



ISSN2075-7220

الرقم الدولي:

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

يضم المجلد التالي وردت في هذا المجلد:

أ.د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ياسر احمد عبد	أثار عقد الشراء بالهامش (دراسة مقارنة).
أ.د. اسماعيل صغصاع غيدان رغد عايد عبد	احكام الالفاء الجزئي للقرار الاداري.
أ.د. اسراء محمد علي سالم رغد محسن رحمن	الأحكام الموضوعية لحرمة استيراد وفتح الاعقاب المحرقة على العنف (دراسة مقارنة).
أ.د. نعيمة جواد حميد مصطفى عماد محمد	تفعيل آليات الاعتراض بجزاءات القانون الدولي على الجزاءات الانفرادية.

العدد الاول

٢٠٢١

السنة الثالثة عشر

رقم المجلد في دار الكتب والمكتبات: ٢٩١ لسنة ٢٠٠٩



ISSN 2075-7220

ISSN' ONLINE 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly

Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- | | |
|--|---|
| ▪ consequences margin purchase contract (comparative study) | ▪ Ibrahim Ismail Ibrahim
Yasir Ahmed Abid Mohamed |
| ▪ Partial cancellation provisions for the administrative decision (A comparative study) | ▪ Prof. Ismail Sasaa Ghidan
Ragheed Ayed Obaid |
| ▪ The substantive provisions in the crime of importing or making games that incite violence (A comparative Study). | ▪ Dr. Israa Mohammed Ali
Salim
Rafad Muhssin Rahman |
| ▪ Activating the objection mechanisms related to the sanctions of international law on the unilateral sanctions. | ▪ Prof. Teiba Jawad Hamad
M. Mustafa Emad
Muhammad |

First Issue

2021

Thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office-office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الباحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١	آثار عقد الشراء بالهامش (دراسة مقارنة)	أ.د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ياسر احمد عبد	٥٤-٩
٢	احكام الالغاء الجزئي للقرار الاداري	أ.د. اسماعيل صمصاع غيدان رغيد عايد عبد	٩٠-٥٥
٣	الأحكام الموضوعية لجريمة استيراد وصنع الالعب المحرصة على العنف (دراسة مقارنة)	أ.د. اسراء محمد علي سالم رفد محسن رحمن	١١٨-٩١
٤	تفعيل آليات الاعتراض بجزاءات القانون الدولي على الجزاءات الانفرادية	أ.د. طيبة جواد حمد مصطفى عماد محمد	١٦٤-١١٩
٥	الرقابة القضائية على شروط التعيين في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي ازهر منهل موسى	١٩٨-١٦٥
٦	الحماية الجزائية الموضوعية للأنهار من التخريب في قانون العقوبات العام (دراسة مقارنة)	أ.د. لمى عامر محمود زينب حامد عباس	٢٤٢-١٩٩
٧	الأطار الدستوري للحق في سلامة البيئة	أ.د. حسين جبار عبد شيماء صالح ناجي	٢٧٦-٢٤٣
٨	أود الدستور ووأد التحول الديمقراطي في العراق بعد ٢٠٠٥ سياق المحاصصة الطائفية - العرقية	أ.م.د. نصر محمد علي	٣١٢-٢٧٧
٩	مبدأ توزيع السلطة (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم حميد م. احمد هادي عبدالواحد	٣٣٣-٣١٣
١٠	نطاق الأخذ بين التقييد والأطلاق في القانون المدني العراقي	م.د. دلال تفكير مراد م.د. فاطمة عبدالرحيم علي	٣٦٥-٣٣٤

نطاق الاخذ بالشفعة بين التقييد والاطلاق في القانون المدني العراقي

د. دلال تفكير مراد

جامعة الكوفة / قسم القانون

م.د فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي

كلية المستقبل الجامعة / قسم القانون

ملخص البحث

تعد الشفعة سببا مهما من اسباب كسب الملكية ، نظمت احكامها الشريعة الاسلامية وخصتها بنصوص معينة تحقيقا لحكمة بالغة وهي التقليل من مضار الجوار، وقد سار المشرع العراقي على هذا النهج عندما عدَّ الشفعة كذلك سببا من اسباب كسب الملكية وخصها بنصوص قانونية مستمداً اغلب احكامها من الشريعة الاسلامية ، وقد حرص المشرع العراقي على تحقيق الشفعة لأسبابها أو الحكمة من تشريعها عندما جعل حق الشفعة حقا مقصورا على اشخاص معينين اشار اليهم في المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي القديمة. إلا انه عاد وضيق من نطاق الاخذ بهذا الحق عندما احل المادة (١١٢٩) الجديدة محل المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي وجعل حق الشفعة مقتصرًا على فئة معينة ، وهو الشريك في دار أو شقة سكنية شائعة واخرج ما عداه من نطاق الاخذ بالشفعة متناسيا أو متجاهلا الحكمة أو السبب الذي شرع من اجله هذا الحق. وبذلك فأن المشرع العراقي يكون قد سار بهذا الاحلال للمادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي عكس الاتجاه الذي شرع من اجله حق الشفعة كسبب من اسباب كسب الملكية.

مقدمة

سنسلط الضوء على مفهوم البحث من خلال النقاط الاتية :

اولا : فكرة البحث

تعد الشفعة كسبب من اسباب كسب الملكية من الحقوق التي أقرتها الشريعة الاسلامية واكدت على اعمالها ، عند تحقق شروطها ، إذ اعتبرت مصدرا تاريخيا لها ، فشاع استعمال حق الشفعة في كثير من عقود البيع لتحقيق غرض معين . وقد سارت اغلب التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي على ذلك عندما نظمت حق الشفعة بنصوص معينة ، إلا أنه قد عمل وعلى فترات متعاقبة على التضييق من نطاق هذا الحق وحصره ضمن حالات محددة وشروط معينة ، وذلك للحد من التوسع فيه على اعتبار أن الشفعة قد جاءت على خلاف الاصل ، واذا كانت الشفعة حقا للشفيع وسببا من اسباب كسب الملكية ، إلا انها تعد في نفس الوقت قيда يرد على حرية التملك وحرية التصرف والتعاقد ، حيث يجد البائع نفسه من جهة مرغما على التعاقد مع شخص وهو الشفيع لم تتجه ارادته الى التعاقد معه ابتداء، ومن جهة اخرى فأن

المشتري يكون مجبرا بموجب القانون واذا توافرت شروط معينة أن يتخلى عن عقار كان قد اشتراه من البائع.

ثانيا : اهمية البحث

خص المشرع العراقي الشفعة بنصوص خاصة وجعلها سببا من اسباب كسب الملكية ووسيلة للتقليل من عدد الشركاء في الملكية الشائعة ، وذلك بإعطاء حق الشفعة للشريك في العقار الشائع للتخلص من الاجراءات والنفقات التي تقتضيها قسمة المال الشائع ، إلا انه قد ضيق كثيرا من نطاق الاخذ بالشفعة عندما الغى نص المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي القديمة واحل محلها المادة (١١٢٩) الجديدة ، وبذلك فأف المشرع العراقي قد سار كثيرا باتجاه التضييق أو التقييد من نطاق الاخذ بالشفعة مخالفا الحكمة أو الغرض الذي شرع من اجله هذا الحق. وقد ادى موقف المشرع العراقي هذا واتجاهه نحو التضييق في نطاق الاخذ بالشفعة الى قلة التطبيقات العملية التي تخص طلب حق الشفعة في المحاكم المدنية ، وبالتالي ندرة القرارات القضائية المتعلقة بهذا الخصوص.

ثالثا : مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في التطرق الى موقف المشرع العراقي من نطاق الاخذ بالشفعة والمقارنة بين ما تبناه من الاطلاق الوارد بموجب المادة (١١٢٩) من القانون المدني القديمة وبين التضييق الذي اتجه اليه بموجب المادة (١١٢٩) الجديدة ، ومدى تحقق الحكمة أو الغرض الذي من اجله شرع حق الشفعة ، وهل أن هذا الغرض متحقق مع التضييق الذي اتجه اليه ، ام أن هذا التضييق يتناقض مع تقرير حق الشفعة ، كل ذلك أثار العديد من التساؤلات التي تكمن فيما يأتي :

- ١- هل كان المشرع العراقي موقفا في احلال نص المادة (١١٢٩) من القانون المدني الجديدة محل المادة (١١٢٩) القديمة ؟
- ٢- هل ناقض بهذا الاحلال الغرض من تقرير حق الشفعة أو الحكمة التي شرعت من اجلها ؟
- ٣- ما الشفعة وما اسباب ثبوتها ؟
- ٤- ما نطاق الاخذ بالشفعة ، وما الاجراءات الواجب اتباعها للوصول الى هذا الحق ؟
- ٥- ما الاثار المترتبة على ثبوت حق الشفعة ؟

رابعاً : هدف البحث

يهدف البحث الى :

- ١- الإجابة عن التساؤلات التي أثارت بمشكلة البحث ، ومحاولة وضع الحلول لها .
- ٢- الإحاطة بالأحكام القانونية التي أوردتها التشريعات محل المقارنة ، لاستخلاص أهم المبادئ القانونية حول ذلك الموضوع .

خامساً :خطة البحث

لتحقيق مرامي البحث سنقسم الكلام فيه على ثلاثة مباحث سنتناول في اولهما التعريف بحق الشفعة وسنخصص ثانيهما لنطاق الاخذ بالشفعة وشروط ثبوتها ، وسنفرد ثالثه ما الإجراءات الاخذ بالشفعة والاثار المترتبة عليها ، ثم نصل ذلك كله بخاتمة نبين فيها أهم النتائج والتوصيات

المبحث الاول

التعريف بحق الشفعة

يعد حق الشفعة من الاسباب التي تؤدي الى كسب الملكية انتقالا من مالك سابق ، حيث تنتقل الملكية من هذا الاخير الى مالك جديد . وأن التعرف على هذا السبب من اسباب كسب حق الملكية يقتضي بنا أن نقف على تعريف حق الشفعة والاسباب التي ادت الى ثبوت الحق فيه ، ومن ثم التطرق الى الخصائص التي يتميز بها هذا السبب عن غيره من اسباب كسب الملكية. لذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في الاول منها تعريف حق الشفعة واسباب ثبوتها ونبحث في المطلب الثاني خصائص حق الشفعة.

المطلب الاول

تعريف حق الشفعة واسباب ثبوتها

تعرف الشفعة لغة بأنها الضم أو الزيادة ، حيث يضم الشفيع ما يكسبه أو يملكه بهذا الحق الى ملكه فيزيده ، ولهذا سميت شفعة ^(١) وقد ذهب البعض في تعريف الشفعة الى القول بأنها حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الاحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون ^(٢)، اما بالنسبة الى موقف التشريعات المدنية من تعريف الشفعة ، فنلاحظ أن بعض التشريعات قد اختلفت في تعريف الشفعة بين من اعتبرها حق ومن اعتبرها رخصة ، حيث

ذهب المشرع العراقي في تعريف الشفعة في المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي الى القول بانها " حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " (٣) في حين نجد أن المشرع المصري قد عدّ الشفعة رخصة إذ عرفت المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصري الشفعة بأنها " رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في احوال معينة اذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون " (٤) ويلاحظ من تعريف المشرع المصري انه قد اتجه الى تعريف الشفعة بانها رخصة استثنائية إذ تؤدي الى تقييد حرية التصرف وحرية التعاقد ، فمن جهة يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه ، في حين يجد البائع نفسه من جهة أخرى طرفا في عقد مع شخص اخر غير الشخص الذي أراد اتمام عقد البيع معه، كما أن الشفيع يجد نفسه طرفا في عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك في انعقاده (٥) ، كما نلاحظ على موقف المشرع العراقي أنه قد اتجه في تعريف الشفعة الى انها حق في تملك العقار ، وبهذا التعريف فإن الشفعة جائزة في جميع انواع العقارات عامة ، حيث جاء لفظ العقار مطلقا من غير أي تقييد فتكون بذلك الشفعة جائزة في جميع انواع العقارات المملوكة من غير أي تقييد بنوع معين سواء كان دارا أو ارض أو عمارة سكنية أو مخزن أو أي شيء اخر يصدق عليه وصف العقار .

وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة حق الشفعة ، إلا ان البعض قد اتجه الى القول بأن الشفعة ليست بحق وانما هي سبب لكسب الحق ، فهي في منزلة وسط بين الحق في الملكية وهو حق عيني والرخصة في التملك التي تثبت لكل الناس دون حاجة الى قيام سبب معين ، فهي حق الشخص في أن يملك (٦) وبرر البعض المنزلة الوسط للشفعة باعتبارها سببا من اسباب كسب الملكية ، الى أن الشفعة واقعة مركبة من عنصرين مادي يتمثل في الارتباط القائم بين العقار المشفوع به وهو العقار الذي بسببه تقوم الشفعة ، والعقار المشفوع فيه وهو العقار الذي يراد تملكه بالشفعة ، كحالة الشيوع أو حالة الجوار. اما العنصر الاخر فهو ارادي يتمثل في اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة . ويجعل العنصر المادي الشفيع في مركز قانوني يتيح له أن يكسب الملكية بإرادته المنفردة اذا ما توافرت شروط معينة (٧) ، اما بالنسبة الى الاسباب التي ادت بالمشرع الى جعل الشفعة سبب من اسباب كسب الملكية ، فهي الرغبة في دفع الضرر الذي قد يصاب به الشفيع في حالة ما اذا اتصل ملكه بالعقار المبيع (٨) حيث تعد الشفعة وسيلة للتخلص من مضايقات الجوار أو من شريك لا يرتاح الشفيع له ، إذ انها تمنع تعدد الشركاء في

الشيء الشائع وتبعد اذى الشركة أو القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات واجراءات ، وبذلك تكون الشفعة وسيلة لإنهاء حالة الشيوخ^(٩) .

وإذا نظرنا الى الحكمة أو الاسباب التي ادت بالمشرع الى تقرير الحق في الشفعة للشفيع ، نجد أن هذه الحكمة متوافرة في جميع انواع العقارات دون تقييدها بنوع معين فدفعت الضرر عن الشفيع وتقليل حالات الشيوخ في الشيء الشائع ، اسباب تؤدي الى نشوء حق الشفعة اذا توافرت شروطه بغض النظر عن جنس العقار المشفوع فيه سواء كان ارضا زراعية أو دار معد للسكن أو شقة أو عمارة سكنية أو حتى محل لمزاولة مهنة معينة.

لذا نرى أن الحكمة من تقرير حق الشفعة أو اسباب ثبوتها تؤدي الى ضرورة اطلاق نطاق الاخذ به (حق الشفعة) دون تقييده بنوع معين من العقارات ، كما اتجهت اليه المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة . وبالتالي يكون اتجاه المشرع العراقي الى التقييد اتجاه غير موفق فيه وهذا ما سوف نبينه في موضع لاحق من هذا البحث.

المطلب الثاني

خصائص حق الشفعة

تعد الشفعة سببا من اسباب كسب الملكية والحقوق العينية الاخرى المتفرعة عن حق الملكية ، فهي ليست حق عيني أو حق شخصي حيث لا يمكن أن يكون السبب المكسب للحق العيني وهو هنا الشفعة حقا عينيا^(١٠) ، لذا فإن الشفعة على هذا الوصف يمكن اعتبارها حقا من الحقوق المنشئة أو الترخيصية التي يتوقف نشوؤها على اعلان ارادة من تقرر له هذا الحق. والشفعة باعتبارها حقا ترخيصياتجد مصدرها في المركز القانوني الذي يتواجد فيه الشفيع ، حيث أن حق الشفعة لا يتقرر لأي شخص وانما يتوقف نشوؤه على توافر شروط معينة ، فاذا ما توافرت هذه الشروط كما سنرى ذلك في مكان لاحق من البحث نشأ المركز القانوني ويكون لإرادة الشفيع اثر في نشوء هذا الحق^(١١)، ومن الخصائص التي يتميز بها حق الشفعة ايضا أنه حق استثنائي لا يجوز التوسع فيه ، لأنه مقرر على خلاف الاصل^(١٢) ، فالأصل أن تملك ملك الغير لا يجوز بون رضاه والشفعة تعطي للشفيع الحق في تملك العقار المشفوع جبرا على المالك والمشتري. حيث تعد الشفعة قيда يرد على حق الملكية على اعتبار انها تحرم المالك من التصرف في العقار الذي يملكه الى الشخص الذي يريد ، وتؤدي الى زوال ملكية المشتري جبرا عليه فيثبت للشفيع هذا الحق الاستثنائي لمنع ما قد يقع من ضرر محتمل بسبب الارتباط

الموجود بين عقاره والعقار المبيع^(١٣)، كما يتميز حق الشفعة بأنه حق لا يقبل التجزئة حيث يجب على الشفيع أن قرر الاخذ بالشفعة أن يطالب بكل العقار المشفوع فيه لتجنب احتمال تجزئة الشفعة وما يتولد عن ذلك من اضرار قد تصيب المشتري عند التزامه بشراء بعض العقار المبيع^(١٤) ، إلا انه اذا تعدد المشترون واتحد البائع بعقد واحد أو بعدة عقود ، فإن للشفيع الحق في أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي^(١٥) وقد جاء في قضاء محكمة التمييز ما يؤكد عدم قابلية حق الشفعة للتجزئة فقد جاء في احد قراراتها " يتعين أن يتقدم كل شفيع بدعوى مستقلة عن الشفيع الاخر ولا يجوز لهما اقامة دعوى واحدة بطلب الشفعة لنفس العقار " ^(١٦) .

ولما كان الاخذ بالشفعة هي من حق الشفيع ، فله أن يسقط هذا الحق قبل الحكم أو التراضي ويكون هذا الاسقاط نافذا في حق الشفيع ولو لم يعلم بالثمن المتفق عليه والمشتري. كما يمكن أن يكون اسقاط حق الشفعة صراحة أو دلالة كما لو قام الشفيع باستئجار العقار المبيع من المشتري^(١٧)، كما ويتميز حق الشفعة بأنه حق لا يجوز التصرف به أو التنازل عنه للغير بمقابل أو بدون مقابل وذلك بسبب اتصال الشفعة بشخص الشفيع وتبعيتها للعقار المشفوع به^(١٨) وبذلك فإن الشفيع لو تنازل عن حق الشفعة الى الغير سقطت الشفعة دون أن يستفيد منها هذا الغير^(١٩)، ويتميز حق الشفعة اخيرا بأنه حق قابل للإرث لا يسقط بموت البائع أو المشتري أو الشفيع ، فاذا ثبتت الشفعة ثم توفي الشفيع فإن الشفعة لا تسقط في هذه الحالة بل تنتقل الى ورثة الشفيع. ويترتب على ذلك أن لورثة الشفيع أن يطلبوا الاخذ بالشفعة خلال المدة الباقية من المدة التي يقرها القانون لطلب الشفعة ، مالم تكن الشفعة قد سقطت لأي سبب من الاسباب قبل وفاة مورثهم^(٢٠) .

المبحث الثاني

نطاق الاخذ بالشفعة وشروط ثبوتها

قصر المشرع العراقي حق الاخذ بالشفعة على أشخاص معينين حسبما ورد في المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي والتي عدت الاشخاص الذين يثبت لهم حق الشفعة وهم الشريك في العقار الشائع والخليط والجار الملاصق ، كما أنه عاد وضيق من نطاق الاخذ بالشفعة عندما حصر حق الاخذ بالشفعة بالشريك في دار السكن أو الشقة السكنية الشائعة وأسقط كل ما عدا ذلك من احوال ثبوت حق الشفعة التي اشارت اليها المادة (١١٢٩) من لقانون المدني العراقي

الملغية واحل محلها المادة (١١٢٩) الجديدة ، كما أن حق الاخذ بالشفعة لا يثبت للشفيع إلا اذا توافرت شروط معينة اشار اليها المشرع العراقي في المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي ، لذا وللوقوف على نطاق الاخذ بالشفعة ومن هم الاشخاص الذين يثبت لهم حق الاخذ بالشفعة ، وماهي الشروط الواجب توافرها لثبوت حق الشفعة سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول نطاق الاخذ بالشفعة ونبحث في المطلب الثاني شروط الاخذ بالشفعة.

المطلب الاول

نطاق الاخذ بالشفعة

لقد حددت المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الملغية الاشخاص الذين يثبت لهم حق الاخذ بالشفعة وهم الشريك في العقار الشائع والخليط والجار الملاصق. ويلاحظ على النص اعلاه أنه قد ورد مطلقا عندما نص على أن للشريك في العقار الشائع حق الاخذ بالشفعة وهو في هذا يتفق مع احكام الفقه الاسلامي.^(٢١) ويلاحظ أن الاطلاق الوارد في المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي قد جاء من ناحيتين ، الاولى عندما نص على أن للشريك في العقار الشائع حق الاخذ بالشفعة وبذلك فإن حق الشفعة يثبت هنا للشريك في العقار سواء بيعت الحصة الشائعة للشريك أو لغير الشريك. إلا أن هذا الاطلاق الوارد في المادة (١١٢٩) من القانون المدني قد قيد بنص المادة (١١٣٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه " اذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة ادنى ولكن يتقدمه الذين من طبقة أعلى". وبذلك فإن حق الشفعة للشريك في العقار الشائع لا يثبت له إلا اذا كانت الحصة الشائعة قد بيعت لأجنبي وليس للشريك الاخر من العقار الشائع^(٢٢)، ونؤيد ما ذهب اليه المشرع العراقي من تقييد الاطلاق الوارد في المادة (١١٢٩) بحصر حق الاخذ بالشفعة بالشريك بالعقار الشائع اذا بيعت الحصة الشائعة لأجنبي ، وذلك لانتفاء الحكمة أو السبب الذي من اجله شرع حق الشفعة وهو التقليل من عدد الشركاء في الشيء الشائع ، وكذلك التخلص من مضار الجوار غير المرغوب بها حيث أن البيع لشريك اخر يؤدي الى التقليل من عدد الشركاء في الشيء الشائع وبالتالي انتهاء حالة الشيوع دون اللجوء الى اجراءات ونفقات قسمة المال الشائع وهذا ما لا يحققه البيع لأجنبي

حيث سوف يؤدي ذلك الى ابقاء حالة الشيوخ . كما قد يتعرض الشركاء الى مضايقات الشريك الجديد اذا كانوا لا يرغبون بدخوله معهم في ملكية الشيء الشائع ، وهذا سوف يؤدي الى العديد من المنازعات التي قد تجبر الاطراف المتنازعة للجوء الى القضاء لحل هذه المنازعات عن طريق رفع دعوى القسمة.

اما الناحية الاخرى للإطلاق الوارد في المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي ، حيث نجد أن هذه المادة اشارت الى أن للشريك في العقار الشائع ، وعبرة (العقار الشائع) عبارة عامة تشمل جميع انواع العقارات بغض النظر عن جنس معين من العقار وهذا يعني أن للشريك أي شريك في عقار شائع سواء كان العقار دارا أو شقة أو عمارة أو ارض زراعية له الحق في طلب الاخذ بالشفعة اذا اراد احد الشركاء بيع حصته ، لتجنب مضار الشراكة ودخول شخص غير مرغوب فيه فيما لو كان البيع لأجنبي. وقد كان المشرع العراقي موفقا في هذا الاطلاق حيث أن الحكمة التي من اجلها شرعت الشفعة متحققة بغض النظر عن جنس العقار المبيع ، وهي تقليل حالات الشيوخ وانهاؤه والتخلص من مضايقات الجوار غير المرغوب بها .

كما أن المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الملغية بالإطلاق الذي ورد فيها نراها تنسجم مع ما ذهب اليه المشرع العراقي من تعريف حق الشفعة. إذ ذهب المشرع في تعريف حق الشفعة في المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي بأنها " حق تملك العقار المبيع ... " حيث نجد أن كلمة العقار المبيع قد وردت مطلقة دون الإشارة الى جنس معين أو محدد بذاته من العقار. وبالتالي فإن المشرع العراقي في تقريره لحق الشفعة قد اتجه الى صوب الاطلاق فيما يخص نطاق الاخذ بالشفعة ، إلا انه قد عاد وقيّد هذا الاطلاق الوارد عندما الغى المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي القديمة واحل محلها المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة. وقبل الخوض في نص المادة (١١٢٩) الجديدة ، نلاحظ أن حق الاخذ بالشفعة يثبت ايضا بمقتضى المادة (١١٢٩) القديمة للخليط وللجار الملاصق ، والخليط هو من يشترك في حق ارتفاق للعقار المبيع أي من كان شريكا في حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، كحق الشرب الخاص أو الطريق الخاص. فالشفعة تثبت لأصحاب الدور التي لها حق المرور في طريق خاص فيما لو بيعت دار لها حق المرور من نفس الطريق (٢٣)، اما الجار الملاصق فيراد به الشخص الذي يكون ملكه الذي يشفع به متصل أو ملاصق للعقار المبيع ، بحيث لا يفصل بين عقاره والعقار المبيع أي فاصل حتى لو كان التلاصق متحققا في مسافة بسيطة. واذا كان البناء مؤلفا من عدة طوابق مملوكة لأكثر من شخص فأن كل منهما يعد جار ملاصق للطابق

الآخر^(٢٤) ، وإذا تحققت اسباب الشفعة جميعها كما في حالة ما اذا باع شخص عقاره وطلب عدة اشخاص تملكه بالشفعة وتوفر في كل واحد منهم سبب من اسباب الاخذ بالشفعة ، فيتقدم في هذه الحالة الشريك في نفس العقار ثم الخليط في حق المبيع ثم الجار الملاصق. اما اذا كان الشركاء المتزاحمون من مرتبة واحدة، ففي هذه الحالة تثبت لهم الشفعة بالتساوي^(٢٥) هؤلاء هم اصحاب حق الشفعة ومراتبهم كما كانت تقررها المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي قبل الغائها واستبدالها بمادة جديدة.

وقد جاءت المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة تنص على أن حق الشفعة يقتصر على الشريك في دار السكن الشائعة أو الشقة السكنية حيث نصت على انه " أ- ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط أن لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال.

ب- تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض هذا القرار" وهذا ايضا ما ذهبت اليه محكمة التمييز حيث جاء في احدى قراراتها " أنه ينحصر حق الشفعة طبقاً للمادة ١١٢٩ من القانون المدني المعدلة بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٩٧٨ المؤرخ في ١٠٧٨/٧/٢٤ في الشريك في دار السكن الشائعة شرط أن لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال" ^(٢٦) ، وبموجب نص المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة المشار اليها اعلاه ، نلاحظ ان المشرع العراقي قد ضيق من نطاق الاخذ بالشفعة ويلاحظ هذا التضييق من اكثر من ناحية ومنها :

اولاً: أن المشرع العراقي قصر حق الشفعة على الشريك فقط وبذلك يكون قد اخرج كل من الخليط والجار الملاصق من نطاق الاخذ بالشفعة ، و بعبارة اخرى أن المشرع العراقي قد قصر حق الشفعة على حالة الشراكة في نفس المبيع.

ثانياً: لم يكتفي المشرع العراقي بقصر الاخذ بحق الشفعة على الشريك فقط وانما اتجه الى تضييق نطاق الاخذ بهذا الحق اكثر عندما حصر هذا الحق بالشريك في دار سكن أو شقة سكنية شائعة.

ثالثاً: اشترط المشرع العراقي على الشريك لكي يمكنه الاخذ بالشفعة أن لا يملك داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال.

وبهذه المادة الجديدة يكون المشرع العراقي قد اخرج أو اسقط كل ما عدا ذلك من احوال ثبوت حق الشفعة التي كانت المادة (١١٢٩) من القانون المدني الملغية تجيز الاخذ بالشفعة فيها ،

ويلاحظ ايضا على اتجاه المشرع العراقي هذا نحو التضييق في نطاق الاخذ بالشفعة انه اتجاه موفق فيما يخص اخراج كل من الخليط والجار الملاصق من نطاق الاخذ بالشفعة والابقاء على حالة الشراكة فقط ، وهذا ما يتفق مع الحكمة التي من اجلها جعل المشرع حق الشفعة سببا من اسباب كسب الملكية وهي التقليل من حالة الشيوع وما ينتج عنها من منازعات وما تحتاجه من نفقات واجراءات لغرض اجراء القسمة ، إلا اننا نرى انه لم يكن موفقا في حصر نطاق الشفعة بالشريك في دار سكن أو شقة سكنية ، وكان الاولى به أن يجعل حق الشفعة لكل (شريك في عقار شائع) سواء كان دار سكن أو غير ذلك من العقارات. أي ان اتجاهه نحو تحديد جنس العقار بالدار أو الشقة السكنية لا يتلاءم والحكمة التي شرعت من اجلها حق الشفعة. فهذه الحكمة متوافرة سواء كان العقار المبيع دار سكنية أو غير ذلك من العقارات الاخرى ما دام هذا العقار شائعا . لذا نقترح على المشرع العراقي أن يعيد النظر في هذه المادة وبما يتلاءم من حكمة تقرير حق الشفعة ، وأن يطلق نطاق الاخذ بالشفعة بالنسبة للشريك في العقار الشائع بدون تحديد جنس العقار الشائع أو تقييده بشروط معينة.

المطلب الثاني

شروط الاخذ بالشفعة

يعد حق الشفعة حقا استثنائيا نص عليه المشرع خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز نزع ملكية شخص دون رضاه. لذا فأن ممارسة هذا الحق يقتضي أو يشترط فيه توافر شروط معينة ، فاذا ما توافرت تلك الشروط التي نص عليها المشرع نشأ حق الشفعة ويجوز للشفيع أن يمارس هذا الحق. وهذه الشروط نص عليها المشرع العراقي اصلا في المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي ، و اضاف اليها شرطا جديداً بموجب المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة قيد فيها من اطلاق الشرط الاول من شروط الشفعة وفق المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي . ويلاحظ على الشروط التي تطلبها المشرع للأخذ بالشفعة بعد الجمع بين نصوص المادتين (١١٢٩) الجديدة والمادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي ، أن بعضاً منها يخص المال المشفوع فيه وبعضاً منها يخص الشفيع والبعض الآخر يخص التصرف المشفوع فيه. لذا فأن التعرف على هذه الشروط يقتضي بنا تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع سنتناول في اولهما شروط المال المشفوع فيه ، وسنخصص ثانيه بالشروط الشفيع ، وسنفرد ثالثه بالشروط التصرف المشفوع فيه.

الفرع الاول

شروط المال المشفوع فيه

تناول المشرع العراقي شروط المال المشفوع والمشفوع فيه في المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي ، حينما نص على أن " ٢- ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقاراً مملوكاً...". إلا أن احلال المادة (١١٢٩) الجديدة محل المادة (١١٢٩) الملغية من القانون المدني العراقي قيد من وجه الاطلاق الوارد بالمادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي عندما اشترطت في المال المشفوع والمشفوع به أن يكون حصة شائعة في دار أو شقة سكنية ، وبالتالي فإن الجمع بين نصوص المادتين المشار اليهما اعلاه، يتبين لنا انه يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون كل من المشفوع والمشفوع به عقار فلا يوجد شفعة في المنقول ، كما أن المادة (١١٢٩) الجديدة من القانون المدني العراقي اشترطت ان يكون هذا العقار داراً أو شقة سكنية أي حددت جنس العقار الذي تجوز فيه الشفعة ، وعليه فلا شفعة اذا كان العقار الشائع من غير الدور أو الشقق السكنية وهذا هو وجه التقييد الذي ادخلته المادة المشار اليها ، وحسب ما جاءت به المادة (١١٢٩) الجديدة فلا تجوز الشفعة للشريك في ارض مملوكة على الشيوع ولا للشريك في مخزن أو دكان أو أي عقار اخر ليس داراً أو شقة سكنية ، كما أن المال المشفوع به والذي بسببه يستحق الشفع ان يأخذ بالشفعة يجب أن يكون حصة شائعة في دار أو شقة سكنية والتي باع فيها احد الشركاء المشتاعين حصته الشائعة^(٢٧)، وهذا ما اكدته محكمة التمييز في احدي قراراتها جاء فيه " أن حق طلب الشفعة ينحصر بالشريك في دار السكن ولا يشمل السهام الشائعة من الارض المبيعة"^(٢٨) ، كما ويجب أن يكون كل من المال المشفوع والمشفوع به أي كل من الدار أو الشقة السكنية من العقارات المملوكة ، فلا يجوز لمتولي الوقف ولا لمستحقه أن يأخذوا بالشفعة لانهما لا يملكان المال الموقوف ، فلا تجوز الشفعة في اموال الوقف ولا بهذه الاموال^(٢٩) .

ويتبادر الى الذهن تساؤلا حول ما اذا كان بالإمكان الاخذ بالشفعة اذا كان المال المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في عمارة سكنية ؟ فهل تعامل العمارة السكنية معاملة الدار أو الشقة السكنية ، ام انها لا يجوز الاخذ بالشفعة في العمارة السكنية شأنها شأن العمارة الغير سكنية او بقية العقارات على اعتبار أن المادة (١١٢٩) الجديدة من القانون المدني العراقي قد حددت بصريح العبارة جنس العقار الذي يجوز الاخذ به بالشفعة ، وهو الحصة الشائعة في الدار أو الشقة السكنية. إلا أن التساؤل يبقى مطروحا حول ما اذا كان العقار عمارة سكنية ، فالحكمة من

الشفعة متوافرة في هذه الحالة شأنها شأن الدار أو الشقة السكنية ، لذا ندعوا المشرع العراقي الى اعادة النظر في نص المادة (١١٢٩) الجديدة والتقييد الوارد فيها ، وجعل حق الاخذ بالشفعة للشريك في العقار الشائع وعدم تقييده بالدار أو الشقة السكنية حيث أن الحكمة من تشريع حق الشفعة ليس مقصورا أو متوافرا في الدار أو الشقة السكنية فقط وانما ينطبق على كل شريك في عقار شائع.

الفرع الثاني

شروط الشفيع

اضافت المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة شرطا الى شروط الشفعة يختص به الشفيع ، وهو أن لا يملك الشفيع وقت ثبوت الشفعة دارا أو شقة سكنية على وجه الاستقلال ، فقد نصت المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي على أن " أ- ينحصر حق الشفعة بالشريك في الدار السكنية شرط أن لا يملك دار سكن على وجه الاستقلال ، ب- تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض هذا القرار " ، وجاء في قرار لمحكمة التمييز انه " ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة بشرط أن لا يملك الشفيع دارا للسكن على وجه الاستقلال ويطبق ذلك على الدعاوى غير المكتسبة درجة البتات " (٣٠) وفي قرار اخر جاء فيه " اذا تحقق أن طالب الشفعة كان يملك دارا على وجه الاستقلال عند اقامة الدعوى وانه قد نقل ملكيتها بعد صدور الحكم البدائي ، فيتعين الحكم بفسخ الحكم البدائي ورد دعواه " (٣١) ، وبموجب المادة المشار اليها ، فإن الشفيع لا يحق له الاخذ بالشفعة إلا اذا كان لا يملك دارا أو شقة سكنية على وجه الاستقلال. فاذا كان يملك على الشيوع مع ملاك اخرين دارا أو شقة سكنية فيحق له الاخذ بالشفعة وشراء حصة شريكه المبيعة ، كما أن له الاخذ بالشفعة ايضا اذا كان يملك أي عقار اخر غير الدار أو الشقة السكنية (٣٢) ، وهذا ما يمكن استنتاجه من المفهوم المخالف لنص المادة اعلاه ، ونرى أن هذا الشرط لا مبرر له ، لان المشرع قرر حق الشفعة كسبب من اسباب كسب الملكية لتحقيق حكمة أو سبب معين وهو تقليل عدد الشركاء في الشيء الشائع وتجنب مضار الجوار غير المرغوب بها ، وبالتالي انتهاء الملكية الشائعة دون الحاجة الى اللجوء الى اجراءات ونفقات القسمة. فاذا اراد الشريك في العقار الشائع اخذ حصة شريكه بالشفعة تحققت الحكمة من تقرير حق الشفعة سواء كان هذا الشريك يملك دارا أو شقة سكنية على وجه الاستقلال ام لا. بعكس ما اذا قيد الاخذ بالشفعة بعدم امتلاك الشفيع دارا أو شقة سكنية على وجه الاستقلال حيث سيؤدي ذلك الى دخول شريك اجنبي قد لا يرغب الشفيع بشراسته وما

ينتج عن ذلك من مساوى الملكية الشائعة. لذا نرى أن تقييد الاخذ بالشفعة من قبل الشفيع بعدم امتلاكه دار أو شقة سكنية قيد لا مبرر له ، ويتنافى مع الحكمة من تشريع حق الشفعة ، كما واشترط المشرع العراقي في الشفيع أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يستمر بهذه الصفة أي كونه مالكا الى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها. وهذا ما اشارت اليه المادة (٢/١١٣٣) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه " ...ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكا للشفيع وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مملوكا له الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها ". وهو ما ذهبت اليه ايضا محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه " يشترط في الشفيع ان يكون مالكا للعقار المشفوع فيه وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مملوكا له الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها وذلك بأن يكون العقار المذكور مسجلا باسم الشفيع في دائرة التسجيل العقاري او بحكم قاطع للنزاع مكتسب درجة البتات قابل للتنفيذ " (٣٣) .

فاذا كان الشفيع مالكا للعقار المشفوع به ثم اخرجه من ملكه بأي تصرف ناقل للملكية قبل البيع ، فنزول عن هذا العقار صفة العقار المشفوع به ولا يكون لمالكه السابق أن يطالب بحق الشفعة ، لزوال سبب الشفعة ، وذات الحكم يطبق فيما اذا كان العقار المشفوع به مملوكا للشفيع وقت البيع إلا انه اخرجه من ملكه قبل الحكم بالشفعة أو التراضي عليها (٣٤) ، وبالتالي فإن المشرع العراقي اشترط في الشفيع أن يكون مالكا لحصة شائعة في دار أو شقة سكنية ، فلا شفعة في القانون المدني العراقي للمنتفع ولا للمساطح ولا للمستأجر في الاجارة الطويلة أو المستعير ولا صاحب حق ارتفاق كما فعل المشرع المصري في المادة (٩٣٦) من القانون المدني المصري (٣٥) فاذا باع مالك الرقبة عقاره في القانون المدني المصري فللمنتفع اخذه بالشفعة ، لكن اذا كان العقار المنتفع به شائعا وباع احد الشركاء حصته ، فلمالك الرقبة اخذ الحصة الشائعة بالشفعة ولا يزاحمه الشريك الاخر في المنفعة لان مالك الرقبة متقدم في ترتيب الشفعاء على المنتفع (٣٦)

الفرع الثالث

شروط التصرف المشفوع فيه

اشترط المشرع العراقي في التصرف المشفوع فيه أن يكون بيعا عندما نص على ذلك في المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع " فثبتت حق الاخذ بالشفعة من قبل الشفيع يقتضي أن يكون التصرف الذي خرج به العقار عن ملك صاحبه بيعا ، أي أن يوجد عقد بيع بين البائع مالك العقار المشفوع والمشتري . فلا يجوز الاخذ بالشفعة اذا لم يكن التصرف بيعا كأن يكون تصرفا قانونيا صادرا بإرادة منفردة كالوصية ، أو كان التصرف عقدا ولكنه عقد تبرع كالهبة. كما لا يجوز الاخذ بالشفعة اذا خرج العقار من ملك صاحبه بواقعة مادية أو قانونية كالميراث أو الالتصاق أو التقادم (٣٧) ، فلا بد أن يكون التصرف الذي خرج به العقار المشفوع من ملك صاحبه بيعا ، ويشترط في البيع الذي تثبت به الشفعة أن يكون بيعا صحيحا ، فلا شفعة بالبيع الباطل ، اذ لا بد من تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري لأنه قبل ذلك يكون البيع باطلا ولا وجود له ، (٣٨) وقد نصت على ذلك المادة (٢/١١٣٣) من القانون المدني العراقي بقولها " يشترط في المال المشفوع أن يكون عقارا مملوكا وأن يكون بيعه قد تم قانونا".

وبما أن حق الشفعة لا يثبت إلا بوجود عقد بيع فأن هذا الحق يزول بزوال عقد البيع سواء كان بأبطال هذا العقد أو فسخه. واذا تقايل الطرفان عقد البيع قبل طلب الشفعة أو بعد سقوطها ، فهناك من ذهب الى القول انه يجوز للشفيع في هذه الحالة أن يطلب الشفعة اذا ما توافرت شروطها على اعتبار أن الاقالة عقد جديد ، أي بحكم البيع الجديد بالنسبة للشفيع (٣٩)، إلا ان البعض يرى ونحن نؤيده في ذلك أن الرأي المشار اليه اذا كان يتفق مع شروط الشفعة الا انه يعارض الحكمة أو السبب الذي من اجله قرر حق الشفعة ، وهو دفع الضرر المحتمل عن نقل ملكية المبيع . ذلك أن المبيع قد عاد بالإقالة الى مالكه الاصلي ولم يعد هناك أي احتمال لحصول ضرر للشفيع (٤٠) ، واذا كانت المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي تقصر التصرف بالعقار المشفوع بالبيع فقط ، إلا انه يمكن الاخذ بالشفعة اذا كان التصرف بحكم البيع كما في المقايضة والصلح والاقالة والوفاء بمقابل ، ويشترط اخيرا في البيع الذي يجوز الاخذ به بالشفعة أن يكون من البيوع التي تثبت فيها الشفعة ، فاذا كان الاصل هو جواز حق الشفعة في البيع وما في حكمه ، إلا أن المشرع ولا اعتبارات تختلف من حالة الى اخرى قد منع الشفعة في بعض البيوع واستثنائها المشرع من هذا الاصل.

وهذه البيوع تشمل البيع اذا ما تم بالمزاد العلني وفقا للإجراءات التي وضعها القانون ويتم هذا البيع بواسطة الادارة أو القضاء. والبيع اذا وقع بين الزوجين أو بين الاصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة. و آخر البيوع التي لا يجوز الاخذ بها بالشفعة هو بيع العقار ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة^(٤١)، وقد جاء في احدى قرارات محكمة التمييز ما يؤكد هذا الشرط اذ نص " انه يجوز سماع دعوى الشفعة لو كانت زوجة المشتري شقيقة البائع لان القانون قصر منع سماع الدعوى بالنسبة للأقرباء على البيع بين الزوجين او الاصول والفروع او بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ولا يجوز ادخال فئات اخرى معهم عن طريق القياس بحجة أن اقارب احد الزوجين يعتبرون في نفس الدرجة والقربة بالنسبة للزوج الاخر"^(٤٢).

المبحث الثالث

اجراءات الاخذ بالشفعة والاثار المترتبة عليها

اذا توافر للشفيع سبب من الاسباب التي نص عليها المشرع للأخذ بالشفعة فيحق له أن يطلب الاخذ بها والمشتري في هذه الحالة أما أن يستجيب لطلب الشفعة ويتملك الشفيع العقار بالتراضي دون حاجة الى اللجوء الى الاجراءات القضائية أو قد لا يسلم المشتري بالشفعة فيظل الحق في الشفعة قائما مع انه حق استثنائي يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد^(٤٣) فلا بد لتمسك الشفيع بحقه في الشفعة من اتخاذه اجراءات قانونية معينة وإلا سقط حقه في الشفعة ، وهذه الاعمال أو الاجراءات يجب على الشفيع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع رضاء أو قضاء^(٤٤)، فاذا ما توافرت شروط الشفعة وانتفت موانعها واتخذ الشفيع جميع الاجراءات القانونية التي اوجب القانون عليه القيام بها لكي يصل الى اخذ العقار المبيع بالشفعة ، ترتبت اثارها القانونية بحق كل من البائع والمشتري والشفيع في مواجهة كافة . لذا ولبحث ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول اجراءات الاخذ بالشفعة ونتطرق في المطلب الثاني الى الثار المترتبة على ثبوت حق الشفعة.

المطلب الاول

اجراءات الاخذ بالشفعة

اذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع في اخذ العقار بالشفعة ، فعلى هذا الاخير أن يلجأ الى اتخاذ اجراءات معينة الغاية منها الوصول الى اخذ العقار بالشفعة بحكم قضائي. وقد تناول المشرع العراقي هذه الاجراءات في المواد (١١٣٨ - ١١٤٠) من القانون المدني العراقي ، وتتلخص

هذه الاجراءات بضرورة اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة ، ومن ثم عليه أن يقوم برفع الدعوى امام المحكمة المختصة ، وعليه أن يقوم بإيداع نصف الثمن الحقيقي للعقار المبيع في صندوق المحكمة ، وللوقوف اكثر على هذه الاجراءات المشار اليها اعلاه سوف سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع سنتناول في اولهما اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة ، وفي ثانيهما رفع دعوى الشفعة امام المحكمة المختصة ، وسنفرد ثالثهما الى ايداع نصف الثمن الحقيقي الذي تم به البيع .

الفرع الاول

اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة

تبدأ اجراءات الاخذ بالشفعة بإعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة ، فاذا ما تم الانذار الرسمي من قبل البائع أو المشتري والذي يعد وسيلة القصد منها اثبات علم الشفيع بوقوع البيع علماً حقيقياً ليبادر هو من جهته الى القيام بإجراءات الشفعة وإلا سقط حقه فيها. ومن جهة اخرى فأن هذا الانذار يعد لازماً لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقررة لسقوط حق الشفيع اذا قام المشتري أو البائع بهذا الانذار^(٥)، وقد اشترط المشرع العراقي في الانذار أن يكون رسمياً بحيث يسري عليه ما يسري على الاوراق الرسمية من احكام الصحة والبطالان المنصوص عليها في قوانين المرافعات المدنية، فهو ورقة رسمية يوجهها البائع أو المشتري بواسطة الكاتب العدل الى الشفيع لأثبات علم هذا الاخير بوقوع البيع والزامه في حالة رغبته بالأخذ بالشفعة بالقيام بباقي اجراءات الشفعة المنصوص عليها في القانون المدني. وهذا ما نصت عليه المادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " على من يريد الاخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ انذاره بالبيع انذاراً رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه...". وهو ايضا ما اتجهت اليه محكمة التمييز في احدى قراراتها جاء فيه " أن اعلان الرغبة بتملك العقار المبيع بالشفعة يكون بعد انذار الشفيع رسمياً من قبل البائع أو المشتري " ^(٦) ، فاذا قام البائع أو المشتري بإنذار الشفيع رسمياً بالبيع ، فعلى هذا الاخير اذا اراد اخذ المبيع بالشفعة اعلان رغبته في مواجهة كل من البائع والمشتري معا أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار وإلا سقط حقه في الاخذ بالشفعة.

ويلاحظ على المشرع العراقي انه لم يشترط الرسمية في اعلان الرغبة كما ذهب الى ذلك المشرع المصري^(٤٧) ، وبذلك فأن اعلان الرغبة يمكن ان يتم بأي شكل كأن يكون على شكل رسالة عادية أو ممكن ان يوجه الاعلان بطريق رسمي عن طريق الكاتب العدل . ونرى أن على المشرع العراقي أن يشترط الرسمية في الاعلان عن الرغبة كما اشترط الرسمية في الانذار ، وذلك تيسيرا للأثبات وتجنب المنازعات فالإعلان عن الرغبة اذا وجه بطريقة رسمية فإنه يكون حجة على البائع والمشتري في الاخذ بحق الشفعة.

كما أن الاعلان عن الرغبة يجب أن يوجه الى كل من البائع والمشتري معا ، فلا يغني أن يوجه الى احدهما دون الآخر. والحكمة من ذلك واضحة إذ ان اجراءات الشفعة حتما ستنتهي بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي كان يربطه بالبائع. لذا فقد استلزم القانون اعلان الرغبة الى كل منهما بحيث أن اعلان الرغبة لاحدهم لا يغني عن اعلانها للآخر. كما انه لم يشترط في اعلان الرغبة الى البائع والمشتري ان يتم في نفس الوقت وانما يجب ان يتم الاعلان خلال الميعاد الى كل منهما سواء كان هذا الاعلان في نفس الوقت او بصورة متتالية^(٤٨) ، ويجب أن يتم الاعلان عن الرغبة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار وإلا سقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة. ولا يسري هذا الميعاد إلا من تاريخ الانذار الرسمي ولو كان الشفيع يعلم فعلا بالبيع قبل الانذار^(٤٩)، وحق الشفيع في طلب الاخذ بالشفعة يبقى قائما لمدة ستة اشهر من تاريخ تمام البيع ، وكذلك الحكم اذا لم يقوم البائع أو المشتري بتوجيه الانذار الرسمي للشفيع^(٥٠).

الفرع الثاني

رفع دعوى الشفعة امام المحكمة المختصة

اذا قام الشفيع بالإعلان عن رغبته بالأخذ بالشفعة الى كل من البائع والمشتري ، نشأ له الحق في اخذ العقار بالشفعة وعليه استكمال باقي الاجراءات المنصوص عليها قانونا وعلى المشتري أن يسلم بهذا الحق ، إلا أن هذا الاخير قد لا يسلم بحق الشفيع في الشفعة فعلى هذا الاخير ان يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما يبدأ سريانها من تاريخ اعلان رغبته وإلا تعرض حقه للسقوط^(٥١) وقد استلزم المشرع العراقي ان يكون رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري في الميعاد المحدد. والسبب في ذلك أن اجراءات الشفعة ستؤدي الى حلول الشفيع محل المشتري في الحقوق الناشئة عن عقد البيع وفي التزامات المشتري قبل البائع^(٥٢) وبالتالي فأن الاخذ بالشفعة هو تحويل للحقوق والالتزامات التي بين البائع والمشتري

الى ما بين البائع والشفيع ، فيتم اختصاصهم جميعا في جميع مراحل الدعوى بحيث أن الحكم الصادر يكون حكما واحدا بالنسبة الى الشفيع والبائع والمشتري^(٥٣) ، ويجب أن ترفع دعوى الشفعة من قبل الشفيع خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان هذا الاخير عن رغبته في الاخذ بالشفعة الى كل من البائع والمشتري ، وبالتالي فإن اعلن احدهما قبل الاخر فالعبرة بالإعلان الاخير^(٥٤)، وقد عدَّ المشرع العراقي دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة والتي يجب أن تنظر فيها المحكمة المختصة على وجه السرعة^(٥٥) .

الفرع الثالث

ايداع نصف الثمن الحقيقي الذي تم به البيع

يعد هذا الاجراء من الاجراءات التي استحدثها المشرع العراقي في القانون المدني ، إذ ان الشفيع لم يكن مجبرا بإيداع ثمن العقار المشفوع وقت الدعوى على اعتبار ان لزوم الثمن يكون بعد الحكم في الدعوى، ففي هذا الوقت يكون الشفيع والمشفوع منه بمنزلة البائع والمشتري^(٥٦) وان الغرض من استحداث هذا الاجراء هم ضمان جدية الاخذ بالشفعة من قبل الشفيع من جهة ، والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من مشتري ودائنين من جهة اخرى^(٥٧) فيجب على الشفيع عند اقامته للدعوى امام المحكمة المختصة وهي المحكمة التي يقع العقار المشفوع في دائرتها ، ان يودع صندوق المحكمة نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع. ويجب أن يتم الايداع خلال المدة التي حددها القانون وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة ، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٤٠) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغا يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فإن لم يتم الايداع سقطت الشفعة " ، وقد اشترط المشرع العراقي على خلاف المشرع المصري ان يتم ايداع نصف الثمن الحقيقي^(٥٨) وان يكون هذا الايداع فعليا حيث لا يغني عنه العرض الحقيقي للثمن من قبل الشفيع. ويجب ان يتم الايداع في الميعاد المقرر بغض النظر عما اذا كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري ، وان لا يكون الايداع مقتصرًا على جزء من الثمن وان كان هذا الجزء هو الذي تم دفعه فعلا من قبل المشتري^(٥٩)، والثمن الذي اعتمده المشرع العراقي في الايداع هو الثمن الحقيقي الذي تم الاتفاق عليه فعلا بين البائع والمشتري ، اما اذا كان الثمن المذكور في عقد البيع سوريا ، فليس للشفيع الطعن في الثمن بالصورية بعد تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري طبقا لما جاء

بالمادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه " لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري" (١٠).

والحكم اعلاه يطبق اذا رفع الشفيع الدعوى بعد تمام البيع ، اما اذا كان رفع الدعوى بعد اعلان رغبته في الاخذ بالشفعة وقبل تمام عملية البيع وتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، فإن للشفيع الطعن بالثمن بالصورية على اعتبار انه من الغير في هذه الحالة (١١)، كما ان المشرع العراقي قد الزم الشفيع بإيداع نصف الثمن الحقيقي فقط ، ولم يلزمه بإيداع المصاريف الاخرى أي المصروفات التي تم انفاقها من قبل المشتري في سبيل اتمام عقد البيع والتي يجب على الشفيع ان يردها لهذا الاخير ، على الرغم من أن هذه المصاريف قد يتعذر على الشفيع ان يعلم بها مبدئياً (١٢) وبالتالي فإن عدم دفع هذه المصاريف عند رفع الدعوى لا يؤدي الى سقوط الحق في الشفعة ، إذ ان النص كان واضحاً عندما الزم الشفيع بإيداع نصف الثمن الحقيقي فقط.

المطلب الثاني

الاثار المترتبة على ثبوت حق الشفعة

اذا توافرت شروط الشفعة ، ولم يتحقق سبب من اسباب سقوطها بأن تنازل الشفيع عن حقه صراحة أو دلالة ولو تم هذا التنازل قبل البيع (١٣) ، أو اذا لم يقوم الشفيع برفع دعوى الشفعة خلال مدة ستة اشهر من تمام البيع وتسجيله في دائرة التسجيل العقاري سقط حق الشفيع بالأخذ بالشفعة (١٤) كما ويسقط حق الشفعة كذلك عند عدم قيام الشفيع بالإجراءات التي اوجبها عليه القانون لكي يصل الى اخذ العقار المبيع بالشفعة والتي تطرقنا اليها سابقاً (١٥) كما أن زوال ملك الشفيع في الفترة ما بين انعقاد البيع وتمام الاخذ بالشفعة يؤدي الى سقوط حق الشفعة ، حيث يشترط في الشفيع ان يظل مالكا للمشفوع به الى صدور الحكم بالشفعة أو التراضي عليها (١٦) ، فاذا ما انتفت هذه الاسباب التي تؤدي الى سقوط حق الشفعة وتوافرت جميع الشروط المنصوص عليها قانوناً ، ترتبت على الشفعة اثارها القانونية ، وهذه الاثار تخص الشفيع والبائع والمشتري ، فيحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة ، كما يقتضي التطرق الى بيان حكم تصرفات المشتري بالمشفوع باعتباره مالكا له تصرفاً قانونياً أو مادياً سواء كان هذا التصرف قبل اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة أو بعد هذا الاعلان وهل ان هذه التصرفات تسري على الشفيع. لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب

على فرعين نتناول في الفرع الاول حلول الشفيع محل المشتري ونخصص الفرع الثاني لتصرفات المشتري في العقار المشفوع.

الفرع الاول

حلول الشفيع محل المشتري

أن من مقتضيات حلول الشفيع محل المشتري عندما يقرر الشفيع الاخذ بالشفعة هو تملك هذا الاخير للعقار المشفوع بما قام على المشتري من ثمن ونفقات. ولكن ملكية العقار المشفوع لا تنتقل الى الشفيع بمجرد التراضي على الشفعة أو بصور حكم قضائي بات بحق الشفعة ، بل لابد من تسجيل العقار المشفوع باسم الشفيع في دائرة التسجيل العقاري. وهذا ما ذهبت اليه المادة (١١٤١) من القانون المدني العراقي حيث نصت صراحة على انه " يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري أو عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة ". فالشفيع يحل محل المشتري بحكم القانون في نفس العقد في مواجهة البائع وتنتقل جميع حقوق المشتري الى الشفيع ويحق له الانتفاع بها وتكون عليه جميع التزامات العقد^(٦٧) إلا ان الشفيع ليس له الاستفادة من اجل منحه البائع للمشتري ما لم يرضى البائع بذلك ، فعلى هذا الاخير دفع الثمن ونفقات العقد كاملة وبدون أي تأخير^(٦٨)، كما ويترتب على حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وخروج هذا الاخير من العقد المبرم ، انه في حالة استحقاق العقار المشفوع بعد الاخذ بالشفعة ، فإن البائع وحده هو الذي ينفرد بضمان استحقاق العقار المشفوع ولا يكلف المشتري بأي ضمان^(٦٩)، كما أن البائع وحده يضمن للشفيع أي تعرض قانوني أو مادي صادر منه ، ويضمن كذلك التعرض القانوني للشفيع الصادر من الغير ، الا انه لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير^(٧٠)، كما ويؤدي حلول الشفيع محل المشتري في العقد المبرم انه عندما يتضمن عقد البيع أي ضمان اتفاقي سواء بالتشديد من احكام الضمان أو في التخفيف منها ، فإن هذا الضمان الاتفاقي يسري في مواجهة الشفيع ايضا^(٧١) ونفس الامر يطبق فيما يخص ضمان العيوب الخفية فاذا كان هناك عيب خفي في العقار المشفوع ينقص من قيمته أو منفعته يرجع الشفيع بهذا الضمان على البائع وليس على المشتري^(٧٢) كما أن أي اتفاق على تعديل احكام ضمان العيوب الخفية سواء بالتخفيف أو التشديد أو الالغاء يسري في حق الشفيع ايضا^(٧٣)، ومن الآثار المترتبة على حلول الشفيع محل المشتري التزام هذا الاخير بتسليم العقار المشفوع الى الشفيع في مقابل استرداد المشتري للثمن والنفقات المعتادة من قبل الشفيع^(٧٤)، وبما أن ملكية العقار

المشفوع لا تنتقل الى الشفيع بمجرد التراضي على الشفعة أو صدور حكم قضائي بها ، وانما يجب التسجيل في دائرة التسجيل العقاري فيستحق الشفيع ثمار الشيء من تاريخ التسجيل ، كما انه يتحمل تبعة هلاكه من هذا التاريخ ايضاً^(٧٥) .

الفرع الثاني

تصرفات المشتري بالعقار المشفوع

قد يجري المشتري في العقار المشفوع في الفترة ما بين شرائه للعقار من البائع وانتقال ملكيته الى الشفيع ، بعض التصرفات التي قد تكون مادية أو قانونية . ويثار التساؤل حول مصير هذه التصرفات وما اذا كانت تسري بحق الشفيع ام لا والتعرف على حكم هذه التصرفات يقتضي بنا التطرق اولاً الى التصرفات القانونية الصادرة من المشتري ومن ثم بيان حكم التصرفات المادية ثانياً.

اولاً : حكم التصرفات القانونية

فاذا تصرف المشتري في العقار المشفوع وكان تصرفاً قانونياً كأن يكون بيعاً أو ترتيب أي حق عيني آخر كحق ارتفاق أو رهن أو انتفاع ، فيجب هنا التفرقة بين ما اذا كانت هذه التصرفات قد حصلت قبل اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة وبين ما اذا كانت قد تمت بعد الاعلان عن هذه الرغبة ، فاذا كان تصرف المشتري في العقار قبل اعلان الشفيع عن رغبته فأني تصرف قانوني يصدر عن المشتري يعتبر صحيحاً ينفذ بحق الشفيع على اعتبار أن المشتري يعتبر مالكا للعقار فله أن يتصرف بملكه تصرف المالك^(٧٦) كما أن حق الشفعة لا يؤدي الى منع المشتري من اجراء أي تصرف قانوني في العقار المشفوع لصالح الشفيع الذي قد يطلب الاخذ بالشفعة وقد لا يطلب الاخذ بها^(٧٧) واذا تصرف المشتري بالعقار المشفوع بالبيع وحكم للشفيع بالشفعة ، كان لهذا الاخير أن يأخذ العقار وان يملكه بالثمن الذي بيع به في البيع الثاني بغض النظر عن الثمن الذي اشترى به المشتري الاول^(٧٨) .

اما التصرفات التي يجريها المشتري في العقار المشفوع بعد اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة ، فهذه التصرفات من بيع أو أي حق عيني آخر لا تنفذ بحق الشفيع إذ ان هذا الاخير يمتلك العقار المشفوع خالياً من أي حق يثقله^(٧٩) إذ أن اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة يعتبر حجة على البائع والمشتري ، كما يعتبر حجة على الغير وبالتالي لا يسري بحق

الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري أو أي حق ترتب ضده بعد اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة ^(٨٠).

ثانياً : حكم التصرفات المادية

اما اذا تصرف المشتري في العقار المشفوع تصرفاً مادياً كأن يكون قد بنى أو غرس في العقار المشفوع مما يزيد من قيمته أو منفعته ، فما هو حكم هذه التصرفات المادية بعد اخذ الشفيع العقار بالشفعة ؟ وقد اجابت على ذلك المادة (١١٤٣) من القانون المدني العراقي حيث جاء في فقرتها الاولى " اذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه اشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الاخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس " . اما الفقرة الثانية فقد نصت على انه " اما اذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة في الاخذ بالشفعة ، كان للشفيع ان يطلب القلع ، واذا كان القلع ، مضراً بالعقار كان له ان يستبقى البناء أو الغراس بقيمتها مستحقة القلع " .

فيلاحظ على النص اعلاه انه ميز ايضاً ما بين ما اذا كان البناء أو الغراس قد تم قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة أو بعدها . فاذا كان البناء أو الغراس الذي قام به المشتري قبل اعلان الشفيع عن رغبته ، فالمشتري يعتبر هنا انه قد بنى أو غرس في ملكه وبالمقابل يلتزم الشفيع اذا اراد الاخذ بالشفعة أن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة الارض بسبب البناء أو الغراس ^(٨١) ، وهو ايضاً ما اتجهت اليه محكمة التمييز في قار لها جاء فيه " ان المحكمة اصدرت قرارها برد دعوى المدعي دون ان تلاحظ حكم المادة ١١٤٣ مدني فاذا ثبت لها أن المدعي غرس اشجاراً قبل ان يبلغ بالرغبة في الاخذ بالشفعة وكان غرسه لها بأذن من البائع فإن الشفيع المدعى عليه ملزم بأن يدفع له مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب الغراس وحيث ان قرار الرد الصادر قبل التثبت من هذه الناحية جاء مخالفاً للقانون قرر نقضه " ^(٨٢) ، اما اذا كان البناء أو الغراس الذي قام به المشتري في العقار المشفوع بعد الاعلان عن رغبة الشفيع في الاخذ بالشفعة ، فيعتبر المشتري سيء النية في هذه الحالة وقد عامله القانون معاملة الحائز سيء النية في الزامه بقطع ما بناه او غرسه اذا لم يكن ذلك مضراً بالعقار المشفوع. اما اذا كان القلع مضراً بالعقار فيكون للشفيع في هذه الحالة ان يستبقى البناء أو الغراس مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع للمشتري ^(٨٣) ونؤيد اتجاه المشرع العراقي في اعتماده على معيار حسن نية المشتري وسوء نيته في حكم التصرفات المادية ، إذ انه قد اعتبر المشتري سيء النية اذا قام بالبناء أو الغراس

بعد اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة خاصة وان هذا الاعلان يعد حجة على المشتري . كما ويحقق هذا المعيار عدالة اكبر بين المشتري والشفيع وعدم ترجيح مصلحة احدهما على الاخر. وهذا خلاف ما ذهب اليه المشرع المصري الذي عامل المشتري معاملة افضل من معاملة الشفيع سواء كان المشتري حسن النية او سيء النية ، أي سواء كان البناء او الغراس قبل اعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة أو بعدها ^(٨٤) .

الخاتمة

بخاتمة هذا البحث نكون قد خلصنا الى حصيللة من دراسة موضوع نطاق الاخذ بالشفعة بين التضييق والاطلاق في القانون المدني العراقي تجلت بجملة من النتائج والمقترحات وهي كما يلي :

اولا : النتائج

١- لقد عدَّ المشرع العراقي الشفعة سببا من اسباب كسب الملكية وخصها بنصوص معينة ، مستمدا اغلب احكامها من الشريعة الاسلامية. وقد اعتبر الشفعة حقا وليس رخصة في تملك العقار المشفوع كما ذهبت الى ذلك بعض التشريعات المدنية.

٢- ان الهدف من تقرير حق الشفعة هو دفع الضرر الذي قد يتعرض له الشفيع في حالة ما اذا اتصل ملكه بالعقار المبيع ، فهي وسيلة للتخلص من مضايقات الجوار أو من شريك لا يرتاح الشفيع له ، اذ انها تمنع تعدد الشركاء في الشيء الشائع وتبعد اذى الشركة أو القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات واجراءات فتكون بذلك وسيلة لإنهاء حالة الشروع.

٣- ان الحكمة من تقرير حق الشفعة أو اسباب ثبوتها تؤدي الى ضرورة اطلاق نطاق الاخذ بالشفعة دون تقييدها بنوع معين من العقارات وكما اتجهت اليه المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي النافذة.

٤- ان المشرع العراقي في تقريره لحق الشفعة قد اتجه الى صوب الاطلاق فيما يخص نطاق الاخذ بالشفعة ، الا انه عاد وقيد من هذا الاطلاق الوارد عندما الغى المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي القديمة واحل محلها المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة.

٥- ان المشرع العراقي قد قصر حق الشفعة في المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة على حالة الشراكة في نفس المبيع بشرط ان يكون الشريك شريكا في دار سكن او شقة سكنية شائعة وان لا يملك دارا او شقة سكنية على وجه الاستقلال.

٦- ان المشرع العراقي لم يشترط الرسمية في الاعلان عن رغبة الشفيع في الاخذ بالشفعة كما ذهب الى ذلك المشرع المصري ، وبذلك فإن اعلان الرغبة يمكن أن يتم بأي شكل كأن يكون على شكل رسالة عادية أو ممكن أن يوجه الاعلان بطريق رسمي عن طريق الكاتب العدل.

٧- ان المشرع العراقي اوجب على الشفيع اتباع اجراءات معينة للوصول الى اخذ العقار المبيع بالشفعة ، الا ان اتباع هذه الاجراءات من قبل الشفيع قد يتسبب في حرمانه من حق الشفعة في بعض الاحيان وبالتالي الغاء حق الشفعة من الناحية العملية ، والابتعاد عن الحكمة او الغرض الذي من اجله قرر المشرع هذا الحق.

ثانيا : المقترحات

١- ان اتجه المشرع العراقي في المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة ، نحو تحديد جنس العقار بالدار أو الشقة السكنية لا يتلاءم والحكمة التي شرعت من اجلها حق الشفعة. فهذه الحكمة متوافرة سواء كان العقار المبيع دار سكنية أو غير ذلك من العقارات الاخرى ما دام هذا العقار شائعا . لذا نقترح على المشرع العراقي أن يعيد النظر في هذه المادة وبما يتلاءم من حكمة تقرير حق الشفعة ، وأن يطلق نطاق الاخذ بالشفعة بالنسبة للشريك في العقار الشائع بدون تحديد جنس العقار الشائع أو تقييده بشروط معينة.

٢- أن تقييد الاخذ بالشفعة من قبل الشفيع بعدم امتلاكه دار أو شقة سكنية على وجه الاستقلال بموجب المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي الجديدة قيد لا مبرر له ، ويتنافى مع الحكمة من تشريع حق الشفعة. لذا نقترح على المشرع العراقي الغاء هذ الشرط والاكتفاء بالشروط الواردة بالمادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي.

٣- نقترح على المشرع العراقي أن يشترط الرسمية في الاعلان عن الرغبة كما اشترط الرسمية في الانذار ، وذلك تيسيرا للأثبات وتجنب المنازعات فالإعلان عن الرغبة اذا وجه بطريقة رسمية فإنه يكون حجة على البائع والمشتري في الاخذ بحق الشفعة.

الهوامش

- (١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج٨ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ص ١٨٤ .
- (٢) بدوي حنا ، موسوعة القضايا العقارية ، الشفعة ، ج٥ ، منشورات زين الحقوقية ، ط٢ ، ٢٠١١ ، ص ٧.
- (٣) ويوافقه في ذلك القانون المدني الاردني حيث عرفت المادة (١١٥٠) الشفعة بقولها " حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات ."
- (٤) انظر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- (٥) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٣٠ .
- (٦) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، اسباب كسب الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دون سنة نشر ، ص ٤٤٧ - ٤٤٩ .
- (٧) انظر د. حسام الدين كامل الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، ١٩٩٣ ، ص ١٣٢-١٣١ .
- (٨) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٢٩ .
- (٩) د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ٢-١ ، طبعة جديدة منقحة ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص ١٧٧ .
- (١٠) انظر د. السنهوري ، الوسيط ، ج٩ ، مصدر سابق ، ص ٤٤٨ .
- (١١) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، الشفعة علما وعملا ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٩-١٠ .
- (١٢) انظر م (٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- (١٣) انظر د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ن دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ١٣٩ .
- (١٤) انظر المادة (١/١١٣٦) من القانون المدني العراقي.
- (١٥) انظر المادة (١١٣٥) من القانون المدني العراقي.
- (١٦) قرار محكمة التمييز رقم ٧١١/ حقوقية / ٥٩ في ١٩٥٩/٤/٦ . انظر المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج٢ ، ١٩٦٢ ، ص ٥٨١ .
- (١٧) انظر د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .
- (١٨) انظر د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٦ .
- (١٩) انظر المادة (٢/١١٣٦) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه "وليس لاحد من الشفعاء ان ينزل عن حقه لأجنبي او لشقيق اخر فأفعل سقط حقه ."
- (٢٠) انظر المادة (٢/١١٣٣) من القانون المدني العراقي.

- (٢١) انظر د. غني حسون طه ومحمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ .
- (٢٢) انظر د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٦٠ ، ص ٢٨٥ .
- (٢٣) انظر د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، اسباب كسب الملكية والحقوق المنشقة من حق الملكية ، مكتبة دار الثقافة ، ط ١ ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ١٧٠ .
- (٢٤) انظر د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .
- (٢٥) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ .
- (٢٦) قرار محكمة التمييز رقم ٣٨٧ / مدنية اولى / ٨٨ في ٢٢ / ٦ / ١٩٨٨ . انظر ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٤ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٦ .
- (٢٧) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .
- (٢٨) قرار محكمة التمييز رقم ٤٤٠ / مدنية ثانية / ١٩٨١ في ١٤ / ١٢ / ١٩٨١ . انظر المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى اقامة الدعاوى المدنية ، الطبعة الاولى ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ١٦٤ .
- (٢٩) انظر د. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ ، ص ١٠٥٠ .
- (٣٠) قرار محكمة التمييز رقم ٩٠٤ / مدنية اولى / ٧٧ في ١٤ / ٨ / ١٩٧٨ . انظر ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٤١٦ .
- (٣١) قرار محكمة التمييز رقم ١١٤ / مدنية اولى / ٩٤ في ١٠ / ٦ / ١٩٩٣ . انظر ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .
- (٣٢) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .
- (٣٣) انظر قرار رقم ٢٢٩ / هيئة عامة اولى / ١٩٧٣ في ٩ / ٣ / ١٩٧٤ ، النشرة القضائية ، وزارة العدل ، السنة الخامسة ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ١٠٦ .
- (٣٤) انظر د. حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، ط ٤ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص ٥٨٠ .
- (٣٥) انظر المادة (٩٣٦) من القانون المدني المصري .
- (٣٦) وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في قارا لها جاء فيه " ان النص في المادة ٩٣٦ مفاده ان المشرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع لمالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع وتحقيقا لذات الحكمة جعل المشرع الافضلية عند تراحم الشفعاء لمالك الرقبة عند بيع الانتفاع وقدمه على سائر الشفعاء " . نقض مدني طعن رقم ٢١١٠ في ٩ / ٤ / ١٩٨٥ س ٣٦ . نقلا عن د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٩١ .
- (٣٧) انظر د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٥٩٠ .

(٣٨) انظر د. سعيد مبارك ، موجز احكام القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية ، ط ١ ، ١٩٩٥ ، ص ١٢٠.

(٣٩) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٨٦.

(٤٠) انظر د. محمد وحيد الدين سوار ، اسباب كسب الملكية ، مصدر سابق ، ص ١٧٩.

(٤١) انظر المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي.

(٤٢) قرار رقم ٤٩٥ / مدنية ثانية / ١٩٧٨ في ١٢ / ٨ / ١٩٧٨ . انظر ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٤١٧.

(٤٣) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٧.

(٤٤) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٨٩.

(٤٥) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٩.

(٤٦) قرار رقم ٤٤٢ / حقوقية غير منقول / ١٩٦٨ في ١٨ / ٧ / ١٩٦٨ . انظر ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٤٠٧.

(٤٧) انظر المادة (٩٤٢) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه " ١ - اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب ان يكون رسميا وإلا كان باطلا ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير إلا اذا سجل ".
(٤٨) المستشار انور طلبية ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٥ ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠١ ، ص ٥٠٢.

(٤٩) انظر د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٦٠٦.

(٥٠) انظر المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي .

(٥١) انظر المادة (١١٣٩) من القانون المدني العراقي.

(٥٢) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٩٠.

(٥٣) انظر د. السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٦٧٢.

(٥٤) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٤٣٦.

(٥٥) انظر المادة (٢/١١٣٩) من القانون المدني العراقي.

(٥٦) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٩٢.

(٥٧) انظر د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٦٢٠.

(٥٨) انظر المادة (٢/٩٤٢) من القانون المدني المصري والتي اشترطت ايداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع.

(٥٩) انظر د. السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٦٦٤.

(٦٠) وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار لها جاء فيه " اذا اكتسب التسجيل شكله النهائي اصبح حجة على الناس كافة ولا يمكن الطعن به الا بالتزوير استنادا لأحكام المادة (١٠) من قانون التسجيل العقاري " . قرار رقم ١٣٤٢ / هيئة مدنية عقار / ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٩ / ٦ / ٢٠٠٨ . النشرة القضائية ، مجلس القضاء الاعلى ، ١٤ تشرين الاول ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٣ .

(٦١) انظر المستشار انور طلبية ، مصدر سابق ، ص ٤٢٧ .

(٦٢) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٤٢٧ .

(٦٣) انظر المادة (١١٣٤ / د) من القانون المدني العراقي . وجاء في حكم لمحكمة التمييز الاردنية قولها " استقر اجتهاد محكمة التمييز على ان التنازل عن حق الشفعة اما ان يكون صراحة بأن يظهر الشفعي عدم رغبته في الاخذ بالشفعة ، واما ان يكون دلالة يصدر عن الشفعي ما يدل على رضاه بعقد البيع كأن يساوم المشتري على العقار المشفوع أو يستأجره منه ... " حقوق / ١١٥٠ / ١٩٩٦ . في س ١٩٩٦ . منشور على الموقع www.farrajlawyer.com ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩ / ١٢ / ٢ .

(٦٤) انظر د. شاكر ناصر حامد ، مصدر سابق ، ص ١٢٣٢ .

(٦٥) انظر المواد (١١٣٩-١١٤٠) من القانون المدني العراقي.

(٦٦) انظر المادة (٢ / ١١٣٣) من القانون المدني العراقي.

(٦٧) عكس ذلك موقف القانون المدني الاردني حيث ان تملك الشفعي للعقار المشفوع يكون حسب نص المادة (١١٦٥) من القانون المدني الاردني بعقد جديد بين الشفعي وبين المشتري ، أي ان الشفعي لا يحل محل المشتري في ذات العقد المبرم مع البائع . لتفاصيل اكثر انظر د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

(٦٨) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

(٦٩) انظر المادة (٢ / ١١٤٢) من القانون المدني العراقي.

(٧٠) انظر د. جعفر الفضلي ، الوجيز في عقد البيع ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ١٣٨ . انظر كذلك اسعد دياب ، القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع والايجار ، ط ٢ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص ١٨٩ .

(٧١) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

(٧٢) انظر د. فايز احمد عبد الرحمن ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢٥ .

(٧٣) انظر د. السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٧٥١ .

(٧٤) انظر د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٦٦٤ .

(٧٥) انظر د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

(٧٦) انظر د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٦٧٠ .

(٧٧) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

- (٧٨) انظر المادة (١١٣٧) من القانون المدني العراقي.
- (٧٩) انظر د. شاكر ناصر ، مصدر سابق ، ص ١١٩٢.
- (٨٠) انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٤٦٨.
- (٨١) انظر د. شاكر ناصر ، مصدر سابق ، ص ١١٩٢.
- (٨٢) قرار رقم ٢٢٧٣ / حقوقية / ٥٩ في ٩/٣/ ١٩٦٠ . انظر المحامي سلمان بيات ، مصدر سابق ، ص ٥٩٤.
- (٨٣) انظر د. محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٩٨.
- (٨٤) لتفاصيل اكثر انظر المادة (٩٤٦) من القانون المدني المصري.

المصادر

اولا : الكتب

- ١- ابن منظور، لسان العرب ، ج٨ ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ١٩٩٩ .
- ٢- ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٤ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠.
- ٣- اسعد دياب ، القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع والايجار ، ط ٢ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢.
- ٤- المستشار انور طلبية ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٥ ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠١ .
- ٥- بدوي حنا ، موسوعة القضايا العقارية ، الشفعة ، ج ٥ ، منشورات زين الحقوقية ، ط ٢ ، ٢٠١١.
- ٦- . جعفر الفضلي ، الوجيز في عقد البيع ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣.
- ٧- المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى اقامة الدعاوى المدنية ط ١ ، بغداد ، ١٩٩٣.
- ٨- د. حسام الدين كامل الاهواني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، ١٩٩٣.
- ٩- د. حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، ط ٤ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨.
- ١٠- د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الاسكندرية ، ٢٠٠١.
- ١١- د. سعيد مبارك ، موجز احكام القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية ، ط ١ ، ج ٢ ، ١٩٩٥.

- ١٢- المحامي سلمان بيّات ، القضاء المدني العراقي ، ج٢ ، شركة النشر والطبع الأهلية، بغداد ١٩٦٢ .
- ١٣- د. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية ، ج٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ .
- ١٤- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦٠ .
- ١٥- . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، اسباب كسب الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دون سنة نشر.
- ١٦- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ن دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
- ١٧- د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ١-٢ ، طبعة جديدة منقحة ، بيروت ، ٢٠١٦ .
- ١٨- د. فايز احمد عبد الرحمن ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .
- ١٩- د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الاصلية ، ج٢ ، اسباب كسب الملكية والحقوق المنشقة من حق الملكية ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ .
- ٢٠- د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ .
- ٢١- د. نبيل ابراهيم سعد ، الشفعة علما وعملا ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .

ثانيا: القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- ٣- القانون المدني الاردني ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

Abstract

The pre-emption is an important reason for the acquisition of property, its provisions have organized the Islamic Sharia and singled it out with certain texts to achieve an extreme wisdom which is to reduce the harms of the neighborhood, And the Iraqi legislator followed this approach when he also considered preemption as one of the reasons for acquiring property and summarizing it with legal texts deriving most of its provisions from Islamic law. The Iraqi legislator was keen to achieve preemption for its reasons or the wisdom of its legislation when making the right of preemption a right restricted to specific persons referred to in Article (1129) of the old Iraqi civil law. However, he went back and narrowed the scope of the adoption of this right when he replaced the new Article (1129) replacing Article (1129) of the Iraqi Civil Law and made the right of pre-emption limited to a specific class, and he is the partner in a common house or apartment and removed the other from the scope of the pre-emption by forgetting or Ignoring the wisdom or the reason for which this right was legitimized. Thus, the Iraqi legislator will have followed this substitution for Article (1129) of the Iraqi Civil Law, in contrast to the direction for which the right of preemption was initiated as a reason for acquiring ownership.

The range of pre-emption between restrictions and divorce in the Iraqi civil law (a comparative study)

Dr. Dalal Tafker Murad

University of Kufa /Faculty of Law

Fatima Abd Al-raheem Ali

University College of the Future/Faculty of Law