

## جلسة ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٧٩

رئاسة السيد المستشار حافظ رفق نائب رئيس المحكمة وعضوية السادة المستشارين ،  
مهدى الخولي ، يوسف أبو زيد ، مصطفى صالح سليم ، وعزت حنورة .

( ٣٨٧ )

الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ القضائية :

( ٢٤١ ) بيع . شفعة .

(١) حق الانتفاع ، جواز كسبه بالشفعة حال بيعه استقلالاً عن الرقبة . م ١/٩٨٥  
مدني .

(٢) بيع حق الانتفاع . ثبوت حق الشفعة فيه لجار المالك . هل ذلك .

(٣) إعلان . "الإعلان في الموطن الأصلي" . موطن .

الموطن . ماهيته . تقدير عنصر الاستقرار فيه ونية الاقتران . هو ما يستقل به فاضي  
الموضوع .

(٤) شفعة . صوريه .

إعتبار الشفيع من الذير بالنسبة لطرف عقد البيع محل الشفعة . تمسكه بالعقد للظاهر . شرطه .  
ألا يكون عالماً بصوريته وقت إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة .

١ - النص في المادة ١/٩٨٥ من القانون المدني هل "حق الانتفاع يكسب  
بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم" مفاده أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة  
في حالة بيعه استقلالاً دون الرقبة الملازمة له إذا ما توافرت شروط الأخذ  
بالشفعة .

٢ - مفاد نص المادتين ٩٣٦ ، ٩٣٧ من القانون المدني أن المشرع قرر  
حق الشفعة لمالك الرقبة - في بيع حق الانتفاع لحكمة توضحها هي جمع شتات  
الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص للصریح ما كان

لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا - وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له في الشفعة في بيع حق الانتفاع الملايس للرقبة التي يملكها وذلك على ما جرى به نص المادة ٩٣٧ من القانون المدني المشار إليها - وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة على باقي الشفعاء عند مزاحمتهم له وفق ما جرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشفعاء الآخرين مالك الرقبة في بيع حق الانتفاع فتكون الأفضلية للأخير مؤكدا بذلك أن الشفعة في حق الانتفاع مقررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة وهي منع المضار - لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة لجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب في النتيجة التي انتهى إليها .

٣ - نصت المادة ٤٠ من القانون المدني على أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة فقد دلت على أن المشرع لم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادي وجعل المول عليه في تعيينه الإقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط في الموطن أن يقيم فيه الشخص وأن تكون إقامته بصفة مستمرة وعلى وجه يتحقق فيه شرط الاقتران ولولم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة ، وأن تقدير عنصر الاستقرار ونية الاقتران اللذان لهما في الموطن من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع .

٤ - للشفع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتاج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية ، أي ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة .

## المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن العطن امتوى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وصائر أوراق الطعن — تحصل في أن الشركة المطعون ضدها الأولى أقامت الدعوى رقم ٨٨١ سنة ١٩٧٤ مدني كلي جنوب القاهرة على الطاعنين وبقا المطعون ضدهم بطلب الحكم بأحقيتها في أخذ العقار المبين بالصحيفة بالشفعة والتسليم مقابل ما أودعته خزينة المحكمة من ثمن وملحقاته على سند أنها جار مالك للعقار المبيع وعلمت مصادفة أن المطعون ضدهما الثاني والثالثة بأعاه للطاعنين بثمان قدره ثلاثون ألف جنيه فأعلنت رفضها في أخذه بالشفعة بإنذار في ١٩٧٥/١/٢٩ مقابل هذا الثمن وأودعت خزينة المحكمة في ١٩٧٤/٢/٢٧ مبلغ ٣١٧٥٥ ج و ٦٤٠ قيمة الثمن ورسوم التسجيل والمصروفات . دفع الطاعنان بعدم قبول الدعوى وبسقوط الحق في الأخذ بالشفعة ، ومحكمة جنوب القاهرة الابتدائية قضت بجملة ١٩٧٥/٥/٣١ . أولا : برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي أهلية أو صفة وقبولها . ثانيا : برفض الدفع بسقوط حق المدعية ( المطعون ضدها الأولى ) في الأخذ بالشفعة . ثالثا : وقبل الفصل في أوجه الدفوع الأخرى والموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت الطاعنان أن الثمن المحقق للعقار المشفوع فيه هو مبلغ خمسة وأربعون ألفا من الجنيهات . طلبت المطعون ضدها الأولى أمام القاضي المنتدب للتحقيق العدول عن حكم التحقيق فقرر إحالة الدعوى إلى المرافعة للفصل في هذا الطلب . وبجلسة ١٩٧٦/٣/٢٨ قضت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية برفض الدعوى — استأنفت الشركة المطعون ضدها الأولى الحكم بالاستئناف رقم ٢١٣٤ سنة ٩٣ ق . وبتاريخ ١٩٧٧/١٢/٢٠ قضت محكمة استئناف القاهرة بإلغاء الحكم المستأنف و برفض كافة الدفوع المبدأة من الطاعنين وبأحقية المطعون ضدها الأولى في أخذ العقار بالشفعة والتسليم مقابل ما أودعته خزينة المحكمة من ثمن وملحقاته وقدره ٣١٧٥٥ ج و ٦٤٠ م . طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي بتقضى الحكم — وإذ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة وأيها .

وحيث إن الطمن أقيم على أربعة أسباب ، ينحى الطاعنان بالسبب الأول منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ومخالفة الثابت بالأوراق فضلا عن القصور المبطل وفي بيان ذلك يقولان أن عقد البيع الصادر إليهما من المطعون ضدتهما للثاني والثالثة تضمن شراء أولها لنفسه ثلاثة قراريط ورقبة ومنفعة شيوفا في العقار وشراؤه بصنفته وليا طبيعيا على أولاده تسعة قراريط ورقبة وشراؤه لنفسه حق الانتفاع في هذه القراريط التسعة ، وشراء الطاعنة الثانية إثنتي عشر قيراطا ورقبة ومنفعة ، ونحدد في العقد ثمن كل حصة في المبيع على حده ، إلا أن الحكم المطعون فيه وصف ذلك للعقد بأنه مجرد عقد بيع عقار لا يتضمن حصة في حق انتفاع ، وأضاف أن تجزئة المبيع حدثت بمعرفة المشتريين ( الطاعنين ) فلا يجوز أن تعطى حق المطعون ضددها الأولى في الأخذ بالشفعة طالما أنها تشفع في العقد بتمامه ، مع أن هذه التجزئة جاءت بموجب إرادتي طرفي العقد لكليهما ، ولم يتضمن العقد شراء الطاعن الأول التسعة قراريط ورقبة ومنفعة من العقار ثم تصرفه بعد ذلك إلى أولاده للقصر في الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع ، إنما تضمن تصرف البائعين إلى القصر في الرقبة رأسا وتصرفهما في حق الانتفاع إلى الطاعن الأول أصلا ، وهذا التصرف الأخير لا يجوز للمحار أن يشفع فيه ، إذ لا تجوز للشفعة للمحار في حالة بيع حق الانتفاع ، وبالتالي لا تجوز الشفعة في باقي المبيع حتى لا تتفرق الصفقة - وقول الحكم المطعون فيه أن تلك التجزئة لا ينبغي أن تعطى الحق في الشفعة طالما أنها تنصب على العقار بتمامه قول يحمل في طياته شبهة الاتهام بأن هذه التجزئة تمت عمدا بقصد تعطيل الحق الشفعة ، ولكن الحكم المطعون فيه لم يدعم هذا الاتهام المرسل بأي سبب يقيمه ، مع أن عرف المعاملات يجري على هذه التجزئة دون أن يشير مثل هذا الاتهام ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وخالف الثابت بالأوراق وشابه القصور المبطل بما يستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعي غير سديد ، ذلك أنه لما كان النص في المادة ٩٨٥/١ من القانون المدني على "حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم" مفاده أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة في حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملازمة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة ، وكان النص

في المادة ٩٣٦ من القانون المدني على "يثبت الحق في الشفعة (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضها . (ب) للشريك في الشبوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي . (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها . (د) لمالك الرقبة في المحكر إذا بيع حق المحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة . (هـ) لجار المالك .. " ، والنص في المادة ٩٣٧ من ذات القانون على "إذا تراحم الشفعة يكون امتعاض حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة .. " مفادها أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة لحكمة توخاها هي جمع فئات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص العرّيج ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاقا ولا جارا مالكا - وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعة عند تراحمهم له في الشفعة في بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة التي يملكها وذلك على ما جرى به نص المادة ٩٣٧ من القانون المدني المشار إليها وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة على باقي الشفعة عند تراحمهم له وفق ما جرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشفعة الآخرين مالك الرقبة في بيع حق الانتفاع فتكون الأفضلية للأخير ، مؤكدا بذلك أن الشفعة في حق الانتفاع مقررة لسائر الشفعة وذلك لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة وهي منع المضار - لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة لجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب في النتيجة التي انتهى إليها ، ولما كانت المطعون ضدها الأولى قد طالبت بأحققتها في أخذ العقار المبيع بأكمله بالشفعة ، فإن النمي على الحكم المطعون فيه فيما ورد بأسبابه من تقديرات بشأن وحدة الصفقة وتجزئتها بمعرفة المشتريين الطاعنين - أيا كان وجه الرأي فيه - يكون غير متبع ويكون النمي بهذا السبب في جهاته على غير أساس .

وحيث إن الطاعنين ينعان بالسبب الثاني من أسباب الطعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع ، وفي بيان ذلك يقولان أنهما دفعا بسقوط حق الشركة المطعون ضدها الأولى في أخذ العقار المبيع بالشفعة لعدم إعلانها بصحيفة الدعوى إعلانا صحيحا في الإمداد القانوني وذلك

استنادا إلى أن الشركة المطعون ضدها الأولى كانت تعلم وقت الاعلان بوجودها في المملكة العربية السعودية ورغم ذلك أجرت إعلانيهما في محلهاما المسمى بعقد البيع الذي تبين خلفه فسامت الصورة إلى جهة الإدارة ، وطلبا إحالة الدعوى إلى المحقق لإثبات واقعة العلم هذه ، غير أن الحكم المطعون فيه قضى برفض هذا الدفع استنادا إلى أن الإعلان تم صحيفا في المحل الميّن بعقد البيع وهو ما لا يصلح ردا على سبب البطلان الذي قام عليه الدفع بما يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور في التسييب والإخلال بحق الدفاع ويستوجب نقضه .

وحيث أن هذا الزمى في غير محله ، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة ١٠/١ من قانون المرافعات نصت على أن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ، وكانت المادة ١٠ من القانون المدني إذ نصت على أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة فقد دلت على أن المشرع لم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادي وجعل المدول عليه في تعيينه الإقامة المستمرة بمعنى أنه يشترط في الموطن أن يقيم فيه للشخص وأن تكون إقامته بصفة مستمرة وعلى وجه يتحقق فيه شرط الأعتياد ولو لم تكن مستمرة تحتلها فترات فيها متفاربة أو متباعدة ، وأن تقدير عنصر الاستقرارونية الاستيطان اللازم توافرها في الموطن من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع — لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد في رده على الدفع ببطلان إعلان صحيفة الدعوى قوله : " .. فإنه لذلك تواجه المحكمة تلك الدفوع وأولها الدفع ببطلان إعلان صحيفة دعوى الشفعة وبطلان إعلان إبداء الرخصة وما يترتب على ذلك من سقوط دعوى الشفعة وهذا الدفع مردود بأن هاتين الورقتين أعلنتا إلى المستأنف عليهما الأول والثانية ( الطاعنين ) في محل الإقامة الذي ذكره في عقد البيع المسجل رقم ٦٣٠٨ بتاريخ ١٠/٢/١٩٧٢ وهو عين المقار المطلوب أخذه بالشفعة والذي استمدت منه الشركة علمها بالبيع وبالتمن وشخص المشترين ومحل إقامتهما يضاف إلى ما تقدم تردد المستأنف ضده الأول وزوجته المستأنف ضدها الثانية على محل الإقامة المذكور عدة مرات على ما هو موضح بالشهاد الرسمية الصادرة من وزارة الداخلية ( مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية ) المؤرخة ١/٢/١٩٧٧ والمقدمة من الشركة المستأنفة المطعون ضدها

الأولى - وإذا كان البين من اعلان صحيفة دعوى الشفعة و اعلان الانذار الرسمي بإبداء الرغبة أنهما حصلتا في محل الإقامة المذكور ... يكون اعلان هاتين الورقتين قد جاء متفقا مع صحيح القانون وإذا كان اعلان الصحيفة قد حصل في المهام الذي حددته المادة ٩٤٣ من القانون المدني فإنه لذلك يغدر الدفع بالسقوط ولا سند له من واقع أو قانون يتعين القضاء برفضه . وكان ما استخلصه الحكم المطعون فيه في رده على الدفع ببطلان اعلان صحيفة الدعوى يتفق وصحيح القانون في تحديد محل إقامة الطاعنين الذي تم اعلانها فيه بصحيفة الدعوى فضلا عن أن إرادته أن محل الإقامة هذا لم تنقطع صلة الطاعنين به بإقامتهما المؤقتة بالمملكة العربية السعودية ، وكان ما استخلصه الحكم المطعون فيه له مصادر ثابتة من أوراق الدعوى ، فإن النعي عليه في هذا الخصوص بالقصور والاخلال بحق الدفاع يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعنين ينعين بالسبب الرابع من أسباب الطعن على الحكم المطعون فيه القصور والاخلال بحق الدفاع ، وفي بيان ذلك يقولان أنهما دفعا أمام محكمة أول درجة بسقوط الحق في الشفعة لعدم ايداع الشركة المطعون ضدها الأولى الثمن الحقيقي للبيع الذي تعلمه وقدره خمسة وأربعون الفا من الجنيهات وليس ثلاثون الفا من الجنيهات كما ورد بعقد البيع المسجل ، فأحالت محكمة أول درجة الدعوى إلى التحقيق لإثبات واقعة العلم هذه ولكن التحقيق لم يتم لاعتراض الشركة المطعون ضدها الأولى على اجرائه ، ثم قضت تلك المحكمة برفض الدعوى دون أن تتعرض لهذا الدفع الذي لم يكن لازما لحل قضائها ، فلما امتأنفت الشركة المطعون ضدها الأولى هذا الحكم أصبح هذا الدفع مطروحا على المحكمة الاستئنافية التي قضت برفضه استنادا إلى أن الشفيع وهو من الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر الذي خالق مظهره الخدع به وأن ليس للتعاقدین أن يستفيدا من ضمه في علاقتهما والعبارة بما تضمنته العقد الظاهر استقرارا للتعامل وبالتالي يكون ايداع الثمن المسمى بالعقد المسجل موافقا لصحيح القانون - وهذا الذي أورده الحكم المطعون فيه لا يصلح ردا على وجه دفاعهما لأن علم الشفيع بالثمن الحقيقي ينتهي به حسن نيته وهو شرط لازم للتمسك بالعقد الظاهر - وإذا لم يعتد الحكم المطعون فيه بهذا القيد ورتب على

ذلك افضاله طاب احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات العلم فانه يكون قاصر التسبب بخلاف بحق الدفاع مما أدى الى مخالفة القانون بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعى في محله ، ذلك ان الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له ان يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتاج عليه بالعقد المستتر الا ان شرط ذلك ان يكون حسن النية ، اى الا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت اظهار وغتته في الأخذ بالشفعة - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه برفض طلب الطاعنتين احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات علم المطعون ضدها الاولى بالثمن الحقيقي للبيع على قوله . " وحيث أنه عن الدفع بسقوط دعوى الشفعة تأسيسا على أن الشركة المستأنفة ( المطعون ضدها الاولى ) لم تودع كامل الثمن وهو مبلغ ٤٥ الف جنيه مصرى وأن المبلغ المودع وقدره ٣١٧٥٥ جنيه و ٦٤٥ مليم ليس هو الثمن الحقيقي مردود بأن الشفيع وهو من الغير بالنسبة لعقد البيع المشفوع فيه له ان يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية وهو إذ يتمسك بالعقد الظاهر فلان العقد قد خلق مظهرا اتخذ به واطمان اليه وليس للمتاعدين ان يستفيدا من غشهما في علاقتهما بالغير إذ ان العقد الظاهر مما يقتضيه استمرار التعامل ، ولا هبة بما تضمنه طلب استخراج كشف التعديد المؤرخ ١٩٧٣/٤/٣١ وما تضمنه هذا الطلب من ثمن يزيد عن الثمن الوارد بالعقد المسجل طالما ان الطرفين قد اتفقا على ثمن هو مبلغ ٣٠ الف جنيه - يضاف الى ذلك ان أحدا من المتعاقدين لم يقم بانذار الشركة بالانذار الرسمي بمحصول البيع مشتملا على بيان البيع والثمن الذى تم به البيع وبناء على ذلك فلا ينبغى ان يحاج الشفيع وهو حسن النية باتفاق آخر يتضمن ثمنا يزيد عن الثمن المسجل في العقد المسجل ولا عليه إذا هو قام بإيداع الثمن المبين في ذلك العقد ومن ثم يكون الايداع له جاء ، ووفقا صحيح القانون مما يتعين منه رفض

الدفع " - واذ كان ما أورده الحكم المطعون فيه ردا على دفاع الطاعنين بعلم المطعون ضدها الأولى بصورية العقد الظاهر لم يكن إلا تقريرا لحسن نية الشركة المطعون ضدها الأولى دون إتاحة الفرصة للطاعنين لإثبات علم الشركة المطعون ضدها بحقيقة الثمن ، وكان لا يكفي للتدليل على عدم علم الشركة المطعون ضدها الأولى بصورية العقد الظاهر بمجرد عدم انذارها بالبيع لأن عدم انذارها بالبيع لا يؤدي حتما إلى عدم علمها بصورية العقد الظاهر وبالتالي توافر حسن نيتها ، واذ رتب الحكم المطعون فيه على ذلك وعلى ايداع الثمن المسمى بالعقد الظاهر قضاءه برفض الدفع بمقوطة الحق في الشفعة والتفت من طلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات علم المطعون ضدها الأولى بالثمن الحقيقي ، فانه يكون قد شابه القصور في التسبيب واخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث السبب الثالث .