

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون

حق الشفعة

في القانون المدني العراقي

بحث تقدم به الطالب : (فيصل علي جليل) الى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية /
قسم القانون / وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون .

اشراف : م . م . مها فاروق الطائي

٢٠١٦ م

١٤٣٧ هـ

اقرار المشرف

اشهد ان اعداد هذا البحث الموسوم (حق الشفعة في القانون المدني العراقي) قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة ديالى، وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

المشرف : م. م. مها فاروق الطائي

٢٠١٦/ /

بسم الله الرحمن الرحيم

((يرفع الله الذين امنوا منكم والذين اوتوا العلم
درجات والله بما تعملون خبير))

صدق الله العلي العظيم

سورة المجادلة : اية رقم (١١)

الشكر والامتنان

ومن حق النعمة الذكر ، واقل جزاء للمعروف الشكر
فبعد شكر المولى عز وجل ، المتفضل بجليل النعم وعظيم الجزاء من الجدير ان اتقدم ببالغ
الامتنان وجزيل العرفان الى كل من وجهني وعلمني واخذ بيدي في سبيل انجاح هذا البحث

...

واتقدم

بخالص شكري وامتناني الى عمادة كلية القانون والعلوم السياسية جامعة ديالى ، قسم القانون
بضمنها رئاسة القسم وجميع الكادر التدريسي فيها بما قدموه لي من مساعدات قيمة
ثم ارسل بقلبي ثم بقلمى بخطوط براقة لامعة اسمى آيات الاحترام والمحبة والشكر الى
مشرفة البحث الاستاذة الفاضلة

(مها فاروق الطائي)

المشرفة على البحث لتوجيهاتها القيمة وجهودها المخلصة التي كانت لها اثر عظيم في

انجازه

ومن الوفاء المخلص ان اتقدم بجزيل الشكر الى مكتبة الكلية وجميع العاملين فيها بما قدموه
لي من مساعدات قيمة لإتمام بحثي
والشكر الموصول والثناء الجميل الى الصديق الصدوق والاخ الحميم

محمد علي حسين

لما ثابر وصبر وتحمل وشارك معي في انجاز هذا البحث

وفي الختام اسأل الله ان يوفقنا جميعاً انه نعم المولى ونعم النصير

.....

الباحث

الاهداء

الى من انار الله دربي بدعائها

الى من جعل الله الجنة تحت اقدامها

امي العزيزة

الى من بكلامه عرفت حسن الكلام

وزرع بنفسي حب الخير و الاحترام

ابي الغالي

الان تفتح الاشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم هو
بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا تضىء الا قنديل الذكريات ذكريات الاخوة البعيدة ،
الى الذين احببتهم واحبوني (اصدقائي وصديقاتي الاعزاء)

الى اللذين بذلو كل جهدٍ وعطاء لكي اصل الى هذه اللحظة اساتذتي الكرام

اليكم اهدي هذا العمل .

الباحث

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٣	المبحث الاول : ماهية الشفعة
٣	المطلب الاول : مفهوم الشفعة
٧	المطلب الثاني : خصائص الشفعة
١٠	المبحث الثاني : شروط الشفعة واجراءاتها
١٠	المطلب الاول : شروط الشفعة
١٦	المطلب الثاني : اجراءات الشفعة
٢١	المبحث الثالث : اثار الشفعة وانقضاءها
٢١	المطلب الاول : اثار الشفعة
٢٧	المطلب الثاني : سقوط الشفعة
٣١	الخاتمة
٣٣	المصادر

المقدمة

ما زالت الشفعة تمثل قيداً خطيراً على حرية التصرف وحرية التملك والتعاقد بموجبها يجد المشتري نفسه مرغماً على التخلي عن عقار كان قد اشتراه ، ويجد البائع نفسه طرفاً في عقد مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداءً ، ثم يكون ملزم بذلك بحكم القانون اذا توافرت الشروط والاحوال المعينة .

والشفعة وفقاً لذلك من الحقوق التي اقرتها الشريعة الاسلامية الغراء لحكمة سامية واستمد القانون بالمجمل احكامه بهذا الخصوص منها ، اذ تعتبر الشريعة الاسلامية ومبادئ الفقه الاسلامي المصدر المادي والتاريخي للشفعة حيث شاع استعمالها في كثير من عقود البيع رغم الجدل الذي دار حولها الا انها ثبتت بالنصوص القاطعة وبناء على ذلك نظمها القانون ضمن نصوصه الا انه عمل على التضييق من نطاقها وحصرها في حالات محددة وشروط مثقلة منعا للتوسع فيها كونها جاءت خلافا للأصل .

وتتبع اهمية هذه الدراسة كون الشفعة تعد سببا من اسباب كسب الملكية وتثبت على خلاف الاصل في حرية التعاقد والتملك التي تقضي بها القواعد العامة ما لم يخالف النظام العام والآداب بالإضافة لذلك فإن حق الملكية مصون لا يحق لاحد ان يتعدى عليه او التدخل في انعقاد البيوع سواء من كان صاحب صفة ومصلحة فيها الا ان التشريعات موضوع هذه الدراسة وهي القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني ومجلة الاحكام العدلية وقد اخذت بهذا السبب ومنها ما اعتبره رخصة ومنها ما جعله ضمن اسباب كسب الملكية وعرفه الشفع بأنها حق .

ولما كانت هذه الوسيلة من اسباب كسب الملكية تثبت على خلاف الاصل العام ووردت على سبيل الاستثناء لحكمة سامية فقد اثارت اشكاليات عديدة في مجال التطبيق القضائي لها وكيفية تكييفها بسبب اختلاف النظرة اليها ويرجع ذلك الى تعدد التشريعات التي تحكم هذا الموضوع واختلاف احكامها رغم ان مصدرها التاريخي هو الفقه الاسلامي فكان عدم وضوح الاحكام القانونية يشير اشكالات في التفسير وحيث انها استثناء يجب ان تكون احكامه واضحة منفصلة في ادق الاحوال ذلك انه لا يجوز القياس عليها او مقارنتها ب أي سبب اخر من اسباب كسب الملكية بسبب انها استثناء وهذا الاخير لا يقاس عليه .

اهمية البحث :

تكمن اهمية تقرير الشفعة هي انها وسيلة لتقليل عدد الشركاء في الشيء الشائع والتخلص من ضرر الشركة او القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات واجراءات وبالتالي انتهاء حالة الشيوع .

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في ان الشفعة هي سبب من اسباب كسب الملكية ونظراً لما نراه في واقعنا العملي من كثرة الخلاف حول كسب هذا النوع وكذلك التزاحم فيه فقد اثرنا ان نبحت فيه .

منهجية البحث

سنعتمد في دراستنا لموضوع البحث منهج البحث التحليلي والمكاني بين النصوص القانونية والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع البحث ، فضلاً عن تحليل النصوص والآراء الفقهية وصولاً الى ترجيح الافضل من بينها بما يخدم موضوع البحث وتتركز المقارنة بين القانون المدني العراقي .

هيكلية البحث :

المبحث الاول : ماهية الشفعة

المطلب الاول : مفهوم الشفعة

المطلب الثاني : خصائص الشفعة

المبحث الثاني : شروط الشفعة واجراءاتها

المطلب الاول : شروط الشفعة

المطلب الثاني : اجراءات الشفعة

المبحث الثالث : اثار الشفعة وانقضاؤها

المطلب الاول : اثار الشفعة

المطلب الثاني : سقوط الشفعة

المبحث الاول

ماهية الشفعة

للإحاطة بماهية الشفعة قسم هذا المبحث الى مطلبين ، الاول هو تعريف الشفعة وبيان الحكمة من تقريرها . والثاني لخصائص الشفعة .

المطلب الاول

مفهوم الشفعة

الشفعة حق يجيز في بيع العقار للشفيع الحلول محل المشتري في الاحوال وبالشروط المنصوص عليها قانونا وهي سبب من اسباب كسب الملكية مثل الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة .

الفرع الاول

تعريف الشفعة

اولاً: تعريف الشفعة لغةً :

الشفعة لغةً: سميت شفعة لأنه يشفع بها ماله والشاه الشافع التي معها ولادها . وشفع فلان لفلان اذا جاء ثانية ملتمساً مطلبه ومعيناً له (١).

ثانياً : تعريف الشفع قانوناً :

تعريف الشفعة في مجلة الاحكام العدلية والتشريعات الوضعية :

اختلفت التشريعات في تعريفها للشفعة كل من منظوره ووفقا للدراسة القانونية التي ينتمي اليها ، فقد

١- لابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، انس محمد الشامي راجعه وعلق عليه ، مقاييس اللغة ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٥٣ .

عرفت مجلة الاحكام العدلية الشفعة بأنها "حق تملك العقار المبيع او بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن" (١).

اما القانون المدني العراقي فقد عرفها في المادة (١١٢٨) بأنها "حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة" (٢).

بينما القانون المدني المصري فقد عرفها بموجب المادة (٩٣٥) بقوله "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في احوال معينة اذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون" (٣).

من خلال التعريفات السابقة نجد ان مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني العراقي قد اتفقا في تعريف الشفعة بكونها حق وليست رخصة . لكن المشرع المصري قد نحى منحاً اخر في التعريف اذ لم يعتبر الشفعة حق وانما وصفها بأنها رخصة . وهناك اختلاف بين الحق والرخصة ، فالرخصة هي اباحة استعمال الحريات العامة كحرية العمل والتعاقد والتملك والتنقل ، فحرية التملك رخصة اما الملكية ذاتها فحق (٤).

كذلك نلاحظ ان هناك فرقاً اخر بين الحق والرخصة ، فالحق ينشئ ويقوم بناءً على سبب معين بذاته اما الحريات او الرخص فسببها الاذن العام من المشرع (٥).

١- باشا قدري ، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، ط ٤ ، المطبعة الاميرية ، ١٩٣١ ، ص ٢٢ .

٢- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، نقابة المحامين العراقية ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ١٩٩٩ .

٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ ، الادارة العامة للشؤون القانونية بالهيئة ، ط ٦ ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

٤- منصور فؤاد عبد الرحمن مساد ، الشفعة كسب من اسباب كسب الملكية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، ٢٠٠٨ ، ص ٦ .

٥- مأخوذ من الموقع الالكتروني www.wikipedia.com .

الفرع الثاني

الحكمة من تقريب الشفعة

ان الحكمة من تقرير الشفعة هي دفع المضار تطبيقاً لمبدأ "لا ضرر ولا ضرار" فالبائع اذا عقد العزم على بيع عقاره فلا مانع لديه من البيع لأي شخص يقدم له اعلى سعر ، فالأصل ان شخصية المتعاقدين ليست محل اعتبار في البيع ، فلا ضرر من ان يبيع للشفيع مادام سيدفع ذات السعر ، فإن ابي رضاء ذلك فيمكن اجباره على الامر بحلول الشفيع جبراً محل المشتري .

كما ان الشفيع من حقه ان يدفع ضرراً محتملاً من شريك اجنبي او جار لا يعرف عن طباعه او خصاله شيء ، وربما يعرف سوء طباعه ، فيرغب في دفع المضار عن نفسه فيتقدم لأخذ العقار المبيع بذات السعر ، فيقل عدد الشركاء في العقار الشائع وما يجلبه من مضار الشيوع او يضع يده السلطات التي تفرقت على العقار بين صاحب رقبة وصاحب منفعة فيحسن استغلال العقار (١).

يضاف الى ذلك ان للشفعة فوائد اقتصادية ايضاً في حالة اذا ما ادت الى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع او الحكر او انتهاء الشيوع في حالة بيع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبي ، لكن مما تجدر ملاحظته في هذا الصدد انه لا يلزم لثبوت الشفعة ان يتحقق الضرر فعلاً كما ان انتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لا ينفي قيامها حيث ان الشفعة تثبت بتوافر احد اسبابها وشروط الاخذ به . والشفعة اذ تؤدي الى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري فأنها لذلك تعتبر قيداً على حرية التصرف وحرية التعاقد على خلاف الاصل والقياس ، فمن الاصول الشرعية الثابتة ان مال الانسان لا ينتزع منه الا برضاه ولذلك يجب عدم التوسع فيها (٢)

والشفعة مأخوذة - كنظام وسبب لكسب الملكية - من الفقه الاسلامي فهي ثابتة فيه بالسنة والاجماع، فأما السنة فقد رويت احاديث عديدة عن الرسول محمد "صل الله عليه واله وسلم" تثبت حق الشفعة منها

١- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية ، ص ١٧١ ، الموقع الالكتروني www.pdfactory.com ، تاريخ الزيارة ٢٥/٢/٢٠١٦ .

٢- مهدي كامل الخطيب ، الموجز في شرح احكام الشفعة ، لا طبعة ، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية ، المنية ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٦ .

حديث جابر بن عبد الله (رض): "قضى النبي (ص) بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" (١).

حديث جابر بن عبد الله (رض) الذي قال فيه : "قضى رسول الله (ص) في كل شركة لم تقسم رבעه او حائط لا يحل ان يبيع حتى يأذن شريكه فأَنْ شاء اخذ وان شاء ترك فاذا باعها ولم يؤذنه فهو احق بها" (٢).

اما الاجماع فقد اخذ بالشفعة في كل زمان او مكان من غير ان ينكر ذلك الفقهاء المسلمون (٣). فالشفعة عند الحنفية لرفع الضرر الذي قد يحصل للشفيع من المشتري فهي بهذا المعنى وسيلة للتخلص من جار او من شريك لا يرتاح الشفيع اليه . اما عند المالكية والشافعية في دفع مصاريف القسمة عند الشفيع ، ويترتب على ذلك ان الشفعة لا تثبت عندهم الا للشريك في العقار القابل للقسمة فلا شفعة للشريك في عقار غير قابل للقسمة لعدم احتياجها الى مصاريفها ، ولا شفعة كذلك للخليط او للجار الملاصق . اما عند الحنفية فهي تثبت للشريك بالعقار مطلقاً وللشريك في حقوقه "أي للخليط" وللجار الملاصق (٤).

فهي بذلك تشريع لمنع الشركة القهرية ، فاذا كانت العين مشتركة بين شخصين فباع احد الشريكين حصته لأجنبي كان للشريك الاخر المطالبة بضم النصف المبيع اليه ، أي منع شريكه من البيع لغيره ، وادخال شريك اجنبي في المبيع . وبمعنى اخر : ان للشريك الاولوية في شراء حصة شريكه ، لذا قال الفقهاء عنها : اذا باع احد الشريكين حصته على ثالث كان لشريكه اخذ المبيع بالثمن المجعول له في البيع (٥).

ويمكن القول على كل حال ، بأن الحكمة من تقرير الشفعة هي انها وسيلة لتقليل عدد الشركاء في

١- رواه ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب الشفعة ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، ج ٤ ، ط ١ ، دار ابن كثير ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٣٦ .

٢- رواه مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١١ ، ط ١ ، دار طيبة ، لإمكان نشر ، ٢٠٠٦ ، ٣٦ .

٣- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

٤- د. محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ، القسم الاول ، لا طبعة ، دار السنهوري ، بغداد ، شارع المتني ، ٢٠١٦ ، ص ١٧٧ .

٥- السيد كمال الحيدري ، الفتاوى الفقهية "المعاملات" ج ٣ ، لا طبعة ، كربلاء ، مؤسسة الثقلين للثقافة والاعلام ، ٢٠١٢ ، ص ٣٠١ .

الشيء الشائع والتخلص من ضرر الشركة او القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات واجراءات وبالتالي انهاء حالة الشروع (١).

المطلب الثاني خصائص الشفعة

ويتميز حق الشفعة بالخصائص التالية :

اولاً: حق استثنائي :

فقد رأينا بأن الشفعة قد ثبتت على خلاف الاصل لأنها تؤدي الى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري ، وتملك ملك الغير بدون رضاه غير جائز في الاصل (٢).
كما ان الشفعة تعد قيداً يرد على حق الملكية لأنها تحرم المالك من التصرف في ماله الى الشخص الذي يريد ، كما انها تؤدي الى زوال ملكية المشتري جبراً 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 لأنه مقرر على خلاف الاصل (٣).

ثانيا : حق غير قابل للتجزئة :

لقد نصت المادة (١١٣٥) من القانون المدني العراقي على مايلي : "الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع ان يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه . لكن اذا تعدد المشترون واتحد البائع ، فللشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي " (٤).
واستناداً الى نص المادة المذكور ، فليس للشفيع التبعيض في المبيع ، بل اما ان يأخذه بتمامه او يدع (٥).

أي انه لا يجوز للشفيع ان يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون البعض وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري ، فيضار بذلك فالثمن قد قدر جملة واحدة، بصرف النظر عن قيمة كل جزء من الصفقة على

١- مأخوذ الموقع الالكتروني www.uobabylon.edu.iq ، تاريخ الزيارة ٢٣/٢/٢٠١٦ .

٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ .

٣- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني "الحقوق العينية " ، ط١- الاصدار الثالث ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ١٦٧-١٦٨ .

٤- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٥- السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين "المعاملات " ، ج ٢ ، ط ١٢ ، مؤسسة الحكمة للثقافة الاسلامية ، العراق - النجف الاشرف ، ٢٠٠٧ ، ص ١٣٢ .

حدة ، وقد يكون الجزء المشفوع اصله من باقي اجزاء الصفقة ولولاه لما رغب المشتري في شراء الصفقة بكاملها (١).

ولكن اذا تعدد المشترون واتحد البائع ، بعقد واحد او بعدة عقود، فأن للشفيع الحق في ان يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي (٢). ولكن لو تعدد الشفعاء فهل يجوز لكل واحد منهم ان يطالب بجزء من العقار المبيع ؟ وجواباً على ذلك نقول : كلا ، لا يجوز لأنه لو اسقط بعض الشفعاء حقهم قبل الحكم او التراضي سقط حقهم وبقي حق الاخرين الذي يمثل جزءاً من العقار ، وينتج عن ذلك تجزئة للشفعة والزام المشتري بشراء بعض العقار المبيع ، وقد يؤدي الى الاضرار به . وعليه يجب على كل شفيع ان يطالب بكل العقار تفادياً لاحتمالات تجزئة الشفعة (م ١١٣٦ ف١/مدني عراقي)(٣).

ثالثاً : حق قابل للإرث :

لقد نصت المادة (١١٥٨) من القانون المدني الاردني على ما يلي "اذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع " (٤).

ويترتب على ذلك انه اذا ثبتت الشفعة ثم مات الشفيع فأن لورثته ان يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة التي يقرها القانون لطلب الشفعة ، اذا لم تكن الشفعة قد سقطت قبل وفاة مورثهم (٥).

وجدير بالذكر انه ليس لبعض الورثة الاخذ بالشفعة دون البعض بل اما ان يأخذ الجميع بها او يتركوها. الا اذا رضي المشتري بهذا التبعيض فلا محذور فيه . وقد يتبادر هنا الى الازهاق سؤالاً : لو كان وارث الشفيع متعدداً ، فهل يصير المالك متعدداً فتسقط الشفعة ؟ وجواباً على ذلك نقول : لا تسقط الشفعة بذلك ، لأنها حق انتقل الى كل واحد من الورثة ، فلا يسقط الا بأسقاطه (٦).

رابعاً: حق لا يجوز التصرف فيه للغير :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٣٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي (وليس لاحد من الشفعاء ان ينزل عن حقه لأجنبي او لشفيع اخر ، فأن فعل سقط حقه) (٧).

١- د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها ، لا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٥ .

٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

٣- د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ ، راجع المادة (١١٣٦ ف١) من القانون المدني العراقي .

٤- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، نقابة المحامين الاردنية ، مطبعة توفيق ، عمان ، ٢٠٠٨ .

٥- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

٦- السيد مال الحيدري ، مصدر سابق ، ص ٣١٤ - ٣١٥ .

٧- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

وتطبيقا لنص المادة المذكور اعلاه ، لي لاحد من الشفعاء ان يتصرف بحق شفעתه للغير بمقابل او بدون مقابل . فلو باع الشفيع حق شفעתه لأجنبي او لشفيع اخر بمقابل معلوم فأن الشفعة تسقط بلا بدل ويكون البيع باطلا . لان البيع مبادلة مال بمال ، وحق الشفعة لا يجوز تمليكه ، فتسقط الشفعة ولا يلزم المشتري بالمقابل (١).

كما لا يجوز للشفيع ان يتنازل عن الشفعة للغير وذلك لسببين هما اتصال الشفعة بشخص الشفيع وتبعيتها للعقار المشفوع به (٢).

وعليه لو نزل عنها للغير سقطت دون ان يستفيد منها الغير (٣).

-
- ١- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .
 - ٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "اسباب كسب الملكية" ، المجلد الثاني - ج ٩ ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٥٣ .
 - ٣- د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٦٩ .

المبحث الثاني

شروط الشفعة واجراءاتها

الشفعة لا تقوم الا بناءً على شروط واجراءات معينة حددها القانون ، فتحقق بتوافر الشروط التي تطلبها القانون والاجراءات الخاصة بها لكي تنتج اثرها ، لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول لشروط الشفعة ونخصص الثاني للإجراءات الخاصة بالشفعة .

المطلب الاول

شروط الشفعة

لا يثبت حق الاخذ بالشفعة الا اذا توافرت شروط معينة . ومن خلال الجمع بين نصوص المادتين (١١٢٩) الجديدة التي احلها مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ ٢٤ / ٧ / ١٩٧٨ محل المادة (١١٢٩) من القانون المدني والمادة (١١٣٣) من القانون المدني ، يمكن القول بأن شروط الاخذ بالشفعة اربعة تناولها تباعاً وهي :

الشرط الاول : ان يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار او شقة سكنية : وعلى هذا فلا شفعة اذا كان العقار الشائع من غير الدور او الشقق السكنية وهذا هو وجه التغيير الذي ادخلته المادة (١١٢٩) الجديدة. فقبل احلال هذه المادة محل المادة (١١٢٩) من القانون المدني (الملغاة) ووفق ما كانت تقرره المادة (١١٣٣) كانت الشفعة جائزة في العقارات المملوكة عامة وليس فقط بالدور او الشقق السكنية الشائعة . ويترتب على ذلك انه لا شفعة للشريك في ارض مملوكة على الشيوع ولا للشريك في عمارة غير سكنية او في مخزن او دكان او أي عقار شائع اخر ليس من الدور او الشقق السكنية (١).

كما ان الشفعة مقصورة على العقارات دون المنقولات ، ويتضح لنا ذلك من خلال تعريف الشفعة الوارد في المادة (١١٢٨ مدني عراقي) والمادة (٩٣٥ مدني مصري)(٢).

١- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ .

٢- هذا سبق وان تطرقنا له في بحثنا - انظر صفحة (١٠).

ويرجع ذلك الى ثبوت العقارات بحيزها حيث لا يمكن نقلها من مكان الى اخر دون تلف ، وفيه يتحقق المعنى والحكمة من الشفعة من جميع ما تفرق من سلطات حق الملكية او تجنب الشريك او الجار الاجنبي تطبيق لمبدأ لا ضرر ولا ضرار ، وهذا لا ينطبق الا على العقارات ، اما المنقولات فأنها بطبيعتها تنتقل من مكان لأخر دون تلف ولا تستقر بحيز محدد ويتم تداولها بين اشخاص المجتمع يومياً تقريباً .

والعقارات المقصودة في النص القانوني هي العقارات بطبيعتها والتي يجوز فيها الشفعة ، اما العقارات بالتخصيص - وهي المنقولات التي خصصها مالکها بإرادته لخدمة عقاره - فلا ترد عليها الشفعة استقلالاً ، حيث هي في الاصل من المنقولات ، وذلك مالم يشملها بيع العقار كبيع منزل او شقة بكل مشتملاتها خاصة من العقار بالتخصيص او بيع مزرعة بكل ما فيها من اجهزة حرث او بذر سماد وقطعان ماشية ، وهكذا فترد عليها الشفعة تبعاً للشفعة في بيع العقار .

اما المنقولات بحسب المال فاذا بيعت على هذا الاساس فلا يتصور فيها الشفعة ، كمنى آيل للسقوط وبيع على اعتباره انقاضاً لإزالته ، اما الارض المقام عليها فلم تدخل في البيع فلا يفتح هذا البيع باب الاخذ بالشفعة لاحد ، وايضا الاشجار المعدة لقطعها اذا بيعت على انها اخشاب ، دون الارض المزروعة فيها ، اما ان شمل البيع الارض فيمكن وقتئذ طلب الشفعة ، وكذلك اذا بيع المبنى مستقلاً عن الارض وكان مقصوداً به البقاء على الدوام . والمنقولات بطبيعتها وان كان لا يجوز فيها الاخذ بالشفعة اذا ما بيعت ، الا انه يجوز طلب استردادها في حالة اذا ما كان قد تقرر عليها حق الانتفاع استقلالاً ، او كانت على الشيوع بين اكثر من مالك ، فقد اقام المشرع نظاماً شبيهاً بالشفعة فيما يخص المنقولات والمجموع من المال وهو نظام الاسترداد ، وهو مستمد من القانون الفرنسي ، على عكس نظام الشفعة المستمد من الشريعة الاسلامية وهو النظام الذي قرره المشرع المصري في المادة (٨٣٣ مدني) حيث تنظمه لأحكام الشيوع . وكذلك فيما يخص المنقولات الشبيهة بالعقار وهي الطائرة والسفينة والسيارة ، حيث يجب تسجيل عقد بيعها لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين او بالنسبة للغير ، ومع ذلك ينطبق عليها نظام الاسترداد ان توافرت شروطه ، ولكن لا ترد عليها الشفعة (١).

١- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

بالإضافة الى ما تقدم ، فلا يكفي ان يكون لكل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار او شقة سكنية ، وان ما يجب ان يكون كل من الدار او الشقة من العقارات المملوكة (١). وعليه فلا يجوز الاخذ بالشفعة اذا كان العقار المشفوع به موقوفاً . فاذا بيع عقاراً مجاوراً للوقف فلا شفعة للوقف سواء كان ذلك من ناظر لوقف او من الموقوف عليه حيث ان ناظر الوقف او الموقوف عليه لا يعتبر كل منهما مالكا للعقار الموقوف - واذا كان العقار المشفوع به ملكاً ثم تم وقفه قبل ثبوت الحق في الشفعة - فإن الشفعة تسقط لان العقار المشفوع به لم تستمر ملكيته حتى ثبوت الحق في الاخذ بالشفعة (٢).

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٣٩) من القانون المدني المصري بقولها : "لا يجوز للوقف ان يأخذ بالشفعة" (٣).

الشرط الثاني : ألا يملك الشفيع داراً او شقة سكنية على وجه الاستقلال :

ويشترط ايضا لثبوت حق الشفعة ألا يكون للشفيع داراً او شقة سكنية يملكها على وجه الاستقلال . وهذا هو كما رأينا الشرط الذي اضافته الى شروط الشفعة المادة (١١٢٩) الجديدة (٤): وقد نصت هذه المادة على مايلي : "أ- ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ان لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال . ب - تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض هذا القرار" (٥).

ويترتب على ذلك انه اذا باع احد الشريكين في الدار او الشقة السكنية الشائعة لأجنبي فلا يكون لشريكه الاخر في هذه الدار او الشقة ان يأخذ الحصة المبيعة بالشفعة اذا كان هذا الشريك يملك ملكية مفرزة داراً او شقة سكنية اخرى . اما اذا كان هذا الشريك يملك على الشيوع من ملاك اخرين داراً او شقة سكنية اخرى فله في هذه الحالة ان يأخذ حصة شريكه المبيعة بالشفعة . ويثبت له حق الشفعة كذلك اذا كان يملك عقاراً او عقارات اخرى من غير الدور او الشقق السكنية (٦).

١- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

٢- مهدي كامل الخطيب ، الموجز في شرح احكام الشفعة ، لا طبعة ، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية ، المنية ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٦ .

٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

٤- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

٥- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٦- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

الشرط الثالث : ان يكون التصرف بيعاً:

تقضي الفقرة الاولى من المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي بأنه "لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع"(١).

فيشترط اذن بمقتضى هذا النص لثبوت حق الاخذ بالشفعة ان يكون التصرف الذي خرج به العقار عن ملك صاحبة بيعاً (٢). وفي هذا الصدد عرفت المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي المقصود بالبيع بقولها: "البيع مبادلة مال بمال"(٣). وفي ذلك يتفق المشرع المدني المصري مع المشرع العراقي وذلك بحصر الشفعة في بيع العقار فقط(٤). بينما اجاز المشرع المدني الاردني لثبوت حق الشفعة ان يكون التصرف الذي خرج به العقار عن ملك صاحبه بيعاً او هبة بعوض . وقد نصت على ذلك المادة (١١٥٥) من القانون المدني الاردني بقولها: (١- تثبت الشفعة بعقد البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها . ٢- وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع)(٥).

وعليه يجب ان يكون هذا العوض مساوياً لقيمة العقار او يكاد يساويها لتكون الهبة بحكم البيع . كما يشترط في البيع او الهبة ان يكونا رسميين وقت طلب الشفعة ، أي ان يتم العقد عن طريق الكاتب العدل او اية جهة رسمية اخرى (٦).

بيوع لا تجوز الشفعة فيها :

اذا كان الاصل جواز الشفعة في البيع وما في حكمه ، فثمة بيوع استثنائها المشرع من هذا الاصل لاعتبارات تختلف من حالة لأخرى . وهذه البيوع ، كما وردت في الفقرات (أ)و(ب)و(ج) من المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي هي :

١- القانون المدني العراقي المعدل رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٨٥.

٣- القانون المدني العراقي المعدل رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٤- نصت على ذلك المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصري بقولها : الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في احوال معينة اذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون .

٥- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

٦- د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق ، ص ١٧٥.

١- البيع بالمزايدة العلنية :

فلا يجوز الاخذ بالشفعة اذا حصل البيع بالمزايد العلنية عن طريق القضاء او الادارة (١) والعلة من هذا الاستثناء هي ان مثل هذه البيوع تسمح للشفيع وغيره ان يدخل في المزايدة . علاوة على ان هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن ، لذلك فأن مع الشفعة في مثل هذه البيوع يهيئ هذه الفرصة ويجعل كل من يرغب في العقار التقدم للمزايدة (٢).

٢- البيع بين الأزواج وبين الأقارب :

ولا يجوز الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين او بين الاصول والفروع او بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة (٣).

ويتضح من هذا ان المشرع قد منع الشفعة في هذه الحالة لان البيع يقوم علة اعتبار شخصي ملحوظ . فالصلة الوثيقة هي التي ادت الى البيع الى البيع على هذا النحو بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص اخر . ومراعاةً لهذه الاعتبارات امتنع الاخذ بالشفعة حتى لا يحل محل المشتري شخص لا تتوافر بالنسبة له هذه الاعتبارات (٤).

٣- بيع العقار ليجعل محل عبادة :

ولا تجوز الشفعة اذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة او ليلحق بمحل عبادة وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه (٥).

ان الحكمة من هذا المانع ، هو ان المشرع قد راعى الاعتبارات الدينية فجعلها اولى من اعتبارات مصلحة الشفيع . ويتحقق المانع ايضا ، ليس بالنسبة لمحال العبادة الاسلامية ، وانما يتناول كل ما يجعل محل عبادة او ملحق به ، لديانة اخرى غير الاسلام كالمسيحية واليهودية . ولكن لا يتحقق المانع ،

١- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

٢- د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، لا طبعة ، مكتبة عبدالله وهبة ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٣٢٤ .

٣- المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٤- د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٢ .

٥- المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

وبالتالي تجوز الشفعة ، اذا كان المقصود بالبيع غرض غير ديني اذا كان العقار سيجعل من قبيل المؤسسات الخيرية والاجتماعية ، طالما ان العقار لم يلحق بمحل عبادة (١).

الشرط الرابع : قيام سبب الشفعة في الشفيع واستمراره الى حين الاخذ بالشفعة :

ويشترط اخيراً لثبوت الشفعة ان يكون سبب الشفعة قائماً في الشفيع ، أي ان يكون مالكاً للمشفوع به ، من وقت بيع المشفوع فيه ، وان يستمر مالكاً الى ان يأخذ المبيع ، أي لوقت الحكم له بالشفعة او التراضي عليها (م ١٣٣ ف ٢) (٢).

فلا يكفي لجواز الشفعة ان يتوافر للشفيع سبب من اسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يجب ايضاً ان يبقى هذا السبب قائماً الى ان يتم الاخذ بالشفعة رضاءً او قضاءً ولا يهم بعد ذلك ان يزول سبب الشفعة ولو كان هذا الزوال بأثر رجعي . وعلى ذلك اذا زال حق الشفيع او تخلف شرط لازم لثبوت الشفعة في الفترة بين انعقاد البيع وتامم الاخذ بالشفعة فقد الشفيع حقه في الشفعة . فاذا تصرف الشفيع في حقه بنقله الى غيره قبل تمام الاخذ بالشفعة سقط حقه في الشفعة لزوال سببها . كذلك اذا كان جاراً مالكاً على الشيوع ثم تمت القسمة اثناء نظر دعوى الشفعة فأختص الشفيع بجزء من الارض التي يشفع بها لا يتحقق بالنسبة له التلاصق المطلوب لثبوت الشفعة سقط حقه في الشفعة لزوال سببها . اما اذا تم الحكم له بالشفعة قبله اجراء هذه القسمة ثم تمت القسمة بعد ذلك فلا اثر للقسمة على حق الشفيع . وكذلك اذا حكم بأبطال عقد شراء الشفيع المسجل قبل البيع المشفوع فيه او اذا تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه قبل ثبوت الشفعة للشفيع باتفاق او بقضاء سقط حق الشفيع اما اذا حكم بالأبطال او تحقق الشرط بعد الحكم له بالشفعة او الاتفاق عليها فلا اثر لزوال حق الشفيع حتى ولو كان هذا الزوال بأثر رجعي . واذا كان الشفيع جاراً مالكاً وطلب الشفعة ، ثم زال الجوار اثناء نظر دعوى الشفعة ، كما لو انشأ طريق او مصرف عام ففصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع المشفوع فيه سقط الحق في الشفعة ، اما اذا تم ذلك بعد الحكم بالشفعة فلا اثر له على حق الشفيع (٣).

١- د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص ٢٩٢ .

٢- تقابلها نص المادة (١٥٧) من القانون المدني الاردني الذي تنص على انه (يشترط في العقار المشفوع به ان يكون مملوكاً للشفيع وقت شراء العقار المشفوع) .

٣- د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٤١٧-٤١٨ .

المطلب الثاني

اجراءات الشفعة

يقصد بإجراءات الشفعة الاعمال التي يجب على الشفيع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع رضاء او قضاء . وهذه الاجراءات التي بينها القانون المدني العراقي (١١٣٨ - ١١٤٠) تتلخص بما يلي :

اولا : الاعلان عن الرغبة :

تقضي المادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقي بأنه (على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري او دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انذاره بالبيع انذاراً رسمياً من البائع او المشتري والا سقط حقه ...) (١)

فإذا تم الانذار الرسمي من البائع او المشتري، فيجب على الشفيع اذا اراد اخذ المبيع بالشفعة ، ان يبادر بطلبها بإعلان يوجهه الى كل من البائع والمشتري ، فلا يكفي ان يوجه هذا الاعلان الى احدهم بدون الاخر ، او الى دائرة الطابو (التسجيل العقاري) التي يقع العقار المبيع ضمن دائرتها ويجب ان يتم الاعلان عن الرغبة خلال خمسة عشر يوم من تاريخ الانذار والا سقط حق الشفيع في الشفعة (٢).

وتحسب مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم الانذار الى الشفيع او الى من يمثله اذ بذلك يتحقق علم الشفيع بوقوع البيع (٣). ولم يشترط القانون المدني العراقي ان يكون اعلان الرغبة بطريق رسمي ، أي بواسطة الكاتب العدل ، فيصح اذا ان يوجه هذا الاعلان عن أي طريق اخر كأن يكون بخطاب عادي او مسجل (٤). بخلاف القانون المدني المصري الذي اشترط في اعلان الرغبة ان يكون رسمياً والا كان

١- يقابلها نص المادة (٩٤٠) من القانون المدني المصري التي نصت (على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار الرسمي الذي يوجهه اليه البائع او المشتري ، والا سقط حقه ...) حيث يتبين من هذا النص ان اعلان الرغبة في الشفعة يجب ان يكون الى البائع والمشتري فقط ولا يجوز اعلان تلك الرغبة لدى دائرة الطابو خلافا لما ذكره المشرع العراقي في المادة (١١٣٨).

٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٠.

٣- د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٤٣١.

٤- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ - ١٩١.

باطلا (م ٩٤٢ ف ١ مدني مصري) . ويتضح من ذلك ان القانون قد حدد طريقة خاصة للإعلان ، وهو الاعلان الرسمي على يد محضر ، فإنه لا مجال للاعتداد بأي وسيلة أخرى (١).

وطلب الشفعة بالإعلان عن الرغبة يفترض علم الشفيع وحصول البيع وبشروطه علماً كافياً ، ولهذا نجد ان العبارة الاخيرة من المادة (١١٣٨) اوجبت ان يتضمن الانذار الذي يوجه الى الشفيع (بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل اقامته والا كان الانذار باطلاً) (٢).

ويبقى حق الشفيع في طلب الشفعة قائماً لمدة ستة اشهر من تاريخ تمام البيع (م ١١٣٤ ف و مدني عراقي) (٣). وكذلك الحكم اذا لم يوجه البائع او المشتري الانذار الى الشفيع (٤).

ثانياً : رفع دعوى الشفعة :

اذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع بالشفعة ، فعلى الشفيع ان يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ اعلان رغبته ، والا سقط حقه (١١٣٩ مدني عراقي) (٥). واذا تعدد البائعون او المشترون وجب اختصاصهم جميعاً في الميعاد القانوني والا كانت الدعوى غير مقبولة حيث ان ثبوت الحق في الشفعة يترتب عليه حلول الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع فيمتد اثر الشفعة الى كل من البائع والمشتري فإذا رقت الدعوى على احدهما في الميعاد القانوني وعلى الآخر

١- د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٤٢٦ .

٢ - يقابلها نص المادة (٩٤١) من القانون المدني المصري التي جاء فيها (يشمل الانذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية والا كان باطلاً : أ. بيان العقار الجائر اخذه بالشفعة بياناً كافياً . ب - بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه) .

٣- بينما كانت هذه المدة في القانون المدني المصري هي الاربعة اشهر التالية ليوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨ ف ب مدني مصري) .

٤- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

٥- ويتفق هذا الحكم مع نص المادة (٩٤٣) من القانون المدني المصري التي جاء فيها : (ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيّد بالجدول ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة السابقة والا سقط الحق فيها ويحكم في الدعوى على وجه السرعة) .

بعد انقضاء هذا الميعاد كانت الدعوى غير مقبولة الا اذا كان الشفيع لا يعلم عن وجود بائعين اخرين فيجوز اختصاصهم بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني (١).

والعلة من اشتراط القانون لقبول دعوى الشفعة ان ترفع هذه الدعوى على البائع والمشتري معاً هي ان الاخذ بالشفعة تحويل للحقوق والالتزامات الناشئة بين البائع والمشتري بسبب البيع الى ما بين البائع والشفيع (٢). فهي عملية قانونية تدور بين خصوم ثلاث كل واحد منهم خصم قانوني فيتحتّم اختصاصهم جميعاً في جميع مراحل الدعوى لكي يكون الحكم الصادر واحداً بالنسبة الى الشفيع والبائع والمشتري (٣).

وبالاحظ ان المشرع العراقي قد اعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة (م ١١٣٩ ف ٢) التي يجب الفصل فيها على وجه السرعة (٤). وهذا يتفق مع ما ذهب اليه المشرع المصري في العبارة الاخيرة من المادة (٩٤٣) بقولها (... ويحكم في الدعوى على وجه السرعة) (٥).

ثالثاً : ايداع نصف الثمن الحقيقي:

تنص المادة (١١٤٠) من القانون المدني العراقي على انه (على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، فأن لم يتم الايداع ، سقطت الشفعة) (٦).

فيجب على الشفيع ان يودع صندوق المحكمة التي يقع العقار المشفوع في دائرتها نصف الثمن الحقيقي عند اقامة الدعوى ، ويجب ان يتم الايداع خلال المدة المقررة قانوناً ، والا سقط حقه في الشفعة . كما يجب ان يتم ايداع نصف الثمن الحقيقي فعلاً ، ولا يغنى عنه عرض الشفيع نصف الثمن عرضاً حقيقياً .

١- مهدي كامل الخطيب ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

٣- قرار محكمة التمييز في ١٩٦٨ / ٣ / ٢ منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ، السنة ٣٣ ، ص ١٠٧ .

٤- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

٥- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

٦- بينما خالف المشرع المصري نظيره العراقي بالنص على ضرورة ايداع الشفيع كل الثمن الحقيقي في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار (م ٩٤٢ ف ٢ مدني مصري) .

فيجب ان يتم الايداع في المدة المقررة حتى لو كان الثمن مؤجلاً فيما بين البائع والمشتري (١).

كما لا يصح ان يقتصر الايداع على جزء من الثمن حتى ولو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري (٢) والحكمة من ايداع الثمن لقبول دعوى الشفعة هو ضمان الجدية في طلب الشفعة ، وقطع الطريق على المضاربين ، حيث كان يتخذ من مجرد ثبوت الحق في الشفعة وسيلة للابتزاز ، فأستلزم المشرع ايداع الثمن كان الاجراء الحاسم في قطع هذه المساومات واختفاءها (٣).

واذا كان القانون يشترط لقبول دعوى الشفعة ان يودع الشفيع صندوق المحكمة نصف (الثمن الحقيقي) الذي حصل بيه البيع ، فما المقصود بعبارة (الثمن الحقيقي)؟ (٤).

لقد اجابت على هذا التساؤل محكمة النقض المصرية في تعريفها للثمن الحقيقي الذي حصل به البيع بقولها : "الثمن الحقيقي ، هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري ، قل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع او زاد عليها" (٥).

ولكن ماذا يكون موقف الشفيع اذا كان الثمن المذكور بعقد البيع صورياً ؟ هل يكون له ، بمقتضى القواعد العامة وباعتباره من الغير ان يثبت صورية الثمن الوارد بالعقد ويتمسك بالثمن الحقيقي ويودع نصفه صندوق المحكمة؟ (٦).

الواقع ان المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي تحول دون ذلك . فقد قضت بأنه (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعات على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو) (٧) .

كما قضت محكمة التمييز بأن الثمن الحقيقي "هو البديل الذي حصل الاتفاق عليه والذي سجل بدائرة

-
- ١- قد تطرق المشرع المصري الى هذا الامر في الفقرة الثانية من المادة (٩٤٥) بقوله (وانما لا يحق له "الشفيع" الانتفاع الاجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن الا برضاء البائع).
 - ٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ .
 - ٣- د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٤٤٧ .
 - ٤- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ .
 - ٥- نقض ١٦ / ٢ / ١٩٥٠ - المحاماة ، س ٣٠ ، ص ١٢٠٧ .
 - ٦- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٣ .
 - ٧- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

التسجيل العقاري" (١) . ويلاحظ بأن القانون لم يلزم الشفيع الا بإيداع نصف الثمن الحقيقي ولم يلزمه بإيداع المصاريف ، علماً بأن المصاريف غالباً ما يتعذر على الشفيع ان يعلم بها مبدئياً (٢).

١- قرار محكمة التمييز الصادر في ١٥/١/١٩٦٨ ، منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، ص ٢٩٥ .

٢- قرار محكمة التمييز الصادر في ١٤/١٠/١٩٥٥ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الاول سنة ١٩٦٥ ، ص ٨٨ .

المبحث الثالث

اثار الشفعة وانقضائها

للشفعة اثار وحالات انقضاء معينة نظمها القانون المدني العراقي والقوانين موضع المقارنة في العديد من احكامها نتاولها في هذا المبحث ضمن مطلبين ، الاول نخصه لآثار الشفعة ، والثاني نتكلم فيه عن كيفية سقوط الشفعة .

المطلب الاول

اثار الشفعة

اولا : تملك العقار المشفوع :

اذا توفرت للشفعة شروطها ولم يتحقق سبب من اسباب سقوطها ترتب عليها احكامها واثارها . والاثار الرئيسي الذي يترتب على الشفعة هو تملك الشفيع للعقار المشفوع بما قام على المشتري من ثمن ونفقات ولكن الملكية لا تنتقل الى الشفيع بمجرد التراضي او قضاء القاضي وانما عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة او عند تنفيذ القاضي بالشفعة في دائرة التسجيل العقاري (١) .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١١٤١) من القانون المدني العراقي بقولها : (يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل بدائرة الطابو او عند التسجيل في الطابو في حالة التراضي على الشفعة) (٢). والى نفس الاتجاه ذهب المشرع المصري (٣) ، والاردني (٤) بالنص على.

١- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

٢- القانون المدني العراقي المعدل رqn (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٣- فقد نصت المادة (٩٤٤) من القانون المدني المصري على ان ((الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سند لملكية الشفيع وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)).

٤- اما المادة (١١٦٤) من القانون المدني الاردني (يثبت الملك للشفيع في البيع بقضاء المحكمة او بتسليمه من المشتري بالتراضي وذلك مع مراعاة قواعد التسجيل) .

مراعاة قواعد التسجيل العقاري عند ثبوت الشفعة.

وتملك الشفيع للعقار المشفوع يعتبر بالنسبة اليه من مقتضيات حلوله محل المشتري . فالشفيع يحل محل المشتري في مواجهة البائع في جميع حقوقه عدا الاجل حيث لا يحق للشفيع الانتفاع من اجل منحه البائع للمشتري . فلا يملك الشفيع العقار المشفوع بسبب عقد جديد اذ ان كل ما يحدث هو ان الشفيع يزيج المشتري ليحل محله فيخرج المشتري من الصفقة ويعود الى الحالة التي كان عليها قبل الشراء . اما الاجل الذي نحه البائع للمشتري فلا يستفيد الشفيع منه ما لم يرضى البائع ويترتب على ذلك انه اذا قضى للشفيع بالشفعة وكان الثمن مؤجلا على المشتري فإن الشفيع يأخذه بضمن حال لان رضا البائع في حق المشتري لا يدل على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الوفاء بالحقوق وفي اليسار والاعسار (١). وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١١٤٢) من القانون المدني العراقي بقولها (يحل الشفيع تجاه البائع ، محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن الا اذا رضي البائع) (٢). والى نفس الاتجاه ذهب المشرع المصري بالنص على ذلك في الفقرة الاولى والثانية من المادة (٩٤٥) من القانون المدني اذ جاء فيها : (ا- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته . ٢- وانما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن الا برضاء البائع) (٣). ولكن المشرع الاردني قد اتخذ اتجاه معاكس لما هو عليه في التشريع العراقي والمصري في مسألة حلول الشفيع محل المشتري اذ اعتبر المشرع الاردني ان تملك الشفيع للمشفوع يكون بعقد جديد بينه وبين المشتري في ذات العقد المبرم مع البائع (٤). وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١١٦٥) بقولها (١- تملك العقار المشفوع قضاء او رضا يعتبر شراءً جديداً يثبت به خيار الرؤيا والعيب للشفيع وان تنازل المشتري عنهما) (٥).

١- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

٢- القانون المدني العراقي المدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

٤- د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٨٥ .

٥- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .

ثانيا : استحقاق العقار المشفوع :

يترتب على حلول الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع واختفاء المشتري من الصفقة التزام البائع للشفيع بضمان التعرض والاستحقاق في البيع فيرجع الشفيع بالضمان على البائع كما يرجع المشتري - سواء كان هذا التعرض صادراً من البائع نفسه او من الغير وذلك عملاً بنص المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري حيث تنص على ان البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله هو او من فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري. ويتحقق هذا الضمان فيما يتعلق بتعرض البائع في حالة ما اذا صدر عمل من جانب البائع يكون من شأنه ان يحول كلياً او جزءاً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه ويستوي ان يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني او سبب مادي (١). وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٩٤٥) من القانون المدني المصري بقولها : (٣- اذا استحق العقار للغير بعد اخذه بالشفعة فليس للشفيع ان يرجع الا على البائع)(٢).

واتفق في ذلك المشرع العراقي مع المشرع المصري وذلك بالنص على استحقاق العقار المشفوع في المادة (٢١٤٢ ف٢) التي جاء فيها (واذا استحق العقار المشفوع بعد اخذه بالشفعة فليس للشفيع ان يرجع بضمان الاستحقاق ، الا على البائع)(٣).

حيث ان من مقتضيات حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ان البائع ينفرد بضمان استحقاق العقار المشفوع ولا شيء على المشتري . كما ان مقتضى حلول الشفيع محل المشتري انه اذا تضمن عقد البيع أي اتفاق على تعديل احكام الضمان سواء بالتشديد او في التخفيف منها فإن هذا الاتفاق يسري في حق الشفيع ايضاً (٤).

اما المشرع الاردني فقد اتخذ اتجاه مغاير لما هو عليه لدى المشرع المصري والعراقي . فقد جعل الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق واقع على عاتق المشتري وذلك باعتبار الشفعة شراء جديد وذلك

١- مهدي كامل الخطيب ، مصدر سابق ، ص ١٣٩- ١٤٠ .

٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

٣- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٤- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

عملاً بأحكام المادة (١١٦٥) من القانون المدني الاردني والتي نصت على انه (٣) - اذا استحق العقار للغير بعد اخذه بالشفعة فللشفيع ان يرجع بالثمن على من اداه اليه من البائع او المشتري (١). ويتضح من خلال هذا النص ان ضمان التعرض والاستحقاق والعيب الخفي التزام واقع على عاتق المشتري باعتبار ان الشفعة شراء جديد وباعتبارها لا تنشأ الا من اريخ التسجيل وشطب اسم البائع من قيود الملكية لذا فلا داعي لإقحام البائع بهذا الالتزام (٢).

ثالثاً : تصرف المشتري في المشفوع :

١- التصرفات القانونية : . قد يتصرف المشتري بأنواع عديدة من التصرفات التي ترد على العقار المشفوع فيه . فقد يبيع العقار او يهبه او يقايض عليه ، او يقرر عليه حق ارتفاق او حق انتفاع او يرهنه رهنأ رسمياً او حيازياً ، او ان يؤخذ على العقار حق اختصاص من دائني المشتري او يترتب عليه حق امتياز يكفل ديناً في ذمة المشتري (٣).

فالتصرفات القانونية اعلاه التي يجريها المشتري بالعقار قبل اعلان الشفيع عن رغبته تعتبر صحيحة . اذ ان حق الشفعة لا يؤدي الى منع المشتري من التصرف في العقار لمصلحة الشفيع المحتمل الذي قد يطلب الشفعة وقد لا يطلبها . فللمشتري ان يتصرف في ملكه كما يشاء بالبيع او الرهن (٤).

فاذا تصرف المشتري في العقار الذي تجوز فيه الشفعة بالبيع الى اخر قبل تسجيل الشفيع رغبته في اخذ العقار بالشفعة فيجب على الشفيع في هذه الحالة ان يشفع بالبيع الثاني وبالشروط الذي اشترى بها وذلك عملاً بنص المادتين (٩٣٨ ، ٩٤٢) من القانون المدني المصري (٥).

والى نفس الاتجاه ذهب المشرع العراقي وذلك في المادة (١١٣٧) من القانون المدني التي تنص على : (اذا اشترى احد عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل ان يدعي الشفيع بالشفعة ، سقطت شفيعته وتجددت

١- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

٢- د. سليمان خليف عقلة القلاب ، الشفعة في القانون المدني الاردني ، لا طبعة ، مكتبة الجامعة الاردنية ، الاردن - عمان ، ١٩٨٩ ، ص ١٦.

٣- د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص ٢٦٤.

٤- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٧.

٥- مهدي كامل الخطيب ، مصدر سابق ، ص ١٥٠ - ١٥١.

له شفعة على المشتري الثاني (١).

اما التصرفات القانونية التي تحصل بعد ان يقوم الشفيع بتسجيل رغبته بالأخذ بالشفعة فلا تسري في حقه (٢). أي ان أي تصرف ناقل للملكية او أي حق عيني اخر يرتبه المشتري على العقار لا يسري في حق الشفيع اذا حكم له بالشفعة ، فهو يأخذ العقار المشفوع خاليا من أي حق اثقله به المشتري مع ملاحظة ان القانون المدني العراقي قد قرر انتقال حقوق الدائنين المرتهنين في التقدم على غيره الى ثمن العقار الذي دفعه الشفيع الى المشتري (م ١١٤٤ مدني عراقي) اما غير ذلك من تصرفات تتصل بالاستعمال والاستغلال فتبقى سارية في حق الشفيع وغيره حتى بعد الحكم بالشفعة . فما يقبضه المشتري من ثمار ونتاج يكون له و لا حق للشفيع في شيء منه ولكنها تنتهي بانتقال ملكية العقار المشفوع الى الشفيع بالتسجيل (٣).

٢- التصرفات المادية : . قد ذكر القانون المدني العراقي من التصرفات المادية حالة البناء او الغراس الذي يقيمه او يغرسه المشتري في العقار المشفوع ومصير كل منهما بعد اخذ الشفيع العقار بالشفعة و فرق في ذلك ايضا بينما اذا كان البناء او الغراس قد تم قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة او بعدها (م ١١٤٣ مدني عراقي).

ففي الحالة الاولى يعتبر المشتري بانبا او غارسا في ملكه ، ولذا فأن الشفيع يلتزم بأن يدفع له مقدار ما زاد في قيمة الارض بسبب البناء او الغراس (٤).

اما المشرع المصري فقد اعطى الخيار هنا للمشتري ، بين ان يرد له الشفيع اما التكلفة الفعلية لما اقامه من منشأة او غراس او يرد له ما زاد في قيمة العقار في سبب ذلك (٥).

وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٩٤٦) من القانون المدني بقولها : (اذا بنى المشتري في العقار المشفوع او غرس فيه اشجاراً قبل اعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعا لما يختاره

١- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٢- مهدي كامل الخطيب ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

٣- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٧-١٩٨ .

٤- المصدر نفسه ، ص ١٩٨ .

٥- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

المشتري ان يدفع له اما المبلغ الذي انفقته او مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء او الغراس (١). اما الحالة الثانية وهي حالة اذا ما كان البناء او الغراس قد تم بعد اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة، فقد عامل القانون المدني العراقي المشتري معاملة الحائز سيء النية اذ كان عليه ان يتريث حتى في دعوى الشفعة ولهذا اجاز للشفيع ان يلزمه بقلع البناء او الغراس وان لم يكن ذلك مضرّاً بالعقار . اما اذا كان القلع مضرّاً بالعقار فيكون له ان يستبقى البناء او الغراس ويدفع قيمتها مستحقة القلع . وقد استمد المشرع العراقي هذا الحكم من المادة (١٣٠) من مرشد الحيران وهو حكم يخالف حكم القانون المدني المصري (٢). فقد نص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (٩٤٦) على ما يأتي (اما اذا حصل البناء او الغراس بعد اعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع ان يطلب الازالة فاذا اختار ان يستبقى البناء او الغراس فلا يلتزم الا بدفع قيمة ادوات البناء واجرة العمل او نفقات الغراس) (٣). فيحق للشفيع ازالة ما استحدثه المشتري من منشأة او غراس او يختار وله الخيار وليس للمشتري ان يطلب ان يطلب استبقاء البناء او الغراس مقابل دفع التكلفة فقط ، أي قيمة ادوات البناء واجرة العمل ، او نفقات الغراس ولا اجبار على الشفيع في أي من الاختيارين ، ولا يعد متعسفاً في استعماله لأي من الاختيارين (٤).

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١.

٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٨.

٣- القانون المدني المصري ، رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١.

٤- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣-٢٣٤.

المطلب الثاني

سقوط الشفعة

عرضنا فيما سبق . لدى بحثنا لشروط الشفعة ، لحالات لا تثبت فيها حق الشفعة وهي : حالة بيع العقار في المزاد العلني ، وحالة البيع بين الأزواج والأقارب ، وحالة بيع العقار ليجعل محل عبادة ، وكذلك لحالة ما اذا كان العقار المشفوع به وفقاً ، والواقع ان هذه الحالات عبارة عن بيوع لا تجوز فيها الشفعة اصلاً . ولذلك فإنه ليس دقيقاً اعتبار هذه الحالات من حالات سقوط الشفعة . وذلك ان المفروض حتى يسقط الحق ، أي حق ، ان يثبت أولاً لصاحبه قم يسقط اذا تحقق سبب من اسباب سقوطه.

فالمشرع العراقي بخلاف المشرع المصري (١) ، لم يكن موفقاً حين اشار في المادة (١١٣٤) من القانون المدني الى هذه الحالات الى جانب حالتين من حالات سقوط الشفعة بمعناها الدقيق وهما : حالة التنازل ، وحالة انقضاء سنته اشهر من يوم تمام البيع (٢).

فنتناول بالبحث هاتين الحالتين وكذلك الحالات الاخرى من حالات سقوط الشفعة التي نص عليها القانون المدني العراقي والمصري في مواضع اخرى .
اولاً: نزول الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة :

ان الشفعة هي استثناء تقرر على خلاف الاصل في حرية التملك وحق التملك بحرية لذا اجازت التشريعات نزول الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة وبذلك فقد ورد النص على سقوط الحق بالشفعة في القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٤/ف و) وكذلك بقولها "لا تسمع دعوى الشفعة : اذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة او دلالة ولو قبل البيع" (٣).

اما المادة (٩٤٨ ف أ) من القانون المدني المصري فقد نصت على ذلك بقولها : (يسقط الحق بالأخذ في الشفعة في الاحوال التالية : اذا نزل الشفيع في الاخذ بالشفعة ولو قبل البيع) (٤).

١- انظر المادة (٩٤٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

٢- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٣ - ١٩٤ .

٣- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٤- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

اما عن التعريف بنزول الشفيع عن حقه وماهيته "فهو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يؤدي الى سقوط الشفعة" (١).

اما عن كيفية هذا النزول فقد يكون بمقابل او دون مقابل وقد يكون صريحا وقد يكون ضمناً والنزول الصريح يكون فقط بلفظ او بكتابة او باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقته المقصودة (٢). اما النزول الضمني فمثاله اذا اشترى الشفيع العقار من مشتريه او اذا استأجره منه (٣).

اما عن زمان النزول عن الشفعة فقد اختلفت هذه المسألة باختلاف التشريعات ففي القانون المدني المصري قد يكون النزول عن الشفعة مقدما قبل وقوع البيع وكذلك الامر بعد وقوعه او اثناء سير الدعوى وحتى بعد صدور قرار اذا تنازل الشفيع عن تنفيذ الحكم (٤).

ويتفق المشرع المدني العراقي مع نظيره المصري في حكم هذه المسألة بحيث نجد ان العبارة الاخيرة من المادة (١١٣٤/ ف و) وهي خير دليل على ذلك ، بقولها (...ولو قبل البيع) (٥).

ولابد من ملاحظة ان سقوط الشفعة بسبب التنازل ينبغي له ان يتم قبل الحكم بها او التراضي عليها ، فإذا تم بعج الحكم بها او التراضي عليها فإن الشفعة لا تسقط (٦). واذا اسقط الشفيع حقه في الشفعة انتقل الى الشفعاء الآخرين بشرط حصول الطلب من هؤلاء عند حصول البيع (٧).

وتنازل الشفيع عن بعض شفيعته يعد تنازلاً كاملاً ، فلو تنازل عن نصف شفيعته مثلاً ، سقط حقه في الشفعة كلها بسقوط بعضها ، لان الشفعة حق لا يقبل التجزئة (٨).

١- المادة (٩١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١.

٢- منصور فؤاد عبد الرحمن مساد ، الشفعة كسب من اسباب كسب الملكية ، اطروحة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، ٢٠٠٨ ، ص ٩٥.

٣- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٤.

٤- منصور فؤاد عبد الرحمن مساد ، مصدر سابق ، ص ٩٥.

٥- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٦- انظر المادة (١١٣٦/ ف ١) من القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٧- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٤.

٨- انظر المادة (١١٣٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ثانيا : انقضاء ستة اشهر من يوم تمام البيع :

فاذا انقضت ستة اشهر من يوم تمام البيع ، أي من يوم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، سقط حق الشفيع في الشفعة . ويسري هذا الحكم حتى في حق الشفيع المحجور او العائب (١١٣٤/ف و) (١).
بينما حدد المشرع المدني المصري هذه المدة بأربعة اشهر فقط وذلك بنص المادة (٩٤٨ ف/ب) التي جاء فيها : (يسقط حق الاخذ بالشفعة في الاحوال التالية : اذا انقضت اربعة اشهر من يوم تسجيل عقد البيع) (٢). وهذه المدة مدة سقوط وليس مدة تقادم ، ولذلك فهي لا تقبل الوقف او الانقطاع (٣).
اما الحالات الاخرى لسقوط الشفعة والتي نص عليها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري في مواضع اخرى غير المادة (١١٣٤ مدني عراقي) والمادة (٩٤٨ مدني مصري) فهي :

١- عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة :

وتسقط الشفعة كذلك اذا لم يتم الشفيع بالإجراءات التي رسمتها المواد (١١٣٨-١١٤٠) من القانون المدني العراقي . فاذا لم يعلن الشفيع رغبته في الشفعة لكل من البائع والمشتري او لدائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوم من تاريخ الانذار الذي وجهه اليه البائع او المشتري ، سقط حقه في الشفعة (م ١١٣٨ مدني عراقي) (٤).

ويسقط حقه كذلك اذا لم ترفع الدعوى في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان الرغبة (م ١١٣٩ مدني عراقي) (٥).

كما تسقط الحق اذا لم يودع الشفيع صندوق المحكمة نص الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع عند رفع الدعوى (م ١١٤٠ مدني عراقي) (٦).

٢- زوال ملك الشفيع :

ويسقط حق الشفيع في الشفعة بزوال ملكه او بتخلف شرط من الشروط اللازمة لثبوت الشفعة في الفترة

١- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

٣- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ص ١٩٥ .

٤- يقابلها نص المادة (٩٤٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

٥- يقابلها نص المادة (٩٤٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

٦- يقابلها نص المادة (٩٤٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ .

ما بين انعقاد البيع وتمام الاخذ بالشفعة ، فإذا زال ملك الشفيع قبل الحكم او التراضي عليها سقط حقه في الشفعة ، اذ يشترط ان يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مالكا له الى حين حكم القاضي له بالشفعة او التراضي على التسليم بها ، فلو باع الشفيع حصته التي يشفع بها او وقفها على نفسه او اولاده من بعده او على جهة خيرية . سقط حقه في الشفعة لزوال سببها (١).

٣- مضي مدة خمسة عشر سنة على عقد البيع :

اذا لم ينذر البائع والمشتري او ايهما - الشفيع رسميا بالأخذ بالشفعة ، ولم يسجل المشتري عقد البيع ، فيظل للشفيع الحق في الاخذ بالشفعة حتى سقوط حقه بالتقادم الطويل ، أي مرور مدة (١٥) عاماً تحسب من تاريخ انعقاد عقد البيع ، وليس من تاريخ العلم به ولو تأخر علم الشفيع عن ذلك ، المهم اثبات تاريخ البيع لينفذ في حق الشفيع (٢).

١- د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٦٤٦ .

الخاتمة

بعد ان بحثنا الشفعة بصفتها سببا من اسباب كسب الملكية واجرينا مقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني ومجلة الاحكام العدلية . وجدنا ان هناك علامات فارقة تميز كل قانون عن الاخر حيث توصلنا الى نتائج وتوصيات عديدة نجملها بما يلي :

اولاً : النتائج :

١- عرف القانون المدني العراقي الشفعة بأنها حق بينما عرف القانون المدني المصري الشفعة بأنها رخصة، الا ان واقع التطبيق العملي لذلك يبين ان الشفعة ليست برخصة ولا بحق وانما هي مرتبة اعلى من الرخصة واكل من الحق .

٢- يشترط في التصرف الذي يجيز الشفعة ان يكون بيعاً او هبة بشرط العوض التي تعتبر في حكم البيع .
٣- موانع الشفعة من النظام العام ويجب على المحكمة ان تقضي بها من تلقاء نفسها وهي تعتبر من موجبات رد الدعوى .

٤- يجب اقامة دعوى الشفعة ضمن المدة القانونية وفقاً لطبيعة الحالة التي تحت طائلة سقوط الشفعة اذا ثبت غير ذلك .

٥- يجب على الشفيع ان يختصم البائع والمشتري في دعوى شفعة وفقاً للقانون العراقي والمصري والمشتري وفقاً للقانون المدني الاردني .

٦- تعتبر مدة الشهور في القانون المدني العراقي والمصري مدة سقوط لا تقادم يسقط بمرورها حق الشفيع بالأخذ بالشفعة .

ثانياً التوصيات :

١- نرى ان المشرع العراقي قد اخذ بالمادة (٢/١١٣١) مدني عراقي في حالة اذا اجتمع الشفعاء في درجة واحدة كانت الشفعة بينهم بالتساوي ، اما القانون المدني المصري فقد اخذ بالتقسيم حسب الانصبة استناداً الى نص المادة (٣/٩٣٧) بمعنى ان المشرع قد اخذ في حالة تزاحم الشركاء يقسم المشفوع فيه على حسب عدد الشفعاء اما المشرع المصري يبين انه في حالة التزاحم يقسم المشفوع فيه على حسب الانصبة . وكان الاولى بالمشرع العراقي ان يأخذ بما اخذ به المشرع المصري أي ان التقسيم يكون حسب الانصبة وذلك لان الغرض من الشفعة هو لدفع الضرر من الشريك والضرر متفاوت بتفاوت

حصص الملاك فصاحب النصيب الكثير بحصته من الضرر أكثر من صاحب النصيب القليل . فوجب ان يراعي ذلك بأن يكون استحقاقهم لدفع الضرر حسب انصبتهم .

٢- لم يكن المشرع العراقي موفقاً حين اشار في نص المادة (١١٣٤) مدني عراقي الى الحالات التي لا يجوز فيها الشفعة وهي حالة بيع العقار بالمزاد العلني وحالة البيع بين الازواج والاقارب وحالة بيع العقار ليجعل محل عبادة الى جانب حاليتين من حالات سقوط الشفعة بمعناها الدقيق وهي حالة التنازل وحالة انقضاء ستة اشهر من يوم تمام البيع وذلك لان المفروض حتى يسقط الحق ان يثبت اولا لصاحبه ثم يسقط اذا تحقق سبب من اسباب سقوطه .

المصادر

اولاً: القرآن الكريم

ثانيا : كتب الفقه الاسلامي :

- ١- ابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، انس محمد الشامي راجعه وعلق عليه ، مقاييس اللغة ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
- ٢- رواه ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب الشفعة ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، ج ٤ ، ط ١ ، دار ابن كثير ، بيروت ، ٢٠٠٢ .
- ٣- باشا قدري ، مرشد الحيران الى مغرفة احوال الانسان ، ط ٤ ، المطبعة الاميرية ، ١٩٣١ .
- ٤- السيد كمال الحيدري ، الفتاوى الفقهية "المعاملات" ، ج ٣ ، لا طبعة ، مؤسسة الثقلين للثقافة والاعلام ، كربلاء ، ٢٠١٢ .
- ٥- رواه مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١١ ، ط ١ ، دار طيبة ، لا مكان نشر ، ٢٠٠٦ .
- ٦- السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين "المعاملات" ، ج ٢ ، ط ١٢ ، مؤسسة الحكمة للثقافة الاسلامية ، العراق ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٧ .

ثالثا : الكتب القانونية :

- ١- د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في شرح الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها ، لا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
- ٢- د. سليمان خليف عقلة القلاب ، الشفعة في القانون المدني الاردني ، لا طبعة ، مكتبة الجامعة الاردنية ، الاردن - عمان ، ١٩٨٩ .
- ٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "اسباب كسب الملكية" ، المجلد الثاني - ج ٩ ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٠ .
- ٤- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني "الحقوق العينية" ، ط ١ - الاصدار الثالث ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ .
- ٥- د. محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ، القسم الاول ، لا طبعة ، دار السنهوري ، بغداد ، شارع المتنبى ، ٢٠١٦ .
- ٦- مهدي كامل الخطيب ، الموجز في شرح احكام الشفعة ، لا طبعة ، دار الالفى لتوزيع الكتب القانونية ، المنية ، ٢٠٠٠ .
- ٧- د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، لا طبعة ، مكتبة عبدالله وهبة ، القاهرة ، ١٩٦٥ .

٨- د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، عمان ، ٢٠٠٢ .

رابعاً : رسائل جامعية :

١- منصور فؤاد عبد الرحمن مساد ، الشفعة كسب من اسباب كسب الملكية" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، ٢٠٠٨ .

خامساً : القرارات القضائية :

١- قرار محكمة التمييز الصادر في ١٥/١/١٩٦٨ ، منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس .

٢- قرار محكمة التمييز الصادر في ١٤/١٠/١٩٥٥ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الاول سنة ١٩٦٥ .

٣- قرار محكمة التمييز الصادر في ٢/٣/١٩٦٨ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ، السنة ٣٣ .

٤- نقض ١٦ / ٢ / ١٩٥٠- المحاماة س ٣٠ .

سادساً : شبكة المعلومات الالكترونية :

١- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية ، ص ١٧١ ، الموقع الالكتروني www.pdfactory.com ، تاريخ الزيارة ٢٥/٢/٢٠١٦ .

٢- مأخوذ من الموقع الالكتروني www.wikipedia.com تاريخ الزيارة ٢٧/٢/٢٠١٦ .

٣- مأخوذ الموقع الالكتروني www.uobabylon.edu.iq ، تاريخ الزيارة ٢٣/٢/٢٠١٦ .

سابعاً : التشريعات :

١- القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، نقابة المحامين العراقية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ١٩٩٩ .

٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤١ ، الادارة العامة للشؤون القانونية بالهيئة ، ط ٦ ، الهيئة لشؤون المطابع الاميرية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

٣- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، نقابة المحامين الاردنية ، مطبعة توفيق ، عمان ، ٢٠٠٨ .