

الشفعة في القانون المدني الأردني
ومشروع المعاملات المدنية
لدولة الامارات العربية المتحدة
دراسة مقارنة مع القانونين المصري والعراقي
(القسم الأول)

الدكتور محمد الجندي
مدرس القانون المدني
بكلية الشريعة والقانون / جامعة الامارات

مقدمة وتمهيد:

١ - لا زالت الشفعة من المواضيع التي تثير شكا حول ملائمة الأخذ بها في القوانين الحديثة ، فهي بما تمثله من قيد على حرية التعامل وبما تؤدي اليه من تكتل للملكية ، تبدو كوسيلة شاذة من وسائل اكتساب الحقوق . ولعل هذا ما دفع بعض القوانين العربية ، كالقانون السوري ، الى

* نلفت نظر القارئ الكريم ، الى أن تقسيم البحث الى قسمين على عديدين ، هو تقسيم صناعي اقتضته الاعتبارات الفنية التي تحكم اخراج المجلة ، وتحديد حيز معين لكل بحث في العدد الواحد لا يمكن تجاوزه .

(١) واللذان سنشير اليهما من الان وصاعدا بلفظي «القانون» و«المشروع» وذلك ما لم يقتض المقام توضيحا نقوم به في حينه .

استبعادها وعدم العمل بها^(٢) .

٢ - ولم تكن المحاذير التي تحيط بالشفعة بخافية عن رجال الفقه الاسلامي ، فقد ناقشوا تلك المحاذير بكثير من التعمق والموضوعية ، وأبدوا في الكثير مما كتبوا ميلا واضحا لحصر نطاق الشفعة والتضييق من حالاتها^(٣) ، بل انهم جاهدوا - أمام نصوص قاطعة تدل على مشروعيتها^(٤) - في الكشف عن وسائل مختلفة - من بينها الحيل^(٥) - يكون من شأنها اغلاق هذا الباب وترك

(٢) بل ان القانون العراقي بعد أن كان يميز الشفعة للشريك على الشيوع وللخليط الجار، أصبح لا يميزها الا في الحالة الاولى وفي اطار ضيق يخص فقط حالة الشيوع في دار سكن وبشرط ألا يكون للشفيع دار على وجه الاستقلال ، المادة ١٠٦٦ (حسب التسلسل الجديد) من القانون العراقي ، طبعة باشراف صباح المفتي ، مطبعة الشعب بغداد ١٩٨٠ .

(٣) وفي هذا يقول ابن رشد (ص ٢٥٧ ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ط ٤ ، مطبعة الحلبي ، ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م) : «... ان الأصول تقتضي ان لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه ، وان من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص...» وجاء في المغني لابن قدامة (ص ٣٠٨ ، ج ٥ ، مكتبة ابن تيمية) ... ومجلة ذلك ان الشفعة ثبتت على خلاف الأصل ، اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه واجباره على المعاوضة مع ما ذكره الاصم (الذي قال بعدم ثبوت الشفعة أصلا لما ترتبه من اضرار بارياب الاملاك) . لكن اثبتها الشرع لمصلحة راجحة .

كذلك ما أورده ابن قيم الجوزية من نقاش حول ملائمة الأخذ بالشفعة في مختلف حالاتها (أعلام الموقعين ، ج ٢ ، مكتبة ومطبعة شقرون ، ١٣٨٨ هـ ، ١٩٦٨ ، ص ١٣٩ - ١٥١) . وفي التفسير الضيق الذي أعطى للأدلة المثبتة لمشروعية الشفعة ، انظر ، فضلا عن المغني (السابق) الاندلسي : المنتقى ، ج ٦ ، ط ١ ، ١٣٣٢ هـ ، مطبعة السعادة ، ص ١٩٩ وما بعدها .

(٤) في مشروعية الشفعة : البخاري الروضة الندية ، مجلد ٢ ، دار المعرفة ، ص ١٢٧ وما بعدها ، الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٥ ، دار المعرفة ، ص ٢٣٩ وما بعدها ، الشيرازي المهذب ، مطبعة البابي الحلبي ، ج ١ ، ص ٣٧٦ وما بعدها .

(٥) حول امكان اللجوء الى الحيل للحيلولة دون الأخذ بالشفعة ، العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج ١٢ ، دار المعرفة ، ص ٣٠٤ ، مجلة الأحكام العدلية ، ج ٢ ، ص ٧٤٠ و ٧٤١ ، المغني ، السابق ، ص ٣٥٣-٣٥٥ ، الذي يشير الى الحيل ويقرر حرمتها .

المحنا - حق الأخذ بالشفعة على الشريك في العقار الشائع ، اذا جرى التصرف في حصة من ذلك العقار ، فان القانون ، وفقا لرأي الاحناف ، لا يتقيد بذلك^(١٠) . هذا الى ان ظاهر صياغة النص^(١١) الذي ورد في القانون يمحصر حق الشفعة على الحالة التي تكون فيها ملكية العقار المشفوع فيه قد انتقلت بعقد بيع . أما نص المشروع ، فانه يسمح بالأخذ بالشفعة في كل حالة يتم فيها انتقال الملكية بعقد من عقود المعاوضة^(١٢) .

٦ - وعلى أية حال ، فالشفعة تفترض شخصا يأخذ بالشفعة وهو الشفيع ، وشخصا آخر يؤخذ العقار منه بالشفعة وهو المشفوع منه (عليه في المشروع) ، وشخصا تصرف بهذا الأخير . كما انها تفترض عقارا يؤخذ بالشفعة وهو العقار المشفوع أو المشفوع فيه ، وعقارا آخر يستند اليه الشفيع في أخذه بالشفعة ، وهو العقار المشفوع به .

(١٠) في الفرق بين حالات الشفعة عند الجمهور وحالاتها عند الاحناف : ابن رشد ، ج ٢ ، السابق ، ص ٢٥٦-٢٥٩ ؛ المغني ، ج ٥ ، السابق ، ص ٣٠٨ ، و ٣٠٩ محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، ف ٨٥ ، ص ١٦٧ وما بعدها .

(١١) قلنا «ظاهر صياغة النص» ، لان القانون يميز ، في الحقيقة الشفعة في عقود المعاوضات المالية جميعا . فالمادة ٢/١١٥٥ تجيز الشفعة مثلا في عقد الهبة بعوض . ومع ذلك ، فالفرق يبقى واضحا بين المشروع والقانون ، حيث يميز الأول الشفعة في كل المعاوضات سواء كان العوض فيها ماليا ام غير مالي ، بينما يستوجب القانون ان يكون العوض ماليا .

(١٢) ويختلف نص المشروع عن نص القانون في مدى إحكام صياغة كل منها . فلقد جاءت صياغة النص الأول ركيكة لا تعبر بوضوح عن المراد منها . فالشفعة وان ظهر في احكامها معنى الاستحقاق ليست استحقاقا ، بما لهذا اللفظ من معنى محدد يشير الى رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله لعدم صحته . (في ذلك الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ، مطبعة الباي الحلبي ، ج ٣ ، ص ٤٧٣ ، الذي يقر ان ورود لفظ استحقاق على لسان فقهاء المالكية قد جاء على سبيل المجاز وأخذنا للمسبب بالسبب) هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فانه لم يكن ضروريا ايراد عبارة «بما يدل على طلب الأخذ عرفا» . فضلا عن ان هذه العبارة لا تضيف شيئا ، فانها تدخل الكثير من الغموض ، إذ من الثابت ان طلب الشفعة في تقنين حديث لا بد ان يتم وفقا لاجراءات رسمية محددة ، رسمها المشروع نفسه في المواد ١٢٩٨ - ١٣٠٠ .

- ٧- خصائص الشفعة : يتميز حق الشفعة بأنه :
- ٨ - ١ : حق استثنائي :- وهذه الخاصية تنأت مما سبق قوله من ان الشفعة قد قررت على خلاف الأصل^(١٣) ، وبالتالي فانه لا يجوز التوسع في تفسير النصوص المقررة لها .
- ٩ - ٢ : عدم القابلية للتجزئة :- لا يجوز للشفيع ان يطلب الشفعة في جزء من العقار المتصرف فيه . ويمتنع عليه ذلك حتى متى تعدد المستحقون للشفعة وطلب كل منهم الأخذ بها^(١٤) . فلو كان التصرف بيعا ، فان على كل شفيع ان يطلب أخذ العقار المبيع بالكامل . وهنا ، فان المحكمة تطبق القواعد الخاصة بتزاحم الشفعاء ، وهي قواعد تحدد طبقات الشفعاء وأولوياتهم (المادة ١١٥٢ من القانون والمادة ١٢٨٦ من المشروع) .

١٠ - ويستثني القانون الاردني من قاعدة عدم جواز تجزئة الأخذ بالشفعة الحالة التي يتعدد فيها مشترو العقار مع اتحاد البائع ، حيث تجيز المادة ١١٦٠ للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي^(١٥) ويستوي أن يكون المشترون قد ابتاعوا على الشيوع او ان يكون كل منهم قد اختص بجزء مفرز .

١١ - هذا في القانون الاردني ، أما في المشروع ، فان المادة ١٢٩٤ لا تجيز تجزئة الأخذ بالشفعة ، حتى لو تعدد المشترون ، اذا كان بيع العقار قد تم في صفقة واحدة . وعلى هذا ، فان الشفيع لا يستطيع ان يطلب الأخذ

(١٣) والأصل كما هو واضح هو ان للمالك ان يتصرف في ملكه لمن شاء دون اعتراض من أحد .

(١٤) الشيخ أحمد ابراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، ج ٣ ، ١٣٥٥ هـ ، ١٩٣٦ م ، ص ٥٧ ، محمد أبو زهرة السابق ، ف ٨٧ ، ص ١٧١ و ١٧٢ الفتاوي الهندية السابق ، ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(١٥) المادتين ١٠٤١ من مجلة الأحكام و ١٣٥ من مرشد الحيران ، والمادة ١١٣٥ من القانون العراقي (المادة ١٠٧١ حسب التسلسل الجديد) التي تقرر نفس الحل .

بالشفعة في جزء من العقار ، الا اذا كان البيع قد ورد أصلا على هذا الجزء فقط^(١٦) ^(١٧) .

١٢ - ٣ : القابلية للسقوط :-

حق الشفعة قابل للسقوط بتنازل الشفيع عنه صراحة أو ضمنا .
ولكن التنازل الذي يرتب مثل هذا الأثر هو ذلك الذي يتم قبل الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء ، وليس بعد ذلك^(١٨) .
والتنازل كما قد يتم لأحد اطراف التصرف ، وهذا هو الغالب ، قد يتم لشخص أجنبي . فاذا تم لأجنبي ، فانه يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة دون ان ينقل هذا الحق الى من وقع التنازل له^(١٩) .

هذا وتتعدد صور التنازل الضمني عن الشفعة ، فقد يخلص مثل هذا التنازل من اتفاق الشفيع مع المشتري على تأجير العقار له ، أو من طلبه بناء جدار فاصل بين ملكيهما أو أخيرا من طلب الشفيع اقتسام المشفوع فيه مع من

(١٦) حول هذا الحل في الفقه المالكي : المدونة الكبرى ، دار صادر ، بيروت ، مجلد ٥ ، ص ٤٠٨ الشرح الكبير ، السابق ، ص ٤٩٠ ، أبو الحسن التسولي ، البهجة على شرح التحفة ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٧٧ م . ص ١٢٤ .

(١٧) ويلاحظ ان القانون المصري لا يميز تجزئة الشفعة الا في فرضين : اولهما يخص الحالة التي يكون فيها المبيع عقارا واحدا ويتعدد مشتروه بحيث يختص كل منهم بجزء مفرز ، وثانيهما يتعلق بالحالة التي يقع فيها البيع على عقارات متعددة ، منفصلة عن بعضها ، ومخصصة لاجراض مختلفة .

ر: منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مكتبة عبدالله وهبة ، ١٩٦٥ ، ف ١٤٣ ، ص ٣٢٨ وما بعدها : محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ف ١٠٤ وما بعدها ، ص ١٠٧ وما بعدها .

(١٨) لاحقا ، ف ١٥٠ .

(١٩) المادة ١٠٤٢ من مجلة الاحكام وشرحها لعلي حيدر ورستم باز الفتاوي الهندية ، السابق ، ص ١٨٣ الشرح الكبير ج ٣ ، السابق ، ص ٤٧٩ .

تلقى ملكيته (المادة ١٢٩٣ / ١ من المشروع) (٣٠) .

١٣-٤ : القابلية للارث :

متى ثبت حق الشفعة فانه لا يبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع (المادة ١١٥٨ من القانون الاردني والمادة ١٢٩١ من المشروع) . ولكن ما هو المقصود بثبوت الشفعة الذي يرتب انتقال الحق فيها الى الورثة ؟ واضح ان الشفيع قد يموت قبل طلب الأخذ بالشفعة مع استحقاقه لها ، كما انه قد يموت بعد طلبها أو بعد تمام الملك . ولا جدال في ان العقار المشفوع فيه ينتقل مع تركه الشفيع الى الورثة بعد تمام الملك ، اذ هو قد أصبح جزءا من التركة . ولا جدال كذلك في انه اذا مات الشفيع قبل توافر شروط الشفعة في حقه ، فان الشفعة لا تنتقل الى الورثة ، فلا يمكن ان يعطى الورثة حقوقا تزيد عما كان للمورث . بقي اذن ان نحدد امكانية انتقال الحق في الشفعة اذا حدثت وفاة الشفيع بعد توافر شروطها وقبل طلبها ، وامكانية هذا الانتقال اذا حدثت الوفاة بعد الطلب ولكن قبل تمام الملك رضاء أو قضاء .

الموضوع كان محلا لخلاف حاد بين فقهاء الشريعة الاسلامية . فبينما ذهب الاحناف الى ان حق الشفعة لا يورث باعتباره ارادة ومشيئة (٣١) ، فان الاثمة مالك والشافعي وأحمد قالوا بانتقال الشفعة على أساس من النظر اليها على أنها حق مالي ، ينتقل مع سائر حقوق الميت المالية الأخرى الى ورثته (٣٢) . ولقد ترتب على هذا الخلاف ان الشفيع اذا

(٢٠) لاحقا في ١٤٧ و ١٤٨ .

(٢١) المادة ١٤٠ من مرشد الحيران ، محمد أبو زهرة السابق ، ف ٩١ ، ص ١٨٠ و ١٨١ الشيخ أحمد ابراهيم ، السابق ، ص ٦٨ و ٦٩ ، الفتاوي الهندية السابق ، ص ١٨٢ .

(٢٢) ر : بالإضافة الى محمد أبو زهرة ، السابق ، الموضوع السابق ؛ على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ط ٣ ، ص ١٥٠ و ١٥١ - أورده منصور مصطفى منصور ، السابق ، ص ٣٥٦ ، هامش (١) . وفي المذهب الشافعي ، انظر الشيرازي ، المذهب ، ج ١ ، =

مات قبل الأخذ بالشفعة ، فان الورثة لا يستطيعون ، في الفقه الحنفي ، طلب الشفعة حلولاً محل مورثهم ، سواء حدثت الوفاة قبل الطلب او بعده ما دامت قد وقعت قبل تمام الأخذ . ولهذا نرى المادة ١٠٣٨ من مجلة الأحكام تقرر بأنه «لومات الشفيع بعد طلب المواتية والتقرير»^(٢٣) ، وقبل ان يكون مالكا للمشفوع بتسليمه . . . لا ينتقل حق الشفعة الى المشتري» . اما وفقا للجمهور ، فان الحق في الشفعة ينتقل الى الورثة ما دامت الوفاة قد وقعت بعد اكتمال شروط الشفعة في مواجهة المورث ، وذلك متى وقعت الوفاة بعد الطلب عند أحد وسواء وقعت قبل الطلب أو بعده عند مالك والشافعي^(٢٤) . وبهذا الرأي الأخير أخذ القانون والمشروع^(٢٥) ، فبينما تقرر المادة ١١٥٨ من القانون (المادة ١٢٩١ من المشروع) المشار إليها ، انتقال الشفعة الى الورثة اذا وقعت الوفاة بعد ثبوتها ، فان المادة ١١٥٥ / ١ من القانون (المادة ١٢٨٩ / ١ من المشروع) تنص على ثبوت الشفعة بعد البيع مع قيام السبب الموجب لها . وعليه ، فان حق الورثة في الأخذ بالشفعة ، مكان مورثهم ، يشمل

= السابق ، ص ٣٨٣ - وفي المذهب الحنبلي ، ر ، ابن قدامة ، ج ٥ ، السابق ، ص ٣٧٥ وما بعدها .

(٢٣) طلب المواتية - وفقاً للمادة ١١٨ من مرشد الحيران - هو «أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فوراً في مجلس علمه بالبيع والمشتري والتمن . . . » أما طلب التقرير - فهو وفقاً للمادة ١١٩ من نفس المرجع - «أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده ، أو على المشتري وإن لم يكن العقار في يده ، أو عند البيع ، بأنه يطلب الشفعة الآن . . . » .

(٢٤) انظر الهوامش المذكورة في الهامش قبل السابق .

(٢٥) ر : مؤيدين لهذا الاتجاه في الفقه المصري : عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ف ٢٨٨ ، ص ٤٧٥ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٥ ، ص ٣٥٧ ؛ محمد لبيب شنب ، السابق ، ف ١٠٢ ، ص ١٠٦ . ر : فيمن لا يرون انتقال الشفعة بالإرث : السنهوري ج ٩ ، ف ١٦٣ ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ . وجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية تنجى في المسألة اتجاهها يطابق ما قرره القانون والمشروع ، ر : نقض مدني في ٧ سبتمبر ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض ، ج ٨ ، رقم ٢٧ ، ص ٢١٤ .

الفرض الذي تقع فيه الوفاة بعد الطلب والفرض الذي تقع فيه قبله ، حيث يكون للورثة في هذه الحالة ، بدء اجراءات الشفعة ضمن المواعيد التي يحددها القانون والمشروع .

١٤ - كانت تلك لمحة مقتضية حول التصور العام لحق الشفعة ، وهي لمحة تسبق لنا ان نشرع الان في دراسة القواعد التفصيلية لهذا الحق .

الفصل الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٥ - تتعلق شروط الأخذ بالشفعة بمقوماتها التي سبق ذكرها ، فتوافر أحد المقومات بحد ذاته لا يسبق الأخذ بالشفعة اذا لم تتوافر فيه الشروط التي يقتضيها القانون ، وعلى هذا فاننا سنبحث شروط الشفعة من خلال دراسة الشفيع (المبحث الأول) ، المشفوع منه (المبحث الثاني) ، التصرف (المبحث الثالث) ، المشفوع به (المبحث الرابع) ، وأخيرا المشفوع فيه (المبحث الخامس) .

المبحث الأول

الشفيع

١٦ - نعرض في هذا المبحث الى أحوال الأخذ بالشفعة (المطلب الأول) وإلى تراحم الشفعاء (المطلب الثاني) وإلى الاشخاص ممنوعين من الأخذ بالشفعة (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

أحوال الأخذ بالشفعة

١٧ - نصت المادة ١١٥١ من القانون المدني الاردني على «ان يثبت الحق في الشفعة :

- ١- للشريك في نفس المبيع .
- ٢- للخليط في حق المبيع .
- ٣- للجار الملاصق .

أما المادة ١٢٩٧ من المشروع فقد قصرت حق الشفعة ، كما قدمنا ، على الشريك في عقار شائع اذا جرى التصرف في حصة شريك آخر من ذات العقار ، أي ان المشروع يقصر حق الشفعة على ما أورده المشرع الاردني في البند الأول من النص المشار اليه . وسنعالج كلا من هذه الحالات الثلاث تباعا .

١٨ - اولا : الشريك في العقار الشائع :

يثبت حق الأخذ بالشفعة للشريك على الشيوع ، اذا بيعت حصة من العقار الشائع ، والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة هي الحيلولة دون زيادة عدد الشركاء بما قد يؤدي اليه ذلك من اطالة أمد الشيوع وعرقلة استغلال العقار ، والبيع الذي يسمح بالأخذ بالشفعة هو- بداهة - البيع الذي يتم دون موافقة باقي الشركاء ، فموافقتهم على البيع تعد بمثابة تنازل عن الأخذ بالشفعة . كما ان البيع المقصود هنا هو البيع الذي يقع وما زالت حالة الشيوع قائمة ، فلو تم البيع بعد القسمة لما جاز الاعتراض عليه من الشركاء السابقين . ويتعين ان يكون الشفيع شريكا على الشيوع ، فلا يتيسر الأخذ بالشفعة لمن لم تتوافر فيه هذه الصفة ، وعلى ذلك ، فلا يستطيع من اشترى حصة في

العقار الشائع ان يطلب الأخذ بالشفعة ، اذا لم يكن عقد البيع مسجلا . ويتعين من ناحية أخرى ان يكون الشفيع شريكا في العقار ذاته^(٢٦) ، فلو كان شريكا مثلا في الجدار الملاصق ، لما كان بإمكانه طلب الأخذ بالشفعة باعتباره شريكا على الشيوع ، وان كان له أن يطلب الشفعة باعتباره جارا ملاصقا اذا توافرت سائر الشروط المطلوبة لذلك .

١٩ - هذا ولا شك ان من شأن بيع الحصة الشائعة لاجنبي ان يفتح باب الأخذ بالشفعة ، ولكن هل يفتح هذا الباب أيضا اذا تم البيع لأحد الشركاء؟ القانون الاردني والمشروع لا يميزان بين الحالتين ، فيكون لباقي الشركاء ، ان يطلبوا الشفعة في الحصة التي بيعت لشريك آخر^(٢٧) . وبما ان الشفعاء في هذه الحالة ينتمون الى نفس الطبقة ، فان الحصة المباعة تقسم بينهم بالتساوي وفقا لمنطوق المادة ١/١١٥٣ من القانون . ولئن كان المشروع يأخذ بنفس الحل في المادة ١٢٨٥ الا انه يحدد طريقا آخر لتوزيع الحصة المباعة بين الشركاء ، فالتوزيع يتم لا بالتساوي ولكن حسب مقدار نصيب كل شريك في العقار الشائع . ولا جدال في ان الحكم الذي اتى به المشروع يفضل ما قرره القانون ، اذا ما دام ان الأخذ بالشفعة مناطه ثبوت وصف الشريك فانه من المنطقي ان

(٢٦) وحول هذه النقطة تقرر المادة (٩٨) من مرشد الخيران بان : «الشركة في العقار المباع ان يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت او كثيرة ، فان كانت له حصة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكا فيه . . .» ، ولكن يلاحظ ان من كان شريكا في الجدار الفاصل وفي الارض التي اقيم عليها يعتبر شريكا في العقار ذاته ، خلافا لما يوحى به نص المادة ١١٥٢ .

(٢٧) وقد قضت محكمة التمييز الاردنية في قرارها رقم ٧٤/٣٤٦ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٧٥ ص ٩٥٨ بأن «كون مشتري الحصص المباعة هو أحد الشركاء ، لا يحرم أي شريك آخر من تملك هذه الحصص بحق الشفعة» .

يحدد ما يحصل عليه الشفيع وفقا لمدى تحقق هذا الوصف فيه^(٢٨) .
هذا في القانون والمشروع ، أما القانون المصري فانه يشترط
صراحة ان يقع البيع لاجنبي حتى يسوغ طلب الأخذ بالشفعة ، (المادة
٩٣٦) .

٢٠ - ويثور التساؤل عن مدى الأخذ بالشفعة اذا وقع البيع لا على حصة شائعة
من العقار ولكن على حصة مفرزة فيه . اختلف الشراح حول ذلك^(٢٩) .
فمنهم من أجاز الشفعة ومنهم من قال بعدم جوازها ، ويستند من يجيز
الشفعة الى ان من شأن بيع جزء مفرز ان يجعل المشتري شريكا في
العقار ، كما ان منع الأخذ بالشفعة يؤدي الى التحايل على أحكام
القانون ، اذ لن يكون على الشريك الذي يرغب في بيع حصته ، دون
السماح بأخذها بالشفعة ، الا ان يبيعها مفرزة . أما الفريق الآخر
فيذهب الى انه ليس صحيحا ان بيع الجزء المفرز يجعل من المشتري
شريكا مما يعني بأن الحكمة من السماح بالشفعة ، والتي تتمثل في
الحيلولة دون زيادة عدد الشركاء ، تنتفي في هذا الفرض . وهذا الرأي
هو الأولى بالاتباع في القانون الاردني وهو الواجب الاتباع في المشروع .
فالمادة ١١٥٥/٢ من القانون تقرر ثبوت الشفعة بعد البيع الرسمي مع

(٢٨) والخلاف بين القانون والمشروع يرجع الى ان الأول منها قد تبني رأي الاحناف الذين يرون ان
مناط الأخذ بالشفعة هو أصل الشراكة على الشيوع لا مقدارها ، بينما تبني المشروع رأي
الجمهور الذي يرى ان ثبوت حق الشفعة وان قام على الشراكة الا انه يقدر ايضا بقدرها .
حول المذهب الحنفي ، الشيخ أحمد ابراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، ١٩٣٦ ، ص
٥٣-٥٥ . حول الموضوع بشكل أوفى ، محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ف ٧٢ .
(٢٩) حول الخلاف في القانون المصري : منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٣٠ ، ص
٣١١ ، محمود جمال الدين زكي ، الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ،
ف ٢٣٥ ، ص ٤٣٨ ، هامش ٧ . محمد لبيب شنب ، ف ٧٩ ، ص ٧٨ و ٧٩ . وفي
القانون العراقي ر : سعيد عبد الكريم مبارك ، الحقوق العينية الأصلية ، ط ١٣٩٣ هـ ،
١٩٧٣ م ، ص ١٦٢ ، حامد مصطفى : الملكية العقارية في العراق ، ج ١ ، ١٩٦٤ ، ف
٢١٩ ، ص ٢١٢ .

قيام السبب الموجب لها ، والسبب الموجب للأخذ بالشفعة في الفرض موضوع البحث هو فضلا عن صفة الشريك ، البيع الذي ينصب على حصة شائعة . أما المشروع ، فانه يقرر صراحة في المادة ١٢٨٤ بأن المشفوع فيه هو عقار قابل للقسمة .

٢١ - البيع الذي يسفغ الأخذ بالشفعة هو اذن ذلك الذي يقع على حصة شائعة ، ولكن هل يشمل ذلك الفرض الذي يكون فيه المبيع حصة شائعة في حق انتفاع ، بحيث يجوز للشريك في هذا الحق ان يشفع في بيع حصة شائعة منه؟ الأمر مثار خلاف في الفقه المصري^(٣٠) . فبينما يذهب رأي الى عدم جواز ذلك تأسيسا على ان البيع الذي يتبع الأخذ بالشفعة هو فقط ذلك الذي يكون فيه المبيع جزءا من العقار ، وإن المشروع قصر حق المتفع في طلب الشفعة على الفرض الذي يكون المبيع فيه ملكية رقبة ، فان رأيا آخر يرى جواز ذلك . فحق الانتفاع - وفقا لهذا الرأي الأخير - جزء من العقار ، كما ان الحكمة من الأخذ بالشفعة تتوافر بالنسبة للشريك في حق الانتفاع توفرها في الشريك المالك .

ولا نرى محلا لهذا الخلاف في القانون الاردني والمشروع ، حيث قررت الشفعة فيهما وسيلة لاكتساب الملك دون الحقوق العينية الأخرى (المادة ١١٥٠ من القانون والمادة ١٢٧٩ من المشروع) .

٢٢ - ثانيا : الخليط في العقار المبيع :

الخلطة هي الشركة والخليط هو المالك الذي يشترك مع مالك عقار آخر فيما تقرر على عقار الأخير أو له من حقوق ارتفاق خاصة . فلو باع شخص داره التي لها حق المرور في طريق خاص ، لجاز لجميع ملاك

(٣٠) حول الخلاف ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ف ١٨١ ، ص ٥٥٣ ، الهامش ، منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق . عبد المنعم فرج الصدة ، السابق ، ف ٢٢٩ ، ص ٣٥٤ .

الدور الذين لهم حق المرور من نفس الطريق ، أخذ الدار المبيعة بالشفعة ، وكذا لو باع شخص أرضه ، وكان للمالك أرض أخرى حق بالشرب عليها^(٣١) لجاز لهذا المالك الشفعة فيها . انما يشترط للأخذ بالشفعة في هذه الحالة ان يكون حق الارتفاق الوارد على العقار المبيع أو له من حقوق الارتفاق الخاصة ، وان يشمل البيع العقار ذاته مع حق الارتفاق .

٢٣ - واعمالا للشرط الأول ، فانه اذا قام الاشتراك على حق ارتفاق عام ، كحق الشرب من نهر عام أو حق المرور من طريق عام ، فانه لن يتسنى لأحد ملاك العقارات المشتركة في الارتفاق ، الشفعة في بيع وقع على عقار آخر . ومن هنا يتبدى ما لايجاد فيحصل للتمييز بين ما يعتبر ارتفاقا عاما وما يعتبر ارتفاقا خاصا ، من أهمية . فعلى ايجاد مثل هذا الفصيل تتوقف الى حد بعيد اجازة الشفعة او استبعادها ولهذا فقد ناقش الفقه الاسلامي - الحنفي تخصيصا - متى يعتبر كل حق من حقوق الارتفاق خاصا ومتى لا يعتبر كذلك ، فذهبوا الى ان الاشتراك مثلا في الشرب من نهر كبير لا يفتح باب الشفعة ، باعتباره اشتراكا في حق ارتفاق عام . وعلى خلاف ذلك فان الشرب من نهر صغير يفتح هذا الباب ويعتبر النهر صغيرا عند أبي حنيفة ومحمد اذا كان مما لا تجري فيه السفن^(٣٢) ، أما أبو يوسف ، فلم يقبل الأخذ بمعيار عام ، وفضل الحكم في كل حالة على حدة . هذا بالنسبة لحق الشرب ، أما بالنسبة لحق المرور ، فانه لا يصلح سنداً للشفعة الا اذا كان الطريق الذي تقرر عليه الارتفاق غير متصل بالطريق العام . فالطريق الخاص هو اذن ما لا ينفذ

(٣١) الشرب كما عرفته المادتان ١٤٣ و ١٢٦٢ من مجلة الأحكام ، والمادة ٣٨ من مرشد الحيران ، نصيب معين من ماء النهر ، أي نوبة من الانتفاع بالماء ، لسقى الحيوان أو الزرع .
(٣٢) وقيل ان كان أهله يحصون فهو صغير ، وان كانوا لا يحصون فهو كبير . واختلف حول ما يحصى وما لا يحصى . فقيل ان ما لا يحصى هو ما بلغ خمسمائة ، وقيل انه ما بلغ أربعين .

الى الشارع العام^(٣٣). على ان الأساس في خصوصية الطريق يقوم مع ذلك على النظر الى من له حق المرور عليه .
فلو ان شارعا غير متصل بطريق عام أقيم عليه مسجد أو معهد علمي ، لتعين اعتباره عاما وليس خاصا استنادا الى ان حق المرور فيه لم يعد قاصرا على ملاك الدور الواقعة عليه . أما فيما يتعلق بحق المسيل ، فانه لم يقبل تماما ضمن الحقوق التي تسيع الأخذ بالشفعة . وذلك لأن هذا الحق يقرر على عقار لمصلحة عقار آخر ، فينتفي فيه اذن معنى الشركة أو الخلطة^(٣٤) . ويصعب في الحقيقة الأخذ بمثل هذا الاجتهاد ، اذ ليس هنالك ما يمكن ان يقوم عليه التمييز بين حق الشرب وحق المسيل ، من حيث ربطهما عقار مع آخر ، ولذا فان المشرع المصري لم يستبعد حق المسيل من نطاق الحقوق التي يجوز الاستناد اليها في طلب الشفعة ، وهو ما نرى وجوب الأخذ به في القانون والمشروع^(٣٥) .

٢٤ - هذا ما يتعلق بالشرط الأول ومؤداه وجوب كون الارتفاق خاصا ، أما فيما يتعلق بالشرط الثاني وهو ما يتطلب شمول البيع للعقار والارتفاق ، فان مقتضاه انه لو باع مالك الدار داره دون ما له من حق بالمرور في الطريق الخاص ، أو لو باع صاحب الأرض أرضه دون ما هو مقرر لها من حق في الشرب ، فان الشفعة لا تثبت . اذ بإمكان الخلطاء الآخرين ابتياع ما كان للعقار المبيع من ارتفاق ، ابتياعه استقلالا ، متجنين بذلك ما قد يمثله اشتراك المشتري في الشرب من مضار (المادة ١٠١٥ من مجلة الأحكام) .

(٣٣) ر: المادة ٩٩ من مرشد الحيران ر: كذلك حكم محكمة التمييز الاردنية رقم ٦٣/٣٠٨ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ٦٤ ، ص ٧٩ .

(٣٤) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، المادة ١٠٠٨ ، ص ٦٧٦ .

(٣٥) ر: محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص ١٧٠ ، حامد مصطفى ، السابق ف ٢٢٣ .

٢٥ - وبديهي ان على من يطلب الشفعة بوصفه خليطا ان يثبت حقه في الارتفاق . فاذا كان الاصل كما أشرنا ان المالك يستأثر بالسلطات على الشيء محل الحق ، فان الأصل أيضا ان سلطات المالك لا تتجاوز محل حقه . ويخضع اثبات الارتفاق لما يخضع له اثبات الحقوق العينية عموما من قواعد . فيثبت الحق باثبات مصدره ، اي باثبات الواقعة التي نشأ عنها ، عقدا ، ميراثا أو وصية . . . الخ . فاذا كان عقدا ، فانه لا بد ان يكون مسجلا . ومتى كان الحق محل نزاع ، فانه يمكن اثباته بالحكم . ويعادل الحكم قوة في الاردن ، بالنسبة للاراضي التي شملتها اعمال التسوية^(٣٦) ، القرارات التي تصدرها لجان التسوية متى تم تسجيلها ، (المادة ٢/٢٦ من قانون التسوية المذكور) .

٢٦ - ثالثا : الجار الملاصق :

اثبت القانون للجار الحق في ان يأخذ بالشفعة العقار المبيع الملاصق للملكه . والتلاصق يفيد اتصال حدود العقارين . فاذا وقع مثل هذا الاتصال ، فتح باب الأخذ بالشفعة بغض النظر عن مقداره . اذ الاتصال ، كما ذهب اليه مرشد الحيران ، «بشبر» أو أقل يكفي^(٣٧) . وكما قد يقع الاتصال مباشرة بين الملكين ، فانه قد يقع بين أحدهما ، وبين جدار قائم على حدود الآخر ، بل ان الالتصاق يتحقق اذا كان لأحد الجارين حق وضع أخشاب سقفه على حائط جاره ، او متى كان شريكا في الأخشاب الموضوعة في هذا الحائط^(٣٨) . ومتى ثبت الاتصال بهذا الشكل ، فانه لا يميز في الأخذ بالشفعة بين جار متصل أرضه

(٣٦) وهي أعمال تمت تطبيقا لقانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ بهدف تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة بأي حق تصرف او حق غنك في الأرض أو المياه أو حق منفعة فيها أو أية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل .

(٣٧) ر: المادة ١٠٠ ، كذلك المادة ١٠٠٨ من المجلة وشرحها لعلي حيدر ، ص ٦٧٧ .

(٣٨) ر: الشيخ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٥٦ المادة ١٠١٢ من مجلة الأحكام وشرحها لرستم باز وعلي حيدر .

بالارض المقام عليها البناء المجاور وبين آخر لا تتصل أرضه الا بالارض المقام عليها الجدار الفاصل ، فالشفعة تثبت لهما سواء^(٣٩) .

٢٧ - ولا يتحقق الالتصاق اذا حال بين اتصال الملكين حائل ، سواء كان هذا الحائل طريقا عاما ، ممرا مائيا او طريقا خاصا . غير انه لامتناع الشفعة في الحالتين الاخيرتين ، فانه لا بد ان يكون الممر المائي او الطريق الخاص غير مملوك لأحد الجارين او كليهما وألا يكون لهما عليه حق ارتفاع . فلو كان مملوكا لهما أو لاحدهما ، اعتبر الملكان متلاصقين ، كما انه اذا كان لهما عليه حق ارتفاع ، فان الشفعة ستكون سائغة لا باعتبار الجوار ولكن باعتبار الخلطة كما سبق .

٢٨ - وواضح ان التلاصق المطلوب للشفعة لا يتضمن التقابل ، فلو ان العقارين كانا متقابلين ولكن فصل بينهما فاصل ، فان الأخذ بالشفعة لن يكون جائزا ، الا اذا كان ما بين العقارين مشتركا في ذاته أو في الحقوق الواردة عليه^(٤٠) .

٢٩ - ويتوقف الأخذ بالشفعة في هذه الحالة فضلا عن التلاصق على كون الملكين عقارين ، أي أرضا وما اتصل بها اتصال قرار . وبناء عليه ، فان الشفعة لا تثبت اذا كان المبيع أشجارا أو بناءا بيعا استقلالا . كما انه لا شفعة في الحكر نظراً لأن ما يقام بمقتضاه من مباني ومنشآت لا يقام على سبيل التأييد والديمومة . ولذلك ينظر اليه عادة على انه من المنقولات^(٤١) .

(٣٩) ر: المادة ١٠١٣ من مجلة الأحكام ، أبو زهرة المرجع السابق ، ف ٨٨ .

(٤٠) ر: المجلة في تعليقها على المادة ١٠٠٨ ، شرح علي حيدر ص ٦٧٧ .

(٤١) ر: المادتين ١٠١٨ و ١٠١٩ من مجلة الأحكام ، حامد مصطفى ، المرجع السابق ، ف

٢٢٦ ، ص ٢١٩ .

٣٠- ومتى كان المالك من العقارات ، فان التلاصق المطلوب قد يكون عموديا كما قد يكون أفقيا . وعلى هذا ، فإنه لو تعددت طبقات منزل ، لكان لأصحاب الطبقات الدنيا الشفعة فيما بيع من الطبقات التي تعلوها ، كما ان لأصحاب هذه الطبقات الأخيرة ان يشفعوا فيما بيع من الطبقات الأولى . وبما ان مناط الشفعة في هذه الحالة هو التلاصق ، فان حق الأخذ بها ينحصر فيمن كان العقار المبيع ملاصقا للملكه . ومن هنا ، فلو كان البناء مكونا من طوابق ثلاثة ، وبيع العلوي منها ، فإن حق الشفعة ينحصر في الأوسط ، أما اذا كان ما بيع هو الأوسط ، فان الشفعة تكون للعلوي والسفلي . واذا ما تعدد مثلا أصحاب الطابق السفلي ، وكان العلوي ملاصقا لها جميعا ، فان الشفعة تكون لهم بالتساوي^(٤٢) .

٣١- الشفعة للجار تقتضي اذن ان يكون المشفوع والمشفوع به من العقارات وان يتحقق بينهما التلاصق ، ولكن هل من قيود على مكنة الأخذ بالشفعة هنا؟

٣٢- ذهب المشرعان المصري (المادة ٩٣٦) والعراقي (المادة ١١٢٩) الى التمييز بين المباني والأراضي المعدة للبناء من ناحية وبين غيرها من الأراضي من ناحية أخرى . فبالنسبة للنوع الأول ، فان الشفعة جائزة متى تحقق التلاصق . أما بالنسبة للنوع الثاني فانها غير جائزة الا اذا كان لأحد العقارين ارتفاع على الآخر أو - في التقنين المصري - متى كان أحد العقارين ملاصقا للآخر من جهتين وكانت قيمة العقار المشفوع به تساوي على الأقل نصف قيمة العقار المشفوع فيه . وعلى هذا فان التلاصق ، في القانونين ، لا يكفي وحده للأخذ بالشفعة الا في المباني

(٤٢) ر: المجلة المادة ١٠١١ وشرحها لعلي حيدر .

والأراضي المعدة للبناء^(٤٣) .

٣٣ - أما المشرع الاردني فقد فضل الابقاء على ما ورد في المذهب الحنفي^(٤٤) ، فلم يضع شروطا على الأخذ بالشفعة غير التلاصق . فاذا تحقق هذا الشرط بين عقارين كان لصاحب كل منهما ان يشفع في بيع الآخر ، بغض النظر عن وجه الاستغلال الذي أعدت له الأرض . فيستوي ان تكون أعدت للبناء ، للزراعة أو لاقامة حوانيت عليها ، ذلك كله بشرط ان يكون العقاران مملوكين ملكا تاما ، أما اذا كانا أميريين ، فان الشفعة تأخذ تسمية خاصة وتستقل ببعض الأحكام المميزة . كذلك ، فانه لو كان حق أحد الجارين مجرد حق انتفاع ، فانه لن يتاح له الأخذ بالشفعة سواء في الأرض محل الحق أو فيها جاورها (المادة ١٠١٨ من المجلة^(٤٥)) .

المطلب الثاني

تزامم الشفعاء

٣٤ - تثور مشكلة تزامم الشفعاء متى تعدد الأشخاص الذين تسمح لهم

(٤٣) ويبدو تأثر المشرعين المصري والعراقي في اجازتهما الشفعة في سائر الأراضي بشرط التلاصق ووجود الارتفاق ، يبدو تأثرهما واضحا فيما ذهب اليه ابن القيم الجوزية من محاولة إيجاد رأي توفيقي بين الاحناف الذين يميزون شفعة الجار مطلقا بالتصاق وبين الجمهور الذي يرفض الشفعة في هذه الحالة .

ر: اعلام الموقعين ، ج ٢ ، السابق ، ص ١٤٥ وما بعدها ، محمد أبو زهرة السابق ، ف ٨٥ ، ص ١٦٩ و ١٧٠ .

(٤٤) ر: حول هذا المذهب فضلا عن المراجع المذكورة آنفا : ابن رشد ، ج ٢ ، السابق ٢٥٧ و ٢٥٨ . كمال بن الهمام ، فتح القدير ، مطبعة بولاق ، ط ١ ، ج ٧ ، ص ٤٣٥ وما بعدها .

(٤٥) ر: آنفا ف ٢١ .

مراكزهم القانونية بطلب الشفعة ، وطلبوا ذلك كلهم أو بعضهم . اذ يتعين في مثل هذه الحالة تحديد من له الأولوية في الأخذ بالشفعة ، وكيفية توزيع المشفوع (فيه) اذا لم يوجد من الشفعاء من كان يفضل على غيره .

ولقد اختلف بالنسبة لهذا الموضوع نهج المشرع الاردني عن نهج المشروع باختلاف المصادر التاريخية للتنظيم الذي أتى به كل منها . فبينما تبني المشرع الاردني الحلول التي أخذ بها المذهب الحنفي ، اختار المشروع ما أورده الفقه المالكي . وعلى هذا ، فاننا سنين (أولا) القواعد التي أتى بها القانون ، لنعالج بعد ذلك ما قرره المشروع (ثانيا) .

٣٥ - أولا: تزامم الشفعاء في القانون الاردني:
ميز المشرع الاردني بين فرضين لتزامم الشفعاء ، أولهما يخص التزامم بين شفعاء من طبقات مختلفة وثانيهما التزامم بين شفعاء من طبقة واحدة .

٣٦ - ١ - التزامم بين شفعاء من طبقات مختلفة:
نصت المادة ١١٥٢ من القانون على انه :
« ١ - اذا اجتمعت أسباب الشفعة قدم الشريك في نفس العقار ثم الخليط في حق المبيع ثم الجار الملاصق » .
٢ - ومن ترك من هؤلاء الشفعة أو سقط حقه فيها انتقلت الى من يليه في المرتبة » .

٣٧ - وهكذا فانه وفقا لهذا النص فان الشريك في ذات العقار متى طلب الشفعة يكون أحق بها من الخليط ومن الجار ، فيختص وحده بالعقار المشفوع فيه كله دون مشاركة له من أحد من هؤلاء . أما اذا لم يوجد

شريك في ذات العقار ، فالخليط يفضل على الجار . ويلاحظ هنا ان النص يقصر الأولوية التي يقررها للشريك على الشريك في العقار ذاته ، مما يوحي بان المشرع الاردني قد استهدف - كما كان يذهب المشرع العراقي في المادة ١١٣٠/١ - التمييز بين من كان شريكا في العقار ذاته ومن كان شريكا في أرض الحائط الفاصل^(٦٦) . ومع ذلك ، فاننا نرى عدم التمييز بين الشريكين ، اذ من المقرر ان من كان شريكا في الحائط الفاصل لا يكون شفيعا الا اذا كان شريكا ايضا في الأرض التي اقيم عليها الحائط . وبما ان الاشتراك في جزء من العقار يساوي - في الشريعة - الاشتراك في كل الأجزاء ، فانه لا يعود ثمة مبرر للفرقة بين الشريكين . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، فان المادة ١١٥٢ قد أخذت بالحكم الذي اوردته المادة ١٠٠٩ من المجلة ، وهي المادة التي لم ير فيها واضعوا المجلة تعارضا مع ما تضمنته المادة ١٠١٢ التي أشارت الى الشريك في الحائط واعطته نفس وضع الشريك في ذات العقار^(٦٧) .

٣٨ - هذا ولا يمنع تعدد الأشخاص الذين تتيح لهم مراكزهم القانونية الأخذ بالشفعة ، من طلبهم لها جميعا . اذ ان توافر المركز بحد ذاته لا يعني شيئا ، فقد يوجد المركز ويحجم صاحبه عن الأخذ بالشفعة ، وقد يوجد الحق في الشفعة ولكنه يسقط او يتنازل صاحبه عنه . فالأخذ بالشفعة ، رغم توافر المركز الذي يتيحه ، يبقى احتماليا ولذا ساغ لمن كان من طبقة أدنى ان يطلب الشفعة مع طلبها ممن كان يتبع طبقة أعلى^(٦٨) .

٣٩ - وما نشير اليه هنا هو الراجح في المذهب الحنفي ، وهو خلاف ما ذهب

(٦٦) ر: حول ذلك في القانون العراقي - سعيد عبد الكريم مبارك ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ و

١٦٤ ، حامد مصطفى ، المرجع السابق ، ف ٢٣٣ .

(٦٧) ر: شرح المجلة على المادتين المذكورتين لسليم رستم باز وعلي حيدر .

(٦٨) ر: آنفا ف ٩ .

اليه الامام أبو يوسف ، الذي لم يحز للخليط والجار ان يطلبوا الشفعة مع وجود الشريك^(٤٩) . وعمدة نظره ، ان الشفع من طبقة أعلى يكون شبيها بعاصب أولى يحجب غيره من العصابات الأقل قربا من المتوفي . أما الراجح ، فيرى ان وجود الحق في الشفعة يقتضي السماح بطلبها ، ولا تثور مسألة الأولوية الا عند استمرار قيام الحق مع التنافس .

٤٠ - الشفعة اذن تثبت للشريك ، فالخليط فالجار ، ولكن اذا حدث وتنازل أحد من هؤلاء عن الشفعة او سقط حقه فيها ، فان الشفعة تنتقل الى من يليه مرتبة ، وسنعرض بشيء من الاسهاب فيما بعد لأحوال سقوط الشفعة ، ويكفي ان نشير هنا الى ان الحق فيها يسقط اذا لم يتم طلبها قبل مضي ستة أشهر من وقوع البيع الرسمي او إذا طلب الشفع الشفعة في جزء من المبيع فقط أو اذا تخلف عن القيام بالاجراءات التي يقتضيها القانون للأخذ بالشفعة .

٤١ - ويجدر التنويه الى ان الغياب لا يعد مانعا من الأخذ بالشفعة ، فاذا حدث وكان أحد ممن لهم حق طلب الشفعة غائبا فان الآخرين ممن لهم الحق يستطيعون طلبها . ويتعين ان يشمل طلب الشفعة كل العقار الذي جرى التصرف فيه^(٥٠) . فاذا حضر الغائب ، ضمن المدة التي يحددها القانون ، فانه يستطيع ان يطلب الشفعة وان يستأثر بكل المشفوع (فيه) ان كانت درجته أعلى من درجة الذي أخذ بالشفعة ، أما ان كانت درجته مساوية ، فانه يساهم فيه معه ، على ما سنرى بعد قليل . ولكن اذا كان من حضر قد طلب الشفعة وسقط حقه فيها ، فان

(٤٩) ر: محمد أبو زهرة المرجع السابق ، ف ٨٧ ، الشيخ أحمد ابراهيم المرجع السابق ، ص ٥٧ ، البابرتي ، شرح العناية على الهداية ، بهامش فتح القدير ، ج ٧ ، مطبعة بولاق ، سنة ١٣١٧ هـ ، ص ٤١٣ .

(٥٠) ر: محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ف ٨٩ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٦٣ المادة ١٢٤ من مرشد الحيران .

الغائب ، وقد حضر لن يستطيع ان يأخذ بالشفعة حصه من سقط حقه فضلا عن حصته ، بل يقتصر حقه على أخذ ما ينوبه على تقدير حصول من كان حاضرا على ما يصيبه^(٥١) . وهذا الحكم خاص - كما قلنا - بحالة ما اذا كان الغائب من ذات الطبقة التي يتبعها الحاضر ، اما ان كان من طبقة أسمى ، فان سقوط حق الحاضر لا يجرمه من أخذ المشفوع فيه كله .

٤٢ - ٢ - التزاحم بين شفعاء من طبقة واحدة :

نصت المادة ١١٥٣ من القانون على ان :

« ١ - اذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة ، كانت الشفعة بينهم بالتساوي .

٢ - واذا اجتمع الخلطاء قدم الأخص على الأعم .

فطبقا للنص ، فان توزيع المشفوع فيه بين شفعاء من درجة واحدة يقوم على مبدأ ، وعليه استثناء »

٤٣ - المبدأ :

اذا كان طالبوا الشفعة من ذات الطبقة ، بان كانوا كلهم شركاء في العقار (أو في حائطه) ، أو خلطاء أو أخيرا جيرانا ، فان المشفوع فيه يقسم بينهم على عدد الرؤوس (المجلة ١٠١٣) ، والتوزيع على هذا الأساس هو ، كما أشرنا، مذهب الحنفية ، أما الأئمة الشافعي ومالك وفيما نسب من قول صحيح لأحمد ، فانهم يرون وجوب التقسيم وفقا للأئمة^(٥٢) . ولكل من الفريقين حججه^(٥٣) . ففي حين يرى

(٥١) ر: محمد أبو زهرة ، المرجع السابق - الموضع السابق .

(٥٢) ر: عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ط ٦ ، ١٩٨١ ، مكتبة القدس ، ف ٣٠٠ .

(٥٣) ر: في عرض هذه الحجج ، أبو زهرة المرجع السابق ، ف ٨٨ .

الاحناف ان الشفعة قررت لدفع الضرر الذي يستوي فيه جميع الشركاء وجميع الخلطاء ، بغض النظر عن مدى اتصا لهم بالمبيع ، فان الفريق الثاني يرى ، على خلاف ذلك . ان الضرر يقدر بقدره ، وهو هنا مدى ارتباط ملك الشفع بال عقار المشفوع فيه ، وبينما أخذ القانون العراقي والاردني بالرأي الأول ، فان القانون المصري والمشروع قد أخذوا بالرأي الثاني . وفي تصورنا ان الرأي الأخير هو الاسلم ، اذ ليس صحيحا ان الضرر الذي يلحق بالشفيع سواء ، بغض النظر عن مدى أو مقدار ارتباط ملكه بالمشفوع فيه . فلا يمكن التسليم بان من كان شريكا في معظم حصص العقار سيعاني ، من دخول عنصر جديد ، بنفس القدر الذي سيعاني منه شريك لا يملك من العقار الا جزءا يسيرا .

٤٤ - الاستثناء :

اذا كان الاصل هو المساواة في الأخذ بالشفعة بين من كانوا من طبقة واحدة ، فان هذا الأصل لا يعمل به اذا كان الشفعاء من الخلطاء . ففي هذا الفرض فان نص القانون ، كنص المجلة^(٥٤) ، قد ادى واضحا بوجوب تقديم الخليط الأخص على الخليط الأعم .

٤٥ - ويقوم النظر في تقدير الخصوصية والعمومية على مدى ما يحدثه الارتفاق من ارتباط بين العقارات . ولذا فقد اعتبر ان صاحب حق الشرب هو أولى الخلطاء جميعا ، باعتبار ان حاجة كل من العقارين المشتركين في هذا الحق ، أحدهما للآخر ، تبدو أقوى من حاجتهما لبعضهما اذا وقع الاشتراك في حق بالمرور^(٥٥) . كما ان الارتباط الذي يترتب على الاشتراك في المرور أقوى من ذلك الذي يقوم على الاشتراك في المسيل . ومن ثم فقد صنفت وجوه الخلطة ، بالنسبة للأخذ بالشفعة ، على الوجه التالي :

(٥٤) ر: المادة ١٠١٤ من المجلة وشرحها لرستم باز .

(٥٥) المادة ١٠١٦ من المجلة .

الشرب ، فالمرور ، فالمسيل .

وحتى في داخل نطاق كل ارتفاع ، فان هنالك مجالا للتمييز بين من كان حقه خاصا ومن كان حقه عاما . فاذا تنازع الشفعة اثنان ، كان لهما على العقار ، محل التصرف ، حق بالشرب فان الشفعة تكون لمن له فيهما حق الشرب من نفس «الخرق» الذي يسقى منه المشفوع فيه^(٥٦) . يعني انه لو كانت العقارات جميعا ترتوي من نهر خاص ، ولكن بعضها كان يروى من خرق اشتق من النهر ، فان المشتركين في ذات الخرق أولى بالشفعة من أصحاب العقارات التي تروى من النهر ذاته . أما اذا كان المبيع عقارا يرتوي مباشرة من النهر ، فان الشفعة تثبت لمن كان عقاره يسقى من الخرق ولمن كان عقاره يسقى من النهر ذاته . لان الخصوصية التي يمثلها السقي من الخرق تصلح سببا للتقدم ولا يجوز ان تكون سببا للحرمان .

وتطبيقا لفكرة تقديم الأخص على الأعم في حق المرور ، فانه اذا كان حق المرور للمالك العقار المشفوع فيه واقعا لا على الطريق الخاص مباشرة ، ولكن على سكة متشعبة منه ، فان المشتركين في ذات السكة أولى بشفعة بعضهم بعضا .

أما اخيرا بالنسبة لحق المسيل ، فانه اعتبر بشكل عام أقل أوجه الخلطة صلاحية لتبرير نشوء الحق في الأخذ بالشفعة .

٤٦ - ثانيا : تزامم الشفعاء في المشروع :

كما ذهب القانون ، ميّز المشروع في تزامم الشفعاء بين الفرض الذي يكون فيه الشفعاء من طبقة واحدة والفرض الذي يتتمون فيه الى طبقات متعددة .

(٥٦) ر: شرح المجلة على المادة ١٠١٤ لعللي حيدر .

٤٧ - ١ : الشفعاء من طبقة واحدة :

ويتحقق هذا الفرض في كل الأحوال التي لا يكون فيها ملك الشفعاء أو بعضهم قد أتى عن طريق الاستخلاف بسبب الوفاة (أي عندما لا يكون الشفعاء من هو وارث أو موصى له) . ففي هذه الحالة ، فإن العقار المشفوع (فيه) يقسم بينهم بنسبة نصيب كل منهم في العقار المشفوع به (المادة ١٢٨٥) . فلو اشترى ثلاثة أشخاص عقارا على الشيوخ بحيث يكون للأول فيه النصف ويكون لكل من الاثنين الآخرين الربع ، وباع أحد هؤلاء حصته ، فإن العقار يقسم بين الأول وبين من لم يبع من الآخرين بنسبة ١:٢ .

ويستوي في هذا الفرض ، ان يكون من انتقلت اليه ملكية الحصة الشائعة من الشركاء او اجنبيا .

٤٨ - هذا ويلاحظ ان الغياب في المشروع ، كما هو الحال في القانون ، لا يحول دون الأخذ بالشفعة . اذ بإمكان الشفع الذي كان غائبا وقت الأخذ بالشفعة ان يطلبها ، فيكون من نتيجة ذلك تقسيم المشفوع (فيه) بين من كان حاضرا ومن كان غائبا وحضر ، وفق الأساس المشار اليه آنفا . وتطبق ذات القاعدة في كل مرة يحضر فيها أحد الشفعاء الذين كانوا غائبين ، فلا يجوز الامتناع عن تقسيم المشفوع بين الحضور من الشفعاء انتظارا لحضور من يكون منهم غائبا (المادة ١٢٩٦ / ١) .

٤٩ - ٢ : الشفعاء من طبقات مختلفة :

وتقوم هذه الحالة اذا نشأ ملك الشفعاء أو بعضهم عن ارث أو ايضاء . وهنا قررت المادة ١٢٨٦ / ١ ان تحدد طبقات الشفعاء كالتالي^(٥) :

(٥٧) ر: الأصل التاريخي للنص كما ورد في المذهب المالكي ، مدونة الامام مالك ، مجلد ٥ ، السابق ، ص ٤٠١ وما بعدها ، ابن رشد بداية المجتهد ، السابق ، ص ٢٦٠ وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير ، ج ٣ ، مطبعة دار المعارف بمصر ، ١٣٩٣ هـ ص ٦٥٠ أبو الحسن التسولي ، البهجة على شرح التحفة دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٧ ، ج ٢ ص ١١٥ .

١ - المشتركون في النصيب الارثي .

٢ - الورثة عموما .

٣ - الموصى له .

٤ - الشريك الاجنبي .

٥٠ - وعلى هذا ، لو باع شخص حصة شائعة في عقار يملكه الى شخص آخر ، ثم أوصى بحصة أخرى من ذات العقار الى شخص ثالث ، وتوفي تاركا ابنتين واختين ، فانه لو باعت احدى الابنتين حصتها ، لكانت الشفعة اولا للابنة الأخرى ، فان تنازلت عنها او سقطت ، كانت الشفعة للاختين باعتبارهما من العصبات اى من الورثة عموما ، فاذا تنازلتا او سقطت شفعتهما ، فان للموصى له ان يأخذ بالشفعة ، فاذا تنازل او سقطت شفعتة ، فان الشفعة تكون أخيرا للشريك الاجنبي ، أي لمن اشترى حصته من المورث .

وتطبيقا لذات الفكرة ، في نطاق الورثة ، فانه لو توفي رجل تاركا عقارا بين جدتين وابناء ، وباعت احدى الجدتين حصتها ، فان الشفعة تكون اولا للجددة الثانية ومن ثم للابناء .

٥١ - أما الفقرة الثانية من النص فتقضي بأن التابعين لطبقة أعلى يدخلون في شفعة من يلحقون بطبقة أدنى دون ان يكون للاخرين الدخول في شفعة الأولين ، وتضيف بان ورثة كل وارث يقومون مقامه .

وتطبيقا لذلك ، فلو توفي شخص تاركا عقارا بين ابنتين واختين وباعت احدى الاختين حصتها ، فان الشفعة تكون للبنتين وللأخت الباقية ، اذ لا تختص بها الاخيرة دون سواها . وعلى العكس ، فلو كانت احدى البنتين هي التي باعت حصتها ، فان حق الأخذ بالشفعة ينحصر في البنت الأخرى .

أما متى كانت احدى الاختين هي التي باعت وكانت الاخت

الأخرى قد توفت وتركت أولادا ، فان الشفعة كما قلنا تفتح للبنتين وهي تفتح
ايضا لاولاد الأخت المتوفاة لانهم يحلون محل أمهم في اقتسام حصة خالتهم .

المطلب الثالث

الأشخاص الممنوعون من الأخذ بالشفعة

٥٢ - الشفعة لا تجوز للوقف كما ان من ليس له الشراء لا يملك الأخذ
بالشفعة :

أولا - الوقف :

٥٣ - القاعدة - امتناع الشفعة :

تقضي المادة ١١٥٩ / ١ من القانون صراحة بانه «لا شفعة في الوقف
ولا له» . وتقرر المادة ١٢٨١ من المشروع في فقرتيها الأولى والثانية ،
امتناع الأخذ بالشفعة لمستحق الوقف ولناظره .
وتفريعا على ذلك ، فلو بيعت حصة شائعة في عقار ، وقفت فيه
حصة شائعة أخرى ، فان متولى الوقف لا يستطيع ان يطلب الشفعة
فيها . وبالمقابل ، لو وقفت حصة شائعة في عقار فان أصحاب الحصص
الأخرى لا يستطيعون أخذها بالشفعة .

ويرجع سبب امتناع الشفعة في الوقف أو له ، ان الاخذ بالشفعة
يقتضي ان يكون الشفع مالكا لما يشفع له ، وان يجري التصرف في
المشروع (فيه) تصرفا ناقلا للملك . ولما كان الوقف لا يتضمن الملك ،
فانه ليس لناظره او مستحقه طلب الشفعة . فيد الأول على الموقوف

ليست دائمة ، وحق الثاني لا يعدو ان يكون حق انتفاع^(٥٨) . وبديهي انه متى امتنعت الشفعة للوقف ، لهذه الأسباب ، فقد امتنعت أيضا الشفعة فيه . اذا ان عقد انشائه لا يتضمن نقلا للملك - على الأقل - لشخص آخر^(٥٩) .

والوقف وهو لا يفيد الملك يؤدي الى حبس العين عن التصرف . فلا يجوز التصرف فيما يقام فوق أرض موقوفة الا استقلالا . ولذا ، فقد نص القانون (المادة ١١٥٩ / ٣) والمشروع (المادة ١١٩٢ / ٢) على انه لا تجوز الشفعة في بيع ما يقام فوق أرض محكرة من أبنية وشجر . ذلك ان هذه المنشآت ، وهي كما أشرنا لا تكون محلا للتصرف الا استقلالا ، لا تعد من العقارات بل تلحق بالمنقولات^(٦٠) .

على ان امتناع الوقف عن التصرف ليس الا القاعدة العامة ، فهناك

(٥٨) ر: محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ف ٩١ ، ص ١٨٠ ، احمد ابراهيم المرجع السابق ، ص ٦٠ .

(٥٩) وهذا ما ذهب اليه غالبية مذاهب الفقه الاسلامي ، فعند المالكية ان الوقف يبقي على ملك الواقف ، اما الحنفية والشافعية ، في الرأي الراجح عندهم ، فانهم يذهبون الى القول بأن الوقف يؤدي الى خروج الموقوف من ملك الواقف الى ملك الله تعالى . والحنابلة - فيما نقل من أرجح الروايات عن الامام أحمد - هم الوحيدون بين فقهاء السنة الذين يرون بأن الوقف يؤدي الى نقل الموقوف من ملك الواقف الى ملك الموقوف عليه .

ر: حول ذلك: محمد أبو زهرة : محاضرات في الوقف ، ط ٢ ، دار الفكر العربي ، ف ٩٠ وما بعدها ، مصطفى الزرقا ، ج ١ ، ط ٢ ، مطبعة الجامعة السورية ، ف ١١٥ ، وقبلها ف ٢٩ و ٤٦ .

(٦٠) يلاحظ مع ذلك الاضطراب والتردد الذي وقع فيها واضعوا المشروع ، اذ قبل وصولهم لتقرير حكم المادة ٢/١٢٩٢ ، فانهم قد اعتبروا في المادة ١٢٨٤ البناء والشجر المقام على أرض موقوفة من قبيل العقارات التي تجيز الأخذ بالشفعة . فالمادة ١٢٨٤ تقضي بأن المشفوع فيه هو عقار قابل للقسمة عاوض به أحد الشريكين ولو كانت المعاوضة بطريق المبادلة بعقار مثله أو كان العقار بناء أو شجرا مملوكا لشريكين بأرض موقوفة

حالات يسوغ فيها بيع العقار الموقوف^(٦١) . وفي مثل هذه الحالات ، فان التصرف يؤدي الى نقل الملك ، مما يستتبع جواز أخذه بالشفعة اذا توافرت سائر الشروط الأخرى . والأخذ بالشفعة هنا لا يمثل - كما هو واضح - افتئاتا على مبدأ عدم جواز الشفعة في الوقف حيث ان التصرف في الموقوف يؤدي بداهة الى انتهاء حبسه .

لكن الخروج على مبدأ استبعاد الشفعة بالنسبة للوقف ، يتمثل في فرضين انفرد بايرادهما المشروع :

٥٤ - استثناءان أوردتهما المشروع :

تكررت الإشارة الى هذين الاستثناءين في المشروع ، فبعد ايرادهما في نصوص مستقلة في المادة ١٢٨١ ، أعيد ذكرهما في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ١٢٨١ ، وهو تكرار كان ينبغي تلافيه . والاستثناء الأول متعلق بالحالة التي يسمح فيها الواقف لناظر الوقف بالأخذ بالشفعة ، أما الثاني فانه يخص الفرض الذي يكون فيه مرجع الحصة الموقوفة للموقوف عليه .

٥٥ - ١ : ناظر الوقف اذا أجاز له الواقف الأخذ بالشفعة :

مرد هذا الاستثناء في المشروع هو أخذه بما قرره الفقه المالكي فيما يتعلق بملكية العقار الموقوف . فملكية العقار الموقوف في هذا الفقه تكون

(٦١) ر : شرح المجلة على المادتين ١٠١٧ و ١٠١٨ لرستم باز وعلي حيدر ، محمد أبو زهرة المالكية ونظرية العقد السابق ، ف ٩١ ، ص ١٨٠ . ومع ذلك ، فانه يجب ان نلاحظ انه لما كانت المادة (١٤) من قانون الاوقاف الاردني رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٦ ، تعتبر اموال الاوقاف كاموال الخزينة العامة ، فانه يترتب على ذلك عدم جواز بيعها او التصرف فيها الا وفقا للتصرف بتلك الاموال أي بطريق المزايدة العلنية ، مما يستتبع عدم سواغ طلب الشفعة فيها .

للواقف^(٦٢) . وعليه ، فإن الواقف متى أجاز لناظر الوقف الأخذ بالشفعة ، فإن الأخذ بها إنما يتم لحساب المالك ، ويقتصر دور الناظر على كونه وكيلًا . وتتقيد سلطة الوكيل في الأخذ بالشفعة ، في هذه الحالة ، بأن يتم الأخذ بها بقصد الحاق المشفوع بالوقف ، أي بقصد الحاقه بذات نوع الملك الذي عين لإدارته .

وهكذا فإن هذا الفرض ، وهو يأتي كاستثناء في المشروع ، لا يزيد عن كونه تطبيقًا للقواعد العامة في الفقه المالكي^(٦٣) . إذ الأمر ، في هذا الفقه ، لا يعدو عن أن يسمح للمالك الحصة الشائعة من طلب الشفعة في حصة أخرى من ذات العقار إذا جرى التصرف فيها .

٥٦ - ٢ : مستحق الوقف إذا كان له مرجع الحصة الموقوفة :

الوقف في الفقه المالكي كما قد يكون مؤبدًا ، قد يكون مؤقتًا^(٦٤) . ومتى كان مؤقتًا فإنه قد يكون لعدد معين من السنين وقد يكون معلقًا على واقعة مستقبله محققة الوقوع غير محددة التاريخ ، كانقراض الموقوف عليه . والقاعدة في الفقه المالكي أن الوقف ، بعد انتهاء مدته ، يعود لأصله أي إلى ملك الواقف ، وذلك ما لم يتم تخصيص ماله إلى شخص آخر ، أو جهة أخرى . فإذا تم مثل هذا التخصيص صح ، وانتقل الملك للموقوف ، بعد انتهاء مدة الوقف ، إلى من خصص له^(٦٥) .

وفي مثل هذه الحالة ، أجاز المذهب للموقوف عليه الأخذ بالشفعة

(٦٢) ر: أنفا ، ف ٥٣ والهامش .

(٦٣) ر: في اعتبار الناظر وكيلًا في الأخذ بالشفعة ، الشرح الصغير ، السابق ص ٦٣٢ .

(٦٤) ر: مصطفى الزرقا السابق ، ف (٤٧) وما بعدها ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ،

السابق ، ص ٦٨ (هذا مع ملاحظة أن الوقف المؤقت على النفس غير جائز في المذهب

المالكي) ، محمد أبو زهرة ، ف ١٨١ ، ص ١٨٨ .

(٦٥) ر: أبو زهرة المرجع السابق ، ف ٥٧ ، ص ٦٨ .

مراعاة لايولة الوقف له . والأخذ بالشفعة يتم هنا ، وعلى خلاف الحالة السابقة بقصد الملك وليس بقصد وقف المشفوع فيه .

٥٧ - نظرة تقديرية :

كان يمكن الدفاع عما أخذ به المشروع في هذه الاستثناءات لو جاء تنظيمه للوقف متسقا معها . فهذه الاستثناءات تقوم ، كما أضحى واضحا ، على عدد من القواعد التي قررها الفقه المالكي في الوقف ، وهي ان :

- ١ - الوقف لا يخرج الموقوف من ملك الواقف .
- ٢ - ناظر الوقف مجرد وكيل للواقف .
- ٣ - الوقف المؤقت صحيح .
- ٤ - اشتراط ايلولة ملك الموقوف الى شخص غير الواقف اشتراط سائغ .

لكن المشروع في تنظيمه للوقف لم يأخذ بما قرره الفقه المالكي ، بل اتبع في ذلك ما أخذ به المشرع الاردني الذي تبني ما ذهب اليه الفقه الحنفي من ان :

- ٥٨ - ١ : الوقف يخرج الموقوف من ملك الواقف الى ملك الله تعالى . وفي هذا تقول المادة ١/١٣٧١ من المشروع ، وهي مطابقة للمادة ١٢٤٣ / ١ من القانون الاردني ، «بعد اتمام الوقف لا يوهب الموقوف ولا يورث ولا يوصي به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف ، ولا يملك للغير» .

- ٥٩ - ٢ : ان ناظر الوقف ليس وكيلًا للواقف ، وانما هو ممثل للشخصية الاعتبارية التي اعترف بها الموقف . وفي هذا تقول المادة ١٣٧٤ من المشروع ، وهي مطابقة للمادة ١٢٤٦ من التقنين الاردني ، بأن يكون

للقف من يمثله أمام الجهات المختلفة ويتولى ادارته والاشراف على موارده ومصارفه طبقا لشروط الواقف وأحكام القانون». أما المادة ١٣٦٤ من المشروع ،وهي مطابقة للمادة ١٢٣٦ من التقنين الاردني، فانها تقرر بأن :

- ١- للقف شخصية حكمية يكسبها في سند انشائه .
- ٢- وله ذمة مالية متميزة تسأل عن ديونه التي انفقت على مصارفه طبقا لشروط الواقف» .

٦٠- ٣: القف لا يكون الا مؤبدا . وفي هذا تنص المادة ١٣٦٣ من المشروع ، وهي مطابقة للمادة ١٢٣٥ من القانون الاردني ، على انه «يجب في جميع الاحوال ان ينتهي القف الى جهة بر لا تنقطع» .

٦١- ٤: اشتراط ايلولة ملك الموقوف على شخص غير الواقف ، اشتراط غير صحيح ، بل هو غير متصور . ذلك ان القف هو اخراج للعين من ملك واقفها الى ملك الله ، على سبيل التأيد .

٦٢- وهكذا يبدو التضارب واضحا بين ما قرره المشروع من أحكام للقف وهو بصدد تنظيمه للشفعة ، وبين تنظيمه للقوف كنظام قانوني مستقل ، فأحكام هذا التنظيم تستبعد في الحقيقة كل امكانية للأخذ بالشفعة بالنسبة لناظر القوف أو لمستحقه . ولهذا فاننا لا نتردد عن توجيه الدعوة الى اعادة النظر فيما أورده المشروع في هذا المجال والسعي الى الغاء النصوص التي تقرر ، وهي النصوص التي يدخل وجودها - كما قلنا - الاضطراب على وحدة التنظيم القانوني للقوف .

٦٣- ثانيا: الممنوعون من الشراء :
تؤدي الشفعة الى امتلاك الشفيع للمشفوع (فيه) . وامتلاكه له إما ان

يتم بشراء جديد ، وهو التصوير الذي يذهب اليه فقهاء الشريعة^(٦٦) ،
واما ان يتم بحلوله محل المشتري ، كما ذهب الى ذلك القانون
المصري^(٦٧) .

فالشفيع ، في هذين التصويرين اما ان يعد مشتريا واما ان يأخذ
مركز المشتري ، وفي كلا الحالتين ، فان من المنطقي ان تطبق عليه ذات
القواعد التي تطبق على المشتري . وعلى ذلك ، فاذا كان الشفيع واحدا
من الأشخاص الممنوعين من شراء العقار ، فانه لن يتأتى له الأخذ
بالشفعة .

٦٤ - فلو كان الشفيع نائبا وكل في بيع العقار ، فقد امتنع عليه أخذه
بالشفعة . اذ في السماح له بأخذه ما قد يمكنه من الافلات من القاعدة
التي تحظر عليه شراء^(٦٨) ، وذلك باتفاقه مع شخص آخر يقوم بشراء
العقار توطئة لطلب الشفعة فيه .

كذلك ، لا تجوز الشفعة لمن كان خبيرا أو وسيطا يمارس عمله
بشأن العقار المشفوع فيه^(٦٩) . وعلة المنع هنا هي ذاتها في حالة النائب .

٦٥ - ويثور التساؤل أيضا عما اذا كان للقضاة والمحامين ان يشفعوا في عقار
متنازع عليه أمام المحكمة التي يؤدون اعمالهم بدائلتها . فالقاعدة في
القانونين المصري (المادتان ٤٧١ و ٤٧٢) والعراقي (المادتان ٥٣٢ و

(٦٦) ر: حول ذلك محمد أبوزهرة ، الملكية ونظرية العقد ، السابق ، ف ٥٩ ولاحقاً ف ١٥٣ .

(٦٧) ر: منصور مصطفى منصور السابق ، ف ١٣٦ ، محمد لبيب شنب السابق ، ف ٨٨ .

(٦٨) ر: المادة ٥٤٨ من القانون والمادة ٦٠٢ من المشروع ، خلاف ذلك ، مدونة الامام مالك ج ٥ ، السابق ، ص ٤١٩ .

(٦٩) ر: المادة ٩٤٥ من القانون والمادة ٢٠٣ من المشروع .

٥٣٣) انه ليس لهؤلاء شراء العقار في مثل هذه الحالة . واذا خلا القانون الاردني والمشروع من قاعدة شبيهة ، فان بالامكان القول بوجود ذات الحكم فيهما ، استنادا الى القواعد العامة ، والى ما تقرره المادة ٥٨ من مجلة الأحكام^(٧٠) .

٦٦ - الموضوع محل خلاف في الفقه المصري^(٧١) . فبينما يرى بعض الشراح ان المنع من الشراء لايسري في هذا الفرض على الشفعة ، لانتفاء شبهة استغلال الخصوم - اذ ان القاضي او المحامي لن يجاوز عن أن يأخذ دور المشتري وان يلتزم بما سبق لهذا ان التزم به - يذهب فريق آخر الى امتناع الأخذ بالشفعة تبعا لامتناع الشراء ، وذلك بعدا بعمال القضاء عن كل شك يحيط بادائهم لاعمالهم .

ومن جانبنا ، فاننا نميل الى الأخذ بهذا الرأي الأخير .

المبحث الثاني المشفوع منه

٦٧ - كما يسوغ الأخذ بالشفعة ، ينبغي الا يكون المشتري واحدا من الأشخاص الذين أشارت اليهم المادة ١١٦١ / ٢ من القانون (المادة ١٢٩٧ / ١ من المشروع) . فالنص يشير الى امتناع الأخذ بالشفعة «اذا وقع البيع بين الأصول والفروع او بين الزوجين أو بين الاقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الاصحار حتى الدرجة الثانية» .

(٧٠) ر: شرح المجلة على المادة المذكورة لسليم رستم وعلي حيدر .

(٧١) ر: حول الخلاف ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ف ١٩١ ، منصور مصطفى منصور ،

السابق ف ١٣٦ ، محمد لبيب شنب ، السابق ف ٨٨ .

وحكمة امتناع الشفعة في مثل هذه الحالة هي ان البيع بين أشخاص تربطهم صلة قرابة او مصاهرة ، عادة ما تحيط به اعتبارات خاصة ، تؤدي غالبا الى ان يتم البيع بثمن يقل عن ثمن المثل او الى ان يحصل المشتري على تسهيلات في الدفع او على شروط افضل فيما يتعلق بالضمان . تلك الاعتبارات لا تتوفر في البيوع الأخرى ، فلا يجوز من ثم للشفيع ان يجبر البائع على ان يعامله معاملة اقاربه وأصهاره . ولاحتساب درجة قرابة المشتري وتحديد ما اذا كان يجوز الشفعة منه أم لا ، فانه يرجع للقواعد العامة ، التي تضمنتها المادتان ٣٦ و ٣٧ من القانون (المادتان ٧٨ و ٧٩ من المشروع)^(٧٢) .

ومتى وقع البيع لواحد من أقارب البائع أو أصهاره ، وفقا لما حدده النص السالف الذكر ، فان الشفعة تمتنع ، دون النظر الى درجة قرابة الشفيع للبائع ، فحتى لو كان الشفيع اكثر قرابة ، فان الحظر يبقى مع ذلك قائما . أما لو كان البيع خارج نطاق الاقارب والاصهار ، فان الشفعة تكون ممكنة بغض النظر عما اذا كان المشتري شفيعا أو غير شفيع ، فالقانون لا يميز ، في الاخذ بالشفعة ، بين بيع تم لأحد الشفعاء وبين بيع تم لشخص آخر . أما المشروع فانه يقرر صراحة امكان طلب الشفعة متى كان المشتري شفيعا (المادة ١٢٨٥) .

(٧٢) ويلاحظ ان النص يقرر امتناع الشفعة اذا وقع البيع بين أقارب حتى الدرجة الرابعة ، وهو ما يفيد ان الأقارب من هذه الدرجة مشمولين بالمنع . فلقد قررت محكمة التمييز الاردنية في قرارها رقم ٦٥/٢٢٤ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٦٥ ، ص ١٣٦٣ ، «بان الفقرة ب من المادة ٣ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ المعدل للاحكام المتعلقة بالاموال غير المنقولة تنص على انه لا يمارس حق ... الشفعة اذا حصل البيع ... بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة ، وان كلمة «لغاية» تفيد المدى والنهاية أي بما في ذلك الدرجة الرابعة » .

المبحث الثالث

التصرف الذي يحيز الأخذ بالشفعة

٦٨ - توحى النصوص المنظمة للشفعة في كل من القانون والمشروع ، بأن التصرف الذي يحيز الأخذ بالشفعة هو البيع وحده ، فغالبية هذه النصوص قد اقتصرت على معالجة الفرض الذي يتم فيه التصرف في العقار المشفوع (فيه) بالبيع . ويكفي ان نلقي نظرة على المواد : ١١٥٠ ، ١١٥٦ ، ١١٥٧ ، ١١٦٠ ، ١١٦١ ، ١١٦٢ ، ١١٦٥ ، ١١٦٦ ، من القانون والمواد ١٢٨١ ، ١٢٨٢ ، ١٢٨٥ ، ١٢٨٧ ، ١٢٨٩ ، ١٢٩٤ ، ١٢٩٧ ، ١٣٠٥ من المشروع ، حتى يتأكد لنا هذا الانطباع . ومع ذلك ، فان النظر الى المصادر التاريخية والى بعض النصوص التى أظهرت بجلاء رغبة المشرع والمشروع في تقيد كل منها بمصادره تلك ، يقطعان بأن الشفعة تجوز في القانون متى تم نقل ملكية العقار المشفوع بأي عقد من عقود المعاوضة المالية ، وانها جائزة في المشروع اذا تم نقل ملكية المشفوع بعقد معاوضة مالية كانت أو غير مالية .

ولهذا نجد ان القانون يقرر في المادة ١١٥٥ بأنه :

« ١ - تثبت الشفعة بعد البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها .

٢ - وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع » .

أما المشروع فانه يقضي صراحة في المادة ١٢٧٩ بأن : «الشفعة استحقاق شريك في عقار بحصة شائعة أخذ حصة شريكه التي عاوض بها ، بثمنها في المعاوضة المالية وبقيمنتها في المعاوضة غير المالية . . » ، وبأن «المشفوع عليه هو من ملك حصة أحد الشريكين . . بمعاوضة ولو كانت غير مالية» (المادة ١٢٨٣) .

٦٩ - ويكون العقد معاوضة مالية متى تضمن مبادلة المال بالمال^(٧٣) ، فيشمل ذلك مثلا : البيع ، المقايضة ، الهبة بشرط العوض ، الصلح ، الوفاء بمقابل . أما متى تمت مبادلة المال بغير المال ، كما لو تمت مبادلة عقار ببذل أجره ، أو تم تقديمه ليجعل مهرا ، أو كبذل خلع أو في صلح عن عمد ، فإن العقد لا يعتبر من قبيل المعاوضات المالية^(٧٤) ، لأن بدل الأجرة عوض عن منفعة ، والمهر مقابل لحل الاستمتاع ، وبذل الخلع بدل لازالة ملك النكاح^(٧٥) ، وما قدم في الصلح مقابل للعفو عن قصاص ، وكل ذلك لا يعتبر من قبيل المال ، فلا تجوز الشفعة فيه في القانون ، ويعد من قبيل ذلك أيضا قسمة العقار ، فالقسمة وإن تضمنت معنى المبادلة ، فإنها لا تقتصر عليه بل تشمل أيضا معنى الافراز^(٧٦) . وأساس امتناع الشفعة في القانون الذي أخذ بوجهة نظر الفقه الحنفي^(٧٨) ، ان الشفيع ملزم بأخذ العقار بمثل ما وجب على

(٧٣) المادتين ١٠٢٢ و ١٠٢٣ من مجلة الأحكام العدلية .

(٧٤) ر: محمد أبو زهرة السابق ، ف ٩٠ ، ص ١٧٦ و ١٧٧ ، قارن الشيخ أحمد إبراهيم السابق ، ص ٥٤ .

(٧٥) ر: المادة ١٠٢٥ من مجلة الأحكام وشرحها لرستم باز وغلي حيدر .

(٧٦) ر: ابن رشد ، ج ٢ ، السابق ، ص ٤٠١ .

(٧٧) ر: المادة ١١٥٩ / ٥ من القانون التي تقرر بأن «لا شفعة فيما تجرى قسمته من العقارات» . ويلاحظ وجوب الأخذ بهذا الحكم أيضا في المشروع ، ذلك ان المشروع لا يميز الشفعة ، كما أسلفنا الا في العقار الشائع «القابل للقسمة» ، فإذا تمت القسمة فقد امتنعت الشفعة . فالمشروع يفترض للأخذ بالشفعة ان يتم التصرف في الحصة الشائعة بطريق آخر غير القسمة ، اذ لا يتصور ، والشفعة مقصورة على الشركاء على الشيوع ، ان يجوز الأخذ بها فيما اختص به كل منهم بسبب الشيوع ذاته . ولذلك نجد ان المادة ١٠٢٧ من مجلة الأحكام ، وهي تمنع الأخذ بالشفعة في القسمة ، إنما صرفت المنع للخلطاء والجيران .

(٧٨) ر: حول هذا التحليل ، محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٠ ، ص ١٧٧ ، عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٣٠٣ ، ص ٢٧٤ ، المادة ١٠٨ من مرشد الحيران .

المشتري ، أما والعقد لا يتضمن في هذه الحالات مثلا للعقار ، فانه لا يجوز الأخذ بالشفعة ، لان الأخذ بها يقتضي الزام الشفيع بالقيمة ، وهو ما لا يسوغ . أما المشروع ، وهو قد أخذ بما ذهب اليه الامامان مالك والشافعي^(٧٩) ، فانه يجيز الشفعة في المعاوضات غير المالية ، فيلزم اذن ان يصار الى تقييم بدل العقار ، والزام الشفيع بتلك القيمة ، عند الشافعي والزامه بقيمة المشفوع فيه عند مالك .

٧٠- وفي القانون ، كما في المشروع ، فان الشفعة لا تجوز فيما يخرج بدون مقابل ، فهي لا تجوز مثلا في الهبة بدون شرط العوض ، ولا فيما خرج على وجه الصدقة ، ولا فيما استحق بوصية^{(٨٠)(٨١)} . هذا ولما كان القانون والمشروع يلتقيان على اجازة الشفعة في المعاوضات المالية ، وكانت هذه العقود هي الأهم عملا ، فاننا نقتصر هنا على معالجتها:

٧١- (١) البيع :

البيع هو أهم عقود المعاوضات المالية التي تفتح باب الأخذ بالشفعة ، وهو أكثرها شيوعا في العمل . وهذا ما يفسر ملاحظناه سابقا من أن غالبية نصوص القانون والمشروع قد اقتصرت في تنظيم الشفعة على مواجهة الفرض الذي يتم فيه التصرف في المشفوع بالبيع . فيصح ، بناء على ذلك ، ان نعتبر ما ورد بصدد البيع بمثابة نظرية عامة تنطبق أحكامها على سائر المعاوضات المالية ، ما لم تستوجب طبيعة العقد حكما خاصا .

٧٢- والبيع الذي يسوغ الأخذ بالشفعة هو البيع البات . فلو تضمن البيع

(٧٩) ر: ف الفقه المالكي الشرح الصغير ، ج ٣ ، السابق ص ٦٣٠ ، ابن رشد ، السابق ، ص ٢٥٨ و ٢٥٩ ، بالنسبة للمذهب الشافعي ، المهذب ، ج ١ ، السابق ، ص ٣٧٩ ، ر: في هذه المذاهب عموما ، عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق .

(٨٠) يلاحظ هنا ان الامام الشافعي ، في أحد الاقوال عنه قد أجاز الشفعة فيما ملك بعوض وبغير عوض ر: ابن رشد ، السابق ، ص ٢٥٩ .

(٨١) ر: المادة ١١٥٩ / ٢ من القانون ، التي تطابق المادة ١٢٩٢ / ١ من المشروع ، وهي تقر ولا شفعة «فيما ملك بهبة بلا عوض أو صدقة أو إرث أو وصية» .

خياراً ، فإن الأخذ بالشفعة فيه يعتمد على ما اذا كان الخيار قد تقرر للمشتري أو للبائع . فإن كان للبائع فإن العقد لا يكون لازماً له ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة . وإن كان الخيار للمشتري ، والمقصود بالخيار هنا خيار الشرط ، فإن وجوده لا يمنع من اعتبار العقد لازماً للبائع ، أي سبباً لخروج العقار من ملكه نهائياً . فيجوز الأخذ بالشفعة مع قيام الخيار^(٨٢) . أما لو جعل الخيار للشفيع ، فلن يتأتى له الأخذ بالشفعة ، ذلك أنه لو أجاز البيع لعدّ متنازلاً عن الشفعة ، وإن فسّخه ، فلا بيع ولا شفعة لسقوطها بسقوطه . هذا عن خيار الشرط ، أما خيارا العيب والرؤية فإنهما لا يحولان دون الشفعة^(٨٣) .

٧٣- البيع البات اذن هو وحده الذي يسىخ الأخذ بالشفعة . ولما كان البيع لا يكون كذلك متى كان فاسداً ، فإن الشفعة لا تجوز فيه . فالعقد الفاسد ، وإن أفاد الملك بالقبض ، إلا أن الملك يكون مع ذلك معيباً أو خيبثاً ، يحتمل الفسخ . غير أنه مادامت العلة في امتناع الشفعة في هذه الحالة تتمثل في احتمال استرجاع البائع للملكه ، فإن ذلك المنع يزول إذا زال هذا الاحتمال بسقوط حق البائع في الاسترداد^(٨٤) .

٧٤- ويثور التساؤل عن جواز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع معلقاً على شرط . هنا ، يجري الفقه على وجوب التمييز بين التعليق على شرط فاسخ والتعليق على شرط واقف . فإن كان الشرط فاسخاً ، فإنه لا يمنع من الأخذ بالشفعة ، لأن الشرط لا يحول دون انتقال الملك . ولكن لما كان

(٨٢) ر: الشيخ أحمد إبراهيم ، السابق ، ص ٥٩ ، محمد أبو زهرة السابق ، ف ٩٠ ، ص ١٧٦ و ١٧٩ .

(٨٣) ر: محمد أبو زهرة المرجع السابق ، ص ١٧٩ ، شرح المجلة على المادة ١٠٢٦ .

(٨٤) ر: الشيخ أحمد إبراهيم ، السابق ، ص ٥٩ سعيد عبد الكريم مبارك ، السابق ، ص ١٧٣ ، المادة ١٠٢٦ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم وعلي حيدر ، المادتين ١٠٦ و ١١٥ من مرشد الخيران .

الانتقال يقوم في هذه الحالة على خطر العدم ، الذي يتمثل في تحقق الشرط بما يؤدي اليه من اعتبار ان العقد لم يوجد أبدا ، فان تحققه يؤدي الى سقوط الشفعة وزوال آثارها كافة . أما بالنسبة للشرط الواقف ، فقد ثار الخلاف حول امكان الأخذ بالشفعة مع وجوده . ففي رأى بانه لا يجوز ذلك^(٨٥) ، لان العقد المعلق على هذا الشرط لا يرتب نقل الملك . وفي رأى آخر ، بأن الشرط لا يمنع الأخذ بالشفعة^(٨٦) ، لأن تحقق الشرط يفيد انتقال الملك منذ ابرام العقد لامنذ تحقق الشرط . وفي رأينا ان العقد المعلق على شرط واقف لا يصلح سنداً للأخذ بالشفعة قبل تحقق الشرط . وبالامكان توجيه هذا الرأي في القانون بما قرره مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٠٢٦ من اقتضاها زوال ملك البائع عن العقار المبيع ، وفي المشروع ، بما نصت عليه المادة ١٢٨٣ من أن المشفوع عليه هو من ملك حصة أحد الشريكين ملكا تاما .

٧٥ - هذا ولما كان بيع العقار لا يؤدي الى انتقال الملك في القانون والمشروع الا بالتسجيل ، بل ولما كان عقد البيع الوارد على عقار ولا وجود له فيهما قبل استكمال هذا الاجراء ، (المادة ١١٤٩ من القانون والمادة ١٢٧٨ من المشروع) فانه لا مندوحة من القول بأنه يجب ان يكون البيع قد سجل حتى يتسنى الأخذ بالشفعة^(٨٧) ، أما قبل ذلك ، فان العقار يبقى على ملك البائع^{(٨٨)(٨٩)} . فاذا تم التسجيل ، فانه لا فرق بين ان يكون

(٨٥) ر: محمد علي عرفة ، ج ٢ ، ف ٢٦٣ ، ص ٤٥١ .

(٨٦) ر: اسماعيل غانم ، ج ٢ ، ص ٣٩ ، منصور مصطفى منصور ، ف ١٣٩ ، ص ٢٣٣ .

(٨٧) ر: في الاردن تميز حقوق ٢٧٠/٧٩ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٣٠٠ .

(٨٨) وذلك باستثناء البيوع التي يكون محلها عقارات مملوكة لم تشملها أعمال التسوية اذا مضى على تصرف المشتري في العقار مدة خمسة عشرة عاما (ر: المادة ٣ من قانون معدل للاحكام المتعلقة بالاموال غير المنقولة الاردني ، رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨) .

(٨٩) هذا وقد كان ينبغي ان يكون من شأن تسجيل البيع افتراض علم الشفع به ، فيكون الشفع ملتزما والحال كذلك بأن يجدد موقفه من الأخذ بالشفعة في وقت قصير ، مما يؤدي الى سرعة البت في وضع المشتري وفي مصير البيع . لكن القانون المدني وقضاء محكمة التمييز الاردنيين =

المشتري شخصا عاديا أو أن يكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة . وذلك بشرط ان يتم البيع بطريق الممارسة ، حيث ان الدولة اذ تباشر هذا النوع من البيوع ، فانها انما تباشره بوصفها شخصا عاديا . أما لو تم البيع بطريق المزايدة ، فانه يدخل كما سنرى حالا ضمن البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة .

٧٦- بيوع لا تجوز الشفعة فيها:

تقرر المادة ١١٦١ من القانون (المادة ١٢٩٧ من المشروع) بأن لا تسمع دعوى الشفعة في حالات ثلاث . الأولى ، البيع الذي يتم بالمزاد العلني وفقا لاجراءات يرسمها القانون . الثانية ، البيع الذي يتم بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة او الاصهار حتى الدرجة الثانية . الثالثة ، متى تنازل الشفيع عن الشفعة صراحة أو ضمنا .

٧٧- ولقد سبق ان عالجنا الحالة الثانية ، فنكتفي فيها بما سبق ان ذكرنا^(٩٠) . أما الحالة الثالثة ، فان الأمر لا يتعلق فيها ببيع لا تجوز الشفعة فيه ، بقدر ما يتعلق بسقوط الشفعة بعد ثبوت الحق فيها ، ولذا فاننا سنرجىء معالجتها الى حين البحث في مسقطات الشفعة . فيبقى اذن من الحالات التي أشار اليها النص الحالة الأولى فقط ، وهي التي تتعلق بالبيع الذي يتم بالمزاد العلني .

= لا يجعلان للتسجيل مثل هذا الأثر ، ولا يقبلان بمرتين مدة التقادم القصير الأجل لحق الشفعة (وهي مدة شهر) الا منذ علم المشتري الحقيقي بالبيع وعلمه الفعلي بالتسجيل . ر: المادة ١١٦٢ / من القانون وقرارات التمييز : ٧٧/٣٥٤ ، ص ٣٣٩ سنة ١٩٧٨ ، ٧ / ٣٧٨ ، ص ٣٥٥ ، سنة ١٩٧٨ ، ٥٢ / ٧٩ ، ص ٧٧٩ سنة ١٩٧٩ . وما قرره المشروع في هذا الشأن لا يختلف عما قرره القانون - المادة ٢٩٣ / ٣ ، ٤ إزاء ذلك يصح التساؤل عن جدوى اشتراط تسجيل البيع للأخذ بالشفعة ، خصوصا اذا لاحظنا ما يتضمنه الحكم من عنت وارهاق لأطراف الشفعة ولدوائر التسجيل .

(٩٠) ر: أنفا ف ٦٧ .

٧٨- البيع الذي يتم بالمزاد العلني وفقا لاجراءات رسمية :

يرجع استثناء هذا النوع من البيوع من نطاق الأخذ بالشفعة ، الى ما يتوافر فيها من اجراءات العلانية التي من شأنها تمكين كل من يرغب في تملك العقار من الاشتراك في المزاد ، هذا فضلا عما يمكن ان يؤدي اليه استبعاد الشفعة هنا ، من حمل الراغبين في العقار على التقدم بعطاءات افضل .

ويقضي النص - كما هو واضح - ان يتم البيع بالمزاد العلني ، وأن يتم وفقا لاجراءات رسمية . وعليه ، فان البيع الذي لا يتم بمزاد علني ، كالبيع الذي يتم بطريق المظاريف ، لا يمنع من الأخذ بالشفعة ، ولا تمتنع الشفعة كذلك ، حتى لو تم البيع بمزاد علني ، اذا لم تراع الاجراءات الرسمية التي يحددها القانون . فلو عمد شخص الى بيع عقار له بمزاد وضع هو أسسه واجراءاته ، لما كان هنالك ما يحول دون الشفعة . ويرجع سبب اقتضاء الاجراءات الرسمية ، الى ان هذه الاجراءات تكفل العلانية للراغبين في الشراء والى انها تضمن ايقاع البيع على من تقدم باكبر عطاء .

٧٩- فاذا تم البيع وفق اجراءات قانونية ، امتنعت الشفعة ، سواء كانت الاجراءات التي اتبعت هي التي يتضمنها قانون أصول المحاكمات او كانت اجراءات محددة في قانون آخر . ويستوي ان يكون البيع جبريا او اختياريا ، كما يستوي ايضا أن تكون الجهة التي تباشره جهة قضائية أم ادارية^(٩١) . فالشفعة تمتنع اذا وقع البيع تنفيذا لحقوق الدائنين ، كما تمتنع اذا تم بناء على طلب مصلحة الضرائب استيفاء لحقوق الخزينة ، من ثمن عقار أحد المكلفين .

(٩١) ر: منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٤٠ ص ٣٣٥ ، محمد ليب شنب ، السابق ، ف ٩٨ ، ص ٩٩ ، سعيد عبد الكريم مبارك ، السابق ، ص ١٩٠ .

٨٠ - البيع الذي يتم بمزاد علني وفق اجراءات رسمية ، وذلك الذي يتم بين الأقارب والاصهار ، هما اذن ، فقط ، البيعان اللذان يستبعدان الأخذ بالشفعة ، فلم يورد المشرع الاردني ذكرا للحالة التي يتضمنها نص المادة ٢ من قانون معدل لأحكام الاموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨^(٩٢) ، من امتناع الشفعة اذا تم البيع بغرض جعل العقار محل عبادة أو الحاقه بمحل كهذا . ولقد أبرز المشرع قصده في حذف هذه الحالة بنصه في المادة ١١٦٧ / ١ (المادة ١٣٠٥ من المشروع) من أن للشفيع نقض تصرفات المشتري في المشفوع «حتى ولو وقف العقار أو جعله محل عبادة» . والأخذ بهذا الحكم هو ما يساير رأي الجمهور من فقهاء الشريعة الاسلامية^(٩٣) .

٨١ - (٢) المقايضة :

يتفق القانون (المواد ٥٥٢ - ٥٥٦) والمشروع (المواد ٦٠٧ - ٦١١) مع أحكام الشريعة الاسلامية في اعتبار المقايضة بيعا^(٩٤) . فالمادة ٥٥٣ من القانون (المادة ٦٠٨ من المشروع) ، تقرر بأن «يعتبر كل من المتبايعين في بيع المقايضة بائعا ومشتريا في وقت واحد» . وتنص المادة ٥٥٦ من القانون (المادة ٦١١ من المشروع) على أن «تسري احكام البيع على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها» .

٨٢ - وتفرعا على هذا النص الأخير ، فانه لما كان لا يوجد في أحكام الشفعة

(٩٢) ر: البند الثالث فقرة د من النص المذكور .

(٩٣) ر: مدونة الامام مالك ، مجلد ٥ ، السابق ، ص ٤١٠ ، محمد أبوزهرة ، السابق ، ف ٩٧ ، الشيخ أحمد ابراهيم ، ص ٦٥ ، عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٣١٠ ، ص ٢٨٢ ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٨٦ ، ايضا لذلك في الفقه الحنفي : البابري ، شرح العناية جـ ٧ ، السابق ، ص ٤٣٦ ، ٤٣٧ .

(٩٤) ر: المواد ١٢٠ ، ١٢٢ من مجلة الاحكام العدلية ، المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران ، ابن رشد ، ص ١٢٥ .

ما يتعارض مع طبيعة المقايضة ، فانها تكون جائزة فيها جوازها في البيع ، وهو ما قرره فقهاء الشريعة^(٩٥) ، خلافا لم تشير اليه غالبية الشراح في مصر^(٩٦) ، وبعض الشراح في العراق^(٩٧) من عدم جواز ذلك . نظرا لان البديل العيني في المقايضة يكون مقصودا لذاته ، فلا يسوغ لذلك اهمال ارادة المتعاقدين واجبارهما على قبول بدل نقدي .

٨٣- ويلاحظ ان نصوص القانون والمشروع تجعل من كل متقايز بائعا ومشتريا في نفس الوقت فيكون من نتيجة ذلك جواز الشفعة في كل عقار من العقارات المتقايز بها^(٩٨) . وعلى هذا ، فانه يجوز في المشروع لشركاء كل متقايز ان يطلبوا الشفعة فيما خرج من ملكه بالعقد ، ويجوز ذلك في القانون ، لخلطائه وجيرانه الملاصقين فضلا عن شركائه ، على الترتيب الذي لاحظناه بالنسبة للبيع . اما ما يلزم الشفيع فهو قيمة العقار الذي حدد بدلا للعقار المتقايز به .

٨٤- (٣) الهبة بشرط العوض:

أسلفنا ان القانون قد أفرد لجواز الشفعة في هذه الحالة نصا خاصا هو المادة ١١٥٥/٢ ، وهو أيضا ما فعله المشروع في المادة ١٢٨٩/٢^(٩٩)

(٩٥) ر: الشيخ أحمد ابراهيم ، السابق ، ص ٩٤ و ٩٥ ، محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٠ ، ص ١٧٧ ، الشرح الصغير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٦٣٤ ، سعيد عبد الكريم مبارك ، السابق ص ١٧٠ و ١٧١ .

(٩٦) ر: عبد المنعم الصدة ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، محاضرات القيت على طلبية قسم الدراسات القانونية ، ١٩٦٣ ، ف ٢٦٥ ، ص ١٣٠ ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٢٦ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٣٨ .

(٩٧) ر: حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢١٢ ، ص ٢٠٧ ، خلاف ذلك : سعيد عبد الكريم مبارك ، السابق ، ص ١٧٠ والمراجع التي يشير اليها .

(٩٨) ر: محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

(٩٩) ر: في الأصل التاريخي للنص ، المادتين ١٠٢٢ من مجلة الأحكام و ١٠٨ من مرشد الحيران .

ويتضح من النص أن الهبة التي تسوغ فيها الشفعة ، هي تلك التي يرد فيها العوض كشرط من شروطها ، أما لو تمت بدون عوض ثم قدم الموهوب له مقابلا للموهوب ، فإن الشفعة لا تجوز^(١٠٠) .

٨٥- والهبة التي تسوغ فيها الشفعة ، وفقا لم تقرره المصادر التاريخية لنص القانون، هي الهبة الصحيحة اللازمة ، فان كانت غير ذلك ، فلا شفعة فيها وان اشترط العوض^(١٠١) ، ويترتب على ذلك ، انه لا شفعة في الهبة التي يكون محلها حصة شائعة في عقار يقبل القسمة ، أما فيما لا ينقسم ، فان الهبة تقع صحيحة وتصلح بالتالي سببا للشفعة^(١٠٢) . هذا في القانون ، أما في المشروع فان الأمر يبدو قميئا ببعض التأمل . ذلك ان المذكرة الايضاحية للمشروع تشير الى ان واضعيه، اقتداء بالقانون، قد اقتبسوا حكم المادة ١٢٨٩ / ٢ من الفقه الحنفي^(١٠٣) . واذا صح ذلك ، فانه لا بد من القول بان ورود هذا النص كان خطأ ، الأمر الذي يستدعي وجوب الغائه ، ذلك انه لما كانت المصادر التاريخية لنص القانون تقضي بعدم سواغ الشفعة في هبة المشاع القابل للقسمة ، وكانت الشفعة في المشروع لا تجوز الا اذا كان المشفوع حصة شائعة في عقار قابل للقسمة ، فانه يخلص ان الهبة لا تعتبر من العقود التي تجيز الشفعة في المشروع ، وذلك سواء كانت بعوض أو بدونه فهي بدون

(١٠٠) ر: شرح المجلة لرستم باز وعلي حيدر - المادة ١٠٢٢ .

(١٠١) ر: شرح المجلة ، المرجع المشار اليه في الهامش السابق .

(١٠٢) ر: شرح المجلة لعلي حيدر ، ج ٢ ، ص ٣٨٨ وما بعدها ، المادة (٨١) من مرشد الحيران التي تقرر بانه: «اذا كان الموهوب مشاعا ويحتمل القسمة ، فلا تفيد هبته الملك بالقبض الا اذا قسم الواهب الموهوب وسلمه مفزرا . . .» عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، دار التراث العربي - بيروت ، ط ٧ ، ١٩٨٠ ، ج ٣ ، ص ٢٩٥ و ٢٩٦ ، المغني ، ج ٥ ، السابق ، ص ٦٥٥ وما بعدها ، ابن رشد ، ج ٢ ، السابق ، ص ٣٢٩ .

(١٠٣) ر: المذكرة الايضاحية للمشروع على المادة ١٢٨١ ، ص ١٠٣٢ .

عوض لا تعد من المعاوضات ، وهي بعوض تقع فاسدة . ومع ذلك ، فاننا لا نرى ان ما جاء في المذكرة الايضاحية يجب ان يؤدي الى الغاء المادة ٢/١٢٨٩ . فالحل الذي أوردته هذه المادة يمكن ارجاعه لا الى الفقه الحنفي كما أشارت المذكرة الايضاحية ، ولكن الى الفقه المالكي^(١٠٤) ، الذي يميز هبة المشاع فيما ينقسم وفيما لا ينقسم ، فيكون من نتيجة ذلك وجوب القول بان مجال اعمال نص المشروع اكثر اتساعا من نص القانون ، بالرغم من تطابق صياغتهما^(١٠٥) .

٨٦- وعلى أية حال ، فانه متى وقعت الهبة صحيحة لازمة ، وكان العوض المشروط عقارا ، فان الشفعة تجوز في الموهوب وعوضه ، ويتحتم في مثل هذه الحالة الزام الشفيع بدفع قيمة ما يشفع فيه (لا بدله)^(١٠٦)

٨٧- هذا واذا كان يشترط عند أئمة الحنفية الثلاثة ، أبي حنيفة ومحمد وأبي

(١٠٤) فلقد ورد في مدونة مالك (ج ٦ ، ص ١١٨) ، «... أرايت لو أن رجلا تصدق على رجل بنصف دار له بينه وبين رجل أو وهب له نصف داره غير مقسومة ، أتجز هذه الهبة أم لا في قول مالك (قال) قال مالك الهبة جائزة ، وإن لم تكن مقسومة ... (قلت) وكذلك هذا فيما لا ينقسم في العبد اذا وهب نصفه لرجل فهو جائز في قول مالك (قال) نعم... » ر: في اشارة الى هذا الرأي أيضا ، ابن رشد ، ج ٢ ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

ابن قدامة المغني ، المرجع السابق ، الموضع السابق .
(١٠٥) على انه يجب الاعتراف مع ذلك بأن ما نذهب اليه ، لا يتسق مع تنظيم المشروع للهبة ، فالمادة ١/٦١٥ تقرر ، اقتداء بالاحناف ، بأن القبض شرط للزوم الهبة . ومادام لزوم التصرف - أي تصرف - هو أساس ثبوت الملك فيه ، وكان ثبوت الملك للموهوب له هو سبب الأخذ بالشفعة ، فان مؤدى ذلك انتفاء مكنة الأخذ بالشفعة . ذلك انه حتى لو قلنا بأن التسجيل محل القبض ، فان مذهب الحنفية يقرر بأن قبض الموهوب مشاعا لا يفيد الملك اذا كان مما ينقسم . وهكذا نصل الى انه لا بد حين مراجعة المشروع إما من استبعاد القبض كشرط للزوم الهبة وإما من الغاء المادة ٢/١٢٨٩ التي تميز الشفعة في الهبة . والحل الأول هو بدهاء الأكثر مسايرة للمصادر التاريخية للمشروع .

(١٠٦) ر: مجلة الأحكام على المادة ١٠٢٢ ، المرجع السابق .

يوسف ، ان يتم القبض لامكان طلب الشفعة ، خلافا لزفر الذي يكتفي بابرار العقد وهو ما يوافق المشهور عند المالكية^(١٠٨) ، فانه لا محل في القانون والمشروع للتوقف عند هذا الاختلاف ، نظرا لانه لا بد من التسجيل لجواز الأخذ بالشفعة .

٨٨ - (٤) الصلح :

الصلح كما تعرفه المادة ٦٤٧ من القانون (المادة ٧٢٢ من المشروع) عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتعاقدين بالتراضي ، وقطع الخصومة الذي يبرزه النص ، باعتباره هدف الصلح وغرضه ، قد يتحقق والمدعى عليه مقر بمطالبة المدعي ، وقد يتحقق وهو منكر لها أو ساكت عنها . وفي الحالتين ، قد يكون بدل الصلح عقارا ، يجري الاتفاق على نقل ملكيته الى المدعي مقابل تنازله عن ادعائه ، فيلحق بالعقد وصف المعاوضة بالنسبة للطرفين في الحالة الأولى^(١٠٩) ، ويلحق به هذا الوصف بالنسبة للمدعي في الحالة الثانية^(١١٠) ، ذلك ان المدعى عليه في هذه الحالة الأخيرة لم يعترف بشيء حتى يصح اعتبار العقار عوضا .

٨٩ - وما دام الأمر يتعلق بمعاوضة ، فان العقد يخضع لما تخضع له المعاوضات ، فيجوز أخذ العقار المتصالح عليه بالشفعة ، بالنظر الى ان من تلقى ملكيته ، وهو المدعي ، يأخذ ، في الحالتين المشار اليهما ، مركز المشتري^(١١١) .

(١٠٧) ر: محمد أبو زهرة ، السابق ، ص ١٧٨ .

(١٠٨) ر: الفقه على المذاهب الأربعة ، ج ٣ ، السابق ، ص ٢٩٨ .

(١٠٩) ر: المادة ٢/٦٥٢ من القانون ، المادة ٢/٧٢٧ من المشروع .

(١١٠) ر: المادة ٣/٦٥٢ من القانون . المادة ٣/٧٢٧ من المشروع .

(١١١) ر: محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٠ ص ١٧٨ ، سعيد عبد الكريم مبارك ، السابق ص

١٧١ .

٩٠- هذا وقد يقع النزاع على العقار ذاته . فاذا قدم المدعى عليه للمدعي مالا لتخلص له الملكية ، فانه متى تم تقديم المال والمدعى عليه مقرر بملكية المدعي ، أو قامت البينة بذلك ، فان العقد لا يعدو ان يكون بيعا ، فيسوغ أخذ العقار المتصالح عنه بالشفعة . أما اذا قدم المال دون اقرار ولا بينة على صحة منازعة المدعي ، فان الشفعة لا تسوغ ، الا اذا استطاع الشفيع اثبات ملكية المدعي واثبات ان ما قدم من مال كان ثمنا للعقار^(١١٢) . فالاثبات المطلوب اذن اثبات لحقيقة البيع وكشف لصورية الصلح .

٩١- ويجدر التنويه الى ان الشراح والقضاء في مصر ، يرفضون قبول الشفعة في الصلح ، باعتبار الاختلاف الذي يميز هذا العقد عن البيع ، وهو وحده يسوغ الأخذ بالشفعة في القانون المصري ، ذلك الاختلاف الذي يتمثل في ان الصلح ليس ناقلا للملكية بل هو مقرر لها فقط ، وان بدل الصلح ليس ثمنا ، لان الصلح بطبيعته يستوجب تنازل كل طرف عن شيء من حقه^(١١٣) .

٩٢- (٥) الوفاء بمقابل:
تقرر المادة ١/٣٤١ من القانون (المادة ١/٣٦٦ من المشروع)
بأن:
«تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتيادي اذا كان مقابل الوفاء عينا معينة عوضا عن الدين».

(١١٢) ر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، الموضع السابق .
(١١٣) ر: في القضاء ، نقض في ٢٧ نوفمبر ١٩٤٧ ، مجموعة أحكام النقض ، ج ٥ ، ف ٢٣٤ ، ص ٤٨٩ ، ر: في الفقه منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٣٨ ، ص ٣٣٠ ، عبد المنعم الصلة ، محاضرات في ... السابق ف ٢٦٥ ، ص ١٣٢ ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ف ٢٢٦ ، ص ٤٠٩ .

فقد يتم الاتفاق بين الدائن والمدين على ان يقتضي الأول عوضا عن حقه شيئا أو حقا آخر . فاذا كان المقابل حقا ، فان العملية القانونية تنطوي على تجديد بتغيير الدين ، ولكن القانون والمشروع - مسابرة لاحكام الشريعة - الحقا هذه الصورة بالوفاء الاعتيادي . أما متى كان مقابل الوفاء شيئا ، فان الاتفاق وهو يؤدي الى انقضاء الحق (انظر الفقرة الثانية من النص المشار اليه) يؤدي الى نقل ملكية الشيء أو العين الى الدائن عوضا عن حقه . فاذا كان الحق مبلغا من النقود فان العملية تسفر عن بيع ، أما اذا كان الحق شيئا آخر غير النقود فان العقد يتضمن مقايضة . وفي الحالتين فان من المنطقي ان يخضع الاتفاق لشروط البيع وأحكامه . وعلى ذلك ، فانه متى كانت العين التي قدمت مقابلا للوفاء ، عقارا ، فانه يصح أخذها بالشفعة لجواز ذلك في البيع والمقايضة .

٩٣ - ولا يأخذ الفقه في مصر بهذا التحليل ، ويذهب الى استبعاد الشفعة في الوفاء بمقابل ، اما على اعتبار ان قبول الدائن بمبلغ من النقود ، عقارا ، عوضا عن حقه ، تجديد بتغيير المحل^(١١٤) ، واما على اعتبار ان تقديم العقار في هذه الحالة ، ليس بيعا محضا ، ولكنه يتضمن فضلا عن ذلك معنى استيفاء الدين^(١١٥) .

٩٤ - ولا نرى هذا التصوير بشقيه مقنعا . فقبول الدائن بحق نقدي ، عقارا مقابلا لحقه ، ليس تجديدا ، أو على الأقل ، ليس تجديدا خالصا ، فالتجديد يقوم أساسا على حلول حق محل حق آخر ، وهو ما لا يتحقق في الوفاء بمقابل الا في صورة محدودة وغير مباشرة^(١١٦) لا تمس الاطار العام

(١١٤) ر: عبد المنعم الصدة ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، السابق ، ف ٢٦٥ ، ص ١٣١ .

(١١٥) ر: السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ف ١٧٠ ، ص ٤٩٨ .

(١١٦) والغاية التي قبلت فيها أحكام التجديد ترجع أساسا الى تفسير عدم عودة الدين القديم في حال استحقاق العوض أو انطوائه على عيب جسيم .

للاتفاق باعتباره يؤدي في الفرض الذي نعالجه، الى نقل ملكية عقار في مقابل حق نقدي ، ومن ثم ، كانت أهم آثار الوفاء الاعتياضي هي تلك التي تترتب على البيع وعلى الوفاء . وليس من شأن اقتران هذين المعنيين ، فيما نرى ، وجوب حجب حكم أحدهما لصالح الآخر ، أي حجب حكم البيع لصالح الوفاء ، بل ان المنطقي ان تترتب على كل نتائجه مدامت لا تعارض ما يتمخض عن الآخر . فتطبق أحكام الشفعة مادام نقل الملك يتم في مقابل نقود ، دون ان يقدح في ذلك سبق تسلم مالك العقار لثمن عقاره .

٩٥- وعلى أية حال ، فان جواز الشفعة في البيع بمقابل أمر لا يثير الشك في الفقه الاسلامي فضلا عن ورود النصوص بقوله صراحة ، فانه يمكن تأسيس القول به على صحة الأخذ بالشفعة في الصلح .

المبحث الرابع المشفوع به

٩٦- المشفوع به ، كما قدمنا^(١١٨) ، هو الحق الذي يستند اليه في طلب الشفعة . والحق لا يصلح سنداً للشفعة الا اذا كان (١) حق ملكية (٢) واقعا على عقار (٣) وكان ثابتا وقت البيع واستمر قائما حتى تمام الأخذ بالشفعة .

(١١٧) ر: الشرح الصغير، ج ٣، السابق، ص ٦٣٥ مغني المحتاج، شرح الشريفي، ج ٢، ص ١٠٣، شرح المجلة على المادة ١٠٢١ لملي حيدر، خلاف ذلك، السنهاوري الوسيط، ج ٩، السابق، ص ٤٩٨ .

(١١٨) ر: أنفا ف ٦٠ .

٩٧- (١) المشفوع به حق ملكية :

جاءت نصوص القانون والمشروع واضحة في قصر حق الأخذ بالشفعة على المالك . ففضلا عن ان المادة ١١٥٧ من القانون (المادة ١٢٩٠ من المشروع) تقرر ذلك صراحة ، فان المادة ١١٥١ تحدد حالات الشفعة بالشركة والخلطة والجوار ، وهي الحالات التي لم يأخذ المشروع الا بالأولى منها ، على ما رأينا^(١١٩) . والشريك هو المالك على الشيوع ، أما الخليط فهو مالك العقار الذي يشترك مع مالك المشفوع في واحد من حقوق الارتفاق ، والجار هو مالك العقار الذي يتصل مع المشفوع اتصالا مباشرا ، ومن هنا يغدو واضحا بأنه ليس لمن كان صاحب حق انتفاع او استعمال ، أو ما سواهما من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، ان يطلب الأخذ بالشفعة ، حتى لو وجد في مركز كان من شأنه ان يسمح له بذلك لو كان مالكا ، كأن يكون صاحب حق انتفاع على عقار مجاور للمشفوع . ولقد عرضنا فيما سبق للنصوص التي حظرت الشفعة بالنسبة لناظر الوقف ولمستحقه ، وأوضحنا في حينه ان أساس المنع يقوم على كونها غير مالكين^(١٢٠) .

٩٨- ويرجع قصر حق الشفعة على من كان مالكا ، الى ان الحكمة من الشفعة ، عند فقهاء الشريعة ، هي دفع مظنة الضرر الدائم الذي يمثله انتقال المشفوع الى شخص آخر غير الشفيع^(١٢١) . وفي هذا يختلف نظر الشريعة عما ذهب اليه القانون المصري ، حيث استخدمت الشفعة ليس فقط من أجل دفع ضرر الجوار والشركة ولكن أيضا في تحقيق غرض اقتصادي ، يتمثل في تجميع ما تفرق من حق الملكية ، بما يسمح باعادة

(١١٩) ر: أنفا ٥ و ١٧ .

(١٢٠) ر: أنفا ف ٥٣ .

(١٢١) ر: شرح المجلة لعلي حيدر ، المادة ١٠١٨ ، ومقدمة الباب الثالث ، ج ٢ ، ص ٦٧٢ وما بعدها .

تركيز السلطات على الأشياء . فكان من نتيجة ذلك ان اتاحت الشفعة لصاحب حق الانتفاع وللمستحكر ، فضلا عن الشريك والجار الملاصق (م ٩٣٦ من القانون المصري) .

٩٩ - بقي ان نحدد متى يعتبر الشفيع مالكا ، ويجوز له ، من ثم ، الأخذ بالشفعة ، العبرة في ذلك بالتسجيل^(١٢٢) . فان كان العقار مسجلا على انه ملك الشفيع ، جازت له الشفعة اذا توافرت باقي الشروط المطلوبة . أما ان كان العقار مسجلا باسم شخص آخر ، فليس للشفيع الأخذ بالشفعة ، الا اذا استطاع الطعن في بيانات السجل العقاري ، واثبت ملكيته قبل نفاذ المدة المحددة للأخذ بالشفعة . اما اذا لم يكن العقار مسجلا لا باسم الشفيع ولا باسم غيره ، فالعبرة بوضع اليد على العقار . فان كان الشفيع حائزا للعقار ، اعتبر مالكا ، وكان له الأخذ بالشفعة ما لم يستطع ذو الشأن اثبات انطواء الحيازة على عيب . أما في الفرض المخالف ، أي اذا لم يكن الشفيع حائزا ، فلن يستطيع الأخذ بالشفعة الا اذا اثبت في وقت ملائم ، انه الحائز الحقيقي أو المالك . هذا ومتى كان الشفيع مالكا للمشفوع به ، فلا يهم ان كان مالكا له كله أو لجزء منه ، كما لا يهم ان ينفرد بطلب الشفعة او ان يكون معه آخرون .

١٠٠ - (٢) المشفوع به عقار:

كما يقتضي القانون والمشروع ان يكون المشفوع به مملوكا ، أي حق ملكية، فانها يقتضيان أيضا ان يكون عقارا (المادة المشار اليها سابقا ١٢٥٧ من القانون ، ١٢٩٠ من المشروع) .

(١٢٢) ر: حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٣٦ ، ص ٢٣٠ و ٢٣١ .

والعقار هو الأرض وما اتصل بها اتصال قرار^(١٢٣). فلا يعد عقارا الزرع الذي ينبت والبناء الذي يقام في أرض الغير. فليس لمن كان شريكا مشتاعا في واحد منها، ان يطلب الشفعة في البيع الذي وقع على حصة شريك آخر. وتطبيقا لذات الحكم، فلقد ورد النص صريحا على منع مالك البناء او الشجر المقام على أرض محكرة - موقوفة أو أرض أميرية، من ان يشفع فيما يباع مشاعا منها^(١٢٤). واذا كان ليس له ان يشفع فيما هو شريك فيه فليس له بالأولى أن يشفع في بيع عين أخرى، ولو كانت عقارا، اذا ما تحقق له واحد من الأسباب التي تميز الشفعة. وبناء على ذلك، ليس للمنتفع بأرض موقوفة - المستحكر - أن يشفع في بيع العقار المجاور، ولو كان مملوكا صرفا، ذلك ان ما يقام على هذه الأرض من بناء وشجر، ومصريه الى زوال، لا يتصل بها اتصال قرار، فيخرج من عداد العقارات ليلحق بالمنقولات^(١٢٥).

•

١٠١ - الأصل اذن ان العقار وحده يبرر الأخذ بالشفعة. لكن هذا الأصل لم يراع تماما في نصوص القانون والمشروع. فبعد وروده فيهما في نصوص اتخذت صيغة المبدأ العام، نجد نصوصا أخرى تقبل خلافه، فالمادة ١١٥٦ من القانون تميز الشفعة في المنقول «في نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون»، والمادة ١٢٨٤ من المشروع تميزها «اذا كان العقار بناء أو شجرا مملوكا لشريكين بأرض موقوفة^(١٢٦)». (بالرغم من ان

(١٢٣) ر: الشرح الكبير للدريدير، ج ٣، حاشية الدسوقي، ص ٤٨١، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ف ٢٩٧، ص ٢٦٦، سعيد عبد الكريم مبارك، السابق، ص ١٧٤، مجلة الأحكام العدلية شرح علي حيدر، المادتين ١٠١٧ و ١٠١٨.

(١٢٤) ر: المادتين ١١٥٩ فقرة ٣، ٤ من القانون والمادة ٢/١٢٩٢ من المشروع.

(١٢٥) ر: شرح المجلة لعلي حيدر المادة ١٠١٨، ص ٦٩٠، والمادة ١٠١٩.

(١٢٦) يلاحظ هنا بأن المشروع (المادة ١٣٧٠) كالقانون (المادة ١٢٤٢) لا يقتضيان ان يقع الوقف على مال مفرز الا في الفرض الذي يخصص فيه لمسجد أو مقبرة، وذلك خلاف ما قرره =

المادة ١٢٩٢/٢ تمنع ذلك في عبارات قاطعة) . هذا ولما كان ما يسميه القانون «شفعة في المنقول» لا تجوز ، كما سنرى ، الا للشركاء على الشيوخ ، وكان الشجر والبناء المقام على أرض موقوفة يعد أيضا منقولا . فاننا نخلص الى ان الشريك المشتاع في منقول يملك الأخذ بالشفعة بالرغم من عدم وقوع ملكه على عقار ، اي ان القانون والمشروع أجازا في هذا الفرض ان يكون المشفوع به منقولا لا عقارا .

١٠٢ - وما نلاحظه من اضطراب في النصوص يرجع في الحقيقة الى ما ادخله كل من المذهبين الحنفي والمالكي من استثناءات على قاعدة قصر الشفعة على العقارات ، تلك الاستثناءات التي يصعب في بعض الأحيان تحقيق اتساقها مع القاعدة . ونحن نكتفي هنا بهذه الاشارة ، تاركين معالجة الأمر لحين دراسة الشروط الواجب توافرها في المشفوع فيه ، لأن الاستثناءات وردت أصلا بخصوص تحديد هذه الشروط .

١٠٣ - (٣) استمرار ملك الشفيع للمشفوع به منذ البيع وحتى تمام الأخذ بالشفعة :

بالاضافة الى الشرطين السابقين ، تقتضي المادة ١١٥٧ من القانون (١٢٩٠ من المشروع) . ان يكون العقار المشفوع به مملوكا للشفيع «وقت شراء المشفوع» . وعلى هذا ، فلو كان سبب تملك الشفيع يشفع به هو الارث أو الحيازة الطويلة - اي التقادم - ، او التصرف بين الأحياء ، لوجب ان تكون الوفاة قد حدثت ، والتقادم قد اكتمل والتسجيل قد تم ، قبل وقوع التصرف في المشفوع فيه^(١٢٧) .

= القانون المصري . ر: بالنسبة لهذا القانون الأخير ، السنهوري الوسيط ج- ٨ ، ف ٥١٣ ، ص ٨٤٥ ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٨١ ، ص ١٣٤ .
(١٢٧) ر: محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩١ ، ص ١٧٩ - ١٨٠ ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٣٦ ، ص ٢٣٠ و ٢٣١ سعيد عبد الكريم مبارك ، السابق ، ص ١٧٥ ، الشيخ احمد ابراهيم السابق ، ص ٦٠ .

١٠٤ - ويلاحظ ان النص يكتفي باقتضاء ثبوت ملك الشفيع لما يشفع به عند البيع ، مما يوحي بأنه لا يهم استمرار الملك بعد التصرف ، اذا كان قائما وقت وقوعه . فالشفيع يستطيع مثلا الأخذ بالشفعة ، متى كان مالكا للعقار الملاصق للمشفوع فيه وقت البيع ، حتى ولو زال ملكه بعد ذلك ، بتصرفه فيه ، او باستملاكه .
غير ان هذا التفسير مخطوء . ففضلا عن ان المصادر التاريخية للقانون والمشروع تستبعده^(١٢٨) ، فان المادة ١١٥٥ من القانون (١٢٨٩ من المشروع) ، تقرر ثبوت « . . الشفعة بعد البيع (الرسمي) ، مع قيام السبب الموجب لها » ، ولا شك ان قيام السبب الموجب للشفعة ، اي توافر المركز القانوني الذي يبررها ، يقتضي استمرار تملك الشفيع لما يشفع به^(١٢٩) .

المبحث الخامس

المشفوع فيه

١٠٥ - كالمشفوع به ، لا بد أن يكون المشفوع فيه عقارا (١) ، وان يكون مملوكا (٢) ، واذا كان يستوي ، في القانون ، ان يكون مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها ، فان نصوص المشروع تحتم أن يكون مما يقبلها (٣) .

(١٢٨) ر: شرح المجلة لعلي حيدر ، مقدمة الباب الثالث ، ج ٢ ، ص ٦٧٣ ، ابن رشد ، ج ٢ ، السابق ، ص ٢٦٢ ، مدونة مالك ، مجلد ٥ السابق ، ص ٤١٣ .
(١٢٩) وقد جاء في قرار محكمة التمييز رقم ٨٥/٨١ ، مجلة نقابة المحامين ، عدد ٧ سنة ١٩٨١ ، ص ١٢٩٧ بان « . . من المبادئ القانونية المسلم بها فقهاً وقضاء ان الشرط الأساسي للمطالبة بحق الشفعة بسبب الشراكة ، ان يكون الشفيع مالكا بحصصه المشاعة وقت بيع العقار المشفوع وان تكون ملكيته لها نهائية وان تبقى كذلك حتى يمتلك المشفوع بالقضاء أو بالرضاء ، فاذا زالت ملكيته سقط حقه في الشفعة . . . » .

١٠٦ - (١) المشفوع (فيه) عقار:

لا يجوز الشفعة بحسب الأصل إلا في العقار ، ويحدد مفهوم العقار كما سبق بيانه في دراسة المشفوع به^(١٣٠) ، فلا يعد عقاراً ، ومن ثم لا يقبل الشفعة ، البناء والشجر اللذان تستقل ملكيتهما عن ملكية الأرض التي أقيما فوقها ، كما هو الحال فيما يقام فوق أرض موقوفة أو أرض مملوكة للدولة (أميرية) . ويكفي أن نشر هنا الى أن القول بامتناع الشفعة في البناء والشجر ، إذا استقلت ملكيتهما ، يفيد بداهة سواغ الشفعة فيها إذا جرى التصرف فيها مع الأرض ، إذ يعتبران في هذه الحالة جزءاً من الأرض ، فيجري عليهما حكمها ، وهو الحكم الذي يشمل أيضاً ما يعتبر عقاراً بالتخصيص ، كالمطاحن وآلات الزرع والدرس والحيوانات التي خصصت لخدم العقار^(١٣١) .

١٠٧ - ذلك هو المبدأ ، ولكن نصوص القانون والمشروع ، كما المحنا ، لم تتقيد به تماماً ، حيث أجازت المادة ١١٥٦ من القانون الشفعة في المنقول ، بينما أجازت المادة ١٢٨٤ من المشروع الشفعة فيما يقام فوق أرض الوقف .

وأشارة المادة ١١٥٦ من القانون الى جواز الشفعة في المنقول ، تقرير لما أسماه القانون المصري ، في المادة ٨٣٣ منه ، بـ «حق

(١٣٠) ر: آنفا ف ٩٧ .

(١٣١) ر: السنبوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ف ١٦٨ ، ص ٤٨٢ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٤٢ جمال الدين زكي ، السابق ، في ٢٢٥ ، ص ٤٠٧ ، عبد الكريم زيدان ، ف ٢٩٧ ص ٢٦٧ .

وجدير بالتنويه هنا ان بيع المستحكر للبناء الذي اقامه فوق أرض موقوفة ، اذا تم على سبيل القرار ، هو بيع لعقار لا لمنقول في القانون المصري ، ر: السنبوري ومحمود جمال الدين زكي في المراجع المشار اليها آنفا ، لكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به في القانون الذي اعتمد ما قرره في هذا الشأن الفقه الحنفي (انظر بالنسبة لهذا الفقه المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران والمادة ١٠١٩ من مجلة الأحكام أما المشروع ، فهو ، كما المحنا وكما سنرى لاحقاً ، قد اتخذ موقفاً متناقضاً .

الاسترداد^(١٣٢) ، حيث يجوز لمن كانوا شركاء مشتاعين ، في مال منقول^(١٣٣) ، سواء كان عينا معينة بالذات أو مجموعا من المال ، كتركة أو محل تجاري ، ان يشتروا الحصة الشائعة التي باعها أحدهم لاجنبي . فحق الاسترداد ، في القانون المصري ، يقتضي ، اذن ، تصرفا بالبيع من أحد الشركاء ، فيكون من شأن ذلك تملك الحصة المبعة من تاريخ اعلان الطلب لأطراف المبيع . وبهذا يتضح الفرق بين أحكام الاسترداد ، كما وردت في القانون المصري وكما يتصور وجودها في القانون الاردني ، وبين القواعد المنظمة للشفعة . سواء فيما يتعلق بالحالات التي يجوز فيها كل منها ، أو بالاثار الذي يؤديان اليه . ففي حين لا يتصور وقوع الاسترداد الا لشريك على الشيوع ، فان الشفعة ممكنة في القانون الاردني ، للشريك والخليط والجار . وبينما لا ترتب الشفعة حكمها في اكتساب المالك ، الا من وقت أخذ العقار رضاء أو قضاء ، فان منطوق المادة ٨٣٣ من القانون المصري ، يفيد ترتيب نقل الملك منذ اعلان طلب الاسترداد^(١٣٤) . هذا الا ان القوانين التي نظمت الاسترداد لم تجزه الا اذا وقع البيع لاجنبي^(١٣٥) . في حين ان القانون الاردني لا يميز في الشفعة بين بيع وقع لاجنبي وبيع آخر تم لشريك^(١٣٦) .

(١٣٢) فالجوار المتصل لا يتصور في المنقول ، كما ان الخلطة ، وهي تقوم على الشراكة في حق ارتفاق ، غير متصورة فيه أيضا .

(١٣٣) ويلاحظ ان القانون المصري القديم كان يميز الاسترداد في المنقول والعقار على السواء (المادة ٤٦٢ / ٥٦١)

(١٣٤) من هذا الرأي ، السنهوري ، الوسيط ج ٨ ، ف ٥٢٣ ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٨٥ - عكس ذلك ، محمد ليبب شنب ، السابق ف ٢٨٣ ، ص ٢٩٤ ، قارن : منصور مصطفى ، السابق ، ف ٦٦ ، ص ١٥٨ .

(١٣٥) ر: حول المادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي ، مازوودو جيجلار ، ج ٥٤ مجلد ٢ ، ط ٢ ، ١٩٧١ ، ف ١٦١٠ ، ص ٧٤١ ، بلاينول ، ريبيرويونجييه ، ج ٤ ، ١٩٥٩ ، ف ٢٨١٦ وما بعدها .

(١٣٦) ر: قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٧٤/٣٤٦ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥ / ص ٩٥٨ .

١٠٨ - لكل ذلك ، نرى القول بأن نص القانون الاردني بتطبيق أحكام الشفعة على المنقول قد جاء غير موفق ، اذ كان ينبغي افراد تنظيم خاص للاسترداد يبعده عن الشفعة ، ويكون من شأنه ترك المجال لتحقيق الانسجام بين قواعدها . ولا يسعف في تخفيف هذا المأخذ ، قصر نص المادة ١١٥٦ تطبيق قواعد الشفعة ، على المنقول ، على «نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون» ، فالعبارة لا تعني شيئا في غياب تلك الأحكام المشار اليها ، كما لا يسعف في التخفيف من هذا المأخذ اشارة المذكرة الايضاحية ، للقانون ، الى ما قرره الفقهاء المالكي والحنبلي من اجازة للشفعة في المنقول ، ذلك انه لا يصح منطقا ان تنظم جميع أحكام الشفعة وفقا للمذهب الحنفي ، ثم يترأى المشرع القفز ، بمناسبة ذكره للشفعة في المنقول ، الى ما قرره المالكية والحنابلة ، فمثل هذا القفز يخل بالأصول التي سبق اعتمادها في قصر الشفعة على العقار وتنظيمها وفقا لهذا المنظور . ولقد رأينا كيف ان هذه الأصول تتضمن اختلافات هامة تميزها عن الاسترداد ، مما لا يتأتى معه جمع النظامين في قواعد مشتركة.

١٠٩ - ولكن قد يقال ان المذهب الحنفي نفسه ، قبل الخروج على أحكام الشفعة التي تقضي بقصرها على العقار ، حين أجاز لصاحبي العلو والسفل ، وهما ليسا عقارين في المذهب ، الأخذ بالشفعة^(١٣٧) . والرد على مثل هذا الاعتراض ميسور ، ذلك ان ما اعتبره المذهب الحنفي استثناء ، لم يعد كذلك في ايامنا ، فالعلو والسفل ينظر اليهما ، في الفكر القانوني المعاصر ، على انهما حقين عقارين . ومن هنا يتضح بأن تقييد القانون بما أورده الفقه الحنفي كان من شأنه ان يحقق وحدة التنظيم القانوني للشفعة .

(١٣٧) ر: المادة ١٠١١ من مجلة الاحكام وشرحها لعلي حيدر ، المادة ١٠١ من مرشد الحيران ، الشيخ أحمد ابراهيم ، السابق ، ص ٥٨ ، محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٠ ، ص ١٧٦ .

١١٠ - هذا بالنسبة لما أورده القانون ، وما أورده المشروع ، في هذا الصدد ، لا يقل في عرضته للنقد عما قرره القانون . ويرجع الخلل الذي تضمنه المشروع الى رغبة واضعية في موافقة القانون من ناحية ، والى سعيهم الى الأخذ بمجمل ما قرره الفقه المالكي من ناحية أخرى ، مع ما يؤدي اليه الجمع بين الأمرين من اضطراب . فاذا كان الفقه المالكي ، كالفقه الحنفي الذي أخذ منه القانون ، يقصر الشفعة على العقارات ، الا انه قد قبل استحسانا بعض الاستثناءات التي يؤدي الأخذ بها الى المس بجوهر القاعدة ذاته ، فالمذهب المالكي الحق بالعقارات ومن ثم أجاز الشفعة فيها ، النقص والثمار والمنشآت التي تقام فوق أرض موقوفة أو معارة^(١٣٨) ، وهو لم يكتف بتقرير هذه الاستثناءات ، بل ذهب أيضا ، وهو بصدد تحديد من له الأخذ بالشفعة ، تفضيل الشريك في واحد من هذه الأموال ، وهي منقولات «الحقت» بالعقار ، على من كان شريكا في الأرض أو مالكا لها . وهكذا فلو باع أحد الشريكين في ثمر حصته الشائعة فيه ، فإن الشريك الآخر يشفع في البيع ، سواء كان شريكا في الشجر أو لم يكن ، بل سواء وجد شريك في الشجر أم لم يوجد^(١٣٩) . كذلك لو أقام شخصان بناء على

(١٣٨) ر: حول هذه الاستثناءات مدونة مالك ، مجلد ٥ ، السابق ، ص ٤٠٣ ، ٤٢٦ ، الشرح الكبير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٤٧٩ - ٤٨٠ ، الشرح الصغير ، ج ٣ ، السابق ص ٦٣٤ و ٦٣٨ (حاشية الصاوي) ، شرح منح الجليل ، ج ٣ ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ص ٥٩١ و ٥٩٢ .

(١٣٩) ر: المدونة ، السابق ص ٤٢٧ ، الشرح الكبير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٤٨٠ . هذا ولقد استثنى المذهب من الثمار التي تجوز فيها الشفعة الزرع والخضار التي يقتضي الحصول عليها استئصال جذورها من الأرض كالفجل والجزر والبصل (ر: الشرح الصغير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٦٣٨ و ٦٣٩) .

ولقد أخذ المشروع ، بما قرره المذهب بالنسبة للزرع ، في المادة ١٢٨٢ / ١ ، فنص على عدم جواز الشفعة في الزرع سواء بيع مفردا أو مع أرضه .

الشيوع في أرض موقوفة أو معارة ، فان كلا منها يستطيع ان يشفع في بيع حصة الشريك الآخر ، وهو يفضل في الأخذ بالشفعة ، في حالة الأرض المعارة ، على صاحب الأرض ، اذا تم بيع البناء قبل انتهاء مدة العقد^(١٤٠) ، بل ان المذهب اذ أجاز لصاحب الأرض ، عند انتهاء الاعارة ، تملك نقض البناء ، فانه انما أجاز له ذلك على أساس مما يمكن اعتباره التصاقا ، وليس على أساس من الشفعة^(١٤١) . وبهذا يصبح واضحا ان الشريك في منقول - الحق بالعقار - قد فضل في المذهب ، على من كان شريكا في الشجر او في الأرض . وما دام الأمر كذلك ، فانه يغدو من المتاح ان نتساءل عن مدى صحة اعتبار البناء والثمر من العقارات ، وعن ماهية تلك الرابطة التي الحقتهما بالعقار فأجازت فيهما الشفعة .

١١١ - ومع ذلك ، فلقد وجد هذا الاجتهاد صداه في المشروع . ففي حين يقرر صدر المادة ١٢٨٤ أن « . . المشفوع فيه عقار . . » ، وتطبق المادة ٢/١٢٩٢ هذا الحكم بنصها على عدم جواز الشفعة فيما يقام فوق أرض حكر أو أرض حكومية^(١٤٢) ، فان سياق المادة ١٢٨٤ يتضمن حكما مخالفا ، حكما اجيزت فيه الشفعة فيما يقام فوق أرض وقف!!

١١٢ - وهكذا يبدو واضحا انه كان على واضعي المشروع تجاوز الأخذ بالاستثناءات التي قررها الفقه المالكي ، والاكتفاء بتنظيم الشفعة على أساس حصرها في العقارات ، خصوصا وان الامام مالك (رض) ، كما وردت نقول المذهب ، يشير الى ان هذه الاستثناءات قد قررت

(١٤٠) ر: الشرح الكبير ، السابق ص ٤٧٩ - ٤٨٠ ، شرح منح الجليل ، ج ٣ ، السابق ، ص ٥٩٢ .

(١٤١) ر: المراجع المذكورة في الهامش السابق .

(١٤٢) ر: تطبيقا آخر في المادة ١/١٢٨٢ التي منعت الشفعة في الزرع كما ذكر آنفا .

استحسانا ، وانها فيما يتعلق بالثمار وبالبناء والشجر المقامين فوق أرض موقوفة ، استثناءات لم يقل بها أحد قبله^(١٤٣) .

١١٣ - (٢) المشفوع فيه عقار مملوك ملكا خاصا :

لا يكفي أن يكون المشفوع فيه عقاراً ، بل لا بد أيضاً أن يكون مملوكاً ملكاً خاصاً . ولقد أصبح واضحاً لدينا الآن أن أرض الوقف والأرض الأميرية ، لا تعد من قبيل العقارات المملوكة^(١٤٤) . وعلى هذا ، فلو تفرغ (والفراغ اسم للعقد الذي يتم به نقل سلطة التصرف على أرض مملوكة للدولة) أحد الشركاء عن حصته الشائعة الى شخص آخر ، دون اذن باقي الشركاء ، لما جاز لواحد من هؤلاء أخذ الحصة التي جرى التفرغ عنها ، بالشفعة ، ذلك أن التفرغ لا يشمل إلا حق التصرف ، أما ملكية الرقبة فتبقى للدولة^(١٤٥) . ولئن جاز للشركاء في هذا الفرض طلب الأولوية ، فإن الأولوية تبقى متميزة عن الشفعة .

١١٤ - ومن تحصيل الحاصل الإشارة الى ان العقارات المملوكة ملكا عاما لا تقبل الأخذ بالشفعة . فلو باعت الدولة واحدا من عقاراتها المخصصة للنفع العام الى أحد الأشخاص الاعتباريين العامين ، فان الشفعة لا تجوز في هذا البيع ، سواء جاء الطلب بها من شخص عام آخر أو من شخص خاص . ذلك ان سلطات الدولة على الأشياء المخصصة للنفع العام لا تكيف على انها ملكية خاصة ، وان جاز تكييفها على انها ملكية ادارية .

(١٤٣) ر: شرح منح الجليل ، السابق ص ٥٩١ ، الشرح الصغير ، السابق ، ص ٦٣٨ ، وانظر كذلك المدونة السابق ، ص ٤٠٢ .

(١٤٤) ر: آنفاً ، ف ٥٣ و ٩٧ .

(١٤٥) ر: المادة ١٠١٧ من مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر ، ج ٢ ، ص ٦٨٩ ، المادة ١١١ من مرشد الحيران .

١١٥ - كذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة فيما باعته الدولة من عقارات مملوكة لها ملكا خاصا ، ذلك ان هذه العقارات لا يجوز بيعها الا بطريق المزاد العلني^(١٤٦) ، وهي تخضع بهذا الاعتبار ، لصريح منطوق المادة ١/١١٦١ من القانون (المادة ١/١٢٩٧ من المشروع) التي تحظر الشفعة في هذا النوع من البيوع .

١١٦ - (٣) المشفوع في المشروع عقار يقبل القسمة :
اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول جواز الشفعة فيما لا يقبل القسمة من العقارات . فعند أئمة الحنفية والثوري وفي رواية لمالك ، ان الشفعة تصح فيه صحتها فيما يقبل القسمة ، اما الشافعي والقول الآخر لمالك ، فلا يريان ذلك ويقصران الشفعة على ما ينقسم . ويستند الفريق الأول الى عموم قول النبي (ص) بأن «الشفعة فيما لم يقسم» ، والى ان حكمة الشفعة التي تتمثل في دفع ضرر الشركة ، والجوار عند الحنفية تتوافر فيما لا يقسم توافرها فيما يقبل القسمة ، بل هي اكبر في النوع الأول . أما الفريق الثاني فيعتمد في رأيه على الحديث الشريف بأن «لا شفعة في بئر» ، وعلى ان حكمة الشفعة لا تكمن في دفع ضرر الشركة بل في دفع ضرر القسمة ، ومن ثم فان هذه الحكمة تنتفي بانتفاء امكان القسمة^(١٤٧) .

١١٧ - وبينما أخذ القانون بما ذهب اليه الاحناف ، فان المشروع تبني الرأي الآخر ، وهو يمثل الرواية الاقوى فيما نقل عن مالك^(١٤٨) ، وهكذا فقد

(١٤٦) ر: المادة ١٢ من قانون ادارة املاك الدولة الاردني ، رقم ١٧ لسنة ١٩٧٤ التي تنيط ببلجنة شكلت بمقتضى القانون ، مهمة الاشراف على مزاد بيع املاك الدولة . وكانت المادة ٩ من القانون الذي سبقه ، رقم ٩ لسنة ١٩٦٨ ، تنيط هذه الصلاحية بالوزير .

(١٤٧) ر: حول الخلاف: المغني ، ج ٥ ، السابق ، ص ٣١٣ وما بعدها ، الشرح الصغير ج ٣ ، السابق ، ص ٦٣٥ ، عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٢٩٧ .

(١٤٨) ر: الشرح الصغير ، المرجع السابق ، ص ٦٣٤ ، شرح منح الجليل ، ج ٣ ، السابق ، ص ٥٨٨ .

جاء نص المادة ١٢٨٤ من المشروع يقرر بأن المشفوع فيه عقار قابل للقسمة . . » ، وتضمنت المادة ١٢٨٢ عدة تطبيقات لذات الحكم ، فمنعت الشفعة في^(١٤٩) :

- البئر التي قسمت أرضها وبقيت مشتركة .
- مساحة الدار (العرضة) والممر الذي يتوصل به إليها ، ان قسمت الدار .
- الحيوان ، الا ما اعتبر عقارا بالتخصيص^(١٥٠) .

(١٤٩) ر: حول هذه الحالات في الفقه المالكي : الشرح الصغير ، السابق ، ص ٦٣٩ و ٦٤٠ شرح منح الجليل ، السابق ، ص ٥٩٤ - ٥٩٦ .

(١٥٠) والنص على هذه الحالة الأخيرة يثير الاستغراب ، اذ ان قصر الشفعة على العقار حتى بالمفهوم الذي ورد في المذهب المالكي كان يغني عن ذكرها .

مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية

تصنّف من جامعة الكويت

رئيس التحرير
الدكتور عبد الله الرشيد

صدر العدد الاول في يناير ١٩٧٥

نصل اعدادها الى ايدي نحو ٢٠٠.٠٠٠ قارئ

- يحتوي كل عدد على حوالي ٢٥٠ صفحة من القطع الكبير نشتل على :
 - مجموعة من البحوث تعالج الشؤون المختلفة للمنطقة بأعلام عدد من كبار الكتاب المتخصصين في هذه الشؤون .
 - عدد من المراجعات لطائفة من أهم الكتب التي تبحث في المناحي المختلفة للمنطقة .
 - أبواب ثابتة : تقارير — وثائق — يوميات — بيبليوجرافيا .
 - ملخصات للبحوث باللغة الانجليزية .

منشورات المجلة

- اضطلعت المجلة باصدار عدد من سلاسل الكتب هي :
 - اولا : سلسلة المنشورات ، وقد صدر منها حتى الآن أحد عشر منشورا من أحدثها :
 - منظمة الانتطار العربية المصدرة للبرنول ١٩٦٨ — ١٩٧٧ : دراسة مقارنة في التنظيم الدولي د. عادل خاكي .
 - قواعد الملاحة عند بن ماجد والقطامي . حسن صالح شهاب .
 - ثانيا : سلسلة الاصدارات الخاصة ، وصدر منها حتى الآن ثلاثة عشر كتابا ، من أحدثها :
 - المفهوم الحديث للتسويق وتخطيط الخدمات المصرفية في البنوك التجارية الكويتية . د. عبد الفتاح الشربيني ، د. السيد ناجي
 - رسالة في تاريخ اليمن : مطالع النيران . د. محمد عيسى صالحية .
 - ثالثا : سلسلة كتب الوثائق ، وقد صدر منها كتب الوثائق للاعوام : ٧٥ — ٧٦ — ٧٧ — ٧٨ — ٧٩ — ٨٠ .

الاشتراكات

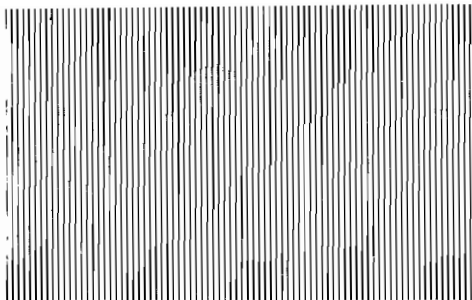
- ثمن العدد : ٤٠٠ فلس كويتي او ما يعادلها في الخارج .
- الاشتراك للافراد : سنوياً ديناران كويتيان او ١٥ دولارا امريكيا في الخارج (بالبريد الجوي)
- الاشتراك للمؤسسات والدوائر الرسمية : سنوياً ١٢ ديناراً كويتياً او ٤٠ دولاراً امريكياً في الخارج (بالبريد الجوي) .

العنوان : جامعة الكويت — كلية الآداب والتربية — الشويخ — دولة الكويت

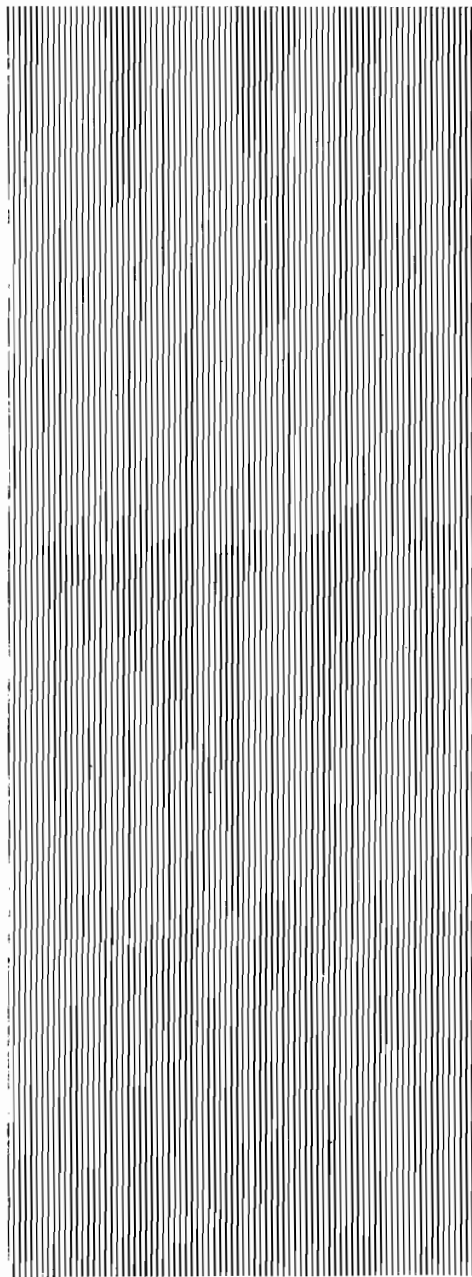
ه.ب : ١٧٠٧٢ — الخالدية

الهاتف : ٨١٦٨٠٧ — ٨١٦٧٩٩ — ٨١٦٨٢٤

جميع المراسلات توجه باسم رئيس التحرير



تعلیق



تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع في حكم الإفلاس
تعليق على حكم المحكمة الكلية في ١٨/١٠/١٩٨٤ (إفلاس) في القضية
رقم ٨٤/٤٦

الدكتور عزيز العكيلي
كلية الحقوق / جامعة الكويت

١ - تمهيد :

تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع من الأمور الأساسية في نظام الإفلاس ، سواء تم تعيين هذا التاريخ في ذات حكم الإفلاس أو في حكم لاحق ، وذلك في حالة عدم توافر العناصر اللازمة لتحديد هذا التاريخ عند صدور الحكم باشهار الإفلاس ، إذ يعتبر المشرع تاريخ صدور الحكم تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع (المادة ٥٦٧ / ١ تجاري) . فمن هذا التاريخ تبدأ فترة الرتبة وهي الفترة الواقعة بين تاريخ وقوف التاجر عن الدفع وتاريخ صدور الحكم باشهار الإفلاس .

لذا فإن التعليق على حكم المحكمة يقتضينا أن نحدد أهمية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع ، وبطبيعة الحال يقتضي تحديد هذه الأهمية أن نشير إلى ماهية الوقوف عن الدفع كشرط لازم لاشهار الإفلاس أو لتحديد بدء فترة الرتبة .

وبناء على ذلك سنشير الى الوقائع والحكم الذي أصدرته المحكمة في هذه القضية ، ثم نحدد أهمية تعيين تأريخ الوقوف عن الدفع ، ثم نناقش بعد ذلك الأمور التي نعتقد أن حكم المحكمة قد جانب الصواب فيها .

٢ - الوقائع :

حيث أن وقائع الدعوى تتحصل في أن مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل تقدمت بطلب للسيد رئيس المحكمة لاشهار افلاس المحال إليها (ي ، س) حيث حددت جلسة ١٦ / ٧ / ٨٤ لنظر الدعوى وبصحيفة المعلن له بتاريخ ٢٩ / ٥ / ٨٤ قالت فيها أن هيئة التحكيم في معاملات الأسهم بالأجل أصدرت قرارها في المعاملة رقم ١٢١ / ٨٣ بتاريخ ٢ / ٧ / ٨٣ بإحالة (ي ، س) الى المؤسسة مع تعيينها حارساً قضائياً لإدارة أمواله والنظر في أمره بسبب توقفه عن دفع ديونه واضطراب أحواله المالية وأنها بعد أن قام المحال ودائنه ومدينوه بالاختار عن ديونهم وفقاً لأحكام المادة الخامسة من القانون رقم ٧٥ / ١٩٨٣ وضعت تقريراً عن المركز المالي للمدين المحال إليها طبقاً لنص المادة السادسة من هذا القانون ونشرته في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) بالعدد رقم ١٥٤٦ بتاريخ ١٠ / ٥ / ٨٤ تمهيداً لإجراء التسوية الودية المنصوص عليها في المادة الثامنة من القانون سالف الذكر وفي اليوم المحدد لعرض التسوية على الدائنين لم تتم هذه التسوية بسبب عدم موافقة الدائنين الخائزين على النسبة المقررة لاتمامها وأنها اعمالاً للمادة الثامنة من القانون رقم ٧٥ / ١٩٨٣ المعدلة بأحكام القانون رقم ١٠٠ / ٨٣ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل فإنها ترفع الأمر الى المحكمة المختصة لشهر الافلاس للنظر في شهر افلاس المحال إليها وانتهت عن ذلك الى طلب الحكم باشهار افلاسه وتحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ كتاريخ مؤقت لتوقفه عن الدفع وتعيين مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل مديراً للتفليسة وجعل المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة على عاتق التفليسة .

وحيث أن المؤسسة قدمت اثباتاً لدعواها حافظة مستندات طويت على :

١ - صورة قرار هيئة التحكيم الصادر في المعاملة رقم ١٢١ / ٨٣ تحكيم بتاريخ ٢ / ٧ / ٨٣ باحالة (ي ، س) الى مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل مع استمرار منعه من السفر ومن التصرف بأمواله المنقولة وغير المنقولة وتعيين المؤسسة حارساً قضائياً لإدارة أمواله .

٢ - صورة محضر اجتماع الدائنين للمحال الى المؤسسة (ي ، س) والمنعقد بجلسة ١٥ / ٥ / ٨٤ والذي حضره ٧ دائنين من ١٠ دائناً ويمثلون ديوناً مجموعها ١٩٧٩٢٧ د . ك من ٣٦٢٢٦٠ د . ك وقد رفضوا التسوية .

٣ - صورة المركز المالي للمحال (ي ، س) والذي أثبت فيه أن موجوداته ٦٨٨٢ نقداً لدى البنوك أسهم شركات بينها بلغت المطلوبات لبنوك دائنة وغير محالين وللمستفيدي الصندوق مبلغ ٣٦٢٢٦٠ د . ك .

وحيث أن الحاضر عن بنك البحرين والكويت بجلسة ١٣ / ٩ / ٨٤ تقدم بحافظة مستندات تضمنت عقد تسهيلات مصرفية مبرم بين البنك والمدين بمبلغ مائة ألف دينار يستحق في ٨ / ٩ / ٨٣ والفوائد المستحقة وكشف الحساب الجاري للمدين والتي تضمنت مبلغ القرض والتسهيلات والفوائد بواقع ١٠ ٪ وكذا قائمة قيد رهن مسجل برقم ٢١٦٨ بتاريخ ١٦ / ٣ / ٨٢ لصالح بنك البحرين والكويت ضد المدين (ي ، س) وأخيراً صورة إخطار صادر عن البنك الى المؤسسة والمتضمن المبالغ المدين بها له .

وحيث أن الحاضرين عن بنك البحرين والكويت وعن شركة المجموعة المتحدة والجزيرة بجلسة ١١ / ١٠ / ٨٤ طلبا افلاس المدعى عليه المدين .

وحيث أن المدين (ي ، س) حضر بالجلسة لنظر الدعوى وأقر بأنه احترف التجارة منذ عام ١٩٧٠ وأنه مارس تجارة الذهب وأسهم الشركات بالأجل وحرر شيكات بمناسبة تلك المعاملات حيث بلغت ديونه المترتبة على ذلك حوالي ثلاثمائة ألف ديناراً بالإضافة الى القرض الذي حصل عليه من بنك البحرين والكويت والذي بلغت قيمته مع فوائده مبلغ مائة وخمسة وسبعون ألف دينار وأقر بأنه توقف عن الدفع ابتداء من شهر اكتوبر ١٩٨٣ وأنه لا يمتلك شيئاً الآن ولا يستطيع سداد ديونه .

وحيث أنه من المقرر قانوناً أنه يلزم لاشهار الافلاس أن يكون المدين تاجراً وأن يتوقف عن دفع ديونه التجارية . والتاجر هو كل من اشتغل بالأعمال التجارية واتخاذها حرفة معتادة له والتوقف عن الدفع بالمعنى القانوني المقصود هو التوقف الذي ينشأ عن مركز مالي مضطرب وضائقة متحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض حقوق دائنيه الى خطر محقق أو كبير الاحتمال كما يجب أن يكون الدين الذي عجز عن دفعه تجارياً وأن يكون خالياً من النزاع معين المقدار حال الأداء ومن المقرر أيضاً أن حالة التوقف عن الدفع يستخلصها قاضي الموضوع من الإمارات والدلائل المقدمة في الدعوى .

وحيث أنه لما كان ذلك وقد ثبت من اقرار المدين أنه احترف التجارة منذ سنة ١٩٧٠ ومارس تجارة الذهب وتعامل في أسهم الشركات كما أقر بديونه التجارية وديونه المترتبة على معاملات في أسهم الشركات التي تمت بالأجل وأنه لا يستطيع سداد ديونه الأمر الذي تستخلص منه المحكمة أن توقف المدعى عليه عن دفع ديونه التجارية ناتج عن مركز مالي مضطرب وضائقة مالية مستحكمة يتزعزع معه ائتمانه وتتعرض فيها حقوق دائنيه الى خطر محقق ومن ثم يتعين لذلك القضاء بشهر افلاسه واعتبار يوم ١ / ١٠ / ٨٣ تاريخاً مؤقتاً للتوقف عن الدفع باعتباره التاريخ الذي أقر به المدعى عليه بتوقفه عن سداد ديونه وفي هذا المجال يتعين على المحكمة أن تعين أحد قضاتها قاضياً للتفليسة كما تعين مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل

مديراً للتفليسة عملاً بالمادة ٣ من القانون رقم ٧٥ / ٨٣ مع إضافة مصروفات الدعوى على عاتق التفليسة .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة - وفي مادة تجارية - باشهار افلاس (ي ، س) وتحديد يوم ١ / ١٠ / ٨٣ تاريخاً مؤقتاً لتوقفه عن الدفع وتعيين السيد رئيس الدائرة قاضياً للتفليسة وتعيين مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل مديراً للتفليسة وأضافت المصاريف الى جانب التفليسة .

٣ - التعليق :

تثير قراءة الوقائع والأسباب التي استندت إليها المحكمة في تحديد تاريخ الوقوف عن الدفع تساؤلات على قدر من الأهمية في مدى سلامة تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بتعيين تاريخ الوقوف عن الدفع إذ أن ما انتهت إليه المحكمة في حكمها من تحديد يوم ١ / ١٠ / ١٩٨٣ تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع يفتقر الى التبرير السليم ، ونرى أن المحكمة قد جانبت الصواب في هذا التحديد . كما أنه قد جانبها الصواب في اعتبار هذا التاريخ مؤقتاً ، وذلك لأن هذا القول تعوزه الدقة ، ويعتبر تطبيقاً غير سليم لأحكام القانون . أضف الى ذلك أن الحكم يعيبه القصور في التسبب لعدم كفاية الأسباب : وقبل بيان الأمور التي نعتقد أن المحكمة قد جانبها الصواب فيها وما يعيب هذا الحكم من قصور في التسبب ، لا بد أن نحدد أهمية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع وذلك وفقاً للأحكام التي أخذ بها قانون التجارة ، الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ وما طرأ على بعض هذه الأحكام من تعديل بموجب القوانين الاستثنائية التي صدرت بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل .

٤ - أهمية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع :

الافلاس نظام جماعي للتنفيذ على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن

دفع ديونه التجارية ، تهدف قواعده الى حماية مصالح الدائنين وصون حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ما تبقى من أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء حتى لا تترك له فرصة تهريب أمواله اضراً بهم ، كما تهدف قواعده الى تحقيق المساواة بين الدائنين دون محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر ، وذلك بتنظيم توزيع أموال المدين عليهم توزيعاً عادلاً لا أفضلية فيه لدائن على آخر مادام دينه غير مقترن بسبب قانوني يوجب هذا التفضيل .

ولتحقيق هذه الأهداف التي تعتبر من الأسس التي يقوم عليها نظام الافلاس^(١) ، يرتب المشرع على صدور حكم الافلاس غل يد المدين المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وذلك حماية لدائنيه من تصرفاته الضارة بهم التي يقصد بها انتقاص ما لهم من ضمان عام على أمواله ، أو محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر فيخل بالمساواة التي حرص نظام الافلاس على اقامتها بين الدائنين .

لذا اعتبر المشرع جميع التصرفات التي يجريها المفلس بعد صدور الحكم باشهار افلاسه غير نافذة في حق الدائنين منعاً له من الاضرار بحقوقهم أو الاخلال بمبدأ المساواة بينهم .

غير أن صدور الحكم باشهار الافلاس لا يتم - في الغالب - بمجرد وقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية ، وإنما قد تنقضي فترة من الزمن بين الوقوف عن الدفع وصدور الحكم باشهار الافلاس ، وهذه الفترة تعتبر من أخطر الفترات وأشدّها اضراً بالدائنين . ففي هذه الفترة يشعر المدين باضطراب

(١) للتفصيل في هذا الموضوع انظر الأستاذ الدكتور محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، ج ٢ في الافلاس ، الاسكندرية ١٩٥١ ، ص ١٥ وما بعدها الأستاذ علي العريف ، القانون التجاري المصري ، ج ٣ الافلاس القاهرة ١٩٥١ ، ص ٢ وما بعدها ، كتابنا الموجز في شرح قانون التجارة الجديد ، أحكام الافلاس ، بغداد ١٩٧٣ ، ص ٩ وما بعدها .

أعماله وأنه مشرف على الافلاس ، فيلجأ الى مختلف الوسائل لاختفاء حالته المالية عن دائنيه ، ليتفادى افلاسه وإطالة حياته التجارية . وقد يوفق فيعبر الأزمة بسلام ، وقد يخفق فيزيد هذا الاخفاق حالته سوءاً .

وقد يعتمد المدين خلال هذه الفترة الى التصرف في أمواله تصرفاً ضاراً بالدائنين أو مخلاً بمبدأ المساواة بينهم ، فيبيع أمواله بثمن بخس أو يقترض بشروط باهظة بهدف الحصول على النقود اللازمة للوفاء بالتزاماته وقد تفسد نية المدين فيعتمد الى اخفاء أمواله أو التبرع بها الى أقاربه ومعارفه أو بيعها إليهم صورياً بقصد ابعادها عن الضمان العام المقرر لدائنيه على أمواله ، أو يفي لبعض الدائنين قبل الاستحقاق ، أو يرتب على أمواله تأمينات لضمان ديونهم فيمتازون على غيرهم من الدائنين عند تصفية أمواله ، فيحابي المدين بهذه التصرفات ، التي يجريها بلا رقابة ولا اشراف ، بعض الدائنين على حساب البعض الآخر . وقد يتتابه اليأس فيلجأ الى التبذير ويكثر من المضاربات برعونة وخفة غير مبال بما يترتب على ذلك من ضرر بنفسه وبدائنيه ، ما دام أنه يعلم أن أمواله ستؤول حتماً الى دائنيه ولن ينال منها شيئاً .

لذلك أدرك المشرع أن عدم نفاذ تصرفات المفلس اللاحقة لصدور حكم الافلاس في حق جماعة الدائنين لا تحقق حماية كافية لهم ، فجعل للحكم الافلاس أثراً على تصرفاته السابقة لصدوره والواقعة بين تاريخ صدور هذا الحكم ووقوفه عن الدفع ، وهي الفترة التي تكون فيها تصرفات المدين محل ارتياب الدائنين .

فالمشرع يرتاب من تصرفات المفلس التي يجريها خلال هذه الفترة ، ولذلك وضع نظاماً خاصاً تخضع له تصرفاته خلال هذه الفترة المسماة بفترة الريبة ، فأوجب ابطال البعض منها وأجاز ابطال البعض الآخر تبعاً لطبيعتها وللظروف التي أجريت فيها حماية لحقوق الدائنين وتحقيقاً لمبدأ المساواة بينهم .

ذلك لأن المشرع لم يشأ أن يخضع هذه التصرفات لذات القواعد التي أخضع لها تصرفات المفلس اللاحقة لصدور حكم الافلاس بحيث تعتبر جميع تصرفاته التي يجريها خلال هذه الفترة غير نافذة في حق الدائنين ، لأن ذلك يؤدي الى إضعاف ائتمان التاجر فيمتنع الغير عن التعامل معه خوفاً من عدم نفاذ التصرفات عند وقوع الافلاس .

لذلك وضع المشرع التجاري قواعد خاصة بالبطلان تطبق على تصرفات المفلس التي يجريها خلال هذه الفترة توفق بقدر الإمكان بين مصلحة الدائنين ومصلحة الغير حسنى النية الذين يتعاملون مع المفلس دون علم باضطراب أعماله ووقوفه عن الدفع .

وقد تكفلت المواد من ٥٨٤ الى ٥٨٩ من قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بتنظيم القواعد التي تطبق على تصرفات المفلس خلال فترة الريبة^(٢) .

وفترة الريبة- كما تقدم - هي الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تحدده المحكمة لوقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية وتاريخ صدور الحكم بأشهار افلاسه (المادة ٥٨٤ / تجارة) ، دون إضافة مدة أخرى تسبق تاريخ الوقوف عن الدفع كما فعلت بعض التشريعات^(٣) .

وعلى ذلك فإن تحديد فترة الريبة يقتضي من المحكمة أن تحدد أولاً تاريخ الوقوف عن الدفع الذي تبدأ منه هذه الفترة ، وقد ترك المشرع للمحكمة

(٢) للتفصيل في هذا الموضوع انظر بحثنا النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة في قانون التجارة الكويتي ، مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، السنة السادسة ، العدد الرابع ، ص ٢٣ .

(٣) عشرة أيام في القانون التجاري المصري والفرنسي وعشرين يوماً في قانون التجارة السوري واللبناني .

حرية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع على ضوء وقائع الدعوى التي يستدل منها على ذلك ، بل أجاز لها تعديل التاريخ عينته للوقوف عن الدفع إذا استبانت لها ظروف جديدة لم تكن معروفة لديها من قبل تبرر تعديل التاريخ القديم ، وفي جميع الأحوال لم يجوز لها المشرع ارجاع هذا التاريخ الى أكثر من سنتين من تاريخ الحكم باشهار الافلاس (المادة ٥٦٨ تجارة) .

لذا فإن تحديد المشرع الكويتي لفترة الريبة بالمدة الواقعة بين تاريخ الوقوف عن الدفع وتاريخ اشهار الافلاس وعدم إضافة مدة أخرى تسبق تاريخ الوقوف عن الدفع يتفق والأحكام التي أخذ بها والتي تعطي للمحكمة حرية تعيين هذا التأريخ وتعديله كلما استبانت لها ظروف جديدة ، لأن هذه الإضافة تكون غير منطقية ولا فائدة منها ، على عكس الوضع في التشريعات التي تحدد فترة الريبة على وجه ثابت . حيث تكون لهذه الإضافة فائدة ، إذ يترتب عليها اتساع فترة الريبة بعض الشيء^(٤) . على أن المشرع الكويتي لم يمنح المحكمة حرية مطلقة في ارجاع هذا التاريخ الى ما تشاء من الزمن بل قيده بمدة معينة بحيث لا يجوز لها ارجاعه الى أكثر من سنتين من تاريخ الحكم باشهار الافلاس (المادة ٥٦٨ / ٢ تجارة) . والحكمة من ذلك أن اطلاق الحرية للمحكمة في تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع دون حدود يؤدي الى اضطراب في المعاملات التجارية وعدم استقرارها ، إذ تكون معظم تصرفات المفلس التي يقوم بها خلال هذه الفترة قابلة للإبطال وجوباً أو جوازاً . فكلما أجاز للمحكمة أن ترجع بتاريخ الوقوف عن الدفع الى الماضي دون تحديد مدة معينة

(٤) من هذه التشريعات السويسري والألماني والانجليزي والاطالي . ولكن هذه التشريعات متقدمة ، لأن تحديد فترة الريبة على وجه ثابت بالنسبة الى جميع التفاليس لا يخلو من الجمود وليس من حسن صناعة التشريع الأخذ به إذ يختلف الأمر باختلاف الظروف فقد يكون التاجر صادقاً أميناً فيبادر الى طلب شهر افلاسه بمجرد وقوفه عن الدفع ، وقد يلجأ الى وسائل غير مشروعة لإطالة حياته التجارية واخفاء سوء حالته فلا يشهر افلاسه إلا بعد انقضاء فترة طويلة من احتلال أشغاله ووقوفه عن الدفع ، فمن الخير والحال كذلك أن تترك للمحكمة سلطة رحبة للتقدير ، انظر في ذلك محسن شفيق ، ج ٢ ، المرجع السابق ص ٤٧٦ .

كلما زاد عدد التصرفات التي تخضع للبطلان . فالمشرع بهذا التحديد يريد أن يضع حداً لفترة الريبة وما تقدمه من مكناات لتقويض المراكز القانونية المستقرة^(٥) .

على أن المشرع قيد سلطة المحكمة بحد أقصى زمني لا يجوز لها بعد انتهائه تعديل تاريخ وقت الوقوف عن الدفع ، هذا الحد هو انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة إدارة كتاب المحكمة ، إذ يصبح التاريخ المعين للوقوف عن الدفع نهائياً بعد انقضاء هذا الميعاد (م ٥٦٨ / ١ تجارة) .

وفكرة الوقوف عن الدفع من الأمور الأساسية في تطبيق نظام الافلاس ، لأن هذه الفكرة لا تثور لتحديد فترة الريبة فقط ، وإنما تثور ابتداء عند اشهار الافلاس تطبيقاً لنص المادة ٥٥٥ من قانون التجارة التي جعلت من بين الشروط الواجب توافرها لاشهار افلاس التاجر وقوفه عن دفع ديونه التجارية . لذلك ثار النقاش بين الفقهاء لمعرفة ما إذا كان الوقوف عن الدفع اللازم لاشهار الافلاس يتفق في مداه مع الوقوف عن الدفع اللازم لتحديد فترة الريبة أم يختلف عنه .

فهل ينصرف معناه الى عجز التاجر عجزاً حقيقياً عن الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها لاضطراب أعماله وفقدانه لائتمانه كما هو الشأن في معنى الوقوف عن الدفع الذي يبرر شهر الافلاس ؟ أم المقصود تحديد الوقت الذي اضطربت فيه أعمال التاجر اضطراباً ينبىء عن انهيار مركزه المالي ولو استمر على تسديد ديونه بالاستعانة بوسائل مشروعة أو غير مشروعة بقصد تأخير وقوفه المادي عن الدفع تأخيراً مصطنعاً ؟

(٥) محسن شفيق ، ج ٢ ص ٤٧٧ ، أميل ، القانون التجاري ج ٢ ، بيروت ١٩٧٠ ، ص ٥٩٢ .

ذهب البعض بأن للوقوف عن الدفع معنيين من الناحية القانونية ، فمعناه في حالة تحديد فترة الرتبة أوسع من معناه في حالة اشهار الافلاس^(٦) . ويذهب هذا البعض الى أنه ليس من حق المحكمة ، في حالة اشهار الافلاس ، أن تستبعد المفهوم التقليدي للوقوف عن الدفع الذي يتطلب وقوفاً مادياً عن دفع أحد الديون التجارية الى جانب الحالة المالية المنهارة للتاجر . فإذا ثبت للمحكمة أنه مستمر على تسديد ديونه ، فلا يجوز لها أن تحكم بشهر الافلاس ولا ثبت لديها أن التاجر لجأ الى طرق غير مشروعة أو غير عادية بقصد تأخير وقوفه المادي تأخيراً مصطنعاً ، كأن يوفي دائنيه من أموال يقترضها بشروط باهظة ، ويصدر كمبيالات مجاملة تحقق له ائتماناً وهمياً مؤقتاً ، وبيع أمواله بخسارة . أما إذا صدر حكم الافلاس ولم يحدد تاريخ الوقوف عن الدفع أو حدد ذلك وأريد تعديله ، ففي هذه الحالة من حق المحكمة أن ترجع التاريخ الذي تبدأ منه فترة الرتبة الى الوقت الذي اضطرت فيه أعمال التاجر وانهار مركزه المالي ولو استمر على تسديد ديونه بوسائل مشروعة أو غير مشروعة .

ولهذا يقول تالير أن القانون يجب أن يظهر تساهلاً من حيث الاثبات لتعديل تاريخ الوقوف عن الدفع بعد شهر الافلاس^(٧) .

على أن هذا الرأي الذي يفهم الوقوف عن الدفع في الوضعين بمعنيين مختلفين كان محل اعتراض غالبية الفقهاء الذين يؤكدون أن الوقوف عن الدفع ليس له إلا معنى واحداً ، سواء عند النظر إليه كشرط من شروط شهر

(٦) تالير ، الافلاس في القانون المقارن ، ج٢ ، باريس ١٨٨٧ ، ص ١٨٩ ، ديسون تعليق في دالوز ١٩٣٣ - ١ - ١٢١ ، بوركاتر تعليق في سيريه ١٩١١ - ١ - ٢٧٣ ، كذلك محكمة راون ٣ - ٨ - ١٨٩٨ ، ومحكمة ليون ١٩ - ١١ - ١٩٠٦ أشار إليها أميل ، المرجع السابق ، ص ٥٩٧ . وهناك أحكام أخرى أشار إليها جلبيرت ، المرجع السابق فكرة الوقوف عن الدفع في الافلاس والتسوية القضائية ، باريس ١٩٦٢ ص ٢١٠ هامش رقم (١٠) .

(٧) تالير ، الافلاس في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

الافلاس ، أو عند النظر إليه لتحديد تاريخ فترة الرية ، لأن هذا الازدواج في المعنى أمر تحكمي ولا يستند الى أساس من القانون^(٨) .

لذا يصبح لازماً على المحكمة عند تقدير حالة الوقوف عن الدفع التحقق من أن التاجر كان عاجزاً عن الوفاء بديونه عاجزاً حقيقياً . فالوقوف عن الدفع هو الذي ينبىء عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتعرض بها حقوق دائنيه الى خطر محقق أو كبير الاحتمال فليس كل امتناع عن الدفع يعتبر توقفاً ، إذ قد يكون لمنازعة في الدين من ناحية صحته أو مقداره أو حلول أجل استحقاقه ، أو انقضائه بسبب من أسباب الانقضاء .

(٨) ليون كان ورينو ج ٧ رقم ١١٨ ، برسرود يسرتو ، ج ١ ، رقم ٣٦٢ وما بعدها ، ريبير ، القانون التجاري ، الطبعة الثامنة ، باريس ١٩٨١ ، رقم ٢٨٥٥ ، لاکور وبوترن ، القانون التجاري ، ج ٢ ، رقم ١٩٦٨ ، أميل ، المرجع السابق ، رقم ١٤٠٦ ، جلبرت ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ وما بعدها ، محمد سامي مدكور وعلي يونس ، المرجع السابق ، ص ٤٥ ، ومحمد صالح ، المرجع السابق ص ١٧ ، محسن شفيق ، ج ٢ ، ص ٢٧٨ وما بعدها . محكمة القاهرة الابتدائية ٧-٢-١٩٥٠ المحاماة ٣٠-١٩٥٧ ، استئناف مختلط ٢٣-٤-١٩٢٤ ، ب ٣٦-٣٣١ ، ١٤-٦-١٩١١ ب ٢٣-٢٦ . انظر عكس هذا الرأي على البارودي المرجع السابق ، ص ٢٧٦ ، إذ يرى في الوقوف عن الدفع فكرة مزدوجة ، فهناك أصل عام هو ضرورة أن تكون الحالة المالية للمدين منهارة وعجزه حقيقياً وائتمانه مفقوداً . ولكن هذا الأصل العام يتخذ شكلاً خارجياً مختلفاً باختلاف الوظيفة التي تؤديها فكرة الوقوف عن الدفع ، ففيها يتعلق بوظيفتها الأولى كشرط من شروط افلاس التاجر ، يجب أن يتخذ هذا الائتمان المنهار شكل الوقوف المادي عن دفع أحد الديون التجارية . أما فيما يتعلق بوظيفتها الثانية ، وهي بدء تحديد فترة الرية ، فإنه يكفي في فكرة الوقوف عن الدفع أن تتخذ مظهراً خارجياً آخر هو ثبوت التجاء التاجر الى طرق احتيالية غير عادية يقصد منها تأخير وقوفه المادي عن الدفع تأخيراً مصطنعاً . هذا الرأي لا يتفق والأحكام التي أخذ بها قانون التجارة اللبناني في المادة ٤٨٩ والتي يقوم بشرحها الأستاذ الدكتور على البارودي ، إذ تحيز هذه المادة أن يتخذ الوقوف عن الدفع في حالة اشهار الافلاس مظهراً خارجياً غير الوقوف المادي عن الدفع هو ثبوت استعانة التاجر بوسائل غير مشروعة للوفاء بالديون . بنفس المعنى ، مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص ٣٥٨ هامش رقم (٢) .

وعلى ذلك فإن تقدير حالة الوقوف عن الدفع تحتاج الى فهم وحسن تقدير من قبل المحكمة ، فلا تقدم على شهر الافلاس لمجرد امتناع المدين عن دفع ديونه ، إذ قد يكون محققاً في ذلك ، كما قد يكون سبب الامتناع راجعاً الى أزمة مؤقتة عارضة^(٩) .

وعلى خلاف ذلك قد يلجأ التاجر الى وسائل غير مشروعة لإطالة حياته التجارية المضطربة ، كبيع بضائعه بسعر أقل من سعر الشراء أو سحب كمبيالات المجاملة أو الحصول على قروض بشروط مرهقة بما يعرض حقوق دائنيه الآخرين للخطر ، في هذه الفروض فإن واجب المحكمة أن تعتبر المدين التاجر في حالة وقوف عن الدفع بالرغم من قيامه بسداد ديونه في مواعيدها^(١٠) .

هذا المعنى للوقوف عن الدفع عند شهر الافلاس هو ذاته مطلوب عند البحث في تحديد فته الريبة . ومع ذلك فإن غالبية الفقهاء الذين يؤمنون بأن مفهوم الوقوف عن الدفع واحد من الناحية القانونية ، يعترفون بأن أحكام القضاء تفسر الوقائع المتعلقة باثبات الوقوف عن الدفع بصورة أوسع في حالة تحديد فترة الريبة من شهر الافلاس^(١١) .

(٩) محكمة النقض المصرية ١٩ - ٣ - ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض . السنة السابعة ص ٤٣٥ ، وفي ٢ - ١ - ١٩٦٢ ، نفس المرجع ، س ١٣ ص ٥٣٨ ، استئناف بيروت ٣ - ١ - ١٩٥٠ مجموعة حاتم ج ٩ ص ٣٩ ، محكمة الاستئناف الكويتية ١٩ - ٨ - ٩٧٢ ، موسوعة عبد الخالق ، ج ٤٣ ، نقض فرنسي ١٥ - ٧ - ١٩٦٨ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٩ ص ١٧١ وفي ٦ - ٦ - ١٩٦٧ نفس المرجع ١٩٦٨ ص ١٢٨ .

(١٠) استئناف بيروت . ٢٠ - ٢ - ١٩٦٤ مجموعة حاتم ج ٥٥ ص ١٥ واستئناف مصري مختلط ١٩ - ٦ - ١٩٣٨ ب ٤٧ - ٣٨٤ ، نقض فرنسي ٢٢ - ٢ - ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ ، وفي ٢٦ - ١٠ - ١٩٤٠ ، دالوز الأسبوعي ٩٤٠ ، ص ٩٦ ، وفي ١٧ - ٢ - ١٩٦٧ المجلة الفصلية للقانون التجاري ، ١٩٦٨ ص ٨٥٨ .

(١١) جليبرت المرجع السابق ص ٢١٣ .

ولهذا يعترف الأستاذان برسو وديسرتو بأن مفهوم الوقوف عن الدفع اذا كان له معنى في حالة شهر الافلاس يختلف عن معناه في حالة تحديد فترة الرية ، فان هذا الاختلاف ليس من الناحية القانونية وانما من ناحية الواقع ، غير أن ذلك له أهميته العملية^(١٢) .

هذا الخلاف في الفقه والقضاء بشأن وحدة أو ازدواج فكرة الوقوف عن الدفع لا يعرض في ظل قانون التجارة الكويتي . فالمادة ٥٥٥ تشترط لاشهار الافلاس وقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية بسبب اضطراب أعماله المالية ، أي أن المقصود بذلك ليس مجرد الوقوف المادي عن الدفع ، بل العبرة بالوقوف الحقيقي الذي يدل على سوء حالة التاجر المالية وفقدانه لائتمانه وعجزه عجزا مستمرا عن مواصلة تجارته . كما أن الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٨ تعتبر الاستعانة بوسائل ضارة أو غير مشروعة للوفاء في حكم الوقوف عن الدفع . وعلى ذلك تستطيع المحكمة أن تشهر افلاس التاجر حتى ولو لم يقف عن دفع ديونه ، اذا ثبت أنه استعان بطرق غير مشروعة لوفاء ديونه^(١٣) .

ورغم تأييد الفقه والقضاء لهذا المعنى ، فان البعض يذهب إلى أنه من الناحية العملية ، فان هذه الطرق غير المشروعة وحدها لا تكفي لشهر افلاس التاجر ، اذ يجب لطلب شهر الافلاس ، الى جانب الحالة المالية المنهارة والائتمان المفقود أن يتوقف التاجر توقفا ماديا عن دفع أحد ديونه التجارية . والواقع أنه قلما يعرض على القضاء طلب شهر افلاس التاجر ما دام أنه يوفى بالفعل لدائنيه في الميعاد اذ قد لا يكون لأحدهم مصلحة في أن يطلب من القضاء شهر افلاس مدينه^(١٤) . ورغم وجهة هذا الرأي إلا أن من الجائز أن

(١٢) المرجع السابق ، ج ١ رقم ١٨٣ .

(١٣) قضت محكمة استئناف بيروت بهذا المعنى في حكمها في ٢٠ - ٢ - ١٩٦٤ المشار اليه سابقا تطبيقا لنص المادة ٤٨٩ من قانون التجارة اللبناني التي تضمنت نصا مماثلا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة الكويتي .

(١٤) على البارودي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥ .

يطلب أحد الدائنين شهر افلاس مدينه رغم عدم وقوفه عن الدفع ، اذا تأكد له أن هذا الدفع يتم بطرق غير مشروعه لمحابة بعض الدائنين. على حساب البعض الآخر ، مما يترتب عليه الحاق الضرر به ، فيكون من مصلحته طلب شهر الافلاس ، ليضع حداً لتصرفات مدينه التي تخل بمبدأ المساواة بين الدائنين ، ذلك المبدأ الذى يعتبر من الأسس التى يقوم عليها نظام الافلاس . ويقع عبء اثبات الوقوف عن الدفع على من يدعي ذلك ، سواء عند النظر في شهر الافلاس أو تحديد فترة الريه . ولما كانت هذه الحالة من مسائل الواقع ، فانه يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات . وقد تقدم أن القضاء يظهر تساهلاً في قبول الوقائع التى تهدف الى اثبات الوقوف عن الدفع لتحديد فترة الريه أكثر مما لو اريد بهذه الوقائع اثبات الوقوف عن الدفع كشرط من شروط شهر الافلاس . ويستعين من يقع عليه عبء الاثبات بأدلة كثيرة ، منها تحرير برتستو عدم الدفع ضد المدين الممتنع عن دفع قيمة الورقة التجارية^(١٥) . واصدار شيك بدون رصيد ، وطلب تسوية ودية مع الدائنين ، وغلق المدين لمحله التجارى وفراشه ، واعتراف المدين بوقوفه عن الدفع ، وغير ذلك من القرائن التى تستقل محكمة الموضوع في تقديرها باعتبارها من المسائل الموضوعية^(١٦) . والمحكمة وهي بصدد النظر في الوقائع التى تقدم اليها لاثبات حالة الوقوف عن الدفع يجب أن تراعي في هذه الوقائع ذات الصفات ، سواء أريد بها اثبات الوقوف عن الدفع لاشهار الافلاس أو لتحديد فترة الريه .

واذا كان لمحكمة الموضوع سلطة استخلاص حالة الوقوف عن الدفع من الوقائع التى تحيط بالمدين ، فان لمحكمة التمييز حق الرقابة على التكيف الذى استخلص من هذه الوقائع . فتدقق محكمة التمييز فيما اذا كانت الوقائع

(١٥) محكمة تمييز العراق ٢٤-١١-١٩٦٥ قضاء محكمة التمييز ، ج-٣ ص ١٤٦ . استئناف القاهرة ٢٥-١١-١٩٥٨ . موسوعة القضاء رقم ٦٣٥ .

(١٦) نقض مصرى ١٨-٥-١٩٦٢ . مجموعة احكام النقض ، السنة ١٢ ص ٤٨٩ . محكمة تمييز العراق ٢٤-١١-١٩٦٥ المشار اليه في الهامش السابق .

التي استندت اليها محكمة الموضوع تشكل - قانونا - حالة الوقوف عن الدفع .
لذا يجب على المحكمة اذا ما قضت بتوافر حالة الوقوف عن الدفع^(١٧) أن تذكر
في حكمها الوقائع التي استندت اليها في استخلاص هذه الحالة ، حتى يتسنى
لمحكمة التمييز مراقبة صحة الوصف القانوني المعطى لهذه الوقائع والا كان
حكمها عرضة للنقض لعدم كفاية الاسباب^(١٨) .

بعد أن انتهينا من تحديد أهمية تحديد تأريخ الوقوف عن الدفع وماهية
هذا الوقوف ، نبدأ الآن ببيان الامور التي جانب فيها حكم المحكمة الكلية
الصواب .

٥ - تعيين ١ - ١٠ - ٨٣ تاريخا للوقوف عن الدفع :-

تقدم أن المشرع ترك للمحكمة حرية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع
على ضوء وقائع الدعوى التي يستدل منها على ذلك ، بل آجاز لها تعديل
التاريخ الذي عينته للوقوف عن الدفع اذا ما استبانت لها ظروف جديدة لم تكن
معروفة لديها من قبل تبرر تعديل التاريخ القديم . ، وفي جميع الأحوال لم يجز لها
المشرع ارجاع هذا التاريخ إلى أكثر من سنتين من تاريخ الحكم باسهار
الافلاس . وقد نصت على هذه الاحكام المادة ٥٦٨ من قانون التجارة
الكويتي . وقد أكدت المحكمة على هذا المعنى عندما قالت في حكمها «ان حالة
التوقف عن الدفع يستخلصها قاضي الموضوع من الامارات والدلائل المقدمة
في الدعوى» وعلى هذا الأساس حددت المحكمة في حكمها يوم
١٩٨٣/١٠/١ تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع باعتباره التاريخ الذي أقر به
المدعى عليه بوقوفه عن الدفع وأنه لا يمتلك شيئاً ولا يستطيع سداد ديونه .

(١٧) نقض مصري ١٨ - ٥ - ١٩٦٢ المشار اليه في الهامش السابق ، نقض فرنسي ٦ - ٦ - ١٩٦٧
المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٨ ص ٣٩١ ، وكذلك ١٠ - ١٠ - ١٩٦٧ نفس
المرجع ص ٣٩١ .

(١٨) نقض مصري ٣ - ٢ - ١٩٥٦ المحاماة ملحق السنة ٢٧ ص ١٨٦ ، نقض فرنسي
١٤ - ٥ - ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٣٤٠ .

ونعتقد ان النتيجة التي توصلت اليها المحكمة اعتمادا على اقرار المدين المدعى عليه كدليل لتحديد يوم ٨٣/١٠/١ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع ، ودون أى تسبب آخر ، أمر تعوزه الدقة ويفتقر إلى التبرير السليم ، وأن المحكمة . قد جانبت الصواب في تحديدها لهذا التاريخ . ويستفاد هذا الامر من وقائع الدعوى التي تقدم عرضها والتي يتضح منها أن هناك أكثر من دليل يؤكد أن وقوف المدين المدعى عليه عن الدفع كان سابقا على التاريخ الذي اقر به والذي اعتمدت عليه المحكمة في تحديدها لهذا التاريخ . ذلك أن مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل تقدمت بطلب للسيد رئيس المحكمة لاشهار افلاس المدين المدعى عليه ، وجاء في طلبها أن هيئة التحكيم في معاملات الأسهم بالأجل أصدرت قرارها في المعاملة رقم ٨٣/١٢١ بتاريخ ٨٣/٧/٢ باحالة المدين المدعى عليه إلى المؤسسة مع تعيينها حارسا قضائيا لادارة أمواله والنظر في أمره بسبب وقوفه عن دفع ديونه واضطراب أحواله المالية . هذه الوقائع تدل بشكل قاطع على أن المدين المدعى عليه قد وقف عن الدفع قبل التاريخ الذي حددته المحكمة في حكمها . ذلك أن هيئة التحكيم لا تصدر قرارها باحالة المدين إلى المؤسسة الا اذا تبين لها اضطراب أحواله المالية بحيث يبدو أن أمواله لا تكفى للوفاء بجميع ديونه وذلك تطبيقا لنص المادة الرابعة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل . وكما هو معلوم للمحكمة فإن هيئة التحكيم لا تصدر مثل هذا القرار الا بعد أن تطلب من المدين تقديم مركزه المالي الذي يتضمن موجوداته وديونه ، اذ بدون هذا الاجراء لا يمكن لهيئة التحكيم تقرير اضطراب أحواله المالية وأن أمواله لا تكفى للوفاء بجميع ديونه . وما يؤكد سلامة القرار الذي اتخذته هيئة التحكيم باضطراب أحواله المالية ووقوفه عن الدفع قبل التاريخ الذي حددته المحكمة صورة المركز المالي الذي قامت بوضعه المؤسسة بعد احالة المدين المدعى عليه اليها ، وذلك تطبيقا لنص المادة الخامسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ ، والذي تقدمت به المؤسسة إلى المحكمة اثباتا لدعواها في طلب شهر افلاس المدين المدعى عليه ، والذي اثبت فيه أن موجوداته لا تزيد عن مبلغ (٦٨٨٢)

دينار ، بينما بلغت المطلوبات لبنوك دائنه وغير محالين ولمستفيدى الصندوق مبلغ (٣٦٢٢٦٠) ديناراً . وبطبيعة الحال أن هذه الموجودات والمطلوبات هي ذاتها التى قدمها المدين فى مركزه المالى إلى هيئة التحكيم والتى اعتمدت عليها الهيئة فى قرارها باحالة المدين إلى المؤسسة ، لأن قرار الهيئة باحالة المدين إلى المؤسسة قد تضمن ايضا منعه من التصرف بأمواله المنقولة وغير المنقولة وتعيين المؤسسة حارساً قضائياً لإدارة أمواله .

هذه الوقائع تؤكد أن اقرار المدين بأنه وقف عن الدفع اعتباراً من يوم ٨٣/١٠/١ غير صحيح ، لأنه ممنوع من التصرف فى أمواله من تاريخ حالته إلى المؤسسة من قبل هيئة التحكيم فى ٨٣/٧/٢ . ولا يمكن أن يكون قد قدم دليلاً للمحكمة أنه قام بوفاء بعض ديونه بعد تاريخ حالته إلى المؤسسة ، إذ ليس فى وقائع الدعوى ما يؤيد ذلك . أضف إلى ذلك أن مثل هذا الوفاء يعنى أن المدين قد أخفى بعض أمواله ولم يذكرها فى مركزه المالى ، سواء الذى تقدم به إلى هيئة التحكيم أو إلى المؤسسة بعد حالته من قبل هيئة التحكيم ، الأمر الذى يعرضه للجزاءات المنصوص عليها فى المادة الرابعة من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ فى شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل وضمان حقوق الدائنين المتعلقة بها^(١٩) . ولا نعتقد أن أي مدين يقوم بمثل هذا الوفاء وهو على علم بالجزاءات التى سيتعرض لها .

(١٩) نصت هذه المادة بقولها «إذا ثبت لهيئة التحكيم أن المدين الذى لا تكفى أمواله للوفاء بجميع ديونه قد أخفى مالا من أمواله أو حوله إلى خارج البلاد ، كلفته باعادة هذه الأموال ، فإذا لم ينفذ قرار الهيئة فى المدة التى تعينها له ، ولم يقيم خلال هذه المدة بتدبير الأموال اللازمة لسداد هذه الديون ، عوقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات ، وذلك مع عدم الإخلال بأي عقوبة أخرى يقررها القانون . كما يمنع من مغادرة البلاد بعد قضاء مدة العقوبة المقررة فى هذا القانون أو فى أي قانون آخر ، وذلك لمدة خمس عشرة سنة ، وإذا هرب خلال هذه المدة عوقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات ، ويعفى من هذا المنع متى ثبت وفاءه بحقوق جميع دائنيه» .

أضف إلى كل ما تقدم أن وقائع الدعوى تشير إلى أن المدين المدعى عليه كان ممنوعا من التصرف في أمواله من قبل هيئة التحكيم قبل تاريخ إحالته الى المؤسسة في ١٩٨٣/٧/٢ ، لأن قرار إحالته إلى المؤسسة قد تضمن استمرار منعه من السفر ومن التصرف بأمواله المنقولة وغير المنقولة . ومثل هذا التعبير يشير إلى أن هناك قرارا سابقا لهيئة التحكيم بمنع المدين من التصرف بأمواله^(٢٠) . الأمر الذي يترتب عليه أن المدين لم يعد بإمكانه من تاريخ صدور هذا القرار الوفاء بديونه ، إلا تنفيذ لأحكام صدرت عليه من قبل هيئة التحكيم أو من المحاكم العادية في ديون ناشئة عن غير المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل ونفذت هذه الأحكام جبرا عليه عن طريق ادارة التنفيذ .

على أن وقائع الدعوى لا تشير إلى مثل هذا الوفاء ، بل وحتى لو وجدت مثل هذه الأحكام ونفذت جبرا عليه من قبل ادارة التنفيذ ، فان مثل هذا الوفاء لا يحول دون اعتبار المدين المدعى عليه واقفا عن الدفع من تاريخ قرار هيئة التحكيم بمنعه من التصرفات في أمواله ، لأن مثل هذا القرار ينبىء عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتعرض بها حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال^(٢١) ، وهو المقصود بالوقوف عن الدفع من الناحية القانونية ، وهذا ما تؤكد المحكمة في قرارها موضوع التعليق كما هو واضح من الوقائع المشار إليها سابقا . كل هذه الوقائع تؤكد أن

(٢٠) لم تقدم المؤسسة صورة قرار هيئة التحكيم بمنع المدين من السفر ومن التصرف في أمواله ضمن المستندات التي تقدمت بها لاثبات دعواها بأشهار الافلاس ، ولذلك لم يتسنى لنا معرفة تاريخ هذا المنع الذي قد يعتبر دليلا على وقوف المدين عن الدفع .

(٢١) نقض مصري في ٢٩ مارس ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض ٢ السنة السابعة ، ص ٤٣٥ ، وفي ٢ يناير ١٩٦٢ ، نفس المرجع ، السنة ١٣ ص ٥٢٨ ، استئناف القاهرة في ٢٣ يولية ١٩٥٩ موسوعة القضاء ، رقم ٦٣٦ ، كذلك نقض فرنسي في ١٥ يولية ١٩٦٨ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٩ ص ١٧١ ، وفي ٦ يونيه ١٩٦٧ نفس المرجع ، ١٩٦٨ ص ١٢٨ .

المدين المدعى عليه وقف عن الدفع قبل التاريخ الذى حددته المحكمة في حكمها والذى استندت فيه على مجرد اقرار المدين ودون أي تسببب آخر . من كل ما تقدم يتضح أن ما انتهت اليه المحكمة من تحديد يوم ١٠/١٠/٨٣ تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع يفترق إلى التبرير القانوني السليم . كما أن هناك قرائن ودلائل أخرى كان على المحكمة أن تبحث فيها ، وكانت على الأرجح أن تستخلص منها حالة الوقوف عن الدفع ، وجميعها سابقة في التاريخ على الوقت الذى حددته المحكمة للوقوف عن الدفع . وهذه القرائن والدلائل هي صدور المرسوم بقانون رقم ٥٧ في شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢ ، ومن بعد ذلك القانون رقم ٢٩ في شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل وضمان حقوق الدائنين المتعلقة بها في ٢٢ نوفمبر ١٩٨٢ . وقد ترتب على هذه التشريعات الاستثنائية انشاء هيئة التحكيم التى تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل قبل العمل بهذه التشريعات والتى صدرت عنها شيكات بتواريخ لاحقة أو سندات أو وسائل دفع أخرى ولم يتم استيفاء قيمتها ، وتم تسجيلها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢^(٢٢) . كما ترتب على هذه التشريعات الاستثنائية وقف جميع الاجراءات القضائية المدنية والتجارية والجزائية الخاصة بالمعاملات موضوع هذه المنازعات ووسائل دفعها بما فيها اجراءات شهر الافلاس^(٢٣) . وعلى هذا الأساس كان على المحكمة أن تبحث في الشيكات التى أصدرها المدين المدعى عليه والتى تم تسجيلها لدى شركة المقاصة لتتأكد مما اذا كان البعض منها قد تم تقديمها الى

(٢٢) أوجبت المادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ تسجيل جميع المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل قبل العمل بهذا المرسوم بقانون وصدرت عنها شيكات بتواريخ لاحقة أو سندات أو وسائل دفع أخرى ولم يتم استيفاء قيمتها ، ويتم التسجيل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون لدى الجهة التى يعينها وزير التجارة والصناعة . وقد أصدر وزير التجارة قراره بوجوب تسجيل هذه المعاملات لدى شركة المقاصة .

(٢٣) نصت على ذلك المادة الثانية من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ .

البنوك ولم تسدد قيمتها لعدم وجود الرصيد ، اذ جرت عادة البنوك على التأشير على الشيك في مثل هذه الحالة بما يفيد عدم وجود الرصيد وتعيده للمستفيد . وقد استقر الفقه والقضاء على أن اصدار شيك دون رصيد دائن يعتبر دليلا كافيا لاثبات حالة الوقوف عن الدفع^(٢٤) . بل مجرد تسجيل الصكوك لدى شركة المقاصة كان يقتضي من المحكمة ، وهي بصدد تحديد تاريخ الوقوف عن الدفع ، أن تبحث في المركز المالي للمدين المدعى عليه في تاريخ تسجيل الشيكات لدى شركة المقاصة ، لتأكد مما اذا كان وضعه المالي يبنى ، في هذا التاريخ ، عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يترزع معها ائتمانه وتعرض حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال ، فلو أن المحكمة قامت بهذا البحث وثبت لها ذلك فان ذلك يعنى أن حالة الوقوف عن الدفع كانت متحققة قبل التاريخ الذى حددته . ونحن نعتقد أن هناك احتمالا كبيرا أن تثبت حالة الوقوف عن الدفع قبل ٨٣/١٠/١ لو أن المحكمة قد قامت بالبحث في القرائن والأدلة التى أشرنا إليها . وما يؤكد هذه القناعة لدينا المركز المالي للمدين المدعى عليه الذى قامت بوضعه المؤسسة ، والذى يتضح منه أن نسبة موجوداته إلى ديونه أقل من ٢٪^(٢٥) . مثل هذا الفرق الكبير بين الموجودات والمطلوبات كان يجب أن يحمل المحكمة على البحث والتحري عن حالة الوقوف عن الدفع قبل الوقت الذى أقر فيه المدين والذى أخذت به المحكمة دون أي تسبب آخر ، إذ يتضح من وقائع الدعوى أن المحكمة على علم بكل هذه الحقائق التى تشير إلى عدم صحة ادعاء المدين بأنه وقف عن الدفع اعتبارا من يوم ٨٣/١٠/١ . فقد كان أجدى للمحكمة أن تتحرى من

(٢٤) محسن شفيق ، المرجع السابق . ص ١٨٩ ، على يونس ، المرجع السابق ، ص ٦٣ ، علي البارودي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ ، استئناف مختلط في ١٩ يونية سنة ١٩٣٥ ، ب سنة ٤٧ ص ٣٨٤ ، جاء في هذا الحكم «يعتبر اصدار شيك بدون رصيد عملية غير مشروعة تنبئ بوضوح عن سوء حالة المدين المالية حتى ولو دفعت قيمة الشيك فيما بعد» . أشار اليه محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ ، هامش رقم (٢) .

(٢٥) بلغت قيمة الموجودات مبلغ (٦٨٨٢) ديناراً كويتياً ، بينما كانت قيمة المطلوبات (٣٦٢٢٦٠) ديناراً كويتياً ، وقد تضمنت هذه الأرقام وقائع الدعوى المشار إليها سابقا .

صحة ادعاء المدين قبل أن تأخذ به كدليل لتحديد تاريخ الوقوف عن الدفع . إذ ليس في وقائع الدعوى ما يؤيد أن المدين المدعى عليه قد سدد بعض ديونه قبل هذا التاريخ . بل حتى لو وجد مثل هذا الدليل ، فإن ذلك لا ينفي أنه كان في وضع مالي مضطرب قبل التايخ الذي أقر فيه لوقوفه عن الدفع كما يتضح ذلك من مركزه المالي الذي قامت بوضعه المؤسسة كما تقدم . لأن مثل هذا الوفاء يترتب عليه الاخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين ، ذلك المبدأ الذي يعتبر من الأسس التي يقوم عليها نظام الافلاس ، سواء كان يقصد بهذا الوفاء محابة بعض الدائنين على حساب باقي الدائنين أو لم يقصد ذلك . اذ يقع مثل هذا الوفاء خلال فترة الريبة ، الامر الذي يترتب عليه جواز ابطاله وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة^(٢٦) ، اذ تبدو أهمية تحديد تاريخ الوقوف عن الدفع قبل تاريخ صدور الحكم بافلاس في مثل هذه الحالات كما تقدم . فالمحكمة طرحت جانباً كل هذه القرائن والأدلة التي تثبت وقوف المدين المدعى عليه عن الدفع قبل التايخ الذي أقر به ، ولم تلتفت إلى كل ذلك وأخذت باقراره وحددت يوم ٨٣/١٠/١ تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع ، مع أن كل ما يصدر من المدين بعد اضطراب أحواله المالية من تصرفات وأقوال تتعلق بدمته المالية هي محل شك ويجب التأكد من سلامتها حماية لحقوق الدائنين وتحقيقاً لمبدأ المساواة بينهم ، اذ أن ذلك من الأسس التي يقوم عليها نظام الافلاس^(٢٧) .

اضافة إلى كل ما تقدم فإن مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل التي أحالت المدين المدعى عليه إلى المحكمة المختصة للنظر في شهر افلاسه ، كانت قد طلبت من المحكمة في صحيفة

(٢٦) للتفصيل في هذا الموضوع انظر بحثنا السابق الاشارة اليه النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة ، المرجع السابق ص ٥٢ وما بعدها .

(٢٧) للتفصيل في هذا الموضوع انظر مذكراتنا ، أحكام الافلاس في قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ ، مكتوبة على الآلة الكاتبة ، ص ٦ وما بعدها ، الكويت ١٩٨٤ .

الدعوى المقدمة إليها ، بوصفها نائبة قانونية عن الدائنين الناشئة ديونهم عن معاملات الأسهم بالأجل^(٢٨) ، تحديد يوم ١٩٨٢/٦/١ كتاريخ مؤقت لوقوفه عن الدفع . صحيح أن المؤسسة لم تقدم للمحكمة أى دليل يثبت أن المدين المدعى عليه قد وقف عن الدفع في التاريخ الذى طلبته كما تقضي القواعد العامة في الاثبات ، اذ يقع عبء اثبات الوقوف عن الدفع - كما تقدم - على من يدعى ذلك ، سواء عند النظر في شهر الافلاس أو تحديد فترة الريية . وقد تقدم أن القضاء يظهر تساهلا في قبول الوقائع التى تهدف إلى اثبات الوقوف عن الدفع لتحديد فترة الريية أكثر مما لو أريد بهذه الوقائع اثبات الوقوف عن الدفع كشرط من شروط شهر الافلاس . ومع أن هناك الكثير من الأدلة التى كانت تستطيع المؤسسة تقديمها للمحكمة لاثبات حالة الوقوف عن الدفع قبل التاريخ الذى أقر به المدين المدعى عليه ، غير أن المؤسسة ، مع الأسف ، لم تفعل ذلك ، مع أنها ملزمة بتقديم ما يثبت حالة الوقوف عن الدفع في التاريخ الذى حددته في طلباتها إلى المحكمة تطبيقا للقواعد العامة في الاثبات كما تقدم . ولكن اذا كانت المؤسسة ، بوصفها وكالة عن الدائنين ، لم تلتزم بما يفرضه عليها القانون في تقديم ما يثبت حالة الوقوف عن الدفع في التاريخ الذى حددته في طلباتها ، نظرا لأهمية هذا التاريخ في حماية حقوق الدائنين ، باعتباره التاريخ الذى تبدأ منه فترة الريية كما تقدم ، فإن هذا لا يعفى المحكمة من أن تطلب من المؤسسة تقديم الأدلة التى تثبت حالة الوقوف عن الدفع في التاريخ الذى حددته في طلبها ، وليس في وقائع الدعوى ما يفيد أن المحكمة قد طلبت من المؤسسة تقديم مثل هذه الأدلة . فقد كان أمام المحكمة طلبات متعارضة لاثبات تاريخ الوقوف عن الدفع ، فهناك طلب المؤسسة في تحديد يوم ٨٢/٦/١ كتاريخ مؤقت للوقوف عن الدفع ، وقرار المدين المدعى عليه بأن تاريخ وقوفه عن الدفع كان في ٨٣/١٠/١ .

هذه الطلبات المتعارضة كان يجب أن تكون دافعا للمحكمة في الطلب

(٢٨) نصت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ .

من الطرفين أن يقدم ما يثبت صحة ادعائهما . ثم تستخلص من الأدلة التي تقدم اليها ومن وقائع الدعوى تاريخ الوقوف عن الدفع ، لأن مسألة تحديد تاريخ الوقوف عن الدفع من المسائل الموضوعية التي تستقل في تقديرها محكمة الموضوع ، وسلطة المحكمة في هذا الصدد مطلقة لا تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز . فالمحكمة لم تطلب من أطراف النزاع تقديم ما يثبت ادعاءهما في تحديد تاريخ الوقوف عن الدفع ، وإنما أخذت باقرار المدين المدعى عليه كدليل لاثبات تاريخ الوقوف عن الدفع ، مع أن واجب المحكمة أن تدقق في هذا الاقرار ، فلا تبادر إلى الأخذ به الا اذا اتضح لها أن المدين في حالة وقوف عن الدفع حقا في التاريخ الذي أقر به ، وذلك بعد أن يقدم لها من الأدلة ما يثبت هذا الادعاء . اذ قد يخطئ المدين المدعى عليه في تقدير مركزه المالي فيعترف باضطراب أحواله المالية وبالتالي وقوفه عن الدفع في التاريخ الذي حدده . وقد يلجأ المدين المدعى عليه إلى الغش فيدعي الوقوف عن الدفع قبل التاريخ الحقيقي ليعبد بعض التصرفات التي قام بها بهدف تهريب أمواله عن البطلان الوجوبي أو الجوازي الخاص بفترة الرتبة .

من كل ما تقدم يتضح أن المحكمة قد جانبها الصواب في حكمها عندما حددت تاريخ الوقوف عن الدفع في ١٠ / ١ / ١٩٨٣ اعتمادا على اقرار المدين المدعى عليه وأن هذا التحديد يفتقر الى التبرير القانوني السليم .

٦ - توقيت التأريخ الذي حددته المحكمة للوقوف عن الدفع :

حددت المحكمة يوم ١ / ١٠ / ١٩٨٣ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع ، وان اعتبار تاريخ الوقوف عن الدفع مؤقتا وليس نهائيا يعني أن تعيين التأريخ بهذا الشكل غير ملزم للمحكمة ولا يجوز قوة الشيء المقضي به ، بحيث يجوز للمحكمة تعديله مرة أو مرات اذا استبانت لها ظروف جديدة لم تكن معروفة لديها من قبل تبرر تعديل التأريخ القديم . غير أن هذه النتيجة التي تستفاد من منطوق حكم المحكمة تعتبر غير صحيحة ولا تتفق مع التطبيق السليم للنصوص القانونية الواجبة التطبيق المنصوص عليها في قانون التجارة

والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة باسهم الشركات التي تمت بالأجل . وبذلك تكون المحكمة قد جانبت الصواب في تطبيق القانون عندما اعتبرت التاريخ الذي حددته للوقوف عن الدفع مؤقتا يجوز تعديله .

ولبيان عدم سلامة النتيجة التي انتهت إليها المحكمة لا بد أن نشير الى النصوص القانونية التي تحكم هذه المسألة في قانون التجارة والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ .

يشتمل الحكم الصادر باسهار الافلاس على بيانات معينة هي الوقائع والقرار والتسبيب . ومن بين البيانات التي يشتمل عليها حكم الافلاس وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة تعيين تاريخ مؤقت للوقوف عن الدفع . واذا لم تعين المحكمة تاريخا للوقوف عن الدفع في حكم اشهار الافلاس ، فان المشرع يعتبر تاريخ صدور الحكم تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع ، وذلك في ذات الفقرة السابقة من المادة ٥٦٧ .

واذا صدر حكم اشهار افلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزاله التجارة ، فان المشرع يعتبر تاريخ الوفاة أو اعتزاله التجارة تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع (المادة ٥٦٧ / ٢ تجارة) . وفي جميع الأحوال لا يعتبر تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع نهائيا ، سواء تم تعيينه من قبل المحكمة عند اصدار الحكم باسهار الافلاس او اعتبر تعيينه مؤقتا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة ، وانما يعتبر تعيينا مؤقتا غير ملزم للمحكمة ولا يجوز قوة الشيء المقضي به ، بحيث يجوز لها تعديله مرة أو مرات اذا استبان لها ظروف جديدة تبرر تعديل التاريخ القديم . وقد أجاز لها المشرع تعديل التاريخ من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو بناء على طلب المدين أو أحد الدائنين أو مدير التفليسة أو غيرهم من ذوي المصلحة (المدة ٥٦٨ / تجارة) .

على أن المشرع قيد سلطة المحكمة بحد أقصى زمني لا يجوز لها بعد انتهائه تعديل تاريخ وقت الوقوف عن الدفع ، هذا الحد هو انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة الى ادارة كتاب المحكمة ، اذ يصبح التاريخ المعين للوقوف عن الدفع نهائيا بعد انقضاء هذا الميعاد (المادة ٥٦٨ / ١ تجارة) . وحكمة المشرع من هذا القيد هو أن ايداع قائمة الديون المحققة الى ادارة كتاب المحكمة يعني أن أصول التفليسة وخصومها قد تحددت وفقا لهذه القائمة ولم يبق الا الفصل في التفليسة بالصلح أو الاتحاد ، فلو أجاز تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع بعد هذا التاريخ ، فإن ذلك يترتب عليه حتما تعديل في أصول وخصوم التفليسة وبالتالي تعطيل حلها^(٢٩) .

على أن المشرع وإن أجاز للمحكمة تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع تبعا لظروف الحال ووقائع الدعوى التي يستدل منها على ذلك ، الا أنه لم يمنح المحكمة حرية مطلقة في ارجاع التاريخ الى ما تشاء من الزمن ، بل قيده بمدة معينة بحيث لا يجوز لها ارجاع تاريخ الوقوف عن الدفع الى أكثر منها وذلك للأسباب التي أشرنا إليها سابقا^(٣٠) ، فالفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة لا تجيز للمحكمة أن ترجع تاريخ الوقوف عن الدفع الى أكثر من سنتين من تاريخ الحكم بإشهار الافلاس .

مما تقدم يتضح أن المحكمة تستطيع تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع كلما تكشف لها عناصر جديدة غير معروفة من قبل تبرر تعديل التاريخ القديم ، غير أن سلطة المحكمة في تعديل هذا التاريخ تنتهي - كما تقدم - بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة الى ادارة كتاب المحكمة . وهذا يعني أن تاريخ الوقوف عن الدفع يصبح نهائيا بعد هذا التاريخ ، فيكون ملزما للمحكمة ولا يجوز تعديله ويجوز قوة الشيء المقضي ،

(٢٩) محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥ .

(٣٠) انظر ما سبق ، ص ٢٤٧ وما بعدها .

به . وتعديل تاريخ الوقوف عن الدفع قبل أن يصبح نهائيا ، يتم عن طريق الطعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف (المادتان ٥٦٤ ، ٥٢٠ تجارة) ، سواء عينت المحكمة تاريخ الوقوف عن الدفع في ذات حكم الافلاس أو في حكم لاحق وذلك في حالة تعديل التاريخ القديم الذي حددته المحكمة في حكم الافلاس أو اعتبر محمدا بحكم القانون كما تقدم . فاذا تم تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع في ذات حكم الافلاس ، فإن الطعن يوجه الى هذا الحكم ، واذا تم تعيين التاريخ في حكم لاحق ، فإن الطعن يوجه الى هذا الحكم .

على أن القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل قد أجرى تعديلا على الأحكام السابقة في المادتين العاشرة والحادية والعشرين وذلك بالنسبة الى المدينين الناشئة ديونهم عن معاملات الأسهم التي تمت بالأجل الذين تحيلهم المؤسسة الى المحكمة المختصة للنظر في شهر افلاسهم . هذه التعديلات تتعلق بالوقت الذي يجوز فيه تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع وبعدهم قابلية الأحكام التي تصدر من المحكمة المختصة بشهر الافلاس الى الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن .

فالمادة ٢١ من القانون رقم ٧٥ لسنة ٨٣ تنص بقولها «تختص بنظر قضايا الافلاس والمنازعات المنصوص عليها في هذا القانون والدعاوي الناشئة عنها والمرتبطة بها دائرة أو أكثر بالمحكمة الكلية تشكل من ثلاثة قضاة مع مراعاة أحكام المادة العاشرة من هذا القانون وتكون كافة الأحكام الصادرة عن هذه الدائرة غير قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن» . يستفاد من هذا النص أن جميع الأحكام التي تصدر عن هذه المحكمة ، ومن بينها حكم اشهار الافلاس ، تكون غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن . قد يقال أن هذا القول ينطبق على شهر الافلاس ولا يمتد الى تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع على أساس أن من بين البيانات التي يشتمل عليها حكم الافلاس وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة تعيين تاريخ مؤقت للوقوف عن الدفع . فاستخدام تعبير تاريخ مؤقت يعني أن من حق المحكمة تعديل هذا التاريخ كلما استبان لها ظروف جديدة تبرر تعديل التاريخ

القديم . وعلى هذا الأساس يجوز الطعن في حكم الافلاس لتعديل تاريخ الوقوف عن الدفع اذا تحدد في ذات الحكم .

هذا القول صحيح لولا أن نص المادة العاشرة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ تنص على أنه «تقدم المؤسسة الى قاضي التفليسة تقريراً بما اتخذته من اجراءات في جرد أموال المدين واستلامها وادارتها ويعتبر التقرير المشار اليه في المادة (٦) من هذا القانون قائمة الديون وفقاً للمادة ٦٥٨ من قانون التجارة» . والتقرير المشار اليه في المادة السادسة هو المركز المالي للمدين الذي تقوم بوضعه المؤسسة بعد احالة المدين اليها من هيئة التحكيم والذي يجب أن يتضمن وفقاً لنص هذه المادة ما يلي :

- ١ - قيمة موجوداته من عقارية ومنقولات داخل البلاد وخارجها .
- ٢ - قيمة ماله من ديون وقيمة ما يتوقع تحصيله منها .
- ٣ - قيمة ما عليه من ديون بسبب معاملات الأسهم بالأجل .
- ٤ - قيمة ما عليه من ديون أخرى .
- ٥ - قيمة ما عليه من ديون ممتازة أولها أولوية .

من هذه النصوص يتضح أن المشرع يعتبر المركز المالي الذي تقوم بوضعه المؤسسة ، وفقاً لنص المادة السادسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ ، في حكم قائمة الديون المحققة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٥٦٨ من القانون التجارة والتي تودع ادارة كتاب المحكمة .

وقد تقدم أن المشرع لا يميز للمحكمة ، من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو المدين أو أحد الدائنين أو مدير التفليسة أو غيرهم من ذوي المصلحة ، تعديل التاريخ المؤقت للوقوف عن الدفع بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة ادارة كتاب المحكمة ، اذ يصبح التأريخ المعين للوقوف عن الدفع نهائياً (المادة ٥٦٨ / ١ تجارة) . وما دام المشرع يعتبر - كما تقدم - المركز المالي للمدين في حكم قائمة الديون المحققة ، وأن هذا المركز المالي يوضع من قبل المؤسسة قبل احالة المدين من المؤسسة الى

المحكمة المختصة للنظر في شهادة افلاسه . لذا فان المحكمة المختصة اذا ما قررت شهر افلاس المدين المحال اليها، تضمن حكمها باسهار الافلاس تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع، بالنظر لأهمية هذا التأريخ في تطبيق النصوص القانونية الخاصة بفترة الريية على تصرفات المدين لوقوفه عن الدفع كما تقدم . وإذا لم تعين المحكمة تاريخاً للوقوف عن الدفع في حكم الافلاس، فان المشرع يعتبر تاريخ صدور الحكم تاريخاً مؤقتاً للوقوف عند الدفع، وذلك في الفقرة الأولى من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة، غير أن هذا التاريخ لوقوف المدين عن الدفع يعتبر نهائياً ولا يجوز تعديله، لأن تحديد هذا التاريخ، سواء تم من قبل المحكمة ألا بحكم القانون، تم بعد وضع المركز المالي للمدين من قبل المؤسسة والذي يعتبر كما تقدم - في حكم قائمة الديون المحققة، اذ لا يجوز المشرع تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة ادارة كتاب المحكمة كما تقدم .

من كل ما تقدم يتضح أن اعتبار المحكمة للتأريخ الذي عينته لوقوف المدين عن الدفع مؤقتاً غير صحيح ويفتقر الى التبرير القانوني السليم وأن المحكمة قد جانبها الصواب في ذلك^(٣١) .

٧ - القصور في التسبب لعدم كفاية الأسباب :

الأحكام التي تصدرها المحاكم تهدف الى تقرير العدل بين المتنازعين . لذا لا بد أن تكون الأحكام مبررة ومفسرة ، وهذا لا يتحقق الا اذا كان الحكم

(٣١) تجدر الملاحظة ان المحكمة المختصة بشهر افلاس المدينين الناشئة ديونهم عن معاملات الأسهم التي تمت بالاجل ، قد اشهرت افلاس العديد من الدائنين الذين احوالهم اليها المؤسسة ، وفي جميع الاحكام التي اصدرتها المحكمة بشهر الافلاس ، قد تضمن الحكم ذاته تحديد تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع ، لذا فان عدم سلامة الحكم - محل التعليق - وافتقاره الى التبرير القانوني السليم من هذه الناحية ، ينطبق على جميع الاحكام . انظر بعض هذه الاحكام المنشورة في الكويت اليوم ، ملحق العدد ١٥٨٨ المؤرخ ٢٧ نوفمبر ١٩٨٤ ، السنة الثلاثون ، ص ٩ وما بعدها ، اذ نشر في هذا العدد ثلاثة عشر حكماً .

مسيباً ، اذ أن في ذلك حماية للأفراد والمجتمع والقضاة^(٣٢) .

لذا يجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة .

وبيان الأسباب التي اشتملت عليها الأحكام من القواعد الأساسية التي تحصر عليها التشريعات ومنها قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ، اذ يلزم هذا القانون المحاكم الكويتية بتسبيب أحكامها والا كانت باطلة .

فالمادة ١١٥ / ٢ من هذا القانون تنص على انه يجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة .

والأسباب التي يشتمل عليها الحكم هي الأسباب الواقعية والأسباب القانونية . والأسباب الواقعية تشمل الوقائع والأدلة التي يستند اليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة أو الوقائع الأساسية للحكم ، أما الأسباب القانونية فيقصد بها القواعد القانونية التي صدر الحكم تطبيقاً لها .

على أن المشرع خص الأسباب الواقعية بحكم خاص وذلك بنصه في المادة ١١٦ / ٣ على أن القصور في أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان الحكم . ويستفاد من هذا النص أولاً ، أنه لا يكفي أن يشتمل الحكم على أسباب ، وإنما يجب أن تكون أسبابه الواقعية كافية والا كان الحكم مشوباً بالقصور ، وثانياً أن الحكم لا يعيبه القصور في أسبابه القانونية^(٣٣) . ويستفاد

(٣٢) الدكتور عزمي عبد الفتاح ، مستحدثات قانون المرافعات الكويتي الجديد والقوانين المكملة له (قانون الاثبات وقانون تنظيم الخبرة) في مجال تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ، مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد الأول السنة الثامنة ، ص ٨٥ .
(٣٣) المرجع السابق ، ص ١١ . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الكويتية بأن لا يعيب الحكم =

ذلك من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٦ . «والحكمة من ذلك هي أن العبرة بالنسبة للقانون بالنتيجة التي يصل إليها الحكم في منطوقه ، وهو ما يمكن التحقق من صحتها عن طريق تطبيق القانون عليها . فإذا كانت النتيجة التي وصل إليها الحكم صحيحة قانونياً لا يعيبه الخطأ أو القصور في أسبابه القانونية . أما إذا كانت هذه النتيجة غير موافقة للقانون كان الحكم معيباً بعبء مخالفة القانون^(٣٤)» .

وإذا كان المشرع يحرص على تسبب الأحكام ، إلا أن هذا التسبب لا بد أن يكون كافياً حتى يحقق وظائفه التي تتمثل في احترام حق الدفاع وتمكين محكمة التمييز من ممارسة رقابتها على قانونية الأحكام ، مما يدفع القاضي إلى التفكير والتروي قبل أن يصدر الحكم^(٣٥) .

والمقصود بكفاية التسبب هو أن يتضمن الحكم من الأسباب الواقعية ما يكفي لتبرير كل ادعاء من الادعاءات التي أبدت في الخصومة ، بحيث يكون هذا التبرير بعبارات واضحة ومحددة حتى تستطيع محكمة التمييز أن تراقب تكييف الوقائع وسلامة تطبيق الحكم لأحكام القانون عليها^(٣٦) .

= ما جاء بسياق أسبابه من تقارير قانونية ولو كانت غير صائبة ما دامت لم تؤثر في النتيجة الصحيحة التي أقام قضاءه عليها . حكم تمييز كويتي في ١٥ / ١ / ١٩٧٩ في الطعن ٣٠ لسنة ١٩٧٣ ، مجموعة القواعد ، وفي نفس المبدأ حكم في ١٥ / ١ / ١٩٧٥ في الطعن ٣٠ لسنة ١٩٧٣ ، وحكم في ٢ / ٥ / ١٩٧٧ في الطعن ٥ لسنة ١٩٧٦ أحوال شخصية وحكم في ٥ / ٢ / ١٩٧٨ في الطعن ٥٧ لسنة ١٩٧٥ تجاري . أشار إلى هذه الأحكام ذات المرجع هامش رقم ١١٧ ص ١١٠ .

(٣٤) الدكتور وجدي راغب ، مذكرات في مبادئ القضاء المدني الكويتي وفقاً لقانون المرافعات الجديد ، الكويت ١٩٨٢ ، ص ٣١١ و ٣١٢ .

(٣٥) الدكتور عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية ، القاهرة ١٩٨٢ ، ص ٣٧٦ . الدكتور فتحي والي ، قانون القضاء المدني الكويتي ، الكويت ١٩٧٧ ، ص ٣٦٥ .

(٣٦) الدكتور فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦ .

ومن المعلوم أن محكمة التمييز تراقب صحة تطبيق المحاكم للقانون ولا تقوم بفحص الوقائع ، وعلى ذلك لا تستطيع أن تقوم بوظيفتها في الرقابة على تكييف المحكمة للوقائع وتطبيق القانون عليها الا اذا كانت الأسباب الواقعية التي تضمنها الحكم واضحة وكافية لتبرير تكييفها للوقائع ولتطبيق القانون عليها^(٣٧) .

فما دام التسبب يهدف الى تمكين محكمة التمييز من الرقابة على صحة تطبيق المحاكم للقانون ، فان هذه الرقابة لا تكون مجدية الا اذا تضمن التسبب الأسباب الواقعية والأسباب القانونية التي استندت اليها المحكمة في قرارها .

فاذا تضمن القرار هذه الأسباب ، أدى التسبب وظيفته في تبرير منطق الحكم من حيث الواقع والقانون .

ويذهب جمهور الفقه الى أن القصور في التسبب لعدم كفاية الاسباب أو انعدام الأساس القانوني للحكم يتحقق في كل مرة تكون فيها أسباب الحكم صحيحة من حيث الشكل ولكنها لا تؤدي الى معرفة الوقائع والأسباب القانونية التي استند اليه القاضي في تبرير وجهة نظره التي تبناها في الحكم، مما يؤدي الى عدم استطاعة محكمة التمييز مباشرة مهمتها في الرقابة على الأحكام^(٣٨) .

تلك هي القواعد التي تحكم تسبب الأحكام في قرارات المحاكم . وبتطبيق هذه القواعد على الحكم محل التعليق نجد أن الحكم يشوبه القصور في التسبب لعدم كفاية الأسباب . ويستفاد ذلك من تحليل الأدلة التي استندت اليها المحكمة في تحديد يوم ١ / ١٠ / ١٩٨٣ تاريخاً مؤقتاً لوقوف المدين المدعى عليه من الدفع والتي تشير بشكل واضح الى أن الأسباب التي استندت

(٣٧) الدكتور عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام ، المرجع السابق ص ٣٨٩ .

(٣٨) المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها .

اليها المحكمة لتقرير النتيجة التي توصلت اليها في منطوق الحكم غير كافية مما يشوب الحكم بالقصور في التسبب لعدم كفاية الأسباب . وبيان ذلك أن المحكمة استندت للوصول الى هذه النتيجة على مجرد اقرار المدين المدعى عليه ودون أي تسبب آخر . فالمدين المدعى عليه لم يقدم للمحكمة من الأدلة ما يثبت صحة اقراره ، كما ليس في وقائع الدعوى ما يفيد أن المحكمة طلبت منه أن يقدم مثل هذه الأدلة التي تثبت صحة اقراره وأنه كان مستمرا في تسديد ديونه حتى تاريخ ١ / ١٠ / ١٩٨٣ ، وأنه لم يقف عن الدفع الا بعد هذا التاريخ . أضف الى ذلك أن في وقائع الدعوى الكثير من الأدلة التي تناقض اعتراف المدين المدعى عليه والتي سبق بيانها^(٣٩) ، وليس في هذه الوقائع ما يفيد أن المحكمة ناقشت هذه الأدلة على ضوء اقرار المدين للوصول الى الحقيقة . كما أن وقائع الدعوى تشير الى أن المؤسسة التي أحالة المدين الى محكمة الافلاس للنظر في شهر افلاسه قد طلبت من المحكمة في صحيفة الدعوى المقدمة اليها تحديد يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع ، غير أن المحكمة لم تلتفت الى هذا الطلب ولم تبرر في حكمها الأسباب التي حملتها على عدم الاستجابة لطلب المؤسسة ، مع أن كفاية التسبب يقتضي - كما تقدم - أن يتضمن الحكم من الأسباب ما يكفي لتبرير كل ادعاء من الادعاءات التي أبديت في الخصومة بحيث يكون هذا التبرير بعبارات واضحة ومحددة حتى تستطيع محكمة التمييز أن تراقب تكييف الوقائع وسلامة تطبيق الحكم لأحكام القانون عليها .

صحيح أن المؤسسة - كما تقدم - لم تقدم للمحكمة أي دليل يثبت أن المدين قد وقف عن الدفع في التاريخ الذي طلبته ، كما تقضي بذلك القواعد العامة في الإثبات . غير أن هذا الامر ينطبق أيضا على اقرار المدين المدعى عليه ، اذ هو الآخر - كما تقدم - لم يقدم أي دليل يثبت فيه صحة اقراره بعدم وقوفه عن الدفع قبل ١ / ١٠ / ١٩٨٣ . فالمحكمة لم تضمن حكمها اي

(٣٩) أنظر ما سبق ، ص ٢٥٤ .

تبرير لعدم التفاتها الى طلب المؤسسة ، كما لم تضمن حكمها أي تبرير لأخذها باقرار المدين المدعى عليه ، مع أن طلبات المؤسسة أقرب الى الصحة من اقرار المدين المدعى عليه ، لأنها مؤسسة حكومية يفترض فيها أن تلتزم موقف الحياد بين الدائنين والمدين ، في حين أن المدين المدعى عليه صاحب مصلحة وفي وضع يجعل أقواله وتصرفاته المتعلقة بذمته المالية محل شك من قبل المحكمة . كما أن وقائع الدعوى تشير الى أكثر من دليل يؤكد عدم صحة اقرار المدين المدعى عليه وأن وقوفه عن الدفع كان قبل التاريخ الذي حدده في اقراره .

من كل ما تقدم يتضح أن الحكم محل التعليق لم يتضمن الأسباب الكافية التي حملت المحكمة على الأخذ باقرار المدين المدعى عليه كدليل لتحديد يوم ١ / ١٠ / ١٩٨٣ تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع ، رغم عدم تقديمه أي دليل يثبت صحة هذا الاقرار ، كما لم تتضمن الأسباب مناقشة الكثير من الأدلة في وقائع الدعوى التي تناقض اقرار المدين المدعى عليه ، وليس فيها أي تبرير لعدم استجابة المحكمة لطلب المؤسسة في تحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخ مؤقتاً للوقوف عن الدفع .

وعلى ذلك فإن استناد المحكمة في النتيجة التي توصلت اليها في تحديد يوم ١ / ١٠ / ٨٣ تاريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع على مجرد اقرار المدين المدعى عليه ودون أي تسبب آخر يجعل الحكم مشوباً بالقصور في التسبب لعدم كفاية الأسباب .

واذا كان الحكم محل التعليق غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن تطبيقاً لحكم المادة ٢١ من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ ، فإن هذا الأمر لا يزيل عن الحكم ما يشوبه من قصور في التسبب لعدم كفاية الأسباب ، لأن وظيفة التسبب لا تقتصر - كما تقدم - على تمكين محكمة التمييز من الرقابة على صحة تطبيق المحاكم للقانون ، وإنما يتجاوز ذلك الى حماية الأفراد والمجتمع

وتشمل حماية الأفراد في التسبب في أنه يعد ضمانه بأن القاضي قد حكم دون ميل ، كما يؤدي دورا هاما في احترام حقوق الدفاع . فالتسبب وسيلة غير مباشرة لتحقيق حق الدفاع .

وتتمثل حماية المجتمع بأن يصبح الحكم وسيلة للاقناع وليس مجرد ممارسة للسلطة التي يتمتع بها القاضي وبذلك يؤدي التسبب دورا هاما في اقناع الرأي العام بعدالة القضاء ما يترتب عليه الاقلال من عرقلة تنفيذ الأحكام^(٤٠) .

واذا كان المشرع في القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ قد جعل الأحكام الصادرة عن المحكمة المختصة بشهر الافلاس غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف ثم التمييز ، وكما تقضي به أحكام القانون التجاري الكويتي ، فان المشرع راعى في ذلك خطورة الوضع المترتب على منازعات الأسهم بالأجل مما لا يمكن معه للوضع الاقتصادي أن يتحمل طول اجراءات الطعون القضائية^(٤١) . غير أن المشرع استبدل بالطعون تشكيل المحكمة المختصة بشهر الافلاس ، وما يتصل أو يرتبط بالتفليسة من منازعات ، من ثلاثة قضاة ضمنا لدقة الأحكام^(٤٢) ، خلافا لما تقضي به أحكام القانون التجاري التي جعلت المحكمة المختصة بشهر الافلاس المحكمة الكلية وهي تشكل من قاضي واحد . فان هذا الاجراء كان يجب أن يحمل المحكمة أن تتحرى الدقة في أحكامها وأن تكون مبررة ومفسرة بحيث تشتمل على الأسباب التي بنيت عليها لاقناع المتنازعين والرأي العام بعدالة احكامها ، لا أن تأتي أحكامها مشوبة بالقصور في التسبب لعدم كفاية الاسباب كما هو شأن الحكم محل التعليق ، فالمحكمة باصدارها أحكاماً يشوبها

(٤٠) للتفصيل في هذا الموضوع انظر الدكتور عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ وما بعدها ، وكذلك مقاله السابق الاشارة اليه ، ص ٨٦ و ٨٧ .

(٤١) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل ، ص ٢٤١ ، مجموعة التشريعات الكويتية الجزء السابع ، الصادر عن اداة الفتوى والتشريع .

(٤٢) المرجع السابق ، ص ٢٤١ .

القصور في التسبب قد فوتت الحكمة التي من أجلها جعل المشرع تشكيل المحكمة المختصة بشهر الافلاس ، في منازعات الأسهم التي تمت بالأجل ، من ثلاثة قضاة ، وبحيث تكون أحكامها غير قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن ، وذلك خلافا لم تقضي به قواعد القانون التجاري كما تقدم .