ١٩٢٠ (دائرة محمد حلمى عيسى بك والقاضى طاهر نور والقاضى عبد السلام زكي) المجموعة ٢٢ رقم ١٠ ص ٢١ مرجع القضاء ٣٢٤٣ .

المصري استبقى حقوق الاسترداد الأخرى المذكورة في القانون الفرنسي والتي رأى أن أحكام الشفعة لا تنفي بها ولا تسرى عليها ، وذكرها في مواضعها ، ونقل أحكامها المقررة لها في القانون الفرنسي بعبارة تتم عن مصدرها ، مثال ذلك استرداد الحقوق المتنازع عليها ، واسترداد العين المبيع بعضها بيعا وفائيا . ويستخلص من ذلك أن حق استرداد الحصة الشائعة الوارد في المادة ٤٦٢ لا بد أن يكون مقصودا به شيء آخر غير حق الشفعة وما انطبقت عليه من أحوال الاشتراك في الملك ، كالوارث الشريك في عقار موروث ، لأنه كلما كان الشارع يجد الحاجة ماسة لايجاد حق الاسترداد لا يتناوله قانون الشفعة يوجد ، ولكن لمناسبته ولا نطبقه على غرض خاص ، بحيث لا يمس قانون الشفعة ولا يتعارض معه ، ولذلك لم يتسرب الى ذهن أحد أن هناك تعارضا بين استرداد الحقوق المتنازع عليها وبين حق الشفعة لاختلاف محل كل منهما . ويظهر غرض الشارع جليا اذا رجعنا للحالة التي كانت موجودة وقت وضع القانون المختلط ، فلا نزاع في أن القانون المذكور وضع لتسوية العلاقات والمعاملات بين الوطنيين والأجانب وأدخلت به نظمات حديثة ذات أهمية عظمى ، كنظام الشركات ، فقد عقد الشارع لها بابا خاصا بين فيه طرق انشائها وادارتها وانقضائها وقسمتها ، وعند ذلك رأى أن القسمة مفضية للبيع ، ولما كان أساس الشركات الثقة بين الشركاء ، فاذا ما دخل أجنبي بينهم بطريق شرائه حصة أحدهم فقد تخلل العواطف المتبادلة — أجاز لهم استرداد الحصة المبيعة استبقاء للشركات وعملها النافع ، ومعلوم أن شخصية الشركاء ذات شأن في حسن الإدارة ، ولذلك فإن مجرد وفاة أحدهم أو الحجر عليه أو إفلاسه داع لانقضاء الشركة الا اذا وجد نص آخر ، اذ في هذه الحالة يكون معنى ذلك أن صفة الشركاء غير ملحوظة في تكوين الشركة . ويستخلص من ذلك أن حق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ محله بيع أحد الشركاء في شركة société حصته الشائعة ، وهو لا يثبت الا للشركاء الأصليين كما يستفاد من النص الفرنسي ، فانه اذا جاز قبول شريك غير أصلي في شركة تكون شخصية الشركاء غير ملاحظة قياسا على أحوال الحجر أو الموت أو الإفلاس وحينئذ يجوز قبول غيره ، أما اذا كانت شخصيتهم ملاحظة

وجبت المحافظة على الثقة المتبادلة بينهم واتقاء الضرر الذى يلحقهم بطريق الاسترداد المذكور.

ومما يميز هذا رأى ، وأن المقصود هم الشركاء فى شركة ، لا الشركاء بطريق الاشتراك فى الملك بارث أو وصية وغيرها ، نص مادة الاسترداد ، وخصوصا النص الفرنسى ، فانه أوضح ، بخلاف النص العربى فانه مقتضب . وقد جاء بالأول ما يأتى (يجوز للشركاء الأصليين لحين القسمة أن يستردوا الحصة المشاعة التى باعها أحدهم للغير) ، فانه بتحليل هذا النص نجد الشارع غنى بذكر الشركاء (الأصليين) ، والاشتراك فى الملك بارث أو هبة أو غيرها لا يلاحظ فيه شركاء أصليون وغير أصليين ، كالشركات ففيتها المؤسسون والمساهمون والشركاء الطارئون بأية صفة أخرى ، كذلك قال (الحصة المشاعة) ولم يقل (العقار) ، لأن الشركات القائمة على الأسهم والسندات يكون المنقول فيها أهم من العقار الذى قد لا يشمل غير الأماكن اللازمة للإدارة ، وقال (لحين القسمة) ، ومعنى ذلك أنه يقصد الأشياء الجارى قسمتها . وهذا كله يفيد أنه يتكلم فى شئ غير الشفعة المعروفة ، لأن محلها بيع العقار لا قسمته ، وهى جائزة للشريك الأصلى ولغيره من الشركاء ، وهكذا من وجوه الخلاف . وباقى المواد يؤيد هذا رأى ، فقد نص القانون فى المواد السابقة لهذه المادة على حقوق الدائنين قبل القسمة ، وبين أن ديونهم الناشئة عن الشركة مفضلة على ديون الدائنين لأشخاص الشركاء ، مما يفيد أن القانون انما يشير للشركات وأهمية عملها والديون الناشئة عنها . فاذا ما جاء بعد ذلك وتكلم فى حق الاسترداد فانما يتكلم فيه بالنسبة الى تلك الشركات التى غنى بها وأحاط بجميع أحكامها ، ولما كان قانون الشفعة لا يتناول حالة بيع حصة شائعة فى شركة أهم عملها الأسهم والسندات وضع القانون أحكاما خاصة لاستردادها وجعلها لا تسرى الا قبل القسمة ، اذ بالقسمة تنحل الشركة .

ومما تقدم يتعين قصر مدلول الاسترداد على الشركات فقط دون غيرها ، والقول بأن هذا النص مأخوذ عن القانون الفرنسى الخاص باسترداد الوارث

لحصته الشائعة التي باعها أحد الورثة لا مبرر له ، لأن هذا الحق داخل في قانون الشفعة ، فلا معنى لتكراره ، وعبارة المادة ٤٦٢ ليس فيها ما يدل على أصلها كعبارات سائر حقوق الاسترداد المنقولة عن القانون الفرنسى .

والقول بأن هذا الحق يخول نفس الحقوق التي تجيزها الشفعة قول لا أساس له ، ويناقض القواعد الأصولية في تفسير القانون ، فان مادة الاسترداد عامة من كل قيد وارد في الشفعة من جهة موضوعها واجراءاتها ، فان قيل بأن الشارع أراد هنا وضع قاعدة عامة ، وجب قيدها بجميع قيود الشفعة ، وبعبارة أخرى تطبيق قانون الشفعة ، وذلك لأن قواعد التفسير تقضى في حالة قيام حكيم أحدهما عام والآخر خاص بالرجوع للحكم الخاص ، اذ من المعلوم أن المطلق يجرى على اطلاقه ما لم يتقيد نصا أو دلالة ، ونص المادة ٤٦٢ مدنى مقيد نصا لقانون الشفعة ، فوجب اسقاط جميع أحكامها منه ، وحمل المادة على الأحوال الخارجة عنها ، ولا تجب غير استرداد حصة شائعة في شركة .

وتخرج النص لهذه الحالة يجعله منتجا والا كان وضعه عبثا ، ومعلوم أن اعمال الكلام خير من اهماله ، ويؤيده العرف الذى لم يقر بأن هذه المادة وضعت لتسرى على أحوال الشفعة ، ومعلوم أن العادة تصلح مفسرة في حالة اشتراك النص أو غموضه ، كما يؤخذ من نص المادة ١١٥٩ من القانون الفرنسى ، ويقول الفقهاء في هذا الموضوع ان التعيين بالعرف كالتمعين بالنص ، فاذا أطلق الواقف وقفه فان اطلاقه يحمل على الاستغلال لا السكنى ، حيث كان عرف الواقفين كذلك . ولا نزاع في أن العرف جرى على تعيين قانون الشفعة للييوع في العقارات ولم يجر على استعمال حق الاسترداد فيها ، اللهم الا قضايا قليلة نادرة رفعها أصحابها في الغالب من باب المشاغبة عندما لا يساعدهم قانون الشفعة ولا تعتبر عرفا ، وهذه العادة أو العرف أساسه في مصر طبعا حالة القوانين الاسلامية التي كانت مرعية الاجراء قبل وضع القوانين الحالية ، فجاء الشارع المصرى وأقرهم عليها ، وأوجدتها في قانون ، وقد فهمها الناس كذلك ، وساروا عليها ، فلا يتصور أن واضع القانون أراد أن يوجد للشفعة ، وخصوصا أن نظامها غير معروف في البلاد الأجنبية ،

أحكاماً أخرى غير أحكام الشفعة المعروفة في مصر^(١) .

٥٠٤ — الرأي الخامس — للشريك الخبار في استعمال من الاسترداد

أومو الشفعة — للشريك على الشيوع حقان لاسترداد الحصة الشائعة ، حق عام ورد في قانون الشفعة ، وحق آخر تكلمت فيه المادة ٤٦٢ مدني ، فلصاحب الشأن أن يتمسك بأى الحقين الذى يرى فيه مصلحته . ولا يترتب على سقوط حقه فى أحدهما سقوطه فى الثانى^(٢) .

ويستند هذا الرأي على ما يأتى :

(١) أن وجود حق الاسترداد بجانب حق الشفعة مستفاد من تقريره فى القانون بنص خاص ، ومن أن قانون الشفعة ألغى من القانون المدنى المواد الخاصة بالشفعة ، ولم يتعرض للمادة الخاصة بحق الاسترداد .

(٢) أن الشارع قد قرر الحقين وشرط لكل منهما شروطاً ، فلا يكفي أن تكون هناك حالات يغنى فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد فى تلك الحالات ، لأن أعمال النصوص أولى من اهمالها ، وليس فى أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شئ واحد .

(٣) لا مسوغ لحصر المادة ٤٦٢ فى حالة الشيوع الناشئ عن الشركة الاختيارية ، اذ كان نصها عاماً يدخل تحت مدلوله جميع الشركاء فى الملك

(١) للرد على هذا الرأي راجع البندين التاليتين .

(٢) استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حتى بك)
المحامة ١ رقم ٩٥ ص ٤٧٤ المحامة ٢ رقم ٦ ص ١٠ الجدول العشري الأول للمحامة
١١٠٦ و ١١٠٧ مرجع القضاء ٣٢٤٦ .

استئناف ١٠ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومسيو سودان ومستر كلابكوت)
المجموعة ٢١ رقم ٩٣ ص ١٥١ المحامة ١ رقم ٦١ ص ٣٣٧ الجدول العشري الأول للمحامة
١١٠٣ مرجع القضاء ٣٢٤٢ .

طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين
أباطة) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ مرجع القضاء ٣٢٣٩ .

أسبوط الابتدائية ٢٥ أبريل ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق
المطار والقاضى حسن توفيق) المحامة ٢ رقم ١٠٨ ص ٣٣٩ الجدول العشري الأول للمحامة
رقم ١١٠٨ .

المختارين وغير المختارين ، وقد وردت المادة في القانون تحت عنوان « قسمة الشركات ونحوها » .

(٤) أن الكلمة التي استعملها الشارع في النص الفرنسي للتعبير عن الشركاء في الملك وهي copropriétaires يقع تحت مدلولها الشركاء المختارون وغيرهم ، وقد استعمل الشارع هذا اللفظ في كل نص ورد تحت العنوان المذكور خاصا بالشركاء في الملك عامة ، مختارين وغير مختارين (أنظر المواد ٤٥٢ و ٤٦١ و ٤٦٢ ، كما أنه استعمل كلمة associé في كل نص أورده تحت ذلك العنوان خاصا بالشركاء المختارين دون سواهم (أنظر المادتين ٤٤٨ و ٤٤٩) ^(١) .

وبناء على هذا الرأي الأخير يجوز للشركاء الأصليين في الملك أن يستعملوا حق الاسترداد الذي منحتهم إياه المادة ٤٦٢ مدني ، حتى اذا باع أحدهم حصته الشائعة في عقار معين ، لأن هذا الحق غير مقصور على حالة بيع حصة شائعة في مجموع الأعيان المشتركة ^(٢) .

٥٥٥ — رأينا — ونحن من الرأي الأخير ، لأن قانون الشفعة مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، وحق الاسترداد منقول عن القانون الفرنسي ، فاللقان مختلفان أحدهما عن الآخر ، ولما سن قانونا الشفعة (الصادران في ٢٦ من مارس سنة ١٩٠٠ مختلط و ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ أهلي) ألغى صراحة بعض المواد

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضي يوسف مينا والقاضي جمال الدين أباطة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مرجع القضاء ٣٢٥١ .

(٢) راجع طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد وحسن رفعت وجمال الدين أباطة) المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ مرجع القضاء ٣٢٤٠ : « وحيث ان الحاضر عن المشتري يريد أن يحصر حق الاسترداد في حالة بيع مجموع حقوق في تركة أو شركة ارتكنا على ما هو مقرر في فرنسا من أن المادة ٨٤١ مدني لا تنطبق اذا كان المبيع حصة شائعة في عقار معين (باندكت جزء ٥٤ نبذة ٧٢٥٣ صفحة ٦٣٥) . وحيث ان هذا الحصر لا مبرر له من نص القانون المصري الذي جاء عاما غير مخصص . أما ما تقرر في فرنسا لحكمته أن المادة ٨٤١ نصت على التنازل عن الحق الموروث droit à la succession ، وظاهر أن هذا لا يشمل بيع حصة في عين أو أعيان معينة » . وراجع الأحكام الأخرى المذكورة في هذه النبذة .

في المجموعة المدنية ومجموعة المرافعات ، ولم تذكر ضمنها مادة الاسترداد ^(١) ، وعلى ذلك يجب عند النظر في تفسير نصوص قانون الشفعة الرجوع الى الشريعة الفراء ، ولكن في حالة الاسترداد يرجع الى القانون الفرنسي ، مع مراعاة النص المصري .

وليس في أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شيء واحد ، وقد قرر الشارع الحقين ، وشرط لكل منهما شروطا ، فلا يكفي أن تكون هناك حالات يغني فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد في تلك الحالات ، لأن أعمال النصوص أولى من اهمالها ^(٢) .

وحق الاسترداد ثابت للشركاء الأصليين في الملك ، سواء أكان عقارا أم منقولاً ^(٣) ، بخلاف حق الشفعة فانه مقصور على العقار . وعلى ذلك اذا باع شريك حصته الشائعة في عقار فلباقى الشركاء حق الشفعة وحق الاسترداد ، ولهم أن يختاروا أى الطريقين الذى يكون أنفع لهم . والأسباب التى يسقط بها أحد الحقين لا تؤثر في الحق الآخر ^(٤) .

وحق الاسترداد يوجد حتى تتم القسمة ، ولا يسقط بالسكوت عنه ، مادامت قسمة الملك المشترك لم تتم ، حتى مع العلم به ، ما لم يصدر عن الشريك ما يدل فعلا على قبول المشتري الجديد شريكا نهائيا ^(٥) ، ومن ثم على التنازل عن حق الاسترداد ، بخلاف حق الشفعة فانه يسقط بالسكوت عنه أكثر من

(١) راجع استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١٢٩ ص ٦٧ ، ٧ فبراير ١٩٠٨ (١٩ ص ١١٤) ، ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٥٢) ، ٢٦ ديسمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٤٣) .

(٢) حكم طنطا ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ المتقدم .

(٣) وقد حكم بأن كون العقارات جزءا من مجموعة مبيعة من الحقوق المنقولة والعقارية لا يمنع الشريك الأصل في هذه العقارات من استعمال حق الاسترداد الذى تحوله المادة ، وإنما على المشتري أن يطلب استبعاد المنقولات وتقسيم الثمن على أساس القيمة التى للعقارات والمنقولات . استئناف مختلط ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٤) استئناف مختلط ٤ مايو ١٩١١ (٢٣ ص ٣٠٢) .

(٥) راجع نبذة ٤٧٦ .

١٥ يوما من تاريخ العلم^(١).

كذلك قررت المادة ٢٢ من قانون الشفعة أن الحق في الشفعة يسقط في جميع الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة الى جميع الشفعاء ، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا ، ولكن هذا النص لا ينطبق بالنسبة الى حق الاسترداد^(٢).

وإذا سقط حق الشفعة لا يكون للشريك الا حق الاسترداد ما دامت القسمة لم تعمل ، وقد يكون للمسترد منفعة في عدم المطالبة بمقتضى حق الشفعة والانتظار حتى القسمة ليطالب بمقتضى حق الاسترداد ، كأن لا يكون لديه المال الكافي للأخذ بالشفعة . والسبب في أخذ الشريك بالشفعة هو رغبته في توسيع ملكه . ولكن السبب الذي بنى عليه حق الاسترداد هو التخلص من الأجنبي الدخيل الذي لم يكن معه وقت الشركة ، ومنعه من التدخل في القسمة . وبناء على ذلك يعامل القانون المسترد معاملة أقل شدة مما يعامل به الشفيع ، فإذا أعلن المشتري الشريك بشرائه فإن هذا يسقط حق الشفعة بعد مضي الميعاد القانوني ، ولكن لا يكون له تأثير في حق الاسترداد ، كذلك اذا أُنذر المشتري المسترد بأن يأخذ بالاسترداد اذا أراد فإن ذلك لا يسقط الحق ، ولا يلزم المسترد بشئ ، لأن القانون نص على أن حق الاسترداد لا يسقط الا بالقسمة ، فلا يجوز للمشتري أن يقيد هذا الحق بوقت آخر^(٣).

والشريك الذي يطالب بحق الاسترداد يحل محل المشتري في جميع شروط العقد المبرم بينه وبين الشريك البائع ، فإذا كان الثمن مقسما جاز للمسترد أن

(١) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المتقدم .

(٢) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص

٣٢٦) ، ٢٧ نوفمبر ١٩١٣ (٢٦ ص ٦٠) .

(٣) وقد حكم بأن للشريك الأصلي الذي له حق الاسترداد لغاية القسمة الحق في أن

يشترى اختيارا ، بمقتضى عقد ، الحصة الشائعة المبيعة ، حتى بعد طلب الشفعة المقدم من أجنبي ،

ما دام له أن يلزم المشتري بدعوى قضائية بالتنازل له عن الحصة (استئناف مختلط ١٤ مارس

١٩١٢ (٢٤ ص ١٩٧) .

استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) .

يتمسك بهذا التقييد ، خلافا للشفيع فان المادة ١٣ من قانون الشفعة حرمته من الانتفاع بهذا الشرط^(١) .

ومشتري الحصة الشائعة الذي لم يكن داخلا في الشيوع عند بدئه لا يستطيع استعمال حق الاسترداد ، ولكنه يستطيع الأخذ بالشفعة ، لأنه شريك ، وهذا يكفي .

٥٠٦ — رأى دوائر محكمة الاستئناف مجمعة — لاختلاف الآراء

في تفسير المادة ٤٦٢ من القانون المدني قد أحيل هذا الموضوع الى دوائر محكمة الاستئناف لتفصل فيه بمجموعة ، فقررت في ٣٠ من نوفمبر ١٩٢٢^(٢) أن حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ من القانون المدني حقان مختلفان أحدهما عن الآخر تمام الاختلاف من حيث موضوعهما ومحل تطبيقهما ، فان حق الشفعة مأخوذ عن الشريعة الاسلامية ويطبق في أحوال بيع عقار معين أو حصة شائعة فيه مع توافر الشروط والمواعيد المبينة في الأمر العالي الرقم ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ الخاص بالشفعة ، أما حق الاسترداد فانه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانون الفرنسي ، وقد منحه المشرع الشركاء الأصليين في الملك دون غيرهم في حال الشيوع ، سواء أكان ناتجا عن ميراث أم عن شركة ، متى باع أحد الورثة أو الشركاء لأجنبي حصة شائعة في مجموع التركة أو الشركة من عقار أو منقول ، وكذلك اذا باع أحدهم لأجنبي حصة شائعة في عين معينة يصعب على المشتري تسلمها بدون أن يطلع على أسرار التركة أو الشركة ، ففي هاتين الحالتين يجوز للشركاء المذكورين لحين القسمة أن يستردوا الحصة الشائعة التي بيعت .

(١) ١٤ يولييه ١٩١٨ المجموعة ٢٠ ص ٦٨ .

(٢) محكمة الاستئناف دوائر مجمعة ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢ (رئاسة أحمد طلعت باشا وحضور مستر برسيغال ومحمد محرز باشا وأحمد موسى باشا ومستر كالوين ومسيو سودان ومستر كرشو وأحمد عرفان باشا وعطية حسني بك وعلى ثاقب بك وفوزي الطيبي بك ومتولي غنيم بك وعلى سالم بك ومحمد مصطفي بك ومحمد علام باشا وشاكر أحمد بك) المجموعة ٢٣ رقم ١١١ ص ١٧٠ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٣٠١ مرجع القضاء ٣٢٤٧ .

وجاء في أسباب حكمها :

« وحيث ان المادة ٤٦٢ سائلة الذكر وضعت في الحقيقة لحالة خاصة في باب القسمة ، ولا علاقة لها بالشفعة ، التي خصص لها القانون بابا فصل فيه أحكامها المأخوذة من الشريعة الاسلامية . بخلاف الحق المنوه عنه في المادة ٤٦٢ المذكورة فانه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانون الفرنسي التي وضعت لحالة خاصة ، وهي حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في تركة أو جزءا من الحصة شائعا كالثلث أو الربع مثلا ، بحيث يدخل في الحصة ما يخصها من جميع مشتملات التركة من عقار ومنقول وما لها وعليها من الديون والحقوق ، فيحق في تلك الحالة لباقي الورثة أو أحدهم ، لحين القسمة ، أن يسترد الحصة المبيعة بدفع ثمنها الى المشتري ، وهو ما يسمونه حق الاسترداد الوراثي ، والغرض منه منع الأجنبي من التداخل في العائلات والاطلاع على أسرارها ، وقد قام خلاف بين شراح القانون الفرنسي ، فقال بعضهم ان الاسترداد الوراثي يجري في الشركات كما يجري في التركات ، لأن للشركات أسراراً أيضاً تجب المحافظة عليها ومنع الأجنبي من الوصول اليها ، فاختار الشارع المصري تعميم النص ، لذلك عبر بالشركاء الأصليين مكان الورثة كما جاء في الطبعة الفرنسية ، وأطلق موضوع الحصة الشائعة حتى يكون شاملا لكل ما انعقد له باب القسمة من الشركات وغيرها ، والشركاء الأصليون ، سواء كان اشتراكهم جاء من طريق الميراث أو من طريق الاتفاق ، هم أول من تحقق الاشتراك بينهم ، وأراد القانون حماية أسرارهم ، أما من حلوا محلهم فلا امتياز لهم عن الأجنبي .

« وحيث انه متى تقرر ما تقدم وكانت الحكمة من وضع نص المادة ٤٦٢ المذكورة منع الأجنبي من التداخل في الأسرار والشركات والتنقيب على أسرارها تكون النتيجة أنه اذا كان المبيع حصة شائعة في عين معينة من التركة أو الشركة يسهل تسليمها الى المشتري دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ، ومن غير أن يشترك في قسمة جميع ممتلكاتها ، فلا يجوز استرداد هذه الحصة منه استنادا على الحق الخول في المادة ٤٦٢ من القانون المدني ، بل من طريق أحكام

الشفعة فقط اذا كانت شروطها متوفرة ، وبالعكس اذا استدعى تسليم تلك الحصة شيئا مما تقدم ، يحق لأحد الورثة أو أحد الشركاء الأصليين استرداد الحصة المبيعة من أحدهم للغير ، ولو أنها شائعة في عين معينة محدودة ، الا اذا كان طالب الاسترداد يتنازل عن حقه صراحة أو ضمنا ، باجرائه عملا يؤخذ منه التنازل أو الرضا بالبيع .

٥٠٧ — سبر الأمطام على ما قررته الدوائر المجمعة — حكمت محكمة

الاستئناف بأنه اذا باع أحد الورثة حصة شائعة في أرض ورثها من مورثه كان للوارث الآخر الشريك معه على الشيوع أن يطلب أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، دون المادة ٤٦٢ من القانون المدني ، لأنه ممكن تسليمه العين المبيعة بدون أن يدخل في أسرار العائلة ، وذلك عملا بما قضت به محكمة الاستئناف في دوائرها المجمعة في ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٢٢^(١) .

وحكمت بأن للشريك على الشيوع في مدفن حق استرداد الحصة المبيعة عملا بحكم المادة ٤٦٢ من القانون المدني ، لأن المدفن من المسائل العائلية المحضة ، ويحوى أسرار العائلة ، فلا يصح لأجنبي الاطلاع على هذه الأسرار ، وفي وجوده مضار أدبية ومادية . اذ يمكنه مضايقة العائلة في دفن موتاهها . فللوارث حق استرداد الحصة الشائعة التي يبيعها الوارث الآخر لأجنبي^(٢) .

وحكم بأن من مميزات بيع الاستحقاق في التركة أنه اذا حصل لأجنبي يكون لباقي الورثة الحق في استرداد الحصة المبيعة من أحدهم قبل القسمة مقابل دفعهم للمشتري ثمنها والمصروفات وفقا للمادة ٤٦٢ مدني . والغرض من هذا الاسترداد

(١) استئناف مصر ١٥ يناير ١٩٢٥ (دائرة صالح حق باشا وعلى حسين بك ومستر رافرتي) المحاماة ٦ رقم ٢٢ ص ٢٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١١١٢ مرجع القضاء ٦٤٦٠ .

(٢) استئناف مصر الأهلية ٢١ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة أحمد طلعت باشا ومصطفى حلمي بك وحسين نبيه المصري بك) المحاماة ٦ رقم ١٨٦ ص ٢٣٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١١١٣ مرجع القضاء ٦٤٦٤ .

منع الأجنبي من الدخول في قسمة التركة . فإذا أمكن تسليم الشيء المبيع للمشتري بدون حاجة الى القسمة لم يكن هناك محل للاسترداد^(١) .

٥٠٨ - نفي حكم الدوائر المتعممة - تقرر الدوائر المتعممة أنه اذا كان

يسهل تسليم المبيع الى المشتري دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ، ومن غير أن يشترك في قسمة جميع ممتلكاتها ، لا يجوز حق الاسترداد ، أما اذا استدعى تسليم المبيع شيئا من ذلك جاز حق الاسترداد . ومعنى هذا أن على الشريك أن يثبت أن هناك ضررا من تدخل الأجنبي ، وقد سبق أن ذكرنا أن الضرر مفروض حصوله بتوافر شروط الاسترداد^(٢) ، كما هو الحال في الشفعة ، فقد قلنا فيها انه اذا توافرت في الشفع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة لا يجوز دفع دعواه بأن الضرر الذي شرعت الشفعة من أجله ليس متحققا ، لأن الشارع أطلق الحكم ، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت في حاله حكمة ذلك الحق^(٣) ، فكذلك الحال بالنسبة الى حق الاسترداد . والا لو أجزأ اثبات توافر الحكمة التي تقرر من أجلها لاضطر المتداعون للتعرض لأسرار الشيوخ ، وقد تؤدي اجازة الاثبات الى اضطراب الأحكام ، وبالتالي عدم الاطمئنان على الحقوق ، اذ تختلف مقاييسها بالنسبة الى تقدير وجود الضرر المحتمل من تدخل المشتري الأجنبي ، وجسامة ذلك الضرر^(٤) .

(١) استئناف ١٩ فبراير ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود علي سرور بك وسليمان السيد سليمان بك) المحاماة ١٠ رقم ٤٢٩ ص ٨٥١ مرجع القضاء ٦٤٦١ .
راجع أيضا استئناف ١٧ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة مراد وهبه بك ومحمود علي سرور بك وسليمان السيد سليمان بك) المحاماة ١١ رقم ٣١٧ ص ٦٣٨ مرجع القضاء ٦٤٦٢ .
واستئناف ٧ مايو ١٩٤٦ (دائرة محمد توفيق رضوان بك ومحمد المغازي البرقوقي بك وزكريا مهنا بك) في الاستئناف رقم ٨٢ سنة ٦٢ القضائية .

(٢) نبذة ٤٦٢ .

(٣) نبذة ٨ .

(٤) ذهني بك « في الأموال » نبذة ٥٥٦ ، وهو لا يوافق كذلك على حكم الدوائر المتعممة .

٥٠٨ مكررا - رأى محكمة النقض والابرام - قضت محكمة

النقض والابرام في بعض أحكامها بأن المادة ٤٦٢ من القانون المدني ، اذ قررت حق استرداد الحصة الشائعة ، جاء نصها عاما مطلقا لا قيد فيه ، فيدخل تحت مدلوله كل حصة شائعة أيا كان سبب الشيوع وسواء أكانت في مجموع الأموال المشتركة أم في عقار معين منها . لكن لما كانت المحكمة من تقرير الشارع لهذا الحق هي حماية الشركاء الأصليين ، وقد جمعت بينهم القرابة العائلية أو الرغبة الاختيارية . من الأجنبي الدخيل عليهم تجنبنا لاطلاعه على أحوال التركة أو الشركة ، ولما قد يترتب على تدخله من ارتباك لهم سواء أثناء قيام الشركة بينهم أو عند تصفيتها ، لما كانت هذه هي المحكمة من تقرير حق الاسترداد فانه لا يكون له محل في الحصة الشائعة في العقار المعين التي يتبادر بجلاء وبلا أدنى شك سهولة تسليمها للمشتري الأجنبي دون ذلك الاطلاع أو الارتباك ودون احتمال اشتراكه في القسمة ، ولهذا تكون مستثناة من حق الاسترداد ^(١) .

وفصلت محكمة النقض والابرام رأيها في حكم أخير ^(٢) ، فقالت : ان الشفعة والاسترداد ان كانا متفقين في أن كلا منهما يؤدي الى نوع من الاقنيات على حرية التبايع ونزع الملك جبرا عن مشتريه ، فانهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والحل ، ذلك أن الشفعة مصدرها الشريعة الاسلامية ، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارئ ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفع بالمبيع اتصال شركة أو جوار ، ومحله أن يكون المبيع عقارا ، فلا شفعة في منقول . أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسي ، وحكمته حفظ أسرار الشركات وكف الأجانب عن النفاذ اليها وجعل الورثة في مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلي ، وسببه الشركة في الارث ، ومحله أن يكون المبيع حصة أو جزءا من حصة شائعة في التركة عامة منظورا اليها كوحدة قانونية تنظم

(١) قض ٨ يونيو ١٩٤٤ المجموعة ٢٥ رقم ٣٠ ص ٥٦ .

(٢) قض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ في الدعوى رقم ٧٩ سنة ١٥ القضائية .

كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات . والشارع المصرى اذ أخذ الشفعة عن الفقه الاسلامى انما أراد بها ما أراده علماء هذا الفقه ، فحكمتها عنده هى حكمتها عندهم ، كما أنه اذ أخذ حق الاسترداد عن القانون الفرنسى لم يرد به غير ما أراده واضع هذا القانون . واذا كان ثمت خلاف بين نص القانون المصرى وما يقابله فى القانون الفرنسى فسببه أن قصر حق الاسترداد على الشيوع الناشئ عن الارث كان محلا لنقد قام فى فرنسا على أن للشركة كما للتركة أسرارها ومحيطها . وقد وقف الشارع المصرى عند هذا النقد واعتبر به ، فاتجه الى تعميم حق الاسترداد ليفيد منه الشركاء فى الارث والشركاء فى غير الارث على حد سواء . وعلى هذا نصت المادة ٤٦٢ من القانون المدنى على أنه « يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير » . والحصة الشائعة التى يجيز هذا النص استردادها هى الحصة الشائعة فى مجموع الملك المشترك كله ، لا الحصة الشائعة فى عين معينة من هذا الملك ، لأن حلول أجنبى محل أحد الشركاء فى جزء شائع فى مجموع التركة هو وحده الذى قدر فيه الشارع الفرنسى مظنة اذاعة أسرار التركة وافساد محيطها . ولهذا نيط ثبوت حق الاسترداد فى فرنسا ببيع حصة شائعة فى مجموع الملك كله ، لا ببيع حصة شائعة فى عين معينة منه . واذا كان هذا هو مناط الاسترداد فى فرنسا ، فهو بذاته مناطه فى مصر ، اذ ليس فى نص المادة ٤٦٢ من القانون المدنى ما يفيد أن الشارع المصرى أراد بوضعها استحداث قاعدة جديدة لها عنده حكمة غير الحكمة التى أملت المادة ٨٤١ على الشارع الفرنسى ، بل ان التقيد بهذا المنطأ ألزم فى مصر منه فى فرنسا ، لأن التشريع الفرنسى لا يعرف الشفعة ولا عاصم فيه للشركاء من الأجنبى الذى يحل محل أحدهم غير حق الاسترداد ، وهم محرومون منه اذا كان ما اشتراه الأجنبى حصة شائعة فى عين معينة . أما فى مصر فى أحكام الشفعة ما يكفل حماية الشركاء فى هذه الحالة ، فكان حرمانهم من الاسترداد عندنا أوجب وألزم . وان الأخذ بمطلق لفظ الحصة الشائعة الذى ورد فى نص المادة ٤٦٢ من القانون المدنى الأهلى فيه انصراف عن الحكمة التى أملت هذا النص ، ثم انه يؤدى الى جواز الاسترداد مع جواز الشفعة كلما كان المبيع حصة

شائعة في عقار معين من الملك المشترك ، وهو ما لا يمكن أن يكون الشارع المصرى قد أراده ، لأنه لم يقيد حق الاسترداد بمثل ما قيد به حق الشفعة من مواعيد واجراءات ، فلو أجاز الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستغناء بالاسترداد عن الشفعة خلاصا من قيودها ، وفي ذلك تعطيل للأحكام التى لم تضع هذه القيود عبثا ، وانما وضعتها قصد الحض على الاسراع فى طلب الشفعة حتى لا يضر المشتري بالتأخير فى هذا الطلب .

الشفعة في السودان

٥٠٩ — للشفعة قانون خاص ، مستمدة أحكامه من قانون الشفعة المصرى ، هو القانون رقم ١١ الصادر فى ٥ من يولييه سنة ١٩٢٨ ، وقد ألغى قانون الشفعة الصادر قبله فى سنة ١٩١٨ والمعدل فى سنة ١٩٢٢ .

٥١٠ — **الأحوال التى تجوز فيها الشفعة** — خول قانون سنة ١٩٢٨ حق الشفعة :

(أ) الشريك على الشيوع عند بيع حصة شائعة فى العقار ، لأى شخص هو غير شريك على الشيوع فى ذلك العقار .

(ب) المالك المجاور لأرض مقرر لها حق ارتفاق على الأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق للأرض المبيعة عند بيع أرض عليها مبان أو أرض يراد البناء عليها ، بشرط أن تقتنع المحكمة بأن الفائدة الناشئة من حق الارتفاق المذكور أو التكليف المترتب عليه ذو قيمة كافية تبرر استعمال المالك المجاور حق الشفعة .

(ج) المالك المجاور عند بيع أرض مروية irrigated land متى كانت الأرض المبيعة وأرض المالك المجاور كلتاها داخلية فى نفس الساقية أو فى وحدة أخرى من وحدات الري غير الساقية or other unit of irrigation (المادة ٥) .

ونص فى القانون على حق يشبه الشفعة فى الرهون الحيازية ، اذ قرر أنه فى الأحوال التى ترهن فيها أرض زراعية ، ويضع المرتهن يده على الأرض المرهونة ، وفقا لنصوص عقد الرهن ، كل شخص له حق الشفعة اذا بيعت الأرض المذكورة يكون له حق فك الرهن ونقله لنفسه (المادة ٦) .

٥١١ — **أحوال لا تجوز فيها الشفعة** — لا تجوز الشفعة فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا بيع العقار بالمزاد العلنى بطلب سلطة ادارية أو بأمر المحكمة .

- (ب) اذا اشترت الحكومة العقار أو نزعت ملكيته .
- (ج) اذا حصل بيع العقار بين الأصول والفروع ، أو بين الزوج والزوجة ، أو بين الأقارب للدرجة الرابعة .
- (د) اذا حصل البيع بين الشركاء على الشيوع الذين يملكون عقارا بمخصص شائعة ، أو بين مالكين مجاورين لأرض داخلية في نفس الساقية أو في نفس وحدة أخرى من وحدات الري أو التسجيل غير الساقية or other unit of irrigation or registration
- (هـ) اذا كان المراد استعمال العقار المبيع للعبادة الدينية أو الحاقه بعقار آخر امتلك قبل ذلك للعبادة الدينية .
- (و) اذا كان المراد استعمال الحق لمنفعة وقف .
- (ز) اذا أريد استعمال الحق لأجل نقل عقار بكيفية أخرى غير البيع (المادة ٧) .

٥١٢ - نزاعهم الشفعة - يكون الشريك بحصة شائعة مقدما على المالك المجاور .

واذا ثبت حق الشفعة لأكثر من شريك واحد من الشركاء في حصص شائعة في العقار فيكل شريك على الشيوع يطلب حق الشفعة يحق له أن يأخذ بالشفعة من العقار المشفوع نفس النسبة التي بين حصته الشائعة والحصة الشائعة أو الحصص الشائعة التي للذين يطالبون بحق الشفعة معه .

واذا تعدد من يستحق الشفعة معه من المالكين المجاورين ، وطلب كل منهم الأخذ بالشفعة ، يقسم العقار المشفوع بينهم على حسب التراضي بينهم ، والا فيحسب ما تحكم به المحكمة عند نظرها في دعوى الشفعة (المادة ٨) .

٥١٣ - عزم تجزئة الشفعة - اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا

بينهم فلا تصح الشفعة الا فيه بتمامه . أما اذا عينت في عقد البيع حصة كل منهم مفرزة كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر (المادة ٩) .

٥١٤ - إجراءات الشفعة - يجب على طالب الشفعة أن يقوم بما يأتي :

- (أ) أن يرسل اعلانا بطلبه الى البائع والمشتري .
 - (ب) أن يرفع ، في خلال ثلاثين يوما من تاريخ ذلك الاعلان ، دعوى الشفعة ، على البائع والمشتري ، في المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار .
- وإذا كان الطلب يتعلق بأرض مسجلة وجب أن يؤشر بالطلب في السجل^(١) (المادة ١١) .

وتسمع دعوى الشفعة بصفة مستعجلة (المادة ١٢) .

وميعاد الاستئناف في دعوى الشفعة ١٥ يوما من تاريخ الحكم ، وذلك مع مراعاة قواعد الاستئناف في الدعاوى المدنية في سائر الأمور (المادة ١٤) .

ومصروفات دعوى الشفعة على الشفيع . ولكن اذا حصل من قبل البائع أو المشتري سوء قصد فالمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بالمصروفات على من شاءت منهم .

ومصروفات الاستئناف تقع على حسب ما تراه المحكمة (المادة ١٢) .

وإذا بيع ثانية جميع العقار المشفوع أو جزء منه يصبح اذ ذاك المشتري الجديد مدعى عليه في دعوى الشفعة بدلا من المشتري الأصلي ، أو يصبح مدعى عليه مع المشتري الجديد بقدر مصلحته ، وتكون الدعوى بمقدار ما تتناول المشتري الجديد بحسب شروط عقد شرائه .

ويشترط بالنسبة الى الأرض المسجلة أن يكون قد سجل البيع الثاني قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة في السجل . ويشترط في أية حالة أخرى أن يكون البيع قد حصل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة الى البائع أو المشتري (المادة ١٢) .

(١) يراد بالأرض المسجلة registered land الواردة بقانون الشفعة الأرض المسجلة بموجب قانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة ١٩١٥ أو بموجب أى تعديل لذلك القانون أو أى قانون آخر أعيد به سن هذا القانون يكون نافذا اذ ذاك (المادة ٤) .

٥١٥ - سقوط الشفعة - يسقط حق الشفيع في الأحوال الآتية :

(أ) إذا تنازل عنه كتابة أو شفاهاً أو استدل على التنازل من تصرفه (المادة ١٦) .

(ب) إذا لم يظهر رغبته في طلب الشفعة في مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه ابداء رغبته في الشفعة (المادة ١٦) . ويحصل التكليف المذكور كالاتي : متى جرى اتفاق لبيع أرض مسجلة ، وقدم طلب لمكتب تسجيل الأراضي لتسجيل بيع كهذا ، يحق لأي طرفي الاتفاق أن يبلغ اعلاناً عن ذلك الاتفاق وطلب التسجيل لأي شخص له الحق أو يظن أن له الحق بطلب الشفعة ان تم ذلك البيع ، يكلفه فيه بأن يصرح كتابة في خلال خمسة عشر يوماً من تبليغ الاعلان عما اذا كان ينوى طلب الشفعة اذا تم البيع وينذره أنه ان لم يصرح بذلك سقط حقه بالشفعة (المادة ١٥) .

(ج) إذا لم يتخذ الاجراءات المبينة لطلب الشفعة في مدة خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع (المادة ١٦) .

(د) بمرور ستة أشهر من تاريخ تسجيل البيع ان كانت الأرض مسجلة ، ومن تاريخ وضع المشتري يده على الأرض في أية حالة أخرى ، وسواء كان الشفيع عالماً بالبيع أو غير عالم ، وغير أهل للتصرف أو أهلاً له (المادة ١٧) .

٥١٦ - سلطة مد المواعيد المقررة - اذا رأت المحكمة بسبب غيبة

أحد الخصوم أو بسبب آخر أنه من العدل أن تمد المواعيد أو تؤجل تاريخ ابتداء سريان المواعيد المقررة للقيام باجراء أى عمل أو اتخاذ اجراء جاز لها أن تمد الميعاد أو تؤجل تاريخ ابتدائه بموجب أمر (المادة ١٩) .

٥١٧ - ما يترتب على الشفعة - يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل

المشتري في جميع ما للمشتري من الحقوق وعليه من الواجبات . ولكن اذا كان المشتري حصل على تأجيل الثمن فلا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا اذا رضى البائع بذلك بالكتابة (المادة ٩) .

واذا كانت الأرض مسجلة ، وصدر حكم فى دعوى الشفعة ، يكون لهذا الحكم الأولوية على جميع التصرفات التى أجراها المشتري ولم تسجل قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة فى السجل . وفى سائر الأحوال يكون للحكم فى دعوى الشفعة الأولوية على جميع التصرفات التى لا تحصل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة (المادة ١٣) .

الشفعة في لبنان^(١)

٥١٧ مكررا — نص على الشفعة في المواد ٢٣٨ — ٢٥٤ من قانون الملكية. وقد أحيل مشروع قانون الى المجلس النيابي اللبناني بتعديلها ، كما سنيينه .

أحكام الشفعة في قانون الملكية

CHAPITRE V

De la Préemption (Chefaa).

الفصل الخامس

في حق الشفعة

Art. 238. — Le droit de préemption (Chefaa) consiste dans la faculté accordée au co-propriétaire indivis d'un immeuble mulk ou de droits réels sur un immeuble mulk d'évincer, contre remboursement du prix d'acquisition, le tiers qui viendrait à acquérir, par cession volontaire une quote-part de l'immeuble ou du droit faisant l'objet de l'indivision.

Les immeubles amiriés et les droits réels sur un immeuble amirié sont, en ce qui concerne l'exercice du droit de préemption (Chefaa) assimilés aux immeubles mulk ; sont et demeurent supprimés les droits de Rudjan et de Tabo, prévus par les dispositions du Code foncier (arrêté 57 du 18 juin 1931).

المادة ٢٣٨ — حق الشفعة هو

حق ممنوح لشريك في ملك أو في حقوق عينية جارية على ملك يخوله أن ينتزع لنفسه مقابل دفع ثمن المشتري الحصة التي اشتراها شخص آخر بالرضى في هذا الملك أو في تلك الحقوق العقارية المشتركة .

ان العقارات الأميرية والحقوق

العينية المتعلقة بعقارات أميرية يكون حكمها فيما يختص باستعمال حق الشفعة كحكم العقارات الملك .

ألغيت وتبقى ملغاة حقوق الرجحان

والطابو المنصوص عنها في القانون

العثماني (القرار ٥٧ في ١٨ حزيران

سنة ١٩٣١) .

(١) راجع الرسالة العلمية في الشفعة ، تأليف خليل جريج رئيس محكمة في بيروت ، ١٩٤٧ . وقد قلنا عنها النصوص الخاصة بالشفعة .

Art. 239. — L'ordre de priorité pour l'exercice du droit de préemption est fixé ainsi qu'il suit :

1. Le copropriétaire indivis ;
2. Le copropriétaire des droits réels immobiliers.

Art. 240. — Les copropriétaires concourent et la préemption est exercée simultanément par tous et à parts égales. En cas de renonciation de l'un ou de plusieurs d'entre eux, le droit est exercé par les autres à parts égales.

Art. 241. — En cas de concurrence entre plusieurs catégories de copropriétaires de servitudes foncières de nature différente, la catégorie à laquelle appartient la servitude la plus utile est préférée à toutes autres.

Art. 242. — Le droit de préemption appartient aux personnes énumérées à l'article 239 du présent arrêté, dont le titre est antérieur en date à celui de l'acquéreur.

Art. 243. — Le droit de préemption ne passe pas au décès de l'ayant droit à ses héritiers. Ce droit ne peut être cédé

المادة ٢٣٩ — عين كما يلي
ترتيب درجة الأفضلية في استعمال حق
الشفعة :

- ١ — الشريك في الملك المشترك .
- ٢ — الشريك في الحقوق العينية
العقارية .

المادة ٢٤٠ — الشركاء في الملك
هم متساوون في الحقوق يستعملون
جميعهم حق الشفعة في وقت واحد
وعلى نسبة واحدة . وإذا تخلى واحد
منهم أو أكثر من واحد عن حقه
فيستعمل الباقون هذا الحق على نسبة
واحدة .

المادة ٢٤١ — اذا وجد تراحم
بين فئات عديدة من شركاء في حقوق
ارتفاقية عقارية من أنواع مختلفة
تفضل على بقية الفئات الفئة التي يكون
لها حق الارتفاق الأكثر نفعا .

المادة ٢٤٢ — يعود حق الشفعة
الى الأشخاص المذكورين في المادة
٢٣٩ من هذا القرار الذين يكون
سندهم سابقا تاريخيا سند المشتري .

المادة ٢٤٣ — لا ينتقل حق
الشفعة عند الوفاة من صاحبه الى ورثته
ولا يمكن التنازل عنه الى شخص آخر

à un tiers indépendamment du droit principal dont il n'est qu'un accessoire.

Art. 244. — La préemption n'est possible qu'à l'égard d'un acquéreur à titre onéreux ou donataire avec charge ; dans ce dernier cas, elle est affectée des mêmes causes de nullité, rescission ou résolution que la donation elle-même.

Art. 245. — Le droit de préemption est indivisible ; il ne saurait donc s'exercer sur une portion d'une part indivise ou d'un fonds cédé.

Art. 246. — Le mandataire chargé de vendre l'immeuble sur lequel il a le droit de préemption est déchu de ce droit.

Art. 247. — L'acquéreur, après inscription de son acquisition, peut la notifier à tout ayant droit à la préemption, qui en sera déchu s'il ne l'exerce dans les trois jours de cette notification, augmentée des délais de distance.

Art. 248. — Dans le cas où cette notification n'a pas été faite par l'acquéreur, le droit de préemption se prescrit par deux mois à compter de la date du contrat, s'il a été établi en

مستقلا عن الحق الأصلي الذي لا يكون حق الشفعة بالنسبة اليه الا حقا تابعا .

المادة ٢٤٤ — لا يستعمل حق الشفعة الا تجاه من اكتسب عقارا ببدل أو على سبيل الهبة بشرط ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضا لأسباب الانقضاء أو الفسخ أو الإبطال نفسها الجارية على الهبة .

المادة ٢٤٥ — حق الشفعة لا يتجزأ فلا يمكن والحالة هذه استعماله على قسم دون سواه من حصة مشتركة أو من أرض متنازل عنها .

المادة ٢٤٦ — اذا كلف وكيل بيع عقار له عليه حق الشفعة فيسقط هذا الوكيل من حقه هذا .

المادة ٢٤٧ — للمشتري بعد تسجيل مشتراه أن يعطى علما بالتسجيل الى كل من له حق بالشفعة ، واذا لم يطالب صاحب حق الشفعة بحقه أثناء الثلاثة أيام التي تلي التبليغ بعد اضافة مهلة المسافة اليها يسقط من حقه .

المادة ٢٤٨ — واذا لم يحضر المشتري التبليغ فحق الشفعة يصبح لاغيا بمرور شهرين ابتداء من تاريخ العقد اذا كان العقد قد حرر بحضور

présence des copropriétaire et dans tous les cas, par le délai d'un an, à partir de l'inscription de la vente, si les copropriétaires n'y ont pas assisté.

Art. 249. — Le droit de préemption ne peut s'exercer qu'à charge pour celui qui en bénéficie d'indemniser intégralement l'acheteur tant du prix d'acquisition et de la plus value acquise par l'immeuble entre ses mains, que des frais et loyaux coûts du contrat et droits d'inscription qu'il aurait soldés.

Art. 250. — Le droit de préemption ne peut plus être exercé si l'immeuble a été transféré à un tiers par inscription sur le registre foncier.

Art. 251. — En cas de contestation sur le montant du prix entre l'acquéreur et celui qui bénéficie de la préemption, le prix réel est fixé par le juge.

Art. 252. — La préemption est réputée accomplie et le droit à l'inscription acquis au préempteur, soit par la prise de possession effectuée par le préempteur du consentement de l'acquéreur, soit par le remboursement à l'acquéreur du prix fixé et des accessoires de ce prix,

الشركاء في العقار، ويصبح لأغيا في جميع الأحوال بعد مضي مدة سنة ابتداء من تاريخ تسجيل البيع إذا لم يكن قد حضر هذا البيع الشركاء في العقار.

المادة ٢٤٩ — لا يجوز استعمال حق الشفعة الا بشرط أن يعوض صاحبه على المشتري تعويضا تاما بدفع بدل الشراء ومقدار تحسين العقار في أثناء وجوده بين يديه ودفع المضاريف الرسمية المترتبة على العقد ورسوم التسجيل التي يكون قد دفعها.

المادة ٢٥٠ — اذا أفرغ العقار لشخص ثالث بقيده في السجل العقاري فلا يعود من الممكن استعمال حق الشفعة.

المادة ٢٥١ — اذا وقع اختلاف على قيمة ثمن العقار بين المشتري وصاحب حق الشفعة فيعين القاضى الثمن الحقيقي.

المادة ٢٥٢ — يعتبر أن حق الشفعة قد تم وأن حق التسجيل قد اكتسب لصاحب حق الشفعة اما باستلامه الشيء برضى المشتري واما بدفع الثمن وتوابع هذا الثمن المعين للمشتري وفقا لأحكام المادة ٢٤٩

selon les dispositions de l'article 249 ci-dessus, soit par jugement rendu au profit du préempteur.

Art. 253. — Le préempteur est réputé avoir acheté de l'acquéreur et est considéré comme étant l'ayant cause de ce dernier, et la préemption produit à l'égard de l'acquéreur et du préempteur les mêmes effets que la vente.

Art. 254. — En cas d'exécution forcée, le droit de préemption ne s'exerce pas.

أعلاه أو بحكم صادر لصالح صاحب حق الشفعة .

المادة ٢٥٣ — يعتبر صاحب حق الشفعة أنه اشترى من المشتري ويعتبر أنه وصل اليه حقه من هذا الأخير ويكون للشفعة تجاه المشتري وتجاه صاحب الشفعة مفعول البيع نفسه .

المادة ٢٥٤ — اذا وقع البيع جبرا فلا يستعمل حق الشفعة ^(١) .

(١) في ٢٠ من شباط سنة ١٩٤٧ أحالت الحكومة اللبنانية الى المجلس النيابي اللبناني مشروع قانون يقضى بالناء المواد ٢٣٨ الى ٢٥٤ من قانون الملكية ، وبأن يستبدل بها الأحكام التالية :

المادة ٢٣٨ — الشفعة حق يحوز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية :

يسرى حق الشفعة على العقارات الملك وعلى العقارات الأميرية .

وتظل ملفاة حقوق الرجحان والضابو المنصوص عليها في قانون الأراضي العثماني .

المادة ٢٣٩ — يثبت الحق في الشفعة :

١ — لمالك الرقة ، اذا بيع حق الانتفاع فيما تملك رقبته ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه .

٢ — للشريك في الشيوع ، اذا بيعت حصة أو أكثر في العقار الشائع من أجنبي .

٣ — لصاحب حق الانتفاع ، اذا بيعت الرقة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقة أم بعضها .

٤ — لمالك لرقة في الحكر أو الضحية أو الاجارتين أو الاجارة الضوية أو الاجارة العينية المنصوص عليها في القرار ١٢ ل الصادر في ١٦ كانون الثاني ١٩٣٤ .

٥ — للجار الملاصق المالك اذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره والعقار المبيع اشتراك في ملكية الطريق الخاص أو الحائط ، أو في حق الشرب الخاص .

٦ — لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

== المادة ٢٤٠ — اذا تراحم الشفعاء من فئات مختلفة يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة .

وإذا تراحم الشفعاء من فئة واحدة في الأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة السابقة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمال القانون هذا الحق على قدر نصيبهم أيضا . وإذا تراحم الشفعاء من الفئة الخامسة قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفي حال اختلاف مالكي ضوايق البناء المتعددة قدم مالك الطابق الأرضي .

المادة ٢٤١ — اذا توافرت في المشتري الشروط التي تجعله شفعيا بمقتضى المادة ٢٣٩ ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئته أو من فئة أدنى .

المادة ٢٤٢ — يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سندهم سابقا لتاريخ سند المشتري .

المادة ٢٤٣ — ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه الى ورثته . ولا يجوز التفرغ عنه لشخص آخر .

المادة ٢٤٤ — لا يستعمل حق الشفعة الا بوجه المشتري أو بوجه الموهوب له بعوض . وفي الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضا لأسباب البطلان والابطال والانعاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها .

لا تسمع دعوى الشفعة في المفاوضة العقارية وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الاخوة والاخوات .

المادة ٢٤٥ — حق الشفعة لا يتجزأ فلا يجوز استعماله أو اسقاطه الا بكامله . فاذا تعدد الشفعاء المتساوون في النشة وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة وجب على الباقيين طب الشفعة أو اسقاطها بكاملها . أما اذا تعدد المشترون فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط .

المادة ٢٤٦ — يسقط حق الشفعة :

- ١ — اذا لم يستعمله الشفع خلال المدة القانونية المبينة في المادتين الآتيتين .
- ٢ — اذا أسقطه الشفع قبل تسجيل المنشوع صراحة في وثيقة خضية ذات تاريخ صحيح تحتوي على بيان اسم المشتري والثن والشروط ولا يعود تاريخها الى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل .
- ٣ — اذا كان الشفع وكيل البائع بالبيع أو شاهدا على العقد ووقع امضاءه بلا تحفظ .
- ٤ — اذا أسقط الشفع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمنا . ولكن هذا الاسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة الا برضى المشتري .

المادة ٢٤٧ — للمشتري بعد تسجيل العقد أن يعلم الشفعاء بالتسجيل بواسطة الكاتب العدل للمقيمين في لبنان ، ووفقا للمادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية للمقيمين في ==

== بلاد أجنبية . على أن يبين في التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل اقامتهما والتمن وملحقاته وشروط العقد .

وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة تحت طائلة السقوط .

المادة ٢٤٨ — إذا لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري . وتسرى هذه المدة بحق فاقدي الأهلية والغائبين . وإن المدة المذكورة في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع الا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب التمن المذكور في العقد .

المادة ٢٤٩ — لا يمكن استعمال حق الشفعة الا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضا تاما . وهذا التعويض يشمل :

١ — ثمن المبيع الذي يجب عرضه وايداعه فعليا يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر الا اذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع .

٢ — نفقات العقد التي تشمل رسوم التسجيل الرسمية وبدل المسطرة ، على ألا يزيد هذا البديل على البديل المعين بالتمرفة القانونية .

٣ — بدل التحسين الطارىء على العقار بفعل المشتري ، دون الالتفات الى التحسين الاقتصادي الناتج من تقلب الأسعار .

المادة ٢٥٠ — اذا تم التفرغ عن المشفوع لشخص ثالث بعيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها .

المادة ٢٥١ — اذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشتري وصاحب حق الشفعة فتعين المحكمة الثمن الحقيقي بهرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يسمع الادعاء من المشتري بأن هذا الثمن يزيد على الثمن المذكور في العقد المسجل .

المادة ٢٥٢ — يثبت حق الشفعة وبكتسب الشفيع حق التسجيل ، اما بتسليمه العقار المشفوع برضى المشتري بعد دفع الثمن وتوابعه المعينة بالمادة ٢٤٩ ، واما بحكم صادر لمصلحة الشفيع .

المادة ٢٥٣ — يعتبر الشفيع أنه قد اشترى من المشتري ويكون للشفعة مفاعيل البيع نفسه . ولا يحق للشفيع الاستنادة من الأجل المنصوص عليه في العقد لمصلحة المشتري في دفع الثمن ، الا اذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة . وفيما عدا حالة الأجل المنصوص عليه في العقد لا يجوز للمحكمة أن تمنح الشفيع مهلة للدفع .

المادة ٢٥٤ — لا شفعة للوقف ، وان بيع بالمراد العلني عن طريق الادارة أو القضاء .

الشفعة في البلاد الأخرى

٥١٨ — الشفعة ، وإن كانت مستمدة من الشريعة الإسلامية ، فإنها ليست خاصة بهذه الشريعة ، فقد كانت معروفة في الشرائع التي سبقتها ، كالشريعة الموسوية والقانون الروماني^(١) . وكانت موجودة عند العرب قبل الإسلام^(٢) . وهي موجودة اليوم في القانون الإسباني^(٣) ، والقانون الألماني^(٤) . وجاء القانون الفرنسي كما رأينا بحق الاسترداد الوراثي الذي هو نوع من الشفعة^(٥) .

وستنكلم أولاً في الشفعة في البلاد الإسلامية ، ثم نذكر نظامها في البلاد الأخرى التي نصت عليها .

في البلاد الإسلامية

تونس

٥١٩ — أصبح النظام العقاري في تونس مزدوجاً بعد صدور قانون أول يوليه سنة ١٨٨٥ ، المكمل بقانون ١٤ مارس سنة ١٨٩٢ ، وقد أدخل هذان القانونان في تونس نظام السجلات العقارية livres fonciers ، فأجيز للملاك قيد عقاراتهم في سجلات خاصة ، وجعل القيد اختيارياً ، ونشأ عن ذلك وجود نوعين من العقارات : العقارات غير المسجلة immeubles non immatriculés ، والعقارات المسجلة immeubles immatriculés .

أما بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة فتتطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة ، وقد عدلتها بعض التعديل العادات المحلية .

L. 3 De jus. emphyt., IV, 66.

(١) راجع :

Accarias, Précis de droit romain, T. I, p. 728, note I.

(٢) راجع لسان العرب لفظ شفعة ، والمغرب كذلك .

(٣) المادة ١٥٢٣ من القانون المدني الإسباني — وما سيجيء نبذة ٥٢٣ .

(٤) المادة ٥٠٤ وما بعدها ، والمادة ١٠٩٤ وما بعدها من القانون المدني الألماني —

وما سيجيء نبذة ٥٢٤ .

(٥) المادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي .

وأما العقارات المسجلة فتسرى عليها أحكام الشفعة الواردة بالمادة ٧٧ وما بعدها من قانون أول يولييه سنة ١٨٨٥ . وهذه المواد تعطى حق الشفعة الأشخاص الآتين :

- (١) كل مالك على الشيوع في نفس العقار .
 - (٢) كل وارث cohéritier بالنسبة الى عقارات التركة .
 - (٣) كل شريك في الملك المقسوم في منزل للسكنى .
 - (٤) المحتكر superficiare لامتلاك الأرض .
 - (٥) مالك الأرض لامتلاك الحكر superficie .
- وفي حالة التزاحم يرتب الشفعاء كنص المادة ٧٨ كالاتى :

- (١) مالك الأرض ازاء المحتكر ، والعكس .
- (٢) الورثة .
- (٣) الشركاء في الملك المقسوم divis والشائع .

غير أنه بالنسبة الى الأخيرين يقدم من كانت له حصة في العقار أكثر من غيره على صاحب الحصة الأقل . وعند التساوى يعين بالاقتراع من يستفيد من الشفعة . وفي حالة النزاع يعين خبير بناء على أمر رئيس المحكمة . ويكون الاقتراع أمام الكاتب الذى يحضر محضرا .

فيرى مما تقدم أن قانون سنة ١٨٨٥ تختلف أحكامه عن الشريعة الاسلامية .

مراكش

٥٢٠ — يفرق في مراكش بين نوعين من الأراضى : الأراضى المسجلة immeubles immatriculés ، والأراضى غير المسجلة^(١) . وقد صدر في ٢ يونه سنة ١٩١٥ تشريع خاص بالأراضى التى من النوع الأول Dahir du 2 Juin 1915

(١) ينحول التسجيل immatriculation انشاء سند للملكية مقيد فى السجل العقارى . ويرتب عليه تظهير العقار وانغاء كل الحقوق السابقة التى لاتذكر .

وذكرت في المواد ٢٥ — ٣٤ منه الأحكام الخاصة بالشفعة ، وهي كالآتي :

الشفعة هي الحق المقرر لكل شريك على المشاع في ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية للحصول على الحصة المبعة للغير بحلولة محل المشتري مقابل دفع مقدار ثمن المبيع والتحسينات ومصاريف العقد (المادة ٢٥) .

وإذا وقع هذا الحق على عقار واحد فإن كل الشركاء في الملك يستعملونه معا كل بنسبة ما يملكه . وفي حالة تنازل بعضهم يستعمل الباقيون الشفعة بنسبة حصصهم (المادة ٢٦) . وكذلك الحكم بالنسبة الى استعمال الشفعة بين الشركاء في نفس الحق العيني العقاري (المادة ٢٧) .

وإذا كان الشريك في الملك هو المشتري فإنه يشترك في استعمال حق الشفعة بنفس الصفة التي يطالب بها باقي الشركاء في الملك ، ويكون اشتراكه في الشفعة بنسبة حصته قبل الشراء (المادة ٢٩) .

وحقوق الأولوية في استعمال الاسترداد تظل بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية (المادة ٣٠) .

والمشتري بعد قيد شرائه inscription de son acquisition أن يعلنه الى كل من لهم حق في الشفعة ، ويسقط حق هؤلاء إذا لم يستعملوه في خلال ثلاثة أيام من وقت الاعلان ، ويزاد على ذلك مواعيد المسافة (المادة ٣١) .

وفي حالة عدم قيام المشتري بعمل الاعلان المذكور ينقضي حق الشفعة بمرور شهرين من تاريخ العقد اذا حصل بحضور الشركاء في الملك ، وفي كل الأحوال ينقضي بمرور سنة ابتداء من قيد البيع اذا لم يشهر الشركاء في الملك البيع (المادة ٣٢) .

وليس للشركاء في الملك أن يتنازلوا عن استعمال الشفعة قبل قيد الشراء في السجل العقاري والا كان التنازل باطلا (المادة ٣٣) .

ويجب استعمال الشفعة بالنسبة الى كل الحصص الشائعة المبعة ، لا بالنسبة الى جزء منها (المادة ٣٤) .

الجزائر^(١)

٥٢١ — أجاز قانون ١٦ يونه سنة ١٨٥١ للمحاكم أن تأذن ، أو ترفض ، بحسب طبيعة العقار وظروف الأحوال ، استعمال الشفعة قبل الأوروبيين .

وحول قانون ٢٦ يولييه سنة ١٨٧٣ حق الشفعة الى حق استرداد ورأى لا يمكن أن يتمسك به قبل المشتريين الا الأقارب الذين يرثون بمقتضى الشريعة الاسلامية ، وبالشروط التي تقرها المادة ٨٤١ من المجموعة المدنية الفرنسية . وقصر تطبيق هذا القانون على التل Tell وعلى الأراضى المسماة الأراضى المفرنسة terres francisées . أما بالنسبة الى غيرها من الأراضى فبقيت الشريعة الاسلامية مطبقة فى حالة البيع بين المسلمين .

وقد خلق قانون سنة ١٨٧٣ صعوبات جمة ، ولذلك أوجد قانون ١٦ فبراير سنة ١٨٩٧ نوعا جديدا من الشفعة يطبق فى حالات معينة . فالمادة ١٧ تقر أنه اذا طلب شريك فى الملك أو وصى أو قيم أو دائن أحد الشركاء فى الملك قسمة عقار زراعى ، يملك نصفه على الأقل وطبيون مسلمون ، قسمة عينية أو بطريق التصفية ، كان للمحكمة ، اذا أمكن ذلك ، أن تخص المدعى بجزء من العقار يعادل حقوقه ، واذا كان العقار لاتسهل قسمته فلا تطبق المادة ٨٢٧ من القانون المدنى ، وفى هذه الحالة تحصل القسمة بين الأسرات ، ويكون للشريك فى الملك أو للشركاء فى الملك فى الحصة المخصصة للأسرة التى ينتمى اليها المدعى الخيار بين قبول التصفية وبين أن يدفع اليه مبلغ من النقود يعادل قيمة حقوقه فى العقار . وعند عدم الاتفاق الودى بين الشركاء فى الملك فى الحصة التى وقعت فى نصيب الأسرة يحتكم الى المحكمة ، التى تعين مقدار ما يدفع من النقود ، ويصدر حكمها بالزام المدعى عليهم متضامين بدفع المقدار المذكور مع الفوائد والمصروفات .

وتطبق المادة ١٧ على الأراضى المفرنسة ، وكذلك على غيرها من الأراضى ، اذا كانت دعوى القسمة أو التصفية قد رفعها دائن أوروبى أو شريك فى الملك

أوروبي . ولا تنطبق اذا رفع الدعوى مسلم على غيره من المسلمين ^(١) .
ومما تقدم يرى أنه في الجزائر يفرق بين الأراضي المفرنسة وغيرها من
الأراضي . وبالنسبة الى الأراضي الأولى يجوز للأوروبيين ، كما يجوز للوطنيين ،
استعمال حق الاسترداد الوراثي وفقاً لأحكام المادة ٨٤١ من المجموعة المدنية
الفرنسية ، على أن يكون تعيين الورثة بين المسلمين بحسب أحكام الشريعة
الاسلامية .

والوطنيين فقط استعمال نوع الشفعة الجديد الذي نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .
أما بالنسبة الى الأراضي غير المفرنسة فيجوز للوطنيين أن يستعملوا فيما بينهم
حق الشفعة وفقاً للشريعة الاسلامية ، ولا يجوز لهم أن يستعملوا قبل الأوروبيين
الا نوع الشفعة الجديد الذي نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .

الهند الانجليزية ^(٢)

٥٢٢ — يوجد حق الشفعة في الهند الانجليزية بين المسلمين ، وتحكمه
قواعد الشريعة الاسلامية . وفي بعض المقاطعات *présidencies* ، كمدراس ،
لا يعمل بالشفعة ، حتى بين المسلمين ، الا اذا أقرتها العادات المحلية . وفي بعضها ،
كما في بنجاب *Punjab* ، صدر تشريع خاص بالشفعة يسرى على المسلمين وغير
المسلمين ^(٣) .

في البلاد غير الاسلامية اسبانيا

٥٢٣ — ذكر القانون المدني الاسباني ، الصادر في ٢٤ يولييه سنة ١٨٨٩ ،
نوعين من حقوق الاسترداد القانونية ، الأولى لمصلحة الشركاء في الملك (المادة
١٥٢٢) ، والثاني لمصلحة الجيران (المادة ١٥٢٣) ، وهذا النوع الثاني هو

(١) Pouyanne ص ٥٧٦ .

(٢) راجع : Wilson (Sir Roland K.) — Anglo-Mohammadan Law, 6th edition, 1930, Chap. XII. § 350-391 A, p. 387-417.

Punjab Pre-emption Act. (I of 1913)

(٣) راجع :

الذى يقابل حق الشفعة . ويكون لمصلحة ملاك الأراضى المجاورة فى حالة بيع عقار زراعى fonds rural لا تزيد مساحته على هكتار . وفى حالة التزاحم بين عدة جيران يقدم مالك العقار الذى تكون مساحته أقل ، وإذا تساوت مساحة العقارات يقدم من طلب الاسترداد أولا ^(١) . وهاك النصوص الخاصة بذلك :

المادة ١٥٢١ من القانون المدنى :

« حق الاسترداد القانونى هو

« Le retrait légal est le droit de se substituer à celui qui acquiert une chose par achat, ou dation en paiement, en se soumettant à toutes les conditions stipulées dans le contrat ».

الحق فى الحلول محل من انتقل اليه شىء بالشراء ، أو بواسطة الوفاء العينى ، مع خضوعه لكل الشروط الواردة فى العقد » .

المادة ١٥٢٢ :

« Le propriétaire d'une chose commune pourra user du droit de retrait, dans le cas d'aliénation au profit d'un étranger, de la part de tous les autres copropriétaires ou de l'un d'eux.

« يجوز لمالك الشىء المشترك أن

يستعمل حق الاسترداد فى الحالة التى ينقل فيها جميع الشركاء فى الملك أو أحدهم شيئا لمصلحة أجنبى .

Lorsque deux ou plusieurs copropriétaires voudront user du droit de retrait, ils ne pourront le faire qu'au prorata de leur part dans la chose commune ».

فإذا أراد اثنان أو أكثر من الشركاء فى الملك استعمال حق الاسترداد فليس لهم ذلك الا بنسبة حصصهم فى الشىء المشترك » .

المادة ١٥٢٣ :

« De même les propriétaires de fonds imitrophes auront le droit de les retrayer, lorsqu'il s'agira de la vente d'un fonds

» كذلك لمالك العقارات

المتجاورة الحق فى استردادها اذا كان البيع خاصا بعقار زراعى لا تزيد

(١) المواد ١٥٢٤ و ١٥٢٥ و ١٥١١ و ١٥١٨ من القانون الاسبانى المذكورة فيما يلى .

rural dont la contenance n'excède pas un hectare.

Le droit dont parle le paragraphe précédent n'est pas applicable aux terres voisines, mais séparées par des ruisseaux, fossés, fondrières, chemins et autres servitudes apparentes au profit d'autres fonds.

Si deux ou plusieurs voisins usent en même temps du droit de retrait, on préférera celui qui est propriétaire du fonds de moindre contenance, et si les fonds sont égaux, celui qui a le premier demandé le retrait ».

« On ne pourra exercer le droit de retrait que dans les neuf jours à dater de l'inscription sur le registre, et à défaut d'inscription, du moment où le retrayant a eu connaissance de la vente.

Le retrait de communauté exclut le retrait de voisinage ».

« Dans le retrait légal, il y a lieu d'appliquer les dispositions des articles 1511 et 1518 ».

مساحته على هكتار واحد .

ولا ينطبق الحق المذكور في الفقرة السابقة على الأراضي المجاورة التي تفصلها جداول أو خنادق أو مناقع أو طرق أو غيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة لمصلحة عقارات أخرى .

وإذا استعمل حق الاسترداد في نفس الوقت جاران أو أكثر فضل الجار الذي يكون مالكا للعقار الأقل مساحة ، وإذا تساوت العقارات فضل الجار الذي طالب بالاسترداد أولا » .

المادة ١٥٢٤ :

« لا يجوز استعمال حق الاسترداد إلا في خلال تسعة أيام من تاريخ القيد في السجل ، وعند عدم القيد من الوقت الذي علم فيه المسترد بالبيع .

وحق استرداد الأموال المشتركة يمنع من حق استرداد الجوار » .

المادة ١٥٢٥ :

« تطبق في حق الاسترداد القانوني نصوص المادتين ١٥١١ ، ١٥١٨ ^(١) » .

(١) المادتان ١٥١١ و ١٥١٨ وأوردتان في موضوع « حق الاسترداد الاتفاق » =

المانيا

٥٢٤ — جاء القانون الألماني بنصوص خاصة بحق الشفعة ، في المواد ٥٠٤—٥١٤ ، والمواد ١٠٩٤—١١٠٤ من مجموعته المدنية . ولكن حق الشفعة المذكور في هذه المواد ليس حقا قانونيا ، لأن مصدره اما الاتفاق واما التصرف المضاف الى ما بعد الموت disposition de dernière volonté (المادة ١٩٣٩) ، ويكون في الغالب لمصلحة البائع في حالة بيع المشتري ما اشتراه . وعلى ذلك فهو يختلف عن حق الشفعة الوارد في القانون المصري ، والذي ينظمه القانون لمصلحة أشخاص معينين . على أن حق الشفعة في القانون الألماني قد يكون قانونيا أيضا ، كما هو الحال بالنسبة الى حق الاسترداد الوراثي الذي تقرره المواد ٢٠٣٤ — ٢٠٣٦ لمصلحة الورثة ، ولكن هذا الحق يختلف عن حق الشفعة ، وهو خاص بمجموع الحصة الموروثة ، ولا يقرر حقا مباشرا على كل الأشياء التي تكونها . وتوجد حالات عديدة للشفعة القانونية في التشريعات الخاصة بالولايات Etats . مثلا فيما يتعلق بالمناجم mines ، وبنزع الملكية expropriation . ومصدر الشفعة في القانون الألماني القانون اليوناني الروماني والقانون الجرمانى .

= أو بيع الوفاء ، réméré ، ونصهما :

المادة ١٥١١ :

« يحل المشتري في جميع حقوق البائع

ودعاويه » .

المادة ١٥١٨ :

« لا يسوغ للبائع استعمال حق الاسترداد

اذا لم يدفع للمشتري ثمن المبيع ، وعلاوة

على ذلك :

١ — مصروفات العقد وكل مصروف

مشروع آخر ترتب على البيع .

٢ — المصروفات الضرورية والنافعة

التي أنفقت على الشيء المبيع » .

« L'acheteur est substitué à tous les droits et actions du vendeur » .

« Le vendeur ne pourra faire usage de son droit de retrait sans rembourser à l'acheteur le prix de la vente et en outre :

1° Les frais de contrat et toute autre dépense légitime occasionnée par la vente ;

2° Les dépenses nécessaires et utiles faites sur la chose vendue » .

٥٢٥ - نصوص القانون الألماني^(١) - نظم القانون الألماني حق

الشفعة في موضعين مختلفين : في المواد ٥٠٤ - ٥١٤ التي بينت علاقات الالتزام التي قررها بين الشفيع والمالك الحالي ، والمواد ١٠٩٤ - ١١٠٤ التي تعطي حق الشفعة بشروط معينة صفة الحق العيني الذي يحتج به على الغير أيا كان . وتقرير حق الشفعة العيني يكون وفقا لنصوص المواد ٨٧٣ وما بعدها ، ولو كان ناشئا عن وصية .

وهذه هي نصوص المواد المتقدم ذكرها :

المادة ٥٠٤ :

« Quiconque a droit à la préemption relativement à un objet peut exercer le droit de préemption dès que l'obligé a conclu avec un tiers un contrat de vente sur l'objet ».

« لكل من له حق شفعة متعلق بشيء أن يستعمل حق الشفعة متى أبرم المزم بهذا الحق عقد بيع على الشيء » .

ويجب أن يكون العقد الذي أبرم مع الغير عقد بيع . فإذا لم يكن العقد بيعا ، بأن كان عقد مقايضة أو هبة ، فإنه لا يخول استعمال حق الشفعة .

وتجوز الشفعة ولو أن المبيع جزء فقط من الشيء .

المادة ٥٠٥ :

« L'exercice du droit de préemption s'effectue par voie de déclaration à l'obligé. La déclaration n'est pas soumise aux formes établies pour le contrat de vente.

« استعمال حق الشفعة يحصل بإعلان المزم بهذا الحق . ولا يخضع الاعلان للإجراءات المقررة لعقد البيع .

Avec l'exercice du droit de préemption, la vente entre l'ayant droit et l'obligé se trouve

ومتى استعمل حق الشفعة انعقد البيع بين الشفيع والمزم بالشفعة وفقا

(١) راجع : Code Civil Allemand, promulgué le 18 Août 1896. entré en vigueur le 1er Janvier 1900, traduit et annoté par C. Bufnoir et autres, t. II, 1906.

réalisé conformément aux dispositions convenues entre l'obligé et le tiers ».

المشروط المتفق عليها بين المزم بالشفعة والغير .

واعلان الشفيع لا يترتب عليه في القانون الألماني حلول الشفيع محل المشتري في العقد الذي أبرم معه ، وإنما بحصول الاعلان ينقذ عقد بيع جديد مستقل بين الشفيع والمشفوع ضده ، ولكن هذا البيع الجديد ينقذ بالشروط التي أبرم بها البيع الذي كان معقودا مع الغير .

المادة ٥٠٦ :

« La convention passée entre l'obligé et le tiers, aux termes de laquelle la vente serait subordonnée au non-exercice du droit de préemption ou par laquelle le droit de résiliation serait réservé à l'obligé en cas d'exercice du droit de préemption, est inefficace à l'égard de l'ayant droit à la préemption ».

« لا يسرى على الشفيع الاتفاق المبرم بين المزم بحق الشفعة والغير والذي يتضمن تعليق البيع على عدم استعمال حق الشفعة ، أو الذي بمقتضاه يحتفظ بحق الفسخ للمزم بالشفعة فيما اذا استعمل حق الشفعة » .

وقد تضمنت المادة ٥٠٦ استثناء للقاعدة المذكورة في المادة ٥٠٥ التي بمقتضاها ينقذ البيع الجديد بشروط البيع المبرم مع الغير . فاذا كان البيع المعقود مع الغير معلقا على شرط فاسخ ، أو كان البائع قد احتفظ بحق الفسخ ، فإن هذه الشروط كان يجب أن تسرى على البيع الثاني الناتج عن الشفعة ، ولكن المادة ٥٠٦ جاءت باستثناء بالنسبة الى الحالة التي يكون فيها الشرط الفاسخ المتفق عليه مع الغير هو عدم استعمال الشفعة ، أو التي ينص فيها على الاحتفاظ بحق الفسخ بسبب هذا الاحتمال ، فمثل هذه الشروط تعتبر بالنسبة الى الغير ، ولكن لا يحتج بها على المشتري الجديد ، أى الشفيع .

المادة ٥٠٧ :

« Lorsque le tiers dans le contrat s'est obligé à une prestation accessoire que l'ayant droit à la préemption est hors d'état d'effectuer, celui-ci, à la

« اذا التزم الغير في العقد بأداء تعهد تابع لا يستطيع الشفيع القيام به كان على الشفيع أن يؤدي ، بدلا

place de la prestation accessoire, doit en acquitter la valeur. Lorsque la prestation accessoire n'est pas susceptible d'évaluation en argent, l'exercice du droit de préemption est exclu ; toutefois la convention relative à la prestation accessoire n'est pas prise en considération, quand le contrat avec le tiers aurait été conclu même sans elle ».

من التعهد التابع ، قيمته . وإذا لم يكن التعهد التابع قابلا للتقدير نقدا فلا يجوز استعمال حق الشفعة ، ومع ذلك لا يعتد بالتعهد التابع لو أن العقد مع الغير كان ممكنا أبرامه بدون ذلك التعهد .

وقد تضمنت المادة ٥٠٧ استثناء آخر لحكم المادة ٥٠٥ . وكان هناك اقتراح قبل أن تصبح المادة نهائية يقضى بأن الشفع لا يكون له أن يدفع قيمة التعهد التابع نقدا الا اذا ثبت أن المذم بحق الشفعة كان يعقد البيع مع الغير بمثل هذه الشروط ، أى يدفع جميع الثمن نقدا بدلا من جعل بعضه نقدا وبعضه تعهدا تبعا عينيا . ولكن وجد أن مثل هذا الاثبات قد يجر الى صعوبات عملية لا يمكن قبولها ، وأن مثل النص المقترح يؤدي الى ايجاد طريقة سهلة لمنع حق الشفعة ، فم يوافق عليه .

وإذا كان التعهد التابع لا يمكن تقديره نقدا فلا تجوز الشفعة . ولكن خوفا من الاحتيال على منع الشفعة ، بوضع تعهد تابع لا يمكن تقديره بالنقود بقصد منع الشفعة ، أجز لذى الشأن أن يثبت أن العقد مع الغير كان يمكن أن يبرم من غير التعهد التابع ، وروى أنه يمكن القضاة من غير صعوبة تقدير ما اذا كان الشرط التابع ليس له غرض الا عرقلة حق الشفعة . ولكن اذا كان الشرط جديا فلا تجوز الشفعة . وفي الواقع فان البيع المعقود بهذه الصفة يكون عقدا من نوع خاص sui generis ، مختلفا عن البيع العادى ، والشفعة لا تجوز الا فى البيع .

المادة ٥٠٨ :

« Lorsque le tiers a acheté l'objet auquel se réfère le droit de préemption avec d'autres objets moyennant un prix global, l'ayant droit à la préemption doit acquitter une fraction proportionnelle du prix global.

« اذا اشترى الغير الشئ الذى تعلق به حق الشفعة مع أشياء أخرى مقابل ثمن اجمالى وجب على الشفع أن يدفع جزءا نسبيا من الثمن الاجمالى . والمذم

L'obligé peut exiger que la préemption s'étende à toutes les choses qui ne pourraient être séparées sans préjudice pour lui ».

« Lorsque, pour le paiement du prix, un délai d'exécution a été accordé au tiers dans le contrat, l'ayant droit à la préemption ne peut se prévaloir de ce délai qu'en effectuant prestation de sûreté pour la somme ainsi soumise à ce délai d'exécution.

Lorsque l'objet de la préemption est un fonds, la prestation de sûreté n'est pas exigible dans la mesure où, pour le prix soumis à un délai d'exécution, il a été consenti à la constitution d'une hypothèque sur le fonds ou lorsque, en acompte sur le prix de vente, il y a eu reprise d'une dette pour laquelle hypothèque existe sur l'immeuble ».

« L'obligé doit communiquer sans retard à l'ayant droit à la préemption le contenu du contrat passé avec le tiers. A la communication de l'obligé est assimilée la communication du tiers.

Le droit de préemption relativement à un fonds ne peut être exercé que jusqu'à l'expiration de deux mois et, pour tout autre objet, que jusqu'à l'expiration d'une semaine à partir de la réception de la communication. Lorsqu'un délai a été fixé pour l'exercice du droit, celui-ci court à la place du délai légal ».

بالشفعة أن يشترط أن تتناول الشفعة كل الأشياء التي لا يمكن فصلها دون الاضرار به .

المادة ٥٠٩ :

« اذا منح الغير ، في العقد ، أجلا للقيام بدفع الثمن ، فليس للشفيع أن يستفيد من هذا الأجل الا اذا قدم كفالة بالنسبة الى المقدار الذي أجل الوفاء به .

واذا كان محل الشفعة عقارا فتقديم الكفالة لا يكون لازما في الحالة التي يتفق فيها على ترتيب رهن تأميني على العقار لضمان الثمن الذي أجل الوفاء به ، أو اذا اتفق على أن يخصم من ثمن المبيع دين مضمون برهن تأميني على العقار » .

المادة ٥١٠ :

« يجب على المزم بحق الشفعة أن يعلم الشفيع من غير تأخير بفحوى العقد المبرم مع الغير . ويكون اعلام الغير مماثلا لاعلام المزم بالشفعة .

ولا يجوز استعمال حق الشفعة في العقار الا في ميعاد شهرين ، وفي غير العقار في ميعاد أسبوع من وقت تسليم الاعلام . واذا عين ميعاد لاستعمال الحق فانه يسرى بدل الميعاد القانوني » .

ولا يشترط اعلان الشفيع بالنصوص الحرفية للعقد . ولكن يجب أن يكون الاعلام كاملا من حيث محتويات العقد واسم الغير . واذا لم يعلن الشفيع من غير تأخير وجب تعويضه عن الضرر الذى يلحقه .

ويبدأ الميعاد من الوقت الذى يتسلم فيه الشفيع اعلان المزمع بحق الشفعة أو اعلان الغير . واذا لم يحصل الاعلان فلا يسقط حق الشفعة بمضى زمن معين . فحق الشفعة لا يسقط بمضى المدة ، بل يبقى حتى يسقط بسبب آخر ، كموت الشفيع (المادة ٥١٤) ، أو انقضاء الميعاد المتفق عليه لاستعماله .

المادة ٥١١ :

« Le droit de préemption, dans le doute, ne s'étend pas à la vente consentie à un héritier légal en considération d'un droit d'hérédité futur ».

« عند الشك لا يسرى حق الشفعة على البيع الحاصل لوارث شرعى باعتبار ما سيؤول اليه فى تركة مستقبلة » .

المادة ٥١٢ :

« Le droit de préemption est exclu lorsque la vente s'effectue par voie d'exécution forcée ou par le syndic de faillite ».

« لا يستعمل حق الشفعة اذا وقع البيع بطريق التنفيذ الجبرى أو بمعرفة « سنديك » ^(١) التفليسة .

المادة ٥١٣ :

« Lorsque le droit de préemption appartient à plusieurs en commun, il ne peut être exercé que pour le tout. Lorsqu'il est perdu pour l'un des ayants droit ou que l'un d'eux n'exerce pas son droit, les autres sont fondés à exercer le droit de préemption pour le tout ».

« اذا كانت الشفعة من حق متعددين معا لا يسوغ استعمالها الا بالنسبة الى كل المال المشفوع فيه . فاذا سقط حق أحد الشفعاء أو اذا لم يستعمل أحدهم حقه كان للباقي استعمال حق الشفعة بالنسبة الى كل المال المشفوع فيه » .

(١) وكيل الدائنين .

المادة ٥١٤ :

« Le droit de préemption n'est pas cessible et n'est pas transmissible aux héritiers de l'ayant droit, à moins qu'il n'en ait été disposé autrement. Lorsque le droit a été restreint dans les limites d'un délai déterminé, dans le doute, il est transmissible par succession ».

« لا يجوز التنازل للغير عن حق الشفعة . ولا انتقاله الى ورثة الشفع ، الا اذا نص على خلاف ذلك . واذا قيد استعمال الحق بميعاد معين فانه عند الشك ينتقل بالميراث » .

ومبنى هذا النص قصد المتعاقدين ، فانه وان كان حق الشفعة معتبرا بحسب القانون العام مرتبطا بالشخص ، فانه لا يكون كذلك اذا كان يجب استعماله في ميعاد معين ، فقصد المتعاقدين يكون جواز استعماله مهما حدث .

المادة ١٠٩٤ :

« Un immeuble peut être grevé, au profit d'un tiers, du droit de préemption à l'encontre du propriétaire.

« يجوز أن يحمل العقار لمصلحة الغير بحق الشفعة ضد المالك . ويجوز كذلك أن يرتب حق الشفعة لمصلحة مالك عقار آخر أيا كان هذا المالك » .

Le droit de préemption peut aussi être établi au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un autre immeuble ».

المادة ١٠٩٥ :

« Une fraction indivise d'un fonds ne peut être grevée du droit de préemption que lorsqu'elle constitue la part d'un propriétaire ».

« الجزء الشائع من العقار لا يجوز تحميله بحق الشفعة الا اذا كون حصة أحد الملاك » .

وذلك لأن الشيوع في ذاته مكروه ، وحق الشفعة استثنائي ، فلا يجوز ترتيب حق الشفعة بمعرفة المالك المستقل بالعقار على حصة شائعة من عقاره . وليس المشتاع أن يرتب حق الشفعة على جزء من حصته الشائعة ، ولكن للمالك أن يرتب حق الشفعة على جزء مفرز من العقار .

المادة ١٠٩٦ :

« Le droit de préemption peut s'étendre aux accessoires ven-

« يجوز أن يتناول حق الشفعة

« dus avec le fonds. S'il y a doute, on doit présumer qu'il s'entend à ces accessoires ».

« Le droit de préemption n'existe que pour le cas de vente par celui, qui, lors de la constitution de ce droit, était propriétaire de l'immeuble, ou par ses héritiers ; néanmoins il peut aussi être établi pour plusieurs cas, ou pour tous les cas de vente ».

فيمكن انيجاد حق شفعة مستمر جائز استعماله في أى وقت ، خصوصا في الحالة التي تكون فيها الشفعة لمصلحة مالك أيا كان لعقار مجاور أو لعقار له بعض الروابط الاقتصادية مع العقار المحمل . وهذا يختلف عن حق الشفعة الإلزامي الذي لا يوجد إلا في حالة بيع معينة .

المادة ١٠٩٨ :

« Les rapports juridiques de l'ayant droit et de l'obligé se règlent d'après les articles 504 à 514. Le droit de préemption peut s'exercer, même lorsque l'immeuble est vendu à l'amiable par le syndic de la faillite.

A l'égard des tiers, le droit de préemption a l'effet d'une prénotation garantissant le droit au transfert de propriété qui résulte de l'exercice de la préemption ».

والملزومون الذين تتكلم فيهم الفقرة الأولى يجب أن يشملوا من رتب حق الشفعة وورثته ، وكذلك في الحالة التي يرتب فيها الحق اعدة حالات من البيوع الخلفاء

التوابع المبيعة مع العقار . وعند الشك يجب افتراض تناوله هذه التوابع » .

المادة ١٠٩٧ :

« لا يوجد حق الشفعة إلا في حالة البيع من يكون وقت ترتيب هذا الحق مالكا للعقار أو من ورثته . ومع ذلك يجوز ترتيبه بالنسبة الى عدة حالات بيع أو لىكل حالات البيع » .

« تنظم العلاقات القانونية بين الشفيع والملمزم بحق الشفعة على حسب المواد ٥٠٤ — ٥١٤ . ويجوز استعمال حق الشفعة حتى لو بيع العقار وديا بمعرفة « سنديك »^(١) التفليسة .

وبالنسبة الى الغير يكون لحق الشفعة من الأثر ما للتأشير الذي يكفل الحق عند نقل الملكية الناتج من استعمال الشفعة » .

(١) وكيل الدائنين .

الخاصين لمقرر حق الشفعة الذى ينتج حق الشفعة أثره ضده .

وانه وان كانت تمكن مخالفة هذه الأحكام بالنسبة الى حق الشفعة الالزامى فان هذا غير ممكن فيما يتعلق بحق الشفعة العينية . فالاتفاق على ما يخالف هذه النصوص لا يكون صحيحا . وينبنى على ذلك أنه لا يجوز ترتيب حق شفعة عينية بضمن معين .

وبناء على المادة ٥١٢ حق الشفعة الالزامى يسقط اذا وقع البيع بالتنفيذ الجبرى أو بمعرفة « سنديك » التفليسة (وكيل الدائنين) . وبالنسبة الى حق الشفعة العينية بمقتضى المادة ١٠٩٨ يجب التفريق بين حالتين :

(١) ان كان العقار المحمل بالشفعة قد بيع وديا بواسطة السنديك (وكيل الدائنين) جاز استعمال الحق .

(٢) ان كان قد بيع بالمزاد لا يجوز استعمال حق الشفعة ، فما على الشفيع الا أن يزايد .

وبناء على الفقرة الأخيرة ليس لحق الشفعة أثر لغاية استعمال هذا الحق . فلا يمنع الملمزم بالشفعة من ترتيب حقوق عينية أو من البيع . ولكن اذا استعمل حق الشفعة وجب التفريق بين حالتين : بالنسبة الى مشتري العقار ، وبالنسبة الى الغير . فالملمزم بالشفعة الذى باع عقاره اذا سلمه الى الشفيع فلا يوجد ارتباط بين المشتري والشفيع . واذا سلمه الى المشتري فلا يزول حق هذا الأخير حتما ipso facto باستعمال الشفعة . فعلى الشفيع أن يقاضى الملمزم بالشفعة الذى يجب عليه أن يسلم العقار . أما المشتري وخلفاؤه العامون والخاصون فلزمون بالمادة ٨٨٨ بالرضاء بقيد الشفيع كمالك وتسليم العقار ، ولكنهم يستطيعون الدفع بنفس الدفع التى للملمزم بالشفعة .

وبالنسبة الى الغير الذين اكتسبوا حقا على العقار قبل وقوع حالة البيع المعينة لا يكون لاستعمال الشفعة أثر ضدهم . وعلى عكس ذلك تكون الحقوق اللاحقة باطلة .

ويسرى من يوم الاعلام ميعاد الشهرين القانونى أو الميعاد الاتفاقى .

المادة ١٠٩٩ :

« Lorsque l'immeuble est acquis par un tiers, celui-ci peut, de la même façon que l'obligé, communiquer à l'ayant droit la teneur du contrat de vente, avec les effets spécifiés à l'art. 51, alinéa 2.

L'obligé doit aviser le nouveau propriétaire, sitôt que le droit de préemption est exercé ou devient caduc ».

« Le nouveau propriétaire, s'il est l'acheteur ou le successeur de l'acheteur, peut refuser son consentement à l'inscription de l'ayant droit comme propriétaire et la délivrance de l'immeuble, jusqu'à ce que le prix de vente convenu entre lui et l'obligé, s'il a été payé, lui ait été remboursé. Lorsque l'ayant droit obtient son inscription comme propriétaire, le propriétaire antérieur peut exiger de lui, contre délivrance de l'immeuble, le remboursement du prix payé ».

« اذا اشترى العقار غير فله أن يعلم الشفيع بفحوى عقد البيع بنفس الطريقة التي للملزم بالشفعة ، ويكون لذلك الآثار المبينة في الفقرة الثانية من المادة ٥١٠ .

ويجب على الملزم بحق الشفعة أن يعلن المالك الجديد بمجرد استعمال حق الشفعة أو سقوطه .

المادة ١١٠٠ :

« يجوز للمالك الجديد اذا كان هو المشتري أو وارث المشتري أن يرفض رضائه بقيد الشفيع كمالك وتسليم العقار حتى يدفع اليه ثمن المبيع المتفق عليه بينه وبين الملزم بحق الشفعة ان كان قد دفع واذا حصل الشفيع على قيده كمالك فللمالك السابق أن يطلب منه مقابل تسليم العقار أداء الثمن المدفوع .

وهذه المادة هي تطبيق لحق الحبس .

المادة ١١٠١ :

« Lorsque l'ayant droit est tenu, conformément à l'article précédent, de rembourser à l'acheteur ou à son successeur juridique le prix de la vente, il est

« عند ما يكون الشفيع ملزما وفقا للمادة السابقة بدفع ثمن البيع الى المشتري أو الى وارثه القانوني فانه

libéré de l'obligation de payer le prix dû pour la préemption ».

يبرأ من الالتزام بدفع الثمن المستحق من أجل الشفعة .

فيوجد نوع من الحلول ويترتب عليه أن الشفيع الذي يبرأ نحو الملزم بالشفعة يكون ملزماً نحو المشتري .

المادة ١١٠٢ :

« Lorsque l'acheteur, ou son successeur juridique, perd la propriété de l'immeuble, par suite de l'exercice du droit de préemption, il demeure libéré, s'il n'a pas encore payé son prix, de l'obligation de le payer ; s'il a payé son prix, il ne peut le répéter ».

« اذا فقد المشتري أو وارثه القانوني ملكية العقار بسبب استعمال حق الشفعة فإنه يظل بريئاً من الالتزام بدفع الثمن ، وإن كان قد دفعه فليس له أن يسترده » .

وهذه المادة هي أيضاً نتيجة للحلول ، اذ يحل الشفيع هنا محل الملزم بالشفعة . فالمشتري الذي نزع ملكه يبرأ من واجباته ، ويبرأ الملزم بالشفعة نحوه مما يدفعه الشفيع اليه . ولا يبقى للمالك الذي نزع ملكه الا دين قبل الشفيع . وهذا الدين يكون مضموناً بحق الحبس .

ولا ينطبق هذا النص الا اذا صار المشتري مالكا . فاذا لم يحصل على الملكية فإن العلاقات القانونية تبقى من جهة بين الملزم بالشفعة والمشتري منه ، وكذا بين المشتري والمشتري منه ان وجد ، وتنظمها القواعد العامة .

المادة ١١٠٣ :

« Le droit de préemption qui appartient au propriétaire, quel qu'il soit, d'un immeuble, ne peut pas être séparé de la propriété du dit immeuble.

« حق الشفعة الذي للمالك العقار أيا كان هذا المالك لا يجوز فصله عن ملكية العقار المذكور .

Le droit de préemption qui appartient à une personne déterminée ne peut être lié à la propriété d'un immeuble ».

وحق الشفعة الذي يكون لشخص معين لا يجوز ارتباطه بملكية عقار » .

ففي الحالة المذكورة في المادة يصبح حق الشفعة من لوازم ملكية العقار الذي رتب لمصلحته الحق . واذا أراد العاقدون فصله عن ملكية هذا العقار وجب عليهم

فك حق الشفعة وترتيب حق جديد . ولكن حق الشفعة الجديد لا تكون له مرتبة القديم ، بل مرتبة خاصة به تعيينها نصوص المادتين ٨٧٩ و ٨٨٠ .

المادة ١١٠٤ :

« Si l'ayant droit est inconnu, il peut être déclaré forclus de son droit de préemption, au moyen de la procédure provocatoire, lorsqu'on se trouve dans les conditions prévues à l'article 1170 pour la forclusion des créanciers hypothécaires. Le prononcé du jugement de forclusion entraîne l'extinction du droit de préemption.

« اذا كان الشفع مجبولا جاز اسقاط حقه في الشفعة بواسطة الاجراءات التحريضية اذا توافرت شروط المادة ١١٧٠ الخاصة باسقاط حقوق الدائنين المرتبئين . وحكم الاسقاط المذكور يترتب عليه انقضاء حق الشفعة .

La présente disposition n'est pas applicable au droit de préemption qui appartient au propriétaire, quel qu'il soit, d'un immeuble ».

وهذا النص لا ينطبق على حق الشفعة الذي لمالك العقار أيا كان هذا المالك .

٥٢٦ - حق الاسترداد الوراثي :

المادة ٢٠٣٤ :

« Lorsqu'un des héritiers vend sa part à un tiers, ses cohéritiers ont sur ce dernier un droit de préemption.

« اذا باع أحد الورثة حصته الى آخر كان لباقي الورثة حق شفعة عليه . وميعاد استعمال هذا الحق شهران . وحق الشفعة تجوز وراثته .

Le délai pour exercer ce droit est de deux mois. Le droit de préemption est héréditaire ».

ولا يجوز استعمال حق الشفعة بمعرفة الورثة منفردين ، بل يجب استعماله منهم جميعا في نفس الوقت . وقد قرر هذا الحق لمنع العقود الربوية على الخصوص .

المادة ٢٠٣٥ :

« Si la part vendue est livrée à l'acheteur, les cohéritiers peuvent exercer contre celui-ci le droit de préemption que l'article

« اذا سلمت الحصة المبيعة الى المشتري جاز للورثة أن يستعملوا ضده

2034 leur donne contre le vendeur. Le droit contre le vendeur s'éteint par la remise qu'il a faite de sa part héréditaire.

حق الشفعة الذي تخولهم اياه المادة ٢٠٣٤ ضد البائع . وينقضى حق الشفعة تجاه البائع بتسليم حصته في التركة .

Le vendeur est tenu de faire connaître sans retard cette remise à ses cohéritiers ».

وينجب على البائع أن يعلم بهذا التسليم باقى الورثة من غير تأخير .

والتزام البائع باعلام باقى الورثة لا يمنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٥١٠ . وتقع الشفعة من غير اجراء خاص . ويصير المال للورثة كما لو كانت الحصة الموروثة قد بيعت لهم .
المادة ٢٠٣٦ :

« تسليم الحصة الموروثة الى الورثة يخلى المشتري من مسئوليته فى التزامات التركة .

« La remise de la part héréditaire aux cohéritiers libère l'acheteur de sa responsabilité dans les obligations de la succession. Toutefois sa responsabilité subsiste en tant qu'il est responsable envers les créanciers de ladite succession, aux termes des articles 1978 à 1980; on applique les dispositions des articles 1990 et 1991 ».

ومع ذلك فتبقى مسئوليته ما دام مسئولاً نحو دائنى التركة بحسب نصوص المواد ١٩٧٨ — ١٩٨٠ . وتطبق نصوص المادتين ١٩٩٠ و ١٩٩١ .

خاتمة

هل يجب الاحتفاظ بنظام الشفعة في التشريع المصري ؟

٥٢٧ — **نصوص الشفعة** — استمد القانون المصري أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية ، وقد نص عليها أولا في المجموعة المختلطة في المواد ٩٣ — ١٠١ ، والمادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ من المجموعة المدنية ، والمادة ٧١٩ من مجموعة المرافعات ، ولما صدرت المجموعات الأهلية نقل الشارع أحكام القانون المختلط الخاصة بالشفعة في المواد ٦٨ — ٧٥ من المجموعة المدنية ، غير أن العمل أظهر أن نصوص الشفعة الواردة في المجموعات المختلطة والأهلية ليست وافية لقض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة ، صدر به الأمر العالي في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة الى القضاء المختلط ^(١) ، وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة الى القضاء الأهلي .

وقد نقل الشارع المصري عن القانون الفرنسي أحكام حق استرداد الحصة للبيعة قبل القسمة ، ونص عليها في المادة ٥٦١ من المجموعة المدنية المختلطة ، ثم في المادة ٤٦٢ من المجموعة المدنية الأهلية .

(١) وقد جاء في تقرير المستشار القضائي سنة ١٨٩٩ ، بخصوص مشروع الأمر العالي المذكور ، ما يأتي : « ان قانون الشفعة الحالي طالما نشأ عنه ضرر دائم لكثير من الناس ، وتسببت عنه شكاوى ، خصوصا من مصلحة الدومين ، ومشروع الأمر العالي المقترح في هذا الشأن ، ولو لم يعرض على لجنة دولية ، فقد صادقت على أحكامه محكمة الاستئناف المختلطة ، وأيدتها في جلسيتها في ١٨ يناير و ١٢ يونيه سنة ١٨٩٧ . الشفعة هي نظام خاص بالشريعة الإسلامية الفراء ، يغول بعض الأشخاص ، شركاء ومتقنين أو ملاك مجاورين ، الحق في أن يحلوا بأنفسهم محل مشتر معين بواسطة دفع الثمن المعروض والمصاريف التي صرفت ، الا أن قواعد الشفعة لم توضع كما ينبغي في القانون المختلط ، اذ أن واضعي هذه القوانين ربما لم يكونوا على علم تام بحقائق تفاصيلها ، على أن أهمية هذا الموضوع ظاهرة جلية ، لأن حق الشفعة يعتبر عائقا عظيما لحرية المعاملات في العقار الذي هو أهم منبع للثروة في البلاد الزراعية ، فكان من الضروري تفسير الأحوال التي تجوز فيها الشفعة بكيفية أوضح ، بل من الضروري وضع اجراءات تكون مرضية أكثر في استعمال هذا الحق ، وخصوصا تعيين الزمن الذي في خلاله يسوغ قبول الشفعة لأجل منع تعليقها لأجل غير مسمى ، حتى لا يبقى المشترون مهددين على الدوام بالأخذ بها ... » .

٥٢٨ — الشفعة في الشريعة — رأينا فيما سبق أن فقهاء الشريعة

الإسلامية لم يتفقوا على ثبوت الشفعة إلا للشريك في الملك . وذهب الشافعي وأحمد ومالك وأهل المدينة إلى أنه لا شفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع^(١) . وقد أوردنا حجج القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار^(٢) ، وحجج المبطلين لشفعة الجوار^(٣) . بل لقد اختلف الفقهاء أيضا بالنسبة إلى الشركة ، فرأى مالك في إحدى روايته والشافعي أن كل ما لا ينقسم لا شفعة فيه ، ورأى أبو حنيفة ومالك في روايته الأخرى أن في ذلك الشفعة^(٤) ، وقد ذكرنا حجج الرأيين^(٥) .

٥٢٩ — الشفعة في المجموعة المربنية — رأينا كذلك أن نصوص المجموعة

المدينة الخاصة بالشفعة (المواد ٦٨ — ٧٥/٩٣ — ١٠١) — قبل الغائها — أعطت حق الشفعة : (١) معير الأرض الذي يأذن المستعير في البناء ، (٢) الشريك في العقار غير المنقسم ، (٣) الجار . ولاحظنا أن علماء الحنفية لم يخولوا معير الأرض حق الشفعة ، والذين خولوا هذا الحق هم علماء المالكية ، ولذلك تساءلنا عن سبب النص على منح معير الأرض حق الشفعة مع أن المذهب الحنفي هو المعمول به في مصر ، والظاهر أن الشارع استمد حكمها من المؤلفات الفرنسية التي تتكلم في المذهب المالكي المعمول به في الجزائر^(٦) .

٥٣٠ — الشفعة في قانون الشفعة — رأينا أيضا أن قانون الشفعة أعطى

حق الشفعة : (١) مالك الرقبة ، (٢) الشريك الذي له حصة مشاعة ، (٣) صاحب حق الانتفاع ، (٤) الجار المالك^(٧) .

(١) نبذة ١٦ .

(٢) نبذة ١٧ .

(٣) نبذة ١٨ .

(٤) نبذة ٢٠ .

(٥) نبذة ٢١ ونبذة ٢٢ .

(٦) نبذة ٥٣ .

(٧) نبذة ٥٧ وما بعدها .

ولم يأت قانون الشفعة بحكم الشريعة الخاص بالشركة في حقوق المبيع ، وهي عبارة عن الاشتراك في حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب ^(١) ، كما لم يأت بما قرره المجموعة المدنية من اعطاء معير الأرض حق الشفعة .

٥٣١ — مالك الرقبة — لاحظنا بالنسبة الى مالك الرقبة أن قانون الشفعة

أعطاه حق الشفعة ، مع أن الشفعة بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية لا توجد الا في حالة بيع عقار ، كما أنه لم يكن له هذا الحق بمقتضى أحكام المجموعة المدنية ^(٢) .

٥٣٢ — صاحب حق الانتفاع — ونحن بالنسبة الى صاحب حق الانتفاع

أن القانون أعطاه حق الشفعة بمقتضى المادة الثانية ، مع أنه ليس لصاحب حق الانتفاع الحق في طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم تعطه هذا الحق المجموعة المدنية ، ولذلك لم نفهم سبب النص عليه في قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصي للمنتفع لا ينتقل الى الورثة ، فهو أساس واه للشفعة لا يبرر تضحية حق المشتري الذي انتقل اليه حق دائم هو حق الملكية . فضلا عن أن نص المادة الثانية الخاص بصاحب حق الانتفاع محل للنقد الشديد . يضاف الى ذلك أن حق الانتفاع قليل الاستعمال في مصر ^(٣) .

٥٣٣ — الشريك — أعطى القانون المصرى الشريك طريقين للحصول

على الحصة المبيعة : طريق الشفعة في حالة بيع حصة شائعة في عقار معين ، سواء أكان البيع لأجنبي أم لشريك آخر ^(٤) ، وطريق استرداد الحصة المبيعة في حالة بيع حصة شائعة في مجموع شركة أو شركة (أو في عقار معين) ، اذا كان البيع لأجنبي (المادة ٤٦٢/٥٦١) . وقد استعرضنا الآراء الكثيرة المختلفة التي انقسمت .

(١) نبذة ٢٦ .

(٢) نبذة ٥٢ وما بعدها .

(٣) نبذة ٧٤ .

(٤) راجع نبذة ٦١ وما بعدها .

اليها المحاكم بسبب وجود هذين الطريقتين ، ورأينا أن بعض هذه الآراء ينكر حق الاسترداد مع وجود حق الشفعة ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد في بعض الأحوال دون البعض الآخر ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد مستقلا عن حق الشفعة في جميع الأحوال ^(١) .

٥٣٤ — الجار — قلنا بالنسبة الى الجار انه بمقتضى نصوص المجموعة المدنية كان مجرد المجاورة يكفي للشفعة من غير شرط آخر ، وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه في معظم الأحوال حق الشفعة للجار ، مما أدى المتعاقدين الى ابتداء طرق مختلفة لمنع الشفعة ، كاستثناء الجزء الفاصل بين العقار المبيع وعقار الجار من البيع . لهذا قرر قانون الشفعة شروطا أخرى ، فمنح الجار الشفعة في ثلاث أحوال ، اذ فرق بين الأحوال الآتية :

- (١) أن يكون العقار المشفوع من المباني أو الأراضي المعدة للبناء . وفي هذه الحالة يكفي التلاصق من جهة .
- (٢) أن يكون العقار المشفوع من الأراضي غير المبنية أو غير المعدة للبناء . وفي هذه الحالة يشترط التلاصق من جهتين ، وأن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة .

- (٣) أن يوجد حق ارتفاق للعقار المشفوع به على العقار المبيع ، أو العكس ، وفي هذه الحالة يكفي التلاصق من جهة مع وجود حق الارتفاق ^(٢) .

وقد قلنا ان علة منح حق الشفعة في الحالة التي يكون فيها حق الارتفاق

(١) راجع نبذة ٤٩٦ وما بعدها .

(٢) نبذة ٧٧ .

وقد رأينا أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصري ، لم يمنح الشفعة ، بسبب الجوار ، الا (١) المالك المجاور لأرض مقرر لها حق ارتفاق على الأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق للأرض المبيعة عند بيع أرض عليها مبان أو أرض يراد البناء عليها ، (٢) المالك المجاور عند بيع أرض مروية متى كانت الأرض المبيعة وأرض المالك المجاور كلتاها داخلة في نفس الساقية أو في وحدة أخرى من وحدات الري غير الساقية (نبذة ٥١٠) .

قارن القانون الاسباني ، المادة ١٥٢٣ (ما تقدم نبذة ٥٢٣) .

مقررًا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار غير ظاهرة ، لأن حق الارتفاق حق عيني ، ويبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هذا الحق مهما انتقل العقار المذكور من يد إلى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار في وجوده ^(١) .

٥٣٥ — مزايا الشفعة ومضارها —

مزايا ، فإن لها مضار جسيمة ^(٢) . منها أن في استعمالها تقييدا لحرية المالك وحرية التعاقد ، إذ بمقتضاها يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذي اشتراه رغم إرادته . ولذلك تشير المحاكم الأهلية والمختلطة بوجوب عدم التوسع فيها وحصرها في أضيق حدودها . وقد انتقد علماء الشريعة أنفسهم حق الشفعة ، حتى ذهب بعضهم إلى القول بأن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ، لأنه ينتزع من المشتري ما ملكه ملكا صحيحا بغير رضاه ، وذلك لا يجوز ، لأنه من نوع الأكل بالباطل ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق فيه الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ^(٣) .

٥٣٦ — ما نراه بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع —

قلنا في الطبعة السابقة من هذا الكتاب أنه لما تقدم نقترح ، إذا ما عدل قانون الشفعة ، إلغاء شفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، فإن فائدة هذين النوعين من الشفعة تكاد لا تكون عمليا ، إذ من النادر في مصر ترتيب حقوق انتفاع ، وأنه وإن كان الاستحقاق في الوقف ، وهو كثير الانتشار يشبه حق الانتفاع ، فإنه لا يصلح أساسا للشفعة ^(٤) .

ولكن مشروع القانون المدني الجديد ، وقد أدمج فيه قانون الشفعة ، أجاز

(١) نبذة ٩٣ .

(٢) راجع نبذة ٧ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٥ .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ١٢٤ — وقد أحسن قانون السودان ، المستمدة أحكامه من قانون الشفعة المصري ، في عدم منح حق الشفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع (ما تقدم نبذة ٥١٠) .

الشفعة لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ، ولصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها ، كما أجازها مالك الرقبة في الحكر اذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر اذا بيعت الرقبة . وقد أتى المشروع الشفعة لمالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لجمع ما تفرق من حق الملكية . وزاد على الشفعة المستحكر ومالك الرقبة في الحكر لنفس الغرض ، أى لجمع ما تفرق من حق الملكية ، وبقاء وسيلة جديدة ينتهى لها حق الحكر ، وهو حق غير مرغوب فى بقاءه .

٥٣٧ — ما نراه بالنسبة الى شفعة الجار — قد اختلف الكتاب فى شفعة الجوار ، فرأى بعضهم الغاءها من التشريع المصرى ^(١) ، ورأى بعض آخر الاحتفاظ بها ^(٢) . ونحن من رأى القائل بالغاء شفعة الجوار .

٥٣٨ — وتتلخص حجج القائلين ببقاء شفعة الجار فيما يأتى :

(١) التقاليد التاريخية : الأصل فى حق الشفعة أنه وجد لتقوية الروابط الاجتماعية ولتقوية وحدة الأسرة ، ففرض الشارع أن الجيران أعضاء أسرة واحدة ، وأوجد الشفعة لعدم تمكين الأجانب من التدخل بينهم ومضايقتهم أو خلق المتاعب والمنازعات لهم . فهل تغيرت الحال الآن ، وأصبحت هذه الفكرة عتيقة وبعيدة عن الحقيقة ؟ اذا جاز القول بهذا فى البلاد الأوروبية فالحال فى مصر غير ذلك ، اذ لا يزال التضايف بين أعضاء الأسرة موجودا ، وخصوصا بين الفلاحين . والفلاح شديد التعلق بأرض آبائه ، وليس شئ أشق على نفسه من خروجها من أسرته ، ولا أحب اليه من الاضافة اليها . فلا غرابة اذا تعلق بالأنظمة التى تساعده على تحقيق ذلك ، وأخصها الشفعة .

التقاليد الدينية : ان الشفعة ، وان لم يرد عنها نص فى القرآن الكريم ،

(١) راجع فورجيير ص ٣٦١ وما بعدها — نصر الله ص ١٧٩ وما بعدها .

فارن ذهني بك « فى الأموال » نبذة ٤٤٩ وما بعدها .

(٢) محمود فهمى ص ٣١٩ وما بعدها .

تستند على السنة التي يقدسها المسلمون ، ويعتبرونها المصدر الثاني لشرعهم بعد كتاب الله . ولا شك في أن المصريين ، وما هم عليه من شدة التعلق بدينهم ، لن يقبلوا عن طيب خاطر إلغاء نظام أساسه الدين .

الفائدة العملية : مما لا نزاع فيه أن حياة المسلم المنزلية يجب أن تكون بعيدة عن تكشف غيره لها ، ومهما اتخذ الانسان من الوسائل لحمايتها من الأعين ، فخير ضمان لحرمة منزله هو امتلاك ما جاوره من ملك . وإذا كانت هذه الفائدة تعنى سكان الحضر ، فإن للفلاح في الشفعة من الفوائد ما يدعو للإبقاء عليها ، فبها يستطيع أن يزيد ملكه ، ويحقق بذلك سهولة استغلاله . وشفعة الجار ترفع الكثير من ضرر الانحصار الذي يشكو منه الملاك في فرنسا وغيرها من الممالك .

موافقتها للعدالة : شفعة الجار لا يترتب عليها أى ضرر ، ولا توقع غنبا بأحد ، فالمشفوع منه يعاد الى المركز الذي كان فيه قبل الشراء ، فيرد اليه ما دفعه من ثمن ومصروفات ، وأما البائع فلا ضرر يحيق به ، اذ يدفع اليه الثمن الذي أراده من الصفقة ، بل قد ينتفع من الشفعة اذا كان الثمن مؤجلا للمشفوع منه ، اذ ليس للشفيع الاستفادة من ذلك . فالشفعة اذن مفيدة للشفيع ، ولا ضرر منها على البائع ، ولا على المشفوع منه .

وفي النهاية يستدلون على وجوب الاحتفاظ بشفعة الجار بأن القانون الأسباني نص عليها في مجموعته المدنية الصادرة في ٢٤ من يولييه سنة ١٨٨٩ ، فلا محل للقول بأنها فقدت قيمتها في العصر الحديث .

٥٣٩ — ومن السهل الدفاع عن الرأي القائل بإلغاء شفعة الجوار ، وهو رأى الكثرة من المؤلفين الذين تعرضوا لهذا الموضوع^(١) .

وقد وصف دى هلتس حق الشفعة بأنه اعتداء صارخ على حرية التعاقد . وقال انه من جراء الشفعة يجد البائع الذي كان يعتزم البيع الى شخص معين أنه قد باع الى شخص آخر . وإذا كان بدافع خاص من المصلحة أو العاطفة قد أعطى من تعاقد معه مزايا تجعل صفقته رابحة فانه يجد أن مزايا هذه الصفقة الراجعة قد تحولت الى

(١) راجع فورجير س ٣٦١ وما بعدها .

ثالث لم تكن له أية مصلحة في محاباته ، بل انه ربما لم يكن ليقبل البيع له . نعم ان القانون الجديد حاول ازالة هذا الضرر بتحريمه الشفعة عند ما يكون البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوج والزوجة أو بين الأقارب الى الدرجة الثالثة ، ولكن هذا مسكن غير كاف ، لأنه في مثل هذه الأحوال التي يحابى فيها أحد المتعاقدين الآخر كثيرا ما تكون الصداقة ذات أثر أقوى من صلات القرابة التي يفككها الى درجة ما تضاد المصالح المادية ، وهذا ملموس في مصر أكثر من غيرها ، لأنها بلاد الأسرات المتشعبة الناشئة عن زيجات متعددة . وحقا لقد كان من الصعوبة بمكان الأخذ بمجرد اعتبارات الصداقة أو العطف ، وكان لزاما على الشارع أن يقتصر على الأخذ بأسباب أكثر دواما وأسهل في الإثبات من مجرد الصداقة ، غير أن ذلك ليس بكاف لوضع الأمور في نصابها ، وان كان قد عمل الشارع كل ما في طاقته لتخفيف حدة ذلك النظام ^(١) .

ويقول هالتون ان الشفعة تخلق أخطر حد من حرية التصرف في الملك ،

De Hults : v. « Prémption », § 2 :

(١) دى هلتنس نبذة ٢

« La préemption est la violation la plus flagrante de la liberté des contrats .

« En effet, par l'effet de la préemption, le vendeur qui avait la volonté de vendre à une personne déterminée se trouve avoir vendu à une autre personne, et si, à raison de quelque motif particulier d'intérêt ou d'affection, il a fait à son co-contractant des conditions de faveur, de manière à le faire bénéficier d'une bonne affaire, tous les avantages de cette bonne affaire passeront à un tiers, qu'il n'avait aucun intérêt à favoriser et à qui il n'eût peut-être pas consenti à vendre.

« Il est vrai que la loi nouvelle a essayé de faire disparaître cet inconvénient en prohibant la préemption quand la vente qui y donne ouverture a eu lieu entre ascendants et descendants, entre mari et femme, ou entre parents jusqu'au troisième degré ; mais c'est là un palliatif bien insuffisant, car dans les faveurs de ce genre, l'amitié a souvent une influence bien plus considérable que les liens de famille, qui se relâchent toujours plus ou moins, quand les intérêts pécuniaires sont en jeu ; et cela est aussi vrai qu'ailleurs en Egypte, pays à familles complexes issues de plusieurs lits.

« Il était difficile, du reste, de faire entrer en ligne de compte de simples liens d'amitié ou de bienveillance, et il fallut bien se borner à ne prendre en considération que des causes plus permanentes et plus faciles à constater légalement que la simple amitié, et l'on a fait ce que l'on a pu ; mais ce n'était pas assez pour faire bien » .

راجع أيضا نبذة ٤ .

وتخرق حرية التعاقد ، وإذا لم ينظم استعمالها بعناية وحكمة فإنها تدخل في ملكية العقار عنصرا ضارا هو عدم الاستقرار^(١) .

وهاك الرد على حجج الرأى المحبذ لشفعة الجوار :

التقاليد التاريخية : قالوا ان من أسباب بقاء حق الشفعة التقاليد التاريخية ، أى كونه حقا قديما استمكن فى عادات البلاد وأخلاقيها ، حتى أصبح عرفا محترما . يرد على ذلك بأن تلك الحجة فى ذاتها كافية لالغاء هذا الحق . فلكونه أصبح قديما ، لا يتفق مع نظام المجتمع الحالى ، ولكون الأسباب التى دعت لوجوده قد زالت ، وجب أن يزول تبعاً لها ، أو يعدل حتى يصبح صالحا للبقاء فى التشريع الحديث . وهل تردد الشارع الفرنسى مثلاً فى الغاء ما رآه غير متفق مع عصره من حقوق الاسترداد القديمة المختلفة ، وقد كان يزيد عددها على خمسة وعشرين^(٢) ؟ وإذا جاز قيام هذه العقبة فى سبيل حريات التصرفات فى العصر القديم ، فلا معنى لبقائها ، بعد أن تغير نظام الملكية العقارية ، لمجرد احترام تقاليد بالية . ولا يغير من هذا كون بعض قرى مصر ، أو على وجه التعيين بعض قرى الصعيد ، لا تزال متمسكة بملكية الأسرة لجبار أغلبية السكان على احتمال نظام مكروه . وليس أدل على كراهية هذا النظام من تلك الطرق التى يحتالون بها لتفادى تطبيقه . فالبائع كثيرا ما يترك فى عقد البيع مساحة ضيقة من الأرض لمنع تلاصق الملك المبيع بملك الشفيع المحتمل^(٣) ، أو يهب المشتري تلك المساحة لمنع الشفعة^(٤) ، أو يبالغ الطرفان فى الثمن . وقد جوز فقهاء الشريعة ، وعلى الأخص الامام أبو حنيفة التحايل لاسقاط الشفعة ، لأنها من الحقوق غير المستحبة ، وذكرها وجوها كثيرة .

(١) هالتون س ١٦٤ : Halton, I, p. 164

« Preemption... constitutes a most serious restriction of the right of free disposal of property and a violation of the liberty of contract, and, if its exercise is not carefully and reasonably regulated, introduces a mischievous element of uncertainty into the tenure of property ».

(٢) ما تقدم ٤٥٣ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٩٩ وما بعدها .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ١٦٢ .

من الحيل التي تستعمل حرمان الشفيع من استحقاق الشفعة^(١) . ولا غرابة في ذلك . فالشفعة ضارة اقتصاديا ، وهي مصدر غزير للنزاع والتقاضى . ويظهر ضررها الاقتصادى في كونها تحد من حرية الاتجار ، وتبعاً لذلك تنقص الثروة العامة ، وفي كونها تعبت بالثمن الحقيقى فتفسده . وعدم الاطمئنان يدفع بالمشتري الى طرق كل باب لتعطيل استعمال حق الشفيع ومضايقته في شفيعته .

الحجة الدينية : لا تقف هذه الحجة حائلا دون الغناء شفعة الجار ، أو تناول نظام الشفعة بالتعديل . وقد رأينا أن نفس فقهاء الشريعة الاسلامية يسلمون بأن حق الشفعة حق غير مستحب ، ولم يتفقوا على من يكون له هذا الحق ، وأنكر أكثرهم اعطاء الجار ، ولم يقل باعطائه اياه الا الامام أبو حنيفة . بل لقد أنكر بعضهم حق الشفعة من أساسه . ومما لا نزاع فيه أن المشرع يستطيع اقتباس القواعد الشرعية من أى مذهب يراه أوفق لمصالح المتقاضين .

الفائدة العملية : أما الحجة المبنية على ما لشفعة الجار من الفائدة العملية ، ففضلا عن كونها لا تضمن الا مصلحة الشفيع ، مضحية مصلحة البائع والمشتري ، فهي لا تفيد الا كبار الملاك الذين يستطيعون بالشفعة حرمان الفلاح الصغير من ملك اشتراه بما ادخره من مال . وليست هذه سياسة الشارع المصرى الحديث ، ويكفى دلالة على ذلك قانون حماية الملكية الصغيرة (قانون الخمسة الأفدنة) . أما فائدة شفعة الجار في رفع ضرر الانحصار فلا تكفى لبقاء ذلك النظام ، اذ يمكن رفع الانحصار بغير حرمان المشتري مما اشتراه . وان كان من فوائد شفعة الجوار تمكين الملاك من ضم الأراضى المشفوعة فيها الى أملاكهم واستغلالها قطعة واحدة ، بدلا من بقائها مجزأة متباعدة مما يصعب معه استغلالها على الوجه الأتم ، فهذه الفائدة لاتعادل ما سبق بيانه من الضرر المترتب على وجود هذا النظام ، ومع ذلك اذا أريد ضمان عدم تجزئة الملك تجزئة ضارة باستغلاله أمكن ذلك من غير حاجة الى نظام الشفعة ، كما فعل الشارع الفرنسى^(٢) .

(١) راجع نبذة ١٠٠ .

(٢) راجع القانون الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩١٨ المتبوع بالأمر العالى الصادر في ٥ يولييه =

أما فائدة الشفعة في منع ضرر الجوار غير المرغوب فيه فمشكوك فيها ، إذ فضلا عن أن القوايين والموائج المعمول بها كفيلة بذلك ، فإن الملاحظ الآن أن الأملاك العقارية ، خصوصا في المدن ، لا يشغلها الملاك بأنفسهم ، بل كثيرا ما يتركون استغلالها والانتفاع بها مستأجر هو صاحب الحيازة المادية ، وهو الجار الحقيقي ، ولا سبيل لمالك الى منعه من مجاورته .

ومع ذلك فحجة منع اضرار الجوار لا تكفي ، لحرمان المشتري من ملك اشتراه ، وصفقة عقدها لنفسه ، واجبار البائع على نقل ملكه الى شخص قد يكره المعاملة معه . حجة العدالة : أما حجة العدالة فساقطة ، إذ أن مجرد رد الثمن وملحقاته الى المشتري لا يعوضه عن صفة تعب في الوصول اليها . وقد حدث مرارا في مصر ، في أثناء اشتداد الأزمات ، أن اشترت عقارات ، ثم بيعت بعد زمن قليل بزيادة مضاعفة ، فهل من العدالة حرمان المشتري من ربحه المشروع ، ومنح الشفيع كسبا هو في الواقع ثمرة جهود المشتري ؟ وضرر الشفعة هذا يتعدى المشتري الى البائع ، إذ ليس صحيحا الادعاء بأن مصلحة البائع في البيع تنحصر في قبض الثمن ، فقد يكون لاعتبارات الصداقة شأن كبير في حصول البيع ، ولهذا استثنى الشارع كما رأينا البيع للأقارب^(١) . ولكن هذا الاستثناء لا يمنع تحويل نفع أراد البائع تقديمه لصديق الى شخص لا يهم البائع أمره أو الى عدوله ما كان يقبل النزول عن الصفقة اليه بأضعاف الثمن الذي دفع . وهل هناك سلب لحرية التعاقد أبعد أثرا من هذا ؟

وقد راعت لجنة تعديل القانون المدني ، المشكلة برياسة كامل صدق باشا ، الانتقادات المتقدمة ، فقيدت الجوار كسبب من أسباب الأخذ بالشفعة ، فلم تعط الشفعة للجار الا اذا كان بين العقارين المتجاورين حق ارتفاق . ولكن لجنة السنيهورى باشا الأولى عادت فرجعت في ذلك الى القانون الحالي ، فأبقت شفعة الجار كما هي ،

== سنة ١٩٢٠ ، والقانون الصادر في ٤ مارس ١٩١٩ المتبوع بالأمر العالى الصادر

في ١٠ سبتمبر سنة ١٩٢٠ .

جوسران ١ نبذة ١٤٤١ .

(١) نبذة ٢٢٠ وما بعدها .

مؤثرة ألا يعدل في هذه المسألة الهامة إلا بعد الاستفتاء ، وخصوصاً أن نظام الشفعة قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد . وعند ما شكت لجنة السهوى باشا الثانية لمراجعة مشروع لجنته الأولى ، رأت اللجنة الثانية حذف الجوار كسبب من أسباب الأخذ بالشفعة . ولكن لما عرض المشروع على مجلس النواب رأى هذا المجلس إبقاء الجوار كما هو الآن في قانون الشفعة .

٥٤٠ - مائره بالنسبة الى شفعة الشريك - للشريك كما أسلفنا طريقان

للحصول على الحصة الشائعة المبيعة : طريق الشفعة ، وطريق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة . وأنا نرى بقاء شفعة الشريك في الملك ، مع توحيد الطريقين ، وبعبارة أخرى بقاء حق استرداد الحصة المبيعة مع تطبيق قيود الشفعة عليه ، أى أن يكون للشريك على المشاع ، مهما كان سبب الشيوع ، حق الشفعة في الحصة الشائعة التي يبيعها أحد الشركاء الى أجنبي ، سواء أكانت الحصة شائعة في مجموع حقوق والتزامات أم في عقار معين^(١) . وقد رأينا أن جميع فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على شفعة الشريك^(٢) ، ولم يختلفوا إلا على نوع الشركة التي تخول الشفعة ،

(١) رأينا فيما سبق أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصري ، يقصر شفعة الشركة على الشريك على الشيوع عند بيع حصة شائعة في العقار لأى شخص هو غير شريك على الشيوع في ذلك العقار (بنّدة ٥١٠) .

(٢) وقد بين صاحب المعنى (جزء ٥ ص ٤٦٠) مزايا شفعة الشريك ، فقال : قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمسك من يبيع لشريكه وتخليصه مما كان بصده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذى يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي ، سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه . ولا تعلم أحدا خالف هذا الا الأصم ، فإنه قال لا تثبت الشفعة ، لأن في ذلك اضراراً بأرباب الأملاك ، فإن المشتري اذا علم أنه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيستضر المالك . وهذا ليس بشيء ، لخالفته الآثار الثابتة ، والاجماع المتقد قبله . والجواب عما ذكره من وجهين : أحدهما أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء . الثانى أنه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة .

وجاء في « أعلام الموقعين » (٢ ص ٢٤٧ — ٢٤٨) : من محاسن الشريعة وعدلها =

فقال بعضهم ان الشفعة لا تكون فيما لا يحتمل القسمة ، وقال آخرون انها جائزة فيما ينقسم وفيما لا ينقسم^(١) ، ونحن نرى الشفعة في المال المشاع ، سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها .

وقصر الشفعة على البيع الحاصل للأجنبي ، دون البيع الحاصل لشريك آخر ، لا يخالف أحكام الشريعة ، فقد جاء في المغنى^(٢) : وان كان امشترى شريكا فلا شفع للآخر أن يأخذ بقدر نصيبه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي .

— وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يتيقن بها غير ذلك ، فن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين . أمكن ، فن لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه بقاء على حاله ، وان أمكن رفعه بالتزام ضرر دون رفعه به ، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب ، فن احتياطاً يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وافراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وافراد أحد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك ، فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق من الأجنبي ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، وبزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل الى حقه من الثمن .

(١) راجع نبذة ٢٠ وما بعدها ونبذة ٢٣٦ .

وقد جاء في «أعلام الموقعين» (٢ ص ٢٤٨) : اختلفت أفهام العلماء في الضرر الذي قصد لشارع رفعه بالشفعة . فقالت طائفة هو الضرر اللاحق بالقسمة ، لأن كل واحد من الشريكين ، اذا طالب شريكه بالقسمة ، كان عليه في ذلك من المؤونة والسكفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل . هو معلوم ، فانه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها وبأى موضع شاء منها ، فاذا وقعت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها . وفي ذلك من الضرر عليه ما لا يخفاء به ، فمكنه الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه ، وحرم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه حتى يؤذن شريكه ، فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به ، وان أذن في البيع وقال لا غرض لي فيه لم يكن له الطلب بعد البيع . وهذه طريقة من يرى أنه لا شفعة الا فيما يقبل القسمة . وقالت طائفة أخرى انما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، فاذا كانا شريكين في عين من الأعيان بآرث أو هبة أو وصية أو ابتاع أو نحو ذلك لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر ، فاذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، اذ في ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فانه يصل الى حقه من الثمن ، ويصل هذا الى استبداده بالمبيع ، فيزول الضرر عنهما جميعا

(٢) المغنى ٥ ص ٥٢٥ — ٥٢٦ .

وحكى عن الحسن والشعبى والبتى لا شفعة للآخر ، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر فى شرائه . وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها غير مشترى ، ولا شىء للمشتري فيها ، لأنها تستحق عليه ، فلا يستحقها على نفسه .

ولقد قصر مشروع القانون المدنى الجديد شفعة الشريك على حالة بيع العقار لأجنبى ، ولم يجعل حق الاسترداد الا فى حالة بيع المنقول ^(١) .

ونرى بقاء جميع قيود الشفعة الحالية ، من وجوب اعلان الرغبة فى مدة خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع ، أو من وقت التكيف بابداء الرغبة ، ورفع الدعوى فى مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة ، والا سقطت الشفعة ^(٢) . على أن تسقط أيضا بحصول القسمة ، ولو لم تمض المواعيد السابقة . وتسقط بمضى مدة معينة (ستة أشهر) من تاريخ تسجيل عقد البيع اذا كان مسجلا ، وان لم يكن مسجلا بمضى سنة من تاريخ وضع اليد على العقار المبيع . وهذا القيد الأخير قد أدخله قانون السودان ^(٣) ، وحسنا فعل ، لأنه من غير هذا القيد كان حق الشفعة يبقى معلقا مدة خمس عشرة سنة ، أى المدة التى تنقضى بها الحقوق .

وقد رأينا أن مشروع القانون المدنى الجديد ، وان كان قد انتهى الى استبقاء الشفعة ، فانه قد عمل من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها . ومن بين القيود التى أوردتها أنه جعل قرابة الحواشى المانعة من الأخذ بها تمتد الى الدرجة الرابعة بدلا من الثالثة ، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، ونقص المدة التى تسقط حق الأخذ بالشفعة الى ثلاثة أشهر بدلا من ستة من يوم تسجيل البيع .

(١) راجع ما تقدم نبذة ٤٥١ .

(٢) وقد قيد القانون الأسبانى ، كما رأينا ، حق الاسترداد باستعماله فى مدة تسعة أيام من تاريخ القيد فى السجل ، وعند عدم القيد من الوقت الذى علم فيه المسترد بالبيع (ما تقدم نبذة ٥٢٣) .

ونص القانون الألمانى ، فى المادة ٥٢٦ ، على أن ميعاد استعمال حق الاسترداد الوراثى شهران (ما تقدم نبذة ٥٢٦) . وكذلك نص فى المادة ٥١٠ على أنه لا يجوز استعمال حق الشفعة فى العقار الا فى ميعاد شهرين ، وفى غير العقار فى ميعاد ~~أشهر~~ ميعاد ~~أشهر~~ ميعاد لاستعمال الحق (ما تقدم نبذة ٥٢٥) .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٥١٥ .

فهرست

صفحة	بذلة	
٣		كتب المؤلف ومقالاته
٧		مقدمة الضبعة الثالثة
٩		نصوص القانون
٩		(١) في الشفعة في العقار
٩		١ — المجموعة المدنية المختلطة
١٠		٢ — مجموعة المرافعات المختلطة
١٠		٣ — المجموعة المدنية الأهلية
١١		٤ — قانون الشفعة
١٦		٥ — مشروع القانون المدني الجديد كما أقره مجلس النواب
٢٠		(ب) حق استرداد الحصة المباعة قبل التسليم
٢٠		١ — المجموعة المدنية المختلطة
٢٠		٢ — المجموعة المدنية الأهلية
٢٠		٣ — مشروع القانون المدني الجديد
٢١		أهم المؤلفات المتعلقة بالشفعة
		في الشفعة
٢٣	١	النصوص الخاصة بالشفعة
٢٣	٢	الشفعة لغة
٢٣	٣	تعريف الشفعة
٢٥	٤	الاشتباه بالغصب
٢٥	٥	مشروعية الشفعة
٢٦	٦	حكمة مشروعيها
٢٨	٧	مضار الشفعة وعدم التوسع فيها
٣٠	٨	ثبوت الشفعة ولو لم يتحقق الضرر
٣١		خصائص حق الشفعة
٣١	٩	حق استثنائي
٣١	١٠	حق عقارى
٣١	١١	حق غير قابل للتجزئة
٣٢	١٢	هل الشفعة حق عيني ؟
٣٦	١٢	صفة الشفع

صفحة	بداية	
٣٧		القانون الواجب تطبيقه في الشفعة
٣٧	١٣	قانون الشفعة الخاص بها
٣٩	١٤	اختلاف النصين العربي والفرنسي
٤٠	١٥	الرجوع الى أحكام الشريعة
٤٠		من هم حق الشفعة
٤٠		١ — في الشريعة الاسلامية
٤٠	١٦	اختلاف في الرأي
٤١	١٧	حجج القائلين بنبوت الشفعة بسبب الجوار
٤٣	١٨	حجج المبطلين لشفعة الجوار
٤٦	١٩	رأى وسط
٤٧		الشركة التي تجوز الشفعة في الشريعة الاسلامية
٤٧	٢٠	اختلاف في الرأي
٤٧	٢١	الرأى الأول — لاشفعة فيما لا يحتل القسمة
٤٧	٢٢	الرأى الثانى — الشفعة جائزة أيضا فيما لا يحتل القسمة
٤٨	٢٣	رأى الامام أبى حنيفة
٤٨	٢٤	١ — الشركة
٤٨	٢٥	الشركة في نفس العقار
٤٨	٢٦	الشركة في حقوق العقار
٤٩	٢٧	الطريق الخاص
٤٩	٢٨	تطبيقات
٥٠	٢٩	الشرب الخاص
٥١	٣٠	٢ — الجيران
٥٢	٣١	الجوار في الدار ذات الضبقات
٥٢	٣٢	من له أخشاب على حائط الجار
٥٣	٣٣	الشريك في بناء حائط
٥٣	٣٤	جار الدار ذات المقاصير
٥٤	٣٥	جوار لشرب أو الضريق
٥٤	٣٦	تراحم الجار مع الشريك
٥٤	٣٧	تراحم الشفعة في الشريعة الاسلامية
٥٥	٣٨	رأى لأبى يوسف
٥٥	٣٩	تطبيقات
٥٧	٤٠	في الدار ذات الضبقات
٥٧	٤١	في الحائط

صفحة	نبذة	
٥٨	٤٢	في البئر
٥٨	٤٣	تراحم الشريك في المالك والشريك في الطريق
٥٩	٤٤	تراحم الشريك في المالك والجار
٥٩	٤٥	تراحم الشريك في الطريق والجار
٦٠	٤٦	التراحم بين صاحب الشرب الخاص والجار
٦١	٤٧	المشتري أحد الشفعاء
٦١	٤٨	القسمة بين الشفعاء عند تعددهم إذا تساؤوا
٦٢	٤٩	تقديم الأخص على الأعم
٦٣	٥٠	تقديم حق الشرب على حق الطريق
٦٣	٥١	حق المسيل وتقديم حق الطريق عليه
٦٣	٥٢	٢ — نصوص المجموعة المدنية
٦٤	٥٣	(١) معير الأرض
٦٤	٥٤	(ب) الشريك في العقار غير المقسوم
٦٥	٥٥	(ج) الجار
٦٥	٥٦	٣ — قانون الشفعة
٦٦	٥٧	أنواع الشفعاء
٦٧	٥٨	(١) مالك الرقبة
٦٧	٥٩	لا شفعة الا للمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع
٦٨	٦٠	تعدد مالكي الرقبة
٦٨	٦١	(ب) لشريك الذي له حصة مشاعة
٦٨	٦٢	بيع حصة مفروزة
٧٠	٦٣	يجب أن تكون الشركة في ذات العقار
٧٠	٦٤	الشريك في الحائط الفاصل بين ملكين
٧١	٦٥	الشريك في آلة الري
٧١	٦٦	لا تكفي الشركة في اخيارة لعمدية
٧١	٦٧	الشفعة للشريك وان لم ترد في قانون أحواله الشخصية
٧١	٦٨	لاشفعة بعد القسمة
٧٢	٦٩	تعدد الشركاء
٧٢	٧٠	حق استرداد الحصة المبعة قبل القسمة
٧٣	٧١	الشركاء في حق الانتفاع
٧٣	٧٢	(ج) صاحب حق الانتفاع
٧٤	٧٣	صاحب حق الانتفاع لم يكن بين الشفعاء قبل قانون الشفعة
٧٤	٧٤	تعد نص المادة ٢ الخاصة بصاحب حق الانتفاع

صفحة	نبذة
٧٥	٧٥ تعدد أصحاب حق الانتفاع
٧٥	٧٦ (د) الجار المالك
٧٥	٧٧ ثلاث أحوال للجار
٧٧	٧٨ الحالة الأولى — بالنسبة الى المباني والأراضي المعدة للبناء
٧٧	٧٩ الشرط الأول — التلاصق من جهة
٧٨	٨٠ الشرط الثاني — أن يكون المشفوع من المباني أو الأراضي المعدة للبناء
٧٨	٨١ الشفعة في البناء
٨٥	٨٢ الدور ذات الضبقات
٨٥	٨٣ الشفعة في الحكر
٨٧	 هل يشفع بالحكر ؟
٨٨	٨٤ الحالة الثانية — الأراضي غير المعدة للبناء
٨٩	٨٥ الشرط الأول — التلاصق من جهتين
٩١	٨٦ المجاورة من جهتين بملكين
٩٢	٨٧ الشرط الثاني — أن تساوى أرض الشفع نصف قيمة الأرض المشفوعة
٩٣	٨٨ التفرقة بين أراضي البناء والأراضي الزراعية
٩٥	٨٩ الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق
٩٥	٩٠ الشرط الأول — التلاصق من جهة
٩٦	٩١ الشرط الثاني — أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر
٩٧	٩٢ للعقار المشفوع حق ارتفاق على عقار الشفع
٩٨	٩٣ لعقار الشفع حق ارتفاق على العقار المشفوع
٩٨	٩٤ اشتراك عقارات أخرى في حق الارتفاق
٩٩	 شرط التلاصق
٩٩	٩٥ التلاصق هو الشرط الأساسي في الشفعة بسبب الجوار
١٠١	٩٦ التلاصق في حالة تعدد العقارات المبيعة
١٠٣	٩٧ مجرد المجاورة لا يكفي
١٠٣	٩٨ انعدام التلاصق
١٠٥	٩٩ استعمال الخيل لمنع الشفعة
١٠٥	١٠٠ في الشريعة الإسلامية
١٠٧	١٠١ في القانون
١٠٧	١٠٢ أحكام المحاكم الأهلية
١٠٨	١٠٣ أحكام المحاكم المختلطة

صفحة	بذة	
١٠٨	١٠٤	رأينا
١٠٩		ملكية الجار
١٠٩	١٠٥	يجب أن يكون الجار مالكا
١١٠	١٠٦	الجار مالك على الشيوع
١١٠	١٠٧	هل للجار أن يشفع في حصة يبعث على الشيوع
١١١	١٠٨	ليس لغير الشفعاء المذكورين في القانون حق الأخذ بالشفعة
١١١		ملكية الشفع
١١١	١٠٩	يجب أن يكون الشفع مالكا
١١٣	١١٠	يجب أن تكون ملكية الشفع سابقة على البيع
١١٤	١١١	اثبات أسبقية ملك الشفع
١١٥	١١٢	بقاء ملكية الشفع حين الأخذ بالشفعة
١١٦	١١٣	الشريك المشتاع في ملكية العين المشفوع بها
١١٨	١١٤	لا يشترط انضمام كل المشتاعين لطب الشفعة
١١٩	١١٥	الشفيع مالك تحت شرط
١٢٠	١١٦	رأى أول
١٢١	١١٧	رأى ثان
١٢٢	١١٨	رأى ثالث
١٢٥	١١٩	هل لو اضع اليد الذي لم تتم مدة تقادمه حق الشفعة ؟
١٢٥	١٢٠	ما الحكم إذا كان عقد الشفع باطلا ؟
١٢٦	١٢١	عدم تسجيل عقد الشفع
١٣٢	١٢٢	الاسلام ليس بشرط
١٣٣	١٢٣	المذكورة والعقل والبلوغ ليست بشرط
١٣٣		فيمن لا شفعة لهم
١٣٣	١٢٤	الوقف
١٣٥	١٢٥	من لا يملك شراء العقار المشفوع
١٣٥	١٢٦	موظفو المحاكم والمحامون الممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها
١٣٦	١٢٧	الوكلاء الممنوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها
١٣٧	١٢٨	شفعة الوارث في النبيع الحاصل لأجنبي في مرض الموت
١٣٨	١٢٩	تراجع الشفعاء
١٣٨	١٣٠	(١) الشفعاء من طبقات مختلفة
١٣٩	١٣١	(٢) الشفعاء من طبقة واحدة
١٤٠	١٣٢	حالة تعدد مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع
١٤٠	١٣٣	حالة تعدد الجيران

صفحة	نبذة	
١٤٣	١٣٤	طلب بعض الشفعاء كل المبيع
١٤٤		المشتري أحد الشفعاء
١٤٤	١٣٥	المجموعة المدنية
١٤٥	١٣٦	قانون الشفعة
١٤٦	١٣٧	المشتري ليس من مرتبة الشفعاء
١٤٦	١٣٨	المشتري من مرتبة الشفعاء
١٤٧	١٣٩	حجج القائلين بجواز الشفعة
١٤٩	١٤٠	حجج القائلين بعدم جواز الشفعة
١٥٢	١٤١	رأينا
١٥٤	١٤٢	العقود التي تحيز الشفعة والتي لا تحيزها
١٥٥		في الشريعة الإسلامية
١٥٥	١٤٣	رأى المالكية
١٥٥	١٤٤	رأى الشافعية
١٥٥	١٤٥	رأى الحنابلة
١٥٥	١٤٦	رأى الحنفية
١٥٧	١٤٧	التفرقة بين المنتقل بعوض وبغير عوض
١٥٧	١٤٨	المنتقل بعوض
١٥٨	١٤٩	المنتقل بغير عوض
١٥٩		في القانون
١٥٩	١٥٠	النص القديم
١٥٩	١٥١	قانون الشفعة
١٦٠	١٥٢	المنايضة المقرنة بمعدل
١٦١	١٥٤	اثبات أن العقد بيع لا منايضة
١٦١		أهبة
١٦١	١٥٥	في الشريعة الإسلامية
١٦٢	١٥٦	أهبة بشرط العوض
١٦٣	١٥٧	في القانون
١٦٣	١٥٨	اتصاف أهبة بعقد آخر
١٦٥	١٦٠	للموهوب له أن يشفع
١٦٥	١٦١	أهبة المشتري العين المشفوعة
١٦٦	١٦٢	التقابل بطريق أهبة لمنع الشفعة
١٦٦	١٦٣	الميراث والوصية
١٦٦	١٦٤	القسمة

صفحة	بذء	
١٦٧		الصبح
١٦٧	١٦٥	فٖ شريعة الاسلامفة
١٦٩	١٦٦	فٖ القانون
١٦٩	١٦٧	الوفاء بتمفءم عفن
١٧٠	١٦٨	عقوء المبادلة ذات الشفعة الخاصة
١٧١		الوقف
١٧١	١٦٩	فٖ الشريعة الاسلامفة
١٧٢	١٧٠	فٖ المجموعة المدنية
١٧٢	١٧١	فٖ قانون الشفعة
١٧٢	١٧٢	عقوء البفع الفٖ تمفءم الشفعة
١٧٢		البفع الفاسء
١٧٢	١٧٣	فٖ الشريعة الاسلامفة
١٧٤	١٧٤	فٖ القانون
١٧٤		البفع بشروط اءفار
١٧٤	١٧٥	فٖ الشريعة الاسلامفة
١٧٥	١٧٦	البفع بشروط آفار البائع
		هل ففب علف الشفعف طاب الشفعة عءء سقوط اءفار أم عءء
١٧٥	١٧٧	البفع ؟
١٧٥	١٧٨	آفار المشرى
١٧٦	١٧٩	ااءفار للبائع والمشرى معا
١٧٧	١٨١	ااءفار للشفعف
١٧٧	١٨٤	آفار العفب واءفار الرؤفة
١٧٨	١٨٥	الرء بآفار رؤفة أو شرط أو عفب بفضاء
١٧٨	١٨٦	فٖ القانون
١٧٩	١٨٧	البفع المعلق علف شرط
١٨٠	١٨٨	بفع الوفاء
١٨١	١٨٩	البفع بالمرفبون واءفار البائع والمشرى
١٨٢	١٩٠	البفع المعلق علف شرط مءفف بفض المملكة
١٨٢	١٩١	البفع المعلق علف شرط عءء استعمال الشفعة
١٨٢	١٩٢	الاقالة من البفع
١٨٤	١٩٣	البفع الصورى
١٨٤	١٩٤	البفع مع وءوء ورقة ضد
١٨٤	١٩٥	عءء البفع الاءءائى

نبة	صفحة	
١٨٧	١٩٦	الوعد بالبيع
١٨٧	١٩٧	تقديم عقار للشركة
١٨٨	١٩٨	اندماج شركة في أخرى
١٨٨	١٩٩	نزع الملكية للمنفعة العامة
١٨٨	٢٠٠	البيع مقابل ايراد لدى الحياة
١٨٩	٢٠١	عقد البيع غير المسجل
١٨٩	٢٠٢	حجج الفائلين بجواز الشفعة
١٩٣	٢٠٣	حجج الفائلين بعدم جواز الشفعة
١٩٧	٢٠٤	رأى الدوائر المحترمة لحكمة الاستئناف الأهلية
٢٠٠	٢٠٤	استقرار الأحكام
		عملية تدخل الحكومة لمساعدة المدينين في استرداد أراضيهم
٢٠١	٢٠٥	المزوعة ملكيتها
٢١٥	٢٠٦	الشفعة تكون من البيع بشروطه
٢١٥	٢٠٧	الأخذ بالشفعة لا يعتبر بيعا
٢١٥	٢٠٨	كون الشفع سبب أن امتلاك العقار المشفوع
٢١٦	٢٠٩	اليوع الصحيحة التي لا تقع فيها الشفعة
٢١٦		(١) البيع بالمزايدة
٢١٦	٢١٠	النص القديم
٢١٦	٢١١	نص قانون الشفعة
٢١٧	٢١٢	تعارض الأحكام
٢١٩	٢١٣	رأينا
٢٢٠	٢١٥	الحكمة من استثناء البيع بالمزايدة
٢٢١	٢١٦	معنى المزايدة
٢٢٣	٢١٨	ماهية الدفع بأن العين بيعت بالمزايدة
٢٢٣	٢١٩	عدم التوسع في النص
٢٢٣	٢٢٠	(٢) البيع لبعض الأقارب
٢٢٤	٢٢١	الأصول والقواعد
٢٢٤	٢٢٢	عدم التوسع في النص
٢٢٤	٢٢٣	الأقارب
٢٢٧	٢٢٤	الحكمة في استثناء البيع للأقارب
٢٢٧	٢٢٥	نظر النزاع في القرابة
٢٢٨	٢٢٦	الأصهار
٢٢٨	٢٢٧	القرابة وعدم تجزئة الشفعة

صفحة	نذرة	
٢٢٨	٢٢٨	(٣) ما يبيع ليجمع محل عبادة
٢٢٩	٢٢٩	الأمر لك المعطاة له ووقفين بدل المعاش
٢٢٩		المال الذي تجوز فيه الشفعة
٢٢٩	٢٣٠	في الشريعة الإسلامية
٢٢٩	٢٣١	مذهب المالكية
٢٣٠	٢٣٢	مذهب الشافعية
٢٣١	٢٣٣	مذهب الحنفية
٢٣١	٢٣٤	مذهب الخنابلة
٢٣٢	٢٣٥	الشفعة في المنقول
٢٣٤	٢٣٦	ما لا يمكن قسمته
٢٣٥	٢٣٧	السفينة
٢٣٥	٢٣٨	في القانون
٢٣٦	٢٤٠	عدم تجزئة العقار المبيع
٢٣٧	٢٤١	في الشريعة الإسلامية
٢٤١	٢٤٢	في قانون الشفعة
٢٤٢	٢٤٣	تعدد المشترين
٢٤٣	٢٤٤	تعدد البائعين
٢٤٤	٢٤٥	عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشتري
٢٤٥	٢٤٧	تعدد العقارات المبعة
٢٤٦	٢٤٨	الاجراءات التي تنظم مراعاتها للأخذ بالشفعة
٢٤٦	٢٤٩	في الشريعة الإسلامية
٢٤٦		(١) طلب الموائبة
٢٤٦	٢٥٠	المبادرة بمجرد العلم
٢٤٦	٢٥١	علم الشفيع
٢٤٧	٢٥٢	وقت طلب الموائبة
٢٤٩	٢٥٣	تضيقات
٢٥١	٢٥٧	هل يشترط الاشهاد ؟
٢٥٢	٢٥٨	كيفية الطلب
٢٥٢	٢٥٩	(٢) طلب الاشهاد والتقرير
٢٥٢	٢٦٠	كيفية الطلب
٢٥٤	٢٦٢	مدة طلب التقرير والاشهاد
٢٥٤	٢٦٣	هل يشترط الاشهاد على الطلب ؟
٢٥٤	٢٦٤	(٣) طلب الخصومة والتلك

صفحة	نقطة	
٢٥٥	٢٦٥	ميعاده
٢٥٦	٢٦٦	كيفية طلب
٢٥٧	٢٦٧	في القانون
٢٥٨	٢٦٩	أولاً — اعلان رغبة الشفيع
٢٥٩	٢٧٠	(١) الاعلان كتابية على يد محضر
٢٥٩	٢٧١	رأى الشراح
٢٦٠	٢٧٢	رأى القضاء
٢٦٢	٢٧٣	رأينا
٢٦٣	٢٧٤	(٢) وجوب اعلان التبايع والشعري
٢٦٤	٢٧٥	الاعلان غير لازم اذا رفعت الدعوى في ميعاده
٢٦٥	٢٧٦	(٣) عرض الثمن وملحقاته
٢٦٥	٢٧٧	المراد من العرض
٢٦٦	٢٧٨	الرأى الأول — وجوب عرض الثمن عرضاً حقيقياً
٢٧٠	٢٨٠	ايداع الثمن
٢٧١	٢٨١	الرأى الثانى — العرض الحق فى ليس يلزم
٢٧٤	٢٨٣	رأى دوائر محكمة الاستئناف بمجموعة
٢٧٨	٢٨٤	استقرار الأحكام
٢٨٢	٢٨٥	هل طالب الشفيع خسر دين له على البائع يعفى عن عرض الثمن ؟
٢٨٢	٢٨٦	حجز قيمة الرهن
٢٨٣	٢٨٧	العرض فى حالة شفعة جزء من الأرض المنبوعة
٢٨٣	٢٨٨	اثمن الصورى
٢٨٦	٢٨٩	اثبات صورة الثمن
٢٨٨	٢٩١	طلب الأخذ بالشفعة بالثمن الذى ثبت صحته
٢٨٨	٢٩٢	هل المشفوع منه اثبات أن الوارد فى عقد أقل من الثمن
٢٨٩	٢٩٣	ملحقات الثمن
٢٩١	٢٩٤	المصروفات الضرورية أو النافعة
٢٩١	٢٩٥	الدفع بعدم عرض الثمن لأول مرة أمام محكمة التقض
٢٩١	٢٩٦	(٤) ميعاد اعلان الرغبة فى الشفعة
٢٩٤	٢٩٨	الميعاد بالنسبة الى عقد البيع الابتدائى
٢٩٤	٢٩٩	اعلان الرغبة فى البيع الملحق على شرط
٢٩٦	٣٠٠	اعلان الرغبة فى بيع الوفاء
٢٩٦	٣٠١	اعلان الرغبة فى البيع الفاسد
٢٩٦	٣٠١	الاعلان فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير

صفحة	بذرة	
٢٩٩	٣٠٢	احتساب ميعاد اعلان الرغبة
٣٠٠	٣٠٣	ميعاد المسافة
٣٠١	٣٠٤	الحطأ في حساب الميعاد والمدفع بذلك أمام محكمة النقض
٣٠١	٣٠٥	التسكيف الرسمي بإبداء الرغبة
٣٠٣	٣٠٦	علم الشفع
٣٠٧	٣٠٧	اثبات العلم
٣٠٩	٣٠٨	طلب الشفعة اللاحق
٣٠٩	٣٠٩	الرجوع في الطب
٣١٠	٣١٠	تسجيل اعلان الرغبة
٣١٠	٣١١	ما يترتب على اعلان الرغبة من حيث تصرفات المشتري
٣١١	٣١٢	مقارنة اجراءات القانون بالاجراءات الشرعية
٣١١		ثانياً - رفع دعوى الشفعة
٣١١	٣١٣	في القانون المدني
٣١١	٣١٤	في قانون الشفعة
٣١٢	٣١٥	من يرفع الدعوى
٣١٢	٣١٦	الوكيل في الادارة
٣١٣	٣١٧	هل لدائي الشفع رفع دعوى الشفعة ؟
٣١٣	٣١٨	القاصر
٣١٣	٣١٨	رفع الوالد الدعوى باسمه لا ينتفع منه الابن
٣١٤	٣١٩	على من ترفع الدعوى
٣١٧	٣٢٤	حل الاعلان
٣١٨	٣٢٦	رفع الدعوى على المشتري الثاني
٣١٨	٣٢٧	تعدد البائعين أو المشتريين
٣١٩	٣٢٧	تعدد الشفعاء
٣١٩	٣٢٨	هل يصح رفع الدعوى على الوكيل ؟
٣٢٠	٣٢٩	المطالبة بتعويض حطأ المحضر في اعلان صحيفة الدعوى
٣٢١	٣٣٠	ميعاد التسكيف بالحضور
٣٢١	٣٣١	حساب الميعاد
٣٢٣	٣٣٤	مواعيد المسافة
٣٢٣	٣٣٥	عدم قيد الدعوى
٣٢٦	٣٣٦	تقدير القيمة من حيث الاختصاص
٣٢٦	٣٣٧	انقطاع مدة سقوط الحق ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة
٣٢٩	٣٣٨	الحكم بإبطال المرافعة

صفحة	نبذة	
٣٢٩	٣٢٩	المسائل الفرعية
٣٢٩	٣٤٠	تصحيح الشكل
٣٣٠	٣٤١	دخول خصم ثالث
٣٣٠	٣٤٢	تنازل المشتري عن الصفقة بعد رفع الدعوى
٣٣١	٣٤٣	الحكم بوجه السرعة
٣٣١	٣٤٤	عدم قبول المعارضة في الأحكام القايية
٣٣١	٣٤٥	ميعاد الاستئناف
٣٣٢	٣٤٦	اعلان البائع والمشتري في الاستئناف
٣٣٥	٣٤٦	أثر رفع الاستئناف
٣٣٥	٣٤٧	عدم قبول المعارضة في الأحكام الاستئنافية
٣٣٦	٣٤٨	طلبات جديدة في الاستئناف
٣٣٧	٣٤٩	القانون الواجب تطبيقه
٣٣٧	٣٥٠	انقسام دعوى الشفعة
٣٣٩	٣٥٠	اختصاص البائع والمشتري في النقص بالنقص
٣٤٠	٣٥١	الحكم
٣٤١	٣٥٣	مصرفات الدعوى لعدم عرض الثمن
٣٤١	٣٥٤	شفعة الصبي
٣٤٣	٣٥٥	حفظات الشفعة
٣٤٤		أولا — التنازل
٣٤٤	٣٥٦	في الشريعة الاسلامية
٣٤٤	٣٥٧	في القانون المدني
٣٤٥	٣٥٨	في قانون الشفعة
٣٤٦	٣٥٩	التنازل الصريح
٣٤٧	٣٦٠	التنازل الضمني
٣٤٨	٣٦١	اثبات التنازل
٣٤٨	٣٦٢	التنازل عن الشفعة بعد طلبها
٣٤٩	٣٦٣	طلب الشفعة بعد التنازل عنها
٣٤٩	٣٦٤	التنازل عن الشفعة مقابل تعويض
٣٤٩	٣٦٥	في الشريعة الاسلامية
٣٥٠	٣٦٦	في القانون
٣٥٠	٣٦٧	التنازل عن الشفعة قبل البيع
٣٥٢	٣٦٨	المساومة في الشراء
٣٥٢	٣٦٩	التنازل بعد الحكم

نذرة	صفحة	
٣٥٣		ثانيا — عدم اظهار الرغبة في الميعاد
٣٥٣	٣٧٠	في الشريعة الاسلامية
٣٥٣	٣٧١	في القانون المدني
٣٥٤	٣٧٢	في قانون الشفعة
٣٥٦	٣٧٣	ثالثا — عدم رفع الدعوى في الميعاد
٣٥٦	٣٧٤	رابعا — مضي ستة أشهر من تسجيل البيع
٣٥٩	٣٧٨	خامسا — بطلان البيع
٣٥٩	٣٧٩	سادسا — مضي المدة الطويلة
٣٥٩	٣٨٠	سابعا — زوال أحد شروط الشفعة
٣٦٠	٣٨١	جواز الدفع بسقوط الحق في الشفعة في أية حالة
٣٦٠	٣٨٢	هل تسقط الشفعة بموت المشتري أو البائع ؟
٣٦١		هل تسقط الشفعة بموت الشفيع ؟
٣٦١		في الشريعة الاسلامية
٣٦١	٣٨٣	رأى أبي حنيفة
٣٦١	٣٨٤	رأى الشافعي ومالك
٣٦٢	٣٨٥	رأى الحنابلة
٣٦٢		في القانون
٣٦٢	٣٨٦	اختلاف في الرأي
٣٦٤	٣٨٧	الرأى الأول : عدم توارث حق الشفعة
٣٦٦	٣٨٨	الرأى الثاني : توارث حق الشفعة
٣٦٧	٣٨٩	رأى دوائر محكمة الاستئناف بمجموعة
٣٦٩	٣٨٩	رأى محكمة النقض
٣٧١	٣٩٠	ما يترتب على حق الشفعة
٣٧١		في الشريعة الاسلامية
٣٧١	٣٩١	التملك بالرضا
٣٧١	٣٩٢	التملك بالقضا
٣٧١	٣٩٣	(أ) المبيع في يد البائع
٣٧٣	٣٩٤	(ب) المبيع في يد المشتري
٣٧٣	٣٩٥	بماذا يأخذ الشفيع
٣٧٣	٣٩٦	لمن يدفع الشفيع الثمن
٣٧٤	٣٩٧	ما يملك بالشفعة
٣٧٥	٣٩٨	في قانون الشفعة
٣٧٧	٤٠٢	وقت تملك الشفيع

صفحة	نبذة
٣٧٧	٤٠٣ رأى القائل بتملك الشفيع من وقت البيع
٣٧٩	٤٠٤ رأى القائل بتملك الشفيع من وقت الطلب
٣٧٩	٤٠٥ رأى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم
٣٨١	٤٠٦ رأينا
٣٨٢	٤٠٦ رأى محكمة التقض والابرار
٣٨٩	٤٠٧ تصرف الشفيع فى المشفوع
٣٨٩	٤٠٨ دفع الثمن
٣٩٠	٤١٠ لاضرورة لرفع الدعوى للمطالبة بالثمن بعد الحكم بالشفعة
٣٩١	 الثمن المؤجل
٣٩١	٤١١ فى الشريعة الاسلامية
٣٩٢	٤١٢ رأى الحنفية
٣٩٢	٤١٣ فى القانون
٣٩٤	 عدم دفع الثمن
٣٩٤	٤١٥ فى الشريعة الاسلامية
٣٩٥	٤١٦ فى القانون
٣٩٩	٤١٨ هل للشفيع حبس الثمن حتى تطهر العين من الرهون ؟
٣٩٩	٤١٩ القوائد
٣٩٩	 الاستحقاق للغير
٣٩٩	٤٢٠ فى الشريعة الاسلامية
٤٠٠	٤٢١ فى القانون
٤٠٠	٤٢٢ الهلاك
٤٠١	٤٢٣ (١) قبل الحكم نهائيا بالشفعة
٤٠١	٤٢٤ (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة
٤٠٢	٤٢٦ الهلاك الجزئى
٤٠٣	٤٢٧ (١) قبل الحكم نهائيا بالشفعة
٤٠٤	٤٢٨ (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة
٤٠٥	٤٣٠ العيوب الحقة
٤٠٥	 تصرفات المشترى قبل الأخذ بالشفعة
٤٠٥	٤٣١ فى الشريعة الاسلامية
٤٠٨	 فى القانون
٤٠٨	٤٣٢ حق الاستغلال والادارة
٤٠٩	٤٣٣ التصرفات
٤٠٩	٤٣٤ (١) التصرفات الحاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة

صفحة	نذة	
٤٠٩	٤٣٥	بيع المشتري العين قبل طلبها بالشفعة
٤١١	٤٣٦	رفع الدعوى على المشتري الثانى والبائع له
٤١٤	٤٣٧	الطعن فى البيع الثانى بالضرورة
٤١٦	٤٤٣	التصرف فى جزء من العقار
٤١٦	٤٤٤	(ب) التصرفات الحاصلة بعد تسجيل طلب الشفعة
٤١٨		البناء والقراس
٤١٨	٤٤٥	فى الشريعة الاسلامية
٤٢٠	٤٤٦	فى قانون الشفعة
٤٢١	٤٤٧	مصرفات تحيين العين
حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة		
٤٢٣	٤٤٩	ماهيته
٤٢٣	٤٥٠	حق الاسترداد الورائى فى القانون الفرنسى
٤٢٤	٤٥١	حق الاسترداد فى القانون المصرى
٤٢٦	٤٥٣	حقوق استرداد أخرى
٤٢٧	٤٥٥	مأخذ المادة ٤٦٢/٥٦١
٤٢٨		من لهم حق الاسترداد
٤٢٨	٤٥٦	الشركاء فى الملك
٤٢٩	٤٥٧	الشركاء الأصليون
٤٣١	٤٥٨	رأى بجواز استرداد الشركاء غير الأصليين
٤٣٢	٤٦٠	ضد من يستعمل حق الاسترداد ؟
٤٣٣		التصرفات التى يترتب عليها استعمال حق الاسترداد
٤٣٣	٤٦٣	بيع حصة شائعة
٤٣٣	٤٦٤	كل أحوال الشيوخ
٤٣٤	٤٦٥	بيع بعض حصة الشريك
٤٣٤	٤٦٦	فى مجموع حقوق والتزامات أو فى عقار معين
٤٣٥	٤٦٧	البيع من أحد الشركاء الأصليين
٤٣٥	٤٦٨	هل يجوز الاسترداد فى حالة البيع بالمراد ؟
٤٣٥	٤٦٩	البيع الفاسد
٤٣٦	٤٧٠	البيع المعلق على شرط عدم الاسترداد
٤٣٦	٤٧١	عقود المعاوضة غير البيع
٤٣٦	٤٧٢	التبرعات
٤٣٦	٤٧٣	عدم قابلية الاسترداد للتجزئة

صفحة	نبذة
٤٣٧	٤٧٦ ميعاد حق الاسترداد
٤٣٩	٤٧٧ التنازل عن حق الاسترداد
٤٣٩	٤٧٨ اجراءات استعمال حق الاسترداد
٤٤١	٤٧٩ ما يجب دفعه في حالة الاسترداد
٤٤٢	٤٨٠ الثمن
٤٤٢	٤٨٢ المصروفات الرسمية
٤٤٣	٤٨٣ المصروفات الضرورية أو النافعة
٤٤٤	٤٨٤ فوائد الثمن
٤٤٤	٤٨٥ امتياز التقاسم
٤٤٤	٤٨٦ ميعاد الدفع
٤٤٥	٤٨٧ ما يترتب على حق الاسترداد
٤٤٦	٤٨٨ (١) فيما بين المسترد والمسترد منه
٤٤٧	٤٨٩ تسجيل الحكم
٤٤٨	٤٩٠ تأجيل دفع الثمن
٤٤٨	٤٩١ الحقوق التي رتبها المشتري
٤٤٩	٤٩٢ (ب) فيما بين البائع والمشتري
٤٤٩	٤٩٥ بيع الحصة الشائعة ثانيا
٤٥٠	٤٩٦ مقارنة حق الاسترداد بالشفعة
٤٥١	٤٩٧ الرأي الأول — لا عمل للمادة ٤٦٢ مع وجود قانون الشفعة
٤٥١	٤٩٨ الرأي الثاني — المادة ٤٦٢ خاصة بالمنقول
٤٥٢	٤٩٩ الرأي الثالث — المادة ٤٦٢ مقيدة لقانون الشفعة
٤٥٢	٥٠٠ الرأي الرابع — المادة ٤٦٢ خاصة بحق الاسترداد الوراثي كما هو في فرنسا
٤٥٣	٥٠١ الرأي الخامس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسي على سبيل الاضراء
٤٥٣	٥٠٢ الرأي السادس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسي مع توسع فيها
	وتخالف الشفعة
٤٥٦	٥٠٣ الرأي السابع — المادة ٤٦٢ خاصة بالشيوع الناشء عن الشركات لا التركات
٤٦٠	٥٠٤ الرأي الثامن — للشريك الخيار في استعمال الاسترداد أو الشفعة
٤٦١	٥٠٥ رأينا
٤٦٤	٥٠٦ رأي دوائر محكمة الاستئناف بمجموعة
٤٦٦	٥٠٧ سير الأحكام على ما قرره الدوائر المجتمة
٤٦٧	٥٠٨ نقد حكم الدوائر المجتمة
٤٦٨	٥٠٨ رأي محكمة النقض والابرار

صفحة نبذة

الشفعة في السودان

٤٧١	٥٠٩	فانون خاص
٤٧١	٥١٠	الأحوال التي تجوز فيها الشفعة
٤٧١	٥١١	أحوال لا تجوز فيها الشفعة
٤٧٢	٥١٢	تراحم الشفعاء
٤٧٢	٥١٣	عدم تجزئة الشفعة
٤٧٣	٥١٤	اجراءات الشفعة
٤٧٤	٥١٥	سقوط الشفعة
٤٧٤	٥١٦	سنطة مد المواعيد المقررة
٤٧٤	٥١٧	ما يترتب على الشفعة

الشفعة في لبنان

٤٧٦	٥١٧	أحكام الشفعة في قانون الملكية
٤٨٠		مشروع تعديل هذه الأحكام

الشفعة في البلاد الأخرى

٤٨٣		في البلاد الاسلامية
٤٨٣	٥١٩	تونس
٤٨٤	٥٢٠	مراكش
٤٨٦	٥٢١	الجزائر
٤٨٧	٥٢٢	الهند الانجليزية
٤٨٧		في البلاد غير الاسلامية
٤٨٧	٥٢٣	اسبانيا
٤٩٠	٥٢٤	ألمانيا
٤٩١	٥٢٥	نصوص القانون الألماني
٥٠١	٥٢٦	حق الاسترداد الوراثي

خاتمة

٥٠٣		هل يجب الاحتفاظ بنظام الشفعة في التشريع المصري ؟
٥٠٣	٥٢٧	نصوص الشفعة
٥٠٤	٥٢٨	الشفعاء في الشريعة
٥٠٤	٥٢٩	الشفعاء في المجموعة المدنية

صفحة	نبذة	
٥٠٤	٥٣٠	 الشفعة في قانون الشفعة
٥٠٥	٥٣١	 مالك الرقبة .
٥٠٥	٥٣٢	 صاحب حق الانتفاع
٥٠٥	٥٣٣	 الشريك
٥٠٦	٥٣٤	 الجار .
٥٠٧	٥٣٥	 مزايا الشفعة ومضارها
٥٠٧	٥٣٦	 ما نراه بالنسبة الى شفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع
٥٠٨	٥٣٧	 ما نراه بالنسبة الى شفعة الجار
٥١٤	٥٤٠	 ما نراه بالنسبة الى شفعة الشريك