مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي

Projections of pre-emption in Islamic jurisprudence and Iraqi law

م٠د محمد صادق

noorhawraa2@gmail.Com

م٠د مهدي ميرداشي

azharhadi401@gmail.com

حوراء هادي خضير عبد الساده

الكلمات الافتتاحية :

مسقطات الشفعة ، الفقه الاسلامي ، القانون العراقي

Keywords :

: pre-emption, Islamic jurisprudence, Iraqi law

Abstract: This study aims to reveal pre-emption in Islamic jurisprudence and Iraqi law. Preemption is one of the rights approved by Islamic Sharia, and the legislator has given the right to these types for fear that one of them will be harmed if a foreign person approaches him. The importance of the subject of preemption is reflected in the wisdom or the end for which it was legislated to achieve a lofty goal, although it is considered an exception to the original, as the principle is that a person's money is not extracted from him except with his consent, so this system is considered a departure from the principle of consensuality in contracting. The intercessor waives the pre-emption after the sale, if he is aware of the pre-emption, and does not accept it without justification for the delay, then he is considered negligent and short-lived, and his claim of eroticism is forfeited. If the intercessor sells his share or gives it after selling the partner, his right to pre-emption is forfeited, whether he knows about the sale or not, because the condition for taking pre-emption is that he be a partner at the time of taking it, not before it, and therefore the pre-emption is not proven after the division. The study reached a set of results, the most important of which is that Sharia and law set controls and restrictions for preemption and made causes for its downfall and invalidity to protect human rights from being lost.

الملخص
تهدف هذه الدراسة للكشف عن مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي ولتحقيق هذه الغاية استخدم المنهج الاستقرائي القائم على استقصاء النصوص الشرعية . الشفعة هو حق من الحقوق التي قررتها الشريعة الاسلامية ، وقد اعطى الشارع الحق لهؤلاء الاصناف خوفاً من ان يصيب أحد منهم الضرر فيما اذا جاوره شخص اجنبي . تتجلى أهمية موضوع الشفعة في الحكمة أو الغاية التي من أجلها شُرِعتْ لتحقيق غاية سامية رغم أنها تعتبر استثناء من الأصل ، إذ أن الأصل أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه ، فهذا النظام يعتبر خروجا على مبدأ الرضائية في التعاقد. يتنازل الشفيع عن الشفعة بعد البيع ذا علم بالشفعة، ولم يقبلها بغير مبرر للتأخير ، فيعتبر متهاوناً ومقصوراً ، وسقط ادعائه بالشفعة إذا باع الشفيع حصته أو وهبها بعد بيع الشريك ، يسقط حقه في الشفعة ، سواء علم بالبيع أم لا ، لأن شرط أخذ الشفعة أن يكون شريكا عند أخذه ، لا قبله ، وبالتالي فإن الشفعة لا تثبت بعد القسمة. وتوصلت الدراسة الى مجموعة من النتائج من اهما ان الشريعة والقانون وضعوا للشفعة ضوابط وقيود وجعلت مسببات لسقوطها وبطلانها لحماية حقوق الانسان من الضياع.

المقدمة
ان الشفعة حق تملك جبري لتوفر عدة أسباب وشروط ، لأنها تتمتع بسلطة مصادرة ممتلكات الآخرين دون موافقته من أجل تعويض الشريك عن خسائره. ونتيجة لذلك ، فهو ترخيص فريد يلتزم بموجبه المشتري في التخلي عن العقار ، ويجد البائع نفسه طرفًا في عقد مع شخص لم يوافق على التعامل معه بعد ترك العقار المباع يكون الشفيع طرفًا في عقد لا علاقة له به. لقد ثبت نظام الشفعة في الشريعة الإسلامية ، استندت طريقة الشفعة إلى مبدأ تعويض الشفيع وفكرة دفع الضرر الناجم عن الممتلكات المبيعة من العقارات، ونتيجة لذلك ، تعتبر الشفعة قيدًا على حرية التصرف والعقد ، ولهذا فإن التشريع الحديث ، وخاصة التشريع العراقي المستمد من الفقه الإسلامي ، يفرض قيودًا موضوعية وإجرائية على المطالبة بهذا الحق وإثباته ، وهناك إجراءات التي تقضي على اسقاط حق الشفعة وبطلانه في الفقه الإسلامي والقانون العراقي.

اشكالية البحث : تتمحور اشكالية الدراسة حول السؤال الرئيسي ما هي مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي ؟ وتتفرع من هذه الاشكالية عدة تساؤلات ما كيفية تنظيم الفقه والقانون لمسقطات الشفعة من حيث التصرفات التي تسري عليها؟

ما هي القواعد الاجرائية التي تثبت الشفعة ومسقطاتها في الفقه والقانون العراقي؟

اهمية البحث : يبدو أن تحقيق الانسجام المجتمعي من خلال الأمن أمر بالغ الأهمية والاستقرار ، بإزالة النزاعات العقارية ، وإزالة خطر الإضرار بالشركاء ، والمحافظة عليهم. عندما يتلامس شخص أجنبي مع ممتلكات مشتركة ، فقد لا يتمكن من التعايش معها والتعامل معها. إنه نوع من التصادم الذي يحول الملكية من وسيلة للتقدم إلى وسيلة للتحريض على القضايا المتعلقة بالأمن. اهداف البحث : الهدف من هذه الدراسة هو

ضبط الإطار التنظيمي لحق الشفعة ، وكذلك تطوير إجابات قانونية للعديد من التحديات التي يواجهها القضاء ، وكذلك مدى تكريس القانون العراقي والفقه الاسلامي لهذا الحق من حيث القدرة على تحديد أو توسيع تفسير قوانينها بما يتوافق مع الهدف الحقيقي لتنظيم هذا الحق ، وابراز السبق التاريخي للتشريع الاسلامي في اثبات حق الشفعة.

منهج البحث : استخدمنا المنهج المقارن و التحليلي الوصفي لتحديد أهم القضايا والوقوف على اهم الاشكاليات التي يثيرها الموضوع لمساعدتنا في تحليل ونقد النصوص القانونية والاطلاع على الاراء الفقهية ومدى معالجتها لهذا الحق .

خطة البحث : على ضوء ما ذكرنا قسمنا دراستنا حول مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي على مقدمة ومبحثان : تناولنا في المبحث الاول : مسقطات حق الشفعة في الفقه والقانون وقسمناه على مطلبين : المطلب الاول : مسقطات الشفعة في الفقه والمطلب الثاني : مسقطات الشفعة في القانون ، وتناولنا في المبحث الثاني : المقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون العراقي وتضمن مطلبين : المطلب الاول : المشتركات بين الفقه الاسلامي والقانون والمطلب الثاني : المفترقات بين الفقه والقانون .ومن ثم المقترحات والنتائج.

المبحث الاول : مسقطات حق الشفعة في الفقه والقانون : يجوز إلغاء أو إبطال إثبات الشريعة لحق الشريك السابق لأسباب مختلفة، مثل تنازل الشفيع عن حقه أو تأخير ممارسة الحق وإعطاء الثمن ؛ أو يتم فقد نفس عنصر النقل ؛ أو أن الورثة لا يوافقون على أخذ الشفعة، وفي النهاية في أي حالة تعبر بغض النظر عن ذلك، يسقط حق الشفعة، اختلف الفقهاء في بعض مسقط مسقط، فقبل كل من الفقهاء بناءً على الأسباب التي ذكرها بعضها، ولم يقبل بعضها

المطلب الاول : مسقطات الشفعة في الفقه : هناك علاقة لمسقطات الشفعة بالصورة الحديثة "لان الحقوق الساقطة لا تعود كما ان المعدوم لا يعود ، لعل الملحوظة بهذه القاعدة قضية الحقوق الساقطة مثلا إذا سقط الشارع الحق بسبب أو من له الحق أسقط حقه فإنه لا يعود ...فلو أسقط أسقط الدائن دينه اي أبرأ ذمة المديون فإنه لا يعود حتى لو رضي المديون بعوده أو لم يرض من أول الأمر بسقوطه فان الحق إذا سقط لا يعود الا بسبب جديد"(١)..وسوف نتناول في هذا المطلب فروع مسقطات الشفعة وفق ما يلي :

الفرع الاول : التقصير او التأخير في طلب الشفعة : تسقط بكلّ ما يعدّ تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي ، فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب ، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكّل إن لم يكن فيه مؤنة ومنّة ثقيلة فإن لم يجد فليُشهِد ، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان ، فإن بلغه الخبر متواتراً أو بشهادة عدلين فقال: لم أُصدّق بطلت شفعته ، ويُقبل عذره لو أخبره صبيّ أو فاسق أو عدلٌ واحد (٢).

ولو أخبره مخبر فصدّقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً ، لأنّ العلم قد يحصل بالواحد للقرائن . ولو أسقط حقّه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط ، وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع ، أو شهد على البيع ، أو بارك لأحدهما في عقده ، أو أذن للمشتري في الشراء ، أو ضمن العُهدة للمشتري ، أو شرطا له الخيار فاختار

الإمضاء إن ترتّبت على اللزوم . ولو جهلا قدر الثمن أو أخّر المطالبة لبُعده عن المبيع حتّى يصل إليه . أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعيّن أو تلفه قبل قبضه على إشكال [٣]. و تسقط بكلّ ما يعدّ تقصيرا أو توانيا في الطلب على رأي؛ و لو بلغه متواترا أو بشهادة عدلين فقال: لم اصدّق بطلت شفعته. و لو أخبره مخبر فصدّقه و لم يطالب بالشفعة بطلت و إن لم يكن عدلا. لأنّ العلم قد يحصل بالواجد للقرائن. (و لو أسقط حقّه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالاقرب عدم السقوط و كذا لو كان وكيلا لأحدهما في البيع أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده أو أذن للمشتري في الشراء أو ضمن العهدة للمشتري،أو شرطا له الخيار فاختار الإمضاء إن ترتّبت على اللزوم[٤]. ولو جهلا قدر الثمن، بطلت، أو أخّر المطالبة لبعده عن المبيع حتّى يصل إليه، بطلت . أو اعترف الشفيع بغصبيّة الثمن المعيّن، بطلت، أو تلفه قبل قبضه- على إشكال- بطلت[٥]. و تجوز الحيلة على الاسقاط : بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثمّ يدفع به عوضا قليلا، أو يبرئه من الزائد،أو ينقله بغير بيع: كصلح أو هبة.و لو قال الشفيع للمشتري: بعني ما اشتريت، أو: قاسمني، بطلت. .و لو صالحه على ترك الشفعة بمال صحّ و بطلت الشفعة . و لو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة، بطلت[٦]. أمّا الآخذ: فكل شريك متّحد بحصّة مشاعة قادر على الثمن، فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي، و لا للعاجز، و لا المماطل و الهارب. فإن ادّعى غيبة الثمن أجّل ثلاثة أيّام، فإن أحضره و إلّا بطلت شفعته بعدها. و لو ذكرأنّه في بلد آخر أجّل بقدر وصوله منه ثلاثة أيّام بعده، ما لم يستضرّ المشتري"[٧].فإن كان المشتري مسلما اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمي . وإلا فلا[٨]. وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما . أو البائع عنهما على إشكال . وكذا الوصي على رأي . والوكيل . وتثبت للصغير والمجنون . ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة . فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة . إلا أن يكون الترك أصلح . ولو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح . والملك باق للمشتري . وتثبت : للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى . ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم ربح . أو كان . لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة [٩].

الفرع الثاني : ببيع العقار المشفوع به، وذلك قبل ثبوت حق الشفعة لصالحه.

لقد كان لفقهاء الامامية ثلاثة اقوال في هذا الصدد:

الرأي الأول : أن حق الشفعة لا يسقط على هذا النحو في اراء بعض الفقهاء[١٠].

الرأي الثاني: سقوط حق الشفعة كما جاء في مجموعة من كتب الشيعة ومصنفاتهم [١١].

الرأي الثالث : التردد في البيع

حيث ورد في (الشرائع) :" و كذا لو شهد على البيع أو بارك للمشتري أو للبائع أو أذن للمشتري في الابتياع فيه التردد لأن ذلك ليس بأبلغ من الاسقاط قبل البيع"[١٢]. وكذلك يظهر في (الدروس)[١٣] لأنه لم يفضل أي قول بالطبع من كلماته . تنخفض الرغبة في الشفعة وكذلك ورد هذا الرأي في كتاب (المختلف)[١٤]. ويبدو الرأي المرجح في هذه الحالة فإن حقيقة العلامة الحلي أن حق الشفعة أقرب إلى عدم السقوط . فإذا ثبت البيع يسقط

قبل ذلك [١٥]. من جانب الشفيع: فسخ وعفو ونقض وإذن ... كل هذا في قضية ليس له فيها أي حق على الإطلاق في الوقت الراهن ، ويثبت حقه بعد البيع ، وبالتالي الإجهاض والسقوط هو غير صالح[١٦].
أن يأذن للمشتري في الشراء أو للبائع في البيع انها لا تسقط وفي النافع ان الاولى السقوط [١٧].

وأخيراً العاملي يقول: و تردّد في الشرائع و الإرشاد و موضع آخر من التحرير و لا ترجيح في الدروس و غاية المراد و المختصر... حق الشفعة يسقط عملا بالاصل في دفع الضرر[١٨]. و على كل حال فالتحقيق عدم السقوط و إن قال المصنف: فيه تردد كالمحكي عن التذكرة لما فيه من أمارة الرضا بالبيع بل قد سمعت اختياره في المختلف، بل هو المحكي عن المبسوط أيضا.لكنه في غير محله، ضرورة عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطا لها، فان البيع هو السبب في ثبوت الشفعة [١٩]. أن يشهد على البيع بمعنى أنّه يسكت و لم ينكر، ففي رأي بعض الفقهاء أنّها تسقط[٢٠].وفي رأي اخر أنّها لا تسقط [٢١]. فاذا باع الشفيع ما يشفع به قبل العلم بالشفعة، أو بعد العلم بالشفعة، وقبل الحكم بها، سقطت شفعته، باتفاق الفقهاء ما عدا ابن حزم الظاهري، لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، فبطلان هذه الشفعة أمر منطقي بدهي، لانتفاء الضرر عن الشفيع الذي شرعت الشفعة من أجل دفعه عن الشريك باتفاق الفقهاء، أو عن الجار [٢٢]. ان التراضي في ترك الشفيع للشفعة لصالح المشتري مقابل الحصول على عوض منه، وقال جماعة من الفقهاء : تسقط الشفعة إذا وجدت القرائن التي تدل على رضا الشفيع بالبيع ، مثل أن يشهد البيع ، ويسكت ، أو يبارك للبائع أو المشتري ، أو يكون وكيلا عن الأول في البيع، أو عن الثاني في الشراء ، أو يضمن للمشتري درك المبيع إذا ظهر مستحقا للغير ، أو يضمن للبائع درك الثمن كذلك [٢٣]. ويلاحظ بأن الرضا بالبيع شيء ، والرضا بترك الشفعة والاعراض عنها شيء آخر ، والذي تسقط معه الشفعة هو الرضا الثاني ، دون الأول ، إذ من الجائز أن يكون غرض الشفيع إيجاد السبب الذي يستحق به الشفعة ، كما قال صاحب الجواهر ، أجل ، إذا دلت القرائن على أنّه أراد من الرضا بالبيع الرضا بترك الشفعة سقطت ، وإلّا فلا أثر للرضا بالبيع من حيث هو[٢٤]. إذا تصالح المشتري والشفيع على ترك الشفعة لقاء عوض يدفعه الأول للثاني صح الصلح ، وسقطت الشفعة ، لأنها حق مالي كالخيار ، فينفذ فيها الصلح ، لأن دليله ، وهو حديث الرسول الأعظم (صلّى اللّه عليه وآله وسلّم): " الصلح جائز "عام للشفعة ولغيرها إذا لم يحلل حراما ، أو يحرم حلالا ، وإذا اصطلحا على أن يكون عوض الشفعة بعض المبيع صح ، لأنه من الصلح الجائز[٢٥] . و كذا لو شهد على البيع أو بارك للمشتري أو للبائع أو أذن للمشتري في الابتياع أو للبائع في البيع فيه التردد المزبور، و لكن قد عرفت الفرق بينها و بينه [٢٦]. (أو ضمن العهدة للمشتري) أي لو ضمن عهدة الشخص للمشتري و كذا عهدة الثمن للبائع في نفس العقد فإنّ شفعته لا تبطل كما هو خيرة (الخلاف) فيهما و (المبسوط) و كذا (السرائر) على ما حكي عنها في (المختلف) و لم نجد ذلك في السرائر. و استشكل في (التحرير و الإرشاد) [٢٧]. إذا باعوا شخصيا وطمان الشفيع الدرك نيابة عن البائع او المشتري او حالة البائع فان خيار

الشفيع لا ينتهي مع الشفعة ولم تسقط الشفعة[٢٨]. ويقول صاحب الجواهر : أحدهما الخيار للشفيع لم تسقط بذلك الشفعة مع فرض عدم منافاة الفورية بناء على اعتبارها، كما عن الشيخ و غيره التصريح به، لعدم دلالة شيء من ذلك مع عدم قرائن على الاسقاط ، إذ يمكن أن يكون ذلك منه لإرادة إيجاد السبب الذي يستحق به الشفعة[٢٩]. ان الرأي الراجح : أمر العلامة هو صاحب مفتاح الشرف وصاحب جوهرة الحق ، وشفاعة الشفيع سواء من البائع أو الزبون لا تسقط حق الشفعة ولا المتصوفون ولا الحكماء ولا الشريعة. ولكن فقط الموافقة المطلقة من رضا على البيع لا تعني إلغاء الشفعة ، ولكن يتم ترتيب الشفعة لصحة البيع ، فكيف تكون الموافقة المطلقة على البيع؟ بيع سبب إلغاء الشفعة؟ بالطبع ، إذا كانت هناك أدلة أخرى على إلغاء الشفعة ، فإن الشفعة ستكون باطلة [٣٠]. إلا أن ما قاله صاحب المفتاح الكرامة وصاحب الجوهرة عن مبرر عدم الوقوع في الشفعة: نعم ، إلا إذا كانت هناك أدلة من العرف والشرع أن نفهم عدم رغبة الشفيع ، وفي هذه الحالة يكون الشفعة باطلة[٣١]. وفيما يخص بيع الأسهام و الحصة التابعة للشفيع رغم العلم بحق الشفعة بطلت حيث قال : العلامة الحلي "و لو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت"[٣٢] .وقال المحقق الحلي : "إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة، قال الشيخ: سقطت شفعته لأن الاستحقاق بسبب النصيب أما لو باع قبل العلم لم تسقط لأن الاستحقاق سابق على البيع و لو قيل ليس له الأخذ في الصورتين، كان حسنا"[٣٣]. "و من مبطلاتها بيع الشفيع نصيبه بعد علمه ببيع شريكه، و لو كان قبل علمه لم يبطل عند الشيخ اعتباراً بسبق الاستحقاق، و أبطلها الفاضلان(المحقق الحلي والعلامة الحلي)، لزوال سبب الاستحقاق، و لأنّ الشفعة لإزالة الضرر و لا ضرر هنا، بل بالأخذ يحصل الضرر على المشتري لا في مقابلة دفع الضرر عن الشفيع"[٣٤].

ويقول الشهيد الثاني :" أن الذي اختاره المصنف عدم البطلان مطلقا، لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه، فيستصحب لأصالة عدم السقوط، و لقيام السبب المقتضي له، و هو الشراء، فيجب أن يحصل المسبب"[٣٥]. اما الحل الوسط بشأن ترك الشفعة هو المصالحة على ترك الشفعة وتكون فيها الشفعة باطلة كما ورد في اراء العلماء:"و لو صالحه على ترك الشفعة بمال صحّ و بطلت الشفعة"[٣٦].

ويقول الشيخ الطوسي في هذا الصدد: وسببنا في صحة الصلح، وعدم صحة الشفعة ، هو الحديث النبوي : " الصلح جائز بين المسلمين"[٣٧] ، دليلنا: قوله (صلى الله عليه و آله): "الصلح جائز بين المسلمين و هذا عام، و تخصيصه يحتاج إلى دليل"[٣٨].

ويقول المحقق الحلي : لأنه حق مالي فينفذ فيه الصلح ؛ أي حق الشفعة حق مالي يعم الصلح في هذه الحالة[٣٩].

ويقول صاحب الجواهر في شرح هذا الأمر على النحو التالي: " إذا صالح المشتري الشفيع على ترك الشفعة صح و بطلت الشفعة" ، إذا صالح المشتري مثلا الشفيع على ترك الشفعة صح و بطلت الشفعة كما صرح به الشيخ و الحلي و الفاضل و الشهيدان و الكركي و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا و إن أشعر به ما في المفاتيح من نسبته إلى القيل.بل

عن ظاهر المبسوط و التذكرة الاجماع عليه حيث قيل فيهما: عندنا لأنه حق مالي كالخيار فينفذ فيه الصلح... كان ذلك منافيا للفورية، فتبطل و يبطل الصلح حينئذ"[٤٠].

والرأي الراجح في ترك الشفعة بالمصالحة بطلان الشفعة لأن هناك إجماعاً على هذه المسألة . تسقط حق الشفعة عندما يعجز الشفيع عن الثمن[٤١]. و لايسقط حق المطالبة الا أن يعجز الشفيع عن الثمن"[٤٢]. وتبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن إذا تأخر الشفيع في إعطاء الثمن للمشتري وبالمماطلة فإن حق الشفعة هو باطل . وتبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن و بالمماطلة[٤٣]. فاذا الشفيع تهرب من دفع الثمن بعد البيع حتى لا يعطي المشتري ثمنًا . فلا شفعة، حيث تبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن، وبالمماطلة وكذا لو هرب... بطلت شفعته[٤٤]. يعتبر في ثبوت الشفعة كون الشفيع قادرا على أداء الثمن فلا شفعة للعاجز عنه و إن أتى بالضامن أو الرهن إلا أن يرضى المشتري بالصبر، بل يعتبر فيه إحضار الثمن عند الأخذ بها [٤٥] . لو اطلع الشفيع على البيع فله المطالبة في الحال: و تبطل شفعته بالمماطلة و التأخير بلا داع عقلائي و عذر عقلي أو شرعي أو عادي، بخلاف ما إذا كان عدم الأخذ بها لعذر، و من الأعذار عدم اطلاعه على البيع و إن أخبر به غير من يوثق به[٤٦] . وبذلك فأن الشفعة من الحقوق تسقط بإسقاط الشفيع، بل لو رضي بالبيع من الأجنبي من أول الأمر أو عرض عليه شراء الحصة فأبى لم تكن له شفعة من الأصل، و في سقوطها بإقالة المتبايعين أو ردّ المشتري إلى البائع بعيب أو غيره وجه وجيه[٤٧]. لو تلفت الحصة المشتراة بالمرة بحيث لم يبق منها شيء أصلا سقطت الشفعة، و لو كان ذلك بعد الأخذ بها و كان التلف بفعل المشتري أو بغير فعله مع المماطلة في التسليم بعد الأخذ بها بشروطه ضمنه، و أما لو بقي منها شيء كالدار إذا انهدمت و بقيت عرصتها و أنقاضها أو عابت لم تسقط، فله الأخذ بها و انتزاع ما بقي منها من العرصة و الأنقاض مثلا بتمام الثمن من دون ضمان على المشتري، و لو كان ذلك بعد الأخذ بها ضمنه قيمة التالف أو أرش العيب إذا كان بفعله، بل أو بغير فعله مع المماطلة كما تقدم"[٤٨]. ويصح أن يصالح الشفيع المشتري عن شفعته بعوض و بدونه، و يكون أثره سقوطها، فلا يحتاج إلى إنشاء مسقط، و لو صالحه على إسقاطه أو على ترك الأخذ بها صح أيضا، و لزم الوفاء به، و لو لم يوجد المسقط و أخذ بها فهل يترتب عليه أثره و إن أثم في عدم الوفاء بما التزم أو لا أثر له؟ وجهان، أوجههما أولهما في الأول، بل في الثاني أيضا إن كان المراد ترك الأخذبها مع بقائها لا جعله كناية عن سقوطها[٤٩]. "و تسقط الشفعة بثلاثة عشر شيئا: بانتقال الملك بغير البيع و بذوات القيمة و بزيادة الشريك على اثنين و بتمييزه بجميع الحقوق و بإشراع باب المبيع إلى موضع آخر إذا وجبت الشفعة بالاشتراك في الطريق و بأن يكون الشريك كافرا و المبتاع مسلما و بقسمة الساقية بالمهاياة و بتبريك الشفيع على المتبايعين أو على أحدهما و بأن يشهد على البيع و أن يسكت عن طلب الشفعة مختارا و بإبائه عن الابتياع إذا عرض عليه بثمن معين و بيع بأكثر منه أو بمثله و إذا عرض عليه بالبيع من فلان و بيع منه و بيع نصيبه بعد ما علم بثبوت الشفعة قبل المطالبة بها و يعجز الشفيع عن الثمن و بالمدافعة بالثمن"[٥٠].

الفرع الثالث : اختلاف المشتري والشفيع في مقدار الثمن : ينبغي التنبيه قبل كل شيء إلى أن شهادة البائع هنا لا أثر لها ، ولا تقبل إطلاقا ، سواء أشهد مع المشتري ، أو مع الشفيع ، لأن المعيار لقبول شهادة الشاهد أن لا يكون الشيء المشهود به من فعله ، وبديهة أن الثمن المتنازع عليه قد جرى بين البائع والمشتري ، فلا تقبل شهادة فيه . ثم أن وجدت بينة شرعية تثبت قول المشتري ، أو الشفيع تعين العمل بها ، وإلّا فقد ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر إلى أن القول قول المشتري بيمينه ، لأنه لا يدعي شيئا على الشفيع ، وكل أمنيته أن يترك وشأنه، ومن هنا ينطبق عليه تعريف المنكر ، وهو ما لو ترك لم يترك ، هذا ، إلى أن المشتري مالك للمبيع ، ويده عليه ، والشفيع يريد انتزاعه منه ، وقد تسالم الجميع على أن الأصل أن لا يؤخذ المال ممن هو في يده إلّا بالبينة[٥١]. ان من الأصول المتسالم عليها أيضا ان التخاصم إذا وقع بين اثنين على الأقل والأكثر أخذ بقول من يدعي الأقل ، لأن الأصل عدم الزيادة ، ان هذا الأصل صحيح فيما إذا ادعى أحد المتخاصمين أن له في ذمة الأخر عشرة – مثلا – وقال المدعى عليه : بل لك عليّ خمسة، لا عشرة ، فيؤخذ بقول مدعي الأقل ، لأصل عدم الزيادة ، وهذا أجنبي عما نحن فيه ، لأن المفروض أن المشتري لا يدعي شيئا على الشفيع ، وانما الشفيع هو الذي يدعي الاستحقاق على المشتري [٥٢]، قال صاحب الجواهر :

"القول قول المشتري بيمينه ، لأنه هو الذي ينتزع الشيء من يده ، ولأنه هو أعرف بالعقد ، ولأنه الغارم ، ولأنه ذو اليد ، ولأنه الذي يترك لو ترك ، ولأن المشتري لا دعوى له على الشفيع ، إذ لا يدعي عليه شيئا في ذمته ، ولا تحت يده ، وانما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع ، والمشتري ينكره ، ولا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر أن يكون مدعيا ، وإن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدعي استحقاق ذلك على الشفيع ، ولا يطلب تغريمه إياه "[٥٣]. وكل هذا حقّ وصحيح ، ومع ذلك ينبغي أن لا يؤخذ بقول المشتري إذا وجدت قرائن تدل على اتهامه ، كما لو ذكر ثمنا باهظا جدا ، أكثر بكثير من الثمن المألوف والمعتاد ، إذا قال المشتري للشفيع : أنا غرست وبنيت بعد أن اشتريت فقال الشفيع : كلا ، بل كان الغرس والبناء قبل أن تشتري فالقول قول المشتري بيمينه ، لأن البناء والغرس ملك له ، والشفيع يدعي عليه الحق في تملكهما فعليه الإثبات [٥٤]. إذا ادعى أحد الشريكين أنّه باع نصيبه من أجنبي ، وأنكر الأجنبي ذلك ، وحلف اليمين سقطت دعوى الشريك ، ولكن هل للشريك الثاني أن يطالب شريكه الذي ادعى أنّه باع سهمه أن يطالبه بحق الشفعة ، لمكان اعترافه بالبيع ؟قال جعة من الفقهاء : له ذلك ، لحديث : "إقرار العقلاء على أنفسهم جائز "[٥٥]. وذهب آخرون منهم صاحب الجواهر ، إلى عدم ثبوت الشفعة في هذه الحال ، لأن ثبوتها فرع من ثبوت البيع ، والمفروض عدم ثبوته ، والإجماع والنص صريحان بأن الشفيع يأخذ من المشتري ، لا من البائع، أما إقرار البائع بأنه باع الأجنبي فلا أثر له إطلاقا بالنسبة إلى الشفيع ، بخاصة بعد أن سقطت دعواه ، إذا قال المشتري لمدعي الشفعة : أنت أجنبي ، ولست بشريك ، فلا شفعة لك فان كانت يد مدعي الشفعة على المبيع فالإثبات على المشتري ، وإلّا فعلى مدعي الشفعة أن يثبتها بالبينة[٥٦]. سبق أن الشفعة انما تثبت لمن كان شريكا حين البيع ، ويخرج سهمه عن ملكه قبل الأخذ

بالشفعة، وعليه فمن أراد أن يأخذ بالشفعة يجب أن يثبت أنّه كان مالكا عند البيع ، ويتفرع على ذلك أن أحد الشريكين إذا باع سهمه من زيد – مثلا – والشريك الآخر باع سهمه من عمرو ، وحصل البيع من الاثنين دفعة واحدة فلا شفعة لأحد المشتريين على الآخر ، للتساوي وعدم السبق . وإذا تقدم شراء أحدهما ، وتأخر شراء الآخر فالشفعة للسابق على اللاحق . وإذا ادعى السبق كل منهما ، ولا بينة تعيّن تاريخ بيعهما ، أو بيع أحدهما فكل منهما مدع ومنكر في آن واحد ، أي يدعي الشفعة لنفسه ، وينفيها عن غيره ، والحكم في المتداعيين هو التحالف[٥٧] ، فإذا حلف كل من المشتريين استقر ملكه على ما اشتراه ، وتكون النتيجة عدم الشفعة لكل منهما. وإذا طالب أحدهما بالشفعة دون الآخر فعلى مدعي الشفعة البينة ، وعلى الآخر اليمين ، لأن الشرط في ثبوت الشفعة هو سبق ملكية الشفيع ، كما أشرنا ، وبديهة أن مجرد الشك في وجود الشرط كاف لنفي المشروط ، ويكفي أن يحلف المنكر على نفي الشفعة ، ولا يطلب منه أن يحلف على أنّه السابق دون غيره ، لأن الغرض من الدعوى استحقاق الشفعة ، واليمين على نفي الاستحقاق يحقق الغرض المطلوب ، وهكذا في جميع الدعاوي لا يطلب من الحالف إلّا نفي موضوع الدعوى الذي يراد إثباته [٥٨].

المطلب الثاني : مسقطات حق الشفعة في القانون العراقي : اذا تم اثبات الشفعة فانها لا تبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع (المادة ١١٣٣) الفقرة (٢)مدني عراقي) ويترتب على ذلك انه اذا ثبتت الشفعة ثم مات الشفيع فان لورثته ان يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة التي يقررها القانون لطلب الشفعة اذا لم تكن الشفعة قد سقطت قبل وفاة مورثهم . حق لا يجوز التصرف فيه للغير :وهذا ما جاء في مضمون المادة فليس لأحد من الشفعاء ان يتصرف بحق شفعته للغير بمقابل او بدون مقابل فلو باع الشفيع حق شفعته لأجنبي او الشفيع اخر بمقابل معلوم فان الاشفعة تسقط بلا بدل ويكون البيع باطلا لان البيع مبادلة مال بمال وحق الشفعة لا يجوز تمليكه فتسقط الشفعة ولا يلزم المشتري بالمقابل. وليس لأحد من الشفعاء ان ينزل عن حقه لأجنبي او لشفيع آخر. فان فعل سقط حقه وهذا ما جاء في المادة(٢/١١٣٦). وقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الاول : نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة : قد يتنازل الشفيع عن حق الشفعة صراحة أو دلالة قبل البيع فيسقط حق الشفعة . أن الشفعة هي استثناء تقررت على خلاف الأصل في حرية التملك وحق التملك بحرية لذلك أجازت التشريعات نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة وبذلك فقد ورد النص على سقوط الحق بالشفعة في مجلة الأحكام العدلية أما في مجلة الأحكام العدلية فقد نصت المادة (١٠٢٤) على ذلك بقولها "يشترط أن لا يكون الشفيع قد رضي بعقد البيع الواقع صراحة أو دلالة مثلا إذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب يسقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك".

الفرع الثاني : أنقضاء ستة أشهر من تمام البيع :أنقضاء ستة أشهر من تمام البيع في السجل العقاري ، وهذه المدة مدة سقوط لا تقادم ولهذا لا تقف بالعذر ولا تنقطع وتسري

بحق المحجورين والغائبين [٥٩]فإذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، أي من يوم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، سقط حق الشفيع في الشفعة . ويسري هذا الحكم حتى في حق الشفيع المحجور أو الغالب [٦٠]. ويبدو ان هذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم ، ولذلك فهي لا تقبل الموقف أو الانقطاع.

الفرع الثالث : عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة : يقصد بإجراءات الشفعة الاعمال 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 ان يتمسك بهذا الحق الضعيف ان يتبع الاجراءات 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 فعل هذا الاخير ان يتخذ اجراءات معينة ليصل إلى أخذ العقار بالشفعة بحكم من القاضي. وهذه الاجراءات التي رسمها القانون المدني العراقي في المواد القانونية [٦١] تتخلص بالإعلان عن الرغبة ، ثم برفع الدعوى ، ثم بايداع نصف الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة . ويلاحظ ، بصورة عامة ، بأن هذه الاجراءات لا تختلف اختلافاً جوهرياً عن الاجراءات المقررة في مجلة الاحكام العدلية ، فيما عدا ما توخاه القانون المدني العراقي من ضبط هذه الاجراءات من الناحية الشكلية وتحديدها بمواعيد معينة [٦٢]. وهذا ما سوف نبينه على النحو الاتي:

أولاً : الاعلان عن الرغبة : تقضي المادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقي بأنه : "على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دارة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انذاره بالبيع انذاراً رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ...". فإذا تم الانذار الرسمي ، من البائع أو المشتري ، فيجب على الشفيع إذا اراد اخذ المبيع بالشفعة ، ان يبادر بطلبها باعلان يوجهه إلى كل من البائع والمشتري ، فلا يكفي ان يوجع هذا الاعلان إلى احدهما بدون الآخر ، أو إلى (التسجيل العقاري) التي يقع العقار المبيع ضمن دائرتها ويجب ان يتم الاعلان عن الرغبة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة. ولا يسري هذا الميعاد إلا من تاريخ الانذار الرسمي ولو كان الشفيع يعلم بالبيع قبل الانذار [٦٣] ، ان يكون اعلان الرغبة بطريق رسمي ، أي بواسطة الكاتب العدل ، فيصح اذن ان يوجه هذا الاعلان عن أي طريق آخر كان يكون بخطاب عادي أو مسجل ، ولو ان المفضل ان يتم هذا الاعلان بطريق رسمي تيسيراً للأثبات وقطعاً للمنازعات. وطلب الشفعة بإعلان عن الرغبة يفترض علم الشفيع بحصول البيع وبشروطه علماً كافياً ، ولهذا نجد ان العبارة الأخيرة من المادة (١١٣٨) أوجبت ان يتضمن الانذار الذي يوجه إلى الشفيع "بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل اقامته وإلا كان الانذار باطلا " . ويبقى حق الشفيع في طلب الشفعة قائماً لمدة سنة اشهر من تاريخ تمام البيع ١١٣٤ ف ومدني عراقي . وكذلك الحكم إذا لم يوجه البائع او المشتري الانذار إلى الشفيع.

ثانياً : رفع دعوى الشفعة : فإذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة ، فعل الشفيع ان يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ اعلان رغبته ، وإلا سقط حقه المادة (١١٣٩). وإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب على الشفيع ان يختصهم جميعاً ، وإذا توفى احدهم فعليه ان يختصم ورثته. والعلة في اشتراط القانون لقبول دعوى الشفعة ان ترفع هذه الدعوى على البائع والمشتري معاً هي ان الاخذ بالشفعة تحويل للحقوق والالتزامات الناشئة بين البائع والمشتري بسبب البيع إلى ما بين البائع والشفيع "فهي عملية قانونية تدور بين خصوم ثلاثة كل واحد منهم خصم قانوني فيتحتم اختصامهم جميعاً في جميع مراحل الدعوى لكل يكون الحكم الصادر واحداً بالنسبة إلى الشفيع والبائع والمشتري "[١٤]. ويلاحظ بأن المشرع قد اعتبر دعوى الشفعة من الدعاوي المستعجلة (م١١٣٩ ف٢) التي يجب الفصل فيها على وجه السرعة. كما ان زوال ملك الشفيع يسقط حق الشفيع في الشفعة بزوال ملكه أو بتخلف شرط من الشروط اللازمة لثبوت الشفعة في الفترة ما بين انعقاد البيع وتمام الأخذ بالشفعة. فإذا زال ملك الشفيع قبل الحكم بها أو التراضي عليها سقط حقه في الشفعة ، إذ يشترط ان يكون الشفيع مالكاً بها او التراضي عليها سقط حقه في الشفعة ، إذ يشترط ان يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مالكاً له إلى حين حكم القاضي له بالشفعة أو التراضي على التسليم بها. فلو باع الشفيع حصته التي يشفع بها أو وقفها على نفسه وأولاده من بعده أو على جهة خيرية ، سقط حقه في الشفعة لزوال سببها[١٥].

ثالثاً : ايداع نصف الثمن الحقيقي : تنص المادة(١١٤٠) من القانون المدني على انه : "على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فان لم يتم الايداع سقطت شفعته. فيجب على الشفيع ان يودع صندوق المحكمة التي يقع العقار المشفوع في دائرتها نصف الثمن الحقيقي عند اقامة الدعوى ، ويجب ان يتم الإيداع خلال المدة المقررة قانونياً ، وإلا سقط حقه في الشفعة. والإيداع اجراء استحدثه المشرع العراقي في القانون المدني ، حيث لم يكن يشترط في ظل مجلة الاحكام العدلية ان يحضر الشفيع ثمن العقار المشفوع وقت الدعوى ، لأن لزوم الثمن يكون بعد الحكم ، إذ يكون عندئذ الشفيع والمشفوع منه بمنزلة البائع والمشتري [١٦]. ويجب ان يتم ايداع نصف الثمن الحقيقي فعلاً ، ولا يغني عنه عرض الشفيع نص الثمن عرضاً حقيقياً . فيجب ان يتم الايداع في المدة المقررة حتى لو كان الثمن مؤجلاً فيما بين البائع والمشتري ، كما لا يصح ان يقتصر الإيداع على جزء من الثمن حتى ولو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري. والسبب في اشتراط الإيداع الفعلي لقبول دعوى الشفعة هو ضمان جدية طلب الشفعة من جهة ، والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من جهة أخرى ، ..... الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه. وإذا كان القانون يشترط لقبول دعوى الشفعة أن يودع الشفيع صندوق المحكمة نصف (الثمن الحقيقي) الذي حصل به البيع ، فما المقصود بعبارة (الثمن الحقيقي).الثمن الحقيقي هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه

حقيقة بين البائع والمشتري . ولكن ماذا يكون موقف الشفيع إذا كان الثمن المذكور في عقد البيع صورياً ؟ هل يكون له . بمقتضى القواعد العامة وباعتباره من الغير [١٧] ان يثبت صورية الثمن الوارد في العقد وبتسمك الثمن الحقيقي وبودع نصفه صندوق المحكمة ؟ غير ان المادة(١٤٩) حالت دون ذلك فقد قضت بأنه : "لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري (حلت عبارة "التسجيل العقاري" محل "الطابو" بموجب المادة(٣٣٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١. كما ورد اسم "دائرة التسجيل العقاري" في المادة الثانية من قانون وزارة العدل رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٧. كما قضت محكمة التمييز بأن الثمن الحقيقي "هو الدل الذي حصل الاتفاق عليه والذي سجل بدائرة التسجيل العقاري" [١٨].

ويلاحظ بأن القانون لم يلزم الشفيع إلا بإبداع نصف الثمن الحقيقي . ولم يلزمه بإبداع المصاريف . علماً بأن هذه المصاريف غالباً ما يتعذر على الشفيع ان يعلم بها مبدئياً [١٩].

الفرع الرابع ــ موت الشفيع و زوال ملكه : يسقط حق الشفعة اذا مات الشفيع بعد البيع وقبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة حيث انه حق لا يورث اما بعد اعلان الرغبة او بعد رفع الدعوى فيحق للورثة الاستمرار في الدعوة حتى نهايتها[٧٠]. إذا انتهى حيازة الشفيع للشفعة قبل اكتمال الشفعة . يسقط حقه في أخذ الأولوية . بشرط أن يكون الشفيع هو المالك وقت البيع ويبقى كذلك حتى اكتمال الشفعة [٧١].إذا ذهب أحد شروط طلب الشفعة . كأن يبيع الوسيط أملاكه قبل أن يطلب الشفاعة . لم يعد له الحق في ذلك وفق الشريعة الإسلامية أو إذا انقطعت منزلة الجار عن الشفيع بمنع الالتصاق بشق طريق عام بين ملكه والأرض التي يرغب في أخذها . حيث يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع [٧٢]وإذا استمر في كونه مالكًا حتى يقرر القاضي الشفعة أو الموافقة إذا باع الشفيع نصيبه الذي يشفع به . أو أوقفه على نفسه وذريته . أو وقف على جمعية خيرية يسقط حقه في الشفعة بزوال سببها[٧٣]. إذا ثبتت الشفعة فانها لا تبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع ويترتب على ذلك انه اذا ثبتت الشفعة ثم مات الشفيع فان لورثته ان يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة التي يقررها القانون لطلب الشفعة اذا لم تكن الشفعة قد سقطت قبل وفاة مورثهم[٧٤].

المبحث الثاني : المقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون العراقي : بعد ان تناولنا مسقطات الشفعة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي توصلنا الى مجموعة من المشتركات والاختلافات بين الفقه والقانون وقسمنا المبحث الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول: المشتركات بين القانون العراقي والفقه الاسلامي وتناولنا في المطلب الثاني : المطلب الثاني : المفترقات بين القانون العراقي والفقه الاسلامي.

المطلب الاول : المشتركات بين القانون العراقي والفقه الاسلامي : لقد تناولنا في المطلب الاول المشتركات بين القانون العراقي والفقه الاسلامي في مجال مسقطات الشفعة وحددنا المطلب بفرعين

الفرع الاول : المشتركات في شروط المال المشفوع فيه : تناول المشرع العراقي شروط المال المشفوع والمشفوع فيه في المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي . حينما نص على أن "

ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقاراً – ملوكا ، وجاء هذا الشرط متوافقاً مع الفقه الاسلامي الذي اتخذ من المال المشفوع ان يكون عقار مملوكاً. اعتمد القانون العراقي المدني في وضع مواد الشفعة بشكل رئسيي على الفقه الاسلامي، ولذا نجد ان مسقطات الشفعة في القانون والفقه قد تكون بسبب وجود موانع تمنع ثبوت حق الشفعة ، ومن خلال متابعة المصطلحات التاريخية نجد ان الشفعة اصطلاح خاص بالشريعة الاسلامية جاءت في احاديث رسول الله (صلى الله عليه واله).

الفرع الثاني : المشتركات في مسقطات الشفعة : بعد الاطلاع على مسقطات الشفعة في الفقه والقانون نجد هناك توافق بين القانون والفقه بأسقاط الشفعة بالتنازل قد يتنازل الشفيع عن حق الشفعة صراحة أو دلالة قبل البيع فيسقط حق الشفعة إذا صالح المشتري مثلا الشفيع على ترك الشفعة صح و بطلت الشفعة لم يجد أي اعتراض في هذه القضية في الفقه. ويشترك القانون المدني مع الفقه الاسلامي ببطلان وسقوط الشفعة عند عدم قيام الشفيع بإجراءات الشفعة في القانون العراقي والفقه الاسلامي وتتمثل اجراءات الشفعة بالاعلان عن الرغبة و رفع دعوى الشفعة وايداع نصف الثمن الحقيقي . ما ان التوافق ملحوظ في القانون العراقي والفقه الاسلامي باسقاط حق الشفعة عندما يعجز الشفيع عن الثمن وساير القانون الفقه الاسلامي في مسألة اسقاط الشفعة بالتلف لو تلفت الحصة المشتراة بالمرة بحيث لم يبق منها شيء أصلا سقطت الشفعة. ويتوافق القانون والفقه الاسلامي بان تسقط الشفعة بكلّ ما يعدّ تقصيراً أو توانياً في الطلب ، ويختلف الفقه مع القانون في تحديد مدة الاعلان او ابلاغ الشفيع حيث حددها الفقه الاسلامي بثلاثة ايام بينما حددها القانون العراقي بثلاثين يوماً. كما يتوافق القانون والفقه في اسقاط حق الشفعة اذا عجز الشفيع عن دفع الثمن وكذلك تسقط الشفعة في القانون والفقه عند اختلاف المشتري والشفيع فى مقدار الثمن.

وقد ساير القانون العراقي الفقه الاسلامي في سقوط الشفعة عند جهل قدر الثمن ولو جهلا قدر الثمن أو أخّر المطالبة لبُعده عن المبيع حتّى يصل إليه أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعيّن أو تلفه قبل قبضه على إشكال. وهناك انسجام بين القانون والفقه في اسقاط حق الشفعة بموت الشفيع او زوال ملكه. وفيما يرتبط في حق الشفعة في الميراث فان القانون المدني العراقي قد ساير الفقه الاسلامي في سير حق الشفعة في الميراث اذا ثبتت الشفعة ثم مات الشفيع فان لورثته ان يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة التي يقررها القانون لطلب الشفعة اذا لم تكن الشفعة قد سقطت قبل وفاة مورثهم وفق لمادة(١١٣٣ الفقرة/ ٢) من القانون المدني العراقي . ويتوافق القانون العراقي مع الفقه الاسلامي في ثبوت الشفعة للغائب والقاصر والمجنون من خلال المطالبة بالشفعة بواسطة وكيله او الوصي .

المطلب الثاني : المفترقات بين القانون العراقي والفقه الإسلامي : لقد تناولنا في المطلب الاول المفترقات بين القانون العراقي والفقه الاسلامي في مجال مسقطات الشفعة في العقار والشفعة وتطلبتقسيم المطلب الى ثلاثة فروع :

الفرع الاول : ثبوت الشفعة في العقار: لقد ورد القانون العراقي المدني في المادة (١١٣٣/ فقرة ٢) لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار وبذلك حصر ثبوت الشفعة بالعقار وبذلك هو يفترق عن الاتجاه الثاني من الفقه الامامي الذي الى ثبوت الشفعة بالمنقول حيث اتجه الفقهاء الامامية الى ثبوت الشفعة في كل شيء سواء كان منقول او غير منقول[٧٥] واستدلوا برواية عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الشفعة لمن هي ؟ وهل في الحيوان شفعة ؟ وكيف هي ؟ فقال : الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما ، فان زادوا على اثنين ، فلا شفعة لأحد منهم [٧٦]. اما المالكية والحنابلة فاستدلوا بما جاء عن جابر عن النبي (صلى الله عليه واله) قضى رسول الله (صلى الله عليه واله) بالشفعة في كل شيء[٧٧].وما روى عن ابن عباس عن النبي (صلى الله عليه واله) : الشريك شفيع والشفعة في كل شيء[٧٨].وان وجه الاستدلال في لفظ كل شيء من الفاظ العموم فيشمل المنقول وغير المنقول [٧٩]. كون الضر الذي يحدث للشريك في العقار يحدث كذلك للشريك في المنقول [٨٠]. حيث ان الضرر الذي يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة على خلاف ما لا يقبل القسمة فالعقار يقبل القسمة والمنقول لا يقبل القسمة فرفع الضرر في العقار المنقول من باب اولى [٨١]. وبعد ان بينا حكم الشفعة بالمنقول او ثبوت الشفعة بالمنقول ، نجد ان الحكمة من تقرير الشفعة هو دفع الضرر الذي قد يحدث للشريك (الشفيع) من الاجنبي المشتري أي تقليل من عدد الشركاء للتخلص من ضرر الشراكة او منع دخول اجنبي في الشركاء في الشيء الشائع ، فاذا كانت الحكمة من الشفعة متحققة في العقار و المنقول فما هو المانع من الاخذ بالشفعة بالمنقول. وهناك رأي لدى بعض الفقهاء يتثبت فيه الشفعة في الأرضين كالمساكن ، والعراص ، والبساتين إجماعاو تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان [٨٢]. أما الشجر والنخل والأبنية ، فتثبت فيه الشفعة تبعا للأرض أي : إذا بيعت مع الأرض التي هي عليها (أفرد) أي : بيع وحدها بدون الأرض التي تحتها (على القولين) القول بالشفعة في كل شئ ، والقول بالشفعة في الأرض فقط[٨٣]. وفي هذه الحالة لا يتوافق القانون المدني مع هذا الرأي من الفقه في ثبوت حق الشفعة في المنقول انما يثبتها في العقار فقط.

الفرع الثاني : سقوط الشفعة بالحيلة : لم يوجد نص صريح في القانون المدني العراقي يعالج اسقاط الشفعة حيلة انما ترك الامر للقضاء الذي استقر على عدم اسقاط الشفعة من خلال الحيلة وحرمان الشفيع من حقه فيها، ويخالف هنا الفقه الاسلامي الذي يجوز فيه اسقاط الشفعة بالحيلة . يجوز استعمال الحيل بالمباح مطلقا فإذا أراد أن يشترى الحصة ولا يلزمه شفعة أمكنه أن يشتريه بثمن مشاهد لا يعلمان قدره ولا قيمته إذا لم يكن من المكيلات والموزونات ثم يخرجه عن ملكه بتلف أو غيره بحيث لا يتمكن من العلم به وقت المطالبة بالشفعة فإذا طولب بالشفعة وتعذر عليه معرفة الثمن سقطت الشفعة[٨٤].

الفرع الثالث : سقوط ميراث الشفعة : لم يتوافق القانون العراقي مع بعض اراء الفقه الاسلامي في ورثة الشفعة حيث اختلف الفقهاء في أن الشفعة هل تورث أم لا فقال السيد

المرتضى ومن تبعه إنها تورث ولا تسقط بموت مستحقه ولا بترك مطالبته لأنه حق يتعلق بالمال فكان موروثا كغيره من الحقوق المالية (٨٥).

الخاتمة

بعد ان انتهينا من اكمال البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج وقدمنا مجموعة من المقترحات وفقا لما ياتي:

اولا ـ النتائج

١ـ ان الفقه الاسلامي والقانون العراقي عدة التقصير او التأخير في طلب الشفعة تسقط بكلّ ما يعدّ تقصيراً أو توانياً في الطلب .

٢ـ لقد انقسم الفقه بشأن هل تسقط الشفعة في الورثة ام لا فبعضهم اسقطها والاخر اثبتها اما القانون العراقي فقد اثبت الشفعة اذا كانت ثابتة بموت الشفيع.

٣ ـ ان الشفعة تسقط في الفقه والقانون العراقي اذا لم يكن المبيع عقارا وتسقط الشفعة في المنقولات .

٤ـ ان الشفعة تسقط بالحيلة في اغلب اراء الفقه الاسلامي بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا .

٥ ـ وفق الدراسة نجد ان القانون العراقي استمد احكامه في الشفعة ومسقطاتها من الشريعة الاسلامية ، باعتبارها المصدر التاريخي والمادي لحق الشفعة.

ثانياً ـ المقترحات

١ـ نقترح على المشرع العراقي اعادة النظر في النصوص القانونية لحقوق الشفعة وخاصة في الصورة الحديثة لها نتيجة التطور الحاصل في التكنلوجيا والتطور العمراني وخاصة في مجال الشقق والطوابق حيث هناك منافع مشتركة بين الشركاء كالسلم والكهرباء والماء والاتصالات وموقف السيارات وغيرها تحتاج الى نصوص قانونية تضمن فيها دفع الضرر عن الشفيع او الشريك من خلال حق الشفعة .

٢ـ ندعو المشرع الاسلامي في اعادة النظر في موضوع اسقاط الشفعة بالحيلة كونها من وسائل الخداع التي يسهل ممارستها في الظروف والعصر الحالي مما يسبب ضياع لحقوق الاخرين.

الهوامش

١ ـ كاشف الغطاء ، محمد حسين ، تحرير المجلة ، المصدر السابق ، ج١، ص٣٧.

٢ ـ العاملي ، السيد محمد جواد ، مفتاح الكرامة ، تحقيق: الشيخ محمد باقر الخالصي، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ،قم، ١٤٢٨ه، ج١٨ ، ص٦٧٠.

٣ ـ المصدر السابق ، ج١٨ ، ص٦٧٠.

٤ ـ العلامة الحلي ، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٨ه. ج٢، ص٢٥٧

٥ ـ المصدر السابق، ج٢، ص٢٥٧.

٦ ـ المصدر السابق ، ج٢، ص٢٥٧.

٧ ـ المصدر السابق ، ج٢، ص٢٤٤.

٨ ـ المصدر السابق ، ج٢، ص٢٤٤.

٩ ـ المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٤٤.

١٠. الطوسى، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط، ج ٣، ص ١٤١- ١٤٢؛ الحلّى، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر ، ج ٢، ص ٣٩٣؛ المحقق الحلّى، نجم الدين، المختصر النافع، ص٢٥٠ ؛ العلامة الحلّى، الحسن بن يوسف، تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٣٢٦؛ العلامة الحلي، الحسن بن يوسف، تحرير الأحكام ، ج ٤، ص ٥٩١ ؛ العلامة الحلي، الحسن بن يوسف، تبصرة المتعلّمين، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، الشيخ هادي اليوسفي، مؤسسة الاعلمي، بيروت، د.ت، ص٩٨.؛ المحقق الحلّى، محمد بن حسن بن يوسف، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد ، ج ٢، ص ٢١٨؛ السيورى، مقداد بن عبد اللّه، التنقيح الرائع مختصر الشرائع، تحقيق: عبد اللطيف الحسيني، ط١، طبعة الخيام، قم، ١٤٠٤ه، ج ٤، ص ٩٣؛ المحقق الكركى، على بن حسين، جامع المقاصد، ج ٦،ص ٤٤٠؛ الشهيد الثانى، زين الدين بن على، مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ٣٦١ ؛ الفيض الكاشانى، محمد محسن مرتضى، مفاتيح الشرائع، ج ٣، ص ٨٠ .

١١. العلامة الحلي ، الحسن بن يوسف، إرشاد الأذهان ، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة ، ١٤١٠هـ ، ج ١، ص٣٨٧ ؛ الاردبيلى، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان ، تحقيق : الحاج آغا مجتبى العراقي ، الشيخ علي پناه الاشتهاردي ، الحاج آغا حسين اليزدي الأصفهاني، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، ١٤٢٢هـ، ج ٩ ،ص٤٤ ؛ المحقق الحلّى، نجم الدين، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام ، تحقيق : السيد صادق الشيرازي،ط٣، أمير ، قم ، ١٤٠٩هـ ، ج ٢، ص١٦٦- ١٦٧

١٢ ـ المصدر المصدر السابق ، ج٣، ص٢١١

١٣. الشهيد الاول، محمد بن مكى، الدروس الشرعية ، ج ٣ ،ص٣٦٨- ٣٦٩.

١٤. العلامة الحلّى، الحسن بن يوسف ، مختلف الشيعة ، تحقيق : مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، ١٤١٥هـ ، ج ٥ ،ص٣٤٩- ٣٥٠.

١٥ ـ العميدى، عميد الدين بن محمد اعرج ، كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد ، مؤسسة المكتب الاسلامي ، قم ، د.ت ، ج ١ ،ص٦٩٨

١٦ ـ المحقق الكركى، على بن حسين، جامع المقاصد في شرح القواعد ، في شرح القواعد، تحقيق : مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، ط١، مطبعة مهر ، قم ، ١٤١٠هـ .، ج٦، ص٤٤٠

١٧ ـ العاملى، سيد جواد بن محمد ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، المصدر السابق ، ج١٨، ص٦٧٧.

١٨ ـ المصدر السابق ، ج١٨، ص٦٧٨.

١٩ ـ النجفى، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، في شرح شرائع الاسلام ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ١٤٠٤ هـ، ج٣٧، ص٤٠٨.

[٢٠] ـ العاملى، سيد جواد بن محمد ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، المصدر السابق ، ج١٨، ص٦٧٩.

[٢١] ـ المصدر المصدر السابق ، ج١٨ ، ص٦٧٩.

[٢٢] ـ الحصكفي ، محمد بن علي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ج٥، ص١٧٠.

[٢٣] ـ مغنية ، محمد جواد ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) ، ط ١، انتشارات قدس محمدي، قم ، د.ت.، ج٤ ، ص١٤٢.

[٢٤] ـ المصدر المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٢.

[٢٥] ـ المصدر المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٢.

[٢٦] ـ النجفى، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، المصدر السابق ، ج٣٧، ص٤٣٢.

[٢٧] ـ العاملى، سيد جواد بن محمد حسينى، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، المصدر السابق ، ج١٨، ص٦٨١.

[٢٨] ـ المحقق الحلّى، نجم الدين جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام ، المصدر السابق ، ج٣، ص٢١٠،

[٢٩] ـ النجفى، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، المصدر السابق ، ج٣٧، ص٤٠٧.

[٣٠] ـ العاملى، سيد جواد بن محمد حسينى، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، المصدر السابق ، ج١٨، ص٦٨١.

[٣١] ـ المصدر المصدر السابق ، ج١٨ ، ص٦٨١.

[٣٢] ـ العلامة الحلّى، الحسن بن يوسف ، قواعد الأحكام ، المصدر السابق ، ج٢، ص٢٥٨،

[٣٣] ـ المحقق الحلّى، نجم الدين جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام ، المصدر السابق ، ج٣، ص٢٠٩.

[٣٤] ـ الشهيد الاول، محمد بن مكى، الدروس الشرعية في فقه الاماميه ، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، د.ت، ج٣، ص٣٦٧.

[٣٥] ـ الشهيد الثانى، زين الدين بن على، مسالک الأفهام مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام ، مسالک الأفهام مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام ، ، تحقيق : مؤسسة المعارف الإسلامي،ط١، مؤسسة المعارف الإسلامية ، قم ، ١٤١٤هـ ، ج١٢، ص٣٤٤

[٣٦] ـ العلامة الحلّى، الحسن بن يوسف ، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام ، المصدر السابق ، ج٢، ص٢٥٨؛ العاملى، سيد جواد بن محمد حسينى، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، المصدر السابق ، ج١٨، ص٦٨٨

[٣٧] ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، ج٢ ،ص ٧٨٨.

[٣٨] ـ الطوسى، محمد بن حسن ، الخلاف ، ج٣، تحقيق: علي الخراساني وجواد الشهرستاني ومحمد طه نجف، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، ١٤١٧ه، ص٤٥٦

[٣٩]. المحقق الحلي، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام ، المصدر السابق ، ج٣، ص٢٠٨.

[٤٠]- النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، المصدر السابق ،ج٣٧،ص٤٠٣-٤٠٦.

[٤١]- الطوسي، محمد بن على بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة ، ط١ ، منشورات مكتبة أية الله العظمى المرعشي النجفي، قم ، ١٤٠٨ه. ، ص٢٥٨.

[٤٢]- الحلبي، ابو الصلاح، تقى الدين بن نجم الدين ، الكافي في الفقه ، تحقيق : رضا أستادي ، مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي (ع) العامة ، اصفهان، د.ت ، ص٣٦١،

[٤٣]- المحقق الحلي، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام ، المصدر السابق ، ج٣، ص٢٠١ .

[٤٤]- المحقق الحلي، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام ، المصدر السابق ، ج٣، ص٢٠١ ؛ النجفى،محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، المصدر السابق ، ج٣٧، ص٢٨٢ ؛ الشهيد الثانى، زين الدين بن على، مسالك الأفهام ، المصدر السابق ، ج١٢،ص٢٨٥.

[٤٥]- الخمينى، سيد روح اللّه موسوى، تحرير الوسيلة ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، د.ت.، ج١، ص٥٥٦.

[٤٦]- المصدر المصدر السابق ، ج١، ص٥٥٨ .

[٤٧]- المصدر السابق ، ج١، ص٦٣٢.

[٤٨]- المصدر السابق ، ج١، ص٦٣٣،

[٤٩]- المصدر السابق ، ج١، ص٦٣٤.

[٥٠]- الطوسى، محمد بن على بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة ، المصدر السابق ، ص٢٥٨،

[٥١]- مغنية ، محمد جواد ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٣.

[٥٢]- المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٧.

[٥٣]- المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٣.

[٥٤]- المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٧.

[٥٥]- المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٨.

[٥٦]- المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٨.

[٥٧]- المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٨.

[٥٨]- المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٤٨.

[٥٩]- المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي .

[٦٠]- المادة (١٣٤ /م) من القانون المدني العراقي .

[٦١]- المواد (١١٣٨ – ١١٤٠) من القانون المدني العراقي .

[٦٢]- المواد ١٠٢٩ – ١٠٣٥ من مجلة الاحكام العدلية . لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، مجلة الاحكام العدلية ، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي

[٦٣] ـ المادة(١١٣٤) من قانون المدني العراقي .

[٦٤] ـ قرار محكمة التمييز في ١٩٦٨/٣/٢ منشور في مجلة القضاء العدد الثاني السنة ٣٣ ص١٠٧.

[٦٥] ـ البشير ، محمد طه ،غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، المصدر السابق ، ج١، ص١٩٣-١٩٤

[٦٦] ـ حيدر علي ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ط١ ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩١، ج٢ ، ص٧١٩ .

[٦٧] ـ المادة(١٤٧) من القانون المدني العراقي .

[٦٨] ـ قرار محكمة التمييز الصادر في ١٩٦٨/١/١٥ ، منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، ص٢٩٥، وزارة العدل ، العراق.

[٦٩] ـ قرار محكمة التمييز الصادر في ١٩٥٥/١٠/١٤ ، منشور في مجلة القضاء العدد الأول سنة ١٩٥٦ ، ص٨٨ ، وزارة العدل ، العراق.

[٧٠] ـ عبد الحليم ، عبد رضا ، الحقوق العينية الاصلية المصدر السابق، ص٢٤٨.

[٧١] ـ المصدر السابق ، ص٢٢٧.

[٧٢] ـ مرسي ، محمد كامل ، الملكية والحقوق العينية ، ط٣، مطبعة نوري ، مصر ، ١٩٣٦، ص ٣٢٣ - ٣٢٤

[٧٣] ـ البشير ، محمد طه ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة جامعة الموصل ، ١٩٨٢، ص ١٩٥

[٧٤] ـ المادة(١١٣٣ الفقرة/ ٢) من القانون المدني العراقي .

[٧٥] ـ الطوسي ، ابو جعفر، النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ، انتشارات قدس محمدي ، قم ، د.ت ، ص٤٢٣.

[٧٦] ـ العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، تحقيق : مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، ط١، مطبعة ستاره ، قم ، ١٤٢٢هـ، ج١٢، ص١٩٥.

[٧٧] ـ ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله ، الاستذكار ، تحقيق: سالم محمد عطا ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠، ج٧ ، ص٦٨.

[٧٨] ـ البيهقي ، احمد بن الحسن ، معرفة السنن والاثار، دار الكتب العلمية ، بيروت ،د.ت، ج٤، ص٤٩٥.

[٧٩] ـ الشوكاني ، محمد بن علي ، نيل الاوطار ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٦، ج٦، ص٨٠.

[٨٠] ـ الشيخ السيد سابق ، فقه السنة ، ط١، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧١، ج٣، ص٢١٥.

[٨١] ـ الديبان، محمد ديبان ، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، ط١، مكتبة فهد الوطنية ، الرياض ، د.ت، ج١٠، ص٣٢٢.

[٨٢] ـ المحقق الحلي ، الحسن بن يوسف، شرائع الإسلام، المصدر السابق ، ج٤، ص٧٧٦.

[٨٣] ـ المصدر السابق، ج٤، ص٧٧٦.

[٨٤] ـ العلامة الحلي ، الحسن بن يوسف ، تذكرة الفقهاء ، المصدر السابق ، ج ١، ص٦٠٩.

[٨٥]- المصدر السابق ، ج١ ، ص٦٠٠.

مراجع البحث

١ . الاردبيلي، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان ، تحقيق : الحاج آغا مجتبى العراقي ، الشيخ علي پناه الاشتهاردي ، الحاج آغا حسين اليزدي الأصفهاني، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، ١٤٢٢هـ.

٢ . البشير ، محمد طه ، غني حسون طه ، ألحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة جامعة الموصل ، ١٩٨٢.

٣ . البيهقي ، احمد بن الحسن ، معرفة السنن والاثار، دار الكتب العلمية ، بيروت ،د.ت

٤ . الديبان، محمد ديبان ، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، ط١، مكتبة فهد الوطنية ، الرياض ، د.ت

٥ الحصكفي ، محمد بن علي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢

٦ . حيدر علي ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ط١ ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩١.

٧ . الحلبي، ابو الصلاح، تقي الدين بن نجم الدين ، الكافي في الفقه ، تحقيق : رضا أستادي ، مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي (ع) العامة ، اصفهان، د.ت

٨ . الطوسي، محمد بن حسن ، الخلاف ، تحقيق: علي الخراساني وجواد الشهرستاني ومحمد طه نجف، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، ١٤١٧ه

٩ الطوسي ، ابو جعفر، النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ، انتشارات قدس محمدي ، قم ، د.ت.

١٠ . العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، تحقيق : مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، ط١، مطبعة ستاره ، قم ، ١٤٢٢هـ

١١ . الطوسي، محمد بن علي بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة ، ط١ ، منشورات مكتبة أية الله العظمى المرعشي النجفي، قم ، ١٤٠٨ه.

١٢ لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، مجلة الاحكام العدلية ، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

١٣ . مرسي ، محمد كامل ، الملكية والحقوق العينية ، ط٣، مطبعة نوري ، مصر ، ١٩٣٦

١٤ . المحقق الحلّي، نجم الدين، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام ، تحقيق : السيد صادق الشيرازي،ط٣، أمير ، قم ، ١٤٠٩هـ .

١٥ . المحقق الكركي، علي بن حسين، جامع المقاصد في شرح القواعد، تحقيق : مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، ط١، مطبعة مهر ، قم ، ١٤١٠هـ .

١٦ . مغنية ، محمد جواد ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) ، ط ١، انتشارات قدس محمدي، قم ، د.ت.

١٧ . النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ١٤٠٤ هـ.

١٨ . العاملي ، السيد محمد جواد ، مفتاح الكرامة ، تحقيق: الشيخ محمد باقر الخالصي، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ،قم، ١٤٢٨ه

١٩ ـ العلامة الحلي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٨ه.
٢٠ . العلامة الحلي، الحسن بن يوسف، إرشاد الأذهان، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، ١٤١٠هـ
٢١ . العلامة الحلّى، الحسن بن يوسف ، مختلف الشيعة، تحقيق : مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، ١٤١٥هـ
٢٢ ـ العميدى، عميد الدين بن محمد اعرج، كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، مؤسسة المكتب الاسلامي، قم، د.ت.
٢٣ ـ ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠
٢٤ . الشهيد الاول، محمد بن مكى، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، مركز الدراسات الاسلامية، قم، د.ت.
٢٥ الشهيد الاول، محمد بن مكى، الدروس الشرعية في فقه الاماميه، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، د.ت
٢٦ ـ الشهيد الثانى، زين الدين بن على، مسالك الأفهام مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، ، تحقيق : مؤسسة المعارف الإسلامي،ط١، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٤هـ
٢٧ ـ الشوكاني، محمد بن علي، نيل الاوطار، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٦
٢٨ ـ الشيخ السيد سابق، فقه السنة، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧١
٢٩ ـ الخمينى، سيد روح اللّه موسوى، تحرير الوسيلة، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، د.ت.

- التشريعات

٣٠ القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

- االمجموعات القضائية

٣١ ـ قرار محكمة التمييز الصادر في ١٩٦٨/١/١٥، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، ١٩٦٨، وزارة العدل، بغداد، العراق.
٣٢ ـ قرار محكمة التمييز الصادر في ٩٥٥/١٠/١٤، منشور في مجلة القضاء العدد الأول سنة ١٩٥٦، وزارة العدل، بغداد، العراق.