

بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع » (م ٤٢٦ / ٢ مدني) .

والدعاوى التي تطعن في نفاذ التصرف يتدرج تحتها : (١) الدعوى البولصية ، وهي الدعوى التي يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف المدين في حقه إذا توافرت في هذا التصرف شروط معينة (م ٢٣٧ مدني) . (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة . ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) في حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م ٤٧٧ مدني) ، وقبل شهر هذه الدعوى لا يسرى الحكم فيها ، لإضرارها بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العن البيعة ، (م ٤٧٨ مدني) (١) .

ويخلص مما تقدم أن دعاوى الطعن في تصرفات واجبة الشهر ، والتي يجب التأشير بها أو تسجيلها ، تشتمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى الطعن ببطالان التصرف . (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف . (٣) دعوى المطالبة بفسخ التصرف . (٤) دعوى تقرير انفساخ التصرف (٢) . (٥) دعوى الرجوع في الهبة . (٦) دعوى حل الشركة أو انحلالها . (٧) دعوى الطعن بابطال التصرف . (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغير . (٩) الدعوى البولصية . (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة .

١٤٥ — دعاوى من التعاقب : تنص العبارة الأخيرة من الفقرة

الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كما يجب تسجيل

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الصادرة بفسخ وجب حتما بحكم القانون ، أو وقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمني ، واجبة التسجيل باعتبار أنها أحكام مقررة . وعلى ذلك إذا كان فسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين إلى المصنوع ضده الثاني قد قضى به ضمنيا في الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة ببقاء الثمن ، وكان هذا الحكم لم يسجل ، فإن المبيع يبقى في ملكية المشتري ولا تعود ملكيته للبائع (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ ص ١٩٦) .

دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» (١) . ودعوى صحة التعاقد لم تكن مذكورة في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، ولكن العمل ابتدعها بخاصة في عقد البيع تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد » منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع ، وبخاصة التصديق على إمضائه في الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع . فاذا ما صدر الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (réalisation, constatation de la vente) ، جعل منه المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، إذ هو يثبت وقوع البيع صحيحاً نائذاً ، فيجوز إذن للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع ، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) . بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه من ذلك ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلاً حتى تجعلها خاضعة للشهر كدعاوى

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية . حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها . وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ، ثم يفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، وهل كان له عذر في هذا الامتناع أو لم يكن . ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لوضوح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) . ويدخل أيضاً بحث ما إذا كان العقد سورياً صورية مطلقاً ، إذ من شأن هذه الصورية نوصحت أن يعتبر العقد لوجوده قانوناً فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) .

الاستحقاق التي ذكرها صراحة قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ (١) .
وجاء قانون الشهر العقاري موثدا للعمل والقضاء ، فنص صراحة كما رأينا
في المادة ٢/١٥ على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق
عينية عقارية » ، ورتب على تسجيلها كما جاء في المادة ١/١٧ منه على أن
حق المدعى إذا تقرر بحكم موثربه على هامش تسجيل صحيفة دعوى
صحة التعاقد يكون حجة على ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ
تسجيل صحيفة هذه الدعوى (٢) .

ودعوى صحة التعاقد ، على الوجه التقدم الذكر ، أكثر ما ترفع
في خصوص مطالبة المشتري بالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ، وهو عقد
ناقل للملكية . ولكن لا يوجد ما يمنع من رفعها في خصوص المطالبة بالحكم
بصحة ونفاذ أى عقد آخر غير البيع ، سواء كان هذا العقد ناقلا أو منشئا
لحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق ،
أو كان كاشفا عن حق عيني عقارى . فيجوز رفع الدعوى بصحة ونفاذ
عقد المقايضة أو عقد الهبة أو عقد الشركة أو عقد الوفاء بمقابل يكون عقارا
أو عقد ينقل حق الانتفاع من المنتفع إلى غيره (بيع حق الانتفاع) ، أو عقد

(١) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ارقم ٩١ ص ١٦٣ - وانظر الأحكام
الأخرى الصادرة من محكمة النقض بعد ذلك في هذا المعنى في الوسيط ٤ فقرة ٢٥٩ ص ٤٥٤
هامش ١ .

(٢) ولكن يجب لذلك التأشير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فلا يكون تسجيل
صحيفة الدعوى وجده ، ولا صدور الحكم بصحة التعاقد إذا لم يوثر بالحكم على هامش تسجيل
صحيفة الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد ،
ولو كان نهائيا ، دون التأشير بذلك بالحكم على هامش تسجيل الصحيفة ، لا يترتب عليه نقل
الملكية إلى المشتري بل تظل هذه الملكية للبائع ، وبالتالي يعتبر تصرفه إلى مشتري آخر صادرا
من مالك . ولا يجوز دون الحكم بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشتري الأول
و صدور حكم لصالحه بصحة تعاقد (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) . وانظر أيضا نقض مدنى ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام
النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ .

وانظر في تفصيل دعوى صحة التعاقد : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ - وانظر في دعوى صحة
التوقيع واستبعاد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

ينشئ حق ارتفاق ، أو عقد يكشف عن حق الملكية العقارية كعقد القسمة أو عقد الصلح .

ويخلص إذن مما تقدم أن جميع دعاوى صحة التعاقد ، على النحو الذي أسلفناه ، يجب تسجيل صحائفها إذا وقعت على حقوق عينية عقارية ، كما هو صريح نص المادة ٢/١٥ من قانون الشهر العقارى فيما قدمناه .

١٤٦ - دعوى الاستحقاق العقار : تنص العبارة الأولى من الفقرة

الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال » (١) .

والأصل فى دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى . ولا تطلق دعوى الاستحقاق (action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن النص سالف الذكر يوجب « تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها » . فهذا النص الواسع يشمل فى نظرنا الدعوى الآتية :

١ - دعوى الاستحقاق العقارية بمعناها المعروف ، وهى الدعوى التى يطالب فيها بملكية عقار . ولا يقصد هنا بدعوى الاستحقاق هذه الدعوى على اطلاقها ، أى الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على الحائز لاسترداد عقاره . فان هذه الدعوى إذا سجلت وقضى للمالك الحقيقى بملكته للعقار ، كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، لأنه يكون قد اشترى من غير مالك . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على الحائز فى الأحوال التى يكون فيها تصرف الحائز فى العقار نافذاً فى حق المالك ، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة

الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع)

الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري . فدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحيفتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذي قام به الوارث الظاهر . فاذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . أما إذا شهرت صحيفة دعوى الاستحقاق قبل تسجيل البيع الصادر من الوارث الظاهر ، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من الوارث الظاهر ، ويكون حجة عليه . ودعوى الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري منه يجب تسجيل صحيفتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل عقد البيع الصوري . فاذا باع المشتري في العقد الصوري العقار لمشتري آخر حسن النية ، وسجل هذا المشتري الآخر عقد شرائه قبل شهر دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري من المشتري بعقد صوري . أما إذا شهرت دعوى الصورية قبل تسجيل البيع الصادر من المشتري في العقد الصوري ، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من المشتري بعقد صوري ويكون حجة عليه (١) .

٢ - دعوى استحقاق أي حق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وتسمى هذه الدعوى بدعوى الإقرار بحق عيني (actien confessoire) ، إذا طالب فيها شخص بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقار للغير . فيجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، أو التأشير بها على هامش تسجيل سند ملكية الغير المطالب بحق الانتفاع أو حق الارتفاق على عقاره . فاذا أنشأ المالك لهذا العقار نفس حق الانتفاع أو نفس حق الارتفاق لشخص آخر ، وسجل هذا الأخير سند إنشاء حقه قبل شهر صحيفة دعوى الإقرار بالحق العيني وكان حسن النية ، لم يكن الحكم الصادر لمصلحة

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ؛ فقرة ٢٦٣ من ٦٦ ؛ هامش ٢ - وقارن حسن كبيرة ص ١٤ - أنور سلطان في البيع فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - سليمان مرقس في الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش ٣ - وفي البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥ .

المدعى فى دعوى الإقرار بالحق العيني حجة عليه . أما إذا شهرت صحيفة الدعوى قبل تسجيل سند الإنشاء ، فإن الحكم يكون حجة على من كسب حق الانتفاع أو حق الارتفاق مرة ثانية ولو كان حسن النية .

٣ - وإلى جانب دعوى الإقرار بحق عيني توجد دعوى إنكار الحق العيني (action négatoire) ، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق ، وهذه أيضا يجب تسجيل صحيفتها . فإذا باع مدعى حق الانتفاع هذا الحق لمشر حسن النية ، أو باع مدعى حق الارتفاق عقاره المرتفق بما له من حق الارتفاق المدعى به لمشر حسن النية ، وكان مدعى حق الانتفاع أو حق الارتفاق وارثا ظاهرا لحق الانتفاع أو للعقار المرتفق ، فإنه إذا سجل البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى إنكار الحق العيني ، لم يكن الحكم فى دعوى إنكار الحق العيني حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق . أما إذا سجلت دعوى إنكار الحق العيني قبل تسجيل البيع ، فإن الحكم الصادر فى دعوى إنكار الحق العيني يكون حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق (١) .

١٤٧ - الدعاوى الخاضعة للشهر فى قانونه السجل العيني : تنص

المادة ٣٢ من قانون السجل العيني على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العيني ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات » . وتحديد الدعاوى الواجب التأشير بها على الوجه الوارد فى هذا النص لا يخلو من شيء من الغموض .

والأمر المحقق أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى » تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العيني ودعوى الإنكار للحق العيني ، وقد بينا فيما تقدم (٢) ما هو المقصود بهذه الدعاوى . ومن ثم يجب أن تتضمن

(١) أنظر فى وجوب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بنسب

الشفعة ما قدمناه آنفا فقرة ١٣٢ فى آخرها .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٦ .

الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات ، والتأشير في السجل بهذه الطلبات بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل على النحو المتقدم . وتأخذ على سبيل المثال دعوى الاستحقاق . فن الجائز ، حتى في نظام السجل العيني ، أن يفيد حق الإرث في السجل ، ثم يتبين ، بالرغم من الفحص الدقيق الذي يقتضيه هذا النظام ، أن الواردة الذي قيد حقه ليس هو الوارث الحقيقي . ويتقدم الوارث الحقيقي بطلب الوارث الظاهر باستحقاقه للعقار الموروث ، وهذه دعوى إرث أو هي دعوى استحقاق عن طريق الميراث . فيجب في هذه الحالة أن يضمن الوارث الحقيقي طلب استحقاق العقار طلب إجراء التغيير في بيانات السجل الواردة في قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقي . ويجب فوق ذلك أن يؤثر الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة في السجل بشأن قيد حق الإرث ، وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث .

والأمر المحقق أيضاً أن الدعاوى المتعلقة « بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها » تشمل دعوى الطعن ببطان التصرف ، ودعوى الطعن بإبطال التصرف ، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغير لأن هذه كلها دعاوى متعلقة بصحة التصرف . كذلك تشمل الدعوى البولصية ، ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق الورثة بما يجاوز ثلث التركة ، لأن هذه الدعاوى متعلقة بنفاذ التصرف . ويجب أيضاً أن تشمل دعاوى الفسخ والانسحاح والرجوع في الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية ، وإن كانت هذه الدعاوى لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه ، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف في السجل العيني ، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل . ومن ثم يجب ، في رأينا ، أن يضمن المدعى في جميع الدعاوى المتقدم ذكرها - وقد سبق بيانها فيما تقدم (١) - طلباته طلب إجراء التغيير

في بيانات السجل العيني ، والتأشير بهذه الطلبات جميعا أمام بيانات السجل المراد تغييرها ، وتقديم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى يمكن قبول الدعوى (١) .
ويبدو أن قانون السجل العيني يختلف عن قانون الشهر العقاري فيما يأتي :
في قانون الشهر العقاري ، يمكن ألا يشهر المدعى دعواه ويكتفى بشهر الحكم الصادر في الدعوى ، وفي هذه الحالة لا يسرى الحكم في حق الغير إلا من وقت شهره لأن صحيفة الدعوى لم تنشر . أما في قانون السجل العيني ، إذا لم يشهر المدعى دعواه على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن الدعوى لا تقبل منه أصلا ، فلا يتمكن بناء على ذلك من الحصول على حكم في الدعوى (٢) .

(١) أما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد) ، فلا تدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل العيني ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد ، طبقا لأحكام قانون السجل العيني ، لا يمكن قيده في السجل ليستغنى به عن المحرر الرسمي . وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل العيني . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفي منه أو طعن في صحته فيرفع المشتري دعوى صحة التعاقد ، حتى إذا حصل على حكم لصالحه ، وامتنع البائع مع ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده في السجل العيني ، لم يبق أمام المشتري إلا المطالبة بالتعويض (أنظر ما سبق أن قررناه آنفا في هذا الصدد ص ٣٦١ هامش ١) .

ويزيد قانون السجل العيني على قانون الشهر العقاري في أنه تضمن نصا صريحا يعصى بشهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقيد الحكم بشيوت الشفعة ، إذ تنص المادة ٣٦ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في صحف الوحدات العقارية . ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » . وقد قدمنا أن نصا صريحا مثل هذا النص كان يحسن أن يشتمل عليه قانون الشهر العقاري (أنظر آنفا ص ٣٥٥ هامش ٣) .

(٢) وقد عالج قانون السجل العيني الدعاوى واجبة الشهر بموجب نصوصه والتي تكون قد رفعت قبل العمل به دون أن تنشر صحيفة الدعوى فيها ، حتى يجري عليها أحكامه بأثر رجعي . فنصت المادة ٣٣ من هذا القانون على أن « الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة والتي تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ، ولم تسجل صحيفتها ، لا يجوز الاستمرار في النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التنوير في بيانات السجل ، وبعد التأشير فيه بمضمون هذه الطلبات . ويمنع المدعون في هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير ، فإذا لم تقدم في أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى » .

§ ٢ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

١٤٨ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانونه الشهر العقارى :

يجب التمييز فى هذا الصدد بين دعاوى الطعن فى التصرفات (وجودا أو صحة أو نفاذا) ودعاوى الاستحقاق من جهة ، ودعاوى صحة التعاقد من جهة أخرى .

فأما دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق ، فتشهر بأحد طريقين : (١) بطريق التأشير فى هامش تسجيل التصرفات المطهون فعاً فى حالة دعاوى الطعن فى التصرفات ، أو فى هامش تسجيل سند المدعى عليه فى حالة دعاوى الاستحقاق (١) ، وذلك إذا كان التصرف المطعون فيه أو سند المدعى عليه مسجلاً . (٢) فإذا لم يكن التصرف أو السند مسجلاً ، كان شهر صحيفة الدعوى عن طريق تسجيلها استقلالاً ، إذ لم يعد التأشير بها ممكناً . وتنص المادة ١٥/١ و٢ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، على أنه يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى . . فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال

وأما دعاوى صحة التعاقد ، فلا يكون شهرها إلا بطريق تسجيل صحائفها استقلالاً ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . .

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها ، فىكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت ، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل . أما دعاوى صحة التعاقد

(١) انظر فى التفاصيل المتعلقة بالتأشير بصحيفة دعوى الاستحقاق آنفاً فقرة ١٤٦ .

فتنصب ، لا على تعديل حقوق سابقة ، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد ، فيجب تسجيلها استقلالا .

وخلص من ذلك أن الدعاوى الخاضعة للشهر يكون شهرها بطريق التأشير في حالات معينة ، وبطريق التسجيل في حالات أخرى . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمجدول المحكمة » . والسبب في ذلك هو عدم تمكن المدعى من شهر الدعوى إلا بعد أن يثبت أنه جاد في رفع دعواه ، بأن يقيد الدعوى بمجدول المحكمة ويعلنها (١) قبل شهر صحيفتها . ولو لم يوجب القانون قيد الدعوى وإعلانها قبل شهر صحيفتها ، لأمكن المدعى أن يشهر صحيفة الدعوى ثم لا يعلنها . فتبقى هذه الدعوى سيفا معلقا يهدد المدعى عليه ، بما يستتبعه شهر صحيفتها من تقييد حريته في التصرف في العقار محل النزاع ، إذ لا يقدم أحد على التعامل معه في هذا العقار إلا وهو يحسب حساب الدعوى التي شهرت صحيفتها . ويقف المدعى عند شهر صحيفة الدعوى ، فلا هو كف عن هذا الشهر حتى

(١) ورد في المادة ٣/١٥ من قانون الشهر العقاري كما رأينا : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وتيدها بمجدول المحكمة » . فقدم النص إعلان صحيفة الدعوى على قيدها بمجدول المحكمة . وقد كان هذا صحيحا في تقنين المرافعات قبل تعديله ، إذ كانت المادة ١/٧٥ من هذا التقنين قبل التعديل تنص على أنه « على المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلقة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بمجدول المحكمة في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر » . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يبدل كثيراً من نصوص تقنين المرافعات ، ومنها المادة ٧٥ سالفة الذكر ، فأصبحت الفقرتان الأولى والثانية منها يجريان على الوجه الآتي : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليترى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها » . فأصبح قيد الدعوى بمجدول المحكمة ، بموجب هذا النص المعدل ، يسبق إعلانها . ولذلك وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري ، على الوجه الآتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد قيد الدعوى بمجدول المحكمة وإعلانها » .

لا يقيد حرية المدعى عليه في التصرف ، ولا هو مضى في الدعوى إلى أن يبت فيها ويتبين مصيرها .

وطريق آخر فتحه المشرع للمدعى عليه يعالج به رفع المدعى للدعوى الكيدية ، وشهر صحائفها تعتا وتعفا . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشهر العقارى على ما يأتي : « كذا للطرف ذى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) نحو التأشير أو التسجيل المشار إليه في المادة الخامسة عشرة ، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى نأشر بها أو سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » (١) . فيجوز إذن للمدعى عليه ، وكذلك لدائنه لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن ، أن يطلب من قاضى الأمور المسعجلة نحو التأشير بصحيفة الدعوى أو نحو تسجيلها إذا أثبت أن هذه الدعوى دعوى كيدية محضة ، الغرض منها غل يد المدعى عليه عن التصرف فى عقاره ، أو غل يد دائنه عن التنفيذ على هذا العقار .

والتأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ليس إلا إجراء تمهيديا يراد به التحضير للتأشير بمنطوق الحكم النهائى الذى يصدر فى هذه الدعوى . فاذا ما صدر الحكم النهائى لصالح المدعى فى الدعوى التى شهرت صحيفتها ، كان على هذا الأخير أن يوشر بمنطوق هذا الحكم فى ذيل التأشير بصحيفة الدعوى إذا كانت هذه الصحيفة قد أشر بها ، أو فى هامش تسجيل الصحيفة إذا كانت قد سجلت . وتنص المادة ١٦ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى على أن « يوشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » (٢) .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المشروع) ، إلا أن نص المشروع أدق إذ يقول « كذلك لذى الشأن » بدلا من عبارة « كذا للطرف ذى الشأن » الواردة فى نص قانون الشهر العقارى الحال ، وواضح أن العبارة الأولى أدق فهى تتسع لتشمل المدعى عليه والدائن وكل ذى شأن آخر .

(٢) بقى هذا النص على حاله فى الفقرة الأولى من المادة ١٤ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق . وأضيف فى المشروع إلى المادة ١٤ هذه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها ، الصادرة فى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، عقب تسجيل هذه الأحكام » . ويتبين من هذا النص أن الحكم النهائى فى دعوى الاستحقاق وفى دعوى صحة التعاقد يجب تسجيله استقلالا ، ولا يكتفى بالتأشير به . بل إن التأشير به لا يجوز إجراؤه إلا بعد أن يتم تسجيل الحكم .

١٤٩ - كيف بكونه إجراء شهر الدعاوى في قانونه المسجل العيني :

وأما أن المادة ٣٢ من قانون السجل العيني تنص على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل مضمون هذه الطلبات (١) » . ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى الواجبة الشهر في قانون السجل العيني يستوجب خطوات ثلاثا :

أولا - تضمين الطلبات الواردة في صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات . فإذا كانت الدعوى مثلا بطلب بطلان عقد ، وجب أن تتضمن الطلبات طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد في السجل العيني . فإذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه ، رجع العقار إلى ملك المدعى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم بمحوه ، ويعتبر القيد المحو كأن لم يكن .

ثانيا - التأشير في السجل العيني بمضمون الطلبات في الدعوى ، بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل العيني على النحو سالف الذكر .
ثالثا - تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر ، ولا يجوز قبول الدعوى إلا بتقديم هذه الشهادة .

وبعد هذه الخطوات الثلاث يسار في نظر الدعوى ، بعد أن تكون صحيفتها قد شهرت (٢) ، إلى أن يبت فيها بحكم نهائى .

ويجب أن يوثق في السجل العيني بمنطوق هذا الحكم النهائى ، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون الشهر العقارى على أن « يوثق في السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى الصادر في الدعاوى الميئة في المادة السابقة » .

١٥٠ - ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر في قانون الشهر العقارى :

تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى

(١) أنظر آند فقرة ١٤٧ .

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « وكذلك لدى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) محو التأشير المشار إليه في المادة ٣٢ (التأشير بمضمون الطلبات في الدعاوى واجبة الشهر) ، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لفرض كيدى محض » .

المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١).

ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى السابق ذكرها يكون حجة على الغير ، والغير هنا هو من ترتب له حق عيني على العقار محل الدعوى وقام بشهره طبقا للقانون . فاذا فرض أن عقارا بيع وأن عقد البيع سجل ، ثم رفع البائع دعوى بفسخ البيع ، فقد قدمنا أنه يجب أن يُوَشر على هامش تسجيل البيع بصحيفة دعوى الفسخ . فاذا تصرف المشتري في العقار بأن رهنه مثلا ، وقيد الدائن المرهن الرهن قبل صدور الحكم في دعوى الفسخ ، ثم صدر الحكم بفسخ البيع وللفسخ أثر رجعي إذ يعتبر العقد المنسوخ كأن لم يكن كما هو معروف ، فهل يحتاج بفسخ البيع على الدائن المرهن فيعتبر أنه قد ارتهن من مالك قد فسخ عقده أى من غير مالك فيكون الرهن باطلا ؟ هنا يجب التمييز بين حالتين :

(١) يقابل هذا النص المادة ١٥ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري و التوثيق، وتجري على الوجه الآتي : ١٥ - يرتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الثالثة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا ما تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢ - على أنه إذا تم شهر هذا الحكم بعد خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، فلا يكون حجة إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ العمل به . ٣ - ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . وقد زاد المشروع الجديد الفقرة الثانية يستحث بها شهر الحكم ، بحيث إذا لم يشهر في خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، لم يكن حجة على الغير إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر ، بدلا من أن تنسحب حجته إلى الماضي من تاريخ شهر صحيفة الدعوى فيما إذا شهر في خلال الخمس السنوات . والمشروع الجديد ينص فيما استحدثه عن هذا مع قانون السجل العيني (م ٣٥ من هذا القانون وسيأتي بيانها فيما يلي فقرة ١٥١) . ولكن يلاحظ أن الفقرة الثالثة من المشروع الجديد أصبحت بهذه الإضافة المستحدثة ناقصة ، وكان الواجب أن تكون على الوجه الآتي : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما في الفقرة الأولى ، أو قبل شهر الحكم المشار إليه في الفقرة الثانية » .

(الحالة الأولى) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حق الرهن بعد شهر دعوى الفسخ ، أى بعد التأشير بصحيفة الدعوى على هامش تسجيل البيع وفى هذه الحالة يكون الحكم بفسخ البيع حجة عليه ، فيسترد البائع العقار بعد فسخ البيع خاليا من الرهن . ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن سىء النية أو حسن النية ، فلو أنه كان لا يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع أى لو أنه كان حسن النية ، فإن الحكم بالفسخ يكون مع ذلك حجة عليه . ذلك لأن شهر صحيفة الدعوى يفرض معه فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن كان يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، بسبق رفع دعوى الفسخ ، إذ كان من الواجب عليه قبل أن يقدم على ارتهان العقار أن يبحث فى سجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة دعوى الفسخ قد شهرت . ويلاحظ أن شهر الحكم النهائى بالفسخ على الوجه الذى قدمناه (١) يكون على هذا النحو له أثر رجعى ، فإن هذا الحكم يمتنع به على الدائن المرتهن ، لا من وقت شهره فحسب ، بل أيضا من وقت شهر صحيفة الدعوى بالفسخ التى صدر فيها هذا الحكم ، أى من وقت متقدم على الوقت الذى شهر فيه الحكم . وهذا الأثر الرجعى هو الأمر الجوهري المقصود بشهر صحيفة الدعوى ، فما تطلب القانون شهر صحيفة الدعوى إلا ليجعل لشهر الحكم الصادر فى هذه الدعوى أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت شهر الدعوى . فمنع القانون بهذه الطريقة المدعى عليه ، عند ما ترفع عليه الدعوى ، من أن يندفع إلى التصرف فى العقار قبل صدور الحكم النهائى إذا توقع أن هذا الحكم سيصدر لغير صالحه . وذلك بأن أوجب شهر صحيفة الدعوى حتى يكون الشهر حجة على من يتصرف له المدعى عليه ، وجعل لشهر الحكم النهائى أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، فيصبح الحكم حجة على الغير الذى تصرف له المدعى عليه .

(الحالة الثانية) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر دعوى الفسخ . فى هذه الحالة لا يكون الحكم النهائى بالفسخ ، حتى لو شهر ،

حجة عليه ، ويبقى حق رهنه قائماً بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري بعد فسخ البيع محملاً بحق الرهن . ولكن بشرط في ذلك أن يكون الدائن المرتهن وقت أن ارتهن العقار حسن النية ، أى لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هناك سبباً لفسخ البيع ويعتقد أن ملكية المشتري الراهن ملكية بائنة لا عيب فيها ولا تقبل النقص (١) . فإذا كان سبب النية يعلم بعيب في ملكية المشتري أو أنها ملكية معرضة للفسخ ، كان الحكم النهائي بالفسخ إذا شهر حجة عليه فيزول حق الرهن بحكم الأثر الرجعى للفسخ ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري خالياً من الرهن .

وإذا فرض أن الدعوى المرفوعة ، بدلا من دعوى الفسخ ، هي دعوى صحة التعاقد (مثلا دعوى صحة ونفاذ البيع) ونهر المشتري صحيفة الدعوى ، فإذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية وسجل المشتري الثانى عقده بعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع ، فإن الحكم النهائي الذى يصدر فى الدعوى متى سهر يكون حجة على المشتري الثانى كما سبق القول فى الحالة الأولى . أما إذا سجل المشتري الثانى عقده قبل شهر صحيفة الدعوى ، فإن

(١) كانت المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى تنص فى فقرة ثالثة على ماأتى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بحذفها تصحيحاً للنص (الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١) .
وتنص المادة ١٠٣٤ مدنى على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من الهاك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، بفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يكون سبب النية إذا كان قد قيد رهنه بعد شهر صحيفة دعوى الفسخ كما سبق القول ، وذلك لتوفيق ما بين النصين (الوسيط ٤ فقرة ٤١٠ ص ٨٢٩ - وانظر أيضا الوسيط ١ فقرة ٣٤١ و فقرة ٤٧٩) .
والغير الذى كسب حقه وشهره قبل شهر صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب هذا الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل ، لأن الشهر لا يمكن أن يرتب للعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له قبل الشهر ، فيقف فى مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١ والأحكام المشار إليها فيه) . وانظر أنور سلطان فى البيع الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ١٧٥ ص ٢١١ - حسن كبرة ص ١٣ .

الحكم النهائي الصادر في دعوى صحة التعاقد ، حتى لو شهر ، لا يكون حجة عليه ، بشرط أن يكون حسن النية . وحسن النية هنا ليس معناه مجرد عدم علم المشتري الثاني يسبق صدور بيع من البائع ، فان المشتري الثاني في دعوى صحة التعاقد لا يكون سيء النية إذا سبق إلى التسجيل ، ولا يكون تسجيله باطلا ، إلا إذا كان متواطئا مع البائع للإضرار بالمشتري الأول (١) ، وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري لا يبطله إلا التواطؤ (٢) .

١٥١ - ما يترتب على شهر الرعاوى من أثر في قانون السجـ العيني :

تنص المادة ٣٥ من قانون السجل العيني على أنه « يترتب على التأشير بالدعاوى في السجل العيني أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى في السجل . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى الأحكام

(١) ويجب التمييز بين تحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى الطعن في التصرف (كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال) ودعاوى الاستحقاق ، وتحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى صحة التعاقد . وبعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري على الوجه السابق بيانه (أنظر آنفا ص ٤١٣ هامش ١) ، وهي الفقرة التي كانت تحدد معنى حسن النية ، أصبح القضاء حراً في تحديد هذا المعنى في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها . فحسن نية المشتري بالنسبة إلى دعاوى الطعن في التصرف ودعاوى الاستحقاق يجب أن يكون عدم العلم بميب سند البائع وقت تعاقد المشتري معه في دعاوى الطعن في التصرف ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بشان في دعاوى الاستحقاق . أما في دعاوى صحة التعاقد ، فلا يصح أن يكون مجرد علم المشتري التاخر سبق تصرف البائع في العقار ناقيا لحسن نيته . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشتري الثاني أن يفترقه من المالك ولوسبق للمالك التصرف فيه ، فقد يكون هذا التصرف معيبا ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وإنما يكون المشتري الثاني سيء النية إذا تواطأ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، بأن أتمم حل الشراء وهو عالم بالبيع الأول متواطئا في ذلك مع البائع ، وبادر إلى تسجيل عقده قبل أن يتمكن المشتري الأول من شهر صحيفة دعواه بصحة ونفاذ البيع الأول . أنظر في ذلك ما قدمناه في الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ١٩٦ . وانظر في مجاوزة وانضمي قانون الشهر العقاري لغرض الذي قصدوا إليه عندما نقلوا المادة ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ : الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفا ص ٣٧٣ - وقارن حسن كيرة ص ١٤ - ص ١٥ .

النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يوثق بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شہرت صحيفتها في السجل العيني في خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا (١) . وفي هذه الحالة يكون الحكم النهائي حجة على الغير ، ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل العيني ، بأثر رجعي ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا كانت للدعوى يطالب فيها البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد في السجل العيني ، وكان المشتري قد رتب رهنا على هذا العقار ، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل العيني ، فإن الحكم النهائي الصادر بفسخ البيع إذا أثر به في السجل يستند أثره إلى الماضي أى إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية ، فيزول الرهن ، ويسترد البائع من المشتري العقار خاليا من هذا الحق . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل

(١) والأحكام التي صدرت أو تصدر قبل العمل بقانون السجل العيني ، والتي لم تكن قد أثر بها طبقا لأحكام قانون الشهر العقاري التي صدرت أو تصدر هذه الأحكام في ظله ، ينسحب عليها قانون السجل العيني بأثر رجعي ، ويوجب هذا القانون التأشير بها في خلال خمس سنوات ، لامن وقت صيرورتها نهائية وإلا كان في ذلك عنت لا يبرر له إذ يحتمل أن يكون قد انقضى هذا الميعاد أو كاد ينقضى وقت العمل بقانون السجل العيني ، بل من وقت العمل بقانون السجل العيني . فيكون أمام من صدرت هذه الأحكام لمصلحتهم خمس سنوات كاملة لتأشير بهذه الأحكام ، ويتساوون بذلك مع من تصدر أحكام لمصلحتهم منذ العمل بقانون السجل العيني فهو لا أمامهم أيضا خمس سنوات كاملة منذ صيرورة الأحكام نهائية لتأشير بها .

ويلاحظ أن من صدرت أحكام لمصلحتهم في ظل قانون الشهر العقاري كان لهم ، بموجب أحكام هذا القانون الأخير ، أن يوثقوا بأحكامهم في أى وقت ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، فينسحب أثر التأشير بالحكم إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا ما أدركهم قانون السجل العيني ولم يكونوا قد أثروا بأحكامهم ، لا يصح أمامهم إلا خمس سنوات منذ نفاذ قانون السجل العيني لتأشير بأحكامهم . فان انقضى هذا الميعاد دون أن يوثقوا بهذه الأحكام ، ثم أثروا بها بعد ذلك ، فان أثر التأشير لا ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، بل لا يكون لتأشير أثر إلا من وقت التأشير بالحكم .

العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ ، حتى لو أشر به في السجل العيني ، لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من المشتري العقار محملا بهذا الحق . وهنا ، في قانون السجل العيني بخلاف قانون الشهر العقارى ، لا يشترط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية حتى يظل حق رهنه قائما . فما دام هذا الدائن قد قيد حق رهنه في السجل العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان لقبه حقه حجية مطلقة لا يزيلها سوء النية بل ولا التواطؤ ، فيبقى حقه قائما محتج به على البائع حتى بعد صدور حكم نهائي بفسخ البيع وبعد استرداد البائع العقار المرهون من تحت يد المشتري ، فيسترده مثقلا بحق الرهن .

(الحالة الثانية) أن يوثق بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شهرت صحيفةها في السجل العيني ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا . وفي هذه الحالة لم يرد المشرع في قانون السجل العيني أن يمنح من صدر الحكم لصالحه الميزة التي منحها له فيما لو أشر بالحكم في خلال الخمس السنوات ، فسكت عن أن يجعل للتأشير بالحكم أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، وذلك جزاء له على تأخره في التأشير بالحكم ، وحثا لمن صدرت أحكام لمصلحتهم على ألا يتأخروا عن التأشير بها أكثر من خمس سنوات . ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذه الحالة ، ولا ينتج التأشير بالحكم - ونفرضه حكما بفسخ البيع - أثره إلا من وقت التأشير به في السجل العيني ، دون أثر رجعي يستند إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ . وعلى ذلك إذا ترتب حق رهن مثلا على العقار ، وقيد الدائن المرتهن حقه في السجل العيني بعد التأشير بحكم الفسخ ، كان الحكم حجة على هذا الدائن وزال حق رهنه بفسخ البيع ، واسترد البائع من تحت يد المشتري العقار خاليا من هذا الرهن . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ ، ولو بعد رفع دعوى الفسخ ، بل ولو بعد شهر صحيفة هذه الدعوى ، فان التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، حتى لو كان سيء النية أى كان يعلم وقت أن ارتهن العقار أن

هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع ، بل ولو كان متواطئا مع المشتري .
 فيبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من تحت يد
 المشتري العقار المرهون مثقلا بهذا الحق . ذلك أن قيد الرهن في السجل
 العيني له حجية مطلقة كما قدمنا لا يزيلها سوء النية ولا التواطؤ ، ثم إن
 البائع لم يوثق بحكم الفسخ إلا بعد خمس سنوات من صيرورة الحكم نهائيا ،
 فيكون قيد الرهن حجة عليه إلى وقت التأشير بالحكم ، حتى لو كان قد
 شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ذلك .

المبحث الثاني

إجراءات الشهر

المطلب الأول

إجراءات الشهر في قانون الشهر العقارى

١٥٢ - تجميع الموضوع : نوجز القول في إجراءات الشهر في قانون

الشهر العقارى ، فهى إجراءات تغلب فيها الناحية العملية ، ويرجع فيها
 إلى ما جرى عليه العمل في مكاتب الشهر العقارى وهو ما يضيق عنه هذا
 الكتاب .

ونستبعد من بحثنا : (١) تنظيم مكاتب الشهر ، ويمكن الرجوع إلى
 قانون الشهر العقارى (فى الباب الأول منه) للإلمام بهذا التنظيم (١) .

(١) أنشأ قانون الشهر العقارى مكاتب للشهر العقارى فى المديرىات والمحافظات ، يعين
 بمرسوم دائرة اختصاص كل منها ، وتتولى شهر المحررات التى تنقضى القوائين بتسجيلها
 أوبقيدها . ويلحق بكل مكتب مأمورىات ، يعين بقرار من وزير العدل اختصاص كل منها .
 وأنشأ القانون مكتبا رئيسيا مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام ، ويتولى إدارة مكاتب الشهر
 العقارى ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التى شهرت فيها وصور من الفهارس
 الخاصة بها . وتقوم مكاتب الشهر بإثبات المحررات فى دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد
 شهرها ، وبتصوير المحررات التى يطلب شهرها ، وبمحافظة أصول المحررات التى شهر وموافاة
 الجهات المختصة بصور منها ، وباعداد فهارس المحررات التى شهر ، وبالتأشيرات الهامشية
 وإرسال صور منها للمكتب الرئيسى ، وبإعطاء الصور التى تطلب من المحررات التى تم شهرها ،
 وبالترخيص فى الإطلاع والكشف النظرى . ونص القانون على صدور مرسوم بلائحة تنفيذية
 تشمل على تنظيم دفاتر الشهر ودفتر الفهارس ، وعلى التنظيم الداخلى لمكاتب الشهر العقارى

(٢) إجراءات فيد الحقوق العينية التبعية (في الباب الخامس من قانون الشهر العقاري) ، لأن الكلام فيها يكون عند الكلام في التأهيلات العينية في الجزء العاشر من الوسيط . (٣) إجراءات شهر حق الإرث (في الباب السادس من قانون الشهر العقاري) ، فقد سبق بيانها (١) . (٤) وقد مضى القول في المحررات الواجب شهرها (في الباب الثاني من قانون الشهر العقاري) ، وهو ما قدمناه في المبحث الأول . أما الباب السابع والأخير من قانون الشهر العقاري ، فيعرض لأحكام وقتية ، سيأتي بيان بعضها في موضعه .

فلا يبقى من أبواب قانون الشهر العقاري إلا بابان : الباب الثالث في إجراءات الشهر بوجه عام . والباب الرابع في التأشيرات الهامشية . ونقتصر - في إيراد إجراءات الشهر موجزة - على هذين البابين . ويتبين من الرجوع إليهما أن هناك مسائل أربعة تستوجب البحث : (١) طلب الشهر والتأشير عليه بقبول إجراء الشهر . (ب) مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر . (ج) توقيع المحرر وعملية التسجيل . (د) التأشير الهامشي .

والمأموريات وسر النبل فيها . وقد صدر هذا المرسوم فعلا باللائحة التنفيذية في ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ .

أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق فينشئ . في كل محافظة مكتبا للشهر العقاري والتوثيق ، وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقاري والتوثيق . ويلحق بكل مكتب مأموريات للشهر والتوثيق ، يعين بقرار من وزير العدل دائرة اختصاص كل منها . وتتولى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق إدارة مكاتب الشهر العقاري والتوثيق ومراقبتها ، وحفظ صور المحررات التي شرفت أو وثقت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها . واختصاصات مكاتب الشهر العقاري في المشروع ماثلة تقريبا لاختصاصات هذه المكاتب في قانون الشهر العقاري .

وتنشئ المادة ٣ من قانون الشهر العقاري مجلس للشهر العقاري - رئيسه الأمين العام وأعضاؤه ستة يعينون بقرار من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات يكون من بينهم من يمثل جهة القضاء ومصلحة المساحة وبيوت الائتمان العقاري - تعرض عليه مشروعات القوانين واللوائح والقرارات والمنشورات المتعلقة بالشهر العقاري ، وله اقتراح ما يرى إدخاله على نظام الشهر من تعديلات ، وبحث ما يقيم إليه من اقتراحات في هذا الشأن . وقد ألغى المشروع الجديد هذا المجلس ، إذ لم يشر إليه في نصوصه .

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٨ وفقرة ٧٠ .

١٥٣ - طلب الشهر والنأسبر عليه بغيره لاشهر : يقدم طلب الشهر ، من أصل وصورتين ، للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، موقعا عليه من صاحب الشأن (١) أو من يقوم مقامه قانونا كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم (٢) . ويجب أن يشتمل ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، البيانات الآتية : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته (٣) واسم أبيه وجده لأبيه . ويجب أن يتبين صفة مقدم الطلب ، كما في حالة قيام وكيل أو وصى أو قيم باجراء الشهر ، ويرفق بالطلب التوكيل أو قرار المحكمة أو أى مستند آخر يفيد هذه الصفة . (ثانيا) البيانات اللازمة والمنفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه وحدوده ومساحته ، فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والخوض . رقم القطعة ، وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد . وإذا اقتضى التصرف تغييرا في دفاتر المكلفة ، وجب أن يتضمن الطلب بيانا عن رقم المكلفة الخاصة بالعقار وسننها واسم صاحب التكليف حسبما هو ثابت في آخر ورذ للمال أو قسيمة العوايد أو من واقع مستخرج رسمى من دفاتر المكلفات . ويقرن الطلب بما يؤيد بيانات التكليف من مستندات لينسنى للمأمورية مراجعتها واتخاذ اللازم نحو إجراء التغيير في دفاتر المكلفات ، حتى تكون كاشفة عن جميع التطورات التي طرأت على الملكية العقارية . ويجب أيضا أن يتضمن الطلب بيان الحقوق العينية المقررة على العقار ، وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف .

(١) وليس من الضروري أن يوقع الطلب جميع أصحاب الشأن في المهر ، بل يكتفى بتوقيع أحد أطراف التعاقد ، المتصرف أو المتصرف إليه إذا كان الطلب يتعلق بمقد أو إسهاد . وفى غير ذلك من المهرات ، كصحف الدعاوى والأحكام ، يكتفى أن يوقع الطلب من كان المهر لصالحه .

(٢) أنظر العبارة الأخيرة من المادة ١٩ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق .

(٣) ويصح الاكتفاء بذكر محل الإقامة المختار ، فيصبح كل إخطار يوجه إلى صاحب الشأن فيه صحيحا وملزما قبل مصلحة اشهر العقارى .

(ثالثاً) بيان موضوع المحرر المراد شهره ، وبيان المقابل (من ثمن أو بدل) أو مقدار الدين (في حالة الرهن) إن وجد . (رابعاً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك في العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد (١) . ويجب أن تشمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق ، وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني إليه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شمر . ويقرن الطلب بالأوراق والمستندات المؤيدة لهذه البيانات (٢) . ولا يقبل من المحررات ، فيما يتعلق بآثبات أصل الملكية أو الحق العيني ، إلا المحررات الآتية : (١) المحررات التي سبق شهرها ، ففي حالة تلتى البائع أو الراهن الملكية بعقد أو حكم سبق شهره بكتفى بتقدمه . (٢) التصرفات التي تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تم قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ تاريخ العمل بقانون الشهر العقاري ، والمقصود بذلك الوصية لأنها لم تكن خاضعة للشهر قبل هذا التاريخ . ويشترط أن تكون الوصية قد تمت ، ومات الموصى ، وقبلها الموصى له ، قبل أول

(١) وقد اعتبر الحكم بصحة التعاقد مجرد إثبات لحصول التعاقد ، فلا يمس طالب الشهر من تقديم جميع المستندات التي يقدمها صاحب الشأن في العقود والإشهادات غير المتنازع عليها لم تقتض استصدار حكم بصحة التعاقد . ولو سيج بشرح حكم صحة التعاقد دون مراجعة ، لأمكن من يشاء التحلل من تقديم المستندات المثبتة لأصل حق الملكية أن يتوطأ مع التعاقد الآخر على إقامة دعوى بصحة التعاقد ، ثم شهر الحكم الذي يصدر دون تقديم المستندات .

هذا وقد زادت المادة ٢١ (سادساً) من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، على العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد ، ما يأتي : « أحكام القصة ، وأحكام تثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الالتزام أو على التسليم للمدعى بطلباته ، وكذلك توثيق الصلح بين الخصوم أو إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ، وأوامر الاختصاص » . وذلك حتى لا تشهر أحكام يحتمل أن يكون الخصوم قد تواطؤوا على استصدارها ، وحتى يقضى على كل محاولة في الاستيلاء على أملاك الغير عن طريق هذا التواطؤ .

(٢) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (م ١٩) على أن تقدم طلبات الشهر « على النموذج الممد لذلك في مقابل رسم قدره خمسون مليداً لكل وحدة » . وأريد بوضع نموذج لطلب الشهر التيسير لجمهور المتعاملين في أن يعرفوا ما يجب أن يتضمنه الطلب من البيانات وما يجب تقديمه من المستندات ، فيمكن الطالب أن يعتمد على نفسه في إعداد الطلب . وقد أعد أيضاً مشروع قانون بتنظيم مهنة الوساطة في أعمال الشهر ، بحيث لا يتولاه إلا من يجيدها ويكون معروفًا بحسن الخلق فلا يستغل الجمهور .

يناير سنة ١٩٤٧ ، فلا عبرة إذن بتاريخ تحرير الوصية ، ولا بتاريخ وفاة الموصى ، بل العبارة بانتقال الملكية إلى الموصى له قبل هذا التاريخ . (٣) المهررات التي ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، لأن الملكية كانت تنتقل قبل هذا التاريخ فيما بين المتعاقدين بغير تسجيل ، فالعقد الذي ثبت تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ يعتبر في حكم العقد المسجل من حيث انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين . ويشترط أن يكون ثبوت التاريخ عن غير طريق وجود ختم أو توقيع لإنسان توفي ، فقد شرهد من استقراء الحوادث أن كثيرا من المتعاملين يلجأون إلى إثبات تاريخ عقود غير ثابتة التاريخ عن طريق ختمها بختم إنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ وترك ختمه بعد وفاته ، أو عن طريق تزوير توقيعهم على هذه العقود (١) . (٤) المهررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على سنة ١٩٢٤ ، إذا كان قد أخذها في مهررات تم شهرها أو نقل التكليف بموجبها لمن صدرت لصالحه . فإدام العقد غير ثابت التاريخ قد اعتبر مستندا لأصل الملكية في مهرر تم شهره أو نقل التكليف بموجبه ، فقد وجب أن يعتبر مستندا لأصل هذه الملكية في ظل قانون الشهر العقاري . وقد أضافت المادة ٥٥ من هذا القانون (في أحكامه الوقتية) ، إلى المستندات التي تعتبر أصلا للملكية ، المهررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، إذا كان المهرر الذي يراد شهره قد تم توقيع أو التصديق على الإمضاءات فيه أو صدر بشأنه حكم بصحة التعاقد أو التوقيع قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . ذلك لأن المهرر المراد شهره يكون في هذه الحالة قد تمت مراجعته نهائيا طبقا لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، وأشر عليه من قلم استعمال المساحة بختم « نظر » ومدد عنه الرسم ،

(١) وقد صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأن يستبعد من طرق إثبات التاريخ وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ في المهررات المقدمة مستندا لأصل ملكية المتصرف ، وقد سار قانون الشهر العقاري على هذا المبدأ .

وتم توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه ، فلا يسرى عليه قانون الشهر العقارى (١) .

ويدون الطلب « بدفتر أسبقية الطلبات » (٢) ، مع ذكر تاريخ وصاعه تقديمه للمأمورية . فاذا قدم للمأمورية طلبان متعارضان أو أكثر في شأن عقار واحد ، كما لو باع شخص عقارا مرتين وتقدم المشتريان بطلبين للشهر يسبق إحداهما الآخر بوقت معين ، وجب بحث الطلب الأسبق مع وقف الطلب أو الطلبات اللاحقة إلى أن يتم التصرف في الطلب الأول . فاذا كان الطلب الأول تام الإجراءات ، بحث وسلم إلى صاحبه . ثم يبحث الطلب الثانى المزاحم ، ولا يسلم إلى صاحبه إلا بعد انقضاء فترة على تسليم الطلب الأول تساوى الفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما في دفتر

(١) أنظر فى التعليمات التى أصدرتها مصلحة الشهر العقارى فيما إذا كان أصل الملكية هو التملك بالتقادم الطويل : محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٨٠ - ص ٨٢ - وقد قن المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ما جرى عليه العمل فى هذا الصدد فيما استحدثه من نصوص فى آخر المادة ٢٢ منه على الوجه الآتى : « وإذا ثبت أن أصل الملكية أو الحق العيني لا يستند أساسا إلى محرر ما يعتبر مقبولا لذلك ، أو ثبت وجود هذا المحرر وتعذر تقديمه ، فيكفى بتقديم كشوف رسمية من دفاتر التكليف تثبت ورود العقار فى تكليف المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب بالنسبة للأرض الزراعية وابتداء من سنة ١٩٢٣ بالنسبة للمقارات المبنية الكائنة فى المدن المربوطة بموايد المياه ، بشرط أن يكون التكليف الحالى باسم الصادر منه التصرف أو مورثه تميز فى الحالتين بمحضر فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب . على أنه يكتفى ، بالنسبة للمقارات الكائنة فى سكنات القرية المعفاة من الضرائب فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه ابتداء من سنة ١٩٢٣ حتى تاريخ تقديم الطلب . واستثناء من أحكام الفقرة الأولى ، إذا تبين أن المحرر المقدم لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني يتعارض مع مستند المالك الحقيقى ، فلا يقبل هذا المحرر فى إثبات الفرض المشار إليه . »

(٢) ويبين فى هذا الدفتر مراحل العمل بالطلبات والمشروعات (أنظر م ٢٠ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق وهى تنشى مع المادة ٢/٤٧ من قانون السجل العيني) . وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الشهر العقارى (المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) على أن « يؤدى رسم قدره خمسون قرشا عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب . وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد ، وأدى عنه الرسم المطلوب . »

أسبقية الطلبات ، بحيث لا يتجاوز الفترة سبعة أيام . أما إذا كان الطلب الأول ينقصه بعض البيانات أو المستندات ، فإنه يحدد لصاحب الشأن أجل لاستيفاء النقص لا يتجاوز خمسة عشر يوماً . فإذا استوفى النقص في الميعاد ، فحص الطلب وسلم لصاحبه ، ويجب انقضاء الفترة اللازمة قبل تسليم الطلبات اللاحقة لأصحابها . أما إذا لم يتم صاحب الشأن باستيفاء النقص في الميعاد المحدد ، رفع رئيس المأمورية الأوراق إلى أمين مكتب الشهر الذي تتبعه المأمورية فيقرر أمين المكتب إما سقوط أسبقية الطلب الأول ويجب أن يكون هذا القرار مسيياً ، أو وقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا كان تخلف صاحب الطلب الأول عن استيفاء النقص لا يرجع إلى تقصير منه (١) .

(١) ويستطيع من فرار أمين المكتب سقوط أسبقية طلبه ، أو من طوبى باستيفاء بيان لا يرى وجهه له ، أن يلجأ إلى نظام الشهر المؤقت ، إذ نصت المادة ٣٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجهه له ، ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك ، أن يتقدم بالحرر نفسه ... وذلك في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ، ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا الحرر . . . رقماً وقتياً بعد أداء الرسم ، وتوثيق الحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من المحررات التعريفية ، وبعد إيداع كفالة قدرها نصف في المائة من قيمة الالتزام الذي يتضمنه الحرر ، على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن تبين في الطلب الأسباب التي يستند إليها الطالب . وفي هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء الحرر . . . رقماً وقتياً في دفتر الشهر المشار إليه في المادة ٣١ ودفاتر الفهارس ، وأن يرفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الابتدائية التي يقع المكتب في دائرتها . ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة بابقاء الرقم الوقفي بصفة دائمة أو بإلغائه تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لشهر الحرر . . . ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق » . ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه « إذا صدر قرار القاضي بابقاء الرقم الوقفي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، واتخاذ باقي الإجراءات وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتصديق . وإذا صدر القرار بإلغاء الرقم الوقفي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وتصادر الكفالة المتقدمة ذكرها بقوة القانون ، ويرد المرد . . . لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه » .

هذا وقد النى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق نظام الشهر المؤقت ، ونص في المادة ٢٨ منه على إنشاء دفتر يومية تفيد فيه طلبات الشهر ، فيتمكن مكتب الشهر من مراجعة المحررات التي تقدم إليه ، على أن تكون في دفتر الشهر بعد مراجعتها في اليوم التالي . لمواجهة حالات التعارض بين المحررات المقدمة لمكاتب الشهر إذا ما قدم أكثر من محرر في شأن عقار واحد ، والتي أغفلها قانون الشهر العقاري ، نص على عدم جواز شهر محرر لاحق =

وبهذا تنقرر الأسبقية فيما بين الطلبات المتعارضة ، فيقدم الطلب السابق على الطلب اللاحق ، ما لم يتقرر نهائياً سقوط أسبقية الطلب السابق (١) .

وبحث الطلب يكون من الناحية المئاحية ، ومن الناحية القانونية . فن الناحية الهندسية ألحق بالمأموريات أفلام امتعلامات هندسية ، وهذه تراجع الطلب من الناحية المساحية للتثبت من موقع العقار وحدوده ومسطحه ، وقد ينتقل القلم الهندسى لمعاينة العقار على الطبيعة وتحديدده بوضع علامات حديدية عليه . فاذا ما أتم الطلب الهندسى بحث الطلب من الناحية المساحية ، بحث الطلب بعد ذلك من الناحية القانونية . فتتولى المأمورية بحث البيانات الواردة فيه للتأكد من مطابقتها للأوضاع المقررة قانوناً ، ثم تبحث المستندات المرافقة للطلب لتثبت بوجه خاص من أصل الملكية بفحص المستندات المقدمة من البائع مثلاً إثباتاً للملكية . فاذا ما تم بحث الطلب من الناحيتين الهندسية والقانونية ، أشرت المأمورية بالقبول للشهر بختم نقش عليه عبارة « مقبول للشهر » (٢) .

سقبل محرر سابق يتعارض معه إلا إذا صدر قرار نهائى من أمين المكتب باسقاط أسبقية المحرر السابق . وتوسع المشروع فى الحالات التى يجوز فيها التظلم من قرارات المأمورية ومن قرارات المكتب ، وفرض رقابة قضائية قبل العظم لقاضى الأمور المستجلة حتى يستطيع عمل المصلحة قبل الحكم لإيداء وجهة النظر الفنية التى قد لا تظهر بوضوح إذا ترك الأمر للمذكرات التى تقدم لقاضى الأمور الوقتية (أنظر فى كل ذلك المواد ٢٣ - ٢٩ من المشروع) .

(١) وفى حالة عدول أصحاب الشأن من التسجيل لا يرد ما سبق دفعه من رسوم التسجيل حتى لو سلمت الجهة الإدارية خطأ بأحقية دافع الرسم فى استردادده (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٩ ص ١٨٧) - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٢٥٤ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٠٩٨ .

(٢) والأصل أن تؤشر المأمورية على أصل الطلب بعبارة « مقبول للشهر » . ولكن كثيراً ما يحدث أن تكون الحدود والمساحات الخاصة بالمعار لاتطابق الواقع ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بباقي البيانات الواردة فى الطلب . فتجرى المأمورية التصحيحات اللازمة ، وتكون هذه التصحيحات فى نموذج خاص اسمه « إخطار بالقبول للشهر » . وتسترشد المأمورية فى تحرير هذا الإخطار بما أدرجه مقدم الطلب من بيانات ، وما أسفر عنه بحثها لهذا الطلب من المستندات المقدمة ومن الدفاتر والخرائط والمراجع الموجودة بها . ويختم هذا الإخطار بختم « مقبول للشهر » وإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم الإخطار فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تحريره ، أرسل إليه مع المستندات المقدمة منه فى العنوان الذى بينه فى الطلب .

١٥٤ - مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصحة مضمونه للشهر :

يعتبر « القبول للشهر » ترخيصاً لصاحب الشأن في إعداد المحرر المراد شهره ، بعد أن تكون الأمورية قد ضبطت البيانات الخاصة بالعقار وأصل ملكيته ، وتأكدت من مطابقة المحرر من ناحية الشكل لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون لإجراء الشهر . وقد انتهت بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وهي الخطوة الأولى من المرحلة التمهيدية للشهر ، وتأتي بعد ذلك الخطوة الثانية لهذه المرحلة التمهيدية وهي تحضير مشروع المحرر .

فاذا كان المحرر المراد شهره عرفياً ، وجب أن يحرق على الورق الأزرق الخاص المعد لذلك ، ويكون التحرير بالمداد الأسود ، وهذا هو الأصل الذي يحفظ وتؤخذ منه صور فوتوغرافية . وإذا كان المحرر رسمياً ، كان التحرير على ورق أبيض عادي مسطر ، وبعد توثيقه تحفظ منه الصورة الأولى وهي محررة على الورق الأزرق ، وتؤخذ من هذه الصورة الصور الفوتوغرافية . وفي الحالتين يجب أن يشتمل المحرر على جميع البيانات الواردة في « إخطار القبول للشهر » ، فيجب إذن أن يكون مشروع المحرر صورة كاملة لما هو وارد في إخطار القبول من بيانات ، وإلا وجب تقديم طلب جديد يرسم جديد وأسبقية جديدة .

فاذا أعد مشروع المحرر على النحو سالف الذكر ، قدمه صاحب الشأن إلى الأمورية مقروناً به إخطار القبول أو صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر وجميع المستندات التي سبق تقديمها مع الطلب . فتقوم الأمورية بتدوينه ، بحسب تاريخ وساعة تقديمه ، « بدفتر أسبقية مشروعات المحررات » . فاذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر خاص بنفس العقار ، وجب بحث هذه المشروعات بحسب ترتيب تقديمها ، وإعادة المشروعات إلى أصحابها بنفس الترتيب بعد انتضاء فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تقديم كل منها بحيث لا تتجاوز الفترة خمسة أيام (١) .

(١) ولم يقصد بنظام الأسبقية ، في الطلبات وفي مشروعات المحررات ، حماية صاحب الطلب أو المشروع الأول حماية مطلقة . ولكن أريد منه فترة مناسبة ليبادر إلى استكمال الخطرات اللازمة للشهر في أثنائها ، حتى يحفظ بأسبقية . أما إذا سلم صاحب الطلب الأول إخطار القبول فأهل في تقديم مشروع المحرر ، وبإدراك صاحب الطلب الثاني إلى تقديم مشروع

وبحث مشروع المحرر يكون بالتثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فاذا وجدت مطابقة أشرت المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر ، وذلك بوضع خاتم عليه في صدره وفي آخره من التاحيتين يسمى خاتم « صالح للشهر » (١) .

١٥٥ - توقيع المحرر وعملية التسجيل : تنتهى بالتأشير على مشروع

المحرر بالصلاحيه للشهر المرحلة التمهيدية لإجراءات الشهر ، فاذا ما تسلم صاحب الشأن مشروع المحرر مؤشرا عليه بالصلاحيه للشهر قدمه إلى مكتب التوثيق المختص أو إلى أحد فروع لتوقيعه من ذوى الشأن . فاذا كان المحرر رسميا تولى مكتب التوثيق عملية توقيعه ، وإذا كان عرفيا تولى مكتب التوثيق التصديق على توقيعات ذوى الشأن . ولا تتم عملية التوقيع أو التصديق إلا بعد دفع رسم التوثيق أو التصديق ورسوم التسجيل كاملة .

ثم يقدم صاحب الشأن المحرر بعد توقيعه لمكتب الشهر الكائن في دائرته العقار ، وهو المكتب الذى تتبعه المأمورية التى تولت إتمام المرحلة التمهيدية للشهر ، ويرفق بالمحرر جميع المستندات المؤيدة للصفة والتكليف وأصل الملكية . ويعطى مكتب الشهر لمن قدم المحرر إيصالا مبينا به رقم الشهر

محرره قبل صاحب الطلب الأول ، فان الثانى يكسب على الأول أسبقية في دفتر مشروعات المحررات وينعكس الترتيب .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق أسبقية المشروعات اكثافه بأسبقية الطلبات ، تبسيطا للإجراءات وتيسيراً على أصحاب الشأن ، فعدل المشروع المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى على الوجه الآتى : « إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تقديمها في الدفتر المدد لذلك ، وأن تنقضى بين أبحاث الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول أو مشروعه مؤشراً عليه بالصلاحيه ، وإعادة الطلب اللاحق أو مشروعه مؤشراً عليه بذلك ، فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد كل من الطلبين ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وتحسب الفترة المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشراً عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال .

(١) وإذا كانت البيانات غير مطابقة ، لم يقبل مشروع المحرر ، ووجب تقديم مشروع جديد . وفي حالة ما إذا وجدت أخطاء مطابقة ، وأشر على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر ، ولم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه بالصلاحيه للشهر ، تولت المأمورية إرسال المشروع إليه في محل إقامته المبين بالطلب .

وتاريخه . ويبين في الإيصال المستندات التي قدمها صاحب الشأن مع المحرر . ورقم الشهر الذي يحمله الإيصال هو رقم مسلسل لكل محرر يقدم بحسب ترتيب تقديم المحررات (١) ، بحيث لا يتم شهر محرر إلا في دور رقمه المسلسل (٢) .

وتتم عملية التسجيل بتدوين المحرر في دفتر يعد لذلك بكل مكتب ، ويسمى « بدفتر الشهر » (٣) ، وتثبت فيه المحررات بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها للشهر ، وبحسب أسبقيتها في التقديم للمكتب . ويحفظ أصل المحرر المدون على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات العرفية ، أو الصورة الأولى المحررة على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات الرسمية ، وذلك في أماكن خاصة معدة لهذا الغرض . أما الذي يدون في دفتر الشهر فرقم الشهر وتاريخ وساعة إجرائه واسم الصادر لمصلحته

(١) ونظام الأسبقية في الطلبات وفي سرعات المحررات هو نفس نظام الأسبقية الذي يتبع في الشهره النهائي . فاذا تباطأ صاحب المشروع الأول الصالح للشهر ، فن الجائز أن يسبقه إلى التسجيل النهائي صاحب المشروع الثاني الصالح للشهر . ولما كانت العبرة بالتسجيل النهائي ، فان هذا الأخير يكسب الملكية أو الحق العيني نهائيا ، مع أنه كان في جميع المراحل السابقة تاليا في الأسبقية لصاحب المشروع الأول .

(٢) ويسلم المحرر المعدل للشهر إلى قسم المراجعة بمكتب الشهر ، فيتولى القسم إعادة بحثه للتثبت من أن تأثير المأمورية على مشروع المحرر بالصلاحية للشهر لم يجانب الصواب في أي بيان أو إجراء يتطلبه القانون ، كما يتولى مراجعة المحرر من ناحية الرسوم للتثبت من سلامة تقديرها . ويتولى قسم المراجعة حمل ملخص (chemise) للمحرر ، ويوقع مقدم المحرر على تمهد في صدر هذا الملخص بقبوله رد المحرر إليه في عنوانه المبين في المحرر أو في أي عنوان آخر يبينه في حالة ما إذا لم يتقدم لتسلمه في ظرف عشرة أيام من تاريخ تقديمه ، إذا اتضح أن به نقصا في الإجراءات أو الرسوم يمنع من إجراء عملية الشهر .

(٣) ويقفل العمل في دفتر الشهر في ذيل آخر محرر قدم للشهر في ذلك اليوم ، مع ذكر الساعة ورقم المحرر الذي حصل التأشير في ذيله ، ويوقع أمين المكتب أو الأمين المساعد على هذه البيانات ، كل هذا حتى لا يشهر محرر بتاريخ يوم سابق على تاريخ تقديمه للشهر . ويكون دفتر الشهر مرقم الصفحات ، وموقعا على كل ورقة فيه من الأمين العام للشهر العقاري أو من يندب لذلك بقرار من وزير العدل . ويفرد دفتر الشهر في كل مكتب لكل سنة ، فاذا انتهى العمل في ٣١ ديسمبر من أي سنة حرر محضر في ذيل آخر محرر شهر في هذا التاريخ . وينتهي العمل في هذا الدفتر نهائيا ، على أن يصير إثبات المحررات ، اعتباراً من أول يناير التالي ، في دفتر جديد .

المحرر ، واسم الصادر ضده هذا المحرر ، وبيان العقار ، ونوع التعامل . ويتولى مكتب الشهر التأشير على المحرر بما يفيد تدوينه في دفتر الشهر بمحضر يبين فيه رقمه المتتابع في هذا الدفتر ، مع ذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة وبيان الساعة التي تم فيها التدوين ، ويوقع هذا المحضر أمين المكتب أو الأمين المساعد(١) .

فاذا ما تمت عملية التسجيل على هذا النحو ، قامت أقلام التصوير الشمسي التابعة لمكتب الشهر باعداد صورتين فوتوغرافيتين من كل محرر تم شهره . وتؤخذ هاتان الصورتان من أصل المحرر العرفي المدون على الورق الأزرق ، أو من الصورة الأولى المدونة على الورق الأزرق من أصل المحرر الرسمي ، مع حفظ كل من أصل المحرر العرفي والصورة الأولى من أصل المحرر الرسمي بالأماكن الخاصة المعدة لذلك(٢) كما سبق القول . وتسلم إحدى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ تنقض المواد ٢٥ و ٢٨ و ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المهررات والمهررات ثبتت في دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقاري حسب تواريخ وساعات تقديمها ، فإن في ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق في التسجيل يتعين حتماً - إن تما في يوم واحد - بأسببية رقم التسجيل في دفتر الشهر . وقد صرح المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة ، نظراً لما يترتب على أسببية التسجيل من أثر في المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد . ذلك أن مژدى نصوص المراد ١٥ و ١٧ و ١٥٩ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي باثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت . وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافها حقوقه من تاريخ حصوله ، حتى إذا ما حكم له بطلانها فإن الحق الذي قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل المريضة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات شهرت بعد هذا التاريخ (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) . وانظر نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ص ٢٩٥ .

(٢) وإذا كان المحرر المقدم للشهر يشتمل على عقارات تقع في دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد ، قدم المحرر للشهر بأحد هذه المكاتب . فاذا ما تم التسجيل سجت لصور فوتوغرافية وقدمت إلى المكاتب الأخرى لإجراء التسجيل في كل مكتب على حده ولا ينتج التسجيل أثره إلا في خصوص العقار الذي يقع في دائرة اختصاص المكتب الذي تم فيه التسجيل .

الصورتين الفوتوغرافيتين لصاحب الشأن بعد التأشير عليها من أمين المكتب بمطابقتها للأصل وذكر اسم من سلمت الصورة إليه ، وترسل الصورة الفوتوغرافية الأخرى إلى إدارة المحفوظات التابعة للمكتب الرئيسي للشهر العقارى وذلك لحفظها فيها (١) .

١٥٦ - التأشير الهامشى : يثبت مكتب الشهر التأشير الهامشى فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا المحرر . ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه (٢) . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب واسم أبيه وجده لأبيه ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وبيان نوع المحرر المراد التأشير فى هامشه مع ذكر تاريخ ورقم شهره ، والسند الذى يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها كمكتب التوثيق إذا كان محررا رسميا وكالمحكمة التى أصدرته إذا كان حكما ، وأسماء ذوى الشأن فى السند الذى يبيح التأشير . ويجب أن يقرن الطلب بالسند الذى يبيح التأشير ، وبسائر الأوراق المؤيدة له .

وتدرج طلبات الشهر الهامشى « بدفتر أسبقية طلبات التأشير الهامشى » بأرقام متتابعة بحسب تاريخ وساعة تقديمها للمكتب ، كما يبين فى هذا الدفتر ماتم فى شأن كل طلب منها . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء ، فيمر الطلب بمراحل الشهر من حيث القبول والصلاحية للشهر ، ثم يعاد إلى مكتب الشهر لشهره .

فاذا أصبح الطلب مستوفيا لجميع البيانات التى يتطلبها القانون ، وكانت

(١) فإن كان موضوع المحرر يتطلب تعديلا فى دفتر المكلف ، تولى مكتب الشهر استخراج صورة فوتوغرافية ثالثة من المحرر وترسل إلى المحافظة ، مينا عليها خاتم ناقل للتكليف ، وذلك لتقوم المحافظة بإجراء التعديلات المترتبة على تسجيل المحرر فى دفتر المكلف ، ويكون استخراج هذه الصورة الفوتوغرافية الثالثة على نفقة صاحب الشأن .

(٢) ويسدد على طلب التأشير الهامشى الرسم المقرر للطلبات ، وقدره ٥٠٠ مليم .

المستندات المرافقة له تتيح لصاحبه حق شهره بطريق التأشير الهامشى (١) ،
أثبت المكتب هذا التأشير فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا
المحرر ، مع بيان تاريخ التأشير والساعة التى تم فيها . ويوقع على هذا التأشير
أمين المكتب أو الأمين المساعد .

فإذا ما تم إجراء الشهر بطريق التأشير الهامشى ، أعطى المكتب صاحب
الشأن شهادة تفيد حصول هذا التأشير . ويبين فى الشهادة نوع المحرر الذى
أجرى التأشير فى هامشه وتاريخ وساعة شهره ، وكذلك تاريخ وساعة إجراء
عملية التأشير الهامشى نفسها . وتحل هذه الشهادة محل الصورة الفوتوغرافية

(١) وإذا تبين أمين المكتب أن التأشير الهامشى لم يستوف البيانات أو المستندات اللازمة
أبلغ الطالب أوجه النقص ، ويحدد له أجلا لتلافيها على ألا يجاوز هذا الأجل شهراً ، ويمكن منحه
أجلا آخر إذا اتضح أنه جاد فى طلبه وأن الاستيفاء يتطلب وقتاً أطول . فإذا لم يستوف الطالب
البيانات أو المستندات اللازمة فى الأجل المحدد ، أشر المكتب على الطالب بالحفظ مع بيان
الأسباب . وللطالب أن يطلب كتابة إلى أمين المكتب فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه
لقرار الحفظ المسبب رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب
الشهر فى دائرتها ، وعلى أمين المكتب عرض الأوراق فوراً على القاضى فيما أن يؤيد هذا قرار
الحفظ أو يصدر قراراً بإجراء التأشير الهامشى المطلوب ، وقرار قاضى الأمور الوقتية نهائى
لا يجوز الطعن فيه .

وإذا تقدم طلبان متعارضان للتأشير الهامشى ، بحث الطلب الأول ، فإذا تم التأشير الهامشى
به امتنع تنفيذ الطلب الثانى . وإذا كان الطلب الأول غير مستوفى ومنح صاحبه أجلا ،
امتنع على المكتب إجراء التأشير بالطلب اللاحق إلا بعد حفظ الطلب الأول وانقضاء عشرة أيام
وهى ميعاد التظلم أو الفصل فى التظلم من قاضى الأمور الوقتية .

وقد عدل المشروع الجديد لقانون الشهر المقارى والتوثيق هذه الأحكام ، فنص فى المادة
٤٢ منه على ما يأتى : « لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، فى خلال عشرة أيام
من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمحكمة التى يقع
مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضى حكمه فى خلال أسبوع على الأكثر ، بعد الإطلاع
على الأوراق وسماع أقوال ممثل مصلحة الشهر المقارى ، بإجراء التأشير الهامشى أو برفعه ،
تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ولا يجوز الطعن
فى الأحكام التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق من طرق الطعن » .

التي تعطى لصاحب الشأن في حالة التسجيل (١).

(١) الشهر بطريق الإيداع : ويوجد نظام الشهر بطريق الإيداع للمحركات الثابتة التاريخ على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهي المحركات التي لا تخضع للإجراءات العادية الواردة في قانون الشهر العقاري . فقد نصت المادة ٥٤ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية على أنه « لا يسرى هذا القانون على المحركات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تنقل هذه المحركات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها » . ونصت المادة ٥٧ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية أيضاً على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشهر بطريق الإيداع ، على الوجه المبين باللائحة التنفيذية ، المحركات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى » . ونصت المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على أنه « في الأحوال التي يميز فيها القانون الشهر بطريق الإيداع ، تنسخ صورة مصدق عليها من المحرر على الورق الخاص المشار إليه في المادة ١٩ ، وتبقي باقي الإجراءات المنصوص عليها في المواد التالية ، ويحفظ الأصل في مكتب الشهر » .

فن يرغب في شهر محرر ثابت التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ عن طريق توقيع أو ختم لإنسان توفى ، عليه أن يقوم بنسخ صورة من هذا المحرر موقعة عليها منه ، وذلك على الورق الأزرق الخاص بالمداد الأسود ، ويجب أن يكون توقيع صاحب الشأن على هذه الصورة مصدقاً عليه . ويقدم أصل المحرر الثابت التاريخ ومنه الصورة المحررة على الورق الأزرق الخاص إلى مكتب الشهر المختص لإيداع المحرر ، ويتولى أحد الموثقين تحرير محضر يثبت فيه هذا الإيداع بحضور شاهدين . ويذكر في محضر الإيداع اسم الموثق واسم طالب الإيداع واسم أبيه وجده لأبيه وجنسيته ومحل إقامته ، ووصف شامل للمحرر المدعى بيمين به نوع المحرر وأسماء وأصحاب الشأن فيه والعقار موضوع العقد والتمن أو المقابل وشكل الورق ونوع الحبر وما قد يكون في المحرر من تصحيح أو كشط أو تحشير والطريق الذي تم به إثبات تاريخ المحرر قبل سنة ١٩٢٤ . والسلطة التي تم بها إثبات التاريخ . ثم يذيل هذا المحضر بتوقيعات الموثق وطالب الإيداع والشاهدين . وتنسخ من محضر الإيداع صورة طبق الأصل على الورق الأزرق الخاص ، ويقيد هذا المحضر في دفتر الإيداع بحسب تاريخ وساعة تقديمه للمكتب . وتعطى لصاحب الشأن صورة فوتوغرافية من محضر الإيداع ومن أصل المحرر ، وتحفظ باقي الأوراق بالمكتب المختص . وإذا مات شهر محرر بطريق الإيداع ، لم ينصرف أثر ذلك إلى تاريخ إدراجه بدفتر الإيداع ، ولكن إلى التاريخ الثابت فيه . ويعتبر ناقلاً للملكية منذ هذا التاريخ الثابت ، وتحترم جميع التصرفات التي سبق أن استندت إليه في إبرامها .

هذا وقد الفى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق الشهر بطريق الإيداع على الوجه المتقدم ، إذا نصت المادة ٧ من مشروع قانون إصدار هذا المشروع على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من القانون المرافق ، يجوز أن تشهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية المحركات التي تجب القوانين الخاصة شهرها بهذا الطريق » . فأغفل النص ذكر المحركات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ من بين المحركات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ووكّل إلى القوانين الخاصة بيان المحركات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ومن هذه القوانين قانون نزع الملكية وانتانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فيما يختص بطرح الشهر . =

المطلب الثماني

إجراءات الشهر في قانون السجل العيني

١٥٧ - تنظيم السجل العيني : تعرف المادة الأولى من قانون السجل

العيني هذا السجل بأنه « هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار ، وتبين حالته القانونية ، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به » . وتتولى مصلحة الشهر العقارى أعمال السجل العيني ، بما لها من مكاتب ، وبما يلحق بكل مكتب للسجل العيني من مأموريات ، بحيث يختص كل مكتب من مكاتب السجل العيني دون غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه .

وتقسم البلاد من مدن وقرى إلى أقسام مساحية ، يصدر قرار من وزير العدل بتعيينها . ويخصص سجل عيني لكل قسم مساحي ، ويتكون القسم المساحي من وحدات عقارية . وتعتبر وحدة عقارية : (١) كل قطعة من الأرض تقع في قسم مساحي واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع ، دون أن يفصل جزءا منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك

= الكشف النظرى والشهادة العقارية : وهناك طريقان للبحث في دفاتر الشهر :

(١) الكشف النظرى (vision) : ويكون باطلاع صاحب الشأن ، تحت مسئولية ومراقبة الموظف المختص ، على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس وعلى أى محرر تم شهره ، وذلك ابتداء من المدة التي يحددها . (٢) الشهادة العقارية (Certificat hypothécaire) : وهي كشف رسمى ، يستخرج من واقع دفاتر مكتب الشهر المختص ، عما يكون قد شهر من محررات أو قيود أو أحكام أو تأثيرات هاشية عن عقار معين ، بالنسبة إلى شخص معين ، ولمدة معينة . ويبين في طلب هذه الشهادة العقارية اسم صاحب العقار واسم أبيه وجده لأبيه ، واسم الناحية والمركز أو القسم والمحافظة الكائن بها العقار المطلوب الاستعلام عنه ، مع ذكر المنزل واسم الشارع إن كان بناء أو أرض بناء ، والمحوض إن كان أرضا زراعية ، والمدة المطلوب إجراء البحث عنها . فإذا لم تظهر تسجيلات أو قيود ، سلم مكتب الشهر المختص الطالب شهادة ملية بذلك . أما إذا ظهرت تسجيلات أو قيود ، فيبين ملخصها في الشهادة العقارية ، بذكر اسم الصادر لمصلحته والصادر ضده المحرر ، وبيان العقار والمثلن أو المقابل ، والتأثيرات الهاشية إن وجدت . وتكون الشهادة العقارية في هذه الحالة شهادة إيجابية تسلم للطالب ، تحت مسئولية الحكومة بحيث إذا وقع خطأ في الشهادة كان للطالب الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الخطأ .

عام أو خاص . ودون أن يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها . (٢) المناجم والمهاجر . (٣) المنافع العامة . ويجوز بقرار من وزير العدل أن تعتبر منطقة من مناطق السكنى أو غيرها وحدة عقارية في حملتها . وتقرر لها صحيفة عامة . وبعد لشهر التصرفات الخاصة بهذه المساكن فهرس يرتب بأسماء الأشخاص ويلحق بالصحيفة العقارية .

ويفرد في السجل العيني للقسم المساحي صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، ترقم وفقا للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل . وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إمساك السجل العيني ، وكذلك الوثائق المتعلقة به (١) .

(١) ويثبت في صحيفة كل وحدة عقارية حدودها الطبيعية وأسماء الملاك المجاورين ، وتتولى مصلحة الشهر العقاري وضع العلامات على حدود كل وحدة عقارية . ويجب على واضع اليد على الوحدة العقارية ، أيا كان سبب وضع يده ، أن يمكن الموظفين المنوط بهم عملية المساحة من القيام بعملية التحديد ، وعلى رجال الضبطية القضائية أو رجال الإدارة تمكين هؤلاء الموظفين من وضع العلامات اللازمة لتحديد الوحدات المتقاربة . أنظر المواد ١٥-١٧ من قانون السجل العيني .

وتنص المادة ٦٢ من قانون السجل العيني على أن « علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة . فإذا فقدت أية علامة أو أتلقت أو غير مكاتب بمعرفة أحد من غير الموظفين المختصين ، فإن مصروفات إعادة وضعها تقع على عاتق من ثبتت مسئوليته ، إلا حصلت تلك المصروفات من واضع اليد والملاك الذين وضعت العلامة لتحديد وحداتهم وذلك بالتضامن فيما بينهم بالطرق الإدارية » .

وجاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « هذا والوحدة العقارية (unité foncière) أساسها الوحدة القانونية التي تستند إلى حق المالك نفسه وسنده الذي نشأ عنه هذا الحق . فليس المناط الوحدة الضريبية (unité fiscale) أو الوحدة الاقتصادية (unité économique) التي أساسها وحدة الاستغلال . وقد روي الأخذ بهذا المعيار نظراً لما يكفله نظام الوحدة القانونية من ثبات للوحدة العقارية يحقق التطابق بين الصحيفة العقارية وبين الخريطة المساحية ويصون الائتمان ولكن كانت المنافع العامة ، كالطرق وموارد المياه ، غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، مما قد يدعو إلى القول بعدم إخضاعها لتقيد في السجل ، إلا أن إدراجها فيه واعتبارها وحدة عقارية ، وهو ما أخذ به المشرع ، من شأنه تيسير التحديد المادي للملكيات الخاصة المجاورة لها ، وإعطاء صورة صادقة عن قيمتها ، فضلاً عن إقلال المنازعات بشأن دخول الملك العام في الأملاك الخاصة » .

ويحق بكل سجل عيني للقسم المساحي فيهرس شخصي هجائي ، يكون فيه لكل مالك صحيفة خاصة يبين فيها الوحدات العقارية التي يملكها في هذا القسم المساحي ، وتدون بيانات هذا الفهرس من واقع البيانات المأبته في السجل العيني .

ولا يجوز أن تنقل من مكاتب السجل العيني أصول المحررات التي تم قيدها ولا السجلات والدفاتر والوثائق المتعلقة بالقيود ، على أنه يجوز للسلطات القضائية أو من تندبه من الخبراء الاطلاع عليها .

والقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري تسرى على التصرفات والحقوق الخاضعة لقانون السجل العيني ، سواء فيما يتعلق بقيدها أو التأشير بها أو حفظها أو بالنسبة إلى طلبات الإجراء فيها .

١٥٨ - إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة : أول خطوة

في إدخال نظام السجل العيني هي إنشاء هذا السجل في كل قسم مساحي . فيجب حصر جميع الوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي ، وتفرد لكل وحدة عقارية الصحيفة الخاصة بها . وتثبت الحقوق في هذه الصحيفة ، وهذا ما يسمى بالقيود الأول . وتنص المادة ١١ من قانون السجل العيني على أنه « لا تثبت الحقوق في صحائف السجل إلا إذا كانت قد نشأت أو تقرررت بسبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية ، وإذا كان هذا السبب تصرفاً أو حكماً وجب أن يكون قد سبق شهره » (١) .

وتستخلص بيانات الصحائف من المصادر الآتية :

(١) دفتر المساحة وسجل الأطيان .

(٢) التصرفات التي سبق شهرها ، وهي مدونة في دفاتر الشهر العقاري

التي سبقت الإشارة إليها . وفي حالة قيام التناقض بين هذه المحررات عن قطعة مساحية واحدة ، تتولى مصلحة الشهر العقاري إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، ويرفق بصحيفة الوحدة العقارية تقرير عن نتيجة هذه الدراسة . وإذا كانت

(١) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وذلك حتى تكون الحقوق

قد انتقلت بمقتضا ، فيمكن إجراء القيد الأول على مقتضاه » .

هناك محررات تناول نقل حق عيني أو إنشائه أو زواله ولم يسبق شهرها ، وكانت ثابتة التاريخ عن غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى ، فان هذه المحررات تخفض رسوم شهرها بمقدار ٥٠٪ إذا قدمت للشهر في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . والغرض من تخفيض الرسوم في هذه الحالة تشجيع الناس على شهر تصرفاتهم ، وحثهم على المبادرة إلى ذلك ، بتحديد ميعاد قصير يتم فيه هذا الشهر . فإذا ما تقدمت طلبات الشهر إلى مكاتب الشهر العقاري ، أرسلت صور من هذه الطلبات بمجرد تقديمها إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية على أساس هذه المحررات .

(٣) استمارات التسوية المشار إليها في المادة ١٩ من قانون السجل العيني . وتنص هذه المادة على أنه « في أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ، وفي أحوال وضع اليد على عقارات مفرزة بمقتضى عقود قسمة لم تشهر ، وفي جميع الأحوال الأخرى التي لا يكون وضع اليد فيها ثابتا في محررات مشهرة ، يجوز لأصحاب الشأن ، باتفاقهم واتفاق من يكون له حقوق عينية تبعية على هذه الأعيان ، أن يهوما في ميعاد الشهر بين المشار إليه في المادة السابقة بإثبات اتفاقهم في استمارات تسوية تهوم مقام المحررات المشهرة وتسلم هذه الاستمارات إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف الوحدات العقارية وفقا لها . وتخفيض رسوم الشهر . المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠٪ ، إذا كان وضع اليد سابقا على صدور القانون بمدة خمس سنوات على الأقل . ويصدر قرار من وزير العدل ببيان كيفية تحرير الاستمارات » . وقد قصد من استمارات التسوية هذه تشجيع الناس على إثبات حقوقهم المستمدة من وضع اليد ، إذا لم يكن وضع اليد ثابتا في محررات تم شهرها . فتقوم استمارات التسوية ، التي تتضمن اتفاق أصحاب الشأن على إثبات هذه الحقوق وكذلك أصحاب الحقوق العينية التبعية على العقارات ، مقام هذه المحررات . وتسلم إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق التي تتضمنها في صحائف

الوحدات العقارية . وقد أشار النص بوجه خاص إلى أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ولكن تلاها وضع اليد على العقارات ، وإلى عقارات مفرزة وضع المتقاسمون أيديهم عليها بموجب عقود قسمة لم تشهر . ويجب أن يقوم أصحاب الشأن بإثبات اتفاقاتهم في أسهمات التسوية في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني ، فإذا كان وضع اليد قديما أى سابقا على صدور قانون السجل العيني في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ بمدة خمس سنوات على الأقل خفضت رسوم الشهر المستحقة عن هذه الأسهم بمقدار ٥٠ ٪ .

(٤) وضع اليد في غير الأحوال المشار إليها فيما تقدم . ويجب تحقيق واقعة وضع اليد (١) . ولكن لا تثبت الحقوق في السجل العيني على أساس وضع اليد ، إلا إذا لم يكن في المحررات التي تم شهرها ما يناقضها (٢)

(١) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وجدير بالذكر أن الأسباب الأخرى لاكتساب الحقوق العينية والتي لا يتطلب القانون شهرها يمكن الأخذ بها . وإثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة على أساسها وفقا لأحكام هذا القانون . وتسهيلا للإدراج الأول في السجل ، تقضى المادة ١٣ بأنه لا يصح للمصلحة إثبات الحقوق على أساس وضع اليد المكسب إلا إذا لم يكن في المحررات المشهورة ما يناقضها . ومن المفهوم أنه يجب على المصلحة الثابتة في هذه الحالة من توافر شروط اكتساب الملكية بالتقادم . أما إذا قام التناقض بين المحررات المشهورة عن قطعة مساحية واحدة ، فتتولى المصلحة إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، على أن يرفق بصحيفة الوحدة تقرير عن نتيجة هذه الدراسة ضمن الوثائق المتعلقة بالسجل (م ١٨) . وبديهي أنه لا يدخل في حكم النص حالة التنازع في وضع اليد ، إذ العبرة هنا بالمحررات المشهورة المؤيدة بوضع اليد » .

(٢) والأصل أن للسجل العيني حجية مطلقة كما سبق القول (أنظر أننا فقرة ١٣٦) ، وعلى ذلك لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل (م ٣٧ من قانون السجل العيني) . ولكن يستثنى من ذلك قيد الحقوق المستندة إلى وضع اليد المكسب بناء على حكم صادر بذلك ، بشرط أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم في خلال خمس سنوات من بدء سريان نظام السجل العيني على القسم المساحي الواقع فيه الوحدة المقاربية محل وضع اليد . فإذا رفع واضع اليد دعواه بتملكه المقار بالتقادم وصدر الحكم لصالحه قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ، أو رفع دعواه في خلال هذه المدة ونولم يصدر الحكم لصالحه إلا بعد انقضائها ، قبل قيد الحق الذي تملكه بالتقادم في السجل العيني على خلاف ما هو ثابت بهذا السجل بناء على هذا الحكم .

وبعد أن ينشأ السجل العيني في القسم المساحي وتثبت فيه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي بسطناه ، تتخذ الإجراءات لدعوة أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، حتى إذا كان هناك وجه للاعتراض عليها منهم تتقدموا بدعواهم وطلباتهم إلى اللجنة القضائية التي سيأتي ذكرها ، ويكون ذلك بعد صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . وتنص المادة ٢٠ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أنه « بعد صدور القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر في الجريدة الرسمية ، وفقا للإجراءات والمواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية ، إعلان يتضمن تنبيه أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى ميعاد سريان القانون في القسم المساحي ، ودعوتهم إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، كما يتضمن تنبيها إلى ميعاد الطعن المذكور في المادة ٢١ . وعند حلول ميعاد السريان المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ، ينشر عن البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي لإطلاع أصحاب الشأن عليها . ويرسل لإخطار ، بالطريقة التي تبينها اللائحة ، إلى

موتنص المادة ٣٨ من قانون السجل العيني على هذه الأحكام فيما يأتي : « استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب لملكية ، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المتصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلق حقاً عينياً من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه في المادة ٣٢ من هذا القانون (التأشير في السجل بمضمون الطلبات في دعوى التملك بالتقادم) » .

وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : (. . نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التمسك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم . كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك لمتار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أي منتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل . على أن المشرع قد أتى بحكم وقى روعى فيه التوفيق بين الأحكام الجديدة وبين ما ينبئ من احترام لوضع اليد السابق على القانون ، فنص في المادة ٣٨ على أنه استثناء من أحكام المادة السابقة » .

أصحاب الشأن الواردة أسماؤهم في كل صحيفة من صحائف الوحدات العقارية ببيان ما أثبت باسمهم في هذه الصحائف من حقوق ، وما يقع على هذه الوحدات العقارية من تكاليف وحقوق عينية .

وفي خلال سنة من بدء سريان قانون السجل العيني على القسم المساحي - ويجوز بقرار من وزير العدل مدتها سنة أخرى - يجوز لكل ذي شأن أن يتقدم بطلب إجراء تغيير في بيانات السجل العيني المتعلقة بالوحدات العقارية الواقعة في هذا القسم المساحي . ويرفع هذا الطلب إلى لجنة قضائية تشكل في كل قسم مساحي ، برئاسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفي مصلحة الشهر العقاري أحدهما قانوني والثاني هندسي ، ويصدر بتعيين أعضائها ولائحة إجراءاتها قرار من وزير العدل . وتكون الأحكام الصادرة من اللجنة القضائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها القسم المساحي ، ومع ذلك تكون هذه الأحكام نهائية لا تقبل الاستئناف : (١) إذا كان التغيير المطلوب إجراؤه في بيانات السجل متفقاً عليه بين جميع ذوي الشأن الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٢) إذا كان هذا التغيير لا يمس بحق شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٣) إذا كان الحق المتنازع فيه لا يتجاوز أصلاً النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية (١) .

١٥٩ - التفسير والتصحيح في بيانات السجل العيني : والبيانات المدونة في صحائف السجل العيني لا يجوز في الأصل إجراء تغيير أو تصحيح فيها .

(١) وتنص المادة ٢٥ من قانون السجل العيني على أنه « لا تستحق رسوم على الدعاوى والطلبات التي ترفع إلى اللجنة . على أنه إذا تبين للجنة أن طلب إجراء التغيير يمس تصرفاً جديداً يراد التهرب من أداء الرسوم المستحقة عنه ، ضمننت قرارها أداء الرسوم وفقاً للقوانين المعمول بها ، ولا ينفذ قرارها إلا بعد أداء الرسوم . كما يستحق عند استئناف الأحكام الصادرة من اللجنة الرسوم المستحقة أصلاً عن الدعاوى الابتدائية وعن الاستئناف ، وترد الرسوم كلها أو بعضها عند الحكم لصالح المتأنف » .

أما تغيير في البيانات ، فلا يجوز إجراؤه إلا بناء على حكم صادر من اللجنة القضائية على الوجه الذي سبق بيانه (١) ، أو بناء على حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها ، أو بناء على محررات رسمية صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل (٣٩ / ١ من قانون السجل العيني) (٢) . كذلك تعدل بيانات السجل العيني إذا تناول الوحدة العقارية تغيير بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إزالتها ، سواء أخطر عنها مالك الوحدة العقارية أو تكشف في أثناء إجراء عملية تحديد أو غيرها ، وهذا ما تنص عليه المادتان ٤٠ و ٤١ من قانون السجل العيني . فتنص المادة ٤٠ على أنه « يجب على ملاك الوحدات العقارية إخطار أمين السجل بكل تغيير يتناول الوحدة العقارية بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلاً أو إزالتها ، ويرفق بالإخطار إقرار رسمي يتضمن التغييرات ، وتعدل بيانات السجل العيني تبعاً لها دون اقتضاء أية رسوم . ويجب أن يتم الإخطار في خلال الثلاثة الأشهر التالية لإتمام التغيير » . وتنص المادة ٤١ على أنه « إذا تبين عند الانتقال للطبيعة لإجراء عملية تحديد أو غيرها وجود تغييرات غير مثبتة في صحائف السجل ، أثبتت في السجل بقرار يصدره الأمين متضمناً هذه التغييرات ، مع إلزام المالك المتخلف عن الإخطار المشار إليه بالمادة السابقة بغرامة قدرها $\frac{1}{4}$ % من قيمة العقار وبشرط ألا تتجاوز مائة جنيه ولا تقل عن عشرة جنيهات ، ويعتبر هذا القرار

(١) انظر آنفاً ص ٤٣٨ .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « هذا وقد أورد القانون الإشارات التي ترد على المادة (١) من المادة ٣٩ من قانون السجل العيني ، وتنص في الفقرة الأولى من المادة ٣٩ على المحررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني ، وحصرها في قسمين : (الأول) المحررات الموثقة الصادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركناً في التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقبول المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قدها استناداً إلى عقد هرق ، ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . (الثاني) الأحكام أو القرارات الصادرة من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها في المادة ٤١ . »

نهائياً . وتحصل بالطريق الإدارى . وتكون لها مرتبة امتياز رسوم الشهر . وللأمين العام الإقالة من الغرامة أو تخفيضها . إذا أبدت أعذار مقبولة « (١) .
وأما التصحيح فى بيانات السجل العيى : فلا يتناول إلا الأخطاء المادية البحتة . فإذا كان القيد لم يتم بعد ، كان لأمين السجل أن يصحح هذه الأخطاء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن . أما إذا تم القيد ، فإنه يجب على الأمين عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم وصول ، ويحضر محضراً بوضع فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه (م ٣٩/٢٠٣ من قانون السجل) (٢) .

وتتم إجراءات التغيير والتصحيح بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم ، وفقاً للشروط والأوضاع التى ينص عليها قانون السجل العيى ولائحته التنفيذية . ويخطر كل شخص تغيرت حقوقه أو زالت ، نتيجة للتغيير أو التصحيح ، بكل قيد أو محو أو تأشير أو تصحيح أجرى فى السجل العيى ، وذلك بإرسال خطاب موصى عليه مع علم وصول إلى

(١) وتنص المادة ٦٣ من قانون السجل العيى على ما يأتى : « على الجهات المشرفة على أعمال التنظيم وعلى المحافظات أن تخطر الجهة القائمة على السجل العيى فى أول كل شهر برخص البناء والهدم المعطاة لأصحاب الشأن ويربط الموايد المستجدة ، وذلك لكون تقوم الجهة الأخيرة بتطبيق نظام المدن على الوحدات العقارية المنشأة عليها هذه الأبنية عند إدراج أى تصرف يتعلق بها فى السجل العيى » . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بغرامة لا تقل عن مائة قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات ، وتتمدد الغرامة بتعدد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل العيى) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العيى فى هذا الصدد : « هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٣٩ لأمين السجل أن يصحح الأخطاء المادية البحتة ، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوى الشأن . على أن هذا التصحيح مشروط بشرط جوهرى . هو ألا يكون القيد فى السجل قد تم ، وبلا وجه لطلب التغيير . والتصحيح بلائحة يحظر على أى شخص أن يكتسب موصى عليه بعلم الوصول ، نظراً لما يترتب على هذا الإجراء من آثار قد تسحق به الضرر ، وقد تتعداهم إلى غيرهم من يتعاملون معهم . ويحضر الأمين محضراً بوضع فيه أسباب الخطأ وكيفية كشفه . والمقصود بالأخطاء المادية البحتة الأخطاء الكتابية والحسابية التى تقع أثناء نقل مضمون المحرر إلى صحيفة السجل ، كما أن المقصود بوقف إتمام القيد الوقت الذى لا تكون قد أعطيت فيه صورة من صحيفة السجل أو الشهادات للمالك أو غيره . وبديهي أنه فيما عدا ذلك من الأخطاء ، فلا يجوز تصحيحها إلا وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من النص » .

عمله المعين في السجل العيني . ويدرج القيد أو المحر أو التأشير أو التصحيح بأكمله في سند الملكية وهو صورة من الصحيفة العقارية تسلّم للمالك ، وفي الشهادة التي تسلّم لغير الملاك من ذوى الشأن وبها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . وإذا أُلغى المحر ، عاد لقيد الحق العيني التبعي مرتبته الأصلية في السجل العيني ، ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود التي أُجريت في الفترة ما بين المحر والإلغاء .

١٦٠ - إجراءات القيد في السجل العيني : وإذا ما أعد السجل العيني

في قسم مساحي وأثبتت في صحائفه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي بسلطانه فيما تقدم ، فإن جميع التصرفات والأحكام واجبة الشهر التي تصدر منذ بدء سريان نظام السجل العيني في هذا القسم المساحي يجب قيدها في السجل العيني ، وفقا لإجراءات تُلخص فيما يأتي :

يقدم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية . ويشتمل الطلب ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، على البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية . ويرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات الواردة في الطلب ، ولا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني . سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني ذلك أنه بعد إجراء القيد الأول في السجل وإتمام النشر عنه وفوات مواعيد الطعن أو الفصل نهائيا فيما يرفع من طعون ، لا يقبل أى مستند لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى المستندات المستخرجة من السجل . وتدون الطلبات على حسب تواريخ ومساءة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية ، يسمى « دفتر أسبئية الطلبات » . وترقم الطلبات بأرقام متسلسلة ، ويبين في هذا الدفتر مراحل تدوين الطلبات (١) . وهذه المراحل هي التي تتضمن بحث الطلب بالمأمورية (٢) .

(١) ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم قيد المحرر في السجل العيني خلال سنة من تاريخ قيد الطلب بالمأمورية ، وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأربعين طلبا بالاستناد وأدى عنه الرسم المطلوب (م ٤٩ من قانون السجل العيني) .
(٢) وتنص المادة ٦٤ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « على السلطات المختصة -

مسببا إما بتأييد قرار أمين السجل العيني ورفض قيد المحرر ، أو جواز هذا القيد ، نعا لتخلف أو تحقق الشروط التي يتطلب القانون توافرها لقبيد المحرر في السجل العيني . ولا يجوز الطعن في قرار اللجنة بأى طريق من طرق الطعن . فاذا صدر القرار برفض قيد المحرر ، وجب التأشير بالرفض في دفتر العرائض أمام الطاب ، ورد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه . أما إذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر ، وجب إجراء ذلك بحسب ترتيب قيد الطلب المتعلق به في دفتر العرائض . ويجب أن يتضمن قرار اللجنة رد الكفالة للمتظلم إذا قبل تظلمه أو رفض ولكن اللجنة رأت أنه بني على أسباب جدية ، وإلا وجب أن يتضمن القرار مصادرة الكفالة .

وإذا قدم طلب لإجراء قيد محرر ، ورأى أمين السجل العيني رفض هذا الطلب لأنه لم يستوف الشروط اللازمة . فعلى الأمين أن يذكر أسباب هذا الرفض على الطلب وفي دفتر العرائض ، وإبلاغ ذلك للطالب مع تحديد ميعاد أسبوعين له من تاريخ الإرسال لتقديم اعتراضاته على هذا الرفض . وبصبح قرار الأمين بالرفض نهائيا إذا مضى الميعاد المذكور دون أن يقدم الطالب اعتراضا . فاذا قدم اعتراضا في الميعاد ، ورفض أمين السجل العيني هذا الاعتراض ، كان للطالب ، في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه ، أن يطلب إلى الأمين رفع الأمر إلى اللجنة القضائية . وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة ، إما بتأييد رفض القيد أو الإلزام بإجرائه .

وإذا توافرت جميع الشروط واستوفيت جميع الإجراءات ، تم القيد في السجل العيني بالمطابقة للمستندات المقدمة ، وبترتيب الطلبات في دفتر العرائض ، وبنفس تاريخ القيد . ويتم القيد بكل عناية ، ويحفظ واضح ، دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير .

وكل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ، مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى

بها أى قانون آخر. ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بنصف هذه العقوبة (١) .

١٦١ - سندات الملكية والتمهات المحفزة من السجل العيني : ويسلم

صورة للمالك من الصحيفة العقارية الخاصة به بعد أداء رسم قدره مائة قرش ، وتسمى هذه الصورة « سند الملكية » . وإذا تعدد الملاك على الشيوع لعقار واحد ، سلم كل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع الملاك المشتاعين (٢) ، ويؤدى كل منهم رسماً قدره مائة قرش .

أما غير الملاك من ذوى الشأن ، كصاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، فتسلم لهم ، بناء على طلبهم ، شهادة بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العيني ، بعد أداء الرسم المقرر . وعلى أمين السجل العيني أن يعطى فى أى وقت شهادة بمطابقة سند الملكية أو الشهادة للسجل العيني ، وذلك بعد أداء الرسم المقرر .

ولا يجوز تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى . ويكون ذلك بقرار من اللجنة القضائية ، وبعد أداء الرسم المقرر (٣) .

(١) أنظر نصاً مماثلاً استحدثه المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فى المادة ٥٥ منه (وتطابق المادة ٦٥ من قانون السجل العيني) .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني فى هذا الصدد : « وإذ ثار البحث حول مبدأ تسليم صورة واحدة من الصحيفة العقارية فى حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع - وهو مذهب التشريع التونسى - أو تسليم صورة منها لكل مالك ، حذ المشروع الأخذ بمبدأ تعدد الصور ، نظراً لما لوحظ من صعاب بشأن من تسلّم له الصورة من الشركاء فى حالة عدم اتفاقهم ، والأساس الذى يصلح أن تقوم عليه المفاضلة بينهم ، فنص على أن يسلم لكل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع المشتاعين » .

(٣) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني فى هذا الصدد : « وحماية لكل من يتعامل مع المالك أو غيره من تقييد حقوقهم فى السجل ، وتقليل الحالات تداول السند ما أمكن ، لم تجز المادة ٦٠ تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى ، على أن يكون ذلك بقرار من اللجنة المشار إليها فى المادة ٢١ . على أن هذا لا ينبغ ولا شك صاحب الشأن الخريص من الرجوع إلى السجل العيني . والمقصود بالتلف فى حكم هذه المادة التلف الذى يفتقد السند قيمته » .

الفصل الثالث

الشفعة

(Préemption)

تمهيد

١٦٢ - التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٥ مدني على ما يأتي :

« الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري ، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز الحصول محل المشتري إذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . وفي لجنة المراجعة عدل نص على الوجه الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . والأخذ به لا يتجزأ » ، وأصبح رقم النص ١٠٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، وكان من رأى بعض الأعضاء توريثه ، ومن رأى بعض آخر عدم توريثه لأنه حق شخصي حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم ، وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حقاً وإنما هي خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الورثة ولا استعمالها من الدائنين . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من النص وتركها لحكمها لاجتهاد القضاء ، وأصبح رقم النص ٩٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدك بلته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٥ - ص ٣٥٧) .

هذا وقد ناقشت اللجنة التي كانت برياسة الأستاذ كامل صدق (وهي اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة التي استقيت منها نصوص المشروع التمهيدي في الشفعة) هذا النص مناقشة طويلة . واختلط الأمر في هذه المناقشات ، في المقابلة ما بين الرأى القائل بأن الشفعة حق عيني والرأى القائل بأنها حق شخصي . فاستعملت عبارة « الحق العيني » بمعناها المعروف ، في حين أن عبارة « الحق الشخصي » استعملت لا بالمعنى المقابل للحق العيني ، بل بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفيع (أنظر على سبيل المثال ما جاء في محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ في الهامش) . وفي رأينا -

ويخلص من هذا التعريف أن الشفعة ، وهي سبب من أسباب كسب الملكية ، رخصة إذا استعمالها الشفيع - وسيأتي بيان من هو الشفيع - تملك عقارا باعه صاحبه لغيره . وحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع ، بسروط سيأتي بيانها . فهي إذن لا تكون إلا في بيع عقار ويسمى العقار المشفوع فيه . ومن شفيع عيّن القانون أحواله . وجعله كما سنرى يشفع

= أن أدق ما دون في هذه المسألة في محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدق ماورد في محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ على لسان أحد الأعضاء : « إن هناك مسألة أولية يتعين البدء بالبث فيها قبل البث فيما إذا كان حق الشفعة حقا عينية أم شخصيا . وهذه المسألة هي معرفة ما إذا كانت الشفعة حقا أم مجرد وسيلة لاكتساب حق . فإذا سلمنا بأن الشفعة ليست إلا مجرد وسيلة لاكتساب حق الملكية كما يبدو ، فلا حاجة للبث فيما إذا كانت هذه الوسيلة شخصية أو عينية. ذلك أن الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية بحلول الشفيع محل المشتري . وبناء على ذلك يكون من التزيد البث في شخصية أو عينية هذه الوسيلة من وسائل اكتساب الملكية التي تخمها دعوى . فإذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه ، سقطت الشفعة بوفاة . أما إذا كان قد رفع الدعوى فانبا تصيح جزءاً من ذمته وتنتقل إلى ورثته مع أموال التركة . شأنها في ذلك شأن دعوى التعريض مثلا . إذ ليس هناك مبرر للفرقة بين دعوى الشفعة وبين أية دعوى أخرى ، فكل الدعوى تكون جزءاً من ذمة الشفيع وتنتقل بالتالي إلى ورثته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ في الهامش) . وقال عضي آخر في نفس الجلسة تأييدا لما تقدم : « فالشفعة إذن ليست سوى طريقة لاكتساب الملكية ، شأنها في ذلك شأن البيع وهو ليس حقا عينيا بل هو طريقة لاكتساب الملكية . وليس حق الشفعة بأقوى من البيع ، مع أن البيع لم يوصف في وقت ما بأنه حق عيني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٣ في الهامش) . ولما قابل للنص في قانون الشفعة السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (وقد ألغى هذا التقنين الشفعة أصلا من بين أسباب كسب

الملكية) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٩ (مطايع) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٨ : الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على

المشتري ، بما قام عليه من الثمن والنفقات المتأداة . (والنص يوافق في مجموعة نص التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٣٨ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : الشفعة حق

يعجز لصاحبه أن يتزاع العقار المبيع من المشتري . في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها

في المواد السابقة (والنص يوافق في مجموعته نص التقنين المصري)

بعقار آخر مملوكه وبسمى العقار المشفوع به . فالشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذى يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشتري الذى يحل محله الشفيع ، وبائعا لهذا المشتري وهو الذى حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفيع به ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذى باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفيع الشفيع فيه .

وقد قام فى الفقه المصرى جدل مشهور فى تكييف الشفعة ، هل هى حق عينى أو حق شخصى . والذين قالوا بأن الشفعة حق عينى إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يكونوا فى حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة ، إذ كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه . فهو عند ما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عينى عقارى ، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى . والذين قالوا بأن الشفعة حق شخصى قصدوا إلى معنى هو صحيح فى ذاته ، ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصى المقابل للحق العينى . إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالة ولا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوه باسمه . ولم يكونوا هم أيضا فى حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية ، فعنى الشخصية الذى قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية .

والصحيح أن الشفعة ليست بحق عينى ولا بحق شخصى ، بل هى ليست بحق أصلا . إنما الشفعة سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة أو حق حكر . والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه . فالملكية مثلا حق عينى ، وتكسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة . ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عينى أو حق شخصى ،

فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي (١) ،
والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي ، كما قدمنا (٢) ،
واقعة مركبة (Complexe) اقترن فيها الشيوخ أو الحوار أو الصلة المادية
الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ،
بيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى ، باعلان
الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد .
فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ،
ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية .

وإذا سرنا في هذا التكييف خطوة أبعد ، قلنا إن هناك مراكز قانونية
إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة . فمن وجه
إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب ، فهو بهذا القبول – والقبول إرادة منفردة –
قد تعاقد مع الموجب ، فكسب بالعقد حقا شخصيا . فن وجه إليه الإيجاب
تبيا له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه ، فاستطاع بإرادته المنفردة ، وهي
قبول هذا الإيجاب ، أن يكسب الحق . وإذا توافرت الشروط التي قررها
القانون في الشرب أو المجرى أو المسيل أو المرور ، وهي الشروط التي بسطناها
عند الكلام في قيود الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، تبيا بتوافرها مركز
قانوني للجار يستطيع به إذا أراد ، أي بإرادته المنفردة ، أن يكسب حقا عينيا

(١) وقد نثرنا على حكم قديم ، صدر من محكمة الاستئناف الوطنية ، يقرر من زمن
بعيد هذا الذي فقوله ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع
العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا في القانون المدني أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق
العينية ، كالمقود والميراث ووضع اليد بدون فرق . ولا يتصور أن السبب المتبع للحق العيني
يسى نفسه حقا عينيا ، فليست إذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء كالملكية
أرحق الانتفاع ، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني ،
أو بعبارة أخرى هي مجرد إباحة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة .
وهذه الإباحة لاتنتج حقا إلا إذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ،
وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به (استئناف وطني ٢ أبريل
سنة ١٨٩٥ الفصل ص ١٠٧) . وانظر أيضا حكما من محكمة مصر الكلية الوطنية ويقول إن
القانون لم يجعل حق الشفعة من الحقوق العينية ، بل صرح في المادة ٤٤ مدني بكونه سببا من
أسباب الملكية والحقوق العينية ولبس واحدا منها (مصر الكلية ٤ يولييه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١
صفحة ٣١٧) .

(٢) أنظر آند فقرة ١ .

في أرض جاره هو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل أو حق المرور .
ومن كان شريكاً مشتاعاً في منقول أو في مجموع من المال وباع أحد شركائه
حصته في المال الشائع ، تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يسرد بارادته
المنفردة الحصة المبيعة ، وهذا هو حق الاسترداد في المال الشائع الذي بسطنا
أحكامه في الجزء الثامن من الوسيط . ومن كان شريكاً مشتاعاً في عقار أو جارا
مالكا لعقار ، ويبتع حصة شائعة في العقار أو يبيع عقار مجاور للعقار الذي
يملكه . تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يشفع بارادته المنفردة في الحصة
الشائعة أو في العقار المجاور ، وهذه هي الشفعة التي نحن الآن بصدددها .
فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزاً قانونياً تهيأ أسبابه للشفيع ، فيكون شريكاً
مشتاعاً في عقار أو مالكا لعقار ، وتباع حصة شائعة في العقار أو يباع عقار
مجاور للعقار الذي يملكه . وهنا ينشأ المركز القانوني الذي أشرنا إليه ، ويكون
للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع . ومن هنا جاء في نص المادة ٩٣٥
مدني سالفه الذكر أن « الشفعة رخصة » ، فالرخصة تتولد إذن بقيام هذا
المركز القانوني (١) . وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق في أن يملك العقار

(١) والأدق أن يقال إن هذا المركز القانوني لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك ، بل
يتولد عنه حق الشخص في أن يملك . وذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة في التملك
والحق في الملك ، هي حق الشخص في أن يملك . وقد قلنا في هذا الصدد في الجزء الأول
من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى ، هي
أعلى من الرخصة وأدنى من الحق ... فحق التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثاني حق .
وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك . فلو أن شخصا رأى داراً أعجبه
ورغب في شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في
الدار وفي غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ،
وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة
إلى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي
لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين .
له من رخصة التملك وأدنى من الحق في التملك في الأول . ثم يستطيع قبوله بالبيع .
أي برادته وحده ، أن يصبح صاحب ملك الدار . ولم يصل لنته الغرض إلى تبيين هذه المنزلة الوسطى
إلا حيث ارتقى ووصل في الرق إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث .
ويلعبو الفقيه فون تور (Von Tuhr) هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشئ (droit formateur) ،
ويرويه بأنه « مكنة تعطى لشخص ، بسبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث أثراً قانونياً
محمض إرادته . ويأتى بأشكلة لهذا الحق المنشئ . يذكر منها حق من و إليه الإيجاب ، =
(٢٩)

المشروع فيه بارادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة .
فالشفعة لا تكون سبباً لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تهباً أسبابه

— وحق المترد في أن يترد الحصة الشائعة المبيعة ، وحق البائع وفاء في أن يترد المبيع ،
وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة . . . وما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه
الإسلامي أن القراني يقابل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة . فيقول عن صاحب
الرخصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضى المطالبة
بالتملك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقاً ويجعل الثاني محلاً للنظر . ونقول ما يقوله
في هذا الصدد : « اعلم أن جباة من مشايخ للذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم
من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ، قولان . . . وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة
وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل
شراؤها حتى تجب الزكاة عليه هل أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل
يجرى في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها ؟
والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكا لما فيجب عليه كلفهما
وموؤنتهما هل قول من الأقوال الشاذة أو الجادة ؟ بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل
والفقه . . . بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف في بعض فروعها
لا في كلها ، أن من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك ؟ . . .
يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل . . . (المسألة الرابعة) في الشفعة ،
إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضى المطالبة بأن يتملك الشقص المبيع بالشفعة ، ولم أر
خلافاً في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضى أن
يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات المرجحة للاستحقاق . . . فإذا
سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك ، أو يجب عليه القلع
لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور ، قولان . فهذه القاعدة ، على ما فيها من القوة من جهة قولنا
جرى له سبب التملك ، في تمثيتها عبر لكثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا
من ملك أن يملك مطلق من غير جريان سبب يقتضى مطالبته بالتملك ولا غير ذلك من القيود ،
فهذا يجعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة . أما إذا قلنا انعقد له
سبب يقتضى المطالبة بالتملك ، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب
تسبب منزلة سبب ، وإقامة تسبب السبب المقرب : نودنا يمكن أن يتخيل وترجم
قاعدة في الشريعة . أما مجرد ما ذكروه فليس إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك في
قاية البعد عن المناسبة — فلا يمكن جعله قاعدة ، (الفروق للقراني جزء ص ٢٠ - ص ٢١) .
ويتبين مما نقلناه من القراني أنه يميز بين أوضاع ثلاثة : (أولاً) وضع من ملك أن يملك ،
كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك هادى أو دابة . . .
هو لاه جيب لا يمكن . فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والنفقة ، ولا على
الثالث الكلفة والموئنة . . . وترجمة ذلك إلى الفقه الغربي أن هؤلاء جميعاً ليس لهم حق الملك ،

باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ، ليس حق الملك ، بل الحق في أن يتملك . فاذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة ، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها صيما من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه في أن يتملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته ، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري (١) .

= وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق . (ثانياً) وضع من جرى له سبب يقضى المطالبة بالتملك ، كما . . . في بيع الشريك نصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفي بيع المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضاً ، على خلاف في الرأي ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذى يقضى المطالبة بالتملك . . . فالشفيع لا يملك الشفيع المبيع إلا إذا أخذنا بالشفعة ، والتفكير لا يملك شيئاً من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هذه هي منزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهي دون الملك وفوق الرخصة . (ثالثاً) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضاً أو شفيع في دار ، فهذا هو الذى له حق التملك (مصادر الحق في الفقه الإسلامى للمؤلف جزء أول ص ٤ - ص ٨) .

(١) وقد سبق أن قررنا في هذا العدد ، في الجزء الأول من الوسيط ، ما يأتي : « فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هي شيء غير ذلك ، كما يناقشون في طبيعة الحياة وهل هي حق عيني . ونحن لا نتردد في الإجابة على هذه المسائل بما تقدمه . فلا الشفعة ولا الحياة بحق عيني أو حق شخصي ، بل هما وانتميان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عيني أو حق شخصي ، بالفرد الذى لا يصح أن يقال به إن العقْد ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصي . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائى الشفيع أن يستملوا الشفعة باسم مدينهم . والذى ضلل الناس في أمر الشفعة هو أنها تجمل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها في منزلة من له الحق في أن يتملكها ، وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشيء ، وحق الملكية الكامل حيث يكون للشخص حق عيني في الشيء . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضاً في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكاً عند تمام البيع . وقد ذهب الشريعة الإسلامية إلى هذه منزلة الوسيط . ورسومها بأحق من الشخص في أن يتملك ، أو كما يقول العراقي في الفروق : من انعقد له سبب المطالبة بالملك ، ويفرق بين هذا وبين من ملك أن يملك » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٢٣ ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر أيضاً شفيق شحاتة فقرة ٢٤١ ص ٢٥٥ (وينظر هذه المنزلة الوسطى بالحق شبه العيني ، وهذه التسمية محل للنظر) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التهنيدى : « عرفت الشفعة بأنها رخصة دلاحق لأنها ليست بحق بل هي سبب من أسباب كسب الملكية . فلا معنى لبحث فيما إذا كانت الشفعة

١٦٣ - الشفعة متصلة بشخص الشفيع - نص وانورنى : جاء في المشروع

النهائي لنص المادة ٩٣٥ منى ما يأتى : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالمراث » ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، « وترك حكمها لأجتهاد القضاء » (١) . ولما كانت الاعتبارات التي قامت عليها الشفعة ، وهى تضرر الشفيع من أن يخلف شريكه في الملك أو جاره شريك أو جار جديد . هى اعتبارات شخصية بحيث تترك لمحض تقدير الشفيع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها ، لذلك لا نتردد في القول بأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به . ونستخلص من ذلك النتائج الآتية : (١) أن دائى الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة . (٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير . (٣) أن للشفيع أن يتزل عن الشفعة بعد قيام سببها ، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدنى) . (٤) أن الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، لا تنتقل بالمراث إلى ورثته . ونستعرض هذه النتائج تباعا :

(أولا) لا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة : وذلك لسببين . أولهما أن الشفعة رخصة وليست بحق ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما للمدين من رخص ، فحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد الرخصة الشائعة كلاهما رخصة لا يجوز للدائنين استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين (٢) والسبب الثانى أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع كما قدمنا ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة (م ١/٢٣٥ مدنى) (٣) .

= حق عينيا أرحق شخصيا . وقد حذف المشرع من التعريف الذى أقرته اللجنة العبارة التي تذكر ان الشفعة سبب لكسب المشرق لدية ، فان هذا سبب من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة ، أن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا سببا أدعى لحذفها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - ص ٣٤٨) .

(١) انظر آنفاً ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٤٤٢ ص ٩٦٤ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٤ .

(ثانيا) لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير : فلا يجوز للشفيع ، عندما يثبت له حق الأخذ بالشفعة ، أن يحول هذا الحق إلى غيره ، وذلك أيضا لسببين . أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز له الترول عنها إلى غيره . والسبب الثاني أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه ، وإذا أراد الشفيع أن ينزل عن الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن ينزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير ، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار (١) . وعلى ذلك إذا باع الشفيع العقار المشفوع به وأصبح المشتري مالكا لهذا العقار ، ثم بين العقار المشفوع فيه ، كان لمشتري العقار المشفوع به وهو مالكة الحديد أن يأخذ بالشفعة ، وقد انتقلت إليه مع العقار المشفوع به . أما إذا بيع العقار المشفوع فيه قبل بيع العقار المشفوع به ، فإن المالك الجديد للعقار المشفوع به لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له وقت بيع العقار المشفوع فيه . وإنما يأخذ بالشفعة في بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، بعد أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع به .

(ثالثا) للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها بل وقبل أن يقوم بها سببها : وتنص المادة ٩٤٨ (١) مدني في هذا الخصوص على ما يأتي :

« يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : (١) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ، ولو قبل البيع » (٢) . وقد كان قانون الشفعة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة منفصلا عن العقار المشفوع به ، وهذا هو ما نقضى به طبيعة الشفعة وعلّة مشروعيتها ، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنينان الألماني والبرلوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢) . وتنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (١) من الشروع التمهيدى على

وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة « صراحة أوضنا » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٢ (١) . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٩ (١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « صراحة أوضنا » ، وذلك « لأنها تزيد تنفي عنه القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٨ (١) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٦) .

السابق لا يجوز النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها ، وذلك لأن القواعد العامة تقضى بأنه لا يجوز النزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق . فكان لا يجوز للشفيع ، قبل بيع العقار المشفوع فيه ، أى قبل أن يثبت له الحق فى الأخذ بالشفعة ، أن ينزل عن هذا الحق (١) . أما التفتين المدنى الجديد

- ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ١/١٩ : يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : أولا - إذا حصل التنازل عن صراحة أو ضمنا ، ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك المقار نهائيا . (ولم يكن يجوز فى قانون الشفعة السابق النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها) .

يقابل النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السورى لا مقابل .

التفتين المادة البنى م ٩٥٢ (١) (مطابق) .

التفتين المدنى المراقى م ١١٣٤ (د) (موافق)

قانون الملكية العقارية البناني م ٢٤٦ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يسقط

حق الشفعة : (١) (٢) إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة أو وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوى على اسم المشتري والنزول والشروط ، ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل . (٣) إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إمضاه بلا تحفظ . (٤) إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمنا ، ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضا المشتري . (والقانون البناني يجوز النزول عن الشفعة بطرق معينة ولكن هذه الطرق جسيما لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فى الشفعة أى بعد بيع العقار المشفوع فيه) .

(١) أنظر فى عدم جواز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها فى قانون الشفعة السابق : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٦ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، تطبيقا لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه لما كان الاستشفاع حقا يجوز كسب الملك ، فانه يجوز التنازل عنه مقدما وفقا للقواعد العامة ، ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود ، متى كان الالتزام يعلم متساكنه هذا الحق ومداه ومؤثر تنازله عنه . ففى كان الحكم إذ تنس بسعة تنازل عن الشفعة مقدما بنى قضاءه على أن قانون الشفعة - الذى يسرى على موضوع الالتزام - وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى أئمة الفقه الإسلامى ، إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدما ، وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام ، وليس ثمة ما يوجب التقييد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، فان ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨) .

قد أجاز ذلك بنص صريح كما رأينا (م ٩٤٨ (١) مندى سالفة الذكر) ،
وذلك تضييقاً منه للحق في الأخذ بالشفعة بعد أن حصر هذا الحق في أضيق
نطاق ، « وحتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على
الشراء » (١) . وعلى ذلك يجوز الآن للشفيع أن ينزل عن الحق في الأخذ
بالشفعة ، بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته ، صراحة أو ضمناً (٢) .
أما التزول الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية
أو العرفية ، كما يصح أن يكون شفويًا ولكن يقع على من يتمسك بهذا التزول
من مشتري أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقاً للتواعد العامة المقررة
في الإثبات . ويصح التزول في أي وقت ، إلى يوم صدور الحكم بثبوت
الشفعة (٣) . وقد يكون التزول عن حق الشفعة بعد ثبوته نزولاً ضمناً ،

= وانظر عكس ذلك وعدم جواز التزول قبل ثبوت الحق في الشفعة : استئناف وطني
٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٥٨ - ١٧ نوفمبر
سنة ١٩٢١ المهجورة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ - طنطا الكلية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٠
الهامة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٣٩٢ ص ٩٤٧ .
(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يبرر عنه بالتزول عن الشفعة قبل البيع إن هو
إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع ، مما يفيد أن
هذا التزول يجب أن يكون صريحاً . أما التزول الضمني عن الشفعة فيفترض فيه حصول
البيع ، ثم صدور حمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة . هذا
هو مفهوم التزول الضمني عن الشفعة ، وهو ما كانت تقرره المادة ١٩ من قانون الشفعة
الملغى إذ نصت على أنه « يستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يوخذ منه أن الشفيع
حرف المشتري بصفته مالك العقار نهائياً . أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ مندي جديد من سقوط
الشفعة بالتزول منها قبل البيع ، فالمقصود منه جواز حاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل
البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة . وبهذا النص حسم القانون المدني الجديد الخلاف
الذي كان قائماً قبل صدوره بشأن جواز حاجة الشفيع بمثل هذا الالتزام (نقض مندي
١٠ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٢١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٨ ص ٥١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ .
ولا بد من صدور التزول من الشفيع شخصياً أو من ينوب عنه قانوناً . والتزول عن دعوى
الشفعة يعتبر نزولاً عن حق الشفعة ذاته ، وقد قضت محكمة النقض بأنه حتى لو كان التنازل
مقصوراً على ترك المرافعة في الدعوى ، فإن هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى
بما فيها ورقة التكليف بالحضور ، ويزيل كل الآثار التي ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب
وقطع مدة التقادم ، وإنه يضرع من ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد انقضاء المنصوص
عليه في القانون (نقض مندي ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٠ ص ٨٧٨) . وانظر
في عدم جواز التزول عن الشفعة بعد صدور الحكم بثبوت الحق فيها : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٧ .

ويكون ذلك بأى عمل يصدر من الشفيع يفيد حتماً أنه نزل عن حقه . مثل ذلك أن يعترف الشفيع بالمشتري للعقار المشفوع فيه مالكا لهذا العقار على وجه بات نهائي (١) ، كأن يتعامل معه على هذا الأساس فيشتري منه العقار أو يرثه أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرتب عليه عقاره حق ارتفاق أو يرتب له حق ارتفاق على عقاره ، وكان يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشتري والمتصرف له (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع لا يعتبر متازلا عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكاً نهائياً للبيع . ولا يكفي في ذلك أن يكون الشفيع ، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع على فسخ إجارتها وتمهد له بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصروفات التسجيل وغيرها ، القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوماً لإبداء رغبته ، فتي أبدأها في هذا الميعاد فلا يصح أن يؤخذ بعلم إبدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨) . كذلك رفض الأخذ بالشفعة بالتمن الذي طلبه المشتري لاعتقاد الشفيع أن هذا التمن يزيد على التمن الحقيقي لا يعتبر نزولاً عن الشفعة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢ ص ٢١) . ودفن الشفيع ، الذي كان مستأجراً للأرض المشفوع فيها ، الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة ، لا يفيد النزول ضمنياً عن حق الشفعة ، إذ الأموال الأميرية مستحقة على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكيها ، ودفنهما كان محولاً للمستأجر والشفيع) في عقد الإيجار ، وهو لم يدفنهما إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ هام جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٩٣) .

(٢) ويعتبر نزولاً ضمياً أن يطلب الشفيع قسمة العقار مع المشتري إن كان العقار شامناً أو يتفق معه على حقوق ارتفاق (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٦ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢) ، أو أن يتأجر الشفيع من المشتري العقار المبيع أو يذبح الأجرة للمشتري إن كان العقار مؤجراً من البائع قبل البيع (استئناف وطني ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ ٣٣٠ ص ٢٢٧) . ويمد النزول عن الشفعة إلى الغير ، وهو باطل ، نزولاً ضمياً عن الشفعة وإسقاطاً لها (استئناف وطني ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٩) . ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالنزول عن الشفعة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يجوز للمشتري أن يتسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه في الشفعة لتهنته له (نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣١٩) .

وقد يقع نزول الشفعة عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، أى قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ويكون الغرض من ذلك أن يأمن المشتري جانب الشفعة قبل أن يقدم على الشراء كما سبق القول . فيحصل المشتري من الشفعة على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه على البيع (١) ، ويكون هذا النزول الصريح إما كتابة أو شفها وعلى المشتري عبء إثبات هذا النزول طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات (٢) . ويصح أن يكون النزول عن الشفعة قبل ثبوتها نزولاً ضمناً ، بأن يأتي الشفع بعلم يستفاد منه حمياً هذا النزول . مثل ذلك أن يكون الشفع قد توسط بنفسه بين المشتري ومالك العقار المشفوع فيه في عقد صفقة البيع التي صدرت من الثاني للأول ، أو رضى أن يكون وكيلاً عن المشتري في شراء العقار المشفوع فيه أو وكيلاً

(١) ويفسر النزول عن استعمال حق الشفعة تفسيراً ضيقاً . وقد قضت محكمة النقض بأن النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذي يميز الشفعة في نطاق الحدود التي بينها القانون ، فلا يجوز التوسع في تفسيره . ومن ثم لا يجوز البحث في حواجز انتقال هذا الالتزام بالنزول عن حق الشفعة إلى الخلف الخاص ، متى قسرت المحكمة شرط النزول تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٨٩ ورقم ١٩١ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مرض العقار المشفوع فيه على الشفع قبل البيع وعدم قبوله شراؤه لا يمد نزولاً عن حقه في الشفعة (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شخص عقاراً له ، ثم باعه المشتري للغير ، وتوافر في البائع الأول وقت البيع الثاني شروط الأخذ بالشفعة ، فله أن يأخذ بالشفعة العقار الذي كان يملكه أولاً ، ولا يعتبر يبعه إياه سابقاً نزولاً ضمناً عن أخذه بالشفعة فيما بعد إذا توافرت شروط الشفعة (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) هذا ويحدث كثيراً أن المشتري لعقار من شركة تخصصت في تقسيم الأراضي وبيعها ينزل في عقد شرائه عن الشفعة فيما يتم من البيوع التي تتولاها الشركة مستقبلاً . وإذا كان المشتري يتقيد بهذا التنازل ، فإن خلفه لا يتقيد به إلا إذا اشترط المشتري عليه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمتد بتنازل المشتري من الشركة في عقد شرائه منها عن حق الشفعة ، لأن هذا التنازل لا يعتبر حقاً ضمناً يتبع العقار في يد كائن من كان (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ؛ رقم ٥٩ ص ٤١١) .

عن البائع في بيع هذا العقار . وإذا شهد الشفيع دون تحفظ على عقد البيع الذي تم بين مالك العقار المشفوع فيه والمشتري ، كان هذا نزولا ضمنيا منه عن الشفعة ، ويكون النزول الضمني هنا معاصرا لثبوت الحق في الشفعة (١) .

(رابعا) لا تنتقل الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، إلى ورثته . فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه ، بأن يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته ، فإن حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت ، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته ، حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة ، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه . ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فإن ورثته يحلون محله في الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق . وبديهي أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه ، فإن ملكية هذا

(١) وكانت المادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه « يجوز إثبات النزول الضمني من حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون بما فيها الإثبات بالبينة » . وقد أدرج هذا النص تحت رقم ١٣٩٧ مكررة في المشروع التمهيدي . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفها « لأنها تطبق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ في الهامش) - وانظر استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٧ - أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٥ .

أما إثبات النزول الصريح فتجب فيه ، طبق للقواعد المقررة في الإثبات ، الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة العقار المشفوع فيه تزيد على عشرة جنيهات . ذلك أنه في النزول الصريح لا شيء يمنع الخصوم من الحصول على الكتابة ، أما الأعمال التي يستفاد منها ضمنيا النزول عن الشفعة فهذه لا يمكن الحصول على كتابة لإثباتها (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ - استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢) .

هذا ويجوز النزول عن الشفعة بعد طلبها ، وليس للمشتري أن يطالب الشفيع بالتعويض حتى لو كانت الأثمان قد هبطت (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ١٠٥ ص ٢٢٩) . أما إذا نزل الشفيع عن الشفعة فلا يجوز له أن يطلبها بعد نزوله منها ، وإنما يجوز له أن يطلبها في بيع جديد (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤١ الهامة ٢٠ رقم ٢٩٣ ص ٩٤٧) .

وانظر في جواز النزول عن الشفعة في مقابل عوض يدفعه المشتري واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة : محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٢٢ - فقرة ٥٣٥ .

العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته ، بل إن الورثة لا يستطيعون في هذه الحالة النزول عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لمورثهم . كذلك من البدهي أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته ، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك ، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة ، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن المورث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم ، إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به . كل هذه فروض الحكم فيها واضح ، وهو ما قدمناه . وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، فهل ينتقل إلى ورثة الشفيع حق مورثهم في الأخذ بالشفعة ، ويكون لهم أن يعلنوا رغبتهم في ذلك كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يموت ، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم ينقض ؟

اختلفت الآراء في هذه المسألة اختلافاً بينا في عهد قانون الشفعة السابق ، فرأى يذهب إلى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة وأن الشفعة لا تورث ، ورأى آخر يذهب إلى أن الشفعة تورث فيجوز للورثة الأخذ بالشفعة . وقد رددت مشروعات التقنين المدني الجديد صدى هذا الخلاف . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث . . . » (١) . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص على الوجه الآتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . . . » . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذه

(١) وهذا النص وضعته لجنة الأستاذ كامل صدق ، وقد نوقش في هذه اللجنة ، فوافقت بأغلبية الآراء على انتقال حق الشفعة إن الورثة رعدم انتقاله إلى الموصى له (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٤ في الملحق) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « أن اللجنة (لجنة الأستاذ كامل صدق) جمعت الحق في الشفعة ينتقل بالميراث ، خلاف لما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعى ومحمد (٢) . وهو الرأي الذى يتفق مع المبادئ العامة لقانون ، فإن الشفعة أساس للوصى من العارضى المالية ، وهذه العارضى تنتقل بالميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٩ - ٣٥١) .

المسألة « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (١) . وترك الحكم في هذه المسألة لاجتهاد القضاء أمر محير ، فالقضاء فيها جد مختلف . وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأن الشفعة تورث ، إلا أنه يصعب القول بأن هذا القضاء قد حسم كل خلاف ، وبخاصة أن الفقه المصري لا يزال ، حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، منقسما كل الانقسام . بل إن المسألة في الشريعة الإسلامية ، وهي المصدر الذي اشتق منه الشفعة ، مسألة من المسائل التي اختلفت فيها المذاهب واضطربت فيها الأقوال . ونبدأ بإيراد الخلاف في المسألة بين مذاهب الفقه الإسلامي ، ثم بين أحكام القضاء المصري ، ثم بين الآراء الفقهية ، تمهيدا لإبداء رأينا فيها .

أما الخلاف في الفقه الإسلامي ، فقد لخصناه في الجزء الخامس من كتابنا « مصادر الحق في الفقه الإسلامي » على الوجه الآتي : « أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة والمشيئة لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفي رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشيئة ، فالإرادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق ، إذ الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معيننا بالذات لأنه أولى به من مشتريه . فاذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٢) وهو من كتب الفقه الحنفى : وأما الضرورى (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفيعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولو ارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من ابن تيمية على غير الكلام في خيار الشرط . وجاء في بداية الجهاد (جزء ٢ ص ٢١٨) وهو من كتب الفقه المالكي : فن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثه قياسا على الأموال . وجاء في المهذب (جزء

أول ص ٣٨٣) وهو من كتب الفقه الشافعي : وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ : انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . وجاء في المغنى (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) وهو من كتب الفقه الحنبلى : والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع ، إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هى بالطلب ، فاذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أنى على حتى من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فان مات بعده كان لوارثه الطالب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي والعنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لقوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتملك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب ، فإنه لا استدراك جزء فات من المبيع ، (الحال الثانى) إذا طالب بالشفعة ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط (١) . ويخلص مما قدمناه من الخلاف في الفقه الإسلامى أن الخلاف محتدم في هذا الفقه . فالحنفية والحنابلة وكثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق ، يذهبون جميعاً إلى أن الشفعة لا تورث . والذين يقولون بأنها تورث هم المالكية والشافعية . فوضح من ذلك أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وإن كان الأقرب إلى الرجحان هو القول بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وقد أيد هذا القول تأييداً قوياً أحد فقهاء

الحنفية البارزين ، ورد على القول الآخر ردودا جلية واضحة (١).

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فهو أيضا مختلف . قضى بعض الأحكام بأن الشفعة لا تورث (٢) ، وقضى بعض آخر بأنها تنتقل بالميراث (٣). ثم طرحت المسألة على دوائر محكمة استئناف مصر المحتمة ، فقضت فى ٣

(١) والفقيه الحنفى الذى نشر إليه هو الزيلعى ، وقد رد على مذهب الشافعى بما يأتى :
« وقال الشافعى لا لى بموت الشفيع أيضا ، لأن هذا حق معتبر فى الشرع كالفقاص وحق الرد بالعب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفة فلا يورث عنه . بخلاف الفقاص ، لأن من عليه الفقاص صار كالمملوك لمن له الفقاص ، ولهذا جاز أخذ الموضع عنه ، وملك المين يبق بعد الموت فأمكن إرثه . بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هى مجرد الرأى والمشقة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولأن حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ . وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينفضه ويأخذها بالشفعة ، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى أو باعها وصيه كان له فقضه » (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨).

(٢) مصر الكلية ؛ يولى سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣١٧ - أسبوط الابتدائية (استئناف) ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٠ - الزقازيق الكلية ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٦٣ - أسبوط الكلية ٣ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٢ ص ١٦٣ - الزقازيق الكلية ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ - الاسكندرية الكلية ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ - دمنهور الجزئية ١٦ يونية سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ - شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨١ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٥ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣١ م ٥٠ ص ٩١ - ٦ - رس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد أحمد فتحى زغلول ص ٨٩ - عل زكى المرابى فقرة ١٤٤ .

(٣) مصر الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ - استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد عبد السلام ذهبى فى الأموال فترة ٤٦١ .

مايو سنة ١٩٣٠ بأن الحق في الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي (١) . ولكن عندما أنشئت محكمة انقض

(١) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ - المهامة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ - وجاء في أسباب الحكم ما يأتي : « حيث إن إنسانة المطلوب الفصل فيها هي ما إذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضا ، أو أن هذا الحق ينتقل بعمده لوارثه . وحيث إن قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الإسلامية فقد وجب الرجوع إليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث إن الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك المقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من التمن والمؤمن . وحيث إن هذا الحق هو بطبيته حق استثنائي لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من فزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائما باب الشفعة عند باب الغصب ، ويذكرن وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد حملوا إلى تخفيف وطئه بانتشده في شروطه والتوسع في مستطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد سبه بالبيع يجب عليه أن يعلن فوراً رغبته في الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه . وحيث إن الانتهاء لا يتم برون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو الرضاء حق تام ، بل يصرفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأي ومشيتة ، أو بعبارة علماء القانون (simple faculté) . وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستأخر عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لا يصح بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث إنه من جهة أخرى فإنه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آله الملك لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقت . وبناء على ذلك إذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه لأن الوارث إنما يملك باليراث من وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع . وحيث إن هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث إنه وإن كان الشافعي وماك يقولان بالإرث في الشفعة ، إلا أن مذهب الإمام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقف . . . وعندما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصلي في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذت أحكام الشفعة في محورها ، حيث خول حق الشفعة لبحار والشريك مطلقا طبق هذا المذهب ، خلافا لمذهب الشافعي ومالك الذين لا يفرقونه إلا شريك فقط في حصة ما إذا كان المقار لا يقبل القسمة . وحيث إنه لا محل للإرتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات لقول إنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال . لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون لإجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل إليه . فلهذه الأسباب حكمت د. اثر المحكمة مجتمعة بالا ينتقل حق الشفعة إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي . »

رفع إليها الأمر ، فقضت في ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر
المجتمعة لمحكمة استئناف مصر : وبأن الحق في الشفعة ينتقل بالميراث (١) ،

(١) ففرض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - وجاء في
أسباب الحكم ما يأتي : « وحيث ان الأصل في القوانين الوضعية ان من ترك مالا فلورثته .
ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل
فيها جميعا الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاصا بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت وكما
خلا القانون المصري من حكم خيار اليب وخيار الشرط وخيار التمين وخيار الاسترداد
الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على
حكم خيار الشفع أينقل للورثة أو لاينتقل . فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة
صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل . وحيث إن الأصل
كذلك في الشريعة الإسلامية - على مذهب جمهور الفقهاء - هو أن تورث الحقوق والأموال
إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . أما الحنفية مهم ، فالأصل عندهم أن يورث
المال دون الحقوق ، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا
فلورثته ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فوضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل
هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له
ما كان للمورث من الخيارات في خيار اليب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار
التمين وخيارات أخرى ، لأعلى اعتبار أن الذي ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على
اعتبار أن المنتقل إليهم عين النصقت بها حقوق . نفي خيار اليب وخيار فوات الوصف ،
السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة
فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاحقا بها ، بل هو راجع غرض إرادة الشفع فان شاء
أخذ وإن شاء ترك ، فهو لاينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . أما جمهور
الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات
والخيارات قررت كما قررت الأموال ، إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الأب
في ردهته فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة .
لسبب خلافهم إذن في خيار خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انفذ له في
شيء منها أنه صفة للمقد ورثه ، ومن انفذ له أنه صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه . وحيث
إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى
الورثة هو الذي يلائم مذهب القانون المصري فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة
بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والحارات والزاعم الدعاوى وآجال الديون ، فن مات
وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته فإنه حتى استفادة المدين حال حياته ، فينتقل بعد
موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المسلوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها خلفه ورثته فيما
بين منها ، وهذا لا يمنع الرجوع بمرث الشفيع أو مزجج أو غيره من الأئمة . ومن أفتت له
أرض ليحبسها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضي
ثلاث سنين خل وارثه محله في اختصاصه بها وأولورثه باحياؤها ، وإذا مات الدائن المرتهن
انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله
صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح في مذهب أبي
حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كمرأى جمهور
أولئك الفقهاء والأئمة . »

وأكدت نفس المبدأ في أحكام تالية (١) .

وأما الفقه المصري . بعد صدور التقنين المدني الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركاً إياها لاجتهاد الفقه والقضاء ، فهو كذلك متقسم . ولا يكاد الباحث يتبين فيه الرأي الراجح من الرأي المرجوح . فن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث . ويخالف في ذلك قضاء محكمة النقض على الوجه الذي بسطناه (٢) . ومن الفقهاء من يذهب

(١) نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا في خاصة العلاقات المدنية التي نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون إليها كالميراث والحكر وفي مسائل الأحوال الشخصية التي تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعي التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل في هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية . أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وضمعه بطايعه وأدمجه في القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجاري ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متفيدة فيه بأراء أئمة الفقه الإسلامي . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية من مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بأراء أئمتها عند البحث في هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل . وحيث إن كون الشيء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل ، هو بحث في مسألة عينية في صميم المسائل . . . وحيث إن المال في اصطلاح القانون هو كل شيء نافع للإنسان يصبح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التي تقع تحت الخواص ، كذلك يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقدم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولاً بأنه مجرد خيار مردود إلى مشيئة الشفيع ورغبته وأنه متصل بشخصه ولا تعلق له بعين المشفوعة ، فهو زعم لا يستقيم في ظل أحكام القانون الوضعي الذي جعل إعلان الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع ، مما لا يمكن معه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال » .

وانظر أيضاً نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام انقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ (وقد رددت المحكمة الأسباب التي سبق أن أوردتها في الحكم السابق) .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد علي عرفه ، فراه يقول : « إن المشرع ، وقد عرف الشفعة في المادة ٩٣٥ من القانون المدني الجديد بأنها رخصة لاحق ، يكون قد دل بذلك على ترجيحها لاتجاه الحفية في تكليف الشفعة بأنها إرادة ومشيئة ، وهي هذه المشيئة لا يمكن القول بانتقالها إلى الورثة . . ونحن في هذا نتفق مع حكم الدوائر المختصة ، ولكننا لانتابمه في =

إلى عكس هذا الرأي ويقول بأن الحق في الشفعة يورث ويتفق في ذلك مع قضاء محكمة النقض (١) .

= النتيجة التي انتهى إليها . وذلك لأننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها ، فإذا ما ألبست الرخصة ثوب الدعوى فإنها تتحقق نهائيا أي تنقلب إلى حق يخلص من ذلك أننا نرى أنه إذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه سقطت الشفعة بوفاته ، إذ لا تكون الدعوى مقبولة ابتداء من ورثته لأنهم لم يكونوا مالكيين وقت البيع سبب الشفعة ، وهو شرط أساس لثبوت الشفعة . ولا تقبل منهم الدعوى بصفتهم ورثة للشفيع ، إذ أن الشفيع لم يرفع بعد الدعوى باسمه هو حتى يحل ورثته محله فيها . أما إذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل وفاته ، فإنها تصبح جزءاً من ذمته ، وتنتقل بالتالي إلى ورثته مع أموال التركة الأخرى (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٠) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم البدر اوى إذ يقول : « يبدو أنه إذا توفى الشفيع قبل استعمال حقه ، لم ينتقل حقه إلى ورثته : فحق الشفعة يكون قد سقط منه ، ولا يستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاك وقت البيع » (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢) - ومنهم الأستاذ اسماعيل غانم ، وهو يقول : « ويبدو أن الرأي السليم هو ما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، لاعل أساس التقيد بالمذهب الحنفي ، وإنما على أساس أن من شروط الشفعة ، ملبق لما تقتضيه الحكمة المقصودة منها ، أن يكون الشفيع مالكا للمقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة . . . ووارث الشفيع لم يكن مالكا للمقار وقت البيع . هذا إلى أن إسقاط الشفعة بموت الشفيع ينشئ مع اتجاه المشرع في التقنين المدنى الحل إلى التضييق منها . ومن رأينا ، بناء على ما تقدم ، أن موت الشفيع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ، ولو طرأت الوفاة بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أوحى بعد رفع دعوى الشفعة » (اسماعيل غانم ص ٩٢) - ومنهم الأستاذ حسن كيرة ، حيث يقول : « ونحن نفضل القول بأن الشفعة لا يمكن أن تورث ، لأن المشرع في القانون الجديد يصفها صراحة بأنها رخصة ، ومن المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق . فضلا عن أنه ، كما قالت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف ، يتخلف شرط جوهرى هو أن يكون الوارث غير ممتلك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى في الأخذ بالشفعة . . . ويجب أن نلاحظ أنه إذا رفعت الدعوى بالشفعة فقد صارت حق للشفيع ، وهذا الحق هو حق مالى ، ولذلك ليس ثمة ما يمنع من أن يرث ورثة الشفيع إذا توفى بعد رفع الدعوى هذا الحق ، لأنهم يرثون حينئذ حقا ولا يرثون رخصة » (حسن كيرة ص ٢٥) - وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٠ ص ٣٦٢ .

(١) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ شفيق شحاتة وهو يقول : « هذا وإن حق طلب الشفعة لا يسقط بموت الشفيع ، وقد قضت بذلك محكمة النقض ولو فرض أن المورث كان يملك طلب الشفعة ، فإن الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق إذا ما انتقل إليه ، وهو لا يحتاج إلى إثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة إليه إذا كانت الشروط قد توافرت بالنسبة إلى مورثه . ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة إلى وارث الشفيع ، ذلك أن الحق بعد الإعلان

ونحن إزاء هذا الخلاف المحتدم ، وقد شمل كلا من الفقه الإسلامي وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء ولم يسعف فيه نص صريح في التقنين المدني إذ ترك هذا التقنين الأمر لاجتهاد القضاء^(١) ، لايسعنا إلا أن نتقدم إلى القضاء بالملاحظات الآتية :

= قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عيني ينتقل إلى الورثة كالحق العيني سواء بسواء. (شفيق شحاتة فقرة ٢٥٨) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة وهو يقول : « ونحن نقر ما ذهب إليه محكمة النقض من أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . وفتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفيع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة ، ولو أنها رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم المقار المشعور به فتنتقل منه إلى الوارث » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨) - ومنهم الأستاذ منصور مصطفي منصور وهو يقول : « ونرى أن رأى محكمة النقض هو الرأى الصحيح . ولا يصح الاعتراض عليه ونقول إن الوارث لا يجوز له أن يأخذ المقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له الذي يقع به وقت البيع إذ يجب أولا الفصل في مسألة ما إذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أولا يورث . فإذا قلنا مع محكمة النقض أنه يورث ، فينتقل هذا الحق إلى الوارث بالحالة التي كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فإذا مات المورث قبل أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة فلم يعلن رغبته ، كان للمورث أن يعلن الرغبة في الميعاد المحدد لذلك مادام أن هذا الميعاد لم يت به . وإذا كان المورث قد باشر ببعض الإجراءات ، ففعل الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا وبيشتر هو الإجراءات » (منصور مصطفي منصور فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧) . قارب أيضا محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٥٤ وفقرة ٥٦١ .

هذا وقد قررنا في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامى ما يأتي : « ولا شك في أنه مادام أن النص الذى كان مشروع التقنين المدني الجديد يشتمل عليه لحم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التى أحاط بها الشفعة تخففا من أثرها ، وتقييد حرية التعامل فيها جديداً بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء في هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض في حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة ، قد حسنت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالى ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية » (مصادر الحق في الفقه الإسلامى جزء ٥ ص ٧٥) - وهذا الذى قلناه لا يمنعنا من معاودة النظر في هذه المسألة لبحث الأمر بحثا غير متأثر بقضاء محكمة النقض . فقد كنا فيما قدمناه أقرب إلى أن نقرر الواقع ونسجل ما جرى به القضاء ، منا إلى تجميع هذا القضاء وتقرير ما ينبغي أن يكون .

(١) أما في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فقد جاء في تقنينين منها نص صريح يأخذ بانتقال حق الشفعة بالميراث . فنصت المادة ١١٣٣ / ٣ مدني عراقي على ما يأتي : « ومنى ثبتت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع » ونصت المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المصدرة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحب إل ورثته ، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر .

يجب بادىء ذى بدء أن نحدد المسألة تحديدا دقيقا ، فقد قدمنا أن المقصود بحق الشفعة ، الذى ينظر فى انتقاله إلى الورثة أو عدم انتقاله ، ليس هو الحق الذى استقر للشفيع قبل موته بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . ففى رأينا - وسنبسط ذلك فيما يلى - أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل باعلان هذه الرغبة محل المشتري فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع . ولا شك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه ، إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاه بها . والذى يستلقت النظر فى الأحكام الثلاثة التى صدرت من محكمة النقض فى هذه المسألة ، هو أن الثابت من وقائع الدعوى فى كل منها أن الشفيع لم يمت إلا بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، بل وبعد أن رفع الدعوى بها . فالأحكام الثلاثة التى قضت كلها بانتقال الشفعة إلى الورثة تكون إذن ، من وجهة النظر التى أبديناها ، صحيحة . ولكن محكمة النقض ، كما سنرى ، تذهب إلى أن حق الشفيع لا يثبت إلا عند صدور الحكم . وأيا كان الوقت الذى يثبت فيه للشفيع الحق فى الحلول محل المشتري - وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم - فإن المسألة التى نبهنا هنا هى دلل ينتقل إلى الورثة الحق فى الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يثبت له حق الحلول محل المشتري ، أى قبل إعلان الرغبة فى رأينا أو قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة فيما ذهبت إليه محكمة النقض ؟ هناك فرضان لا يجوز الخلاف فيهما : (١) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة ، فلهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه ، وهم يأخذون بالشفعة كما قدمنا أصالة عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم . (٢) إذا مات الشفيع بعد أن حل محل المشتري ، سواء باعلان الرغبة فى الرأى الذى نقول به أو بصدور الحكم بثبوت الشفعة فى الرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة ، ولكن لا أصالة عن أنفسهم كما فى الفرض الأول ، بل لأنهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث .

والفرض الذي يجوز فيه الخلاف هو ، كما قدمنا ، الفرض الذي يموت فيه الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري . وهنا ننظر إلى المسألة من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني ، ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامي وهو المصدر الذي اشتقت منه نصوص الشفعة .

فن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني ، يجب القول إن الشفيع في الفرض الذي نحن بصدده ، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري ، لم يثبت له حق في العقار المشفوع فيه . وليست الشفعة في هذه المرحلة إلا رخصة ، أو هي منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق (١) . وسواء كانت رخصة أو كانت منزلة وسطى ، فهي لم تُكسب الشفيع بعد حقا كاملا في العقار المشفوع فيه . والذي ينتقل إلى الورثة من مورثهم هي الحقوق الكاملة التي ثبتت للمورث ، ولا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة (٢) . ومن ثم لا يجوز القول ، من ناحية المبادئ العامة للقانون المدني ، إن الشفعة في الفرض الذي نحن بصدده تنتقل إلى الورثة .

ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامي ، نرى أن المذهب الفقهي الذي هو أقرب إلى المبادئ العامة للقانون المدني هو المذهب الحنفي ، فهو يقول عن الشفعة إنها إرادة ومشيئة . وهذه الإرادة أو المشيئة هي التي نعبر عنها في القانون بأنها رخصة أو هي المنزلة الوسطى ما بين الرخصة والحق ، فهي لا تورث لا في القانون ولا في المذهب الحنفي . ونحن نأخذ هنا بالمذهب الحنفي لا لأنه هو المذهب الواجب الأخذ به في الفقه الإسلامي ، فنحن نسلم بجواز الأخذ بأي مذهب وبأي قول في الفقه الإسلامي في المسائل المالية ، ما دام هذا المذهب أو هذا القول هو الذي ينسجم مع مبادئ القانون المدني . وقد رأينا أن المذهب الحنفي هو الذي ينسجم مع مبادئ القانون المدني في هذه

(١) أنظر آنفا ص ٤٤٩ ، هامش ١ .

(٢) ومن أجل ذلك لا ينتقل إلى الورثة حق مورثهم في قبول الإيجاب الموجه إليه إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم وكان من وجه إليه الإيجاب قد مات قبل أن يقبل الإيجاب . فهناك أيضا يكون الحق في القبول هو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، وليس بحق كامل ، ومن ثم لا ينتقل إلى الورثة .

المسألة ، ومن أجل ذلك نأخذ به . ثم إنه من المقرر في الفقه الإسلامي ، وهو مقرر أيضا في القانون نقلا عن الفقه الإسلامي ، أن الشفيع يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فإن وريثة الشفيع لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم وريثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشئته متصلة بشخصه ، وهذه لا تورث (١) . وهم لا يستطيعون أيضا الأخذ بالشفعة أصلاء عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذي انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم ، وذلك لأنهم كانوا لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فلكيتم غير متصلة . ويعبر الزيلعي عن هذا المعنى في عبارات جلية إذ يقول : « . . . بخلاف الشفعة لأنها مجرد الرأى والمشئته ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ، ولا في حق الوارث وقت البيع . فبطلت ، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ » (٢) . ودع عنك ، بعد كل هذا ، أن القول بعدم انتقال الشفعة إلى الورثة هو القول الذي يتفق مع فكرة التضييق في حق الشفعة ، وهي الفكرة التي سادت نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد .

بقي أن نستعرض في إيجاز موقف محكمة النقض فيما ذهبت إليه من انتقال الشفعة بالميراث . فهي في حكمها الأول الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ قد أفرطت في الاستناد إلى الفقه الإسلامي ، واستخلصت من هذا الفقه رأيا راجحا أسندته إلى المالكية والشافعية والإسناد هنا صحيح ، وإلى الحنابلة

(١) ويشبه ذلك حق التعمير عن الضرر الأدبي ، فهو أيضا متصل بشخص المضرور . ومن أجل ذلك لا يورث ، إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدني) .

(٢) الزيلعي جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - وانظر آتفا قوله كاملا في ص ٤٦٢

والإسناد هنا محل للنظر فقد أوردنا فيما قدمناه المذهب الحنبلي وهو أقرب إلى المذهب الحنفي (١) . واستخلاص رأى راجح في الفقه الإسلامى يقول بتوارث حق الشفعة على النحو الذى ذهبت إليه محكمة النقض هو أيضا محل للنظر ، فقد قدمنا أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وأن الحنفية والحنابلة وكثيرا من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة يقولون بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وأن هذا القول هو الأقرب إلى الرجحان. ولم يستوقف محكمة النقض هذا التمييز الدقيق بين خيار وخيار الذى ورد في المذهب الحنفي ، وهو من التميزات المنطقية المحكمة التى اشتهر بها هذا المذهب . وقد أحسنت محكمتنا العليا التبرير عنه ، وإن كانت لم تأخذ به ، حين تقول : « فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففى خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاصقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال . وإذا كانت محكمة النقض قد أفرطت فى الاستناد إلى الفقه الإسلامى فى حكمها الأول ، فهى فى حكمها الثانى الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ قد فرطت فى الاستناد إلى هذا الفقه ، إذ تقول : « فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بأراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالارث أو لا ينتقل » (٢) . وعند المحكمة أن « الاستشفاع . . توافرت فيه

(١) أنظر آنف ص ٤٦١ .

(٢) ووجه التفريط هنا أن محكمة النقض تكاد تعلن أنها لا تمتد بالفقه الإسلامى فى مسألة من مسائل الشفعة ، تصاربت فيها النصوص فى المشروع التمهيدى والمشروع النهائى لموضوع الشفعة ، واختلفت فيها المحاكم اختلافا بينا ، وزخرت مذاهب الفقه الإسلامى فيما أوردته من أقوال فى شأنها . وليس ثمة شك فى أن الفقه الإسلامى هو المصدر الذى استقى منه المشرع المصرى نصوص الشفعة ، فوجب الرجوع إليه فى تفسير ما غض من هذه النصوص وفى استكمال -

١٦٤ - التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة ومقصودها -

التفصيل في حق الشفعة في التقنين المرئي الجبرير : كانت أحكام الفقه الإسلامي في الشفعة هي المعمول بها قبل صدور التقنين المدني المختلط ثم التقنين المدني الوطني السابق . ولما صدر هذان التقنينان اشتمل كل منهما على نصوص في الشفعة هي تقنين لأحكام الفقه الإسلامي . صدر التقنين المدني المختلط أولاً ، فاشتمل على المواد ٩٣ - ١٠١ والمادتين ٥٦٢ - ٥٦٣ تقرر حق الشفعة وتنظم هذا الحق . فجعلت الشفعة في العقار (م ٩٣ - ١٠١) ، وكذلك في المنقول حيث أضيفت الشفعة إلى حق الاسترداد (م ٥٦٢ - ٥٦٣) . كما جعلت « لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة ، إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية » (م ٩٣) ، فيشفع صاحب الأرض في البناء أو الغرس إذا باعه صاحبه . ثم جعلت الشفعة للشريك في العقار الشائع ، ثم للجار . « وفي كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمي الحاصل له بإبداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق ، وإلا سقط حقه » (م ١٠١) . ثم صدر التقنين المدني الوطني ، فاشتمل على المواد ٦٨ - ٧٥ تقرر حق الشفعة في العقار ، أما حق استرداد الحصة الشائعة فقد جعل في العقار والمنقول (م ٤٦٢) . وأحكام الشفعة في التقنين المدني الوطني تماثل ، فيما عدا فروقا قليلة ، أحكام الشفعة في التقنين المدني المختلط . ومن هذه الفروق ما نصت عليه المادة ٧٥ من التقنين المدني الوطني من أنه « يجب على من له حق الشفعة ، ويرغب الأخذ بها ، أن يبين رغبته في ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار ، في ظرف خمسة عشر يوماً بالأكثر من بعد تكليفه رسمياً بمعرفة المشتري بإبداء رغبته ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق » .

وقد أظهر العمل أن هذه النصوص ليست وافية ، واستدعى اقتضاها الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، فأدى ذلك إلى تناقض الأحكام . فصدر قانون خاص بالشفعة ، هو الأمر العالي الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة إلى القضاء المختلط ، والأمر العالي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

بالنسبة إلى القضاء الوطنى ، وبذلك انفصل قانون الشفعة عن التقنين المدنى ، وألغى هذا القانون النصوص السابق الإشارة إليها فى التقنين المدنى . وهذا هو قانون الشفعة السابق ، الذى استمدت منه نصوص الشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أعيدت هذه النصوص إلى مكانها الطبيعى فى التقنين المدنى . وقد جعل قانون الشفعة السابق الشفعة فى العقار للشريك فى العقار الشائع أولا ، ثم للجار المالك فى أحوال معينة . واعتبر شريكا فى العقار المشترع فيه من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بهنئه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه . ويستطحق حق الشفعة إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بها فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بأبداء رغبته ، ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا . وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يثبت سندا للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ويحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته ، فإذا ظهر أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ، ولكن ليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع . وقد كان قانون الشفعة السابق أو فى بكثير مما سبقه من النصوص التى وردت فى التقنين الوطنى والمختلط ، وعالج كثيرا من وجوه النقض فى هذه النصوص .

وعند إعداد المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد ، لم يعدل المشروع فى النصوص التى كانت لجنة الأستاذ كامل صدق قد وضعتها فى شأن الشفعة مستمدة إياها من قانون الشفعة السابق كما قدمنا ، بل بقيت هذه النصوص كما هى مع تعديل طفيف فى ترتيبها وفى بعض أحكامها . وقد استقر رأى هذه اللجنة ، بعد مناقشات طويلة (١) . على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية .

(١) أنظر هذه المناقشات فى محضر جلسة ١٤ مايو سنة ١٩٣٧ للجنة الأستاذ كامل صدق . وقد انقسم الأعضاء فى الرأى ، فبعض رأى الإبقاء على الشفعة بالنسبة إلى الشريك فى الملك وإلغائها بالنسبة إلى الجار ، وبعض رأى الإبقاء على الشفعة كلما كان من شأنها جميع عناصر الملكية فى يد واحدة بعد تفتتها وتجزئتها والاعتراف بحق الشفعة للجار فى حالة وجود حق

وقد كان للشفعة خصوم يرون وجوب إلغائها لأنها قيد خطير يرد على حرية التعاقد ، ولم يعد لها ما يسوغها ، ونخاصة الشفعة بسبب الحوار . غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد استبقى الشفعة كاملة بما فى ذلك الشفعة بسبب الحوار ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ماتفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة (١) . وعند نظر المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، حذفت هذه اللجنة الشفعة بسبب الحوار ، إذ هى موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يقول بها إلا المذهب الحنفى مع تقييدها بشروط معينة . وعلى ذلك قدم المشروع النهائى لنصوص الشفعة إلى مجلس النواب خالية من الشفعة بسبب الحوار . فاحتدمت المناقشة فى هذا المجلس ، بين مؤيدين لإلغاء شفعة الحوار ومنادين بوجوب إرجاعها . وانتصر أخيرا الرأى القائل بوجوب إرجاعها ، وأقر مجلس النواب نصوص الشفعة بعد أن أعاد إليها النص الخاص بالشفعة بسبب الحوار (٢) .

= ارتفاع على الأقل . وأشار بعض الأعضاء إلى الأضرار الملازمة لنظام الشفعة من مساومات تجرى بين بعض الجيران يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية ، ومن أن الشفعة من الوجهة الاقتصادية سبب من أسباب تخفيض قيمة الملك ، ومن حالة عدم الاستقرار التى يهدف لها الملاك فى أثناء قيام النزاع على الشفعة الذى قد يطول أمره بضع سنين . وقال بعض الأعضاء إنه حتى لا يبقى مصير الملك معلقا أو مشكوكا فيه أمداً طويلا يجب تقصير المواعيد الخاصة باستعمال حق الشفعة ، والتوسع فى حالات سقوط هذا الحق . وتأسيا على ذلك رأى بعض الأعضاء التسليم بجواز النزول مقدما عن حق الشفعة قبل ثبوته ، وإلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط حقه فيه ، والتضييق فى حالات التزام بين الشفعاء ، ومنع الشفيع من الرجوع فى الشفعة تمسقا بعد استعمال حقه فيها . وقد وافقت اللجنة أخيراً ، بأغلبية الآراء ، على استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى كل من الشريك فى الملك ومالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، وكذلك بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاع - أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٣ .

(٢) كانت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، بعد أن تلقت المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد خلواً من الشفعة بسبب الحوار ، قد أضافت نصا يجعل حق الأخذ بالشفعة «لجار المالك فى الأراضى الزراعية ، إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاع ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها» . ولما عرضت نصوص الشفعة على مجلس النواب ، احتدمت المناقشة فى الشفعة بسبب الحوار .

وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أحد الأعضاء إلغاء شفعة الحوار « وعدم

وافتح المناقشة أحد الأعضاء مطالب باعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت فى قانون الشفعة للسابق ، وقال فى هذا الصدد : « نحن بلد شرقى له عاداته وتقاليده ، وكنت أظن أن الحكومة ستعمل فى مشروعها الجديد على رفع القيود الواردة فى القانون الحالى ، فتوسع نطاق حق الشفعة لا أن تضيقه ، حتى يصبح من حق الحار أن يشتري العقار بطريق الشفعة إما دفعا لضرر كما قلت ، وإما لتمكين الحار من شراء الأراضى المتداخلة فى أرضه ، فيتحقق ما نصبو إليه من استواء الأراضى وحسن تقسيمها » . فرد أحد الأعضاء قائلا : « الواقع أن حق الشفعة بالنسبة للحجار فى الشريعة من المسائل الخلافية التى فيها رأيان ، رأى راجح ورأى مرجوح . فأما الرأى المرجوح فهو رأى الإمام أبى حنيفة الذى يرى وحده دون الأئمة الثلاثة جواز الشفعة للحجار... أما باقى الأئمة فهم لا يميزون هذا النوع من الشفعة... بل رأوا أن المصلحة فى أن يكون كل من للملكين حراً فى أن يبيع لمن يشاء بحار أو لغيره... هذا فيما يتعلق بالشريعة . أما فيما يتعلق بالموضوع فلست أدرى ما هى العلة التى تمنعنا على أن نبيع ما يراه زميل المحترم . ولكى أزيد المسألة وضوحاً أضرب لكم مثلاً... هبوا أن... يملك فى أسبوط ٩٩٩ فدانا وأملك أنا بجواره فدانا واحداً... وأردت أن أرسل من أسبوط إلى القاهرة . ولكن لى... قريباً يملك فدانا واحداً كذلك ، ولسوء حظى لم يكن فدانه ملاصقاً لفداني . فلما عزم أن أبيع له فداني ، جاء... وقال إن فدائك ملاصق لأرضى وأريد أن امتلكه حتى يصبح عندي ألف فدان (أى رقم دائرى) . فريد أن يجبرنى محتجاً بالشفعة على أن يأخذ منى هذا الفدان دون أخى أو قرىبي » . وأضاف أحد الأعضاء قائلاً : « أضيف إلى مقالته زميل أنه أكثر الذين تناولوا مواد الشفعة من رجال القانون يعتبرون أنها حق مكروه كالطلاق . أما سوء الحوار الذى يقول به زميل... فقد انتهى أمره ، لأن الناس كانوا قلة فى الماضى ، وكان يمكن أن يؤذى الحار جاره . أما فى الوقت الحاضر فقد زاد العمران وزاد عدد السكان ، وأصبح الإنسان لا يعرف جاره » . ثم عارض أحد الأعضاء قائلاً : « إن حق الشفعة كان معروفاً فى مصر من زمن بعيد ، وأريد تقييده ، فصدر قانون بذلك سنة ١٩٠١ اشترط لثبوت حق الشفعة الحوار من حدين ، ومنعها فى البيع للأخ أو الأب أو الابن أو التقريب من الدرجة الثانية أو الزوجين... أما القول اليوم بمنع الشفعة إطلاقاً على أساس القول بحرية التعاقد ، فكلام بعيد عن الحقيقة : فرد أحد الأعضاء : « الواقع أن الحار القوي لا يشتري إلا بأبخس الأثمان ، وهذا هو الذى يلجئ الحار الضعيف تحت سيف التهديد بحق الشفعة من الحار القوي إلى الاحتيال على القانون برفع الثمن . ومن ثم يأتي الحار القوي... ويطالب بحق الشفعة فتنشأ المنازعة وترقع القضايا... نحن الآن أمام مشكلة الملكيات الكبيرة ونريد أن نقضى عليها قضاء مبرماً ، لأن عهد العبودية والاستعباد الأراضى يجب أن يزول » . فعاد العضو المعارض معارضته قائلاً : « تساءلت عن الحكمة التى حدثت بالحكومة واللجنة إلى هذا التقييد ، وطالبت بإيضاح المبرر له ، فتكلم... وتحدث عن الملكية الكبيرة وأن الشفعة تحد من هذه الملكية . لا يأسى لم يقل أحد بذلك . فنحن بصدد تشريع عام لا تشريع يتعلق بالملكية الكبيرة أو الصغيرة... إذا أردتم تعديلاً فى التشريع فينبوا السبب الذى يبرر هذا التشريع ، وإذا أردتم الحد من الملكية الكبيرة فعلوا منها ما شئتم... حدثوا من الرأسمالية وحاربوها ، لعنة الله عليها وعلى من يحبها ، إنما نحن بصدد تشريع ، والتشريع لا بد له من مبرر ، والحكومة ومن تكلموا لم يذكروا أى مبرر يصح أن يتخذ سبباً لهذا التعديل... » .

الأخذ بتعديل مجلس النواب ، خصوصا وأن الحوار أصبح لا يعتد به الآن ، وقد لا يعرف الجار جاره ، وأن التوسع في الأخذ بالشفعة ينافي الشعور السائد في منع تكتل الملكية . ولكن اللجنة ، بأغلبية الآراء ، أقرت شفعة الحوار ، ووافقت على المشروع بالتعديل الذي أدخله مجلس النواب (١) . وعلى ذلك أقر المشروع في مجلس الشيوخ على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، شاملا لشفعة الحوار ، ومستحدثا في قانون الشفعة السابق لبعض أحكام تفصيلية سنعرض لها في مواضعها .

ومهما يكن من أمر استبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية ، ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الحوار ، فقد شاعت في نصوص التقنين المدني الجديد في الشفعة روح التضييق من هذا الحق . وتظهر هذه الروح جلية في تعديلات استحدثتها التقنين المدني الجديد ، نذكر منها ما يأتي :

١ - أهم تعديل استحدثته التقنين المدني الجديد ، للتضييق من حق الأخذ بالشفعة ، هو التعديل القاضي بوجوب إيداع الشفيع خزانة المحكمة « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة » (م ٢/٩٤٢ مدني) . ولم يكن قانون الشفعة السابق يوجب هذا الإيداع ، بل كان يقتصر على النص على أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة « مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » (م ١/١٤ من قانون الشفعة السابق) . فلم يكن عرض الثمن عرضا حقيقيا محتما ، بله الإيداع في خزانة المحكمة ، بل كان يكفي أن يبدى الشفيع استعداداه لدفع الثمن وملحقاته في صحيفة دعوى الشفعة . فوضع التقنين المدني الجديد ، بإجابه إيداع الثمن خزانة المحكمة ، حدا لدعاوى الشفعة غير الحدية التي يقصد بها في الغالب فتح المجال للمضاربة عن طريق تهديد المشتري حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال . لا سيما إذا لوحظ

- وانتهت المناقشة بأن وافق مجلس النواب على اقتراح قدمه أحد الأعضاء يقضى بإعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت عليه في قانون الشفعة السابق - أنظر في هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٧٣ - ص ٣٨٤ في الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥ .

أن الشفيع لم يكن ملزماً في قانون الشفعة السابق ، كما هو ملزم في التقنين المدني الجديد (م ٩٤٣ مدني) ، بقيد الدعوى في ميعاد معين . فكان يكتفى بإعلان صحيفتها دون أن يقيد بها ، ثم يفتح الباب لمساومة المشتري . وهكذا ضيق التقنين المدني الجديد بهذا الحكم أشد التضييق من حق الشفعة ، إذ أصبح واجباً على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ، وليس هذا بالأمر اليسير في كثير من الأحوال .

٢ - أجاز التقنين المدني الجديد نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ مدني) ، فهد بذلك السبيل للمشتري في أن يحصل على نزول الشفيع عن الشفعة مقدماً قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك حتى يطمئن إلى مصير الصفقة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون الشفعة السابق ، فعبارته الواردة في المادة ١٩ (أولاً) منه تفيد أنه لا يجوز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، وإن كانت محكمة النقض قد قضت ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن النزول عن الشفعة جائز حتى قبل البيع (٢) .

٣ - منع التقنين المدني الجديد الأخذ بالشفعة « إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » (م ٩٣٦ ب مدني) . أما قانون الشفعة السابق ، فقد كان ينص في المادة ٣ منه على أنه « . . . لا شفعة فيما يبيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما يبيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد توسع في منع الأخذ بالشفعة . فضيقت من هذا الحق ، بأن منعه في البيع بين الأقارب ، لغاية الدرجة الرابعة ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التي اقتصر عليها قانون الشفعة السابق ، ومنعه في البيع ما بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنع في البيع ما بين الأصهار أصلاً .

٤ - أسقط التقنين المدني الجديد الحق في الأخذ بالشفعة « إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » (م ٩٤٨ ب مدني) ، في حين أن

(١) أنظر آنفاً ص ٥٣ وما بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ -

وأنظر آنفاً ص ٥٥ : ما مش ١

قانون الشفعة السابق في المادة ٢٢ منه كان لا يسقط الشفعة إلا بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

٥ - نص التقنين المدني الجديد صراحة على أنه إذا توافرت في المشتري الشروط التي كانت تجعله شفيعا ، « فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته » (م ٣/٩٣٧ مدني) . وقد كانت محكمة النقض ، بالتطبيق لأحكام القانون الشفعة السابق ، لا تفضل المشتري الشفيع على شفيع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدني الجديد بالنص صالف الذكر ، وسنعرض لهذه المسألة في موضعها .

هذا إلى أن تكييف التقنين المدني الجديد الشفعة تكييفا قانونيا صحيحا ، وتصريحه في المادة ٩٣٥ مدني بأن « الشفعة رخصة » ، - اعد على ترجيح الرأي القائل بأن الشفعة لا تنتقل بالمراث ، إذ أن ارضى لا تورث على التفصيل الذي سبق أن بسطناه (١) . وفي عدم انتقال الشفعة بالمراث تضييق في الأخذ بها ، ما دامت ورثة الشفيع لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة (٢) .

وبالرغم من هذا التضييق في الأخذ بالشفعة ، فان التقنين المدني الجديد لا يزال يعتبر الجوار في حالات معينة سببا من أسباب الأخذ بها . وإذا كان من المستساغ أن يثبت للشريك في الشروع حق الأخذ بالشفعة تفاديا من دخول أجنبي بين الشركاء ، وكان من المستساغ أيضا أن يثبت لصاحب الرقبة

(١) انظر آفاص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد التضييق في المشروع من حق الأخذ بالشفعة : « على أن المشروع كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضييق في الأخذ بها ، إذ هي قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ، ومن ناحية الإجراءات . فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تقيدها ، إذ جعل قرابة الحواشي المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع . وأنقص المدة التي تسقط - في الأخذ بالشفعة إلى ثلاثة أشهر (أصبحت أربعة أشهر) من يوم تسجيل البيع . وعالج (المشروع) من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضييق في الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغا يساوي الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقد عادت الشفعة في المشروع إلى مكانها في التقنين المدني ، بعد أن انفصلت عنه منذ صدور القانون الحال (السابق) الخاص بالشفعة في سنتي ١٩٠٠ و ١٩٠١ » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٣٤٤) .

أو لصاحب حق الانتفاع أو للمحكر أو للمستحكر أن يأخذ بالشفعة جمعا لما تفرق من شتات الملكية ، فليس من المستساغ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية ، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها . والجوار قد أصبح في الوقت الحاضر ليس بذى خطر كما كان في الماضي ، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة . بل إن الجوار ، حتى في الماضي ، لم يكن سببا من أسباب الأخذ بالشفعة في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي . فاذا أضيف إلى ذلك أنه كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية العقارية والتوسع في تملك الأراضي والمباني المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة منهم ، تبين أنه كان من الصواب الوقوف عند المشروع النهائي للتقنين المدني الجديد الذى أقرته لجنة المراجعة ، وقد حذف فيه الجوار سببا للأخذ بالشفعة على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

وبعد هذه النظرة التمهيدية في الشفعة ، نتناول أحكامها في مباحث ثلاثة :
 (١) شروط الأخذ بالشفعة . (٢) كيفية الأخذ بالشفعة . (٣) آثار الأخذ بالشفعة .

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٦٥ - **مقدمة شروط الأخذ بالشفعة** : تتلخص هذه الشروط في

أمرين : (١) بيع عقار . (٢) ووجود شفيع .

المطلب الأول

بيع عقار

١٦٦ - **مسألته** : نعرض هنا لمسألتين : (١) بيع العقار الأصل فيه

جواز الأخذ بالشفعة . (٢) ومع ذلك هناك بيوع عقارية لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة .

§ ١ - بيع العقار الأصيل فيه جواز الاخذ بالشفعة

١٦٧ - ما يشتمل عليه بيع العقار من مسائل : إذا بيع عقار ، انفتح باب الشفعة . والأصل جواز أن يؤخذ هذا العقار بالشفعة . إذا وجد شفيع وتوافرت سائر شروط الشفعة . والمفروض أن يكون هناك عقار ، وقد ورد عليه عقد البيع .

فالشفعة لا تكون إلا في العقار ، أما المنقول فإرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة . ثم إن الشفعة غير قابلة للتجزئة . فلا تجوز تجزئة العقار أو العقارات المباعة عند الأخذ بالشفعة ، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة .

ثم يجب أن يرد على العقار عقد البيع ، فهذا العقد هو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، وأي عقد آخر ولو كان ناقلاً للملكية لا يجوز فيه الشفعة . ولا يشترط في البيع ، حتى يصح الأخذ بالشفعة ، أن يكون مسجلاً . وقد تتوالى البيوع على العقار الواحد ، فيثار التساؤل في أيها يجوز الأخذ بالشفعة .

فهذه جملة من المسائل . نستعرضها متعاقبة على الترتيب الآتي : (١) لاشفعة في المنقول . (٢) الشفعة غير قابلة للتجزئة . (٣) لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع . (٤) جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . (٥) الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع .

١٦٨ - لا شفعة في المنقول : الشفعة لا تكون إلا في العقار ، ولا شفعة

في المنقول . وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد ، لا حق الشفعة . وقد سبق أن بسطنا القول في حق الاسترداد في الجزء الثامن من الوسيط عند الكلام في الملكية الشائعة ، وبيننا أن حق الاسترداد يثبت في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لأجنبي بطريق الممارسة . ولحق الاسترداد قواعده ومواعيده وإجراءاته تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها وإجراءاتها . وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي . على أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الشفعة ، وليست الشفعة إلا حق استرداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط

معينة أما شروط حق الاسترداد فهي تنحصر ، على ما سبق أن بينا (١) ، في أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من المال أو في منقول معين بالذات ، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة . وأن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء (م ٨٣٣ مدني) . ويجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، وإجراءات الاسترداد ليست من التعقيد بالقدر الذي عليه إجراءات الشفعة ، وهي إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول .

وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة ، لأن السفينة منقول ، والذي يرد هو حق الاسترداد (٢) . كذلك لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال ، كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع ، فلا يشفع في هذا البناء أو الغراس شريك أو جار . أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالاً عن الأرض . كبيع المحتكر للبناء الذي أقامه على الأرض المحكرة أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل . فهو بيع عقار لا بيع منقول . ومن ثم يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذ هذا البناء بالشفعة ، إذا توافرت فيه سائر الشروط (٣) .

والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله ، فإذا بيع مستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول . ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة . أما إذا بيع مع هذا العقار ، فإنه يجوز أخذه بالشفعة تبعاً للعقار . وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من

(١) الوسيط ٨ فقرة ٥١٦ .

(٢) وعند مالك ، دون المذاهب الأخرى ، تجوز الشفعة في السفينة لأنها أعدت كالعقار لتكون مسكناً .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢١٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٤٤١

- وعند الحنفية بيع البناء أو الشجر استقلالاً عن الأرض هو بيع منقول ، أما إذا بيع مع الأرض فيجوز أخذه بالشفعة تبعاً للأرض . وقد جاء في المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران في هذا الصدد : « لاشفعة في البناء والشجر المبيع قصداً بكون الأرض القائم عليها ، فإذا بيع البناء تبعاً للأرض ثبتت فيه الشفعة » . أما الملكية فيعتبرون البناء عقاراً ، فثبتت فيه الشفعة حتى لو بيع استقلالاً عن الأرض .

مواش وآلات رى ونحوها مما يعد عتقارا بالتخصيص ، فان الشفعة تثبت في المزرعة وما تشتمل عليها من المواشى وآلات الرى وغيرها من العقارات بالتخصيص . أما إذا فصلت المواشى أو آلات الرى عن الأرض وبيعت مستقلة ، فان الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول (١) .

١٦٩ - الشفعة غير قابضة للتجزئة : معنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أنه

لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة . في صفقة واحدة ، بعض المبيع دون بعض ، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٥ مدنى ينص على هذا الحكم صراحة ، إذ كان هذا النص يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة . وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . واجتازت هذه الفقرة المراحل التشريعية حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ . بعد أن عدلت في لجنة المراجعة بما يجعل الشفعة لا تنتقل بالميراث على ما مر بيانه (٢) . ودار نقاش في لجنة مجلس الشيوخ حول توريث حق الشفعة وتجزئته ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة كلها من المشروع « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (٣) . والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة ، وهذا هو الحكم أيضا في الفقه الإسلامى (٤) .

وتأصيل المسألة أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة

(١) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٢٧٠ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٠ ص ٤٦٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٢ - حسن كبيرة ص ١٢ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٦ .

(٤) وقد فضت المادة ١١٣٥ مدنى عراقى على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع أن يضب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه . لكن إذا تعدد المشترى واتحد البائع ، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي » . ونصت المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانية (المعدلة بقانون د شباط سنة ١٩٤٨) على أن « حق الشفعة لا يتجزأ . فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله . فإذا تعدد اشغده المتساوون في الفقة ، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة ، وجب على الباقين طب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترى للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » .

في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه : ولا يكون هذا مقبولة للشفعة (١) . فإذا باع المالك عقاراً واحداً للمشتريين متعددين في صفقات متعددة ، بأن اشترى كل من المشتريين جزءاً مفرزاً من العقار بثمن مسمى ، ولو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات ، وكان للعقار جار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، كان لهذا الجار أن يأخذ بالشفعة في جميع الصفقات فيستولي على كل العقار ، وكان له أيضاً أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذ هو لم يفرق الصفقات فقد كانت مفرقة من الأصل (٢) . وكذلك إذا باع المالك عقارات متعددة ولو لمشتري

(١) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ .
 (٢) فإذا طلب الشفع جزءاً مفرزاً من هذه الأجزاء ، وجب أن تتوافر في هذا الجزء شروط الأخذ بالشفعة ، بأن يكون مثلاً ملاصقاً للأرض المشفوع بها من حدين وتكون قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة هذا الجزء . ويستطيع الشفع بعد ذلك أن يشفع في أي جزء مفرز آخر من العقار إذا كان متصلاً بالجزء المفرز الذي شفع فيه أولاً ، حتى لو لم تتوافر شروط الشفعة في هذا الجزء الآخر بأن يكون مثلاً غير ملاصق للأرض المشفوع بها إلا من حد واحد أو غير ملاصق لها أصلاً . ولكن لا يستطيع أن يشفع في جزء مفرز لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ، إذا كان هذا الجزء غير متصل بجزء تتوافر فيه هذه الشروط ويكون الشفع قد أخذه بالشفعة . وقد قضى في هذا المعنى بأنه إذا كان سبب الأخذ بالشفعة الجوار من جهتين ، وجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى الحصص التي يطلب أخذها بالشفعة في مجموعها . فلا يصح له مثلاً أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التي لا يكون له بها اتصال أو التي لا يكون له بها اتصال إلا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصص المتصلة بها والمجاورة للملكة من الجهتين . ولكن يكفي أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوافر فيه في ذاته شرط الجوار لملك الشفع من الجهتين . وذلك لأن إباحة أخذ العقار بثمنه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن المعتبر في نظر القانون هو كلية العقار أو كلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه ، بحيث أن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلاً واحداً متى تحقق الجوار من جهتين في بعضه سرى ذلك إلى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، وهي أنه في مثل هذه الحالة يكون للشفع أن يأخذ العقار بثمنه ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين . وقد لاحظ المقتضى في ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفع من جميع من ينتقل إليهم بالبيع بخصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه . وقد يكون ذلك متحققاً في عدد من جيرانه الجديدين ، فإن اضطرر لأخذ الشفعة من بعضهم دون بعض فانه يبق جاراً ملاصقاً أيضاً لهذا البعض الباقي فلا يدفع عن نفسه أذى جواره . لذلك جعل له القانون الحق في أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوافراً في بعضها ويكون باقيها متصلاً بها (طنطا الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٢ ص ٥١) .

واحد ، في صفقات متفرقة ، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، إذا توافرت شروطها ، في بعض الصفقات دون بعض . وليس في هذا تجزئة للشفعة ، فان الصفقات كانت من الأصل متفرقة (١) .

أما إذا كانت الصفقة واحدة ، فانه لا يجوز للشفيع أن يفرقها بأن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة دون أن يأخذ الصفقة كاملة ، إذ أن ذلك يكون تجزئة للشفعة (٢) . ويمكن تصور وحدة الصفقة في فرضين : إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوخ وهذا هو فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع (٣) ، وإذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وهذا هو فرض تعدد العقارات المباعة مع وحدة المشتري (٤) .

أ - في فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع ، إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوخ ، لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة ، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من المشتريين قد اشترى

(١) وقد يكون العقار مقسوما بين الشريكين ، فيستقل كل منهما بنصيبه مفرزاً وبيع الإثنان نصيبهما المفرزين في عقد واحد ، فلا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا بالنصيب المجاور ، وليس له أن يأخذ النصيبين معا بجهة عدم التجزئة . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا باع الشريكان عقاراً وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فعقد البيع يعتبر مشتملاً على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة إلا في الجزء المجاور له ، ولا يحق له أن يأخذ بجميع العقار بجهة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع (استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وإذا كان العقار المشفوع فيه أرضاً زراعية أقيم فيها بناء ، فليس للشفيع أن يقتصر في طلب الشفعة على الأرض دون البناء بدعوى أنه غير محتاج له ، كما أنه يتعين على الشفيع أن يشفع في الأرض بما تشتمل عليه من ملحقات إذا دخلت هذه الملحقات في عقد البيع (استئناف مختلف ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩١ - ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤) .

(٣) أما إذا باع المالك عقاره لمشتري واحد ، فبدهى أن الشفيع لا يستطيع أن يجزئ الصفقة فيأخذ بعض العقار دون أن يأخذ الباق .

(٤) وهناك فرض ثالث هو أن يتعدد الشفعاء ، فيتعين على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة . وسنعرض لهذا الفرض عند الكلام في تعدد الشفعاء وتزاحمهم ، إذ هناك هو المكان الأنسب لبحثه .

جزءاً مفرزاً من العقار في صفقة مستقلة ولو في عقد واحد مع سائر المشترين ، فقد قدمنا أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون بعض . وقد كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق تنص صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » . فالمناط في وحدة الصفقة وتعددتها يكون إذن ببيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها (١) ، أو ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض . وإذا كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق لم تنقل إلى نصوص التنين المدني الجديد ، فإنه يصح مع ذلك الأخذ بحكمها ، إذ هو حكم لا ينحرف عن المبادئ العامة ، فضلاً عن أنه كان مطبقاً منذ زمن طويل فاستقر في عرف التعامل (٢) . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذا الحكم ، بأن المادة ١١ من قانون الشفعة القديم تقضي بأنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . وهذا يفيد بدهاءة أن الشفيع إذا رغب في استعمال حقه في أخذ كل العقار المبيع بالشفعة . وجب عليه أن يوجه الدعوى بها إلى

(١) ويشترط في ذلك بيع العقار بأكمله لمشتريين متعددين على الشيوع ، فإذا بيعت حصة شائعة من العقار لمشتريين متعددين على الشيوع ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الشفعة ، وجاز للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين دون أنصبة الباقين ، ولا يكون في هذا تفريق للصفقة لأنها مفرقة من الأصل . وقد قضت محكمة النقض في هذا المنسئ بأن مناط تطبيق المادة ١١ من قانون الشفعة أن يكون المبيع عقاراً بتمامه لعدة مشترين ، فإذا كان المبيع جزءاً شائعاً في عقار لعدة مشترين ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ووجب الرجوع إلى القواعد العامة . وهي تجيز الشفعة في بيع كل حصة شائعة ، متى توافرت أسباب الشفعة فيها . فإذا كان الحكم قد أسقط حق الشفيع قبل أحد المشترين استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة ١١ سالفة الذكر مع أن المبيع كان جزءاً شائعاً فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤) .

(٢) أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٨٩ .

جميع المشترين حتى تتم عملية التحويل في مواجهة جميع أطرافها . ولا يعنيه من ذلك طعنه بصورية عقد هؤلاء المشترين . بخجة أن إدخاله في عقد الشراء كان إجراءً صورياً قصد به إسقاط حقه في الشفعة (١) .

وإذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشبوع . وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة كما سيجيء . فان الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين . ذلك بأن الشفيع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصنفقة كما قدمنا . وهو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة . وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه ، فتسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشترين (٢) . وذلك ما لم يطعن بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين بعقد صوري تحايلاً لمنع الأخذ بالشفعة ، فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفيع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة في كل العقار . ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصوري ، وأن يدخله خصماً في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهته صورية عقده ، وبهذا قضت محكمة النقض في الحكم الذي سبق ذكره (٣) . وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر ، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتري واحد أو لمشتريين متعددين على الشبوع ، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذي يلاصق العقار المشفوع به . فيبيعه مفرزاً يباع صورياً لشخص آخر ، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمنع الأخذ بالشفعة . فإذا أثبت الشفيع ذلك ، كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع (٤) .

(١) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ .
 (٢) سواج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ اعانة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ - إننا ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسية ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .
 (٣) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ . وهو الحكم السابق الإشارة إليه .
 (٤) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢ ص ٢١٦ - وسعود إلى هذه المسألة (أنظر مايل فقرة ١٨٥) .

ب - رضى فرض تعدد العقارات المباعة مع وحدة المشتري ، إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وبشمن واحد ، وجب التمييز بين حالتين : (١) أن تتوافر في هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ، وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يطلب أخذ العقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات ، ولأن الصفقة واحدة فلا يجوز تفريقها على المشتري . ومما يؤكد وحدة الصفقة أن تكون العقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض (١) ، أو إذا كانت منفصلة أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (٢) . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على بعض

= وكما يتعدد المشترون على الشيوع ، قد يتعدد البائعون على الشيوع فيبيعون عقارا شائما بينهم لمشتري واحد ، فتعتبر الصفقة في هذه الحالة صفقة واحدة ولا يجوز تفريقها . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائمة وحدها ، بل يجب أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد ، وكانت منفصلة بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها دون العقارات الأخرى التي لا يستتبع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة . أما إذا كانت العقارات المباعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله أن يكون المبيع عقارا واحداً أو عقارات متعددة متصلة أي متلاصقة ، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩ ص ٥٢ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦) .

ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد مبنى خصص ليكون مدرسة ، وعلى بعد منه قطعة أرض قضاء منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة . ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لطريقة استغلال واحدة أراض زراعية منفصلة بعضها عن بعض ، ولكن خصصت كلها لزراعة القصب لتوريده إلى مصنع للسكر (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦) . وعلى كل حال يجب ترك البت في أن الصفقة واحدة أو متعددة لتقدير قاضي الموضوع ، فيقتضى في ذلك بناء على أسباب سائنة ، مستهديا بالظروف الخاصة بكل صفقة وبما يحيطها من ملاحظات .

العقارات دون بعض ، فلا بد أن يكون ذلك بموافقة المشتري ، فهو وحده الحكم فيما إذا كان تفريق الصفقة يضر به أو أنه يرضاه ليتمكن بذلك من أن يستبق بعض العتارات لقيام مصلحة له في ذلك . (٢) أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر ، وفي هذه الحالة يبدأ الشفيع بأن يطلب الأخذ بالشفعة في العقار أو العقارات التي تتوافر فيها الشروط (١) . ولما كان قد حدد في الغالب ثمن واحد لجميع العقارات ، فإن قيمة العقارات التي يطلب الشفيع أخذها بالشفعة تقدر بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الواحد تتفق مع مساحة هذه العقارات وصقعها بالنسبة إلى باقي العقارات (٢) . ولكن يجوز للمشتري ، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به ، أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات ، ما توافرت فيه شروط الشفعة ومالم تتوافر ، وذلك حتى لا تنجزاً عليه الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى مالم تتوافر فيه الشروط ، أو أن يتركها جميعاً حتى ما توافرت فيه الشروط . وقد جرى القضاء على هذا المبدأ في أحكام متعددة (٣)

- (١) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقص د رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقص ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .
- (٢) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٥ ص ٢٦ (إذا كانت الأرض المشفوع فيها قد بيعت صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، وعرض الشفيع نسبة من الثمن الإجمالي الوارد في عقد البيع ، وجب على المحكمة أن تعين خبيراً لتقدير قيمة القطعة المشفوع فيها ، وإذا رأت المحكمة لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحت) - استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٢ - ٢١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٩ (إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة وأنقص ثمن القطعة الأخرى غير الخاضعة لحق الشفعة من غير أن يزداد ثمن البيع الإجمالي ، وذلك بقصد منع استعمال حق الشفعة ، فإن للقاضي أن يعين الثمن الحقيقي للقطعة الخاضعة لحق الشفعة) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٤ .
- (٣) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ (عدم جواز تجزئة الصفقة ليس معناه أن يكون للشفيع حق الشفعة في جميع الصفقة بما فيها العقار الذي لا شفعة له فيه أصلاً ، وإنما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك إذا شاء ، وإلا كان حق الشفيع مقصوراً على العقار الذي لو حق الشفعة فيه وحده) - استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ - طنطا الكلية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦ .

على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم ، فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه :
 ١٠ - لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى (السابق) . وهو يفرض أن المشتري قد اشترى ، صفقة واحدة وبشمن واحد ، العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . ففي هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا العقارات جميعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص في حالتين : (١) إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها ، فإن أحدا من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها . ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع

= وإذا عرض المشتري أن يأخذ الشفيع بقية العقارات التى لم تتوافر فيها شروط الشفعة فأجابته الشفيع إلى ذلك ، كان أخذ الشفيع لهذه البقية صفقة مستقلة تقوم على التراضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى للشفيع بأحقية في أخذ جزء من الأطنان المبيعة بالشفعة ، كما قضى بأحقية أيضا في أخذ باقى الشفعة وذلك قبولا لما رددته المشتري في دفاعه أمام محكمة الموضوع من تضرر لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استغلالها ، واستجابة لما أظهره الشفيع من استعداد لأخذ هذا الباقي رفعا للضرر عن المشتري ، فإن التكليف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفيع لباقى الصفقة ، إذ ثبت من جهة حقه في أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى إصابة المشتري بأضرار من تخلف الجزء الباقي في يده . ففى كان الحكم قد أثبت قيام الأسس التى بنى عليها هذا التراضى ، فإنه لا يكون قد أخطأ إذا عمل أثره وقضى للشفيع بأخذ باقى الصفقة رفعا للضرر الذى شكاه منه المشتري . ولا يغير من ذلك أن يكون المشتري قد اعترض أمام محكمة الموضوع على ما أبداه الشفيع من أخذ باقى الأطنان بأنه طلب جديد للشفعة لم تتوافر بشروطه ومواعيده (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤) .

فيه . (ب) إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحداً من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه . « وقد اجتاز هذا النص مراحلته التشريعية ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة لوحظ أن الحكم الوارد في الفقرة الأولى يخالف ما جرى عليه العمل ، وبعد مناقشة انقسمت اللجنة إلى رأيين ، الأول يذهب إلى جواز تجزئة الصفقة والأخذ بالشفعة في العقار الذي توافرت فيه شروطها ، والثاني يذهب إلى عدم جواز الشفعة إلا في الصفقة كلها . وانتهت اللجنة إلى حذف المادة ، وتركها حكماً لاجتهاد القضاء^(١) . ويتبين مما قدمناه أن النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدى ، والذي كان يقضى بعدم جواز الشفعة أصلاً ، سواء في العقارات التي لا تتوافر فيها شروط الشفعة أو العقارات التي تتوافر فيها هذه الشروط ، يخالف ما جرى به العمل ، ولم يقدر له أن يكون تشريعاً ، بل ترك الأمر لاجتهاد القضاء . لذلك لا يجوز الأخذ بحكم هذا النص^(٢) ، لا سيما بعد أن بدأ أن الميل متجه إلى العمل بما سار عليه القضاء . وقد قدمنا أن الرأي الذي نقول به - وهو جواز الأخذ بالشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروطها وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه فيتحمم عندئذ أن يأخذ الشفيع جميع العقارات - هو الرأي الذي يتمشى مع ما يسير عليه القضاء في هذه المسألة . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأي بما قيل من أن الشركات العقارية تنضرر منه إذا اشترت شركة منها حيلة

(١) أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٢ في الهامش .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٣٨١ - شفيق شحانة

فقرة ٢٦٠ - عبد المنعم البدر اوبى فقرة ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك والأخذ بحكم هذا النص محمد

عل حرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ - ص ٣٩٤ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٢٥٩ - إسماعيل

غانم ص ٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧ - منصور مصطفي

منصور فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ .

عقارات بقصد تقسيمها ، وتصادف أن كان منها عقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة فيحبط الشفيع مشروع الشركة (١) ، ذلك بأن الشفيع في هذه الحالة لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا العقار الذي توافرت فيه شروطها دون غيره من العقارات ، ويسلم للشركة بعد ذلك ما يبق من العقارات فتمكن من القيام بمشروعها (٢) .

وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد ، ولكن في صفقات متعددة ، كأن كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة ، لأن الصفقات متعددة ومبدأ عدم التجزئة لا يسرى إلا في حالة وحدة الصفقة . وعلى ذلك يجوز للشفيع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي توافرت فيها شروطها ، ولا يعترض عليه في ذلك أنه يجزئ الصفقة لأن الصفقات كانت متعددة من مبدأ الأمر ، وهو لا يأخذ بالشفعة إلا في صفقة واحدة لم يجزئها . ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي لم تتوافر فيها الشروط إذ أن الحق في الأخذ بالشفعة في هذه العقارات منعدم ، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر الشفيع على الأخذ بالشفعة في هذه العقارات لأنه لا يستطيع أن يستند في ذلك إلى مبدأ عدم التجزئة فهو غير منطبق لتعدد الصفقات (٣) .

ويقرب ما قررناه ، فيما تقدم ، من أحكام الفقه الإسلامي . فعند أبي حنيفة ومالك والشافعي أنه إذا تعدد المبيع : ب أن اشترى شخص دارين بعقد واحد ، وتوافر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعا بالشفعة ، وليس له أخذ أحدهما وترك الأخرى لما في ذلك من تفريق الصفقة على المشتري . أما إذا تعدد العقد ، أو كانت

(١) أنظر في هذا الاعتراض محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ - وانظر أيضا في هذا الاعتراض مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ في الهامش .

(٢) ويحسن في هذا الفرع ترك الأمر لتقدير القاضي ، فإذا رأى أن الأخذ بالشفعة للعقار الذي توافرت فيه الشروط من شأنه أن يعطل مشروعا اقتصاديا كبير النفع ، فله أن يرفض طلب الشفيع .

(٣) أنظر في هذا المعنى نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٢٠ - استئناف مخلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ .

شروط الشفعة لا تتوافر إلا في إحدى الدارين ، كان للشفيع في الحالة الأولى أخذ أحد الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد ، وكان له في الحالة الثانية أخذ الدار التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى لأنه لا يشفع إلا فيها .

هذا ونحن فيما قدمناه إنما نقف عند المسائل الرئيسية لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة ، دون الخوض في التفاصيل التي تباينت فيها الآراء واحتدمت في شأنها المناقشات (١) ، وهي تفاصيل يحسن تركها لاجتهاد القضاء كما قررت لجنة مجلس الشيوخ ، فيسهدى القضاء في كل حالة بالظروف الخاصة بها وبما يحيطها من ملابسات .

١٧٠ - لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع : كان التقنين المدني السابق

يجوز الشفعة في البيع وفي المقايضة ، فكانت المادة ٧٠ / ٩٦ منه تنص على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة » . ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والثمن لا يوجد إلا في البيع ، ولو أخذ في المقايضة لتعين أن يأخذ العقار بقيمته إذ لا ثمن في المقايضة ، ولتعين إجبار المالك على تقاضي قيمة العقار الذي قابض به بدلا من العين التي قابض عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات ، لذلك كان من المناسب ألا تجوز الشفعة في المقايضة ، وألا تجوز إلا في البيع . وهذا ما حققه قانون الشفعة السابق ، إذ نص في المادة ٥ منه على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » . وقد سار التقنين المدني الجديد على هذا النهج ، إذ تعرف المادة ٩٣٥ مدني ، كما رأينا ، الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري . . . » ، ثم إن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع .

فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه ، حتى يجوز الأخذ بالشفعة . وعقد البيع تصرف قانوني صادر

(١) أنظر ما دار من مناقشات طويلة في هذا الشأن في لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلستي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٦ - ص ٢٥٠ في الماش .

من الجانبين وناقل للملكية بعوض . فاذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني ، كالميراث والالتصاق والتقدم ، فلا شفعة . ولا شفعة أيضا إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية . وحتى لو كان التصرف القانوني صادرا من الجانبين ، أى كان عقدا ، فلا بد أن يكون عقد معاوضة ، فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة (١) ، حتى لو كانت بعوض ما دامت هبة حقيقية (٢) . فاذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ .

(٢) وذلك لأن الواهب بما وهب ، ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوافر في الشفيع ، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ، ولو بقيمة العقار الموهوب .

كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع ، كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨) . ولاشفعة في بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلها المشتري ، فتساهلت الحكومة في الثمن تساهلا كبيرا (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ المحامة ٥ رقم ٤٣٢ ص ٥١٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ المحامة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩) . وقد قضى في هذا المعنى بأن البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصغار المزارعين ، إذا توافرت في طالب الشراء شروط معينة منها قيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها أو استجاره لها مدة طويلة ، وبقصد توفير أسباب العيش لصغار المزارعين ، هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع . وقد روعى في تقدير الثمن فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري ، وقصد به تحقيق مصالح عليا اجتماعية وسياسية ، ومن ثم يتناهى القضاء بالشفعة في مثل هذا البيع مع طبيعة العقد ، ويكون فيه تفويت للأغراض المقصودة من البيع (نقض ملق ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٥ ص ٥٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٠٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ - حسن كيرة ص ١٥ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦١ ص ٤٤٩) . وقضى أيضا في هذا المعنى بالا شفعة فيما تنزل عنه الحكومة من أملاكها الخاسرة لموظفيها السابقين ، بدلا عما يستحقونه من المعاش (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ - أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٦٦) . وقريب من هذا ما تمهدت به الحكومة ، نتيجة لتدخلها طبقا للمرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ لصيانة الثروة الزراعية ، من رد الأراضي التي رسا مزادها عليها لأصحابها . فقد أوجبت الحكومة على نفسها ، طبقا لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، أن ترد لكل مالك ملكه بمجرد طلبه ذلك في مدى خمس سنوات ، في مقابل رد الثمن الذي رسا به مزاد الأرض . وقد قضت محكمة النقض بأن رد الأرض إلى صاحبها بموجب القرار -

ستار الهبة ، وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة (١) . وبأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور في العقد ، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي لإحكام سر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعرض ، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد (٢) . وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذي يسر الهبة ، كما هو الغالب ، لم يجز الأخذ فيه بالشفعة ، ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير في الصورية كما سيجيء ، وعلى ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع (٣) . وقد يتحايل البائع والمشتري لمنع الأخذ بالشفعة ، فهب

= سالت الذكر لا يعتبر بيما تجوز فيه الشفعة، ويمكن اعتبار صاحب الأرض مالكا لم يتجرد عن ملكيته منذ نزلت منه إلى يوم أن استردها من الحكومة إذ هو في حكم البائع للفرد الذي رما مزاده على الحكومة ، واسترداده للأرض يكون بمثابة تقايل من هذا البيع ونسخ له . ولا يبر بيما جديداً تجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦) . أما إذا تنازل صاحب الأرض عن حقه في استرداده لأرضه إلى شخص آخر ، وقبلت الحكومة هذا التنازل وتصرفت بمقتضاه في الأرض للتنازل إليه ، فإن هذا التصرف الذي من شأنه أن يحدث للتنازل إليه ملكية لم تكن له من قبل يكون بيما ، وتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١) - أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٤٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٥ .

(١) وللشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ، وتدخل في ذلك القرائن ، أن حقيقة الهبة أنها بيع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - على زكي المرابي ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٥ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تصح الشفعة في العين الموهوبة ، ولو وصفت في العقد بالبيع (استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بشن زهيد ، وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة . لأنه لا يترتب على الهبة (مصر استئنافي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) - وأنظر استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٣-؛ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ . وليس ضروريا ، في الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا تجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ في ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشتري فإن هذه العلاقة لا يتحتم معها أن يكون البيع هبة مستترة ، ولا نقلة الثمن المذكور في =

البائع للمبتدئ جزءاً صغيراً مقطوعاً من الأرض المبيعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفيع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الحوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفيع بأنه لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة لعدم تحقق الحوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع . وفي هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت : بجميع طرق الإثبات ، أن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة . فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة : بالثمن المسمى في عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على اعتبار أن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى في عقد البيع (١) .

فاذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية (٢) ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا

العقد فقد يكون القصد من ذلك التخلف من مصروفات التسجيل (استئناف وطى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - مصر استئنافى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٥) .

وقد نصت المادة ٢٤٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشتري أو بوجه الموهوب له بعوض . وفي الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضاً لأسباب البطلان والإبطال والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها - لا تسع دعوى الشفعة في المقايضة العقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الإخوة والأخوات » .

(١) على زكي المرابي فقرة ١٤ ص ١٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٩ - منصور مصطلح منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣٠ - هذا وإذا كان لا يجوز في الهبة الأخذ بالشفعة ، فإنه يجوز لمن تملك العقار المشفوع به بمقدهبة من المالك الذي باع بعد ذلك عقاراً آخر أن يأخذ هذا العقار الآخر بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن العقار المشفوع به موهوب له من نفس المالك البائع ، وذلك ما لم يشترط هذا الأخير على الموهوب له النزول عن حقه في الأخذ بالشفعة (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٧) .

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد القسمة ، لأن القسمة كاشفة عن الملكية لا نافذة لها (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩) . وهذا هو أيضاً الحكم في الفقة الإسلامي ، فقد جاء في المادة ١١٤ من مرشد الجيران : « لا تجرى الشفعة في القسمة ، فإذا قست دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفيماً فيها » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ١٦٤) : « إذا اقتسم الشركاء العقار ، فلا شفعة لجارهم بالقسمة . سواء كانت القسمة بقضاء القاضي أو بنير قضائه » .

كان عقد بيع (١) . فالمقايضة ، ولو كانت بمعدل ، لا يؤخذ فيها بالشفعة (٢) ، إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البديل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استر في صورة مقايضة . فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٣) . ولا يجوز الأخذ بالشفعة في الشركة ، إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا ، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاه الشفيع قيمته ، لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يحل ذلك بأغراضها من تملك العقار (٤) . ولا تجوز الشفعة

= كذلك لاشفعة في الصلح ، لأنه كاشف عن الملك لا نائل له ، ولأن الصلح يتناق مع الشفعة فهو يستلزم من المتصلحين واجبات شخصية لا يمكن لشفيع القيام بها فيتمذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات (استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ - بني سويف الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ - استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٠٣) - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل حسبما للنزاع الحاصل بينهما ، فهذا العقد صلح طبقا لنص القانون . ولا يصح اعتباره بيما لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بشحن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن مستقرة لملكها بل كانت محل نزاع . والمبلغ المسمى في العقد لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها ، بل كانت مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذي لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) .

(١) ولا يجوز الأخذ بالشفعة في نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة لأن نزاع الملكية للمنفعة العامة ليس ببيع ، ولأن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٠ ص ٤٥٩ - إسماعيل غانم ص ٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٣ ص ٤٤٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ - ويجوز لشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع ، لأنه ليس طرفا في عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٣٨٧ ص ٩٥٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٢ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٥٧ ص ٤٤٤) .

(٤) أنظر في أسباب أخرى لعدم جواز الشفعة محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣٤ - وإذا اندمجت شركة في أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات ، جاز أخذها بالشفعة (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٩ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣٥) وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى ، كان البيع واقعا على أسهم ، وهي منقولة فلا شفعة .

في الوفاء بمقابل ، إذا أعطى المدين للدائن عقاراً في مقابل الدين ، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين ، وقد لا يرضى المدين إلا بالمعيار ذاته في مقابل الوفاء بهذا الدين ، وهذا هو أيضاً الحكم في الفقه الإسلامي^(١) .

فاذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد بيع ، جاز الأخذ فيه بالشفعة . ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل ، لأن هذا العقد لا وجود له حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة . كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الصوري لأنه عند لا وجود له كالعقد الباطل ، وقد قدمنا أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستتره في صورة بيع لأن البيع الذي يستر الهبة إنما هو عند بيع صوري . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الشفيع يعتبر من الغير في الصورية فله أن يأخذ بالعقد الظاهر دون العقد المستتر إذا كان حسن النية ، أى يأخذ بعقد البيع الصوري وهو العقد الظاهر فيجوز له على هذا الأساس أن يأخذ بالشفعة . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن الشفيع ، في رأينا ، لا يعتبر من الغير في الصورية^(٢) . وعلى ذلك إذا باع المالك عقاره بيعاً صورياً

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٦٠ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد سبق أن كتبنا في الجزء الثاني من الوسيط ، في صدد تحديد الغير في الصورية بأنه هو الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية والخلف الخاص لأى من هذين المتعاقدين ، ما يأتي : « ويلاحظ أيضاً أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يفاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بعقد جدي من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدي وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدي من المشتري والدائن الذي ارتهن من المشتري الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أى من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفيع كسب حقه بالشفعة والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يخلق بينه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع (نالياً للعقد الصوري) » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩١) . والسبب في أن الشفيع كسب حقه بسبب يدخل فيه العقد الصوري =