**نعريف حق الشفعة**

تعرف المادة (1128 ) من القانون المدني العراقي حق الشفعة على انه "الشفعة ، هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " .تقابلها المادة (935 ) مدني مصري على انه " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار، الحلول محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ". يلاحظ ان المشرع العراقي يعرف الشفعة بانها (حق) بينما المصري بانها (رخصة ) وهناك فرق بين المصطلحين .

الرخصة أو المكنة القانونية تتولد بقيام مركز قانوني للشفيع يخوله الاخذ بالشفعة وتحول الشفيع لحق في ان يتملك العقار المشفوع بارادته المنفردة ، بان يعلن رغبته بالشفعة، فالشفعة لا تكون سبباً لكسب حق ( الملكية ) الا بقيام مركز قانوني معين تتهيأ اسبابه باجتماع وقائع مادية ، فيكون للشفيع ليس حق المالك بل الحق في ان يتملك ، واعلان رغبته تصرف قانوني صادر بارادة منفردة تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا لكسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع ويحل محل المشتري.فالرخصة سبباً لاكتساب الحق وليس الحق ذاته .

فالشفعة رخصة اذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه شريكه لغيره وحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع ، فالشفعة لا تكون الا في العقار ويسمى العقار المشفوع ويشفع الشفيع بعقاره اخر يملكه يسمى العقار المشفوع به.

**خصائص حق الشفعة**

يتميز حق الشفعة بالخصائص التالية :

اولا- **حق استثنائي** : انه يؤدي تملك الشفيع العقار المشفوع جبراً على المشتري ، وبدون رضاه وكما تقول المادة (238/1 ) من قانون الملكية العقارية اللبناني "الشفعة حق يجيز لصاحبه ان **ينتزع** العقار المبيع من المشتري..." ، الاصل ان تملك ملك الغير بدون رضاه غير جائز ، والشفعة نظاماً استثنائياً على خلاف الاصل ، بما تحدثه من قيود على حرية التعاقد وعلى حق التصرف وحق الملكية , ويترتب على ان الشفعة حق استثائي لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الخاصة بها، فلا يجوز مثلاً الشفعة بالمنقول ولا غير الشريك في الدار السكنية او الشقة السكنية .

ثانياً - **حق غير قابل للتجزئة**: نصت المادة (1135 ) مدني عراقي صراحة على انه " الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع ان يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه ، لكن اذا تعددت الصفقة جاز للشقيع ان ياخذ بالشفعة بعض الصفقات دون بعض" ، فلا يجوز للشفيع ان ياخذ جزء من العقار المشفوع ويترك جزء منه جبراً على المشتري ، لان في ذلك تفريق للصفقة واضرار بالمشتري، لكن اذا تعدد المشترون واتحد البائع فأن للشفيع الحق ان باخذ نصيب بعضهم حتى لو كان شائعاً وترك الباقي فاذا تعددت الصفقات والبائع واحد (المشفوع منه) ، فللشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي.وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية.

ثالثاً- **حق قابل للارث** : :نصت الفقرة الثالثة من المادة (1133) مدني عراقي على انه " ومتى ثبتت ، فلا تبطل بموت البائع او المشتري او الشقيع " اذا ثبتت الشفعة قبل موت الشفيع فللورثة المطالبة بها المدة الباقية قانوناً من طلب الشفعة ، مالم تكن سقطت قبل وفاة الشفيع.بينما تقرر المادة (1038) من مجلة الاحكام العدلية التي هي على المذهب الحنفي سقوط الشفعة بموت الشفيع ولا تنتقل بالارث .

واذا مات الشفيع قبل طلب الشفغة لا ينتقل حقه الى ورثته .اي قبل ان يستعمل حقه فيها بان يكون قد اعلن رغبته في الاخذ بالشفعة قبل موته حتى قبل رفع الدعوى بالشفعة او لم يكن قد تراضى عليها مع البائع( المشفوع منه)

رابعاً- **حق غير قابل للتصرف فيه للغير**: فليس للشفيع ان يتصرف بحقه للغير او لشفيع اخر بمقابل (بيعاً) او بدون مقابل (هبة ) وحق الشفعة لا يجوز تملكيه، فاذا نزل الشفيع عن حقه سقط حقه بالشفعة ، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة (1136) مدني عراقي على انه " وليس لاحد من الشفعاء ان ينزل عن حقه لاجنبي أو لشفيع اخر فان فعل سقط حقه .

**المطلب الثاني**

 **اجراءات الشفعة وسقوطها**

 لابد لتمسك الشفيع بحقه بالشفعة من اتخاذ اجراءات قانونية معينة والا سقط حقه بالشفعةاعلان رغبته ورفع دعوى الشفعة وايداع نصف الثمن الحقيقي وتسقط الشفعة بسبب عدم اتخاذ هذه الاجراءات واسباب اخرى منها التمازل عن حق الشفعة وزوال ملك الشفيع وهلاك العقار المشفوع . .

**اجراءات الشفعة**

يقصد باجراءات الشفعة الاعمال التي يقتضي على الشفيع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع ، فحق الشفعة وحده لا يكفي بل لابد من دعمة بالاجراءات المقررة قانوناً ، وعدم بقاء الشفيع تحت ذمة المشفوع منه وحسن نيته، واجراءات الشفعة ثلاثة هي :

اولاً-ا**علان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة :**اذا تم انذار الشقيع انذاراً رسمياً من قبل البائع أو المشتري ، فيجب على الشفيع اذا اراد اخذ المبيع بالشفعة اعلان رغبته في مواجهة كل من البائع والمشتري معاً خلال خمسة عشر يومأ من تاريخ انذاره ، والا سقط حق الشفيع بالشفعة.

ولم يشترط المشرع العراقي اعلان الرغبة بشكل رسمي كما يشترط القانون المصري، بل يصح باي شكل سواء كان بطريق عادي رسالة عادية او بطريق رسمي عن طريق كاتب العدل لانها تعبير عن الارادة . واذا لم يوجه البائع او المشتري انذار رسمي للشفيع فان مدة رقع دعوى الشفعة تكون خلال ستة اشهر من تمام البيع.

ثانياً – **رفع دعوى الشفعة:** على الشفيع رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته، والا سقط حقه بالشفعة. وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة التي تنظر فيها محكمة الموضوع على وجه السرعة.

ثالثاً- **ايداع نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع :** في صندوق محكمة موقع العقار المشفوع ، وذلك لضمان جدية اخذ الشفيع بالشفعة من جهة والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من مشتري ودائنين من جهة اخرى. نصت المادة(1140 ) مدني عراقي على انه "على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يسازي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فان لم يتم الايداع سقطت الشفعة " . بينما تقرر المادة 942/2مدني مصري "كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع". ولا يشمل الملحقات كرسوم التسجيل والدلالة وغيرها لانه يصعب حساب الملحقات على وجه التخقيقي لاول وهلة وخاصة غير الرسمية منها .

فيجب ان يتم ايداع نصف الثمن الحقيقي فعلاً ، فان اودع الثمن ناقصاً أو في غير المحكمة موقع العقار المشفوع ،أو بعد رفع الدعوى سقط حقه بالشفعة، حتى لو كان الثمن كله مؤجلاً باتفاق بين البائع والمشتري ، أو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري .

واذا كان الثمن الذي ذكر بالعقد اكثر من الثمن الحقيقي ، في القانون المصري جاز للشفيع الطعن وله ان يودع الثمن الوارد بالعقد ثم يثبت اثناء نظر الدعوى الثمن الحقيقي فيسترد الفرق ، واما ان يودع الثمن الذي يدعي انه الحقيقي فان تمكن من اثبات ما يدعيه كان الايداع صحيحاً ، وان تعذر عليه الاثبات بطل الايداع وسقط حقه بالشفعة .

اما اذا كان البائع او المشتري يدعيان ان الثمن المذكور في العقد صوري وان الثمن الحقيقي هو اقل فتثور حينئذ مسالة صورية الثمن ومدى امكان الاحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي يرى جانب من الفقه المصري ان لشفيع الحق الطعن بالثمن الصوري والتمسك بالثمن الظاهر اذا كان حسن النية لانه من الغير في عقد لبع العقار المشفوع وحسن النية مسالة وقائع يعود تقديرها لقاضي الموضوع ، بينما يرى راي اخر بانه ليس من الغير ولا يجوز له الطعن بالصورية.

ولا يجوز في القانون العراقي للشفيع الطعن بالصورية في الثمن بعد تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقارري، اذ نصت المادة (149) من القانون المدني الالعراقي على انه "لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري" وهذا اكدته محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار حديث لها..لكن هذا اذا رفع الشفيع الدعوى بعد تمام البيع ، لكن اذا رفعها بعد اعلان رغبته وقبل تمام البيع فله الطعن بالصورية لانه من الغير كما يذهب الفقه .

وتنص الفقرة الاولى من المادة (529 ) مدني عراقي على انه " زيادة المشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن او زيادته في المبيع بعد العقد يصح وتلحق الزيادة والتنزيل باصل العقد ". وتنص فقرتها الثانية على انه " وما زاد المشتري في الثمن يعتبر في حق العاقدين لا في حق الشفيع وما حطه البائع من الثمن يجعل الباقي بعد الحط مقابلا لكل المبيع حتى في حق الشفيع وما زاد البائع في المبيغ يكون له حصة من الثمن**"**

 وتنص الفقرة الثالثة منها على انه " وللبائع ان يحط جميع الثمن قبل القبض لكن لا يلحق هذا الحط باصل العقد فلو ابرا البائع المشتري من جميع الثمن واخذ الشفيع المبيع وجب ان ياخذه بالثمن المسمى " تقرر هذه المادة تعديل الثمن المسمى بعد العقد وهذا التعديل صحيح بالنسبة للمتعاقدين البائع والمشتري ، ولا يلتزم الشفيع بالزيادة من قبل المشتري ويستفاد من تقليل الثمن من البائع و يكون بالنسبة للشفيع ايضاً ، واذا تنازل البائع عن الثمن قبل قبض الثمن لا يمس اصل العقد كبيع ويتحول الى هبة بل يبقى وللشفيع الاخذ بالشفعة بالثمن المسمى بالعقد .

سقوط الشفعة

اولاً- **التنازل** :نصت المادة 1134 /د مدني عاقي على امخ اذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة او دلالة ولو قبل البيع " تطابقه ا المادة 948/ أ مدني مصري " اذا نزل الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة ولو قبل البيع "

اذا تنازل الشفيع عن حقه بالشفعة صراحة او ضمناً ، سواء كان قبل البيع او بعده بعوض او بدون عوض، سقطت الشفعةـ، ويكون ضمناً اي تصرف من الشفيع يتضمن اقراره بصفة المشتري كمالك للعقار المشغوع ،كما لو اشترى العقار المشفوع من مشتريه او استاجره منه او كان وكيلا للمشتري في البيع او يشهد على البيع . واذا تعدد الشفعاء وتنازل الشفيع المتقدم قبل التراضي اوقبل صدوز الحكم بالشفعة سقط حقه وياخذ الشقعاء الاخرون كل المشفوع ، واذا تم التنازل بعد التراضي اوبعد صدور الحكم، فالشفعة لا تسقط واذا سقط حق الشفيع المتقدم بمرتبة الشفغاء انتقل الحق الى الشفعاء الاخرين بشرط حصول طلب الشفعة عند حصول البيع ، واذا تنازل الشفيع تنازل جزئي كتنازله عن جزء من العقار المشفوع يعتبر التنازل كلياً ، لان الشفعة حق غير قابل للتجزئة.

وعلى من يدعي سقوط الشفعة بالتنازل اثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الاثبات ، ونظراً لخطورة ما يترتب على التنازل من سقوط الشفعة فينبغي التشدد في استخلاص التنازل الضمني ، بحيث يكون ما يصدر من الشفيع من فعل او تصرف قاطع الدلالة على تركه الاخذ بالشفعة ، ويخضع التنازل الضمني للسلطة التقديية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية.

 ثانياً -**عدم قيام الشفيع باجراءات الشفعة** :وتسقط الشفعة اذا لم يقم الشفيع بالاجراءات المقررة قانوناً في المواد 1139 -1140 من القانون المدني ، اذا لم يعلن الشفيع عن رغبته خلال مدة خمسة عشر يوماً من انذاره ، واذا لم يرفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من اعلان رغبته، واذا لم يودع نصف الثمن الحقيقي الذي حصل فيه البيع في صندوق المحكمة .والمدد المحددة مدد سقوط لا تقف ولا تنقطع .

ثالثاً-**عدم رفع دعوى الشفعة خلال ستة اشهر من تمام البيع** : فاذا انقضت مدة ستة اشهر من تمام البيع اي من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري سقط حق الشفيع بالشغعة ، وهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم لا تقف ولا تنقطع ، وتسري حتى في مواجهة الشفيع الغائب او المحجور".

رابعاً- زوال ملك الشفيع : ويسقط حق الشفيع في الشفعة بزوال ملكه للعقار المشفوع به او بتخلف شرط من شروط ثبوت الشفعة في الفترة بين انعقاد البيع وتمام الاخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه فبل الحكم بالشفعة او قبل التراضي عليها سقط حقه بالشفعة ، اذ يشترط ان يستمر مالكاً للمشفوع به الى الحكم بالشفعة او التراضي عليها فلو باع الشفيع العقار المشفوع به او وهبه او اوقفه لاولاده او لجهة خيرية او استحق للغير بحكم قضائي بالاستحقاق فبل الحكم بالشفعة او قبل التراضي عليها سقط حقه بالشفعة .