

وقت ثبوت الشفعة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

المدرس المساعد احمد سامي الشبلي
ماجستير في القانون الخاص –
القانون التجاري
كلية الرياضيات وعلوم الحاسوب –
جامعة الكوفة

المدرس المساعد قاسم هلال رسن
ماجستير في القانون الخاص – القانون
المدني
كلية الفقه – جامعة الكوفة
E-mail : kasim@fqh.kuiraq.com

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم
اللهم صل على محمد وآله الطيبين الطاهرين ، الغرباء في الارضين.

أكد الفقه الإسلامي على إعمال حق الشفعة ، عند تحقق شروطها ، وسار القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على ذلك ، وان ضيق كثيرا من صور الشفعة ، حيث نصت المادة (١/١١٢٩) على أن (ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة ، شرط أن لا يملك دار للسكن على وجه الاستقلال) ، ورغم ذلك لا زالت التطبيقات العملية للشفعة حية في واقعنا المعاصر ، وذلك لكثرة حالات الشيوع في الدور السكنية ، خاصة بسبب انتقال ملكيتها ببلارث إلى الشركاء .

وتكمن أهداف البحث في تسهيل تطبيق الأخذ بالشفعة من الناحية العملية ، والتخلص من الإجراءات الزائدة من الإنذار (المادة ١١٣٨ مدني) وإقامة دعوى الشفعة (المادة ١١٣٩ مدني) وإيداع نصف الثمن الحقيقي لدى صندوق المحكمة (المادة ١١٤٠ مدني) ، وتقليل المصاريف والنفقات التي يتكبدها الشفيع (المادة ١١٢٨ مدني) ، وعدم تعرض المشتري ، لأخذ العقار المشفوع عن طريق الإجبار ، خاصة عند تطويره للعقار المشفوع ، بإقامة المنشآت عليه (المادة ١١٤٣ مدني) ، بعبارة أخرى يهدف البحث إلى اختصار الجهد والوقت والمال ، والمحافظة على استقرار المعاملات ، عند بيع الحصة المشاعة.

والنقطة التي ينطلق منها البحث ، لتحقيق أهدافه ، هي في تحديد وقت ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ، حيث يحاول البحث الإجابة عن تساؤل جوهري مفاده ، هل ان وقت ثبوت حق الشفعة للشفيع ، يكون بعد إتمام عقد البيع بين شريكه ومشتري العقار المشفوع ؟ انه يثبت للشفيع بمجرد إبراز إرادة شريكه ببيع العقار المشفوع ، أي قبل إبرام عقد البيع.

وسيعتمد البحث منهج المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، وسنقدم البحث في الفقه الإسلامي ، لأنه احد مصادر القانون المدني العراقي ، وخاصة في الشفعة ، ثم نقوم بتحليل نتائج المقارنة ، وصولاً إلى اختيار الاتجاه الأكثر انسجاماً مع واقع الحياة العملية.

وبناء على ما ذكر ، سنقسم بحثنا إلى ثلاثة مطالب ، الأول في تحديد وقت ثبوت حق الشفعة في الفقه الإسلامي ، والثاني في تحديد وقت ثبوت حق الشفعة في القانون المدني العراقي ، والثالث في بيان نتيجة المقارنة ، ثم نختم البحث بخاتمة ، نعرض فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها البحث.

المطلب الأول **تحديد وقت ثبوت حق الشفعة في الفقه الإسلامي**

يوجد اتجاهان في الفقه الإسلامي لتحديد وقت ثبوت حق الشفعة ، الأول وهو المشهور ، يحدد وقت الأخذ بالشفعة بعد إبرام عقد البيع بين الشريك والمشتري ، والثاني يثبتته قبل انعقاد البيع ، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، لعرض الاتجاهين ، وكما يلي :-

الفرع الأول : ثبوت حق الشفعة بعد البيع

يذهب معظم فقهاء المذاهب الإسلامية الى ان وقت ثبوت حق الشفعة يكون بعد إبرام عقد بيع الحصة المشاعة بين الشريك البائع والمشتري (١) ، ويصرحون بذلك في سياق كلامهم عند تعريف الشفعة ، أو عند تعداد شروط ثبوت حق الشفعة ، أو من خلال إعطاء الحلول الفقهية في مسائل الشفعة المختلفة.

الفرع الثاني : ثبوت حق الشفعة قبل البيع

يرى الاتجاه الثاني في الفقه الإسلامي ، ان حق الشفعة ثابت للشفيع قبل إبرام عقد البيع بين الشريك والمشتري ، وذلك عند إبراز الشريك لإرادته ببيع الحصة المشاعة ، فعليه أولاً عرض الشراء على شريكه الشفيع ، فان ترك الشفيع الأخذ بالشفعة ، كان له بيعها للمشتري الأجنبي.

ففي الفقه الامامي ، ينص الفقه الرضوي على انه (ليس للبائع ان يبيع ، أو يعرض على شريكه) (٢) ، فنستظهر من هذا النص ، انه ليس للشريك ان يبيع حصته المشاعة للمشتري ، بل عليه أولاً ان يعرضها على شريكه ، فان (أو) في النص بمعنى (بل) ، وهذا يدل على ان وقت

ثبوت حق الشفعة قبل البيع ، وكذلك يصرح احد مراجع النجف الاشرف المعاصرين : (الشفعة وهي حق الشريك في أخذ حصة شريكه ، اذا أراد بيعها من ثا لث بالثمن الظاهر ان الحق المذكور سابق على البيع ، يثبت عند إرادة الشريك بيع حصته من ثالث بثمن معين ، فهو حق للشريك على شريكه ، يقتضي أولوية الشريك بالشراء من غيره (٣).

وفي الفقه الحنفي ، يقول السرخسي في سياق كلامه عن الأحاديث الدالة على الشفعة : (إن سعد بن مالك رضي الله عنه عرض بيتا له على جار له ، فقال خذه بأربعمئة اما اني قد أعطيت به ثمانمئة ، ولكني اعطيكه بأربعمئة ، لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبة (٤) ، وفيه دليل على ان من أراد بيع ملكه فانه ينبغي له ان يعرضه على جاره يعني لما جعله الشرع أحق بالأخذ بعد البيع ، فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا) (٥).

وفي الفقه الشافعي ، يقول الصنعاني : (وفي حديث مسلم دليل على انه لا يحل للشريك بيع حصته حتى يعرضه على شريكه ، وانه محرم عليه البيع قبل عرضه ، ومن حمله على الكراهة فهو حمل على خلاف أصل النهي بلا دليل) (٦) ، وجاء في تكملة المجموع شرح المذهب : (وحرّم الشارع على الشريك ، أن يبيع نصيبه ، حتى يؤذن شريكه ، كي يسود الصفاء ، وترتبط جماعة الناس بحبل من التعاطف والتأزر ، ويرتفع الضرر الذي غني الإسلام باستئصاله) (٧). وفي الفقه الحنبلي ، يقول ابن القيم الجوزية : (وحرّم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه ، حتى يؤذن شريكه ، فان باعه ولم يؤذنه ، فهو أحق به ، وان أذن في البيع ، وقال لا عرض لي فيه ، لم يكن له الطلب بعد البيع ، هذا مقتضى حكم رسول الله (ص) ، ولا معارض له بوجه ، وهو الصواب المقطوع به) (٨) ، ونسب هذا القول إلى طائفة من العلماء.

وفي الفقه الظاهري ، يقول بن حزم : (لا يحل لمن له ذلك الجزء ان يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه ، فان أراد من يشركه فيه الأخذ له ، بما أعطى غيره ، فالشريك أحق به ، وان لم يرد ان يأخذ سقط حقه) (٩). ومن الفقهاء المعاصرين المستقلين ، يقول سيد سابق (ويجب على الشريك ان يستأذن شريكه قبل البيع ، فان باع ولم يؤذنه ، فهو أحق به هذا مقتضى حكم رسول الله ، ولا معارض له بوجه) (١٠).

ومن القرائن على صحة هذا الاتجاه ، ذهاب بعض فقهاء الاتجاه الأول ، الى ان للشفيع إسقاط حقه في الأخذ بالشفعة قبل البيع (١١) ، وهذا يلزم ان يكون وقت ثبوت حق الشفعة قبل البيع لا بعده ، وإلا كيف يسقط الشفيع حق لا يملكه؟. كما انه ورد في الحديث عن الرسول (ص) (الشفعة في كل مشترك - ربع أو حائط - فلا يحل له ان يبيعه ، حتى يعرضه على شريكه ، فان باعه ، فشريكه أحق به) (١٢) ، كذلك يظهر من أحاديث أخرى عديدة ، ان حق الشفعة ثابت للشفيع عند إرادة شريكه لبيع الحصة المشاعة (١٣).

المطلب الثاني

تحديد وقت ثبوت حق الشفعة في القانون المدني العراقي

إن تحديد وقت ثبوت حق الشفعة في ال قانون المدني العراقي ، يستلزم التعرض أولاً لنصوص القانون المدني العراقي ، التي لها علاقة بتحديد وقت ثبوت الشفعة ، ومن ثم الانتقال ثانياً إلى بيان موقف الفقه القانوني العراقي من هذا التحديد ، فضلاً عن استقراء قرارات القضاء العراقي في هذا الصدد ثالثاً ، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول : نصوص مواد القانون المدني العراقي

نظم القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل حق الشفعة ، كسبب من أسباب كسب الملكية ما بين الإحياء ، في (١٧) مادة ، تبدأ من المادة (١٢٨) وتنتهي بالمادة (١٤٤) ، ونص القانون المدني في أكثر من مورد على ان وقت ثبوت الشفعة ، يكون بعد إبرام عقد البيع بين الشريك البائع والمشتري ، ومن هذه الموارد :-

(١) المادة (١٢٨) : (الشفعة ، هي حق تملك العقار المبيع ، ولو جبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة).

(٢) المادة (١١٣٣/١) : (لا تثبت الشفعة ، إلا ببيع العقار المشفوع ، مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع).

(٣) المادة (٢/١١٣٣) : (ويشترط في المال المشفوع ، ان يكون عقارا مملوكا ، وان يكون بيعه قد تم قانونا).

(٤) المادة (١١٣٨) : (على من يريد الأخذ بالشفعة ، ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري ، أو دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بالبيع ، إنذارا رسميا من البائع أو المشتري).

(٥) المادة (١/١١٣٩) : (يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه).

(٦) المادة (١/١١٤٢) : (يحل الشفيع تجاه البائع ، محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، ولكن لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا إذا رضي البائع).

لكن نصت المادة (١١٣٤/د) في سياق تعدادها لهوارد عدم سماع دعوى الشفعة : (إذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ، ولو قبل البيع) ، وهذا النص يشكل قرينة على ان حق الشفعة ثابت قبل البيع ، كما اشرنا الى ذلك ، في الاتجاه الأول في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني العراقي

ساير الفقه القانوني العراقي نصوص القانون المدني ، حيث أكد على أن ثبوت حق الشفعة للشفيع ، يكون بعد إتمام البيع بين شريكه والمشتري ، وتسجيله في الدائرة المختصة (١٤) ، وكذلك أيد حكم القانون المدني بإسقاط حق الشفعة قبل البيع (١٥).

إلا أن حامد مصطفى ، وهو رئيس (ديوان التدوين القانوني) السابق في بغداد ، والذي تم تبديل عنوانه إلى (مجلس شوري الدولة) حالياً ، يقول : (وليس ما يمنع دائرة الطابو من وقف التسجيل بناء على طلب الشفيع ، إذا تبين لها من سجلاتها ، انه مالك مجاور أو شريك ، على أن تمهله مدة معينة ليراجع المحكمة ، ليحصل منها على أمر بوقف إجراءات التسجيل ، حتى صدور حكم منها بحقه في الشفعة) (١٦) ، وهذا يؤكد أن المرتكز عند هذا الفقيه ، أن الشفيع يمتلك حق الأخذ بالشفعة قبل إتمام عقد البيع.

الفرع الثالث : موقف القضاء العراقي

حكم القضاء العراقي بموجب نصوص القانون المدني في الشفعة ، فقد صدرت قرارات قضائية متتالية ، تحكم بان حق الشفعة لا يثبت إلا بعد تسجيل بيع العقار المشفوع قانوناً في دائرة التسجيل العقاري.

فقد قضت محكمة التمييز بان (الشفعة لا تثبت إلا ببيع العقار المشفوع ، وان يكون بيعه قد تم قانوناً) (١٧) ، وفي قرار آخر (إذا كانت دعوى الشفيع قد ردت بسبب إقامتها قبل تمام بيع الملك المشفوع وتسجيله في الطابو ، فذلك لا يهينه من إقامتها مجدداً على الوجه القانوني الصحيح) (١٨).

ولكن يوجد اختلاف بشأن إسقاط حق الشفعة قبل البيع ، فقد قضت محكمة التمييز في حكم لها بأن ه (إذا كان الشفيع وسيطاً بين البائع والمشتري ، وجرى الاتفاق على البيع بعلمه ، فان ذلك يعتبر تنازلاً عن حق الشفعة ، ولو كان قبل البيع) (١٩) ، بينما في قرار آخر ، قضت محكمة التمييز (ان رفض الشفيع لشراء العقار ، لا يعد تنازلاً عن الشفعة ، اذا كان عرض العقار للشفيع ، قد تم من غير مالكة) (٢٠) ، ونجد أن الحكم الثاني غير صحيح قانوناً ، لأنه يخالف ما جاءت به المادة (١١٣٤/د) من القانون المدني ، والتي تنص على عدم سماع دعوى الشفعة من الشفيع (إذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ، ولو قبل البيع) ، وهذا النص مطلق وغير مقيد بان يكون العرض من قبل مالك العقار ، والمطلق يجري على إطلاقه ، طبقاً للمادة (١٦٠) من القانون المدني.

المطلب الثالث نتيجة المقارنة

إن موقف القانون المدني العراقي ، بثبوت حق الشفعة بعد إتمام عقد البيع بين الشريك والمشتري ، والذي وافق فيه الاتجاه الأول المشهور في الفقه الإسلامي ، فيه العديد من السلبيات ، ومنها :-

(١) نصت المادة (١١٢٨) : (الشفعة ، هي حق تملك العقار المبيع ، ولو جبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة) ، نجد أن حالة القهر والإجبار للمشتري ، كان بالإمكان تلافيها ، لو عرضنا العقار المشفوع على الشفيع ، قبل بيعه للمشتري.

كما أن المشتري سيتضرر لعدم تعويضه عن الفوائد القانونية للثمن ، طيلة المدة ما بين التسجيل العقاري والأخذ بالشفعة ، والتي قد تستمر لستة أشهر ، بحسب نص المادة (١١٣٤/و) ، حيث ان (النفقات المعتادة) تعني نفقات الدلالة ورسوم التسجيل وما شاكل ذلك ، ولا تشمل الفوائد القانونية للثمن ، خاصة مع نزول قيمة النقد مع الزمن.

(٢) نصت المادة (٢/١١٣٣) : (ويشترط في المال المشفوع ، أن يكون عقاراً مملوكاً ، وان يكون بيعه قد تم قانوناً) ، أي ان أعمال الشفعة يكون بعد إتمام إجراءات التسجيل العقاري (٢١) ، فبعد ذلك ، لو أعلن الشفيع رغبته بأخذ العقار المبيع ، فمن الذي سيعوض المشتري عن الوقت والجهد الضائعين ؟ ، بل وعن فوصة شراء عقار بديل بالثمن نفسه.

وأيضاً قد يؤدي هذا الشرط إلى الإضرار بمصلحة الشريك البائع ، فقد يتمتع الكثيرون من المشترين عن الإقدام على شراء الحصة المشاعة ، لتخوفهم من قيام الشفيع بالمطالبة بالشفعة ، الأمر الذي ينعكس سلباً على ثمن الحصة المشاعة ، وكل ذلك لا يرد ، لو قلنا بثبوت الشفعة قبل البيع.

(٣) نصت المادة (١١٣٤/و) عند تعدادها لحالات عدم سماع دعوى الشفعة : (إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسري هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين) ، فمعنى هذا النص ، ان المشتري ورغم تسجيل العقار باسمه قانوناً في دائرة التسجيل العقاري ، سيبقى مهدداً بشبح اخذ الشفيع للعقار الذي اشتراه ، طوال هذه المدة ؟.

(٤) نصت المادة (١١٣٧) : (إذا اشترى احد عقارا تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل ان يدعي الشفيع بالشفعة ، سقطت شفעתه ، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني) ، فمثلاً لو باع الشريك للمشتري الحصة الشائعة بمائة مليون دينار عراقي ، وبعد خمسة أشهر ، باع المشتري العقار بمائة وثلاثين مليون دينار على المشتري الثاني ، فهنا حكم القانون للشفيع بأخذ العقار من المشتري الثاني ، لكن في هذه الحالة من سيعوض الشفيع عن الفرق بين المبلغين ؟ ، وهذا بخلاف ما لو عرضنا العقار على الشفيع قبل البيع الأول.

(٥) نصت المادة (١١٣٨) : (على من يريد الأخذ بالشفعة ، ان 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) ، إن هذا النص يوفر للبائع والمشتري وسيلة للالتفاف على حق الشفيع في تملك العقار المشفوع ، حيث يفهم منه ، ان قيام البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بالبيع ، هو أمر اختياري وليس أمراً وجوبياً ، فعليه قد يتم التواطؤ على عدم إنذار الشفيع بالبيع ، وقد لا يتمكن الأخير من العلم بالبيع من طريق

آخر ، وبالتالي سيكون حق الشفعة عرضة للسقوط ، وذلك لعدم رفع الدعوى خلال مدة ستة أشهر من يوم تمام البيع وفقاً للمادة (١١٣٤) ، وكان يمكن تلافي هذا المحذور ، بإعمال حق الشفعة قبل البيع ، وكذلك التخلص من دوامة الإجراءات التي نصت عليها هذه المادة.

(٦) نصت المادة (١/١١٣٩) : (يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري ، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه) ، وهنا يتطور الأمر أكثر ، حيث يصل الأمر الى رفع دعوى ، وإشغال القضاء بأمر ، كان بالإمكان حسمه ببسر وسهولة ، قبل البيع.

(٧) نصت المادة (٢/١١٣٩) : (وتعتبر دعوى الشفعة ، من الدعاوى المستعجلة) ، وهنا زاحم حق الأخذ بالشفعة الأمور المهمة والمستعجلة الحقيقية ، مما يؤدي الى الزخم غير مبرر على عمل القاضي ، ثم اذا كان حسم أمر الشفعة من الأمور المستعجلة ، فلماذا أعطت المادة (١١٣٤/و) السابقة ، مهلة ستة أشهر لإعمال الشفعة.

(٨) نصت المادة (١١٤٠) : (على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ، ان يودع صندوق المحكمة ، التي يوجد المشفوع في دائرتها ، مبلغا يساوي نصف الثمن الحقيقي ، الذي حصل به البيع ، فان لم يتم الإيداع ، سقطت شفيعته) ، فمثلا لو باع الشريك حصته بمائة مليون دينار عراقي على المشتري ، وبعد خمسة أشهر أراد الشفيع اخذ العقار بالشفعة ، فهنا عليه ان يودع صندوق المحكمة نصف الثمن ، الذي تم فيه الشراء ، وهو خمسون مليون دينار ، سواء أصبح سعر العقار مائتا مليون دينار ام خمسين مليون دينار ، وبالتأكيد ان مثل هذا الإجراء سيلحق الضرر ، إما بالمشتري في حالة صعود قيمة العقار ، أو بالشفيع في حالة هبوط قيمة العقار ، وهذا الأمر كان بالإمكان تلافيه جذريا لو تم عرض العقار على الشفيع قبل البيع.

ومن ناحية أخرى يذهب الفقه القانوني العراقي ، على أن تقييد نصف الثمن بكونه (حقيقياً) في هذه المادة ، يعطي فرصة للشفيع في الطعن بصورية الثمن في عقد البيع (٢٢) ، تخصيصاً للمادة (١٤٩) من القانون المد زى ، والتي تنص على أن (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار ، بعد تسج يلها في دائرة التسجيل العقاري) ، لكن المشكلة في تحمل الشفيع لعبء إثبات الصورية ، والذي غالباً ما يكون عسيراً.

(٩) نصت المادة (١١٤١) : (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) ، وهذا يعني ان الشفيع سيتحمل مصاريف التسجيل العقاري باسمه بدلا من المشتري ، فضلا عن النفقات المعتادة التي أنفقها المشتري ، عند تسجيل العقار باسمه بدلا من الشريك البائع ، كما نصت عليها المادة (١١٢٨). فعليه سلك الشفيع بدفع نفقات الشراء والتسجيل مرتين (٢٣) ، فخسارة الشفيع هذه ، كان بالإمكان تجاوزها ، لو قلنا بثبوت حق الشفعة قبل البيع.

١٠) نصت المادة (١/١٤٣) : (إذا برهن المشتري في العقار المشفوع ، أو غرس فيه أشجاراً ، قبل ان يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بان يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار ، بسبب البناء أو الغراس) ، إن تفصيل هذه المادة بين كون البناء والغراس قبل إعلان رغبة الشفيع أو بعده ، لا يعفي المشتري من المسؤولية ، لأنه لدينا ملكية شائعة بين المشتري والشفيع ، ولا يكون لتصرف الشريك في الحصة المشاعة أثر بدون إذن شريكه ، كما نصت عليه المادة (٢/١٠٦٢) من القانون المدني (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر ، إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك).

ولكن حتى لو أغمضنا النظر عن ذلك ، فنجد إن تطبيق هذا النص قد يشكل حائلاً أمام قيام الشفيع بطلب الشفعة ، فقد يقوم المشتري ببناء منشآت ضخمة في العقار المبيع بعد شرائه ، وقبل علم الشفيع بالبيع ، وفي هذه الحالة يكون الشفيع ملزماً لإعمال شفيعته ، بدفع ما زاد في قيمة العقار بسبب هذه المنشآت، لذلك قد يضطر الشفيع إلى ترك الأخذ بالشفعة ، بسبب عدم استطاعته دفع هذه المبالغ الكبيرة ، و كل هذه المضاعفات والتعقيدات ، لا ترد على أعمال الشفعة قبل البيع.

لذا ، وبعد كل هذه السلبيات ، نرجح الاتجاه الثاني في الفقه الإسلامي ، القاضي بثبوت حق الشفعة قبل انعقاد البيع بين الشريك البائع والمشتري.

الخاتمة

وفي نهاية المطاف ، نسجل النتائج النهائية للبحث ، مع بعض التوصيات ، وكما يلي :-

أولاً : النتائج النهائية

١) ان الإجراءات النافذة حالياً للأخذ بالشفعة ، في القانون المدني العراقي ، تسبب العديد من المشاكل والتعقيدات ، وقد تؤدي الى إلغاء حق الشفعة من الناحية العملية ، وبالتالي استمرار حالة الشيوع في الملكية ، بدلا من الملكية المفروزة المستقرة.

٢) ان اتجاه تحديد وقت ثبوت الشفعة قبل انعقاد البيع بين الشريك البائع والمشتري ، يحقق الكثير من الايجابيات العملية ، ويحافظ على حقوق الشفيع والمشتري والبائع ، كما انه يؤدي الى استقرار المعاملات.

ثانياً : التوصيات

نوصي المشرع العراقي ، بجعل حضور الشفيع أمام موظف التسجيل العقاري ، احد إجراءات تسجيل عقد البيع بين شريك ه والمشتري ، حيث يتم تخيير الشفيع ، أما بشراء الحصة المشاعة بالثمن الذي تم التفاوض عليه بين الشريك البائع والمشتري المحتمل ، أو بلسقاط حقه بالشفعة ، ويتم تثبيت قرار الشفيع مع توقيعه رسمياً في سجلات التسجيل العقاري.

وبهذا نكون قد حافظنا على حقوق الشريك البائع ، حيث ان الشفيع سيدفع الثمن ذاته ، الذي كان المشتري سيدفعه ، واختصرنا الوقت والجهد على المشتري ، في حالة اخذ الشفيع بالشفعة ، أما في حالة عدم اخذ الشفعة ، فسينعم المشتري بالاستقرار ، وسيخلص نهائيا من شبح الشفيع ، كما نكون قد حمينا الشفيع من الإجراءات والمصاريف الزائدة ، حيث انه سيعمل شفيعته قبل البيع القانوني الى المشتري.

فعليه نوصي مجلس النواب العراقي ، بتعديل نصوص الشفعة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، وذلك بإلغاء النصوص الآتية :-

(١) المادة (١١٢٨) : (الشفعة ، هي حق تملك العقار المبيع ، ولو جبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة).

(٢) المادة (١١٣٣) :

- (١) - لا تثبت الشفعة ، إلا ببيع العقار المشفوع ، مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع.
- (٢) - ، وان يكون بيعه قد تم قانونا.....
- (٣) - ومتى تثبت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع المشتري أو الشفيع).

(٣) المادة (١١٣٤) :

(د-.....ولو قبل البيع).

(و- إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسري هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين).

(٤) المادة (١١٣٧) : (إذا اشترى احد عقارا تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يدعي الشفيع بالشفعة ، سقطت شفعته ، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني).

(٥) المادة (١١٣٨) : (على من يريد الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري ، أو دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بالبيع ، إنذارا رسميا من البائع أو المشتري.....).

(٦) المادة (١١٣٩) : (١- يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه.
٢- وتعتبر دعوى الشفعة ، من الدعاوى المستعجلة).

(٧) المادة (١١٤٠) : (على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ، أن يودع صندوق المحكمة ، التي يوجد المشفوع في دائرتها ، مبلغا يساوي نصف الثمن الحقيقي ، الذي حصل به البيع ، فلن لم يتم الإيداع ، سقطت شفيعته).

٨) المادة (١١٤١) : (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).

٩) المادة (١١٤٢) : (يحل الشفيع تجاه البائع ، محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، ولكن لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا إذا رضي البائع).

١٠) المادة (١١٤٣) : (إذا بني المشتري في العقار المشفوع ، أو غرس فيه أشجاراً ، قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار ، بسبب البناء أو الغراس).

١١) المادة (١١٤٤) : (لا يسري في حق الشفيع أي تصرف ناقل للملكية صدر من المشتري ، أو أي حق عيني رتبته على العقار المشفوع ، إذا كان ذلك قد تم بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة

وإبدالها بالنص على ما يلي :-

١) يثبت للشفيع حق الأخذ بالشفعة ، عند إرادة شريكه بيع حصته المشاعة.

٢) تقوم دائرة التسجيل العقاري بتخيير الشفيع بين تملك العقار المشفوع ، بالثمن الذي عرضه المشتري ، أو ترك الأخذ بالشفعة ، ويتم تثبيت قرار الشفيع في سجلاتها الرسمية. كما نوصي مجلس النواب العراقي بإعادة النظر ، بباقي نصوص الشفعة في القانون المدني ، وعلى سبيل المثال :-

١) نصت المادة (١١٢٩) : (ينحصر حق الشفعة بالشرطي في دار السكن الشائعة ، شرط أن لا يملك دار للسكن على وجه الاستقلال) ، بينما نجد أن الحكمة من الشفعة ، والمتمثلة في تقليل مضار الملكية المشاعة ، وإبعاد الضرر المحتمل من قبل المشتري الأجنبي عن الشفيع الشريك ، موجودة أيضاً في العقارات الصناعية والزراعية.

٢) نصت المادة (١١٢٩) قبل تعديلها بالقرار المرقم (٢١١) في (١٩٧٨/٢/٢٤) ، والقرار المرقم (٩٧٨) في (١٩٧٨/٧/٢٤) على ما يلي :-

(تثبت الشفعة :-

أولاً :- للشريك في العقار الشائع.

ثانياً :- للخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع.

ثالثاً :- للجار الملاصق

فكانت لديها ثلاث طبقات من الشفعاء ، وهي الشريك والخليط والجار الملاصق ، وبعد التعديل تم حصر الشفعة بدار السكن الشائعة ، أي بقسم من الطبقة الأولى ، لكن المشرع العراقي لم يقد بتعديل بقية المواد القانونية المنسجمة مع المادة (١١٢٩) قبل تعديلها ، حيث كان يستوجب مثلاً حذف المادة (١١٣١) التي تتحدث عن تراحم طبقات الشفعاء ، والحال انه بعد هذا التعديل ، لا توجد طبقات للشفعاء ، وكذلك حذف ما يتعلق بطبقات الشفعاء من المادة (١١٣٢) ، وأيضاً تعديل المادة (١١٤٣) ، حيث كانت تنسجم مع كون المشتري من الطبقة الثانية ، أو من الطبقة الثالثة ، فبالتالي لا يعد شريكاً مع الشفيع ، فيحق له البناء والغراس في المبيع ، من دون اخذ إذن الشفيع ، أما بعد حصر الشفعة بدار السكن الشائعة ، فلا بد من إذن الشفيع قبل البناء والغراس ، وهذا يفسر ما سبق ذكره في النقطة رقم (١٠) من المطلب الثالث.

خلاصة البحث

يقدم البحث مقترحاً لتعديل نصوص الشفعة ، الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، لكونها تثير الكثير من المشاكل والتعقيدات أثناء التطبيق العملي ، ولا تؤدي إلى استقرار المعاملات.

فالتشريع الحالي ، لا يثبت للشفيع حق الأخذ بالشفعة ، إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل العقاري باسم المشتري ، فضلاً عن إجراءات عديدة من إندار الشفيع ، ثم إعلان رغبته بالشفعة ، مروراً برفع دعوى ، وإيداع نصف الثمن الحقيقي لدى صندوق المحكمة ، وغيرها من المضاعفات.

ومنطلق هذا التعديل ، يتمركز في إثبات كون الشفعة تثبت للشفيع ، قبل إبرام عقد البيع بين الشريك والمشتري في دائرة التسجيل العقاري ، أي عند إرادة الشريك بيع حصته المشاعة ، حيث تعطي دائرة التسجيل العقاري للشفيع خيارين ، إما أخذ العقار المشفوع بالثمن الذي عرضه المشتري ، أو ترك الأخذ بالشفعة ، وعندئذ يسجل باسم المشتري.

وندعو مجلس النواب العراقي لدراسة هذا التعديل ، والأخذ به ، لأنه يصب في تطوير وتحديث التقنين العراقي ، بما يواكب متطلبات الواقع المعاصر.

Determination The Time of The Right of Al-shufea Comparative Study Between the Islamic Jurisprudence and Iraqi Civil Code

This research presents a proposal to amend the articles in the Iraqi Civil Code, which deals with the system of Al-shufea, because its makes a lot of problems in our legal life.

The recent articles in the Civil Code give the right to take Al-shufefa after the sale contract between the seller of the share and the buyer.

But this research proves that we can solve all the problems by making the right of Al-shufefa before the sale contract between the buyer and the seller. So the official office gives two choices to the person who have the right of Al-shufefa: first buying the share and the second which is leaving it to the buyer.

We call the Iraqi parliament to adopt this research and amend the certain articles, because this amend suitable with our modern life.

هوامش البحث

(١) انظر في الفقه الامامي : محمد بن علي بن بابويه الصدوق ، المقنع ، مؤسسة الإمام المهدي (ع) ، قم المقدسة ، ١٤١٥هـ ، ص ٤٠٥ ومحمد بن محمد بن النعمان المفيد ، المقنعة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤١٠هـ ، ص ٦٢٠ وأبو الصلاح الحلبي ، الكافي في الفقه ، تحقيق رضا أستاذي ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه) ، ص ٣٦٢ ومحمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، المكتبة المرتضوية ، ج ٣ ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه) ، ص ١٠٧ وعبد العزيز بن اليراج الطرابلسي ، المهذب ، ج ١ ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه) ، ص ٤٥٣ وحزمة بن علي بن زهرة الحلبي ، غنية النزوع ، مؤسسة الإمام الصادق (ع) ، قم المشرفة ، ١٤١٧هـ ، ص ٢٣٢ ومحمد بن منصور بن إدريس الحلبي ، السرائر ، ج ٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤١٠هـ ، ص ٣٨٥ وجعفر بن الحسن المحقق الحلبي ، شرائع الإسلام ، ط ١١ ، ج ٤ ، دار القارئ ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٧٦ والحسن بن يوسف بن المطهر الحلبي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١٢ ، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، قم المقدسة ، ١٤١٦هـ ، ص ١٩٣ ومحمد بن مكي العاملي الشهيد الأول ، الدروس الشرعية ، ج ٣ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤١٤هـ ، ص ٣٥٥ ومحمد باقر السبزواري ، كفاية الفقه ، ج ١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤٢٣هـ ، ص ٥٤٠ ويوسف البحراني ، الحقائق الناطرة ، ج ٢٠ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص ٣١٥ ومحمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٣٧ ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، ١٣٦٧هـ ، ص ٣٢٠ وأبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه) ، ص ٧٢ وعلي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ط ١٣ ، ج ٢ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ٢٠٠٨هـ ، ص ٩٤ ومحمد إسحاق الفيض ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، مطبعة أمير ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه) ، ص ٢٠٥ ، وذكر بعض الفقهاء ، انه لا يوجد خلاف بين فقهاء الامامية ، في اشتراط تقدم عقد البيع ، لاستحقاق الشفعة ، منهم : ابن زهرة الحلبي ، غنية النزوع ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢ وابن إدريس ، السرائر ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٣٨٦ وانظر كذلك محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج ٣٧ ، ص ٣٢٠ ، بل ذكر العلامة الحلبي الإجماع على ذلك ، انظر الحسن بن يوسف بن المطهر الحلبي ، تحرير الأحكام ، ج ٤ ، مؤسسة الإمام الصادق (ع) ، قم المشرفة ، ١٤٢١هـ ، ص ٥٦٩ .

وفي الفقه الحنفي : علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ط ٢ ، ج ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص ٥٠ ، وابن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٩٨٩ ، ص ١٠ ، وابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج ٦ ، مكتبة البحوث والدراسات ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٥١٨ .

وفي الفقه المالكي : مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، ج ١٢ ، حقوق الطبع محفوظة للملتزم الحاج محمد أفندي ساسي المغربي التونسي ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٤٠٥ و ٤٢٠ ، ورسالة ابن أبي زيد القيرواني ، جمع الشيخ صالح عبد السميع الأبي الأزهر ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٥٥١ ، ومحمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٤٧٣ ، والآبي الأزهر ، الثمر الداني في تقريب المعاني ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٥٥١ .

وفي الفقه الشافعي : محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم ، ط ٢ ، ج ٧ ، دار الفكر ، (لم يذكر مكان الطبع) ، ١٩٨٣ ، ص ١١٥ ،
وعبد الكريم بن محمد الرافعي ، فتح العزيز شرح الوجيز ، ج ١١ ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٤٤٣ ، ومحي الدين
النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ١٤ ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٣٠٦ ، ومحمد بن احمد الشربيني ، مغني المحتاج ،
ج ٢ ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ١٩٥٨ ، ص ٢٩٨ .

وفي الفقه الحنبلي : عبدالله بن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، دار الكتاب العربي ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٤٥٩ ومنصور بن
يونس البهوتي ، كشف القناع ، ج ٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص ١٦٤ .

(٢) الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع) ، فقه الرضا ، سلسلة مصادر بحار الأنوار ، المؤتمر العلمي للإمام الرضا (ع) ، مشهد
المقدسة ، ١٤٠٦ هـ ، ص ٢٦٤ .

(٣) محمد سعيدي الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، دار الصفوة ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ١١٥ ، وانظر كذلك عدنان البكاء ، الحكم
والحق بين الفقهاء والأصوليين ، مطبعة الغري الحديثة ، النجف الأشرف ، ١٩٧٦ ، ص ١٩٨ .

(٤) المراد بالصقب : الملاصقة والقرب ، انظر : محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس ، ج ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٤ ،
ص ١٤٧ .

(٥) شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٤ ، دار المعرفة ، بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع) ، ص ٩٠-٩١ .
(٦) محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ، سبل السلام ، ط ٤ ، ج ٣ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، (لم
تذكر سنة الطبع) ، ص ٧٤ .

(٧) ضياء الدين الماراني ، تكملة المجموع شرح المذهب ، ج ١٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٦١٨ .

(٨) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين عند رب العالمين ، ج ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ٩٣ .

(٩) علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ٩ ، دار الفكر ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة) ، ص ٨٢ .

(١٠) سيد سابق ، فقه السنة ، ج ٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص ٢١٦ .

(١١) انظر مثلاً : المفيد ، المقنعة ، مصدر سابق ، ص ٦١٩ ومحمد بن الحسن بن علي الطوسي ، النهاية ، انتشارات قدس محمدي
، قم المقدسة ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ص ٤٢٤ .

(١٢) من مصادر الامامية التي ذكرت هذا الحديث : محمد بن علي بن ابراهيم الاحسائي ، عوالي اللئالي ، ج ٣ ، تحقيق مجتبى
العراقي ، مطبعة سيد الشهداء (ع) ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع) ، ص ٤٧٥ ، ونفله أيضا ميرزا حسين النوري الطبرسي ،
مستدرک الوسائل ، ط ٢ ، ج ١٧ ، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، (لم يذكر مكان الطبع) ، ١٩٨٨ ، ص ١٠١ وانظر أيضا
حسين الطباطبائي البروجردي ، جامع أحاديث الشيعة ، ج ١٩ ، مطبعة مهر ، قم المقدسة ، ١٤١١ ، ص ٨١ ، حيث نقل مضمون
الحديث بألفاظ أخرى ، ومن مصادر الحديث عند المذاهب الإسلامية الأخرى : احمد بن حنبل ، مسند احمد ، ج ٣ ، دار صادر ،
بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع) ، ص ٣١٢ ومسلم النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج ٥ ، دار الفكر ، بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع) ،
ص ٥٧ ومحمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي ، ط ٢ ، ج ٢ ، دار الفکر ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٣٨٧ ، وغيرها .

(١٣) انظر : محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، ج ٢٥ ، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء
التراث ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع) ، كتاب الشفعة ، باب ٧ الحديث ٧ وكذلك باب ٤ الحديث ٢ والحديث ٣ ، وكذلك باب ١٠
الحديث ١ .

(١٤) د.حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه) ، ص ١٥٥ وشاكر ناصر
حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ ، ص ٩٦١ ود.
صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، ١٩٦١ ، ص ٢٩٠
وحامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، ج ١ ، معهد الدراسات العربية العالية ، مصر ، ١٩٦٤ ، ص ٢٠٣ ود.سعيد عبد
الكريم مبارك ، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٥٦ ود.سعيد عبد الكريم

مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٧٢ ود.غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي – دراسة مقارنة ، ج ١ (حق الملكية) ، مطبوعات جامعة الكويت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، هامش (١) ص ١٩١ ود.محمد عباس السامرائي ، الشفعة بين الفقه الإسلامي والاشتراكية والقانون المدني العراقي ، مجلة القانون المقارن ، العددان السادس والسابع ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ١٣٧ .

(١٥) د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ وحامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ ود.سعيد عبد الكريم مبارك ، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٧٣ ود.سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

(١٦) حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢ .

(١٧) رقم القرار ٥٧٢/حقوقية غير منقول ٦٩/ ، تاريخ القرار ١٩٦٩/٨/٢٨ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس للقرارات الصادرة سنة ١٩٦٩ ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٣٠٢ وانظر القرار ١٣٤٣/حقوقية ٦٨/ ، تاريخ القرار ١٩٦٩/١٠/٢١ ، المصدر السابق ، ص ٣٠٨ وكذلك انظر القرار ٦٠٧/م/٨٣/٨٤ ، تاريخ القرار ١٩٨٤/٨/١٦ ، مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل ، ١٩٨٤ ، ص ٢٦ .

(١٨) رقم القرار ٩٨١/حقوقية/٩٦٣ ، تاريخ القرار ١٩٦٣/٦/١٥ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٠٥ .

(١٩) رقم القرار ١٩٢٦ ح-١٩٥٦ بتاريخ ١٩٥٧/١/٢٤ ، عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ ، ص ٢٢٤ وكذلك القرار ١٧٣٤/حقوقية/٩٦٧ ، تاريخ القرار ١٩٦٨/١/١٥ ، إبراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٤٠٨ .

(٢٠) رقم القرار ١٣٣/هيئة عامة أولى ٧٦/ ، تاريخ القرار ١٩٧٦/٧/١٠ ، إبراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٤١٣ .

(٢١) د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ ود.صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٢٩١ و د.سعيد عبد الكريم مبارك ، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ ود.سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ .

(٢٢) د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ وشاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ١٠٥٧ ود.صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ وحامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤ ود.سعيد عبد الكريم مبارك ، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ ود.سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

(٢٣) شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ٩٥٠ .

قائمة مصادر البحث

ملاحظة : تم ترتيب المصادر بقدر الإمكان حسب تاريخ وفاة مؤلفيها أو تاريخ إصدارها .

أولاً : الفقه الإسلامي

أ : الفقه الأمامي

- (١) الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع) ، فقه الرضا ، سلسلة مصادر بحار الأنوار ، مشهد المقدسة ، ١٤٠٦ هـ .
- (٢) محمد بن علي بن بابويه الصدوق ، المقنع ، مؤسسة الإمام المهدي (ع) ، قم المقدسة ، ١٤١٥ هـ .
- (٣) محمد بن محمد بن النعمان المفيد ، المقنعة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤١٠ هـ .

- (٤) أبو الصلاح الحلبي ، الكافي في الفقه ، تحقيق رضا أستاذي ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه).
- (٥) محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، المكتبة المرتضوية، ج ٣، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه).
- (٦) محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، النهاية ، انتشارات قدس محمدي ، قم المقدسة ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (٧) عبد العزيز بن البراج الطرابلسي ، المذهب ، ج ١ ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه).
- (٨) حمزة بن علي بن زهرة الحلبي ، غنية النزوع ، مؤسسة الإمام الصادق (ع) ، قم المشرفة ، ١٤١٧هـ.
- (٩) محمد بن منصور بن إدريس الحلبي ، السرائر ، ج ٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤١٠هـ.
- (١٠) جعفر بن الحسن المحقق الحلبي ، شرائع الإسلام ، ط ١١ ، ج ٤ ، دار القارئ ، بيروت ، ٢٠٠٤.
- (١١) الحسن بن يوسف بن المطهر الحلبي، تذكرة الفقهاء، ج ١٢، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، قم المقدسة ، ١٤١٦هـ.
- (١٢) الحسن بن يوسف بن المطهر الحلبي، تحرير الأحكام، ج ٤ ، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، قم المشرفة ، ١٤٢١هـ.
- (١٣) محمد بن مكي العاملي الشهيد الأول ، الدروس الشرعية ، ج ٣ ، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة ، ١٤١٤هـ.
- (١٤) محمد باقر السبزواري ، كفاية الفقه ، ج ١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤٢٣هـ.
- (١٥) يوسف البحراني ، الحقائق الناطرة ، ج ٢٠ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (١٦) محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، ج ٣٧ ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، ١٣٦٧هـ.
- (١٧) أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه).
- (١٨) علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ط ١٣ ، ج ٢ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ٢٠٠٨.
- (١٩) محمد إسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، مطبعة أمير ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه).
- (٢٠) محمد سعيد الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، دار الصفوة ، بيروت ، ١٩٩٦.
- (٢١) عدنان البكاء ، الحكم والحق بين الفقهاء والأصوليين ، مطبعة الغري الحديثة ، النجف الاشرف ، ١٩٧٦.

ب : الفقه الحنفي

- (٢٢) شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٤ ، دار المعرفة ، بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع).
- (٢٣) علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ط ٢ ، ج ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (٢٤) ابن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٩٨٩.
- (٢٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج ٦ ، مكتبة البحوث والدراسات ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥.

ج : الفقه المالكي

- (٢٦) مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، ج ١٢ ، حقوق الطبع محفوظة للملتزم الحاج محمد أفندي ساسي المغربي التونسي ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة).
- (٢٧) رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، جمع الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة).
- (٢٨) محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة).
- (٢٩) الآبي الأزهري ، الثمر الداني في تقريب المعاني ، (لم تذكر بقية توثيقات الطبعة).

د : الفقه الشافعي

- (٣٠) محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، ط ٢ ، ج ٧ ، دار الفكر ، (لم يذكر مكان الطبع) ، ١٩٨٣ .
- (٣١) عبد الكريم بن محمد الرافي ، فتح العزيز شرح الوجيز ، ج ١١ ، (لم تذكر بقية توثيق الطبعة).
- (٣٢) محي الدين النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ١٤ ، (لم تذكر بقية توثيق الطبعة).
- (٣٣) محمد بن احمد الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، (لم تذكر بقية توثيق الطبعة) ، ١٩٥٨ .
- (٣٤) محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ، سبل السلام ، ط ٤ ، ج ٣ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، (لم تذكر سنة الطبع).
- (٣٥) ضياء الدين الماراني ، تكملة المجموع شرح المذهب ، ج ١٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢ .

ه : الفقه الحنبلي

- (٣٦) عبدالله بن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، دار الكتاب العربي ، (لم تذكر بقية توثيق الطبعة).
- (٣٧) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين عند رب العالمين ، ج ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ .
- (٣٨) منصور بن يونس البهوتي ، كشف القناع ، ج ٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ .

و : الفقه الظاهري

- (٣٩) علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج ٩ ، دار الفكر ، (لم تذكر بقية توثيق الطبعة).

ز : فقه معاصر مستقل

- (٤٠) سيد سابق ، فقه السنة ، ج ٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧١ .
- (٤١) ثانياً : الحديث الشريف

أ : مصادر الامامية

- (٤٢) محمد بن علي بن ابراهيم الاحسائي ، عوالي اللئالي ، ج ٣ ، تحقيق مجتبى العراقي ، مطبعة سيد الشهداء (ع) ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع).
- (٤٣) محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، ج ٢٥ ، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع).
- (٤٤) ميرزا حسين النوري الطبرسي ، مستدرک الوسائل ، ط ٢ ، ج ١٧ ، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، (لم يذكر مكان الطبع) ، ١٩٨٨ .
- (٤٥) حسين الطباطبائي البروجردي ، جامع أحاديث الشيعة ، ج ١٩ ، مطبعة مه ر ، قم المقدسة ، ١٤١١ .

ب : مصادر المذاهب الإسلامية الأخرى

- (٤٦) احمد بن حنبل ، مسند احمد ، ج ٣ ، دار صادر ، بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع).
- (٤٧) مسلم النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج ٥ ، دار الفكر ، بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع).
- (٤٨) محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي ، ط ٢ ، ج ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣ .

ثالثاً : الفقه القانوني العراقي

- (٤٩) د.حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة ، (لم يذكر مكان الطبع وتاريخه).

- (٥٠) شاكراً ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٩ .
- (٥١) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، ١٩٦١ .
- (٥٢) حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، ج ١ ، معهد الدراسات العربية العالية ، مصر ، ١٩٦٤ .
- (٥٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، ١٩٧٠ .
- (٥٤) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٣ .
- (٥٥) د. غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنة ، ج ١ (حق الملكية) ، مطبوعات جامعة الكويت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) .

رابعاً : البحوث القانونية

- (٥٦) د. محمد عباس السامرائي ، الشفاعة بين الفقه الإسلامي والاشتراكية والقانون المدني العراقي ، مجلة القانون المقارن ، العددان السادس والسابع ، بغداد ، ١٩٧٧ .

خامساً : المجاميع القضائية

- (٥٧) عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ .
- (٥٨) قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس للقرارات الصادرة سنة ١٩٦٩ ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٧٢ .
- (٥٩) مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل ، ١٩٨٤ .
- (٦٠) إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .

سادساً : كتب اللغة

- (٦١) محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس ، ج ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ص ١٤٧ .