

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

الدكتور/ محمد الجندي
مدرس القانون المدني
بكلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات

الفصل الثاني
اجراءات الشفعة

١١٩ - سواء تم الأخذ بالشفعة رضاء أو تم قضاء (المبحث الأول) ، فإن الأخذ بها يستلزم قيام حق الشفيع وعدم سقوطه بواحد من الأسباب التي يؤدي توافرها الى ذلك (المبحث الثاني) .

المبحث الأول
صور الأخذ بالشفعة

١٢٠ - الشفعة بالتراضي :

تم الشفعة بالتراضي متى سلم المشتري للشفيع بالأخذ بالشفعة ، فيكون من شأن هذا التسليم أن يتحمل الشفيع ما التزم به

المشتري بسبب البيع ، فيدفع له الثمن ، إذا كان قد أداه للبائع ، كما يرد له مصروفات البيع ، رسمية كانت ، كرسوم التسجيل ، أو غير رسمية ، كبذل السمسة .

وتسليم المشتري للشفيع بالشفعة ، لا أثر له ، في القانون والمشروع ، إلا إذا تم بعد تسجيل البيع ، أما قبل ذلك فلا يعد المشتري مالكا حتى يكون بمقدوره نقل ملكية المبيع الى الشفيع^(١٠١) . ومن ناحية أخرى فإن موافقة المشتري على التسليم بالشفعة لا تنتج أثرها إلا إذا سجلت ، حيث أن مناط انتقال الملك الى الشفيع هو القيام بالتسجيل ، الذي يفيد نقل الملكية دون أثر رجعي ، سواء في علاقة المشتري بالشفيع أو بالنسبة للغير . ويترتب على تقرير هذا الحكم وجوب اعتبار المشتري مالكا للشفوع في الفترة التي تتلو تسليمه بالشفعة وحتى تاريخ تسجيل هذا التسليم . ولكن لما كان المشتري في هذه الفترة عالما بتعلق حق الشفيع بالشفوع فيه ، فإنه لا مناص من النظر الى تصرفاته عليه كما لو تمت بعد رفع دعوى الشفعة وهي التصرفات التي عالجها القانون في المادة ١١٦٦ / ٢ (المادة ١٣٠٤ / ٢ من المشروع) على ما سنعرض له .

١٢١ - والواقع أن استخلاص الحكم السابق لا يعتمد كلياً على ما جاء في المادة ١١٦٤ من القانون (المادة ١٣٠١ من المشروع) ، وهي التي حددت لحظة انتقال ملكية المشفوع الى الشفيع ، إذا تمت الشفعة رضاء ، بتاريخ تسليم المبيع (النص يقول تسليم البيع) الى الشفيع ، فالنص يسمح بصياغته الراهنة باعتبار تاريخ موافقة المشتري على الأخذ بالشفعة ، تاريخاً لانتقال الملكية للشفيع ، وهذا في الحقيقة ما ذهب إليه بعض الشراح الذين تصدوا لتفسير المادة ١٠٣٦ من المجلة ، وهي

(١٥١) ر : أنفاه ٧٥ .

التي اشتقت منها المادة ١١٦٤ سالفه الذكر^(١٥٢) . ولو صح هذا التفسير ، فإن ملك الشفيع ، وإن توقف على اجراء التسجيل ، إلا أنه ينصرف الى تاريخ موافقة المشتري ، فيكون للتسجيل والحال كذلك أثر رجعي يرتد الى لحظة صدور تلك الموافقة^(١٥٣) ^(١٥٤) . غير أنه ليس بوسعنا الموافقة على هذا التحليل . فاولاً ، إن القول بأن للتسجيل أثر رجعي ، قول يمكن الأخذ به في تشريع يفرق بين وجود التصرف المنشئ للحق العيني العقاري ، أو الناقل له ، وبين أثر مثل هذا التصرف ، فلا يرهن بوقوع التسجيل إلا أثر التصرف دون وجود ، وهذا هو الحال في القانونين الفرنسي والمصري ، أما القانون الأردني ، والذي سايره في ذلك المشروع ، فإنه لا يكتفي بتعليق أثر التصرف على وقوع التسجيل ، بل إن التصرف ذاته ينعدم إذا لم يستوف ركن الشكل^(١٥٥) . وثانياً إن المادة ١٠٣٦ من المجلة لم تحدد لحظة ابتداء ملك الشفيع باللحظة التي يوافق فيها المشتري على الشفعة ، بل أنها حددتها باللحظة التي يسلم فيها المشتري المبيع ، أي أنها حددت لحظة ملك الشفيع بلحظة قبضه للمشفوع . ولما كان من المقرر أن التسجيل يحل

(١٥٢) ر : حامد مصطفى ، السابق ، ص ٢٤٧ ، وفي الفقه الحنفي ر : محمد أبو زهرة السابق ، ف ٩٦ ، ف ١٨٨ ، الشيخ أحمد ابراهيم السابق ، ص ٦٣٠ .

(١٥٣) ر : في عرض هذا الرأي ، في القانون المصري ، السهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٢٦ ، ص ٧٠٣ - الذي يرى أن الشفيع وقد حل محل المشتري - يصبح مالكا للمشفوع من وقت البيع . هذا ولقد تبنت محكمة التمييز هذا الرأي في القضية رقم ١٨٤ / ٧٥ ، مجلة نقابة سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٢٨ ، وهو رأي لا يمكن التسليم بصحته في ظل أحكام القانون والمشروع ، كما سنرى حالاً .

(١٥٤) ويلاحظ أن القول بأن للتسجيل أثر رجعي ليس غريباً في القانون . فهو قد قال بمثل هذا الأثر في الوصية ، حيث أن التسجيل ، إذا تم بعد الوفاة ، يفيد انتقال الملك للموصى له في مواجهة الورثة ليس فقد منذ وقوعه ، ولكن منذ الوفاء (المادة ١١٣٠ / ٢) .

(١٥٥) ر : المادتين ١١٤٨ و ١١٤٩ من القانون والمادتين ١٢٧٧ و ١٢٧٨ من المشروع . ر : ضمن أحكام عديدة جداً : تمييز ٢٧٠ / ٧٩ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٣٠٠ .

محل القبض^(١٥٦) ، فإنه لابد من قبول ابتداء ملك الشفيع من تاريخ التسجيل ، دون امكان صرف ذلك الى أي تاريخ سابق . أما ثالثاً وأخيراً ، فإن القانون والمشروع قد اعتبرا ، كما سنرى عند دراستنا لأحكام الشفعة^(١٥٧) ، الأخذ بالشفعة بمثابة بيع جديد ، فهما لم يأخذا اذن ، وعلى خلاف ما ذهب إليه محكمة التمييز^(١٥٨) ، بالتكييف الذي تبناه المشروعان المصري والعراقي بأن الشفيع إنما يحل في البيع محل المشتري ، وإنما نظرا الى تملك الشفيع على أنه شراء جديد ، وهو ما يستتبع ارجاء انتقال الملك ، وفي مواجهة الجميع ، حتى تاريخ التسجيل .

١٢٢ - تلك هي المسألة التي كان يتعين الإشارة إليها ونحن بصدد البحث في الأخذ بالشفعة رضاء ، أما فيما سواها فإن النظر يجري فيها على أساس ما تقضي به القواعد العامة في العقود ، وبشكل خاص الناقلة للملكية العقارية . فإذا ثار مثلاً نزاع بين الشفيع والمشتري حول مطابقة الثمن ، الذي دفعه الشفيع ، لذلك الذي التزم به المشتري ، فإن الأمر يقضى به على أساس ما تقرره قواعد الصورية . فيكون المدعي بالصورية ، وهو الشفيع ، مكلف باثبات ادعائه ، وهو يستطيع أن يتدبر هذا الاثبات بكل الطرق . ولا نرى إمكان دفع ادعاء الشفيع بانقضاء المدة المحددة لسقوط الحق بالشفعة ، ذلك أن الشفيع لا يستهدف الأخذ بالشفعة ، بل ، كما قلنا ، تطبيق قواعد الصورية ، ومن المقرر أن الادعاء بالصورية لا يسقط بالتقادم^{(١٥٩) (١٦٠)} .

(١٥٦) ر : المادة ٤٩٧ من القانون والمادة ٥٢٨ من المشروع .

(١٥٧) ر : في القانون والمشروع ف ١٥٧ ، وفي الفقه الاسلامي ، ف ١٥٣ .

(١٥٨) ر : تمييز ٧ / ٧٦ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٧٦ ، ص ١٥٤٨ .

(١٥٩) ر : في عدم سقوط دعوى الصورية بالتقادم ، السنهوري ، الوسيط ، ٢ ، ف ٦٢٧ ، ص

١١٠٨ .

(١٦٠) ولا نرى إمكان رد دعوى الصورية التي يرفعها الشفيع استناداً الى ما تقرره المادة (٥) من =

١٢٣ - الشفعة بالتقاضي :

إذا لم يسلم المشتري بالشفعة رضاء ، كان للشفيع أن يلجأ الى القضاء . والشفيع يستطيع اللجوء الى القضاء حتى مع موافقة المشتري ، وكل ما سترتب على ذلك ، هو الزامه بدفع رسوم الدعوى ومصاريفها^(١٦١) .

فإذا لجأ الشفيع الى القضاء ، إما لأن المشتري لم يسلم له الشفعة ، وإما لأنه اختار ذلك ، فإن عليه مراعاة الاجراءات التي رسمها القانون والمشروع . ولئن اقتضت النصوص على تنظيم دعوى الشفعة (أولاً) ، فإن السؤال يثور مع ذلك عما إذا كان الشفيع ملزم أيضاً بإيداع الثمن (ثانياً) .

أولاً : دعوى الشفعة :

١٢٤ - رفع الدعوى :

تعتبر دعوى الشفعة ، رغم ما أثير حولها من خلاف ، دعوى عينية لا شخصية^(١٦٢) ، فالشفيع ، حين يسعى الى امتلاك المشفوع بسبب من أسباب الملكية ، إنما يهدف الى اكتساب حق عيني . ونتيجة لذلك ، فإن محكمة موقع العقار (المشفوع) هي التي تعتبر صاحبة الاختصاص المحلي بالبت فيها^(١٦٣) . أما الاختصاص النوعي ، فإن

= قانون التصرف في الأموال غير المنقولة الأردني رقم ٤٩ لسنة ١٩٥٣ من امتناع سماع دعاوي المواضعة والاسم المستعار في الملك وسائر الأموال غير المنقولة الموثقة بسندات تسجيل ، ذلك أن الشفيع ، وقد تملك المشفوع بالتراضي ، لا يرفع دعوى عينية بل انه يطالب باثبات صورية الثمن لاسترداد الفرق ، وهذا ادعاء بحق شخصي .

(١٦١) ر : شرح المجلة على المادة ١٠٣٥ لعل حيدر ، تمييز ، ٢٦٢ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٧٦ ، ص ٦١٠ .

(١٦٢) ر : في هذا الخلاف ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢١٩ ، ص ٦٧٤ ، في اعتبار الدعوى شخصية : حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٤٦ ، ص ٢٤١ .

(١٦٣) ر : السنهوري المرجع السابق ، الموضع السابق ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٦٣ ، ص ٤٨١ ، محمد لبيب شنب ، السابق ، ف ١١٢ .

القواعد العامة في المرافعات تحدده وفقاً لقيمة الدعوى ، التي تحدد بدورها تبعاً لقيمة المشفوع^(١٦٤) . غير أن المشرع الأردني استثنى دعوى الشفعة من نطاق أعمال هذه القواعد ، وقرر في المادة الثانية من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ ، بأن تختص محكمة البداية بالفصل في الدعوى بغض النظر عن قيمتها^(١٦٥) .

١٢٥ - والخصوم في دعوى الشفعة هم الشفيع بوصفه مدعياً والمشتري بوصفه مدعى عليه . وكما يستطيع الشفيع رفع الدعوى بنفسه ، فإن له رفعها عن طريق وكيل . لكن الدعوى ، وهي في حكم طلب الشراء ، تعد من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ولذا ، فإن الوكالة العامة ، وهي قاصرة على أعمال الإدارة ، لا تحول من صدرت له حق ممارسة الدعوى ، فلا بد لذلك من توكيل خاص . وإذا لم تتوافر للشفيع الأهلية اللازمة لرفع الدعوى ، بأن كان قاصراً أو مصاباً بعارض من عوارض الأهلية ، فإن بالامكان مباشرة الدعوى من قبل ممثله القانوني ، ولياً ، وصياً أو قياً^(١٦٦) . والشفعة ، وإن اعتبرت في القانون والمشروع حقاً ، فإنها لا تمثل في الحقيقة إلا رخصة ، فلا يجوز ، من ثم ، للدائنين مباشرتها باسم المدين أو لحسابه^(١٦٧) .

(١٦٤) ر : المراجع المذكورة في الهامش السابق .

(١٦٥) ر : الفقرة (د) من البند الأول من هذه المادة ، كما جرى تعديلها بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٨ . تمميز ٧٢ / ٢٢ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٧٢ ، ص ١٢٥٢ ، ٦٨ / ١٠٤ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٦٨ ، ص ٤٢٣ . بالنسبة للحالة التي تكون فيها محكمة التسوية هي المختصة : تمميز ٧٥ / ٥١٦ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٧٦ ، ص ١٥٣٧ .

(١٦٦) ر : المادة ١٠٣٥ من مجلة الأحكام والمادة ١٢١ من مرشد الحيران ، قارن ، السنهوري ، السابق ف ١٩٠ ، عبد المنعم الصدة ، السابق ، ف ٢٧٩ .

(١٦٧) ر : حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٤٦ ، سعيد عبد الكريم مبارك ، ص ١٨٢ . ر في القانون المصري : عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، السابق ف ٢٧٩ .

١٢٦ - وخصم الشفيع في الدعوى ، كما قدمنا ، هو المشتري ، فلا يلزم القانون (المادة ١٣٦١ / ١) ولا المشروع (المادة ١٢٩٩ / ١) اختصاص البائع . والحكم إنما يساير ما ذهب إليه الفقه الاسلامي^(١٦٨) . وإذا كان هذا الفقه لا يقصر الخصومة على المشتري ، إلا إذا تم رفع الدعوى بعد قبض المبيع ، فإن القانون والمشروع يصلان الى ذات النتيجة باقتضائهما سبق تسجيل البيع ، أي قبضه حكماً ، شرطاً لقبول الدعوى^(١٦٩) . هذا وقد ينفرد المشتري كما قد يتعدد فإذا تعدد المشترون ، وجب على الشفيع ، إذا لم يرد استعمال الرخصة التي أعطاهما له القانون في الاختصار على طلب جزء من المشفوع ، أن يختصمهم جميعاً . فإذا لم يفعل ، فإن الحكم الصادر لن يكون له أثر على من لم يجر ادخاله منهم في الدعوى ، وغني عن البيان أن جواز توجيه الدعوى الى أكثر من مشتر ، يتضمن أيضاً جواز رفعها من أكثر من شفيع ، ذلك أن الشفعاء في هذه الحالة إنما يتمسكون بحق نشأ لهم عن واقعة قانونية واحدة^(١٧٠) .

١٢٧ - مواعيد الدعوى :

يخلص من المادة ١١٦٢ من القانون (المادة ١٢٩٨ من المشروع) أن المواعيد التي يتعين رفع دعوى الشفعة خلالها ، تختلف بحسب ما إذا علم الشفيع بالبيع أو ما إذا لم يعلم :

١٢٨ - ١ : فإذا علم الشفيع بالبيع ، فإن عليه ، تحت طائلة سقوط حقه ، أن يبادر الى رفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً في القانون وخلال شهرين

(١٦٨) ر : محمد أبو زهرة السابق ، ف ٩٤ . الشيخ أحمد ابراهيم ، ص ٦٣ ، شرح المجلة على

المادة ١٠٣١ لعللي حيدر ص ٧١٦ ، المادة ١٢٢ من مرشد الحيران .

(١٦٩) ر : أنفا ، ف ٧٥ و ١٢٠ ، تمييز ٢٤٤ / ٧٧ ، مجلة النقابة ، ١٩٧٧ ، ص ١٤٩٤ .

(١٧٠) ر : تمييز ٤٣١ / ٧٩ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٠ ، ص ٩٤٩ .

في المشروع من تاريخ قيام هذا العلم . والعلم الذي يعتد به في تحديد هذا الميعاد هو العلم الفعلي ، الذي لا يكفي لاستخلاصه وقوع التسجيل^(١٧١) ، والذي لا يعتبر متحققاً إلا إذا شمل واقعة البيع والمشتري والتمن الحقيقي . وعلى هذا ، فإن اعلام المشتري للشفيع بوقوع البيع لا يحقق العلم المقصود ، إذا تضمن أخبار الشفيع بتمن أكبر من الثمن الذي تم به البيع^(١٧٢) . كما أن العلم المطلوب هو العلم الذي يتحقق بعد وقوع التصرف وبعد تسجيله لا قبل ذلك . فلو أعلم البائع الشفيع مقدماً عن نيته في بيع العقار ، فإن هذا العلم لن يكون ذا أثر في تحديد ميعاد الدعوى ، حتى لو شمل المشتري والتمن الحقيقي ، أما عن اثبات علم الشفيع ، فإنه وفقاً للقواعد العامة ، يقع على عاتق المشتري^(١٧٣) . وبما أن الأمر يتعلق بواقعة مادية ، فإن الاثبات جائز بكل الطرق .

١٢٩ - هذا وخلافاً للقوانين العراقي^(١٧٤) والمصري^(١٧٥) واللبناني^(١٧٦) ، التي تجعل من المدد التي حددت لرفع الدعوى ، عقب انذار الشفيع بالبيع رسمياً من أحد أو كلا طرفيه ، مدد سقوط ، فإن مدة الثلاثين يوماً في

(١٧١) ر : آنفاً ف ٧٥ - الهامش .

(١٧٢) ر : تمييز ٣٧١ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٦ ، ص ١٢٤٣ ، ٤٩٠ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٦ ، ص ١٥٠٩ ، ١٧٤ / ٧٦ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٧ ، ص ٦٤٨ ، ٤٨١ / ٧٦ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٧ ، ص ١٤٣٦ ، ٢٤٤ / ٧٧ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٧ ، ص ١٤٩٤ ، ٣٨٥ / ٧٧ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٨ ، ص ٣٧٥ .

(١٧٣) ر : تمييز ٢٥٨ / ٧٧ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٧ ، ص ١٢٩٣ .

(١٧٤) ر : حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٤٧ ، ص ٢٤١ .

(١٧٥) ر : السنهاوري ، الوسيط ، ج ٩ ، ف ٢٠٦ ، ص ٦٤٠ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٤٧ ، ص ٣٥١ .

(١٧٦) ر : عبد المنعم الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، السابق ، ف ٢٨٤ ، ص ٤٦٣ ، والمادة ٢٤٨ / ٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

القانون ، والشهرين في المشروع ، هي فقط مدد تقادم ، تخضع لما تخضع له مدد التقادم عامة من قابلية للوقف وللانقطاع . ولا يغير من هذا الحكم أن يتحقق علم الشفيع بالبيع بانذار رسمي أو بوسيلة أخرى . فلقد ورد النص صريحاً في المادة ١١٦٢ من القانون على أن تخلف الشفيع عن رفع دعوى الشفعة بعد مضي الثلاثين يوماً ، يسقط حقه فيها ، إذا كان هذا التخلف دون عذر شرعي^(١٧٧) . وعلى هذا ، فلو علم الشفيع بالبيع ولكنه لم يستطع رفع الدعوى في الميعاد المحدد لسبب مقبول ، فإن تأخره لا يحول دون امكان رفعه للدعوى في ميعاد لاحق . ولقد طبقت محكمة التمييز هذا المبدأ عندما اعتبرت وجود الشفيع في الكويت عند علمه بالبيع ، عذراً مقبولاً ، يسوغ له رفع الدعوى بعد مضي الميعاد المذكور^(١٧٨) . وما دام الأمر يتعلق بتقادم ، وكان الدفع بالتقادم غير متعلق بالنظام العام^(١٧٩) ، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ، بل لابد من اثارته من ذى المصلحة ، وإذا كان لهذا أن يتمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى ، فإن ذلك مقيد بعدم اثاره الدفع بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض^(١٨٠) .

١٣٠ - ٢ : وإذا لم يعلم الشفيع بالبيع ، فإن المدة المحددة لرفع الدعوى تمتد في القانون (المادة ١١٦٢ / ٢) والمشروع (المادة ١٢٩٨ / ٢) الى ستة أشهر منذ التسجيل . وأول ما يلاحظ على هذا التحديد أن النصين

(١٧٧) ر : في الأصل التاريخي للنص المادة ١٠٣٤ من المجلة وشرحها لعلي حيدر ورستم باز .

(١٧٨) ر : تمييز ٣٤٧ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٦ ، ص ١٢٢١ .

(١٧٩) ر : في الفرق بين مواعيد التقادم (Delai de prescription) ومواعيد السقوط (Delai de

decheance) ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ف ٥٩٤ .

(١٨٠) ر : في عدم جواز اثاره الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ، المرجع السابق ، ف ٦٥٣ ،

كولان ، كابتان ولاموراندير ، مطول القانون المدني ، ج ٢ ، ١٩٥٩ ، ف ١٦٣١

و ١٦٣٢ .

الذين قرأه لم يتضمننا أي اشارة الى قابليته للوقف بسبب من قيام عذر . بل أن نص المشروع كان واضحاً في نفي مثل هذه القابلية ، فهو يقرر بأنه : « وفي جميع الأحوال ، لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر . . » وهكذا فإنه لا بد من اعتبار ميعاد الستة أشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم . فيجوز ، بناء على ذلك ، للمحكمة أن تقضي برد الدعوى لفواته من تلقاء نفسها ، كما أن للخصوم أن يتمسكوا به ، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز^(١٨١) .

١٣١ - وتمتد مدة الستة أشهر من يوم التسجيل الى اليوم المقابل في الشهر الأخير منها^(١٨٢) . فلو تم التسجيل في الأول من كانون الثاني مثلاً ، فإن آخر موعد لرفع الدعوى سيكون هو الأول من حزيران . فإذا صادف أن وقع الأول من حزيران أثناء عطلة رسمية ، فإن الميعاد يمتد ، وفقاً

(١٨١) ر : تمميز ٤١١ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٦ ، س ١٤٣٦ ، ٢٩ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٥ ، ص ١٢٦٢ - عكس ذلك تمميز ٣٢٥ / ٧٢ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٢ ، ص ١٥٧٢ ، والحكم يعتبر أن مدة الستة أشهر مدة تقادم وذلك استناداً الى قابليتها للانقطاع إذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . ونحن لا نوافق على ما ذهبت إليه محكمة التمييز هنا . فالفقرة الأولى من البند الأول من المادة الثانية للقانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ ، لا تشير الى ما يمكن أن يفهم منه أن مدة الستة أشهر هي مدة تقادم ، بل على العكس من ذلك فإن صيغتها المطلقة والعبارات التي استخدمت في صدرها والتي جاء فيها : « على الرغم مما ورد . . في المادة ١٦٦٠ من المجلة » . تفيد بأن المشروع أراد أن تكون مدة الستة أشهر مدة سقوط . أما إذا كان باعث محكمة التمييز على تقرير ما ذهبت إليه هو رغبتها في الاحتفاظ بحق الشفع ، إذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فإن المحكمة لم تكن ، في سبيل ذلك ، مضطرة الى تكييف المدة على أنها مدة تقادم . فالقضاء في مصر يقبل بانقطاع المدة على الرغم من اعتبارها ، في القانون المصري ، مدة سقوط . ر : محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٥٧ ، ص ٤٦٩ والهوامش ، السنهوري ، الوسيط ، ٩ ، السابق ، ف ٢٠٦ ، ص ٦٤٤ - ٦٤٥ والهوامش .

(١٨٢) ر : تمميز ٢٤٦ / ٨١ . مجلة نقابة المحامين ، ١٩٨١ ، ص ١٩١٨ ، السنهوري ، الوسيط ، ٩ ، السابق ، ف ٢٠٦ ، ص ٦٤٤ .

لما تقضي به قواعد المرافعات ، الى أول يوم عمل بعد انتهائها^(١٨٣) .

١٣٢ - ولكن متى يعتبر أن التسجيل قد تم وأن مدة الستة أشهر قد بدأت في السريان ، فهل يكفي لذلك قيام الأطراف بتوقيع النماذج الرسمية للتصرف أم أنه لابد من تمام اثبات البيع في السجل العقاري ؟ وفقاً لما ذهب إليه الديوان الخاص بتفسير القوانين^(١٨٤) ومحكمة التمييز الأردنيين^(١٨٥) ، فإن التسجيل لا يتم إلا بعد قيام الأطراف بدفع الرسوم والانتهاء من اثبات التصرف في صحيفة الأموال غير المنقولة . فالعبرة اذن بتاريخ استيفاء هذه الاجراءات وليس بتاريخ أي اجراء تمهيدي سابق .

١٣٣ - وبهم أخيراً أن نشير إلى أن رفع الدعوة خلال مدة الستة أشهر - أو خلال مدة الثلاثين يوماً المنوه عنها آنفاً - ليسا قاطعين في عدم صدور ما بنم عن تنازل الشفيع عن شفيعته . ولذا وجب على المحكمة أن توجه للشفيع يمين الاستظهار^(١٨٦) . بأنه لم ينكل من شفيعته وأنه لم يتنازل عنها صراحة أو ضمناً . فإذا حلف الشفيع ، فإنه ليس ثمة امكانية بعد ذلك لمناقشة ثباته على شفيعته^(١٨٧) .

(١٨٣) ر : المادة ٢٦٧ بند ٢ من قانون أصول المحاكمات .

(١٨٤) القرار رقم ١ لسنة ١٩٧١ ، المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢٨٨ ، ص ٤٥٤ .

(١٨٥) تمييز رقم ٢٧٠ / ٧٩ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٠ ، ص ٣٠٠ ، قارن مع ذلك تمييز

١٨٤ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٧٦ ، ص ٢٢٨ ، الذي شابه الغموض في فهم

قرار ديوان تفسير القوانين رقم (١) لسنة ٩٧١ المذكور أعلاه .

(١٨٦) ر : المادة (٥٤) من قانون البيئات ، قارن حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٤٩ ،

ص ٢٤٢ .

(١٨٧) ر : تمييز ٦٢ / ٧٨ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٨ ، ص ٧٢٤ .

١٣٤ - ثانياً : ايداع الثمن :

المحنا الى أن نصوص القانون و المشروع لم تلزم الشفيع بايداع الثمن أو جزء منه ، ولم تجعل من ذلك شرطاً لقبول الدعوى . وتجاوز القانون و المشروع لهذا الشرط ، الذي نصت عليه القوانين العراقي^(١٨٨) ، والمصري^(١٨٩) ، واللبتاني^(١٩٠) ، جاء موافقاً لما قرره الشريعة الإسلامية ، من أن دفع الشفيع للثمن عند طلب الشفعة لا يعد شرطاً لصحتها^(١٩١) .

١٣٥ - على أن الصعوبة تقوم عندما نلاحظ أن القضاء الأردني استمر بعد نفاذ القانون المدني^(١٩٢) ، كما كان قبله^(١٩٣) ، يقتضي هذا الايداع ويعلق على اتمامه صحة الدعوى . والقضاء يسترد في اجتهاده هذا ما تضمنته المادة الثانية من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨^(١٩٤) ، باعتبار أن هذا القانون قانون خاص وأنه بالتالي واجب التطبيق بحكم ما أشارت إليه المادة ١٤٤٨ / ٢ من القانون المدني من وجوب مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة . على أن تلك حجة لا يمكن التسليم بها بسهولة . فهي لا تستقيم إلا إذا كان المشرع قد أغفل ، في القانون المدني ، تنظيم ما يقع في نطاق القانون رقم ٥١

(١٨٨) ر : المادة ١١٤٠ التي أصبحت المادة ١٠٧٦ في التسلسل الجديد .

(١٨٩) ر : المادة ٩٤٢ .

(١٩٠) ر : المادة ٢٤٩ من قانون الملكية العقارية .

(١٩١) ر : حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٥١ ، ص ٢٤٣ .

(١٩٢) ر : مثلاً تمييز ٢٤٦ / ٨١ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨١ ، ص ١٩١٨ ، تمييز

٣٨ / ٨١ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨١ ، ص ١٠٧٧ .

(١٩٣) ر : تمييز ١٠٧ / ٧٠ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٧٠ ، ص ٤٤٣ ، ٨٧ / ٧١ مجلة نقابة

المحامين ، سنة ١٩٧١ ، ص ٩٨٤ ، ١٠٧ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٥ ،

ص ١٥٣٢ .

(١٩٤) ر : الفقرة ب من البند الأول من المادة .

لسنة ١٩٥٨ . أما وقد عاد المشرع ، في القانون المدني ، الى تنظيم الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى الشفعة ، بأحكام مختلفة ، فإن هذه الأحكام دون غيرها هي الواجبة التطبيق . ومن الواضح أن القول بغير ذلك ، سيؤدي الى تعطيل أعمال الفقرة الثانية من المادة ١١٦٣ من القانون المدني ، التي تقضي « . . . ولها (للمحكمة) أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعه وإلا بطلت شفيعته . » ، إذ كيف يتصور أن تمهل المحكمة الشفيع شهراً ، إذا كان عليه أن يودع الثمن عند رفعه للدعوى ؟ !

١٣٦ - ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الأردني ثابت في اجتهاده بالزام الشفيع بايداع الثمن عند رفع الدعوى . ولفظ «عند» ، وإن كان يتسم بالغموض باعتبار أنه قد يفيد «بعد» الدعوى أو «قبلها» ، إلا أن المفهوم أنه يتعين ايداع الثمن قبل الدعوى باعتبار الايداع شرطاً لصحة تسجيلها .

١٣٧ - والقضاء إذ يلزم الشفيع بايداع الثمن . فإن هذا الايداع يقتصر على الثمن المسمى دون النفقات . فالنفقات يمكن أن تكون محل مطالبة من المشفوع منه أثناء الدعوى^(١٩) .

وللمحكمة في كل حال ، أن تقضي بالزام الشفيع بدفعها ، حتى وإن اقتصر في طلبه على تمليك المشفوع بالثمن^(٢٠) . والشفيع يستطيع ، بدل إيداعه الثمن نقداً ، تقديم كفالة مصرفية بمقداره . ويلاحظ أن لالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ ، إذ نص على ذلك صراحة ، فإنه

(١٩٥) ر : في ذلك : عبد المنعم الصدة ، السابق ، ف ٢٧٨ (بالنسبة للقانون المصري) ، ف ، ٢٨٣ (بالنسبة للقانون اللبناني) ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٥٥ ، ص ٢٤٥ ، في القضاء الأردني حيثيات حكم التمييز ٣٨ / ٨١ ، مجلة النقابة سنة ١٩٨١ ، ص ١٠٨١ . (١٩٦) ر : حكم التمييز المشار إليه في الهامش السابق .

يكون قد قطع في مسألة كانت ولا زالت مثار خلاف في القضاء اللبناني^(١٣٧) . ففي حين تذهب بعض الأحكام في لبنان الى جواز الايداع عن طريق تقديم كفالة مصرفية ، فإن البعض الآخر يرفض ذلك ويقتضي أن يتضمن الايداع تخصيص الثمن لمصلحة المشتري وتجميده حتى الوفاء ، وهو ما لا يتوافر في الكفالة المصرفية باعتبار أنها لا تمثل الا التزاماً شخصياً من المصرف .

١٣٨ - هذا ولا يعتبر ايداع الثمن تاماً ، في القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ ، إلا إذا شمل كل الثمن المذكور في العقد . فليس للشفيع اذن أن يودع جزءاً من الثمن المسمى استناداً الى ما يتقدم به من طعن في صورة الثمن ، بل عليه في هذه الحالة أن يودع الثمن بالكامل ثم يعمد بعد ذلك الى اقامة الدليل على أن ما ذكر في العقد كان أكبر من الثمن المتفق عليه فعلاً^(١٣٨) . وبما أن الشفيع يهدف ، بهذا الاثبات ، الى رفع تحايل وجه ضده ، بالإضافة الى كونه غيراً ، فإن الاثبات يمكن أن يتم بكل الطرق ومن ضمنها البينة^(١٣٩) . وإذا كان مثل هذا الاثبات جائزاً للشفيع ، فإن السؤال يثور عن مدى جوازه أيضاً لأطراف التصرف ،

(١٩٧) ر : حول هذين الاتجاهين : عبد المنعم فرج الصدة ، السابق ، ف ٢٨١ ص ٤٥٦ و ٤٥٧ .

(١٩٨) وإذا كان نص المادة الثانية من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ غامضاً حول هذه النقطة ، إلا أن ما جاء في عجز النص وما قرره أحكام التمييز السابق الاشارة إليها تفيد هذا الحكم . فعجز الفقرة (ب) من البند الأول من المادة الثانية من القانون المذكور يقرر بأنه إذا ادعى الشفيع صورية الثمن المسمى في العقد ، قدرت المحكمة المبلغ الواجب ايداعه أو تقديم الكفالة به ، دون أن يؤثر ذلك في حق الشفيع في استرداد ما زاد عن الثمن الحقيقي أو بدل المثل المقدرة . وبهذه العبارة الأخيرة أوضح النص أن على الشفيع أن يبدأ بايداع الثمن المسمى ، ذلك أن الاسترداد لا يكون له مقتض إلا بسبق مثل هذا الايداع .

(١٩٩) ر : تمييز ٣٦٦ / ٦٥ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٦٥ ، ص ١٧٠٨ ، ٨ / ٦٩ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٦٩ ، ص ٣٤١ .

وتخصيصاً للمشفوع منه ، بحيث يسمح له بإقامة الدليل على أن الثمن المسمى في العقد كان أقل مما اتفق عليه . المسألة محل خلاف .

١٣٩ - ففي رأي ، وهو ما اضطرد القضاء الأردني على الأخذ به^(٢٠٠) ، فإنه لا يسمح لمشتري باثبات ادعائه ، وذلك تأسيساً على أن ذكر العقد لثمن يقل عن الثمن الحقيقي ، يمثل تحايلاً على القانون ، بهدف الافلات من دفع جزء من الرسوم المستحقة ، فيكون طبيعياً إذن أن لا يقبل من المشتري اقامة الدليل على ما ارتضى اخفائه ، معاملة له بقصده .

١٤٠ - وفي رأي آخر - وهو ما نؤيده - فإنه يسمح للمشتري باثبات حقيقة الثمن . ويستند هذا الرأي الى أنه إذا كان المشتري قد ارتكب غشاً ، فإن الغش لم يوجه ضد الشفيع ، فلا يجوز ، من ثم ، لهذا أن يفيد منه^(٢٠١) . ومن جانب آخر ، فإن حرمان المشتري من استرداد ما دفعه ، يمثل عقوبة ، وبما أنها عقوبة تأتي من غير نص تستند إليه ، فإنها تثير الشك حول أساس مشروعيتها . وليس يقدح في سلامة ما يذهب إليه هذا الرأي ، إن المادة الخامسة ، من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم ٤٩ لسنة ١٩٥٣ . قضت بعدم جواز سماع دعاوي المواضعة «في الملك وسائر الأموال غير المنقولة الموثقة بسندات تسجيل» ، ذلك أن من شأن الاستناد الى هذا النص ، بصيغته العامة ، أن يضع الجميع ، شفيعاً ومشفوعاً منه ، في نفس الوضع ، بحيث لا يجوز لأيهم رفع دعوى الصورية . فالنص ، كما هو واضح ، لا يميز في نطاق تطبيقه بين من كان طرفاً في التصرف وبين من كان من الأغيار . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه لا يمكن تبرير ما

(٢٠٠) ر : تمييز ١٠٠ / ٧٤ ، مجلة النقابة ١٩٧٤ ، ص ١١٧ ، ٢٢٠ / ٧٢ ، مجلة النقابة ، ١٩٧٢ ، ص ١٢٥٢ .

(٢٠١) ر : حول هذه الحجة ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٥٣ ، ص ٢٤٤ .

يذهب إليه الرأي الأول ، كما تلمح بعض الأحكام^(٢٠٢) ، الى قاعدة امتناع الرد الى من كان ملوثاً من أطراف العمل القانوني (Nemo auditur proprium turpitudinem allegans) ذلك أنه لا يسوغ الاستناد الى هذه القاعدة الا بوجود تصرف قام على سبب أو محل غير مشروعين ، وطلب من قبل من أتى عدم المشروعية من جهته ، أو من شارك فيه ، بإبطال هذا التصرف^(٢٠٣) . وليس هذا هو حال المشفوع منه ، إذ هو على العكس مما سبق لا يطالب بإبطال العقد ، بل يسعى الى التمسك به ، ويطلب - إذا ما تقرر تجريده من ملكه بإجباره على بيعه للشفيع ، حسب التصوير الذي اعتمدته القانون والمشروع - استرداد ما سبق له دفعه ، أي احترام ما جرى الاتفاق عليه حقيقة .

١٤١ - بقي أن نشير الى أن القضاء ، لو طبق أحكام القانون (المادة ١١٦٣ / ٢) والمشروع (١٢٩٩ / ٢) ، لما كان على الشفيع أن يودع الثمن لدى رفعه للدعوى والأمر يتقرر بعد ذلك وفقاً لما إذا طعن بصورية الثمن أو إذا لم يوجد مثل هذا الطعن . فإذا لم يطعن الشفيع بصورية الثمن ، كان عليه أن يدفع الثمن المذكور في العقد كله . أما في الحالة المخالفة ، أي إذا طعن الشفيع بالصورية ، فإن المحكمة تحقق الأمر ، فإذا أثبت الشفيع مقدار الثمن الحقيقي كلف بدفعه ، وإلا وجب عليه دفع الثمن المسمى . وفي الحالتين ، أي سواء قدم الطعن أو لم يقدم ، فإن للمحكمة أن تمنح الشفيع أجلاً لا تزيد مدته عن شهر لإيداع ما تأمره به .

(٢٠٢) ر : حيثيات قرار التمييز رقم ١٠٠ / ٧٤ المشار إليه سابقاً .

(٢٠٣) ر : حول نطاق أعمال هذه القاعدة : مارتى ورينو ، الالتزامات ج ٢ . مجلد ١ ، باريس ١٩٦٢ ، ف ١٩١ ، ص ١٧٤ و ١٧٥ ، السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٣٣٨ ، ص ٥٣٥ وما بعدها .

المبحث الثاني سقوط الشفعة

١٤٢ - درج بعض الشراح^(٢٠٤) على تناول حالات لا يقوم فيها حق الشفعة ضمن الدراسة المخصصة لحالات سقوطها ، في حين كان من الواجب قصر حالات السقوط على الحالات التي يزول فيها حق الشفعة بعد نشوئه صحيحاً . فكون المشفوع به أو المشفوع (فيه) وقفاً لا ينشئ أصلاً المركز القانوني الذي يميز الأخذ بالشفعة فلا يعد من حالات سقوطها . كذلك ، فإن البيع الواقع لأحد الأقارب أو الذي يتم بالمزاد العلني ، لا يصلحان سبباً للشفعة ، فلا يصح لذلك أدراجهما ضمن حالات السقوط . فالحق في الشفعة يسقط اما لزوال المركز القانوني الذي كان يميز الشفعة واما لتدخل عارض حال بين المركز وبين ترتبه لأثره القانوني الذي هو مكنة الأخذ بالشفعة .

١٤٣ - ١ : سقوط الشفعة بزوال المركز القانوني الذي يتيحها :
يعود سقوط الشفعة في هذا الفرض الى تخلف واحد - أو أكثر - من شروط الشفعة بعد توافرها . ولا حاجة هنا الى الكثير من التفصيل ، فلقد عرضنا لشروط الشفعة وذكرنا القواعد المتصلة بكل منها ، ويكفي أن نعاود الإشارة في هذا المقام الى أنه يتعين استمرار توافر شروط الشفعة الى حين تمام الأخذ بها . فلو باع الشريك حصته ، فإنه يفقد حق الأخذ بالشفعة سواء كان يعلم بسبق بيع حصة أخرى من العقار الشائع أم لا (المادة ١٢٩٣ / ٢ من المشروع) . كذلك ، لو زال الارتفاق في حالة الخلطة أو الاتصال في حالة الجوار لكان من

(٢٠٤) ر : حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٧٧ وما بعدها ، سعيد عبد الكريم مبارك ، السابق ، ص ١٩٠ - ١٩٢ .

شان ذلك ، في القانون ، امتناع الشفعة في الحالتين . وتقع ضمن هذه الحالات أيضاً حالة فقدان الشفيع للملكية المشفوع به نتيجة بطلان أو فسخ التصرف الذي اكتسب به الملك^(٢٠٥) .

١٤٤ - على أن هنالك حالة تستحق مع ذلك التوقف عندها ، وهي الحالة التي يتقایل فيها المتعاقدان العقد ، حيث يثور البحث فيما إذا كان من شأن ذلك سقوط الشفعة ؟

وما إذا كان سقوط الحق في الشفعة يمكن قبوله أيضاً لوقع التقايل بعد الأخذ رضاء أو قضاء ؟ ذهب البعض الى الرد بالإيجاب^(٢٠٦) . ووجهة نظرهم تقوم على أن التقايل يظهر ارادة المتقاييلين الى العودة الى الوضع السابق قبل التصرف ، فيكون من شأن ذلك اعتبار التقايل فسخاً في مواجهة الجميع ، متعاقدين وشفيعاً . والمسألة مثار خلاف في الفقه الاسلامي^(٢٠٧) . فبينما يعتبر أبو حنيفة أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ، بيعاً بالنسبة للغير ، ويعتبر أبو يوسف من حيث المبدأ ، أنها بيع في حق الجميع ، وهو ما يؤيده مالك ، فإن محمداً من الأحناف والشافعي وأحمد يرون بأنها فسخ في حق الجميع . ولقد تبنى القانون (المادة ٢٤٣) والمشروع (المادة ٢٦٩) في تنظيميهما للاقالة رأى أبي حنيفة . ونحن لا نرى بناء على ذلك ما يدعو ، فيما يتعلق بالشفعة ، الى الخروج على المبدأ الذي قرره النصوص في تكييفها للاقالة ، فيسوي الوضع على اعتبار أن الاقالة بالنسبة للشفيع ، وهو من الغير ، بيعاً جديداً ، لا يكون من شأنه اسقاط حق الشفعة ، بل على العكس

(٢٠٥) ر : عبد المنعم الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، السابق ، ف ١٨٥ ، ص ٤٦٤ وما بعدها .

(٢٠٦) ر : حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٧٨ ، ص ٢٦٤ .

(٢٠٧) ر : السنهوري ، مصادر الحق ، السابق ، ج ٥ ، ص ٢٥١ و ٢٥٢ ، المذكرة الايضاحية للقانون على المادة ٢٤٣ .

تعزيز هذا الحق بمنح الشفيـع أجلاً جديداً لبدء رغبته في ممارسته^(٢٠٨) . وبالإمكان اسناد وجهة نظرنا ، فضلاً عن ملائمة رد الحل الى القواعد العامة ، الى اعتبارات عملية ، تتمثل في عدم ترك الشفيـع تحت رحمة المتعاقدين بعد أن أعلن رغبته في التملك على أثر تصرف وقع بارادتيهما . ففي الأخذ بمثل هذا الحل ما يعزز استقرار التعامل ، خصوصاً وأنه يغلب أن تقع الاقالة ، هنا ، بقصد حرمان الشفيـع من الأخذ بالشفعة .

١٤٥ - ٢ : سقوط الشفعة لسبب عارض :

يدور البحث هنا حول الفرض الذي تمتنع في الشفعة نتيجة تدخل أمر عارض ، بالرغم من استمرار قيام المركز القانوني الذي يميزها . والأمر العارض الذي يفضي الى امتناع الشفعة ، أما أن يأتي في صورة موقف سلبي تمثل في تخلف الشفيـع عن القيام بالاجراءات التي يقتضيها الأخذ بالشفعة ، وإما أن يأتي في صورة موقف إيجابي تجسد في تنازل الشفيـع عن الشفعة صراحة أو ضمناً . ولما كان تخلف الشفيـع عن القيام بالاجراءات التي تقتضيها الشفعة هو في الحقيقة تنازل ضمني من جانبه عنها ، فإننا نصل الى أن الصورتين كليهما تعبران عن أمر واحد هو تنازل الشفيـع عن الشفعة .

١٤٦ - التنازل الصريح :

مادامت الشفعة قد قررت لمصلحة الشفيـع ، فإن الشفيـع ، يستطيع إذن ، وهو الأدرى بمصلحته ، أن يتنازل عنها صراحة . وكما قد يقع تنازله عنها للمشتري ، وهو الغالب ، فإنه قد يقع للبائع أو حتى لاجنبي . ومتى وقع التنازل لاجنبي ، فإنه يؤدي الى سقوط حق

(٢٠٨) ر : حول هذا الرأي ، السهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ ، والشرح الكبير ، السابق ، ص ٤٩١ وحاشيته ، حيث يشير الشارح الى وجوب اعتبار الاقالة ، هنا ، باطله ، ما لم تقع بزيادة الثمن أو بانقاصه حيث تعتبر بيعاً .

الشفيع في الشفعة ، دون أن يفيد من وقع له ، إذ أن الشفعة حق لصيق بشخص من ثبت له ، فلا تجوز حوالاته لغيره^(٢٠٩) .
والتنازل في كل هذه الصور سواء جاء كتعهد بارادة الشفيع المنفردة ، أو جاء كعقد ، يجب أن يكون قاطعاً في الدلالة على المقصود منه ، كما أنه ، وهو تصرف قانوني ، يجب أن يكون صادراً ممن له ولاية اصداره . وهو قد يأتي في محرر رسمي كما قد يأتي في محرر عرفي أو حتى شفاهة . ولا تثور في هذه الحالة الأخيرة إلا مسألة اثباته ، الذي يقع عبؤه ، وفقاً للقواعد العامة ، على من يدعيه^(٢١٠) .

١٤٧ - التنازل الضمني :

يستخلص التنازل الضمني من كل عمل أو تصرف يقوم به الشفيع ويدل بوضوح على انصراف رغبته عن الأخذ بالشفعة .
والصور التي يقع فيها مثل هذا التنازل كثيرة ، لا تقع تحت حصر .
والأصل أن يخضع استنتاج التنازل ، في كل حالة لتقدير محكمة الموضوع ، الذي تمارسه بما لها من سلطة تقديرية^(٢١١) . غير أن

(٢٠٩) انظر المادة ١٠٣٦ / ٢ من القانون المدني العراقي حسب التسلسل السابق لمواد القانون (المادة ١٠٧٢ / ٢) حسب التسلسل الحالي . وانظر تعليق حامد مصطفى (المرجع السابق) ، ف ٢٧٨ ، على ذلك ، انظر كذلك المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانية التي تجري على أنه : «يتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه الى ورثته ، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر» . انظر أيضاً المادة ١٠٤٢ من مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر .

(٢١٠) وخضوع الاثبات في هذه المسألة للقواعد العامة ، يؤدي الى عدم جواز اثبات التنازل ، في القانون ، بالبيئة ، إذا كانت قيمة العقار تزيد على عشرة دنانير . ر : حول تطبيق قواعد الاثبات على التنازل ، السنيوري ، السابق ، ج ٩ ف ١٦٣ ، ص ٤٥٨ ، هامش (١) : عبد النعم الصلدة ، السابق ف ٢٨٦ .

(٢١١) ر : منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٤٩ ، الذي يورد في الهامش رقم (١) ما أوردته المذكرة الايضاحية للقانون المصري في هذا الشأن ، عبد النعم الصلدة ، المرجع السابق ، الموضع السابق ، ص ٤٦٧ ، هامش (٣) محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ف ٢٢٢ ، ص ٤٠٣ ، هامش (١) .

المشروع لم يتقيد بهذا الأصل وآثر عدم ترك الأمر للقاضي ، فأورد بعض أهم الظروف التي يخلص منها التنازل الضمني في نصوص . من ذلك ، ما ذهبت إليه المادة ١٢٩٣ / ٣ من أن سكوت الشفيع ، بغير مانع ، عن طلب الشفعة ، مدة شهرين من الوقت الذي علم فيه بقيام شخص غير المالك باحداث غراس أو بناء ، في العقار ، يؤدي الى سقوط الشفعة . كذلك ، فإن المشروع ، رغم اقتضائه ، في المادة ١٢٩٨ / ١ ، رفع دعوى الشفعة خلال شهرين من علم الشفيع بالبيع ، فضل أن يضمن المادة ١٢٩٣ سالفه الذكر ، فقرة رابعة ، تقرر سقوط الشفعة إذا لم ترفع الدعوى بها خلال شهرين منذ العلم بالبيع ، متى كان الشفيع حاضراً ، وخلال شهرين من حضوره متى كان غائباً^(٢١٢) .

هذا بالإضافة الى ما قرره الفقرة الأولى من ذات النص ، من أن طلب الشفيع قسمة المشفوع (فيه)^(٢١٣) ، أو شرائه^(٢١٤) ، أو استجاره^(٢١٥) ، من المشفوع منه ، يعد سبباً لسقوط الشفعة بحسبانه رضاء من الشفيع بالتصرف الذي انتقلت به ملكية العقار الى غيره . هذا الى أن المادة ١٢٨٨ كانت قد أشارت الى أن الشفيع إذا أخذ الشفعة لغيره ، ولو ليهبها أو يتصدق بها ، سقطت شفيعته . ولا حاجة الى القول بأن النص على هذه الحالات لم يكن له مقتضى ، وكان أخرى بالمشروع أن يترك الأمر للقضاء كما فعل القانون .

(٢١٢) ومن الواضح أن قيمة هذا النص الأخير تقتصر على اعتباره غياب الشفيع عذراً مشروعاً يبرر عدم رفع الدعوى خلال شهرين منذ العلم بالبيع .

(٢١٣) ر : استئناف مصري مختلط في ٢٨ نوفمبر ١٨٩٥ ح ٨ ص ١٦ و ٦ ابريل سنة ١٨٩٩

م ١١ ، ص ١٨٢ - أوردهما السنهوري ، الوسيط ٩ ، ص ٤٥٦ هامش (٢) .

(٢١٤) ر : تمييز أردني ٣٧١ / ٧٥ ، مجلة النقابة ، ١٩٧٦ ، ص ١٢٤٣ ، ٤٩٠ / ٧٥ مجلة النقابة ، ١٩٧٦ ، ص ١٥٠٩ .

(٢١٥) ر : الأحكام المشار إليها في الهامش السابق واستئناف مصر ٢ مايو ١٩٠١ ، المجموعة الرسمية ، سنة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ واستئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط سنة ٣٣ ، ص ٢٢٧ .

١٤٨ - أما في غير الحالات السابقة ، فإن التنازل الضمني يمكن أن يستنتج من كون الشفيع وكيل البائع^(٢١٦) ، أو وكيل المشتري في البيع على خلاف بالنسبة لهذه الحالة الأخيرة في الفقه الإسلامي^(٢١٧) . وهو يمكن أن يخلص أيضاً من طلب الشفيع الشفعة في جزء من المشفوع (فيه) ، متى اتحد المشتري في القانون ، وسواء تم البيع لمشتري أو أكثر في المشروع ، ما دام العقار قد بيع في صفقة واحدة - على ما ذكرنا^(٢١٨) - والتنازل الضمني يمكن أن يخلص ، كذلك ، من مساومة الشفيع للمتصرف إليه^(٢١٩) ، أو من ضمانه له في الوفاء بالثمن^(٢٢٠) ، أو من تصالحه معه^(٢٢١) أو أخيراً من طلبه إليه أن يرتب له ارتفاقاً على العقار . وعلو خلاف ما سبق ، فإن استمرار شغل الشفيع للعقار باعتباره مستأجراً ، لا يفيد تنازله عن الشفعة^(٢٢٢) ، كما لا يعتبر كذلك دفعه الضرائب المستحقة على الأرض تفادياً لتوقيع الحجز على المزروعات^(٢٢٣) .

-
- (٢١٦) ر : المادة ٢٤٦ / ٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٧٧ ، ص ٢٦١ .
- (٢١٧) ر : حامد مصطفى ، المرجع السابق ، الموضع السابق - الذي لا يرى التمييز ، في اسقاط الشفعة ، بين أن يكون الشفيع وكيلًا عن البائع أو عن المشتري ، ر - من نفس هذا الرأي - السنهوري ، ف ١٦٣ ، ص ٤٥٧ .
- (٢١٨) ر : آنفا : ف ١٠ و ١١ .
- (٢١٩) ر : تمييز أردني رقم ٧٧ / ٢٦ ، مجلة النقابة ١٩٧٨ ، ص ٤٣٥ .
- (٢٢٠) ر : منصور مصطفى منصور ، السابق ف ١٤٩ ، عبد المنعم الصلدة ، ف ٢٨٦ ، ص ٤٦٧ .
- (٢٢١) ر : تمييز أردني ٧٤ / ٧٢ ، مجلة النقابة ١٩٧٢ ، ص ٤٠٩ .
- (٢٢٢) ر : نقض مصري في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ ، مجموعة القواعد القانونية ج - ٤ ، ص ٥٦٨ ، رقم ٢٠٨ .
- (٢٢٣) ر : نقض مصري في ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ ، مجموعة أحكام النقص ، ج - ٥ ، ص ٢٧٢ ، رقم ١٩٩ .

١٤٩ - والحاصل ، أنه للقول بوقوع تنازل ضمنى من الشفيع ، فإنه لا بد أن تدل الظروف على ذلك دلالة واضحة . فالتنازل ، وهو اسقاط لحق ، لا يفترض . فإذا كانت الظروف غير قاطعة الدلالة ، فإنه لا بد من تفسيرها بما يستبعد مثل هذا التنازل^(٢٢٤) . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه يشترط لاستخلاص التنازل ، أن يكون الشفيع على علم بوقوع التصرف . ولا يعتبر التسجيل بحد ذاته دليلاً على علم الشفيع بالتصرف في القانون و المشروع - كما أشرنا^(٢٢٥) - فالعلم المطلوب هو العلم الفعلي . كما أن العلم المطلوب هو العلم الحقيقي ، أي العلم الذي يتناول أطراف التصرف ، العقار المتصرف فيه ، والتمن الذي تم به البيع فعلاً^(٢٢٦) . فلقد قضى بأن تنازل الشفيع عن شفعته لا يسقط حقه ، إذا تم تحت الاعتقاد بأن التمن الذي أخبر به كان أكبر من التمن الحقيقي^(٢٢٧) . ويثور التساؤل عما إذا كان يجوز التنازل عن الشفعة قبل التصرف جوازه بعده . فلقد ذهبت القوانين العراقية^(٢٢٨) والمصرية^(٢٢٩) واللبنانية^(٢٣٠) الى جواز ذلك ، تضيقاً لحق الشفعة وتشجيعاً على التعامل . إذ من الواضح أن الأفراد سيحجمون عن التعامل في العقارات إذا علموا بأن تعاملهم يترك الباب مفتوحاً للأخذ بالشفعة . ويجد مثل هذا الرأي سنداً له ، في الفقه الإسلامي ، فيما

(٢٢٤) ر : منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٤٩ ، ص ٣٥٥ ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٢٢ ، ص ٤٠٥ .

(٢٢٥) ر : آنفا .

(٢٢٦) ر : تمييز أردني رقم ٣٢٤ / ٧٧ ، مجلة النقابة ١٩٧٨ ، ص ٣١٥ ، ورقم ٥٢ / ٧٩ ، مجلة النقابة ١٩٧٩ ، ص ٧٧٩ .

(٢٢٧) ر : نقض مصري في ٢٠ ديسمبر ١٩٤٥ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ ، ص ٢١ رقم ١٢ .

(٢٢٨) ر : المادة ١١٣٤ / د حسب التسلسل القديم - المادة ١٠٧٠ / د حسب التسلسل الحال .

(٢٢٩) ر : المادة ٩٤٨ .

(٢٣٠) ر : المادة ٢٤٦ من الملكية العقارية .

ذهب إليه أهل الظاهرية^(٣٣) ، خلافاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين جعلوا التنازل المسبق عن الشفعة باطلاً لوروده على حق غير موجود^(٣٤) . ولا مجال للتردد في القول بأن التنازل السابق على التصرف باطل في القانون والمشروع . فالأخير يقرر ذلك بنص صريح هو المادة ١٣٠٠ / ٣ التي تجرى على أنه : « وليس لمن أراد الشراء أن يطالب الشفيع بالأخذ أو بالاسقاط ، قبل الشراء ، ولو طالبه قبله فاسقط شفيعته ، فلا يلزمه اسقاطه » . أما القانون ، فإنه وإن خلا من نص مشابه ، إلا أن الأخذ بذات الحل فيه يمكن اسناده الى المصادر التاريخية ، والى حقيقة خلو القانون من نص يميز التنازل المسبق ، وهو تنازل يأتي على خلاف القواعد العامة^(٣٥) ، فيصعب القول به دون سند تشريعي . وعلى أية حال ، فإن هذا هو ما يذهب إليه قضاء محكمة التمييز التي قررت في حكمها رقم ٥٢ / ٧٩^(٣٦) بأن « عرض المبيع على الشفيع قبل عقد البيع واستنكافه عن الشراء لا يسقط حق شفيعته ، لأن الشفعة لا تنشأ إلا عن عقد بيع رسمي ناقل للملكية ، ولا تنازل عن حق لا وجود له » .

١٥٠ - نخلص مما سبق الى أن التنازل الذي يعتد به ، هو الذي يقع بعد نشوء الحق في الشفعة وبعد توافر سائر شروطها . ويمكن للشفيع أن ينزل عن الشفعة الى ما قبل تمام الأخذ رضاء أو قضاء . فإذا تم الأخذ ، فإنه لا يجوز النزول إلا بموافقة المشتري ، أي بفسخ العمل القانوني

(٢٣١) ر : عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٣١١ ، ص ٢٨٤ .

(٢٣٢) ر : اضافة الى المرجع المشار اليه في الهامش السابق ، الشيخ أحمد ابراهيم ، السابق ، ص

٦٨ ، محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ف ١٠٠ ، حامد مصطفى ، السابق ، ف

٢٧٧ ، ص ٢٦٢ و ٢٦٣ .

(٢٣٣) ر : في ذلك : السهوري ، ج ٩ ، ف ١٦٣ ، ص ٤٥٤ ، عمود جمال الدين زكي ، ف

٢٢٢ ، ص ٤٠٤ ، عبد المنعم فرج الصلة ، السابق ، ف ٢٨٦ ، ص ٤٦٨ .

(٢٣٤) مجلة النقابة سنة ١٩٧٩ ، ص ٧٧٩ .

الذي أدى الى تملك الشفيع^(٣٣٥) . هذا ويثور البحث فيما إذا كان التنازل الذي يتم من الشفيع يقيد أيضاً خلفه الخاص . المسألة كانت محلاً لخلاف في القانون المصري القديم^(٣٣٦) ، أما في ظل القانون الحالي ، فإن غالبية الشراح المصريين يذهبون الى القول بتقيد الخلف الخاص بتنازل سلفه^(٣٣٧) . وهم يسندون الحل الى المادة ١٤٦ من القانون التي تقضي بأنه : « إذا أنشأ العقد التزاماتاً وحقوقاً شخصية تتصل بشيء ، انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى الخلف . . . إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء » . ونحن نؤيد ما يذهب إليه هذا الرأي ، ونرى اسناده أيضاً الى النصين المطابقين ، للنص المصري ، اللذين تضمنهما القانون (المادة ٢٠٧) والمشروع (المادة ٢٥١) . وتجدر الإشارة أخيراً أنه سواء كان التنازل صريحاً أو ضمناً ، فإنه لا يجوز الدفع به ، وهو دفع موضوعي ، لأول مرة أمام محكمة التمييز^(٣٣٨) .

١٥١ - بهذا نختم بحثنا في مسقطات الشفعة ، ويغدو مناسباً الآن أن نشرع في دراسة أحكامها .

-
- (٢٣٥) ر : محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ف ١٠٠ - قارن : منصور مصطفى منصور ، ف ١٤٩ ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٧٧ ، ص ٢٦٣ ، عبد المنعم الصدة ، السابق ، ف ٢٨٦ ، ص ٤٦٨ . ر : كذلك نقض مصري : في ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام النقض ، سنة ٣ ، ص ٦٥٥ ، رقم ١١٣ .
- (٢٣٦) ر : حول الخلاف ، عبد المنعم الصدة ، السابق ، الموضع السابق ، ص ٤٦٩ ، منصور مصطفى منصور ، ف ١٤٩ ، ص ٣٥٤ .
- (٢٣٧) ر : المراجع المشار إليها في الهامش السابق وأضيف محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٢٢ ، ص ٤٠٦ .
- (٢٣٨) ر : نقض مصري في ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض ، ج ٧ ، ص ٣١٩ .

الفصل الثالث أحكام الشفعة

١٥٢ - يترتب على الأخذ بالشفعة ، رضاء أو قضاء ، انتقال ملكية العقار الى الشفيع (المبحث الأول) ونشوء علاقات بين الشفيع والمشتري (المبحث الثاني) من ناحية ، وبين الشفيع والغير (المبحث الثالث) من ناحية أخرى . أما بالنسبة للبائع ، فإن تنظيم القانون والمشروع ، لآثار الشفعة ، يستبعد نشوء علاقة مباشرة بينه وبين الشفيع .

المبحث الأول انتقال ملكية العقار الى الشفيع

١٥٣ - يعتمد تحديد انتقال ملكية العقار الى الشفيع على التكييف الذي يعطى للشفعة ، وهي المسألة التي اعتمدت بدورها ، في نظر فقهاء الشريعة ، على الطريق التي تتم بها الشفعة^(٣٣) . فإذا تمت الشفعة رضاء ، فإن الأخذ قد نظر إليه على أنه بيع جديد يتم بين الشفيع والمشتري . وهذا هو التكييف الذي أعطي للشفعة أيضاً متى تم الأخذ بها قضاء ، وكان الأخذ قد تم بعد قبض المشتري للعقار . أما إن تمت الشفعة قضاء ، ولم يكن المشتري قد تسلم العقار بعد ، فإن التكييف الذي أعطي للشفعة ، حالي ، كان ماثراً لخلاف : ففي رأي ، بأن الأخذ بالشفعة يتم بمقتضى تحول للعقد من المشتري الى الشفيع ، أي

(٢٣٩) ر : محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٥ ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٩٥ ، ص

بمقتضى حلول الشفيع محل المشتري ، وهو ما يعنى من ناحية بقاء البيع قائماً ، ومن ناحية أخرى تملك الشفيع للعقار منذ البيع . وفي رأي آخر ، بأن البيع يفسخ وينشأ مكانه عقد جديد بين البائع والشفيع .

١٥٤ - هذا الخلاف بين فقهاء الشريعة ، نجد صدها واضحاً في الاتجاهات التي تبناها القانونان المصري والعراقي من جهة ، والقانونان الأردني واللبناني والمشروع من جهة أخرى .

١٥٥ - موقف القانونين المصري والعراقي :

نصت المادة ٩٤٥ / ١ مصري ، وهي مطابقة للمادة ١١٤٢ / ١ عراقي (المادة ١٠٧٨ / ١ حسب التسلسل الجديد) ، على أن : « يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » . والمشرع المصري ، بهذا النص ، إنما يؤكد ما سبق له أن أخذ به في المادة ٩٣٥ التي عرفت الشفعة بأنها : « . . . رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري . . . »^(٢٤٠) وكان مقتضى حلول الشفيع ، في البيع ، محل المشتري ، قبول نشوء حقه منذ إبرام العقد ، بما يعنيه ذلك من اعتبار تسليم المشتري بالشفعة ، أو الحكم الصادر بها ، كاشفين لحق الشفيع لا منشئين له^(٢٤١) . غير أن المشرع العراقي والرأي السائد فقهاً وقضاء في مصر ، لم يسايرا هذا المنطق الى آخره ، بل اعتبروا أنه وإن كان الشفيع يحل محل المشتري ، إلا أن آثار هذا الحل لا تترتب إلا باكتمال عناصر الشفعة ، وهو الأمر الذي لا يتم ، حسب هذا الاتجاه ، الذي استقرت عليه أحكام النقض المصرية^(٢٤٢) ، إلا

(٢٤٠) ر : في تعريف القانون العراقي للشفعة ، أنفا : ف ٥ الهامش .

(٢٤١) ر : في عرض هذا التحليل ، السهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٢٦ ، ص ١٠٤ ،

محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٦٧ ، ص ٤٨٨ ، عبد المنعم الصدة ، ف

٢٩١ ، ص ٤٧٨ و ٤٧٩ .

(٢٤٢) ر : نقض في ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ ، مجموعة أحكام النقض ، ج ٥ ، ص ٢٢٠ رقم ١٠٣ ، =

بتسجيل موافقة المشتري على الشفعة أو بتسجيل الحكم الصادر بها^(٢٤٣). ومن الجدير بالذكر أن هذا الرأي يجد أقوى أسانيده فيما أشارت إليه المادتان ٩٤٤ و ٩٤٧ مصري ، حيث قضت الأولى بأن : «الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع . .» ، وجعلت الثانية تصرفات المشتري على المشفوع فيه نافذة تجاه الشفيع ، إذا وقعت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة - الأمر الذي يفيد بأن المشرع قد نظر الى تلك التصرفات على أنها صادرة من مالك . لكن الوضع لا يخلو ، مع ذلك ، من تعقيد يتأتى مما تقرره المادة ٩٤٧ ذاتها من أن تصرفات المشتري التي تقع ، على المشفوع فيه ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، والى حين تمام الأخذ بالشفعة ، لا تنفذ في مواجهة الشفيع - وهو مالا يستقيم ، منطقياً ، إلا بقبول ارتداد ملكية الشفيع الى ما قبل الحكم الصادر بها .

١٥٦ - وهكذا ، ففي حين يأخذ القانونان المصري والعراقي بفكرة حلول الشفيع محل المشتري ، ويرتبان على ذلك تحميل البائع ضماني الاستحقاق والعيوب الخفية ، فإنها ينحوان مع ذلك نحواً مغايراً لهذه الفكرة ، حين يقرران ارجاء انتقال الملكية للشفيع - وهو الأثر الجوهري للشفعة - الى وقت تسجيل الحكم أو تسجيل موافقة المشتري على الشفعة . ويتأكد هذا الاتجاه الأخير حين يقبل القانونان ، فضلاً عن نفاذ تصرفات المشتري في مواجهة الشفيع متى تمت قبل تسجيل إعلان الرغبة ، بتحميل المشتري تبعة الهلاك الذي يقع والعقار في حوزته قبل أن يتسلمه الشفيع^(٢٤٤) . هذه الازدواجية في النظرة الى

= ١٥ فبراير ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض ٢ ، رقم ٦٧ ، ص ٣٥١ ، ٢ ابريل ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام النقض ج ١٠ ، ص ٢٩٠ ، رقم ٤٤ ، ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ ، ج ٨ ، ص ٧٩٨ ، رقم ٨٨ ، ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام النقض ، ج ١٠ ، ص ٤٢٦ ، رقم ٦٥ .

(٢٤٣) ر : منصور مصطفى ، السابق ، ف ١٥٢ ، عبد المنعم الصدة ، السابق ، ف ٢٩١ ، ص ٤٧٩ ، محمد ليب شنب ، السابق ، ف ١١٥ .

(٢٤٤) ر : لاحقاً : ف ١٧١ .

طبيعة الشفعة ، بما تؤدي اليه من اضطراب في تأصيل آثارها ، نجد الكثير من ملاحظها بارزة أيضاً في القانون والمشروع .

١٥٧ - موقف القانون الأردني والمشروع :

تقضي المادة ١١٦٤ من القانون (المادة ١٣٠١ من المشروع) بأن : «يثبت الملك للشفيع في البيع بقضاء المحكمة أو بتسليمه من المشتري بالتراضي ، وذلك مع مراعاة قواعد التسجيل» . ولقد سبق أن تعرضنا لتحديد لحظة انتقال الملك ، إذا تمت الشفعة رضاء ، وانتهينا الى أنه بالرغم مما توحى به صياغة النص المشار إليه ، فإن تلك اللحظة لا يمكن أن تكون سابقة على لحظة اتمام التسجيل^(٢٤٥) . وإذا كنا لا ننوي هنا العودة الى ما سبق أن ذكرنا ، فإننا نكتفي بالقول بأن ما يصح بالنسبة للشفعة الرضائية يصح أيضاً بالنسبة للشفعة التي تتم قضاء . فإذا كانت موافقة الأطراف غير كافية لنقل الملك ، فإن الأولى أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للحكم . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن المادة ١١٦٥ / ١ من القانون (المادة ١٣٠٣ / ١ من المشروع) التي اعتبرت الأخذ بالشفعة شراء جديداً ، لم تفرق بين شفعة تتم رضاء وأخرى تتم قضاء ، ولذا ، فإنه ليس ثمة مجال ، في القانون والمشروع ، لمناقشة تحديد الوقت الذي يصبح فيه الشفيع مالكا ، فذلك الوقت هو وقت استكمال اجراءات التسجيل .

أما عن كيفية القيام بتلك الاجراءات ، فإن ذلك يتم ، في الشفعة الرضائية ، بالتأشير ، باقرار المشتري بالشفعة ، على هامش تسجيل البيع ، ويتم ، في الشفعة القضائية ، بتسجيل الحكم الصادر بها . ولقد استوجبت محكمة التمييز الأردنية ، تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة ، اتمام تسجيل الحكم الصادر بها خلال ثلاثة أشهر منذ

(٢٤٥) ر : أنفا ، ف ١١٠ وما بعدها .

التاريخ الذي يصبح فيه هذا الحكم قطعياً^(٢٤٦) .

١٥٨ - وتجدر الإشارة الى أن الاتجاه الذي أخذ به القانون والمشروع ، وهو الاتجاه الذي أخذ به الفقه الحنفي كما أشارت إليه المادتان ١٠٣٦ من مجلة الأحكام العدلية و ١٢٥ من مرشد الحيران - بما يقوم عليه من قبول لوجود عقدين ، أحدهما بين البائع والمشتري والآخر بين المشتري والشفيع - يبدو أكثر توفيقاً من فكرة تحول العقد التي أخذ بها القانونان المصري والعراقي ، وذلك من ناحيتين : أولاً ، تفسير سلطات المشتري في التصرف في المشفوع فيه ، الى ما قبل اعلانه بالرغبة في الأخذ بالشفعة في القانونين المصري والعراقي ، وإلى ما قبل رفع دعوى الشفعة في القانون والمشروع . وثانياً ، إن فكرة تحول العقد ، ذاتها ، فكرة هجينة ، لا تخفى بشكل مرض حقيقة أن العملية لا تعدو أن تكون ، على الأقل بالنسبة للمشتري ، فسخاً^(٢٤٧) ، وهو ما يؤدي الاقرار به الى تجريد الشفعة من كل أساس تستند إليه . على أن ذلك لا يعنى أن التصوير الذي أخذ به القانون والمشروع ، خالص من كل نقد ، إذ هو صناعة لا تحلو من تكلف يبرز بملاحظة قبول قيام العقد بين البائع والمشتري من جهة والقرار بعدم تمكن هذا الأخير من الاحتفاظ بالمبيع من جهة أخرى . فإذا أضفنا الى ذلك أن هذا البيع المزعوم ، الذي يتم بين المشتري والشفيع ، هو بيع قد حدد فيه الثمن سلفاً ، فإننا نصل الى أن ما يقوم حقيقة بين المشتري والشفيع . هو علاقة من طبيعة خاصة ، علاقة تختلف عن البيع وإن حشر فيها العديد من قواعده .
ومهما يكن من أمر ، فإن السؤال الذي يطرح هو الى أي مدى جاء

(٢٤٦) ر : تمييز حقوق ٢١٥ / ٦٤ ، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٦٤ ، ص ١٠٨٢ .
(٢٤٧) قارن محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٥ ، ص ١٨٧ ، الشيخ أحمد إبراهيم ، السابق ، ص ٦٧ .

التنظيم القانوني للعلاقات التي تنشأ عن الشفعة ، متسقاً مع التكييف الذي أعطي لها ؟

المبحث الثاني العلاقة بين المشتري والشفيع

١٥٩ - تتضمن هذه العلاقة نشوء التزامات يتحمل بها المشتري (أولاً) وأخرى يتحمل بها الشفيع (ثانياً) .

أولاً التزامات المشتري

١٦٠ - يلتزم المشتري بنقل ملكية العقار ويتسلمه ، وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وذلك فضلاً عن التزامه بتحمل تبعه هلاك المشفوع فيه وبرد الثمار التي ليس له الحق في الاحتفاظ بها .

١٦١ - التزام المشتري بنقل ملكية العقار :
أسلفنا أن القانون والمشروع لا يميزان طلب الشفعة إلا بعد وقوع بيع رسمي ، وبما أن التسجيل ، الذي يستوجبه مثل هذا البيع ، يحل محل القبض^(٢٤٨) ، فإننا نخلص الى أن الشفعة ، فيها ، تفترض وجود العقار في حوزة المشتري ، فيكون ، هذا ، هو الطرف المكلف بنقل

(٢٤٨) ر : آنفا : ف ٧٥ ، ١٢٠ و ١٢٦ .

ملكية العقار الى الشفيع . ولما كان القانون والمشروع قد اعتبرا الأخذ بالشفعة بيعاً جديداً ، فإن المشتري يكون في مركز البائع ، فيخضع التزامه بنقل الملك الى القواعد الواردة في البيع ، وذلك بالإضافة لما انفرد به نقل الملكية ، هنا ، من أحكام^(٢٤٩) . وبملاحظة هذين النوعين من القواعد فإن التزام المشتري بنقل الملكية ، يتمثل ، إذا سلم بالشفعة رضاء ، بقيامه بكل الأعمال التي يقتضيها تسجيل اقراره بالشفعة ، من تقدمه لدائرة التسجيل لاثبات موافقته الى وضع توقيعه على كل البيانات المطلوبة . أما متى تمت الشفعة قضاء ، فإن نقل الملكية يتم ، كما ذكرنا ، بتسجيل الحكم على هامش عقد البيع ، وهو دور يتولاه الشفيع بالاشتراك مع دوائر التسجيل^(٢٥٠) .

١٦٢ - التزام المشتري بتسليم المشفوع فيه :

التسجيل وإن عدّ قبضاً ، إلا أنه قبض حكمي ، لا يكفي اتمامه لاعتبار أن المشتري قد نفذ التزامه بالتسليم ، إذ لا بد له أيضاً من أن يقوم بالأعمال التي يستوجبها تسليم المشفوع فيه تسليماً فعلياً . فيكون عليه اخلاء العقار وتمكين المشتري من حيازته والانتفاع به دون عائق ، وإلا عد غاصباً^(٢٥١) . هذا ما لم يستعمل المشتري حقه في حبس العين ، انتظاراً لاستيفاء مصروفات البيع والنفقات التي أنفقها على العقار ، والتي يكون من حقه استردادها^(٢٥٢) .

أما عن كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم ، فإن الرجوع الى القواعد العامة

(٢٤٩) ر : حول التزام البائع بنقل الملكية في القانون المصري ، السنهوري ، ج ٩ ، ف ٢٣٤ ،

عمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٦٩ .

(٢٥٠) ر : عمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

(٢٥١) ر : في القانون المصري ، السنهوري ، السابق ، ف ٢٣٥ و ٢٤٤ ، عبد المنعم الصلدة ،

السابق ، ف ٢٩٢ .

(٢٥٢) ر : منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٥٣ ، شرح المجلة لعلي حيدر على المادة

١٠٣٧ ، ص ٧٣٠ ، محمد لبيب شنب ، السابق ، ف ١٢١ .

يقضي بوجوب تسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، الذي جرى بين البائع والمشتري ، وبالمقدار الذي حدده العقد . كما أن التسليم يتم وفقاً لما يلائم طبيعة العقار^(٢٥٣) .

١٦٣ - التزام المشتري بضمان التعرض والاستحقاق والعيب الخفي :
يضمن المشتري ، باعتباره بائعاً ، الحيابة الهادئة للشفيع . وبالرغم مما قد توحي به المادة ١١٦٧ / ٢ من القانون و ١٣٠٦ من المشروع - اللتان تقرران عدم نفاذ حقوق الرهن والامتياز التي نشأت بعد رفع الدعوى في مواجهة الشفيع - من حصر لالتزام الشفيع بالضمان على ضمان التعرض والاستحقاق اللذان يرجعان لسبب وجد قبل رفع الدعوى ، فإن هذا الالتزام قد يقوم لسبب سابق للدعوى ، أو لاحق لها ، أو حتى لاحق للأخذ بالشفعة . ذلك أن النصين ، آنفي الذكر ، لا يقرران عدم النفاذ إلا بالنسبة للرهن الرسمي (التأميني) وحقوق الامتياز ، حين أن التصرف الذي يبرمه المشتري ، قد لا يكون ، كما هو واضح ، وهنا ، فقد يكون وعداً ببيع العقار قام الموعد له بتسجيله قبل رفع الدعوى ولكنه لم يعلن قبوله له إلا بعدها ، أو بعد الأخذ بالشفعة^(٢٥٤) . هذا من ناحية ومن ناحية

(٢٥٣) ر : السنهاوري ، السابق ، ف ٢٣٥ ، ولا يختلف الحكم في القانون والمشروع عن الحكم في القانون المصري ، لأن البيع بين المشتري والشفيع يقع على العين بأوصافها وبالثمن الذي تملك به المشتري .

(٢٥٤) هذا ولا يصح الاعتراض على ما نذهب إليه هنا بما ورد في المادة ١١٦٧ / ١ من القانون والمادة ١٣٠٥ من المشروع بأن للشفيع نقض جميع تصرفات المشتري ، ذلك أن هذا النص قد قيد نطاقه بما ورد في المادة ١١٥٤ من القانون (المادة ١٠٨٧ / ١ من المشروع) التي قررت أحكاماً خاصة بالبيع ، وحصرت حق الشفيع ، في عدم الاعتداد ببيع المشتري ، بتلك التي تقع قبل تمام الأخذ بالشفعة . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، فإن نص المادة ١١٦٧ / ١ من القانون - ١٣٠٥ من المشروع - لا يمنع من طرح التساؤل عن مدى نفاذ الرهن الحيازي ، انظر بالنسبة لهذه النقطة الأخيرة ، لاحقاً ، وانظر بالنسبة للموضوع بشكل عام المادة ١٢٨ من مرشد الحيران ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٦١ ، ص ٢٤ .

أخرى ، فإن التعرض قد يكون آتياً لا من المشتري ، بل من شخص آخر ، كالبائع . فالبائع ، مثلاً قد يكون باع عقاراً لا يملكه ، ولكنه ، بعد البيع واستيفاء اجراءات التسجيل ، يصبح مالكا للعقار بارث أو ايضاء أو هبة ، فيطالب به^(٢٥٥) . وهو ما قد يقع قبل رفع الدعوى ، كما قد يقع بعدها ، أو بعد تمام الأخذ بالشفعة . فإذا وقعت المطالبة ، لسبب سابق للدعوى أو لاحق لها - كما رأينا - كان للشفيع أن يرجع على المشتري بضمان التعرض . ويكون له ، مادام التعرض قانونياً وأدى الى استحقاق العقار ، كلياً أو جزئياً ، أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق^(٢٥٦) . وطريق تنفيذ المشتري لالتزامه هو التدخل في الدعوى ، والعمل على دفع التعرض . فإن لم يستطع دفعه ، كان للشفيع ، بدعوى فرعية أو مستقلة ، أن يرجع عليه بالتعويض الذي يقوم عليه ضمان الاستحقاق ، والذي يشمل ، فضلاً عن الثمن ومصروفات البيع ، الفوائد من تاريخ الاستحقاق^(٢٥٧) . وللشفيع بدلاً من الرجوع بدعوى الضمان ، الناشئة عن البيع ، أن يرجع على المشتري - حسب الحال - بدعوى الفسخ أو دعوى البطلان^(٢٥٨) ، اللتان تؤديان - متى أفلح الشفيع في

(٢٥٥) ر : بالنسبة لهذا المثال ، السنهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٣٦ ، ص ٧٤٧ .

(٢٥٦) ر : في ضمان البائع للاستحقاق في القانون المصري : المرجع المذكور في الهامش السابق ، لبيب شنب ، عقد البيع ، ١٩٦٦ ، ف ١٤٦ وما بعدها ، أنور سلطان ، العقود المسماة ، ١٩٨٠ ، ف ٢٠١ وما بعدها .

(٢٥٧) ولا يبدو أن القضاء الأردني قد تعرض لمسألة الفوائد في حالة الرجوع بالضمان ، وإن كان مثلاً أقر بأن بطلان البيع يلزم البائع برد الثمن والفائدة من تاريخ اقامة الدعوى (تميز حقوق رقم ٣١ / ٨١ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨١ ، عدد ٦ ، ص ١٠٦٣) . وفي رأينا ، بأن الزام المشتري بدفع الفوائد ليس محلاً للشك ، لأنه يصبح من تاريخ الاستحقاق ملزماً بدفع مبلغ نقدي ويكون تخلفه عن الوفاء به ، في ذلك التاريخ ، سبباً لاستحقاق الفوائد ، طبقاً لما تقضي به المادة ١٧٩ من أصول المحاكمات .

(٢٥٨) ر : في امكانية الرجوع بهاتين الدعويتين : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٣٥٢ ، ص ٦٧٦ ، محمد لبيب شنب ، عقد البيع ، السابق ، ف ١٤٨ .

الرجوع باحدهما - الى سقوط الشفعة ، وهو سقوط يأتي ، على خلاف حالات السقوط الأخرى ، بعد تمام الأخذ بالشفعة .

١٦٤ - هذا ويثور البحث عن مدى تأثير الشفيع بالشروط التي تزيد الضمان أو تنقصه ، والتي يكون البائع والمشتري قد اتفقا عليها . لم يتضمن القانون والمشروع نصاً خاصاً بهذه المسألة ، وإن كانا قد تضمننا نصاً يعالج الشروط المماثلة المنظمة لضمان العيب ، فأشار القانون (المادة ١١٦٥ / ١) . والمشروع (المادة ١٣٠٣ / ١) الى ثبوت الحق في ضمان العيب ، للشفيع ، حتى لو كان المشتري قد تنازل عنه للبائع ، وهو حكم أكد فيه القانون والمشروع وجهة نظرهما في اعتبار الأخذ بالشفعة شراءً جديداً . وفي تقديرنا أن ما ينطبق أيضاً على ضمان العيب ينطبق على ضمان الاستحقاق ، فيكون للشفيع أن يرجع على المشتري ، وفقاً للقواعد العامة في ضمان الاستحقاق ، بغض النظر عن أي شرط يزيد في هذا الضمان أو ينقص منه .

١٦٥ - يخلص مما سبق الى أن المشتري هو الخصم في رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق . لكن القانون (المادة ١١٦٥ / ٣) والمشروع (المادة ١٣٠٣ / ٣) يقرران بأنه « وإذا استحق العقار للغير ، بعد أخذه بالشفعة ، فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه » . مما يعني ، بأن البائع هو الذي يطالب بالاستحقاق متى كان هو الذي قبض الثمن ، وهذا الحل غير مفهوم ، إذ أنه يمثل اقتباساً صرفاً من الفقه الاسلامي ، دون مراعاة لخصوصية الأحكام التي أوردها القانون والمشروع . فالأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي يمكن أن يتم - كما أشرنا^(٣٣) - والعقار في حيازة المشتري كما أنه يمكن أن يتم والعقار في

(٢٥٩) ر : في الأصل التاريخي لهذا الحكم المادة ١٢٥ من مرشد الحيران وشرح المجلة لعلي حيدر ،
المادة ١٠٣٧ ، ص ٧٣٠ .
(٢٦٠) ر : أنفا : ف ١٥٣ .

حيازة البائع . وإذا كان الأخذ بالشفعة ، في كلا الحالتين ، يتم وفقاً لرأي الجمهور ، بمقتضى بيع جديد ، فإن هذا البيع يقع تارة بين الشفيع والمشتري وطوراً بين الشفيع والبائع ، تبعاً لمن كان العقار بيده من البائع أو المشتري ، عند الأخذ بالشفعة . فإذا كان العقار بيد البائع ، فإن هذا هو الذي يستوفي الثمن ومنه - متى سلمنا بأن الأخذ بالشفعة بيع جديد - ينتقل الملك ، وعليه يقع عبء التسليم . ومن المنطقي حينئذ أن يكون هو من يخاصم بالعيب كما يخاصم بالاستحقاق . أما وقد قصر القانون والمشروع الحق في طلب الشفعة على الفرض الذي يوجد فيه بيع مسجل ، بما يعنيه التسجيل من قبض حكومي ، فإنه لا يفهم كيف يمكن تخصمة البائع لضمان الاستحقاق حين أن البيع - الذي هو الأخذ بالشفعة - قد أبرم مع المشتري ومنه انتقل الملك وعليه بالتالي ضمان ثبوته ؟ إن قبض البائع للثمن لا يصلح سنداً لتحمله بضمان الاستحقاق ، ذلك أن هذا القبض هـ من حق المشتري ، فإذا وقع للبائع ، فإن الأصل أن لا يقع له إلا باذن المشتري ، فيعتبر أنه قد تم بين يدي هذا الأخير ، ولذا فإن المشتري يبقى - دون سواء - الطرف الذي يكلف بتحمل الالتزامات الناشئة عن الشفعة . ولقد أدرك المشروع هذا الحكم في نص سابق ، للمادة ١٣٠٣ / ٣ آنفة الذكر ، هو المادة ١٢٨٧ / ٣ ، التي تجرى على أنه : «وفي جميع الحالات إذا ظهر في المبيع عيب أو حصل فيه استحقاق كان ضمان ثمنه على المشتري الذي أخذ ببيعه» . فالمشتري ، وفقاً للنص ، هو الملزم وحده بضمان الاستحقاق ، وهو ما يتسق مع مجمل الأحكام التي أخذ بها القانون والمشروع . ولسنا ندري من جانبنا ماالذي دعا واضعي المشروع الى الانصراف عن هذا الرأي في المادة ١٣٠٣ / ٣ المشار إليها^(٢٦١) .

(٢٦١) ويدعي أنه متى تم الرجوع الى المشتري ، فإن لهذا أن يرجع على البائع كما أن له أن يدخله في دعوى الرجوع ، ليكون الحكم الصادر نافذاً في مواجهته . ومع ذلك فإن حصر رجوع =

١٦٦ - هذا بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق ، وما قيل هنا عن انطباق قواعد البيع ينسحب أيضاً على ضمان العيب ، مما يعنى وجوب كون العيب مؤثراً وقديماً وخفياً . وألا يكون معلوماً للمشتري^(٢٦٣) . فإذا تحققت هذه الشروط ، كان للشفيع أن يرجع على المشتري بطلب اصلاح العيب أو انقاص الثمن أو الفسخ^(٢٦٤) ، وهو لا يستطيع أن يرجع بذلك إلا خلال ستة أشهر من تاريخ الأخذ بالشفعة ، ما لم يعتمد المشتري اخفاء العيب^(٢٦٥) . وكما للمشتري في ضمان التعرض والاستحقاق أن يدخل البائع في الدعوى المرفوعة عليه ، فإن له ذلك أيضاً في دعوى العيب^(٢٦٦) .

١٦٧ - التزام المشتري برد الثمار :

لا يثير تحديد أحقية الشفيع في الثمار ، في القانون والمشروع ، النقاش الذي أثير حول هذه المسألة في الفقه المصري ، ففي مصر ، بينما يرى

= الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري تظهر فائدته عملياً متى كان على المشتري أن يتحمل نهائياً تبعه الرجوع ، ويكون ذلك متى لم يكن ممكناً الرجوع على البائع بهذا الضمان لفوات المدة (التقادم) أو لأن البائع كان قد اشترط في البيع عدم تحميله لضمان الاستحقاق وكان الاشتراط سائغاً ، ر : في صحة الشروط المعفية من ضمان الاستحقاق ، السنهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٣٦ ، ص ٧٥٠ ، وانظر في القانون المادة ٥٠٦ وفي المشروع المادة ٥٣٧ اللتان لا تميزان للبائع اشتراط عدم ضمان الثمن عند الاستحقاق .

(٢٦٢) ر : في شروط العيب الذي يتيح الرجوع بالضمان ، السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٢٣٧ ، ص ٧٥١ ، وانظر الموضوع تفصيلاً : محمد لبيب شنب ، عقد البيع ، السابق ، ف ١٧٥ ، ٢٢٢ وما بعدها .

(٢٦٣) وثبتت امكانية المطالبة بانقاص الثمن ، للشفيع ، في القانون (المادة ٥١٧ / ١) والمشروع (المادة ٥٤٨ / ١) إذا طرأ على البيع عيب ، في يد المشتري ، على عيه القديم . ر : شرحي المجلة على المادة ٣٤٥ لرستم باز وعلي حيدر .

(٢٦٤) ر : المادة (٥٢١) من القانون والمادة (٥٥٥) من المشروع .

(٢٦٥) ر : أنفا ، ف ١٦٥ - الهامش .

جانب من الفقه معاملة المشتري معاملة الحائز^(٢٦٦) ، بما يعنيه ذلك من الاعتراف له بالحق في الثمار منذ البيع والى حين الوقت الذي يصبح فيه سيء النية ، أي الى الوقت الذي يعلن فيه بالشفعة ، ويذهب رأي آخر الى أن الشفيع ، والقانون يلزمه بإيداع الثمن قبل رفعه لدعوى الشفعة (المادة ٩٤٢) ، يستحق الثمار من وقت هذا الايداع ، باعتبار أن الحق في الثمار يقابل الحرمان من الثمن^(٢٦٧) ، فإن رأياً ثالثاً^(٢٦٨) ، وهو ما تؤيده محكمة النقض^(٢٦٩) ، يقرر بأن حق الشفيع في الثمار مرتبط بالوقت الذي يصبح فيه مالكاً ، أي أن هذا الحق يبدأ منذ التاريخ الذي يتم فيه تسجيل الحكم أو تسجيل موافقة المشتري . أما في القانون والمشروع ، فإن هذا الرأي الأخير هو الواجب الاتباع . فمن ناحية ، فإن القانون والمشروع ، اتفاقاً مع الفقه الاسلامي^(٢٧٠) ، لا يستوجبان ايداع الثمن كشرط للدعوى . ومن ناحية ثانية ، فإن النصوص قد قطعت في اعتبار الشفيع مشترياً من المشتري ، وهو ما يؤدي الى تحديد أحقيته في الثمار منذ اللحظة التي يصبح فيها مالكاً ، أي منذ الوقت الذي تستوفي فيه اجراءات التسجيل . وثالثاً ، ان اعتبار المشتري مالكاً يؤدي - كما سنرى^(٢٧١) -

(٢٦٦) ر : السهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٤٥ ، ص ٧٧٣ ، محمد ليب شنب ، السابق ، ف ١٢٠ ، ص ١٢٢ .

(٢٦٧) ر : عبد المنعم فرج الصدة ، السابق ، ف ٢٩٣ ، ص ٤٨٤ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٥٤ ، ص ٣٦٣ .

(٢٦٨) ر : المراجع التي يشير لها السهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٤٥ ، ص ٧٧٤ ، هامش ٣ .

(٢٦٩) ر : نقض مصري ٢ ابريل ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام النقض ، ج ١٠ ، رقم ٤٤ ، ص ٢٩٠ المشار إليه ، ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ ، المجموعة المشار إليها ، ج ٢ . رقم ٦٧ ، ص ٣٥١ .

(٢٧٠) ر : البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٤ ، المشار إليه في ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٥١ ، ص ٢٤٣ ، هامش (١) .

(٢٧١) ر : لاحقاً ، ف ١٧٣ بالنسبة للمشروع و ١٧٦ بالنسبة للقانون .

الى تحميله تبعة هلال الشيء الى حين انتقال الملكية منه - أي الى حين تمام الأخذ بالشفعة - والأصل ، كما تقرر المصادر التاريخية للنصوص المنظمة لأحكام الشفعة ، أن الغلة الضمان^(٣٧) ، وأخيراً فإن هذا الحل هو ما ألمحت إليه صراحة المادة ١٣٠٢ من المشروع .

١٦٨ - هذا هو الأصل ، ولكن المشروع ، في المادة ١٣٠٢ سالفه الذكر ، يأخذ بحل مختلف بالنسبة للإيجار ، حيث جرى النص على أنه : « . . . وإذا أجره (المشتري) لغيره قبل أخذه بالشفعة ، وكانت الاجارة وجبية ، أو كانت مشاهرة ، ودفع المستأجر أجرته ، فليس للشفيع فسخ الاجارة . وتكون الاجارة للمشتري ، إن كان الباقي من مدة الاجارة بعد أخذه بالشفعة ، لا يزيد على سنة . فإن كانت الأجرة مشاهرة ولم يدفع المستأجر الأجرة ، أو كان الباقي من المدة أزيد من سنة ، فللشفيع فسخها أو امضاؤها وتكون الأجرة له بعد أخذه بالشفعة » .

وهكذا فإن المشتري ، وفقاً لهذا الحكم ، إذا قام بتأجير العقار أثناء وجوده في حيازته ، فإن الإيجار يكون نافذاً في مواجهة الشفيع ، في حالتين : الأولى متى كان الإيجار قد تم مشاهرة وقبض المشتري الأجرة ، والثانية متى كانت الاجارة وجبية^(٣٨) وكان الباقي من مدتها عند الأخذ بالشفعة لا يزيد على عام ، سواء قبض المشتري في هذه الحالة الأجرة أم بقيت ديناً في ذمة المستأجر ، والشفيع ، في هاتين الحالتين ، وهو لا يستطيع فسخ الإيجار ، لا يستطيع مطالبة المشتري أو المستأجر بالأجرة المقابلة للمدة التي تقع بعد الأخذ بالشفعة . ولقد

(٢٧٢) ر : في هذه القاعدة ، الشرح الصغير ، ج ٣ ، ص ٦٥٤ ، الشرح الكبير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٤٩٣ والحاشية .

(٢٧٣) وتكون الاجارة مشاهرة إذا «عبر فيها بلفظ كل يوم . . . أو كل جمعة . . . أو كل سنة بكذا» ، وتكون وجبية إذا لم «يعبر فيها بلفظ كل ، كما لو وقعت بيوم أو شهر أو سنة بكذا . . . » ر : المذكرة الايضاحية للمشروع ص ١٠٤٢ .

أخذ المشروع بهذا الحل تبعاً لما ذهب إليه أحد الآراء في الفقه المالكي ، خلافاً لما ذهب إليه رأي آخر في أن للشفيع ، في كل الأحوال ، فسخ الايجار أو امضاءه ، فإذا أمضاه كانت الأجرة من حقه عما يجاوز تاريخ تملكه^(٢٧٤) .

١٦٩ - وغني عن البيان أنه كان على واضعي المشروع الأخذ بهذا الرأي الثاني . من ناحية ، بالنظر الى أن المشروع قد تابع ، في المادة ١٣٠٥ ، ما ذهب إليه القانون أخذاً بالفقه الحنفي ، من أن للشفيع نقض جميع تصرفات المشتري ، ومن ناحية أخرى ، لأن المشروع لم يعتبر الأخذ بالشفعة كما ذهب إليه أنصار الرأي الذي اشتق منه حكم المادة ١٣٠٢ ، بيعاً صرفاً ، بل هو قد أبرز بوضوح معنى الاستحقاق ، كما عبرت عنه المادتان ١٢٨٧ / ١ و ١٣٠٦^(٢٧٥) .

١٧٠ - التزام المشتري بتحمل تبعة الهلاك :
سنعرض ما ذهب إليه القانون والمشروع في هذه المسألة بعد تعرضنا لما عليه الوضع في القانونين المصري والعراقي .

١٧١ - الوضع في القانونين المصري والعراقي :
لم يتضمن القانونان المصري والعراقي ، شأنهما في ذلك شأن القانون الأردني ، نصاً خاصاً ينظم تحمل التبعة . ولعل سبب ذلك يرجع الى أن المشرع في القانونين ، قد اكتفى بالإشارة الى القواعد الواجبة

(٢٧٤) ر : بالنسبة لهذين الرأيين : الشرح الصغير وحاشيته للصاوي ، ج ٣ ، السابق ، ص ٦٥٤ ، الشرح الكبير ، ج ٣ السابق ص ٤٩٣ .

(٢٧٥) حيث يقرر النص الأول حق الشفيع ، إذا تعددت بيوع المشفوع فيه ، في اختيار البيع الذي يريد الأخذ به إذا لم يعلم بوقوعه أو علم بذلك وهو غائب ويقرر الثاني أن للشفيع نقض جميع تصرفات المشتري على العقار .

التطبيق من خلال تكييفه للشفعة على أنها حلول للشفيع ، في البيع ، محل المشتري . غير أن هذه الإشارة التي وردت في نص عام ، هو في القانون المصري المادة ٩٤٥ وفي القانون العراقي ، حسب تسلسله الجديد ، المادة ١٠٧٨ / ١ ، لم تكن كافية للرد على كل الأسئلة التي تطرح بهذا الصدد . فإذا كان الأمر يسيراً إذا حصل الهلاك والعقار في يد البائع ، قبل تسليمه للمشتري وقبل اعذاره بالتسلم ، حيث يمكن القول حينها بأن التبعة يتحملها البائع وفقاً للمادتين ٤٣٧ و ٤٣٨ من القانون المصري^(٢٧٧) والمادة ٤٨٤ / ١ من القانون العراقي ، فإن الأمر لا يبدو بهذه البساطة إذا حصل الهلاك والمبيع في يد المشتري . ولذا فقد انقسم الفقه في مصر حول المسألة في عدة اتجاهات . ففي رأي بأن الحلول التي تضمنتها المادتان ٤٣٧ و ٤٣٨ ، الأنفتا الذكر ، تطبقان أيضاً على المشتري ، فالمشتري بوصفه مديناً بالتسليم يتحمل تبعة الهلاك تحمل البائع له^(٢٧٨) . غير أن هذا التحليل كان ، وبحق ، عرضة للنقد . ذلك أن الربط بين التزام المشتري بالتسليم والتزامه بتحمل التبعة لا يسوغ إلا متى كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن التزام بنقل الملكية ، والأمر في الشفعة ليس على هذا النحو ، إذ أن الالتزام بنقل الملكية يثقل كاهل البائع وليس كاهل المشتري^(٢٧٩) . ولذا ، فقد ذهب رأي آخر الى تقييد المسألة على أساس مما تقضى به القواعد العامة في تبعة الملكية ، والتي يتحمل المالك - وهو هنا الشفيع - بمقتضاها تبعة هلاك ما يملك . أما بالنسبة للمشتري ، فإنه لا يتحمل

(٢٧٦) يلاحظ أن القانون المصري يميز طلب الشفعة في البيع غير المسجل ، ر : السهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ١٦٧ و ١٧٠ ، ص ٥٠١ .

(٢٧٧) ر : محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٧٠ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٥٣ .

(٢٧٨) ر : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، الموضع السابق ، عبد المنعم فرج الصدة ، السابق ، ف ٢٩٢ .

(٢٧٩) ر : في هذا النقد السهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٤٤ .

الهلاك إلا في الحدود التي يتحملها فيها الحائز^(٢٨٠) . ومؤدى ذلك ، أن المشتري لا يتحمل ، تطبيقاً للمادة ٩٣٨ ، تبعة الهلاك إلا إذا حصل الهلاك أو التلف وهو سبب النية ، أي ، عملاً ، بعد اعلانه بالرغبة في الأخذ بالشفعة . أما لو حصل الهلاك والحائز - المشتري - حسن النية ، أي قبل الاعلان ، فإن التبعة تقع على كاهل الشفيع . وواضح أنه لا يمكن الأخذ بهذا الرأي إلا في ظل نظام قانوني يرتب حق الشفيع في العقار منذ عقد البيع ، وهو ما لم تأخذ به محكمة النقض المصرية ولا جبهة الشراح^(٢٨١) . وهكذا ، فلقد ذهب اتجاه ثالث الى تحميل المشتري تبعة هلاك العقار ، وهو في حيازته ، لا على أساس مما تقضى به قواعد البيع ولكن قياساً عليها^(٢٨٢) . وجلي ما في هذا النظر من التفاف على المشكلة دون التعرض لجوهرها ، إذ يبقى التساؤل مطروحاً عن وجه قياس موقف المشتري على موقف البائع .

١٧٢ - الوضع في القانون والمشروع :

يختلف موقف القانون عن موقف المشروع . ففي حين أثر القانون ترك الأمر للقواعد العامة ، فإن المشروع قد أورد حكماً خاصاً ، خرج فيه على هذه القواعد .

١٧٣ - موقف المشروع :

تقضي المادة ١٣٠٤ / ٣ بأنه : «وإذا نقص العقار الذي فيه حق الشفعة بغير فعل المشتري أو بفعله لمصلحة ، فللشفيع أخذه بكل الثمن ولا شيء له في نظير نقصه ، أو تركه للمشتري ، فإن نقص بفعله لغير مصلحة فإنه يحيط عن الشفيع من ثمنه قيمة ما نقصه» .

(٢٨٠) ر : السنهوري ، المرجع السابق ، الوضع السابق ، محمد لبيب شنب ، السابق ، ف ١١٩ ، ص ١٢٠ .

(٢٨١) ر : آنفاً .

(٢٨٢) ر : محمود جمال الدين زكي ، ف ٢٨٧ ، ص ٥٠١ .

يخلص من النص بأن المشروع قد استبعد هنا قواعد البيع ، كما تضمنتها المادة ٥٣١ ، وأفرد للمشتري معاملة خاصة فيما يتعلق بتبعية الهلاك . وتمثل هذه المعاملة التفضيلية في عدم تحمل المشتري تبعة الهلاك إذا حصل الهلاك بسبب عارض لا يد له فيه ، أو حتى بسبب من جهته ، متى تم الهلاك أو التلف لدافع معقول (لمصلحة) . والدافع المعقول كما تحدده المذكرة الإيضاحية^(٢٨٣) والمصادر التاريخية^(٢٨٤) ، مثله ، هدم العقار من أجل إعادة بناء أو من أجل توسعه . ومن الجدير بالذكر أن قواعد تحمل التبعة التي تضمنها هذا النص لا تتأثر بحسن وسوء نية الشفيع ، فهو لا يسأل عن الهلاك العارض ، أو ذلك الذي حدث بفعله لمصلحة ، حتى لو كان يعلم بطلب الشفعة^(٢٨٥) .

وواضح ما يتضمنه هذا الحكم من حلول غير مقبولة :
- فإذا كان من المتصور أن يقبل ، جدلاً ، عدم تحمل المشتري لهلاك الشيء وهو حسن النية ، فإنه ليس من المقبول عدم تحمله بذلك وهو عالم بطلب الشفعة ، خصوصاً متى تم النقص أو الهلاك بفعله .
- إن من العسير قبول هذا الحل في ظل اعتراف المشروع بحق المشتري في الثمار قبل تمام الأخذ بالشفعة ، أو حتى بعدها بالنسبة للايجار .
على ما أشرنا^(٢٨٦) - فنتيجة هذا الحل أن المشتري سيحصل على غلة الشيء دون أن يتحمل مخاطر الهلاك ، والقاعدة التي أقرتها المصادر التاريخية للمشروع أن الغلة بالضمان .
- إن عدم الزام المشتري بتحمل تبعة الهلاك ، بغض النظر عن حسن

(٢٨٣) ر : المذكرة الإيضاحية للمشروع ، ص ١٠٤٤ .

(٢٨٤) ر : الشرح الكبير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٤٩٤ ، الشرح الصغير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٦٥٤ .

(٢٨٥) ر : المراجع المذكورة في الهامش السابق .

(٢٨٦) ر : أنفا ، ف ١٦٨ .

وسوء نيته ، يتعارض مع ما قرره المشروع بصدد حق المشتري في استيفاء قيمة ما أحدثه في العقار . فالمشروع في الفقرتين السابقتين ، من النص موضوع البحث ، ميز ، كما سئرى^(٢٨٧) ، بين الحالة التي تقام فيها المنشآت قبل رفع الدعوى والحالة التي تقام فيها المنشآت بعدها ، ففي هذه الحالة الأخيرة ، فإن القاعدة أن للشفيع أن يطلب قلع المنشآت على نفقة المشتري ، وهنا يثور التساؤل عن كيف يلزم المشتري برد العقار الى حالته إذا كان قد بنى ، ولا يلزم بذات الشيء إذا كان قد هدم ؟

- تتعارض هذه الحلول مع ما يجب الأخذ به في حالة الهلاك الكلي ، إذ من الواضح أنه لا يمكن تحميل الشفيع مسئولية هذا الهلاك ، الذي يفترض أنه وقع قبل تمام الأخذ بالشفعة . فيكون مؤدى النص وجوب التميز ، في الحكم ، بين هلاك كلي وهلاك جزئي بما يمكن أن ينطوي عليه ذلك من مفارقات في الحالة التي يكون فيها الهلاك الجزئي جسيماً .

١٧٤ - موقف القانون :

بالرجوع الى الفقه الحنفي الذي اقتبست منه غالبية القواعد المنظمة للشفعة في القانون ، يتضح بأن هذا الفقه يميز في تبعة الهلاك ، بين هلاك يصيب المشفوع فيه ذاته - والمعنى به الأرض - وهلاك يصيب توابعه^(٢٨٨) . وهو يميز ، في نطاق هذه التوابع ، بين ما يتناوله العقد دون تسمية كالبناء والشجر وما يتناوله بتسمية كالزراع والثمر والبذر . فإذا وقع الهلاك في الأرض ، فإن المشتري يتحمل تبعة الهلاك ، ولا

(٢٨٧) ر : لاحقاً ، ف ١٨٨ و ١٨٩ .

(٢٨٨) ر : المادة ١٠٤٤ من مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر ، الشيخ أحمد ابراهيم ، السابق ، ص ٦٦ و ٦٧ ، محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٨ ، ص ١٩١ و ١٩٢ ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٧٤ و ٢٧٥ . ص ٢٥٧ و ص ٢٥٨ ، المواد ١٣١ - ١٣٣ من مرشد الحيران .

يكلف الشفيع إلا بدفع ما يخص الجزء الباقي من الثمن ، وذلك سواء حصل الهلاك بفعل المشتري أو بآفة سماوية .

أما إذا حصل الهلاك في توابع الأرض التي تدخل العقد دون تسمية ، فإن المشتري لا يتحمل إلا تبعة الهلاك التي حدثت بفعله . وعلى ذلك جرى القول بأنه لو تخربت الدار أو جفت الأشجار ، فإن الشفيع يكون مكلفاً ، ما لم يؤثر التنازل عن الشفعة ، بدفع الثمن المسمى كاملاً . ولا ينتقص هذا الثمن إلا بما يوازي النسبة التي تمثلها قيمة النقص . فلو كانت قيمة الأرض وتوابعها مائة وعشرين وكان الثمن مائة وقيمة النقص عشرين ، لوجب أن يطرح عن الشفيع من الثمن أربعة وعشرين وهي ما تمثله حصة قيمة النقص في الثمن . هذا بالنسبة للتوابع التي تدخل العقد دون تسمية ، أما بالنسبة لما يدخله بتسمية ، ومثالها كما ذكرنا الزرع والشمر ، فإن تبعة هلاكها يتحملها المشتري بغض النظر عن سبب الهلاك .

١٧٥ - وهكذا ، فإن الفقه الحنفي يميز ، فيما يتعلق بأحكام تبعة الهلاك ، بين ما يخص المشفوع فيه بذاته وبين ما يتعلق بتوابعه . ففي حين لا يتسامح في هلاك أو تلف يصيب المشفوع بذاته أو يصيب توابعه التي ذكرت في العقد وكان لها بالتالي حصة من الثمن ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتوابع الأخرى . فهذه التوابع قد ألحقت بالعقار استحساناً وعلى أساس من اتصالها به . فإذا فقد الاتصال ، بلا فعل من المشتري ، فإن الشفيع يبقى مكلفاً بدفع الثمن كاملاً ، لأن الأصل في الشفعة هو الأرض وقد بقيت على حالها .

١٧٦ - ونحن نرى ان اعمال القواعد الأساسية في الشفعة من ناحية وضرورة تبسيط أحكامها من ناحية أخرى تقضى بالرجوع الى قواعد البيع وقواعد البيع وقواعد الملكية على السواء ، وهي القواعد التي تميز بين

الثمار بوصفها منتجات دورية للشيء لا يؤدي الحصول عليها الى الاقتطاع من مادته ، وبين مادة الشيء التي تشمل فضلاً عن الأرض كل ما اتصل بها اتصال قرار . وبما أن المشتري يعتبر مالكا ، فإن له الحصول على كل ما يعتبر ثماراً ، دون تمييز بين ما كان موجوداً وقت البيع - واعتبر بالتالي في تقدير الثمن - وبين ما حدث بعد ذلك . كما أنه لا مجال للتمييز أيضاً بين ثمار استهلكها المشتري قبل رفع الدعوى وثمار استهلكها بعد رفعها ، فالمشتري - مرة أخرى - ليس مجرد حائز كما ذهب الى ذلك القانونان العراقي والمصري ، بل هو مالك لا شك في حقه في الحصول على غلة العقار . على أن المقابل يجب أن يكون واضحاً ، وهو يتمثل في تحميله تبعة هلاك الشيء - كلياً كان الهلاك أو جزئياً ، وقع بفعله أو بحادث عارض - منذ البيع والى تاريخ تمام الأخذ بالشفعة . ففي الأخذ يمثل هذا الحل ، كما نرى ، ما يتسق مع تكييف الشفعة ، وما يوافق الأصل العام التي تقرره قواعد الشريعة من أن الغلة بالضمان .

ثانياً

التزامات الشفيع

١٧٧ - بالإضافة الى التزامه بتسليم المشفوع فيه ، الذي لا يثير صعوبات تذكر ، فإن الشفيع يلزم ، حيال المشتري ، بدفع الثمن ونفقات البيع ، وبرد قيمة ما أنفقه المشتري على العقار ، فضلاً عن دفع قيمة ما أحدثه فيه من منشآت .

١٧٨ - التزام الشفيع بدفع الثمن ومصروفات البيع : يلتزم الشفيع بايفاء الثمن . وصاحب الحق في الاستيفاء هو

المشتري ، فهو باعتباره بائعاً ، المكلف بنقل الملكية وله من ثم الحق في اقتضائه . على أنه ليس ما يمنع ، خصوصاً متى تمت الشفعة رضاء ، أن يتم دفع الثمن للبائع بموافقة المشتري . أما متى تمت قضاء ، فإننا قد أشرنا الى أن القضاء الأردني^(٢٨٩) ، دون سند من القانون المدني ، يلزم الشفيع بايداع الثمن في خزانة المحكمة ، فإذا تم الايداع كان للمشتري سحب المبلغ ، فيعتبر أن الشفيع قد أوفى به . والأصل أن حق سحب الثمن يقتصر ، كما أشير ، على المشتري ، لأن البائع ، والفرض أن البيع قد تم وقد سجل وأن الخصومة قد وجهت الى المشتري فقط ، ليس ذا صفة في طلب الحصول عليه . غير أن البائع يستطيع ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أن يحجز على الثمن وفقاً لما تقضى به قواعد حجز ما للمدين لدى الغير ، وله ، وبيده سند تنفيذي يتمثل في العقد المسجل ، أن يطلب تسليمه الثمن بما له من امتياز عليه ، إذا كان قد قام بتسجيل هذا الامتياز وفقاً لما تقضى به المادة ١٤٤٦ من القانون والمادة ١٥٦٣ من المشروع .

١٧٩ - والثمن الذي يلتزم الشفيع بدفعه هو ، كما رأينا ، الثمن الحقيقي . ويتعبر الثمن المسمى كذلك ، ما لم يتمكن الشفيع من اثبات ادعائه بصوريته^(٢٩٠) . وواضح أنه ما دام القضاء الأردني يستلزم ايداع الثمن ، فإن من الأسلم للشفيع أن يبدأ بايداع الثمن المسمى كله ومن ثم يلجأ الى الطعن فيه . فإذا أثبت أن الثمن المسمى كان أكبر من الحقيقي ، استطاع استرداد الفرق . أما في الحالة المخالفة ، فإن فشله في اثبات عدم حقيقة الثمن ، لن يؤدي الى رد دعواه ، وهو ما سيتحقق لو لم يقيم بايداع الثمن المسمى . غير أن الثمن المسمى لا يكون حقيقياً ، إذا كان البائع ، بعد ذكره في

(٢٨٩) ر : آنفا .

(٢٩٠) ر : آنفا .

العقد ، قد حط عن المشتري جزءاً منه . فالخط يلحق هنا بأصل العقد^(٢٩١) ، فيكون للشفيع أن يتمسك بمقدار الثمن بعد انقاصه . وبالعكس من ذلك ، فإنه لو اتفق على زيادة الثمن ، بعد ذكر مبلغه في العقد ، فإن الزيادة تعتبر بمثابة هبة من المشتري للبائع . وهي بهذا الوصف لا تلزم الشفيع^(٢٩٢) .

١٨٠ - ويثور البحث عن الثمن الواجب دفعه إذا تعددت البيوع الواقعة على العقار ، وهو موضوع يعتمد البحث فيه على تحديد مدى نفاذ البيوع في مواجهة الشفيع ، فتقع دراسته في إطار البحث في تصرفات المشتري على المشفوع فيه^(٢٩٣) . ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن الثمن الواجب ، هو ثمن البيع الذي يختار الشفيع الأخذ بالفعة فيه في القانون ، وهو في المشروع ، الثمن الذي تضمنه البيع الذي تسوغ الشفعة فيه .

١٨١ - ومتى حدد الثمن الواجب دفعه ، كلف الشفيع في القانون والمشروع ، كما هو الحال في القانونين المصري والعراقي ، لدفع الثمن حالاً حتى لو نص العقد على تأجيله أو تقسيطه^(٢٩٤) . ولقد كانت هذه المسألة محلاً لخلاف في الفقه الاسلامي^(٢٩٥) . ويرجع أساس الخلاف إلى النقاش الذي ثار حول تكييف الأجل . فبينما ذهب رأي إلى اعتبار الأجل

(٢٩١) ر : شرح المجلة لعلي حيدر على المادة ١٠٣٦ ، ص ٧٢٧ ، محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٩ ، ص ١٩٢ ، الشيخ أحمد إبراهيم ، السابق ص ٦٤ ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٦٠ ، ص ٢٤٩ .

(٢٩٢) ر : المراجع المذكورة في الهامش السابق .

(٢٩٣) ر : لاحقاً .

(٢٩٤) ر : المادة ١١٦٥ / ٢ من القانون والمادة ١٣٠٣ / ٢ من المشروع .

(٢٩٥) ر : في هذا الخلاف ، الشيخ أحمد إبراهيم ، السابق ، ص ١٦٤ (الهامش) ، محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٩ ، ص ١٩٣ ، عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٣٠٩ ، ص ٢٨١ .

شرطاً ورتب على ذلك عدم انصرافه الى الشفيع ، باعتبار أن الشروط التي تضمنها العقد بين البائع والمشتري لا تنسحب على العلاقة بين المشتري والشفيع ، لأن هذه العلاقة محكومة ببيع مستقل ، ذهب رأي آخر الى النظر الى الأجل على أنه وصف في الثمن . ولما كان الثمن الذي يلزم الشفيع بدفعه هو الثمن الذي دفعه المشتري وبأوصافه التي ثبتت له ، فإن الأجل ينصرف أثره الى الشفيع^(٢٩٦) .

١٨٢ - ويلتزم الشفيع ، بالإضافة للثمن ، بدفع كل ما تحمله المشتري من مصروفات بسبب البيع ، سواء تعلق الأمر بمصروفات رسمية كرسوم التسجيل والطوابع والتصديقات ، أو غير رسمية ، كأتعاب تحرير العقد والسمسة^(٢٩٧) . ويجدر التنويه الى أن القضاء الأردني لا يلزم الشفيع بإيداع هذه المصروفات عند رفع الدعوى ، كما هو الحال بالنسبة للثمن . فهذه المصروفات يمكن أن تكون محلاً لمطالبة من المشتري أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو سبباً للرجوع بها بدعوى مستقلة^(٢٩٨) .

١٨٣ - التزام الشفيع برد ما أنفقه المشتري وبتعويضه عما أحدثه من بناء وغراس :
تقتضى أهمية الموضوع أن نميز بوضوح هنا أيضاً بين موقف القانون

(٢٩٦) وقد أخذت المادة ٢٥٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني بهذا الحل ، ولكنها جعلت الأمر مناطاً بسلطة المحكمة التقديرية .

(٢٩٧) ر : المادة ٢٤٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٧٥ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٥٦ ، ص ٣٦٥ ، محمد لبيب شنب ، السابق ، ف ١٢١ ، ص ١٢٤ .

(٢٩٨) ر : حكم التمييز المشار إليه رقم ٣٨ / ٨١ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٨١ ، عدد ٦ ، ص ١٠٧٧ ، قارن تمييز حقوق رقم ٦٨ / ٦٩ ، مجلة النقابة ١٩٦٩ ، ص ٣٧١ ، الذي يقرر بالنسبة للأولوية بأنه ليس في القانون ما يلزم الشفيع بدفع رسوم الفراغ ومصاريف البيع .

المصري من ناحية وموقف القانون الأردني والمشروع من ناحية أخرى ، وهو الموقف الذي يوافق ما ذهب إليه القانون العراقي .

١٨٤ - موقف القانون المصري :

اقتصر القانون المصري ، في تنظيمه للشفعة ، على ذكر الفرض ، الذي يقوم فيه المشتري باحداث بناء أو غراس في المشفوع فيه . فهو لم يعالج اذن ما يتحمله المشتري من نفقات لم تتخذ هذه الصورة . ويجرى الفقه والقضاء^(٢٩٩) ، في هذا الصدد ، على تطبيق المادة ٩٨٠ الواردة في الحيازة ، والتي تتميز ، في النفقات ، بين ما يعتبر ضرورياً ، نافعاً وكمالياً ، فالنفقات الضرورية ، وهي ما يلزم للمحافظة على الشيء ومنعه من الهلاك أو التلف كبناء جدران استنادية مثلاً ، فإن القاعدة أن الشفيع يتحملها جميعاً ، تأسيساً على أنه كان هو نفسه سينفقها لو كان العقار تحت يده . أما النفقات النافعة ، وهي ما ينفق على العقار في سبيل زيادة قيمته أو نفعه كادخال الماء والكهرباء الى منزل أو حفر قناة في الأرض ، فإن الأمر فيها مرجعه قواعد الالتصاق (الاتصال) . وعلى ذلك ، فإن للشفيع أن يطلب ، متى تمت اقامة المنشآت بعد اعلان المشتري بطلب الشفعة ، ازالتها على نفقة هذا الأخير ، كما أن له أن يستبقيها نظير دفع قيمتها مستحقة الازالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض نتيجة احداثها . أما لو اقيمت المنشآت قبل اعلان الشفعة ، فإن الشفيع يصبح ملزماً إما بدفع قيمتها (قيمة المواد وأجرة العمل) أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض . وأما أخيراً بالنسبة للنفقات الكمالية ، وهي ما ينفق لا لزيادة القيمة أو النفع وإنما لتزيين العقار وتجميله كغرس الزهور وإقامة تماثيل في فناءه ، فإن

(٢٩٩) ر : السنهوري ، ج ٩ ، السابق ، ف ٢٤٢ ص ٧٦٣ وما بعدها ، عبد المنعم فرج الصدة ، السابق ، ف ١٩٧ ، ص ٤٨٩ ، محمود جمال الدين زكي ، السابق ، ف ٢٧٥ .

القاعدة أن الشفيع يستطيع طلب ازلتها كما يستطيع طلب ابقائها .
فإن كان الأمر الأخير ، كلف الشفيع بدفع قيمتها مستحقة الازالة .

١٨٥ - هذا بالنسبة للنفقات ، أما بالنسبة للبناء والغراس ، فإن الحكم فيها قد تضمنته المادة ٩٤٦ التي ، وإن أخذت من قواعد الالتصاق تمييزها بين حالتي حسن النية وسوئها ، احتفظت للمشتري بمعاملة أفضل مما تقرره تلك القواعد ، وهو أمر غير مفهوم ، باعتبار ما يؤدي إليه الحكم من تفضيل لمشتري أحدث بناءً وغراساً على مشتري تحمل نفقات نافعة . فالبناء والغرس ، لا يعدو في حقيقته عن أن يمثل نفقات نافعة ، فوجب إذن اخضاعه لنفس المعاملة .

١٨٦ - وأياً كان الأمر ، فإنه إذا تم البناء والغرس بعد اعلان الرغبة في الشفعة ، فإن للشفيع أن يطلب ازالته كما أن له أن يطلب ابقاءه . فإذا اختار الابقاء ، كلف بدفع قيمته مقدرة بضمن المواد وأجرة العمل . أما إذا تم البناء والغرس قبل اعلان الرغبة ، فإن الشفيع يكلف ، مالم يؤثر المشتري نزع ما بنى أو غرس ، بدفع قيمة النفقات (ضمن المواد و أجرة العمل) أو بدفع نظير ما زاد في قيمة العقار . والخيار بين القيمتين للمشتري^(٣٠٠) .

١٨٧ - موقف القانون والمشروع :

كان مقتضى تطبيق القواعد العامة في الشفعة ، أن يكون للمشتري ، باعتباره من ناحية مالكاً ومن ناحية أخرى بائعاً للشفيع ، الحق في استرداد كل ما أنفقه على العقار وقيمة كل اضافة أدخلها . فالنسبة للاضافات ، فإنها سواء اعتبرت من قبيل النفقات النافعة أو جاءت في

(٣٠٠) ر : السنهاوري ، ج ٩ ، السابق ف ٢٤٢ ، ص ٧٦٦ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٥٣ ، محمد ليب شنب ، السابق ، ف ١٢١ .

شكل بناء أو غراس ، فإن المنطق كان يقضى الزام الشفيع بدفع قيمتها ، دون تمييز بين ما أقيم منها قبل رفع دعوى الشفعة أو بعد ذلك . ويجد هذا الرأي أساساً له فيما ذهب إليه الأئمة مالك والشافعي وأبو يوسف^(٣٠١) ، كما أنه الذي اتجه إليه القانون اللبناني في المادة ٢٤٩ / ٣ من قانون الملكية العقارية .

١٨٨ - غير أن القانون والمشروع لم ينهجا هذا النهج ، بل اتخذوا موقفاً آخر يبرز بوضوح معنى الاستحقاق في الشفعة ، وهو المعنى الذي أكدته الامام أبو حنيفة^(٣٠٢) . فكانت النتيجة أن اختلط ، فيما يتعلق بحق المشتري في استرداد ما أنفق وفي استيفاء قيمة محدثاته ، معنياً البيع والاستحقاق . ولما كان لابد من تحديد مجال أعمال كل من المعنيين ، فقد أخذ القانون والمشروع بفكرة التمييز بين حالي حسن النية وسوئها ، حيث طبقا معنى البيع في الحالة الأولى واعملا معنى الاستحقاق في الحالة الثانية ، وهو المعنى الذي أدى أعماله الى مجرد تطبيق لقواعد الالتصاق (الاتصال)^(٣٠٣) . أما الفصل بين أعمال المعنيين فهو تاريخ رفع الدعوى . وهكذا فقد جاء نص المادة ١١٦٦ / ١ من القانون (المادة ١٣٠٤ / ١) ليقرر بأنه : «إذا زاد المشتري في العقار المشفوع شيئاً من ماله أو بنى أو غرس فيه أشجاراً قبل دعوى الشفعة ، فالشفيع مخير بين أن يترك الشفعة وبين أن يملك العقار بضمنه مع قيمة الزيادة أو ما أحدث من بناء أو غراس» . ويلاحظ على هذا النص أنه لم يخص ما تضمنه من أحكام بحالة البناء أو الغراس ، بل أنه عالج أيضاً حالة

(٣٠١) ر : الشيخ أحمد ابراهيم ، السابق ، ص ٦٦ ، محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٨ ، ص ١٩٠ ، شرح المجلة على المادة ١٠٤٤ ، عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٣١٠ ، ص ٢٨٣ .

(٣٠٢) ر : المراجع المذكورة في الهامش السابق ، وأضف ، ابن رشد ، ج ٢ ، السابق ، ص ٢٦٤ .

(٣٠٣) ر : في قواعد الاتصال المادة ١١٤٠ من القانون والمادة ١٢٦٩ من المشروع .

الزيادة التي لا تتخذ مثل هذه الصورة . وفي تقديرنا أن التعبير بلفظ «الزيادة» يشير الى ما اعتبره القانون المصري نفقات نافعة^(٣٠٤) . وعلى ذلك ، فإنه إذا حدثت الزيادة أو تم البناء والغراس قبل رفع دعوى الشفعة ، فإن الشفيع يكلف بدفع قيمتها جميعاً . والتعبير بدفع قيمتها ، يعنى أن على الشفيع أن يدفع لا ما أنفق في الزيادة ، أي ثمن المواد وأجرة العمل ، بل أنه مكلف بدفع قيمتها قائمة^(٣٠٥) ، فالقيمتان ، كما هو واضح ، قد تختلفان . أما عن تقدير قيمة الزيادة والبناء والغراس ، فإن الشفيع ، وهو ليس ملزماً حسب القضاء الأردني بايداع مقابل الزيادة أو المحدثات مع الثمن ، مكلف بدفع قيمتها مقدرة عند انتقال الملك بالتسجيل^(٣٠٦) . وغني عن البيان ، إن الزام المشتري بدفع قيمة الزيادة والبناء أو الغراس قائمة ، يلزمه ، ومن باب أولى ، برد ما يعتبر نفقات ضرورية .

١٨٩ - هذا متى تمت الزيادة أو أقيم البناء أو الغراس قبل رفع دعوى الشفعة ، أما متى تم ذلك بعد رفع الدعوى ، فإن الفقرة الثانية من النص المشار إليه تقرر : «أما إذا كانت الزيادة أو البناء أو الغراس بعد الدعوى ، فللشفيع أن يترك الشفعة أو يطلب الإزالة ، إن كان لها محل ، أو الإبقاء مع دفع قيمة الزيادة أو ما حدث مقلوعاً . وهكذا ، فإن الشفيع يخير ، في هذه الحالة - متى أصر على شفيعته - بين أن يطلب إزالة المحدثات أو بقاءها . فإن اختار الإبقاء ، كلف بدفع قيمة ما أضيف الى العقار مقلوعاً . على أن هذا الخيار الذي خوله النص

(٣٠٤) قارن : شرح المجلة على المادة ١٠٤٤ ، عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٣١٠ ص ٢٨٢ .

(٣٠٥) عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٢٨٣ ، شرح المجلة ، المرجع السابق .
(٣٠٦) وما نذهب إليه يقتضيه تراخي انتقال الملك الى حين التسجيل . ومن الطبيعي أن يكون حكم الفقه الاسلامي هنا مختلفاً ، إذ هو يقرر وجوب دفع القيمة حين الأخذ بالشفعة أو حين الاتفاق على التسليم بها ر : حامد مصطفى ، السابق ، ف ٢٧٠ ، ص ٢٥٦ .

للشفيع مقيد ، كما تشير المصادر التاريخية^(٣٠٧) ، من ناحيتين . أولاًهما أن الشفيع لا يستطيع طلب الإزالة إلا إذا كان ذلك ممكناً وكان للمقلوع قيمة بعد القلع . وثانيتهما أن الشفيع لا يستطيع اختيار الإبقاء ، نظير دفع القيمة مستحقة القلع ، إلا برضاء المشتري بذلك . فإذا لم يرض المشتري ، كان له قلع ما أحدثه ، ما لم يكن القلع ضاراً بالأرض ، حيث يجبر على الإبقاء نظير تقاضي القيمة مقلوعة . وهذا في رأينا ما تشير إليه عبارة « إن كان لها محل » التي تضمنها النص . هذا وليس هنالك شك ، في رأينا ، في أن الشفيع يبقى بالرغم من هذا الحكم ملزماً بدفع النفقات الضرورية ، لأن معنى الاستحقاق لا يحرم المشتري من استرداد مثل هذه النفقات ، فهي كانت ستفق لو كان العقار في حيازة الشفيع منذ البداية .

١٩٠ - ذلك هو موقف القانون والمشروع ، وهو الموقف الذي سبق أن اتخذته المشرع العراقي ، رغم اختلاف في صياغة النصوص . فبالرغم من أن المشرع العراقي لم يتعرض في المادة ١٠٧٩ (حسب التسلسل الجديد) إلا للبناء والغراس ، إلا أن ما قيل عن الزيادة وعن النفقات الضرورية ، يمكن القول به أيضاً في القانون العراقي ، وذلك لوحدة مصادره التاريخية مع تلك التي اقتبس منها الحكم في القانون والمشروع .

المبحث الثالث علاقة الشفيع بالغير

١٩١ - مَيَّز القانون والمشروع فيما ينشأ على المشفوع فيه من حقوق للغير ، أثناء

(٣٠٧) ر : محمد أبو زهرة ، السابق ، ف ٩٨ ، ص ١٨٩ و ١٩٠ ، الشيخ أحمد إبراهيم ، السابق ، ص ٦٥ و ٦٦ .

حيازة المشتري له ، بين ما ينشأ عن بيع (أولاً) وما ينشأ ، أو يترتب ، عن سبب آخر (ثانياً) .

أولاً حقوق الغير الناشئة عن بيع

اختلف موقف القانون ، بالنسبة للبيوع التي تقع على العقار قبل أخذه بالشفعة ، عن موقف المشروع .

١٩٢ - موقف القانون :

نصت المادة ١١٥٤ من القانون على أنه : «إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها من آخر قبل أخذها بالشفعة ، فللشفيع أخذها بالثمن الذي قام على المشتري الأول وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق إن وجد» .

يخلص من هذا النص أن للشفيع أن يختار ، من بين البيوع التي وقعت على العقار ، البيع الذي يريد الأخذ بالشفعة فيه . ويشترط ، بداهة ، أن يكون البيع المطلوب أخذ الشفعة فيه من بين البيوع التي يجوز فيها ذلك ، أي ألا يكون قد تم لأحد الأقارب الذين حددتهم المادة ١٦١ / ٢ وألا يكون قد تم بمزايدة علنية^(٣٠٨) . ومن الواضح أن الصلاحية المعطاة هنا للشفيع تثبت بغض النظر عن تاريخ البيع ما دام قد وقع قبل تمام الأخذ بالشفعة . فيستوي حينئذ أن يكون البيع قد أبرم قبل رفع الدعوى أو بعده . وفي هذا يختلف الوضع في القانون .

(٣٠٨) ر : آنفا ف ٦٧ و ف ٧٨ .

الأردني عنه في القانون المصري ، الذي جعل ، في المادتين ٩٣٨ و ٩٤٧ ، البيع الذي يجريه المشتري نافذاً في حق الشفيع إذا كان قد تم قبل تسجيل الاعلان بالشفعة .

١٩٣ - هذا والواضح من صياغة النص ومما تلمح إليه المذكرة الايضاحية أن على الشفيع ، عند تعدد البيوع ، أن يوجه الخصومة الى المشتري الأخير باعتبار أنه يملك العقار ، وأنه بالتالي الملزم بنقل ملكيته . فالنص يشير الى أن الثمن يدفع الى هذا المشتري وأن له ، متى وُجد فرق في الثمن ، أن يرجع به على سلفه . ولعل المشرع أورد هذا الحل بالنظر الى أنه يفترض أن العقار قد سجل باسم هذا الأخير ، وأنه لا يسعف الشفيع ، حالئذ ، أن يخاصم مشتر آخر لانعدام صفته . لكن ما أورده القانون لا يمر دون أن يثير أكثر من ملاحظة . فهو من ناحية يخالف ما أشارت إليه المصادر التاريخية ، وهو من ناحية أخرى يؤدي الى صعوبات عملية وفنية لا يمكن اغفالها . فمن ناحية المصادر التاريخية ، فإن ما ورد من شرح على المادة ١٠٢١ من مجلة الأحكام^(٣٠٩) ، يقرر بأن على الشفيع أن يخاصم المشتري الذي يريد الأخذ ببيعه دون سواء ، وأنه متى صدر الحكم بالشفعة ، فإن هذا هو الطرف الذي يتحمل بالالتزامات التي تترتب على ذلك ، أما فيما يتعلق بما يثيره الحكم من صعوبات فنية ، فإنها تتمثل في أن الشفيع ، وهو يخاصم المشتري الأخير ، إنما يعترف بصفته ، وبعبارة أخرى بسند ملكيته وينفذ هذا السند في مواجهته . ومادام الأمر كذلك ، فإن المنطق كان يقضي أن يتم الأخذ بالشفعة بالثمن الذي تضمنه عقد هذا المشتري . أما إن يخاصم المشتري وتتخذ الشفعة منه بثمن ليس هو ثمن عقده ، فإن الأمر لا يعدو أن يكون عدم نفاذ جزئي ، وهو أمر

(٣٠٩) ر : شرح المجلة لعلي حيدر ، ص ٦٩٤ .

مستهجن . فإذا أضفنا الى ذلك ما يؤدي إليه الحل من صعوبات عملية ، تقوم على أن هذا المشتري ، وقد أخذ العقار منه ، وبشمن ليس هو الثمن الذي دفعه ، سيكون مع ذلك ، مادام هو الخصم في دعوى الشفعة ، الطرف الذي يتحمل التزامات المشفوع منه ، والذي سيكون مضطراً ، في كل مرة يرجع عليه فيها الشفيع ، أن يرجع على سلفه وهذا على من سبقه ، الى أن يستقر الأمر أخيراً على المشتري الذي أخذ ببيعه .

١٩٤ - ولذا ، ومن أجل تفادي كل هذه الصعوبات ولتحقيق مزيد من التنسيق بين النص ومصادره التاريخية ، فإننا نرى بأن على الشفيع ، عند تعدد البيوع ، أن يوجه الخصومة الى المشتري الذي يريد الأخذ بالشفعة في بيعه والى المشتري الأخير ، الذي يحوز العقار^(٣١٠) . فإذا صدر الحكم بالشفعة ، كان من شأنه تجريد الأخير من ملكه وإخراجه نهائياً من العلاقة ، واعتبار المشتري الذي أخذ ببيعه مشفوعاً منه بكل ما يتضمنه ذلك من معنى .

١٩٥ - ومن اليسير ملاحظة أن ما مؤدى تحليلنا للنص ، وهو ما يوافق ما انتهت إليه آراء أئمة الشريعة وما تقرره المصادر التاريخية^(٣١١) ، اعتبار جميع العقود ، التي تلت ذلك الذي أخذ بالشفعة فيه ، غير نافذة في مواجهة الشفيع ، وتعليق مصيرها على نتيجة دعوى الشفعة^(٣١٢) . فإذا

(٣١٠) ولذا فقد أحسنت محكمة التمييز صنفاً عندما قررت بأن «ادخال واضعي اليد الحاليين على الأرض المطالب فيها بالشفعة صحيح باعتبارهما واضعي اليد على المبيع بالبيع الأخير ، ما دامت دعوى الشفعة من دعاوي العين» .

ر : تمييز ١٠٧ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥ ، ص ١٥٣٢ .

(٣١١) ر : شرح المجلة لعلي حيدر على المادة ١٠٢١ ، عبد الكريم زيدان ، السابق ، ف ٣١٠ ، ص ٢٨٢ .

(٣١٢) ر : في القانون العراقي ، حامد مصطفى ، السابق ، ف ٦٢٦ .

صدر الحكم لصالح الشفيع ، كان ذلك بمثابة حكم ببطلان تلك العقود جميعاً^(٣١٣) . فكأن الشفيع ، والحالة هذه ، قد اعتبر بالحكم مالكا ليس من تاريخ صدور هذا الأخير فقط ، وإنما من تاريخ البيع الذي طلبت الشفعة فيه . وهكذا فإن المشروع الأردني يكون قد دفع بمعنى الاستحقاق في الشفعة ، الى مدى جد بعيد . فلا يقتصر أثر هذا المعنى على ما وقع من بيع بعد دعوى الشفعة ، ولكنه يبرز أيضاً فيما يدّعى يكون وقع قبل ذلك . فإذا قارنا الآن هذا الموقف مع الموقف الذي اتخذته المشرع المصري ، فإننا نجد أن كلا من المشرعين المصري والأردني قد تبادلا ، فيما يتعلق ببيع المشفوع فيه ، مركزيهما . ففي حين يعتبر المشرع المصري الشفعة حلاً للشفيع محل المشتري ، بما يعنيه ذلك في الحقيقة من ارتداد لحق الشفيع في المشفوع الى لحظة العقد^(٣١٤) ، نراه في المادة ٩٤٧ يقبل بحقيقة كون المشتري مالكاً ويعطيه حق التصرف في العقار ، تصرفاً نافذاً في مواجهة الشفيع الى ما قبل تاريخ تسجيل الاعلان عن الشفعة . أما المشرع الأردني الذي اعتبر الأخذ بالشفعة بيعاً ، بما يعنيه ذلك من أن المشتري كان والى ما قبل تمام الأخذ بالشفعة مالكاً ، نراه هنا يزيل صفة المالك عن المشتري ويجعل نفاذ بيوعه متوقفاً على خيار (ارادة) الشفيع . ولا حاجة بنا الى القول بأن هذا الموقف غريب من مشرعنا ، فلقد كان أخرى به أن يجعل بيع المشتري للعقار نافذاً ، على الأقل متى وقع قبل رفع دعوى الشفعة .

(٣١٣) ولذلك لا يبدو لنا تعبير (نقض تصرفات المشتري) التي جرت عليه بعض كتب الفقه الاسلامي دقيقاً ، فالنقض يشير في الحقيقة الى الفسخ ، في حين أن الامر يتعلق بعدم نفاذ يؤدي الى بطلان . ولقد وقع المشرع الأردني (المادة ١١٦٧ / ١) والمشروع (المادة ١٣٠٥) في هذا الخطأ حين قررا ، تبعاً للمادة ١٢٩ من مرشد الحيران ، بأن للشفيع «نقض تصرفات المشتري» .

(٣١٤) ر : خلاف هذا التحليل ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، ف ١٥٢ ، ص ٣٦٠ .

١٩٦ - ومهما يكن من أمر ، فإن اختيار الشفيع للبيع الذي يريد الأخذ بالشفعة فيه يقتصر فقط على البيوع التي وقعت قبل تمام الأخذ بالشفعة ، فلا يشمل ما يقع بعدها . فلو وعد المشتري شخصاً بأن يبيعه العقار ، وسجل الوعد ، وأعلن الموعود له ، بعد الأخذ بالشفعة ، موافقته على الشراء ، فإن العقد يعتبر أنه أبرم من لحظة صدور هذه الموافقة لا منذ لحظة صدور الوعد^(٣١٥) . فلا مندوحة إذن من الاعتراف بأن البيع ، يكون ، في هذا الحالة ، نافذاً في مواجهة الشفيع ، وعليه ، إذا أراد الأخذ بالشفعة ، أن يوجه إجراءاتها إلى المشتري الجديد وبالثلث الذي تضمنه الوعد .

١٩٧ - الموقف في المشروع :

تنص المادة ١٢٨٧ / ١ ، من المشروع ، على أنه : «إذا تعدد بيع العقار الذي فيه حق الأخذ بالشفعة ، ولم يعلم الشفيع بتعدد البيع ، أو علم به وهو غائب ، فإنه يخير في أخذه بالشفعة بثمن أي بيع منها ويدفع الثمن الذي أخذ به للمشتري الذي كان العقار بيده ، ولو كان أقل مما اشتراه به ، ويرجع المشتري بالزائد على البائع . فإن علم الشفيع بتعدد البيع وكان حاضراً أخذه بثمن البيع الأخير فقط^(٣١٦)» . الفيصـل في نفاذ بيع المشتري ، في مواجهة الشفيع ، حسب النص ، يكمن إذن في علمه به وهو حاضر . فإذا تحقق العلم مع الحضور أضحت جميع البيوع نافذة ، ويكلف الشفيع ، إذا طلب الشفيع ، الأخذ بها وفقاً لثمن البيع الأخير . فالمشروع يبدو وكأنه اعتبر علم

(٣١٥) ر : حول هذه النقطة ، السهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ١٣٩ ، عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٩ ف ١٠٩ .

(٣١٦) ر : في الأصل التاريخي لهذا النص ، الشرح الصغير وحاشيته ، ج ٣ ، السابق ، ص ٦٥٢ ، الشرح الكبير ، ج ٣ ، السابق ، ص ٤٩٣ .

أبو الحسن التسولي ، البهجة على شرح التحفة ، دار المعرفة ، ١٩٧٧ ، ج ٢ ، ١٣٣ .

الشفيع ، الذي يتحقق أثناء حضوره بمثابة موافقة منه على البيع . وهنا يصح الاعتراض على الحكم من عدة نواح . أولاً : ان افتراض موافقة الشفيع على البيع وتنازله عن طلب الشفعة فيه ، بمجرد علمه به ، افتراض غير سائغ . فالأصل أن التنازل عن الحق لا يفترض ، بل لابد من أن تدل الظروف دلالة قاطعة على قيام نية التنازل . ثانياً : أن هذا النص يتعارض بوضوح مع ما قرره المشروع في المادة ١٢٩٨ / ١ من أن للشفيع رفع دعوى الشفعة خلال شهرين من البيع ، حيث يكون للشفيع ، بمقتضى النص الأخير ، أن يطلب الشفعة في البيع خلال المدة المذكورة ، بغض النظر عما إذا كان البيع الذي علم به هو البيع الأصلي الذي ثبتت به الشفعة ابتداءً ، أم أنه بيع تال . ولا نخالنا بحاجة ، في هذا الصدد ، الى القول بأن من حق الشفيع أن يمنح الوقت الكافي لتدبر أمره ، سيما وإن الأمر كثيراً ما يتطلب ذلك . ثالثاً : إن الامعان في الركون في تنظيم الشفعة ، الى معايير تتعلق بعلم الشفيع وبحضوره أو غيابه ، أمر غير مستحب ، لما يثيره ذلك من صعوبات في الاثبات ومن فتح الباب لتحاييل كان ينبغي تلافيه . رابعاً : وأخيراً ، إن قبول نفاذ بيوع المشتري في حق الشفيع حتى لو وقعت بعد رفع دعوى الشفعة ، مع النص ، في المادة ١٣٠٦ ، على عدم نفاذ رهنه ، مسألة تثير الدهشة ، إذ كيف يحرص المشروع ، في هذه المادة الأخيرة ، على ابراز معنى الاستحقاق ، إذا كان قد أعلن وفي نص سابق ، عدم اعترافه بهذا المعنى وأقر بملك المشتري التام للمشفوع فيه ، وحقه في أن يؤتي عليه أخطر التصرفات ، وهو البيع ؟

١٩٨ - ومن هنا فإننا نرى أنه كان على المشروع أن يقرر واحداً من حلين . أما أن يوافق القواعد العامة التي أخذ بها والتي تعتبر المشتري مالكا ، مما يستتبع نفاذ جميع تصرفاته ، دون تمييز بين بيع ورهن ، ودون تفرقة بين

ما يتم منها قبل الدعوى أو بعدها^(٣١٧) ، وإما أن يأخذ بالحل الذي يبرز معنى الاستحقاق في الشفعة ، فتشور حينئذ مسألة تحديد اللحظة التي يبرز فيها أثر هذا المعنى ، والتي لا يجوز ، في كل حال ، أن تسبق تاريخ رفع الدعوى . فيكون من شأن ذلك اعتبار جميع تصرفات المشتري المنشئة لحقوق عينية من بيع ورهن ووعد ، الخ . . . ، غير نافذة إذا وقعت بعد هذا التاريخ .

ثانياً

حقوق الغير الناشئة عن سبب غير البيع

١٩٩ - أسلفنا أن القانون (المادة ١١٦٧ / ٢) والمشروع (المادة ١٣٠٦) قد أفردا للرهن الرسمي (التأميني) والامتياز ، من بين سائر الحقوق الأخرى التي يربتها المشتري للغير على المشفوع فيه أو التي تترتب لسبب من جهته ، حكماً خاصاً ، فقررا اعتبارهما غير نافذين إذا أنشئا بعد رفع دعوى الشفعة^(٣١٨) . فالعبرة في نفاذ هذين النوعين من الحقوق هي إذن بتاريخ تسجيلهما ، فإذا كان هذا التاريخ سابقاً على تاريخ تسجيل ادعوى ، كانا نافذين في حق الشفيع وانتقل العقار إليه مثقلاً بما عليه من رهن أو امتياز . والأمر بعد ذلك لا يعدو أن يجري وفقاً لأحد احتمالين ، فإذا قام المشتري بإيفاء الحقوق التي قدم العقار ضماناً لها ، خلصت الملكية للشفيع وانتهى الأمر ، أما إذا لم يتم ذلك وبقي العقار مثقلاً الى حين حلول أجل الحقوق المضمونة ، كان لأصحاب هذه الحقوق أن ينفذوا على العقار ، مما يستتبع رجوع الشفيع على

(٣١٧) وهو ما يستتبع بداهة وجوب الغاء ما ورد في المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٩ .

(٣١٨) ر : آفا ، ف ١٦٣ .

المشتري بضمان الاستحقاق^(٣١٩) . لكن الشفيع يستطيع ، تفادياً لمثل هذه النتيجة وطبقاً لما تقضى به القواعد العامة^(٣٢٠) ، أن يعتمد هو نفسه الى تطهير العقار ، مستخدماً في ذلك ما عليه الوفاء به من ثمن ، مما يكون من شأنه حلول الشفيع محل الدائنين ، الذين استوفوا حقوقهم ، فيما لهم من حقوق على العقار . وتبرز أهمية ذلك متى كان العقار ضامناً لأكثر من حق ، وكانت الحقوق التي تم الوفاء بها متقدمة على غيرها في المرتبة .

٢٠٠ - هذا بالنسبة للرهن الرسمي والامتياز ، أما بالنسبة للحقوق الأخرى ، عينية كانت كحقوق الارتفاق والوقف ، أم شخصية كحق المستأجر وما ينشأ للغير من حقوق بمقتضى أعمال الإدارة ، كأعمال الحفظ والتخزين والحراسة ، فالأصل أنها تخضع لمجال انطباق المادة ١١٦٧ / ١ من القانون (المادة ١٣٠٥ من المشروع) . التي تعطى للشفيع الحق في نقض جميع تصرفات المشتري ، فالفيصل في نفاذ هذه الحقوق في مواجهة الشفيع يتمثل اذن في سبب نشوئها ، فإن كان تصرفاً قام به المشتري ، كان للشفيع فسخه ، وإن كان نص القانون ، كما يمكن أن يحدث بالنسبة لحقوق الارتفاق ، فإنها تكون نافذة . على أن الأمر لا يخلو مع ذلك من تساؤل يثار بالنسبة للرهن الحيازي . فالقواعد التي تحكم ولاية الراهن على محل الرهن الرسمي هي ذاتها التي تحكم نفس المسألة في الرهن الحيازي^(٣٢١) . فإذا أجاز القانون

(٣١٩) ر : أنفا الفقرة المشار إليها في الهامش السابق .

(٣٢٠) ر : حول هذه القواعد المادة ١٣٥٥ من القانون (المادة ١٤٦٩ من المشروع) وكذلك السنهوري ، الوسيط ، ٣ ، ف ٣٧٩ ، ص ٦٧١ وما بعدها ، إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، ١٩٦٧ ، ف ٢٢٩ ، ص ٣٩٦ و ٣٩٧ ، ر : في القانون الفرنسي حول هذا الموضوع المادة ١٢٥١ / ٢ وكولان وكابتان ، مطول القانون المدني ، داللو ، ج ٢ ، ١٩٥٩ ، ف ١٥٠٣ ، ص ٨٤١ و ٨٤٢ .

(٣٢١) قارن بين المادتين ١٣٢٥ و ١٣٧٩ من القانون ، والمادتين ١٤٣٨ و ١٤٩٥ من المشروع ، =