

نظام الشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

The preemption system a comparative study between Islamic law and comparative law

د. قصي مهدي محمود

Dr. qusay Mahdi mahmood

الجامعة التقنية الشمالية / كلية التقنيات الصحية والطبية كركوك

Northern Technical University/College of Health and Medical Technologies

Kirkuk

dr.qusaymehdi@ntu.edu.iq

المستخلص:

يُعد نظام الشفعة من الحقوق القديمة التي تكفل للشريك عدم تسبب الضرر من شريكه بإحدى النواحي، فهي تقوم على زيادة متانة علاقات المجتمع فيما بينهم، وعيش الأفراد حياةً أنسب حسب تفضيلاتهم، وتطلق الشفعة على حق الشريك في انتزاع حق الشريك في حصته من المشتري، بالثمن الذي تم الاتفاق عليه، والحكمة من مشروعيتها تكمن في نفع الشريك وعد إلحاق الضرر به، وذلك إذا باع الشريك الآخر حصته لذي أخلاق سيئة، أو من لا يرغب بمجاورته، مما يُسبب العداوة والبغض والكراهية بينهما، وتشرع الشفعة في كل ما تكون فيه القسمة، مثل البيت والأرض، والحائط، سواء كان الشريك مسلماً أم لا.

Abstract:

The preemption system is one of the old rights that ensure the partner not to cause harm from his partner in one respect, as it is based on increasing the strength of community relations among them, and individuals living a more appropriate life according to their preferences, and preemption is called the partner's right to extract the partner's right to his share from the buyer, at the price that has been agreed upon, and the wisdom of its legitimacy lies in the benefit of the partner and the promise of harming him, if the other partner sells his share to someone with bad morals, or who does not want to be next to him, which It causes enmity, hatred and hatred between them, and preemption is initiated in everything that involves division, such as the house, the land, and the wall, whether the partner is a Muslim or not.

المقدمة

تعد الشفعة قيداً خطيراً على حرية التصرف وحرية التملك والتعاقد، والتي 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 الأحوال المعنية.

والشفعة وفقاً لذلك من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء لحكمه سامية، واستمد القانون بالمجمل أحكامه بهذا الخصوص منها، إذ تعتبر الشريعة الإسلامية ومبادئ الفقه الإسلامي المصدر التاريخي والمادي لنظام الشفعة، حيث شاع استعمالها في كثير من عقود البيع، رغم الجدل الذي دار حولها، إلا أنها ثبتت بالنصوص القاطعة، وبناءً على ذلك نظمها القانون ضمن النصوص، إلا أنه عمل على التضييق من نطاقها وحرصها في حالات محددة، وشروط منعاً للتوسع فيه كونها جاءت خلافاً للأصل.

ويشترط في نظام الشفعة عدداً من الأمور التي لا تحقق إلا بها، ومنها خروج العقار من ملك صاحبه خروجاً حقيقياً لازماً دون وجود الخيار، وأن يكون العقد التي تمت فيه الشفعة عقد معاوضة، أي عقد بيع أو ما في معناه صحة العقد، وكذلك عدم قبول الشفيع بالبيع، وأن يكون الشفيع مالكاً من وقت الشراء وإلى أن يتم القضاء له.

وتتبع أهمية هذه الدراسة كون نظام الشفعة تُعد سبباً من أسباب كسب الملكية، وتثبت على خلاف الأصل في حرية التعاقد والتملك التي تقضي بها القواعد العامة، ما لم يخالف النظام العام الآداب العامة، بالإضافة لذلك فإن حق الملكية مصون لا يحق لأحد أن يتعدى عليه أو التدخل في انعقاد البيوع، سواء من كان صاحب صفة ومصلحة، إلا أن التشريعات موضوع الدراسة هي القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ومجلة الأحكام العدلية، وقد أخذت بهذا السبب، ومنها ما اعتبره رخصة، ومنها ما اعتبره سبب من أسباب كسب الملكية.

أولاً: أهمية البحث.

تُكمن أهمية البحث هي أنها وسيلة لتقليل عدد الشركاء في الشيء الشائع والتخلص من ضرر الشركة أو القسمة، وما يقتضي ذلك من نفقات وإجراءات وبالتالي إنهاء الشفعة.

ثانياً: هدف البحث.

أن الهدف من دراسة هذا الموضوع هي معرفة الإجراءات المتبعة في استعمالنا لنظام الشفعة، والإطلاع على كافة أحكامها وشروطها، وكما يهدف البحث على توعية المجتمع بحق الشفعة.

ثالثاً: مشكلة البحث.

تُكمن مشكلة البحث في أن الشفعة هي سبب من أسباب كسب الملكية، ونظراً لما نراه واقعنا العلمي من كثرة الخلاف حول كسب هذا النوع، وكذلك التزاحم بين الشكاء، حيث يعتبر من الموضوعات المتشعبة من حيث أركانها أو شروطها أو موانعها أو نطاقها.

رابعاً: - منهجية البحث.

اعتمد الباحث في دراسة نظام الشفعة على منهج الدراسة التحليلية المقارنة، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية ذات الصلة بموضوعنا الوارد في القانون العراقي والتشريع المقارن كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، ومن ثم تحليل آراء الفقه القانوني المتعلقة بموضوع البحث، وصولاً إلى ترجيح الأفضل من بينها بما يخدم البحث، كما اعتمد الباحث أيضاً على المنهج المقارن حيث تناول فيه موقف المشرع العراقي من موضوع الدراسة مع المقارنة ببعض التشريعات الأخرى كالمشرع المصري والأردني في بعض الأحيان.

خامساً: هيكلية البحث. بناءً على ما تقدم ارتأينا تقسيم البحث على النحو التالي:**المبحث الأول: ماهية حق الشفعة**

المطلب الأول: التعريف بحق الشفعة وخصائصها

المطلب الثاني: شروط وإجراءات حق الشفعة

المبحث الثاني: الأحكام القانونية المترتبة على حق الشفعة

المطلب الأول: الآثار المترتبة على الشفعة

المطلب الثاني: أسباب سقوط الشفعة

المبحث الأول**ماهية حق الشفعة**

الشفعة نظام إسلامي يكاد أن يكون الإجماع منعقداً على الأخذ به على أنها قد تثبت على خلاف الأصل، لأنها قد تؤدي إلى تملك العقار المشفوع جبراً على المشتري، فهي لذلك تعتبر قيداً على حرية التصرف بالنسبة للبائع والمشتري، ولكن الشارع قد أثبتها لمصلحة راجحة. ولأهمية موضوع الشفعة يجب تحديد ماهيته، لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتكلم في المطلب

الأول عن التعريف بحق الشفعة وخصائصها، وفي المطلب الثاني نتناول عن شروط وإجراءات حق الشفعة. كما يلي:

المطلب الأول

التعريف بحق الشفعة

الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها، ومفاد ذلك أن المشرع العراقي قد عرف الشفعة بأنها رخصة لا حق، لأنها ليست بحق بل هي سبب من أسباب كسب الملكية، وتفترض الشفعة بأن هناك شفعياً وهو الذي يأخذ بالشفعة، ومشفوعاً منه وهو المشتري الذي سيحل محله الشفع، وبائعاً لهذا المشتري وهو الذي يحل الشفع بازائه مشترياً محل المشتري الأصلي وعقاراً مشفوعاً به وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفع فيه، والشفعة رخصة أي خيار الشفع، فله أن يستعمله أو لا يستعمله ومن ثم فلا يكره، ولا يجوز إلا في العقار، ومتى ثبت الحق فيه تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بموجب حكم من القضاء يعتبر عقداً حقيقياً، حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة^(١). ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم حق الشفعة، وفي الفرع الثاني نتناول فيه خصائص حق الشفعة. وعلى النحو التالي:

الفرع الأول

مفهوم حق الشفعة

سوف نتناول مفهوم الشفعة لغةً وفقهاً وقانوناً من خلال البنود التالية. وكما يلي:

أولاً: — مفهوم الشفعة في اللغة. الشفعة لغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة، يقال شفت الشيء شفعاً من باب نفع ضمته إلى الشيء الفرد فصار به شفعاً^(٢)، والشفعة صورة من صور تملك مال الغير بغير رضاه تملكاً طيباً لأخبت فيه شرعة نعمة الإنسان، ففيها حمايته من الأضرار المتوقعة بسبب سوء الجوار^(٣).

ثانياً: — مفهوم الشفعة في الفقه. فقد عرف بعض الفقه الشفعة بأنها (حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن)^(٤). كما عرفه البعض الآخر من الفقه بأنها (حق من الحقوق الترخيصية، وهي الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادة منفردة،

(١) مهابة أحلام، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة غرداية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥، ٢٠١٦، ص ٥.

(٢) د. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، ج ٢، دون سنة نشر، ص ١٨٧.

(٣) د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١، دون سنة نشر، ص ٢٧٨.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة في ضوء القضاء والفقه، دون مكان نشر، ١٩٨٥، ص ٥.

وينشأ عنها مركز قانوني جديد منشئ لحقوق والتزامات وهذه الحقوق لها قيمة مالية^(١)، فالحق بالأخذ بالشفعة باعتباره حقاً ترخيصياً يعبر عن مكنة اختيارية تنقرر في حالة بيع عقار لشفيع عين القانون أحواله، وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة ليحل محل المشتري إذا توافرت شروط معينة^(٢).

والشفعة في الشريعة الإسلامية ثابتة بالسنة والإجماع، فبالنسبة للأحاديث العديدة الواردة بشأنها، منها أن النبي محمد (ص) قضى بالشفعة في كل ما لم يقم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وعن أبي هريرة قال رسول الله (ص) إذا قسمت الدار وحررت فلا شفعة فيها، وغير ذلك من أحاديث الشريعة.

والإجماع: لما يرى من الأخذ بها في كل زمان ومكان من غير أن ينكر على ذلك من أحد أئمة الإسلام، وزعم بعض الفقهاء أن القياس يأبى بثبوت حق الشفعة، لأنه يمتلك على المشتري ملكاً صحيحاً له بغير رضاه، وذلك لا يجوز فإنه من نوع الأكل الباطل، ونؤيد هذا بقول الرسول محمد (ص) (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)، ولأنه بالأخذ بدفع الضرر عن نفسه على الوجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالأضرار بغيره^(٣).

ثالثاً: — مفهوم الشفعة في القانون. حيث نجد أن المشرع العراقي قد أستمد تعريف الشفعة من الشريعة الإسلامية، قد عرفها في نص المادة (١٢٨) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بأنها (حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)^(٤).

أما فيما يتعلق بالمشرع المصري، فإنه عرف الشفعة، إذ عرفها في المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ بأنها (رخصة تجيز في بيع العقار والحلول محل المشتري في أحوال معينة إذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون)^(٥). أما بخصوص المشرع الأردني، فإن القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، عرف الشفعة في نص

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو أليل، خيار الشفعة دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ١٢، العدد ٢، ١٩٨٨، ص ١٧.
(٢) ادريس حريز أحمد، التصرف في الوقف التأليف في الفقہ الاسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية والانسانية، الجامعة التقنية الشمالية، والمتاح على الموقع التالي:

<https://journals.ntu.edu.iq/index.php/NTU-JMS/article/view/221/116>

(٣) منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨، ص ٩ وما بعدها.

(٤) قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

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

المادة (١١٥٠) منه بأنها (حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات)^(١).

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية الشفعة بأنها (حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن)^(٢).

من خلال التعريفات السابقة، نجد أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني العراقي قد اتفقا في تعريف الشفعة بكونها حق وليست رخصة، لكم المشرع المصري قد نحى منحاً آخر في التعريف إذ لم يعتبر الشفعة حق وإنما وصفها بأنها رخصة، وهناك اختلاف بين الحق والرخصة، فالرخصة هي إباحة استعمال الحريات العامة كحرية العمل والتعاقد والتملك والتنقل، فحرية التملك رخصة، وأما الملكية ذاتها فحق^(٣).

وخلاصة لما سبق القول، بأن حق الشفعة حق استثنائي لأن فيه تقييداً لحرية التعاقد ولحق الملكية، فالأصل أن المالك له الحق والحرية في التصرف في ملكه لمن يشاء، ولكن حق الشفعة يؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً على المشتري، ويؤخذ به دفعاً لضرر متوقع.

الفرع الثاني

خصائص حق الشفعة

أن الشفعة مكنة وليست حقاً عينياً ولا حقاً شخصياً ولا تكون إلا في العقار، وقد شرعت دفعاً للضرر المتوقع بسبب انتقال ملكية العقار المبيع، إضافة لما لها من فوائد اقتصادية في جميع ما تفرق، وربما جاءت على خلاف الأصل مما أدى لأثاره التنازع بين الأفراد بسبب خطورة استعمال الشفعة وإقامة الدعوى كونها محفوظة بمخاطر فلما توتى ثمارها التي شرحت لأجلها، لذا سوف نبين في هذا الفرع خصائص نظام الشفعة. وذلك من خلال البنود الآتية وهي:

أولاً: - حق استثنائي.

حق الشفعة حق استثنائي لأن فيه تقييداً لحرية التعاقد ولحق الملكية، لأنها تحرم المالك من التصرف في ماله إلى شخص الذي يريده، فبمقتضاه يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذي اشتراه. ونجد البائع نفسه قد باع الشخص غير الذي أراد البيع له، وقد يتفق أن يكون عامل المشتري معاملة ممتازة من حيث الثمن أو شروط البيع الاعتبار خاصة موجودة فيما بينها، فيستبعد الشفيع

(١) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٢) إيمان حيدر نعمة، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢١، ص ٨.

(٣) منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص ٦.

من هذه المعاملة وإن كانت لا توجد هذه الاعتبارات بالنسبة إليه^(١). ولذلك يجب عدم التوسع في تفسير النصوص حق الشفعة، وقد أحاطه المشرع بجملة قيود قلص أن لا شفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين إلى غير ذلك من القيود^(٢).

ثانياً: - حق غير قابل للتجزئة.

الشفعة حق غير قابل للتجزئة فللشفيع أن يطلب كل العقار المبيع إذا توافرت لديه شروط الشفعة، وليس له أن يطلب جزءاً منه فحسب ويترك الباقي^(٣)، وإلا كان في ذلك تفريق للصفقة وإضرار بالمشتري لكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع بعقد واحد أو بعدة عقود فإن للشفيع الحق في أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي^(٤)، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه، لكن أن تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي)^(٥).

ثالثاً: - حق قابل للإرث.

فإذا 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^(٦)، وذهب إلى هذا الاتجاه القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (١١٣٣/٣ ف) على أنه (ومتى ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع)^(٧). بينما تقرر المادة (١٠٣٨) من مجلة الأحكام العدلية التي هي على المذهب الحنفي سقوط الشفعة بموت الشفيع ولا تنتقل بالإرث^(٨).

(١) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عُمان، ط٣، ٢٠٠٢، ص١٦٧، ١٦٨.

(٢) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية الاستيلاء، الالتصاق، الشفعة، الجزء الثالث، ١٩٤٩، ص١٥٨.

(٣) د. زكريا محمد القضاة، الشفعة في المنقول، دراسة فقهية قانونية، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهما الأشراف، دقهلية، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، العدد ٢١، المجلد ٣، ٢٠١٩، ص١٧٥٥ وما بعدها.

(٤) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠١، ص١٥٥، د. مهية أحلام، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية، الرسالة السابقة، ص٨.

(٥) المادة (١١٣٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٦) محمد كامل حميد، حق الشفعة في القانون العراقي، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، ٢٠١٧، ص١٤.

(٧) المادة (١١٣٣/٣ ف) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٨) المادة (١٠٣٨) من مجلة الأحكام العدلية.

وإذا مات الشفيع قبل طلب الشفعة لا ينتقل حقه الى ورثته. أي قبل أن يستعمل حقه فيها بأن يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته، حتى قبل رفع الدعوى بالشفعة أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع (المشفوع منه).

رابعاً: - حق لا يجوز التصرف فيه للغير.

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^(١)، وحق الشفعة لا يجوز تملكه، فتسقط الشفعة ولا يلزم المشتري بالمقابل^(٢)، وقد نص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (ليس لأحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه الأجنبي أو الشفيع آخر فإن فعل سقط حقه)^(٣).

المطلب الثاني

شروط وإجراءات حق الشفعة

لا يثبت حق الأخذ بالشفعة إلا إذا توفرت شروط معينة وقد بحث القانون المدني العراقي، أصلاً في هذه الشروط في المادة (١١٣٣) منه، وكما يقصد بإجراءات الشفعة الأعمال التي يجب على الشفيع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة، وتملك المشفوع رضاء أو قضاء. فالشفعة في نظر الفقهاء المسلمين حق ضعيف، فلا بد لمن يريد أن يتمسك بهذا الحق الضعيف، أن يتبع الإجراءات المقررة تدعيماً لحقه وتجنباً للنتائج التي قد تترتب على مجرد اعتماده على ذمة المشفوع منه وحسن نيته، فإذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة، فعلى هذا الأخير أن يتخذ إجراءات معينة ليصل إلى أخذ العقار بالشفعة بحكم من القاضي. لذا سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فروعين، نتناول في الفرع الأول شروط حق الشفعة، وفي الفرع الثاني نتناول فيه إجراءات حق الشفعة. وهو على النحو الآتي:

الفرع الأول

شروط حق الشفعة

نص المشرع العراقي في المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي على أنه (١) - ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ألا يملك دار للسكن على وجه الاستقلال)،

(١) مها فاروق الطائي، حق الشفعة في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، ٢٠١٦، ص ١٤، ١٥.

(٢) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية)، الجزء الأول، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص ١٧٨.

(٣) المادة (١١٣٦/٢) من القانون المدني العراقي.

ونص المادة (١١٣٣) من نفس القانون على أنه (١) — لا تثبت الشفعة، إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع. ٢- ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقاراً مملوكاً، وأن يكون بيعه قد تم قانوناً، ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكاً للشفيع، وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكاً له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها. ٣- ومتى تثبت الشفعة، فلا تبطل بموت البائع المشتري أو الشفيع). ومن خلال الجمع بين نصوص المادتين يمكن القول بأن شروط الأخذ بالشفعة^(١). وهي كما سوف نوضحها من خلال البنود الآتية:

أولاً: - إن يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار أو شقة سكنية.

يجب بجواز الشفعة أن يكون المال الذي ورد عليه البيع عقاراً فالشفعة لا تكون إلا في العقار^(٢). ويترتب على ذلك أنه لا شفعة للشريك في أرض مملوكة على الشيوع، ولا يكون للشريك في عمارة غير سكنية أو في مخزن أو دكان أو أي عقار شائع آخر ليس من الدور أو الشقق السكنية^(٣). وكذلك لا شفعة في المنقول كالسيارة والسفن، وذلك أن الدار والشقة السكنية باعتبارها عقاراً يمكن أن تكون بحكم ثباتها واستقرارها مصدر لضرر دائم للمالك الذي شرعت الشفعة لمصلحته. أما المنقول فهو يحكم قابليته للحركة والتداول بين الأيدي لا يكون مصدر ضرر كضرر العقار^(٤).

ثانياً: - ألا يملك الشفيع داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال.

ويشترط أيضاً لثبوت حق الشفعة ألا يكون للشفيع داراً أو شقة سكنية يملكها على وجه الاستقلال ويترتب على ذلك أنه إذا باع أحد الشريكين حصته في الدار أو الشقة السكنية الشائعة لأجلي، 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. وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (١١٢٩) على أنه (١) — ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ألا يملك دار للسكن على وجه الاستقلال). أما إذا كان هذا الشريك يملك على الشيوع مع ملاك آخرين داراً

(١) المادة (١١٢٩ و ١١٣٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) أنظر: المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن (٢) — ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقاراً مملوكاً، وأن يكون بيعه قد تم قانوناً، ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكاً للشفيع، وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكاً له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها). وتقابلها المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أن (الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار...)، وكما تنص المادة (١١٥٦) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على أن ((يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشفعة إن يكون المبيع عقاراً مملوكاً أو منقولاً)).

(٣) د. مهابة أحلام، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، المرجع السابق، ص ١٢.

(٤) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ١٧١.

أو شقة سكنية أخرى، فله في هذه الحالة أن يأخذ حصة شريكه المباعة بالشفعة، وكذلك يثبت له حق الشفعة إذا كان يملك عقاراً أو عقارات أخرى من غير الدور أو الشقق السكنية^(١).

ثالثاً: - أن يكون التصرف بيعاً.

ويقصر الأخذ بالشفعة على حالة التصرف في العقار بالبيع، فكل بيع للعقار توافرت شروط انعقاده يمكن أن ترد فيه الشفعة، أيّاً كانت التسمية التي يخلقها المتعاقدان على التصرف. وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٣/ف١) منه على أنه (لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع). فثبتت حق الأخذ بالشفعة يجب أن يكون التصرف الذي خرج به العقار من ملك صاحبه بيعاً^(٢).

إلا أنه وإن كان نص هذه المادة يوجب إلى أن الشفعة لا تثبت إلا ببيع العقار، إلا أن الشفعة تثبت مع ذلك في كل تصرف يأخذ حكم البيع ومن هذه التصرفات (المقايضة، والصلح، والإقالة، والوفاء بمقابل)، ولكن وإن كان الأصل جواز الشفعة في البيع وما في حكمه إلا أنه ثمة بيوع استثنأها المشرع من هذا الأصل لاعتبارات تختلف من حالة الأخرى، ومن هذه البيوع (البيع بالمزايدة العلنية والبيع بين الأزواج والأقارب وبيع العقار لجعل محل عبادة)، فكل هذه البيوع عبارة عن بيوع لا تجوز فيها الشفعة^(٣). وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (١١٣٤) على أنه (لا تسمع دعوى الشفعة: أ— إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة. ب. إذا وقع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع وبين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة. ج. إذا كان العقار قد بيع لجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة وسجل بدائرة التسجيل العقاري على هذا الوجه...)^(٤). وكذلك أشار القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ في المادة (٩٣٩) منه، على عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار بيع لجعل محلاً للعبادة، وكما أشارت المادة (١١٦١/ف٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على عدم جواز الأخذ بالشفعة، على أنه (إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية). لكن أن البيوع التي لا يجوز الأخذ بها بالشفعة ذكرت على سبيل الحصر وليس المثال، ولم ينص المشرع العراقي في المادة (١١٣٤/ب) أنفة الذكر على المصاهرة مع القرابة كسبب

(١) رعد قحطان عبد الحميد، حق الشفعة دراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٢٤، ص ٩.

(٢) المادة (١١٣٣/ف١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٣) د. مهابة أحلام، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، المرجع السابق، ص ١٤.

(٤) المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي.

لعدم الأخذ بالشفعة، وتوجه المشرع العراقي بوجه عام لا يعتبر القرابة شاملة للمصاهرة، ففي المادة (١٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ نصت على أن (أسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبد هو القرابة والمصاهرة والرضاع...)، وكذلك المادة (٩١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل نصت على أنه (لا يجوز للقاضي نظر الدعوى في الأحوال الآتية: ١- إذا كان زوجاً أو صهراً أو قريباً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة)، وبالتالي فإن المصاهرة ليست كالقرابة، ولا يصدق عليها وصف القريب من أصول وفروع وحواشي، فلا تمنع البيع لأب الزوجة من الأخذ بالشفعة في القانون العراقي. رابعاً: - قيام سبب الشفعة في الشفيع واستمراره إلى حين الأخذ بالشفعة.

ويقصد بذلك أن يكون مالكا للمشفوع به من وقت البيع المشفوع فيه وأن يستمر مالكا إلى أن يأخذ المبيع، في وقت الحكم له بالشفعة أو التراضي عليها، ويرجع شرط كون الشفيع مالكا للمشفوع به وقت البيع إلى أن هذا الوقت هو الذي يجب أن تتوافر فيه شروط الشفعة. فإذا كان الشفيع مالكا للمشفوع به ثم أخرجه عن ملكه قبل البيع المشفوع فيه فلا شفعة له^(١). ولا يمكن كون الشفيع مالكا للمشفوع وقت انعقاد البيع المشفوع فيه، بل يجب أن يستمر مالكا إلى أن يأخذ العقار المشفوع بالشفعة رضاءً أو قضاءً، فلا يكون له حق الأخذ بالشفعة إذا كان مالكا للمشفوع به ثم أخرجه عن ملكه قبل قبول المشتري أو حكم المحكمة له بالشفعة^(٢).

الفرع الثاني

إجراءات حق الشفعة

ويقصد بإجراءات الشفعة الأعمال التي يجب على الشفيع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع رضاءً وقضاءً، وحيث أن هذه الإجراءات قد تم بيانها في نصوص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، أي إذا طلب الشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة وسلم له المشتري بذلك فإنه يمتلك العقار بالتراضي دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية، وإذا لم يسلم المشتري بالشفعة وجب على الشفيع أن يتخذ إجراءات معينة وهي الإعلان عن الرغبة ومن ثم رفع دعوى الشفعة، وأيضاً إيداع نصف الثمن الحقيقي. وهذه الإجراءات سوف نتطرق إليها من خلال البنود التالية.

(١) أنظر: المادة (١٣٣/٢ف) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ١٨٩، مها فاروق الطائي، حق الشفعة في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص ٢١.

أولاً: - الإعلان عن الرغبة.

تنص المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي بأنه (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع والمشتري وإلا سقط حقه...)^(١). يتضح لنا من خلال نص المادة أعلاه، أن المشرع العراقي قد أتاح لكل من البائع والمشتري أن يتخذ إجراء يحفز به الشفيع على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد معين وإلا سقط حقه، وهذا الإجراء عبارة عن إنذار رسمي بوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، يعلمه فيه بحصول البيع ويدعوه إلى الإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة إذا كان يريد ذلك.

فهذا الإنذار يعتبر ناتجة للإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها، وفي المقابل يجب على الشفيع إذا أراد أخذ المبيع بالشفعة أن يبادر بطلبها بإعلان يوجهه إلى كل من البائع والمشتري، فلا يكفي أن يوجهه إلى أحدهما^(٢)، بدون الآخر أو إلى دائرة التسجيل العقاري التي يقع العقار المبيع ضمن دائرتها، ويجب أن يتم الإعلان عن الرغبة خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة، ولا يسري هذا الميعاد إلا من تاريخ الإنذار الرسمي، ولو كان الشفيع يعلم فعلاً بالبيع قبل الإنذار^(٣).

ولا يشترط القانون المدني العراقي، بخلاف القانون المصري الذي نص أن يكون إعلان الرغبة رسمياً^(٤)، أي بواسطة كاتب العدل فيصح إذن أن يوجه هذا الإعلان عن أي طريق آخر كان يكون بخطاب عادي أو مسجل، ولو أن المفضل أن يتم هذا الإعلان بطريق رسمي تيسيراً للإثبات وقطعاً للمنازعات، أما الإنذار الرسمي فقد نص القانون بأنه يجب أن يشتمل على بيانات تتعلق ببيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وموطنه. فيجب أن يكون هذا الإجراء بمقتضى إجراء رسمي أي بورقة رسمية مستقلة من أوراق المحضرين يقوم المحضر بإعلانها بنفسه للشفيع^(٥).

(١) تقابلها المادة (٩٤٠) من القانون المدني المصري حيث نصت على أنه (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه...)، حيث أن هذا النص إن إعلان الرغبة يجب أن يكون كل من البائع والمشتري فقط، ولا يجوز إعلان الرغبة لدى دائرة الطابو، خلافاً لما ذكره المشرع العراقي في المادة (١٣٨) من القانون المدني.

(٢) إيمان حيدر نعمه، حق الشفعة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٨.

(٣) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ٢٥٨، د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٤) أنظر: المادة (٩٤٢) من القانون المدني المصري.

(٥) د. منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص ٥٩، ٦٠.

وفيها يعلن البائع أو المشتري الشفيع بحصول البيع ويطلب منه تحديد موقفه إذا كان يرغب في أخذ العقار المبيع بالشفعة، فإذا اتخذت وسيلة أخرى في هذا الإجراء غير الإنذار الرسمي فإنه يقع باطلاً. ويبقى حق الشفيع في طلب الشفعة قائماً لمدة ستة أشهر من تاريخ تمام البيع، وكذلك الحكم إذا لم يوجه البائع أو المشتري الإنذار إلى الشفيع. وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٤/و) على أنه (لا تسمع دعوى الشفعة إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ويسرى هذا الميعاد حتى في حق المحجوزين والغائبين) ^(١).

ثانياً: - رفع دعوى الشفعة.

إذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة، فعلى الشفيع أن يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إعلان رغبته وإلا سقط حقه، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٩/ف١) منه على أنه (يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته وإلا سقط حقه) ^(٢).

وإذا تعدد البائعون أو المشترون رفعت دعوى الشفعة عليهم جميعاً. فيجب اختصام كافة أطراف الدعوى في جميع مراحل الخصومة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، ويجب رفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري، فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بإعلان الأخير، والذي يرفع الدعوى هو الشفيع لدعوى الشفعة دعوى شخصية ليس لدائني الشفيع رفعها ^(٣).

والعلة في اشتراط القانون القبول دعوى الشفعة أن ترفع هذه الدعوى على البائع والمشتري معاً هي أن الأخذ بالشفعة تحويل للحقوق والالتزامات الناشئة بين البائع والمشتري بسبب البيع إلى ما بين البائع والشفيع ^(٤).

ويلاحظ أن المشرع العراقي جعل دعوى الشفعة من الدعاوي المستعجلة التي يجب الفصل فيها على وجه السرعة، وهذا ما قضى به القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٩/ف٢) حيث نص (وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوي المستعجلة) ^(٥).

(١) انظر: المادة (١١٣٤/و) من القانون المدني العراقي.

(٢) وهذا يتفق مع نص المادة (٩٣٤) من القانون المدني المصري أشار ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحاكم الكائن في دائرتها العقار وتفيد بالجدول ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص في المادة السابقة وإلا سقط حقه).

(٣) د. محمد كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة، دار الألفي للتوزيع الكتب القانونية، المنيا، مصر، ٢٠٠٠، ص ١١٩.

(٤) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٥) أنظر: المادة (١١٣٩/ف٢) من القانون المدني العراقي.

ثالثاً: - إيداع نصف الثمن الحقيقي.

نص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (١١٤٠) على أنه (على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع في صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فإذا لم يتم الإيداع سقطت شفيعته)^(١). يتضح لنا من خلال نص المادة أعلاه، أنه يجب على الشفيع أن يودع في صندوق المحكمة التي يقع العقار المشفوع في دائرتها نصف الثمن الحقيقي عند إقامة الدعوى. وكما يجب أن يتم الإيداع خلال المدة المقررة قانوناً وإلا سقط حقه بالشفعة.

وحيث إن الإيداع إجراء استخدمه المشرع العراقي في القانون المدني، حيث لم يكن يشترط في ظل مجلة الأحكام العدلية أن يحضر الشفيع ثمن العقار المشفوع وقت الدعوى لأن لزوم الثمن يكون بعد الحكم، إذ يكون عندئذ الشفيع والمشفوع منه بمنزلة البائع والمشتري. ويجب أن يتم إيداع نصف الثمن الحقيقي فعلاً ولا يغني عنه عرض الشفيع نصف الثمن عرضاً حقيقياً، بل يجب أن يتم الإيداع في المدة المقررة حتى لو كان الثمن مؤجلاً بين البائع والمشتري. كما لا يصح أن يقتصر الإيداع على جزء من الثمن حتى لو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري^(٢).

والسبب في اشتراط الإيداع الفعلي لقبول الدعوى هو ضمان جدية طلب الشفعة من جهة والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من جهة أخرى^(٣).

وإذا كان القانون اشترط لقبول دعوى الشفعة أن يودع الشفيع في صندوق المحكمة نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فعلاً أي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وليس حتماً أن يكون الثمن المذكور في العقد^(٤).

وحيث إن الثمن الواجب إيداعه وفقاً للقانون المدني المصري هو كل الثمن الحقيقي، حيث نص القانون المدني المصري في المادة (٢٩٤/٢) على أنه (٢) — وخلال ثلاثين يوماً يجب على الشفيع أن يودع في خزانة المحكمة الكائنة بدائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع). نلاحظ من خلال نص المادة أعلاه، على الشفيع أن يودع الثمن خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وبذلك يختلف المشرع العراقي عن المشرع المصري في أن المشرع العراقي اشترط

(١) أنظر: المادة (١١٤٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٣) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٤) د. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٦٢١.

إيداع نصف الثمن الحقيقي في خزانة المحكمة، بينما اشترط المشرع المصري إيداع كل الثمن^(١).

أما المشرع الأردني، فلم ينص على وجوب إيداع الثمن، وإنما أعطى للمحكمة أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعة، وإلا بطلت شفيعته، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٦٣/ف٢) من القانون المدني على أنه (٢) — وتفصل في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع ولها أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعة وإلا بطلت شفيعته^(٢).

المبحث الثاني

الأحكام القانونية المترتبة على حق الشفعة

البحث في الأحكام القانونية المترتبة على حق الشفعة، يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنبين في المطلب الأول الآثار المترتبة على الشفعة، بينما ستخصص المطلب الثاني للكلام عن أسباب سقوط الشفعة، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

الآثار المترتبة على الشفعة

البحث في الآثار المترتبة على الشفعة، يقتضي منا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، حيث سنبين في الفرع الأول تملك الشفيع لحق الشفعة، بينما سنوضح في الفرع الثاني استحقاق العقار المشفوع. أما في الفرع الثالث نبين تصرف المشتري في العقار المشفوع. وكما يلي:

الفرع الأول

تملك العقار المشفوع

إذا توفرت للشفعة شروطها، ولم يتحقق سبب من أسباب سقوطها ترتبت عليها أحكامها أو آثارها، والآخر الرئيسي الذي يترتب على الشفعة هو تملك الشفيع للعقار المشفوع بما قام على المشتري من ثمن ونفقات. ولكن الملكية لا تنتقل إلى الشفيع بمجرد التراضي أو بقضاء القاضي، وإنما عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة أو عند تنفيذ القاضي بالشفعة في دائرة التسجيل العقاري^(٣).

(١) إيمان حيدر نعمه، حق الشفعة، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) أنظر: المادة (١١٦٣/ف٢) من القانون المدني الأردني.

(٣) أنظر: نص المادة (١١٤١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري أو عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة).

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 إن كل ما يحدث هو أن الشفيع يزيج المشتري ليحل محله، فيخرج المشتري من الصفقة ويعود إلى الحالة التي كان عليها قبل الشراء، أما الأجل الذي منحه البائع للمشتري فلا يستفيد الشفيع منه ما لم يرضى البائع، ويترتب على ذلك أنه إذا قضي للشفيع بالشفعة وكان الثمن مؤجلاً على المشتري فإن الشفيع يأخذه بثمن حال، لأن رضاء البائع في حق المشتري لا يدل على رضاه به في حق الشفيع متفاوت الناس في الوفاء بالحقوق وفي اليسار والإعسار. وهذا ما نصت عليه المادة (١١٤٢/١ف) من القانون المدني العراقي على أنه (يحل الشفيع اتجاه البائع، محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، ولكن لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن، إلا إذا رضي البائع)^(١).

ونفس الاتجاه ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (٩٤٥) من القانون المدني، حيث نصت على أنه (١- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. ٢- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع)^(٢). ولكن المشرع الأردني قد أخذ اتجاه معاكس، لما هو عليه في التشريع العراقي والمصري في مسألة حلول الشفيع محل المشتري، إذ اعتبر المشرع الأردني أن تملك الشفيع للمشفوع على أن يكون بعقد جديد بينه وبين المشتري في ذات العقد المبرم مع البائع، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٦٥) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على أنه (تملك العقار المشفوع قضاءً أو رضاءً يعتبر شراء جديد يثبت بيه خيار الرؤيا والعيب للشفيع وأن تنازل المشتري عنهما)^(٣).

الفرع الثاني

استحقاق العقار المشفوع

ومن مقتضى حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إن البائع وحده ينفرد بضمان استحقاق العقار المشفوع ولا شيء على المشتري، وهذا ما قضت به المادة (١١٤٢/٢ف) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بأنه (وإذا أستحق العقار المشفوع بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع بضمان الاستحقاق إلا على البائع)^(٤).

(١) المادة (١١٤٢/١ف) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) المادة (٩٤٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٣) المادة (١١٦٥) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٤) المادة (١١٤٢/٢ف) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

كما أن مقتضى حلول الشفيع محل المشتري أنه إذا تضمن عقد البيع أي اتفاق على تعديل أحكام الضمان سواء بالتشديد في هذه الأحكام أو في التخفيف منها، فإن هذا الاتفاق يسري في حق الشفيع أيضاً.

كما تنص المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه)، وحيث يتحقق هذا الضمان فيما يتعلق بتعرض البائع في حالة ما إذا صدر عمل من جانب البائع، يكون من شأنه أن يحول كلياً أو جزء دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه، ويستوي أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني أو سبب مادي. وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤٥) من القانون المدني المصري على أنه (٣) — وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع^(١).

أما بخصوص المشرع الأردني، فقد اتخذ اتجاه مغاير لما هو عليه في التشريع العراقي والمصري، فقد جعل الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق واقع على عاتق المشتريين وذلك باعتبار الشفعة شراء جديد، وذلك عملاً بأحكام المادة (١١٦٥/٣ف) من القانون المدني الأردني، نصت على أنه (٣) — إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري).

الفرع الثالث

تصرف المشتري في العقار المشفوع

سوف نميز في هذا الفرع بين التصرفات القانونية والتصرفات المادية، وذلك من خلال البنود الآتية:

أولاً: — التصرفات القانونية: فإذا تصرف المشتري بالعقار المشفوع تصرف قانوني نميز بين صدور التصرف قبل إعلان الشفيع رغبته أو بعد إعلان الرغبة، فقبل إعلان الرغبة، وباعتبار المشتري مالكاً للعقار المشفوع فله أن يتصرف بملكه تصرف المالك، فكل تصرف قانوني صادر من المشتري ينفذ بحق الشفيع من بيع أو ترتيب حق عيني من انتفاع أو ارتفاق أو رهن، ويأخذ الشفيع العقار المشفوع مثقلاً بهذه الحقوق^(٢)، فإذا رهن المشتري العقار المشفوع انتقل العقار مثقلاً بالرهن إلى الشفيع، وإذا كان التصرف بيعاً وقام المشتري ببيع المشفوع بثمن أعلى فأن

(١) المادة (٩٤٥/٣ف) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٢) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

الشفيع يأخذ العقار المشفوع بالثمن الثاني، تسقطت شفيعته على المشتري الأول وله شفعة جديدة على المشتري الثاني، فخصومة الشفيع تنتقل من المشتري الأول إلى المشتري الثاني، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، على أنه (إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن يدعي الشفيع بالشفعة سقطت شفيعته وتجددت له شفعة على المشتري الثاني)^(١)، أما بعد إعلان الرغبة من بيع أو حق عيني لا ينفذ بحق الشفيع فهو يأخذ العقار المشفوع خالياً من أي حق يثقله. أما في البيوع المتعاقبة فإن الشفيع لا يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الأخير بالثمن الذي اشترى به كبيع براءة الاختراع الى أكثر من شخص^(٢).

ثانياً: — التصرفات المادية: بناءً أو غراس المشتري في العقار المشفوع مما يزيد من قيمته ومنافعه، حيث نصت المادة (١٤٣/١) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة، كان الشفيع ملزماً بدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس)^(٣)، وكما نصت فقرتها الثانية على أنه (أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة، كان للشفيع أن يطلب القلع، وإذا كان القلع مضرراً بالعقار كان له أن يستبقي البناء والغراس بقيمتها مستحقي القلع)، نميز أيضاً بين حسن نية المشتري وسوء نيته، فإذا كان التصرف قبل إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة، يعتبر المشتري حسن النية ويلتزم الشفيع بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء، ويتملك البناء بالاتصاق، أما بعد إعلان الرغبة يعتبر المشتري سيء النية لأنه يعلم بوجود حق للغير، وأنه يعتدي على حق الغير، كان للشفيع أن يطلب القلع، إلا إذا كان القلع مضرراً بالعقار، كان له أن يتملك البناء أو الغراس بالاتصاق بقيمته مستحقة القلع.

أما المادة (٩٤٦/ف١) من القانون المدني المصري فأنها تقرر إذا كان البناء قبل إعلان الرغبة، فالشفيع مخير أما دفع المبلغ الذي أنفقه المشتري أو مقدار ما زاد في قيمة العقار، ويعامل

(١) وتقابله نص المادة (٩٣٨) من القانون المدني المصري على أنه (إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها)، كما تنص المادة (٩٤٢) من نفس القانون على أنه (١) - إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً، ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل).

(٢) د. باسم محمد خضر، الترخيص الاستثنائي ببراءة الاختراع، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية والانسانية، الجامعة التقنية الشمالية، والمتاح على الموقع التالي:

<https://journals.ntu.edu.iq/index.php/NTU-JMS/article/view/260/121>

(٣) وتقابله نص المادة (٩٤٦/ف١) من القانون المدني المصري على أنه (إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً ما تبعه لما يختاره المشتري أن يدفع له أما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس).

المشرع المصري هنا المشتري معاملة أفضل من معاملة الباني أو مقيم المنشآت حسن النية في أرض الغير في الالتصاق^(١). أما بعد إعلان الرغبة الشفيع مخير بين قلع البناء واستبقاء البناء على أن يعوض المشتري نفقات البناء، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٤٦/٢) من القانون المدني على أنه (أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمال أو نفقات الغراس)^(٢).

المطلب الثاني

أسباب سقوط الشفعة

لدى بحثنا لشروط الشفعة وجدنا حالات لا تثبت فيها حق الشفعة، وهي حالة بيع العقار بالمزاد العلني وحالة البيع بين الأزواج والأقارب، وحالة بيع العقار ليجعل محل عبادة، وكذلك حالة ما إذا كان العقار المشفوع به وقفاً. وفي الواقع أن هذه الحالات عبارة عن بيوع لا تجوز فيها الشفعة أصلاً، فذلك فإنه ليس دقيقاً اعتبار هذه الحالات من حالات سقوط الشفعة، ذلك أن المفروض حتى سقط الحق، أي حق يجب أن يثبت أولاً لصاحبه ومن ثم يسقط إذا تحقق سبب من أسباب سقوطه. فالمشرع العراقي لم يكن موفقاً حين أشار إلى هذه الحالات إلى جانب حالتين من حالات سقوط الشفعة، وهما حالة التنازل وحالة انقضاء ستة أشهر من يوم تمام البيع، عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة^(٣). لذا سوف نتناول في هذا المطلب حالات سقوط الشفعة التي نص عليها القانون المدني العراقي. وكما يلي:

الفرع الأول

التنازل

أن الشفعة استثناء تقرر على خلاف الأصل في حرية التملك، وحق التملك للحرية، لذلك أجازت التشريعات نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة، وبذلك فقد ورد النص على سقوط الحق في الشفعة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، حيث نصت المادة (١١٣٤/د) منه على (إذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع). أما المادة

(١) المادة (٦٤٦/١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٢) المادة (٦٤٦/٢) من القانون المدني المصري.

(٣) نص القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٤) على أنه (لا تسمع دعوى الشفعة في الأحوال التالية: أ- إذا حصل البيع في المزاد العلني عن طريق القضاء أو الإدارة. ب- إذا وقع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة. ج- إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة وسجل بدائرة التسجيل العقاري على هذا الوجه. د- إذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع).

(١٩٤٨/أ) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ حيث نصت على أنه (إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع)^(١).

وإذا تنازل الشفيع عن حقه بالشفعة صراحة أو ضمناً، سواء كان قبل البيع أو بعده بعوض أو بدون عوض سقطت الشفعة—، ويكون ضمناً أي تصرف من الشفيع يتضمن إقراره بصفة المشتري كمالك للعقار المشفوع، كما لو اشترى العقار المشفوع من مشتريه أو استأجره منه، أو كان وكيلاً للمشتري في البيع أو يشهد على البيع^(٢)، وإذا تعدد الشفعاء وتنازل الشفيع المتقدم قبل التراضي أو قبل صدور الحكم بالشفعة سقط حقه، ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع، وأما إذا تم التنازل بعد التراضي أو بعد صدور الحكم، فالشفعة لا تسقط، وإذا سقط حق الشفيع المتقدم بمرتبة الشفعاء انتقل الحق إلى الشفعاء الآخرين، بشرط حصول طلب الشفعة عند حصول البيع، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٣٦) من القانون المدني العراقي على أنه (وليس لأحد من الشفعاء أن يتنازل عن حقه لأجنبي أو لشفيع آخر، فإن فعل سقط حقه)^(٣).

وأما إذا تنازل الشفيع تنازل جزئي، كتنازله عن جزء من العقار المشفوع يعتبر التنازل كلياً، لأن الشفعة حق غير قابل للتجزئة، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٥) بقوله (الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه)^(٤). وعلى من يدعي سقوط الشفعة بالتنازل إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، ونظراً لخطورة ما يترتب على التنازل من سقوط الشفعة، فينبغي التشدد في استخلاص التنازل الضمني، بحيث يكون ما يصدر من الشفيع من فعل أو تصرف قاطع الدلالة على تركه الأخذ بالشفعة، ويخضع التنازل الضمني للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية^(٥).

الفرع الثاني

انقضاء ستة أشهر من يوم إتمام البيع

نص القانون المدني العراقي في المادة (١١٣٤/و) منه على أنه (لا تسمع دعوى الشفعة إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ويسري هذا الميعاد حتى في حق المحورين والغائبين)، حيث نلاحظ أنه إذا انقضت مدة ستة أشهر من تمام البيع أي من تسجيله في دائرة التسجيل

(١) المادة (١٩٤٨/أ) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٢) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣) المادة (١١٣٦) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (١١٣٥) من القانون المدني العراقي.

(٥) منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص ٩٧، ٩٨.

العقاري سقط حق الشفيع بالشفعة، وهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم لا تقف ولا تنقطع، وتسري حتى في مواجهة الشفيع الغائب أو المحجور^(١)، بينما حدد المشرع المصري هذه المدة بأربعة أشهر فقط، وذلك بنص المادة (٩٤٨/د) من القانون المدني والتي جاء بها يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بالأحوال التالية (إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع)^(٢)، وهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم، ولذلك وهي لا تقبل الوقوف ولا الانقطاع^(٣).

الفرع الثالث

عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة

وتسقط الشفعة كذلك إذا لم يقوم الشفيع بالإجراءات المقررة قانوناً في المواد (١١٣٩ _ ١١٤٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، فإذا لم يعلن الشفيع عن رغبته في الشفعة لكل من البائع والمشتري أو لدائرة التسجيل العقاري خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الذي وجه إليه البائع أو المشتري سقط حقه في الشفعة، وهذا ما نص القانون المدني في المادة (١) على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه^(٤)، وكذلك يسقط حقه في الشفعة إذا لم يرفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من إعلان رغبته وهذا ما نصت عليه المادة (١١٣٩/ف١) من القانون المدني العراقي على أنه (١) — يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته، وإلا سقط حقه^(٥)، كما يسقط الحق أيضاً إذا لم يودع الشفيع في صندوق المحكمة نصف الثمن الحقيقي الذي حصل فيه البيع، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٤٠) من القانون المدني العراقي على أنه (على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢) المادة (٩٤٨/د) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٣) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٤) وتقابلها نص المادة (٩٤٠) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه).

(٥) وتقابلها نص المادة (٩٤٣) من القانون المدني المصري على أنه (ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم في الدعوى على وجه السرعة).

حصل به البيع، فإن لم يتم الإيداع سقطت شفيعته^(١)، والمدد المحددة مدد سقوط لا تقف ولا تنقطع.

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع نظام الشفعة دراسة مقارنة، نجد أن أهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل إليها في هذا البحث هي:

أولاً: - النتائج.

- ١- أن المشرع العراقي عرف الشفعة في المادة (١١٢٨) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بأنها (حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)، كما أن المشرع المصري عرفها في المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ بأنها (رخصة تجيز في بيع العقار والحلول محل المشتري في أحوال معينة إذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون).
- ٢- أن الشفعة حق استثنائي لأن فيه تقيداً لحرية التعاقد ولحق الملكية فبمقتضاه يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذي اشتراه، وهذا يناقض حقيقة إن المالك حر في ملكه، من حيث الاستعمال والتصرف والاستغلال.
- ٣- إن الأخذ بالشفعة لا بد من اتخاذ إجراءات معينة أولاً يرتبط بها حق الشفيع، حيث أنه إذا قام الشفيع بهذه الإجراءات فإن حق الشفعة يثبت له، فإذا لم يراعها فإن حق الشفعة تسقط.
- ٤- إن للشفعة شروط معينة يجب أن تتوافر لدى المطالبة بالشفعة، فبدون هذه الشروط لا يثبت حق الشفعة للشفيع.
- ٥- إن المشرع العراقي قد اشترط إيداع نصف الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة، في حين اشترط المشرع المصري إيداع كل الثمن.
- ٦- يُعد مانعاً للشفعة البيوع الواقعة بين الفروع والأصول أو الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو أقارب المصاهرة حتى الدرجة الثانية وبين الأزواج ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، وكذلك البيع بالمزاد العلني.
- ٧- يجب على الشفيع أن يعلن رغبته بالأخذ بالشفعة بإنذار رسمي خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه.

(١) وتقابلها نص المادة (٢/٩٤٢) من القانون المدني المصري على أنه (٢). وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة).

٨- يجب إقامة دعوى الشفعة ضمن المدة القانونية وفقاً لطبيعة الحالة تحت طائلة سقوط الشفعة إذا ثبت غير ذلك.

٩- يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته.

١٠- يجوز التنازل عن الشفعة قبل البيع وفقاً لأحكام القانوني المدني العراقي.

١١- إن الشفيع ملزم بدفع ثمن البناء والغراس التي أقامها المشتري قبل إعلان الرغبة وإقامة الدعوى، أما بعد ذلك فإن الشفيع ملزم بدفع قيمتها.

ثانياً: - المقترحات.

١- نرى أن المشرع العراقي قد أخذ بالمادة (١١٣١/ف١) من القانون المدني العراقي في حالة إذا اجتمع الشفعاء في درجة واحدة كانت الشفعة بينهم بالتساوي، أما القانون المدني المصري فقد أخذ بالتقسيم حسب الأنصبة استناداً إلى نص المادة (٩٣٧)، حيث أن التزام يقسم المشفوع فيه على حسب الأنصبة، وكان الأولى على المشرع العراقي أن يأخذ بما أخذ به المشرع المصري أي أن التقسيم حسب الأنصبة وذلك لأن الغرض من الشفعة هو لدفع الضرر عن الشريك، والضرر المتفاوت يتفاوت حصص الملاك.

٢- أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً، حيث أشار في نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي إلى الحالات التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة وهي حالة بيع العقار بالمزاد العلني وحالة بيع العقار بين الأزواج والأقارب، وحالة بيع العقار ليجعل محل عبادة إلى جانب حالتين من حالات سقوط الشفعة بمعناها الدقيق وهي حالة التنازل وحالة انقضاء ستة أشهر من يوم إتمام البيع، وذلك لأن المفروض حتى يسقط الحق أن يثبت أولاً لصاحبه ثم يسقط إذا تحقق سبب من أسباب سقوطه.

المصادر

أولاً: - المصادر القانونية.

- ١ — أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١، دون سنة نشر.
- ٢ — حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- ٣ — رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠١.
- ٤ - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، ج ٢، دون سنة نشر.
- ٥ - عبد الحميد أشورابي، أحكام الشفعة في ضوء القضاء والفقه، دون مكان نشر، ١٩٨٥.
- ٦ — علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عُمان، ط ٣، ٢٠٠٢.
- ٧ — محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية)، دار السنهوري، بغداد، ج ١، ٢٠١٦.
- ٨ — محمد كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة، دار الألفي للتوزيع الكتب القانونية، المنيا، مصر، ٢٠٠٠.
- ٩ — محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية (الاستيلاء، الالتصاق، الشفعة)، دون مكان نشر، ج ٣، ١٩٤٩.

ثانياً: - المجالات العلمية.

١. إبراهيم الدسوقي أبو أليل، خيار الشفعة دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ١٢، العدد ٢، ١٩٨٨.
٢. إيمان حيدر نعمة، حق الشفعة، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢١.
٣. ادريس حريز أحمد، التصرف في الوقف التأليف في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية والانسانية، الجامعة التقنية الشمالية، والمتاح على الموقع التالي:
<https://journals.ntu.edu.iq/index.php/NTU-JMS/article/view/271/116>
٤. د. باسم محمد خضر، الترخيص الاستثنائي ببراءة الاختراع، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية والانسانية، الجامعة التقنية الشمالية، والمتاح على الموقع التالي:

<https://journals.ntu.edu.iq/index.php/NTU-JMS/article/view/260/121>

٥. زكريا محمد القضاة، الشفعة في المنقول، دراسة فقهية قانونية، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف، دقهلية، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، العدد ٢١، المجلد ٣، ٢٠١٩.

٦. محمد كامل حميد، حق الشفعة في القانون العراقي، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، ٢٠١٧.
٧. مها فاروق الطائي، حق الشفعة في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، ٢٠١٦.
- ثالثاً: - الرسائل العلمية.
- ١- منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨.
- ٢- مهابة أحلام، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة غرداية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥، ٢٠١٦.
- خامساً: - القوانين.
- ١- قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٢- قانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ٣- قانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.