

ثالثاً : الشفعة : عرفت المادة (1128) م.ع بانها حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة .

الغاية والحكمة من الشفعة : هو دفع الضرر ووسيلة لتقليل عدد الشركاء في المال الشائع والتخلص من ضرر الشركة او القسمة وما يتبع ذلك من نفقات واجراءات وبالتالي انهاء حالة الشيوغ .

خصائص الشفعة :

- 1- حقو استثنائي لا نها خلاف الاصل العام الذي يقضي كل مالك حر في التصرف بملكه .
- 2- حق غير قابل للتجزئة فلا يجوز اخذ جزء من العقار دون الاخر حتى لا يحدث بذلك تفريق للصفقة واضرار بالمشتري .
- 3- حق قابل للارث : لا تبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع فاذا مات الشفيع فان للورثة ان يطلبه الشفعة خلال ما تبقى من المدة المقررة في القانون لإعلان الرغبة .
- 4- حق لا يجوز التصرف به للغير : ليس للشفعاء ان يتصرف بحق الشفعة للغير بمقابل او بدون مقابل .

أصحاب الشفعة : بموجب المادة 1129 من م.ع ان اصحاب الشفعة هم الشركاء في المال الشائع – الخليط – الجار الملاصق ، ولكن تم تعديل ذلك والغيت هذه المادة فاصبح اصحاب الشفعة هم : الشريك في دار السكن الشائعة بشرط ان لا يملك الشفيع داراً اخرى على وجه الاستقلال ، والشريك في شقة سكنية .

من أهم شروط الشفعة ان يكون التصرف الذي قام به شريك الشفيع بيعاً وبموجب ذلك فان هناك تصرفات تأخذ حكم البيع فتتم بها الشفعة وهي :

أ- المقايضة : هي مبادلة مال بمال وتعتبر نوع من انواع البيع فلا يشترط بالعوض الذي يأخذه احد المتبايعين ان يكون مبلغ من النقود .

ب- الصلح : وهو اما ان يكون صلح عن اقرار او صلح عن انكار او صلح عن سكوت

ت- الاقالة : للمتعاقدين ان يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده سواء تم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد

ام لم تنفذ والاقالة في حق المتعاقدين فسخ اما في حق الغير عقد جديد

ث- الوفاء بمقابل

بيوع لا تجوز بها الشفعة : البيع بالمزايدة العلنية لأنه يتيح الفرصة للشفيع ان يدخل المزايدة ويأخذ العقار ، كذلك البيع بين الأزواج والاقارب لا تجوز بها الشفعة لأنها بيوع تقوم على اعتبارات شخصية ، وبيع العقار ليجعل محل عبادة ايضاً هذا البيع لا تجوز به الشفعة .

اجراءات الشفعة : هي الاعمال التي يجب على الشفيع القيام بها للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع رضاءً او قضاءً .

1- اعلان الرغبة : على الشفيع ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري او دائرة الطابو خلال مدة (15) يوم تاريخ انذاره بالبيع انداراً رسمياً من البائع او المشتري والا يسقط حقه في الشفعة ، ويجب ان يتضمن الانذار العقار المبيع وثمانه وموقعه واسم البائع والمشتري ومحل اقامة كل منهما والا كان الانذار باطل ويبقى حق الشفيع قائم في أخذ العقار المبيع بالشفعة لمدة (6) أشهر من تاريخ تمام البيع .

2- رفع دعوى الشفعة : على الشفيع أن يقوم برفع الدعوى على البائع والمشتري خلال مدة (30) يوم من اعلان الرغبة والا سقط حقه واذا تعدد البائعون والمشترون يرفع الدعوى عليهم جميعاً وفي حال وفاه أحد منهم يرفعها على الورثة .

3- ايداع نصف الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة : على الشفيع أن يقوم بعد رفع الدعوى بوضع نصف الثمن الذي تم بيع العقار به في صندوق المحكمة والا يسقط حقه في الشفعة .

سقوط الشفعة : تسقط الشفعة في أحد الاسباب الاتية :

1-التنازل : تنازل الشفيع عن حقه صراحة أو ضمناً ولو تم التنازل قبل البيع والتنازل يجب أن يكون كاملاً وليس بجزء من العقار لان الشفعة لا تتجزأ .

2- انقضاء مدة ستة أشهر من يوم تمام البيع : اذا مضت هذه المدة أي من يوم تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقار يسقط حق الشفيع بالشفعة .

3- عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة من اعلان رغبة ورفع دعوى وايداع نصف الثمن في صندوق المحكمة

4- زوال ملك الشفيع في الفترة بين انعقاد البيع وتمام الاخذ بالشفعة .

تصرف المشتري في العقار المشفوع : تكون هذه التصرفات على نوعين اما قانونية أو مادية

1- التصرفات القانونية : يجب ان نفرق بين حالتين **الاولى** : قبل اعلان الرغبة فان جميع التصرفات التي يقوم بها المشتري على العقار قبل ان يقوم الشفيع بإعلان رغبته في اخذ العقار بالشفعة فإنها تعتبر صحيحة ويعتبر المشتري مالك للعقار .

اما الحالة الثانية : بعد اعلان الشفيع الرغبة فان اي تصرف يقوم به المشتري على العقار لا يسري في حق الشفيع اذا حكم له بالشفعة فانه يأخذ العقار خاليا من اي حق يثقله .

2- التصرفات المادية : هنا نفرق بين حالتين **الاولى** : قبل اعلان الشفيع رغبته في اخذ العقار بالشفعة فان جميع التصرفات المادية من بناء او غراس يقوم بها المشتري على العقار تعتبر صحيحة ويعتبر مالكا وهنا يلتزم الشفيع بان يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة الارض بسبب البناء او الغراس .

اما الحالة الثانية : بعد اعلان الشفيع رغبته في اخذ العقار بالشفعة فهنا يعتبر المشتري سيئ النية ويجوز للشفيع ان يلزم المشتري بقلع البناء والغراس واذا كان ذلك مضراً بالعقار للشفيع ان يملكها بقيمتها مستحقة القلع .

الحيازة

الحيازة : عرفتها المادة 1145 ف1 من م.ع بأنها " وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق".

الحكمة من حماية الحيازة : يحمي القانون الحيازة لذاتها ويرتب عليها آثارها سواء كانت تستند إلى حق للحائز أو لا تستند إلى أي حق والواقع ان الحيازة من حيث الحماية التي كفلها المشرع لها تستند إلى اعتبارات : تتعلق بأمن المجتمع واستقرار النظام فيه وهي تقضي منع الاعتداء على الاوضاع القائمة ولو كان المعتدى هو في واقع الامر صاحب الحق فلو ابيح لكل مدع بحق على شيء في حيازة غيره ان ينزع هذا الشيء من تحت يد الحائز عنوة لأدى ذلك إلى الفوضى ولهذا فقد كفل القانون حماية الحيازة في ذاتها ، ويلاحظ على كل حال انها حماية مؤقتة ، إذ يستطيع من يدعي خلاف الوضع الظاهر سلوك الطرق القانونية لإثبات حقه .

الاشياء التي تصلح ان تكون محلاً للحيازة : لا ترد الحيازة إلا على الاشياء المادية ، لأن الحيازة تقتصر على الحقوق العينية ، ويرتب على ذلك ان الحقوق الذهنية والمجموعات القانونية ، كالتركات والمحلات التجارية منظوراً إليها بمجموعها ، والديون لا تصلح ان تكون محلاً للحيازة مع ملاحظة ان السند لحامله يعتبر مالاً منقولاً قابلاً للحيازة ، فيمكن اعتبار حيازة السند حيازة للدين الثابت فيه ويجب كذلك ان تكون الاشياء المادية قابلة للتملك ، وبناء عليه لا تكون الاموال العامة محلاً صالحاً للحيازة ، لأنها لا يجوز التصرف فيها أو حجز عليها أو تملكها بالتقادم كما لا ترد الحيازة على الاشياء المشتركة كمياه البحار والانهار لأن هذه الأشياء لا تقبل الحيازة والأحراز على سبيل الاستثناء .

• عناصر الحيابة

1- العنصر المادي : هو مجموع الاعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق العيني ، وهذه الأعمال المادية التي يمارسها الحائز على الشيء يجب ان تتفق في مظهرها الخارجي مع ممارسة الحق موضوع الحيابة والأعمال المادية التي يتحقق بها العنصر المادي هي استعمال الشيء واستغلاله أو تغييره وذلك طبقاً لما تسمح به طبيعة الشيء ، أما الاعمال القانونية كالبيع والإيجار فلا تكفي وحدها لتحقيق العنصر المادي للحيابة ، لأنه هذه الأعمال يمكن أن تصدر من شخص غير جائز بالفعل .

الحيابة بالواسطة : لا يشترط في الاعمال المادية المكونة للعنصر المادي للحيابة أن يباشرها الحائز بنفسه ، بل يصح ايضاً ان يباشرها شخص آخر باسم الحائز ولحسابه ، فكما يصح ان تكون الحيابة مباشرة يصح ان تكون غير مباشرة أو بالواسطة ، وحيابة الوسيط تعتبر حيابة عرضية لحساب الحائز الحقيقي ، ويلاحظ ان الحيابة بالواسطة قاصرة على العنصر المادي ، إذ يمكن ان تباشر الاعمال المادية التي يتكون منها هذا العنصر بواسطة شخص آخر غير الحائز ، اما العنصر المعنوي فيجب ان يتوفر بحسب الاصل لدى الحائز نفسه .

لا تقوم الحيابة على عمل من اعمال الاباحة : الاعمال التي يتكون منها الركن المادي يجب ان تنطوي على معنى التعدي فإذا كانت الأعمال التي يقوم بها الشخص ، والتي قد تؤدي بوجه من الوجوه إلى الانتفاع بملك الغير ، مما يعتبر استعمالاً لرخصة مقررة في القانون ، فلا يتحقق الركن المادي لانتهاء التعدي ، وفي هذا تقول المادة (1145 ف2) من القانون المدني العراقي : "ولا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص على انه مجرد اباحة ..".

لا تقوم الحيابة على اعمال متقطعة : يجب ان تكون الحيابة مستمرة وغير متقطعة ويتحقق الاستمرار بتوالي الأعمال اللازمة لمزاولة الحق الذي يدعيه الحائز ، دون ان يتخللها فترات انقطاع غير اعتيادية . فالحيابة التي لا تمارس بشكل منتظم غير جديرة بحماية القانون ، لأنها ليست حيابة بالمعنى الصحيح فالركن المادي للحيابة لا يتحقق إلا إذا كانت الأعمال التي تنطوي عليها ممارسة الحق موضوع الحيابة على درجة من الأهمية والكثرة بحيث تحمل على الاعتقاد بأن من يباشرها هو صاحب حق عيني على الشيء ، ويلاحظ ان استمرار الحيابة وتقطعها مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضي الموضوع .

2- العنصر المعنوي : يجب كذلك لتحقيق الحيابة بالمعنى الصحيح ان تتوفر لدى الحائز نية استعمال الشيء الذي يحوز ، كمالك أو كصاحب حق عيني آخر عليه . وبعبارة أخرى نية الظهور بمظهر صاحب حق عيني يحوز لنفسه ولحسابه الخاص وهذا العنصر المعنوي هو الذي يحدد ما إذا كانت الحيابة قانونية او عرضية وإذا كان العنصر المعنوي قوامه نية الحائز ، فإنه يشترط فيه ان يكون اهلاً لأن نية التملك لا تصدر عن عديمي التمييز كالصبي دون السابعة من العمر أو المجنون وإذا كان الشخص غير أهل لأن تتوفر لديه