

دراسات في القانون الخاص

الدراسة الثامنة: إخضاع حقي الشفعة والأفضلية لنظام قانوني موحد (دراسة في التشريع الأردني)

د.نعيم على العتوم^(١)

يمنح حق الملكية صاحبه سلطات الملكية الثلاث، من استعمال واستغلال وتصرف؛ فيثبت له ممارسة هذه السلطات على النحو الذي يُريد، وذلك في حدود القانون (م ١٠١٨ مدني؛ م ٢ ملكية عقارية). فلا يُقيد سلطات المالك، إذا، سوى ما يُقرره المشرع من قيود قانونية، أو يُقرره الأشخاص من قيود إرادية. فهذه القيود تُعد استثناءً على الأصل العام القاضي بحرية المالك بالتصرف في ملكه على النحو الذي يشاء، طالما أن تصرفه يقع في حدود دائرة القانون.

ويأتي هذا الأصل تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يتفرع عنه حرية المالك بالتصرف في ملكه لمن يشاء، سواء أكان ذلك على سبيل المعاوضة أم على سبيل التبرع. بيد أن المشرع في إطار الملكية الشائعة، لا اعتبارات قدرها، قيد حق الشريك المشتاع في التصرف في ملكه، حين أثبت لبقية الشركاء - في حال باع هذا الشريك حصته (أو جزءاً منها) - الحق في تملك هذه الحصّة المبيعة، ولو جبراً على المشتري، بما قام عليه من الثمن والنفقات. وهذا السبب من أسباب كسب الملكية هو ما يُعرف بحق الشفعة^(٢). وظاهر ما تمثله الشفعة من قيد خطير على حرية التعاقد، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية، ولا يُبررها إلا اعتباراً أشد خطراً منها^(٣).

(١) أستاذ القانون المدني المشارك / كلية القانون / جامعة اليرموك.

(٢) عدّ المشرع الأردني الشفعة حقاً (م ١١٥٠ مدني؛ م ١٤ ملكية عقارية)، حين أن المشرع المصري عدّها رخصة، حيث يقول: "الشفعة رخصة...". (م ٩٣٥ مدني). يقول الدكتور عبد المنعم الصده، مُعقياً على هذا النص: "والشفعة في حقيقتها رخصة، وليست حقاً عينياً ولا حقاً شخصياً، بل هي مصدر من مصادر الحقوق العينية". (١٩٨٢). الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بدون رقم طبعة، بيروت، دار النهضة العربية، ف ٢٢٤، ص ٣٤٥.

ونفق مع بعض الفقه الذي يرى بأن موقف المشرع المصري أمثل من موقف أخيه الأردني "لأن ثبوت الشفعة بذاته لا يتضمن سلطات للشخص على الشيء، فهو مجرد وسيلة لاكتساب الحق، وليس حقاً". ومع ذلك، فإننا سنجري عند مُعالجتنا لأحكام الشفعة على استعمال لفظية "حق"، تُرَوِّل على ما ذهب إليه المشرع الأردني". الجندي، مُحمّد (١٩٨٥). الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة مع القانونين المصري والعراقي - (القسم الأول)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ٩ (١)، ف ٥، ص ١٧٤، حاشية (٩).

(٣) السنهوري، عبد الرزاق، (بدون سنة نشر). الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مع الحقوق العينية الأصلية المُتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، ج ٩، بدون رقم طبعة وبدون دار نشر، ف ١٦٤، ص ٤٨٠.

فالشُّفْعَةُ، إذًا، تثبَّتْ على خلافِ الأصلِ والقياسِ، فهي سببٌ استثنائيٌّ من أسبابِ كسبِ المِلْكِيَّةِ؛ وجرىً مع مبدأ الرضا في العقودِ ذلك، فإنَّ الأصلَ ألاَّ ينتقلَ المِلْكُ من صاحبه إلى آخرٍ إلاَّ بطيبِ نفسه ورضاه؛ والحالُ أنَّ الشُّفْعَةَ هي صورةٌ من صورِ التملكِ الجبريِّ، فالشُّفْعُ يتملُّكُ المشفوعَ فيه جبرًا على مالكه، وهو المُشْتَرِي^(١). ومن هنا، يتحقَّقُ عدمُ التوسُّعِ في تفسيرِ النصوصِ القانونيَّةِ الناظمةِ لحقِّ الشُّفْعَةِ^(٢).

وقد أفرقَ المُشَرِّعُ بِخُصُوصِ هذا القيدِ الذي ألقاه على المِلْكِيَّةِ الشائعةِ بينَ المِلْكِيَّةِ الشائعةِ في إطارِ بنايةٍ أو شقَّةٍ أو طابقٍ، مملوكٍ على الشُّبُوعِ، وبينَ مِلْكِيَّةِ العقاراتِ فيما وراءَ ذلك. فأثبتت في الأوَّلِ حقَّ الأفضليَّةِ لبقيَّةِ الشُّركاءِ، حينَ أنَّه أثبتَ لهم حقَّ الشُّفْعَةِ^(٣) في الصنفِ الثاني.

فالقاسمُ المُشْتَرِكُ الرئيسُ بينَ حقِّ الشُّفْعَةِ وحقِّ الأفضليَّةِ، إذًا، واحدٌ، وهو يتجسَّدُ في تملكِ الحصَّةِ المبيعةِ في إطارِ عقارٍ مملوكٍ على الشُّبُوعِ. ومع ذلك، نلاحظُ أنَّ المُشَرِّعَ أوجدَ أحكامًا خاصَّةً يتقرَّدُ بها كلُّ نظامٍ منهما، وإنَّ كانَ جُلُّ الأحكامِ القانونيَّةِ واحدةً فيما بينهما.

وانطلاقًا من وحدةِ الهدفِ بينَ نظامي الأفضليَّةِ والشُّفْعَةِ، فإنَّ الأولى أنْ ينتظما في إطارِ أحكامٍ قانونيَّةِ واحدةٍ؛ بالنظرِ إلى أنَّ أحكامَ الأفضليَّةِ تُماثلُ في جوهرها أحكامَ الشُّفْعَةِ.

♦ مُصْطَلَحَاتُ الدِّرَاسَةِ

يجملُ التنبيةُ ابتداءً إلى أننا سنجرى في هذه الدراسة - فيما يخصُّ الشُّفْعَةَ - على استخدامِ المُصْطَلَحَاتِ الآتية:

- الشُّفْعُ: الشخصُ الذي يأخذُ بحقَّ الشُّفْعَةِ.
- الشفوعُ منه: الشخصُ الذي يُؤخِّذُ العقارَ منه بالشُّفْعَةِ.
- الشفوعُ فيه: الحصَّةُ المبيعةُ المرادُ تملكُها بالشُّفْعَةِ.
- الشفوعُ به: حصَّةُ الشُّفْعِ في العقارِ المملوكِ على الشُّبُوعِ.

♦ أهميَّةُ الدِّرَاسَةِ: تظهرُ أهميَّةُ هذه الدِّرَاسَةِ بالنظرِ إلى كونها تُقدِّمُ بينَ يدي المُشَرِّعِ مُقْتَرَحًا بنظامٍ قانونيٍّ مُوحَّدٍ يجمعُ في صعيدٍ واحدٍ حقِّي الشُّفْعَةِ والأفضليَّةِ في إطارِ أحكامٍ قانونيَّةِ مُوحَّدةٍ؛ فيزولُ بذلك جانبًا من التكرارِ غيرِ المحمودِ للأحكامِ القانونيَّةِ الناظمةِ لفكرةٍ قانونيَّةِ واحدةٍ من جهةِ الهدفِ والغايةِ.

(١) الزرقا، مُصْطَفَى (٢٠١٢). الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (١)، المدخلُ الفقهيُّ العامُّ، ج١، ط٣، دمشق، دار القلم، ف٧/٢٣، ص٣٣٩.

(٢) أبو زهرة، مُحمَّد (١٩٩٦). المِلْكِيَّةُ ونظريَّةُ العقدِ في الشريعةِ الإسلاميَّةِ، بدونِ رقمِ طبعه، القاهرة، دار الفكر العربي، ف٨٣، ص١٤٥؛ مُوسي، مُحمَّد (١٩٣٧). الأموال، ط٢، مصر، مطبعة فتح الله إلياس نوري، ف٧٥٣، ص٤٥٦.

(٣) سنجرى على استخدامِ عبارة "حقَّ الشُّفْعَةِ"، حصرًا؛ بالنظرِ إلى أنَّ المُشَرِّعَ عمدَ إلى إلغاءِ "حقِّ الأولويَّةِ" (م٨/أ مِلْكِيَّةُ عقاريَّة). رَ (أمرُ المُفَرِّدِ المُذَكَّرِ من رأى، بمعنى انظر) تمييزِ حقوقِ ٢٠٢١/٢٨٢٦، تاريخُ الفصلِ: ٢٠٢١/٨/٥، منشوراتِ قسطاس.

♦ **إشكالية الدراسة:** تتمحور إشكالية هذه الدراسة الرئيسية في تتبع أهم الأحكام القانونية الناظمة لحقي الشفعة والأفضلية بهدف تهذيبها جميعاً لتخرج بصورة أحكام قانونية موحدة يخضع لها كلا النظامين. وهذا هو الهدف الرئيس المنشود من هذه الدراسة.

♦ **منهجية الدراسة:** تحقيقاً لأهداف هذه الدراسة سيجري الباحث على استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي: ويظهر أثر الأول من خلال استقراء جميع النصوص القانونية الناظمة لحقي الشفعة والأفضلية؛ حين أن الثاني تظهر ثمرته عند وجود أحكام قانونية مختلفة بين كلا النظامين، بهدف استخلاص الحكم القانوني الأمثل الذي يُفضل أن يجري عليه كلا النظامين. وقد كان الهادي في هذا المنهج المنبع هو النظر في الغاية التي يرنو المشرع إلى تحقيقها من وراء تقنينه لهذين النظامين.

♦ **خطة الدراسة:** سنأتي على بسط أفكار هذه الدراسة من خلال مبحثين: يُعنى الأول بتتبع الأحكام القانونية المشتركة بين حقي الشفعة والأفضلية؛ حين أن الثاني سيفرد لتسليط الضوء على الأحكام القانونية المتباينة بين كلا الحقين. وقبل أن نشرع في بحث هذه المسائل، يجمل بنا أن نُوطئ لهذه الدراسة بمبحث تمهيدي يُعنى ببيان التطور التشريعي لنظامي الشفعة والأفضلية.

○ **المبحث التمهيدي: التطور التشريعي لنظامي الشفعة والأفضلية**

يُعدُّ حق الشفعة أسبق في وجوده التشريعي من حق الأفضلية، حيث ظهر أول تنظيم تشريعي لحق الشفعة في إطار قانون الأراضي العثماني لعام ١٨٥٨^(١) (المواد: ٤١ - ٤٦). ثم تمَّ بسط أحكام الشفعة - وبشكلٍ موسعٍ - من خلال مجلة الأحكام العدلية^(٢) (المواد: ١٠٠٨ - ١٠٤٤).

وفي عام ١٩٤١ ظهر أول اهتمام تشريعي بحق الشفعة بيد المشرع الأردني من خلال القانون المعدل رقم (٦)، لعام ١٩٤١، (القانون المعدل لقانون الأراضي العثماني لعام ١٨٥٨). حيث عمد المشرع إلى إعادة تنظيم مسألة واحدة، فقط، تمسُّ حق الشفعة، تتعلق بالمُدِّد التي يجب أن يُمارس فيها هذا الحق. حيث ينصُّ البند الأول من الفقرة الأولى من المادة الثانية منه، على أنه: "لا يُمارس حقُّ ما في طلب فراغ أرضٍ بمقتضى أيٍّ من المادتين المذكورتين أعلاه من جانب أيِّ شخصٍ بعد مرور سنةٍ واحدةٍ على تاريخ تكوّن ذلك الحق". وبذا، يكون المشرع قد قصر نطاق حق الشفعة من جهة المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها حيث حدّدها بسنةٍ بعد أن كانت مطلقاً. ويمثّل هذا التدخل التشريعي أول تضييق في نطاق حق الشفعة.

(١) تمَّ إلغاء هذا القانون بموجب المادة (٢٢٣/١) ملكية عقارية).

(٢) لا تزال مجلة الأحكام العدلية نافذة في الأردن، وتشكّل جزءاً من القانون المدني، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القانون المدني (١/١٤٤٨م. مدني).

وبعد ذلك بسنوات صدرَ قانونُ تعديلِ الأحكامِ المُتعلِّقةِ بالأموالِ غيرِ المنقولةِ رقم (٣٥)، لعام ١٩٤٦، حيثُ ألغى المُشرِّعُ بموجِبِهِ القانونِ المُعدَّلِ رقم (٦)، لعام ١٩٤١، بيدَ أنَّه أبقى على ما وردَ في المادةِ الثانيةِ من هذا القانونِ الأخيرِ.

وبقي الحالُ كذلك، إلى أن ألغى المُشرِّعُ قانونَ تعديلِ الأحكامِ المُتعلِّقةِ بالأموالِ غيرِ المنقولةِ رقم (٣٥)، لعام ١٩٤٦، بموجِبِ القانونِ المُعدَّلِ للأحكامِ المُتعلِّقةِ بالأموالِ غيرِ المنقولةِ، رقم (٥١)، لعام ١٩٥٨. ومن خلالِ هذا القانونِ ضيَّقَ المُشرِّعُ من نطاقِ حقِّ الشُّفْعَةِ مرَّةً ثانيةً بإيرادِ بعضِ الحالاتِ التي يُمتنعُ فيها مُمارَسَةُ حقِّ الشُّفْعَةِ. حيثُ تنصُّ المادةُ الثانيةُ منه، على ما يلي: "١ - على الرغمِ ممَّا وردَ في المادتين (٤١ و ٤٤) من قانونِ الأراضي العُثمانيِّ والمادة (١٦٦٠) من المجلَّةِ: أ - لا يُمارَسُ حقُّ الأولويَّةِ أو الشُّفْعَةِ بمقتضى أيِّ من المُوادِّ المذكورةِ أعلاه من جانبِ أيِّ شخصٍ بعدَ مُرورِ سِتَّةِ أشهرٍ على تاريخِ الفراغِ القطعيِّ أو البيعِ في دوائرِ التسجيلِ... ٣ - لا يُمارَسُ حقُّ الأولويَّةِ أو الشُّفْعَةِ إذا: أ - حصلَ البيعُ أو الفراغُ بالمزادِ العلنيِّ وفقاً لإجراءاتِ رسمها القانونُ. ب - حصلَ البيعُ أو الفراغُ بينَ الأصولِ والفروعِ؛ أو بينَ الزوجينِ؛ أو بينَ الأقاربِ لغايةِ الدرجةِ الرابعة^(١)؛ أو بينَ الأصهارِ لغايةِ الدرجةِ الثانيةِ. ج - كانَ العقارُ قد بيعَ أو أفرغَ ليجعلَ منه محلَّ عبادةٍ أو ليلحقَ بمحلِّ عبادةٍ. د - حصلَ التفويضُ من الدولة"^(٢).

أما فيما يتعلَّقُ بحقِّ الأفضليَّةِ، فقد تبنَّى المُشرِّعُ في عام ١٩٦٨ - ولأوَّلِ مرَّةٍ - تشريعاً ناظماً لأحكامِ حقِّ الأفضليَّةِ^(٣)، وذلك من خلالِ قانونِ ملكيَّةِ الطوابقِ والشُّقِّ، رقم (٢٥)، لعام ١٩٦٨، والذي بقي نافذاً إلى حينِ صدورِ قانونِ ملكيَّةِ العقاريَّةِ الذي عمدَ بدوره إلى إلغائه^(٤).

(١) تمييز حقوق ٢٠١٢/١٢٩٢، تاريخ الفصل: ٢٠١٢/٦/١٩، منشورات قسطاس.

(٢) ثمَّ توالى التعديلاتُ على هذا النصِّ، ونأتي تالياً على تسليطِ الضوءِ على أبرزها:

أ - القانونُ المُعدَّلُ لقانونِ تعديلِ الأحكامِ المُتعلِّقةِ بالأموالِ غيرِ المنقولةِ، رقم (٩٨)، لعام ١٩٦٦. حيثُ هدفَ المُشرِّعُ من خلالِ هذا القانونِ إلى التصحيحِ من نطاقِ الشُّفْعَةِ، وذلك عن طريقِ إلزامِ طالبِ الشُّفْعَةِ بإيداعِ الثمنِ المذكورِ في عقدِ البيعِ صندوقَ المحكمةِ أو تقديمِ كفالةٍ مصرفيَّةٍ بمقداره عندَ رفعِ الدعوى، تحت طائلةِ ردِّ الدعوى. أمَّا قبلَ ذلك، فلم يكنِ المُشرِّعُ يلزمُ الشفيعَ بإيداعِ الثمنِ، على نحوٍ لم يكنِ معه هذا الإجراءُ شرطاً لقبولِ الدعوى. وموقفُ المُشرِّعِ القديمِ ظاهرٌ فيه مُجاراته لأحكامِ الفقهِ الإسلاميِّ. ر قريبا من هذا المعنى: سوار، مُحمَّد (١٩٩٩). شرح القانونِ المدنيِّ، الحقوقِ العينيَّةِ الأصليَّةِ (٢)، أسبابِ كسبِ ملكيَّةِ، والحقوقِ المشنَّقةِ من حقِّ ملكيَّةِ. دراسةٌ مُوازنةٌ بالمدوناتِ العربيَّةِ، ط١، عمَّان، دار الثقافة، ف١٩٦، ص١٩٦. ولا شكَّ أنَّ هذا الإجراءَ يُعدُّ من الآلياتِ التي تعمدُ المُشرِّعُ ابتداعها من بابِ التصحيحِ في مُمارَسَةِ الأخذِ بحقِّ الشُّفْعَةِ.

تمييز حقوق ١٩٧٥/١٠٧، تاريخ الفصل: ١٩٧٥/٥/٦، منشورات قرارك؛ تمييز حقوق ٢٠١٩/٥٨١٦، تاريخ الفصل: ٢٠١٩/١٠/٣، منشورات قسطاس.

ب - القانونُ المُعدَّلُ للقانونِ المُعدَّلِ للأحكامِ المُتعلِّقةِ بالأموالِ غيرِ المنقولةِ، رقم (٣٨)، لعام ٢٠٠٢. أتى هذا القانونُ على تعديلِ جوهرِيٍّ في أحكامِ الشُّفْعَةِ، وذلك بإلغاءِ حقِّ الشُّفْعَةِ للخليطِ في حقِّ المبيعِ وللجارِ المُلاصِقِ. كما جاءَ على تعديلِ إجرائيٍّ حينَ هبطَ بمُدَّةِ السقوطِ المانعِ من سماعِ دعوى الشُّفْعَةِ إلى ثلاثةِ أشهرٍ بعدَ أن كانتِ سِتَّةَ أشهرٍ.

(٣) تجدرُ الإشارةُ، هنا، إلى أنَّ تنظيمَ المُشرِّعِ لِحَقِّ الشُّفْعَةِ جاءَ مُتأثراً وبشكلٍ واضحٍ بأحكامِ الفقهِ الإسلاميِّ، الذي اعتنى بشكلٍ كبيرٍ ببسطِ أحكامِهِ. مع مُراعاةِ أنَّ الفقهَ الإسلاميَّ لا يعرفُ حقَّ الأفضليَّةِ؛ ولعلَّ هذا هو الذي يُفسِّرُ تأخُّرَ المُشرِّعِ الأردنيِّ في تبنِّيِ أحكامِ خاصَّةٍ ناظمةٍ لِحَقِّ الأفضليَّةِ. يُضافُ إلى ذلك، إنَّ ملكيَّةِ الطوابقِ والشُّقِّ لم تكنِ معروفةً على نطاقٍ واسعٍ في المجتمعِ الأردنيِّ قبلَ صدورِ قانونِ ملكيَّةِ الطوابقِ والشُّقِّ.

(٤) (م ١١/٢٢٣/ ملكيَّةِ عقاريَّة).

ومن هنا، نلاحظُ أنَّ تملكِ الحصةِ الشائعةِ المبيعةِ في إطارِ ملكيَّةِ بناءٍ أو طابقٍ أو شقَّةٍ، مملوكٍ على الشيوعِ، كانتْ تخضعُ حتَّى نفاذِ قانونِ ملكيَّةِ الطوابقِ والشققِ إلى أحكامِ الشفعةِ.

بيدَ أنَّ التنظيمَ الأهمَّ والأوسعَ الذي تبناه المُشرِّعُ الأردنيُّ لحقِّ الشفعةِ كانَ من خلالِ المدونةِ المدنيَّةِ (المواد: ١١٥٠ - ١١٦٧). حيثُ أتى المُشرِّعُ على وضعِ تنظيمٍ قانونيٍّ شاملٍ لحقِّ الشفعةِ، دونَ أنْ يأتيَ بكلمةٍ على حقِّ الأفضليَّةِ؛ ممَّا يُستفادُ منه رغبةُ المُشرِّعِ في الإبقاءِ على الأحكامِ النازمةِ لحقِّ الأفضليَّةِ كما جاءتْ في قانونِ ملكيَّةِ الطوابقِ والشققِ، لعام ١٩٦٨.

وبقيَ الوضعُ التشريعيُّ على هذهِ الحالِ إلى أنْ صدرَ قانونُ الملكيَّةِ العقاريَّةِ، لعام ٢٠١٩، الذي أثارَ بدورهَ الإبقاءَ على نظامي الشفعةِ والأفضليَّةِ. حيثُ أفردَ واضعُه المادةَ (١٤) منه لمعالجةِ أحكامِ الشفعةِ، وخصَّصَ الموادَ (١٢٤ - ١٢٧) لبسطِ أحكامِ حقِّ الأفضليَّةِ. وقد كانَ المأمولُ أنْ يعمدَ قانونُ الملكيَّةِ العقاريَّةِ إلى إلغاءِ حقِّ الأفضليَّةِ والحاقيهِ بحقِّ الشفعةِ، غيرَ أنَّه فضَّلَ الإبقاءَ على كلا الحقيَّينِ.

والملاحظُ على التطوُّرِ التشريعيِّ لحقِّ الشفعةِ هو سعيُ المُشرِّعِ الحثيثُ والدؤوبُ على التضييقِ من نطاقِ حقِّ الشفعةِ؛ بالنظرِ إلى كونهِ حقًّا استثنائيًّا.^(١)

○ المبحثُ الأوَّلُ: الأحكامُ القانونيَّةُ المُشتركةُ بينَ حقي الشفعةِ والأفضليَّةِ

يشاركُ حقُّ الشفعةِ والأفضليَّةِ في كثيرٍ من الأحكامِ القانونيَّةِ، بعضها مُتطابقٌ تمامًا في كلا النظامينِ، ومن ثَمَّ، يُمكنُ ببُسرٍ مدُّ تلكمِ الأحكامِ الواردةِ في حقِّ الشفعةِ وتطبيقها على حقِّ الأفضليَّةِ، على نحوِ يُفضي إلى الاستغناءِ عمَّا وردَ في حقِّ الأفضليَّةِ بهذا الشأنِ (المطلبُ الأوَّلُ). وثمةُ جزءٌ آخرٌ من هذهِ الأحكامِ يتشابهُ فيه النظامانِ بشكلٍ كبيرٍ جدًّا، مع وجودِ بعضِ الاختلافاتِ الطفيفةِ فيما بينهما. وهذا الجزءُ من الأحكامِ القانونيَّةِ المُتقاربةِ يُمكنُ تهذيبه وإخراجه بصورةٍ أمثلٍ، بما يتواءمُ والحكمةَ التشريعيَّةَ المُبتغاةَ من تقنينِ حقي الشفعةِ والأفضليَّةِ، وإخضاعُ كلا النظامينِ، بالتالي، لهذهِ الأحكامِ القانونيَّةِ المُوحَّدةِ بعدَ تهذيبها (المطلبُ الثاني).

• المطلبُ الأوَّلُ: أحكامُ قانونيَّةُ مُتطابقةٌ بينَ حقي الشفعةِ والأفضليَّةِ

ثمةُ أحكامٌ قانونيَّةُ مُشتركةٌ يلتقي فيها كُلُّ من حقي الشفعةِ والأفضليَّةِ. ونأتي فيما يلي على عرضٍ مُوجزٍ لأهمِ هذهِ الأحكامِ المُشتركةِ.

أولًا: كلاهما يردُّ على عقارٍ مملوكٍ على الشيوعِ: يردُّ حقُّ الشفعةِ والأفضليَّةِ على العقاراتِ المملوكةِ على الشيوعِ (م ١٤/أ؛ ١٢٤/أ) ملكيَّةِ عقاريَّةِ).

(١) دُهنِي، عبد السلام (١٩٢٦). في الأموال، ج ٢، بدون رقمِ طبعةٍ، مصر، مطبعة الاعتماد، ف ٤٥٩، ص ٦٥٣.

ثانياً: كلاهما لا يُمارَس إلا من قِبَل المالك: لا يجري الأخذُ بحقِّ الشُّفعةِ إلا من قِبَل المالكِ، فقد عمدتِ الفقرةُ الأولى من المادةِ (١١٥١ مدني) على النصِّ صراحةً على جعلِ الأخذِ بالشُّفعةِ محصوراً في شخصِ الشريكِ على الشُّبوحِ، حيثُ تقولُ: "يُثبتُ الحقُّ في الشُّفعةِ: ١ - للشريكِ في نفسِ المبيعِ"^(١). كما تنصُّ المادةُ (١١٥٧ مدني)، على أنَّه: "يُشترطُ في العقارِ المشفوعِ به أن يكونَ مملوكاً للشُّفيعِ وقتَ شراءِ العقارِ المشفوعِ". والفكرةُ ذاتها يُوكِّدُها واضعُ قانونِ المِلْكِيَّةِ العقاريَّةِ، حيثُ تنصُّ الفقرةُ الأولى من المادةِ (١٤)، على أنَّه: "لا يُمارَسُ حقُّ الشُّفعةِ إلا من الشريكِ في العقارِ". ولا شكَّ أنَّ الشريكَ هو المالكُ على الشُّبوحِ. ويبتني على ذلك، أنَّه لا يجوزُ الأخذُ بحقِّ الشُّفعةِ من قِبَل صاحبِ حقِّ مُتفرِّعٍ عن حقِّ المِلْكِيَّةِ، كصاحبِ حقِّ انتفاعٍ أو حقِّ استعمالٍ.^(٢)

وما يصدُقُ على حقِّ الشُّفعةِ يصدُقُ على حقِّ الأفضليَّةِ، حيثُ جاءَ في الفقرةُ الأولى من المادةِ (١٢٤) ملكيَّةِ عقاريَّة): "أ - للشريكِ في ملكيَّةِ بناءٍ، أو طابقٍ، أو شقَّةٍ، مُسجَّلةٍ بمقتضى أحكامِ هذا الفصلِ، حقُّ أفضليَّةٍ في شراءِ أيِّ حصَّةٍ شائعةٍ فيها يُرادُ بيعُها...". ويُلاحظُ على هذا النصِّ أنَّ المُشرِّعَ صدَّره بعبارةٍ "للشريكِ"، للدلالةِ على أنَّ حقَّ الأفضليَّةِ لا يُمارَسُ إلا من قِبَل المالكِ (الشريكِ).

ثالثاً: كلاهما لا يقبلُ التجزئة: في حالِ تعدُّدِ الشُّفعاءِ أو أصحابِ حقِّ الأفضليَّةِ، وجبَ على كُلِّ واحدٍ منهم أن يطلبَ تملُّكَ الحصَّةِ المبيعةِ كاملةً، تحتَ طائلةِ سُقوطِ حقِّه^(٣)؛ وذلك منعاً للإضرارِ بالمُشتري بتفريقِ الصفةِ عليه^(٤). ويُستثنى من ذلك الحالةُ التي يتحدُّ فيها البائعُ ويتعدَّدُ فيها المُشترون، فللشُّفيعِ، هنا، أن يأخذَ نصيبَ بعضهم ويتركَ الباقي^(٥).

رابعاً: قبُولُ دعوى الشُّفعةِ دونَ التقيدِ بإجراءاتِ المُواثبةِ والتقريرِ والإشهادِ^(٦): تنصُّ الفقرةُ الخامسةُ من المادةِ (١٤ ملكيَّةِ عقاريَّة)، على أنَّه: "تُقبَلُ دعوى الشُّفعةِ دونَ التقيدِ بإجراءاتِ المُواثبةِ والتقريرِ والإشهادِ". والذي يظهرُ لنا أنَّ هذا الحُكمَ واجبُ الإلغاءِ؛ إذ هو من قبيلِ التزْييدِ. وإيضاحاً لذلك نقولُ: إنَّ طلبَ الشُّفعةِ في الفقهِ الإسلاميِّ كانَ يجري على النحوِ الآتي: أولاً: أن يطلبَ الشُّفيعُ الشُّفعةَ فوراً عندَ علمه بالبيعِ والمبيعِ والتمنُّ المُشتري، سواءً أعلِمَ بذلك عَقِبَ العقدِ مُباشرةً أم بعده بسنين. وهذا الطلبُ فورَ العلمِ يُسمَّى بـ "طلبِ

(١) والصوابُ قولُه: "في المبيعِ نفسه".

(٢) الجندي، مُحمَّد، الشُّفعةُ في القانونِ المدنيِّ الأردنيِّ... (القسمُ الأوَّل)، مرجعٌ سابقٌ، ف٩٧، ص٢٢٣.

(٣) (م/١٢٦ أ) ملكيَّةِ عقاريَّة؛ (م/١١٦٠ مدني)، تُقابلُها المادتين (١٣٥، ١٣٨) مُرشِدُ الحيران).

تمييزِ حقوقِ (هـ). (ع. ٢٠٠٥/٧٥٤، تاريخُ الفصلِ: ٢٠٠٥/١١/٢١، منشوراتِ قسطاس؛ تمييزِ حقوقِ ٢٠٢١/٤٤٥٢، تاريخُ الفصلِ: ٢٠٢١/١١/٨، منشوراتِ قسطاس.

(٤) البشير، مُحمَّد وطه، غني (بدونِ سنةٍ نشرٍ). الحقوقِ العينيَّةِ: الحقوقِ العينيَّةِ الأصليَّةِ؛ الحقوقِ العينيَّةِ التبعيَّةِ، بدونِ رقمِ طبعةٍ، العراق، وزارةُ التعليمِ العاليِ والبحثِ العلميِّ، ف١٦٥، ص١٧٧ - ١٧٨.

(٥) تمييزِ حقوقِ ١٩٩٩/٣٢٤، تاريخُ الفصلِ: ١٩٩٩/١٠/٦، منشوراتِ قسطاس.

(٦) وطبيعيُّ ألا يأتي المُشرِّعُ بنصِّ مُماثلٍ لهذا النصِّ في إطارِ الأحكامِ النازمةِ لحقِّ الأفضليَّةِ؛ فهذا الأخيرُ يعودُ في أصله التاريخيِّ إلى التشريعِ الفرنسيِّ.

المؤاتبة^(١). وصيغته تكون بكل ما يدل على إظهار رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، كقوله: إني أطلب الشفعة، أو لا أترك حقّي في الشفعة، ونحوها. ثانيًا: طلب التقرير (والإشهاد): حيث يجب على الشفيع للمحافظة على حقه في الشفعة أن يعود إلى طلبها مرةً أخرى، عند العقار المبيع أو عند المشتري أو عند البائع (إذا كان العقار لا يزال في يده). ويجب على طالب الشفعة أن يشهد على طلبه هذا وجوبًا؛ لكي يتقرّر حقه، ويمتثل الإشهاد على هذا الطلب عند حصوله بينةً للشفيع عند إنكار طلبه. وحتى يكون طلب التقرير معتبرًا يلزم حصوله حال تمكن الشفيع منه (أي على الفور، لا التراخي) وإلا سقط حقه. وصيغته تقع بكل ما يدل على التمسك بالشفعة، كقوله: علمت أن فلانًا باع كذا لفلانٍ ولي حقُّ أخذه بالشفعة، وقد طلبته عند العلم وأطلبه الآن. ثالثًا: الخصومة: إذا أتى الشفيع الطالبين السابقين ولم يُعارضه المشتري وسلّمه المبيع، فقد تمت الشفعة له، وتملك العقار المشفوع فيه بالتراضي. أمّا إن عارض المشتري في ذلك وجب على الشفيع طلب الأخذ بالشفعة عن طريق القضاء.^(٢)

ويربط هذه الإجراءات مع التطور التشريعي لحق الشفعة نلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية كانت قد نصت على هذين الطلبين (طلب المؤاتبة وطلب التقرير والإشهاد^(٣)) (المواد: ١٠٢٨ - ١٠٣٤)، وكانت المجلة وقتئذٍ منسجمةً مع نفسها، بالنظر إلى عدم تبيّنها مدة سقوط تبدأ بالنفاذ من تاريخ إبرام عقد البيع، وإنما أناطت المدد لهذين الطلبين بمدد مرور زمان تبدأ بالنفاذ من تاريخ العلم بالبيع (ر المواد: ١٠٢٩؛ ١٠٣٢؛ ١٠٣٣؛ ١٠٣٤). ثم صدر القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (٥١)، لعام ١٩٥٨، واشترط لصحة قبول دعوى الشفعة وجوب رفعها خلال سنةٍ أشهرٍ من تاريخ تسجيل عقد البيع (م ١/٢/أ)، بدون أن يأتي بالنص على هذين الطلبين، وهو في حينها كان منسجمًا مع نفسه، أيضًا؛ لربطه رفع دعوى الشفعة بمدد سقوط. وبقي الحال كذلك إلى أن صدر القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة المعدل رقم (٩٨)، لعام ١٩٦٦، وأضاف إلى المادة الثانية فقرةً جديدةً تنص على أنه: "تقبل دعوى الشفعة دون التقيد بإجراءات المؤاتبة والتقرير والإشهاد"، وذلك دون أي ضرورةٍ تشريعيةٍ تقتضي ذلك. وحين صدر القانون المدني

(١) وذلك لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - "إنما الشفعة لمن وثبها"، أي أسرع إلى طلبها. ولذا سُمي هذا الطلب بطلب المؤاتبة. الخفيف، علي (٢٠١٣). الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية: معناها؛ أنواعها؛ عناصرها؛ خواصها؛ قيودها، بدون رقم طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي، ص ٢٨٨.

والحديث الشريف أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (كتاب البيوع؛ باب الشفيع بأذن قيل البيع وكم وقتها؛ ١٤٤٠٦)، من حديث شريح القاضي - رضي الله عنه.

(٢) ر هذه الإجراءات تفصيلًا: الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الإسلامية... مرجع سابق، ص ٢٨٧ - ٢٩٣؛ زيدان، عبد الكريم، (بدون سنة نشر). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط ٧، بدون دار نشر، ف ٣٠٨، ص ٢٧٨ - ٢٨٠.

(٣) "طلب المؤاتبة هو أن يُبادر الشفيع بطلب الشفعة فورًا في مجلس علمه بالبيع والمشتري والتمن" (م ١١٨ مرشد الحيران). أمّا طلب التقرير والإشهاد فهو "أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده؛ أو على المشتري، وإن لم يكن العقار في يده؛ أو عند المبيع، بأنّه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن..." (م ١١٩ مرشد الحيران).

رقم (٤٣)، لعام ١٩٧٦، نلاحظ أنه نظّم أحكام الشفعة، بما في ذلك المدد التي يجب ممارستها دعوى الشفعة خلالها (م ١١٦٢)، بدون أن تتم الإشارة إلى هذين الطلبين، وهذا عين الصواب^(١).

أما وأنّ المشرّع ألزم الشفيع بطلب الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه، وتسعين يوماً من تاريخ التسجيل (م ١٤/ب؛ ج ملكية عقارية)، فإنّ تحديد المشرّع للمدد التي يجب أن يمارس فيها حق الشفعة لا يستقيم معه النص على هذين الطلبين؛ ولم يعد، بالتالي، ثمّة ما يسوّغ الإبقاء على هذين الطلبين. فقد لاحظنا أنّ طلب الموائبة يقع عند حصول العلم بالمبيع والتمن والمشتري، حتّى وإن حصل هذا العلم بعد سنين من إبرام العقد؛ فأضحى، بالتالي، هذان الطلبان لا يستقيمان مع خطة المشرّع بتقييد رفع دعوى الشفعة بمدة أقصاها تسعين يوماً (وهي مدة سقوط).

وبالمحصلة لم يتبق من إجراءات الأخذ بالشفعة كما جاءت في الفقه الإسلامي سوى طلب الخصومة^(٢). ومن ثمّ، فإنّ هذه الفقرة (م ١٤/هـ ملكية عقارية)، تُعدّ من قبيل التزديد الذي لا يضيف شيئاً؛ وأصول الصياغة التشريعية تحتم تنزّه المشرّع عن مثل هذا التزديد المذموم، لا سيّما وأنّ النص جاء بصيغة النفي.

• المطلوب الثاني: أحكام قانونية متقاربة بين حقي الشفعة والأفضلية

ثمّة بعض الأحكام القانونية التي يلتقي فيها كلٌّ من حقي الشفعة والأفضلية من حيث الأصل العام، مع وجود اختلافات طفيفة في إطار بعض الجزئيات. وهذه الأحكام هي على النحو الآتي:

أولاً: كلاهما يخضع للمدد ذاتها التي يجب أن تُرفع فيها دعوى تملك الحصّة المبيعة: أخضع المشرّع صراحةً حقي الشفعة والأفضلية للمدد عينها التي يجب أن تُرفع خلالها دعوى تملك الحصّة المبيعة بالشفعة أو الأفضلية - بحسب الحال - وهي ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك بالمبيع، وفي جميع الأحوال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل عقد البيع لدى مديرية تسجيل الأراضي (م ١٤/ب؛ ج^(٣)، م ٣/١٢٤^(٤) ملكية عقارية). وعلى الرغم من ذلك، فثمّة فارق جوهري بينهما فيما يختص بمدة الثلاثين يوماً، فهذه المدة في إطار حق الشفعة هي مدة مرور زمان مانع من سماع الدعوى (تقادم)^(٥)، فتخضع، بالتالي، لما تخضع له مدد مرور الزمان

(١) ر تفسير عدم اعتداد المشرّع لقبول دعوى الشفعة دون التقييد بإجراءات الموائبة والتقارير والإشهاد: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ٢، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، عمان، ٢٠٠٠، ص ٧٦٧.

(٢) سوار، محمد، الحقوق العينية الأصلية... مرجع سابق، ف ١٩٤، ص ١٩٠، حاشية (٦). تمييز حقوق ١٩٧٧/٢٤٤، تاريخ الفصل: ١٩٧٧/٨/٢٧، منشورات قسطاس.

(٣) (م ١٤/ب، ج ملكية عقارية).

(٤) (م ١٢٤/ج ملكية عقارية).

(٥) أمّا مدة التسعين يوماً فهي - خلافاً للمدة الثلاثين يوماً - مدة سقوط، لا مدة مرور زمان؛ حيث أغفل المشرّع الإشارة إلى قابلية هذه المدة للوقف عند وجود عدل مشروع، بل إنّ النص جاء قاطعاً في نفي مثل هذه القابلية، فهو يُقرّر بعبارة صريحة أنه "في جميع الأحوال لا تُسمع دعوى الشفعة بعد مرور (٩٠) يوماً من تاريخ تسجيل البيع في السجل العقاري"؛ ومن ثمّ، فإنّه يجب اعتبار ميعاد التسعين يوماً مدة سقوط لا مدة مرور زمان مانع من سماع الدعوى، فلا تخضع، بالتالي، للوقف أو الانقطاع. الجندي، محمد (١٩٨٥). الشفعة في القانون المدني

من قابليّة للوقف وللانقطاع (م ٤٥٧؛ ٤٦٠ مدني). وآية ذلك أنّ المُشْرِعَ يسمَحُ للشفيع برفع الدعوى بعد مُضيِّ هذه المُدَّةِ إذا كانَ تأخُّره يرجع لوجود عُذرٍ شرعيّ، ويقعُ على عاتقِ الشفيع إثباتُ هذا العُذرِ الشرعيّ. ومن هنا، إذا علمَ الشفيعُ بالبيع، بيّدَ أنّه لم يستطع رفعَ الدعوى خلالَ ثلاثينَ يوماً لعُذرٍ مقبولٍ، فإنَّ تأخُّره هذا لا يحرّمهُ من رفعِ الدعوى بعدَ فواتِ مُدَّةِ الثلاثينَ يوماً، شريطةً ألاّ يتجاوزَ تسعينَ يوماً من تاريخِ تسجيلِ البيعِ^(١). في حين، نلاحظُ أنّ مُدَّةَ الثلاثينَ يوماً هي مُدَّةُ سُقوطِ في إطارِ حقِّ الأفضليّة. ولعلَّ الأمثل، هنا، هو أنّ تكونَ هذه المُدَّةُ هي مُدَّةُ مُرورِ زمانٍ، لا مُدَّةُ سُقوطٍ. وبيّنتي على ذلك، مدُّ حُكمِ المادةِ (١٤/ب ملكيّة عقاريّة) وتطبيقهُ على حقِّ الأفضليّة. والسببُ في إيثارِ الحُكمِ الواردِ في حقِّ الشفيع، في هذا المقام، على ذلكم الواردِ في حقِّ الأفضليّة، هو أنّ مُدَّةَ الثلاثينَ يوماً تبدأ بالنفاذِ من تاريخِ علمِ الشفيع بتسجيلِ عقدِ البيعِ لدى دائرة الأراضي والمساحة، وقد يتأخَّرُ في رفعها لمعدرةٍ مشروعةٍ، ومُراعاةً لهذا المشقّةِ توسّعَ المُشْرِعُ، فقَرَّرَ أنّ الشفيعَ إذا ما تأخَّرَ في رفعِ دعوى الشفيع لتلبيسه بعُذرٍ مقبولٍ، فإنَّ تأخُّره هذا لا يحرّمهُ من رفعها بعدَ فواتِ مُدَّةِ الثلاثينَ يوماً، شريطةً ألاّ يتجاوزَ تسعينَ يوماً من تاريخِ تسجيلِ البيعِ. وهذا عدلٌ وأقربُ إلى رُوحِ القانونِ، ويجري وفقَ القاعدةِ الفقهيّةِ الكلّيّةِ القاضيّةِ بأنَّ "المشقة تجلبُ التيسيرَ" (م ١٧ مجلة)، وذلك رفعاً لما عساه قد يلحقُ به من ضررٍ^(٢).

ولا شكَّ أنّ هذا الفارقَ على درجةٍ كبيرةٍ من الأهميّة؛ وذلك لما بيّنَ مُدَدَ مُرورِ الزمانِ المانعِ من سماعِ الدعوى (التقادم) ومُدَدَ السُقوتِ من فوارقِ ذاتِ شأنٍ^(٣).

ثانياً: حظرُ التملكِ بالشفعة والأفضليّة في أحوالٍ مُعيّنة: تنصُّ الفقرةُ السادسةُ من المادةِ (١٤) ملكيّة عقاريّة)، على أنّه: "و - لا يُمارَسُ حقُّ الشفيعِ إذا: ١ - حصلَ البيعُ بالمزادِ العلنيّ وفقاً للإجراءاتِ المُحدّدةِ في هذا القانونِ. ٢ - حصلَ البيعُ بينَ الأصولِ والفروعِ أو بينَ الزوجينِ أو بينَ الأقاربِ حتّى الدرجةِ الرابعةِ، أو بينَ الأصهارِ حتّى الدرجةِ الثانيةِ. ٣ - كانَ العقارُ قد بيعَ ليكونَ محلّاً لعبادةٍ أو ليلحَقَ بمحلِّ عبادةٍ. ٤ -

الأردنيّ ومشروعُ المُعاملاتِ المدنيّةِ لدولةِ الإماراتِ العربيّةِ المُتّحدة - دراسةً مقارنةً مع القانونينِ المصريّ والعراقيّ - (القسمُ الثاني)، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، ٩ (٢)، ف ١٣٠، ص ٢٠٢.

(١) سوار، مُحمّد، الحقوق العينيّة الأصيليّة...، مرجع سابق، ف ١٩٤، ص ١٩٢؛ الجندي، مُحمّد، الشفيع في القانون المدني الأردني...، (القسمُ الثاني)، مرجع سابق، ف ١٢٩، ص ٢٠٠ - ٢٠١. تمييز حقوق ١٩٧٥/٣٤٧، تاريخ الفصل: ١٩٧٥/١/١، منشورات قسطاس.

(٢) يقولُ الشيخُ أحمد الزرقا - رحمه الله - وهو بصددِ شرحه لهذه القاعدة: "المشقة التي تجلبُ التيسيرَ سبعة أنواع: ... خامسها الجهل: وهو عدمُ العلمِ ممّن شأنه أن يعلمَ. وهو قد يجلبُ التيسيرَ. ومن تيسيراته: (أ) ما لو جهلَ الشفيعُ بالبيع، فإنّه يُعذَرُ في تأخيرِ طلبِ الشفيع". (٢٠١٢). شرحُ القواعدِ الفقهيّةِ، بقلمِ الشيخِ مُصطفى الزرقا، تنسيقٍ ومُراجعةٍ د. عبد الستار أبو غُدّة، ط ١٠، دمشق، دار القلم، ص ١٥٧ - ١٦٠. ر المعنى نفسه: عبد الكريم زيدان، (٢٠١٤). الوجيزُ في شرحِ القواعدِ الفقهيّةِ في الشريعة الإسلامية، ط ١، دمشق، دار الرسالة، ف ٨٠، ص ٦٧.

(٣) ر مواطن الاختلاف بين مُدَدَ مُرورِ الزمانِ (التقادم) ومُدَدَ السُقوتِ: السنهوري، عبد الرزاق (بدون سنةٍ نشرٍ). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٣، نظريّة الالتزام بوجه عام: الأوصاف؛ الحوالة؛ الانقضاء؛ بدون رقم طبعه وبدون دار نشرٍ، ف ٥٩٢؛ ٥٩٤، ص ٩٩٦ - ٩٩٧؛ ١٠٠٠ - ١٠٠٢.

ز، أيضاً: تمييز حقوق ٢٠٠٦/٥٥٩، تاريخ الفصل: ٢٠٠٦/٣/٣٠، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق ٢٠١٣/١٦٣٢، تاريخ الفصل: ٢٠١٣/٨/٢٢، منشورات قسطاس.

حصلَ التفويضُ من الدولة. ٥ - حصلَ البيعُ من مؤسَّسة الإسكانِ إلى أحدِ المُنتفعينَ من مشاريعها، أو من جمعية إسكانٍ إلى أحدِ أعضائها، أو من جمعياتِ القُوَّاتِ المسلَّحةِ الأردنيَّةِ أو الأجهزةِ الأمنيَّةِ وصناديقها إلى أحدِ ضباطِها أو أفرادِها". كما وتتصُّ الفقرةُ الثانيَّةُ من المادةِ (١٢٤ ملكيَّة عقاريَّة)، على أنَّه: "لا تُسمَعُ دعوى الأفضليَّةِ إذا وقعَ البيعُ بينَ الأصولِ والفروعِ؛ أو بينَ الزوجينِ؛ أو بينَ الإخوةِ أو بينهم وبينَ فروعهم حتَّى الدرجةِ الثالثة^(١)".

يُستفادُ من هذينِ النصِّينِ أنَّه يُمتنعُ الأخذُ بحقِّ الشُّفعةِ أو الأفضليَّةِ في حالِ وقعَ البيعُ بينَ الأصولِ والفروعِ، أو بينَ الزوجينِ. بيدَ أنَّ المُشرعَ توسَّعَ في إطارِ الشُّفعةِ فيما يخصُّ الأقاربَ، فجعلَ المنعَ يمتدُّ في حالِ تمَّ البيعُ بينَ الأقاربِ حتَّى الدرجةِ الرابعةِ، وكذا، جعلَ الأصهارَ حتَّى الدرجةِ الثانيَّةِ يفيدونَ من هذا الاستثناءِ. في حينِ قصرَ المُشرعُ هذا الاستثناءَ في إطارِ الأفضليَّةِ على البيعِ الذي يقعُ بينَ الأقاربِ حتَّى الدرجةِ الثالثةِ، وحرَمَ الأصهارَ مُطلقاً من الإفادَةِ من هذا الاستثناءِ. ونرى أنَّ الأمثلَ هو الإبقاءُ على نصِّ المادةِ (١٤/و/٢ ملكيَّة العقاريَّة)، وجعلُ حكمِها يشملُ حقَّ الأفضليَّةِ؛ وذلك لما يتمنَّعُ به هذا النصُّ من صبغةِ اجتماعيَّةِ إنسانيَّةِ ينبغي ألاَّ ينسلخَ عنها القانونُ، لا سيَّما وأنَّ الحكمةَ التي أوجدتِ الاستثناءاتِ التي أتتِ عليها المُشرعُ في أحكامِ الشُّفعةِ، هي أنَّ البيعَ في مثلِ هذهِ الأحوالِ، غالباً ما يتمُّ على نحوٍ خاصٍّ، تُراعى فيه روابطُ القرابةِ والمُصاهرةِ؛ فيقعُ البيعُ على نحوٍ مُعيَّنٍ لمثلِ هؤلاءِ الأشخاصِ دونَ غيرهم^(٢)، وهذهِ الحكمةُ كما هي ماثلةٌ في حقِّ الشُّفعةِ لا شكَّ أنَّها ماثلةٌ، أيضاً، في إطارِ حقِّ الأفضليَّةِ.

أمَّا بالنسبةِ إلى الأحوالِ الأخرى التي أتتِ عليها المُشرعُ في إطارِ المادةِ (١٤/و/٢ ملكيَّة عقاريَّة) فيمكنُ بيُسْرٍ بسطُها لتطبَّقَ على حقِّ الأفضليَّةِ، لما فيها من مصلحةٍ عامَّةٍ واجبةٍ الرعايَةِ، جرياً مع القاعدةِ الفقهيَّةِ القاضيَّةِ بأنَّه: "يُدفعُ الضررُ العامُّ بالضررِ الخاصِّ، والأشدُّ بالأخفِّ" (م ٦٥ مدني).

٥ المبحثُ الثاني: الأحكامُ القانونيَّةُ المتباينةُ بينَ حقِّي الشُّفعةِ والأفضليَّةِ

إنَّ المصدرَ التاريخيَّ الذي استقيتُ من أحكامِ الشُّفعةِ هو الشريعةُ الإسلاميَّةُ^(٣)، خلافاً لحقِّ الأفضليَّةِ الذي يجدُ أساسه التاريخيَّ في التشريعِ الفرنسيِّ. وهذا الاختلافُ في المصدرِ التاريخيِّ انعكسَ أثره على التنظيمِ التشريعيِّ لهذينِ الحقِّينِ، سواءً أكانَ ذلكَ من جهةِ بعضِ المسائلِ الموضوعيَّةِ (المطلبُ الأوَّل)؛ أم من جهةِ بعضِ المسائلِ الشكليَّةِ الإجرائيَّةِ (المطلبُ الثاني).

• المطلبُ الأوَّل: الاختلافُ بينَ حقِّي الشُّفعةِ والأفضليَّةِ في إطارِ المسائلِ الموضوعيَّةِ

(١) ظاهرٌ ما استمَّ به هذا الاستثناءُ من اطنابِ، وكانَ حَسْبُ المُشرعِ أن يقولَ: "أو بينَ الأقاربِ حتَّى الدرجةِ الثالثةِ". فقصِدُ المُشرعِ هو منعُ الأخذِ بالأفضليَّةِ بينَ الأقاربِ حتَّى الدرجةِ الثالثةِ، ودرجةُ القرابةِ هذه لا شكَّ أنَّها تشملُ الإخوةَ وأبناءَ إخوانهم.

(٢) سوار، مُحمَّد، الحقوقُ العينيَّةُ الأصليَّةُ...، مرجعُ سابق، ف١٨٦، ص١٨١؛ الصدَّه، عبد المُنعِم، الحقوقُ العينيَّةُ الأصليَّةُ...، مرجعُ سابق، ف٢٥٧، ص٤٠٠ - ٤٠١.

(٣) الخفيف، علي، الملكيَّةُ في الشريعةِ الإسلاميَّةِ...، مرجعُ سابق، ص٢٦٦.

يختلف حقُّ الشُّفْعَةِ عن حقِّ الأفضليَّةِ في عددٍ من المسائلِ الموضوعيَّةِ، نأتي فيما يلي على بسطِ أبرزِ هذه المسائلِ.

■ أولاً: الاختلافُ من حيثُ محلُّ الحقِّ

يختلفُ حقُّ الشُّفْعَةِ عن حقِّ الأفضليَّةِ من جهةِ المحلِّ الذي يردُّ عليه كُلُّ منهما. فحقُّ الشُّفْعَةِ يجري في العقاراتِ المملوكَةِ على الشُّيُوعِ. تُقرِّرُ الفقرةُ الأولى من المادةِ (١٤ ملكيَّة عقاريَّة)، أنَّه: "لا يُمارَسُ حقُّ الشُّفْعَةِ إلاَّ من الشريكِ في العقارِ".

وفي المقابلِ، فإنَّ حقَّ الأفضليَّةِ يجري، حصراً، في الأبنيةِ أو الطوابقِ أو الشُّفُقِ، المملوكَةِ على الشُّيُوعِ^(١). تتصُّ الفقرةُ الأولى من المادةِ (١٢٤ ملكيَّة عقاريَّة)، على أنَّه: "أ - للشريكِ في ملكيَّة بناءٍ، أو طابقٍ، أو شقَّةٍ، مُسجَّلةٍ بمقتضى أحكامِ هذا الفصلِ، حقُّ أفضليَّةٍ في شراءِ أيِّ حصَّةٍ شائعةٍ فيها يَراَدُ بيعُها بالتراضيِ إلى شخصٍ من غيرِ الشركاءِ فيه، ولا تُطبَّقُ على هذه العقاراتِ الأحكامُ المُتعلِّقةُ بالشُّفْعَةِ وبحقِّ الرُّجْحَانِ^(٢) أو أيِّ^(٣) حقٍّ آخرٍ مُماثِلٍ".

وتمثِّلُ هذه المسألةُ نقطةَ الخلافِ الرئيسيَّةِ بينَ حقِّي الشُّفْعَةِ والأفضليَّةِ. والذي يظهرُ أنَّ بالوسعِ إجراءَ نظامِ الشُّفْعَةِ على الأبنيةِ والطوابقِ والشُّفُقِ المملوكَةِ على الشُّيُوعِ، ويُعزِّزُ وجهةَ النظرِ هذه أكثرُ من سندي: أ - المصدرُ التاريخيُّ: إنَّ المصدرَ التاريخيَّ الذي استقى منه المُشرِّعُ الأحكامَ النازمةَ لحقِّ الشُّفْعَةِ يرجعُ إلى الشريعةِ الإسلاميَّةِ الغزَّاءِ، والشريعةِ الإسلاميَّةِ لا تُفرِّقُ في إطارِ حقِّ الشُّفْعَةِ بينَ عقارٍ مملوكٍ على الشُّيُوعِ وبناءٍ مملوكٍ على الشُّيُوعِ، حيثُ تُخضعُها جميعاً لأحكامِ الشُّفْعَةِ^(٤).

(١) تمييز حقوق ١٩٨٨/٧٧٠، تاريخ الفصل: ١٩٨٨/٩/٢٥، منشورات قسطاس.

(٢) كان حريّاً بالمُشرِّعِ حذفُ هذه العبارةِ (حقِّ الرُّجْحَانِ) أو ما يُسمَّى بحقِّ الأولويَّةِ؛ فحقُّ الرُّجْحَانِ (الأولويَّةِ) يُقابلُ حقَّ الشُّفْعَةِ، وهو يجري في الأراضيِ الأميريَّةِ، خلافاً للشُّفْعَةِ التي تجري في العقاراتِ المملوكَةِ. والسببُ في ذلك هو أنَّ المُشرِّعَ عمدَ إلى إلغاءِ "حقِّ الأولويَّةِ" (الرُّجْحَانِ)، وأخضع، بالتالي، الأراضيِ الأميريَّةِ لأحكامِ الأراضيِ المملوكَةِ. والشُّفْعَةُ، يقيناً، من بينها (م/٨ ملكيَّة عقاريَّة). رَ الفرقُ بينَ حقِّ الشُّفْعَةِ وحقِّ الرُّجْحَانِ: المرُ، دعبيس (١٩٢٣). أحكامُ الأراضيِ المُتَّبعةِ في البلادِ العربيَّةِ المُنفصلةِ عن السلطنةِ العثمانيَّةِ، ج ١، بدون رقم طبعه، القدس الشريف، مطبعة بيت المقدس، ص ١١٩ وما بعدها.

ويبدو أنَّ هذه العبارةِ (حقِّ الرُّجْحَانِ) قد تسرَّبتْ إلى قانونِ ملكيَّةِ العقاريَّةِ (م/١٢٤ أ) من المادةِ (١١) من قانونِ ملكيَّةِ الطوابقِ والشُّفُقِ، رقم (٢٥)، لعام ١٩٦٨، وتعديلاته، التي كانتْ تجري على النحو الآتي: "لا تُطبَّقُ على العقاراتِ المُسجَّلةِ بمقتضى هذا القانونِ الأحكامُ المُتعلِّقةُ بالشُّفْعَةِ وبحقِّ الرُّجْحَانِ أو بأيِّ حقٍّ آخرٍ مُماثِلٍ". حيثُ عمدَ المُشرِّعُ إلى نقلِ هذا النصِّ دونَ أنْ يتنبَّهَ إلى وجوبِ حذفِ عبارةِ "حقِّ الرُّجْحَانِ". والصوابُ قولُه: "بأيِّ".

(٤) رَ هذا المعنى مُجملاً: الخفيف، علي، ملكيَّة في الشريعة الإسلامية... مرجع سابق، ص ٢٦٦ - ٢٦٧؛ مرشدُ الحيرانِ إلى معرفةِ أحوالِ الإنسانِ في المُعاملاتِ الشرعيَّةِ على مذهبِ الإمامِ الأعظمِ أبي حنيفةِ النُّعمانِ مُلائماً لسائرِ الأقطارِ الإسلاميَّةِ، مُحمَّدُ قدرِي باشا (٢٠١١). شرح ودراسة وتحقيق مركز الدراساتِ الفقهيَّةِ والاقتصاديَّةِ، بإشرافِ: د. مُحمَّدُ أحمد سراج؛ د. أحمد جابر بدران، ج ١، ط ١، القاهرة، دار السلام، ص ٣٢٩، حاشية (٣).

ب - **السند التاريخي**: فكما تمّ بسطه في توطئة هذه الدراسة، فإنّ الأبنية والطوابق والشقق المملوكة على الشيوع كانت تخضع حتّى صدور قانون ملكية الطوابق والشقق، رقم (٢٥)، لعام ١٩٦٨، لأحكام الشفعة التي تُمثّل الأصل في هذا الشأن، حين أنّ حقّ الأفضلية ما هو إلاّ استثناءً أو تطبيقاً لهذه الصورة من صور التملك الجبري في إطار الملكية العقارية الشائعة؛ فمن اليسير القول بالحق الاستثناء بحكم الأصل.

ج - **السند المنطقي**: يلتقي حقّ الشفعة والأفضلية في غاية تشريعية واحدة، وهي تجميع الملكية الشائعة والتقليل من حالة الشيوع. وطالما أنّ الغاية واحدة بينهما، فالأصل هو خضوعهما لنظام قانوني موحد.

■ ثانيًا: الاختلاف في حال البيع على أحد الشركاء

تنصّ الفقرة الأولى من المادة (١١٥١ مدني)، على أنّه: "يثبت الحق في الشفعة: ١ - للشريك في نفس المبيع". وهو ما يؤكّد عليه قانون الملكية العقارية، حيث تنصّ الفقرة الأولى من المادة (١٤ ملكية عقارية)، على أنّه: "لا يُمارس حقّ الشفعة إلاّ من الشريك في العقار".

يقرّر المشرّع من خلال هذين النصين ثبوت حقّ الشفعة للشريك المشتاع، سواء أتمّ البيع على أجنبي أم على أحد الشركاء في العقار الشائع^(١). فيكون المشرّع بذلك قد جعل علة الأخذ بالشفعة هي أصل الشركة في العقار، لا دفع ضرر دخول أجنبي (شريك السوء). فيثبت للشريك الأخذ بالشفعة بالنظر إلى كونه شريكًا، حتّى، وإنّ تمّ البيع على أحد الشركاء، لثبوت علة الحكم^(٢).

أمّا الحكمة من تقرير الشفعة فهي تجميع الملكية الشائعة، وتقليل عدد الشركاء، ما أمكن؛ باعتبار أنّ الملكية الشائعة أمر مرغوب عنه، فيسرّ المشرّع من سبل الخلوص منها، أو على الأقلّ بما يؤدي إلى الحد منها^(٣). وظاهر أنّ هذه الحكمة قد تُوجد في حال تمّ البيع على أجنبي، وتنتفي إنّ تمّ البيع على أحد الشركاء؛ ومع ذلك يبقى للشريك في هذه الحال الأخيرة حقّ الأخذ بالشفعة، لثبوت علة الحكم، وهي كونه شريكًا، ولا يُلتفت إلى انتفاء الحكمة؛ فالأحكام إنّما تدور مع عللها، لا مع حكّمها^(٤).

أمّا في إطار حقّ الأفضلية، فإنّ المشرّع لا يُجيز الأخذ بحقّ الأفضلية إذا ما تمّ البيع على أحد الشركاء، بل اشترط بعبارة صريحة، أن يتمّ البيع على أجنبي. تنصّ الفقرة الأولى من المادة (١٢٤ ملكية عقارية)، على أنّه: "أ - للشريك في ملكية بناء، أو طابق، أو شقّة، مُسجّلة بمقتضى أحكام هذا الفصل، حقّ أفضلية في شراء

(١) سوار، مُحمّد، الحقوق العينية الأصلية... مرجع سابق، ف١٧٤، ص ١٧٠.

وتأكيدًا لذلك فقد استقرّ قضاء محكمة التمييز على منح الشريك حقّ تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة في حال تمّ البيع على أحد الشركاء. ر، مثلاً: تمييز حقوق ١٩٧٤/٣٤٦، تاريخ الفصل: ١٩٧٤/١١/٣٠، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق ٢٠١٨/٣٠٦٨، تاريخ الفصل: ٢٠١٨/٧/٢٦، منشورات قسطاس.

(٢) تمييز حقوق ١٩٨٢/٤٥٠، تاريخ الفصل: ١٩٨٢/٨/٧، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق (ه.ع.) ٢٠٠٣/٤٢٠٥، تاريخ الفصل: ٢٠٠٤/٥/٢٠، منشورات قسطاس.

(٣) ر قريبًا من هذه المعاني: البشير، مُحمّد وطه، غني، الحقوق العينية... مرجع سابق، ف١٦٢، ص ١٧٧.

(٤) ر قريبًا من هذه المعاني: مُرسي، مُحمّد، الأموال، مرجع سابق، ف٧٥٢، ص ٤٥٥ - ٤٥٦.

أَيَّ حَصَّةٍ شَائِعَةٍ فِيهَا يُرَادُ ببيعها بالتراضي إلى شخصٍ من غير الشركاء فيه، ولا تُطبَّق على هذه العقارات الأحكامُ المُتعلِّقَةُ بالشفعة وبحقِّ الرُّجحانِ أو أَيِّ حقٍّ آخَرَ مُمَاتِلٍ". وترتيباً على ذلك، فإنَّ عِلَّةَ الأخذِ بالأفضليَّةِ، ليسَ أصلُ الشركةِ كما في الشفعة، بل منعُ دُخولِ أجنبيٍّ بينَ الشركاءِ (شريكِ السُّوءِ)، وهذه العِلَّةُ تُفْضِي حتماً إلى تجميعِ المِلْكِيَّةِ الشائِعَةِ. وبيّنتي على ذلك، أَنَّهُ إِذَا مَا تَمَّ البِيعُ على أَحَدِ الشُّركاءِ، فلا أَفضليَّةَ، لِانْتِفَاءِ هذه العِلَّةِ. وفي المُقابِلِ، إِنْ تَمَّ البِيعُ على أَجنبيٍّ - حتَّى وَإِنْ كَانَ عَطَرَ السيرةَ، ولا يُخشى من شركته - فيُقبَى الأخذُ بالأفضليَّةِ قائماً، لِثبوتِ عِلَّتِهَا، حتَّى مع انتفاءِ حكمتها.^(١)

وظاهرٌ أَنَّ موقفَ المُشرِّعِ في إطارِ حقِّ الأفضليَّةِ يُفضَّلُ موقفه في إطارِ حقِّ الشفعة؛ وكان حقيقاً به أَنَّ يُقيِّمَ هذا الحكمَ في إطارِ حقِّ الشفعة، أيضاً؛ لِأَنَّ عِلَّةَ التملكِ بالأفضليَّةِ أَكثَرُ مُؤاممةً لطبيعةِ المِلْكِيَّةِ الشائِعَةِ، فالملكيَّةُ بطبيعتها تنفرُ من الشُّيوعِ، إذ هو عاملٌ يحولُ دونَ الإفادةِ من المالِ على نحوِ أَمَثَلٍ، ويُفْضِي إلى تعطيلِ الاستثمارِ؛ ممَّا ينعكسُ سلباً على الاقتصادِ الوطنيِّ. ولذا، ينبغي أَن تُوجَّهَ السياسةُ التشريعيَّةُ في هذا المضمارِ على نحوٍ يُحقِّقُ تجميعَ المِلْكِيَّةِ الشائِعَةِ، ولا شكَّ أَنَّ التقليلَ من عددِ الشركاءِ سبيلاً حسنً هنا. ومن ثمَّ، كانَ إقرارُ المُشرِّعِ التملكِ بالشفعةِ في حالِ كانَ المُشتريُّ هو شريكٌ مُشتاعٌ آخَرَ يُصَادِمُ هذه الغايةَ^(٢)، وفي المُقابِلِ، فإنَّ هذه الغايةَ نراها ماثلةً في حالِ ما تَمَّ البِيعُ على أَجنبيٍّ^(٣). وتُجملُ الإشارةُ هنا، إلى أَنَّ ثَمَّةَ رأياً في الفقهِ الإسلاميِّ يرى بعدمَ ثبوتِ الشفعةِ إِذَا كانَ المُشتريُّ هو أَحَدُ الشُّركاءِ^(٤).

(١) تُعرَّفُ عِلَّةُ الحكمِ بأنَّها: "الوصفُ الظاهرُ المُنضبطُ الذي بُنيَ عليه الحكمُ، ورُبطَ به وجوداً وعدمًا". أمَّا حكمَةُ الحكمِ فهي: "المصلحةُ من جلبِ نفعٍ أو دفعِ ضررٍ أرادَ الشارعُ تحقيقها بتشريعِ ذلك الحكمِ". و"الأحكامُ الشرعيَّةُ... إِنَّمَا شَرَعَتْ لمصلحةِ العبادِ في العاجلِ والآجلِ. وهذه المصلحةُ المقصودةُ إمَّا جلبُ منافعٍ لهم، وإمَّا دفعُ أضرارٍ ومفاسدٍ ورفعُ حرجٍ عنهم. فالمصلحةُ بوجهيها أو بشقيها هي الباعثُ الأصليُّ على التشريعِ، أمراً أو نهياً أو إباحةً". خِلافَ، عبد الوهَّابِ (بدونِ سَنَةِ نَشْرِ). علمُ أصولِ الفقهِ، ٨، الكويت، دار القلم، ص ٦٦؛ زيدان، عبد الكريم، (٢٠١٥). الوجيزُ في أصولِ الفقهِ، ط ١، دمشق، دار الرسالة، ف ١٨٨، ص ١٨٩ - ١٩١.

(٢) ويبدو أَنَّ هذا السببُ هو الذي دفعَ بالمُشرِّعِ المصريِّ إلى تحوُّله عن موقفه السابقِ في إطارِ قانونِ الشفعةِ، لعامِ ١٩٠١، الذي كانَ يُجيزُ الأخذَ بالشفعةِ، سواءً أتمَّ البِيعُ على شريكٍ أم على أَجنبيٍّ، وجعله قاصراً في حالِ تَمَّ البِيعُ على أَجنبيٍّ (م ٢/٩٣٦ مدني). تنصُّ الفقرةُ الأولى من المادةِ الأولى من قانونِ الشفعةِ (المُلغى) على أَنَّهُ: "يُثبتُ حقُّ الشفعةِ لمن يَأْتِي: أولاً: للشريكِ الذي له حصَّةٌ شائِعَةٌ في العقارِ المبيعِ". رَ شرحُ هذا النصِّ: مُرسي، مُحمَّد، الأموال، مرجعٌ سابقٌ، ف ٧٥٦، ص ٤٥٨.

(٣) حيثُ يقولُ الدكتورُ سوارُ مُنتَقِداً نصَّ الفقرةِ الأولى من المادةِ (١١٥١ مدني أردني): "أُطلقَ القانونُ المدنيُّ الأردنيُّ النصَّ، فلم يشترطَ أَن يكونَ المُشتريُّ أَجنبيًّا. ومن ثمَّ، يكونُ لصاحبِ الحصَّةِ الشائِعَةِ أَن يطلُبَ الحصَّةَ المبيعةَ بالشفعةِ، سواءً أَكانَ المُشتريُّ أَجنبيًّا أو شريكاً آخَرَ. ولقد كانَ قميّاً بالمُشرِّعِ الأردنيِّ أَن يشترطَ أَن يكونَ المُشتريُّ أَجنبيًّا، ذلك لِأَنَّ مُسَوِّغَ إقرارِ الشفعةِ - وهو جمعٌ ما تفرَّقَ من حقِّ المِلْكِيَّةِ - لا يتحقَّقُ بينَ شريكٍ على الشُّيوعِ وشريكٍ آخَرَ، فلا ينهضُ سبباً لها، إِذَا كانَ المُشتريُّ أَحَدَ الشُّركاءِ على الشُّيوعِ، حينَ أَنَّهُ يتحقَّقُ في البِيعِ لأجنبيٍّ". الحقوقُ العينيَّةُ الأصليَّةُ...، مرجعٌ سابقٌ، ف ١٧٤، ص ١٧٠.

هذا، وثَمَّةُ كثيرٌ من التشريعاتِ العربيَّةِ تُبَيِّنُ هذا الاتجاهَ: كالمُشرِّعِ المصريِّ؛ حيثُ تنصُّ الفقرةُ الثانيةُ من المادةِ (٩٣٦ مدني مصري)، على أَنَّهُ: "يُثبتُ الحقُّ في الشفعةِ... ب - للشريكِ في الشُّيوعِ؛ إِذَا بِنِعَ شيءٌ من العقارِ الشائعِ إلى أَجنبيٍّ". والمُشرِّعِ المغربيِّ (م ٩٧٤ التزاماتِ عقود)؛ والمُشرِّعِ اللبنانيِّ (م ٨٣٨ موجباتِ عقود)؛ والمُشرِّعِ الليبيِّ (م ٩٤٠ ب مدني)؛ والمُشرِّعِ الجزائريِّ (م ٧٩٥ مدني)؛ والمُشرِّعِ الكويتيِّ (م ١/٨٩٢)؛ والمُشرِّعِ الموريتانيِّ (م ٩١٢ التزاماتِ عقود)؛ والمُشرِّعِ البحرينيِّ (م ٨٦١/أ مدني)؛ والمُشرِّعِ اليمنيِّ (م ١١٩٦ مدني)؛ والمُشرِّعِ القطريِّ (م ٢/٩٢١ مدني)؛ والمُشرِّعِ الفلسطينيِّ (م ١/١٠٥٧ ب مدني).

(٤) الخفيف، علي، المِلْكِيَّةُ في الشريعةِ الإسلاميَّةِ...، مرجعٌ سابقٌ، ص ٢٧٣.

■ ثالثاً: الاختلاف في مقدار ما يتملكه الشفيع أو صاحب حق الأفضلية عند تراحم الشفعاء أو أصحاب حق الأفضلية

إذا تعدّد الشفعاء للحصة المبيعة فإنّها تُقسّم فيما بينهم وفق عدد الرؤوس، دون التفات إلى نسبة الحصص التي يملكها كل شفيع^(١). وهذا ما تأمّر به الفقرة الأولى من المادة (١١٥٣ مدني)، بقولها: "إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة، كانت الشفعة بينهم بالتساوي"^(٢).

بينما في إطار حق الأفضلية فإننا نلاحظ أنّه عند التراحم بين أصحاب حق الأفضلية، فإنّ الحصة المبيعة تُوزّع فيما بينهم وفق نسبة ما يملكه كل شريك. تنصّ الفقرة الثانية من المادة (١٢٦ ملكية عقارية)، على أنّه: "إذا تعدّد أصحاب حق الأفضلية أخذ به كل واحد منهم بنسبة الحصص التي يملكها، وإن أسقطه أحدهم انتقل حقه إلى البقية بالتساوي بينهم إضافة إلى حصص كل واحد منهم فيه".

ونرى أنّ الحكم الوارد في إطار حق الشفعة أولى بالإعمال والتقديم من ذلكم الوارد في إطار حق الأفضلية. بالنظر إلى أنّ الشفعة هي الأصل، والأفضلية فرع عنها وتطبيق لها، فالأولى هو الإبقاء على حكم الأصل وإلغاء حكم الفرع.

• **المطلب الثاني: الاختلاف بين حقي الشفعة والأفضلية في إطار المسائل الشكلية (الإجرائية)**
إضافة إلى الاختلاف بين حقي الشفعة والأفضلية في إطار بعض المسائل الموضوعية، ثمة، أيضاً، بعض الفوارق الإجرائية الطفيفة بينهما، وهي على النحو الآتي:

■ **أولاً: سقوط حق الأفضلية في حال عرض الشريك الذي ينوي بيع حصته على شركائه شراءها**
أتى المشرع عند تنظيمه لأحكام حق الأفضلية على رسم طريق مُبتسّر يحول دون الأخذ بحق الأفضلية مآلاً. وتتخصّص معالم هذه الطريق بأن يعمد الشريك الذي يرغب ببيع حصته (أو جزء منها) على أجنبيّ أنّ يعرض الحصة محلّ البيع على بقية الشركاء في البناء أو الطابق أو الشقّة - بحسب الحال - عن طريق إخطار رسميّ يُذكر فيه اسم المشتري وعنوانه والتمنّ المُتفق عليه^(٣)، فإذا لم يُبد أيّ من الشركاء رغبتهم بالشراء بالتمنّ والشروط المُتفق عليها سقط حَقهم في الأفضلية. أمّا في حال أعرب أحدهم عن رغبتهم بشراء الحصة بالتمنّ والشروط المُتفق عليها، فهنا، تُباع هذه الحصة له. حيث تنصّ المادة (١٢٥ ملكية عقارية)، على أنّه: "أ - يسقط حق الأفضلية في حال عرض الشريك، الذي ينوي بيع حصته، على شركائه شراءها بإخطار مُوجّه

(١) حيدر، علي، (١٩٩١). دُررُ الحُكّام شرحُ مجلّة الأحكام، ج٢، تعريب: فهمي الحسيني، ط١، بيروت، دار الجيل، ص٧٦٢؛ مُرشّد الحيران... ج١، مرجع سابق، ص٣٠٧ - ٣٠٨؛ ص٣٢٢ - ٣٢٤.

(٢) تمييز حقوق ١٩٧٤/٣٤٦، تاريخ الفصل: ١٩٧٤/١١/٣٠، منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق ٢٠١٦/١٥٧٣، تاريخ الفصل: ٢٠١٦/٨/٢٥، منشورات قسطاس.

(٣) تمييز حقوق ١٩٩٨/١٨٠، تاريخ الفصل: ١٩٩٨/٣/٢٣، منشورات قسطاس.

بوساطة الكاتب العدل يتضمّن اسم المشتري، وعنوانه، والتمنّ المُتَقَق عليه، وشروط البيع، ولم يقبل أيّ منهم شراءها بالتمن والشروط المذكورة خلال (١٠) عشرة أيام من تاريخ تبليغهم الإخطار. ب - إذا قبل أيّ من الشركاء شراء الحصّة بالتمن والشروط المذكورة في الإخطار، فعليه تبليغ الشريك الذي ينوي البيع، بوساطة الكاتب العدل، إخطارًا بقَبُوله الشراء، على أن تُستكمل مُعاملة البيع لدى مُديريّة التسجيل خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغ الشريك إخطارًا قبُول الشراء". وقد جعل المُشرّع هذه الطريق سبيلًا اختياريًا، لا إجباريًا، بالنسبة إلى الشريك الراغب بالبيع.

ولم يفْتِ المُشرّع النصّ على إقامة مسؤوليّة البائع في حال تمّ البيع بشروط أفضل من تلكم الواردة في الإخطار. حيث تنصّ المادة (١٢٧ ملكيّة عقاريّة)، على أنّه: "إذا ثبت للمحكمة أنّ الشراء قد تمّ بشروط أفضل من الشروط الواردة في الإخطار الذي تمّ تبليغه إلى الشركاء، يكون البائع مسؤولًا تجاه أصحاب حقّ الأفضليّة - دون حاجة إلى إنذار - عن تعويضهم عن العطل والضرر الذي لحق بهم من جرّاء ذلك، وبالمبلغ الذي تُقدّره المحكمة على ألاّ يقلّ مقداره عن (٤/١) رُبع قيمة الحصّة المُباعَة^(١) التي تُقدّرها المحكمة". وهذا مسلك حسن من قبل المُشرّع، يُعيّن على تقديم حلولٍ عمليّة تحوّل مآلًا دون المطالبة بحقّ الأفضليّة. وجليّ ما تزخر به هذه الآليّة من محاسن تستاهل معها أن تُطبّق، أيضًا، في إطار حقّ الشفعة.

■ ثانيًا: يمين الشفعة

إذا استطاع طالبُ الشفعة إثبات دعواه كان لزامًا على المحكمة، ومن تلقاء نفسها، ولو لم يطلب المشتري ذلك، أن تُحلّفه يمين الشفعة قبل إصدار حكمها^(٢)، حيث يحلف الشفيغ بأنّه: "لم يُسقط شفعتي بأيّ وجه من الوجوه"^(٣).

وإذا ما أصدرت المحكمة حكمًا بتمليك الشفيغ العقار المشفوع فيه دون أن تُحلّفه يمين الشفعة، فإنّ ذلك يُعدّ سببًا موجبًا لنقض الحكم^(٤).

في حين نلاحظ أنّ المُشرّع سكت عن إبراد حكمٍ مُماتلٍ في إطار حقّ الأفضليّة، فيحمل سكوتُه هذا على عدم اعتداده بهذه اليمين. ولا يُمكن القياس، هنا، على حقّ الشفعة؛ بدلالة الفقرة الأولى من المادة (١٢٤ ملكيّة عقاريّة)، التي تقضي بأنّ: "للشريك في ملكيّة بناء، أو طابق، أو شقّة، مُسجّلة بمقتضى أحكام هذا الفصل، حقّ أفضليّة في شراء أيّ حصّة شائعة فيها يُراد بيعها بالتراضي إلى شخص من غير الشركاء فيه. ولا تُطبّق على هذه العقارات الأحكام المُتعلّقة بالشفعة وبحقّ الرُجحان أو أيّ حقّ آخر مُماتل".

(١) والصواب قولُه: "المبيعة".

(٢) تمييز حقوق ٢٧٦/١٩٨٠، تاريخ الفصل: ٢٢/٩/١٩٨٠، منشورات قسطاس.

(٣) (م ١/٥٤/د بيتات)؛ (م ٨٣ مدني). الجندي، مُحمّد، الشفعة في القانون المدني الأردني...، (القسم الثاني)، مرجع سابق، ف ١٣٣، ص ٢٠٣.

(٤) سوار، مُحمّد، الحقوق العينيّة الأصليّة...، مرجع سابق، ف ١٩٤، ص ١٩٣. تمييز حقوق ٤٠١/١٩٧٦، تاريخ الفصل: ٥/١٠/١٩٧٦، منشورات قسطاس.

ومن هنا، فإنَّ القاضي يحكمُ بتمليكِ صاحبِ حقِّ الأفضليَّةِ الحصَّةَ المبيعةَ دونَ حاجةٍ إلى توجيهِ يمينٍ إليه قبلَ الحكمِ بتمليكِها.

والذي يبدو لنا هو الإبقاءُ على يمينِ الشفعةِ، التي تجدُ أساسها التاريخيَّ في الفقهِ الإسلاميِّ، فيبقى بذلك المُشرِّعُ أمينًا على المحافظةِ على صبغةِ القانونِ المدني التي أضفتُ جانبًا عقديًّا محمودًا في إطارِ نصوصها، وذلكَ خلافًا لما ينبغي أن يكونَ عليه المُشرِّعُ الوضعيُّ.

○ الخاتمةُ

يُعدُّ حقُّ المِلْكِيَّةِ أهمَّ الحقوقِ العينيَّةِ الأصليَّةِ، فهو الحقُّ الوحيدُ الذي يضعُ بينَ يدي صاحبه جميعَ السُّلطاتِ من استعمالٍ واستغلالٍ وتصرفٍ. والأصلُ أنَّ بوسعِ المالكِ أن يأتيَ سُلطاته هذه على النحوِ الذي يريدُ، طالما كانَ ذلكَ في حدودِ القانونِ، إلا أنَّ حقَّ المِلْكِيَّةِ ليسَ حقًّا مطلقًا، حيثُ جعلَ المُشرِّعُ له وظيفةً اجتماعيَّةً؛ وتحقيقًا لهذه الغايةِ أحاطه ببعضِ القيودِ، رعايةً لمصلحةِ عامَّةٍ أو خاصَّةٍ جديرةٍ بالملاحظة. ومن أظهرِ الأمثلةِ على هذه القيودِ حقُّ الشريكِ في تملكِ الحصَّةِ المبيعةِ من قبيلِ شريكه جبرًا عن مُشْرِئها، وذلكَ عن طريقِ الأفضليَّةِ، إن كانَ محلُّ البيعِ بناءً أو طابقًا أو شقَّةً مملوكةً على الشُّيوعِ، أو عن طريقِ الشُّفعةِ، فيما وراءَ ذلكَ من عقاراتٍ؛ رفعًا لما عساه قد يلحقُ من ضررٍ بهذا الشريكِ، وحرصًا على تجميعِ ما تفرَّقَ من المِلْكِيَّةِ الشائعةِ.

فالغايةُ، إذًا، من إقرارِ نظامي الشُّفعةِ والأفضليَّةِ واحدةٌ؛ وهذا ما يُسوِّغُ البحثَ عن صهرِ هذين النظامين في بوتقةٍ واحدةٍ، وإخضاعهما، بالتالي، لنظامٍ قانونيٍّ مُوحَّدٍ^(١). والمتأملُ في الأحكامِ الناظمةِ لحقِّي الشُّفعةِ والأفضليَّةِ يلحظُ بجلاءٍ أنَّه لا يوجدُ بينهما ما يدعو إلى إفرادِ كُلِّ واحدٍ منهما بأحكامٍ قانونيَّةٍ خاصَّةٍ به، فهذه الازدواجيَّةُ في الأحكامِ القانونيَّةِ الناظمةِ لموضوعٍ واحدٍ أمرٌ مرغوبٌ عنه، ولكنَّ الواقعَ التشريعيَّ هو أنَّ كلاً من حقِّي الشُّفعةِ والأفضليَّةِ ما يزلانِ يُمثِّلانِ كُلَّ على حدةٍ إلى يومنا هذا سببًا مُستقلًّا قائمًا بذاته من أسبابِ كسبِ المِلْكِيَّةِ.

(١) وهذا هو موقفُ المُشرِّعِ المصريِّ الذي لم يعمدْ إلى إفرادِ أحكامِ خاصَّةٍ بحقِّ الأفضليَّةِ، ومن ثَمَّ، تُطبَّقُ بشأنها الأحكامُ القانونيَّةُ الناظمةُ لحقِّ الشُّفعةِ. الصِّدَّة، عبد المُنعِم، الحقوقِ العينيَّةِ الأصليَّةِ...، مرجعٌ سابقٌ، ف١٧٢؛ ٢٤٥، ص٢٦٨؛ ٣٨١.

وإن كان المأمول اليوم هو إلغاء حقّ الشفعة^(١) والأفضليّة، فمحاسن إلغائهما لا شكّ تفوق رقماً من محاسن الإبقاء عليهما^(٢). ولعلّ نيّة المشرّع أميل إلى هذا التوجّه، ولكن بعد حين، والشاهد على ذلك سياسته الرامية إلى التضييق من وعاء حقّ الشفعة؛ فالملاحظ على المراحل التي مرّت بها الأحكام الناظمة لحقّ الشفعة، هو سعي المشرّع المتعمّد إلى التضييق من نطاق حقّ الشفعة. ومن أبرز مظاهر التضييق هذه:

أولاً: التضييق من وعاء الشفعة من حيث الأشخاص: حصّن المشرّع بعض الأشخاص حين منع التملك منهم عن طريق الشفعة، وذلك إذا حصل البيع بين الأصول والفروع؛ أو بين الزوجين؛ أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة؛ أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية. وذلك خلافاً لما كان عليه الحال سابقاً، حيث كانت دعوى الشفعة مسموعة أيّاً ما كانت صفة المشتري.

ثانياً: التضييق من وعاء الشفعة المكاني (المحل): قصر المشرّع حقّ الشفعة في إطار العقارات المملوكة على الشيوخ، وعمد إلى إلغائها بسبب الجوار والخليط في المبيع.

ثالثاً: التضييق من وعاء الشفعة الزماني: هبط المشرّع بمدة السقوط التي يجب خلالها ممارسة حقّ الشفعة إلى تسعين يوماً، بعد أن كانت في فترة من الفترات سنّة أشهر.

رابعاً: التضييق من وعاء الشفعة الإجرائي: ألزم المشرّع مدعي الشفعة عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدّم كفالة مصرفيّة بمقداره. علماً أن مثل هذا الإجراء لم يكن معمولاً به من قبل، فحسب الشفيع سابقاً أن يبيد استعداده لأداء الثمن في صحيفة دعوى الشفعة. ولعلّ هذه المظاهر تجسّد رغبة المشرّع في السعي ما أمكن إلى التضييق من نطاق هذا الحقّ الذي يمثّل استثناءً من الأصل العامّ القاضي بحريّة المالك في التصرف بملكه كيفما يشاء، ولمن يشاء، وبالبديل الذي يشاء.

فخطّة المشرّع هذه تعكس، وبشكل جليّ، رغبته في مجارة النزعة الحديثة التي تتجّه إلى التضييق من نطاق أعمال حقّ الشفعة، لتطبيقاً للقيد الذي ألقاه نظام الشفعة على حرية التصرف.

(١) على غرار المشرّع السوريّ الذي أعرّض عن تبني نظام الشفعة. وقد علّنت المذكرة الإيضاحيّة للقانون المدني السوريّ إلغاء الشفعة بقولها: إنّ الشفعة "في الواقع من الحقوق الضعيفة، وأنّ الحياة الاجتماعيّة والاقتصاديّة في البلاد السوريّة لا تُوجب الاستمرار على الأخذ بها". ص ٤. وإعراض المشرّع السوريّ عن تبني نظام الشفعة قبل أكثر من سبعة عقود نهض على أساس من مسوغات مقبولة لها نصيب وافر من المنطق. وها نحن ذا، نراها اليوم أكثر حضوراً في الأردن؛ فحقيق، إذًا، بالمشرّع الأردنيّ أن يقتفي أثر أخيه السوريّ. وما ثورته الشفعة من كثير مساوئ كان هو الباعث الذي حمل بعض الفقه المصريّ. منذ أكثر من قرن من الزمان - على انتقاد موقف المشرّع إقراره لحقّ الشفعة (قانون الشفعة، لعام ١٩٠١، ملغى). ر، مثلاً: العرابي، علي (١٩٠٦). الشفعة في القوانين المصريّة، رسالة تشريعيّة قضائيّة انتقاديّة، ط ١، مصر، مطبعة الشعب، ف ٢، ص ٤٠٤ - ٤٠٥؛ ذهني، عبد السلام، في الأموال، ج ٢، مرجع سابق، ف ٤٤٩ - ٤٥٤، ص ٦٤٤ - ٦٥٠.

(٢) ومن الحسن التنكير، هنا، بأنّ الضرر الذي يحقّق بالبايع ليس بأقلّ شأنًا من ذلك الذي قد يُصيب المشتري. أبو زهرة، محمّد، الملكيّة ونظريّة العقد... مرجع سابق، ف ٨٣، ص ١٤٥.

أما حقّ الأفضليّة، فإنّه يُمثّل تطوراً طارئاً على المنظومة التشريعيّة الأردنيّة، ظهر في فترة تاريخيّة لاحقة على حقّ الشفعة، حيثُ ظهر لأول مرّة من خلال قانون ملكيّة الطوابق والشقق رقم (٢٥)، لعام ١٩٦٨، وكان المُشرعُ حسناً يفعلُ بإبقائه كما كان من قبلُ خاضعاً لأحكام حقّ الشفعة.

وأياً ما كان عليه الحال، فإننا إن لم نتمكّن اليوم من إلغائه هذين الحقيّن، فعلى الأقلّ يجدر بنا أن نسعى إلى التقريب بينهما، وإخضاعهما لأحكام قانونيّة موحّدة، فنأخذ من كلّ واحدٍ منهما محاسنه، ونجمعهما في صعيدٍ واحدٍ، وهذا هو الهدفُ الرئيسُ من هذه الورقة البحثيّة.

وعلى هدى من ذلك، فقد خلّصت هذه الدراسة إلى جملةٍ من النتائج والتوصيات، تأتي فيما يلي على تسليطِ الضوءِ على أهمّها.

• النتائج

خلّصت هذه الدراسة إلى جملةٍ من النتائج، أهمّها:

- أ - تُعدّ الشريعة الإسلاميّة السمحاء المصدرَ التاريخيَّ لأحكام الشفعة، حين أنّ التشريع الفرنسيّ يمثّل المصدرَ التاريخيَّ لأحكام الأفضليّة. وهذا ما يُفسّر وجودَ جوانبٍ مُختلفةٍ بين كلا النظامين.
- ب - يُعدّ حقّ الشفعة أسبقُ في تنظيمه التشريعيّ من حقّ الأفضليّة، وهذا الأخير يُعدّ تطبيقاً خاصاً من تطبيقات نظام الشفعة، يقتصرُ وعاؤه على الأبنية والشقق والطوابق المملوكة على الشيوع. بيدَ أنّه تطبيقٌ لا يقوى أن يخرج في جوهره عن الأصل الذي انبثق منه؛ ولعلّ هذا ما يُفسّر عدمَ اعتداد بعض التشريعات - كالتشريع المصريّ - بنظام الأفضليّة، مؤثّرةً إبقاءً وعاؤه خاضعاً لأحكام الشفعة.
- ج - إنّ ما يُوجدُ من اختلافٍ في الأحكام بين حقّي الشفعة والأفضليّة، هي اختلافاتٌ لا تحول دونَ التقريب بين هذين الحقيّن، بما في ذلك الاختلافات الجوهريّة التي يُمكن تطويعها.
- د - إنّ النقاء حقّي الشفعة والأفضليّة في الغاية والهدف، يُحتّم إخضاعهما لأحكام قانونيّة موحّدة، وهذا يتناغم مع أصول السياسة التشريعيّة.

• التوصيات

انتهت هذه الدراسة إلى جملةٍ من التوصيات، تتعاضدُ فيما بينها لإخضاع حقّي الشفعة والأفضليّة لنظام قانونيّ موحّد، وتأتي فيما يلي على تسليطِ الضوءِ على أبرزها:

أ - جعل حق الشفعة شاملاً لجميع العقارات. وهنا نقترح النص الآتي: "يُمارَسُ حقُّ الشُّفْعَةِ في العقارات المملوكة على الشيوع، بما في ذلك الأبنية والطوابق والشقق". وبذا، يُضحي حقُّ الأفضليَّةِ جزءاً من حقِّ الشُّفْعَةِ، ويخضعُ، بالتالي، لأحكام قانونية واحدة.

ب - إلغاء الفقرة الخامسة من المادة (١٤) ملكية عقارية)، التي تنصُّ على أنه: "تُقبَلُ دعوى الشُّفْعَةِ دون التقيُّد بإجراءات الموائبة والتقرير والإشهاد". فالمشروع حين أتى على ربطِ دعوى الشُّفْعَةِ بمدِّدٍ يجبُ احترامها، يكونُ قد ألغى طلبِي الموائبة والتقرير والإشهاد، فأضحى ورودُهما في إطارِ التشريع من قبيل الحشو، وهذا يتنافى مع ما ينبغي أن يكونَ عليه التشريع من رصانة وإيجاز.

ج - إضافة بندٍ سادسٍ إلى الفقرة السادسة من المادة (١٤) ملكية عقارية)، وذلك على النحو الآتي: "و - لا يُمارَسُ حقُّ الشُّفْعَةِ إذا: ٦ - تمَّ البيعُ على شريكٍ آخرٍ في العقار".

د - تضمينُ أحكامِ الشُّفْعَةِ الآلية التي أتى عليها المشروعُ في إطارِ حقِّ الأفضليَّةِ، والخاصَّةِ بعرضِ الشريكِ على شركائه شراءَ حصَّته التي ينوي بيعها (المادتان: ١٢٥؛ ١٢٧ ملكية عقارية). فهذه المكنة تُزجِي خدمةً مزدوجةً: فالشريكُ إن رغبَ في تملكِ الحصَّةِ المزمعِ بيعها، فإنَّه يتملُّكها حالاً لا مآلاً، فيقتصدُ بذلك على نفسِ الوقتِ والجهدِ والنفقاتِ. وإن هو رغبَ عنها، فإنَّ ملكيتها تنتقلُ إلى المشتري هادئةً مستقرَّةً منذُ المبتدأ، دونَ أن يُعكِّرَ صفو استقرارها دخولُ المشتري مُعترِكِ الشُّفْعَةِ، فنترعُ منه ملكيتها. وهذا لا شكَّ أدعى إلى استقرار المعاملاتِ والمراكزِ القانونية.