

لمشتر حرر معه ورقة ضد (contre-lettre) ، وأراد الشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة ، جاز الاحتجاج عليه بورقة الضد هذه وإن كان حسن النية ، وبأن البيع صوري لا وجود له فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة (١) . وعلى ذلك أيضا إذا ذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، فالذى يسرى على الشفيع هنا هو الثمن الحقيقي ، ولا يجوز له التمسك بالثمن الصوري المنخفض لأنه ليس من الغير (٢) .

= هو ، كما سبق أن بينا ، « أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشبوع أو الحوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسب لكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩١ هامش ١) .

(١) مصر الكلية أول فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣١ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، على خلاف ما قدمناه ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعقد إلا كأمين لضمان دين للمشتري على البائع ، حتى إذا دفع الدين فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض ، على خلاف ما قدمناه أيضا ، بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير ، فتي كان عقد البيع قد شبر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص ١٣٨٤ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠) .

(٢) ومع ذلك فقد جرى القضاء في مصر على عكس الرأي الذي نقول به . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي ، إذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقضا من مقدار الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقضت محكمة النقض بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من الغير بالنسبة إلى طرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالتمتد الظاهر . وإذن فتي كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى لتضمنون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين ، قد تفي بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالتمتد ، فإن النمي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ؛ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشفعة جائزة في الهبة المنتزعة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين =

فاذا كان عقد البيع غير باطل ولا صوري ، فهو بيع موجود ، ويجوز كما قدمنا الأخذ فيه بالشفعة . ويعتبر بيعا موجودا ، ويجوز الأخذ فيه بالشفعة ، البيع الابتدائي . ذلك أن البيع الذي يسمى عادة بالبيع الابتدائي هو بيع تام ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم فيه المشتري بدفع الثمن وملحقاته . وإنما سمي بالبيع الابتدائي

= المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يجاز بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة العقد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) . وانظر أيضا في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤ .

وبالرغم من استقرار القضاء كما نرى على أن الشفيع يعتبر من الغير ، لا يسعنا هذا إلا أن نلاحظ مرة أخرى أن الغير في الصورية إما أن يكون دائنا شخصا لأحد طرفي العقد الصوري ، أو خلفا خاصا لأحد منهما . وظاهر أن الشفيع ليس دائن شخصا ، لا للبائع ولا للمشتري . وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشتري تلقى منه حقا ، فهو إنما يتلقى ملكية العقار المشفوع فيه من البائع لا من المشتري . وليس هو أخيراً خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصوري ، فهو إنما حل محل المشتري وأصبح أحد طرفي البيع والبائع هو الطرف الآخر ، ولم يقل أحد إن أحد طرفي العقد الصوري يكون من الغير فيه . ومثل الشفيع وهو يستمد حقه من البيع الصوري فلا يعتبر من الغير فيه كمثل المنتفع في الاضطرار لمصلحة الغير إذا كان هذا الاضطرار صوريا ، فلا يعتبر المنتفع من الغير لأنه يستمد حقه من الاضطرار الصوري ، ولا يجوز له أن يتمسك بهذا الاضطرار على المتعهد بدعوى أنه من الغير وأنه حسن النية لا يعلم أن الاضطرار صوري .

أما الفقه المصري فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء ويقول إن الشفيع يعتبر من طبقة الغير في الصورية فله أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان حسن النية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٩ - اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١٤ ص ٢٣٧ وفي المحرق العينية الأصلية ص ٨٨ - ص ٨٩ - حسن كيرة ص ١٣ و ص ٢٠) . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن الشفيع لا يعتبر من طبقة الغير في الصورية (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٣٧ ص ٢٢٦ - أحمد نشأت في رسالته في الإثبات فقرة ٤٤١ مكررة ب - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٦) - واكتفى بعض الفقهاء بعرض الخلاف دون أن يتخذ موقفا فيه (منصور مصطلح منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩) .

لأن الالتزامات المتقدم ذكرها لا يقصد المتعاقدان تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي المعدل للتسجيل والذي اتفق المتعاقدان على إبرامه في ميعاد معين . والذي يدعو المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي يكون عادة اعتبارات عملية محضة ، فقد يريد المشتري بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار ، فإذا ما رآه خاليا من التكاليف أبرم العقد النهائي ، وإلا فسخ العقد الابتدائي . وقد يريد المشتري أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، فيكتفي عادة بدفع عربون حتى إذا مادبر باقي الثمن أبرم العقد النهائي . ولكن الغالب أن الذي يدعو إلى إبرام العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي هو أن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة طويلة ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فيما العقد النهائي . فالبيع الابتدائي إذن هو بيع تام ملزم للطرفين ، وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتزاماته جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك (١) . ولما كان البيع الابتدائي ينشئ على هذا النحو كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه كما

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذا بالمعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم ترع في تحريرها الأوضاع التي يتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل المثلول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حرر عقد ابتدائي ببيع نصيب القصر في أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذا إلا بعد موافقة المجلس الحسبي عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية في بيع هذه الأرض بالشروط الواردة في العقد الابتدائي إلا فيما يتعلق بالثمن فقد رفعه إلى الحد الذي وصلت إليه المزايدة التي أمر بإجرائها تمهيدا لإقرار البيع وزست على نفس المشتري بالعقد الابتدائي ، فإن هذا القرار لا يعتبر ملغيا لهذا العقد ، وإنما هو مؤيد ومنتهم له . وإذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة في الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد ، بمقولة إنها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بلم إقرار المجلس الحسبي إياه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٢٨) . وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١ ص ٥٤٠ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - وانظر في المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤١ - فقرة ٤٣ .

قدمنا وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار يباعا ابتدائيا وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور العقد الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (١) . وإذا أبرم البيع النهائي فسخ البيع الابتدائي ، ولكن إذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائما وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . ويبدو أن الشفيع ، إذا فاتته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، يجوز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي في مواعيد هذا البيع وبشروطه . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي إلا إذا اختلفت شروطه عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا انقص الثمن (٢) . وقد يقترن البيع الابتدائي بعربون ، ودفع العربون وقت إبرام العقد الابتدائي يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك (م ١٠٣ / مدني) . فاذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد فلم يعد

(١) نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٣ ص ٥٦٦ - استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٢٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - الوسيط ٤ فقرة ٤٢ ص ٨٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣٣ .

وإذا حرر عقد ابتدائي يبيع عقار ذكرت فيه أسماء جميع الورثة كباثنيين، ولم يوقع العقد إلا بعض الورثة، فالبيع يعتبر قد تم بالنسبة إلى من وقع منهم ، ويجوز لمن لم يوقع أن يأخذ في هذا البيع بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل ، إلا أن كل وارث لا يبيع فيه أكثر من حصته التي يملكها . فاذا أمضى العقد أصبح مرتبطا قبل المشتري عن هذه الحصة ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقي الشركاء عن البيع وللمشتري أن يطالبه دائما بتنفيذ البيع في حصته . وإقرار البائعين في العقد بتضامنهم ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انقضاء البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقي الورثة حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة ونفاذ البيع في حصته ثم في حصص الآخرين أيضا (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٥ ص ٥٨٠) - وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٤٣ ص ٨٥ - ص ٨٦ .

لأحد منهما حتى العدول عنه ، كان العتد الابتدائي بائنا ملزما على الوجه الذى تقدم ذكره ، وجاز الأخذ فيه بالشفعة على النحو الذى أسلفناه . أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد لعتد ، كانت دلالة العربون هى أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق فى العدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر . وقد اختلف فى تكييف العربون فى النقه الفرنسى ، فبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العربون ، وبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط واقف فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه . وقد سبق أن كيفنا العربون بأنه مقابل للرجوع فى البيع ، فيكون هو البدل فى التزام بدلى ، ويكون المدين ، بائعا كان أو مشتريا ، ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون^(١) . وسواء كيف العربون بأنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف ، أو كيف بأنه بدل فى التزام بدلى ، فى جميع الأحوال لا يمنع العربون عقد البيع من أن يوجد ، وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه . وما دام البيع موجودا فانه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائي اقترن بالعربون أو لم يقترن^(٢) .

ويجوز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وان كان وجوده على خطر الزوال . فى البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة ، وتسرى من وقت إبرام العقد . فاذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها ، حل محل المشتري فى البيع المعلق على شرط فاسخ ،

(١) أنظر فى كل ذلك التوسيط ٤ فقرة ٤٦ .

(٢) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - عكس ذلك استئناف مخطوط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ (عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا أصبح البيع بالعربون بائنا ولم يعدل عنه أحد طرفيه) - عكس ذلك أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٦٦ - محمد حل مرة ٢ فقرة ٢٦٠ ص ٤٤٨ .

فاذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعي كما كان يزول بالنسبة إلى المشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة (١) . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد كما قدمنا ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تخلف الشرط الفاسخ وأصبح البيع باتا أن يأخذ بالشفعة في مواعيد جديدة محسبها من وقت تخلف الشرط . وفي البيع المعلق على شرط واقف يكون البيع غير نافذ ، ولكنه يكون موجودا ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٢) كما قدمنا ، وتحسب مواعيد الشفعة في الشرط الواقف ، كما

(١) وقد كان هذا هو حكم الشفعة في بيع الوفاء عند ما كان هذا البيع جائزا ، وهو بيع معلق على شرط فاسخ . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع وفاء بالشفعة ، فإذا استرد البائع المبيع زال البيع بأثر رجعي ، ووجب على الشفيع رده للبائع وفاء ويسترد منه مادفه عند الأخذ بالشفعة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٤ رقم ١٥ ص ٣٣ - استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ - كوم حمادة ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المهامة ١٧ رقم ٤٦٣ ص ٩٢٦ . محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢٦ - محمد علي هرقة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في بيع الوفاء إلا عندما يصبح باتا استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٨ - طنطا الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦) .

(٢) وهناك رأي يذهب إلى أنه إذا كان الأخذ بالشفعة يجوز في البيع المعلق على شرط فاسخ ، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف لأنه بيع غير نافذ ، ولأن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطما (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣ - محمد علي هرقة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١) . ولوصح أن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطما ، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط فاسخ ، لأن ملكية العقار في هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقالا باتا قاطما إذ أن البيع يزول بأثر رجعي بتحقيق الشرط الفاسخ .

وقد قضت محكمة النقض بجواز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف ، إذ قضت بأن الحكم الذي يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائي المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبي ، وإنما يتولد عن العقد المهرر بعد تصديق المجلس الحسبي على بيع نصيب القاصر ، يكون خاطئا (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٢٣ ص ١١٧) - وانظر أيضا نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥ - وهذا هو الرأي السائد في الفقه المصري :
 همد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢٥ ص ٣٠٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٥ ص ٤٦١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤١ ص ٣٢٣ - إسمايل غانم ص ٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٩ ص ٣٢٣ .

موجب في الشرط الفاسخ ، من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط .
 فاذا أخذ الشفع بالشفعة في هذه المواعيد ، حل محل المشتري في البيع المعلق
 على شرط واقف . فاذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة ،
 وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي كذلك كما كان يزول بالنسبة إلى
 المشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة وزالت معه الشفعة . أما إذا فوت الشفع
 مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام البيع ، فان حقه في الشفعة يسقط ،
 ولم يجز له إذا تحقق الشرط الوقت ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة في مواعيد
 يحسبها من وقت تحقق الشرط (١) .

وإذا تقابل المتبايعان قبل طلب الشفعة ، فاذا قلنا مع محكمة النقض إن
 التقابل هو فسخ للبيع القائم لا إنشاء لبيع جديد ، انبنى على ذلك أن البيع يزول
 بالتقابل (ويسمى أيضا بالتفاسخ) ، ويكون زواله بأثر رجعي فيعتبر كأن لم
 يكن . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد التقابل ،
 لأن البيع الذي يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة ،
 وشرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها وأن يبقى
 قائما عند طلبها (٢) . ولكن التقابل لا يكون حتماً فسخاً للبيع القائم ، بل الأمر

(١) والبيع المشروط فيه عدم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بعد دفع جميع أقساط الثمن
 تجوز فيه الشفعة ، سواء اعتبرنا الشرط فاسخاً أو واقفاً ، لا سيما إذا لوحظ أن الشفع
 لا يستفيد من التقييد الممنوح للمشتري بل يجب عليه إيداع كل الثمن ، فيحل محل المشتري
 في بيع تخلف فيه الشرط الفاسخ أو تحقق فيه الشرط الواقف . انظر استئناف مختلط ٢ يونيو
 سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز استئناف مختلط لأول
 فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٦ - استئناف وطني ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١
 ص ٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ .

وقد يعلق البائع البيع على شرط عدم استمال الشفع للشفعة ، فاذا استملها انفسخ البيع ،
 قاصداً بذلك إسقاط الشفعة إذا استملت . وهذا الشرط باطل لمخالفتها لنظام المأم ، إذ هو يطل
 بإرادة المتبايعين حقا قرره القانون للشفع . ولما كان الشرط فاسخاً ، فانه يطل ويبقى البيع
 صحيحاً لا شرط فيه (م ١/٢٦٦ ملق) وتجوز فيه الشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التقابل من البيع لا يعتبر فيما جديداً يتولد عنه للشفع حتى
 الشفعة ، لأن التقابل أو التراد في البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ،
 ومن شأنه في قصد المتماقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له ، مما لا يكون
 معه أساساً لطلب الشفعة . وإذن في كان التقابل قد حصل قبل طلب الشفعة ، فانه يعدم أثر البيع -

يتوقف على قصد المتقابلين . فقد يقصدان إلغاء العقد القائم بعقد جديد يزيله
 دون أثر رجعي ، فيكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري يعقبه
 عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع ، بل إن هذا في نظرنا هو الأصل في
 التقايل (١) . وفي هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الأول
 لأنه زال بالتقاييل ، ولكنه يستطيع طلبها في البيع الثاني وهو البيع الذي يتضمنه
 التقايل ذاته ، وطبقا لمواعيد هذا البيع الثاني (٢) . وإذا طلب الشفيع الشفعة
 في مواعيدها في البيع القائم قبل التقايل منه ، ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقايل
 حتمه ، سواء اعتبر التقايل فسخا للبيع القائم أو بيعا جديدا (٣) . فان كان فسخا
 لم تسقط الشفعة ، لأن الفسخ هنا يكون تفاسخا بالتراضي بين المتبايعين ولا يملك

= الأول ، ولا يبقى محل لطلب الشفعة (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام
 النقض ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١) . وانظر أيضا نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥
 رقم ٧٤ ص ١٦١ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦ - ١٦ مايو
 سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - وانظر على زكي العرابي ص ١٦ وما بعدها -
 شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ -
 عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٤ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٢٣ .
 (١) الوسيط ١ فقرة ٤٥٩ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣٠ ص ٣١٣ - عبد المنعم
 فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر المادة ٩٣٨ مدني وسيجي . ذكرها (أنظر مايلي فقرة ١٧٢) . وقد يقال
 كيف يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني وهو صادر لنفس المالك القديم ، فلم يتغير على الشفيع
 المالك بل عاد كل شيء إلى أصله كما كان قبل البيع الأول . ويمكن الرد على هذا الاعتراض
 بأنه من المحتمل أن يكون الشفيع إنما يتضرر من هذا المالك القديم بالذات ، ولم يكن له بدمن
 احتمال قبل أن يفتح له باب الشفعة . فلما صدر البيع من هذا المالك القديم وتغير المالك ، رحب
 الشفيع بالمالك القديم ولم يأخذ منه بالشفعة . ثم لما تقايل المتبايعان وعاد الملك إلى المالك القديم
 الذي كان الشفيع يتضرر منه ، لم يلبث الشفيع أن طلب الشفعة بعد أن انفتح بابها أمامه .
 كذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار البيع ، ثم خرج عن ملكه
 كأن يباعه مثلا لشخص ثم يباعه هذا الشخص لشخص آخر ، فيأخذ البائع الأول العقار بالشفعة
 إذا توافرت شروطها (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - محمد كامل
 مرسي فقرة ٣٤٦) .

(٣) العباط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ الحماسة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ .

هذان إسقاط الشفعة بتراضيهما^(١) . وإن كان يباع جديدا أعقب البيع الأول ، فإن الشفيع قد طلب الشفعة في البيع الأول فلا يسقط حقه بالبيع الثاني ، وإنما يسقط هذا الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثاني فيتعين عليه في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني لا في البيع الأول (م ٩٣٨ مدني وسيجيء ذكرها^(٢)) . وهذا لا يمنع الشفيع ، إذا كان قد طلب الشفعة في البيع الأول قبل التقابل منه ، أن ينزل عن هذا الطلب ويطلب الشفعة في البيع الثاني^(٣) .

ويجوز الأخذ بالشفعة حتى في البيع القابل للإبطال ، فالبيع الباطل هو الذي لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، أما البيع القابل للإبطال فبيع موجود نافذ ، ولا يزول إلا إذا حكم بإبطاله . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفي البيع الذي شابه غلط أو تدليس أو إكراه ، في المواعيد المقررة وتعمري منذ إبرام البيع القابل للإبطال . فيحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع ، ويكون مثله معرضا للمطالبة بإبطال البيع من البائع . فإذا أجاز البائع البيع زال سبب الإبطال ، وانقلب البيع صحيحا بأثر رجعي ، وأصبحت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ملكية بآنة نهائية . أما إذا طلب البائع إبطال البيع وحكم له بذلك ، فإن البيع يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول ملكية الشفيع عن العقار وتعود إلى البائع ، كما كان يقع للمشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة . وإذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة التي تحسب منذ إبرام البيع القابل للإبطال كما قدمنا ، ثم أجاز البائع البيع

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ (ويذهب إلى أنه يجب رفع دعوى الشفعة قبل التقابل حتى لا يسقط التقابل الحق في الشفعة) . أما إذا لم يكن الفسخ بالتراضي أى بالتقابل ، بل كان فسحا بحكم القضاء ، بأن أحل المشتري مثلا بالتزاماته فحكم للبائع بالفسخ ، فإن الفسخ هنا بجمله من أثر رجعي يجعل البيع كأن لم يكن ، ويعتبر البيع غير موجود منذ البداية ، فنسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع . وهنا لم يكن الفسخ بتراضي المتبايعين حتى يقال ، كما قيل في التقابل ، إن المتبايعين لا يملكان بتراضيهما إسقاط حق الشفيع (شفيع شحانة فقرة ٣٦٣ ص ٢٧٤) .

(٢) أنظر مايل فقرة ١٧٢ .

(٣) وكذلك لو سقط طلبه الشفعة في البيع الأول ، جاز له أن يطلبها في البيع الثاني (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٠ ص ٢١٣ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٣) .

فانقلاب بيعاً صحيحاً ، لم يجز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ولم تفتح له مواعيد يبدأ سريانها منذ إجازة البيع (١) .

ويخلص مما تقدم أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع (٢) . فأى سبب آخر لكسب

(١) المصورة الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٢٧٩ ص ٥٧٨ - حل زكى العرابي
فقرة ١٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٤٥٠ .
وقريب من البيع القابل للإبطال البيع غير النافذ في حق المالك ، ويجوز الأخذ بالشفعة فيه .
فاذا كان البيع صادراً من وكيل عزله المالك بكتاب مسجل سابق على البيع ، جاز للمحكمة أن
تقضى للشفيع بالشفعة في هذا البيع ، فاذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية العقار المشفوع
فيه (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) . كذلك تجوز
الشفعة في بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة
أخرى . فاذا أخذ الشفيع فيه بالشفعة ، وأجاز المالك الحقيقي البيع ، استقرت ملكية الشفيع في
العقار المشفوع فيه ، لأن البيع باجازه المالك الحقيقي يتقلب صحيحاً نافذاً . ويلاحظ أن
قابلية بيع ملك الغير للإبطال قد تقرر لمصلحة المشتري ، فان أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل
المشتري ، لم يجز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري ، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون
قد أجاز البيع .

(٢) وبالشروط الواردة فيه دون أى تحوير فيها ، فلا يجوز للشفيع أن يبنى نفسه من
هذه الشروط ، كما لو اشترط البائع على المشتري أن يبنى في الأرض المبيعة منزلاً للسكنى
أو أن يحافظ على مستوى الأرض الحال (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .
كما لا يجوز للشفيع أن يضيف شرطاً ليس وارداً في البيع ، كأن يشترط أن يكون العقار المبيع
لم ترفع دعوى استحقاق عنه أو عن جزء منه (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧
ص ٢٢٤ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٤) .
وإذا كان الثمن في البيع إيراداً مرتباً مدى حياة البائع ، ولم يكن ملحوظاً في البيع
شخصية المشتري ، فيبدر أن الشفيع يستطيع الأخذ بالشفعة ويلتزم بدفع الإيراد مدى
حياته ، ولا يودع خزانة المحكمة بعد طلب الشفعة إلا ما يكون مستحقاً من أقساط الإيراد .
ويجوز أن تطلب المحكمة من الشفيع كفالة تضمن دفع الإيراد ، كما يجوز للشفيع أن يدفع
لإحدى شركات التأمين رأس مال في مقابل أن تدفع الشركة للبائع أقساط الإيراد مدى حياته .
أنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إذا كان الثمن إيراداً مرتباً محمد كامل مرسى ٣ فقرة
٣٢٧ - فورجير ص ١٢٢ - ص ١٢٢ .

ولا يعتبر الأخذ بالشفعة فيما يؤخذ فيه بالشفعة ، فاذا طلب الشفيع الشفعة ثم سقط حقه
فيها ، وطلب شفيع آخر نفس العقار بالشفعة وحكم له بها ، لم يجز للشفيع الأول طلب
الشفعة مرة أخرى بدعوى أن الحكم بالشفعة للشفيع الثاني يعتبر فيما يخوله حقا جديداً في الشفعة .
فالشفعة إذا تمت لشخص ، لم تجز الشفعة من هذا الشفيع (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة
١٩٠١ م ١٤ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٥) .

الملكية كالميراث والالتصاق والتقادم لا تجوز فيه الشفعة ، ولا يجوز في أى تصرف قانوني آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض والشركة والوفاء بمقابل والمقايضة ولو بمعدل . ويشترط في البيع ، حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، أن يكون موجودا ، فإذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصوري فلا شفعة . ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقي قائما إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها ، سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع النهائي وعقد البيع الابتدائي والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقابل فيه ، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف ، أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال .

ويقع على الشفيع عبء إثبات البيع ، وأن هذا البيع قد قام بعد أن توافر في الشفيع شروط الأخذ بالشفعة ، وبقي قائما إلى وقت طلبها^(١) . ولما كان البيع ، بالنسبة إلى الشفيع ، يعتبر واقعة مادية كما قدمنا وهو لم يكن طرفا فيه ، فإن للشفيع أن يثبتته بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، ولو زاد الثمن على عشرة جنيهات كما هو الغالب^(٢) . ولكن الذى يقع في العمل أن الشفيع كثيرا ما يستغنى عن إثبات البيع ، إما بالإقرار الصادر من البائع أو المشتري في الإنذار الرسمي الصادر منه إلى الشفيع متضمنا بيان العقار المبيع والثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري (م ٩٤١ مدني) على

(١) وتنص المادة ١/١١٢٢ مدني عراقى ، في هذا الصدد ، على أنه « لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع » . وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية البناني (الممدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند تملك المشتري » .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ - ويجوز للشفيع ، في إثبات البيع في دعوى الشفعة ، أن يوجه اليمين الحاسمة . فإذا حلفها البائع أو المشتري ، لم يعد للشفيع طريق آخر آخر لإثبات البيع . وليس من الضروري أن يحلف اليمين كل من البائع والمشتري ، فإن أحدهما إذا حلفها انتفى البيع ، إذ لا بد لوجوده من أن يرضى به كل منهما (كفر الشيخ الكلية ٢٦ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٠ ص ٤٩٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ ص ٤٥٠) . ولا يكفي نكول أحدهما عن حلف اليمين ، بل لا بد من نكول كليهما ، إذ الإقرار الذى يتضمنه النكول لا بد أن يصدر من طرفي البيع فالبيع لا يتم إلا بتراضيهما .

ما سنرى ، أو بتسجيل البيع نفسه إذا لم يوجه للشفيع هذا الإنذار إذ يبقى حقه في الشفعة قائما حتى تنقضي أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م ٩٤٨ ب مدني) كما سيحيى .

١٧١ - هوانه الاقهر بالشفعة في البيع غير المسجل : قبل صدور

قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ كان البيع غير المسجل ينقل الملكية إلى المشتري ، ولم يكن التسجيل لازما حينئذ إلا للاحتجاج بالبيع على الغير . فلم يقيم إذ ذاك خلاف فيما إذا كان يصح الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ، فقد كان هذا البيع يجعل المشتري مالكا فتجتمع فيه صفة المشتري وصفة المالك في وقت واحد . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار من المشتري قبل أن يسجل هذا عقده ، إذ أنه كان يأخذه من مشتري هو في الوقت ذاته مالك . ولما صدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، أصبح البيع غير المسجل لا ينقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، ولا يترتب عليه إلا نشوء التزامات شخصية . فقام خلاف في أول الأمر فيما إذا كان البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد باعتباره بيعا - وليس فحسب لنقل الملكية - إلا إذا سجل . ولكن لما كان البيع غير المسجل يترتب عليه جميع التزامات البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية وجميع التزامات المشتري ومنها الالتزام بدفع الثمن ، ولما كان يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا في بيع غير مسجل عن طريق دعوى صحة التعاقد ، فإن هذا الخلاف لم يدم وقتا طويلا . ومالبت الرأي الذي يقول بأن البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ، يتم بالتراضي دون حاجة إلى التسجيل وينشئ جميع الالتزامات التي ينشئها البيع المسجل ، أن تغلب على الرأي الآخر الذي يقول بأن البيع قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل . واستقر الرأي الأول بعد مدة قصيرة في الفقه والقضاء ، ولم يعد أحد ينازع فيه منازعة جدية .

وكان قد تفرع عن الخلاف المتقدم الذكر خلاف آخر يتعلق بالشفعة ، فذهب بعض الفقهاء وبعض المحاكم إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا في البيع المسجل ، ليس فحسب لأن البيع أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما

يلذهب إليه من يتوارن بذلك ، بل أيضا لسبب نخاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بين عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل . ذلك بأن الشفيع ، في رأى من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل ، إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد المشتري إذا أصبح مالكا . فشرط الشفعة عندهم أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري لا يصبح جارا للشفيع أو شريكا معه في الشيوع فيتضرر الشفيع من جواره أو من شركته ، إلا إذا أصبح المشتري مالكا . فيجب إذن التربص بالشفعة حتى يتحقق الضرر الذى شرعت الشفعة لتفاديه ، أى حتى يصبح المشتري مالكا ، ولا يكون ذلك إلا بتسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة في بيع غير مسجل (١) .

ولكن هذا الخلاف أيضا لم يدم وقتا طويلا ، فان نصوص قانون الشفعة السابق ، وهو القانون الذى قام الخلاف فى عهده ، صريحة فى أن الشفعة تؤخذ من المشتري ، وهى لا تتكلم إلا عن البيع والبائع والمشتري . ولما كان البيع غير

(١) أنظر مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - وانظر فى استعراض الحجج الأخرى للقائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٠ . ومن الأحكام التى أخذت بهذا الرأى : استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ - ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - مصر المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ٣٠٤ ص ٣٠٣ .

ومن أشد مؤيدى هذا الرأى الأستاذ محمد على عرفة . ونقطة الابتداء عنده أن شرط الشفعة الأساسى ، فيما يرى ، هو خروج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجا باتا . ولذلك يرى أن عقد البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيهما بالشفعة لأنهما لا ينتقلان ملكية العقار المبيع فوراً إلى المشتري ، وكذلك يرى أن البيع غير المسجل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه هو أيضا لا ينتقل الملكية إلى المشتري (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٨ ص ٤٥٧) .

ولكن نصوص القانون لا تسمح بالقول إنه يشترط للأخذ بالشفعة خروج ملكية العقار المشفوع فيه إلى المشتري ، وكل ما تشترطه النصوص هو «بيع» العقار المشفوع فيه لا نقل ملكيته . وكل من البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف والبيع غير المسجل هو «بيع» وإن لم ينتقل الملكية ، فيجوز إذن الأخذ فيه بالشفعة . والمقرر فى مبادئ الشفعة أنه ، فى حين أن العقار المشفوع به يجب أن يكون «مملوكا» للشفيع فإذا كان سند الشفيع فى ملكية هذا العقار هو البيع وجب أن يكون مسجلا ، لا يشترط فى العقار المشفوع فيه إلا أن يكون «مبيعا» فيكون مبيعا حتى لو كان البيع لم يسجل .

المسجل ، حتى بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، هو بيع كامل كما قدمنا ، فيجوز إذن الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ونصوص الشفعة في التقنين المدنى الجديد لا تقل صراحة في هذا الشأن عن نصوص قانون الشفعة السابق ، بل يتصدر هذه النصوص نص يعرف الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العتار الحلول محل المشتري » (م ٩٣٥ مدنى) ، فالشفعة إذن جائزة في بيع العتار ، ولا يزال بيع العتار « بيعا » ولو لم يسجل . ثم إن الأخذ بالشفعة في بيع غير مسجل يؤدي إلى نفس النتيجة التى يؤدي إليها الأخذ بالشفعة في بيع مسجل ، وهى أن يملك الشفيع العتار المشفوع فيه . فالشفيع فى البيع غير المسجل محل محل المشتري فى حقوقه ، ومن هذه الحقوق التزام فى ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري . فيصبح البائع ملتزما نحو الشفيع ، بعد أن حل هذا محل المشتري ، بنقل ملكية العتار المبيع إليه . ويستطيع الشفيع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا ، كما كان يستطيع المشتري . بل إن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع ، إذا سجل - ويستطيع الشفيع أن يقوم بتسجيله - ينتقل ملكية العتار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع . يضاف إلى ذلك أن التربص بالشفعة حتى يسجل البيع ، وقد يطول انتظار الشفيع حتى يتم هذا التسجيل ، من شأنه أن يجعل ملكية العتار مقلقلة غير مستقرة مدة غير قصيرة . بل إن المشتري قد يتعنت ، إذا هو أمن جانب البائع ولم ينخش منه التصرف فى العتار مرة أخرى ، فيبقى البيع دون تسجيل إذ أن أمر التسجيل فى يده ، فيعطال بذلك حق الشفيع المدة التى يريد (١) .

(٢) ومن الأحكام التى أخذت بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل : استئناف مختلط

٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٠ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - مصر الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ - أسيوط الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ - المنصورة الكلية ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ - مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

هذه الأسباب وغيرها (١) كانت من الوجاهة بحيث لم تجعل الخلاف يلبس طويلا كما قدمنا . وما لبث الفقه أن انحاز بنحو إلى الرأي الذي يقول بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل (٢) ، ثم مالبت القضاء أيضا أن انحاز إلى هذا الرأي . فقضت محكمة استئناف مصر بدواثرها المحكمة في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل ، لأن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ، ولأن التسجيل إنما شرع لصالح المشتري وهو بيده فلا يمكن أن يؤثر التقييد في إجراء التسجيل أو التعمد في عدم التسجيل من جانب المشتري في حق ذوى الشأن قبله ، ولأنه إذا قيل بأن الشفيع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا في حق الشفعة بتضييق مسقطاتها خلافا لنصوص القانون ولطبيعة حق الشفعة باعتباره حقا ضعيفا لا يصح التوسع فيه ، ولأدى ذلك إلى عدم استقرار الملكية في يد اربابها وهو ما أراد القانون تلافيه بالنص على مسقطات الشفعة وبمحصر المواعيد في إجراءاتها وفي طرق الطعن في الأحكام الصادرة فيها ، وأخيرا لأنه لا ضرر على المشتري من استعمال الشفيع حقه في الشفعة قبل التسجيل لأن الشفيع إنما يحل محله في البيع بشروطه ، وإنما الضرر في السماح للمشتري بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده (٣) . وقد تواترت الأحكام بعد ذلك بهذا المعنى ، واستقر القضاء على هذا المبدأ (٤) .

(١) أنظر في استعراض الحجج الأخرى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٩ - وانظر في الرد عليها محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ .

(٢) ورواد الفقه في هذا الرأي هم الأستاذ حامد فهمي في بحثه في مجلة المحاماة ٥ ص ٧٢٩ وما بعدها ، والأستاذ عبد السلام ذهني في كتابه في الأسرال ص ٦٦٩ - ص ٧٠٨ ، والأستاذ صليب سامي في بحثه في مجلة المحاماة ٨ ص ٦٦٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ .

(٤) استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - ٣٥ مارس سنة ١٩٤١ -

وأكد استقرار القضاء أن محكمة النقض تدرت نفس المبدأ في أحكام متوالية ، وأقرت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة على قضائها . فقضت في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ بأنه من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذي يشفع فيه ، وأن الشفعة جائزة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل ، ولقد سبق للدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف أن بحثت هذا الموضوع على ضوء النصوص الواردة في قانوني الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما في ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه إن حق الشفعة الذي ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقومات التي أقيم عليها (١) . وقضت أيضا في ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ بأنه يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أي وقت انعقاد بيع العقار الذي يشفع فيه ، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا (٢) . وقضت كذلك بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (٣) .

ولم يغير التقنين المدني الجديد في هذا الأمر شيئا ، فالحجج التي استند إليها الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل في عهد قانون الشفعة

= المحاماة ٢١ رقم ٤٢١ ص ١٠١٠ - المنصورة الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ - استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - وعمل المشتري الذي يدعى أن هناك عقد بيع غير مسجل يسبق عقد البيع الرسمي المسجل الذي أخذ فيه الشفيع بالشفعة ، وأنه كان من الواجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقد الأول غير المسجل ، أن يثبت وجود هذا العقد وأنه صدر في التاريخ المذكور فيه (استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٩) .

- (١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ .
- (٢) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .
- (٣) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ و ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٤ رقم ٥٢ و ٥١ و ٥٣ .

السابق لا تزال قائمة في عهد التقنين المدني الجديد . بل إن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد تزيد هذا الأمر تأكيداً : ففي مقرر جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ من محاضر لجنة الأستاذ كامل صدق أجمع أعضاء اللجنة إلا واحداً على عدم النص على اشتراط تسجيل البيع لجواز الأخذ بالشفعة ، وعلى الأخذ بما ذهب إليه قضاء محكمة النقض وسائر المحاكم من أن نقل الملكية والتسجيل ليسا ركناً من أركان البيع وإنما هما أثر من أثاره ، ولذلك لا يجوز جعل تسجيل البيع شرطاً لاستعمال حق الشفعة (١) .

والآن بعد أن استقر القضاء والفقهاء (٢) على جواز الشفعة في البيع غير المسجل للأسباب الوجيهة التي قدمناها ، بقي أن نلاحظ ما يأتي :

(١) وقد ردد أعضاء اللجنة الحجج التي تساق عادة لتدليل على صحة هذا الرأي . فقيل مثلاً « إن المشتري بموجب عقد غير مسجل لا تنقصه صفة المشتري » ، وأضيف « أنه كثيراً ما يحدث أن يفتل المشتري تسجيل عقده ثقة منه في البائع فتأكد من أن هذا الأخير لن يبيع العقار مرة ثانية لشخص آخر ، ففي مثل هذه الحالة لا يجب أن يحول عدم تسجيل العقد دون استعمال حق الشفعة » . وقيل أيضاً « إن إلزام المشتري بتسجيل عقده معناه القضاء على حق الشفعة ، إذ أنه ... يمكن القول بأن البيع يولد التزاماً بنقل الملكية ، وهذا الالتزام كاف لتمكين صاحب حق الشفعة من استعمال حقه ولو لم يتم تسجيل البيع . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعطيل استعمال حق الشفعة بفعل المشتري » . أما العضو الوحيد المعارض في اللجنة فقد لاحظ « أن نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لا يتم إلا بالتسجيل ، وإلى أن يتم التسجيل يجوز للبائع أن يبيع العين مرة ثانية ولا يأمن المشتري الذي لم يسجل عقده جانب من باع له ، فحق الشفع لا يولد إذن إلا إذا كان هناك نقل للملكية . لذا يتعين اشتراط تسجيل البيع لقيام حق الشفعة » (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ في الهامش) .

(٢) أنظر في الفقه : شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدراري فقرة ٤٢٧ - إسماعيل غانم ص ٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٢٢ - حسن كيرة ص ١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ (جواز الشفعة في البيع الابتدائي وهو بيع غير مسجل) .

وانظر كذلك ذلك وأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل محمد صل مرة ٢ فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٠ . ويشير الأستاذ محمد علي صرفة إلى ما يؤدي إليه الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل من نتائج غير مقبولة في نظره ، فيبرز النتيجة الآتيتين : (١) إذا تقابل البائع والمشتري قبل تسجيل العقد ولكن بمطلب الشفعة لم يصبح التقابل ، ويجبر البائع على المضي في البيع بالرغم من عدوله عنه وتقابله مع المشتري ، ولكن يمضي في البيع مع الشفع لأمع المشتري . ولا نرى أن هذه نتيجة غير مقبولة ، فالمقرر في الشفعة أن كل تصرف يصدر من المشتري إلى الغير بعد تسجيل =

١ - لم يكن هناك بد من القول بجواز الشفعة في البيع غير المسجل ،
 ما دما نقول بجواز الشفعة في العقد الابتدائي . فالعقد الابتدائي ، والشفعة
 جائزة فيه كما قدمنا (١) ، ما هو إلا عقد بيع غير مسجل .

٢ - إذا كان التسجيل لا يشترط في البيع للأخذ بالشفعة ، فإن ثبوت
 تاريخ البيع أيضا لا يشترط ، وقد رأينا محكمة النقض تقول إنه لا يشترط

- طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع . فإذا كان التصرف صادراً إلى البائع نفسه - والتقابل
 تصرف صادر إلى البائع - فإن هذا التصرف لا يسرى في حق الشفيع إذا كان صادراً بعد
 طلب الشفعة . وذلك بأن البائع الصادر إليه التصرف ليس من الغير حتى يشترط أن يكون التصرف
 صادراً بعد تسجيل طلب الشفعة ، بل يكفي أن يكون صادراً بعد طلب الشفعة لا تسجيلها حتى
 لا يسرى في حق الشفيع . والقول بغير ذلك هو الذي يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، إذ
 لو سلمنا بأن تقابل البائع مع المشتري بعد طلب الشفعة يسرى في حق الشفيع ، لأمكن للبائع
 والمشتري أن يتواطأ على إضاعة حق الشفعة . فإنهما إذا رأيا أن الشفيع طلب الشفعة ، تقايلا
 حتى يضيع على الشفيع حقه . (٢) من مقتضى القول بثبوت الشفعة في البيع غير المسجل أن
 الشفيع ، إذا توالى البيوع ، يتعين عليه أن يتابع سلسلة المشتري المتعاقدين حتى قبل تسجيل
 عقد المشتري الأصل . وفي هذا عنت على الشفيع ، إذ يصبح مفروضاً عليه تتبع كل البيوع
 المستترة التي يقدما المشتري الأول ومن يخلفه حتى تصح شفته قانوناً . ولا نرى أن هذا
 يلقى على الشفيع عبثاً ثقيلاً ، فالمقرر الآن في التقنين المدني الجديد أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة
 في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذار البائع أو المشتري له بالبيع . فاعلى الشفيع إلا أن ينتظر
 هذا الإنذار ، سواء صدر من المشتري الأول أو من أحد المشتري المتعاقبين بعد المشتري الأول ،
 فيأخذ بالشفعة في البيع المذكور في الإنذار فتصح شفته في هذا البيع . فإذا خطر للمشتري الذي
 أرسل الإنذار أن يبيع العقار مرة ثانية بعد إرسال الإنذار - وهذا أمر بعيد الاحتمال - فإن
 الشفيع لا تضيع عليه شفته في هذا البيع الجديد ، إذ يجب على المشتري الجديد هو أيضا أن
 ينذر الشفيع بالبيع الجديد ، فيفتح باب جديد للشفعة بطلبها الشفيع في خلال خمسة عشر يوماً
 من هذا الإنذار الأخير . وهكذا نرى أن الشفيع لا بد أن يعلم ، عن طريق الإنذار ، بكل بيع
 جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، فلا يضيع عليه حقه في الشفعة في هذا البيع .

والذي يقع عملاً أن الشفيع يتربقب أمرين حتى يحافظ على حقه في الشفعة : إما أن يصله
 إنذار بالبيع من المشتري أو من البائع فيستعمل حقه في الشفعة عقب هذا الإنذار في الميعاد
 القانوني ، أو أن يسجل المشتري البيع فيعرف الشفيع عن طريق التسجيل بوقوع البيع وله
 أربعة أشهر من وقت التسجيل لاستعمال حقه في الشفعة . وليس في كل هذا كبير عنت ،
 إذا أراد أن يستعمل حقا استثنائياً كحق الشفعة .

في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (١) .
 ذلك بأن الشفع لا يعتبر من الغير لا في الصورية ولا في ثبوت التاريخ ، فإذا
 واجهه المشتري بعقد بيع غير ثابت التاريخ ، كان هذا التاريخ حجة عليه إلى
 أن يثبت عكسه . فإذا كان التاريخ العرفي لعقد البيع سابقا على تاريخ تملك
 الشفع للعقار المشفوع به ، لم يجز للشفع أن يتمسك بأن هذا التاريخ غير
 الثابت لا يحنج به عليه ، وبأن عقد البيع يجب أن يكون ثابت التاريخ وسابقا
 على تملك الشفع للعقار المشفوع به حتى لا يكون للشفع الحق في الأخذ بالشفعة .
 بل للمشتري أن يتمسك ، بالتاريخ العرفي لعقد البيع وهو التاريخ السابق على
 تاريخ تملك الشفع للعقار المشفوع به ، وأن يحنج به على الشفع حتى يسلبه
 الحق في الأخذ بالشفعة . ولكن للشفع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن
 التاريخ العرفي لعقد البيع قد قدم غشا ليكون سابقا على تملك الشفع للعقار
 المشفوع به ، بقصد حرمانه من الأخذ بالشفعة (٢) . ويرجع ذلك ، لافحسب
 إلى أن الغش هنا يسوغ إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بجميع الطرق ،
 بل يرجع أيضا إلى أن البيع يعتبر بالنسبة إلى الشفع واقعة مادية كما قدمنا (٣) ،
 فله أن يثبت واقعة البيع ويتضمن ذلك تاريخها بجميع الطرق (٤) .

٣ - وإذا كان لا يشترط في بيع العقار المشفوع فيه أن يكون مسجلا
 للأخذ بالشفعة ، فعلى العكس من ذلك يشترط ، إذا كان سند الشفع في ملكية
 العقار الذي يشفع به عقد بيع ، أن يكون هذا البيع مسجلا . ذلك بأن الشفع

(١) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٢ وهو
 الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ - عكس ذلك عبد المنعم
 البدر اوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٠٧ في آخرها .

(٤) قارن مع ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه يلزم توافر أسباب الأخذ
 بالشفعة لدى الشفع قبل حصول البيع المترتب على الشفعة ، وهذا يقتضى أن يكون تاريخ
 هذا البيع ثابتا ثبوتا كانيا للاحتجاج به على الشفع وحده كما لو ذكر في ورقة رسمية ،
 وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا له ، بما أن طرق إثبات التاريخ غير مبنية على
 سبيل الحصر (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩) .

لا يشفع إلا بعقار يملكه كما سنرى (١) ، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلاً . ويخلص من ذلك أنه في حين أن بيع العقار المشفوع فيه لا بشرط أن يكون مسجلاً ، يشترط على العكس من ذلك أن يكون بيع العقار المشفوع به مسجلاً وأن يكون التسجيل سابقاً على انعقاد بيع العقار المشفوع فيه .

١٧٢ - الأنظر بالشفعة عند توالي البيوع - نص قانوني : تنص

المادة ٩٣٨ مدني على ما يأتي :

« إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها» (٢) . ويفرض هذا النص بيوعاً قد توالى ، ويحدد في أي بيع منها يأخذ

(١) أنظر مايل فقرة ١٨٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٤ - ص ٤٠٠) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ٩ : العين الجائز أخذها بالشفعة ، إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها . (وحكم قانون الشفعة السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٧ : إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه

قبل أن يدعى الشفيع بالشفعة ، سقطت شفعتة ، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني .

(وحكم التقنين العراقي متفق في مجموعة مع حكم التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تم

التفرع عن المشفوع لشخص ثالث بعيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . (والقانون اللبناني يشترط للأخذ بالشفعة من المشتري الثاني أن يكون البيع الصادر لهذا المشتري الثاني قد قيد في السجل العقاري قبل أن يرفع الشفيع دعوى الشفعة على المشتري الأول) .

الشفيع بالشفعة . ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتري ، ثم ان هذا المشتري باع العقار لمشتري ثان ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول أو في البيع الثاني ؟ ويستوى في هذا الفرض أن يكون المشتري الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشتري الثاني أو لم يسجل ، وإن كان الغالب في العمل أن المشتري الأول لا يبيع للمشتري الثاني إلا بعد أن يكون قد سجل عقده . ويستوى كذلك أن يكون المشتري الثاني قد سجل عقده أو لم يسجل ، فقد قدمنا أن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل .

ويجب النص سالف الذكر على السؤال المتقدم بالتمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون المشتري الأول لم يبيع العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة في البيع الأول وسجل هذا الطلب . ففي هذه الحالة لا يسرى البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني في حق الشفيع ، إذ تنص المادة ٩٤٧ مدني كما سنرى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع . . أي يبيع صدر من المشتري ولا . . إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة » . ومعنى أن البيع الثاني الصادر بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع أن الذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده . وعلى ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في هذا البيع الأول بالشروط الواردة فيه ، والمفروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع فيمضي في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) . . . وذلك لا يمنعه ، إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني في مواعيد هذا البيع وبشروطه (٢) .

(١) نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤٢ ص ٨٦٤ - استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٦ - إسماعيل غانم ص ٨٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقار المشفوع فيه مبيعا مع شرط اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء بعد تسجيل إعلان الرغبة ، ولا يسقط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٨٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٨ ص ٤٧٨ -

منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥ .

(الحالة الثانية) أن يكون المشتري الأول باع العقار للمشتري الثاني قبل أن يسجل الشفيع طلب الشفعة في البيع الأول (١) . ففي هذه الحالة يكون هذا البيع الثاني سارياً في حق الشفيع ، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة يسرى في حق الشفيع (مفهوم المخالفة من المادة ٩٤٧ مدني) (٢) . وما دام هذا البيع الثاني يسرى في حق الشفيع ، فإنه يكون قد فسخ البيع الأول الذي لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة أو أخذ بها ولكن لم يسجل طلبه قبل صدور البيع الثاني . وعلى ذلك لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول المنسوخ ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائماً بعد أن نسخ البيع الأول ، ويكون أخذه بالشفعة في هذه الحالة في مواعيد البيع الثاني وبشروطه ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٣٨ مدني سالفه الذكر (٣) . وما دام الشفيع

(١) يقول نص المادة ٩٣٨ مدني كما رأينا : « . . . ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة » . ومعنى ذلك أن يكون البيع الثاني حاصلًا قبل إعلان رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة ، أو إذا صدر هذا الإعلان من الشفيع فقبل تسجيله . وبعبارة أخرى يجب أن يكون البيع الثاني صادراً قبل تسجيل إعلان الرغبة ، سواء صدر هذا الإعلان فعلاً ولم يسجل ، أو لم يصدر أصلاً فلا يتصور أن يكون قد سجل . وكان الأول من ناحية الصياغة أن يكون النص كما يأتي : « . . . ثم باعها قبل تسجيل رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة » (أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦) .

(٢) ولا يشترط أن يكون البيع الثاني ثابت التاريخ ، فالتاريخ العرفي كاف إذا كان سابقاً على تسجيل طلب الشفعة . وللشفيع ، وهو ليس من الغير في ثبوت التاريخ ، أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي وأنه قدم غشاً ليكون سابقاً على تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٧ - أنظر عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٣) .

(٣) وقد يبيع المشتري الأول جزءاً مفزواً من العقار المبيع ويستيق الجزء الآخر ، فلشفيع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة الجزء المبيع للمشتري الثاني وحده وبشروط البيع الثاني ، وأن يأخذ الجزء الذي استبقاه المشتري الأول وحده وبشروط البيع الأول ، وذلك لأن الصفقة قد تفرقت (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩) . ويشترط في الحالتين أن تتوافر شروط الشفعة في الجزء المطلوب أخذه ، فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح جزء لا يتناظر فيه شروط الشفعة لم يجز أخذه (منصور مصطفي منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧) .

يأخذ بالشفعة في البيع الثاني دون البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأي سبب ، امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها . ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني ولا شفعة فيه ، ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثاني (١) . وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني صادرا من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه أو أصهاره ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة ، أو كان المشتري الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قابض عليه ، لم يستطع الشفيع الأخذ بالشفعة ، فقد فاته الأخذ بها في البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها في التصرف الذي صدر من المشتري الأول (٢) .

أما إذا باع المشتري الأول جزءا شائعا من العقار بغير حصة لنفسه بباقي العقار شائعا ، لم يجز للشفيع أن يشفع في جزءه شائع دون الجزء الآخر ، بل يجب عليه أن يطلب الشفعة في كل العقار ، بشروط البيع الثاني في الجزء الشائع الذي باعه المشتري الأول ، وبشروط البيع الأول في الجزء الشائع الذي استبقاه هذا المشتري . وذلك لأنه لو سح للشفيع أن يفرق الصفقة في هذا الفرض ويأخذ بالشفعة جزءا شائعا دون الجزء الآخر ، لاضطر مالك هذا الجزء الآخر أن يقبل الشفيع شريكا معه في الشروع . أنظر نقض منى ٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٦ ص ٨١٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ١٣٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥١٧ ص ٥٠٤ - محمد حل عرفة ٢ فقرة ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧ . ورفع دعوى الشفعة على المشتري الأول بعد أن باع هذا لمشتري ثان يصححه تدخل المشتري الثاني في الدعوى المرفوعة ، ولا حاجة لرفع دعوى جديدة على هذا المشتري الثاني (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤) .

(١) وبالرغم من وضوح هذه المسألة ، نرى لجنة الأستاذ كامل صدق قد ناقشتها مناقشة طويلة اختلفت فيها الآراء ، ولكنها انتهت إلى النتيجة المنطقية التي ذكرناها (أنظر محاضر جلسات ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ٤ فبراير سنة ١٩٣٨ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ - ص ٤٠٤ في الهامش - وقارن محمد حل عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٥ - إسماعيل خانم ص ٨٦ - ص ٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ - حسن كبيرة ص ١٨ - أنظر عكس ذلك وأن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الأول إذا كان البيع الثاني لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة ولكن بشروط البيع الثاني محمد حل عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٦ .

وقد يكون التصرف الذي صدر من المشتري الأول ، كبيعه العقار لأحد أقاربه أو هبته للعقار ، تصرفاً صورياً قصد به التحايل لمنع الشفعة . فيجوز للشفيع حينئذ أن يثبت بجميع الطرق (١) صورية التصرف (٢) ، وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود فلا ينسخ البيع الذي صدر من المالك للمشتري الأول ، ويستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة في هذا البيع الأول بشروطه وفي مواعيده (٣) . أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري الأول يباعاً جدياً وتجاوز فيه الشفعة ، فلا يؤخذ بالشفعة إلا فيه كما قدمنا . ويجب على الشفيع في هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشتري

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ - ويجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى المشتري الثاني لإثبات صورية البيع الثاني (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضى بأن كون المشتري الثاني أما أو أختاً أو أخاً لمن باع لا يكتفى وحده لاعتبار العقد صورياً ، ولا كون البيع الثاني قد تم بثمن أعلى بكثير من الثمن في البيع الأول (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢) . ومن القرائن على الصورية أن يتم البيع الأول والبيع الثاني في يوم واحد (إسماعيل غانم ص ٨٧) .

(٢) وهذا ما تردد القول به غير مرة في مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي . فقيل مثلاً « إن السبيل ممد في هذه الحالة لإثبات صورية البيع الثاني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ في الهامش) . وقيل أيضاً بوجوب « أن يطرح جانباً الفرض الذي يكون فيه البيع الثاني يباعاً صورياً ، إذ أن في الوسخ إثبات الصورية أمام القاضي ، كما أن الفسخ لا يكسب حقاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٧ في الهامش) . وقيل كذلك « يتعين في حالة البيع الحاصل لأحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة . . منع استعمال حق الشفعة . . على أن يظل الشفيع الذي أصابه ضرر في حل دائماً من أن يتمسك بمبدأ أن الفسخ يفسد كل شيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ في الهامش) . واقترح أخيراً إقرار النص الآتي : « إذا لم يسجل إعلان الرغبة في الشفعة الحاصل في المعاد إلا بعد تسجيل (٢) البيع الثاني ، وجب على الشفيع أن يستعمل حقه تبعاً للشروط التي تم بها البيع الثاني . ويجوز للشفيع ، في حالة الفسخ ، أن يستعمل حقه طبقاً لشروط البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ في الهامش) .

(٣) استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ - المنصورة الكلية أول فبراير سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥١٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٥ ص ٤٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ ص ٤٧٦ - حسن كبيرة ص ١٨ .

الثاني ، دون البائع للمشتري الأول ، لأن الشفعة إنما تطلب في البيع الثاني المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشتري الأول (١) . والأخذ بالشفعة في البيع الثاني يكون ، كما قدمنا ، في مواعيد هذا البيع وبشروطه ، ولا يعتد بشروط البيع الأول (٢) . فإذا كان الثمن في البيع الثاني أعلى من الثمن في البيع الأول ، كان على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة هذا الثمن الأعلى (٣) ، وكذلك إذا كان ثمن البيع الثاني هو الأدنى كان الثمن الأدنى هو الواجب لإيداعه (٤) .

ولا عبرة بتسجيل البيع في كل ذلك كما قدمنا ، فقد يكون البيع الأول

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي في البيع الثاني اختصاص المشتري الثاني والبائع له في دعوى الشفعة ، أما اختصاص البائع الأصلي فلا يكون لازماً (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧١ ص ١٠٩٠) . وانظر استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢١ ص ٢٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف أسبوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ الهامة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ - استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨ - أول مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٢٤٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٢ ص ٥٠٠ - ٥٠١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٩١ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ .

(٢) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٣) وقد أكد أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقي ضرورة حماية المشتري ، إذ لا يتصور أن يحرم هذا المشتري من حقه في بيع العقار الذي اشتراه بالثمن الذي يراه مناسباً ، والذي له مطلق الحرية في تحديده كما يشاء حتى يسجل طلب الشفعة . وأضاف أن هذا الثمن هو الذي يجب على الشفيع أدائه ، وإن زاد عن الثمن المتفق عليه في البيع الأول (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠١ في الهامش) .

(٤) ولا يكون المشتري الأول ملزماً بالضمان إذا نزع العقار من المشتري الثاني بسبب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٧٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٦) . كذلك لا يكون المشتري الأول مسئولاً نحو الشفيع إذا هو باع العقار الذي اشتراه ، دون أن يقصد بهذا البيع الإضرار بالشفيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٣) .

غير مسجل وكذلك البيع الثاني ، ومع ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني بالرغم من أنه غير مسجل (١).

§ ٢ - البيوع التي لا يجوز الطهر فيها بالشفعة

١٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بمقد مسجل أو ثابت التاريخ ، ولذا يجب توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني ولولم يكن عقده مسجلا ، متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣) - وانظر استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ ١٩٢ ص ١٦٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٧ / ١ من المشروع التمهيدي على التوجه الآتي : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت عبارة « عن طريق الإدارة أو القضاء » في البند (أ) بعبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٩ كما عدت لجنته . وفي لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن عبارة « وقت لإجراءات رسمها القانون » الواردة في البند (أ) لا تفيد معنى البيع بالمزاد العلني الجبري ، لأن البيع قد يحصل بالمزاد العلني وفق إجراءات رسمها القانون ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٩ كما عدت لجنته . ووافقت اللجنة على العبارة ملاحظة أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » يدخل فيها كل بيع بمزاد علني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء في ذلك البيع الإداري أو القضاء . وأضيفت إلى البند (ب) عبارة « أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » نظراً لأن صلتهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد رؤى اللوقوف عند الدرجة الثانية توخياً لتضييق . وذلك تحقيقاً لفكرة المقصودة من النص ، وهي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة هائلة . واقترح في خصوص البند (ج) التنويه في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن ينحصر المقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح ، ووافقت على النص دون هذا التمديل تحت رقم ٩٣٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدت لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٣ و ٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل ، وفي التقنين المدني الليبي م ١/٤٩٣ ، وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٣٤ ، وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٤ وم ٢٥٤ (٢) .

(١) قانون الشفعة السابق م ٣ : لاشفعة فيما بيع بالزيادة لعدم إمكان القسمة بين
الشركاء عينا أولتزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء . وكذلك لاشفعة فيما
بيع بين الأصول وفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من
المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

م ٦ : لاشفعة فيما بيع لحمل محل عبادة أو ليلحق به .
(والتقنين المدني الجديد يختلف عن قانون الشفعة السابق فيما يأتي : (١) لم يقصر بيع
المزاد العلني على المزاد الجبري وقسمة التصفية كما فعل قانون الشفعة ، بل عمم النص فجعله
يشمل كل مزاد علني يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون فيدخل المزاد العلني الاختياري .
(٢) وسع حلقة الصلة العائلية التي لا يؤخذ فيها بالشفعة وذلك تضييقاً لاستعمال هذا الحق ،
فد القرباة إلى الدرجة الرابعة بدلاً من الدرجة الثالثة التي وقف، عندها قانون الشفعة ، وأضاف
المصاهرة لغاية الدرجة الثانية) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ : لاتسع دعوى الشفعة : (أ) إذا حصل البيع
بالزيادة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة . (ب) إذا وقع البيع بين الزوجين ، أو بين
الأصول والفروع ، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان المقار قد بيع
ليحمل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه . (د) . . (هـ) . .
(و) . . (و) ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أمرين : (١) لا يمنع التقنين العراقي
الشفعة في المزاد العلني الاختياري ، ويمنحها التقنين المصري . (٢) لا يجعل التقنين العراقي المصاهرة
مأتمة من الأخذ بالشفعة ، ويجعلها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة الثانية) .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٢/٢٤٤ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاتسع

دعوى الشفعة في المقايضة للمقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع
أوالأخوة والأخوات . م ٢٤٥ (مدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاشفعة لتوقف ،
ولان البيع الحاصل بالمزاد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (والقانون اللبناني يختلف
عن القانون المصري في أمور ثلاثة : (١) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة في المزاد العلني
الاختياري ، ويمنحها التقنين المصري . (٢) لا يتوسع القانون اللبناني في القرباة المانعة من
الشفعة فيقصرها فيما يصلح بالحواشي على الإخوة والأخوات ويمدها التقنين المصري إلى الدرجة
الرابعة ، ولا يجعل القانون اللبناني المصاهرة مانعة من الشفعة ويجعلها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة
الثانية . (٣) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة فيما بيع ليخصص محلاً لعبادة أو ليلحق به ، ويمنحها
التقنين المصري في ذلك) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذي يؤخذ بها فيه . وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، فالمانع بلغي الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم . فاذا باع زوج لزوجه عقارا ، قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة ، فلا تقوم الشفعة منذ البداية . وإذا نزل الشفيع عن الشفعة ، أو لم يأخذ بها في مواعيدها المقررة ، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها ، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها ، فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء . وهذه الضوابط تغنينا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها ، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء في بيع عقار فهناك مانع ، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط .

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، كما هي ظاهرة من النص سالف الذكر ، ترجع إلى اعتبارات مختلفة . منها ما يرجع إلى الطريقة التي تم بها البيع ، ويتحقق هذا في البيع الذي حصل بالمراد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشتري ، فقد تكون علاقة عائلية لا تسمح بأن يقتحمها أجنبي ويأخذ العقار المبيع بالشفعة ، ويتحقق هذا في البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة . ومنها ما يرجع إلى الغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع ، ويتحقق هذا في العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

وليس ماورد في النص سالف الذكر هي كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، فهناك موانع أخرى متناثرة في تشريعات مختلفة (١) . من ذلك ما نصت عليه

(١) هذا إلى قيام اعتبارات أخرى في بعض البيوع تتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية تستوجب حماية صغار المزارعين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض دعوى الشفعة ، أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطمون عليها الأول إلى المطمون عليه الثاني ليس ببيعا تجوز فيه الشفعة ، وإنما هو تصرف ذو طابع خاص ، روى فيه إشار التصرف إليه بالأولوية في شراء الأطنان المبيعة موضوع طلب الشفعة ، لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه باصلاح الأرض المتصرف له فيها ، ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمى إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضي البور ، فضلا عن أن الثمن المسعى بالعقد لا يمثل حقيقة قيم العين المبيعة وقت البيع ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون . ذلك بأن القضاء بالشفعة

المادة ٩ من قانون الإصلاح الزراعى من أن « توزع الأرض المستولى عليها في كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعاً لحدود الأرض » . ثم تضيف الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : « لا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة » . والحكمة فى منع الشفعة هنا واضحة ، فهذه أراض مقسمة إلى قطع صغيرة ، تتبعها الحكومة لصغار الفلاحين بأثمان زهيدة مقسطة أقساطاً طويلة الأجل وبشروط معينة ، بغية رفع المستوى الاقتصادى لمعيشة صغار الفلاحين ، فلو أبحنا الشفعة فى مثل هذا البيع لضاع الغرض الأساسى الذى يهدف الإصلاح الزراعى إلى تحقيقه ، ولتزعجت هذه الأراضى بالشفعة من أيدي طائفة من الفلاحين قصد القانون حمايتها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعى بوضع حدود لتصرف المالك فى الأرض التى يملكها وتكون زائدة على الحد الأقصى الحائز تملكه ، فيجوز للمالك التصرف فى هذا المقدار الزائد لأولاده فيما لا يزيد على مائة فدان ، ولصغار الفلاحين فيما لا يزيد على خمسة أفدنة لكل مشتر ، ولحريجى المعاهد الزراعية فيما لا يزيد على عشرين فداناً لكل منهم . ثم تقضى المادة ٤ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى بأنه لا يجوز أن تؤخذ بالشفعة الأرض المتصرف فيها على الوجه المبين فى المادة ٤ سالفه الذكر . وحكمة منع الشفعة هنا أيضاً واضحة ، فقد قصد القانون أن يكون التصرف لفئات معينة ، منها الأولاد والشفعة ممنوعة فى شأنهم من الأصل ، ومنها صغار الفلاحين ، ومنها حريجى المعاهد الزراعية ، وذلك كله بأقدار معينة . فإباحة الشفعة ، وانتزاع الأرض من أيدي هذه الفئات ، يضيع على المشروع غرضه . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها من أن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتي تتصرف فيها طبقاً لأحكام هذا القانون لا يجوز أخذها بالشفعة . والحكمة فى منع الشفعة هنا هى نفس الحكمة التى قدمناها فى التشريعات السابقة ، إذ التصرف فى هذه العقارات إنما يكون

فى هذه الحالة يتناقى مع طبيعة العقد ، وفيه تفويت للأغراض المقصودة منه (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقص فى ٢٥ عاماً جزه أول ص ٧١٦ رقم ٦٥) .

لنئات معينة من صغار الملاك روعيت فيهم شروط واعتبارات خاصة ، فيضج على المشرع غرضه لو أبحنا أخذ هذه العقارات بالشفعة (١) .
ونستعرض الآن الموانع الثلاثة من الشفعة المذكورة في المادة ٩٣٩/١ مدني سالفه الذكر .

١٧٤ - البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون : رأينا

أن المادة ٩٣٩/١ مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالمزاد العلني ، وفقا لإجراءات رسمها القانون » . فيشترط إذن لمنع الشفعة امران : (١) أن يكون البيع بالمزاد العلني . (٢) وأن يجري وفقا لإجراءات رسمها القانون . ويتوافر هذان الشرطان في البيوع الآتية :

١ - بيع بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء ، بناء على طلب الدائنين لترع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا دون شك بيع بالمزاد العلني ، ويجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٢ - بيع بالمزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عينا دون ضرر ، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية (licitation) . وقد نصت المادة ٧١٨ مرافعات في هذا الصدد على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجري بيعه بطريق المزادة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء » . وهذا أيضا بيع بالمزاد العلني ، يجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (أنظر المواد ٧١٨ - ٧٢٠ و ٧٢٣ مرافعات) ، فلا تجوز فيه الشفعة .

(١) يضاف إل ذلك أيضا أن الشفعة لا تجوز في بيع يكون من شأنه أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضي الزراعية هل الحد الأقصى الذي يسمح به قانون الإصلاح الزراعي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة في هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي التي تقضي ببطان كل عقد ترتبت عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد هل مائتي فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام . ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذي أجاز للأفراد أن يملكوا أكثر من مائتي فدان عن طريق الميراث

٣ - بيع الدولة لأملاتها الخاصة بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المقررة في التشريعات الخاصة بذلك . فهذا بيع بالمزاد العلني أمام جهة الإدارة . يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

٤ - الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفقا لإجراءات قررتها تشريعات الضرائب (٢) ، فهذا أيضا بيع بالمزاد العلني ، أمام جهة الإدارة . يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٥ - بيع عقار المفلس و عديم الأهلية والغائب بالمزاد العلني ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧١٢ مرافعات في هذا الصدد على أن « بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب ، بطريق المزادة ، يجرى بناء على قائمة شروط البيع التي يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة و كيل الدائنين

= أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير المقود ، وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد على المائتي فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدتين بالقيود التي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي في خصوص من يملكون أكثر من مائتي فدان وقت صدوره . وذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية ، إلا أنه يأخذ حكم المقدم ، إذ يحكم الشفعة تصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع ، لأن الملكية في حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادي من جانب الشفيع ، وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، وإن في إباحة تملك ما يزيد على مائتي فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . أما الرصية والميراث وما جرى مجراها من أسباب كسب الملكية ، فإن الأمر فيهما يتم بغير سمي من جانب من آلت إليه الملكية (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النفس ٨ ص ٧٩٨) .

(١) ويستثنى من ذلك بيع مصلحة الأملات لمقارنتها بالمزاد بشرط مصادقة وزير المالية ، فتجوز الشفعة في هذا البيع (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . وعلى العكس من ذلك لا تجوز الشفعة في بيع مصلحة الأملات لأرض بطريق المناقصة بشرط روعي في تقديره اعتبارات خاصة . متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين ، ويعتبر البيع في هذه الحالة متراوحاً بين البيع والهبة والتمليك ، لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشتري من ناحية ، وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى ، وكل ذلك لا يمكن تقديره بشرط (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٣٠ - وانظر نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠ أنفاً بقرة ١٧٣ في الهاش) .

(٢) أنظر فيما يخص بالحجز الإداري القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب . ويجرى البيع وفقا لإجراءات رسمها
تقنين المرافعات في المرات ٧١٣ - ٧١٧ مه . فهنا أيضا بيع بالمزاد العلني أمام
جهة القضاء ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٦ - بيع العقار المثل بتكاليف عينية فيما اختاريا بالمزاد العلني ، أمام
جهة القضاء . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات في هذا الصدد على أنه « يجوز لمن
ملك عقارا مقرا عليه حقوق امتياز أو اختصاص أو رهون رسمية أو حيازية ،
لم يحصل تسجيل تنبيه بنزع ملكيته ، أن يبيعه أمام القضاء ، بناء على قائمة
بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة » . ويجرى البيع وفقا للإجراءات
التي رسمها تقنين المرافعات لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما
عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع . فهنا البيع بيع اختياري
بالمزاد العلني ، يجرى أمام القضاء وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز
فيه الشفعة (١) .

(١) أنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ،
حيث لاحظ أحد الأعضاء « أن المادة ٧١٠ من قانون المرافعات المخطط (وهي المقابلة
لمادة ٧٢٢ مرافعات جديد) الواردة في باب الحجز العقارى تعرض لحالة بيع العقار المثل
بمخوق لصالح دائنين ، وأن هذه المادة وإن كانت تحول المالك حق طلب بيع عقاره عن طريق
القضاء ، إلا أنه يجب أن يكون المقصود من هذا البيع هو تخليص العين من حقوق مقررة عليها
لصالح أجنبي ، حتى يتسنى للمالك أن يطلب هو نفسه بيع عقاره ليحصل على أقصى ثمن تبقى له منه
بقية بعد سداد ديونه . فثل هذه الحالة تدخل في نطاق المزاد العلني ، ولما كان البيع يحصل عن
طريق القضاء وبطريقة علنية ، فالرأى عدم جواز استعمال حق الشفعة في مثل هذا البيع » .
وقال عضو آخر : « إن تقصى الأسباب التي حدث بالشارع إلى وضع هذا النص (القاصي
يمنع الشفعة في البيع بالمزاد العلني) يهدينا إلى أنه رمى إلى تحقيق مصلحة اقتصادية تهدف إلى بيع
العين المبيعة بأعلى ثمن ممكن ، فعلاية البيع وإجراءات المزايدة كفيلا في نظره بتسكين كل
راغب في الأخذ بالشفعة من التدخل في المزاد لشراء العين » . وعقب عضو ثالث بأنه « لا محل
لتقرير الشفعة في مثل هذه الحالة ، مادام أن البيع علني ومباح للجميع » (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) - وانظر أيضا محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٧ - عبد المنعم
فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٥٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد
العلني الذي يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريًا ، فإن حكمة
المنع متوافرة في الفرضين ، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل في المزاد » (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٤٠٧) - وانظر أيضا مآذر من المناقشات في لجنة مجلس الشيوخ في خصوص منع
الشفعة حتى في البيع الاختياري وفي « كل بيع بالمزاد العلني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون
سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي » آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

فهذه جميعا يبيع عقارية بالمزاد العلني ، تقع أمام القضاء أو أمام جهة الإدارة ، وتكون جنبرية أو اختيارية ، لاستيفاء ديون أو لتصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية ، وتجري كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء كان هذا القانون هو تقنين المرافعات أو أى تشريع آخر . والمهم فى كل ذلك أن يكون هناك ، كما قدمنا ، بيع بالمزاد العلني يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون (١) .

ومن ثم يخرج من هذا النطاق ، فتجوز فيه الشفعة : الحالتان الآتيتان (٢) :

(١) ولم يكن قانون الشفعة السابق بهذا الوضوح ، فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٣ منه تجرى على الوجه الآتى : «الشفعة فيما يبيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين اشركاء عيسا ، أو لتزاع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء» . وقد اختلفت المحاكم ، فى عهد هذا القانون ، فى تفسير هذا النص . فبعض ذهب إلى وجوب الرجوع إلى الأصل الفرنسى لهذا النص ، ومنه يتبين أن هناك حالتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى : حالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام جهة الإدارة كما إذا باعت إحدى الجهات الإدارية عقاراً مملوكاً لها ملكية خاصة بالمزاد العلني فلا شفعة فى هذا البيع ، وحالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام القضاء لتزاع الملكية جبراً بواسطة الدائنين أو لعدم إمكان قسمة العقار بين الشركاء فلا شفعة أيضاً فى هذا البيع (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٢٢ - أسبوط الكلية استئناف ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - استئناف مختلط ١٨ يوفيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٣) . وذهب بعض المحاكم الأخرى إلى وجوب التزام النص العربى ، وأنه يمكن أن يقع بيع بالمزاد العلني أمام جهة الإدارة لتزاع الملكية قهراً ، إذ أن الجهات الإدارية تنزع ملكية العقارات لاستيفاء الضرائب كما تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية (مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩) . أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ - عبد المنعم البدرارى فقرة ٤٣٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٣٠٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٢٣٤ - ص ٣٣٥ .

(٢) وكانت هناك حالة قبل إلغاء المجالس الحسية ، وحى حالة بيع عقار الفناصر أو المحجور عليه الذى كان يقع أمام هذه المجالس . وقد قضت محكمة النقض بأن البيوع التى ترخص المجالس الحسية للأوصياء أو القوام فى إجراءاتها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها ، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة وفقاً لقواعد وإجراءات معينة قانوناً تضمن الدلالية والطمأنينة لحماية ذوى الحقوق ، ثم توهمها حتى لمن يرسو عليه المزارد (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٢ ص ١٠٧١ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٩٥ مجموعة عمر ٩ رقم ٢٣٨ - استئناف أسبوط ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٠ ص ٣١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٨) .

١ - بيع المالك لعقاره بيما حرا بالمزاد العلني ، دون أن يتقيد في ذلك بالإجراءات والشروط التي قررها تقنين المرافعات للبيوع الاختيارية التي تجرى بالمزاد العلني (انظر م ٧٢٢ مرافعات) . فقد بعهد المالك إلى بيع عقاره ، ولو لم يكن مثقلا بتكاليف عينية ، بالمزاد العلني . ويجري في ذلك وفقا لإجراءات يضعها هو (١) ولا يتقيد فيها بالقانون ، قاصدا بذلك أن يحصل على أعلى ثمن ممكن لعقاره . فهذا البيع ، وإن كان بالمزاد العلني ، لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون . فلا تحوطه ضمانات كافية ، ويستطيع المالك أن يجرى البيع ، كما يشاء وبالطريقة التي تروقه ، بل يستطيع ألا يرسى المزاد على أعلى مزايده إذا اشترط ذلك مقدما . ومن ثم تجوز الشفعة في هذا البيع ، لأنه لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون (٢) .

٢ - بيع المالك عقاره بالمظاريف ، فتقدم العطاءات في مظاريف مغلقة ، ولا يعلم أحد من المتقدمين للشراء بالعطاءات التي قدمها الآخرون . فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية ، ولا يزايد أحد على آخر فيها ، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين ، فلا يمكن اعتباره بيعا بالمزاد العلني . وحتى لو رسم له القانون إجراءات معينة ، وأجرى البيع وفقا لهذه الإجراءات ، فإنه يكون بيعا جرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلني ، ومن ثم تجوز فيه الشفعة (٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه تجوز الشفعة في البيع الذي أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد ، لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ مدني ، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقة على الثمن الراسي به المزاد ، وعلى حقه في إلغاء البيع بدون إبداء أسباب . وهذه شروط تنطق بأن مثل هذا البيع ، ولو أنه يتم بالمزاد ، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسوالمزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد » (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) .

(٢) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٦ ص ٥٤٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزايدة ، ومقصود الشارع من النص هو البيع بالمزاد طبقا لإجراءات وقواعد معينة قانونا تضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر من جهة -

فلا بد إذن ، لامتناع الأخذ بالشفعة ، أن يكون البيع بالمزاد العلني ، وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . والحكم في امتناع الأخذ بالشفعة في البيع على الوجه المتقدم تتمثل في أمور ثلاثة : (١) لما كان هذا البيع يجرى بالمزاد العلني وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة ، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره . وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل في المزاد ، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة ، التي هي حق استثنائي يعطى بقدر الضرورة . (٢) لو أجزى الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لامتنع كثير من الدخول في المزاد خشية الأخذ بالشفعة ، فنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايدين ، والحصول على أعلى ثمن ممكن . (٣) الحياء الشفيع ، إذا أراد أخذ العقار ، إلى الدخول في المزاد

= أخرى ، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة في المبيع أن يشترك في المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد . ولما كان بيع أراضي الحكومة الحرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لرأغب الشراء بمتابعة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصالح العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ للحكومة من الحق المطلق في قبول أو رفض أى عطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع في كل حال ، فالبيع بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة ، فتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠) . وانظر أيضا في هذا المعنى أسيرط استثنائي ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع بالمزاد أمام جهة الإدارة الذي لا تجوز فيه الشفعة هو البيع الذي يحصل وفقا للإجراءات المنصوص عليها في دكرينو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكرينو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق الملكية نزع الملكية قهراً إلى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع المقارات الخاصة بالملوكة للدولة الذي يقع بطريق المظاريف بناء على إعلان للجمهور ووفقا لشروط المنشور الوزاري المؤرخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ فإن هذا البيع ، وإن جرى أمام جهة الإدارة ، ليس إلا بيما اختياريا ولا يصير تاما إلا إذا وافقت عليه الحكومة (استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٨٠) . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ . وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في هذا الخصوص في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٩ ص ٤٦٣ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ - حسن كيرة ص ١٤ .

من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزايديون ،
إذ لا بد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزااد (١) .

١٧٥ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة :

رأينا (٢) أن المادة ٩٣٩ (ب) مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة
« إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب
لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » . ومنع القانون الشفعة
هنا لاعتبار في المشتري ، فإذا باع المالك عقاره لمشتري متصله به صلة وثيقة من
الزوجية أو القرابة أو المصاهرة ، فإن هذا البيع لا بد أن يكون قد لوحظت
فيه شخصية المشتري ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه ، لذلك لا يجوز
للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة وينزعه من يد المشتري . وقد عدد القانون على
سبيل الحصر فئات معينة يمتنع الأخذ منها بالشفعة ، وهذه هي :

١ - بيع الزوج لزوجته ، أو بيع الزوجة لزوجها ، ففي هذا البيع
أو ذاك لا يجوز الأخذ بالشفعة (٣) .

٢ - بيع المالك لفروعه مهما نزلوا ، أو لأصوله مهما علوا ، فلا تقيد
القرابة هنا بدرجة معينة . فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لابنه أو لبنته أو
لابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته ، مهما نزل الفرع ، فإن
الشفعة لا تجوز . كذلك إذا باع الابن (أو البنت) عقاره لأبيه أو لأمه أو
لأبي أبيه أو لأم أبيه أو لأبي أمه أو لأم أمه ، مهما علا الأصل ، فإن الشفعة
ايضا لا تجوز .

٣ - بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ،
وقد كان قانون الشفعة السابق (م ٣) يقتصر في المنع على الدرجة الثالثة ،
فقد التقنين المدني الجديد المنع إلى الدرجة الرابعة تضييقاً للأخذ بالشفعة (٤) .

(١) أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٧٣ .

(٣) أما بيع المالك لمطلقة أو المطلقة لزوجها السابق ، أو بيع الخطيب لخطيبته أو الخطيبة
لخطيبها ، فتجوز فيه الشفعة (عبد المنعم فرج العصابة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٧٣ في الهامش .

وحساب درجة الحواشي نصت عليه المادة ٣٦ مدني إذ تقول : . . . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة « (١) . ومعنى ذلك أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية ، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب ، فيحسب الأخ درجة ، ومنه نصل إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضا درجة . فهاتان درجتان . ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته ، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها ، يبعلا تجاوز فيه الشفعة . ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة ، إذ أن الأصل المشترك هو الجد ، فيحسب العم درجة ، ومنه نصل إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم نترل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين ، للأخ درجة ولابنه درجة ثانية ، فيكون مجموع الدرجات ثلاثا . وقل مثل ذلك عن العمة والحال والحالة ، ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الحال أو الحالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها يبعلا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لحاله وهكذا ، لأن البيع واقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة . ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة ، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد ، فنصل من ابن العم إلى الجد بدرجتين ، ولا نحسب الجد ، ثم نترل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين ،

(١) وهذا هو عين ما كان القضاء يأخذ به في حساب الدرجات قبل صدور التفتين المدني الجديد (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقد قضى بأن القرابة المانعة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة عن دعوى الشفعة ، وتدخّل في صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراماً للمبدأ التائل بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع . والقول بغير هذا الرأي يترتب عليه أنه كذا عرضت مسألة القرابة في دعوى من الدعاوى التي لا يمكن النصل فيها إلا بثبوتها ، كدعاوى رد الخبراء ورد انقضاء ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يتف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادي من جهة ، وتمطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى (المهملات ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) . وانظر استئناف وطني ١٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

فيكون مجموع الدرجات أربعة . ويكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه
بيما واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك قل
عن بنت العم وابن العمه وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة ،
كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة ، فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز فيه
الشفعة (١) . ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيما واقعا
بين أقارب من الدرجة الخامسة ، فتجوز فيه الشفعة .

٤ - بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية . وقد كان قانون
الشفعة السابق لا يمنع الشفعة في البيع الواقع بين الأصهار أصلا (٢) . ومنعها
التقنين المدني الجديد بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية كما قدمنا ، « نظرا لأن
صلتهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب » ، وقد رؤى الوقوف
عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق ، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص
وهي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » ، كما قيل في لجنة مجلس
السيوخ وهي التي استحدثت هذا النص (٣) . ولحساب درجة المصاهرة يرجع
إلى المادة ٣٧ مدني ، وهي تنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في
نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فالزوج يعتبر في الدرجة
الأولى ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة لأبي زوجته أو لابن زوجته من زوج
آخر ، لأن كلا من أبي الزوجة وابنها يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الأولى ،
فكذلك يعتبر كل منهما في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وعلى ذلك
يكون البيع الصادر من الزوج لأبي زوجته أو أبي الزوجة للزوج ، وكذلك
البيع الصادر من الزوجة لأبي زوجها أو الصادر من أبي الزوج للزوجة ، كل

(١) وقد قضى بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص ، وكان من بينهم شخص قريب
للبائع لغاية الدرجة الرابعة ، فامتنت الشفعة بالنسبة إليه ، امتنت الشفعة أيضا بالنسبة إلى
باقي المشترين حتى لا تجزأ الصفقة (سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم
١٢٨ ص ١٨١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، تطبيقا لذلك ، بجواز الشفعة في حالة البيع من
الأب لزوجة ابنه أو من الأم لزوج بنتها (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧
ص ١٠٠) .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٧٢ في الهامش .

هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى ، فلا تجوز فيه الشفعة . وأخو الزوجة يعتبر في الدرجة الثانية ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة إلى الزوج ، لأن أخا الزوجة يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الثانية ، فكذلك يعتبر في نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج . فالبيع الصادر من الزوج لأخى زوجته ، أو الصادر من أخى الزوجة للزوج ، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية ، فلا تجوز فيه الشفعة . أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلا ، وعم الزوجة يعتبر في الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج ، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة لأن درجة المصاهرة هنا تجاوزت الدرجة الثانية .

والحكمة في منع الشفعة في الأحوال المتقدم ذكرهما هي ، كما قدمنا ، أن المشتري روعيت فيه اعتبارات خاصة . - يجوز للشفيع أن ينتزع العقار المبيع من تحت يده ، أو كما قلت - مجلس الشيوخ « هي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » (١) . ولكن لا يفهم من ذلك أن الشفيع ، في البيوع المتقدم ذكرها ، يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع . فإن هذه البيوع يمنع فيها الأخذ بالشفعة أصلا للاعتبارات الخاصة بشخص المشتري ، حتى لو كان الشفيع في نفس درجة قرابة المشتري (٢) ، بل وحتى لو كان أقرب منه إلى البائع . فلو صدر البيع من ابن العم لابن عمه لم يجز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة كما قدمنا . ويستوى في ذلك أن يكون الشفيع أجنبيا ، أو يكون ابن عم آخر للبائع أي في درجة المشتري ، أو يكون أقرب إلى البائع من المشتري كأن يكون زوجا أو ابنا أو بنتا أو أبا أو أما أو أخا أو أختا . ومهما دنت قرابة الشفيع من المالك ، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أصلا (٣) ، ولذلك

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ في الهامش - وينبغي أيضا أن يكون بيع المالك لزوجه أو لأحد من أقاربه أو أصهاره من الدرجة المتقدم ذكرها هبة مستترة في صورة بيع أثر بها المالك لزوجه أو قربيه أو صهره ، أو في القليل فيما حوئ في المشتري فدفعت ثمن أقل بكثير من قيمة العقار المبيع (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بعدم جواز الأخذ بالشفعة في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، لأن هذا النوع من البيع وإن لم يكن في الحقيقة هبة ، ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره (استئناف وطني ٨ أبريل سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسية ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٣٠ ص ٥٥١ - عهد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢ .

لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشتري كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعددين فيما سئرى .

١٧٦ - العقار قد يبيع لجعل محل عبادة أو ليأخذ بمحل عبادة :

رأينا (١) أن المادة ٩٣٩ (ج) مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة ، إذا كان العقار قد يبيع لجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة . فنع القانون الشفعة هنا لا اعتبار دينى قدمه على مصلحة الشفيع ، وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى قانون الشفعة السابق (م ٦) .

فاذا باع المالك أرضه لمشتري بقصد أن يخصص المشتري الأرض لبناء مسجد فوقها ، أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه مثلا أو لتكون مقصورة تخصص للنساء إذا اتين المسجد للصلاة أو نحو ذلك ، فهنا يكون العقار قد يبيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، فلا تجوز الشفعة فى هذا البيع ، حتى لا يضيع على المشتري غرضه الدينى الذى أراد أن يحققه . وإذا ادعى الشفيع أن الغرض المذكور فى البيع من أن العقار قد يبيع لجعل محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة ، وإنما هو قد ذكر تهربا من الشفعة ومنعا للأخذ بها ، فعلى الشفيع أن يطلب الشفعة فى مواعيدها ، وأن يثبت أن سبب البيع المذكور فى العقد لا صحة له ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

ولا يقتصر الأمر فى محل العبادة على الدين الإسلامى ، بل هو يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة . فيتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة ، كالمساجد والكنائس والبيع والحاخامات وغيرها من المعابد . ولكنه لا يتناول عقارا يبيع لغرض دينى آخر غير العبادة ، كعقار يباع لجعل دارا لتحفيظ القرآن أو معهدا دينيا أو مقرا لجمعية دينية (٢) .

كذلك لا يتناول المنع عقارا يبيع ليكون مدرسة أو مبرة أو ملجأ أو مستشفى أو مصحة أو مؤسسة اجتماعية من أى نوع كان ، ويجوز فى هذا البيع الأخذ بالشفعة . وقد تقدم فى هذا الصدد اقتراح من أحد أعضاء لجنة

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٤ .

مجلس الشيوخ للجنة يرمى إلى « التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية ، حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح » (١) .

المطلب الثاني

وجود شفيع

١٧٧ - مسألتاه : وقد قدمنا (٢) أن شروط الأخذ بالشفعة تتلخص في أمرين : بيع عقار ووجود شفيع . وقد بحثنا به في القرار ، وانتقل الآن إلى وجود الشفيع .
وهناك مسألتان نبهتُهما في صدد وجود الشفيع : (١) من هم الشفعاء . (٢) تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

§ ١ - من هم الشفعاء

١٧٨ - صفة الشفيع وشروطه : وفي تحديد من هم الشفعاء نبين :
(١) من تثبت له صفة الشفيع . (ب) الشروط الواجب توافرها في الشفيع .

(١) من تثبت له صفة الشفيع

١٧٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٦ مدني على ما يأتي :

« يثبت الحق في الشفعة » :

- (١) « لملك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » .
- (ب) « للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » .
- (ج) « لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها » .
- (د) « لملك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٣ في الماش .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٦٥ .

(٥) « للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاع لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٣ من المشرع التمهيدى على الوجه الآتي : « يثبت الحق في الشفعة : (أ) لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تناول البيع كل الحق أربعضه . (ب) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أربعضها . (ج) للشريك في الشروع إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار لأجنبي . (د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة . (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاع لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من ثمن نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار في أحوالها الثلاث « أخذا بما يراه بعض الفقهاء التشرعيين من أن الحوار ليس سببا من أسباب الأخذ بالشفعة » ، وذكر في المحضر عدم انطباق الفقرة (د) الخاصة بالحكر على الوقف ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٨ في المشرع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أعيدت شفعة الجار مقيدة ، وذلك بإضافة الفقرة (هـ) على الوجه الآتي : (هـ) للجار المالك في الأراضي الزراعية إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاع ، وكانت قيمة أرض تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٥ . وفي مجلس النواب احتدمت المناقشة في شفعة الجار (أنظر ما سبق ذكره في هذا الصدد آنفاً فقرة ١٦٤ في الهامش) ، وانتهت إلى إضافة شفعة الجار في جميع أحوالها الثلاث وتعديل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٠٠٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيدت مناقشة الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار ، فرأى أحد الأعضاء « حذفها أو الأخذ بنص لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الذي قصر الشفعة بالنسبة للجار المالك على الأراضي الزراعية ، وذلك لأن علاقة الحوار قد تقلص ظلها ولم يعد لها أي اعتبار » ، ورأى عضو آخر « حذف الشفعة في الأراضي الزراعية وإبقاها في المباني » ، ورأى رئيس اللجنة الإبقاء على نص مجلس النواب من غير تعديل ، فوافقت اللجنة بأغلبية الآراء على النص كما عدله مجلس النواب ، وأصبح رقمه ٩٣٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدت لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٧ - ص ٣٨٥) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٢١ و ٢١ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لامقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٢٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (٢).

(١) - قانون الشفعة السابق م ١ : يثبت حق الشفعة لمن يأتي : (أولاً) للشريك الذي له
حصة شائعة في العقار المبيع . (ثانياً) للجار المالك في الأحوال الآتية : إذا كان العقار المشفوع
من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء كانت في المدن أو في القرى - إذا كان للأرض
المشفوعة حق ارتفاع على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض
المشفوعة إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى الثمن نصف من
ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

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

(و نصوص قانون الشفعة هذه توافق في مجموعها نصوص التقنين المدني الجديد ، ويزيد
التقنين المدني الجديد على الشفعا مالك الرقبة والمحتكر) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ : يثبت الحق في الشفعة : (أ) لملك الرقبة إذا بيع كل حق
الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى
أجنبي . (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملاصقة لهذا الحق أو بعضها .
(ولا يعطى التقنين الليبي حق الشفعة للجار أصلاً) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٩ : تثبت الشفعة : (أولاً) للشريك في العقار الشائع .
(ثانياً) للخليط في حق ارتفاع للعقار المبيع . (ثالثاً) للجار الملاصق في الحالتين الآتيتين :
(أ) إذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من البور أو من الأراضي المعدة لبناء الدور .
(ب) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاع على عقار الجار ، أو كان للجار حق ارتفاع على
العقار المبيع .

م ١١٣٠ : ١ - يعتبر الشريك في أرض حائط في حكم الشريك في نفس العقار ،
ويأتي في مرتبة بعد الشريك في الشيوع مباشرة . ٢ - وإذا كان السفلى والعلو لشخصين
مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري
فيما يأتي : (١) لا يعطى للجار حق الشفعة في الحالة الثالثة من أحوالها . (٢) يعطى الشفعة
للخليط (الشريك) في حق ارتفاع للعقار المبيع . (٣) يعتبر الشريك في أرض مقام عليها
بناء في حكم الشريك في العقار كله) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢٣٩ (ممددة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) :
يثبت الحق في شفعة : (١) لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبة ، سواء تناول -

ويخلص من النص سالف الذكر أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفيع ، منها اعتبار غريب عن الفقه الإسلامى ، واعتبار مختلف فيه فى هذا الفقه . وهذه الاعتبارات هى :

(الاعتبار الأول) هو لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وهذا الاعتبار هو الغريب عن الفقه الإسلامى ، وكان مع ذلك اعتبارا مسلما به فى قانون الشفعة السابق (م ٢ من هذا القانون) ، وكان اعتبارا أساسيا لاستبقاء الشفعة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى (١) . ويتمثل هذا الاعتبار فى إثبات صفة الشفيع للمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وفى إثبات صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية

=البيع كل الحق أو بعضه . (٢) للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار الشائع من أجنبي . (٣) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أم بعضها . (٤) لمالك الرقبة فى الحكر أو السطحية أو الإيجاريتين أو الإجارة الطويلة البنية المنصوص عليها فى القرار رقم ١٢ ل.ر. الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ . (٥) للتجار الملاحق المالك ، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره وللبيع اشتراك فى ملكية الطريق الخاص أو الحائظ أو فى حق الشرب الخاص . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

(ويختلف القانون البنى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لا يعطى للتجار حق الشفعة إلا فى حالة حق الارتفاق أو الاشتراك فى حائط أو طريق خاص أو شرب خاص . (٢) يعطى لمالك الرقبة حق الشفعة فى السطحية والإيجاريتين والإجارة الطويلة والإجارة البنية) .

(١) ذكر أحد أعضاء هذه اللجنة ، فى بداية الأمر ، « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة سواء لمالك الرقبة أو لصاحب حق الانتفاع ، لانعدام المصلحة العملية فى ذلك ، إذ أن حق الانتفاع نظام فادر التطبيق فى مصر » . فعارض أعضاء آخرون هذا رأى ، ورأوا « الإبقاء على حق الشفعة لصالح كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع لجمع الحقين فى شخص واحد » . وقال رئيس اللجنة « إنه لا يؤيد الرأى القائل بانقضاء حق الشفعة ، ذلك الحق الذى يقضى على كثير من المنازعات بجمع عناصر الملكية المحزأة فى شخص واحد » . وبعد المناقشة وافقت اللجنة بالإجماع على استبقاء حق الشفعة لمالك الرقبة ، وبالأغلبية على استبقائه لصاحب حق الانتفاع . ثم تساهل أحد الأعضاء عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة إلى المختكر ، فأجاب الرئيس بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمختكر ، لأن المخترع يفترض وجود وقف ، وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المختكرين المرخص لهم فى البناء على أرض الغير واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى الهامش) .

بضم الرقبة إلى حق الانتفاع ، وفي إثبات صفة الشفيع لكل من مالك الرقبة إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة وهذا ما استحدثه التقنين المدني الجديد « جمعا لما تفرق من حق الملكية ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينهى بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب في بقائه » (١) .

(والاعتبار الثاني) هو إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد مؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك ، فثبت للشريك في الشيوع صفة الشفيع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقا ، سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو كان في التشريعات المتعاقبة الخاصة بالشفعة في التقنين المدني السابق وفي قانون الشفعة السابق وفي التقنين المدني الجديد .

(والاعتبار الثالث) هو منع مضايقات الحوار . فثبت صفة الشفيع للجار المالك في أحوال ثلاث . وهذا الاعتبار مختلف فيه في الفقه الإسلامي ، فالحنفية هم الذين يسلمون به ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تعتبر الحوار سببا للأخذ بالشفعة . وقد كان هذا الاعتبار محلا للمناقشة في لجنة الاستاذ كامل صدقي ، فأيده بعض الأعضاء وعارضه بعض آخر (٢) . وجعل المشروع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ .

(٢) وقد عارض مقرر اللجنة في إعطاء حق الشفعة للجار ، وذلك رغم الاعتبارات التي استند إليها في تأييد هذا الحق والتي ترجع في أصلها إلى تقاليد تاريخية وأخرى دينية فتدعا تفصيلا في تقريره ، إذ أن حق الشفعة ينطوي على اعتداء صارخ على حق الملكية الذي من خصائصه الأساسية حرية التصرف . « وعقب أحد الأعضاء بأنه « فيما يتعلق بحق الشفعة بالنسبة إلى الجار ، فإنه يرى استبعاده ، إذ أن التقاليد والعادات الاجتماعية التي أوحى في الماضي باقرار هذا الحق قد طرأ عليها التغيير » . ولكن أحد الأعضاء رأى الإبقاء على حق الشفعة لصالح الجار في حالة وجود حق ارتفاق على الأقل . وقال رئيس اللجنة مؤيدا لهذا الرأي الأخير إنه « يرى الاعتراف بحق الشفعة للجار في حالة وجود ارتفاق على الأقل . وقال إنه كثيرا ما يحصل في الأراضي الزراعية أن توجد لصالح عدة ملاك حقوق ارتفاق للرى من ترعة خاصة ، وإن وجود هذه الارتفاقات المشتركة يثير مشاكل عدة بين هؤلاء الملاك ويؤدي أحيانا إلى اضطرابات ربما تيسر اجتنابها بالتسليم بحق الشفعة لكافة المستفيعين بحق الارتفاق ولولم يجمع بينهم الحوار ، إذ أن التوسع في حق الشفعة في مثل هذه الحالة تقضي به ضرورات عملية » . فعقب أحد الأعضاء =

التمهيدى للتقنين المدنى الحديد الحوار فى أحواله الثلاث سبباً للأخذ بالشفعة ، ثم ألقى أصيلاً فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، وأعادته فى إحدى أحواله الثلاث لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، وأعادته مجلس النواب كاملاً فى أحواله الثلاث بعد مناقشات طويلة سبقت الإشارة إليها (١) ، وأقر ذلك مجلس الشيوخ . فأصبح الحوار بجميع أحواله سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الحديد ، كما كان الأمر فى قانون الشفعة السابق (٢) .

ولما كانت المادة ٩٣٦ مدنى قد عدت الشفعاء مرتبين ، فنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذى يتفاضلون به عند تراحمهم كما سنرى .

١٨٠ - مالك الرقبة : تثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الأولى ، « لملك

الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » (م ٩٣٦ بند مدنى) .

« على هذا بأنه على الرغم مما يبدو من أهمية السبب الذى أبداه الرئيس للتوسع فى حق الشفعة حتى يشمل الحالة التى نوه عنها ، فإنه لا يرى إقرار هذا التوسع إذ لن يتسنى تنظيم حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تنظيمياً عملياً » . وأضاف أحد الأعضاء « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة لصالح الجار المالك » . فمقب عضو آخر بأنه « لما كان الاستغلال الزراعى باهظ التكاليف ، فإن من المصلحة تقرير حق الشفعة لصالح الجار لتخفيف أعباء هذا الاستغلال » . وانتهت اللجنة ، بأغلبية الآراء ، إلى استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق . وأشار رئيس اللجنة إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى المبحث) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٢) والحكمة من الشفعة بسبب الحوار منع مضايقات الجوار ، ولكن إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة جاز الأخذ بها ، ولا يمتد بما إذا كانت الحكمة قد توافرت أولم تتوافر . وقد قضى حكم قديم بغير ذلك ، وبأن الشفعة شرعت لمنع الضرر بسبب الحوار ، فإذا لم يحدث ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان بين أفراد عائلة واحدة والمشتري مجاور لكل منهم من قبل ، فلا شفعة (مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) . ولكن هذا الحكم لم يكن له صدق فى القضاء المصرى ، وعلى العكس من ذلك قضت بحكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا توافرت فى الشفيع شرائط المقررة قانوناً لأخذ المبيع بالشفعة ، فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الحوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفضه ليس متحققاً (استئناف وطنى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٤٢) . وقضى أيضاً بأنه وإن كانت حكمة الشفعة هى الرغبة فى رد أذى الشريك الحديد ، إلا أن الشارع قررها مطلقاً لكل من توافرت فيه شروطها ، وعلى ذلك لا يتوقف قبول دعوى الشفعة على توافر حكمتها (طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة رقم ٦٢ ص ٣٤٠) .

وهذه الحالة ، وإن كانت نادرة الحصول في العمل (١) ، يمكن أن نتصور تحققها في فروض مختلفة .

وأبسط هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، كان للمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع . فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم شتات ملكيته . وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الفرض الذي من أجله أعطى مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع . وفي هذا الفرض المبسط لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة .

وفي فرض آخر أكثر تعقيدا . يترتب من حق انتفاع لمصلحة شخصين (أو أكثر) في الشيوع . وإذا باع أحد الشرىكين حصته الشائعة في حق الانتفاع ونفرض أنها النصف . كان للمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصبة المبيعة . فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار . ومالك الرقبة النصف الآخر . وهو إذا لم يكن في هذا الفرض قد لم شتات الملكية على وجه تام ، فانه يمكن من لم شتاتها في نصف العقار . ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصبة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة . لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع كما سترى .

وهناك فرض أكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار اثنان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتب الاثنان معا على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر . فيصبحان مالكين في الشيوع لرقبة العقار . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه . فلا شك في أن مالكي الرقبة يستطيعان أن يأخذا معا بالشفعة حق الانتفاع المبيع . فيعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع . إذ هو النصف « الملابس » للنصف الذي يملكه في الرقبة . فيعود

(١) ويلاحظ أن ادى يملك بالشفعة هنا ليس هو حق الملكية ، بل هو حق الانتفاع . فالشفعة تكون في هذه الحالة سببا لكسب حق الانتفاع (أنظر م ١/١٩٨٥ مدني) .

كما كان مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة ، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة في حين أن المشتري لحق الانتفاع يستبقى نصف هذا الحق . وعلى هذا الوجه يكون نصف العقار في الشيوع مملوكا لأحد المالكين ملكية تامة ، والنصف الآخر يملك رقبته المالك الآخر ويملك حق الانتفاع فيه المشتري لحق الانتفاع . وقد يعترض المشتري لحق الانتفاع على هذه النتيجة ، ويتمسك بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه . ففي هذه الحالة يكون له الحق في إجبار مالك نصف الرقبة الذي أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الانتفاع الذي أراد أخذه . فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر ، وإن ترك الشفعة خالص لمشتري حق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة ، ويبقى مالكا للرقبة كما هما ما لकिन للرقبة في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

(١) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم . فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ - لاشفعة لمن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، فإن هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في الفرض الذي نحن بصدده : « إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون ويبيع حق المنفعة كله ، فإن أحداً من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأى الذى يتشبه مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط ، وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة عليه ، فيتحم عندئذ أن يأخذ الشفع بالشفعة في العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى ، فرأى يقول بذلك (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٧) ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٤) - وانظر آنفا فقرة ١٦٩ في آخرها .

يبقى أن نستعرض فرضاً آخر . هو أن يملك العقار مالكاً في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلاً) . ويرتبان معاً حق الانتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحدهما صاحب حق الانتفاع النصف الشائع الذي له . جاز للمالك الرقبة أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف . ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع صاحباً حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد ، جاز للمالك الرقبة أن يأخذه معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع الملائس لحقه في الرقبة ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة فيتحمم عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (١) .

١٨١ - الشريك في الشروع : وتثبت صفة الشفيع ، في المرتبة الثانية ،

« للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » (م ٩٣٦ بندي مدني) . ويخلص من النص أن هناك عقاراً شائعاً وأن أحد الشركاء في الشيوع باع حصته الشائعة أو شيئاً منها إلى أجنبي . فيكون للشركاء في الشيوع الآخرين أو لأي منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة . فيجب إذن : (١) أن يكون هناك عقار شائع . (٢) وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . (٣) وأن يكون البيع لأجنبي :

يجب أن يكون هناك عقار شائع (٢) . فالعقار الذي كان شائعاً . ثم قدم

(١) وتسرى الأحكام التي قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى في الأحوال التي يجوز فيها النزول عن هذين الحقيقتين . وقد قننت المادة ٩٩٧ مدني عن أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا به . على شرط صريح أو بررتوى » (أنظر إمام عبد السلام ص ٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٥ - منصور منصور بقرة ١٢٩ ص ٣١٠ - حسن كبيرة ص ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك هو المالك على الشيوع وإذا كان المشتري لا يكون مالكاً إلا بتسجيل عقده . ومن وقت التسجيل لا يقيد . فإن أحكم . إذا لم يكن حق الشفيع في الشفعة على أساس أن تسجيل عقده حصة شائعة في الشفعة التي هي الأبطال الشفعية لاحقاً بعد البيع الصادر إلى المشتري منه لا يكون قد أخذ (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر د رقم ٣١٤ ص ٦٢٨) . ونظر محمد بن عرفة ٢ بقرة ٢٣٤ ص ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٧٦ ص ٥٥٥ .

إلى أجزاء مفرزة لكل شريك جزء مفرز اختص به ، لا تكون فيه شفعة بسبب الشركة في الشروع (١) . وإذا باع أحد منهم جزءه المفرز ، لم يكن للآخرين

= والمفروض هنا أن شخصاً اشترى حصة شائعة في عقار ، وقبل أن يسجل عقد شرائه باع شريك آخر حصته الشائعة في هذا العقار لمشتراً آخر ، ثم سجل المشتري الأول عقد شرائه ، فذهب محكمة النقض إلى أن هذا المشتري الأول لم يسجّل مالكاً للحصة الشائعة التي اشتراها ، بالنسبة إلى المشتري الآخر ، إلا من وقت التسجيل . فتكون ملكية الحصة الشائعة المشفوع بها لاحقة لبيع الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر ، ومن ثم ينتق حق الشفعة .

ونحن نرى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، وأن المشتري إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكاً للعقار الذي اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من « الغير » في البيع الذي تم تسجيله (أنظر الوسيط ؛ فقرة ٢٨٤ وما بعدها) . وفي الفرض الذي نحن بصدده ، لما سجل المشتري الأول عقد شرائه ، يكون قد أصبح مالكاً من وقت البيع ، لا من وقت التسجيل ، بالنسبة إلى البائع له ، وكذلك بالنسبة إلى المشتري الآخر للحصة الشائعة الأخرى المشفوع فيها لأن هذا المشتري الآخر لا يعتبر من « الغير » بالنسبة إلى البيع الأول . ومن ثم تكون ملكية المشتري الأول للحصة الشائعة التي اشتراها سابقة على البيع الصادر للمشتري الآخر ، فيكون للمشتري الأول أن يشفع في الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر . ونظير ذلك مشتري لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي على الرأي الذي نذهب إليه ، لا اعتبر المشتري مالكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكن الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض هنا أيضاً (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) - فإن المشتري لا يعتبر مالكاً للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

(١) وإذا ادعى المشتري وقوع التهمة وأن الشفيع ليس شريكاً في الشروع بعد وقوعها ، فعليه أن يثبت ذلك ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات . ولا يعتبر تأجير أحد الشركاء في الشروع المال الشائع كنه أو بفضه دليلاً على وقوع التهمة (نقض مدو ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، إذ قرر عدم حصول قسمة في العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءً على ما حصلته المحكمة تخصيصاً سائفاً من أن الأعمال المادية التي أثبتتها خبير الدعوى - استحداث مبان بالمنزل - غير قاطعة في إقادة هذا المعنى ، فإن النفي على هذا الحكم القصور في التسبب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله . ولأنه نسخ محضر مناقشة الخبير . هذا المعنى يكون في غير محله (نقض مدو ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦ -

أن يشفعوا فيه باعتبارهم شركاء في الشبوع ، فهم بعد القسمة لم يعودوا شركاء في الشبوع بل أصبحوا جيراناً . وعلى ذلك إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المفرز المبيع ، فانما يجوز له ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجار فيما سنيينه . ولا يجعل الحائط المشترك الفاصل بين عقارين هذين العقارين شائعين بين مالكيهما . لأن الشركة هنا مقصورة على الحائط وليست في ذات العقار . بل يكون كل مالك منهما جارا للمالك الآخر ، ويشفع بالحوار إذا توافرت شروطه (١) . كذلك إذا كان هناك فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك (٢) بين عقارين ، فالعقاران لا يكونان شائعين بل يكونان متجاورين ، والشفعة في كل منهما تكون بالحوار إذا توافرت شروطه .

ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فاذا باع جزءا مفرزا من المال الشائع . فقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين فيما لو كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المفرز إنما

= وهو الحكم السابق الإشارة إليه .) وقضت أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشروع ضدنا) في دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشبوع في الأطنان التي يقع بها القدر المشفوع فيه وأنهما يفضلان الشفعة بشرائها لذلك القدر ، وانتهت إلى عدم التويل عليه تاسياً على ما استظهرته من المستندات التي قدمت لها استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشبوع التي كانت قائمة قبل الحكم بانقضاء وإقرار الطاعنين لنفسه التي تمت بموجبه ، وارتضاءها له ، وإعمالها مقتضاه من قبل شرائها لشفعة المشروع فيها وعند تحرير العقد الباقى المسجل الصادر لها من المطعون عليها الثانية ، وقد أقامت حكمها في هذا الخصوص على أسباب سائفة تؤدي إلى النتيجة التي خلصت لها ، فإن النص على حكمها بالقصور والتناقض يكون في غير محله (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري لا يعلم أن يكون شريكاً على الشبوع في مجرى معد للرى يشق الأطنان المبيعة موضوع الشفعة ، فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك في الشبوع في جميع العقار المبيع برفعه إلى مصاف الشريك على الشبوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٤ ص ١٠١٦) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الري التي ترونها ، فليس للشريك في ملكية الآلة وحدها أخذ الأرض المبيعة بالشفعة . إذ هو ليس شريكاً في الأرض (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ١٨ ص ٥٧) - وانظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٨٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

يملك في الشبوع . يكون غير نافذ في حق الشركاء المشتاعين الآخرين ، فلا يصبح المشتري مالكا على الشبوع معهم . وقررنا أنه لا يجوز لأحد من هؤلاء الشركاء المشتاعين أن يستعمل حق الاسترداد لهذا الجزء المفرز المبيع فيما لو كان جزءا مفرزا في مال منقول أو في مجموع من المال . بل ولا يجوز أن يسترد من المشتري حتى الحصة الشائعة التي للشريك البائع في الجزء المفرز المبيع ، لأن حق الاسترداد إنما يكون في بيع حصة شائعة ولا يكون في بيع شيء مفرز . وما قررناه فيما يتعلق باستعمال حق الاسترداد هناك نقرره فيما يتعلق باستعمال حق الشفعة هنا . فلا يجوز لشريك في الشبوع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر . ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه . ويجب تفسير عبارة « إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » الواردة في المادة ٩٣٦ بند ب مدني فيما رأينا . بأن لفظ « شيء » مقصود به حصة شائعة . فيكون المقصود من عبارة « بيع شيء من العقار الشائع » بيع حصة شائعة في هذا العقار . وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر ، كذلك لا يجوز للمشتري لهذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار بآعها شريك مشتاع . ذلك أن المشتري للجزء المفرز لا يصح مالكا في الشبوع مع الشركاء المشتاعين كما سبق القول . فلا يجوز له أن يشفع في حصة شائعة في العقار بآعها شريك مشتاع (١) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار . وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة . جاز له ذلك ، ولا يحتاج عليه المشتري بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه للحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة (٢) .

- (١) نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩ .
 (٢) نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧ -
 وانظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣١ في الهامش - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٤ - إسماعيل غانم ص ٦٩ -
 عبد المنعم فرج الضدة فقرة ٢٧٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٣ - حسن كبيرة ص ٤ - ص ٥ - وانظر عكس ذلك وأنه تجوز الشفعة في بيع الجزء المفرز من العقار الشائع : محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٢ ص ٤٣٣ .

ويجب أخيراً أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي . فلو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله . لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . ذلك أن بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادراً إلى أجنبي لا إلى شريك مشتاع . وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند ب مدني إذ تقول كما رأينا : « للشريك في الشبوع : إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » . هذا إلى أن المادة ٣٩٣٧ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً . تقتضى نص المادة السابقة . فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشبوع . فضل على شفيع هو مثله شريك في الشبوع لأنه شفيع من طبقته . وإنما يأخذ الشريك في الشبوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذي اشترى هذه الحصة أجنبياً أي غير شريك في الشبوع . لأن الشفيع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشتري ^(١) . ولم يكن هذا الحكم المعقول هو السائد في عهد التقنين المدني السابق ولا في عهد قانون الشفعة السابق . فقد كانت نصوص هذه التشريعات غير واضحة في هذا المعنى . وساد في عهدنا الرأي العكسي الذي يجعل الشريك المشتري لا يتقدم على الشريك الشفيع بل بل يتقاسمان الصفقة معاً . فكان لا يشترط إذن أن يكون بيع الحصة الشائعة صادراً إلى أجنبي كما اشترط ذلك صراحة التقنين المدني الجديد . بل كان يجوز الأخذ بالشفعة من المشتري لحصة شائعة ولو كان هو نفسه شريكاً في الشبوع . وكان هذا الرأي العكسي يدعمه الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه . كما كان يدعمه الفقه والقضاء ، وأقرته محكمة النقض في أحكام متعاقبة ^(٢) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تراحم الشفعاء ..

(١) فلو كان المشتري جازاً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء في الشبوع . ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ من الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . لأن البيع صادر لأجنبي . ولأنه إذا كان جازاً شفيعاً فإن شريك في الشبوع في طبقة أعلى من طبقته فيستطيع الأخذ من بالشفعة .

(٢) انظر مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩ .

وقد رأينا فيما تقدم أن الشرط الأول لأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة بالشفعة هو أن يكون هناك عقار شائع ، ونجدد الآن ما هو المقصود بالعقار الشائع . يشمل العقار الشائع أول ما يشمل . بطبيعة الحال . العقار المملوك ملكاً تاماً لعدد من الشركاء في الشيوع . ولكنه يشمل أيضاً رقة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع . فتكون رقة العقار عقاراً شائعاً إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء في الشيوع . ويشمل أخيراً حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقة . فيكون حق الانتفاع بعقار عقاراً شائعاً إذا كان هذا الحق مملوكاً لعدد من الشركاء في الشيوع (١) . ويجب أن نميز تمييزاً دقيقاً بين مالك الرقة باعتباره مالكا للرقة ، وبين مالك الرقة باعتباره مالكا في الشيوع . فالملك الرقة باعتباره مالكا للرقة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في حق الانتفاع . ونص المادة ٩٣٦ بند ١ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لملك الرقة ، إذا بيع كل حق الانتفاع للملابس لها أو بصفة » . أما مالك الرقة ، إذا شفع في حصة شائعة في هذه الرقة لا في حق الانتفاع ، فإنه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيوع لعقار شائع هو الرقة ، لا باعتباره مالكا للرقة . وإذا تقدم مالك الرقة يشفع في حق الانتفاع باعتباره مالكا للرقة كانت له المرتبة الأولى بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في الرقة باعتباره مالكا في الشيوع فإن مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الأولى . ويجب كذلك أن نميز تمييزاً دقيقاً بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع ، وبين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في الرقة ، ونص المادة ٩٣٦ بند ٢ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقة للملابسة لهذا الحق أو بعضها » . أما صاحب حق الانتفاع ، إذا شفع في حصة شائعة في حق الانتفاع

(١) أما أن كلا من حق الرقة في عقار وحق الانتفاع في عقار يعتبر عقاراً ، فهذا ثابت بصريح النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدني : « يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار » .

لا في الرقبة ، فانه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيوخ لعقار شائع هو حق الانتفاع ، لا باعتباره صاحب حق انتفاع (١) . وإذا تقدم صاحب الانتفاع يشفع في الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع كانت له المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوخ فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الثالثة .

(١) وهناك خلاف في الرأي فيما إذا كان للشريك المنتفع في حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي .
فأرى يذهب إلى عدم الجواز « لأن المادة ٩٣٦ مدني خولت الشريك في الشيوخ حق الشفعة إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ، فالذي له الحق هو الشريك في الملك لا الشريك في الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له حق في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد خول هذا الحق كما خوله مالك الرقبة عند بيع حصة الانتفاع لحكمة هي جمع ما تفرق في حق الملكية » (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٦) . « ولوقصد القانون إعطاء الشريك في الانتفاع الحق في الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، وهو قد نص صراحة على حق المنتفع في الشفعة إذا بيعت الرقبة . . وعلى حق مالك الرقبة في الشفعة إذا بيع الانتفاع للملايس لها . . ولكنه لم يذكر الشريك الذي له حصة في حق الانتفاع المبيع ، ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يجوز اتوسع في النصوص الخاصة بها . ومن جهة أخرى فإن الشفعة لا تكون إلا طريقاً من طرق الملك ، وهي ليست طريقاً لكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحاً » (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٩٠ ص ٤٣١) .

ولكن الرأي السائد هو عكس الرأي المتقدم ، ويقول - كما قررنا في المتن - بأن للشريك في حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر لأجنبي ، لأن « عبارة الشريك في الشيوخ تشمل الشريك في حق الانتفاع كما تشمل الشريك في حق الملكية ، لأن كليهما شريك في العقار المبيع ، والمصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشيوخ متحققة في حالة الانتفاع كما هي متحققة في حالة الملكية . . وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة من طريق الشفعة ، ويكون الشفع في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار » (شفيق شحاتة فقرة ٢٤٦ ص ٢٦١) - وانظر في هذا المعنى : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٦ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٢٥٠ - إسماعيل غانم ص ٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٧ - منصور منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٢ - حسن كبيرة ص ٣ . والذي أوجد اللبس في هذه المسألة - في رأينا ، هو عدم التمييز بين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع في الرقبة وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند ح مدني ، وبين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع كشريك مشتق في حصة شائعة في حق الانتفاع وشأنه في ذلك هو شأن الشركاء في الشيوخ وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند ب مدني .

ويخلص من ذلك أمران : (الأمر الأول) أن رقبة العقار التي انفصل عنها حق الانتفاع هي نفسها عقار ، وقد يملكها عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في هذه الرقبة ، كان لها شفيعان : (١) شريك مشتاع في الرقبة غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . (١) صاحب حق الانتفاع ، وهو الحق الذي انفصل عن الرقبة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثالثة . فإذا تزاخم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع في الرقبة وهو في المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع وهو في المرتبة الثالثة (١) . (والأمر الثانى) أن حق الانتفاع الذى انفصل عن الرقبة هو نفسه عقار ، وقد يملكه عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفاع ، كان لها شفيعان : (١) مالك الرقبة ، وهى الحق الذى انفصل عنه حق الانتفاع ، ويشفع مالكة باعتباره مالكا للرقبة ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الأولى . (٢) شريك مشتاع في حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . فإذا تزاخم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم مالك الرقبة وهو في المرتبة الأولى على الشريك المشتاع في حق الانتفاع وهو في المرتبة الثانية .

١٨٢ - صاحب حق الانتفاع : وتثبت صفة الشفيع ، في المرتبة الثالثة . « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة المملوكة لهذا الحق أو بعضها » (م ٩٣٦ بند ح مدنى) . ويخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع في الرقبة ولذلك يأتى في المرتبة الثالثة كما قدمنا ، أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشيوع ويأتى في المرتبة الثانية شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشيوع كما سبق القول .

(١) وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ينزل الشريك في الشيوع إلى المرتبة الثالثة ويرفع صاحب حق الانتفاع إلى المرتبة الثانية ، فكانا إذا تزاخما في النقص الذى نحن بصدده . قدم صاحب حق الانتفاع على الشريك المشتاع في الرقبة ، على عكس ما تمناه في المتن . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى ، عند الكلام في تزاخم الشفعا .

وقد تقدم الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في حصة شائعة في هذا الحق عند الكلام في شفعة الشريك في الشيوع (١) ، والذي يعنينا هنا هو الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في الرقبة (٢) . وتدرج في الفروض هنا ، كما تدرجنا في الفروض بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع (٣) .

فأبسط الفروض هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر . فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فاذا باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المباعة ، فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

(٢) وقد ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدق أحقة صاحب حق الانتفاع في أن يشفع في الرقبة . فتساءل الرئيس « عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو انصب حقه على جزء من العقار المبيع ، على أن يقصر حقه في الشفعة على جزء من ملكية الرقبة الذي ينصب عليه حقه في الانتفاع » . فرأى أحد الأعضاء « عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المنتفع الوحيد ، وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وذلك درءاً للمشاكل والصعوبات التي قد تعرض في مثل هذه الحالة » . وعارض عضو آخر « فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنها تؤدي إلى التدخل في الملكية في حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعاقب بين ملكية الرقبة ، وخاصة فإن حقه وهو في الأصل موقوف بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغير . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنه يكاد في الواقع يكون معدوماً في مصر » . « وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة في الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع . وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هي مؤقتة وقابلة للتعديل ، إلا أنه يحسن عدم العدول عن الرأي الذي انتهت إليه اللجنة في الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع . ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً في التضييق من هذا الحق النص التالي عوضاً عن النص الذي أقرته اللجنة في الجلسة الأخيرة :

« ٣ - لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق » . واقترح أحد الأعضاء الصيغة الآتية : « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابس لهذا الحق إلى أجنبي » . فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير . ثم عاد أحد الأعضاء إلى مناقشة هذا النص الأخير ، وانتهت اللجنة إلى الموافقة على النص الآتي : « ٣ - لصاحب حق الانتفاع في حالة ما إذا لم يقع البيع إلا على الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٦٧ - ص ٢٦٩ في الهامش) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ .

وهذا هو الغرض الذي أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة في الرقبة .
وفي فرض ثان أكثر تعقيدا يملك العقار شخصان في الشيوع ، ويرتبان
عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد ، فيصبحان مالكين لرقبة العقار في
الشيوع ، ونفرض أن لكل منهما النصف . فاذا باع أحدهما النصف الذي
يملكه في الرقبة ، كان لهذا النصف شفعان كما قدمنا (١) ، مالك النصف
الآخر للرقبة ويعتبر شريكا في الشيوع وهو مقدم إذ هو في المرتبة الثانية من
الشفعاء ، فاذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذها صاحب حق الانتفاع وهو
تال في المرتبة إذ هو في المرتبة الثالثة بين الشفعاء . فاذا أخذ صاحب حق الانتفاع
النصف المبيع من الرقبة بالشفعة ، لم تثبت ملكية العقار في نصفه إذ يصبح
مالكا ملكية تامة لهذا النصف ، ويظل صاحب حق انتفاع في النصف الثاني
من العقار . فهذه على كل حال خطوة نحو لم تثبت الملكية ، قد تناوها خطوة
أخرى إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذي يملكه ، فيأخذه
بالشفعة صاحب حق الانتفاع في هذا النصف من الرقبة باعتباره صاحب حق
انتفاع يشفع في الرقبة ، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك باعتباره شريكا في
الرقبة إذ قد سبق له أن شفّع في نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا في الشيوع ،
فيملك في الحالين العقار كله ملكية تامة ، ويلزم شتات الملكية على وجه كاسل .
والفرض الثالث الأكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار
شخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين في الشيوع (لكل منهما النصف
مثلا) ، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار . فاذا باع هذه الرقبة ، فلا شك في
أن صاحبي حق الانتفاع لهما أن يشفعا معاً في الرقبة كل بقدر النصف ، فيصبحا
مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع
أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملبس للنصف الذي يملكه في حق الانتفاع ،
فيصبح مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة ، ويبقى النصف الآخر من
العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة وقد أصبح
الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف بالشفعة . وقد يعترض هذا
المشتري على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل
الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها . ففي هذه الحالة يكون له الحق في إجبار صاحب

نصف حق الانتفاع الذي أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر في الرقبة منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة في نصف الرقبة الذي أراد أخذه . من أخذ صاحب نصف حق الانتفاع كل الرقبة ، أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا للرقبة في النصف الآخر . وإن ترك الشفعة ، خلص لمشتري الرقبة حقه كاملا في الرقبة التي اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة ، وظل مالكا حق الانتفاع كما هما مالكيين لهذا الحق في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

يبقى أن نستعرض فرضا آخر . هو أن يملك العقار مالكان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . وبرتبان معاً حق الانتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد مالكي الرقبة النصف الشائع الذي يملكه في الرقبة ، جاز للمالك حق الانتفاع أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلاهما يملك الأخذ بالشفعة . ما لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة فيأخذه لأنه شريك في الشيوع ومقدم في المرتبة على صاحبي

(١) وقد سبقت الإشارة إلى المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى التي كانت تنص على أنه : « . . . إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لزملاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » (أنظر آتفاً فقرة ١٦٩ في آخرها وفقرة ١٨٠ في الهامش) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في الفرض الذي نحن بصدده : « إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحداً من المتنعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذي يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة . كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها . ولكن يجوز للمتنعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انبثت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأي الذي يتشبه مع ما يستر عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط . وذلك ما لم يتسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه ، فيتحم عندئذ أن يأخذ التفعيل بالشفعة في العقار كله . وقد اختلف الفقه المصري . فرأى يقول بذلك ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذي حذفته لجنة مجلس الشيوخ . بالرغم من حذفه (أنظر آتفاً فقرة ١٦٩ في آخرها وفقرة ١٨٠ في الهامش) . وانظر في المعنى الذي نقول به في الفرض الذي نحن بصدده : محمد علي عمرة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك ووجوب العمل بالنص المحذوف : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ .

حق الانتفاع (١) . كذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة ، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق ، جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذهما معا بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس لحقه في الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة ، فيتحم عندئذ على هذا الشفيع إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا (٢) .

١٨٣ - مالك الرقبة والمحتكر في الحكر : وثبتت صفة الشفيع ،

في المرتبة الرابعة ، « لملك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » . وهذا السبب من أسباب الأخذ بالشفعة قد استحدثه التقنين المدني الجديد ، فلم يكن معروفا لالتقنين المدني السابق ولا في قانون الشفعة السابق (٣) . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تبرير استحداثه : « ويلاحظ ثانيا أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة ، فكل منها يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما في الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينهى بها حق الحكر

(١) وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع في حدود نصيبه فيه ، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته (م ٩٢٧ مدني - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٧) .

(٢) وتسرى الأحكام التي قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى ، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقيين كما هو الأصل أو كان ذلك جائزا على سبيل الاستثناء (م ٩٩٧ مدني) . ذلك أن المادة ٩٩٨ مدني تنص على أن « . . . تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقيين » . أنظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٣١ ص ٣١٤ - حسن كبيرة ص ٢ .

(٣) أنظر في نفي حق الشفعة في الحكر في العهد السابق استئناف مختلط (دوائر مجتمة) ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٧ ص ٨٤ - استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٥ - مصر الكلية ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ - ولكن قارن استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم : ص ١٥٥ .

وهو حق غير مرغوب في بقاءه « (١) .

ونلاحظ بادىء ذى بدء أن الحقين اللذين يأخذ أحدهما بالشفعة في الآخر .
في أرض محكرة للمحكر رقبته وللمستحكر حق الحكر فيها ، هما حق الرقبة
في هذه الأرض وحق الحكر فيها . أما البناء أو الغراس الذي يحدثه المحكر
في الأرض المحكرة فهو عقار يتميز عن كل من الرقبة وحق الحكر (٢) ،
ولا يشفع فيه إلا بطريق الحوار كما سيأتي ، أو بطريق بيعه تبعاً لحق الحكر
ذاته فعندئذ يؤخذ حق الحكر وما يتبعه من بناء أو غراس بالشفعة .

والفرض الذي نحن بصدده هو أن أرضاً رتب عليها صاحبها حق حكر .
فأصبح مالكها لرقبة الأرض المحكرة وإلى جانبه المحكر صاحب حق الحكر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ - وقد كان أحد أعضاء
لجنة الأستاذ كامل صدق قد تسأل « عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة للمحكر » ،
فاجاب رئيس اللجنة « بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحكر ، لأن الحكر يفترض وجود
وقف » . وأشار مع ذلك إلى حانة بعض المستحكرين المنصرح فتم بالبناء على أرض الغير ،
واقترح منح هؤلاء حق الشفعة في الأرض التي أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا
الاقتراح . ثم قال أحد الأعضاء « إنه توجد في بعض الأحيان مبان غير صحيحة أقامها صغار
الملاك على أرض للغير ، ولاحظ أن التسليم بحق الشفعة في مثل هذه الحالات يحول دون رفع
المستوى الصحي في الحي كله . فرد الرئيس على هذه الملاحظة بأن رفع المستوى الصحي
للحي . . يجب أن يترك أمره لعناية الحكومة ، التي تمتلك فرض شروط صحية أو إصدار مواصم
بنزع ملكية الحي كله أو بعضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الهاشم) .

(٢) ينص المادة ١٠٠٢ الذي على أن « يملك المحكر ، أحدثه من بناء أو غراس أو غيره
ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر » . وقد عقبتنا على هذا النص .
عند الكلام في حق الحكر ، بما يأتي : « ويتبين من النص المتقدم الذكر أن المحكر إذا بى
أو غرس في الأرض المحكرة ، كان البناء أو الغراس ملكاً له دون اتفاق على ذلك مع المحكر .
ويكون للمحكر في هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الآخر : حق عيني في الأرض المحكرة
وهو حق الحكر سالف الذكر . وحق ملكية تامة في البناء أو الغراس الذي أحدثه في العين
المحكرة . ويجوز له أن يتصرف في كل حق مستقلاً عن الحق الآخر . فيبيع مثلاً البناء
أو الغراس مع استبقاء حق الحكر ، ويجب على المشتري في هذه الحالة أجرة مثل الأرض المحكرة
دون التفتت إلى القيمة المقررة في عقد الحكر الأول . ويبيع حق الحكر مع استبقاء البناء
أو الغراس ، وفي هذه الحالة يكون عليه دو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق الحكر . ولكن
يطلب أن يتصرف في الحقين معاً ، فيبيع البناء أو الغراس مقترناً بحق الحكر ، ويحل المشتري
في هذه الحالة مكانه في كل من الحكر والبناء أو الغراس » (الوسيط ٦ فقرة ٨٠٦) .

فاذا باع هذا الأخير حق الحكر ، كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة ، فينتهى بذلك حق الحكر غير المرغوب فيه ، ويأبى مالك الرقبة شتات الملكية ويصبح كما كان مالكا للأرض ملكية تامة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة . وينتهى هنا أيضا حق الحكر غير المرغوب فيه . وقد يكون هناك جار يملك الأرض الملاصقة للأرض المحكرة ، وتتوافر فيه شروط الشفعة بالنسبة إلى رقبة الأرض وبالنسبة إلى حق الحكر . فاذا أخذ مالك الرقبة حق الحكر . بالشفعة ، أو أخذ صاحب الحكر رقبة الأرض بالشفعة تقدم أى منهما على الجار الشفيع إذا أراد هذا أخذ الحكر أو الرقبة بالشفعة . ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة بين الشفعاء ، أما الجار ففي المرتبة الخامسة كما سيأتى ، فيكون كل منهما متقدما في المرتبة على الجار وأولى منه بالشفعة .

ويلاحظ أخيرا أن الفرض الذى نحن بصدده - شفعة مالك الرقبة وشفعة المشتكر - نادر الحصول فى العمل . ويرجع ذلك إلى أن حق الحكر أصبح ، من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد ، لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدنى) . فضايق بذلك نطاق تطبيق الحكر ، وبخاصة بعد أن ألغيت الأوقاف الأهلية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فنجم عن ذلك انتهاء حق الحكر الذى كان مترتبا على الأعيان الموقوفة طبقا للمادة ١٠٠٨ / ٣ مدنى ، وهى الكثرة الساحقة من الأحكار . ولم يعد باقيا من الأحكار القديمة إلا تلك المترتبة على الأوقاف الخيرية وعلى الأعيان غير الموقوفة . ثم صدر القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، فأجاز بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف أن ينهى الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية . إذا اقتضت المصلحة ذلك . ويخلص من هذا أن الحكر قد أصبح الآن ، بفضل هذه التشريعات المتعاقبة ، ذا مجال ضيق محدود . فهو ، منذ صدور التقنين المدنى الجديد ، لا يمكن ترتيبه على أرض غير موقوفة . والأرض الموقوفة التى يمكن ترتيب حق الحكر عليها قد انحصرت فى الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . وحتى فى هذا المجال الضيق - الوقف الخيرى - يندر ترتيب

حكر جديد . وما هو قائم من أحكار قديمة يمكن إنهاؤه بقرار إداري (١) ، وإذا كانت هناك أحكار قديمة مرتبة على وقف خيرى . أو فرض - وهذا نادر - أن يرتب فيما بعد حق حكر على وقف خيرى . فإن الوقف لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة كما سيبنى . فاذا بيع حق الحكر المرتب على وقف خيرى ، لم يجوز لهذا الوقف أن يأخذه بالشفعة . ولكن إذا بيعت الأرض المحكرة الموقوفة وقفا خيريا عن طريق الاستبدال : جاز لصاحب حق الحكر أن يأخذها بالشفعة ، فيلم بذلك شتات الملكية ويصبح مالكا للأرض ملكية تامة . كذلك تجوز الشفعة في الأحكار القديمة ، المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على أرض غير موقوفة (٢) . فاذا بيع حق الحكر أو بيعت حق الرقبة . في هذه الأحكار القديمة وهى فى سبيلها إلى الزوال : فان لصاحب أى الحقين أن يأخذ الحق الآخر بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

١٨٤ - الجار المالك - أهوال ثمرت : وثبتت صفة الشفع . فى المرتبة

الخامسة ، « للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٧٩٧ ص ١٤٤٢ - ص ١٤٤٣ .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٠ - ص ٧١ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٢٨٠ ص ٤١٦ - منصور مصطلح منصور فقرة ١٣٢ . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « كذلك نجد أن هذا السبب لا يستطيع الأخذ بالشفعة بمقتضاه على الأقل فى شأن الأحكار المرتبة بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد إذا بيع ملك الرقبة . لأن الأصل أنه لا يجوز بيع ملك الرقبة مادامت وقفاً . وإذا جاز فى بعض الأحوال بيعها فذلك على أساس الاستبدال . وهو ما يؤدى إلى إنهاؤه صفة الوقف من الأرض المبيع ملك رقبيا . متى انتهت صفة الوقف عنها انتهى الحكر المرتب عليها ، وانتقل إلى الأرض البديلة عنها . فهنا لا يتصور إذن أن يأخذ صاحب الحكر بالشفعة الأرض المبيعة إذا بيع ملك رقبيا » . ويؤخذ على ذلك أنه ليس من الضرورى ، عند استبدال العين الموقوفة المحكرة ، أن يكون الاستبدال واقعا على كل العين حتى يصح القول بأن الحكر ينتقل إلى الأرض البديلة عنها . ولكن يجوز - وهذا هو الأجدى عمليا - أن يقع الاستبدال على رقبية العين المحكرة وحدها . فيبقى الحكر على العين الأصلية . وعندئذ يأخذ صاحب الحكر الرقبية بالشفعة . ويكون ذلك قبل تسجيل عقد البيع (منصور مصطلح منصور فقرة ١٣٢) وانتقال ملكية العين الموقوفة إلى المشتري وصيرورتها ملكاً ، فلا تكون صفة الوقف قد زالت وبسبب زوالها انتهاء الحكر .

(٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار ، أو كان حق الاتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل « (م ٩٣٦ بند ٥ مدني) (١) .

ونرى من ذلك أنه يجب مبدئياً التمييز بين المباني والأراضي المعدة للبناء من جهة ، والأراضي غير المعدة للبناء ويغلب أن تكون هي الأراضي الزراعية من جهة أخرى . فكل المباني القائمة فعلاً ، سواء كانت قائمة في المدن أو في القرى ، داخل حدود المباني أو خارجها ، تدخل في الطائفة الأولى . وتدخل في الطائفة الأولى أيضاً الأراضي التي لا تقوم عليها مبان فعلاً ولكنها تعتبر أراضي معدة للبناء . ويرجع في تحديد هذه الأراضي المعدة للبناء إلى الخرائط التي تعين حدود المدينة أو القرية (الكردون) (٢) . فإذا كانت الأرض تدخل في نطاق هذه الحدود فهي أرض معدة للبناء ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتاً لغرض آخر كالزراعة . والأرض التي لا تدخل في نطاق هذه الحدود تعتبر أرضاً غير معدة للبناء ، وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها بالفعل لتكون أرض

(١) وللجار في هذه الأحوال الثلاث أن يشفع في العقار إذا بيع ، حتى لو كان هذا العقار المبيع حصة شائعة في عقار مملوك لعدة شركاء على الشيوع ، ولم يطلب أحد الشركاء في الشيوع وهو مقدم على الجار أخذ الحصة الشائعة بالشفعة . ولا تتوقف شفعة الجار على نتيجة القسمة ، إلا إذا اقتسم المشتري العقار الشائع مع شركائه وأفرزت الحصة التي اشتراها فكانت غير مجاورة لعقار الجار ووقع كل ذلك قبل ثبوت حق الجار في الشفعة . أما إذا ثبت حق الجار في أخذ الحصة الشائعة بالشفعة ، فقد أصبح هذا الحق باتاً أيًا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . ذلك بأنه وقت بيع الحصة الشائعة كان شرط الجوار متوافراً ، وبقي متوافراً إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة . ولو وجب انتظار نتيجة القسمة ، فقد لا تطلب القسمة ويضيق على الشفيع حتى . انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٩ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ ص ٢٦١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٨ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٨٨ - وانظر عكس ذلك وأن حق الجار في طلب الشفعة يكون موقوفاً على نتيجة القسمة استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١١٣ ص ١٤٧ - على زكي العرابي فقرة ٥٨ ص ٣٥ - ص ٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٤٠ .

بناء فتعتبر في هذه الحالة أرضاً معدة للبناء (١) . فإذا استبعدنا المائي القائمة فعلا والأراضي المعدة للبناء على التحديد الذي ذكرناه . كان ما بقي من

(١) وكون الأرض غير اداخلة في نطاق «كردون» بلدية أو بلدية تعتبر قد أعدت فعلا . فكون أرضاً معدة للبناء مسألة واقع بيت فيه قاضي الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النفس . وقد نقتت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم الذي اعتبر الأرض غير معدة لبناء . فلا يكفي لشغلة في اجوار من جهة واحدة ، قد أقام فضاء على أن المنطقة التي تقع في واسعة المساحة وعالها متزرع ، وأن ما فيها من أبنية قليل ، فانه لا يكون قد أحط في تطبيق القانون (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٣ ص ٦٣٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ في الهدى . محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢ - ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٣١٧ - ص ٣١٨ . والعبارة في الأرض المشفوع فيها بخالفها وقت بيعها ، فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضي غير المعدة لبناء ، حتى لو كان المشتري أو الشفيع مزمعاً أن يبدها لبناء (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . والذي يعد به بوجه عام هو إعداد البيع الأرض للبناء ، لإعداد المشتري لها . فإذا اشترى شخص أرضاً زراعية لنفسها وببها لبناء ، فلا تثبت الشغلة إلا إذا توافر شروط اجوار من جهين وشروط القيمة ، لأنها تعتبر أرضاً زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من أراضي البناء كما سيدها المشتري (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤) . ومع ذلك إذا كانت الأرض معدة لتقسيمها إلى قطع للتب ، بحكم ملاصقتها لبيوت وانتشار العمران بالجهة التي هي فيها . فانه تعتبر أرض بناء ، حتى لو وصفت في عقد البيع بأنها أرض زراعية وقد تدرت ماحبها بالفدان وكانت مؤجرة للزراعة ولا يزال يدفع عنها المال باعتبارها أرضاً زراعية (استئناف مختلف ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) . وقضى بوجوب اعتبار الأرض زراعية ، ولو عين لها ثمن عال قدر بالذراع لا بالفدان ، مادامت الأرض واقفة خارج منطقة المائي بقرية Agglomération bâtie (استئناف مختلف ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وقضى بأنه يجب البحث عن تخصيص الأرض وعملاً إذا كانت توجد في منطقة لبناء . وكما ظهر أن منطقة لبناء هذه قريبة من قرية قريبة كفاً بحيث يمكن اعتبارها بالعمى ، بل لم يكن من اوجهة الإدارية ، جزاء لبناء ، فان الأرض تكون أرض بناء (استئناف مختلف ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٤) . وقضى بأن العبارة في الأرض المعدة لبناء بالتخصص الحبل المائي من موقعها في مدينة أو قرية ، لا بالتخصص الشخصي الذي قد يكون احتمالياً (استئناف مختلف ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وكان قد قضى بأن لو كالأمة ميناهورس لا تعبر داخلة ضمن دائرة المالك أو الأراضي المعدة للبناء والمدن أو القرى ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراضي زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية (استئناف مختلف ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) .

لأراضي يعتبر أرض عبر معدة لثناء . ويعتد . كقول : أرض مرروعة أو معدة للزراعة . وتدحل في الطائفة الثانية

والشعبة في المباني والأراضي المعدة لثناء . وهذه هي الحالة الأولى للجوار - بكى فيها مجرد الملاصقة . أما الأراضي عبر المعدة لثناء . فالشعبة فيها لا تكون بمجرد الملاصقة . بل يجب أيضا فوق ذلك أحد أمرين . إما أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاع بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها وهذه هي الحالة الثانية للجوار . أو أن تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين ونسوى في الوقت ذاته نصف ثمن هذه الأرض الأخيرة على الأقل وهذه هي الحالة الثالثة للجوار . ونستعرض تفصيلا كلا من هذه الأحوال الثلاث

١٨٥ - الحالة الأولى للجوار - المباني والأراضي المعرة لثناء : بكى

للاخذ بالشعبة . في هذه الحالة ، أن يكون العقار المشفوع به والمشفوع فيه متجاورين . أى متلاصقين من جهة واحدة . لا يبط أى شرط آخر . كوجود حق ارتفاع أو التلاصق من جهتين أو قيمة معينة للعقار المشفوع به . فهذه الشروط . مما يطلب بالإضافة إلى التلاصق في الأراضي عبر المعدة للبناء أى في الحالات الثانية والثالثة . كما سبق القول .

أما في حالة مباني والأرضي معدة لثناء . وهي حالة الأولى التي نحن بصددنا . فيكفي التلاصق من جهة واحدة . كلما . وإذا كان كل من العقار المشفوع به والعقار المشفوع به أرضا معدة للبناء . فالتلاصق يكون بين

(١) وعند . يكون التلاصق موجوداً وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة (استئناف محض ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٥٥) . وهل تنصيح إثبات ذلك (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١١٠) . ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) . ويجوز الرجوع في الإثبات إلى عهد مبيك الشفيع ولولم يكن له تاريخ ثابت . كما يجوز إثبات ذلك بالمعينة . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير التقاسمين من التمسك بحصول القسمة . وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بحره من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صرفاً . فعدم حصوله لا يضرر عليهم ولا يرفع على من لم يتم به . (محض ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ الخدمه ٢٣ رقم ٤٢ ص ٨٧ - وانظر نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعته مكتب الغير لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٢) .

الأرضين بداهة . وإذا كان كل من العقارين . أو كان أحدهما . بناء . فمما
على أرض كمنزل مقدم على أرض بعضها حديقة لمتزل أو فناء له . فالتلاصق
هنا أيضا يكفي أن يقوم بين الأرض المقام عليها البناء والأرض الأخرى سواء
أقيم عليها بناء أو كانت أرضا فضاء (١) . أما إذا كان الشفيع يشجع ببناء يملكه
دون الأرض المقام عليها البناء . كأن كان مستأجرا للأرض وأقام عليها
بناء (٢) . فإن البناء المشفوع به نفسه . وليس الأرض وحدها . يجب أن
يكون ملاصقا للعقار المشفوع فيه . فإن كان هذا العقار المشفوع فيه ذو أيضا
بناء بيع وحده دون الأرض التي أقيم عليها . وجب أن يقوم التلاصق بين
البنائين نفسيهما . ويتحقق ذلك إذا قام بينهما حائط فاصل سواء كان هذا
الحائط مشتركا أو غير مشترك (٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ .
(٢) أنظر في الفرق بين المستأجر والمحتكر نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة
المكتب الفني لأحكام النقص و ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٠ رقم ٣٠ .
(٣) وقد فرضنا فيما قدمناه أن ملكية الأرض منفصلة عن ملكية البناء . وقد يكون صاحب
البناء له حق القرار على الأرض بموجب حق عيني ثبت له في الأرض ، كحق الانتفاع أو حق حكر
فإذا فرضناه شفيعا ، كان له أن يشجع بالبناء الذي يملكه دون الأرض كما قدمنا . وكان له أيضا أن
يشجع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له في الأرض وهو حق عيني و عقده فيكون عقداً مميزاً عن
رقبة الأرض . وهو في الواقع من الأمر يشجع بالعقارين معاً . البناء المقدم على الأرض وبحق الانتفاع أو حق
الحكر الثابت له في الأرض . فيشجع بالبناء . مقترناً بحق القرار على الأرض . فيكون أن تكون الأرض ،
دون البناء ، هي الملاصقة للعقار المشفوع فيه . وإذا كان يشجع في بناء بيع دون الأرض ،
وكان لهذا البناء حق القرار على الأرض بموجب حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشجع في هذه
الحالة في البناء مقترناً بحق الانتفاع أو بحق الحكر . فتكون ملاصقة عقاره الذي يشجع به
للأرض المقام عليها البناء المشفوع فيه .

أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ - عبد المنعم البديراوي فقرة ٤٠٠ -
عبد المنعم فرج العدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - ص ٤١٤ - حسن كبيرة ص ٦ - ص ٧ -
وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٨ (حيث يذهب إلى أن صاحب
حق الانتفاع لا يشجع في العقار المجاور له) .

وإذا قام شخص بناء على أرض اشتراها قبل أن يسجل عقد شرائه ثم سجل عقد الشراء ،
فمفضل الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين الذي نقول به (أنظر مايل فقرة ١٨٩ في
الهامش) يعتبر مالكا للأرض ، بالنسبة إلى المشتري المشفوع فيه . من وقت العقد لا من وقت
التسجيل . ومن ثم يكفي أن تكون الملاصقة قائمة بين العقار المشفوع فيه والأرض التي اشتراها
وأقام عليها البناء ، دون هذا البناء نفسه .

ويمنع التلاصق على الوجه المتقدم أن يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع (١). وإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام ، لم يتحقق التلاصق (٢). أما إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكاً للشفيع أو مملوكاً للبائع أو مشتركاً بينهما ، فإن التلاصق يتحقق (٣) ، ولا يحول دون تحقق التلاصق في هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاع على الترعة أو المصرف أو الطريق ، فإن حق الارتفاع لا يمنع أن يبقى صاحب العقار مالكا لعقاره (٤). وإذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير ، أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم

(١) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٢ - ٣ بونيه سنة ١٩١٥

م ٢٧ ص ٣٨٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢

م ١٤ ص ٣١٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠

ص ١٩٠ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع

فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى

كان الطريق والمصرف خصوصيين ، إذ يكون الجوار متحققاً من الجهتين (نقض مدني

٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت

السكة الزراعية الفاصلة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها مملوكة لصاحب الأرضين

مناصفة ، فإن الجوار بين الأرضين يكون قائماً (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة

عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضت كذلك بأن المصرف الذي يفصل بين جارين لا يعتبر معه

التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين ، أما إذا كان مشتركاً بينهما

فالتلاصق قائم (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥) .

وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٧ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠

م ٢٢ ص ٢٢١ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - وانظر عكس ذلك استئناف

مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٨٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود مصرف في العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين

العقار المشفوع به ، ومخصص لمصرف مياه أراض أخرى ، لا يمنع قيام حائنة الجوار بين

العقارين بالمعنى المقصود في الشفعة ، فإن وجود حق ارتفاع للغير على أرض المصرف

لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل هي تغل جزئاً من العقار . فالحكم

الذي يعتبر وجود مثل هذا المصرف مانعاً من التلاصق المتعطل في الشفعة ، لجرد تحمله بحق

الارتفاع لايرتأب تسجيله مع إزالته . ويكون حائطاً (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣

مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢) .

بشمها البيع . فإن التلاصق لا يتحقق . وقد يفتح ذلك باب التحايل لمنع الشفعة . فيقطع البائع من الأرض المبيعة شريطاً هو الملاصق للعقار المشفوع به والممتد على طول حده المجاور . فيحتفظ بملكيته ولا يدخله في البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه . أو يهبه للمشتري منعاً للشفعة أيضاً . وقد أجاز هذا النوع من التحايل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية . بدعوى أن الشفعة حق ضعيف (٢) . ولكن الصحيح أن التحايل على القانون لا يجوز ، فإذا فعل البائع شيئاً من ذلك ، جاز للشفيع أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات ، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ٢٤ ص ٢٣٢ .

(٢) أنظر أيضاً في معنى جواز التحايل : استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٥٩ - دشنا ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ - استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التحيل لإبطال الشفعة منافض للغرض المقصود منها . لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . فإذا ما أجزت التحيل لإبطالها . كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذي قصد إبطاله ، فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للحاكم أن نقره بوجه من الوجوه . واستخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجربة الصفقة التي اشتراها التحيل منع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة . هو من أمور الموضوع التي يفضل فيها قاض الدعوى دون معقب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة غير رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل ما قصده الحكم بائناً أو التديس الذي أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون ، وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سببه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التي أوردتها ، فإن النعي عليه بالقصور أو مخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨) - وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يمنع الشفعة أن يترك البائع جزءاً من الأرض المبيعة لا يدخله في البيع تحايلاً لإسقاط الشفعة (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥) - وأنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٩ - استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ - استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٤١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٨ - محمد كامل مرسي ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٥٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٨ - إسماعيل غانم ص ٧٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٩ - عبد السلام فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٢ ص ٣١٦ - حسن كيرة ص ٦ .

فاذا كان العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقين على النحو الذى فصلناه . فإنه يكفي لتحقيق التلاصق أن يكون قائما بين العقارين بأى امتداد مهما صغر . ولو كان بشبر واحد . وتما قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لما كان الشارع قد استمد شفعة الحار من فقه الحنفية . كإلا بما أورده في النص من شروط . وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفي ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة . لما كان ذلك . فإنه يكون مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الحار أن يضيف الحكم إلى القيود التى أوردها النص قيда لم يرد فيه ، بأن يشترط لثبوت شفعة الحار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، فى حين أن المقرر فى قواعد التفسير ألا مساعٍ للاجتهاد فى مورد النص وأن المطلق يجرى على إطلاقه (١) .

والتلاصق ، بأى امتداد مهما صغر . يكفي أيضا أن يكون من جهة واحدة ما دام العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . والمعتاد أن يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية . أى يكون إلى جانبه فى أية جهة من جهاته . ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية . فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٥ ص ٣٤٨ وفقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢ - عبد المنعم اليدرارى فقرة ٤٠٥ ص ٤١٢ - إسماعيل غانم ص ٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ - حسن كبيرة ص ٥ .

وانظر رأياً مخالفاً يذهب إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنعصف الخد أو تلك ، وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة : محمد كللم مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ وفقرة ٢٢٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩ - استئناف مخطوط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٧ - ٢٧ بويه سنة ١٩٥٤ م ٥٦ ص ٢٠٧ . وعيب هذا الرأى واضح ، فهو يفتح الباب للتحكم ، ولاشك فى أنه إذا أعطى للقاضى حق تقدير متى يكون الامتداد كافياً فإن الأنتظار تخلف فى ذلك . وقد تعطى الشفعة محكمة وتمنهما شبكة أخرى . وذلك رجعت دكرة الاستئناف الضميمة عن هذا الرأى ، وأكدت أن التلاصق مهما صغر (استئناف مخطوط بويه سنة ١٩٥٥ م ٥٧ ص ١٦١)

أولاً في أسفله . وهذا يتحقق في ملكية الطبقات (١) . ففي البناء ذي الطبقات المتعددة المبسوكة لذلك مختلفين . تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها . وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كذلك . وهكذا . فيجوز إذن أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات في الطبقة التي هي فوقه مباشرة وفي الطبقة التي هي تحته مباشرة . لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين : الطبقة الأعلى في أسفلها والطبقة الأدنى في أعلاها (٢) . بل إن صاحب الطبقة وهو الحار الرأسي أول بالشفعة من الحار المعتاد وهو الحار الحائبي . إذ أن الأول يرجح الثاني بأنه فوق ملاصقته للعقار المشفوع فيه شريك أيضاً في الشيوع في الأجزاء المشتركة للعقار كالسلم والباب الخارجي والفتاء وما إلى ذلك (٣) . بل إننا نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقيم شفعة أصحاب الطبقات لا على مجرد الحوار الرأسي ، ولكن أيضاً على الشركة في الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض ، والأرض تعتبر ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ٨٥٦ / ١ مدني صراحة في هذا المعنى على أنه « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض » . فصاحب الطبقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة في

(١) وقد نصت المادة ١١٣٠ / ٢ مدني عراق على ما يأتي : « وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر » .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ - عبد المنعم أبادراوى فقرة ٣٩٧ ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وترتيباً على ذلك إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين للمالكين مختلفين ، فإن لكل منهما أن يشفع في عقار الآخر ، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض ، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . وترتيباً على ذلك أيضاً ، إذا أهدم العلو الذي له حق القرار على السفل ، فإن حق القرار نفسه يكون عقاراً ملاصقاً للسفل ، فإذا بيع حق القرار هذا شفع فيه صاحب السفل ، وإذا بيع السفل شفع فيه صاحب حق القرار (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢١٥) . وترتيباً على ذلك أخيراً . إذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات . وبيعت الطبقة الوسطى شفع فيها كل من صاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى ، أو بيعت الطبقة العليا أو الطبقة السفلى شفع فيها صاحب الطبقة الوسطى (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٦) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٢ ص ٤٢٤ .

الأرض التي أقيمت عليها طبقته . فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض ، في الطبقة التي بيعت (١) . والشبوع هنا أقوى من الشبوع العادي . فهو شبوع إجباري لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره ، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصوا جزئيا . وإذا أخذ بوجهة النظر هذه ، ترتب على الأخذ بها أن صاحب الطبقة يكون شفيعا في كل الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لطبقته فهو لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكا في الشبوع في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات (٢) .

١٨٦ — الحالة الثانية للمجوار — لأرض المبيعة أو عليها من ارتفاع

لأرض الجار : وفي هذه الحالة نواجه أراضى غير مبنية وغير معدة للبناء ، وهي — أكثر ما تكون — أراضى زراعية . ويجب بادئ ذي بدء ، لجواز الأخذ بالشفعة هنا ، أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين . وقد بسطنا القول في شرط التلاصق في أراضى البناء ، وينطبق هنا ما قلناه هناك .

ولا يكفي التلاصق هنا ، وكان يكفي في المباني وفي الأراضى المعدة للبناء كما سبق القول . بل يجب في هذه الحالة الثانية أن تكون هناك صلة أخرى بين الأراضين فوق التلاصق ، هي أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها (٣) . فيرتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في

(١) ولعل هذا المعنى يمكن أن يستفاد مما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدوق ، إذ « أشار الرئيس إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الهامش) .

(٢) قرب من هذا الرأي محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ — وقد نصت المادة ٢٣٩ (٦) من قانون الملكية العقارية النجدي (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يثبت الحق في الشفعة . . . (٦) لأصحاب ضوايق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الضوايق . . . »

(٣) ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة ، فإن قيام حق الارتفاق وحده يفي عن كل ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لقيام الحكم القاضي بالشفعة أن يثبت جوار الشفع في حد واحد بقطعة أرض عليها حق ارتفاق بملحة الأرض المشفوع فيها ، دون الاعتداد في هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع فيها (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

الفرضين . وإما أن تتخلص الأرض المشفوع بها مما عليها من حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها في الفرض الأول . أو تتخلص الأرض المشفوع فيها من حق الارتفاق الذي عليها للأرض المشفوع بها في الفرض الثاني (١) . وفائدة الشفع في أن تتخلص أرضه من حق الارتفاق الذي عليها في الفرض الأول واضحة . وكذلك له فائدة في أن يزول حق الارتفاق الذي لأرضه على الأرض المشفوع فيها في الفرض الثاني . إذ يصبح مالكا للأرض المرتفق بها وتزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى (٢) .

وحق الارتفاق الذي يكون لأرض على أخرى . فيسوغ الأخذ بالشفعة . قد يكون . مصدره الاتفاق . فيجوز الاتفاق بين صاحبي أرضين متلاصقتين على أن يكون لإحدهما حق ارتفاق على الأخرى . كارتفاق بالشرب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يسوى في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها أو للأرض المشفوع بها . فلا جدوى من الطعن في الحكم بمقولة إنه أخطأ في التفرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفع على الأرض المشفوع فيها ، في حين أن الثابت هو أن حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها على أرض الشفع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمود رقم ٣١٠ ص ٦١٥) .

(٢) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٦ - وقد حاول بعض أعضاء لجنة الأستاذ كامل صلق اشتراط أن يكون حق الارتفاق الذي يبيع قيمه الأحد بالشفعة ذا أهمية حيوية . فعندما استطرد رئيس اللجنة قائلا إن الأمر يقتضي بحث الفقرة (ب) التي تقرر حق الشفعة للجار في حالة وجود حق ارتفاق ، وطلب إلى الأعضاء الإدلاء بملاحظاتهم بشأن هذه الفقرة ، قال أحد الأعضاء « إن كثيراً من حقوق الارتفاق غير ذي أهمية ، لذا فالرأي عنده أن يقصر منح حق الشفعة على الحالات التي يوجد فيها حق ارتفاق على جانب من الأهمية عظيم » . وأضاف عضو آخر « أنه لما كان مرد حق الشفعة في هذه الحالة مصلحة اقتصادية ، فمن المتعين أن يكون حق الارتفاق الذي يستند إليه الشفع في استعمال حقه في الشفعة ذا أهمية حيوية . وساق لذلك مثلا حق ارتفاق الشرب والسيول » . وأيد عضو ثالث هذا الرأي « مقترحا النص على أن يكون حق الارتفاق هاما أو ذا منفعة جدية » . وسأل أحد الأعضاء « عما إذا كان المراد استبعاد حقوق الارتفاق في المدن . وقصر حق الشفعة على حالات الارتفاق في القرى » . فأجاب رئيس اللجنة « بأنه لا محل لهذه التفرقة . بل لا محل في رأيه لتسيير بين حقوق الارتفاق تبعاً لأهميتها . إذ أن هذا التسيير سيكون مصدراً للنزاعات وصعوبات جمة ، إذ سيجب أن التقطت تغيير أهمية حق الارتفاق في حالات الشفعة هذه ، والواقع أن قيم حق ارتفاق كذا في ذاته » . فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٨ في الحاشي) .

أو بالمجربى أو بالصرف أو بالمرور (١) . وقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصلي (٢) أو التقادم ، وأيا كان المصدر فثمة حق ارتفاق يجيز الأخذ بالشفعة . ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي نتج من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر . وقد سبق بيان هذه القيود تفصيلاً عند الكلام في القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . فالقيود المتعلقة بالرئ من شرب ومجربى ومسبل . والقيود المتعلقة بالمطلات المواجهة أو المنحرفة ، وحق المرور القانوني ، كل هذه قيود قانونية . وقد رأينا أن هناك رأياً يذهب إلى أنها حقوق ارتفاق قانونية . وأيا كان تكييفها . وسواء اعتبرت قيوداً قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ، فإن قيام أى منها يسوغ الأخذ بالشفعة (٣) .

ولا مانع من أن يتحقق التلاصق بين العقارين في نفس المكان المقرر عليه حق الارتفاق (٤) . كذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقرراً مثله أيضاً

(١) وقد قضى بجواز الأخذ بالشفعة متى كان كل من صاحبي الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا على عملها على حاسبها ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها . فان كلا منهما في انتفاعه بالمرور إنما يستعمل حق ملكيته في العنف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) .

(٢) وقد قضى بأن رى عقارين من سكة واحدة أنشئت بتخصيص المالك الأصل ، وقيام حق ارتفاق بالرئ بعد تقسيم المقارات ، من شأنه أن يسوغ استعمال حق الشفعة بأحد العقارين في العقار الآخر (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١) .

(٣) انظر في هذا المعنى عبدالممنم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٥ - ٤١٦ .

(٤) وقد قضى بأنه لا يوجد قانوناً ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذي يتوافر به الجوار (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضى أيضاً بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسقة الخاصة الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للثنتين ، مما يفيد أن حق ارتفاق الرئ المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التي يدخل فيها نصف المسقة ، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - وانظر في المعيار الذي يؤخذ به لمعرفة ما إذا كانت الترة ترة عامة أو ترة خاصة نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣ - - وانظر بمسألة معرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ .

لمصلحة أراضي أخرى . وإذا كان ذلك حق صرف أو حق مرور مثلاً مقرر لمصلحة عدة أراض على أرض الشفيع . وبيع إحدى هذه الأراضي . فإن للشفيع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . لا يمنع من ذلك أن حق الارتفاق ينشأ على أرض الشفيع لمصلحة الأراضي الأخرى التي لم يجر بيعها . ذلك أن الشفيع . إذا لم يتخلص في هذه الحالة من حق الارتفاق تخلصاً كلياً . فقد يتخلص منه تخلصاً جزئياً . وهذه على كل حال خطوة نحو التخلص منه نهائياً . وكذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع فيها لمصلحة الأرض المشفوع بها مقررًا مثله لمصلحة أراضي أخرى . فإن الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أيضاً . إذا كان لا يقضي حق الارتفاق قضاء كلياً . فهو على كل حال خطوة نحو تحقيق ذلك (١) .

وإذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها . وكان المبرر للأخذ بالشفعة في هذا الفرض هو قضاء حق الارتفاق . فإن هذا المبرر يزول إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق لمصلحة الشفيع . فإذا كانت الأرض المشفوع بها محملة بحق مرور مثلاً لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فإن المشتري لهذه الأرض الأخيرة . وقد انتقل إليه حق المرور مع الأرض المبيعة . يستطيع أن يتزل عن هذا الحق فيزول . ولا يعود هناك مبرر للشفيع في الأخذ بالشفعة . فيسقط حقه في ذلك (٢) . والمقرر في هذا

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن اشتراك الغير في الانتفاع بحق الارتفاق الذي للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يحرم الشفيع من التمسك بحق الارتفاق للمطالبة بالشفعة . لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على الأرض المشفوع فيها مبرراً لمصلحة أرض الغير دون غيرها ، أو أن يكون حق الارتفاق الذي على أرض الغير مبرراً لمصلحة الأرض المشفوع فيها وحدها (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة ص ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤ وقد سبقته الإشارة إلى هذا الحكم . وانظر أيضاً نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة ص ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢ - استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ ص ٥٣٠ (٢٢٩) - وانظر أيضاً في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ وقررة ٢٣٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - صور مصلح منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطط ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ ص ٣٠٠ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف وطي ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحلدة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحلدة ٢ رقم ١٠ ص ٣١٥ - استئناف مخطط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ ص ١٨ -

الشأن أو نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له هذا الأثر إلا إذا وقع قبل رفع دعوى الشفعة . فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنزول المشتري عن حق الارتفاق من أثر ، لأنه لا يستطيع بعماء وحده أن ينير من النتائج القانونية التي تترتب على رفع الدعوى فيحرم الشفيع من حق الشفعة . وهو حق أقره له القانون وقام هو بالمطالبة به (١) . وهناك رأي يذهب إلى أن نزول المشتري عن حق الارتفاق ينتج أثره ويسقط حق الشفيع حتى لو وقع بعد رفع دعوى الشفعة . بشرط أن يقع قبل صدور الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري ، إذ يشترط للأخذ بالشفعة أن يظل سببها قائماً من وقت صدور البيع إلى أن يحكم بها أو يسلم بها المشتري (٢) . وعندنا أن حق الشفيع يثبت بمجرد

= ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥
ص ٢٢٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣
ص ٤١٦ .

وقد اکتفی فی بحثة الأستاذ کامل صدق بما استقر علیه القضاء فی هذا الشأن . إذ لما استفسر أحد الأعضاء « عما إذا كان من المستحسن أن يضاف إلى النص الذي تمت الموافقة عليه ما يفيد سقوط حق الشفعة في حالة التنازل عن حق الارتفاق قبل رفع الدعوى ، ولفت النظر إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٩٢١ جاء فيه أن تنازل المشفوع ضده أثناء سير الدعوى عن حق الارتفاق المقرر له على أرض الجاز لا يترتب عليه رفض طلب الشفعة » ، قال رئيس اللجنة إنه يرى إدخال هذه الإضافة . « وبعد مناقشة استقر رأي اللجنة على عدم الأخذ بها ، اكتفاء بالرأي الذي جرى عليه القضاء في هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٩ في الهامش) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن البحث فيما إذا كان التنازل بعد رفع دعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أولاً يسقطه مجاله أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون . ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقاً لقانون الشبر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذي حصل التنازل وقت سريانه . ولا يعني عن ذلك مجرد تقرير بالتنازل عن حق الارتفاق في الدعوى بعد رفعها (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٤ ص ١٢٠١) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - ص ٣١٩ .

إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ،
وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشتري في البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة.
وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً
لما تم من أثر قانوني ترتب مباشرة على إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . ومقتضى
هذا النظر أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له أثر في إسقاط حق
الشفيع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وليس قبل صدور
الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة (١) .

١٨٧ - الحالة الثالثة للحوار - أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة

من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :
وهنا أيضاً نواجه أراضى غير مبنية ولاهى معدة للبناء . وهى أكثر ما تكون
أراض زراعية . وقد حل محل شرط قيام حق الارتفاق ، الواجب توافره في
الحالة الثانية . شرطان يجب توافرها في هذه الحالة الثالثة : (١) ملاصقة
أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين . (٢) كون أرض الشفيع لا تقل في
القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة . ونبحث كلا من هذين الشرطين :
(الشرط الأول) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين :
لا يكفي هنا ، في هذه الحالة الثالثة كما كان ذلك كافياً في الحالتين الأولى
والثانية ، ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهة واحدة ، بل يجب
الملاصقة من جهتين . وهذا من شأنه أن يوثق صلة الحوار ما بين الأرضين
ويقوم ، إلى جانب قيمة أرض الشفيع ، مقام حق الارتفاق في توثيق صلة

(١) أما إذا كانت الأرض المتفوع بها هى التى لها حق ارتفاق على الأرض المتفوع
فيها ، وعرض المشتري أن ينهى حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التى يباشر فيها
هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يطالب المشتري بمقابلة للأرض
التي ينزل عنها للشفيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الشفعة سبباً لكسب الملكية
وتثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق
بعرض المشتري التنزل عن أرض المبيعة التى يدعى الشفيع أن له ارتفاقاً عليها مقابل ثمن
بتقاضه من الشفيع . إذ لا سند في القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض (نقض مدني
٢٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٨
رقم ١٧) .

الحوار في الحالة الثانية . فالملاصقة من حد واحد إذن لا تكفي : ولو كانت في نقطتين من هذا الحد (١) . بل ولو كانت على طول هذا الحد الواحد بأكمله (٢) .

فيجب إذن أن تكون الملاصقة من جهتين أو من حدين (٣) . والمقصود بالجهة أو الحد جهة من الجهات الأصلية الأربع : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب . وليس يلزم أن تكون الجهتان الواجب الملاصقة فيهما متجاورتين . بل يصح أن تكونا غير متجاورتين . فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب ، يجوز أيضاً أن تكون من الشرق والغرب

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ الهامة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - وقد قضى بأنه إذا كان الشفيع جاراً من حد واحد منكسر أو منحني ، فإن هذا لا يغير من وضعه من أنه جار من حد واحد فقط ، وإن كانت الملاصقة في نقطتين من نفس الحد (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥١ م ٥٣ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧١ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نازع المشتري في جوار ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين ، فقضت محكمة الموضوع بعدم جدية هذه المنازعة استناداً إلى إقرار المشتري الوارد بمقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاور القدر المبيع من الحدين الشرق والغرب ، وإلى تسليم المشتري بهذا الجوار في صحيفة دعوى التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها ، وإلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التي تجاور الأرض المشفوع فيها من حدين ، فإن هذه الدلائل التي أوردها الحكم كافية لحمل قضائه على هذا المصير (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ؛ رقم ٧٤ ص ٥٠٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبل والشرق مثلاً) ، بقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرق يرتد أثره إلى تاريخ العقد - فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ويلاحظ في شأن هذا الحكم أمران : (١) ما سبق أن ذكرناه في الجزء الرابع من الوسيط من أن للتسجيل أثراً رجحياً فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ٥٢٨ . (٢) يبلو من وقائع القضية أن الشفيع قد شغمت بأرضين يجاور كل منهما الأرض انبيعة في حد واحد ، وكان يكفي أن ترفق دعوى الشفعة لهذا السبب ، إذ أن الشفيع يجب أن تشفع بأرض واحدة تجاور الأرض المبيعة في حدين كما سبق القول) .

أو من الشمال والجنوب^(١) . وتكنى الملاصقة ، في كل من الحدين ، في نقطة واحدة ولو بقدر شبر واحد ، فلا يلزم أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه^(٢) . والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة ، فإذا لاصقت الأرض المبيعة أرض الشفيع في جهتين منها فقد توافر الشرط ، حتى لو كانت الملاصقة في جهة واحدة فقط من الأرض المبيعة^(٣) .

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٢) أنظر ما قدمناه آنفاً في الملاصقة في أراضي البناء فقرة ١٨٥ - وانظر نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٠ - وانظر عكس ذلك وأن الملاصقة يجب أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة الأولى من قانون الشفعة (المادة ٩٣٦ من التقنين المدني الجديد) بنصها على جواز الشفعة « إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل » قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبارة في تقرير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة ، إذ هي قد أسدت الملاصقة إلى أرض الشفيع ، واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساوياً نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل . وهذا وذلك يقطعان في أن الشارع قد ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المبيعة ، مما يقتضى القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضاً وصف وارد على أرض الشفيع لا على الأرض المبيعة . ويؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار ، ومقتضى هذا أن هذا الجار المقصود دره الضرر عنه هو الذي تكون جيرته محل الاعتبار (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم : « ومن حيث إن المظنون ضده الأول (الشفيع) والطاعنين (المشفوع ضدهم) قد اختلفوا في تحديد جوار الملكين ، الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها . فالأول يقول إن أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين هما الحد الغربي والحد القبلي ، والآخرون يقولون إن أرضهم هي التي تحد الأرض المشفوع بها من جهتين الشرقية والقبلية ، أما أرض المشفوع بها فإنها تقع في الزاوية البحرية الشرقية للأرض الشائعة فيها المقدر المشفوع فيه ، أي أن حداها من هذه الناحية منكسر ، وهي بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها إلا من جهة واحدة هي إما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية . . . ومن حيث إنه يبين من أوراق الدعوى المقدمة من الطاعنين أنفسهم أن أرض الشفيع تجاور الأرض المشفوع فيها من جهتين هما كل الحد الغربي لأرض الشفيع وكل حداها القبلي ، فتكون الشفعة في هذه الحالة جائزة ») - وأنظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٢ =

ويجب أن يلاصق الشفيع . في حدين من حدود أرضه الواحدة ، الأرض المبيعة . فلو لاصقها في حد واحد من حدود أرض مملوكة له ، وفي حد واحد آخر من حدود أرض أخرى مملوكة له ، لما جازت الشفعة . إذ يجب لجوازها أن يلاصق الشفيع بأرض واحدة - لا بأكثر - الأرض المبيعة . ويلاصقها في حدين من حدود الأرض الواحدة التي يشفع بها ^(١) على الوجه الذي سبق بيانه .

(الشرط الثاني) كون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة : وقد كان هذا الشرط غير مطلوب في التقنين المدني السابق . فكان بعض الناس يضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة . فيشترون قطعاً صغيرة من الأرض في وسط أراض واسعة . ويتربصون . حتى إذا بيعت أرض مجاورة لأرضهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن بأن يطلبوا الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم يسامون وينزلون عن حق الشفعة في نظير مبلغ من المال ^(٢) . فاشترط قانون الشفعة السابق أن تكون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، للحد من هذه المساومات والمضاربات . وانتقل هذا الشرط إلى التقنين المدني الجديد ^(٣) .

= أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٦ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - ص ٤١٨ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بأرض مملوكة له ، ويجاورها من جهة أخرى بأرض غير الأرض الأولى بصفته شريكاً في الشيوع فيها ، فلا شفعة ، لأن الشفعة ، لا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بعقارين منها (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٢٤) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ ص ٤٢٩ - ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٩ - حسن كبيرة ص ٧ - ص ٨ .

(٢) وقد أشير إلى هذه المساومات في لجنة الأستاذ كامل صدق (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٦١ في الهامش) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة، لأن هذا هو الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة بما فيها قيمة أرض الشفيع (١). أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة، فالعبرة بالثمن الحقيقي الذي بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية، لأن هذا هو صريح النص. ولأن هذا هو الثمن الذي يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة (٢). أما مساحة كل من الأرضين فلا يعتد بها، فقد تكون مساحة أرض الشفيع ضعف مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذي اشترت به الأرض المبيعة، فلا يجوز في هذه الحالة الأخذ بالشفعة (٣).

وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة في أرض مجاورة للأرض المبيعة، فالعبرة بقيمة كل الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة، لأن الأرض المشفوع بها تكون في هذه الحالة هي كل الأرض الشائعة (٤). أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء في الشيوع دون الباقي، فالعبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها لا بقيمة كل الأرض، لأن هذه الحصة الشائعة تكون في هذه الحالة هي الأرض المشفوع بها (٥).

(١) أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨.
 (٢) محمد علي عرفه ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٥٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - ص ٤١٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٣٣ ص ٣٢٠ - حسن كبيرة ص ٧ - وهناك رأى يذهب إلى أن العبرة بالثمن الحقيقية للأرض المبيعة، لا بالثمن الذي اشترت به (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - شفيق شحانة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٧ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩).

(٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩.

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣.
 (٥) استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ - حسن كبيرة ص ٧ - وانظر عكس ذلك وأن العبرة بقيمة كل الأرض الشائعة ولو لم يطلب الشفعة إلا أحد الشركاء في الشيوع: استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩.

(ب) الشروط الواجب توافرها في الشفيع

١٨٨ - يباين هذه الشروط : يجب ، حتى يستطيع الشفيع الأخذ

بالشفعة ، أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

(١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حتمه في الشفعة (١) .

(٢) أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة .

(٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه .

(٤) ألا يكون وقفا .

١٨٩ - الشرط الأول - الشفيع مالك للعقار المشفوع به من وقت

بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حتمه في الشفعة : يجب أولا أن يكون

الشفيع مالكا للعقار المشفوع به (٢) . فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع

أو بحكر (٣) ، وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو لرقبة العين

المحتكرة أو لحق الحكر . وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على

(١) وتنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٣٣ ، من عراقى على ما يأتي :

« ١ - لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لما وقت البيع .

٢ - ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقارا مملوكا ، وأن يكون بيعه قد تم قانونا .

ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكا للشفيع وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبي

مملوكا له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضى عليها » - وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية

العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على ما يأتي : « يعود حق الشفعة

للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند المشترى » .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٤ ص ٥٤٩ .

(٣) ويلاحظ أن من يشفع برقبة في حق انتفاع أو في حق حكر ، ومن يشفع بحق

انتفاع أو بحق حكر في رقبة ، يجب أن يكون مالكا للرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر .

وكذلك الشريك في الشيوع يجب أن يكون مالكا لحصة شائعة في الملك التام أو في الرقبة أو في

حق الانتفاع أو في حق الحكر . أما الجار ، فيجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به ملكية

تامة ، أو على الأقل يملك رقبته ، إذ النص يقول «الجار المالك» . فلا تثبت الشفعة لصاحب حق

انتفاع أو لصاحب حق حكر في العقار الجاور ، ولكن تثبت الشفعة للجار المالك ملكية تامة

أو للجار الذي له ملك الرقبة كما قدمنا (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ -

منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٣ ص ٣١٧ - حسن كيرة ص ٧) - ولكن يجوز للجار

المالك أن يشفع في حق الانتفاع أو في حق الحكر الجاور له (أنظر مايل فقرة ١٩٥) .

الشيوع ، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة أى أن يكون أحد الشركاء فى الشيوع . وإن كان يشفع بعقار مجاور فى إحدى حالاته الثلاث المتقدم ذكرها ، وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور .

وملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . وأهم ما يعرض فى العمل فى هذا الصدد أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع . فيجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، فجرد المفاوضات بين الشفيع والبائع له لا تكفى إذا لم يتم البيع (١) . وتتمام البيع نفسه لا يكفى ، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا ، -تنى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به (٢) ،

(١) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٢ ص ٧٩ - استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٠٣ - استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٣ ص ٦٦٦ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

(٢) أما قبل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فكانت الملكية تنتقل بالبيع غير المسجل فيما بين المتعاقدين ؛ ولما كان المشفوع ضده لا يعتبر من الغير فى عقد البيع الذى تملك به الشفيع العقار المشفوع به ، فإن الشفيع كان يعتبر مالكا بالنسبة إلى المشفوع ضده حتى قبل أن يسجل عقد شرائه للعقار المشفوع به ، فكان يجوز له الأخذ بالشفعة ولولم يسجل (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٤ ص ٢٥١ - ص ٢٥٧) .

ولكن بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون الشهر العقارى ، وفيهما لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، اجمع القضاء والفقه على أن الشفيع لا يجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٤٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - أسبوط الكلية ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ - ملوى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ - استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٨١ - ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيه -

وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة (١) .
وقد اطر د قضاء محكمة النقض على أنه إذا لم يكن عقد شراء الشفيع للعقار المشفوع
به مسجلا وقت البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة . فإن الشفعة لا تجوز حتى لو
كان شراء الشفيع سابقا على البيع المشفوع فيه وسجل الشفيع عقد شرائه قبل
تسجيل هذا البيع (٢) . ولا تأخذ محكمة النقض بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين
المتعاقدين (٣) ، ولو أخذت به . كما تأخذ ، لتبين أن الشفيع بعد أن سجل
عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به - بالنسبة إلى من لا يعتبر غيرا
في هذا العقد ويدخل فيهم المشتري للعقار المشفوع فيه - من وقت شراء العقار
المشفوع به لا من وقت تسجيل هذا الشراء . فيكون الشفيع ، بفضل هذا
الأثر الرجعي . مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه .
حتى لو سجل المشتري المشفوع ضده هذا البيع قبل أن يسجل الشفيع عقد

= سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٦٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٥
- إسماعيل غانم ص ٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ - حسن كيرة ص ١٠ . ونظر
عكس ذلك وأنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده : عبد السلام ذهني في الأموال
فقرة ٤٦٣ ص ٦٥٧ وفقرة ٤٨٩ ص ٦٧٩ - ص ٦٨٠ .

(١) نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة
أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت
صدور البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ -
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) .

(٢) فلو كان الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل ، ورفع الشفيع على البائع له
دعوى بصحة التعاقد وسجل صحيفة الدعوى ، وصدر الحكم بصحة التعاقد . ثم صدر البيع الذي
يؤخذ فيه بالشفعة قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد ، لم يحز للشفيع الأخذ بالشفعة ، لأن الحكم
بصحة التعاقد لم يسجل قبل صدور البيع المشفوع به (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٢ مجموعة
عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٥ -
محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٦ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٩٥ ص ٤٣٤ -
ص ٤٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٢٢٢) .

(٣) نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ٤ أبريل
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم
١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

شرائه . فيجوز إذن . في رأينا ، للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه
للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه ، على شرط أن يسجل عقد شرائه (١) .
أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .

ولا يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع
المشفوع فيه ، بل يجب أيضا أن يبق مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه
في الشفعة (٢) . فلو أنه . ما بين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت

(١) وهذا ما سبق لنا القول به عند الكلام في عقد البيع ، فقد قررنا في هذا الصدد
ما يأتي : « نفرض مشتريا لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه
شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ،
لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة .
أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار
المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . وذو اثر الأخذ بالأثر
الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذي ذهبت إليه محكمة
النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري
العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولذلك
في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو السابق
مجاورا للعقار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد
منهما فيتمتع بذلك حق قرره القانون وتبينت الأسباب لكسبه » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤
ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) . وقد ناقشنا طويلا ، عند الكلام في البيع ، الرأى القائل بأن لتسجيل
أثرا رجعيا فيما بين المتعاقبين دون الغير ، وانتصرنا لهذا الرأى ، واستندنا في ذلك إلى جملة
من الحجج تدعمه ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦) .
وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٣ هامش ٢ - منصور مصطنق منصور فقرة
١٣٤ ص ٣٢١ هامش ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أحدث المشتري لأرض بعقد غير مسجل بناء على الأرض ،
أصبح هذا البناء ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله من حق البناء على سبيل البناء والقرار
ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا لبناء (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة
أحكام النقض رقم ٤٨ ص ١٦٦) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه لو صح ما ذهبت إليه محكمة النقض
من أن المشتري يشفع بالبناء - لا بالأرض - لوجب أن يكون البناء نفسه هو الملاصق للعقار
المشفوع فيه ، ولا يكفي أن تكون الأرض هي الملاصقة .

(٢) وثبوت حق الشفيع في الشفعة ، بحسب قضاء محكمة النقض ، إنما يكون بصور
الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة أي من وقت تسليم
المشفوع ضده للشفيع بالشفعة . وفي رأينا أن الشفيع يثبت حقه في الشفعة ، إذا توافرت =

حقه في الشفعة ، باع العقار المشفوع به أو وجهه فلم يعد مالكاً له (١) ، أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يشفع بالعقار بالوقوف (٢) كما سيجيء ، أو انفسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به بتحقيق شرط فاسخ مثلاً ، أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فلم يعد الشفيع جارا يجوز له الأخذ بالشفعة (٣) ، أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقارا مفرزا لا يلاصق العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به على الوجه الذي يصح معه الأخذ بالشفعة تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه في الشفعة ، فلا يستطيع المضي بعد ذلك في إجراءات الأخذ بالشفعة إذ يكون حقه فيها قد سقط (٤) .

ويجب أن تكون ملكية الشفيع ، من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي تدمناه ، ملكية قائمة . فلو لم تكن قائمة ، فلا شفعة . ويترتب على ذلك أن الشفيع ، إذا كان يملك العقار المشفوع به بالتقادم ولم تكن مدة التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه ، لا يحق له الأخذ بالشفعة ، حتى لو اكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة (٥) . كذلك

شروطها ، من وقت إعلان رغبته في الأخذ بها . فهذا الإعلان تكون عناصر الأخذ بالشفعة قد تكاملت ، وحل الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه . وليس الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو التراضي على ثبوت هذا الحق ، إلا تقريراً لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحكم بالشفعة .

(١) فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر ، وكذلك من انتقلت إليه الملكية من مشر أو موهوب له لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت صدور البيع المشفوع فيه (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٤ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٨ - ص ٤٣٩ .

(٤) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر : رقم ١٧٣ - إسماعيل غانم

ص ٧٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا

لما يشفع به ، ولا يكفي أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك (نقض

مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام المعضي ٧ رقم ٢٢ ص ١٦٢) . وانظر محمد كامل -

لا شفعة إذا كان سند الشفيع في ملكية العقار المشفوع به عقداً صورياً أو عقداً باطلاً ، فإن كلا من العقدين لا وجود له حتى لو سجل . ولا يكون من شأنه أن يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به (١) . ولا شفعة أيضاً إذا كان سند الشفيع في ملكية العقار المشفوع به بيعاً معلقاً على شرط واقف ولو سجل ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تكون موقوفة . ولا يتغير الحكم حتى لو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة ، فإن ملكية الشفيع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه . ولا يعتد هنا بالأثر الرجعي للشرط الواقف ، فإن هذا الأثر الرجعي مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له في نطاق الشفعة (٢) . وقد قدمنا أنه لا تجوز الشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل وقت صدور البيع المشفوع فيه ، فإن السند غير المسجل لا يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به .

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بيعاً معلقاً على شرط فاسخ . فإن هذا البيع إذا سجل تنتقل به ملكية العقار المشفوع به إلى الشفيع معلقة على شرط فاسخ ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة بها . وكان المشتري للعقار وفاء ، وقت أن كان بيع الوفاء جائزاً ، إذا سجل البيع . يجوز له الأخذ بالشفعة لأنه يكون مالكا تحت شرط فاسخ (٣) ، ولا تجوز الشفعة للبائع

= مرسى ٣ فقرة ٢٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٣ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ - وانظر عكس ذلك عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٤٨٠ ص ٦٧٢ .

(١) عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ١١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ (فيما يتعلق بالعقد الباطل) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٣ ص ٤٦٦ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٢٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ١١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان سند ملكية الشفيع هو عقد بيع وفاء رفعت دعوى بطلانه لما يفصل فيها ، فلا يكون الحكم له بالشفعة مخالفاً لمقتضى (١) لأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشتري ينتفع بسائر حقوق المالك ، ومن ثم يثبت له حق الشفعة من تاريخ تسجيل =

وفاء لأنه يصبح مالكا تحت شرط واقف . وإذا أخذ المالك تحت شرط فاسخ بالشفعة وثبت له حقه في ذلك ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ولم يعد الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بأثر رجعي ، فإن ذلك لا أثر له في ثبوت حق الشفعة له ، وقد قدمنا أن الأثر الرجعي للشرط لا يعتد به في نطاق الشفعة . لكن إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تنسخ ، ولا يعود الشفيع مالكا لهذا العقار ، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة ، ومن ثم يسقط حق الشفيع في الأخذ بها (١) .

وكذلك يجوز الأخذ بالشفعة إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية شائعة ، وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة (٢) . فلو كان العقار المشفوع به الملاصق للعقار المشفوع فيه مملوكا على الشيوع لعدة شركاء ، فإن للشركاء جميعا يستطيعون الأخذ بالشفعة . ويجوز لأي شريك منهم أيضا أن يأخذ وحده بالشفعة مستندا في ذلك إلى حصته الشائعة ، فإن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة ، وتجاوز الشفعة به (٣) . وقد قدمنا أنه إذا

عقده مادام لم يقض ببطلانه (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ .

(١) انظر آنفا نفس الفقرة - محمد علي عرفة ٢٠ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٥ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - وانظر في الآراء المختلفة في حق الشفيع المالك تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف في الأخذ بالشفعة في عهد قانون الشفعة السابق ومناقشة هذا الآراء : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

(٢) أما إذا كان الشفيع يشفع بحصة شائعة في حصة شائعة أخرى باعها شريك آخر ، فلا شك في جواز الأخذ بالشفعة . على أن الشفيع في هذه الحالة لا تجوز له الشفعة إلا بحصة شائعة .

(٣) ويثبت حق الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لكل واحد من الشركاء المشاعين إذا انفرد ، وهم جميعا إذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضروريا لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ١٠٩ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ - المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مخلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤) .

كان الشفيع بالحصة الشائعة جاراً للعقار المشفوع فيه وكان الواجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به لا تقل عن نصف ثمن العقار المشفوع فيه ، فالعبارة في هذه الحالة بقيمة الحصة الشائعة وحدها لا بقيمة العقار الشائع كله (١) . وإذا أخذ مالك الحصة الشائعة بالشفعة ، وثبت له الحق فيها ، فإن اقتسامه بعد ذلك للعقار الشائع مع شركائه لا أثر له في حقه الذي ثبت له في الأخذ بالشفعة ، حتى لو كانت هذه الحصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ، ولا يعتد بالأثر الرجعي للقسمة في نطاق الشفعة . لكن إذا أفرزت الحصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه (٢) ، فإن الحق في الشفعة يسقط ، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٧ في آخرها .

(٢) ويجب على المشتري أن يقيم الدليل على حصول القسمة ، ولحكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية أن تزن الأدلة التي يستند إليها المشتري لإثبات ذلك . فإذا قدرت أن هذه الأدلة لا يمكن التعميل عليها فأهدرتها ، وانتهى اقتناعها إلى بقاء حالة الشيوع بين الشركاء ، فإن هذا من حقتها ، ويكون النسي على حكمها قائماً على غير أساس (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤٣ ص ٩٠٥) .

أما إذا ثبتت القسمة ، فإنه يكون لها هذا الأثر ولولم تكن قد سجلت ، لأن تسجيل القسمة إنما شرع لحماية الغير الذي يحتاج عليه بالقسمة ، ولكن الغير له أن يتمسك بالقسمة بالرغم من عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ - ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) . وانظر إسماعيل غانم ص ٧٢ - ص ٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للجار الذي يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ولولم يشترك معه باقي شركائه في الملك ، وذلك لأنه إنما يملك نصيبه في كل ذرة من العقار المشترك . ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع ، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكاً له حين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط البقاء الاستحقاق . فإذا حصلت القسمة قبل انقضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما إذا قضى له بما قبل حصول القسمة ، فلا يتم زوال ملكه الذي يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أي طريق آخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم -

ويعجز الأخذ بالشفعة أخيراً إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قابلاً للإبطال ، كما لو كان بيعاً صادراً من ناقص الأهلية أو مشوباً بعيب في الرضاء . فإن البيع القابل للإبطال ، إذا سجل ، ينقل الملكية إلى الشفيع ، فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال ، فتعجز الشفعة بها (١) . وإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة في هذه الحالة ، ثم أبطأ عقد البيع سند ملكية الشفيع ، فإن الملكية تزول بأثر رجعي ، ولكن لا يكون لزوالها على هذا النحو أثر في الحق الذي يثبت للشفيع في الأخذ بالشفعة (٢) . أما إذا أبطأ البيع قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وزالت ملكية الشفيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة .

(١٧٣ ص ٤٨٦) . وانظر استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٧ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ و فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ .

وانظر عكس ذلك بني سويف الجزئية ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ (يجب اشتراك جميع الشركاء للأخذ بالشفعة) - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٦ (حتى لو أصبح الشريك مالكا لكل العقار الشائع في أثناء دعوى الشفعة) - ١١ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ .

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٦٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧١ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كبيرة ص ١١ - ولا يجوز للمشتري طلب إبطال العقد لأن حق الإبطال لم يتقرر لمصلحته (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٧

١٩٠ - الشرط الثاني - الشفيع قد توافرت فيه الأهلية التامة :

ويجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة . ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، إذ هو في حكم شراء العقار المشفوع فيه ، والشفيع إنما يخل بإرادته أي بتصرفه القانوني محل المشتري ، فإن الأهلية الواجب توافرها في الشفيع للأخذ بالشفعة هي أهلية التصرف ، ولا تكفي أهلية الإدارة .

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية ، أي بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ، وجاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بها . وإذا كان له وكيل وكالة عامة . لم يجز للوكيل الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ، ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف كما قدمنا (م ٧٠٢ مدني) .

أما إذا كان الشفيع قاصراً ، وله أب ولى عليه أو يلى الولاية عليه ولى الأب ، فإنه يجوز للولى أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصرون استئذان المحكمة . فإذا كان ولى القاصر هو الجد ، لم يجز له أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر إلا بعد استئذان المحكمة ، ذلك بأن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال تنص على أنه لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصرون ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها . والأخذ بالشفعة تصرف في مال القاصر ، إذ يترتب عليه أن يخل القاصر محل المشتري في التزاماته وأن يودع تمهيداً لذلك خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . أما إذا لم يكن للقاصر ولى ، فوصيه هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، ولكن يجب عليه استئذان المحكمة (١) . وكالوصى القيم على المحجور عليه ، فإذا كان الشفيع محجوراً عليه ، فالقيم هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه ويجب عليه استئذان المحكمة (٢) .

(١) استئناف مختلف ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ .

(٢) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٨ ص ٤٥٠ - إسماعيل غنم ص ٧٨ - أما المشفوع ضده ، وهو المشتري ، فإذا كان كامل الأهلية ، جاز له التسليم بالشفعة رضاه أو المخاضة فيها قضاء . وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، ذاب عنه في التسليم بالشفعة رضاه ولىه أو وصيه أو القيم عليه ، ويجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة . وذاب عنه في المخاضة قضاء ولىه أو وصيه أو القيم ، وفقاً لتقواعد العامة في المخاضة القضائية .

١٩١- الشرط الثالث - الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

ولما كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه ، إذ الشفيع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار ، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار . ونذكر أحوالاً ثلاثاً الشفيع فيها ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يجوز له أخذه بالشفعة :

(الحالة الأولى) إذا كان العقار المشفوع فيه أرضاً زراعية ، وكان من شأن شرائها أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الجائز تملكه بموجب قانون الإصلاح الزراعي (مائة فدان) ، فكما لا يجوز له شراء هذه الأرض ، كذلك لا يجوز له أن يشفع فيها (١) ، فلو أن شخصاً يملك ثمانين فداناً مثلاً ، ويجاور أرضه أرض مقدارها أربعون فداناً باعها صاحبها ، فلا يجوز للأول أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . ذلك بأنه لو أخذ الأرض المبيعة كلها بالشفعة ، لأصبح ما يملك من الأراضي الزراعية مائة وعشرين فداناً وهذا غير جائز ، ولو اقتصر على أخذ عشرين فداناً منها لبلغ ما يملك مائة فدان فلا يجوز الحد الأقصى لتفرقت الصفقة على المشتري وهذا أيضاً غير جائز (٢) .

(الحالة الثانية) نصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، ما يبيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ويخلص من هذا النص أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحة الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً . والنيابة في بيع مال الغير

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨ -
إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٢٩ - منصور مصطفى منصور
فقرة ١٢٦ ص ٣٢٤ - حسن كبيرة ص ١١ - وانظر آنفاً فقرة ١٧٢ في آخرها في الهامش .
(٢) الوسيط ؛ فقرة ٢٠١ .

قد تأتي من اتفاق وهذه هي الوكالة ، وقد تأتي عن طريق نص في القانون وذلك هو المولى ، وقد تأتي عن طريق أمر من السلطات المختصة كما هي الحال في الوصي والقيم والوكيل عن الغائب والسندياك والحارس القضائي (١) .

فالنائب عن غيره ، على الوجه المتقدم ، في بيع مال هذا الغير ، ممنوع من شراء هذا المال لنفسه . فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، نائبا في البيع وأصيلا في الشراء . وكما لا يجوز له أن يشتري لنفسه عقارا نيظ به بيه ، كذلك لا يجوز له ، إذا باع هذا العقار للغير تنفيذًا لنيابته ، أن يشفع فيه . فإذا وكل مالك العقار شخصا في بيع عقاره ، وباعه الوكيل لمشتري تنفيذًا للوكالة ، لم يجوز للوكيل ، إذا توافرت له أسباب أخذ العقار بالشفعة ، أن يشفع فيه . وذلك لسبب عام ، هو ما قدمناه من أن الوكيل بالبيع ، أو أى نائب عن غيره في البيع ، ممنوع من شراء ما نيظ به بيه ، سواء عن طريق الشراء مباشرة ، أو عن طريق الأخذ بالشفعة وهو في حكم الشراء . ويساند هذا السبب سبب آخر ، هو أنه لو جاز لمن نيظ به بيه العقار أن يشفع فيه ، لما أعياه أن يتواطأ مع المشتري على ثمن بخس وشروط يسيرة ، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أفاد من كل ذلك . ثم إن هناك سببا ثالثا يتضافر مع السببين المتقدمين ، في حالة ما إذا كانت النيابة في بيع العقار مصدرها الاتفاق أو الوكالة ، هو أن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكيلًا في بيع العقار لأجنبي يكون قد نزل بذلك نزولا ضمنا عن حقه في أخذ هذا العقار بالشفعة ، وقد قدمنا أنه يجوز النزول مقدما عن الأخذ بالشفعة (٢) .

(الحالة الثالثة) نصت المادة ٤٧١ مدني على أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ،

(١) والسامرة والخبراء في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله ويسرى عليهم نفس الحكم ، فقد نصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه « لا يجوز للسامرة وللخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعاره . وانظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطلح منصور فقرة ١٣٦ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ .

لا بأسمائهم ولا باسم مستعار . الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا . ونصت المادة ٤٧٢ مدني على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » . ويتبين من هذه النصوص أن المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون ، على وجه سبق تفصيله عند الكلام في البيع . (١) وجزء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام ، فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها ، وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فلا في القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه (٢) .

فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظورا على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم ، متى وقع النزاع في اختصاصهم ، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة . فإذا باع شخص عقارا ينازعه شخص آخر في ملكيته ، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا النزاع ، أو المحامي الموكل في هذا النزاع بل حتى لو لم يكن موكلا فيه متى كان نظر النزاع من اختصاص محكمة مسموح له بالمرافعة أمامها ، لا يجوز له أن يشتري هذا العقار للسبب المتقدم ذكره . وإمعانا في درء الشبهات عن سمعة القضاء ، لو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه صاحبه لأجنبي ، وتوافرت لقاض أو لمحام أو لأي عامل آخر من عمال القضاء ، يكون نظر النزاع داخلا في اختصاصه أو في اختصاص المحكمة المسموح له بالمرافعة أمامها ، أسباب أخذه بالشفعة ، لم يجز له أخذه . فما يحرم عليه شراؤه ، يحرم عليه كذلك أخذه بالشفعة . ولو أجزنا له الأخذ بالشفعة وخل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه ، فإن النزاع لا يزال داخلا في اختصاصه ، ويصعب على من

(١) الرسيط ٤ فقرة ١١٢ - فقرة ١١٣ .

(٢) الرسيط ٤ فقرة ١١٢ ص ٢١٨ .

ينازع البائع في ملكية هذا العقار أن يضمن إلى حيدة عمال القضاة عند نظر هذا النزاع وواحد منهم هو الذي شفع في العقار وحل محل مشتربه وأوتنحي بعد ذلك عن نظر النزاع . ثم ألا يجوز لعمل القضاء ، لو أبيع له الأخذ بالشفعة . أن يستعمل الأخذ بها سبيلاً للتحايل ليتغلب على منعه من شراء العقار المتنازع فيه مباشرة ؟ فما عليه للوصول إلى ذلك إلا أن يتراض مع صاحب العقار المتنازع فيه . فبيع هذا الأخير العقار لأجنبي . ثم يأخذ عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبي (١) .

١٩٢ - الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف - نص قانوني :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى على زكي المرابي فقرة ٢٢ ص ٣٧ - ص ٣٨ - عبد السلام ذفي في الأموال فقرة ٥٣٢ ص ٧٤٧ - عبد المنعم الدواوي فقرة ٤٢١ ص ٤٥١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٤٠ - منصور مصطف منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٥ - حسن كيرة ص ١١ - محمود فهمي في رسالته في الشفعة ص ١٧٥ - ص ١٧٦ . وانظر عكس ذلك ، وأنه إذا كان لا يجوز لهال القضاء أن يشتروا العقار المتنازع فيه ، فإنه يجوز لهم أخذه بالشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٥ - وما دام أصح هذا الرأي العكسي قد أجازوا لهال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة ، فهل يجوزون أن يسترد من ينازع البائع في ملكية العقار هذا العقار من تحت يد الشفع إذا هو رد إليه الثمن الذي دفعه والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع تطبيقاً للمادة ٤٦٩ مدني ؟ الظاهر أنهم لا يجوزون ذلك ، لأنهم لا يعتبرون الشفع مضارباً عندما أخذ بالشفعة (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٧) . فإذا قلنا بعدم جواز الاسترداد فقد عطلنا حقاً للمسترد أعطاء إياه القانون لحكمة مشروعة ، بل لجاز استعمال الشفعة سبيلاً للتحايل على تعطيل هذا الحق . وإذا قلنا بجواز الاسترداد ، فقد عطلنا حقاً مشروعيّاً آخر في نظر أصحاب هذا الرأي ، هو حق الشفع في الأخذ بالشفعة .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٧ من المشروع

التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتيش المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/١٠١٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٠٩ . و لجنة مجلس الشيوخ اقترح أحد الأعضاء النص على جواز الشفعة في الوقف ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك . وأقرت النص على ما هو عليه تحت رقم ٢/٩٣٩ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٠٣ - ص ٤٠٩) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان العقار المشفوع به عقاراً موقوفاً ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة ؛ وهذا هو حكم النقمة الإسلامي . فثبه لا شفعة الموقوف لا بشركة ولا بجوار . فإذا بيع عقار مجاور لموقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك ، فلا شفعة للموقف - من ناظر أو موقوف عليه - لا في العقار المجاور ولا في الجزء المملك من العقار (١) . والسبب في ذلك أن ناظر الموقوف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شفيعاً ، وكذلك الموقوف عليه ليس مالكا للعقار الموقوف فشأنه شأن الناظر في عدم الصلاحية للأخذ بالشفعة . ثم إنه لو جاز أن يأخذ الموقوف بالشفعة ، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضاً وقتاً دون أن تصدر حجة بوقفه . وإذا كان العقار المشفوع به ملكاً لا وقتاً وقت بيع العقار المشفوع فيه . ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة . فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكاً وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٢) . وإذا تمسك الشفيع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح ، وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ يبيى ملكاً بعد أن بطل وقفه ، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف (٣) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ٤ : لا شفعة للموقف . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) - ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٩٤٣ : لا يجوز للموقف أن يأخذ بالشفعة ، عالم يحتفظ الواقف بذلك في حجة الوقف الأهل . (ويختلف التقنين الليبي في أنه يجيز للموقف أن يأخذ بالشفعة ، إذا احتفظ له الواقف بهذا الحق في حجة الوقف . ويبدو أن ما يأخذه الموقوف بالشفعة في هذه الحالة يصبح موقوفاً مثله) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (والظاهر أن الوقف لا يأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) .
قانون النكية العقارية اللبناني م ٢٥٤ (معدله بقانون د شباط سنة ١٩٤٨) : لا شفعة للموقف . . (والنص يوافق نص التقنين المدني المصري) .

(١) الخاتبة ص ٥٤٢ - ابن عابدين ص ١٥٧ - مرشد الخيرات ص ١١٣ - الخبيرة ص ١٠١٧ - م ١٠١٩ .

(٢) استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - عبد النعم البدراوي فقرة

٤٢٠ - منصور مصطفي منصور . فقرة ١٣٥ - وانظر أيضاً فقرة ١٨٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحضات رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - محمده كامل

مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ ص ٢٦٥ .

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف ، فإنها تجوز في الوقف . ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعي ، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل . فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه . وأما ثمنه فيشترى به عقار آخر ، هو الذي يصبح وقفا . ولا تجوز الشفعة فيه (١) . أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا ، كأن كان مسجدا ، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه (٢) . وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا . فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة . اعتبر هذا تهربا من الشفعة ، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة (٣) . وفي التقنين المدني الجديد ، كما في قانون الشفعة السابق ، العبرة بتسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فاذا وقف العقار في وقت فيه بعد تسجيل هذا الإعلان فإن الوقف لا يسرى في حق الشفيع ، ويستطيع أخذ العقار بالشفعة بالرغم من وقفه (م ٩٤٧ مدني) (٤) .

§ - ٢ نحدد الشفعة ونزاعهم

١٩٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٧ مدني على ما يأتي :

- ١ - « إذا تزاخم الشفعا ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة » .
- ٢ - « وإذا تزاخم الشفعا من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

(١) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨١ ص ٥٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٨ - وانظر مادار بن مناقشات في هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدق في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧ في الهامش .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٦ .

(٣) ببي سويف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

(٤) ويجوز التساؤل هل تصح الشفعة بالملك الخاص للدولة ، فإذا كان للدولة عقار مملوك ملكا خاصاً ، وتوافرت في هذا العقار شروط العقار المشفوع به ، فهل تستطيع الدولة أن تشفع به في عقار آخر يباع فتأخذ هذا العقار بالشفعة ؟ أجبنا على هذا السؤال في الجزء الثامن من الوسيط بما يأتي : « أما الشفعة ، فيندر أن تشفع الدولة في عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعاً من أن يأخذ للعقار بالشفعة » (الوسيط ٨ فقرة ٧٨ ص ١٥٥) .

٣ - فاذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى (١) .
ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣١ - ١١٣٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ - ٢٤١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدي كانت تتضمن في آخرها العبارة الآتية : « إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . ولما كانت لجنة المراجعة قد حذفت الشفعة بسبب الجوار ، فقد حذفت تبعاً لذلك هذه العبارة ، حيث أصبح لا لزوم لها ، وأقرت اللجنة النص، بعد هذا الحذف تحت رقم ١٠٠٩ في المشروع النهائي . ووافق على النص كما هو مجلس النواب ، تحت رقم ١٠٠٦ دون أن يتنبه المجلس ، بعد أن أعاد الشفعة بسبب الجوار ، إلى وجوب إعادة العبارة اعذوفة . ثم وافق على النص مجلس الشيوخ ، دون تعديل تحت رقم ٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٥ - ص ٣٩٤) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ٧ : إذا تعدد الشفعاء يكون الحق في الشفعة : (أولاً) للمالك الرقبة . (ثانياً) للشريك الذي له حصة مشاعة . (ثالثاً) لصاحب حق الانتفاع . (رابعاً) للجار المالك - فإذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون بقدر نصيبه - وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

(و) قانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد فيما عدا أموراً ثلاثة : (١) لم يدرج قانون الشفعة السابق صاحب الرقبة في الحكر وصاحب حق الحكر بين الشفعاء ، ولذلك لم يورد ترتيباً لهما . (٢) لم ينص ، كما نص التقنين المدني الجديد ، على حكم تزامم المشتري الشفيح مع غيره من الشفعاء . (٣) وضع قاعدة للمفاضلة بين الجيران الشفعاء إذا تعددوا ، وأغفل التقنين المدني الجديد وضع هذه القاعدة سهواً .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني، الليبي م ٩٤١ : ١ - إذا تزامم الشفعاء ، يكون استمالة حق الشفعة هل حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة . ٢ - وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . ٣ - فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة -

ويفترض النص المتقدم الذكر أن هناك أكثر من شفيح واحد توافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة . فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيح واحد ، ولم يزاحمه في طلبها أحد من الشفعاء الآخرين ، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم

= السابقة ، فإنه لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقتهم . (ويتفق التقنين الليبي مع التقنين المصري إلا في أمر واحد : إذا كان المشتري هو نفسه أحد الشفعاء ، فإنه لا يفضل على من يزاحمه من الشفعاء الذين هم من طبقتهم في التقنين الليبي ، ويفضل في التقنين المصري . والتقنينان سواء في تفضيل المشتري الشفيح على شفعاء أدنى من طبقتهم ، وفي تفضيل الشفيح الأعلى من طبقة المشتري) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣١ - ١ - إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استمهال حق الشفعة بحسب الترتيب المميز في المادتين السبعين . ٢ - وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي . إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأهم ، فن له حق شرب في الحزن المشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ، ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور . (ويختلف التقنين العراقي هنا عن التقنين المصري في أنه إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة كان استحقاق الشفعة بينهم على التساوي في التقنين العراقي ، ويقدر نصيب كل منهم في التقنين المصري . ووضع التقنين العراقي قاعدة خاصة في ترتيب الشفعاء إذا كانوا خلطاء) . م ١١٣٢ : إذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجمله شفيحاً ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقتهم أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدم الذين هم من طبقة أعلى . (ويتفق التقنين العراقي في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تزاحم

الشفعاء من فئات مختلفة ، يكون استمهال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة - وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة في الأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة السابقة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقون هذا الحق بقدر نصيبهم أيضاً . وإذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة ، قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفي حال اختلاف مالكي طوابق البناء المتعددة ، قدم مالك الطابق الأرضي ، (ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري في أن القانون اللبناني ، بخلاف التقنين المصري ، أورد قاعدة للترتيب عند تزاحم الجيران ، وأخر مالك الطابق عن الجار العادي وقدم مالك الطابق الأرضي على مالك الطابق العلوي عند التزاحم) .

م ٢٤١ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا توافرت في المشتري الشروط الواردة

في المادة ٢٣٩ ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئة أدنى . (ويتفق القانون اللبناني في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

جواز تفريق الصفقة على المشتري فيما قدمناه (١) . أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضاً في طلب الشفعة . فهنا يفتح مجال البحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين في المادة ٩٣٧ مدني سالفة الذكر .

١٩٤ - الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء : وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدني

المشار إليها حالات ثلاثاً لتزاحم الشفعاء :

(الحالة الأولى) تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧

مدني) .

(الحالة الثانية) تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٢/٩٣٧ مدني) ،

وهنا يعرض بحث عدم جواز تفرق الصفقة على المشتري :

(الحالة الثالثة) تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم (م ٣/٩٣٧

مدني) . وهنا يجب بحث فروض ثلاثة : (١) تزاحم المشتري مع شفعاء أدنى

من طبقته . (٢) تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته . (٣) تزاحم المشتري

مع شفعاء أعلى من طبقته .

١٩٥ - الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة : تنص

الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ مدني : كما رأينا (٢) ، على أنه « إذا تزاحم

الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في

المادة السابقة » . فاذا تزاحم الشفعاء ، وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها

بعضاً ، استحق الشفعة منهم من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات

الأدنى ، وذلك بحسب الترتيب المبين في المادة ٩٣٦ وقد سبق ذكرها (٣) .

وبالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه

الآتي :

(١) في الطبقة الأولى مالك الرقبة ، عندما يشفع في حق الانتفاع . فاذا

كان هناك عقار قدرتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشروع ، وباع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٩

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ .