

وإذا سايرنا محكمة النقض واعتبرنا حكم الشفعة منشئا للملكية الشفيع ، فإن تسجيل هذا الحكم يجرى تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، وتنص على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » (١) . فقبل تسجيل حكم الشفعة ، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير . فإذا ما سجل الحكم ، انتقلت الملكية إلى الشفيع ، ويكون انتقالها من وقت التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوي الشأن . للرأي الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض في خصوص نفي الأثر الرجعي للتسجيل بين ذوي الشأن .

وإذا قلنا إن حكم الشفعة ليس منشئا للملكية الشفيع ، وإنما هو كاشف عن ثبوت حق الشفيع في الشفعة كما سيجيء (٢) ، شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام تكشف عن الحق لا تنشئه ، فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم منشئ . كذلك لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، ناقلا كان هذا التصرف أو كاشفا (٣) ، لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهي واقعة مركبة وليست تصرفا محضا كما سبق القول . وقد كان يحسن لإفراد نص خاص في قانون الشهر العقاري يقضى بوجوب تسجيل حكم الشفعة حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع ، فيكون هذا النص هو الذي تشير إليه المادة ٩٤٤ مدني عندما تقول «دون إخلال بالتواعد المتعلقة بالتسجيل» . وقد تدارك قانون السجل العيني هذا النقص ، فأورد هذا النص الخاص وربط فيه ما بين تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بالشفعة ، فنصت المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ

(١) أنظر آتص ٣٥٥ - وانظر حامد فهمي في نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية

مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى فقرة ٢٢ .

(٢) أنظر مايل ص ٧٢٦ .

(٣) قارن محمد حل مرة ٢ فقرة ٢١٥ ص ٥٣٤ .

بالشفعة في صحف الوحدات العقارية ، ويرتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور « (١) . وما دام هذا النص لم يوجد في قانون الشهر العقاري ، فإن أقرب نصوصه إلى تسجيل حكم الشفعة هو النص القاضي بتسجيل « دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » (م ٢/١٥ من قانون الشهر العقاري) . فالحكم بالشفعة هو حكم يحاول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . ولما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفيع قد حل محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك ، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشتري . فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد ، ولكن لا لمصلحة المشتري الأصلي بل لمصلحة الشفيع . ومن ثم وجب تسجيله كما يسجل الحكم بصحة التعاقد ، حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه بهذا التسجيل من البائع إلى الشفيع ، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري . وكما أن الحكم بصحة التعاقد في البيع يجعل منه المشتري سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فيسجله فتنقل إليه ملكية المبيع ، كذلك الحكم بالشفعة يجعل منه الشفيع سندا يغنيه عن عقد بيع يصدر له من البائع ، فيسجله فتنقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه . وفي دعوى صحة التعاقد يسجل المشتري صحيفة الدعوى (٢) ، أما في دعوى الشفعة فلا يسجل الشفيع صحيفة الدعوى ولكنه يسجل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويقوم بتسجيل هذا الإعلان مقام تسجيل صحيفة الدعوى .

المبحث الثالث

آثار الأخذ بالشفعة

٢٢٤ - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع - عمارة الشفيع

بالبائع والمشتري والمفبر : يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، على التفصيل الذي منبسطه

(١) أنظر آنفاً ص ٣٥٥ هامش ٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

فيما يلي . انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إنما هو ذاته نتيجة ترتيبات على حمار الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين البائع والمشتري ، فتنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشتري بناء على هذا الحلول . وما دام الشفيع قد حل محل المشتري ، فيتعين أن نحدد ، بعد أن يتم هذا الحلول ، علاقة الشفيع بالبائع وعلاقته بالمشتري وعلاقته بالغير (١) .

فنبحث إذن المسألتين الآتيتين : (١) انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . (٢) علاقة الشفيع بالبائع وبالمشتري وبالغير .

الطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

٢٢٥ - الشفعة بالتراضي ، بالتقاضي سبب لحلول الشفيع محل المشتري

فانتقال الملكية إليه دون المشتري : قدمنا أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها الشفيع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني (٢) . فهذه الواقعة المركبة تشمل إذن على عناصر ثلاثة : الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاثة ، فقد قامت الشفعة سبباً قانونياً يحدث أثره . والأثر المباشر الذي يترتب على قيام

(١) أما علاقة البائع بالمشتري ، بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة ويحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه ، فتلخص في أن هذا البيع فيما بين البائع والمشتري يعتبر كأن لم يكن ، إذ يتحول من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بحجة أن الشفيع قد انتزع منه العقار المشفوع فيه ، ولا يكون البائع مسئولاً عن تعريف المشتري لهذا السبب ، إذ أن البيع الذي كان قد تم بينهما قد زال واعتبر كأن لم يكن كما سبق القول (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ - وانظر

محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ ص ٤٥٩)

(٢) انظر آنفاً فقرة ١

الشفعة ، مستكملة لعناصرها الثلاثة ، هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . فالمادة ٩٣٥ مدني تنص كما رأينا على أن « الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » . وتؤكد المادة ١/٩٤٥ مدني ، كما سنرى ، أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل البائع بالنص على أن « محل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .

ولما كان استكمال الشفعة لعناصرها الثلاثة المتقدمة الذكر كثيرا ما يكون محل منازعة بين الشفيع من جهة والمشتري والبائع من جهة أخرى ، فقد أراد القانون أن يقف عند دلالة قاطعة لانحسام هذا النزاع ، إما عن طريق تسليم المشتري باستكمال الشفعة لعناصرها وهذه هي الشفعة بالتراضي ، أو عن طريق حكم قضائي يحسم النزاع نهائيا وهذه هي الشفعة بالتقاضي . فالتراضي أو التقاضي ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سببا لإنتاج أثرها ، بل هو مجرد فض للنزاع والتدليل بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلا مستكملة لعناصرها الثلاثة . ولم يطلب القانون في التراضي إلا تسليم المشتري بأن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة ، وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة . أما في التقاضي فقد رسم القانون لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة تقدم بينها تفصيلا ، فإذا مارعاها الشفيع انتهى إلى حكم يقضي بثبوت حقه في الشفعة ، أي بتقرير أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة .

وسواء كان الدليل القاطع على أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة هو التراضي أو التقاضي ، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر ، وهو حلول الشفيع محل المشتري ، منذ أن تستكمل عناصرها الثلاثة التي تنتهي بإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . فتي أبدى الشفيع هذه الرغبة ، وأعلنها لكل من المشتري والبائع على الوجه الذي رسمه القانون والذي سبق أن بسطناه ، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه ، وتحولت الصفقة ، بعد أن كانت بين البائع والمشتري ، إلى أن تكون بين البائع والشفيع . ويكون ذلك بطبيعة الحال منذ أن وجدت الصفقة ، أي منذ تمام البيع بين البائع والمشتري .

فالقانون ، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة ، محل الشفيع محل المشتري ،
 ويجعل الشفيع من المشتري منذ البداية ، ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم
 تنعقد له أصلا . ويبقى البيع قائما منذ أن انعقد ، ولكنه يكون يبيعا للمشتري فيه
 هو الشفيع لا المشتري الأصلي . وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع ،
 فيكون للشفيع حقوق المشتري وعليه التزاماته ، وذلك منذ أن انعقد البيع كما
 سبق القول ، لأن المشتري يخفى تماما ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا في الصفقة (١) .
 وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفيع في نفس البيع الذي سبق أن تم ، فلا
 يكون المشتري وسيطا بينهما بعد أن خرج من الصفقة . وعلى ذلك يكون الشفيع
 هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري ، وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات
 المشتري (٢) .

ومن حقوق المشتري أن تنقل إليه ملكية العين المباعة من البائع ، فننتقل
 إذن ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفيع . ولكن متى تنتقل؟
 ومتى محل الشفيع محل المشتري ؟

٢٢٦ - متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ومتى محل

الشفيع محل المشتري - أهمرواف الآراء : هذا التحليل لطبيعة الشفعة الذي
 نقول به ، على بساطته وعلى تمثيه مع النصوص والحلول العملية المسلم بها في
 الشفعة ، ليس محلا لاتفاق الآراء .

ولو سلم به ، لأمكن القول دون تردد إن الشفيع ، وقد حل محل المشتري ،
 تنتقل إليه ملكية العقار المبيع في الوقت الذي كانت تنتقل فيه إلى المشتري لو بقي

(١) استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ - ٧ أبريل سنة ١٩١٧ م
 ٢٩ ص ٣٧٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ .
 (٢) ويصبح الشفيع هو الخلف المباشر للبائع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م
 ١٤ ص ٣١٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧
 ص ٤٦٤) . فيكون في نفس مركز المشتري وبفرض الشروط ، وعلى ذلك يلتزم بما تمهه
 به المشتري في عقد شرائه بأن ينشره في خلال سنة منزلا للسكنى على الأرض المباعة وأن يحافظ
 على الاستواء الحال والإفخ البيع ، فقل هذا الشرط صحيح ولم يقصد به التحايل لمنع الشفيع
 من استعمال حقه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٦ ديسمبر
 سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٥) .

هذا في الصفقة مشترى ولم يفتز عنها منه الشفيع ، والمشتري لا يصبح مالكا للعقل المبيع إلا إذا سجل عقد البيع ، ويكون مالكا من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير أما فيما بينه وبين البائع ، فن وقت التسجيل أيضا وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، ومن تمام البيع وفقا للرأى الذى نقول به . وعلى ذلك يجب على الشفيع ، حتى تنتقل إليه ملكية العقار المنفوع فيه من البائع ، أن يسجل السند الذى حل بالنسبة إليه محل سند البيع بالنسبة إلى المشتري ، وهو التراضى على الشفعة إذا تمت بالتراضى (١) أو الحكم بشبوتها إذا أخذت بالتقاضى . فإذا

(١) هذا والتراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأنه إذ نص المشرع فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن « يعلن الشفيع رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشتري فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه » ، لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً يتعقد بوجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول . وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تنور فى شأن علم الشفيع بالبيع الميث للشفعة ، وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم إبداء رغبته فى خلال تلك المدة ، أو بدءاً لافتتاح إجراءات الشفعة فى حالة إبداء رغبته فى خلالها . أما التراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة ، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته فى الشفعة » (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٣ : ويشير إلى حكم استئناف مصر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٦ فى القضية رقم ٧٤ سنة ٦٢ قضائية ، وفيها أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري بعد فوات ميعاد الخمسة عشر يوماً . ولكن المشتري وقع هو والشفيع على أصل الإعلان إقراراً بأن المشتري قبل التنازل عن الصفقة للشفيع لاستحقاقه لها . وبعد ذلك أندر المشتري الشفيع بالمدول عن الإقرار وتمسكه بالصفقة . فرفع الشفيع دعوى على المشتري يطالبه فيها بالأرض المبيعة ، ورفع المشتري الدعوى بأن الشفيع لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبيع فقضت المحكمة الابتدائية بحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العلم . ولما استأنف هذا الحكم ، قضت محكمة الاستئناف بأن الإقرار الذى وقعه المشتري والشفيع باستحقاق الشفيع للشفعة هو تسليم للشفيع بحقه فى الشفعة بالتراضى . وقد تعلق حق الشفيع به ، فلا يملك المشتري ولاورته الرجوع فى هذا التسليم ، حتى لو ثبت أن الشفيع لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد فوات الميعاد . ولذلك يكون الحكم الابتدائى ، إذ قضى بالتحقيق لإثبات العلم ، فى غير محله .

وإذا تم التراضى على الوجه المتقدم ، يثبت حق الشفيع بهذا التراضى ، ولا بد من تسجيله حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع . ولكن حلول الشفيع محل المشتري يكون فى هذه الحالة أيضاً ، -

سجل هذا السند انتقلت إليه الملكية ، كما كانت تنتقل إلى المشتري بتسجيل سند البيع . وتنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير ، أما فيما بينه وبين البائع والمشتري فتنقل أيضا من وقت التسجيل وفقا لقضاء محكمة النقض ، ومن وقت تمام البيع الذى حل فيه الشفيع مشتريا بحكم الشفعة وفقا للرأى الذى نقول به .

ولكن الآراء اختلفت فى هذه المسألة . وهى لم تختلف فى الواقع من الأمر فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع ، فهذا الوقت تحدده أحكام التسجيل لأحكام الشفعة . ولا خلاف فى أن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة (أو سند التراضى) ، وتنتقل إليه من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وإذا كان هناك خلاف فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع فيما بينه وبين البائع والمشتري ، إذا سجل الشفيع سنده ، من وقت التسجيل أو من وقت البيع ، فهذا خلاف واقع لا فى أحكام الشفعة بل فى أحكام التسجيل . والخلاف الواقع فى أحكام الشفعة ، وهو الخلاف الذى نقصده هنا ، هو فى وقت حلول الشفيع محل المشتري ، لا فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع .

فهناك رأى يذهب إلى ما ذهبنا إليه ، ويقول إن الشفيع يحل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه (١) . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الشفيع يحل

= فى رأينا ، من وقت البيع لا من وقت التراضى ولا من وقت إيداء الرغبة . وإذا قام نزاع فى شأن هذا التراضى ورفضت دعوى بهذا النزاع ، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها ، لأن الشفعة تمت بالتراضى لا بالتقاضى ، وإنما تكون دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة فى الدعاوى (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٥) .

وفى حالة التراضى على الشفعة ، يكون سبب كسب الشفيع لملكية العقار هو الشفعة لا بيع يتم بهذا التراضى ، ولذلك لا تجوز شفعة جديدة فى هذا التراضى (شفيع شحاته فقرة ٢٧٨) .

(١) استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ (وقد جاء فى أسباب هذا الحكم : وحيث إن الشفعة تثبت بالطلب المستوفى لشرائطها ، متى ثبتت انقضاء البيع للمشتري وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكاً له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق المبنية التى يكون قد قرررها عليه المشتري . وحيث إن الحكم بها للشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام الشخصات بالنتائج القانونية المترتبة عليها ، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها) . وقضى أيضاً فى عهد التقنين المثلث السابق بأن التواعد القانونية تقضى بأن الأحكام معلقة ومقررة لحقوق وثبوتها =

محل المشتري من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والباع (١) . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة (٢) . ولكن الرأى الذى يستوقفنا طويلاً هو الرأى الرابع الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض وتابعها فيه جمهور الفقهاء (٣) ، ويذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة (أو من وقت التراضى) ، فان هذا الحكم طبقاً لهذا الرأى يعتبر

= لاموجدة لها ، بمعنى أن الحق الذى قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب له من يوم وجوده لا من يوم القضاء له به . وعلى هذه القاعدة يكون الشفيع الذى طب أخذ العقار بالشفعة مالكا لهذا العقار من يوم حصول البيع ، وهذا يوافق ما نص عليه في مذهب الإمامين مالك والشافعي من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع وتولم يلم المشتري أو يستلم الثمن ، وعلى ذلك جاز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة (استئناف وطنى ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١) - وانظر على زكى المرابي فقرة ١١٢ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٥ .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا استمر المشتري واضعاً يده على العقار المشعور فيه بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فانه يكون مشولاً عن الثمار قبل الشفيع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم ، بعد خصم المصروفات وأتعاب الإدارة وفوائد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن (استئناف وطنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ - استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢) . وانظر أيضاً حسن كبيرة ص ٢٢ - ص ٢٣ (ويذهب إلى أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته في طلب الأخذ بالشفعة ، ولكنه يشترط تسجيل هذا الإعلان حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع وحتى يكون هذا مستحقاً للثمار) . وانظر أيضاً أنور سلطان في مجلة الحقوق ٢ ص ٦٩٩ - وانظر أيضاً في أن الملكية تنتقل إلى الشفيع من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٥٠ - ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٩١ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٧ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٣ (ويقول بأن حكم الشفعة يرتد بأثر رجعي إلى الوقت الذى يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون ، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزاً قانونياً يستند إليه حقه في تملك العقار المشعور) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٨٣ - شفيق شامه فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - عبد - النتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٦ ص ٣٨٥ - عبد أنعم البدر أوى فقرة ٤٥٩ و فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١ - إسحاق غانم ص ٩٦ - عبد المنعم نرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ .

منشأ لحق الشفيع لا كاشفا عنه (١) . وقد كنا أشرنا إلى هذا الرأي فيما قدمناه في تفسير عبارة أن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » (م ٩٤٤ مدني) (٢) ، والآن نتولى بسط الرأي بالتفصيل ، وننظر فيه بعد ذلك نظرة تقديرية .

٢٢٧- رأي محكمة النقض - بحل الشفيع محل المشتري من وقت صدور

الحكم له بثبوت حقه في الشفعة لانه هذا الحكم منسئء لكون الشفيع لا يملك

عنه : وقد استقر قضاء محكمة النقض ، كما قدمنا ، على أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة ، وبأن حكم الشفعة منسئء لحق الشفيع لا كاشف عنه ، فلا يصير العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . وقد أصدرت في عهد قانون الشفعة السابق حكما أساسيا في هذه المسألة سبقت الإشارة إليه (٣) ، وقضت فيه بأنه إذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة . ولا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٠ - وكانت محكمة الاستئناف الوطنية بدوائرها المتجمعة قد قضت ، قبل محكمة النقض ، بأن حكم الشفعة ناقل للملك لا مقرر له ، وبأن العقار المشفوع فيه يبق ملكا للمشتري إلى أن يصدر الحكم بالشفعة . وقد جاء في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إن الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الفراء ، وقال الفقهاء فيها إنها تملك بالتراضي أو بتقضاء القاضي دفعا لاحتمال الضرر ، أي أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار إلا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لانه من حق الشفعة أو بحكم القاضي ، وحيث يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التي يكون المشتري قد صرفها في سبيل هذا الشراء . وحيث إنه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك وليس مقررأ له ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضي أو حكم القاضي . وحيث إنه من سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشتري إلى حكم القاضي ، فليس من المسلم به إلزام الشفيع بإبداع المبلغ بالخزانة وتمطيله زمنا بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذي له حق الانتفاع بشرة العين مادام النزاع قائما قصر أوطال » (محكمة الاستئناف الوطنية الترائر المتجمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

رفضه . ذلك بأن الشارع ، إذ نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل للملكية أو حجيتها . ومقتضى هذا النظر أو لازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي . ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء في المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيد بحق المشتري في البناء والفراس في العين المشفوعة ، ولا ما جاء في المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة ، فان الشارع المصرى إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية ، وهى مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشتري والشفيع . وكذلك لا يتعارض القول بتملاك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من جلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع ، فان هذا لا يعين أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة (١) . وصادر بعد ذلك حكم آخر ، في ظل قانون الشفعة السابق ، يؤكد معنى الحكم الأول ، ويقضى بأن المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم نصت على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، إذ هو سند تملكه . وينبنى على ذلك أن يكون ربيع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم . ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط ، حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرفيا حقيقيا أو أودعه على ذمته بخزانة المحكمة إثر رفضه . وبذلك لا يكون هناك محل للتشريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائى بعد أن

(١) نفس عدد ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٠٢ ص ١٢٠ .

كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي (١) .

ولم تعدل محكمة النقض عن هذا المبدأ الذي قررت منه من أن حكم الشفعة منتهى لا كاشف ، حتى بعد أن صدر التقنين المدني الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . فقضت ، في عهد التقنين المدني الجديد ، بأن قضاء محكمة النقض قد استقر في ظل أحكام دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة ، على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ، وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة . ولم يعدل القانون المدني الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكريتو في هذا الخصوص . فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقاً لنص المادة ١٨ من الدكريتو من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وانتهى المشرع إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . وعلى ذلك لا تنتقل الملكية للشفيع ، في ظل القانون المدني الحالي ، إلا من

(١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٥ - ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦ : وقد طاق هذان الحكمان أيضاً قانون الشفعة السابق .

فإذا صدر حكم نهائي يقضى بالشفعة ، ثم نقض هذا الحكم ، اعتبر كأن لم يكن ، وسقطت جميع الآثار التي ترتبت عليه ، ومنها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن نقض الحكم القاضي بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويقتضى ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه ، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له ، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له . وليس يجب رد الأصل فحسب ، بل يجب أيضاً رد فوائد النفود وثمار العقار . وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار ، لأن هذا الإعلان لتضمنه معنى التكليف باخضور لسباع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ، يكون له مثل ما رتبته القانون في المادة ٢/٩٦٦ مدني على إعلان صحيفة الدعوى من أثر في زوال حسن نية الحائز (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦) .

تاريخ الحكم بالشفعة (١) . وأكدت المحكمة ، في حكم تال للحكم المتقدم ، المبدأ الذي أخذت به حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، إذ قضت بأن المشرع ، عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدني الجديد، انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع . فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم التي كانت تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، ومؤدى هذا ألا يبصر المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ،

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨—وقد جاء في أسباب هذا الحكم في خصوص الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد وفي خصوص وجوب إيداع الثمن : « ولا يجدي الطاعن ما ذكره من أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني تشير إلى اتجاه المشرع إلى تقرير حق الشفيع في الملكية من تاريخ عقد البيع أو تاريخ تسجيل طلب الشفعة ، لأنه يتبين من المناقشات في لجنة بحث مشروع القانون حول المادة ٩٤٥ أن البحث اتجه إلى أفضلية النص على الوقت الذي يعتبر فيه الشفيع مالكاً ، واستعرضت الآراء المختلفة للفقه والقضاء في هذا الخصوص بين مؤيد لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وبين معارض له . كما تناول البحث ملكية ثمرات العقار في الفترة بين البيع والحكم بالشفعة ، ولكن الأمر انتهى إلى بقاء نص المادة ٩٤٥ والمادتين ٩٤٤ و ٩٤٧ على ما كانت عليه في مشروع القانون . أما العبارة التي وردت بالمذكرة الإيضاحية للقانون تعليقاً على المادة ٩٤٧ من أن الرأي أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ويتملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأن لم يملك أصلاً ، فهي عبارة لا تخرج عن أن تكون رأياً شخصياً لواضع المذكرة ، لتناقضها مع نص المادة ٩٤٤ التي قررت أن الحكم بالشفعة هو سند ملكية الشفيع . ويخلص من ذلك أن المشرع انتهى إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . ولا جدوى في هذا الصدد من التحدث عن قاعدة رجعية منشئة كانت أو مقررة ، مادام أن المشرع قد عدل عن أعمال هذه القاعدة في خصوص الحكم الصادر بالشفعة بما مضى عليه في المادة ٩٤٤ . كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يفي عن رغبة المشرع في العدول إلى رأي القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المنزلة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية لمادة ٩٤٢ قد أُنسخت عن رأي المشرع في اختيار حكم الشفعة هو المنشئ ملكية الشفيع » (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

فلم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لا يمتنع عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة . وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إبداء الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكما جديدا ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشتري في الريع منذ قيام الطلب . إذ اعتباره كذلك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشتري ، الأمر الذى يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشىء لا مقرر لحق الشفيع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائيا بالشفعة (١) .

٢٢٨ - الحجاج التى استندت إليها محكمة النقض فى القول بأنه الحكم

بالشفعة منشىء لحق الشفيع : وقبل أن ننظر نظرة تقديرية فى قضاء محكمة النقض الذى استقر على أن الحكم بالشفعة منشىء لحق الشفيع ، تستعرض الحجاج التى استندت إليها المحكمة للقول بذلك .

والحجة الرئيسية التى استندت إليها المحكمة ، والتى رددتها فى كثير من المواطن ، هى تفسيرها للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (المطابقة للمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد) ، وهى تنص على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتر سنداً لملكية الشفيع » . فالمشرع لم يرد بهذا النص ، على ما تقول محكمة النقض ، « أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التى قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام . بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً (cause juridique) ، لملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ .

٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً للملكية من رسا عليه الزاد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً للملكية واضع اليد على المنقول . وكلمة سند Titre التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المشيء لحق الملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفع و منشأها ، فان مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئاً للحقوق لا ينسحب على الماضي ، (١) .

ثم ترد المحكمة بعد ذلك على جملة من الاعتراضات وجهت إلى ما ذهب إليه من رأى ، ونلخص هذه الاعتراضات والردود عليها فيما يلي :

أولاً - ما جاء في المادة ١٠ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٦ مدني جديد) من تقييد حق المشتري في أن يبني وأن يفرس في العين المشفوعة ، وما جاء في المادة ١٢ من نفس القانون (م ٩٤٧ مدني جديد) من عدم مريان تصرفات المشتري في العين المشفوعة في حق الشفع إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة . فلو كان المشتري قد بقي ما لكا حتى صدور الحكم بالشفعة ، كما هو مقتضى ما نذهب إليه محكمة النقض ، لما وردت هذه القيود على حق ملكيته قبل صدور الحكم بالشفعة ما دام هذا الحق يبقى قائماً إلى وقت صدور الحكم . وتذكر محكمة النقض أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي إذا صدر الحكم بالشفعة ، فان المشرع لم يرد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي ، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل

(١) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - وتقول محكمة النقض أيضاً في هذا الصدد : «وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال - تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها ، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ ، فان الحق الثاني لا يرجد إلا بقبول المشتري أو القاضى نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررراً لحق الشفع في طلب الأخذ ، منشئاً للأثر هذا التملك في حصول الشفع محل المشتري على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩) .

المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل في الرقت نفسه الشفيع ما لكا تحت شرط توفيني هو الحكم له يطلبه ، بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ لملك المشتري والموقف لملك الشفيع ، زالت ملكية المشتري. واعتبرت كأن لم تكن ، واعتبر الشفيع ما لكا منذ إعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفيع الذي سينولد عند البيع هو حق متعلق بعقار jus ad rem لاحق ملكية ، وهو لا ينحول صاحبه إلا مداعاة المشتري بدعوى شخصية . ثم إن الأصل في التصرفات التنجيز ، والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية . وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري - الذي اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده - لاحق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التي تؤدي إلى هذا الروال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذي كان علة لها قد ولد حقا لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ، فذلك لا يتأتى قانونا ^(١) . ثم تبين المحكمة المصدر الذي اشتقت منه هذه الأحكام فتقول إن « الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين (١٠ و ١٢ من قانون الشفعة السابق) جملة من فقه الحنفية » ^(٢) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٢) وتبين المحكمة ذلك فيما يأتي : « فقد كان الرأي عند أبي يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر ، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض . ووجه هذا الرأي أن المشتري لم يكن في بنائه ولا في غرسه متدياً ، لأنه إنما غرس وبنى في ملكه . فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبراً عنه ، وجب ألا يترتب على ذلك ضرر . وليس في أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفيع يأخذ مازاد في الأرض بقيته والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة ، وإذا كان في إلزام الشفيع بأخذ شيء قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيتهما مقلوعين ، وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل . وكان الرأي ، عند أبي حنيفة أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القلع . ووجه هذا الرأي أن المشتري كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل في أمر الشفعة ، وإذا لم يفعل وبنى وغرس في عين تعلق بها حق غيره ، لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصري بين هذين الرأيين . فأخذ بالثاني في الحال التي يكون فيها البناء أو الغراس بلد الطلب ، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه ، فإن كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجاني على -

ثانياً - ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) من حاول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع . فيستخلص من هذا الحلول أن المشتري يحتج من الصفقة ويحل محله الشفيع ، وكان الشفيع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة . وترد محكمة النقض على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشتري في وقت سابق على صدور الحكم بالشفعة « لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر من قبل من أن حكم الشفعة منشيء لا مقرر لحق الشفيع ، لأن لازم كونه منشيئاً ألا تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع إلا بعد الحكم . ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هي جوهر الحق الذي يحل فيه المشتري ، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً ، فإن حلوله فيها

= نفسه . وأخذ بالرأى الأول إذا كان البناء أو الفراس قبل الطلب ، لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه . كذلك استمد من هذا الفقه نفسه مآشرع من أحكام للتصرفات القانونية في هذه العين . إذ المقرر في الفقه الخنق أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ، ثبت ملك المشتري في المبيع ، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة ، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة . وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف في ملكه . لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها ، فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها . لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع ، إذ يكون له في هذه الحال أن يمضي هذه التصرفات وأن يفسخها ، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره ، فلا ينفذ تصرفه منماً للإضرار بالشفيع . وهذا الذي قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصري حكمه في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع ، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب ، كان خليقاً بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفيع في نقض تصرفات المشتري . ومن هذا يبين أن الفقه الخنق هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة . ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعي ولا الاستناد ، أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله ، إلا في تصرفات الفضولي إذا أجازت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات ، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك يخرجها فيه لا على فكرة الأثر الرجعي بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالفدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي المشتري والشفيع ، فإن القول بأن الشارع المصري - الذي أخذ هذه الأحكام معلونة بعلاقتها الفقهية - قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر -

قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعاً أيضاً « (١) . ويعنى ذلك أن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون لامند إبرام البيع ولا مند طلب الشفعة ، بل مند صدور الحكم بالشفعة ، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع وهو سند ملكيته أى مصدرها .

ثالثاً - ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤٥ مدنى جديد) من أنه « إذا ظهر من الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفيع أن يرجع لإعلى البائع » . فرجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق يفيد أن الصلة انعقدت بينهما مند إبرام البيع ، وحل الشفيع محل المشتري فى هذا الوقت . ولو كانت الصلة لم تنعقد بين الشفيع مند إبرام البيع ولم يحل الشفيع محل المشتري إلا من وقت صدور الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض ، لبقى المشتري فى الصفة بتوسط بين البائع والشفيع من وقت إبرام البيع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة ، ولتلقى الشفيع الملكية عند صدور هذا الحكم من المشتري لا من البائع ، ولكان رجوعه المباشر بضمان الاستحقاق على المشتري لا على البائع . وترد محكمة النقض على ذلك بأن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقاً من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » (٢)

= رجعى ، يكون قولاً ظاهر الفساد » (نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٨) . ثم تقول المحكمة أيضاً فى هذا الصدد : « كذلك لاتعارض بين عدم اعتبار المشتري مالكاً إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من أحكام فى الفقه الإسلامى خاصاً ببناء المشتري أو غرسه فى العين المشفوع ، لأن هذه الأحكام ليس مبناهما عند الحنفية اعتبار المشتري غاصباً ، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن ، بل مبناهما اعتبار المشتري حاطئاً ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع » (نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

رابعا - ما هو مقرر في شأن حق الاسترداد وهو مماثل لحق الشفعة ، فالمسترد لحصة شائعة يحل محل المشتري لهذه الحصة منذ إبرام البيع الذي حصل بسببه الاسترداد ، وكذلك الشفيع ينبغي أن يحل محل المشتري منذ إبرام البيع المشفوع فيه ، لا منذ الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأنه إذا كان العمل قد جرى في فرنسا في خصوص حق الاسترداد الوراثي بأن يحل المسترد محل المشتري منذ إبرام البيع لا منذ صدور حكم الاسترداد ، « فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع » (١) .

خامسا - ما هو مقرر كبدأ عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ، فذلك حكم الشفعة يكشف عن حق الشفيع لا ينشئه . وترد المحكمة على ذلك بقولها « أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة فيه افتيات على القاعدة التي تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق ، فرده أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراي على المزداد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه » (٢) .

سادسا - ما استظهر من أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الحنفي نفسه من أنها ليست متفقة على أن القضاء بالشفعة للشفيع هو الذي ينشئ حقه في الشفعة ، وأن الفقه الإسلامي على كل حال لا يقيد القضاء المدني ، فلا محل للاستناد إلى هذا الفقه في القول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأن الحكم المطعون فيه والذي رفضت محكمة النقض الطعن في شأنه « لم يتم قضاءه على رأى الحنفية فيصح النعي عليه بأن هذا الرأي ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدني ، بل أقام قضاءه على ما استمدده استمداد صحيحا من نصوص المادتين ١٨ و ١٣ من قانون الشفعة » (٣) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٣) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

سابعاً - ما احتج به من أن الشفيع يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، فتأخير تملكه العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض يحرمه من ربيع العقار من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم لأنه لا يكون ما لكالعقار في هذه الفترة ، فيجتمع عليه الحرمان من الربيع والحرمان من استغلال الثمن الذي أودعه خزانة المحكمة . وترد محكمة النقض على ذلك في عهد قانون الشفعة السابق ، وكان هذا القانون لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن ، بأن الشفيع لا حق له في الربيع إلا من وقت صدور حكم الشفعة الذي ينشئ حقه ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مديناً بالثمن . شترى بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزماً قانوناً بعرضه ولا بإيداعه ، فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه . على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه (١) .

ثم لما صدر التقنين المدني الجديد يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى ، لم تغير محكمة النقض موقفها ، وإنما عدلت الرد على الاعتراض المتقدم الذكر في حكمين طبقت فيها أحكام التقنين المدني الجديد . فقالت في الحكم الأول : « كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يتم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع » (٢) . وقالت في الحكم الثاني : « أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فلم يقصد به تغيير الوضع . وهو لا يتم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٢) نقض منذ ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ -

القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمثيلاً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة وضماناً لحدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه الربيع ابتداء من تاريخ إيداعه الثمن » (١) .

٢٢٩ - نظرة تقديرية للمعجم التي استندت إليها محكمة النقض : لاشك

في أن الحكم الصادر من محكمة النقض في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، والذي استخدمنا الأسباب الواردة فيه لبيان الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في تقرير أن حكم الشفعة منسئء لحق الشفيع (٢) ، هو الحكم الأساسي الذي صدر من المحكمة في هذه المسألة الهامة . والأحكام التي تلت هذا الحكم إنما ترددت الحجج التي وردت فيه أو تلخصها . وحتى الأحكام التي صدرت بعد صدور التقنين المدني الجديد مطبقة لأحكام هذا التقنين في الشفعة ، هي أيضاً ، كما رأينا (٣) ، لم تعدل عن المبدأ الذي قرره هذا الحكم ، بل والتزمت حججه وصارت هي الأخرى ترددها . ولم تزد عليها إلا الرد على ما استحدثه التقنين المدني الجديد من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، وإلا استعراض مناقشات اللجنة التي قامت بوضع مشروع نصوص الشفعة في شأن تحديد الوقت الذي يعتبر فيه الشفيع مالكا وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص (٤) .

وهذا الحكم الأساسي الذي أصدرته محكمة النقض لاشك في أنه حكم قوى الأسلوب ، ولكنه يخفى تحت قوة الأسلوب ما يصح أن يكون محلاً للنظر من ناحية المنطق القانوني .

فالحجة الرئيسية التي استند إليها هذا الحكم هي ، كما قدمنا (٥) ، تفسيرها للعبارة التي وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق من أن حكم الشفعة

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧١٠ هامش ١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

« يعتبر سندا للملكية الشفيع » . وإلى هذه الحججة ترد أكثر الحجج الأخرى ، فنبداً بالنظر فيها . ونحن نسلم مع محكمة النقض أن التقنين المدني الجديد لم يستحدث جديداً في المسألة التي نحن بصدددها ، فلا يزال الوقت الذي يجلب فيه الشفيع محل المشتري وتنتقل إليه الملكية في هذا التقنين هو نفس الوقت الذي يحدده لذلك قانون الشفعة السابق ، ولم يغير إلزام الشفيع بإبداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى في ذلك شيئاً . فما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وفي مناقشات اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة ليس ، في نظرنا ، إلا تفسيراً لقانون الشفعة السابق . فنحن في مناقشتنا للحجج التي استندت إليها محكمة النقض في عهد قانون الشفعة السابق ، إنما نقاش حججاً يمكن الاستناد إليها في عهد التقنين المدني الجديد .

تقول محكمة النقض إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني جديد) تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع » . والمشرع لم يرد بهذا النص « أن يعتبر الحكم حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام » . ونقف عند هذه النقطة قليلاً ، إذ يبدو أن محكمة النقض تريد أن تستبعد معنى لكلمة « السند » لم يخطر على بال أحد أن يسنده لها . فالمادة ٢٣٢ من التقنين المدني السابق التي تشير إليها المحكمة تنص على أن « الأحكام التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف في الحقوق المدعى بها ولا في الموضوع ولا في السبب ولا في الصفة المتصف بها الأخصام » . فالنص يعرض ، كما نرى ، لحجية الأمر المقضى ، ولم يقل أحد إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق تريد أن تقرر أن حكم الشفعة حجة بما جاء فيه فيكسب بذلك حجية الأمر المقضى . وإنما المعارضون لما ذهب إليه محكمة النقض يقولون إن لكلمة « السند » معنيين مختلفين ، ليست حجية الأمر المقضى أحدهما . فكثيراً ما تستعمل النصوص كلمة « السند » على المعنى الذي ذهب إليه محكمة النقض ، فيكون معناها السبب القانوني (cause juridique) . وقد وردت الكلمة فعلاً على هذا المعنى ،

كما تقول محكمة النقض ، في المادة ٦٠٨ من التقنين المدني السابق (١) وفي المادة ٥٨٧ من تقنين المرافعات السابق (٢) . ولكن كثيراً ما تستعمل النصوص أيضاً كلمة « السند » على معنى آخر غير المعنى الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، فيكون معناها دليل الإثبات أو الدليل المكتوب للحق الذي يتمسك به صاحبه . ولعل هذا المعنى الآخر هو الذي يغلب التمسك إليه في النصوص . استعملت كلمة « السند » بهذا المعنى الآخر في المواد ١٤٨ و ٢٧٣ و ٥٤٩ من التقنين المدني السابق ، وهو التقنين الذي كان معمولاً به عند صدور حكم محكمة النقض في سنة ١٩٤٦ . فنصت المادة ١٤٨ من هذا التقنين على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين ، وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن « تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها . . . » . ونصت المادة ٥٤٩ من نفس التقنين على أنه « لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي . . . » . واستعملت هذه الكلمة بهذا المعنى أيضاً في سلسلة من النصوص متعاقبة ، فنصت المادة ٢١٨ على أنه يجوز الإثبات بالبينة « إذا وجد دليل قطعي على ضياع السند بسبب قهري » . ونصت المادة ٢١٩ على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده . . . » ، ونصت المادة ٢٢٠ على أنه « يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . ويطول بنا القول لو عددنا النصوص

(١) وهذا نصها : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم في حالي المرقرة والضياع . ولا يفهم وجه استشهاد محكمة النقض بهذا النص إلا إذا رجعنا إلى النص الفرنسي المقابل له ، وهو ما يأتي :

“ Le seule possession des meubles fait présumer le titre et la bonne fois. sauf preuve contraire, et sauf ce qui est dit au cas de perte et de vol. ”

(٢) وهذا نصها : « حكم البيع يكون حجة للشترى بملكته المبيع ، وسنداً للمدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن . . . » . وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النص الفرنسي المقابل “ Le jugement d'adjudication formera titre pour le débiteur et les ayants droit pour le paiement du prix; il sera titre de propriété pour l'adjudicataire; ”

التي استعملت فيها كلمة « السند » (١) عن هذا المعنى . سواء كان ذلك في التقنين المدني السابق أو في التقنينات الأخرى ، ونكتفي بالإشارة على سبيل المثال إلى المادة ٢٣١ والمادة ٢٧٢ من التقنين المدني السابق ، وإلى المواد ٣٨ و٣٩ و١١٣ و٣٣٣ و٣٤٨ و٣٧٠ و٤٠٥ و٤٠٦ و٤٠٧ من التقنين التجاري ، وإلى المواد ٢٨ و٣٦ و٢٥١ و٢٥٤ و٣٨٤ و٣٩١ و٣٩٨ و٤١٠ و٤١٢ و٤١٧ و٤٦٣ و٥١١ و٥٣٧ و٥٤١ من تقنين المرافعات السابق .

فلكلمة « السند » إذن معنيان في لغة النصوص القانونية ، المعنى الأول هو السبب القانوني المنشئ للحق ، والمعنى الآخر هو دليل الحق المثبت له أو دليبه المكتوب . فبأى معنى من هذين المعنيين استعملت كلمة « السند » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ؟ تقول محكمة النقض إنها استعملت بمعنى السبب القانوني المنشئ لحق الشفيع ، وهذا محتمل . ولكن يوجد أيضا احتمال أن تكون استعملت بمعنى الدليل المثبت لحق الشفيع (٢) ، فها هي القرينة التي تغلب أحد الاحتمالين على الاحتمال الآخر ؟ قد توجد قرينة تقطع في أن المقصود « بالسند » في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق هو الدليل المثبت أو الدليل المكتوب ، فإن نص هذه المادة يجرى على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . فلو كان الضمير في كلمة « تسجيله » يعود على أقرب اسم إليه ، لعاد على كلمة « السند » ، ومعنى ذلك أن السند هو الذي يجب تسجيله ، ولتقطع ذلك في أن المقصود بالسند هو الدليل المكتوب لأن الدليل المكتوب هو وحده الذي يصلح للتسجيل . ولكن الضمير قد يكون عائدا على كلمة « الحكم » ،

(١) أو كلمة « titre » في النص الفرنسي للمادة .

(٢) ويقول الأستاذ محمد عل عرفة في هذا المعنى : « أما النص في المادة ٩٤٤ أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، فيجب حمله على أنه سند قاطع للشذاعة في ملكية الشفيع ، لا على أنه سند منشئ لهذه الملكية . ووجه هذا القول أن الشفيع يظل بلا سند مثبت لحقه بسبب منازعة المشتري إياه في أخذ العتار بالشفعة . فكان لا بد من الاتجاه إلى القضاء لثبوت الملك ، لا لإنشائه » (محمد عل عرفة ، فقرة ٣١٣ ص ٥٢٩ - ص ٥٣٠) .

وبخاصة إذا رجعنا إلى النص الفرنسي للمادة (١) ، فيكون الواجب التسجيل
 هر حكم الشفعة . فلا تقوم القرينة التي أشرنا إليها . وعلينا إذن أن نتلمس مرجعا
 آخر لتغليب أحد المعنيين . وفي رأينا أنه لا يصح الوقوف عند الألفاظ والتحليل
 اللغوي لتغليب أحد المعنيين ، بل يجب النظر إلى نصوص الشفعة جملة واحدة
 واستخلاص المعنى الذي يقصد إليه المشرع من مجموع الحاول العملية التي
 أوردتها . وهنا ننتقل إلى النظر في الحجج الأخرى التي استندت إليها محكمة
 النقض ، وتتضمن الردود التي أجابت بها على الاعتراضات التي وجهت
 إليها .

فلا اعتراض الأول الذي وجه إلى محكمة النقض هو أنه لو كان الشفيع
 لا يملك إلا بعد صدور الحكم بالشفعة الذي هو سند الشفيع بمعنى أنه هو الذي
 ينشئ حقه كما تقول محكمة النقض . لا يقتضى ذلك أن يبقى المشتري مالكا
 إلى وقت صدور هذا الحكم . فإذا بنى أو غرس في العقار المبيع لكان يبنى
 أو يغرس في عقار يملكه ، ولو تصرف في هذا العقار لكان متصرفا في ملكه .
 فلا محل إذن لأن يقيد المشرع حقه في البناء والغرس كما يقيد حق من يبنى
 أو يغرس في ملك غيره ، ولا أن يقيد حقه في التصرف كما يقيد حق من
 يتصرف في ملك الغير . وتجب محكمة النقض على هذا الاعتراض بأنه لا يمكن
 أن تكون هذه القيود قد ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي . لأن
 هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ
 هو الحكم بالشفعة وأن يكون الشفيع مالكا تحت شرط توقيفي هو الحكم له
 بطلبه ، وأن الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض الشرط .
 والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية . وواضح أن القول
 بزوال ملكية المشتري بأثر رجعي على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت
 شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة لم يخطر ببال المعترضين . بل إن هؤلاء
 إنما يقولون بأن حكم الشفعة كاشف لا منشيء . ولا يقصدون بتاتا أن يعلقوا

(١) وهذا هو النص الفرنسي للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق :

« Le jugement qui lui définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur, il devra être transcrit d'office . »

ملكية المشتري على شرط فاسخ هو الحكم الشفيع بالشفعة . وإنما يقصدون أن يقولوا إن حكم الشفعة هو كسائر الأحكام ككشف عن حر الشفيع وإن هذا الحق قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة ولم يفعل الحكم إلا أن كشف عن وجوده . فدفع الاعتراض بهذا الرد لا يكفي لدحضه . وكان يمكن لمحكمة النقض أن ترد على الاعتراض لو أنها قالت إن تقييد حق المشتري في البناء والغرس وفي التصرف في العقار لا يكفي وحده لتقييد ملكيته ، فقد يكون الشخص مالكا للشيء ويورد القانون قيودا على حره في استعماله وفي التصرف فيه (١) . وبذلك يهدم الاعتراض الأول ، فننتقل إلى الاعتراض الثاني .

وفي هذا الاعتراض الثاني يثار حلول الشفيع محل المشتري ، فيختفي المشتري من الصفقة ، وكان الشفيع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فبنشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة - ولكن محكمة النقض ترد على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون ، لا منذ إبرام البيع . بل منذ صدور الحكم بالشفعة . إذ أن هذا الحكم هو الذي ينشئ حق الشفيع . وهذا الرد يكفي لدحض الاعتراض ، ولكنه ينطوي على أمر هام لا مناص من التسليم به . فالقول بأن حلول الشفيع

(١) وتقول محكمة النقض إن المشرع نقل أحكام الفقه الإسلامي في تقييد حق المشتري في البناء، الغرس ، وفي تقييد حقه في التصرف . ولا يبدو أن المشرع قد التزم التزاماً دقيقاً أحكام الفقه الإسلامي في ذلك ، حتى لو قلنا مع محكمة النقض إنه أخذ بزأى أبي يوسف إذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفعة وبرأى أبي حنيفة إذا بنى أو غرس بعد طلب الشفعة . فعند أبي يوسف ، على ما تقول محكمة النقض نفسها ، على الشفيع أن يأخذ البناء أو الغراس بقيمته باتياً ، أما في التشريع المصري فالشفيع ملزم تبعاً لما يختاره المشتري بأن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس (م ١/٩٤٦ مدني) . وعند أبي حنيفة الشفيع بالخيار إن شاء أخذ البناء أو الغراس بقيمته مقلوعاً ، وإن شاء أجر المشتري على القطع . أما في التشريع المصري فالشفيع أن يطلب الإزالة ، فإذا اختار أن يستبق البناء أو الغراس التزم بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغرس (م ٢/٩٤٦ مدني) .

أما في تقييد تصرفات المشتري فالفقهاء في الفقه الإسلامي متفقون على أنه يجوز لشفيع إذا قضى له بالشفعة أن ينقض تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه ، في حين أن التشريع المصري لا يجيز للشفيع نقض هذه التصرفات إطلاقاً ، ولا ينقض منها إلا ما تم بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٧ مدني) .

محل المشتري لا يكون إلا منذ صدور الحكم بالشفعة معناه الحتمى هو أن يبقى المشتري مالكا للعقار المبيع إلى وقت صدور هذا الحكم ، ومعناه الحتمى أيضا هو أن الشفيع ، إذ يحل محل المشتري منذ صدور الحكم ، يتلقى ملكية العقار من المشتري لا من البائع فإن المشتري هو المالك وقت صدور الحكم .

وهنا يأتي الاعتراض الثالث ، وهو الاعتراض الحاسم . فنص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) صريح فى أن الشفيع يرجع بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع . فلو أن الشفيع تلقى الملكية من المشتري كما هو مقتضى ما ذهب إليه محكمة النقض ، لكان الواجب أن يكون المشتري هو الذى يرجع عليه الشفيع بضمان الاستحقاق ، فإذا رجع الشفيع بهذا الضمان على البائع فإنما يكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة برفعها الشفيع باسم المشتري . فلننظر ماذا تقول محكمة النقض فى الرد على هذا الاعتراض . تقول إن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » . وهذا القول فى حاجة إلى إمعان من النظر . فإذا كانت محكمة النقض تريد ، بقولها إن الشفيع فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري ، أن الشفيع يستعمل الدعوى غير المباشرة برفعها باسم البائع ، فإن هذا القول يتناقض مع صريح النص . فالمشرع يقول « ليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » ، فهو ينفي الرجوع على المشتري . ولو أراد المشرع أن يكون رجوع الشفيع باسم المشتري ، لما منع ذلك من أن الشفيع يرجع رجوعا مباشرا على المشتري إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على البائع ، بل لما كان هناك حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفيع بالدعوى غير المباشرة فإن القواعد العامة تكفل هذا الرجوع دون حاجة إلى نص . وإذا كانت محكمة النقض تقصد القول إن الشفيع إنما يستعمل حق المشتري الذى انتقل إليه هو عندما حل محل المشتري منذ صدور الحكم بالشفعة

فالشفيع يرجع رجوعاً مباشراً على البائع بضمان الاستحقاق كما كان يرجع المشتري ، فإن هذا القول لا يمنع من أن الشفيع يرجع أيضاً رجوعاً مباشراً على المشتري بضمان الاستحقاق مستمداً هذا الرجوع من أن الملكية انتقلت إليه من المشتري لا من البائع (١) . ففي هذا القول أيضاً يكون للشفيع أن يرجع رجوعاً

(١) وهذا التصوير هو الذي أخذ به أحد الفقهاء ، وسار فيه إلى نهايته المنطقية المحتومة . فعنده أن حلول الشفيع محل المشتري إنما يقع منذ صدور الحكم بالشفعة ، فيكون « الحكم بالشفعة - فضلاً عن أنه ينقل الملكية إلى الشفيع - يترتب عليه كذلك انتقال جميع حقوق المشتري والتزاماته ، وهذه حالة من الحالات التي تقع فيها حوالة الدين بنص القانون ، وقد نصت عليها المادة ١/٩٤٥ » (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨) . ومعنى ذلك أن المشتري ينقل بحكم القانون ، منذ صدور الحكم بالشفعة ، إلى الشفيع حق ملكيته وجميع حقوقه الشخصية من ضمان استحقاق وضمان عيوب خفية وغيرها من الحقوق ، عن طريق هذه الحوالة القانونية . فيكون الشفيع خلفاً خاصاً للمشتري ، وقد انتقلت إليه حقوق المشتري بسبب جديد هو الحكم بالشفعة . ويكون هذا الحكم بمثابة شراء جديد صدر من المشتري إلى الشفيع ، ولا فرق بينه وبين شراء الجديد إلا في أنه يجري بحكم القانون لا بحكم الاتفاق ، أما آثاره فتبقى هي آثار الشراء الجديد . ولذلك يقول الأستاذ شفيق شحاته ، وهو منطلق في هذا مع نفسه ، « ويعتبر الحكم (بالشفعة) السبب القانوني لملكية الشفيع ، أي أن الحكم بالشفعة يجعل الشفيع مالِكاً بسبب الشفعة لا بسبب الشراء الذي حل فيه الشفيع محل المشتري . ولذلك فإن الشفيع لا يتلقى الملك مباشرة عن البائع بل يتلقاه عن المشتري ، الذي يكون قد ملك الشيء ملكية تامة في الفترة التي تقع ما بين البيع والحكم بالشفعة » (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٦) . فإذا كان الشفيع قد ملك حقوق المشتري بشراء جديد منه ، فإنه يكون بمثابة مشتري من المشتري . والمشتري من المشتري يرجع مباشرة بضمان الاستحقاق على البائع ، إذ ينتقل إليه هذا الحق من المشتري باعتباره من توابع المبيع (أنظر الوسيط ؛ فقرة ٣٤٤) . ولكن ذلك لا يمنعه من الرجوع بضمان الاستحقاق أيضاً على المشتري ، أما هنا فلا يرجع الشفيع على المشتري ، بل هو لا يرجع إلا على البائع ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني « وإذا استحق المقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . وإذا كان الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري كما يرجع به على البائع ، فاذن إلا لأن المشتري قد اختفى تماماً من الصفقة ، فليس هو الذي نقل الملكية إلى الشفيع ، وليس هو الذي نقل إلى الشفيع ضمان الاستحقاق والحقوق الشخصية الأخرى ، بل انتقلت الملكية رأساً من البائع إلى الشفيع فالتزم البائع بضمان الاستحقاق رأساً نحو الشفيع دون وساطة المشتري . وهذا هو المعنى المقصود من حلول الشفيع محل المشتري ، فالشفيع أخذ مكان المشتري وأصبح كأنه هو المشتري منذ البداية ، وكان المشتري لم يتدخل بتاتاً في الصفقة .

مباشراً بضمهان الاستحقاق على أى من البائع أو المشتري . ولكن المشرع فنع
 بنص صريح رجوع الشفيع بضمهان الاستحقاق على المشتري . وجعل الرجوع
 بهذا الضمان على البائع وحده ، إذ يقول النص كما رأينا « فليس للشفيع أن يرجع
 إلا على البائع » . وهذا معناه أن المشتري قد اختفى من الصفقة منذ البداية
 وحل محله الشفيع ، وذلك منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، وهذا
 ما يناقض مذهب محكمة النقض . فالمحكمة إذن بين أن تخالف نصاً صريحاً في
 القانون ، وبين أن تأخذ به فتتقضى مذهبها . والصحيح في نظرنا أن نص المادة
 ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) هو وحده القاطع في أن
 الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، فتتعدد الصلة مباشرة بينه وبين
 البائع ، فيكون له إذن أن يرجع رجوعاً مباشراً على البائع دون المشتري بضمهان
 الاستحقاق . وهذا النص هو وحده الذي يغلب أحد الاحتمالين في تفسير كلمة
 « السند » التي وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني
 جديد) ، ويصرف معنى هذه الكلمة إلى أن يكون دليل الحق مثبت له أو
 دليله المكتوب ، لا أن يكون السبب القانوني المنشئ للحق . إذ لو كان
 معنى كلمة « السند » السبب القانوني المنشئ للحق ، لوجب القول مع محكمة
 النقض إن حكم الشفعة منشئ لا كاشف ، وإن الشفيع لا يحل محل المشتري
 إلا منذ صدور هذا الحكم ، وهذا ما نعتقد أننا أثبتنا عكسه . فالشفيع يحل محل
 المشتري منذ إبرام البيع ، حتى يستطيع أن يرجع رجوعاً مباشراً بضمهان
 الاستحقاق على البائع وحده دون المشتري .

فإذا ما انتهينا على هذا النحو إلى أن حكم الشفعة كاشف لا منشئ^(١) ،
 وإلى أن حلول الشفيع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم
 بالشفعة ، لم يبق بعد ذلك حائل دون قياس حق الشفعة على حق الاسترداد .

(١) ولا محل إذن لما أقرته محكمة النقض من «أن هناك فرقاً بين حق الشفعة وحق التملك بها ،
 وأنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام الموعود ، فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول
 المشتري أو القاضي نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقرواً بحق الشفيع في طلب الأخذ ،
 منشئاً لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري » . فقد رأينا أن حكم الشفعة كاشف
 في الحالتين ، فهو كاشف عن طلب الأخذ ، وكاشف عن أثر هذا الطلب في حلول الشفيع
 محل المشتري .

فالشفيع كالمسترد لحصة شائعة ، كلاهما يخل محل المشتري منذ إبرام البيع ، لا منذ الحكم بالشفعة أو الحكم بالاسترداد . وما حق الاسترداد إلا حق شفعة مقصور على المنقول واختموع من المال . فهو يماثل حق الشفعة تماما من حيث حلول المسترد محل المشتري . وتقول المادة ١/٨٣٣ مدني في هذا الصدد :

« ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه » . والمجمع عليه في فرنسا وفي مصر أن حلول المسترد محل المشتري معناه أن المشتري يمتحن من الصفقة تماما ، ويعتبر المسترد كأنه هو الذي اشترى الحصة الشائعة مباشرة من البائع ، وكأن المشتري لم يتدخل بتاتا في الصفقة . وهذا الذي تقرر اجماعا في حق الاسترداد يجب أن يكون مقررا أيضا في حق الشفعة . ولا يحول دون ذلك ما تقوله محكمة النقض من أن « الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد مشنا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشنا لحق الشفيع » ، فإن حكم الشفعة كما رأينا لا ينشئ حق الشفيع بل يكشف عنه ، كما يكشف عن -حق المسترد حكم الاسترداد .

ولم يبق بعد ذلك من حجج محكمة النقض ما يستوقفنا إلا ما استظهرته من أن حكم الشفعة يخالف المبدأ العام في الأحكام من أنها كاشفة لامنشئة ، وتعلل ذلك بأن « الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشنا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشنا لحق الراسي عليه المزداد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لامعدي عنه » . وقد رأينا أن النص الذي تستند إليه محكمة النقض لا يسعها في القول بأن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشنا لحق الشفيع ، ومن ثم لا محل لاستثناء حكم الشفعة من المبدأ العام الذي يتضى بأن الأحكام كاشفة لامنشئة ، فحكم الشفعة لا يخرج على هذا المبدأ إذ هو كاشف لا منشئ .

٢٣٠- موقف الفقه الإسلامي من المسألة : ليس هناك اتفاق في الفقه

الإسلامي على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع . لافي المذهب الحنفي ولا في المذاهب الأخرى .

ففي المذهب الحنفي : عند أبي حنيفة ، إذا أتى الشفيع بطلب المواثبة وبطلب الإشهاد والتقرير صحيحين . استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه . وهذه هي أيضا إحدى الروايتين عن أبي

يوسف ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ، كذا في الهداية (١) . ووجه قول أبي حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين ، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد ، لأن تأخير طلب الحصومة لا يكون إبطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون (٢) . وذكر الكرخي أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم . وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وهذا قول محمد ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من البائع لإيجابان ، أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع . فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه ، وانتقض ما أضيف إلى المشتري ، سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل . ووجه قول من قال بالتحويل لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض تعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فإذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ . ووجه قول من قال بالانتقاض لا بالتحويل أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري . ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشتري ، لأن التحويل كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغي أن يعود الشراء . ولأنها لو تحولت لصار المشتري وكيلا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآها قبل ذلك ورضي بها ، لأن خيار الرؤية يبطل بروؤية الوكيل ورضاه . وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بثمن حال ، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بثمن مؤجل . وكذا لو اشتراها على أن البائع يرضى من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردها على من أخذها منه . ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع ، لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشتري . فدرات هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد

(١) أنظر الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ١٩ .

إيجاب مبتدأ مضاف إليه . وقد خرج الجواب عن قولهم إن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ بين البائع والشفيع على ماسبق تقريره (١) . أما إذا كان المبيع في يد المشتري ، فأخذه الشفيع منه ودفع الثمن إليه ، فالبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على المشتري ، فيجعل كأنه اشترى منه (٢) .

(١) أنظر البدائع ٥ ص ٢٣ - ص ٢٤ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ٢٤ - ويقرر الأستاذ على الخفيف مذهب الحنفية على الوجه الآتي: «إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع ، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع . فإذا استحقه شفيعه بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه ، لأن حق الشفعة ضعيف فلا يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بعقده . ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين ، الأول تسلمه من المأثري من رضا منه فيملكه من وقت تسلمه ، الثاني قضاء القاضى له به فيملكه من وقت إقراره إن لم يتسلمه فعلا . وذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة ، حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه . فأما ما تملكه بأخذه له من رضا ، فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشتري بما قام عليه ، والشراء عقد ناقل للملكية . وأما تملكه بقضاء القاضى ، فذلك لا يكون إلا عند إياه المشتري ، وإبائه في هذه الحالة ظلم ، وقد نصب القاضى لرفع الظلم . فيقوم القاضى حينئذ مقامه في هذه المعارضة دفعا لظلمه ، وسكك الشفيع بما قام به على المشتري ، ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ جبراً عنه ، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه . وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه في هذه الحالة أيضاً عن طريق شرائه من القاضى ، أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشتري . وهذا بين إذا كان المشتري قد تسلم المبيع من بانه ، ولكن إذا حصل القضاء والمبيع لا يزال في يد البائع فإن هذا التوجيه لا يظهر . ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع في هذه الحالة يصبح به البائع عاجزاً عن تسليمه إلى المشتري ، وذلك مفسد للبيع . وإذا فسد البيع الصادر للمشتري زال ملكه ، وعند ذلك لا يصح أن يكون مملوكاً ، ولا ينوب عنه القاضى في التملك . ولذا قالوا إن هذا القضاء في هذه الحالة ينتقض بالمقد بالنسبة للمشتري ، ويجعل الإيجاب الصادر من البائع كأنه موجه إلى الشفيع ، وكأن الشفيع قد قبله ، وبذلك يعد الشفيع في هذه الحال مشترياً من البائع مباشرة لا من المشتري . وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشترياً للعقار المشفوع فيه ، إما من مشتريه وإما من بانه . ولذلك يثبت له من الخيارات ما يثبت للمشتري ، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط لأنه يتناقض مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة . ثم لا يتقيد فيما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقييده أو بخيار فسخ ونحوه ، لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر . فإن وجد بالمبيع عيباً رده على من تسلمه منه من بائع أو مشتري . وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه ، فيرده إذا أراد على من تسلمه منه . فإن رده هل بانه لأنه تسلم منه ، كان المشتري مخيراً حينئذ في إمضاء صفته أو عدم إمضائها دون توقف على أرضاء البائع . وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه ، كان كل من بانه ومشتريه ملزماً بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما وكأنه لم ينتقضه (على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠) .

وفي المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله أخذته بالشفعة وما في معناه ، دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضاه من المشتري متى كان عالما بالثمن . لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع ، وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله . وقال أحمد بملكه بذلك الطلب ، وإن لم يعلم الثمن . وقال الشافعى بملكه به ، بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري . وجه قولهم أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشتري رضى بذلك أو أبى ، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه ، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضى (١) .

ويخلص من كل ذلك أن الحنفية في أكثر أقوالهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضاه المشتري أو من وقت قضاء القاضى ، فيكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع . ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب المراثبة وطلب الإشهاد والتقرير ، دون حاجة إلى قضاء القاضى ، وهذه هى إحدى الروايتين عن أبى يوسف . فلا يكون قضاء القاضى إذن فى هذا القول ضروريا لاستقرار حق الشفيع ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذى ينشئ حق الشفيع . وفي المذاهب الثلاثة الأخرى لا يتوقف تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه على رضاه المشتري أو على قضاء القاضى ، بل يتماكه قبل ذلك ، بمجرد طلب الشفعة عند أحمد ، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك ، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعى . ففي هذه المذاهب الثلاثة إذن لا يكون قضاء القاضى ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع .

٢٣١ - مآل الشفيع من المشتري من وقت البيع هو الزى بنفى

مع طبيعة الشفعة ومع المآل العملية فيها : والآن بعد أن أثبتنا أنه لا يمكن الاستناد إلى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدنى جديد) ، وهى التى تقرر أن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » ، للقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع وبأن حلول الشفيع محل المشتري يحصل تبعا لذلك من وقت صدور

(١) انظر على الحنفية فى أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١٢٠ - ص ١٢١ .

هذا الحكم ، نكون قد أرحنا الحججة الرئيسية التي يعتمد عليها أصحاب هذا القول . ولا يستطيع أصحاب هذا القول ، من جهة أخرى ، الاستناد إلى الفقه الإسلامي . فقد رأينا أن هذا الفقه قد اختلف فيه الآراء ، وإذا كان المذهب الحنفي يقول في بعض آرائه إن الشفيع يتملك من وقت القضاء له بالشفعة . فإن إمام هذا المذهب ، ويتابعه في ذلك فقهاء آخرون ، يقول إن حق الشفيع يستقر قبل القضاء له بالشفعة ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فجمعة على أن الشفيع يتملك قبل القضاء له بالشفعة .

لم يبق إذن . وقد استبعدنا نص المادة ١٨ من قانون الشفعة (م ٩٤٤ مدني جديد) واستبعدنا الفقه الإسلامي ، إلا أن نرجع إلى المبادئ العامة في الشفعة . وإلى الحلول العملية التي أوردها المشرع والتي يكون من شأنها أن تنير لنا الطريق ، مستأنسين بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد .

أما المبادئ العامة في الشفعة فترجع هنا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة . وقد عرضنا لهذا التكييف غير مرة ، وقررنا (١) أن الشفعة واقعة مركبة من عناصر ثلاثة ، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . فتمت تكاملت هذه العناصر ، فقد قامت الشفعة سبباً قانونياً يحدث أثره ، وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين المشتري والبائع منذ تمام هذا البيع . فالشفعة إذن لا تحدث أثرها إلا عند إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . ولكن متى أحدثت هذا الأثر فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته . وعلى ذلك يجب ، كما استبعدنا القول بأن الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة ، أن نستبعد أيضاً أن يكون هذا الحل من وقت رفع دعوى الشفعة ، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أو من وقت إعلان هذه الرغبة ، وهذه أقوال ثلاثة أخرى لكل قول منها أنصار في الفقه وفي القضاء وقد سبقت الإشارة إليها (٢) . صحيح أنه يجب أن نقف عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، ولكن لتقدير أن

(١) انظر آنفاً فقرة ١ وفقرة ٢٢٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٦ .

الشفعة قد تكاملت عناصرها وقامت سبباً قانونياً لحلّول الشفيع محلّ المشتري ، على أن يكون هذا الحلّول واقعا من وقت إبرام البيع لا من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، بحيث يختصّ شخص المشتري من الصفقة فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع ، وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (١) . وكما أن الحكم بالشفعة إنما يكشف عن ثبوت حق الشفيع وعن أن الشفيع قد حلّ محلّ المشتري ، كذلك إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إذا هو أنشأ حق الشفيع فإن ذلك معناه أنه أنشأ حق الشفيع في الحلّول محلّ المشتري منذ إبرام البيع . فالشفعة تمّ سبباً قانونياً ، لإحلال الشفيع محلّ المشتري ، عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . ولكن متى حلّ الشفيع محلّ المشتري فإن حلّوله هذا يحصل منذ إبرام البيع ، وتعتبر الصفقة قد انعقدت مباشرة لا بين البائع والمشتري بل بين البائع والشفيع .

ويتأكد ذلك إذا رجعنا إلى الحلّول العملية التي أوردتها المشرع ومن شأنها أن تنير لنا الطريق . فقد رأينا أن المادة ٩٤٥ مدني تنص صراحة على أن الشفيع لا يرجع في ضمان الاستحقاق على المشتري ، وإنما يرجع مباشرة في هذا الضمان على البائع . ولا يتأتى ذلك إذا بقي المشتري في الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع ، فتنقل الملكية أولاً بالبيع من البائع إلى المشتري ، ثم تنتقل بعد ذلك بالشفعة من المشتري إلى الشفيع . إذ لو كان الأمر على هذا النحو ، لوجب أن يرجع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري فهو الذي نقل الملكية إلى الشفيع ، ولو رجع على البائع لما كان له أن يرجع إلا باسم المشتري عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أو يرجع عليه رجوعاً مباشراً ولكن هذا الرجوع لا يمنع من أن يرجع أيضاً رجوعاً مباشراً على المشتري . ويقاس على ضمان الاستحقاق سائر التزامات البائع ، من الالتزام بنقل الملكية والالتزام بتسليم المبيع والالتزام بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها يرجع فيها الشفيع مباشرة على البائع لا على المشتري كما هي الحال في ضمان الاستحقاق . وقد سبق أن قررنا أن نص المادة ٩٤٥ مدني ، الذي يجعل الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق إلا على البائع ، هو النص الحاسم في المسألة التي نحن بصدددها . فهذا النص يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع محلّ

(١) انظر أيضاً فقرة ٢٢٥ .

محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يختن من الصفقة لتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فلا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع بحيث لا يقع حلول الشفيع محل المشتري إلا منذ صدور هذا الحكم ، بل هو حلول يقع قبل ذلك ومنذ إبرام البيع (١) .

ونستأنس بعد ذلك ، فيما قدمناه ، بالأعمال التحضيرية لثقتين المدني الجديد . وأول ما نستأنس به هو ما دار من مناقشات حول هذه المسألة في اللجنة التي قامت بوضع نصوص المشروع التمهيدي في الشفعة . وأول قول صريح في هذه المسألة نقرأه في محضر جلسة ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ من جلسات اللجنة ، إذ يقول أحد الأعضاء : « فالواقع أن الشفيع مالك منذ تاريخ البيع ، غير أن ملكيته هذه مشروطة باستعمال حقه في الشفعة في الميعاد القانوني والاعتراف بحقه هذا فيما بعد باسناد ملكته إليه . فالشفيع إذن يتلقى حقه من البائع مباشرة ، بدليل أنه محل بحكم القانون محل المشتري . ويكتسب الثمار ابتداء من تاريخ البيع ، كما يدفع فوائد الثمن من نفس التاريخ . فضلاً عن أن الشفيع يعد هو المالك الوحيد منذ البيع ، ولو أن ملكيته في الحقيقة معلقة على شرط إذ أن حقه في الملكية رهين بقيامه بالإجراءات التي يتطلبها القانون . إلا أنه مالك يتلقى حقه مباشرة من البائع ، مما يترتب عليه أن كل بيع يحصل من المشتري ابتداء من اللحظة التي يستعمل فيها الشفيع حقه في الشفعة لا يحتاج به عليه ولا يسرى حقه » (٢) . وهذا القول لا غبار عليه (٣) ، ولكنه بطبيعة الحال إنما يعبر عن الرأي الشخصي للعضو الذي قاله ، لا عن رأي اللجنة (٤) .

(١) أنظر آنفاً ص ٧٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ في الهامش .

(٣) لولا ما جاء فيه من أن ملكية الشفيع معلقة على شرط ، فالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتقافية ، وملكية الشفيع ملكية منجزة . وحكم الشفعة ليس شرطاً تعلق عليه هذه الملكية ، وإنما هو كاشف عن هذه الملكية المنجزة (أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩) .

(٤) وقد اعترض فعلاً عضو آخر في اللجنة على هذا القول ، إذ ذكر أنه « يؤدي إلى قلب نظام الشفعة القائم رأساً على عقب ، إذ يجب ألا يفرب عن البال أنه إذ جانب حق الشفيع توجد حقوق أخرى اكتسبها البائع حسن النية ولا يمكن إغفالها ، ولهذا الغير أن يكسب حقوقاً على النقيض من حق الشفيع التي يتم فيها تسجيل طلب الشفعة . وكل حق يترتب المشتري في الفترة الواقعة بين البيع الأول وتسجيل طلب الشفعة هو حق يكتبه الغير اكتساباً صحيحاً ، ومن ثم يكون نافذاً في حق الشفيع ويحتاج به عليه » . فرد المفسر صاحب القول الأول بأن هذه النتائج « إنما تترتب على نظام التسجيل ، ولا علاقة لها بمادة الشفعة التي تفرد بطبيعة خاصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ - ص ٤٠١ في الهامش) .

ولما تفرغت اللجنة لمناقشة المسألة ، انقسم الأعضاء فيما أدلوا به من آراء ، وقرنوا مسألة تحديد وقت انتقال الملكية بالوقت الذي يكسب فيه الشفيع الحق في الثمار ، فهو يكسب الثمار من الوقت الذي يصبح فيه مالكا للعقار المشفوع فيه . ورأى أحد الأعضاء أن يحدد الوقت بتاريخ البيع . ورأى أعضاء آخرون أن يكون هذا الوقت هو وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ولم ير إلا عضو واحد أن يكون حكم الشفعة منشئا على الوجه الذي ذهبت إليه محكمة النقض وأن يتأخر انتقال الملكية إلى الشفيع إلى وقت صدور هذا الحكم . ولما لم تستطع اللجنة الاتفاق على رأى (١) ، عقب أحد الأعضاء « بأن الموضوع

(١) ونقل هنا أم ماجاه في محضر جلسة ١١ مارس سنة ١٩٣٨ في هذا الصدد : «طلب الرئيس من الأعضاء تصفية النقطة الباقية في باب الشفعة ، وهي تحديد الوقت الذي يصبح الشفيع ابتداء منه مالكا للعقار المشفوع ، فهل يصبح الشفيع مالكا من يوم حصول البيع ، أم من يوم إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، أم من تاريخ تسجيل هذه الرغبة ، أم من يوم موافقة المشفوع ضده على طلب الشفعة ، أم من تاريخ الحكم الصادر بالأحقية في الشفعة ؟ فقال أحد الأعضاء : «إن النصوص التي أقرتها اللجنة قد تناولت مختلف العلاقات في مادة الشفعة . أما معرفة الوقت الذي يصبح الشفيع مالكا ابتداء منه فلا جدوى من بحثه ، إلا إذا أريد وضع نص خاص لتحديد ذلك الوقت . فإذا لم يكن هدف اللجنة وضع هذا النص ، فإن من العبث مناقشة مختلف الآراء التي أبديت في هذا الصدد» . وقال عضو آخر : «إن النصوص التي أقرتها اللجنة كفيلا بتنظيم علاقة الشفيع بالغير ، ولكنها قاصرة عن علاج العلاقة بين الشفيع والمشفوع ضده . لهذا يحسن وضع نص صريح قاطع في تحديد الوقت الذي يصبح الشفيع ابتداء منه مالكا للعقار الذي شفيع فيه وذلك لوضع حد لاختلاف انقضاء وتباين وجهات النظر في هذه المسألة . وأضاف أنه يرى أن الشفيع يعتبر مالكا ابتداء من التاريخ الذي يعلن فيه رغبته في أخذ العقار بالشفعة أي من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، لأن الحكم الذي يصدر نهائياً بشبوت الحق في الشفعة إنما يقر للشفيع بحق يرجع إلى اللحظة التي استعمل فيها هذا الحق ، ويمكن إدماج هذا المبدأ في تعريف حق الشفعة الذي نصت عليه المادة الأولى » . ثم اقترح أحد الأعضاء الاقتصار «على وضع نص يكسب الشفيع الحق في الثمار ويلزمه بفوائد الثمن ابتداء من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة . فتساءل الرئيس عما إذا كان هناك محل للنص على التزامه بالفوائد بالنسبة فقط إلى الجزء من الثمن الذي لم يتم بإيداعه» . وعقب أحد الأعضاء بأن الأخذ بالنص المقترح «معناه أن العقار المشفوع فيه سيتناوله ملاك ثلاثة على التوالي ، هم البائع والمشتري من تاريخ شرائه والشفيع من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة ، الأمر الذي يناقض المبادئ المقررة في الشفعة والتي تقضى بأن الشفيع يحل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته فيما عدا الانتفاع بالأجل الذي هو معلق على رضا البائع . واقترح لذلك النص على أن يكون للشفيع الحق في الثمار ابتداء من تاريخ البيع . ويأخذ الأصوات لم توافق اللجنة على هذا الاقتراح» . وقال أحد الأعضاء . «إن الرأى =

الوحيد الذي يتعين علاجه بنص إنما هو مسألة الثمار وفوائد الثمن ، وأن النص الواجب وضعه يجب أن يكون الغرض منه وضع حل لذلك ، وطلب أخذ رأى في هذه النقطة . فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح ، وقررت أن ينص في المادة الواجب وضعها على أن الشفيع يملك الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة « (١) . وعهدت اللجنة إلى أحد الأعضاء بصياغة هذا النص ، ولكن يظهر أن اللجنة حلت قبل أن يعرض النص عليها . ولم يتضمن المشروع التمهيدي نصاً في هذا الخصوص ، ولكن المذكورة الإيضاحية لهذا المشروع جاء فيها ما يأتي : « هذا وقد تناقشت اللجنة في جاسيتها الأخيرة التي عقدتها للنظر في نصوص الشفعة (الجلسة الثانية عشرة) في إضافة نص يقضى بأن الغلة تكوز للشافع من وقت إعلانه الأخذ بالشفعة . وعليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يه دعه من الثمن في خريفة المحكمة . وقد اقترح

الذي أخذت به محكمة القضا هو في رأيه مخالف لنصوص ، وإن هناك خلا في النهاية لاغير الشفيع مالكا ابتداء من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة . وشرح هذا الغرض وجهة نظره قائلا : « ليس صحيحاً أن يقال ؟ كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء ، إن البيع يزول ويفسخ ويبدع مكانه للشفعة التي تحل تماماً محل المقد الأول وتبطله . ذلك أن البيع قد تم صحيحاً ولم يكن معلقاً على شرط موقف أو شرط فاسخ ، وترتب عليه انتقال الملكية انتقالاً صحيحاً من يوم تسجيله ، أي أنه أنشأ مركزاً قانونياً نهائياً طالما أن حق الشفعة لم يستعمل ، بحيث يملك المشتري كامل الحرية في التصرف في العقار بيعة من جديد أو ترتيب حقوق للغير عليه فالمشتري يصبح بدوره مالكا ، وهو الذي ترفع عليه دعوى الشفعة . وللمشتري أيضاً أن يرتب للغير حقوقاً عينية على العقار الذي اشتراه ، وأن يقبض ريع هذا العقار الذي يباشر عليه . كافة الحقوق التي لمالك . لهذا يعتذر أن يلغى مثل هذا المركز القانوني الذي لا يمكن المساس به إلا في المستقبل فقط ، ابتداء من تاريخ طلب الشفعة بالطريق القانوني وتسجيله . فالبحث ياحصر إذن في معرفة ما إذا كانت الملكية تنتقل إلى الشفيع من يوم طلب الشفعة أو من يوم تسجيل هذا الطلب ، أو تنتقل فقط من يوم قبول المشفوع ضده أو من يوم صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة . والواقع أننا بصدد مركز جديد غير طبيعي يتعلق بحق احتياري نتيجة وقوع قانونية مترتبة بين الغير لم يشترك فيها ذلك الشخص الذي قد يستفيد منها ، ولا تتحقق هذه الاستفادة إلا باستعمال هذه الرخصة استعمالاً صحيحاً ، إذ تحول الرخصة إلى حق باتفاق ذوي الشأن على الاعتراف بها أو بصدور حكم يؤيدها . فهذا الاتفاق أو هذا الحكم يجب أن يكون هو الفيصل في تحديد تاريخ انتقال الحقوق . وما لم يحدد هذا الرأي استجابة من اللجنة اقترح أحد الأعضاء أن يوضع نص يقتصر على علاج مسألة الثمار ، فوافقت اللجنة بالأغلبية على وضع هذا النص بحيث يقرر أن يملك الشفيع الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٥ و ٤٣٦) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٤ - ص ٤٣٥ و ٤٣٦ .

أحد الأعضاء في لجنة فرعية نصا بهذا المعنى ، ولكن اللجنة لم تناقشه . ثم أضافت المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « والرأى في ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلا . (فإذا) استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة ، فهو يمتلك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت . وما دام قد تملك الثمار ، فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك . وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار » (١) .

ويتبين مما أوردناه من مناقشات اللجنة ومن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن اللجنة لم تكن في صف محكمة النقض تقول بأن حكم الشفعة منشىء لحق الشفيع ، وبأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور هذا الحكم ، مع أنها هي التي أقرت نص المادة ٩٤٤ مدنى القاضى بأن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » . ولم يفهم أحد من الأعضاء أن المقصود بالسند هنا هو السبب القانونى المنشىء لحق الشفيع كما ذهبت محكمة النقض ، وإلا لما كان هناك محل لأن تناقش اللجنة طويلا في تحديد الوقت الذى ينشأ فيه حق الشفيع فلا تصل إلى قرار في ذلك ، مع وجود نص صريح أمامها يحدد هذا الوقت بتاريخ صدور حكم الشفعة إن صح تفسير محكمة النقض للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق وللمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد على الوجه الذى ذهبت إليه . وإذا كانت اللجنة قد أقرت ، من حيث المبدأ ، أن تكون الثمار للشفيع من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا لا يعنى حتما أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت هذا الإعلان فقط . فإنه يمكن أن يحل الشفيع محل المشتري من وقت البيع ، ومع ذلك لا تكون الثمار له إلا من وقت إعلان المشتري برغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ يملك المشتري ، وهو حسن النية قبل إعلان هذه الرغبة ، الثمار بالحيازة . بل إن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تضمنت رأيا صريحا في أن الشفيع « يملك من وقت البيع الأول ، ويعتبر المشتري كأنه

لم يملك أصلاً . صحيح . كما تقول محكمة النقض (١) . أن هذا الرأي هو رأي شخصي لواقع المذكورة . ولكن هذا الرأي . الذي ضمنه المذكورة الإيضاحية التي قمنا بوضعها ، لا يتناقض مع نص المادة ٩٤٤ مدني على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض . فكل ما تقوله المادة ٩٤٤ مدني هو أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع . وليس في هذا ما يتعارض مع القول بأن الشفيع يخل محل المشتري من وقت البيع . وقد بسطنا تفصيلا فيما تقدم أن حكم الشفعة ليس منشئا لحق الشفيع بل هو كاشف عنه . وأن هذا الحكم إذا اعتبر سندا للملكية الشفيع فإن معنى السند هنا ليس هو السبب القانوني المنشئ ، بل معناه أنه دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . هذا إلى أن حلول الشفيع محل المشتري من وقت إبرام البيع هو الذي تمليه المبادئ العامة . ويفرضه التكليف الصحيح لطبيعة الشفعة . وتنطق به الحلول العملية التي وضعها المشرع .

٢٣٢ - الأهمية العملية لرأي محكمة النقض نظر بكونه محصورة في

مسألة الثمار : على أن المشرع في وضعه لنصوص الشفعة قد تكفل بوضع الحلول العملية للمسائل الخاصة بعلاقة الشفيع بالبائع ، وبعلاقته بالمشتري . وبعلاقته بالغير ، على الوجه الذي سنبيطه فيما يلي . فلم تعد هناك أهمية عملية كبيرة للقول بأن الشفيع يخل محل المشتري من وقت صدور حكم الشفعة أو من وقت البيع . وتكاد تنحصر هذه الأهمية ، بعد الحلول العملية التي وضعها المشرع ، في مسألة الثمار . وهي المسألة التي كاد المشرع أن يضع لها هي الأخرى نصا ولكنه لم يتمكن من تحقيق بغيته . وسنرى أن الخلاف إنما يثور في شأن هذه المسألة . ولم تر محكمة النقض حاجة لتقرير أن حكم الشفعة منشئ إلا في صدها . أما بقية المسائل فقد وضع المشرع لها . كما قدمنا ، حلولا مستقرة ثابتة . ولا يكاد يثور في شأنها أي خلاف .

ونفصل الآن ما أحمله .

(١) أنظر آتيا ص ٧١٠ هامش ١ .

المطلب الثاني

عقد الشفيع بالبائع والمشتري وبالفير

١٤ - عقد الشفيع بالبائع

٢٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٥ مدني على ما يأتي :

- ١ - « يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .
- ٢ - « وإنما لا يحل له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » .
- ٣ - « وإذا استحق العقار للفير بعد أخذه بالشفعة . فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٢ - ص ٤٣٥) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٣ : يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة

ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل إلا برضاء البائع . وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للفير ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (معدلة بقانون د شاط سنة ١٩٥٨) : يعتبر شفيع

أنه قد اشترى من المشتري ، ويكون للشفعة بنفسها مفعيل البيع نفسه ولا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه في العقد نصلحة المشتري في دفع الثمن . إلا إذا رأيت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة . وفيما عدا الأجل المنصوص عليه في العقد . لا يجوز للمحكمة

ويخلص من هذا النص أنه متى ثبت للشفع حقه في الشفعة ، رضاه أو قضاؤه ، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشتري إلى أن يكون بين البائع والشفيع . ويعتبر الشفع هو المشتري منذ البداية ، إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع . ويختص شخص المشتري من الصفقة ، ولا يتوسط بين البائع والشفيع . ولا يعتبر أن هناك بيعاً أولاً انعقد بين البائع والمشتري . ثم أعقبه بيع ثانٍ انعقد بين المشتري والشفيع ، فباع البائع للمشتري ثم باع المشتري للشفيع . بل هو بيع واحد انعقد بين البائع والشفيع فقامت بينهما صلة مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما قلناه أن العلاقة ما بين الشفع والبائع يحددها عقد البيع وقد أصبح فيه الشفع مشترى ، ويحل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما يقول النص (م ١ / ٩٤٥ مدني) . ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفع بجميع التزامات البائع ، كما يلتزم الشفع نحو البائع بجميع التزامات المشتري (١) .

- أن تمتع الشفع مهلة للدفع . (وقانون الملكية العقارية الصادر عن التفتيش المصري في أن القانون الأول يحمل الشفع مشترى من المشتري لا من البائع ، لا مشترى من البائع راعياً كما هو الأمر في التفتيش المصري . ويختلف كذلك في أن المحكمة أن تستيق الصلحة الشفع الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن على أن يقدم الشفع ضماناً ، وفي التفتيش المصري لا ينتفع الشفع بالأجل إلا برضاء البائع) .

(١) وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى ، بالرغم من قضائها بأن تحول الشفع محل المشتري إنما يقع عند صدور حكم الشفعة إذا أن هذا الحكم في رأيها مشيء لا كاشف . فقضت بأن الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلة في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيق ضروري فيها ، حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض . ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرية بينهم هم الثلاثة كذلك (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٤٣ د) . وقضت أيضاً بأنه يترتب عن الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلة في تلك الحقوق بالشفيع (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) .

والتزامات البائع هي نقل ملكية المبيع ، والتسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . والتزامات المشتري هي دفع الثمن والفوائد إذا كان لها مقتضى ، وتسليم المبيع . فنتعرض في هذه المسائل على التعاقب .

٢٣٤ - التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع : يصبح البائع لدينا بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . ولما كانت ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن الشفيع يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه في الشفعة على النمو الذي قدمناه (١) ، فننتقل إليه الملكية رأساً من البائع . ويقوم مكتب الشهر المختص بالتأشير على هامش تسجيل إعلان الرغبة بما يفيد صدور هذا الحكم النهائي ، وكذلك يتولى المكتب إجراء التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع الذي صدر أولاً من البائع إلى المشتري إذا كان المشتري قد قام بتسجيل هذا العقد (٢) .

أما إذا تمت الشفعة بالتراضي ، وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم تسجيله ، فإنه يكفي في هذه الحالة أن يوقع المشتري إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع ، ويكون هذا الإقرار موثقاً أو مصدقاً على التوقيع فيه . وتتأكد مأمورية الشهر من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، لتستوثق من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالاً لحق الشفعة ، وليس ببيع جديد صادر من المشتري إلى الشفيع . ثم يقدم الإقرار إلى مكتب الشهر المختص لتسجيله ، والتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد البيع وعلى هامش تسجيل إعلان الرغبة . فإذا كان عقد البيع الصادر إلى المشتري لم يسجل ، فإن الإقرار في هذه الحالة يجب أن يكون موقفاً من البائع والمشتري والشفيع ، ويكون موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويجوز أن يحرر عقد بيع من البائع رأساً للشفيع ، ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتاً لتسليمه بالشفعة . ويكون عقد البيع موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويسجل الإقرار أو عقد البيع ، ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل إعلان الرغبة ، على النحو الذي سبق بيانه (٣) . وإذا وقع

(١) أنظر آناً فقرة ٢٢٢ .

(٢) محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٤٩ .

(٣) أنظر في ذلك محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ .

المشترى الإقرار أو عقد البيع ، وأبى بعد ذلك أو أبى البائع القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل كأن امتنع أحدهما عن التصديق على امضاءه ، جاز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري على كل من المشتري والبائع . فإذا حصل على حكم بذلك سجله فتنقل إليه الملكية (١) .

فإذا سجل الشفيع حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري على الوجه الذي سبق بيانه . وانتقلت إليه الملكية ، فإنها تنتقل من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . فالملكية إذن لا تنتقل من وقت البيع ، ولا من وقت إعلان الرغبة في الشفعة ، ولا من وقت تسجيل هذا الإعلان ، بل ولا من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة ، وإنما تنتقل من وقت تسجيل هذا الحكم النهائي أو تسجيل الإقرار بالشفعة من المشتري . والوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري لا أهمية له في تحديد وقت انتقال الملكية . وسواء حل الشفيع محل المشتري من وقت البيع على الرأي الذي نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة على الرأي الذي نقول به بحكمة النقض . أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فإن الملكية في جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا من وقت تسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة وهذا ما تفرضه أحكام التسجيل . أما فيما بين الشفيع وبين البائع والمشتري وهما ليسا من الغير على الرأي الذي نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض ، ولكنها تنتقل في رأينا من وقت البيع لا من وقت التسجيل .

ومتى انتقلت الملكية إلى الشفيع على النحو الذي قدمناه . فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار المشفوع فيه متى شاء وكيف شاء . فإنه قد أصبح مالكا

(١) وإذا أنكر البائع والمشتري ، في دعوى الشفعة التي يرفعهما الشفيع عليهما ، وقوع البيع بينهما حتى يتفاديا أخذ الشفيع بالشفعة ، كان للشفيع أن يثبت هذا البيع بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البيعة وانقراض ، لأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آتقاً ص ٥٠٩ - وقارن محمد عل ٢ فقرة ٣١٦ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٦ : ويذهب إلى أن الشفيع ، إذا كان عقد البيع لم يسجل ، يطلب احكام بصحة التعاقد في صحيفة دعوى الشفعة . ونرى أنه لاجابة لتسجيل عقد البيع والتمهيد لذلك يطالب الحكم بصحة التعاقد . فإنه من اياتر تسجيل حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري دون أن يكون عقد البيع مسجلا كما قلنا في المتن) .

للعقار وللمالك أن يتصرف في ملكه . ولا يعترض على ذلك بأن الشفيع إنما أخذ العقار بالشفعة ليستبقه لا ليتصرف فيه . وإلا كان مضاربا يستغل حقه في الشفعة للكسب والربح . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن اقتضاء للشفيع بالشفعة أو تراضيه عليها مع المشتري معناه أنه لم يكن متعسفا في طلبها ولم يقصد الاستغلال ، فإذا ما أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه صارت له جميع حقوق المالك . وأخصها حقه في التصرف في ملكه (١) .

٢٣٥ - التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع - تبعة الإهرونك

قبول التسليم : والمفروض هنا أن العقار المشفوع فيه لا يزال في يد البائع ، ولم يسلمه للمشتري . فيلتزم في هذه الحالة بتسليمه للشفيع ، لأنه هو المشتري بعد أن تلخذ

(١) وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع أن يتخذ من حقه وسيلة للمضاربة ، ولكن بعد أن يثبت للشفيع الحق بالرضاء أو بالقضاء له أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للمشفوع فيه . وله إذن حرية التصرف في العين التي بيعت له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ، ولا يشترط أن يشفيع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه (بني سويف الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٥١ ص ٤٢٠) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٥ .

ولكن قبل الحكم بالشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد قصد المضاربة والاتجار ، فتواطأ مع أجنبي على أن يقدم له المال اللازم للأخذ بالشفعة في مقابل أن يشاركه في الصفقة ، فإن هذا التعاقد مع الأجنبي يكون باطلا لقيامه على سبب غير مشروع (استئناف وطني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٤ ص ١٧٢) . وقد قضى بأنه يجب رفض طلب الشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد اتفق مع شخص آخر على أن يقدم له الثمن الذي يأخذ به الصفقة بالشفعة في مقابل أن يأخذ هذا الشخص الآخر جزءاً من العقار المشفوع فيه (طنطا الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يقط ، إذا ثبت أنه عندما علم بالشراء أظهر رغبته في عدم الأخذ بالشفعة ، وأنه مارفَع الدعوى بعد هذا التنازل إلا لفائدة شخص آخر أراد أن يحصله سبيلا لتملك العقار المشفوع فيه (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤) . وانظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦١ . وانظر عكس ذلك وأن الشفعة صحيحة حتى لو ظهر أن الشفيع أخذ الثمن من الغير وقاسمه العقار المشفوع فيه : استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣٦٢ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٠ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٠ .

العقار بالشفعة . وكل ما ذكرناه عند الكلام في عقد البيع . في شأن التزام
 البائع بتسليم المبيع ، ينطبق هنا (١) . ونشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم
 بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع . وبالمقدار
 الذي عين له في العقد . وبالملحقات التي تتبعه . وملحقات العقار المشفوع فيه
 هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله . وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء
 وعرف الجهة وقصد البائع والمشتري (م ٤٣٢ مدني) . ويكون التسليم بوضع
 العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به
 دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك ،
 وبحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع (م ١٤٣٥
 مدني) . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة . إلا إذا حدد
 ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم
 المبيع في ميعاد معين . أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه . ويتم
 التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه . فعلى الشفيع أن يسعى إلى
 هذا المكان لتسلم العقار . وإذا تأخر البائع عن التسليم . كان للشفيع أن يطالبه
 بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر .

ولما كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية وهو التزام
 بتحقيق غاية ، فإن البائع إذا لم يسلم العقار المشفوع فيه للشفيع ، حتى لو كان
 راجعا إلى سبب أجنبي ، كأن كان العقار بناء فاحترق قضاء وقدر ، فإن البائع
 يكون مع ذلك لم يقم بالتزامه بالتسليم ، فيصبح مسئولاً عن ذلك . ومن ثم تكون
 تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع . لا على الشفيع . وقد ورد نص
 صريح في هذا المعنى في البيع يجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على
 المشتري : فنصت المادة ٤٣٧ مدني على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب
 لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد
 إعدار المشتري لتسلم المبيع » . وتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع لا على
 الشفيع . حتى لو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها
 فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع . أما إذا تسلم

(١) أنظر الوسيط : فترة ٢٩١ وما بعدها .

الشفيع العقار المشفوع فيه . فإن تبعة الهلاك تكون عليه حتى لو كان لم يسجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فلم تنتقل الملكية إليه . ونرى من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية . فتبعه هلاك العقار المشفوع فيه تكون على البائع قبل التسليم ولو انتقلت الملكية إلى الشفيع . وتكون على الشفيع بعد التسليم ولو لم تنتقل إليه الملكية . ومعنى أن البائع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار وهو لا يزال في يده لم يسلمه إلى الشفيع . فإن كان قد قبض الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة (أو تسلمه من المشتري أو من الشفيع في حالة الشفعة بالراضى) ، وجب عليه أن يرده للشفيع ، وإن كان لم يقبضه لم تجز له مطالبة الشفيع أو المشتري به . ومعنى أن الشفيع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار بعد أن يكون قد تسلمه ، جاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك ، فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده . وإذا أعذر البائع الشفيع لتسلم العقار ، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار في حكم المسلم للشفيع . فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع . وفي هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » ، أى أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع .

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا في قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم ، وعلى الشفيع بعد التسليم . وتنص المادة ٤٣٨ مدنى في هذا المعنى على أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » . فتكون تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم العقار على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها في حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية . وهو التزام بتحقيق غاية ، فإذا لم يقم به البائع كان مستولا ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فتكون التبعة عليه هنا كما كانت التبعة عليه في الهلاك الكلى . وينبنى على ذلك أن الشفيع ، فى حالة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة

قبل تسليم العقار إليه ، يكون بالخيار بين الفسخ (١) أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ من الحسامة قدر بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للشفيع حق الفسخ . وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط . وغى عن البيان أن البائع إذا أعذر الشفيع لتسلم المبيع ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة . إذا طرأ بعد ذلك على العقار قبل أن يتسلمه الشفيع فعلا ، يتحمل الشفيع تبعته كما يتحملها في الهلاك الكلي على ما أسلفنا (٢) .

٢٣٦ - التزام البائع بتعماره التعرض والاستحقاق للشفيع : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني تنص صراحة على أنه « إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . ورأينا (٤) أن هذا النص هو الذي يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يخفى من الصفقة فتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشتريا بضمان التعرض والاستحقاق ، وتسري هنا أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، لأن الشفيع قد حل كما قدمنا محل المشتري فيرجع بالضمان على البائع

(١) وإذا فسخ الشفيع . لم يكن للمشتري الحق في أن يطالب بالعقد المبيع بعد إنقاص الثمن أوحى بعد دفع الثمن بأكله ولا بد من عقد جديد بين البائع والمشتري ، يأخذ بموجبه المشتري العقار بالثمن الذي يتفق عليه مع البائع (أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٠٤) .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٣١٤ - فقرة ٣٢٤ - وانظر على زكي المرابي فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٤ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٤ . وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٠ (ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في حالة الهلاك . ولا يرى وجهاً لهذا القول بعد أن نص القانون صراحة على أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته ، والمقصود طبعاً بالحقوق والالتزامات تلك التي قررها القانون - لا الفقه الإسلامي - بالنسبة إلى المشتري ، ويدخل في ذلك تحمل تبعه الهلاك . فيجب إذن تطبيق أحكام التقنين المدني ، لا أحكام الفقه الإسلامي ، في تعيين من يتحمل تبعه هلاك العقار المشفوع فيه)

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

كما يرجع المشتري (١) . فيرجع الشفيع إذن على البائع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه ، وكذلك بضمان التعرض الصادر من الغير ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق . وتنص المادة ٤٣٩ مدني في هذا المعنى على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه . سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع محتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

ففيما يتعلق بضمان البائع لتعرضه هو . يتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . ويستوى في ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) . أو أن يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) . فالتعرض المبني على سبب مادي إما أن يقوم على أعمال مادية محضة ، أو أن يقوم على تصرفات قانونية . فالتعرض الذي يقوم على أعمال مادية مثله أن يكون البائع قد باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له . وأخذ الأرض شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يلفي الميدان ويقسمه أجزاء لبيعه لأن في ذلك حرمان الشفيع من الانتفاع بمنظر الميدان ، ويكون البائع في هذه الحالة ملزماً بضمان التعرض المبني على عمل مادي صادر منه هو (٢) . والتعرض الذي يقوم على تصرفات قانونية مثله أن يرهن البائع العقار بعد بيعه ، ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فيسري الرهن في حق الشفيع . فهنا يقع تعرض من جانب الدائن المرتهن وهو تعرض صادر من الغير ، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن الدائن المرتهن في تعرضه قد

(١) نقتصر مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام القصر ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ - وحتى لو كان المشتري هو الذي يقبر الثمن من الشفيع . فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق . فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو (أي المشتري) على البائع . بل يرجع الشفيع رأساً عن البائع ، لأن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع منذ إبرامه . وهو يبيع واحد اعتبر بعد الأخذ بالشفعة صادراً مباشرة منذ البداية من البائع إلى الشفيع . لا يبيع صادر من البائع إلى المشتري ثم يبيع تال صادر من المشتري إلى الشفيع . أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٧ .

(٢) أنظر بالنسبة إلى المشتري المنتدب وطوي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستدلال ص ٢٥٠ .

استمد حقه من البائع ، وتعرض البائع في هذه الحالة بقوم على تصرف قانوني لاعلى عمل مادي . يبقى تعرض البائع المبني على سبب قانوني ، ويتحقق إذا ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع ، سواء كان الحق المدعى به سابقا على البيع أولا حقا له . مثل الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أفرز عقارا بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باع العقار فأخذه شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يطالب بإبطال القسمة لئلا يبطل البيع فتبطل الشفعة ، فيكون هذا تعرضا من البائع للشفيع مبني على سبب قانوني سابق على البيع . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له فيأخذ شفيع بالشفعة ، ثم يصبح البائع مالكا للعقار بالإرث أو بالشراء مثلا . فيحتج على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ، فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه هو بسبب قانوني لاحق للبيع . وقد لجأ القانون في هذه الحالة إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع : وهو بيع ملك الغير . تنتقل إلى المشتري أي إلى الشفيع إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) . والتزام البائع بعدم التعرض للشفيع التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للشفيع في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم . فاذا أخل البائع بالتزامه بأن تعرض فعلا للشفيع : تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم : فاذا لم يطالب به الشفيع في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا سقط بالتقادم . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام الجزائي باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فاذا كان تعرض البائع للشفيع قائما على أعمال مادية محضة ، كإلغاء البائع للميدان الذي يطل عليه العقار المشفوع فيه : وجب على البائع تعويض المشتري عما أصابه من الضرر ، وجزا في الوقت ذاته أن يطلب الشفيع التنفيذ العيني لالتزام البائع فيجبره على إعادة الميدان إلى ما كان عليه . وإذا كان تعرض البائع قائما على تصرف قانوني صادر منه هو : كرهنه العقار المشفوع فيه وقيد هذا الرهن قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فلا مخلص من سريان الرهن

في حق الشفيع ، ويرجع الشفيع في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للعقار استحقاقا جزئيا كما سيأتي ، أو بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو لأن الدائن المرتهن استمد حقه من البائع نفسه . وإذا كان تعرض البائع مبنيا على سبب قانوني بأن ادعى حقا على المبيع سابقا على البيع أولا حقا له ، فالجزء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع بهذا الحق ، فاذا ادعى الملكية وأراد الاسترداد لم يستطع أن يسترد ، لأن من وجب عليه الضمان لم يجز له الاسترداد . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . والاتفاق على زيادة الضمان أو على إنقاصه جائز ، فيزيد الضمان أو ينقص تبعاً لذلك بالنسبة إلى الشفيع . أما الاتفاق على إسقاط الضمان فغير جائز ، وقد نصت المادة ١/٤٤٦ مدني على أنه « إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله هو . ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك » . فاذا كان البائع لا يستطيع أن يحتج على المشتري بالاتفاق على إسقاط الضمان ، فإنه لا يستطيع كذلك الاحتجاج بهذا الاتفاق على الشفيع (١) .

وفيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنيا على سبب قانوني أو مبنيا على سبب مادي . أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانوني . فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع ، وما دام الغير لا يدعى أن له حقا على المبيع فالشفيع وشأنه مع المتعرض يدفع تعرضه بالوسائل التي أعطاها إياه القانون . فاذا ادعى الغير حقا على العقار المشفوع فيه ، فهذا هو التعرض المبني على سبب قانوني ويلتزم البائع بضمانه . وبشرط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع ، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع . فاذا كان الحق تاليا للبيع وغير مستمد من البائع لم يلتزم البائع بالضمان . ومثل الحق السابق على البيع أن

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٢٦ .

يكون البائع قد باع عقارا في حيازة الغير ، فأخذه شفيع بالشفعة ، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم الطويل أو التقادم القصير . فهنا يدعى الحائز حقا على العقار سابقا على البيع . وهو حق الملكية الذي كسبه بالتقادم ، فيكون البائع ضامنا للشفيع هذا التعرض . ومثل الحق التالي للبيع وهو مستمد من البائع أن يكون البائع قد باع عقارا فأخذه شفيع بالشفعة ، وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . فهنا يدعى الدائن المرتهن حقا على العقار لا حقا للبيع ولكنه مستمد من البائع ، وهو حق الرهن الذي قيده قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيكون البائع ضامنا أيضا هذا التعرض للشفيع . ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو المتقدم . فإن البائع يجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا ، بأن يجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه (١) . فاذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير باثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق . وهو إما أن يكون ضمانا عن استحقاق كلي ، أو ضمانا عن استحقاق جزئي . ففي الضمان عن الاستحقاق الكلي ، نصت المادة ٤٤٣ مدني على أنه « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري (وهنا المشتري هو الشفيع) أن يطلب من البائع : ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية . ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتبعه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ . ٥ - وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » (٢) .

(١) أنظر في تنفيذ الضمان تنفيذا عينيا بطريق تدخل البائع ما سبق بيانه في هذا الشأن عند الكلام في البيع (الوسيط) ؛ فقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٥٠ .
 (٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٣٥٢ .

وفي الضمان عن الاستحقاق الجزئي ، نصت المادة ٤٤٤ مدني على أنه « إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري (الشفيع) قد بلغت قدر الوالو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » (١) . وقد يتوقى الشفيع استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مقابل للمستحق ، وفي هذه الحالة تنص المادة ٤٤٢ مدني على أنه « إذا توفى المشتري (الشفيع) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (٢) . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلاً أيضاً بالنسبة إلى الشفيع . وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يعتمد البائع إخفاء حق الأجنبي ، كان مع ذلك مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . فتسرى هذه الأحكام أيضاً على الشفيع وقد حل محل المشتري ، ويعتد في العلم بسبب الاستحقاق وفي الشراء مع سقوط الخيار بالمشتري لا بالشفيع . وفي هذا كله تنص المادة ٤٤٥ مدني على أنه « ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٣ - وإذا رد الشفيع المقار للبائع بموجب هذه الأحكام ، لم يجوز للمشتري أن يأخذ المقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصل وإذا أراد أخذه ، كان ذلك بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الهلاك الجزئي إذا رد الشفيع المقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤ هاش ١) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .
 ٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . ونص المادة ٢٤٤٦ مدني على ما يأتي : « أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير . فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى سائق الخيار (١) » .

٢٣٧ - التزام البائع : بمعاملة العيوب الخفية للشفيع : ويلتزم البائع أخيراً - مباشرة نحو الشفيع وحده - بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه .

ورجوع الشفيع المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية ، كرجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض والاستحقاق ، دليل قاطع على أن الشفيع قد حل محل المشتري من وقت البيع . وقد نصت المادة ٤٤٧ مدني في خصوص

ضمان العيوب الخفية على أن « ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري (وقد حل محله الشفيع) وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته . أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء . أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت

أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » . فالعيب في العقار المشفوع فيه ، حتى يوجب الضمان ، يجب أن يكون مؤثراً ، وأن يكون قديماً أي موجوداً في العقار قبل تسليمه للمشتري أو للشفيع ، وأن يكون خفياً فإذا كان ظاهراً وقت أن تسلم العقار المشتري أو الشفيع ورضى به هذا أو ذلك لم يضمنه البائع (٢) ، وأن يكون غير معلوم للمشتري وقت أن تسلم العقار فإذا كان

(١) انظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٩ - وانظر في تفصيل

ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير الوسيط ٤ فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٧ ص ٤٨٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٨ .

(٢) فإذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري - لا الشفيع - كان يستطيع أن

يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادي ، فلا ضمان على البائع . ومع ذلك -

الشفيع هو الذي تسلمه مباشرة من البائع وجب أن يكون العيب غير معلوم له (١). فإذا وجد بالعقار عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة . وجب على الشفيع المبادرة إلى إخطار البائع به ، فإذا ما أخطره . كان له أن يرجع عليه بالضمان . ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، وبين ما إذا كان العيب لم يبلغ من الجسامه هذا الحد . ففي الحالة الأولى يكون الشفيع مخيراً بين رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي (٢) ، وبين استبقاء العقار مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . وفي الحالة الثانية لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٣) .

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري ، فإذا لم يسلم إلى المشتري فن وقت تسليمه رأساً إلى الشفيع . وقد نصت المادة ٤٥٢ مدني في هذا الصدد على أن « ١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتام التقادم ، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه » (٤)

يجب الضمان على البائع في هذه الحالة إذا أثبت الشفيع أحد أمرين إما أن يكون البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب المعين الذي وجد به بعد ذلك ويستطيع الشفيع أن يثبت هذا التأكيد من البائع للمشتري بجميع طرق الإثبات ، أو أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب عن المشتري غشاً منه وللشفيع أن يثبت ذلك أيضاً بجميع طرق الإثبات .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٣٦٥ - فقرة ٣٦٨ .

(٢) ولا يجوز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه في هذا الغرض بموجب عقد البيع الأصلي ، فإذا أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الملاك الجزئي وفي الاستحقاق الجزئي إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٥٠ هامش ١ و ص ٧٥٠ هامش ١) .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٥ .

(٤) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٣٧٧ .

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية ، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في العنار المشفوع فيه غشاً منه ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلاً أيضاً بالنسبة إلى الشفيع . وتنص المادة ٥٣ : مدني في هذا الصدد على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » (١) .

٨٢ - التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع - الثمن المؤجل - الفوائد :

والمفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشتري ، فإذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة ، أصبح ملتزماً بدفع الثمن للبائع . وغنى عن البيان أن مقدار الثمن يكون قد تعين إما في الحكم القاضي بالشفعة (٢) ، أو بالتراضي بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضي : ففي الحالة الأولى ، حالة الحكم بالشفعة ، يكون الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة (٣) ، فما على البائع إلا أن يسحب من خزانة المحكمة ما أودعه الشفيع ، ويكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن (٤) . وقد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٨ - فقرة ٣٧٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها .

(٤) ولم يكن الشفيع ملزماً ، بحسب قانون الشفعة السابق ، بإيداع الثمن خزانة المحكمة فكان البائع يستطيع التنفيذ بالثمن على أموال الشفيع بموجب الحكم القاضي بالشفعة ، ولم يكن في حاجة إلى رفع دعوى جديدة بالثمن . وقد قضى ، في عهد قانون الشفعة السابق ، بأن الحكم الذي يقضى بالشفعة يقضى في الوقت نفسه بدفع الثمن ، فليس المشتري في حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصنفقة ، وإنما إذا تعلق الشفيع في حبس الثمن بوجود دين على العين تعين صدور حكم باستمرار التنفيذ (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣) . فلا محل إذن لتكليف المشتري رفع دعوى جديدة بالثمن لأن الثمن مقضى به في حكم الشفعة ، وقد أصبح مقدراً غير متنازع فيه ، بل إن رفع دعوى جديدة في شأنه تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠) .

الثمن الحقيقي ، بأن يكون قد أودع الثمن المذكور في العقد ثم أثبت في دعوى الشفعة أن ما ذكر في العقد أكثر من الثمن الحقيقي ، فمن حقه أن يسحب من خزانة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين الثمن الحقيقي . بل له أن يتقاضى تعويضاً من البائع والمشتري متضامين على أساس المسؤولية التقصيرية لأنهما تواطأ معا على ذكر ثمن في العقد أكبر من الثمن الحقيقي ، فيحكم له بالفوائد القانونية للزيادة التي أودعها من وقت الإيداع إلى وقت سحبها من خزانة المحكمة . ويحدث أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد ، ثم يثبت المشتري أو البائع أنه أقل من الثمن الحقيقي (١) . وعند ذلك يكون الشفيع ملتزماً بدفع الباقي من الثمن للبائع . أما في الحالة الثانية . حالة التراضي على الشفعة ، فإن الشفيع يكون ملتزماً بدفع كل الثمن المتفق عليه للبائع ، لأنه لا يكون قد أودع شيئاً من الثمن خزانة المحكمة .

وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفيع بدفعه للبائع ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً . وهذا حتى لو كان البائع قد اتفق مع المشتري في الأصل على تأجيل الثمن ، فليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٤٥ مدني تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « وإنما لا يحق له (للشفيع) الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » . والسبب في ذلك واضح ، فإن البائع قد يضع في المشتري ثقة لا يضعها في الشفيع فيقبل أن يؤجل الثمن للأول دون الثاني ، وقد تربطه بالمشتري دون الشفيع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل الثمن للمشتري . فتأجيل الثمن أمر منظور فيه لاعتبارات تتعلق بشخص المشتري ، فلا تعدى هذه الاعتبارات إلى شخص الشفيع . ومع ذلك قد يرضى البائع ، كما يقول النص سالف الذكر ، بتأجيل الثمن للشفيع أيضاً لأسباب يراها مبررة لذلك ، فيتأجل الثمن على الشفيع على النحو الذي رضى به البائع (٣) . ورضاء البائع بتأجيل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٣) نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمره ٥ رقم ٥ ص ٩ - استئناف مبصر

١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحامة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ - استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١

التمن للشفيع إنما يأتي بعد الأخذ بالشفعة . أما في أثناء إجراءات دعوى الشفعة فيجب على الشفيع أن يودع كل التمن خزانة المحكمة حتى لو كان البائع راضياً بتأجيل التمن وقد سبق بيان ذلك (١) . فإذا ما ثبت حق الشفيع في الشفعة ، ورضى البائع بتأجيل التمن أو تقسيطه ، استطاع الشفيع أن يسحب التمن منه أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع . وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (٢) . هذا إذا أخذ الشفيع الشفعة قضاء ، فإن أخذها بالتراضي فإن التمن يكون مؤجلاً أو مقسطاً تبعاً لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع .

وفي المدة التي يودع فيها التمن خزانة المحكمة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة وتمكن البائع من سحب التمن ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن التمن ، لأن تعطيل التمن لم يكن بخطأه فقد أودعه خزانة المحكمة وكان على البائع والمشتري أن يسلموا له بالشفعة فيقبض البائع التمن فوراً (٣) . وإذا كان المشتري دون البائع هو الذي لم يسلم بالشفعة ، كان رجوع البائع بالفوائد مدة تعطيل التمن في خزانة المحكمة على المشتري لا على الشفيع . فإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة ، بالتقاضي أو بالتراضي ، وبقي التمن أو بعضه في ذمة الشفيع للبائع لسبب من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فإن استحقاق البائع للفوائد تسرى في شأنه القواعد العامة . وتنص المادة ٤٥٨ مدني في هذا الصدد على أنه

١ - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن التمن ، إلا إذا أعذر المشتري (وقد حل محله الشفيع) أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ١ . ويخلص من هذا النص أنه إذا كان الشفيع لم يدفع التمن إلى البائع ، سواء كان التمن حالاً ووجب الأداء فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٦٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٤١ م ٦٠ ص ١٢٥ .

فإن الشفيع لا يكون مسئولاً عن فرائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث : (١) إذا وجد اتفاق بين البائع والشفيع ، عند تأجيل الثمن مثلاً أو تقسيطه ، على أن الشفيع يدفع فرائد عن الثمن المستحق في ذاته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فرائد اتفاقية لا يجوز أن تزيد على ٧٪ ، والاتفاق هو الذي يحدد من أي وقت تسرى الفوائد المتفق عليها (١) . (٢) فإذا لم يوجد اتفاق على الفوائد ، كانت الفوائد مستحقة من وقت تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه إذا كان هذا العقار قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، والفوائد المستحقة في هذه الحالة هي الفوائد القانونية . (٣) فإذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه أو تسلمه ولم يكن قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، ولم يكن هناك اتفاق على دفع فوائد ، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع الشفيع أن يدفعه ، فمن وقت الإعذار إلى وقت الدفع تجب الفوائد القانونية (٢) . وجزء إخلال الشفيع بالتزامه من دفع الثمن والفوائد تسرى في شأنه القواعد العامة ، فللبائع حق الفسخ (٣) ، كما له أن يجبر العقار

(٢) وبغلب أن يتفق البائع مع الشفيع على دفع فوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، وعلى أن تسرى الفوائد من وقت البيع إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع ، في الشفعة بالتراضي مثلاً ، من أن يشترط على الشفيع دفع فوائد اتفاقية حتى لو كان الثمن حالاً واجب الدفع فوراً ، فيكون على الشفيع أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فإن تأخر في الدفع كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ، فقرة ٣٩٤ .

(٣) وإذا فسخ البائع لم يجز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلي ، فإن أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بمقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الهلاك الجزئي والاستحقاق الجزئي والعيوب الخفية إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١ وص ٧٥٢ هامش ٢) .

وإذا رفع البائع دعوى الفسخ ، كان للشفيع ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يتوق الفسخ بدفع الثمن إلى وقت صدور الحكم النهائي في دعوى الفسخ . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحكم النهائي القاضي بالشفعة يعتبر سداً للملكية المحكوم له للمين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين في الحكم . فإذا كان هذا الحكم لم يحدد مباداً لدفع الثمن ، ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن . فإن هذه الدعوى هي ، حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التملك . وللمحكوم له بالشفعة أن يتوق الفسخ بدفع الثمن =

في يده حتى يستوفي الثمن والفوائد ، وله حق امتياز البائع على هذا العقار (١) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تقضي بأن للمشتري ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا . واستحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع وباعتباره مالكاً لثمر ملكه ونمائه ويكون عليه تكاليفه (٢) . ويرتب على ذلك أن الشفيع ، بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يستولى على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار . وهنا تظهر الأهمية العملية في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية العقار إلى الشفيع . فان الشفيع يملك الثمار من هذا الوقت (٣) . وقد رأينا أن لمحكمة النقض في هذه المسألة قضاء مستقرا ، يطبق عادة عند تسليم العقار المشفوع فيه للمشتري فيقبض هذا ثماره ويطالبه الشفيع بردها ، فرجىء بحث المسألة إلى حين الكلام في علاقة الشفيع بالمشتري (٤) . أما هنا فنقتصر على تملك الشفيع للثمار ، إذا كان العقار لا يزال في يد البائع ولم يتسلمه المشتري . ففي هذه الحالة ، وقد حل الشفيع محل المشتري ، فإنه يملك الثمار وهي في يد البائع من الوقت الذي كان المشتري يملكها فيه . ونقضي المادة ٤٥٨ / ٢ مدني كما رأينا بأن للمشتري ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . فيتملك الشفيع ، وقد حل محل المشتري كما قدمنا ، الثمار وهي في يد البائع من وقت تمام البيع ، فله

= المحدد في حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٥ ص ١١٣٤) . وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٧ ص ٨٩ .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٠١ - فقرة ٤١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٨٣ وفقرة ٢٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٢٤٥ .

أن يطالب البائع بها . وعليه أن يرد للبائع : من ذلك الوقت أيضا ، التكاليف كالتضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (١) .

٢٣٩ - التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه : ويلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه ، يتسلمه من البائع إذا كان لا يزال في يده ، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه . وقد نصت المادة ٤٦٣ مدني ، في صدد تسليم المشتري (وقد حل محله الشفيع) للبيع ، على أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري . ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » . والتسليم . في أغلب صورته ، هو العملية المتممة للتسليم . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع ، والشفيع يلتزم بتسليمه بأن يستولى عليه فعلا . وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن يرفض تسليم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن ، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشتري أو البائع ، وهو قبض الثمن (٢) .

ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، أما نفقات تسامه فتكون على المشتري وقد حل محله الشفيع (٣) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ .

(٢) استئناف وطني ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٢٩٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٤ - وقارن استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٤ - وقضى أيضاً بأنه ليس للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسليم العيز ودفع الثمن (مصر الكلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ اخذما ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦) - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨١ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر في تفصيل الالتزام بتسليم البيع الوسيط : فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٥ - وقد يوجب عقد البيع على المشتري التزامات خاصة . فيلتزم به الشفيع لأنه حل محل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع يلتزم بالشرط الوارد في عقد البيع ، والذي يلتزم المشتري ببناء منزل لسكنى في الأرض المبيعة في خلال عام من وقت البيع ، وإلا فسح البيع (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .

§ ٢ - عرفه الشفيع بالمشترى

٢٤٠ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفيع مازماً تبعاً لما اختاره المشتري أن يدفع له إما المبالغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس » .
- ٢ - « وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطالب بالإزالة ، فإذا اختار أن يستبق البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » (١) .
- ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٣ - وفي قانون المالكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتي : «أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه» . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة لأنها تطبق للقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على النص بعد تعديله على هذا الوجه تحت رقم ١٠٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٨) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٠ : إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً ، قبل طلب الأخذ بالشفعة ، يكون الشفيع ملزماً ، بناء على رغبة المشتري ، إما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فللشفيع الخيار إذا شاء طلب إزالتها ، وإن شاء طلب بقاءها . وفي هذه الحالة لا يلزم إلا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس . أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فيلزم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه . (وأحكام التقنين المدني الجديد تنفوخ مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي ١١٤٣ : ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس

والنصر بواجه خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشتري . ويمكن القول بوجه عام إن المشتري إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، وعندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه ، أو لا يتسامه . وفي الحالة الأخيرة ، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة ، فهو قد اختفى من الصفقة كما قدمنا وحل الشفيع محله فيها ، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ عن هذا التسلم حقوق والتزامات لكل منهما قبل الآخر ، وتكاد تنحصر العلاقة بينهما في رجوع المشتري على الشفيع بمصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري عادة في دفعها ، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة رجع بها عليه ، سواء تسلم العقار أو لم يتسامه . ويستوى في ذلك أن يكون المشتري قد سجل عقد شرائه أو لم يسجلاه . أما إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ، وهذا هو الغالب ، فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجله ، فإن حقوقاً له قد تنشأ قبل الشفيع ، وتنشأ للشفيع حقوق قباه . ذلك أن المشتري ، وقد اختفى من الصفقة ولكنه تسلم العقار المشفوع فيه ، يمكن اعتباره حائزاً لهذا العقار ، ويكون حائزاً حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة ، وحائزاً سيء النية بعد إعلانه بهذه الرغبة . وعلى ذلك تكون حقوق المشتري قبل الشفيع ، إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه ، هي : (١) استرداد الثمن إذا كان قد وفاه للبائع ، واسترداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها ؛ (٢) التعويض عن

= فيه أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع أن يطلب القلع . وإذا كان القلع مضرأ بالعقار ، كان له أن يستبق البناء أو الغراس بقيمتيهما مستحق القلع . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين الأول يلزم الشفيع بأن يدفع للمشتري زيادة القيمة في حالة البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة ، أما التقنين المصري فيخير المشتري بين هذه القيمة وقيمة ما أنفق . ويختلفان ، في حالة البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة ، في أن التقنين العراقي يعطى للشفيع إذا كان القلع مضرأ بالعقار الحق في استبقاء البناء أو الغراس بقيمته مستحق القلع ، أما في التقنين المصري فالشفيع إذا استبق البناء أو الغراس يلتزم بدفع قيمة ما أنفق المشتري) .

المصرفيات الضرورية والمصرفيات النافعة ، إذا كان قد أنفق على العقار المشفوع فيه شيئاً من ذلك . (٣) التعويض عن البناء أو الغراس ، إذا كان قد بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه ، طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٩٤٦ مدني سائلة الذكر . وأما حقوق الشفيع قبل المشتري فهي : (١) تسلم العقار المشفوع فيه وما ينطوي عايه ذلك من تحمل تبعة الهلاك ، لأن المشتري وقد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع يلتزم بتسليمه للشفيع . ولا يلتزم المشتري بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها التزامات يتحمل بها البائع رأساً نحو الشفيع ، وقد تقدم القول فيها . (٢) استرداد ثمار العقار المشفوع فيه ، لأن المشتري وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض ثماره . فنبحث هذه المسائل الخمس على التتابع .

٢٤١ - هو المشتري في استرداد الثمن منه الشفيع واسترداد

مصرفيات البيع : المفروض هنا أن الثمن غير مؤجل ، وأن المشتري قد دفعه للبائع . فإذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء ، فأودع الثمن خزنة المحكمة ، سحب المشتري الثمن من الخزنة ، فاسترد على هذا النحو الثمن الذي سبق أن دفعه للبائع ، وبذلك يكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشتري من رد الثمن إليه . وقد سبق بيان ما يجب خصمه من المبلغ المودع خزنة المحكمة إذا أثبت الشفيع أن هذا المبلغ أكبر من الثمن الحقيقي ، وما يجب إضافته إلى هذا المبلغ إذا أثبت البائع أو المشتري أنه أقل من الثمن الحقيقي ، فنحيل إلى ما تقدم في هذا الشأن (١) . وفي حالة التراضى على الشفعة ، يكون الشفيع ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه للمشتري (٢) . وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفيع بدفعه ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً للمشتري . ولا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن

(١) أنظر آنفاً ص ٧٥٣ - ص ٧٥٤ .

(٢) وليس للمشتري ، في جميع الأحوال ، أن يطلب من الشفيع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقي الذي اشترى به بدعوى أن العقار قد زادت قيمته ، إذا كانت هذه الزيادة نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وليست من فعل المشتري . كذلك لا يجوز للشفيع أن يطلب إنقاص الثمن بدعوى أن العقار قد قلت قيمته نتيجة لهذه الأسباب الاقتصادية العامة . أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى

التمن ، إلا في الحالات التي سبق أن بينها في التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع (١). وإذا أخل الشفيع بالتزامه بدفع الثمن وفوائده للمشتري . وجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان البائع قد استوفى الثمن من المشتري كما سبق القول ، فإنه يتمتع الفسخ لعدم رد الشفيع الثمن للمشتري (٢) . ذلك بأن المشتري إنما يسترد من الشفيع الثمن الذي دفعه للبائع ، لأنه دفع عنه ديناً واجباً في ذمته للبائع ، فيكون رجوع المشتري على الشفيع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . ومن ثم لا يكون للمشتري حق الفسخ كما قدمنا ، وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع . كما أن له أن يحبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع الثمن والفوائد (٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨ - وذلك لأن الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة ، فن وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة وتمكن المشتري من سحب الثمن من خزانة المحكمة إذا كان قدوفه للبائع ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن ، لأن تعطيل الثمن لم يكن بخساً منه ، وقد قررنا مثل ذلك بالنسبة إلى البائع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨) . وعلى ذلك يكون غير صحيح ماورد في المذكرة الإيضاحية من أن «المشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) ، أي من وقت إعلان المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة. فان المشتري ، من ذلك الوقت ، يكون ملزماً برد الثمار للشفيع (أنظر مايل ص ٧٧٤ ، ولا يجوز له مع ذلك تقاضي فوائد عن الثمن من الشفيع ، إذ أن الشفيع يكون قد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من الانتفاع به ، وذلك بسبب عدم تسليم المشتري بالشفعة عن غير حق . على أن ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع إنما كان تفسيراً لما جرى به الحكم في هذا المشروع من أن الشفيع لا يلتزم إلا بإيداع ثلث الثمن ، ومن ثم يكون ملزماً بدفع فوائد ما لم يودعه من الثمن في خزانة المحكمة (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٩ ص ٥٤١ - وانظر هذه المسألة : استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ - استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٥) .

(٢) قارن استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٣ والأحكام المشار إليها فيه .

(٣) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣ . وفي عهد قانون الشفعة السابق وكان لا يلتزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، استقر القضاء على أنه يجوز أن يفتقر الحكم بالشفعة بالتزام الشفيع بدفع الثمن للمشتري في خلال مدة معينة ، وإلا سقط حقه في الشفعة دون حاجة للتنبه عليه من المشتري ، حتى لو لم ينص الحكم على سقوط الحق جزئاً على عدم الدفع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٨ ص ٤٠١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن وجوب اختصاص البائع والمشتري ودعوى الشفعة لإجراء أوجه القانون =

ويسترد المشتري من الشفيع أيضاً مصروفات البيع . سواء كانت رسمية كرسوم توثيق البيع المشفوع فيه ورسوم الدمغة ورسوم التصديق على الإمضاءات ورسوم التسجيل ورسوم استخراج الشهادات العقارية . أو كانت غير رسمية كالسمسة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة الأرض المشفوع فيها . وهذه المصروفات التزم المشتري بدفعها عند شرائه العقار ، وقد نصت المادة ٤٦٢ مدني في هذا الصدد على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري . ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وعلى هذا يسترد المشتري من الشفيع هذه المصروفات طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن . ويكون للمشتري حق التنفيذ على أموال الشفيع وله أن يجلس العقار المشفوع فيه . وقد قدمنا أن الشفيع لا يلتزم بإبداع ممبروفات البيع مع الثمن خزائنة المحكمة إذا رفع دعوى الشفعة ، وإنما تكون هذه المصروفات محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر الدعوى ، وعلى المشتري أن يثبت مقدار ما أنفقه منها حتى يقضى له به على الشفيع (١) .

٢٤٢ - من المشتري في التعويض عن المصروفات الضرورية

والمصروفات النافعة : وقد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه ، بعد أن يتسلمه من البائع ، مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري حائزاً للعقار المشفوع فيه ، وقد أنفق عليه هذه المصروفات ، فيرجع بها على المالك وهو هنا الشفيع ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . وتنص المادة ٩٨٠ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - على المالك الذي

= على خلاف الأصل الذي يقضى بأن المدعى حر في توجيه دعواه إلى من يشاء ، فلا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء . ولما كان ذلك ، وكانت دعوى الشفعة تنتهي بصدور الحكم فيها ، فإنه لا يشترط لقبول الدعوى التي ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصاص البائع فيها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(١) أنظر آنفاً فترة ٢١٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بملحقات الثمن دون أن يبين مقدارها ، وكان هذا المقدار كما هو ثابت من المستندات المقدمة في الطعن محل نزاع بين الطرفين ، فإن إغفاله يكون قسوراً مستوجِباً نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٦ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ،
 ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ ،
 ٣ - فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع
 ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته
 الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة .
 وتقضى المادة ٩٨٢ مدني بأنه يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه
 مناسباً للوفاء بالمصروفات المتقدمة الذكر ، « وله أن يقضى بأن يكون الوفاء
 على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وللمالك أن يتحلل من
 هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصاً منها فوائدها
 بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » .

وسنتولى شرح هذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في الحيازة وفي علاقة
 الحائز بالمالك . ونقتصر هنا على القول بأن المشتري ، إذا أنفق على العقار
 المشفوع فيه مصروفات ضرورية ، استردها بأكملها من الشفيع ، وعليه أن
 يثبت مقدار هذه المصروفات ، في أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها ، أو أن
 يرفع بها دعوى على حدة . أما المصروفات النافعة ، فيطبق في شأنها قواعد
 الالتصاق المقررة في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني ، وقد مر ذكرهما عند الكلام
 في قواعد الالتصاق (١) . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه
 المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري برغبة
 الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام
 المادة ٩٢٥ مدني (٢) ، وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان
 المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة سيء النية وتسرى
 عليه أحكام المادة ٩٢٤ (٣) . وفي الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض
 عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما في أثناء نظر دعوى
 الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها ، سواء أنقضت هذه التصرفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة . ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى . ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما في أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له ، بسبب التصرفات الغيرورية والتصرفات النافعة والتصرفات الكمالية .

٢٤٣ - هو المشتري في التعويض والغراس : وقد بيني

المشتري في العقار المشفوع فيه أو يغرس فيه أشجارا ، بعد أن يتسلمه من البائع . وقد تكفلت المادة ٩٤٦ مدني سالفه الذكر (١) ببيان ما يرجع به المشتري على الشفيع من التعويض بسبب هذا البناء أو الغراس . ولم يطبق المشرع ، في هذه المادة ، الأحكام العامة في الالتصاق ، بل انحرف عنها كثيرا (٢) . فقد ميز بين حالتين : حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة فاعتبر المشتري في هذه الحالة حازما حسن النية ، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بهذه الرغبة فاعتبر في هذه الحالة حائزا سيء النية . ولم تطبق الأحكام العامة في الالتصاق في كلتا الحالتين ، بل عومل المشتري في كل منهما معاملة أفضل مما تقضى به هذه الأحكام . والسبب في ذلك أن المشتري عندما يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه ، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها ، إنما يبني أو يغرس في عقار اشتراه . فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك ، فيبني فيه أو يغرس ، وقد يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد قيل ، في غير انتباه ، عكس ذلك وأن المادة ٩٤٦ مدني تردد المبادئ العامة المقررة في الالتصاق ، في لجنة الأستاذ كامل صدق . إذ قال أحد الأعضاء ، عندما عرض النص على اللجنة ، «إن هذا النص ، وإن كان يردد المبادئ العامة المقررة في باب الالتصاق ، إلا أنه يحسن الإبقاء عليه في باب الشفعة ، إذ أن حذفه قد يدع مجالاً لتطبيقات تجافي هذه المبادئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٧ في الهامش) .

كما سنرى . وهو ، حتى بعد إعلانه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب ، قد يكون على حق في هذه المعارضة ، أو في القليل قد يعتقد أنه على حق فيها ، فلم يشأ أن يشل نشاطه ، وأقبل يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه (١) .

وفي الحالة الأولى ، عندما يبني المشتري أو يغرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، تقضى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ مدني كما رأينا بأن المشتري يكون بالخيار بين أن يطالب الشفيع بما أنفقته في البناء أو الغراس (٢) أو بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس ، أي القيمتين أكبر . فهنا قد عومل المشتري في الشفعة معاملة أفضل من الحائز حسن النية في الأحكام العامة للالتصاق ، فان هذا يتقاضى ما أنفقته في البناء أو الغراس أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس أي القيمتين أقل . يضاف إلى ذلك أنه في الأحكام العامة في الالتصاق « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الحسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها : كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (م ٢ / ٩٢٥ مدني) . فيستطيع إذن صاحب الأرض ، في الأحكام العامة في الالتصاق ، أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس ، بأن يطلب تملكه الأرض في نظير تعويض عادل . أما في الشفعة ، فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس بأن يطلب تملكه العقار في نظير تعويض عادل ، إذ لم يرد في الشفعة نص في هذا المعنى كما ورد هذا النص في الأحكام العامة في الالتصاق . والسبب في ذلك واضح ، فان الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس ، فان الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة ، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري في نظير تعويض عادل . بقي أنه في الأحكام العامة في الالتصاق ، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التي استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م ١ / ٩٢٥ مدني) . وهذا أيضا جائز في الشفعة ، فيصح

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد قضى بأن أتعاب المقاول الذي كلفه المشتري قبل إعلانه بطلب الشفعة تحضير رسوم وبيانات عن مصروفات البناء المراد إقامته على الأرض المشفوع فيها تدخل ضمن المبالغ التي يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكاً للشفيع (استئناف مخطط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٩) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٢٠ ص ٥٠٨ .

للمشتري ، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة ٩٤٦ مدني ، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العتار إلى أصله (١) .

وفي الحالة الثانية . عندما يبنى المشتري أو يغرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة . تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ مدني كما رأينا أنه يصح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري وإعادة العتار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض . وإلى هنا يتساوى المشتري في الشفعة مع الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق ، فانه طبقا لهذه الأحكام يجوز لصاحب الأرض « أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه » (م ١ / ٩٢٤ مدني) (٢) . ولكن يجوز لكل من الشفيع في أحكام الشفعة ولصاحب الأرض في الأحكام العامة في الالتصاق أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس . وفي هذا الفرض يعامل المشتري في الشفعة معاملة افضل من معاملة الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق . فالمشتري في الشفعة ، طبقا لأحكام المادة ٩٤٦ / ٢ مدني ، يتقاضى من الشفيع ما أنفقه في البناء أو الغراس ، أما الحائز سىء النية في الأحكام العامة في الالتصاق فلا يتقاضى ، طبقا لأحكام المادة ٩٢٤ / ١ مدني . إلا أقل القيمتين ، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس (٣) .

٢٤٤ - من الشفيع في تسليم العقار المشفوع فيه منه المشتري -

نعمه الزهرك ولما كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، فانه بعد الأخذ بالشفعة يلتزم بتسليمه للشفيع . وكل ما ذكرناه من أحكام في تسليم البائع العتار المشفوع فيه للشفيع يسرى هنا في تسليم المشتري هذا العتار للشفيع . فالمشتري يلتزم بتسليم العتار بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي

(١) أنظر آتيا فقرة ١١٣ .

(٢) وقد حدد النص لصاحب الأرض ، ليتقدم بهذا الطلب . ميعاد ستة من اليوم الذي يعلم فيه بادئة المنشآت (م ١ / ٩٢٤ مدني) ، ولم تحدد المادة ٩٤٦ مدني ميعادا للشفيع لتقدم بنفس الطلب .

(٣) أنظر في كل ما تقدم آتيا فقرة ١١٣ .

هين له في العقد، وبالملاحقات التي تتبعه . ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ويحصل هذا التسليم هلى النحو الذى يتفق مع طبيعة العقار . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع فى الشفعة ، فاذا تأخر المشتري عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر (١) .

يبنى أن نحدد على من تقع تبعه هلاك العقار المشفوع فيه ، إذا ذلك هذا العقار بسبب أجنبي قبل أن يسلمه المشتري للشفيع (٢) . لا شك فى أن هذه التبعة لا تقع على البائع ، فهو قد سلم العقار إلى المشتري فارتفعت عنه بهذا التسليم تبعه الهلاك . ويبقى تحمل التبعة محصوراً بين المشتري والشفيع ، وكثير من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعه هلاك العقار قبل أن يسلمه المشتري للشفيع تقع على المشتري (٣) . وحجتهم فى ذلك أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لأنه ملتزم بالتسليم ، وقد أصبح المشتري هو الملتزم بالتسليم فتقع عليه هو تبعه الهلاك .

ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن تبعه الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية ، فيكون الالتزام بالتسليم ليس فى حقيقته إلا التزاماً كاملاً للالتزام بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً إلا بالتسليم (٤) . أما هنا فالمشتري ليس ملتزماً بنقل الملكية للشفيع ، بل الملتزم بنقلها هو البائع كما قدمنا ، والبائع قد ارتفعت عنه التبعة بتسليم العقار إلى المشتري كما سبق القول . فعلى أى أساس إذن يبنى تحمل المشتري لتبعة الهلاك قبل التسليم ؟ فى رأينا أن المشتري لا يتحمل تبعه الهلاك لأنه ملتزم بالتسليم ، إذ التزامه بالتسليم هو التزام مستقل وليس متفرعاً عن التزام بنقل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

(٢) أما بعد تسليمه للشفيع ، ففى عن البيان أن تبعه الهلاك ، كلياً كان الهلاك أوجزئياً، تكون على الشفيع . كذلك تكون تبعه الهلاك الكلى أو الجزئى على الشفيع حتى لو لم يتسلم العقار من المشتري ، إذا كان المشتري قد أعذره قبل الهلاك بأن يتسلم العقار .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٠ - إسماعيل غانم ص ٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة

نرة ٢٣٠ ص ٥٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٣ ص ٣٦٢ .

(٤) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ .

الملكية . والأصل أن الذى يتحمل تبعه الهلاك فى هذه الحالة هو المالك (١) ،
 والمالك هنا هو الشفيع متى سجل سند شفيعته (الحكم بالشفعة أو لإقرار المشتري
 بها) ، فكان ينبغى أن يكون الشفيع هو الذى يتحمل تبعه الهلاك . ولكن
 المشتري : قبل تسليمه العقار للشفيع ، يعتبر حائزاً له كما قدمنا ، حائزاً حسن
 النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائزاً سىء النية بعد هذا الإعلان .
 وقد بين القانون فى نصوص صريحة على من تقع تبعه هلاك الشيء ، إذا هلك
 وهو فى يد الحائز . فنصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه ١ - إذا كان الحائز
 حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه : فلا يكون مسئولاً قبل من
 هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون
 الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من
 فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف . وعلى ذلك تكون تبعه الهلاك على
 الشفيع ، إذا هلك العقار بسبب أجنبي وهو فى يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة
 فى الشفعة ، أى طالما كان المشتري معتبراً حائزاً حسن النية (٢) . وتنص المادة
 ٩٨٤ مدنى على أنه « إذا كان الحائز سىء النية . فانه يكون مسئولاً عن هلاك
 الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ » : إلا إذا ثبت أن الشيء
 كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه . وعلى ذلك تكون تبعه
 الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو فى يده بعد إعلانه بالرغبة فى الشفعة ،
 أى عندما يعتبر حائزاً سىء النية . وسنعود إلى بحث المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدنى
 عند الكلام فى الحيازة وفى علاقة الحائز بالمالك (٣) . ونقتصر هنا على القول
 بأن هاتين المادتين هما المنطقتان : فى رأينا . فى حالة هلاك العقار المشفوع
 فيه بسبب أجنبي وهو لا يزال فى يد المشتري قبل أن يسلمه للشفيع (٤) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ ص ٦٠٨ .

(٢) ويلاحظ ، من الناحية العملية ، أنه إذا هلك العقار وهو فى يد المشتري قبل إعلانه
 بالرغبة فى الشفعة ، وعلم الشفيع بهذا هلاكه . فإنه لا يقدّم على طلب الشفعة فى عقد قد هلك
 ويتحمل هو تبعه هلاكه . لذلك لن يطلب الشفيع الشفعة فى هذه الحالة ، وليس البيع قائماً بين
 البائع والمشتري ، ويتحمل المشتري تبعه هلاك العقار بعد أن تسلمه من بائع .

(٣) أنظر مايل فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .

(٤) ولا كان المشتري قبل إعلان بالرغبة فى الشفعة يتحمل تبعه هلاك من الناحية العملية -

وإذا كان الهلاك جزئياً أو نقصاً في قيمة العقار بسبب تلف أصابه . وكان ذلك قبل إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة . فإن التبعة تكون على الشفيع كما هو الأمر في الهلاك الكلي . أما إذا وقع الهلاك الجزئي أو النقص في قيمة العقار بعد إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة . فإن التبعة تكون على المشتري كما هو الأمر أيضاً في الهلاك الكلي : ويجوز للشفيع « إما أن يطلب مسح البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع . وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » (م ٤٣٨ مدني) (١) .

٢٤٥ - من الشفيع في استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشتري :

قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تنص على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع . وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . وذكرنا أن استحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع . بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماءه . ويكون عليه تكاليفه . وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع . بعد أن حل محل المشتري . لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار . وذلك سواء

= كما قدمنا ، ويتحمل هذه التبعة أيضاً بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة كما بينا . فهو إذن الذي يتحمل التبعة في جميع الأحوال . على أنه يحسن تأسيس تحمله للتبعة على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني ، لا على أنه ملتزم بالتسليم . وقد ظهر فائدة عملية من التأسيس على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني في فرضين : (أ) إذا كان الهلاك قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وطلب الشفيع التبعة دون أن يعلم بالهلاك ، فيتحمل هو التبعة دون المشتري ، وإن كان هذا فرضاً بعيد الحصول . (ب) إذا كان الهلاك بعد إعلان الرغبة في شفعة وتبين أن العقار كان يهلك ولونسبه الشفيع ، فإن الشفيع في هذا الفرض هو الذي يتحمل التبعة دون المشتري

(١) أنظر في تفصيل ذلك ما قدمته في تحمل البيع التبعة الهلاك الجزئي آنفاً ص ٤٤٤ - ص ٧٤٥ - وإذا تحمل الشفيع نعمة الهلاك الكلي أو الجزئي بعد أخذه بالشفعة في حقه ما إذا تبين أن العقار كان يهلك ولو كان قد نسبه . وأنه لا يصح . بعد أن يتبين حقه في الشفعة أن يتخلص من هذه التبعة بتداوله عن الشفيع . وقد قدسنا أنه لا يجوز للشفيع ، بعد النقص ، أن ينزل عنها بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد حوّل محققاً للمشتري أو البائع وهو قصر نثر (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩)

كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يسترئى على ثماره . أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار (١) . ومتى ثبت للشفيع الحق في ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار ، فعليه من هذا الوقت أيضا تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانيته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك ، لأن العقار لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف ، والغرم بالغنم (٢) .

ويبقى الآن تحديد متى يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ، حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقا لثماره فيستردها من المشتري ، وملتزمًا بأن يرد إليه نفقات الحفظ والصيانة وسائر التكاليف . وهنا تظهر الأهمية العملية لقضاء محكمة النقص الذي استقر على أن حكم الشفعة منثنيء لحق الشفيع ، وأن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا من وقت تسجيل هذا الحكم (٣) . فقد رأينا أن محكمة النقص ذهبت في كثير من أحكامها ، في عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع ، في غير حالة التراضي ، إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة ، وبألا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه (٤) . فعند محكمة النقص أن ثمار العقار المشفوع فيه تكون من حق المشتري وحده عن المدة السابقة لتاريخ الحكم النهائي القاضي بالشفعة ، ولا محل لتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستدنى بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء كان ملغيا أو مؤيدا للحكم الابتدائي (٥) .

(١) أنظر ص ٥٧٧ - ص ٧٥٨ .

(٢) الوسيط ؛ فقرة ٣٩٣ ص ٧٧٥ - ص ٧٧٦ - وقد كان الشروع التمهيدى للمادة ٩٥٦ مدني يتضمن فقرة ثلاثة تجرئ على الوجه الآتي : « أما ما صرف في حفظ العقار وصيانيته ، فيلزم دفعه في كل الأحوال لمشتري المشفوع منه » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة مراجعة لأنها تطبق لتقواعد الدمة (أنظر آتيا ص ٧٥٩ هامش ١) .

(٣) أنظر آتيا فقرة ٢٣٢ و فقرة ٢٣٨ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ .

(٤) نقص مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمره ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

(٥) نقص مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكامه نقص ٢ رقم ٦٦ ص ٢٥١ -

٢ أبريل سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكامه نقص ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ .

وقد قاهنا أن محكمة النقض لم تعادل عن هذا المبدأ ، حتى بعد أن صدر التفسير
المدني الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى
الشفعة (١) .

هذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض في قضائها ، فهي تذهب إلى أن
حق الشفيع لا يستقر وإلى أن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا عند صدور الحكم
النهائي بالشفعة . فمن ذلك الوقت فقط يستحق الشفيع (بعد تسجيل حكم
الشفعة) ثمار العقار المشفوع فيه ويرجع بها على المشتري ، ومن ذلك الوقت
أيضا يلتزم الشفيع بأن يرد إلى المشتري مصروفات الحفظ والصيانة ونفقات
الاستغلال وتحصيل الثمرة ونحو ذلك .

وقد سبق أن استعرضنا الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في قضائها
هذا ، وانتهينا من هذا الاستعراض إلى القول بأن حكم الشفعة ، على عكس
ما تذهب إليه محكمة النقض ، كاشف لا منثني ، وإلى أن حلول الشفيع محل
المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة (٢) . وقدما أن
الشفيع مع ذلك لا تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه إلا إذا سجل الحكم
النهائي بالشفعة أو إقرار المشتري بها ، وذلك سواء حل الشفيع محل المشتري

(١) فقست بأن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ مدني من إلزام الشفيع بإيداع
الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأعد بالشفعة لم يقصد به تغيير الوضع ،
وهو لايم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداه ملكية الشفيع إلى وقت إتمام
إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمثيلاً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضماناً
بلدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصور الحكم له بالشفعة ،
فلا محل للقول باستحقاقه للربيع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون
المدني الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو
نص لم يستحدث حكماً جديداً ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو
لا يفيد اعتبار الشفيع الذي حكم له بطلبه حالاً محل المشتري في الرجوع منذ قيام الطلب ،
إذ اعتباره كذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل
المشتري . الأمر الذي يتناق مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منثني . لأمقر حق الشفيع ،
ما ينتج عنه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة (نقض مدني ١٤ ماي سنة ١٩٥٩
مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧
مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وانظر آنفاً ص ٧١٧ - ص ٧١٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣١ .

من وقت البيع على الرأى الذى نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشتري بها على الرأى الذى نقول به محكمة النقض ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فالملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، وهذا هو الذى تفرضه أحكام التسجيل . وتنتقل الملكية من وقت هذا التسجيل بالنسبة إلى الغير ، وهذا بإجماع الآراء أما فيما بين الشفيع والمشتري . والمشتري ليس من الغير بالنسبة إلى الشفيع على الرأى الذى نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلا بالتسجيل ، ولكن إذا تم التسجيل فإنها تنتقل فى رأينا من وقت البيع ، وذلك على خلاف ما ذهب إليه محكمة النقض من أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت التسجيل حتى بالنسبة إلى المشتري (١) .

فى الرأى الذى نقول به تنتقل الملكية إذن . فيما بين الشفيع والمشتري ، بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها ، ولكن من وقت البيع لا من وقت التسجيل . فهل يملك الشفيع الثمار وهى فى يد المشتري من وقت تمام البيع ، كما كان يملكها لو كانت فى يد البائع كما سبق القول (٢) ، يختلف موقف الشفيع من المشتري عن موقفه من البائع . ذلك بأن المشتري ، بعد أن ثبت للشفيع الحق فى الشفعة ، يعتبر حائزا للعقد منذ أن يتسلمه . وهو حائز حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، وحائز سىء النية بعد هذا الإعلان ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعتبر الشفيع ، بالنسبة إلى المشتري ، مالكا للعقد من وقت البيع كما تقدم القول . فموقف الشفيع من المشتري ، بالنسبة إلى الثمار ، هو إذن موقف المالك من الحائز . وتنص المادة ١/٩٧٨ مدنى على أن « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية » . وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته فى إنتاج هذه الثمار » . وعلى ذلك يملك المشتري الثمار ، فلا يلتزم بردها إلى الشفيع ، إلى وقت إعلانه بالرغبة فى الشفعة ، إذ يكون عند

(١) أنظر آنفاً صفة: ٢٣٠ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ .

ذلك حائزا حسن النية ، وهو الذى يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت (١) .
ومن وقت إعلان المشتري بالرغبة فى الشفعة . يصبح المشتري حائزا سىء
النية ، فلا يملك الثمار . وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أى للشفيع ،
ويستطيع هذا أن يستردها من المشتري ، وعليه ، من ذلك الوقت أيضا ، أن
يرد للمشتري التكاليف التى سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها
من المصروفات وما أنفقه المشتري فى إنتاج هذه الثمار (٢) .

والحل الذى نقول به هو الحل الذى تملية النصوص والمبادئ العامة ،
وينهض به فوق ذلك اعتباران . الاعتبار الأول هو أنه الحل المنطقي . فالمشتري
قبل إعلان طلب الشفعة من حقه أن يتصرف تصرف المالك فى العقار الذى
اشتراه ، وله بوجه خاص أن يقبض ثماره ولا يكون مسئولاً عن ردها لأحد .
فاذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه ، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب ،
وأن يواجه احتمال نجاح الشفيع فى أن يأخذ العقار بالشفعة فيطالبه بالثمار من وقت
إعلانه بهذا الطلب ، فيكون عندئذ مستعداً لرد هذه الثمار . والاعتبار الثانى هو
هذا الحل هو الحل العادل . فقد أصبح الشفيع ، بموجب التقنين الجديد ،
ملزماً بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (٣) ، أى بعد إعلان

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع غير ملزم بأن يؤدي للشفوع منه مادفعه من
الأموال عن الأيطان المشفوع فيها ، ولأما ما أنفقه عليها من مصاريف استغلالها مدة حيازته
هو لها وانتفاعه بها (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض
فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧١) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : «الشفيع
يحل محل المشتري فى الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول . ويعتبر المشتري كأنه لم يملك
أصلاً ، إلا أنه إذا استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن
النية إلى هذا الوقت ، ومادام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة
فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٤٤٠) .

(٣) وهذا ما حمل بعض الفقهاء على القول بأن الثمار تكون للشفيع من وقت إيداع الثمن ،
حتى لا يحرم الشفيع من الانتفاع بالثمن ومن ثمار العقار (إسماعيل غانم ص ٩٦ - ص ٩٧ -
عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣١ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٤
ص ٣٦٣) . أما سائر الفقهاء الذين يقولون بأن حلول الشفيع محل المشتري يتم وقت صدور
الحكم بالشفعة ، فيذهبون إلى أن تكون الثمار للشفيع من وقت صدور هذا الحكم (محمد كامل
مرسى ٣ فقرة ٥٠٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٠
ص ٤٨١)

المشترى بطالب الشفعة بأيام قليلة . فمن العدل ، وقد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرّم نفسه من استغلاله بسبب عدم تسليم المشتري له بالشفعة عن غير حق ، أن يستعيض عن فوائد هذا الثمن باسترداد الثمن من المشتري من وقت أن أصبح هذا حائزاً سىء النية . أى من وقت إعلانه بطنب الشفعة .

§ ٣ - معرفة الشفع بالغير

٢٤٦ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٧ مدني على ما يأتي :

« لا يسرى في حق الشفع أى رهن رسمي أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للذاتين المقيدتين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٨ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٣٨ - ص ٤٤١) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٢ : كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائره وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده ، بعد التاريخ الذي سجل فيه طلب الشفعة طبقاً لمادة الرابعة عشرة الآتية ، لا يسرى على الشفع . ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون المنتزعة ولدائنين المرتبطين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل لسفروع منه من ثمن ذلك العقار . (وأحكام التقنين المدني الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) تقنينات مدنية عربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل

تقنين المدني الليبي م ٩٥١ (مطابق) .

مجلس المدعي العراقي م ١١٤٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويواجه النص حالة ما إذا برتب حقوق عينية على العقار المشفوع به من جانب المشتري ومنى نسرى في حق الشفيع . وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان وقبل ذلك بحيث حالة الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع ومنى نسرى في حق الشفيع . وهنا أيضا تميز بين الحقوق التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٢) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٣) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٤) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

٢٤٧ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

البائع قبل تسجيل إعماله الرغبة في الشفعة : والحقوق العينية التي يمكن أن يربها البائع على العقار المشفوع فيه حقوق متنوعة بتنوع التصرفات التي يجريها البائع في هذا العقار وأبلغ هذه التصرفات هو أن يتصرف البائع في ملكية العقار نفسها . فبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه مثلا . وقد تكون التصرفات دون ذلك . بأن يرب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق وقد يرب على العقار من جانب البائع حق عيني تبعي ، كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائي البائع أو يترتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمة البائع . كل هذه حقوق عينية ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع

فاذا ترتب حو منها فإنه يسرى في حق الشفيع إذا أخذ العقار بالشفعة ، بشرط أن صاحب هذا الحق يشهر حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأحد بالشفعة إذ البائع ، وقبل أن سجل المشتري عقد شرائه (أو صحيفة

دعواه بصحة التعاقد) ذلك بأن صاحب الحق العيني الذي ترتب على العقار لا يستطيع أن يكشف . عن طريق البحث في سجلات الشهر العقارى . عن البيع الذى صدر من البائع للمشتري إذ أن المشتري لم يسجل عقد شرائه (أو لم يسجل صحيفة دعواه بصحة التعاقد) . ولا عن طلب الشفعة إذ أن الشفيع لم يسجل إعلان هذا الطلب للبائع . فإذا اشهر صاحب هذا الحق حقه . بالتسجيل أو بالقييد بحسب الأحوال . قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه . فإن حقه يكون نافذا على كل من الشفيع والمشتري طبقا للقواعد المقررة في التسجيل .

فإذا باع البائع مثلا . بعد البيع الأول . العقار ثانية وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول عقد شرائه وقبل أن يسجل الشفيع إعلان طلب الشفعة . فإن البيع الثانى يكون نافذا في حق الشفيع . فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى . في مواعيد البيع الثانى وبالثمن الذى ورد فيه وبالشروط التى تم بها . وإذا قابض البائع على العقار المبيع أو وهبه وسجلت المقايضة أو الهبة قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع . فإن المقايضة أو الهبة تسرى في حق الشفيع . فلا يستطيع هذا أن يأخذ بالشفعة في البيع الذى انتقض بالمقايضة أو الهبة . ولا في المقايضة أو الهبة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في أى منهما . وإذا ترتب البائع مثلا حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه . وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع . فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفي هذه الحالة يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وإذا ترتب البائع على العقار بعد بيعه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته . وقيده الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع . فإن هذا الحق يسرى على الشفيع . ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به . ويرجع بضمان الاستحقاق على البائع .

٢٤٨ - الحقوق العينية التى ترتب على العقار المشفوع به من جانب

البائع عند تعيين المهر الرعبي في الشفعة أما إذا ترتب حق عيني على العقار

المشفوع فيه من جانب البائع على الوجه المتقدم ذكره . ولكن صاحب هذا الحق لم يشهره إلا بعد أن سجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة . أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه . فإن هذا الحق لا يكون نافذاً في حق الشفيع . فإذا باع البائع ، بعد البيع الأول ، العقار ثانية أو قابض عليه أو وهبه . ولم يجر تسجيل هذا التصرف قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فإن التصرف لا ينفذ في حق الشفيع . والذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده ، فيأخذ فيه بالشفعة ويمضى في إجراءاتها إلى النهاية . ويرجع المشتري الثاني أو المقابض أو الموهوب له على البائع بالضمان . طبقاً لأحكام القانون . وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة ، ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول ، فإن التصرف لا ينفذ في حق هذا المشتري طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل . وما دام لا ينفذ في حق المشتري الأول ، فإنه لا ينفذ أيضاً في حق الشفيع الذي حل محل المشتري الأول . ولا يسرى أيضاً في هذه الحالة في حق الشفيع إلا البيع الأول ، فيأخذ فيه بالشفعة .

وإذا رتب البائع ، بعد البيع ، حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، ولم يسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر له قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فإن هذا الحق لا يسرى على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة خالياً من حق الانتفاع أو من حق الارتفاق ، ويرجع صاحب هذا الحق بالضمان على البائع . وكذلك الحكم فيما لو سجل المشتري عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الانتفاع أو لصاحب حق الارتفاق ، فلا يسرى هذا الحق على المشتري ، ومن ثم لا يسرى على الشفيع .

وإذا رتب البائع على العقار ، بعد بيعه ، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً أو ذمته . ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه . فإن هذا الحق لا يسرى على الشفيع . ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خالياً من هذا الحق . وفي هذه الحالة تختص الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار . ونقيس

ذلك على حالة ما إذا كان التصرف قد صدر من المشتري طبقاً لأحكام المادة ٩٤٧ مدني على ما سئرى (١) ، فضلاً عن أنه يوجد نص صريح في هذا المعنى في خصوص حق الرهن الرسمي (٢) . وفي خصوص حق الاختصاص (٣) ، وفي خصوص حقوق الامتياز (٤) .

٢٤٩ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري قبل تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : والمفروض هنا أن الحقوق العينية قد ترتبت على العقار المشفوع فيه على الوجه الذي سبق بسطه (٥) ، من جانب المشتري ، لا من جانب البائع كما كان الأمر فيما تقدم . فاذا ترتبت هذه الحقوق العينية قبل تسجيل إعلان المشتري بطلب الشفعة . فانها تسرى في حق الشفيع كما تفاد بطريق الدليل العكسي من المادة ٩٤٧ مدني سالفه الذكر (٦) .

ويتخذ أنصار الرأي القائل بأن حكم الشفعة منسوخ عن حق الشفيع وبأن المشتري يبقى ما لكما للعقار المشفوع فيه حتى صدور هذا الحكم من هذه القاعدة دليلاً على صحة ما يذهبون إليه . فعندهم أنه ما دامت تصرفات المشتري في الفرض المتقدم تسرى في حق الشفيع . فليس ذلك إلا لأن المشتري يعتبر مالكا للعقار وقد تصرف فيه فسرى تصرفه في حق الشفيع (٧) . وهذا الدليل لا يستقيم ، إذ لو تمسكنا به لتتج عنه أن المشتري وقد بقي ما لكما للعقار المشفوع

-
- (١) أنظر مايل فقرة ٢٥٠ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ .
(٢) أنظر م ١٠٥٦ مدني : « يستوفى الدائون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار » .
(٣) أنظر م ١٠٩٥ مدني : « . . . ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن من أحكام » .
(٤) أنظر م ١١٣٤ مدني : « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق » .
(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .
(٦) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .
(٧) شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٠ ص ٤٨٠ - ص ٤٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠٢ - منصور مصطلح منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ .

فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة وفقا لما يقول به أنصار هذا الرأي ، كان ينبغي أن تسرى تصرفاته في حق الشفيع ، ليس فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة ، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة . وهذا ما يخالف صريح نص المادة ٩٤٧ مدني . هذا إلى أنه يمكن في كثير من اليسر تبرير نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفيع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشتري بغير التجاء إلى فكرة أن المشتري يبيى مالكا للعقار المشفوع فيه ، فقد قدمنا أن المشتري ، بعد أن يأخذ الشفيع بالشفعة . يعتبر منذ إبرام البيع حائزا للعقار المشفوع فيه ويكون بمثابة المالك الظاهر للعقار . وكل من يتعامل معه قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة يكون حسن النية إذا حسب ما لكا . ذلك بأن هذا الغير الذي يتعامل معه لا يستطيع أن يكشف من سجلات الشهر العقاري ، قبل تسجيل هذا الإعلان ، عن أنه مطلوب منه الأخذ بالشفعة ، فيكون الغير حسن النية إذا تعامل معه على أساس أنه هو المالك وأن ملكيته غير مهددة . ومن ثم يكون المشتري ، إلى حين تسجيل الإعلان ، في مركز المالك الظاهر الذي يتعامل مع الغير حسن النية ، فينفذ تعامله في حق المالك الحقيقي وهو هنا الشفيع . ويرجع الشفيع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب . شأن كل مالك حقيقي عند ما يرجع على المالك الظاهر الذي تسرى تصرفاته في حقه . فاذا ما سجل إعلان الشفيع للمشتري بطلب الشفعة ، فإن من يتعامل مع المشتري بعد هذا التسجيل لا يعتبر حسن النية . إذ كان يمكنه أن يعرف من تسجيل الإعلان أنه يتعامل مع مشتري مطلوب منه الأخذ بالشفعة فملكته مهددة بالزوال ، وعلى ذلك لا ينفذ تعامله مع هذا المشتري في حق المالك الحقيقي أى في حق الشفيع .

ونرى من ذلك أن الحقوق العينية التي ترتب من جانب المشتري ، قبل تسجيل إعلان الشفيع للمشتري بطلب الشفعة ، تسرى في حق الشفيع . فاذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري من المشتري عقد شرائه قبل تسجيل الإعلان ، فإن البيع الثاني ينفذ في حق الشفيع وينسخ البيع الأول ، لا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا في البيع الثاني بثمنه وفي مواعيد وطبقا لشروطه .

وقد قدمنا أن هذا صحيح أيضا ، طبقا للمادة ٩٣٨ مدني ، حتى لو لم يسجل المشتري من المشتري عقد شرائه ، ما دام قد صدر له البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة (١) . وكذلك إذا قايض المشتري ، بعد الشراء ، على العقار أو وهبه ، وسجلت المقايضة أو الهبة قبل تسجيل الرغبة ، فإنها تسرى في حق الشفيع ، فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز لا في المقايضة ولا في الهبة (٢) .

وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة . فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفي هذه الحالة يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أو بالتعويض إذا صدر التصرف من المشتري بعد إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذا الإعلان .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحق يسرى على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به . ويرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض .

٢٥٠ - الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري بعد تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : وهذا هو الفرض الذي تواجهه مباشرة المادة ٩٤٧ مدني سالفه الذكر (٣) . فهي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسرى في حق الشفيع . وقد قدمنا أن السبب في ذلك أن المشتري ، ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا ، إلا أنه يتعامل في العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا

(١) أنظر آتياً ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ .

(٢) ولكن يجوز لشفيع أن يظن في هذه التصرفات بالصورية ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق . فإذا ثبت الصورية لم تسر التصرفات في حقه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٠ ص ٩٨) .

(٣) أنظر آتياً فقرة ٢٤٦ .

يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذ كان يمكنه أن يكشف من سجلات الشهر العقارى عن حقيقة مركز المشتري .

وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر في حق الشفيع البيع الثانى الصادر إلى المشتري من المشتري . وبأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الأول ، بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه . والمفروض أنه سجل طلب الشفعة فى هذا البيع ، فيمضى فى إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) وذلك لا يمنعه . إذا رأى ان شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول ، ويطلبها فى البيع الثانى بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه (٢) . وكذلك الحكم فيما إذا قابض المشتري على العقار المشفوع فيه أو وهبه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا تسرى المقايضة أو الهبة فى حق الشفيع ، ويستمر فى الأخذ بالشفعة فى البيع الأول .

وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفيع ، وبأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو حق الارتفاق .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديننا فى ذمته ، وكان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفيع ، وبأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا منه (٣) . وفى هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق

(١) أنظر آنفاً ص ٥١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة فى العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع ، تكلمها وتحد منها أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفيع لا يجازى بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، وكان إنذار الشفعة قد سجل فى هذه الحالة قبل الإنذار المعلن للشفيع الذى يثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشتري والغير ، وهو الإنذار الذى يعتبر إعمالا لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار . ويكون الحكم الذى يقضى بعدم جواز الإحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء وبإتال عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون ، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٥ ص ٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٥١٩ .

(٣) استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٨ .

الأولوية على ما آل للمشتري من ثمن العقار فيما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع ، فإن هذا الدائن الذي قيد حقه بتقديم على دائني المشتري العاديين في الثمن الذي يكون في ذمة الشفيع للمشتري أو في الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) . وفي ذلك تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٧ مدني كما رأينا (٢) « ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » .

الفصل الرابع

الحيازة *

(Possession)

تمهيد

٢٥١ - تعريف الحيازة وتكييفها القانوني : كان المشروع التمهيدى

(١) ويبنى بعض الفقهاء حق الأولوية للدائن المقيد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولا عينياً (شفيع شحانة فقرة ٢٧٣ ص ٢٨٣ - منصور منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥) . ويذهب بعض آحر إلى أن حق الأولوية إنما هو تطبيق للقواعد العامة في حق الأولوية ، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن المتحصل من البيع الجبري ، بل يمتد إلى كل مقابل نقدي للشيء محل الحق (إسماعيل غانم ص ٨٧ - ص ٨٨ - ثمن الدين الوكيل في التأمينات فقرة ٩٠ - فقرة ٩١ - حسن كيرة ص ١٩) .

أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، فإنه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع ، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه في خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . وعلى ذلك لا يكون الشفيع مديناً بالثمن للمشتري ، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائني المشتري المقيدين حق الأولوية على الثمن (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٨ ص ٥٥٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

• مراجع : Savigny في الحيازة (في القانون الروماني) ترجمة Staedtler الطبعة السابعة

سنة ١٨٦٥ - ghering في أساس حماية الحيازة (Fondement de la potction possessoire) سنة ١٨٦٥ - وفي دور الإدارة في الحيازة (Role de la volonté dans la possession) سنة ١٨٩١ - ترجمة Esmein - Meulenacre في نظريات الحيازة في ألمانيا في المجلة التاريخية الجديدة سنة ١٨٧٧ - Saleilles في العناصر المكونة للحيازة سنة ١٨٩٤ - حيازة المنقول سنة ١٩٠٧ - وفي المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص ٥٩٢ وسنة ١٩٠٤ ص ٩٣ - Duquesne في التمييز ما بين الحيازة (possession) والإحراز أو السيطرة المدنية (détention) في القانون الروماني رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ - Cornil في الحيازة سنة ١٩٠٥ - Schwab في النظرية المدنية في الحيازة رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Ferradou في دور الحيازة في التدوين الفرنسي الحديث رسالة من بوردوس سنة ١٩٢٨ .

للتنين المدني الجديد يتضمن نصا يعرف الحيازة، هو نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع، وكان يجرى على الوجه الآتي: «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ما يأتي: «الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية» (١). وقد حذفت هذه المادة في لجنة مجلس الشيوخ «لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية» (٢).

ويخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن. والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق. فإن كان حق ملكية، اختلط الحق بالشيء محل الحق، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الروماني، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية. وتكون السيطرة الفعلية هنا عن طريق أعمال مادية وهي الأعمال التي يقوم بها المالك عادة في استعماله لحق الملكية، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك. فالشخص يكون حائزا لحق الملكية: أو للشيء محل هذا الحق، متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك، فيسكنه مثلا أو يؤجره إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ في الهامش وص ٤٥٠ - وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ١٢٠٣ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب مع تعديل لفظي طفيف تحت رقم ١٠٢٠. وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف «لأنه تعريف ناقص، وينقصه ركن نية التملك، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك. وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنعب من الوجهة التشريعية». وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي «رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية». ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٩ في الهامش).

(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدني عراق على أن «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق».

كان دارا ، ويزرعه أو يعطيه لمن يزرعه بالإيجار أو بالمزارعة إذا كان أرضا زراعية ، ويحرزه وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعته إذا كان سيارة أو كتابا أو ما كولا أو مشروبا ، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التي تجوز للمالك . وذلك كله سواء كان هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه ، فلسنا في صدد حق الملكية ، بل في صدد الحيابة للمادية هذا الحق ، أى في صدد استعمال هذا الحق استعمالا فعليا . وإذا لم يكن الحق محل الحيابة حق ملكية ، كأن كان حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلا ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز في أرض الحار أو يأخذ الماء من مروي لحاره لرى أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجرى في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها ، وذلك كله سواء كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلا . وما يقال في حق الارتفاق يقال أيضا في حق الانتفاع ، وفي غير حق الارتفاق وحق الانتفاع من الحقوق الأخرى .

والحيابة ، على هذا التعريف ، ليست بحق عيني أو حق شخصي ، بل هي ليست حقا أصلا . فهي كالشفعة ليست بحق ، ولكنها سبب لكسب الحق . وتختلف عن الشفعة في أن الشفعة واقعة مركبة كما سبق القول ، أما الحيابة فتكفيها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة (pur fait matériel) تحدث آثارا قانونية (١) . وإذا سائرنا المذهب الشخصي في الحيابة على ما سيجيء ، وقلنا إن هناك عنصرا معنويا للحيابة هو القصد (animus) - قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيابة - فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيابة (٢) ، بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون أعمال

(١) أنظر آنفاً فقرة ١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨

هامش ٢ .

(٢) وإلا كانت الإرادة هنا تصرفاً قانونياً . وحتى لو سلمنا بذلك ، لا يمكن القول بأن التصرف القانوني قد اختلط بواقعة مادية هي الحيابة المادية أو السيطرة الفعلية . فتكون الحيابة واقعة مختلطة fait mixte عنصر الواقعة المادية فيها هو المتغلب ، فتدخل في نطاق الوقائع المادية .

الحائز أعمالاً قصدية ، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة ، وهي أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية . أما إذا قلنا مع المذهب المادى إن القصد ينصب على الحيازة المادية في ذاتها كما سنرى ، فإن هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية محضة . ومن ثم تكون الحيازة ، في كل من المذهبين ، واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية (١) كما سبق القول .

٢٥٢ - تطور الحيازة لتطبق على جميع الحقوق : بدأت الحيازة في

القانون الرومانى سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شيء مادي على اعتبار أنه مالك لهذا الشيء ، فيحرزه إحراراً مادياً ويباشر عليه سلطة المالك . فكانت الحيازة ، على هذا النحو ، استعمالاً لحق الملكية على شيء مادي . ولما كان حق الملكية عند الرومان يختلط بالشيء المادي ، فقد كان الرومان يصورون الحيازة على أنها تقع على الشيء المادي ذاته ، يتصرف فيه الحائز تصرف المالك فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه ويستهلكه . فكانت الحيازة سلطة مادية محضة ، لا تنطبق إلا على الأشياء المادية . ثم تطور القانون الرومانى ، فأخذ يعترف ، إلى جانب هذه الحيازة للأشياء المادية (*possessio rei*) ، بنوع آخر من الحيازة ، هي حيازة حق الارتفاق أو حق الانتفاع ، أى استعمال حق الارتفاق أو حق الانتفاع على شيء استعمالاً فعلياً ، وسمى هذا النوع من الحيازة بحيازة الحق أو شبه الحيازة (*possessio juris, quasi-possessio*) .

وبقى هذا التمييز ما بين الحيازة وتنطبق على الأشياء المادية ، وشبه الحيازة وتنطبق على حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية ، قائماً في القانون الفرنسى القديم . ونجده قائماً حتى في آخر عهود هذا القانون عند بوتييه ، وهو يميز بين الحيازة وشبه الحيازة (٢) .

(١) أنظر في ترتيب مصادر الحقوق العينية وحصرها في العمل المادي والتصرف القانونى الوسيط ١ طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١ - وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - ص ١١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨ هامش ٢ - مارق ورينو فقرة ٢٧ .

(٢) بوتييه في الحيازة فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

وعند وضع التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون) ، قضى واضعوه على هذا التمييز ، وجعلوا الحيازة وشبه الحيازة شيئاً واحداً هو الحيازة . ذلك بأن حيازة الشيء المادى ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء ، فهى لا تخرج إذن عن أن تكون حيازة لحق من الحقوق ، هو حق الملكية . ولما كان شبه الحيازة هو حيازة حق عينى آخر غير حق الملكية ، فقد تلاقت الحيازة وشبه الحيازة فى أن كلا منهما هو حيازة لحق عينى ، حق الملكية أو حق عينى آخر . فلا محل إذن للتمييز بين الحيازة وشبه الحيازة ، ويمكن تسمية كل منهما بالحيازة . وهذا ما فعلته المادة ٢٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسى إذ عرفت الحيازة ، وأدخلت فى نطاقها حيازة الشيء المادى أى حيازة حق الملكية وشبه الحيازة أى حيازة الحقوق العينية الأخرى ، فقالت : « الحيازة هى إحراز شيء أو استعمال حق ، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بوساطة شخص آخر نحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا » (١) .

ووقف تطور الحيازة عند هذا الحد فى فرنسا . فالحيازة فى القانون الفرنسى هى استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة (٢) ، على شيء معين استعمالاً فعلياً ، بما يقتضيه هذا الاستعمال من أعمال تتفق مع طبيعة الحق العينى المستعمل ، وبما يصحب هذه الأعمال من قصد إلى استعمال هذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز للحق يملك هذا الحق فعلاً أو لا يملكه ، فلكية الحق العينى شيء وحيازته شيء آخر . واستقر القانون الفرنسى على أنه لا يخضع للحيازة ، ما يأتى : (١) الحقوق الشخصية ، إذ لا يخضع للحيازة إلا الحقوق العينية كما سبق القول . فالمستأجر والمستعير ليس لأى منها حق عينى فى العين المؤجرة أو للشيء المعار ، وليس له إلا حق شخصى قبل المؤجر أو المعير ،

(١) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٣ - فترة ١٩٦ - بلانويول دريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ - وانظر مشروع التقنين المدني الفرنسى فى السنة الثامنة لثورة الفرنسية ، وكان أكثر صراحة فى هذا المعنى (Fenet ٢ ص ٤٠٥ م ٩ و ١٠) .

(٢) ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٠ ص ١٦٣ م ٢ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٦٣ ص ٩٤٧) .

ولا يجوز أن يكون هذا الحق الشخصي محلاً للحيازة . وإنما يجوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشيء المعار حيازة مادية محضة ، والحيازة الصحيحة هي للمؤجر أو المعير يباشرها باسمه ونيابة عنه المستأجر أو المستعير . وما يقال عن « حيازة الحق الشخصي » (possession de la créance) ليس حيازة بالمعنى الصحيح ، وإنما هو تعبير مجازي عن مركز « الدائن الظاهر » ، فمن يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصي الذي يدعيه ، ولكن لا تنطبق عليه قواعد الحيازة . وذلك ما لم يتجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها ، فعند ذلك يعتبر الحق الشخصي منقولاً مادياً ويخضع للحيازة . (٢) الأموال العامة ، فهذه لا يصح أن تكون محلاً لحق خاص ، ومن ثم لا تخضع للحيازة . على أن ذلك ليس على إطلاقه ، فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تحميها دعاوى الحيازة في أموالها العامة ، وكذلك من يحصل على ترخيص (concession) في استعمال المال العام تحميها دعاوى الحيازة ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية المرخصة (le concédant) . ولكن لا تجوز حيازة الأموال العامة بحيث تؤدي هذه الحيازة إلى تملكها بالتقادم ، فإن الأموال العامة غير قابلة للتملك بالتقادم . (٣) المجموع من المال (universalité) كالتركة والتجـر (fonds de commerce) ، لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، وإن كانت الأعيان التي تكون هذا المجموع تجوز حيازتها كل عين على حدة (١) .

ولكن تطور الحيازة لم يقف عند هذا الحد في البلاد الجرمانية . فالتقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري ، متأثرين بالنظرية المادية للحيازة وهي النظرية التي قال بها إهرنج على ماسنري ، مدا الحيازة حتى شملت الحقوق الشخصية دون أن تقتصر على الحقوق العينية . فالمستأجر مثلاً ، في هذين التقنينين ، يعتبر حائزاً لحقه الشخصي قبل المؤجر بالنسبة إلى العين المؤجرة ،

(١) أنظر في ذلك نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢ -
أدبري ورو ٢ فقرة ١٧٨ - بودري وتيسيه فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠١ - بلانبول وريبير
وبيكار ٣ فقرة ١٤٤ - بلانبول وريبير وبرلانجه ١ فقرة ٢٧٦٢ - مازو فقرة ١٤١٦ .

وتحميه في حيازته هذه دعاوى الحيازة . وسرى أن التقنين المدني المصري الحديد سار شوطا بعيدا في هذا الطريق (١) .

٢٥٣ - ما استخرته التقنين المدني الجدير في موضوع الحيازة : ولم يعرض التقنين المدني السابق لموضوع الحيازة بوجه عام ، بل اقتصر على إيراد بعض آثارها ، وبخاصة في التقادم وفي تملك المنقول بالحيازة ، دون أن يورد هذه الآثار كاملة . أما التقنين المدني الحديد فقد عني بموضوع الحيازة عناية تامة ، فأفرد لها مكانا خاصا ، وأورد أحكامها العامة في نصوص مستحدثة . ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ، ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية ، ومن هنا وضعت الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية (٢) .

٢٥٤ - تقسيم الموضوع : ونبحث الحيازة في قسمين : (١) الحيازة بوجه عام . (٢) والحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية .

الفرع الأول

الحيازة بوجه عام

٢٥٥ - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها - حماية الحيازة في زوالها والعلاقة بين الحيازة والملكية : تكسب الحيازة ، وتنتقل من حائز إلى آخر ، وتزول ، كل ذلك على الوجه الذي رسمه القانون .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص ما جاء في المشروع متعلقاً بالحيازة من حيث أحكامها العامة ومن حيث الآثار التي تترتب عليها ، ما يأتي : « والحيازة ، من حيث أحكامها العامة ، وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه . وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء . وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي ، وتنتقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم ، وتزول بزوال السيطرة الفعلية . وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ، وخلص إلى ذلك بقريتين متواليتين ، جعل في الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وجعل في الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية . ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على الحيازة . والحيازة ، من حيث الآثار التي تترتب عليها ، تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل في العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم التصير ، وملكية المنقول في الحال . ويملك الحائز ، في كل الفروض ، ثمار المين إذا كان حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٧) .

ويحمي القانون الحيازة في ذاتها ، ولو كذا الحائز غير مالك . ويرجع ذلك إلى سببين : (السبب الأول) أن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على المال الذي يقع في حيازته . فوجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة ، فلا يعتدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال . وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز ، فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية ، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة . ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهرا ، فينتصف لنفسه بنفسه ، ويعكر صفو السلام والأمن العام . بل يجب عليه ، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعا ، أن يسترده عن طريق القضاء وفقا للإجراءات التي رسمها القانون في ذلك (*spoliatus ante omnia restituendus*) (١) .

(والسبب الثاني) أن الحائز للمال ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، يكون هو المالك له . وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذي يملكه ، وقل أن يوجد مالك لا يحوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره . لذلك يفرض القانون مبدئيا أن الحائز هو المالك ، فيحمي الملكية عن طريق حماية الحيازة (٢) . ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس . ففي الأحوال القليلة التي لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره ، وتكون الملكية في يد والحيازة في يد أخرى ، أباح القانون للمالك ، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته ، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك . فحماية الحيازة في ذاتها إنما هي حماية للملكية ، ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذي في حيازته ، فعندئذ يرد المال إلى مالكه (٣) .

ونتكلم في الحيازة بوجه عام في مبحثين ، نجعل المبحث الأول منهما في كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، ونجعل المبحث الثاني في حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية .

(١) بودرى ويتسيه فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢٠٩ - بلانيول ريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٤ - مارتى ورينو فقرة ١٤ ص ٢٢ - كاربونييه ص ١٤٣ .

(٢) إهرنج في أساس حماية الحيازة ص ٨ - بودرى ويتسيه فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - بودرى ويتسيه فقرة ٢٠٧ - فقرة ٢١٢ بلانيول ريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٣ - مارتى ورينو فقرة ١٤ - كاربونييه ص ١٤٣ .

المبحث الأول

كسب الحيازة وانتقالها وزوالها

المطلب الأول

كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

٢٥٦ - المثل الذي يتناولها البحث : الحيازة تتكون من عنصرين ، وكسب الحيازة يكون بالجمع ما بين هذين العنصرين . وحتى تكون الحيازة منتجة لآثارها ، وبخاصة حتى تجوز حمايتها بدعوى الحيازة وحتى تكون سببا لكسب الملكية سواء بنفسها أو عن طريق التقادم ، يجب ألا تكون مشوبة بعيب . والحيازة إذا اقترنت بحسن النية ، كانت أبعد مدى في آثارها عمالو لم تكن مقترنة بحسن النية . فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) عنصرى الحيازة . (٢) عيوب الحيازة . (٣) الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية .

§ ١ - عنصر الحيازة

(Eléments de la possession)

٢٥٧ - العنصر المادى والعنصر المعنوى : الحيازة . كما قدمنا ، تتكون من عنصرين ، أحدهما مادى وهو الإحراز أو السيطرة المادية (corpus) ، والثانى معنوى وهو القصد (animus) (١) .

١ - العنصر المادى - السيطرة المادية

٢٥٨ - كيف تتحقق السيطرة المادية : قد تتحقق السيطرة المادية ابتداء ، وقد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير . وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل ، وقد يباشرها بواسطة الغير . وتجوز مباشرة السيطرة

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وللحيازة ، بعد نوافر شروطها ، عنصران : عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

وكما أن الحيازة لا تقوم على مجرد العنصر المادى دون العنصر المعنوى ، كذلك لا تقوم على مجرد العنصر المعنوى دون العنصر المادى (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيزيه ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - مازو فقرة ١٤١٩) .

المادية على الشيوع ثم إذا تحققت السيطرة المادية . فانه يجب على الحائز استبقاؤها .

فهذه حملة من المسائل ، نترفضها على التعاقب .

٢٥٩ - كبري تحفوس السيطرة المادية ابتداء : هنا نواجه الفرض الذي .

يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشيء دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره ، فهو يسيطر على الشيء ابتداء . ويستوى في ذلك أن يكون الشيء مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك لأحد (١) ، وأن يكون عقارا أو متقولا . فالحائز يحرز الشيء ويسيطر عليه ، دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد .

وتتحقق السيطرة المادية في هذا الفرض بأن يحرز الحائز الشيء في يده إحرارا ماديا ، ويباشر فيه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة في ملكه . فاذا كان الشيء دارا ، دخل فيها واستحوذ عليها ، وسكنها أو أسكن فيها غيره بالإيجار مثلا فيسيطر عليها بواسطة المستأجر كما سيجيء . وإذا كان الشيء أرضا زراعية ، احتلها وزرعها بنفسه أو بواسطة غيره من مزارع أو مستأجر (٢) وإذا كان متقولا كسيارة أو كتاب ، أحرز المتقول وجعله في قبضته ، وباشر عليه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة . هذا كله إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية على الشيء ، فاذا كان يستعمل حقا آخر . كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التي يمتصها استعماله . فان كان ارتفاق مرور مثلا أو ارتفاق شرب ، كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلا في المكان المراد إستعمال الحق فيه ، أو بأخذ المياه فعلا من مروي الحار (٣) .

(١) فان كان غير مملوك لأحد ، كانت حيازته استيلاء (occupation) ، فيكسب الحائز ملكية الشيء فوراً عن هذا الطريق .

(٢) ولكن مجرد أخذ أتربة أو سبخ من الأرض مرة أو أكثر لا يكفي لتحقيق الحيازة (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٩ المحرمة ٢ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ - استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٢) وكذلك لا يكفي لتحقيق تردد دفع الضرائب المستحقة على المتار (استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩١٧ - ٩ ص ١٣٠)

(٣) بودري ونيسيه فقرة ١٩٦ ص ٥٤

ولابد ، في الفرض الذي نحن بصدده ، من عمل مادي إيجابي يستحوذ به الحائز على الشيء . فلا يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ ، دون الاستحواذ فعلا . وقبل الاستحواذ الفعلي لا يمكن القول بأن العنصر المادي ، وهو السيطرة المادية ، قد تحقق (١) .

٢٦٠ - كيف تنحصر السيطرة المادية انتقالاً من الغير - إمامة : وهنا نواجه فرضاً يختلف عن الفرض السابق ، في أن الشخص لا يسيطر على الشيء ابتداءً كما هو الأمر في الفرض السابق ، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً أو متقولاً في حيازته لشخص آخر ، ويسلم الشيء المبيع إلى المشتري . ففي هذا المثل كانت السيطرة المادية على الشيء للبائع سواء كان مالكاً للشيء أو غير مالك ، ثم نقل هذه السيطرة إلى المشتري بتسليمه المبيع له . ولا يشترط في هذا الفرض ، كما اشترط في الفرض السابق ، الاستحواذ الفعلي على الشيء ، بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ . فإذا كان المبيع داراً ، فإنه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري أن تسلّم له مفاتيحها وسند الملكية ، فتنتقل السيطرة المادية للمشتري بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل (٢) . وإذا كان المبيع جواهر أو حلياً ، فإن السيطرة المادية على المبيع تنتقل إلى المشتري بتسليمه مفتاح الصندوق أو الخزانة التي تحتوي على الجواهر أو الحلي ، فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليها دون حاجة إلى الاستحواذ عليها بالفعل .

(١) ترولون فقرة ٢٥١ - بودرى وتبييه فقرة ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الأراضي التي لم يسبق الملك فيها لأحد ، بل هي من الأراضي التي تلتقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين ، فيكون في ثبوت وضع اليد عليها القيام ، مع عدم المنازع ، بإنشاء حدود لها والمرور فيها ووضوح الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذي لا يكفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأقل ، يكون حكماً شرطياً في تكليف وضع اليد وتعيين نقضه (نقض ملحق ١١ مايو سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤)

وسنبحث هذه المسألة في تفصيل أوفى عند الكلام في انتقال الحيازة ،
فحيل هنا إلى ما سذكروه هناك (١) .

٢٦١ - المبطرة المادية بواسطة الغير - نص قانونى : تنص المادة ٩٥١

المدنى على ما يأتى :

١ - « نصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ،
وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » .

٢ - « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يجوز لنفسه ، فان

كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء
بها » (٢) .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٩٧ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : ١ - تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان من الممكن
التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة .
٢ - وعند الشك يفترض أن الشخص قد حاز لنفسه ، وأنه إذا استمر في حيازته يبقى حائزاً
لنفسه . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على النحو الآتى : ١ - كما تصح الحيازة مباشرة
تصح بالوساطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتار
بأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الواردة عليه الحيازة . ٢ - وعند الشك يفترض أن
حيازة الحيازة إنما يجوز لنفسه ، فان كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار
هو لحساب البادىء بها . وأصبح رقمها فى المشروع النهائى ١٠٢٦ . ووافق عليها مجلس
النواب تحت رقم ١٠٢٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دارت مناقشة طويلة فى ورود الحيازة
على الشيء ، وانقسمت الآراء . فرأى ذهب إلى وجوب بقاء هذه الحيازة لأن الحيازة قد
ترد على الشيء دون الحق ، ورأى قال بالحدف لأن الحيازة فى كل صورها تكون على
الحق سواء كان حق انتفاع أو حق ملكية ، وإذا كانت التشريعات الأجنبية تستعمل عبارة
حيازة على الشيء فلأنها تجارى الرأى العام الذى يصرف الحيازة إلى الشيء . وقد لقي الرأى
القاتل بالحدف موافقة أغلبية اللجنة . وورد فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ : « حذفت
عن الفقرة لأولى عبارة : كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالوساطة . واستعوض عنها بعبارة
تصح الحيازة بالوساطة . وحذف عبارة : بالشيء أو بالحق الواردة عليه الحيازة . واستعوض
عنها بعبارة : بهذه الحيازة ، لأنها أدق فى الإعراب عن المقصود بالنص ، فالمراد هو أن يأتمر
الوسيط بأوامر الحائز بالأصالة فيما يتعلق بهذه الحيازة ، لا فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذى
ترد عليه الحيازة » . وأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى
الجديد ، وصار رقمه ٩٥١ . ووافق مجلس عليه الشيوخ كما عنك لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦) .

ويخلص من هذا النص أن الأصل في الحائز أن يباشر السيطرة المادية بنفسه ، أى أنه يستعمل بنفسه استعمالاً فعلياً على الوجه الذى قدمناه الحق الخاضع لحيازته ، سواء كان حق ملكية أو كان حقاً آخر . ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة (corpore aliens) ، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلاً به اتصال التابع بالمتبوع ، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية . ويجتمع عند الحائز في هذه الحالة عنصراً الحيازة : العنصر المعنوى وهو القصد وسيأتى بيانه ولا ينوب عنه فيه أحد ، والعنصر المادى وهو السيطرة المادية وبيباشرها بالوساطة . ومن ثم يبقى الحائز الأصلى هو الحائز ، وتنتج الحيازة آثارها القانونية في شخصه . أما الوسيط في السيطرة المادية فليس بحائز ، وليس لديه إلا السيطرة المادية ، وهذه السيطرة أيضاً شرها باسمه وإنما يباشرها باسم الحائز الأصلى .

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة . من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه ، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مخدومهم أو متبوعهم في أثناء تأدية أعمالهم ، فتدخل في حيازة المخدوم أو المتبوع وبيباشر هذا السيطرة المادية على المنقولات بواسطة أتباعه . ويبقى عنده العنصر المعنوى للحيازة ، ويمكن أن يكون قصداً عاماً في حيازة ما يستولى عليه الأتباع من المنقولات باسمه ، حتى قبل أن يعلم باستيلائهم عليها . فيكون عنده العنصر المعنوى مباشرة وهو القصد ، والعنصر المادى بالوساطة وهو السيطرة المادية (١) .

- ولما قابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) بودرى وتبسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٤ - ويدخل ضمن الأتباع سائق السيارة فهو

نوز السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه ويجوز صاحب السيارة سيارته بواسطة السائق ، وكذلك

ناظر الزراعة ويجوز صاحب الأرض بواسطة الأرض الزراعية .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا حصل و كبل عنه على حيازة شىء اشتراه له مثلا فى حدود الوكالة ، ما دام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشىء . وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى الشىء لنفسه وحازته لحسابه ، فإنه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازته لحساب الموكل . ويدخل الشىء فى حيازة الموكل حتى قبل أن يعلم هذا أن الوكيل قد حازته ، بل قبل أن يعلم أن الوكيل قد اشتراه (١) . أما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة أو كان فضوليا ، فإن الشىء لا يدخل فى حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا فى الوقت الذى يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولى قد حاز الشىء ويقر فيه هذا العمل (٢) .

كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان قاصرا أو محجورا عليه وكان مميزا ، فيباشر باسمه السيطرة المادية الولى أو الوصى أو القيم (٣) . ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان شخصا معنويا ، فيباشر باسمه السيطرة المادية المديرين أو الأشخاص الذين يفوضون فى ذلك (٤) . وقد قضى بأن المجالس المحلية تباشر السيطرة المادية على الطرق العامة الداخلة فى حيازتها ، لا بوساطة ممثلها فحسب ، بل أيضا بوساطة الناس الذين يغدون ويروحون فى هذه الطرق والذين يستعملونها وفقا لما أعدت له (٥) .

- (١) ويترتب على ذلك أن الموكل يعتبر حائزا لشىء من وقت حيازة الوكيل له ، ويبدأ من هذا الوقت سريان التقادم لصالح الموكل (بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٢ - ص ١٨٤) (٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٢ - ص ١٨٣ . (٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز للولى على القاصر أن يتسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية . وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدنى (قديم) بأن يكون واضح اليد ظاهرا بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية بسبب أنه فاقد الأهلية التى تخوله معرفة الصالح لأمواله من الضار بها ، فردود بأن ولى أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذى يقوم بوضع اليد نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) . (٤) ولا يجوز طولا أن يكسبوا بالتقادم لمصلتهم ملكية أموال الشخص المعنوى (بودرى وتيسيه فقرة ٣٠٧) .

(٥) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٢٤١ - ٢٥ يناير سنة

١٩١٤ سيريه ١٩١٨ - ١ - ١٦٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٩ .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدني سالف الذكر مقصور على الوسيط الذي يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلا به اتصال التابع بالمتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ، كما هو الأمر في الأمثلة التي قدمناها . أما إذا كان الوسيط يتمتع بشيء من حرية التصرف ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، فإنه لا يعتبر وسيطا بالمعنى الوارد في المادة ٩٥١ مدني ، بل هو حائز عرضي (*possesseur à titre précaire*) فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو . فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العيني أو حق المستأجر الشخصي . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتي (١) .

والسيطرة المادية بواسطة الغير (٢) لا تفترض . فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فيكون هو الحائز إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر المادي العنصر المعنوي . وعلى من يدعى أنه هو الذي يوجد عنده العنصر المعنوي ، وأن الذي يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها نيابة عنه ، أن يثبت ذلك (٣) . وإذا ما ثبت أن

(١) أنظر مايل فقرة ٢٧٠ - أما المادة ٩٥١ مدني سالف الذكر فهي مقتبسة من المادة ٨٥٥ من التقنين المدني الألماني ، وهذا نصها : « إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التي يؤديها في منزل المخدم أو في صناعة المتبوع ، أو بسبب أي مركز آخر مماثل يلزمه أن ياتمر بالأوامر التي يتلقاها من المتبوع في شأن هذا الشيء ، فالمتبوع وحده هو الذي يعتبر حائزاً » . وقد تشجع التقنين الألماني في هذا النص بالنظرية المادية للحيازة ، فجعل الحائز لحساب غيره في الأصل حائزاً حيازة صحيحة ، ثم استثنى من ذلك حيازة الخدم والعمال والأتباع وغيرهم ممن ياتمرون بأمر المخدم أو المتبوع فجعل حيازتهم مجرد إحرازاً *détention* ، وجعل الحيازة الصحيحة *possession* عند المخدم أو المتبوع (أنظر مايل فقرة ٢٦٦ و فقرة ٢٦٧ و فقرة ٢٧٠) .

(٢) وسنرى فيما يلي (أنظر فقرة ٢٦٩) أن للعنصر المعنوي للحيازة ، بخلاف العنصر المادي أي السيطرة المادية ، يكون عند الحائز أصلاً ، ولا يباشره عنه غيره بواسطة . وذلك ما لم يكن الشخص عديم التمييز ، كالطفل غير المميز والمجنون ، فيجوز أن يكسب الحيازة في عنصرها المعنوي والمادي من طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، أي عن طريق الول أو الوصي أو القيم (أنظر م ٩٥٠ مدني) .

(٣) بلانيول وديبير وبيكار ٢ فقرة ١٤٦ ص ١٦٢ .

شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره ، فانه يبقى مباشرا لها بهذه الصفة ، ويفترض فيه أنه مستمر في مباشرة السيطرة المادية بالوساطة عن غيره. فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذي تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية ، وذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يدل في وضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه (١) . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدني كما رأينا : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحياة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحياة سابقة لإفترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « والقاعدة أن من عنده الحياة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائزا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره ، أو أنه أصبح يحوز لغيره » (٢) .

٢٦٢ - السيطرة المادية على الشيوع : كان المشروع التمهيدي للتقنين

المدني الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١٤٠٢ من هذا المشروع ، يجري على الوجه الآتي : « إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا ، أو حازوا جميعا حقا واحدا ، جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التي ترتب على حياة الشيء أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يجوز لهم من تلك الأعمال » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : « كما تكون الملكية شائعة تكون الحياة أيضا شائعة ، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع . ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحياة ، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال » . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة « تجنبنا للتفصيلات » (٣) .

فالنص قد حذف إذن لأنه تطبيق تفصيلي للقواعد العامة ، فحذفه لا يمنع من العمل به . والحائز على الشيوع يكون عنده العنصران المعنوي والمادي

(١) وهذا ما يسمى بتغير صفة الحياة *interversion du titre* (م) ٩٧٢ مدني : أنظر

مايل فقرة (٢٧٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ في الهاش .