

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ونحمده ان اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة معوضة، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى اله وصحبه اجمعين، وبعد ان الملكية الشائعة صورة من صور الملكية لا تقل اهمية من الناحية العملية والنظرية عن الملكية الخاصة نظرا لما تفرزه من امور تتعلق بكيفية تصرف الشركاء بحقوقهم في المال الشائع بالشكل الذي يحقق مصلحة مزدوجة للشريك وبقية الشركاء في اطار قانوني صحيح وبدون الاضرار بهم وان مصادر الملكية الشائعة مختلفة، والشفعة سبب من اسباب نشؤ الملكية الشائعة لذلك فان بحثي بعنوان ((الشفعة في المال الشائع بين الشركاء)) حيث ان هناك عقار شائع وان احد الشركاء في الشيوع الآخرين او لاي منهم ان يأخذه بالشفعة الحصة الشائعة وبهذا تعتبر الشركة من اسباب وجوب الشفعة والشركة على نوعين الشركة في الملك المبيع والشركة في حقوقه، كحق الانتفاع وغيره من الحقوق، واما فيما يخص بحثنا فالامر متعلق في ملكية المبيع وهي الملكية الشائعة وان الذي يملك حصته شائعة يكون للشركاء حق اخذها بالشفعة ومن الامور المهمة ان حق الشفعة للشريك لا يكون الا في الدار او الشقة السكنية الشائعة حيث انه اذا ملك شخصان او اكثر ارض مملوكة على الشيوع او عمارة غير سكنية فلا حق للشريك الاخذ بالشفعة

اهمية البحث

ان مصادر الملكية الشائعة مختلفة والشفعة سبب من اسباب نشؤ الملكية الشائعة لذلك فان اهمية البحث لاعتبار الشفعة سبب من اسباب كسب الملكية الشائعة وخاصة بين الشركاء في المال الشائع حيث ان الشريك في المال الشائع عندما يأخذ حصة شريكه المبيعة بالشفعة وعليه فله حق افضل من الغريب لذا وجدته من المناسب ان اكتب في هذا الموضوع املا من الله العلي القدير ان اوفق في تقديمه وعرضه باسلوب مقبول

المبحث الاول

ماهية الملكية الشائعة

ليبيان ماهية الملكية الشائعة قسمنا هذا المبحث الى مطلبين سنتناول في المطلب الاول تعريف الملكية الشائعة، اما المطلب الثاني فسنتناول فيه نشوء الملكية الشائعة وانقضائها وكالاتي:-

المطلب الاول

تعريف الملكية الشائعة

تعرف الملكية الشائعة بانها ان يملك شخصا او اكثر دون ان يتعين ملك كل منهم والملكية الشائعة هي صورة من صور الملكية التي يكون فيها الشيء مملوكا لكثر من شخص دون ان يتعين لكل منهم نصيب مادي معين منه وانما يتحدد نصيب كل منهم في الشيء بحصة شائعة فيه يرمز اليها بنسبة حسابية (كالنصف والثلث والرابع....) وقد عرف القانون المدني العراقي الملكية الشائعة في الفقرة الاولى من المادة (١٦٠١) بقوله (اذا ملك اثنان او اكثر شيئا منهم شركاء فيه على الشيوع وتحتسب الحصص متساوية اذا لم يتم الدليل على غير ذلك)، اما تعريف الملكية الشائعة نفي الشريعة الاسلامية فان الفقهاء المسلمين عرفوها تعريفا شاملا بجميع صفاتها التي وصفها فقهاء القانون المدني فقالوا بان الملكية الشائعة هي ما تعلقت بجزء غير معين من شئ نتيجة الاشتراك فيه دون افراز لان كل جزء منه مملوكا لكثر من شخص بنسب معينة لستدس ونصف وثلث سواء كان ذلك الجزء صغيرا ام كبيرا كملكية شخص لنصف دائرة او ربعها او عشرها وباقيها لغيره.(١)

وعرفها القانون المدني المصري (م٨٢٥) على انه اذا ملك اثنان او اكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه شركاء على الشيوع.(٢)

اما مجلة الاحكام العدلية فقد عرفت الملكية الشائعة بانها حق الملكية لاثنيين او اكثر في شئ لا تبين حصة احدهم في جزء معين منه وهذه هي شركة الملك التي بينتها مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٠٦٠) بقولها (شركة الملك هي كون الشئ مشتركا بين اثنين فاكثر اي مخصوصا بسبب من اسباب الملك....).(٣)

(١) القاضي خليل ابراهيم الملا حویش: رسالة بعنوان -احكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي- مقدمة الى المعهد القضائي.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد: الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ص ١٠٨.

(٣) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: الحقوق العينية الاصلية، ج ١، طبعة ٢٠١٦م، مكتبة السنهوري بغداد، ص ٩٧.

المطلب الثاني نشوء الملكية الشائعة وانقضائها

سنقسم هذا المطلب الى فرعين متتاليين نتناول في الفرع الاول منه نشوء الملكية الشائعة

وانقضائها اما الفرع الثاني سنتناول فيه بيان الطبيعة القانونية للملكية الشائعة وكما يلي:-

الفرع الاول:نشوء الملكية الشائعة وانقضائها اولا:نشوء الملكية الشائعة:-

من المتفق عليه ان الاسباب التي تؤدي الى نشوء الملكية بشكل عام هي ذاتها التي تؤدي الى ظهور الملكية الشائعة وهذه الاسباب قد تكون تصرفات قانونية اختيارية وهي الوصية والعقد والحيازة وبما ان عنوان بحثنا هو الشفعة في المال الشائع سوف نبحت في الشفعة كونها من اسباب نشوء الملكية الشائعة بأنها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة.(المادة ١١٢٨ مدني)والشفعة بهذا المعنى تكون قد ثبتت على خلاف الاصل اذ انها تتضمن انتزاع الملكية من المشتري رغما عنه وهذا يعني انها قيد على حق الملكية بالنسبة لكل من البائع والمشتري الا ان المصلحة الغالبة التي تحققها هي استبعاد ما قد يصيب الشفيع من الاضرار وكذلك الحيلولة دون كثرة الشركاء في المال الشائع وهي تثبت في العقار دون المنقول وابتداء فان بيع احد الشركاء لحصة الشائعة ينبغي ان نفرق فيها بين حالة بيعها لشريك اخر وبين بيعها لشخص اجنبي عن الشركاء ففي الحالة الاولى فانه يجوز لبقية الشركاء اخذ هذه الحصة بالشفعة طالما انا بيعت لاحدهم وهذا خلاف ما هو مقرر في الشريعة الاسلامية الذي تثبت فيه الشفعة للشركاء سواء كان البيع لاحدهم ام لاجنبي،اما في الحالة الثانية فانه يحق للشركاء في الشفعة في هذه الحصة اي انها تثبت لهم الا اذا تنازلوا عنها صراحة او دلالة متى وان حصل ذلك التنازل قبل البيع، وحق الشفعة في ظل التشريع العراقي انحصر في الشريك بالدار او الشقة السكنية الشائعة شريطة عدم تملكه دار للسكن على وجه الاستقلال حيث انه اعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن ذلك من خلال قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٩٧٨) في ٢٤/٧/١٩٧٨م والذي عرفت بموجبه المادة (١١٢٩) مدني وحل محلها اعلاه على ذلك فانه (ليس من حق الشريك في عرضه ان يطلب تملك سهام شريكه بالشفعة لاقتصار ذلك على الشريك او الشقة السكنية الشائعة.....)(١).

(١)القاضي.منتصر عبد الباقي:بيع لحصة الشائعة في العقار،بحث مقدم الى مجلي القضاء الاعلى،محكمة استئناف بابل الاتحادية،سنة ٢٠٠٥م،ص٨-٩.

ثانياً: انقضاء الملكية الشائعة:

واذا كانت حالة الشيوخ تنشأ بتصرف قانوني او واقعة مادية فانها تنقضي كذلك بتصرف قانوني (عقد او وصية) كان يبيع الشركاء كل المال الشائع الى الغير او لاحد الشركاء فتخلص الملكية مفرزة للمشتري او ان يوصي الشريك حصته الشائعة لشريكه او يفسخ الشركاء المال الشائع بينهم قسمة رضائية او باقامة دعوى ازالة الشيوخ وشراء المال من قبل شخص واحد كما ينقضي الشيوخ بسبب وقائع مادية كال ميراث او التقادم المكسب للملكية ان توافرت شروطها.(١) ويتبين من ذلك بان حالة الشيوخ حالة مؤقتة مصيرها الى الانقضاء فينقضي الشيوخ مثلما ينشأ كما بينا في حالات انقضائه هي العقد او الميراث او الوصية وتلك الاسباب عارضة لانقضاء الشيوخ اما السبب الرئيسي لهذا الانقضاء وهو القسمة.(٢)

الفرع الثاني: طبيعة القانونية للملكية الشائعة:-

انعقد اجماع الفقهاء في القانون على ان الملكية على الشائعة هي حق ملكية بالمعنى الدقيق الا ان الملاك فيها متعددون في وسطه بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوخ شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالتراث وهذا ما يجيز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة والملكية في الشيوخ كالملكية المفرزة تشمل على عناصر ثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف الا ان الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الاخرين فالمالك في الشيوخ له ان يستعمل حقه فان يستغله بخيث لا يضر بحقوق سائر الشركاء وعلى ذلك فان الشريك في الشيوخ مالك لحصة الشائعة في المال الشائع وفي يده سلطات الملكية الثلاث (استعمال - استغلال - التصرف) وهنا ما نصت عليه المادة (١٠٦١) مدني ((وكل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف بها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم)).(٣)

(١) القاضي. عبد الهادي مظهر صالح البياتي: الملكية الشائعة، ٢٠٠٥م، بدون صفحة.

(٢) د. رمضان ابو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ٢٠٠٢م، ص ٥١٦.

(٣) القاضي. عبد الهادي مظهر صالح البياتي: الملكية الشائعة، ٢٠٠٥م.

ان الملكية الشائعة تختلف عن الفردية او المفردة في تحديد صاحب الحق وفي محله وفي المنفعة التي تأتي في اتصال هذين العنصرين وفي الملكية الشائعة ينفرد حق الملكية لاشخاص متعددين على خلاف الملكية الفردية التي تثبت لمالك واحد وفي الملكية الشائعة يكون محل الحق محددًا تحديدًا معنويًا اما في الملكية الفردية و المفردة فيكون محددًا تحديدًا ماديًا. (١) ومحل الملكية الشائعة يمكن ان يكون عقارا او منقولًا او اي حق من الحقوق. (٢) ولا بد ان نلاحظ ان حالة الشيوع هي حالة قانونية تنجم عن تعدد اصحاب الحق العيني فهو لا يقتصر على حق الملكية بل يمكن ان بالنسبة للحقوق العينية الاخرى كما لو اوصى شخص بحق انتفاع لعدة اشخاص فيكون حق الانتفاع مالا شائعًا لعدة اشخاص فيكون حق الانتفاع مالا شائعًا بين الموصى لهم جميعًا واذا كان المشرع في بعض البلاد العربية لمصر والعراق وقد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة فذلك لانها هي الصورة الغالبة للشيوع. (٣)

وان الملكية الشائعة واجهت بعض الانتقادات لان جانب من الفقه اعتبر الاشتراك في الملكية الشائعة يولد شخصا معنويًا وهذا الرأي غير صحيح لانه لا مجال للاعتراف بالشخصية المعنوية بمجرد الاشتراك في الملكية اذ ان لقيام الشركة لشخص معنوي مستقل بذمته المالية وادارته عن شخص كل شريك لا بد ان تتوافر شروط ومنها انشاء الشركة والتوفر النية في انشائها والتعاون المشترك بين الشركاء. (٤)

-
- (١) د. حسن علي الذنون: الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة-بغداد ١٩٥٤، ص ٦٤.
- (٢) القاضي. خليل ابراهيم الملا حويش، رسالة بعنوان -احكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي، مقدمة الى المعهد القضائي سنة ١٩٩٠م، ص ٢٥.
- (٣) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: مصدر سابق، ص ٩٦.
- (٤) د. مروان كركي، د. سامي منصور: الاموال والحقوق العينية الاصلية، ١٩٩٧م، ص ١٥٤-١٥٥.

المبحث الثاني

ماهية الشفعة

للتكلم عن ماهية الشفعة فلا بد من تعريفها ومن ثم بيان شروطها وخصائصها وكل ذلك سنتناول في مطلبين سنتناول في المطلب الاول تعريف الشفعة، اما المطلب الثاني نتناول شروط الشفعة وخصائصها وكالاتي :-

المطلب الاول

تعريف الشفعة

ان الشفعة سبب من اسباب كسب الملكية لذلك سوف نعرف الشفعة لغة ومن ثم تعريفها في الشريعة الاسلامية، وتعريفها في القانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري، وكما يلي:-

الشفعة :- لغة مأخوذ من الفعل (شفع) اي ختم او زادوهي عند فقهاء الشريعة الاسلامية حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من ثمن والنفقات المعتادة وقد استمد المشرع العراقي احكام الشفعة من فقه الشريعة الاسلامية ذلك ان الشفعة ثابتة في فقه الشريعة الاسلامية بالسنة والاجماع. اما السنة فقد رويت عدة احاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم تثبت حق الشفعة منها قوله ((جار الدار احق بالدار)) واما الاجماع فقد اخذ بها في كل زمان ومكان من غير نكير عن ذلك من ائمة الاسلام (١)، والشفعة في القانون المدني المصري (رخصة تجيز في بيع العقار محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية) (٢)، والواقع ان الراي مستقر على اعتبار الشفعة رخصة يمنحها القانون لاشخاص معينين وليس حقا عينيا ولا حقا شخصيا بل هي مصدر من مصادر الحقوق

(١) د. حسن علي ذنون: مصدر سابق، ص ١٥١

(٢) د. رمضان ابو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ج ١، دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية، ٢٠٠١م، ص ٢٥٢.

العينية العقارية وبالتالي سبب من اسباب كسب الملكية والحقوق العينية الاخرى(١)، والحكمة من تقريرها دفع الضرر الذي قد يحصل للشفيع من المشتري اي انها وسيلة للتخلص من جار او شريك لايرتاح الشفيع اليه او انها دفع مصاريف القسمة عند الشفيع ويمكن القول في كل حال انها وسيلة لتقليل عدد الشركاء في الشئ الشائع والتخلص من ضرر الشركة او القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات واجراءات وبالتالي انتهاء حالة الشفيع(٢).

المطلب الثاني

شروط الشفعة وخصائصها

ليبان شروط الشفعة وخصائصها سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنبين في الفرع الاول منه شروط الشفعة ،اما في الفرع الثاني فنبين فيه خصائص الشفعة وكما يلي:-
الفرع الاول: شروط الشفعة:-

لايثبت حق الشفعة الا اذا توافرت فيه شروط معينة وقد بين القانون المدني العراقي هذه الشروط في نصوص المادتين (١١٢٩ المعدلة) من القانون المدني العراقي و(١١٣٣م) من نفس القانون وهذه الشروط هي:-

١- ان يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار او شقة سكنية وعلى هذا الحال فلا شفعة اذا كان العقار الشائع من غير الدور او الشقق السكنية وهذا وجه التغيير الذي ادخلته المادة المعدلة (١١٢٩م) فقبل احلال هذه المادة محل المادة ١١٢٩ من القانون والملغاة وفق (١١٣٣م) كانت تقرر المادة ١١٣٣ كانت الشفعة جائزة في العقارات المملوكة العامة وليس فقط في الدور او الشقق السكنية الشائعة

٢- ان لايملك الشفيع دار او شقة سكنية على وجه الاستقلال ويشترط ايضا ثبوت حق الشفعة ان لا يكون للشفيع دار او شقة سكنية مملوكة على وجه الاستقلال وهذا هو وكما راينا الشرط الذي اضافته الى شروط الشفعة المادة (١١٢٩) المعدلة.(٣)

(١) د. محمد حسين قاسم: موجز الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت

٢٥٧، ٢٠٠٦

(٢) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٣) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: مصدر نفسه، ص ١٨٣-١٨٤.

٣- ان يكون هناك عقد بيع او ما في حكمه انتقلت به ملكية العقار فلا شفعة بما ليس من هذا القبيل، ويشترط ان يكون العقد قد تم فعلا وهذا يكون بتسجيل المبيع باسم المشتري في دائرة الطابو فلا شفعة قبل ذلك.

٤- ان لا يكون كل من المشفوع والمشفوع به ملكا فالارض المفوضة بالطابو او الممنوحة باللزعة لا تثبت الشفعة فيها ولكنها اذا فرغت في الطابو فيثبت فيها حق اخر هو نوع من الشفعة يقال له حق الرجحان ولا يثبت الشفعة للوقف او به.

٥- ان يكون سبب الشفعة قائما بالشفيع اي ان الشفيع مالكا لمشفوع به وقت البيع اي وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها بان يسلم المشتري برضاه العقار المشفوع. (١)

الفرع الثاني: خصائص الشفعة:-

ان حق الشفعة يتميز بالخصائص الاتية:-

اولا: انها حق استثنائي:-

تعد الشفعة قيذا يرد على حق الملكية لانها تخرج المالك من التصرف في حالة الى الشخص الى يريد كما انها تؤدي الى زوال ملكية المشتري جبرا عليه. ولهذا فهي حق استثنائي يثبت للشفيع منعا للضرر المحتمل بسبب الارتباط القائم بين عقاره والعقار المبيع، ويترتب على هذه السمة انه لا يجوز التوسع في هذا الحق لانه مقرر على خلاف الاجل.

ثانيا: انه حق غير قابل للتجزئة:-

اي انه لا يجوز للشفيع ان يطلب تملك بعض المبيع وترك بعضه ويستثنى من ذلك حالة واحدة هي عندما يتعدد المشترون وتحد البائع فيجوز للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي، ولكن ان تعدد الشفعاء فهل يجوز لكل واحد منهم ان يطالب بجزء من العقار المبيع؟

وجوابا على ذلك: كلا لا يجوز لانه لو اسقط بعض الشفعاء حقهم قبل العلم بالشفعة او التراضي عليها سيسقط حقهم وبقي حق الآخرين الذي يملك جزءا من العقار وينتج عن ذلك تجزئة الشفعة والزام المشتري بشراء بعض العقار المبيع وقد يؤدي الى الاضرار به وعليه يجب على كل شفيع ان يطالب بكل العقار تفاديا لاحتمالات تجزئة الشفعة. (٢)

(١) د. شاكر ناصر حيدر: الموجز في الحقوق العينية الاصلية، طبعة ١٩٧١م، بغداد، ص ٢١٣-٢١٤.

(٢) د. علي هادي العبيدي: الحقوق العينية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٠م، ص ١٦٧-١٦٨.

ثالثاً: حق غير قابل للارث:-

فاذا ثبت الشفعة فانها لا تبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع ((م ١١٣٣-٢)) مدني عراقي. فيترتب على ذلك انه اذا ثبت حق الشفعة ثم حان الشفيع فان الورثة ان يطالبوها خلال المدة القانونية الباقية: اذا لم تكن قد سقطت قبل وفاة مورثهم.

رابعاً: حق لا يجوز التصرف فيه للغير:-

فليس لاحد من الشفعة ان يتصرف بحق شفيعته للغير بمقابل او بدون مقابل ، فلو باع الشفيع حق شفيعته لاجنبي او شفيع اخر بمقابل معلوم فان الشفعة تسقط بلا بدل ويكون البيع باطلا لان البيع مبادلة مال بمال وحق الشفعة لا يجوز تملكه، فتسقط الشفعة ولا يلزم المشتري بالمقابل. (١) ومن هذا يتبين ان حق الشفعة لا يطبق الا على الاموال الغير المنقولة دون المنقول وهو حق ينتقل عند وفاة صاحبه اي الورثة ولا يجوز التفرغ عنه لشخص اخر لانه حق لمن اولاه القانون حق ممارسة دون سواه وحق الشفعة لا تقبل التجزئة فلا يجوز استعماله او اسقاطه الا بكامله ولو تنازل بعضهم عنه. (٢)

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٢) د. علي صباح ابراهيم: الاموال والحقوق العقارية والاصلية، الطبعة الاولى - بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٥٥.

المبحث الثالث

حق الشفعة بين الشركاء في المال الشائع

هناك شروط من الواجب توافرها في كل من الشريك في الشيوع لكي يكون له حق الاخذ بالشفعة لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الاول شروط الشريك في الشيوع، اما المطلب الثاني فسنبين الشروط الخاصة بالبيع الذي من خلاله يحق للشريك الاخذ به بالشفعة وكالاتي:-

المطلب الاول

شروط الشريك في الشيوع

بالنسبة للشريك الذي له حق الاذن بالشفعة يجب ان تتوفر فيه الشرط الاتية التي نقسمها الى فرعين وكالاتي:

الفرع الاول: ان يكون الشفيع شريكا في العقار :ومعنى ذلك الذي يبعث حصة منه وعلى ذلك لايجوز للشريك في الحائط الفاصل بين ملكه والعقار المبيع ان يشفع بوصفه شريكا لانه ليس شريكا في العقار المبيع ذاته ولكن قد يكون له الحق بالشفعة على اساس الجوار اذا توافرت شروطه كما انه لايجوز لشريك في مجرى مشترك معه للري او في فناء مشترك او في طريق مشترك من عقار ان يشفع فيهم شريكا لان حقه الشائع يقتصر عليهم فقط ولكن يجوز لهم طلب الشفعة على اساس الجوار اذا توافرت شروطه.(١)

وان المقصود بالشريك هنا الشريك في العقار المبيع نفسه ويترتب على هذا انه اذا ملك شخص ارضا زراعية على سبيل الاستغلال ملكية خاصة له وكانت فيها آلة للري مملوكة على سبيل للشيوع بينه وبين شخص اخر ثم باع الارض وحصلته من آلة الري فانه لايجوز للشريك في هذه الآلة ان يطالب بالشفعة.(٢)

(١) د. نبيل ابراهيم سعد: مصدر سابق، ص ٣٥٨-٣٥٩.

(٢) د. حسين علي الذنون: مصدر سابق، ص ١٥٦.

الفرع الثاني: يجب ان يكون الشفيع شريكا في الشيوخ وقت البيع: يجب لثبوت الشفعة للشريك امتناع ان يكره مالكا للحصة التي يشفع بمقتضاها وقت التصرف في الحصة الاخرى المراد اخذها بالشفعة اي انه يجب ان يكون ملكية الشفيع سابقة على البيع فاذا فوض ان شخصا اشترى حصة شائعة في عقار وقبل ان يسجل عقده، بيعت حصة شائعة في ذات العقار الى مشتري اخر فبادر هذا المشتري الى تسجيل عقاره فان الحكم هو نفي حق الشفيع بالشفعة على اساس ان تسجيل عقده لحصة شائعة في القطعة التي بها الاسباب المشفوعة لاحق لعقد البيع. (١)

وعلى ذلك فان الشفعة لا تثبت لمن اشترى حصة من احد الشركاء بعقد غير مسجل اذن الملكية لا تنقل اليه الا بتسجيل. كما لا تثبت الشفعة لمن اشترى جزءا مفرزا من احد الشركاء ولو سجب عقده لان هذا العقد غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي لا يعتبر شريكا معهم في الشيوخ ولكي يكون الشريك في العقار حق الاخذ بالشفعة يشترط ان يكون مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار وان يبقى مالكا له اي حين تمام الاخذ بالشفعة ولا يؤثر في ذلك احتمال ان تسفر القسمة فيما بدر عنه حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفع فيه. (٢) وكذلك لا تثبت الشفعة اذا انفضى الشيوخ لاي سبب من الاسباب ومنها انقضاء الشيوخ بقيمة العقار مثلا باع من خراج نصيبه جزء من العقار هذا الجزء فلا يمكن تملك بالشفعة على هذا الاساس واذا تعود الشركاء والذين يرغبون بممارسة حق الشفعة يكون لكل منهم بنسبة حصته في العقار الشائع. (٣)

(١) رمضان ابو السعود: مصدر سابق، ص ٢١١-٢١٢، طبعة ٢٠٠٢ م.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد: مصدر سابق، ص ٣٥٩.

(٣) د. علي مصباح ابراهيم: مصدر سابق، ص ٢٥٧-٢٥٨.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة بالبيع الذي يتم بمقتضاه الاخذ بالشفعة

ان ثبوت حق الشفعة للشريك لا يكون الا اذا توافرت شروط معينة هي ان يكون البيع لاجنبي، ان يكون البيع لحصة شائعة، وسنوضح ذلك في فرعين متتاليين، وكما يلي:-

الفرع الاول: ان يكون البيع لاجنبي:-

فاذا باع احد الشركاء المشاعين حصة شائعة لاجنبي ثبت لشركاه الاخرين حق الشفعة فيها سواء كان العقار الشائع قابلا للقسمة او غير قابل للقسمة (١) ولقد ورد في نص المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي مطلقا وفي هذا يتحقق حكم هذا النص مع الفقه الاسلامي ومجلة الاحكام العدلية حيث يثبت فيها للشريك في العقار حق الشفعة سواء بيعت الحصة الشائعة للشريك او لغير الشريك. غير ان نص المادة (١٣٢) يقيد من اطلاق المادة (١٢٩) فقد قضت المادة (١٣٢) بانه ((اذا كان المشتري لعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفعيا فانه يفضل على الشفعاء، والذين هم من طبقته او من طبقة ادنى....)) فالشريك في العقار حين يشتري حصة شريكه في العقار يصبح في الوقت عينه مشتريا وشفيعا فيفضل عن سائر الشركاء لانهم من طبقته (٢). فاذا باع احد الشركاء حصته الشائعة لشريك اخر فليس للشركاء الاخرين ان يفعوا فيها لان المشتري هو ايضا شفيع من نفس المرتبة التي ينتمي اليها الشركاء الاخرون، وهكذا يمكن القول بان الشفعة لا تثبت للشريك الا اذا بيعت حصته من العقار الشائع لاجنبي، وهذا ايضا ما يقرره القانون المدني المصري في المادة ٩٣٦/ف//ب// حيث نصت ((يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع اذا بيع شئ من العقار الشائع الى اجنبي)) وان ثبوت الحق في الشفعة للشريك على الشيوع يدره رغبة المشرع في تمكين الشركاء من منع دخول اجنبي الى الشيوع وان تكون الشفعة وسيلة لجعل الملكية في يد مالك واحد او اقل عدد ممكن (٣). وان الاجنبي غريب عن الشيوع وبذلك فان احد الشركاء يكون احق من الغريب بغض النظر عن كبر حصته او صغرها فالاجنبي عن الشركاء قد يكون غير مرغوب فيه لان حالة الشيوع وكما هو معروف عندما يزيد عدد الشركاء في المال الشائع فان المسالة تتعقد وبالتالي فان اخذ احد الشركاء حصه شريكه الاخر بالشفعة يساعد على تسهيل الامر في المال الشائع (٤).

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه: مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٢) د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ج ١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد ١٠٦١، ص ٢٨٥.

(٣) د. محمد حسين قاسم: مصدر سابق، ص ٢٦٤.

(٤) د. مروان كركبي، د. سامي منصور: مصدر سابق، ص ٢٣.

الفرع الثاني : ان يكون البيع لحصة شائعة:-

تثبت الشفعة باتفاق فقهاء القانون للشريك المشاع في حالة بيع احد الشركاء لحصته الشائعة(١). وان في احكام الملكية الشائعة وخصوصا الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٣) التي قضت بان يكون الشريك اذا تصرف بجزء مفرز من المال الشائع فلا يكون لتصرفه هذا اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في هذا الشريك وعلى هذا ان البيع موقوفا على نتيجة القسمة فاذا وقع الجزء المبيع في حصة الشريك الذي باعه كان بيعه صحيحا وانصرف اثره رجعي الى وقت البيع ،اما اذا لم يقع في حصته كان البيع باطلا من تاريخ العقد فاذا كان البيع قد وقع لاجنبي فعلى الشريك ان يطلب الشفعة في الجزء المبيع ويكون اثر الشفعة معلقا على نتيجة القسمة كذلك(٢).والجواب عن ذلك ان يذهب شراح القانون المدني المصري الى ان مثل هذا البيع يعطي لبقية الشركاء حق الشفعة ويقررون ان نفاذ الشفعة كالبيع نفسه يبقى معلقا على نتيجة القسمة وان هذا الراي ذهب اليه بعض المعالم المصرية فقد قضت احداها ان البيع على التحديد (اي بيع جزء مفرز) ممن يملكون على الشيوع غير باطل اصلا ولكنه قابل للبطلان فلا تمتنع الشفعة فيه لان الشيوع الفاسدة اي القابلة للبطلان والبيع الموقوفة على شرط تعتبر جميعها مشروطة اصلا.وتترتب عليها نتائجها القانونية ولذلك تجوز فيها الشفعة وفقا للقانون.وانه لا يصح الاخذ بهذا الراي في فقه القانون العراقي وذلك لان البيع في هذا الحالة وان كان صحيحا الا انه (موقوف) على نتيجة القسمة والعقد الموقوف عقد لا يترتب عليه اي اثر ومن هذا فان الملكية للبائع لاتزال فيه له فلا يصح اخذ هذه الحصة المفرزة بالشفعة لان الاخذ بالشفعة يشترط فيه زوال الملكية البائع عن المبيع وفي هذه الحالة لم تزل ملكية البائع وعليه لا يمكن الاخذ بالشفعة في حالة بيع احد الشركاء لحصة مفرزة وان الشفعة لاحد الشركاء لاتثبت الا اذا كان البيع الذي قام به الشريك الاخر بيعا لحصة شائعة(٣).

(١) د. رمضان ابو السعود: مصدر سابق، ٢٠٠١م، ص ٢٩٩.

(٢) د. حامد مصطفى: القانون المدني العراقي، الملكية واسبابها، ج ١، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٥٣، ص ٢٧٨.

(٣) د. حسن علي الذنون: مصدر سابق، ص ١٥٥-١٥٦.

الخاتمة

يعد بحثنا في موضوع الشفعة في المال الشائع بين الشركاء توصلنا بان حالة الشيوع حالة مؤقتة مصيرها الى الانقضاء فينقضي الشيوع مثلما ينشأ كما بينا في حالات انقضائه هي العقد او الميراث او الوصية وتلك الاسباب عارضة لانقضاء الشيوع اما السبب الرئيسي لهذا الانقضاء وهو القسمة وكذلك يتبين ان حق الشفعة لا ينطبق الا على الاموال الغير المنقولة دون المنقول وهو حق ينتقل عند وفاة صاحبه اي الورثة ولا يجوز التفريغ عنه لشخص اخر لانه حق لمن اولاه القانون حق ممارسة دون سواء وحق الشفعة لا تقبل التجزئة فلا يجوز استعماله او اسقاطه الا بكامله ولو تنازل بعضهم عنه .

ومما تتقدم نتوصل الى جملة من النتائج والتوصيات وكالاتي:

النتائج:

- ١- حق الشفعة بين الشركاء في المال الشائع لا بد ان يكون الشفيع شريكا في العقار المملوك على الشيوع.
- ٢- ان يكون الشفيع شريكا في الشيوع وقت البيع اي ان ملكية الشفيع سابقة على البيع لكي يتمكن من اخذ الحصة المباعة بالشفعة .
- ٣- ان يكون احد الشفعاء باع حصته لاجنبي لكي يتسنى للشريك الاخر الاخذ بالشفعة.
- ٤- يثبت حق الشفعة للشريك في الملكية الشائعة اذا باع احد الشركاء حصته الشائعة ولا يكون البيع منصبا على ملكية مفرزة.

التوصيات:

- ١ - للمشرع العراقي بالتدخل لتخفيف حدة الاجراءات الخاصة في انتهاء حالة الشيوع لان حالة الشيوع حالة استثنائية هي في الاصل مقيدة لحرية المالك كما هي مطلقة في الملكية المرفزة.
- ٢- اوصي في التوسع في استخدام حق الشفعة بعد حصره في دار او شقة سكنية.
- ٣- اوصي لتخفيف من الشروط الواجبة الاتباع من قبل الشفيع للحصول على حقه في الشفعة.

-ومن الله التوفيق-

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: القرآن الكريم
ثانياً: الكتب

- ١- د. حسن علي الذنون: الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة-بغداد ١٩٥٤م.
 - ٢- د. رمضان ابو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ج١، دار المطبوعات الجامعية-الاسكندرية، ٢٠٠١م.
 - ٣- د. محمد حسين قاسم: موجز الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
 - ٤- د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير: الحقوق العينية الاصلية، ج١، مكتبة السنهوري-بغداد ٢٠١٦م.
 - ٥- د. شاكر ناصر حيدر: الموجز في الحقوق العينية الاصلية، بغداد، ١٩٧٩م.
 - ٦- د. علي هادي العبيدي: الحقوق العينية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٠م.
 - ٧- د. علي صباح ابراهيم: الاموال، الحقوق العينية العقارية والاصلية، الطبعة الاولى، بيروت، ٢٠٠٧م.
 - ٨- د. نبيل ابراهيم سعد: الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
 - ٩- د. رمضان ابو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤م.
 - ١٠- د. مروان كركيود. سامي منصور: الاموال، الحقوق العينية الاصلية، ١٩٩٧م.
 - ١١- د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ج١، شركة الطبع والنشر الاصلية، بغداد ١٩٦١م.
 - ١٢- د. حامد مصطفى: القانون المدني العراقي، الملكية واسبابها، ج١، شركة التجارة والطباعة المحدودة، بغداد ١٩٥٣م.
- ثالثاً: الرسائل والبحوث
- ١- القاضي خليل ابراهيم الملا حويش: رسالة بعنوان احكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي - مقدمة الى المعهد القضائي ١٩٩٠م.

٢- القاضي.منتصر عبد الباقي سالم:بيع الحصة الشائعة في العقار،بحث مقدم الى مجلس القضاء الاعلى،محكمة استئناف بابل الاتحادية،٢٠٠٥م.

٣-القاضي.عبد الهادي مظهر صالح البياتي،الملكية الشائعة،بحث مقدم الى مجلس القضاء الاعلى ،٢٠٠٥م.