**شروط الاخذ الشفعة**

لا يثبت حق الاخذ بالشفعة الا اذا توفرت شروط معينة نصت عليها المادة 1133 مدني عراقي نقسم المطلب ثلاثة فروع الفرع الاول ان يكون كل من المشفوع والمشفوع به ،حصة شائعة في دار سكنية او شقة سكنية، الفرع الثاني ان لا يملك الشفيع دار او شقة سكنية على وجه الاستقلال، الفرع الثالث  **ان يكون التصرف بيعاً**.

ان يكون كل من المشفوع والمشفوع بهحصة شائعة في دار سكنية او شقة سكنية

يشترط للاخذ بالشفعة ان يكون المشفوع والمشفوع به عقار فلا تثبت الشفعة في المنقول ، فلا شفعة في بيع حصة شائعة في سفينة لانها منقول ، ولا شفعة في المنقول بحسب المآل كبيع بناء للتهدم ، وان تكون حصة شائعة من دار او شقة سكنية، كما تشترط الفقرة الثانية من المادة (1133) على انه "ويشترط في المال المشفوع ان يكون عقاراً مملوكاً ...."، فلا شفعة للشريك في الارض الشائعة ولا الشريك في مخزن او دكان او اي عقار اخر ليس دار او شقة سكنية .ويجب ان يكون كل من دار او الشقة من العقارات المملوكة فلا تثبت الشفعة لمتولي الوقف ولا مستحقيه لانهما لا يملكان المال الموقوف، ولا شفعة لاموال الوقف ولا بها.ووفق المادة 935 مدني مصري تشمل الشفعة كل عقار سواء كان ارض او بناء لاغراض السكن او غيره لذا اذا كان هناك عقار بالتخصيص في العقار المشفوع فتشمل الشفعة هذا العقار.

ان لا يملك الشفيع دار او شقة سكنية على وجه الاستقلال

نصت المادة( 1129/أ )مدني عراقي "ينحصر حق الشفعة بالشريك في الدار السكنية شرط ان لا يملك دار سكن على وجه الاستقلال "الفقرة ب منها " يعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لاغراض هذا القرار ".ويشترط ان لا يملك الشفيع دار او شقة سكنية على وجه الاستقلال ، اما اذا كان الشريك يملك على الشيوع مع ملاك اخرين دار او شقة سكنية اخرى فله ان ياخذ حصة شريكه المبيعة بالشفعة، وكذلك الحكم اذا كان يملك عقار على وجه الاستقلال غير الدار او الشقة السكنية، كأن يملك ارض زراعية او مصنع او متجر .

ان يملك الشفيع العقار المشفوع به وقت بيع العقارر المشفوع ، وان يستمر مالكاً له الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها .نصت المادة 1133/2"....ويشترط في العقار المشفوع به ان يكون ملكا للشفيع وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مملوكا له الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها "فان كان مالكا له واخرجه عن ملكه قبل البيع ببيعه او وقفه او جعله مسجدا لا يبقى هذا العقار مشفوعا ولا يبقى لمالكه السابق صفة الشفيع لزوال سبب الشفعة ، وكذلك الحكم اذا كان مملوكا له وقت البيع واخرجه من ملكه قبل الحكم بالشفعة او التراضي عليها.

يشترط في القانون العراقي ان يكون الشفيع مالكاً ولا تقرر الشفعة في حق المنفعة او المساطحة كما فعل المشرع المصري ، فاذا باع مالك الرقبة عقاره فللمنتفع اخذه بالشفعة لكن اذا كان العقار المنتفع به شائعاً وباع احد الشركاء حصته ، فلمالك الرقبة اخذ الحصة بالشفعة ولا يزاحمه الشريك الاخر في المنفعة ، لان مالك الرقبة منقدم في ترتيب الشفعاء على المنتفع، وكذلك يجوز للشريك في المنفعة ان ياخذ الحصة المبيعة بالشفعة وكذلك اذا باع مالك الرقبة فللمحتكر اخذها بالشفعة

لا شفعة في القانون العراقي بالنسبة للمنتفع ولا المساطع ولا المستاجر في الاجارة الطويلة ولا المستعير ولا صاحب حق ارتفاق .

**ان يكون التصرف بيعاً أو حكم البيع**

تقضي الفقرة الاولى من المادة 1133 مدني عراقي بانه "لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع ،"واذا كانت المادة تقتصر التصرف بالعقار المشفوع بالبيع فقط الا انه يمكن الاخذ بالشفعة اذا كان التصرف بحكم البيع .

لا بد من عقد بيع بين البائع مالك العقار المشفوع والمشتري حتى يجوز الاخذ بالشفعة فلا يجوز الاخذ بالشفعة اذا كانت واقعة قانونية كالميراث او الالتصاق والتقادم ، واذا كان تصرف قانوني صادر بارادة منفردة كالوصية ، واذا كان التصرف عقد تبرع كالهبة.

ولا بد ان يكون البيع صحيحاً فلا شفعة في البيع الباطل واما البيع المعلق على شرط واقف فيجوز الاخذ بالشفعة فيه لان له وجود قانوني وان كان غير نافذ .

وان يكون البيع حقيقي فاذا كان صوري فان الفقه والقضاء المصري يجيز للشفيع التمسك بالعقد الظاهر الصوري اذا كان حسن النية،يرى جانب اخر من الفقه المصري ان الشفيع ليس من الغير وبالتالي يكون العقد الحقيقي اذا كان تبرعا ولا يجوز له الاخذ بالشفعة.اما في القانون العراقي اذا كان بيع الحصة الشائعة صوري وان العقد الحقيقي تبرع لا يحوز الطعن بالصورية بعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري كما ذكرنا فيجوز الاخذ بالشفعة على اساس العقد الظاهر .

واذا كان يجوز الاخذ بالشفعة في عقد البيع يجوز ايضاً ماهو حكم البيع وكالاتي :

اولا- المقايضة: اعتبر المشرع العراقي المقايضة صورة من صور البيع ، ويجوز ان يكون البيع مبادلة مال بمال ، يعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايض به ومشتريا للشيء الذي قايض عليه ، يجوز الاخذ بالشفعة اذا باع الشريك حصته الشائعة مقايضة فيجوز لشريكه الاخذ بالشفعة.

ثانيا- الصلح : اذا كان الصلح عن اقرار يعتبر بيع ، فاذا صالح المدعى عليه مع المدعي بعد اقراره بحق المدعي على حصة شائعة من دار او شقة يعتبر الصلح بيعاً ويجوز لشريك المدعى عليه الاخذ بالشفعة ، ولكن الصلح عن انكار بان ينكر المدعى عليه دعوى المدعي لا يعتبر بيعاً بحق المدعى عليه بل للتخلص من المنازعة اومن توجيه اليمين، فلا يجوز لشريك المدعى عليه الاخذ بالشفعة وكذلك حكم الصلح عن سكوت .

ثالثا- الإقالة : الإقالة وفق الماد183 مدني عراقي بحق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد ، فاذا تنازل الشفيع عن حقه بالشفعة سقطت شفعته ، لكن اذا تقايل البائع والمشتري يجوز له الاخذ بالشفعة لانه من الغير والاقالة بالنسبة له بيع جديد .

رابعا الوفاء بمقابل: تنص المادة 400 مدني عراقي "يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطى في الدين احكام البيع ..." اذا اتفق الدائن مع المدين على استيفاء الدائن شيئاً اخر من المدين غير دينه الاصلي فهنا نطبق احكم الوفاء واحكام البيع" ، فاذا كان المدين اتفق مع الدائن على الوفاء دينه مقابل حصة شائعة له من دار فهنا نطبق احكام البيع على الحصة (المقابل) ومن ضمنها حق الشفيع في الاخذ بالشفعة .

هناك بيوع لا يجوز فيها الاخذ بالشفعة ولا تسمع دعوى الشفعة نصت عليها صراحة المادة 1134مدني عراقي وهي :

1- البيع بالمزاد العلني :بتدخل الجهات الرسمية القضاء او الادارة نصت المادة لمادة 1134/أ مدني عراقي "اذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء او الادارة " لان هذا البيع يتيح للشفيع العلم بالبيع وبالتالي المشاركة في المزايدة.فقد يكون البيع الجبري بالمزاد بناء على طلب الدائن على اموال المدين لاستيفاء حقه ، وقد يكون بيع بالمزاد بتدخل القضاء في بيع المال الشائع لازالة الشيوع الذي يعرف بقسمة التصفية .ويجوز الاخذ بالشفعة اذا كان البيع ليس بمزاد علني او كان بمزاد عادي وليس رسمي .

2- البيع بين الازواج وبين الاقارب نصت المادة 1134 "لا تسمع دعوى الشفعة ب-اذا وقع البيع بين الزوجين او بين الاصول والفروع او بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة " ولا يجوز الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين او بين الاصول والفروع او الحواشي حتى الدرجة الرابعة ،لان هذا البيع تراعى فيه في تقدير الثمن اعتبارات شخصية وعائلية وصلة الرحم والقرابة تكون على الاعلب هي التي دفعت للتصرف.لذا اذا باع العقار المشفوع لاخيه او لعمه اوخاله او ابن عمه لا تسمع دعوى الشفعة.

ويشترط في الزواج استمرار العلاقة الزوجية فاذا انقطعت العلاقة الزوجية بالتفريق او الطلاق البائن فانه يجوز الاخذ بالشفعة ، اما اذا كان الطلاق رجعي وقبل اكمال العدة فانه لا يقطع العلاقة الزوجية فلا يجوز الاخذ بالشفعة.

وهل تشمل القرابة بالمصاهرة مثلاً اذا باع احد لاب زوجته او اخ زوجته حصته الشائعة فهل يحق للشفيع الاخذ بالشفعة ؟

نصت المادة 939/ب مدني مصري "لايجوز الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الاصهار لغاية الدرجة الثانية" وكذلك المادة 1161/2 مدني اردني "اذا وقع البيع بين الاصول والفروع او بين الزوجين او الاقارب حتى الدرجة الرابعة او بين الاصهار حتى الدرجة الثانية ".

ان المفروض الحكم يدور مع علته وان العلة من عدم الاخذ بالشفعة بسبب القرابة تصدق على المصاهرة فيراعى صلة القرابة عند تقدير الثمن وان الثمن المتفق عليه ليس هو الثمن لو باع لشخص اخر غريب ، لكن ان البيوع التي لا يجوز الاخذ بها بالشفعة ذكرت على سبيل الحصر وليس المثال ، ولم ينص المشرع العراقي في المادة 1134/ب انفة الذكر على المصاهرة مع القرابة كسبب لعدم الاخذ بالشفعة ، وتوجه المشرع العراقي بوجه عام لا يعتبر القرابة شاملة للمصاهرة ففي المادة 13 من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188لسنة 1959 "اسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبد هو القرابة والمصاهرة والرضاع ......" وكذلك المادة ( 91) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل لا يجوز للقاضي نظر الدعوى في الاحوال الاتية" 1- اذا كان زوجاً او صهراً او قريبالاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة " وبالتالي فان المصاهرة ليست كالقرابة ولا يصدق عليها وصف القريب من اصول وفروع وحواشي فلا تمنع البيع لاب الزوجة من الاخذ بالشفعة في القانون العراقي .

3- بيع العقار ليكون محل عبادة ولا تجوز الشفعة اذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة او ليلحق بمحل عبادة وسجل في دائرة التسجيل العقاري على هذا الوجه فسواء كان محل العبادة مسجد او كنيسة او دير او معبد بل يشمل كل محل عبادة للاديان المعروفة .

احكام الشفعة

اذا توفرت شروط الشفعة واتخذت الاجراءات القانونية من قبل الشغيع بحيث توفرت اسبابها وانتفت موانعها ، ترتبت اثارها القانونية بحق الشفيع والبائع والمشتري وفي مواجهة الكافة ،ومن هذه الاثار حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع بنفس الثمن والنفقات المعتادة ،وقد يتصرف المشتري بالمشفوع باعتباره هو المالك للمشفوع تصرف قانوني او مادي قبل اعلان الشفيع رغبته او قبل صدور حكم قضائي بالشفعة ، مما يقتضي بيان حكم تصرفات المشتري ، عليه نقسم المطلب الى فرعين الاول حلول الشفيع محل المشتري والثاني تصرفات المشتري بالعقار المشفوع .

حلول الشفيع محل المشتري

الاثر الرئيسي الذي يترتب على الشفعة هو تملك الشفيع العقار المشفوع بما قام على المشتري من ثمن ونفقات معتادة، ولكن الملكية لا تنتقل بمجرد التراضي او بصدور حكم قضائي بات بالشفعة ، بل لابد من تسجيل العقار باسم الشفيع في دائرة التسجيل العقاري، وهذا مانصت عليه صراحة المادة (1141) من القانون المدني العراقي على انه "يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري او عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة " .

ولا يتملك الشفيع العقار المشفوع بعقد جديد فهو لا يتلقى الملكية من المشتري ، بل يحل محل المشتري بحكم القانون في نفس العقد في مواجهة البائع كأن هناك علاقة مباشرة بين الشفيع والبائع في جميع حقوق المشتري والتزاماته عدا الاجل الممنوح للمشتري اذا كان الثمن مقسطاً مثلاً، فلا ينتفع الشفيع من اجل منحه البائع للمشتري مالم يرضى البائع ، لذا عليه دفع الثمن والنفقات كاملة وبدون تقسيط .

ومن الاثار المترتبة على حلول الشفيع محل المشتري وخروج المشتري من العقد انه اذا استحق العقار المشفوع بعد الاخذ بالشفعة، يرجع الشفيع على البائع بضمان الاستحقاق ولا يرجع به على المشتري ، وكذلك يضمن البائع التعرض القانوني الصادر من الغير والتعرض المادي والقانوني الصادر منه ، ولا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة( 1142) مدني عراقي على انه " زاذا استحق العقار المشفوع بعد اخذه بالشفعة فليس للشفيع ان يرجع بضمان الاستحقاق الا على البائع " تطابقها المادة (945) مدني مصري .وكذلك اذا تضمن عقد البيع اي اتفاق على تعديل احكم ضمان الاستحقاق سواء بالتشديد او التخفيف فان هذا الاتفاق يسري على الشفيع. كذلك الحكم اذا كان هناك عيب خفي بالمبيع ينقص من قيمنه او منفعته فيرجع الشفيع على البائع بضمان العيوب الخفية وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل احكام الضمان فانها ايضا تسري على الشفيع .

ومن اثار الحلول استرداد المشتري الثمن والنفقات المعتادة من اشلفيع كما يلتزم المشتري بتسليم العقار المشفوع الى البائع فاذا امتنع عن تسليمه او تاخر وهلك بيده ضمن هلاكه حتى بقوة قاهرة.

اختلف الفقه المصري بشأن وقت تملك الشفيع للثمار والتزام المشتري بردها أو ضمان ما اتلفه منه حسب الاختلاف في وقت ثبوت ملكية الشفيع ، فراي يذهب الى وقت تمام البيع وراي الى وقت اعلان الرغبة والراي الثالث الذي تاخذ به محكمة النقض هو وقت تسجيل الحكم النهائي. اما موقف الفقه العراقي تصرف المشتري من استغلال او استعمال تبقى سارية في مواجهة الشفيع حتى بعد اعلان الرغبة ، فما يقبضه المشتري من ثمار ونتاج تعتبر ملكاً له لكنها تنتهي بانتقال ملكية العقار المشفوع الى الشفيع من تاريخ تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري.

تصرف المشتري في العقار المشفوع

نميز بين التصرفات القانونية والتصرفات المادية :

اولاً التصرفات القانونية :فاذا تصرف المشتري بالعقار المشفوع تصرف قانوني نميز بين صدور التصرف قبل اعلان الشفيع رغبته او بعد اعلان الرغبة، فقبل اعلان الرغبة، وباعتبار المشتري مالكاً للعقار المشفوع فله ان يتصرف بملكه تصرف المالك ، فكل تصرف قانوني صادر من المشتري ينفذ بحق الشفيع من بيع او ترتيب حق عيني من انتفاغ او ارتفاق او رهن وياخذ الشفيع العقار المشفوع مثقلاً بهذه الحقوق فاذا رهن المشتري العقار المشفوع انتقل العقار مثقلا بالرهن الى الشفيع ، واذا كان التصرف بيعاً وقام المشتري ببيع المشفوع بثمن اعلى فان الشفيع ياخذ العقار المشفوع بالثمن الثاني ، تسقطت شفعته على المشتري الاول وله شفعة جديدة على المشتري الثاني، فخصومة اشلفيع تنتقل من المشتري الاول الى المشتري الثاني .اما بعد اعلان الرعبة من بيع او حق عيني لا ينفذ بحق الشفيع فهو ياخذ العقار المشفوع خالياً من اي حق يثقله.اما في البيوع المتعاقبة فان الشفيع لا ياخذ بالشفعة الا من المشتري الاخير بالثمن الذي اشترى به

ثانياً التصرفات المادية :بناء اوغراس المشتري في العقار المشفوع مما يزيد من قيمته ومنافعة، نصت المادة 1143/1 مدني عراقي على انه "اذا بنى المشتري في العقار المشفوع او غرس اشجاراً قبل ان يبلغ بالرغبة في الاخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بدفع للمشتري مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء او الغراس " ونصت فقرتها الثانية " اما اذا حصل البناء او العراس بعد تبلغ الرغبة في الاخذ بالشفعة ، كان للشفيع ان يطلب القلع ، واذا كان القلع مضراً بالعقار كان له لت يستبقي البناء والغراس بقيمتها مستحقي القلع ". ، نميز ايضا بين حسن نية المشتري وسوء نيته فاذا كان التصرف قبل اعلان الرغبة بالاخذ بالشفعة ، يعتبر المشتري حسن النية ويلتزم الشفيع بمقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء ويتملك البناء بالالتصاق ، اما بعد اعلان الرغبة يعتبر المشتري سيء النية لانه يعلم بوجود حق للغير وانه يعتدي على حق الغير، كان للشفيع ان يطلب القلع ، الا اذا كان القلع مضراً بالعقار، كان له ان يتملك البناء او الغراس بالالتصاق بقيمته مستحقة القلع.

اما المادة 946 مدني مصري فانها تقرر اذا كان البناء قبل اعلان الرغبة الشفيع مخير اما دفع المبلغ الذي انفقه المشتري او مقدار مازاد في قيمة العقار، ويعامل المشرع المصري هنا المشتري معاملة افضل من معاملة الباني او مقيم المنشآت حسن النية في ارض الغير في الالتصاق .اما بعد اعلان الرعبة الشفيع مخير بين قلع البناء واستبقاء البناء على ان يعوض المشتري نفقات البناء.