حكم الشفعة في المنقول
دراسة مقارنة

م.م عقيل محمد موسى الغبان
الجامعة الإسلامية / كلية القانون والعلوم السياسية
م.م. صفاء مكي الكوفي
جامعة الامام جعفر الصادق ﷺ – كلية القانون
فرع النجف الاشرف

تاريخ استلام البحث: ٢/ ٦/ ٢٠٢٠
تاريخ قبول النشر: ١٩/ ٧/ ٢٠٢٠

المستخلص

تتميز الشفعة في المنقول بنظام قانوني خاص يخرج عن القواعد العامة المسلم بها في العديد من احكامه وابرزها تمكين الشفيع من اجبار مشتري المنقول عن التخلي عنه لصالحه -صالح الشفيع- بحيث يؤدي الى اقصاء المشتري ونزع الملكية الفردية للصالح الخاص وليس العام وهذا خلاف القواعد العامة في الرضا.

من هنا كان هذا النظام القانوني للشفعة في المنقول مثار خلاف شديد سواء كان ما يتعلق بماهيتها او طبيعتها او حكمها. وبالرغم من القانون المدني العراقي لم يأخذ بالشفعة في المنقول عند تنظيمه لإحكام الشفعة خلاف للقانون المدني الكويتي الذي كان رائدا في جمعة للشفعة في العقار والمنقول الا ان كلاهما استمدا احكام الشفعة من الشريعة الاسلامية الغراء والتي اختلف أيضا فقهائها من حيث اخذهم للشفعة في المنقول او عدمه فانعكس هذا الخلاف على المشرع العراقي والكويتي عند تنظيمهم لها.

وفي ضوء ما تقدم سنحاول استجلاء حكم الشفعة في المنقول من خلال ما اورده كل من التشريع العراقي والكويتي لنقارنه بالفقه الإسلامي حتى نستطيع

ولـو بقـدر متواضـع تغطيـة ذلـك الحكـم عـبر بيـان ماهيـة الشـفعة في المنقـول في مبحـث اول ، ومدى ثبوت الشفعة في المنقول في مبحث ثاني.

الكلمات المفتاحية: الملكية الفردية ؛ الشفعة ؛ الأموال المنقولة

Summary

The pre- emption is characterized by a special legal system that departs in many of its provisions from the general rules recognized, the most prominent of which is to enable the Intercessor to force the buyer to abandon it in his favor - favor of al-Intercessor so that it leads to the exclusion of the buyer and the removal of individual ownership for the private rather than the public, which is contrary to the general rules of satisfaction.

Hence, this legal system of intercession in the movable was highly controversial, whether it was related to its nature, nature or ruling. Despite the Iraqi civil law, it did not take the intercession in the movable when it was organized to tighten the intercession in violation of the Kuwaiti civil law, which was a pioneer in Juma to intercede in the property and the movables, but both derived the provisions of the pre- emption the Islamic sharia glue, which also differed in terms of taking the intercession in the movable or not, and reflected this disagreement on the Iraqi and Kuwaiti legislators when organizing it.

In the light of the foregoing, we will try to clarify the ruling of the pre- emption in the transfer through what is mentioned by both Iraqi and Kuwaiti legislation to compare it with Islamic jurisprudence so that we can even modestly cover that judgment by indicating what is the pre- emption in the first topic, and the extent to which the intercession is proven in the movable in a second research

Key Words: Sole Proprietorship; Preemption; Transferred funds

المقدمة

الشـفعة نظـام قـانوني سـليم شـرعا وعقـلا وهـو مـن جملـة الأنظمـة التـي امتـازت بهـا الشـريعة الإسـلامية واخـذ بهـا القـانون المـدني العراقـي واسـتقى احكامـه مـن الشـريعة الغـراء وبمختلـف المـذهب الاسـلامية وافـرد لهـا المـواد مـن (١١٢٨ -١١٤٤) وكـذلك اخـذ القـانون المـدني الكـويتي بالشـفعة بـالمواد مـن المـواد (٨٩١- ٩٠٤)،

فالشفعة تعد من أسباب كسب الملكية، يتمكن الشركاء بموجبها من دفع الضرر جراء دخول شخص اجنبي عنهم شريكا على الشيوع ، كما تؤدي الى تجميع الملكية بدلا من تفريقها ، وبالتالي يحسن استثمارها وادارتها.

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على مشروعية الشفعة الا انهم اختلفوا في بيان مفهومها وطبيعتها تبعا لاختلافهم في بعض التفصيلات والاحكام، كما واتفقوا على ثبوت الشفعة في العقار الا انهم اختلفوا في المنقول فأثبتها البعض ونفاها البعض الاخر، وظهر هذا الخلاف على التشريعين العراقي والكويتي فنفاها الأول عن المنقول واثبتها الثاني في العقار والمنقول.

وقد ظهرت للشفعة في المنقول أهمية كبيرة القيمة في مجتمعنا المعاصر خصوصا في بعض المنقولات كالطائرات والسفن والسيارات والشركات التجارية والمنقولات التراثية وغيرها، وبالرغم من ذلك نجد القانون المدني العراقي اقتصر على الشفعة في العقار فقد دون المنقول، مما استدعى البحث من اجل شمل المنقول بالحماية التي شملها للعقار لتوحيد الملكية ورفع الضرر لما للمنقول من أهمية تفوق أهمية العقار في بعض الأوقات.

وسيعتمد البحث منهجا تحليليا للنصوص والموافق التشريعية مع المقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي وتمثلت القوانين الوضعية بالقانون المدني العراقي والقانون المدني الكويتي، وتمت دراسة ومتابعة مواقف الفقه الإسلامي بخمسة مذاهب وهي الامامية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

وسيقتصر البحث على بيان مفهوم الشفعة في المنقول وطبيعته، ومدى ثبوت الشفعة في المنقول ؟ لذا ومن اجل تحقيق مرامي البحث وجدنا من المناسب ان نتناوله في مبحثين نعمد في أولهما لدراسة مفهوم الشفعة في المنقول وذلك في مطلبين يكون الأول معقودا لبيان ماهية الشفعة في المنقول والثاني لطبيعة الشفعة في المنقول، في حين خصصنا المبحث الثاني الى مدى ثبوت الشفعة في المنقول ونقسمه على مطلبين نكرس

الأول منهما الى عدم ثبوت الشفعة في المنقول في حين نجعل ثانيهما مخصص لثبوت الشفعة في المنقول ، فاذا فرغنا من ذلك نكون قد وصلنا الى خاتمة نجمل فيها ابرز نتائج البحث ومقترحاته.

المبحث الأول

مفهوم الشفعة في المنقول

تتميز الشفعة في المنقول باعتبارها وسيلة لكسب الملكية بنظام .قانوني خاص يخرج بها في العديد من احكامها عن القواعد القانونية والمبادئ المسلم بها لذلك فان نظام الشفعة في المنقول مثار خلاف سواء كان ما يتعلق بماهيتها او ما يتعلق بطبيعتها ، لذا فللإحاطة بمفهوم الشفعة في المنقول سنوزع الحديث في هذا المبحث الى مطلبين سنتطرق بالمطلب الأول الى بيان ماهية الشفعة في المنقول في حين نعرج في المطلب الثاني الى طبيعة الشفعة في المنقول.

المطلب الأول

ماهية الشفعة في المنقول

ان للوقوف على ماهية الشفعة في المنقول يقتضي البحث في تعريفه في فرع اول ومن ثم نبين مدى علاقة الشفعة في المنقول بالاسترداد في فرع ثان.

الفرع الأول

تعريف الشفعة في المنقول [1]

سنبين تعريف الشفعة في المنقول من خلال استعراض راي القانون أولا والفقه الإسلامي ثانيا لنستخلص تعريفاً مناسب له وكما يأتي:

أولا: في القانون:

لم يعرفا المشرعين الكويتي والعراقي الشفعة في المنقول الا ان المشرع الكويتي تضمنها من خلال تعريفه للشفعة في المادة (٨٩١) من تقنينه المدني "الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار او المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية" [2] اما المشرع العراقي فقد عرف الشفعة في المادة (١١٢٨) من تقنينه المدني " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات " [3] وهو تعريف مقتبس من مجلة الاحكام العدلية [4] ،ويتبين من التعاريف أعلاه ان الشفعة

هي سبب من أسباب كسب الملكية شمل المشرع الكويتي فيها العقار والمنقول بينما حصرها المشرع العراقي في العقار فقط ، وهذا مما انعكس على توجه الفقه القانوني في عدم تعريفهم للشفعة في المنقول اذ ذهب الجانب الغالب منهم [٥] عند تعرضهم لموضوع الشفعة بالاكتفاء بالتعريف الذي يورده المشرع، الا اننا نجد من يعرف الشفعة بانها " قدرة يمنحها شخص -يسمى الشفيع على ان يتملك عينا تصرف فيها مالكها بعوض لشخص اخر " [٦] اذ وسع في تعريفه حيث شمل العقار والمنقول بدلالة الكلمة التي أوردها (عيناً) والعين تشمل العقار والمنقول.

ثانيا: في الفقه الإسلامي

لم يعرف الفقهاء المسلمين الشفعة في المنقول الا انهم عرفوا الشفعة بعدد من التعاريف تفاوت مضمونها بتفاوت مذاهب الفقه الإسلامي لاختلافهم في بعض الاحكام التفصيلية فيها ،ذلك سنكتفي بذكر تعاريف كل مذهب دون الخوض في التفاصيل وعلى النحو التالي:

الفقه الامامي: عرف جانب من فقهائهم الشفعة بأنها " الشفعة استحقاق الشريك في المبيع تسليمه على المبتاع بمثل ما نفد" [٧] كما عرفها جانب اخر بأنها "حق ان يتملك المبيع بالثمن المقرر له في البيع "[٨] .

الفقه الحنفي: ذهب البعض منهم الى تعريف الشفعة بأنها " عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقار على المشتري بشركة او جوار " [٩] في حين عرفها البعض الاخر " حق تملك العقار جبرا عن المشتري بما قام عليه لدفع ضرر الجوار" [١٠].

الفقه المالكي: عرفت الشفعة لدى جانب منهم بأنها " هي استحقاق شريك اخذ مبيع شريكه بثمنه " [١١] بينما عرفها اخر بانها " استحقاق شريك اخذ ما عاوض بع شريكه من عقار بثمنه او قيمته "[١٢] .

الفقه الشافعي: ذهب فقهائهم الى تعريف الشفعة بانها " حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر" [١٣] وعرفها اخر " حق تملك قهري

يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض" [١٤] .

الفقه الحنبلي: عرف بعضهم الشفعة: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت اليه" [١٥] كما عرفها البعض الاخر " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت اليه ان كان مثله او دونه بعوض ثمنه الذي استقر عليه العقد " [١٦].

نلاحظ من خلال ما تقدم من تعريفات التشريعين محل المقارنة وتعاريف الفقه الاسلامي بأن القانون المدني الكويتي جاء متفقا مع ما اخذ به جمهور الفقهاء من الامامية وجانب من المالكية والشافعية والحنابلة في شمول الشفعة على المنقول والعقار ،في حين ذهب المشرع العراقي مع فقهاء الحنفية وجانب من المالكية في اقتصار الشفعة على العقار .

كما نجد التشريعين محل المقارنة متفقة مع الفقه الإسلامي على ان الشفعة هي تملك .للشفيع ولو جبرا على.المشتري (المشفوع منه) وبالتالي هي شرعت خلافا للقواعد العامة في التشريعين محل المقارنة والفقه الإسلامي والتي تقتضي بأن الأصل العام يكون التملك برضا الطرفين ، ولكونها خلافا للأصل جاءت التشريعات محل المقارنة [١٧] متفقه مع ما اخذ به فقهاء الامامية والمالكية والشافعية والحنابلة في تضيقهم لأسباب استحقاق الشفعة اذ حددوها في حالة الشيوع ، في حين وسع الفقه الحنفي من أسباب استحقاقها فأضاف الجوار الى جانب الشيوع .

ويتضح أيضا ان التشريعين محل المقارنة جاءت متفقه مع الفقه الامامي والحنفي وجانب من المالكية بحصر الشفعة على البيع بينما اتجه الشافعية وجانب من المالكية وجانب من الحنابلة الى اجازة الشفعة في المعاوضات في حين وسع جانب من الحنابلة فجعل الشفعة تستحق في المعاوضات المالية وغير المالية .

وبناء على ما تقدم ومن خلال الاخذ برأي جمهور فقهاء المسلمين والذي جاء متفقا مع القانون المدني الكويتي يتضح لنا ان الشفعة هي

رخصة حلول الشريك محل شريكه الذي تصرف بمبيعه مما انتقلت اليه بالثمن المقرر له. لنستخلص تعريفا للشفعة في المنقول بانها هي رخصة حلول الشريك محل شريكه الذي تصرف بمبيعه المنقول مما انتقلت اليه بالثمن المقرر له.

الفرع الثاني

مدى علاقة الشفعة في المنقول بالاسترداد [١٨]

اخذ كل من المشرع الكويتي والعراقي بالشفعة والاسترداد في القانون المدني وقصرا الاسترداد على العقار فقط ولم يتناولان الاسترداد في المنقول[١٩] .

وتظهر هذه العلاقة من الرأي القانوني الذي ذهب ان الشفعة لا تكون الا في العقار ولا شفعة في المنقول لان المنقول يرد عليه حق الاسترداد لاحق الشفعة ، فالاسترداد يثبت في المنقول الشائع اذا باع احد التركات حصته الشائعة في هذا .المنقول لأجنبي بطريقة الممارسة [٢٠] ،وعرف البعض حق الاسترداد بانه حق الشريك في المنقول الشائع او في مجموعة من المال في ان يحل محل المشتري الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي [٢١] فيشترط لحق الاسترداد ان يصدر بيع من احد الشركاء في مجموع من المال او في منقول معين بالذات وان يرد هذا البيع على حصة شائعة ، وان يصدر البيع الى اجنبي عن الشركاء ، وان يكون المسترد هو احد الشركاء [٢٢] .

ومن خلال هذه الشروط يتبين ان هناك علاقة بين الشفعة في المنقول والاسترداد ، فنجد هذه العلاقة في الصفة الاستثنائية في كلاهما فالشفعة في المنقول هي عبارة عن رخصة استثنائية تقتضي الخروج عن الأصل والتعدي على حرية المتعاقد لتجنب مشاكل الشيوع، والاسترداد ينتزع المسترد الحصة المباعة من قبل شريكه لأجنبي جبرا وفي ذلك خروج عن القواعد العامة [٢٣]، كما وتظهر هذه العلاقة بان كلاهما يثبتان في عقد البيع بحسب التشريعات التي نظمتها واذا كانت هذه القاعدة العامة فان المصدر المستقى منهما الشفعة في المنقول والاسترداد قد نظماها على خلاف ذلك فبعض الفقهاء المسلمين

اجازوهـــا في عقـــود المعاوضـــات وبعضـــهم حصـــرها في البيـــع ،كمـــا ان القـانون الفرنسـي قـد أجـاز الاسـترداد في كـــل عقـــود المعاوضـــات[٢٤]، وتـــبرز العلاقـة أيضـا بـين الشـفعة في المنقـول والاســترداد بانهمــا لا يقــبلان التجزئــة فلـيس للشـفيع اخـذ جـزء مـن المـال المشـفوع فيـه ولـيس للمسـترد اخـذ جـزء مـن الحصـة الشـائعة المباعـة الـى اجنبـي فينبغـي في كلاهمـا اخـذ المـال المبـاع او التركة بأكملها [٢٥].

الا ان هـذه العلاقـة بـين الشـفعة في المنقـول بالاسـترداد تفـترق مـن حيـث الفائـدة والمحـل والسـبب والإجـراءات ، فمـــن حيـــث الفائـــدة مـــن تشـــريعهما فالشـفعة في المنقـول شـرعت مـن اجـل لـــم شـــتات الملكيـــة بعـــد تفريقهـــا لان تجزئـة الملكيـة مـن شـأنه تعقيـد طريـق الانتفـاع بـالأموال ، كمـا شـرعت لـدفع الضـرر مـن حلـول دخيـل اجنبـي ممـا قـد يـؤدي الـى سـوء المعاملـة والمعاشـرة بالإضـافة الـى صـعوبة تجزئـة بعـض المنقـولات ، كمـا ان الشـفعة في المنقـول لا تجـــري بـــين الأصـــول والفـــروع والـــزوجين او الاقـــارب [٢٦]، امـــا فائـــدة الاسـترداد هـي حفـظ اسـرار التركـات وعـدم اقتحامهـا مـن الأجانـب وجعـل الورثـة في مـأمن مـن دخيـل يطـرأ فيسـتقل محـيطهم العـائلي[٢٧]، امـا مـن حيـث المحـل فـأن المنقـول بجميـع انواعـه هـو محـل الشـفعة في المنقـول في حـين محـل الاسـترداد مبيـع مـن حصـه او جـزء مـن حصـه شـائعة في التركـات العامـة منظـورا اليهـا كوحـدة قانونيـة تظـم مـا يقـوّم بمـال مـن الحقـوق والواجبـات [٢٨]، امـا سـبب الشـفعة في المنقـول فهـو اتصـال ملـك الشـفيع بالمـال المشـفوع فيـه أي الشـيوع او الشـراكة في الأمـوال المنقولـة بينمـا سـبب الاسـترداد هـو الشـركة في الإرث أي مقيـدة بالتركـات [٢٩]، امـا الافـتراق مـن حيـث الإجـراءات فـأن الشـفعة في المنقـول خاضـعة لإجـراءات وشـروط اوجبهـا القـانون كمواعيـد طلـب الشـفعة ورفـع الـدعوى والتـزام الشـفيع بإيـداع كـل الـثمن الحقيقـي والانـذار او الإعـلان الموجـه الـى البـائع والمشـتري وسـقوط الشـفعة [٣٠] كـل تلـك الإجـراءات لا تجـــدها في الاســـترداد وان وجـــدت

بعضها فهي ليست بنفس الإجراءات بالدقة والتفصيل [٣١]

المطلب الثاني

طبيعة الشفعة في المنقول

ينبغي لتحديد طبيعة الشفعة في المنقول ان نوضح تلك الطبيعة في القانون بالفرع الأول ثم نخوض في بيانها بالفقه الإسلامي في فرع ثانٍ .

الفرع الأول

طبيعة الشفعة في المنقول قانونا

ان تحديد طبيعة الشفعة في المنقول يستلزم البحث في طبيعة الشفعة بداً ثم نحدد طبيعة المنقول المشمول بالشفعة ، فبالنسبة لطبيعة الشفعة ذهب المشرع الكويتي في المادة (٨٩١) من قانونه المدني الى ان طبيعتها حق حلول مؤكد ذلك في مذكرته الايضاحية: بان حقيقة الشفعة هي حق .الحلول محل المشتري فلم ينص .على ما نصت عليه بعض التشريعات [٣٢] من حق تملك المبيع وان يكون التملك بمقدار الثمن او بالثمن الحقيقي والنفقات ، لان كل هذه التفصيلات بغنى عن ذكرها ،ان بذكر ان الشفعة هي حق الحلول. محل المشتري وليس من المناسب .يذكر في التعريف كل ما يتعلق بالمعرف من التفصيلات [٣٣].

في حين ذهب المشرع العراقي في المادة (١١٢٨)من قانونه المدني الى ان الشفعة حق تملك كما إشارة اليه المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، هذا الخلاف بين التشريعين محل المقارنة انعكس بدوه على الفقه القانوني فمنهم من قال ان الشفعة رخصة [٣٤] ومنهم من قال بانها حق ، واذا كانت حق فهل هي حق عيني [٣٥] ام شخصي [٣٦] فالقائل بان الشفعة هي خيار او رخصة بالمعنى المرادف لان الشفيع بعد البيع وقبل اعلان رغبته في الاخذ بالشفعة يكون الشفيع في هذه المرحلة يتمتع بخيار الشفعة او بمعنى مراد الرخصة وهو يتميز بالصفة الارادية المحضة [٣٧] ،ويرى اخر بأن الشفعة هي حق عيني تخول الشفيع حقا مباشرا يسري بالنسبة للكافة [٣٨] ، وذهب رأي ثالث الى ان الشفعة حق شخصي بالنسبة للشفيع بالذات ، أي ان حق الشفعة حق شخصي عيني

،شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة للعقار [٣٩] أي يكون ذات طبيعة مختلطة. اما الرأي الرابع فذهب الى ان الشفعة ليست حق عيني ولاحقا شخصيا وانما هي واقعة قانونية طبيعية تعتبر من أسباب كسب الملكية فهي ليست بحق بل مصدر للحق ، ولا يصح ان يقال به ان العقد وهو مصدر للحقوق أيضا حق عيني او شخصي والاهمية العلمية لعدم اعتبار الشفعة حق هي عدم الجواز لدائني الشفيع ان يستعملوا الشفعة باسم مدينهم [٤٠]

في حين اتجه رأي خامس الى ان الشفعة عبارة عن دعوى شخصية للحلول في حق المشتري فهي ليست حقاً من الحقوق العينية وذلك لان المشرع العراقي ذكر الحقوق العينية على سبيل الحصر في المادة (٦٨) ولم يذكر الشفعة من بين هذه الحقوق [٤١]. اما الراي السادس فذهب الى ان الشفعة حقا ورخصة في ان واحد فهي رخصة قبل استعمالها من الشفيع وهي حق بعد استعمالها ، فهي رخصة من حيث ان الشفيع لا يجبر على استعمالها وهي حق من حيث ان استعمالها يؤدي الى التزام المشتري بها [٤٢].

ونرجح ما ذهب اليه الراي الأخير لان الشفعة رخصة تمنح الشفيع الخيار بين تملك المبيع او رفضه، أي ان بعد البيع وقبل اعلان الرغبة تكون رخصة، اما اذا تم البيع وأعلنت رغبة الشفيع بالإخذ بالشفعة ننتقل الى حق كامل ، اما اذا انتهت المدة المحددة للشفعة ولم يعلن الرغبة بعد البيع سقطت الرخصة.

اما بالنسبة للمنقولات المشمولة بالشفعة فقد بين المشرع الكويتي في المادة (٢٤/ ٢) من قانونه المدني المنقول بانه " يعتبر الشيء منقولا اذا كان انفصاله عن اصله وشيك الحصول ، ونظر اليه استقلالا على هذا الاعتبار" وعرف المشرع العراقي المنقول في المادة (٦٢/ ٢) من قانونه المدني بانه " المنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة " وبذلك شمل جميع أنواع المنقول ، فالمنقول ينقسم الى ثلاث

أنواع منقول بطبيعته (منقول مادي) والمنقول بالنسبة للشيء او المتعلق به (المنقول المعنوي او غير المادي) والمنقول باعتبار ماله (مصيره) .

فالمنقول بطبيعته (المنقول المادي) هو كل شيء يمكن ان ينقل من مكان الى اخر دون تلف كالحيوانات والعروض والمكيلات والموزونات والمأكولات والمشروبات والبضائع والاثاث والأفلام والكتب والأوراق والمركبات والسيارات والسفن والطائرات وجميع الاكشاك التي يمكن نقلها دون تلف كأكشاك الأسواق والمعارض والاستحمام واكشاك التي تقام مؤقتاً أيام الأعياد ، والمواد المعدة لتشيد البناء تعد منقولا مالم يتم تشيدها وكذلك الغاز والكهرباء متى ما اصبحا مملوكين بسبب الاستحواذ عليهما وغيرها [٤٣] .

اما المنقول بالنسبة للشيء المتعلق به (المنقول المعنوي) هي أشياء لا وجود لها ولا تقع تحت الحواس ولا يتداولها الانسان بالتصور وهي الحقوق ولكن وجودها وقيمتها غير مختلف فيها كالاختراعات العلمية او الصناعية والرسوم والأفكار الأدبية والاثار الفنية والقصائد الشعرية والالحان الموسيقية والالتزامات والتعهدات والاسهم في الشركات والفوائد الناتجة عن شركات تجارية او مالية او صناعية[٤٤].

اما بالنسبة للمنقول بحسب ماله (مصيره) [٤٥] فهو أموال ثابته بطبيعتها ولكنها معدة لان تفصل وتصبح منقول بعد مدة من الزمن القريب فتعتبر منقولا حكما أي ينظر اليها في ما ستؤول اليه في المستقبل وليس بوضعها الحالي كأنقاض البناء ومنتجات المناجم والمحاجر والمحصولات والثمار وخشب الأشجار فهي عقار بطبيعتها على وشك ان تؤول الى منقول بعد هدم البناء او حصد المنقول و الثمار او قطعه او اقتلاعه فعندئذ يأخذ حكم المال المنقول او منقولا بحسب المال [٤٦]، اي يجب ان يكون العقار معدا للانفصال بالفعل عن اصله في المستقبل القريب ويكون مصيره المحتوم هو الانفصال كالمحصولات

والثمار وان يكون التعامل جرى. على أساس ما يصير اليه المال وليس على أساس حقيقة .العقار في الحال.

ومما تقدم يتضح ان طبيعة الشفعة في المنقول هي رخصة قبل استعمالها من قبل الشفيع وحق بعد الاستعمال تسري في المنقول سواء كان بطبيعته او بحسب الشيء المتعلق به ، او بحسب المال ، فمثلا لو كانت سفينة مملوكة لشريكين واراد احدهما بيع حصته فيكون الشريك الاخر له رخصة الشفعة اذا رغب بالشراء بالثمن المقرر لها.

اما اذا تزاحم الشفعاء في مثالنا السابق أي كانت مملوكة لأكثر من شريك وطلب اكثر من شريك اخذ الحصة المبيعة بالشفعة فيكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر انصبتهم في الشيوع [٤٧].

الفرع الثاني

طبيعة الشفعة في المنقول بالفقه الإسلامي

اختلفت الآراء حول طبيعة الشفعة فذهب الامامية الى ان الشفعة حق لان الشفعة قابلة للإسقاط وقبول الاسقاط من اظهر أنواع الحقوق [٤٨] الا انها ليست من حقوق العقد الثابت على البائع كخيار المجلس حيث يقبل فيها قبول البائع وانما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع وليس من حقوقه الثابتة [٤٩] ،كما واتجه الحنفية أيضا الى ان الشفعة حق لدفع الضرر عن الشفيع [٥٠] ، في حين ذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة الى ان الشفعة خيار ثابت للشفيع لدفع الضرر عن المال [٥١] .

اما المنقول فقد عرف بانه المال الذي .يمكن نقله وتحويله من مكان الى اخر [٥٢] مع بقاء صورته وهيئته فيشمل جميع أنواع الحيوانات والعروض والذهب. والفضة. والمعادن والموزونات والمكيلات وجميع. أنواع المال ماعدا الأرض [٥٣] واختلف الفقهاء فيما يمكن تحويله ونقله من مكان الى اخر مع تغير صورته وهيئته. بسبب النقل .والتحويل كالبناء والقناطر والأشجار فذهب الامامية الى ان المسمار المدقوق بالحائط والرحي المبنية في الأرض تعد غير منقول بالعارض [٥٤]

وبنفس المعنى اقر الحنفية الى ان ما امكن نقله وتحويلة من مكان الى اخر مع تغير هيئته من المنقول بسبب النقل والتحويل كالبناء والقناطر والأشجار فالعقار عندهم فقط الأرض [٥٥] أي اعتبرها من المنقولات الا اذا كانوا تابعين للأرض فتسري عليها حكم العقار بالتبعية، في حين اتجه كل من المالكية والشافعية والحنابلة الى ان المنقول الذي يمكن نقله وتحويلة من مكان الى اخر مع الاحتفاظ بهيئته الأولى قبل التحويل والنقل فالبناء والشجر المتصل. بالأرض اتصال قرار وعدم امكانية نقلها مع بقاء هيئتها اذ بالبناء يصير انقاضا والشجر حطباً[٥٦].

ويتضح مما تقدم ان الفقه الإسلامي انقسم الى جانبين حول طبيعة الشفعة فمنهم من عدها حقا وهم الامامية والحنفية ومنهم من عدها خيارا وهم المالكية والشافعية والحنابلة .

اما المنقول اتفق الفقهاء بانه هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان الى اخر الا انهم اختلفوا حول المنقول الذي تتحول صورته وهيئته فذهب الامامية والحنفية الى ان المنقول حتى مع تحول صورته وهيئته يعد منقولا ، اما المالكية والشافعية والحنابلة يستلزم في المنقول الاحتفاظ بصورته وهيئته عند النقل .

وبناءً على ذلك ان طبيعة الشفعة في المنقول عند الفقهاء المسلمون تكون على اتجاهين الأول هي حق فيما يمكن نقله. وتحويله من. مكان الى اخر حتى مع تغير صورته وهيئته ، اما الاتجاه الثاني فهو خيار فيما يمكن نقله وتحويله من مكان الى اخر دون تغيير صورته وهيئته. غير ان الشفعة في المنقول هل هي ثابته عند الفقهاء المسلمون فقد اختلفوا في آرائهم وهذا ما سنبحثه بالمبحث الثاني

المبحث الثاني

مدى ثبوت الشفعة في المنقول

اختلفت نظرة التشريعين الكويتي والعراقي للشفعة في المنقول فاثبتها الأول في حين لم يثبتها الثاني، كما تباينت اراء الفقهاء المسلمين في ثبوت الشفعة في المنقول فاثبتها بعضهم ونفاها البعض الاخر لذلك سنناقش هذا المبحث من خلال مطلبين نبحث

في المطلب الأول عدم ثبوت الشفعة في المنقول ونخصص الثاني لبيان ثبوت الشفعة في المنقول.

المطلب الأول

عدم ثبوت الشفعة في المنقول

نخوض في هذا المطلب من خلال فرعين سنتناول في الفرع الأول عدم ثبوت الشفعة في المنقول في القانون المدني العراقي ونوضح في الفرع الثاني عدم ثبوت الشفعة في المنقول بالفقه الإسلامي.

الفرع الأول

عدم ثبوت الشفعة في المنقول في القانون المدني العراقي

لم يأخذ المشرع العراقي بالشفعة في المنقول عند تنظيمه لحق الشفعة في المواد من (١١٣٨-١١٤٤)من القانون المدني وقصرها في المادة (١١٢٩) على " ١- ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار للسكن على وجه الاستقلال ٢- تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض هذا القرار " والتي عدلت عام ١٩٧٨ في حين كان يأخذ بالشفعة في العقارات المملوكة بصورة عامة قبل هذا التعديل ، وقد شرعت الشفعة لتقليل عدد الشركاء في الشيء الشائع للتخلص من ضرر الشراكة وما تقتضيه من إجراءات ونفقات وبالتالي انهاء حالة الشيوع[٥٧].

الفرع الثاني

عدم ثبوت الشفعة في المنقول بالفقه الإسلامي

وهو قول جانب من الامامية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب ، فذهب جانب من الامامية الى عدم ثبوت الشفعة في المنقولات ولا في البناء والغرس اذا بيعا منفردين ولو بيعا منضمين الى الأرض دخلا في الشفعة تبعا ، اما الثمار والزرع أيضا يكون تبعا للأرض ، أي تثبت في العقارات التي تقبل القسمة كالأرض والدور والبساتين [٥٨]واستدلوا بروايات عن اهل البيت عليهم السلام منها عن الامام الصادق عليه السلام قال " لا شفعة في سفينة ولا نهر ولا طريق ولا ارض ولا حمام " وفي رواية اخر عنه عليه السلام أيضا " ليست في الحيوان شفعة " وفي رواية ثالثة " ان الشفعة لا تكون الا في الأرضين والدور" [٥٩] فالشفعة خلاف الأصل

لان من تملك شيئا بالبيع لا ينتزع منه الا برضاه والقاعدة هي وجوب الاقتصار على موضوع اليقين فيما خالف الأصل وموضوع اليقين من الشفعة هو الثوابت التي لا تقبل القسمة وبالتالي لا تثبت الشفعة في الثوب والقدر والفرس والابريق والبعير والشعير والحنطة والتمر والزبيب والملح [٦٠].

اما الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فاستدلوا على ما ذهبوا اليه من القول بعد ثبوت الشفعة في المنقول برواية عن جابر بن عبد الله قال عن النبي ﷺ انه قال " الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة"[٦١]

ويدل الحديث على ثبوت الشفعة في العقار دون المنقول لان وقوع الحدود انما يكون في الأول دون الثاني[٦٢] ولان الشفعة شرعت لدفع الضرر ودفع الخصومة والضرر يكثر جدا في العقار فانه يحتاج الشريك الى احداث المواقف وتغير الأبنية وتضيق الواسع وتخريب العامر وسوء. الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار والذي يتأبد الضرر بتأبده بخلاف المنقول الذي يكون ضرره عارض[٦٣].

المطلب الثاني
ثبوت الشفعة في المنقول

سنوضح ثبوت الشفعة في المنقول من خلال فرعين نخصص الفرع الأول الى ثبوت الشفعة في القانون المدني الكويتي ونكرس الفرع الثاني لبيان ثبوت الشفعة في المنقول بالفقه الإسلامي

الفرع الأول
ثبوت الشفعة في المنقول بالقانون المدني الكويتي

اخذ المشرع الكويتي بالشفعة في المنقول عند تنظيمه للشفعة في المواد (٨٩١-٩٠٤) من قانونه المدني اذا أشار في المادة (٨٩١) الى ثبوت الشفعة في العقار والمنقول على حد سواء [٦٤] وقد بينت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ان اهم ما استحدثه المشرع في تنظيمه الشفعة هو عدم الاقتصار. على حالة بيع العقار فأجازها في بيع العقار والمنقول على سواء ، هذا بالإضافة الى ان المشروع قصر الشفعة. على

حالة بيع الشريك في الشيوع حصة شائعة، فيكون الشركاء الاخرين حق الاخذ بالشفعة [٦٥] وبينت المذكرة ان الحكمة من مشروعية الشفعة تتحقق في ثبوتها في العقار والمنقول فلا يظهر أي مبرر للتفرقة من عناصر الملكية الامر الذي لا يقتصر اثره على تحقيق مصلحة. الشفيع بل يؤدي الى تحقيق المصلحة العامة اذا لا شك ان تجزئة الملكية تعقد طريق الانتفاع بالأموال ، وهذه الحكمة .تقتضي الاخذ بالشفعة عند بيع المنقول او العقار على سواء بل قد يكون اثبات الحق بالإخذ بالشفعة عند بيع المنقولات أولى منه عند بيع العقارات كما هي الحال عدما يبيع احد الملاك على الشيوع .في المحل التجاري حصته الشائعة[٦٦] وقد جاء تنظيم المشرع الكويتي لإحكام الشفعة مراعيا لتلك الحكمة التي نصت عليها المذكرة الايضاحية اذا عزز المادة (٨٩١) بالمواد اللاحقة المنظمة لإحكام الشفعة والتي تؤكد أيضا على شمول الشفعة للعقار والمنقول وبشكل جلي ودون اضطراب.

فاذا تزاحم الشركاء بان طلب اكثر من شريك الحصة المبيعة بالشفعة فيكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه بالمنقول ، أي ان تقسم الحصة المبيعة بين الشركاء بنسبة انصبتهم في الشيوع[٦٧].

كما نص على الامر الجوازي للشفعة وهو حق لكل من البائع والمشتري في ان يوجه الى الشفيع إنذارا رسميا يعلمه ببيع المنقول علما كافيا لغرض بيان موقفه من الاخذ بالشفعة ، ولذلك يجب ان يشمل الإنذار على البيانات التي تمكن الشفيع من اخذ قراره فيما اذا كان شفيعا ام لا ، فاذا كان صحيحا الإنذار اعتبر الشفيع عالما بالبيع وهذا الإنذار يعد قرينة قاطعة على العلم [٦٨].

فاذا أراد الشفيع الاخذ بالشفعة يجب ان يعلن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمة عن رغبته بشكل اعلان رسمي يوجه البائع والمشتري والا سقط حقه في الاخذ بالشفعة[٦٩].

وقد بينت المذكرة الايضاحية لما اتسع نطاق الشفعة .ليشمل بيع العقار والمنقول جعل. الأصل في حجية

اعلان الرغبة على الغير بعلمه بهذا الاعلان[٧٠].

الفرع الثاني

ثبوت الشفعة في المنقول بالفقه الإسلامي

ذهب جانب من الامامية ورواية عن مالك واحمد الى ثبوت الشفعة في المنقول ، فقد اتجه جانب من الامامية الى ثبوت الشفعة في كل شيء من المبيعات سواء كان منقول او غير منقول[٧١] واستدلوا برواية عن ابي عبد الله الصادق عليه السلام انه قال " الشفعة جائزة في كل شيء من الحيوانات او ارض او متاع اذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع احد نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد عن اثنين فلا شفعة لاحد منهم "[٧٢].

اما المالكية والحنابلة فاستدلوا بما ورد عن جابر عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) "قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) بالشفعة في كل شيء"[٧٣]، وما روي عن ابن عباس عن النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) " الشريك شفيع والشفعة في كل شيء"[٧٤] ووجه الاستدلال ظاهر في لفظ (كل شيء) في الحديثين من الفاظ العموم فهو يتناول المنقول وغير المنقول[٧٥] لان الضرر الذي قد يحدث للشريك في العقار يحدث كذلك للشريك في المنقول[٧٦] اذ ان الضرر فيما يقبل القسمة يمكن. رفعه بالمقاسمة بخلاف ما لا يقبل القسمة فالعقار يقبل القسمة في حين المنقول لا يقبل القسمة فرفع الضرر في المنقول يكون من باب أولى[٧٧].

وبعد ان بينا فيما تقدم الاتجاهين حول حكم الشفعة في المنقول او مدى ثبوت الشفعة في المنقول ، فنجد ان الحكمة من تقرير الشفعة هي دفع الضرر الذي قد يحصل للشريك (الشفيع) من المشتري (الأجنبي) ، أي التقليل من عدد الشركاء للتخلص من ضرر الشراكة او منع دخول اجنبي بين الشركاء في الشيء الشائع وهذه هي الحكمة للقائلين بنفي الشفعة عن المنقول واقتصارها في العقار ، وكذلك للقائلين بثبوت الشفعة في المنقول والعقار وهذين القولين في القانون او الفقه الإسلامي على حدا سواء، فاذا كانت الحكمة من الشفعة متحققة في العقار والمنقول فما المانع من الاخذ بالشفعة في المنقول بل واكثر من ذلك نرى ان الحكمة متحققة في عصرنا

الحاضر في المنقول اكثر منه في العقار اذ يلعب الاعتبار الشخصي في شراكة المنقول دورا اكبر مما في العقار لان الأخير محمي بمجموعة من الإجراءات الشكلية يقيد من تصرفات الشركاء من جهة ، وتكفل حقوقهم وعدم اضرار بعضهم بالبعض الاخر من جهة أخرى في حين لا نجد تلك الحماية في المنقولات الا القليل كالمركبات والمكائن.

فضلا ان ثبوت الشفعة في المنقول اكثر ملائمة لنصوص القانون المدني العراقي الذي قضى بموجب المادة (١/ ٢) منه في حالة عدم وجود. نص تشريعي او عرف الى الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوصه دون التقيد بمذهب معين ، لكون الشفعة مصدرها الشريعة الإسلامية والقول بقصر الشفعة في العقار يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية ومبادئها التي تأبى الحاق الضرر بالشفيع.

الخاتمة

بخاتمة البحث خلصنا الى النتائج الاتية:

أولا: ان الشفعة في المنقول هي رخصة حلول الشريك محل شريكه الذي تصرف بمبيعه ممن انتقلت اليه بالثمن المقرر له.

ثانيا: ان طبيعة الشفعة في المنقول هي رخصة قبل استعمالها من قبل الشفيع وحق بعد الاستعمال تسري في المنقول سواء كان بطبيعته او بحسب الشيء المتعلق به او بحسب المال. في حين اختلف الفقهاء المسلمون في طبيعتها الى جانبين الأول هي حق فيما يمكن نقله وتحويلة من مكان الى اخر حتى مع تغيّر صورته وهيئته اما الجانب الثاني فهي خيار فيما يمكن نقله وتحويله من مكان الى اخر دون تغيّر صورته وهيئته.

ثالثا: ان ضرورة الحياة وتطورها من حيث تداول الأموال وسرعة دوران الحياة الاقتصادية والتجارية تدعوا الى ثبوت الشفعة في المنقول خصوصا في وقتنا الحاضر الذي يلعب الاعتبار الشخصي في شراكة المنقول دورا اكبر

مما في العقار لان الأخير محمي بمجموعة من الإجراءات الشكلية تقيد من تصرفات الشركاء كما تكفل حقوقهم وعدم اضرار بعضهم بالبعض الاخر ، في حين لا نجد تلك الحماية في المنقول الا القليل كالسيارات والمكائن، وطالما الحكمة من موجود الشفعة متوفرة سواء عند مؤيد الشفعة في العقار فقط ، او عند مؤيد الشفعة في المنقول والعقار وعلى حد سواء في القانون و الفقه الإسلامي فلابد من الاخذ بنظام الشفعة في المنقول .

هذا من جهة ومن جهة أخرى ندعو المشرع العراقي الى الاخذ بنظام الشفعة في المنقول في قانونه المدني من خلال الاسترشاد بتجربة القانون المدني الكويتي الذي كان رائد في الجمع بين الشفعة في المنقول والعقار في نظام واحد مستمدا احكامه من الفقه الإسلامي.

الهوامش

(١) الشفعة في اللغة "بضم الشين وسكون الفاء مشتقة من الشفيع وهو ضد الوتر الذي هو الزج وسميت بذلك كون الشفيع يضيف بسببها الحصة المشفوعة من المشفوع منه الى الحصة التي كانت تحت يده فيصبح شفعا بعد ان كان وتراً " أبو الحسن احمد فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، ج٣،ار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٤٥٣.

(٢) القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠الصادر بالمرسوم رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، مجموعة التشريعات الكويتية، ج٢، مجلد ٢ وزارة العدل، ط١، ٢٠١١

(٣) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، اعداد القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.

(٤) باشا قدري، مرشد الحيران الى معرفة الانسان، المطبعة الاميرية، ط١، ١٩٣١، ص٢٢

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص٤٤٥. د.عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة، بيروت، ١٩٨٣، ص٣٤٥. المستشار مصطفى مجدي، الشفعة، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٦، ص٩. د.محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية الاصلية،

مطبعة الرحمانية، مصر، ص٣٢٦. د. محمد حسن قاسم، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة، ٢٠١١، ص٢٣٩. د. محمد طه البشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، العاتك لصناعة الكتب، ص١٧٦. د. سهيل الفتلاوي، حق الملكية، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، ص١١٨. المستشار عبد العزيز محمد أبو غدير، التعليق على نصوص الشفعة، منشاة المعارف، ص٩. د.حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، ١٩٥٤، ص١٥٣.

(٦) د.جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الاصلية، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٢٥٩.

(٧) أبو صلاح الحلبي، الكافي في الفقه، مكتبة الامام امير المؤمنين، أصفهان،ص٣٦١.

(٨) السيد علي السيستاني، المسائل المنتخبة – العبادات والمعاملات، ص٢٢٧، مسألة ٧٢١.

(٩) اكما ل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، ج٩، ار الفكر، بيروت، ط٢، ص٣٦٩.

(١٠) جمال الدين الزيعلي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، دار المعرفة والنشر بيروت، ص٢٣٩.

(١١) الشيخ احمد بن غنيم سالم النفراوي، الفواكة الدواني، ج٢، دار المعرفة، بيروت، ص٢١١.

(١٢) أبو العباس احمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي، الشرح الصغير، ج٢، مطبعة الحلبي، ص٢٠٦.

(١٣) شمس الدين محمد الرملي، نهاية المحتاج شرح المنهاج، ج٥، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤، ص٤٥٩.

(١٤) الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٢، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٨، ص٢٩٦.

(١٥) عبدالله ابن قدامة، المغني، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٩٢، ص٤٥٩.

(١٦) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢، ص١٣٤.

[١٧] الغى المشرع العراقي المادة (١١٢٩) الذي نصت على ثبوت الشفعة في الشريك في العقار الشائع والخليط والجار الملاصق، وحلت محلها قرار مجلس قيادة الثورة والذي حصر الشفعة على الشريك في دار سكنيه او شقة سكنية شائعة. منشور بالوقائع العراقية بالعدد (٢٩٣٥) في ١٩٧٨/٢/١٩.

[١٨] سنقتصر في هذا الفرع على بيان العلاقة بين الشفعة في المنقول بالاسترداد في القانون الوضعي دون الفقه الإسلامي لان مصدر الاسترداد هو القانون الفرنسي ومصدر الشفعة هو الفقه الإسلامي [١٨] وبالتالي لا توجد جدوى من البحث بهما بالفقه الاسلامي طالما لا يعرف نظام الاسترداد.

[١٩] انظر المواد من (٥١٠-٥١٢) من القانون المدني الكويتي، تقابلها المواد (٥٩٣-٥٩٤) من القانون المدني العراقي.

[٢٠] د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٩، ص٤٨١.

[٢١] د.عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص١٩٤.

[٢٢] د.عبد السلام ذهني، الأموال، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٦، ص٧٧٤.

[٢٣] د.عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ١١٤.

[٢٤] د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٨، ص٨٥١و٨٥٥. انظر كذلك الفرع الأول من هذا المطلب.

[٢٥] عبد العزيز راجح حسن، شروط الاخذ بالشفعة، رسالة ماجستير في القانون الخاص مدمة الى كلية الحقوق جامعة عدن، ٢٠٠٠م، ص١٤٥.

[٢٦] انظر المادة (٨٩٣) من القانون المدني الكويتي، تقابلها المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي.

[٢٧] د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص٣٣٠

[٢٨] د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٨، ص٨٥٢.

[٢٩] زهدي يكن، الشفعة، مكتبة صادر، بيروت، ١٩٤٥، ص١٦.

[٣٠] انظر المواد من (٨٩٢-٩٠٤) من القانون المدني الكويتي، تقابلها المواد (١١٣١-١١٤٤) من القانون المدني العراقي مع الاختلاف في بعض التفاصيل

[٣١]. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص ١٩٧-١٩٨.

(٣٢) كالقانون المدني العراقي في المادة (١١٢٨)

(٣٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، مجموع التشريعات الكويتية، ج٢، ،مج٢، وزارة العدل، ط١، ٢٠١١، ٥٦١.

(٣٤) الرخصة: هي تخير بين بدائل معروفة مقدما بخلاف الحرية حيث يكون التخيير بغير حدود ونتائجه غير معلومة، كما وتختلف الحرية عن الرخصة في وجود السبب الذي يمنح مكنة الاختبار، فالسبب موجود في الرخصة متخلف في الحرية، فحرية التملك يعني حرية مطلقة في سلوك أي سبل للتملك او في عدم سلوكه. اما رخصة التملك فتعني جريان سبب يقتضي المطالبة بالتملك، فالشفيع قبل بيع الشع الشريك لنصيبه له الحرية التملك، اما اذا باع الشريك نصيبه عندئذ يكون للشفيع رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة او عدم المطالبة. د.رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠١، ص٢٥٥.

(٣٥) الحق العيني: هو سلطة يقررها القانون لشخص على شيء مادي معين تمكنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به على نحو او على اخر. د. محمد طه البشير واخر، مصدر سابق، ص٥.

(٣٦) انظر المادة (١/٦٩) من القانون المدني العراقي التي عرفت " الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل.

(٣٧) د. ابراهيم دسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٨٨، العدد ٢، المجلد ٢٢، ص ٩١.

(٣٨) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٣٨٧.

(٣٩) د. عبد السلام ذهني، مصدر سابق، ص٦٥٢.

(٤٠) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر ساب، ص٤٤٧.

(٤١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٥٣.

(٤٢) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٠، ص٢٨١.

(٤٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٨، ص٦٥-٦٩.

(٤٤) د. شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص٩.

(٤٥) نصت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي بأن المشرع اخذ في الفقرة الثانية من المادة (٢٤) بنظرية المنقول بحسب المال تتعلق بالمحصول الزراعي -عقار بطبيعته - فتعتبره منقولا حكما في بعض الأحوال لان مآله الحتمي ان ينفصل عن الأرض ومن ثم يكون منقولا بحسب المال على ان نظرية المنقول بحسب المال لا يقتصر تطبيقها على المحصولات فحسب يتسع ليتناول كل ما هو معد للانفصال عن اصله. المذكرة الايضاحية، مصدر سابق، ص٣٠.

(٤٦) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص٥٣.

(٤٧) انظر المادة (٢/٨٩٢) من القانون المدني الكويتي، بينما ذهب المشرع العراقي في المادة (٢/١١٣١) من القانون المدني " اذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي... "

(٤٨) الشيخ الجواهري، جواهر الكلام، ج٣٧، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٣٦٧ ش، ص٣٠٤. انظر كذلك السيد البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٦، نشر ومطبعة الهادي، ط١، ١٤١٩هـ، ص٢٠٧.

(٤٩) المحقق الكركي، جامع المقاصد، ج٦، تحقيق ونشر مؤسسة ال البيت احياء التراث، قم، ط١، ١٤١٠ هـ، ص٤٧١.

(٥٠) ابو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٩٨٩، ط١، ص١٩.

(٥١) انظر كل من: القاضي ابن الوليد سليمان الباجي الاندلسي، المنتقى في شرح موطأ الامام مالك، ج٦، ص٢٢١. العلامة شهاب الدين ابي العباس احمد ابن ادريس الصنعاجي المعروف بالقرافي، كتاب الفروق، المجلد الأول، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، ص١٠٦٥. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج٣، تحقيق محمد الزحلي، دار البشير، جده، ١٩٩٦، ط١، ص٤٥٦. النووي، المجموع، ج١٤، دار الفكر العربي للطباعة والتوزيع، ص٣١٤. عبدالله ابن قدامة، مصدر

سابق، ج٥، ص٥٥١. عبد الرحمن ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ص٥٤٤.

(٥٢) ديبان محمد ديبان، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، ج٦، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط١، ص١٦. د.احمد فتح الله، معجم الفقه الجعفري، مطابع المدوخل، الدمام، ١٩٩٥، ص٣٦٣. الشيخ علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨، ص٣٦.

(٥٣) الشيخ علي الخفيف، المصدر أعلاه، ص٣٦.

(٥٤) السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، ج٣، المحبين للطباعة، قم، ط٣، ٢٠٠٧، ص ٣٧٤.

(٥٥) أبو محمد بن احمد العيني، البناية في شرح الهداية، ج٨، دار الفكر، بيروت، ١٩٨١، ط١ ص٣٥٠.

(٥٦) أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، مطبعة احمد كامل بدار الخلافة، القاهرة، ١٣٣٣ هـ، ص٢٣٧. الرملي، مصدر سابق، ج٥، ص١٤٥. عبد الرحمن ابن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٥، ص٢٧٥.

(٥٧) د.محمد طه البشير واخر، مصدر سابق، ص١٧٧.

(٥٨) الصدوق، الهداية، مؤسسة الامام الهادي، قم، ١٤١٨هـ، ط١، ٢٨٩. الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية، ج٣، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط١، ١٤١٤ هـ، ص٣٥٦.

(٥٩) الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٢٥، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث، قم، ١٤١٢هـ، ط٢، ص٤٠٤-٤٠٥، ح ٣٢٢٢٧-٣٢٢٢٩-٣٢٢٣٠.

(٦٠) السيد محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، ج١٨، تحقيق الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٨ هـ، ط٢، ص٤١١. محمد جواد مغنية، فقه الامام الصادق عليه السلام، ج٤، مؤسسة انصاريا، قم، ١٤٢١ هـ، ط١، ص١٢٢.

(٦١) البخاري، صحيح مسلم، ج٣، دار الفكر للطباعة، ١٩٨١، ص٤٦. الامام الشافعي، المسند، دار الكتب العلمية، بيروت، ص١٨١.

(٦٢) السرخسي، المبسوط، ج١٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص٢٩٤. الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ط١، ص ٣٨١. الشربيني، مصدر سابق نج٤، ص٤١٨. عبدالله بن قدامة، مصدر سابق، ج٥، ص٤٦٠.

(٦٣) الشيخ السيد سابق، فقه السنة، ج٣، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧١، ط١، ص٢١٧.

(٦٤) انظر المادة (٨٩١) من القانون المدني الكويتي

(٦٥) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، مصدر سابق، ص٥٦١.

(٦٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، مصدر سابق، ص٥٦٢.

(٦٧) انظر المادة(٢/٨٩٢) من القانون المدني الكويتي.

(٦٨) انظر المادة (٨٩٦) من القانون المدني الكويتي.

(٦٩) انظر المادة (٨٩٧) من القانون المدني الكويتي.

(٧٠) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، مصدر سابق، ص٥٦٧.

(٧١) الشريف الرضي، الانتصار، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٥هـ، ص٤٤٧. الشيخ المفيد، المقنعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٠هـ، ص٦١٩. الشيخ الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، انتشارات قدس محمدي، ص٤٢٣. السيد السيستاني، مصدر سابق، ص٢٢٧. أبو صلاح الحلي، مصدر سابق، ص٣٦١.

(٧٢) الحر العاملي، مصدر سابق، ج٢٥، ص٢٠٤، ح ٣٢٢٢٣.

(٧٣) ابن عبد البر، الاستذكار، ج٧، تحقيق سالم محمد عطا واخر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠، ص٨٦.

(٧٤) احمد بن الحسن البيهقي، معرفة السنن والاثار، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٤٩٥

(٧٥) الشوكاني، نيل الأوطان، ج٦، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣، ص٨٠. السيوطي، الموطأ مع شرح تنوير الحوالك، ج٢، دار الكتاب العلمية، بيروت، ص١٩٢. عبد

الله بن قدامة، المغني مع الشرح الكبير (شرح لمتن المقنع)، ج٧، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٦، ط١، ص١٤٩

(٧٦) الشيخ السيد سابق، مصدر سابق، ج٣، ص٢١٥

(٧٧) ديبان الديبان، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٢٢

قائمة المصادر

أولا: اللغوية العربية

١) أبو الحسن احمد فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، ج٣،ار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨.

ثانيا: الكتب القانونية

١) د.جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الاصلية، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٢) د.حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، ١٩٥٤.

٣) د. رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠١.

٤) د. زهدي يكن، الشفعة، مكتبة صادر، بيروت، ١٩٤٥.

٥) د. سهيل الفتلاوي، حق الملكية، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١..

٦) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٠.

٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، ج٩، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.

٨) د. عبد السلام ذهني، الأموال، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٦.

٩) المستشار عبد العزيز محمد أبو غدير، التعليق على نصوص الشفعة، منشاة المعارف، الاسكندرية.

١٠)د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة، بيروت، ١٩٨٣.

١١)د. محمد حسن قاسم، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة، ٢٠١١.

١٢)د. محمد طه البشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، العاتك لصناعة الكتب.
١٣)د. محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية الاصلية، مطبعة الرحمانية، مصر.
١٤)محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة الانسان، المطبعة الاميرية، ط١، ١٩٣١.
١٥)د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
١٦)المستشار مصطفى مجدي، الشفعة، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٦.

ثالثا: مصادر الشريعة السلامية

أ- كتب الحديث وشروحاته

١) ابن عبد البر، الاستذكار، ج٧، تحقيق سالم محمد عطا واخر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠.
٢) احمد بن الحسن البيهقي، معرفة السنن والاثار، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت.
٣) البخاري، صحيح مسلم، ج٣، دار الفكر للطباعة، ١٩٨١.
٤) الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٢٥، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث، قم، ١٤١٢هـ، ط٢.
٥) السيوطي، الموطأ مع شرح تنوير الحوالك، ج٢، دار الكتاب العلمية، بيروت.
٦) السيوطي، الموطأ مع شرح تنوير الحوالك، ج٢، دار الكتاب العلمية، بيروت.
٧) الامام الشافعي، المسند، دار الكتب العلمية، بيروت.
٨) الشوكاني، نيل الأوطان، ج٦، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣.

ب- الفقه السلامي

<u>الفقه الامامي</u>

١) أبو صلاح الحلبي، الكافي في الفقه، مكتبة الامام امير المؤمنين، أصفهان.
٢) السيد البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٦، نشر ومطبعة الهادي، ط١، ١٤١٩هـ.
٣) الشيخ الجواهري، جواهر الكلام، ج٣٧، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٣٦٧ ش.
٤) الشريف الرضي، الانتصار، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٥هـ.

٥) الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية، ج٣، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط١، ١٤١٤ هـ،
٦) الصدوق، الهداية، مؤسسة الامام الهادي، قم، ١٤١٨هـ، ط١.
٧) الشيخ الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، انتشارات قدس محمدي،
٨) السيد علي السيستاني، المسائل المنتخبة – العبادات والمعاملات، ص٢٢٧، مسألة
٩) المحقق الكركي، جامع المقاصد، ج٦، تحقيق ونشر مؤسسة ال البيت احياء التراث، قم، ط١، ١٤١٠ هـ
١٠) السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، ج٣، المحبين للطباعة، قم، ط٣، ٢٠٠٧،
١١) السيد محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، ج١٨، تحقيق الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٨ هـ، ط٢
١٢) محمد جواد مغنية، فقه الامام الصادق عليه السلام، ج٤، مؤسسة انصاريا، قم، ١٤٢١ هـ، ط١
١٣) الشيخ المفيد، المقنعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٠هـ

الفقه الحنفي

١) ابو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٩٨٩، ط١.
٢) أبو محمد بن احمد العيني، البناية في شرح الهداية، ج٨، دار الفكر، بيروت، ١٩٨١، ط١.
٣) اكما ل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، ج٩، ار الفكر، بيروت، ط٢.
٤) جمال الدين الزيعلي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، دار المعرفة والنشر بيروت.
٥) السرخسي، المبسوط، ج١٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

الفقه المالكي

١) القاضي ابن الوليد سليمان الباجي الاندلسي، المنتقى في شرح موطأ الامام مالك، ج٦، ص٢٢١

٢) أبـو العبـاس احمـد بـن محمـد الخلـوتي الصـاوي المـالكي، الشـرح الصـغير، ج٢، مطبعـة الحلبي.
٣) أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية
٤) المقتصد، ج ٢، مطبعة احمد كامل بدار الخلافة، القاهرة، ١٣٣٣.
٥) الشيخ احمد بن غنيم سالم النفراوي، الفواكة الدواني، ج٢، دار المعرفة، بيروت.
٦) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ط١.
٧) العلامـة شـهاب الـدين ابـي العبـاس احمـد ابـن ادريـس الصـنعاجي المعـروف بـالقرافي، كتـاب الفـروق، المجلـد الأول، دراسـة وتحقيـق مركـز الدراسـات الفقهيـة والاقتصـادية،

الفقه الشافعي

١) أبـو إسـحاق الشـيرازي، المهـذب، ج٣، تحقيـق محمـد الزحلـي، دار البشـير، جـده، ١٩٩٦، ط١.
٢) شـمس الـدين محمـد الرملـي، نهايـة المحتـاج شـرح المنهـاج، ج٥، دار الفكـر، بيـروت، ١٩٨٤.
٣) الشـيخ محمـد الشـربيني الخطيـب، مغنـي المحتـاج الـى معرفـة معـاني الفـاظ المنهـاج، ج٢، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٨.
٤) النووي، المجموع، ج١٤، دار الفكر العربي للطباعة والتوزيع.

الفقه الحنبلي

٥) عبد الرحمن ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٥، دار الكتاب العربي، بيروت.
٦) عبـد الله بـن قدامـة، المغنـي مـع الشـرح الكبيـر (شـرح لمـتن المقنـع)، ج٧، دار الحـديث، القاهرة، ١٩٩٦، ط١.
٧) عبدالله ابن قدامة، المغني، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٩٢.
٨) منصـور بـن يـونس البهـوتي، كشـاف القنـاع عـن مـتن الاقنـاع، ج٤، دار الفكـر، بيـروت، ١٩٨٢.

ج- الدراسات الفقهية الحديثة

١) د.احمد فتح الله، معجم الفقه الجعفري، مطابع المدوخل، الدمام، ١٩٩٥.

٢) ديبان محمد ديبان، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، ج٦، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط١.
٣) الشيخ السيد سابق، فقه السنة، ج٣، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧١، ط١.
٤) الشيخ علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨.

رابعا: الرسائل والبحوث

١) د. ابراهيم دسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٨٨، العدد ٢، المجلد ٢٢.
٢) عبد العزيز راجح حسن، شروط الاخذ بالشفعة، رسالة ماجستير في القانون الخاص مدمة الى كلية الحقوق جامعة عدن، ٢٠٠٠م.

خامسا: القوانين والمذكرات الايضاحية

١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، اعداد القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
٢) القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠الصادر بالمرسوم رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، مجموعة التشريعات الكويتية، ج٢، مجلد ٢ وزارة العدل، ط١، ٢٠١١.
٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، مجموع التشريعات الكويتية، ج٢، مج٢، وزارة العدل، ط١، ٢٠١١.