

إقليم كردستان – العراق
مجلس القضاء

الشُّفَعَة
كَسَبَبِ مِنْ أَسْبَابِ كَسَبِ الْمُلْكِيَةِ
فِي الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ الْعِرَاقِيِّ

الباحث
القاضي رةزطان حبيب محمد

بإشراف
القاضي / بهزاد فتحي علي

بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان-العراق
لأغراض الترقيّة من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من صنوف القضاة

دهوك - 1440هـ - 2019م

Π

ه ه ه ه ه ه ه
ه ه ه ه ه ه ه
و و و و و و و

β

سورة ص، الآية: 24

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد α وبعد، فإن الشفعة كوسيلة من وسائل كسب الملكية تمثل قيداً 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 ملزماً بذلك بحكم القانون إذا توافرت شروط وأحوال معينة.

والشفعة من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية لحكمة سامية واستمد القانون أحكامه بهذا الخصوص منها إذ تعتبر الشريعة الإسلامية ومبادئ الفقه الإسلامي المصدر المادي والتاريخي للشفعة حيث شاع استعمالها في كثير من عقود البيع رغم الجدل الذي دار حولها إلا أنها ثبتت بالنصوص القاطعة وبناء على ذلك نظمها القانون ضمن نصوصه إلا أنه عمل على التضييق من نطاقها وحصرها في حالات محددة وشروط مثقلة منعاً للتوسع فيها كونها جاءت خلافاً للأصل.

وتتبع أهمية هذه الدراسة كون الشفعة تعد سبباً من أسباب كسب الملكية وثبتت على خلاف الأصل في حرية التعاقد والتملك التي تقضي بها القواعد العامة ما لم يخالف النظام العام والآداب بالإضافة إلى ذلك فإن حق الملكية مصون لا يحق لأحد أن يتعدى عليه أو التدخل في انعقاد البيوع سوى من كان صاحب صفة ومصلحة فيها، ولما كانت هذه الوسيلة من أسباب كسب الملكية ثبتت على خلاف الأصل العام ووردت على سبيل الاستثناء لحكمة سامية فقد أثارت إشكاليات عديدة في مجال التطبيق القضائي لها وكيفية تكييفها بسبب اختلاف النظرة إليها وتعدد التشريعات التي تحكم هذا الموضوع واختلاف أحكامها رغم أن مصدرها التاريخي هو الفقه الإسلامي.

وإن اختيار هذا الموضوع قد جاء لأهميته البارزة باعتبار أن الشفعة خلاف الأصل، فالأصل أن الشخص يبيع لمن يشاء ولكن جاءت الشفعة كاستثناء خصه المشرع بأحكام خاصة تستحق أن تكون موضوعاً للبحث. وتتجلى أهمية هذا الموضوع في

كون الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية وهي تعتبر وقاية من الوقوع في التعسف في البيع إضافة إلى كونها وسيلة للتقليل من الشركاء، وذلك بإعطاء الأولوية للشريك وقد نظمها المشرع وفق أحكام خاصة لا يجوز التوسع فيها لأن الشفعة استثناء والاستثناء لا يتوسع فيه.

وقد تعرض المشرع العراقي لموضوع الشفعة فنص على أحكامه القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل وضمن أسباب كسب الملكية وبحسب المادة 1129 منها كانت الشفعة تثبت للشريك في العقار الشائع والخليط والجار الملاصق وقد تقرر إلغاء المادة المذكورة بموجب القرار رقم 211 المؤرخ 1978/2/14 وأحل محلها بحصر حق الشفعة في العقار الشائع غير الزراعي المملوك ملكاً صرفاً، ثم صدر قرار آخر بتاريخ 1978/7/24 ألغى بمقتضاه الفقرة الأولى من القرار السابق وأحل محلها بحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط أن لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال واعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض القرار. وبالتالي أسقط المشرع العراقي كل ما عدا ذلك من أحوال ثبوت الشفعة التي كانت المادة 1129 من القانون المدني (الملغاة) تجيز الأخذ بالشفعة فيها.

ونظراً للتضييق بالأخذ بنظام الشفعة وخاصة من قبل المشرع العراقي فإنه يؤخذ على ذلك قلة وندرة التطبيقات العملية بالنسبة لطلب الحق المذكور في المحاكم المدنية وخاصة محاكم إقليم كردستان - العراق وبالتالي صعوبة وندرة توفر السوابق والقرارات القضائية المتعلقة بالشفعة.

ومن خلال هذا البحث ومحاولة لتنظيم دراسة مختصرة لموضوع الشفعة تبرز أهم ما ورد فيها من أحكام نص عليها المشرع العراقي ضمن أحكام القانون المدني اعتمدت في تقسيم البحث إلى مقدمة ومباحث وكل مبحث إلى مطالب تضمن المطلوب عدة فروع، وفي الأخير خاتمة للموضوع وجاءت الخطة كما يلي:

مقدمة: عرفت فيها بالموضوع وأهميته وأسباب اختياره، وتطرق المشرع العراقي إليه ضمن أحكام القانون المدني مع ذكر صعوبات البحث وفي الأخير الخطة المعتمدة.

المبحث الأول تعرضت فيه إلى ماهية الشفعة وقسمته إلى مطلبين تضمن المطلب الأول فرعين عن تعريف الشفعة وحكمتها والمطلب الثاني أربعة فروع في خصائص حق الشفعة.

أما المبحث الثاني فقد تناولت فيه شروط وإجراءات حق الشفعة وذلك من خلال مطلبين المطلب الأول تضمن أربعة فروع عن بيان شروط الشفعة، والمطلب الثاني تضمن ثلاثة فروع عن الإجراءات الخاصة بالشفعة.

أما المبحث الثالث فقد تطرقت فيه إلى سقوط الشفعة وآثارها وذلك من خلال مطلبين المطلب الأول تضمن أربعة فروع عن حالات سقوط الشفعة والمطلب الثاني تضمن ثلاثة فروع عن آثار الشفعة.

وفي الأخير خاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها إضافة إلى بعض التوصيات مع تنظيم قائمة بالمصادر والمراجع المعتمدة، وأحمد الله تعالى على ما من به عليّ من فضله وتوفيقه.

الباحث

المبحث الأول

ماهية الشفعة

تقتضي دراسة أي موضوع التطرق إلى ماهيته، فكان لزاماً إعطاء فكرة عن ماهية حق الشفعة، فالمعروف أن الإنسان حر في تملك ما شاء من أموال منقولة أو عقارية، حيث له حرية التصرف فيما يملك وفي إطار مشروع، غير أن هناك قيد على حرية التملك والتصرف والتعاقد تتمثل في حق الشفعة فبمقتضاه يجد المشتري نفسه مرغماً على التخلي عن العقار الذي اشتراه ويجد البائع نفسه طرفاً في عقد مع شخص آخر غير الذي تعاقد معه ولتوضيح وإعطاء تصور عن حق الشفعة وذلك بتعريفها لغة واصطلاحاً مع بيان حكماتها والخصائص التي تتميز بها، نتناول في هذا المبحث مطلبين، المطلب الأول عن تعريف الشفعة وحكماتها، والمطلب الثاني عن خصائص حق الشفعة.

المطلب الأول

تعريف الشفعة وحكماتها

الفرع الأول: تعريف الشفعة

ورد مفهوم الشفعة لغة واصطلاحاً في كتب الفقه والقانون بمفاهيم مختلفة ولكنها متقاربة في المعنى وتوضح المقصود به فالشفعة في اللغة بضم الشين وسكون الفاء مشتقة من الشفع وهو ضد الوتر الذي هو الزوج وسميت بذلك كون الشفيع يضيف بسببها الحصة المشفوعة من المشفوع منه إلى الحصة التي كانت تحت يده فيصبح شفعاً بعد أن كان وتراً⁽¹⁾. كما ورد أنها يراد منها الشفع بمعنى الضم حيث يقال شفعت الشيء شفعاً أي ضمته إلى بعضه فحصلت له زيادة وهي عند فقهاء الشريعة الإسلامية حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من ثمن والنفقات المعتادة وقد استمد المشرع العراقي أحكام الشفعة من فقه الشريعة الإسلامية

(1) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395هـ)، مقاييس اللغة، دار الحديث، القاهرة - 2008، الجزء الثالث، ص 453، الموقع الإلكتروني kutub-pdf.net، تاريخ الزيارة 2018/10/11.

ذلك أن الشفعة ثابتة في فقه الشريعة الإسلامية بالسنة والإجماع⁽¹⁾ وعلى ذلك فإن الناظر إلى هذه المفاهيم يرى أن الشفعة ترجع في مادتها الأولى إلى معنى الضم والزيادة والتقوية وهي تتقارب وتتجانس مع الإطلاقات والمعاني التي أرادها الفقهاء.

أما الشفعة اصطلاحاً فقد تعددت التعاريف الاصطلاحية التي أعطيت للشفعة حيث عرفت بأنها استحقاق أخذ مبيع شريكه بثلثها⁽²⁾ وهي تعني رخصة أي مكنة اختيارية تجيز للشفيع أن يمتلك عقاراً يسمى العقار المشفوع باعه صاحبه لغيره وهو المشتري ويسمى المشفوع منه وهذا الشفيع يشفع بعقار آخر يملكه ويسمى العقار المشفوع⁽³⁾. أما القانون المدني العراقي فقد عرف الشفعة في المادة 1128 بأنها (حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)⁽⁴⁾ وعرفت مجلة الأحكام العدلية الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن⁽⁵⁾ بينما القانون المدني المصري عرفها بموجب المادة 935 بقوله الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محلّ المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية. ومن خلال التعاريف المذكورة نجد أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني العراقي قد اتفقا على تعريف الشفعة بكونها حق وليست رخصة كما وصفها المشرع المصري وهناك اختلاف بين الحق والرخصة فالرخصة هي إباحة استعمال الحريات العامة كحرية العمل والتعاقد والتملك والتنقل فحرية التملك رخصة ومتى ما استعملت تحولت إلى حق، أما الملكية ذاتها فحق⁽⁶⁾.

(1) الدكتور حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954، ص 64.

(2) محمد بن أحمد الأزهرى (ت 370هـ)، جواهر الإكليل شرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت - بلات، الجزء الثاني، ص 157.

(3) الدكتور محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الجلبى الحقوقية، طبعة 2006، ص 257.

(4) المحامي عبد الرزاق القيسي، كيف تقيم الدعوى بنفسك، مطبعة الإرشاد بغداد، الطبعة الثانية، ص 131.

(5) باشا قدرى، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط 4، المطبعة الأميرية، 1931، ص 22.

(6) منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008م، ص 10.

الفرع الثاني: الحكمة من الشفعة

أما الحكمة من تشريع الشفعة فهي دفع الضرر تطبيقاً لمبدأ (لا ضرر ولا ضرار) فالبايع إذا عقد العزم على بيع عقاره فلا مانع لديه من البيع لأي شخص يقدم له أعلى سعر، فالأصل أن شخصية المتعاقدين ليست محل اعتبار في البيع فلا ضرر من أن يبيع للشفيع ما دام سيدفع ذات السعر، فأن أبي رضاء ذلك فيمكن إجباره على الأمر بحلول الشفيع جبراً محل المشتري كما أن الشفيع من حقه أن يدفع ضرراً محتملاً من شريك أجنبي أو جار لا يعرف طباعه أو 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 أو يضع في يده السلطات التي تفرقت على العقار بين صاحب رقبة وصاحب منفعة فيحسن استغلال العقار⁽¹⁾.

والشفعة مأخوذة كنظام وسبب لكسب الملكية من الفقه الإسلامي فهي ثابتة بالسنة والإجماع فأما السنة فقد رويت عن أحاديث عديدة عن الرسول محمد α تثبت حق الشفعة منها حديث جابر بن عبد الله τ قضى النبي α بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة⁽²⁾. وكذلك حديث جابر بن عبد الله τ قضى رسول الله α في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل أن يبيع حتى يأذن شريكه فأن شاء أخذ وأن شاء ترك فإذا باعها ولم يؤذنه فهو أحق بها. وعن سمرة τ عن النبي α قال، جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض. وكذلك عن عطاء بن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله α الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقها واحداً⁽³⁾ أما الإجماع فهي عند الحنفية دفع الضرر الذي قد يحصل للشفيع من المشتري فهي بهذا المعنى وسيلة للتخلص من جار أو من شريك لا يرتاح

(1) الدكتور رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، ص 171، الموقع الإلكتروني www.abjjad.com تاريخ الزيارة 2018/10/12.

(2) رواه أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب الشفعة، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 4، دار ابن كثير، بيروت، 2002، ص 436، الموقع الإلكتروني www.noor-book.com تاريخ الزيارة 2018/10/12.

(3) رواه مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج 11، ط 2006، ص 36، الموقع الإلكتروني www.midia.com تاريخ الزيارة 2018/10/12.

الشفيع إليه، وهي تثبت للشريك في العقار مطلقاً وللشريك في حقوقه، أما عند الملكية والشافعية فهي دفع مصاريف القسمة عند الشفيع، ويترتب على ذلك أن الشفعة لا تثبت عندهم إلا للشريك في العقار القابل للقسمة فلا شفعة للشريك في عقار غير قابل للقسمة لعدم احتياجه إلى مصاريفها، ولا شفعة كذلك للخليط ولا للجار الملاصق، ويمكن القول بأن الحكمة من تقرير الشفعة هي أنها وسيلة لتقليل عدد الشركاء في الشيء الشائع والتخلص من ضرر الشركة أو القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات وإجراءات وبالتالي إنهاء حالة الشفيع⁽¹⁾.

المطلب الثاني

خصائص حق الشفعة

الشفعة باعتبارها وسيلة لاكتساب حق الملكية وكونها حق تهية مركزاً قانونياً للشفيع فإنها تتميز بعدة خصائص نذكرها في أربعة فروع:

الفرع الأول: الشفعة حق استثنائي

تعد الشفعة قيدياً يرد على حرية التصرف والتملك كونها جاءت على خلاف الأصل لأنها تؤدي إلى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري وتملك ملك الغير بدون رضاه غير جائز في الأصل⁽²⁾ ومن المفترض ترك الحرية للمالك بالتصرف فيما يملك كيف يشاء ولا يحد من حريته سوى قواعد النظام العام بينما يجد البائع بالشفعة نفسه ملزماً بعقد لم يرتضه ابتداءً إلا أنه فرض عليه التعاقد مع شخص آخر هو الشفيع وذلك رضاه أو قضاء وهو الأغلب ويعتبر الحكم القضائي عقداً حقيقياً تحل فيه سلطة القضاء محل الإرادة⁽³⁾ لأنها تحرم المالك من التصرف في ماله إلى الشخص الذي يريد، كما أنها تؤدي إلى زوال ملكية المشتري جبراً عليه ولذلك فالشفعة حق استثنائي يثبت للشفيع منعاً لضرر المحتمل بسبب الارتباط بينه وبين

(1) منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، المصدر السابق، ص 15.

(2) الدكتور محمد طه البشير، الدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي، العراق، ص 177.

(3) سليمان خليف القلاب، الشفعة في القانون المدني الأردني، المكتبة الوطنية، عمان، ص 8.

العقار المبيع ويترتب على هذه السمة أنه لا يجوز التوسع في هذا الحق لأنه مقرر على خلاف الأصل⁽¹⁾.

وبخصوص طبيعة الحق في الشفعة، ذهب رأي إلى اعتباره مصدر الحق العيني لملكية العقار، وذهب رأي آخر إلى اعتباره حقاً شخصياً مما يعني أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية إنما حقاً شخصياً لصيقاً به وهو الحق في أن يصبح مشترياً، وذهب رأي ثالث إلى اعتباره حقاً شخصياً عينياً فهو شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه. ويذهب فريق آخر أن الشفعة ليست حقاً شخصياً ولا عينياً وإنما هي واقعة قانونية طبيعية وسبب من أسباب كسب الملكية⁽²⁾ وسواء تم اعتبارها حقاً عينياً أو حقاً شخصياً أو أن الأمر مختلط بين العيني والشخصي ذهب المشرع العراقي وفقاً للتعريف الوارد في المادة 1128 من القانون المدني العراقي إلى القول بأن الشفعة هي حق في طلب تملك العقار.

الفرع الثاني: الشفعة حق غير قابل للتجزئة

وفق أحكام المادة 1135 من القانون المدني العراقي الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه، ولكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي⁽³⁾ أي أنه لا يجوز للشفيع أن 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 حدة وقد يكون الجزء المشفوع أصله من باقي أجزاء الصفقة ولولاه لما رغب المشتري في شراء الصفقة بكاملها⁽⁴⁾ وقد ورد في قضاء محكمة التمييز في القرار المرقم 156/س/69 في 69/9/17 إن حق الشفعة لا يقبل

(1) الدكتور علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ط1، الاصدار الثالث، عمان، 2000، ص167-168.

(2) محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، 2005، ص86.

(3) علي محمد إبراهيم الكرياسي، موسوعة التشريعات العقارية-القانون المدني، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1991، ص259.

(4) الدكتور رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها، الإسكندرية، 2001، ص155.

التجزئة. وفي القرار المرقم 653/حقوقية/ 69 في 69/9/27 إن حق الشفعة لا يتجزأ⁽¹⁾.

إلا أنه في حالة تعدد المشتريين واتحاد البائع سواء بعقد واحد أو بعدة عقود فإن للشفيع الحق أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي ولكن في حالة تعدد الشفعاء فلا يجوز لكل واحد منهم أن يطالب بجزء من العقار المبيع لأنه لو اسقط بعض الشفعاء حقهم قبل الحكم أو التراضي سقط حقهم وبقي حق الآخرين الذي يمثل جزءاً من العقار، وينتج عن ذلك تجزئة للشفعة وإلزام المشتري بشراء بعض العقار المبيع وقد يؤدي إلى الأضرار به، وعليه يجب على كل شفيع أن يطالب بكل العقار تفادياً لاحتمالات تجزئة الشفعة وحسب المادة 1136 فقرة 1 مدني عراقي⁽²⁾ وقد ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 1647/حقوقية/ 1958/ اربيل في 1958/9/8 إن المادة 1136 مدني تشترط أن يطلب الشفيع كل المشفوع وهذا يقتضي طلباً مستقلاً لكل شفيع بدعوى مستقلة وحيث أن الشفيعين أقاموا دعوى واحدة بطلب المشفوع وذلك غير جائز قانوناً لذا يصبح الحكم الصادر برد الدعوى موافقاً للقانون، وذهبت في قرارها المرقم 711/حقوقية/ 59 العمارة في 1959/4/6 (يتعين أن يتقدم كل شفيع بدعوى مستقلة عن الشفيع الآخر ولا يجوز لهما إقامة دعوى واحدة بطلب الشفعة لنفس العقار)⁽³⁾. أي أن محكمة التمييز كانت تحكم برد الدعوى من الناحية الشكلية مؤسسة قضاءها على أن إقامة الدعوى بعريضة واحدة من قبل أكثر من مدعي واحد خلافاً للمادة 1136 مدني.

إلا أن الاتجاهات القانونية والقضائية التي كانت تقدم (الشكل) على موضوع الدعوى قد انتهت بصدور قانون الإثبات المرقم 107 لسنة 1979 الذي من أهدافه الرئيسية وكما تنص عليه المادة الرابعة منه (تبسيط الشكلية) للحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه⁽⁴⁾ وأن هذه المادة قد

(1) إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، بغداد، 2007، ص 408-409.

(2) د. علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص 168.

(3) المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، 1962، ص 581.

(4) أنظر قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل، المادة الرابعة.

حلت الكثير من شكليات الدعاوى التي لم تكن مقبولة قبل تشريعه كقبول التحول في دعوى أجر المثل إلى طلب الأجر المسمى كون الاثنين يتضمنان المطالبة ببديل منفعة مقدمة جوهر الحق المتنازع في على الشكل، وحيث أن قانون المرافعات المدنية قد نص في المادة 44/5 منه على أنه (إذا تعدد المدعون وكان في ادعائهم اشتراك أو ارتباط جاز لهم إقامة الدعوى بعريضة واحدة) كما أن الفقرة 6 من المادة المذكورة تنص على أنه (إذا تعدد المدعى عليهم واتحد سبب الادعاء أو كان الادعاء مرتبطاً جاز إقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة)⁽¹⁾ وحيث أن قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل هو القانون الذي ينظم طرق التقاضي وأن قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 وهو قانون يتعلق بإجراءات الإثبات وتقوم قواعده على تبسيط الشكليات، قد صدر بعد القانون المدني، وهو قانون موضوعي وهما قانونان يتعلقان بالإجراءات فتكون أحكامها هي الواجبة التطبيق وتكون مقيدة لما ورد في القانون الموضوعي من أحكام في حالة تعارضها مع أحكام القانونين المذكورين وبالتالي جواز إقامة عدة شفعاء الدعوى بعريضة واحدة⁽²⁾. وبخصوص ذلك ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 86/ هيئة عامة/ 89 في 15/8/1989 (أنه ليس في نص المادة 1136 من القانون المدني ما يوجب على كل شفيع أن يقدم دعواه بعريضة مستقلة فتطبق أحكام المادة 44/5 من قانون المرافعات المدنية التي تجيز ذلك)⁽³⁾.

الفرع الثالث: الشفعة حق قابل للإرث

نصت المادة 1133/3 مدني عراقي أنه متى ثبتت الشفعة، فلا تبطل بموت البائع والمشتري أو الشفيع⁽⁴⁾ أي أنه في حالة ثبوت الشفعة ثم وفاة الشفيع فإن الحق لا يسقط بل ينتقل إلى الورثة، ولهم أن يطالبوا به خلال المدة الباقية من المدة التي يقرها القانون بطلب الشفعة، إذا لم تكن الشفعة قد سقطت قبل وفاة مورثهم وقد ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن حق الشفعة متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما

(1) انظر قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل، المادة 44.

(2) إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، الجزء الرابع، بغداد، المكتبة القانونية، 2001م، ص 79-80.

(3) إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، المصدر السابق، ص 57.

(4) القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

يملك من عقار، ولهذا فإنه ينتقل بالميراث ويحل الوارث محل مورثه⁽¹⁾. هذا وليس لبعض الورثة الأخذ بالشفعة دون البعض بل إما أن يأخذ الجميع بها أو يتركوها، إلا إذا رضي المشتري، ولو كان وارثوا الشفيع متعددين فلا تسقط الشفعة بذلك باعتبار تعدد المالكين لأنها حق انتقل إلى كل واحد من الورثة فلا يسقط إلا بإسقاطه⁽²⁾.

الفرع الرابع: حق الشفعة لا يجوز التصرف فيه للغير

عبرت المادة 1136 فقرة 2 من القانون المدني العراقي أنه ليس لأحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه لأجنبي أو لشفيع آخر فإن فعل سقط حقه، فليس لأحد من الشفعاء أن يتصرف بحق شفيعته للغير بمقابل أو بدون مقابل، فلو باع الشفيع حق شفيعته لأجنبي أو لشفيع آخر بمقابل معلوم فإن الشفعة تسقط بلا بدل ويكون البيع باطلاً، لأن البيع مبادلة مال بمال وحق الشفعة لا يجوز تملكه فتسقط الشفعة ولا يلزم المشتري بالمقابل⁽³⁾ إضافة إلى أن عدم جواز التصرف في حق الشفعة للغير له سببان أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز له النزول عنها إلى غيره، والثاني أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه⁽⁴⁾.

(1) محمد طه البشير، المصدر السابق، ص178.

(2) كمال الحيدري، الفتاوى الفقهية، ط1، كربلاء، 2012، الجزء الثالث، ص301.

(3) غني حسون طه، المصدر السابق، ص178.

(4) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المجلد الأول، الجزء التاسع، 2009، ص453.

المبحث الثاني

شروط وإجراءات حق الشفعة

الشفعة لا تقوم إلا بناءً على شروط وإجراءات معينة حددها القانون، حيث تثبت وتتحقق بتوافر الشروط المنصوص عليها في القانون والإجراءات الخاصة بها لكي تنتج آثارها، ولبيان تلك الشروط والإجراءات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول نسلط الضوء على شروط الشفعة وفي المطلب الثاني الإجراءات الخاصة بالشفعة.

المطلب الأول

شروط الشفعة

لا يثبت حق الأخذ بالشفعة إلا إذا توفرت شروط معينة وقد بحث القانون المدني العراقي تلك الشروط أصلاً في المادة 1133 والتي بينت حسب الفقرة الأولى والثانية منها أن شروط الشفعة أن يكون التصرف بيعاً وأن يكون كل من المشفوع والمشفوع به من العقارات المملوكة مع قيام سبب الشفعة في الشفيع واستمراره لحين الأخذ بالشفعة، غير أنه بإلغاء المادة 1129 من القانون المدني العراقي بموجب القرار المرقم 978 المؤرخ 1978/7/24 والذي حل محل المادة المذكورة وحصرها حق الشفعة بالشريك في دار السكن أو الشقة السكنية الشائعة بشرط أن لا يملك داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال⁽¹⁾ ومن خلال نص المادتين المذكورتين يمكن بيان شروط الأخذ بالشفعة ضمن أربع فروع:

الفرع الأول: أن يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار أو شقة سكنية

وعلى هذا فلا شفعة إذا كان العقار الشائع من غير الدور أو الشقق السكنية، أي يجب أن يثبت في دعوى الشفعة أن العقار المشفوع (دار سكن) مملوكة للشركاء

(1) علي محمد إبراهيم الكرياسي، المصدر السابق، ص 257-258.

على وجه الشيوخ وأنه يطالب بالشفعة شريك فيها، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها المرقم 387/مدنية أولى/88 في 22/6/1988 (أنه ينحصر حق الشفعة طبقاً للمادة 1129 من القانون المدني المعدلة بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم 978 المؤرخ 24/7/1978 في الشريك في دار السكن الشائعة شرط أن لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال)⁽¹⁾ وفي قرارها المرقم 440/مدنية ثانية/ 1981 في 14/12/1981 (أن حق طلب الشفعة ينحصر بالشريك في دار السكن ولا يشمل السهام الشائعة في الأرض المباعة)⁽²⁾، فقبل إلغاء المادة 1129 الأصلية ووفق ما كانت تقره المادة 1133 من القانون المدني كانت الشفعة جائزة في العقارات المملوكة عامة، وليس فقط في الدور أو الشقق السكنية الشائعة ويترتب على ذلك أنه لا شفعة للشريك في أرض مملوكة على الشيوخ ولا للشريك في عمارة غير سكنية أو في مخزن أو دكان أو أي عقار آخر ليس من الدور أو الشقق السكنية.

ومن تعريف الشفعة الواردة في المادة 1128 مدني عراقي يتضح أن الشفعة مقصورة على العقارات فلا شفعة في المنقول، وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة، لأن السفينة منقول، كذلك لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المآل كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع، فلا يشفع في هذا البناء أو الغراس شريك أو جار، وكذلك العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله فإذا بيع مستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أما إذا بيع مع هذا العقار فإنه يجوز أخذه بالشفعة تبعاً للعقار وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من مواشي وآلات ري ونحوها مما يعد عقاراً بالتخصيص، فإن الشفعة تثبت في المزرعة وما تشتمل عليها من المواشي وآلات الري وغيرها من العقارات بالتخصيص، أما إذا فصلت المواشي أو آلات الري عن الأرض وبيعت مستقلة فإن الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول⁽³⁾، وإن هذه الحالة كانت تطبق قبل تعديل المادة 1129 من القانون المدني أي العقار بالتخصيص.

(1) إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز - قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، 2000م، ص56.

(2) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى المدنية، الطبعة الأولى، بغداد، 1993م، ص164.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص481.

بالإضافة إلى ما تقدم فلا يكفي أن يكون لكل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار أو شقة سكنية وإنما يجب أن يكون كل من الدار أو الشقة من العقارات المملوكة، وعليه فلا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار المشفوع به موقوفاً، فإذا بيع عقاراً مجاوراً للوقوف فلا شفعة للوقوف سواء كان ذلك من متولي الوقف أو من الموقوف عليه حيث أن متولي الوقف أو الموقوف عليه لا يعتبر كل منهما مالكاً للعقار الموقوف - وإذا كان العقار المشفوع به ملكاً قد تم وقفه قبل ثبوت الحق في الشفعة، فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به لم تستمر ملكيته حتى ثبوت الحق في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 1134/هـ من القانون المدني العراقي أنه لا تسمع دعوى الشفعة إذا كان العقار المشفوع به وقفاً⁽²⁾.

الفرع الثاني: أن لا يملك الشفيع داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال

تشرط الفقرة أ من المادة 1129 المعدلة من القانون المدني العراقي لثبوت حق الشفعة للشفيع في دار السكن الشائعة أو الشقة السكنية أن لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال ويترتب على ذلك أنه إذا باع أحد الشريكين في الدار أو الشقة السكنية الشائعة لأجنبي فلا يكون لشريكه الآخر في هذه الدار أو الشقة أن يأخذ الحصة المباعة بالشفعة إذا كان هذا الشريك يملك ملكية مفرزة داراً أو شقة سكنية أخرى، أما إذا كان هذا الشريك يملك على الشيوع مع ملاك آخرين داراً أو شقة سكنية أخرى فله في هذه الحالة أن يأخذ حصة شريكه المباعة بالشفعة ويثبت له حق الشفعة كذلك إذا كان يملك عقاراً أو عقارات أخرى من غير الدور أو الشقق السكنية⁽³⁾. فقد ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 904/مدنية أولى/77 في 14/8/1978 (أنه ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة بشرط أن لا يملك الشفيع داراً للسكن على وجه الاستقلال ويطبق ذلك على الدعاوى غير المكتسبة درجة الثبات)⁽⁴⁾ وفي حالة ثبوت كون طالب الشفعة كان يملك داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال عند إقامة دعوى الشفعة على البائعين من الشركاء في الدار المشاعة وأنه قام بنقل ملكية الدار

(1) مهدي كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، المنية، 2000م، ص76.

(2) أنظر القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، المادة 1134.

(3) محمد طه البشري، المصدر السابق، ص184.

(4) إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، المصدر السابق، ص416.

أو الشقة بعد الحكم البدائي بتحقق الشفعة له فيحكم بفسخ الحكم البدائي في المرحلة الاستثنائية ورد الدعوى وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها المرقم 114/ مدنية أولى/94 في 10/6/1993 (إذا تحقق أن طالب الشفعة كان يملك داراً على وجه الاستقلال عند إقامة الدعوى وأنه قد نقل ملكيتها بعد صدور الحكم البدائي، فيتعين الحكم بفسخ الحكم البدائي ورد دعواه)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أن يكون التصرف بيعاً

نصت الفقرة الأولى من المادة (1133) من القانون المدني العراقي بأنه (لا تثبت الشفعة، إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع)⁽²⁾ فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه، حتى يجوز الأخذ بالشفعة وعقد البيع تصرف قانوني صادر من الجانبين وناقل للملكية بعوض، فإذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني كالاتصاق والتقدم فلا شفعة، ولا شفعة أيضاً إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية ويشترط في البيع حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة أن يكون موجوداً، فإذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصوري فلا شفعة، ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقي قائماً إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها⁽³⁾ وقد ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 3377/ مدنية ثانية/ 1975 في 8/1/1976 (أنه لا يثبت الشفعة ببيع العقار المشفوع بعقد مصدق من الكاتب العدل وإنما تثبت بتسجيل البيع لدى دائرة التسجيل العقاري وليس قبل ذلك)⁽⁴⁾ وحيث أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون كما تقضي بذلك المادة (508) من القانون المدني التي تقضي بأن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون. حيث قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم 572/ حقوقية/ 1969 في 28/8/1969 (أن الشفعة لا تثبت إلا ببيع العقار المشفوع وأن يكون بيعه قد تم قانوناً بتسجيله في دائرة الطابو)⁽⁵⁾.

(1) إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، المصدر السابق، ص 64.

(2) القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص 493-509.

(4) مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل، العدد الأول، السنة السابعة، 1976م، ص 34.

(5) قضاء محكمة تمييز العراق، وزارة العدل، المكتب الفني، المجلد السادس، بغداد، 1972م، ص 302.

على أنه إذا كانت المادة 1133 تقرر أن الشفعة لا تثبت إلا ببيع العقار، فإن الشفعة تثبت مع ذلك في كل تصرف يأخذ حكم البيع ومن تلك التصرفات المقايضة حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون بين البيع والمقايضة بل يعتبرون العمليتين بيعاً فالبيع عندهم مبادلة مال بمال وبهذا أخذ القانون المدني العراقي الذي اعتبر المقايضة نوعاً من أنواع البيع. ومن التصرفات الأخرى الصلح والإقالة والوفاء بمقابل والتي تعتبر في حكم البيع، إلا أن ثمة بيوع استثناها المشرع ولا تجوز الشفعة فيها لاعتبارات تختلف من حالة لأخرى ونص عليها القانون المدني العراقي في الفقرات أ وب وج من المادة (1134)⁽¹⁾ وهي:

أولاً: البيع بالمزايدة العلنية

فلا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة كالبيع بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء، بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه، وكذلك البيع بالمزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع لا يمكن قسمته عيناً دون ضرر، ففي هذه الحالة تجري القسمة القضائية عن طريق المحكمة، بناء على طلب يرفع إليها من أحد الشركاء، فطلب القسمة القضائية يعني رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة لإزالة شيوخ المال الشائع، إما عيناً إذا كانت الأعيان قابلة للقسمة وإما عن طريق التصفية بيعاً إذا كانت الأموال غير قابلة للقسمة وحسب ما نصت عليه المادة 1073 فقرة 1 من القانون المدني العراقي أنه إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة اصدرت حكماً ببيعه⁽²⁾. أما البيع عن طريق الإدارة كبيع الدولة لأملكها الخاصة بالمزاد العلني، أو الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب، وفقاً لإجراءات رسمها القانون فلا تجوز فيه الشفعة، وعلّة منع الشفعة في هذه الحالة هي أن البيع بالمزايدة العلنية يتيح الفرصة للشفيع إذا كان يريد أخذ العقار بالشفعة أن يدخل في المزايدة، إلى جانب أن منع الشفعة يساعد على بيع العقار بأكبر ثمن ممكن.

(1) د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص 185.

(2) المحامي جمعة سعدون الربيعي، أحكام إزالة الشيوخ في القوانين العراقية، مطبعة الفنون، بغداد، 1989م، ص 26.

ثانياً: البيع بين الزوجين وبين الأقارب

فحسب نص المادة 1134 فقرة ب لا تسمع دعوى الشفعة إذا وقع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة⁽¹⁾. والعلة في منع القانون الشفعة هنا لاعتبار في المشتري، فإذا باع المالك عقاره لمشتري اتصل به صلة وثيقة من الزوجية أو القرابة أو المصاهرة، فإن هذا البيع لا بد أن يكون قد لوحظت فيه شخصية المشتري ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه لذلك لا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة وينتزع من يد المشتري، كبيع الزوج لزوجته أو بيع الزوجة لزوجها، أو بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لأصوله مهما علوا، فلا تقيد القرابة هنا بدرجة معينة. وكذلك بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة كبيع الأخ لأخيه أو لأخته أو بيع الأخت لأخيها أو لأختها أو بيع العم والعممة أو الخال والخالة لابن أخيه أو لأبن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها وكذلك بيع ابن العم لابن عمه فكل هؤلاء الحواشي أقارب من الدرجة الرابعة، ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيعاً واقعاً بين أقارب من الدرجة الخامسة فتجوز فيه الشفعة⁽²⁾ وذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 495/مدنية ثانية/ 1978 في 1978/8/12 (أنه يجوز سماع دعوى الشفعة لو كانت زوجة المشتري شقيقة البائع لأن القانون قصر منع سماع الدعوى بالنسبة للأقرباء على البيع بين الزوجين أو الأصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ولا يجوز إدخال فئات أخرى معهم عن طريق القياس بحجة أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس الدرجة والقرابة بالنسبة للزوج الآخر)⁽³⁾.

ثالثاً: بيع العقار ليجعل محل عبادة أو يلحق به

الفقرة ج من المادة 1134 مدني عراقي تنص على أنه لا تسمع دعوى الشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، وسجل بدائرة التسجيل العقاري على هذا الوجه، فمنع القانون الشفعة هنا لاعتبار ديني قدمه على

(1) القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

(2) شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، طبعة 1971م، بغداد، ص216.

(3) إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، المصدر السابق، ص417.

مصلحة الشفيع فإذا باع المالك أرضه لمشتري بقصد أن يخصص المشتري الأرض لبناء مسجد فوقها أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه أو مقصورة تخصص للنساء أو نحو ذلك فهنا يكون العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة فلا تجوز الشفعة في هذا البيع حتى لا يضيع على المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه، ولا يقتصر الأمر في محل العبادة على الدين الإسلامي بل يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة، والنص المذكور قاصر على ما يباع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به فهو لا ينصرف إلى ما قد يباع للمؤسسات الخيرية أو الاجتماعية من أي نوع كان⁽¹⁾.

الفرع الرابع: قيام سبب الشفعة في الشفيع واستمراره إلى حين الأخذ بالشفعة

في المطالبة بحق الشفعة يجب أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به، فإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع، وجب أن يكون مالكاً لهذه الحصة الشائعة أي ان يكون أحد الشركاء في الشيوع وملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة، وأهم ما يعرض في العمل في هذا الصدد أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع. فيجب أن يكون هذا البيع موجوداً وسابقاً على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة، كما يجب أن يكون البيع مسجلاً، حتى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به، وأن يكون التسجيل سابقاً على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة. ويجب أن يبقى الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة⁽²⁾، وقد ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 229/ هيئة عامة أولى/ 973 في 9/3/1974 (أنه يشترط أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكاً له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها وذلك بأن يكون العقار المذكور مسجلاً باسم الشفيع في دائرة التسجيل العقاري أو بحكم قاطع للنزاع حولها مكتسب الدرجة القطعية قابل للتنفيذ)⁽³⁾.

(1) محمد حسن قاسم، المصدر السابق، ص196.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص580-583.

(3) النشرة القضائية، وزارة العدل، العدد الأول، السنة الخامسة، بغداد، 1976م، ص106.

عليه يكون المقصود بقيام سبب الشفعة في الشفيع واستمراره، أن يكون مالكا للمشفوع به من وقت بيع المشفوع فيه وأن يستمر مالكا إلى أن يأخذ المبيع، فلا يكفي لجواز الشفعة أن يتوافر للشفيع سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل يجب أيضاً أن يبقى هذا السبب قائماً إلى أن يتم الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً ولا يهم بعد ذلك أن يزول سبب الشفعة ولو كان الزوال بأثر رجعي، وعلى ذلك إذا زال حق الشفيع أو تخلف شرط لازم لثبوت الشفعة في الفترة بين انعقاد البيع وتامم الأخذ بالشفعة فقد الشفيع حقه في الشفعة، فإذا تصرف الشفيع في حقه بنقله إلى غيره قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حقه في الشفعة لزوال سببها⁽¹⁾.

وقد يثور مسألة التزاحم بين الشفعاء إذا طلب الشفعة أكثر من شفيع إذ يتعين في هذه الحالة تحديد لمن الأولوية فيها بمعنى من الأولى بأخذها وقد أشارت إلى هذه الحالة المادة 1131 مدني عراقي وفرقت بين حالة تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة وحالة تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحد وحالة تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم⁽²⁾ حيث أشارت الفقرة الأولى من المادة 1131 إلى أنه إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المبين في المادتين السابقتين أي المادة 1129 و1130 وحيث أنه تم حذف المادة 1129 وحل محلها نص القرار المرقم 978 المؤرخ 1978/7/24 مع إلغاء المادة 1130 مدني ووقف العمل بها وبالتالي حصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة. وفي حالة تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة نصت المادة 1131/فقرة 2 مدني أن الاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي، وفي حالة تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم أي تتوفر فيه الشروط التي تجعله شفيعاً فقد نصت المادة 1132 مدني أنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى، ونظراً لحصر القانون المدني العراقي لحق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة فأن مسألة التزاحم بين الشفعاء في طلب الشفعة يكاد يكون منعداً في التطبيقات العملية لحق الشفعة⁽³⁾.

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، عمان، 2002م، ص417.

(2) أنظر القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

(3) علي محمد إبراهيم الكرياسي، المصدر السابق، ص258.

المطلب الثاني

الإجراءات الخاصة بالشفعة

متى ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة على الوجه الذي ذكرناه فيما تقدم، ولمن أراد أن يتمسك بهذا الحق، وتجنباً للنتائج التي قد تترتب على مجرد اعتماده على ذمة المشفوع منه وحسن نيته، خاصة إذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة، فعليه اتباع إجراءات معينة نص عليها القانون، وعليه القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع رضاءً أو قضاءً، وقد نص القانون المدني العراقي في المواد (1138-1140) على تلك الإجراءات وتم ضبطها من الناحية الشكلية وتحديدها بمواعيد معينة وتتلخص بالإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة ومن ثم رفع الدعوى ثم إيداع نصف الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة، نسلط الضوء عليها في ثلاث فروع:

الفرع الأول: الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة

حسب نص المادة 1138 من القانون المدني العراقي على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع او المشتري والا سقط حقه، وذلك لأن هذا الانذار هو الذي يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع وهو وسيلة للبائع أو المشتري لحسم الموقف بالنسبة للشفيع ويقصد منه إثبات علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لوضعه بالخيار بالمطالبة بالشفعة من عدمه وترقب الخطوات بعد ذلك أو قد يغفل عن اتباع إجراء أو عدم اتخاذه في الموعد المحدد⁽¹⁾.

فإذا تم الانذار الرسمي من البائع أو المشتري، فيجب على الشفيع إذا أراد أخذ المبيع بالشفعة أن يبادر بطلبها بإعلان يوجهه إلى كل من البائع والمشتري، وينبغي أن تعلن هذه الرغبة من الشفيع إذا كان واحداً ومن كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة في حالة تعدد الشفعاء، وأن يوجه الإعلان إلى كل من البائع والمشتري فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد هذا الميعاد اعتبر الإعلان باطلاً وبالتالي تسقط الشفعة ذلك أن كل من البائع والمشتري خصم في

(1) عبد المنعم البراوي، حق الملكية، الطبعة الثالثة، جامعة القاهرة، 1994، ص391.

دعوى الشفعة إذا كانت بالتقاضي وطرف فيها إذا تمت بالتراضي، وقد ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 442/حقوقية غير منقول/ 68 في 18/7/1968 (بأن إعلان الرغبة بتملك العقار المباع يكون بعد انذار الشفيع رسمياً من قبل البائع أو المشتري)⁽¹⁾.

ويجب أن يتم الإعلان عن الرغبة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة، ولا يسري هذا الميعاد إلا من تاريخ الانذار الرسمي ولو كان الشفيع يعلم فعلاً بالبيع قبل الانذار، هذا ولم يشترط القانون المدني العراقي أن يكون إعلان الرغبة بطريق رسمي، أي بواسطة الكاتب العدل، فيصح توجيهه عن أي طريق آخر كأن يكون بخطاب عادي أو مسجل كما أن الإعلان عن الرغبة في طلب الشفعة يفترض علم الشفيع بحصول البيع وبشروطه علماً كافياً حيث أوجبت المادة 1138 من القانون المدني العراقي أن يتضمن الانذار الموجه إلى الشفيع بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل إقامته وإلا كان الإنذار باطلاً⁽²⁾.

وبخصوص المدة التي يحق فيها للشفيع الإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة فإنه توجد نهاية لهذه المدة لا يستطيع الشفيع إذا جاوزها أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إعلاناً صحيحاً ومن ثم تسقط شفيعته، فهو لا يستطيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، إذا انذره البائع أو المشتري بوقوع البيع، إلا في خلال خمسة عشر يوماً من هذا الانذار. ولا يستطيع الإعلان عن الرغبة إذا لم ينذر البائع أو المشتري بوقوع البيع إلا في خلال ستة أشهر من يوم تمام البيع في دائرة التسجيل العقاري ويسري الميعاد المذكور حتى في حق المحجورين والغائبين، كما لا يستطيع الإعلان عن الرغبة، إذا لم ينذر بالبائع ولم يسجل العقد بعد خمسة عشر سنة من تمام عقد البيع لأن حقه في طلب الشفعة يكون قد سقط بالتقادم تطبيقاً للقواعد العامة في شأن التقادم المسقط⁽³⁾.

(1) إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، المصدر السابق، ص 407.

(2) محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 190.

(3) د. علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص 172.

الفرع الثاني: رفع دعوى الشفعة

قضت المادة 1139 من القانون المدني العراقي يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته، والا سقط حقه وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة⁽¹⁾. حيث أن المشرع أوجب في حالة ما إذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع بالشفعة، أن يرفع الشفيع دعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إعلام رغبته وإلا سقط حقه وإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب اختصامهم جميعاً في الميعاد القانوني وإلا كانت الدعوى غير مقبولة حيث أن ثبوت الحق في الشفعة يترتب عليه حلول الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع فيمتد أثر الشفعة إلى كل من البائع والمشتري فإذا رفعت الدعوى على أحدهما في الميعاد القانوني وعلى الآخر بعد انقضاء هذا الميعاد كانت الدعوى غير مقبولة إلا إذا كان الشفيع لا يعلم عن وجود بائعين آخرين فيجوز اختصامهم بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني⁽²⁾ وقد ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 1073/ حقوقية/ 60 في 1960/7/4 (أن المدعي المميز رفع دعوى الشفعة على البائع فقط بتاريخ 59/7/30 وأنه طلب في الجلسة المؤرخة 1960/1/9 إدخال المشتري شخصاً ثالثاً في الدعوى ولما كان طلب المدعي إدخال المشتري شخصياً ثالثاً في الدعوى قد وقع بعد مرور ما يقرب من ستة أشهر من تاريخ إعلان رغبته خلافاً لأحكام المادة 1139 مدني لذا فإن حقه في الشفعة قد سقط ويصبح القرار الصادر ببرد الدعوى موافقاً للقانون)⁽³⁾.

والمدعي في دعوى الشفعة هو الشفيع ويشترط فيه أهلية التصرف فإذا كان كامل الأهلية وغير محجور عليه جاز له وحده أن يرفع الدعوى، وله أن يوكل في رفعها غيره أما إذا كان الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه، فوليه أو وصية هو الذي يرفع الدعوى، والمدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع فرفع الدعوى على المشتري وحده أو على البائع وحده لا يكفي، ولا بد أن ترفع على كليهما في الميعاد القانوني وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة ويجب على الشفيع أن يختصم

(1) القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

(2) مهدي كامل الخطيب، المصدر السابق، ص 119.

(3) المحامي سلمان بيان، المصدر السابق، ص 586.

جميع البائعين وجميع المشترين الذي وردت اسماؤهم في الانذار الرسمي الموجه إليه بوقوع البيع، والمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هي محكمة محل العقار المشفوع فيه، هذا وقد اعتبر المشرع العراقي دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة (م 1139 ف2) والتي يجب الفصل فيها على وجه السرعة⁽¹⁾، وبخصوص رفع الدعوى على البائع والمشتري معاً ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 1353/مدنية ثانية عقار/72 في 1972/10/9 (إذا أقيمت دعوى الشفعة على المشتري فقط ولم تقم عليه وعلى البائع فهي حرية بالرد ولا يصححها إدخال البائع شخصاً ثالثاً فيها)⁽²⁾.

الفرع الثالث: إيداع نصف الثمن الحقيقي

نصت المادة 1140 من القانون المدني العراقي أنه على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فان لم يتم الايداع سقطت الشفعة⁽³⁾.

يلاحظ بأن المشرع أوجب على الشفيع بعد رفعه دعوى طلب الشفعة خلال المدة القانونية وبالبلغة ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته، إيداع نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في صندوق المحكمة حتى يتم قبول الدعوى، والمقصود بالثمن الحقيقي هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه حقيقة بين البائع والمشتري، وإذا كان الثمن المذكور في عقد البيع صورياً، فليس للشفيع إثبات صورية الثمن الوارد في العقد والتمسك بالثمن الحقيقي وإيداع نصفه في صندوق المحكمة حيث أن المادة 149 من القانون المدني العراقي قضت بعدم الجواز بالطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري كما ذهبت محكمة التمييز في قرارها المؤرخ 1955/10/14 المنشور في مجلة القضاء العدد الأول سنة 1956 ص 88 (أن الثمن الحقيقي هو البديل الذي حصل الاتفاق عليه والذي سجل بدائرة التسجيل العقاري)⁽⁴⁾ ويستطيع الشفيع العلم بالثمن إما من الانذار الرسمي الذي وجهه

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 677.

(2) النشرة القضائية، وزارة العدل، العدد الرابع، السنة الثالثة، ص 59.

(3) القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

(4) الدكتور حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص 73.

إليه البائع أو المشتري بوقوع البيع أو من البحث في سجلات دائرة التسجيل العقاري، على أن يتم إيداع نصف الثمن الحقيقي فعلاً ولا يغنى عنه عرض الشفيع نصف الثمن عرضاً حقيقياً فيجب أن يتم الإيداع في المدة المقررة حتى لو كان الثمن مؤجلاً فيما بين البائع والمشتري، علماً أن الثمن الحقيقي الموجب إيداعه من قبل الشفيع لا يشمل المصاريف والرسوم الخاصة ببيع العقار لدى دائرة التسجيل العقاري وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها المرقم 592/حقوقية/ 57 السلیمانية أن ما يقصد بالثمن الحقيقي هو ما قام به بيع العقار حقيقة بين المتعاقدين وسجل ثمناً للمبيع في دائرة الطابو ولا يدخل في ذلك مصاريف الطابو وغيرها مما يقتضيه من رسوم وذلك لجهالته لدى الشفيع وعدم شمول تعبير الثمن الحقيقي لما يقتضي من رسوم لذلك كان على المحكمة أن لا تنجح في رد الدعوى إلى عدم إيداع نصف المصاريف مع نصف الثمن⁽¹⁾.

كما لا يصح أن يقتصر الإيداع على جزء من الثمن حتى ولو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري والسبب في اشتراط الإيداع الفعلي لقبول دعوى الشفعة هو ضمان جدية طلب الشفعة من جهة والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من جهة أخرى، المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أو البائع الذي لم يستوف كله أو بعضه⁽²⁾. هذا وكما تم ذكره في حالة عدم إيداع الشفيع نصف الثمن الحقيقي خلال المدة القانونية سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وللمشتري والبائع الدفع بسقوط حق الشفعة لعدم إيداع الشفيع لنصف الثمن الحقيقي خلال المدة القانونية في أية حالة كانت عليها الدعوى، وللمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها، حيث أن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها من النظام العام فللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفي أي حالة كانت عليها الدعوى⁽³⁾.

(1) المحامي سلمان بيات، المصدر السابق، ص 591.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص 447.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 668.

المبحث الثالث سقوط الشفعة وأثارها

للشفعة حالات سقوط وانقضاء معينة نظمها القانون المدني العراقي مع آثار وأحكام تترتب عليها إذا توفرت للشفعة شروطها دون تحقق سبب من أسباب سقوطها، نتناولها في هذا المبحث ضمن مطلبين الأول نخصه لحالات سقوط الشفعة والثاني لآثار الشفعة.

المطلب الأول

حالات سقوط الشفعة

سبق وأن ذكرنا عند بحثنا لشروط الشفعة لحالات لا تجوز الشفعة فيها لاعتبارات تختلف من حالة لأخرى وهي بيع العقار بالمزايدة العلنية والبيع بين الزوجين والأقارب وبيع العقار ليحل محل عبادة أو يلحق به وهذه الحالات عبارة عن بيوع لا تجوز فيها الشفعة أصلاً ولا يمكن اعتبارها من حالات سقوط الشفعة، كون المفروض لسقوط أي حق أن يثبت أولاً لصاحبه ثم يسقط حقه فيه إذا تحقق سبب من أسباب سقوطه ويمكن استخلاص أسباب سقوط الشفعة والتي نص عليها القانون المدني العراقي ضمن أحكام الشفعة بما يلي وضمن أربع فروع:

الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

إن الشفعة هي استثناء تقررت على خلاف الأصل في حرية التملك وحق التملك بحرية لذلك أجازت التشريعات نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة، في إشارة إلى تنازل الورثة أو الوصي، وقد ورد النص على سقوط الحق بالشفعة في القانون المدني العراقي في المادة 1134 فقرة د وذلك بقولها لا تسمع دعوى الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع⁽¹⁾. وعلى ذلك يجوز للشفيع أن يتنازل عن الحق في الأخذ بالشفعة بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته صراحة أو ضمناً،

(1) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص 158.

والتنازل الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته يصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يصح أن يكون شفويًا ولكن يقع على من يتمسك بهذا التنازل من مشتري أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات ويصح التنازل في أي وقت إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة، وكذلك الحال في تنازل الشفيع عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها فيحصل المشتري من الشفيع على تنازل صريح إما كتابة أو شفاهاً وعلى المشتري عبء إثبات هذا النزول طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات⁽¹⁾.

وبخصوص ذلك ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 73/1/214م في 1973/6/11 (بأنه يسقط حق الشفعة سواء قبل إقامة الدعوى أو بعدها إذا صرح الشفيع بإسقاطها). وفي قرارها المرقم 919/م 2 عقار/971 في 72/1/4 (إن إثبات إسقاط حق الشفعة يتم وفق الأسس العامة في الإثبات). وفي قرارها المرقم 302/م 78/2 في 78/5/22 (إن دفع المدعى عليه بعرضه العقار المبيع على الشفيع ورفضه شراءه يجب أن يثبت بالبينة التحريية)⁽²⁾.

أما التنازل الضمني فيكون ذلك بأي عمل يصدر من الشفيع يفيد حتماً أنه تنازل عن حقه ومثاله إذا اشترى الشفيع العقار المشفوع من مشتريه أو إذا استأجره منه، أو اعترف بالمشتري للعقار المشفوع فيه مالكاً للعقار على وجه بات نهائي، فيعتبر التنازل عن حق الشفعة في هذه الحالات تنازلاً ضمناً بعد ثبوته، كما يصح أن يكون التنازل عن الشفعة قبل ثبوتها تنازلاً ضمناً، بأن يأتي الشفيع بعمل يستفاد منه حتماً هذا النزول، كان يكون الشفيع قد توسط بنفسه بين المشتري ومالك العقار المشفوع فيه في عقد صفقة البيع، هذا وأن سقوط الشفعة بسبب التنازل ينبغي أن يتم قبل الحكم بها أو التراضي عليها، فإذا تم بعد الحكم بها أو التراضي عليها فإن الشفعة لا تسقط وذلك حسب المادة 1136 مدني عراقي الفقرة الأخيرة منها⁽³⁾ إضافة إلى أن السكوت عن البيع الواقع بين البائع والمشتري من قبل الشفيع إذا توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً وأوفى بما أوجب عليه القانون لا يعتبر تنازلاً عن حقه في الشفعة دلالة،

(1) عبد المنعم البراوي، حق الملكية، المصدر السابق، ص399.

(2) إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، المصدر السابق، ص410-416.

(3) شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص226.

لأن التنازل عن الحق إسقاطاً له ولخطورة آثاره فلا يحمل مجرد سكوت الشفيع أمام المشتري أو البائع أنه تنازل عن حقه وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم 3224/ الهيئة الاستئنافية العقار/ 2010 المؤرخ 2010/10/10 أن التنازل عن الحق إسقاطاً له ولخطورة آثاره فلا يحمل مجرد سكوته أمام الشهود على أنه تنازل عن حقه سيما وأنه لم يحصل أمام مالكة السهام المبيعة⁽¹⁾. هذا مع الإشارة إلى أنه لا يجوز إثبات إسقاط حق الشفعة بالشهادة إذا كانت قيمة العقار المشفوع تزيد على خمسين ديناراً أو كان غير محدد القيمة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك أو وجود مبدأ ثبوت بالكتابة⁽²⁾.

وبخصوص ذلك قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم 3108/ مدنية ثانية/ 1975 في 1976/1/4 (أنه لا يجوز إثبات إسقاط حق الشفعة بالشهادة مادامت قيمة العقار المشفوع تزيد على عشرة دنانير إلا إذا توفر أحد الأسباب الواردة في المادة 491 مدني ويجب منح مدعي الإسقاط حق تحليف خصمه اليمين عن ذلك⁽³⁾).

عليه إذا توافرت في دعوى الشفيع ما أوجب عليه القانون من أحكام ولم يتنازل عن حقه لا صراحة ولا دلالة تكون دعواه مستوفية لأحكام التملك بالشفعة وحسب ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها المرقم 659/ مدنية أولى/ 91 في 1991/12/9 (إذا كان دعوى المدعي بطلب الشفعة تتفق مع أحكام المواد 1128 و1139 و1140 من القانون المدني وأنه لم يتنازل عن حقه في الشفعة لا صراحة ولا دلالة فتكون الدعوى مستوفية لأحكام التملك بالشفعة⁽⁴⁾)، هذا وفي حالة وفاة الشفيع وبموجب نص المادة 1123/ 3 مدني متى ما ثبتت الشفعة فإن الحق لا يسقط بل ينتقل إلى الورثة ويحل الوارث محل مورثه وإذا انتقل العقار إلى الوارث ينتقل بحقوقه وقد يكون المورث راغباً في الأخذ بالشفعة بينما لا يرغب الورثة في ذلك فيحقق لهم التنازل عن الحق.

(1) القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2013، ص156.

(2) قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل، المادة 77 و78.

(3) مجموعة الاحكام العدلية، المصدر السابق، ص34.

(4) إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، المصدر السابق، ص63.

الفرع الثاني: انقضاء ستة أشهر من يوم تمام البيع

نصت على ذلك الفقرة و من المادة 1134 مدني عراقي بأنه لا تسمع دعوى الشفعة اذا انقضت ستة اشهر من يوم تمام البيع، ويسري هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين. ويخلص من هذا النص أن الشفيع إذا لم يحصل علمه بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمي، فالقانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أنه علم بالبيع إذا سجله المشتري كون مهمة التسجيل هي اشهار البيع ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع ليس إلا علماً افتراضياً فقد أطال القانون المدة التي يتعين في خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة فجعلها ستة أشهر من وقت التسجيل أي تمام البيع، ومدة الستة أشهر هي مدة سقوط لا مدة تقادم فلا ينقطع ولا يقف ويسري في حق المحجورين والغائبين⁽¹⁾ وقضت محكمة التمييز في قرارها المرقم 475/ مدنية ثانية/ 76 في 76/4/7 أنه (لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر على تاريخ تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ولا يؤثر على ذلك إيقاف المعاملة لوجود أخطاء في المناسخة في معاملة الانتقال)⁽²⁾.

الفرع الثالث: عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة

إذا لم يتم الشفيع بالإجراءات التي رسمتها المواد 1138-1139-1140 من القانون المدني العراقي للمطالبة بحقه تسقط الشفعة، ويتبين من المواد المذكورة والتي تم ذكرها سابقاً أنه إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الشفعة لكل من البائع والمشتري أو لدائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوم من تاريخ الإنذار الذي وجهه إليه البائع أو المشتري سقط حقه في الشفعة، ويسقط حقه كذلك إذا لم ترفع الدعوى في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة، كما يسقط الحق إذا لم يودع الشفيع صندوق المحكمة نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع عند رفعه الدعوى⁽³⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 642.

(2) مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل، العدد الثاني، السنة السابعة، 1976م، ص 43.

(3) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص 159.

الفرع الرابع: زوال ملك الشفيع

يسقط حق الشفيع في الشفعة بزوال ملكه أو بتخلف شرط من الشروط اللازمة لثبوت الشفعة في الفترة ما بين انعقاد البيع وتتمام الأخذ بالشفعة فإذا زال ملك الشفيع قبل الحكم بها أو التراضي عليها سقط حقه في الشفعة إذ يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكا له إلى حين حكم القاضي له بالشفعة أو التراضي على التسليم بها، فلو باع الشفيع حصته التي يشفع بها أو وقفها على نفسه وأولاده من بعده أو على جهة خيرية، سقط حقه في الشفعة لزوال سببها⁽¹⁾، وعليه يمكن القول إن مسقطات الشفعة تتعلق في معظمها بتخلف شرط من شروط الشفعة أو الإخلال بإجراءاتها.

المطلب الثاني

آثار الشفعة

إذا توفرت للشفعة شروطها ولم يتحقق سبب من أسباب سقوطها ترتب عليها أحكامها وآثارها، وحسب أحكام الشفعة المنصوص عليها في القانون المدني العراقي يمكن تلخيص آثار الشفعة بعد ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، حلول الشفيع محل المشتري وبحلول الشفيع محل المشتري تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وما يترتب عليه من استحقاق العقار المشفوع وأثر التصرفات الواقعة من المشتري على العقار المشفوع والتي سنبسطه فيما يلي ضمن ثلاث فروع:

الفرع الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

إن الأثر المباشر الذي يترتب على قيام الشفعة باستكمال شروطها، هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع سواء عن طريق التراضي أو عن طريق حكم قضائي، والتراضي أو التقاضي ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سبباً لإنتاج أثرها، بل هو مجرد إنهاء للنزاع والدلالة بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلاً مستكملة لشروطها، ولم يطلب القانون في التراضي إلا تسليم المشتري بأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة، أما في التقاضي فقد رسم القانون

(1) محمد طه البشير. د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص 195.

لدعوى الشفعة إجراءات خاصة ومواعيد معينة كما سبق ذكرها⁽¹⁾ وحسب أحكام المادة 1141 من القانون المدني إن الملكية لا تنتقل إلى الشفيع بمجرد التراضي بين الشفيع والمشتري أو بالحكم القضائي بثبوت الشفعة وإنما تنتقل الملكية عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي أو عند تنفيذ الحكم القضائي بالشفعة في دائرة التسجيل العقاري، فالملكية إذن لا تنتقل من وقت البيع ولا من وقت إعلان الرغبة في الشفعة، ولا من وقت صدور الحكم بالشفعة وإنما تنتقل من وقت تسجيل هذا الحكم النهائي أو تسجيل الإقرار بالشفعة من المشتري، ومتى ما انتقلت الملكية إلى الشفيع فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار المشفوع فيه متى شاء وكيف شاء كونه قد أصبح مالكا للعقار وللمالك أن يتصرف في ملكه⁽²⁾.

وتملك الشفيع للعقار المشفوع يعتبر بالنسبة إليه من مقتضيات حلوله محل المشتري، فالشفيع يحل محل المشتري في مواجهة البائع في جميع حقوقه عدا الأجل حيث لا يحق للشفيع الانتفاع من أجل منحه البائع للمشتري فلا يملك الشفيع العقار المشفوع بسبب عقد جديد، إذ أن كل ما يحدث هو تحول البيع بين البائع والمشتري إلى البائع والشفيع، ويختفي شخص المشتري من الصفقة ويعود إلى الحالة التي كان عليها قبل الشراء، أما الأجل الذي منحه البائع للمشتري فلا يستفيد الشفيع منه ما لم يرض البائع، فبخصوص إنقاص الثمن أو زيادته أو ما يطرأ عليه في البيع المعقود بين البائع والمشتري والذي لم يكن الشفيع طرفاً فيه فإن الشفيع لا ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ما لم يوافق البائع على ذلك ولكون الشفعة هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، فبمجرد انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع وفقاً للقواعد العامة في البيع ويلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري وهي التزامات متقابلة منها التزام البائع بنقل ملكية العقار إلى الشفيع وتسليمه له والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، أما التزامات الشفيع فأنها لا تعدو أن تكون دفع الثمن مضافاً إليه المصاريف القانونية متى كان لها مقتضى⁽³⁾.

(1) مهدي كامل الخطيب، المصدر السابق، ص 83.

(2) د. رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ص 159.

(3) منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، المصدر السابق، ص 18.

الفرع الثاني: 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 على المشتري، سواء كان هذا التعرض صادراً من البائع نفسه أو من الغير. وتسري هنا أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع لأن الشفيع قد حل محل المشتري، ويتحقق ضمان البائع للتعرض الصادر منه إذا صدر منه عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه ويستوي في ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي، أو مبنياً على سبب قانوني، والتزام البائع بعدم التعرض للشفيع للالتزام دائم ويجب عليه أن يمتنع عن التعرض للشفيع في أي وقت بعد البيع، أما فيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانوني ليلتزم البائع بضمانه ويشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع أو يكون تالياً له أن يكون مستمد من البائع⁽¹⁾ ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير فأن على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، بأن يجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه ويتنازل عن ادعائه، أو أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض إذا فاز الغير بإثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به، فيعوض البائع الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق، هذا وإذا تضمن عقد البيع اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض والضمان سواء بزيادة الضمان أو بإنقاصه فأن هذا الاتفاق يسري على الشفيع لأنه حل محل المشتري⁽²⁾.

الفرع الثالث: مآل التصرفات الواقعة من المشتري في المشفوع

خلال الفترة ما بين شراء المشتري للعقار المشفوع وانتقال ملكيته إلى الشفيع سواء رضاءً أو قضاءً، قد يتصرف المشتري تصرفاً قانونياً أو مادياً في العقار المشفوع وقد يكون التصرف الواقع قد تم قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو

(1) مهدي كامل الخطيب، المصدر السابق، ص 139-140.

(2) عبد المنعم البراوي، المصدر السابق، ص 409.

قد يتم بعد الإعلان عن الرغبة، وبخصوص تصرفات المشتري المذكورة أشارت المواد (1143 و1144) من القانون المدني العراقي إليها والتي يمكن تقسيمها كما ذكرنا إلى تصرفات مادية وتصرفات قانونية وكالاتي:

أولاً: التصرفات المادية

لقد نصت على حكم هذه الحالة المادة 1143 من القانون المدني العراقي وذلك بالإشارة إلى حالة قيام المشتري بالبناء في العقار المشفوع أو غرس أشجار فيه وفرق في ذلك بين قيام المشتري بالبناء أو الغرس قبل أن يبلغ من قبل الشفيع بالرغبة في الأخذ بالشفعة وبين قيامه بذلك بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾ وفي الحالة الأولى عندما يبني المشتري أو يغرس قبل اعلان الرغبة في الشفعة تقضي الفقرة الأولى من المادة 1143 مدني بأن الشفيع ملزم بأن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس. وهنا عومل المشتري معاملة الحائز حسن النية، كون المشتري يعتبر بانياً وغراساً في ملكه وبموافقة البائع ولذا يكون الشفيع ملزماً بأن يدفع له مقدار ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء أو الغراس⁽²⁾.

وعلى ذلك ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم 2273/ حقوقية/ 59 بعقوبة في 1960/3/9 (أن المحكمة أصدرت قرارها برد دعوى المدعي دون أن تلاحظ حكم المادة 1143 مدني فإن ثبت لها أن المدعي غرس أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة وكان غرسه لها بإذن من البائع فإن الشفيع المدعي عليه ملزم بأن يدفع له مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب الغراس وحيث إن قرار الرد الصادر قبل التثبت من هذه الناحية جاء مخالفاً للقانون قرر نقضه)⁽³⁾.

أما في الحالة الثانية قيام المشتري بالبناء أو الغراس بعد إعلان الشفيع الرغبة في الأخذ بالشفعة، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة 1143 مدني عراقي بأن للشفيع الخيار في طلب قلع البناء والغراس أو أن يستبقي البناء أو الغراس إذا كان القلع مضرًا بالعقار وهنا عومل المشتري معاملة الحائز سيء النية، إذ كان عليه التريث لحين الفصل في دعوى الشفعة ولهذا أجاز للشفيع أن يلزمه بقلع البناء أو الغراس إذا

(1) أنظر المادة 1143 من القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

(2) شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص229.

(3) المحامي سلمان بيات، المصدر السابق، ص594.

لم يكن ذلك مضرًا بالعقار، أما إذا كان القلع مضرًا بالعقار فيكون له أن يستبقي البناء أو الغراس ويدفع قيمتها مستحقة للقلع⁽¹⁾.

ثانياً: التصرفات القانونية

نصت على حكم هذه الحالة المادة 1144 من القانون المدني العراقي وذلك بالإشارة إلى التصرفات الصادرة من المشتري والناقلة للملكية أو ترتيبه أي حق عيني على العقار المشفوع وذلك بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة⁽²⁾ والتصرفات القانونية حالها حال التصرفات المادية يفترض التمييز بين ما إذا كانت التصرفات القانونية من قبل المشتري قد تمت قبل إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة وبين ما إذا كانت قد تمت بعد الإعلان عن الرغبة.

فالتصرفات القانونية في الحالة الأولى وهي حالة تصرف المشتري بالعقار قبل إعلان الشفيع عن رغبته تعتبر صحيحة وتسري في حق الشفيع إذ أن حق الشفعة لا يؤدي إلى منع المشتري من التصرف في العقار لمصلحة الشفيع المحتمل الذي قد يطلب الشفعة وقد لا يطلبها، فالمشتري أن يتصرف في ملكه كما يشاء بالبيع أو الرهن فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري من المشتري عقد شرائه قبل إعلان الرغبة فإن البيع الثاني ينفذ في حق الشفيع وينسخ البيع الأول ولا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا في البيع الثاني بثمنه وفي مواعيده وطبقاً لشروطه⁽³⁾ فخصومة الشفيع تنتقل من المشتري الأول إلى المشتري الثاني وعلى ذلك نصت المادة 1137 مدني عراقي إذا اشترى احد عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل ان يدعي الشفيع بالشفعة سقطت شفيعته وتجددت له شفعة على المشتري الثاني⁽⁴⁾ وكذلك إذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة، فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملاً بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق وكذلك إذا رتب على العقار رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق

(1) الدكتور حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص78.

(2) أنظر المادة 1144 من القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المجلد الثاني، الجزء التاسع، 2009، ص780.

(4) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

امتياز يكفل ديناً في ذمته. فإن هذا الحق يسري على الشفيح ويأخذ العقار بالشفعة مثقلاً به وله الرجوع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض⁽¹⁾.

أما بخصوص الحالة الثانية وهي تصرف المشتري في المشفوع بعد إعلان الشفيح عن رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن أي تصرف ناقل للملكية أو ترتب أي من الحقوق العينية على العقار المشفوع فيه من قبل المشتري لا تسر في حق الشفيح إذا حكم له بالشفعة، وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه لم يسر في حق الشفيح البيع الثاني ويأخذ الشفيح بالشفعة في البيع الأول، وكذلك إذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق أو رهن رسمي أو رهن حيازي لم يسري هذا الحق على الشفيح⁽²⁾ فهو يأخذ العقار المشفوع خالياً من أي حق أثقله به المشتري، وقد قرر القانون المدني العراقي انتقال حقوق الدائنين المرتهنين في التقدم على غيرهم إلى ثمن العقار الذي دفعه الشفيح إلى المشتري، أما غير ذلك من تصرفات تتصل بالاستعمال والاستغلال فتبقى سارية في حق الشفيح وغيره حتى بعد الحكم بالشفعة، فما يقبضه المشتري من ثمار ونتاج يكون له ولا حق للشفيح في شيء منه ولكنها تنتهي بانتقال ملكية العقار المشفوع إلى الشفيح بالتسجيل⁽³⁾.

(1) مهدي كامل الخطيب، المصدر السابق، ص 150-151.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 782.

(3) محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 198.

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقني إلى إتمام هذا البحث، وإن كان لا يخلو من القصور والزلات، وقد حاولت جاهداً أن ألم بموضوع الشفعة وفق أحكام القانون المدني العراقي وبصورة مختصرة باعتباره موضوعاً كثيراً التشعبات، وحاولت قدر المستطاع من إبراز المركز القانوني للشفيع باعتباره العنصر الأساسي في الشفعة مع الاستعانة بالأحكام والقرارات التمييزية رغم ضآلتها بسبب قلة التطبيقات القضائية لحق الشفعة في الوقت الراهن، وذلك بعد تقليص المشرع العراقي لهذا الحق، وفي ختام الموضوع فقد توصلت إلى بعض النتائج والتوصيات أذكرها فيما يلي:

أولاً: النتائج

- 1- إن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية ومستمد من الفقه الإسلامي ويستند في شرعيته إلى السنة والإجماع، والمشرع العراقي أخذ أغلب أحكام الشفعة الموجودة في القانون المدني العراقي من الشريعة الإسلامية الغراء.
- 2- قلص المشرع العراقي الحق بالشفعة إلى أقصاه، كونه قيداً صارماً يرد على حرية التملك وذلك بحذفه المادة 1129 من القانون المدني العراقي في عام 1978 وانحصاره لحق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة وشرط ألا يملك دار سكن أو شقة على وجه الاستقلال، ويترتب على ذلك أنه لا شفعة للشريك في أرض مملوكة على الشيوع ولا للشريك في عمارة غير سكنية أو في مخزن أو دكان أو أي عقار شائع آخر، وكذلك لا شفعة في المنقول إلا إذا كان تابعاً للدار أو الشقة السكنية الشائعة.
- 3- الشفعة حق استثنائي ثبت على خلاف الأصل لأنها تؤدي إلى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري.
- 4- حق غير قابل للتجزئة، فلا يجوز أخذ جزء من العقار المشفوع وترك جزء منه جبراً على المشتري، وإلا كان في ذلك تفريق للصفقة وإضرار بالمشتري ولكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع بعقد واحد أو بعدة عقود فإن للشفيع الحق في أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي.

5- إذا ثبتت الشفعة فإنها لا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع، ويترتب على ذلك أنه إذا ثبتت الشفعة ثم مات الشفيع فإن لورثته أن يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة التي يقررها القانون لطلب الشفعة إذا لم تكن الشفعة قد سقطت قبل وفاة مورثهم.

6- حق لا يجوز التصرف فيه للغير بمقابل أو بدون مقابل.

7- يعتبر البيع الذي خرج به العقار عن ملك صاحبه المنشئ لحق الشفعة، ويتساوى في ذلك كل تصرف يأخذ حكم البيع كالمقايضة والصلح والإقالة والوفاء بالمقابل وهناك بيوع لا تجوز فيها الشفعة منها البيع بالمزايدة العلنية والبيع بين الأزواج والأقارب إلى الدرجة الرابعة والبيع لمحلات العبادة.

8- تسقط الشفعة بالتنازل صراحة أو دلالة قبل البيع وكذلك بانقضاء ستة أشهر من تمام البيع في السجل العقاري، وهي مدة سقوط لا تقادم، يسقط بمرورها حق الشفيع الأخذ بالشفعة، ولهذا لا تقف بالعدر ولا تنقطع وتسري بحق المحجورين والغائبين، كما تسقط الشفعة بعدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة من اعلان الرغبة بها وإقامة الدعوى ودفع نصف الثمن.

9- إن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها (15 خمسة عشر يوماً من يوم الانذار الرسمي و30 ثلاثون يوماً لرفع الدعوى وإيداع نصف الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة و6 ستة أشهر من وقت تمام البيع) هو من النظام العام، فللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفي أي حالة كانت عليها الدعوى وهي من موجبات رد الدعوى.

10- على الشفيع أن يختصم البائع والمشتري في دعوى الشفعة، وتمييز الحكم الصادر بدعوى الشفعة يجب أن يرفع ضد البائع والشفيع معاً.

ثانياً: التوصيات

1- حيث أن المشرع العراقي قد حذف نص المادة 1129 مدني عراقي بموجب القرار المرقم 978 المؤرخ 1978/7/24 وحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط أن لا يملك دار للسكن على وجه الاستقلال واعتبار الشقة السكنية بحكم دار السكن، وبالتالي التضييق في المطالبة بهذا الحق الذي أقرته الشريعة الإسلامية والتشريعات القضائية المختلفة ولكون الغرض والحكمة من الشفعة هو

- دفع الضرر من الشريك، أرى التوسع في استخدام هذا الحق وشموله بالعقارات المشاعة بشكل عام بما فيها الأراضي الزراعية سواء كانت ملك صرف أم أميرية.
- 2- حسب أحكام الشفعة في القانون المدني العراقي ينحصر حق الشفعة في العقار فقط وحسب رأي أنه لا مبرر للترقية بين العقار والمنقول عند الأخذ بالشفعة وفي ضوء المقصد منها والحكمة التي قررت من أجلها المتمثلة بدفع الضرر وهو موجود في كليهما، وأرى أنه على المشرع أن يعدل المواد الخاصة بالشفعة وإضافة نصوص جديدة تجيز الشفعة في العقار والمنقول المشاع على السواء.
- 3- إن المشرع العراقي قد أخذ بالمادة 2/1131 مدني عراقي في حالة إذا اجتمع الشفعاء في درجة واحدة كانت الشفعة بينهم بالتساوي بمعنى أن المشرع قد أخذ في حالة تزام الشركاء أن يقسم المشفوع فيه على حسب عدد الشفعاء، وحيث أن بعض التشريعات تقسم المشفوع فيه على حسب الأنصبة، فكان الأولى بالمشرع العراقي أن يأخذ بالتقسيم والاستحقاق حسب الأنصبة وذلك لأن الغرض من الشفعة هو لدفع الضرر من الشريك والضرر متفاوت بتفاوت حصص الملاك.
- 4- ضرورة تعديل المادة 1134 مدني عراقي، كون المشرع قد أشار فيها إلى البيوع التي لا يجوز فيها الشفعة، وهي بيع العقار بالمزاد العلني والبيع بين الأزواج والأقارب وبيع العقار ليجعل محل عبادة، إلى جانب حالتين من حالات سقوط الشفعة بمعناها الدقيق وهي حالة التنازل وحالة انقضاء ستة أشهر من يوم تمام البيع، والفصل بينهما وجعلها في فقرتين الأولى خاصة بالبيوع التي لا تسمع فيها دعوى الشفعة والثانية حالات سقوط حق الشفعة.
- 5- ضرورة التسوية في الحكم في البيوع التي لا يجوز فيها الشفعة في حالة بيع العقار ليجعل محل عبادة أو يلحق به وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية الأخرى حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يخصص العقار لهذه الأغراض.
- 6- التخفيف من الشروط الواجبة الاتباع من قبل الشفيع للحصول على حقه في الشفعة، حيث أن التشريع الحالي لا يثبت للشفيع حق الأخذ بالشفعة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل العقاري باسم المشتري، فضلاً عن إجراءات عديدة من إنذار الشفيع، ثم إعلان رغبته بالشفعة مروراً برفع دعوى وإيداع نصف الثمن الحقيقي لدى صندوق المحكمة وغيرها من الإجراءات التي تثير الكثير من المشاكل

والتعقيدات أثناء التطبيق العملي ولا تؤدي إلى استقرار المعاملات، وخاصة فيما يتعلق بعدم ثبوت الحق بالشفعة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل العقاري باسم المشتري فبدلاً من ذلك عند ثبوت الشفعة للشفيع قبل إبرام عقد البيع بين البائع والشريك والمشتري في دائرة التسجيل العقاري، أي عند إرادة الشريك بيع حصته المشاعة أن يكون لدائرة التسجيل العقاري اعطاء الشفيع خيارين إما أخذ العقار المشفوع بالثمن الذي عرضه المشتري أو ترك الأخذ بالشفعة وعندئذ يسجل باسم المشتري⁽¹⁾.

7- بخصوص المادة 1139 فقرة 1 مدني عراقي والتي تنص على وجوب رفع الشفيع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته وإلا سقط حقه، ولكون المحاكم في تطبيقاتها ومن ضمنها محكمة التمييز تقضي برد دعوى الترفيع إذا أقام الدعوى على طرف واحد سواء كان البائع أو المشتري ولا يشفعه طلب إدخال الطرف الثاني شخصاً ثالثاً في الدعوى وحسب ما تم الإشارة إليه في المبحث الثاني من هذا البحث أرى أن يكون من حق الشفيع طلب إدخال أي من البائع أو المشتري شخصاً ثالثاً في الدعوى إكمالاً للخصومة وفق أحكام المادة 69 من قانون المرافعات المدنية كون القانون المذكور ينظم طرق التقاضي وقد صدر بعد القانون المدني وهو قانون موضوعي وقانون المرافعات متعلق بالإجراءات وتكون أحكامه هي الواجبة التطبيق ومقيدة لما ورد في القانون الموضوعي من أحكام في حالة تعارضها.

(1) أشار إلى هذا المقترح قاسم هبال رسن في بحث حول وقت ثبوت الشفعة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي-، الموقع الإلكتروني www.uokufa.edu.iq تاريخ الزيارة 2018/12/10.

مصادر البحث

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- 1- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانون في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، بغداد، 2007.
- 2- إبراهيم المشاهدي، المختار في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، 2000م.
- 3- إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، الجزء الرابع، المكتبة القانونية، بغداد، 2001م.
- 4- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395هـ)، مقاييس اللغة، دار الحديث، القاهرة، 2008، ج3، الموقع الإلكتروني kutub.pdf.net
- 5- باشا قدري، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط4، المطبعة الأميرية، 1931.
- 6- المحامي جمعة سعدون الربيعي، أحكام إزالة الشيوخ في القوانين العراقية، مطبعة الفنون، بغداد، 1989.
- 7- المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى المدنية، الطبعة الأولى، بغداد، 1993م.
- 8- الدكتور حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954م.
- 9- الدكتور رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، الموقع الإلكتروني www.abjjad.com تاريخ الزيارة 2018/10/12.
- 10- الدكتور رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001م.
- 11- المحامي سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، 1962م.
- 12- سليمان خليف القلاب، الشفعة في القانون المدني الأردني، المكتبة الوطنية، عمان.

- 13- الدكتور شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، بغداد، ط1971م.
- 14- الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المجلد الأول والمجلد الثاني، 2009م.
- 15- المحامي عبد الرزاق القيسي، كيف تقيم الدعوى بنفسك، مطبعة الإرشاد بغداد، ط2.
- 16- عبد المنعم البدرابي، حق الملكية، الطبعة الثالثة، جامعة القاهرة، 1994م.
- 17- علي محمد إبراهيم الكرياسي، موسوعة التشريعات العقارية، القانون المدني، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1991م.
- 18- الدكتور علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ط1، الإصدار الثالث، عمان، 2000م.
- 19- كمال الحيدري، الفتاوى الفقهية، ط1، ج3، 2012م.
- 20- القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2013م.
- 21- محمد بن أحمد الأزهري (ت 370هـ)، جواهر الإكليل شرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، ج2.
- 22- الدكتور محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2006م.
- 23- محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الأول.
- 24- محمود لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، 2005م.
- 25- منصور فؤاد عبد الرحمن مساد، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية،-دراسة مقارنة-، ر.م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008م.
- 26- مهدي كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، المنية، 2000م.
- 27- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، عمان، 2002م.

ثالثاً: النشرات والمجموعات القضائية

- 1- النشرة القضائية، وزارة العدل، العدد الرابع، السنة الثالثة، بغداد، 1972م.
- 2- النشرة القضائية، وزارة العدل، العدد الأول، السنة الخامسة، بغداد، 1976م.
- 3- مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل، العدد الأول، السنة السابعة، 1976م.
- 4- مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل، العدد الثاني، السنة السابعة، 1976م.
- 5- قضاء محكمة تمييز العراق، وزارة العدل، المكتب الفني، المجلد السادس، بغداد، 1972م.

رابعاً: التشريعات

- 1- القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951م.
- 2- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969م المعدل.
- 3- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
3-1	المقدمة
11-4	المبحث الأول: ماهية الشفعة
74-	المطلب الأول: تعريف الشفعة وحكمتها
5-4	الفرع الأول: تعريف الشفعة
7-6	الفرع الثاني: الحكمة من الشفعة
11-7	المطلب الثاني: خصائص حق الشفعة
8-7	الفرع الأول: الشفعة حق استثنائي
10-8	الفرع الثاني: الشفعة حق غير قابل للتجزئة
11-10	الفرع الثالث: الشفعة حق قابل للإرث
11	الفرع الرابع: حق الشفعة لا يجوز التصرف فيه للغير
24-12	المبحث الثاني: شروط وإجراءات حق الشفعة
19-12	المطلب الأول: شروط الشفعة
14-12	الفرع الأول: أن يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار أو شقة سكنية
15-14	الفرع الثاني: أن لا يملك الشفيع داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال
18-15	الفرع الثالث: أن يكون التصرف بيعاً
19-18	رابعاً: قيام سبب الشفعة في الشفيع واستمراره إلى حين الأخذ بالشفعة
24-20	المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بالشفعة
21-20	الفرع الأول: الاعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة
23-22	الفرع الثاني: رفع دعوى الشفعة
24-23	الفرع الثالث: إيداع نصف الثمن الحقيقي
34-25	المبحث الثالث: سقوط الشفعة وآثارها

الصفحة	الموضوع
29-25	المطلب الأول: حالات سقوط الشفعة
27-25	الفرع الأول: تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة
28	الفرع الثاني: انقضاء ستة أشهر من يوم تمام البيع
28	الفرع الثالث: عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة
29	الفرع الرابع: زوال ملك الشفيع
34-29	المطلب الثاني: آثار الشفعة
30-29	الفرع الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع
31	الفرع الثاني: استحقاق العقار المشفوع
34-31	الفرع الثالث: مآل التصرفات الواقعة من المشتري في المشفوع
32	أولاً: التصرفات المادية
33	ثانياً: التصرفات القانونية
38-35	الخاتمة
41-39	مصادر البحث
43-42	الفهرس