الشفعة

في القانون الأهلي والمختلط
وفي الشريعة الإسلامية

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

تأليف

محمد كامل مرسي باشا

رئيس مجلس الدولة

الطبعة الثالثة

١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧ م

شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

obeikandl.com

obeikandl.com

للمؤلف

(أ) كتب باللغة العربية

١ — شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، الطبعة الأولى ١٩٢١ فى ٤٤٠ صفحة . الطبعة الثانية ١٩٢٣ فى ٤٤٠ صفحة .

٢ — أصول القوانين (بالاشتراك مع سيد مصطفى باشا) ، ١٩٢٣ فى ٦٨٨ صفحة .

٣ — العقود المدنية الصغيرة ، الطبعة الأولى ١٩٢٣ فى ٣٥٩ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٨ فى ٦١٠ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٢ فى ٧٥٨ صفحة .

٤ — عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والايرادات وأحكام الفوائد على العموم (بالاشتراك مع سيد مصطفى باشا) ، ١٩٢٢ فى ٤٨٢ صفحة .

٥ — الملكية والحقوق العينية ، الطبعة الأولى ١٩٢٣ فى ٤٥٩ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٢٨ فى ٥٩٦ صفحة ، الطبعة الثالثة : الجزء الاول (الأموال ، الحقوق ، حق الملكية ، حق الانتفاع) ، ١٩٣٣ فى ٥٢٤ صفحة . الجزء الثانى (حقوق الارتفاق ، الهبة) ، ١٩٣٤ فى ٥٠٠ صفحة . الجزء الثالث (المواريث والوصية : فى التحضير) . الجزء الرابع (الشفعة) ، ١٩٣٦ فى ٤٨٣ صفحة ، ١٩٤٧ . الجزء الخامس (التقادم أو مضى المدة) ، ١٩٤٢ فى ٥٥٢ صفحة .

٦ — الشفعة وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، الطبعة الأولى ١٩٢٣ فى ١٥٧ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٦ فى ٤٨٣ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٧ .

٧ — التقادم أو مضى المدة ، ١٩٤٢ فى ٥٥٢ صفحة .

٨ — الأموال ، الطبعة الأولى ١٩٣٥ فى ٦٠٥ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٧ فى ٥٩٨ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٣ فى ٥١١ صفحة .

٩ — الملكية العقارية فى مصر وتطورها التاريخى من عهد الفراعنة حتى الآن ، ١٩٣٦ فى ٢٥٦ صفحة .

١٠ — التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الأولى ١٩٢٧ فى ٤١٤ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٣٠ فى ٦٥٧ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٣٨ فى ٨١٢ صفحة .

١١ — الموجز فى التأمينات ، الطبعة الأولى ١٩٣٩ فى ٣٩١ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٤١ فى ٣٨٣ صفحة .

١٢ — شهر التصرفات العقارية (التسجيل ، القيد) ، ١٩٣٩ فى ٥٠٠ صفحة .

١٣ — شرح قانون العقوبات المصرى الجديد (بالاشتراك مع الدكتور السعيد مصطفى السعيد) ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ١٩٣٩ فى ٥١٣ صفحة ، الطبعة الثانية ١٩٤٣ فى ٥٤٢ صفحة ، الطبعة الثالثة ١٩٤٦ فى ٥٣٨ صفحة .

١٤ — قوانين المحاكم المختلطة والقوانين المكملة لها (ترجمة) ، ١٩٢٦ فى ٤٩٥ صفحة .

١٥ — المجموعة المدنية للصريفة ، ١٩٤٠ فى ٤٤٦ صفحة ، ١٩٤٢ فى ٦٧٢ صفحة .

obeikandl.com

(ب) باللغة الفرنسية

١٦ — نطاق حق الملكية العقارية في مصر ، دراسة قانونية تاريخية مقارنة ، باريس ١٩١٤ في ٤٦٦ صفحة .

(ج) مقالات باللغة العربية

١٧ — الأموال الثابتة بطريق التخصيص (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ١٩٣١ ، ص ٦٤ — ٩٣) .

١٨ — تملك واضع اليد الثمار (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ١٩٣١ ، ص ٢٦٣ — ٢٨٤) .

١٩ — الشفعاء ومراتبهم في الشريعة الاسلامية وفي القانون الأهلي 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 المطلات والمناور (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة ، ١٩٣٤ ، ص ٢٣٥ — ٢٦٥) .

٢٢ — العقود التي تجيز الشفعة والتي لا تجيزها (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٤٥ — ٣٩٤) .

٢٣ — قاعدة « الحيازة في المنقول 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 — الكفالة الجنائية أو ضمان الاقرابيه ، مجلة مصر القضائية عدد ١٣ فبراير ١٩٣٨ .

٢٦ — المحل أو الموضوع (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣ — ٥٦) .

٢٧ — كلية الحقوق ، نشرت في الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية ، الجزء الأول ، ١٩٣٣ ، ص ٤٠٩ — ٤٣٤ .

٢٨ — بحوث في الوصية : الوصية واشتباهها 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 الغراس في أرض الغير أو بأدوات الغير (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة

الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣٩١ — ٤٧٠) .

٣١ — تعليقات على الأحكام المدنية : (١) هل يعتبر معدل القسمة غبنا و يأخذ أحكامه ؟ (٢) هل يشترط القيد 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 الاتفاقية ، 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 ٦٧٣ — ٨١٢) .

(د) مقالات باللغة الفرنسية

٣٩ — تصور 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 الاتفاقية (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 أوالشخصية 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 ٢٠ — ٢٦) .

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

١٩٣٨ ، ص ٢٧ — ٣٥) .

٤٦ — وقت امتلاك الشفيع العقار المشفوع (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٣٦ — ٤١) .

٤٧ — مقارنة حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة بالشفعة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٤٢ — ٥٧) .

٤٨ — بيع المشترى العين قبل طلبها بالشفعة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٥٨ — ٦٧) .

٤٩ — العمرى والرقبى (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ٨٥ — ٩٤) .

٥٠ — بحوث فى الهبة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة ، ١٩٣٨ ، ص ١٧٥ — ٢٢١ ، وص ٢٣١ — ٢٦٣) .

٥١ — آثار الكفالة فى حالة تعدد المدينين أو الكفلاء (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 فى سنة ١٩٢٣ ، وقد أخرجتها لنفع طلاب الليسانس بمدرسة الحقوق الملكية الذين كنت أدرس لهم موضوع الشفعة .

وفى سنة ١٩٣٦ قمت بتدريس هذا الموضوع مع التعمق ضمن دروس القانون المدنى لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، فرأيت تجديد طبع هذا الكتاب ، وقد اقتضت هذه المناسبة أن أعيد النظر فى مضامينه وأن أزيد فى بسط موضوعه واستيعاب مسائله وبحث مشاكله ، فجاءت طبعته الثانية أوسع مادة وأوفى بحثا وأكثر احاطة ، ورأيت أن ألحقها بكتاب الملكية والحقوق العينية واعتددتها الجزء الرابع من هذا الكتاب .

ومع أن هذه الطبعة قد نفدت من زمن طويل ، فانى لم يحفزنى الى تجديد طبع الكتاب الا الحرص على استكماله ، بتضمينه ما صدر من أحكام جديدة فى موضوعه ، وبالاشارة فيه الى الاتجاهات التشريعية الحديثة فى صدد ما تعرض له حتى يكون كافيا وافيا .

والواقع أنه بسبب الرخاء الذى أصابته البلاد فى 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 فى هذه الدعاوى من مسائل الشفعة مشكلات طريفة .

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

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

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

وقد رأيت اتماما للفائدة أن أشير فى هذه الطبعة الى أحكام الشفعة فى مشروع القانون المدنى الذى أتم مجلس النواب نظره ، ولا يزال قيد بحث مجلس الشيوخ .

والله ولى التوفيق ؟

نصوص القانون

(أ) فى الشفعة فى العقار

(١) المجموعة المدنية المختلطة

مادة ٩٣ — لمن أعار أرضه لانسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة اذا 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 اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ما عدا الشفيع 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 اذا طلبوا ذلك .

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

مادة ٩٧ — لا يثبت حق الشفعة لمن وقفت عليه حصه فى عقار مشاع ، انما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذه الحصة المباعة بقصد وقفها (٧١ أهلى) .

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

مادة ٩٩ — للجار بعد الشفيعين السابقين حق الشفعة اذا 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

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

---

(٢) مجموعة المرافعات المختلطة

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

---

(٣) المجموعة المدنية الأهلية

المادة **٦٨** — لمن أعار أرضه لانسان 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 المبين فى المادة السابقة (٩٤ مختلط) .

المادة **٧٠** — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة 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 المشترى (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 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 (١٠٠ مختلط).

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

---

(٤) قانون الشفعة

دكريتو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

نحن خديو مصر

بعد الاطلاع على الأمر العالى الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

وبعد الاطلاع على القانون المدنى المتبع لدى المحاكم المذكورة .

وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .

دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠

نحن خديو مصر

بعد الاطلاع على لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

وبعد الاطلاع على القانون المدنى وقانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية المتبعين لدى المحاكم المذكورة .

وبعد الاتفاق بين حكومتنا والدول المصادقة على انشاء المحاكم المذكورة .

وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .

أمرنا بما هو آت :

الباب الأول

المادة **١** — يثبت حق الشفعة لمن يأتى :

أولا — للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع .

ثانيا — للجار المالك فى الأحوال الآتية :

اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى .

اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لارض الجار على الأرض المشفوعة .

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

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

المادة ٣ — لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام احدى جهات الادارة أو القضاء ، وكذلك لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم 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 ليلحق به .

المادة ٧ — اذا تعدد الشفعاء يكون الحق فى الشفعة :

أولا — لمالك الرقبة .

ثانيا — للشريك الذى له حصة مشاعة .

ثالثا — لصاحب حق الانتفاع .

رابعا — للجار المالك .

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

المادة ٨ — يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى .

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

المادة ١٠ — اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما بناء على رغبة المشترى 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 فللشفيع 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 للمشترى 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 المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى 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 المرتهنين 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 المشترى اذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع .

واذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع .

الباب الثالث

فى الاجراءات التى يلزم مراعاتها فيما يتعلق بالشفعة وفى سقوط حق الأخذ بها

المادة ١٤ — يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى 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 فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار [١]

(واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى باجراء هذا التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة ، وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها ، ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعة 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 فى المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها .

المادة ١٥ — ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة والا سقط الحق فيها .

المادة ١٦ — ويحكم فيها دائما على وجه السرعة .

---

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

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

المادة **١٧** — لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة . وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها .

المادة **١٨** — الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها [١] .

المادة **١٩** — يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية :

أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا .

ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفة مالك العقار نهائيا .

ثانيا — اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة .

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

المادة **٢١** — يجب أن يعلن التكليف الرسمى المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا . وهذه البيانات هى :

أولا — بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه .

ثانيا — بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى .

المادة **٢٢** — يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى سنة

---

(١) عدلت العبارة الأخيرة فى 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 فى المادة ٦٠ منه على الغاء كل نص يخالفه ، فتعتبر المادة ١٨ معدلة بموجب ذلك .

أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف 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 (مختلط) : 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 المتبعين لدى المحاكم المختلطة .

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

المادة ٢٤ (مختلط) : يعمل بهذه الأحكام بعد مضى شهر واحد من تاريخ نشرها بالطرق المنصوص عليها فى المادة ٣٥ من الكتاب الأول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

المادة **٢٥** — على ناظر الحقانية 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 و بالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية .

(٢) والحق فى الشفعة لاينتقل بالتحويل ولا بالميراث . والأخذ به لايتجزأ .

المادة **١٠٠٥** — يثبت الحق فى الشفعة :

(ا) لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

(ب) للشريك فى الشيوع اذا بيع شىء من العقار الشائع الى أجنبى .

(ج) لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

(د) لمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر وللمستحكر اذا بيعت الرقبة .

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

١ — اذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبنـاء سواء كانت فى المدن أم فى القرى .

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

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

المادة ١٠٠٦ — (١) اذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المـادة السابقة .

(٢) واذا تزاحم الشـفعاء من طبقة واحـدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

(٣) فاذا كان المشـترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المـادة السابقة فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ولـكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى .

المادة ١٠٠٧ — (١) لا شفعة ان شمل البيع فى نفس الوقت و بثمن واحد غير العقار الذى يجوز أخذه بالشفعة عقارات أخرى لا شفعة فيها .

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

المادة ١٠٠٨ — 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 للمـادة ١٠١٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى و بالشروط التى اشترى بها .

المادة ١٠٠٩ — (١) لايجوز الأخذ بالشفعة :

(ا) اذا حصل البيع بالمزاد العلنى 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 والمشترى فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه اليه البائع أو المشترى والا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة اذا اقتضى الأمر ذلك .

المادة **١٠١١** — يشتمل الانذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية والا كان باطلا :

(ا) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

(ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى 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 والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيقى للثمن الذى حصل به البيع مخصوما 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) ويحكم فى الدعوى على وجه الاستعجال .

المادة **١٠١٤** — (١) لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة .

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

المادة **١٠١٥** — (١) الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

آثار الشفعة

المادة ١٠١٦ — (١) يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته .

(٢) وانما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن الا برضاء البائع .

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

المادة ١٠١٧ — (١) اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة فى الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له اما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

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

المادة ١٠١٨ — لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى كما لا يسرى فى حقه أى بيع صدر من المشترى 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 للمشترى من ثمن العقار .

سقوط الشفعة

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

(ا) اذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة صراحة أو ضمنا ولو قبل البيع .

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

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

(د) فى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون .

(ب) حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

(١) المجموعة المدنية المختلطة

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

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

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

(٢) المجموعة المدنية الأهلية

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

(٣) مشروع القانون المدنى الجديد

مادة ٩٠٢ — (١) للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق المهارسة وذلك فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه بالبيع . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى . ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

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

أهم المؤلفات المتعلقة بالشفعة

المبسوط ، للامام شمس الأئمة السرخسي الحنفي ، جزء ١٤ كتاب الشفعة ، ص ٩٠ وما بعدها ، مطبعة السعادة ، القاهرة .

حاشية ابن عابدين ، المسماة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، الجزء الخامس ص ١٤٢ وما بعدها ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٢٣ هـ .

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تأليف الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، الجزء الخامس ص ٢٣٩ وما بعدها ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٥ هـ .

حاشية الامام شهاب الدين أحمد الشلبي بهامش تبيين الحقائق .

الفتاوى العالمكيرية ، المعروفة بالفتاوى الهندية ، الجزء الخامس ص ١٦٠ وما بعدها ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٠ هـ .

الفتاوى الخانية (فتاوى قاضيخان) للامام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي المتوفى سنة ٢٩٥ ، بهامش الجزء الثالث من الفتاوى الهندية ص ٥٣٥ — ٥٥٨ ، الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٠ هـ .

الفتاوى البزازية ، وهي المسماة بالجامع الوجيز ، للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي المتوفى سنة ٨٢٧ ، بهامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١٥٤ — ١٦٧ ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ، سنة ١٣١٠ هـ .

البدائع (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ، تأليف الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، الجزء الخامس ص ٤ وما بعدها ، المطبعة الجمالية ١٩١٠ م .

أعلام الموقعين عن رب العالمين تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى في سنة ٧٥١ هـ ، الجزء الثاني ص ٢٤٧ وما بعدها ، مطبعة النيل ، القاهرة .

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ . الجزء السادس ص ٨٠ وما بعدها الى ٨٧ ، المطبعة المنيرية ، القاهرة سنة ١٣٤٤ هـ .

مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، الجزء الثاني ص ٤٥٣ وما بعدها .

كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل ، تأليف أبي عبد الله محمد ابن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ ، جزء ٥ ، مطبعة السعادة ، مصر ١٣٢٩ هـ .

وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل تأليف أبي عبد الله سيدي محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ .

كتاب المغني تأليف الشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ، على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ — ومعه الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي 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 الميزان لعبد الوهاب الشعرانى . وبهامشه كتاب رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة تأليف الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقى الشافعى ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأزهرية المصرية سنة ١٣٢٨ هـ .

مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، لمؤلفه محمد قدرى 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 اللبنانى ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأدبية ، بيروت سنة ١٩٢٣م .

شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد سعيد المحاسنى ، ثلاثة أجزاء ، مطبعة الترقى بدمشق ١٣٤٦ هـ — ١٩٢٧ م .

مرآة المجلة طبع يوسف أصاف ، جزءان ، المطبعة العمومية ، القاهرة ١٨٩٤ م .

كتاب المعاملات ، تأليف الشيخ أحمد أبى الفتح بك ، ص ٦٣ وما بعدها ، مطبعة السفور ، القاهرة .

أحمد فتحى زغلول — شرح القانون المدنى ، ص ٩٢ — ٩٨ .

على زكى العرابى — الشفعة فى القوانين المصرية ، مطبعة الشعب ، القاهرة ١٩٠٦ .

Balbaa (Abdel Salam) — La préemption en droit égyptien, Dijon, 1938. عبد السلام بلبع

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

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. دى هلتس

فورجير (Le Baron Adrien Forgeur) : الشفعة فى القانون المصرى ، مجلة مصر العصرية (L'Egypte Contemporaine) ١١ (سنة ١٩٢٠) ص ١١٧ — ١٣٤ ، ٣٠١ — ٣٣٦ ، ٣٦١ — 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 ذهنى — فى الأموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ١٩٢٦ .

أحمد نجيب الهلالى — شرح القانون المدنى : فى البيع والحوالة والمقايضة ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ١٩٢٤ ، الطبعة الثانية بالاشتراك مع الدكتور حامد زكى ، مطبعة نورى ، القاهرة ١٩٤٠ .

فى الشفعة

١ — النصوص الخاصة بالشفعة — استمد الشارع أحكام الشفعة من الشريعة الاسلامية . 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 وتناقضها بعضها مع بعض . فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة أورد فيه بعض الأحكام التى أقرتها المحاكم ، وأضاف اليها 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 الاسلامية ، 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 الوتر ، لما فيه من ضم عدد الى عدد ، أو شىء الى شىء . يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثان . فهى اسم لملك المشفوع ذلك (٢) .

والأصل فى تسميتها هو أن الرجل فى الجاهلية كان اذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له فى أن يوليه اياه 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 الاسلامية ، 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) الحطاب ٥ ص ٣١٠ .

بأنها « حق تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن »[١].

فهى حق اختيارى 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 الرقبة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع من صاحبه كما سيجىء[٣].

ومتى ثبت حق الشفيع حق له امتلاك العقار « ولو جبرا على المشترى » ، 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 الارادة[٤].

وانما يجب على الشفيع أن يقوم بدفع الثمن والمصروفات التى قام المشترى 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 تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى 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 الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ، ولصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها ، ولمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر اذا بيعت الرقبة (المادة ١٠٠٥) .

(٤) راجع استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٦ (٤٨ ص ١١٣) ، ٧ يونيه ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٠٩) .

(٥) المجلة المادة ٩٥١ .

(٦) المجلة المادة ٩٥٢ .

ولمالك الشفيع الذى وجبت به الشفعة « المشفوع به »[١].

٤ — **الاشتباه بالغصب** — يذكر فقهاء الشرع كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب ، لمناسبة بينهما ، لأنه فى كل واحد منهما يمتلك 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 ، كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها[٢].

٥ — **مشروعية الشفعة** — الشفعة فى الشريعة الاسلامية ثابتة بالسنة والاجماع :

بالسنة : للأحاديث العديدة الواردة فى شأنها[٣] :

١ — فعن جابر أن النبى 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 النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أوحائط لا يحل 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 النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور .

٥ — وعن سمرة عن النبى 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 بسقبه ما كان .

---

(١) المجلة المادة ٩٥٣ .

(٢) حاشية الشلبى على شرح الزيلعى ص ٢٣٩ .

(٣) راجع كذلك نبذة ١٢ ففيها بعض الشرح 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 ابتع مني بيتي في دارك ، فقال سعد والله ما أبتاعهما ، فقال المسور والله لتبتاعنهما ، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، فقال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا أني سمعت رسول الله يقول : الجار أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاها اياه .

٨ — وعن عبد الملك ابن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا[1] .

والاجماع : لما يرى من الأخذ بها في كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الاسلام[2] .

وزعم بعض الفقهاء أن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ، لأنه يتملك على المشترى ملكا صحيحا له بغير رضاه ، وذلك لا يجوز ، فانه من نوع الأكل بالباطل ، وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه » ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشترى في ابطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره[3] .

وجاء في نيل الأوطار[4] لم يختلف العلماء في مشروعيتها الا ما نقل عن أبي بكر الأصم من انكارها .

٦ — **حكمة مشروعيتها** — حكمة مشروعية الشفعة اتصال ملك الشفيع بالشيء المشترى . فتجب لدفع ضرر المشترى عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة ، من حيث « اعلاء الجدار ، وايقاد النار ، ومنع ضوء النهار ، واثارة الغبار ، وايقاف الدواب والصغار » ، لاسيما اذا كان المشترى يضاده في الأخلاق والعادات[5] .

---

(١) راجع نبذة ١٧ .

(٢) المعاملات للشيخ أبي الفتح بك ص ٦٣ —

(٣) المبسوط جزء ١٤ ص ٩٠ .

(٤) ص ٨٠ .

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

ولا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم ، والاخذ من المشترى ضرر محقق به ، لأنه غالب ، فيرفع قبل وقوعه ، والا فربما لا يمكن رفعه [١] .

وجاء فى أعلام الموقعين [٢] أن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فان لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وان أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به . ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب فان الخلطاء يكثر فيهم بغى 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 فى ذلك . فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل الى حقه من الثمن .

وللشفعة مزية أخرى ، وهى منع تجزئه العقارات الى قطع صغيرة ببيعها لغير الجار والشريك ، اللذين باستعمالهما حق الشفعة يضمانها الى ملكهما ، فيمنعان تجزئتها [٣] .

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

---

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

(٢) ص ٢٤٧ و ٢٤٨ .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى الجديد أن الرأى استقر على ابقاء الشفعة سببا لكسب الملكية ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا الى ما للشفعة من فائدة فى جمع متفرق من حق الملكية ، كضم حق الانتفاع الى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة . وأضافت المذكرة الايضاحية أن المشروع اذا كان قد انتهى الى استبقاء الشفعة فقد عمل من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها ، اذ هى قيد يرد على حرية التصرف ، فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع فى الشفعة من ناحية الموضوع ومن ناحية الاجراآت . فأورد فى الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها ، اذ جعل قرابة الجوانى المانعة من الأخذ بها تمتد الى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع . ونقص المدة التى تسقط حق الأخذ بالشفعة الى ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع . وعالج من ناحية الاجراآت مسألة هامة بروح التضييق فى الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزانة مبلغا يساوى الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع .

ولايجوز 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 المشترى على التخلى عن العقار الذى اشتراه رغم ارادته [٢].

ولذلك يجب عدم التوسع فيها [٣]، حتى ان علماء الشرع توسعوا فى مسقطاتها ، و بالغوا فى ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل فى اسقاطها [٤].

وقد صدرت جملة أحكام من المحاكم الأهلية والمختلطة فى تضييق حق الشفعة :

فقررت محكمة طنطا الابتدائية [٥] أن الغرض الذى يقصده القانون من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال ملكية العين المشفوعة ، وهم الذين بينهم القانون ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم ، فيحلون محل المشترى 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 شوقى 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 ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) .

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

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

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

(٦) راجع استئناف مختلط ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) ، ١٢ ابريل 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 والربح من طلب الشفعة بطريق غير شرعى ، وبناء على ذلك اذا تواطأ طالب الشفعة مع المشترى ، 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 ، و بذلك 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 التأويل والاستنتاج ، بل من الواجب حصره فى أضيق حدوده ، وعلى ذلك لا يمكن سريانه بحجة المجاورة أو المنفعة أو التابعية اللازمة على قطعة أرض غير مجاورة لملك الشفيع ولا لباقى 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 ص٦٢ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٣ ، وقد أيد هذا الحكم فى هذه النقطة حكم محكمة الزقازيق ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاة حافظ لطفى ويحيى صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٢ ص ٦٣ — ومصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك وأحمد عزمى بك والقاضى محمد صالح) الحقوق ١٤ رقم ٣١ ص ٦٦ .

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

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

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

راجع كذلك استئناف مختلط ٨ يونيه ١٨٩٨ (١٠ ص ٣١٣) ، ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٢٨٦ ، ١٢ ابريل 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 spéculation . ويستحيل تصور شفعة تكون فيها المنفعة لعقار الشفيع ، ولا يكون فيها فى ذات الوقت منفعة شخصية للشفيع نفسه[٢] .

وبأنه ليس للقاضى أن يرفض دعوى الشفعة التى ترفع على حسب الشروط المدونة فى القانون بحجة أنها استعملت بقصد المضاربة[٣] ، اذ لا يوجد فى القانون نص يقضى بعدم قبول الدعوى فى هذه الحالة . وكل مضاربة تكون مشروعة ما دام القانون لم يحرمها[٤] .

ونحن لا نوافق على هذا الرأى الثانى .

ولكن اذا لجأ الشريك فى 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 الذى يقدم فى حالة من الأحوال المذكورة فى القانون لا يمكن أن ترفضه المحكمة بحجة أن الشفيع لم تكن لديه النقود اللازمة ، وأنه اقترضها بشروط تجعل الوفاء بها عسيرا[٦] .

٨ — **ثبوت الشفعة ولو لم يتحقق الضرر**[٧] — اذا توافرت فى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس متحققا[٨] ، لأنه مهما يكن من الحكمة التى

---

(١) راجع استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) ، ١٤ يونيه 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 ويوسف شوقى بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ ، ١٧ نوفمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٦٩ ، ١٥ ديسمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧١ — مصر الابتدائية حكم استئنافى ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ — استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

توخاها الشارع فى تقرير حق الشفعة فانه طرد الباب وأطلق الحكم ، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت فى حالته حكمة ذلك الحق ، فلا محل للتخصيص والتقييد [١] .

خصائص حق الشفعة

٩ — حق استثنائى — حق الشفعة حق استثنائى بينا . لأن فيه تقييدا لحرية التعاقد ولحق الملكية . فبمقتضاه يجبر المشترى على التخلى عن العقار الذى اشتراه ، ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذى أراد البيع له ، وقد يتفق أن يكون عامل المشترى معاملة ممتازة ، من حيث الثمن أو شروط البيع ، لاعتبارات خاصة موجودة فيما بينهما ، فيستفيد الشفيع من هذه المعاملة ، وان كانت لا توجد هذه الاعتبارات بالنسبة اليه .

ولذلك يجب كما قلنا عدم التوسع فى تفسير نصوص حق الشفعة [٢] . وقد حاطه الشارع نفسه بجملة قيود ، فنص على أن لا شفعة 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 فى مواعيد قصيرة بينها ، والا سقط الحق فيه ، الى غير ذلك من القيود التى تراها مفصلة فى مواضع أخرى من هذا الكتاب .

١٠ — حق عقارى — حق الشفعة حق عقارى ، لأنه لا يقع الا على العقارات . وسنفصل ذلك عند بحث ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب .

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

---

(١) ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحميد بدوى وخليل عفت وصالح جعفر) : المحاماة ١ رقم ٦١ ص ٣٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧١ .

استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٧٤) المحاماة ١٧ ص ٧٩٦ رقم ٤٠٠ : لا يجوز الدفع بانعدام مصلحة الشفيع إلا فى حالة تعدد الشفعاء بالجوار حيث تثبت الشفعة بالأولوية للشفيع الذى تعود أكبر منفعة لملكه من العقار المشفوع ، وبالعكس فى أحوال تعدد الشركاء على الشاع فان حق الشفعة يكون لكل منهم بنسبة حصته

(٢) راجع بند ٧ .

أن يطلب كل العقار المبيع اذا توافرت لديه شروط الشفعة . وليس له أن يطلب جزءا منه فحسب ، و يترك الباقى . وسيجىء تفصيله فيما بعد .

١٢ — هل الشفعة حق عينى ؟ — اختلف فى ذلك .

ومن رأى بعض الأحكام أنها حق عينى :

فقد جاء فى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة وان كانت من حق كل مالك فى حالة بيع عقار جاره ، وتكون له فى كل مرة يباع فيها هذا العقار ، فانها مع ذلك ليست حقا شخصيا بالمعنى الذى يخصصه القانون لهذه العبارة ، مقابل عبارة الحق العينى . فالشفعة حق عينى حقيق ، ومصدر هـذا الحق وأساسه هو الحق العينى بملكية العقار الشافع التى تخول مالك هـذا العقار حقا على العقار المشفوع Jus ad rem (١) .

وجاء فى حكم آخر لمحكمة الاستئناف المختلطة أن حق الشفعة حق عينى يتولد من حق ملكية العقار و ينتقل من مالك الى مالك بانتقال الملك من شخص الى شخص (٢) .

ورأت كذلك بعض المحاكم الأهلية أن الشفعة حق عينى ثابت على العقار ، وأنه متى ترتب هذا الحق بمجرد حصول البيع فيكون تابعا للعقار فى يد أى كان . ولا يزول عنه الا بمسوغ قانونى ، كالتنازل 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 ص ١٩٠) . راجع كذلك ٤ ابريل ١٨٨٩ (١ ص ١٤٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٦ .

(٣) استئناف أهلى ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدى بك ومسيو دى هلتس ومسيو كامران) المحاكم ٦ ص ٧١٦ .

استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) المحاكم ٦ ص ٤٢٩ .

استئناف أهلى ٢٢ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠ .

آخر أو التنازل عنه للغير [١] .

وقد جاء فى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة ليست حقا عينيا ، وأنه وان كان غرض الشفيع الحصول على الملكية ، لكنه لا يصل اليها الا بواسطة عقد بالحلول قبل البائع محل المشترى فى كل حقوقه والتزاماته . ومعنى هذا أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية ، بل حقا شخصيا ، وهو الحق فى أن يصير مشتريا بالأفضلية على المشفوع منه ، ولو ضد ارادة البائع ، وبذلك تكون له الحقوق التعاقدية التى كانت للمشترى السابق [٢] .

وحكم بأن المادة ٦٦ (من القانون المختلط) قد أوردت الشفعة بين طرق اكتساب الملكية ، والدعوى التى يطالب بها حق الشفعة مصدرها وسببها ليس رابطة التزام ، وانما حالة قائمة متعلقة بعقار ، ويترتب عليها الزام المشترى بترك ملكية العقار لمصلحة الجار بسبب صفة كونه مالكا للعقار المجاور . فالدعوى اذن دعوى عينية حقيقية [٣] .

وحكم بأن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية بما أن موضوعها عقار معين يطالب الشفيع بالحلول فى ملكيته محل المشترى أيا كان [٤] .

وحكم بأن دعوى الشفعة ليست حقا عينيا Jus in re ، بل هى دعوى شخصية للحلول فى حقوق المشترى une action personnelle en subrogation dans les droits de l'acquéreur (jus ad rem) ، ولا يكتسب الشفيع الملكية الا بالتسليم الاختيارى أو بحكم القضاء [٥] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ ابريل ١٩٠٠ برياسة Korizmico (١٢ ص ٢٣١) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤٢) .

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

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

(٤) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩٠٢ برياسة Korizmico (١٤ ص ١٦٣) ، أول مايو ١٩٠٢ برياسة Korizmico (١٤ ص ٢٧٥) .

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

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

ورأى بعض الأحكام أنه لايمكن وصف الشفعة بأنها حق عينى يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا فى القانون المدنى أنها طريقة من طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية ، كالعقود والهبة والميراث ووضع اليد بدون فرق ، ولا يتصور أن السبب المنتج للحق العينى يسمى نفسه حقا عينيا . فليست اذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته فى الشيء ، كالملكية أو حق الانتفاع ، وانما هى سبب من الأسباب القانونية التى تنشيء حق الملكية العينى ، أو بعبارة أخرى هى مجرد اباحة للتوصل الى اكتساب حق الملكية بشروط وفى أحوال مخصوصة ، وهذه الاباحة لا تنتج حقا الا اذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عينى للشفيع بمجرد البيع ، وانما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به (٢) .

وجاء فى حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف (٣) ، القاضى بأن حق الشفعة لاينتقل الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى :

« وحيث ان الفقهاء لايعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو بالرضاء حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشيئة ، 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 انه من جهة

---

(١) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩٠٨ برياسة Moriondo (٢٠ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستر بوند وقاسم أمين بك) القضاء ٣ ص ١٠٧ .

(٣) ٣ مايو ١٩٣٠ (برياسة 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 الباقى زكى القشيرى بك وعلام محمد بك ومصطفى حنفى 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 .

أخرى فانه من شروط هذا الحق فى الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه بطلت شفعته بزوال سببها ولا تنتقل لمن آل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقته ، و بناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهى حادثة بعد البيع . وحيث ان هذه المبادىء التى قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها فوجب العمل بها » .

و يقول الأستاذ عبد السلام ذهنى بك[١] ان حق الشفعة شخصى عينى : شخصى بالنسبة الى الشفيع ، وعينى بالنسبة الى العقار المشفوع فيه .

ومن رأى مسيو دى هلتس أن حق الشفعة حق شخصى متعلق بشىء droit personnel ad rem مرتبط بالشخص الذى تتوافر فيه الشروط الواجبة وقت بيع العقار الذى تترتب عليه الشفعة ، ولا ينتقل مع ملكية العقار اذا بيع بعد هذا الوقت[٢] .

ولكن دى هلتس لاينظر الى حق الشفعة الا من وجهة واحدة ، وهى وجهة صاحب الحق الذى تتوافر فيه وقت البيع الشروط المطلوبة للأخذ بالشفعة ، فان له حقا شخصيا ، بمعنى أن حق الشفعة خاص به ، ولا ينتقل الى ورثته ، ولكن الشفيع فى ذلك مثل صاحب حق الانتفاع ، فان حقه لاينتقل الى ورثته ، ومع ذلك فلا خلاف فى أنه حق عينى .

ومن رأى مسيو فورجير أنه حق شخصى ، لاعينى[٣] .

ومن رأى الأستاذ السنهورى[٤] أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، بل هى واقعة قانونية طبيعية ، وهى من أسباب اكتساب الملكية ، فهى ليست بحق ، بل هى مصدر للحق[٥] .

---

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

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

وعندنا أن حق الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية ، وهو أقرب الى الحق العينى منه الى الحق الشخصى . فالشفيع بمقتضاه مايشبه حق التتبع وحق الأولوية اللذين يخولهما الحق العينى :

حق التتبع droit de suite : لأن للشفيع أن يطلب العقار ممن هو فى يده ، أيا كان . فاذا باع المشترى العقار الى آخر فالشفيع الحق فى طلبه من المشترى الجديد (المادة ٩ من قانون الشفعة) . ويستنتج من ذلك أنه لو كان الحق شخصيا فان صاحب الحق لا يتقاضى حقه الا من شخص معين .

وحق الأولوية droit de préference : 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 المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى 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 حلوله محل المشترى 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 المدنى الجديد أن الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى (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 ٢٠) ، 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 (١٢ ص ٢٣١) ، ١٨ يناير ١٩٣٨ (٥٠ ص ١٠٤) .

القانون الواجب تطبيقه فى الشفعة

١٣ — قانون الشفعة الخاص بها — للشفعة قانون خاص فى مصر[١]، فيجب اذن العمل بأحكامه وتطبيقها[٢].

وبما أن الشفعة تتولد بين الشفيع والبائع والمشترى معا فيطبق القانون الأهلى اذا كانوا كلهم وطنيين، والقانون المختلط اذا كانوا كلهم أو أحدهم من الأجانب[٣].

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المحاكم المختلطة تكون مختصة بالنظر والفصل فى دعوى الشفعة اذا رفعها بعض الشركاء على الشيوع ضد شريك على الشيوع من الوطنيين اذا وجد أجنبى بين الشركاء على الشيوع طالبى الشفعة[٤].

وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الشفعة تكون خاضعة للقانون التابع

---

(١) راجع نبذة ١ .

وقد نص على الشفعة فى مشروع القانون المدنى فى المواد ١٠٠٤ الى ١٠١٩ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة بطرس يوسف بك والقاضى محمد صدقى والقاضى محمد زكى) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ الفهرست الأولى للمجموعة رقم ٧٧٣ : لا تسرى أحكام الأمر العالى الصادر فى ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ متعلقا بالشفعة على ما قبلها من الزمن اذا كان طلب الشفعة تقدم قبل صدور هذا الأمر العالى . وبناء على ذلك فالمسائل المتعلقة بشروط الشفعة والمواعيد الواجب مراعاتها فيها يسرى عليها القانون السابق على ذلك الأمر العالى .

استئناف مصر الأهلية ١٧ مارس ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور 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 يونيه ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ ملحق القانون والاقتصاد ٩ رقم ٥٤ : ان الشريعة الاسلامية لاتعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه الا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت فى ظلها قبل انشاء المحاكم الأهلية وفيما أحاله القانون اليها ، كالميراث والحكر ، أما ما أخذه الشارع من أحكامها وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين ، كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فانه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الاسلامى ، وقضاؤها فى ذلك خاضع لرقابة محكمة النقض .

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

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

له كل من المشترى والشفيع فقط ، لأنهما الخصمان الحقيقيان [١] . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفيع والمشترى فى الدعوى الحالية أهليان فلا ينطبق عليها القانون المختلط وان كان البائع أجنبيا .

« وحيث انه لايمكن انطباقه عليها أيضا باعتبار كونه قانون عقد البيع الذى 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 والمشترى 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 لاختصام شخص فى دعوى الا استعمال الحق الذى هو موضوعها ضد من له شأن فيه ، فلا يسرى عليه الا القانون الذى يسرى على الحق نفسه » .

ولكن هذا الرأى 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 النصين العربى والفرنسى** — من رأى محكمة مصر الابتدائية [٢] أنه اذا اختلف النص العربى 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 الغاء القانون الذى صدر فعلا والعمل بنصوص لم يصدر بها القانون .

وقد قررت محكمة مصر ذلك بمناسبة تفسير المادة ٣ من قانون الشفعة ، الخاصة بالبيع بالمزايدة ، والتى 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 ٩ .

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

(٣) راجع أسيوط الابتدائية استئنافى ٢٩ يناير ١٩٢١ (دائرة محمد عبد الهادى الجندى بك والقاضى عبد الله محمد والقاضى محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ ص ٨٨ المحاماة ١ رقم ٩٨ ص ٤٨٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٣ . وراجع نقض ٣١ مايو ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١١٥ سنة ١٤ القضائية (مشار اليه بنبذة ١٤١) =

١٥ — الرجوع الى أحكام الشريعة — عند عدم وجود نص صريح يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، 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 اذن 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 الاسلامية

١٦ — اختلاف 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 الفهرست العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٣ .

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

بندر طنطا الجزئية (القاضى محمود صادق بك) ٢٥ فبراير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥١٥ ص ٦٢٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٧ مرجع القضاء ٤٦٢٨ .

وراجع نقض ٨ يونيه ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ رقم ١٨٩ ص ٤٧٥ المتقدم ذكره .

وقارن استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستر بوند 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 ص٤٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ — زكى العرابى نبذة ٨ .

(٣) كتاب الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٦ .

فقال أبو حنيفة وأهل العراق الشفعة على مراتب ، يقدم فيها الشريك فى نفس المبيع [١] ، ثم الشريك فى حقوق المبيع [٢] ، ثم الجار المالك بعدهما [٣] .

وذهب الشافعى وأحمد ومالك وأهل المدينة الى أن لاشفعة للجار ولا للشريك فى حقوق المبيع [٤] .

١٧ — حجج القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار [٥] :

(١) منع مضايقة الجار ، فان الجار قد يسىء الى جاره غالبا أو كثيرا ، فيعلى الجدار ، ويتبع العثار ، ويمنع الضوء ، ويشرف على العورة ، ويطلع على العثرة ، ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، كما يشهد به الواقع .

(٢) ما أوصى به الله ورسوله فى القرآن والسنة من اكرام الجار والاحسان اليه .

(٣) الحكم بالشفعة ثبت فى الشركة ، لافضائها الى ضرر المجاورة ، فانهما اذا اقتسما تجاورا . ولهذا اختصت بالعقار دون المنقولات . فاذا ثبتت فى الشركة فى العقار ، لافضائها الى المجاورة ، فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها .

(٤) هذا معقول النصوص لو لم ترد بالثبوت فيها ، فكيف وقد صرحت بالثبوت فيها أعظم من تصريحها بالثبوت للشريك :

(ا) فعن عمرو بن الشريد قال « وقفت على سعد بن أبى وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال يا سعد ابتع منى بيتى فى 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 أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول الجار أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ،

---

(١) راجع نبذة ٢٥ .

(٢) راجع نبذة ٢٦ وما بعدها .

(٣) المبسوط للسرخسى ص ٩٤ .

(٤) كتاب رحمة الأمة ٢ ص ٣٧ — الترمذى فى جامعه ، حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

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

فأعطاها اياه »[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 بسقبه 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 « ابتع بيتي » ، بلفظ التثنية ، أي البيتين الكائنين في دارك .

وقوله « فقال المسور » في رواية أن أبا رافع سأل المسور أن يساعده على ذلك .

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

(٢) قوله « أحق » في شرح السنة هذه اللفظة تستعمل فيمن لا يكون غيره أحق منه . والشريك 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 الشافعي (نيل الأوطار ص ٨٤ — ٨٥) .

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

قوله « أحق بسقبه » بفتح السين المهملة والقاف وبعدها باء موحدة ، ويجوز فتح القاف واسكانها (نيل الأوطار ص ٨٤ — ٨٥) . والسقب القرب ، والمراد منه الشفعة ، وتجوز كتابته بالسين والصاد جميعا كالصراط . يقال دار فلان بسقب دار فلان ، أي بقرب منها ، وأبيات القوم متساقبة أي متقاربة . وسقبت الدار وأسقبت لغتان فصيحتان ، والمنزل سقب ومسقب (حاشية الشلبي ص ٢٣٩ — ٢٤٠) — والسقب بالسين القرب والمجاورة ، وبالصاد الأخذ والانتزاع (المبسوط ص ٩١) .

وقوله « ما كان » : له معنيان ، أحدهما أن المراد من كان ، فان ما تذكر بمعنى من ، قال الله تعالى والسماء وما بناها ، فهو دليل على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي . والثاني أن المراد بقوله ما كان أي ما كان يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة — فيكون دليلا لمن يقول بثبوت الشفعة فيما لا يحتمل القسمة — والبعض كالشافعي يقول بعدم ثبوت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة (راجع ما سيجيء نبذة ٢٠ وما بعدها — المبسوط ص ٩٢ — ٩٣) .

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

(٤) قوله « ينتظر بها » مبني للمفعول .

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

(هـ) وعن أبى سعيد الخدرى « قال ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره » . والخليط هو الشريك فى نفس المبيع ، والشفيع هو الشريك فى حقوق المبيع ، كالشرب والطريق . وقيل على عكس ذلك ، فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع ، فالشريك يكون فى نفس المبيع ، والخليط يكون فى 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[1] .

وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

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

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

(ح) ان حق الأصيل ، وهو الجار ، أسبق من حق الدخيل ، وهو المشترى ، وحكمة الشفعة فى الشركة متوافرة فى حالة الجوار ، والضرر منه دائم متأبد ، ولا يندفع ذلك الا برضاء الجار ، ان شاء أقر الدخيل على جواره له ، وان شاء انتزع الملك بثمنه[2] .

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

١٨ — مهج المبطلين لشفعة الجوار[3] :

(١) النصوص :

(ا) فعن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى 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 فى كل شركة لم تقسم ، ربعة أو حائط ، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به »[٢] .

(٢) ان الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجبه من التزاحم فى المرافق والحقوق والتعديل والتغيير والافضاء الى التقاسم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه .

---

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

وقوله « فاذا وقعت الحدود » أى حصلت قسمة الحدود فى المبيع ، واتضحت بالقسمة مواضعها .

وقوله « وصرفت فى الطرق » ، بضم الصاد وتخفيف الراء المكسورة ، وقيل بتشديدها ، أى بينت مصارفها ، وكأنه من التصريف والتصرف . قال ابن مالك معناه خلصت وبانت ، وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة ، وهو الخالص من كل شىء ، سمى بذلك لأنه صرف عنه الخلط ، فعلى هذا صرف مخفف الراء ، وعلى الأول أى التصريف والتصرف مشدد (نيل الأوطار ص ٨٠ — ٨١) .

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

وقوله « ربعة » بفتح الراء وسكون الموحدة ، تأنيث ربع ، وهو المنزل الذى يرتبعون فيه فى الربيع ، ثم سمى به الدار والمسكن .

وقوله « لايحل له أن يبيع » الخ : ظاهره أنه يجب على الشريك اذا أراد البيع أن يؤذن شريكه — جاء فى 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 والهادوية وابن أبى ليلى والبتى وجمهور أهل العلم أن له أن يأخذه بالشفعة ، ولا يكون 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 الايذان من البائع . ودليل الأولين الأحاديث الواردة فى 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 ههنا ، بحمل المطلق على المقيد (نيل الأوطار ص ٨٣ — ٨٤) .

وقالوا ان حالة الشريك تفترق عن حالة الجار فى مدى حقوق كل منهما ، فان للشريك على شريكه حق مطالبته بالقسمة وحق منعه من التصرف فى 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 هى تجنب مضار القسمة التى قد تؤدى اليها مضايقة الشريك الجديد ، ولذلك منح هذا الحق للتخلص منها بانتزاع المبيع على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشترى ، 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 المشترى ، ولا يجب أن تكون مصلحة الأول مسوغا للاضرار بالثانى ، فاذا سمح للجار بالشفعة من المشترى لدار يحتاج الى سكناها مع أسرته تعذر عليه الحصول على دار ما لم تكن خالية من الجوار ، وهذا فى الواقع مستحيل ، بخلاف الشركة فان المشترى يمكنه أن يحصل بسهولة على دار لا شركة فيها .

يضاف الى ذلك أن الضرر الواقع على المشترى بسبب شفعة الشريك بسيط جدا بالنسبة الى الضرر الذى يلحق الشريك الشفيع ، لأن المشترى 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 اللغوى . 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 ، وهى شريكته فى الفراش .

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

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 فى الطرق والحقوق [٤] .

(٣) ورأى يسقط شفعة الجوار اذا صرفت الطرق ، ولم يكن هناك اشتراك فى حق من حقوق الأملاك ، ويثبتها اذا اشترك الجاران فى حق من حقوق الأملاك ، كالطريق [٥] .

وحديث جابر صريح فى الرأى 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 الرأى الوسط ان القياس الصحيح يقتضى هذا القول ، فان الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب اليه ، ورفعه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشترى ، فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود فى الخلطة فى 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 التى تجيز الشفعة فى الشريعة الاسلامية

٢٠ — اختلاف فى الرأى — اختلف من قالوا بوجود الشفعة فى الشركة الى رأيين :

(١) رأى مالك فى احدى روايتيه والشافعى أن كل ما لا ينقسم ، كالبئر والحمام والطريق ، لا شفعة فيه .

(٢) رأى أبى حنيفة ومالك فى روايته الأخرى أن فى ذلك الشفعة [١] .

وسنبين حجج كل من الرأيين :

٢١ — الرأى الأول — لا شفعة فيما لا يحتمل القسمة : يقول هذا الرأى بأن لا شفعة الا فيما يقبل القسمة ، لأن كل واحد من الشريكين اذا طالب شريكه بالقسمة كان عليه فى ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق فى 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 ، وفى ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به ، فمكنه الشارع من رفع هذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبى الذى يريد الدخول عليه [٢] .

٢٢ — الرأى الثانى — الشفعة جائزة أيضا فيما لا يحتمل القسمة — يقول من يأخذ بهذا الرأى ان الشفعة انما شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، فتجوز فيما لا ينقسم ، فاذا كانا شريكين فى 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 الأجنبى ، اذ فى 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 للشعرانى 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 القسمة ، فاذا كان الشارع مريدا لرفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع .

وقالوا لو كانت الأحاديث مختصة بالأعيان المنقسمة فاثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة .

رأى الامام أبى حنيفة

٢٣ — عند الامام أبى حنيفة سبب الشفعة هو كما تقدم اتصال ملك الشفيع بالعقار اتصال شركة أو اتصال جوار[١] . فالذين لهم حق الشفعة عنده هم : (١) الشركاء ، و (٢) الجيران :

٢٤ — (١) **الشركاء** — الشركة فى الشفعة على نوعين : شركة فى نفس العقار المبيع ، وخلطة أو شركة فى حقوقه .

٢٥ — **الشركة فى نفس العقار** — فالشركة فى نفس العقار المبيع هى أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه ، قليلة كانت أو كثيرة ، فان كانت حصته مفرزة عن العقار فلا يكون شريكا فيه[٢] .

والمشارك فى حائط الدار يعتبر مشاركا فى نفس العقار[٣] ، اذا كان شريكا فى أرض الحائط ، أو فى الأرض والبناء ، أما اذا كان شريكا فى بناء الحائط دون الأرض فيعتبر جارا كما سيجىء[٤] .

٢٦ — **الشركة فى حقوق العقار** — الخلطة أو الشركة فى حقوق العقار المبيع عبارة عن الشركة فى حق الشرب الخاص ، أو الطريق الخاص .

ويسمى الشريك فى 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 التى تفتح أبوابها على ذلك الطريق كلهم شفعاء ، سواء أكان جوارهم ملاصقا أم لم يكن [١] .

ولكن اذا بيعت احدى الدور التى لها باب على الطريق العام فليس لأصحاب الدور الأخرى التى 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 فى هذا الطريق أم فى غيره [٣] .

والطريق الخاص هو الزقاق الذى 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 الذى لا يستحق به الشفعة هو ما لا يملك أهله سده [٧] .

٢٨ — تطبيقات :

ا — 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 فى 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 احداهما فى سكة غيرنافذة و باب الأخرى فى السكة الأخرى مثلها ، فاشتراها رجل ورفع الحائط من بين الدارين حتى صارتا دارا واحدة ، فلأهل كل سكة أن يأخذ الجانب الذى كان بابه فى تلك السكة . وان كانت هذه الدار المبيعة فى الأصل واحدة ولها بابان كانت الشفعة لأهل السكتين فى جميع الدار بالسوية ، وانما يعتبر فى هذا القديم دون الحادث [١] .

٢٩ — الشرب الخاص — اذا بيعت احدى الرياض المشتركة فى حق شرب خاص يكون أصحاب الرياض الأخر كلهم شفعاء ، يستوى الملاصق وغير الملاصق . وأما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم فليس لأصحاب الرياض الأخر التى تسقى من ذلك النهر حق شفعة [٢] . وانما الشفعة فى هذه الحالة للجار الملاصق [٣] .

واذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبع حق شربها ، فليس للخلطاء فى حق شربه شفعة [٤] .

واختلفوا فى 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) سايم باز على المادة ١٠١٤ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٦٩ .
(٢) المجلة المادة ١٠٠٨ .
(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .
(٤) وليقس الطريق الخاص على هذا . راجع المادة ١٠١٥ من المجلة .
(٥) الزيلعى ص ٢٤٠ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .
(٦) الذخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .
(٧) وعرف الشرب الخاص فى المجلة فى المادة ٩٥٥ بأنه : « هو حق الشرب فى 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 التى لم يختلط بها شيء . والماء القراح الذى 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 أبى حنيفة وأبى يوسف لا شفعة له ، كما فى العلو المنهدم[٤] . والراجح قول محمد[٥] .

٣٠ — (٢) الجيران — 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 بالمجاورة ، 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 يمحى كله فى أراضيهم ، بل تبقى له كل بقية تجرى الى مفازة مباحة للعامة . فالأنهر من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لأحدها نهر عام أيضا ، والشفعة لا تجرى فيها . النوع الثانى النهر الخاص الذى يتفرق ماؤه ، و ينقسم الى أراضى عدة أشخاص ، ومتى انتهى الى آخر أراضيهم يمحى ولا ينفذ الى مفازة ، فالشفعة انما تجرى 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 ٥ 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 المسكين بالآخر [١] . وسبب عدم ثبوت الشفعة اذا كان الجار مقابلا هو أن حق الأخذ بالشفعة يكون للشفيع ليترفق به من حيث توسع المك والمرافق ، وهذا فى الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى ، ولا يتحقق ذلك فى الجار المقابل لعدم امكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى لوجود طريق نافذ بينهما [٢] .

٣١ — الجوار فى الدار ذات الطبقات — اذا كان السفل 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 العلو فى السفل اعتبر كل منهما شريكا للآخر فى حق المرور [٤] .

وان لم يأخذ صاحب العلو السفل 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 تجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار ، وحق القرار باق [٥] .

وان كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض ، وباب كل الى السكة ، فبيع الأوسط تثبت للأعلى والأسفل . وان بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أولى [٦] .

ولو كان السفل لرجل والعلو لآخر ، فبيعت دار بجنبها ، فالشفعة لهما [٧] .

٣٢ — من له أخشاب على حائط الجار — من كانت أخشاب سقفه

---

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

(٢) ولكن اذا كانت الداران فى سكة غير نافذة فان 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 فى خشبة موضوعة على حائط جاره ، يعتبر جارا ملاصقا ، لا شريكا [١] ، لأن الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار ، لا فى المنقول ، والخشبة منقولة ؛ ووضع الأخشاب على الحائط لا يصير شريكا فى الدار .

وهو يعتبر جارا ملاصقا لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر ، فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق ، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران [٢] .

٣٣ — الشريك فى بناء حائط — تقدم أن الشريك فى حائط الدار هو فى حكم المشارك فى نفس الدار [٣] ، وذلك ان كان البناء والمحل الذى عليه البناء مشتركا ، فيقدم الشريك فى الحائط على الخليط ، وعلى الجار .

والشريك فى بناء الحائط دون الأرض القائم عليها يعتبر جارا ملاصقا ، لا شريكا [٤] .

وفى الدر المنتقى الشريك فى البناء فقط لا شفعة له ، لأن الشركة فى البناء المجرد بدون الأرض لا تستحق بها الشفعة [٥] .

٣٤ — جار الدار ذات المقاصير — اذا كان لرجل دار فيها مقاصير ، باع منها مقصورة معينة أو طائفة معلومة أو بيتا ، فلجار الدار الشفعة فيها من أية ناحية كان الجوار ، وان لم يكن جارا لتلك المقصورة ولا لتلك الطائفة ، لأن المبيع من جملة الدار والشفيع جار الدار فكان جارا للمبيع . ولو أن الشفيع سلم الشفعة ، ثم ان المشترى باع المقصورة المبيعة لم تكن الشفعة الا لجار المقصورة المبيعة ، لأن المبيع صار مقصودا ومفردا بالملك ، فخرج من أن يكون بعض الدار ، واذن ليس لجار الدار شفعة فى المقصورة اذا لم يكن هو جارا لها [٦] .

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٠١ — المجلة المادة ١٠١٢ — الزيلعى ص ٢٤١ .
(٢) الزيلعى ص ٢٤١ .
(٣) المجلة المادة ١٠١٢ — راجع ما تقدم نبذة ٢٥ .
(٤) الزيلعى ص ٢٤١ .
(٥) سليم باز على المادة ١٠١٢ من المجلة .
(٦) سليم باز على المادة ١٠١٢ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

٣٥ — مواد الشرب أو الطريق :

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

ب — اذا اشترى الرجل نهرا بأصله ، ولرجل أرض فى أعلاه الى جنبه ، ولرجل آخر أرض فى أسفله الى جنبه ، فلهما جميعا الشفعة فى جميع النهر من أعلاه الى أسفله ، وكذا فى القناة والعين والبئر ، فهى من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار . وكذلك القناة يكون مفتحها فى أرض ويظهر ماؤها فى أرض أخرى فجيرانها من مفتحها الى مصبها شركاء فى الشفعة [٢] .

٣٦ — تزاحم الجار مع الشريك — الشريك مقدم عن الجار فى الشفعة كما سيأتى [٣] .

تزاحم الشفعاء فى الشريعة الاسلامية

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

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) راجع نبذة ٣٧ وما بعدها .

الشريك فى أرض الحائط المشترك ، ثم الخليط أى الشريك فى حقوق المبيع الخاصة ، ثم الجار الملاصق [١] ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع » . والمراد بالشريك هو الشخص الذى له شركة فى نفس المبيع ، وبالخليط الشريك فى حقوق المبيع الخاصة ، وبالشفيع 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] .

واذا سلم الشفعة أو سقط حقه فيها تنتقل الشفعة الى من يليه فى الرتبة [٤] .

واذا اجتمع خليطان يقدم الأخص ثم الأعم [٥] .

وقد قدم الشريك فى الملك لأن سبب الاستحقاق فى القرب والاتصال ، وذلك فى حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ، ثم بعده الشريك فى حقوق الملك لزيادة الاتصال فى 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 محجوبون ، لحق الشريك ، وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم . ولكن فى ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرير السبب فى حقه ، الا أن حق الشريك كان مقدما ، فاذا سلم كان للجار أن يستوفى [٧] .

٣٩ — تطبيقات :

ا — دار بين شريكين فى سكة غير نافذة ، طريقها من هذه السكة ، باع

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٠٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١٧ ص ٤١ .

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

(٤) مرشد الحيران 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 أولا للشريك فى الدار ، فان سلم فالشريك فى الحائط المشترك الذى يكون بين الدارين ، فان سلم فلأهل السكة ، الكل فى ذلك على السواء ، فان سلموا فالجار الذى يكون ظهر هذه الدار الى داره وباب تلك الدار فى سكة أخرى (١) .

ب — بيت فى دار فى سكة غير نافذة ، والبيت لاثنين ، والدار لقوم ، باع أحد الشريكين نصيبه من البيت ، فالشفعة أولا للشريك فى البيت ، فاذا سلم فلشريك الدار (٢) ، فان سلم فلأهل السكة ، الكل فى ذلك على السواء ، فان سلموا فالجار الملاصق (٣) .

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

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٢) فى شرح أدب القاضى للخصاف فى باب الشفعة : فان كان لهذه الدار التى هذا البيت هو فيها جيران ملازقون فالذى هو ملازق هذا البيت المبيع والذى هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت فى الشفعة على السواء (الفتاوى الهندية ص ١٦٦) .

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

(٤) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد (من مختصر الشيخ أبى الحسن الكرخى : فى حاشية الشلبى ص ٢٤٠) .

٤٠ — فى الدار ذات الطبقات :

ا — سفل بين رجلين ، ولأحدهما عليه علو منزل بينه و بين 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 العلو فيه ، 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 العلو بطريقه ، ففى 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 ، أخذه صاحب الدار التى عليها العلو بالجوار . وان كان للعلو جار ملازق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأنهما جاران . وان لم يكن جار العلو ملازقا ، و بين العلو و بين 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 فحينئذ 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 الشلبى 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 فى الحائط مقدم على الخليط وعلى الجار كما تقدم :

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

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

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

٤٣ — تزاحم الشريك فى الملك والشريك فى الطريق :

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

---

(١) من مختصر أبى الحسن الكرخى منقولة فى حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

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

(٣) الزيلعى ص ٢٤١ — حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

فشريكه فى الدار أحق بالشفعة فى ذلك ، ولا شفعة لصاحب الطريق [١] .

٤٤ — تزاحم الشريك فى الملك والجار :

دار لرجل فيها بيت بينه و بين غيره ، فباع الرجل الدار ، فطلب الجار الشفعة ، وطلبها الشريك فى البيت ، فصاحب الشركة فى البيت أولى بالبيت ، وبقية الدار بينهما نصفان [٢] .

٤٥ — تزاحم الشريك فى الطريق والجار :

(ا) دار فيها ثلاثة بيوت ، بيت فى أول الدار ، ثم البيت الثانى بجنب هذا البيت ، ثم البيت الثالث بجنب الثانى ، كل بيت لرجل واحد ، فباع واحد منهم بيته . ان كان طريق البيوت فى الدار كانت الشفعة للباقين بحكم الشركة فى الطريق . وان كانت أبواب البيوت فى سكة نافذة ، لا فى 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 فى دار ، كل واحد فوق الآخر ، وكل واحد لانسان ، فباع واحد منهم بيته ، فان كان طريق الكل فى الدار فللباقيين أن يشتركا فى الشفعة ، وان كانت أبواب البيوت فى 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 أبيات ، ولها ساحة ، والساحة بين ثلاثة نفر ، والبيوت بين اثنين منهم ، فباع أحد مالكى البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه فى البيوت والساحة ، فلا شفعة لشريكهما فى الساحة [٥] .

---

(١) مختصر الشيخ أبى الحسن الكرخي عن أبى يوسف منقولة فى حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .
(٢) هكذا فى البدائع ص ١٠ — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .
(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .
(٤) هكذا فى خزانة المفتين — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .
(٥) كذا فى الذخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(د) درب غير نافذ فيه دور لقوم ، باع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا فى السكة العظمى ، ولم يبع طريقه فى الدرب ، على أن يفتح مشترى البيت بابا الى الطريق الأعظم ، فلأصحاب الدرب الشفعة لشركتهم فى الطريق وقت البيع ، فان ساموها ثم باع المشترى البيت بعد ذلك ، فلا شفعة لأهل الدرب لانعدام شركتهم فى الطريق وقت البيع الثانى ، فتكون الشفعة للجار الملازق ، وهو صاحب الدار . وكذلك اذا باع قطعة من الدار بغير طريق فى 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 فى الفناء والطريق ، فان سلم هؤلاء الشفعة فالشفعة للجار الملاصق [٢] .

٤٦ — التزاحم بين صاحب الشرب الخاص والجار :

(ا) نهر كبير كدجلة ، يجرى 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 التى 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) فى المنتقى عن محمد : نهر بين قوم ، ولهم عليه أرضون و بساتين شربها من ذلك النهر ، وهم شركاء فيه ، فلهم الشفعة فيما بيع من هذه الأراضى 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 فى 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 فى سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أوملك مشترك بينهم ، وفى هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء (المبسوط ص ٩٧) .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٧٠ .

وبقى من هذه البساتين ما يحتاج الى السقى فهم شركاء فى الشرب على حالهم وشركاء فى الشفعة [١] .

٤٧ — **المشترى أحد الشفعاء** — لو كان المشترى أحد الشفعاء ، وطلب معهم ، فيحسب واحدا منهم ، ويقسم المبيع بينهم [٢] .

٤٨ — **القسمة بين الشفعاء عند تعددهم اذا تساووا** — استحقاق الشفعة للشفعاء يكون بقدر رءوسهم ، لا بقدر أملاكهم ، فاذا باع أحد الشركاء مثلا حصته ، وكان المشترى أحد الشركاء ، يحسب واحدا منهم فى الشفعة ، وتقسم الحصة المبيعة بينهم ، لافرق بين صاحب الجزء الكثير والجزء القليل [٣] .

مثلا 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 الرءوس .

فلو كانت الدار بين ثلاثة ، لأحدهم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع صاحب النصف نصيبه ، كانت الشفعة بين الباقين نصفين ، عند الامام الأعظم على عدد الرءوس ، وعند الشافعى ومالك أثلاثا ، ثلثاه لصاحب الثلث ، وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة [٥] .

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

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

ولو أن رجلا اشترى دارا فى سكة غير نافذة ، ثم اشترى دارا أخرى فى تلك السكة ، كان لأهل السكة أن يأخذوا الأولى بالشفعة ، لأن المشترى لم يكن شفيعا وقت الشراء الأول ثم صار هو شفيعا مع أهل السكة فى الدار الثانية (كذا فى الظهيرية — الفتاوى الهندية ص ١٧٠) .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٠٤ .

(٤) المجلة المادة ١٠١٣ .

(٥) البدائع ٥ ص ٥ .

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 فى 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] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة على رءوس الرجال » . وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة ، وقد استويا فى أصل ذلك ، فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير ، أو جار لاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير [٣]. ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل ، والاستواء فى العلة يوجب الاستواء فى الحكم ، ولا ترجيح بكثرة العلل ، بل بقوة فيها ، ألا ترى أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء [٤].

٤٩ — **تقديم الأخص على الأعم** — اذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الأخص على الأعم [٥].

مثلا لو بيعت احدى الرياض التى لها شرب فى الخرق الذى أحدث من النهر الصغير مع شربها ، يقدم ويرجح الذين لهم حق الشرب فى ذلك الخرق . وأما لو بيعت احدى الرياض التى لها حق شرب فى ذلك النهر مع شربها ، فالشفعة تعم من له حق شرب فى النهر ومن له حق شرب فى خرقه ، لاستوائهم فى الشرب [٦].

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

---

(١) المبسوط ٩٧ .
(٢) مجمع الأنهر ٢ ص ٤٥٥ — الزيلعى ٥ ص ٢٤١ .
(٣) المبسوط ص ٩٧ .
(٤) الزيلعى 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 فى السكة العليا فالشفعة تعم من له حق المرور فى السكة العليا المتشعب منها والسكة السفلى المتشعبة ، لأن خلطتهم فى السكة العليا سواء [١].

٥٠ — **تقديم حق الشرب على حق الطريق** — حق الشرب مقدم على حق الطريق . بناء عليه لو بيعت روضة لها خليط فى حق الشرب الخاص ، وخليط فى طريقها الخاص ، يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق [٢] .

٥١ — **حق المسيل وتقديم حق الطريق عليه** — اذا كان لرجل مسيل ماء فى دار ، و بيعت 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 ، وللآخر 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 :

(ا) معير الأرض الذى يأذن المستعير فى البناء .

(ب) الشريك فى العقار غير المقسوم .

(جـ) الجار .

والأول مقدم على الثانى ، والثانى مقدم على الثالث .

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — الزيلعى ٢٤٠ .

(٢) المجلة المادة ١٠١٦ .

(٣) كذا فى الترخانية ، الفتاوى الهندية ١٧٠ .

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

٥٣ — (ا) معير الأرض — كانت المادة ٦٨/٩٣ 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 فى أن يبنى عليها ، فأنشأ حسن بناء ، ثم باعه عليا ، فكان لأحمد ، بمقتضى المادة ٦٨/٩٣ ، الحق فى الأخذ بالشفعة .

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

ولم يأت قانون الشفعة الجديد بحكم هذه المادة كما سيجىء .

٥٤ — (ب) الشريك فى العقار غير المقسوم — كانت المادة ٦٩/٩٤ تقضى بأن « 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 المبين فى المادة السابقة » (أى فى المادة ٦٨/٩٣ المتقدم ذكرها) .

وزادت المادة ٩٥ مدنى مختلط أن « له (أى للشريك فى 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 فى شرحى الخطاب والمواق (ص ٣١٨ — ٣١٩) أنه اذا بنى رجلان فى عرصة رجل باذنه ، ثم باع أحدهما حصته من النقض (أى مقلوعا) ، فلرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمته (أى مقلوعا) أو من الثمن الذى باعه به ، فان أبى فلشريكه الشفعة بالضرر .

وهذا فى العارية المطلقة ، وأما المقيدة بمدة فقال ابن رشد اذا باع قبل انقضائها على البقاء فللشريك 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 ، فى حكمها الاستئنافى الصادر فى ٢٩ من ابريل سنة ١٨٩٧ [(١)] ، الجار الذى أعطته المادة ٧٣ حق الشفعة ، بأنه هو الذى لا يفصل عقاره عن العقار المشفوع فيه ملك لأجنبى أو طريق أو مجرى مياه عموميان [(٢)] .

(٣) قانون الشفعة

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

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

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

كذلك لم يأت قانون الشفعة بما قررته المجموعة المدنية من تخويل حق الشفعة لمعير الأرض الذى يأذن المستعير فى البناء .

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

---

(١) القضا ٤ ص ٣٥٧ .

(٢) وقررت المحكمة المذكورة أنه ينتج من ذلك أنه اذا بيعت دار فى طريق خاص ، فجميع أهل هذا الطريق ممن لهم مرور على الدار أو جزء منها يعدون شفعاء فيها ، يستوى فى ذلك الملاصق والمقابل ، لأن للجميع فى 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 فى حقوق العقار .

المشاع ، وقال ان له طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة .

وفى المادة ٧ ، التى تكلمت فى أحوال التزاحم ، ذكر أيضا مالك الرقبة بين الشفعاء .

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

(ا) مالك الرقبة .

(ب) الشريك الذى له حصة مشاعة .

(ج) صاحب حق الانتفاع .

(د) الجار المالك .

وقد ذكروا فى المادة الأولى والثانية والسابعة من قانون الشفعة [(١)] .

وذكرت فى المادة ٧ مرتبة كل واحد من هؤلاء الشفعاء .

وسنتكلم فى حكم كل منهم على حدة ، ونتبع ذلك بالتكلم فى حالة اجتماعهم وتزاحمهم على الأخذ بالشفعة .

---

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

(ا) لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

(ب) للشريك فى الشيوع اذا بيع شىء من العقار الشائع الى أجنبى .

(ج) لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

(د) لمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

١ — اذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى 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 ثمن الأرض المبيعة على الأقل » .

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

١ - مالك الرقبة

Nu-Propriétaire

٥٨ — ذكر مالك الرقبة فى الفقرة الثانية من المادة ٢ التى جاء فيها :

« وله (أى لصاحب حق الانتفاع) طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

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

وهو مذكور أيضا فى المادة ٧ التى جاء فيها أنه فى 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 فى حالة بيع عقار مادى .

ولا يمكن أن يتصور أن لمالك الرقبة الحق فى أن يشفع فى عقار مادى الا فى الحالتين الآتيتين :

١ — فى حالة ما يكون شريكا على الشيوع فى ملك الرقبة . ولكنه فى هذه الحالة يكون له حق الشفعة باعتباره شريكا فى الملك .

٢ — فى حالة بيع أرض مجاورة للأرض التى له فيها ملك الرقبة . ولكنه فى هذه الحالة يشفع باعتباره جارا .

والظاهر أنه ، خلافا لأحكام الشريعة الاسلامية ، ليس الأمر هنا متعلقا ببيع عقار مادى ، وانما ببيع حق عينى ، وهو حق الانتفاع [1] .

٥٩ — ***لا شفعة لمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع*** — يلاحظ أن مالك الرقبة لا يكون له الحق فى الشفعة الا فى حالة بيع حق المنفعة من صاحبه . ولكن القاعدة العامة فى الشفعة ، كما تقدم ، هى أنها لا تكون الا فى العقارات المادية ، فلا تكون فى العقارات المعنوية ، أى فى حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات ، وعلى ذلك يكون تخويل مالك الرقبة حق الشفعة فى 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 الذى يكون للغير على عقاره ، كى يعود اليه الملك تاما [١] .

وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق ، فى حالة بيع حق المنفعة ، الا لمالك الرقبة دون غيره ، فلا يعطى مثلا للشركاء فى حق الانتفاع [٢] .

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

ب — الشريك الذى له حصة مشاعة

Copropriétaire Indivis

٦١ — **الشريك** — يلى مالك الرقبة فى الرتبة الشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع . وقد ذكر فى المادة الأولى والمادة السابعة من قانون الشفعة .

وتأتى الشركة اما من طريق الارث أو من طريق الاتفاق .

ويكون لكل من الشركاء الحق فى أخذ الحصة — الشائعة المبيعة — بالشفعة ، سواء أكان البيع لشريك أم لأجنبى [٣] .

٦٢ — **بيع حصة مفرزة** — اذا باع أحد الشركاء ، قبل حصول القسمة ،

---

(١) راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٤ — دى هلتس نبذة ٤٣ .

(٢) دى هلتس نبذة ٤٣ — استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) — فتحى زغلول باشا ص ٨٤ — ويقول فتحى باشا قد يكون هذا المنع ضارا ضررا كبيرا بالشركاء فى حق الانتفاع الا أن لهم مندوحة عنه باستعمال حق الاسترداد المقرر فى المادة ٤٦٢ من القانون — راجع ما سيجىء نبذة ٧٤ .

عكس ذلك : فورجير ص ٣٠٧ — عبد السلام ذهنى بك (الأموال) نبذة ٤٨٧ ص ٦٧٩ .

وقد نص ، كما رأينا ، فى المادة ١٠٠٥ من مشروع القانون المدنى الجديد ، على أن الحق فى الشفعة يثبت لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

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

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

حصة مفروزة فى الملك المشترك ، فان صحة البيع تكون معلقة على نتيجة القسمة . و بما أن للقسمة أثرا رجعيا فانه يمكن استعمال حق الشفعة ممن يملكه ، وانما يكون نفاذها معلقا ، كالبيع نفسه ، على نتيجة القسمة ، لمعرفة هل يأتى الجزء المبيع فى نصيب البائع أو لا يأتى .

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 ، أى القابلة للبطلان ، والبيوع الموقوفة على شرط ، تعتبر جميعها بيوعا مشروعة أصلا ، وتترتب عليها نتائجها القانونية ، ولذلك تجوز فيها الشفعة وفقا للقانون ، خلافا لما ورد فى الشريعة الغراء التى نصت على عدم جواز الشفعة فى البيوع الفاسدة ، ولكن الشارع المصرى لم ينقل هذا النص ، مما يدل على أنه لم يرد ادخاله فى قانون الشفعة . والبيع على التحديد لا يمنع باقى الشركاء من استعمال جميع الحقوق المخولة لهم قانونا ، كحق الشفعة ، ولو جاز غير ذلك لاستطاع كل شريك ، بطريق الغش والتدليس ، أن يبيع غيره حصته مفروزة ، ويحرم باقى 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 ما دام الشيوع قائما ، ويكون نفاذها معلقا ، كالبيع نفسه ، على نتيجة القسمة .

وقضت محكمة المنصورة الجزئية [٣] بأن الشريك الذى يطلب الشفعة فى حصة شائعة بيعت على التحديد ليس ملزما بأن يذكر فى انذار الشفعة الحدود الواردة بعقد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصلية للعين المشتركة ، لأنه

---

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

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

(٣) حكم ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المتقدم .

اذا فعل ذلك فقد يؤخذ عليه هذا الأمر كاقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه فى الشفعة .

ولكن المحاكم المختلطة حكمت على عكس الرأى المتقدم ، اذ رأت أنه ليس للشريك فى الملك حق الشفعة فى حالة بيع شريك آخر جزءا معينا une part déterminée من العقار المشترك ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون باطلا nulle ، وبطلانه يضع الأشياء فى الحالة السابقة التى كانت عليها [١] .

ومنشأ الخلاف بين الأحكام هو انقسام الآراء فيما اذا تصرف أحد المشتاعين فى نصيبه معينا . فرأى يقول ان التعيين باطل ، والتصرف صحيح على الشيوع الا اذا أجازه باقى الشركاء ، أو وقع الجزء الذى عين فى نصيبه بمقتضى القسمة . ورأى يقرر أن بيع أحد الشركاء فى الملك الشائع جزءا معينا باطل [٢] .

أما اذا تصرف الشريك فى الملك ببيع كل العقار الشائع فان البيع يكون باطلا ، ولا مجال لتطبيق قواعد الشفعة [٣] .

٦٣ — يجب أن تكون الشركة فى ذات العقار — الشريك الذى له حق الشفعة هو الشريك على الشيوع فى ذات العقار المشفوع فيه [٤] .

٦٤ — الشريك فى الحائط الفاصل بين ملكين — الجار الذى له حصة شائعة فى جدار فاصل بين ملكه والملك المشفوع فيه لا يمكن بناء على ما تقدم اعتباره

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩٠٤ (١٧ ص ٤٥) ٢٠ يونيه 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 هاس 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٣ .

وراجع نقض ١٨ يونيه ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ٣ رقم ١٧٨ ص ٤٨٥ : اذا قضت المحكمة بالشفعة وأثبتت فى صدد سببها أن الشيوع لا يتناول جميع القطع ، ولم تتحدث عن مؤدى ما أثبتته من أن بعض الأرض المشفوع فيها شائع والبعض غير شائع وعن أثر ذلك فى حق الشفيع والمشفوع ضده ، فان حكمها يكون مشوبا بالقصور .

شريكا على الشيوع ، لأن ملكيته ليست منصبة على ذات العقار المشفوع ، وانما منحصرة فى جدار فاصل بين الملكين . وفى هذه الحالة لا يمكن أن يبنى طالب 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 فى حائط الدار فى حكم المشارك فى نفس الدار (٢) .

٦٥ — الشريك فى آلة الرى — اذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الرى التى عليها فليس للشريك فى ملكية الآلة وحدها الشفعة فى الأراضى المبيعة اذا لم يكن شريكا فيها (٣) .

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

٦٧ — الشفعة للشريك وان لم ترد فى قانون أحواله الشخصية — لكل شريك فى الملك حق الشفعة مهما كان قانون أحواله الشخصية ، فلا يحتج على الوارث ، الشريك فى الملك مع البائع ، بأن حق الاسترداد الورائى 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 الشىء المقضى به (٧) .

---

(١) راجع نبذة ٨٩ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٥ .

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

(٤) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٥) — راجع نبذة ١٠٩ — راجع كذلك ما سيجىء بخصوص الحكر (نبذة ٨٣) .

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

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

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

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

٧٠ — **حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة** — للشركاء طريق آخر للاستيلاء على الحصة الشائعة ، وهو استعمال حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٥٦١/٤٦٢ التى نصها : « يجوز للشركاء فى الملك ، قبل قسمته بينهم ، أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ، و يقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

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

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

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

(٣) الشفعة خاضعة لاجراآت وشروط خاصة نص عليها فى قانون الشفعة ، وتسقط اذا لم تتبع تلك الشروط والاجراآت فى المواعيد المنصوص عليها ، بخلاف حق الاسترداد (١) .

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

---

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

٧١ — الشركاء فى حق الانتفاع — اذا كان حق الانتفاع العقارى usufruit immobilier مشتركا 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 هلتس[١] يرى أن دخول أجنبى فى حالة الشيوع 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 شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه »[٢] . ونحن نرى أن فى ذلك توسعا فى تطبيق المادة ٢ التى تتكلم فى العقار المبيع immeuble vendu ، لا فى حق الانتفاع المبيع .

وكذلك يرى دى هلتس امكان تطبيق المادة ٥٦١/٤٦٢ فى هذه الحالة ، وان كان كل ذلك مشكوكا فيه ، كما يقرر دى هلتس نفسه[٣] .

جـ — 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 شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه . وله طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

و بمقتضى المادة ٧ صاحب حق الانتفاع يلى الشريك فى المرتبة .

---

(١) نبذة ٥٢ .

(٢) راجع النبذة الآتية .

(٣) دى هلتس ٥٥ .

٧٣ — صاحب حق الانتفاع لم يكن بين الشفعاء قبل قانون الشفعة — ليس لصاحب حق الانتفاع الحق فى طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم يعط هذا الحق بمقتضى النصوص الملغاة الخاصة بالشفعة فى المجموعة المدنية . ولهذا لا نفهم سبب النص عليه فى قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصى المنتفع لا ينتقل للورثة ، فهو أساس واه للشفعة لا يبرر تضحية حق المشترى الذى انتقل اليه حق دائم هو حق الملكية .

٧٤ — نقد نص المادة ٢ الخاصة بصاحب حق الانتفاع — يلاحظ أن المادة ٢ تنص على أنه « يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه » . وهذا النص لا يفهم بمقارنته بالمادة ٧ التى جعلت مرتبة صاحب حق الانتفاع بعد مرتبة الشريك [١] .

كذلك نص فى 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 فى الأخذ بالشفعة الا اذا باع مالك الرقبة حقه فى العين . فكيف يكون لمالك الرقبة الحق فى طلب الأخذ بالشفعة فى الوقت نفسه ؟

يمكن تصور ذلك فى حالة ما اذا تعدد مالكو الرقبة وباع بعضهم نصيبه ، فانه فى هذه الحالة يكون لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها الشريك فى ملك الرقبة ، ولكن فى 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 فى حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة ؟ سبق أن بينا أن تخويل حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع هو استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن بيع الحقوق غير المادية ، مثل حق الانتفاع ، لا يعطى

---

(١) دى هلتس نبذة ٤١ .

(٢) راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٥ و٨٦ — دى هلتس نبذة ٥٤ .

الحق فى الشفعة ، ولذلك يجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق فى حالة بيع حق الانتفاع الا لمالك الرقبة ، ولا يمنح للشركاء فى حق الانتفاع [١] .

٧٥ — تعدد 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 ، يكفى للشفعة . وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه فى 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 يكفى مجرد التلاصق أو المجاورة للأخذ بالشفعة [٣] .

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

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٥٩ — عكس هذا الرأى فورجير ، وهو يستند الى ما يأتى :

(ا) روح القانون تقضى بمنع تدخل شخص أجنبى فى الشيوع ، لأن تدخله يكون عاملا للمتاعب وعدم الوفاق .

(ب) المادة ٢ قد شبهت صاحب حق الانتفاع بالشريك فى الملك .

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

على أن هذا البحث عديم الأهمية ، لأن أحكام حق الانتفاع نادرة التطبيق فى مصر .

عكس هذا الرأى أيضا : عبد السلام ذهنى بك فى كتابه « الأموال » نبذة ٤٨٧ ص ٦٧٩ — محمود فهمى ص ١٤٨ .

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

(٢) دى هلتس نبذة ٥٦ .

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

الحالة الأولى — العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعـدة للبناء ، سواء فى المدن أو فى القرى .

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

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

وهذا نص ما جاء فى المادة الأولى خاصا بالجار :

« يثبت حق الشفعة لمن يأتى :

أولا — . . . .

ثانيا — للجار المالك فى الأحوال الآتية :

اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى .

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

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

وسنتكلم فيما يلى فى كل حالة من هذه الأحوال الثلاث .

ويمكن القول بأن القانون فرق بين حالتين للجوار :

(١) أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء . وهنا تكفى المجاورة من جهة واحدة .

(٢) ألا يكون العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء . وهنا لا تثبت الشفعة الا اذا وجد أحد شرطين :

(ا) 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 .

ومما يجدر ذكره هنا أن الشفعة لا تكون للجار الا اذا كان مالكا للعقار المشفوع به ، فاذا لم يكن مالكا ، بل كان له حق انتفاع فقط أو كان مستأجرا ، فلا حق له فى الشفعة .

وحق الانتفاع كما تقدم لا يعطى الحق فى الشفعة الا اذا 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 ، انما يشترط القانون فى حالة عدم قسمة العقار المشفوع أن يتأخر الجار عن الشريك فى الملك ، ولا يمنح الجار حق الشفعة الا اذا تنازل هذا الأخير أو سقط حقه [٢] .

٧٨ — الحالة الأولى — بالنسبة الى المبانى والأراضى المعدة للبناء:

جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت للجار المالك « اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء كانت فى المدن أو فى القرى » .

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

فيشترط فى هذه الحالة توافر شرطين :

أولا — التلاصق من جهة .

ثانيا — أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء .

٧٩ — الشرط الأول — التلاصق من جهة — يجب أن يكون العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين من أية جهة [٣] . والقاضى يقدر فى كل حالة ما اذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة [٤] .

---

(١) دى هاتس نبذة ٥٧ — راجع ما سيجىء نبذة ١٠٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٢٦٨ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٠ — زكى العرابى باشا نبذة ٥٤ ص ٣٤ — فورجير ص ٣١٢ .

(٤) ذهنى بك الأموال نبذة ٤٩٢ ص ٦٨١ .

ويكفى التلاصق من جهة واحدة [١] .

والعبرة فى التلاصق بالأرض لا بالبناء ، اذا كانت الأرض تحوى بناء ، فاذا كان المبيع دارا لها بستان وبيع عقار ملاصق للبستان تثبت الشفعة [٢] .

٨٠ — الشرط الثانى — أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء — فاذا لم يكن العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، بأن كان معدا للزرع ، فله حكم آخر [٣] .

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

ويجب أن يكون العقار المشفوع فى مدينة أو قرية ، أى أن يكون جزءا من منطقة مبان agglomération urbaine [٤] .

٨١ — الشفعة فى البناء — هل لمالك البناء أن يشفع فى العقار المبيع ، اذا لم يكن مالكا للأرض التى أقيم عليها البناء؟ — واذا كان المبيع بناء من غير الأرض المقام عليها هل تجوز الشفعة فى هذا المبيع ؟

يقول المرحوم فتحى زغلول باشا عند كلامه فى حالة الجار المالك اذا كان المشفوع من العقارات التى فى المدن والقرى :

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

= ويكفى للمطالبة بالشفعة أن يكون العقاران متلاصقين ، وليس للقاضى أن يبحث فيما اذا كانت ثمة مصلحة جدية ، لأن الشارع حين أوجد هذا الحق لم يخول القاضى حق منحه أو رفضه (استئناف مختلط ٥ يونيه ١٩٤٨ (٥٧ ص ١٦١) .

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٨) ، ١٠ يونيه ١٩٢٤ (٣٦ ص ٤٢٤) .

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

وعلى ذلك تمكن الشفعة فى الأبنية من غير شرط المجاورة فيها ، كما اذا كان منزل مقاما فى 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 سيجىء نبذة ٨٨ .

العقار المشفوع مبنيا أومعدا للبناء ، فالعبرة هنا بالأرض ، لا بالبناء ، و ينتج من ذلك :

١ — اذا كان المبيع دارا لها بستان ، وكان لأحدهم عقار ملاصق للبستان ، فله الشفعة ، لأن العبرة بملاصقة الأراضى ، 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 مترتبا عليها حق انتفاع بالبناء الآخر أو أن للدار المبنية فضاء هو الملاصق للجار ولم يدخل فى المبيع » .

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

و يقول دى هلتس ان حق الشفعة يقع على المبانى تبعا الأرض المقامة عليها هذه المبانى[1] ، فلا يجوز أن يشفع فى منزل من غير أن يشفع فى الأرض المبنى عليها. و ينتج 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[2] . 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 لمالك الأرض ، أى لمن أعطى حق القرار أو الحكر . و يضيف 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 لهما حق الملك التام ، فان لهما هذا الحق على المبانى التى يقيمونها ، حتى أن لهما أن يرهناها رهنا تأمينيا [١] .

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

أما نحن فمن رأينا أن الشفعة تجوز فى البناء ، ولو بيع مستقلا ، وأنه لايوجد ما يمنع المالك الذى لا يملك الا البناء من أن يشفع فى العقار المبيع ، فاذا بيعت أرض مع البناء الذى عليها ، أو بيعت الأرض من غير البناء ، أو اذا بيع البناء من غير الأرض [٣] ، كما اذا باع صاحب الطابق الثانى من منزل — لا يملك فيه الطابق الأسفل — طابقه ، فانه يجوز للجار ، سواء أكان مالكا للأرض وما عليها من البناء ، أم للأرض فقط ، أم للبناء فقط ، أن يطالب بالشفعة اذا 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 يخصص ، فقد ورد لفظ العقار immeuble من غير تخصيص فى المواد ٢ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ ، وعبر فى المادة ٧ بلفظ ملك fonds ، حيث جاء فيها « واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة ... » والمادة الأولى صريحة فى جواز الشفعة فى البناء ، اذ جاء فيها عند الكلام فى أحوال الجار أن الشفعة تثبت

---

(١) نبذة ٦٠ .

(٢) ص ٦٨١ — ٦٨٢ .

(٣) أى مع بقاء حق القرار .

للجار المالك « إذا كان العقار المشفوع من المبانى constructions أو من الأراضى 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 فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت « للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع au copropriétaire indivis de l'immeuble vendu » .

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

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

وبالنسبة الى الأموال الثابتة بطريق التخصيص فانها تتبع العقارات التى اتصلت بها ، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة فى هذه الحالة.

وفيما يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة الى الشىء المتعلقة به ، أو الأموال الثابتة غير المادية كما تسمى أحيانا ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار . وقد أجاز القانون نفسه ، فى المادة ٢ ، لمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع كما تقدم .

ومن بين الأموال الثابتة بالنسبة الى الشىء المتعلقة به ، حق التعلى . فحق التعلى ذاته عقار [١] ، بصرف النظر عن البناء ، فتثبت فيه الشفعة كما تثبت به ، لأنه عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذى لصاحبه الحق فى البناء فيه . ولذلك فى الدار ذات الطبقات يجوز لكل من أصحاب الطبقات المطالبة بالشفعة اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار ، كما سنبينه [٢] .

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ .

(٢) راجع نبذة ٨٢ .

يضاف الى ما تقدم أن القول بعدم اجازة الشفعة فى البناء يتعارض مع الغرض الذى من أجله شرعت الشفعة بالنسبة الى الضرر الذى يقع ممن ينتقل اليه البناء المبيع ويتأذى منه الذى يريد المطالبة بالشفعة . واذا كان طالب الشفعة لا يملك الا البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذى يلحقه ممن انتقل اليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذى 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 يطالبا بالشفعة ، وتكون الأفضلية لمن منهما يعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من الآخر وفقا للمادة ٧ .

والظاهر أن الذى دعا الى ايجاد الرأى المخالف لرأينا هى 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 فى المادة ١٠٩ من مرشد الحيران أن « لا شفعة فى البناء والشجر المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها . فاذا بيع البناء تبعا للأرض ثبتت فيه الشفعة » . وجاء فى المادة ١٠٢٠ من المجلة : « لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية تجرى الشفعة فى الأشجار والأبنية أيضا تبعا للأرض . وأما اذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجرى فيها الشفعة » [1] .

ولكن القانون صريح فى أن البناء يجب أن يعتبر عقارا ، وما دام القانون كما تقدم لم يشترط فى العقار المشفوع أن يكون أرضا فلا يعمل بحكم الشريعة .

ويلاحظ أن الامام مالكا يعتبر البناء من العقارات ، فتصح فيه الشفعة عنده .

على أن فقهاء المذهب الحنفى لا يقررون عدم جواز الشفعه بتاتا فى البناء ، بل انهم يجيزونها استحسانا لأصحاب الدور فى الدار ذات الطبقات ، وبعضهم يجيزها

---

(١) راجع الذخيرة فى الفصل الثالث من الشفعة — مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢ ص ٣٩ — شرح المجلة المادة ١٠١١ لمحمد سعيد المحاسنى جزء ٢ ص ٣٦٩ و ٣٧٤ .

فى البناء الذى يقام على أرض محتكرة ، وذلك لما للبناء من حق القرار[١] .

واذا رجعنا الى أحكام المحاكم الخاصة بالشفعة فى البناء نجدها فى موضوع الحكر ، وسنتكلم فيه فيما بعد[٢] .

وقد صدرت بعض الأحكام قبل قانون الشفعة : من ذلك حكم استئناف مصر الأهلية فى ١٩ من ديسمبر سنة ١٨٩٢[٣] ، فقد جاء فيه :

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

---

(١) جاء فى البدائع (٥ ص ١٢) أن الشفعة لا تجب الا فى العقار أو ما فى معناه وهو العلو — وفى ص ١٣ : اذا بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو بيعا جميعا وجبت الشفعة . أما السفل فلا شك فيه لأنه عقار ، وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلو قائما استحسانا ، لأن حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأبيد ، فصار بمعنى العقار ، فيجب فيه الشفعة . ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبى يوسف ، وعند محمد لا شفعة له . وجه قول الأول أن البناء وان بطل فحق البناء قائم ، وانه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأبيد ، فكان بمنزلة البقعة . ووجه قول الثانى أن الشفعة انما تجب اما بالشركة فى الملك أو الحقوق ، أو بجوار الملك ، ولم يوجد شىء من ذلك ، أما الشركة فظاهر الانتفاء ، وكذا الجوار ، لأن الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة . — يلاحظ أن الذى يجيز الشفعة هو محمد والذى يبطلها هو أبو يوسف خلافا لما جاء فى البدائع (راجع الفتاوى الهندية ص ١٦٤) .

وجاء فى الزيلعى (٥ ص ٢٥٢ — ٢٥٣) : لا تجب الشفعة فى بناء ونخل بلا عرصة ، لأنهما منقولان ، فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا أرض ، وان بيعا مع الأرض تجب فيهما الشفعة تبعا للأرض ، بخلاف العلو ، حيث يستحق بالشفعة ، ويستحق به السفل على أنه مجاوره ، وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل ، وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط فى الحقوق وهو الطريق ، لأن حق التعلى يبقى على الدوام ، وهو غير منقول ، فتستحق به الشفعة كالعقار .

وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة فى العلو استحسان (حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ — ٢٥٣) ، اذ كان القياس ألا تجب فيه الشفعة ، لأنه لا يبقى على وجه الدوام ، وانما استحسنوا 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 أموالا ثابتة بصرف النظر عن الأرض القائم عليها ، والبناء انما يكون بصنع صانع ، ولا يمكن نقله بدون خلل أو تلف ، اذ نقله يكون بنقضه وهدمه ، فلا يمكن القول بأنه يعتبر منقولا لوجود السبيل الى هدمه وازالته ، اذ لا يطلق عليه اسم البناء الا ما دام قائما و يترتب على الهدم الخلل والتلف اللذان اعتبرا شرطا .

وجاء فيه أيضا أنه اذا لم يعتبر حق القرار تابعا للبناء فلا بد من اعتباره من الحقوق العينية المتعلقه بالأموال الثابتة ، والحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة هى من العقار الحكمى .

وأضاف الحكم أن القانون فى باب الشفعة أطلق اجازتها فى العقار كما فى المادة ٦٩ ، ولم يقيده بكونه حقيقيا أو حكميا أو تبعيا . ومعلوم أن لفظة العقار تشمل ذلك كصريح المادة ٢ و ٤ من القانون المدنى ، وانما لم يقيده ارتكانا على هاتين المادتين ، فعليه يكون تخصيص العقار فى باب الشفعة بالحقيقى ترجيحا بلا مرجح ، والتخصيص كالاستثنائى لا يكون الا بالتنصص الصريح كما هى القواعد القانونية ، والقانون لم يصرح ، فيتعين الحمل على العموم .

ولكن محكمة مصر الابتدائية قضت [1] ، على عكس ذلك ، بأن القانون صريح فى عدم جواز الشفعة فى البناء وحده أو بواسطة البناء وحده ، بدليل المادة ٦٨/٩٣ ، حيث نصت (لمن أعار أرضه لانسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة الخ) ، لأنها أثبتت حق الشفعة لصاحب الأرض فى البناء دون صاحب البناء فى الأرض مع التلازم الذهنى حال وضع هذا النص ، و يؤخذ منه أن القانون انما صدر المادة بلفظ الأرض ومنع صاحب البناء من الشفعة فيها اشارة الى أن الشفعة لا تجوز الا فى عقار مخصوص هو الأرض ، فان قام عليها شىء فهو يتبعها . وحيث ان الدليل المأخوذ من تصريح المادة (٩٦/٩٤) بقولها للشريك فى 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 ص ١٢٨ .

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

٨٢ — الدور 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 فى الشريعة الاسلامية على قول أبى حنيفة وأبى يوسف تبطل الشفعة ، لأن الجوار بالاتصال وقد زال ، كما لو باع التى يشفع بها قبل الأخذ . وعلى قول محمد تجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار [٣] .

وفى القانون نرى أن الحكم يجب أن يكون كقول محمد ، لأن حق القرار عقار ، فتثبت فيه الشفعة كما تثبت به ، وهو عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذى لصاحبه الحق فى البناء فيه [٤] .

واذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، بعضها فوق بعض ، فبيعت الطبقة الوسطى تثبت 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 فى الحكر — هل تجوز الشفعة فى البناء القائم فى أرض

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣١ .
(٢) العرابى باشا ص٣٣ نبذة ٥٣ .
(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣١ — الفتاوى الهندية ص ١٦٤ .
(٤) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٤٨٤ — راجع العرابى باشا نبذة ٥٣ ص ٣٣ .
(٥) راجع نبذة ٣١ — زكى العرابى باشا نبذة ٥٣ ص ٣٣ .

محتكرة ؟ لا يوجد ما يدل على أن المشارع 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 اطلاقه حقيقيا كان أو حكميا (١) .

واستندوا على ما قاله الكمال بن الهمام 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 الا تبعا ، واذا كان للمحتكر حق القرار فيلتحق بالعقار ، وهى ثابتة فيه ، كما فى مسألة العلو مع السفل لما فيه من حق القرار ، ولو كان العلو انهدم 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 السالك 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 فى مادة الشفعة ، فوجب اذن احترام أحكام الشريعة التى لم يرد فى القانون نص يخالفها ، وفضلا عن ذلك فان حكم الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد جاء مطابقا للمعقول لضرورة حصر حق الشفعة هنا ، لأنه لو جازت الشفعة للأراضى المحكرة لزادت الأراضى 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 فى 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 القانونى الصحيح ، لأنه ليس له الا حق عينى على ملك الغير

---

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

(٢) استئناف مختلط أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨١ — ص ١٤١ ؛ ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨٠ ص ١٣٩ — مصر الأهلية ٢٩ مارس ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٤ ص ٥٣١ الجدول العشرى الأول لمجلة 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 .

يخوله الانتفاع به انتفاعا تاما فى 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 مثقل بالواجبات أخف ما فيها وجوب المحافظة على كيان العين المقرر عليها حقه ، لأنه بانتهاء أجل الاحتكار أو بسقوط الحق ترجع العين المحكرة الى صاحبها الأصلى .

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 الاسلامية وللقوانين المختلطة والأهلية وقانون الشفعة [٢] .

ونحن نفضل الرأى 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 التأبيد ، اذ أن العادة جرت على عدم اخراج صاحب البناء الذى يورث حقه [٤] .

٨٤ — الحالة الثانية — الأراضى غير المعدة 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 مختلط 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 الحطاب (ص ٣١٩) نقلا عن التوضيح : « وينبغى أن يتفق فى الأحكار 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 لمالك 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 lamoitié de 'a valeur de l'autre».

كحالة الأراضى الزراعية ، سواء أكانت مزروعة بالفعل أم لا .

ويشترط فى 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 هـذان الشرطان موجودين قبل قانون الشفعة ، بل كان يكفى 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 مثلا ، ولا تكفى الملاصقة من نقطتين من جهة واحدة [١] . وكذلك لا يكفى 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 يكفى 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 ينـاير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٠٢ — قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٨ .

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

(٣) زكى العرابى باشا نبذة ٥٥ ص ٣٥ — دى هلتس ٦٨ — فورجير ص ٣١١ .

ويجب أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، كثلث الحد أو نصفه [١] . والقاضي هو الذى يقدر ما اذا كان التلاصق على امتداد يكفى لتبرير الشفعة .

وقد حكم بأنه اذا كان الشفيع جارا من حد واحد منكسر أو منحن فهو جار من حد واحد على كل حال [٢] .

وفى دعوى اختلف الشفيع والمشفوع ضدهم فى تعيين جهتى 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 فانها 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 والابرام أن هذا الخلاف فى تعيين جهتى 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 درء الضرر عنه هو الذى تكون جيرته محل الاعتبار . فالعبرة فى الجوار المجيز 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 .

هى 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 الشفيع يجاور الأرض المشفوعة بملكين مختلفين . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يؤخذ من الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون الشفعة — التى 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 يجاور الأرض المشفوعة من جهة ، ومن الجهة الأخرى لا يجاورها بنفس القطعة ، ولكنه يجاورها بصفته شريكا على الشيوع فى قطعة أخرى ، فلا شفعة له ، لأن المجاورة من جهتين يجب أن توجد بين عقارين [٢] ، ولا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بعقارين منها [٣] .

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

ونحن من هذا الرأى .

ويضاف الى ما تقدم أن نص المادة ، وخصوصا النص الفرنسى ، ذكر به أرض الجار وأرض الشفيع بصيغة المفرد [٤]

على أنه قد يعترض على هذا الرأى بأن الشفعة شرعت لدرء الضرر الذى يلحق الجار ، وبما أن القانون أجاز الشفعة فى حالة ما اذا كان له ملك يجاور

---

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

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

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

(٤) قارن محمود فهمى ص ١٧٠ — ١٧٢ .

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

٨٧ — الشرط الثانى : أن 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 تقريبا كانت تخول الشفعة ، وكان المضاربون يسعون للحصول على القطع الصغيرة جدا المحصورة بين عقارات أخرى ، وبواسطتها كانت تتهيأ لهم فرص عديدة للشفعة ، فيجعلون من القطع الصغيرة أملاكا 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 اشتريا به [٣] .

ولا يهم مقدار المساحة [٤] .

واذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة لعدة أشخاص على الشيوع ، وطلبوا جميعا أخذها بالشفعة ، فان قيمة مجموع الأرض هى التى يجب اعتبارها ، لا قيمة نصيب كل منهم [٥] .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطه [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 يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ — دى هلتس ٦٩ .

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

(٦) ١٦ يناير ١٩١٣ المتقدم .

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

ونحن نوافق على هذا الحكم ، من حيث جواز شفعة الشريك فى الملك [١] . ولكن لا نرى ما رأته المحكمة من حيث عدم اعتبار قيمة حصة الشريك الذى 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 أراضى البناء والأراضى الزراعية — للتمييز بين الأراضى الزراعية والأراضى المعدة للبناء ، لا ينبغى النظر الى كون العين المطلوبة بالشفعة محاطة بأراض مزروعة أو لا ، أو الى كونها بيعت بالمتر أو بالفدان ، بل ينبغى الرجوع الى خريطة المدينة أو القرية ، ومعرفة ما اذا كانت هذه القطعة تدخل ضمن دائرتها أو لا ، فاذا اتضح أنها تدخل ضمن دائرة المدينة أو القرية وجب اعتبارها من الأراضى المعدة للبناء [٣] .

وقاضى الموضوع هو الذى يفصل فى ذلك على حسب الأحوال .

والذى يعتبر هو اعداد البائع الأرض للبناء ، لا اعداد المشترى 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 الأراضى المبنية كما يعدها المشترى .

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

---

(١) راجع ما سيجىء نبذة ١١٣ .

(٢) راجع استئناف مختلط ٤ يونيه ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٦٠) — قارن محمود فهمى ص ١٧٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٢٨ ص ١١٣ — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٠) — دى هلتس نبذة ٦٤ .

ولم تقل المادة من الأراضى التى ستعد للبناء [١] .

وقد قضى بأنه اذا كان المشفوع أرضا وصفت فى عقد البيع بأنها أرض زراعية ، وقدرت مساحتها بالفدان ، وكانت مؤجرة للزراعة ، ولا يزال يدفع المال عنها باعتبارها أرضا زراعية ، ولكنها كانت معدة لتقسيمها عاجلا الى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمبانى وانتشار العمران بالجهة التى بها ، جازت الشفعة فيها للجار ذى الحد الواحد باعتبارها أرض بناء [٢] .

وحكم بأن لوكاندة « مينا هوس » لا تعتبر داخلة ضمن دائرة المبانى أو الأراضى المعدة للبناء فى المدن أو القرى المنصوص عليها فى المادة ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراض زراعية شاسعة تروى فى أوقات دورية [٣]

وحكم بأنه لا تجوز الشفعة للجار من حد واحد فى الأراضى المعدة للبناء الا اذا كانت الأرض ببلدة أو بقرية 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 أراضى قرية خارج منطقة المبانى agglomération batie بالقرية ، أو خارج منطقة المبانى بأطراف المدينة banlieue d'une ville ، وفى هذه الحالة يجب توافر شرط الجوار من جهتين للأخذ بالشفعة [٥]

وحكم بانه من حيث الشفعة يعتبر القانون مبنيا urbains العقارات (المبانى والأراضى) الواقعة فى منطقة بناء dans une agglomération batie (مدينة

---

(١) زكى العرابى باشا نبذة ٥٤ ص ٣٤ .

(٢) استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ٤٩) المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول العشرى 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 العشرى الأول لمجلة المحاماة رقم ١٠٠١ .

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

أو قرية) ، بخلاف العقارات الزراعية ruraux التى يكون تخصيصها العام الحالى للزراعة لا البناء ، والتى تكون فيها المبانى على مسافات[١] .

وبأنه يجب لتمييز أراضى البناء عن الأراضى الزراعية البحث عن تخصيصها الحالى ، وعما 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 الناشىء من موقعها الحالى فى مدينة أو قرية ، لا التخصيص الشخصى الحقيق الذى قد يكون احتماليا aléatoire[٣] .

٨٩ — الحالة 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) .

فى 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 الثانى — أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر — يجب أن يكون للعقار المشفوع حق ارتفاق 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 ، فى 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 مساقاة تأخذ ماءها من ترعة عامة وتمر بأرض الشفيع ثم تجلب المياه الى الأراضى المجاورة ، وهى المشفوعة ، تكون حق ارتفاق يترتب عليه اعطاء الحق فى الشفعة — ١٢ يناير ١٩٠٩ (٢١ ص ١٠٧) ، وقد قرر هذا الحكم الأخير أن حالة الاشتراك فى ترعة موجودة بين عقارين لا يمكن تشبيهها بحق الارتفاق المقرر على أحد العقارين لمنفعة العقار الآخر — راجع كذلك استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) ، وقد جاء فى هذا الحكم أن رى عقارين من مساقاة واحدة أوجدت بتخصيص رب الأسرة ، وأصبح بعد تقسيم العقارات حق ارتفاق حقيقى ، يبرر فى حالة بيع أحد العقارين استعمال الشفعة — استئناف أهلى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ — قارن ٢٧ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٦٤) المتقدم — بيا الجزئية (القاضى محمد ذهنى) ٢٦ ديسمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص٥٧٨ رقم ٢٧٨ — نقض 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 فى ترعة الى ساقية تابعة للأرض المشفوع فيها ، ومنها الى ساقية تابعة للأرض المشفوع بها ، وأن أرض الساقية الأولى المجاورة للترعة داخلة ضمن الأرض المبيعة ، فان الأرض المشفوع بها يكون لها والحالة هذه حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ذاتها ، لا على الساقية وحدها ، ما دامت الساقية متصلة بالأرض ، والمياه التى تروى منها الأرض المشفوع بها لا تصل اليها الا بمرورها بالأرض التى بها الساقية ثم بيترها .

(٣) دى هلتس نبذة ٨٧ .

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

٩٢ — للعقار المشفوع من ارتفاق على عقار الشفيع — حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة ظاهر فى حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على عقاره لمنفعة العقار المبيع ، فانه باستعمال حق الشفعة يخلص عقاره من هذا العبء .

ويلاحظ أن مصلحة الجار فى تخليص ملكه لا تظهر تامة فى 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 الأراضى الأخرى . ولكن على كل حال يكون استعمال الجار حق الشفعة خطوة فى سبيل تخليص عقاره من حقوق الارتفاق التى تثقله [(١)] .

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

وقد قضت المحاكم المختلطة والأهلية ، فى 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 التى تترتب على رفع

= راجع نقض ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٧٣ المجموعة ٤٥ رقم ١١٨ ص ٢٠٤ : متى كان كل من صاحبى الأرضين المشفوع بها والمشفوع فيها يملك نصف السكة الزراعية التى اتفقا على عملها ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فيكون بانتفاعه بها بالمرور انما يستعمل حق ملكيته فى النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر ، ولا يوجد قانونا ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذى يتوافر به الجوار ، وبذلك يكون الشرط الذى يتطلبه القانون لجواز الشفعة ، وهو وجود حق ارتفاق لاحدى الأرضين على الأخرى متوافرا .

(١) دى هلتس نبذة ٨٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) — ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٠ .

استئناف أهلى ١٣ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٢ ، ٥ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٣ — دى 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 فى حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار فغير ظاهرة . لأن حق الارتفاق حق عينى ، ويبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هذا الحق ، مهما انتقل العقار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار فى وجوده[٢] . غير أنه يجوز أن يكون الشارع أراد من منح حق الشفعة فى هذه الحالة تخليص العقار المشفوع من حق الارتفاق الذى هو عبء ثقيل على حق الملكية .

٩٤ — اشتراك عقارات أخرى فى حق الارتفاق — قضت محكمة الاستئناف المختلطة[٣] بأنه اذا بنى طلب الشفعة على وجود ارتفاق بالصرف وجبت التفرقة بين المصارف الخاصة التى تعطى حق الشفعة والمصارف مشتركة الانتفاع التى لا تخول 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 فى ازالة المصرف ، ومن ثم لا يتحقق الغرض الذى 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 الذى على عقار الشفيع مقررا لمصلحة المشفوع منه دون غيره ، وسبق أن قلنا ان استعمال حق الشفعة فى مثل هذه الحالة يكون خطوة فى سبيل تخليص العقار من عبء الارتفاق الذى يثقله[٤] .

---

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

(٢) دى هلتس نبذة ٧٩ .

(٣) ٨ ابريل ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٩٩) المحاماة ٨ رقم ١٦٩ ص ٢٣١ الجدول العشرى الأول لمجلة المحاماة رقم ٩٩٩ .

(٤) راجع نبذة ٩٢ .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى ، اذ قررت أن وجود حق ارتفاق للغير على أرض الطريق لا يمنع الجوار ، لأن حق الارتفاق لا يخرج الأرض عن ملكية أصحابها ، بل هى تظل جزءا من العقار . فاذا زالت الحاجة الى الطريق لسبب من الأسباب زال معها حق الارتفاق . واذا لم تزل الحاجة و بقى حق الارتفاق فان الشفيع يحل محل المالك و يتلقى عنه الأرض محملة به . كما أن اشتراك الغير فى الانتفاع بحق الارتفاق الذى للأرض المشفوعة أو المشفوع بها لا يحرم الشفيع من التمسك بحق الارتفاق للمطالبة بالشفعة ، لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذى على الأرض المشفوعة مقررا لمصلحة أرض الجار دون غيرها أو أن يكون حق الارتفاق الذى على أرض الجار مقررا لمصلحة الأرض المشفوعة وحدها [1] .

شرط التلاصق

٩٥ — التلاصق هو الشرط الأساسى فى الشفعة بسبب الجوار —

يرى مما سبق خاصا بأحوال الجار أن الشرط الأساسي لاستعمال الجار حق الشفعة هو التلاصق المباشر بين عقاره والعقار المشفوع [2] .

---

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

وراجع نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ المجموعة ٤٤ رقم ٣٢ ص ٦٨ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٨٩ : ان وجود حق ارتفاق للغير على أرض مصرف فى العقار المشفوع فيه لا يمنع الجوار الذى يشترطه القانون فى صدد حق الشفعه ، اذ هو لا يخرج تلك الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل تظل جزءا من هذا العقار ، واذا زالت الحاجة الى المصرف لسبب من الأسباب زال معها حق الارتفاق ، ولا جدال فى أنه اذا حكم بالشفعة عند توافر جميع شروطها فان العقار المشفوع فيه ينتقل الى ملكية الشفيع محملا بما قد يكون للغير من حقوق الارتفاق على العقار كله أو بعضه . واذا 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 المجاور لأرضه المشفوع بها والنصف الآخر يملكه صاحب الأرض المشفوعة ، فالجوار متحقق قانونا على أى حال .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص 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 ، فان لم يثبت التلاصق اثباتا كافيا وجب رفض الشفعة [٣] .

ولتقدير ما اذا كان للشفيع صفة الجار الملاصق فى وقت البيع الحاصل للمشفوع منه يرجع الى عقد تمليكه الأصلى اذا لم يكن مطعونا فيه بالتدليس ، وذلك بصرف النظر عن كل تاريخ ثابت [٤] .

ويثبت الجوار والملاصقة بالمعاينة [٥] .

---

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢) ، ٣ يونيه ١٩١٥ (٢٧ ص ٣٨٨) ، ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٦ نوفمبر ١٩٠٨ (٢١ ص ١٥) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) — راجع ما سيجىء نبذة ١١١ .

(٥) فتحى زغلول باشا ص ٨٩ .

نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ ص ٨٧ رقم ٤٢ : (ا) 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 الطبيعة للتثبت 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 اتخذه وسيلة لاثبات دعواه فى حالة عدم اقتناع المحكمة بكفاية ما قدمه من أسانيد ، فاذا هى لم تفعل 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 بحصول 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 — التخلص فى حالة تعدد 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 التى توجد شروط الشفعة بالنسبة اليها ، لا العقارات الأخرى التى لاتتوافر فيها شروط الشفعة ، والتى 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 الباقى ، كما اذا بيعت قطع متفرقة من الأرض منفصل بعضها عن بعض ، وكانت معدة للانتفاع بما ينتج من محصولها فى ادارة « وابور » لحلاجة القطن أو « فاوريقة » سكر ، جاز فى هذه الحالة للمشترى أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة ، حتى لا يترك له أجزاء من المبيع لا تحقق الغرض الذى

---

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

واستئناف مختلط ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) : فى حالة بيع بائعين ملكين مستقلين لمشتر واحد ولو أن هذين الملكين يكونان بعد البيع فى يد المشترى ملكا واحدا فانه ليس للجار أن يستعمل الشفعة الا اذا ثبت أن الشروط التى يتطلبها القانون لاستعمال حق الشفعة متوافرة بالنسبة الى كل من الملكين .

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

راجع أيضا : الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١١ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٥ — استئناف مختلط 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] .

واذا شمل البيع جملة عقارات ، وكان مقدرا لها ثمن واحد ، فان قيمة العقار المشفوع تقدر ، بواسطة تعيين خبراء ، بنسبة الثمن المقدر لكل الصفقة [٢] ، مع مراعاة مساحة العقار المشفوع وموقعه وصقعه [٣] .

واذا كان بالأرض الزراعية المبيعة بناء ، وكان الشفيع غير محتاج اليه ، فليس له أن يطلب الأرض من غير البناء ، مع خصم قيمته ، بل يجب عليه أن يأخذ بالشفعة كل ما هو داخل فى 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 اذا شمل البيع ثلاثة منازل فلا يجوز للشفيع أن يطلب استحقاقه لواحد منها ، اذا كانت لا تكون فى الحقيقة الا عقارا واحدا لمالك واحد ، وكان من الواجب بحسب قصد العاقدين وطبيعة الأشياء أن تبقى عقارا غير قابل للتجزئة (استئناف مختلط ٥ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٨٦) .

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

وراجع استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ 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 فى مقدار الثمن بالنسبة الى الثمن الاجمالى الوارد فى عقد البيع ، وفى هذه الظروف يتعين على المحكمة النظر فيما اذا كان العرض لائقا أم لا ، ولها الحق للوصول لهذا الغرض فى أن تعين خبيرا لتقدير قيمة الأرض المشفوع فيها ، واذا تراءى للمحكمة حينئذ لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحته .

واستئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠١ (١٣ ص ٣٠٩) : فى حالة بيع قطعتى أرض اذا 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 يزاد ثمن البيع الاجمالى فان للقاضى أن يعين الثمن الحقيقى المستحق من الشفيع .

(٣) دى هلتس نبذة ٢٧ — استئناف مختلط ١٠ يونيه 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 فى العقار المبيع من غير توابعه الطبيعية أو الصناعية الا اذا قبل المشفوع منه الفصل (استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

وقضى بأن الشفعة لا تقبل اذا تعلقت بقطعة أرض هى بحسب طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين معتبرة من التوابع 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 و بعضها غير متصل . غير أنه يجب مراعاة ما تقدم ذكره فى حالة ما اذا كان الغرض من الصفقة عملا واحدا [١] .

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

٩٨ — انعدام التلاصق — رأينا فيما تقدم أنه يجب فى كل الأحوال أن يكون عقار الشفيع ملتصقا بالعقار المشفوع ، والا فلا يعتبر جارا [٢] .

وينعدم الالتصاق فى الأحوال الآتية :

(ا) 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 فى ذلك — بجزء من الأرض ، بين الأرض التى يبيعها وأرض الجار ، ولا يمكن أن يوصف عمله هذا بأنه مخالف للقانون ، الا فى الحالة التى يحتفظ فيها بقطعة صغيرة من الأرض لم تترك الا بقصد منع الشفعة [٤] .

أما فى الحالة التى 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 مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢) .

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

(٥) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ٥٥) — راجع أيضا النبذ التالية .

(جـ) بوجود طريق عامة أو ترعة عامة أو مصرف عام [١] .

ولكن الطرق والترع والمصارف الخاصة المملوكة للبائع أو للشفيع لا تمنع الشفعة ، لأنها تبقى مملوكة لمن أنشأها وتتبع الأرض . فان كانت مملوكة للغير فانها تمنعها [٢] .

---

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

راجع أيضا ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) : لا شفعة للجار الذى يفصل عقاره عن العقار المبيع ترعة معدة لخدمة عدة قرى وتطهر سنويا بمعرفة الحكومة ، فهى ترعة عامة وتمنع التلاصق .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٧ .

راجع العقارين الجزئية ١٣ اكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩١ ص ٧٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٦ : ان الطرق الخاصة التى يحدثها المالك فى أرضه لتجزئتها وبيعها قطعا منفصلا بعضها عن بعض تعتبر فاصلا مانعا من الأخذ بالشفعة .

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

واستئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) : اذا كانت الترعة المشتركة بين الجارين لا تمكن ازالتها الا برضاء الغير فانها 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٠ : لا يحول الطريق الخاص المملوك للشفيع والمشفوع منه دون حق الشفعة . ولكن الأمر يصبح بالعكس فى حالة قسمة مساحة واسعة الى قطع بقدر عدد الشركاء اذا بقى هؤلاء شركاء على الشيوع فى الطرق التى أنشئت وفقا لعقد القسمة . فلا شفعة فى هذه الحالة ، لأن هذه الطرق لا تزال فى حالة الشيوع التى كانت عليها ، فتبقى مملوكة لمجموع المتقاسمين 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 مما فى الأصل أرضا واحدة مملوكة لشريكين على الشاع ثم قسمت قسمين بينهما سكة زراعية عملت على حساب القسمين ومملوكة لهما مناصفة ، وكان الحد الشرقى للأرض المشفوع فيها هو نصف هذه السكة والحد الغربى 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 لايمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين ، اذ الشفيع يكون مالكا لنصف الطريق ونصف المصرف ، ويكون هذا النصف داخلا فى أرضه ، كما يكون المشفوع ضده مالكا لنصف الطريق ولنصف المصرف ، ويكون هذا النصف داخلا فى أرضه ، وبذلك يكون الجوار متحققا من الجهتين ، وعلى هذا الأساس تكون الشفعة جائزة (١) .

واذا كانت الأرض التى تفصل بين عقار الشفيع وعقار المشفوع منه مملوكة لهذا الأخير ، ولم تدخل فى البيع الذى بسببه استعملت الشفعة ، فلا محل للشفعة لعدم توافر شرط التلاصق (٢) .

٩٩ — استعمال الحيل لمنع الشفعة — قد يستعمل البائع والمشترى بعض الحيل لاسقاط حق الشفعة ، كأن يتركا قطعة أرض صغيرة تفصل بين الأرض المبيعة والأرض المشفوع بها ، أو كأن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع . وسنبين أحكام ذلك فى الشريعة الاسلامية ، ثم فى القانون .

١٠٠ — فى الشريعة الاسلامية — ذكر فقهاء الشرع وجوها كثيرة من الحيل التى تستعمل لحرمان الشفيع من استحقاق الشفعة ، واختلفوا فى جوازها .

فمن رأى أبى حنيفة والشافعى أنه يجوز الاحتيال لاسقاط الشفعة ، وهى من الحقوق غير المستحبة .

ومن رأى مالك وأحمد عدم جواز الاحتيال على اسقاط الشفعة .

= ونقض أول فبراير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٨٩ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠١ : المصرف الذى يفصل بين جارين لايعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم ، الا اذا كان غير مملوك للجارين . أما اذا كان مشتركا بينهما فالتلاصق قائم .

(١) نقض ٧ ديسمبر ١٩٤٤ فى الطعن رقم ٣١ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٦٦ المجموعة ٤٥ رقم ١١٣ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٣) .

ووجه الرأى الأول استنباط الحيلة من الكتاب والسنة .

ويقول أصحاب الرأى الثانى ان الحيلة انما هى رخصة لضعفاء المؤمنين [١] ، والتحيل لابطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لابطالها 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 الشفيع ما يدفع . وقالوا اذا فعلا ذلك فللشفيع أن يستحلف المشترى أنه لا يعرف قدر الثمن ، فان نكل قضى عليه بنكوله ، وان حلف فللشفيع أخذ الشقص بقيمته .

(ب) أن يهب الشقص للمشترى ، ثم يهبه المشترى ما يرضيه . وهذا لايسقط الشفعة ، وهو بيع ، وان لم يتلفظا به ، فله أن يأخذ الشقص بنظير الموهوب .

(ج) أن يشترى الشقص ويضم اليه سكينا أو منديلا بألف درهم فتصير حصة الشقص من الثمن مجهولة . وقالوا ان هذا لايسقط الشفعة ، بل يأخذ الشفيع الشقص بقيمته ، كما لو استحق أحد العوضين وأراد المشترى أخذ الآخر فانه يأخذ بحصته من الثمن ان انقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، والا فبقيمته . وهذا الشقص مستحق شرعا ، فان الشارع جعل الشفيع أحق به من المشترى بثمنه ، فلا يسقط حقه بالحيلة .

(د) أن يشترى الشقص بألف وهو يساوى مائة ، ثم يبرئه البائع من تسعمائة . وهذا لايسقط الشفعة ، ويأخذه الشفيع بما بقى من الثمن بعد الاسقاط وهو الذى يرجع به اذا استحق المبيع .

(هـ) أن يشترى جزء من الشقص بالثمن كله ، ثم يهب له بقية الشقص . وهذا لايسقطها ويأخذ الشفيع الشقص كله بالثمن ، فان هذه الهبة لاحقيقة لها ، والموهوب هو المبيع بعينه ، ولا تغير حقائق العقود وأحكامها التى شرعت فيها بتغير العبارة .

---

(١) الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٧ .

(٢) راجع أعلام الموقعين ٣ ص ٢٢٩ وما بعدها .

١٠١ — فى القانون — قد تضاربت أحكام المحاكم أيضا فى جواز التحايل لاسقاط الشفعة .

١٠٢ — أحكام المحاكم الأهلية — قررت بعض المحاكم الاهلية أن قواعد القانون تقضى بعدم اعتبار الحيل التى يكون القصد منها اسقاط الحقوق . فاذا باع أحد عقارا الا جزءا 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 يونيه ١٩١٨) .

(٢) استئناف أول ديسمبر ١٨٩٦ (دائرة حامد محمود بك ومسيو دى هلتس 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 يونيه ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٤٢ الاستقلال ١ ص ٣٧٠ .

راجع أيضا حكم بنى سويف استئنافى ٦ مارس ١٨٩٨ (دائرة مظهر بك والقاضى ابراهيم أمين والقاضى وهبه حنا) 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 بزمن قليل بدون أن يبين السبب .

طنطا الابتدائية ١٦ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظه) 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 بشىء .

واستئناف مصر الأهلية ٢٧ يونيه ١٩٢٨ (دائرة حسين درويش باشا ومصطفى محمد بك وأترابى 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 المشفوع فيها يعتبر الشفيع جارا له حق الشفعة فى الأرض المبيعة .

بنى الجزئية (القاضى محمد ذهنى) ٦ ديسمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٥٧٨ رقم ٢٧٨ .

استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٦٢٥ رقم ٣٠٥ .

راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٧ .

وقرر بعض آخر من المحاكم أنه اذا كان الجوار غير متصل فلا شفعة ، ولا يجوز الاحتجاج بأن هناك حيلة لمنع الشفعة ، كعدم بيع الجزء الصغير المجاور للشفيع منعا للجوار ، لأن هذه الحيل جائزة شرعا ، والشريعة الغراء أساس حق الشفعة[١] .

١٠٣ — أحكام المحاكم المختلطة — صدرت أحكام كثيرة من المحاكم المختلطة قضت أيضا بأنه اذا باع شخص أرضا ، وأبقى منها لنفسه قطعة صغيرة ، فمما أن مساحة تلك القطعة ليست حقيقية ، بل هى وهمية ، فلا يمكن اعتبارها كفاصل بين العقارين الواقعة هى على حدهما ، وابقاؤه القطعة المذكورة على ذمته لاتتصف به صفة عمل صحيح معتبر ، بل صفة احتيال وغش مغاير للقانون فى حق من له الأخذ بالشفعة[٢] . أما اذا كانت قطعة الأرض حقيقية ، وبقيت على ذمته ، فانها تمنع من الشفعة[٣] .

١٠٤ — رأينا — وعندنا أن الرأى الأخير هو الذى يجب العمل به ، فالشفعة حق مدنى مقرر فى القانون ، ومتى كان الأمر كذلك فانه لايجوز التحايل على اسقاطه ، كما هو الحال بالنسبة الى سائر الحقوق المدنية . واذا 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 (القاضى أحمد محمود) الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ ، وقد جاء فيه : ان حق الشفعة هو حق ضعيف جدا ، وقد أوجدته الشريعة الغراء دون باقى الشرائع لمنع ضرر موهوم ، وهو اتقاء شر الجار الجديد ، الذى ربما تكون مجاورته للشفيع تعود عليه بالضرر ، وربما يكون أقل ضررا ممن قبله ، ولأجل ذلك قد ضيقت الشريعة الغراء فى اكتساب هذا الحق ، وأباحت الحيلة للتخلص منه ، ومن طرق الحيلة ترك الجزء المجاور للشفيع من العقار المبيع بدون بيع وبيع الباقى ، فان هذا الجزء مهما قل ، حتى ولو كان شبرا ، يمنع شفعة الجار لأنه باق حكما فى ملكية المالك الأصلى يستطيع أن يبيعه ثانية ، فيكون فيه شفعة ، ويستطيع أن يهبه . أو يرهنه ، واذ ذاك 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 ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) ، ٣ يونيه ١٩١٥ (٢٨ ص ٣١٨) — قارن ١٤ نوفمبر ١٨٩٤ (٧ ص ٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٥٦ .

الشريعة فاننا نجد كما تقدم كثيرا من الفقهاء لا يقر استعمال الحيل لاسقاط هذا الحق.

فاذا باع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة وهبه الجزء المجاور للشفيع ، فانه يكون للشفيع الحق فى أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجىء اليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية بما فى ذلك الجزء الموهوب (١) .

ولما كان التحايل غشا فيجوز اثباته بكل الطرق القانونية ، بما فى ذلك الاثبات بالبينة وبالقرائن (٢) .

وقد قررت محكمة النقض والابرام أن التحيل لابطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فاذا ما أجيز التحيل لابطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد ابطاله . فكل تحيل لابطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه . وقالت ان استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشترى قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه (٣) .

ملكية الجار

١٠٥ — يجب أن يكون الجار مالكا — اذا لم يكن الجار مالكا ، كما اذا كان صاحب حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو كان مستأجرا ، فلاشفعة له (٤) .

ولا يحتج بالمادة الثانية من قانون الشفعة التى تعتبر صاحب حق الانتفاع شريكا ، لأن نصها مقصور على حالة من له حق الانتفاع فى العقار المشفوع ،

---

(١) دى هلتس نبذة ٧٦ — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ .

(٢) زكى العرابى باشا ص ٣٢ نبذة ٤٩ .

(٣) نقض ١٧ مايو ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١٠٥ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٥٤ . وكانت واقعة التجزئة هى أن المشترى جعل البائع يبيعه أولا جزءا من الأرض ثم يحرر باقى الصفقة عقد بيع ثان لصهره بحيث لا تتوافر فى أى الجزءين مسوغات الأخذ بالشفعة — راجع نبذة ٣٧٤ .

(٤) فورجير ص ٣١٠ — راجع نبذة ٨٣ بخصوص المحتكر .

لا فى العقار المشفوع به [١] .

١٠٦ — الجار مالك على الشيوع — راجع نبذة ١١٣ .

١٠٧ — هل للجار أن يشفع فى حصة بيعت على الشيوع ؟

قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الجار فى الشفعة لا ينحصر فى العقارات المفروزة المحدودة . ولكنه يكون أيضا فى الحصة الشائعة فى العقارات التى يكون مجاورا لها ، غير أنه فى هذه الحالة لا يكون للجار هذا الحق الا اذا تنازل الشركاء فى الملك الشائع عن حقهم ، أو اذا سقط حقهم فيها ، لأن الشريك فى الملك مقدم على الجار كما تقدم [٢] .

ويرى الأستاذ على زكى العرابى باشا عكس هذا الرأى ، اذ يقول ان الشفعة هنا هى بسبب الجوار ، وهو غير مؤكد فى هذه الحالة ، لأن بيع الحصة المشاعة هو فى الحقيقة بيع ما ستؤول اليه هذه الحصة بعد القسمة ، وما الشيوع الا حالة وقتية لحين الفرز ، وقد تؤول الحصة المبيعة الى جزء غير مجاور للشفيع ، ولذلك فان حق الجار فى الشفعة يكون موقوفا على نتيجة القسمة ، فاذا آلت الحصة المبيعة الى جزء مجاور له ثبتت الشفعة ، والا فلا ، لأنه لا يكون جارا لما يقع فى الجانب الآخر ، وليس فى قانون الشفعة ما يفيد أن حق الشفعة هنا هو حق بات ، والشفعة حق استثنائى لا يجوز التوسع فى تأويله [٣] .

ونحن نخالف هذا الرأى ، ونرى رأى المحكمة المختلطة ، لأنه وقت بيع الحصة الشائعة فى العقار الملاصق لعقار الجار الشفيع يكون شرط الجوار متوافرا ، اذ أن الحصة المبيعة تكون شائعة فى كل أجزاء العقار الملاصق للجار الشفيع ، وليس فى القانون ما يقضى بأن يتوقف حق الجار على نتيجة القسمة . وقد لا تطلب القسمة ، فيضيع الغرض الذى من أجله شرعت الشفعة . وقد تطلب القسمة

---

(١) ذهبى بك فى « الأموال » نبذة ٤٨٩ ص ٦٨٠ .

(٢) ٦ ابريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٨٢) ، ٦ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٤٩) ، ١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) .

(٣) زكى العرابى باشا نبذة ٥٨ ص ٣٥ — ٣٦ .

وتؤول الحصة المبيعة الى جزء مجاور ، ولكن بما أن للقسمة أثرا رجعيا فيعتبر مشترى الحصة الشائعة أنه كان دائما مالكا للجزء المجاور الذى آل اليه ، واذا لم يكن الجار قد طلب الشفعة عند البيع — وما كان يمكنه ذلك بحسب رأى الأستاذ العرابى باشا الذى يقول بوقف حق الشفيع حتى تحصل القسمة — تكون النتيجة ان المشترى يدفع بسقوط حق الجار الشفيع لعدم مطالبته بالشفعة فى ذلك الوقت ، كما يقضى بذلك القانون [١] .

١٠٨ — ليس لغير الشفعاء المذكورين فى القانون حق الأخذ بالشفعة — ان الغرض الذى 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 المشترى على الرغم منه ومن البائع ، ولذا لايمكن لغير الشفعاء الذين عينهم القانون أن يستفيد من ذلك الحق الاستثنائى ، لا مباشرة ولا بطريق التحايل [٢] .

ملكية الشفيع

١٠٩ — يجب أن يكون الشفيع مالكا — يشترط فى الشريعة الاسلامية [٣] ، وفى القانون ، أن يكون الشفيع ، وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، مالكا للعقار المشفوع به .

والقانون صريح فى هذا الشرط ، فقد أعطت المادة الأولى من قانون الشفعة حق الشفعة للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع Copropriétaire indivis ،

---

(١) ويقول الدكتور محمود فهمى (ص ١٧٠) ان نقد الأستاذ زكى العرابى باشا صحيح من حيث المنطق والقانون البحت ، ولكن من الوجهة العملية رأى القضاء أقل تعقيدا وأكثر فائدة .

(٢) طنطا الابتدائية ٢٢ ابريل ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظه) الحقوق ٣٤ ص ١٤١ المجموعة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧ .

(٣) البدائع ٥ ص ١٤ — المجلة المادة ١٠١٨ .

أى الشريك فى الملك المشاع ، وكذلك للجار المالك propriétaire voisin ، وخولته المادة الثانية لمالك 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 بيعت 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 بيعت 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 ثبوتا كافيا (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 مسجدا ، 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 ، استنادا على هذا العقد ، أن يستعمل حق الشفعة بصفته جارا ، لأن الشرط الأول للشفعة هو اثبات صفة المالك وقت بيع العقار المشفوع (٦) .

وحكم بأنه اذا وقع خلاف بين البائع والمشترى ، وكان خلافا جديا 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 المجلة.

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٤ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) .

(٤) فتحي زغلول باشا ص ٨٩ .

(٥) المجلة المادة ١٠١٨ — البدائع ٥ ص ١٤ .

(٦) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣١٤) .

المشترى لا يستطيع الادعاء بأنه صار مالكا من تاريخ هذا العقد . وأنه بناء على ذلك يمكنه أن يشفع فى العقار المجاور المبيع قبل تسوية الخلاف المتقدم وقبل الشروع فى تحرير عقد البيع النهائى (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 أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع — لا تقبل 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 مختلط ٢٢ يونيه ١٩٢٠ (٣٢ ص ٣٦٢) .

(٢) استئناف ٣ فبراير ١٩٣٨ (دائرة أمين حسنى بك وعبد الله اسماعيل بك وعبد الوهاب عزت بك) المحاماة ١٩ ص ٣٨٠ رقم ١٦٧ .

(٣) استئناف أهلى ١٧ مايو ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربيت بك) الحقوق ٩ ص ٢٠٢ — استئناف مختلط 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 الطعن 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 بينتها فى حكمها والمؤدية الى ما استخلصته ، أن الشراء 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 مطعن عليه . ولا يصح أن يعاب عليها أنها لم تجب المشفوع ضده الى ما طلبه من احالة الدعوى الى التحقيق ليثبت ما ادعاه ، ما دامت 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 وقفا [١].

فحق الشفعة ينشأ بسبب بيع أحد العقارات ، وفى وقت هذا البيع ، ولمصلحة الشفعاء الحاليين وحدهم ، فلا يكون لمن يتلقون الحق عنهم بصفة خاصة أو بصفة عامة à titre universel ou particulier [٢]، أى لخلفائهم الخاصين أو العامين.

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 الزقازيق 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 التخلص 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 يضعا لها 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 لتعاقده تاريخا أسبق من تاريخ التعاقد الأول ، ليحرم بذلك المتعاقد الأول من ثمرة 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 عليها ملكية الآخر ، ولا علاقة تربطهما =

١١٢ — بقاء ملكية الشفيع لحين الأمر 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 الاسلامية أيضا، فقد جاء فى حاشية الشلبى[٢]: قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله فى شرح الكافى فان كان المشترى قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة، لأنه قد ملك الدار بالقبض، فصار جارا عند وقوع البيع، فاذا قضى القاضى له بالشفعة، ثم ردت الدار (التى شفع بها) لفساد البيع، لم تبطل الشفعة، لأن القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك فى داره، لأن بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق، وان لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعته، لأن قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد، ولا شفعة للبائع أيضا فيها، لأن جواره حادث بعد البيع.

= ببعض، وهما 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 الحقيقى للملكية كل منهما».

راجع أيضا استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١).

وراجع الاسكندرية الابتدائية ٢٩ نوفمبر ١٩٣٦ (دائرة القضاة أحمد حمدى ومحمد غالب عطية وأحمد الحارم) المحاماة ١٧ ص ٥٦٢ رقم ٢٧١.

(١) سليم باز على المادة ١٠١٨.

استئناف مختلط ٦ مارس ١٩٤٥ (٥٧ ص ٧٩): حق الشفعة حق شخصى غير قابل للانتقال. فمن تكون له صفة الجار المالك هو وحده الذى يستطيع استعماله، فليس للمتنازل 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 ص ٤٠٩: ان عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول 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 بنفع على من لم يقم به.

(٢) بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٥.

ومثل ذلك جاء فى الزيلعى [١].

وفى الهداية أيضا أن بقاء ملك الشفيع فى التى يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط [٢].

١١٣ — الشريك الشائع فى ملكية العين المشفوع بها — لايشترط أن يكون الشفيع مالكا لكل العين التى يشفع بها ، بل يكفى أن يكون شريكا فيها فقط [٣] .

ولكن محكمة بنى سويف الجزئية [٤] حكمت بعكس ذلك ، اذ قررت أن لا شفعة لمن يملك حصة شائعة فى عقار مجاور للعين المشفوع فيها لعدم قيام السبب . وقد جاء فى أسباب حكمها :

« وحيث ان من يملك حصة مشاعة هو فى الواقع مالك الى ما ستئول اليه هذه الحصة عند القسمة .

« وحيث انه لذلك يكون سبب الشفعة غير قائم الآن ، وغير محقق مستقبلا ، بل وضعيف الاحتمال ، اذ لا يملك المدعى الا جزءا 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 فى حكمها المشار اليه

---

(١) ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) حاشية الشلبى ص ٢٥٥ .

وفى الخانية (ص ٥٤١) : لو جعل الشفيع داره التى يستحق الشفعة بها مسجدا أو وقفها وقفا مسجلا أو جعلها مقبرة ثم قضى له القاضى 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 ص ٢٦ ، ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ — كفر الزيات ٣ يونيه ١٩٠٧ (القاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ — استئناف مختلط ٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) ، ١٦ يونيه ١٩٣١ (٢٥ ص ١٣٩) .

(٤) ٣١ يناير ١٩٢١ (القاضى أحمد نشأت) المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٤ .

فى لنتز جزء ثانى نمرة ٨٣٧٧ ، ومحكمة كفر الزيات ٣ يونيه ١٩٠٧ فى حكمها المنشور فى المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ، من أن المالك على الشيوع يملك فى كل ذرة يكفينا للرد عليه ما تقدم ، خصوصا أن الحصة الشائعة ما هى الا عبارة عما ستئول اليه بالقسمة ، وأن المدعى وان كان يملك فى 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 فى 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 فى الملك وقت طلب الشفعة مالك ، اذ أنه يملك نصيبه فى كل جزء فى العقار ، وفى كل ذرة مجاورة للعقار المشفوع ، فاذا بقى مالكا على الشيوع لحين الأخذ بالشفعة ، فانه يكون محقا فى طلب الشفعة . ولا يحتج علينا بأن الحصة الشائعة ما هى الا ما سيئول بالقسمة ، وأنه قد تحصل القسمة فلا يئول 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 بحق الشريك فى الملك الذى توافرت فيه الشروط وطالب بالأخذ بالشفعة ، ولو وقفنا حقه فى طلب الشفعة حتى تحصل القسمة فقد لا تتم ، وهو الغالب ، الا بعد فوات مواعيد الشفعة .

وقد أخذت محكمة النقض والابرام بهذا الرأى ، فقررت أنه يجوز للجار الذى يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ، ولو لم يشترك معه باقى شركائه فى الملك ، وذلك لأنه انما يملك نصيبه فى كل ذرة من العقار المشترك ، ولا يؤثر فى 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 مالكا له لحين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق . فاذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ، ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما اذا قضى له بها قبل حصول القسمة فلا يهم زوال ملكه الذى يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أى طريق آخر (١) .

١١٤ — لا يشترط انضمام كل الشناعين لطلب الشفعة — للشريك على الشيوع طلب الشفعة وان 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 ، فاذا قامت صفة الجار بشخص واحد كان له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ، واذا قامت تلك الصفة بشخصين أو أكثر ، لامتلاكهم عقارا واحدا على الشيوع ، كان لهم أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضا . وليس معنى أن لهؤلاء الشركاء حق الأخذ بالشفعة أن يكون لكل منهم جزء من هذا الحق ، وانما يثبت حق الشفعة لكل واحد منهم اذا انفرد ، ولهم جميعا اذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضروريا لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز . ومما

---

(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 ومسيو سودان وزكى برزى بك) المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ .

(٣) ٣ يونيه ١٩٠٧ القاضى أحمد زكى أبو السعود المجموعة ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ .

يؤيد هذا الرأى أحكام الشريعة الغراء فى الأحوال المماثلة لهذه التى 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 فى المرتبة يقضى له بما يخصه بنسبة ملكه الذى 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 تمليكه 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 وتنتقل فيه الملكية من يوم العقد .

ولكن الشرط قد يتحقق وقد يتخلف .

فان تخلف الشرط ، أى لم يتحقق ، فان كان واقفا فلا يتم 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 القانونى ، أى أن الشرط له أثر رجعي ، وذلك بناء على افتراض قانونى .

---

(١) راجع المادة ١٢٤ من مرشد الحيران — راجع أيضا استئناف مختلط ١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٠ ص ١٣٩) ، ٤ يونيه 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 ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

وراجع استئناف مصر ١٢ مارس ١٩٣٩ المجموعة ٤٠ رقم ١٠٩ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٨ : اذا طلب مالكان على الشيوع أخذ عين بالشفعة وتقرر أن حق أحدهما ساقط بسبب علمه بالبيع من قبل الطلب بأكثر من خمسة عشر يوما فليس هناك ما يمنع المالك الآخر من أن يأخذ كل العين لنفسه ، والقول بغير ذلك مردود ، اذ من المسلم أن للشريك على الشيوع فى الأرض المشفوع بها أن يطلب كل العين المبيعة لنفسه .

وفى بيع الوفاء ، وهو بيع على شرط خيار الاسترداد للبائع[1]، يكون البائع مالكا تحت شرط واقف ، وهو شرط خيار الاسترداد ، ويكون المشترى 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 المشترى وفاء ، هل تكون الشفعة لكل من البائع وفاء والمشترى وفاء اذا بيع عقار بجوار العقار محل البيع الوفائى ؟

١١٦ — رأى أول — يمكن أن يقال انه ليس لغير المالك ملكا باتا أن يطالب بالشفعة ، فليس للمالك تحت شرط فاسخ أو واقف أن يطالب بها ، لأن كليهما لا يعتبر مالكا ملكا باتا ، 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 الرأى 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 .

---

(١) مدنى ٣٣٨/٤٢١/١٦٥٩ .

١١٧ — رأى ثالث — الذى له طلب الشفعة هو المالك تحت شرط فاسخ — وفى بيع الوفاء المشترى وفاء — لأن الملكية تنتقل اليه من وقت عقد تمليكه ، على عكس المالك تحت شرط واقف — وفى بيع الوفاء البائع وفاء — لأن الملكية لا تكون له الا اذا تحقق الشرط .

ونحن من هذا الرأى ، 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) [1] ، ويكون له أن يتصرف فى هذا العقار بعد ذلك .

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة طنطا الابتدائية [2] 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 للمشترى ، فلم يعد البائع شريكا فى العين المشفوعة ، بل الشريك فيها هو من حل محله ، وهو المشترى الذى صار مالكا لهذا المبيع . ورتبت المحكمة على ذلك أن الشفعة تكون لهذا المشترى ، 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 المشترى ذلك .

و رأى المحكمة صحيح فى نظرنا من حيث المبدأ الذى قررته ، وهو جواز طلب الشفعة للمشترى وفاء .

ولكنا لا نوافق المحكمة على ما قررته 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 مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته فللمشترى 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 لونج والقاضى غبريال سيدهم) المجموعة ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦ .

هـذه المادة غير منطبقة ، اذ السبب فيهـا أن المشترى يـكون مضطرا لشراء الحصة الباقية محافظة على المبيع حتى لا يخرج من يده ، فالثمن الذى يدفعه فى مقابلها يعتبر بمثابة مصروفات ضرورية صرفت منه لاستبقاء المبيع ، والمشترى يحق له أن يسترد ما أنفقه من هذه المصروفات . ومثال هذه الحالة : أن يبيع الانسان لآخر وفاء نصف حمام شائعـا فى الحمام كله ، فاذا طلب صاحب النصف الآخر قسمة الحمام عينا ، فتبين أنها متعذرة لعدم امكان الانتفـاع بكل نصف على حدته . وحصلت القسمة بطريق التصفية ، بأن بيع الحمام كله بالمزاد ، ثم اشتراه المشترى ، جاز للمشترى أن يلزم البائع بأخذ الحمام كله . وفى الدعوى التى فصلت فيها محـكمة طنطا لم يكن المشترى 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 مالـكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨) .

وقد يعترض على هذا الرأى بأنه بالاسترداد يعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملك البائع وفاء ، وأن المشترى لم يملـكه لحظة ، نظرا الى الأثر الرجعى للشرط ، وكأن المشترى قد شفع بعقار لم يملـكه .

وردنا على ذلك أنه يشترط فى الشفيع كما تقـدم أن يكون مالـكا وقت المطالبة بالشفعة ، وأن يبقى كذلك حتى يقضى له بها ، فاذا ما أخذ بالشفعة أصبح مالـكا نهائيا ، ولا يهم زوال ملـكية العين المشفوع بها بعد ذلك .

١١٨ — رأى ثالث — هذا الرأى يقرر أن لكل من المالك تحت شرط فاسخ والمالك تحت شرط واقف أن يطالب بالشفعة . وفقط اختلف أنصـار هذا الرأى فى كيفية المطالبة بها ووقت حصولها :

(ا) فيقول الأستاذ زكى العرابى باشا ، عند بحث ما اذا كان للمشترى وفاء أو البائع وفاء حق الشفعة :

---

(١) راجع فى هذا الرأى نجيب الهلالى باشا ، كتاب البيع ، ٧٥٣ .

بما أن الشفيع يلزم أن يكون مالكا لما يشفع به ، والملكية هنا معلقة بين البائع والمشترى ، ولا تستقر لهذا الأخير الا بفوات المدة مع عدم الفسخ ، ولا يمكن معرفة ذلك من قبل ، فيلزم أن يكون له حق الطلب ، وانما لا يقضى له الا بعد مضى المدة وعدم الفسخ ، أو يجوز القضاء فى 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 الرأى بما يأتى :

(١) كيف يكون للمالك تحت شرط طلب الشفعة مع عدم الاستمرار فى اجراآتها ، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة ، فالواجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة فى ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة والا سقط حقه ، وعلى المحكمة أن تحكم فى الدعوى على وجه السرعة . واذا فهم من الرأى السابق أنه يكون له أن يرفع الدعوى ، وانما لا يحكم له الا بعد مضى مدة الاسترداد وعدم الفسخ ، فكيف تقف الدعوى ، وما هو السند القانونى لذلك ؟

على أننا لو سلمنا بجواز وقف الدعوى ، فان مدة الاسترداد فى بيع الوفاء قد تصل الى خمس سنوات ، وهى مدة طويلة قد يعمل المشفوع عليه فى خلالها كل صنوف الأعمال الضارة التى من أجلها شرعت الشفعة . وقد تكون مدة الانتظار أكثر من خمس سنين اذا كان طالب الشفعة مالكا تحت شرط فى غير حالة بيع الوفاء ، ووقف الحكم له بالشفعة طول هذه المدة يضيع الغرض الذى من أجله شرع هذا الحق .

(٢) يجيز زكى العرابى باشا القضاء فى الحال لطالب الشفعة ، انما يكون نفاذ الحكم مقيدا بنفس الشرط المقيد به الملك ، بحيث اذا فسخ البائع البيع سقط

---

(١) زكى العرابى باشا ص ٢٩ — ٣٠ .

البيع ومعه الشفعة . وكان من الممكن الموافقة على وجهة النظر هذه ، فيما يتعلق بالمالك تحت شرط فاسخ ، لولا ما يترتب على اتباع ذلك من الصعوبات العملية الكثيرة ، لأنه اذا قضى لطالب الشفعة بملكية العقار المشفوع ، ثم تحقق الشرط فانفسخت ملكية الشفيع التى شفع بها ، فالى من يعود العقار المشفوع ، أيسلم الى البائع وفاء وهو لم يطلبه بالشفعة (وحتى اذا طلبه فمن رأينا أنه ليس له الحق فى ذلك لأنه لا يمكن أن يقال انه مالك وقت تملك العقار المشفوع) ، أم هل يرجع العقار المشفوع الى المشفوع عليه ، وقد لا يكون فى حاجة اليه فى ذلك الوقت ، وقد لا يكون عنده ما يدفع منه ثمنه مع ما استجد عليه من البناء أو الغراس ؟

(ب) ومن رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك أنه لكل من البائع والمشترى وفاء « الحق فى انذار المشفوع منه باظهار الرغبة فى 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 فى اتمام اجراآت الشفعة ، فيرفع دعوى الشفعة المنصوص عليها بالمادة ١٥ فى ظرف ثلاثين يوما من يوم تحقق الشرط فى أحد أيام الفترة المضروبة بالعقد . ويعتبر لتحقق الشرط أثر رجعى بالنسبة لانذار الشفعة الموجه من البائع وفائيا (!) ، أى يعتبر أن هذا الانذار قد عمل فى ذات يوم تحقق الشرط . وعلى ذلك يزول أثر الانذار الآخر الموجه من المشترى وفائيا ، لأن ملكية هذا الأخير قد زالت . وعلى العكس مما تقدم فيما اذا لم يتحقق الشرط الفاسخ من جهة والتوقيفى من جهة أخرى ، وظل العقار بيد المشترى وفائيا وتأيدت الملكية لديه ، وجب عليه أن يعمل نفس ما كان يعمله البائع فيما اذا تحقق الشرط من جانب هذا الأخير . وبذا يزول أيضا أثر الانذار الموجه من البائع وفائيا » [1] .

ونرد على هذا الرأى بما يأتى :

(١) ان القول بأن انذار اظهار الرغبة يعتبر أنه عمل فى ذات يوم تحقق الشرط لايمكن قبوله ، اذ لاسند قانونيا له ، فلا يمكن الأخذ به بدون تشريع جديد لذلك .

---

(١) كتابه فى « الأموال » نبذة ٤٧٩ ص ٦٧١ .

(٢) انه نظرا الى الأثر الرجعى للشرط يعتبر البائع وفاء — فى حالة تحقق الشرط — أنه كان دائما مالكا للعقار الذى بيع وفاء . فلذلك لا يمكن قبول دعوى الشفعة لرفعها بعد أكثر من ٣٠ يوما من اعلان اظهار الرغبة . واذا تخلف الشرط ، واستقرت الملكية للمشترى وفاء فانه يعتبر أنه كان مالكا من يوم البيع الوفائى ، فاذا ما رفع الدعوى بعد انتهاء مدة الاسترداد فانها لا تقبل منه لمضى أكثر من ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة .

١١٩ — هل لواضع اليد الذى لم تتم مدة تقادمه حق 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 فى 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 ذهنى بك [١] أن تملك واضع اليد معلق على شرط واقف ، وهو مضى المدة القانونية ، بالشروط المقررة لصحة وضع اليد ، والأمر فى 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 الذى يشوب العقد لا يمنع انتقال الملكية ، وانما يكون العقد قابلا للبطلان ، والذى له طلب البطلان هو من شرع البطلان فى مصلحته ، ولذلك نرى أنه يكون للشفيع ، اذا كان عقده باطلا بطلانا نسبيا (كما

---

(١) كتابه فى « الأموال » نبذة ٤٨٠ ص ٦٧٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١١٧ .

اذا اشترى من ناقص الأهلية) ، أن يطالب بالشفعة ، وليس للمشفوع منه أن يدفع بالبطلان (والذى له أن يدفع بالبطلان هو ناقص الأهلية فى المثل المتقدم) .

أما اذا كان عقد الشفيع باطلا بطلانا مطلقا (كما اذا امتلك بموجب هبة لم تحرر بعقد رسمى) فانه لا يجوز له أن يطالب بالشفعة ، و يجوز للمشفوع منه أن يدفع ببطلان عقد الشفيع .

١٢١ — عدم تسجيل عقد الشفيع — قبل قانون التسجيل قررت محكمة الزقازيق الابتدائية [١] أن المادة ٦١١ مدنى التى جاء فيها « الحقوق بين الأحياء الآتية من عقود انتقال الملكية أو . . . تثبت فى حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينيا بتسجيل تلك العقود الخ . » لاتنطبق هنا ، لأن « تحديد دائرة انطباق هذه المادة ظاهر من عبارة (ممن يدعى حقا عينيا) ، فهى تفترض أن شخصين تلقى كل منهما حقا على عين واحدة ، فالأسبقية بينهما تكون للتسجيل ، وهذا طبيعة اذا كان ناقل الحق واحدا ، وهى ليست الحالة التى نحن بصددها ، فلا حاجة اذن للتسجيل لمعرفة ان كان عقد المستشفع أسبق أم عقد المشفوع منه » .

وقررت أيضا المحكمة المختلطة أنه لايشترط أن يكون عقد ملكية الشفيع للعقار المشفوع به مسجلا ، لأن التسجيل لا مفعول له الا بالنسبة الى الغير الذى له حق ثابت فى الشىء jus in re ، بخلاف طالب الشفعة فان له أفضلية خولها له الشارع (حق على الشىء jus ad rem) ، وعليه فاذا ثبت أن المشفوع منه كان مالكا قبل تملك طالب الشفعة فلا حق لهذا الأخير بطلبه ، وذلك بصرف النظر عن كل تسجيل [٢] .

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 زكى خليل بك والقاضى محمد عبد الرازق) المجموعة ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٥) الاستقلال ٤ ص ٢٤٦ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) .

القانون فيما يتعلق بالتسجيل ، لأنه أوجب التسجيل لانشاء 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 الرأى محكمة أسيوط الابتدائية [1] . 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 المشترى فيما له من حقوق بناء على العقد غير المسجل ، ولكن النزاع المطروح اليوم أمام المحكمة خاص بالصورة العكسية لهذه تماما . . .

« وحيث ان الرأى الذى ساد فى النهاية فيما يتعلق بصحة دعوى الشفعة ضد مشتر لم يسجل عقده تتلخص فى الاعتبارات 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 دبسمبر ١٩٤٣ (القاضى محمد أحمد العريان) المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ .

وراجع استئناف مختلط ١٢ يونيه 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 .

ثانيا — ان نقل الملكية لم يكن ركنا أساسيا فى البيع ، وانما هو نتيجة من نتائجه .

ثالثا — ان الشفيع يحل قانونا محل المشترى .

رابعا — ان تعليق حق الشفعة على التسجيل أو تولده من يوم حصوله يجعل المشترى مهددا بالشفعة زمنا قد يطول أمده و يعطل أحكام الشفعة (راجع حكم الدوائر المجتمعة الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧) .

« وحيث ان جميع الأحكام التى ناقشت حق الشفعة بناء على بيع غير مسجل متفقة رغم تناقضها فى أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية ، وأن الشفيع اذا حل محل المشترى فانما يكون ذلك فيما له من حقوق شخصية قبل البائع يستطيع بموجبها ارغامه على الوفاء بما التزم به ولو قضاء .

« وحيث ان الشرط الأساسى 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 فى الملكية الى التملك بوضع اليد الحائز لشروطه القانونية ، فانه لا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، اذ هو لا يعد مالكا طبقا لأحكام القانون الجديد الذى ينص فى المادة الأولى منه[1] 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 عقوده غير المسجلة من حقوق شخصية للمطالبة بما للمشفوع ضده من ملكية ثابتة ، كما هو الشأن فى الصورة الأخرى التى عرضت على القضاء غير مرة ، وكان الشفيع فيها لا يطالب بالملكية المنجزة 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 شخصى لمالك هذا العقار اذا توفرت لديه الشروط المنصوص عليها قانونا ،

---

(١) المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

فلا ينتقل الى من يباع له هذا العقار عقب تولد هذا الحق ، و ينبنى على ذلك أن البيع اذا كان معلقا على شرط موقف أو فاسخ كانت دعوى الشفعة صحيحة [١] . الا أن هذه النظرية لا يمكن التسليم بها فى الحالة المطروحة أمام المحكمة ، اذ لا القانون مهما توسعنا فى تأويل نصوصه ، ولا المنطق ، يسمحان بالقول بأن لصاحب الحق فى الحقوق الشخصية أو الملكية المعلقة على أكثر تقدير حق الشفعة فى 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 تسجل 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 فى حالة التفاضل بين عقود تصرفات عن عقارات مختلفة لا تنافر بينها ولا تؤثر فى 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 التى بنى عليها حكم الدوائر المجتمعة سوى ما كان متعلقا بتهديد المشترى غير المسجل بالشفعة زمنا قد يطول ، و بتعطيل أحكام الشفعة اذا علق استعمال الحق فيها على التسجيل ، وهو ما لا محل له فى مثل النزاع المطروح . لأن التقصير هنا من جانب الشفيع صاحب المصلحة فى أخذ العقار بالشفعة ، وقد حال بينه و بينها عدم تسجيله ، وأصبح المشفوع ضده بذلك مطمئنا على عقاره كل الاطمئنان » .

ولكن من رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك أنه لا يشترط أن يكون عقد الشفيع مسجلا لأجل المطالبة بالشفعة ، بل يكفى وجود العقد المثبت لشراء الشفيع ، وعلى ذلك يجوز للجار المشترى بعقد غير مسجل أن يطلب الشفعة ، و يعتبر الحكم القاضى بالشفعة حكما معلقا على شرط ، وهو عدم تصرف البائع للشفيع فى العقار ثانيا للغير ، وعدم تسجيل الغير لعقده ، والا اذا حصل التصرف

---

(١) دى هلتس جزء ٣ صفحة ٢٢٠ رقم ٦ وصفحة ٢٢٤ رقم ١٥ .

ثانيا وسجل العقد قبل تسجيل عقد الشفيع ، بطلت الشفعة ، لأنه لا يعتبر فى هذه الحالة مالكا (١) .

ويقول الأستاذ عبد السلام ذهنى بك انه يصح الاعتراض على الرأى القائل بعدم قبول دعوى الشفعة بأن البيع قبل التسجيل ولو أنه غير ناقل للملكية الا أنه بيع فيه مشتر وبائع بواجبات وحقوق ، وأن الهلاك على المشترى 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 فى نقل الملكية فيعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت التسجيل ، وعلى ذلك تصح تصرفاته فى العقار قبل التسجيل .

ويضيف الأستاذ ذهنى بك الى ذلك أنه اذا أخذ بما قرره بشأن الهلاك وقانون التسجيل ، وأخذ بنظرية جواز الأخذ بالشفعة فى العقود الشرطية فيما اذا كان عقد المشفوع ضده معلقا على شرط ، وأخذ بما قرره بصحة دعوى الشفعة فى حالة عدم تسجيل عقد المشفوع ضده ، اذا أخذ بذلك كله ترجح لديه القول بجواز صحة دعوى الشفعة اذا كان عقد المشترى 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 ذهنى 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 ذهنى بك بنظرية الأثر الرجعى للتسجيل ، على أن هذه النظرية ليست متفقا عليها ، وعندنا أنه ليس للتسجيل أثر رجعى للأسباب التى

---

(١) كتابه فى « الأموال » نبذة ٤٨٩ ص ٦٧٩ — ٦٨٠ .

(٢) كتابه فى « الأموال » نبذة ٤٦٣ ص ٦٥٧ .

أخذت بها الأحكام الصادرة فى هذا الموضوع [١] .

---

(١) راجع الاسكندرية الابتدائية ٨ يناير ١٩٣٠ (برياسة حسن صادق رشيد بك وحضور القاضى محمد صادق والقاضى عبد الرحيم غنيم) الجريدة القضائية السنة الأولى العدد ١٧ رقم ١٦٠ ص ٢٢ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٥٧ ص ١٦٢ .

وقد رفضت المحكمة فى هذا الحكم الأخذ بنظرية الأثر الرجعى للتسجيل للأسباب الآتية :

١ — لتعارض هذه النظرية مع الغاية المقصودة من التشريع الجديد ، وهى تثبيت دعائم الملكية العقارية ، وجعلها بمأمن من فوضى تضارب التصرفات الظاهرة منها والخفية ، تدرجا من المشرع نحو الغاية التى يرجى الوصول اليها 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 الى غيرهم ، أى أن هذه الحقوق تنشأ أو تنتقل أو تتغير أو تزول بالتسجيل ، فهو الذى به تتأثر الحقوق العينية ، وليس يصح القول بوجود الأثر قبل وجود المؤثر .

٢ — ليس من ضرورة فعلية ولا قانونية توجب تلمس نظرية الأثر الرجعى للتسجيل ، وهى مجرد تصور قانونى une fiction légale ، اذ لو كان لها موجب لما فات المشرع أن ينص عليها ، وهى 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 الرجعى .

وعدم الحاجة الى افتراض نظرية بعيدة عن قصد المشرع ظاهر من أنها حتى فى نظر من يقول بها لا تسرى الا فى دائرة ضيقة جدا — وهى دائرة المتعاقدين — ولا يمكن أن يترتب عليها أى مساس بحقوق الغير . وحتى فى تلك الدائرة الضيقة يتبين بتدقيق النظر أنها وضعت لضرورة وهمية ، فمن قال بهذه النظرية أراد بها حماية التصرفات التى تصدر قبل التسجيل من شخص يسجل عقده فيما بعد ، حتى لا ينازع المتعاقد معه فيما تعاقد معه عليه ، كمن يشترى عقارا وقبل تسجيل عقده يرهنه لآخر ، فنعا لهذا المشترى الذى يحاول بعد تسجيل عقده الطعن فى الرهن الصادر منه قبل التسجيل بأنه صدر منه وهو لم يصبح مالكا بعد ، رؤى الأخذ بنظرية الأثر الرجعى للتسجيل حتى يعتبر هذا المشترى مالكا من يوم الشراء ، فيمتنع عليه الطعن فيما صدر عنه من التصرفات . غير أن القواعد العامة كفيلة بتحقيق هذه الغاية دون الالتجاء الى انشاء هذه النظرية ، اذ أنه لا يسوغ لأحد طرفى العقد أن يسعى بأية وسيلة ما فى نقض ما تم من جهته ، كما لا يسوغ له ، والتسجيل من عمله واهمال التسجيل من فعله ، أن يضار غيره بهذا الاهمال ، كما قالت بحق محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة فى حكمها الرقيم ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، حيث رأت أنه لا يجوز لمدين أن يدفع دعوى دائن نزع ملكية أحد عقاراته بقوله ان عقد شرائه لذلك غير مسجل ، كما لا يجوز لبائع أن يعارض المشترى منه فى تنفيذ صفقة باعها له ، بحجة أن عقد تملكه اياها غير مسجل ، وكذلك شأن المشترى الذى لم يسجل عقده اذا هلك العقار قبل التسجيل وبعد تسليمه اليه فهلاكه عليه .

وقد قطعت محكمة النقض والابرام برأيها فى هذا الموضوع فى دعوى لم يكن فيها الشفيع قد سجل عقده وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فطعن فى الحكم الذى قضى برفض دعواه بمقولة انه أخطأ فى تطبيق القانون وفى تفسيره ، ذلك أن القانون وقد علق نقل الملكية على التسجيل =

على أننا لا نرى التوسع فى اعتبار المشترى غير المسجل مالكا ، خصوصا بالنسبة الى حق الشفعة . وهو ليس من الحقوق المستحبة و يجب التضييق فى دائرة تطبيقه .

١٢٢ — الاسلام ليس بشرط — فى الشريعة الاسلامية اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة . فتجب لأهل الذمة فيما بينهم ، وللذمى على المسلم .

وهذا هو رأى الأئمة الثلاثة .

ولكن من رأى أحمد أنه لا شفعة للذمى .

= قد جعل المشترى بعقد غير مسجل مالكا تحت شرط واقف هو أن يسجل عقده ، فاذا تحقق الشرط وجب اعتباره مالكا ، لا من يوم التسجيل فحسب ، بل من يوم انعقاد العقد الذى سجل ، وذلك عملا بقاعدة الأثر الرجعى للشرط ، تلك القاعدة العامة المقررة فى المادة ١٠٥ من القانون المدنى والتى لم يرد فى قانون التسجيل ما يعطلها أو يحد من تطبيقها . فردت محكمة النقض على ذلك بقولها : ان استناد أثر الشرط الى الماضى ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى ، انما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن ارادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام فان 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 القانونى قامت نظرية الأثر الرجعى للشرط . ولا مبرر لها فى الشرائع التى أخذت بها الا أنها تعبر عن ارادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التى قررت الأثر الرجعى للشرط فى باب التعهدات والعقود . وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص فى غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعليا مردودا الى ارادة الشارع — كشرط التسجيل لنقل الملكية — لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضى . وفضلا عما تقدم فان القول بالأثر الرجعى 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 أيضا من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، فى حين أن واضع القانون المذكور انما أراد أن يكون هذا الجزاء صارما رادعا ليحمل المتعاملين على المبادرة الى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو انشاؤه فى المستقبل (نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ فى الدعوى رقم ١٢٨ سنة ١٥ القضائية) .

ووجه الرأى الأول اطلاق الأحاديث بأن الشفعة للشفيع من غير تقييد ذلك بالمسلم .

ووجه الثانى التغليظ 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 الصبى هو وليه الذى يتصرف فى ماله من الأب ووصيه والجد لأب ووصيه والقاضى ووصى القاضى . فاذا بيعت دار ، والصبى شفيعها ، كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والولى يملك ذلك ، فان سلم الشفعة صح التسليم . ولا شفعة للصبى اذا بلغ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ، وعند محمد وزفر لايصح تسليمه والصبى على شفعته 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 ، فان الشفعة تثبت فيه . أما اذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال ، بأن كان مسجدا ، فلا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة البيع [٢] .

فى المجموعة المدنية : نصت المادة ٧١ من المجموعة المدنية الأهلية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أو له » [٣] .

وقررت المادة ٩٧ من المجموعة المدنية المختلطة المقابلة للمادة ٧١ المذكورة أنه « لا يثبت حق الشفعة لمن وقفت عليه حصة فى عقار مشاع ، انما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذ الحصة المبيعة بقصد وقفها » .

فى قانون الشفعة : قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » [٤] ، ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف ، وكما يقول فتحى زغلول باشا ان النص على حالة وترك أخرى يفيد الاباحة ، فالشفعة جائزة من الوقف [٥] .

واذا كان هناك نزاع فى صحة الوقف وجب أن تقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة الشرعية فى شأن الوقف [٦] .

ويلاحظ أن حق الشفعة يتولد من وقت بيع الشىء المشفوع ، فان 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 (القاضى مصطفى واصف) الحقوق ٧ رقم ٧٥ ص ٣٣٩ .

(٤) وقد جاء مشروع القانون المدنى الجديد بهذا الحكم فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٩ بالنص الآتى : « ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » .

(٥) ص ٩٨ .

(٦) استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ .

المشترى بعد طلب الشفعة كان الوقف باطلا ويعد هربا من حقوق الشفيع[١] .

ويزول حق الشفعة اذا وقف الشفيع ، 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 الشفيع 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 النبذ الآتية .

١٢٦ — موظفو المحاكم والمحامون الممنوعون من شراء الحقوق 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 ببطلانه 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 مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

(٣) نجيب الهلالى باشا نبذة ٤١٣ ص ٢٥٢ .

الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، لشدة رغبته فى الاحتفاظ بحرمة القضاء وكرامته ، فقد خشى أن يحابى القاضى أو الموظف المشترى زملاؤه فى القضاء فيتأثر بذلك سير العدالة ، واذا لم يحابوه فلا أقل من أن يتهمهم الناس ويظنوا به وبهم الظنون ، وكلاهما مضيع لحرمة القضاء[١] .

ومن رأى على زكى العرابى باشا[٢] ، وعبد السلام ذهنى بك[٣] ، والدكتور محمود فهمى[٤] ، أنه لا شفعة لموظفى المحاكم والمحامين فى العقارات الممنوعين من شرائها .

وعندنا أن هذا الرأى محل نظر ، لأن العلة التى 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 ، وانما يرغب فى اتقاء الأضرار التى 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 الشفيع باستعمال حق الشفعة يحل محل المشفوع منه ويعتبر أنه اشترى الصفقة من المشترى 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 موكليهم 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 ، فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا 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 فى العقارات المنوط بهم بيعها لتوافر حكمة النص ، فقد يتساهل الوكيل مع المشترى فى شروط البيع ، اذ باستعماله حق الشفعة يحل محل المشترى فى جميع ما له وما عليه [٢] .

ونحن من هذا الرأى ، وهو ظاهر ، انما اذا أراد الوكيل أن يأخذ الصفقة وجب أن يتنحى عن مباشرة البيع .

١٢٨ — شفعة الوارث فى البيع الحاصل لأجنبى فى مرض الموت :

أورد الأستاذ على زكى العرابى باشا هذه الحالة ، وقال فى شأنها ما يأتى : « قد نصت المادة (٢٥٤) أنه لاينفذ [٣] البيع الحاصل من المورث ، وهوفى حالة مرض الموت ، لأحد ورثته ، الا اذا أجازه باقى الورثة . فاذا باع المورث عقارا لأجنبى ، وهو فى مرض الموت ، وكان الوارث شفيعا لهذا العقار ، فلا يجوز له استعمال الشفعة الا باجازة الورثة ، والا فلا يمكنه تملك العقار المبيع بالشفعة » [٤] .

ونحن نرى — بشأن جواز الشفعة أو عدم جوازها فى 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 الاسلامية ، وقد أعطى الفقهاء البيع للوارث فى مرض الموت حكم الوصية ، لافتراض أنه ليس بيعا حقيقيا ،

---

(١) نجيب الهلالى باشا نبذة ٤٢١ ص ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) نجيب الهلالى باشا نبذة ٤٢٩ ص ٢٦٧ — حلمى عيسى باشا ، شرح البيع ، نبذة ٩٣٠ ص ٢٩٤ — دى هلتس جزء ٤ بيع نبذة ٦٢ .

(٣) n'est valable .

(٤) العرابى باشا ص ٣٨ .

وأنه فى الواقع يستر هبة أريد تشكيلها بشكل البيع تخلصا من قيد اجازة الورثة ، ولذلك يجرون فى هذا البيع أحكام الوصية [١] .

واختلف الشراح والمحاكم فى حكم البيع بمثل القيمة لاختلاف فقهاء الشرع :

فاتبع بعض الشراح والمحاكم [٢] رأى الامام أبى حنيفة فى أن البيع لا يجوز لوارث ، ولو بمثل القيمة أو أضعافها ، الا بتصديق باقى الورثة ، دفعا لايثار بعضهم بالأعيان ، وذلك لأن الناس لهم أغراض فى العين ، فلا يجوز للمورث ايثار بعض الورثة بها .

واتبع البعض الآخر من الشراح والمحاكم [٣] رأى الصاحبين فى أنه لا حق لباقى الورثة فى الاعتراض ، لأن القرينة المفترضة فى المادة ٢٥٤/٣٢٠ ليست قرينة قاطعة ، بل انها تقبل الدليل العكسى ، فقد يكون البيع حقيقيا لا ساترا لوصية ، وفى هذه الحالة يجوز للوارث اثبات عكس هذه القرينة .

والرأى الثانى أعدل [٤] .

ومن رأينا أنه تجوز الشفعة فى الحالة الثانية ، ولا تجوز فى الحالة الأولى ، لأن الشفعة لا تجوز الا فى البيوع ، فلا تجوز فى الهبة والوصية ، والقاعدة أنه اذا اتصف العقد بغير صفته الحقيقية فلا يعول على الشكل الظاهر للعقد ، ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الاثبات .

تزاحم 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 كلابكوت ومحمد شكرى باشا) الشرائع ١ رقم ٣٤١ ص ١٩٠ .

(٤) نجيب الهلالى باشا نبذة ٣٩٨ ص ٢٤٣ — ٢٤٤ .

مختلفة طبقت الفقرة الأولى من المادة ٧ . ونصها :

« اذا تعدد الشفعاء يكون الحق فى الشفعة :

أولا — لمالك الرقبة .

ثانيا — للشريك الذى له حصة مشاعة .

ثالثا — لصاحب حق الانتفاع .

رابعا — للجار المالك »[1].

"En cas de concours de plusieurs préempteurs le droit de préemption appartient :

En premier lieu, au nu propriétaire ;

En deuxième lieu, au copropriétaire ;

En troisième lieu, à l'usufruitier ;

En quatrième lieu, au propriétaire voisin".

وليس لأحد من هؤلاء الحق فى الشفعة اذا وجد من يتقدم عليه فى المرتبة بحسب هذا الترتيب .

فاذا لم يستعمل أحدهم حقه فى الشفعة حل محله الذى يليه .

١٣١ — (٢) الشفعاء من طبقة واحدة — اذا كان الشفعاء من طبقة واحدة طبقت الفقرة الثانية من المادة ٧ ، ونصها :

« فاذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره »[2].

"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.

Entre voisins la préference appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds".

---

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٦ من مشروع القانون المدنى الجديد على أنه « اذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة » . والمادة ١٠٠٥ جعلت الترتيب كالآتى : مالك الرقبة ، فالشريك فى الشيوع ، فصاحب حق الانتفاع ، فمالك الرقبة فى الحكر والمستحكر ، فالجار المالك .

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٦ من مشروع القانون المدنى الجديد على أنه « اذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » . ولم يأت المشروع بالنص الذى يستثنى الجيران ، ويجعل التقدم لمن تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

فالفقرة الثانية من المادة ٧ تفرق بين حالة تعدد مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع من جهة ، وحالة تعدد الجيران من جهة أخرى .

١٣٢ — حالة تعدد مالكى 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 فى المقدار أو القيمة ؟

يقول أحمد فتحى زغلول باشا [١] ان الرأى الذى يجب اعتباره هو القيمة ، قياسا على ما جاء فى القانون فى 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 فى المقدار [٢] . ونحن نفضل هذا الرأى .

ويلاحظ أن حكم الفقرة الثانية من المادة ٧ ينطبق على مذهب الامام الشافعى والامام مالك ، لا على رأى الامام الأعظم الذى يرى القسمة بين الشفعاء بالنسبة الى عددهم ، لا بالنسبة الى ملكهم كما تقدم [٣] .

١٣٣ — حالة 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 préempti n un plus grand avantage pour son fonds.

---

(١) ص ٩٠ .

(٢) نبذة ٨٧ .

(٣) راجع نبذة ٤٨ .

(٤) استئناف مختلط ٣١ مارس ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ ص ٥٥١ ، ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) ، ١٠ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٢) الاستقلال ٤ ص ٢٤٦ ، ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٠) .

والقاضى هو الذى يقدر ذلك على حسب الأحوال[١] . وعند الشك تكون الأولوية للمشترى . وبذلك لا تخرق حرية التعاقد[٢] . وفى هذا تطبيق للقاعدة التى تقرر تفضيل واضع اليد عند التساوى 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 يفى بتخصيصه الحالى[٣] .

أما الوجهة الشخصية للشفيع فلا تهم ، فلا يدخل فى اعتبار المحكمة الفوائد الشخصية التى يستطيع الشفيع اجتناءها من الشفعة ، بل تعتبر العقارات متساوية من هذه الوجهة[٤] .

كذلك لا يعتبر — عند الحكم فى 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 ، وهى ابطال حق الارتفاق المرتب على عقاره[٦] .

وقد حكم بأنه اذا حصل التزاحم بين جارين للعقار المشفوع ، وكان عقاراهما مثقلين بحقوق ارتفاق ، كانت الأولوية لمن كان عقاره مثقلا بحقوق ارتفاق أوسع نطاقا وأشد عبئا من التى تثقل عقار الجار الآخر[٧] .

---

(١) استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ — فتحى زغلول باشا ص ٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) ، ١٦ يناير ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٠) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ ص ٣٨٣ — قارن زكى العرابى 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) فتحى زغلول باشا ص ٨٩ .

(٧) استئناف مختلط ٢٤ أبريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) .

وحكم بأنه اذا كان التزاحم بين جارين شفيعين لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوعة . ولكن أحدهما جواره من جهة واحدة . فى حين أن جوار الآخر من جهتين . فان الأخير هو الذى يفضل [١] .

و بأنه اذا كان التزاحم بين جارين عقار أحدهما أكبر مساحة وأحسن موقعا من عقار الآخر ، كانت الأولوية لصاحب العقار الأصغر ، لأنه بضمه 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 عمن يكون له التقدم بصيغة المفرد [٤] .

ويرى بعض آخر جواز القسمة بين الجيران عند التساوى [٥] .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ ص ٢٧١).

(٢) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٦٣) ، ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) .

(٣) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

(٤) فورجير ص ٣١٦ و ٣١٧ .

(٥) دى هلتس نبذة ٩٠ — فتحى زغلول باشا ص ٩٠ — زكى العرابى باشا نبذة ٦٧ ص ٤٢ — استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ ، وقد جاء فيه :

« وحيث ان هذه المسألة هى من الوقائع المتروكة لنظر القاضى لتقديرها حسب ظروف كل قضية .

« وحيث ان تقرير الخبير أسهب فى بيان هذا الموضوع وسمع شهادة الشهود وعاين 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 لأرضه ، ومقداره ١٥ قيراطا و ٧ أسهم ، والثانى يعطى للمشترى ، وهو المستأنف ، ومقداره فدان و ١٠ قراريط و ١٧ سهما ، وقد لاحظ أيضا مقدار الثمن الواجب دفعه من الشفيع للأسباب التى أبداها فى تقريره .

« وحيث ان المحكمة بعد اطلاعها على تقرير الخبير 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 استأثر أحدهما بجميع الصفقة » .

وبهذا الرأى الأخير قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، اذ قررت أن حق الشفعة منشؤه الشريعة ، والشريعة تجيز بحسب الأحوال القسمة بين الجيران المتعددين ، ولا يمنع نص الفقرة الأخيرة من المادة جواز القسمة (١) .

وهذا يتفق مع ما قرره قانون الشفعة فى مواضع أخرى من جواز التقسيم (٢) .

ولكن المحكمة المختلطة عادت بعد ذلك فقررت أن قسمة العقار المشفوع التى كانت مقررة فى الشريعة الاسلامية قد ألغاها قانون الشفعة الذى يعطى فى حالة التزاحم الأولوية للجار الذى تعود على عقاره منفعة أكثر من غيره ، ولا يقرر القسمة الا فى حالة التزاحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء فى الملك أو أصحاب حقوق الانتفاع (٣) .

ونحن نفضل هذا الرأى . والظاهر أن محكمة النقض والابرام من الرأى 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 ص ٢٠٥) .

وراجع المنصورة الابتدائية ١٤ مايو ١٩٣٤ المجموعة ٣٦ رقم ١١٩ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٦ : ان الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من قانون الشفعة وان كان ظاهرها عدم تجزئة العقار المشفوع ، الا أن فقه الشريعة الاسلامية — مصدر الشفعة — يجيز التجزئة ، خصوصا اذا كانت مصلحة الجيران تقضى بذلك مما يجعل للمحكمة صاحبة التقدير فى الأفضلية مخرجا للعدل والانصاف بين الجيران . فاذا تبين لها أن مصلحتهم فى هذه التجزئة فضلا عن تجزئة العقار بضبيعته 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 ص ٢٥٩).

(٤) راجع نقض ٥ ديسمبر ١٩٤٦ فى الدعوى رقم ١٢٦ سنة ١٥ القضائية . وهو مذكور فى نبذة ١٤١ .

(٥) راجع مصر ٢٢ يونيه ١٨٩٩ (دائرة القضاة أمين على وقسطندى حجار ومحمد توفيق) الحقوق ١٤ ص ٥٣٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أيضا أنه فى هذه الحالة تقسم العين بين الطالبين على عدد الرءوس . ولكن يلاحظ أن هذا الحكم صادر قبل قانون الشفعة ، ولا يتفق مع نص الفقرة الثانية من المادة ٧ التى تقضى بقسمة العين بحسب الأنصباء كما سبق .

وكذلك اذا طلبوا الشفعة . ولكن سقط حق بعضهم لتقديمه بعد الميعاد القانونى ، فلا يوجد ما يمنع من أن تكون العين المشفوعة كلها من حق الباقين [١] .

المشترى أحد الشفعاء

١٣٥ — المجموعة المدنية — كانت المادة ٩٥ من المجموعة المدنية المختلطة تنص على أن للشريك فى الملك المشاع الأخذ بالشفعة ممن 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 المشترى جارا أيضا .

ولم تأت المجموعة الأهلية بنص المادة ٩٥ مختلط ، ولا بأى حكم خاص بالحالة التى تتوافر فيها أسباب الشفعة فى المشترى .

وقد تضاربت الأحكام المختلطة والأهلية بسبب ذلك .

فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن لا شفعة للجار من المشترى الجار [٢] .

ثم قضت بجواز الشفعة ولو كان المشترى جارا ، وبأنه تجب قسمة العقار المشفوع بين الجار المشترى 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 المشترى 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 الميعاد فلا يوجد ما يمنع الشفيع الآخر من طلب الشفعة فى كل الحصة 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 هلتس ومستر كوغلن) القضا ٦ ص ١٧١ ، ١٥ يونيه ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٩٠ — مصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك وأحمد عرفى بك والقاضى محمد صالح) القضا ٦ ص ١٧٩ .

(٥) راجع : الاسكندرية حكم استئنافى ٢٩ أبريل ١٨٩٧ القضا ٤ ص ٣٥٧ ، ٣٠ ديسمبر ١٨٩٧ القضا ٥ ص ٧٩ — استئناف ١٢ يناير ١٨٩٩ القضا ٦ ص ١٨٩ .

١٣٦ — قانون الشفعة — أراد قانون الشفعة أن يضع حدا للخلاف فى قضاء المحاكم بسبب نقص النص فى المجموعة المختلطة وعدم النص أصلا فى المجموعة الأهلية كما تقدم ، فجاء بالمادة الثامنة التى نصها :

« يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة (المادة ٧) فيما يتعلق بالأولوية ، ولوكان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى 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 المشترى يكون له الحق فى الشفعة والتزاحم مع غيره اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لطلب الشفعة[٢].

غير أنه يجب أن يلاحظ أن المشترى ليس ملزما بمراعاة الاجراءات الواردة بالقانون لاستعمال حق الشفعة ، لأنه فيما يختص به لايشفع بالمعنى الحقيقى للكلمة ، فانه لا يحصل على ملكية جديدة بالحلول فى شراء شخص آخر ، وانما هو يستبقى ملكا قد حازه قبل ذلك ، متمسكا بأولوية مستنداته لدفع دعوى طالب الشفعة[٣].

---

(١) وقد نص مشروع القانون المدنى الجديد ، فى الفقرة الثالثة من المادة ١٠٠٦ ، على أنه « اذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة فانه يفضل على الشفعاء الذين هم طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » .

(٢) مصر الابتدائية ٣٠ أبريل ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ١٤٨ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٤ : الشفعة جائزة اذا تزاحم الجيران وكان أحدهم مشتريا ، لأن حق الشفعة للجار مقرر بقانون الشفعة ، ولأنه حق لايصح أن يزول الا بنص 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 الباقين .

(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) فى الدعوى رقم ٨٠٨ سنة ٥٩ ق : ان المادة ٨ من قانون الشفعة تعنى =

١٣٧ — المشترى ليس من مرتبة الشفعاء — لا خلاف بين الشراح والمحاكم فيما اذا كان الشفعاء من درجات مختلفة ، وتوافرت فى المشترى أسباب الشفعة ، فان قاعدة الترجيح المبينة فى المادة السابعة تطبق حينئذ ، كما هو مذكور صراحة فى المادة الثامنة (١) .

فاذا كان المشترى أحد الشركاء فى الحصة المبيعة ، وطلب الجار الأخذ بالشفعة ، وجب ترجيح الشريك المشترى على الجار الشفيع . وكذلك اذا كان المشترى هو الجار ، وطالب بالشفعة الشريك فى الحصة المبيعة ، فانه يجب ترجيح الشريك على الجار ، لأنه أسبق منه فى المرتبة .

١٣٨ — المشترى من مرتبة الشفعاء — وانما انقسم الشراح والمحاكم فى الحالة التى يكون فيها الشفعاء من مرتبة المشترى ، كما اذا بيع لشريك حصة شائعة ، وطلب باقى الشركاء فى الحصة المبيعة الأخذ بالشفعة ، فهل يتميز المشترى ولا تجوز شفعة الباقين ، أم هل تجوز الشفعة ، ويقسم المبيع بين الشفعاء والمشترى (٢) .

يقول رأى بجواز الشفعة ، على أن تقسم الصفقة المبيعة بين طالب الشفعة

= بالمشترى الحائز لما يجعله شفيعا ، كما تدل عليه عبارة النص ، ذلك المشترى 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 فى قانون الشفعة تؤيده وتستلزمه . فالمشترى 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 التى يستوجبها طلب الشفعة بطريق الدعوى ، ولكنه يبقى خاضعا للشروط الموضوعية التى يجب توافرها فى الشفيع ، ومنها أن يكون طالب الشفعة حائزا لسببها وقد تولد الحق فيها ، أى وقت البيع الذى هو منشؤها ، فلا يتلقى الحق عند نشوئه الا من قام به سببه فى ذلك الوقت ، والقول بغير ذلك يترك مصير الشفعاء الذين قام بهم سبب الشفعة وقت البيع معلقا على ما قد يطرأ من تصرفات لاحقة ، وفى ذلك اضرار بالحقوق المكتسبة ، كما أن فيه ما قد يفتح الباب لوسائل احتيالية ترمى الى تعطيل تلك الحقوق .

(١) والحكم كذلك فى مشروع القانون المدنى الجديد .

(٢) وقد نص مشروع القانون المدنى الجديد فى الفقرة الثالثة من المادة ١٠٠٦ على تفضيل المشترى اذا كان من طبقة باقى الشفعاء .

والمشترى [١] .

ويقول رأى آخر بعدم جواز الشفعة لعدم النص [٢] .

١٣٩ — حجج القائلين بجواز الشفعة :

(١) ان حق الشفيع فى الشفعة حق مطلق ما لم ينص على تحريمه ، فالشفعة حق ثابت لكل من تتوافر فيه شروط الشفعة ، وحسبه التمسك بالمادة الأولى من القانون ، وهى مصدر الحق وأصله ، فلا يحرم منه صاحبه الا بنص صريح ، مهما

---

(١) من هذا الرأى : منفلوط الجزئية ١١ ديسمبر ١٩٢٤ (القاضى عبد العزيز كامل) المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٤٥٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٠ .

بنى سويف الابتدائية ٣٠ ديسمبر ١٩٢٧ فى القضية رقم ٦٧٥ سنة ١٩٢٦ (لم ينشر ومشار اليه فى حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨) .

بنى 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 العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٥ .

استئناف ١٩ أكتوبر ١٩٣٧ المجموعة ٣٩ رقم ١٩ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣١٧ .

المحلة الكبرى ٢٨ أبريل ١٩٤٠ (القاضى 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 هلتس نبذة ٤٦ و ٩١ .

فتحى زغلول باشا ص ٩٠ و ٩١ .

زكى العرابى باشا نبذة ٦٨ ص ٤٣ .

حامد فهمى باشا (المشترى الشفيع كغيره من الشفعاء استحقاقا ومزاحمة) المحاماة ٨ ص ٢٦١ .

عبد السلام ذهنى بك فى « الأموال » نبذة ٥٠٦ ص٦٩٣ .

(٢) استئناف مختلط 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 .

بنى سويف الابتدائية ٢٨ يناير ١٩٢٦ فى القضية رقم ٧٣٨ سنة ١٩٢٥ (لم ينشر ومشار اليه فى حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨) .

استئناف أسيوط ٢ مارس ١٩٢٧ (دائرة على حسين 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 والقاضى حسين ابراهيم والقاضى زكى عبد المجيد) المجموعة ٤٥ رقم ٤٣ ص ٨٥ .

كان هذا الحق ممقوتا واستثنائيا . ومن المبادىء الشرعية أن المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة ، ولا وجود لنص التحريم أو التقييد فى هذه الحالة ، لأن الشارع حصر وجوه التحريم فى المواد ٣ و ٤ و٥ و ٦ من القانون ، ثم فرغ منها وأتى على أحكام التزاحم ، فلو كان مراده تحريم الشفعة على الشريك أو الجار متى كان المشترى شريكا أو جارا لما فاته أن ينص على ذلك نصا خاصا ، والمقام مقام حرمان من حق ثابت أصلا ، أسوة بما نص عليه صراحة فى 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 المشترى اذا كان ممن لهم حق الشفعة وكان من طبقة الشفيع » ، ولكنه لم يفعل ، لأن نيته لم تنصرف الى تحريم الشفعة فى هذه الحالة ، بل انصرفت الى النص على أن الحق يظل قائما حتى لو كان المشترى صاحب حق أيضا ، ولكنه خشى اغفال النص على تنظيم التفاضل أو الأولوية ، فى هذه الحالة أيضا ، فأشار الى وجوب مراعاتها وفقا للترتيب الوارد فى المادة السابعة [١] .

(٢) ان ما يقال من عدم توافر حكمة الأخذ بالشفعة من مشتر هو شريك فى العين أو جارلها من قبل ، وهو دفع الأذى المحتمل من الشريك الدخيل أو الجار الحادث مردود بما دونه الفقهاء فى كتب الشريعة ، وهى مأخذ الشفعة ، من أن سببها الاتصال بالشركة أو الجوار ، وهذا الاتصال هو الأصل والحكم المطرد ، وهو مظنة الضرر بقطع النظر عن ايجاب تحققه وتوافر وجود الحكمة فى كل شفعة ، ومن أجل ذلك أثبتها العلماء لكل شريك أو جار ، وجد الضرر أو لم يوجد الضرر ، كما أثبتوها للمشترى يزحم بها غيره من الشفعاء اذا كان أقوى منهم سببا ، ويزحمونه اذا قوى سببهم على سببه ، أو يتقاسمونها اذا تساووا فى السبب [٢] .

(٣) انه وان كان القانون لم ينص على حالة تزاحم الشفعاء والمشترى ان كانوا فى مرتبة واحدة ، فانه لم يكن فى حاجة مطلقا الى النص صراحة على جواز الشفعة فى هذه الحالة ، وعلى قسمة العين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفعاء ومشترين ، لأن

---

(١) حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٢) راجع مقال الأستاذ حامد فهمى باشا ص ٢٦٢ و ٢٦٧ وما بعدها ، وحكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الشفعة يغنى عن هذا النص [١].

(٤) ان استناد الرأى المخالف الى الغاء المادة ٩٥ مدنى مختلط قديمة التى كانت تنص على حق الشريك فى الشفعة من المشترى الشريك استناد ضعيف ، فان تلك المادة لم تلغ لذاتها ، ولا كان الالغاء مقصورا عليها ، بل تناول فصل الشفعة برمته ، لقصوره وايجازه ، واستعاضة الشارع عنه وعن مثيله فى القانون الأهلى 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 — حجج القائلين بعدم جواز الشفعة :

(١) ان الشفعة انما شرعت للضرورة ، وهى منع الأذى المحتمل من وجود شريك حادث فى ملكية حصة شائعة فى العقار غير المقسوم ، أو من وجود جار جديد ، بمعنى أنها حق استثنائى قرره الشارع لضرورة خاصة وان ترتب عليه المساس بحق الملك . ومن ثم وجب الاحتراز من التوسع أو الخروج عن النصوص التى جاءت خاصة بتشريع الشفعة [٣] . فيجب عدم التوسع فى نص المادة ٨ ، الا بقدر ما يرمى اليه ، وهو تطبيق أحكام المادة السابعة فيما يتعلق بالأولوية فقط دون غيرها ، فمالك الرقبة يشفع فى شراء الشريك الذى له حصة مشاعة ، وهذا يشفع فى شراء صاحب حق الانتفاع ، وهذا يشفع فى شراء الجار المالك ، والجار الذى تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره يشفع فى شراء هذا الغير . أما لو تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع وكان أحدهم مشتريا فلا شفعة ممن هم فى درجته فيما اشتراه ، لعدم النص على ثبوت حق الشفعة فى هذه الحالة من جهة ، ولانتفاء الضرر من جهة أخرى [٤] .

---

(١) حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ — حامد فهمى باشا ص ٢٧٢ .

(٢) حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٣) استئناف أسيوط ٢ مارس ١٩٢٧ — مختلط ١٢ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٠) .

(٤) استئناف مصر الأهلية ٢٤ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة على سالم بك ومحمد فريد الشافعى بك ومحمود المرجوشى بك) المجموعة ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٣٤ . =

(٢) يقول المعارضون لهذا الرأى ان حق الشريك فى الشفعة حق مطلق ، بحيث يكون للشفيع على قولهم حق الأخذ بالشفعة مطلقا بمجرد حصول البيع ، وان القانون لم ينص على استثناء حالة المشترى الحائز لما يجعله شفيعا من هذا الاطلاق .

ولكن النص المشار اليه وان أطلق حق كل شريك فى 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 عنى بوضع نص خاص بالمشترى فى حالة خاصة أوضحها فى المادة الثامنة منه ، وهى الحالة التى يكون فيها المشترى شفيعا ، وطالب الشفعة أسبق منه باعتبار قاعدة الأولوية المذكورة فى المادة السابعة[١] .

(٣) يقول الرأى 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 المدنى قد وضع لها على التعاقب نظاما متفقا مع الضرورة التى أوجدتها ، بحيث لا يصح الخروج عن أحكام النصوص التى اكتفى الشارع المصرى بوضعها لها وحصرها فيها دون غيرها من الأحكام الخاصة بالشفعة فى كتب الفقهاء .

= وتقول محكمة طنطا الابتدائية فى حكمها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحميد بدوى وخليل عفت وصالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ :

« وحيث ان قصر النص فى المادة الثامنة على أحكام الأولوية ينفى جواز القياس ، وذلك بمفهوم المخالفة ، خصوصا أن العلة التى بنيت عليها قاعدة التقسيم المقررة فى المادة السابعة منتفية فى هذه الحالة ، اذ أنه اذا جاز التقسيم بين الشفعاء لعدم وجود وجه لتفضيل أحدهم على الباقين ، ولأن الأذى بالشريك الجديد يدركهم جميعا ، فلا وجه للتقسيم بين الشفيع بالشركة والمشترى الشريك ، لأن الأذى منتف ، ولأنه لم يجد بالشراء الا أن المشترى 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 اذن كلما كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا أن يختص وحده بما اشتراه اذا لم يشفع فى العين المبيعة من كان أقوى منه سببا ، ويكون تعامله بالشراء مع المالك وجه تفضيل له على غيره ممن هم فى درجته » .

(١) استئناف أسيوط ٢ مارس ١٩٢٧ .

وقد كان للشريك على المشاع أن يأخذ بالشفعة نصيبا مناسبا لحصته فيما اشتراه شريكه من العقار المشترك ، وذلك عملا بالمادة ٩٥ من القانون المدنى المختلط التى ألغيت .

ولكن التشريعين المدنيين الجديدين المختلط والأهلى فيما يختص بالشفعة قد جاءا بقانونى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للأول و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للثانى ، فى نصوص واحدة . وقد نص فى أولهما على الغاء المواد من ٩٣ الى ١٠١ من القانون المدنى المختلط ، و بذلك تكون المادة ٩٥ السابق الكلام فيها قد ألغيت فى قانون الشفعة الجديد للمحاكم المختلطة[١] .

(٤) يقول الرأى المعارض بأن لا حاجة للشارع الى النص صراحة فى قانون الشفعة على قسمة العين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفعاء ومشترين ، اكتفاء بنص الفقرة الثانية من المادة السابعة ، وهذا قول مردود أيضا ، لأن المادة السابعة من قانون الشفعة نصت فى الفقرة الأولى منها على أن يكون الحق فى الشفعة فى حالة تعدد الشفعاء على التفاضل ، و بالترتيب المذكور فيها ، ثم نصت فى الفقرة الثانية منها على حالة تعدد الشفعاء من مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فيما بين كل فريق منهم ، ومعنى هذا النص صريح فى أن الفقرة الأولى منه تقتضى تعدد الشفعاء من درجات مختلفة ، والفقرة الثانية تقتضى حالة تعدد الشفعاء من درجة واحدة ، وفى كلتا الحالتين يكون الأخذ بالشفعة من مشتر غير شفيع .

وبما أن المادة الثامنة من القانون قد أتت بعد المادة السابعة ونصت على ما يأتى « يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى » ، فهذا النص يدل صراحة على أن حق الشفعة يثبت للشفيع اذا كان الشفيع أسبق فى الدرجة ، بحسب ترتيب الفقرة الأولى من المادة السابعة ، من المشترى الحائز لما يجعله شفيعا بمقتضى المادة الأولى ، وعلى ذلك لا يكون للشفيع أن يشفع من شفيع الا اذا كان أسبق منه فى الدرجة بحسب الأولوية التى نصت عليها المادة السابعة

---

(١) حكم استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

فى الفقرة الأولى منها[١].

(٥) لا محل للقول بأن امتياز أحد الشركاء على المشاع بالصفقة وانفراده بها وحرمان باقى الشركاء منها يخل بالتوازن بين أنصبتهم ، لأن الشارع قد لاحظ فى ذلك انعدام علة الشفعة فى هذه الحالة ، لعدم وجود شريك جديد فى العقار المشترك ، هذا فضلا عن أن حكمة الشفعة ، انما هى دفع الأذى المحتمل من وجود شريك أو جار جديد ، لا دفع اختلال التوازن بين أنصبة الشركاء[٢].

١٤١ — رأينا — نحن من الرأى الأول للأسباب التى استند اليها ، ولأن هذا الرأى يتفق مع النص الفرنسى 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 الذى كان سائدا بين المحاكم قبل صدور قانون الشفعة ، فقد رأينا أن بعض المحاكم كان يقضى بأن لا شفعة من مشتر شفيع ، وبعضا آخر كان يقضى بأن الشفعة جائزة من المشترى الشفيع ، فقصد الشارع من وضع المادة فض هذا الخلاف ، فقرر فيها أن حق الشفعة يبقى Le droit de préemption subsiste[٣] ، حتى فى حالة ما يكون المشترى جائزا للشروط المذكورة فى 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 فى المادة السابقة من حيث التفضيل et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence تطبق أيضا فى هذه الحالة . وكان من اللازم اضافة هذه العبارة حتى لا يؤخذ من النص أن القانون قد عدل فى حالة التزاحم مع المشترى عن القاعدة التى قررها فى المادة السابعة ، بخصوص ترجيح من يكون أقوى سببا من الآخر[٤] . ولم يكن

---

(١) استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

(٢) حكمى استئناف أسيوط وطنطا المتقدمين .

(٣) وقد ترجمت فى النسخة العربية بعبارة « يثبت حق الشفعة » . وهذه العبارة وردت أيضا فى المادة الأولى ترجمة لعبارة : Le droit de préemption appartient

(٤) وقد جاء فى حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ :

« ان وجهة الخلاف فى المسألة مرجعها خطأ الفريق الثانى فى تأويل تلك المادة (المادة ٨) ، ولعل الخطأ ناشىء عن سقم النص العربى وترجمته ترجمة حرفية عن الفرنسية ، دون مراعاة =

الشارع فى حاجة الى النص على وجوب القسمة فى حالة اتحاد الدرجة ، بأن كان الشفيع والمشترى مالكى رقبة أو شريكين أو صاحبى حق انتفاع . وصدر المادة صريح فى أن حق الشفعة يبقى حتى فى الحالة التى تتوافر فيها فى المشترى شروط الشفعة[1] .

أما اذا كان التزاحم بين جيران ، وكان المشترى أحدهم ، فان الأولوية تكون لمن تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره ، تطبيقا للفقرة الأخيرة من

= الأسلوب اللغوى ، فأوهم خلاف المراد منه ، حتى فهم بعضهم أن النص خاص باحدى صورتى النزاع ، وهى صورة (مراعاة الأولوية) ، فخرج عن مدلولها اتحاد طبقة الشفيع والمشترى ، وهذا وهم ، والمراد هو « يثبت حق الشفعة ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى ، هذا مع مراعاة الأحكام المقررة فى 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 فى دائرة ضيقة هى دائرة الأولوية ، انما قصد بها استقرار حالة كانت مثار خلاف قبل وضع قانون الشفعة ... وسنت المادة الثامنة لحسم الخلاف ، وورد فى صدرها نفس العبارة التى صدرت بها المادة الأولى ، وهى « يثبت 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 فى النص الفرنسى لصدر المادة الثامنة لفظا أقوى دلالة من ثبوت الحق ، فان اللفظ subsiste : يدل على وجوب استمرار حق الشفعة وقيامه حتى ولو كان المشترى صاحب حق فى الشفعة ، والمفهوم من ذلك توكيد حق الشفعة فى 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 ص ٢٦٦ وما بعدها .

(١) وقد أخذت محكمة النقض والابرام بهذا النظر ، فقررت أن النص الفرنسى للمادة ٨ من قانون الشفعة ، وهو النص الأصلى الذى وضع به القانون ، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق جميع الأحكام الواردة فى المادة ٧ عليه فى الحالة التى يكون فيها المشترى 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 فى 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 الخاص بالشفعة ، لأن العبرة هى بتطبيق أحكام هذا القانون بالذات (نقض ٣١ مايو ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١١٥ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٦١) .

المادة السابعة[١].

وقد أخذت بذلك محكمة النقض والابرام فى حكمها الصادر فى ٥ من ديسمبر سنة ١٩٤٦[٢]، وقد جاء فيه : ان القول بحرمان الشفيع من الشفعة لمجرد كونه مساويا للمشترى فى سبب الأخذ بها غير صحيح فى القانون . ذلك أن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا ، وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة فى 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 التى تعود على ملك الشفيع وتلك التى تعود على ملك المشترى ، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقا لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه اذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشترى أكبر ، أو اذا تساوت المنفعتان . أما اذ هى لم تفعل ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها فانها تكون قد خالفت القانون[٣].

العقود التى تجيز الشفعة والتى لا تجيزها

١٤٢ — لا تجوز الشفعة الا فى بعض الأحوال التى تنتقل فيها ملكية العقار من شخص الى آخر . وهذه الأحوال ليست واحدة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون . ولذلك سنذكر 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 جار دعوى طلب فيها الأخذ بالشفعة من مشتر هو جار أيضا ، فالمسألة الواجب البحث فيها هى أى العقارين يستفيد أكثر من الآخر بالنسبة الى المواقع بضمه الى العقار المشفوع . وكون المشترى سبق له أن بنى على عقاره الأصلى أبنية يخشى عليها هبوط قيمتها ونزول ريعها من مجاورتها للمبانى التى يمكن أن يقيمها الجار الطالب الأخذ بالشفعة يجوز أن يكون سببا شرعيا لتفضيل الجار المشترى . وأما اذا تساوت كل الأجور من جهة موقع العقارات فالواجب تفضيل المشترى على الشفيع الذى أهمل شروة رابحة على زعمه . وفى حالة الشك يجب احترام حرية التعاقد ورفض دعوى الشفيع .

راجع ما تقدم نبذة ١٣٣ .

(٢) فى الطعن رقم ١٢٦ سنة ١٥ القضائية .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٣٣ .

١٤٣ — رأى المالكية — المشهور عن مالك أن الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض ، كالبيع وهبة الثواب والصلح والمهر والخلع وارش الجنايات وغير ذلك . وأما المنتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث ، فلا شفعة فيه . وبهذا قال الشافعى . وحكى عن مالك رواية ثانية فى المنتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة ، ويأخذه الشفيع بقيمته . وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى . لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة ، وهذا موجود فى الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشترى ، لأن اقدام المشترى 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 فى الشقص المملوك بالبيع ، لحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . وتثبت فى كل عقد يملك الشقص فيه بعوض ، كالاجارة والزواج والخلع ، لأنه عقد معاوضة ، فجاز أن تثبت فى 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 فى معناه . لأن الشفيع يأخذ من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا فى غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه ، لا بقيمته ، وفى 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 — الحطاب ٥ ص ٣١٥ .
(٢) المهذب ١ ص ٣٨١ .
(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٧ — ٤٦٨ .

وما فى معناه من المعاوضات المالية . وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضى أنها فى 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 ، فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع اما أن يأخذ بالقيمة أو مجانا ، ولا سبيل الى الأول لأن المأخوذ منه لم يتملك بالقيمة ، ولا الى الثانى 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] .

و يشترط أن تكون المعاوضة معاوضة مال بمال[٤] . فاذا لم يكن البدل مالا معلوم المقدار فلا تصح الشفعة ، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة .

بناء على ذلك لا تجرى الشفعة فى حالة ما يتزوج رجل امرأة و يجعل 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 فى ذمته من المهر[٦] .

ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفا ، فلا شفعة فى شىء من الدار عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين تجوز الشفعة فى 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) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ .

(٦) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ — سليم باز على المادة ١٠٢٥ من المجلة — الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ .

(٧) كذا فى محيط السرخسى — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — راجع نبذة ١٥٣ .

كذلك لا تجرى الشفعة فى الدار التى ملكت بدل الأجرة ، لأن بدل الدار هنا ليس بمال ، وانما هى الأجرة التى هى 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 فى جواز الشفعة فيما عوضه المال . كذلك لاخلاف عندهم فى أنه لا شفعة فى 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 فى حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : فان 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 والشافعى وأحمد وأصحاب الرأى . الا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة فى الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا ، لأن الهبة لا تثبت الا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار . ورد على ذلك بأنه يملكها بعوض هو مال ، فلم يفتقر الى القبض فى استحقاق الشفعة كالبيع . ولا يصح ما قالوه من اعتبارلفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم [٣] .

القسم الثانى : ما انتقل بعوض غير المال ، نحو أن يجعل الشقص مهرا أو أجرة أو عوضا فى الخلع أو فى الصلح عن دم العمد . فظاهر كلام الخرقى أنه لاشفعة فيه ، لأنه لم يتعرض فى جميع مسائله لغير البيع . وهذا قول أبى بكر . وبه قال الحسن

---

(١) المجلة المادة ١٠٢٥ .

راجع أيضا مرشد الحيران المادة ١٠٨ : « لا شفعة فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو ارث أو وصية ، ولا فى عقار ملك ببدل ليس بمال ، كما لو استأجر شيئا بدار أو حانوت » .

وقال مالك وابن أبى ليلى والشافعى تجب فيه الشفعة .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٨ — ٤٦٩ .

والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأى ، حكاه عنهم ابن المنذر واختاره . وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة ، وبه قال ابن شبرمة والحارث العكى ومالك وابن أبى ليلى والشافعى . ثم اختلف بم يأخذه . فقال ابن شبرمة وابن أبى ليلى يأخذ الشقص بقيمته . وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد ان كان الشقص صداقا أو عوضا فى خلع أو متعة فى طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة ، وهو قول العكى والشافعى ، لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل ، فيجب الرجوع الى قيمة البدل فى الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بعوض . واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع (١) .

فالأعواض المتقدمة متقومة عند من يقول بوجوب الشفعة ، فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلها ، كما فى البيع بعوض ، ألا ترى أنها مضمونة بها شرعا ، 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 الشىء ما يقوم مقامه لاتحادهما فى المقصود ، ولا اتحاد فى 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 فى حق ثبوت الشفعة ، فلا تكون متقومة فى حقه ، فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض ، ولأن الشفيع يتملك بما يتملك به المشترى من السبب لا بسبب آخر ، وهنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر غير الأول ، لأن الأول زواج أو اجارة أو غير ذلك وليس ببيع أصلا ، ولو أخذه لكان بيعا وفيه انشاء تصرف غير الأول ، والأخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الأول (٣) .

١٤٩ — المنتقل بغير عوضه (٤) — الهبة للثواب لا شفعة فيها عند أبى

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٩ .
(٢) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ .
(٣) الزيلعى 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 عنـده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة (١) .

وأما الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق كما تقدم (٢) .

فى القانون

١٥٠ — النص القديم — بمقتضى نصوص الشـفعة الملغاة فى المجموعة المدنية لا تثبت الشفعة الا بعقد البيع أو المعاوضة ، اذ نص فى المـادة 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 يجيز الأخذ بها الا فى حالة البيع فقط ، حيث جاء فى المادة ٥ منه :

« لا يصح الأخذ بالشـفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغـير 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 . ولـكن المادة ٥ من قانون الشـفعة 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 ، فناقل كل منهما الآخر ، فلشريك 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 ثبوتا كافيا للاحتجاج به على الشفيع وغيره ، كما لو ذكر فى 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 اذا ذكر عقد شراء المشفوع منه فى انذار منه الى البائع له مثلا سابق لتاريخ عقد تملك الشفيع لقطعة الأرض التى 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 تسجيلا[١] .

المقايضة المقترنة بمعدل

١٥٢ — جرى البحث فيما اذا كانت الشفعة تجوز فى المقايضة (أى المعاوضة أو البدل) l'échange ، فى حالة قيام أحد المتعاقدين بدفع فرق أو معدل البدل soulte للآخر .

فيرى بعض الشراح عدم التفريق بين ما اذا كان فى المقايضة فرق أو كانت بدون فرق[٢] .

ويرى بعض آخر وجوب التفرقة ، بأن ينظر الى المبلغ المدفوع فرقا ، فان كان كبيرا ، بحيث يعتبر ثمنا حقيقيا ، فتجوز الشفعة ، لأن العقد يكون فى الواقع بيعا . مثال ذلك أن تحصل مقايضة عشرة أفدنة مقابل فدان و ٩٠٠ جنيه ، فان الشفعة تجوز فى هذه الحالة ، والا لو رفضت الشفعة لوجد العاقدان سبيلا لمنعها ، وهو اضافة عقار بقيمة زهيدة الى الثمن[٣] .

وعندنا أن الرأى الأخير وجيه ، ومبناه قصد العاقدين . ومتى أجزنا الشفعة فى 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 بخيت بك) المحاماة ١٩ ص ١١٤٩ رقم ٤٦٢ .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٣) دى هلتس نبذة ٩ و ١٠ — فورجير ص ١٣٠ .

واذا كان الفرق قليلا فلا تجوز الشفعة .

١٥٣ — وقد اختلف الفقهاء فى المسألة الآتية :

لو تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألف درهم . لا شفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة .

وقال الصاحبان تجب فى حصة الألف ، لأنه مبادلة مالية فى حقه .

وأبو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ، ولا شفعة فى الأصل فكذا فى التبع ، ولأن الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة دون التبع[١] .

١٥٤ — **اثبات أن العقد بيع لا مقايضة** — اذا طلب شفيع أن يثبت بالبينة أن المشارطة بين الذين رفع عليهم دعوى الشفعة كانت على بيع ، وليست على بدل كما هو مذكور بتلك المشارطة ، فليس ثمة ما يمنع من الاذن له فى 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 فى ذلك العقد[٢] .

الهبة

١٥٥ — **فى الشريعة الاسلامية**[٣] — بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية لا تصح الشفعة فى الهبة فى قول عامة أهل العلم ، ومنهم مالك ، والشافعى وأصحاب الرأى .

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — راجع ما تقدم نبذة ١٤٦ .

(٢) استئناف ٣١ ديسمبر ١٩٢٢ (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى غنيم بك) المجموعة ٢٥ رقم ٦٩ ص ١١٩ .

استئناف مصر ٣٠ نوفمبر ١٩٣٧ (دائرة حسن زكى محمد بك ومحمد بهجت بك وأحمد مختار بخيت بك) المحاماة ١٩ ص ٩٥٣ رقم ٣٨٧ : اذا ادعى الشفيع أن عقد البدل انما هو فى حقيقته عقد بيع وضع فى صورة بدل لمنع الشفعة وأن المبدل منه لايزال فى ملكية صاحبه المشترى جاز اثبات الصورية بجميع الطرق ومنها البينة .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٤٩ .

وحكى عن مالك رواية أخرى فى المنتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة كما تقدم ، ويأخذه الشفيع بقيمته . وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى ، لأن الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة ، وهذا موجود فى الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشترى ، لأن اقدام المشترى 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 فى معناه ، لأن الشفيع يأخذه من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا فى غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته ، وفى غيره يأخذه بقيمته فافترقا [٢] .

١٥٦ — الهبة بشرط العوض — أما بالنسبة الى الهبة بشرط العوض فعند الامام أبى حنيفة لاتثبت الشفعة الا بعد أخذ العوض . وعند زفر تثبت فيها الشفعة . وذلك لأن الهبة بعوض معتبرة عند الامام أبى 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 المجلة المادة ١٠٢٢ : الهبة بشرط العوض فى حكم البيع . فلو وهب من آخر داره المملوكة بشرط العوض وسلمه اياها كان لجارها الملاصق حق الشفعة .

وسليم باز على هذه المادة .

وقد جاء فى البدائع ٥ ص ١١ ، وفى 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 فى الدارين ، لا فى دار الهبة ، ولا فى 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 الثانى 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 .

واذا 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 الرأى أيضا الأستاذ على زكى العرابى 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 المشترى ، ولا يصح عدلا منح الشفيع الحق فى أن يحل محل المشترى 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 المشترى ، 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 المشترى » .

١٥٨ — اتصاف الهبة بعقد 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 هـذه 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 الاثبات ، ولو بالقرائن [١] .

وقد قضت محكمة مصر [٢] بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة اذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما اذا صدر البيع من أب لابنه بثمن زهيد . وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة ، لأنه لا يترتب على الهبة [٣] .

وقررت محكمة الاستئناف [٤] أن العقود تفسر بحسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه ، مهما كانت الألفاظ والمعانى اللغوية المستعملة لذلك ، وعليه لا تصح الشفعة فى العين الموهو به ، ولو وصفت فى العقد بالبيع [٥] .

١٥٩ — ويجب أن يلاحظ ، كما قررت محكمة الاستئناف [٦] ، أنه لا القرابة البعيدة ، ولا المصاهرة بين المشترى والبائع ، ولا خسة الثمن المذكور فى العقد ، تكون قرينة على أن العقد المحرر ببيع عقار يحتوى فى الحقيقة على هبة ، وقلة الثمن ربما يكون القصد منها تخفيف مصاريف التسجيل على المشترى .

ويظهر للأستاذ زكى العرابى باشا أن اعتبار العقد بحسب الغرض الذى يقصده المتعاقدان مناقض للمبدأ القانونى الذى لا يجيز لأحد المتعاقدين اثبات صورية العقد ضد ثالث . واذا كانت نية المتعاقدين حقيقة هى الهبة فان اختيارهما وصف العقد بكونه بيعا دليل على أن الهبة ليست واقعة على العين نفسها ، بل على الثمن ، فالمالك باع العقار للمشترى ، ثم تنازل له عن الثمن ، فيوجد فى الحقيقة عقدان متواليان ، عقد بيع للعين وعقد هبة للثمن مستقل عن العقد الأول وهـذا لا يمنع

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٧ (١٤ ص ٣١٤) — دى هلتس نبذة ١٢ — فورجير ص ١٣٠ و ١٣١ .

(٢) حكم استئنافى ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ الحقوق ١٤ ص ٦٦ .

(٣) راجع أيضا استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٢ ص ٨٩) المحاكم ١ ص ٥٢ .

(٤) أول ديسمبر ١٨٩١ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو أندرس وعمر رشدى 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 هلتس ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

راجع مصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ .

من الشفعة . ويضيف العرابى باشا : ولعل أساس هـذه الأحكام هو الميل الى التضييق فى تأويل حق الشفعة [١] .

١٦٠ — للموهوب له أن يشفع — 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 المشترى العين المشفوعة — اذا وهب المشترى أو وقف العين المشفوعة قبل رفع دعوى الشفعة فلا يسقط الحق فى طلبها منه [٣] .

وقد قضى بأن عقود الهبة الصادرة من المشترى الى الغير لا يسرى عليها نص المادة ٥ من قانون الشفعة الذى يقرر أنه لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له . فالموهوب له الذى يتلقى حقه من المشترى ليس له أن يتمسك بنص المادة الخامسة المذكورة ضد الشفيع الذى يطلب أخذ العين الموهوبة بالشفعة باعتبار أن حقه نشأ من تاريخ البيع الصادر من المالك الأصلى الى المشترى الذى صدرت منه الهبة بعد ذلك [٤] ، اذا كان لا يزال فى الميعاد القانونى للشفعة ضد الواهب ،

---

(١) نبذة ١٥ ص ١٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٠٤ برياسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ رقم ١٠٤ ص ١٠٤ .

(٣) أسيوط استئنافى ٨ أكتوبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٦ — استئناف ١٥ مايو ١٨٩٥ (دائره محمد زكى بك ومسيو أندرس والقاضى يحيى ابراهيم) القضا ٢ ص ٢٤٣ .

راجع أيضا أسيوط ١٩ أكتوبر ١٨٩٧ (دائرة أحمد حلمى بك والقاضى محمد زكى والقاضى عطية حسنى) القضا ٥ ص ٥٨ . وقد قرر هذا الحكم أنه عند عدم وجود نص فى القانون الأهلى فيما يتعلق بالشفعة يرجع لنص أحكام الشرع الشريف . وقضى بأنه لو تصرف المشترى فى العين المشتراة قبل أخذ الشفيع ، فجعلها معبدا ووقفه ، فللشفيع أن ينقض تصرف المشترى ، ويأخذ العين بالشفعة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ أبريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) المحاماة ٥ رقم ٥٨٢ ص ٧٠٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٥ .

راجع القواعد الخاصة بالتصرف فى العين المشفوعة .

وذلك لأن الموهوب له لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من حقوق الواهب [١] .

١٦٢ — التحايل بطريق الهبة لمنع الشفعة — قد يحصل أن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع ، ففى هذه الحالة يكون للشفيع الحق فى أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجىء اليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية ، بما فى ذلك الجزء الموهوب [٢] .

ويجوز للشفيع أن يثبت حقيقة العقد بكل طرق الاثبات [٣] .

الميراث والوصية

١٦٣ — لا تجوز الشفعة بسبب الميراث . كذلك لا تجوز بسبب الوصية . وقد جاء فى المادة ١٠٢٣ من المجلة : « لا تجرى الشفعة فى 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 ، وان كان فيها معنى البيع ، وذلك بمقتضى المادة ٤٥٧ من المجموعة المدنية الأهلية التى تقول : « وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت » .

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٦٠) — العرابى باشا نبذة ١٦٠ ص ١٤ .

(٢) دى هلتس نبذة ٧٦ — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ — ما تقدم نبذة ١٠٤ .

(٣) العرابى باشا نبذة ١٤ ص ١٣ .

(٤) البدائع ٥ ص ١١ — الحطاب 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 عينا تعتبر بمنزلة بيع كل مالك لحصته الشائعة لمن وقعت فى نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . ولكن بالرغم من نص المادة المذكورة ، فان المحاكم المختلطة ، بعد التردد ، حكمت بأن القانون المختلط كالقانون الأهلى والفرنسى فى هذا الصدد ، وأن القسمة فيه مقررة للملكية (١) .

فحكم الشفعة بالنسبة الى القسمة واحد فى القانونين الأهلى والمختلط ، وهو عدم جوازها .

وهو حكم الشريعة الاسلامية أيضا ، فقد جاء فى مرشد الحيران المادة ١١٤ : لا تجرى الشفعة فى القسمة ، فاذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفيعا فيها (٢) .

الصلح

١٦٥ — فى الشريعة الاسلامية — بمقتضى الشريعة تجب الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح ، لوجود معنى المعاوضة — وفيه تفصيل . فقد جاء فى البدائع :

« وتجب الشفعة فى 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 ص ١٤٧) ، ٨ مايو ١٨٩٠ (٢ ص ٤٠٩) . دى هلتس نبذة ١١ .

(٢) راجع أيضا المادة ١٠٢٧ من المجلة — البدائع ٥ ص ١١ .
راجع أيضا الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ ، وحاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ : فى القسمة المبادلة أيضا ، ولكن الشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة ، وهى المبادلة من كل وجه .
وجاء فى الفتاوى الهندية (٥ ص ١٦٤) : واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضى أو بغير قضائه .

عن اقرار أو انكار أو سكوت ، لوجود معنى المعاوضة . أما فى الصلح عن اقرار فظاهر ، لأن المدعى ملك المدعى فى حق المدعى والمدعى عليه ، فكانت الدار التى هى بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت فى حقهما جميعا ، فيتحقق معنى المعاوضة فى هذا الصلح . وأما فى الصلح عن انكار فلأن عند المدعى أنه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت ، فكان الصلح معاوضة فى حقه ، وكان للشفيع فيها حق الشفعة . وكذا فى الصلح عن سكوت المدعى عليه ، لأن المدعى ان كان محقا فى دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة ، وان كان مبطلا كان عوضا عن ملكه فى زعمه ، فيتحقق معنى المعاوضة فى زعمه .

« ولذا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة فى هذا الصلح من الجانبين جميعا . وأما عن انكار فلا تجب به الشفعة ، لأن فى زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة ، فلا يتحقق معنى المعاوضة فى حقه ، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ، ولكنه يقوم مقام المدعى فى اقامة الحجة ، فان أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة ، لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقة ، وان لم تقم له الحجة فلا شفعة له . وكذلك لا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن سكوت ، لأن المدعى ان كان محقا فى دعواه كان الصلح معاوضة ، فتجب الشفعة ، وان كان مبطلا لم يكن معاوضة فى حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال ، لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك فى شرطه ، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك .

« ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة فى 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 اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار و يعطيه دارا أخرى ، فان كان الصلح عن انكار تجب فى 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 فى الدارين جميعا ، لأنهما جميعا ملك

المدعى »[١] .

١٦٦ — فى القانون — الصلح الواقع فى ملكية عقار مقابل دفع مبلغ من النقود لاينبنى عليه طلب الشفعة ، لأنه ليس ناقلا للملكية ، بل مقررا لها ، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار ، بل ما قد يكون للطرفين من الحظ فى كسب أو خسارة دعوى بخصوص الملكية[٢] .

والصلح يقتضي بطبيعته ترك كل طرف شيئا من حقه ، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة رتبها القانون فى منفعة شخص معين[٣] . فضلا عن أن الصلح بين طرفين ينافى حق الشفعة الذى يتمسك به أجنبى ، لأنه يستلزم من قبل الطرفين واجبات شخصية لايمكن هذا الأجنبي أن يقوم بها[٤] . وبذلك يتعذر أن يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشفوع منه فى 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 فى العقار المعطى للدائن باختيار مالكه وفاء للدائن ، وان زاد ثمنه على الدين المذكور ، وهو كالصلح على يد المحكمة[٦] .

---

(١) البدائع ٥ ص ١١ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ .

وجاء فى الخطاب ٥ ص ٣١٥ : وقد قال فى الجواهر فى آخر كتاب الصلح اذا ادعى رجل على رجلين دارا ، فكذبه 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 شوقى بك) المجموعة ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ الاستقلال ٢ رقم ٧٤ ص ٩٤ الحقوق ١٨ ص ٩٠ .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٤) حكم الاستئناف المتقدم — راجع أيضا استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) — دى هلتس نبذة ١٤ .

(٥) بنى سويف الابتدائية (دائرة القضاة زكى خير الأبوتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ .

(٦) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ و ٨٤ — دى هلتس نبذة ١٤ . وهذا هو حكم الشريعة أيضا — راجع الزيلعى ٥ ص ٢٦٠ .

عقود المبادلة ذات الصفة الخاصة

١٦٨ — يجب قصر حق الشفعة فى الحدود القانونية ، ولا يجوز امتداده للعقود ذات الصفة الخاصة sui generis التى لاتقتصر على نقل الملكية بمقابل ، كما فى الحالة التى يكون فيها نقل الملكية مشتركا مع البيع والهبة أو الصلح [١] .

فى حالة نقل الملكية ، الذى يحصل بنصف القيمة ، بسبب اعتبارات متعلقة بشخص المشترى ، وتخصيص الشىء ، لاتجوز الشفعة ، لأن مثل هذا العقد يكون فى نفس الوقت بيعا وهبة [٢] .

وقد حكمت محكمة الاستئناف بأنه لايدعى بالحق فى الشفعة على من كان ملتزما أرضا من الحكومة ، فحازها على شرط أن يطهرها رعاية للصحة العامة ، لأن ذلك العقد لايشبه بعقد من عقود البيع [٣] .

وقضت بهذا المعنى أيضا فى دعوى أخرى ، مقررة أن البيوع الصادرة من الحكومة لبعض الأشخاص الذين أصلحوا أرضها ، وتساهلت معهم الحكومة فى الثمن تساهلا كبيرا فى مقابل الاصلاحات التى قاموا بها ، لا تصلح لأن تكون أساسا لدعوى الشفعة ، لأنه ليس من المقبول ولا من العدل أن ينتفع الشفيع بالثمن الأساسى الذى ذكر فى عقد البيع ، مع أنه ليس مقابل القيمة الحقيقية للأرض [٤] .

ومن رأى الأستاذ على زكى العرابى باشا جواز الشفعة « لأن الهبة فى هذه الحالة ليست واردة على المبيع نفسه ، بل على جزء من الثمن فان البائع لم يقصد

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٣ ص ٨٩) ، ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ المتقدم .

راجع أيضا استئناف مختلط ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨) . وقد جاء فيه أنه اذا بيع عقار بنصف قيمته نظرا لحالة المشترى والغرض المخصص له العقار فلا شفعة ، لأن هذا العقد فيه مادة الهبة ، والشفعة حق استثنائى لما فيه من الحجر على حرية التصرف ، فيجب حصره فى الدائرة التى أوجده بها 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 ص ٥١٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٦ .

أن يعطى المشترى جزءا من المبيع بثمنه والجزء الآخر بلا مقابل ، ولكن باع اليه العقار كله ، وغاية ما فى الأمر تنازل له عن جزء من الثمن . فكأن البيع حصل أولا بمعناه الأكمل ، ثم حصل الحط بعد ذلك من الثمن ، فتثبت الشفعة بموجب هذا البيع ، ولا يجوز أن يسرى هذا الحط على الشفيع »[١] .

ونحن نرى جواز الشفعة اذا لم يكن البيع حصل لاعتبارات خاصة بشخص المشترى ، 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 تبيعها الحكومة بالممارسة ، ولو كان المشترى 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 الشريعة الاسلامية — لا شفعة فى الوقف . فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان بعض المبيع ملكا وبعضه وقفا 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 — المجلة المادة ١٠١٧ و ١٠١٩ — ابن عابدين ص ١٤٧ — الحاشية ص ٥٤٢ .

(٤) شرح مرشد الحيران ص ٩٦ .

١٧٠ — فى المجموعة المدنية — نصت المادة ٧١ من المجموعة المدنية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أو له » .

١٧١ — فى قانون الشفعة — قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » . ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف . وكما يقول فتحى 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 الشىء المشفوع ، فان وقفه المشترى بعد طلب الشفعة كان الوقف باطلا ويعد هربا من حقوق الشفيع [٢] .

عقود البيع التى تجيز الشفعة

١٧٢ — مما تقدم يرى أن عقود البيع هى فقط التى تجوز فيها الشفعة . ولكن يجب أن تتوافر فى البيع شروط خاصة ، فيشترط أن يكون البيع صحيحا ، وأن يخرج المبيع عن ملك البائع . فاذا كان البيع باطلا فلا شفعة [٣] .

وسنتكلم فيما يلى فى البيع الفاسد ، وفى البيع بشرط الخيار ، وفى البيع المعلق على شرط .

البيع الفاسد

١٧٣ — فى 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) بنى سويف نوفمبر ١٨٩٤ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى قاسم أسعد والقاضى عبد اللطيف على) الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

راجع ما تقدم نبذة ١٢٤ ونبذة ١٦١ .

(٣) العرابى باشا نبذة ١٧ ص ١٥ .

(٤) مرشد الحيران المادة ١١٥ — البدائع ٥ ص ١٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

وقد جاء فى المجلة المادة ١٠٢٦ : « يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع . وبناء عليه لا تجرى الشفعة فى البيع الفاسد ، ما لم يسقط حق استرداد البائع .

فلو بقى حق المشترى ، فذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن الشرط زوال ملك البائع ، فان سقط حقه بالفسخ زال ملكه ، وتجب الشفعة» .

وعند الامام أبى حنيفة اذا بنى المشترى شراء فاسدا بناء فى الدار التى 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 المشترى بهدم البناء ، لأنه لو بناه فى البيع الصحيح يكون له حق النقض ، فاذا بناه فى البيع الفاسد أولى .

وعند أبى يوسف ومحمد لا ينقطع حق استرداد البائع ببناء المشترى فى الدار التى اشتراها شراء فاسدا ، ويرد المشترى الدار على البائع ، ويهدم بناءه ، ولا شفعة فيها ، لأن شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع (١) .

وينقطع حق البائع أيضا باخراج المشترى المبيع بالبيع أو غيره (٢) . فان أخرج المشترى الدار المبيعة عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء ، لانقطاع حق البائع . أى أن للشفيع الخيار ، ان شاء أخذها بالبيع الأول ، وان شاء أخذها بالبيع الثانى . فان أخذ بالبيع الثانى أخذ بالثمن ، لأن البيع الثانى صحيح ، والواجب فيه الثمن ، فيأخذ به ، وان أخذ بالبيع الأول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض ، لأن المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب (٣) .

ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى ليأخذها الشفيع ، لأن البيع الثانى كان صحيحا مفيدا للملك ، 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 يبع بيعا فاسدا ، الا اذا انقطع حق البائع عنه ، بأن قبضه المشترى 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] .

ويجب على الشفيع أن يطلب الشفعة فى البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا [٢] .

١٧٤ — فى القانون — أما فى القانون فنرى أنه اذا كان عقد البيع فاسدا ، أى قابلا للبطلان (annulable) ، فانه لايجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ الرجوع اليها لا يكون الا لسد النقص الواضح فى أحكام الشفعة . وهنا لاداعى لعمل التفريق الموجود فى الشريعة ، اذ لايوجد ما يدل على أن القانون أراد ادخاله . ولا خطر فى طلب الشفعة فى حالة البيع الفاسد ، وهو الذى يكون صحيحا بادىء بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ ، كبيع القاصر ، فلا مانع فيه من طلب الشفعة ، فاذا لم يتأيد هذا البيع وفسخ ، فان الشفعة تسقط بطبيعة الحال معه . ولا معنى لانتظار سقوط دعوى الفسخ ، وتحمل الأضرار التى شرعت الشفعة لمنعها طول مدة الانتظار [٣] ، فتصح الشفعة ، ويحل الشفيع محل المشترى ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع فى مواجهة الشفيع ، كما كان له ذلك فى مواجهة المشترى [٤] .

البيع بشرط الخيار

فى الشريعة الاسلامية

١٧٥ — يشترط زوال ملك البائع عن المبيع كما تقدم ، لأن الشفيع يملك المبيع على المشترى بمثل ما ملك به ، فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشترى ،

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) سليم باز على المادة ١٠٢٦ من المجلة .

(٣) دى هلتس نبذة ٨ .

(٤) زكى العرابى باشا نبذة ١٨ — عبد السلام ذهنى بك ، الأموال ، نبذة ٥١٥ — المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨١ .

فاستحال تملك الشفيع . فلا تجب الشفعة فى المبيع بشرط خيار البائع .

١٧٦ — المبيع بشرط خيار البائع — اتفق الفقهاء على أنه لا تجب الشفعة فى المبيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة[١] .

فان أسقط البائع خياره حتى لزم البيع ، فتجب فيه الشفعة للشفيع .

١٧٧ — هل يجب على الشفيع طلب الشفعة عند سقوط الخيار أم عند البيع ؟ — اختلف الفقهاء . فيرى بعضهم أن الشفعة تجب للشفيع ان طلبها عند البيع بشروطها ، أى أنه يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة عند حصول البيع ، والا سقط حقه[٢] .

ويرى بعض آخر أنه يكفى حصول الطلب عند سقوط الخيار ، لأن البيع انما صار سببا لافادة الملك فى ذلك الوقت[٣] .

١٧٨ — خيار المشترى — ان كان الخيار للمشترى تجب الشفعة ، لأن المبيع خرج من ملك البائع[٤] . وانما اختلف هل دخل فى ملك المشترى أو لم يدخل ، والشفعة انما تجب برغبة البائع عن ملكه ، بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد ، فجحد زيد ، وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشىء عن ملكه ،

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ . وقد جاء فى المهذب (١ ص ٣٨١) : وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار ، لأنه فى أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفى القول الثانى ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ، وفى القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، ولأنه اذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع ، لأنه يسقط حقه من الفسخ ، والضرر لا يزال بالضرر . قارن رأى أبى الخطاب ، فقد جاء فى المغنى ٥ ص ٤٧١ : « ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان . وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة ، لأن الملك انتقل ، فتثبت الشفعة فى مدة الخيار كما بعد انقضائه » .

(٢) مرشد الحيران المادة ١١٦ : لا شفعة فيما بيع بشرط الخيار للبائع الا اذا أسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيع ان طلبها عند البيع بشروطها .

(٣) شرح مرشد الحيران ص ٨٣ — البدائع ٥ ص ١٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٤) الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — المهذب ١ ص ٣٨١ .

وان لم يحكم بدخوله فى ملك المشترى [١] . وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى والكوفيين .

وقيل ان الشفعة غير واجبة على المشترى ، لأنه غير ضامن ، وبه قال جماعة من أصحاب مالك [٢] .

١٧٩ — الخيار للبائع والمشترى معا — لا شفعة اذا كان الخيار للبائع والمشترى ، لأنه اذا كان الخيار للبائع ، أو لهما ، لا يخرج المبيع عن ملك البائع . هذا ما لم يسقط البائع حق خياره [٣] .

١٨٠ — واذا بيعت دار وكان الخيار فيها للبائع أو للمشترى ، وبيعت دار بجنبها ، كان لأيهما الأخذ بالشفعة . لأن البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له ، فله أن يأخذها بالشفعة ، ويسقط خياره ، وينفسخ البيع ، لأن الأخذ بالشفعة نقض منه للبيع ، لأنه أراد بذلك الاستيفاء ، اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام . وكذلك المشترى ان كان الخيار له ، لأن المبيع دخل فى ملكه ، لأنه يصير بالأخذ مختارا للبيع ، فيصير اجازة ، فيلزم ويملك به المبيع ، ولأنه صار أحق بالمبيع من غيره ، وذلك يكفى لاستحقاق الشفعة [٤] .

وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها ، فبيعت دار بجنبها قبل أن يرى الأولى . كان له أن يأخذها بالشفعة ، لأن ملكه فى التى 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 ، وهى التى اشتراها المشترى ، كان له أن يأخذها بالشفعة ؛ لأنه هو أولى بها من المشترى ، لما عرف أن الشفيع أولى من المشترى ، وليس له أن يأخذ الثانية ، وهى التى أخذها المشترى بالشفعة ، اذا لم تكن متصلة بملكه ، لانعدام سبب الشفعة فى حقها ، واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم

---

(١) حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٠ .

(٤) الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٣ .

ملكه فيها وقت بيع الأخرى ، وان 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 بجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة ، ثم اذا جاء شفيع الأولى بعد ما أخذ المشترى الثانية بالشفعة ، كان لهذا الذى جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة ، وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه[١] .

١٨١ — الخيار للشفيع — لو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فى المبيع ، لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه ، فان أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ، وصار كأنه باع . وان فسخ فلا شفعة له أيضا ، لأن ملك البائع لم يزل . ولكن الحيلة للشفيع فى ذلك ألا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع أو يجوز بمضى المدة ، فحينئذ له الشفعة[٢] .

١٨٢ — وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشترى ، والشفيع حاضر فضمن ، جاز البيع ، ولا شفعة له ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له[٣] .

١٨٣ — ولو أن المشترى اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام ، كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشترى ، وذلك لا يمنع وجوب الشفعة[٤] .

١٨٤ — خيار العيب وخيار الرؤية — خيار العيب وخيار الرؤية لا يمنعان وجوب الشفعة ، لأنهما لا يمنعان زوال ملك البائع[٥] .

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٣ — ١٦٤ .

(٢) راجع حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — ١٦١ .

(٣) حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٤) راجع حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٥) البدائع ٥ ص ١٣٤ — المجلة المادة ١٠٢٦ — حاشية الشلبى بهامش الزيلعى 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 شفعته عن ذلك ، ولا يعود الا بعود سبب آخر ، وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة ، كما لو اشتراها . وفى الموضوع تفصيل . فان كان الرد بالعيب ، وحصل بعد القبض ، بأن وجد مشترى 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 انفسخ العقد من أصله ، وعاد على حكم الملك الأول ، ولو كان الرد بغير قضاء ففيه الشفعة ، لأن الشيء عاد بملكه بقوله ورضاه ، فصار كشراء 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 أبى حنيفة وأبى يوسف فقد اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا للشفيع الشفعة ، وبعضهم قالوا لاشفعة للشفيع [(٢)] .

وان كان المشترى رد الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، حصل الرد قبل القبض أو بعد القبض ، بتراضيهما أو بغير تراضيهما [(٣)] .

فى القانون

١٨٦ — يشترط فى 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 الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ — ٢٥٦ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٣) كذا فى المحيط . الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٤) راجع استئناف مختلط ١٥ نوفمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ١٧) ، أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٨) ، ٢ يونيه ١٩٠٤ برياسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ رقم ١٠٤ ص ١٠٤ . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن البيع الموقوف لا ينقل للمشترى حقا ، بل شبه حق Spes juris ، وعليه فالجار الذى يعلم بهذا البيع لا يحق له المطالبة بالشفعة ، لأن البيع المذكور ليس كاملا .

البيع المعلق على شرط

١٨٧ — لم يذكر قانون الشفعة شيئا عن البيع المعلق على شرط واقف (condition suspensive) ، أو شرط فاسخ (condition résolutoire) [١] .

ونرى جواز الشفعة فى الحالتين [٢] .

ففى حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، وان كانت الملكية لا تنتقل ، الا أن مثل هذا الشرط عند تحققه يرجع الى وقت العقد ، ويعتبر البيع نافذا من وقته . ويقوم طالب الشفعة بدفع المبلغ الذى يكون المشترى تحت شرط قد دفعه [٣] .

وفى حالة البيع المعلق فسخه على شرط يكون العقد موجودا ، وآثاره كلها سارية ، وتنتقل الملكية بالعقد وتسجيله ، فيجب على الشفيع أن يطالب بالشفعة ، والا سقط حقه اذا لم يعلن رغبته ، فاذا تحقق الشرط يسقط حقه ، كما كان يسقط حق المشترى الذى حل محله [٤] .

ويرى أحمد فتحى زغلول باشا عدم الشفعة فى حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، لأن الملكية لاتنتقل ، ولا عبرة بأنها عند تحقق الشرط تعتبر أنها نقلت من يوم البيع ، ولأن خيار التقايل لايزال موجودا حتى يتحقق الشرط [٥] .

وحكمت محكمة المنصورة الجزئية [٦] بجواز الشفعة فى البيوع الفاسدة وفى البيوع الموقوفة على شرط ، لأنها تعتبر جميعها بيوعا مشروعة أصلا ، وتترتب عليها نتائجها القانونية .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه فى حالة البيع المعلق على شرط يبدأ سريان ميعاد الأخذ بالشفعة من تاريخ علم الشفيع بالبيع ، لا من تاريخ تحقق هذا

---

(١) راجع مدنى ٢٣٨/٣٠٤ .

(٢) من هذا الرأى أيضا دى هلتس نبذة ١٥ .

(٣) قارن استئناف مختلط ٦ مارس ١٩٤٥ (٥٧ ص ٧٩) .

(٤) دى هلتس نبذة ١٦ .

(٥) ص ٨٣ — عكس ذلك : العرابى باشا نبذة ١٩ .

(٦) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨١ .

الشرط بالذات [١] .

١٨٨ — بيع الوفاء (Vente à réméré) — 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 الوفائى ، الا اذا سقط حق البائع فى الاسترداد ، وأصبح حق المشترى نهائيا .

ومحكمة طنطا الابتدائية من هذا الرأى 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 المشترى ليس كذلك .

ومن هذا الرأى أيضا بعض الشراح [٥] .

وترى محكمة الاستئناف الأهلية أن بين البيع الوفائى و بيع الخيار — الذى لم تبح الأئمة الشفعة فيه الا متى بطل الخيار — فرقا عظيما ، لأنه فى بيع الوفاء تنتقل الملكية بمجرد البيع ويصبح المشترى مالكا ، وأما فى بيع الخيار فلا تنتقل الملكية الى المشترى ما دام الخيار ، فعلى ذلك لا يمكن الشفيع أن يأخذ العين من المشترى بالشفعة الا عقب حصول البيع فى المواعيد المبينة قانونا ، لا عند انقضاء ميعاد الوفاء [٦] .

---

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٣٦ (٤٨ ص ٣٠٥) المحاماة ١٨ ص ٢٠٥ رقم ١٠٠ .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٢٥٣ .

(٣) أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٨) .

(٤) ١٩ أبريل ١٩١١ (دائرة حسن حسنى بك ومستر لونج والقاضى غبريال سيدهم) المجموعة ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٣ . وقد قرر هذا الحكم أيضا أن البائع بيعا وفائيا لا يكون له حق الشفعة ، لأنه يترتب على بيع الوفاء حرمان البائع من ملكية المبيع ، لانتقالها للمشترى بمجرد البيع ، وعليه فيكون حق الشفعة لمن استرداد المبيع للمشترى لا للبائع .

(٥) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ — فورجير ص ١٣٣ .

(٦) ٢٦ أبريل ١٩١٣ (دائرة مستر دلبراغو ومحمد توفيق نسيم بك وأحمد راغب بدر بك) الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ . =

ونحن لا نرى ما يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن حق الاسترداد يمكن الاتفاق على أن يكون الى خمس سنوات ، وهذا الوقت طويل ، ومن السهل العمل فى خلاله على جعل الشفعة مستحيلة[١] ، وليس هناك ما يدعو الشفيع الى الانتظار خمس سنوات ، فى حين أن البيع الذى حصل يترتب عليه نقل الملكية فى الحال الى المشترى . وقد يكون الشفيع وقت البيع فى حالة تسمح له بدفع الثمن ، ولكن قد لا يجد الثمن بعد خمس سنين . على أن رفض الشفعة فى هذه الحالة مما يمهد للعاقدين طريقا لعرقلة الشفعة ، وهو اشتراط خيار الاسترداد فى كل بيع ، ثم كتابة ورقة ضد contre lettre فى 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 المشترى منه أو ضد الشفيع.

وقد حكم بأنه لا تقبل الشفعة اذا كان فى وقت استعمالها لا يزال للبائع بحسب عقده حق فسخ البيع واستعمل هذا الحق[٢] .

١٨٩ — البيع بالعربون وخيار البائع والمشترى — العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد العاقدين (وغالبا المشترى) للآخر عند انشاء البيع . والغرض من دفعه هو اما الدلالة على اتمام العقد ، وفى هذه الحالة يحتسب المبلغ المدفوع من أصل الثمن اذا كان المشترى هو الذى دفعه ، واما الدلالة على أن الاتفاق لم يتم بين العاقدين وأن لكل منهما خيار الرجوع فيه ونقضه مقابل خسارة العربون[٣] . وفى هذه الحالة يعتبر البيع بالعربون بيعا معلقا على شرط . ولقد اختلف فى ماهية الشرط .

= كوم حمادة الجزئية (القاضى عبد الرحمن جنينة) ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩٢٦ رقم ٤٠٦٣ : البيع الوفائى الذى يستوفى شروطه القانونية يخول حق طلب العقار بالشفعة ، فان أهمل الشفيع فى طلب العقار المشفوع فيه من تاريخ علمه بهذا البيع فى المواعيد المنصوص عليها فى القانون سقط حقه فى الشفعة ، ولا ينشأ له حق جديد اذا بيع العقار بعد ذلك بيعا نهائيا . فان ثبت أن البيع الوفائى باطل فان حق الشفعة يظل قائما الى تاريخ العلم بالبيع الأخير .

(١) دى هلتس ١٧ — العرابى باشا ص ١٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٦٧) .

(٣) وقد جاء فى المادة ١٥٩٠ من القانون المدنى الفرنسى ، فى صدد الوعد بالبيع : « اذا حصل الوعد بالبيع مصحوبا بعربون كان لكل من المتعاقدين حق نقضه . فمن دفع العربون خسره . ومن أخذه رد ضعفه » .

فرأى 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 حقهما فى نقضه فى الأجل الذى عيناه لخيار النقض . فاذا 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 مجحف بنقل الملكية — لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط يجحف بنقل الملكية ، مثل أن المشترى لا يكون مالكا للمبيع ملكا باتا 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 ، فاذا حصل بين البائع والمشترى اقالة برضائهما ، فلا يسقط حق الشفيع فى الشفعة الثابت له بسبب البيع الذى ترتبت عليه الاقالة ، بل انها تجدد للشفيع حق الشفعة اذا كان سقط فى البيع الأول ،

---

(١) أحمد نجيب الهلالى باشا نبذة ٢٥٢ وما بعدها . محمد حلمى عيسى باشا نبذة ٢٤٢ . وراجع ما سيجىء نبذة ٢٩٩ .

(٢) استئناف ٢١ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة صالح ثابت بك ومستر بوند ويحى 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 .

لاعتبارها بيعا جديدا [١] .

وهذا هو حكم الشريعة ، فقد جاء فى الفتاوى الهندية [٢] :

« اذا سلم الشفيع الشفعة ، ثم ان المشترى رد الدار على البائع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ جديد من كل وجه ، نحو الرد بخيار الرؤية و بخيار الشرط و بالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء و بعد القبض بقضاء ، لايتجدد للشفيع حق الشفعة . وان كان الرد بسبب هو بيع جديد فى حق الثالث ، نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء و بالرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع حق الشفعة . وأما اذا لم يسلم الشفيع الشفعة حتى فسخ البائع والمشترى 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 فى الذخيرة » .

و يرى العرابى باشا عكس هذا الرأى [٣] ، لأن الاقالة عبارة عن اعدام البيع ، و بحصولها يعتبر كأنه لم يكن ، فلا تجوز الشفعة مع عدم بقاء البيع ، ولا تعتبر الاقالة بيعا جديدا يتجدد به للشفيع حق الشفعة ، لأنها هى فسخ بيع سابق ، لا انشاء بيع جديد .

وعند الشافعية لا تجوز الشفعة . وقد جاء فى المهذب : « 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 (القاضى أحمد نشأت) المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٥ .

راجع استئناف أهلى ٢٠ فبراير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو كامران وحبى ابراهيم بك) القضا ٣ ص ٣٢٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

راجع أيضا سليم باز على المادة ١٠٢١ من المجلة .

(٣) ص ١٦ وما بعدها .

(٤) المهذب ١ ص ٣٨١ .

البيع الصورى

١٩٣ — يشترط ، كما تقدم ، خروج المبيع عن ملك البائع . فاذا ثبت أن البيع الذى بنى عليه طلب الشفعة بيع صورى فلا شفعة [١] .

١٩٤ — البيع مع وجود ورقة ضد — الأوراق التى تعمل ضد عقود ، والتى يتفق على أن تكون سرية ، وعلى أن تخالف نصوصا من نصوص تلك العقود ، لكى تترتب فى الظاهر العلاقات التى بين المتعاقدين ، لا يكون لها تأثير الا بالنسبة الى المتعاقدين وورثتهم أو خلفائهم فى جميع حقوقهم ، و يمكن أن ينكرها الغير . و يراد هنا بكلمة الغير جميع الأشخاص الذين لم يدخلوا فى ورقة الضد ولا هم ورثة المتعاقدين ولا خلفاؤهم ، ولذلك لا يمكن — كما حكمت محكمة الاستئناف المختلطة — التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعمل الا كتأمين لضمان دين للمشترى 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٧ .

راجع الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ : اذا اشترى الرجل دارا أو أرضا فسلم الشفيع الشفعة ، ثم ان البائع والمشترى تصادقا أن البيع كان تاجئة ، ورد المشترى الدار على البائع ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، لأنه بعد تسليم الشفعة لم يبق للشفيع حق أصلا ، فاقرارهما لا يتضمن بطلان حقه ، فثبت التاجئة باقرارهما ، فكان الرد بسبب التاجئة ، فلا يتجدد به حق الشفيع .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ برياسة 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 العشرى 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 ص ٦٤٥ .

الشفعة من عقد بيع يتحدد به مركز البائع والمشترى 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 المشترى بصفته مالكا للعقار نهائيا ، ولا ريب أن تحقيق هذه الصفة للمشترى 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 ، فان هذا الطلب الذى يشمل عرض الثمن ، كما يشمل طلب التخلى عن العقار ، لا يمكن أن يكون جديا الا اذا كان المشترى قد دفع الثمن أو جزءا عظيما منه وتسلم العقار الذى يطالب بالتخلى 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 والمشترى ازاء الشفيع بطريقة نهائية ، ولا يستلزم ذلك أن يكون العقد رسميا أو مسجلا ، بل يكفى العقد الابتدائى ما دام لم يشتمل على نص يجيز لأحد طرفيه العدول عنه .

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) . راجع ما سيجىء بخصوص العقد غير المسجل .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

الشفعة حصل قبل تحرير هذا العقد لا يعتبر سببا لعدم قبول الدعوى ، ما دامت الرغبة فى الشفعة لم تنقطع فى أى وقت ، وما دام العاقدان قد أبلغا بأنهما يجب أن يحررا العقد الجديد لمصلحة الشفيع (١) .

وقررت محكمة النقض والابرام أن وصف العقد بأنه عقد ابتدائى أخذا بالعرف الذى جرى على اطلاق هـذا الوصف على عقود البيـع التى لم تراع فى 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 فى الشفعة بمجرد تمامه لـكل من قام به سبب من أسبابها . ومن ثم كان العلم به موجبا على الشفيع المبادرة الى اظهار رغبته قبل أن ينقضى على علمه الميعاد المعين فى الفقرة الثالثة من المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة . وما قد يقع من النزاع بين البائع والمشترى على تكييف العقد أو على قوته الملزمة لايرفع عن الشفيع واجب اظهار رغبته فى 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 فى الطعن رقم ٣ سنة ١٦ القضائية .

نقض ١٥ فبراير ١٩٤٥ فى 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 المشترى عن حصته التى يملكها ، وللمشترى أن يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصته ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن التوقيع . واقرار البائعين فى العقد بتضامنهم فى نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ولا أن انعقاد البيع فيها لايتم الا اذا باع باقى الشركاء حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه فى حصته ثم فى حصص الآخرين أيضا . واذن فتكييف المحكمة مثل هذا العقد بأنه مشروع بيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبراه عقد بيع بات ملزم لهما ، وترتيبهما على هذا أنه لا تصح فيه الشفعة ، ذلك منها يكون خطأ .

نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٩٠ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٣٨ : اذا حرر عقد ابتدائى ببيع نصيب القصر فى أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذا الا بعد موافقة المجلس الحسبى عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية فى بيع هذه الأرض بالشروط =

الوعد بالبيع

١٩٦ — اذا كان الوعد بالبيع مصحوبا بالوعد بالشراء ، وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، 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 المشترى وحده ، فلا يوجد بيع حتى يوجد القبول من الطرف الآخر ، وعلى ذلك فلا شفعة حتى يتم العقد بتلاقى الايجاب 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 فى هذه الحالة . فمن رأى فتحى زغلول باشا عدم جوازها[٤] . وهذا هو أيضا رأى دى هلتس[٥] . ونحن من هذا الرأى ، وذلك لأنه يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشترى وقيامه بكل التزاماته ، وهذا متعذر فى حالة تقديم العقار للشركة ، اذ يترتب على الشفعة ، اذا قضى بجوازها ، أن يقوم الشفيع بالتزام مقدم الحصة فى تخصيص العقار للغرض المتفق عليه بين الشركاء (كتخصيصها لاقامة الادارة) ، وكيف يتمكن الشفيع ، وهو ليس

= الواردة فى العقد الابتدائى الا فيما يتعلق بالثمن فقد رفعه الى الحد الذى وصلت اليه المزايدة التى أمر باجرائها تمهيدا لاقرار البيع ورست على نفس المشترى بالعقد الابتدائى ، فان هذا القرار لا يعتبر ملغيا لذلك العقد ، وانما هو مؤيد ومتمم 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 ذهنى بك « الأموال » نبذة ٥١٦ مكررا (١) .
(٣) راجع مدنى ٥١٦/٤٢٤ ، ٥١٧/٤٢٥/١٨٤٥ .
(٤) ص ٨٣ .
(٥) دى هلتس نبذة ١٩ .
راجع أيضا فورجير ص ١٣٢ .

شريكا ، من القيام بهذا الالتزام ، واذا تمكن فما فائدته من الأخذ بالشفعة ، على أن حالة الشريك الذى يقدم العقار لاتشبه حالة البيع تماما ، وان كان يترتب عليها بعض ما يترتب على البيع ، وذلك لأنه لايوجد 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 سهوم الشركة ، فان 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 الشىء أم فى تحديد الثمن ، فان 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 المشترى 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 لافائدة 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 ص ٢٥٩) .
(٢) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٨٩٩ (١١ ص ٢٥٩) .
(٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

Viagére ، لأن الثمن غير محدد ، وقد يكون عبئا ثقيلا اذا امتدت حياة الشخص الذى ترتب الايراد لمدة حياته [١] .

عقد البيع غير المسجل

٢٠١ — اختلف الرأى 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 — حجج القائلين بجواز الشفعة :

استند من يقول بجواز الشفعة على الأسباب الآتية :

(١) عدم قبول الشفعة له نتائج خطيرة لا يمكن أن يجيزها القانون ، لما تنطوى عليه من احتمال تعطيل حق موجود ، وهو حق الشفعة ، فى كثير من الأحوال ، فما هو الا أن يحجم المشترى بارادته عن تسجيل العقد ، خصوصا اذا كان مطمئنا من جهة البائع له ، ويستمر (أى المشترى) متمتعا بالعقار المبيع بكل حقوق المالك ، فى حين أن الشفيع تصيبه جميع الأضرار التى شرع من أجلها حق الشفعة ، فيظل تحت رحمة المشترى ، 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٦ .
أسيوط الابتدائية (دائرة حامد شكرى بك والقاضى محمد عزت والقاضى محمد أمين صدقى) ٢٨ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٦٥٧ الحقوق ٤٢ رقم ٣ ص ١١ .
اسنا 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٣ .
سمالوط 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 ٨٠٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٦ .

وما أسهل قياس هذه الحالة على الحالة التى 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 والمشترى ، وهما صفتان تصدقان على البائع والمشترى ، 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 المختلطة 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 المختلطة 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 الباقى زكى القشيرى 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 للمشترى ، وحكمة ذلك أن البائع فى هذه الحالة لا يملك طلب الفسخ ، وانما يكون الأمر موكولا الى ارادة المشترى ، وحينئذ تصح الشفعة (٤) ، فيمكن أن يقاس البيع غير المسجل فى حالة الشفعة على البيع بشرط الخيار للمشترى ، اذ أن انتقال الملكية هو فى الواقع فى يد المشترى ، الذى ان شاء سجل وان شاء امتنع للنكاية 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 المشترى 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 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 المجلة — التعليقات على هذه المادة فى مرآة المجلة ٢ ص ٤٢ .

(٥) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ 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 المشترى ، فقالت انهم قد أخطأوا فى العلة التى بنوا عليها ذلك الرأى ، لأن الحكمة التى لأجلها أجازت الشريعة الاسلامية الشفعة فى البيع مع خيار المشترى ، وعلى الضد من ذلك حرمتها فى البيع مع خيار البائع ، هى أن الملكية فى حالة خيار المشترى تنتقل الى هذا الأخير فعلا ، بعكس ما اذا كان الخيار للبائع ، فانها لاتنتقل ، فالدليل اذن على هذه الصورة لا يؤدى الى صحة هذا الرأى ، بل الأمر بالعكس .
راجع أيضا ما سيجىء .

(٧) ان الشفيع لا يتلقى حق الملكية من المشترى حتى ينتظر تسجيل العقد، ولكنه يحل محله بمقتضى المادة ١٣ من قانون الشفعة فى جميع حقوقه وتعهداته، ويعتبر البيع كأنه صادر اليه من البائع دون المشترى[١].

ومن ضمن الحقوق التى تؤول الى المشترى بعقد البيع الصحيح أن تنتقل الملكية اليه بشهر العقد بالتسجيل، بغير حاجة الى تدخل البائع، وهذا الحق ينتقل الى الشفيع[٢]، فله أن يطلب حلوله محل المشترى، وشهر عقده بالطرق القانونية، حتى تنتقل اليه الملكية التى كانت تنتقل للمشترى لو أنه سجل عقده[٣].

وليس للبائع أن يشكو من ذلك، فانه تخلى عن الملكية، وهى لا تبقى لاصقة به بارادته، بل بارادة غيره، وهو المشترى، وأما المشترى فان احتماءه وراء عدم تسجيله عقده الذى هو من عمله، ومن واجباته أن يقوم به، تلاعب غير مشروع وتحكم غير جائز فى حق الشفيع، والقانون لا يحمى 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.
الوايلى الجزئية (القاضى محمد وصفى أبو الذهب بك) ٧ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٥٤ ص ٥٣١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٩.
راجع استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٢٩ (٤١ ص ١٩٦) المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨١.

(٢) مصر الابتدائية ٢ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ المتقدم.
اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٦١ ص ٥٤٨.

(٣) أسيوط الابتدائية ٢٨ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ المتقدم.
المنصورة الابتدائية (دائرة على عبد الرازق بك والقاضى محمد زكى أباظه والقاضى كامل عزمى) ١١ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٨.

(٤) مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٢١ المتقدم.

(٥) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المتقدم.
اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٦١ ص ٥٤٨ المتقدم.
شبراخيت الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ المتقدم.

(٩) ان الشارع خالف فى قانون الشفعة القواعد العامة المدونة فى قانون المرافعات ، فقضى بأن الأحكام الغيابية فيها لا تقبل المعارضة ، كما قصر فى ميعاد استئنافها وجعله خمسة عشر يوما ، ولم يقصد الشارع من ذلك الا تقصير أمد النزاع بين أرباب المصالح فى دعاوى الشفعة ، حتى يساعد على استقرار حالة الملكية العقارية ، لما رأى فى 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 فى الأخذ بهذا الرأى كان من نتائجه 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 — حجج القائلين 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 المشترى ، بما قام عليه من الثمن والمؤن » (المادة ٩٥ من مرشد الحيران) . 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 للتخلى عن ملكه ،

---

(١) مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ المتقدم .

(٢) مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ المتقدم ..

(٣) مصر الابتدائية (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى محمد شوقى والقاضى ابراهيم حلمى) ٨ مارس ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ الجدول العشرى الأول المحاماة رقم ١٠٧٧ .

الخليفة الجزئية (القاضى ابراهيم عارف بك) ٢٨ يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦٨ ص ٢٣٩ .

وقد يكون المشترى واثقا منه فيمتنع عمدا عن التسجيل لمنع الشفعة ، والقانون لايحمى الأعمال المنطوية على سوء النية ، هذا القول مدفوع بأن القانون انما يحمى الشفيع بعد أن يتولد له حق الشفعة ، وهذا الحق لا يولد الا بانتقال الملكية ، وكل ما يمنع انتقالها لا يمنع تولده . ولا يمكن القول بحرمان الشفيع من حق الشفعة قبل وجوده ، وليس له اذا 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 الأصلى والمالك الجديد ، بل قال برفعها على البائع والمشترى ، وهاتان الصفتان تصدقان على البائع والمشترى حتى عند عدم تسجيل عقد البيع ، هو قول فى غير محله ، لأن العبرة ليست بالألفاظ ، فنقل الملكية هو جوهر عقد البيع ، والغرض الوحيد منه ، فان كان العقد غير ناقل للملكية فهو ليس بيعا فى الحقيقة ، رغم تسمية المتعاقدين له بهذا الاسم ، ولا يسميان بائعا ومشتريا رغم انتحالهما هاتين الصفتين ، بل هما متعاقدان على عقد خاص ليس له من الأثر الا التزامات شخصية . وقد كان البيع قبل قانون التسجيل ينقل الملكية فى الحال بين المتعاقدين بمجرد العقد ، وكان يصدق عليهما أنهما بائع ومشتر ، أما بعد هذا القانون فلا يتم ذلك الا بالتسجيل (٢) .

(٤) لا محل للقول كذلك بأن الشفعة ما شرعت الا لمنع الأجنبى من أن يكون شريكا أو جارا للشفيع والمشترى ولو لم يسجل عقده يكون فى الواقع كذلك ، لا محل لهذا القول لأن الشفعة لا تكون الا فى الملك . فاذا لم يأت الأجنبى بصفة مالك فلا شفعة . ولذلك فان الايجار مهما طالت مدته لا يعطى الحق فى الشفعة ، والمشترى غير المسجل ليس مالكا وليس له حق عينى على العين ، بل له مجرد حقوق شخصية قبل البائع ، والشفعة هى حلول المشترى فى الملكية ، لا فى مجرد

---

(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
مصر المختلطة ٩ أبريل ١٩٢٥ جازيت ١٦ ص ٣٠٣ رقم ٣٠٤ .

حقوق شخصية [١] .

(٥) ان الرأى القائل بجواز الشفعة فى العقد غير المسجل لا يقوم الا على انكار التشريع الجديد ، الذى أدخل عمدا بنص صريح ، وبنى على أسباب صريحة لا تحتمل التأويل ، لأنه يجعل حكم البيع بعد صدور القانون الجديد هو نفسه حكمه قبل صدوره ، ويعطيه بمجرد الاتفاق كل نتائجه القانونية ، متجاهلا النص على عدم انتقال الملكية . ولا يكون من الواضح حينئذ معنى هذا النص ، ولا ما هى نتائجه 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 ينبنى عليها حلول جار جديد أو شريك جديد يتسبب من وجودهما علاقات غير مرضية بينهما وبين الشفيع ، أو لوجود حقوق عينية تربط العقارين المملوكين للشفيع وللبائع 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 شىء 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 الوفائى (راجع رقم ٨ الآتى) . والبيع غير المسجل غير منشىء 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 رافرتى ومحمد فهمى حسين بك) ١٠ يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٤ .

أن يصير المشترى مالكا نهائيا للعقار المبيع ، كما أنه لا تصح الشفعة فى البيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وعقد البيع غير المسجل غير ناقل نهائيا للملكية ، فلا يترتب عليه اذن حق الشفعة[١] .

(٨) ان كثيرين من علماء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية وعددا كبيرا من أحكام المحاكم ذهبوا الى أن الشفعة لا تجوز فى حالة البيع الوفائى ، والبيع المعلق على شرط فاسخ أو شرط واقف ، مع أنه فى هذه الأحوال تنتقل الملكية من البائع للمشترى ، ولكنها تكون مقيدة ببعض القيود ، وقد حكمت محكمة الاستئناف فى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥[٢] بأنه لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط مجحف بنقل الملكية ، مثل أن المشترى لا يكون مالكا للمبيع ملكا تاما الا بعد دفع آخر قسط ، فمن باب أولى أن لا تصح الشفعة فى حالة بيع لم يسجل ولم تنتقل بمقتضاه الملكية من البائع الى المشترى ، وخصوصا أن حق الشفعة حق استثنائى يجب عدم التوسع فيه ، حتى ان علماء الشرع قد توسعوا فى مسقطات حق الشفعة وبالغوا فى ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل[٣] فى اسقاطها[٤] .

(٩) ان قياس البيع غير المسجل على البيع بشرط الخيار للمشترى قياس مع فروق عدة ، فانه وان كان نقل الملكية فى يد المشترى ان شاء سجل عقده وان شاء امتنع ، فانه يجوز للبائع فى حالة عدم التسجيل أن يتفق مع مشتر آخر يبيع له العقار فيسجل عقده وتنتقل له الملكية نهائيا دون أن يكون البائع مسئولا أمام المشترى الأول الا عن التزاماته الشخصية فقط ، وليست هذه حالة البائع فى حالة

---

(١) مصر الابتدائية (دائرة عبد الوهاب فهمى بك ومترى ميخائيل بك وجمال الدين أباظه بك) ٣ نوفمبر ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ الجدول العشرى 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 العشرى 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 المشترى[١].

(١٠) ان القول بأن الشفيع لايستمد حقه من المشترى مباشرة، بل هو يحل محله فى جميع حقوقه وتعهداته، و يعتبر أنه تلقى الملك من البائع، تحميل للمركز القانونى فوق ما يحتمل، لأن كل ذلك معلق على شرط انتقال الملكية من البائع للمشترى نهائيا، وهذه لا تحصل فى البيع غير المسجل[٢].

فلا يمكن أن يقال بأن حلول الشفيع محل المشترى لتنفيذ التزام البائع بالتسجيل لنقل الملكية يعطيه حق الشفعة، الذى لا يوجد الا اذا وجد البيع، لا أن توجد الشفعة لاتمام البيع[٣].

(١١) لا تناقض ولا اضطراب فى الأخذ بهذه النظرية، كما ذهبت الى ذلك محكمة المنصورة الجزئية (بحكمها الصادر فى ٨ ديسمبرسنة ١٩٢٤)[٤]، لأن مواعيد الشفعة فى هذه الحالة لا يمكن أن تبتدىء الا من يوم علم الشفيع بتسجيل عقد البيع، أما علمه بالبيع قبل التسجيل فلا يترتب عليه امتداد هذه المواعيد. والقول بأن فى اعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب فى الشفعة تعارضا مع نصوص القانون فى غير محله، لأنه يتفق كثيرا ألا يعلم الشفيع بالبيع الا من التسجيل، وفى هذه الحالة يسقط حقه فى الشفعة بمضى خمسة عشر يوما اذا لم يبد رغبته فيها، ولايمكنه الانتفاع بميعاد الستة الشهور[٥].

٢٠٤ — رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية :

أخذت محكمة الاستئناف الأهلية فى دوائرها المجتمعة 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 النبذة السابقة.

(٢) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم.

(٣) استئناف مصر ١٠ يونيه 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 المجتمعة (أحمد طلعت باشا وحسين درويش باشا وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك ومحمد مظهر بك وكامل ابراهيم بك وعبد العزيز محمد بك =

وهذه هى الأسباب التى انبنى عليها حكمها :

(١) ان نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولكنه أثر من آثاره ، بدليل :

ا — تعريف البيع فى القانون المدنى (المادة ٢٣٥) ، فقد عرفه بأنه عقد يلتزم به البائع نقل ملكية المبيع الى المشترى 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 بيوع أخرى قد لايتفق فيها انتقال الملك أصلا ، كبيع الأشياء المعلق وجودها على محض الحظ والمصادفة ، أو غير ذلك من البيوع التى 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 ، والجائزة قانونا .

(٣) ان قانون التسجيل وان نص على أن العقد غير المسجل لايترتب عليه الا مجرد التزامات شخصية بين المتعاقدين ، فانه 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 المبادىء القانونية لأجل اكمال النقص أو تفسير ما أجمل .

(٤) ان التسجيل انما شرع أصلا لمصلحة المشترى ، فله أن يعمله أو لايعمله ، فلو تعمد عدم القيام به اضرارا بالغير لما جاز له وفقا للقواعد القانونية العامة أن

= ومصطفى حلمى بك ومحمد فريد الشافعى بك وزكى برزى بك ومصطفى محمد بك وعلى عزت بك ومحمود سامى بك وأترنى أبو العز بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقى القشيرى بك) ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢٢ ص ٤٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٠ الحقوق ٢ رقم ٣٣ ص ٥٥ .

يتمسك بعمله هذا قبل الغير ، لأن هذه القواعد لا تقر الأعمال المنطوية على سوء النية التى يقصد منها اضرار الغير .

(٥) ان المبادىء القانونية العامة لا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل ، كما أنه لم ينسخ شيئا من أحكام الشفعة التى من ضمنها أن حق الشفيع يسقط بسكوته مدة خمسة عشر يوما من يوم علمه بالبيع لا من يوم التسجيل فقط . واذا قيل بأن الشفيع لايملك حق الشفعة الا من تاريخ التسجيل وأن حقه لايسقط الا بمضى خمسة عشر يوما من تاريخ علمه به يكون هناك تضارب وتعارض لا مفر منه فى النصوص القانونية ، اذ بينما تقضى تلك النصوص بسقوط حق الشفيع بمجرد العلم تراها لا تسقطه الا بالتسجيل ، فكأن قانون التسجيل قد أعطى الشفيع حقوقا أزيد وأوسع بكثير مما هى مقررة له فى قانون الشفعة ، على أن الشفعة بالاجماع هى من الحقوق الضيقة التى لا تقبل التوسع .

(٦) من المعلوم أن الذى حدا بالشارع الى التضييق فى أحكام الشفعة ، سواء كان من جهة المواعيد أو طرق الطعن فى الأحكام التى تصدر فيها ، انما هو حرصه على مصلحة العقار نفسه الذى هو جزء من الثروة العامة ، اذ بتقصيره أمد النزاع تستقر الملكية فى يد أربابها ، وتطمئن نفوسهم من جهتها ، فيتفرغون لاصلاح العين وانماء ثروتها ، وعلى هذا فتعليق حق الشفعة كما جاء فى بعض الأحكام على حصول التسجيل ، أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، قول لا يمكن قبوله ، لأى المشترى يظل زمنا مهددا بالشفعة اذا هو سجل ، وقد يطول أمد هذا التهديد كثيرا ، فتضعف ثقة المشترى فى مستقبل عقاره ، وتقل عنايته به . وفى هذا من الضرر العام والخاص ما لايخفى .

(٧) ان الشفيع انما يحل قانونا محل المشترى فى العقد فى جميع ما له وعليه ، فلا خطأ فى هذا من الوجهة القانونية ، كما لاضرر فى الواقع على المشترى ، وانما الخطأ والضرر كل الضرر أن يسمح للمشترى بالتلاعب بأحكام القانون ، وأن يعطل فيه نصوصا برمتها ، وهى النصوص الخاصة بالشفعة ، وأن يضار الغير بجواره الذى قد يكون غير مرغوب فيه والذى قد حصل عليه بصورة غير شرعية وهذا مما قد يؤدى الى اقلاق الراحة والاخلال بالأمن العام .

(٨) من الخطأ الرجوع الى أحكام الشريعة فى هذا الموضوع ، لأن الشريعة وان تكن مصدرا لأحكام الشفعة التى أخذها عنها القانون ، الا أن القانون نفسه قد خالف الشريعة فى كثير من أحكام البيع ، ولم يقرر منع الشفعة الا فى حالات معينة ليست الحالة الحاضرة منها ، فالرجوع الى الشريعة فى مثل هذه الحالة يكون غير مقبول ، لأن الرجوع اليها انما يكون فى حالة السكوت ، أما فى حالة النص الصريح فلا مساغ للرجوع ولا للاجتهاد .

٢٠٤ مكررا — استقرار الأحكام :

استقرت الأحكام على رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف[١] .

وأقرت ذلك محكمة النقض والابرام ، فقد جاء فى أحد أحكامها[٢] أنه «من المقرر أن ملكية الشفيع 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 لطفى والقاضى عبد الله محمد عمار) المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ ، وقد جاء فيه : ان قانون التسجيل لم ينسخ شيئا من المبادىء العامة ، ولذلك يجب الرجوع اليها ما دام 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 الشفيع بمضى 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 ، ومشترى الشفيع العقار بعد ذلك ، وتسجيل عقده قبل تسجيل العقد محل دعوى الشفعة ، يجعل لهذا العقد قيمته القانونية ، بخلاف العقد الذى لم يسجل ، لأنه لم ينقل 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 مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠٩ .

حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقدمات التى أقيم عليها » .

٢٠٥ — عملية تدخل الحكومة لمساعدة المدينين فى استرداد أراضيهم المنزوعة ملكيتها — كان من أثر الضائقة المالية التى حلت بالبلاد نتيجة هبوط أسعار المحاصيل الزراعية ، واشتدت فى غضون سنة ١٩٣١ ، أن عجز كثير من ملاك الأراضى الزراعية عن الوفاء بأقساط الديون العقارية المستحقة على أرضهم مما أدى الى زيادة دعاوى نزع الملكية وعرض جانب عظيم من الأراضى فى البيوع الجبرية وبيعه بأثمان بخسة . وقد فكرت الحكومة فى حل لعلاج هذه الحاله ، ورأت فى بادىء 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 لايقل عن مليون من الجنيهات ، بل قد يزيد الى مليونين فأكثر ، وقد قبلت تلك الهيئة القيام بالمهمة المعروضة عليها ، ووضعت لتنفيذها برنامجا أقره مجلس الوزراء فى ١٦ من أغسطس سنة ١٩٣١ ، وهو يتضمن « الامتناع عن شراء الأطيان المعروضة للبيع الجبرى تحاشيا لتعريض الحكومة للصعوبات المترتبة على ادارة أملاك مختلفة المساحات مبعثرة فى جهات متعددة وأن يوجه مجهود تلك الهيئة الى السعى فى ايجاد اتفاق بين الدائن والمدين يحول دون الالتجاء الى نزع ملكية الأرض ، وذلك اما بزيادة الضمان المعقود للدائن اذا كان فى استطاعة المدين ذلك أو بتدخل الهيئة ودفع القسط المستحق فى الأحوال التى يتبين فيها أن توقف المدين عن الوفاء يرجع الى الأزمة المالية » [(١)] .

ولكن هذا العلاج لم يكن حاسما لكثرة عدد الحالات المعروضة فيها الأراضى للبيع الجبرى ، ولذلك اتجهت فكرة وزارة المالية الى البحث عن هيئة تمولها الحكومة لتقوم بشراء الأراضى التى يتضح من بحث حالتها أنها معرضة للبيع أو بيعت بثمن بخس ، على أن تتولى تلك الهيئة ادارة تلك الأراضى . وصدر قرار مجلس الوزراء فى ١٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١ « بالموافقة على ما اقترحته وزارة المالية

---

(١) راجع فى ذلك مذكرة مرفوعة من وزارة المالية الى مجلس الوزراء فى ١٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١ .

خاصا بتدخل الحكومة فى شراء الأطيان التى يتضح من بحث حالتها أنها بيعت بالمزاد الجبرى أو معرضة للبيع به بثمن بخس ، على أن يكون هذا التدخل عن طريق الشركة العقارية المصرية التى تتولى ادارة تلك الأطيان بعد شرائها الى حين وجود مشتر لها بثمن مناسب ، مع اعطاء المدين الأصلى 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 الايرادات والصرف الخاصة بالعملية الخ .

وسارت الشركة فى عملها ووضعت الحكومة تحت تصرفها مبلغ مليون جنيه على دفعات متعددة صدر باعتمادها المرسوم بقانون رقم ٢٦ فى ٢٧ من مايو سنة ١٩٣٣ . وبلغت مساحة الأراضى التى اشترتها 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 اعادة هذه الأطيان 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 فاوضت وزارة المالية الشركة وتم الاتفاق على أن يباع لأصحاب الأولوية فى شراء تلك الأراضى كل أو بعض الأطيان 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 الأطيان) ، و بشرط أن يقوم المشترى بدفع ربع الثمن على الأقل نقدا والباقى 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 أساسها . وقد تقرر أن يترك للحكومة بحث ما تقدم بمجلس النواب من اقتراحات فى هذا الشأن وتحقيق ما يمكن تحقيقه منها .

« وقد أوقف تدخل الحكومة فى شراء الأراضى منذ ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ . وظلت الشركة العقارية تدير تلك الأطيان الى أن صدر قرار مجلس الوزراء بتاريخ أول أغسطس سنة ١٩٣٤ بأن تستعمل الحكومة الحق المخول لها بالمادة التاسعة من عقد الاتفاق المبرم بينها و بين الشركة والذى يخولها حق تسلم الأطيان من الشركة وتصفية العملية . ومن هذا التاريخ تسلمت مصلحة الأملاك تلك الأطيان وتولت ادارتها . وتدل نتيجة استغلال هذه الأراضى أنها لاتأتى بغلة تتناسب مع رؤوس الأموال التى أنفقت فى شرائها واستغلالها . ويرجع السبب فى ذلك الى تفرقها فى مناطق متعددة مما يزيد فى تكاليف ادارتها و يتطلب مجهودا ونفقات كبيرة . . . ولذلك فمن صالح الحكومة أن تسرع برسم الخطة الصالحة لبيع تلك الأراضى حتى لاتتضخم رؤوس أموال هذه الصفقات سنة بعد أخرى وتكون النتيجة أن يرهق أصحابها الأصليون بأثمانها المتضخمة أو تلجأ الحكومة الى بيعها بأثمان تقل عما تكبدته فى شرائها وادارتها . ولذا فقد بحثت وزارة المالية هذا الموضوع . . . وقر رأيها فى النهاية على أن تعرض هذه الأراضى على أصحاب الأولوية فى شرائها من أصحابها الأصليين أو ذويهم فى ظرف المدة الباقية من الخمس السنوات التى حددها قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ بالشروط الآتية :

١ — لأصحاب هذه الأراضى أو ذويهم ممن سيأتى ذكرهم بعد الحق فى شراء تلك الأراضى فى ظرف المدة الباقية من الخمس السنوات التى حددها قرار مجلس الوزراء فى سنة ١٩٣١ بثمن يقدر على الأساس الآتى :

(ا) الثمن الذى اشترت به الحكومة الصفقة .

(ب) المصاريف القضائية ورسوم التسجيل وما يتبعها من أتعاب محاماة وغيرها.

(ج) اذا كانت ايراداتها تزيد عما تكلفته من مصاريف وأموال وغيرها . أما اذا كانت المصروفات بأنواعها والأموال الأميرية تربو على الايرادات التى 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 فى شراء تلك الأطيان 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 الأراضي . وترى وزارة المالية اذا ما انقضت 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 أعضاءها وزير المالية وأن تكون شروط البيع كما يلى :

(ا) أن يكون المشترى مصرى الجنس . (ب) . . . . . » .

وفى ١٦ من مارس سنة ١٩٣٧ وافق مجلس الوزراء على ما اقترحته 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 الأصلى 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 للبيوع الجبرية وادارتها لاعادتها بعد ذلك الى أصحابها الأصليين أو الى ذويهم بالطريقة والشروط التى بينتها قرارات مجلس الوزراء .

ويتلخص ما تقدم فيما يأتى :

أولا — ان الغرض الذى رمت اليه الحكومة من تدخلها هو « صيانة الثروة العقارية من التدهور بسبب عرض تلك الأطيان فى البيوع 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 الأطيان الى أصحابها متى توفرت فيهم أسباب استردادها » (مذكرة المالية المؤرخة فى ٢٤ من نوفمبر سنة ١٩٣٥) .

ثانيا — 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 ذووه بالترتيب المعين بقرارات مجلس الوزراء .

ثالثا — 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 ٣ ½ ٪ (أى أن الحكومة انما تسترجع ما كلفتها الصفقة بالفعل وتقتصر على اقتضاء فائدة بسيطة لرأس مالها) .

رابعا — 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 آل 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 فان الحكومة لم تكن تستطيع وفقا لنصوص قرارات مجلس الوزراء أن ترفض نقل الملكية الى المدين المنزوعة ملكيته أو الى ذويه مكانه ، وذلك لمجرد أن يعبر هذا الأخير عن ارادته و يقوم بأداء الشروط المنصوص عليها فى القرارات المذكورة . ومن ناحية أخرى فان التصرف قد تم بثمن خاص هو الثمن الذى اشترت به الحكومة مع بعض الشروط وبنية التبرع التى أوحت بها اعتبارات متعلقة بشخص المتصرف له . وانتهت المحكمة الى أن التصرف المبرم بالتطبيق لنصوص قرارات مجلس الوزراء المذكورة لا يمكن أن يتضمن بيعا قطعيا ، وانما هو عملية من نوع خاص حاصلة بثمن خاص ليس هو الثمن الحقيقى وقت التصرف ومبنية على نية المساعدة والتبرع .

وجاء فى حكم لمحكمة الاستئناف [٣] : (١) ان قرار مجلس الوزراء الذى صدر فى ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، والذى يجعل لملاك الأراضى الزراعية التى نزعت

---

(١) راجع مذكرة لنا فى هذا الموضوع قدمت لمحكمة طنطا الابتدائية فى الدعوى رقم ٢٤٨ سنة ١٩٤٣ وقت مزاولتنا المحاماة .

(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 يوليه سنة ١٩٤٣ .

(٣) استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٤٥ فى الاستئناف رقم ٨٦٣ سنة ٦١ القضائية .

ملـكيتها 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 فان القرار المذكور يكون متمما للمرسوم الذى صدر على موجبه 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 تجريها وزارة المالية لمصلحة المدين المنزوعة 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 ملـكية الأرض لذى الحق فى اسـترادادها بيعا باتا يجيز الأخذ بالشفعة ، لأن وزارة المالية لم تقصد الى شراء أرض المدين لتستقر لها ملـكيتها ، انما قصدت الى أن تحوزها لتردها فيما بعد له أو لواحـد من ذويه بحسب ترتيب أولويتهم ولأن البيع يقوم على الرضا ووزارة المالية لا تملك أن ترفض نقل الملك الى المدين أو من حل محـله من ذويه متى أعرب عن ارادته فى طلب الأرض ، ولأن التصرف فى مرحلته الأخيرة يتم بمقابل خاص هو المبلغ الذى دفعته الحـكومة فى سبيل الحصول على الصفقة مضافا اليه المصاريف القضائية مع استنزال فائض ريع الصفقة حتى تاريخ ردها لطالب استرادادها . 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 الأخـذ بالشفعة . ولا يغير من طبيعة هذه العملية صدورها مباشرة لمن تنازل له ذو الحق فى استرداد الأرض بموافقة وزارة المـالية ، لأن المتنازل له يحل محل المتنازل فى جميع حقوقه وواجباته ، فلا يتحول عقده الى بيع بات يجيز الشفعة .

وقضت محكمة الاستئناف [١] فى دعوى أخرى بأنه وان كان صحيحا أن ملكية الحكومة لما يؤول اليها نتيجة تدخلها لصيانة الثروة العقارية ليست ملكية عادية ، وانما هى ملكية من نوع خاص تختلف فى تكييفها وجهات النظر ، هل هى ملكية معلقة على شرط فاسخ ، أم هى ملكية وكيل لحساب موكله ، أم ملكية فضولى لحساب غيره ، الا أنه مهما يكن الرأى القانونى الذى يستعان به فى تكييفها فان أقصى نتائجه — اذا 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 ممن يكون قد استعمل حق الأولوية واشترى العين من الحكومة فانه يتملك ما اشتراه ملكية جديدة عليه . وهذه الملكية لاتثبت 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 فى 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 فان الملكية تبقى على ذمته رغم شراء الحكومة ، وان فسرت بأنها شراء مقترن بشرط فاسخ فانه ينفسخ بأثر رجعى عند تحقق الشرط . ولكن هذا التكييف الرباعى لايستقيم أمره الا فى حالة ما اذا استرد المالك أرضه ، فان لم يفعل و باعتها 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 مجموعة 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 فى أن انتقال الملكية الى واحد من هؤلاء لايمكن أن يتفق مع بقائها لرب العمل أو الموكل أو الغير المشترط لمصلحته أو مع انفساخ البيع بأثر رجعى ، هذا عدا أن الوكالة لا سند لها من القانون ، كما أن الشرط الفاسخ لايتصور بغير اتفاق لم يحصل بين الحكومة والمالك المنزوعة ملكيته ، وكل هذا اذا كانت الحكومة قد اشترت من المزاد مباشرة ، أما اذا كان شراؤها من المصارف التى رسا عليها المزاد من قبل فواضح أن أى واحد من هذه التكييفات جميعا لا يمكن أن ينطبق على تصرفها فى أية حالة سواء كان المالك هو الذى يسترد أرضه أو كان غيره هو الذى يطلب شراءها . والتكييف الصحيح الذى يستقيم فى جميع الأحوال هو أن تصرف الحكومة ليس الا شراء مقترنا بوعد بالبيع لفريق معين من الناس بثمن معين وبشروط خاصة . فالعملية اذن تنطوى على بيعين ، أحدهما يصدر من المالك الأصلى جبرا عليه للحكومة فتنتقل الملكية لها ، والثانى بيع من الحكومة لهذا المالك أو لواحد من أصحاب الأولوية يقع بمجرد قبوله وعدها وان ثمن البيع الثانى وان جاز أن يقل فرضا عن القيمة فان ذلك ليس فيه من التبرع ما يبدل طبيعة العقد ليجعله هبة تمتنع معها الشفعة.

وقد رأت محكمة النقض والابرام [1] أن المدين الذى يسترد أرضه المنزوعة ملكيتها لايتفق على انشاء بيع مستحدث ، بل يتفق على التقايل فى 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 التى صدرت تنفيذا لهذين المرسومين ومذكرات وزارة المالية التى انبنت عليها هذه القرارات أن الحكومة قد هالها الازدياد المطرد فى دعاوى نزع ملكية الأراضى الزراعية ، بسبب عجز الملاك عن الوفاء بديونهم بسبب الضائقة المالية ، مما كان له أثره فى 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) فى أحكامها الصادرة فى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ فى الطعون رقم ٣٦ و١٢٧ و١٤٤ سنة ١٥ القضائية .

فاستجاب المجلس المذكور لهذا الطلب ، ووضع برنامجا مقتضاه أن يتجه الجهد الى السعى لدى الدائنين لصدهم عن الالتجاء الى نزع الملكية ، وذلك اما بزيادة الضمان المقدم لهم كلما كان ذلك فى 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 فى البرنامج الذى وضعه بوجوب الامتناع عن شراء الأرض المعروضة للبيع الجبرى ، حتى لا تتعرض الحكومة للصعوبات المترتبة على ادارة أملاك مختلفة المساحات مبعثرة فى جهات متعددة . وأقر مجلس الوزراء هذا البرنامج فى ١٦ من أغسطس سنة ١٩٣١ ، وبدأت الحكومة فى تنفيذه ، فاستصدرت فى ٢٠ من أغسطس سنة ١٩٣١ المرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ ، وهو ينص على فتح اعتماد بمبلغ مليون جنيه لمساعدة ملاك الأراضى الزراعية المعرضين لخطر نزع الملكية بناء على طلب الدائنين ، على أن يؤخذ المبلغ المذكور من المال الاحتياطى العام للدولة ، وعلى أن تحدد كيفية المساعدة المتقدم ذكرها وشروطها بقرار من مجلس الوزراء . ولم يعرض هذا المرسوم على البرلمان عند انعقاده اكتفاء بايداعه ضمن ما أودع من المراسيم التى صدرت بعد فض دور الانعقاد ، لكنه مع ذلك نفذ منذ صدوره ، وتلقى بنك التسليف من الحكومة دفعات متعددة خصما من المليون جنيه التى صدر بها المرسوم ليدفعها للدائنين وفاء للأقساط المتأخرة على مدينيهم . غير أن الحكومة ما لبثت حتى أدركت قصور هذا البرنامج عن تحقيق الغاية التى هدفت اليها ، وهى الحيلولة دون بيع الأراضى الزراعية بيعا جبريا بأثمان بخسة . ولهذا اتجه تفكيرها الى التدخل لشراء الأراضى التى يتضح من بحث حالتها أنها بيعت أو أنها معرضة للبيع بثمن بخس عن طريق هيئة تمولها وتشرف على عملها . وتنفيذا لهذا التفكير عقدت وزارة المالية مع الشركة العقارية اتفاقا أقره مجلس الوزراء فى 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 مبلغ مماثل بدلا منه ، وأن تستعمل الشركة هذه المبالغ فى شراء الأرض الزراعية المملوكة لمصريين والمعرضة للبيع الجبرى فى أحوال يتبين منها أن الشراء سيتم بثمن أقل من القيمة الحقيقية

لها ، وأن تدير الشركة الأراضى المشتراة الى أن يوجد مشترلها بثمن مناسب ، على أن يكون للمدين الأصلى الذى نزعت 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 انهاء العمل به ، فوقف الشراء وتسلمت مصلحة الأملاك الأميرية ما اشترته الشركة من أراض زراعية وأدارتها بنفسها . وقد أسفرت هذه الادارة عن أنه لا تناسب بين غلة هذه الأراضى و بين رءوس الأموال التى أنفقت فى شرائها ، لتفرقها فى مناطق متعددة تفرقا ضاعف تكاليف ادارتها ، 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 يوليه 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 خلو مما يضمن اعادة الأراضى التى تشتريها الشركة الى أصحابها أو الى ذويهم فى خلال خمس سنين من تاريخ الشراء بثمن محدود لا يقوم حوله شك ولا ريب ، بأن تقرر مراحة اعادة هذه الأراضى لأصحابها أو ذويهم بثمنها الأساسى ، مضافا اليه ١٠٪ ربحا للشركة والحكومة ، على أن يدفع ربع الثمن نقدا و يقسط 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 فى جلستى ١٩ و ٢٤ من أبريل لسنة ١٩٣٣ أن المبلغ موضوع هذا القانون هو قيمة ما دفعته الحكومة فعلا للشركة العقارية تنفيذا للاتفاق الذى أقره مجلس الوزراء فى ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١، فنعى كثير منهم على الحكومة أنها لم تضمن الاتفاق المذكور ما يفيد تقرير حق الاسترداد للملاك الذين نزعت ملكيتهم ، وقبل أن يوافق المجلس على مشروع هذا القانون أبدى رغبة عامة فى أن يعطى هذا الحق للملاك المذكورين ، وأن تيسر عليهم سبل استعماله . وعلى أثر ذلك غيرت الحكومة وجهتها ، وأقامت سياستها فى التصرف فيما آل اليها من الأراضى ، لا على أساس عرضها للبيع ، بل على أساس ردها الى أصحابها بحيث لا يباع منها بالمزاد أو بطريق المظاريف — كما تباع أموال الحكومة عادة — الا مايبقى تحت يدها دون أن يطلبه صاحب الحق فى استرداده . وعملا بهذه السياسة الجديدة أصدر مجلس الوزراء فى ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ قرارا أقر مذكرة لوزارة المالية تضمنت القواعد التى وضعتها الوزارة المذكورة لتراعى فى التصرف فى هذه الأراضى . ومن هذه القواعد أن يكون لأصحاب هذه الأراضى أو ذويهم ممن سيأتى ذكرهم بعد الحق فى شراء تلك الأراضى فى مدى خمس سنوات تبدأ بالنسبة الى كل صفقة من تاريخ رسو مزادها على الشركة العقارية ، وأن يكون الشراء مقابل الثمن الذى اشترت به الحكومة الصفقة مضافا اليه المصاريف القضائية ورسوم التسجيل ، على أن يخصم من ذلك ما يوازى 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 الابتدائى بالبيع ، وتحتسب على باقى الثمن فائدة بسيطة بسعر ٣½ لكل مائة ، وتضم هذه الفائدة الى باقى الثمن ، ويقسط المجموع على ثلاثين سنة . وأن تكون الأولوية فى شراء الأرض للمالك المنزوعة ملكيته فزوجه فأولاده فأبويه فاخوته فأولاد اخوته فأعمامه فأولاد أعمامه فأصهاره ، وألا يجوز بيع هذه الأراضى أو رهنها رهنا عقاريا أو حيازيا أو تقرير اختصاص قضائى عليها أو اجراء البدل فيها أو التنازل عنها أو تقرير حق عينى 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 لأى شخص بشرط موافقة

وزارة المالية ، وفى 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 فى شراء أية صفقة لاستردادها بالشروط الآنف ذكرها تباع تلك الصفقة بالمزايدة بطريق المظاريف المقفلة ، على أن يكون الثمن الأساسى بحسب ما تقدره لجنة يختار أعضاءها وزير المالية . ومع ما فى هذه الشروط من التيسير البالغ فان من أصحاب الأراضى من قصرت أسبابه عن الافادة منها . ولم يهن على الحكومة أن يضيع على هؤلاء حقهم فى الاسترداد فخولتهم 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 ٣½ ، 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 قيما 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 المهددة بخطر نزع الملكية قد أذن لمجلس الوزراء فى أن يحدد كيفية هذه المساعدة وشروطها فان هذا الاذن مع ما يدور فى الفقه الدستورى من خلاف حول قوة القوانين المالية وأثرها فى القوانين الأخرى مما لا محل 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 فان تلك القرارات لايمكن أن تكون قد صدرت فى حدود الاذن الذى تضمنه المرسوم رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ ، فلا محل أصلا للقول بأنها تشريع ناسخ لأحكام الشفعة . وفضلا عن ذلك فان هذه القرارات لم تنشر فى الجريدة الرسمية ، مع أن هذا النشر فى حكم الدستور اجراء لابد منه لنفاذ كل تشريع . ثانيا — أن الحكومة وقت أن رأت فى ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩٣١ وجوب تدخلها لشراء الأراضى الزراعية المعرضة للبيع الجبرى بثمن بخس انما 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 بثمن 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 المهددة بالبيع قد التزمت مقدما بأن ترد هذه الأراضى لأصحابها عند طلبها ، وأن ملكيتها لهذه الأراضى تبعا لهذا الالتزام كانت ملكية مقيدة بشرط فاسخ لاسند له . 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 ايجابا 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 ، فان هذا الايجاب متى قبله

المدين المذكور لا يكون انشاء لبيع مستحدث ، وانما هو اتفاق على التقايل فى البيع القديم والتراد فى المبيع والثمن . ومتى كان هذا هو التكييف الصحيح للعقد المكون من عرض الحكومة وقبول المالك الأصلى لهذا العرض فان افراغ التراد فى صورة عقد بيع ليس من شأنه أن يؤثر فى صحة هذا التكييف .

٢٠٦ — الشفعة تكون عن البيع بشروطه — لا يمكن استعمال الشفعة الا بالحالة التى يكون قد حصل بها البيع وبأوصافه ومضاره والأخطار risques التى قد تنجم عنه . فليس للشفيع أن يدعى تخلصه من شرط وارد فى عقد البيع يقضى بالزام المشترى بأن يبنى فى ميعاد معين منزلا للسكنى فى 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 — الأخذ 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 التى أجراها طالب آخر فيما بعد تعتبر بيعا جديدا يخوله 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 كون الشفيع سبق أن امتلك العقار المشفوع — لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار المبيع ، سواء أكان

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ ص ٥٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٠٢) — راجع أيضا ٢٠ أبريل ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠٠) .

(٤) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٤٩) .

البائع هو المشترى منه ، أو كان أحد من تلقوا الحق عنه ayants cause ، اذا توافرت فى طالب الشفعة الشروط القانونية (١) .

البيوع الصحيحة التى لا تقع فيها الشفعة

٢٠٩ — ذكر قانون الشفعة ثلاثة أنواع من البيع لاتصح فيها الشفعة فى المبيع ، وهى :

(١) البيع بالمزايدة .

(٢) البيع لبعض الأقارب .

(٣) ما بيع لجعله 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 التى جاء فيها « فى جميع أحوال البيع المتقدم ذكرها (أى البيع بالمحكمة) لا تجوز الشفعة للشريك أو الجار الا اذا طلبت فى حال انعقاد جلسة البيع بالمزاد ، بشرط ايداع مقدار المصاريف والثمن بتمامه من أصل وملحقات فى الحال » . ولا مقابل لهذه المادة فى مجموعة المرافعات الأهلية ، ونصها مناقض لنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الشفعة ، ولذلك نص هذا القانون ، فى المادة ٢٣ منه ، على الغائها .

٢١١ — ***نص قانون الشفعة*** — نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة

(١) استئناف مختلط ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) .

من قانون الشفعة على أنه :

« لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام احدى جهات الادارة أو القضاء »[١] .

« Il n'y a pas lieu à préemption si la vente est faite aux enchères publiques par autorité administrative ou en justice par voie de licitation ou d'expropriation ».

والمعنى الظاهر لهذا النص هو عدم جواز الشفعة فيما بيع أمام احدى جهات الادارة أو القضاء بالمزاد العلنى : لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لنزع الملكية قهرا .

٢١٢ — تعارضه الأحكام — وقد تعارضت أحكام المحاكم فى شأن هذا النص :

(١) فرأت بعض المحاكم[٢] أنه اذا أخذ بالمعنى الظاهر كان النص على البيع بمعرفة الادارة لغوا لامعنى له ، لأنه لا توجد حالة من الحالتين المذكورتين فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة تتولى فيها الجهات الادارية البيع ، بل ان الجهات القضائية هى المختصة باجراء البيع فى هاتين الحالتين . ولكن بالرجوع الى النص الفرنسى يتضح أنه افترض حالتين منفصلتين احداهما عن الأخرى تمام الانفصال : أولاهما حالة البيع الذى يحصل بالمزاد العام بواسطة الادارة ، والثانية حالة البيع الذى يحصل أمام القضاء لعدم امكان القسمة بين الشركاء أو لنزع الملكية قهرا (بواسطة الدائنين) . فاذا باعت احدى الجهات الادارية عقارا مملوكا لها بالمزاد العلنى فلا يكون لأحد حق فى 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 المدنى الجديد بهذا الحكم فى المادة ١٠٠٩ بالنص الآتى : « لا يجوز الأخذ بالشفعة (١) اذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون » .

(٢) أسيوط الابتدائية ، حكم استئنافى ، ٢٩ يناير ١٩٢١ (دائرة محمد عبد الهادى الجندى بك والقاضى عبد الله محمد والقاضى محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ ص ٨٨ ، المحاماة ١ رقم ٩٨ ص ٤٨٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٣ .

به واعتباره هو النص الفرنسى ، وخصوصا أنه هو المتفق مع المعقول والمطابق لغرض الشارع [١] .

(٢) وقد أخذت محكمة مصر الابتدائية [٢] بعكس هذا الرأى ، مقررة أن النص الفرنسى للمادة الثالثة ترجمته حرفيا كما يأتى « لا محل للشفعة اذا حصل البيع بالمزاد العام من الجهة الادارية أو أمام القضاء لعدم امكان القسمة أو لنزع الملكية » . ولا شىء فى هذا النص يمنع أن العبارة الأخيرة ، وهى « لعدم امكان القسمة أو لنزع الملكية » ، ترجع الى البيع أمام الجهة الادارية أو أمام القضاء على السواء . والقول بأنه لاتوجد 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 الفرنسى والنص العربى فان النص العربى وحده هو الواجب التطبيق أمام المحاكم الأهلية ، لأنه هو الذى عرض على مجلس شورى القوانين ، وتناقش فيه وصدق عليه ، وهو الذى 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 مؤاخذة الناس بنصوص خفية وغير رسمية وخارجة عن القانون وتناقض نصوصه ولم تنشر على الناس ولم ينبهوا اليها بأى طريق من الطرق المعروفة فى القوانين ، وانما يمكن الرجوع الى النص الفرنسى ، اذا كان النص العربى غامضا ، لتفسيره ولمعرفة المعنى الحقيقى الذى يرمى اليه ، ولكن اذا تناقض النصان فلا يمكن اهمال النص العربى والأخذ بالنص الفرنسى ، لأن معنى ذلك الغاء القانون الذى 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 فتحى زغلول باشا ص ٨٣ — دى هلتس ٢٥ .

(٢) ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى العرابى بك وعفيفى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٢ المجموعة ٣٠ ص ١٧١ رقم ٧٢ .

٢١٣ — **رأينا** — اذا قارنا النص العربى بالنص الفرنسى نجد أن النص العربى صريح فى أنه لاشفعة فى البيع بالمزايدة ، سواء أحصل أمام احدى جهات الادارة أم أمام احدى جهات القضاء ، وذلك فى حالتين :

(ا) حالة عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا .

(ب) حالة نزع الملكية القهرى .

أما النص الفرنسى فيحتمل تفسيرين :

(١) قد يفيد ما يفيده 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 :

(ا) 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 لاتتولى 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 و بيعها بالمزاد كما تقدم .

ولكن أى التفسيرين يجب العمل به ؟

نرى أنه يجب العمل بالتفسير الثانى ، أى عدم جواز الشفعة : (ا) فى البيع الحاصل أمام جهات الادارة فى جميع الأحوال التى يحصل فيها البيع بالمزايدة 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 بالمزايدة ، وانما 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 أولا 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 الاشارة اليه (١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية ، تطبيقا للرأى الذى قلنا بترجيحه ، بأن الشارع منع الشفعة فيما يباع بالمزاد العلنى أمام احدى جهات الادارة ، ومن ثم فلا شفعة فيما يباع من الأراضى بالمزاد العلنى من مصلحة الأملاك الأميرية (٢) .

٢١٤ — ويلاحظ أنه فى حالة البيع بالمزاد العام أمام احدى جهات الادارة لاشفعة فى حالة البيوع التى تقوم بها الادارة ، سواء أكانت بالنسبة الى العقارات التى هى من الأملاك الخاصة للدولة (٣) ، أم بالنسبة الى العقارات المملوكة للأفراد والتى تحجزها الحكومة وتبيعها بالمزاد لاستيفاء الأموال ونحوها (٤) .

٢١٥ — الحكمة من استثناء البيع بالمزايدة — السبب فى الاستثناء واضح ، وهو أن الذى يريد الأخذ بالشفعة ما عليه الا الحضور فى جلسة المزايدة .

---

(١) من رأى الأستاذ على زكى العرابى باشا وجوب اتباع النص العربى — وان 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 غنيم بك) المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

وقد جاء مشروع القانون المدنى الجديد بهذا الحكم فى المادة ١٠٠٩ ، بنص يزيل الخلاف ، فقال اذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون ، وحذف عبارة « لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا » .

(٣) أسيوط 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) .

قارن رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك الذى يرى أن المادة الثالثة مقصورة على البيع الذى يحصل بالمزاد بمعرفة الادارة عن أملاك الحكومة الخاصة ، وأن النص العربى يوهم بأن المزاد يحصل بواسطة السلطة الادارية عن عقارات الأفراد قهرا أو رغبة ، وهذا غير صحيح ، وعلى ذلك يجب الأخذ بالنص الفرنسى (نبذة ٥٢٩ ص ٧٤١) .

يضاف الى ذلك ما جاء فى حكم محكمة مصر الابتدائية [١] ، وهو حرص الشارع على أن يباع العقار المبيع جبرا بأعلى ثمن ممكن ، ومنع الشفعة موصل الى هذا الغرض ، فان اباحة الشفعة تهدد المشترين وتقعدهم عن المزايدة ، فضلا عن أن منعها يلزم الشفيع بالزيادة على الراسى عليه المزاد .

٢١٦ — معنى المزايدة — المزايدة التى يقصدها القانون هى المزايدة العلنية التى تحصل بالنداء بالأثمان ، حتى يتمكن الشفيع من الدخول فى المزايدة ومن متابعة الزيادة الى أن يرسو عليه المزاد .

ويستوى كون البيع بالمزاد العلنى جبريا أو اختياريا ، فان حكمة المنع متوافرة فى الحالتين ، اذ يستطيع الشفيع أن يدخل فى المزاد .

أما المزادات التى تعطى داخل مظاريف ، 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 وعفيفى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٢ المجموعة ٣٠ ص ١٧١ .

(٢) مصر الابتدائية ٣٠ يناير ١٩٢٩ المجموعة ٣٠ رقم ٧٢ ص ١٧١ — أسيوط الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢١ المتقدم (المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١) .

راجع أيضا استئناف مختلط 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 المجمع عليه فقها وقضاء أن المزايدة التى يقصدها القانون هى المزايدة التى تحصل بالنداء علانيـة بالأثمان حتى يتمكن كل راغب فى الشراء سواء كان شفيعا أو غير شفيع من الدخول فيها ومن متابعتها فى حدود طاقته وحسبما تقتضيه مصلحته الى أن يرسو عليـه أو على غيره المزاد ، وبهذه الطريقة دون غيرها تتحقق حكمة الشارع من تحريمه أخذ المبيع من المشترى بالشفعة ، لأن البيع قد تم جهرا ، وليس ثمة مبرر ولا عذر للشفيع اذا ما تخلف عن التقدم لشرائها رغم كون البيع قد تم علانية بعد اتمام اجراءات الشهر . أما المزادات التى تعطى داخل مظاريف مختومة ولا يعرف كل مقدار ما عرضه الآخر ثمنا للصفقة فلا تعتبر علنية ، بل هى عروض سرية لا يعلم بحقيقتها الا مقدموها ولا يعلمها الغير الا بعد انتهاء المزايدة وفض المظاريف ، 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 ٥٦٩ و ٥٧٠ وما تلاهما .

وقد حكم بأن البيع بالمزاد أمام احدى جهات الادارة الذى لايخول الحق فى الشفعة هو البيع الذى يحصل بناء على الاجراء المنصوص عليه فى 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 الذى يحصل بطريق العطاء داخل مظروف مختوم بناء على اعلان للجمهور، وفقا لشروط المنشور الوزارى المؤرخ فى ٢١ من أغسطس سنة ١٩٠٢ ، فان هذا البيع ، ولو أنه حاصل بالطريق الادارى ، فان ذلك لاينفى أنه بيع اختيارى ولا يصير تاما الا اذا وافقت الحكومة عليه [١] .

وحكم بأن البيع الذى تعقده الحكومة مع المشفوع منه بطريقة ودية من غير اجراءات المزاد يعطى الحق فى طلب الشفعة لمصلحة الجار الذى يثبت توافر شروطها ، ولا يمنعها أن المشفوع منه كان استأجر الأراضى المبيعة له لزراعتها [٢] .

وقضت محكمة النقض [٣] بأن البيوع التى ترخص المجالس الحسبية للأوصياء أوالقامة فى اجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت

---

(١) استئناف مختلط ١٨ يونيه 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 العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٠ .

ونقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٩٠ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٣٨ : ان البيع الحاصل أمام المجلس الحسبى لا يدخل ضمن البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة ، اذ أنه ليس من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الادارية المختصة بمقتضى قوانين واجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لذوى الحقوق ويترتب عليها وقوع البيع حتما لمن يرسو عليه المزاد .

استئناف أسيوط ١٦ مايو ١٩٣٥ (دائرة محمود المرجوشى 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 تمتنع فيهما الشفعة وهما حالة البيع لعدم امكان القسمة بين الشركاء وحالة نزع الملكية قهرا ، فبناء عليه تجوز الشفعة فى حالة بيع عقار القاصر بالمزاد بمعرفة المحاكم ، بل ان البيع الصادر من الوصى بناء على اذن المجلس الحسبى هو كأى بيع آخر يقع من الأفراد تجوز فيه الشفعة حتى ولو حصل هذا البيع بطريق المزايدة أمام المجلس الحسبى اذ لا فرق بين البيعين الا أن الوصى مراقب بالمجلس الحسبى محافظة على أموال القصر .

المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها ، لأن الشارع لايعنى بهذه البيوع الا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الادارية المختصة وفقا لقواعد واجراءات معينة قانونا تضمن العلانية والطمأنينة الكافيتين لحماية ذوى الحقوق ، ثم توقعها حتما لمن يرسو عليه المزاد .

٢١٧ — والبيع بالمزاد العلنى الذى يجريه الأفراد لايمنع من الشفعة ، اذ لا تتوافر فيه كل الضمانات التى توجد فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء أو الادارة .

٢١٨ — ماهية الدفع بأنه العين المطلوبة شفعتها بيعت بالمزايدة العلنية — الدفع بأن لا شفعة فيما بيع بالمزايدة ليس دفعا يتعلق بشكل الدعوى ، بل هو خاص بأصل الحق ، فيجوز ابداؤه 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 من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » [(٣)] .

«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».

---

(١) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣ المتقدم (المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢) .

(٢) استئناف مختلط 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 الحواشى المانعة من الأخذ بالشفعة قد امتدت الى الدرجة الرابعة . وذلك بقصد التضييق فى الأخذ بالشفعة .

٢٢١ — الأصول والفروع — ينطبق حكم الفقرة على كل البيوع التى 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] ، فى الحالة التى يكون فيها المشترى والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، فان هذا النص انما جاء فى قانون الشفعة ، لأن مثل هـذا النوع من البيع ان لم يكن فى الحقيقة هبـة ففيه محاباة لايصح أن يستفيد منها الا الشخص المقصود بها دون غـيره مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين . وليست الحـكمة منه منع الأجنبى من تملك ما أراد الأصل أن يملـكه لفرعه .

٢٢٢ — عدم التوسع فى النص — لايصح التوسع فى تفسير الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة ، بل يجب قصرها على الحالة التى 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 الذى يحصل بين الأصول والفروع فقط ، ولم تنص على أزواج الأصول وأزواج الفروع ، كما فعلت المادتان ١٥٥/٢١٧ ، ١٥٦/٢١٨ الخاصتان بالنفقات [٣] .

٢٢٣ — الأقارب Parents — الأقارب الذين تنص عليهم الفقـرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة هم غير الفروع والأصول ، لأن هؤلاء غير مقيدين بدرجات ، وقد نص عليهم خصيصا . فلا تجوز الشفعة فيما يباع للفروع

---

(١) استئناف ٨ أبريل ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألستون ومستر ساتو) المجموعة ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢ الحقوق ٢١ ص ٣٥١ .

(٢) استئناف مختلط 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 ، فان الشفعة لا تجوز اذا كان البيع لأحد الأقارب لغاية الدرجة الثالثة ، وتجوز اذا كانت درجة القرابة أكثر من ذلك .

وقد بينت محكمة النقض الطريقة التى تحتسب بها الدرجات ، فقالت ان قانون الشفعة حين قال فى المادة الثالثة منه أنه لا شفعة فيما بيع من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة لم يبين القاعدة فى احتساب درجات القرابة . ولا يجدى الرجوع فى هذا الصدد الى أحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها هى الأصل فى نظام الشفعة ، وذلك : أولا لأن المادة المذكورة لم تنقل عن الشريعة الاسلامية ، وثانيا لأن الشريعة الاسلامية وان كانت قد تعرضت لدرجات القرابة ، والدرجة عند فقهائها هى البطن ، فانها لم تتعرض لكيفية احتساب الدرجات ، اذ هى لم ترتب أحكاما على تعددها . والشارع لم يأت فى النصوص الأخرى التى أشار فيها الى درجة القرابة بقاعدة لاحتسابها فيما عدا نصا واحدا فى قانون المرافعات فى المادة ٢٤٠ ، فقد أشير فى هذه المادة الى هذه القاعدة بصدد رد أهل الخبرة ، اذ قالت بعد ذكرها أنه يجوز رد أهل الخبرة اذا كان قريبا من الحواشى الى الدرجة الرابعة « ويكون احتساب الدرجات على حسب طبقات الأصول طبقة فطبقة الى الجد الأصلى بدون دخول الغاية وعلى حسب طبقات الفروع طبقة فطبقة لغاية الدرجة الرابعة المذكورة بدخول الغاية » . ويقابل هذه العبارة فى النسخة الفرنسية :

« Les degrés seront calculés par génération en remontant jusqu'à l'auteur commun, qui ne sera pas compté et en redescendent sur la ligne collatérale ».

وهذا النص وان كان قد ورد فى صدد معين فان الطريقة التى أوردها فى احتساب درجة القرابة هى الطريقة الواجب اتباعها فى سائر الأحوال ، لا لأن النص ورد بها فحسب ، بل لأنها هى الطريقة التى تتفق والقواعد الحسابية فى عد الدرجات . وبمقتضى هذا النص يكون احتساب الدرجات على أساس أن كل شخص يعتبر طبقة بذاته ، وعلى ذلك يكون ابن العم أو العمة فى الدرجة الرابعة ، اذ هو طبقة ووالده طبقة والأصل المشترك (الجد) طبقة الا أنها لا تحتسب ، ثم العم

طبقة وابنه طبقة ، فهذه طبقات أربع . وهذه الطريقة فى احتساب الدرجات قد نقلت على ما يظهر — كما يبين من عبارة النص الفرنسية — عن المادة ٧٣٨ من القانون المدنى الفرنسى ، التى جاء فى 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 الحواشى على حسب الطبقات من القريب المراد احتساب درجته الى الأصل المشترك من غير أن يدخل هذا فى عدد الطبقات ثم منه الى القريب الآخر . ثم جاء فى فقرتها الثانية تطبيقات للقاعدة ، فقالت ان أولاد العم الأشقاء هم فى الدرجة الرابعة . على أن درجة القرابة ما هى فى حقيقة أمرها الا المسافة بين الشخص وأصله أو فرعه فيجب بالنسبة الى الحواشى أن تعد المسافات التى تفصل بين الشخص المطلوب معرفة درجة قرابته والأصل المشترك ، وتضاف اليها المسافات التى بين هذا الأصل والقريب الآخر . ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابة . فابن العم أو العمة يكون فى الدرجة الرابعة ، لأن بينه وبين أبيه مسافة ، وبين هذا وأبيه وهو الأصل المشترك مسافة ، ومن هذا لابنه مسافة ، ومنه لابنه مسافة . فمجموع هذه المسافات أربع . وهذه هى ذات النتيجة التى تؤدى اليها القاعدة التى أوردها الشارع فى المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات . واذا كان الأمر كذلك كانت هذه القاعدة هى المناط المتعين الأخذ به فى احتساب الدرجات فى سائر الأحوال[١] .

وقد حكم بأن البيع الذى يصدر من أخ لأخيه أو لأولاد أخيه لا تقبل فيه شفعة ، لأن الأخ يعتبر من الدرجة الثانية وابن الأخ من الدرجة الثالثة[٢] .

---

(١) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ٧٦ ص ١٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٦١ .

(٢) سوهاج (القاضى محمود علام) ٢٧ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٤ .

قارن دكرنس الجزئية (القاضى محمد جلال صادق) ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٠٦ ص ٦٦٠

ميت غمر الجزئية (القاضى فهيم ابراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٩ ص ٨٨٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٩ ، وقد اعتبر هذا الحكم أولاد العم وأولاد العمة من الدرجة الثالثة ، لا الرابعة .

٢٢٤ — الحكمة فى استثناء البيع للأقارب — الحكمة فى منع الشفعة فيما بيع للأقارب أن البيع فى هذه الحالة شبه هبة مستورة ، ولا يجبر الواهب على هبة شىء من أمواله على غير ارادته . فاذا بيع لقريب لا يصح لقريب آخر أن يشفع ، ولو كان على درجة واحدة فى القرابة مع المشترى .

وقد حكم بأنه اذا كان الشفيع قريبا للبائع (لأنه ابن خالته) فلا تجوز شفعته اذا كان البيع صادرا لابن العمة ، ولو أنهما على درجة واحدة من القرابة ، أى الدرجة الثالثة للسبب المتقدم [١] .

٢٢٥ — اختصاص المحكمة المطروح أمامها دعوى الشفعة بنظر النزاع فى القرابة — قضت محكمة طهطا بأن القرابة المانعة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة من دعوى الشفعة ، وتدخل فى صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراما للمبدأ القائل بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، والقول بغير هذا الرأى يترتب عليه أنه كلما عرضت مسألة القرابة فى دعوى من الدعاوى التى لا يمكن الفصل فيها الا بثبوتها ، 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 العادى من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى . وقد يكونون تابعين لطوائف مختلفة ، ولهم فى أحوالهم الشخصية هيئات مختلفة [٢] .

وأضافت المحكمة المذكورة الى ذلك أن القرار الصادر من المجالس الملية بنفى القرابة بين البائع والمشترى لا يقيد المحكمة عند نظر دعوى الشفعة فى اثبات هذه القرابة بما يقدم لديها من الأدلة . فالمجالس الملية انما تستمد وجودها من الخط الهمايونى الصادر فى فبراير سنة ١٨٥٦ والمادة ١١ من القانون الأساسى للدولة العثمانية ، وواضح لها أن اختصاصها ينحصر فى المسائل المتعلقة بالدين من

---

(١) ميت غمر الجزئية (القاضى فهيم ابراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٩ ص ٨٨٣ .

(٢) طهطا الجزئية (القاضى عبد العظيم الشقنقيرى) ٧ نوفمبر ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٣ .

زواج وطلاق ونفقة وما أشبه ، وهو اختصاص استثنائى لا يصح القياس عليه ، كما لا يصح التوسع فيه بطريق التأويل أو التفسير . واذا جاوزت هذه الهيئات حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء ، ولذلك كانت قراراتها دائما محلا للفحص والتحقيق (١) .

٢٢٦ — الأصهار (alliés) — يجب كما تقدم عدم التوسع فى تفسير الفقرة الثانية من المادة الثالثة ، فلا تنطبق هذه الفقرة على الأصهار (٢) .

٢٢٧ — القرابة وعدم تجزئة الشفعة — 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 فى هذه الحالة مع نص المادة ١١ من قانون الشفعة الذى نص على أنه اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه (٣) .

(٣) ما بيع ليجعل محل عبادة

٢٢٨ — تنص المادة ٦ على أنه :

« لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به » (٤) .

« 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».

وليس النص مقصورا على محال العبادة الخاصة بالديانة الاسلامية ، كالمساجد ،

---

(١) حكم طهطا الجزئية المتقدم .
راجع استئناف مختلط ٩ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٧١ ص ٥٦٦ — استئناف أهلى ١٤ يونيه ١٩٠٨ المجموعة ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .
(٢) راجع استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .
(٣) سوهاج الجزئية (القاضى محمود علام) ٢٧ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ .
(٤) وقد جاء مشروع القانون المدنى الجديد بهذا الحكم فى المادة ١٠٠٩ بالنص الآتى : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : ... (ج) اذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة » .

بل ينطبق أيضا على محال العبادة الخاصة بالديانات الأخرى ، كالكنائس .

ولا ينطبق على المستشفيات والملاجىء والتكايا والمدارس ، لأنها ليست محال عبادة ولا ملحقة بها [١] .

الأملاك المعطاة الموظفين بدل المعاش

٢٢٩ — حكمت محكمة الاستئناف المختلطة [٢] بأن لا شفعة فيما تتنازل عنه الحكومة من أملاكها الحرة لموظفيها السابقين بدلا عما يستحقونه من المعاش ، لأن حق الشفعة لايجوز التوسع فيه .

ولكن الظاهر أن هذا التنازل هو بيع بكل معانيه ، وتصح فيه الشفعة [٣] .

المال الذى تجوز فيه الشفعة
فى الشريعة الاسلامية

٢٣٠ — اتفق الفقهاء على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والأرضين كلها . واختلفوا فيما سوى ذلك .

وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة الا فى العقار فقط . وحكى عند قوم أن الشفعة فى كل شىء ، ما عدا المكيل والموزون [٤] .

٢٣١ — **مذهب المالكية** — تحصيل مذهب مالك أن الشفعة فى ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين . والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لاينقل ولا يحول ، وذلك كالبئر ومحال النخل ، ما دام

---

(١) دى هلتس نبذة ٢٤ — العرابى باشا نبذة ٢٧ ص ٢٣ .

(٢) ١٨ أبريل ١٨٩١ (٣ ص ٢٨٦) .

(٣) راجع زكى العرابى باشا نبذة ٢٩ ص ٢٤ — ٢٥ .

عكس هذا الرأى : ذهنى بك « الأموال » نبذة ٥١٨ هامش ١ ، فمن رأيه أن العقد الذى تتنازل فيه الحكومة عن أراض لموظف محال على المعاش مقابل مايستحقه من المعاش هو عقد خاص مستقل بذاته sui generis ، ولا يعتبر عقد بيع ، انما يقرب من البيع والبدل والعقد الاحتمالى ، 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 مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم . والثالث ما تعلق ببهذه ، 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 . و به 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 ربعة أو حائط لايحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فان 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 ربعة 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 مؤبرة ففيه قولان ، أحدهما تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة ، لأنها تبعت الأصل فى البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس ، والثانى لا تؤخذ

---

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) المهذب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

واختلف الشافعية فى النخل اذا بيعت مع اقرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض ، فمنهم من قال تثبت 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 (المهذب ١ ص ٣٨٠) .

لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل ، كالزرع والثمرة الظاهرة [١] .

٢٣٣ — مذهب الحنفية — يشترط أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمعناه ، 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 للشافعى الذى يقول بعدم وجوب الشفعة الا فى 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 الشافعى وجبت معلولة بدفع ضرر خاص ، وهو ضرر القسمة ، فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل [٥] .

ولا تجوز الشفعة فى البناء والشجر والنخل المبيع 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 التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها . وأما غيرها فينقسم قسمين : أحدهما تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض ، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض ، فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض ، بغير خلاف فى المذهب . وقد دل عليه قول النبى

---

(١) المهذب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٠٦ : يشترط فى المبيع الذى تثبت فيه الشفعة أن يكون عقارا ولو غير قابل للقسمة . . . ولا فرق فى العقار بين أن يكون دارا أو حانوتا أو أرضا أو كرما أو علوا أو سفلا .

(٣) جاء فى بداية المجتهد (٢ ص ٢٤٣ — ٢٤٤) أن أبا حنيفة لم يجز الشفعة فى البئر والفحل ، وأجازها فى العرصة والطريق ، وأن أبا حنيفة استدل على منع الشفعة فى البئر بما روى لا شفعة فى بئر . ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الأرض الموات ، لا التى تكون فى أرض متملكة .

(٤) راجع ما سيجىء نبذة ٢٣٦ .

(٥) البدائع ٥ ص ١٢ — ١٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ .

(٦) الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ — مرشد الحيران المادة ١٠٩ .

صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط . وهذا يدخل فيه البناء والأشجار . والقسم الثانى ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض ، فانه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل (١) .

وأما ما يبع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار ، أو لا ينقل كالبناء والغراس اذا بيع مفردا (٢) .

٢٣٥ — الشفعة فى المنقول — ظهر مما تقدم أن جمهور الفقهاء على أن الشفعة لا تثبت الا فى العقار . وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد .

وروى عن الحسن والثورى والأوزاعى والعنبرى وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة فى المنقولات . واختلف عن مالك وعطاء ، فقالا مرة كذلك ، ومرة قالا الشفعة فى كل شىء ، حتى فى الثوب . قال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما فى معنى ذلك . قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب فى البناء والغراس وان 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 أبى مليكة روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الشفعة فى كل شىء » (٣) .

واستند القائلون بقصر الشفعة على العقار على ما يأتى :

(١) الأصل عدم انتزاع الانسان مال غيره الا برضاه ، ولكن تركنا ذلك فى الأرض والعقار لثبوت النصوص فيه . فقوله فى الحديث الصحيح فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة يدل على اختصاصها بذلك .

---

(١) وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله ، لأنه متصل بما فيه الشفعة ، فتثبت فيه الشفعة تبعا ، كالبناء والغراس .

ولأحمد أنه لا يدخل فى البيع تبعا ، فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار ، وعكسه البناء والغراس ، وذلك لأن الشفعة بيع فى الحقيقة ، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضا المشترى ، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل فى الشفعة ، لأنها تتبع فى البيع ، فأشبهت الغراس فى 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 فى كل شرك فى أرض أو ربع أو حائط يقتضى انحصارها فى ذلك .

وأما الآثار المتضمنة لثبوتها فى المنقول فضعيفة . وحديث « الشفعة فى كل شيء » لم يرد فى الكتب الموثوق بها [١] .

وقد قال عثمان بن عفان لا شفعة فى بئر ولا فحل والأرف يقطع كل شفعة . والفحل النخل والأرف بوزن الغرف المعالم والحدود [٢] .

(٢) الفرق بين المنقول وغيره أن الضرر فى غير المنقول يتأبد بتأبده ، وفى المنقول لا يتأبد ، فهو ضرر عارض ، فهو كالمكيل والموزون [٣] .

(٣) الضرر فى العقار يكثر جدا ، فالشريك فيه يحتاج الى احداث المرافق وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار . فأين ضرر الشركة فى الجوهرة والسيف من هذا الضرر ؟ [٤] .

واعترض من أجاز الشفعة فى كل شيء بما يأتى :

(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 الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه ، بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فان أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة ، وان لم يرض صاحب المال ، وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه واضرار لشريكه فلا يمكنه 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 فى ذلك [٥] .

(٢) أما الآثار فقد جاءت بهذا وهذا ، ولو قدر عدم صحتها بالشفعة فى المنقول فهى لم تنف ذلك ، بل نبهت عليه .

---

(١) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ — المغنى ٥ ص ٤٦٥ — بداية 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 كتأبد العقار ، كالجوهرة والسيف والكتاب والبئر ، وان لم يتأبد ضرره مدى الدهر فقد يطول ضرره ، كالعبد والجارية ، ولو بقى ضرره مدة فان الشارع مريد لدفع الضرر بكل طريق ولو قصرت مدته .

(٤) وأما التفريق بكثرة الضرر فى العقار وقلته فى المنقول فان الضرر فى العقار يكثر من تلك الجهات ولكن يمكن رفعه بالقسمة ، وأما الضرر فى المنقول فانه لا يمكن رفعه بقسمته . على أن هذا منتقض بالأرض الواسعة التى ليس فيها شىء [١] .

٢٣٦ — مالا تمكن قسمته — اختلف فيما لا تمكن قسمته من العقار [٢] ، كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والطريق الضيقة والعراص الضيقة ، فعن أحمد فيها روايتان : احداهما لا شفعة فيما لا يمكن قسمته ، وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعى . والثانية فيها الشفعة ، وهو قول أبى حنيفة والثورى وابن سريج . وعن مالك كالروايتين .

ووجه من يقول بالشفعة عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما يقسم » ، وسائر الألفاظ العامة ، ولأن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة ، والضرر فى هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره .

ووجه من يقول بعدم الشفعة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة » ، والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب فى رءوس المسائل . وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا شفعة فى بئر ولا فحل . ولأن اثبات الشفعة فى هذا يضر بالبائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة ، فيؤدى اثباتها الى نفيها . ويمكن أن يقال ان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذى 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 فى السفينة . وقال غيره لا تجب .

وجه قوله أن السفينة أحد المسكنين ، فتجب فيها الشفعة ، كما تجب فى المسكن الآخر ، وهو العقار .

ووجه قول الآخرين ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاشفعة الا فى ربع أو حائط ، لأن الشفعة فى العقار ما وجبت لكونه مسكنا ، وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام ، وذلك لا يتحقق الا فى العقار[١] .

فى القانون

٢٣٨ — لا تكون الشفعة الا فى العقار ، فلا تجوز فى المنقول . وانه وان كان هذا الحكم لم ينص عليه صراحة فى قانون الشفعة ، فانه واضح من مجموع مواده ، حيث تكلمت المواد ١ ، ٢ ، ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ فى الشفعة فى العقار immeuble ، ولم يذكر القانون المذكور ، فى أية مادة من مواده ، الشفعة فى المنقول .

ومن المعلوم ، كما تقدم[٢] ، أن العقار فى 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 الشىء المتعلق به immeuble par l'objet auquel il s'applique[٣] .

أما بالنسبة الى الأموال الثابتة بطبيعتها ، فان الشفعة تكون فيها ، سواء أكانت أرضا ، أم بناء[٤] ، أم غراسا ، فان البناء وحده ، أو الغراس وحده ، معتبر عقارا ، بقطع النظر عن الأرض القائم عليها ، فتقع فيه الشفعة . وهذا خلافا

---

(١) البدائع ٥ ص ١٢ — الزيلعى 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 فى البناء — وراجع استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

للشريعة التى 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 مالكا يعتبر البناء من العقارات ، فتصح فيه الشفعة عنده .

وبالنسبة الى الأموال الثابتة بالتخصيص فانها تتبع العقارات التى اتصلت بها ، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة فى هذه الحالة .

وفيما يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة الى الشىء المتعلقة به ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار ، وقد أجاز القانون نفسه ، كما رأينا ، فى المادة ٢ ، لمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع [٣] .

٢٣٩ — وقد تكلمنا بالتفصيل ، فيما سبق ، فى البناء [٤] ، والدور ذات الطبقات [٥] .

عدم تجزئة العقار المبيع

٢٤٠ — **هل الشفعة لا تتجزأ** indivisible — يجب أن يشمل حق الشفعة جميع الأعيان المبيعة ، فلا يسوغ طلب جزء من المبيع بالشفعة وترك جزء منه ، والا كان فى ذلك تفرقة للصفقة واضرار بالمشترى ، اذ أن الثمن تقدر جملة واحدة ، بصرف النظر عن قيمة كل جزء على حدته ، وقد يكون الجزء المشفوع فيه أصقع من باقى الأجزاء الأخرى ، ولولاه لما رغب المشترى فى 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 (القاضى على عبد الرازق) المجموعة ٨ رقم ١٠١٦ ص ٢٤٦ الحقوق ٢٢ ص ٢٨٦ .

استئناف ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومستر ايموس ومحمد صدقى بك) المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ .

وكانت المحاكم قبل صدور قانون الشفعة تقضى بهذه القاعدة [١]. وقد نص عليها صراحة قانون الشفعة فى المادة ١١ [٢]، وهى حكم الشريعة الاسلامية أيضا، بالتفصيل الذى سنذكره فيما يلى .

فى الشريعة الاسلامية

٢٤١ — قاعدة عدم التجزئة مقررة فى الشريعة الاسلامية، اذ من شروط التملك بالشفعة أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشترى . فان تضمن فليس له أن يتملك، لأن فى التفريق ضررا بالمشترى، وهو ضرر الشركة، ودفع الضرر بالضرر متناقض [٣] .

وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى بالشفعة دون بعض، أنه هل يملك ذلك، فجملة الكلام فيه أن المشترى لا يخلو : (١) اما أن يكون بعضه ممتازا عن البعض، و (٢) اما أن لا يكون :

(١) فان لم يكن، بأن اشترى دارا واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض، أو يأخذ الجانب الذى يلى الدار دون الباقى، ليس له ذلك بلا خلاف بين الحنفية، ولكن يأخذ الكل أو يدع، لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشترى، لأن الملك له فى كل الدار تثبت بقول واحد، فكان أخذ البعض تفريقا، 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 والقاضى حسن منصور والقاضى عبد الحميد عمر وشاحى) المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٩ .

استئناف مختلط ٥ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٨٦) ، ٥ أبريل ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢١٩) .

(١) استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دى هلتس ومستر كوغلين) الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ رقم ١٢٢ .

(٢) ونص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٤ من مشروع القانون المدنى الجديد أن الأخذ بالشفعة لا يتجزأ .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٥ — المغنى ٥ ص ٥٢٧ .

البائعين ليس له ، سواء كان المشترى قبض أو لم يقبض ، فى ظاهر الرواية [١] .

وروى أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض ، وليس له أن يأخذ من المشترى نصيب أحدهما قبل القبض .

ووجه هذه الرواية أن التملك قبل القبض لايتضمن 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 المشترى ، ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفريق ملكه . وجاء فى البدائع أن الصحيح جواب الرواية ، لأن الملك قبل القبض للمشترى بصفقة واحدة ، فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه ، فيلزمه ضرر الشركة [٢] .

ولو اشترى رجلان من رجل دارا فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين فى قولهم جميعا ، لأن الأخذ هنا لايتضمن التفريق ، لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها ، اذ الملك فى نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله ، فلم تتحد الصفقه ، فلا يقع الأخذ تفريقا لحصول التفريق قبله ، وسواء كان بعد القبض أو قبله ، فى ظاهر الرواية [٣] . وروى أنه ليس للشفيع 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 والشافعى أن للشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، لأن عقد الاثنين مع واحد عقدان ، لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد ، فكان للشفيع أخذه ، كما لو أفرده بعقد (المغنى ٥ ص ٥٣٠) .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٥ .

(٣) وهذا هو رأى أحمد ومالك والشافعى (المغنى ٥ ص ٥٣٠) .

ممنوع ، فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ، ولكنه لا يفرق اليد ، حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض ، وسواء سمى لكل نصف ثمنا على حدة ، أو سمى للجملة ثمنا واحدا ، فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها ، لا لاتحاد الثمن وتعدده ، لأن المانع من التفريق هو الضرر ، والضرر ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن .

وسواء كان المشترى عاقدا لنفسه أو لغيره فى 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 فاشتريا 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 فى هذا الى المشترى ولا أنظر الى المشترى له ، لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأنها راجعة الى الوكيل ، فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل (١) .

(٢) وان كان المشترى بعضه ممتازا عن البعض ، بأن اشترى دارين صفقة واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ احداهما دون الأخرى . فان كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك ، ولكن يأخذهما جميعا أو يدعهما . وهذا قول أبى حنيفة وصاحبيه . وقال زفر له أن يأخذ احداهما 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 المشترى ملك الدارين بقبول واحد ، فلا يملك الشفيع تفريقها ، كما فى الدار الواحدة . وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم ، لكن فيه ضرر آخر ، وهو أن الجمع بين الجيد والردىء فى الصفقة معتاد فيما بين الناس ، فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لأخذ الجيد ، فيتضرر منه المشترى ، لأن الردىء لايشترى وحده بمثل ما يشترى مع الجيد ، فيتضرر به .

---

(١) البدائع ٥ ص ٢٥ — ٢٦ .

وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين ، فى 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 أبى حنيفة أنه ليس له أن يأخذ الا التى تجاوره بالحصة .

وكذا روى عن محمد فى الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جارا لاحداهما ، أنه ليس له الشفعة الا فيما يليه .

وكذا قال محمد فى الأقرحة المتلاصقة ، وواحد منها يلى أرض انسان ، وليس بين الأقرحة طريق ولا نهر ، انما هى منساة ، انه لاشفعة له الا فى القراح الذى يليه خاصة .

وكذا فى القرية اذا بيعت بدورها وأراضيها ، أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذى يليه خاصة .

وروى الحسن عن أبى حنيفة أن للشفيع أن يأخذ الكل فى ذلك كله بالشفعة

قال الكرخى رواية الحسن تدل على أن قول أبى حنيفة كان مثل قول محمد ، ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة .

وجه الرواية الأولى أن سبب ثبوت الحق ، وهو الجوار ، وجد فى 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 الباقى لكن لاسبيل الى أخذه خاصة بدون الباقى ، لما فيه من تفريق الصفقة ، فيأخذ ما يليه قضية للسبب ، و يأخذ الباقى ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة [٢] .

---

(١) البدائع ٥ ص ٢٦ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٦ .

قانون الشفعة

٢٤٢ — جاء فى المادة ١١ من قانون الشفعة أنه :

« اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا يجوز 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 »[1] .

« 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 ».

(*) راجع انتقاد دى هلتس لكلمة quote-parts (دى هلتس نبذة ١٠٠) .

(١) نص فى المادة ١٠٠٤ من مشروع القانون المدنى الجديد على أن الأخذ بالشفعة لا يتجزأ . وكذلك جاء فى المادة ١٠٠٧ :

« ١ — لا شفعة ان شمل البيع فى نفس الوقت وبثمن 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 لهؤلاء 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 المشترى قد اشترى صفقة واحدة وبثمن واحد العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . فى هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ هذه الصفقة ، ولا العقارات جميعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص فى حالتين : (أ) اذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها ، فان أحدا من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ ، كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه . (ب) اذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فان أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من حق المنفعة الذى يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى حق المنفعة كله ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ ، كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه .

٢٤٣ — تعدد المشترين — نصت المادة ١١ على حالتين :

(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 فى 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 فى حالة بيع العقار لعدة أشخاص ، مع تعيين حصة كل منهم مفروزة ، يكون للشفيع الحق فى 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 فى ممارسته لهذا الحق تحقيق للغرض المقصود من الأخذ بالشفعة ، وهو رفع ضرر الجوار المحتمل بحسب ما افترضه القانون ، ولذا لا يجوز للشفيع أن يترك الجزء المبيع المجاور لأرضه و يأخذ 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 فى 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 أباظه) الحقوق ٣٤ ص ١٨٧ المجموعة ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٢ . وقد جاء فى الحكم : =

٢٤٤ — تعدد البائعين — اذا تعدد البائعون على الشيوع ، وكان المشترى واحدا . وجب تطبيق ما تقضى به المادة ١١ ، وهو عدم جواز الشفعة

= « فان كان السبب الجوار من جهتين وجب أن يكون كذلك بالنسبة للحصص التى يطلب أخذها بالشفعة فى مجموعها ، فلا يصح له مثلا أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التى لا يكون له بها اتصال أو التى لا يكون له بها اتصال الا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصص المتصلة بها والمجاورة لملكه من الجهتين . ولكن يكفى أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين ، وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوفر فيه فى ذاته شرط الجوار لملك الشفيع من الجهتين ، وذلك لأن اباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن المعتبر فى 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 فى بعضه سرى ذلك الى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدى الى نتيجة غير مقبولة ، وهى أنه فى 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 المقنن فى 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 فى عدد من جيرانه الجديدين ، فان اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون البعض فانه يبقى جارا ملاصقا أيضا لهذا البعض الباقى ، فلا يدفع عن نفسه أذى جواره ، لذلك جعل له القانون الحق فى أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشعة متوفرا فى بعضها ويكون باقيها متصلا بها . وحيث ان العقار هنا واحد ، وهو ما كان يملكه المدعى عليه الثالث قطعة واحدة يجاورها المدعيان من جهتين البحرى والغربى ، فباعها المدعى عليه الثالث للمدعى عليهما الأولين مع تعيين حصة كل منهما مفروزة فيها ، فيكون للمدعيين الحق فى أخذ العقار بتمامه بالشفعة ، كما أن لهما الحق فى أن لا يأخذا بالشفعة الا الفدان البحرى فقط ، ولكنهما ليس لهما أن يأخذا الفدان القبلى دون الفدان البحرى » .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٠ مارس ١٨٩٢ (٤ ص ١٤٢) ، أول مارس ١٩٠٠ (١١ ص ١٤٣) .

استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٢٦ (٣٨ ص ١٨٤) المحاماة ٦ رقم ٣٢١ ص ٤٥٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٨ : اذا بيعت قطعتا أرض ، احداهما وهى الكبرى للزوج ، والأخرى وهى الصغرى للزوجة ، فى يوم واحد ، وتبين أن البيع الحاصل للزوجة مقصود به فصل القطعة المبيعة للزوج عن أرض الجار لمنع الشفعة ، كان للجار الحق رغما من ذلك فى أخذ القطعتين بالشفعة ، سواء كان البيع الحاصل للزوجة بمفردها بيعا جديا أو كان بيعا صوريا مقصودا به الحيلولة بين الأرض التى اشتراها الزوج وأرض الجار ، اذ أنه حتى فى حالة ما اذا كان البيع الصادر للزوجة هو بيع جدى فان هذا لا يمنع الشفعة ، اذ أن حصول البيع لجملة أشخاص فى يوم واحد ولو بعقود مختلفة لا يمنع الجار من طلب الشفعة وفقا لحكم المادة الحادية عشرة من قانون الشفعة . =

الا فى العقار بتمامه . فلا يمكن استعمال حق الشفعة من أجل حصة أحد البائعين فقط (١) .

و بناء على قاعدة عدم تجزئة العقار المبيع ، اذا تعدد الشفعاء ، وسقط حق بعضهم ، جاز للبعض الآخر ممن لم يسقط حقهم أن يأخذوا كل الأعيان صفقة واحدة (٢) .

٢٤٥ — عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشترى — لم تقرر قاعدة عدم تجزئة حق الشفعة الا لمصلحة المشترى ، ولا يصح أن يحتج بها الشفيع ليؤيد طلبه أخذ جميع الأعيان المبيعة 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٠ : اذا بيعت أرض لجملة أشخاص بعقود متفرقة فى يوم واحد ، وسجلت فى يوم واحد ، جاز للجار أن يطلب الأرض كلها بالشفعة اذا توافرت فى الجوار الشروط التى تجعل حقه فى الشفعة ثابتا . وتجزئة الصفقة لا تمنع من استعمال حق الشفعة فى 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 صدقى والقاضى محمد زكى) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ .

استئناف مصر الأهلية ١٢ يونيه ١٩٢٨ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٢ : ليس معنى عدم جواز تجزئة الصفقة أن يكون للشفيع حق الشفعة فى جميع الصفقة بما فيها العقار الذى لا شفعة له فيه أصلا ، وانما 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 العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٢٩٧ : اذا باع الشريكان عقارا ، وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فعقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق فى الأخذ بالشفعة الا فى 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 المشترى وليس لمصلحة الشفيع .

فقط ، والا سقط حقه فى الشفعة . وذلك حتى لو تعدد من لهم حق الشفعة ، لأن المحكمة فى هذه الحالة هى التى تعين ترتيب الشفعاء أو تحدد مقدار ما يخص كلا منهم فى العقار المشفوع .

وسيان فى ذلك أن يكون المشترى حائزا لما يجعله شفيعا أو كان أجنبيا لا حق له فى الشفعة أصلا ، اذ يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة فى العقار جميعه ، وللمشترى الذى تتوافر فيه صفة الشفيع وكان مساويا له فى المرتبة أن يطلب مقاسمته العقار المشفوع كل بقدر نصيبه فى الملك المشاع ، هذا لأن حق عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشترى وهو وحده الذى يملك التنازل عنه [1] .

وقد حكم بأنه اذا اقتصر الشفيع على طلب جزء من العقار المبيع ، ثم عاد وطلب الشفعة فى كل العقار ، فان حقه يسقط اذا كان طلبه لم يقدم الا بعد انقضاء الميعاد الذى عينه القانون للمطالبة بالشفعة [2] .

٢٤٧ — تعدد العقارات المبيعة — كل ما تقدم اذا كان العقار المبيع واحدا ، أما اذا كان المبيع عقارات متعددة وجبت التفرقة بين الحالة التى تكون فيها العقارات منفصلا بعضها عن بعض والحالة التى تكون فيها متصلة . وقد تقدم الكلام فى ذلك فى نبذة ٩٦ .

---

(١) المحلة الكبرى ٢٨ أبريل ١٩٤٠ (القاضى حافظ سابق) المحاماة ٢١ ص ١٢٦ رقم ٦٧ .

(٢) ملوى ٨ يناير ١٩١٩ (القاضى 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 المشترى 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 مواثبة .

(٢) طلب اشهاد وتقرير .

(٣) طلب خصومة وتملك [١] .

(١) طلب المواثبة

٢٥٠ — المبادرة بمجرد العلم — طلب المواثبة هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة بمجرد علمه بالبيع والمشترى ومقدار الثمن . فاذا علم ببعضها ، مثلا بالبيع والمشترى ، ولم يعلم بمقدار الثمن ، لايبطل حقه فى الشفعة .

ويلزم أن يحصل الطلب بمجرد العلم بالأشياء الثلاثة المتقدمة ، وهى البيع والمشترى والثمن .

وسمى طلب المواثبة كذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها » ، أى طلبها على وجه السرعة ، لأن المواثبة من الوثب ، وهو العدو الشديد . ولقوله عليه الصلاة والسلام « انما 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 الحيران المادة ١١٧ — المجلة المادة ١٠٢٨ .

فقال أبو حنيفة يشترط أحد هذين ، اما العدد فى المخبر ، رجلان أو رجل وامرأتان ، واما العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة ، حتى لو أخبره واحد بالشفعة ، عدلا كان المخبر أو فاسقا ، بالغا أو صبيا ، ذكرا أو أنثى ، فسكت ولم يطلب على فور الخبر ، على رواية الأصل ، أو لم يطلب فى المجلس ، على رواية محمد ، بطلت شفعته عندهما اذا ظهر كون المخبر صدقا . وذكر الكرخى أن هذا أصح الروايتين .

فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا فى المعاملات ، وهذا من باب المعاملة ، فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة .

ولأبى حنيفة أن هذا اخبار فيه معنى الالزام ، 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 المشترى الشفيع بنفسه ، يجب عليه الطلب بالاجماع ، وان لم يكن المشترى عدلا ، لأن المشترى خصم ، وعدالة الخصم ليست بشرط فى الخصومات [٢] .

وان كان المخبر رجلا واحدا غير عدل ، ان صدقه الشفيع فى ذلك ثبت البيع بخبره بالاجماع ، وان كذبه فى ذلك لايثبت البيع بخبره ، وان ظهر صدق الخبر عند أبى حنيفة ، وعندهما يثبت البيع بخبره اذا ظهر صدق الخبر [٣] .

٢٥٢ — وقت طلب المواثبة — اختلف فيما اذا كان يشترط الطلب فور العلم ، أو يكفى أن يكون فى مجلس علمه بالبيع وان امتد المجلس . فعلى القول الأول شرط طلب المواثبة هو أن يكون على فور العلم بالبيع ، اذا كان قادرا عليه ، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه ، بطل حق الشفعة . ولو أخبر بكتاب ، وكانت عبارة البيع والثمن والمشترى فى أوله أو فى وسطه ، وتمادى فى القراءة الى آخر الكتاب ، سقط حقه فى الشفعة ، لأن تماديه فى القراءة دليل

---

(١) البدائع ٥ ص ١٧ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .
(٢) البدائع ٥ ص ١٧ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .
(٣) كذا فى الذخيرة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ .

على اعراضه عن الأخذ بهـا . ولـكن لو قال كلاما يدل على الأخذ لا يبطل حقه [١] .

وهذا فى رواية الأصل . ومال الى هذا القول قاضيخان فى فتـاواه . وفى جواهر الفتاوى ما يؤيده حيث صرح بوجوب الطلب على الفور وان عليه الفتوى . وقال فى رد المحتار وهذا القول مناسب لتسميته طلب المواثبة ، وظاهر الهداية اختياره ونسبه الى عامة المشايخ . قال فى الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هنيهة بغير عذر ولم يطلب أو تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما فى الخانية والزيلعى وشرح المجمع [٢] .

وهو الصحيح فى مذهب أحمد ، نص عليه فى رواية أبى طالب ، قال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم . وهذا قول ابن شبرمة والبتى والأوزاعى والعنبرى والشافعى فى أحد قوليه . 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 . وهـذا قول مالك وقول الشافعى ، الا أن مالـكا قال تنقطع بمضى سنة ، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحـق القصاص . و بيان عدم الضرر أن النفع للمشترى باستغلال المبيع ، وان أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته . وحكى عن ابن أبى 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 شفعته ، وله أن يطلب . وذكر الكرخى أن هذا أصح الروايتين . ووجه هذه الرواية أن حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه ، فيحتاج الى التأمل ، ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن ، وانه هل يتضرر بجوار هذا المشترى فيأخذ الشفعة أو لا يتضرر فيترك ، وهذا لا يصح بدون العلم بالمبيع .

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٢٩ .

(٣) المغنى 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 انما الشفعة كنشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب . وفى بعض الروايات الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه . وفى لفظ أنه قال « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس ، اذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم ، فلا يستقر الا بالطلب على المواثبة [١] .

واثباته على التراضى يضر المشترى لكونه لايستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ، لأن خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها . والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه [٢] .

٢٥٣ — تطبيقات — لو أخبر بيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعته على رواية محمد ، لأن هذا يذكر لافتتاح الكلام تبركا 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 بثمن دون غيره ، فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضا عنه ، وهذا كله على رواية اعتبار المجلس .

فأما على رواية اعتبار الفور ، تبطل شفعته فى هذه المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة .

وقد قالوا ولو أخبر بالبيع وهو فى الصلاة فمضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون فى الفرض أو فى الواجب أو فى السنة أو فى النفل المطلق . فان كان فى الفرض لا تبطل شفعته ، لأن قطعها حرام ، فكان معذورا فى ترك الطلب . وكذا اذا كان فى الواجب ، لأن الواجب ملحق بالفرض فى حق العمل ، وان كان فى

---

(١) البدائع ٥ ص ١٧ .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٧٨ .

السنة فكذلك ، لأن هذه السنن الراتبة فى معنى الواجب ، سواء كانت السنة ركعتين أو أربعا ، كالأربع قبل الظهر . وذكر محمد فى المخيرة اذا كانت فى صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها (١) .

٢٥٤ — والغائب اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر فى الطلب والاشهاد ، لأنه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذى يتوثق به الطلب .

ولو وكل الغائب رجلا ليأخذ له بالشفعة فذلك طلب منه ، لأن فى التوكيل طلبا وزيادة .

واذا طلب الغائب على المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التى يأتى الى حيث البائع أو المشترى أو الدار ، لا زيادة عليه ، لأن تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة (٢) .

٢٥٥ — وجاء فى المغنى : متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته ، وان أخرها لعذر ، مثل أن يعلم ليلا فيؤخره الى الصبح ، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة ، أو اغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسنتها ، أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها ، لم تبطل شفعته ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ، الا أن يكون المشترى حاضرا عنده فى هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فان شفعته 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 فى مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته ، لأنه طلب بحكم العادة . واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشترى ، فاذا لقيه بدأ بالسلام ، لأن ذلك السنة ، وقد جاء فى حديث « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه ، ثم يطالب . وان قال بعد السلام بارك الله لك فى صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فيكون من

---

(١) البدائع ٥ ص ١٨ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٨ .

جملته ، والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا . وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته[١] .

٢٥٦ — وان أخر الشفيع طلب المواثبة بطلت شفعته ، ولو كان جاهلا ثبوت الطلب له . قال فى الخانية رجلان ورثا أجمة ، وأحدهما لم يعلم بالميراث ، فبيعت أجمة بجنبها ، فلم يطلب الشفعة ، فلما علم أن له نصيبا طلب الشفعة فى المبيعة ، قالوا تبطل شفعته ، لأن شرط تأكد الشفعة طلب المواثبة عند العلم بالبيع ، فاذا لم يطلب ، والجهل ليس بعذر ، فلا تبقى له الشفعة[٢] .

٢٥٧ — **هل يشترط الاشهاد** — الاشهاد ليس بشرط لصحة الطلب ، حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى . وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار ، لأن من الجائز أن المشترى لا يصدق الشفيع فى الطلب ، أو لا يصدق فى الفور ، ويكون القول قوله ، فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضى على تقدير عدم التصديق ، لأنه شرط صحة الطلب .

واذا طلب على المواثبة فان كان هناك شهود أشهدهم وتوثق الطلب ، وان لم يكن بحضرته من يشهده فبعث فى طلب شهود لم تبطل شفعته ، لما تقدم من أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة ، لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور ، فبطلت الشهادة على الفور ضرورة ، وعلى رواية المجلس اذا قال وهو فى المجلس ادعوا لى شهودا أشهدهم فجاء الشهود فأشهدهم صح وتوثق الطلب لأن المجلس قائم[٣] .

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٧٩ .

(٢) سليم باز على المادة ١٠٣٢ من المجلة .

وقد جاء فى المغنى : وان لقيه الشفيع فى غير بلده ، فلم يطالبه ، وقال انما تركت المطالبة لأطالبه فى البلد الذى فيه البيع أو المبيع أو لأخذ الشقص فى موضع الشفعة سقطت شفعته ، لأن ذلك ليس بعذر فى ترك المطالبة ، فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذى هو فيه . وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة ، أو نسيت البيع ، سقطت شفعته ، لأنها خيار على الفور ، فاذا أخره نسيانا بطل كالرد بالعيب . ويحتمل ألا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر ، فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها . وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب (المغنى ٥ ص ٤٨٢) .

(٣) البدائع ٥ ص ١٧ — ١٨ .

٢٥٨ — كيفية الطلب — اختلفوا فى لفظ طلب المواثبة ، والصحيح أنه يصح الطالب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة فى الحال [١] .

(٢) طلب الاشهاد والتقرير

٢٥٩ — يجب على الشفيع ، بعد طلب المواثبة ، أن يشهد و يطلب التقرير [٢] .

وانما يحتاج الى طلب المواثبة ثم الى طلب الاشهاد بعده اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة ، بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشترى والبائع والدار . أما اذا سمع عند حضرة هؤلاء الثلاثة ، وأشهد على ذلك ، فذلك يكفيه و يقوم مقام الطلبين [٣] .

٢٦٠ — كيفية الطلب — المبيع اما أن يكون فى يد البائع ، واما أن يكون فى يد المشترى :

فان كان فى يد البائع ، فالشفيع بالخيار ، ان شاء طلب من البائع ، وان شاء طلب من المشترى ، وان شاء طلب عند الدار . أما الطلب من البائع والمشترى فلأن كل واحد منهما خصم ، البائع باليد ، والمشترى بالملك ، فكان كل واحد منهما خصما ، فصح الطلب من كل واحد منهما . وأما الطلب عند الدار فلأن الحق متعلق بها . فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته ، لأنه فرط فى الطلب .

---

(١) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٢٩ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) المجلة المادة ١٠٣٠ .

(٣) كذا فى خزانة المفتين — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٤ .

وقد جاء فى المادة ١١٩ من مرشد الحيران : « طلب التقرير هو أن يشهد الشفيع على البائع ، ان كان العقار المبيع فى يده ، أو على المشترى ، وان لم يكن العقار فى 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 فى طلب المواثبة عند أحد من هؤلاء المذكورين كفاه ذلك الاشهاد ، فقام مقام الطلبين » .

وان كان فى يد المشترى فان شاء طلب من المشترى وان شاء عند الدار ، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصما لزوال يده ولا ملك له ، فصار بمنزلة الأجنبى . ولو لم يطلب من المشترى ، ولا عند الدار ، وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد ، بطلت شفعته ، لوجود دليل الاعراض ، وفى الحقيقة لوجود دليل الرضا .

ولو تعاقد البائع والمشترى فى غير الموضع الذى فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ، ولكنه يطلب عند الدار و يشهد عليه ، لأن الشفيع اذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد . فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعته لوجود الاعراض عن الطلب .

هذا اذا كان قادرا على الطلب من المشترى 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 شفعته بترك المواثبة الى أن يزول الحائل (١) .

٢٦١ — وقد اختلف فى صورة الطلب . فعن محمد بن مقاتل الرازى أن الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها .

وعن محمد بن سلمة أنه يقول طلبت الشفعة فحسب .

وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى أنه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب ، بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب ، أى لفظ كان ، يكفى ، 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 أبى يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده ، 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) الزيلعى ٥ ص ٢٤٤ .

وقد جاء فى المادة ١٠٣٠ من المجلة : « على الشفيع بعد طلب المواثبة أن يشهد ويطلب التقرير والاشهاد . وهو أن يقول فى حضور رجلين أو رجل وامرأتين عند المبيع ان فلانا قد اشترى هذا العقار ، أو عند المشترى أنت قد اشتريت العقار الفلانى ، أو عند البائع ان كان العقار موجودا فى يده أنت قد بعت عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة ، وكنت طلبت الشفعة والآن أطلبها اشهدا . وان كان الشفيع فى محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بنفسه على هذا الوجه يوكل آخر ، وان لم يجد وكيلا أرسل مكتوبا » .

٢٦٢ — مدة طلب التقرير والاشهاد — ليس لطلب التقرير والاشهاد مدة معلومة ، بل مدته مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد . وفى المنح اذا كان الشفيع فى طريق مكة ، فطلب طلب المواثبة ، 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 شفعته ، فاذا حضر طلب ، وان وجد ولم يفعل بطلت شفعته . وفى الهندية الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح [(١)] .

٢٦٣ — هل يشترط الاشهاد على الطلب ؟ — الاشهاد على هذا الطلب ليس بشرط لصحته ، كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة ، وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار ، كما فى الطلب الأول . وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد فى ظاهر الرواية . وروى عن أبى يوسف أنه شرط ، لأن الطلب لايصح الا بعد العلم ، والعقار لايصير معلوما الا بالتحديد ، فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه [(٢)] .

(٣) طلب الخصومة والتملك [(٣)]

٢٦٤ — طلب الخصومة والتملك هو أن يطلب ويدعى الشفيع فى حضور

---

(١) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٣٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٨ — راجع أيضا نبذة ٢٦١ المتقدمة .

(٣) وسماه بعضهم طلب الأخذ والتملك (الزيلعى ٥ ص ٢٤٤) ، أو طلب الخصومة ، أو طلب الاستحقاق (حاشية الشلبى على الزيلعى ٥ ص ٢٤٤) .

القاضى بعد طلب التقرير والاشهاد [١] ، فهو المرافعة الى القاضى ليقضى له بالشفعة [٢] .

٢٦٥ — مبعاده — رأى الامام أبى حنيفة عدم التقيد بمدة معينة . فالشفيع اذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لايبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة أبدا حتى يسقطها بلسانه . وهذه هى أيضا احدى الروايتين عن أبى يوسف . وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى . كذا فى الهداية [٣] . وفى رواية أخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضى فى زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يؤقت فيه وقتا ، وروى عنه أنه قدره بما يراه القاضى . وقال محمد وزفر اذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته ، وان 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 بالمشترى ، لأنه لايبنى ولا يغرس خوفا من النقض والقلع ، فيتضرر به ، فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به ، فقدر بالشهر لأنه أدنى الآجال ، فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط فى الطلب فتبطل شفعته .

ووجه قول أبى حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين ، والأصل أن الحق متى ثبت لانسان لايبطل الا بابطال ولم يوجد ، لأن تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون . وقوله يتضرر المشترى 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 لابداء الأعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء (الزيلعى ٥ ص ٢٤٤) .

فانه اذا علم أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفا من النقض والقلع ، فلئن فعل فهو الذى أضر بنفسه ، فلا يضاف ذلك الى الأخذ بالشفعة ، ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع . ولا يقال ان فيه ضررا بالمشترى بالامتناع من البناء والغرس لما تقدم كذا هذا [١] .

٢٦٦ — كيفية الطلب — الخصم للشفيع هو المشترى وحده اذا حصل تسليم المبيع اليه ، وقبل التسليم يكون خصمه كل من المشترى والبائع (المشترى لأنه هو المالك والبائع لكونه واضع اليد) [٢] . فاذا كان المبيع فى يد البائع وترافع الشفيع معه فلا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشترى [٣] .

وصورة هذا الطلب ، كما جاء فى شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٣١ ، أن يقول الشفيع اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا فمره يسلم الدار الى ، وهذا لو كان قد قبضها المشترى ، أما لو كانت فى يد البائع فيطلب أن يأمر البائع بتسليمها ، غير أنه يشترط حينئذ حضور المشترى فى الدعوى (تنوير) ، وان كان المشترى قد أدى الثمن الى البائع فيقضى بالثمن للمشترى والعهدة عليه ، والا فيقضى به للبائع والعهدة عليه (هندية) . والمراد بالعهدة 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 المشترى فيقضى بتسليم المشفوع على الوكيل و بدفع 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 المخاصمة والمرافعة عند القاضى ، فاذا أخره الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير شهرا واحدا بلا عذر بطلت شفعته ، وان أخره بعذر مقبول فلا تسقط .

راجع أيضا 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 المشترى ، عن الدار التى يشفع بها الشفيع ، هل هى ملك الشفيع أم لا ، فان أقر بأنها ملكه ، أو أنكر ونكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه ، سأل القاضى المشترى عن الشراء ، فيقول له هل اشتريت أم لا ، فان 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 ، فانه ينجم عنه مضار كثيرة . فحق ملكية المشترى يخضع لحالة عدم استقرار قد تدوم طويلا . ولذلك كان على الشارع أن يتدخل لينقص المدة التى قد تستغرقها هذه الحاله الى أقل حد ممكن . وقد ألزم القانون الشفعاء بابداء رغبتهم فى استعمال حقهم فى مدة محدودة ، كما فى الشريعة . وأجاز للمشترى أن يدعو من له الشفعة ليبدى رأيه فى المدة المحدودة . وقصر لحد كبير الاجراءات ، مقررا وجوب نظر دعوى الشفعة على وجه السرعة ، وأورد مواعيد يسقط بانقضائها حق الشفيع .

وهناك أشخاص قد يتعاملون مع المشترى ، كالدائنين المرتهنين ، ومن تقرر لهم حقوق عينية على العقار المشفوع ، ومن يحوزون العقار من المشترى ، 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 الضرورى اتخاذ الاجراءات المقررة للشفعة ، فقد يحصل الشفيع على حقه بالاتفاق مع المشفوع منه والبائع . وحتى بعد أن يعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة يمكنه الوصول الى حقه بالتراضى .

وسنتكلم 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) الزيلعى 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 والمشترى 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 فى مكتب الشهر (١) الكائن بدائرته العقار » (٢) .

وجاء فى المادة ١٩ أن حق الشفعة يسقط :

« . . . ثانيا — اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى .

« 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.

---

(١) كانت نص الفقرة الثانية من المادة « ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار » . وقد عدلت بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى (المادة ٥٩ منه) . فأصبح التسجيل بمكتب الشهر الكائن بدائرته العقار .

(٢) كانت المادة ١٤ تشتمل على فقرة ثالثة وفقرة رابعة نصهما :

« واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى باجراء هذا التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعة الدول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل الأخير .

« ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها » .

ولكن بعد صدور القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى أصبحت هاتان الفقرتان ملغاتين ، لأن المادة ٦١ منه قضت بالغاء كل نص يخالف أحكام هذا القانون . وقد جاء صراحة فى مذكرته الايضاحية أن من النصوص المخالفة التى ألغاها الفقرتين ٣ و ٤ من المادة ١٤ من قانون الشفعة الصادر بدكريتو ٢٦ مارس ١٩٠٠ ودكريتو ٢٣ مارس ١٩٠١ .

ويزاد على المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » [١] .

Ce délai de quinze jours sera augmenté du délai de distance, s'il y a lieu ».

فبمقتضى النصوص المتقدمة تجب مراعاة الشروط الآتية فى اعلان الرغبة :

(١) اعلان طلب الشفيع كتابة على يد محضر .

(٢) اعلان البائع والمشترى .

(٣) عرض الثمن وملحقاته .

(٤) أن يكون الاعلان فى 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 والمشترى 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 والمشترى فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه اليه البائع أو المشترى 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 .

فى جعل اظهار الرغبة على يد محضر تشدد لا مبرر له ، وربما لاحظ هذا التشدد تفاديا من صعوبة أو استحالة الاثبات عند النزاع فى 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 الرأى مسيو فورجير [٢] .

وكذلك زكى العرابى باشا ، اذ يقول : « ويظهر من عبارة المادة أنه لا يجوز اثبات ابداء الطلب فى 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 أسيوط الابتدائية أن الشارع لم ينص على البطلان أو سقوط الحق فى حالة عدم قيام الشفيع بالاجراء المنصوص عليه بالمادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة ، كما فعل ذلك فى 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 دكريتو 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) « فى الأموال » نبذة ٥٤٠ .

(٢) ص ٣٢١ .

(٣) نبذة ٩٨ ص ٦٠ .

(٤) أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مرجع القضاء ٤٧١٩ .

(٥) استئناف ٧ مارس ١٩٢٩ (دائرة محمد فهمى حسين بك وأترابى أبو العز بك ومحمود المرجوشى بك) المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ ص ٥١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٧ مرجع القضاء ٤٧٤٦ .

بورقة غير رسمية ، ككتاب ، وسواء أبلغ بهذه الرغبة البائع أو المشترى [١] .

وقضت بعض الأحكام المختلطة بأنه يكفى أن يكون الاعلان بكتاب فى البريد ، وخصوصا اذا حصل الاعلان الى الشفيع عن البيع بهذه الكيفية ، وليس للقاضى أن يقضى بالبطلان ، لأن البطلان الخاص بالشكل وسقوط الحق déchéance لا يمكن أن يقرر الا بموجب نص صريح فى القانون [٢] .

ولكن حكما آخر مختلطا قرر أن الكتاب لايقوم 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 والمشترى طلبه الأخذ بالشفعة كتابة على يد محضر . ومتى كان جميع الخصوم فى الدعوى وطنيين ، فالأصل أن

---

(١) الاسكندرية الكلية ١٧ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة القضاة عبد الحميد عمر وشاحى ومحمد صادق وعبد العزيز محمد) المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٩ مرجع القضاء ٤٧٤٥ . وجاء فى أسباب الحكم :

وحيث ان الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة تنص على أن حق الشفيع يسقط « اذا لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع » ، ولم يرد بها كيفية اظهار الرغبة ولا الأشخاص الذين يجب أن يخطروا بها ، 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 الطليق للفقرة الثانية من المادة ١٩ القول باجراء اظهار الرغبة حتى لو كان بورقة غير رسمية كخطاب . وسيان أخطر بهذه الرغبة البائع أو المشترى ، ولا محل للادعاء بأن المادة ١٤ تحتم عرض الثمن باعلان على يد محضر لكل من البائع والمشترى ، اذ ظاهر أن هذه المادة لم تنص على جزاء اغفال هذا الاجراء . والواقع أن اغفال اجراء العرض كلية للبائع والمشترى لا يترتب عليه الا الزام الشفيع بمصاريف دعوى الشفعة اذا سلم المشفوع منه بأحقية الشفيع لها . وبمراجعة النصوص فى مادة الشفعة يتضح منها أن حق الشفيع لا يسقط بسبب تقصير فى الاجراءات الا اذا لم يظهر رغبته بأية طريقة فى بحر ١٥ يوما من علمه بالبيع أو من تكليف البائع أو المشترى بابداء هذه الرغبة ، أو عدم رفعه دعوى الشفعة على البائع والمشترى فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ اظهار الرغبة ، أو على العموم قبل مضى ستة شهور من تسجيل عقد البيع .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) — راجع أيضا ٦ فبراير ١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

(٤) ١٤ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت ويوسف مينا) الحقوق ٣٤ ص ٢١١ .

تكون أوراق المحضرين التى يعلنها بعضهم الى بعض حاصلة على يد محضرين خاضعين لأحكام المحاكم الأهلية ، ومحررة باللغة العربية التى هى اللغة الرسمية للبلاد فى حق الوطنيين ، وأنه ان أمكن التجاوز عن القيد الأول ، والقول بصحة الاعلان الذى 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 فى حق الوطنيين ، حتى أمام المحاكم المختلطة ، التى حتم منشور الاستئناف المختلط الصادر فى 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 الذى يكون بين وطنيين اذا لم يكن مرسلا على يد أحد محضرى المحكمة الأهلية ، ومحررا باللغة العربية ، يكون لا قيمة قانونية له ، وكأنه لم يحصل .

٢٧٣ — رأينا — ونحن من الرأى الأخير ، لأن نص المادة ١٤ صريح فى وجوب أن يكون الاعلان الى البائع والمشترى ، كتابة على يد محضر ، فلا يكفى أن يكون بكتاب ، ولم ينص الشارع فى المادة ١٤ على البطلان اكتفاء بالمادة ١٩ التى تقول ان حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته » ، واظهار الرغبة يكون كما تقضى بذلك المادة ١٤ باعلان على يد محضر الى البائع والمشترى ، وأن يكون مشتملا على عرض الثمن وملحقاته . فاذا لم يحصل بهذه الكيفية فى المدة المعينة يسقط حق الشفيع فى الشفعة [١] .

(٢) وجوب اعلان البائع والمشترى

٢٧٤ — يجب أن يعلن طلب الأخذ بالشفعة الى البائع والمشترى ، فان كان الى أحدهما فقط كان باطلا [٢] .

---

(١) وقد قضى مشروع القانون المدنى الجديد على هذا الخلاف بنصه فى المادة ١١١٢ على أن اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا والا كان باطلا .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٩٣ .

=

واعلان طلب آخر بعد مضى الميعاد على العلم بالبيع يكون متأخرا ، ويسقط حق الأخذ بالشفعة [١] .

وليس من الواجب على طالب الشفعة انذار البائع والمشترى باعلان واحد [٢] .

وقد حكم بأن البائع المقيم خارج الديار المصرية ككل بائع لا مصلحة له فى دعوى الشفعة ، فاذا أعلن الشفيع طلب الشفعة الى وكيل البائع ، الذى وقع العقد نيابة عنه ، كان الاعلان كافيا لسريان المواعيد القانونية فى مادة الشفعة [٣] .

= استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة عطية حسنى باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك) المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٢ .

قارن ما تقدم نبذة ٢٧٢ .

راجع بخصوص المحل الذى يوجب القانون صحة الاعلان فيه :

استئناف ٨ ديسمبر ١٩٣١ المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ — وما سيجىء نبذة ٣٢٤ — واستئناف مختلط أول فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٠٥) .

استئناف مصر ٢٤ أكتوبر ١٩٣٥ المجموعة ٣٧ رقم ٢٢ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٤ .

أسيوط الابتدائية ١٣ يونيه ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٣٦٩ رقم ١٨٨ .

(١) استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة المستشارين عطية حسنى باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك) المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ مرجع القضاء ٤٧٢٠ .

(٢) استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٦ .

وفى احدى الدعاوى دفع ببطلان اعلان اظهار الرغبة لأنه لم يوجه الى المعلن فى مسكنه كما تقضى بذلك المواد ٦ و ٧ و ٢٢ من قانون المرافعات ، وانما فى مكتبه . فقررت محكمة النقض والابرام (فى ٣١ يناير ١٩٤٦ فى الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ القضائية) : ان المحل 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 ، والمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ما عليه . 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 بالمحل الا المسكن ، اذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلا أن ينص على وجوب الاعلان فى المسكن ، بدلا من أن ينص على وجوبه فى المحل ، مع الفارق الواضح فى مدلول اللفظين ، وعلى ذلك يكون انذار اظهار الرغبة الذى أعلن فى مكتب المقاولات قد وقع صحيحا .

٢٧٥ — الاعلان غير لازم اذا رفعت الدعوى فى ميعاده —

ليس الاعلان واجبا اذا رفعت دعوى الشفعة فى 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 انذار ابداء الرغبة و بين صحيفة الدعوى ، وألا يجمع بينهما ، وأن ينتظر كل المدة المرخص له فيها فى اقامة الدعوى ، بل بالعكس ترمى روحه الى الزام الشفيع السرعة فى التقاضى . فمن الجائز اذن الاقتصار على اظهار الرغبة فى ذات اعلان الدعوى ، أى أن يقوم الاعلان المذكور فى هذه الحالة مقام طلب اظهار الرغبة ، ما دام مستكملا لجميع محتويات اعلان الرغبة ، وما دام مقدما فى الميعاد [1] .

وانما اذا أذعن المشترى ، بعد اعلان الدعوى التى جمعت بين ابداء الرغبة والتكليف بالحضور ، لطلب الشفعة ، فهذا يغنى الشفيع عن قيد الدعوى . فان تسرع وقيدها قبل معرفة قبول المشترى وجب أن تلقى عليه مسئولية زيادة

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩٣ — دى هاتس ٣ نبذة ١٢٠ ص ٣٦٤ .

طنطا الابتدائية ١٦ يوليه ١٩١٠ (دائرة القضاة واصف سميكة بك ومستر ألكسندر جون ويكمن 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 أباظة) 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 وعفيفى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البحرى) 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 سعودى 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 المشترى لم يكن متوقفا عن التسليم بطلبه [١] .

وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه اذا جاز لطالب الشفعة أن يرفع دعواه بها للمحكمة مباشرة وألا يتقيد بما نصت عليه المادة ١٤ من قانون الشفعة من وجوب اعلان رغبته فيها قبل رفع الدعوى بالكيفية المنصوص عليها فى هذه المادة ، فانه يشترط عندئذ أن تشتمل صحيفة دعواه على ما أوجب القانون اجراءه فى الطلب المنصوص عليه فى 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 فى تفسير المراد من « العرض » الواجب القيام به فى اعلان الشفعة . فمنها من رأى وجوب العرض الحقيقى . ومنها من رأى الاكتفاء بالعرض البسيط . وأصدرت محكمة الاستئناف الأهلية أحكاما متباينة فى هذه المسألة . وطرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٢٩ من مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضرورى لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا . واستقرت الأحكام على ذلك . وأخذت بهذا الرأى أيضا محكمة النقض والابرام .

---

(١) حكم طنطا الابتدائية ١٦ يوليه ١٩١٠ المتقدم .
مصر الابتدائية ٢٦ ديسمبر ١٩٢٨ المتقدم .

(٢) استئناف مصر (دائرة طاهر محمد بك وأحمد حلمى بك وعبد العظيم الشقنقيرى بك) ٣١ مارس ١٩٤٥ فى الاستئناف رقم ١٢٨ سنة ٦٢ القضائية .

(٣) ولم ينص مشروع القانون المدنى الجديد على أن يكون اعلان الرغبة مشتملا على عرض الثمن . ولكنه نص فى المادة ١٠١٣ على أنه يجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيقى للثمن الذى حصل به البيع مخصوما منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية . ويكون ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة والا سقط الحق فى الدعوى .

وكذلك اختلف الشراح فى المراد من العرض . فمن رأى عبد السلام ذهنى بك [١] وزكى العرابى باشا [٢] وجوب العرض الحقيقى . ونحن نرى مع دى هلتس [٣] وفورجير [٤] وفتحى زغلول باشا [٥] الاكتفاء بالعرض البسيط .

٢٧٨ — الرأى الأول — وجوب عرض الثمن عرضا مضيقيا — 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 وحفنى ناصف بك والقاضى أحمد زكى سرور) الحقوق ١٩ ص ٩٨ .

استئناف أهلى ٢٨ مايو ١٩١١ (دائرة محمد صدقى 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 لطفى وعبد الله الطوير 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 صدقى بك وعبد الحميد رضا بك ومستر برسيفال) المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢٢١ .

استئناف ٢١ أبريل ١٩١٣ (دائرة مستر دلباغلو 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 أباظة 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 فى وضع قانون الشفعة ، والأكثر ملاءمة لخطة التضييق التى اقتضاها فيه ضد الشفعاء ، حتى يثبت هؤلاء بالعرض الحقيقى أنهم مجدون فى طلبهم ، وأنهم لا يريدون مجرد معاكسة المشترى ومشاغلته أو مجرد المتاجرة بهذا الحق [١] .

(٢) ان لم يكن العرض المشار اليه فى قانون الشفعة هو العرض الحقيقى فلا يخلو الأمر فيه من أحد معنيين : الأول أن يكون بمعنى الايجاب فى العقود ، ويغنى عنه فى هذه الحالة اعلان طلب الشفعة ، هذا فضلا عن أن الشفعة عند ما تكون بطريق التقاضى ليست عقدا ، لأنها تملك مال بغير اذن مالكه . والثانى 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 فى القانون المصرى كله ، ولا فى القانون الفرنسى أو الشريعة الاسلامية ، اصطلاح قانونى اسمه العرض بمعنى الاستعداد ، والقول انه كذلك فى قانون الشفعة مصادرة على المطلوب [٢] .

وعلاوة على ما تقدم فان تأويل العرض المذكور فى 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 المخاصمة والمرافعة والتحقيقات لا يوجد الثمن

= طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وخليل عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥١ .

استئناف ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالوينى وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٦ .

العرابى باشا ص ٩٤ .

(١) أحكام ٨ مايو ١٩١٨ و ٢٤ أبريل ١٩١٢ و ٢٨ مايو ١٩١١ المتقدمة .

(٢) حكم طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

عند المحكوم له بالشفعة لسبب ما ، أو يتراخى فى تنفيذ الحكم ، فيتعطل المشترى الأصلى عن العمل و يضعف حق تصرفه وانتفاعه بالعين المشتراة أو بالثمن فيضطر الى اتخاذ اجراءات كان فى غنى عنها لو قام طالب الشفعة بعرض ثمن ما يطلب الحكم له بامتلاكه ، ولا ضرر فى هذا العرض على الشفيع ما دام معتقدا صحة دعواه ، وخصوصا أن القانون قد فرض الحكم فى دعاوى الشفعة بوجه الاستعجال وقلل مواعيد الاجراءات وطرق الطعن فيها (١) .

(٣) ان وجوب العرض الحقيقى ظاهر من حكمة الشفعة وطبيعتها ، ومن نصوص دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ ، فان الشفعة اذا كانت بقضاء القاضى نزع للملكية المشترى 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 يقم الشفيع بدفع الثمن وقت صدور الحكم ، فان هذا يجعل الشفعة نقضا شديدا لحرية التعاقد والملك ، لأن يد الشفيع بعد الحكم بالشفعة لا تبيح له حرية استعمال العقار المشفوع فيه أو التصرف فيه ، ثم هو لم يجن ذنبا فى اعتراض الشفيع له ومركزه فى الشفعة سلبى محض ، فكيف يكلف الانتظار أو المخاصمة ان أراد أن تستقر يده و يطمئن على ملكه ، فطبيعى اذن أن يكلف الشارع الشفيع عرض الثمن عرضا حقيقيا ، فاذا لم يقبله المشترى بادىء الرأى وانتظر حتى صدر القضاء بالزامه كان آمنا أن يخرج من الصفقة لا له ولا عليه ، و يزداد 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 تستوفى اجراءاته ، وتنقطع آثاره بمجرد الحكم فيه نهائيا ، وذلك بالتحقق من وجود قيمة الملك المنزوع تحت يد من نزع ملكه وعدم الجائه الى المخاصمة بها ، والمادة ١٣ تكملة لقطع ذيول الشفعة حتى لا يحتاج البائع الى مقاضاة الشفيع بباقى الثمن فى الأجل الذى منحه المشترى ، فهى والمادة ١٤ ترميان الى غرض واحد (٢) .

---

(١) حكم طنطا الابتدائية ٧ مايو ١٩٠٤ المتقدم .

(٢) حكم طنطا 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 الحقيقى المصحوب بالايداع على ذمة المعروض عليه ليتدبر فى 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 فى القانون المدنى لفظة « عطاء » بدون أن يضيف اليها لفظة « حقيقى » ، و بالرغم 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 فى غير محله ، لأن تفصيل شكل العرض جاء من أن المادة سيقت 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 اختلف فيه أئمة الشرع الشريف ، وقد جاء فى 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 المشترى فى استطاعته اجتناب هذا الضرر بقبول الثمن المعروض له بحسب ما هو وارد فى عقد مشتراه . وقد نص فوق ذلك على أن الشفعة يقضى فيها على وجه السرعة ، ولم يجز القانون المعارضة فى أحكام الشفعة الغيابية ، 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 المتقدمة .

(٢) استئناف ٢٨ مايو ١٩١٩ المتقدم .

(٣) حكم طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٤) جزء ٥ من حاشية ابن عابدين فى 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 مشتريا حقيقة الا فى يوم القضاء بالشفعة ، فلا يصح الزامه بأن يدفع مقدما ثمن عين قد لا يصبح مشتريا لها ، وصف غير صحيح . أما أنه قد لا يصبح مشتريا لها فذلك ما لا تأثير له فى ايجاب الدفع ما دام عدم الشراء ليس من جانبه ، وما دام لا يجوز له من جهة أخرى الرجوع فى طلبه الشفعة اذا قبلها المشترى . 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 أسيوط الابتدائية ، أنه مع الأخذ بالرأى القائل بوجوب العرض الحقيقى ، اذا كان عقد البيع المترتب عليه حق الشفعة مطعونا فيه بالتزوير جاز للشفيع ايداع الثمن خزانة المحكمة دون أن يعرضه على المشترى وحتى يفصل فى دعوى التزوير ، ولا يطلب من الشفيع أن يرخص للمشترى فى قبض الثمن فورا مع وجود شكوى مرفوعة للنيابة عن تزوير عقد البيع كما هو محتمل من أن تحقيق هذه الشكوى يؤدى الى ثبوت التزوير والى تعريض الثمن للضياع ان كان المشترى غير ملىء [٢] .

٢٨٠ — **ايداع الثمن** — يرى بعض المحاكم أن العرض الحقيقى صحيح ولو لم يقترن بايداع الثمن بادىء بدء ، لأن الايداع ليس شرطا لصحة العرض الا بالنسبة الى براءة الذمة من الدين المتعلق بها قطعا للفوائد ومنعا لاستحقاقها . وليس ثمن العين المشفوع فيها من ذلك فى شىء ، وهو لا يترتب فى ذمة طالب الشفعة الا بالحكم له بها [٣] .

وعلى ذلك عدم ايداع الثمن خزانة المحكمة لا يجعل العرض باطلا [٤] ، لعدم

---

(١) طنطا ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ .

(٢) أسيوط الابتدائية ٢٥ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق العطار والقاضى حسن توفيق) المحاماة ٢ رقم ١٠٨ ص ٣٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٣ .

(٣) بنى سويف استئناف (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومحمد عثمان الفندى وعلى سرى) ٣٠ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٨٥ ص ٢٧١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ ص ٢١٤) .

النص على البطلان ، وانما يترتب عليه الزام الشفيع بفوائد الثمن من تاريخ العرض حتى الايداع [١] .

ويرى بعض آخر أنه لابد من الايداع بعد العرض الحقيقي [٢] .

٢٨١ — الرأى الثانى — العرض الحقيقى ليس بلازم [٣] — يقرر

---

(١) طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وخليل عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ مرجع القضاء ١٢٥٠ .

(٢) استئناف مصر ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالوينى وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ مرجع القضاء ١٢٥٢ .

ومن هذا الرأى أيضا عبد السلام ذهنى بك فى كتابه « فى الأموال » نبذة ٥٤٥ ص ٧٦٤ .

(٣) من هذا الرأى :

استئناف أهلى ٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلمور ويوسف شوقى بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ .

استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

استئناف ١٥ مايو ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد زيور بك وأحمد طلعت بك) الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ .

استئناف ٥ يناير ١٩٠٦ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥.

استئناف ٤ يونيه ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألستون ومستر ساتو) المحاكم ١٧ رقم ١٤٨ ص ٣٧٠٩ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ .

طنطا الابتدائية ١٠ يونيه ١٩٠٧ (دائرة بوغوس أجوبيان باشا وابراهيم فريد بك والقاضى محمود على سرور) المحاكم ٢٠ رقم ٤٤ ص ٤١٩٢ .

استئناف ١٧ يوليه ١٩٠٧ (دائرة ابراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر والقاضى على ماهر) الاستقلال ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٦٧ .

طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد بك وحسن رفعت وجمال الدين أباظة) المجموعة ١٩ رقم ٨ ص ٢٧ .

استئناف ١٦ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومصطفى فتحى بك ويوسف سليمان بك) المجموعة ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ الحقوق ٣٦ رقم ٥٢ ص ٣ .

الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ (دائرة ديمترى مقار بك وعبد الرحمن ابراهيم بك وأحمد فائق بك) المجموعة ٢٢ رقم ١١٥ ص ١٨٦ المحاماة ١ رقم ٧٨ ص ٤٠٥ الحقوق ٣٧ رقم ٤٦ ص ١٢١ .

استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ ص ٢٣٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) ، ٣ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠٠) ، ٦ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨١) ، ١٧ =

هذا الرأى أن المطلوب هو اشتمال 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 استعداده لدفع الثمن وملحقاته .

وقد ارتكن أصحاب هذا الرأى على ما يأتى :

(١) ان الشفيع مشتر محتمل Acheteur éventuel ، يقره القضاء على حقه فى 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 الرأى الأول) ، وخصوصا أن للمشترى 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 فى القانون ، وقد أحاطه الشارع بقيود وشروط مخصوصة رأى فيها الكفاية لصيانة الحقوق ، وليس من مهمة القاضى أن يزيد هذه القيود تضييقا [٢] .

(٣) انه وان كانت الشفعة مستمدة من الشريعة الغراء الا أن الشارع المصرى وضع لها نظاما خاصا ، فلا محل اذن للرجوع الى الشريعة لتفسير هذا النظام . على أن مأخذ الشفعة هو مذهب الامام أبى حنيفة ، والقول الراجح فيه عدم تكليف الشفيع احضار الثمن قبل القضاء له بالشفعة [٣] ، ولم يقل بغير ذلك الا الامام محمد من أصحاب الامام أبى حنيفة ، وقوله مرجوح بدليل اتفاق الفقهاء على أن للمشترى المشفوع منه الحق فى 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 لاحضاره قبل القضاء ، ثم اذا قضى القاضى له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشترى أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه ، لأنهما نزلا منزلة البائع والمشترى » .

به ، وهذا صريح فى 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 للمعروض 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 الحقيقى ، لأن للفظ العرض بمفرده معنى لغويا مخالفا للعرض الحقيقى ، فالعرض فى 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 فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى ، التى لم يكتف فيها بعبارة « عرض حقيقى » ، بل أضاف اليها التطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات [٣] ، وخصوصا أن الرأى السائد وقت صدور دكريتو سنة ١٩٠١ كان يقضى بالعرض البسيط [٤] .

(٦) ان تشبيه الشفعة بنزع الملكية جبرا للمنفعة العامة لما فى كل منهما من أخذ العقار رغما من ارادة مالكه لايؤدى 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 المدين أداء الدين المقر به نقدا كان أو غيره يعرضه عرضا حقيقيا على الدائن على يد محضر وهو يحرر 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 يحمى المشترى فى 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 المشترى تسلمه من المحضر ، والايداع لايدخل فى ضمن معنى العرض الحقيقى كما يستفاد من عنوان الفصل الرابع من الباب العاشر من قانون المرافعات ، وحينئذ لا توجد فائدة من العرض الحقيقى ، وانه من العبث تكليف الشفيع عرض مبالغ و ايداعها فتبقى بغير انتاج و بلا فائدة تعود على أحد حتى يحكم فى دعوى الشفعة بالقبول أو الرفض ، والمصلحة الاقتصادية تقضى بالعكس بأن دفع الثمن لايلزم به الشفيع الا بعد الرضاء أو القضاء ، ففى هذه الحالة لا ينال أحدا من الخصوم ضرر جسيم ، والمشفوع منه التمسك بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى 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 و بين فوائد الثمن .

٢٨٣ — ***رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة*** — بناء على اختلاف الأحكام فى تفسير المراد من العرض الواجب القيام به قد طرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٢٩ من مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضرورى 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 فى حكمها ما يأتى[1] :

« 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 فى الطلب ، أو أن عدم هذا العرض الحقيقى غير مسقط لحق الشفعة .

« وحيث ان الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف الأهلية تضاربت فى هذا الموضوع ، وقد أجمعت أحكام المحاكم المختلطة على أن العرض الحقيقى غير واجب فلا يؤدى عدمه الى سقوط الحق فى الشفعة .

« وحيث ان الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الغراء ، وقال الفقهاء فيها انها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى ان الشفيع لايعد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشترى 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 ناقلا 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 للمشترى الى حكم القاضى فليس من المسلم به الزام الشفيع بايداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال و بغير مسئولية على المشترى الذى له حق الانتفاع بثمرة العين ما دام النزاع قائما ، قصر أو طال .

« وحيث ان المادة ٦٩ من القانون المدنى الواردة فى باب الشفعة القديم قضت فى النسخة العربية بأن للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ

---

(١) ٢٩ مارس ١٩٢٣ (أحمد طلعت باشا ومستر برسيفال ومستر مارشال ومستر هل وأحمد عرفان باشا وصالح حقى 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٧ المجموعة ٢٤ رقم ٢٦ ص ٤١ .

بالشفعة الحصة التى 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 الأهلى .

« وحيث انه مع هذا النص سارت المحاكم الأهلية فى أحكامها لغاية صدور قانون الشفعة المعمول به الآن على عدم وجوب هذا العرض وعدم اعتباره مسقطا لحق الشفعة ، وكذلك المحاكم المختلطة فانها سارت فى أحكامها على هذ 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 ، و بعد ذلك صدر أمر عال تاريخه ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة لدى المحاكم الأهلية ، ونصوصه بمطابقة تمام المطابقة لقانون المحاكم المختلطة الذى حضرته الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، أى أن قصد الشارع لم يتغير فى كلا القانونين .

« وحيث ان جميع أحكام المحاكم المختلطة مجمعة كما سلف الذكر على عدم وجوب العرض الحقيقى ، وأن عدم حصوله غير مسقط لحق الشفعة ، ولا فرق فى 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 الفرنسى المقابلة للمادة ٤٦٢ من القانون المدنى الأهلى ، اذ أجمعوا على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشترى ليس بواجب حتما ، ولا يؤدى عدمه الى سقوط الحق فى الطلب .

« وحيث انه بالرجوع الى المادة ١٤ من قانون الشفعة يتبين من نصها أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها

قانونا ، ولم يأت بهذه المادة الزام بالعرض الحقيقى ، ولا نص صريح بما يترتب من النتائج على عدم هذا العرض .

« وحيث ان كل ما جاء من المسقطات فى 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 فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته . (وثانى المسقطات) ما جاء بالمادة ٢١ من وجوب اشتمال التكليف الرسمى المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا ، مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه و بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى والا عد التكليف لاغيا . (و ثالث المسقطات) ما جاء بمادة ٢٢ من سقوط الحق فى الشفعة بعد مضى ستة شهور من يوم تسجيل عقد البيع . ولم يأت بالصراحة نص خاص بسقوط الحق عند عدم العرض الحقيقى .

« وحيث انه من المقرر قانونا أن سقوط الحقوق لا يحكم به الا بناء على نص صريح فى 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 المدنى أنه اذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات تبرأ ذمة المدين بعرض الدين على الدائن عرضا حقيقيا بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات ، وعلى مقتضى نص هذه المادة لا تتم البراءة من الدين ولا يعفى المدين من سريان فوائده والمصاريف الا بعد عرض الدين عرضا حقيقيا وايداعه بخزانة المحكمة على ذمة الدائن ، تطبيقا للأصول المقررة بقانون المرافعات فى باب عرض الدين على الدائن ، مادة ٦٨٥ وما بعدها .

« وحيث انه مما يؤيد التفسير المتقدم الذكر أنه لو ألزم الشفيع بعرض الثمن عرضا حقيقيا فى الميعاد القانونى ، واستلمه المشفوع منه ، وكان الشفيع يطعن فى مقداره بأنه زائد عن الحقيقة زيادة صورية ، وثبتت صحة طعنه وأحقيته فى

استرداد ما دفعه زائدا ، فقد يكون المشفوع منه فى حالة عسر لا تمكنه من رد ما أخذه بغير حق ، وفى ذلك مضرة بالشفيع بغير مقتض قانونى . وقد يتفق أن الشفيع مع علمه بالبيع يجهل شروطه ومقدار الثمن وملحقاته لعدم اعلانه بها من المشترى ، وفى تكليف الشفيع بوجوب العرض الحقيقى صعوبة ، ان لم تكن هناك استحالة ، فى القيام به .

« وحيث انه بناء على جميع ما تقدم يتبين أن عدم عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشترى غير مسقط لحق الشفيع ، لعدم النص القانونى الصريح فى ذلك . فالقول بسقوط حق الشفعة لعدم العرض الحقيقى فيه مجازفة ومساس بالحقوق بغير نص صريح . على أنه لو كان المرجع فى الأمر قاصرا على احتمال كون طالب الشفعة قد لا تكون دعواه جدية ، ولا يقوم بدفع الثمن وملحقاته عند القضاء بالشفعة ، فالقاضى اذا ما تبين له من ظروف الدعوى فى خلال نظرها عدم احتمال جديتها أن يقرر من باب العدالة ومراعاة لصالح المشترى تكليف الشفيع بايداع الثمن والمصاريف بخزانة المحكمة فى ميعاد يعينه ، وان تأخر عنه يعد طلبه غير جدى ، وصالحا للرفض ، وله أيضا أن يحدد بناء على طلب المشفوع منه ميعادا فى الحكم لدفع الثمن والملحقات ، وان تأخر الشفيع عنه يسقط حقه فى الطلب » .

٢٨٤ — استقرار الأحكام — وقد استقرت الأحكام على ما قررته الدوائر المجتمعة [1] .

---

(١) راجع استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ مرجع القضاء ٤٧٢٢ . وقد جاء فى هذا الحكم : « وفيما يتعلق ببطلان الاجراءات استنادا على أن ابداء المستأنفة رغبتها بأخذ العقار بالشفعة لم يكن مصحوبا بالثمن الواجب عرضه عرضا حقيقيا فعليا ، فان الثابت أن القضاء اتفق أخيرا فى أحكامه على أنه ليس من الضرورى لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا ، بل يكفى أن يظهر الشفيع استعداده لدفع الثمن وملحقاته . وثابت فى 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 العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٨ : ليس بلازم كما استقر عليه القضاء الزام الشفيع بعرض الثمن عرضا حقيقيا ، ويكفى فى ذلك استعداده لعرض ما يعتقده أنه الثمن الحقيق ، سواء وافق بعد ذلك ما أخذت به المحكمة أو لم يوافق ، فاذا لم يستطع المشترى (المشفوع منه) اقامة الدليل على أن الشفيع كان يعلم حقيقة الثمن ولم يظهر استعداده لعرضه فلا يقبل منه =

وقد أقرت محكمة النقض والابرام هذا الرأى فى كثير من أحكامها . وفيما يلى ما قالته فى حكمها الصادر فى ٣١ من يناير سنة ١٩٤٦ (١) .

« وحيث ان ما سبق من حجج تأييدا للرأى القائل بوجوب العرض الحقيقى فى الشفعة حاصله أن كلمة عرض ليس لها فى القانون غير مدلول واحد هو العرض الحقيقى 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 طلب الشفعة بغير حاجة الى التصريح به أو النص عليه فى طلبها فان 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 فى كل منهما من أخذ العقار رغما من ارادة صاحبه ، ومتى كان الأمر كذلك فان الشفيع واجب عليه ما هو واجب على نازع الملكية من ايداع الثمن اذا لم يقبله المشترى بعد عرضه ، أما أن يعفى المشترى من العرض ومن الايداع اذا رفض العرض فذلك فيه ما يعين على المضار بة والاتجار بحق الشفعة .

= الدفع بسقوط حق هذا الشفيع .

واستئناف مصر ١٢ يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٦٢٥ رقم ٣٠٥ .

واستئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ فى الدعوى رقم ٨٥٤ سنة ٦٢ القضائية . وقد جاء فى هذا الحكم أنه يكفى مجرد استعداد الشفيع لدفع الثمن الى يوم صدور الحكم ، فلا يسقط الحق فى الشفعة ، ولو ثبت أنه لم يتوافر لديه الثمن كله يوم اظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة أو يوم رفع دعوى الشفعة أو بعد ذلك الى أن يصدر الحكم فى الشفعة ، وما دام القانون لا يلزمه بالدفع أو العرض الحقيقى فمن حقه اذن أن يطلب الشفعة وهو واثق بقدرته على دفع الثمن والمصروفات عند صدور الحكم ، ومن حقه أن يتأهب لدفع الثمن وأن يستعد لجمع المال اللازم لذلك فى الوقت الذى يكون فيه ملزما بدفعه (راجع مسقطات الشفعة) .

استئناف مصر ٢٢ مارس ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بخيت 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 لظروف خاصة فى الدعوى ثمنا دون الثمن الحقيقى فهذا لا يعيب طلبه الشفعة ويعتبر عرضا صحيحا للثمن ما دام لم يكن يعلم الثمن الحقيقى للبيع .

وقد اشترط مشروع القانون المدنى الجديد كما رأينا أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيقى للثمن (المادة ١٠١٣ من المشروع) .

(١) فى الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ القضائية (دائرة محمد كامل مرسى بك وأحمد نشأت بك ومحمد المفتى الجزايرلى بك وسليمان حافظ بك ومصطفى مرعى بك) .

« وحيث ان الشارع المصرى قد عنى بالعرض كطريق من طرق الوفاء ، فعقد 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 المقرو به نقدا أو غيره يعرضه عرضا حقيقيا على الدائن على يد محضر 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 — ما ورد منها فى قانون المرافعات وما ورد فى القانون المدنى — هو أن الشارع المصرى قد جرى على وصف العرض بأنه حقيقى كلما كان مراده العرض المبرىء للذمة المقرون بالشىء المعروض ، وهذا يفيد بطريق مفهوم المخالفة أن الشارع نفسه اذا تحدث عن العرض بغير وصف كان مراده عرضا غير العرض المبرىء للذمة المقرون بالشىء المعروض .

« وحيث ان قانون الشفعة اذ 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 و بين أن يكون الاعلان المتضمن له مصحوبا بالمبلغ موضوع العرض . يضاف الى ذلك أن الشفيع لا يصير مدينا بالثمن وملحقاته الا بعد أن يثبت حقه فى الشفعة بالرضاء أو القضاء . فاذا أوجب القانون عليه أن يضمن الاعلان المظهر لرغبتـه فى الأخذ

بالشفعة عرض الثمن وملحقاته فلا يمكن أن يكون مراد القانون حمله على أن يعرض العرض الحقيقى الذى لا يتطلبه القانون الا فى سبيل براءة ذمة العارض .

« وحيث ان القول بأن الاستعداد لدفع الثمن مقدر من طبيعة طلب الشفعة ، فاقتضاء العرض مع الطلب يفيد حتما أن العرض يجب أن يكون حقيقيا — هذا القول مردود بأن الأخذ بالشفعة وما يؤدى اليه من حلول الشفيع محل المشترى فى الصفقة التى عقدها يقتضى أن يعرض الشفيع مقابل تلك الصفقة أى ثمنها وهو ركن من أركان البيع الذى يريد الشفيع أن يحل محل المشترى فيه .

« وحيث انه اذا صح تشبيه الشفعة بنزع الملكية لما فى 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 فى صالح طالب نزع الملكية نفس النتائج التى تترتب على تسجيل عقد انتقال الملك ، فلا جرم أن يلزم نازع الملكية بالدفع أو الايداع بعد صدور المرسوم ونشره ، أما الشفيع فلا يتملك العين المشفوعة الا اذا أقر المشترى بحقه أو حكم له القضاء به . هذا وان كان فى اعفاء الشفيع من أن يعرض عرضا حقيقيا الثمن وملحقاته عند اظهار رغبته ما قد يضير المشترى فى بعض الصور أو قد يعين المعسرين على الاتجار أو المضاربة بحق الشفعة ، فذلك كله خليق بأن يتدبره المشرع ، أما القاضى فلا يسعه الا أن يطبق القانون كما هو ، وما دام القانون قد أعفى الشفيع من العرض الحقيقى فلا وجه لالزامه به .

« وحيث انه على أساس ما تقدم يكون العرض الذى تضمنه انذار 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 فى حين أن الثمن كان أربعة آلاف وخمسمائة جنيه فذلك لا يقدح فى صحة العرض من حيث موضوعه ، ما دام الشفيع قد عرض على ما اعتقد أنه الثمن الحقيقى ، وما دام هو قد شفع عرضه هذا باستعداده لدفع الثمن الذى يثبت أمام القضاء أنه دفع فعلا » .

وجاء فى حكمها الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ : ان القانون لم يشترط لصحة طلب الشفعة أن يقوم الشفيع بدفع أوايداع الثمن المسمى فى العقد والملحقات التى يدعيها

المشترى ، كما أنه لم يجعل من مسقطات الشفعة امتناع الشفيع عن الدفع أو الايداع بعد تكليفه بذلك من المشترى ، ولم يكن من المعقول أن يحتم القانون شيئا من ذلك ، لأن فيه ارهاقا للشفيع بلا مقتض واعانة للمشترى على التحكم فى الشفيع . فمتى قام الشفيع بما يفرضه عليه القانون فى المواعيد التى عينها من اعلان 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 المشترى 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 يغنى عن عرض الثمن ؟ — للأخذ بالشفعة شروط قررها القانون ، منها ، كما تقدم ، أن يعرض الشفيع الثمن الوارد فى العقد وملحقاته بغير قيد ولا شرط ، أو أن يظهر استعداده لدفعه عند اثبات صحته . فاذا لم يقم الشفيع بما فرضه عليه القانون ، بل قيد رغبته فى الأخذ بالشفعة بأن يعترف المشترى بدين يدعى أنه له فى ذمة البائع ، و بأن يقبل خصم الدين من الثمن ، ولم يعرض فى اعلان الرغبة جميع الثمن المقدر فى العقد ، ولم يظهر على الأقل استعداده لدفعه عند اثبات صحته ، كان طلب الشفعة غير مقبول [٢] .

٢٨٦ — عجز قيمة الرهن — قضت محكمة الاستئناف بأنه اذا كان واجبا على الشفيع أن يعرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا فليس واجبا عليه أن يعرض الثمن جميعه اذا كان على العين المبيعة دين لآخر ، وانما يحق له عرض باقى الثمن بعد خصم قيمة الرهن ، لأن المادة ١٣ من قانون الشفعة نصت على أن الشفيع يحل فى الصفقة محل المشفوع منه وفقا لشروط عقد الشفيع [٣] .

---

(١) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٦٦ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠٨ .

ونقض ٢٩ نوفمبر ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٢٢ سنة ١٥ القضائية .

(٢) الاسكندرية ١٨ أكتوبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة محمود حلمى سوكه وامام عيدروس 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 العشرى الأول للمحاماة ١٠٥٤ . وعلقت مجلة =

٢٨٧ — العرض فى حالة 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 فى مقدار الثمن بالنسبة الى الثمن الاجمالى الوارد فى عقد البيع. و يتعين على المحكمة النظر فيما اذا كان العرض لائقا أو غير لائق، ولها الحق للوصول لهذا الغرض فى أن تعين خبيرا لتقدير قيمة الأرض المشفوع فيها، واذا تراءى للمحكمة حينئذ لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحته (١).

٢٨٨ — الثمن الصورى — يجب على الشفيع أن يعرض الثمن الوارد فى عقد البيع. ولكن اذا اتفق البائع والمشترى على زيادة المبلغ فى العقد، فقد اختلفت المحاكم فى مقدار المبلغ الواجب عرضه.

فمنها من رأى أنه يجب على الشفيع أن يعرض الثمن برمته الوارد فى العقد، بما فيه الزيادة التى يطعن فيها، مع حفظ حقه فى اثبات صوريته، 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 المشترى، ولأن حق الدائن هنا عينى على العقار وليس شخصيا على البائع أو المشترى، 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 (القاضى السيد على السيد) المحاماة ١٢ رقم ٤٤٤ ص ٨٩٦ مرجع القضاء ٤٧١٧.

وقد نص مشروع القانون المدنى الجديد، فى 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 فى هذا الحكم أنه يجب =

ومنها من رأى أن العمل بالرأى الأول ربما كان فيه فرصة سانحة للمشترى بها يمنع الشفيع من الأخذ بحقه فى الشفعة ، وذلك بوضعه صورة فى العقد ثمنا باهظا جدا يستحيل على الشفيع أن يحصل عليه ، وان اعلاء ثمن المبيع بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة هو أمر مخالف للقانون ، والمحاكم لم تسمح للمشترى باستعمال طريقة غير شرعية لمنع الشفيع من استعمال حق منحه اياه الشارع بنص صريح فى القانون . وقد رأى هذا الفريق الأخير بناء على ذلك أنه يكتفى بعرض الثمن الذى يعتقده الشفيع صحيحا ، محملا اياه تبعة اثبات صورية الزيادة ، فاذا عجز عن اقامة الدليل على ذلك فلا يعتبر أنه قام بما فرضه عليه قانون الشفعة من عرض الثمن وملحقاته ، ويسقط حقه فى الشفعة ، ولا يفيده أن يعرض بقية الثمن بعد ذلك اذا كان الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٩ من قانون الشفعة قد انقضى (١) .

وقد قضى بأنه اذا عرض الشفيع الثمن الذى يعتقده حقيقيا ، واحتفظ باثبات 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 الثمنين فى خزانة المحكمة على ذمة الدعوى .

(١) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر ألستون) المجموعة ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ .

. استئناف أهلى ١٤ أبريل ١٩١٤ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر دلباغلو 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 المطيعى 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 أباظة 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 فى العقد حقيقى . فاذا 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 ثمنا 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 ، فاذا نازعه المشترى فى مقداره قضت المحكمة

---

(١) أسيوط 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 الشقنقيرى بك) فى الاستئناف رقم ١٢٨ سنة ٦٢ القضائية : ان القانون عند ما أوجب عرض الثمن فانما قصد الثمن الحقيقى الذى تم عليه التعاقد فعلا بين البائع والمشترى ، بصرف النظر عن القيمة الواقعية للعقار المبيع ، والتى قد تختلف قليلا أو كثيرا عن الثمن ، نظرا الى ظروف المتعاقدين من زيادة رغبة المشترى 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 ، فاذا 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 يوجبه 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 يعتقده 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 الحكمة المقصودة من ايجاب عرض الثمن عند طلب الأخذ بالشفعة ، وهى سرعة البت فى أمرها وتقصير مدى النزاع وأمده ، ذلك لأنه لا يتصور قبول البائع أو المشترى 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 التفاهم 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 جاوزت سلطتها وقضت بما لم يطلبه .

بالشفعة بالثمن الذى يتبين لها أنه الثمن الحقيقى [١] .

٢٨٩ — اثبات صورية الثمن — يجوز للمشفيع أن يثبت بالبينة أن الثمن الوارد بالعقد معلى عن الثمن الحقيقى بقصد منعه من استعمال حقه فى الأخذ بالشفعة ، لأن الاثبات بالبينة جائز على ما خالف القانون ، وللمحكمة أن تقضى عليه بدفع الثمن الذى يثبت من شهادة الشهود ومن تقرير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقى [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 الحقيقى . لذلك يجب على القضاة ، كما قررت محكمة الاستئناف [٣] ،

---

(١) نقض ١١ يناير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٧١ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٨٨ .

ونقض أول فبراير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٨٩ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠١ : اذا كان الثابت بصحيفة الدعوى أن الشفيع طلب الأخذ بالشفعة مقابل الثمن الحقيق — على تقديره — وهو مبلغ كذا أو ما يظهر أنه الثمن الحقيقى بالغا ما بلغ ، فعرض الثمن على هذا النحو يعتبر عرضا جديا وليس فيه ما يدل على الرغبة فى المساومة ، بل هو استعمال للحق المخول قانونا للشفيع فى اثبات حقيقة الثمن .

(٢) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر ألستون) 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) الشرائع 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) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٦٥٥ مرجع القضاء ١٢٦٠ .

أسيوط الابتدائية استئناف 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 هلتس نبذة ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٣) استئناف ١٤ أبريل ١٩١٤ المتقدم المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ الشرائع ١ رقم ٢٣٩ ص ١٨٨ .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) ، ١١ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) ، ١٩ يونيه 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 يأمروا بتحقيق ادعاء طالب الشفعة الا اذا وجدت فى الدعوى قرائن تدل على صحته . كأن يتأكدوا من المستندات المقدمة لهم ، أو من خبير معتمد ، من أن العقار لا يساوى أكثر من الثمن الذى يقول عنه طالب الشفعة ، وأنه لا توجد أسباب خاصة تحمل المشترى على شرائه بأكثر من قيمته ، فاذا ثبت ذلك كان قرينة على تلاعب المشترى والبائع واتفاقهما على ضياع حق الشفيع ، فعندها يصح للمحكمة سماع الشهود ، ولا تحكم بمقتضى شهاداتهم 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 يكفى — لاثبات أن الثمن الذى ذكر فى عقد البيع زيد بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة — الحصول على شهادة من البائع تدل على ذلك . وانما اذا تقدمت فى الدعوى شهادة بهذا المعنى فانه يترتب عليها وجود شك عند المحكمة فى 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 . وللمحكمة أن تحلف المشترى اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد فى العقد ودفعه بأكمله الى البائع [١] .

ولا يسوغ للقاضى أن يقبل القرائن الضعيفة اثباتا لصورية الثمن المذكور فى عقد البيع ، بل يجب أن يقوم الدليل على صورية الثمن بطريقة لا تدع مجالا للشك [٢] .

٢٩٠ — ولا يقبل من الشفيع عرضه دفع الثمن الوارد فى 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 بخيت بك) المحاماة ١٨ ص ٦٣٠ رقم ٣٠٩ : اذا لم تبين الوقائع التى يستند اليها لاثبات صورية عقد البيع الثانى لمناقشتها وتقدير قيمتها ومعرفة مدى تأثيرها فلا محل لتحقيقها .

مشترطا أن يثبت المشفوع منه جديته [١] .

٢٩١ — طلب الأمر بالشفعة بالثمن الذى تثبت صحته — طلب شخص الحكم له باستحقاقه لأخذ أرض بالشفعة بالثمن الحقيقى لها وقدره كذا ، مدعيا أن الثمن الوارد بالعقد صورى لا يحتج به عليه ، وطالبا اثبات صحة الثمن بالبينة . ودفع المشترى الدعوى بأن الثمن المذكور بالعقد حقيقى ، وأن الشفيع مع علمه بالبيع وشروطه وثمنه لم يرفع الدعوى فى الميعاد القانونى . 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 الحقيقى . وقد قررت محكمة النقض والابرام أن هذا الحكم لا يعتبر أنه قد قضى للمدعى بما لم يطلبه ، ولو أنه لم يكن طلب على سبيل الاحتياط الحكم له باستحقاقه لأخذ الأرض بأى ثمن آخر تثبت صحته ، بل هذا الطلب يكون ملحوظا ومتعينا افتراضه لدخوله تحت عموم طلب المدعى الشفعة بالثمن الحق [٢] .

٢٩٢ — هل للمشفوع منه اثبات أنه الوارد فى العقد أقل من الثمن الحقيقى — قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه وان جاز للشفيع أن يثبت أن الثمن المدون فى عقد البيع تضمن زيادة فى الثمن لتعجيزه عن طلب الشفعة فان المشفوع منه لا يجوز له أن يثبت أن الثمن الذى ذكره فى العقد أقل من الثمن الحقيقى ، حتى لو أبرز مستندات صادرة من بائعه تثبت أن الثمن الحقيقى يزيد على الثمن الوارد بالعقد ، وأن انقاص الثمن كان الغرض منه الهرب من دفع الرسوم الحقيقية اضرارا بمصلحة الخزانة .

وقضت أيضا بأن المشترى 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 العشرى الرابع رقم ١٣٠٧ .

أن القضاء لم يحكم له الا بالثمن الوارد فى العقد [١] .

٢٩٣ — ملحقات الثمن — يجب على الشفيع أن يعرض ملحقات الثمن légitimes accessoires du prix ، وهى المصروفات الرسمية les frais et loyaux coûts ، أى مصروفات العقد ، ومصروفات التسجيل ، اذا كان العقد قد سجل [٢] ، والسمسرة التى دفعها المشترى المطلوب الأخذ منه بالشفعة [٣] ، وكل المصروفات التى اضطر المشترى لدفعها للحصول على مشتراه . وليس للشفيع أن يعترض على القيمة التى 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 المشترى عملا بنص المادة ١٣ من قانون الشفعة لا يسد على الشفيع باب المناقشة ولا يأخذ عليه مسالك الاعتراض فيما لا يروقه من الشروط التى اشترطها البائع على المشترى والتى 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 فى ذلك على البائع أو المشترى ما دامت الكلمة الأخيرة فيه للقضاء [٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٦ .

(٢) وخصوصا أن الشفيع لا يدفع عند الحكم له رسم تسجيل جديدا .

راجع دمياط الجزئية (القاضى أحمد فؤاد) المحاماة ١١ رقم ٣٣٢ ص ٦٦٨ . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان المدعى عاون فى الحكم بمصاريف التسجيل بحجة أنه يمكن المدعى عليها الأولى استردادها .

« وحيث ان هذا القول غير صحيح ، اذ لا يمكن رد رسم التسجيل بأى حال من الأحوال ، وبالعكس فان رسم التسجيل الذى دفعته المدعى عليها الأولى قد أعفى المدعى من دفع رسم جديد على حكم الشفعة ، أى أن ملزومية المدعى بدفع رسم التسجيل ناشئة أولا من أنه من ملحقات الثمن الواجب ردها ، وثانيا لأنه يستفيد منه شخصيا ، اذ سيعفيه عن دفع رسم جديد كما تقدم ، وقد أفتى قسم القضايا بذلك (راجع فتوى قسم القضايا المؤرخة ٢٥ نوفمبر ١٩٢٤ والمبلغة للمحاكم فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٢٣) ، ٦ يونيه 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 التى فرضت على السمسار لمصلحة المشترى ، ولكن بسبب الشفعة لم يقم السمسار بوكالته بتمامها . فانه لا يكون للسمسار أن يستولى على المبلغ المعين ، بل على تعويض يترك تعريفه للقاضى على حسب قواعد الوكالة ، وهذا المبلغ هو الذى يجب على الشفيع دفعه (١) .

واذا ذكر المشترى باتفاقه مع البائع له فى عقد البيع ثمنا أكثر من الثمن الحقيقى الذى اشترى به فلا يلزم طالب الشفعة الا بمصروفات التسجيل بنسبة الثمن الحقيقى (٢) .

وقد حكم بأنه لا يعتبر عرضا غير كاف العرض الحاصل من الشفيع شاملا الثمن وجزءا من المصروفات والملحقات التى لم تكن قيمتها معروفة له ، مع اظهار استعداده لتسوية الباقى 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 برسيفال ومحمد شكرى باشا) الشرائع 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 شيئا فى مقابل الملحقات ولم يعينها وفوض الرأى للمحكمة فى تقديرها — هذا الدفع لا يقوم على أساس قانونى صحيح لأنه يؤخذ من الاطلاع على انذار الرغبة وصحيفة دعوى الشفعة أن الشفيع عرض الثمن وما يلحق به قانونا بصريح العبارة ، وهذا كل ما يتطلبه القانون . أما عدم بيان هذه الملحقات فراجع الى جهله مفردات هذه الملحقات ومقدارها ، وهو معذور فى الجهالة ، لأن الذى صرفها هو المشفوع ضده ، وهو الذى يعرف أقلامها ، وحتى اذا أنذر الشفيع وذكر قيمة هذه الملحقات فى انذاره فليس الشفيع ملزما 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 ، فان ما رأته من ذلك لايخضع لرقابة محكمة النقض [١] .

ولا يدخل ضمن مصروفات العقد الرسمية ، أى ضمن ملحقات الثمن الواجب دفعها قانونا ، مصروفات القرض العقارى l'emprunt hypothécaire التى اضطر المشفوع منه الى دفعها للحصول على المبلغ اللازم لأداء الثمن والتعويض الذى ألزم بدفعه للمقرض مقابل أداء المبلغ المقترض قبل ميعاده [٢] .

٢٩٤ — المصروفات الضرورية أو النافعة — يلزم الشفيع بالمصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها المشترى ، 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 الضرورى أن تعرض مع الثمن وملحقاته ، لأنها ليست داخلة فيها ، ولم تعمل الا بعد الشراء [٣] .

٢٩٥ — الدفع بعدم عرض الثمن لأول مرة أمام محكمة النقض — كل دفع لا يكون متعلقا بالنظام العام ولا داخلا فى عموم ما طلب المدعى الحكم به لاتستطيع محكمة الموضوع أن تتعرض له من تلقاء نفسها . فاذا لم يدفع لدى هذه المحكمة بسقوط حق الشفيع فى الشفعة لعدم قيامه بعرض الثمن الوارد بعقد الشراء على المشترى حين عرض عليه رغبته فى أخذ الصفقة بالشفعة ، فهذا الدفع لايجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنه من جهة ليس من أسباب النظام العام ، ومن جهة أخرى لايدخل 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 فى الأخذ بالشفعة .

وهذا الميعاد مذكور فى الفقرة الثانية من المادة ١٩ التى تقرر أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » .

ويلاحظ النص الفرنسى 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 لايوجد 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 يونيه ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ المحاماة ١٦ ص ٢٧٧ رقم ١١٥ مجموعة القواعد المدنية ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ .

(٣) استئناف مختلط 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 المشترى الى الشفيع (المادة ١٠١٠) .

وقد قررت محكمة النقض والابرام أن العبرة فى علم الشفيع بالبيع العلم الذى يحاج به هى بوقت حصول البيع . فاذا قرر المجلس الحسبى الموافقة على بيع جانب من أرض القاصر ، وعلم الشفيع بهذا القرار ، ثم شفع فى الأرض المبيعة بعد يومين من تاريخ البيع الحاصل من الوصى بناء على قرار المجلس الحسبى ، فان الشفيع لايحاج بعلمه بذلك القرار (١) .

والعبرة فى احتساب مدة اظهار الرغبة فى الشفعة هى بحصول الاعلان الى البائع والمشترى ، لا بتقديمه لقلم المحضرين . وقد فصلت فى ذلك محكمة النقض ، حيث قالت ان قانون الشفعة اذ نص فى المادة ١٤ على أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر و يكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » . واذ نص فى المادة ١٩ على أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى 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 والمشترى بورقة على يد محضر فى ميعاد خمسة عشر يوما يبدأ من تاريخ العلم بالبيع والا سقط حقه فى الشفعة ، كما أنه يكون قد دل على أن العبرة فى انتهاء الميعاد هى بحصول الاعلان فعلا الى البائع والمشترى ، لا بتسليم ورقة الاعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٤ المذكور صريح فى وجوب الاعلان ، والاعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين ، وانما يكون بالطريق المقررة له فى قانون المرافعات . و يؤكد هذا النظر ما جاء فى آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ من أنه « يزاد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوما) عند الاقتضاء ميعاد المسافة ، مما يقطع بأن المقصود باظهار الرغبة هو بالاعلان ، أى بتسليم الورقة للمعلن اليه أو فى محله على حسب الأصول المرسومة فى القانون ، اذ لو كان يكفى مجرد التسليم لقلم المحضرين لما كان هناك محل للنص 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 ص ١٠٧١ المحاماة ١٦ ص ٨٨٢ رقم ٤٠٣ ملحق القانون والاقتصاد ٦ رقم ٤٢ ص ١٥٧ .

هذا التسليم بذاته ليس فيه أى اعلام للخصم [١] .

٢٩٨ — ميعاد اعلان الرغبة بالنسبة الى عقد البيع الابتدائى — قد تقدم القول بأنه اذا كان عقد البيع قابلا للعدول عنه نظير دفع تعويض فلا يمكن أن يتولد عنه حق الشفعة [٢] . وعليه لايبدأ ميعاد سقوط الحق فى الشفعة فى هذه الحالة بسبب العلم بالبيع الا من تاريخ العقد النهائى ، وليس من تاريخ العقد الابتدائى [٣] .

٢٩٩ — اعلان الرغبة فى البيع المعلق على شرط — من رأينا كما تقدم [٤] جواز الشفعة فى البيع المعلق على شرط ، سواء أكان الشرط واقفا أم فاسخا . ولكن متى يبدأ ميعاد اعلان الرغبة ؟ أيبدأ 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 لايبدأ ميعاد اعلان الرغبة من وقت العلم بالبيع ، بل من وقت العلم بتحقق الشرط . لأنه قبل تحقق الشرط لايكون 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 فى الخمسة عشر يوما التالية لعلمه بالبيع . ولكن يرد على ذلك بأن الشفيع لا يمكن أن يعتبر عالما بالبيع قبل تحقق الشرط ، ولا عبرة بالأثر الرجعى الذى يفترضه القانون لتحقق الشرط ، لأن ذلك لا يغير من حالة الشفيع الذى لا يعتبر

---

(١) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٣٦ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٣٤ .

(٢) راجع ما تقدم بند ١٩٥ .

(٣) استئناف مصر الأهلية ١٤ فبراير ١٩٢١ (دائرة مستر برسفال ومستر كلابكوت وأحمد زكى أبو السعود بك) المحاماة ٢ رقم ١١ ص ٢٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٠ المجموعة ٢٣ رقم ٤١ ص ٦٥ مرجع القضاء ١٣٢٢ .

بنى سويف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكى خير الأبوتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ .

(٤) بند ١٨٧ .

عالما بالبيع الا اذا وقع البيع وانتقلت فيه الملكية ، أما قبل ذلك فلا تنتقل الملكية الى المشترى كما تقدم .

أما بالنسبة الى البيع المعلق على شرط فاسخ فان 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 المشترى اذا قضى له بالشفعة . واذا تحقق الشرط وفسخ البيع فان هذا لايغير شيئا ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع من الشفيع ، كما كان يسترده من المشترى لو لم يؤخذ المبيع بالشفعة .

ويرى رأينا الأستاذ زكى العرابى باشا فيقول[١] بجواز الشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ ، وأن الميعاد فى البيع المعلق فسخه على شرط يحتسب من يوم العلم بالبيع بدون انتظار نتيجة الشرط ، وفى 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 لايوجد بيع ، بل هذا شىء قد يكون وقد لايكون حسب الأحوال ، والى تحقق الشرط يكون حصول البيع مشكوكا فيه ، ولا يصير حقيقيا الا بتحققه » . ولكن الأستاذ العرابى باشا يضيف الى ما تقدم : « ومع هذا فللشفيع أن يطلب بمجرد العلم بالبيع ، ولكن لايقضى 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 فى ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة ، والا سقط حقه ، ويجب على المحكمة أن تحكم على وجه السرعة . ولا يوجد فى القانون ما يجيز وقف الحكم فى دعوى الشفعة حتى يتحقق الشرط[٣] .

---

(١) نبذة ٩٦ ونبذة ٩٧ .

(٢) نبذة ٩٦ ص ٥٩ .

(٣) وللأسباب التى تقدمت لا نوافق على حكم النقض الصادر فى ٣ من أبريل سنة ١٩٤٧ (فى الطعن رقم ٦٢ سنة ١٦ القضائية) والذى جاء فيه : ان القانون اذ جعل البيع سببا للشفعة =

٣٠٠ — اعلان الرغبة فى بيع الوفاء — بيع الوفاء هو بيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع (المادة ٣٣٨/٤٢١ من القانون المدنى)، ويكون فيه البائع مالكا تحت شرط واقف، وهو شرط خيار الاسترداد، ويكون المشترى مالكا تحت شرط فاسخ. ولا فرق بين بيع الوفاء وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط وعدم تحققه معين الأجل كما تقدم [١]. وقد قلنا بجواز الشفعة فيه [٢]. أما ميعاد اعلان الرغبة فيسرى بالتفصيل الذى ذكرناه فى النبذة السابقة.

٣٠١ — اعلان الرغبة فى البيع الفاسد — البيع الفاسد أو الباطل بطلانا نسبيا يكون صحيحا بادئ 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 المشترى. فاذا لم يتأيد البيع وفسخ، فان الشفعة تسقط معه، ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع فى مواجهة الشفيع، كما كان له ذلك فى مواجهة المشترى.

٣٠١ مكررا — فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير Déclaration de command ou élection d'ami — وهو البيع الذى يقرر فيه المشترى أنه يشترى لنفسه أو لشخص آخر يحتفظ باسمه مؤقتا. وحكمته أن المشترى الحقيقى قد تكون له مصلحة فى اخفاء اسمه. وقد تضمنت المادة ٦٥٨/٥٧٦ من قانون المرافعات فيما يتعلق بالبيوع القضائية أن كل مشتر له أن يحضر فى الجلسة ويزايد لحساب نفسه أو لحساب غيره، ولا يجب عليه فى الحالة الأخيرة أن يبين أنه يزايد

= وجعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد تمام انعقاد البيع على العين 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 فى الحال كغيره حق الشفيع فى طلب الشفعة وتسرى عليه مواعيد السقوط ولكن لا تجب له الشفعة ولا يأخذ العين المشفوعة الا بانقضاء 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 يشترى 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 المشترى لقطعة أرض احتفظ فى عقد الشراء « بالحق فى التنازل عن هذا العقد لأى شخص يريده بدون توقف البائع و بدون احتياج للحصول على قول منه و بأن له أيضا الحق فى ادخال أى شريك معه » ، ولما طلب جاره الأخذ بالشفعة دفع المشترى بسقوط الشفعة لفوات ميعاد ابداء الرغبة لعدم اعلانه شركاء المشترى 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 مشترين آخرين ، وقال انه بفرض جوازه فان عقد المشترى لا يفيد هذا النوع من البيع . وقد قررت محكمة الاستئناف عند ما طرح عليها هذا النزاع أن نص عقد المشترى لا يدع مجالا للتردد فى أن المراد منه هو أن يحتفظ المشترى 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) لايستقيم الا على أساس وكالة المشترى الأول عن المشترى الثانى وكالة فعلية أو مفترضة فانه فى الدعوى المعروضة قد أكد المشترى الأول فى انذاره المعلن الى الشفيع أنه وقت أن تعاقد كان يعمل بحسبانه وكيلا عن المشترى الآخر . ويتفرع عن قيام الوكالة أن المشترى الأول كان يمثل المشترى 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 المشترى الأول تنصرف حتما الى من وكله اذا كانت الصفقة كلها لحساب الموكل ، أو تنصرف اليه والى موكله اذا تقاسمها . ولا مفر من

(١) راجع كتاب البيع لأحمد نجيب الهلالى باشا فبذة ٢٠٣ ص ١٢٥ وما بعدها — والطبعة الثانية منه بالاشتراك مع الدكتور حامد زكى نبذة ٥٥ ص ٥٥١ .
استئناف ٢٦ فبراير ١٩٠٧ فى الاستئناف رقم ٦١٨ و ٦٤٨ سنة ٦٣ القضائية .

التسليم بهذه النتيجة . لأن المشترى الأول اما أن يكون وكيلا فحسب أو يكون وكيلا ومشتريا ، وفى كلتا الحالتين تبدو صفة الوكالة مهما استترت . لأن فى ثنايا شرط اختيار الغير ما يشف عنها و يشير اليها . ومتى كان المشترى الأول يجمع بين الوكالة والاصالة فان توجيه الانذار اليه شامل للصفتين جامع لهما . والمشترى الأول حينما يتلقى الانذار فانما يتلقاه باعتباره أصيلا و وكيلا . والقول بغير ذلك يؤدى الى تجريد المشترى الأول من صفة الوكالة ، لا لشىء سوى ابطال مفعول انذار الشفعة ، مع ما فى هذا التجريد من تحد لارادة المشترى الأول والمشترى الثانى ، وقد انعقدت الوكالة بينهما لغرض معين ، وهو شراء العين المشفوع فيها . وأضافت محكمة الاستئناف الى ما تقدم أن العلم الذى حمله الانذار الى الشفيع كان علما ناقصا ، اذ هو لم ينقل اليه أسماء جميع المشترين ، بل نقل اليه أسماء بعضهم دون البعض الآخر ، والعلم الذى تسقط به الشفعة هو العلم التام الذى لا يشوبه نقص . ولم يتوفر للشفيع أسماء جميع المشترين الا بالانذار الموجه اليه أخيرا ، وعلى أثره أدخلهم الشفيع جميعا فى دعواه فى خلال الخمسة عشر يوما ، وكان ذلك تزيدا منه ، ذلك لأن الشارع فى المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة نص صراحة على أن « كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة لا يسرى على الشفيع » . فمهما تكن الحقوق التى يقول المشترى الأول انها آلت لباقى المشترين ، لأنه كان قد اشترى لحسابهم ، فيكون لشرائهم أثر رجعى — كل هذه الحقوق لا تسرى على الشفيع ولا يواجه بها ، اذ هى لم تخرج عن حقوق قبلها المشترى فاكتسبها الغير ضده ولم تكشف للشفيع الا بعد تسجيل انذاره . والقول من جانب المشترين بأنه كان على الشفيع أن يجدد اجراءات الشفعة مبتدئا باظهار رغبته من جديد فى خلال الخمسة عشر يوما كلما عن لهذا المشترى الأول أن يدخل مشتريا جديدا بمقولة انه كان قد اشترى لحسابه وان لشرائه أثر رجعى — هذا القول لا يتفق مع نصوص القانون ، و يترتب 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 أيا كان نوعها وأيا كان مصدرها [١] .

٣٠٢ — احتساب ميعاد اعلان الرغبة — وفقا للقاعدة العامة لا يحسب من الميعاد اليوم الأول الذى حصل فيه العلم dies a quo ، بما أن الشارع لم ينص فى قانون الشفعة على خلاف هذه القاعدة [٢] .

ويحسب اليوم الأخير [٣] .

فللشفيع أن يظهر رغبته باعلان هذه الرغبة فى اليوم الخامس عشر [٤] .

واذا وقع اليوم الأخير من الخمسة عشر يوما المعينة لاظهار الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى يوم عطلة رسمية امتد الميعاد الى اليوم الذى يليه [٥] .

---

(١) استئناف ٢٦ فبراير ١٩٤٧ (دائرة عبدالعظيم الشقنقيرى بك ومحمد حسين العزارجى بك واسكندر حنا بك) فى الاستئناف رقم ٦١٨ و ٦٤٨ سنة ٦٣ القضائية .

(٢) راجع المادة ١٨/١٦ مرافعات : « اذا كانت الورقة المعلنة للخصم مشتملة على طلب حضوره فى ميعاد مقدر بالأيام أو على التنبيه عليه باجراء أمر ما فى ذلك فلا يدخل يوم الاعلان فى الميعاد المذكور » .

دى هلتس ١١٥ .

استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ .

نقض ٢٠ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ المحاماة ١٦ رقم ١١٥ ص ٢٧٧ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ ، وقد جاء فيه أن المادة التاسعة عشرة ، اذ نصت على أن اظهار الشفيع رغبته يكون فى خلال خمسة عشر يوما « من وقت علمه بالبيع » ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوما تبتدىء من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبتدىء من اليوم التالى لتاريخ العلم به . راجع ما تقدم نبذة ٢٩٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ : انه وان كان يوم الاعلان فى الشفعة لا يدخل فى حساب المواعيد القانونية فان يوم حلول الأجل المضروب نهاية للميعاد القانونى يجب أن يحسب ضمن المواعيد القانونية .

(٤) راجع ص ٢٩٣ . وقارن ايتاى البارود الجزئية (القاضى محمود حلمى سوكة) ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص ٨٤ الجدول العشرى 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 الذى بعده » .

استئناف ٢١ يناير ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا ومحمد صدقى بك ومستر هل) =

واذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عطلة واحد فلا يعطى صاحب الحق فى 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 الكافة ، حتى الغائبين ، ومن كان غير أهل للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع interruption ولا الوقف suspension .

٣٠٣ — ميعاد المسافة — يزاد على ميعاد الخمسة عشر يوما المذكورة بالمادة ١٩ عند الاقتضاء ميعاد المسافة [٢] . ولم تذكر المادة أية مسافة يزاد ميعادها ، ولكن بما أنها خاصة باعلان ابداء رغبة الشفيع الى البائع والمشترى فتكون المسافة المقصودة هنا هى المسافة بين محل الشفيع ومحل البائع أو المشترى [٣] .

واذا كان اليوم الأخير من ميعاد الخمسة عشر يوما يوم عطلة ، فما يجب زيادته من مواعيد المسافة يحسب بعد اليوم التالى للعطلة [٤] .

= الحقوق ٤ ص ١٠٦ المجموعة ٢٠ رقم ٥ ص ٥ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٠ مرجع القضاء ١٣١٠ .

(١) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وعفيفى عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ .

نقض ٢٠ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ المحاماة ١٦ ص ٢٧٧ رقم ١١٥ ملحق القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ : ان مبدأ القانون فى شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها ، بل انها تسرى فى أثنائها ، وكل ما أجازه القانون بحسب مفهوم المادة ١٨ من قانون المرافعات أن الميعاد اذا وقع آخره يوم عطلة فانه يمتد لليوم التالى ، فان كانت الأيام التالية هى أيضا أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة .

(٢) وقد نص على ذلك أيضا مشروع القانون المدنى الجديد فى المادة ١٠١٠ .

(٣) دى هلتس 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 المشفوع منه .

(٤) نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ ملحق القانون والاقتصاد ٤ رقم ٢٩ ص ٦٣ . وقد جاء فى أسباب الحكم : « بما أنه قد تبين من الحكم المطعون فيه ، ومن الانذار المعلن بمعرفة الطاعن فى ٢٣ فبراير ١٩٣١ بابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة ، ومن الشهادة الرسمية المقدمة منه الدالة على أنه كان وقت حصول هذا الانذار 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 . وباضافة هذا =

٣٠٤ — الخطأ فى حساب الميعاد والرفع بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض — قضت محكمة النقض والابرام بأنه اذا تمسك المشترى بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع فى تاريخ معين ، ودفع الشفيع بعدم العلم التفصيلى بالبيع ، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ ، ورفضت دعوى الشفعة ، ثم طعن الشفيع فى هذا الحكم أمام محكمة النقض بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون فى حساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقررة قانونا لابداء الرغبة فى الاستشفاع ، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت فى حساب هذا الميعاد على مقتضى القانون ، اذ لم تمده لليوم التالى للعطلة ، ولم تضف اليه ميعاد المسافة ، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع ، ولا يعتبر سببا جديدا ، مادام هذا السبب داخلا فى 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 [1] .

٣٠٥ — التكليف الرسمى بابداء الرغبة — تنص المادة ٢١ على أنه :

= اليوم الى آخر الخمسة عشر يوما — التى بدأت من ٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، وهو يوم علم الطاعن بالبيع ، كما قرره الحكم المطعون فيه ، وانتهت فى 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 المطعون ضده فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، قد حصل فى الميعاد القانونى ، ومن ثم يكون الحكم الاستئنافى 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 يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ المحاماة 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 بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو واياه 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 .

« يجب أن يعلن التكليف الرسمى [١] المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا ، وهذه البيانات هى :

أولا — بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه .

ثانيا — بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى » .

« 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°. Une description exacte de l'immeuble soumis à la préemption, avec désignation de sa situation, de ses limites et de sa contenance :

2° L'indication du prix et des charges de la vente, avec désignation des noms, prénoms, professions et domiciles du vendeur et de l'acheteur ».

أى البيانات الكافية الخاصة بالمشترى والبائع ، حتى يمكن الشفيع أن يعلن رغبته اليهما من غير تأخير [٢] .

والثمن الواجب ذكره فى التكليف — والا كان لاغيا — هو الثمن المبين فى العقد . فاذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقى فللشفيع أن يطعن فيه ، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقى ، ولكن يجب عليه أن يبدى رغبته فى خلال الخمسة عشر يوما من وقت التكليف . فاذا كان الثمن المذكور فى التكليف لايطابق الثمن المذكور فى العقد ، أو اذا كانت البيانات الأخرى المشترطة فى المادة ٢١ تخالف البيانات المذكورة فى العقد ، كان التكليف لاغيا ،

---

(١) يقابل عبارة « التكليف الرسمى » فى النص الفرنسى عبارة (mise en demeure) ، وهى ليست ترجمة صحيحة لها .

(٢) دى هلتس نبذة ١١١ . وقد أورد مشروع القانون المدنى الجديد حكم المادة ٢١ من قانون الشفعة فى المادة ١٠١١ بالنص الآتى :

« يشتمل الانذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية والا كان باطلا :

(ا) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

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

ولا يترتب عليه سريان الخمسة عشر يوما المسقطة لحق الشفيع [١] .

والتكليف الرسمى غير لازم [٢] ، فيجوز ابلاغ الشفيع شفهيا ، أو أمام شهود ، أو بكتاب فى البريد ، على أنه اذا أنكر الشفيع وصول الكتاب اليه أمكن المشترى 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 مخولا 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 المشترى 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 يكفى أن يكون قد علم بحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف اسم المشترى [٧] وثمن المبيع وباقى شروط البيع حتى يمكنه أن يقرر رغبته فى الشفعة [٨] .

---

(١) دى هلتس نبذة ١١٢ — استئناف مختلط ١٨ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٢٠) .

(٣) دى هلتس نبذة ١١٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٣ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

(٥) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر ١٩١٦ (١٩ ص ٩) .

(٦) فورجير ص 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 المشترى الى الشفيع (المادة ١٠١٠) .

(٧) استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٩٠) .

(٨) دى هلتس نبذة ١٠٧ .

استئناف ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومسة بترى) الاستقلال ٢ رقم ١٤٦ ص ١٦٧ المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦٦ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ .

وقد بينت المادة ٢١ الشروط التى 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 [1] .

= المنصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ (دائرة فوزى المطيعى بك والقاضى حسن رفعت والقاضى عبد الوهاب عزت) المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ الفهرست العشرية الثانية المجموعة رقم ٩٧٦ الحقوق ٣٣ ص 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 ص 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 التى أراد أن يشفع فيها ، وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية ، وذكرت فى حكمها المصادر والقرائن والدلائل التى اطمأنت اليها فى تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصى ، فلا شأن لمحكمة النقض معها .

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 : يشترط للدفع بعلم الشفيع فى زمن مضى قبل اظهار الرغبة فى الأخذ بالشفعة بأكثر من ١٥ يوما أن تتوافر ثلاثة شروط فى ذلك العلم ، حتى يبدأ سريان المدة القانونية : (الأول) أن يعلم الشفيع بشخص المشترى واسمه علما تاما نافيا للجهالة ، لأن الشفعة انما شرعت لدفع الضرر من جار أو شريك طارىء ، والضرر يتفاوت بتفاوت الأشخاص ، ولا يعتبر الشفيع مسقطا لحقه فى الشفعة الا بعد أن يعلم بشخص المشترى ثم يسكت عن المطالبة بالشفعة . وقد ورد فى المادة ١٤٥ من كتاب مرشد الحيران أنه اذا علم الشفيع باسم المشترى فسلم فى الشفعة ، ثم بان له أن المشترى هو غير من سمى ، فله حق الشفعة . (والثانى) أن يعلم بمقدار الثمن الذى اتفق عليه ، وذلك لأن للشفيع أن يحل محل المشترى فى جميع ما عليه من الالتزامات ، فمن حقه اذن أن يعلم علم اليقين بمقدار الثمن الذى يلزم بدفعه وشروط دفعه قبل المواثبة 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 لا زالت 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 عبدالملك بك وعبد الوهاب عزت بك) المحاماة ١٩ ص ٣٦٨ رقم ١٥٩ .

(١) دى هلتس نبذة ١١١ .

نقض ١٨ يناير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٨٠ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٩٣ : ان العلم المسقط لحق الشفعة فى معنى المادة ١٩ من قانون الشفعة هو العلم بأركان =

ولا يقال ان الشفيع الذى علم بالبيع يلزمه أن يبحث عن معرفة شروطه و بقية أركانه ، فان 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 المشترى بابداء رغبته ، أى العلم التفصيلى بالمبيع وبالثمن وبالشروط الأساسية للبيع ، ذلك العلم الذى يمكن صاحب الحق فى الشفعة من تقرير رغبته فيها أو عنها . فاذا 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 يبن قضاءه الا على أن عقد البيع الابتدائى حصل فى تاريخ كذا وهو لم يظهر رغبته الا فى تاريخ كذا (بعد فوات هذه المدة بشهور) ، وأن البائعين منهم من هم من ذوى قرابته ، والآخرون يقيمون معه فى بلدة واحدة ، وأن البيع قد اقترن بتخلى البائعين عن حيازة العين المبيعة الى المشترين ، وأنه ليس من المعقول والحالة هذه أن يكون الشفيع جاهلا للبيع 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 لايقبل خلافه ، وهى بذاتها لاتكفى 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 والثمن ، 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 لايقبلها ، كما أنه من المقرر قانونا أن الشفيع لايستفيد من اتفاق البائع مع المشترى على تأجيل دفع الثمن كله أو بعضه الا برضاء البائع ، وهذا الرضاء لاعلاقة له بطلب الأخذ بالشفعة ، ولا يتوقف هذا الطلب عليه . وفضلا عن هذا فان من له مصلحة حقيقية فى أخذ المبيع بالشفعة لايتوانى مطلقا فى ابداء رغبته فى الميعاد القانونى ليحفظ حقه من السقوط ، ويستطيع أن يضمن اعلان الرغبة جميع التحفظات التى يرى من مصلحته ابداءها بسبب جهله جميع البيانات المتعلقة بشروط البيع وبحقيقة الثمن ، والمهم فى الأمر أن يعرف الشفيع المبيع الذى له حق أخذه بالشفعة والثمن الذى تم به البيع ، وان تعذر عليه معرفة هذا الثمن كان فى حل من أن يبدى 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 ومسيو سودان 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 أسيوط ١٦ مايو ١٩٣٥ المجموعة ٣٦ رقم ١٩١ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٢ : لايؤخذ الشفيع بعلمه بموافقة المجلس الحسبى على بيع عقار القاصر ، اذ العبرة بوقت حصول العلم . =

البيع مسجلا و يسهل الاطلاع عليه لمعرفة البيع وأحواله ، لأن العلم المسقط للشفعة عند عدم ابداء الرغبة فيها فى خلال خمسة عشر يوما يجب أن يكون علما حقيقيا حاصلا 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 حاصلا من تسجيل عقد البيع . وسنتكلم فيه عند بيان مسقطات الشفعة [٢] .

وقد قررت محكمة النقض أن العلم الذى جعله القانون بداية لميعاد 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 المشترى فسلم فى الشفعة ، ثم بان له أن المشترى هو غير من سمى ، فله حق الشفعة .

المادة ١٤٦ : اذا بلغ الشفيع شراء نصف العقار المشفوع فسلم فى الشفعة ، ثم تحقق له شراء كل المبيع ، فله الشفعة ، وفى عكسه لا شفعة له .

(١) عكس ذلك : أول مايو ١٩١٢ (١٤ س 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 .

المنصورة 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 : (ا) يجب استعمال حق الشفعة بمجرد العلم بالبيع بغض النظر عن العقد الحاصل رسميا أو عرفيا اثباتا له ، ولا يتعلق تسجيل عقد البيع الا بالغير صاحب الحق العينى لا الشفيع الذى ليس له الا حق شخصى . ويستتبع هذا أن ميعاد الخمسة عشر يوما المعينة 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 لفوات ميعاد الانذار أن يثبت علم الشفيع بالشروط الأساسية للبيع . ولا يكفى أن يحاج 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 أخر الطلب عن ميعاده الاعتذار بأنه ما كان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يقترن ، لأن الأصل فى التصرفات أن تكون خالية من هذه الشروط [١] .

٣٠٧ — اثبات العلم — يكون من الصعب فى كثير من الأحوال تعيين الوقت الذى يعلم فيه الشفيع بالبيع ، وهو الذى يبدأ منه ميعاد الخمسة عشر يوما التى يسقط بعدها حق الشفعة اذا لم يقرر الشفيع رغبته فيها كما تقدم [٢] .

والذى عليه اثبات العلم هو المدعى عليه فى الشفعة ، ويمكنه أن يثبته بجميع طرق الاثبات [٣] ، بما فى ذلك الاثبات بالبينة ، فقد جاء فى المادة ٢٠ :

« يجوز اثبات . . . العلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة فى القانون بما فيها الاثبات بالبينة » .

« Le fait de la... connaissance de la vente (pourra être prouvé) par tous les moyens légaux et même par témoins » .

ويجوز استخلاص العلم من قرائن الأحوال [٤] ، ككون الشفيع والمشترى جارين و بينهما قرابة وكون المشترى أدار حركة العين ادارة ملك ونقل التكليف لاسمه ودفع الأموال [٥] .

---

(١) نقض ٢٦ ديسمبر ١٩٤٦ فى الدعوى رقم ٣ سنة ١٦ القضائية .

(٢) دى هلتس نبذة ١٠٦ .

(٣) راجع استئناف أهلى ٢٦ فبراير ١٩٠٧ (دائرة أحمد زيور بك ومستر ألستون ومستر ايموس) الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ المحاكم ٢٠ رقم ١٢٧ ص ٤٢٢٦ — وقد جاء فى هذا الحكم : لايحتم القانون على المحكمة وجوب توجيه اليمين الى الشفيع عند طلبها فى شأن علمه بالبيع ، بل الأمر موكول لسلطة المحكمة تتصرف فيه تبعا 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 هلتس 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 الخصوم بعضهم مع بعض الوقت الذى لابد أن يكون قد علم الشفيع فيه بالبيع والمدة التى تراها كافية فى حالة سكوته لرضاه بالبيع ، وتقضى اذ ذاك بسقوط حقه فى الشفعة أو ببقائه .

راجع أيضا استئناف ١٠ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢٩٤ ، ٢٥ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢١٨ .

استئناف مختلط ١٤ يونيه 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 فى المنزل يوم البيع لا يكفى فى اعتباره عالما بالبيع وبالمشترى وبالثمن [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 يكفى علم وكيل الشفيع أو نائبه بالبيع لسقوط حق الشفيع اذا كان هذا الأخير يجهله [٤] .

وحكم أيضا بأنه لا محل لاحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات علم الشفيع بالبيع قبل الطلب بأزيد من خمسة عشر يوما اذا كان المشترى عرض على الشفيع تسليمه العين وطلب هذا الأخذ بالشفعة فى الميعاد القانونى ، لأنه بذلك يكون قد حدث

= أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضى فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ .

وقد قضت محكمة أسيوط الابتدائية فى ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ المحاماة ٩ ص ٤٣٤ مرجع القضاء ٤٧٧٣ بأن القرابة وحدها ليست بقرينة قاطعة فى مسألة العلم ، وخصوصا أن الشفيعة سيدة وقد تجهل مثل هذه التصرفات مدة من الزمن حتى يذاع أمرها ويعرفها سائر الناس ، لا سيما مع ما تمسكت به من أنها ليست مقيمة مع البائعين وكون البيع حصل فى أسيوط .

(١) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظه) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ .

(٢) راجع دى هلتس نبذة ١٠٩ .

(٣) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر ١٨٩٨ (دائرة محمد مجدى بك ويحيى ابراهيم بك ومستر ألستون) الحقوق ١٤ ص ١ القضا ٦ ص ٧٣ .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ يناير ١٩٠٣ (١٥ ص ١٢١) ، ٢ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ ص ١٠٥ رقم ١٠٤ .

وراجع نقض ٢١ مايو ١٩٣٦ المجموعة ٣٧ رقم ٢٣١ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة ١٣٠٣ : اذا اعتمدت محكمة ثانى درجة فى قضائها برفض طلب الشفعة فى المقدار المبيع على أن الشفيع قد علم شخصيا بحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة فيما يبع حتى انقضت المواعيد القانونية ، وعنيت المحكمة بسرد المصادر والدلائل والقرائن التى أوجدت عندها العقيدة بقيام هذا العلم الشخصى ، وكان من ضمن تلك القرائن علم محامى الشفيع ، ذلك العلم الذى كان له أثره فى تكوين عقيدة المحكمة مضافا الى سائر الدلائل لا منفردا بنفسه ، كان حكمها الذى اعتمدت فى اصداره على علم الشفيع نفسه لا على علم وكيله سليما من الخطأ فى القانون .

ايجاب وقبول بنى عليهما تمام العقد ، وعليه فلا يصح للمشترى الرجوع فيما تم [١] .

وقد قررت محكمة النقض والابرام أن العلم المسقط لحق الشفعة فى معنى المادة ١٩ من قانون الشفعة هو العلم الواقعى بجميع أركان البيع (ومنها البائع اذا كان واحدا أو البائعون جميعهم اذا تعددوا) ، وهذا العلم بالذات هو الذى يجب على المحكمة أن تتحراه وأن تقيم على ثبوته حكمها بسقوط حق الشفيع ، الا أن يكون قد انقضى على تسجيل عقد البيع ستة شهور من تاريخ تسجيله طبقا للمادة ٢٢ ، اذ أن حق الشفعة يسقط فى هذه الحالة بغير حاجة الى اثبات العلم الواقعى [٢] .

وقضت بأن واقعة العلم بالبيع فى دعاوى الشفعة مسألة موضوعية تستخلصها محكمة الموضوع مما فى الدعوى من دلائل وقرائن يصح أن تؤدى اليها عقلا . فاذا استخلصت المحكمة من الدفع لسقوط الحق فى 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 فى وقت معين ، كان استخلاصها هذا سائغا عقلا [٣] .

٣٠٨ — طلب الشفعة اللاحق. — طلب الشفعة اللاحق لا يعتبر متمما للطالب السابق الا اذا قدم فى 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 فى الطلب. — اذا أبدى الشفيع 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 ألستون وأحمد طلعت بك) الحقوق ٢١ ص ٨٤ .

(٢) نقض ٧ مارس ١٩٤٦ فى الطعن رقم ٤٤ سنة ١٥ القضائية .

(٣) نقض 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 برجوع الشفيع عن طلب الشفعة يستبقى ملكا رغب هو فى شرائه . ولكن اذا قبل المشفوع منه طلب الشفيع ، وأعلم هذا الأخير برضائه ، فانه فى هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يرجع لحصول تعاقد صريح بين الطرفين [١] .

٣١٠ — تسجيل اعلان الرغبة [٢] — يشترط تسجيل اعلان طلب الشفعة لتترتب عليه آثاره بالنسبة الى الغير [٣] ، فقد يتعامل المشترى مع الغير رغم اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فيحصل الغير بحسن نية على حقوق عينية ، فاذا لم يسجل الاعلان فلا توجد وسيلة يعلم بها الغير بحق الشفعة الذى يهدده ، وتبقى الحقوق التى حصل عليها صحيحة . ولكن بعد تسجيل اعلان الرغبة لا يحتج بحقوق الغير على الشفيع .

ويحصل التسجيل فى مكتب الشهر العقارى الكائن بدائرته العقار .

٣١١ — مايترتب على اعلان الرغبة من حيث تصرفات المشترى — فرق القانون فى المادة ١٢ بين التصرفات التى يجريها المشترى قبل تسجيل طلب الشفعة ، والتصرفات التى يجريها بعد ذلك ، وجعل لكل حكما .

كذلك فرق القانون فى المادة ١٠ بين حكم البناء والغرس الحاصلين من المشترى قبل طلب الأخذ بالشفعة وحكم البناء والغرس الحاصلين بعده . وسنتكلم فى ذلك فيما بعد عند بيان ما يترتب على حق الشفعة [٤] .

---

(١) فورجير ص ٣٢٤ — ٣٢٥ — دى هلتس نبذة ١٣٠ — ١٣٢ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

(٣) وقد اشترط ذلك أيضا مشروع القانون المدنى الجديد ، فقد نص فى المادة ١٠١٢ على أن اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة لايكون حجة على الغير الا اذا سجل .

(٤) راجع نبذة ٤٣٣ وما بعدها .

وكانت المادة ١٤ من قانون الشفعة تقضى بحصول التسجيل فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار اذا كان أحد أطراف الدعوى أجنبيا . ثم انه بمقتضى المادة المذكورة كان يكتفى باجراء التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار اذا كانت الشفعة بين وطنيين ، ولكن لأجل أن يكون اعلان الرغبة حجة على الغير (الدائنين المرتهنين والمشترين الخ) من الأجانب ترسل صورة من التسجيل الى قلم رهونات المحكمة المختلطة =

٣١٢ — مقارنة اجراءات القانون بالاجراءات الشرعية — مما تقدم يرى أن اعلان الشفيع رغبته فى الشفعة على حسب القانون يقوم مقام طلبى المواثبة والاشهاد فى الشريعة الاسلامية ، وان كانت المواعيد والاجراءات تختلف .

أما رفع الدعوى الذى سنتكلم فيه فيما يلى فهو بمثابة طلب التملك والخصومة ، والمدة الفاصلة بينه و بين 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 فى التمسك بها . على أن المحاكم كانت تقضى بأنه يتعين عليه رفعها فى أقرب وقت ممكن ، حتى لايبقى المشترى طويلا تحت طائلة التهديد بالمطالبة بالشفعة [1] .

٣١٤ — قانون الشفعة — نص قانون الشفعة بعبارة صريحة فى المادة ١٥ منه على الآتى :

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين

« La demande en préemption doit, à peine de déchéance, être introduite entre le vendeur et l'acquéreur devant le tribu-

---

= الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله ، ولا يحتج 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 فى مكتب الشهر العقارى بناء على طلب صاحب الشأن .

(١) استئناف ١٣ يونيه ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومستر سانو) 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 هلتس ومستر سانو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة والا سقط الحق فيها » [١] .

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 » .

٣١٥ — من يرفع 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 يشترى لموكله بماله عقارا اذا رأى لموكله مصلحة فى ذلك ، وخصوصا اذا أجاز الموكل عمل وكيله بعد رفع دعوى الشفعة ، لأن الاجازة 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 التى جاء فيها « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بعرض حقيقى للثمن الذى حصل به البيع مخصوما 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 المشترى ، 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 يحل الشفيع محل المشترى ، فلا يمكن أن يعتبر فعل هذا من التصرفات المحظور 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 وكيلا شرعيا عنه ولاسمه 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 لدائنى الشفيع رفع دعوى الشفعة ؟ — دعوى الشفعة شخصية ، فليس لدائنى الشفيع رفعها تطبيقا للمادة ٢٠٢/١٤١ من القانون المدنى [٢] ، وهذا هو الحكم أيضا فى القانون الفرنسى بالنسبة الى حق الاسترداد الوراثى retrait successoral [٣] .

٣١٨ — القاصر — هل يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة ؟ — راجع ماسيجىء نبذة ٣٥٤ .

٣١٨ مكررا — رفع الوالد الدعوى باسم لا ينتفع 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 وانما 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 بخيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المحاماة ٢٤ رقم ١١٩ ص ٣٦٦ .

٣١٩ — على من ترفع الدعوى ؟ — تنص المادة ١٥ على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى معا [١] . والمشترى هو الخصم الحقيقى فى الدعوى ، ولكن قانون الشفعة قضى أيضا برفع الدعوى على البائع ، ولم يكن القانون المدنى يقضى بادخاله فى الدعوى ، بل كانت ترفع الدعوى على المشترى فقط [٢] . والحكمة التى قصدها الشارع من وجوب ادخال البائع فى دعوى الشفعة أن ادخاله من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، لأنه شرط فى صحة استعماله ، اذ أن طلب الشفعة بطبيعته هو طلب موجه فى الحقيقة الى البائع والمشترى فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معا ، فان الشفيع بمقتضى المادة ١٣ من القانون المذكور « يحل بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق » ، فيتحول عقد البيع اذن من كونه بين البائع والمشترى الى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشترى ،

---

(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 أتربى أبو العز بك وسليمان السيد سليمان بك ومحمد محمود بك) المحاماة ١٦ ص ٣٨٥ رقم ١٧١ : طلب المواثبة شرعا هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة على وجه السرعة بمجرد علمه بالبيع ، وهو الذى عبر عنه فى المادة ١٤ بطلب الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فالاخلال بشرط من الشروط التى نص الشارع على وجوب توافرها فى اعلان الرغبة أو اغفاله يعيبه ويترتب عليه بطلان الاعلان . ولما كانت المادة ١٤ تشترط وجوب اعلان المشترى 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 : بفرض أن اظهار الرغبة يصح اذا حصل فى مدة خمسة عشر يوما للمشترى وحده دون البائع باعتبار أن المشترى هو صاحب الشأن الأكبر فى البيع وأن المادة ١٤ لا ترتب على عدم اعلان هذه الرغبة الى البائع أى بطلان ، فان القانون يحتم فى المادة ١٥ أن ترفع الدعوى على المشترى والبائع معا فى ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة والا سقط الحق فيها .

استئناف مصر ١٨ مايو ١٩٣٧ المجموعة ٣٨ رقم ١٩٢ الفهرس العشرى 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 المشترى بدون ادخال البائع .

ومن ثم اذا كان البائع للعقار أجنبيا وجب أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة (١) .

واذا لم يعلن الشفيع المشترى أو البائع فى ميعاد الثلاثين يوما سقط الحق فى الشفعة (٢) .

٣٢٠ — ولا يشترط أن يعلن البائع والمشترى لنفس الجلسة (٣) .

٣٢١ — واذا رفعت دعوى شفعة على البائع فى الميعاد ، ولم تكن كذلك بالنسبة الى المشترى ، فلا تعتبر صحيحة بالنسبة اليه ، لأن الأمر بين البائع والمشترى ليس من نوع حالات عدم التجزئة التى تغلب فيها الصحة على البطلان كما هو الشأن فى الاستئناف ، كما أنه لامحل فى الشفعة لتطبيق قواعد تفسير العقود التى تغلب فيها الصحة على البطلان ، لأن الشفعة ليست عقدا ، وانما هى طريقة تمليك بحكم القانون ، فلا تجرى عليها أحكام العقود (٤) .

---

(١) طنطا الابتدائية استئناف ٢٤ فبراير ١٩١٤ (دائرة محمد ابراهيم بك ومستر فوكس وأحمد محمد خشبة بك) الشرائع ٢ رقم ٥٣ ص ٤٨ المجموعة ١٦ رقم ٩ ص ١١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ١٨٨ .

وراجع نقض ٦ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ .

دى هلتس 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 جعفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٩ ورقم ٥٦٥٤ .

٣٢٢ — واذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة الا فى الاعلان الذى رفعت بمقتضاه الدعوى فانه لا ينبنى على ذلك بطلان الاجراءات ، اذ أن المادة ١٤ ، التى تفترض أن اعلان الرغبة يجب أن يسبق رفع الدعوى ، لم تقرر أن مخالفة ذلك ينبنى عليه البطلان [(١)] .

٣٢٣ — واذا رفعت دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، 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 والمشترى نفسه ، ولا يجوز للمشترى فى هـذه 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 حسين 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 المشترى والبائع على السواء ، ولو تعدد كلاهما ، والا سقط الحق فى دعوى الشفعة ، وللمشترى أن يتمسك بهذا السقوط ولو كان قد أعلن بدعوى الشفعة فى الميعاد ، لأن له مصلحة ظاهرة فى رفع الدعوى على جميع البائعين له فى الميعـاد القانونى ، وبالتالى فى التمسك بسقوط حق الشفيع فى دعوى الشفعة ان لم يرفع دعواه فى الميعاد القانونى .

ب — ان اعلان بعض البائعين فى الميعاد القانونى لا يعفى من وجوب اعلان الباقين فى الميعاد المذكور ، ولو كان لهم وكيل واحـد تولى عقد البيع ، ما دام هذا الوكيل لا يمثل البائعين فى الخصومة ، كما لا يعفى من هذا الوجوب كون الحصص المبيعة هى على الشيوع فى قطعة واحدة ، لأن البائعين لحصص شائعة لا يمثل بعضهم بعضا فى الخصومة .

ج — لا يجوز للشفيع أن يعتبر دعواه صحيحة بالنسبة الى بعض البائعين على الشـيوع ، وهم الذين أعلنهم بها فى الميعاد القانونى دون الباقين ، لأن فى ذلك تجزئة للصفقة على المشترى بدون رضائه ، وهى غير جائزة كمقتضى نص المادة الحادية عشرة من قانون الشفعة .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) ، ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) .

راجع ماتقدم نبذة ٢٧٥ .

(٢) اسـتئناف ٢ يناير ١٩٢٨ (دائرة أحمد طلعت باشا وحافظ لطفى باشا ومحمـد عبد الهادى الجندى بك) المحاماة ٨ رقم ٣٢٧ ص ٥٠٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٧ مرجع القضاء ٤٧٣٤ .

من قانون الشفعة انما تتطلب رفع الدعوى على البائع الظاهر فى العقد دون نظر الى كونه مالكا أو غير مالك ، بدليل ما نصت عليه المادة ١٣ من القانون المذكور من أن الشفيع يحل بالنسبة الى البائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له أو عليه من الحقوق ، فاذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع ، وبدليل ما نصت عليه المادة ١٤ منه من وجوب اعلان الرغبة فى الشفعة الى البائع والمشترى (١) .

٣٢٤ — محل الاعلان — المحل الذى أوجب القانون صحة الاعلان فيه هو المركز الشرعى المنسوب الى الانسان الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء 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 ومقيما بعيدا عن بلدته الأصلية ، وثبت للمحكمة من الأوراق المقدمة فى الدعوى أن له فى بلدته محلا ينطبق عليه هذا التعريف ، فالاعلان الذى يحصل فيه صحيح (٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ترك المشترى محل اقامته الموضح بعقد البيع ، من غير أن يبين عنوانه الجديد ، فانه يجب على الشفيع أن يعلنه بطلب الشفعة فى النيابة فورا ، والا سقط حقه لو ترك الميعاد ينقضى (٣) .

٣٢٥ — وحكم بأنه اذا تعمد البائع تجهيل الشفيع اسم المشترى منه ، ثم دفع دعوى الشفعة بعدم قبولها بناء على أنها لم ترفع على المشترى منه ، كان دفعه غير صحيح ، لأنه ليس له أن ينتفع بغشه وتضليله (٤) .

---

(١) نقض أول فبراير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١٠٧ سنة ١٤ القضائية .

(٢) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣١ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامى بك وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ الجدول العشرى 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 العشرى 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 المشترى العين المشفوعة ورفع الدعوى على المشترى الثانى — تقضى المادة الخامسة عشرة بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، 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 المشترى 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 المشترى 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 المشترى الأجنبى أمام المحكمة الأهلية . ولكن اذا أدخل المشترى 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 المشترى الأجنبى ، كان حكمها واجب النقض ، بالنسبة الى هذا المشترى [(٢)] .

٣٢٧ — تعدد البائعين أو المشترين — اذا رفع الشفيع فى الميعاد 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 بخيت بك) المحاماة ١٨ ص ٦٣٠ رقم ٣٠٩ : كما أن الشفعة تجوز اذا كان عقد الشراء غير مسجل كذلك يجب على طالب الشفعة اذا كان يعلم ببيع حصل من المشفوع منه الى شخص آخر أن يتخذ اجراءات الشفعة مع المشترى الثانى ، ولو كان عقد الشراء 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] .

واذا كان موضوع الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمة المادية ، واشتراها عدة أشخاص باعتبار حصة لكل منهم ، فان اعلان الشفعة الحاصل لبعض المشترين فقط لايكون له تأثير بالنسبة الى باقى المشترين ، ولو أن الاعلان يشير الى قطعة الأرض جميعها ، اذ لا يمكن اعتبار الدعوى غير قابلة للانقسام [٢] .

واذا بيع عقار على الشيوع لشخصين ، وكانت الشفعة ، بناء على المادة ١١ من قانون الشفعة ، لايمكن استعمالها الا فى العقار جميعه ، فان الدعوى لا تكون صحيحة الا اذا رفعت فى الميعاد القانونى على المشتريين الاثنين ، فاذا أعلن أحدهما فقط فى الميعاد سقط حق الشفيع بالنسبة الى الكل [٣] .

٣٢٧ مكررا — **تعدد الشفعاء** — تقبل دعوى الشفعة المرفوعة من عدة شفعاء ، و بصحيفة واحدة ، ولو تنازل أحدهم للآخرين ، اذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم باعلان واحد وفى ميعاد الخمسة 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 لايسوغ 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 ومستر رويل ومستر ساتو) المجموعة ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٥٦ مرجع القضاء 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) المحاماة ١٨ ص ٢٠٥ رقم ١٠٠ .

(٥) استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٠٨ (٢٠ ص ٦١) .

اكتسب المشفوع منه الحق فى السقوط لايترتب عليه ازالة هذا السقوط [١] .

٣٢٩ — المطالبة بتعويض لخطأ المحضر فى اعلان صحيفة الدعوى — رفعت المدعية دعوى على الحكومة وأحد مندوبى المحضرين بطلب تعويض ما لحقها من الضرر بسبب عدم مراعاة هذا المندوب للاجراءات اللازمة وفقا للمادة ١٣ من قانون المرافعات (التى تقضى باعلان الصور الى الخصوم بحضور شاهدين يوقعان الأصل والصور) عند اعلانه صحيفة دعوى الشفعة ، وترتب على ذلك سقوط حقها فى الشفعة ، فدفع المدعى عليهم دعواها بأن حقها سقط على أى حال بفعلها . والمحكمة قررت : أن ليس لها الا أن تتحقق من الوقائع التى تثبت تولد حق الشفعة ، فلا يجوز لها أن تفصل بنفسها فى حقوق الخصوم فى دعوى الشفعة ، كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى الى المحكمة ، وانما عليها أن تحكم بتعويض اذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفيعة فى دعواها . وجاء فى الأسباب :

« حيث ان محكمة أول درجة رفضت التعويض لأنها اعتبرت أن حق الشفعة ساقط للسببين الموضحين آنفا ، وهما : أولا علم الشفيعة بمشترى المشترى والرضا به ، وثانيا اظهار الرغبة فى بيع حصتها الى المشترى .

« وحيث ان هذين السببين هما من أدلة الثبوت التى تترك عادة بالنسبة لقوتها وضعفها الى تقدير القاضى وفطنته ودرجه اقتناعه منها ، لأنه يجوز أن ما يراه قاض فى مثل تلك الأدله لايراه قاض آخر فيها .

« وحيث انه لايمكن 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 الشفيعة لا اليها ، وقد يجوز أن المحكمة كانت تجد فى تصرفات الوكيل لأى سبب كان ما يدعو الى الحكم بعدم سقوط حق الشفعة ، ومع ذلك فقد رأت هذه المحكمة من وقائع هذه الدعوى ترجيح أن الست . . . كانت تكسبها .

---

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤٨١) .

« وحيث من ذلك ترى المحكمة أن للشفيعة حقا فى التعويض ، وأن الحكومة ملزمة بتعويض هذا الضرر مع مندوب المحضر ، لأنها مسئولة قانونا عن تعويض الضرر الذى يقع بفعل موظفيها »[١] .

٣٣٠ — ميعاد التكليف بالحضور — قضت المادة ١٥ من قانون الشفعة بسقوط الحق فى الأخذ بالشفعة اذا 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 ، فاذا انقضى فللمحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، حتى لو تنازل صاحب الحق عن التمسك به[٣] .

٣٣١ — حساب الميعاد — لا يحسب آخر يوم اذا كان من أيام العيد أو العطلة ، فقد جاء فى المادة ١٨ من قانون المرافعات « اذا 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 صدقى 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) أسيوط 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) نقض 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 فى 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 ، وانما جاءت تأويلا للمادة ١٨ من قانون المرافعات بمفهوم المخالفة a contrario ، تأويلا محددا لمدلول 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 التى دعت الى وضع المادة ١٨ ، وهى ضرورة تمكين صاحب الحق فى الاعلان من اجراء الاعلان اذا خطر له حتى آخر يوم فى الميعاد القانونى خاطر استعمال حقه . ولما كانت القاعدة أن الضرورات تقدر بقدرها كان اليوم الواحد كافيا ، سواء أكان العيد هو آخر يوم فى الميعاد أم كان آخر ثلاثة أيام فيه ، اذ أنه ليس ما يمنع صاحب الحق من التفكير فى استعمال حقه طول أيام العيد ، لأن أيام العيد تصلح للتفكير ، كما تصلح له الأيام الأخرى ، فاذا صحت عزيمته على ذلك الاستعمال فى آخر يوم من أيام ميعاده ، واتفق 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 هى مدة سقوط ، ولا تقبل الانقطاع ولا الوقف وتسرى على الغائبين ومن ليس أهلا للتصرف [٢] .

= اسماعيل بك ومحمود منصور بك) المحاماة ١٨ ص ٧٣٠ رقم ٣٥٥ : اذا كان آخر يوم من الثلاثين يوما التى ترفع فيها دعوى الشفعة يوم عطلة لم يمتد الميعاد الى اليوم الذى 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 سيجىء نبذة ٣٣٥ و ٣٣٧ — ذهنى بك فى « الأموال » نبذة ٤٧٧ .

٣٣٣ — ويجب اعلان ورقة افتتاح الدعوى الى كل من البائع والمشترى فى الميعاد المذكور، والا سقط الحق فى الشفعة. ومع ذلك لايسقط هذا الحق اذا كان عدم الاعلان الى أحدهما فى الميعاد القانونى ناشئا عن غش حصل منه كما تقدم [١].

٣٣٤ — **مواعيد المسافة** — لاحق للشفيع فى ميعاد للمسافة فوق الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٥، لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان السكوت عن ذكر المسافة فى المادة ١٥ من قانونها، مع ذكرها فى المادة ١٩، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة فى الشفعة عن القاعدة العامة التى قررها قانون المرافعات فى المادة ١٧، ويسقط الحق فى ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوما كالمنصوص عليه فى المادة ١٥ من قانون الشفعة. ولو كان أراده لكان النص عليه هنا أدعى لتقدم المادة ١٥ على المادة ١٩ [٢].

٣٣٥ — **عدم قيد الدعوى** — اختلف فيما اذا كانت دعوى الشفعة

---

(١) استئناف ٢٤ مارس ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويل وعبد الخالق ثروت بك) المجموعة ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٨.

وقد جاء فى هذا الحكم: « وحيث ان القانون أراد أن ترفع الدعوى على المشترى وعلى البائع فى الميعاد المحدد، وقضى بسقوط الحق ان لم ترفع. وحيث ان رفع الدعوى على البائع فى الميعاد لا يترتب عليه اعتبارها مرفوعة على المشترى كما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية، وخصوصا أن المشترى هو الخصم الحقيقى فى الدعوى. ولكن حيث انه يتبين من مراجعة أوراق الدعوى أن المحضر لما أراد أن يعلن المشترى بطلب الحضور فى نفس اليوم الذى أعلن فيه البائع، أى فى الميعاد القانونى، أخبر من العمدة أن المشترى لم يكن مقيما فى البلد، وهذا الاقرار غير صحيح لأن المحضر لما توجه الى البلد مرة ثانية لاعلان المشترى وجده مقيما فى البلد وسلمه الاعلان بعد الميعاد. وحيث يظهر من ذلك أن المستأنف استعمل غشا لعدم وصول الاعلان اليه فى 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 فى عدم وصوله اليه فى أول مرة فى الميعاد ... ».

(٢) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى عفيفى عفت والقاضى صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ مرجع القضاء ١٢٦٢.

أسيوط استئنافى ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ مرجع القضاء ٤٧٣٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٨.

نعتبر قائمة رغم عدم قيدها . فرأى بعض المحاكم[1] أن عدم قيد الدعوى فى الجدول لا يمنع التكليف بالحضور من أن ينتج جميع نتائجه القانونية ، فان الدعوى تعتبر قائمة رغم عدم قيدها . وكما أنه يترتب على التكليف بالحضور ولو لم تقيد الدعوى فى اليوم المعين فيه سريان الفوائد وقطع المدة فى سقوط الحق ، كذلك يجب اعتبار دعوى الشفعة مرفوعة فى الميعاد متى وصل طلب الحضور الى المدعى عليه فى مدة الثلاثين يوما .

وقد أخذت محكمة النقض والابرام بهذا الرأى ، اذ قررت أن قيد دعوى الشفعة غير خاضع للميعاد المنصوص عليه بالمادة ١٥ من قانون الشفعة . فاذا أعلنت صحيفة الدعوى فى الميعاد القانونى ، ثم قيدت بعد ذلك ، فان الشفيع 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 مصر ٥ يناير ١٩٣٧ (دائرة سليمان السيد سليمان بك وأمين زكى بك ومحمد زكى على بك) المحاماة ١٧ ص ٨٧٨ رقم ٤٤٢ — كوم حمادة الجزئية (القاضى عبد الرحمن جنينة) 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 وابراهيم واصف) المحاماة ١٨ ص ١٧٣ رقم ١٨٢ المجموعة ٣٨ رقم ٣٢١ : «ان نص المادة ١٥ من قانون الشفعة صريح فى أن المطلوب اجراؤه في ميعاد الثلاثين يوما هو رفع الدعوى على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار ، فاشتراط قيد الدعوى أيضا فى ذلك الميعاد هو اشتراط غريب عن النص ويعتبر تعديلا للقانون لا تفسيرا له . والحجج التى قام عليها رأى بعض الأحكام وشراح القانون المصرى فى باب الشفعة لاتقوم على أساس معين ، فالنص الفرنسى لم يأت بجديد فيها ، اذ هو عين ما نص عليه بالماده 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 لامحل لبحث 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 فى حساب مدة الثلاثين يوما هى بوصول الاعلان الى كل من البائع والمشترى ، لا بتقديمه لقلم المحضرين .

بالواجب عليه قانونا . وان كلمة introduite الواردة بالنص الفرنسى لم يقصد بها القانون قيد الدعوى ، وانما أراد رفع الدعوى ، وذلك لأن القانون استعمل هذه الكلمة فى جملة مواضع وأراد بها رفع الدعوى ، فلو أن الشارع أراد وجوب قيد دعوى الشفعة فى هذا الميعاد أو فى ميعاد آخر لنص على ذلك صراحة ، كما جاء فى المادتين ٣٦٣ و٤٨٧ الفقرة الثانية من قانون المرافعات ، حيث تكلم فى القيد فعبر عنه بعبارة inscrire l'affaire au rôle . هذا فضلا عن أن العبرة هى بالنص العربى وهو الأصل ، وقد جاء فيه « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى ... فى ميعاد ثلاثين يوما » الخ [1] .

ونحن نرى ، مع بعض آخر من المحاكم ، أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة يسقط اذا رفع دعواه فى مدة الثلاثين يوما المنصوصة فى المادة ١٥ ولكن لم يقيدها فى خلال هذه المدة ، اذ يجب أن ترفع الدعوى بصفة جدية فى الميعاد الذى عينه القانون [2] .

---

(١) نقض ١٩ مايو ١٩٣٨ المجموعة ٣٩ رقم ١٩٤ الفهرس العشرى 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 (القاضى سلامه ميخائيل بك) المجموعة ٢١ رقم ٣٦ ص ٦١ مرجع القضاء ١٢٧٣ : «حيث ان قانون الشفعة قانون ضيق ألزم فيه الشفيع باتخاذ اجراءات سريعة لاثبات رغبته الحقيقية فى الأخذ بالشفعة ، كالزامه بوجوب عرض الثمن فى ميعاد معين ، وكالزامه بوجوب رفع الدعوى فى ميعاد معين ، وهو ثلاثون يوما من تاريخ ابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة وعرض الثمن . وحيث انه يؤخذ من ذلك أن الغرض من رفع الدعوى المنصوص عنه فى المادة ١٥ من قانون الشفعة هو الدعوى التى تقيد فعلا ، لا الدعوى التى يرفعها الشفيع فى الميعاد ولا يقيدها » .

أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مرجع القضاء ٤٧٢٩ : ان المدد المقررة فى الشفعة هى مدد سقوط ، لا تقادم ، لأن حق الشفعة حق ناقص غير كامل ، فلا بد له من اجراءات . والحق معلق وجوده نهائيا عليها . فاذا لم يحصل فى المدة المعينة زال الحق المعلق عليها . وعليه فلا تقبل المدد ايقافا ولا قطعا ، فاذا رفعت الدعوى ولم تقيد بالجدول فلا يجوز اعتبار مجرد رفعها ، أى تحرير عريضة الدعوى ودفع ربع الرسم عليها واعلانها للبائع والمشترى سببا كافيا لقطع مدة الاجراءات ، وهى مدة الثلاثين يوما ، فيسقط حق الشفيع اذا رفع الدعوى فى مدة الثلاثين يوما المنصوص عليها فى المادة ١٥ ولكن لم يقيدها فى خلال هذه المدة .

وجاء فى أسباب الحكم : « وحيث ولو أنه لم يمض بين اعلان المدعى عليه الأول والقيد =

٣٣٦ — تقدير القيمة من حيث الاختصاص — الأصل فى دعاوى الشفعة أن يؤخذ بعقدها ، ولهذا فتقدير قيمتها القضائية من حيث الاختصاص يكون بمقتضى الثمن الوارد فى العقد . فاذا كان الثمن الحقيقى الذى هو أقل مما ذكر فى العقد يجعله من اختصاص القضاء الجزئى ، فى حين أن الثمن المذكور فى العقد خلافا للحقيقة يجعله من اختصاص القضاء الكلى ، كان القضاء الكلى هو المختص مراعاة للعقد ، ويجب الطعن فى الثمن أمامه ، لا أمام سواه [(١)] .

٣٣٧ — انقطاع مدة 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 البائعين ولم يحصل القيد فى الميعاد بالنسبة للمشترى والبائع الآخر فلا يمكن أن تعتبر صحيحة بالنسبة للآخرين ، والمشترى هنا هو الخصم الحقيقى فى الدعوى ، ولا يمكن اعتبار الأمر هنا بين أحد البائعين والمشترى من نوع حالات عدم التجزئة التى تغلب فيها الصحة على البطلان كما هو الحال فى تعدد البائعين ، ومتى كان الحق قد سقط بالنسبة للمشترى سقط بالنسبة للآخرين ، ولا يمنع من ذلك حصوله فى الميعاد بالنسبة لأحد البائعين » .

راجع كذلك بنى سويف ٦ نوفمبر ١٩١٧ ، وقد تأيد استئنافيا فى 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) .

وليلاحظ أن مشروع القانون المدنى الجديد أوجب فى المادة ١٠١٣ رفع الدعوى وقيدها فى ميعاد الثلاثين يوما .

(١) عابدين ٢٠ فبراير ١٩٠٥ (القاضى أحمد قحة) الحقوق ٢٠ ص ١٨٧ رقم ٦٤ .

راجع استئناف مصر الأهلية ٢٢ يونيه 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 فى خلال الثلاثين يوما أمام محكمة كانت مختصة فى الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء طوارىء حادثة أخرجت القضية من اختصاصها ، كان للشفيع تجديدها أمام المحكمة المختصة . ولا يقبل من المشفوع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد مرور الثلاثين يوما (كانت الدعوى رفعت ابتداء على المشترى الأول الى محكمة عابدين الداخل فى دائرة اختصاصها العقار المشفوع ، وقيمته فى 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 المشترى الثانى بثمن يخرجها عن اختصاص المحكمة ، ودفع بعدم اختصاصها) .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣٣٢ .

وراجع كتابنا « التقادم أو مضى المدة » نبذة ٢٣٢ ونبذة ٦١٩ وما بعدها .

ببعض الاجراءات ، على أن هذا الانقطاع وان كان له نصوص خاصة فى القانون الفرنسى ، فانه ليس له نص فى القانون المصرى ، فيجب أن يجرى العمل بمقتضى المبادىء القانونية العامة . ففى القانون الفرنسى تنقطع المدة برفع الدعوى الى محكمة غير مختصة فى حالة التقادم prescription ، وذلك بنص فى القانون خاص بذلك (المادة ٢٢٤٦ من القانون المدنى الفرنسى) ، ولكن لم يرد فيه نص مثيل له فى باب السقوط déchéance ، ولذلك اختلف القضاء الفرنسى فى حل هذه الحالة[١] . ولما كان القانون المصرى خاليا من أى نص فى هذا الشأن فى الحالتين ، فانه لا يسوغ التمييز بينهما فيما يتعلق بانقطاع المدة ، لأن صاحب الحق فى كلتا الحالتين يعمل كل ما فى استطاعته للوصول الى تقرير حقه ، ومسائل الاختصاص هى فى 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 فى 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 بندة 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 أباظه) 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 ومستر كرشو وصالح حق بك) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ مرجع القضاء ١٢٧٠ .

بنى سويف استئناف ٣٠ مايو ١٩٢١ (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومحمد عثمان الفندى 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 فى الثلاثين يوما التالية لاظهار رغبته فى الشفعة فان رفع الدعوى خطأ أمام محكمة غير مختصة يقطع هذه المدة . فلا يدخل فى حسابها =

وقد قضى بأنه اذا 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 (!) . ويلاحظ على هذا الحكم أنه خلط بين أحكام انقطاع 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 اعادة رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ، فانه لا يمكن التمسك بسقوط الحق فى اعادة 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 واعلان الرغبة فى أخذ العين المبيعة 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 ظرف الثلاثين يوما اللاحقة لتاريخ ابداء الرغبة فى الشفعة ، اذ أن اعلان الدعوى حصل فى ١٢ يوليه 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 اعادة 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 » .

بنى 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 المبادىء 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 وأمين 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 — الحكم 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 الأخذ 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 المبينة فى المادة ١٣٣ من قانون المرافعات ، كطلب عدم قبول دعوى الشفعة لعدم ادخال البائع فيها ، لاتسقط بطلب الميعاد لاستحضار مستندات .

على أن طلب الميعاد لاحضار مستندات لايسقط الحق أبدا فى أى دفع ولو كان ابتدائيا اذا كان الغرض من هذه المستندات التمسك بها على صحة ذلك الدفع[٣] .

٣٤٠ — تصحيح 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 ، فعدلا طلبهما بأن طلبا الحكم أصليا بالطلبات السابقة مع تعديل صفة أحدهما

---

(١) استئناف ٢٦ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك ومستر برى وأحمد زيور بك) الاستقلال ٥ ص 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 ص ٢٣٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٥٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٨٤ مرجع القضاء ١٢٩٥ .

أبنوب الجزئية ٢٤ أكتوبر ١٩٢٢ (القاضى محمود فؤاد) المجموعة ٢٥ رقم ١٧ ص ٢٥ مرجع القضاء ٤٧٣٥ .

(٣) استئناف ٢٥ أبريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد موسى بك وأحمد زيور بك) الاستقلال ٤ رقم ٣١٠ ص ٣٢٥ المجموعة ٧ رقم ١٨ ص ٣٨ .

(٤) استئناف ٢٠ يونيه ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك ومسيو لدبلاديو وأحمد عرفان بك) الحقوق ١٤ ص ١٣٩ رقم ٦٦ .

عنـد الاقتضاء بأنه ناظر على وقفه واحتيـاطيا باستحقاق الآخر فى أخـذ كل الأرض بالشفعة ، وحكمت المحـكمة 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 هـذا الحـكم ، لأن الطالب الآخر لم يقصد مطلقا تجزئة الصفقة ولا طلب فعلا نصف الأرض فقط تاركا للمشترين النصف الآخر ، وما كان يستطيع ذلك قانونا ، فيجب عدلا ألا يؤاخذ بأمر لم يقصده ولا طلبه ، وأن يعتبر الطلب الثانى ملحقا للطلب الأول ومصححا ومتمما له ، لا طلبا مستقلا عنه . وقول المشترى ان طالب الشـفعة ما كان يستطيع أن يطلب كل القدر لنفسه مردود بأنه من المبادىء المسلمة أن الشريك على الشيوع فى الأرض المشفوع بها له أن يطلب كل العين المبيعة لنفسه[1] .

٣٤١ — دخول خصم ثالث — يصح دخول شخص ثالث بصفته شفيعا فى دعوى شفعة ، دون أن يكون ملزما بمراعاة قواعد القانون الخاصة المقررة لاقامة دعوى الشفعة[2] ، انما يشترط لقبوله فى الدعوى أن لا يكون حقه قد سقط بأحد الأسباب المسقطة للشفعة[3] .

٣٤٢ — تنازل المشترى عن الصفقة بعد رفع الدعوى — اذا تنازل المشترى عن الصفقة بعـد رفع دعوى الشفعة فلا يؤثر ذلك فى حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة[4] .

---

(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 وأحمـد زيور بك) المجموعة ٧ رقم ١٨ ص ٣٨ الاسـتقلال 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 فى دعاوى الشفعة على وجه الاستعجال . وقد جاء فى المادة ١٦ :

« ويحكم فيها دائما على وجه السرعة » (١).

« Elle sera toujours jugée d'urgence ».

٣٤٤ — عدم قبول المعارضة فى الأحكام الغيابية — نصت المادة ١٧ على أنه :

« لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة .

وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها » (٢).

« Le jugement ne sera pas susceptible d'opposition.

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 فى دعوى الشفعة فى خلال الخمسة عشر

= محمود شوقى والقاضى مراد كامل) الشرائع ٤ رقم ١٥٠ ص٥٠٥ مرجع القضاء ١٣٣٩ وجاء فى الحكم : « وحيث ان حق الشفعة يتولد بمجرد البيع ، ويثبت قبل المشترى باعلانه رغبته الأخذ بالشفعة ، فلا يمحوه تقايل المشترى والبائع بعده ، لأنه حق تعلق بالشفيع وحده ، ولايؤثر فيه اتفاق هو غريب عنه ، والا لأصبحت الاقالة حيلة لاسقاط ذلك الحق » .

(١) وقد جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ من مشروع القانون المدنى الجديد : « ويحكم فى الدعوى على وجه الاستعجال » .

(٢) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ المحاكم ٢٠ رقم ٦٨ ص ٤١٦١ .

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المادة ١٧ تقضى بعدم قبول المعارضة فى أحكام الشفعة ، ولكنها لا تتعدى ذلك مطلقا ، وعليه فاذا قامت خصومة بين طالب الشفعة والمطلوبة منه على أمور ثانوية لا علاقة لها بموضوع الشفعة ، ولكنها ناتجة عنه ، كاختلافهما على قيمة الثمن والمصروفات وكيفية دفعها ، فكل الأحكام فى هذه الأمور تجوز المعارضة فيها وفقا للقاعدة القانونية العامة . على أنه لا يجوز الرجوع الى أمر الملكية والقاضاة عليها ما دام الحكم بالشفعة لأحد المتخاصمين قد قضى فى هذا الأمر نهائيا ، وأن الرجوع الى مثل هذا يعد نقضا لقوة الشىء المقضى به ويجب رفضه (استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٨٣) الاستقلال (٤ ص ٢٤٨ رقم ٢٦٠) .

وقد جاء فى المادة ١٠١٤ من مشروع القانون المدنى الجديد :

« ١ — لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى 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 فى موضوع الشفعة نفسها ، فلا يطبق بالنسبة الى الدعوى التى يرفعها الشريك مطالبا بالغاء بيع حصة شائعة فى العقار اذا لم تشمل الدعوى طلب الشفعة الا كطريق احتياطى voie subsidiaire فى حالة تأييد البيع[٢] .

٣٤٦ — اعلان البائع والمشترى فى الاستئناف — فى مواد الشفعة يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر فى الميعاد القانونى ، والا سقط حقه فى الشفعة . وكذلك الأمر عند استئناف حكم الشفعة ، فان الاستئناف ، ليكون مقبولا شكلا ، يجب أن يعلن الى كل من البائع والمشترى فى ميعاد الاستئناف ، والا كان باطلا[٣] .

وقد حكم بأنه اذا أهمل الشفيع اعلان البائع فى ميعاد الاستئناف فلا يقبل استئنافه ، الا اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع فى 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 فى الاستئناف المرفوع عن حكم صادر فى دعوى شفعة يجعل الاستئناف غير مقبول ، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه

---

(١) استئناف ١٩ مايو ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الاستقلال ٣ رقم ٢٧١ ص ١٦٥ .

استئناف ١٧ أبريل ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر رويل ومستر ساتو) الاستقلال ٥ رقم ٢٥ ص ٢٢ مرجع القضاء ١٢٨٤ .

وراجع استئناف ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حمدى بك) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ : لا يسقط الحق فى 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) المحاماة ٤ رقم ٧٤٤ ص ٩٦٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٠ ، ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٨٩).

(٤) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) المحاماة 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 شكلا .

على أن حضور البائع أمام الاستئناف جائز ، ويصحح شكل الاستئناف ، اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع فى طلباته أمام محكمة أول درجة ، فانتفى تنافر المصلحتين (مصلحة الشفيع ومصلحة البائع)[١] .

واذا كان الاستئناف مرفوعا من المشفوع منه فانه يكون مقبولا ولو لم يعلن البائع ، لأن شرط اعلان البائع لايستلزمه 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 فى ذلك فان مصروفات ادخاله فى الدعوى تكون على الشفيع أو المشفوع منه على حسب نتيجة الحكم فى الدعوى[٣] .

وحكمت محكمة الاستئناف بأن نص المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة ، التى توجب رفع الدعوى فى ميعاد معين على البائع والمشترى 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 فى 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 والمشترى معا والا سقط

---

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) المحاماة ٧ رقم ١٩١ ص ٢٧٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٩ ، ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٣). وحكم بأن الشفيع لا يلزم بادخال البائع فى الاستئناف اذا كان الاستئناف المرفوع منه لايتناول حق الشفعة ذاته ، وانما يتناول فقط المبلغ الذى يجب عليه دفعه للمشترى كملحق للثمن، فاذا أراد المشترى المجادلة فى حق الشفعة ذاته كان عليه أن يدخل البائع فى الدعوى ، لأن وجوده واجب فى هذه الحالة ، والا كان استئناف المشترى 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 بخيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

الحق فيها . واذا لوحظ أن القانون المدنى لم يكن — قبل صدور قانون الشفعة — يقضى بادخال البائع فى الدعوى ، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشترى 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 والمشترى فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معا ، لأن الشفيع 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 والمشترى الى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشترى ولا يكون له أن يطالب بها الا الشفيع الذى حل محله . وكما تكون حقوق البائع قبل الشفيع لا قبل المشترى يكون كذلك ما عليه من الواجبات باعتباره بائعا للشفيع لا المشترى ، 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 المشترى والبائع فى ميعاد الاستئناف [1] .

---

(١) نقض 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 تغفل فى هذا التطبيق قاعدة أخرى جوهرية مستمدة من النص الصريح الوارد فى المادة ١٥ من قانون الشفعة ، وهو يقضى بوجوب رفع الدعوى على البائع والمشترى فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الشفعة والا سقط الحق فيها . ولا يغنى عن عدم اعلان أحدهما فى الميعاد ادخاله فى الدعوى بعد انقضائه . أى أن القواعد المتبعة فى أحوال عدم التجزئة لاتسرى فى هذه الحالة ، لأن الشارع سن فيها نصا آمرا صريحا لاسبيل للخروج عليه . ولا مناص من استبعاد القواعد الخاصة بعدم التجزئة . فى الاستئناف الذى يرفع من الشفيع ، لأنه من القواعد الثابتة أن الاستئناف ينقل الدعوى فى حدوده الى المحكمة الاستئنافية بنفس الوضع الذى كانت عليه أمام المحكمة الابتدائية ، وعلى هذا لايسوغ القول بأن وجوب رفع =

٣٤٦ مكررا — أثر رفع الاستئناف — يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته الى محكمة الاستئناف واعادة طرحه عليها مع أسانيده القانونية وأدلته الواقعية . ولذلك يكون للمستأنف عليه الذى صدر الحكم الابتدائى لمصلحته أن يتمسك 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 تجاور العقار المشفوع فيه من جهتين ، وأن لها عليه حق ارتفاق ، فندبت المحكمة الابتدائية خبيرا فى الدعوى لتحقيق هذه الأسباب ، ثم قضت للشفيع بطلباته استنادا على ما ظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار من الحدين ، وعند ما استأنف المشترى هذا الحكم أصر الشفيع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسببى الشفعة الآخرين ، وطلب تأييد الحكم المستأنف ، فمن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف ان الشفيع بعدم استئنافه الحكم فيما يتعلق بذينك السببين يكون قد انتهى الى التمسك بسبب الجوار فقط ، وتلتفت بناء على ذلك عن السببين الآخرين اللذين أصر عليهما أمامها (١) .

٣٤٧ — عدم قبول المعارضة فى الأحكام الاستئنافية — قضت

= الدعوى على البائع والمشترى 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 الاستثنائية التى يحتم القانون فيها اختصام أشخاص مخصوصين ، كما فى حالة دعوى الاسترداد وما شاكلها ، يجب أن يوجه الاستئناف الى هؤلاء الأشخاص جميعا فى الميعاد القانونى ، 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) نقض 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 فى القانون المذكور ، أن غرض الشارع أن يوجد استثنآت 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 فى المادة ١٧ ساريا على الأحكام الاستئنافية كما هو سار على الأحكام الابتدائية على السواء (١) .

ولا تطبق المادة ١٧ — التى تمنع المعارضة فى الأحكام الغيابية فى الشفعة — على الأحكام التى تصدر فى الدعاوى الخاصة بالثمن أو ببعض المشاكل التى تنشأ بين الشفيع والمشفوع منه بخصوص تنفيذ الحكم الذى فصل قطعيا فى موضوع الملكية ، فان هذه الأحكام تقبل المعارضة اذا صدرت غيابية (٢) .

٣٤٨ — طلبات جديدة فى الاستئناف — لا يجوز أن تقدم فى الاستئناف طلبات جديدة غير الطلبات الأصلية وفقا للمادة ٣٦٨ من قانون المرافعات .

وقد حكم بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة الدرجة الأولى الشفعة فى جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، فطلب كل العقار فى المحكمة الاستئنافية يعد طلبا جديدا فيما زاد على الجزء المذكور (٣) .

---

(١) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ (دائرة أحمد موسى بك ومستر رويل وأحمد طلعت 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 هلتس 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 فى الأصل الدعوى بطلب الكل وأبطلت المرافعة فيها ، لأنه متى بطلت المرافعة فى دعوى انعدمت جميع نتائجها القانونية ولم يعد فى الامكان الاحتجاج بها ولا اتخاذها أساسا لأى 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 المدنى فى طلب استرداد الحصة الشائعة المبيعة ، ليتحلل بهذه الوسيلة من قيود دعوى الشفعة ، لأن هذا يعتبر طلبا جديدا لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (١) .

٣٤٩ — القانون الواجب تطبيقه — من المبادىء المقررة من حيث حق الاستئناف ومواعيده أن القانون الواجب العمل به هو القانون الجارى عليه العمل عند صدور الحكم ، لا الذى كان معمولا 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 فى مسائل الشفعة لاستئناف حكم صادر بعد صيرورة القانون الجديد واجب التنفيذ ، ولو كانت الدعوى رفعت قبل ذلك ، انما هى المواعيد المقررة فى القانون الجديد ، لا القوانين الواردة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية (٢) .

٣٥٠ — انقسام دعوى الشفعة — قضى بعض المحاكم بأن الحق الناشىء عن دعوى الشفعة قابل للانقسام ، واذن فلا ينتفع أحد الخصوم من الاستئناف

= الحقوق : ١٢ يناير ١٨٩٩ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دى هلتس ومستر كوغلن) الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ .

(١) استئناف مصر ١٨ مايو ١٩٣٧ المجموعة ٣٨ رقم ١٩٢ .

(٢) استئناف ١٦ مارس ١٩٠٢ (دائرة مستر بوند ويوسف شوقى بك ومستر دلبراغلو) الحقوق ١٧ ص ٨٢ رقم ٤١ .

استئناف ٣٠ أبريل ١٩٠٢ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو دى هلتس ومستر ويلمور) 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 رويل ومحمد صدقى بك) الحقوق ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٥ .

المرفوع قانونا من زملائه [١] .

وقضى بعض آخر بأن دعوى الشفعة هى دعوى غير قابلة للانقسام ، بمعنى أن الحكم فيها يجب أن يكون واحدا بالنسبة الى البائع والمشترى ، فلايصح 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 فى باب الاستئناف أن آثار اعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لاتكون الا بالنسبة الى المعلن أو المعلن اليه من الخصوم دون سواهم ، فان هذا الأصل خاضع لاستثناءين يتحقق أحدهما فى حالة عدم امكان التجزئة ، ويتحقق الثانى فى حالة التضامن ، ففى كل من هاتين الحالتين اذا رفع الاستئناف فى الميعاد بالنسبة الى واحد من المحكوم عليهم صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقون الا بعد الميعاد القانونى . وعلى ذلك وجب أن لا يعاب على المستأنف فى دعوى الشفعة (وهى دعوى غير قابلة للتجزئة بين البائع والمشترى) أن يكون قد فاته أن يعلن البائع فى الميعاد القانونى ، ما دام قد أعلن المشترين فى الميعاد المذكور [٢] .

وواقعة الحال فى الدعوى أن الحكم الابتدائى أعلن من جانب المشترى الى الشفيع فى ٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٣ ، وقد كان قبل ذلك أعلن صحيفة الاستئناف الى المرفوع منه اليه فى ٢٤ من أغسطس سنة ١٩٤٣ ، ولم يعلن الاستئناف الى البائع الا فى ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٤٣ .

---

(١) استئناف ٣٠ ديسمبر ١٩٠٧ المتقدم ، الحقوق ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٥ .
الا فى حالة التضامن وحالة عدم التجزئة .
راجع استئناف مصر ١٣ مايو ١٩٤٥ (دائرة أحمد مختار بخيت بك وأحمد حسنى بك وعبد السلام النحاس بك) فى 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 فى ١ ف و٣ ط شيوعا فى ١٤ ف و١٥ 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 فى الميعاد القانونى فان هذا الاستئناف يعتبر ساريا بالنسبة الى من حصل الاستئناف ضدهم بعد الميعاد القانونى .

(٢) استئناف مصر ٢ فبراير ١٩٤٤ (دائرة أحمد مختار بخيت بك وعبد العزيز غنيم بك ومصطفى مرعى بك) المجموعة ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

وقد قررت محكمة النقض والابرام[1] فى الطعن المرفوع أمامها عن هذا الحكم أنه « لما كان الاستئناف يعيد الدعوى الى حالتها الأولى فانه يجب عند استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا ، أن يعلن الى كل من المشترى والبائع فى ميعاد الاستئناف الذى يفتحه أحدهما باعلان الحكم . فاذا كان الحكم قد أعلن من المشترى ولم يعلن الشفيع البائع مع المشترى فى الميعاد القانونى 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 المشترى فان ميعاد الاستئناف يبدأ من الاعلان الأول ، اذ أنه فى الحالة التى يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة اذا أعلن الحكم كل ذوى الشأن الذين كسبوا الدعوى الى المحكوم عليه ، وكانت اعلاناتهم فى تواريخ مختلفة ، فان ميعاد الاستئناف يبدأ من أول اعلان . على أنه ما دام القانون قد حتم اختصام أفراد مخصوصين فى الدعوى فى الميعاد المعين لها ، فانه يكون واجبا على الشفيع اختصامهم فى الميعاد المذكور والا كانت دعواه غير مقبولة . والحال كذلك فى الاستئناف . ولا يغض من ذلك ما تعرض له الحكم المطعون فيه فى شأن قاعدة نسبية الآثار المترتبة على اجراءات المرافعات ، فانه وان كانت آثار اعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون الا بالنسبة الى المعلن والمعلن اليه من الخصوم فى الدعوى عند تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم على السواء فيما عدا حالتى التضامن وعدم امكان التجزئة فالحال هنا تختلف ، ما دام القانون يستوجب اختصام المشترى والبائع معا فى دعوى الشفعة فى الميعاد المعين لها .

٣٥٠ مكررا — اختصام البائع والمشترى فى الطعن بالنقض — قررت محكمة النقض والابرام[2] « أن القانون قد أوجب على الشفيع اختصام المشترى والبائع كليهما معا فى دعوى الشفعة ، والا كانت غير مقبولة . وقد قررت هذه المحكمة أن هذا الحكم يسرى على الدعوى فى درجتى التقاضى

(١) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١٣١ سنة ١٤ القضائية .
(٢) نقض ٦ يونيه ١٩٤٦ فى الطعن رقم ١٢٣ سنة ١٥ القضائية .

الابتدائية والاستئنافية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له فان اختصام كلا المشترى والبائع فى الطعن يكون واجبا كذلك . وانه وان كان قد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون الصادر بانشاء محكمة النقض أن لرافع النقض الحرية فى تعيين الخصوم الذين يريد ادخالهم فى الدعوى دون الزامه باعلان الطعن الى جميع الخصوم فى الحكم المطعون فيه — فان هذا لا يمكن أن يفيد أنه فى دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزما باختصام من لا تقبل الدعوى الا باختصامه ، بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصام من يجب قانونا اختصامه فى الدعوى يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهمه نقض الحكم فى حقه .

٣٥١ — الحكم — نصت المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن :

« الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » .

« 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 » .

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 الغاء 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

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

أحكام ذلك القانون [١] .

٣٥٢ — ومن يحكم برفض شفعته لا تجوز مطالبته بتعويض ، لأنه انما استعمل حقا خوله اياه القانون [٢] .

٣٥٣ — الحكم على الشفيع بمصروفات الدعوى لعدم عرض جميع الثمن — للقاضى أن يلزم الشفيع بجميع مصروفات الدعوى اذا رأى أنه لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا من الثمن وحجز باقيه بدون حق [٣] .

شفعة الصبى

٣٥٤ — لولى الصبى أو وصيه أن يأخذ له بالشفعة [٤] ، بشرط أن لايكون فيها غبن فاحش [٥] . فان لم يطلبها الولى أو الوصى وبلغ الصبى فلا شفعة له بعد البلوغ [٦] . فان لم يكن للصبى ولى ولا وصى ينصب له القاضى قيما ليأخذ له بالشفعة ، فان لم ينصب له قيما فانه يبقى على شفعته حتى يبلغ فيأخذها ، ولو مضى على بيع العقار المشفوع سنون [٧] .

وقال الامام محمد اذا لم يطلب الولى أو الوصى الشفعة أو سلماها ، وكان البيع بمثل القيمة أو أقل ، فلا يبطل حق الصبى فى الأخذ بالشفعة ، لأن من له الولاية أو

---

(١) يقابل المادة ١٨ من قانون الشفعة فى مشروع القانون المدنى الجديد المادة ١٠١٥ . وهذا نصها : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع . وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

(٢) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (٦ ص ٣٣٢) .

(٣) استئناف مصر ٢٣ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد مصطفى بك وشاكر أحمد بك والقاضى المنتدب محمد نور بك) المحاماة ٦ رقم ٤٣٧ ص ٧١٥ الجدول العشرى الأول المحاماة رقم ١٠٥٩ مرجع القضاء ٤٧٢٦ . وقد جاء فى أسبابه : « حيث ان المستأنف لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا فقط من الثمن وحجز باقى الثمن بدون حق ، وهو المخصص لدفع ديون الرهن ، وقد أثبتت المحكمة الابتدائية فى حكمها أن المستأنف مهمل فى عدم استيفاء اجراءات الشفعة بعرض جميع الثمن ، وألزمته بالايداع فى خزينة المحكمة والا سقط حقه فى 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 .

الوصاية قد فوت حقا للصغير بالاهمال ، والشرع لايفوته حرصا منه على حق الصبى[١] .

ولو باع الأب داره وولده الصغير شفيعها كان للصبى أن يأخذها بالشفعة اذا بلغ ، اذ ليس للوالد أن يطلب الشفعة لولده لأنه بائع .

ولو اشترى الأب دارا لنفسه وولده الصغير شفيعها ليس للصبى اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة ، لأن الأب كان متمكنا من أخذها بالشفعة لكون الشراء لا ينافى الأخذ بالشفعة ، بخلاف ما لو باع الأب دارا لنفسه وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير ، لا تبطل شفعته ، لأن الأب هنا لايتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعا وسكوت من لايملك الأخذ لا يكون مبطلا[٢] .

وجاء فى المغنى : واذا باع وصى الأيتام ، فباع لأحدهم نصيبا فى شركة آخر ، كان له الأخذ للآخر بالشفعة ، لأنه كالشراء له ، وان كان الوصى شريكا لمن باع عليه لم يكن له الأخذ ، لأنه متهم فى بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشترى لنفسه من مال يتيمه . ولو باع الوصى نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها ، لأن التهمة منتفية ، فانه لايقدر على الزيادة فى ثمنه ، لكون المشترى لايوافقه ، ولأن الثمن حاصل له من المشترى كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به ، فاذا رفع الأمر الى الحاكم فباع عليه فللوصى الأخذ حينئذ لعدم التهمة . وان كان مكان الوصى أب ، فباع شقص الصبى فله أن يأخذه بالشفعة ، لأن له أن يشترى من نفسه مال ولده لعدم التهمة . وان بيع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة ، لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية . واذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبى اذا كبر[٣] .

وقد حكم بأنه لايسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة الا بوصيه . واذا كان الوصى هو البائع لزم أن يعين قاضى الأحوال الشخصية وصيا آخر يطلبها له[٤] .

---

(١) شرح مرشد الحيران ص ١٠٨ و ١٠٩ .

(٢) الخانية — سليم باز على المادة ١٠٣٥ من المجلة .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٩٧ — ٤٩٨

(٤) طنطا الابتدائية ١٩ ديسمبر ١٩٠٦ (دائرة حسن حسنى بك ومستر ويكمان لونج والقاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١٦ ص ٣١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥١ الحقوق ٢٢ ص ٥٩ المحاكم ١٨ ص ٣٨٣٢ مرجع القضاء ١٢٧٦ .

و يتعين على الوصى ، قبل المطالبة بالشفعة ، أن يحصل على اذن فى ذلك من المجلس الحسبى [١] .

مسقطات الشفعة

٣٥٥ — أهم الأسباب التى يسقط بها حق الشفعة هى الآتية :

أولا — التنازل .

ثانيا — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد .

ثالثا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد .

رابعا — مضى ستة أشهر من تسجيل البيع .

خامسا — بطلان البيع .

سادسا — مضى المدة الطويلة .

سابعا — زوال أحد شروط الشفعة [٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٤٥ (٥٧ ص ٣٦) .

(٢) راجع 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 قانون الشفعة ذكر المسقطات لحق الشفعة على سبيل الحصر فى المواد ١٩ و٢١ و٢٢ ، 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 تسمع 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 . وبعكس ذلك قد بان أن الشفيع كان جادا فى دعواه ولم يرفع الدعوى احتيالا للمتاجرة بالشفعة أو للمماطلة فى الخصومة ، اذ باع أرضه فى بدء السير فى دعوى الشفعة ثم أودع جميع الثمن والملحقات قبل صدور الحكم التمهيدى بالاحالة 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 المنكر لايكلف باثبات . فردت محكمة النقض على ذلك بأن المنكر المعفى 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 المشترى وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه . وبما أن الاعسار =

أولا — التنازل

٣٥٦ — فى الشريعة الاسلامية — يشترط عدم رضاء الشفيع بالبيع وحكمه ، فان 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 للمشترى [١] .

٣٥٧ — فى القانون المدنى — كانت المادة ٩٨/٧٢ من القانون المدنى تجيز التنازل أيضا ، اذ جاء فيها : « يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشترى » [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 نفى مطلق يتعذر اثباته بل يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الاثبات أنه اذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفى كان على مدعيها اثبات عكسها متى أمكن تحويلها الى قضية موجبة ، فان لم يكن ذلك ممكنا أو كانت الواقعة المدعاة غير منضبطة النفى فان مدعيها يعتبر عاجزا عن اثبات دعواه . وعلى ذلك لامخالفة لقواعد 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 فى الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ القضائية) .

(١) البدائع ٥ ص ١٥ .

وقد جاء فى المادة ١٠٢٤ من المجلة : يشترط ألا يكون الشفيع رضى صراحة أو دلالة بعقد البيع الواقع . فاذا سمع بعقد البيع ، وقال هو مناسب ، سقط حق شفعته ، وليس له طلب الشفعة بعد ذلك ، وكذا اذا طلب بعد سماعه بالبيع شراء العقار المشفوع أو استئجاره من المشترى سقط حق شفعته ، وكذلك اذا كان وكيلا للبائع فليس له حق الشفعة فى العقار الذى باعه بوكالته .

(٢) استئناف أهلى ٢ يناير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر كامرون ويحيى ابراهيم بك) القضا ٣ ص ٢٣٠ .

(٣) أسيوط الابتدائية حكم استئنافى ٤ أكتوبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد حلمي بك والقاضى نعمان عمران والقاضي محمد زكى) القضا ٦ ص ١٧٢ .

الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشترى ، وهذه الأحوال تجب مراعاتها أيضا فى حق الجار ، بحيث انه لو وقع منه أمر أو عقد يستدل منه على أنه قبل ملكية المشترى للعقار المشفوع منه يسقط حقه فى 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 فى 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 التى وردت على سنن القياس ، وأن علماء القانون أجمعوا على أن الأمور التى يؤخذ منها التنازل الضمنى لاتقع تحت حصر أو قاعدة ، بل هى موكولة لرأى القضاة وذممهم [٢] .

٣٥٨ — قانون الشفعة — نصت على التنازل الفقرة الأولى من المادة ١٩ من قانون الشفعة ونصها : « يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية :

أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أوضمنا . ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفة مالك العقار نهائيا » [٣] .

« 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 » .

---

(١) ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وكوربت بك والقاضى سعد زغلول) الحقوق ١٠ ص ١٨٥ .

(٢) راجع أيضا استئناف أهلى (دائرة أحمد عفيفى 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 سامى بك وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ مرجع القضاء ٤٧٤٩ : يسقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة اذا ثبت أنه عند ما علم بالشراء أظهر رغبته فى عدم الأخذ بالشفعة ، أو بعبارة أخرى تنازل عن حقه فيها ، وأنه ما رفع الدعوى بعد هذا التنازل الا لفائدة شخص آخر أراد أن يجعله سبيلا لتملك 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 فى 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 ، كالابراء عن الحقوق ، بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا العلم [1] . وانما كان كذلك لأن السقوط فى الحالة الأولى بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف فى نفس الحق ، فيستدعى ثبوت الحق لا غير . والسقوط فى الحالة الثانية ، أى بطريق الدلالة ، وهى دلالة الرضا ، لا بالتصرف فى محل الحق ، بل فى محل آخر ، والتصرف فى محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع ، اذ الرضا بالشىء بدون العلم به محال [2] .

ويحصل التنازل الصريح فى أى وقت لغاية يوم الحكم [3] .

= المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ مرجع القضاء ٤٧٧٤ : الشريك الذى يطلب الشفعة فى حصة شائعة بيعت على التحديد ، ليس ملزما أن يذكر فى انذار الشفعة الحدود الواردة بعقد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصلية للعين المشتركة ، لأنه اذا فعل ذلك فقد يؤخذ عليه هذا الأمر كاقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه فى الشفعة .

نقض ١٥ فبراير ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٦٦ سنة ١٤ القضائية مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ٢٠٨ : لا يعتبر الشفيع متنازلا عن حقه فى الشفعة الا اذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشترى مالكا نهائيا للمبيع . ولا يكفى فى ذلك أن يكون الشفيع ، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع على فسخ اجارتها وتعهد له بتسليمها الى المشترى ولم يبادر الى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشترى مصروفات التسجيل وغيرها ، فان القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لابداء رغبته ، فتى أبداها فى هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم ابدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل . راجع أيضا نبذة 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 الضمنى — من الأمور التى يؤخذ منها التنازل دلالة استئجار الشفيع ، من المشترى ، العقار المبيع ، ودفع قيمة الايجار للمشترى ان كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع[١] ، والاتفاق على حقوق ارتفاق أو على قسمة العقار قسمة زراعية ان كان مشتركا[٢] .

كذلك التنازل عن الشفعة للغير ، لأن حق الشفعة من الحقوق الشخصية التى لايجوز لصاحبها أن يتنازل عنها لغيره ، بل التنازل عنها يعد اسقاطا لها ، وقد قرر هذا المبدأ فقهاء القوانين الفرنسية فى حق الاسترداد الوراثى المقرر بالمادة ٨٤١[٣]

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩٧ — استئناف أهلى ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومستر ساتو) المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦١ — استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٧) .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٩٧ — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٨ نوفبر 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 ومحمود سامى بك وعلام محمد بك) المحاماة ١٠ رقم ٢١٣ ص ٤٣٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٨ : اذا قبض البائع باقى الثمن من الشفيع ، وتنازل له عن حق امتيازه على العين المبيعة ، فلا يعتبر هذا وحده عدولا من الشفيع عن المطالبة بحق الشفعة ، اذ الأصل أن الشفيع ليس له أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى الا برضاء البائع نفسه ، وحلول الشفيع 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 الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشترى 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 الشفيع الدار من المشترى أو سأله أن يوليه اياها أو استأجرها الشفيع من المشترى أو أخذها مزارعة أو معاملة ، وذلك كله بعد علمه بالشراء ، لأن ذلك كله دليل الرضا . أما المساومة فلأنها طلب تمليك بعقد جديد وانه دليل الرضا بملك المتملك . وكذا التولية لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك المتملك . وأما الاستئجار والأخذ معاملة أو مزارعة فلأنها تقرير لملك المشترى ، فكانت دليل الرضا بملكه .

ومرشد الحيران المادة ١٤٢ : اذا اشترى الشفيع العقار المشفوع من المشترى سقطت شفعته ، واذا سقطت شفعته فلمن دونه أو مثله فى الدرجة من الشفعاء أن يأخذه بالعقد .

والمادة ١٤٣ : اذا استأجر الشفيع المبيع أو ساومه بيعا أو اجارة أو طلب من المشترى بيعه له تولية أى بمثل الثمن الأول سقطت شفعته .

٣٦١ — اثبات التنازل — نصت المادة ٢٠ على أنه :

« يجوز اثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة فى القانون بما فيها الاثبات بالبينة » [١] .

« 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 ».

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 طلبها [٣] : يجوز للشفيع بعد أن يطلب العين المبيعة بالشفعة أن يتنازل عنها [٤] .

وقد حكم بأنه اذا استعمل الشفيع حقه ، ثم عدل فتنازل عنه ، فلا يترتب على ذلك حق للمشفوع منه فى مطالبة الشفيع بالتعويض ، ما دام الأخير انما استعمل حقه فى حدود القانون ، فلم يسرف فى استعماله ولم يفرط فيه ، وما دام لم يصب المشفوع منه ضرر ما من قبل الشفيع ، وحتى اذا كانت الأثمان قد هبطت فلا يلزم بتعويض ، لأن هبوط أسعار الأراضى 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 يونيه 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 فى حالة ما يكون القصد اثبات تنازل صريح فلا شىء يمنع الخصوم من الحصول على كتابة تثبت هذا الاتفاق ، أما الأعمال التى تكون صدرت من أحد الخصوم فهذه ظاهر أنه لا يمكنه تكليف أحد بأخذ كتابة عليها لأنه يكون الزاما بأمر فوق الطاقة .

استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) الاستقلال ٤ رقم ٤٧١ ص ٥٤٨ .

(٣) راجع نبذة ٣٦٩ .

(٤) وجاء فى المادة ١٣٧ من مرشد الحيران : اذا أسقط الشفيع حقه فى الشفعة وتركه قبل الحكم سقط حقه ، وللشفعاء الأخر 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٦ .

٣٦٣ — طلب الشفعة بعد التنازل عنها — يتجدد حق الشفعة ، ويمكن استعماله عند كل انتقال للملكية ، فاذا تنازل شفيع عن حق شفعته فهذا التنازل لا يحتج به عليه اذا ما انتقلت الملكية لمالك جديد ، فانه يجوز له فى هذه الحالة أن يطالب بالشفعة ، اذ 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 نأتى بحكم القانون .

٣٦٥ — فى الشريعة الاسلامية — لو صالح الشفيع المشترى على أن يترك شفعته بمال يأخذه من المشترى 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 ص 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 جار له حق الشفعة عن حقه هذا قبل مشتر فان هذا لا يعد تنازلا منه عن حقه قبل كل مشتر لاحق الى ما شاء الله ، لأن التنازل فى هذه الحالة هو تنازل عن حق شخصى ليست له صفة الحق العينى الذى يلازم العين المبيعة أبدا . وظروف الشفيع تختلف فى الأزمنة المختلفة ، كما أن أحوال المشترين تختلف ، وان قيل ان هذا التنازل له صفة الحق العينى لالتزم به كل مشتر 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 المتنازل من حقه فى طلب الشفعة وان عرض العقار المشفوع على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله شراءه لا يعد تنازلا عن حقه فى الشفعة بعد البيع للغير ، 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 بخيت بك وأحمد حسنى بك وعبد السلام النحاس بك) فى الاستئناف رقم ١١٤٢ سنة ٦٢ القضائية : ان حق الشفعة يتجدد عند كل انتقال للملكية ، ولا يعتبر عدم استعمال الحق فى البيع السابق تنازلا بالنسبة الى البيع اللاحق ، بل هو مقصور على البيع السابق لا يمكن أن يتعدى أثره الى مصدر حق لم ينشأ بعد .

الشفعة . أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق فى 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 فلأنه أسقطه بالصلح ، فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح ، لأن صحته لا تقف على العوض ، بل هو شيء 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 ، وانما رضى بالمعاوضة عنها ، ولم تثبت المعاوضة ، فبقيت الشفعة . ولابن قدامة أنه رضى بتركها وطلب عوضها ، فيثبت الترك المرضى به ، ولم يثبت العوض ، كما لو قال بعني فلم يبعه ، ولأن ترك المطالبة بها كاف فى سقوطها ، فمع طلب عوضها أولى .

ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

وقال مالك ان صالحه عنها بعوض يصح ، لأنه عوض عن ازالة ملك ، فجاز أخذ العوض عنه (٢) .

٣٦٦ — فى القانون — لا يوجد فى القانون ما يمنع ترك حق الشفعة مقابل تعويض . فالمشترى الذى يكون دفع الى الشفيع مبلغا من النقود لهذا الغرض لا يقبل منه فيما بعد طلب رده بناء على أنه دفع بغير سبب . وانه وان كان رأى الحنفية فى الشريعة الاسلامية وجوب الرد ، فان مذهب الامام مالك يجيز 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 الرأى (٣) .

٣٦٧ — التنازل عن الشفعة قبل البيع — من المقرر أن الحق لا يتنازل

---

(١) البدائع ٥ ص ٢١ .

(٢) المغنى 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 المتنازل من حقه فى طلب الشفعة [٢] .

أعرب زيد لعمرو وبكر عن رغبته فى بيع عقار لهما الحق فى أخذه بالشفعة ، فرفضا شراءه ، 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 فى استعمال حق الشفعة اذا آن أوانه ، لأنه لم يوجد

---

(١) استئناف أهلى ١٧ نوفمبر ١٩٢١ (دائرة أبو بكر يحيى باشا ومستر هل وحلمى 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 الرأى : ذهنى بك فى كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٦٧ ، حيث يقول « وأما تعليق بقاء حق الشفعة على اعتبار أن التنازل عن حق لا يصح الا عند وجود هذا الحق بالفعل والواقع فهذا لا نقره . وما الحكم حينئذ فى التنازل الصريح الذى يؤخذ على الشفيع قبل ظهور حق الشفعة ، كما يحصل عادة فى الشركات التى تشترى الأراضى وتقسمها قطعا وتبيعها كذلك بالتقسيط أو بغير التقسيط ، ثم تشترط 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 ؟ لا نرى محلا للقول ببطلان الشرط وعدم صحته ، بل نقول بصحته . نعم ولو أن حق الشفعة لم يظهر وقت الاشتراط بعدم التمسك به ، ولم يكن التنازل عنه حاصلا وقت وجود الحق بالذات ، لأنه لا يوجد قانونا 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 مشفوعا ، 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 صادف حقا مجهولا 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 خوفا من شفعة الشفعاء . وفى ذلك ما يحول دون ترويج نقل الملكية فى العقارات من يد الى أخرى » .

عكس ذلك أيضا 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 ضمنا ولو قبل البيع . وقد أجاز المشروع التنازل مقدما عن الشفعة حتى يستطيع المشترى أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء .

الا بعد بيع العقار [١] .

كذلك قررت محكمة الاستئناف أن عرض العقار المشفوع على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله مشتراه لايعد تنازلا عن حقه فى الشفعة بعد البيع [٢] .

والأحكام المتقدمة مطابقة للشريعة الاسلامية ، فقد جاء فى البدائع [٣] : ولايصح تسليم الشفعة قبل البيع ، لأنه اسقاط الحق ، واسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال .

٣٦٨ — المساومة فى الشراء — لا تعتبر المساومة فى الشراء تنازلا عن حق طلب الشفعة اذا بيعت العين لغير المساوم ، لأن حق الشفعة الذى هو نزع ملك المشترى جبرا عنه لا يولد قبل أن يوجد المشترى ويتم له الشراء [٤] .

٣٦٩ — التنازل بعد الحكم — انه وان كان مجرد حصول الطلب من الشفيع لايلزمه ، لأنه أمر اختيارى من جهته ويمكنه العدول عنه ، الا أن حقه هذا فى العدول ينقطع برضاء المشترى أو بالقضاء بالشفعة ، لأن رضاء المشترى هو

---

(١) منفلوط ١٥ مايو ١٩١٥ (القاضى 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) طنطا 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 الأبوتيجى 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 لشرائها قبل انعقاد البيع مسقطة لحقه فى الشفعة ما دام عقد البيع المولد للشفعة لم ينعقد بعد انعقادا قانونيا صحيحا .

قبول لذلك الايجاب الذى عرضه الشفيع بالطلب ، و بذلك يتم عقد بين الاثنين بملكية الشفيع للعين واستحقاق المشترى للثمن ، ولايجوز 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 والثمن 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 فالاشكال فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن مقبول اذا كان مبنيا على أن للشفيع دينا 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] .

ثانيا — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد

٣٧٠ — فى الشريعة الاسلامية — جاء فى المادة ١٣٦ من مرشد الحيران : تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو باختلال شرط من شروط صحته ، وتسقط أيضا بترك طلب التقرير والاشهاد مع امكانه والقدرة عليه ، و بتأخير طلب المخاصمة شهرا بلا عذر .

وقد قلنا فيما سبق[٣] ان طلبى المواثبة والاشهاد فى الشريعة يقابلان اعلان الرغبة فى القانون ، وان طلب التملك والخصومة فى الشريعة يقابل رفع الدعوى فى القانون .

٣٧١ — فى القانون المدنى — كانت المادة ٧٥/١٠٠ من القانون المدنى تقضى بأنه « يجب على من له حق الشفعة و يرغب الأخذ بها أن يبين رغبته فى

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣٦٢ .

(٢) مصر الابتدائية ٢٢ نوفبر ١٩٢٧ (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى مصطفى صبرى والقاضى عبد الفتاح سليم البشرى) 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 فى ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشترى بابداء رغبته والا سقط حقه ، ويزاد على هذا مسافة الطريق »[1] .

٣٧٢ — فى قانون الشفعة — قررت الفقرة الثانية من المادة ١٩[2] أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته ، سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة »[3] .

ولأجل أن يسقط حق الشفيع لعدم المطالبة به فى مدة خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع لا يكفى أن يكون قد علم بحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف اسم المشترى وثمن المبيع وباقى شروط العقد كما تقدم[4] ، قياسا

---

(١) استئناف ٢٥ مارس ١٨٩٨ (دائرة مستر بوند ويحيى 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 والا سقط حقه فى ذلك . وهذا المبدأ مأخوذ من نصوص الشريعة الغراء التى هى المرجع الشرعى فى أحكام الشفعة ويخالفه أحكام القانون الأهلى .

راجع أيضا طنطا الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٩٠٠ (دائرة بطرس يوسف بك) الاستقلال ٢ رقم ٣٣ ص ٤٠ ، وقد أيدته محكمة الاستئناف فى ١٣ يناير ١٩٠٣ برياسة سعد زغلول بك .

واذا كان الشفيع يعلم بالبيع فى وقت حصوله ، ويعلم أيضا أن المشترى استعمل المبيع بصفة مالك وأجرى فيه تصليحات وأعمالا أخرى ، ولم يبد أية رغبة فى 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 المشترى زمنا طويلا مهددا من الشفيع باسم استعماله لحق الشفعة — استئناف ٥ مارس ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفى بك ويحيى 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 .

المنصورة الجزئية أول فبراير ١٩١٧ (القاضى فوزى المطيعى) 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 فى اعلان التكليف بابداء الرغبة[1] .
ويجوز اثبات العلم بالأدلة المادية و بقرائن الأحوال والبينة كما تقدم [2] .

= مختار بك) المحاماة ١٠ رقم٢٦٤ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٨ .
استئناف مختلط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤)

(١) أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضى فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ .

وقد جاء فى البدائع : ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو من فلان فسلم ، فظهر بخلافه ، هل يصح تسليمه ؟ فالأصل فى جنس هذه المسائل أنه ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع فى التسليم صح التسليم وبطلت شفعته ، وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته ، لأن غرضه فى التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح ، واذا اختلف غرضه فى التسليم لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم . وبيان هذا فى مسائل اذا أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم ، ثم تبين أنها بيعت بألفين ، فلا شفعة له ، لأن تسليمه كان لاستكثاره الثمن ، فاذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرها أولى ، فحصل غرضه بالتسليم ، فبطلت شفعته . ولوأخبر أنها بيعت بألف فسلم ، ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة ، فله الشفعة ، لأن التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته ، فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقى على شفعته (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 ولاشفعة . هذا هو الرواية المشهورة . وقد روى الجواب فيهما على العكس ، وهو أن التسليم فى النصف يكون تسليما فى الكل والتسليم فى الكل لا يكون تسليما فى 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 .

ووجه الرواية المشهورة أن التسليم فى النصف للاحتراز عن الضرر ، وهو ضرر الشركة ، وهذا لايوجد فى الكل ، فاختلف الغرض ، فلم يصح التسليم ، فبقى على شفعته واذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة ، لأنه داخل فى الكل ، فصار بتسليم الكل مسلما للنصف ، لأن الشركة عيب ، فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الأولى (البدائع ٥ ص ٢٠) .

ولوأخبر أن المشترى زيد فسلم ، ثم تبين أنه عمرو ، فهو على شفعته ، لأن التسليم للأمن عن الضرر ، والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن من ضرر عمرو ، لتفاوت الناس فى الجوار .

ولوأخبر أن المشترى زيد فسلم ، ثم تبين أنه زيد وعمرو ، كان له أن يأخذ نصيب عمرو لأنه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فتبقى له الشفعة فى 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 فللمحكمة 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 :

« 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] .

« 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 ».

= الموعد القانونى على علم الشفيع بالبيع ، فلا يمكن الأخذ به بمجرد اقامة الدليل على امكان أو ترجيح العلم بالبيع ، وانما 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 للمحاماة رقم ١٠٣٥ .

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣١٤ و ٣٣٠ .

(٢) دى هلتس نبذة ١٤١ — استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٦ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٢٠) .

(٣) أسيوط الابتدائية ١٣ يونيه ١٩٣٧ (دائرة القضاة حسن نجيب بك ومصطفى كامل وعبد المجيد المرسى) المحاماة ١٨ ص ٣٦٩ رقم ١٨٨ .

(٤) أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ .

راجع نبذة ٣٣٠ .

(٥) نقص 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 الفرنسى للمادة معيب ، حيث استعمل لفظة prescrit ، ولفظة prescription ، فقال فى أول المادة Le droit de préemption est prescrit ، وفى 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 [1] .

وللمشترى 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 [2] أو غير ذلك ، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضى مدة ستة الأشهر المذكورة [3] .

هذا ما يقضى به قانون الشفعة ، أما القانون المدنى فلم يكن ينص على ذلك ،

---

(١) راجع دى هلتس 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 ص 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 بانقضاء 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 والابرام 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 المشترى 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 اضاعة حق الشفعة فهى أن المشترى جعل البائع يبيعه أولا ٣ ف و٩ ط و٤ س ، ثم يحرر باقى الصفقة وهو ٢ ف و ١ س عقد بيع ثان لصهره بحيث لا تتوافر فى أى من الجزءين مسوغات الأخذ بالشفعة .

بل كان للشفيع بمقتضاه أن يطالب بحق الشفعة فى أى وقت مهما مضى من الوقت بعد التسجيل ، مالم يثبت علم الشفيع ، ولا تخفى المضار التى كانت تعود على المشترى من ترك حقه فى الشىء المشترى غير ثابت مدة طويلة غير محدودة .

وقد انتقد بعض الشراح تحديد ميعاد الستة الأشهر وعده أكبر عائق لاستعمال حق الشفعة ، فالمشترى يستطيع أن يتقى الشفعة بتسجيل عقده فى الحال وتأخير وضع يده أو محاشاة اظهاره مدة ستة أشهر ، فاذا لم يعن الشخص الذى له أن يشفع بالرجوع من وقت لآخر الى دفاتر التسجيل فانه يفقد حق شفعته (١) .

٣٧٥ — وميعاد الستة الأشهر يجب أن يحسب ، كمواعيد التقادم المملك والمبرىء فى 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 فى ٣ من رمضان جائزة ، ولو تسجل العقد فى ٢ من ربيع الأول (٣) .

٣٧٦ — وقد نص القانون فى 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 نوفبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ ، الجدول العشرى الأول للمحاماة 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 دفوع تستنتج بداهة من المادة وتكون نتيجة منطقية لمنطوقها ومعناها . وعليه يقف مفعول المدة عن السريان فى الشفعة أثناء سير دعوى يطالب بها الجار برد الأرض من المشترى باعتبار أن مضى المدة فى هذه الحالة مرتبط بحق الملكية ونفس حق الملكية موقوف لتعلقه 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 فى الحالتين السابقتين ، أى حالة سقوط الحق لعدم رفع الدعوى فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان ، وفى حالة عدم اظهار الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع أو من وقت التكليف بابداء الرغبة ، فان سقوط الحق يكون بالنسبة الى الجميع أيضا ، ولا يقفه كون الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا[1] .

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[2] ، وهذا هو حكم الشريعة

= والمشفوع منه فان استعمال حق الشفعة يبقى معلقا 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 فى المادة ١٩ من قانون الشفعة بالتقادم القصير ، واذن ، كقاعدة عامة ، لا يقف هذا السقوط بسبب القصر أو الحجر . وجاء فى هذا الحكم أيضا أنه يجب تطبيق قانون الشفعة تطبيقا ضيقا ، لأنه نوع من نزع الملكية للمصلحة 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 فى المادة ١٩ من القانون المذكور . وعلى كل حال فان الوصى الذى لا يثبت أنه بذل جهده للحصول من المجلس الحسبى على الاذن فى طلب 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 تملك العقار جبرا على المشترى ، 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 بانشاء طريق عام بين عقاره والأرض التى يرغب فى أخذها بالشفعة [٤] ، الخ .

٣٨١ — جواز الدفع بسقوط الحق فى الشفعة فى أية حالة — قد حكم بأن قواعد السقوط فى الشفعة قررها القانون ، والحق ذاته مستمد منه ، ولذا أحاط الشارع استعماله بقيود كثيرة ، ونص على وجوب القيام بالاجراءات فى مواعيد قصيرة بينها والا سقط الحق فيها . فهو حق استثنائى 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 ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل عنها صراحة صاحب الحق فى التمسك بها . ومن باب أولى فالدفع بالسقوط متأخرا لا يسقط الحق فيه [٥] .

هل تسقط الشفعة بموت المشترى أو البائع

٣٨٢ — فى القانون لا تسقط ، وكذلك الحكم فى الشريعة الاسلامية [٦] .

وقد جاء فى الفتاوى الهندية [٧] : واذا مات البائع والمشترى ، والشفيع حى ، فللشفيع الشفعة ، كذا فى فتاوى قاضيخان . واذا مات المشترى ، والشفيع حى ، فللشفيع الشفعة ، وان كان على الميت دين لا تباع الدار فى دينه ، وأخذها الشفيع

= أن يستمر هذا الاتصال من تاريخ البيع الى تاريخ الأخذ بالتراضى أو الى تاريخ قضاء القاضى ، فاذا تصرف الشفيع فى ملكه قبل القضاء له بالشفعة سقط حقه فيها .

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٨ .

المادة ١٤١ من مرشد الحيران : اذا باع الشفيع العقار المشفوع به أو وقفه أو جعله مسجدا قبل تملك العقار المشفوع بطلت شفعته .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٧ المتقدم .

(٣) قانون الشفعة المادة ٦ .

(٤) فورجير ص ٣٣٣ .

(٥) أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مرجع القضاء ٤٧٧٢ .

(٦) مرشد الحيران المادة ١٣٩ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — ٢٥٨ .

(٧) ٥ ص ١٩٨ — ١٩٩ .

بالشفعة ، وان تعلق بالدار حق الغريم والشفيع . كذا فى المحيط . فان باعها القاضى أو الوصى فى دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع و يأخذها بالشفعة ، كما لو باعها المشترى فى حياته . وكذلك لو أوصى فيها بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية . كذا فى المبسوط . أثبت الشفعة بطلبين ومات فليس للوارث أخذها بالشفعة . كذا فى السراجية .

هل تسقط الشفعة بموت الشفيع فى الشريعة الاسلامية

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 ، ولاينتقل حقه فيها الى ورثته [(١)] . وسبب ذلك أن حق الشفعة ليس بمال ، بل هو مجرد ارادة ومشيئة ، 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 لايجوز للشفيع أخذ عوض عنه ، فلو باع حقه فى الشفعة بطل حقه لوجود الاعراض ولزم رد العوض [(٢)] .

٣٨٤ — رأى الشافعى 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 الأسبيجابى فى شرح الطحاوى ان دارا بيعت ولها شفيع ، وطلب الشفعة ، فأثبتها بالطلبين ، ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشترى اليه ، فأراد ورثته أخذها ، فليس لهم ذلك . ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشترى اليه ، ثم مات ، تكون ميراثا لورثته (حاشية الشلبى 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 الحنابلة — 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 الرأى . وقال مالك والشافعي والعنبري يورث كما تقدم . الحال الثانى اذا طالب بالشفعة ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة ، لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط [٢] .

فى القانون

٣٨٦ — اختلاف فى الرأى — لا يوجد نص على ذلك فى قانون الشفعة . وقد اختلفت أحكام المحاكم وأقوال الشراح فى جواز توارث حق الشفعة . فقرر بعضها أن الشفعة بطبيعتها حق شخصى ، وتبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالرضا أو بالقضاء ولا تنتقل الى ورثة الشفيع [٣] .

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ — شرح مرشد الحيران ص ١٢٢ .

وقد جاء فى المغنى (١ ص ٣٨٧) : وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى ورثته ، لأنه قبض استحقه بعقد البيع ، فانتقل الى الورثة كقبض المشترى فى البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ، فورث كالرد بالعيب .

ورد على رأى الشافعى بأن حق الشفعة مجرد حق ، وهو حق التملك ، وانه مجرد رأى وهو صفته ، فلا يورث عنه ، بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت ، فأمكن ارثه ، بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق ، اذ هى مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن ارثها ، ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع الى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ (الزيلعى ٥ ص ٢٥٨) .

(٢) المهذب ٥ ص ٥٣٦ — ٥٣٧ .

(٣) أسيوط الابتدائية استئنافى ٧ نوفمبر ١٨٩٩ (دائرة أحمد حلمى بك والقاضى أحمد عبد الرازق والقاضى محمد زكى) المجموعة ١ ص ٣٠ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٣٦ مرجع القضاء ١١٤١ .

دمنهور الجزئية (القاضى محمد علام) ١٦ يونيه ١٩٠٦ المجموعة ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٠ الحقوق ٢١ ص ٣٠٤ مرجع القضاء ١١٤٣ . =

وقرر بعضها أن حق الشفعة كباقى الحقوق ، يؤول من صاحبه الى الوارث الذى يكون فى نصيبه العقار المشفوع به [١] .

وقد طرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٣ من

= الزقازيق الابتدائية ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاة حافظ لطفى ويحيى صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٣ ص ٦٣ . وقد ألغاه حكم الاستئناف الصادر فى ٢ يناير ١٩١٢ المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ كما سيجىء .

أسيوط 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 .

الزقازيق 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 .

شبين 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 الممقوتة .

مايو ١٩٣٠[١] أن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى .

ولكن محكمه 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 المشترى 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 لا حق الملك ، فله الخيار بين الأخذ والترك ، فكان حقه عرضا والحقوق العرضية لايصح التعاوض عنها بمال ، وما كان ليس محلا للتعاوض لا يكون محلا للتوارث ،

---

(١) استئناف مصر ، دوائر مجتمعة ٣ مايو ١٩٣٠ (برياسة 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 الباقى زكى القشيرى بك وعلام محمد بك ومصطفى حنفى 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 المفتى 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 لاينتقل بالتحويل ولا بالميراث » .

ويبنى على ذلك أنه اذا باع الشفيع حقه فى الشفعة من المشترى بثمن فلا ينعقد البيع ويعتبر ذلك تنازلا عن الشفعة ويسقط الثمن ، أما الوجه الثانى فهو بقاء ملك الشفيع للعين التى يشفع بها من وقت الشراء الى حين القضاء بالشفعة ، فاذا باع الشفيع الدار التى يشفع بها قبل القضاء له بالشفعة فليس للمشترى الذى يحل محله أن يطالب بالشفعة ، لأن ملكه جاء بعد البيع الذى انبنى عليه حق الشفعة ، لأن شرط الشفعة قيام ملك الشفيع وقت الشراء ، وكذلك الوارث فان ملك الدار التى شفع بها مورثه انتقل اليه حين الوفاة ، فملكه حادث بعد البيع[١] .

(٢) قد يمكن الاعتراض بما جاء فى المادتين ١٩ و ٢٢ من قانون الشفعة من أن حق الشفعة يسقط بالتنازل الصريح أو الضمنى أو بعدم اظهار رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه وبمضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، فلا يصح الخروج عن هذه الأحوال الثلاثة فى 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 فى اظهار رغبته فى المدة المقررة[٢] .

(٣) ان ما ذهبت اليه بعض المحاكم من أن حق الشفعة كسائر الحقوق مذهب غير وجيه ، لأنه ليس مضافا الى سند من القانون ، اذ الحقوق اما طبيعية كحق الانسان فى الحياة والحرية ، وهذه معلومة بالطبيعة فى كل زمان ومكان ، واما وضعية ، وهذه منشؤها القانون ، فاذا قضت الشريعة الاسلامية ، التى يجب اتباع أحكامها فى هذه المسألة ، بأن حق الشفعة حق ذو صفة خاصة وطبيعة خاصة فلا حق للقاضى أن يغير من هذه الصفة وتلك الطبيعة والا يكون قد وضع نفسه موضع الشارع ، وقرر حقا 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 كباقى الحقوق تؤول من صاحبها الى الوارث الذى يكون فى نصيبه العقار المشفوع به — على مايأتى :

(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 تجيز الرجوع الى أحكام الشريعة فيما سكت عنه من مسائل الشفعة فلا بد من الرجوع الى ما قررهو الرجوع اليه عند عدم وجود نص فيه ، وهى المبادىء العامة المقررة فى القانون أو مبادىء العدل والانصاف ، وبما أن مبادىء 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 المشترى له فى ذلك ، فالورثة لهم الحق فى أن يحلوا محله ويستفيدوا من كل حقوقه[1] .

(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 لايبطل الحق فى الشفعة بموت الشفيع ، بل تورث عنه ويقوم ورثته مقامه . وجاء فى مذهب الحنفية تفصيل : فاذا مات الشفيع بعد طلبى المواثبة 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 ألغى 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 مجتمعة — قررت دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، كما تقدم ، أن حق الشفعة لاينتقل الى الوارث . وبنت حكمها على ما يأتى :

« حيث ان المسألة المطلوب الفصل فيها هى 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 المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن[٢] .

« وحيث ان هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائى ، 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 فى كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه[٣] ، وقد عمدوا الى تخفيف وطأته بالتشدد فى شروطه والتوسع فى مسقطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد علمه بالبيع يجب عليه أن يعلن فورا رغبته فى الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه[٤] .

« وحيث ان الفقهاء لايعتبرون 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 ومشيئة ، 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 — قارن 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 فى الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه بطلت شفعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقته ، و بناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهى حادثة بعد البيع .

« وحيث ان هذه المبادىء التى قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها .

« وحيث انه وان كان الشافعى ومالك يقولان بالارث فى الشفعة الا أن مذهب الامام أبى حنيفة هو المذهب المعمول به فى مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، فنص فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة و بأحكام تلك اللائحة . ونص فى المادة ٣٢٧ على أنه يقبل الطعن بطريق الالتماس فى الحكم اذا لم يصادف قولا فى 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 أبى حنيفة هو المرجع الأصلى فى نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ عنه أحكام الشفعة فى مجموعها ، حيث خول حق الشفعة للجار وللشريك مطلقا طبقا لهـــذا المذهب ، خلافا لمذهبى الشافعى ومالك اللذين لايخولانه الا للشريك ، وفقط فى حالة ما اذا كان العقار يقبل القسمة [1] .

« وحيث انه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات للقول بأنه اذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله فى 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 فى الدعوى اذا كان الحق فى موضوع الدعوى قد انتقل اليه .

« فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بأن لا ينتقل حق الشفعة الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى . . » .

٣٨٩ مكررا — رأى محكمة النقض — قررت محكمة النقض والابرام ، على خلاف ما رأته دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، أن حق الشفعة ينتقل الى الورثة . وقالت فى حكمها الصادر فى 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 فى 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 فقـــد 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 المواريث ، 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 لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . والراجح فى هذا المذهب أن خيار الشفعة لا ينتقل بالارث ، لأنه ليس مالا ولا حقا متعلقا بمال ، بل هو مجـــرد ارادة ومشيئة للشفيع والوارث لا يرث مورثه فى ارادته ومشيئاته .

« وحيث ان الشريعة الاسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه الا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل انشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون اليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا تجد فيها مايستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية ، أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى فانه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الاسلامى . وعلى ذلك فكون الشريعة الاسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لايوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالارث أو لا ينتقل .

« وحيث ان كون الشىء 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 أوغير 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 قولا بأنه مجرد خيار مردود الى مشيئة الشفيع ورغبته وأنه متصل بشخصه

ولا تعلق له بالعين المشفوعة فهو زعم لا يستقيم فى ظل أحكام القانون الوضعى الذى جعل اعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة و تسجيل هذا الاعلان حجة على الغير و جعل أن كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عينى قبله المشترى 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 — لايثبت الملك للشفيع فى المبيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشترى بالتراضى[١] . فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين : اما بتسليم المشترى ، و اما بقضاء القاضى . وهذا الحكم واحد فى الشريعة الاسلامية و فى القانون ، ولكن بالتفصيل الآتى .

فى الشريعة الاسلامية

٣٩١ — **التملك بالرضا** — التملك بتسليم المشترى ظاهر ، لأن الأخذ بتسليم المشترى برضاه ببدل يبدله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك[٢] .

٣٩٢ — **التملك بالقضا** — المبيع لا يخلو : (ا) اما أن يكون فى يد البائع ، (ب) و اما أن يكون فى يد المشترى .

٣٩٣ — (ا) **المبيع فى يد البائع** — ذكر الكرخى أن القاضى اذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع والمشترى فى المشهور من قولهم .

وروى عن أبى يوسف أنه لا ينقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة الى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٢٥ — المجلة المادة ١٠٣٦ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٣ .

البائع ايجابان ، أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع ، فاذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الايجاب الذى أضيف اليه ، وانتقض ما أضيف الى المشترى ، سواء قبل المشترى الايجاب المضاف اليه أو لم يقبل .

ووجه قول من قال بالتحول ، لا بالانتقاض ، أن البيع لو انتقض عذر 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 والمشترى ، وهذا نص فى الباب .

وأما المعقول فمن وجهين : أحدهما أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشترى 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 للمشترى لوجود آثار الملك فى حقه ، ولو تحول الملك الى الشفيع لم يثبت الملك للمشترى .

وأما الأحكام فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، واذا رد عليه لا يعود شراء المشترى ، ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شراء المشترى ، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغى أن يعود الشراء ، ولأنها لو تحولت اليه لصار المشترى وكيلا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشترى 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 للمشترى . فدلت هذه المسائل على أن شراء

المشترى ينتقض ، و يأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد ايجاب مبتدأ مضاف اليه . وقد خرج الجواب عن قولهم ان البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع والشفيع على ما سبق تقريره[١] .

وقد جاء فى المادة ١٢٦ من مرشد الحيران : تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع ، فله خيار الرؤية والعيب ، وان اشترط المشترى مع بائعه البراءة منهما[٢] .

٣٩٤ — (ب) المبيع فى يد المشترى — ان كان المبيع فى يد المشترى أخذه الشفيع منه ، ودفع الثمن الى المشترى ، والبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على المشترى ، فيجعل كأنه اشترى منه[٣] .

٣٩٥ — بماذا يأخذ الشفيع — اتفقوا على أنه يأخذ فى البيع بالثمن ان كان حالا . واختلفوا اذا كان البيع الى أجل ، هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وسنفصل ذلك فيما بعد[٤] .

والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى فى خلع ، واما أن يكون معطى فى شىء يتقدر ، ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا ، فانه يأخذه بقيمه ذلك الشىء الذى دفع الشقص فيه . وان كان ذلك الشىء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة[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 المجلة .
(٣) البدائع ٥ ص ٢٤ .
(٤) راجع نبذة ٤١١ .
(٥) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٥ .

الثمن الى البائع ، وكانت العهدة عليه . ويسترد المشترى الثمن من البائع ان كان قد نقد .

وان أخذها من يد المشترى دفع الثمن الى المشترى ، وكانت العهدة عليه ، لأن العهدة هى حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، فيكون على من قبض الثمن (١) .

وروى عن أبى يوسف أن المشترى اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحضر منهما ، أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشترى والعهدة على المشترى . وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البائع والعهدة على البائع ، لأنه اذا كان نقد الثمن للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا ، لأنه لا ملك له ، ولا بد أيضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن ، بل يقع على المشترى ، فيكون الثمن له والعهدة عليه . واذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس ، فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البائع ، فكانت العهدة على البائع (٢) .

٣٩٧ — ما يملك بالشفعة — الذى يتملكه الشفيع بالشفعة هو الذى ملكه المشترى بالشراء ، سواء ملكه أصلا أو تبعا بعد أن يكون متصلا وقت التملك بالشفعة ، وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر . وهذا استحسان . والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة .

وجه القياس أن الشفيع انما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة ، وأنه يثبت فى العقار لا فى المنقول ، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق ، فلا تتملك بالشفعة ، وخاصة الزرع والثمر ، لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان فى العقد من غير تسمية ، فلم يثبت الحق فيهما لا أصلا ولا تبعا .

ووجه الاستحسان أن الحق اذا ثبت فى 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 تبعا 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 فى العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص[١] .

فى قانون الشـــفعة

٣٩٨ — لا يثبت الملك للشفيع فى المبيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشترى بالتراضى كما تقدم[٢] .

و يترتب على الشـفعة حلول الشفيع محل المشترى ، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٣ ، التى جاء فيها :

« يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق . على أن المشترى اذا استحصل (حصل) على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع »[٣] .

« 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 ».

---

(١) راجع البدائع ٥ ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠١ (١٨ ص ١٥٤) ، ١٥ نوفمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٩) ، ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤٢) ، ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٤٦ (دائرة أحمد مختار بخيت بك وأحمد حسنى بك وعبد السلام النحاس بك) فى الدعوى رقم ٧٤ سنة ٦٢ ق : أنذر الشفيع المشترى والبائع له برغبته فى الأخذ بالشـفعة فحرر على الانذار اقرار وقعه الشفيع والمشترى أقر فيه الأخير بأنه قبل التنازل عن الصفقـة للشفيع لاستحقاقه لها ، وبعد ذلك أنذر المشترى الشفيع بالعدول عن الاقرار وتمسكه بالصفقة ، فرفع الشفيع دعوى بطلب الأرض المبيعة بالشفعة ، ودفع المشترى فيها بأن الشفيع لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة الا بعد انقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالبيع وشروطه . فقضت المحكمة الابتدائية باحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات العلم . ومحكمة الاستئناف قررت أن الاقرار المشار اليه لم ينكره المشترى ولا ورثته فهو ملزم لهم لا يؤثر فيه انذار المشترى بالعدول عنه ، اذ تعلق حق الشفيع به من ثبوت حقه فى الشفعة ، فلا يملك المشترى ولا ورثته بعد ذلك مناقشة هذا الحق الذى اعترف له به ردا على انذاره بدعوى أن حقه سقط بمضى مدة خمسـة عشر يوما على علمه بالبيع ، حتى ولو صح فوات هذا الوقت ، لأن الاقرار بالحق مع ذلك يعتبر تنازلا عن حق التمسك بعيب 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 والمشترى ، ويحل الشفيع محل المشترى لدى البائع ، ويعتبر البيع كأنه حصل للشفيع من البائع[١] ، فيصبح الشفيع الخلف المباشر للبائع .

ولم تتعرض المادة ١٣ لتحديد علاقة الشفيع بالمشترى ، وسنحددها فيما يلى[٢] .

٣٩٩ — ويحل الشفيع محل المشترى من يوم الحكم أو التراضى ، كما سيجىء[٣] .

٤٠٠ — وحلول الشفيع محل المشترى 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 المشترى بأن ينشىء فى خلال سنة منزلا للسكنى على الأرض المبيعة ، وأن يحافظ على الاستواء الحالى ، والا ترتب على عدم قيامه

= « ١ — يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته .

٢ — وانما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى 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 لمشترى 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 دائنا مقيدا رهنه ، وبما أنه لم يفعل ، بل ترك العقار المشفوع تنزع 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 حائزا 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 يمتلك 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 يتملك من وقته . ونحن نرى أن تملك الشفيع يكون من وقت الحكم أو التراضى . وسنشرح ذلك فى النبذ الآتية .

٤٠٣ — (ا) **الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت البيع** — قرر بعض المحاكم[٤] أن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام معلنة أو مقررة للحقوق ، لا موجدة 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 ذهنى 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 rétoagissant 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 ابتدائى فى صالحه لا يلغى لمجرد حصوله قبل صدور الحكم النهائى الذى جاء مؤيدا للأول . وجاء فى أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفعة تثبت بالطلب المستوفى للشرائط القانونية ، ومتى ثبتت انفسخ البيع للمشترى ، وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكا له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التى يكون قد قررها عليه المشترى .

« وحيث ان الحكم بها للشفيع ليس عبارة الا عن تقرير صحة الطلب والزام المتخاصمين بالنتائج القانونية المرتبة عليها ، فهو من الأحكام المبينة 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 الشىء 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 المشترى أو يتسلم الثمن ، ورتبت 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 ألستون ومستر ساتو) المجموعة ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٤٣١ الحقوق ٢٠ ص ١٧٧ مرجع القضاء ١٢٩٨ .

أن يحتج ببطلان البيع اذا صار مالكا للمبيع ، لأن هذا البطلان ليس من قبيل البطلان المطلق ، بل البطلان النسبى الذى يقبل التصحيح ، ولا يسوغ أن يتمسك به الا من تقرر فى مصلحته » .

٤٠٤ — الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الطلب — رأى بعض المحاكم أن الشفيع يعتبر مالكا للعين المشفوع فيها من يوم طلبه الأخذ بالشفعة . ولذلك اذا استمر المشترى 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 للمشترى فى مطالبة الشفيع بريعها من يوم المطالبة بالشفعة الى يوم الحكم له بها[٢] .

٤٠٥ — الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم — رأى بعض المحاكم[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] .

و بأن المشترى يعتبر مالكا لغاية صدور الحكم النهائى 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 تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشترى 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 ناقلا 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 للمشترى 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 ٢٢رقم 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 المشترى الذى له حق الانتفاع بثمرة العين ما دام النزاع قائما قصر أو طال »[١] .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى 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 — الرأى 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 المشترى له بالشفعة ، أو قضى له بها ، وقبل ذلك تكون الملكية للمشترى . وانما قد قيد القانون تصرفات المشترى 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 مصروفاتهما[٤] . ونص فى المادة ١٢ على أن الرهون والبيوع والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشترى 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 .
وليلاحظ — 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 يتملك 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 الرأى 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 المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها » . فقانون الشفعة اعتبر المشترى 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 المشترى ، وبشروط هذا البيع الثانى . وكذلك يؤخذ من المادة ١٢ بمفهوم المخالفة أن الرهون والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشترى قبل تسجيل طلب الشفعة تسرى على الشفيع .

قلنا ان الشفيع لا يصبح مالكا الا من وقت تسليم المشترى له بالشفعة أو من وقت الحكم له بها . وقد جاء فى المادة ١٨ ، كما رأينا ، أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع » . فهذا الحكم يعتبر عقدا الزاميا فيما بين المشترى والشفيع ، وشروطه هى شروط البيع الذى ترتبت عليه الشفعة . أما فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التى كانت بين البائع والمشترى بمقتضى عقد البيع الذى ترتبت عليه الشفعة ، فان الشفيع يحل لدى البائع ، بمقتضى المادة ١٣ ، محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته ، فتكون له الحقوق التى كانت للمشترى بمقتضى هذا العقد ، وتكون عليه التزاماته ، ويزول كل ارتباط قانونى بين البائع والمشترى ، وقد فصلنا ذلك فيما تقدم[٢] .

٤٠٦ مكررا — 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 المبادىء العامة للقانون وللشريعة الاسلامية . 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 فى القول بأن حكم الشفعة ينشىء ملكية الشفيع ولا يقررها ، فى حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدى الى ذلك ، لأن ما نص عليه فى المادة ١٨ من أن « الحكم الذى 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 المتقاسم على ملكية ما اختص به فى القسمة ، أما سبب الملكية ، وهو غير دليلها ، فسابق على الحكم فى كلتا الحالتين . وأما المادة ١٣ فتنص على حلول الشفيع محل المشترى بالنسبة الى البائع فى كل ما كان له وعليه من الحقوق . وهذا الحلول ليس معناه أن الشفيع ، وقد حل محل المشترى ، لا يكون مالكا الا من يوم الحكم له بالشفعة ، بل معناه أن البيع الذى صدر الى المشترى كان يجب أن يصدر الى الشفيع ، اذ هو أحق به . فهو بهذه المثابة يجب أن يعتبر حالا محل المشترى من اليوم الذى أظهر فيه رغبته وأعلنها الى المشترى منبها عليه بأنه أولى منه بالصفقة . والشفيع فى ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الورائى ، والحكم له فيما هو مجمع عليه فى فرنسا وفى مصر يقرر حقه ولا ينشئه ، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره ، بل يرجع الى يوم البيع الذى حل فيه المسترد محل المشترى . أما ما قيل من التفرقة بين حق الأخذ بالشفعة وحق التملك بها ، وأن الحق الأول ينشأ بالبيع مع قيام سبب الشفعة ، وأن الحق الثانى لا ينشأ الا بالتراضى أو قضاء القاضى وما رتب على هذه التفرقة من أن حكم القاضى بالشفعة يكون مقررا لحق طلبها منشئا لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى — أما ماقيل من ذلك وما رتب عليه فلا أساس له الا اعتبار المشترى 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 فى 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 مخالفة المبادىء العامة فى القانون المدنى وفى الشريعة الاسلامية فوجهه أن المعتدى على الحق أو المنكر له يجب أن لا يفيد من مطله ، وأن صاحب الحق يجب أن يعوض عما يلاقيه من ضرر بسبب عنت خصمه ، ولهذا كان من الأصول الثابتة أن الأحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها . والقول بأن حق الشفعة ينشىء ملكية الشفيع ولا يقررها مناقض لهذا الأصل . كما أنه مناقض لأحكام الفقه الاسلامى التى تقضى باعتبار المشترى كالغاصب فى كل ما له علاقة بالمبانى أو الغراس فى الأرض المشفوعة ، وهذا لا يتفق مع القول بأن حكم الشفعة منشىء لا مقرر ، لأن لازم كونه منشئا أن يعتبر المشترى مالكا حتى صدور الحكم ومن ثم ذا حق فى أن يجرى فى الملك ما يشاء من بناء وغراس ، أما أن يعتبر المشترى غاصبا وأن يعامل معاملة الغاصب فذلك يتفق كل الاتفاق مع اعتبار حق الشفيع قائما منذ طلبه واعتبار الحكم مظهرا للحق لا منشئا له .

وقد ردت محكمة النقض والابرام على ذلك ، معززة رأيها بما يأتى :

١ — ان الشارع اذا كان قد نص فى المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع titre de propriété فانه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها ، والا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام ، بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا cause juridique لملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة ٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا لملكية من رسا عليه المزاد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدنى اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا لملكية واضع اليد على المنقول ، وكلمة سند titre التى وردت فى هذه النصوص كلها انما جاءت على معنى السبب القانونى المنشىء لحق الملكية ، ولم تجىء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومتى كان حكم الشفعة فى نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشؤها 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 منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى .

٢ — ان ما جاء فى المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيدا حق المشترى فى أن يبنى وأن يغرس فى العين المشفوعة ، وما جاء فى المادة الثانية عشرة قاضيا بأن لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة — ما جاء من ذلك فى قانون الشفعة لا يمكن أن يفيد أن الشارع قد أراد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى لأن هذا الأثر لا يستقيم الا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل فى الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط واقف هو الحكم له بطلبه ، بحيث اذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ لملك المشترى والواقف لملك الشفيع زالت ملكية المشترى واعتبرت كأن لم تكن واعتبر الشفيع مالكا منذ اعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفيع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار Jus ad rem ، لا حق ملكية ، وهو لا يخول صاحبه الا مداعاة المشترى بدعوى شخصية . ثم ان الأصل فى التصرفات التنجيز . والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون الا فى الالتزامات الاتفاقية . واذن فلا يمكن أن يثبت للمشترى — الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده — الا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له الى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى الى هذا الزوال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة الى ملكية معلقة ، لمجرد أن البيع الذى 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 فى غمرة هذا الخلاف بأنه أراد بها أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى ، ولكن الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين

بجملة من فقه الحنفية . فقد كان الرأى عند أبى يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشترى 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 المشترى لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعديا ، لأنه انما غرس و بنى 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 ، والمشترى قد عوض عنه بهذه القيمة . واذا كان فى الزام الشفيع بأخذ شىء قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشترى حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مقلوعين . وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل . وكان الرأى عند أبى حنيفة أن الشفيع بالخيار ان شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا ، وان شاء أجبر المشترى على القلع ، ووجه هذا الرأى أن المشترى كان عليه أن يتريث الى أن يفصل فى أمر الشفعة ، واذ لم يفعل و بنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأيين ، فأخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس بعد الطلب ، لأن المشترى 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 المشترى غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف فى ملكه . وكما استمد الشارع المصرى من فقه الحنفية ما شرعه من أحكام لتصرفات المشترى 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 والمشترى ثبت ملك المشترى فى المبيع ، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة ، وانما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبرا عن المشترى اذا رغب فى ذلك وأنفذ تلك الرغبة . وهذا

الحق لا يحول بين المشترى و بين التصرف فى ملكه ، لا فرق فى 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 فى هذه الحال أن يمضى هذه التصرفات وأن يفسخها ، بناء على أن المشترى قد تصرف فيما تعلق به حق غيره ، فلا ينفذ تصرفه منعا للاضرار بالشفيع . وهذا الذى قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصرى حكمه فى المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشترى من تصرفات فى العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع وقد أوجب تسجيل هذا الطلب كان خليقا بأن يجعل هذا التسجيل شرطا لحق الشفيع فى نقض تصرفات المشترى . ومن هذا يبين أن الفقه الحنفى هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة . ولما كان هذا الفقه لايعرف الأثر الرجعى ولا الاستناد ، أى ثبوت الحكم فى الحال مستندا الى ما قبله الا فى تصرفات الفضولى اذا أجيزت وغيرها مما لا يدخل فى 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 المشترى والشفيع ، فان القول بأن الشارع المصرى — الذى أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاتها الفقهية ، قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى ، يكون قولا ظاهر الفساد .

٣ — ان النص فى المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة الى البائع ، لا يمكن أن يفيد ما ذهب اليه الطاعن من اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشترى منذ هذا الطلب ، اذ اعتباره كذلك لا يجوز الا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشترى ، 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 المشترى ،

وكان اسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعا ، فان حلوله فيها قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعا أيضا ، هذا وان كان العمل قد جرى فى فرنسا على غير ذلك فى خصوص حق الاسترداد الوراثى ، 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 الرأى 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 فان الحق الثانى لا يوجد الا بقبول المشترى أو القاضى نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررا لحق الشفيع فى طلب الأخذ منشئا لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » ...

٤ — ان النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة عشرة من قانون الشفعة على أن الشفيع ليس له فى حالة الاستحقاق أن يرجع الا على البائع ، هذا النص لا يمكن أن يفيد زوال ملك المشترى للعين المشفوعة بمجرد حكم الشفعة واعتباره كأنه لم يكن مالكا لهذه العين ، لأن الشفيع اذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق انما يستعمل حقا من حقوق المشترى الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشترى نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق ، وعلى ذلك فلا تعارض بين نفى الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشترى مالكا الى يوم هذا الحكم و بين ايجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشترى . كذلك لا يتعارض بين اعتبار المشترى مالكا الا يوم الحكم بالشفعة و بين ما جاء من الأحكام فى الفقه الاسلامى خاصا ببناء المشترى أو غرسه فى العين المشفوعة ، لأن هذه الأحكام ليس مبناها عند الحنفية اعتبار المشترى غاصبا ، بل مبناها اعتبار المشترى خاطئا ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع . أما القول بأن اعتبار المشترى مالكا الى يوم الحكم فى الشفعة فيه افتيات على القاعدة التى تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشأة للحقوق فرده أن الشارع نفسه هو الذى جعل حكم

الشفعة منشأ لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراسى عليه المزاد 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 بريع هذه العين عن المدة السابقة على هذا الحكم تكون دعوى لا سند لها من القانون. ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا ، وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة اثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن للمشترى بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بايداعه ، فاذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه . على أنه ليس له أن يتوسل بفعله الى حرمان المشترى من حقه[1] .

٤٠٧ — تصرف 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[2] .

دفع الثمن

٤٠٨ — يجب على الشفيع دفع الثمن الى البائع[3] . ولا لزوم لأن يسلمه

---

(١) نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ فى الطعن رقم ٨٥ سنة ١٥ القضائية .

(٢) بنى سويف الابتدائية ١٦ أبريل ١٩٢٣ (دائرة محمود جعفر بك والقاضى عازر 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 النية بأكمل معانيها وأن لا يتخذه 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 الملك 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 المشترى ، بما أنه بناء على المادة ١٣ يحل محل المشفوع منه فى حقوقه والتزاماته[١] .

هذا اذا لم يكن المشترى دفع الثمن الى البائع . فان كان قد قام بدفعه اليه فانه هو الذى يكون دائنا بالثمن ، ككل انسان يقوم بدفع دين آخر (المادة ١٦١/٢٢٤ من القانون المدنى)[٢] .

٤٠٩ — وليس للمشفوع منه أن يطلب مبلغا أكثر من ثمن البيع ، بدعوى أن العين المشفوعة قد زادت قيمتها ، اذا كانت هذه الزيادة عامة ، وليست من فعل المشترى ، ولا للشفيع أن يطلب انقاص الثمن ، بدعوى أن العين قد نقصت قيمتها ، وذلك لأن الشفيع يحل محل المشترى وعليه أن يقوم بدفع ثمن المشترى وتوابعه .

٤١٠ — *لا ضرورة لرفع دعوى للمطالبة بالثمن بعد الحكم بالشفعة* — تتم الشفعة بطلب الشفيع وقبول المشفوع منه ، ويقوم الحكم مقام قبول المشفوع منه . واذا كانت الشفعة تتم بالحكم فيها فقد أصبحت العين ملكا للشفيع والثمن حقا للمشفوع منه . فلا يملك الشفيع التنازل عن حكم الشفعة[٣] . ولا يؤثر هذا فى حق المشفوع منه فى تنفيذ الحكم للحصول على الثمن دون حاجة الى رفع دعوى جديدة به . وقد نصت المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية 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 بشىء للمشترى فلا يمكن تنفيذه بالثمن ، لأن هذا القول مردود بأن الحكم بالشفعة أصبح به الشفيع مالكا نهائيا للعين المشفوعة مقابل

---

(١) ولا يستفيد الشفيع من تأجيل الثمن الذى يكون البائع قد منحه المشترى ، كما سيجىء — 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 فورا بمقتضى ذلك الحكم نفسه ، وليس للشفيع أن يرغم المشترى على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسلم العين ودفع الثمن ، ولا وجه لتكليف المشترى رفع دعوى جديدة بالثمن ، لأن هذا الثمن هو فى الواقع مقضى به بحكم الشفعة ، وأصبح مقدرا وغير متنازع فيه ، فليس هناك موضوع لدعوى أخرى فى شأنه ، بل ان هذه الدعوى تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (١) .

وانه وان كان يجوز للمشترى ، اذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، أن يرفع عليه دعوى يطالبه بدفع الثمن أو بطلان الشفعة (٢) ، فان الواقع أن الدعوى التى ترفع فى هذه الحالة ليس الغرض منها الزام الشفيع بالثمن ، بل الحكم بابطال الشفعة لتأخيره فى دفع الثمن ، وفقا للقاعدة العامة المقررة للعقود ، وهى أنه اذا قصر أحد الطرفين فى القيام بواجباته كان الطرف الآخر مخيرا بين تنفيذ العقد وبين المطالبة بفسخه لعدم تنفيذه .

وقد قضى بناء على ذلك بأنه اذا استشكل فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن ، فان الاشكال يكون مقبولا اذا كان مبنيا على أن للشفيع دينا 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 (٣) .

الثمن المؤجل

٤١١ — فى الشريعة الاسلامية — اختلف الفقهاء اذا وقع الشراء بثمن

---

(١) مصر الابتدائية ٢٢ نوفبر ١٩٢٧ (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى مصطفى صبرى والقاضى عبد الفتاح سابم البشرى) المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦ .
استئناف مصر الأهلية ٢٢ أبريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ : الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى فى الوقت نفسه بدفع الثمن ، فليس المشترى فى حاجة الى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة ، وانما اذا تعلل الشفيع فى حبس الثمن بوجود دين على العين تعين القضاء باستمرار التنفيذ .
(٢) راجع نبذة ٤١٦ .
(٣) حكم مصر الابتدائية ٢٢ نوفبر ١٩٢٧ المقدم .

مؤجل ، الى سنة مثلا ، أيأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل ، أم يأخذ المبيع بالثمن حالا ، أم هو مخير ؟ فقال مالك يأخذه بذلك الأجل اذا كان مليا أو يأتى 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 المشترى ، يأخذه الشفيع بثمن حال (٢) ، لأن رضاء البائع بالأجل فى حق المشترى لا يدل على رضاه به فى حق الشفيع ، لتفاوت الناس فى اليسار والاعسار وايفاء الحقوق ، فان أدى الثمن للبائع سقط الثمن عن المشترى ، 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 المشترى ، وان نقد الثمن حالا وكان الأخذ من المشترى يبقى الأجل فى حق المشترى على حاله ، حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشترى قبل حلول الأجل ، وان صبر حتى حل الأجل فهو على شفعته اذا كان الأجل معلوما ، وأما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك ، فقال الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك (٣) .

وقال زفر ان الثمن يتأجل على الشفيع أيضا ، لأن للشفيع حق الأخذ بالثمن الذى تملك به المشترى 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 المشترى ،

---

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ .
(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٧ .
(٣) كذا فى المحيط والذخيرة والفتاوى العتابية — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٦ — ٧٧
(٤) كتاب « المعاملات » للشيخ أبى الفتح بك ص ٨٣ .

كما نص القانون صراحة على ذلك فى المادة ١٣ التى جاء فيها [١] : « على أن المشترى اذا استحصل (حصل) على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع » [٢] ، وذلك ، كما تقدم ، لتفاوت الناس فى اليسار والاعسار وايفاء الحقوق ، فيجب على الشفيع أن يدفع ثمن المبيع حالا ، بدون أن يستفيد من الأجل المضروب للمشترى [٣] .

وقد حكم بأن تأجيل الثمن لا يرفض للشفيع الا اذا لم يوافق البائع — وهو ذو المصلحة فى ذلك — على منحه اياه . وعليه فاذا قدم الشفيع فى الجلسة الجزء المدفوع من الثمن ، ولم يعترض المشترى على هذا الدفع الجزئى ، فليس للمشفوع منه أن يحتج بعدم قبول الشفيع لعدم قيامه بدفع كل الثمن [٤] .

وفى دعوى اشترط تأجيل الوفاء بمبلغ الدين وجزء من الثمن فى عقد بيع أرض كان الدائن المرتهن طرفا فيه ، واشترط فى العقد أيضا أنه فى حالة بيع جزء من تلك الأرض يصير شطب الرهن عنه مقابل دفع ما يخصه فى 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 سامى بك وعلام محمد بك) المحاماة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ مرجع القضاء ٤٧١٨ .

وقد نص مشروع القانون المدنى الجديد على أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن الا برضاء البائع (المادة ١٠١٦) .

(٣) راجع استئناف ٢٠ مارس ١٨٩٤ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو دى هاتس والقاضى سعد زغلول) الحقوق ٩ ص ٤٩ مرجع القضاء ١٢١٥ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢١٠) .

الشفيع كالمشترى بدون قيد ولا شرط ، واحلاله محل المشترين الأصليين فيما لهم من الحقوق ، ما عدا ما يتعلق بتأجيل دفع الثمن .

ثالثا — أنه ما دام الشفيع يقوم بدفع جزء نسبى من الثمن الأصلى الى البائع الأصلى والدائن المرتهن فيكون له حق ملكية الجزء المشفوع فيه خاليا من حقوق الامتياز التى للمشترى ومن حق الرهن[1] .

٤١٤ — وللبائع ، وفقا للقواعد العامة ، حق حبس المبيع ، حتى يدفع اليه الثمن ، وله أيضا فى 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[2] .

عدم دفع الثمن

٤١٥ — **فى الشريعة الاسلامية** — اذا طالب الشفيع بالشفعة يقضى له القاضى بها ، سواء حضر الثمن أو لا ، فى ظاهر الرواية . وللمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن من الشفيع ، وكذا الورثة ، لأن التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى ، كما تقدم . وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن[3] .

وقال محمد ليس ينبغى 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 بالمشترى ، 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 .

ووجه ظاهر الرواية أن الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة ، كأن اشتراه منه ، والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن ، كما فى

---

(١) استئناف أهلى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومستر ايموس ومحمد صدقى بك) المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ الحقوق ٢٤ ص ٣٣ مرجع القضاء ١٢١٦ .

(٢) راجع فورجير ص ٣٣٠ .

راجع الزقازيق 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 شفعته . 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 سندا لملكية الشفيع ، فبمقتضى هذا النص الصريح يكون الحق متولدا 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 حافظا 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 ومحمود 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 حقق تحل فيه سلطة القضاء محل ارادة الطرفين . ويترتب على ذلك أنه يعتبر سندا تنفيذيا لمصلحة الطرفين ، فبمقتضاه يكون للشفيع الحق فى أن يطلب تسلم العقار المشفوع ، كما يكون للمشفوع منه أن يطلب =

و يعتبر الثمن مدفوعا فيما لو أودعه الشفيع خزانة المحكمة بغير أن يعرضه على المشفوع منه اذا كان هذا الايداع مراعى فيه ضرورة حبس الثمن لسبب وجود حقوق عينية على العين يقتضى ازالتها قبل الدفع (١) .

وقد حكم بأنه تطبيقا للقواعد القانونية العامة للمشفوع منه طلب 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 المشترى دعوى عليها فى ١١ من أكتوبر سنة ١٩٠٨ ، مدعيا أن حقها

= دفع الثمن . وعلى ذلك فرفض الشفيع تنفيذ الحكم لايكون من نتيجته اعتبار الشفعة مفسوخة ، فعلى الشفيع الذى يريد تسلم العقار المشفوع فيه أن يعرض فى الوقت نفسه الثمن عرضا حقيقيا ، فلا يسوغ له أن يطلب التسلم 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 ص ٨٩ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٥ الحقوق ٢٩ ص ٦٣ ، المحاكم ٢٥ ص ٥٤٣٣ مرجع القضاء ١٢٩٢ .

طنطا الابتدائية ٢٨ يناير ١٩١١ (دائرة القضاة محمد عبد الهادى الجندى ومحمود على سرور وحامد وصفى) المحاكم ٢٣ ص ٥٠٢٤ المجموعة ١٢ رقم ١٢٤ ص ٢٤٤ (تأيد 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 قحة بك) الحقوق ١٨ ص ٣٣ مرجع القضاء ١٢٨٩ : ان الحكم بالشفعة هو فى الواقع عبارة عن عقد يلزم فيه كل من المتعاقدين بأداء شىء معين ، فالمشترى يسلم العين المشفوع فيها ، والشفيع يدفع الثمن ، فهو اذن بمثابة بيع معلق على شرط ، فكما أنه اذا قصر المشترى فى دفع ثمن المبيع 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 للمشترى من حقوق عليه أن يتحمل ما كان على المشترى من الواجبات كما هى . فاذا كان المشترى 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 ص ١٧٢) ، ٢ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) ، ٢ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٣٥) ، ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٤) .

فى الشفعة قد سقط ، وقبل صدور حكم المحكمة الجزئية أودعت الشفيعة الثمن خزانة المحكمة ، وتسلمت العين المشفوع فيها ، ثم حكمت المحكمة الجزئية بسقوط حق المدعى عليها فى 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 فى أمر متعلق بالشفعة يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ، وأن أحكام الشريعة الاسلامية الغراء قضت باستحقاق المشترى لحبس العين المشفوعة لحين قبض الثمن ، فاذا تأخر الشفيع عن أدائه لم تبطل شفعته[1] ، لأن المقضى به لايسقط الا بالرضا أو القضا ، وتطبيقا لهذه القاعدة اذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، تنفيذا للحكم القاضى بالشفعة ، فللمشترى أن يرفع عليه دعوى يطالبه فيها بدفعه والا بطلت شفعته ، وبما أن المشترى لم يطلب ذلك فى هذه الدعوى ، فضلا عن قيام الشفيع بدفع الثمن ، فلا محل للحكم بسقوط حقها فى الشفعة[2] .

وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية[3] بأنه من المقرر قانونا أنه لايجوز تنفيذ الأحكام قبل اعلانها وفقا 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 فى موعد معين فليس له بعد ذلك أن يرفع على الشفيع دعوى بسقوط حق الشفعة المحكوم به ، اذ لا يمكن أن يعطل الانذار حق خصمه فى تنفيذ الحكم وفقا 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 المشترى رسميا بالدفع فى ميعاد معين ولم يفعل [١] .

٤١٧ — وسقوط حق الشفعة (déchéance) الذى 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 المشترى بدفع الثمن ولم يقم بدفعه بعد التكليف ، فلذا لا يسقط حق الشفيع فى الشفعة بعد الحكم له ابتدائيا الا اذا كلفه المشترى 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 ألستون 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 للمشترى ، اذ الحكم الذى يصدر بالشفعة هو عبارة عن صك الملكية ، فلا يمكن أن يكون نافذا الا بدفع الثمن الذى هو من أركان تنفيذ ذلك الحكم .

٤١٨ — هل للشفيع حبس الثمن متى تطهر العين من الرهون ؟

اذا دفع المشترى الثمن كله نقدا للبائع كان من حقه أن يأخذه من الشفيع . وليس لهذا أن يحبسه عن المشترى حتى يقوم له بتطهير العين مما يظهر عليها من رهون وحقوق عينية ، لأنه لا ضمان عليه فيها بأصل شرائه ، ولا بحكم 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 — فى الشريعة الاسلامية — اختلف فى عهدة الشفيع ، أهى على المشترى أم على البائع ، يعنى أن الشفيع اذا أخذ الشقص ، فظهر مستحقا ، فعلى من يرجع بالثمن ؟ قال مالك والشافعى وأحمد هى على المشترى ، ويرجع المشترى على البائع . وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى عهدة الشفيع على البائع .

وعمدة مالك أن الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة .

---

(١) استئناف ٢٢ أبريل ١٩٣٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المجموعة ٣١ رقم ٥١ ص ١٤٤ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٥ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة 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 فهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ مرجع القضاء ٤٧٢٨ .

وراجع نبذة ٤٠٦ .

وعمدة ابن أبى ليلى أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروءها على البيع فسخ له وعقد لها . فالحق ثبت للشفيع بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى[(١)] .

وعند أبى حنيفة اذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع ، فأدى ثمنه ، ثم استحق المبيع ، فان كان أداه للمشترى فعليه ضمانه ، سواء استحق قبل تسليمه اليه أو بعده ، وان كان أداه للبائع ، واستحق المبيع وهو فى يده ، فعليه ضمان الثمن للشفيع[(٢)] .

٤٢١ — فى القانون — اذا استحق العقار المشفوع للغير بعد الأخذ بالشفعة فان رجوع الشفيع يكون على البائع ، كما قررت ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ التى نصها :

« واذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع »[(٣)] .

« 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 ».

واذا اشترط البائع عدم الضمان فى حالة الاستحقاق ، فان هذا الشرط يسرى على الشفيع ، لأنه يحل محل المشترى ، بالنسبة الى البائع ، فى 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 فى حالة هلاك الشىء أو تلفه . ونرى

---

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ — المغنى ٥ ص ٥٣٤ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٨ . وجاء فى المغنى ٥ ص٥٣٤ : وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشترى فالعهدة عليه ، وان أخذه من البائع فالعهدة عليه ، لأن الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشترى فينفسخ البيع بين البائع والمشترى ، فكان الشفيع آخذا من البائع إما لكا من جهته فكانت عهدته عليه .

راجع ابن عابدين ٥ ص ١٥٠ .

(٣) وجاء فى مشروع القانون المدنى الجديد فى الفقرة الثالثة من المادة ١٠١٦ :

« ٣ — واذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع ».

وجوب الرجوع الى القواعد العامة . وقد جعل القانون المصرى[1] الهلاك على البائع قبل التسليم ، وعلى المشترى بعد التسليم ، كما يظهر من نص المادة ٢٩٧/٣٧١[2] 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 ، الا اذا كان المشترى 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 للمشترى ، 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 المشترى ، بعد تسليمه اليه ، فالهلاك على المشترى ، 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[3] .

٤٢٤ — (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة — اذا هلك المبيع فى يد البائع ، فالهلاك عليه ، ووجب فسخ البيع ، ورد الثمن الى من دفعه ، سواء أكان المشترى ، أم الشفيع .

---

(١) أحكام الهلاك فى البيع فى القانون المصرى تخالف أحكام القانون الفرنسى ، لأن هذا القانون الأخير جعل الهلاك على المشترى 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 .

واذا هلك فى يد المشترى قبل تسليمه الى الشفيع ، فالهلاك يكون على المشترى ، 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 التضمينات لمستحقيها فى نظير ما استحصل عليه غيره من المنفعة بغير حق » . فيبرأ المشترى من تسليم العقار للشفيع ، ولا يطالب الشفيع بالثمن .

واذا كان الهلاك قد حصل بخطأ المشترى أو بعد تكليفه بالوفاء ، فبناء على المادة ١٧٨/٢٤١ « اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا ألزم بالتضمينات » . وهذا مع وجود انفسخ وزوال الالتزامات المتبادلة[1] .

ومن رأى مسيو فورجير أنه اذا حصل الهلاك ، وكان الشىء فى يد المشترى ، فانه يجب على الشفيع أن يقوم بدفع كل الثمن الى البائع ، لأن هذا الأخير قد أخلى نفسه من كل مسئولية عن الحالات القاهرة ، فسلم الشىء الى المشترى الذى حل الشفيع محله . وكذلك يكون الحكم اذا تلف العقار بتقصير المشترى ، وانما يكون للشفيع حق الرجوع على المشترى بالتعويضات اذا كان لها وجه[2] .

٤٢٥ — واذا حصل الهلاك بعد تسليم العقار الى الشفيع فان الهلاك يكون عليه .

٤٢٦ — الهلاك الجزئى — بمقتضى أحكام البيع العامة اذا كان الهلاك جزئيا ، فهو على المشترى اذا حصل بعد تسليم المبيع اليه . أما اذا حصل فى يد البائع قبل تسليم العقار للمشترى فيطبق حكم المادة ٢٩٨/٣٧٢ التى تنص على أنه

---

(١) ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢٤ .

(٢) فورجير ص ٣٣١ .

« اذا نقصت قيمة المبيع بعيب[1] حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيرا بين الفسخ و بين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه[2] ، الا اذا سبق منه رهنه»[3] .

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 الجزئى فى يد البائع ، قبل تسليم المبيع الى المشترى ، كان الخيار للمشترى بين الفسخ و بين تحمل الهلاك الجزئى با قاء المبيع بالثمن المتفق عليه . واذا حصل الاختيار قبل طلب الشفعة سرى على الشفيع ما اختاره المشترى . فاذا اختار الفسخ سقطت الشفعة . واذا اختار ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه جاز للشفيع أن يطلب المبيع بالشفعة بالثمن المتفق عليه اذا أراد .

واذا طلبت الشفعة قبل حصول الاختيار فان المشترى اما أن يظهر اختياره واما ألا يظهره حتى يملك الشفيع . واذا أظهر المشترى 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 المشترى 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 الجزئى 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 ٢٩٩/٣٧٣ .

(٣) عبارة « الا اذا سبق منه رهنه » موجودة بالمادة ٣٧٢ المختلطة ، ولم يكن لها مقابل فى المادة ٢٩٨ أهلى ، ولكنها أضيفت اليها بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ . وعلى ذلك اذا كان المشترى قد رهن المبيع ، فليس له أن يختار فسخ البيع ، لأن الفسخ يضر بحقوق المرتهنين ، فالهلاك الجزئى فى هذه الحالة على المشترى (راجع نجيب الهلالى باشا نبذة ٤٩١) :

واذا حصل الهلاك الجزئى تحت يد المشترى ، بعد تسلمه العقار المبيع ، فاذا كان قد حصل قبل طلب الشفعة فالهلاك على المشترى ، وللشفيع أن يطلب الشفعة بالثمن المتفق عليه اذا أراد ، أو يترك . أما اذا حصل الهلاك الجزئى بعد اعلان الرغبة فى الشفعة وقبل الحكم نهائيا ، فالهلاك على المشترى كذلك ، وللشفيع أن يتنازل عن الشفعة اذا أراد ، لأن له ذلك حتى الحكم[1] .

٤٢٨ — (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة — بعد الحكم بالشفعة يحل الشفيع ، بناء على المادة ١٣ ، محل المشفوع منه ، لدى البائع ، فى جميع حقوقه والتزاماته . فاذا كان الهلاك الجزئى فى يد البائع ، ولم يكن المشترى قد أظهر اختياره ، فان الخيار يكون بعد الحكم للشفيع ، فله أن يختار ابقاء المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه . واذا اختار الفسخ هل يسرى على المشترى ، وقد يكون راغبا فى أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ؟ الذى نراه أن اختيار الشفيع يسرى على المشترى ، لأن ملكية العين قد انتقلت الى الشفيع ، وقد حل بالنسبة الى البائع محل المشترى .

واذا حصل الهلاك الجزئى فى يد المشترى ، بعد الحكم بالشفعة ، أى قبل تسليم العين المشفوعة الى الشفيع ، فانه يكون للشفيع الخيار بين ابقاء العين بالثمن

---

(١) ذهنى بك ٥٢٤ — راجع العرابى باشا نبذة ١٢٤ .

وقد جاء فى المغنى (٥ س ٥٠٣ — ٥٠٤) : وان تلف الشقص أو بعضه فى يد المشترى فهو من ضمانه ، لأنه ملكه تلف فى يده . ثم ان أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمى ، وسواء تلف باختيار المشترى كنقصه للبناء ، أو بغير اختياره مثل أن انهدم . ثم ان كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة ، وان كانت معدومة أخذ العرصة وما بقى من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن القاسم . وهذا قول الثورى والعنبرى وأبى يوسف وقول للشافعى . وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان التلف بفعل آدمى كما ذكرنا ، وان كان بفعل الله تعالى ، كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق ، فليس للشفيع أخذ الباقى الا بكل الثمن أو يترك . وهذا قول أبى حنيفة وقول الشافعى . لأنه متى كان النقص بفعل آدمى رجع بدله الى المشترى فلا يتضرر ، ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شىء فيكون الأخذ منه اضرارا 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 الشىء المشفوع ، لأن للمشترى الحق فى الرجوع على البائع من أجل العيوب الخفية ، وقد حل الشفيع محله فى هذا الحق[٢] .

ولكن ما الحكم اذا كان المشترى 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 والمشترى ، 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 عند ما اشترط عدم ضمانه فله أن يلزمه بضمانه ، وفقا للقواعد العامة (المادة ٣٩٦/٣٢١ من القانون المدنى) .

تصرفات المشترى قبل الأخذ بالشفعة

٤٣١ — **فى الشريعة الاسلامية** — اذا تصرف المشترى فى المبيع قبل أخذ الشفعة أو قبل علمه فتصرفه صحيح ، لأنه ملكه وصح قبضه له ، ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين فى البيع معيبا لم يمنع التصرف فى الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف فى الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيها .

فمتى تصرف فيه تصرفا صحيحا تجب به الشفعة ، مثل أن باعه ، فالشفيع

---

(١) قارن ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢٤ .
راجع العرابى باشا نبذة ١٢٣ .

(٢) دى هلتس نبذة ١٩٤ — هالترن ص ١٧٧ — فورجير ص ٣٣٠ .

بالخيار ان شاء فسخ البيع الثانى وأخذه بالبيع الأول بثمنه ، لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشترى ، وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشترى الثانى ، لأنه شفيع فى العقدين ، فكان له الأخذ بما شاء منهما ، وان تبايع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول ، و ينفسخ العقدان الأخيران . وله أن يأخذه بالثانى و ينفسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذه بالثالث ولا ينفسخ شىء من العقود . فاذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذى اشترى به ، ولم يرجع على أحد ، لأنه وصل اليه الثمن الذى اشترى به . وان أخذ من الثانى دفع اليه الثمن الذى اشترى به ، ورجع الثالث عليه بما أعطاه ، لأنه قد انفسخ عقده. وأخذ الشقص منه ، فيرجع بثمنه على الثانى ، لأنه أخذه منه . وان أخذ بالبيع الأول دفع الى المشترى الأول الثمن الذى اشترى به ، وانفسخ عقد الآخرين ، ورجع الثالث على الثانى بما أعطاه ، ورجع الثانى على الأول بما أعطاه . فاذا 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 انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذى ورثه .

قال فى المغنى[1] : ولا نعلم فى هذا خلافا ، و به يقول مالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى .

وجاء فى الفتاوى الهندية : رجل اشترى من آخر دارا بألف درهم ،و باعها من آخر بألفى درهم ، وسلمها ، ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول . قال أبو يوسف يأخذها من الذى هى فى يديه و يدفع اليه ألف درهم و يقال له أطلب صاحبك الذى باعك فخذ منه ألفا آخر . وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة اذا حضر الشفيع وقد باع المشترى الدار وسلمها وغاب وأراد أن يأخذها بالبيع الأول فلا خصومة بينه و بين المشترى الآخر . فالحاصل أن الشفيع لو أراد أخذها بالبيع الأول يشترط حضرة المشترى الأول عند أبى حنيفة ، وهو قول محمد ، وفى

---

(١) المغنى ٤ ص ٤٨٨ — ٤٨٩ — المهذب ١ ص ٣٨٦ .

قول أبى يوسف لا تشترط حضرته ، وان أراد أخذها بالبيع الثانى لا تشترط حضرة المشترى الأول بلا خلاف . كذا فى المحيط[١] .

وذكر فى المنتقى قال اذا اشترى دارا بألف درهم ثم باعها بألفين ، فعلم الشفيع بالبيع الثانى ، ولم يعلم بالأول ، فخاصم فيها ، فأخذها بالشفعة بالبيع الثانى بحكم الحاكم أو بغير حكمه ، ثم علم بالبيع الأول ، فليس له أن ينقض ما أخذه ، و بطلت شفعته فى البيع الأول[٢] .

وان تصرف المشترى فى 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 و يأخذه بالثمن الذى وقع البيع به . وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة[٣] وأصحاب الرأى ، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثانى والثالث مع امكان الأخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ، ولأن حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى ، فلم يملك المشترى أن يتصرف تصرفا يبطل حقه . ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير ، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين ، فانه اذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه .

وقال القاضى المنصوص عن أحمد فى رواية على بن سعيد وبكر بن محمد اسقاط الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة . وحكى ذلك عن الماسرجسى فى الوقف ، لأن الشفعة انما تثبت فى المملوك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكا . وقال ابن أبى موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا فقد استهلكها ، ولا شفعة فيها . ولأن فى الشفعة ههنا اضرارا بالموهوب له والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، ولا يزال الضرر بالضرر ، بخلاف البيع فانه اذا فسخ البيع الثانى رجع المشترى الثانى بالثمن الذى 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 فى يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشترى . وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له ، لأنه يأخذ ملكه . قال فى المغنى[1] : ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ، ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة .

فى القانون

٤٣٢ — من الاستغلال والادارة — ان حكم الشفعة ينقل الملكية ولا يقررها ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصروفات بناء على التراضى أو حكم القاضى . وبهذا المعنى حكمت محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة فى ٢٩ من مارس ١٩٢٢[2] . وحكمت محكمة الاستئناف فى ١٣ من ديسمبر ١٩٢٥ بأن تطبيق هذا المبدأ ، الذى اطمأن اليه القضاء العالى ، يسقط معه أى ادعاء للمستأنف (الشفيع) فى المطالبة بفوائد ثمن العين أو ريعها قبل وصول هذا الثمن للمشفوع منها ، كما تسقط معه دفوعه عن اضطراره لايداع الثمن لتعنت المشتريين وانكارهما عليه حقه ، فان المبدأ قد غطى كل خلاف على حق شفعة[3] .

وسنتكلم فيما بعد فى البناء والغراس[4] .

---

(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 المشترى لا يلتزم بانتظار انقضاء الستة الأشهر المنصوص عليها فى المادة ٢٢ من قانون الشفعة قبل البدء فى الأعمال التى يرغب فى القيام بها فى الأرض التى اشتراها ، وأنه متى بدأها ، وخصوصا اذا كانت من الأعمال التحفظية ، فليس له أن يترك اتمامها عند تسلمه طلب الأخذ بالشفعة ، فتضيع عليه النفقات التى تكبدها ، بل له الحق فى أن يتم هذه الأعمال ، فاذا ما أخذ المبيع منه كان له أن يطالب بجميع المصروفات التى أنفقها : استئناف مختلط ٧ نوفمبر ١٩٤٤ (٥٧ ص ٣) .

(٣) استئناف ١٣ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة متولى غنيم بك ومحمد لبيب عطية بك ومحمد زغلول بك) المحاماة ٦ رقم ١٩٢ ص ٢٣٩ .

(٤) نبذة ٤٤٦ .

٤٣٣ — التصرفات — تجب التفرقة بالنسبة الى التصرفات التى تقع من المشترى — بين (ا) التى تكون قبل تسجيل طلب الشفعة المنصوص عليه فى المادة ١٤ ، و (ب) التى تكون بعده .

٤٣٤ — (ا) التصرفات الحاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة — حق الشفعة ليس من نتائجه منع المشترى من التصرف فى العقار لمصلحة الشفيع المحتمل أثناء المدة التى تجوز المطالبة فيها بالشفعة[1] ، وقد تكون هذه المدة طويلة اذا لم يعلم من له حق الشفعة بالبيع وشروطه .

فللمشترى أثناء هذه المدة أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ، فله أن يبيع العقار الذى 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 للمشترى أن يبيع يجوز له أيضا أن يقايض على العقار الذى اشتراه ، وقد تقدم أن المقايضة لا تعطى الحق فى الشفعة ، فاذا حصلت المقايضة أثناء هذه المدة فانها تمنع من الشفعة . ولكن يكون للشفيع أن يطعن فى جميع التصرفات المتقدمة ويطلب بطلانها . وانما عليه أن يثبت أنها ليست حقيقية ، بل صورية .

٤٣٥ — بيع المشترى العين قبل طلبها بالشفعة — ذكرنا فيما تقدم[2] حكم الشريعة الاسلامية فى حالة تصرف المشترى فى العين التى اشتراها بالبيع قبل تقديم طلب بالشفعة فيها . ونتكلم الآن فى حكم القانون فى هذا الموضوع .

نصت المادة ٩ من قانون الشفعة على أن :

---

(١) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤١) .

(٢) نبذة ٤٣١ .

« العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله ، كما هو مذكور فى المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها » (١) .

« 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 ».

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 بثمن 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 ص ٢١٣) المحاماة ٣ رقم ٤٥٢ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٣ ، أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص 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 المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها » .

(٢) سمالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ (القاضى اسكندر حنا) المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ مرجع القضاء ٤٧٠٩ .

(٣) راجع استئناف ١١ يونيه ١٩٠٣ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو دى هلتس ومستر ويلمور) المجموعة ٥ رقم ٣١ ص ٦٩ .

استئناف ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدى بك ومسيو دى هلتس ومسيو كامران) القضا ٣ ص 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 جديا .

٤٣٦ — رفع الدعوى على المشترى الثانى والبائع له — اذا باع المشترى العقار المشفوع قبل طلب الشفعة وتسجيله وجب رفع دعوى الشفعة على المشترى الثانى وطلب الشفعة منه بحسب شروط عقد مشتراه ، بمعنى أن البيع الأول يعتبر غير موجود[١] .

ولا تقبل دعوى الشفعة اذا رفعت على المشترى الأول وحده[٢] . فانه وان كانت المادة التاسعة من قانون الشفعة تنص على أن دعوى الشفعة لا تقام الا على المشترى الثانى فان المادة الخامسة عشرة توجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى معا . فليس معنى قول الشارع اذن فى المادة التاسعة أن الدعوى لا تقام الا على المشترى الثانى أنها لاترفع 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 و بباقى شروطه[٣] .

وعلى ذلك اذا بيع عقار ، وتراضى الشفيع مع المشترى على أن يحل الأول محل الثانى فيما له وعليه من حقوق ، 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 ٢١ ص ٣٣ .

راجع أيضا استئناف مختلط ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) . وقد قرر هذا الحكم أن عدم قبول طلب الشفعة المبنى على كون الشفيع لم يرفع دعواه فى الميعاد المعين فى القانون الا على المشترى الأول ، وليس على المشترى الثانى ، يتعلق بمعرفة ما اذا كان الشراء اللاحق صوريا أم لا .

(٣) استئناف أسيوط (دائرة أحمد نظيف بك ومحمود عفيفى بك وحسن نجيب بك) ١٣ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ .

المشترى الأول فى دعواه[١] .

ولأجل اقامة دعوى الشفعة على المشترى الثانى يجب أن يكون البيع الجديد مسجلا ، لأنه بتسجيله يستطيع الشفيع أن يعلم بالشراء الثانى ، فيرفع الدعوى على المشترى الثانى . فاذا لم يكن مسجلا جاز للشفيع أن يرفع دعواه على المشترى الأول[٢] .

واذا كان الشفيع يعلم بالبيع الثانى ، كما اذا أرسل اليه المشترى الثانى اعلانا رسميا ، يكلفه فيه ابداء رغبته وفقا للمادة ٢١ من قانون الشفعة ، رفعت الدعوى على المشترى الثانى[٣] .

وقد حكم بأن قانون الشفعة لم يخضع لاجراء التسجيل العقود التى يبرمها المشفوع منه مع الغير . على أن هذا الاجراء لا تكون له مزية عملية فى العلاقات بين الشفيع والمشفوع منه ، لأن هذه العلاقات لا يترتب عليها أية منازعة فى ملكية العقار المشفوع ، لأن الشفعة مقررة حتى بالنسبة الى البيوع المسجلة[٤] .

وبأن عقدى البيع الأول والبيع الثانى ، ولو كانا غير مسجلين ، يمكن الاحتجاج بهما على الشفيع ما دام لم يسجل طلبه ، وهذا التسجيل هو وحده الذى يقرره قانون الشفعة[٥] ، ولا يوجد أى نص فى القانون يلزم المشترى الذى يرغب فى البيع بأن يسجل عقد البيع الثانى من أجل الشفعات المحتملة[٦] .

وقررت محكمة مصر أنه اذا كان عقد المشترى الثانى مسجلا ، وهذا المشترى أجنبيا ، وجب على المشترى الأول أن يطلب عدم قبول الدعوى ، لأن الملك انتقل من يده ، لا أن يطلب عدم الاختصاص ، لأن المشترى الثانى

---

(١) استئناف أسيوط ١٣ ديسمبر ١٩٤١ المتقدم .

(٢) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى حافظ عبد النبى والقاضى أحمد فتحه) الاستقلال ٤ رقم ٥١٠ ص ٥٧٨ .

(٣) راجع ذهنى بك « فى الأموال » نبذة 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 فى 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 الأصلى ، 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 ينشىء حقا قبل المشفوع منه شخصيا . فاذا

---

(١) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى حافظ عبد النبى والقاضى أحمد فتحة) الاستقلال ٤ رقم ٥١٠ ص ٥٧٨ الحقوق ٢٠ رقم ١٠٧ ص ٢٥٦ . وقد تأيد هذا الحكم استئنافيا فى ٢ مايو سنة ١٩٠٥ .

(٢) ميت غمر الجزئية ٧ مايو ١٩٠٨ (القاضى مصطفى النحاس) المجموعة ٩ رقم ١٣٠ ص ٣٠٥ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٣ . وجاء فى 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 المشترى بدفع الثمن ، اذ أن البيع الأول تم بمجرد توقيع صيغته 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 المشترى الأول لا يدخل دعوى الشفعة ولا يكون خصما فيها ، بل يدخل فيها المشترى الثانى فقط مع البائع الأصلى ، وان الشفيع يحل محل المشترى الثانى قبل البائع الأصلى ، وأنه اذا استحق العقار المشفوع كلا أو بعضا لا يرجع الشفيع الا على البائع الأصلى ، لا على المشترى الثانى ولا على المشترى الأول الخ (ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١) — لا نوافقه على ما يقوله ، ونرى أنه اذا باع المشترى العين التى اشتراها فان دعوى الشفعة ترفع على المشترى الثانى والبائع له (أى المشترى الأول) ، وأن الشفيع اذا قضى له بالشفعة يحل محل المشترى الثانى قبل المشترى الأول ، ويعتبر البيع كأنه حصل من المشترى الأول للشفيع ، أى أن الشفيع يعتبر كخلف للمشترى الأول ، وهو الذى يرجع عليه الشفيع فى حالة الاستحقاق .

لم يبق المشترى الأول مالكا للعقار ، فلا توجد أية رابطة قانونية بينه و بين الشفيع ، الا اذا أصبح ، بسبب أفعاله الحاصلة بسوء نية ، مسئولا قبله بناء على شبه جنحة[١] .

٤٣٧ — الطعن فى البيع الثانى بالصورية — للشفيع أن ينازع المشترى الثانى اذا رأى أن مشتراه صورى بقصد منع الشفعة بالثمن والشروط التى حصل بها البيع الأول ، واذا أثبت ذلك يحكم له بالشفعة بالثمن الحقيقى[٢] .

ويلاحظ أنه اذا كان الثمن الصورى الذى 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 — والبينة على الشفيع اذا ادعى أن البيع الثانى الصادر من المشترى

---

(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) ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٠ .

كان بيعا صوريا حصل بقصد الهروب من الشفعة[١] .

وللشفيع أن يلجأ الى اليمين الحاسمة serment décisoire لاثبات صورية البيع الثانى[٢] . وهذه اليمين يجب عليه أن يوجهها الى المشترى الثانى ، لأن المشترى الأول فى حالة بيعه يعتبره القانون من الغير tiers ، فلا تربطه بالشفيع أية رابطة قانونية[٣] .

وقد حكم بأن اليمين التى يوجهها الشفيع الى المشترى الأول عن حقيقة الثمن الذى اشترى به لا تكون مقبولة ، لأنها غير متعلقة بالشفعة الموجهة الى المشترى الثانى[٤] .

٤٣٩ — واذا قام الشك فى صحة البيع الثانى وجب تفسير الشك فى مصلحة المدعى عليه فى دعوى الشفعة[٥] .

وقد حكم بأن كون المشترى الثانى أما أو أختا أو أخا لمن باع لا يكفى وحده لاعتبار العقد صوريا . وكون البيع الثانى حصل بثمن أعلى من الثمن الأول بكثير يثير الشك فى صحة العقد فى الظاهر فقط اذا كان الشفيع 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] .

و بأن تحرير عقد رسمى بالبيع الثانى بعد تسجيل طلب الشفعة بخمسة شهور يعتبر قرينة على عدم صحة البيع الثانى الحاصل بعقد عرفى[٧] .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٢) المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفبر 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 العشرى 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٤ .

(٧) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشرى 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 شفعته[١] .

٤٤١ — ويترتب على المادة ٩ المتقدم ذكرها التى تقضى بأن الشفعة انما تطلب من المشترى الثانى منع الشفعة اذا كان البيع حاصلا من الأصول الى الفروع . فاذا باع المشترى العين المشفوعة الى ولده قبل طلب الشفعة فلا شفعة[٢] .

٤٤٢ — واذا باع المشترى العقار موضوع الشفعة فانه لا يكون ملزما قبل المشترى الثانى بأى ضمان قانونى لنزع العقار منه بسبب استعمال حق الشفعة ، بل يجب على المشترى الثانى أن يحتاط لهذا الخطر ويمنع رفع دعوى الشفعة على البائع له بشروط عقد هذا الأخير[٣] .

٤٤٣ — ***التصرف فى جزء من العقار*** — اذا بيع جزء من العقار المشفوع قبل أن يسجل طلب الشفعة ، وكان الجزء المبيع جزءا مفرزا divise ، فللشفيع أن يجزىء دعواه ويرفعها على المشترى الأول وحده من أجل الجزء الذى استبقاه ، أو على المشترى 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 المشترى الثانى لهذا الجزء ، أو اذا تنازل عن حقه فى الشفعة قبله ، فانه بمقتضى المادة ١١ لا يقبل منه أن يشفع ضد المشترى 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) ***التصرفات الحاصلة بعد تسجيل طلب الشفعة*** — اذا وقعت تصرفات المشترى بعد تسجيل طلب الشفعة فقد نصت المادة ١٢ على أن :

---

(١) استئناف مختلط ٣ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .
(٢) قارن العرابى 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) .

كل رهن من المشترى[1] وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع[2] وكل حق عينى قبله المشترى 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 المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار »[3] .

« 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 ».

---

(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 ص ٨٦٤ ملحق القانون والاقتصاد ٥ ص ٢٨٦ رقم ٨٣ المجموعة ٣٨ رقم ٣٣٩ : ان المادة الخامسة عشرة من قانون الشفعة تقضى بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، 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 المشترى 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 المشترى الأول بالشروط التى اشترى بها . فاذا باع المشفوع 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 المشترى الأجنبى أمام المحاكم الأهلية . ولكن اذا أدخل المشترى 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 المشترى الأجنبى كان حكمها واجب النقض بالنسبة الى هذا المشترى .

(٣) استئناف ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢) الاستقلال ٢ رقم ١٧٤ ص ١٨١ ، ١٧ أبريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

مصر الابتدائية ١٧ يوليه ١٩٠٧ (دائرة ابراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر =

فبناء على المادة ١٢ أصحاب الحقوق العينية الذين حصلوا على حقوقهم من المشترى 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 أو قيدها 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[1] .

والجزء الأخير من المادة ١٢ — الذى يقرر أنه يبقى لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن العقار — لا ينطبق الا اذا كان المشترى قد دفع الثمن الى البائع ، فان الشفيع فى هذه الحالة يؤدى الثمن الى المشترى الذى قام بدفعه ، ويستعمل أصحاب الديون الممتازة والدائنون المرتهنون حقوق أولويتهم على هذا الثمن . أما اذا لم يكن المشترى 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 الشريعة الاسلامية — اذا جدد المشترى فى العقار المشفوع شيئا لم يكن موجودا من قبل ، فان الزيادة التى جددها 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 ص 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 المشترى كما لا يسرى فى حقه أى بيع صدر من المشترى 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 للمشترى 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 بقيمتهما مستحقين للهدم أو للقلع، زيادة على ثمن الشفعة ، و بين أن يكلف المشترى بالهدم والقلع و يأخذ الأرض خالية منهما (١) .

وان كان الهدم أو القلع يضر بالأرض كان للشفيع أخذ البناء أو الأشجار مستحقين للهدم أو القلع ولو جبرا على المشترى ، وله تحمل الضرر و تكليفه بالازالة .

هذا هو رأى الامام ومحمد ، والعلة فيه هى أن المشترى 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 بقيمتهما قائمين ، أى مستحقين البقاء ، وتعتبر القيمة يوم الأخذ ، واما ترك الشفعة ، وعلة ذلك أن المشترى 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 ، كالزرع ، فليس للشفيع اجبار المشترى على قلعه استحسانا ، اذ لا ضرر عليه فى بقائه ، لأنه يترك الأرض بالأجرة حتى يحصد الزرع .

واذا زاد المشترى على العقار المشفوع شيئا مما لا قيمة له بعد نقضه ، بأن بيضه 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 ٥ ص ١٨٠ .

٤٤٦ — فى قانونه الشفعة — نص قانون الشفعة فى المادة ١٠ منه على حكم البناء والغراس ، فقرر أنه :

« اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما ، بناء على رغبة المشترى ، اما أن يدفع له ما صرفه ، أو ما زاد فى 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 وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس [٢] .

أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه » [٣] .

« 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 ».

---

(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 ،رجع 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 المدنى الجديد بحكم هذه المادة فى المادة ١٠١٨ بالنص الآتى :

« ١ — اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة فى الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له اما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . =

فليس للشفيع لحين اعلانه طلب الأخذ بالشفعة أى حق قبل المشترى ، فليس له أن ينازعه فى حقه كمالك قبل هذا الاعلان ، والمشترى وحده هو الذى له حق التصرف فى ملكيته ، فله أن يشرع فى الهدم أو فى البناء ، ولا يجبر المشترى على اعادة العقار الى حالته الأولى ، وعلى الشفيع أن يدفع اليه المصروفات النافعة التى أنفقها[١] .

وليس للمشترى الذى يوجه اليه اعلان الشفعة أن يطلب زيادة القيمة الناتجة عن البناء والأعمال التى أوجدها بعد هذا الاعلان ، فليس له حق الا فى قيمة الأدوات وأجرة العمل أو فى مصروفات الزرع اذا أراد الشفيع أن يحتفظ به[٢] .

وقد حكم بأن أتعاب المقاول الذى كلفه المشترى قبل الشفعة بتحضير رسوم وبيانات عن مصروفات العقار المراد بناؤه على الأرض المشتراة تدخل ضمن المبالغ التى يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن يترتب على دفع هذه الأتعاب أن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكا للشفيع[٣] .

٤٤٧ — مصروفات تحسين العين — للمشترى أن يطالب الشفيع بالمصروفات التى صرفها لتحسين حالة العين . أما المصروفات العادية التى يستلزمها الاستغلال[٤] وفوائد ثمن العين فلا حق فى طلبها من الشفيع ، ما دام قد استحوذ

= « ٢ — أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الازالة . فاذا آثر أن يستبقى 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 مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٦٤ ص ١٣٦ ملحق القانون والاقتصاد المجموعة ٣٤ رقم ١٨٨ الفهرس العشرى الرابع للمجموعة رقم ١٣٠٦ : الشفيع غير ملزم بأن يؤدى للمشفوع منه ما دفعه من الأموال عن الأرض المشفوع فيها ، ولا ما أنفقه عليها من مصروفات استغلالها ، مدة حيازته هو لها وانتفاعه بها .

على الريع[١] .

٤٤٨ — واذا تبين أن زيادة قيمة الأرض المشفوع بها لم تكن ناتجة عن اصلاح أحدثه المشترى فيها ، بل هى زيادة عامة حصلت لعموم الأراضى ، فلا وجه للحكم بقيمة تلك الزيادة[٢] .

---

(١) مصر الابتدائية ١٩ أبريل ١٩٠٢ ، وقد تأيد استئنافيا فى 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 شكرى 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 التى تترتب عليها القسمة تأتى اما من طريق الارث ، واما بسبب عقد ، كالشركة ، أو الشراء ، أو الهبة ، أو الوصية الخ [١].

وفى الحالة الأولى يمكن الوارث أن يبيع حصته المشاعه ، اما لوارث مثله أو لشخص أجنبى . وقد نص كثير من الشرائع على اعطاء باقى الورثة الحق فى أن يستردوا لأنفسهم الحصة المبيعة لأجنبى ، لكى 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 سيجىء .

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 ٥٦١/٤٦٢ 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 المدنى الفرنسى فى حق الاسترداد الوراثى فى المادة ٨٤١ التى جاء فيها :

«لكل ورثة المتوفى أو لأحدهم أن يخرجوا من القسمة كل شخص لم يكن وارثا ، ولو كان قريبا للمتوفى ، تنازل له أحد الورثة عن حقه فى التركة ، وذلك بأن يدفعوا له ثمن الحق المتنازل له عنه » .

« 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 ermboursant le prix de la cession ».

٤٥١ — حق الاسترداد فى القانون المصرى — نصت المادة ٤٦٢ من المجموعة المدنية الأهلية على أنه :

« يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

« 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 ».

ويلاحظ أن النص الفرنسى للمادة ٤٦٢ قد ورد فيه لفظ « الأصليين » بعد لفظ « الشركاء » ، وهذا اللفظ غير وارد فى النص العربى .

والنص الفرنسى للمادة ٤٦٢ الأهلية مطابق لنص المادة ٥٦١ المختلطة .

فحق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢/٥٦١ لا يوجد الا فى حالة بيع مالك على الشيوع حصته الشائعة كلها أو بعضها لأجنبى[1] .

=Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, Successions § 551 et s.
Benoit, Du retrait successoral, Paris 1847.
Desjardin, Du retrait successoral, revue 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 المدنى الجديد ، فى المادة ٩٠٢ ، على أن :
« ١ — للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة=

٤٥٢ — ويوجد فى المجموعة المدنية المختلطة مادتان لا مثيل لهما فى المجموعة الأهلية ، وهما المادتان ٥٦٢ و ٥٦٣ ، وهذا نصهما :

المادة ٥٦٢ :

« لكل واحد من الشركاء الحق فى الشفعة بقدر حصته الشائعة ، وله الحق فى الشفعة بالنسبة الى الكل فى حالة عدم الرغبة من الباقين » .

« 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 ».

المادة ٥٦٣ :

« تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك فى الملك الذى يكون له مع ذلك حق الحبس بالنسبة الى حصته فى الملك المشترك » .

« La préemption peut s'exercer même contre le copropriétaire qui toutefois a un droit de retention pour sa part dans la propriété commune ».

ولم يلغ قانون الشفعة المادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ من القانون المدنى المختلط ، ولم ينقلهما القانون الأهلى ، والظاهر أنه لم ير لهما فائدة[1] ، لتكلمه فى الشفعة فى

= الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق المهارسة وذلك فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه بالبيع . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ادا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

« ٢ — واذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » .

ويرى من هذا النص أن المشروع قصر حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار . وجعل الشفعة فى العقار مغنية عن هذا الحق ، حتى لاتتضارب الحقوق فى الميدان الواحد . ولم يميز المشروع بين شريك أصلى وشريك عارض . وجعل الحق فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال ، كالمتجر أو التركة ولو حوت عقارا . وقيده بمواعيد قصيرة حتى لا يظل مصير التصرف معلقا مدة طويلة ، فأوجب على المسترد أن يعلن الى البائع والمشترى رغبته فى الاسترداد فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه بالبيع . ولم يعين ميعادا للاعلان بالبيع . بل ترك الأمر ليقظة صاحب الشأن . ولم يلزم المشروع المسترد أن يعرض الثمن عرضا حقيقيا ، فيكفى اظهار الرغبة فى الاسترداد وفى الاستعداد لدفع الثمن وبقية النفقات . واذا أراد أكثر من شريك أن يسترد الحصة المبيعة كان لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته .

(١) دى هاتس ، كلمة «retrait» ، نبذة ٥ .

موضع آخر ، فضلا عن أن عبارة المادة ٥٦٣ غير صحيحة ، اذ أنها تقرر أنه اذا اختار المالك على الشيوع طريق الشفعة ، فان للمالك الحق فى أن يدفع ضده بحق الحبس بالنسبة الى حصته فى الشيوع . وعبارة « حق الحبس » المذكورة فى هذه المادة ليست صحيحة ، فان النص يشير الى الحالة التى يبيع فيها أحد الشركاء فى الملك حصته لشريك آخر ، وهى الحالة التى لا يجوز فيها استعمال حق الاسترداد ، وبما أن حق الشفعة لا يكون الا فى الشيء المبيع ، فلا يفهم السبب الذى لأجله يرجع الى حق الحبس للاحتفاظ بالشيء الذى لم يكن داخلا فى البيع ، وبالتالى فى دعوى الشفعة[1] .

٤٣٥ — حقوق استرداد أخرى — جاء القانون المصرى بحق استرداد آخرين يشبهان حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، أو حق الاسترداد فى الشيوع retrait d'indivision . وهذان الحقان هما :

ا) حق الاسترداد فى بيع الوفاء pacte à réméré (المادة ٣٣٨/٤٢١ وما بعدها) ، وبمقتضاها يكون للبائع حق استرداد الشيء المبيع فى مدة معينة ، ومصدره الاتفاق ، فهو حق استرداد اتفاقى retrait conventionnel .

(ب) استرداد الحق المتنازع فيه Retrait litigieux (المادة ٣٥٤/٤٤٢) ، وبمقتضاه اذا باع الدائن الحق المتنازع فيه فانه يجوز للمدين استرداده بدفعه للمشترى الثمن الذى اشترى به وفوائده والمصروفات المنصرفة .

وجاء القانون الفرنسى بحق استرداد البائع وفاء ، وبحق الاسترداد الوراثى retrait successoral (المادة ٨٤١) ، واسترداد الحق المتنازع فيه retrait litigieux (المواد ١٦٩٩ — ١٧٠١) ، كما جاء بحق استرداد فى الشيوع retrait d'indivision (المادة ١٤٠٨ الفقرة ٢) خوله الزوجة لاسترداد الحصة التى يشتريها زوجها فى عقار لها حصة شائعة فيه .

وكان يوجد فى القانون الفرنسى القديم عدد كبير من حقوق الاسترداد ، بلغت خمسة وعشرين نوعا ، ولكن القانون الفرنسى لم ينقلها ، ولم يأت منها

---

(١) دى هلتس نبذة ١٧ .

الا بحقوق الاسترداد المتقدم ذكرها .

٤٥٤ — وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، كحق الاسترداد الوراثى فى فرنسا ، هو نزع ملكية حقيق للمنفعة الخاصة .

وقد انتقد الشراح فى فرنسا ابقاء نظام حق الاسترداد الوراثى ، وودوا لو أن الشارع ترك هذا الحق ، ولم يأت به كما فعل بالنسبة الى حقوق الاسترداد العديدة التى تركها .

وقد نبذ الشارع الايطالى هذا الحق ولم يأت به .

وسنتكلم فى حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، مع مقارنته بحق الاسترداد الوراثى عند الاقتضاء ، ولا نتكلم فى حقوق الاسترداد الأخرى ، لأنها لا تدخل فى حيز بحثنا .

٤٥٥ — ***مأخذ المادة ٤٦٢/٥٦١*** — اختلفت الآراء فى مأخذ المادة ٤٦٢/٥٦١ التى جاءت بحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة .

فمعظم أحكام المحاكم على أنها مأخوذة من المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى . و بعضها يقرر أن الشارع المصرى أتى بها من القانون الفرنسى على سبيل الاطراد . و بعضها يقول انه توسع فيها فلم يقصرها على التركات ، بل جعلها تشمل الشركات أيضا . و بعضها يقرر أن الشارع لم يقصرها على البيوع التى تقع فى حصص شائعة فى مجموع حقوق والتزامات التركة أو الشركة ، بل انها تنطبق أيضا على بيع حصة شائعة فى عقار معين فى تركة أو شركة . و بعضها يقول غير ذلك كما سيجىء .

و يرى بعض الشراح أن المادة ٤٦٢/٥٦١ مأخوذة من المادة ١٤٠٨ من القانون الفرنسى الخاصة بحق استرداد الشيوع الذى يخول الزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التى يشتريها زوجها فى عقار لها حصة شائعة فيه [1] .

ومن رأى بعضهم أن حق استرداد الحصة المبيعة ، كما ورد فى المادة ٤٦٢ ، كان حقا معروفا فى القانون الفرنسى القديم ، وهو غير حق الاسترداد الوراثى المنصوص عليه فى المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى ، فاذا أريد تلمس غرض

---

(١) مقال نجيب شقرا بك المحامى 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 عريبى المحامى ، المحاماة ٢ ص ٢٠١ — ٢٠٣ . وقد استدل على رأيه بالرجوع الى بوتييه Pothier ، اذ ورد فى باب حقوق الاسترداد Les Retraits :

Il y a quelques autres espèces de retraits, 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.

(بوتييه جزء ٣ ص ٢٥٩ طبعة باريس ١٨٦١) .

وجاء فى ديمولومب عند الكلام فى حق الاسترداد الوراثى :

Quelques-uns, il est vrai, ont pensé que le retrait successoral pourrait bein avoir été occasionné par l'ancien retrait de bienséance et de communcn. 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 لطفى بك المحامى فى مجلة المحاماة ١ ص ٧٥ وما بعدها .

التى تنحصر فى 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 ، فخولهم حق اخراج من يتدخل فيها من الأجانب وحلولهم محله ، لما يترتب عادة على تدخل الأجنبى 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 الفرنسى ، أى أن حق الاسترداد لا يمنح الا للشركاء الاصليين [٣].

٤٥٧ — الشركاء الأصليون — الشركاء الأصليون هم الشركاء الذين ابتدأت بهم حالة الشيوع ، أى الذين نشأ الشيوع بينهم من مبدئه بأية طريقة كانت ، سواء أتى الشيوع بالارث ، أم بالشراء ، أم بالوصية ، أم بالهبة ، أم بغير ذلك [٤] ، فيعتبر شركاء أصليين الورثة الذين بدأ بهم الشيوع ، والشركاء فى عقد تأسيس الشركة ، والمشترون على الشيوع ، 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 العطار 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 العرارجى 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 الاسلامية لا يتمم شخصية مورثه [١] .

ولا يعتبر المحتال cessionaires الذى حول اليه الحق من الشريك الأصلى شريكا أصليا ، فليس له اذن أن ينتفع بحق الاسترداد [٢] .

وكذلك من اشترى الحصة من الشريك الأصلى ، لا يعتبر شريكا أصليا ، لأن حق الاسترداد يمكن استعماله ضده هو لغاية القسمة [٣] .

وفى احدى الدعاوى باع أب لولديه عقارا لكل 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 ، وارتكانا 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 العطار 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 الاسلامية التى تعتبر الوارث شخصا آخر غير شخص المورث ، فلا تلزمه مثلا بديونه الا بقدر ما يرثه عنه .

ومن رأى الأستاذ ذهنى 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 ، فحلوا محله فى الشيوع ، لأنه عقب وفاة المالك على الشيوع لا يجوز لبقية الملاك أن يستردوا حصة المتوفى 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 يونيه 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 يونيه 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 دخيل على الشركة ، وكان يجوز للابن الثانى أن يسترد منه ما اشتراه من أخيه .

٤٥٨ — رأى آخر — 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 الطارئين 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 للتفرقة بين البيع الذى يصدر عن شريك من

---

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أباظة) 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 ما دامت الحصة الشائعة قد خرجت من ملكية أحدهم بالبيع الى غيرهم .

قارن 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 الأخير 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 لدائنى الشركاء استعمال الحق بطريق الدعوى غير المباشرة action oblique ، المنصوص عليها فى المادة ١١٦٦/٢٠٢/١٤١ 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 ، و بناء على ذلك اذا كان المشترى 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 ، ما دامت الحصة الشائعة قد خرجت من ملكية أحدهم بالبيع . فاذا كان البيع حاصلا من الشريك الأصلى مباشرة حاز لباقى الشركاء الاسترداد من المشترى . واذا كان البيع قد حصل لأجنبى ثم من هذا الأجنبى لآخر كان لباقى الشركاء أن يستردوا من المشترى 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 فحسب ، بل أيضا كل من دخلوا فى حالة الشيوع قبل المالك الجديد الذى يخول القانون اخراجه .

ومن هذا الرأى أيضا ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٥٢ .

(٣) بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٥٦ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٣٢ .

عكس ذلك : بودرى لاكنتنرى 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١٠ مرجع القضاء ٦٤٦٥ .

٤٦١ — واذا رضى الشركاء فى الملك بدخول أجنبى بينهم باع له أحد الشركاء حصته ، فلا يمنعهم ذلك من استعمال حق الاسترداد بالنسبة الى غيره[١] .

٤٦٢ — وليس من اللازم أن يقيم الشريك المسترد الدليل على وجود ضرر من بقاء المشترى الأجنبى بين الشركاء[٢] .

التصرفات التى يترتب عليها استعمال حق الاسترداد

٤٦٣ — **بيع حصة شائعة** — لا يجوز استعمال هذا الحق الا فى حالة بيع حصة شائعة من أحد الشركاء فى الملك لأجنبى ، كما هو صريح نص المادة . فاذا كان البيع واقعا على حصة معينة فى الأموال المشاعة فلا محل لحق الاسترداد[٣] ، وذلك لأن المشترى فى هذه الحالة لا يصير مالكا الا متى حصلت القسمة ، وظهر منها أن ما بيع وقع فى حصة البائع له ، وبما أن حق الاسترداد يسقط بحصول القسمة ، فمتى عملت لا يمكن استعماله ، فضلا عن أن مثل هذا البيع لا يعطى المشترى حق التدخل فى أحوال الشيوع والاطلاع على أسراره[٤] .

٤٦٤ — **كل أموال الشيوع** — حق استرداد الحصة 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 باثبات الضرر فى الشفعة (نبذة 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 ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١١ رقم ٣١٧ ص ٦٣٨ مرجع القضاء ٦٤٦٢ .

(٥) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ برياسة بافيرا (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١١ ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) .

وهل يكون فى الشيوع فى غير الملكية التامة ؟ قد يكون الشيوع فى الرقبة وقد يكون فى حق الانتفاع ، فهل يخول مثل هذا الشيوع حق الاسترداد ؟ الذى نراه هو أن الشيوع فى ملك الرقبة يعطى الشريك حق الاسترداد[١] ، أما الشيوع فى حق الانتفاع فلا يترتب عليه منح الشريك هذا الحق ، لأن صاحب حق الانتفاع لا يعتبر شريكا فى الملك ، والنص الخاص بالاسترداد استثنائى فلا يجوز التوسع فيه .

٤٦٥ — بيع بعض حصة الشريك — يجوز الاسترداد سواء أكان المبيع هو كل حصة الشريك أم كان جزءا منها .

٤٦٦ — فى مجموع حقوق والتزامات أو فى عقار معين — قد اختلف فيما اذا كان حق الاسترداد يجوز استعماله فقط فى حالة البيع الذى يقع على حصة شائعة فى مجموع الحقوق والالتزامات فى الملك المشترك أو أنه يجوز استعماله أيضا فى حالة بيع حصة شائعة فى عقار معين .

فقرر بعضهم أنه لا يجوز الا فى حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة فى مجموع الحقوق والالتزامات فى تركة أو جزء من حصة فيها شائعة ، ولا يجوز فى حالة بيع حصة شائعة فى شركة[٢] ، أى أنهم يقصرون حالات حق الاسترداد المقرر بمقتضى المادة ٥٦١/٤٦٢ على الحالات التى يجوز فيها حق الاسترداد الوراثى فى فرنسا (المادة ٨٤١ من القانون المدنى الفرنسى) .

وقرر بعضهم أن حق الاسترداد يجوز استعماله فى حالة بيع حصة شائعة فى مجموع الحقوق فى تركة أو شركة ، لأن القانون المصرى استمد أحكام المادة ٥٦١/٤٦٢ من المادة ٨٤١ المذكورة ، ولكنه توسع فيها وجعلها تشمل أيضا الشركات[٣] .

وقرر بعض آخر أن حق الاسترداد يجوز فى حالة بيع حصة شائعة فى مجموع

---

(١) عكس ذلك : ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٥١ .

(٢) راجع استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) — ونبذة ٥٠٠ .

(٣) راجع نبذة ٥٠٢ .

شركة أو تركة أو فى عقار معين[١] ، لأن نص المادة ٥٦١/٤٦٢ عام .

وسنفصل كل ذلك عند مقارنة حق الاسترداد بحق الشفعة ، ونبين الآراء المختلفة فى هذا الموضوع .

٤٦٧ — البيع من أحد الشركاء الأصليين — يؤخذ من نص المادة ٥٦١/٤٦٢ أن حق الاسترداد يكون فى حالة البيع الحاصل من أحد الشركاء الأصليين سواء أكان البيع حاصلا منه مباشرة أم كان حاصلا من المشترى منه ، لأن المادة تقول « يجوز للشركاء (الأصليين) فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير »[٢] .

٤٦٨ — هل يجوز الاسترداد فى حالة البيع بالمزاد ؟ — لايجوز ، كما هو الحال بالنسبة الى الشفعة ، استعمال حق الاسترداد فيما بيع بالمزاد . وقد قضت بذلك دوائر محكمة الاستئناف المختلطة مجتمعة[٣] .

٤٦٩ — البيع الفاسد — يجوز استعمال حق الاسترداد ، ولو كان البيع باطلا بطلانا نسبيا ، بسبب نقص الأهلية مثلا ، لأنه تترتب عليه الآثار القانونية حتى يفسخ[٤] . فاذا فسخ البيع بحكم أصبح نهائيا قبل الاسترداد فان الاسترداد

---

(١) راجع استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٠) — ونبذة ٥٠٤ .

(٢) راجع ماتقدم . وقارن استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (٣٣ ص ٥٥) .
استئناف مختلط ٢٦ يونيه 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 فى فرنسا بالنسبة الى حق الاسترداد الوراثى ، فمن رأى بعضهم أنه لايجوز فى حالة البيع بالمزاد (ديمولومب ١٦ نبذة ١٠٠ — ديمات ٣ نبذة ١٧١ مكررة — باريس ١٤ يونيه ١٨٣٤ سيرى ٣٦ — ٢ — ١١٣) . ويقول معظم الشراح والمحاكم ان حق الاسترداد جائز ، ولا يعترض بأنه كان للورثة أن يتقدموا للشراء بالمزاد ، لأنه ليس هناك ما يلزمهم بذلك ، وقد لاتكون لديهم النقود اللازمة للمزايدة (بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٥٩٤ و٢٦١٣ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٠ — ليون ١٩ يوليه ١٨٤٣ تحت حكم النقض ٢٥ يوليه ١٨٤٤ سيرى ٤٤ — ١ — ٦٠٥ — باريس ١١ مارس ١٨٥٩ Caz. des Trib. ١٤ و ١٥ مارس ١٨٥٩) .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ١٧٤ بخصوص الشفعة .
وراجع أيضا ما تقدم خاصا 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 المعاوض 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[1] .

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 لاخفاء 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 الحصة التى بيعت للأجنبى . وليس له أن يطالب بعضها ، ويترك الباقى ، لأن العلة فى تخويل الشريك

---

(١) راجع بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٦١٤ — ديمولومب 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 .

واذا تعدد الشركاء المستردون ، وطلب أحدهم الحصة المبيعة ، ولم يطلب الباقون ، كان الذي طلب الحق في كل الحصة المبيعة .

واذا طلبوا الاسترداد جميعا اقتسموا الحصة المبيعة بنسبة أنصبائهم في الشيوع[1] .

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 المشترى بالاسترداد أو قبل حكم المحكمة ، فانه يكون لهم الاستفادة من الاسترداد بقدر أنصبائهم في الأعيان المشتركة[2] .

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[3] .

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 بهذا

---

(١) راجع ما تقدم بخصوص تزاحم الشفعاء (نبذة ١٣٢) .

ويرى بعض الشراح في فرنسا ، فيما يختص بحق الاسترداد الوراثي ، أن القسمة تكون بعدد رؤوسهم ، لا بقدر انصبائهم : بودري 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 وموري نبذة ٥٥٧ .

(٣) بودري لاكنتري 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 مفرزا — سواء أكان ذلك بطريق الاقتراع أم كان بطريق التخصيص — انتهى حق الاسترداد[٢] .

واذا كانت القسمة لم تتم فعلا صح الاسترداد فى أثناء اجراءاتها ، حتى اذا كان طالب القسمة هو المشترى[٣] .

وليس من الواجب على الشريك ابداء رغبته فى الاسترداد فى ميعاد خمسة عشر يوما من وقت العلم ، كما هو الحال فى الشفعة[٤] .

ويترتب على حصول القسمة استحالة استعمال حق الاسترداد . ولا يشترط حيازة المتقاسمين لما يختصون به .

واذا كانت القسمة قضائية وجب صدور حكم التصديق jugement d'homologation .

واذا أبطلت القسمة أو فسخت ، أصبح الاسترداد ممكنا ، سواء أكان البيع الذى ترتب عليه الاسترداد حاصلا بعد طلب الفسخ أم قبله[٥] .

والقسمة التى يسقط بها حق الاسترداد هى القسمة النهائية . فلا تسقطه قسمة المهايأة .

واذا سمح الشركاء للمشترى بالدخول فى العمليات الأولى للقسمة فانه

---

(١) استئناف أهلى ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حق 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) قارن استئناف مختلط ١٧ مايو ١٨٩٣ (٥ ص ٢٤٩) : ليس للشركاء الأصليين حق الاسترداد اذا قضى بالقسمة بحكم حاز قوة الشىء 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 لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٥٧ و٣٥٤٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ٨٩ — دالوز العملى ١٣٤٦ .

لايترتب 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 فى الملك أن يتنازل عن حقه فى استعمال حق الاسترداد ، لأن الاسترداد وضع لمصلحته ، وخصوصا أن فى 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 الأنصباء .

وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الاسترداد يسقط اذا صدر من الشريك ما يدل على اعترافه بالمشترى شريكا معه أو على رضائه بالبيع الحاصل لأجنبى[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 حاصلا فى أثناء اجراءات القسمة كان طلبه

---

(١) بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٥٨ .

(٢) 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 ٣٢٥٢ .

(٣) ٥ مارس ١٨٩٦ (٨ ص ١٤٨) ، ٢٢ مارس ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٢ ص ١٧٥ ، ١٦ يونيه ١٨٩٥ (٧ ص ٣٤٥) . واذا باع المشترى حصته فى 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 حاصلا 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 فى الشفعة المخالفة للقانون العام ، مثل الأحكام الخاصة بميعاد الاستئناف ، لا تطبق فى حق الاسترداد [١] .

وقد قررت محكمة النقض والابرام [٢] فى هذا الخصوص أنه لما كان القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب الاسترداد فانه يكون من المتعين أن تطبق فى هذا الصدد القواعد العامة . الا أنه من ناحية أخرى لما كان الاسترداد نوعا من الشفعة فان كونه كذلك يستلزم أن يطبق على الدعوى به من القواعد الموضوعة لدعوى الشفعة ما تقتضيه هذه النوعية . أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية ، فلأنه على خلاف أحكام القانون العام ولا يصح القياس عليه ، لا يطبق على دعوى الاسترداد . واذ كان فى الاسترداد ، كما فى الشفعة ، يحل المسترد بالنسبة الى البائع محل المشترى فى جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمشترى فانه يكون من اللازم ادخال البائع فى دعوى الاسترداد ، كما هو لازم فى دعوى الشفعة [٣] ، أما الحكم الخاص بوجوب اعلان المشترى والبائع فى الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة فلا يسرى ، لأنه حكم استثنائى ، بل الذى

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٤٣) .

(٢) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥ (دائرة محمد كامل مرسى بك وأحمد نشأت بك ومحمد المفتى الجزائرلى بك ومحمد توفيق ابراهيم بك وسليمان حافظ بك) فى الطعن رقم ١٣١ سنة ١٤ القضائية .

(٣) وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب ادخال البائع فى الدعوى الخاصة بحق الاسترداد ، سواء أكان ذلك أمام محكمة أول درجة أم فى الاستئناف (استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٣) .

وفى فرنسا ترفع دعوى الاسترداد على المشترى الأخير . وله أن يدخل فى الدعوى من تلقى منه الحق بسبب الضمان الذى قد يكون له حق الرجوع به عليه . راجع بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٣٣ — لابيه Labbé فى المجلة الانتقادية ١٨٥٥ نبذة ١٥٣ . وقارن ديمولومب ١٦ نبذة ١١١ .

يسرى فى هـذا الصدد هو حكم القانون العام . واذن يكون ميعاد الاستئناف فى دعوى الاسترداد ستين يوما لا خمسة عشر يوما [١] .

ويجوز رفع الدعوى حتى تحصل القسمة كما تقدم . ولا تسقط الدعوى قبل ذلك بالتقادم .

وليس للمشترى أن ينذر الشركاء الذين لهم حق الاسترداد بوجوب المطالبة بالاسترداد فى مدة معينة والا سقط حقهم . واذا أنذر المشترى الشريك فللشريك ألا يجيب ، لأن القانون أعطاه ميعادا يستمر فى السريان حتى وقت القسمة ، فليس للمشترى أن ينقص هذا الميعاد [٢] .

ولا يلزم عرض الثمن عرضا حقيقيا ، ويكفى أن يظهر المسترد استعداده لدفعه [٣] .

وقد قررت محكمة النقض والابرام أن المادة ٤٦٢ من القانون المدنى لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن ، خلافا لما هو مقرر فى قانون الشفعة ، وهذا يفيد أنه لايجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة ان الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، الا اذا أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح له فرصة العلم به [٤] .

ما يجب دفعه فى حالة الاسترداد

٤٧٩ — حق الاسترداد هو نوع من نزع الملكية للمنفعة الخاصة ،

---

(١) وعقبت المحكمة على ذلك بأنه : « لما كان المشتريان فى النزاع المعروض قد أعلنا الى الشفيع الحكم الابتدائى فى ٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٣ ، فان الاعلان الموجه من الشفيع الى البائع فى 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 فى حالتى التضامن وعدم امكان التجزئة ، وكان موضوع دعوى الاسترداد لايقبل التجزئة ، فان الاستئناف — ما دام قد أعلن الى المشترين فى الميعاد — يكون صحيحا ، ولو أنه أعلن الى البائع بعد الميعاد » .

(٢) دى هلتس نبذة ١٢ .

(٣) دالوز العملى نبذة ١٣٣٦ — بودرى لاكنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٦٧ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٥٨ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٤ و ١٢١ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٩ .

(٤) نقض ١٨ أبريل ١٩٤٦ فى الطعن رقم ٦٩ سنة ١٥ القضائية .

فيجب تعويض من تنزع ملكيته عن كل ما أنفقه .

ويجب على طالب الاسترداد أن يقوم بدفع ما نصت عليه المادة ٥٦١/٤٦٢ أى الثمن والمصروفات الرسمية والمصروفات الضرورية أو النافعة .

٤٨٠ — الثمن — الثمن الواجب القيام بدفعه هو الثمن الحقيقى ، لا الثمن المذكور فى عقد البيع بصفة صورية ، فقد يذكر فى عقد البيع ثمن مبالغ فيه بقصد منع حق الاسترداد ، فاذا ثبت وجود هذا الغش فان المسترد لا يكون ملزما الا بدفع الثمن الحقيقى . ويمكن اثبات ذلك بجميع الطرق القانونية ، بما فيها البينة .

ويجوز توجيه اليمين الى المشترى ، ولكن لا يجوز توجيهها الى البائع ، لأنه ليس طرفا فى الدعوى[١] .

٤٨١ — واذا كان الثمن معينا بشكل مرتب مدى الحياة rente viagère فان كان البائع قد مات وقت استعمال الاسترداد فان المرتب ينقضى ، ولا يدفع المسترد الا مجموع المرتبات arrérages التى دفعها المشترى بالفعل[٢] . أما اذا كان لا يزال حيا فانه يجب عليه أن يرد المبالغ التى دفعت وأن يلتزم بدفع المرتبات اللاحقة بحيث لا يكون المشترى مهددا بأى رجوع لاحق[٣] . وليس له أن يطلب دفع رأس المال capital ، كما أنه لا يمكن الزامه بذلك[٤] .

٤٨٢ — المصروفات الرسمية — المصروفات الرسمية les loyaux coûts هى مصروفات العقد ومصروفات التسجيل وقيمة السمسرة ، و بصفة عامة كل ما قام المشترى بدفعه مما هو واجب عليه . وليس لطالب الاسترداد أن يعترض على القيمة التى دفعت ، أو على ضرورة دفعها ، ما دامت لم تدفع أو لم يبالغ فيما دفع منها اضرارا بحقوقه .

---

(١) بودرى لاكنتنرى وفاهل ٢٦٣٩ .

(٢) Chambéry ١٢ فبراير ١٨٧٨ دالوز ٧٩ — ٢ — ٢٠١ سيرى ٧٩ — ٢ — ٣٣٢ .

(٣) بلانيول وريبير وموري ٥٦٠ .

(٤) بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٦٤٣ — هوك ٥ نبذة ٣٢٨ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٢ و١١٣ .

واذا كان ثمن المبيع قد بولغ فيه بطريق الغش ، فان المسترد لايلزم بالمصروفات الا بنسبة الثمن الحقيقى (١) .

٤٨٣ — المصروفات الضرورية أو النافعة — المصروفات الضرورية أو النافعة ، مثل مصروفات الرى ، يصعب تصورها ، والظاهر أنها ذكرت فى نص المادة بغير تدبر ، لأنه ما دام الشراء قد وقع على حصة مشاعة فكيف يتصور أن المشترى يدفع مصروفات وهو فى حالة الشيوع التى تدفع فيها المصروفات من جميع الشركاء فى صالح كل المال المشترك . واذا أنفق أحدهم مصروفات على الشىء المشترك بغير أن يؤذن بالدفع من باقى شركائه كان عمله عمل الفضولى gérant d'affaires ، وله بصفته هذه أن يرجع على باقى الشركاء بنسبة حصتهم فى كل المصروفات اذا كانت ضرورية ، وفيما زاد فى قيمة العين اذا كانت من المصروفات النافعة ، فلماذا يرجع على المسترد بكل المصروفات وهو لم يستفد منها أكثر من غيره ؟ والمعقول اذن أن يكون المسترد ملزما بدفع المصروفات الخاصة بالحصة التى يطلب استردادها . ولكن القانون صريح فى الزامه بدفع كل المصروفات الضرورية أو النافعة . وهذا النص قد يفيد رغبة الشارع فى وضع حد لكل العلاقات بين المشترى المطلوب رفع يده عما اشتراه و بين الشركاء الذين لم يكن لهم دخل فى الاسترداد ، فأراد أن تسوى هذه العلاقات بين المسترد والمشترى . و يلاحظ أن قواعد العدالة تقضى بأن يكون للمسترد الحق فى مطالبة باقى شركائه بكل ما دفعه زيادة على نصيبه .

أما اذا كان المشترى قد أنفق المصروفات بناء على توكيل من باقى الشركاء فيجب أن تدفع اليه كل المصروفات (٢) .

و يلاحظ فرق بين النص العربى والنص الفرنسى الأهلى والمختلط ، فقد جاء فى النص العربى « المصاريف الضرورية أو النافعة » ، أما النص الفرنسى

---

(١) بودرى لاكنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٤٦ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٠٦ — هوك ٥ نبذة ٣٢٨ .

(٢) دى هلتس نبذة ١٩ .

فقد جاء فيه « Les dépesnes nécessaires et utiles » ، أى المصروفات الضرورية والنافعة ، ولكن لا يقصد من ذلك أن تكون للمصروفات صفتا الضرورية والنافعة ، بل يكفى أن تكون ضرورية أو نافعة[١] ، وعلى ذلك فالنص العربى أصح .

ويمكن تحقيق المصروفات الضروزية والنافعة وتقديرها بمعرفة الخبراء اذا لم توجد فى الدعوى عناصر يمكن تقديرها بها[٢] .

٤٨٤ — فوائد الثمن — يجب على المسترد أن يدفع الفوائد من اليوم الذى دفع المشترى فيه الثمن ، لا من يوم طلب الاسترداد . واذا كان المسترد منه قد حصل ثمار الشىء 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 privilège 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 المشترى 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 لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٤٧ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٦ — قارن حكم Chambéry ٢٧ يناير ١٨٧٢ سيرى ٧٢ — ٢ — ٧٧ دالوز ٧٢ — ٢ — ٢٣٩ — 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 .

التخلى عن العين المشتراة . واذا أنذر المشترى المسترد بالدفع فى ميعاد عينه له فلا يترتب حتما على تأخير المسترد عن الدفع سقوط حقه فى الاسترداد ، بل للمحكمة النظر فى الأمر ، ولها تقرير الميعاد الذى يجب فيه الدفع بحيث اذا مضى هذا الميعاد ولم يحصل الدفع يسقط الحق فى الاسترداد ، حتى لا تبقى حالة المشترى 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 فى الاسترداد التنازل عن حقه ، وقبول المشترى شريكا ، كما تقدم [٣] .

واذا حصل الاسترداد يحل المسترد محل المشترى ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمسترد ، ولا يلغى عقد البيع ، وغاية ما فى الأمر أن القانون يجعل شخصا يحل 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 التى ترتبت على التنازل فيما بين البائع والمشترى .

فالاسترداد عملية من نوع خاص sui generis ، وليست فسخا للبيع ، ولا

---

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أباظه) 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 سيرى ٥٨ — ٢ — ٢٨٩ دالوز ٥٧ — ٢ — ١١٦ .
عكس ذلك : بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٦٥١ .

(٢) بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٦٦٢ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٢٥ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٥ . ومن رأى بعض الشراح الفرنسيين أن حق الاسترداد الوراثى ينقضى بالتقادم (ثلاثين سنة) (راجع Rennes ١٥ يناير ١٨٨٠ سيرى ٨١ — ٢ — ١٨٥ دالوز ٨١ — ٢ — ١١٤).

(٣) نبذة ٤٧٧ .

ابطالا له ، وليست بيعا جديدا . فان البيع الأول يبقى ، وفقط يستبدل بالمشترى آخر [١] .

ولذلك يجب التفريق بين :

(ا) العلاقة فيما بين المسترد والمسترد منه .

(ب) العلاقة فيما بين البائع والمشترى .

(ا) فيما بين المسترد والمسترد منه

٤٨٨ — فى العلاقة بين المسترد والمسترد منه (المشترى) يزول البيع ، ويكون لذلك أثر رجعى ، بمعنى أن المسترد لا يعتبر خلفا للمشترى الذى حل هو محله ، وذلك لا بالنسبة الى المستقبل فحسب ، بل أيضا بالنسبة الى الماضى . فيزول شخص المشترى ، ويعتبر المسترد أنه حصل على الأموال محل الاسترداد من البائع مباشرة . ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) لا يكون هناك شراء جديد .

(٢) لا ضرورة للتسجيل .

(٣) يستفيد المسترد من الأجل الممنوح للمشترى لدفع الثمن .

(٤) الحقوق العينية التى رتبها المشترى فى الأثناء تسقط .

(٥) الحقوق التى انقضت باتحاد الذمة بسبب انتقال الحصة المبيعة تعود ، بما أن البيع الذى كان سببا فى اتحاد الذمة قد سقط مستندا الى الماضى .

(٦) لا ضمان على المشترى للمسترد ، وعلى ذلك لا يكون للمسترد أن يمتنع عن دفع الثمن للمشترى ، بحجة أنه مهدد باستحقاق المبيع [٢] . ولكن يكون للمسترد

---

(١) ومن رأى بودرى لاكنترى وفاهل (٣ نبذة ٢٦٧٤) أنه يترتب على الاسترداد الوراثي وجود بيع جديد (retrait-vente). وقد انتقد هذه النظرية معظم الشراح ، وخصوصا أوبرى ورو (١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٦٤ و٦٧ مكررة) ، ويظهر انها نبذت اليوم . راجع نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ١١٣ سيرى ٩٣ — ١ — ١٧ وتعليق Wahl عليه .

(٢) راجع نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ١١٣ — سيرى ٩٣ — ١ — ١٧ وتعليق Wahl عليه — بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٦٢ .

حق فى الضمان على البائع وفقا للقانون العام ، لأنه يستفيد من كل المزايا التى كانت للمشترى الأصلى .

(٧) بما أن المسترد يعتبر أنه خلف للبائع مباشرة ، فحيازة المشترى السابقة تمحى [١] .

(٨) يستفيد المسترد من كل المزايا التى كانت الأموال المشتراة محلا لها فى 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 الشيوع [٤] .

٤٨٩ — تسجيل الحكم — لا يلزم المسترد بتسجيل الطلب ولا الحكم الصادر له بالاسترداد ليمكن الاحتجاج به على الغير ، خلافا للحال فى الشفعة [٥] .

وقد رأى بعض الشراح لزوم التسجيل ، لأن الاسترداد متمم للبيع ، اذ يستبدل بالمشترى الأصلى مشتر آخر [٦] . ولكن لم يؤخذ بهذا الرأى ، لأن السندات التى يجب تسجيلها هى التى 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 لاكنتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٠ — Labbé فى المجلة الانتقادية ص ١٥٣ — نقض فرنسى ٣١ مايو ١٨٥٩ دالوز ٥٩ — ١ — ٢٤١ .

(٢) بودرى لاكنتنرى 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 لاكنتنرى 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 ، فان 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 المشترى الشخصية ، ويجب ألا يتحمل المسترد منه نتائج اعسار المسترد [٣] .

٤٩١ — الحقوق التى رتبها المشترى — تسقط جميع الحقوق التى رتبها المشترى على العين ، وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن منشئها يعتبر كأنه لم يملك العين . وقد يقال ان ذلك يلحق ضررا كبيرا بمن تعاملوا مع المشترى ، ولكن

---

(١) بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٦٧١ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٤ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت ويوسف مينا) المجموعة ٢٠ رقم ٥٥ ص ٦٨ مرجع القضاء ٣٢٥٦ .

بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٦٥٢ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٤٤ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ — نقض فرنسى ٧ يناير ١٨٥٧ سيرى ٥٧ — ١ — ٣٦٩ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ .

عكس ذلك : هوك ٥ نبذة ٣٢٨ — Mourlon, Rev. Prat., XI, 1860, p. 246 .

ويقول أنصار هذا الرأى العكسى ان المسترد منه لا ينال تعويضا كاملا اذا بقى ملزما للبائع له .

(٣) بلانيول وريبير وموري ٥٥٩ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٧ ص ١٣٨ — بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٦٥٢ — نقض ٧ يناير ١٨٥٧ سيرى ٥٧ — ١ — ٣٦٩ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ .

عكس ذلك : لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ — Mourlon Rev. Part., IX, 1860, p. 225. .

ويستند هذا الرأى العكسى 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 تحل فيه ارادة المسترد المصدق عليها من المحكمة محل الاتفاق ، فللمحكمة أن تشرف على تنفيذ التزام المسترد ، ويلزم الاحتياط لجعل الدفع مؤكدا .

هذا الرأى هو المعول عليه فى القانون الفرنسى فى حق الاسترداد الورائى ، وفى القانون المصرى فيما يختص بالبيع الوفائى الذى هو حق استرداد مبنى على الاتفاق [١] .

(ب) فيما بين البائع والمشترى

٤٩٢ — تبقى الالتزامات الناشئة عن البيع بين المشترى والبائع ، فالمسترد يعقد التزاما شخصيا بتعويض المشترى . ولكن لا يحل فى دين المشترى قبل البائع .

ويستطيع البائع أن يطالب المشترى بالثمن المتفق عليه أو بالباقى منه ، من غير أن يكون له الرجوع على المسترد ، لأنه لم يصبح مدينا له ، بل يظل أجنبيا بالنسبة اليه . فالمسترد لا يحل فى التزامات المشترى نحو البائع ، وان كان يحل فى حقوق المشترى [٢] . واذا دفع المشترى الى البائع رجع 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 فى الشريعة الاسلامية لا يعتبر الوارث متمما لشخصية مورثه [٥] .

٤٩٥ — **بيع الحصة الشائعة نائبا** — اذا باع المشترى الحصة الشائعة

---

(١) المادة ٣٤٥/٤٣١/١٦٧٣ : « عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشترى ، انما يلتزم البائع بتنفيذ الايجارات التى أجرها ذلك المشترى بدون غش ، بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين » .

(٢) بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٦١ .

(٣) Bordeaux ٢٤ يوليه ١٨٥٠ دالوز ٥٥ — ٢ — ٢١٤ — نقض فرنسى ٧ يناير ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ — بودرى لاكنتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٩ .

ومن رأى بعض الشراح الفرنسيين أنه لما كان المسترد معتبرا أنه تعامل مع البائع فان المشترى الأول لا تكون عليه التزامات نحو البائع ، كما لا تكون له حقوق عليه — Labbé فى المجلة الانتقادية ١٨٥٥ ص ١٤٤ وما بعدها — Mourlon ص ٢٤١ .

(٤) دى هلتس شفعة نبذة ١٠٢ .

(٥) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢٧٢ ص ٢٥٢ .

راجع ما تقدم نبذة ٤٥٧ .

التى اشتراها الى آخر فان البيع الثانى لايمنع الشريك من أن يسترد لنفسه الحصة الشائعة المبيعة عملا بأحكام المادة ٤٦٢/٥٦١ ، وكل ما فى الأمر أن يلتزم طالب الاسترداد بتوجيه دعواه الى المشترى 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 بابداء 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 الرأى فيما يختص بحق الاسترداد . وقد انقسمت المحاكم فى هذا الصدد الى آراء مختلفة . وسنرى 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) برياسة بافيرا المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١١ .

(٢) بلانيول وريبير وموري ٥٦٠ — بودرى لاكنتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٤٥ — بيزانسون ٥ يونيه ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ٢ — ١١١ .

(٣) يرى آخرون أن للمشترى 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 فى جميع الأحوال [١].

٤٩٧ — الرأى الأول — لا عمل للمادة ٤٦٢ مع وجود قانون الشفعة — اعتبرت بعض المحاكم المادة ٤٦٢ الخاصة بحق الاسترداد منسوخة بقانون الشفعة، وان لم ينص على ذلك صراحة، لأنه لا معنى لأن يضرب فى قانون الشفعة بميعاد ستة شهور لسقوط الحق فى الشفعة فى 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 الذى له حصة مشاعة فى العقار ويرغب فى استرداد الحصة المبيعة من شريكه أن يتبع أحكام قانون الشفعة، والا سقط حقه [٢].

ولكن يرد على هذا الرأى بأن قانون الشفعة نص صراحة فى المادة ٢٣ منه على الغاء بعض مواد فى المجموعة المدنية الأهلية والمختلطة ومادة فى مجموعة المرافعات المختلطة، ولم تذكر مادة الاسترداد من بين هاته المواد الملغاة.

٤٩٨ — الرأى الثانى — المادة ٤٦٢ خاصة بالمنقول — يقرر هذا الرأى أن حق الاسترداد خاص ببيع المنقول الشائع، أما الشفعة فتكون فى العقار [٣].

ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن عبارة المادة ٤٦٢ عامة، ولا يوجد فيها ما يدل على قصرها على المنقولات.

---

(١) قد تلافى مشروع القانون المدنى الجديد هذا الخلاف، بأن جعل حق الشفعة مقصورا على العقار وحق الاسترداد على المنقول.

(٢) استئناف ٧ يونيه ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر وبلمور 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 مقيدة 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 الوراثى 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 الوراثى 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 تقييدها اطلاق ما ورد فيها على كل ما تتأتى 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 ملغيا ضمنا كل ما جاء فيه مخالفا لأحكامه ، وبما أن المادة ٤٦٢ تخالف أحكامه فيما يختص بالمدة ، فتكون قد ألغيت بالنسبة اليها .

٥٠١ — الرأى الخامس — المادة ٤٦٢ منقولة عن القانون الفرنسى على سبيل الاطراد — ان حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢/٥٦١ هو حق الاسترداد الوراثى 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 متمماتها [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 عن 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 الشيوع 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 =

فى هذه المادة ، وهى خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك مشترى الحصة الشائعة فى العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها من الديون ، منتفية فى حالة العقار المعين ، اذ المشترى لا يحتاج الا الى الاطلاع على أسباب التمليك فى ذلك العقار المعين .

و بذلك يخالف حق الاسترداد حق الشفعة الذى لا يكون الا فى حصة شائعة فى عقار معين [1] . 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 فى المادة ٤٦٢ مدنى بعضه مأخوذ من حق الاسترداد الوراثى المنصوص عليه بالمادة ٨٤١ مدنى فرنسى التى تخوله الشريك فى الميراث ، وبعضه مأخوذ مما جرت عليه المحاكم الفرنسية فى أحكامها التى كانت تجعل نص هذه المادة شاملا لجميع الشركات ، وان كانت قد عدلت عن ذلك فيما بعد (بودرى لاكنتنرى ، المواريث ، 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 لطفى بك ومستر كالوينى وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٦ مرجع القضاء ٣٢٥٠ .

الفشن الجزئية (القاضى 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 بدوى بك والقاضى محمد صديق والقاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٢ مرجع القضاء ٣٢٤١ .

استئناف ١٠ يوليه ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣١٠ مرجع القضاء ٣٢٣٥ : ان الحق المعطى للشريك فى المادة ٤٦٢ مدنى هو الحق المأخوذ عن القانون الفرنسى ، ويسمى حق الاسترداد الوراثى ، وهو يكون فى شركة أو تركة مؤلفة من مجموع حقوق وأموال ثابتة أو منقولة ، فلا يكون فى حصة شائعة فى عقار معين ، والغرض منه أدبى ، وهو منع الأجنبى من التدخل فى العائلات ، فهذا الحق يخالف حق الشفعة الذى لا يكون الا فى حصة شائعة فى عقار معين ، والغرض منه أمر مادى ، وهو منع ضرر عقار من عقار آخر ؛ وعليه فالمادة ٤٦٢ مدنى ليست ملغاة بقانون الشفعة الجديد ولا مكررة مع المادة ٦٩ مدنى (الملغاة) .

(١) استئناف ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى 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 فى المادة ٤٦٢ يتبين جليا أن واضع القانون انما =

كل منهما على نوع مخصوص من التصرفات لايرد عليه الآخر .

ولا يمكن القول بانطباق المادة على التصرفات فى العقار المعين ، لأن هذا القول يقتضى القول بالتناسخ أو التناقض أو الاشتراك بين هذه المادة ومواد الشفعة ، لأن حق الشريك فى الشفعة فى العقار المبيع محوط بقيود وضوابط خلص منها حق الاسترداد ، فاذا اشتركا فى مدلول وجب أن يعتبر الحق المطلق منسوخا بالحق المقيد ، أو أن يعتبر الشارع متناقضا فى أحكامه ، وأنه وضع للشفعة فى باب حكما وفى 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 فى حالة خاصة ، وهى ما اذا باع أحد الشركاء أو الورثة حصته الشائعة فى شركة أو تركة أو جزءا من الحصة شائعا مثل ربعها أو سدسها أو خمسها . ومن المعلوم أنه يدخل فى الحصة جميع مشتملات الشركة أو التركة من عقار ومنقول وما عليها وما لها من الديون والحقوق . ولم يرد واضع القانون شمولها لما اذا باع حصته الشائعة فى 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 فى عقار لدخوله تحت نص مادة الشفعة ، ولو كان مراده من هذه المادة المنقول لصرح بذلك . وقد اتفق علماء القانون الفرنسى على أن حكم المادة ٨٤١ لا يسرى على حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته فى عين معينه تابعة للتركة ، مع أنه لم يوجد فى قانونهم أحكام عامة للشفعة كما هو موجود فى القانون المصرى ، 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 العشرى 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 العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٤ : ان الشارع المصرى لم يضع أحكاما للتركات باعتبارها من الأحوال الشخصية ، وانما وضع بابا للقسمة 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 فى تحريرها ، وهذه المادة لا تنطبق حيث يكون المبيع حصة شائعة فى عقار معين بالذات ، لأن العلة فى هذه المادة وهى خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك مشترى الحصة الشائعة فى العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها من الديون منتفية فى حالة العقار المعين ، اذ المشترى لا يحتاج الا الى الاطلاع على أسباب التمليك فى ذلك العقار المعين .

بعد هذا الا أن يخص باب الشفعة بالتصرفات فى العقارات المعينة ، وأن تجعل المادة ٤٦٢ خاصة بالتصرف فى الحصص الشائعة فى الشركات والتركات أخذا بنص المادة الأخيرة ، واختلاف حكمتها عن حكمة الشفعة ، ووجوب قصر انطباقها على الحالات التى تتوافر فيها تلك الحكمة ، وايثارا للقول بعد التنازع بين أجزاء قانون واحد ، وخصوصا أن قانون الشفعة الذى صدر فى سنة ١٩٠١ لم ير محلا لالغاء المادة ٤٦٢ ، لأنه لم ير بينها و بينه تناقضا أو تراكبا .

ولكن يرد على هذا الرأى أن هذا الحصر لا مبرر له فى مصر ، اذ أن نص المادة ٤٦٢ عام ، وليس مقصورا على الحالة المذكورة فى الأحكام المتقدمة[1] .

٥٠٣ — الرأى السابع — المادة ٤٦٢ خاصة بالشيوع الناشئ عن الشركات لا التركات وتخالف الشفعة — حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى هما حقان مختلفان تمام الاختلاف من حيث موضوعهما وطريقة تطبيقهما . فحق الشفعة لا يسرى الا فى حالة بيع العقار ، وفى المواعيد وبالشروط المبينة فى قانون الشفعة ، أما حق الاسترداد فلا يطبق الا فى حالة ما اذا كان الشيوع ناشئا عن عقد « شركة » وباع أحد الشركاء حصته الشائعة فى الأموال المشتركة ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة .

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة مصر الابتدائية[2] ، و بنت رأيها على ما يأتى :

يستخلص من مقارنة النصوص القانونية أن الشارع المصرى نقل أحكام الشفعة عن الشريعة الاسلامية التى كان معمولا بها وقت وضع القوانين ، ولما كانت الشفعة تجيز لكل شريك على العموم له حصة شائعة فى العقار المبيع أن يمتلك العين المشفوعة استغنى بها عن حقوق الاسترداد الموضوعة فى القانون الفرنسى لاسترداد حصة الشريك فى عقار موروث أو مملوك لأحد الزوجين ، لأن أحكام الشفعة تتناولها ولذلك حذفها . ومما يؤيد هذا الاستنتاج أن الشارع

---

(١) راجع ما سيجىء فى نبذة ٥٠٤ .

(٢) مصر الابتدائية ٢٨ أبريل ١٩٢٠ (دائرة محمد حلمى عيسى بك والقاضى طاهر نور والقاضى عبد السلام زكى) المجموعة ٢٢ رقم ١٠ ص ٢١ مرجع القضاء ٣٢٤٣ .

المصرى استبقى حقوق الاسترداد الأخرى المذكورة فى القانون الفرنسى والتى رأى أن أحكام الشفعة لاتفى بها ولا تسرى عليها ، وذكرها فى مواضعها ، ونقل أحكامها المقررة لها فى القانون الفرنسى بعبارة تنم عن مصدرها ، مثال ذلك استرداد الحقوق المتنازع عليها ، واسترداد العين المبيع بعضها بيعا وفائيا . ويستخلص من ذلك أن حق استرداد الحصة الشائعة الوارد فى المادة ٤٦٢ لابد أن يكون مقصودا به شيء آخر غير حق الشفعة وما انطبقت عليه من أحوال الاشتراك فى الملك ، كالوارث الشريك فى عقار موروث ، لأنه كلما كان الشارع يجد الحاجة ماسة لايجاد حق الاسترداد لا يتناوله قانون الشفعة يوجده ، ولكن لمناسبته ولانطباقه 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 التى كانت موجودة وقت وضع القانون المختلط ، فلا نزاع فى أن القانون المذكور وضع لتسوية العلاقات والمعاملات بين الوطنيين والأجانب وأدخلت به نظامات 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 أجنبى بينهم بطريق شرائه حصة أحدهم فقد تختل العواطف المتبادلة — أجاز لهم استرداد الحصة المبيعة استبقاء للشركات وعملها النافع ، ومعلوم أن شخصية الشركاء ذات شأن فى حسن الادارة ، ولذلك فان مجرد وفاة أحدهم أو الحجر عليه أو افلاسه داع لانقضاء الشركة الا اذا وجد نص آخر ، اذ فى هذه الحالة يكون معنى ذلك أن صفة الشركاء غير ملحوظة فى تكوين الشركة . ويستخلص من ذلك أن حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ محله بيع أحد الشركاء فى شركة société حصته الشائعة ، وهو لا يثبت الا للشركاء الأصليين كما يستفاد من النص الفرنسى ، فانه اذا جاز قبول شريك غير أصلى فى شركة تكون شخصية الشركاء غير ملاحظة قياسا على أحوال الحجر أو الموت أو الافلاس وحينئذ يجوز قبول غيره ، أما اذا كانت شخصيتهم ملاحظة

وجبت المحافظة على الثقة المتبادلة بينهم واتقاء الضرر الذى يلحقهم بطريق الاسترداد المذكور.

ومما يعزز هذا الرأى ، 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 عنى بذكر الشركاء (الأصليين) ، والاشتراك فى الملك بارث أو هبة أو غيرهما لا يلاحظ فيه شركاء أصليون وغير أصليين ، كالشركات ففيها 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 للادارة ، وقال (لحين القسمة) ، ومعنى ذلك أنه يقصد الأشياء الجارى قسمتها . وهذا كله يفيد أنه يتكلم فى شىء غير الشفعة المعروفة ، لأن محلها بيع العقار لا قسمته ، وهى جائزة للشريك الأصلى ولغيره من الشركاء ، وهكذا من وجوه الخلاف . وباقى المواد يؤيد هذا الرأى ، 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 عنى 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 التى باعها أحد الورثة لا مبرر له ، لأن هذا الحق داخل فى 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 التى تجيزها الشفعة قول لا أساس له ، ويناقض القواعد الأصولية فى تفسير القانون ، فان مادة الاسترداد عامة من كل قيد وارد فى 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 فى حالة قيام حكمين 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 تجد غير استرداد حصة شائعة فى شركة .

وتخريج 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 فى حالة اشتراك النص أو غموضه ، كما يؤخذ من نص المادة ١١٥٩ من القانون الفرنسى ، ويقول الفقهاء فى هذا الموضوع ان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، فاذا أطلق الواقف وقفه فان اطلاقه يحمل على الاستغلال لا السكنى ، حيث كان عرف الواقفين كذلك . ولا نزاع فى أن العرف جرى على تعيين قانون الشفعة للبيوع فى العقارات ولم يجر على استعمال حق الاسترداد فيها ، اللهم الا قضايا قليلة نادرة رفعها أصحابها فى الغالب من باب المشاغبة عندما لا يساعدهم قانون الشفعة ولا تعتبر عرفا ، وهذه العادة أو العرف أساسه فى مصر طبعا حالة القوانين الاسلامية التى كانت مرعية الاجراء قبل وضع القوانين الحالية ، فجاء الشارع المصرى وأقرهم عليها ، وأوجدها فى قانون ، وقد فهمها الناس كذلك ، وساروا عليها ، فلا يتصور أن واضع القانون أراد أن يوجد للشفعة ، وخصوصا أن نظامها غير معروف فى البلاد الأجنبية ،

أحكاما أخرى غير أحكام الشفعة المعروفة فى مصر[١] .

٥٠٤ — الرأى الثامن — للشريك الخيار فى استعمال حق الاسترداد أو حق الشفعة — للشريك على الشيوع حقان لاسترداد الحصة الشائعة ، حق عام ورد فى قانون الشفعة ، وحق آخر تكلمت فيه المادة ٤٦٢ مدنى ، فلصاحب الشأن أن يتمسك بأى الحقين الذى يرى فيه مصلحته . ولا يترتب على سقوط حقه فى أحدهما سقوطه فى الثانى[٢] .

ويستند هذا الرأى 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 شروطا ، فلا يكفى أن تكون هناك حالات يغنى فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد فى تلك الحالات ، لأن اعمال النصوص أولى من اهمالها ، وليس فى أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شىء واحد .

(٣) لا مسوغ لحصر المادة ٤٦٢ فى حالة الشيوع الناشىء عن الشركة الاختيارية ، اذ كان نصها عاما يدخل تحت مدلوله جميع الشركاء فى الملك

---

(١) للرد على هذا الرأى راجع النبذتين التاليتين .

(٢) استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حتى بك) المحاماة ١ رقم ٩٥ ص ٤٧٤ المحاماة ٢ رقم ٦ ص ١٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة ١١٠٦ و ١١٠٧ مرجع القضاء ٣٢٤٦ .

استئناف ١٠ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومسيو سودان ومستر كلابكوت) المجموعة ٢١ رقم ٩٣ ص ١٥١ المحاماة ١ رقم ٦١ ص ٣٣٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة ١١٠٣ مرجع القضاء ٣٢٤٢ .

طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظة) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ مرجع القضاء ٣٢٣٩ .

أسيوط الابتدائية ٢٥ أبريل ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق العطار والقاضى حسن توفيق) المحاماة ٢ رقم ١٠٨ ص ٣٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٨ .

المختارين وغير المختارين ، وقد وردت المادة فى القانون تحت عنوان « قسمة الشركات ونحوها » .

(٤) أن الكلمة التى استعملها الشارع فى النص الفرنسى للتعبير عن الشركاء فى الملك وهى copropriétaires يقع تحت مدلولها الشركاء المختارون وغيرهم ، وقد استعمل الشارع هذا اللفظ فى كل نص ورد تحت العنوان المذكور خاصا بالشركاء فى الملك عامة ، مختارين وغير مختارين (أنظر المواد ٤٥٢ و ٤٦١ و ٤٦٢ ، كما أنه استعمل كلمة associé فى كل نص أورده تحت ذلك العنوان خاصا بالشركاء المختارين دون سواهم (أنظر المادتين ٤٤٨ و ٤٤٩) [١] .

وبناء على هذا الرأى الأخير يجوز للشركاء الأصليين فى الملك أن يستعملوا حق الاسترداد الذى منحتهم اياه المادة ٤٦٢ مدنى ، حتى اذا باع أحدهم حصته الشائعة فى عقار معين ، لأن هذا الحق غير مقصور على حالة بيع حصة شائعة فى مجموع الأعيان المشتركة [٢] .

٥٠٥ — رأينا — ونحن من الرأى الأخير ، لأن قانون الشفعة مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، وحق الاسترداد منقول عن القانون الفرنسى ، فالحقان مختلفان أحدهما عن الآخر ، ولما سن قانونا الشفعة (الصادران فى ٢٦ من مارس سنة ١٩٠٠ مختلط و ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ أهلى) ألغى صراحة بعض المواد

---

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أباظة) 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 أباظة) المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ مرجع القضاء ٣٢٤٠ : « وحيث ان الحاضر عن المشترية يريد أن يحصر حق الاسترداد فى حالة بيع مجموع حقوق فى تركة أو شركة ارتكانا على ما هو مقرر فى فرنسا من أن المادة ٨٤١ مدنى لا تنطبق اذا كان المبيع حصة شائعة فى عقار معين (باندكت جزء ٥٤ نبذة ٧٢٥٣ صفحة ٦٣٥) . وحيث ان هذا الحصر لا مبرر له من نص القانون المصرى الذى جاء عاما غير مخصص . أما ما تقرر فى فرنسا فحكمته أن المادة ٨٤١ نصت على التنازل عن الحق الموروث droit à la succession ، وظاهر أن هذا لايشمل بيع حصة فى عين أو أعيان معينة » .
وراجع الأحكام الأخرى المذكورة فى هذه النبذة .

فى المجموعة المدنية ومجموعة المرافعات ، ولم تذكر ضمنها مادة الاسترداد [١] ، وعلى ذلك يجب عند النظر فى تفسير نصوص قانون الشفعة الرجوع الى الشريعة الغراء ، ولكن فى حالة الاسترداد يرجع الى القانون الفرنسى ، مع مراعاة النص المصرى .

وليس فى أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شىء واحد ، وقد قرر الشارع الحقين ، وشرط لكل منهما شروطا ، فلا يكفى أن تكون هناك حالات يغنى فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد فى تلك الحالات ، لأن اعمال النصوص أولى من اهمالها [٢] .

وحق الاسترداد ثابت للشركاء الأصليين فى الملك ، سواء أكان عقارا أم منقولا [٣] ، بخلاف حق الشفعة فانه مقصور على العقار . وعلى ذلك اذا باع شريك حصته الشائعة فى عقار فلباقى الشركاء حق الشفعة وحق الاسترداد ، ولهم أن يختاروا أى الطريقين الذى يكون أنفع لهم . والأسباب التى يسقط بها أحد الحقين لاتؤثر فى 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 المشترى 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 الأصلى فى هذه العقارات من استعمال حق الاسترداد الذى تخوله المادة ، وانما على المشترى 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 فى الشفعة يسقط فى جميع الأحوال بعد مضى 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] .

واذا سقط حق الشفعة لا يكون للشريك الا حق الاسترداد ما دامت القسمة لم تعمل ، وقد يكون للمسترد منفعة فى عدم المطالبة بمقتضى حق الشفعة والانتظار حتى القسمة ليطالب بمقتضى حق الاسترداد ، كأن لا يكون لديه المال الكافى للأخذ بالشفعة . والسبب فى أخذ الشريك بالشفعة هو رغبته فى توسيع ملكه . ولكن السبب الذى بنى عليه حق الاسترداد هو التخلص من الأجنبى الدخيل الذى لم يكن معه وقت الشركة ، ومنعه من التدخل فى القسمة . وبناء على ذلك يعامل القانون المسترد معاملة أقل شدة مما يعامل به الشفيع ، فاذا أعلن المشترى الشريك بشرائه فان هذا يسقط حق الشفعة بعد مضى الميعاد القانونى ، ولكن لا يكون له تأثير فى حق الاسترداد ، كذلك اذا أنذر المشترى المسترد بأن يأخذ بالاسترداد اذا أراد فان ذلك لا يسقط الحق ، ولا يلزم المسترد بشى ، لأن القانون نص على أن حق الاسترداد لا يسقط الا بالقسمة ، فلا يجوز للمشترى أن يقيد هذا الحق بوقت آخر [٣] .

والشريك الذى يطالب بحق الاسترداد يحل محل المشترى فى جميع شروط العقد المبرم بينه و بين الشريك البائع ، فاذا كان الثمن مقسطا 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 نوفبر ١٩١٣ (٢٦ ص ٦٠) .

(٣) وقد حكم بأن للشريك الأصلى الذى له حق الاسترداد لغاية القسمة الحق فى أن يشترى اختيارا ، بمقتضى عقد ، الحصة الشائعة المبيعة ، حتى بعد طلب الشفعة المقدم من أجنبى ، ما دام له أن يلزم المشترى بدعوى قضائية بالتنازل له عن الحصة (استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩١٢ (٢٤ ص ١٩٧) .

استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) .

يتمسك بهذا التقسيط ، خلافا للشفيع فان المادة ١٣ من قانون الشفعة حرمته من الانتفاع بهذا الشرط[١] .

ومشترى الحصة الشائعة الذى لم يكن داخلا فى الشيوع عند بدئه لا يستطيع استعمال حق الاسترداد ، ولكنه يستطيع الأخذ بالشفعة ، لأنه شريك ، وهذا يكفى .

٥٠٦ — رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة — لاختلاف الآراء فى تفسير المادة ٤٦٢ من القانون المدنى قد أحيل هذا الموضوع الى دوائر محكمة الاستئناف لتفصل فيه مجتمعة ، فقررت فى ٣٠ من نوفمبر ١٩٢٢[٢] أن حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى حقان مختلفان أحدهما عن الآخر تمام الاختلاف من حيث موضوعهما ومحل تطبيقهما ، فان حق الشفعة مأخوذ عن الشريعة الاسلامية ويطبق فى أحوال بيع عقار معين أو حصة شائعة فيه مع توافر الشروط والمواعيد المبينة فى الأمر العالى الرقيم ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ الخاص بالشفعة ، أما حق الاسترداد فانه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى ، وقد منحه المشرع الشركاء الأصليين فى الملك دون غيرهم فى حال الشيوع ، سواء أكان ناتجا عن ميراث أم عن شركة ، متى باع أحد الورثة أو الشركاء لأجنبى حصة شائعة فى مجموع التركة أو الشركة من عقار أو منقول ، وكذلك اذا باع أحدهم لأجنبى حصة شائعة فى عين معينة يصعب على المشترى تسلمها بدون أن يطلع على أسرار التركة أو الشركة ، ففى هاتين الحالتين يجوز للشركاء المذكورين لحين القسمة أن يستردوا الحصة الشائعة التى بيعت .

---

(١) ١٤ يوليه ١٩١٨ المجموعة ٢٠ ص ٦٨ .

(٢) محكمة الاستئناف دوائر مجتمعة ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢ (رئاسة أحمد طلعت باشا وحضور مستر برسيفال ومحمد محرز باشا وأحمد موسى باشا ومستر كالوينى ومسيو سودان ومستر كرشو وأحمد عرفان باشا وعطية حسنى بك وعلى ثاقب بك وفوزى المطيعى بك ومتولى غنيم بك وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك ومحمد علام باشا وشاكر أحمد بك) المجموعة ٢٣ رقم ١١١ ص ١٧٠ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٣٠١ مرجع القضاء ٣٢٤٧ .

وجاء فى أسباب حكمها :

« وحيث ان المادة ٤٦٢ سالفة الذكر وضعت فى الحقيقة لحالة خاصة فى باب القسمة ، ولا علاقة لها بالشفعة ، التى خصص لها القانون بابا فصل فيه أحكامها المأخوذة من الشريعة الاسلامية . بخلاف الحق المنوه عنه فى المادة ٤٦٢ المذكورة فانه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى التى وضعت لحالة خاصة ، وهى حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته الشائعة فى تركة أو جزءا من الحصة شائعا كالثلث أو الربع مثلا ، بحيث يدخل فى الحصة ما يخصها من جميع مشتملات التركة من عقار ومنقول وما لها وعليها من الديون والحقوق ، فيحق فى تلك الحالة لباقى الورثة أو أحدهم ، لحين القسمة ، أن يسترد الحصة المبيعة بدفع ثمنها الى المشترى ، وهو ما يسمونه حق الاسترداد الوراثى ، والغرض منه منع الأجنبى من التداخل فى العائلات والاطلاع على أسرارها ، وقد قام خلاف بين شراح القانون الفرنسى ، فقال بعضهم ان الاسترداد الوراثى يجرى فى الشركات كما يجرى فى التركات ، لأن للشركات أسرارا أيضا تجب المحافظة عليها ومنع الأجنبى من الوصول اليها ، فاختار الشارع المصرى تعميم النص ، لذلك عبر بالشركاء الأصليين مكان الورثة كما جاء فى 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 الأجنبى .

« وحيث انه متى تقرر ما تقدم وكانت الحكمة من وضع نص المادة ٤٦٢ المذكورة منع الأجنبى من التداخل فى الأسرات والشركات والتنقيب على أسرارها تكون النتيجة أنه اذا كان المبيع حصة شائعة فى عين معينة من التركة أو الشركة يسهل تسليمها الى المشترى دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ، ومن غير أن يشترك فى قسمة جميع ممتلكاتها ، فلا يجوز استرداد هذه الحصة منه استنادا على الحق المخول فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى ، بل من طريق أحكام

الشفعة فقط اذا كانت شروطها متوفرة . و بالعكس اذا استدعى تسليم تلك الحصة شيئا مما تقدم ، يحق لأحد الورثة أو أحد الشركاء الأصليين استرداد الحصة المبيعة من أحدهم للغير ، ولو أنهـا شائعة فى عين معينة محدودة ، الا اذا كان طالب الاسترداد يتنازل عن حقه صراحة أو ضمنا ، باجرائه عملا يؤخذ منه التنازل أو الرضا بالبيع » .

٥٠٧ — سير الأحكام على ما قررته الدوائر المجتمعة — حكمت محكمة الاستئناف بأنه اذا باع أحد الورثة حصة شائعة فى أرض ورثهـا من مورثه كان للوارث الآخر الشريك معه على الشيوع أن يطلب أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، دون المـادة ٤٦٢ من القانون المدنى ، لأنه ممكن تسليمه العين المبيعة بدون أن يدخل فى أسرار العائلة ، وذلك عملا بمـا قضت به محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة فى ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٢٢ (١) .

وحكمت بأن للشريك على الشيوع فى مدفن حق استرداد الحصة المبيعة عملا بحكم المـادة ٤٦٢ من القانون المدنى ، لأن المدفن من المسـائل العائلية المحضة ، و يحوى أسرار العائلة ، فلا يصح لأجنبى الاطلاع على هذه الأسرار ، وفى وجوده مضار أدبيـة ومادية . اذ يمكنه مضايقة العائلة فى دفن موتاها . فللوارث حق استرداد الحصة الشائعة التى يبيعها الوارث الآخر لأجنبى (٢) .

وحكم بأن من مميزات بيع الاستحقاق فى التركة أنه اذا حصل لأجنبى يكون لباقى الورثة الحق فى استرداد الحصة المبيعة من أحـدهم قبل القسمة مقابل دفعهم للمشترى ثمنها والمصروفات وفقـا للمادة ٤٦٢ مدنى . والغرض من هذا الاسترداد

---

(١) استئناف مصر ١٥ يناير ١٩٢٥ (دائرة صالح حق باشا وعلى حسين بك ومستر رافرتى) المحاماة ٦ رقم ٢٢ ص ٢٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١٢ مرجع القضاء ٦٤٦٠ .

(٢) استئناف مصر الأهلية ٢١ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة أحمد طلعت باشا ومصطفى حلمى بك وحسين نبيه المصرى بك) المحاماة ٦ رقم ١٨٦ ص ٢٣٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١٣ مرجع القضاء ٦٤٦٤ .

منع الأجنبي من الدخول فى قسمة التركة . فاذا أمكن تسليم الشيء المبيع للمشترى بدون حاجة الى القسمة لم يكن هناك محل للاسترداد [١] .

٥٠٨ — *نقد حكم الدوائر المجتمعة* — تقرر الدوائر المجتمعة أنه اذا كان يسهل تسليم المبيع الى المشترى دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ، ومن غير أن يشترك فى 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 الأجنبى ، وقد سبق أن ذكرنا أن الضرر مفروض حصوله بتوافر شروط الاسترداد [٢] ، كما هو الحال فى الشفعة ، فقد قلنا فيها انه اذا توافرت فى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة لا يجوز دفع دعواه بأن الضرر الذى شرعت الشفعة من أجله ليس متحققا ، لأن الشارع أطلق الحكم ، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت فى حاله حكمة ذلك الحق [٣] ، فكذلك الحال بالنسبة الى حق الاسترداد . والا لو أجيز اثبات توافر الحكمة التى تقرر من أجلها لاضطر المتداعون للتعرض لأسرار الشيوع ، وقد تؤدى اجازة الاثبات الى اضطراب الأحكام ، وبالتالى عدم الاطمئنان على الحقوق ، اذ تختلف مقاييسها بالنسبة الى تقدير وجود الضرر المحتمل من تدخل المشترى الأجنبى ، وجسامة ذلك الضرر [٤] .

---

(١) استئناف ١٩ فبراير ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود على 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 على 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 المغازى البرقوقى بك وزكريا مهنا بك) فى الاستئناف رقم ٨٢ سنة ٦٢ القضائية .

(٢) نبذة ٤٦٢ .

(٣) نبذة ٨ .

(٤) ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٥٦ ، وهو لا يوافق كذلك على حكم الدوائر المجتمعة .

٥٠٨ مكررا — رأى محكمة النقض والابرام — قضت محكمة النقض والابرام فى بعض أحكامها بأن المادة ٤٦٢ من القانون المدنى ، 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 فى مجموع الأموال المشتركة أم فى عقار معين منها . لكن لما كانت الحكمة من تقرير الشارع لهذا الحق هى حماية الشركاء الأصليين ، وقد جمعت بينهم القرابة العائلية أو الرغبة الاختيارية ، من الأجنبى الدخيل عليهم تجنبا 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 هى الحكمة من تقرير حق الاسترداد فانه لا يكون له محل فى الحصة الشائعة فى العقار المعين التى يتبادر بجلاء و بلا أدنى شك سهولة تسليمها للمشترى الأجنبى دون ذلك الاطلاع أو الارتباك ودون احتمال اشتراكه فى القسمة ، ولهذا تكون مستثناة من حق الاسترداد (١) .

وفصلت محكمة النقض والابرام رأيها فى حكم أخير (٢) ، فقالت : ان الشفعة والاسترداد ان كانا متفقين فى أن كلا منهما يؤدى الى نوع من الافتيات على حرية التبايع ونزع الملك جبرا عن مشتريه ، فانهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمحل ، ذلك أن الشفعة مصدرها الشريعة الاسلامية ، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارىء ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جوار ، ومحلها أن يكون المبيع عقارا ، فلا شفعة فى منقول . أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسى ، وحكمته حفظ أسرار التركات وكف الأجانب عن النفاذ اليها وجعل الورثة فى مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلى ، وسببه الشركة فى الارث ، ومحله أن يكون المبيع حصة أو جزءا من حصة شائعة فى التركة عامة منظورا اليها كوحدة قانونية تنتظم

---

(١) نقض ٨ يونيه ١٩٤٤ المجموعة ٤٥ رقم ٣٠ ص ٥٦ .

(٢) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ فى 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 الناشىء 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 المناط 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 ففى 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 فى عقار معين من الملك المشترك ، وهو ما لا يمكن أن يكون الشارع المصرى قد أراده ، لأنه لم يقيد حق الاسترداد بمثل ما قيـد به حق الشفعة من مواعيد واجراءات ، فلو أجيز الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستغناء بالاسترداد عن الشفعة خلاصا من قيودها ، وفى ذلك تعطيل للأحكام التى لم تضع هذه القيود عبثا ، وانمـا وضعتها قصد الحض على الاسراع فى طلب الشفعة حتى لا يضار المشترى بالتأخير فى هذا الطلب .

الشفعة فى السودان

٥٠٩ — للشفعة قانون خاص ، مستمدة أحكامه من قانون الشفعة المصرى ، هو القانون رقم ١١ الصادر فى ٥ من يوليه سنة ١٩٢٨ ، وقد ألغى قانون الشفعة الصادر قبله فى سنة ١٩١٨ والمعدل فى سنة ١٩٢٢ .

٥١٠ — الأموال التى تجوز فيها الشفعة — خول قانون سنة ١٩٢٨ حق الشفعة :

(ا) 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 .

(جـ) المالك المجاور عند بيع أرض مروية irrigated land متى كانت الأرض المبيعة وأرض المالك المجاور كلتاها داخلة فى نفس الساقية أو فى وحدة أخرى من وحدات الرى 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 — أموال لا تجوز فيها الشفعة — لا تجوز الشفعة فى الأحوال الآتية :

(ا) 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 بحصص شائعة ، أو بين مالكين مجاورين لأرض داخلة فى نفس الساقية أو فى نفس وحدة أخرى من وحدات الرى 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 — تزاحم الشفعاء — يكون الشريك بحصة شائعة مقدما على المالك المجاور .

واذا ثبت حق الشفعة لأكثر من شريك واحد من الشركاء فى حصص شائعة فى العقار فكل شريك على الشيوع يطلب حق الشفعة يحق له أن يأخذ بالشفعة من العقار المشفوع نفس النسبة التى بين حصته الشائعة والحصة الشائعة أو الحصص الشائعة التى 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 التراضى بينهم ، والا فبحسب ما تحكم به المحكمة عند نظرها فى دعوى الشفعة (المادة ٨) .

٥١٣ — عدم تجزئة الشفعة — اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تصح الشفعة الا فيه بتمامه . أما اذا عينت فى عقد البيع حصة كل منهم مفرزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر (المادة ٩) .

٥١٤ — اجراءات الشفعة — يجب على طالب الشفعة أن يقوم بما يأتى :

(ا) أن يرسل اعلانا بطلبه الى البائع والمشترى .

(ب) أن يرفع ، فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ ذلك الاعلان ، دعوى الشفعة ، على البائع والمشترى ، فى المحكمة الواقع فى دائرة اختصاصها العقار .

واذا كان الطلب يتعلق بأرض مسجلة وجب أن يؤشر بالطلب فى السجل [1] (المادة ١١) .

وتسمع دعوى الشفعة بصفة مستعجلة (المادة ١٢) .

وميعاد الاستئناف فى دعوى الشفعة ١٥ يوما من تاريخ الحكم ، وذلك مع مراعاة قواعد الاستئناف فى الدعاوى المدنية فى سائر الأمور (المادة ١٤) .

ومصروفات دعوى الشفعة على الشفيع . ولكن اذا حصل من قبل البائع أو المشترى سوء قصد فللمحكمة فى هذه الحالة أن تحكم بالمصروفات على من شاءت منهم .

ومصروفات الاستئناف تقع على حسب ما تراه المحكمة (المادة ١٢) .

واذا بيع ثانية جميع العقار المشفوع أو جزء منه يصبح اذ ذاك المشترى الجديد مدعى عليه فى دعوى الشفعة بدلا من المشترى الأصلى ، أو يصبح مدعى عليه مع المشترى الجديد بقدر مصلحته ، وتكون الدعوى بمقدار ما تتناول المشترى الجديد بحسب شروط عقد شرائه .

ويشترط بالنسبة الى الأرض المسجلة أن يكون قد سجل البيع الثانى قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة فى السجل . ويشترط فى أية حالة أخرى أن يكون البيع قد حصل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة الى البائع أو المشترى (المادة ١٢) .

---

(١) يراد بالأرض المسجلة registered land الواردة بقانون الشفعة الأرض المسجلة بموجب قانون تسوية الأراضى 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 فى الأحوال الآتية :

(ا) اذا تنازل عنه كتابة أو شفاها أو استدل على التنازل من تصرفه (المادة ١٦) .

(ب) اذا لم يظهر رغبته فى طلب الشفعة فى مدة خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه ابداء رغبته فى الشفعة (المادة ١٦) . ويحصل التكليف المذكور كالآتى : متى جرى اتفاق لبيع أرض مسجلة ، وقدم طلب لمكتب تسجيل الأراضى لتسجيل بيع كهذا ، يحق لأى طرفى الاتفاق أن يبلغ اعلانا عن ذلك الاتفاق وطلب التسجيل لأى شخص له الحق أو يظن أن له الحق بطلب الشفعة ان تم ذلك البيع ، يكلفه فيه بأن يصرح كتابة فى خلال خمسة عشر يوما من تبليغ الاعلان عما اذا كان ينوى طلب الشفعة اذا تم البيع و بنذره أنه ان لم يصرح بذلك سقط حقه بالشفعة (المادة ١٥) .

(ج) اذا لم يتخذ الاجراءات المبينة لطلب الشفعة فى مدة خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع (المادة ١٦) .

(د) بمرور ستة أشهر من تاريخ تسجيل البيع ان كانت الأرض مسجلة ، ومن تاريخ وضع المشترى يده على الأرض فى أية حالة أخرى ، وسواء كان الشفيع عالما بالبيع أو غير عالم ، وغير أهل للتصرف أو أهلا 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 يؤجل 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 المشترى فى جميع ما للمشترى من الحقوق وعليه من الواجبات . ولكن اذا كان المشترى حصل على تأجيل الثمن فلا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا اذا رضى البائع بذلك بالكتابة (المادة ٩) .

واذا كانت الأرض مسجلة ، وصـدر حكم فى دعوى الشفعة ، يكون لهذا الحـكم الأولوية على جميع التصرفات التى أجراها المشترى ولم تسجل قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة فى السجل . وفى سائر الأحوال يكون للحكم فى دعوى الشفعة الأولوية على جميع التصرفات التى لا تحصـل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة (المادة ١٣) .

obeikandl.com

الشفعة فى لبنان [1]

٥١٧ مكررا — نص على الشفعة فى المواد ٢٣٨ — ٢٥٤ من قانون الملكية. وقد أحيل مشروع قانون الى المجلس النيابى اللبنانى بتعديلها ، كما سنبينه .

أحكام الشفعة فى قانون الملكية

الفصل الخامس
فى حق الشفعة

المادة ٢٣٨ — حق الشفعة هو حق ممنوح لشريك فى ملك أو فى حقوق عينية جارية على ملك يخوله أن ينتزع لنفسه مقابل دفع ثمن المشترى الحصة التى اشتراها شخص آخر بالرضى فى هذا الملك أو فى 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 فى القانون العثمانى (القرار ٥٧ فى ١٨ حزيران سنة ١٩٣١) .

CHAPITRE V
De la Préemption
(Chefaa).

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).

---

(١) راجع الرسالة العلمية فى الشفعة ، تأليف خليل جريج رئيس محكمة فى بيروت ، ١٩٤٧. وقد نقلنا 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.

المادة ٢٣٩ — عين كما يلى ترتيب درجة الأفضلية فى استعمال حق الشفعة :

١ — الشريك فى الملك المشترك .

٢ — الشريك فى الحقوق العينية العقارية .

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.

المادة ٢٤٠ — الشركاء فى الملك هم متساوون فى الحقوق يستعملون جميعهم حق الشفعة فى وقت واحد وعلى نسبة واحدة . واذا تخلى واحد منهم أو أكثر من واحد عن حقه فيستعمل الباقون هذا الحق على نسبة واحدة .

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.

المادة ٢٤١ — اذا وجد تزاحم بين فئات عديدة من شركاء فى حقوق ارتفاقية عقارية من أنواع مختلفة فتفضل على بقية الفئات الفئة التى يكون لها حق الارتفاق الأكثر نفعا .

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.

المادة ٢٤٢ — يعود حق الشفعة الى الأشخاص المذكورين فى المادة ٢٣٩ من هذا القرار الذين يكون سندهم سابقا تاريخيا سند المشترى .

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 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.

مستقلا عن الحق الأصلي الذي لا يكون حق الشفعة بالنسبة اليه الا حقا تابعا .

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, rescision ou résolution que la donation elle-même.

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 الالغاء أو الفسخ أو الابطال نفسها الجارية على الهبة .

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.

المادة ٢٤٥ — حق الشفعة لا يتجزأ فلا يمكن والحالة هذه استعماله على قسم دون سواه من حصة مشتركة أو من أرض متنازل عنها .

Art. 246. — Le mandataire chargé de vendre l'immeuble sur lequel il a le droit de préemption est déchu de ce droit.

المادة ٢٤٦ — اذا كلف وكيل ببيع عقار له عليه حق الشفعة فيسقط هذا الوكيل من حقه هذا .

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.

المادة ٢٤٧ — للمشتري بعد تسجيل مشتراه أن يعطي 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 .

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

المادة ٢٤٨ — واذا لم يحرر 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.

الشركاء فى العقار ، ويصبح لاغيا فى جميع الأحوال بعد مضى مدة سنة ابتداء من تاريخ تسجيل البيع اذا لم يكن قد حضر هذا البيع الشركاء فى العقار .

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.

المادة ٢٤٩ — لا يجوز استعمال حق الشفعة الا بشرط أن يعوض صاحبه على المشترى تعويضا تاما بدفع بدل الشراء ومقدار تحسين العقار فى أثناء وجوده بين يديه ودفع المصاريف الرسمية المترتبة على العقد ورسوم التسجيل التى يكون قد دفعها .

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.

المادة ٢٥٠ — اذا أفرغ العقار لشخص ثالث بقيده فى السجل العقارى فلا يعود من الممكن استعمال حق الشفعة .

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.

المادة ٢٥١ — اذا وقع اختلاف على قيمة ثمن العقار بين المشترى وصاحب حق الشفعة فيعين القاضى الثمن الحقيق .

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,

المادة ٢٥٢ — يعتبر أن حق الشفعة قد تم وأن حق التسجيل قد اكتسب لصاحب حق الشفعة اما باستلامه الشيء برضى المشترى واما بدفع الثمن وتوابع هذا الثمن المعين للمشترى وفقا لأحكام المادة ٢٤٩

أعلاه أو بحكم صادر لصالح صاحب حق الشفعة .

selon les dispositions de l'article 249 ci-dessus, soit par jugement rendu au profit du préempteur.

المادة ٢٥٣ — يعتبر صاحب حق الشفعة أنه اشترى من المشترى ويعتبر أنه وصل اليه حقه من هذا الأخير ويكون للشفعة تجاه المشترى وتجاه صاحب الشفعة مفعول البيع نفسه .

Art. 253. — Le préempteur est reputé 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.

المادة ٢٥٤ — اذا وقع البيع جبرا فلا يستعمل حق الشفعة (١) .

Art. 254. — En cas d'exécution forcée, le droit de préemption ne s'exerce pas.

---

(١) فى ٢٠ من شباط سنة ١٩٤٧ أحالت الحكومة اللبنانية الى المجلس النيابى اللبنانى مشروع قانون يقضى بالغاء المواد ٢٣٨ الى ٢٥٤ من قانون الملكية ، وبأن يستبدل بها الأحكام التالية :

المادة ٢٣٨ — الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية :

يسرى حق الشفعة على العقارات الملك وعلى العقارات الأميرية .

وتظل ملغاة حقوق الرجحان والطابو المنصوص عليها فى قانون الأراضى العثمانى .

المادة ٢٣٩ — يثبت الحق فى الشفعة :

١ — لمالك الرقبة ، اذا بيع حق الانتفاع فيما تملك رقبته ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه .

٢ — للشريك فى الشيوع ، اذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار الشائع من أجنبى .

٣ — لصاحب حق الانتفاع ، اذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أم بعضها .

٤ — لمالك لرقبة فى الحكر أو السطحية أو الاجارتين أو الاجارة الضويلة أو الاجارة العينية المنصوص عليها فى القرار ١٢ ل الصادر فى ١٦ كانون الثانى ١٩٣٤ .

٥ — للجار الملاصق المالك اذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره وللعقار المبيع اشتراك فى ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو فى حق الشرب الخاص .

٦ — لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق . =

= المادة ٢٤٠ — اذا تزاحم الشفعاء من فئات مختلفة يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة .

واذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة فى الأحوال الأربعة الأولى المبينة فى المادة السابقة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . واذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقون هذا الحق على قدر نصيبهم أيضا . واذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفى حال اختلاف مالكى طوابق البناء المتعددة قدم مالك الطابق الأرضى .

المادة ٢٤١ — اذا توافرت فى المشترى الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى المادة ٢٣٩ ، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئته أو من فئة أدنى .

المادة ٢٤٢ — يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين فى المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سندهم سابقا لتاريخ سند المشترى .

المادة ٢٤٣ — ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه الى ورثته . ولا يجوز التفرغ عنه لشخص آخر .

المادة ٢٤٤ — لا يستعمل حق الشفعة الا بوجه المشترى أو بوجه الموهوب له بعوض . وفى الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضا لأسباب البطلان والابطال والالغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها .

لا تسمع دعوى الشفعة فى المقايضة العقارية وفى البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الاخوة والأخوات .

المادة ٢٤٥ — حق الشفعة لا يتجزأ فلا يجوز استعماله أو اسقاطه الا بكامله . فاذا تعدد الشفعاء المتساوون فى الفئة وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه فى الشفعة وجب على الباقين طلب الشفعة أو اسقاطها بكاملها . أما اذا تعدد المشترون فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط .

المادة ٢٤٦ — يسقط حق الشفعة :

١ — اذا لم يستعمله الشفيع خلال المدة القانونية المبينة فى المادتين الآتيتين .

٢ — اذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة فى وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوى على بيان اسم المشترى والثمن والشروط ولا يعود تاريخها الى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل .

٣ — اذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهدا على العقد ووقع امضاءه بلا تحفظ .

٤ — اذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمنا . ولكن هذا الاسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة الا برضى المشترى .

المادة ٢٤٧ — للمشترى بعد تسجيل العقد أن يعلم الشفعاء بالتسجيل بواسطة الكاتب العدل للمقيمين فى لبنان ، ووفقا للمادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية للمقيمين فى =

= بلاد أجنبيه . على أن يبين فى التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل اقامتهما والثمن وملحقاته وشروط العقد .

وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التى تلى التبليغ بعد اضافة مهلة المسافة تحت طائلة السقوط .

المادة ٢٤٨ — اذا لم يحصل التبليغ المبين فى المادة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضى سنة من تاريخ تسجيل العقد فى السجل العقارى . وتسرى هذه المدة بحق فاقدى الأهلية والغائبين .

وان المدة المذكورة فى هذه المادة وفى المادة السابقة لا تنقطع الا باقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور فى العقد .

المادة ٢٤٩ — لا يمكن استعمال حق الشفعة الا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشترى تعويضا تاما . وهذا التعويض يشمل :

١ — ثمن المبيع الذى يجب عرضه وايداعه فعليا يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر الا اذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع .

٢ — نفقات العقد التى تشمل رسوم التسجيل الرسمية وبدل السمسرة ، على ألا يزيد هذا البدل على البدل المعين بالتعرفة القانونية .

٣ — بدل التحسين الطارىء على العقار بفعل المشترى ، دون الالتفات الى التحسين الاقتصادى الناتج من تقلب الأسعار .

المادة ٢٥٠ — اذا تم التفرغ عن المشفوع لشخص ثالث بقيده فى السجل العقارى قبل تقديم دعوى الشفعة فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها .

المادة ٢٥١ — اذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشترى وصاحب حق الشفعة فتعين المحكمة الثمن الحقيقى بصرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يسمع الادعاء من المشترى بأن هذا الثمن يزيد على الثمن المذكور فى العقد المسجل .

المادة ٢٥٢ — يثبت حق الشفعة ويكتسب الشفيع حق التسجيل ، اما بتسلمه العقار المشفوع برضى المشترى بعد دفع الثمن وتوابعه المعينة بالمادة ٢٤٩ ، واما بحكم صادر لمصلحة الشفيع .

المادة ٢٥٣ — يعتبر الشفيع أنه قد اشترى من المشترى ويكون للشفعة مفاعيل البيع نفسه .

ولا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه فى العقد لمصلحة المشترى فى دفع الثمن ، الا اذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التى تراها لازمة . وفيما عدا حالة الأجل المنصوص عليه فى العقد لا يجوز للمحكمة أن تمنح الشفيع مهلة للدفع .

المادة ٢٥٤ — لا شفعة للوقف ، وان بيع بالمزاد العلنى عن طريق الادارة أو القضاء .

الشفعة فى البلاد الأخرى

٥١٨ — الشفعة ، وان كانت مستمدة من الشريعة الاسلامية ، فانها ليست خاصة بهذه الشريعة . فقد كانت معروفة فى الشرائع التى سبقتها ، كالشريعة الموسوية والقانون الرومانى[١] . وكانت موجودة عند العرب قبل الاسلام[٢] . وهى موجودة اليوم فى القانون الاسبانى[٣] ، والقانون الألمانى[٤] . وجاء القانون الفرنسى كما رأينا بحق الاسترداد الوراثى الذى هو نوع من الشفعة[٥] .

وسنتكلم أولا فى الشفعة فى البلاد الاسلامية ، ثم نذكر نظامها فى البلاد الأخرى التى نصت عليها .

فى البلاد الاسلامية

تونس

٥١٩ — أصبح النظام العقارى فى تونس مزدوجا بعد صدور قانون أول يوليه سنة ١٨٨٥ ، المكمل بقانون ١٤ مارس سنة ١٨٩٢ ، وقد أدخل هذان القانونان فى تونس نظام السجلات العقارية livres fonciers ، فأجيز للملاك قيد عقاراتهم فى سجلات خاصة ، وجعل القيد اختياريا ، ونشأ عن ذلك وجود نوعين من العقارات : العقارات غير المسجلة immeubles non immatriculés ، والعقارات المسجلة immeubles immatriculés .

أما بالنسبة الى العقارات غير المسجلة فتنطبق عليها أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالشفعة ، وقد عدلتها بعض التعديل العادات المحلية .

---

(١) راجع : L. 3 De jus. emphyt., IV, 66.
Accarias, Précis de droit romain, T. I, p. 728, note I.

(٢) راجع لسان العرب لفظ شفعة ، والمغرب كذلك .

(٣) المادة ١٥٢٣ من القانون المدنى الاسبانى — وما سيجىء نبذة ٥٢٣ .

(٤) المادة ٥٠٤ وما بعدها ، والمادة ١٠٩٤ وما بعدها من القانون المدنى الألمانى — وما سيجىء نبذة ٥٢٤ .

(٥) المادة ٨٤١ من القانون المدنى الفرنسى .

وأما العقارات المسجلة فتسرى عليها أحكام الشفعة الواردة بالمادة ٧٧ وما بعدها من قانون أول يوليه سنة ١٨٨٥ . وهذه المواد تعطى حق الشفعة الأشخاص الآتين :

(١) كل مالك على الشيوع فى نفس العقار .

(٢) كل وارث cohéritier بالنسبة الى عقارات التركة .

(٣) كل شريك فى الملك المقسوم فى منزل للسكنى .

(٤) المحتكر superficiaire لامتلاك الأرض .

(٥) مالك الأرض لامتلاك الحكر superficie .

وفى حالة التزاحم يرتب الشفعاء كنص المادة ٧٨ كالآتى :

(١) مالك الأرض ازاء المحتكر ، والعكس .

(٢) الورثة .

(٣) الشركاء فى الملك المقسوم divis والشائع .

غير أنه بالنسبة الى الأخيرين يقدم من كانت له حصة فى العقار أكثر من غيره على صاحب الحصة الأقل . وعند التساوى يعين بالاقتراع من يستفيد من الشفعة . وفى حالة النزاع يعين خبير بناء على أمر رئيس المحكمة . ويكون الاقتراع أمام الكاتب الذى يحرر محضرا .

فيرى مما تقدم أن قانون سنة ١٨٨٥ تختلف أحكامه عن الشريعة الاسلامية .

مراكش

٥٢٠ — يفرق فى مراكش بين نوعين من الأراضى : الأراضى المسجلة immeubles **immatriculés** ، والأراضى غير المسجلة[1] . وقد صدر فى ٢ يونيه سنة ١٩١٥ تشريع خاص بالأراضى التى من النوع الأول Dahir du 2 Juin 1915

---

(١) يخول التسجيل immatriculation انشاء سند للملكية مقيد فى السجل العقارى . ويترتب عليه تطهير العقار والغاء كل الحقوق السابقة التى لاتذكر .

راجع : Dahir du 12 Août 1913 sur l'immatriculation des immeubles

وذكرت فى المواد ٢٥ — ٣٤ منه الأحكام الخاصة بالشفعة ، وهى كالآتى :

الشفعة هى الحق المقرر لكل شريك على المشاع فى ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية للحصول على الحصة المبيعة للغير بحلوله محل المشترى مقابل دفع مقدار ثمن المبيع والتحسينات ومصاريف العقد (المادة ٢٥) .

واذا وقع هذا الحق على عقار واحد فان كل الشركاء فى الملك يستعملونه معا كل بنسبة ما يملكه . وفى حالة تنازل بعضهم يستعمل الباقون الشفعة بنسبة حصصهم (المادة ٢٦) . وكذلك الحكم بالنسبة الى استعمال الشفعة بين الشركاء فى نفس الحق العينى العقارى (المادة ٢٧) .

واذا كان الشريك فى الملك هو المشترى فانه يشترك فى استعمال حق الشفعة بنفس الصفة التى يطالب بها باقى الشركاء فى الملك . ويكون اشتراكه فى الشفعة بنسبة حصته قبل الشراء (المادة ٢٩) .

وحقوق الأولوية فى استعمال الاسترداد تظل بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية (المادة ٣٠) .

والمشترى بعد قيد شرائه inscription de son acquisition أن يعلنه الى كل من لهم حق فى الشفعة ، ويسقط حق هؤلاء اذا لم يستعملوه فى خلال ثلاثة أيام من وقت الاعلان ، ويزاد على ذلك مواعيد المسافة (المادة ٣١) .

وفى حالة عدم قيام المشترى بعمل الاعلان المذكور ينقضى حق الشفعة بمرور شهرين من تاريخ العقد اذا حصل بحضور الشركاء فى الملك ، وفى كل الأحوال ينقضى بمرور سنة ابتداء من قيد البيع اذا لم يشهر الشركاء فى الملك البيع (المادة ٣٢) .

وليس للشركاء فى الملك أن يتنازلوا عن استعمال الشفعة قبل قيد الشراء فى السجل العقارى والا كان التنازل باطلا (المادة ٣٣) .

ويجب استعمال الشفعة بالنسبة الى كل الحصص الشائعة المبيعة ، لا بالنسبة الى جزء منها (المادة ٣٤) .

الجزائر [1]

٥٢١ — أجاز قانون ١٦ يونيه سنة ١٨٥١ للمحاكم أن تأذن ، أو ترفض ، بحسب طبيعة العقار وظروف الأحوال ، استعمال الشفعة قبل الأورو بيين .

وحول قانون ٢٦ يوليه سنة ١٨٧٣ حق الشفعة الى حق استرداد ورائى لا يمكن أن يتمسك به قبل المشترين الا الأقارب الذين يرثون بمقتضى الشريعة الاسلامية ، و بالشروط التى تقررها 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 صعو بات جمة ، ولذلك أوجد قانون ١٦ فبراير سنة ١٨٩٧ نوعا جديدا من الشفعة يطبق فى حالات معينة . فالمادة ١٧ تقرر أنه اذا طلب شريك فى الملك أو وصى أو قيم أو دائن أحد الشركاء فى الملك قسمة عقار زراعى ، يملك نصفه على الأقل وطنيون مسلمون ، قسمة عينية أو بطريق التصفية ، كان للمحكمة ، اذا أمكن ذلك ، أن تخص المدعى بجزء من العقار يعادل حقوقه ، واذا كان العقار لا تسهل قسمته فلا تطبق المادة ٨٢٧ من القانون المدنى ، وفى هذه الحالة تحصل القسمة بين الأسرات ، ويكون للشريك فى الملك أو للشركاء فى الملك فى الحصـــة المخصصة للأسرة التى ينتمى اليها المدعى الخيار بين قبول التصفية و بين 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 ، و يصدر حكمها بالزام المدعى عليهم متضامنين 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 أورو بى أو شريك فى الملك

---

(١) راجع : Pouyanne (M.). — La propriété foncière en Algérie, 1900.

أوروبى . ولا تنطبق اذا رفع الدعوى مسلم على غيره من المسلمين[١] .

ومما تقدم يرى أنه فى الجزائر يفرق بين الأراضى المفرنسة وغيرها من الأراضى . و بالنسبة الى الأراضى الأولى يجوز للأوروبيين ، كما يجوز للوطنيين ، استعمال حق الاسترداد الوراثى وفقا لأحكام المادة ٨٤١ من المجموعة المدنية الفرنسية ، على أن يكون تعيين الورثة بين المسلمين بحسب أحكام الشريعة الاسلامية .

وللوطنيين فقط استعمال نوع الشفعة الجديد الذى نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .

أما بالنسبة الى الأراضى غير المفرنسة فيجوز للوطنيين أن يستعملوا فيما بينهم حق الشفعة وفقا للشريعة الاسلامية ، ولا يجوز لهم أن يستعملوا قبل الأوروبيين الا نوع الشفعة الجديد الذى نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .

الهند الانجليزية[٢]

٥٢٢ — يوجد حق الشفعة فى الهند الانجليزية بين المسلمين ، وتحكمه قواعد الشريعة الاسلامية . وفى بعض المقاطعات présidencies ، كمدراس ، لا يعمل بالشفعة ، حتى بين المسلمين ، الا اذا أقرتها العادات المحلية . وفى بعضها ، كما فى بنجاب Punjab ، صدر تشريع خاص بالشفعة يسرى على المسلمين وغير المسلمين[٣] .

فى البلاد غير الاسلامية

اسبانيا

٥٢٣ — ذكر القانون المدنى الاسبانى ، الصادر فى ٢٤ يوليه سنة ١٨٨٩ ، نوعين من حقوق الاسترداد القانونية ، الأول لمصلحة الشركاء فى الملك (المادة ١٥٢٢) ، والثانى لمصلحة الجيران (المادة ١٥٢٣) ، وهذا النوع الثانى 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.

(٣) راجع : Punjab Pre-emption Act. (I of 1913)

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 ، واذا تساوت مساحة العقارات يقدم من طلب الاسترداد أولا [1] . وهاك النصوص الخاصة بذلك :

المادة ١٥٢١ من القانون المدنى :

« حق الاسترداد القانونى هو الحق فى الحلول محل من انتقل اليه شىء بالشراء ، أو بواسطة الوفاء العينى ، مع خضوعه لكل الشروط الواردة فى العقد » .

« 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 ».

المادة ١٥٢٢ :

« يجوز لمالك الشىء المشترك أن يستعمل حق الاسترداد فى الحالة التى ينقل فيها جميع الشركاء فى الملك أو أحدهم شيئا لمصلحة أجنبى .

فاذا أراد اثنان أو أكثر من الشركاء فى الملك استعمال حق الاسترداد فليس لهم ذلك الا بنسبة حصصهم فى الشىء المشترك » .

« 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.

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 ».

المادة ١٥٢٣ :

« كذلك لمالك العقارات المتجاورة الحق فى استردادها اذا كان البيع خاصا بعقار زراعى لا تزيد

« De même les propriétaires de fonds imitrophes auront le droit de les retrayer, lorsqu'il s'agira de la vente d'un fonds

(١) المواد ١٥٢٤ و ١٥٢٥ و ١٥١١ و ١٥١٨ من القانون الاسبانى المذكورة فيما يلى .

مساحته على هكتار واحد .

ولا ينطبق الحق المذكور فى الفقرة السابقة على الأراضى المجاورة التى تفصلها جداول أو خنادق أو مناقع أو طرق أو غيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة لمصلحة عقارات أخرى .

واذا استعمل حق الاسترداد فى نفس الوقت جاران أو أكثر فضل الجار الذى يكون مالكا للعقار الأقل مساحة ، واذا تساوت العقارات فضل الجار الذى طالب بالاسترداد أولا » .

المادة ١٥٢٤ :

« لا يجوز استعمال حق الاسترداد الا فى خلال تسعة أيام من تاريخ القيد فى السجل ، وعند عدم القيد من الوقت الذى علم فيه المسترد بالبيع .

وحق استرداد الأموال المشتركة يمنع من حق استرداد الجوار » .

المادة ١٥٢٥ :

« تطبق فى حق الاسترداد القانونى نصوص المادتين ١٥١١ ، ١٥١٨ [1] » .

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 ».

---

(١) المادتان ١٥١١ و ١٥١٨ واردتان فى موضوع « حق الاسترداد الاتفاق » =

المانيـــا

٥٢٤ — جاء القانون الألمانى بنصوص خاصة بحق الشفعة ، فى المواد ٥٠٤—٥١٤ ، والمواد ١٠٩٤—١١٠٤ من مجموعته المدنية . ولكن حق الشفعة المذكور فى هذه المواد ليس حقا قانونيا ، لأن مصدره اما الاتفاق واما التصرف المضاف الى ما بعد الموت disposition de dernière volonté (المادة ١٩٣٩) ، ويكون فى الغالب لمصلحة البائع فى حالة بيع المشترى ما اشتراه . وعلى ذلك فهو يختلف عن حق الشفعة الوارد فى القانون المصرى ، والذى ينظمه القانون لمصلحة أشخاص معينين . على أن حق الشفعة فى القانون الألمانى قد يكون قانونيا أيضا ، كما هو الحال بالنسبة الى حق الاسترداد الوراثى الذى 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 التى تكونها . وتوجد حالات عديدة للشفعة القانونية فى التشريعات الخاصة بالولايات Etats ، مثلا فيما يتعلق بالمناجم mines ، وبنزع الملكية expropriation .

ومصدر الشفعة فى القانون الألمانى القانون اليونانى الرومانى والقانون الجرمانى .

= أو بيع الوفاء réméré ، ونصهما :

المادة ١٥١١ :

« يحل المشترى فى جميع حقوق البائع ودعاويه » .

« L'acheteur est substitué à tous les droits et actions du vendeur ».

المادة ١٥١٨ :

« لا يسوغ للبائع استعمال حق الاسترداد اذا لم يدفع للمشترى ثمن المبيع ، وعلاوة على ذلك :

١ — مصروفات العقد وكل مصروف مشروع آخر ترتب على البيع .

٢ — المصرفات الضرورية والنافعة التى أنفقت على الشىء المبيع » .

« 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 الألمانى[1] — نظم القانون الالمانى حق الشفعة فى موضعين مختلفين : فى المواد ٥٠٤ — ٥١٤ التى بينت علاقات الالتزام التى قررها بين الشفيع والمالك الحالى ، والمواد ١٠٩٤ — ١١٠٤ التى تعطى حق الشفعة بشروط معينة صفة الحق العينى الذى يحتج به على الغير أيا كان . وتقرير حق الشفعة العينى يكون وفقا لنصوص المواد ٨٧٣ وما بعدها ، ولو كان ناشئا عن وصية .

وهذه هى نصوص المواد المتقدم ذكرها :

المادة ٥٠٤ :

« لكل من له حق شفعة متعلق بشىء أن يستعمل حق الشفعة متى أبرم الملزم بهذا الحق عقد بيع على الشىء » .

« 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 ».

ويجب أن يكون العقد الذى أبرم مع الغير عقد بيع . فاذا لم يكن العقد بيعا ، بأن كان عقد مقايضة أو هبة ، فانه لا يخول استعمال حق الشفعة .

وتجوز الشفعة ولو أن المبيع جزء فقط من الشىء .

المادة ٥٠٥ :

« استعمال حق الشفعة يحصل باعلان الملزم بهذا الحق . ولا يخضع الاعلان للاجراءات المقررة لعقد البيع .

« L'exercicre 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.

ومتى استعمل حق الشفعة انعقد البيع بين الشفيع والملزم بالشفعة وفقا

Avec l'exercice du droit de préemption, la vente entre l'ayant droit et l'obligé se trouve

---

(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

للشروط المتفق عليها بين الملزم بالشفعة والغير » .

réalisé conformément aux dispositions convenues entre l'obligé et le tiers ».

واعلان الشفيع لا يترتب عليه فى القانون الألمانى حلول الشفيع محل المشترى فى العقد الذى أبرم معه ، وانما بحصول الاعلان ينعقد عقد بيع جديد مستقل بين الشفيع والمشفوع ضده ، ولكن هذا البيع الجديد ينعقد بالشروط التى أبرم بها البيع الذى كان معقودا مع الغير .

المادة ٥٠٦ :

« لا يسرى على الشفيع الاتفاق المبرم بين الملزم بحق الشفعة والغير والذى يتضمن تعليق البيع على عدم استعمال حق الشفعة ، أو الذى بمقتضاه يحتفظ بحق الفسخ للملزم بالشفعة فيما اذا استعمل حق الشفعة » .

« La convention passée entre l'obligé et le tiers, aux termes de laquelle la vente serait subordonné 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 ».

وقد تضمنت المادة ٥٠٦ استثناء للقاعدة المذكورة فى المادة ٥٠٥ التى بمقتضاها ينعقد البيع الجديد بشروط البيع المبرم مع الغير . فاذا كان البيع المعقود مع الغير معلقا على شرط فاسخ ، أو كان البائع قد احتفظ بحق الفسخ ، فان هذه الشروط كان يجب أن تسرى على البيع الثانى الناتج عن الشفعة ، ولكن المادة ٥٠٦ جاءت باستثناء بالنسبة الى الحالة التى يكون فيها الشرط الفاسخ المتفق عليه مع الغير هو عدم استعمال الشفعة ، أو التى ينص فيها على الاحتفاظ بحق الفسخ بسبب هذا الاحتمال ، فمثل هذه الشروط تعتبر بالنسبة الى الغير ، ولكن لا يحتج بها على المشترى الجديد ، أى الشفيع .

المادة ٥٠٧ :

« اذا التزم الغير فى العقد بأداء تعهد تابع لا يستطيع الشفيع القيام به كان على الشفيع أن يؤدى ، بدلا

« 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

من التعهد التابع ، قيمته . واذا 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 ابرامه بدون ذلك التعهد » .

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 ».

وقد تضمنت المادة ٥٠٧ استثناء آخر لحكم المادة ٥٠٥ . وكان هناك اقتراح قبل أن تصبح المادة نهائية يقضى بأن الشفيع لا يكون له أن يدفع قيمة التعهد التابع نقدا الا اذا ثبت أن الملزم بحق الشفعة كان يعقد البيع مع الغير بمثل هذه الشروط ، أى يدفع جميع الثمن نقدا بدلا من جعل بعضه نقدا و بعضه تعهدا تبعيا عينيا . ولكن وجد أن مثل هذا الاثبات قد يجر الى صعوبات عملية لا يمكن قبولها ، وأن مثل النص المقترح يؤدى الى ايجاد طريقة سهلة لمنع حق الشفعة ، فلم يوافق عليه .

و اذا 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 ، أجيز لذى الشأن أن يثبت أن العقد مع الغير كان يمكن أن يبرم من غير التعهد التابع . ورؤى 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 . وفى 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 :

« اذا اشترى الغير الشىء الذى تعلق به حق الشفعة مع أشياء أخرى مقابل ثمن اجمالى وجب على الشفيع أن يدفع جزءا نسبيا من الثمن الاجمالى . وللملزم

« 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.

بالشفعة أن يشترط أن تتناول الشفعة كل الأشياء التى لايمكن فصلها دون الاضرار به » .

المادة ٥٠٩ :

« اذا منح الغير ، فى العقد ، أجلا للقيام بدفع الثمن ، فليس للشفيع أن يستفيد من هذا الأجل الا اذا قدم كفالة بالنسبة الى المقدار الذى أجل الوفاء به .

واذا كان محل الشفعة عقارا فتقديم الكفالة لايكون لازما فى الحالة التى يتفق فيها على ترتيب رهن تأمينى على العقار لضمان الثمن الذى أجل الوفاء به ، أو اذا اتفق على أن يخصم من ثمن المبيع دين مضمون برهن تأمينى على العقار » .

المادة ٥١٠ :

« يجب على الملزم بحق الشفعة أن يعلم الشفيع من غير تأخير بفحوى العقد المبرم مع الغير . ويكون اعلام الغير مماثلا لاعلام الملزم بالشفعة .

ولا يجوز استعمال حق الشفعة فى العقار الا فى ميعاد شهرين ، وفى غير العقار فى ميعاد أسبوع من وقت تسلم الاعلام . واذا عين ميعاد لاستعمال الحق فانه يسرى بدل الميعاد القانونى » .

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 payement 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 ».

ولا يشترط اعلام 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 الملزم 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 :

« عند الشك لا يسرى حق الشفعة على البيع الحاصل لوارث شرعى باعتبار ما سيؤول اليه فى تركة مستقبلة » .

« 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 ».

المادة ٥١٢ :

« لا يستعمل حق الشفعة اذا وقع البيع بطريق التنفيذ الجبرى أو بمعرفة « سنديك » (١) التفليسة .

« Le droit de préemption est exclu lorsque la vente s'effectue par voie d'exécution forcée ou par le syndic de faillite ».

المادة ٥١٣ :

« 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 للباقين استعمال حق الشفعة بالنسبة الى كل المال المشفوع فيه » .

« 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 ».

(١) وكيل الدائنين .

المادة ٥١٤ :

« لا يجوز التنازل للغير عن حق الشفعة ، ولا انتقاله الى ورثة الشفيع ، الا اذا نص على خلاف ذلك . واذا قيد استعمال الحق بميعاد معين فانه عند الشك ينتقل بالميراث » .

« 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 ».

ومبنى هذا النص قصد المتعاقدين ، فانه وان كان حق الشفعة معتبرا بحسب القانون العام مرتبطا بالشخص ، فانه لا يكون كذلك اذا كان يجب استعماله فى ميعاد معين ، فقصد المتعاقدين يكون جواز استعماله مهما حدث .

المادة ١٠٩٤ :

« يجوز أن يحمل العقار لمصلحة الغير بحق الشفعة ضد المالك .

ويجوز كذلك أن يرتب حق الشفعة لمصلحة مالك عقار آخر أيا كان هذا المالك » .

« Un immeuble peut être grevé, au profit d'un tiers, du droit de préemption à l'encontre du propriétaire.

Le droit de préemption peut aussi être établi au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un autre immeuble ».

المادة ١٠٩٥ :

« الجزء الشائع من العقار لا يجوز تحميله بحق الشفعة الا اذا كون حصة أحد الملاك » .

« Une fraction indivise d'un fonds ne peut être grevée du droit de préemption que lorsqu'elle constitue la part d'un propriétaire ».

وذلك لأن الشيوع فى ذاته مكروه ، وحق الشفعة استثنائى ، فلا يجوز ترتيب حق الشفعة بمعرفة المالك المستقل بالعقار على حصة شائعة من عقاره . وليس للمشتاع أن يرتب حق الشفعة على جزء من حصته الشائعة ، ولكن للمالك أن يرتب حق الشفعة على جزء مفرز من العقار .

المادة ١٠٩٦ :

« يجوز أن يتناول حق الشفعة

« Le droit de préemption peut s'étendre aux accessoires ven-

التوابع المبيعة مع العقار . وعند الشك يجب افتراض تناوله هذه التوابع » .

dus avec le fonds. S'il y a doute, on doit présumer qu'il s'étend à ces accessoires ».

المادة ١٠٩٧ :

« لا يوجد حق الشفعة الا فى حالة البيع ممن يكون وقت ترتيب هذا الحق مالكا للعقار أو من ورثته . ومع ذلك يجوز ترتيبه بالنسبة الى عدة حالات بيع أو لكل حالات البيع » .

« 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 ايجاد حق شفعة مستمر جائز استعماله فى أى وقت ، خصوصا فى الحالة التى تكون فيها الشفعة لمصلحة مالك أيا كان لعقار مجاور أو لعقار له بعض الروابط الاقتصادية مع العقار المحمل . وهذا يختلف عن حق الشفعة الالزامى الذى لا يوجد الا فى حالة بيع معينة .

المادة ١٠٩٨ :

« تنظم العلاقات القانونية بين الشفيع والملزم بحق الشفعة على حسب المواد ٥٠٤ — ٥١٤ . ويجوز استعمال حق الشفعة حتى لو بيع العقار وديا بمعرفة « سنديك »[1] التفليسة .

« 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.

وبالنسبة الى الغير يكون لحق الشفعة من الأثر ما للتأشير الذى يكفل الحق عند نقل الملكية الناتج من استعمال الشفعة » .

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 ».

والملزمون الذين تتكلم فيهم الفقرة الأولى يجب أن يشملوا من رتب حق الشفعة وورثته ، وكذلك فى الحالة التى يرتب فيها الحق لعدة حالات من البيوع الخلفاء

(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 العينى . فالاتفاق على ما يخالف هذه النصوص لا يكون صحيحا . و ينبنى على ذلك أنه لايجوز ترتيب حق شفعة عينى بثمن معين .

و بناء على المادة ٥١٢ حق الشفعة الالزامى يسقط اذا وقع البيع بالتنفيذ الجبرى أو بمعرفة « سنديك » التفليسة (وكيل الدائنين) . و بالنسبة الى حق الشفعة العينى 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 .

و بناء على الفقرة الأخيرة ليس لحق الشفعة أثر لغاية استعمال هذا الحق . فلا يمنع الملزم بالشفعة من ترتيب حقوق عينية أو من البيع . ولكن اذا استعمل حق الشفعة وجب التفريق بين حالتين : بالنسبة الى مشترى العقار ، و بالنسبة الى الغير . فالملزم بالشفعة الذى باع عقاره اذا سلمه الى الشفيع فلا يوجد ارتباط بين المشترى والشفيع . واذا سلمه الى المشترى فلايزول حق هذا الأخير حتما ipso facto باستعمال الشفعة . فعلى الشفيع أن يقاضى الملزم بالشفعة الذى يجب عليه أن يسلم العقار . أما المشترى وخلفاؤه العامون والخاصون فملزمون بالمادة ٨٨٨ بالرضاء بقيد الشفيع كمالك و بتسليم العقار ، ولكنهم يستطيعون الدفع بنفس الدفوع التى للملزم بالشفعة .

و بالنسبة 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 .

و يسرى من يوم الاعلام ميعاد الشهرين القانونى أو الميعاد الاتفاقى .

المادة ١٠٩٩ :

« اذا اشترى العقار غير فله أن يعلم الشفيع بفحوى عقد البيع بنفس الطريقة التى للملزم بالشفعة ، ويكون لذلك الآثار المبينة فى الفقرة الثانية من المادة ٥١٠ .

« 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.

ويجب على الملزم بحق الشفعة أن يعلن المالك الجديد بمجرد استعمال حق الشفعة أو سقوطه » .

L'obligé doit aviser le nouveau propriétaire, sitôt que le droit de préemption est exercé ou devient caduc ».

المادة ١١٠٠ :

« يجوز للمالك الجديد اذا كان هو المشترى أو وارث المشترى أن يرفض رضاءه 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 .

« 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 ».

وهذه المادة هى تطبيق لحق الحبس .

المادة ١١٠١ :

« عند ما يكون الشفيع ملزما وفقا للمادة السابقة بدفع ثمن البيع الى المشترى أو الى وارثه القانونى فانه

« 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

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 الذى يبرأ نحو الملزم بالشفعة يكون ملزما نحو المشترى .

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 المشترى أو وارثه القانونى ملكية العقار بسبب استعمال حق الشفعة فانه يظل بريئا من الالتزام بدفع الثمن ، وان كان قد دفعه فليس له أن يسترده » .

وهذه المادة هى أيضا نتيجة للحلول ، اذ يحل الشفيع هنا محل الملزم بالشفعة . فالمشترى الذى نزع ملكه يبرأ من واجباته ، ويبرأ الملزم بالشفعة نحوه مما يدفعه الشفيع اليه . ولا يبقى للمالك الذى نزع ملكه الا دين قبل الشفيع . وهذا الدين يكون مضمونا بحق الحبس .

ولا ينطبق هذا النص الا اذا صار المشترى مالكا . فاذا لم يحصل على الملكية فان العلاقات القانونية تبقى من جهة بين الملزم بالشفعة والمشترى منه . وكذا بين المشترى والمشترى 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.

Le droit de préemption qui appartient à une personne déterminée ne peut être lié à la propriété d'un immeuble ».

« حق الشفعة الذى لمالك العقار أيا كان هذا المالك لا يجوز فصله عن ملكية العقار المذكور .

وحق الشفعة الذى يكون لشخص معين لايجوز ارتباطه بملكية عقار » .

فى الحالة المذكورة فى المادة يصبح حق الشفعة من لوازم ملكية العقار الذى 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 تعينها نصوص المادتين ٨٧٩ و ٨٨٠ .

المادة ١١٠٤ :

« اذا كان الشفيع مجهولا جاز اسقاط حقه فى الشفعة بواسطة الاجراءات التحريضية اذا توافرت شروط المادة ١١٧٠ الخاصة باسقاط حقوق الدائنين المرتهنين . وحكم الاسقاط المذكور يترتب عليه انقضاء حق الشفعة .

وهذا النص لاينطبق على حق الشفعة الذى لمالك العقار أيا كان هذا المالك » .

« Si l'ayant droit est inconnu, il peut être déclaré forclos 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.

La présente disposition n'est pas applicable au droit de préemption qui appartient au propriétaire, quel qu'il soit, d'un immeuble ».

٥٢٦ — حق الاسترداد الوراثى :

المادة ٢٠٣٤ :

« اذا باع أحد الورثة حصته الى آخر كان لباقى الورثة حق شفعة عليه .

وميعاد استعمال هذا الحق شهران .

وحق الشفعة تجوز وراثته » .

« Lorsqu'un des héritiers vend sa part à un tiers, ses cohéritiers ont sur ce dernier un droit de préemption.

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 فى نفس الوقت . وقد قرر هذا الحق لمنع العقود الربوية على الخصوص .

المادة ٢٠٣٥ :

« اذا سلمت الحصة المبيعة الى المشترى جاز للورثة أن يستعملوا ضده

« Si la part vendue est livrée à l'acheteur, les cohéritiers peuvent exercer contre celui-ci le droit de préemption que l'article

حق الشفعة الذى تخولهم اياه المادة ٢٠٣٤ ضد البائع . وينقضى حق الشفعة تجاه البائع بتسليم حصته فى التركة .

2034 leur donne contre le vendeur. Le droitr contre le vendeur s'éteint par la remise qu'il a faite de sa part héréditaire.

ويجب على البائع أن يعلم بهذا التسليم باقى الورثة من غير تأخير » .

Le vendeur est tenu de faire connaître sans retard cette remise à ses cohéritiers ».

والتزام البائع باعلام باقى الورثة لايمنع 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 المشترى 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 artircles 1978 à 1980; on applique les dispositions des articles 1990 et 1991 ».

ومع ذلك فتبقى مسئوليته ما دام مسئولا نحو دائنى التركة بحسب نصوص المواد ١٩٧٨ — ١٩٨٠ . وتطبق نصوص المادتين ١٩٩٠ و ١٩٩١ » .

خاتمـــة

هل يجب الاحتفاظ بنظام الشفعة فى التشريع المصرى ؟

٥٢٧ — *نصوص الشفعة* — استمد القانون المصرى أحكام الشفعة من الشريعة الاسلامية ، وقد نص عليها أولا فى المجموعة المختلطة فى 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 فى المواد ٦٨ — ٧٥ من المجموعة المدنية ، غير أن العمل أظهر أن نصوص الشفعة الواردة فى المجموعات المختلطة والأهلية ليست وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة ، صدر به الأمر العالى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة الى القضاء المختلط [1] ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة الى القضاء الأهلى .

وقد نقل الشارع المصرى عن القانون الفرنسى أحكام حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، ونص عليها فى المادة ٥٦١ من المجموعة المدنية المختلطة ، ثم فى المادة ٤٦٢ من المجموعة المدنية الأهلية .

---

(١) وقد جاء فى تقرير المستشار القضائى سنة ١٨٩٩ ، بخصوص مشروع الأمر العالى المذكور ، ما يأتى : « ان قانون الشفعة الحالى طالما نشأ عنه ضرر دائم لكثير من الناس ، وتسببت عنه شكاوى ، خصوصا من مصلحة الدومين ، ومشروع الأمر العالى المقترح فى هذا الشأن ، ولو لم يعرض على لجنة دولية ، فقد صادقت على أحكامه محكمة الاستئناف المختلطة ، وأيدتها فى جلستيها فى ١٨ يناير و ١٢ يونيه سنة ١٨٩٧ . الشفعة هى نظام خاص بالشريعة الاسلامية الغراء ، يخول بعض الأشخاص ، شركاء ومنتفعين أو ملاك مجاورين ، الحق فى أن يحلوا بأنفسهم محل مشتر معين بواسطة دفع الثمن المعروض والمصاريف التى صرفت ، الا أن قواعد الشفعة لم توضع كما ينبغى فى القانون المختلط ، اذ أن واضعى 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 فى العقار الذى هو أهم منبع للثروة فى البلاد الزراعية ، فكان من الضرورى تفسير الأحوال التى تجوز فيها الشفعة بكيفية أوضح ، بل من الضرورى وضع اجراءات تكون مرضية أكثر فى استعمال هذا الحق ، وخصوصا تعيين الزمن الذى فى خلاله يسوغ قبول الشفعة لأجل منع تعليقها لأجل غير مسمى ، حتى لا يبقى المشترون مهددين على الدوام بالأخذ بها ... » .

٥٢٨ — الشفعاء فى الشريعة — رأينا فيما سبق أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يتفقوا على ثبوت الشفعة الا للشريك فى الملك . وذهب الشافعى وأحمد ومالك وأهل المدينة الى أنه لا شفعة للجار ولا للشريك فى حقوق المبيع[١] . وقد أوردنا حجج القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار[٢] ، وحجج المبطلين لشفعة الجوار[٣] . بل لقد اختلف الفقهاء أيضا بالنسبة الى الشركة ، فرأى مالك فى احدى روايتيه والشافعى أن كل ما لا ينقسم لا شفعة فيه ، ورأى أبو حنيفة ومالك فى روايته الأخرى أن فى ذلك الشفعة[٤] ، وقد ذكرنا حجج الرأيين[٥] .

٥٢٩ — الشفعاء فى المجموعة المدنية — رأينا كذلك أن نصوص المجموعة المدنية الخاصة بالشفعة (المواد ٦٨ — ٧٥/٩٣ — ١٠١) — قبل الغائها — أعطت حق الشفعة : (١) معير الأرض الذى يأذن المستعير فى البناء ، (٢) الشريك فى العقار غير المقسوم ، (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 الحنفى هو المعمول به فى مصر ، والظاهر أن الشارع استمد حكمها من المؤلفات الفرنسية التى تتكلم فى المذهب المالكى المعمول به فى الجزائر[٦] .

٥٣٠ — الشفعاء فى قانون الشفعة — رأينا أيضا أن قانون الشفعة أعطى حق الشفعة : (١) مالك الرقبة ، (٢) الشريك الذى 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 فى حقوق المبيع ، وهى عبارة عن الاشتراك فى حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب [١] ، كما لم يأت بما قررته 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 لاتوجد الا فى حالة بيع عقار ، كما أنه لم يكن له هذا الحق بمقتضى أحكام المجموعة المدنية [٢] .

٥٣٢ — صاحب حق الانتفاع — وضحنا بالنسبة الى صاحب حق الانتفاع أن القانون أعطاه حق الشفعة بمقتضى المادة الثانية ، مع أنه ليس لصاحب حق الانتفاع الحق فى طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم تعطه هذا الحق المجموعة المدنية ، ولذلك لم نفهم سبب النص عليه فى قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصى للمنتفع لا ينتقل الى الورثة ، فهو أساس واه للشفعة لا يبرر تضحية حق المشترى الذى 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 فى مصر [٣] .

٥٣٣ — الشريك — أعطى القانون المصرى الشريك طريقين للحصول على الحصة المبيعة : طريق الشفعة فى حالة بيع حصة شائعة فى عقار معين ، سواء أكان البيع لأجنبى أم لشريك آخر [٤] ، وطريق استرداد الحصة المبيعة فى حالة بيع حصة شائعة فى مجموع تركة أو شركة (أو فى عقار معين) ، اذا كان البيع لأجنبى (المادة ٤٦٢/٥٦١) . وقد استعرضنا الآراء الكثيرة المختلفة التى انقسمت

---

(١) نبذة ٢٦ .

(٢) نبذة ٥٢ وما بعدها .

(٣) نبذة ٧٤ .

(٤) راجع نبذة ٦١ وما بعدها .

اليها المحاكم بسبب وجود هذين الطريقين ، ورأينا 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 الاسترداد مستقلا عن حق الشفعة فى جميع الأحوال (١) .

٥٣٤ — الجار — قلنا بالنسبة الى الجار انه بمقتضى نصوص المجموعة المدنية كان مجرد المجاورة يكفى للشفعة من غير شرط آخر ، وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه فى معظم الأحوال حق الشفعة للجار ، مما أدى المتعاقدين الى ابتداع طرق مختلفة لمنع الشفعة ، كاستثناء الجزء الفاصل بين العقار المبيع وعقار الجار من البيع . لهذا قرر قانون الشفعة شروطا أخرى ، فمنح الجار الشفعة فى ثلاث أحوال ، اذ فرق بين الأحوال الآتية :

(١) أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء . وفى هذه الحالة يكفى التلاصق من جهة .

(٢) أن يكون العقار المشفوع من الأراضى غير المبنية أو غير المعدة للبناء . وفى 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 ، وفى هذه الحالة يكفى التلاصق من جهة مع وجود حق الارتفاق (٢) .

وقد قلنا ان علة منح حق الشفعة فى الحالة التى يكون فيها حق الارتفاق

---

(١) راجع نبذة ٤٩٦ وما بعدها .

(٢) نبذة ٧٧ .

وقد رأينا أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصرى ، 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 كلتاهما داخلة فى نفس الساقية أو فى وحدة أخرى من وحدات الرى غير الساقية (نبذة ٥١٠) .

قارن القانون الاسبانى ، المادة ١٥٢٣ (ما تقدم نبذة ٥٢٣) .

مقررا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار غير ظاهرة ، لأن حق الارتفاق حق عينى ، ويبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هذا الحق مهما انتقل العقار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار فى وجوده[١] .

٥٣٥ — مزايا الشفعة ومضارها — بينا فيما سبق أن الشفعة وان كان لها مزايا ، فان لها مضار جسيمة[٢] . منها أن فى استعمالها تقييدا لحرية المالك وحرية التعاقد ، اذ بمقتضاها يجبر المشترى على التخلى عن العقار الذى اشتراه رغم ارادته . ولذلك تشير المحاكم الأهلية والمختلطة بوجوب عدم التوسع فيها وحصرها فى أضيق حدودها . وقد انتقد علماء الشريعة أنفسهم حق الشفعة ، حتى ذهب بعضهم الى القول بأن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ، لأنه ينتزع من المشترى 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 بالمشترى فى ابطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره[٣] .

٥٣٦ — ما نراه بالنسبة الى شفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع — قلنا فى الطبعة السابقة من هذا الكتاب انه لما تقدم نقترح ، اذا ما عدل قانون الشفعة ، الغاء شفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، فان فائدة هذين النوعين من الشفعة تكاد لا تكون عمليا ، اذ من النادر فى مصر ترتيب حقوق انتفاع ، وانه وان كان الاستحقاق فى الوقف ، وهو كثير الانتشار يشبه حق الانتفاع ، فانه لا يصلح أساسا للشفعة[٤] .

ولكن مشروع القانون المدنى 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 المصرى ، فى 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 الملابسة لهذا الحق أو بعضها ، كما أجازها لمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر اذا بيعت الرقبة . وقد أبقى المشروع الشفعة لمالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لجمع ما تفرق من حق الملكية . وزاد على الشفعاء المستحكر ومالك الرقبة فى الحكر لنفس الغرض ، أى لجمع ما تفرق من حق الملكية ، وابقاء لوسيلة جديدة ينتهى لها حق الحكر ، وهو حق غير مرغوب فى بقائه .

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 الرأى القائل بالغاء شفعة الجوار .

٥٣٨ — وتتلخص حجج القائلين ببقاء شفعة الجار فيما يأتى :

(ا) 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 و بعيدة عن الحقيقة ؟ اذا جاز القول بهذا فى البلاد الأوروبية فالحال فى مصر غير ذلك ، اذ لا يزال التضافر بين أعضاء الأسرة موجودا ، وخصوصا بين الفلاحين . والفلاح شديد التعلق بأرض آبائه ، وليس شىء 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 فورچير ص ٣٦١ وما بعدها — نصر الله ص ١٧٩ وما بعدها .
قارن ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٤٤٩ وما بعدها .
(٢) محمود فهمى ص ٣١٩ وما بعدها .

تستند على السنة التى يقدسها المسلمون ، ويعتبرونها المصدر الثانى لشرعهم بعد كتاب الله . ولا شك فى أن المصريين ، وما هم عليه من شدة التعلق بدينهم . لن يقبلوا عن طيب خاطر الغاء 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 . واذا كانت هذه الفائدة تعنى سكان الحضر ، فان للفلاح فى الشفعة من الفوائد ما يدعو للابقاء عليها ، فبها يستطيع أن يزيد ملكه ، ويحقق بذلك سهولة استغلاله . وشفعة الجار ترفع الكثير من ضرر الانحصار الذى يشكو منه الملاك فى فرنسا وغيرها من الممالك .

موافقتها للعدالة : شفعة الجار لا يترتب عليها أى ضرر ، ولا توقع غبنا بأحد ، فالمشفوع منه يعاد الى المركز الذى كان فيه قبل الشراء ، فيرد اليه ما دفعه من ثمن ومصروفات ، وأما البائع فلا ضرر يحيق به ، اذ يدفع اليه الثمن الذى 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 .

وفى النهاية يستدلون على وجوب الاحتفاظ بشفعة الجار بأن القانون الأسبانى نص عليها فى مجموعته المدنية الصادرة فى ٢٤ من يوليه سنة ١٨٨٩ ، فلا محل للقول بأنها فقدت قيمتها فى العصر الحديث .

٥٣٩ — ومن السهل الدفاع عن الرأى القائل بالغاء شفعة الجوار ، وهو رأى الكثرة من المؤلفين الذين تعرضوا لهذا الموضوع[1] .

وقد وصف دى هلتس حق الشفعة بأنه اعتداء صارخ على حرية التعاقد . وقال انه من جراء الشفعة يجد البائع الذى كان يعتزم البيع الى شخص معين أنه قد باع الى شخص آخر . واذا كان بدافع خاص من المصلحة أو العاطفة قد أعطى من تعاقد معه مزايا تجعل صفقته رابحة فانه يجد أن مزايا هذه الصفقة الرابحة قد تحولت الى

---

(١) راجع فورچير ص ٣٦١ وما بعدها .

ثالث لم تكن له أية مصلحة فى 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 فى مثل هذه الأحوال التى يحابى فيها أحد المتعاقدين الآخر كثيرا ما تكون الصداقة ذات أثر أقوى من صلات القرابة التى يفككها الى درجة ما تضاد المصالح المادية ، وهذا ملموس فى 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 فى الاثبات من مجرد الصداقة ، غير أن ذلك ليس بكاف لوضع الأمور فى نصابها ، وان كان قد عمل الشارع كل ما فى طاقته لتخفيف حدة ذلك النظام[1] .

ويقول هالتون ان الشفعة تخلق أخطر حد من حرية التصرف فى الملك ،

(١) دى هلتس نبذة ٢ De Hults : v. « Préemption », § 2 :

« 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 volonte 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 gener, 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 jeux ; 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 ، واذا لم ينظم استعمالها بعناية وحكمة فانها تدخل فى 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 وأخلاقها ، 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 تبعا لها ، أو يعدل حتى يصبح صالحا للبقاء فى التشريع الحديث . وهل تردد الشارع الفرنسى مثلا فى الغاء ما رآه غير متفق مع عصره من حقوق الاسترداد القديمة المختلفة ، وقد كان يزيد عددها على خمسة وعشرين[٢] ؟ واذا 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 ، لاتزال متمسكة بملكية الأسرة لاجبار 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 ليمنع تلاصق الملك المبيع بملك الشفيع المحتمل[٣] ، أو يهب المشترى تلك المساحة ليمنع الشفعة[٤] ، أو يبالغ الطرفان فى الثمن . وقد جوز فقهاء الشريعة ، وعلى الأخص الامام أبو حنيفة التحايل لاسقاط الشفعة ، لأنها من الحقوق غير المستحبة ، وذكروا وجوها كثيرة

---

(١) هالتون ص 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 exercice 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 التى تستعمل لحرمان الشفيع من استحقاق الشفعة[1] . ولا غرابة فى ذلك . فالشفعة ضارة اقتصاديا ، وهى مصدر غزير للنزاع والتقاضى . ويظهر ضررها الاقتصادى فى كونها تحد من حرية الاتجار ، وتبعا لذلك تنقص الثروة العامة ، وفى كونها تعبث بالثمن الحقيقى فتفسده . وعدم الاطمئنان يدفع بالمشترى الى طرق كل باب لتعطيل استعمال حق الشفيع ومضايقته فى شفعته .

الحجة الدينية : لا تقف هذه الحجة حائلا دون الغاء 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 اعطاءه 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 والمشترى ، فهى 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 فى رفع ضرر الانحصار فلا تكفى لبقاء ذلك النظام ، اذ يمكن رفع الانحصار بغير حرمان المشترى مما اشتراه . وان كان من فوائد شفعة الجوار تمكين الملاك من ضم الأراضى المشفوع فيها الى أملاكهم واستغلالها قطعة واحدة ، بدلا من بقائها مجزأة متباعدة مما يصعب معه استغلالها على الوجه الأتم ، فهذه الفائدة لا تعادل 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[2] .

---

(١) راجع نبذة ١٠٠ .

(٢) راجع القانون الصادر فى ٢٧ نوفمبر ١٩١٨ المتبوع بالأمر العالى الصادر فى ٥ يوليه =

أما فائدة الشفعة فى منع ضرر الجوار غير المرغوب فيه فمشكوك فيها ، اذ فضلا عن أن القوانين واللوائح المعمول بها كفيلة بذلك ، فان الملاحظ الآن أن الأملاك العقارية ، خصوصا فى المدن ، لا يشغلها الملاك بأنفسهم ، بل كثيرا ما يتركون استغلالها والانتفاع بها مستأجر هو صاحب الحيازة المادية ، وهو الجار الحقيقى ، ولاسبيل للمالك الى منعه من مجاورته .

ومع ذلك فحجة منع اضرار الجوار لا تكفى ، لحرمان المشترى من ملك اشتراه ، وصفقة عقدها لنفسه ، واجبار البائع على نقل ملكه الى شخص قد يكره المعاملة معه .

حجة العدالة : أما حجة العدالة فساقطة ، اذ أن مجرد رد الثمن وملحقاته الى المشترى لا يعوضه عن صفقة تعب فى الوصول اليها . وقد حدث مرارا فى مصر ، فى أثناء اشتداد الأزمات ، أن اشتريت عقارات ، ثم بيعت بعد زمن قليل بزيادة مضاعفة ، فهل من العدالة حرمان المشترى من ربحه المشروع ، ومنح الشفيع كسبا هو فى الواقع ثمرة جهود المشترى ؟ وضرر الشفعة هذا يتعدى المشترى الى البائع ، اذ ليس صحيحا الادعاء بأن مصلحة البائع فى البيع تنحصر فى قبض الثمن ، فقد يكون لاعتبارات الصداقة شأن كبير فى حصول البيع ، ولهذا استثنى الشارع كما رأينا البيع للأقارب[1] . ولكن هذا الاستثناء لا يمنع تحويل نفع أراد البائع تقديمه لصديق الى شخص لا يهم البائع أمره أو الى عدو له ما كان يقبل النزول عن الصفقة اليه بأضعاف الثمن الذى دفع . وهل هناك سلب لحرية التعاقد أبعد أثرا من هذا ؟

وقد راعت لجنة تعديل القانون المدنى ، المشكلة برياسة كامل صدقى باشا ، الانتقادات المتقدمة ، فقيدت الجوار كسبب من أسباب الأخذ بالشفعة ، فلم تعط الشفعة للجار الا اذا كان بين العقارين المتجاورين حق ارتفاق . ولكن لجنة السنهورى باشا الأولى عادت فرجعت فى ذلك الى القانون الحالى ، فأبقت شفعة الجار كما هى ،

= سنة ١٩٢٠ ، والقانون الصادر فى ٤ مارس ١٩١٩ المتبوع بالأمر العالى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٩٢٠ .

چوسران ١ نبذة ١٤٤١ .

(١) نبذة ٢٢٠ وما بعدها .

مؤثرة ألا يعدل فى هذه المسألة الهامة الا بعد الاستفتاء ، وخصوصا أن نظام الشفعة قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد . وعند ما شكلت لجنة السنهورى 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 ابقاء الجوار كما هو الآن فى قانون الشفعة .

٥٤٠ — ما تراه بالنسبة الى شفعة الشريك — للشريك كما أسلفنا طريقان للحصول على الحصة الشائعة المبيعة : طريق الشفعة ، وطريق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة . وانا نرى بقاء شفعة الشريك فى الملك ، مع توحيد الطريقين ، و بعبارة أخرى بقاء حق استرداد الحصة المبيعة مع تطبيق قيود الشفعة عليه . أى أن يكون للشريك على الشاع ، مهما كان سبب الشيوع ، حق الشفعة فى الحصة الشائعة التى يبيعها أحد الشركاء الى أجنبى ، سواء أكانت الحصة شائعة فى مجموع حقوق والتزامات أم فى عقار معين[1] . وقد رأينا أن جميع فقهاء الشريعة الاسلامية متفقون على شفعة الشريك[2] ، ولم يختلفوا الا على نوع الشركة التى تخول الشفعة ،

---

(١) رأينا فيما سبق أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصرى ، يقصر شفعة الشركة على الشريك على الشيوع عند بيع حصة شائعة فى العقار لأى شخص هو غير شريك على الشيوع فى ذلك العقار (نبذة ٥١٠) .

(٢) وقد بين صاحب المغنى (جزء ٥ ص ٤٦٠) مزايا شفعة الشركة ، فقال : قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . والمعنى فى ذلك أن أحد الشريكين اذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذى يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر ، فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبى ، سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه . ولا نعلم أحدا خالف هذا الا الأصم ، فانه قال لاتثبت الشفعة ، لأن فى ذلك اضرارا بأرباب الأملاك ، فان المشترى اذا علم أنه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيتضرر المالك . وهذا ليس بشىء ، لمخالفته الآثار الثابتة ، والاجماع المنعقد قبله . والجواب عما ذكره من وجهين : أحدهما أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشترى منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء . الثانى أنه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة .

وجاء فى « 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[1] ، ونحن نرى الشفعة فى المال المشاع ، سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها .

وقصر الشفعة على البيع الحاصل للأجنبى ، دون البيع الحاصل لشريك آخر ، لا يخالف أحكام الشريعة . فقد جاء فى المغنى[2] : وان كان المشترى شريكا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى .

— وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يليق بها غير ذلك ، فان حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فان لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وان أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به . ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب ، فان الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وافراز كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وافراز أحد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك ، فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق من الأجنبى ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل الى حقه من الثمن .

(١) راجع نبذة ٢٠ وما بعدها ونبذة ٢٣٦ .

وقد جاء فى «أعلام الموقعين» (٢ ص ٢٤٨) : اختلفت أفهام العلماء فى الضرر الذى قصد الشارع رفعه بالشفعة . فقالت طائفة هو الضرر اللاحق بالقسمة ، لأن كل واحد من الشريكين ، اذا طالب شريكه بالقسمة ، كان عليه فى ذلك من المؤونة والكلفة والغرامة والضيق فى 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 ، وفى ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به ، فمكنه الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبى الذى يريد الدخول عليه ، وحرم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه حتى يؤذن شريكه ، فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به ، وان أذن فى البيع وقال لا غرض لى 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 فى 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 الأجنبى ، اذ فى 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 لغير المشترى . ولا شىء للمشترى 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[1] .

ونرى بقاء جميع قيود الشفعة الحاليـة ، من وجوب اعلان الرغبة فى مدة خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع ، أو من وقت التكليف بابداء الرغبة ، ورفع الدعوى فى مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة ، والا سقطت الشفعة[2] . 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[3] ، وحسنا فعل ، لأنه من غير هـذا 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 أوردها 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 أسبوع على الأكثر عن ميعاد لاستعمال الحق (ما تقدم نبذة ٥٢٥) .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٥١٥ .

فهرست

	نبذة	صفحة
كتب المؤلف ومقالاته		٣
مقدمة الطبعة الثالثة		٧
نصوص القانون		٩
(ا) فى الشفعة فى العقار		٩
١ — المجموعة المدنية المختلطة		٩
٢ — مجموعة المرافعات المختلطة		١٠
٣ — المجموعة المدنية الأهلية		١٠
٤ — قانون الشفعة		١١
٥ — مشروع القانون المدنى الجديد كما أقره مجلس النواب		١٦
(ب) حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة		٢٠
١ — المجموعة المدنية المختلطة		٢٠
٢ — المجموعة المدنية الأهلية		٢٠
٣ — مشروع القانون المدنى الجديد		٢٠
أهم المؤلفات المتعلقة بالشفعة		٢١

فى الشفعة

النصوص الخاصة بالشفعة	١	٢٣
الشفعة لغة	٢	٢٣
تعريف الشفعة	٣	٢٣
الاشتباه بالغصب	٤	٢٥
مشروعية الشفعة	٥	٢٥
حكمة مشروعيتها	٦	٢٦
مضار الشفعة وعدم التوسع فيها	٧	٢٨
ثبوت الشفعة ولو لم يتحقق الضرر	٨	٣٠
خصائص حق الشفعة		٣١
حق استئنائى	٩	٣١
حق عقارى	١٠	٣١
حق غير قابل للتجزئة	١١	٣١
هل الشفعة حق عينى ؟	١٢	٣٢
صفة الشفيع	١٢م	٣٦

obeikandl.com

	فقرة	صفحة
القانون الواجب تطبيقه فى الشفعة		٣٧
قانون الشفعة الخاص بها	١٣	٣٧
اختلاف النصين العربى والفرنسى	١٤	٣٩
الرجوع الى أحكام الشريعة	١٥	٤٠
من لهم حق الشفعة		٤٠
١ — فى الشريعة الاسلامية		٤٠
اختلاف فى الرأى	١٦	٤٠
حجج القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار	١٧	٤١
حجج المبطلين لشفعة الجوار	١٨	٤٣
رأى وسط	١٩	٤٦
الشركة التى تجيز الشفعة فى الشريعة الاسلامية		٤٧
اختلاف فى الرأى	٢٠	٤٧
الرأى الأول — لاشفعة فيما لايحتمل القسمة	٢١	٤٧
الرأى الثانى — الشفعة جائزة أيضا فيما لايحتمل القسمة	٢٢	٤٧
رأى الامام أبى حنيفة	٢٣	٤٨
١ — الشركاء	٢٤	٤٨
الشركة فى نفس العقار	٢٥	٤٨
الشركة فى حقوق العقار	٢٦	٤٨
الطريق الخاص	٢٧	٤٩
تطبيقات	٢٨	٤٩
الشرب الخاص	٢٩	٥٠
٢ — الجيران	٣٠	٥١
الجوار فى الدار ذات الطبقات	٣١	٥٢
من له أخشاب على حائط الجار	٣٢	٥٢
الشريك فى بناء حائط	٣٣	٥٣
جار الدار ذات المقاصير	٣٤	٥٣
جوار الشرب أو الطريق	٣٥	٥٤
تزاحم الجار مع الشريك	٣٦	٥٤
تزاحم الشفعاء فى الشريعة الاسلامية	٣٧	٥٤
رأى لأبى يوسف	٣٨	٥٥
تطبيقات	٣٩	٥٥
فى الدار ذات الطبقات	٤٠	٥٧
فى الحائط	٤١	٥٧

opeikandi.com

	نبذة	صفحة
فى البئر	٤٢	٥٨
تزاحم الشريك فى الملك والشريك فى الطريق	٤٣	٥٨
تزاحم الشريك فى الملك والجار	٤٤	٥٩
تزاحم الشريك فى الطريق والجار	٤٥	٥٩
التزاحم بين صاحب الشرب الخاص والجار	٤٦	٦٠
المشترى أحد الشفعاء	٤٧	٦١
القسمة بين الشفعاء عند تعددهم اذا تساووا	٤٨	٦١
تقديم الأخص على الأعم	٤٩	٦٢
تقديم حق الشرب على حق الطريق	٥٠	٦٣
حق المسيل وتقديم حق الطريق عليه	٥١	٦٣
٢ — نصوص المجموعة المدنية	٥٢	٦٣
(ا) معبر الأرض	٥٣	٦٤
(ب) الشريك فى العقار غير المقسوم	٥٤	٦٤
(ج) الجار	٥٥	٦٥
٣ — قانون الشفعة	٥٦	٦٥
أنواع الشفعاء	٥٧	٦٦
(ا) مالك الرقبة	٥٨	٦٧
لا شفعة الا لمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع	٥٩	٦٧
تعدد مالكى الرقبة	٦٠	٦٨
(ب) الشريك الذى له حصة مشاعة	٦١	٦٨
بيع حصة مفروزة	٦٢	٦٨
يجب أن تكون الشركة فى ذات العقار	٦٣	٧٠
الشريك فى الحائط الفاصل بين ملكين	٦٤	٧٠
الشريك فى آلة الرى	٦٥	٧١
لا تكفى الشركة فى الحيازة العرضية	٦٦	٧١
الشفعة للشريك وان لم ترد فى قانون أحواله الشخصية	٦٧	٧١
لاشفعة بعد القسمة	٦٨	٧١
تعدد الشركاء	٦٩	٧٢
حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة	٧٠	٧٢
الشركاء فى حق الانتفاع	٧١	٧٣
(ج) صاحب حق الانتفاع	٧٢	٧٣
صاحب حق الانتفاع لم يكن بين الشفعاء قبل قانون الشفعة . . .	٧٣	٧٤
نقد نص المادة ٢ الخاصة بصاحب حق الانتفاع	٧٤	٧٤

	فقرة	صفحة
تعدد أصحاب حق الانتفاع	٧٥	٧٥
(د) الجار المالك	٧٦	٧٥
ثلاث أحوال للجار	٧٧	٧٥
الحالة الأولى — بالنسبة الى المبانى والأراضى المعدة للبناء . .	٧٨	٧٧
الشرط الأول — التلاصق من جهة	٧٩	٧٧
الشرط الثانى — أن يكون المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء	٨٠	٧٨
الشفعة فى البناء	٨١	٧٨
الدور ذات الطبقات	٨٢	٨٥
الشفعة فى الحكر	٨٣	٨٥
هل يشفع بالحكر ؟		٨٧
الحالة الثانية — الأراضى غير المعدة للبناء	٨٤	٨٨
الشرط الأول — التلاصق من جهتين	٨٥	٨٩
المجاورة من جهتين بملكين	٨٦	٩١
الشرط الثانى — أن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة	٨٧	٩٢
التفرقة بين أراضى البناء والأراضى الزراعية . . .	٨٨	٩٣
الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق	٨٩	٩٥
الشرط الأول — التلاصق من جهة	٩٠	٩٥
الشرط الثانى — أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر	٩١	٩٦
للعقار المشفوع حق ارتفاق على عقار الشفيع . . .	٩٢	٩٧
لعقار الشفيع حق ارتفاق على العقار المشفوع . . .	٩٣	٩٨
اشتراك عقارات أخرى فى حق الارتفاق . . .	٩٤	٩٨
شرط التلاصق		٩٩
التلاصق هو الشرط الأساسى فى الشفعة بسبب الجوار . .	٩٥	٩٩
التلاصق فى حالة تعدد العقارات المبيعة	٩٦	١٠١
مجرد المجاورة لايكفى	٩٧	١٠٣
انعدام التلاصق	٩٨	١٠٣
استعمال الحيل لمنع الشفعة	٩٩	١٠٥
فى الشريعة الاسلامية	١٠٠	١٠٥
فى القانون	١٠١	١٠٧
أحكام المحاكم الأهلية	١٠٢	١٠٧
أحكام المحاكم المختلطة	١٠٣	١٠٨

obeikandl.com

	نبذة	صفحة
رأينا	١٠٤	١٠٨
ملكية الجار		١٠٩
يجب أن يكون الجار مالكا	١٠٥	١٠٩
الجار مالك على الشيوع	١٠٦	١١٠
هل للجار أن يشفع فى حصة بيعت على الشيوع	١٠٧	١١٠
ليس لغير الشفعاء المذكورين فى القانون حق الأخذ بالشفعة	١٠٨	١١١
ملكية الشفيع		١١١
يجب أن يكون الشفيع مالكا	١٠٩	١١١
يجب أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع	١١٠	١١٣
اثبات أسبقية ملك الشفيع	١١١	١١٤
بقاء ملكية الشفيع لحين الأخذ بالشفعة	١١٢	١١٥
الشريك المشتاع فى ملكية العين المشفوع بها	١١٣	١١٦
لايشترط انضمام كل المشتاعين لطلب الشفعة	١١٤	١١٨
الشفيع مالك تحت شرط	١١٥	١١٩
رأى أول	١١٦	١٢٠
رأى ثان	١١٧	١٢١
رأى ثالث	١١٨	١٢٢
هل لواضع اليد الذى لم تتم مدة تقادمه حق الشفعة ؟	١١٩	١٢٥
ما الحكم اذا كان عقد الشفيع باطلا ؟	١٢٠	١٢٥
عدم تسجيل عقد الشفيع	١٢١	١٢٦
الاسلام ليس بشرط	١٢٢	١٣٢
الذكورة والعقل والبلوغ ليست بشرط	١٢٣	١٣٣
فيمن لا شفعة لهم		١٣٣
الوقف	١٢٤	١٣٣
من لا يملك شراء العقار المشفوع	١٢٥	١٣٥
موظفو المحاكم والمحامون الممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها	١٢٦	١٣٥
الوكلاء الممنوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها	١٢٧	١٣٦
شفعة الوارث فى البيع الحاصل لأجنبى فى مرض الموت	١٢٨	١٣٧
تزاحم الشفعاء	١٢٩	١٣٨
(١) الشفعاء من طبقات مختلفة	١٣٠	١٣٨
(٢) الشفعاء من طبقة واحدة	١٣١	١٣٩
حالة تعدد مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع	١٣٢	١٤٠
حالة تعدد الجيران	١٣٣	١٤٠

Orfikandi.com

	نبذة	صفحة
طلب بعض الشفعاء كل المبيع	١٣٤	١٤٣
المشترى أحد الشفعاء		١٤٤
المجموعة المدنية	١٣٥	١٤٤
قانون الشفعة	١٣٦	١٤٥
المشترى ليس من مرتبة الشفعاء	١٣٧	١٤٦
المشترى من مرتبة الشفعاء	١٣٨	١٤٦
حجج القائلين بجواز الشفعة	١٣٩	١٤٧
حجج القائلين بعدم جواز الشفعة	١٤٠	١٤٩
رأينا	١٤١	١٥٢
العقود التى تجيز الشفعة والتى لا تجيزها	١٤٢	١٥٤
فى الشريعة الاسلامية		١٥٥
رأى المالكية	١٤٣	١٥٥
رأى الشافعية	١٤٤	١٥٥
رأى الحنابلة	١٤٥	١٥٥
رأى الحنفية	١٤٦	١٥٥
التفرقة بين المنتقل بعوض وبغير عوض	١٤٧	١٥٧
المنتقل بعوض	١٤٨	١٥٧
المنتقل بغير عوض	١٤٩	١٥٨
فى القانون		١٥٩
النص القديم	١٥٠	١٥٩
قانون الشفعة	١٥١	١٥٩
المقايضة المقترنة بمعدل	١٥٢	١٦٠
اثبات أن العقد بيع لا مقايضة	١٥٤	١٦١
الهبة		١٦١
فى الشريعة الاسلامية	١٥٥	١٦١
الهبة بشرط العوض	١٥٦	١٦٢
فى القانون	١٥٧	١٦٣
اتصاف الهبة بعقد آخر	١٥٨	١٦٣
للموهوب له أن يشفع	١٦٠	١٦٥
هبة المشترى العين المشفوعة	١٦١	١٦٥
التحايل بطريق الهبة لمنع الشفعة	١٦٢	١٦٦
الميراث والوصية	١٦٣	١٦٦
القسمة	١٦٤	١٦٦

obeikandl.com

	بند	صفحة
التصحيح		١٦٧
فى الشريعة الاسلامية	١٦٥	١٦٧
فى القانون	١٦٦	١٦٩
الوفاء بتقديم عين	١٦٧	١٦٩
عقود المبادلة ذات الصفة الخاصة	١٦٨	١٧٠
الوقف		١٧١
فى الشريعة الاسلامية	١٦٩	١٧١
فى المجموعة المدنية	١٧٠	١٧٢
فى قانون الشفعة	١٧١	١٧٢
عقود البيع التى تجيز الشفعة	١٧٢	١٧٢
البيع الفاسد		١٧٢
فى الشريعة الاسلامية	١٧٣	١٧٢
فى القانون	١٧٤	١٧٤
البيع بشرط خيار		١٧٤
فى الشريعة الاسلامية	١٧٥	١٧٤
البيع بشرط خيار البائع	١٧٦	١٧٥
هل يجب على الشفيع طلب الشفعة عند سقوط الخيار أم عند البيع ؟	١٧٧	١٧٥
خيار المشترى	١٧٨	١٧٥
الخيار للبائع والمشترى معا	١٧٩	١٧٦
الخيار للشفيع	١٨١	١٧٧
خيار العيب وخيار الرؤية	١٨٤	١٧٧
الرد بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء	١٨٥	١٧٨
فى القانون	١٨٦	١٧٨
البيع المعلق على شرط	١٨٧	١٧٩
بيع الوفاء	١٨٨	١٨٠
البيع بالعربون وخيار البائع والمشترى	١٨٩	١٨١
البيع المعلق على شرط مجحف بنقل الملكية	١٩٠	١٨٢
البيع المعلق على شرط عدم استعمال الشفعة	١٩١	١٨٢
الاقالة من البيع	١٩٢	١٨٢
البيع الصورى	١٩٣	١٨٤
البيع مع وجود ورقة ضد	١٩٤	١٨٤
عقد البيع الابتدائى	١٩٥	١٨٤

opeikanalic.com

	نبذة	صفحة
الوعد بالبيع	١٩٦	١٨٧
تقديم عقار للشركة	١٩٧	١٨٧
اندماج شركة فى أخرى	١٩٨	١٨٨
نزع الملكية للمنفعة العامة	١٩٩	١٨٨
البيع مقابل ايراد لمدى الحياة	٢٠٠	١٨٨
عقد البيع غير المسجل	٢٠١	١٨٩
حجج القائلين بجواز الشفعة	٢٠٢	١٨٩
حجج القائلين بعدم جواز الشفعة	٢٠٣	١٩٣
رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية	٢٠٤	١٩٧
استقرار الأحكام	٢٠٤م	٢٠٠
عملية تدخل الحكومة لمساعدة المدينين فى استرداد أراضيهم المنزوعة ملكيتها	٢٠٥	٢٠١
الشفعة تكون عن البيع بشروطه	٢٠٦	٢١٥
الأخذ بالشفعة لايعتبر بيعا	٢٠٧	٢١٥
كون الشفيع سبق أن امتلك العقار المشفوع	٢٠٨	٢١٥
البيوع الصحيحة التى لا تقع فيها الشفعة	٢٠٩	٢١٦
(١) البيع بالمزايدة		٢١٦
النص القديم	٢١٠	٢١٦
نص قانون الشفعة	٢١١	٢١٦
تعارض الأحكام	٢١٢	٢١٧
رأينا	٢١٣	٢١٩
الحكمة من استثناء البيع بالمزايدة	٢١٥	٢٢٠
معنى المزايدة	٢١٦	٢٢١
مناهية الدفع بأن العين بيعت بالمزايدة	٢١٨	٢٢٣
عدم التوسع فى النص	٢١٩	٢٢٣
(٢) البيع لبعض الأقارب	٢٢٠	٢٢٣
الأصول والفروع	٢٢١	٢٢٤
عدم التوسع فى النص	٢٢٢	٢٢٤
الأقارب	٢٢٣	٢٢٤
الحكمة فى استثناء البيع للأقارب	٢٢٤	٢٢٧
نظر النزاع فى القرابة	٢٢٥	٢٢٧
الأصهار	٢٢٦	٢٢٨
القرابة وعدم تجزئة الشفعة	٢٢٧	٢٢٨

obeikandi.com

	نبذة	صفحة
(٣) ما يبع ليجعل محل عبادة	٢٢٨	٢٢٨
الأملاك المعطاة للموظفين بدل المعاش	٢٢٩	٢٢٩
المال الذى تجوز فيه الشفعة		٢٢٩
فى الشريعة الاسلامية	٢٣٠	٢٢٩
مذهب المالكية	٢٣١	٢٢٩
مذهب الشافعية	٢٣٢	٢٣٠
مذهب الحنفية	٢٣٣	٢٣١
مذهب الحنابلة	٢٣٤	٢٣١
الشفعة فى المنقول	٢٣٥	٢٣٢
ما لا تمكن قسمته	٢٣٦	٢٣٤
السفينة	٢٣٧	٢٣٥
فى القانون	٢٣٨	٢٣٥
عدم تجزئة العقار المبيع	٢٤٠	٢٣٦
فى الشريعة الاسلامية	٢٤١	٢٣٧
فى قانون الشفعة	٢٤٢	٢٤١
تعدد المشترين	٢٤٣	٢٤٢
تعدد البائعين	٢٤٤	٢٤٣
عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشترى	٢٤٥	٢٤٤
تعدد العقارات المبيعة	٢٤٧	٢٤٥
الاجراءات التى تلزم مراعاتها للأخذ بالشفعة	٢٤٨	٢٤٦
فى الشريعة الاسلامية	٢٤٩	٢٤٦
(١) طلب الموائبة		٢٤٦
المبادرة بمجرد العلم	٢٥٠	٢٤٦
علم الشفيع	٢٥١	٢٤٦
وقت طلب الموائبة	٢٥٢	٢٤٧
تطبيقات	٢٥٣	٢٤٩
هل يشترط الاشهاد ؟	٢٥٧	٢٥١
كيفية الطلب	٢٥٨	٢٥٢
(٢) طلب الاشهاد والتقرير	٢٥٩	٢٥٢
كيفية الطلب	٢٦٠	٢٥٢
مدة طلب التقرير والاشهاد	٢٦٢	٢٥٤
هل يشترط الاشهاد على الطلب ؟	٢٦٣	٢٥٤
(٣) طلب الخصومة والتملك	٢٦٤	٢٥٤

opeikandi.com

	فقرة	صفحة
ميعاده	٢٦٥	٢٥٥
كيفية الطلب	٢٦٦	٢٥٦
فى القانون	٢٦٧	٢٥٧
أولا — اعلان رغبة الشفيع	٢٦٩	٢٥٨
(١) الاعلان كتابة على يد محضر	٢٧٠	٢٥٩
رأى الشراح	٢٧١	٢٥٩
رأى القضاء	٢٧٢	٢٦٠
رأينا	٢٧٣	٢٦٢
(٢) وجوب اعلان البائع والمشترى	٢٧٤	٢٦٢
الاعلان غير لازم اذا رفعت الدعوى فى ميعاده	٢٧٥	٢٦٤
(٣) عرض الثمن وملحقاته	٢٧٦	٢٦٥
المراد من العرض	٢٧٧	٢٦٥
الرأى الأول — وجوب عرض الثمن عرضا حقيقيا . . .	٢٧٨	٢٦٦
ايداع الثمن	٢٨٠	٢٧٠
الرأى الثانى — العرض الحقيقى ليس بلازم	٢٨١	٢٧١
رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة	٢٨٣	٢٧٤
استقرار الأحكام	٢٨٤	٢٧٨
هل طلب الشفيع خصم دين له على البائع يغنى عن عرض الثمن ؟	٢٨٥	٢٨٢
حجز قيمة الرهن	٢٨٦	٢٨٢
العرض فى حالة شفعة جزء من الأرض المبيعة	٢٨٧	٢٨٣
الثمن الصورى	٢٨٨	٢٨٣
اثبات صورية الثمن	٢٨٩	٢٨٦
طلب الأخذ بالشفعة بالثمن الذى ثبت صحته	٢٩١	٢٨٨
هل للمشفوع منه اثبات أن الوارد فى العقد أقل من الثمن .	٢٩٢	٢٨٨
ملحقات الثمن	٢٩٣	٢٨٩
المصروفات الضرورية أو النافعة	٢٩٤	٢٩١
الدفع بعدم عرض الثمن لأول مرة أمام محكمة النقض . .	٢٩٥	٢٩١
(٤) ميعاد اعلان الرغبة فى الشفعة	٢٩٦	٢٩١
الميعاد بالنسبة الى عقد البيع الابتدائى	٢٩٨	٢٩٤
اعلان الرغبة فى البيع المعلق على شرط	٢٩٩	٢٩٤
اعلان الرغبة فى بيع الوفاء	٣٠٠	٢٩٦
اعلان الرغبة فى البيع الفاسد	٣٠١	٢٩٦
الاعلان فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير . . .	٣٠١م	٢٩٦

	نبذة	صفحة
احتساب ميعاد اعلان الرغبة	٣٠٢	٢٩٩
ميعاد المسافة	٣٠٣	٣٠٠
الخطأ فى حساب الميعاد والدفع بذلك أمام محكمة النقض	٣٠٤	٣٠١
التكليف الرسمى بإبداء الرغبة	٣٠٥	٣٠١
علم الشفيع	٣٠٦	٣٠٣
اثبات العلم	٣٠٧	٣٠٧
طلب الشفعة اللاحق	٣٠٨	٣٠٩
الرجوع فى الطلب	٣٠٩	٣٠٩
تسجيل اعلان الرغبة	٣١٠	٣١٠
ما يترتب على اعلان الرغبة من حيث تصرفات المشترى	٣١١	٣١٠
مقارنة اجراءات القانون بالاجراءات الشرعية	٣١٢	٣١١
ثانيا — رفع دعوى الشفعة		٣١١
فى القانون المدنى	٣١٣	٣١١
فى قانون الشفعة	٣١٤	٣١١
من يرفع الدعوى	٣١٥	٣١٢
الوكيل فى الادارة	٣١٦	٣١٢
هل لدائنى الشفيع رفع دعوى الشفعة ؟	٣١٧	٣١٣
القاصر	٣١٨	٣١٣
رفع الوالد الدعوى باسمه لابنتفع منه الابن	٣١٨م	٣١٣
على من ترفع الدعوى	٣١٩	٣١٤
محل الاعلان	٣٢٤	٣١٧
رفع الدعوى على المشترى الثانى	٣٢٦	٣١٨
تعدد البائعين أو المشترين	٣٢٧	٣١٨
تعدد الشفعاء	٣٢٧م	٣١٩
هل يصح رفع الدعوى على الوكيل ؟	٣٢٨	٣١٩
المطالبة بتعويض خطأ المحضر فى اعلان صحيفة الدعوى	٣٢٩	٣٢٠
ميعاد التكليف بالحضور	٣٣٠	٣٢١
حساب المبعاد	٣٣١	٣٢١
مواعيد المسافة	٣٣٤	٣٢٣
عدم قيد الدعوى	٣٣٥	٣٢٣
تقدير القيمة من حيث الاختصاص	٣٣٦	٣٢٦
انقطاع مدة سقوط الحق ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة	٣٣٧	٣٢٦
الحكم بابطال المرافعة	٣٣٨	٣٢٩

opeikanai.com

	نبذة	صفحة
المسائل الفرعية	٣٣٩	٣٢٩
تصحيح الشكل	٣٤٠	٣٢٩
دخول خصم ثالث	٣٤١	٣٣٠
تنازل المشترى عن الصفقة بعد رفع الدعوى	٣٤٢	٣٣٠
الحكم بوجه السرعة	٣٤٣	٣٣١
عدم قبول المعارضة فى الأحكام الغيابية	٣٤٤	٣٣١
ميعاد الاستئناف	٣٤٥	٣٣١
اعلان البائع والمشترى فى الاستئناف	٣٤٦	٣٣٢
أثر رفع الاستئناف	٣٤٦م	٣٣٥
عدم قبول المعارضة فى الأحكام الاستئنافية	٣٤٧	٣٣٥
طلبات جديدة فى الاستئناف	٣٤٨	٣٣٦
القانون الواجب تطبيقه	٣٤٩	٣٣٧
اقسام دعوى الشفعة	٣٥٠	٣٣٧
اختصام البائع والمشترى فى الطعن بالنقض	٣٥٠م	٣٣٩
الحكم	٣٥١	٣٤٠
مصروفات الدعوى لعدم عرض الثمن	٣٥٣	٣٤١
شفعة الصبى	٣٥٤	٣٤١
سقطات الشفعة	٣٥٥	٣٤٣
أولا — التنازل		٣٤٤
فى الشريعة الاسلامية	٣٥٦	٣٤٤
فى القانون المدنى	٣٥٧	٣٤٤
فى قانون الشفعة	٣٥٨	٣٤٥
التنازل الصريح	٣٥٩	٣٤٦
التنازل الضمنى	٣٦٠	٣٤٧
اثبات التنازل	٣٦١	٣٤٨
التنازل عن الشفعة بعد طلبها	٣٦٢	٣٤٨
طلب الشفعة بعد التنازل عنها	٣٦٣	٣٤٩
التنازل عن الشفعة مقابل تعويض	٣٦٤	٣٤٩
فى الشريعة الاسلامية	٣٦٥	٣٤٩
فى القانون	٣٦٦	٣٥٠
التنازل عن الشفعة قبل البيع	٣٦٧	٣٥٠
المساومة فى الشراء	٣٦٨	٣٥٢
التنازل بعد الحكم	٣٦٩	٣٥٢

obeikandl.com

	نبذة	صفحة
ثانيـا — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد		٣٥٣
فى الشريعة الاسلامية	٣٧٠	٣٥٣
فى القانون المدنى	٣٧١	٣٥٣
فى قانون الشفعة	٣٧٢	٣٥٤
ثالثـا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد	٣٧٣	٣٥٦
رابعـا — مضى ستة أشهر من تسجيل البيع	٣٧٤	٣٥٦
خامسا — بطلان البيع	٣٧٨	٣٥٩
سادسا — مضى المدة الطويلة	٣٧٩	٣٥٩
سابعا — زوال أحد شروط الشفعة	٣٨٠	٣٥٩
جواز الدفع بسقوط الحق فى الشفعة فى أية حالة	٣٨١	٣٦٠
هل تسقط الشفعة بموت المشترى أو البائع ؟	٣٨٢	٣٦٠
هل تسقط الشفعة بموت الشفيع ؟		٣٦١
فى الشريعة الاسلامية		٣٦١
رأى أبى حنيفة	٣٨٣	٣٦١
رأى الشافعى ومالك	٣٨٤	٣٦١
رأى الحنابلة	٣٨٥	٣٦٢
فى القانون		٣٦٢
اختلاف فى الرأى	٣٨٦	٣٦٢
الرأى الأول : عدم توارث حق الشفعة	٣٨٧	٣٦٤
الرأى الثانى : توارث حق الشفعة	٣٨٨	٣٦٦
رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة	٣٨٩	٣٦٧
رأى محكمة النقض	٣٨٩م	٣٦٩
ا يترتب على حق الشفعة	٣٩٠	٣٧١
فى الشريعة الاسلامية		٣٧١
التملك بالرضا	٣٩١	٣٧١
التملك بالقضا	٣٩٢	٣٧١
(ا) المبيع فى يد البائع	٣٩٣	٣٧١
(ب) المبيع فى يد المشترى	٣٩٤	٣٧٣
بماذا يأخذ الشفيع	٣٩٥	٣٧٣
لمن يدفع الشفيع الثمن	٣٩٦	٣٧٣
ما يتملك بالشفعة	٣٩٧	٣٧٤
فى قانون الشفعة	٣٩٨	٣٧٥
وقت تملك الشفيع	٤٠٢	٣٧٧

opeikandl.com

	نبذة	صفحة
الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت البيع	٤٠٣	٣٧٧
الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الطلب	٤٠٤	٣٧٩
الرى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم	٤٠٥	٣٧٩
رأينا	٤٠٦	٣٨١
رأى محكمة النقض والابرام	٤٠٦م	٣٨٢
تصرف الشفيع فى المشفوع	٤٠٧	٣٨٩
دفع الثمن	٤٠٨	٣٨٩
لاضرورة لرفع الدعوى للمطالبة بالثمن بعد الحكم بالشفعة	٤١٠	٣٩٠
الثمن المؤجل		٣٩١
فى الشريعة الاسلامية	٤١١	٣٩١
رأى الحنفية	٤١٢	٣٩٢
فى القانون	٤١٣	٣٩٢
عدم دفع الثمن		٣٩٤
فى الشريعة الاسلامية	٤١٥	٣٩٤
فى القانون	٤١٦	٣٩٥
هل للشفيع حبس الثمن حتى تطهر العين من الرهون ؟	٤١٨	٣٩٩
الفوائد	٤١٩	٣٩٩
الاستحقاق للغير		٣٩٩
فى الشريعة الاسلامية	٤٢٠	٣٩٩
فى القانون	٤٢١	٤٠٠
الهلاك	٤٢٢	٤٠٠
(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة	٤٢٣	٤٠١
(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة	٤٢٤	٤٠١
الهلاك الجزئى	٤٢٦	٤٠٢
(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة	٤٢٧	٤٠٣
(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة	٤٢٨	٤٠٤
العيوب الخفية	٤٣٠	٤٠٥
تصرفات المشترى قبل الأخذ بالشفعة		٤٠٥
فى الشريعة الاسلامية	٤٣١	٤٠٥
فى القانون		٤٠٨
حق الاستغلال والادارة	٤٣٢	٤٠٨
التصرفات	٤٣٣	٤٠٩
(ا) التصرفات الحاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة	٤٣٤	٤٠٩

obeikandi.com

	نبذة	صفحة
بيع المشترى العين قبل طلبها بالشفعة	٤٣٥	٤٠٩
رفع الدعوى على المشترى الثانى والبائع له	٤٣٦	٤١١
الطعن فى البيع الثانى بالصورية	٤٣٧	٤١٤
التصرف فى جزء من العقار	٤٤٣	٤١٦
(ب) التصرفات الحاصلة بعد تسجيل طلب الشفعة	٤٤٤	٤١٦
البناء والغراس		٤١٨
فى الشريعة الاسلامية	٤٤٥	٤١٨
فى قانون الشفعة	٤٤٦	٤٢٠
مصروفات تحسين العين	٤٤٧	٤٢١

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

ماهيته	٤٤٩	٤٢٣
حق الاسترداد الوراثى فى القانون الفرنسى	٤٥٠	٤٢٣
حق الاسترداد فى القانون المصرى	٤٥١	٤٢٤
حقوق استرداد أخرى	٤٥٣	٤٢٦
مأخذ المادة ٥٦١/٤٦٢	٤٥٥	٤٢٧
من لهم حق الاسترداد		٤٢٨
الشركاء فى الملك	٤٥٦	٤٢٨
الشركاء الأصليون	٤٥٧	٤٢٩
رأى بجواز استرداد الشركاء غير الأصليين	٤٥٨	٤٣١
ضد من يستعمل حق الاسترداد ؟	٤٦٠	٤٣٢
التصرفات التى يترتب عليها استعمال حق الاسترداد		٤٣٣
بيع حصة شائعة	٤٦٣	٤٣٣
كل أحوال الشيوع	٤٦٤	٤٣٣
بيع بعض حصة الشريك	٤٦٥	٤٣٤
فى مجموع حقوق والتزامات أو فى عقار معين	٤٦٦	٤٣٤
البيع من أحد الشركاء الأصليين	٤٦٧	٤٣٥
هل يجوز الاسترداد فى حالة البيع بالمزاد ؟	٤٦٨	٤٣٥
البيع الفاسد	٤٦٩	٤٣٥
البيع المعلق على شرط عدم الاسترداد	٤٧٠	٤٣٦
عقود المعاوضة غير البيع	٤٧١	٤٣٦
التبرعات	٤٧٢	٤٣٦
عدم قابلية الاسترداد للتجزئة	٤٧٣	٤٣٦

obeikandl.com

	نبذة	صفحة
ميعاد حق الاسترداد	٤٧٦	٤٣٧
التنازل عن حق الاسترداد	٤٧٧	٤٣٩
اجراءات استعمال حق الاسترداد	٤٧٨	٤٣٩
ما يجب دفعه فى حالة الاسترداد	٤٧٩	٤٤١
الثمن	٤٨٠	٤٤٢
المصروفات الرسمية	٤٨٢	٤٤٢
المصروفات الضرورية أو النافعة	٤٨٣	٤٤٣
فوائد الثمن	٤٨٤	٤٤٤
امتياز المتقاسم	٤٨٥	٤٤٤
ميعاد الدفع	٤٨٦	٤٤٤
ما يترتب على حق الاسترداد	٤٨٧	٤٤٥
(ا) فيما بين المسترد والمسترد منه	٤٨٨	٤٤٦
تسجيل الحكم	٤٨٩	٤٤٧
تأجيل دفع الثمن	٤٩٠	٤٤٨
الحقوق التى رتبها المشترى	٤٩١	٤٤٨
(ب) فيما بين البائع والمشترى	٤٩٢	٤٤٩
بيع الحصة الشائعة ثانيا	٤٩٥	٤٤٩
مقارنة حق الاسترداد بالشفعة	٤٩٦	٤٥٠
الرأى الأول — لا عمل للمادة ٤٦٢ مع وجود قانون الشفعة . .	٤٩٧	٤٥١
الرأى الثانى — المادة ٤٦٢ خاصة بالمنقول	٤٩٨	٤٥١
الرأى الثالث — المادة ٤٦٢ مقيدة لقانون الشفعة	٤٩٩	٤٥٢
الرأى الرابع — المادة ٤٦٢ خاصة بحق الاسترداد الوراثى كما هو فى فرنسا	٥٠٠	٤٥٢
الرأى الخامس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسى على سبيل الاطراد	٥٠١	٤٥٣
الرأى السادس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسى مع توسع فيها وتخالف الشفعة	٥٠٢	٤٥٣
الرأى السابع — المادة ٤٦٢ خاصة بالشيوع الناشىء عن الشركات لا التركات	٥٠٣	٤٥٦
الرأى الثامن — للشريك الخيار فى استعمال الاسترداد أو الشفعة .	٥٠٤	٤٦٠
رأينا	٥٠٥	٤٦١
رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة	٥٠٦	٤٦٤
سير الأحكام على ما قررته الدوائر المجتمعة	٥٠٧	٤٦٦
نقد حكم الدوائر المجتمعة	٥٠٨	٤٦٧
رأى محكمة النقض والابرام	٥٠٨م	٤٦٨

	نبذة	صفحة
الشفعة فى السودان		
قانون خاص	٥٠٩	٤٧١
الأحوال التى تجوز فيها الشفعة	٥١٠	٤٧١
أحوال لا تجوز فيها الشفعة	٥١١	٤٧١
تزاحم الشفعاء	٥١٢	٤٧٢
عدم تجزئة الشفعة	٥١٣	٤٧٢
اجراءات الشفعة	٥١٤	٤٧٣
سقوط الشفعة	٥١٥	٤٧٤
سلطة مد المواعيد المقررة	٥١٦	٤٧٤
ما يترتب على الشفعة	٥١٧	٤٧٤
الشفعة فى لبنان		
أحكام الشفعة فى قانون الملكية	٥١٧م	٤٧٦
مشروع تعديل هذه الأحكام		٤٨٠
الشفعة فى البلاد الأخرى		
فى البلاد الاسلامية		٤٨٣
تونس	٥١٩	٤٨٣
مراكش	٥٢٠	٤٨٤
الجزائر	٥٢١	٤٨٦
الهند الانجليزية	٥٢٢	٤٨٧
فى البلاد غير الاسلامية		٤٨٧
اسبانيا	٥٢٣	٤٨٧
ألمانيا	٥٢٤	٤٩٠
نصوص القانون الألمانى	٥٢٥	٤٩١
حق الاسترداد الوراثى	٥٢٦	٥٠١
خاتمـــة		
هل يجب الاحتفاظ بنظام الشفعة فى التشريع المصرى ؟		٥٠٣
نصوص الشفعة	٥٢٧	٥٠٣
الشفعاء فى الشريعة	٥٢٨	٥٠٤
الشفعاء فى المجموعة المدنية	٥٢٩	٥٠٤

obeikandl.com

	نبذة	صفحة
الشفعاء فى قانون الشفعة	٥٣٠	٥٠٤
مالك الرقبة	٥٣١	٥٠٥
صاحب حق الانتفاع	٥٣٢	٥٠٥
الشريك	٥٣٣	٥٠٥
الجار	٥٣٤	٥٠٦
مزايا الشفعة ومضارها	٥٣٥	٥٠٧
ما نراه بالنسبة الى شفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع . . .	٥٣٦	٥٠٧
ما نراه بالنسبة الى شفعة الجار	٥٣٧	٥٠٨
ما نراه بالنسبة الى شفعة الشريك	٥٤٠	٥١٤

obeikandl.com