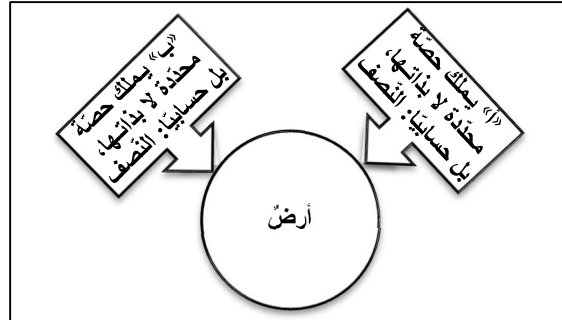


2.2.1/ الشفعة

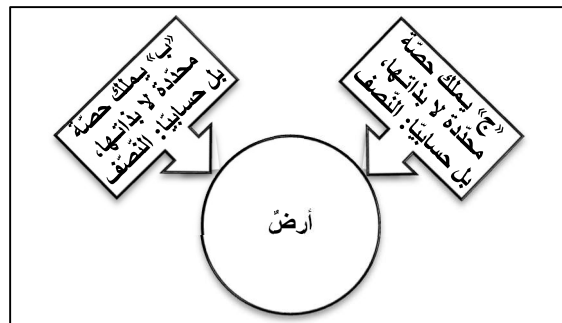
125 تعريف الشفعة - أساسها - تقسيم البحث فيها ◇ للشفعة معنيان: معنى لغويّ وضعي هو الزيادة والضّم⁽¹⁾، ومعنى لغويّ عربيّ. هذا المعنى تبناه الفصل 103 من مجلة الحقوق العينية حين قال: "الشفعة حلول الشريك محلّ المشتري في التملك بمبيع شريكه [...]" (هذا المعنى مختلف عن اللغويّ الوضعي، لأنّه ضمّ مخصوص).
بتعبير مغاير:

«أ» و «ب» يشتركان في ملكيّة أرض (أي أنّ كلّ واحد منهما يملك حصّة في الأرض غير محدّدة بذاتها بل محدّدة حسابيّاً، كأن تكون ممثّلة لنصف الأرض أو ربعها أو نحو ذلك).
«أ» يبيع منابه من الأرض لـ «ج». الشفعة لـ «ب» هي أن يأخذ مكان «ج»⁽²⁾.

(1) الشفعة "مأخوذة من الفعل شفع، وهو يُطلق بإطلاقين. فيُطلق بمعنى ضمّ، ومنه الشفع بمعنى الزّوج، لأنّ كلّ واحد ضمّ إلى الآخر. ويُطلق بمعنى زاد، ومنه شاة شافع إذا كان معها ولدها، لأنّه زادها. والشفعة يصحّ أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى ضمّ لأنّ الشّفع يضمّ العقار المبيع إلى ملكه. ويصحّ أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى زاد، لأنّه يزيد ملكه بسبب الشفعة".
(2)



«أ» يبيع حصّته المشاعة (هي مشاعة لأنّها ليست محدّدة بذاتها) إلى «ج»:



إذا مارس «ب» الشفعة، فسيأخذ مكان «ج» في عقد البيع:

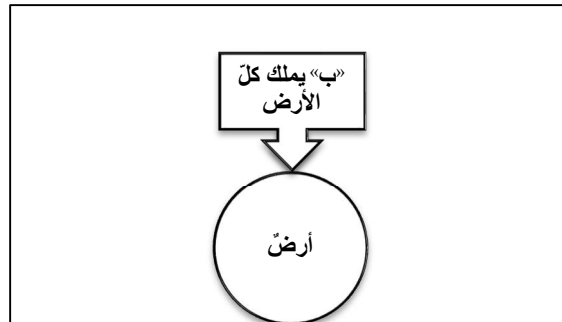
ويسمى «ب» شفيعا، ويسمى «ج» مشفوعا منه، وتسمى الحصّة المبعة مشفوعا فيه (أو مشفوعا)، أما حصّة الشّفيّع فتسمى المشفوع به.

مّا جاء الآن يظهر أنّ الشّفّعة تمثّل قيدا على حقّ المشتري «ج» في التّصرّف القانوني⁽³⁾. فهذا، وبعد أن صار مالكا، سيُضطرّ لأن يترك المملكيّة للشّفيّع «ب».

ويمكن تقديم تحليل آخر، والقول إنّ الشّفّعة تمثّل قيدا على حقّ البائع «أ» في التّصرّف القانوني لفائدة شخص معيّن⁽⁴⁾. فهذا البائع اختار أجنبيا - هو «ج» - كمشتري، وبمقتضى الشّفّعة سنضع شريكه «ب» محلّ من أراده طرفا مقابلا في البيع.

فإذا نظرنا الآن إلى الشّفّعة من زاوية من يتمتّع بها، قلنا إنّها حقّ، إذا عرفنا الحقّ بأنّه إمكانية الفعل وعدم الفعل في الوقت نفسه المعترف بها والحميّة من القانون (وعلى كلّ أسمى الفصل 525 من مجلّة الالتزامات والعقود الشّفّعة حقّا حين قال: "ذكر بعض ما لا يتجرأ كذكر كلّ، فبعض التنازل عن حقّ الشّفّعة ككلّه).

لكن ثمّ من يرفض عدّ الشّفّعة حقّا عينيا، وحجّته أنّ المشرّع أورد الحقوق العينية على سبيل الحصر، ولم يذكر الشّفّعة من بينها.



(3) قيدٌ على حقّ الدّخول وعدم الدّخول في التّصرّف القانوني؛ أي هي وجوب للتّصرّف.

(4) قيدٌ على اختيار فلان طرفا مقابلا في التّصرّف أو عدم اختياره.

بتعبير جامع:

للمرء حقّ أول: أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد.

فإذا اختار أن يتعاقد، فله حقّان:

حقّ أن يختار من شاء كطرف مقابل في العقد.

وحقّ أن يحدّد مضمون العقد.

وفي التحليل الأول، الشّفّعة تمسّ من الحقّ الأول. فإحلال الشّفيّع محلّ المشتري يؤدّي إلى نتيجة هي نفسها التي يؤدّي إليها إجبار المشتري

على أن يبيع للشّفيّع (لا ينقلب المشتري بائعا، بل كالبائع الذي يفقد المملكيّة مقابل ثمن).

وفي التحليل الثّاني حصل المساس بالحقّ الثّاني. فالبايع أُجبر على أن يكون معاقده هو الشّفيّع.

زيادة على ما سبق:

في التحليل الأول، نظرنا من زاوية المشتري.

وفي التحليل الثّاني، نظرنا من زاوية البائع.

وتمّ مسألة أخرى رأيناها: أنّ أحكام الشفّعة، وحسب الأعمال التحضيرية لمجلة الحقوق العينية، استقاهها المشرّع التونسي من الفقه الإسلامي⁽⁵⁾. لهذا الكلام تداعيات: فنصّ القانون التونسي قد نجده غامضا أو ناقصا، ممّا يستدعي الاستعانة، في عملية التّوضيح والإتمام، بالفقه الإسلامي.

والمصدر المتحدّث عنه هنا هو كما تقدّم الفقه الإسلامي. وفي هذا الفقه قيل عن الشفّعة: إنّ علّتها (الفاعلة) هي الشركة (الشركة وصف منضبط، أي وصف لا يتغيّر بتغيّر موضوعها أو أخلاق أطرافها). وإنّ علّتها (الغائية) والحكمة منها تجنّب الضرر المُحتَمَل من دخول أجنبيّ في الشركة (الضرر وصف غير منضبط، أي وصف يمكن أن يتحقّق ويمكن أن لا يتحقّق).

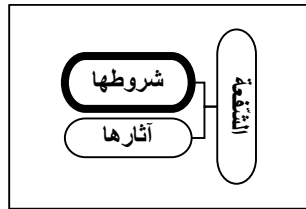
فإذا تركنا علّة الشفّعة (العلّة الفاعلة) والحكمة منها (العلّة الغائية) واهتممنا بأحكامها كما جاءت في مجلة الحقوق العينية، قلنا إنّ هذه الأحكام تتكوّن من الفصل 103 إلى الفصل 115، وتتوزّع على أربعة عناوين: شروط الشفّعة (الفصل 103 إلى الفصل 110)، وإجراءات الشفّعة (الفصل 111)، وآثار الشفّعة (الفصل 112 إلى 114)، وسقوط الشفّعة (الفصل 115). ولأنّ منهجية التعبير لا تقبل "التّربيع" وتصرّ على "الاثنيّة"، فإنّنا سنلحق الإجراءات والسقوط بالشروط ليبقى بعد ذلك عنوان ثان للآثار⁽⁶⁾.

2.2.1.1 / شروط الشفّعة

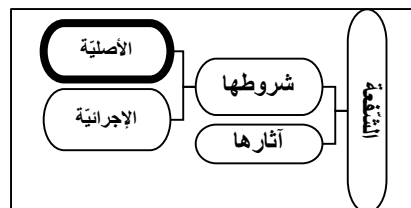
126 تقسيم البحث ◇ يمكن ردّ شروط الشفّعة إلى قسمين: أصلية وإجرائية⁽⁷⁾.

(5) لائحة مجلة الحقوق العينية، القضاء والتّشريع، 1964، ص 476 (عدد 6، محرم 1384 هـ / جوان 1964، ص 32).

(6)



(7)



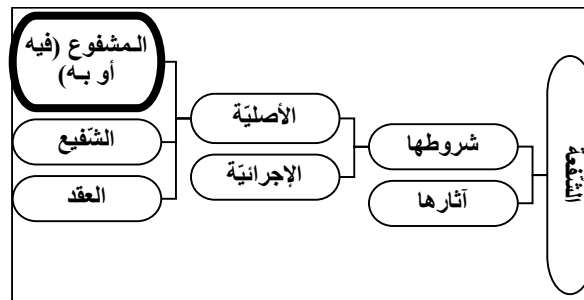
2.2.1.1.1 / الشّروط الأصليّة

127 تعداد الشّروط ◊ من يقرأ القانون يجد شروطا تتعلّق: أولاً بالمشفوع فيه والمشفوع به، وثانيا بالشفيع، وثالثا بالعقد الذي انتقل به المشفوع فيه⁽⁸⁾:

128 أولاً: الشّروط المتعلّق بالمشفوع (فيه أو به) ◊ تحدّث التّصوص عن المشفوع فيه مستعملة اسم الأرض (الفصل 104، إلخ) والدّار (الفصل 104) والعقّار (الفصل 109). وعليه فنحن أمام تخصيص باللقب (تخصيص ما له لقب العقّار، لأنّ الأرض عقّار، والدّار عقّار). والسّؤال ما حكم ما له اللقب النّقيض، أي ما حكم المنقول: هل يقبل الشّفعة؟•

إنّ التّعامل مع التّخصيص يتمّ بالمرور بالمراحل التي سبقت معنا: قصد المشرّع؛ فإن لم يوجد، فقياس الأولى؛ فإن لم يمكن، فقياس المثل؛ فإن تعذّر، فقياس العكس. وقد يمكن القول إنّ نية المشرّع - بسبب كونه قال إنّ أخذ أحكام الشّفعة من الفقه الإسلاميّ - تتمثّل في إعطاء المسكوت عنه في المجلّة الحكم الموجود في هذا الفقه. وقد يمكن القول أيضاً إنّ الرّاجح أن يكون الفقه ممّا وردت به مجلّة الأحكام الشرعيّة. فإذا قبل هذا الكلام، قلنا الشّفعة لا تكون في المنقول، لأنّ المادّة 927 من المجلّة المذكورة قالت: "الشّفعة تثبت في العقّار سواء أكان ينقسم أم لا". وقد يمكن الاكتفاء بحجّة السّلطة، أي بقول الفقه والقضاء التّونسيّ، ومفاده أن لا شفعة في المنقول بل في العقّار فحسب (مع استثناء السفينة عملاً بالفصل 21 م ت ب (مجلّة التّجارة البحريّة): «لكلّ شريك في ملكيّة السفينة أن يحيل للغير حصّته فيها دون إذن من بقيّة الشّركاء إلّا أنّ لهم الحقّ في طلب ضمّها إلى حصصهم خلال الخمسة عشر يوماً الموالية لإعلامهم بوقوع الإحالة [...]».).

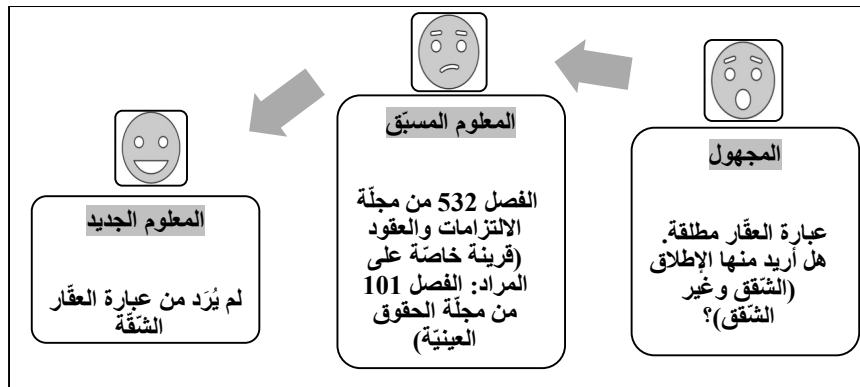
(8)



• هنا نحن أمام صورة فراغ وسكوت في القانون.

وعبارة العقار مطلقة* تشمل الشقق. لكنّ الفصل 101 قال إنّ المشفوع فيه لا يمكن أن يكون شقة⁽⁹⁾.
ثمّ إنّ عبارة العقار* تشمل – إذا قرأنا الفصل 115 – المسجل وغير المسجل؛ وداخل المسجل ما يخضع لمبدأ
المفعول المنشئ للتّرسيم⁽¹⁰⁾ وما لا يخضع لهذا المبدأ⁽¹¹⁾.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.
(9)



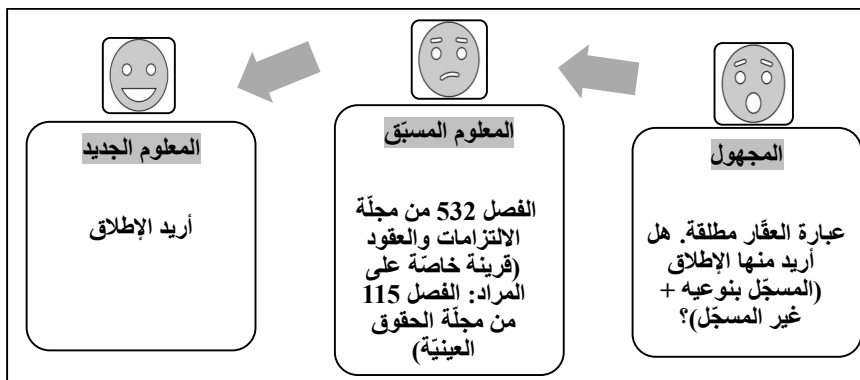
يمكن أن يكون المشفوع فيه جزءاً من شقة، لكن لا يمكن أن يكون شقة بأكملها. بعبارة أخرى: قد يملك شخصان على الشّيع شقة، فإذا
باع أحدهما لأجنبي، أمكن للآخر أن يشفع. لكن إذا كنّا أمام شقق في عمارة واحدة، فبيع أحد المالكين لشقته، لا يمكن مالك شقة أخرى
من أن يشفع (على مستوى الشقق في حد ذاتها، لا يوجد شيوخ بين هؤلاء المالكين. لكن ثمّ شيوخ على مستوى المصعد وأفنية العمارة والأرض
التي بنيت عليها ونحو ذلك).

• هنا نحن أمام مطلق ومن ثمّ أمام صورة غموض في القانون.

(10) العقارات المسجلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم هي:

إمّا عقارات رسوم ملكيتها محدثة تنفيذاً لأحكام بالتسجيل صادرة ابتداءً من دخول القانون عدد 30 المؤرخ في 20 أبريل 1998 حيّز التنفيذ؛
وإمّا عقارات رسومها محدثة طبق أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001.

ملاحظة: الرّسم المحيّن هو نقيض للرّسم المحمّد. والرّسم المحمّد هو الذي لا يطابق محتواه واقع العقار.
(11)



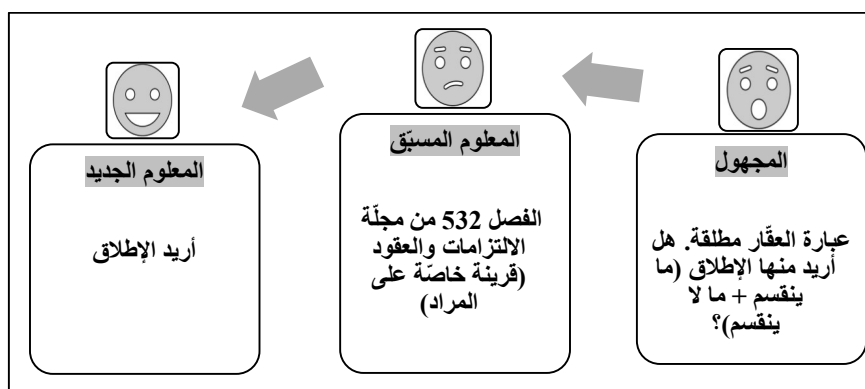
وتمّ إطلاق آخر* : فعبارة العقار تشمل ما ينقسم وما لا ينقسم. ويمكن القول – لكون الفقه الإسلامي يجري الشفعة في النوعين – إنّ المطلق هنا تمّ قرينة على أنّه أريد به الإطلاق⁽¹²⁾.

والشفعة في المناب المبيع تنسحب على الحقوق التابعة له. وإذا بيعت الحقوق التابعة دون الأصل جازت الشفعة فيها خاصة" (الفصل 105). ومن يبحث عن المقصود من الحقوق التابعة في هذا الفصل 105*، يمكنه قول ما يلي: نقل هذا الفصل محتوي الفصل 1242 من مجلة الالتزامات والعقود (وهو من النصوص التي ألغيت بدخول مجلة الحقوق العينية حيّر التنفيذ). ونقل الفصل 1242 محتوي الفصل 1422 من المشروع المراجع. مع هذا الفصل توجد حاشية جانبية تذكر محتوى البيتين 914 و915 من تحفة ابن عاصم. يقول البيتان:

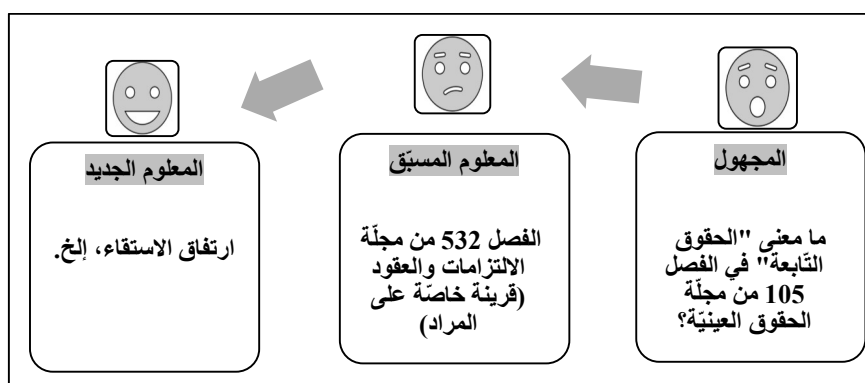
وَمَثَلُ بَيْرٍ وَكَفَحْلٍ النَّحْلِ تَدْخُلُ فِيهَا تَبَعًا لِلأَصْلِ
وَالْمَاءُ تَابِعٌ لَهَا فِيهِ الْحُكْمُ وَوَحْدَهُ إِنْ أَرْضُهُ لَمْ تُنْقَسَمِ

وهكذا إذا كنّا مثلاً أمام أرض لها ارتفاع استقاء من بئر، وإذا كان جزء من هذه الأرض مشفوعاً فيه، فالشفعة تشمل – إلى جانب جزء الأرض – ارتفاع الاستقاء⁽¹³⁾.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.
(12)



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.
(13)



هذا عن المشفوع فيه وعن وجوب أن يكون عقّارا وعن كونه يمتدّ إلى التّوابع، والسّؤال الآن: هل ينبغي أن يكون المشفوع به هو أيضا عقّارا؟ الجواب: نعم، فحتّى حين ننظر إلى الفصل 104 الذي مكّن صاحب الهواء من أن يشفع في الأرض المبيعة، سنقول إنّ المشفوع به هنا هو أيضا عقّار.

129 ثانيا: الشرط المتعلّق بالشّفع ◇ بعد المشفوع فيه والمشفوع به، يأتي الشرط المتعلّق بالشّفع. على هذا المستوى يقول الفصل 103: ينتفع بالشّفعة من له وصف "الشّريك"*. وحسب المنهجية، ينبغي البحث عن المعنى الوضعي لهذه العبارة، فالعربيّ، فالمراد. فإذا وصلنا إلى هذه المرحلة الثالثة، وجدنا عبارة على المراد تتمثّل فيما جاء في الفصل 104 القائل: "يعدّ شريكا على معنى الفصل السّابق: أولا: كلّ مالك أو وارث حصّة مشاعة من عقّار مشترك. ثانيا: مالك الهواء بالنّسبة للأرض المبيعة. ثالثا: مالك الأرض بالنّسبة لهوائها المبيع. رابعا: كلّ شريك في دار معدّة للسّكنى غير خاضعة لأحكام ملكيّة الطبّقات استقلّ بجزء منها دون بقيّتها".

وهكذا يوجد في الفصل 103 فرض، ويوجد في الفصل 104 تفسير لهذا الفرض. والصّورة الأولى في الفرض أساسها حالة الشّيع التي تجمع بين شخصين أو أكثر في ملكيّة عقّار. ومصدر الشّيع قد يكون الإرث؛ أو تصرّفًا قانونيًا منبعثًا عن إرادة واحدة؛ أو تصرّفًا متولّدًا عن إرادتين متقابلتين فأكثر، أي قد يكون عقدا.

أمّا الصّورة الثانية والثالثة من الفرض، فتهمّ الحالة التي ترتّب فيها حقّ هواء قبل منع التّعامل فيه. ومن ينظر إلى هاتين الصّورتين، يجد أنّنا لسنا أمام اشتراك: فمالك الهواء يملك الهواء، وليس شريكا لمالك الأرض في الأرض؛ ومالك الأرض يملك الأرض، وليس شريكا لمالك الهواء في الهواء. بتعبير واحد: من ينظر إلى الصّورتين، سيقول إنّ المشرّع في أحكام الشّفعة توسّع في مفهوم "الشّريك" وأدرج فيه ما لا يُعدّ شريكا وفق الأحكام الأخرى للقانون. بقيت الصّورة الرابعة، وهذه لا تختلف عن الأولى، فهي للدّار، والدّار عقّار، ومصدر الاشتراك فيها قد يكون العقد أو الميراث. بعبارة أخرى: كما أنّه وفي الصّورة الأولى كان يمكن محو عبارة الوارث لوجود عبارة المالك، فهنا كذلك كان يمكن محو "رابعا" لوجود "أولا".

وثمّ مسألة أخرى في الفصل 103: سكوته عن غير الشّريك. والسّؤال: هل تجوز له الشّفعة؟* جاء في الفصل 106: "لا شفعة للجار على جاره". هكذا يكون النّصّ قد نطق حول بعض ما سكت عنه الفصل 103. فالجار ليس شريكا، لكن من ليس شريكا يفيض عن الجار. وينبغي، فيما يخصّ من ليس شريكا وليس جارا، اتّباع قواعد

* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

* هنا، وكما قيل في المتن، نحن أمام صورة سكوت وفراغ في القانون.

المنهجية. فإذا فعلنا، قلنا — من خلال المصادر التي أخذت منها أحكام الشفعة — إنَّ غير الشريك وغير الجار لا شفعة له⁽¹⁴⁾.

وهكذا فالشفعة للشريك بالمعنى الوارد أعلاه للشريك. لكن قد يتعدّد الشركاء المطالبون بالشفعة. هنا جاء الفصل 109 وقال: "إذا تعدّد الشفعاء بالنسبة لعقّار واحد، تعيّن مراتبهم على الوجه الآتي: أولاً: مالك الأرض بالنسبة لمالك هوائها والعكس بالعكس. ثانياً: الورثة المشتركون في ميراث.

ثالثاً: المشتركون في الملك الشائع أو في الدار في الصّورة المنصوص عليها بالفصل 104. وبالنسبة للصّنفين الأخيرين، يُقدّم صاحب النّصيب الأوفر في العقّار. وإذا تساوت الأنصباء، تعيّن التّرتيب بالقرعة".

ومعنى هذا النّص*، حسب أحد المصنّفين، هو:

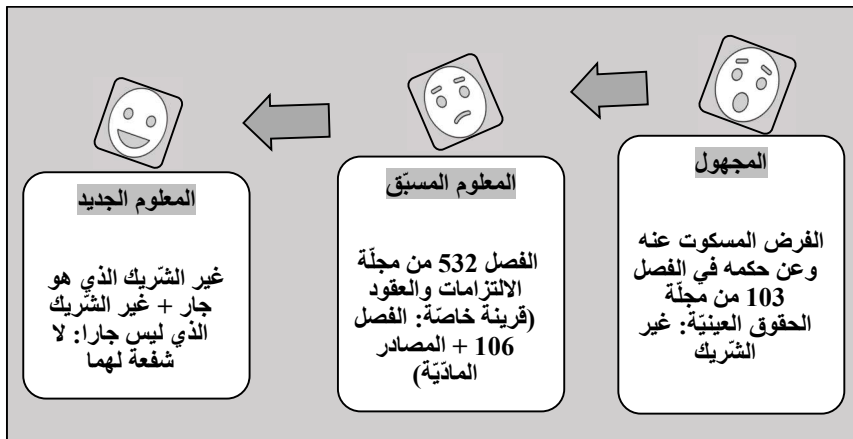
إذا كان «أ» و«ب» يملكان الأرض و«ج» يملك الهواء، وإذا باع «أ» لـ «د»، وإذا أراد «ب» أن يشفع وأراد «ج» بدوره أن يشفع، فهنا يقدّم «ب».

فإذا كان «أ» و«ب» يملكان الهواء و«ج» يملك الأرض، وإذا باع «أ» لـ «د»، وإذا أراد «ب» أن يشفع وأراد «ج» بدوره أن يشفع، فهنا يقدّم «ب».

وهكذا فالشريك في الأرض يقدّم على الشريك مالك الهواء، إذا كان المبيع هو الأرض. والشريك في الهواء يقدّم على الشريك مالك الأرض، إذا كان المبيع هو الهواء.

هذا عن أوّلا من الفصل 109. فإذا انتقلنا إلى ثانيا وثالثا، قلنا: إذا كان «أ» و«ب» و«ج» يملكون على الشّيع عقّارا (أرضاً، أو داراً معدّة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكيّة الطّبقات، إلخ)، وتوفّي «أ» وترك «د» و«هـ» وارثين له، وإذا باع «هـ» منابه، وإذا أراد «ج» أن يشفع وكذلك «د»، قدّم هذا على ذاك. كذا الشّأن لو أنّ من باع هو «ب».

(14)



* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

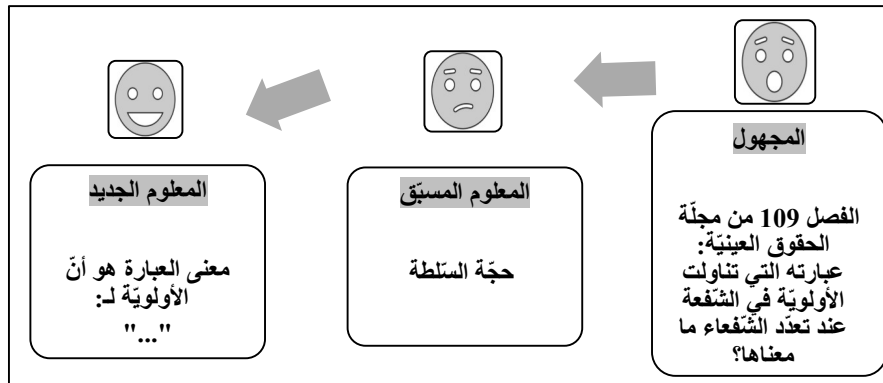
فإذا كان لدينا مالكان على الشياع كلهم ورثة أو كلهم ليسوا بورثة، فهنا يقدم صاحب المناب الأكبر. وإذا طلب الشفعة شريكان لهما منابات متساوية، أجريت بينهما قرعة⁽¹⁵⁾.

وتم مسألة تتبع ما سبق. قال الفصل 110: "حق الشفعة يمتد إلى ورثة الشفع". ويبدو هذا النص نقلا للحكم الوارد في المادة 962 من مجلة الأحكام الشرعية: "حق الشفعة يورث. فإذا مات الشريك بعد وجوب الشفعة وقبل الأخذ بها، فوارثه يقوم مقامه [...]". والسؤال الآن: هل يمتد الحق إلى من ممتلك بالوصية بعد العقد الموجب للشفعة؟ إذا عمدنا إلى قياس الوصية على الميراث (الفصل 536 من مجلة الالتزامات والعقود) أجبتنا بنعم.

أخيرا - وفيما يتعلق بالشفيع - ينبغي أن لا يثبت رضاه بالعقد الذي تم بين شريكه والغير. فإذا ثبت هذا الرضا، لم يكن له أن يشفع؛ وهذا الحكم يمكن إسناده بالقول إنّه مراد من المشرع: فالشفعة قيل إنّها أخذت من الفقه الإسلامي، وفي هذا الفقه، إذا رضي الشفع بالبيع، سقط حق في الشفعة. مثال ذلك: مقاسمة الشفع المشتري. سكوت الشفع وهو يرى المشتري يغرس أو يهدم أو يبني.

مما تقدم ينبغي الاحتفاظ بأنّ الشفع يجب أن يكون شريكا. وقد يمكن استغلال الحديث عن الشريك للقول إنّ المشفوع عنه لا ينبغي أن يكون له هذا الوصف. فلقد قال الفصل 107: "لا شفعة للشريك على شريكه". بعبارة أخرى: إذا وقع البيع لشريك، فلا يمكن لشريك آخر أن يشفع⁽¹⁶⁾.

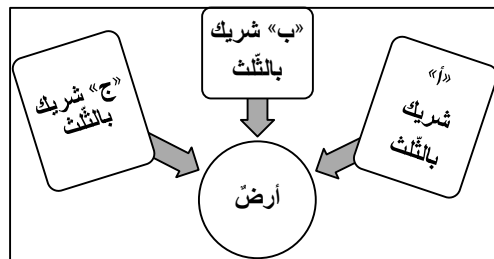
(15)



• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

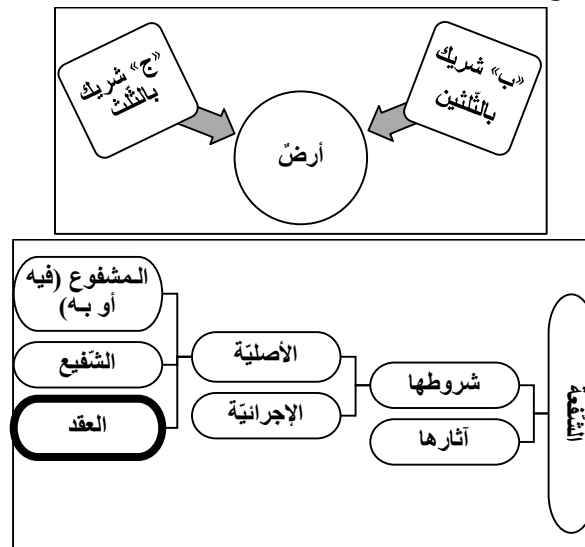
• لم يتعرّض المشرع إلى هذه المسألة، وعليه فنحن أمام صورة سكوت وفراغ في القانون.

(16) «أ» و «ب» و «ج» يملكون على الشياع أرضا بنسب متساوية:



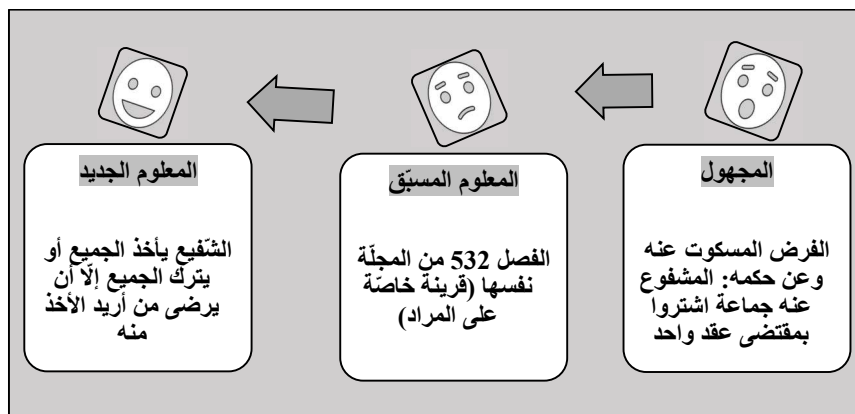
ثم إنَّ المشفوع عنه قد لا يكون شخصا واحدا بل جماعة. هنا سكتت مجلّة الحقوق العينية[•]. فإذا قلنا بإتمامها بواسطة ما قيل إنّه مصدرها المادّي، وجدنا على هذا الصّعيد المادّة 973 من مجلّة الأحكام الشرّعية (وهي نقل للمادّة 990 من لائحة مجلّة الأحكام الشرّعية في جانبها المالكي): "إذا بيعت الحصّة لجماعة، كثلاثة مثلا لكل واحد منهم ثلثها، وكان البيع لهم في عقدة واحدة، فليس للشّفع إلّا أخذ الجميع أو ترك الجميع إلّا أن يرضى من يراد الأخذ منه"⁽¹⁷⁾.
130 **ثالثا: الشّروط المتعلّق بالعقد الذي انتقل به المشفوع فيه** ◇ فإذا مررنا الآن إلى العقد الذي انتقل به المشفوع فيه، وجب أن ننظر في الفصل 103 وما بعده. في هذه النصوص تخصيص باللقب، إذ أنّها قالت: مشتري، مبيع، بيع. بعبارة واحدة: قالت النصوص إنّ الشّفعة تقع إن كنّا أمام ما له لقب البيع.
 هكذا تكون قد سكتت عمّا له اللقب التّقيض[•]، وتحديدًا عن العقود الأخرى النّاقلة للملكيّة بعوض (المعاوضة) أو بدون عوض (الهبة).

«أ» يبيع لـ «ب». لا يمكن لـ «ج» أن يشفع ويأخذ مكان «ب» في عقد البيع ويصبح نصيبه الثّلاثان. بل الثّلاثان يبقيان من نصيب «ب» الذي سيصبح له شريك واحد «بالثّلت» هو «ج»:



• هنا، وكما جاء في المتن، نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(17)

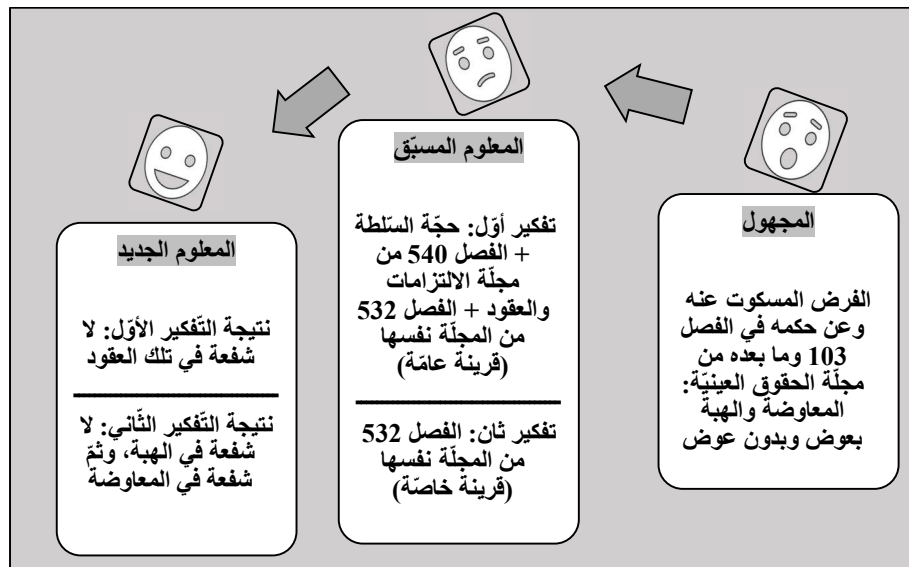


• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

ومن يعتمد حجة السلطة، سيقول إن لا شفعة إلا في البيع. فإذا خُفنا ماذا يمكن أن يكون أساس هذا الموقف، قلنا إنه قد يكون متمثلاً في أنّ الشفعة استثناء، والاستثناء يؤوّل بصفة ضيقة (الفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود). وقد يكون قياس العكس وأنّ ما له اللقب التقيض (أي ما ليس بيعاً) له الحكم التقيض (أي لا شفعة). لكن يمكن نقاش هذا الموقف بالقول: إنّ غير البيع مسكوت عنه. وفي الأعمال التحضيرية قيل إنّ أحكام الشفعة أخذت من الفقه الإسلامي. وفي هذا الفقه لا شفعة في الهبة، لكن تمكن الشفعة في المعاوضة ويأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل ما ملكه به من أخذه. وعليه، لو أراد المشرّع في هذه المسألة الخاصة (نوع العقد الذي انتقل به المشفوع فيه) الخروج عن الخطّ العام الذي قال إنّ يسير فيه في مادّة الشفعة، لصرّح بذلك وبوضوح؛ والتالي غير صحيح؛ فيكون المقدّم مثله غير صحيح⁽¹⁸⁾.

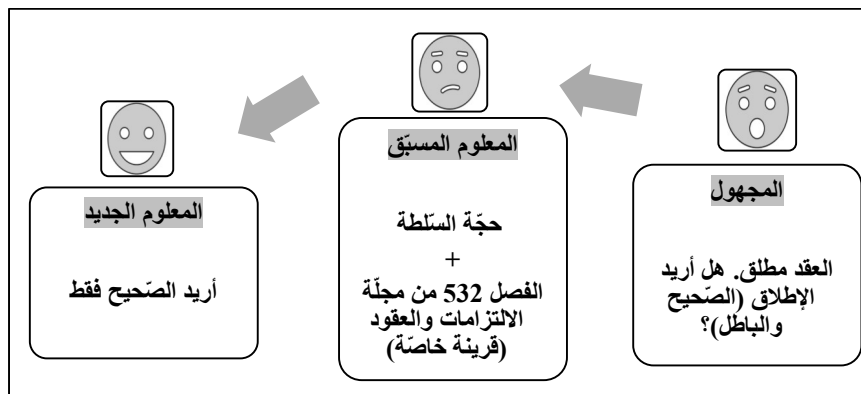
والعقد الذي تتم في إطاره الشفعة ينبغي، حسب الفقه والقضاء التونسيين، أن يكون صحيحاً. فلا شفعة إذن في العقد الباطل. ويمكن أن نترك حجة السلطة ونصل إلى النتيجة نفسها من خلال المصدر الماديّ لأحكام الشفعة⁽¹⁹⁾.

(18)



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(19)



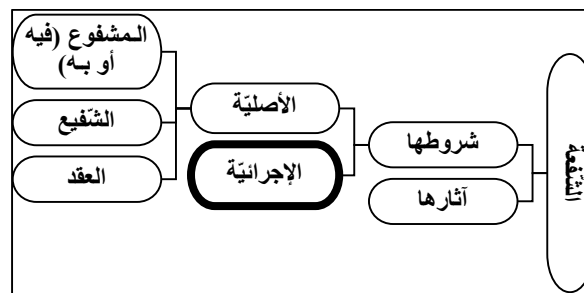
فإذا ذهبنا الآن إلى الفصل 108، وجدنا: أولاً أنّ البيع بالمزاد العلني لا شفعة فيه، والسبب أنّ الشريك كان يمكنه الدخول في المزاد؛ ثانياً أنّ البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين لا شفعة فيه، والسبب أنّ الملك لم يخرج من عائلة الشريك (أعطيت الشفعة لمن لا يريد شريكاً جديداً معه، وهنا الشريك ليس جديداً تماماً إذ هو من عائلة الشريك القديم).

هذا عن الشرط المتعلق بالعقد، ومن قبله الشرط المتعلق بالشفيع، ومن قبلهما الشرط المتعلق بالمشفوع فيه وبالمشفوع به. بعبارة واحدة: هذا عن الشروط الأصلية. إلى جانبها ثمّ شروط يمكن وصفها بالإجرائية⁽²⁰⁾.

2.1.1.2.2/ الشروط الإجرائية

131 الشفعة قسماً ◇ قد يطلب الشفيع من المشتري أن يأخذ مكانه، فيوافق؛ هنا تكون الشفعة بالتراضي. لكن قد يضطرّ الشفيع إلى القيام بدعوى الشفعة عند عدم التوصل مع المشتري إلى اتفاق على الشفعة، حينها يُتحدث عن شفعة بالتقاضي، وحينها ثمّ شروط إجرائية.

(20)



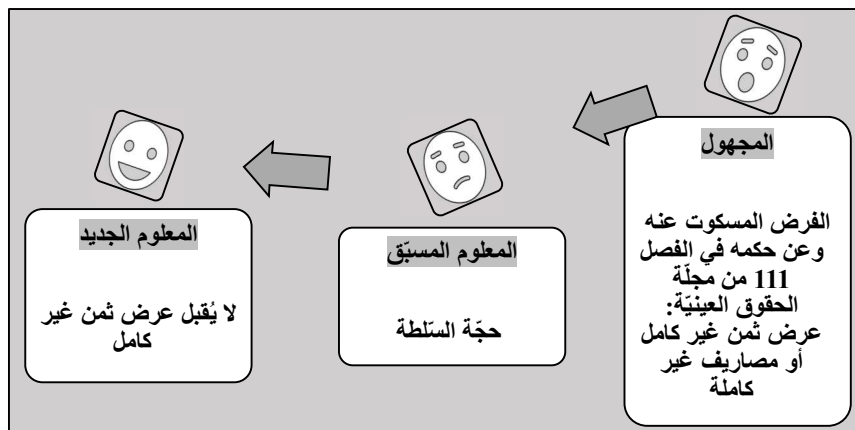
132 الشفعة القضائية ◇ تتمثل هذه الشروط، حسب الفصل 111 من مجلة الحقوق العينية، في عرض كامل ثمن المبيع ومصاريف العقد على المشتري.

وتمّ تخصيص بالوصف في النصّ •. فهناك موصوف هو "الثمن" و"المصاريف"، وهنالك وصف هو "كامل". والسؤال ما حكم ما له الوصف النقيض؟ أي: ما حكم الشفيع الذي عرض "ثمنا غير كامل" أو "مصاريف غير كاملة"؟ أجابت محكمة التعقيب - فيما يخص الثمن - وقالت: لا ينبغي أن يكون ناقصا⁽²¹⁾.

زيادة على ما سبق، أثارت عبارة "مصاريف العقد" (لوحدها هذه المرة) مشكلا: فيم تتمثل؟ • أجابت محكمة التعقيب بأن حدّدت إيجابيا وسلبيا معنى العبارة: إيجابيا حين قالت المصاريف هي ما دُفع مقابل تحرير العقد وتسجيله؛ وسلبيا حين قالت إنّ المصاريف ليست ما دُفع كمقابل لـ "إدراج العقود بإدارة الملكية العقارية أو [...] (كمقابل للإعلام) بانتقالها"، كما أنّها ليست ما دُفع كمعلوم أداء على القيمة المضافة⁽²²⁾.

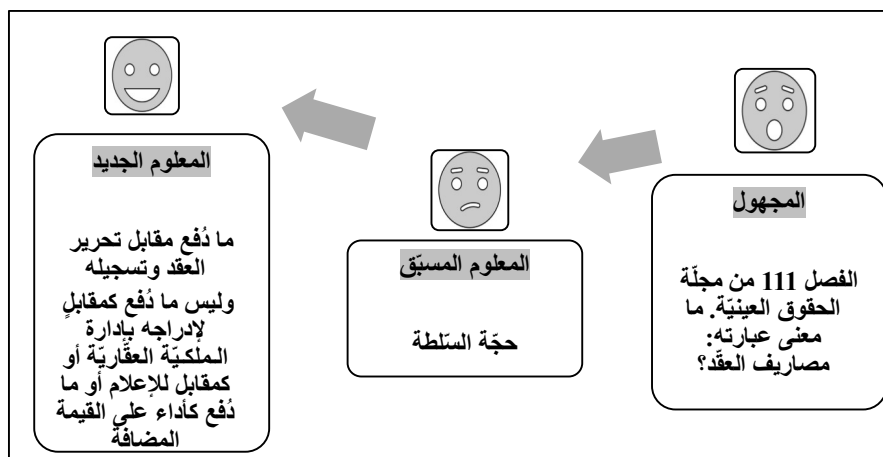
• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(21)



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(22)



فإذا عُرضت المصاريف بهذا المعنى (وعُرضت كاملة)، وإذا عُرض معها الثمن (وعُرض كاملاً)، فعلى الشّفيع - في صورة عدم قبول المشتري لهذا العرض - أن يؤمّن المبالغ بالحزينة العامة للبلاد التّونسيّة) على ذمّة المشتري، كما عليه أن يقوم بدعوى شفعة على المشتري خلال أجل ضبطه الفصل 115 من مجلّة الحقوق العينية. ومن يقرأ هذا النّصّ، يجده قد أوجب على من يشتري مناباً في عقّار أن يعلم، بواسطة عدل تنفيذ، أصحاب المنابات الأخرى ويبيّن لهم الثمن والمصاريف.

فإذا تمّ تنفيذ هذا الواجب من المشتري، فإنّ القيام بدعوى الشّفعة ممّن له الحقّ في ذلك يكون في أجل شهر من تاريخ محضر الإعلام الذي قام به عدل التنفيذ.

وإذا لم يتمّ تنفيذ الواجب، فهنا تمّ صورتان:

الصّورة الأولى أنّ عدم التنفيذ وراءه عذر (المشتري لم يجد من له حقّ الشّفعة لأنّه مسافر ومجهول العنوان)، هنا لا يترك المشتري معلّقاً، ويسقط حقّ القيام بالشّفعة ضده بمضيّ ستّة أشهر. ويبدأ سريان هذا الأجل من يوم ترسيم العقد بالسّجل العقاريّ بالنّسبة إلى العقّارات المسجّلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم⁽²³⁾. أمّا بالنّسبة إلى العقّارات غير المسجّلة وإلى العقّارات المسجّلة غير الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، فأجل الستّة أشهر يجري من يوم تسجيل العقد بالقباضة الماليّة.

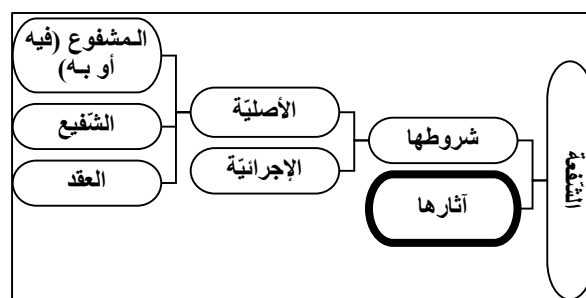
الصّورة الثّانية أنّ عدم التنفيذ ليس وراءه عذر. هنا يترك المشتري معلّقاً لا يعرف إن كان سيشفع ضده أم لا، أي يكون أجل الشّفعة مفتوحاً.

فإذا وقع القيام بدعوى الشّفعة وتوقّرت الشّروط الإجرائيّة الواردة أعلاه ومن قبلها الشّروط الأصليّة، ستحكم المحكمة لفائدة المدّعي. وإذا فعلت، عندئذ تنتج الشّفعة آثارها⁽²⁴⁾.

(23) كما رأينا، هي:

إمّا عقّارات رسوم ملكيّتها محدّثة تنفيذا لأحكام بالتّسجيل صادرة ابتداءً من دخول القانون عدد 30 المؤرّخ في 20 أفريل 1998 حيّز التنفيذ؛ وإمّا عقّارات رسومها محدّثة طبق أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 (انظر محمّد كمال شرف الدين، «آجال القيام بالشّفعة حسب الفصل 115 جديد من مجلّة الحقوق العينية: صعوبات تتنوّع وتتواصل»، مقالة سابقة الذّكر، ص 53 وما بعدها).

(24)



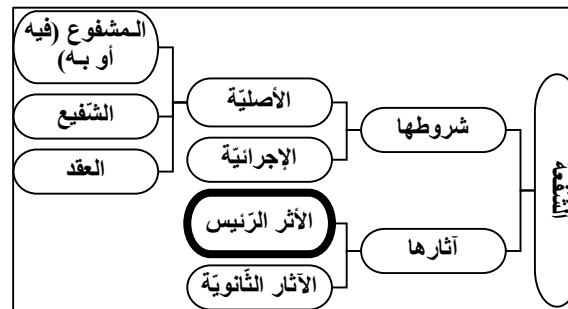
2.1.2.2 / آثار الشفعة

133 ضبط الآثار ◇ إذا قرأنا الفصول 112 و 113 و 114 من مجلة الحقوق العينية، وجدنا للشفعة أثرين: الأثر الأول رئيس، والأثران المتبقيان ثانويان⁽²⁵⁾.

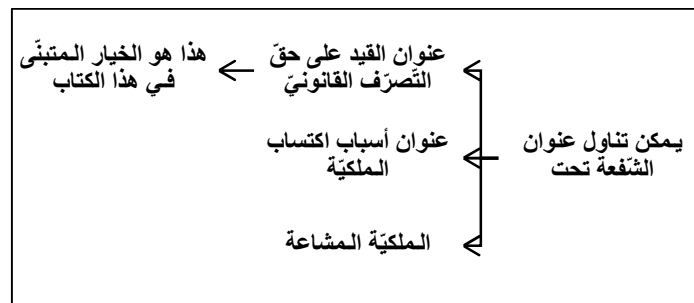
2.1.2.2 / الأثر الرئيس

134 الحلول ◇ يتمثل الأثر الرئيس، حسب الفصل 112 من مجلة الحقوق العينية، في حلول الشريك الشفيع محل المشتري في التملك بالعقار المبيع، وذلك في جميع حقوقه والتزاماته. هذا الأثر هو الذي يجعل الشفعة قيداً على حق التصرف القانوني، وهو الذي يبرر تناولها تحت هذا العنوان. فللمشتري حق التصرف (حق البيع للشفيع) وعدم التصرف القانوني (حق عدم البيع للشفيع)، أي حق أن يبقى مالكا أو أن ينزع عن نفسه وبرضاه هذا الوصف. فإذا مورست الشفعة وحُكم بحلول الشفيع محل المشتري، نكون قد ألغينا الجانب السلبي من حق المشتري المذكور للتو. والحلول يمكن من الذهاب في خيار آخر على مستوى تناول الشفعة وسط مادة قانون الأموال. فهذا الأثر يجعل الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية بمفعول القانون، ومن ثم يمكن من دراستها تحت هذا العنوان (ثم خيار ثالث تذهب إليه بعض الكتب: تناول الشفعة كنقطة من نقاط الملكية المشاعة)⁽²⁶⁾. والسؤال الآن: متى يحصل الحلول أو إن شئنا متى تبدأ ملكية الشفيع للمشفوع فيه؟•

(25)



(26)



• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

إذا كانت الشفعة بالتراضي، فيمكن القول – إذا رجعنا إلى المصدر المادّي لأحكام الشفعة، وتحديدًا إلى المادة 970 من مجلة الأحكام الشرعية – بأنّ ملك الشفيع يبدأ من وقت دفعه الثمن للمشتري⁽²⁷⁾.

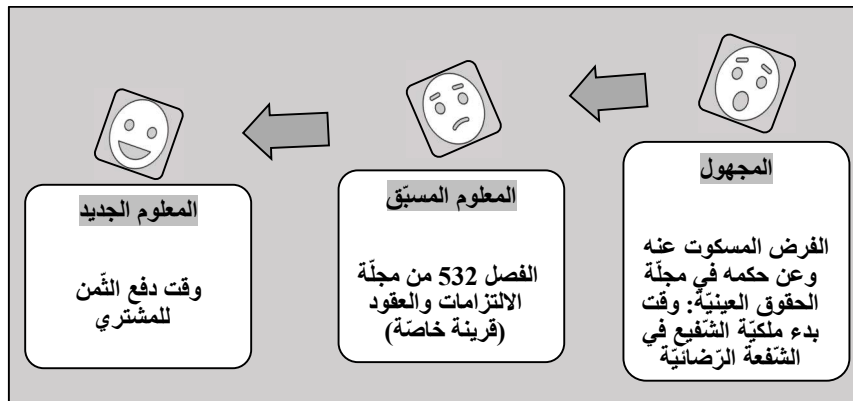
أما إذا حصل تقاضٍ، فهنا اختلّف:

ففي موقف أوّل قيل: إذا كان العقار مسجلاً وخاضعاً لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، فملكيّة الشفيع تبدأ من تاريخ ترسيم المشتري لحقه. أما إذا كان العقار غير مسجّل أو كان مسجلاً غير خاضع لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، فعندها تبدأ ملكيّة الشفيع من تاريخ العقد بين البائع والمشتري.

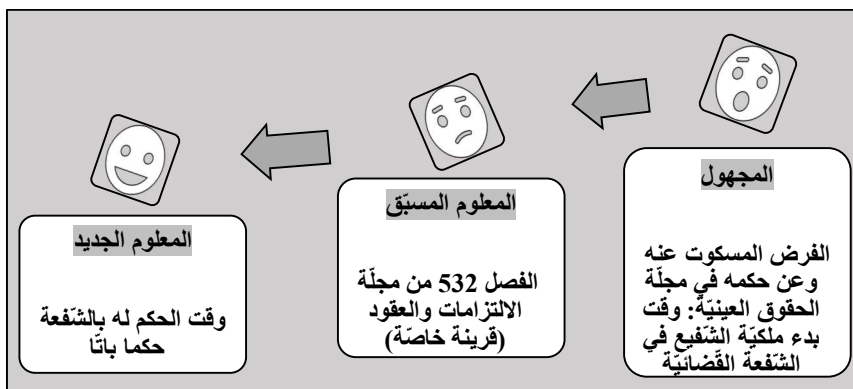
وفي موقف ثان قيل إنّ ملكيّة الشفيع تبدأ من تاريخ رفعه لدعوى الشفعة؛ هذا الموقف يتماشى مع الفصل 113 القائل إنّ الغلّة للمشتري إلى حين قيام الشفيع بالدّعى؛ فإذا لم تكن له الغلّة بعدها، فهذا يعني أنّه لم يعد مالكا وأنّ المالك هو الشفيع.

وفي موقف ثالث قيل إنّ ملكيّة الشفيع تبدأ من تاريخ الحكم له بالشفعة حكماً باتاً. ويجد هذا الموقف الثالث حجة عليه تتمثّل فيما يلي: قيل في الأعمال التحضيرية إنّ أحكام الشفعة أخذت من الفقه الإسلاميّ؛ ولقد جاء في هذا الفقه، وتحديدًا فيما تبنته منه المادة 970 من مجلة الأحكام الشرعية (وهي مأخوذة من المادة 987 من لائحة مجلة الأحكام الشرعية): "يملك الشفيع المشفوع فيه بحكم الحاكم [...]"⁽²⁸⁾.

(27)



(28)



هذا عن الأثر الرئيس، بقيت الآثار الثانوية⁽²⁹⁾.

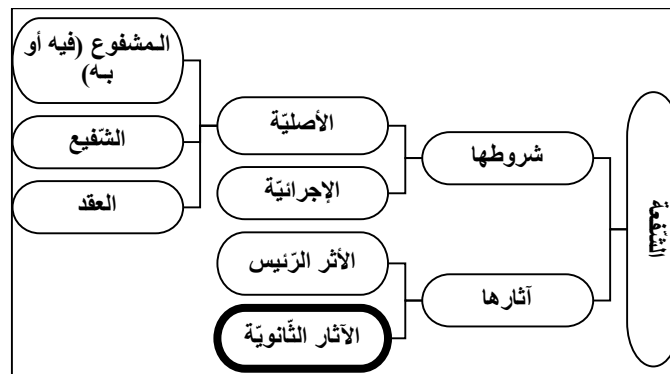
2.2.1.2.2 / الآثار الثانوية

135 الغلة ◇ تحت عنوان آثار الشفعة، أوردت مجلة الحقوق العينية، زيادة على الفصل 112 الذي تناولناه أعلاه، الفصلين 113 و114.

يقول الفصل 113: "غلة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت القيام بدعوى الشفعة. وعلى الشفيع المصاريف الضرورية والتحسينية التي بذلها المشتري".

وفي الحقيقة ينبغي القول: إذا كان المشتري مالكا قبل الحكم، فله ككل مالك أن يستعمل، ويستغل، ويتصرف. فإذا اكتفينا بالاستغلال، وجدنا الفصل 113 - وهو تقريبا مجرد نقل للمادة 939 من مجلة الأحكام الشرعية⁽³⁰⁾ - قد قرر أن لا تكون الغلة للمشتري إلى حين الحكم، بل فقط إلى وقت القيام بالدعوى. وسبب ذلك أنه، ومنذ القيام عليه بالدعوى، صار هذا المشتري يعلم بأن ملكيته قابلة لأن تنقض لو حكم لفائدة الشفيع.

(29)



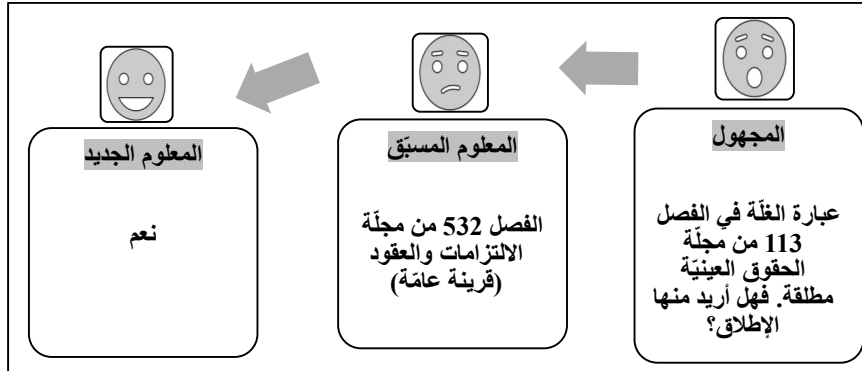
⁽³⁰⁾ تقول المادة 939: "غلة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت الأخذ بالشفعة" (بهذا تكون قد نقلت ما جاء في المادة 941 من لائحة مجلة الأحكام الشرعية).

وعبارة الغلّة في الفصل 113 مطلقة*• ولغياب القرينة المقيدة (في سياق النصّ أو في أعماله التحضيرية) ينبغي إجراؤها على إطلاقها⁽³¹⁾.

والسؤال الآن: ما حكم المنتوجات؟• هنا يمكن - بعد ملاحظة أن لا نية للمشرع (في سياق النصوص التي تناولت آثار الشفّعة أو في أعمالها التحضيرية) - إعمال قياس الأولى؛ فإذا أُعْمِلَ، قيل في المنتوجات بالحكم نفسه الذي قيل في الغلال (لا يمكن للمشتري أخذها بعد القيام عليه بدعوى الشفّعة)⁽³²⁾.
زيادة على المسائل السابقة، قال الفصل 113 إنّ المصاريف التي بذلها المشتري يتحمّلها الشفيع سواء كانت ضرورية (إصلاح حائط يريد أن ينقضّ) أو تحسينية (تغيير أرضية من رخام مثلاً برخام أغلى ثمناً).

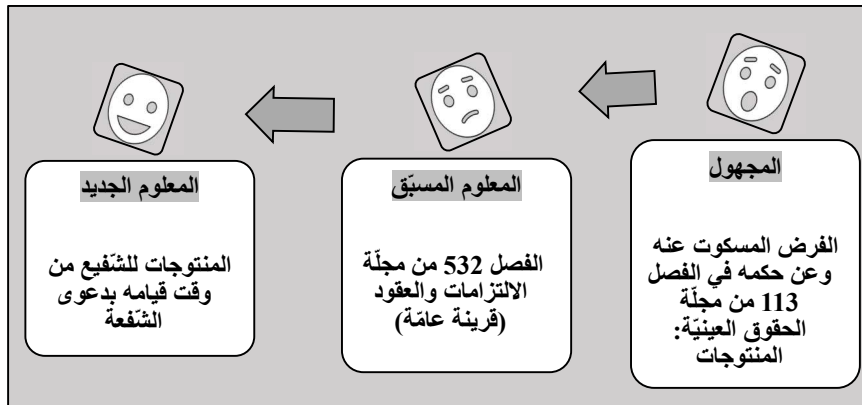
• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(31)



• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(32) جاء في الفصل 550 من مجلّة الالتزامات والعقود: "من أمكنه الأكثر، أمكنه الأقل". فإذا كان لا يمكن للمشتري أن يأخذ الغلال بعد القيام عليه بدعوى الشفّعة، فمن باب أولى أنّه لا يمكنه أن يأخذ المنتوجات بداية من التاريخ نفسه (أخذ الغلال لا ينقص من أصل الشيء، أمّا أخذ الغلال فينقص).



136 مسألة تأثير تفويت المشتري على الشفع ◇ بعد الفصل 113، ودائما في عنوان آثار الشفعة، جاء الفصل 114

ليقول: "لا تمضي على الشفع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة". يثير هذا النص صعوبات تأويلية:

أولى هذه الصعوبات مردّها الإطلاق في عبارة "التفويت"، فهذه تشمل تفويت المشتري للغير، وتشمل تفويت المشتري للبائع (أي الإقالة أو فسخ العقد بالتراضي بين أطرافه).

فإذا بدأنا من هنا، أي من التفويت للبائع، وجدنا القضاء التونسي يقول إنّ الإقالة لا تؤثر على حق الشفع في ممارسة الشفعة⁽³³⁾. فإذا لم نكتف بحجة السلطة، وإذا فهمنا النص استنادا إلى مصادره المادية، قلنا إنّ المادة 934 من مجلة الأحكام الشرعية (وهي نقل للمادة 930 من لائحة مجلة الأحكام الشرعية في جانبها المالكي) نصت على أنه: "إذا وقع بيع الشقص⁽³⁴⁾ ثم وقعت إقالة في البيع، فلا تبطل الشفعة. وعهدة الشفع على المشتري".

وهكذا فالمشتري، وكل مالك، يمكنه أن يتصرف تصرفا قانونيا بأن يفوت، لكنّ هذا التصرف لا يعارض به الشفع الذي يمكنه دوما أن يمارس حقه في الشفعة وأن يصبح هو المفوت له بدلا عمّن فوت له المشتري وهو البائع في الصورة التي نحن بصدددها.

ثم إنّ عبارة "التفويت" تشمل تفويت المشتري للغير. هذا ما قالت به الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب⁽³⁵⁾ في قرار تمثّل وقائعه فيما يلي: خمسة إخوة — ثلاث بنات وولدان هما "علي" و"مختار" — يملكون على الشيع عقارا ورثوه عن أمهم. باعت البنات مناجن إلى "خديجة" زوجة شقيقهن "مختار". فأراد "علي" الشفعة باعتباره شريكا والحلول محلّ المشتري. لكنّ هذه باعت ما اشترته لزوجها. بهذا، وبعد أن كان من يريد الشفعة أمام مشتري ليس شريكا ومن ثمّ تمكن الشفعة عليه، أصبح أمام مشتري هو شريك ومن ثمّ لا تمكن الشفعة عليه. وصل النزاع إلى محكمة الاستئناف بالكاف بوصفها محكمة إحالة⁽³⁶⁾ فقضت بأنّ حق الشفعة لا يمنع المشتري من التصرف القانوني في المشتري وبأنّ على الشفع القيام على المشتري الثاني. لكنّ الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لم تسر في هذا الاتجاه وقالت: "إنّ كلمة «لا تمضي» تدلّ بدون التباس أو غموض على أنّ تلك العمليات لا تأثير لها على الشفع. وما دامت لا تأثير لها، فلا معنى حينئذ لما درجت عليه محكمة الإحالة من أنّ حق الشفعة يقوم على المشتري الثاني الذي هو شريك في الملك لا يقام في حقه بالشفعة إذ أنّ هذا الاتجاه يمثّل تأويلا لا يتماشى مع منطوق ومفهوم الفصل 114

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(33) استئنافي مدني، عدد 5200، 17 نوفمبر 1993، القضاء والتشريع، 1994، ص 261، ملاحظات: محمد كمال شرف الدين. انظر أيضا:

تعقيبي مدني، عدد 63825، 18 ماي 1999، نشرية محكمة التعقيب، ص 256.

(34) الشقص التصيب — الطائفة من الشيء — له فيه شقص: شرك. المعجم العربي الحديث.

(35) تعقيبي مدني (الدوائر المجتمعة)، عدد 6216، 25 نوفمبر 1983، قرارات الدوائر المجتمعة 1961 — 1992، منشورات مركز الدراسات

القانونية والقضائية، تونس، 1996، ص 381 وما بعدها.

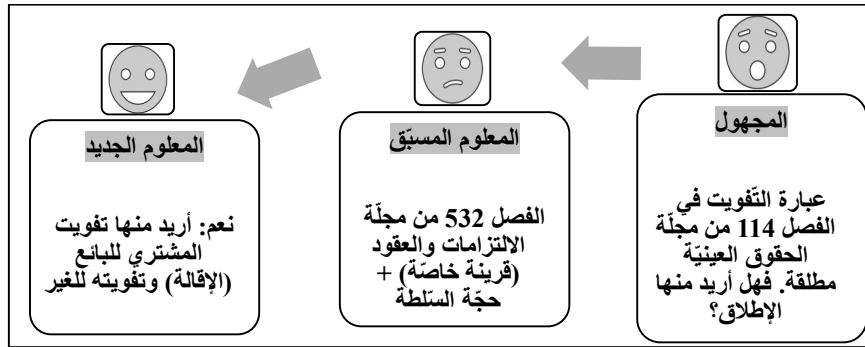
(36) محكمة الاستئناف بالكاف، عدد 753، 12 مارس 1981، غير منشور.

المذكور الذي جاءت أحكامه صريحة المعنى واضحة المدلول في كون عمليات التفويت التي يقوم بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة لا تمضي على الشفيع منعاً لكل تحايل وحتى لا يمحى أو يتأثر حق الأخذ بالشفعة في حدود الأجل المذكور⁽³⁷⁾. وختمت الدوائر المجتمعة قائمة بأن تأويلها للفصل 114 هو التأويل الصحيح، وأنه يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثاني الصعوبات مأتاها سكوت النصّ عن عمليات التفويت بعد انقضاء أجل القيام بالشفعة. فهل حكمها هو الحكم نفسه الذي للمنطوق به (أي لا تمضي على الشفيع ولا يعارض بها) أم لها حكم مغاير؟• هنا، وحسب قصد المشرع الذي يمكن استقاؤه من تبنيّه قاعدة أنّ الأصل في العقود الصّحة (الفصل 559 من مجلّة الالتزامات والعقود) ومن ثمّ إنتاج الآثار (الصّحة هي مطابقة العقد للشروط من أهلية ورضا وغير ذلك، ويلزم عنها ترتيب العقد لآثاره)، تمكن معارضة الشفيع⁽³⁸⁾.

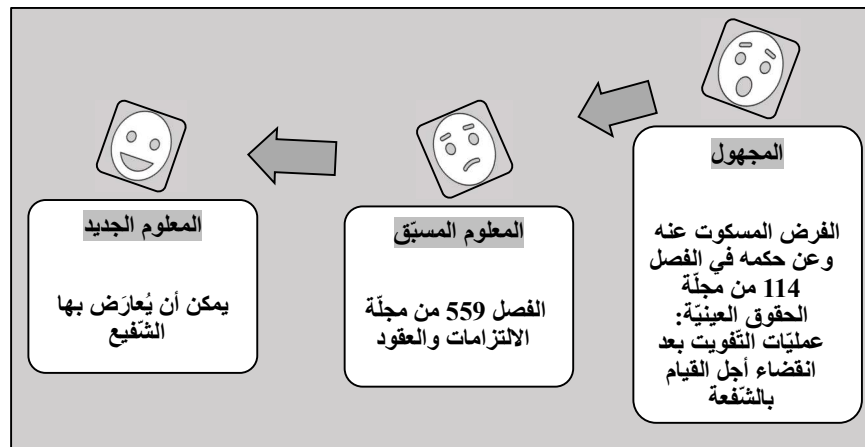
هذه هي أهمّ الصعوبات التأويلية التي نجدها في الفصل 114. بتعرّضنا لهذا النصّ نكون قد تعرّضنا إلى نقطة وردت في مجلّة الحقوق العينية تحت عنوان آثار الشفعة. قبل الآثار تناولنا شروط الشفعة. بتناول الشروط والآثار، نكون قد

(37)



• هنا، وكما ورد في المتن، نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(38)



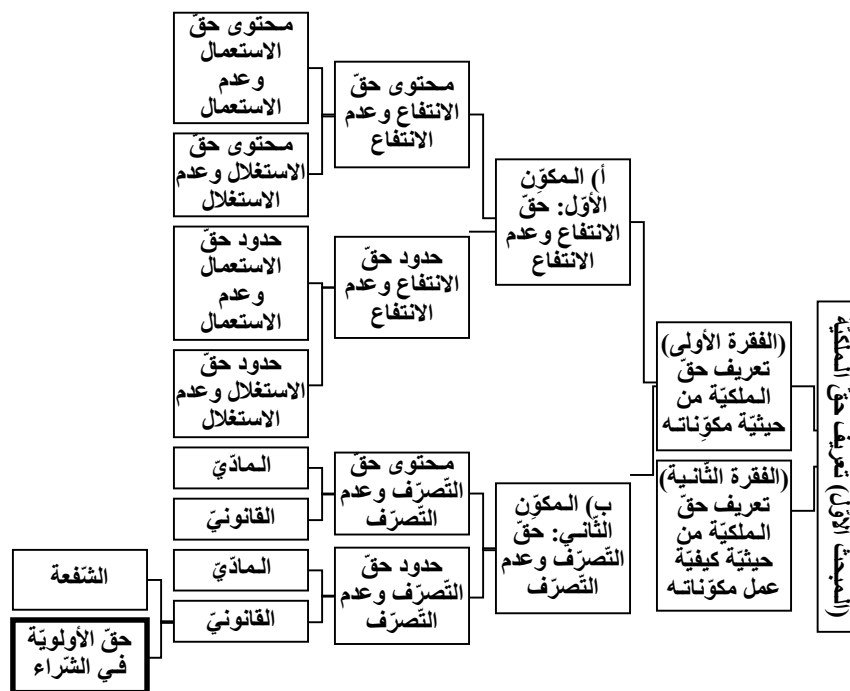
استوفينا دراسة الشفعة. والشفعة قيد على حق البائع في اختيار الطرف المقابل في التصرف. والكلام نفسه يصح عن حق الأولوية في الشراء⁽³⁹⁾.

2.2.2 / حق الأولوية في الشراء

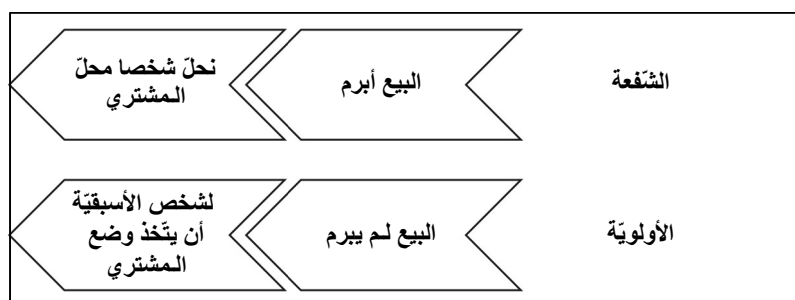
137 حق الأولوية والشفعة ◊ حق الأولوية في الشراء هو حق يعطيه القانون لشخص حيال مالك عقار يريد بيعه. فهذا الأخير مطالب بأن يعرض أمر البيع على صاحب حق الأولوية، فإن قبل أن يكون مشتريا، أبرم معه العقد، وعندها نكون أمام أولوية رضائية؛ هذه الأولوية مختلفة عن الشفعة، لأنها تمارس قبل البيع، أما الشفعة فتمارس كما رأينا بعد البيع⁽⁴⁰⁾.

لكن قد لا يحترم المالك حق الأولوية، ويبيع للغير. عندئذ يمكن القانون من لم يحترم حقه في الأولوية أن يطلب من المحكمة أن تحله مكان المشتري في عقد البيع. وعليه فنحن أمام صورة أولوية قضائية؛ وهي غير مختلفة على مستوى

(39)



(40)



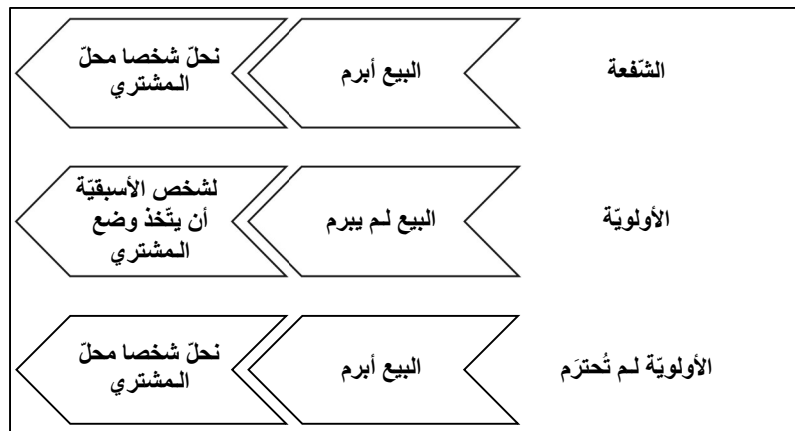
فعل الحلول عن الشفعة القضائية بل اختلافها فقط على مستوى المنتفع بالحلول الذي هو في الأولوية ليس شريكا للمالك⁽⁴¹⁾.

يُتَبَيَّنُ مِمَّا جَاءَ أعلاه أَنَّ الأولوية – سواء كانت رضائية أو قضائية – تَمَثِّلُ قيداً على حُرِّيَّةِ المالك البائع في اختيار المشتري.

ومن صور حقّ الأولوية في الشراء ما جاء في قانون 1978⁽⁴²⁾. يمنح الفصل الأول من هذا القانون حقّ الأولوية في الشراء: أولاً إلى كلّ شخص طبيعي تونسي الجنسية شاغل عن حسن نية على وجه الكراء محلّ معدّ للسكنى ومستعمل فعلياً لهذا الغرض ولا يملك مسكناً في منطقة الولاية الكائن بها العقار؛ ثانياً إلى كلّ شخص طبيعي مستفيد بحقّ البقاء بعقارات معدّة للسكنى طبقاً للتشريع الجاري به العمل أي طبقاً لقانون 18 فيفري 1976 دون أن تكون له صفة المتسوّغ.

وحسب قانون 1978، يجب على مالك العقار أن ينبّه على المستفيد بحقّ الأولوية في الشراء قبل التفويت بأن عليه أن يقبل شراء العقار وأن يدفع أو يؤمّن ثمنه في ظرف شهر؛ ويجب على المتسوّغ أن يجيب على التنبيه في صورة قبول الشراء؛ وعليه أن يدفع أو يؤمّن الثمن في ظرف شهر من التنبيه؛ فإذا أجاب، نكون أمام أولوية رضائية؛ أمّا إذا لم يُجِبْ، اعتُبر متنازلاً عن حقّ الأولوية في الشراء. وفي صورة عدم عرض الشراء على المتسوّغ وبيع العقار للغير، يقول الفصل 7 من قانون 1978 إن بإمكان المتسوّغ أن يطلب من المحكمة أن تصرّح بأنّه هو المشتري للعقار؛ هكذا نكون أمام أولوية قضائية.

(41)



(42) قانون عدد 39 لسنة 1978 مؤرّخ في 7 جوان 1978 يتعلّق بمنح حقّ الأولوية في الشراء للمتسوّغين (رائد رسمي عدد 51 بتاريخ 7 أوت 1981، ص 1888).

مما سبق يخلص أن ثم قيودا ترد على حق التصرف. قبل ذلك رأينا محتوى هذا الحق. وما رأيناه حول هذا الحق، رأيناه كذلك حول حق الانتفاع. وحق الانتفاع مع حق التصرف هما مكونا حق الملكية. على هذا نكون قد فرغنا من تعريف الملكية من هذه الحيثية (حيثية المكونات). بقي أن نعرفها من حيثية أخرى هي كيفية عمل المكونات⁽⁴³⁾.

(43)

