

مجلة امتيازات والاقتصاد

للمبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية

مارس سنة ١٩٦٧

السنة السابعة والثلاثون

العدد الأول

لجنة التحرير

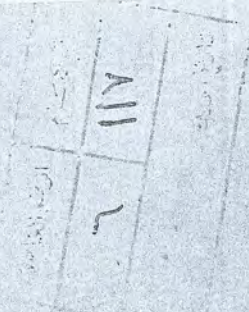
رئيس التحرير : الأستاذ العميد الدكتور جابر عبد الرحمن
سكرتير التحرير : الأستاذ الدكتور صوفي حسن أبو طالب
أمين الصندوق : الأستاذ الدكتور ثروت أنيس الأسيوطي

مجلة القانون والأقاص



37
1967
BIBID:337683
جامعات

مطبعة جامعة القاهرة
١٩٦٧



٢

التعليقات على الأحكام

مركز المرسل إليه في سند الشحن

تعليق على حكمين صادرين من محكمة النقض بتاريخ ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥
في الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق والطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣١ ق

للدكتور محمود سمير الشرفاوى

مدرس القانون التجارى والقانون البحرى

المبدأ القانونى :

توجب المادة ٩٩ من قانون التجارة البحرى ذكر اسم المرسل إليه في سند الشحن ، كما أوجبت المادة ١٠٠ من هذا القانون أن يكتب سند الشحن من أربع نسخ أصلية يوقع عليها كل من الشاحن والربان وخصت المرسل إليه بلحدى هذه النسخ ، ثم جاءت المادة ١٠١ من هذا القانون مقررة أن سند الشحن المحرر بالكيفية السالف ذكرها يكون معتمدا بين جميع المالكين وهم من عبر عنهم في النص الفرنسى لهذه المادة *Les parties interessées* أى الأطراف ذوو الشأن في الشحن ، والربط بين هذه المادة الأخيرة والمادتين السابقتين عليها يفيد أن قانون التجارة البحرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه - حين يطالب بتنفيذ عقد النقل - ومركز الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في نطاق سلطته الموضوعية الى أن سند الشحن قد تضمن الاحالة الى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار وأن الوزارة الطاعنة قد علمت بهذا الشرط في حينه ، فإن مقتضى ذلك أن تلتزم به ولا يكون لها أن ترفع دعواها مباشرة الى المحاكم قبل الالتجاء الى التحكيم (١) .

التعليق :

١ - تعريف سند الشحن ووظيفته :

قد يتخذ عقد نقل البضائع بحرا احدى صورتين ، فاما أن يتم النقل بمشارطة ايجار *charter-party* أو بسند شحن *bill of lading* ، ويتم النقل في الصورة الأولى اذا أراد الشاحن أن ينقل بضاعته على سفينة كاملة أو على جزء كبير منها كمنبر كامل من عنابرها ، اما النقل في الصورة الثانية فيقع اذا كان حجم البضاعة محل النقل لا يستغرق جزءا كبيرا من السفينة . بيد أن الغالب في الصورة

(١) مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٧٧٨ ، ٧٨٧ . وانظر في نفس المعنى نقض ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٥ نفس المجموعة ص ٢٢٠ .

الأولى أن يحزر الشاحن مع الناقل مشاركة ايجار وسند شحن في الوقت نفسه بحيث تكون الوثيقة الأولى مثبتة لعقد النقل بين الطرفين ، بينما تحرر الوثيقة الثانية لاثبات عملية الشحن ذاتها .

وقد نشأ سند الشحن أصلاً ليكون أداة لاثبات عملية الشحن بحيث يعتبر بمثابة اتصال من الناقل باتمام عملية شحن البضاعة ، ولم ينشأ ليكون أداة لاثبات عقد النقل (١) .

ومع ذلك فقد تطورت وظيفة سند الشحن بحيث أصبح أداة لاثبات عقد النقل في الأحوال التي لا يحزر فيها بين الشاحن والناقل مشاركة ايجار .

ولما كان سند الشحن يدل كما ذكرنا على انمام عملية شحن البضاعة ، أي يعتبر بمثابة تعهد من الناقل بأن البضاعة في حوزته لحساب من بيده هذا السند ، فإن حيازة سند الشحن أصبحت تعنى في الوقت نفسه حيازة البضاعة (٢) ، ولذا استقر العرف التجاري على أن سند الشحن يمثل البضاعة ، ومن ثم فإن نقل ملكية هذا السند إلى شخص ثالث تؤدي إلى نقل ملكية البضاعة والحق في تسليمها في ميناء الوصول إلى هذا الأخير (٣) .

ومن جماع ما تقدم يتضح أن سند الشحن يؤدي في العمل ثلاث وظائف :

(أ) يعتبر أداة لاثبات عملية الشحن .

(ب) قد يعتبر أداة لاثبات عقد النقل .

(ج) يمثل ملكية البضاعة بحيث يعتبر حائزه مالكا للبضاعة .

٢ - أطراف سند الشحن :

تقضى المادة ٣٦ من التقنين البحري بأن الربان مسئول عن البضائع التي يستلمها في عهده وعليه أن يعطى بها سنداً يسمى سند الحمولة ، كما تقضى المادة ١٠٠ من التقنين بأن يكتب من سند الشحن أربع نسخ أصلية نسخة منها للشاحن ونسخة للمرسل إليه وثالثة للربان ونسخة أخيرة للناقل ، ويوقع كل من الشاحن والربان على النسخ الأربع المذكورة خلال أربع وعشرين ساعة بعد الشحن .

ومن جماع النصين المذكورين يتضح لنا أن سند الشحن يحزر أصلاً بين الشاحن والربان كدليل على استلام الربان للبضاعة المشحونة ولذلك يحزر بعد اتمام عملية الشحن . بيد أنه يلاحظ أن توقيع الربان على سند الشحن لا يعنى أنه الطرف الأصيل في عقد النقل ، إذ يبرم عقد النقل بين المجهز (الناقل) والشاحن ، وليس توقيع الربان على سند الشحن إلا اقراراً منه بحيازة البضاعة وهو يوقع

(١) Chorley and Gles, Shipping law 4th ed., London 1959 p. 100.

(٢) Chauveau (P.) : Traité de droit maritime, Paris 1958, No. 726.

(٣) تشورلي وجايلز المرجع السابق نفس الموضع .

على السند نيابة عن المجهز وعلى ذلك لا يرتبط الربان مباشرة بالشاحن فلا تقوم بينهما أدنى علاقة قانونية أو تعاقدية وإنما يقوم الربان بتنفيذ عقد النقل بصفته تابعاً للمجهز وممثلاً له ، فهو مكلف بتنفيذ عقد النقل لصالح المجهز ، وتقع الالتزامات التي تتولد عن هذا العقد على عاتق الأخير (١) .

أما المرسل إليه فلا يعد طرفاً في سند الشحن وإن كانت المادة ٩٩ من التقنين البحري تقضى بأن يذكر في سند الشحن اسم المرسل إليه ومحلّه إذا اقتضى الحال ذلك . وعلى ذلك فإن طرفي سند الشحن هما في الواقع الناقل والشاحن .

٣ - مركز المرسل إليه في سند الشحن :

عندما يبرم الشاحن عقد نقل البضاعة مع الناقل ، فإنه إما أن يتعاقد لحسابه كما لو كان يريد شحن بضاعة إلى وكيله أو فرعه وفي هذه الصورة يكون الشاحن والمرسل إليه شخصاً واحداً ، وإما أن يكون الشاحن تابعاً للبضاعة ويقوم بإرسالها إلى المشتري ، أي أن المشتري هو المرسل إليه في هذا الفرض . فالبيوع البحرية تقترب عادة بعقد النقل البحري والبيوع البحرية المنتشرة في العمل نوعان : البيع F. o. b. والبيع C. i. f. ، ويشترك النوعان في أن تسليم البضاعة إلى المشتري يتم في ميناء القيام ، ويختلفان في أنه في البيع F. o. b. يقتصر التزام البائع على نقل البضاعة إلى ميناء القيام وشحنها على السفينة التي يعينها المشتري فتنتهي عندئذ التزاماته ويكون على المشتري بعد ذلك أن يبرم عقد النقل وتحمل مصاريفه ومصاريف التأمين إذا قام بالتأمين على البضاعة ، ولا يلجأ المشتري إلى هذا النوع من البيوع إلا إذا كان له وكيل في ميناء القيام ينوب عنه في إبرام النقل والتأمين ، ويجوز أن يعهد المشتري إلى البائع بإبرام عقد النقل وعقد التأمين لحسابه ، فيعمل البائع عندئذ بوصفه وكيلاً عن المشتري ويجب أن يكون بيده وكالة خاصة (٢) . أما في البيع C. i. f. فإن البائع يلتزم بإبرام عقد النقل ودفع أجرته وإجراء التأمين على البضاعة ولا يعمل البائع ذلك بوصفه وكيلاً عن المشتري وإنما ينفذ التزاماً ناشئاً عن عقد البيع ذاته إذ أن الثمن الذي يلتزم به المشتري يتضمن مصاريف الشحن وأجرة النقل ونفقات التأمين (٣) . ويلتزم البائع في نوعي

(١) انظر مؤلفنا في القانون البحري ، الجزء الأول القاهرة ١٩٦٦ رقم ٢٢٢ ص ٢٦٣ . ويؤيد هذا الرأي Danjon في مؤلفه القانون البحري الطبعة الثانية ج ٢ رقم ٧٩٦ Bonnecase ، في القانون التجاري البحري باريس سنة ١٩٢٣ رقم ٤٢٧ مكرر ، على جمال الدين في القانون البحري سنة ١٩٦١ رقم ٢٣٥ . وانظر عكس هذا الرأي Ripert في القانون البحري الطبعة الرابعة ج ١ رقم ٨١٤ ، شوغو سابق الإشارة إليه رقم ٣٦٢ ، مصطفى طه في أصول القانون البحري ج ١ رقم ٢٦١ ، على يونس في السفينة رقم ٤٦٥ .

(٢) محسن شفيق في الوسيط في القانون التجاري الجزء الثاني ص ٣٥

والهامش .

(٣) المرجع السابق ص ٣٦ .

البيع بارسال سند الشحن الى المشتري . ومن البديهي انه متى كان المرسل اليه هو الشاحن ذاته أو وكيله فلا تشور أية صعوبة من حيث تحديد مركز المرسل اليه في سند الشحن لأنه يكون في هذا الغرض طرفا في عقد النقل وبالتالي في سند الشحن ولكن ممكن الصعوبة عندما يختلف الشاحن عن المرسل اليه وذلك في نطاق البيوع البحرية ، فالشاحن هو البائع والمرسل اليه هو المشتري أو من يتلقى عنه ملكية البضاعة . وتبدو أهمية تحديد مركز المرسل اليه في سند الشحن ، حيث أن المرسل اليه يكون من حقه أن يتسلم البضاعة بمقتضى سند الشحن الذي يرسله اليه الشاحن كما قد يلتزم بدفع اجرة النقل في البيع F. o. b. ، فضلا عن أنه يلتزم بالشروط الواردة في سند الشحن ، فكيف يكسب سند الشحن المرسل اليه حقوقا مثل استلام البضاعة ، وحق مقاضاة الناقل إذا كانت البضاعة تالفة أو معيبة أو ناقصة أى تختلف عن أوصافها الواردة في سند الشحن ، ومن ناحية أخرى كيف يلتزم المرسل اليه أحيانا بأجرة النقل كما تأزمه شروط سند الشحن ، في الوقت الذي لا يكون المرسل اليه طرفا في هذا السند ؟

وقد أثار تحديد مركز المرسل اليه في سند الشحن أو في عقد النقل بصفة عامة اهتمام الشراح والقضاء منذ سنوات طويلة . وقد اقترحت في هذا المجال عدة نظريات وأخيرا انتهت محكمة النقض لدينا في المبدأ موضوع هذا التعليق الى أن المرسل اليه طرف ذو شأن في سند الشحن .

ونعرض أولا لأهم النظريات المقترحة في هذا المجال . ثم نبين مذهب محكمة النقض .

أولا : النظرية التقليدية : الاشتراط لمصلحة الغير :

يذهب اصحاب هذه النظرية الى أن الشاحن عندما يبرم عقد النقل ، فان العقد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير - وهو هنا المرسل اليه - ويكسب هذا الاشتراط المرسل اليه الحق في استلام البضاعة ، ويقبل المرسل اليه هذا الاشتراط باستلام البضاعة فعلا ومن ثم يقبل تحمل الالتزام المرتبط بهذا الاشتراط وهو دفع اجرة النقل ، ولا يتصور أن المرسل اليه يستطيع باستلامه البضاعة أن يقبل الاشتراط الذي عقده الشاحن لمصلحته رافضا الالتزام بدفع اجرة النقل (١) .

على أن هذا الرأي لا يمكن أن يعتمد عليه الا في تفسير حق المرسل اليه في استلام البضاعة دون تفسير التزامه بدفع الاجرة وغير ذلك من الالتزامات الواردة في سند الشحن ، ولا يمكن في ظل المادة ١٥٤ من التقنين المدني المصري التي تنظم الاشتراط لمصلحة الغير ، أن يترتب على هذا الاشتراط الزام الغير بالتزلم ما ، بل ان المادة ١٥٣ مدني قد نصت صراحة على عدم جواز التعهد عن الغير ، كما تقضى المادة ١٥٢ مدني بأن العقد لا يترتب التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز ان يكسبه حقا .

(١) أنظر ليون كان ورينو في القانون التجاري ج ٥ رقم ٧٥٠ ، وراجع الحكم الذي أشار اليه والصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ مايو سنة ١٩١٢ ٢٨.R.I.D.M. - ٣٢٦ ويتضمن هذا المعنى .

ثانيا : نظرية الخلف الخاص :

وذهب رأى آخر (١) ، الى أن المرسل اليه خلف خاص للشاحن بوصفه مشتريا للبضاعة ، وقد عقد المستخلف (الشاحن) عقد نقل يتعلق بهذه البضاعة فان الخلف الخاص (المرسل اليه) ينتقل اليه ما يرتبه هذا العقد من حقوق والتزامات وذلك استنادا على نص المادة ١٤٦ من التقنين المدني التي تنص على أنه « اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية يتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعام بها وقت انتقال الشيء اليه » . بيد اننا نلاحظ مع البعض (٢) أن هذا الرأي لا يصلح بدوره لتفسير التزامات المرسل اليه في سند الشحن ، لأنه يحمل نص المادة ١٤٦ مدني أكثر مما يتحمل ، فالالتزام لا ينتقل الى الخلف الخاص مع الشيء الا اذا كان يثقل العين أو يمنع من استعمال بعض حقوقها أو يقيد من استعمالها (٣) أما اذا كان ما رتبته السلف التزاما شخصيا - كدفع الاجرة فانه لا ينتقل الى الخلف الا بنص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف .

ثالثا : نظرية النيابة الناقصة :

يرى الأستاذ ربيير أن التزام المرسل اليه بدفع اجرة النقل انما ينشأ عندما لا يقوم الشاحن بوفاء هذه الاجرة ، كذلك فانه متى قام المرسل اليه بوفاء اجرة النقل فلا يكون للناقل الرجوع على الشاحن ، ولكن يظل الشاحن مسئولاً عن الوفاء بأجرة النقل اذا لم يتم المرسل اليه بدفعها (٤) وعلى هذا فلا تضامن بين الشاحن والمرسل اليه بالنسبة لدين الاجرة وانما يعتبر المرسل اليه مكفولا من الشاحن والأمر يتعلق هنا بفكرة النيابة الناقصة déléation imparfaitة لقبول البضاعة من المرسل اليه يجعله مدينا اصليا بأجرة النقل دون اعفاء الشاحن الذي يصبح كفيلا في هذه الحالة فهناك اذن نيابة دون تجديد (٥) .

وتلقف بعض الفقه المصري الفكرة مؤسسا مركز المرسل اليه على فكرة النيابة الناقصة ، ومقتضاها أن من يتعاقد باسمه باذن ولحساب الغير يعتبر نائبا عن ذلك الغير مع بقائه ملزما شخصيا أمام المتعاقد معه بمقتضى العقد الذي أبرمه . وعلى هذا يعتبر الشاحن في تعاقد مع الناقل نائبا عن المرسل اليه ، ولكن هذه النيابة ناقصة اذ يظل الشاحن طرفا في عقد النقل في الوقت الذي يكون فيه المرسل اليه

(١) مصطفى طه في أصول القانون البحري ج ١ رقم ٤٨٢ ، وقد عدل عن هذا الرأي في مؤلفه الوجيز واعتنق نظرية النيابة الناقصة ، أنظر الوجيز رقم ٣٢٤

(٢) على يونس في الاستقلال البحري رقم ٣٢ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج ١ رقم ٣٥٣ .

(٤) في هذا المعنى محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة في ٢٨ يناير

سنة ١٩٢٤ Gz. - ١٤ - ٢٦٥

(٥) ربيير ج ٢ رقم ١٦٦٢ . وقارن ما سيأتى بعد ذلك للأستاذ ربيير .

القرار للناقل على البضاعة بمقتضى المادة ٩٨ من اللقنين البحري ، فان المرسل اليه لا يستطيع أن يحصل على استلام البضاعة الا بتحريرها من التكاليف التي تزد عليها ، فمسأل عن اجرة النقل لانه يطلب باستلام البضاعة ، ولا يفقد الناقل حق الرجوع على الشاحن اذا انه الطرف المتعاقد معه (١) .

وعلى ذلك تعتبر حيازة المرسل اليه لسند الشاحن هي اساس حقوقه والترامته الواردة في سند الشاحن دون أن يكون طرفا في هذا السند ، إذ انه كما رأينا اجنبى تماما عن عقد النقل ويعتبر من الغير بالنسبة لسند الشاحن ، فحيازة المرسل اليه لسند الشاحن والتي تمثل الحيازة الرمزية للبضاعة لا تكسبه فقط الحق في استلام البضاعة ، وانما تترمه أيضا بما عليها من قيود والترامات وارادة في سند الشاحن ، اذا ان سند الشاحن وحدة لا تتجزأ (٢) ، فلا يستطيع ان يمسك بالحقوق الناشئة عنه ويقاتل من الاتزامات الواردة فيه (٣) .

٤ - ملهيب محكمة النقض وتقدمه :

رات محكمة النقض في البداية موضوع التعليق ان المرسل اليه يعتبر طرفا فاذا شأن في سند الشاحن باعتباره صاحب الصلحة في عملية الشاحن بتكافؤ مكره - حين يطالب بتنفيذ عقد النقل . ومركز الشاحن وانه يرتبط بسند الشاحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به ، واستمسك محكمتنا العليا هنا بالمبدأ على نصوص المواد ٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠١ من اللقنين البحري ، فنقض المادة ٩٩ بأنه يجب ذكر اسم المرسل اليه في سند الشاحن ، كما تنقض المادة ١٠٠ بان يكتب سند الشاحن من أربع نسخ أصلية يوقع عليها كل من الشاحن والريان وختم المرسل اليه باحدى هلهة النسخ ، ثم جاءت المادة ١٠١ مقررة ان سند الشاحن الحزرد بالكيفية المنصوص عليها في القانون يكون معتمدا بين جميع المالكين وهم من صر عليهم النص الفرنسي لهذه المادة Les Parties intéressées . فالرابط بين هذه المادة الأخرى والماتتين السابقتين عليها يؤدي - في نظر محكمة النقض - الى اعتبار المرسل اليه من اطراف سند الشاحن .

ونرى ان النتيجة التي وصفتها اليها محكمة النقض في تحديد مركز المرسل اليه في سند الشاحن محل نظر ، على ضوء ما رأيناه فيما تقدم من تطليل لمركز المرسل اليه وما انتهينا اليه من اعتباره من الغير بالنسبة لسند الشاحن ، وقيل ان تعيين ما ترتب من نتائج عملية على اختلاف ما ذهبنا اليه من تحديد لمركز المرسل اليه في سند الشاحن مع ما ذهبت اليه محكمة النقض ، نفند الصحيح التي ساقته محكمة النقض للوصول الى البداية موضوع التعليق .

(١) ٢ رجب ج ١٥٨٦ رقم ١٦٦١ ، على يونس في الاستقلال البحري

رقم ٢٢٢ ، على جمال الدين رقم ٣٧١

(٢) نقض فرنسي في ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ دور ٢٤ - ٣٩٣ .

(٣) في هذا المعنى على جمال الدين رقم ٣٧١

(٧)

طرفا في هذا العقد وفقا لاحكام النيابة التي تقضى بانصراف آثار العقد الى الاصيل (١) .

ومعيب هذا الرأي، محاولته لجعل المرسل اليه طرفا في عقد النقل رغم انه اجنبى عن العقد ، ولا دليل على نيابة الشاحن عنه ، فضلا عن أن المرسل اليه او بعباره أدق حامل سند الشاحن قد لا يكون معلوما وقت إبرام عقد النقل او قد يتغير شخص المرسل اليه ، تبعاً لتداول سند الشاحن الذي يعقل البضاعة ، ومن الصعب اقتراض نيابة الشاحن عن حامل سند الشاحن الذي يتقدم الى الريان مطالبا باستلام البضاعة بسبب حيازته لسند الشاحن والذي قد يكون شخصا غير المرسل اليه الذي كان يتعاقد الشاحن لحسابه عند إبرام عقد النقل .

رابعا : النظرية العميقة : الحيازة الرمزية للبضاعة :

رأينا ان المرسل اليه هو مشتري البضاعة سواء من الشاحن او من مشتري البضاعة من الشاحن ، وان المرسل اليه يجوز في جميع الأحوال سند الشاحن الذي يمثل البضاعة وقد بينا ان حيازة سند الشاحن تعني حيازة البضاعة ، كما ان تداول سند الشاحن يعنى تداول البضاعة ، ويلتزم الريان بتسليم البضاعة الى من يتقدم اليه بسند الشاحن . كما بينا ان المرسل اليه يتسلم البضاعة قانونا سواء في البيع F. O. B. أو C. I. F. ، او حينئذ القيام ولكن لا يلتزم المبيع في البيع B. F. O. B. بشحن البضاعة الا اذا تضمن عقد البيع تفويضه في ذلك فيبرم عقد النقل عندئذ يتباينة عن المرسل اليه ، فانما لم يتضمن عقد بيع البضاعة مثل هذا التفويض كان على المرسل اليه او وكيله ان يقوم بنفسه بإبرام عقد النقل بحيث يعتبر الشاحن هو المرسل اليه ، أما في البيع C. I. F. فان المبيع يلتزم بإبرام عقد النقل لحساب المرسل اليه (المشترى) ويرسل الاول الى الأخير سند الشاحن الذي يمكنه من استلام البضاعة ويلتزم المبيع بدفع اجرة النقل بناء على عقد البيع ، فالترام المرسل اليه بدفع اجرة النقل لا يثور عادة الا في البيع F. o. b. .

على ان اهمية تحديد مركز المرسل اليه في سند الشاحن لا تقتصر فقط على كيفية حقه في استلام البضاعة والترامه بدفع اجرة النقل ، وانما ايضا بالنسبة لحقوق المرسل اليه الأخرى ، كالحق في طلب الترام الناقل بتعويضه عما يلحق البضاعة من ضرر ، وذلك بالنسبة لالترام المرسل اليه بشروط سند الشاحن برغم انه ليس طرفا فيه .

ونميل مع الاتجاه الحديث الى تأسيس حقوق والترامات المرسل اليه على فكرة ملكيته للبضاعة ، فلا شك ان المرسل اليه هو مالك البضاعة الشحنة أو على الاقل حائزها وذلك منذ حيازته لسند الشاحن ، إذ يعتبر سند الشاحن أداة حيازة البضاعة أو هو بالأحرى الحيازة الرمزية للبضاعة ، وعلى الريان الذي يحوز البضاعة لحساب المرسل اليه ان يسلمها اليه بأوصافها الواردة في سند الشاحن عند وصول السفينة ، ولا كان من حق الريان ان يمتنع عن تسليم البضاعة الى المرسل اليه ما دام لم يدفع الاجرة وله حق ايداع البضاعة لدى أمين وبمها مباشر الامتياز

(١) مصطفى طه في الوجيز رقم ٣٢٤

(٨)

ومن جماع ما تقدم تبين أن استناد محكمة النقض الى نصوص الوارد ١٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠١ من التفتين البحري لاجل المرسل اليه طرفا في سند الشحن ، هو في الواقع استناد غير موفعه ترتب عليه خاتمة ، فالمرسل اليه ليس طرفا لا في عقد النقل ولا في سند الشحن ، ولما هو من الغير . وقد ارادت محكمة النقض ان تصل الى هذا الكيف وجبات من المرسل اليه طرفا في سند الشحن ، لكي تلزمه بشروط سند الشحن ، وعلى وجه الخصوص بشرط التحكم الوارد في مشاركة الايجار والذي احال اليه سند الشحن ؛ مع انه كان يمكن الوصول الى نفس النتيجة وقتا للتفسير الذي تقول به النظرية الحديثة في تحديد مركز المرسل اليه على اساس حيازته لسند الشحن كما سبق ان اوضحنا .

٥ - الأثار المترتبة على اختلاف مذهب محكمة النقض مع النظرية الحديثة: قد تقول قائل أن الاختلاف بين مذهب محكمة النقض والنظرية الحديثة في تفسير مركز المرسل اليه في سند الشحن ؛ خلاف نظري ، صحت لا يرتب عليه نتائج عملية بدليل أن النظرية الحديثة تصل ايضا الى الرام المرسل اليه بشرط سند الشحن وهذا هو عين ما وصلت اليه محكمة النقض ؛ على ان الامر ليس دائما كذلك في جميع الأحوال ؛ فالاختلاف بين الفكرين يؤدي الى اختلاف جوهري في الأثار المترتبة على كل منهما من حيث حجية سند الشحن .

اذ نفرق المادة ١٠١ من التفتين بين حجية سند الشحن بالنسبة لاطرافه وبين حجتيه في مواجهة الغير ، فيعتبر سند الشحن حجة بين اطرافه ولا يجوز للنقل او الشاحن ابيات عكس الوارد فيه الا بالكتابة او ما يقوم مقامها كالاتى أو اليمين الا اذا كانت الواقعة المراد ابياتها تطوى على غشي فيجوز ابيات عكس الوارد بالسند بكل طرق الابيات ؛ كما يكون سند الشحن حجة على غير اطرافه ولكن يجوز لتحميل ابيات عكس الوارد به بكافة طرق الابيات (١) . ولذا يبدو من الضروري تحصيل مركز المرسل اليه بالنسبة لسند الشحن هل هو من اطراف السند فلا يكون له نفى ما جاء به الا بالكتابة او ما يقوم مقامها أو من الغير بحيث يجوز له ابيات عكس الوارد بالسند بكافة الطرق . نجد في هذه الحالة ان مذهب محكمة النقض يؤدي الى النتيجة الاولى بينما يؤدي نظرية الحيازة الرمزية للضمانة الى النتيجة الثانية ، وهما كما يبدو يوضح نتيجتان متفارتان تماما .

ومن ناحية اخرى فان البيانات الواردة في سند الشحن لها حجية مطلقة في ابيات لصالح الغير الذي من مصلحته التمسك بالبيانات الواردة فيه ؛ بينما يجوز لاطراف السند ابيات عكس البيانات المتعاقبة بالضمانة والواردة في السند ؛ بمعنى انه وان كان من حق الغير ان يثبت عكس البيانات الواردة في السند ضد اطرافه بكل الطرق فانه ليس من حق اطراف السند ان يثبتوا في مواجهة الغير عكس الوارد من بيانات في السند ما دام من مصلحة الغير التمسك بهذه البيانات ؛ ولما يجوز لكل طرف في السند ان يثبت في مواجهة الآخر عكس البيانات الواردة في السند ولا يجوز ابيات العكس في هذه الحالة كما رأينا بين اطراف السند الا بالكتابة او ما يقوم

(١) على بونس المرجع السابق رقم ١٤ ، على جمال الدين رقم ٣٢٢ .

(١) أما عن المادة ٩٩ من التفتين البحري فقد نصت على ان يذكر في سند الشحن اسم المرسل اليه ومطه اذا اقتضى الحال ذلك ، ومفهوم هذا النص ان هذا البيان ليس واجبا ذكره في جميع الأحوال ؛ وقد استمر العمل على ان هذا البيان لا يدرج الا في سند الشحن الاسمي المحرر باسم شخص معين ؛ اما سند الشحن لخاصة فلا يذكر فيه اسم المرسل اليه ولما تسلم بضاعة لن يحصل سند الشحن عند وصول السفينة ، والغالب ان يكون سند الشحن اذينا بحيث تنتقل ملكيته بالتظهير فيكون لأعظهر اليه الاخر ان يتقدم للمطالبة بالضمانة ؛ وبذلك أصبح سند الشحن يمثل الضمانة الشمونه واندمج الحق في الصك وأصبح التنازل عن الصك يفيد التنازل عن الحق الذي يتضمنه (١) .

(ب) أما المادة ١٠٠ فهي وان كانت قد نصت على ان يحرم سند الشحن من اربع نسخ أصلية ؛ احداها للمرسل اليه ؛ فقد جرى العرف التجاري على غير ذلك ؛ اذ يحرم سند الشحن من نسختين ؛ نسخة الريان ونسخة للشاحن تكون عادة اذنية ؛ وهي التي يظهرها الشاحن للمرسل اليه ويرسلها له بالبريد ليتسلم بها الضمانة عند وصول السفينة (٢) .

(ج) وتنص المادة ١٠١ على ان سند الشحن المحرر بالكتابة المنصوص عليها قانونا يكون متهما بين جميع المالكين المشحونات ويكون حجة ايضا بينهم وبين ارباب السكروته وانما لأرباب السكروته ان يقيموا الأدلة على نفى السند المذكور . وقد فهمت محكمة النقض ان المرسل اليه من بين المقصودين بعناية « جميع المالكين المشحونات » ؛ مع ان النص الفرنسي يبر عن المقصود هؤلاء الأشخاص بالاطراف المعينين في الشحن (٣) ؛ وهما الشاحن والنقل . وقد استقر الرأي فيها وقفا على ان هذا النص الذي يتكلم من حجية سند الشحن في الابيات اراد ان يفرق بين حجية السند بالنسبة لاطرافه وحجتيه بالنسبة الى الغير فالسند له حجية مطلقة بين طرفه (الشاحن والنقل) ولا يجوز ابيات عكس الوارد به الا بالكتابة او ما يقوم مقامها كالاتى واليمين ؛ اما بالنسبة الى الغير ؛ وقد ضرب نص المادة ١٠١ مثلا لهم بالأمين ؛ فان حجية السند قاصرة اذ يستطيع الغير ان يثبت عكس الوارد به بكافة طرق الابيات ويعتبر المرسل اليه في حكم هذا النص من الغير (٤) .

(١) على بونس في الاستقلال البحري رقم ٩ .

(٢) على بونس المرجع السابق رقم ١٣ ، مسطفي طه الوجيز رقم ٢٩٥ .

(٣) مؤلفنا في القانون البحري رقم ٣٢ .

(٤) Les Parties intéressées au chargement .

(٥) (٤) ديسمبر ج ٢ رقم ١٤٦٦ ، على جمال الدين رقم ٣٢٢ ، استئناف مختلط في ٢٧ فبراير سنة ١٨٧٩ مشار اليه في مؤلف Parigi « التفتين البحري المختلط » تحت نص المادة ١٠١ بل سنرى ان محكمة النقض المنصيرية ذاتها قد

اعتبرت المرسل اليه من الغير بالنسبة الى سند الشحن وذلك في حكم لاحق لها صدرت في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٥ .

كتاب ريادة

العميد الدكتور اسماعيل غانم ، في التنمية العامة للاتزام

مصادر الاتزام ج ١ العقد والارادة المنفردة ، القاهرة ١٩٦١

مكتبة عبد الله وهبه ٤٠٨ ص

الدولة على النشاط الاقتصادي بأكماله ، كما ان القانون الخاص لا يقتصر نطاقه على نشاط القطاع الخاص ، بل يمتد ايضا الى نشاط القطاع العام ليحكم العلاقات التي تنشأ بين مشروعات القطاع العام فيما بينها ، وفيما بينها وبين الافراد .

ومن ثم يقر العميد بادي ، ذى بدء سران القانون الخاص على العلاقات التي تنشأ بين وحدات القطاع العام ، كما يرفض تخصيص فرع مستقل لتلك العلاقات باسم « القانون الاقتصادي » فيستعرض التطور الذي مر به الفقه المسوقى في هذا الصدد والنجاحه اخيرا الى عدم الاخذ بتلك الفكرة . وينتهي الدكتور غانم الى تحفظه مفهوم « القانون الاقتصادي » من ناحيتين ، الاشتغال على نوعين متباينتين من القواعد ، في المعاملات والتجارية الادارية ، ثم تخلفه عن الفصل بين قواعدها متشابهة وكرار احكام القانون المدني .

وبعد تمهيد يحوى على تعريف بالنظرية العامة للاتزام ، قسم الكاتب مؤلفه الى بائتين في العقد والارادة المنفردة . وتضمن باب العقد فصلين ، الاول في تكوين العقد صالح فيه التراضي فتحدثت وجود الارادة والتعبر عنها ووافق الارادتين

يستعمل العميد اسماعيل غانم مؤلفه بذكر التفردية التقليدي بين الفرعين الاساسيين القانون وكانه لا يرفض معناه ، اذ يقول : « يتفهم قواعد القانون ، طبقا للتصور الذى لا زال سائدا في مصر ، الى فرعين اساسيين : القانون العام والتعاون الخاص . ويتحصر معيار التفردية ، طبقا للاراي السائد ، في صفة الأشخاص اعراف العلاقة القانونية . فالقانون العام هو قانون السيادة المسامة ،

فيظم العلاقات التي تكون للدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السيادة او السلطنة العامة في الجماعة . اما القانون الخاص فهو ينظم العلاقات التي لاتصل بشئون السيادة العامة ، اى العلاقات التي تنشأ بين اشخاص لا يعمل اى منهم بصفته صاحب سيادة ، ولو كانت الدولة طرفا في العلاقة ما دامت لا تظهر فيها بصفتها صاحبة السيادة .

« واذا كان النظام الاقتصادي الصرى يقوم في المجتمع الاشتراكي الجديد على تقسيم اساسي ، هو تقسيم النشاط الاقتصادي بين القطاع العام والقطاع الخاص ، فان هذا التقسيم من الناحية القانونية لا يطابق تقسيم القانون الى علم وخاص . فالقانون العام دوره في تنظيم القطاع الخاص تحقيا لسيطرة

مقامها . وعلى ذلك فان لتصديق مركز الرسل اليه في السند أهمية كبرى من هذه الناحية فاذا كان طرفا في السند جاز للناقل ان يثبت بالكتابة او ما يقوم مقامها عكس البيانات الواردة في السند والمتعلقة بحالة الضماعة وان كان من الفرقاته يستطيع ان يتمسك بهذه البيانات ضد الناقل دون ان يستطيع هذا الاخير اثبات عكسها في مواجهته باية وسيلة .

ولا شك ان مذهب محكمة النقض في البسلا الذي قرره موضوع التعليل جعله من اطراف سند الترخين بحيث يمكن للناقل ان يثبت في مواجهته عكس البيانات المدرجة في السند والمتعلقة بالضماعة ، بينما تؤدي النظرية العديدة الى العكس ، فيكون للمرسل اليه ان يتمسك بالبيانات الواردة في السند ، وتكون لها حجية مطلقة في مواجهة الناقل دون ان يتمكن الاخر من اثبات عكسها ، فيكون للمرسل اليه اذن ان يطالب الناقل بتسليمه الضماعة بحالتها ومقدراها الوارد في سند الترخين دون ان يكون للناقل ان يثبت ان سند الترخين لم يتضمن وصفا لحقيقة الضماعة عند فتحها .

والغريب ان محكمة النقض في حكم لا حق لها قد قضت بالنسبة لهذه المسئلة بالذات بما يفيد ان المرسل اليه يعتبر من الغير بالنسبة الى سند الترخين ، فتقول محكمة النقض في حكمها بتاريخ ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (١) انه وان كان اثبات عكس بيانات سند الترخين الخاص بالضماعة جائزا في العلاقة بين الناقل والشاحن الا انه لا يجوز ازام من عمدها كالرسل اليه ، اذ لسند الترخين حجية مطلقة في الاثبات لصلاحيته فيما يتعلق بهذه البيانات فليس للناقل ان يثبت عكسه ما تضمنه (١) . اى ان محكمة النقض تعتبر الرسل اليه في احوال معينة من اطراف سند الترخين وفي احوال اخرى من الغير (٢) .

وكان يحسن بمحكمة العليا وهي الهيمنة على تفسير القانون وتطبيقه ان تنتهى الى سببا واحدا في مسالة لها خطورتها واهميتها كالمسالة موضوع البحث ، اللهم الا اذا فسر هذا الموقف بعبول محكمة النقض من البسلا موضوع التعليل بعد شهود من تقريره .

١ - الخلاصة :

يعتبر المرسل اليه اذن من الغير بالنسبة لسند الترخين وليس من اطرافه كما ذهبت الى ذلك محكمة النقض - في البسلا موضوع التعليل - بحيث يكون له اثبات عكس الوارد في السند بكل طرق الاثبات ، وبحيث يكون من حقه التمسك - اذا كان ذلك من مصلحته - بالبيانات الواردة في سند الترخين دون ان يحق للناقل ان يثبت في مواجهته عكس هذه البيانات ، وان الرسل اليه يستمد حقوقه على الضماعة والازام بالاتزامات الواردة في السند على اساس ملكيته للضماعة بحيازته للسند ، حيث تعنى حيازة السند الحيازة الرمزية للضماعة .

(١) نقض ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص ١٢٤٩ .

٢

د. محسن البيه
مدرس القانون المدنى
بكلية حقوق المنصوره

انتقال الشفعة الى ورثة الشفيح
نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٨٤

انتقال الشفعة الى ورثة الشفيع نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٨٤ (١٧)

١ - أعلنت محكمة النقض في حكم لها صادر في ١٦ من فبراير سنة ١٩٨٤ أن « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشفعة من الحقوق التي يجرى فيها التوارث ، فان توفي صاحبه قبل استعماله انتقل الى ورثته » .

وتتمثل وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن مالكا لعقار (ويدعى شعيان عبد الدايم) باعه الى مشتريين (وهما ثريا الهدى وأمية مصطفى) . وبعد ابرام هذا البيع مات مالك العقار بالاصق للعقار البيع ، والذي كان يمكنه أن يطالب بالشفعة ، وبهذه الرفقة انتقل هذا العقار الى أحد ورثته (ويسمى محمد نبيه) .

وقد قام هذا الوارث باعلان رغبته في أخذ العقار بالشفعة ، وأودع الثمن وملحقاته خزينة المحكمة ، وأقام الدعوى للحكم بطلباته . وقد حكمت له محكمة الدرجة الأولى بهذه الطلبات فاستأنف البائع والمشتريين هذا الحكم لدى محكمة استئناف الاسكندرية طالبين الغاء الحكم

(١١) طعن رقم ١٢٥ س ٤٩ ق ، غير منشور .

السابق ، والحكم برفض الدعوى • وقد استجابت محكمة الاستئناف لهذه الطلبات ، حيث قضت بإلغاء الحكم ، ورفض الدعوى •
طمن الوارث (محمد نبيه) في هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنتقض الحكم المطعون فيه • ولقد أسس الطاعن طعنه على سبب واحد ، ينص به على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون • « وفي بيان ذلك يقول أن المدعين المالكى والشافعى يأخذان بمبدأ توريث الحق في الشفعة قياسا على المال ، وهو الرأي الراجح في فقه القانون الوضعى المعاصر والذي استقرت عليه أحكام القضاء • واذ قضى الحكم برفض الدعوى على سند من أن الحق في الشفعة لا يورث أخذا برأى بعض الأحناف فإنه يكون قد خالف القانون » •

وقد أبدت محكمة النقض هذا النص على حكم محكمة استئناف الاسكندرية ، وقررت أنه في محله ، « ذلك أنه لا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث ، فإن توفى صاحبه قبل استعماله انتقل الى ورثته • وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وقضى برفض دعوى الطاعن بأحقته في أخذ العقار الباع من المطعون ضده الأخير للمطعون ضدهما الأوليين على سند من مجرد أن الحق في الشفعة لا يورث ، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه » •

٢ — يبدو لنا من مراجعة الحكم السابق أن محكمة النقض المصرية تعتمد في تقريرها بأن :

« الشفعة حق ، يجرى فيه التوارث » ، على أسانيد ثلاثة هى :

(أ) ما يقول به المذهب المالكي والشافعي من توريث الحق في الشفعة قياسا على المال .

(ب) اتجاه « فقه » القانون الوضعي المعاصر .

(ج) ما استقرت عليه أحكام القضاء المصري .

ونرى أن من المناسب لبيان مدى صحة أسانيد هذا الحكم ، أن نطل كل سند من هذه الأسانيد الثلاثة ، ثم مدى اتفاق هذا القضاء مع حكم قانوننا الوضعي .

السند الأول : مذاهب الفقه الاسلامي بشأن انتقال الشفعة بالميراث:

٣ - تنقسم مذاهب الفقه الاسلامي ، بشأن انتقال الشفعة بالميراث الى اتجاهين رئيسيين (٢) :

الأول : يرى أن الشفعة لا تورث .

الثاني : يرى على العكس أنها تورث .

الاتجاه الأول : الشفعة لا تورث :

يأخذ بهذا الرأي المذهب الحنفي ، والمذهب الحنبلي وكثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبي والثوري واسحاق .

فوقفا للمذهب الحنفي ، فإن الحق في الشفعة لا يورث ، كما

لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة ، والمشيئة لا تورث .

(٢) انظر في عرض الفقه الاسلامي في هذا الصدد ، الاستاذ / محمد ابو زهرة في الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية : ص ١٨٠ وما بعدها .

وقد فند الفقيه الحنفى الزيلعى (٣) مذهب الشافعية القائل بأن
الشفعة تورث ، بقوله :

« وقال الشافعى لا تبطل بموت الشفيع أيضا ، لأن هذا حق
معتبر فى الشرع كالقصاص وحق الرد بالمعيب • ولنا أنه مجرد حق
هو حق التملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفته فلا يورث عنه • بخلاف
القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لن له القصاص ولهذا
جاز أخذ الموضع عنه ، وملك المعين يبقى بعد الموت فأمكن ارثه • بخلاف
الشفعة ، لأنها مجرد حق اذ هى مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز
الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن ارثها ، ولأن الشفيع يزول ملكه بالوت
عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام
ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع الى الأخذ بالشفعة شرطا ،
ولم يوجد فى حق البيت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع ،
فبطلت لأنها لا تستحق باللك الحادث بعد البيع ولا باللك الزائل وقت
الأخذ ، وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المشتق باق ولم يتغير
سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال الى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك
حقة ، كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينتفضه ويأخذها بالشفعة ،
كما ينتفض سائر تصرفاته حتى المسجد والقبرة والوقف ، وكذا لو باعها
القاضى أو باعها وصيه كان له تنفضه » (٤) •

أما المذهب الحنبلى ، فهناك روايتين عن الامام أحمد بن حنبل •

(٣) الزيلعى : جه ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ •

(٤) كما جاء فى البدائع وهو من كتب الفقه الحنفى : وأما الضرورى
(فيما تبطل به الشفعة) فنحو ان يموت الشفيع بعد الطالبين قبل
الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفيعته . البدائع : جه ص ٢٢ •

ففى رواية ، يرى أن حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه . واما ما تقول به الحنفية من أنه ارادة ومشية ، فالارادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق ، اذ الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معيننا بالذات لأنه أولى من مشتريه . فإذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث .

وفى رواية أخرى عنه (٥) ، فان الشفعة لا تورث ، الا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع اذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين : (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة والحد اذا مات المقذوف والخيار اذا مات الذى أشرط الخيار ، لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء ، انما هى بالطلب فاذا لم يطلب فليس تجب ، الا أن يشهد أتى على حق من كذا وكذا وأتى قد طلبته ، فان مات بعده كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي والعنبري يورث . قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع فى الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتملك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب ، فانه لاستدراك جزء فات من المبيع .

(الحال الثانى) ، اذا طالب بالشفعة ثم مات ، فان حق الشفعة

(٥) المغنى : ج٥ ، طبعة ٣ ، ص ٣٤٦ - ٣٤٧ .

ينتقل الى الورثة قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا ما نص
أحمد عليه . لأن الحق ينقرر بالطلب ، وذلك لا يسقط بتأخير الأخذ
بعده ، وقبله يسقط » .

الاتجاه الثاني : الشفعة تورث :

يأخذ بهذا الاتجاه المذهب الشافعي والمالكي ، اللذين يريا أن
الشفعة تنتقل من المورث الى الوارث حتى لو مات المورث قبل طلب
الأخذ بالشفعة .

فوفقاً للمذهب الشافعي ، كما جاء في المذهب^(٦) ، اذا « مات
الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه في الشفعة الى ورثته ، لأنه
قبض ما استحقه بعقد البيع ، فانتقل الى الورثة كقبض المشتري في
البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب » .
وبالنسبة للمذاهب المالكي ، فقد جاء في بداية المجتهد^(٧) وهو
من كتب الفقه المالكي ، فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب
الكوفيون الى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعي وأهل
التحجاز الى أنها مورثة قياساً على الأموال .

يبدو من عرض هذين الاتجاهين أنه ليس من اليسير ترجيح
أحدهما على الآخر ، فالأول يأخذ به الحنفية ورأى قوى للامام أحمد
وعدد آخر من كبار فقهاء المسلمين من غير المذاهب الأربعة . والثاني
يأخذ به الشافعية والمالكية ورأى للامام أحمد . ولذلك ، ان كان هناك
مجالاً للترجيح ، فسوف يكون ذلك للاتجاه الأكثر تواؤماً مع القانون

(٦) المذهب : ج ١ ص ٢٨٢ .

(٧) بداية المجتهد : ج ٢ ص ٢١٨ .

الذنى . وحيث أن المادة ٩٣٥ من التفتين الذنى المصرى تعرف الشفعة بأنها رخصة ، فان هذا يتفق والاتجاه الأول الذى يرى أن الشفعة ارادة ومشيئة ، وبالتالى فانها لا تورث . فلماذا ، اذن ، رجحت محكمتنا العليا مذهب الشافعية والمالكية القائل بتوريث الشفعة ؟ هل يمكن أن نجد فى السندين الآخرين مبررا لهذا الحكم ؟ هذا ما سوف نراه الآن .

السنذ الثانى : اتجاه فقه القانون الوضعى المعاصر :

٤ — قبل تحليل هذا السنذ الثانى ، فان من المفيد تحديد المقصود بفقه القانون الوضعى المعاصر ، هل يقصد بذلك مذهب القانون الوضعى ، وبالتحديد القانون الذنى المصرى ؟ أم يقصد آراء شراح القانون الوضعى المعاصر ؟ .

فى الحقيقة ، فان تعبير فقه القانون الوضعى المعاصر يمكن أن يصرّف الى هذين المعنيين ، ولذلك ترى أن من المناسب بحثهما وبالتالى .

ففيما يتعلق بمذهب القانون الوضعى ، فان الأمر المؤكد أن التفتين الذنى الحالى لم يتضمن نصا صريحا يفيد توريث الشفعة أو عدم توريثها . ولذلك ، فان تحديد مذهب أو اتجاه القانون الوضعى يعتمد على تفسير معنى الشفعة فى ظل ما ورد بشأنها من نصوص فى هذا التفتين ، وما ثار من جدل عند وضع هذه النصوص .

فالشفعة ، لغة معناها الضم ، واذا كان التفتين الذنى الحالى قد استمد أحكامها من الشريعة الاسلامية ، فان مشروعية الشفعة فى الفقه

الاسلامى تعتمد على قاعدة اتصال ملك الشفيع بالشيء المشتري ، فوجب الشفعة مستمد من حكمة مؤداها « دفع ضرر المشتري عن الشفيع » (٨) .

ولذلك ، فلقد عرفت المادة ٩٣٥ من التقنين المدنى الحالى الشفعة بقولها ان « الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الطول محل المشتري ، في الأحوال وبالشروط المنصوص اليها في المواد التالية » .

ولقد أثار وضع هذا النص خلافا حادا بين واضعى التقنين المدنى ، حيث كان واردا في المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدي على النحو الآتى : « ١ - الشفعة رخصة تجيز الطول محل المشتري اذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالى ، وانما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » .

وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « ١ - الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الطول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث ، والأخذ به لا يتجزأ » .

يتضح من ذلك أن المشروع التمهيدي أن كان يجيز توريث الشفعة ، الا أن هذا الحكم قد عدل في لجنة المراجعة لتصبح الشفعة غير قابلة للتوريث . وقد دار نقاش حول هذه المسألة في لجنة مجلس

(٨) يحيى عمار ، الوقف - الشفعة - الوصية ، جا من سلسلة الكتب التى تصدرها الرابطة العامة للخبراء بأعمال الشهر العقارى والمساحة ، مى قوانين الشهر العقارى والتوثيق والقوانين ذات الصلة : ص ٣٢ - ٣٣ .

الشيوخ ، وكان رأى البعض توريث الشفعة ، بينما رأى البعض الآخر عدم توريثها لأن الحق في الشفعة ، حق شخصي حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم ، وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حقا وانما خيار لا يجوز انتقالها الى الورثة ولا استعمالها من الدائنين . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من النص وترك حكمها لاجتهاد القضاء ، وأصبح رقم النص ٩٣٥ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته « (٩) » .

يتضح من ذلك ، أن مذهب القانون الوضعي غير محدد وغير قاطع في توريث الشفعة أم عدم توريثها ، وهذا ما تنطق به الأعمال التحضيرية للمادة ٩٣ مدنى . وبالتالي ، فان حسم هذه المسألة يعتمد على نظرة المشرع المصرى للشفعة في ذاتها ، وهل عاملها كحق ، أم كرخصة ؟ .

إذا كانت الاجابة الفورية على ذلك أن المادة ٩٣٥ مدنى تعرف الشفعة صراحة بأنها رخصة ، فان الأمر يزداد تأكيدا ، وجلاء لقصد المشرع المصرى في هذا الاتجاه الذى لم يأت صدفة ، وذلك اذا ما عدنا الى المناقشات التى أثرت عند وضع هذا النص . فلقد ناقشت اللجنة التى وضعت نصوص الشفعة نص المادة ٩٣٥ مناقشة مستفيضة من هذه الناحية . ولقد اختلط الأمر في هذه المناقشات ، حيث قيل بأن الشفعة حق عينى ، وقيل بأنها حق شخصى . وإذا كانت اللجنة قد استعملت الحق العينى بمعناه المعروف ، فانها استعملت عبارة «الحق الشخصى» لا بالمعنى المقابل للحق العينى بل بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفيع (١٠) .

(٩) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى : ج ٦ ص ٣٤٥ - ٣٥٧ .

(١٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى : ج ٦ ص ٣٤٥ - ٣٥٧ .

ولكن سرعان ما استبان لأحد أعضاء هذه اللجنة حقيقة الشفعة وبأنها ليست بحق عيني ولا بحق شخصي * وفي هذا المصدد يقرر هذا المعضو بأن « هناك مسألة أولية يتعين البدء بالبت فيها قبل البحث فيما إذا كان حق الشفعة حقا عينيا ، أم شخصيا ، وهذه المسألة هي معرفة ما إذا كانت الشفعة حقا أم وسيلة لاكتساب حق * فإذا سلمنا بأن الشفعة ليست الا مجرد وسيلة لاكتساب حق الملكية كما يبدو ، فلا وجه للبحث فيما إذا كانت هذه الوسيلة شخصية أو عينية ذلك أن الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية بطول الشفيع محل المشتري * * وبناء على ذلك يكون من التريد البحث في شخصية أو عينية هذه الوسيلة من وسائل اكتساب الملكية التي تحميها دعوى ، فاذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه ، سقطت الشفعة بوفاته * أما اذا كان قد رفع الدعوى ، فانها تصبح جزءا من ذمته وتنتقل الى ورثته مع أن أموال التركة ، شأنها في ذلك شأن دعوى التعويض مثلا ، اذ ليس هناك مبرر للتفرقة بين دعوى الشفعة وبين أية دعوى أخرى ، فكل الدعاوى تكون جزءا من ذمة الشفيع وتنتقل بالنالى الى ورثته » (١١) *

كما تضمنت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ما يؤكد هذا المعنى أيضا ، حيث نقرأ فيها : « عرفت الشفعة بأنها رخصة « لا حق » لأنها ليست بحق بل هي سبب من أسباب كسب الملكية ، فلا معنى للبحث فيما اذا كانت الشفعة حقا عينيا أو حقا شخصيا * وقد حذف المشروع من التعريف الذي أقرته اللجنة العبارة التي تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العينية ، فان هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية » (١٢) *

(١١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني : ج١ ص ٢٥١ - ٢٥٢
هالمش .

(١٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني : ج١ ص ٢٤١ - ٢٤٨ *

فالشفعة اذن ليست سوى طريقة لاكتساب الملكية ، شأنها في ذلك شأن البيع ، وهو ليس حقا عينيا ، بل هو طريقة لاكتساب الملكية . وليس حق الشفعة بأقوى من البيع مع أن البيع لم يوصف في وقت بأنه حق عينى « (١٣) » .

يمكن أن نخلص من ذلك ، أن مذهب القانون الوضعى ، كما تتعلق به المادة ٩٣٥ مدنى ، وتمرح به في جلاء الأعمال التحضيرية هو أن الشفعة رخصة وليست حق : انها سبب من أسباب كسب الملكية العقارية ،

(١٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون الدنى : ج٦ ص ٢٥٢ صامش . وما قيل به هنا سبق وأن اكتشفته بعض أحكام القضاء المصرى في نهاية القرن التاسع عشر ، حيث قضت محكمة الاستئناف الوطنية منذ سنة ١٨٩٥م ، بأنه « لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عينى يتبع العتار أيها حل ، فقد جاء صريحا في القانون (القديم) أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية ، كالعقود والبركات وروضع اليد بدون فرق . ولا يتصور ان السبب المنتج للحق العينى يسمى نفسه حقا عينيا ، فليست اذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء كالملكية أو حق الانتفاع وانما هى سبب من الأسباب القانونية التى تنشئ حق الملكية العينية ، أو بعبارة اخرى هى مجرد اباحة للتوصل الى كسب حق الملكية بشروط وفى احوال مخصوصة ، وهذه الاباحة لا تنتج حقا الا اذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عينى للشئى بمجرد البيع ، وانما يتولد هذا الحق عند طلب ائذ الشئى بالشفعة والقضاء به . (استئناف وطنى ٢ ابريل سنة ١٨٩٥م ، القضاء ص ١٠٧) . كما جاء فى حكم آخر : « ان القانون لم يجعل حق الشفعة من الحقوق العينية ، بل صرح فى المادة ٤٤ مدنى (قديم) بكونه سببا من أسباب الملكية والحقوق العينية وليس واحدا منها » (مصر الكلية الوطنية ٤ يوليو سنة ١٨٩٦ والحقوق ١١ ص ٢١٧) .

أو حقا عينيا على العقار كانتفاع أو رتبة أو حكر . وبهذا النظر لا يمكن التسميم بما قالت به محكمتنا العليا من أن اتجاه فقه القانون الوضعي يتر انتقال الشفعة كحق الى الورثة . فان فقه القانون الوضعي بمعنى مذهب قانوننا الوضعي يعطى حكما مخالفا تماما لأن من شأن تكيفه الشفعة على أنها رخصة ألا تقبل الانتقال الى الورثة .

فهل يقصد اذن بعبارة فقه القانون الوضعي المعاصر ، آراء شراح القانون الوضعي المعاصر ؟ يجب لذلك معرفة مضمون هذه الآراء أيضا لبيان مدى صحة استناد محكمة النقض اليها .

هـ - آراء شراح القانون الوضعي المعاصر :

لقد ظل شراح القانون المصري منقسمين حول حكم انتقال الشفعة بالبراث الى ورثة الشفيع في ظل التقنين المدني القديم ، ثم الصالى الصادر سنة ١٩٤٨ . ويمكن هنا أيضا أن نميز بين اتجاهين رئيسيين كلاهما يقف على النقيض من الآخر فيما يتعلق بهذه المسألة .

الاتجاه الأول : الشفعة تورث (١٤) :

يذهب أنصار هذا الاتجاه الى أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يستقط يموت الشفيع ، وانما ينتقل الى ورثته ، ولو كانت الوفاة

(١٤) من أنصار هذا الاتجاه : شفيق شحاته ، نقرة ٢٥٨ ، عبد المنعم ذريح الصدة : نقرة ٢٢٧ ، ص ٤٩٨ ، منصور مصطفى منصور : نقرة ١٥ ص ٢٥٧ ، محمد كامل مرسي : نقرة ٥٥٤ ص ٥١١ ، محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية الاصلية ، طبعة ١٩٧٢ ، ج ١٠٦ ، محمد على عمران ، في الحقوق العينية الاصلية ، طبعة ١٩٧٩ ، ص ٩٧ ، سعيد محمد أحمد الهدي ، في الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان ، طبعة ١٩٧٦ ص ١١٤ وما بعدها .

سابقة على اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة • ويؤسسون هذا الرأي على عدة مبررات منها :

١ - ان الشفعة وان كانت رخصة ، الا أنها رخصة عينية يرتبط وجودها وبقاؤها بالعقار المشفوع به • فمن الطبيعي أن تلازم هذه الرخصة العقار • فاذا انتقل العقار المشفوع به الى الورثة انتقلت الشفعة معه اليهم ، حتى لو مات الشفيع قبل اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وقبل رفع الدعوى • فالمسألة تتعلق بانتقال خيار الشفعة الى وارثه ، فاذا مات الشفيع قبل أن يتخذ اجراء من الاجراءات المقررة للأخذ بالشفعة ، كان للوارث أن يتخذ هذا الاجراء مادام أن المدة المحددة له لم تكن قد انتهت بعد (١٥) •

٢ - حيث أن المورث كان « يملك » طلب الشفعة ، فان الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق اذا انتقل اليه ، وهو لا يحتاج الى اثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة اليه اذا كانت هذه الشروط قد توافرت بالنسبة الى مورثه • ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد ابداء الرغبة الى وارث الشفيع ، وذلك أن الأخذ بعد الاعلان قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عيني ينتقل الى الورثة كالحق العيني سواء بسواء (١٦) •

٣ - لا يصح الاعتراض على انتقال الشفعة الى الوارث ، والقول ، بأنه لا يجوز له أن يأخذ العقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للعقار

(١٥) الصدة ، فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨ ، محمد لبيب شنب ، ص ١٠٦ ،

محمد علي عمران ، ص ٩٧ ، سعيد المهدي : ص ١١٤ •

(١٦) شفيق شحاته : فقرة ٢٥٨ •

الذى يشفع به وقت البيع ، اذ يجب أولا الفصل في مسألة ما اذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أو لا يورث . « فاذا قلنا مع محكمة النقض أنه يورث ، فينتقل هذا الحق الى الوارث بالحالة التى كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فاذا مات المورث قبل أن يتخذ أى اجراء من اجراءات الأخذ بالشفعة ، فلن يعلن رغبته ، كان للوارث أن يعلن الرغبة في الميعاد المحدد لذلك مادام أن هذا الميعاد لم ينته بعد واذا كان المورث قد باشر بعض الاجراءات ، فعلى الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا ويباشر هو الاجراءات (١٧) . والملاحظة الأولية على أنصار هذا الاتجاه أنهم كانوا متأثرين بما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في هذا الشأن ، من حيث توريث الشفعة ، وكان من الأخرى بهم تمحيص هذا القضاء وبيان ما ينبغى أن يكون طبعا لأحكام القانون الوضعى .

الاتجاه الثانى : الشفعة لا تورث (١٨) :

يذهب أنصار هذا الاتجاه الى أن موت الشفيع قبل الأخذ بالشفعة يؤدى الى سقوطها ، ومن ثم ، فانها لا تنتقل الى ورثته ، ويسند أنصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم الى عدد من الحجج القوية منها :

١ - ان المشرع المصرى قد عرف الشفعة في المادة ٩٣٥ من التقنين المدنى الحالى بأنها رخصة وليست حقا ، وهذا يدل على ترجيحه لاتجاه

(١٧) منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧ .

(١٨) من أنصار هذا الاتجاه : محمد على عرفة ، فقرة ٣٦ ، عبد المنعم

البدرراوى : فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢ ، اسماعيل غانم ، ص ٩٢ ، حسن

كيرة : ص ٢٥ ، عبد الباقي : ص ٣٦٢ ، السنهورى : ص ٤٦٧ .

المذهب الحنفى فى تكليف الشفعة بأنها ارادة ومشئئة وهى بهذه المثابة لا يمكن القول بانتقالها الى الورثة (١٩) .

٢ - أن من شروط الشفعة طبقا لما تقتضيه الحكمة منها ، أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه ، وأن تستمر ملكيته الى حين الحكم له بالشفعة . ووارث الشفيع لم يكن مالكا للعقار وقت البيع ، وبالتالي لا يمكن له أن يأخذ بالشفعة لأن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى فى الأخذ بالشفعة (٢٠) .

٣ - ان اسقاط الحق فى الشفعة بموت الشفيع يتمشى مع اتجاه المشرع فى التقنين المدنى الحالى الى التضييق فيها (٢١) . وهذه هى الفكرة التى سادت نصوص الشفعة فى هذا التقنين . من ناحية أخرى، فان أنصار هذا الاتجاه مختلفون حول مدى سقوط الشفعة بموت الشفيع .

فبينما يرى البعض أن موت الشفيع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ولو طرأت الوفاة بعد اعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أو بعد رفع الدعوى (٢٢) ، فان البعض الآخر لا يسلم بذلك ، ويرى أن

(١٩) محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكية : ج٢ سنة ١٩٥٥ ،
فقرة ٣٦ .

(٢٠) اسماعيل غانم ، مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية ، ج٢ سنة ١٩٥٨ ص ٩٢ ، عبد المنعم البدر اوى ، فى الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢ ، حسن كيرة ، فى مصادر الحقوق العينية الأصلية ، مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٤٦ ص ٢٥ .

(٢١) اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٢٢) اسماعيل غانم : الموضع السابق .

الرخص تتأكد باستعمالها ، فاذا طرأت الوفاة بعد اعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، أو بعد رفعه الدعوى ، فان الشفعة تصير حقا للشفيع ، وهذا الحق هو حق مالى ، أى أن الشفعة تصبح جزءا من ذمته وتنتقل بالتالى الى ورثته مع أموال التركة الأخرى (٢٣) .

وهذا الرأى الأخير هو الجدير بالتأييد فى نظرنا ، لأنه يتفق من ناحية مع المبادئ القانونية المسلمة فى قانوننا المدنى ، من حيث عدم توارث الرخص للضيقة بشخصية أصحابها ، ولكن من اللحظة التى تتأكد فيها هذه الرخصة بعمل خارجى كاعلان الرغبة ، أو رفع دعوى المطالبة ، فانها تصبح ذات قيمة مالية ، وتنتقل بالميراث ومن ناحية أخرى ، فان هذا الرأى يتفق مع الرواية الثانية عن الامام أحمد بن حنبل كما رأينا من قبل .

ولعل أدق التحليلات للشفعة فى هذا المجال هو ما قال به الاستاذ الكبير السنهورى (٢٤) .

فيرى هذا الفقيه الكبير أن الشفعة اذا كانت رخصة أو سببا من أسباب كسب الملكية وليست حقا ، فانها واقعة مادية مركبة un fait juridique complexe اقترن فيها الشيوخ أو الجوار أو الصنة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه ، وهذه بالنسبة الى الشفيع واقعة مادية أخرى ، باعلان الشفيع ارادته فى الأخذ بالشفعة،

(٢٣) حسن كيرة ، المرجع السابق : ص ٢٥ ، محبد على عرفة فقرة

• ٣٦.

(٢٤) السنهورى : بند ١٦٢ ص ٤٤٧ وما بعدها .

وهذا تصرف قانونى صادر من جانب واحد • فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى ، وبالتالي يمكن ادخال الشفعة فى نطاق الواقعة المادية (٢٥) ، فمن كان شريكا مشتاعا فى عقار أو جارا مالكا لعقار وبيعت حصة شائعة فى العقار أو بيع عقار مجاور للعقار الذى يملكه ، تهيأ له بذلك مركز قانونى يستطيع به أن يشفع بارادته المنفردة فى الحصة الشائعة أو العقار المجاور ، وهذه هى الشفعة التى نحن بصدددها •

فالشفعة ، اذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تنتهيا أسبابه للشفيع ، فيكون شريكا مشتاعا فى عقار أو مالكا لعقار ، وتباع حصة شائعة فى العقار أو يباع عقار مجاور للعقار الذى يملكه • وهنا ينشأ المركز القانونى ، ويكون للشفيع رخصة فى أن يتملك العقار المشفوع • ولذلك جاء نص المادة ٩٣٥ مدنى مقررا أن الشفعة « رخصة » فالرخصة تتولد اذن بقيام المركز القانونى • وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق فى أن يتملك العقار المشفوع فيه بارادته المنفردة وذلك بأن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة (٢٦) •

ومع ذلك ، فان استاذنا الكبير السنهورى يرى أن الأدق أن يقال أن هذا المركز القانونى لا يتولد عنه مجرد رخصة فى التملك ، بل يتولد عنه حق الشخص فى أن يتملك • وذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة فى التملك والحق فى التملك ، وهى حق الشخص أن يتملك هذه المنزلة أعلى من الرخصة وأدنى من الحق ، فحق التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثانى حق ، وما بينهما منزلة وسطى هى حق الشخص

(٢٥) السنهورى : ص ٤٤٨ بند ١٦٢ •

(٢٦) السنهورى : بند ١٦٢ ص ٤٥٠ •

في أن يمتلك (٢٧) . وتعرف هذه المنزلة الوسطى بأنها « مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث أثرا قانونيا بمحض ارادته » (٢٨) .

حاصل القول أن الشفعة تخول للشفيع الحق في أن يمتلك العقار المشفوع فيه بارادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك الا بقيام مركز قانوني تنتهيا أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ليس حق الملك ، بل الحق في أن يمتلك . فاذا أعلن ارادته في الأخذ بالشفعة ، وهذه ارادة منفردة، أى تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيمتلك العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه في أن يمتلك هذا العقار الى حقه في ملكيته ، وذلك عن طريق حلولة محل المشتري (٢٩) .

وسواء أكانت الشفعة رخصة أم منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، ومات الشفيع بعد المبيع وقبل اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فانها لا تنتقل الى ورثته ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا الى الورثة (٣٠) .

أما اذا كان الشفيع قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، فهنا تكون

(٢٧) ومن أمثلة ذلك ، الوجه اليه الاجاب ببيع شئ معين ، يكون له أيضا الحق في أن يمتلك ، أى تلك المنزلة الوسطى بين الرخصة في التملك ، وحق الملك . انظر السنهورى ، مصادر الحق في الفقه الاسلامى : ج ١ ص ٤ - ٨ .

(٢٨) فون تور von tuhur ، أشار اليه في السنهورى ، بند ١٦٢ ص ٤٤٩ .

(٢٩) السنهورى ، بند ١٦٢ ص ٤٥١ .

(٣٠) السنهورى ، بند ١٦٢ ص ٤٦٩ .

قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل باعلان هذه الرغبة محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا مع البائع .
فاذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه ، الى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا في اجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم ثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها (٣١) .

هذه هي اذن آراء شراح القانون الوضعى المعاصر ، وهى وان كانت منقسمة كما رأينا الى اتجاهين الا أن من الواضح أن الاتجاه الراجح هو القائل بعدم توريث الشفعة اذا مات الشفيع قبل اعلان رغبته فى الأخذ بها ، لأن هذا الرأى هو الأكثر اتفاقا مع طبيعة الشفعة فى قانوننا الوضعى ، الذى يعالجها باعتبارها رخصة وليست حقا .
فما هو الاتجاه الذى استقرت عليه أحكام قضائنا المصرى فى هذا الشأن وما مدى اتفاق ذلك مع طبيعة الشفعة فى القانون المصرى ؟ هذا ما سوف نتناوله فى الفقرة التالية .

السند الثالث : ما استقرت عليه احكام القضاء المصرى :

٦ - نرى من المناسب قبل أن نحلل قضائنا المصرى فى خصوص انتقال الشفعة الى ورثة الشفيع ، أن نفرق بين عدة أحوال لهذا الانتقال ، حيث أن هذا التمييز هو الذى يساعد على ادراك أحكام قضائنا المصرى :

الحالة الاولى : اذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فان ملكية العقار المشفوع به تنتقل الى ورثته ويكون لهم الأخذ بالشفعة ، ليس بطريق الاستخلاف من المورث ، بل بطريق الأصالة

(٣١) السنهورى : ص ٤٦٨ .

عن أنفسهم ، اذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع الا بعد أن انتقلت اليهم ملكية العقار المشفوع به .

الحالة الثانية : اذا مات الشفيح بعد أن يكون قد استعمل حقه في الشفعة ، بأن يكون قد أعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته ، أو أن يكون قد رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فان حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت ، وينتقل هذا الحق الى ورثته بطريق الاستخلاف .

الحالة الثالثة : اذا مات الشفيح بعد بيع العقار المشفوع فيه ، وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، فان سقوط امكانية الأخذ بالشفعة ، أو بقائها وانتقالها الى ورثته ، تمثل الحالة التي أثارت خلاف الفقه كما رأينا ، كما اختلفت بشأنها أحكام القضاء كما سوف نرى . ومن المفيد التمييز ، في عرضنا لهذا القضاء ، بشأن انتقال الشفعة بالميراث ، بين مرحلتين : الأولى سابقة على انشاء محكمة النقض والثانية لاحقة على ذلك .

المرحلة الأولى : قبل انشاء محكمة النقض :

٧ - في ظل التقنين المدني القديم ، وقبل انشاء محكمة النقض انقسمت الأحكام بشأن توريث أو عدم توريث الشفعة بوفاء الشفيح . فذهب العديد من الأحكام الى أن الشفعة لا تورث (٣٢) ، كما

(٣٢) أسيوط الكلية : ١٩١٨/٢/٣ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٣ ص ١٦٣ ، الاسكندرية الكلية : ١٩٢٦/١١/١٢ المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ ، شبين الكوم الجزئية : ١٩٢٨/١١/٢٢ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ ، استئناف مختلط ١٩٢٣/١/١٦ م ٣٥ ص ١٥٤ ، ١٩٣٨/١/١١ م ٥٠ ص ٩١ ، ١٩٤٥/٣/٦ م ٥٧ ص ٧٩ .

ذهبت أحكام أخرى الى أن الشفعة تنتقل بالميراث (٣٣) . ثم توجت هذه المرحلة بالحكم الصادر من الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر في مايو سنة ١٩٣٠ ، والذي قررت فيه أن الشفعة لا تورث (٣٤) .

ولعل من الهام أن نعرض هنا لحيثيات هذا الحكم التي تعتبر ذات مغزى واضح في الموضوع محل البحث .

وفي هذا الشأن تقول المحكمة : « حيث ان المسألة المطلوب الفصل فيها هي ما اذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو الرضاء ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه . وحيث أن قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الاسلامية ، فقد وجب الرجوع اليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث أن الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن . وحيث أن هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائي لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من نزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائما باب الشفعة عند باب الغضب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد عمدوا الى تخفيف وطأته بالتشدد في شروطه والتوسع في مسقطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد علمه بالمبيع يجب عليه أن يعلن فورا رغبته في الأخذ

(٣٣) مصر الكلية ١٩٠٢/٤/١٩ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ ، استئناف

وطنى ١٩٠٢/١٢/١٦ المصاكم ١٣ رقم ٥١٣ ، ص ٢٨٦٤ ،

١٩١٢/١/٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ .

(٣٤) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ١٩٣٠/٥/٣ المجموعة ٣١ رقم

٦١ ص ١٧٢ ، المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ .

بالشفعة ويشهد على رغبته هذه ، وحيث ان الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو الرضاء حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشية أو بعبارة علماء القانون simple faculté وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لاصق بشخص الشفيع ولا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث أنه من جهة أخرى ، فإنه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة . فاذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل اليه الملك لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقته . وبناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع . وحيث أن هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث أنه وان كان الشافعي ومالك يقولان بالارث في الشفعة ، الا أن مذهب امام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقف وعندما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصلي في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ عنه أحكام الشفعة في مجموعها ، حيث خول حق الشفعة للجار وللشريك مطلقا طبقا لهذا المذهب ، خلافا لمذهب الشافعي ومالك اللذين لا يخولانه ، الا للشريك فقط في حالة ما اذا كان العقار لا يقبل

القسمة • وحيث أنه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات للقول أنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون اجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل اليه ، فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بالألا ينتقل حق الشفعة الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى » •

وفي رأينا فان محكمة استئناف مصر وان كانت قد أصابت تماما عندما قررت أن الشفعة لا تورث ، الا أنها قد أفرطت في هذا الحكم بما يخرج به على القواعد القانونية العامة في القانون المصرى •

فمن ناحية أولى ، أعتبرت أن المذهب الحنفى دون غيره من المذاهب الاسلامية هو المعول عليه في هذا المجال • والصحيح هو الأخذ بأى من المذاهب الاسلامية ، دون التقييد بواحد منها ، مادام متوائما والقواعد القانونية المنظمة للحالة المعروضة •

ومن ناحية ثانية ، فان قول المحكمة أن الشفعة لا تنتقل بالميراث ، ولو كان قد رفع بشأنها دعوى في حياة المورث ، هو أيضا قول غير صحيح • لأن رفع الدعوى يجعل للشفيع حقا يندرج ضمن عناصر ذمته التى تنتقل بوفاته الى ورثته (٣٥) •

(٣٥) أنظر في هذا المعنى : محمد على عرفة ، المرجع السابق : فقرة ٣٦٠ الذى يقول : « وذلك اننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها ، فاذا ما البست الرخصة ثوب الدعوى فانها تتحقق نهائيا أى تنقلب الى حق » •

وفيما عدا هذين الأخذين ، فإن حكم محكمة استئناف مصر قد أقام تأسيسا سليما لعدم انتقال الشفعة باليراث الى ورثة الشفيع .

المرحلة الثانية : بعد انشاء محكمة النقض :

٨ - بصفة عامة ، يمكن القول بأن محكمة النقض قد اتجهت بعد انشائها الى تبني رأى معارض لذلك الذى انتهت اليه من قبل الدوائر المجتمعة لحكمة استئناف مصر . فقد قررت في عدة أحكام متوالية لها أن الشفعة تنتقل باليراث . ومع ذلك فإن من المفيد في هذا الشأن التمييز بين قضاء هذه المحكمة منذ انشائها وحتى حكم ١٦/٢/١٩٨٤ ، ثم هذا الحكم الأخير ، حيث نلاحظ اختلافا جوهريا بين هذا الحكم وبين ما سبقه من أحكام .

(١) الأحكام السابقة على ١٦/٢/١٩٨٤ :

٩ - من الأحكام التي صدرت من محكمتنا العليا في هذا الشأن ما كان سابقا على القانون المدني الحالي ، ومنها ما كان لاحقا عليه . وكان أول حكم تصدره محكمة النقض المصرية عقب انشائها ، وفي ظل التفتين المدني القديم هو حكمها الصادر في ٨ من يونيو سنة ١٩٣٩ (٣٦) . وقد بسطت محكمة النقض في هذا الحكم معظم الأسانيد التي اعتمدها بعد ذلك في أحكامها اللاحقة للقول بانتقال الشفعة باليراث . وفي هذا الصدد تقول محكمتنا العليا :

« وحيث أن الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل فيها جميعا الانتقال للورثة ، الا ما كان

(٣٦) نقض منى ١/٦/١٩٣٩ مجموعة عدد ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ .

وفيما عدا هذين المأخذين ، فإن حكم محكمة استئناف مصر قد أقام تأسيسا سليما لعدم انتقال الشفعة بالميراث الى ورثة الشفيع .

المرحلة الثانية : بعد انشاء محكمة النقض :

٨ - بصفة عامة ، يمكن القول بأن محكمة النقض قد اتجهت بعد انشائها الى تبني رأى معارض لذلك الذى انتهت اليه من قبل الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر . فقد قررت في عدة أحكام متوالية لها أن الشفعة تنتقل بالميراث . ومع ذلك فإن من المفيد في هذا الشأن التمييز بين قضاء هذه المحكمة منذ انشائها وحتى حكم ١٦/٢/١٩٨٤ ، ثم هذا الحكم الأخير ، حيث نلاحظ اختلافا جوهريا بين هذا الحكم وبين ما سبقه من أحكام .

(١) الأحكام السابقة على ١٦/٢/١٩٨٤ :

٩ - من الأحكام التى صدرت من محكمتنا العليا في هذا الشأن ما كان سابقا على القانون المدنى الحالى ، ومنها ما كان لاحقا عليه . وكان أول حكم تصدره محكمة النقض المصرية عقب انشائها ، وفي ظل التقنين المدنى القديم هو حكمها الصادر في ٨ من يونيو سنة ١٩٣٩ (٣٦) . وقد بسطت محكمة النقض في هذا الحكم معظم الأسانيد التى اعتمدها بعد ذلك في أحكامها اللاحقة للقول بانتقال الشفعة بالميراث . وفي هذا الصدد تقول محكمتنا العليا :

« وحيث أن الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل فيها جميعا الانتقال للورثة ، الا ما كان

(٣٦) نقض مدنى ١٩٣٩/٦/٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ .

خاصا بذات صاحب الخيار فيسقط بالوت • وكما خلا القانون المسمى من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثي وخيار الدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم الشفع ائنتقل للورثة أو لا ينتقل • فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا الى ورثة صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل •

وحيث أن الأصل ، كذلك في الشريعة الاسلامية — على مذهب جمهور الفقهاء — هو أن تورث الحقوق والأموال الا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال • أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق ، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا فلورثته ، الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالأموال فموضوع الخلاف بين الأئمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا • فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون الى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف الرجوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذي ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل اليهم عين التصقت بها حقوق • ففي خيار العيب وخيار فوات الوصف السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله • أما خيار الشفعة فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاحقا بها بل هو راجع لحض ارادة الشفع ، فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فهو لا ينتقل الى الوراث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال • أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات والخيارات قررت كما قررت الأموال الا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الأب في رد هبته ، فلا يورث لأنه خيار

راجع الى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة فسبب خلافهم اذن في خيار خيار ، على ما يتوله الامام ابن رشد ، أنه من انتدح له في شيء منها أنه صفة للمعد ورثه ، ومن انتدح له أنه صفة خاصة لذي الخيار لم يورثه . وحيث أن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق الى الورثة هو الذي يلائم مذهب القانون المرى فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق الجردة والنسافع والخيارات والزاعم والدعاوى وآجال الديون ، فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد موته الى ورثته ميراثا عنه .

والمنافع الملوكه لشخص اذا مات قبل استيفائها يحلقه ورثته فيما بقى منها ، ولهذا لا تنتسخ الاجارة بموت المستأجر أو الوأجر في أثناء الادة ، ومتى أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الأحياء ، وكان ذلك قبل مضي ثلاث سنين حل وارثه محله في اختصاصه بها وأولويته باحيائها ، واذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة الى يد وارثه ، وانتقل معها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح في مذهب أبى حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله الى الورثة كراى جمهور أوئك الفقهاء والأئمة » .

والملاحظة الجوهرية على هذا الحكم أنه يفصل في مسألة انتقال الشفعة بالبراث وذلك بعد أن كان الشفيع قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل وفاته ، كما تبثت ذلك وقائع الدعوى . ولذلك ، فان

ما أشار اليه من قياس على توريث « الأموال بالحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون » ، يكون صحيحا . لأنه بعد اعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، ومن باب أولى بعد رفعه الدعوى بها ، تتأكد هذه الرخصة ، ويتولد الحق المالى الذى ينتقل الى ورثته عقب وفاته ولهذا ، فان ما انتهى اليه هذا الحكم من نتيجة مؤداها انتقال هذا الحق فى الشفعة الى ورثة الشفيع يكون صحيحا . ولكن الحكم يختلف اختلافا بينا اذا كان المورث قد مات قبل اعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، حيث لن تتجاوز هذه الأخيرة حينئذ ، مجرد الرأى أو المشيئة ، وكلاهما يسقط بموت صاحبها .

وتصدق هذه الملاحظة أيضا على الأحكام التى صدرت فيما بعد من محكمة النقض ، ونذكر منها : حكم النقض الصادر فى ١٩٤٦/١/٣١ والحكم الصادر فى ١٩٥٧/٣/٧ ، والحكم الصادر فى ١٩٨١/٢/٢٤ وقد جاء فى الحكم الأول ما يأتى (٣٧) :

« ان كون الشريعة الاسلامية هى مصدر تشريع الشفعة ، لا يوجب التقيد بأراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالارث أولا ينتقل . وحيث أن كون الشيء ما لا ينتقل من الشخص الى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل ، هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات ..

وحيث أن المال فى اصطلاح القانون هو كل شىء نافع للانسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شىئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شىئا معنويا كالحقوق

(٣٧) نقض مدنى ١٩٤٦/١/٣١ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ .

التي لا تدرك الا بالتصور والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقوم وقابلية الاستئثار فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولاً بأنه مجرد خيار مردود الى مشيئة الشفيح ورغبته ، وأنه متصل بشخصه ولا تعلق له بالعين المشفوعة ، فهو زعم لا يستقيم في ظل أحكام القانون الوضعي الذي جعل اعلان الشفيح ورغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الاعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيني قبله المشتري واكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيح ، مما لا يمكن معه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيح ولا تعلق له بالمال » .

يبدو من وقائع هذا الحكم أيضا أن موت الشفيح كان لاحقاً على اعلان ورغبته في الأخذ بالشفعة . وقد ذكرنا من قبل أن انتقال الشفعة في هذه الحالة الى ورثة الشفيح يتفق وحكم القواعد العامة .

ومع ذلك ، فإنه لما يؤخذ على هذا الحكم أنه قد أتى بصيغة عامة، وغير دقيقة ، أخذت عنه فيما بعد بصورة تكاد أن تكون حرفية وذلك فيما تلاه من أحكام ، حيث قرر أن « الاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقوم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا » . وهذا خلط ظاهر بين الحق وسببه فالاستشفاع سبب لاكتساب حق ، وليس هو ذات الحق ، وبذلك فإن ما تقول به محكمنا العليا هنا يتعارض تماما مع طبيعة الشفعة كسبب لكسب الحق ، وكرخصة ، وليست حقا . واذا كان ذلك مما يمكن الاختلاف بشأنه قبل صدور التقنين المدني الحالي عام ١٩٤٨ ، الذي قرر في المادة ٩٣٥ منه

أن الشفعة رخصة ، فانه لما يؤسف له أن تأتي الأحكام التالية (٣٨)
لمحكمة النقض وتستعير من هذا الحكم هذه الصيغة غير الدقيقة دون
أن تتنبه لدى تعارضها مع هذا النص القانوني .

ومن هذه الأحكام الأخيرة حكم النقض الصادر في ٢٤ من فبراير
سنة ١٩٨١ (٣٩) ، حيث نجد أن المورثة كانت قد أعلنت رغبتها في الأخذ
بالشفعة قبل وفاتها ، ثم تابعت الورثة اجراءات الشفعة ، باعتبارها
خلفا لمورثها . وقد أعلنت محكمة النقض هنا أيضا « أن من المقرر في
قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة من الحقوق التي يجرى فيها التوارث،
وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث اذا انفرد به ، ولهم جميعا
اذا اجتمعوا عليه » .

وهذا الحكم الأخير يأخذ بنفس منهج حكم النقض الصادر في ٣١
يناير سنة ١٩٤٦ ، والحكم الصادر في السابع من مارس سنة ١٩٥٧ ،
وان كان يقرر صراحة أن الشفعة حق ينتقل بالميراث . وهذا القول
يتعارض تماما مع المادة ٩٣٥ مدني التي تقول أن الشفعة رخصة .
وبالتالي لا يمكن التسليم بما تقول به محكمتنا العليا الا اذا كانت ترى
أن الحق والرخصة مترادفين .

وبالرغم من كل ذلك ، فان النتيجة التي انتهت اليها هذه الأحكام

(٣٨) من هذه الأحكام :

- نقض مدني ١٩٥٧/٣/٧ ، م.م.ف ، س ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .
- نقض مدني ١٩٧٥/٦/١ ، م.م.ف ، س ٢٦ ص ١١٣٧ .
- نقض مدني ١٩٧٥/١١/٢٦ ، م.م.ف ، س ٢٦ ص ١٤٨٢ .
- نقض مدني ١٩٧٥/١١/٢٧ ، م.م.ف ، س ٢٦ ص ١٥١٥ .
- نقض مدني ١٩٧٩/١٢/١٣ ، م.م.ف ، س ٣٠ ، ٣٤ ص ٢٦١ .
- (٣٩) نقض مدني ١٩٨١/٢/٢٤ ، طعن رقم ٩٠٣ سنة ٥ ق ، غير منشور .

السابقة لا تتعارض والقواعد القانونية ، حيث ثبت من وقائع الدعوى في كل منها أن الشفيع لم يمت الا بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، بل وبعد أن رفع الدعوى بها ، في بعض منها • وبالتالي فان هذه الأحكام السابقة تكون صحيحة في نتائجها ، وان أسبابها بعض التصور في التسبيب •

(ب) تقرير حكم النقض الصادر في ١٦/٢/١٩٨٤ :

١٠ - اذا كان هذا هو شأن الأحكام السابقة على حكم النقض الصادر في ١٦ من فبراير سنة ١٩٨٤ ، فمأذا بشأن هذا الأخير ؟ طبقا لوقائع الدعوى الصادر فيها هذا الحكم ، فان وفاة الشفيع قد وقعت بعد ابرام عقد بيع العقار المشفوع ، وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة • وبالرغم من ذلك ، فقد رأينا أن محكمة النقض تستند الى قضائها السابق والذي عرضنا له من قبل ، وتتقضى بأن « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشفعة من الحقوق التي يجرى فيها التوارث ، فان توفي صاحبه قبل استعماله انتقل الى ورثته » •

والجديد في هذا الحكم أنه يقرر صراحة أن الشفعة ينتقل الى ورثة الشفيع متى توفي هذا الأخير حتى قبل استعماله •

فمحکمتنا العليا تكيف الشفعة هنا على أنها حق ، حتى في الفترة السابقة على اعلان الرغبة ، من قبل الشفيع ، في الأخذ بالشفعة ، وهذا يتعارض تعارضا مريحا مع نص المادة ٩٣٥ مدني •

ولقد ربيت على ذلك القول بانقلابها الى ورثة الشفيع ولو توفي قبل اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة • وحيث أن هذا القول الأخير يعتبر نتيجة للتكيف السابق ، فانه يعد بدوره غير صحيح قانونا •

أخيرا ، فإنه اذا ما حاولنا تقييم هذا الحكم في ضوء ما أثير اليه من الأسانيد الثلاثة السابقة ، أمكننا أن نسجل عليه الملاحظات الآتية :

من ناحية أولى ، بالنسبة للمذاهب الاسلامية ، فلقد رأينا أنها منقسمة بحدود هذه المسألة . وأن أقر بها الى مبادئ القانون الوضعي مما المذهبين الحنفي والحنبلي ، في الرواية الثانية عن الامام أحمد . بل ان رأى هذا الأخير هو الأكثر اتفاقا مع مبادئ القانون الوضعي حيث يرى أنه « اذا طالب بالشفعة ، ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة . . . لأن الحق يتتر بالطلب ، وذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط » .

وبالتالى ، فان استناد محكمة النقض الى ما يقول به المذهبين المالكي والشافعي يعتبر استنادا غير موفق ، وغير دقيق .

من ناحية ثانية ، فان اتجاه فقه القانون الوضعي المعاصر لا يشهد بشيء لهذا القضاء . فاذا كان المقصود بهذا الفقه مذهب واتجاه القانون الوضعي ، فقد بان لنا بجلاء أن المشرع المصري قد عرف الشفعة بأنها رخصة (م ٩٣٥ مدني) ، ثم لم يقبل أن يورد نصا يقرر انتقالها باليراث ، الأمر الذي يمكن الجزم معه بأن المشرع المصري لا يرى توريث الشفعة قبل استعمالها .

وإذا كان المقصود بهذا الفقه هو آراء شراح القانون الوضعي المعاصر ، فهم منقسمون ، وليس من اليسير ترجيح رأى على آخر ، الا أن رأى ذلك الفريق منهم القائل بعدم توريث الشفعة هو الذي يتفق ونص المادة ٩٣٥ مدني ، كما يتواءم واتجاه المشرع المصري الى التضييق من نطاق الأخذ بالشفعة .

أخيرا ، فلقد وجدنا أن الاستناد الى القضاء السابق على حكم
١٦ من فبراير سنة ١٩٨٤ ، غير مجد كسند لهذا الحكم الأخير . حيث
كانت الوقائع تشهد دائما بأن الشفيح قد أعلن عن رغبته في الأخذ
بالشفعة ، أو رفع بشأنها دعوى قبل وفاته .

وبناء على ذلك ، نرى أنه يجدر بمحکمتنا العليا أن تعدل عن هذا
الاتجاه الأخير ، ولا تحكم بتوريث الشفعة الا متى ثبت أن الشفيح
كان قد مارس هذه الرخصة بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل وفاته ،
والا سقطت باعتبارها حينئذ ، رأى أو مشيئة مرتبطة بشخصية صاحبها .

وهذا الحل فضلا عن اتفاقه مع المبادئ القانونية الثابتة في
قانوننا الوضعي ، فإنه يجد سندا له فيما روى عن الامام أحمد بن حنبل،
وفي أحكام القضاء المصري .