

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

الأولوية كسب من اسباب كسب الملكية دراسة مقارنة

إعداد

عاصم سميح يوسف كعك

إشراف

د. اشرف ملحم

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص،
بكلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

2020

الأولية كسبب من اسباب كسب الملكية

دراسة مقارنة

إعداد

عاصم سميح يوسف كعك

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2020/2/9م، وأجيزت.

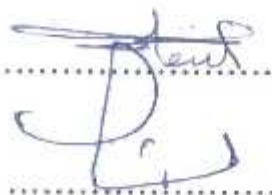
أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

1. د. أشرف منعم / مشرفاً ورئيساً

2. د. بشار دراغمة / ممتحناً خارجياً

3. د. علي مصلح / ممتحناً داخلياً





الاهداء

صديقي المحامي الأسير عزمي النفاع " ابو حمزة"

لك وحدك وأنت في عتمة ليل مزق الاحتلال صمته

الشكر والتقدير

لكل من تعلقت روعي فيه

لأبي الذي أفنى عمره وهو يزرع في حب العلم

ولأمي التي بذلت كل ما تملك حتى تراني كما تراني الآن

و لزوجتي و ما حملت إليّ من نبوءة جميلة ذات مساء

و للدكتور أشرف ملحم وما قدمه لي في هذه الرسالة من نصائح وتوجيهات

ولصديقي وأخي الكبير الدكتور رائد ابو بدوية لما قدمه لي من دعم وتشجيع حتى أكمل

هذه الرسالة

الإقرار

أنا الموقع أدناه، مقدم الرسالة تحمل العنوان:

الأولوية كسبب من اسباب كسب الملكية

دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيث أن هذه الرسالة كاملة، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب علمي أو بحث لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:

اسم الطالب:

Signature:

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الافرار
ح	الملخص
1	المقدمة
6	الفصل التمهيدي
14	الفصل الأول: الأسس القانونية التي تقوم عليها الأولوية
14	المبحث الأول: توافر صفة طالب الأولوية والتزام بينهم
14	المطلب الأول: صاحب الحق بإقامة دعوى الأولوية
15	الفرع الأول: الشريك
16	الفرع الثاني: الخليط
19	الفرع الثالث: المحتاج من أهل القرية الموجود فيها الأرض
22	الفرع رابع: صاحب الأشجار والمنشآت إذا ما تم فراغ الأرض لأحد غيره
23	المطلب الثاني: التزام بين طالبي الأولوية
24	الفرع الأول: التزام بين طالبي الأولوية من طبقات مختلفة
24	الفرع الثاني: التزام بين طالبي الأولوية من طبقة واحدة
25	الفرع الثالث: إذا كان المفرد له أحد الشركاء
27	المبحث الثاني: شروط الأولوية
27	المطلب الأول: شروط التصرف المطلوب بالأولوية
27	الفرع الأول: يجب أن يكون التصرف ناقلا لحق التصرف
31	الفرع الثاني: التصرفات التي لا يثبت معها حق الأولوية
38	المطلب الثاني: شروط المال المطلوب بالأولوية
38	الفرع الأول: أن يكون أرض أميرية او موقوفة وقف تخصيصات
43	الفرع الثاني: عدم قابلية الأرض المطلوبة بالأولوية للتجزئة
44	المطلب الثالث: شروط طالب الأولوية
45	الفرع الأول: توافر سبب الأولوية وقت صدور التصرف

47	الفرع الثاني: بقاء السبب قائما حتى تمام الأخذ بالأولوية
49	الفصل الثاني: اجراءات الأولوية
49	المبحث الأول: ايداع الثمن
56	المبحث الثاني: مدة اقامة دعوى الأولوية
60	المبحث الثالث: إقامة دعوى الأولوية
60	المطلب الأول: توافر الصفة والمصلحة
64	المطلب الثاني: الخصومة
67	المطلب الثالث: المحكمة المختصة
69	الفصل الثالث: سقوط الأولوية واثارها
69	المبحث الأول: التنازل عن الأولوية واسقاطها
69	المطلب الأول: تنازل طالب الأولوية عن حقه في الأولوية
70	المطلب الثاني: اسقاط الحق بالأولوية
70	الفرع الأول: المسقطات لحق الأولوية التي قد حددها القانون
73	الفرع الثاني: المسقطات التي لم يذكرها القانون
75	المبحث الثاني: آثار الأولوية
75	المطلب الأول: العلاقة بين طالب الأولوية و المفرغ له
77	الفرع الأول: تملك طالب الأولوية للثمار
78	الفرع الثاني: حكم زيادة المفرغ له البناء أو الغراس في العين المطلوبة بالأولوية
80	الفرع الثالث: التزامات المفرغ له وطالب الأولوية
82	المطلب الثاني: العلاقة بين المفرغ وطالب الأولوية
82	المطلب الثالث: علاقة طالب الأولوية بالغير
82	الفرع الأول: مآل حقوق الغير الناشئة أثناء حيازة المفرغ له
83	الفرع الثاني: مآل حقوق الغير الناشئة عن عقد الفراغ
85	الخاتمة
85	النتائج
86	التوصيات
88	المصادر والمراجع
b	Abstract

الأولوية كسب من أسباب الملكية

دراسة مقارنة

إعداد

عاصم سميح كعك

إشراف

د. أشرف ملحم

الملخص

إن هذه الرسالة تتناول الأولوية باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية وتعرضت في الفصل التمهيدي لعدة موضوعات مهمة متعلقة بموضوع الأولوية مبينا ماهيتها من حيث التعريف بها ومصدرها التاريخي، كما ركزت على اختلاف القوانين حول التكييف والطبيعة القانونية للأولوية من حيث أنها حق أو دعوى. إذ أن القانون المدني الأردني وقانون الأراضي العثماني يجعلها حق في حين أن القانون المدني المصري يعتبرها رخصة واستقر الرأي القانوني على اعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية، حيث تعتبر رخصة قبل رفع الدعوى وحقاً حين ممارستها.

ثم تطرقت لخصائص الأولوية التي تميزها عن غيرها من أسباب كسب الملكية باعتبارها قد وردت على خلاف للأصل القانوني العام. لقد ميزت الدراسة بين الأولوية وبين ما يشتهى بها من مصطلحات قانونية ذات علاقة بكسب الملكية في العقار كالشفعة والأفضلية. فوقفت على الفارق الدقيق بين كل من الأولوية والشفعة، باعتبار الشفعة هي أصل الأولوية ويتم الرجوع إلى أحكامها في حال غياب النص القانوني الذي ينظم الأولوية، كما وضحت الفرق الأساسي بينها وبين الأفضلية على اعتبار أن الأفضلية لا تسري إلا على المباني في حين أن الأولوية تسري على الأراضي، وأن الأولوية تكون في الأراضي الأميرية التي تكون خارج حدود الملكية، في حين أن الأفضلية تكون داخل نطاق الحدودي للبلديات.

لقد خصص الفصل الأول في الرسالة لدراسة تحقق الأولوية وشروطها من حيث توافر صفة طالبها وحالاتها في التشريعات محل الدراسة، كما بينت أحكام التزاحم بين طالبي الأولوية بعد أن قمت

بتوضيح طبقاتهم وكيفية تقسيم الحصص بينهم، ثم قمت بدراسة الشروط الواجب توافرها في طالب الأولوية بعد توافر صفته القانونية بالإضافة إلى الشروط العقار المطلوب بالأولوية. وقد توصلت الدراسة إلى أن الأولوية لا تكون إلا على الأراضي الأميرية أو موقوفة وقف تخصيصات. وقد وضع الفصل الأول أيضا التصرف الذي يجيز في الأولوية كما بينت البيوع التي لا تجوز فيها الأولوية والتي تعتبر من موانعها.

أما في الفصل الثاني درست فيه اجراءات التي اشترطها القانون لدعوى الأولوية من حيث إيداع الثمن وبيئت أن الثمن هو ثمن المثل، كما وضحت أن الأصل أن يقوم المدعي في دعوى الأولوية أن يودع ثمن المسمى إلا إذا ادعى أنه يزيد عن ثمن المثل، ثم بينت كيفية هذا الإيداع و زمانه والآثار المترتبة على تخلفه والإخلال بهذا الإجراء.

ثم انتقلت الدراسة لموضوع إقامة دعوى الأولوية مبينا شروط إقامتها كما أني بحثت في شروط طالب الأولوية من حيث أهليته وتوافر صفته، ثم بحثت في الخصومة وانعقادها في دعوى الأولوية وتوصلت إلى أن الخصم في دعوى الأولوية هو المشتري ولا يشترط رفع الدعوى على البائع إلا إذا كان واضع يد.

ثم انتقلت الدراسة للمدد القانونية التي يجب أن تقام الدعوى خلالها وهي مدة ستة أشهر من تاريخ الفراغ الرسمي، ثم بينت الدراسة الطبيعة القانونية لهذه المدة، هل هي مدة تقادم أو مدة سقوط، ثم تطرقت في الرسالة بعد ذلك للمحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى وتوصلت إلى نتيجة أن المحكمة المختصة اختصاصا محليا هي المحكمة التي يوجد فيها العقار وفي الاختصاص القيمي يكون بناء على ثمن العقار محل دعوى الأولوية.

وفي الفصل الثالث تناولت الدراسة سقوط الأولوية ومفهوم ذلك في حالات متعددة، وبينت أن حالة سقوط الأولوية ليس حصرا على ما ذكره المشرع من الاستكاف والإذن الصريح، ثم انتقلت الدراسة لبيان آثار الأولوية في علاقات مختلفة، وبينت العلاقة بين المفرغ له وطالب الأولوية، وتوصلت إلى أن التكليف المناسب للأولوية انها عقد جديد بين المشتري وطالب الأولوية.

وفي ذات الفصل تناولت الدراسة أحكام الزيادة التي يجريها المشتري من بناء او غراس على الأرض المطلوبة بالأولوية سواء قبل إقامة الدعوى او بعد ذلك، وبينت التزامات كل من المشتري وطالب الأولوية ثم عرضت لأحكام العلاقة بين طالب الأولوية والبائع مع بيان العلاقة بين طالب الأولوية والغير من حيث الحقوق المترتبة على الأرض المطلوبة بالأولوية وحالاتها المختلفة.

المقدمة

يعد حق الملكية من أهم الحقوق التي تمنح للأفراد فهو أصل الحقوق العينية إذ أن باقي الحقوق متفرعة عنه ومن هذه الحقوق حق التصرف والذي يجري على الأرض الأميرية وقد حددت أسباب لنقل حق التصرف ومن أهم هذه الأسباب في كسب حق التصرف هو حق الأولوية كما جاء في القانون المدني الأردني وحق الرجحان كما جاء في قانون الأراضي العثماني. وهو حق شبيه من حق الشفعة من حيث المبدأ وفي العديد من أحكامه مع الافتراق في بعضها.

وإن الأثر المترتب على ممارسة حق الأولوية هو نقل حق التصرف وهو حق عيني أصلي يترتب عليه الالتزامات وواجبات متبادلة بين الأطراف بين صاحب حق التصرف وبين مشتريها وطالبها بالأولوية.

وقد وقع الخلاف حول طبيعة الأولوية هل هو حق أو دعوى؟ وإن هذا الخلاف يترتب عليه آثار كثيرة منها إمكانية التنازل عن الأولوية قبل استحقاقها لمن قال بأنها حق على خلاف الرأي الذي يقول أنها دعوى فلا يجوز التنازل عنها أو إسقاطها قبل استحقاقها.

وكذلك إن الأمر يدق في حالة نقل الملكية بالأولوية فما طبيعة هذا النقل؟ وما هي الطبيعة القانونية له هل هي نظرية الحلول أو نظرية العقد الجديد وبين تلك النظريتين خلاف كبير في آثار كل منهما والتي سندرسها في هذه الرسالة.

كما تعد الأولوية من الحقوق التي تخول صاحبها تملك حق التصرف جبرا عن صاحبها ببطل المثل في حال أن المفرغ له لم يسلم بحق الأولوية ولم يتم بنقل حق التصرف لطالب الأولوية فإن الأخير سيكون من حقه اللجوء للقضاء وإقامة الدعوى للمطالبة بتمليك حقه التصرف على العقار.

وبذلك يكون على مدعي الأولوية تقديم دعواه للمحكمة المختصة خلال المدة القانونية المحددة واتباع جميع الإجراءات القانونية التي نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية وباقي القوانين المنظمة للموضوع والتي تناولت دراستها في هذه الرسالة.

أهمية الرسالة

تبرز أهمية الرسالة في أهمية موضوعها كون أن الأولوية هي نظام رديف لنظام الشفعة مع الاختلاف بين النظامين حيث أن الشفعة تقام على الأراضي الملك في حين أن الأولوية تقام على الأرض الأميرية وكما أن هناك فروق بين الشفعة والأولوية في الشروط الموجبة ولكن من الملاحظ أن الفقه قد تناول بإطناب دعوى الشفعة من حيث شروطها الموضوعية واسباب كسبها وأثارها وتكييفها القانوني في حين أنه قد غفل بشكل واضح وجلي عن شرح أحكام دعوى الأولوية وشروطها الموضوعية، كما أن أهمية الرسالة تبرز بشكل واضح كون الأولوية من الدعاوي التي تقام امام المحاكم الفلسطينية بكثرة كما أنه يشوب أحكامها الكثير من الغموض وعدم الوضوح، مما يستوجب البحث لمعرفة الاجراءات وطريقة اقامة الدعوى بشكل خاص وبأهمية موضوع طلب التملك بالأولوية بشكل عام، إذ أن الاجراءات هي الطريق للوصول للحق، وبدون اتباع الطرق الصحيحة يكون الحق عرضة للضياع كما أن أهمية الرسالة تكمن أيضا في أن موضوعها لا يزال يختلط على الكثيرين وذلك لعدم وجود قانون محدد يعالج الموضوع بل جاءت الأحكام متناثرة في عدة قوانين مما يجعل من الأهمية أن يتم جمع شتاتها وتوضيحها في متن هذه الرسالة.

أهداف الرسالة

يهدف الباحث إلى بيان ماهية الأولوية وما هو تكييفها القانوني وما هي الشروط الموضوعية للمطالبة بها، كذلك يهدف الباحث لدراسة شروط دعوى الأولوية ومتى تقام والاجراءات المتبعة لإقامتها، وذلك من خلال استقراء النصوص التي عالجت الموضوع ومقارنتها بالقرارات القضائية لفهم أهم شروط الدعوى وفقا للقانون الفلسطيني والمطبقة أمام المحاكم الفلسطينية.

إشكالية الرسالة

تبرز اشكالية البحث في غياب تعريف الأولوية وتكييفها القانوني والاثار المترتبة عليها مما يثير لبس في كثير من الأحيان مع باقي الأنظمة المتشابهة والقريبة منها كنظام الشفعة ونظام الأفضلية كما وضحتها قانون الطوابق والشقق هذا من جانب ومن جانب أخرى نجد أن الاشكالية تتمحور

أيضاً في شروط إقامة دعوى الأولوية، والقانون المطبق في المحاكم الفلسطينية والتي كانت لفترة قريبة غير مستقرة من عدة أمور مثل مدة اقامتها، لذلك اقتضى البحث في هذه الاشكالية.

منهجية الرسالة

لقد اتبع الباحث في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال استعراض نصوص القوانين ذات الصلة واستنباط الأحكام منها والبحث في مدى تطبيق القضاء لهذه الأحكام.

عوائق البحث

إن العائق الرئيسي الذي واجه الباحث هي قلة المراجع التي عالجت اجراءات وشروط الدعوى، حيث أن أغلب المراجع الموجودة تركز على الناحية الموضوعية في الأولوية ولم تتناول اجراءات اقامة الدعوى وما هي أهم مميزاتها والآثار المترتبة عليها مما سيلجأ الباحث الى اعتماد على القرارات القضائية بشكل باز في رسالته لأنها عالجت العديد من المسائل المختلفة للأولوية.

محددات الرسالة

اقتصر هذا البحث على دراسة نصوص المواد المتعلقة بشروط دعوى الأولوية وذلك في القوانين والأنظمة المطبقة في فلسطين ومقارنتها بالقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وكذلك تم البحث في التطبيقات القضائية لدى محاكم الفلسطينية والأردنية.

الدراسات السابقة

لم يجد الباحث دراسات سابقة متخصصة في موضوع البحث أي في شروط دعوى الأولوية واجراءاتها وكل ما وجده يتناول الأولوية كأحد مطالب الدراسات مثل رسالة ماجستير بعنوان: " التنظيم القانوني للأراضي الأميرية " للباحثة رجاء كمال فقهاء، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية. ونجد أن الباحثة تناولت الأولوية في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من موضوع رسالتها. ولم تتناول الموضوع من ناحية اجراءات وكما أنها لم تتناولها بدراسة مقارنة مع القوانين المجاورة.

وكذلك نجد أن هناك رسالة ماجستير بعنوان " الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية دراسة مقارنة " للباحث منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية وقد تناول في بعض فروع رسالته أوجه المقارنة والشبه بين نظام الشفعة ونظام الأولوية إلا أن هذه الدراسة لم تتناول الأولوية بالتفصيل من حيث تعريفها وماهيتها وشروطها واثارها الأمر الذي سينصب عليه دراستي في الرسالة.

خطة الرسالة

استلزم من طبيعة الرسالة أن يتم تقسيمها إلى ثلاث فصول، وإلى فصل تمهيدي كتالي:

الفصل الأول

أبحث فيه عن تحقق الأولوية من حيث توافر صفة طالبها وحالاتها في التشريعات محل الدراسة، كما أبين أحكام التزاحم بين طالبي الأولوية بعد أن أوضح طبقاتهم وكيفية تقديم أحدهم على الآخر وشروط ذلك، ثم أدرس الشروط الواجب توافرها في طالب الأولوية بعد توافر صفته بالإضافة إلى الشروط العقار المطلوب بالأولوية كما سيتم دراسة التصرفات التي يجيز فيها الأولوية وأبين البيوع التي لا تجوز فيها الأولوية والتي تعتبر من موانعها.

الفصل الثاني

أدرس في هذا الفصل اجراءات الأولوية التي اشترطها القانون من حيث إيداع الثمن وبيان كيفية الإيداع وزمانه والآثار المترتبة على تخلفه والإخلال به ثم انتقل لإقامة دعوى الأولوية مبينا شروط إقامتها وأدرس شروط طالب الأولوية من حيث أهليته وتوافر صفته وأحكام ذلك ثم أبحث الخصومة وانعقادها في دعوى الأولوية وأبين بين أي الأطراف تتعقد ثم انتقل للمدد القانونية التي يجب أن تقام الدعوى خلالها وأبين بعد ذلك المحكمة المختصة بنظر دعوى الاولوية.

الفصل الثالث

سأقوم بدراسة سقوط الأولوية ومفهوم السقوط وحالاته. ثم أنتقل لدراسة آثار الأولوية وعلاقات مختلفة المترتبة على طلب الأولوية وهي العلاقة بين المشتري وطالب الأولوية البائع ثم أبين العلاقة بين طالب الأولوية والغير من حيث الحقوق المترتبة على الأرض المطلوبة بالأولوية وحالاتها المختلفة كما انني سأدرس أحكام الزيادة التي يجريها المشتري من بناء او غراس على الأرض المطلوبة بالأولوية سواء قبل إقامة الدعوى او بعد ذلك وأبين التزامات كل من المشتري وطالب الأولوية ثم أعرض لأحكام العلاقة بين طالب الأولوية.

الفصل التمهيدي

تعتبر الأولوية من أسباب انتقال حق التصرف بين الأفراد، ولكن هذا الانتقال يتم رضاء او بموجب القانون.

وحق الأولوية في نظام الأراضي الأميرية والموقوفة وقف تخصيصات يقابل حق الشفعة في عقارات الملك إذ أن العلة والغاية الأساسية من الأولوية هي دفع الضرر من سوء الجوار ورفع الأذى المحتمل أن يلحق بصاحب حق الأولوية كما هو الحال في الشفعة أيضاً¹.

والأولوية هي نظام موروث عن الخلافة العثمانية ويعرف أيضاً بحق الرجحان² ونجد أنها لغة مشتقة من الأول والأولى، أي التقدم والابتداء والرجحان والأفضلية³.

ويمكن تعريفها بأنه " امتياز يخول صاحبه تملك حق التصرف بأرض اميرية أو جزء منها متفضلاً على غيره بدفع بدل المثل"⁴.

وقد كان حق الأولوية (الرجحان) في زمن الدولة العثمانية يقسم إلى قسمين: الأول يتعلق بالبيع الاختياري أي الفراغ الرسمي وهو المعروف حالياً، والثاني يكتسب حين وفاة المتصرف دون ورثة نظاميين أي دون وجود أصحاب حق الانتقال، ويسمى (حق الطابو)، ولم يعد هذا القسم الثاني موجوداً حالياً⁵.

¹ قسايمه، سهى محمد حسين: رسالة ماجستير بعنوان (حق التصرف في الأراضي الأميرية في القانون المدني الأردني)، جامعة آل البيت، الأردن، 2002، ص 44.

² قدامة، خليل أحمد: نظرات في حق التصرف كحق عيني ومدى السلطات التي يخولها للمتصرف، مجلة جامعة الأقصى، مج 7، ع 1، 2003، ص 158.

³ ابن منظور، جمال الدين بن محمد: لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت - لبنان، دون سنة، الطبعة الأولى، ص 34.

⁴ المر، دعبس: أحكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطنة العثمانية، بدون طبعة، مطبعة بيت المقدس، القدس، 1923، ص 119.

⁵ فقها، رجاء كمال: التنظيم القانوني للأراضي الأميرية، دار الشامل، نابلس - فلسطين، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص 115.

ومن الجدير في هذا المقام أن مجلة الأحكام العدلية العثمانية التي تعد بمثابة القانون المدني المطبق بالضفة الغربية لم تتطرق حق الأولوية على خلاف قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة¹ 1976، بيد أن قانون الأراضي العثماني لسنة² 1858 المطبق حالياً في الضفة الغربية هو من ينظم حق الأولوية والذي سماه حق الرجحان.

والذي يجب ملاحظته أن الفقه الاسلامي لم يعرف حق الرجحان (الأولوية) من قبل، حيث أن الباحث قد استقصى مجمل الكتب الفقهية المعتمدة في الفقه الحنفي المصدر التاريخي لمجلة الأحكام العدلية العثمانية وقانون الأراضي العثماني الساري أحكامها في فلسطين، فلم يجد لها أصل في الفقه الاسلامي حتى أن حاشية ابن عابدين تنص على عدم جواز الشفعة في أراضي الأميرية ولم تتطرق لما يسمى حق الأولوية وحق الرجحان مطلقاً³.

وهذا الأمر على خلاف الشفعة حيث أن النص واضح في جواز الشفعة وهو ما ورد عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم " من كان له شريك في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن له شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك"⁴.

مما يثير تساؤل حول مصدر حق (الأولوية) حق الرجحان حيث أن أول من نظمه هو قانون الأراضي العثماني لسنة 1858 ولم يذكر من قبل في المتون الفقهية الاسلامية ولا يمكن القول أنه حق مستمد من الفقه الغربي إذ أن الفقه الغربي لا يعرف هذا الحق ولم ينظمه.

والذي ترجح عند الباحث أن حق الرجحان (الأولوية) قد كان من باب القياس على الشفعة، لإتحاد العلة بينهما وهي دفع مضار الجوار إذ أن الشريك قد يتضرر من دخول رجل أجنبي في الأرض المشتركة كما أن الأصل في الأشياء الإباحة هذا عدا أن الأراضي التي تجري عليها الأولوية هي

¹ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وتم نشره في الجريدة الرسمية في تاريخ 11/7/1977.

² قانون الأراضي العثماني لسنة 1858 صدر في عهد الدولة العثمانية العلية في تاريخ 7/ رمضان 1274 الموافق لسنة 1858.

³ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز: رد المحتار على درر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، سنة 2009، جزء 9، ص 360.

⁴ أبي شيبة، عبد الله بن محمد: المصنف، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1995، صفحة 521.

اراضي عائدة رقيتها وملكيته للدولة، فيحق للدولة أن تبدع تقسيم جديد وأليات جديدة لنقل حق التصرف على الأراضي العائدة ملكيتها لها وتضع القيود التي تراها مناسبة، وليس في ذلك اجحاف في حقوق المتصرفين ما دامت يدهم عليها يد تصرف وليس يد ملك.

وتعد الأولوية قيذا على حرية التصرف كونها جاءت على خلاف الأصل ومن المفترض ترك الحرية للمتصرف¹ بالتصرف فيما يتصرف وكيف يشاء ولا يحد من حريته سوى قواعد النظام العام بينما يجد المفرغ له² بالأولوية نفسه ملزماً بعقد لم يرضه ابتداء إلا أنه فرض عليه التعاقد مع شخص آخر هو طالب الأولوية وذلك رضاء أو قضاء وهو الأغلب ويعتبر الحكم القضائي عقداً حقيقياً تحل فيه سلطة القضاء محل الإرادة.³

وقد ثار الخلاف فقها حول الطبيعة القانونية للأولوية هل هي حق او رخصة وذلك تبعاً للخلاف الموجود في الشفعة. فلا بد وقبل التكلم عن طبيعة الأولوية التفريق بين الحق والرخصة.

فالحق هو اختصاص "يقرر به الشرع رخصة أو تكليفاً"⁴ أما الرخصة "فهى مكنة واقعية لإستعمال حرية من الحريات العامة أو هي اباحة يسمح بها القانون بشأن حرية من الحريات العامة"⁵.

¹ إن الحق الذي يرد على الأراضي الأميرية هو حق التصرف ولا يجري عليها حق الملك، فيد الأشخاص على الأراضي الأميرية يد تصرف وليس يد ملك، بل من يملك الرقبة هي الدولة كما سيأتي لاحقاً.

² كما بينا في الهامش السابق إن يد الأشخاص على الأراضي الأميرية هي يد تصرف وليس يد ملك، وبالتالي فإن انتقال حق التصرف بين الأشخاص في الأراضي الأميرية يتم بعقد الفراغ وليس بعقد البيع، إذ أن عقد البيع يتم على الملك وأحكامه مبنية في مجلة الأحكام العدلية و عقد الفراغ يجري على حق التصرف في الأراضي الأميرية وله أحكام خاصة نظمها قانون الأراضي العثماني، بيد أن في حالة القواعد العامة يتم الرجوع للقواعد العامة في نظرية العقد في مجلة الأحكام العدلية كونها القانون العام بالنسبة لقانون الأراضي العثماني.

³ مساد: منصور فؤاد: رسالة ماجستير بعنوان (الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية)، كلية القانون - جامعة النجاح الوطنية، 2008، ص11.

⁴ الزرقا: مصطفى احمد: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم - دمشق، الطبعة الثانية، سنة 2013، ص19.

⁵ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الأول، دار الحلبي للمنشورات الحقوقية، بيروت- لبنان، طبعة 2، سنة 1997، ص 9.

ولذلك لأن الشخص في حدود القانون له حرية العمل والتنقل والتعاقد والتملك وغير ذلك من الحريات العامة فإذا وقفنا عند واحدة من هذه الحريات، حرية التملك مثلا أمكن أن نقول في سبيل المقابلة ما بين الحق والرخصة، إن حرية التملك رخصة أما الملكية فحق.

وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق وفي مثالنا السابق وهو حرية التملك، فحق التملك وحق الملك في الأول يكون رخصة والثاني حق. وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك.

فلو أن شخصا رأى دار أعجبه ورغب في شرائها فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها فهذه رخصة وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا حق، ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة للدار فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في التملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار بل هو بين بين له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك.¹

وبناء على ما سبق نجد أن الأولوية وقبل رفع الدعوى تكون رخصة و بعد رفع الدعوى تكون حقا. بمعنى أن طالب الأولوية مارس حقه في الأخذ بالرخصة الممنوحة له وفق القانون. ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وقانون الأراضي العثماني لسنة 1858 نصت على كون الأولوية حقا. والمقصود هنا بالحق أي بعد طلبها وليس قبل ذلك وهذا ما قرره محكمة التمييز الأردنية في معرض حديثها عن (الشفعة)².

وتختص الأولوية بعدة خصائص تنطبق أيضا على الشفعة مع ملاحظة بعض الفوارق في بعض الخصائص ومن أهم هذه الخصائص.

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، مرجع سابق، سنة، ص 12.

² تمييز حقوق 88\5- صفحة 1057، سنة 1990 بتاريخ 88\2\16 .

1) حق استثنائي: ويرجع ذلك إلى أن الأولوية قد قررت على خلاف الأصل بأن المتصرف حر في التصرف على ما منح له من الأرض الأميرية، فالمتصرف بالأرض الأميرية رغم أن المشرع منحه الحرية في التصرف و الفراغ لمن يشاء، إلا أن المشرع قد قيد هذا الحق بالأولوية، وعلى ذلك فلا يجوز التوسع في تفسير النصوص المقررة للأولوية، فالاستثناء لا يتوسع فيه¹ ونجد أن المشرع نفسه قد أحاطه بعدة قيود، فنص القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 على أنه " لا شفعة أو أولوية إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية"².

2) عدم قابلية الأولوية للتجزئة: لا يجوز لطالب الأولوية أن يأخذ بالأولوية بعض الأرض المفرغ عنها دون البعض الآخر، وعلى ذلك يتوجب على طالب الأولوية أن يطلب بالأولوية كل العقار³ والهدف من هذا المبدأ هو أن القانون يمنح طالب الأولوية الحق في تملك الأرض المفرغ عنها جبراً عن المفرغ له، فإن السماح لطالب الأولوية أخذ جزء من العقار قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمفرغ له الذي قد يكون اشترى الأرض من أجل الجزء الذي أخذه طالب الأولوية⁴ إلا أن مبدأ عدم التجزئة يرد عليه استثناء في حالة إذا تعدد المشترون بعقود مختلفة واتحد البائع وحدد لكل واحد منهم حصة مفرزا في العقار، فيكون لطالب الأولوية أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي بسبب أننا نكون بصدد عقود متعددة⁵.

¹ عيسه، حسين عاهد: **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الأولى، فلسطين، سنة 2019، صفحة 266.

² قانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 الصادر بتاريخ 1958/12/12.

³ العبيدي، هاني: **الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية**، طبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2013 ص 168.

⁴ عيسه، حسين عاهد: **مرجع سابق**، ص 253.

⁵ حسين، محمد عبد الظاهر: **حق الملكية**، منشورات جامعة بني سويف، بدون طبعة، سنة 2006، ص 264.

(3) أن الأولوية لا تقبل التنازل عنها للغير: بمعنى أنه لا يجوز لطالب الأولوية أن يتنازل عن الأولوية للغير، وذلك لإتصال الأولوية بشخص طالباها، وتبعيتها للأرض المطلوبة بالأولوية وإذا تنازل عنها للغير سواء كان شريكا أم اجنبيا سقط حقه بالأولوية ولم يستفد الغير من ذلك¹.

(4) الأولوية مشيئة متجددة: يستطيع طالب الأولوية أن يطلب الأرض بالأولوية في أي فراغ يتحقق فيه شروط الأخذ بالأولوية أي أنه إذا تم فراغ الأرض فراغا تتوافر فيه شروط الأخذ بالأولوية ولم يقم طالباها بممارسة حقه في أخذ الأرض بالأولوية لا يمنعه ذلك أن يأخذ الأرض بالأولوية إذا تمت عملية فراغ أخرى².

وهناك خلافات جوهرية بين الشفعة والأولوية ونجد أن نص المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية³ عرفت الشفعة كونها " تملك ملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري " ولقد نظمت مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني الشفعة. في حين أن مجلة الأحكام العدلية لم تطرق لحق الأولوية وتركت الأمر لقانون الأراضي العثماني.

وعلى الرغم من التشابه بين الشفعة والأولوية فإن هناك اختلافا بينهما من حيث نوع العقار والأحكام المتعلقة به. ونذكر بعض أهم الفروقات بين حق الشفعة وحق الأولوية سريعا وسيتم التوسع في بعض هذه الفروقات لاحقا في فصول الرسالة اللاحقة.

(1) نوع العقار الذي يكون محلا للدعوى: حيث يشترط لإقامة دعوى الأولوية أن يكون العقار أرض أميرية أو موقوفة وقف تخصيصات على خلاف الشفعة التي تكون أرض ملك⁴.

¹ عيسه، حسين عاهد: مرجع سابق، ص 254.

² مساد: منصور فؤاد: مرجع سابق، ص 17.

³ مجلة الأحكام العدلية العثمانية هي تقنين الفقه الحنفي الذي كان مطبقا أبان الخلافة العثمانية صدرت بتاريخ 12893 هجري مشيرا أنها لم تزل سارية المفعول في الضفة الغربية.

⁴ حيدر، شاكر ناصر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، وزارة المعارف العراقية، طبعة الأولى، سنة، 1947، ص 355.

(2) اختلاف الدرجات فأصحاب حق الشفعة هم الشريك أولاً ثم الخليط ثم الجار المجاور. أما أصحاب حق الرجحان فهم الشريك والخليط أولاً ثم أصحاب الأبنية والأشجار ثم من له ضرورة أو حاجة من أهل القرية¹.

(3) الشفعة لا تجري في هبة الملك بينما الأولوية يجري في الفراغ مجاناً².

(4) الشفعة تسقط بمجرد السكوت عن طلبها بعد العلم بالبيع الواقع، أو بصور ما يدل على الأعراض عنها، ولكن حق الأولوية لا يسقط بمجرد بالفراغ والسكوت عن الطلب³.

وهذه الفروقات كما قلنا سوف يتم دراستها خلال فصول الرسالة المختلفة.

وقد ذهب البعض إلى أنه يمكن الاستغناء بأحكام الأولوية بأحكام الشفعة وفق نص المادة 1170 من قانون المدني الأردني⁴ إلا أن ذلك لا يعد كافياً بتطبيق أحكام الشفعة على الأولوية لاختلاف بعض الأحكام بينهما فمثلاً في الشفعة أخذ بالجوار كسبب من أسباب الأخذ بالشفعة على خلاف الأولوية والتي تعتبر الحاجة سبباً لكسب حق الأولوية، ومن ثمّ يظل الفارق بينهما قائماً، ولا مجال لإقامة التلازم بينهما⁵.

ولكن من الجدير بالذكر أنه وفي حال غياب نص في قانون الأراضي العثماني يتم الرجوع إلى القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية وإلى النصوص المنظمة للشفعة، حيث أنه مجلة الأحكام العدلية هي الأصل العام لقانون الأراضي العثماني كما أن الأولوية هي قياس على أحكام الشفعة لاتحاد العلة كما بينا فيكون الرجوع لنصوص الشفعة متسقاً مع المنطق القانوني.

¹ المرجع السابق.

² المر، دعبس: احكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطنة العثمانية، بدون طبعة، مطبعة بيت المقدس، ص122.

³ حيدر، شاكر ناصر: مرجع سابق، ص 355.

⁴ تنص المادة 1170 من القانون المدني الأردني " تسري على حق الأولوية الأحكام الواردة في باب الشفعة في هذا القانون".

⁵ عجرة، سائده أحمد: رسالة ماجستير غير منشورة بعنوان " آلية انتقال الملكية في الأراضي غير المسجلة في فلسطين"، كلية القانون – جامعة النجاح، سنة 2011، ص 98.

كما أن الأولوية تختلف عن نظام الأفضلية المنظم أحكامه في خاصة الطوابق والشقق رقم (1) لسنة (1996)¹ وهذا القانون قد نظم أحكام الأفضلية في المواد (44 - 46) وقد نص في المادة 47 منه أن أحكام الأولوية والشفعة لا تجري بحال على العقارات المسجلة وفقا لأحكام هذا القانون.

ولا شك أن هناك اتفاق في الأصل الفكرة العامة بين الأولوية والأفضلية والمقصد منهما الا وهي منع مضار الجوار إلا أن هناك فروقات جوهرية بين حق الأولوية ونظام الأفضلية، إذ أن حق الأولوية لا تجري إلا على الأراضي في حين أن نظام الأفضلية لا مجال للعمل فيه إلا في العقارات المقامة على الأراضي (المباني).²

كما أن حق الأفضلية قد حصر صاحب الحق في الشريك، بينما أن حق الأولوية أوسع من ذلك فهو يشمل الشريك والخليط والمحتاج من أهل القرية وصاحب المباني والأشجار.³

كذلك تختلف بعض الاجراءات الخاصة بالدعوى من حيث اشتراط التبليغ بواسطة كاتب العدل في الأفضلية، الأمر غير الوارد في الأولوية في القانون المدني الأردني وقانون الأراضي العثماني.⁴

¹ صدر هذا القانون بتاريخ 1996/1/6 ونشر في جريدة الوقائع الفلسطينية في العدد 11 منها بتاريخ 1996/2/11.

² بازيان ، فارس مروان نصوح : حقوق والتزامات مالكي الطبقات و الشقق في القانون الفلسطيني، منشورات كلية القانون- جامعة النجاح الوطنية، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 153.

³ المرجع السابق.

⁴ بازيان، فارس مروان نصوح، مرجع السابق، ص 156.

الفصل الأول

الأسس القانونية التي تقوم عليها الأولوية

سأتكلم في هذه الفصل عن الأسس القانونية التي تقوم عليها الأولوية وقمت بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين: الأول اتكلم فيه توافر صفة طالب الاولوية والتزام بينهم سواء كان هذا التزام في نفس الطبقة او في الطبقات المختلفة أما المبحث الثاني اتكلم فيه عن شروط التصرف بالمطلوب بالأولوية من حيث أنه يجب أن يكون تصرفا ناقلا لحق التصرف والتصرفات التي لا يثبت معها حق الأولوية والمال التي يصح أن يكون محلاً للأولوية.

المبحث الأول: توافر صفة طالب الأولوية والتزام بينهم

لقد حدد القانون الشروط لإقامة أي دعوى، منها شروط عامة تنطبق على جميع الدعاوى، كأن يكون لرافعها الحق بإقامتها، ومنها ما يكون خاص بنوع معين من الدعاوى لا تقبل إلا بها مثل إيداع ثمن مثل الأرض المطلوب تملكها بالأولوية، ومنها ما يتعلق بمدة معينة حددها القانون كشرط لقبول دعوى الأولوية.

وسأقسم المبحث الى مطلبين المطلب الأول أتحدث فيه عن صاحب الحق بإقامة دعوى الأولوية والمطلب الثاني التزام بين طالبي الأولوية.

المطلب الأول: صاحب الحق بإقامة دعوى الأولوية

وسأقوم بدراسة اصحاب الحق في اقامة دعوى الاولوية ويختلف صاحب الحق بإقامة الدعوى فيما إذا كانت دعوى أولوية أو دعوى شفعة، حيث أنها تختلف في صاحب الحق في طلبها، وذلك أن القانون اعطى الحق لطلب الشفعة حصراً للشريك وهو أن يكون طالب الشفعة شريكا في العقار موضوع الطلب، أو خليطا ويعني الاشتراك في حق الشرب الخاص او الطريق الخاص¹ او أن يكون جارا ملاصقا أي لا يوجد فاصل بين ملكه وبين المبيع، فلو كان بينهما طريق فلا يمكن

¹ المادة 1008 من مجلة الأحكام العدلية .

طلب الشفعة لأن الطريق تزيل الضرر¹ اما دعوى الاولوية فقد استقر القانون و القضاء على أن صاحب الحق في طلبها لا يكون إلا الشريك والخليط و المحتاج من أهل القرية وصاحب الأشجار و الأبنية ولا أولوية للجار الملاصق². وستناول في هذا من هم أصحاب الحق في رفع دعوى الأولوية في اربع فروع.

الفرع الأول: الشريك

ويقصد بذلك أن يملك طالب الأولوية حصة شائعة في المبيع، فلو باع أحد الشركاء حصته في المال الشائع ثبت للشركاء الآخرين الحق في تصرف هذه الحصة بالأولوية ولا يؤثر في هذا المجال أن تكون حصة الشريك صغيرة³.

ويعرف الشريك وفقاً للمادة (1012) من مجلة الأحكام العدلية ، فإن " المشارك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار وأما إذا لم يكن مشاركا في الحائط ولكن كانت اخشاب سقف ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً" وعليه يستوي أن تكون المشاركة في كل المبيع أو في بعضه⁴.

وإن الشريك في الأراضي الأميرية هو الشريك على الشيوع في حق التصرف في الأرض الاميرية. وقد قررت محكمة التمييز الأردنية " أن انتقال جزء من الحصص المملوكة على الشيوع إلى المميز بصفته أحد الورثة كما هو ثابت من حجة حصر الإرث كاف لتمكينه من ممارسة حقه في طلب تملك الحصص المباعة بحق الأولوية⁵ وقررت كذلك أن من حق أحد مالكي الأرض على الشيوع المطالبة بحق تملك الحصص المباعة بحق الأولوية⁶.

¹ الباز، رستم: شرح المجلة: الطبعة 3، مطبعة دار العلم للجميع، لبنان، 1998، ص 508.

² نقص حقوق رقم 285\2009، الصادر بتاريخ 10\10\2009.

³ دواس، أمين: قانون الأراضي، معهد القضائي الفلسطيني، دون طبعة، ص 240.

⁴ حيدر، علي: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الرابع، منشورات دار النهضة، ص 657.

⁵ الطعن رقم 1243 لسنة 1990 - رقم الصفحة 965 كما هو مشار إليه في كتاب الشفعة والأولوية في قرارات التمييز الأردنية للأستاذ جمال مدغمش.

⁶ الطعن رقم 2850 لسنة 1999.

وفي حالة تعدد الشركاء فلهم حق الأولوية مشتركا بينهم حسب الرؤوس كما هو الجار بالملك "وانسجاما مع نص المادة 1013 من المجلة النازمة للشفعة وهذا هو قول السادة الحنفية¹ والذي هو مذهب مجلة الأحكام العدلية وقانون الأراضي العثماني ونجد أن السادة الشافعية قد نصوا على خلاف ذلك حيث أنه في حال تعدد طالبي الشفعة فإن بين الشركاء فإنه تقسم بينهم حسب الأنصبة²، وحجة الحنفية أن جميع الشركاء قد استنوا في سبب الاستحقاق وهو الشركة فيستون في الاستحقاق حيث أنه اذا انفرد ادهم بطلب الشفعة يأخذ الحصة كاملة، وهذا آية كمال السبب، في حين أن حجة الشافعية أن الشفعة هي سبب هي من مرافق الملك فيكون على قدر الأملاك كالربح والغلة والثمره³ ويرى الباحث أن قول الحنفية في هذه المسألة أصوب حيث أن الشفعة تملك ملك الغير فلا يجعل من ثمرات ملكه بخلاف الربح والغلة والثمره فإنها نماء للملك فيكون بعدد الملك. كما أنهم يعتبرون سبب الاستحقاق هو الاتصال او الشركة فيستوي جميع طالبي الشفعة ودليل ذلك أنه اذا تفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب.

الفرع الثاني: الخليط

وفقا للمادة (954) من مجلة الأحكام العدلية يقصد بالخليط المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق والخليط وهو بمعنى المشارك في الأرض المفرغة في حق الارتفاق وحق الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر⁴ كصاحب حق الشرب او حق المرور أو حق المجري، المجري، فاذا بيعت إحدى الرياض المشتركة مع رياض أخرى بحق الشرب كان لأصحاب الرياض

¹ الغزنوي، سراج الدين ابي حفص: الغرة المنيفة تحقيق بعض مسائل الإمام ابي حنيفة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 2004، ص 230.

² الشربيني، محمد بن محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، دون طبعة، سنة 2000، ص 389.

³ الغزنوي، سراج الدين ابي حفص، مرجع سابق، ص 233.

⁴ قدري، محمد: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الدار العربية للتوزيع والنشر، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1987.

حق الأولوية، أما إذا أفرغها دون حق الشرب، ففي هذه الحالة لا يكون لأصحاب الرياض الأخرى حق الأولوية¹.

ونجد أن الاستاذ الدكتور محمد وحيد الدين سوار ينص على أن الفقه الاسلامي قد قصر حقوق الارتفاق على حق الشرب والمرور دون حق المسيل (المجرى)² في حين نجد الفقه الحنفي قد اعترف بحق المسيل كحق من حقوق الارتفاق على خلاف ما ذهب إليه الدكتور محمد وحيد الدين سوار³.

ويرى الباحث أن الدكتور محمد وحيد الدين سوار قد وقع في خلط بين كون المسيل جزء من حق الارتفاق وبين كونه غير معتبر كسبب من اسباب الشفعة والأولية عند السادة الحنفية.

في حين أننا نجد أن الخلاف قد وقع في الفقه الحنفي حول مفهوم الارتفاق ما بين موسع ومضيق له " إلا أن ظاهر الرواية⁴ على أن المرافق هي الحقوق وإليه يشير الإمام أبي يوسف⁵ بقوله: المرافق أعم، لأنها توابع الدار مما يرتفق به كالمطبخ والمطبخ وقال أن حق الشيء تابع لا بد له منه كالطريق والشرب فهو أخص " ⁶ " والحاصل أن المرفق مطلقاً فيه لغتان ، وأن الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره " ⁷

¹ حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الاحكام، الكتاب الرابع، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، 2010، صفحة 676.

² سوار، محمد وحيد الدين، مرجع سابق، صفحة 171 .

³ خفيف، علي: حق الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دون طبعة، سنة 1996، ص 138.

⁴ المقصود بظاهر الرواية في الفقه الحنفي هي الكتب الستة المعتمدة المروية عن الإمام محمد بن الحسن برواية الثقات بالتواتر أو الشهرة وهي المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الكبير والسير الصغير وسميت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد برواية الثقات وتعد كتب ظاهر الرواية لمحمد بن الحسن الأصل الذي يرجع إليه بالفقه أبي حنيفة وأصحابه، وحيث نص على المسائل فيها في المذهب وغيره لا اعتبار لما يرويه إذا خالفها إلا في مسائل قليلة.

⁵ هو يعقوب بن ابراهيم الأنصاري المشهور بأبي يوسف وهو من تلاميذ الإمام أبي حنيفة النعمان واحد صاحبيه ولد عام 113 هجري، تفقه على أبي حنيفة، وأخذ الحديث وتولى القضاء، ومنح لقب قاضي القضاة وتوفي في عصر هارون الرشيد عام 183 هجري، راجع في ترجمته كتاب حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي للشيخ العلامة زاهد الكوثري، دار الأنوار للطباعة و النشر - مصر - دون طبعة - 1948، ص 6-7.

⁶ شرح مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، المجلد الأول، دار السلام، القاهرة، طبعة الأولى، سنة 2011، صفحة 151.

⁷ المرجع السابق، صفحة 151 .

ولكن هل الفقه الحنفي قد جعل لمن له حق مسيل حق شفعة او حق أولوية؟

أن المادة 954 من مجلة الأحكام العدلية قد نصت على أن الخليط هو " بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق " وهنا يتساءل الباحث هل لفظ " كحصة الماء والطريق " على سبيل المثال أو الحصر؟ ولمعرفة ذلك يتوجب الرجوع لما هو معتمد بالفقه الحنفي حيث أن مجلة الأحكام العدلية تستمد معظم موادها من مذهب الإمام ابي حنيفة النعمان.

ونجد أن المذهب الحنفي قد نص على حصر حقوق الارتفاق التي تصلح أن تكون سبباً لكسب حق الشفعة هي حق الشرب والمرور، حيث جاء في متن القدوري " الشفعة واجبة لخليط في نفس المبيع، ثم لخليط في حق المبيع، كالشرب والطريق، ثم للجار .. فإن سلم الخليط فالشفعة للشريك في الطريق والشرب فإن سلمها أخذها الجار"¹.

ونلاحظ أن الأمام القدوري يقصد بالخليط في نفس المبيع هو الشريك في ملك المبيع، بأن يكون للشفيع حصة شائعة فيه، قليلة أو كثيرة، فإن كانت مفرزة عن العقار فلا يكون شريكا فيه² والخليط في حق المبيع هو الخليط في حق الارتفاق، كما نلاحظ أن الإمام القدوري قد جعل الخليط في حق المبيع محصورا في الطريق والشرب، وبهذا نجد أن مجلة الأحكام العدلية قد جعلت حقوق الارتفاق التي تعد سببا من اسباب طلب الشفعة والأولوية هو حق المرور وحق الشرب دون حق المسيل لأن القول بخلاف ذلك يجعل هناك مخالفة صريحة في مجلة الأحكام العدلية للمعتمد في المذهب الحنفي فالتوفيق أولى من الخلاف، وما يعضد من راحة هذا القول أن مجلة الأحكام العدلية في المواد (955، 956) جاءت بتعريف كل من حق المرور وحق الشرب ولم تأت بتعريف لحق المسيل ولم تنظمه عندما تكلمت عن احكام الشفعة بأي نص مادة ولم تطرق له بأي حكم من أحكامها.

¹ الرازي، حسام الدين علي بن أحمد بن مكي: خلاصة الدلائل و تنقيح المسائل في شرح القدوري، الجزء الثاني، دار الفتح، عمان - الأردن، طبعة 2، صفحة 389.

² ابو الحاج، صلاح محمد: بغية السائل على خلاصة الدلائل، الجزء الثاني، دار الفتح، عمان - الأردن، طبعة 2، ص386.

وإذا اجتمع الخلطاء قدم الأخص على الأعم وبناء على ذلك فإن صاحب الأرض التي تشرب مع الأرض المباعية من قناة متفرعة عن القناة العاملة مقدم على حق صاحب الأرض الأخرى التي تشترك مع الأرض المباعية فقط في الشرب من القناة العاملة¹.

الفرع الثالث: المحتاج من أهل القرية الموجود فيها الأرض

ويكون حق الأولوية للمحتاج من أهل القرية وهذا ما نصت عليه المادة (45) من قانون الأراضي العثماني فإذا افرغت أرض داخل حدود قرية إلى شخص من أهالي قرية أخرى فللمحتاج للأرض من أهل قريتها أن يطلبها ببديل المثل².

ومما يلاحظ أنه يشترط لهذا الحق وجود ضرورة أو الحاجة وقت الفراغ واستمرارها الى وقت الطلب، فليس لمن زالت حاجته أن يطالب به لأنه خاص بمن كانت له ضرورة من أهل القرية³.

ولكن الأمر يدق حول تعريف من هو المحتاج من أهل القرية؟ وما معياره؟

وتجدر الإشارة أن القانون لم يشرح المقصود بالمحتاج من أهل القرية بل وحسب تعبير الاستاذ دعبس المر " أن القانون طوى كشحا عن نقاط مهمة فأبقاها غامضة إذ لم يصرح بما هو المقصود من الاحتياج الوارد ذكره.. وقد فسره المؤلفون والمحاكم ذا الاحتياج إلى الأرض المفرغة بأنه من لم يكن بتصرفه أرض او كانت الأرض التي بيده لا تقوم بأوده ولا تكفي عائلته⁴ وعليه لا يمكن أن يكون المحتاج من أهل القرية شخصا معنويا ولا يمكن أن يكون من أهل المدينة⁵ وفي تفسير المحتاج من أهل القرية نجد أن محكمة التمييز الأردنية قررت بأنه " يحكم للمدعي بتملك قطعة الأرض موضوع الدعوى بالأولوية اذا ثبت أنه من أهل القرية المحتاجين بأنه لا يملك أرضا،

¹ تمييز حقوق رقم 234 لسنة 1988، مجلة نقابة المحامين، سنة 1990، صفحة 1333.

² حيدر، شاكر ناصر: أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة: وزارة المعارف العراقية، طبعة الأولى، سنة 1947، ص 366.

³ المرجع السابق، ص 267.

⁴ المر، دعبس: أحكام الأراضي، مطبعة بيت المقدس، القدس، سنة 1923، ص 125.

⁵ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 422.

وأنه يشتغل بالزراعة ويستأجر أرض الآخرين لزراعتها ولا يملك بيتا للسكن وأنه لا يعلم بواقعة بيع الأرض علما شاملا للمتعاقدين ولثمن المبيع¹.

ويذهب البعض أن تقرير مسألة الاحتياج في طلب الأولوية هو تقرير لواقعة يعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض².

ويشترط في دعوى الأولوية إذا كان طالبها المحتاج من أهل القرية توافر شرطين هما:

(1) أولاً: أن يكون طالب حق التصرف بالأولوية من سكان القرية التي تقع الأرض في نطاقها³ بمعنى أن طالب الأرض بحق الأولوية يشترط أن يكون من أهل القرية التي تم فراغها أي مقيما في تلك القرية الكائنة بها الأرض المفرغة. ووفقاً للمادتين (1،7) من قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005⁴، يقصد بالمقيم المواطن الفلسطيني المقيم في منطقة هيئة محلية، ويكون له عنوان سكن محدد فيها. ويجب فيه كي يمارس حق الانتخاب بموجب أحكام هذا القانون - أن يكون مقيما في الدائرة الانتخابية لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ الانتخابات وفي التطبيق العملي أمام المحاكم النظامية الفلسطينية يكفي لمن يدعي أنه قاطن في تلك القرية ولم تكن بطاقته الشخصية مسجلا فيها أن يأتي بورقة موقعة من المجلس القروي أو البلدي أنه ساكن تلك المنطقة و يعد هذا معتبرا عند المحاكم الفلسطينية

ومن المهم ملاحظة أنه لا يوجد نص في قانون الأراضي العثماني يحدد ما معنى الساكن في القرية وفي شروطها فلا بد اذن من الرجوع للنصوص المذكورة أعلاه كونها قوانين تنظيمية اجرائية لا تعدل ولا تنسخ من الأحكام الموضوعية الموجود في قانون الأراضي العثماني.

ويشترط كذلك كي يستطيع المحتاج من أهل القرية الأخذ بالأولوية وفقا للمادة (45) من قانون الأراضي - أن يتم الفراغ عن الأرض من قبل صاحب حق التصرف بها لأحد القرى

¹ الطعن رقم 1151- لسنة 1990 كما هو مشار له في كتاب الدكتور أمين دواس بعنوان قانون الأراضي صفحة 422.

² فقهاء، رجاء: مرجع السابق، ص 109.

³ المرجع السابق، ص 109.

⁴ قانون مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005 صدر هذا القانون في تاريخ 2005/8/15.

الأخرى¹ وقررت محكمة التمييز الأردنية " أن مفاد المادة 45 من قانون الأراضي العثماني أنه اذا تفرغ أحد أهالي القرية عن أرض له فيها لشخص من أهالي قرية أخرى فللمحتاجين من أهالي القرية التابعة لها الأرض المباعه أن يطلبوها ببديل المثل و لا تنطبق أحكام المادة (45) المذكورة إذا كان المشترون من أهالي القرية ذاتها "² مع ملاحظة أن الاستاذ شاكِر ناصر حيدر يرى بأن شرط " لأحد اهالي قرية اخرى " الواردة في المادة (45) هو شرط احترازي يراد به الاحتراز عن اهالي القرية الأخرى لأن غاية المشرع من ذلك تأمين الأمن بمنع الاشخاص في قرية من تفرغ ارض في قرية اخرى³ بمعنى أنه يثبت حق الأولوية حتى لو وقع الافراغ الى من ليس له ضرورة وحاجة من أهل القرية نفسها .

ويرى الباحث أن الرأي الأول الذي أخذت به محكمة التمييز الأردنية أقرب للنص، حيث أنه " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص "⁴ كما أنه اذا تم اطلاق الأمر على عوائنه لأصبح هناك كثير ظلم وتجني ودعاوى كيدية بين ابناء القرية الواحدة لذلك أن رأي محكمة التمييز الأردنية أقرب للواقع واحفظ للعلاقات الاجتماعية والسلم الأهلي.

(2) أن يكون المحتاج يعتمد في معيشتة على الزراعة سواء كان يزرع أرضه بنفسه أو بواسطة غيره، أو يستأجر أرض غيره⁵.

ويلاحظ أن القانون قد أغفل عن الحالة التي يطلب فيها الأرض بحق الأولوية أكثر من محتاج من أهل القرية. وقد تضاربت الآراء الفقهية في ذلك. إذ يرى جانب من الفقه أنها توزع بينهم الأرض بحسب عدد الرؤوس⁶ بينما ذهب جانب من الفقه أنه " وفي حالة وجود أكثر من شخص محتاج

¹ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 425.

² قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1981\479 (هيئة خماسية) تاريخ 1981\10\3، المنشور على الصفحة 482 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1982\1\1

³ حيدر، شاكِر: مرجع سابق، صفحة 368.

⁴ نص المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية.

⁵ تمييز حقوق رقم 1201 1988\ مجلة نقابة المحامين لسنة 1990، ص 2075.

⁶ مدغمش، جمال: الشفعة والأولوية في قرارات محكمة التمييز الأردنية، بدون طبعة، بدون دار نشر، عمان، 1994، ص63.

يطلب الأرض الأميرية بحق الأولوية، فإنه ينظر في ذلك إلى الشخص الأكثر احتياجاً، وهو أمر تقديري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي"¹، ويرى الباحث أن الرأي الأخير هو أكثر موافقة لروح النص التشريعي إذ لا يجري القياس بين الشركاء وبين المحتاجين لعدم اتحاد العلة بينهما فهو قياس مع الفارق إذ أن علة منح الشريك الحق في المطالبة بالأولوية هي منع مضار الجوار وسوء الشركة بينما علة المحتاجين هي منحهم حق في عقار لا علاقة سابقة لهم فيه وذلك لحاجتهم إياه، وهذا الرأي له وجهة مع ملاحظة أنه إذا كانت الأرض قابلة للقسمة فتقسم بالتساوي² وحالة النزاع المذكورة أعلاه في حال كون الأرض غير قابلة للقسمة ولكن يدق الأمر في الحالة التي تكون فيه الأرض غير قابلة للقسمة وكان هناك تساوي بينهم في الحاجة حسب تقارير الخبراء الثقات ففي هذه الحالة وإن كانت صعبة الوقوع إلا أنه لا بد من معالجتها والملاحظ أن قانون الأراضي العثماني الواجب التطبيق لم يتكلم عن هذه المسألة بل تركها لاجتهاد الفقه والقضاء.

الفرع رابع: صاحب الأشجار والمنشآت إذا ما تم فراغ الأرض لأحد غيره

تنص المادة 44 من قانون الأراض العثماني على أن " إذا وجد لشخص آخر ملك أشجار أو أبنية على أراضي حاصل التصرف بها ومزروعة بالتبعية لتلك الأشجار أو الأبنية فطالما صاحب الأشجار والأبنية يكون طالبا أخذها بطابو المثل، فالمتصرف بها لا يقدر أن يفرغها لشخص آخر لا مجاناً ولا بمقابل بدل المثل وإذا أفرغها فله حق الطلب و مدة تقادم الدعوى في هذه الحالة أحد عشر سنة وله حق أن يأخذ تلك الأرض ببديل المثل المعتبر حين الطلب وبهذا الخصوص لا تعتبر أعمار الصغر والجنون والوجود بالديار البعيدة مدة سفرها وامثالها".

وقد حصر بعض الفقه حق صاحب الاشجار والمنشآت في الحالة التي لا يكون هناك شريك وخليط فيكون صاحب الأبنية الدرجة الثانية، فنجد أن الاستاذ شاكِر الحنبلي يقول بأن " إذا لم

¹ رجاء: فقهاء: مرجع سابق، ص 107.

² حيدر، شاكِر ناصر: مرجع سابق، ص 368.

يكن للأراض الأميرية المفروغة شريك أو خليط أو كان لهما وإنما أسقطا حقهما في الرجحان انتقل حق الرجحان في الدرجة الثانية إلى أصحاب الأبنية والأشجار القائمة في الأرض المذكورة¹.

وتطبيقاً لذلك توصلت المحكمة العليا بغزة " إلى تملك المدعي بطريق الأولوية بالبنیان على أن مورثة المدعي هي إحدى المالكين للأشجار والأبنية المقامة على رقبة الأرض ومن ثم يكون لها حق الأولوية ببذل المثل وذلك وفقاً للمادتين 44، 42 من قانون الأراضي² " وبناء على ما تقدم، فإننا لا نتفق ومحكمة النقض الفلسطينية عندما تقول (أن حق الأولوية في الأراضي الأميرية التي جرى فراغها يكون للشريك والخليط والمحتاج من أهل القرية التي تقع الأرض في نطاقها وقد أورد هؤلاء (الأصناف الثلاثة على سبيل الحصر وليس من بينهم الجار الملاصق)³ إذ أنه من الصحيح أن الجار الملاصق لا يملك حق الأولوية، ولكنه ليس من الصحيح أن هذا الحق يقتصر فقط على الشريك والخليط والمحتاج من أهل القرية التي تقع في نطاقها، بل أن صاحب الأشجار والمنشآت المقامة على أرض الأميرية يملك أيضاً هذا الحق (وإن كانت حالاته قليلة مقارنة بالأصناف الثلاث الأخرى) وعندما يتم فراغ الأرض الأميرية لأحد غيره⁴

المطلب الثاني: التزام بين طالبي الأولوية

سأخصص هذا المطلب لدراسة التزام بين طالبي الأولوية وفق التشريعات النافذة، وتثور مشكلة التزام إذا طلب الأولوية أكثر من شخص، إذ يتعين في هذه الحالة تحديد من له التقدم في أخذ الأولوية وكيفية توزيع الأرض إذا تساوا في المرتبة ويختلف حكم التزام بحسب ما إذا كان طالبي الأولوية المتزاممون من طبقات مختلفة أو كانوا من طبقة واحدة كما يلي:

¹ الحنبلي، شاعر: موجز في أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مطبعة التوفيق، دمشق، بدون طبعة، سنة 1928، صفحة 159.

² قرار محكمة النقض المنعقدة في غزة في الدعوى الحقوقية رقم 137 لسنة 2003، الصادر بتاريخ 15\4\2004.

³ قرر محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 258 لسنة 2009 الصادر بتاريخ 19\10\2009.

الفرع الأول: التزام بين طالبي الأولوية من طبقات مختلفة.

والمقصود بالتزام بين طالبي الأولوية من طبقات مختلفة إن قام وطلبها أكثر من شخص فمثلا إن استحققت الأولوية لشريك والخليط والجار الملاصق وقاموا جميعا بطلبها فمن يرجح حقه على حق غيره؟

حددت المادة 1009 من مجلة الأحكام العدلية أن حق الشفعة يكون أولاً: للمشارك في نفس المبيع. ثانياً: الخليط في المبيع. وثالثاً للجار الملاصق. وما دام الأول طالبا فليس للآخرين حق الشفعة وما دام الثاني طالبا فليس للثالث حق الشفعة، وإذا حدث ونزل أحد مستحقي الشفعة واسقط حقه فيها فإنها تنتقل لمن يليه¹.

أما بالنسبة للأولوية فقد سار الفقه في هذه المسألة أن يتبع الترتيب المنصوص عليه في حق الطابو قياساً²، وعليه فيأتي الشريك أولاً، و الخليط ثانياً ابن البلد ثالثاً وصاحب الأشجار والإنشاءات رابعاً كما هو وارد في المواد (59 ، 66) من قانون الاراضي العثماني لسنة 1858.

الفرع الثاني: التزام بين طالبي الأولوية من طبقة واحدة

كانت المادة 1013 من المجلة صريحة في حالة التزام من طبقة واحدة كأن يكون طالبي الشفعة في نفس المبيع (إذا تعدد الشفعاء فيعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص مثلاً لو كان نصف الدار لأحد وثلاثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر وطالب الأخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصته حصة زائدة على الآخر) وبذلك قضت محكمة استئناف رام الله في قرارها رقم 7 لسنة 1998 " أن العبرة في التوزيع لحكم القانون وليست لرغبة المتقاضين حيث تنص المادة 1013 من المجلة بأنه إذ تعدد الشفعاء فالعبرة لعدد الرؤوس لا لمقدار الأسهم"³.

¹ عيسه، حسين عاهد: مرجع سابق، صفحة 266.

² المرجع السابق، ص 266.

³ استئناف رام الله رقم 1998\7 والصادر بتاريخ 1999\9\6.

وما ينطبق على الشفعة ينطبق على الأولوية، فإذا تعدد الشركاء فلهم حق الرجحان مشتركاً بينهم حسب الرؤوس كما هو جارٍ بالملك وفق المادة (1013) من مجلة الأحكام العدلية كونها قانون عام بالنسبة لقانون الأراضي العثماني الذي لم يتطرق لهذه المسألة بالتفصيل بل ذكر فقط في المادة 42 منه " فإذا طلب الشركاء الآخرون تملك الحصة فلهم أخذها بينهم بالاشتراك " فيقصد بالاشتراك هنا ما هو وارد في مجلة الأحكام العدلية. مع ملاحظة أن هذه الحالة تختلف عن الحالة التي إذ تنازل أحد الشركاء عن كامل حصته لشريك آخر فيحق للشركاء الآخرون أن يأخذوا كل بمقدار نصيبه وذلك حسب منطوق المادة 42 من قانون الأراضي العثماني كما سنوضحه في الفرع التالي.

الفرع الثالث: إذا كان المفرد له أحد الشركاء

وهنا يثور التساؤل في الحالة التي قد قام شريك ببيع حصته لشريك آخر فهل يكون هذا البيع موجب لطلب الأولوية أم لا ؟

وبداية وقبل الجواب يجب التفريق هنا بين الشفعة والأولوية حيث أن الشفعة لم يرد فيها نص نظم هذه المسألة على خلاف الأولوية التي جاء نص المادة 42 من قانون الأراضي العثماني واضحة فيها، وفيما يخص الشفعة نجد أن القانون المدني المصري 131 لسنة 1949¹ قد نص في المادة 936² منه قد اشترط أن يكون البيع لأجنبي وأن العلة من ذلك هو تمكين الشركاء في الشيوع من منع دخول أجنبي بينهم في الشيوع³.

وهذا بخلاف مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني الأردني (43) لسنة 1976 إذ لم يشترطاً أن يكون المشتري أجنبي عن الشيوع وهنا يجب الملاحظة أن بعض الفقه قد ذهب إلى جواز طلب

¹ قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1949 صدر بتاريخ 10/5/1949.

² تنص المادة 936ب من القانون المدني " للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي.

³ هرجة، مصطفى مجدي: الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1993، ص 32 .

الشفعة في مثل هذه الحالة ¹ ويرى الباحث أن السماح للشريك في طلب الحصة المباعة في حالة كان البيع لأحد الشركاء لا مبرر له لأن الشفعة مقررة لدفع الضرر وهذا الضرر لا يتحقق إلا إذا كان البيع أجنبي وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه التشريع المصري في هذا المجال.

أما في خصوص الأولوية نجد المادة 42 من قانون الأراضي العثماني نصت على " إذا أراد احد من الشركاء الثلاثة أو الأكثر من ذلك أن يفرغ حصته إلى آخر فلا يترجح أحد من الشركاء على الآخرين على غيره منهم، فإذا طلب باقي الشركاء الآخرون تملك الحصة فله أخذها بينهم مشاركة وإن أراد أحد الشركاء الآخرين المرقومين أن يفرغ حصته تماما الى شريكه الآخر فالشريك الآخر يقدر أن يأخذ بقدر ما أصاب حصته من تلك الحصة " .

ويفهم من هذا النص أنه إذا قام أحد الشركاء بإفراغ حصته لصالح شريك آخر يحق للشركاء الآخرون المطالبة بنسبة حصته من مجموع الحصة المفرغ عنها².

وحيث أن لا اجتهاد في مورد النص الذي جاء واضح الدلالة في عدم اشتراط أن يكون المفرغ له (المشتري) في الأولوية أجنبي، ولعل المبرر من هذا النص كون حق الانتفاع يتصور فيه الضرر بين الشركاء إن زادت حصة أحدهما على الآخر، على خلاف ملكية الرقبة التي لا يتصور فيها الضرر إذ أن الملكية الشائعة متحقق أصلا قبل هذا البيع بين ذات الشركاء³.

وسوف أنتقل الآن الى دراسة المبحث الثاني والذي يتكلم عن شروط الأولوية وشروط التصرف المطلوب بالأولوية.

¹ سوار، محمد وحيد الدين: الحقوق العينية الأصلية، طبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999، ص170. وكذلك انظر: العبيدي، هاني: مرجع سابق، ص 142.

² محكمة النقض الفلسطينية رقم 605\2014 الصادر بتاريخ 30\10\2018.

³ انظر لقرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 573\2014 و الصادر بتاريخ 30\9\2018.

المبحث الثاني: شروط الأولوية

سأتكلم في هذا المبحث عن شروط الأولوية في ثلاث مطالب: الأول اتكلم فيه عن شروط التصرف المطلوب بالأولوية وأتناول فيه التصرفات التي تصح أن تكون محلاً لدعوى الأولوية وتلك التي لا تصح أن تكون محلاً لدعوى الأولوية واتكلم في المطلب الثاني عن شروط المال المطلوب بالأولوية من حيث أنه يكون أرض أميرية أو موقفة وقف تخصيصات والمطلب الثالث أتكلم فيه عن شروط طالب الأولوية من حيث توافر سبب الأولوية وقت صدور التصرف وبقاء السبب قائماً حتى تمام الأخذ بالأولوية

المطلب الأول: شروط التصرف المطلوب بالأولوية.

سنتكلم في هذا المطلب عن الشروط الواجب توافرها في التصرف المطلوب بالأولوية وسنقسم هذا المطلب لفرعين الأول يتكلم عن التصرفات التي تطلب به الأولوية والفرع الثاني عن تلك التصرفات التي لا تصح معها طلب الأولوية.

الفرع الأول: يجب أن يكون التصرف ناقلاً لحق التصرف

قد اشترط قانون الأراضي العثماني لرفع دعوى الأولوية أن يكون التصرف ناقلاً لحق التصرف، فإذا قام صاحب حق التصرف على الأرض الأميرية بأي تصرف على الأرض لا ينقل فيه حق التصرف مثل تضمين حق التصرف لا يحق لشريكه أو الخليط أو المحتاج من أهل القرية أو صاحب الأشجار والمنشآت رفع دعوى أولوية.

وهذا من الفروق المهمة والجوهرية بين الأولوية والشفعة كما بينا سابقاً، إذ أن المادة 1021 من مجلة الأحكام العدلية قد نصت على أن الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع والمادة 1022 قد اعتبرت الهبة بشرط العوض في حكم المبيع.

وفي نظام الأولوية يشترط أن يكون التصرف ناقلاً لحق التصرف سواء كان فراغاً أو هبة أو هبة بعوض. ولعل هذا الأمر راجع في الأصل لفلسفة الفقه الإسلامي من الأرض الأميرية، حيث أن من له حق التصرف على الأرض الأميرية لا يملك رقبة الأرض بل رقبة الأرض تظل للدولة¹.

وسواء كان نقل حق التصرف تم بعوض أو بدون عوض يستلزم من طالب الأولوية أن يدفع ثمن المثل لصراحة المادة 41 من قانون الأراضي العثماني ولا يصح القول إن نقل حق التصرف قد كان بدون عوض لعدم وضع بدل المثل .

ويشترط كذلك أن يتم حتى تثبت الأولوية أن يتم تسجيل الفراغ لدى المرجع المختص أي لدى دائرة تسجيل الأراضي² حيث نصت المادة 2 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة على أن " ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأموال والمسققات والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي".

وبالتالي إن قيام صاحب حق التصرف على الأرض الأميرية بإفراغ حقه لأخر بأي وسيلة أخرى لا يعد إفراغاً رسمياً يصح أن يطالب معه بحق الأولوية سواء كان ذلك بالإفراغ بحجة عادية أو وكالة عدلية، ويفهم من هذا أيضاً أن مدة سريان الأولوية لا تبدأ إلا من اليوم الذي يتم فيه الإفراغ الرسمي في دوائر التسجيل إذ أنه لا عبرة لأي بيع تم قبل التسجيل الرسمي في دائرة تسجيل الأراضي.

وهنا يثور تساؤل حول الأراضي الأميرية غير المسواه والتي يجري فيها الإفراغ بدون المرجع الرسمي فهل يصح فيها طلب الأولوية؟

نجد أن المادة 1\2 من قانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 " لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة بمقتضى أي من المواد المذكورة أعلاه من جانب أي شخص بعد

¹ رستم باز: مرقاة علم الحقوق، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، سنة 2017، ص 249.

² قرار محكمة التمييز الأردنية الطعن رقم 110- لسنة 1953 و كذلك قرار محكمة التمييز (الحقوق) رقم 24\2009 (هيئة خماسية) تاريخ 29\6\2009 .

مرور ستة أشهر على تاريخ الفراغ القطعي أو البيع في دوائر التسجيل " ووفقا لهذه المادة لا يمكن رفع دعوى الأولوية إن كان الفراغ بحجة وكانت قطعة الأرض غير مسواه.¹

ويرى الباحث أن هذا الأمر يسبب اشكالية كبيرة في الواقع العملي حيث أن القانون قد رسم الحالة التي يمكن من خلالها اكتساب ملكية الأرض غير المسواه حيث أن المادة 3 من قانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 والتي قررت أن طرق اكتساب حق التصرف على الأرض الأميرية يتم عن طريق سند والتصرف الفعلي لمدة 10 سنوات² وبالتالي سيكون هناك تصرف ناقل لحق التصرف على الأرض الأميرية- ولا يكون هناك التسجيل في المرجع المختص- مع حرمان من له الحق في الأولوية طلبها.

ونجد أن الأصل الذي أتى به قانون الأراضي العثماني أنه يشترط أن يكون التصرف ناقل لحق التصرف على الأرض الأميرية لكي تثبت الأولوية إذ توفرت شروطها الأخرى، ولم يفرق قانون الأراضي العثماني بين الأراضي المسواه وغير المسواه، ثم جاء قانون المعدل لأحكام غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 ووقع في التناقض إذ أنه وضع شرط خاص لطلب حق التصرف بالأولوية إلا وهو تسجيل البيع في الدائرة الرسمية فقط، ثم نظم حالة انتقال الأراضي غير المسواه بسند نقل الملكية والتصرف دون اشتراط تسجيله لدى المرجع المختص.

ولذلك يرى الباحث أنه لا يوجد مبرر للمشرع حين قرر في القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة حصر طلب الأولوية في التسجيل الرسمي فقط وخصوصا أنه قد رسم الطريق لنقل حق التصرف في الاراضي غير المسواه، بل الأصل العام هو أن أي تصرف ناقل للملكية يستوجب حق الأولوية بغض النظر عن نوع الأرض كانت مسواه ام غير مسواه، لذلك يرى الباحث ضرورة تعديل المادة 1\2 من القانون المذكور أعلاه ليصبح أي افراغ لحق التصرف في الأرض الأميرية يستوجب الأولوية لأن هذا اتساقا مع الأصل العام التي أتى به قانون الأراضي العثماني، وأكثر

¹ انظر نقض فلسطيني رقم 49 لسنة 2014 الصادر بتاريخ 12\1\2014.

² جاء في نص المادة " تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند بالأراضي الأميرية و العقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو استثنيت منها نافذة، إذ مر على التصرف المشتري تصرفا فعليا لمدة 10 سنوات في الأراضي الأميرية ، 15 سنة في الأراضي المملوكة " .

تحقيقاً لمصلحة طالب الأولوية ولما في منع الأولوية في الاراضي غير المسواه من احتمالية وقوع خلافات واشكاليات بين اصحاب الحقوق في القطعة الواحدة.

ومن الجدير بالملاحظة أنه لا يجوز الأخذ بالأولوية بالعقد الباطل¹ لأن الباطل لا يترتب أثراً و لا وجود للعقد من الأساس².

وأما بخصوص العقد الفاسد³ فإن الأولوية لا تجري في العقد الفاسد وذلك عملاً بأحكام المادة 1026 من مجلة الأحكام العدلية.

وفي حال تم فسخ العقد بين المفرغ و المفرغ له فيجوز لطالب الأولوية أن يأخذها بموجب العقد الجديد (عقد الفسخ) إذ أن القاعدة الفقهية كما هي منصوص عليها في الفقه الحنفي أن الاقالة فسخ في حق الأطراف وعقداً جديداً بحق الغير، وإذا ادعى طالب الأولوية أن لم يعلم بالبيع الأول قبل الاقالة فيخير بأن يطلب الأولوية بأي العقدين شاء⁴.

ونشيراً أخيراً أن هناك تصرفات تتم على الأراضي الأميرية لا تكون ناقلة لحق التصرف ابتداءً مثل وضع الأراضي الأميرية تأميناً لدين حيث أجازت المادة 2 من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً لدين رقم 46 لسنة 1953⁵.

ومثل هذه التصرفات لا توجب الأولوية ابتداءً لأن ذات التصرف ليس ناقلاً لحق التصرف ولكن ما للرأي القانوني إذ تم تنفيذ الرهن التأميني على القطعة الأرض؟

¹ قد عرفت المادة 168 من القانون المدني الأردني " العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله و وصفه بأن اختل ركنه او محله أو الغرض أو الشكل الذي فرضه القانون لانتعاده ولا يترتب عليه أثراً ولا ترد عليه الإجازة ".

² مساد، منصور فؤاد: مرجع سابق، ص 38.

³ قد عرفت المادة 170 من القانون المدني الأردني العقد الفاسد " هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساد صح ".

⁴ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز: مرجع سابق، جزء 7، ص 345.

⁵ قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً لدين رقم 46 لسنة 1953 صادر بتاريخ 1953/3/1 و المنشور في العدد 1135 من الجريدة الرسمية الأردنية.

يرى الباحث هنا أيضا لا يمكن طلبها بالأولوية إذ أن قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين قد اشترط أن يتم البيع في المزاد العلني و إن البيوع التي تتم بالمزاد العلني لا يجري فيها الأولوية كما نصت المادة (3/2) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958

الفرع الثاني: التصرفات التي لا يثبت معها حق الأولوية

يشترط في الفراغ أيضا أن لا يكون من العقود التي استبعد المشرع الأولوية فيها وذلك وفقا للمادة (3/2) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 وسنعمل على دراسة هذه التصرفات في هذه الفرع .

المسألة الأولى: البيع الواقع بين الفروع والأصول.

نجد أن القانون المدني الأردني قد نص في المادة (1161) في الفقرة الثانية " لا تسمع دعوى الشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ".

أما القانون رقم (51) لسنة (1958) وفي المادة الثانية منه فقرة (ب) لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة إذا حصل البيع بين الفروع والأصول.

ولا يخفى على أحد أن الحكمة من ذلك واضحة وهي الحفاظ على الترابط الأسري والاجتماعي ذلك أن الفراغ ذو طبيعة عائلية¹.

وإن عدم جواز الأولوية في الفراغ الواقع بين الفروع والأصول لم يقيد بدرجة، فبيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لأصوله مهما علوا دون التقيد بدرجة معينة، فإذا باع الأب ابنته أو ابنه أو ابن ابنته مهما نزل الفرع فالأولوية لا تصح وكذلك إذا باع الابن عقاره لأبيه أو لأم أبيه أو لأبي أبيه أو

¹ مساد، منصور فؤاد: مرجع سابق، ص 39.

لامه مهما علا الأصل فإنه لا أولوية وعلة ذلك لاعتبارات تطلبتها قرابة المشتري فإذا باع المتصرف على العقار لمشتري تصله به قرابة وثيقة وضع القانون هذا المانع¹.

المسألة الثانية: الفراغ بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة

وكذلك نجد أن المادة (312) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 جعلت عدم جواز طلب الأولوية في الفراغ الواقع بين صاحب حق التصرف وأحد من أقاربه حتى الدرجة الرابعة. ولتحديد درجة القرابة نجد أن محكمة التمييز الأردنية قد قررت " أن القاعدة في حساب درجة الحواشي هي أن تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة. وإذا كانت درجة قرابة البائع والمشتري أكثر من الثالثة فيكون من الجائز ممارسة حق الأولوية في هذه الحالة"².

وبناء على ذلك يعتبر العم بالنسبة لأبن أخيه في الدرجة الثالثة إذ أن الأصل المشترك هو الجد فلا يحسب ثم تنزل من الجد إلى ابن الأخ درجتين الأخ درجة ولابنه درجة ثانية فيكون مجموع الدرجات ثلاثة ومثل ذلك العم والخال والخالة ويكون البيع الصادر من العم أو العمّة أو الخال أو الخالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لأبن أختها يبيعا واقعا بين أقارب الدرجة الثالثة فلا تجوز الأولوية³.

ويجب ملاحظة أن المنع هنا عائد على الغير عن علاقة القرابة، ولكنه ما الحال إذا تم إفراغ قطعة الأرض من أخ لأخيه ثم طالب أخيه الثالث بهذا الحق بالأولوية؟

يرى الباحث وحيث أن المقصد من هذا المنع هو لاعتبار علاقة القرابة بين طرفي العقد فبتالي يسرى مفعوله إذا طالب شخص غريب عن العلاقة مقدار الحصص بالأولوية ولكن إذا كان طالب الأولوية قريب في ذات الدرجة أو درجة أدنى أو أعلى فلا يترجح أحد الأقارب على الآخرين بدون

¹ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 539.

² الطعن رقم 66 - لسنة 1965.

³ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 539.

سبب بحجة أنه تم بين الأقارب لدرجة الرابعة، وفي ذلك أعمالاً لروح النص والمقصد منه وفقاً لما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية " الأمور بمقاصدها"¹.

المسألة الثالثة: البيع بين الزوجين

وكذلك نجد أن المادة (3\2) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 كما أن القانون قد جعل التصرف بين الزوجين من التصرفات لا تثبت معها الأولوية، ويجب في هذه الحالة أن تكون العلاقة الزوجية قائمة وقت التصرف².

ولا تنقطع تلك العلاقة إلا بالطلاق المكمل للثلاث أو بانقضاء العدة في الطلاق الرجعي³ وبالتالي إذا تم التصرف بعد الطلاق البائن بينونة الكبرى أو صغرى فإن التصرف يكون بين الغرباء وليس بين الزوجين.

وأما إذا تم التصرف أثناء الطلاق الرجعي أي قبل انقضاء العدة فإن العلاقة الزوجية تكون قائمة ويجوز للزوج مراجعة زوجته فلا تصح الأولوية فقد يتم التصرف ارضاء للزوجة قبل مراجعتها وهي لم تنزل بعصمته مثلاً⁴

كما أن الأولوية لا تصح في التصرفات المبرمة بين الزوجين ولو كان الطلاق معلق على شرط واقف أو فاسخ، إذ أن تعليق الطلاق على شرط لا يعني انتفاء العلاقة الزوجية بل إن الطلاق يقع عند تحقق الشرط⁵.

¹ المادة 2 من مجلة الأحكام العدلية.

² مساد، منصور فؤاد: مرجع سابق، ص 39.

³ الشربيني، محمد محمود: مرشد الحيران للضروي من علوم الدين على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار النور المبين للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2016، ص 161.

⁴ طلبة، أنور: طلبة، أنور: الشفعة والتحيل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، طبعة الأولى، سنة 2004، ص 204.

⁵ الشربيني، محمد محمود: مرجع سابق، ص 162.

المسألة الرابعة: التصرف بين الأقارب للمصاهرة.

كذلك نص قانون رقم (51) لسنة 1958 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة أنه لا تثبت الأولوية إذا وقع التصرف بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

وبذلك فإن الأولوية لا تثبت في التصرف الذي يتم بين الزوج ووالد زوجته إذ تكون قرابته بالنسبة له من الدرجة الاولى، وكذلك لا تثبت الأولوية بالتصرف بين الزوج وأخ الزوجة أو اخت الزوجة حين أن الدرجة تكون وهذه الحالة بالنسبة لأي منهما في الدرجة الثانية وكذلك في الصور المعاكسة في التصرف الذي بين الزوجة ووالد الزوج او والدته والتصرف الذي يتم بين الزوجة وأخ الزوج أو أخته¹.

وقد قررت محكمة النقض الفلسطينية أن "ولما كانت محكمة الاستئناف بحكمها محل الطعن المائل قد حملته على ان العلاقة بين الجهة المدعية والمدعى عليها الثانية هي علاقة مصاهرة من الدرجة الثالثة، إذ ان درجة القرابة بين زوج المستأنفة الثانية (المشتريّة) والمستأنفة الاولى وهي خالته هي قرابة من الدرجة الثالثة، الا ان العلاقة بين المستأنفة الثانية (بالنسبة لزوجها) مع المستأنفة الاولى هي علاقة مصاهرة بذات الدرجة، اي علاقة مصاهرة من الدرجة الثالثة، الامر الذي تكون معه المطالبة بحق الاولوية في ظل كون العلاقة علاقة مصاهرة من الدرجة الثالثة جائزة قانوناً"²

ويبقى السؤال هل تنقضي قرابة المصاهرة بعد وفاة أحد الزوجين او انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق او الفسخ؟

ويرى الباحث أنه وفي حالة وفاة أحد الزوجين او انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق او الفسخ فإن حق الأولوية يثبت لأن المانع من طلب الأولوية هو الرابطة الزوجية واذا زالت الرابطة الزوجية عاد الممنوع وذلك تطبيقاً لنص المادة 24 من القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية والتي تنص " اذا زال المانع عاد الممنوع "

¹ السنهاوري، عبد الرزاق: اسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 536.

² قرار محكمة النقض الفلسطينية في القرار رقم 2013\193 الصادر بتاريخ 2015\3\24.

المسألة الخامسة: حصول التفويض من قبل الدولة

أن نص المادة 2 فقرة 3 من القانون رقم (51) لسنة 1958 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة المعمول به في فلسطين على عدم ثبوت الأولوية الذي يكون فيه تفويض من الدولة. ونجد أن قانون الأراضي العثماني الساري في فلسطين قد أخذ بالتفويض حيث جاء ذلك في المواد (2 و 3) إذ أنه عرف التفويض "بأن تقوم الدولة بإعطاء مجموعة من الأشخاص الحق في التصرف الأراضي الأميرية التي لم يكن عليها حق تصرف سابق".

ومن الملاحظ أن مفهوم التفويض من الدولة أشمل من المزاد العلني، حيث أن التفويض من الدولة لا يعني المزاد العلني، لأننا نتكلم عن الأراضي الأميرية والتي للدولة حق إحالتها وتفويض اشخاص معينين لحق التصرف في هذه القطعة¹. وقد حدد قانون إدارة الأموال الدولة رقم 17 لسنة 1974 في مواده (5، 6، 7) على اجراءات تفويض الدولة للأشخاص معينين في إدارة، ونجد أن مفهوم تفويض الدولة التي نص عليه قانون المعدل للأحكام الأموال غير المنقولة أوسع بكثير مما جاء به قانون المدني الأردني.³

إلا أنه وفي الحياة العملية لا نجد أن هذه النصوص غير معمول بها في وقتنا ولكن لا بد من ذكره هذا القيد في هذا الباب.

¹ رستم، سليم: مراقبة علم الحقوق، مرجع سابق، ص 255.

² هو قانون إدارة اموال الدولة رقم 17 لسنة 1974 الصادر بتاريخ 1974/3/31 مع ملاحظة أن هذا القانون غير مطبق في فلسطين كونها صادر بعد احتلال الضفة الغربية عام 1967.

³ راجع قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1985\336 (هيئة خماسية) تاريخ 1985\7\21، منشورات مركز العدالة.

المسألة السادسة: البيع بطرق المزاد العلني

ويلاحظ كذلك أن نص المادة 2 فقرة 3 من القانون رقم (51) لسنة 1958 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة المعمول به في فلسطين على عدم ثبوت الأولوية الذي يكون فيه بيع مزاد علني عند طريق الدولة.

والسبب في ذلك الاستثناء أن البيع الذي يجري على هذا النحو يكون المجال متاحاً لطالب الأولوية إذا ما أراد أخذ العقار في أن يدخل في المزاد وأسباب هذه البيع العلني متعددة يصعب حصرها فقد يباع للشخص المفلس أو عديم الأهلية أو عقار الغائب وكذلك بيع العقار في إزالة الشيوع لعدم إمكانية قسمة هذا العقار¹.

ولقد حدد قانون التنفيذ رقم 23 لسنة² 2005 اجراءات المزاد العلني والتي تنظمه دائرة التنفيذ في المحكمة المختصة التي يقع فيها العقار المراد بيعه في المزاد العلني.

أما بخصوص البيع الذي يجريه الأشخاص بالمزاد العلني (لا قضائياً ولا ادارياً) فإنه لا يمنع من الأولوية³.

ويرى الباحث أن الغاية من هذا النص هو اعتبار البيع الذي يتم بالمزاد العلني قرينة على أن طالب الأولوية قد علم بالبيع وبشروطه وأنه استتشف عن الشراء، ولا شك أن هذا الأمر حاصل ولكن الاشكالية هو اعتبار أن هذه القرينة قاطعة لا يمكن اثبات عكسها، فمن الممكن أن يكون طالب الأولوية خارج البلاد عند البيع في المزاد العلني ولا يعلم فيه اصلاً! وهذه الحالة متصورة في الواقع. ولذلك يرى الباحث ضرورة تعديل نص هذه الفقرة وجعل طالب الأولوية قادر على اثبات كونه لم يكن يعلم بوجود هذا المزاد لأي سبب كان، وفي حال تعديل الفقرة المنصوص عليها يجب جعل الثمن الواجب ايداعه من قبل طالب الأولوية هو الثمن الذي رسي عليه المزاد وذلك استثناء

¹ مساد، منصور فؤاد: مرجع سابق، ص 43.

² قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 2006/4/27 والمنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية في العدد رقم 63.

³ الشواربي، عبد الحميد: الشفعة والقسمة، دار النصر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة 1979، ص 86.

على القواعد العامة في الأولوية وذلك لأن أغلب من يتجه لبيع عقاره في المزاد العلني يكون ممن أوجب القانون حمايتهم كالقاصر أو المدين المفلس فمن الاجحاف بمكان جعل ثمن الواجب ايداعه هو ثمن المثل، وبهذا يحقق المشرع العدالة بين طرفي الدعوى، فلا يحرم طالب الأولوية من حقه من طلب الأرض بالأولوية إن ابدى اسباب مقنعة لعدم تقدمه للمزاد ولا يحرم البائع من حقه في السعر الأعلى الذي رسى عليه المزاد العلني.

المسألة السابعة: التصرف لجعل العقار محل عبادة

تنص المادة (2) الفقرة (4) من قانون رقم (51) لسنة 1958 كذلك أنه على عدم ثبوت الأولوية إذا كان العقار قد تصرف فيه ليجعل محلا للعبادة أو ليلحق بمحل للعبادة.

وقد عنى القانون بذلك أن العقار يخرج من دائرة التعامل اذا قصد ببيعه أن يكون محلا للعبادة أيا كانت تلك العبادة فلا يجوز فيه الأولوية إذ خصص لإقامة مسجد أو كنيسة للمسيحيين أو مبدع لليهود¹ وهذه الديانتان التي يعتبرها الاسلام باعتبار المعتنقين لها من غير المسلمين من أهل الكتاب وذلك لأن الاسلام هو دين الدولة².

ولا يصار القول أن النص عام والعام يبقى على عمومته وبالتالي تكون الأولوية غير جائزة إذا كان العقار قد تصرف فيه ليجهل محلا للعبادة دون تحديد تلك العبادة لأن هذا الأول يختلف مع دين الدولة وبالتالي في ذلك مخالفة لنظام العام وقواعد الشريعة الاسلامية³.

"ويجب لعدم جواز الأولوية أن يخصص العقار للعبادة المتعارف عليها فيما ذلك إقامة الشعائر الدينية فلا يكفي أن يخصص لأعمال البر. فإذا تضمن العقد أن الغرض من التصرف مستشفى

¹ المقصود هنا من حيث الأصل العام في اطلاق مفهوم دار العبادة وما هي الديانات السماوية التي تدخل في مفهوم دار العبادة إذ أن النص قد جاء مطلقاً، بيد أنه مما لا يخفى على أحد أن بيع العقارات لليهود في فلسطين يعد جريمة يحاسب عليها القانون و خيانة وطنية و تخلي كامل عن القيم الإسلامية الأصيلة .وإن تجريم بيع الأراضي لليهود قانوناً و تحريماً شرعاً هو خاص للحالة الفلسطينية والتهجير الذي حل بالشعب الفلسطيني بيد أن الأصل في الفقه الاسلامي جواز بيع الذمي.

² سعد، نبيل ابراهيم: الشفعة علماً وعملاً، بدون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، سنة 1997، ص 52.

³ عباسي، جلال: الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية، الطبعة الأولى، عمان، المكتبة الوطنية، 1994، ص 37.

خيرى ومدرسة لتحفيظ القرآن الكريم فإن الأولوية تجوز حتى لو أضيفت لذلك إقامة مكان للصلاة ولا يعتبر التصرف واردا على محل العبادة¹.

المطلب الثاني: شروط المال المطلوب بالأولوية

سأقوم في هذا المطلب بدراسة الشروط الواجب تصرفها في المال المطلوب بالأولوية وقسمت هذا المطلب لفرعين الأول أتكلم فيه نوع الأرض التي تكون محلا لدعوى الأولوية والثاني تكلمت فيه عن طبيعة هذه الأرض من حيث عدم قابليتها للتجزئة .

الفرع الأول: أن يكون أرض أميرية او موقوفة وقف تخصيصات.

نجد أن مجلة الاحكام العدلية عرفت الشفعة بأنها " تملك الملك لمشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري"² وحقيقة الأمر نجد أن لفظ " ملك " يحمل على المال المنقول او غير منقول وذلك حسب المادة 125 من مجلة الأحكام العدلية بيد أن هذا اللفظ عام وعند اطلاقه على الشفعة نقصد فيه المال العقاري تخصيصا لما ورد في نص المادة 1017 من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها " يشترط أن يكون المشفوع ملكا عقاريا "³

والملاحظ أن هذا على خلاف ما جاء في قانون الاراضي العثماني في خصوص الأولوية حيث أن المادة 41 من قانون الاراضي العثماني قد حصر الأولوية على الأراضي في حين أن الشفعة تكون في الملك العقاري ومن المعلوم بالضرورة أن مفهوم الملك العقاري أشمل من الأراضي فقد عرفت المادة 137 من مجلة الاحكام العدلية العقار " هو الذي يمكن تعيين حدوده واطرافه " وهذا يشمل الاراضي وغيرها ، ونجد أن القوانين الحديثة قد عرفت العقار بأنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغير هيئة فهو عقار"⁴.

¹ سعد، نبيل: مرجع سابق، ص 109.

² مادة 950 من مجلة الأحكام العدلية.

³ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 422.

⁴ المادة 1\82 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

وسوف نتناول في هذا الفرع ما هي الاراضي التي عليها الأولوية.

أولاً: الاراضي الأميرية

قد جاء في نص المادة (46) من قانون الأراضي العثماني " ان الشفعة الجارية بالأملاك ليست جارية بالأراضي الأميرية والموقوفة يعني أن افرغ أحد اراضي المتصرف بها لشخص آخر ببذل معلوم فالذي يكون بحدوده لا حق له أن يدعي قائلاً: انني آخذ الفراغ ببذل " وجاء ايضا في المادة (1017) من المجلة أنه " لا تجري الشفعة.. في عقار الوقف والأراضي الأميرية "

ويفهم من هذه النصوص أن الأولوية تسري في الأراضي الأميرية و الشفعة تسري في الأراضي الملك ولقد أيد القضاء هذا الاتجاه حتى اصبحا اجماعاً فقهما وقضائياً¹

وقد عرف البعض الأرض الأميرية بأنها " الأراضي الزراعية الواقعة خارج حدود المدن والقرى وباعتبارها أراض زراعية فقد كانت الصنف الوحيد من دون سائر الأراضي التي كانت خاضعة لضريبة العشر التي تحصلها الدولة، والتي لا تجبى إلا على أساس نسبة من إنتاج الأرض، ولم يكن ممكناً جبايتها إلا من الأراضي الزراعية، لذلك استحوذت الأراضي الأميرية على معظم نصوص القانون العثماني"².

والحق أن هذا التعريف منتقد حيث أن الأراضي الأميرية هي الأراضي التي تكون رقبته عائدة لبيت المال ولم يشترط فيها أن تكون زراعية ام لا³.

إذن الفرق الجوهرى بين الاراضي الأميرية والأراضي الملك هي أن اراضي الملك تكون داخل حدود البلد أما الأراضي الأميرية تكون خارجها هي جاء في المادة (2) من قانون الاراضي العثماني عن

¹ انظر على سبيل المثال لا الحصر الطعن رقم 369- لسنة 1976 تمييز اردني ، وكذلك حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 258 لسنة 2009 ، تاريخ 2009\10\19

² السفاريني، علي: مسألة الأراضي في المفاوضات (حقوق ملكية الأراضي الأميرية في فلسطين)، ورقة عمل منشورة في مجلة الدراسات الفلسطينية، العدد 17، بيروت، 1994، ص 132.

³ انظر فقها، رجاء: مرجع سابق، 18، وكذلك انظر: باز، رستم: مرقاة علم الحقوق، مرجع سابق، ص 249.

تعريف الاراضي الملك وانواعها " العرصات الواقعة داخل القرى والقصبات وما في دائرها من الأراضي لغاية نصف دونم مما يعتبر تنمة للسكن."

والجدير بالذكر أن الاراضي الأميرية غير خاضعة في الأساس لأحكام مجلة الأحكام العدلية، وإنما استحوذت على معظم نصوص قانون الاراضي العثماني، ويرى جانب من الفقه أنه يمكن تطبيق أحكام المجلة على الأراضي الأميرية حيث لا يوجد نص في قانون الأراضي بخصوصها حيث أن مجلة الأحكام العدلية هي الأصل العام¹.

ويجب الإشارة أن التصرف بالأرض الأميرية وانتقالها يكون تابع للأوامر الصادرة من قبل الدولة وفق المصلحة أو المنفعة وكان هذا النوع من الأراضي الاكثر انتشارا في الدولة العثمانية²

وتقسم الاراضي الأميرية من حيث انها مفوضة او غير مفوضة إلى قسمين وهي:

- 1) الأراضي الأميرية الصرفة : وهي التي تعود رقبته للدولة وجميع حقوقها الى الدولة
- 2) الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو: وهي الأراضي التي فوض حق التصرف فيها إلى الأشخاص وفق إحكام القوانين³.

والجدير بالذكر أن قانون تحويل الأراضي الأميرية إلى ملك رقم 41 لسنة 1953⁴ قد حدد الحالات التي يجوز من خلالها تحويل الاراض من أميري الى ملك، مثل أن يتم طلب تحويلها الى ملك ليتم وقفها، وكذلك حالات انشاء بلديات جديدة وتوسع حدود البلديات.

¹ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 42.

² نصار، عبد العظيم عباس: الأراضي الأميرية العراقية في وثائق العثمانية، بحث منشور في مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية - جامعة الكوفة، سنة 2010، ص 135.

³ كربول، ردينة محمد: تجاوز حق التصرف في الأراضي الأميرية وسبل معالجتها، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية - جامعة الكوفة، سنة 2017، ص 129.

⁴ قانون تحويل الأراضي من نوع الأميري إلى ملك رقم 41 لسنة 1953 الصادر بتاريخ 1953/2/16 المنشور في عدد 1134 من الجريدة الرسمية الأردنية .

ولكن السؤال المطروح حاليا ما أثر تحويل نوع الأرض من أميري الى ملك على دعوى الأولوية ؟

ويرى الباحث أنه يجب التفريق بين حالة اقامة الدعوى او قبل اقامة الدعوى، فإذا كانت قطعة الأرض تم تحويلها قبل رفع الدعوى فعليه لا يكون الدعوى هي دعوى أولوية بل هي دعوى شفعة بكل تأكيد، أما اذا كانت بعد اقامة الدعوى فلا يؤثر على المركز القانوني للخصوم خصوصا أن دعوى الشفعة تختلف في بعض شروطها عن دعوى الأولوية فلا يجوز أن يدعي المدعي عليه أن الدعوى ساقطة لعدم توافر شروط الشفعة.

ويثار هنا ايضا مسألة مهمة إلا وهي أن هناك اراض أدخلت حدود البلدية وحولت إلى أراض ملك إلا انها رغم ذلك ما زالت مسجلة في دائرة الأراضي على انها من نوع أميري.

وذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الدعوى التي تقام في هذه الحالة هي دعوى شفعة وليس أولوية بسند من القول أن سند التسجيل الصادر عن دائرة الأراضي يثبت الملكية والمساحة ومقدار الحصص، وأما تحديد نوع الأرض فيعود لمشروعات الجهة التنظيمية المتمثلة بالبلديات ومجلس التنظيم الأعلى¹.

ويرى الباحث أن هذا المسألة تختلف عن حالة تقرير وتحديد نوع الأرض هل ملك أو أميري ، فمما لا شك فيه أن من يحدد نوع الأرض هي الجهة التنظيمية المختصة ولكن المسألة المطروحة هنا في حال عدم تغير نوع الارض على سند التسجيل وقام المدعي برفع دعوى أولوية بشروطها القانونية فهل هذا يعني أن الدعوى مردودة خصوصا اذا خالفت شروط الشفعة؟ بمعنى اخر هل يطالب من المدعي البحث في دوائر الحكم المحلي في المحافظة التي في دائرتها الأرض لمعرفة هل تم تعديل الأرض المذكورة أو يكفيه ما ورد في سند التسجيل كسند رسمي كقرينة على أن قطعة الأرض أميرية ؟

ومن البديهي أن سند التسجيل هو سند رسمي صادر عن هيئة رسمية ولا يوجد في القانون ما يوجب على المدعي بالبحث عن طبيعة الأرض ما دام يملك سنداً رسمياً صادراً عن الموظف

¹ فقها، رجاء: مرجع سابق، ص 66.

المختص وغير مطعون به بالتزوير، هذا من جانب ومن جانب آخر إن عدم تغير البيانات على سند تسجيل قطعة الأرض ليس من اختصاص مالك القطعة ولا طالب الأولوية بل هو من اختصاص دائرة تسجيل الأراضي فلا يصح في المنطق القانوني السليم تحميل طالب الأولوية مسؤولية تقصير ليس له جانب فيه. لذلك يرى الباحث أن اذا ورد في سند تسجيل أن قطعة الأرض من النوع الأميري فلا يصح الاعتراض عليه أنها ارض ملك حتى لو كان التحويل قبل رفع الدعوى.

ثانياً: الأرض الموقوفة وقف تخصيصات

قد جاء في نص المادة (46) من قانون الأراضي العثماني " ان الشفعة الجارية بالأملاك ليست جارية بالأراضي الأميرية والموقوفة يعني أن افرغ أحد اراضي المتصرف بها لشخص آخر ببذل معلوم فالذي يكون بحدوده لا حق له أن يدعي قائلًا: انني آخذ الفراغ ببذل " وجاء ايضا في المادة (1017) من المجلة أنه " لا تجري الشفعة .. في عقار الوقف والأراضي الأميرية "

ويقصد بالأراضي الموقوفة وقف تخصيصات " هو عبارة عن تخصيص منافع قطعة مفرزة من الأراضي الأميرية كأعشارها ورسومها على جهة معينة، ما يعني أنها ليست كالوقف الصحيح حيث يكون لصاحب الأرض الملك أن يوقف ملكه كيفما شاء ومتى شاء"¹.

ولأن احكام الاراضي الأميرية تجري على الأراضي الموقوفة وقف تخصيصات، فقد نصت المادة (4) من قانون الأراضي العثماني على أنه عندما يرد في هذا القانون (أي قانون الاراضي العثماني عبارة الاراضي الموقوفة فيكون المراد الاراضي الموقوفة والتي هي مثل هذه من قبيل التخصيصات.

وفي ذات المعنى قررت محكمة استئناف رام الله " إن ما ينطبق من أحكام ومعاملات على الاراضي الأميرية بما في ذلك الفراغ وا لانتقال ينطبق أيضا على الأراضي الموقوفة وقف تخصيصات كما هو الحال بالنسبة لقطعة الأرض موضوع هذه الدعوى (والتي هي من نوع

¹ دواس، امين: مرجع سابق، ص 393.

الميري الموقوف وقف فاطمة خاتون " الأمر الذي نرى معه أن قطعة الأرض المذكورة يجوز طلب التملك فيها بحق الأولوية شأنها في ذلك شأن الأراضي الأميرية الصرفة عند تحقق الشروط القانونية لذلك الطلب " ¹.

والأصل أنه لا يسرى الوقف على الأراضي الأميرية كون تملك الأرض من شروط الوقف، فالأراضي الأميرية من حيث تعريفها هي الأرض التي تكون رقبته عائدة للدولة وليس لصاحبها حق عليها إلا حق التصرف ².

ولكن استثناء على هذا الأمر عرف نوع جديد من أنواع الوقف أبان الحكم العثماني التركي يسمى وقف التخصيصات أو وقف السلاطين أو وقف العشرية ³.

ويقصد بوقف التخصيصات أن يقف السلطان نفسه شيئاً من أموال بيت المال، على بعض مصالح المسلمين، كالمدارس والمساجد والخيرات، فهذا لا يشترط فيه الملك، فهو يعتبر في نظر الفقهاء وقف رصد أو تخصيصات ⁴.

الفرع الثاني: عدم قابلية الأرض المطلوبة بالأولوية للتجزئة

من قواعد نظامي الشفعة والأولوية عدم جواز تجزئة الأولوية ويقصد بذلك أنه إذا أراد طالب الأولوية الأخذ بالأولوية فعليه أن يطلب أخذ العقار التي تم فراغه بالكامل وليس له يأخذ جزءاً منه ويترك الباقي ⁵.

وما دام الأمر كذلك فإن هذا المبدأ يفترض إننا بصدد صفقة واحدة ويجب ألا نفرقها على المشتري وبذلك إذا كنا بصدد عدة صفقات مختلفة فلا مجال لإثارة عدم جواز التجزئة ولتوضيح ذلك سنفرق بين ما إذا كان المبيع عقاراً واحداً أو أكثر.

¹ حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 143 لسنة 1995، تاريخ 1995\11\7.

² الزرقا، مصطفى: أحكام الوقف، دار عمار، الطبعة الأولى، عمان - الأردن، سنة 1997، ص 97.

³ صبري، عكرمة: الوقف الاسلامي بينا النظرية والتطبيق، دار النفائس، الأردن، طبعة 2، سنة 2011، ص 130.

⁴ الزرقا، مصطفى: مرجع سابق، ص 98.

⁵ منصور، مساد: مرجع سابق، 48.

المسألة الأولى: إذا كان المبيع عقاراً واحداً

ويجب الملاحظة هنا أنه إذا كان المبيع عقاراً واحداً وبيع لمشتري واحد بنفس العقد فإن الصفقة تكون واحدة وبالتالي لا يجوز لطالب الأولوية إلا أن يأخذ العقار كله أو تركه كله تفادياً للتجزئة¹.

المسألة الثانية: أما إذا كانت العقارات المبيعة منفصلة عن بعضها ولكنها مخصصة لغرض واحد.

وقد تكون العقارات المبيعة منفصلة غير متلاصقة ولكن المشتري قد اشتراها لتحقيق غرض معين لا يتحقق إلا بها جميعاً وفي هذه الحالة لا يجوز لطالب الأولوية أن يطلب الأولوية أحد العقارين دون الآخر لأن في التجزئة ضرر على المشتري².

المسألة الثالثة: العقارات المبيعة منفصلة ولا يجمع بينها وحدة غرض

وفي هذه الحالة يمكن لطالب الأولوية أن يأخذ العقارات كلها بالأولوية ما دامت الشروط متوفرة لها كلها أو يستطيع أن يأخذ بعضها دون الآخر لأنه ليس في ذلك تفريق للصفق فهي متفرقة من الأصل أما إذا توفرت الشروط لبعض العقارات المبيعة دون البعض الآخر فإن طالب الأولوية لن يستطيع أن يطلب الأولوية إلا إذا ما توافرت بشأنها الشروط³.

المطلب الثالث: شروط طالب الأولوية

سأتكلم في هذا المبحث شروط طالب الأولوية وسأقسم هذا المطلب لفرعين اثنين الأول عن توافر سبب الأولوية وقت صدور التصرف والفرع الثاني عن بقاء السبب قائماً حتى تمام الأخذ بالأولوية.

¹ هرجة، مجدي: الشفعة، دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية، طبعة 2، سنة 1993، ص18.

² مساد، منصور: مرجع سابق، ص 48.

³ المرجع السابق، ص49.

الفرع الأول: توافر سبب الأولوية وقت صدور التصرف

حتى يستطيع طالب الأولوية المطالبة بها فإنه يجب أن يكون سببها قائماً ومتوافراً فيه وقت صدور التصرف المطالب به بالأولوية، وفي القانون يترتب على ذلك أن الحق الذي يستند إليه طالب الأولوية في طلبه للأولوية يجب أن يكون وقت إبرام التصرف الناقل حق التصرف.¹

فإذا كان طالب الأولوية قد كسب طلب الأولوية بالميراث فيجب أن تكون وفاة المورث قبل التصرف، وإذا كان كسب هذا بسبب تصرف قانوني فيجب أن يكون هذا التصرف القانوني مسجلاً قبل التصرف وذلك بسبب أن الحق الذي يطالب به يكون دائماً حقا عينيا على قطع أراضي، فهذا الحق لا يثبت لطالب الأولوية إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل فإن كان العقد الذي تلقى به طالب الأولوية هذا الحق غير مسجل قبل التصرف فلا يجوز لطالب الأولوية².

ويرى جانب من الفقه أن لا يكفي أن يكون عقد التصرف مسجلاً قبل تسجيل التصرف المطالب به بالأولوية بل يجب أن يكون مسجلاً قبل انعقاد البيع³ وذلك لما نصت عليه المادة 1157 من القانون المدني الأردني بقولها يشترط في العقار المشفوع به أن يكون مملوكاً للطالب الأولوية وقت شراء العقار المشفوع .

وأما في خصوص مجلة الأحكام العدلية فإنها قد أخذت بمفهوم الرضائية في العقود فإنها لم تشترط تسجيل العقود في دوائر تسجيل معينة، بل يعد العقد نافذا بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول. ولكن وبهذا الخصوص نجد أن قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 النافذ قد

¹ عزام، محمد عليان: الأحكام الموضوعية لشفعة الشريك في القانون الأردني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، سنة 2017، ص49.

² مساد، منصور: مرجع سابق، صفحة 51 .

³ المرجع السابق، صفحة 52.

حصر اجراء العقود داخل دائرة تسجيل الاراضي¹ وقد ذهب اجتهاد المحاكم الفلسطينية في تفسير هذه المادة على اعتبار بطلان العقود التي تعقد خارج دوائر التسجيل².

ويرى الباحث أنه لا يشترط أن يفهم من الحصر المذكور هو بطلان العقود بمعنى أن نص المادة 2 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة لا يترتب عليه حكم التصرفات التي تتم خارج نطاق دوائر التسجيل بل قد جاء بحكم مطلق فالانطلاق من هذا الحكم - الانحصار العقود في دوائر التسجيل - إلى بطلان العقود من الأساس يحتاج الى دليل آخر من القانون يستند إليه، فقد يفهم من نص المادة أن عقد البيع فاسد مثلاً او حتى موقوف! او حتى صحيح نافذ ولكن هناك اجراءات عقابية وغرامية على كل من يجري عقود خارج نطاق الدوائر الرسمية.

ويرى الباحث وحيث أن الأصل وحدة المبادئ القانونية التي تأتي التشريعات وحيث أن مجلة الأحكام العدلية قد قررت مبدأ الرضائية في العقود فإن العقود التي تجري خارج دائرة الاراضي صحيحة في ذاتها ما دام قد توفر فيها الاركان العامة للعقود، وأنه يجب فهم نص المادة 2 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة على أنها مادة اجرائية وليست موضوعية وإن الجزاء المترتب على مخالفتها لا يعدو أكثر من الغرامات وغيرها من الاجراءات العقابية وبالتالي فإن الباحث يرى ونتيجة لهذا العرض أن التسجيل قبل التصرف المطلوب بالأولية لا يعد شرطاً لصحة اقامة دعوى الأولية.

وفي هذا الصدد من الجدير ذكر أن محكمة النقض المصرية قد كانت قد قررت في احدى قراراتها أنه " يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أي وقت انعقاد بيع العقار الذي يشفع فيه ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع، لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو يكن مسجلاً، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دفاع المشتري المؤسس على أن الشفيع

¹ المادة 2.

² انظر حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 1998\355 الصادر بتاريخ 1999\9\2 وكذلك حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 177\1994 الصادر بتاريخ 1995\1\23 وكذلك حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 868\2014 و الصادر بتاريخ 2015\4\20 وكذلك حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 810\2018 الصادر بتاريخ 2019\6\18.

لم يكن مالكا لم يشفع به وقت حصول البيع سبب الشفعة أقام قضاؤه على أن عقد شراء الشفيع للأرض التي يشفع بها أسبق في التسجيل على تاريخ تسجيل عقد بيع الأطيان التي يشفع بها فإنه يكون مخالفا للقانون¹.

الفرع الثاني: بقاء السبب قائما حتى تمام الأخذ بالأولوية

تنص المادة 1039 من مجلة الأحكام العدلية على أنه " لو باع الشفيع المشفوع به بعد الطلب على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حقه في الشفعة ".

فلا يكفي لجواز كل من الشفعة والأولوية أن يتوافر السبب وقت صدور البيع أو التصرف موضوع الدعوى، وبالإضافة لذلك يجب أن يبقى هذا السبب قائما وموجودا إلى أن يتم الأخذ بالأولوية أو الشفعة قضاء بحكم يصدر لمصلحة طالب الأولوية أو الشفيع أو رضاء بتسليم المشتري بالأولوية، وبعد ذلك لا يهم أن يزول السبب لأنه إذا حكم بالأولوية أو الشفعة قضاء أو سلم بها المشتري رضاء يملك طالب الأولوية الأرض موضوع الأولوية².

واستنادا لذلك فإن الحق الذي يستند إليه طالب الأولوية يجب أن يبقى قائما إلى وقت تمام الأخذ بالأولوية³.

فإذا تصرف طالب الأولوية في الحق الذي يستند إليه في هذا الطلب تصرفا ناقلا للملكية قبل تمام الأخذ بالأولوية سقط حقه فيها لزوال سببها⁴.

¹ نقض مدني مصري 54\12\624 - ق، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، 1986، ص 321.

² عزام، محمد عليان: مرجع سابق، ص 49.

³ الأهواني، حسام: الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة عين شمس، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 149.

⁴ مساد، منصور: مرجع سابق، ص 53.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال إن كان طالب الأولوية متصرف قانوني ولكن عقد الفراغ تحت شرط فاسخ فهل يحق له المطالبة بالأولوية؟

ويرى الباحث أن المالك تحت شرط فاسخ تتوافر له الملكية ولكن زوالها يكون معلقا على الشرط فإذا تحقق الشرط زالت الملكية واعتبرت كأن لم تكن وإذا تخلف الشرط صارت الملكية باقية ومن ثم يجوز لهذا المالك أن يطلب الأولوية فإن تحقق الشرط قبل الحكم بالأولوية أو تسليم المشتري بها سقط حقه فيها وإذا تحقق الشرط بعد تمام الأخذ بالأولوية فلا يكون لزوال ملكيته أثر على حقه في الأولوية¹.

¹ مساد، منصور: مرجع سابق، ص 53.

الفصل الثاني

اجراءات الأولوية

سأتكلم في هذا الفصل عن اجراءات طلب الأولوية و سأعمل على تقسيمه إلى ثلاث مباحث الأول اتحدث فيه عن ايداع الثمن والثاني عن مدة اقامة الدعوى والثالث عن اقامة الدعوى امام المحاكم النظامية من حيث توافر الصفة والمصلحة وتحقق الخصومة ومن هم الخصوم في دعوى الأولوية والمحكمة المختصة في نظر دعوى الأولوية.

المبحث الأول: ايداع الثمن

بعد توافر شروط طلب الأولوية التي ذكرت في المطلب السابق، فإن القانون قد اشترط أن يتم إيداع الثمن قبل إقامة دعوى الأولوية¹ ووفق المادة (41) من قانون الأراضي ليس للمتصرف بأرض بوجه الشركة أن يفرغ حصته دون إذن الشريك والخليط مجانا أو بمقابلة بدل وعند وقوع ذلك يجوز للشريك الآخر أن يأخذ الحصة من الأرض الأميرية التي أفرغها شريكه من الشخص الذي أخذها ببدل المثل باعتباره حين وقوع الطلب.

ولقد نصت المادة (1-2 ب) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، بصيغتها المعدل بالقانون رقم 98 لسنة 1966 والسارية حالياً في الضفة الغربية على أنه " على مدعى الشفعة أو الأولوية عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره وفي حال الادعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي أو بدل المثل فعلى المحكمة تحديد المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم كفالة به...".

ويتضح جليا اشتراط ايداع الثمن كاملاً ويجب أن يتوافر هذا الشرط في جميع الأحوال حتى لو كان الثمن مؤجلاً فيما بين البائع والمشتري، أو كان المشتري لم يدفع جزءاً منه وذلك لأن طالب الأولوية لا يستفيد فيما يتعلق بالإيداع بالأجل الممنوح للمشتري، ويظل هذا الحكم قائماً حتى لو

¹ قرار استئناف رام الله رقم 250\2010 بتاريخ 2011\2\28.

وافق البائع على استفاضة طالب الأولوية من التأجيل أو التقسيط وذلك لأن ايداع الثمن شرط تطلبه القانون لقبول الدعوى¹.

كما أن المشرع لم يشترط ايداع إلا الثمن المذكور أما بالنسبة للمصاريف الضرورية والنفقات التي انفقها المشتري فلا يعد ايداعها شرطاً أساسياً لقبول الدعوى. وكما هو الحال في الثمن².

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني الأردني - وهو قانون غير نافذ في فلسطين - نص على تملك الشفيع للعقار بما قام على المشتري من ثمن ونفقات³ اما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت الشفعة بأنها تملك الشفيع العقار بمقدار الثمن الذي قام على المشتري⁴ وكذلك القانون الاردني الخاص في المادة المذكورة سابقا وضح بأن الثمن هو الثمن المذكور في العقد ولم يذكر النفقات والمصاريف وهو قانون خاص مطبق في فلسطيني. فيكون على طالب العقار بالأولوية أن يودع فقط الثمن.

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه القانون المدني الأردني أكثر اتساقاً وأكثر عدلا في هذا الصدد خصوصا أن التكاليف الذي ستقع على عاتق المفرغ له كبيرة جداً، لذلك يرى الباحث ضرورة تعديل نصوص القانون سالف الذكر وجعل الثمن الواجب دفعه هو ثمن المثل مع المصروفات التي وقعت على عاتق المفرغ له.

وفي حالة نازع طالب الأولوية بالثمن المسمى بالعقد فإنه يتوجب عليه الطعن بصورية الثمن خلال المحاكمة⁵ ولكن هذا الطعن لا يعطيه الحق بعدم ايداع الثمن المذكور بعقد الإفراغ⁶.

¹ سليم، محمد محي الدين ابراهيم، الحقوق العينية، الجزء الأول، حق الملكية والحقوق المشفوعة عنه، منشورات الجامعة الحقوقية، بدون طبعة، سنة 2004، ص 187.

² السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 651.

³ المادة 1150 من القانون الاردني.

⁴ المادة 950 مجلة الأحكام العدلية.

⁵ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 414.

⁶ المرجع السابق، ص 414.

كما أن القانون قد أعطى للمحكمة صلاحية التقدير الثمن في حال الادعاء بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن المذكور. فإنه يكون الاجراء الواجب الاتباع هو تقديم طلب لرئيس المحكمة الواقعة في نطاق العقار ليقوم بدوره بتعيين الثمن الواجب ايداعه خزينة المحكمة¹.

وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي حيث جاء في قرار محكمة النقض الموقرة " وحيث من البين من أوراق الدعوى بأن محكمة أريحا قامت بتقدير ثمن الحصص المباعة بناء على طلب تقدم به المدعى الى المحكمة... وحين أن المدعي قام بإيداع المبلغ الذي قرره المحكمة فإنه يكون قد دفع ما امرت به المحكمة وفق احكام القانون، ولا يكون المدعي قد قصر في دفع مبلغ التأمين وفق احكام الفقرة ب من القانون المذكور الأمر الذي يجعل معه حكم محكمة الاستئناف مخالف للقانون مستوجب النقض "².

ومن هنا جدير بالملاحظة أنه وعلى أرض الواقع وفي التطبيق العملي يقوم حساب الرسوم الواجب دفعها في الأراضي الاميرية على تقدير الخبير تابع لدائرة تسجيل الأراضي ليكشف على الأرض وعليه تحدد الرسوم بناء على بدل المثل فيمكن ان تطلب المحكمة ان يودع الثمن بناء على ما دفع من الرسوم لأنها تقدر بناءاً على ثمن المثل.

وبناء على ذلك اذا ما تملك طالب الأولوية العقار المطلوب وكان قد اودع مبلغ يزيد على ثمن المثل فإنه يمكن استعادة الفرق، وإذا ما تم ايداع مبلغ أقل من الثمن الحقيقي في خزينة المحكمة فعلى المدعي أن يدفع الزيادة خلال 15 يوما من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية والا سقط حقه في تنفيذ الحكم³.

¹ المادة 2 من قانون معدل لقانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 98 لسنة 1966.

² نقض حقوق رقم 240\2005، الصادر بتاريخ 2007\2\19.

³ المادة 2 من قانون معدل لقانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 98 لسنة 1966.

ولكن ما هو الأثر القانوني بأن يقوم طالب الأولوية بإيداع مبلغ أقل من مبلغ المسمى بالعقد من تلقاء نفسه مدعياً أن ثمن المثل أقل من ذلك؟

والجواب على هذا السؤال يجب أن نبين أن القانون قد رسم الطريق التي يسلكها طالب الأولوية في هذه الحالة الا وهي تقديم طلب لرئيس المحكمة التي فيها العقار المراد طلبه بالأولوية والذي بدوره يقدر المبلغ الواجب إيداعه في صندوق المحكمة ولكن في حال لم يوافق رئيس المحكمة على طلب تخفيض الوديعة أو أن طالب الأولوية لم يقدم طلب تقدير للوديعة وقام من تلقاء نفسه بإيداع المبلغ، فهل يعد ذلك سبباً لعدم سماع الدعوى ابتداءً؟

يرى جانباً من الفقه أنه وفي هذا الحالة اذا كان طالب الأولوية قد أودع الثمن الحقيقي وتمكن من اثباته فإن دعواه تقبل وإلا فإنها ترد لأنه لم يودع الثمن الحقيقي المذكور في العقد ، ولأنه أدلى بثمن لم يتمكن من إثباته¹.

بينما نجد أن محكمة النقض الفلسطينية نصت على أن " فإن مقتضى ذلك انه إذ قام المدعي من تلقاء نفسه بإيداع المبلغ دون تقدير المبلغ من المحكمة فإن دعواه تصبح غير مقبولة ومستوجبة الرد، ولا يغير من الأمر شيئاً استعداده لدفع الفرق بعد ذلك²."

ويرى الباحث لحل هذه الاشكالية أنه يجب التفريق بين ايداع الثمن كشرط قبول للدعوى وما بين ما هو مقدار الثمن الواجب ايداعه، فمما لا شك فيه أن ايداع الثمن يعد شرط لقبول الدعوى وأن عدم ايداع الثمن عند اقامة الدعوى سبب لعدم سماعها ابتداءً ولكن الحالة الماثلة أمامنا هو عدم ايداع كامل الثمن المسمى الموجود في العقد وهنا يرى الباحث أنه وفي هذه الحالة على المحكمة تكليفه بدفع فرق الثمن لا أن ترد الدعوى خصوصاً أننا بصدد دعوى أولوية تقوم ركيزتها على بدل المثل لا على البديل المسمى في العقد، ومن اجراءات الدعوى تقدير بدل المثل وتوضيحه من قبل الخبراء، كما أن من حق المحكمة أن تقوم بتكليف المدعي بدعوى الأولوية أن يقوم بدفع الزيادة خلال 15 يوماً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وأنه إذا كان هذا هو الوضع القانوني في

¹ جرعون، نجاه جرجس: الشفعة نص واجتهاد وفقه، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص161.

² قرار نقض حقوق رقم 2010\531 الصادر بتاريخ 2013\5\28.

حال اكتساب الحكم الدرجة القطعية، فمن باب أولى أن المحكمة تستطيع فتح باب المرافعة وتكليف الجهة المدعية دفع الزيادة المترتبة عليها.

وقد ذهب محكمة التمييز الأردنية على اعتبار دعوى الأولوية صحيحة سواء أقدّمت الكفالة أو الثمن مع لائحة الدعوى أو بعد ذلك، ما دام أنها قدمت خلال مدة الستة أشهر التي يمارس خلالها الادعاء بحق الأولوية¹ ونجد أن محكمة التمييز الموقرة قد وقعت في اشكالية في هذا الاجتهاد حيث أن النتيجة الحتمية من هذا الرأي عدم اعتبار ايداع الثمن شرط لسماع وقبول الدعوى، حيث أنه في الواقع العملي عند تسجيل الدعوى أمام المحاكم النظامية فإن فترة الجلسة الأولى لا تزيد عن مدة شهر أو شهر ونصف، وبالتالي وكأن محكمة التمييز قد جعلت من حق المدعي ايداع الثمن أثناء السير في الدعوى وهذا مما يخالف النصوص القانونية التي جاءت مؤكدة على ايداع الثمن شرط لسماع الدعوى.

ومن الملاحظ أحياناً في الواقع العملي أنه يمكن أن يرد البيع على عقارات عدة مستقلة عن بعضها، بعقد واحد، وهنا يحق لطالب الأولوية أن يأخذ العقار التي تتحقق فيه شروط الأولوية إذا كانت الصفقة قابلة للتجزئة، وفي هذه الحالة، عليه أن يقدر ما يعود من الثمن للعقار أو العقارات التي يريد طلبها بالأولوية ومن ثم يودعه عند تقديم طلب الأولوية، فإذا أودع مبلغاً معتبراً معادلاً لثمن العقار المطلوب بالأولوية استناداً إلى نسبة مساحته من مجموع مساحات العقارات المشتراة على أساس تعادل السعر فقدر الخبير المعين من المحكمة ومن بعده المحكمة ثمناً أعلى من الثمن المودع فيكون الإيداع كافياً بالنظر لظروف الفريقين ولصعوبة معرفة الثمن المعين بين طرفي العقد للعقار المشفوع فيه².

وإذا تعدد أصحاب الأولوية، فإنه لا يجب على كل منهم أن يقوم بإيداع بدل المثل، وإنما يكفي منهم أن يشتركوا جميعاً في ايداعه ويعد الثمن وكأنه موضوع لكل واحد منهم، ولا يعد ذلك تجزئة لحق الأولوية وذلك استناداً لنص المادة (1\80) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية

¹ الطعن رقم 431 لسنة 1975 والطعن رقم 246 لسنة 1981 وكذلك نص المادة 1163 من القانون المدني الأردني الذي أعطى طالب الأولوية والشفعة مهلة شهر لدفع الثمن بعد رفع الدعوى.

² عرجون، نجا: مرجع سابق، ص 162.

الفلسطيني و التي قضت بجواز لأكثر من شخص أن يتحدوا في دعوى واحدة من الأفعال أو ناشئاً عن معاملة واحدة او مجموعة واحد من المعاملات، أما عن دفع تأمين حصص المطلوب تملكها وحيث أن قصد المشرع من ذلك تمكين المشتري (المدعي عليه) من قبض واسترداد ثمن المبيع في حالة الحكم للمدعين بالمبيع فإن مصلحة المشتري وحقه يتحقق في ايداع المقدار الذي قرره القانون وهو الثمن المذكور في عقد البيع سواء قد دفع من المدعين معاً أو من أحدهما أو حتى من شخص ثالث آخر لحسابهما ولا أثر لعدد المدعين معاً أو أحدهما أو حتى من شخص ثالث آخر لحسابهما ولا أثر لعدد المدعين على صحة الدعوى فإنه يعتبر ايداعاً قانونية لغايات المادة (152) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.¹

والسؤال الذي يجب أن نسأله هنا ما هو الثمن الذي يقوم به المبيع في الأولوية هل هو الثمن المذكور أو الثمن المثل ؟

وقد ذكرنا أن الثمن الذي يقوم به المبيع في الشفعة هو الثمن المذكور وذلك بمنطوق المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية و لكن الخلاف يثور حول دعوى الأولوية هل الثمن الذي يجب ايداعه في صندوق المحكمة هل هو ثمن المذكور أو ثمن المثل ؟

نجد أن نصوص المواد (41) و (44) و (45) من قانون الأراضي العثماني قد نصت على أن الثمن هو ثمن المثل وكذلك القانون المدني الأردني في نص المادة (1168) منه على أن " حق الأولوية في الأراضي الأميرية التي جرى فراغها يكون ببديل المثل ".

وأن ثمن المثل لا يحدد بأسعار الأرض المجاورة، وإنما يقدر ذلك الخبراء والمخمنون بالاستناد إلى عوامل متعددة منها مواصفات الأرض وترتيبها وطبيعتها وتضاريسها وقربها من الخدمات العامة.²

¹ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 442.

² مدغمش، جمال: مرجع سابق، ص 65.

ويرى جانب من الفقه أنه وعند الدراسة والنظر الى أحكام القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 أنه لم يذكر أن الثمن المذكور في الأولوية هو ثمن المثل بل على العكس تماما قد اشارة صراحة على أن الثمن هو الثمن المذكور في العقد وذلك في المادة 1\2ب. وهذا النص هو نص خاص ناسخ ومعدل لنصوص قانون الأراضي بشأن أن البديل الذي يجب إيداعه في صندوق المحكمة بشأن دعوى الأولوية هو الثمن المذكور بالعقد وليس بديل المثل.¹

ويرى الباحث أن هذا الرأي قد غفل عنه أن نص المادة 1\2ب من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة قد تم تعديلها بالقانون رقم 98 لسنة 1966 والسارية حالياً في الضفة الغربية والتي جاء فيها "على مدعي الشفعة أو الأولوية عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره وفي حال الادعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي أو بديل المثل فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه".

ونلاحظ أن المشرع قد جاء بلفظ الثمن الحقيقي أو بديل المثل، وهذه المادة تنظم مسائلتي الشفعة والأولوية فيكون أحد هذين اللفظين مختص بالشفعة والآخر مختص بالأولوية، ومن المعلوم أن طالب الشفعة يجب أن يودع الثمن المسمى، فيبقى القول أن الأولوية تقوم ببديل المثل لا البديل المسمى، لأن أعمال الكلام أولى من اهماله ولا يصار لجعل اللفظين المختلفان الدلالة يدلان على معنى واحد الا وهو الثمن المسمى فالمشرع لا يقول لغواً.

والملاحظ في هذا النص أن الأصل اعتبار ما جاء بالعقد هو ما يعبر حقيقة عن بديل المثل او البديل المسمى فعلى من يدع العكس اثبات هذا، فإذا ادعى طالب الأولوية أنه الثمن أقل من ثمن المثل فعليه أن يبرهن على ذلك بأعمال الخبرة و أن ادعى المشتري (المدعي عليه) أن الثمن أقل فيمكن له اثبات ذلك بأعمال الخبرة وتكون مصاريف أعمال الخبرة على من يدعيها وذلك بقيام القاضي بتكليف الخصم بإيداع الأمانة للخبير في صندوق المحكمة وفي حال عدم القيام بالادعاء لا يكون الخبير مجبرا بالقيام بمهمته وتقرر المحكمة بسقوط حق الخصم - الذي لم يتم بإيداع

¹ فقهاء، رجاء: المرجع السابق، ص 114.

الأمانة المكلف بها- بالتمسك بالقرار الصادر بتعين الخبير إن وجدت أن الاعذار المقدمة من قبله غير مقبولة.¹

فالأصل إذن أن يقوم المدعي في دعوى الأولوية أن يودع الثمن المسمى إلا إذا ادعى أنه أكبر من ثمن المثل.²

المبحث الثاني: مدة اقامة دعوى الأولوية

قد كان تقادم دعوى الأولوية طويلة نسبياً حسب قانون الأراضي العثماني ويختلف بحسب درجة صاحب الحق، حيث أعطى القانون للشريك والخليط الحق بطلب الأرض بالأولوية لمدة خمس سنوات وذلك حسب المادة (41) ولصاحب الإنشاءات والمغروسات الحق بطلب الأولوية خلال عشر سنوات وذلك حسب المادة (44)، وللمحتاج من أهل القرية أن يطلب الأرض المفرغة لغير ساكني القرية بالأولوية خلال سنة واحدة من تاريخ الفراغ وذلك حسب المادة (45).

ثم عدلت هذه المدة بموجب قانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة (1933)، حيث جعلت هذه المدة سنة واحدة تشمل كل اصحاب حق الأولوية.

إلا أن هذه الأحكام والمدد ألغت بموجب القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 والذي ساوى بين مدة اقامة الدعوى الأولوية ومدة اقامة دعوى الشفعة وهي ستة أشهر من تاريخ الفراغ الرسمي.³

وأما في ما يتعلق بحق الأولوية من أهل القرية، فإنه لم يطرأ أي تعديل، على المدة المحددة لسقوطه في المادة (45) من قانون الأراضي والتي هي سنة من تاريخ الفراغ. وفي هذا المعنى قررت محكمة التمييز الأردنية أنه " يستفاد من نص المادة الثانية من القانون المعدل لأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة أن منع ممارسة حق الأولوية بعد مرور ستة أشهر محصور بحق

¹ المواد (156، 160) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001 النافذ في فلسطين صدر في تاريخ 2001/5/12 ونشر في مجلة الوقائع الفلسطينية العدد 38 في تاريخ 2011/9/5.

² قرار نقض 172 \ 2013 تاريخ الحكم 17 \ 2015.

³ وهذا ما نصت عليه المادة 2 من القانون المعدل لأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958.

الأولوية الوارد ذكرها في المادتين (41، 44) من قانون الأراضي حصراً، ولذلك لا يطبق هذا النص على حق الأولوية المنصوص عليها في المادة (45) من قانون الأراضي العثماني ويبقى الإدعاء بهذا الحق مقبولا من تاريخ البيع"¹.

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني المصري 131 لسنة 1948 المادة (940) قد أوجب على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمس عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه أيهما إليه وإلا سقط الحق في الشفعة². أما المشرع الأردني في القانون رقم 51 لسنة 1958 والساري في الضفة الغربية لم يتناول هذه المسألة وكذلك لم يرد لهذه المسألة ذكر في أي ممادة من مواد القانون المدني المتعلقة بأحكام الشفعة و الأولوية وكذلك لم يرد مثل هذا الأمر في مجلة الأحكام العدلية. إذ لا يلتزم البائع أو المشتري في التشريعين الأخيرين بشيء مما ورد بخصوص إنذار طالب الأولوية أو الشفيع بوقوع البيع.

ولقد ثار الخلاف الفقهي والقضائي حول مدة الشهر الواردة في مادة (1034) فيما يتعلق بالشفعة هل تسري على الأولوية أو لا ؟

ولقد وقع خلاف بين قرارات محكمة النقض الفلسطينية في هذا الشأن هل يتم تحريك الدعوى خلال شهر من العلم اليقيني أو لا نجد أن محكمة النقض قد قررت تارة " إن الفقه والقضاء استقرا بصورة متواترة على أن العلم اليقيني للبيع بكافة تفاصيله يوجب على طالب التملك الذي يعلم بتفاصيل البيع أن يتقدم بطلب التملك خلال شهر من تاريخ ذلك العلم والا فإن الحق في اقامة دعوى الاولوية او الشفعة يسقط إن انقضت مدة شهر من علم الشفيع أو طالب الأولوية"³ وفي توجه اخر نجد أن محكمة النقض قد قررت " لما كانت محكمة الاستئناف قد استندت في حكمها إلى نص المادة 1034 من مجلة الأحكام العدلية ولما كان هذا النص يتعلق بحق الشفعة وليس بحق الأولوية ، فضلا عن انه قد تم تعديله بموجب نص المادة 112أ من قانون رقم 51 لسنة

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية رقم 1976\308 (هيئة خماسية) تاريخ 1976\7\26، المنشور على صفحة 147 من عدد مجلة نقابية المحامين بتاريخ 1977\1\1.

² سعد، نبيل ابراهيم: مرجع سابق، ص 82.

³ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 111 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 2009\1\22.

1958 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة التي نصت على أنه لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة من جانب أي شخص بعد مرور ست أشهر على تاريخ الفراغ القطعي أو البيع في دوائر التسجيل، ولما كان الطاعن كما هو ثابت في الملف قد أقام دعوى بعد شهرين من تاريخ العقد فإن حق الأولوية يكون ما زال قائماً¹.

إلا أن محكمة النقض الفلسطينية بهيئتها العامة قد اخذت بالاتجاه الثاني الذي يأخذ بأن دعوى الأولوية ينطبق عليها فترة الستة شهور فقط، ولا ينطبق عليها فترة الشهر من تاريخ العلم بالبيع الوارد في مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في قرارها " كما لم يرد القول بأن الفقه والقضاء قد استقرا بصورة متواترة على تطبيق احكام الشفعة من حيث المدة في دعوى الأولوية ذلك أن ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها جاء تطبيقا مبينا لأحكام القانون المدني الأردني لسنة 1976 ولما كان القانون المدني الأردني ليس محلا للتطبيق لدينا...لذا ورجوعاً عن اجتهاد او مبدأ سابق كنا قد قررناه نخلص إلى أن ما يحكم دعوى طلب التملك بحق الأولوية من حيث الميعاد هو فقط ما قرره المادة 112\1 من قانون رقم 51 لسنة 1958 باعتباره النص الواجب للتطبيق²

وبذلك نجد أن قرار محكمة النقض الموقرة جاء متفقاً واحكام القانون، حيث أن القانون الأردني غير مطبق في الضفة الغربية، كما أن نص المادة 1034 من مجلة الأحكام العدلية يتعلق بالأراضي الملك وبالتالي دعاوي الشفعة وليس الأولوية، وبذلك فإننا نقر محكمة النقض الى النتيجة التي توصلت إليها.

ويلاحظ أنه إذا وقع اليوم الأخير من الميعاد (6 شهور) في يوم عطلة رسمية، امتد الميعاد الى أول يوم بعدها، وهذا ما تقضي به المادة 3\21 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 النافذ في الضفة الغربية وقطاع غزة.

¹ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 541 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 4\13\2011.

² نقض مدني رقم 454 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 2\2\2012.

ولا بد من الإشارة أن المدة المقرر ستة أشهر لا تبدأ الا من تاريخ الفراغ القطعي في دائرة تسجيل الأراضي والمياه، ولا يؤثر الحكم إن علم طالب الأولوية بنية البيع قبل اتمام اجراءات الفراغ الرسمي وفي ذلك قررت محكمة النقض الفلسطينية بأنه " وقد أصابت المحكمة مصدرة الحكم الطعين حين قررت أن معرفة المستأنف ضده (المطعون ضده) بنية البيع قبل حصوله بأربعة أيام لا يغير من الأمر شيئاً لأن العبرة بمرور ستة أشهر من تاريخ الفراغ القطعي أو البيع في دائرة التسجيل " ¹.

والسؤال المطروح حول طبيعة مدة اقامة الدعوى هل تعتبر مدة سقوط أو مدة تقادم، حيث أن مدة التقادم وضعت لحماية الحقوق المستقرة او جزاء علة اهمال الدائن ليقوم قرينة على الوفاء، اما مدة السقوط وضع لأجل تحديد الوقت الذي يجب فيها استعمال رخصة قرارها القانوني أي ان الحق به لم يكن تام الوجود والتكوين، بل لا بد منه بخلاف مدة التقادم التي ليست لازمة لتكوين الحق لأن الحق في الأصل موجود، وبذلك يكون ميعاد التقادم ليس من النظام العام أما ميعاد السقوط فلا يقبل تطويلا ولا تقصيرا ويمكن للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها ².

وقد ذهب جانب كبير من الفقه أن هذه المدة في دعوى الشفعة هي مدة سقوط ³ لا مدة تقادم.

وبناء على ذلك وقياسا على أحكام الشفعة أكد القضاء الفلسطيني بأن هذه مدة اقامة دعوى الأولوية هي مدة سقوط لا مدة تقادم ويجوز اثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي ويمكن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم بها دون دفعا من الخصوم ⁴ وبهذا تكون فترة (6 شهور) على افتراض المشرع افتراضا غير قابل العكس أن الشفيع يعلم بالبيع إذا سجله المشتري، والتسجيل ينطوي على الاشهار او الإعلام الكافي ولكن نظرا لأن الاشهار لا يوجه إلى شخص بالذات وإنما

¹ نقض مدني رقم 297 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 2011\4\13.

² استئناف رقم 1998\439 الصادر بتاريخ 1998\9\18.

³ طلبية، أنور: مرجع سابق، ص 269، انظر كذلك الاهواني، حسام الدين كامل: مرجع سابق، ص 191، وكذلك انظر ابو السعود: رمضان: الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول - الدار الجامعية، بدون طبعة، سنة 1985، ص 425.

⁴ استئناف 1995\139 الصادر بتاريخ 1995\10\1 وكذا حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 2010\541 تاريخ 2011\4\13 وكذلك قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 131\2009 في تاريخ 2009\10\29.

للكافة فقد لا يعلم طالب الأولوية فعلا بالتسجيل إلا بمرور مدة معقولة من الزمن. ولذلك قدر المشرع هذه المدة بستة شهور فإن لم يعلم فعلا طالب الأولوية بالفراغ فهو قد قصر بحق نفسه لأنه كان في امكانه التردد على دائرة تسجيل الأراضي مرة كل ستة اشهر، وهذا ليس بالأمر المرهق على من يترصد معرفة شروط البيع¹.

ويرى الباحث أن اجتهاد محكمة النقض الفلسطينية مع الاحترام جانب الصواب إذ أنه لا يجوز حمل أحكام الشفعة أطلاقا على أحكام الأولوية خصوصا أن دعوى الأولوية لها خصوصيتها المختلفة عن دعوى الشفعة وكما أن محكمة النقض الفلسطينية في هيئتها العامة قد قررت في قرارها رقم 2010\454، تاريخ 2012\2\2 أن المادة 1034 في مجلة الأحكام العدلية لا تطبق على أحكام الأولوية وهذه المادة هي التي حددت أن مدة الشهر في الشفعة هي مدة سقوط لا مدة تقادم فلا يجوز حملها على الأولوية من هذه الجهة ايضا كون أن مجلة مواد مجلة الأحكام العدلية لا تسري على دعوى الأولوية إذ أن دعوى الأولوية تستمد في الأصل من قانون الأراضي العثماني والقوانين الخاصة المعدلة له.

المبحث الثالث: إقامة دعوى الأولوية

بعد أن تتوفر شروط الدعوى التي حددها القانون والتي أوجب توافرها قبل إقامة الدعوى، فإنه سيكون على طالب الأولوية اقامة دعواه أمام المحكمة المختصة، إذ لم يعط المشتري العقار رضاءا ليطالب الحكم له بتملكه العقار المبيع، وسأقوم من خلال هذا المبحث بدراسة الشروط التي حددها القانون لإقامة الدعوى وأهمها توافر الصفة والأهلية والخصومة في الدعوى والمحكمة المختصة لإقامة الدعوى أمامها.

المطلب الأول: توافر الصفة والمصلحة

يشترط القانون في طالب الأولوية أن يكون ذو صفة ومصلحة وأن تبقى هذه الصفة والمصلحة قائمة إلى تمام الأخذ بالأولوية. ولقد تم البحث عن يثبت له حق في الأولوية في المبحث الأول،

¹ الاهواني، حسام الدين: مرجع سابق، ص 191.

إلا أنه وتأكيداً على القواعد العامة فلا تقبل أي دعوى من شخص ليس له صفة فيها و أن تكون هذه المصلحة يقرها القانون¹ وفي هذا المجال لا بد من البحث في أحقية الورثة في إقامة دعوى الأولوية إذ ما توفى مورثهم. فقد ثار خلاف فقهي وتشريعي في القوانين التي نظمت الموضوع تبعاً للاختلاف بين المذاهب الفقهية الإسلامي في هذا المجال. وكذلك الخلاف قد وقع في دعوى الشفعة هل تورث أم لا.

وإن الخلاف الحاصل في الشفعة أظهر من الأولوية. إذ أن المذاهب الفقهية المعتبرة في النظر الفقهي لم تتناول تعريف الأولوية وشروطها وأسبابها، فلا تكاد تجد في متون المذاهب عن دعوى الأولوية من حيث أسبابها وشروطها ومسقطاتها.

وفي موضوع الشفعة نجد أن الإمام الشافعي قد أخذ بالرأي القائل أن الشفعة تورث² كذلك مذهب الإمام مالك³ وذلك لأن الشفعة حق متعلق في المال ويقتضي تملكه. وقد أخذ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 في المادة (1158) بهذا الرأي حيث نصت على أن " الشفعة إذا ثبتت، فلا تبطل بموت البائع أو الشفيع " والسؤال المطروح هنا ما هو المقصود بثبوت الشفعة الذي يترتب عليه انتقال الحق فيها إلى الورثة ؟ وبما أن نص المادة قد جاء عاماً فإن ثبوت الشفعة الذي يقصد فيه هو ثبوتها سواء تقدم الشفيع بدعوى أو لم يتقدم⁴.

أما المذهب الحنفي فقد ذهب بأن حق الشفعة لا يورث لأنه يتعلق بإرادة ومشئئة المورث ولا يتعلق بمالية الشخص مما يجعلها غير قابلة للانتقال⁵ ونجد أن نص مرشد الحيران قد نص في المادة 140 منه " تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء أو الرضا سواء كان

¹ المادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.

² أبو الحاج، صلاح محمد: المنهاج الوجيز في فقه المعاملات. مركز أنوار العلماء للدراسات، بدون طبعة، عمان بدون تاريخ النشر. صفحة 99 في الهامش.

³ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 2، ص 695.

⁴ سوار، وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ج2 أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الأولى سنة 1999.

⁵ أبو الحاج، صلاح محمد: المنهاج الوجيز في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص 99.

موته قبل الطلب أو بعده ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته"¹ وكذلك نجد نص المادة 1038 من مجلة الأحكام العدلية تنص على أن " لو مات الشفيع بعد طلب الموائبة وطلب التقرير وقبل أن يكون مالكا للمشفوع بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة إلى ورثته " وهذا ما أخذ به القضاء حيث أن محكمة النقض الموقرة نصت على أن " تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء أو الرضاء سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ولا ينتقل حقه فيها إلى الورثة "².

ونجد أن مذهب الحنفي الذي أخذت به مجلة الاحكام العدلية أقرب للصواب من رأي القانون الأردني المستمد من مذهب السادة الشافعية والمالكية، لأن الحق يقسم إلى حق مالي وحق غير مالي متعلق بالشخص وارادته، وهذا النوع الأخير من الحقوق لا ينتقل الى الورثة لأنه متعلق بشخص، وهذا الحق لا ينتقل الى حق مالي إلا إذا استخدم صاحب الحق الشخصي حقه وانتقلت الى ماليته³ فما دام أن الشخص لم يمارس حقه المرتبط بشخصه فلا يمكن اعتباره حقا ماليا من الأساس.

وأما في خصوص الأولوية فيختلف الحكم في مدى توريثها بحسب صاحب الحق فيها : ففي حالة الشريك والخليط يتم توريث الحق في الأولوية. فوفقا لتعديل المادة (41) من قانون الأراضي إذ توفي الشريك والخليط قبل انقضاء مدة سقوط الحق في الأولوية فيجوز لأصحاب الانتقال من ورثته أن يأخذوا تلك الأراضي بالأولوية من المفرغ له، وإذا توفي المفرغ له للشريك والخليط أخذ الأرض من ورثة المفرغ له الذين لهم حق الانتقال. وإذا توفي كلا من الشريك والخليط والمفرغ له فلورثة الشريك والخليط الحائزين حق الانتقال أن يأخذوا الأرض من ورثة المفرغ له الحائزين حق الانتقال، وذلك كله قبل سقوط الحق في الأولوية بمضي المدة. ولا يؤثر على حق هؤلاء الورثة في الأولوية أنهم لم يسجلوا حصصهم بدائرة تسجيل الأراضي بعد⁴. ولقد اخذ القضاء بهذا الرأي حيث قضت

¹ قدرى، محمد: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الدار العربية للتوزيع والنشر، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1987، صفحة 42.

² نقض مدني رقم 2008\17، الصادر بتاريخ 2009\2\25.

³ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: مصادر الحق في الفقه الاسلامي: مرجع سابق، ص 9.

⁴ دواس، أمين: المرجع السابق، ص 407.

المحكمة العليا في غزة " المغارسة هي عقد تملك مقابل استصلاح الأرض وغرسها الملك ينتقل إلى الورثة بما يرتب له من حقوق وقد جاء في الاستئناف رقم (80\60 س ع) أن اتفاق المغارسة ليس من العقود المسماة وإنما ينطوي على عقد بيع ناقل للملكية مقابل استصلاح الأرض وقد جاء في المادة (41) من قانون الأراضي أن حق الأولوية ينتقل إلى الورثة وهو ينتقل مع الأرض. وحيث أنه متى كان ذلك وكانت المغارسة من قبيل التملك وكان الملك ينتقل بالإرث ولمن انتقل إليه المال غير المنقول أن يستعمل حقه في طلب ما يباع من الأرض التي عليها الشجر تملك الأرض بالأولوية فإن النعي المذكور لا يكون في محله ويغدو الطعن لا أساس له متعينا نقضه¹

" وأما في حالة المحتاج من أهل القرية أو في حالة صاحب الأشجار والمنشآت التي يتم فراغ الأرض لأحد غيره، فلم يرد في قانون الأراضي (أو في أي قانون غيره) ما يشير إلى توريث الحق في الأولوية² .

وكذلك الأمر فقد اشترط المشرع لإقامة دعوى الأولوية توافر الأهلية حيث أن تملك العقار بالأولوية هو بمنزلة الشراء وبالتالي ينطبق عليه ما ينطبق على عقد البيع والشراء³ وبناء على ذلك لا يجوز لناقص الأهلية مباشرة دعوى الأولوية بنفسه إنما يكون ذلك بواسطة وليه أو الوصي عليه وفي حال مخالفة ذلك يكون الإجراء باطلا وإذا قصر من له صلاحية طلب الشفعة فلا تبقى الصغير صلاحية طلبها بعد بلوغه⁴ .

وإن كان هناك وصي شرعي فلا يمكن له طلب الأولوية إلا بإذن من المحكمة الشرعية وكذلك الأمر لا يجوز إقامة دعوى الأولوية من الوكيل العام حيث أن دعوى الأولوية والشفعة هي من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة وبالتالي تحتاج إلى وكالة خاصة⁵ .

¹ حكم محكمة النقض المنعقدة في غزة في الدعوى الحقوقية رقم 137 لسنة 2003، الصادرة بتاريخ 15\12\2004.

² دواس، أمين: المرجع السابق، ص 407.

³ باز: رستم: المرجع السابق، ص 506.

⁴ المادة 1035 مجلة الأحكام العدلية.

⁵ السنهوري: عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 671.

المطلب الثاني: الخصومة

لقد حدد القانون تاريخ إقامة الدعوى بتاريخ قيدها في سجل المحكمة بعد دفع الرسوم القانونية¹ وتكمن أهمية هذا التاريخ لبيان إذا ما كانت الدعوى أقيمت خلال المدة المحددة قانوناً أم لا. ويكون المدعي في دعوى الأولوية هو من له الحق في طلبها ممن تستحق لهم كما بينا سابقاً ولورثته إن كان شريكاً أو خليطاً كما جاء في السابق. وإذا تعدد طالبي الأولوية يمكن لهم إقامة للمطالبة بحق تملك العقار² وهذا مما لا يخالف قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة 2001 حيث تنص المادة (80) منه على أنه "يجوز لأكثر من شخص بصفته مدعين أو مدعى عليهم أن يقدموا لائحة واحدة إذا كانت الطلبات مرتبطة أو اتحدت سبباً و موضوعاً "

وأما المدعى عليه في دعوى الأولوية فقد ثار خلاف حول إقامة الدعوى حول المدعى عليه في دعوى الأولوية هل هو البائع أو المشتري أو كلاهما وذهب القانون المدني الأردني أن الخصم في دعوى الأولوية هو المشتري فقط دون البائع³ بينما نجد مجلة الأحكام العدلية والقوانين الخاصة المنظمة للموضوع لم تأت بنص خاص يحسم هذا الخلاف. ومن ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء القانون إلى ضرورة اختصام كل من البائع والمشتري، ولا تصح إقامة الدعوى على أحدهما دون الآخر، وحيث أن ثبوت الحق في الأولوية يترتب عليه أن يحل طالب الأولوية محل المفرد له في مواجهة البائع كما أن أثر الأولوية يلحق كل من المشتري والبائع⁴ وهذا الرأي لا يكمن أعماله في المحاكم الفلسطينية إذ أنه ينظر للمسألة بناء على نظرية الحلول في القانون المصري بينما نجد أن تكيف الشفعة والأولوية في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني بمثابة عقد جديد كما سندرسه في الفصل الأخير.

ونجد أن القضاء الفلسطيني قد قرر أن الخصم في دعاوي الأولوية هو المشتري فقط دون البائع حيث جاء في قراراته "وان الخصم الحقيقي يكون والحالة هذه هو المشتري من المدعى عليه، وان

¹ المادة 55 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم (2) لسنة 2001.

² السنهاوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 671.

³ سوار، مرجع سابق، صفحة 190.

⁴ السنهاوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني - اسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 762.

الحكم في هذه الحالة يمس حقوق شخص لم يكن طرفاً في الخصومة، وأنه لا يجوز للحكم أن يلزم المشتري الشخص الثالث باستحقاق هذه الحصص منه في الوقت الذي لم يكن قد اختصم في الدعوى¹.

ونجد كذلك أن قضاء محكمة النقض الفلسطينية كذلك في قرار سابق لها فرقت بين حالة إذا ما كان هناك تسليم فعلي للعقار العقار للمشتري أم لا: ففي الحالة الأولى تكون الدعوى على المشتري فقط وفي الحالة الثانية تكون الدعوى على كل من البائع والمشتري حين قررت " لقد عرفت المادة 95 من كتاب مرشد الحيران الذي يمثل مصدراً تاريخياً لبعض القوانين المدنية وعلى وجه الخصوص ما استفيد من الفقه الإسلامي حيث عرفت الشفعة بأنها تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه، ونصت المادة 122 منه أن الخصم للشفيع كل من المشتري و البائع قبل تسليم المبيع للمشتري، وبعد تسليمه فالخصم هو المشتري فقط"².

ويرى الباحث أن هذا الرأي أقرب ما يكون إلى ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية حيث أن مجلة الأحكام العدلية قد نصت 1635 " على أن " الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط " هذا من جانب ومن جانب آخر أن الفقه الحنفي المستمد منه مجلة الأحكام العدلية قد قرر أن الخصم في دعوى الشفعة يراعى فيه ما إذا كان قبل التسليم أو بعده حيث أن المادة 122 من مرشد الحيران³ قد نصت على أنه " الخصم للشفيع في إثبات الشفعة كل من المشتري والبائع قبل تسليم المبيع للمشتري، وبعد تسليمه إليه، فالخصم هو المشتري فقط " وقد جاء كذلك في حاشية ابن عابدين وهي خاتمة تحقيقات المذهب الحنفي بأنه " الخصم للشفيع المشتري مطلقاً، والبائع قبل التسليم الأول بملكه والثاني بوضع يده "⁴ وحيث أنه وفي حال غياب النص التشريعي في مجلة الأحكام العدلية يحتم العودة إلى المصدر التاريخي لمجلة الأحكام العدلية ألا وهو مرشد الحيران والمعتمد من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، وحيث أنه مجلة الأحكام العدلية نصت كما ذكرنا على أن "

¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2014\49 الصادر بتاريخ 2014\12\1 وكذلك قرار رقم 2012\53 الصادر بتاريخ 2013\3\13 وكذلك استئناف رقم 2019\112 الصادر من محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية في تاريخ 2019\6\3

² نقض مدني رقم 2003\11، الصادر بتاريخ 2003\9\20.

³ قدري، محمد باشا: مرجع سابق.

⁴ ابن عابدين، محمد أمين: مرجع سابق، ص 228.

دعوى العين ترفع على ذي اليد "ولهذا يرى الباحث أن اجتهادات محكمة النقض الفلسطينية المشار إليها والتي نصت على أن الخصم في دعوى الأولوية والشفعة هو المشتري فقط قد جانبت الصواب، بل الخصم هو المشتري في حال تسليم المبيع وواقعة التسليم من الأمور العائد تقديرها لقاضي الموضوع بناء على البيانات المقدمة من طرفين.

وفي حال إقامة الدعوى على المشتري وقام المشتري ببيع العقار المطلوب بالأولوية فإنه يحق للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري، ولا يؤثر قيام المشتري ببيع الأرض أثناء المحاكمة على صحة الخصومة في الدعوى، وكذلك الأمر لو قام المشتري ببيع العقار الآخر أثناء مدة الأولوية فإن لصاحب الحق في الأولوية إقامة الدعوى ومخاصمة كل من المشتري الأول والثاني، وله أيضا طلب الأولوية من المشتري الثاني¹. ويكون هذا الطلب بتقديم طلب إدخال للمشتري الثاني في دعوى الأولوية القائمة أو من خلال رفع دعوى أخرى مستقلة ويشترط في ذلك أن يكون طلب الإدخال في دعوى الأولوية السابقة خلال المدة المحددة قانونا لرفع دعوى الأولوية الا وهي مدة ستة أشهر.

ونجد أن محكمة النقض الفلسطينية قد قررت بأنه وبمجرد رفع دعوى الأولوية فإن القرار الصادر في دعوى يسرى على جميع العقود اللاحقة باعتبار كون المشتري الثاني قد أصبح خلف خاص بالنسبة للمشتري الأول².

ويرى الباحث أن هذا الرأي فيه من الوجهة حيث أنه وبمجرد فسخ العقد الأول فيكون ما يترتب عليه لا عبرة فيه. ويكفي لطالب الأولوية فيما بعد أن يقيم دعوى فسخ عقد لا دعوى أولوية وفق الشروط المقررة قانونا حتى لو كان العقد الثاني من البيوع التي قد منع القانون طلب الأولوية والشفعة فيها كأن يكون البيع بين الأصول أو فروع. كون الدعوى التي تقام ليس دعوى أولوية إنما هي دعوى فسخ والتي لم يخصصها القانون بأي شرط لإقامتها.

¹ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 386.

² وكذلك قرار رقم 2012\53 الصادر بتاريخ 2013\3\13.

المطلب الثالث: المحكمة المختصة

لقد حدد قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 أن الاختصاص المحلي بالدعوى الواقعة على الحقوق العينية للعقار يكون لمحكمة موقع المال 1 على الرغم من أن هناك رأي يذهب إلى أن دعوى الأولوية هي دعوى شخصية فتكون في اختصاص المحكمة الكائنة في دائرتها موطن المدعي عليه او محله عمله او مكان نشوء الالتزام وذلك حسب نص المادة 42 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية 2 إلا أن هذا الرأي يجانب الصواب حيث أننا بصدد دعوى تتعلق بتملك عقار وليس دعوى مالية تتعلق في الذمة.

أما بالنسبة للاختصاص النوعي فإن المشرع لم يحدد محكمة معينة مختصة بالفصل في دعوى الأولوية كما فعل القانون الأردني الخاص رقم (33) لسنة 1968³.

بناء على ذلك يكون الاختصاص حسب قيمة العقار حيث أن قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية قد نص على أن الدعاوي العقارية تحدد قيمتها بقيمة العقار 4، وجعلت الدعاوي التي لا تتجاوز قيمتها (10000) عشرة آلاف دينار أردني من اختصاص محكمة الصلح وفيما عدا ذلك يكون من اختصاص محكمة البداية 5 وفي حال تم اقامة الدعوى أمام محكمة غير المختصة فإن القانون استوجب على المحكمة إحالتها إلى المحكمة المختصة وليس ردها لعدم الاختصاص 6 وهذا ما استقر عليه كذلك الاجتهاد القضائي في فلسطين حيث قررت محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله (..) وبالرجوع إلى لائحة الدعوى فإننا نجد أن قيمة الدعوى 2500 دينار وأنه حسب نص المادة 39\2 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي توجب على اختصاص محكمة الصلح بصورة نوعية وعلى سبيل الحصر لرؤية الدعوى التي لا تزيد قيمتها عن (10000) عشرة آلاف

¹ المادة 44 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الصادر في تاريخ 2001/5/12 نشر في مجلة الوقائع الفلسطينية رقم 38 في تاريخ 2001/9/5.

² السنهاوري، عبد الرزاق: مرجع سابق، ص 647.

³ وهنا لا بد من ملاحظة بأن هذا القانون غير ساري في الضفة الغربية كونه جاء بعد احتلال الضفة الغربية 1967.

⁴ المادة 34 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية.

⁵ المادة 39 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية.

⁶ المادة 60 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية.

دينار... وحيث أن قرار محكمة الصلح بالإحالة ووضع محكمة البداية يدها على الدعوى وإصدارها القرار المستأنف جاء مخالف للأصول والقانون فإننا نقرر إلغاء القرار المستأنف¹.

¹ استئناف حقوق رقم 105\ 2004 الصادر بتاريخ 27\1\2005

الفصل الثالث

سقوط الأولوية واثارها

سأتكلم في هذا الفصل عن سقوط الأولوية واثارها وذلك بمبحثين الأول اتكلم فيه عن التنازل عن الأولوية واجيب فيه عن تساؤلات هل يحق لطالب الأولوية التنازل عنها لغيره ؟ وكذلك ابحت في مفهوم الاسقاط لحق الأولوية وما هي الامور التي تسقط حق الاولوية هل هي محصورة بما نص عليه القانون او تشمل غيرها؟ واما المبحث الثاني أتناول فيه اثار الأولوية والعلاقات المختلفة بين البائع و طالب الأولوية والمشتري.

المبحث الأول: التنازل عن الأولوية واسقاطها

سأعمل على دراسة مفهوم التنازل عن الاولوية و اسقاطها وذلك في مطلبين الأول عن التنازل عن طلب الأولوية والثاني عن اسقاط حق الاولوية وما هي الأمور التي تسقط حق الاولوية.

المطلب الأول: تنازل طالب الأولوية عن حقه في الأولوية

إن الأولوية هي استثناء تقرر على خلاف الأصل في حرية التملك وحق التملك بحرية، وقد نصت المادة 3\1161 من القانون المدني الأردني على أن لا تسمع دعوى الشفعة إذا نزل الشفيع عن حقه صراحة أو دلالة.

أما في مجلة الأحكام العدلية فقد نصت في المادة (1024) على ذلك بقولها " يشترط أن لا يكون الشفيع قد رضي بعقد البيع الواقع صراحة أو دلالة مثلاً إذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب يسقط حق شفيعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك " وكذلك نصت المادة 1042 منها على أنه " ليس لبعض الشفعاء أن يهبوا حصتهم لبعض وإن فعل أحدهم ذلك أسقط حق شفيعته "

أما القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة (1958) الأردني والمطبق في فلسطين لم يتعرض لهذه المسألة وكذلك لم يتناول قانون الأراضي العثماني هذه

المسألة طبق الأصل العام إلا وهو مجلة الأحكام العدلية فلا يجوز التنازل عن الأولوية لأحد سواء كان التنازل ببذل أو بغير بدل.

ولا يجوز لصاحب الأولوية أن يتنازل عن حقه فيها للغير وذلك لاتصال الأولوية بشخص صاحب الحق فيها وتبعيتها للعقار الذي في تصرفه وإذا تنازل عنه للغير، سقط حقه بالأولوية ولم يستند الغير من ذلك و العلة من عدم جواز التنازل عن حق الأولوية لأنه من الحقوق المجردة والضعيفة، وعليه فإذا ترك الشريك أو الخليط حق الأولوية لأحد الشركاء أو الخلطاء ببذل أو بلا بدل سقط حقه وكان لبقية الشركاء أو الخلطاء أخذ الأرض المراد افراغها¹.

وفي المعنى ذاته، قررت محكمة التمييز الأردنية أنه " إذا توفرت شروط تملك الحصص المبيعة بحق الأولوية المحددة بالمادة الثانية من قانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 والمواد 1168 و 1169 و 1170 من القانون المدني بحق المميز ضدها (المدعية) فإن من حقها تملك الحصص التي اشتراها المدعي عليه بحق الأولوية خاصة أن المميز لم يقدم دليل من شأنه أن يثبت تنازل المميز ضدها عن حقها بطلب الأولوية أو إسقاطها لحقها بالمطالبة بالأولوية"².

المطلب الثاني: اسقاط الحق بالأولوية

سوف أتحدث في هذا المطلب عن مسقطات حق الأولوية وتنقسم مسقطات حق الأولوية الى مسقطات حددها القانون وإلى مسقطات أخرى لم يتطرق لها القانون وسوف اتناول النوع الاول بالفرع الأول والنوع الثاني بالفرع الثاني منه.

الفرع الأول: المسقطات لحق الأولوية التي قد حددها القانون

يكون اسقاط الحق في الأولوية بإعطاء الإذن بالفراغ صراحة أو بالاستتكاك خطيا عن الاخذ: يسقط الحق بالأولوية بإسقاطه من قبل صاحبه حيث نصت المادة 41 من قانون الأراضي

¹ حيدر، ناصر: مرجع سابق: ص 360.

² قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004\3354 (هيئة خماسية) تاريخ 2005\1\31.

العثماني " إذا كان الشريك المذكور حين الفراغ اسقط حقه بإعطاء الإذن أو باستتكاfoه عن الأخذ لدى تكليفه فلا دعوى له فيما بعد " .

وقد نصت المادة (11) من تعليمات سندات الطابو لسنة 1276 هجرية " اذا أراد احد أن يتفرغ لآخر عن حصة شائعة له في أراضي حاصل التصرف بها بالاشتراك وتكلف شريكه لأخذها فالاستتكاfo يلزم حينئذ أن يؤخذ من يده سند بذلك " وفي هذه المطلب سأتكلم عن مسقطات الأولوية التي نص عليها قانون الأراضي العثماني.

أولاً: الاستتكاfo الصريح

يجوز للمشتري طلب تكليف الشريك في الأرض الأميرية بالحضور إلى دائرة تسجيل الأراضي وقت تسجيل عقد البيع ليستخدم حقه في الأولوية إن شاء وإن أبى واستتكاfo يجب أن يأخذ منه سند بذلك.

غير أن ما ورد في المادة (11) من تعليمات سندات الطابو من وجوب أخذ سند من الشريك بالاستتكاfo المبحوث عنه في هذه المادة هو استتكاfo الشريك الذي يصدر عنه قبل تمام معاملة الفراغ وهو لا يثبت إلا ببينة كتابية¹ وأما اسقاط الحق في أخذ المبيع بالأولوية بعد اتمام معاملة الفراغ فلا يعتبر التزاماً تعاقدياً وإنما هو التزام غير تعاقدي صادر عن طرف واحد ومن الجائز اثباته بالشهادة، فإذا اختار المشتري عدم تكليف الشريك للبايع في الأرض الأميرية بالحضور إلى دائرة الطابو، تحمل عندئذ خطر إثبات عدم الاستتكاfo بالبينة الشفوية².

وعلى صاحب الحق في الأولوية إذا استتكاfo أن يمضي على تقرير بذاك وإن امتنع عن الامضاء فيحرر ضبط ويوضع في المعاملة فيعتبر حينئذ حق الرجحان ساقطاً بحقه³.

¹ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 402.

² المرجع السابق، ص 402.

³ مر، دعبس: مرجع سابق، ص 128.

وإذا ابى الشريك أو الخليفة بعد دعوته لدائرة تسجيل الأراضي عن تفرغ الأرض وامتنع من اعطاء سند الاستتلاف أو كان مجنوناً أو صغيراً أو غائباً في ديار بعيدة فيأذن المأمور بفراغ الأرض¹

ثانياً: الإذن كأحد مسقطات الأولوية

قد ذكرت المادة 41 من قانون الاراضي العثماني أن الإذن يعد من سقطات حق الأولوية، وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الإذن لا يعد مسقطاً من مسقطات حق الأولوية الا بعد التسجيل² ولذا فالإذن بالفراغ أو اسقاط حق الأولوية الواقع قبل تسجيل الفراغ لا عبرة فيه عند هذا الرأي.

ونلاحظ أن لفظ " الإذن " قد جاء عاماً في هذه المادة فيكون المقصود منه الإذن قبل اتمام عملية الفراغ و بعد اتمام عملية الفراغ او اثنائها، فاللفظ العام يحمل على عمومته هذا من جانب، ومن جانب آخر أنه حتى في الاستتلاف الصريح يكون قبل اتمام عملية الفراغ في دائرة تسجيل الاراضي ، فالواقع وحسب نصوص القانون أنه يتم اخطار صاحب الحق في الأولوية من قبل دائرة تسجيل الاراضي لإبداء رأيه في معاملة الفراغ وهل يريد أن يستعمل حق الأولوية او لا. وهذا وبالمنطق العقلي والاجرائي لا يكون إلا قبل عملية الفراغ فإن تم بعدها فلا عبرة فيه.

لذلك يرى الباحث أن الرأي المذكور أعلاه قد جانب الصواب في هذه المسألة بل إن الإذن يمكن أن يكون قبل الفراغ او اثناؤه او بعد اتمامه في دائرة تسجيل الأراضي.

ومن الجدير بالذكر أن الإذن قد يكون شفوياً او مكتوباً فالنص عام يحمل على عمومته ولا يقيد، ويمكن اثبات هذا الإذن بأي وسيلة من وسائل الاثبات ، لأن الإذن يعد من أمور الواقع الذي أجاز القانون اثباتها بأي وسيلة من وسائل الاثبات.

¹ حيدر، شاكر: مرجع سابق، ص 354.

² المرجع السابق، ص 357.

الفرع الثاني: المسقطات التي لم يذكرها القانون

يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار أن المسقطات التي ذكرها قانون الاراضي العثماني هي المعتمدة في سقوط حق الأولوية وإن القانون قد ذكرها على سبيل الحصر لا المثال وذلك على خلاف الشفعة¹ وذلك سندا من القول بأن طلب الشراء اعتبر اسقاطا للشفعة بالنص الصريح في مجلة الاحكام العدلية وليس في قانون الأراضي نص مماثل بالنسبة لحق الأولوية، كما وأن اختلاف شروط الأخذ بالأولوية تختلف عن شروط الأخذ بالشفعة باعتبار أن الأول هو تملك المشتري بمقدار الثمن المسمى بالعقد وهو معلوم للشفيع بما يبرر اعتبار المساومة من قبله اقرارا وتسليما بالملكية للمشتري، وأما حق الأولوية فهو تملك المبيع في الأرض الأميرية ببذل المثل وهو غير محدد بوجه الدقة لدى الفرقاء بما يحول اعتبار المساومة تسليما للمشتري بملكته للعقار المبيع، لذلك فإن اعتبار المساومة وطلب الشراء تأكيداً لرغبة المدعي بالتملك والأخذ بالأولوية، وليس اعراضاً عنها أو اسقاطاً لها - كما هو الحال في الشفعة².

في حين أن هنالك رأي فقهي آخر يرى أن سقوط حقوق الأولوية غير محصور بالإذن والاستتلاف الصريح بل هو يشمل كل ما يدل صراحة أو دلالة على سقوط هذا الحق³ وذلك على اعتبار أن الأولوية من الحقوق الضعيفة والتي ثبتت على خلاف القياس وعلى خلاف الأصل العام.

ويرى الباحث وجهة هذا الرأي حيث أن الأولوية تعد من الحقوق الضعيفة التي وضعت استثناء على الأصل العام كما أن ما استند عليه الرأي الأول في هذا المجال لا يستقيم كون مجلة الأحكام العدلية هي القانون العام وهو الأصل الذي يرجع إليه في حال غياب النص في قانون الأراضي. كما أنه ومع تسليمنا أن شروط الأخذ بالأولوية تختلف عن شروط الأخذ بالشفعة، فهذا لا يعني بحال الاختلاف الكلي بين الشفعة والأولوية، إذ أن الأصل التشريعي للأولوية هي قياساً على

¹ دواس، أمين: مرجع سابق، ص 403.

² القضية 58\26 استئناف عليا مدني (غزة) ، تاريخ 1958\5\26، لدى حلمي الحايك، مجموعة مخارة من أحكام محكمة الاستئناف العليا القسم المدني - الأراضي، 1957-1961، الجزء الثامن، ابريل 1996، كما هو مشار إليه في كتاب الدكتور أمين دواس، مرجع سابق، ص 403.

³ حيدر، ناصر: مرجع سابق، ص 355.

الشفعة، فالأصل انطباق احكام الشفعة على الأولوية ما عدا ما عارضه النصوص الخاصة في حق الأولوية.

وبناء على ذلك فإن اسقاط حق الأولوية يكون بأي طريق سواء كان صراحة او دلالة ويعود تقدير أن تم اسقاط حق الأولوية من عدمه عائد لتقدير قاضي الموضوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض إذ أنه من أمور الواقع لا من أمور القانون كما تبين.

ومن مسقطات حق الأولوية - على سبيل التمثيل - توكيل الشريك شريكه فراغ حصته يسقط الحق في الأولوية، فإذا قام الشريك بتنفيذ الوكالة وأفرغ حصة شريكه الموكل لأحد، فإن هذا الأخير يكون قد أسقط حقه في الأولوية، وليس له التمسك به بعد ذلك على اعتبار أنه بطلبه هذا يسعى لنقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه¹.

وكذلك عدم دخول الشريك في المزايدة يسقط الحق في الأولوية إذ أن المادة (10) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953 تنص "إذا لم يتقدم أحد الشركاء لشراء المحل المعروض للبيع او الفراغ في المزاد بمجموعه أو لم يبلغ البديل الذي تقدم به المزايدون الحد الذي يمكن أن يعتبر عادلا مناسبا يعرض بمجموعه أيضا للمزايدة بين الشركاء دون غيرهم. فإذا امتنع الشركاء هذه المرة أيضا عن الدخول في المزايدة وتمكن الشريك المستدعي من بيع او افراغ حصته لغير الشركاء فكل شريك لم يتقدم للشراء ببديل المثل على الصورة المذكورة يعتبر أنه أسقط حقه في المطالبة بالشفعة والرجحان "

على أنه لا يمكن اعتبار مجرد السكوت هو اسقاط لحق الأولوية إذ أنه لا ينسب لساكت قول كما أن القانون قد حدد المدة القانونية المتاحة لطالب الأولوية لرفع دعوى الأولوية.

¹ المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الثاني: آثار الأولوية

إذا توفرت أسباب الأولوية وشروطها سألقة الذكر وصدر حكم قضائي بها أو سلم بها المشتري رضاءً نشأت علاقة مختلفة بين أطراف عقد الفراغ وطالب الاولوية وبناء عليه ساقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول سأبحث فيه عن العلاقة بين طالب الأولوية والمشتري، وفي المطلب الثاني العلاقة بين طالب الأولوية والمفرغ (البائع) والمطلب الثالث بين طالب الأولوية والغير.

وكما بينت في الفصول السابقة أنه وفي حال غياب النص التشريعي الذي يحكم الأولوية يتم الرجوع إلى احكام الشفعة وبسبب غياب التنظيم التشريعي لمبحث آثار الأولوية سيتم الاعتماد بالأساس على الأحكام الواردة في ما يخص حق الشفعة وأسقاطها على حق الأولوية.

المطلب الأول: العلاقة بين طالب الأولوية والمفرغ له

إن العلاقة بين طالب الأولوية وبين المشتري هي ذات العلاقة بين الشفع والمشتري وذلك لأن الأولوية في الفقه وجدت قياساً على أحكام الشفعة ولكن القانون لم يفرد الأولوية بأحكام خاصة فيتم العودة إلى الأصل العام المتمثل بمجلة الأحكام العدلية.

وفي العلاقة بين الشفع و المشتري هناك موقف القانون المصري الذي يرى أنه يترتب على ثبوت حق الشفعة قضاء أو رضاء أن يحل الشفع محل المشتري في البيع ويلتزم بكافة الالتزامات التي يربتها عقد البيع، وتكون له كافة الحقوق المترتبة على هذا العقد¹ وتنتقل الملكية من البائع إلى الشفع مباشرة بمجرد قيام الشفع بتسجيل الحكم النهائي أو تسجيل إقرار التسليم بالشفعة والتراضي عليها عملاً بأحكام المادة 946 مدني مصري حيث أنه ورد النص فيها على أنه " يحل الشفع محل المشتري قبل البائع في جميع حقوقه والتزاماته"².

¹ مساد، منصور: مرجع سابق، ص 106.

² القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

في حين أن مجلة الأحكام العدلية والقوانين التي استسقت منها كالقانون المدني الأردني تعتبر أن التملك بالشفعة هو شراء جديد يقع بين الشفيع والمشتري حيث أن المادة 1037 من مجلة الأحكام العدلية نصت على أنه " تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً بناءً عليه فالأحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في العقار المؤخوذ بالشفعة أيضاً " وقد جاء القانون المدني الأردني بحكم مشابه في نص المادة 1165¹.

وبذلك نجد أن مجلة الأحكام العدلية قد فرقت بين عقدين أحدهما بين البائع والمشتري والثاني بين المشتري والشفيع الأمر الذي يختلف عن فكرة الحلول في القانون المصري إذ أن في القانون المصري لا يحق للشفيع أن يرد العقار المؤخوذ بالشفعة لحق الخيار والعيب على اعتبار أن المشتري قد تنازل عن هذه الخيارات وأن الشفيع قد حل محل المشتري في العقد القديم.

ويرى الباحث أنه ومن حيث المنطق القانوني فإنه يوجد اشكالية في تكيف القانون المصري بنظرية الحلول ، فلا يمكن القول بأن الشفيع قد حل محل المشتري فإن ذلك يؤدي إلى حرمانه من خيارات القانونية التي منحه أياه القانون، ثم أن الحلول يحتاج الى موافقة بين الحال والذي حل عنه في هذا العقد وهذا غير متوفر فعلا في ظروف دعوى الشفعة.

وهناك من يعترض على تكيف مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني كون العقد الجديد يعيبه عدم كمال الإرادة، فإن أهم شروط العقد هو الإرادة بين طرفي العقد، المتمثلة بالإيجاب والقبول، كما أن الأصل في جميع المذاهب الفقهية والقانونية أن رضا المتعاقدين شرط لصحة البيع ونفاذه² والحاصل في دعوى الشفعة عدم اكتمال هذا الشرط، فالعقد الذي يتم هو عقد تم بقوة القانون وبحكم القضاء.

¹ تنص مجلة الأحكام العدلية في مادة رقم 1037 على أن " تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً بناءً عليه بالأحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً كالرد بخيار الرؤية و خيار العيب تثبت في العقار المؤخوذ بالشفعة " وتنص المادة 1165 من القانون المدني الأردني على أنه " تملك العقار المشفوع قضاء أو رضا يعتبر شراءً جديداً يثبت به خيار الرؤية والعيب للشفيع و إن تنازل المشتري عنهما " انظر للتشابه بين نصوص مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني الأردني وتأمل للجهد العظيم فقهاء القانون في تنقيح و تطوير مجلة الأحكام العدلية دون المساس بأصل فلسفتها التشريعية.

² العثماني، محمد تقي: **فقه البيوع على المذاهب الأربعة**، المجلد الأول، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، سنة 2018، ص 225.

ولكن يجاب على هذا الاعتراض أن الشفعة والأولوية تتم بقوة القانون وأن العقود التي تتم بموجب القانون لا يشترط فيها الرضى وبالتالي يكون تكليف مجلة الأحكام العدلية والقانون الأردني هو الأقرب للصواب من ناحية تحقيق مقصد الحكم لكل من الشفعة والأولوية ولسلامته من الاعتراضات الموجه لتكيف القانون المصري سالفة الذكر.

إن أهم ما يجب توضيحه علاقة طالب الأولوية بالمشتري تقع في ثلاث فروع أساسية.

الفرع الأول: تملك طالب الأولوية للثمار

والمقصود بالتملك هنا هو بعد طلب الأولوية وقبل الحكم بها، فلا خلاف أن إذا تم أخذ الأرض بالأولوية فإن ذلك يشمل كذلك الثمار كون الأولوية والشفعة بمثابة عقد شراء فلا يجوز تفريق الصفقة على الشفيع أو طالب الأولوية.

وأما قبل طلب الأولوية فلا شك أن الثمار تكون للمشتري، حيث أن بيع الأرض يشمل بيع الثمار في الأصل ما لم يتفق البائع والمشتري على خلاف ذلك، وطالب الأولوية أو الشفيع خارج هذه العلاقة في هذه المرحلة.

وأما محل النزاع هنا في خصوص الفترة ما بين طلب الأولوية وصدور قرار قضائي قطعي أو تسليم المشتري بالأولوية.

ونجد أنه لم يرد في مجلة الأحكام العدلية ولا في القانون المدني الأردني نصا صريحا عن تملك طالب الأولوية ولا الشفيع للثمار في هذه المرحلة. وحيث أن الفقه الإسلامي يعد مصدر كل من مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني فلا بد الرجوع إليه عند عدم وجود نص.

وفي حقيقة الأمر نجد أن الخلاف واقع بالفقه الاسلامي في هذه المسألة حتى في المذهب الحنفي نفسه إذ أن الإمام أبا حنيفة قد ذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه في الموائبة وطلب التقرير والإشهاد دون الحاجة إلى قضاء القاضي وذهب الإمام ابو يوسف والإمام محمد على خلاف ذلك، فلا يستقر حقه إلا بقضاء القاضي، فتكون الثمار على مذهب الإمام ابا حنيفة لطالب الأولوية أو

الشفيع من لحظة استقرار حقه بالمواثبة وطلب التقرير والاشهاد. أما عند صاحبين فلا تكون الثمار لطالب الأولوية أو الشفيع إلا من لحظة صدور الحكم القضائي النهائي أو تسليم المشتري بحق الشفيع وطالب الأولوية رضائيا وهذا هو رأي المذهب المالكي¹ والشافعي² والحنبلي³ فإن حكم الشفعة هو الذي ينشئ حق الشفيع وليس مجرد المواثبة والاقرار والاشهاد وعلى هذا فإن تملك الثمار في هذه المذاهب عند الحكم القضائي النهائي أو بالتسليم الرضائي⁴.

وعند دراسة نصوص مجلة الأحكام العدلية نتوصل إلى نتيجة إنها قد رجحت قول صاحبين في هذه المسألة حيث أن المادة 1038 منها ذهبت إلى أنه "إذا مات الشفيع بعد طلب المواثبة وطلب التقرير وقبل أن يكون مالكا للمشفوع بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة إلى ورثته".

إذ أنه يشترط لتمكن الشفيع للشفعة هو حكم القاضي أو التراضي مع المشتري، وقبل ذلك لا يكون مالكا وإن الانتفاع من ثمار الأرض من السلطات الممنوحة للمالك، فمن انتفى عنه صفة المالك فكيف له أن ينتفع بثمار ما لا يملكه؟ هذا من جانب ومن جانب آخر إن هذا القول اقرب لتحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة. فإذا فرضنا أننا سمحنا للشفيع الانتفاع من الثمار ثم لم يثبت حق الشفعة له - إذ سبق العلم أن الشفعة من الحقوق الضعيفة - فسيترتب على كاهل المشتري الرجوع على الشفيع بما انتفع به خلال مدة طلب الأرض بالشفعة وفي هذه ائقال لكاهل المشتري.

الفرع الثاني: حكم زيادة المفرغ له البناء أو الغراس في العين المطلوبة بالأولوية

تنص المادة 1044 من مجلة الأحكام العدلية "لو زاد المشتري على المال المشفوع شيئا من ماله كصبغه فشفيعه مخير إن شاء تركه وإن شاء تملكه بإعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة وإن كان

¹ الدردير، أحمد بن محمد: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كاتو-نيجيريا، سنة 2000، دون طبعة، صفحة 116 و117.

² الشربيني، محمد بن محمد الخطيب: المرجع السابق، ص 389.

³ القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية، مطبوعات دار تها، جدة - المملكة العربية السعودية، سنة 1991، دون طبعة، المادة 1577، ص 482.

⁴ خفيف، علي: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، دون طبعة، القاهرة، سنة 2008، ص 165.

المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه أشجاراً فالشفيع بالخيار إن شاء تركه وإن شاء تملك المشفوع بإعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار وليس له أن يجبر المشتري على قلع الأبنية أو الأشجار".

ونجد أن نص هذه المادة قد جاء بمثلين عن زيادة المشتري على العقار، وأحدهما عن الزيادة غير القابلة للانفصال وعن الزيادة القابلة للانفصال والملاحظ أنها أعطتهما نفس الحكم¹ إلا وهو أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ مع الزيادة بثمنها أو شاء ترك.

وفي خصوص الزيادة غير القابلة للانفصال فلا خلاف في المذهب الحنفي حول حكمها المذكور في هذه المادة².

وأما الزيادة القابلة للانفصال نجد أن مجلة الأحكام العدلية أخذت بقول الإمام أبو يوسف وهو قول غير معتمد بالمذهب الحنفي، بل القول المعتمد وعليه الفتوى في المذهب هو ما جاء في متن القدوري إذ جاء فيه " وإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار: إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً، وإن شاء كلف المشتري بقلعه "³.

ونجد أن القانون المدني الأردني قد جاء بتفصيل آخر مختلف عما هو موجود بمجلة الأحكام العدلية حيث أنه فرق بين إذا كانت الزيادة قبل رفع الدعوى أو بعدها، فإذا كان قبل رفع الدعوى فالشفيع مخير بين أن يترك الشفعة وبين أن يملك العقار بثمنه مع قيمة الزيادة وإذا كان ما أحدثه من قيمة البناء والغرس بعد رفع الدعوى فالشفيع مخير أن يملكه مستحق القلع أو يطلب من المشتري قعله على نفقته⁴.

والمعيار الذي أتى به القانون المدني الأردني موفق من ناحية أن الشفيع قبل رفع الدعوى يكون مالكاً وتصرفاته تصرفات المالك، ولا يقيد تصرف المالك بتعلق حق الشفعة إذ أن الشفيع يمكن أن

¹ حيدر، علي: مرجع سابق، ص 792.

² المرجع السابق، ص 793.

³ الرازي، حسام الدين: مرجع سابق، ص 408.

⁴ المادة 1166 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

يباشر حقه أو أن يتركه. فتقيد حق المالك بالظن لا يصح فإذا باشر الشفيع حقه في الشفعة يصبح تقيد المالك باليقين لا بالظن، ويكون تصرفه بعد رفع دعوى قرينة على سوء نيته.

ولكن السؤال الذي يطرح هنا إذا تصرف المشتري بزيادة بناء أو غرس قبل رفع الدعوى ألا يعد في هذا مجال للتحايل من حق الشفعة والأولوية إذ يمكن للمشتري أن يزيد على الأرض بناء وهو يعلم أن طالب الأولوية أو الشفيع لا يستطيع دفع هذا الثمن؟

ويرى الباحث أنه إذا استطاع طالب الأولوية أو الشفيع إثبات سوء نية المشتري فينطبق عليه حكم البناء قبل رفع دعوى وذلك كون أن المعيار الذي وضعه القانون هو قرينة لتحديد سوء النية من عدمها ولا يوجد في القانون ما يجعلها قرينة قطعية لا يمكن اثبات خلافها. بل هي قرينة بسيطة يمكن اثبات خلافها، وإن اثبات سوء نية أمر واقع يمكن أن يتم بأي طريق من طرق الإثبات ويعود تقديرها لقاضي الموضوع .

الفرع الثالث: التزامات المفرغ له وطالب الأولوية

أولاً: التزامات المفرغ له

وضحت سابقاً أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني قد ذهبا على اعتبار أن العلاقة بين المشتري وطالب الأولوية هي عقد شراء جديد على خلاف القانون المدني المصري الذي اعتبر العلاقة هي علاقة حلول بين المشتري والشفيع (طالب الأولوية)¹.

وبالتالي تكون الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري هي الالتزامات التي تقع على عاتق البائع كما نضمها القانون المدني ومجلة الأحكام العدلية. وحيث أن مقام الرسالة لا يقتضي التوسع في هذه المسألة إذ أن التزامات البائع تعالج عند البحث في عقود البيع فإن الباحث سيقصر على ذكر أبرز التزامات التي تقع على عاتق المشتري على سبيل الاختصار².

¹ مع ملاحظة أن القانون المصري لا يعرف نظام الأولوية ولم ينظمه بالقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

² الزرقا، مصطفى: عقد البيع، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، سنة 2012، من الصفحة 114-144.

أولاً: التزام المشتري بنقل ملكية العقار .

ثانياً: التزام المشتري بتسليم المشفوع فيه.

ثالثاً: التزام المشتري بضمان التعرض والاستحقاق والعيب الخفي.

رابعاً: التزام المشتري برد الثمار .

خامساً: التزام المشتري بتحمل تبعه الهلاك.

ثانياً: التزامات طالب الأولوية.

وبناء على اعتبار أن العلاقة بين المشتري وطالب الأولوية هي علاقة عقد بيع جديد كما ذهب القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية فإن طالب الأولوية يأخذ مركز المشتري في عقد البيع وعليه فإن الالتزامات المشتري في عقد البيع تكون هي ذاتها التزامات طالب الأولوية، والتي تتجلى بقيام المشتري بدفع ثمن المبيع، وهذا ذاته ما ينعكس على التزام طالب الأولوية، إذ أنه يلتزم بدفع ثمن الأرض المأخوذة بالأولوية.

ويلتزم طالب الأولوية بدفع الثمن للمشتري طالما أخذت الأولوية رضاءً أما إذا أخذت قضاءً فإنه يكون قد أودع الثمن خزينة المحكمة المختصة بنظر الدعوى وحينما يصدر حكم التملك بالأولوية¹.

أما بخصوص انقاص الثمن أو زيادته أو ما يطرأ عليه في البيع المعقود بين البائع والمشتري والذي لم يكن طالب الأولوية طرفاً فيه فإن طالب الأولوية لا ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ما لم يوافق البائع على ذلك، وذلك عملاً بأحكام المادة (2\1165) من القانون المدني الأردني².

¹ منصور، فؤاد: مرجع سابق، ص 113.

² وهذه المادة تنص على الشفعة إلا أنه وفي غياب النص التشريعي في الأولوية فيتم الرجوع إلى القواعد المنظمة للشفعة كما بينا سابقاً.

المطلب الثاني: العلاقة بين المفرد وطالب الأولوية

وضحت سابقاً أن تكييف العلاقة في دعوى الأولوية هي علاقة عقد جديد، وبالتالي فلا يكون هناك أي علاقة قانونية بين البائع وطالب الأولوية وذلك حسب القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية، وهذا على عكس ما ورد في القانون المدني المصري في خصوص تكييف العلاقة كونها علاقة حلول يلتزم بالبائع اتجاه طالب الشفعة أو الأولوية التزامات البائع وفقاً للقواعد العامة في البيع ويلتزم طالب الأولوية أو الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري وهي التزامات متقابلة وأما التزامات طالب الأولوية فأنها لا تعدو أن تكون دفع الثمن.¹

ومع ضرورة التأكيد مرة أخرى أن القانون المصري لا يعرف حق الأولوية وإنما هو قياس على حق الشفعة كون أن القانون المدني ومجلة الأحكام العدلية لم ينظم هذه الأحكام وأثارها فيما يتعلق بالأولوية.

المطلب الثالث: علاقة طالب الأولوية بالغير

سأتكلم في هذا المطلب ما ينشأ عن طلب الأولوية عن حقوق للغير أثناء حيازة المشتري له وما ينشأ عن سبب آخر.

وبناء على ما ورد في نصوص القانون المدني الأردني يجب أن نفرق بين حالتين وذلك في فرعين:

الفرع الأول: مآل حقوق الغير الناشئة أثناء حيازة المفرد له

نصت المادة (1154) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها من آخر، قبل أخذها بالشفعة، فللشفيع أخذها بالثمن الذي قام على المشتري الأول. وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق إن وجد".

¹ منصور، مساد: مرجع سابق، ص 114.

وظاهر من هذا النص أن على طالب الأولوية عند تعدد البيوع أن يوجه الخصومة للمشتري الأخير، اعتباراً بأنه يملك العقار، وأنه بالتالي ملزم بنقل ملكيته ومقتضى النص أن الثمن يدفع إلى هذا المشتري، وأنه يستطيع متى وجد الفرق في الثمن أن يرجع به سلفاً¹.

الفرع الثاني: مآل حقوق الغير الناشئة عن عقد الفراغ

نصت المادة (1167) على ما يلي:

(1) للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري، حتى لو وقف العقار المشفوع، أو جعل محله عبادة.

(2) ولا يسري في حقه أي رهن رسمي أو أي حق امتياز رتبه المشتري أو رتب ضده على العقار المشفوع، إذا كان قد تم بعد إقامة دعوى الشفعة وتبقى للدائنين حقوق على ثمن العقار".

وظاهر من هذا النص أنه جاء مبيناً لمآل تصرفات المشتري من جهة، ومن بما رتبه الغير على الأرض المطلوبة بالأولوية من جهة أخرى، إذا ما تمت بعد رفع دعوى الأولوية.

أولاً: من حيث تصرفات المشتري التي رتبها على الأرض المطلوبة بالأولوية، فقد قضى النص بنقضها دون أن يكون مانعاً من ذلك حتى وقف للعقار أو جعله محلاً للعبادة. كما قضى بعدم سريان الرهون التأمينية أو حقوق الامتياز التي رتبها المشتري على الأرض المطلوبة بالأولوية في مواجهة طالب الأولوية، شريطة أن تكون هذه الامتيازات والرهون قد تمت قبل إقامة دعوى الأولوية.

ثانياً: من حيث الرهون التأمينية وحقوق الامتياز التي ترتبت على الأرض من الغير ضد المشتري، فإنها بدورها لا تسري في حق طالب الأولوية إذا كانت قد تمت بعد إقامة الدعوى الأولوية.²

¹ سوار، محمد وحيد الدين: مرجع سابق، ص 212.

² العبيدي، هاني: مرجع سابق، ص 156.

نخلص، مما تقدم إلى أن نفاذ نوعي الحقوق المذكور منوط بتاريخ تسجيلهما، فإذا كان هذا التاريخ سابقاً على تاريخ تسجيل الدعوى، كانا نافذين في حق طالب الأولوية وانتقل العقار إليه متقلاً بما عليه من رهن أو امتياز¹.

¹ سوار ، محمد وحيد الدين : مرجع سابق ، ص 214

الخاتمة

بعد أن بحثت في الأولوية بصفتها سببا من أسباب كسب الملكية وأجريت مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني وما تفرع عنهما توصلت إلى نتائج عديدة واتفق مع نتائج أخرى.

النتائج

(1) إن مشروعية الأولوية كانت من باب القياس على الشفعة، لاتحاد العلة بينهما وهي دفع مضار الجوارولا يوجد بالفقه الاسلامي أي معالجة لموضوع الأولوية قبل صدور قانون الأراضي العثماني.

(2) إن التكييف القانوني للأولوية يختلف قبل رفع الدعوى وبعدها فقبل رفع الدعوى تكون رخصة وبعد رفع الدعوى تكون حقا. بمعنى أن طالب الأولوية مارس حقه في الأخذ بالرخصة الممنوحة له وفق القانون.

(3) في حالة تعدد الشركاء فلهم حق الأولوية مشتركا بينهم حسب الرؤوس وليس حسب الأنصبة على خلاف قول السادة الشافعية في المسألة.

(4) إن حقوق الارتفاق التي تعد سببا من اسباب طلب الشفعة او الأولوية هو حق المرور وحق الشرب دون حق المسيل.

(5) نظام الأولوية يتطلب أن يكون التصرف ناقلا للحق التصرف سواء كان فراغ او هبة بدون عوض او هبة بعوض وذلك على خلاف الشفعة الذي يشترط فيها أن يكون عقد البيع ناقلاً مقابل عوض او هبة بعوض فقط.

(6) أن بدل المذكور الواجب ايداعه كشرط اقامة الدعوى لا يشمل المصاريف والنفقات الضرورية.

7) مفعول منع طلب الأولوية إذا كان الفراغ بين الأقارب للدرجة الرابعة يسري فقط إذا كان طالب الأولوية غريب عن علاقة القرابة أما إذا كان طالب الأولوية قريب في ذات الدرجة أو درجة أدنى أو أعلى فلا يترجح أحد الأقارب على الآخرين بدون سبب بحجة أنه تم بين الأقارب لدرجة الرابعة.

8) إذا تم تحويل الأرض الأميرية ولكن لم يتم تغيير نوعها في سند التسجيل وقام المدعي برفع دعوى أولوية بناء على سند التسجيل لا يصح رد الدعوى كونها شفعة.

9) أن بدل المذكور الواجب إيداعه كشرط إقامة الدعوى لا يشمل المصاريف والنفقات الضرورية.

التوصيات

حيث تم بحث الأولوية في كل من مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني يوصي الباحث بما يلي:

1) يرى الباحث ضرورة تعديل المادة 1\2 من القانون التصرف في الأموال الاموال غير المنقولة ليصبح أي افراغ لحق التصرف في الأرض الأميرية يستوجب الأولوية لأن هذا اتساقاً مع الأصل العام التي أتى به قانون الأراضي العثماني، وأكثر تحقيقاً لمصلحة طالب الأولوية ولما في منع الأولوية في الاراضي غير المسواه من احتمالية وقوع خلافات واشكاليات بين اصحاب الحقوق في القطعة الواحدة.

2) يوصي الباحث بتعديل نص المادة 1043 من مجلة الأحكام العدلية وجعلها على حذو القانون المدني الأردني بالتفريق بين إذا كان التصرف المادي على الأرض قبل رفع الدعوى أو بعدها.

3) كما يوصى الباحث الى توحيد مدة التقادم لطالبي الأولوية بجعل كلها ستة شهور.

4) كما يوصى الباحث أن يتم توحيد صاحبي الأولوية بشأن توريث حق الأولوية ومنع توريثها للشريك والخليط لموافقة الأصل العام مجلة الأحكام العدلية بمنع توريث الشفعة اتساقاً مع فلسفة الفقه الحنفي المستمدة منه مجلة الأحكام العدلية .

5) يوصى الباحث على المشرع على النص على حق المشتري ببطل النفقات الضرورية والمصاريف التي تكبدها عند شراء الأرض موضوع الأولوية والنفقات الاضافية والتحسينية التي أضافها على قطعة الأرض قبل علمه بإقامة دعوى الأولوية أو رغبة صاحبها المطالبة بهذا الحق.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876.
2. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
3. قانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
4. قانون الأراضي العثماني لسنة 1858.
5. القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958.
6. قانون معدل لقانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 98 لسنة 1966.
7. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.
8. قانون المعدل لقانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (33) لسنة 1968.
9. قانون البينات في المواد المدنية والتجارية.
10. قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005.
11. القانون إدارة الأموال الدولة رقم 17 لسنة 1974.
12. قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005.
13. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني.
14. قانون تحويل الأراضي الأميرية إلى ملك رقم 41 لسنة 1953.

15. قانون الأراضي المعدل رقم 78 لسنة 1933.

16. سندات تعليمات الطابو العثماني لسنة 1859.

17. قانون الطوابق و الشقق رقم 1 لسنة 1996.

ثانياً: المراجع

1. الباز، رستم: شرح المجلة: الطبعة 3، مطبعة دار العلم للجميع، لبنان، 1998.

2. المر، دعبس: احكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطنة العثمانية، بدون طبعة، مطبعة بين المقدس، 1923.

3. حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الاحكام، الكتاب الرابع، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، 2010.

4. فقهاء، رجاء: التنظيم القانوني للأراضي الأميرية، منشورات دار الشامل للنشر والتوزيع، نابلس - فلسطين، طبعة الأولى، 2017.

5. مدغمش، جمال: الشفعة وأولوية في قرارات محكمة التمييز الأردنية، بدون طبعة، بدون دار نشر، عمان، 1994.

6. دواس، أمين: قانون الأراضي، المعهد القضائي الفلسطيني، دون طبعة، سنة 2013.

7. السنهوري: عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968.

8. أبو الحاج، صلاح محمد: المنهاج الوجيز في فقه المعاملات، مركز أنوار العلماء للدراسات، بدون طبعة، عمان، بدون تاريخ النشر.

9. سوار، وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، الجزء 2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الأولى سنة 1999.
10. قسايمه، سهى محمد حسين: رسالة ماجستير بعنوان (حق التصرف في الأراضي الأميرية في القانون المدني الأردني)، جامعة آل البيت، الأردن، 2002.
11. قدامة، خليل أحمد: نظرات في حق التصرف كحق عيني ومدى السلطات التي يخولها للمتصرف، مجلة جامعة الأقصى، مج 7، ع 1، 2003.
12. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز: رد المحتار على درر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، سنة 2009.
13. العثماني، محمد تقي: فقه البيوع على المذاهب الأربعة، المجلد الأول، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، سنة 2018.
14. مساد: منصور فؤاد: رسالة ماجستير بعنوان (الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية)، كلية القانون - جامعة النجاح الوطنية، 2008.
15. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الأول، دار الحلبي للمنشورات الحقوقية، بيروت - لبنان، طبعة 2، سنة 1997.
16. عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دون دار نشر، فلسطين، سنة 2019.
17. العبيدي، هاني: الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، طبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2013.
18. حسين، محمد عبد الظاهر: حق الملكية، منشورات جامعة بني سويف، بدون طبعة، سنة 2006.

19. الغزنوي، سراج الدين أبي حفص: الغرة المنيفة تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 2004.
20. خفيف، علي: حق الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دون طبعة، سنة 1996.
21. شرح مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، المجلد الأول، دار السلام، القاهرة، طبعة الأولى، سنة 2011.
22. الرازي، حسام الدين علي بن أحمد بن مكي: خلاصة الدلائل وتنقيح المسائل في شرح القدوري، الجزء الثاني، دار الفتح، عمان - الأردن، طبعة 2.
23. أبو الحاج، صلاح محمد: بغية السائل على خلاصة الدلائل، الجزء الثاني، دار الفتح، عمان - الأردن، طبعة 2.
24. حيدر، شاكِر ناصر: أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، وزارة المعارف العراقية، طبعة الأولى، سنة 1947.
25. الحنبلي، شاكِر: موجز في أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مطبعة التوفيق، دمشق، بدون طبعة، سنة 1928.
26. هرجة، مجدي مصطفى: الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1993.
27. رستم، باز: مرقاة علم الحقوق، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، بيروت - لبنان، سنة 2017.

28. الشربيني، محمد محمود: مرشد الحيران للضروي من علوم الدين على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار النور المبين للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2016.
29. الشواربي، عبد الحميد: الشفعة والقسمة، دار النصر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة 1979.
30. عباسي، جلال: الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية، الطبعة الأولى، عمان، المكتبة الوطنية، 1994.
31. السفاريني، علي: مسألة الأراضي في المفاوضات (حقوق ملكية الأراضي الأميرية في فلسطين)، ورقة عمل منشورة في مجلة الدراسات الفلسطينية، العدد 17، بيروت، 1994.
32. نصار، عبد العظيم عباس: الأراضي الأميرية العراقية في وثائق العثمانية، بحث منشور في مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية - جامعة الكوفة، سنة 2010.
33. كربول، ردينة محمد: تجاوز حق التصرف في الأراضي الأميرية وسبل معالجتها، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية - جامعة الكوفة، سنة 2017.
34. الزرقا، مصطفى: أحكام الوقف، دار عمار، الطبعة الأولى، عمان - الاردن، سنة 1997.
35. الزرقا، مصطفى: مصطفى أحمد: المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي، دار القلم، سوريا-دمشق، الطبعة الثامنة، سنة 2013.
36. صبري، عكرمة: الوقف الاسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس، الأردن، طبعة 2، سنة 2011.
37. عزام، محمد عليان: الأحكام الموضوعية لشفعة الشريك في القانون الأردني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، سنة 2017.

38. سعد، نبيل ابراهيم: الشفعة علماً وعملاً، بدون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، سنة 1997.
39. سليم، محمد محي الدين ابراهيم، الحقوق العينية، الجزء الأول، حق الملكية والحقوق المشفوعة عنه، منشورات الجامعة الحقوقية، بدون طبعة، سنة 2004.
40. جرعون، نجات جرجس: الشفعة نص واجتهاد و فقه، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، سنة 2015.
41. طلبة، أنور: الشفعة والتحليل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، طبعة الأولى، سنة 2004.
42. الاهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة عين شمس، الطبعة الأولى، سنة 1999.
43. ابو السعود: رمضان: الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول -الدار الجامعية، بدون طبعة، سنة 1985.
44. خفيف، علي: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، دون طبعة، القاهرة، سنة 2008.
45. الزرقا، مصطفى: عقد البيع، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، سنة 2012.
46. قدري، محمد: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الدار العربية للتوزيع والنشر، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1987.
47. عوجة، سائد أحمد: رسالة ماجستير غير منشورة بعنوان " آلية انتقال الملكية في الأراضي غير المسجلة في فلسطين "، كلية القانون - جامعة النجاح، سنة 2011.

48. بازيان، فارس مروان نصوح: حقوق والتزامات مالكي الطبقات والشقق في القانون الفلسطيني، منشورات كلية القانون - جامعة النجاح الوطنية، الطبعة الأولى، سنة 2015.
49. الشربيني، محمد بن محمد الخطيب: معني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، دون طبعة، سنة 2000.
50. الكوثري، زاهد: حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي، دار الأنوار للطباعة والنشر، مصر، دون طبعة، سنة 1948.
51. ابن منظور، جمال الدين محمد بن المكرم: لسان العرب، دار صادر، بيروت-لبنان، دون طبعة، دون تاريخ للنشر.
52. أبي شيبة، عبد الله بن محمد: الكتاب المصنف، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1995.
53. القاري، أحمد بن عبد الله: مجلة الأحكام الشرعية، مطبوعات تهامة، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 1981.
54. الدردير، أحمد بن محمد: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو-نيجيريا، دون طبعة، سنة 2000.

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

**Priority as a Reason for Acquiring Ownership
Comparative Study**

By

Asim Samih Kaak

Supervisor

Dr. Ashraf Melhem

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements of
the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies,
An-Najah National University, Nablus - Palestine.**

2020

**Priority as a Reason for Acquiring Ownership
Comparative Study**

By

Asim Samih Kaak

Supervisor

Dr. Ashraf Melhem

Abstract

This thesis deals with priority as a reason for acquiring ownership, while introductory chapter presented several topics related to the subject of priority, indicating its definition and its historical source. The introduction part also focuses on the difference between laws on the legal nature of priority as a reason for acquiring ownership as a right or lawsuit, since the Jordanian civil law and the Ottoman lands law consider it as right, whereas the Egyptian civil law considers it as license. Where the stable legal opinion was that, it is a license before filing the lawsuit and a right when it is practiced.

Then the study touched on the priority characteristics that distinguished it from other reasons for acquiring ownership since it had been it contradicted the general legal principle. The study distinguished between priority and similar legal terminology related to property ownership like preemption and preference, by found out the exact difference between the priority and the preemption, considering that preemption is the origin of priority, and its provisions are referred to in the absence of the legal text regulating priority.

The study also clarified the main difference between priority and preference, given that preference applies only to buildings, while priority applies to land, and that priority is in princely applies on lands that are

outside the municipal boundaries, while preference applies within the municipal boundaries.

The study distinguished between it and the suspected legal terms related to acquiring ownership in the property such as preference and preference, and stood on the subtle difference between both priority and pre-emption,

considering The pre-emption is the priority of the priority and its provisions are referred to in the absence of the legal text that regulates the priority, as the main difference between them and the preference was clarified on the basis that the preference applies only to buildings while the priority applies to the lands, and that the priority is in the princely lands that are Outside the boundaries of ownership, while preference is within the municipal boundaries.

The first chapter of the thesis has been devoted to study the priority fulfills and its conditions in terms of the availability regarding its applicant and its status in the legislation under study. And also clarified the provisions of crowding between priority applicants after I clarified their classes and the conditions for that and how to divide the shares between them. Then I studied the conditions that must be fulfilled in the priority applicant after his legal capacity. In addition to the conditions of real estate that required by priority, which the study concluded that it is only to be an Amiri land or a land that has been suspended. The first chapter also clarifies the act that permits priority, as well as the sales acts in which priority is not permissible and considered one of its contraindications.

As for the second chapter, the study clarified the procedures stipulated by the law for the priority suit in terms of depositing the price and indicated that the price is the slandered price, and it also showed that plaintiff in the priority suit has to deposit the nominal price unless he\she claims that it exceeds the slandered one. This chapter also, explores the deposit process and its time and the implications of its failure and breach of this procedures.

Then the study moved to the priority lawsuit, stating the conditions of it, as well as clarifying the legal conditions of the priority applicant in terms of his eligibility, then examined the litigation existence in the priority lawsuit. The study concluded that the defendant in the priority lawsuit is the buyer, and not required to be filed with the seller unless he is putting a hand on the property. Then the study moved to the legal periods during which the lawsuit must be held, which is a period of six months from the date of the official void, then the study showed the legal nature of this period, is it a prescription period or the period of the legal case to fall. Then the thesis examined the competent court in consideration of the case, and it reached the conclusion that the competent court regarding the local jurisdiction is the court in which the property is located in, and regarding the valuable jurisdiction it is based on the price of the property that subject to the priority claim.

In the third chapter, the study dealt with the fall of priority and the concept of it in multiple cases, and indicated that the case of priority fall is not limited to what the legislator mentioned of objection and explicit permission. Then the study moved to indicate the effects of priority in different relationships, and showed the relationship between the buyer and the applicant for priority, and concluded that the appropriate adjustment of priority is that it is a new contract between the buyer and the priority applicant.

In the same chapter, the study dealt with the provisions of the increase that the buyer undertakes on the land required by priority like building or planting, whether before filing the lawsuit or after that, and showed the obligations of both the buyer and the priority applicant. Then the study exposed to the relationship provisions between the priority applicant and the seller with a statement of the relationship between the applicant Priority and the others in terms of the rights entailed on the land required by the priority in different situations.

