

السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ،
إلى طلبتي في السَّنة الأولى من الإجازة.
يحتوي هذا النَّصُّ عنوان الشَّفعة وحقَّ الأولويَّة الذي شرعنا فيه قبل العطلة.
إن شاء الله، سنعود وندرس معا بصفة مباشرة هذا العنوان وما تبقَّى من البرنامج.
في انتظار ذلك أرجو لكم دوام الصَّحَّة والعافية.

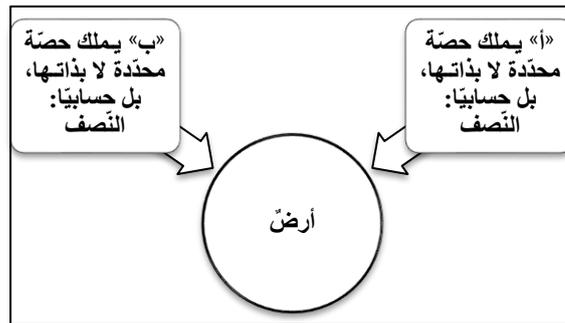
2. 2. 1 / الشَّفعة

للشَّفعة معنيان: معنى لغويّ وضعيّ هو الزَّيادة والضَّم، ومعنى لغويّ عرفيّ. هذا المعنى تبيَّاه الفصل 103 من مجلة الحقوق العينية حين قال: "الشَّفعة حلول الشَّريك محلَّ المشتري في التَّمكُّك بمبيع شريكه [...]" (هذا المعنى مختلف عن اللغويّ الوضعيّ، لأنَّه ضَمُّ مخصوص).

بتعبير مغاير:

«أ» و «ب» يشتركان في ملكيَّة أرض (أي أنّ كلَّ واحد منهما يملك حصَّة في الأرض غير محدَّدة بذاتها بل محدَّدة حسابيًّا، كأن تكون ممثِّلة لنصف الأرض أو ربعها أو نحو ذلك).
«أ» يبيع منابه من الأرض لـ «ج».
الشَّفعة لـ «ب» هي أن يأخذ مكان «ج»⁽¹⁾.

(1)

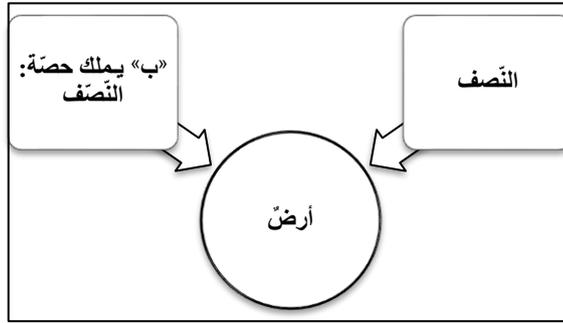


«أ» يبيع حصَّته المشاعة (هي مشاعة لأنَّها ليست محدَّدة بذاتها) إلى «ج»:

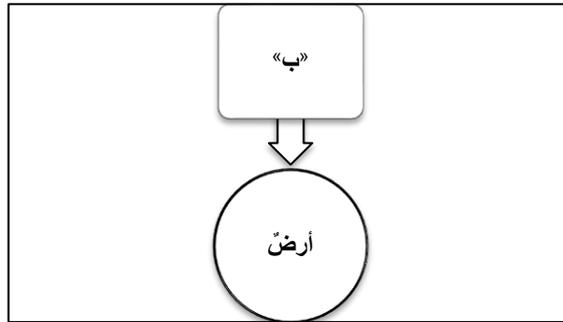
ويسمى «ب» شفيعا، ويسمى «ج» مشفوعا منه، وتسمى الحصة المبيعة مشفوعا فيه (أو مشفوعا)، أما حصة الشفيع فتسمى المشفوع به.

مما جاء الآن يظهر أنّ الشفعة تتمثل قيّدا على حقّ المشتري «ج» في التصرف القانوني⁽²⁾. فهذا، وبعد أن صار مالكا، سيُضطرّ لأن يترك الملكية للشفيع «ب».

ويمكن تقديم تحليل آخر، والقول إنّ الشفعة تتمثل قيّدا على حقّ البائع «أ» في التصرف القانوني لفائدة شخص معيّن⁽³⁾. فهذا البائع اختار أجنبيا - هو «ج» - كمشتري، وبمقتضى الشفعة سنضع شريكه «ب» محلّ من أرادته طرفا مقابلا في البيع.



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



(2) قيّد على حقّ الدخول وعدم الدخول في التصرف القانوني؛ أي هي وجوب للتصرف.

(3) قيّد على اختيار فلانا طرفا مقابلا في التصرف أو عدم اختياره.

بتعبير جامع:

للمرء حقّ أوّل: 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 الأوّل، الشفعة تسمّ من الحقّ الأوّل. فإحلال الشفيع محلّ المشتري يؤدي إلى نتيجة هي نفسها التي يؤدي إليها إيجاب المشتري على أن يبيع للشفيع.

وفي التحليل الثاني حصل المساس بالحقّ الثاني. فالبايع أُجبر على أن يكون معاقده هو الشفيع.

فإذا نظرنا الآن إلى الشفعة من زاوية من يتمتع بها، فلنا إنها حق، إذا عرفنا الحق بأنه إمكانية الفعل وعدم الفعل في الوقت نفسه (وعلى كل أسمائها الفصل 525 من مجلة الالتزامات والعقود حين قال: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، فبعض التنازل عن حق الشفعة ككله")⁽⁴⁾.

لكن - وهذا رأينا سابقا - ثم من يرفض عد الشفعة حقاً عينياً، وحثته أن المشرع أورد الحقوق العينية على سبيل الحصر، ولم يذكر الشفعة من بينها.

وتم مسألة أخرى رأيناها: أن أحكام الشفعة، وحسب الأعمال التحضيرية لمجلة الحقوق العينية، استقاها المشرع التونسي من الفقه الإسلامي⁽⁵⁾. لهذا الكلام تداعيات: فنص القانون التونسي قد نجده غامضاً أو ناقصاً، مما يستدعي الاستعانة، في عملية التوضيح والإتمام، بالفقه الإسلامي. بعبارة أخرى: في صورة الغموض والنقص ينقلب المصدر المادي إلى مصدر من مصادر التأويل.

والمصدر المتحدث عنه هنا هو كما تقدم الفقه الإسلامي. وفي هذا الفقه قيل عن أساس الشفعة وعلتها الغائية أو الحكمة من تشريعها ما يلي: تجنب الضرر المحتمل من دخول أجنبي كشريك في المال، أما العلة الفاعلة (الوصف المنضبط) فهو الاشتراك نفسه.

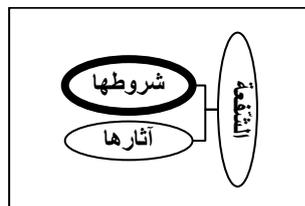
فإذا تركنا علة الشفعة والحكمة منها واهتمنا بأحكامها كما جاءت في مجلة الحقوق العينية، قلنا إن هذه الأحكام تتكون من الفصل 103 إلى الفصل 115، وتوزع على أربعة عناوين: شروط الشفعة (الفصل 103 إلى الفصل 110)، وإجراءات الشفعة (الفصل 111)، وآثار الشفعة (الفصل 112 إلى 114)، وسقوط الشفعة (الفصل 115). ولأن منهجية التعبير لا تقبل "التربيع" وتصر على "الاثنيانية"، فإننا سنلحق الإجراءات والسقوط بالشروط ليبقى بعد ذلك عنوان ثان للآثار⁽⁶⁾.

2. 2. 1 / شروط الشفعة

(4) تستعمل محكمة التعقيب (تعقيبي مديني، الدوائر المجتمعة، عدد 10488، مؤرخ في 7 جانفي 1992، المجلة القانونية التونسية 1992، القسم العربي، ص 135، ملاحظات محمد كمال شرف الدين) تعبير الرخصة لا الحق. لكن يبدو أن ما تقصده هو ما أسميناه الحق. فلا مشاحة إذن في الألفاظ.

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

(6)



يمكن ردّ شروط الشفّعة إلى قسمين: أصليّة وإجرائيّة⁽⁷⁾.

2.2.1.1 / الشروط الأصليّة

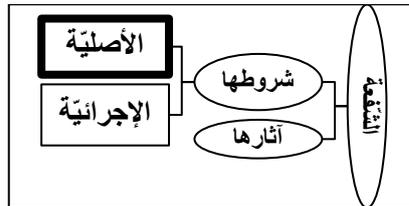
من يقرأ القانون يجد شروطاً تتعلّق: أولاً بالمشفوع فيه والشفوع به، وثانياً بالشفيع، وثالثاً بالعقد الذي انتقل به المشفوع فيه⁽⁸⁾:

أولاً: الشّرط المتعلّق بالمشفوع (فيه أو به)

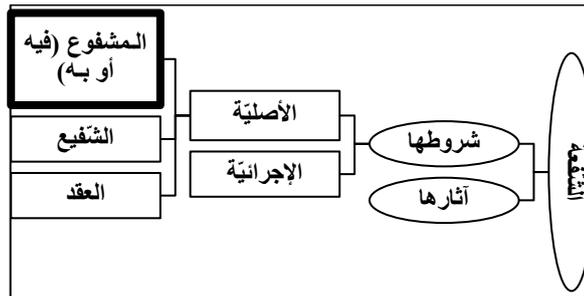
تحدّثت التّصوص عن المشفوع فيه مستعملة اسم الأرض (الفصل 104، إلخ) والدّار (الفصل 104) والعقّار (الفصل 109). وعليه فنحن أمام تخصيص باللّقب (تخصيص ما له لقب العقّار، لأنّ الأرض عقّار، والدّار عقّار). والسؤال ما حكم ما له اللقب التّقيض، أي ما حكم المنقول: هل يقبل الشفّعة؟^{*} في الفقه الإسلاميّ يرى الجمهور أن لا شفّعة "إلّا في العقّار وما ألحق به كالعلوّ مع السّفن، أو السّفن على رأي البعض، ولم يثبتوه في المنقول إلّا إذا كان تابعا للعقّار".

فإذا عدنا إلى القانون التّونسيّ، قلنا 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 نيّة المشرّع – بسبب كونه قال إنّ أخذ أحكام الشفّعة من الفقه الإسلاميّ – تتمثّل في إعطاء المسكوت عنه في المجلّة الحكم الموجود في هذا الفقه.

(7)



(8)



* هنا نحن أمام صورة فراغ وسكوت في القانون.

وقد يمكن أن ندعم ما سبق بحجة السلطة، أي بقول الفقه والقضاء التونسي، ومفاده أن لا شفعة في المنقول بل في العقار فحسب⁽⁹⁾.

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

وتمّ إطلاق آخر*: فعبارة العقار تشمل ما ينقسم وما لا ينقسم. ويمكن القول - لكون الفقه الإسلامي يجري الشفعة في التوعين⁽¹²⁾ - إنّ المطلق هنا ثمّ قرينة على أنّه أريد به العموم الشموليّ.

⁽⁹⁾ بالنسبة إلى القضاء: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 15210، 19 أبريل 1988، نشريّة محكمة التعقيب، ص 220 (لا جدال أنّ الشفعة لا تكون إلّا في العقار).

بالنسبة إلى الفقه: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 276، ص 205. ويضيف هذا الفقيه في الهامش أن هنالك إمكانيّة لأن تستثنى السفينة من حكم أن لا شفعة في المنقولات: "يجوز [...] الأخذ بالشفعة في السفينة عملاً بالفصل 21 م ت ب (مجلة التجارة البحريّة): «لكلّ شريك في ملكيّة السفينة أن يحيل للغير حصّته فيها دون إذن من بقية الشركاء إلّا أنّ لهم الحقّ في طلب ضمّها إلى حصصهم خلال الخمسة عشر يوماً الموالية لإعلامهم بوقوع الإحالة [...]»".

* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

⁽¹⁰⁾ يمكن أن يكون جزءاً من شقة، لكن لا يمكن أن يكون شقة بكاملها. بعبارة أخرى: قد يملك شخصان على الشيع 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، لا يوجد شيع بين هؤلاء المالكين).

انظر تطبيقاً لأحكام الفصل 101 في: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 22867، 4 ماي 1989، نشريّة محكمة التعقيب، ص 187.

⁽¹¹⁾ العقارات المسجلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتأسيس 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 محيطة طبق أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 (انظر محمّد كمال شرف الدين، «آجال القيام بالشفعة حسب الفصل 115 (جديد) م ح ع: صعوبات تنوّع وتتواصل»، مجلّة المحاماة، فيفري 2013، ص 53 وما بعدها).

ملاحظة: الرّسم المحيّن هو نقيض للرّسم المجرّد. والرّسم المجرّد هو الذي لا يطابق محتواه واقع العقار. انظر: محمّد كمال شرف الدين، مبدأ المفعول المنشئ للتأسيس في قانون 4 ماي 1992، المجلّة القانونيّة التّونسيّة 1993، ص 99؛ علي كحلون، التّحيين العقاري وأثره على المفعول المنشئ للتأسيس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2002، ص 9 وما بعدها.

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

* إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

⁽¹²⁾ جاء في المادة 917 من لائحة مجلة الشيخ جعيط:

في الجانب الحنفيّ: "الشفعة تثبت في كلّ عقار مملوك سواء أكان قابلاً للقسمّة كالأراضي ونحوها أو غير قابل لها كالبئر والرّحى والحمام".

في الجانب المالكيّ: "الشفعة تثبت في العقار سواء أكان ينقسم أم لا".

و"الشفعة 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 محتوى الفصل 1242 من مجلة الالتزامات والعقود (وهو من التصوص التي ألغيت بدخول مجلة الحقوق العينية حيز التنفيذ). ونقل الفصل 1242 محتوى الفصل 1422 من المشروع المراجع. مع هذا الفصل توجد حاشية جانبية تذكر محتوى البيتين 914 و915 من تحفة ابن عاصم. يقول البيتان:

وَمِثْلُ بَيْرٍ وَكَفْحِ التَّخْلِ تَدْخُلُ فِيهَا تَبَعًا لِلأَصْلِ
وَالْمَاءُ تَابِعٌ لَهَا فِيهِ أَحْكَمُ وَوَحْدَهُ إِنْ أَرْضُهُ لَمْ تُقَسَّمْ

وهكذا إذا كنا مثلاً أمام أرض لها ارتفاع استقاء من بئر، وإذا كان جزء من هذه الأرض مشفوعاً فيه، فالشفعة تشمل - إلى جانب جزء الأرض - ارتفاع الاستقاء.

هذا عن المشفوع فيه وعن وجوب أن يكون عقاراً وعن كونه يمتد إلى التوابع، والسؤال الآن: هل ينبغي أن يكون المشفوع به هو أيضاً عقاراً؟ الجواب: نعم، فحتى حين ننظر إلى الفصل 104 الذي مكن صاحب الهواء من أن يشفع في الأرض المبيعة، سنقول إن المشفوع به هنا هو أيضاً عقاراً.

ثانياً: الشرط المتعلق بالشفيع

بعد المشفوع فيه والمشفوع به، يأتي الشرط المتعلق بالشفيع. على هذا المستوى يقول الفصل 103: ينتفع بالشفعة من له وصف "الشريك"*. وحسب المنهجية، ينبغي البحث عن المعنى الوضعي لهذه العبارة، فالعربي، فالمراد. فإذا وصلنا إلى هذه المرحلة الثالثة، وجدنا عبارة على المراد تتمثل فيما جاء في الفصل 104 القائل: "يعدّ شريكاً على معنى الفصل السابق: أولاً: كلّ مالك أو وارث لحصة مشاعة من عقار مشترك. ثانياً: مالك الهواء بالنسبة للأرض المبيعة. ثالثاً: مالك الأرض بالنسبة لهوائها المبيع. رابعاً: كلّ شريك في دار معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات استقلّ بجزء منها دون بقيةها".

وهكذا يوجد في الفصل 103 فرض، ويوجد في الفصل 104 تفسير لهذا الفرض. والصورة الأولى في الفرض أساسها حالة الشيوخ التي تجمع بين شخصين أو أكثر في ملكية عقار. ومصدر الشيوخ قد يكون الإرث؛ أو تصرفاً قانونياً منبعثاً عن إرادة واحدة؛ أو تصرفاً متولداً عن إرادتين متقابلتين فأكثر، أي قد يكون عقداً. وهذا يعني أنّ المشرع كان يمكنه أن يكتفي بعبارة مالك وأن لا يتحدث عن وارث لأنّ هذا مالك.

* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

أما الصورة الثانية والثالثة من الفرض، فتهم الحالة التي ترتب فيها حق هواء قبل منع التعامل فيه. ومن ينظر إلى هاتين الصورتين، يجد أننا 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 الصورتين، سيقول إنَّ المشرع في أحكام الشفعة توسع في مفهوم "الشريك" وأدرج فيه ما لا يُعدَّ شريكا وفق الأحكام الأخرى للقانون.

بقيت الصورة الرابعة، وهذه لا تختلف عن الأولى، فهي للدار، والدار عقار، ومصدر الاشتراك فيها قد يكون العقد أو الميراث. بعبارة أخرى: كما أنه وفي الصورة الأولى كان يمكن محو عبارة الوارث لوجود عبارة المالك، فهنا كذلك كان يمكن محو "رابعا" لوجود "أولا".

وتمّ مسألة أخرى في الفصل 103: سكوته عن غير الشريك. والسؤال: هل تجوز له الشفعة؟* جاء في الفصل 106: "لا شفعة للجار على جاره". هكذا يكون النصّ 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، اتباع قواعد المنهجية. فإذا فعلنا، قلنا — من خلال المصادر التي أخذت منها أحكام الشفعة — إنَّ غير الشريك وغير الجار لا شفعة له.

وهكذا فالشفعة للشريك بالمعنى الوارد أعلاه للشريك. لكن قد يتعدّد الشركاء المطالبون بالشفعة. هنا جاء الفصل 109 وقال: "إذا تعدّد الشفعاء بالنسبة لعقار 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 الصورة المنصوص عليها بالفصل 104.

وبالنسبة للصنّفين الأخيرين، يُقدّم صاحب النصيب الأوفر في العقار.

وإذا تساوت الأنصباء، تعيّن الترتيب بالقرعة".

ومعنى هذا النصّ، حسب الفقه، 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 يقدم «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 يقدم «ب».

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

* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

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

هذا عن أولاً من الفصل 109. فإذا انتقلنا إلى ثانيا وثالثا، قلنا: إذا كان «أ» و«ب» و«ج» يملكون على الشياء عقارا (أرضا، أو دارا معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات، إلخ)، وتوفي «أ» وترك «د» و«هـ» وارثين له، وإذا باع «هـ» منابه، وإذا أراد «ج» أن يشفع وكذلك «د»، قدم هذا على ذلك. كذا الشأن لو أنّ من باع هو «ب».

فإذا كان لدينا مالكان على الشياء كلّهم ورثة أو كلّهم ليسوا بورثة، فهنا يقدم صاحب المناب الأكبر. وإذا طلب الشفعة شريكان لهما منابات متساوية، أجريت بينهما فرعة.

وتمّ مسألة تتبع ما سبق: قال الفصل 110: "حقّ الشفعة يمتدّ إلى ورثة الشفيع". ويبدو هذا النصّ نقلا للمادة 960 من مجلة الأحكام الشرعية القائلة في جانبها المالكي: "حقّ الشفعة يورث. فلو مات الشريك بعد وجوب الشفعة وقبل الأخذ بها، فوارثه يقوم مقامه [...]". والسؤال الآن: هل يمتدّ الحقّ إلى من ملّك بالوصية بعد العقد الموجب للشفعة؟* قد نقول إنّ الشفعة استثناء، والاستثناء لا يتجاوز القدر المحصور مدةً وصورة (الفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود). لكن قد نعلم إلى تفكير مختلف فنقيس الوصية على الميراث (أي قد نفكر في إعمال القاعدة الواردة بالفصل 536 من مجلة الالتزامات والعقود).

أخيرا - وفيما يتعلّق بالشفيع - ينبغي أن لا يثبت رضاه بالعقد الذي تمّ بين شريكه والغير*. فإذا ثبت هذا الرضا، لم يكن له أن يشفع؛ وهذا الحكم يمكن إسناده إلى القاعدة العامة القائلة: "من سعى في نقض ما تمّ من جهته، فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح" (الفصل 547 من مجلة الالتزامات والعقود)؛ وهنا لا إجازة صريحة من القانون. كما يمكن إسناده هذا الحكم بالقول إنّ مرادّ من المشرّع: فالشفعة قيل إنّها أخذت من الفقه الإسلامي، وفي المادة 906 من لائحة مجلة الشيخ جعيط في جانبها الحنفي نجد أنّ من شروط الشفعة " [...] عدم الرضا من الشفيع بالبيع [...] " (ويمكن أن نضيف كأساس للحلّ الوارد منذ قليل أنّ الشفعة أعطيت لمن لا يريد شريكا جديدا معه، وهنا تمّ إرادة لهذا الجديد ورضا به).

ورضا الشفيع قد يكون صريحا. مثال ذلك: أن يقول للمشتري رضيت بك شريكا. وقد يكون رضاه دلالة. مثال ذلك: أن يكون وكيل البائع في البيع. ومن الرضا دلالة أن يطلب الشفيع بعض العقار لا كلّ، فطلبه للبعض يدلّ أنّه رضي بالمشتري شريكا. ومن هنا القول إنّ الشفعة لا تُقسّم. وتنبغي العودة إلى صورة الوكيل

* هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

* لم يتعرّض المشرّع إلى هذه المسألة، وعليه فنحن أمام صورة سكوت وفراغ في القانون.

للقول إنه، وبحسب المصادر المادّية للمجلة، ينبغي استثنائها من صور الرضا ومن حكم هذه الصور والقول إن بالإمكان الشفعة في إطارها.

مما تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ الشفيع 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⁽¹³⁾.

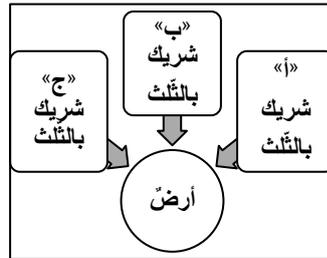
ثمّ إنّ المشفوع عنه قد لا يكون شخصا واحدا بل جماعة. هنا سكتت مجلة الحقوق العينية*. فإذا قلنا بإتمامها بواسطة ما قيل إنه مصدرها المادّي، وجدنا على هذا الصّعيد المادة 990 من لائحة مجلة جعيط في الجانب المالكيّ تقول: "إذا بيعت الحصة لجماعة، كثلاثة مثلا لكل واحد منهم ثلثها، وكان البيع لهم في عقدة واحدة، فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع إلا أن يرضى من يريد الأخذ منه".

ثالثا: الشرط المتعلق بالعقد الذي انتقل به المشفوع فيه

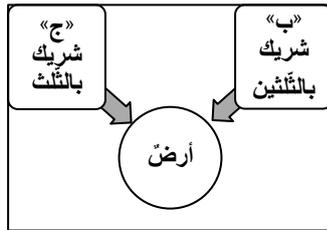
فإذا مررنا الآن إلى العقد الذي انتقل به المشفوع فيه، وجب أن ننظر في الفصل 103 وما بعده. في هذه التّصوص تخصّيص باللقب، إذ أنّها قالت: مشتري، مبيع، بيع. بعبارة واحدة: قالت التّصوص إنّ الشفعة تقع إن كنّا أمام ما له لقب البيع.

هكذا تكون قد سكتت عمّا له اللقب التّقيض*، وتحديدًا عن العقود الأخرى النّاقلة للملكية بعوض (المعاوضة والهبة بعوض) أو بدون عوض (الهبة بدون عوض).

(13) «أ» و «ب» و «ج» يملكون على الشّيع أرضا بنسب متساوية:



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



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

ومن يعتمد حجّة السّلطة، سيقول إن لا شفعة إلا في البيع. فإذا ختمنا ماذا يمكن أن يكون أساس هذا الموقف، قلنا إنّه قد يكون متمثلاً في أنّ الشفعة استثناء، والاستثناء يؤوّل بصفة ضيقة (الفصل 540 من مجلّة 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 بدون عوض، لكن تمكن الشفعة في المعاوضة وفي الهبة بعوض، ويأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل ما ملكه به من أخذه. وعليه، لو أراد المشترع في هذه المسألة الخاصّة (نوع العقد الذي انتقل به المشفوع فيه) الخروج عن الخطّ العامّ الذي قال إنّه يسير فيه في مادة الشفعة، لصرح بذلك وبوضوح.

والعقد* الذي تتم في إطاره الشفعة ينبغي، حسب الفقه والقضاء التونسيين، أن يكون صحيحاً. فلا شفعة إذن في العقد الباطل. ويمكن أن نترك حجّة السّلطة ونصل إلى النتيجة نفسها من خلال القول إنّ في المصدر المادّي لأحكام الشفعة ما يؤدّي إلى القول بأنّ العقد يجب أن يكون غير باطل.

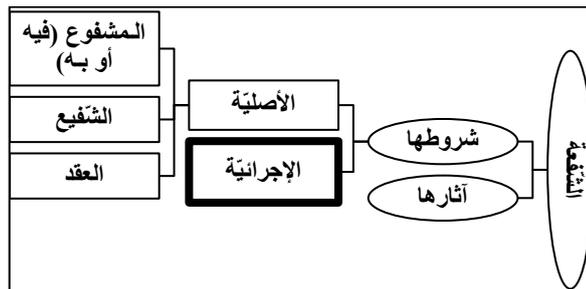
فإذا ذهبنا الآن إلى الفصل 108، وجدنا: أولاً أنّ البيع بالمزاد العلني لا شفعة فيه، والسبب أنّ الشريك كان يمكنه الدخول في المزاد؛ ثانياً أنّ البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين لا شفعة فيه، والسبب أنّ الملك لم يخرج من عائلة الشريك (أعطيت الشفعة لمن لا يريد شريكاً جديداً معه، وهنا الشريك ليس جديداً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

هذا عن الشرط المتعلّق بالعقد، ومن قبله الشرط المتعلّق بالشفيع، ومن قبلهما الشرط المتعلّق بالمشفوع فيه وبالمشفوع به. بعبارة واحدة: هذا عن الشّروط الأصليّة. إلى جانبها ثمّ شروط يمكن وصفها بالإجرائيّة⁽¹⁴⁾.

2.2.1.1.2 / الشّروط الإجرائيّة

* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(14)



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

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

وتم تخصيص بالوصف في التص. فهناك موصوف هو "الثلث" و"المصاريف"، وهنالك وصف هو "كامل". والسؤال ما حكم ما له الوصف التقيض؟ أي: ما حكم الشفيع الذي عرض "ثلثا غير كامل" أو "مصاريف غير كاملة"؟ أجابت محكمة التعقيب - فيما يخص الثلث - وقالت: لا ينبغي أن يكون ناقصا⁽¹⁵⁾.

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⁽¹⁶⁾؛ وسلبيا حين قالت إنّ المصاريف ليست ما دُفع كمقابل لإدراج العقود بإدارة

* إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

⁽¹⁵⁾ تعقيبي مدني، عدد 37422، 19 سبتمبر 1995، نشريّة محكمة التعقيب، ص 277. انظر حول هذه النقطة وهذا القرار: نجبية نغاز، م س، الفقرة 149، ص 150. انظر أيضا: تعقيبي مدني، عدد 9900، 5 نوفمبر 1984، نشريّة محكمة التعقيب، ص 252؛ تعقيبي مدني، عدد 19593، 6 مارس 1990، نشريّة محكمة التعقيب، ص 109.

* هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

⁽¹⁶⁾ "وحيث جاء الفصل 111 من م ح ع (مجلة الحقوق العينية) واضحا وصرحيا ولا مجال بالتالي لمحاولة تأويله وإذ أنّ ما يجب تأمينه هو الثمن المذكور بالعقد وما يتبعه من مصاريف مقابل تحريره وتسجيله. وحيث كان موضوع قضية الحال واضحا إذ ذكر به أنّ ثمن البيع هو ثلاثون ألف دينار وبالتالي كان يجب على الشفيع المعقب في قضية الحال أن يؤمّن مبلغ ثلاثين ألف دينار إضافة إلى المصاريف وهو ما لم يتم به وأنّ جميع ما قام به من أعمال ترمي إلى إثبات ما يدّعي أنّه الثمن الحقيقي الذي تعاقد عليه الطرفان جاءت من باب التريّد ولا تأثير لها على إجراءات الشفعة". تعقيبي مدني، عدد 3489، 12 جانفي 2006، نشريّة محكمة التعقيب، ص 1.

"جاء الفصل 111 من م ح ع واضحا وصرحيا بأنّ ما يجب على الشفيع تأمينه هو الثمن المذكور بعقد البيع وما يتبعه من مصاريف مقابل تحريره وتسجيله". تعقيبي مدني، عدد 30687، مؤرخ في 11 فيفري 2010، ذكره: عصام الأحمر، م س، ص 91.

الملكيّة العقاريّة أو [...] (كمقابل للإعلام) بانتقالها"⁽¹⁷⁾، كما أنّها ليست ما دُفع كمعلوم أداء على القيمة المضافة⁽¹⁸⁾.

فإذا عُرضت المصاريف بهذا المعنى (وعُرضت كاملة)، وإذا عُرض معها الثمن (وعُرض كاملاً)، فعلى الشّفيح - في صورة عدم قبول المشتري لهذا العرض - أن يؤمّن المبالغ بصندوق الأمان والودائع (الخزينة العامّة للبلاد التّونسيّة⁽¹⁹⁾) على ذمّة المشتري، كما عليه أن يقوم بدعوى شفعة على المشتري خلال أجل ضبطه الفصل 115 من مجلّة الحقوق العينيّة⁽²⁰⁾.

ومن يقرأ هذا النّصّ، يجده قد أوجب على من يشتري مناباً في عقار أن يعلم، بواسطة عدل تنفيذ، أصحاب المناوبات 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 التّنفيد وراءه عذر (المشتري لم يجد من له حقّ الشّفعة لأنّه مسافر ومجهول العنوان)، هنا لا يُترك المشتري معلّقاً، ويسقط حقّ القيام بالشّفعة ضدّه بمضيّ ستّة أشهر. ويبدأ سريان هذا الأجل من يوم ترسيم العقد بالسّجلّ العقاريّ بالنّسبة إلى العقارات المسجّلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم⁽²¹⁾. أمّا بالنّسبة إلى العقارات غير المسجّلة وإلى العقارات المسجّلة غير الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، فأجل الستّة أشهر يجري من يوم تسجيل العقد بالقباضة الماليّة.

(17) تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1215، 19 سبتمبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1. انظر حول هذه النّقطة وهذا القرار: نجية نغاز، م س، الفقرة 149، ص 150.

(18) "إنّ معلوم الأداء على القيمة المضافة لا يعتبر من مصاريف العقد ولا يجب تأمينه مع ثمن المبيع عند ممارسة حقّ الشّفعة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 24054، 19 سبتمبر 2003، ذكره: عصام الأحمر، فقه قضاء محكمة التّعقيب، د ن، تونس، 2011، ص 90. (19) جاء المرسوم عدد 85، المؤرّخ في 13 سبتمبر 2011 (الرائد الرّسميّ عدد 71، بتاريخ 20 سبتمبر 2011) وأحدث فصله الأوّل مؤسسة عموميّة تتمتع بالشّخصيّة المعنويّة والاستقلال الماليّ وتسمّى صندوق الودائع والأمانات. كما قال الفصل 17، وهذا هو الذي يهّمنا، "نعوّض عبارة صندوق الودائع والأمانات أننا وردت بالتّصوص التشريعيّة والتّرتيبية الجاري بها العمل بعبارة الخزينة العامّة للبلاد التّونسيّة بداية من تاريخ دخول هذا المرسوم حيّز التنفيذ".

(20) نّقح هذا الفصل بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 2006، المؤرّخ في 15 ماي 2006 (الرائد الرّسميّ عدد 41 بتاريخ 23 ماي 2006، ص 1827).

(21) كما رأينا، هي:

إمّا عقارات رسوم ملكيّتها محدثة تنفيذاً لأحكام بالتّسجيل صادرة ابتداءً من دخول القانون عدد 30 المؤرّخ في 20 أبريل 1998 حيّز التنفيذ؛

وإمّا عقارات رسومها محيئة طبق أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001.

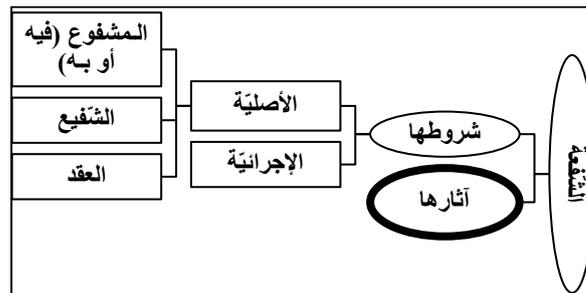
الصورة الثانية أنّ عدم التنفيذ ليس وراءه عذر. هنا يترك المشتري معلقاً لا يعرف إن كان سيشفع ضده أم لا، أي يكون أجل الشفعة مفتوحاً⁽²²⁾.

فإذا وقع القيام بدعوى الشفعة وتوفرت الشروط الإجرائية الواردة أعلاه ومن قبلها الشروط الأصلية، ستحكم المحكمة لفائدة المدعي. وإذا فعلت، عندئذ تنتج الشفعة آثارها⁽²³⁾.

(22) انظر: محمد كمال شرف الدين، م س («آجال القيام بالشفعة حسب الفصل 115 (جديد) م ح ع: صعوبات تنوع وتتواصل»)، ص 18 وما بعدها؛ أحمد بن طالب، م س (نظرات في الشفعة)، ص 28 وما بعدها. لكن انظر أيضاً بعض المحاكم التي قالت إنّ الأجل ليس مفتوحاً (محمد كمال شرف الدين، م س: «آجال القيام بالشفعة حسب الفصل 115 (جديد) م ح ع: صعوبات تنوع وتتواصل»)، ص 21 وما بعدها).

ونجد هذا الاختلاف في قرار للدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب (المحكمة الابتدائية اعتبرت الأجل مفتوحاً - محكمة الاستئناف ذهبت في الاتجاه نفسه - محكمة التعقيب قالت إنّ الأجل غير مفتوح بل هو إمّا شهر من تاريخ الإعلام أو ستة أشهر من تاريخ الترسيم أو التسجيل - محكمة الإحالة: الأجل مفتوح). ولقد ذهبت الدوائر المجتمعة إلى أنّ الأجل مفتوح، وقالت: "فضلاً عن وضوح النص (تقصد الفصل 115)، فقد تضمن شرح الأسباب المتعلق بالتنقيح المذكور (تقصد تنقيح الفصل 115 بواسطة القانون المؤرخ في 15 ماي 2006) ما يؤكّد هذا التوجّه من المشرّع (ترك الأجل مفتوحاً إذا لم يتعدّر الإعلام) بغاية منع أساليب التحيل التي قد يستعملها المشتري بإخفاء عملية البيع وتعمد عدم إعلام الشفيع بها [...] وحيث لم تقدّم المعقبة لحاكم الأصل ما يفيد تعدّر إعلام الشفيع بالعقد، فإنّ أحكام السقوط المحددة آجالها بستّة أشهر من تاريخ تسجيل الكتب بالقباضة المالية تكون غير منطبقة في صورة الحال بما يبقى معه أجل القيام مفتوحاً لفائدة الشفيع للقيام بالشفعة والحلول محلّ المشتري في التملك بالمبيع". تعقيب مدني (الدوائر المجتمعة) عدد 24634، مؤرخ في 8 مارس 2018، منشور في موقع محكمة التعقيب: <www.cassation.tn>، آخر تاريخ اطلاع: 25 ماي 2019.

(23)



2 . 2 . 1 / آثار الشفعة

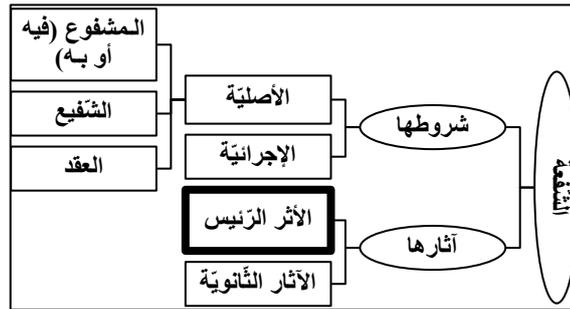
إذا قرأنا الفصول 112 و 113 و 114 من مجلة الحقوق العينية، وجدنا للشفعة أثرين: الأثر الأول رئيس، والأثران المتبقيان ثانويان⁽²⁴⁾.

2 . 2 . 1 . 2 / الأثر الرئيس

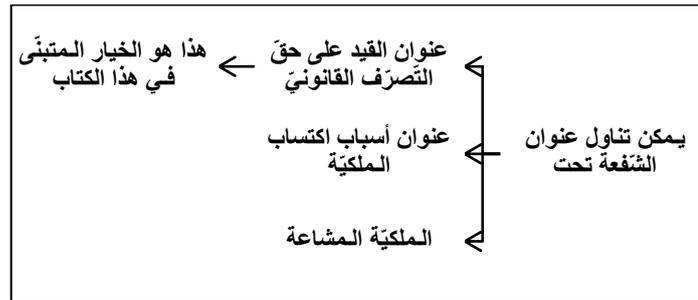
يتمثل الأثر الرئيس، حسب الفصل 112 من مجلة الحقوق العينية، في حلول الشريك الشفيع محلّ المشتري في التملك بالعقار المبيع، وذلك في جميع حقوقه والتزاماته. هذا الأثر هو الذي يجعل الشفعة قيّدا على حقّ التصرف القانوني، وهو الذي يبرّر تناولها تحت هذا العنوان. فللمشتري حقّ التصرف (حقّ البيع للشفيع) وعدم التصرف القانوني (حقّ عدم البيع للشفيع)، أي حقّ أن يبقى مالكا أو أن ينزع عن نفسه ويرضاه هذا الوصف. فإذا مورست الشفعة وحُكم بحلّول الشفيع محلّ المشتري، نكون قد ألغينا الجانب السلبيّ من حقّ المشتري المذكور للتوّ. 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 ثمّ يمكن من دراستها تحت هذا العنوان (ثمّ خيار ثالث تذهب إليه بعض الكتب: تناول الشفعة كنقطة من نقاط الملكية المشاعة)⁽²⁵⁾.

والسؤال الآن: متى يحصل الحلّول أو إن شئنا متى تبدأ ملكية الشفيع للمشفوع فيه؟*

(24)



(25)



* هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

إذا كانت الشفعة بالتراضي، فيمكن القول - إذا رجعنا إلى المصدر المادّي لأحكام الشفعة، وتحديدًا إلى المادة 987 من لائحة الشّخ جعّيط في جانبها الحفّي - بأن ملك الشّفيع يبدأ من وقت تسلّمه المشفوع فيه. أمّا إذا حصل تقاضٍ، فهنا اختلّف:

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

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

وفي موقف ثالث قيل إنّ ملكيّة الشّفيع تبدأ من تاريخ الحكم له بالشفعة حكماً باتاً. ويجد هذا الموقف الثالث حجة عليه تتمثّل فيما يلي: قيل في الأعمال التّحضيرية إنّ أحكام الشفعة أخذت من الفقه الإسلاميّ؛ ويمكن القول إنّ الرّاجح أن يتمثّل هذا الفقه فيما جاء في لائحة مجلة الشّخ جعّيط؛ على

هذا المستوى تقول المادة 987 في جانبها الحفّي: "يكون الشّفيع مالكا للمشفوع [...] بحكم الحاكم"، وتقول في جانبها المالكيّ: "يملك الشّفيع المشفوع فيه بحكم الحاكم [...]".

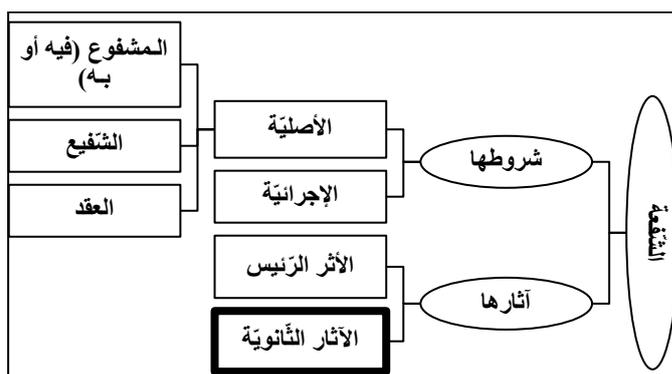
هذا عن الأثر الرّئيس، بقيت الآثار الثّانوية⁽²⁶⁾.

2. 2. 1. 2 / الآثار الثّانوية

تحت عنوان آثار الشفعة، أوردت مجلة الحقوق العينيّة، زيادة على الفصل 112 الذي تناولناه أعلاه، الفصلين 113 و114.

يقول الفصل 113: "غلّة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت القيام بدعوى الشفعة. وعلى الشّفيع المصاريف الضّروية والتّحسينيّة التي بذلها المشتري".

(26)



وفي الحقيقة ينبغي القول: إذا كان المشتري مالكا قبل الحكم، فله ككل مالكا أن يستعمل، ويستغل، ويتصرف. فإذا اكتفينا بالاستغلال، وجدنا الفصل 113 - وهو تقريبا مجرد نقل للمادة 941 من لائحة مجلة الشيخ جعيط⁽²⁷⁾ - قد قرّر 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.

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

والسؤال الآن: ما حكم المنتوجات؟• هنا يمكن - بعد ملاحظة أن لا نية للمشرع (في سياق التصوص التي تناولت آثار الشفعة أو في أعمالها التحضيرية) - إعمال قياس الأولى؛ فإذا عمل، قيل في المنتوجات بالحكم نفسه الذي قيل في الغلال⁽²⁸⁾.

زيادة على المسائل السابقة، قال الفصل 113 إنّ المصاريف التي بذلها المشتري يتحملها الشفيع سواء كانت ضرورية (إصلاح حائط يريد أن ينقض) أو تحسينية (تغيير أرضية من رخام مثلا برخام أعلى ثمنا). بعد الفصل 113، ودائما في عنوان آثار الشفعة، جاء الفصل 114 ليقول: "لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة". يثير هذا النصّ صعوبات تأويلية: أولى هذه الصعوبات مردّها للإطلاق 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 الشفيع في ممارسة الشفعة⁽²⁹⁾. فإذا لم نكتف بحجة السلطة، وإذا فهمنا النصّ استنادا إلى مصادره المادية، قلنا

(27) للمادة 941 جانب فقط هو الجانب المالكي، ومفاده: "غلة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت الأخذ بالشفعة".

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(28) جاء في الفصل 550 من مجلة الالتزامات والعقود: "من أمكنه الأكثر، أمكنه الأقل". فإذا كان يمكن للشفيع أن يأخذ الغلال (أخذها لا ينقص من أصل الشيء)، يمكنه أيضا أن يأخذ المنتوجات (أخذها ينقص من أصل الشيء).

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(29) استئنائي مدني، عدد 5200، 17 نوفمبر 1993، القضاء والتشريع، 1994، ص 261، ملاحظات: محمد كمال شرف الدين.

انظر أيضا: تعقيب مدني، عدد 63825، 18 ماي 1999، نشرية محكمة التعقيب، ص 256.

انظر أيضا حول المسألة نفسها ما ورد عند: حنان بن علي، الإشكالات التطبيقية في مادة الشفعة، مقالة منشورة في كتاب: خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965 - 2015، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017، ص 440 وما بعدها.

إنّ المادّة 930 من لائحة مجلّة الشّيخ جعيط تقول في جانبها المالكيّ: "إذا وقع بيع الشّفص (30) ثمّ وقعت إقالة في البيع، فلا تبطل الشّفعة. وعهدة الشّفيع على المشتري".

وهكذا فالمشتري، وككلّ مالك، يمكنه أن يتصرّف تصرّفًا قانونيًا بأن يفوّت، لكنّ هذا التّصرّف لا يُعارض به الشّفيع الذي يمكنه دوماً أن يمارس حقّه في الشّفعة وأن يُصبح هو المفوّت له بدلا عمّن فوّت له المشتري وهو البائع في الصّورة التي نحن بصددّها.

ثمّ إنّ عبارة "التّفويت" تشمل تفويت المشتري للغير. هذا ما قالت به الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب (31) في قرار تمثّلت وقائعه فيما يلي: خمسة إخوة - ثلاث بنات وولدان هما "عليّ" و"مختار" - يملكون على الشّياع عقّارا ورثوه عن أمّهم. باعت البنات منابهن إلى "خديجة" زوجة شقيقهنّ "مختار". فأراد "عليّ" الشّفعة باعتباره شريكا والحلول محلّ المشتري. لكنّ هذه باعت ما اشترته لزوجها. بهذا، وبعد أن كان من يريد الشّفعة أمام مشترٍ ليس شريكا ومن ثمّ تمكن الشّفعة عليه، أصبح أمام مشترٍ هو شريك ومن ثمّ لا تمكن الشّفعة عليه. وصل النزاع إلى محكمة الاستئناف بالكاف بوصفها محكمة إحالة (32) فقضت بأنّ حقّ الشّفعة لا يمنع المشتري من التّصرّف القانونيّ في المشتري وبأنّ على الشّفيع القيام على المشتري الثاني. لكنّ الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب لم تسر في هذا الاتجاه وقالت: "إنّ كلمة «لا تمضي» تدلّ بدون التباس أو غموض على أنّ تلك العمليّات لا تأثير لها على الشّفيع. وما دامت لا تأثير لها، فلا معنى حينئذ لما درجت عليه محكمة الإحالة من أنّ حقّ الشّفعة يقوم على المشتري الثاني الذي هو شريك في الملك لا يقيم في حقّه بالشّفعة إذ أنّ هذا الاتجاه يمثّل تأويلا لا يتماشى مع منطوق ومفهوم الفصل 114 المذكور الذي جاءت أحكامه صريحة المعنى واضحة المدلول في كون عمليّات التّفويت التي يقوم بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشّفعة لا تمضي على الشّفيع منعاً لكلّ تحايل وحتى لا يمحى أو يتأثّر حقّ الأخذ بالشّفعة في حدود الأجل المذكور". وختمت الدّوائر المجتمعة قائلة بأنّ تأويلها للفصل 114 هو التّأويل الصّحيح، وأنّه يتماشى وأحكام الشّريعة الإسلاميّة.

ثاني الصّعوبات مأتاها سكوت النّصّ عن عمليّات التّفويت بعد انقضاء أجل القيام بالشّفعة. فهل حكمها هو الحكم نفسه الذي للمنطوق به (أي لا تمضي على الشّفيع ولا يعارض بها) أم لها حكم مغاير؟* هنا،

(30) الشّفص النّصيب - الطّائفة من الشّيء - له فيه شّفص: شرك. المعجم العربيّ الحديث.

(31) تعقيبيّ مدنيّ (الدّوائر المجتمعة)، عدد 6216، 25 نوفمبر 1983، قرارات الدّوائر المجتمعة 1961 - 1992، منشورات مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس، 1996، ص 381 وما بعدها.

(32) محكمة الاستئناف بالكاف، عدد 753، 12 مارس 1981، غير منشور. ذكره: محمّد كمال شرف الدّين، المجلّة القانونيّة

التونسيّة 1984 (الجزء الفرنسيّ)، ص 596، الهامش 7.

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

أمام أولوية رضائية؛ هذه الأولوية مختلفة عن الشفعة، لأنها تمارس قبل البيع، أما الشفعة فتمارس كما رأينا بعد البيع⁽³⁴⁾.

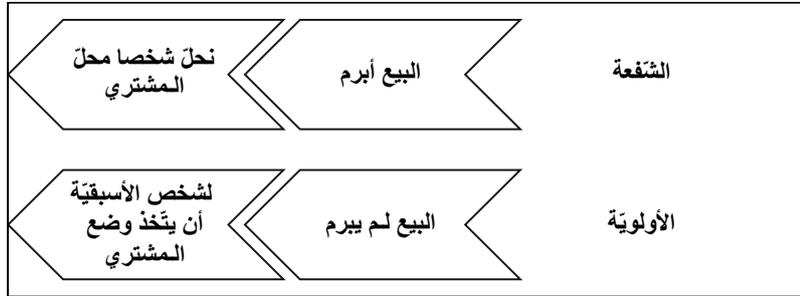
لكن قد لا يحترم المالك حق الأولوية، ويبيع للغير. عندئذ يمكن القانون من لم يحترم حقه في الأولوية أن يطلب من المحكمة أن تحله مكان المشتري في عقد البيع. وعليه فنحن أمام صورة أولوية قضائية؛ وهي غير مختلفة على مستوى فعل الحلول عن الشفعة القضائية بل اختلافها فقط على مستوى المنتفع بالحلول الذي هو في الأولوية ليس شريكا للمالك⁽³⁵⁾.

يُبيّن مما جاء أعلاه أنّ الأولوية - سواء كانت رضائية أو قضائية - تمثل قيوداً على حرية المالك البائع في اختيار المشتري.

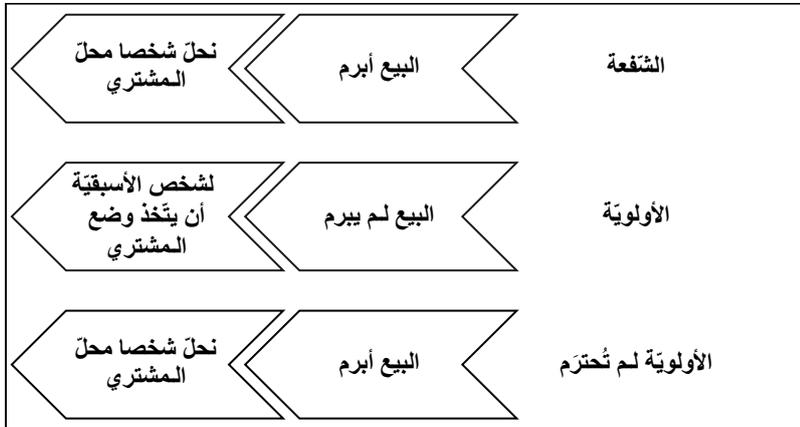
ومن صور حق الأولوية في التشريع التونسي ما جاء في قانون 1978⁽³⁶⁾:

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

(34)



(35)



⁽³⁶⁾ قانون عدد 39 لسنة 1978 مؤرخ في 7 جوان 1978 يتعلّق بمنح حق الأولوية في الشراء للمتسوّغين (رائد رسمي عدد 51 بتاريخ 7 أوت 1981، ص 1888).

ويجب على مالك العقار أن ينبه على المستفيد بحق الأولوية في الشراء قبل التفويت بأن عليه أن يقبل شراء العقار وأن يدفع أو يؤمن ثمنه في ظرف شهر؛ ويجب على المتسوّغ أن يجيب على التنبيه في صورة قبول الشراء؛ وعليه أن يدفع أو يؤمن الثمن في ظرف شهر من التنبيه؛ فإذا أجاب، نكون أمام أولوية رضائية؛ أما إذا لم يُجب، اعتُبر متنازلاً عن حق 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 بأنه هو المشتري للعقار؛ هكذا نكون أمام أولوية قضائية.

مما سبق يلخص أن ثمّ قيوداً 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 مكوّنات حق الملكية. على هذا نكون قد فرغنا من تعريف الملكية من هذه الحيثية (حيثية المكوّنات). بقي أن نعرّفها من حيثية أخرى هي كيفية عمل المكوّنات (37).

(37)

