شروط التزاحم في أسباب كسب الملكية
(دراسة مقارنة)

الباحث:علي عبد الخضر عباس أ. د. غني ريسان جادر الساعدي
altamimiali1930@gmail.com alsaadeghani@gmail.com
كلية القانون / جامعة البصرة

الملخص:

إنّ التزاحم في أسباب كسب الملكية فكرة إيجابية ناطقة ، و ليست فكرةً سلبية صامتة، فلكي تتحقق لابد من تحقق شروط و عناصر معينة ، وبعدم وجود هذه العناصر والشروط لا يمكن لهذه الفكرة أن تتحقق في البين.

و تقوم فكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية على مجموعةٍ الشروط الجوهرية في تكوينها و التي يمكن استخلاصها من موارد مثل هذا النوع من التزاحم ، و تختلف هذه الشروط بينها تبعاً لاختلاف ذاتها . فمنها ما يتسم بطابعٍ شخصي يرجع إلى من توفر فيه سبب كسب الملكية ، و منها ما يتصف بصبغةٍ موضوعية و هي إما ترجع لمحل التزاحم أو ترجع إلى الرابط الموضوعي بين المُقوّم الشخصي و بين محلّ التزاحم .

الكلمات المفتاحية : (التزاحم ، أسباب كسب الملكية ، الاشتراك الشخصي الاستقلالي ، التضاد).

Conditions of competition in the reasons for Earning Property
(A comparative study)

Prof. Dr. Ghani Raisan Jader Ali Abdul- Khader Abbas
alsaadeghani@gmail.com altamimiali1930@gmail.com
College of Law / University of Basra

Abstract:

Competition in the reasons for gaining ownership is a positive, articulate idea, not a silent negative idea. In order for it to be achieved, certain conditions and elements must be fulfilled, and in the absence of these elements and conditions, this idea cannot be achieved in the clear.

The idea of competition in the reasons for gaining ownership is based on a set of essential conditions in its formation that can be extracted from the resources of such

type of competition, and these conditions differ between them according to the difference in themselves. Some of them are characterized by a personal nature, due to who has the reason for gaining ownership, and some of them are characterized by an objective nature, which is either due to the place of competition or returns to the objective link between the personal component and the place of competition.

These conditions are either conditions of a personal nature, or they are characterized by objective elements, and this is what we will explain in this research.

Keywords: (competition, reasons for gaining ownership, personal participation, independence, contradiction).

المقدمة:

أولاً : جوهر فكرة البحث

تتجسد فكرة البحث وجوهرها بالعناصر و المقومات والشروط التي يستند إليها التزاحم في أسباب كسب الملكية ، و قد استخلصت هذه الشروط من طبيعة التزاحم في أسباب كسب الملكية القائم على ضرورة وجود عدة أشخاص يشتركون في أسباب كسب الملكية ، إما اشتراك في نفس نوع السبب ، أو اشتراك في أسباب مختلفة ، كما و قد استُمدت من شيء خارج عن هؤلاء الأشخاص وهو وحدة الوعاء ، و أخيراً فإن الشرط الذي يربط بين اشتراك الأشخاص و وحدة الوعاء هو التضاد بينهما أو عدم إمكان استيعاب الوعاء للرغبات المتعددة بالتملك.

ثانياً : أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا البحث بالوقوف على معرفة الركائز الأساسية التي تقوّم فكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية ، فمن دون هذه الركائز المتمثلة بالشروط لا معنى لوجود مثل هذا التصور الفلسفي المتجسد في هذه الفكرة.

ثالثاً : إشكالية البحث

إنّ إشكالية هذا البحث تتجلى في هذه التساؤلات الأربع: هل أن هذه الشروط تكاملية ؟ بمعنى ماذا لو تحقق شرطان أو شرط واحد فهل تتحقق فكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية؟ هل أن الاشتراك الشخصي في أسباب كسب الملكية يؤدي إلى التزاحم في هذه الأسباب من دون قيدٍ في هذا

الاشتراك؟ هل هنالك ارتباط بين قيد الاشتراك الشخصي و بين تحقق التضاد؟ و أخيراً هل يتمظهر وعاء التزاحم بشكلٍ واحد متمثلاً بالعين فقط أم هنالك وعاء آخر ينحصر في بعض حالات التزاحم الضيقة؟ و سنتناول الإجابة عن هذه التساؤلات ضمن طيات البحث.

رابعاً : هدف البحث

يهدفُ البحث إلى التعرف عن مكنونات فكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية و العناصر التي تحققها ، و مواطن نشوئها ، و طبيعة كلٍ منها ، شخصيةً كانت أم موضوعية ، خفيةً كانت أو ظاهرية ، و لا يتم كل ذلك إلا باستعراض مفاهيم هذه الشروط من الاشتراك الشخصي و التضاد و ووحدة الوعاء و إن استَعَنا في ذلك ببعض العلوم الخارجة عن القانون إلا أن لها امتداد لعلم القانون

خامساً : منهجية البحث

سوف نعتمد في تحقيق هذا الهدف و الإجابة عن إشكالية البحث على منهج البحث المقارن و المتمثل بالمقارنة بين نصوص القانونين المدنيين العراقي و المصري بالإضافة إلى آراء الفقهاء المسلمين و علماء أصول فقههم ، فضلاً عن بعض القرارات القضائية التي صدرت في شأن ذلك .

سادساً : خطة البحث

تتوزع خطة البحث إلى مبحثين و كالآتي :

المبحث الأول : الشرط الشخصي للتزاحم في أسباب كسب الملكية

المبحث الثاني : الشروط الموضوعية للتزاحم في أسباب كسب الملكية

المبحث الأول/ الشرط الشخصي للتزاحم في أسباب كسب الملكية

ترتكز فكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية على وجود حالة (الاشتراك الشخصي الاستقلالي) الذي يمكن لنا أن نقول بأنها: اشتراك أكثر من شخص يتوفر فيه سبب من أسباب كسب الملكية في علاقةٍ واحدة .

إلا أنه و قبل ذلك لابد من التعريف بحقيقة الاشتراك الشخصي، و جزئياتها المتعددة ، و بيان إطلاقاتها و تفريعاتها ، ثم الفحص بعد ذلك عن الاشتراك الشخصي الذي يؤدي إلى التزاحم في أسباب كسب الملكية و هذا ما سيُبحث في المطلبين الآتيين .

المطلب الأول/ بيان حقيقة الاشتراك الشخصي

لقد أجاد الفقهاء المسلمون في التعريف بحالة الاشتراك الشخصي هذه وبحثوها تحت عنوان (باب الشركة) و تطلق الشركة عندهم على معنيين :

الأول : كون الشيء واحد لاثنين أو أزيد ، أما الثاني : فهو العقد الواقع بين اثنين أو أزيد على الاشتراك فيما يحصل بينهم من ربح و فائدة من الاتجار أو الاكتساب أو غيرهما[١].

مما يعني خروج المعنى الثاني من نطاق بحثنا و انصبابه على المعنى الأول ، على أن المعنى الأول لا يدخل بكل أجزائه و أفراده في دائرة هذا البحث ؛ ذلك لأن الشركة بالمعنى الأول قد تتحقق من خلال استحقاق شخصين فما زاد عيناً أو ديناً أو منفعة أو حقاً[٢].

لهذا فإن ما يتعلق بهذا البحث خصوص ما يستحقه أكثر من شخص من الأعيان أولاً و بالذات بعيداً عن استحقاقهم للدين أو العين أو المنفعة و التي لها مجالات بحثية أخرى .

في الوقت الذي لم أجد بحسب اطلاعي القاصر مساحاتِ بحثٍ قانونية تخص حالة الاشتراك الشخصي شرع بها فقهاء القانون .

إلا فيما يتعلق بعقد الشركة و ركنها الموضوعي المتمثل بتعدد الشركاء [٣] و الذي لا يمثل عموم هذه الحالة ، بل سنرى أن عقد الشركة تفرُّع واحد من تفرعات حالة الاشتراك الشخصي المتجذرة.

ويرى الحنفية[٤] أن الشركة على نوعين :

الأولى: شركة عقود : و هي أن يعقد اثنان فأكثر عقداً على الاشتراك في المال و ما نتج عنه من ربح ، و هي على أربعة أوجه : شركة المفاوضة، و شركة العنان و شركة الصنائع ، و شركة الوجوه . و تقدم منا أن شركة العقود أو الشركة العقدية خارجة عن بحثنا هذا .

أما الثانية : شركة الأملاك : و هي أن يتملك أكثر من شخص عيناً من غير عقد ، و هي إما أن تكون اختيارية ، كما لو وهب شخص عيناً لشخصين ، أو أوصى واحد لاثنين ، أو إذا اشتريا شيئاً لحسابهما. أو جبرية و هي التي تثبت لأكثر من شخص جبراً دون أن يكون فعل في إحداث الملكية كما في الميراث ، فإن الشركة تثبت للورثة دون اختيار منهم و تكون شركةً بينهما شركة ملك.

و يرى الشافعية [٥] أن الشركة على ستة أنواع : في الرقاب و المنافع ، وفي الرقاب دون المنافع ، وفي المنافع دون الرقاب ، و في المنافع المباحة ، وفي حقوق الأبدان ، وفي حقوق الأموال، فأما التي في الرقاب و المنافع معاً ، فالشركة في الأعيان المملوكة كالعقار والحيوان و الخيل و الثياب ونحو ذلك . و أما في الرقاب دون المنافع و في المنافع دون الرقاب بأن يوصي لجماعة بمنفعة دارٍ على التأبيد فتكون المنفعة دون الرقبة مشتركة بين الموصى لهم بها، والرقبة دون المنفعة مشتركة بين الورثة. و أما الشركاء في حقوق الأبدان فالقصاص ، وحد القذف إذا ورثوا قصاصاً أو حد قذف كانوا فيه شركاء . و أما الشركة في حقوق الأموال ، فالآخذون بالشفعة .

و يرى المالكية أن الشركة تنقسم إلى ثلاث أقسام :

شركة الإرث و هي اجتماع الورثة في ملك عين بطريق الميراث ، وشركة الغنيمة و هي اجتماع الجيش في ملك الغنيمة ، و شركة المبتاعين شيئاً بينهما ، وهي أن يجتمع اثنان فأكثر في شراء دار و نحوه [٦] .

و يرى الحنابلة أن الشركة على قسمين:

الأولى : شركة في المال ، وهي اجتماع اثنين فأكثر في استحقاق عين بإرث أو شراء أو هبة أو نحو ذلك ، و لا فرق بين أن يملكا العين بمنافعها أو يملكها رقبتها دون منفعتها ، أو منفعتها بدون رقبتها .

الثانية : شركة العقود ، وهي اجتماع اثنين فأكثر في التصرف[٧].

و يلاحظ أن هذا التقسيم يشبه إلى حد كبير تقسيم الحنفية مع اختلاف في تسمية الشركة غير العقدية فهناك سُميّت بـ (شركة الأملاك) أما هنا فتسمى بـ (شركة المال) بالإضافة إلى أن شركة العقود عند الحنابلة تقسم إلى خمس : شركة العنان ، و شركة الوجوه ، و شركة الأبدان ، شركة المفاوضة ، و شركة المضاربة، أما عند الحنفية فقد تقدم أنها أربعة من دون شركة المضاربة.

و تنقسم الشركة في فقه مدرسة أهل البيت (عليهم السلام) إلى ثلاث [٨] :

الأولى : شركة في الأعيان ،و هي على ثلاثة أوجه : أحدها : بالميراث ، و الثاني : بالعقد، و الثالث : بالحيازة .

فأما الميراث فهو اشتراك الورثة في التركة ، و أما العقد فهو أن يملك جماعة عيناً ببيع أو هبة أو صدقة أو وصية مشتركة ، و أما الشركة بالحيازة فهو أن يشتركوا في الاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد و الاغتنام و الاستسقاء و غير ذلك فإذا صار محوزاً لهم كان بينهم.

الثانية : شركة في المنافع ، كالاشتراك في منفعة الوقف و منفعة العين المستأجرة . الثالثة : شركة في الحقوق ، كالاشتراك في حق القصاص ، و حد القذف و غير ذلك .

و قد ذهب رأي إلى أن الشركة لا تصح إلا في الأموال ، و لا تصح بالأبدان و الأعمال[٩] و قد ادُّعي أن المشهور بين علماء الإمامية هو أن كل من شركة الوجوه و الأعمال باطلة[١٠].

المطلب الثاني/ دور الاشتراك الشخصي بتكوين التزاحم في أسباب كسب الملكية

لقد تقدّم منا أن محل البحث هو شركة الأعيان التي تتم بأحد أسباب كسب الملكية ، إلا أن هذه الشركة قد لا تؤدي بالضرورة إلى وقوعِ تزاحمٍ في هذه الأسباب ، فقد تقع الشركة و الاشتراك و مع ذلك لا يجد التزاحم منفذاً للولوج إلى هذه الأسباب.

و حريّ بنا أن نتفحص الأسباب و الموجبات التي تمنع من وقوع التزاحم في أسباب كسب الملكية رغم تحقق حالة الاشتراك الشخصي فيها ، ثم نبين المقتضيات التي تتوفر في هذه الأسباب مما يجعلها عرضةً للتزاحم و سيكون الكلام في هذا المطلب مقسم على فرعين : الأول: البحث في دور الاشتراك الشخصي بتكوين التزاحم في الأسباب التمليكية، و الثاني: دور الاشتراك الشخصي بتكوين التزاحم في الأسباب التملّكية [١١] .

الفرع الأول/ دور الاشتراك الشخصي بتكوين التزاحم في الأسباب التمليكية

أولاً: الاستيلاء

قد نجد أن حالة الاشتراك الشخصي متحققة ، إلا أن التزاحم لا يقع في أسباب كسب الملكية لبعض الموانع. و يتحقق الاشتراك الشخصي في سبب الاستيلاء عند الفقهاء المسلمين في حالتين : الاشتراك في وسيلة الاستيلاء ، والاشتراك في أهلية الاستحواذ على المباحات . و وفق ما يلي :

١- الاشتراك في وسيلة الاستيلاء

إنّ الوسيلة التي تحقق الاستيلاء تكون بحسب محلّه عرفاً ،فالاستيلاء على الماء باغترافه من النهر و الحجر بحمله من الصحراء ،و الخشب باحتطابه من الغابة ، و السمك بوقوعه في الشبكة ، و الحيوان بأخذه و صيده و هكذا [١٢].

و من الواضح أن هذه الوسائل مشتركة ما بين الكافة مما يتيح للتزاحم فرصته للدخول على الاستيلاء كسبب لكسب الملكية .

و قد أشار القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) إلى هذه المَحال تفصيلاً ، فقد أكد في المادة (١٠٩٩) بفقراتها الثلاث على جواز الاستيلاء على الماء و الكلأ و النار و أن الناس جميعاً فيها شركاء. و أما في المادة (١١٠٠) فقد أشار المشرع إلى جواز الاقتطاع من الجبال المباحة . و في المادة (١١٠٢) أكد على جواز الصيد براً و بحراً بلوائح خاصة .

و أيضاً هذا ما أشارت له المادة (٢/٨٧١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) إجمالاً حينما نصت على أنه: (و تعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . و إذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً و إذا كفّ عن تتبعه . و ما رُوّض من الحيوانات و أَلِفَ الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له ، أما صيد البر و البحر فقد أحالهُ المشرع المدني المصري إلى التنظيم بلوائح خاصة)، وإنّ كل هذه المنقولات المباحة لا تختص بأحدٍ دون الآخر مما يجعل الكافة يفكر بالاستحواذ و الاستيلاء عليها ، و هذا معنى أن تكون هنالك قابلية للاستيلاء في التزاحم ، حيث أن هذه القابلية إنما استُمدت من قابلية وسيلة الاستيلاء للتزاحم تبعاً لقابلية محله ، فالوسيلة كما ذكرنا تتبع محل الاستيلاء ، و الاستيلاء على كل شيءٍ بحسبهِ.

٢- الاشتراك في أهلية الاستحواذ على المباحات

و الكلام هنا عن أصل الاشتراك في الاستحواذ و الاستيلاء ، فقد فُسّرت العلاقة بين كل فردٍ و المواد المتوفرة في الطبيعة بأنها علاقة ملكية شائعة ، فإن ما يربط بينهم و بين هذه المباحات هو الشيوع .

فالاستيلاء الذي صدر من شخصٍ منهم لم يكن منشئاً لملكية جديدة بل أن الملكية متحققة قبل الاستيلاء إلا أنها شائعة بينهم ، و كل ما فعلهُ الاستيلاء هو فرز هذه الحصة و تحويلها إلى ملكيةٍ مفرزة [١٣].

و هذه النظرة قد أكدتها النصوص القانونية التي سلفت ، بالإضافة إلى بعض النصوص الشرعية الشريفة التي تبين لنا أن القانون الوضعي قد طابقها نصاً و مضموناً[١٤] .

و هذا يعني أن الاشتراك الشخصي في الاستيلاء يتحقق في أصل الاستيلاء و الاستحواذ على المباحات ،و يتعلق أيضاً بالاشتراك بالوسائل التي تحقق هذا الاستيلاء و هذا الاستحواذ ، و معنى ذلك أن التزاحم في الاستيلاء يحلق بجناحين أحدهما الاشتراك الشخصي في أصل أهلية الانتفاع بالمباحات ، و الثاني الاشتراك الشخصي في وسائل الاستيلاء.

و من تطبيقات الاشتراك الشخصي في الاستيلاء ما لو اقتلع شخصان شجرةً ، أو اغترفا ماء بآنية واحدة ، أو نصبا معاً شبكةً للصيد ، أو أحييا أرضاً معاً ، فإن مَلَك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي ، و إلا فلكل منهما بنسبة عمله و لو بحسب القوة و الضعف و لو اشتبه الحال ، و ربما يحتمل التساوي مطلقاً لصدق اتحاد فعلهما في السببية و اندراجهما في قوله (من حاز ملك) [١٥].

و حيث أن الفارق بين الاستيلاء في طبيعته الذاتية و بينه في طبيعته التشريعية هو فارق رتبي – أي أن طبيعة الاستيلاء الذاتية المتمثلة بوضع اليد تندمج مع الطبيعة التشريعية التي أقر المشرع بأن وضع اليد هذا طريقاً لكسب الملكية و لا يوجد تقدم زمني للطبيعة الذاتية على التشريعية– فإننا نميل إلى أن التساوي بينهما هو الحكم الأمثل لتساويهما في حصة المملوك بسبب تحقيقِ كلٍ منهم للملكية في وقتٍ واحد ، و الكلامُ ليس عن مقدارِ عملِ كلٍ منهم لأن خصوصية الاستيلاء هي سببيته للوصول إلى الملكية بأي جهدٍ كان.

إنّ هذا النوع من الاشتراك لا يؤدي إلى التزاحم في الاستيلاء ؛ ذلك لأن استيلاء الثاني كان في عَرْض استيلاء الأول ، بمعنى أن كلا الاستيلاءان قد تحققا في وقتٍ واحد و بِإرادةِ كلٍ منهما.

بخلاف ما لو كان استيلاء الثاني في طول الاستيلاء الأول ، بمعنى أن الاستيلاء الثاني منفصل عن الاستيلاء الأول و قد تحقق في رتبةٍ متأخرة ، فالتزاحم في الاستيلاء حاصل.

و قد توسّعَ السيد محمد باقر الصدر في فكرة التزاحم في الاستيلاء المتحقق في مثل هذا الفرض . في الوقت الذي لم نجد فيه أحداً من فقهاء القانون و كتّابه و لا حتى القوانين المدنية المقارنة قد تعرّضوا أو تعرضت تفصيلاً لهذه المسألة ، نعم! هناك بعض الإشارات فيما يتعلق بالكنز بخلاف أرباب الفقه الإسلامي فإنهم قد أشبعوا هذا البحث تحليلاً و تدقيقاً و تمحيصاً .

و من بعض هذا التوسع ما قيل[١٦] : فيما لو نصب أحدهم شبكته للصيد و اصطاد سمكةً فعلاً فأفلتت منه ووقعت في شبكة صيادٍ آخر، أو مسك طائراً فأفلت منه ووقع في قبضة آخر . فاجتمع في اليد الثانية اقتضاءان : اقتضاء التمليك و اقتضاء الضمان.

إذ أن اليد الأولى تجعل اليد الثانية مقتضيةً للضمان ، حيث أن استيلاء اليد الأولى يجعل من اليد الثانية ضامنة ، كما و قد يكون استيلاء اليد الثانية مقتضي للملكية لا الضمان ؛ ذلك لأن من وضع يده على عينٍ فهو مالك لها ، فاليد الثانية بنفسها مقتضية للملكية لأنها تحوز.

فإذا وقع الاستيلاء بين اثنين أو أكثر بشكل طولي لا عرضي كما لو أُصطيدت سمكةً من قبل المستولي الأول فأفلتت من الشبكة ووقعت في شبكة المستولي الثاني فإنّ بمقتضى التقدم الرتبي قد تحققت ملكية المستولي الأول بمجرد وقوع السمكة في شبكته ، لذلك فإن التقدم الرتبي عامل يحقّق الأسبقية في الاستيلاء، وبهذا نختلف مع الأستاذ السنهوري الذي يرى تحقق ملكية المستولي الثاني بسبب خروج المباح من حيازة المستولي الأول و لو بغير إرادته[١٧].

و السبب في هذا الاختلاف هو أن الأستاذ السنهوري ركّز على بقاء الاستيلاء باعتقال الطير أو السمك أو غيره من المباحات؛ فطالما بقيت في حيازة المستولي بقيت ملكاً له أما لو خرجت من حيازته فقدْ فقدَ ملكيتها.

و نحن نرى عدم وجود دليل على هذا الاشتراط في البقاء ، نعمّ ! نشترط البقاء في بقية الأسباب التي يفصل بين طبيعتيها فاصل زمني كالحيازة فتكون الملكية معرضة للزوال ، أما ملكية المستولي فتبقى بتحقق شرائطها كاملةً و إن فقدها بدون إرادته .

و هذا ما ذهب إليه صراحةً القانون المدني العراقي في المادة (١١٠٤) حينما نص على أنه: (يصبح المنقول مباحاً إذا تخلّى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته) و القانون المدني المصري في

المادة (٨٧١) حينما نصّ على أنه : (يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلّى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته) .

إنّ كّلاً من هذين النصّين يؤسسان لقاعدةٍ عامة مقتضاها عدم خروج ملكية المنقول المباح – أياً كان حيواناً أو أي عينٍ أخرى– من ملكية المستولي من دون إرادته ، أما لو تخلى هو عن ملكيتها اختياراً بقصد النزول عنها فقد فقدها ،و هذا ما اخترناه من رأيٍ راجح في هذا الصدد من أن السبب في عدم فقدان المستولي الأول ملكية ما استولى عليه هو الأسبقية في الاستيلاء المتأتية من التقدم الرتبي لمرحلة الاستيلاء الأولى على الثانية.

ثانياً : الوصية

يتحقق الاشتراك في الوصية بتحقق الاشتراك الشخصي في الوصية ، و ذلك إذا ما أوصى الموصي لاثنين أو أكثر بل قد يوصي بشيءٍ معين بكامله إلى شخص ثم يوصي بنصفه لشخص آخر، و قد يتحقق التزاحم بين الوصية و سببٍ آخر لكسب الملكية [١٨].

ففي حالة الاشتراك الشخصي في الوصية ، مثلاً إذا أوصى الرجل بوصايا واجبة ، أو وصايا واجبة و غير واجبة ، و تزاحمت بحيث لا يمكن إخراج جميعها من الثلث ، ففي إخراج بعضها و أولويته عن البعض الأخر كلام فيه تفصيل بين الفقهاء[١٩] .

فذهب فقهاء الإمامية إلى أنه لو أوصى بواجب و غيره ، فإنه يخرج الواجب من أصل التركة ، سواء كان الواجب مالياً كالدَين و الحج ، أم كان واجباً بدنياً كالصوم و الصلاة ، و أما الباقي فيخرج من الثلث ، و يُبدَأُ بالأول فالأول في غير الواجب حتى يستوفى الثلث ، و يبطل فيما زاد عليه إن لم يجز الورثة ، و أما لو جمع ما أوصى به من الواجب و غيره في الثلث بأن صرّح بذلك ، فإنها تتساوى في الإخراج من الثلث عملاً بمقتضى الوصية فإن كان الثلث وافياً للجميع فبها ، و إلا فإنه يبدأ بالواجب[٢٠] .

و ذهب الحنفية إلى أنه إذا تزاحمت الوصايا نُظِر فإن كانت كلها لله تعالى و كانت كلها فرائض كالحج ، أو كلها واجبات كالكفارات، أو كلها تطوعات كالصدقة، فإنه يُبْدأ بما بدأ به الموصي ، و إن جمعت بينها فإنه يبدأ بالفرض ، ثم بالواجب ، ثم بالتطوع ، وأما إذا جمع بين حق الله تعالى و حق العباد فإنه يقسم الثلث على الجميع[٢١] .

و يرى الشافعية عدم تقديم الواجب على غيره سواء كان التطوع لله تعالى أو لآدمي ، بل تتزاحم الوصايا فيوزع على الواجب و غيره ، ثم يكمل الواجب من صلب المال إن لم يفِ بالثلث و به قال بعض الحنابلة أيضاً[٢٢] .

و تصح الوصية عند الحنابلة إن أوصى بأداء الواجب من الثلث ، فإن لم تكن له غير هذه لم تُفِد الوصية شيئاً و يؤدى من ماله كله كما لم يوّص ، و إن أوصى لجهة أخرى قُدّم الواجب ، و إن فضُلَ شيء من الثلث بعد الواجب فهو للمتبرع [٢٣] .

ثالثاً: العقد

يتحقق الاشتراك في العقد فيما يسمى بـ (الشركة العقدية) عند الفقهاء المسلمين و هو خارج عن بحثنا كما تقدم ، إلا أن ما يتعلق ببحثنا هو مدخلية العقد في التزاحم باعتباره وعاءً للاشتراك في شركة المُلك أو الأعيان، و يمكن تصور الاشتراك الشخصي فيما يتعلق بالعقد كَحال أغلب أسباب كسب الملكية بصورتين: الصورة الأولى : الاشتراك في نفس السبب ، والصورة الثانية : الاشتراك في أسباب متعددة .

١- **الاشتراك في نفس السبب :** فقد يشترك أكثر من شخص في ملكية عينٍ من خلال العقد الواحد ذاته ، كما لو اشترى شخصان مالاً على الشيوع[٢٤].أو قيام شخص ببيع المنقول بيعاً صورياً لشخصٍ ثم بيعهُ بيعاً جدّياً لشخص آخر [٢٥] .

فقد يقع التزاحم بين المشتري من الوارث والمشتري من المورث بسبب بيع عقار، وذلك إذا قام شخص ببيع عقاره ثم توفي بعد البيع وقبل التسجيل ، ثم قام وارث هذا الشخص ببيع العقار ذاته إلى مشترٍ آخر[٢٦] .

٢- **الاشتراك في أسباب متعددة :** قد يتحقق الاشتراك الشخصي بين من توفر فيه سبب العقد، و بين من توفر فيه سبب آخر كالشفعة [٢٧] .

الفرع الثاني : دور الاشتراك الشخصي بتكوين التزاحم في الأسباب التملّكية

أولاً : الميراث

لا يؤدي الاشتراك في الميراث إلى التزاحم فيه، إذ لا ينشأ التزاحم من اشتراك الورثة في التركة، نعم! هنالك قابليةٍ في الميراث لهذا التزاحم وتتمثل بالقابلية الذاتية للميراث كون أن العناصر التي

تحقق الطبيعة الذاتية للميراث عناصر عامة تقبل الاشتراك والتزاحم و هي النسب والسبب ، فالنسب و السبب يحققان ذاتية الميراث و هما متاحان للكافة و لا يقتصران على فردٍ معين و هذا ما يولد قابلية للتزاحم. و كذلك الحال في الطبيعة التشريعية التي تتحقق بعنصر الموت المشترك بين الجميع ، إلا أن المانع من التزاحم يلغي هذه القابلية وهو ما سنبينه في دور التضاد في نشوء التزاحم .

نعم! لَئِن كان التزاحم منتفي في حالة الاشتراك الشخصي في نفس الميراث ، إلا أنه قابل لذلك في ما بين الميراث و سبب آخر، كما هو حال التزاحم بين الورثة و الدائنين على التركة ، أو التزاحم بين الورثة وبين من بيده عقد من مورّثهم.

ثانياً : الشفعة

يتحقق الاشتراك الشخصي بتحقق سبب الشفعة في أكثر من واحد تبعاً لطبيعتها الذاتية المستمدة من فكرة الشيوع ، و طالما أن فكرة الشيوع قائمة على أساس الاشتراك الشخصي فإن الشفعة كذلك ، فالشفعة تنشأ من طبيعة ذاتية قوامها التصرف القانوني خصوصاً في القانون المدني العراقي ، فإذا اشترك أكثر من شخص في التصرف القانوني الذي يمثل سبب الشفعة هذا فإن الاشتراك الشخصي يتحقق في الشفعة تبعاً للاشتراك في التصرف القانوني.

ثالثاً: الحيازة

و الأمر في الحيازة يرجع لطبيعته الذاتية أيضاً المتمثلة بوضع اليد و قابليتها للاشتراك الشخصي بين أكثر من يد ، فوضع اليد كما في الاستيلاء يمثل سبب الحيازة أو طبيعته الذاتية و هذه الطبيعة لا تقتصر على فرد فقط بل يمكن أن يضع أكثر من شخص يده على العين فينشأ الاشتراك الشخصي في الحيازة .

رابعاً: الالتصاق

يفترض في الالتصاق وجود أكثر من مالك لشيئين مختلفين، و باتحاد هذين الشيئين يصير المملوك و المالك واحد وهذا حكم القوانين المدنية المقارنة ، فينفرطُ عِقْدُ التزاحم في هذا الفرض .

و أما في الفقه الإسلامي فيعد الالتصاق طارداً للتزاحم لا لأن المالك و المملوك صار واحداً بل على العكس فإن المملوك يقسّم بين المالكين ، فلو كان أحدهم يملك (١٥٠) كغم من الحنطة و كان جاره يملك (٧٥) كغم منها فحين تُمزَج هاتان الكميتان يكون ثلث هذه الـ (٢٢٥) كغم مُلكاً

للجار، و ثُلثاها مُلكاً للأول[٢٨] و السبب في عدم وقوع التزاحم في مثل هذه الفرضية هو نوع الملكية التي جمعت هاتين الملكيتين و هي الملكية الشائعة و سيأتي بيان ذلك في دور التضاد .

المبحث الثاني/ الشروط الموضوعية للتزاحم في أسباب كسب الملكية

لا يقوم التزاحم في أسباب كسب الملكية على عاملٍ شخصي فحسب ، بل يرتكز أيضا على بعض الشروط و المقوّمات الموضوعية التي تعد امتداداً للعامل الشخصي السالف الذكر . و تنشطر هذه الشروط إلى اثنين: الأول : ما يرتبط بمحل التزاحم، و الثاني : ما يتعلق بالعنصر الرابط بين الاشتراك الشخصي و محل التزاحم و هو التضاد . و هذا ما يكون في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول/ وحدة محلّ التزاحم

يُعدّ محل التزاحم الوعاء الذي تتوجه إليه إرادات الأشخاص الذين توفرت فيهم أسباب كسب الملكية ، و موطن استقبال النوايا المتعددة للتملك .

و لأننا قد استبعدنا الالتصاق من دخول التزاحم عليه مطلقاً ، نتعرض لوعاء التزاحم في بقية الأسباب ، ففي الاستيلاء يكون المال المباح هو وعاء التزاحم ، و هو التركة في الميراث والوصية ، وهو العين في العقد ، و هو العقار المشفوع في الشفعة ، و هو العين عقاراً أو منقولاً في الحيازة .

و يشترط في هذا المحل أن يكون واحداً غير متعدد ، فإذا كان المحل أو الوعاء هذا متعدد لم يقع التزاحم المبحوث ، و يكون واحداً إما في حالة الاشتراك بنفس السبب أو بالاشتراك في أسباب متعددة كما تقدم ،على أن هنالك بعض الفروض يتحقق فيها الاشتراك بنفس السبب لكن الوعاء يتعدد مما يجعل من التزاحم منتفٍ أساساً ، كما في عقد البيع إذ يشترك البائع و المشتري في نفس سبب كسب الملكية و هو العقد ، إلا أن التزاحم غير متحقق ؛ ذلك لأن البائع يريد الثمن و المشتري يريد المبيع .

و في شأن ذلك أثار جانب من الكتّاب و الأساتذة مسألة التعهد بنقل ملكية عقار و خصوص البحث في القرار المرقم (١١٩٨) لعام (١٩٧٧) المعدل و الصادر من مجلس قيادة الثورة المنحلّ .

فقد ذهب رأي[٢٩] إلى وجود تزاحمٍ بين المشتري الأول و المشتري الثاني في حال ما لو باع مالك العقار عقاره إلى الأول من دون تسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، و باعه إلى الثاني مع التسجيل.

بينما ذهب رأي آخر إلى نفي التزاحم بين مشترين على عقار واحد في مثل هذا الفرض؛ لأن مثل هذا العقد لا يعد عقدَ بيعِ عقارٍ في القانون المدني العراقي . و أنه لا يمكن وصف المتعهد له بالمشتري لأنه و إن تمّلك العقار بعد ذلك فإنه يتملك بموجب قرار القاضي لا بموجب عقده مع البائع مع أنه قرار كاشف عن الملكية و ليس منشئاً له [٣٠] .

و نحن نرى بأنه و إن لم يوجد اشتراك في نفس سبب كسب الملكية و أعني عقد البيع ، إذ أن العقد الأول مهما كان لكنه أنه ليس عقدَ بيعٍ ، و هذا ما يجعلنا نتفق مع الرأي الثاني إلى هذه الجزئية .

إلا أن هناك اشتراك في أسباب متعددة لكسب الملكية ، فقرار القاضي الكاشف لحق التملك بالنسبة للمتعهد له يعد سببا لكسب الملكية غير منصوص عليه في القانون و هو في مرتبة عقد البيع من حيث كونه سببا و طريقا للوصول إلى الملكية .

كما أن الرأي الثاني قد يُفهم منه نفي أوحدية العقار كما تقدم ، لكنّنا أننا نرى أن محل التزاحم واحد بين المتعهد له و بين المشتري ، فالمتعهد له يروم تملك العقار ، و لأجله أبرم البيع الخارجي ، و بسببه أتاح له القرار المذكور التملك مع توفر شرائطه ، و كذلك المشتري فإنه إنما قد أبرم عقد البيع من أجل انتقال الملكية إليه . لذا فإن محل التزاحم واحد و قد تحقّق أيضاً الاشتراك الاستقلالي بين أسباب مختلفة لكسب الملكية ، فالتزاحم بين هذه الأسباب واقع و متحقق.

المطلب الثاني/ التضاد بين الاشتراك الشخصي الاستقلالي و وحدة المحل

قد يكون الشرط الموضوعي للتزاحم في أسباب كسب الملكية خارج نطاق وعاء التزاحم سواءً كان عين أو أثر عقدي ، بل قد يتمثل بعامل موضوعي ذهني فلسفي يربط بين الاشتراك الشخصي و الوحدة الموضوعية ، و هذا المقوم و هذا العامل هو التضاد .

و في الحقيقة فإنّ التضاد لا يكون بين الاشتراك في سبب كسب الملكية و بين المحلّ أو الوعاء ، فقد يتحقق الاشتراك الشخصي و وحدة الوعاء و لا تحقُّقَ للتزاحم.

ففي عقد الإذعان – كما تقدم طرفيه الموضوعيين لا الشخصيين– هما سلطان الإرادة و العدالة العقدية ، فلو أريد تطبيقهما على هذا العقد في نفس الوقت لما تمّ ذلك و السبب هو التضاد بين ذات المفهومين و بين ما يؤدي إليه كل منهما .

أما بالنسبة لذات كل مفهوم فإن سلطان الإرادة يتقوم بإرادة المتعاقدين ، أما العدالة العقدية فقوامها إرادة القاضي ، بالإضافة إلى أن النتيجة التي يؤدي إليها مبدأ سلطان الإرادة هو مصلحة المذعِن الغالبة على مصلحة المذعَن، أما المآل الذي تؤول إليه نتيجة التوازن العقدي هو العدالة العقدية بين المتعاقدين.

من هنا فإن العامل الفاصل بين نشوء التزاحم في أسباب كسب الملكية و عدمه هو (الاستقلال) أو (إرادة الانفراد بالملكية) و هذا العامل ذاته هو من يحقق التضاد.

و بمفهوم المخالفة فإنّ المانع من وقوع فكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية حتى مع تحقق الاشتراك الشخصي و تحقق وحدة الوعاء هو (فكرة الشيوع) فالشيوع يطرد الاستقلال بالملكية. و في كل سبب رأينا قابليةً للاشتراك، إلا أن الاشتراك الشخصي لا يُلازم التزاحم دائماً ، فقد يوجد اشتراك شخصي و لا يوجد تزاحم .

ففي الاستيلاء ، نجد أن التزاحم فيه منتفي إذا كان كل من المستولين لديهم إرادة واحدة في الاستيلاء ، فإذا تحقق صارت الملكية شائعة بينهما ، فلا تنتقل إلى أحدهما بل إليهما معاً [٣١]. و يُفهم من هذا أن التزاحم في الاستيلاء يتحقق كما تقدم فيما لو كانت إرادة كل مستولي مستقلة عن الآخر ، بحيث لو تحقق استيلاء أحد منهما تحققتْ له ملكية مستقلة.

و في الالتصاق بحسب نظرة الفقه الإسلامي كذلك ، إذ لا يحقّق الاشتراك الشخصي تزاحماً فيه لتحقّق الملكية الشائعة .

و في الوصية و الميراث ، لا يقع التزاحم مع وجود حالة الاشتراك الشخصي ؛ ذلك لنفس المانع و هو تحقّق الملكية الشائعة بين من توفّر فيه سبب الوصية أو من توفر فيه سبب الميراث و ما يؤكد هذا الادعاء أن الحيازة و هي سبب لكسب الملكية إذا انتقلت من المورث إلى الوارث فإنها تنتقل بصفاتها؛ أي هنالك حيازة واحدة مستمرة من المورث إلى الوارث. و لا يمكن أن تكون هناك إمكانية لتحقق الملكية الاستقلالية بطريق الميراث و الوصية في حالة الاشتراك الشخصي ؛ لغياب العنصر الإرادي لدى الموصى له -على خلافٍ بين الآراء الفقهية في مسألة قبول الموصى له للوصية- و الوارث في أن يتملك أو لا يتملك، و بالنتيجة لا توجد إرادة لاختيار الملكية الاستقلالية.

و في العقد ، و طالما كانت إرادة المتملك متاحة و متحققة فإنه يستطيع أن يختار نوع الملكية ، فإذا اختار الاشتراك الشخصي المؤدي إلى الشيوع لم يقع التزاحم ؛ لِفناء الإرادات المشتركة في إرادةٍ واحدة ، و لا يمكن تصور الاشتراك الشخصي في العقد من دون شيوع .

و في الشفعة ، تظهر جلياً حالة التزاحم كنتيجة للاشتراك الشخصي المتحقق فيها ؛ ذلك لوجود إرادةٍ مستقلة لدى كل الشفعاء بالتملك .

و ليس هنالك في البين إرادات مشتركة في التملك بالشيوع[٣٢] فالشفعة منشؤها الشيوع – خصوصا في القانون العراقي– ووسيلة انحلالها هي الاستقلال بالملكية.

و بعبارةٍ أخرى ، إن كانت الشفعة تنشأ من كيان الشيوع في مرحلة طبيعته الذاتية، فإن الأخذ بها وسيلةً للوصول إلى الملكية في الطبيعة الطريقية إنما هي هدم لهذا الكيان من خلال الاستقلال بالملكية . نعم! هذا الكلام يتعلق بحالة ما لو كانت الشفعة بين شريكين ، أما لو كانت الشفعة بين أكثر من شريكين و أخذ بها أحد الشفعاء لم يحصل التزاحم الحقيقي المنظور ، بل قد يكون تزاحماً نظرياً لاتحاد الإرادة التملكية و بقاء الشفعة القائمة على الشيوع .

و أما الحيازة ، فالأمر ذات الأمر، فإذا كان ما يجمع الحائزون إرادة واحدة في الحيازة ، ففي هذا الفرض ليس ثمةَ تزاحم ، أما إن استقل كل منهم بحيازةٍ منفردة فالتزاحم واقع ، و هذا ما أشار إليه كل من القانون المدني المصري و العراقي و عُبّر عنه بـ (تنازُع أشخاص متعددون على الحيازة) وورد ذلك في المادة (١١٤٧) من القانون المدني العراقي و المادة (٩٣٦) من القانون المدني المصري .

و يتضح بعد هذا ما أشرنا له سابقاً بشكلٍ مجمل من أن القاعدة الأساسية التي نستطيع أن نؤسس عليها الاشتراك الشخصي المؤدي إلى التزاحم في أسباب كسب الملكية حصراً هي أن (الاتحاد الشخصي و التزاحم نقيضان لا يجتمعان).

حيث أن التزاحم في هذه الأسباب يقتضي التعدد الحقيقي المتحقق بالملكية الاستقلالية ، أما التعدد الصوري المتأتي من الشيوع هو عبارة عن اتحاد شخصي حقيقي لا يجتمع معه التزاحم .

و يمكن أن نقول أيضاً : أن مفهوم الشركة عند الفقهاء المسلمين يُحقّق الشيوع دائما ، و بتحقق الشيوع لا قول بالتزاحم أبدا ، لذلك عبّرنا بالاشتراك الشخصي الاستقلالي لا الشركة ، نعم!

يشتركان في الطبيعة الذاتية و أنّ كلاً منهما عبارة عن توفر سبب كسب الملكية في مجموعة من الأشخاص ، إلا أن الاشتراك الشخصي الاستقلالي قوامه الاستقلال و الانفراد ، أما الشركة فقوامها الشيوع و الوحدة الشخصية التامة .

و لأجل ذلك قيّدنا الاشتراك الشخصي المقوّم للتزاحم في أسباب كسب الملكية بـ (الاستقلالي) فإن لم يكن الاشتراك مقروناً بهذه الصفة لم ينشأ التزاحم .

و ينشأ التضاد تارةً بين من تتوفر فيهم أسباب كسب الملكية مثل تعدد الأوصياء ، و يكون تارة أخرى بين نفس المتعلق أي نفس السبب المكسب للملكية كما لو أوصى بوصية ، ثم أوصى بوصية أخرى مضادة للأولى [٣٣] .

إن التضاد المكوّن لحالة التزاحم في أسباب كسب الملكية تارةً يكون تضاد نظري ذهني ، و تارة يكون تضاداً فعلياً حقيقياً ، فإذا كان التضاد نظرياً أسمينا التزاحم بـ (التزاحم النظري). و إذا كان التضاد تضاداً فعلياً أسمينا التزاحم الناتج عنه بـ (التزاحم الفعلي الحقيقي). و هذا ما سنبحثه في الفصل الثاني.

و بعد أن بحثنا طبيعة أسباب كسب الملكية للتزاحم ، و بعد أن جذّرنا شروط هذا النوع من التزاحم ، نستطيع أن نعرّف التزاحم في أسباب كسب الملكية بأنه :

(حالة التنازع الحاصلة في أسباب كسب الملكية ، و الناتجة عن اشتراك أكثر من شخص في نفس سبب كسب الملكية أو في غيره اشتراكاً ذهنياً أو فعلياً حقيقياً بحيث ينشأ عن ذلك رغبة كلٍ منهم في التملك بصورةٍ منفردة).

الخاتمة:

أولاً: النتائج

١- توصلنا نتيجةَ تحليلِ فكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية من أنّها ترتكز على شروط أساسية ، منها شرط شخصي واحد ومنها شروط موضوعية ، أما الشرط الشخصي فهو ما قلناهُ من اشتراك شخصي استقلالي في أسباب كسب الملكية ، وينطوي هذا الاشتراك على معنى التعدد الحقيقي فيمن يتوفر فيهم أسباب كسب الملكية وفي علاقةٍ واحدة . وقد قيّدنا الاشتراك الشخصي بـ (الاستقلالي) و التعدد بـ (الحقيقي) ؛لأن الاشتراك في أسباب كسب الملكية قد يكون اشتراك غير استقلالي بل

اشتراك ظاهري وتعدد صوري ، وهذا يتحقق في حالة ما إذا أدّى الاشتراك في أسباب كسب الملكية إلى الملكية الشائعة ، أما إذا أدى إلى ملكية مفرزة استقلالية فالاشتراك يكون استقلالي والتزاحم حاصل، والنتيجة أن كل الأسباب المنصوص عليها تقريباً يمكن أن يؤدي الاشتراك فيها إلى الملكية الشائعة، كما و يمكن أن تؤدي إلى الملكية الاستقلالية فيما عدا الالتصاق الذي لا يمكن فيه إلا الملكية الشائعة في القانون المدني المصري و العراقي حتى لو تساوت قيمة المنقولان، أما الالتصاق في الفقه الإسلامي فلا قابلية له للتزاحم أصلاً لأنه لو حدث الالتصاق فإن المملوك في مجموعهِ بعد الالتصاق يقسم بين المالكين ويفترض في التزاحم عجز وعاء التزاحم وهي العين عن كلا الرغبتين ، في حين أن الفرض في الالتصاق هنا قد قبِل كلا الرغبتين في التملك .

٢- توصلنا في هذا البحث إلى أن الشروط الموضوعية تكمن في وحدة الوعاء أو المحل ، وعلاقة التضاد بين الاشتراك الشخصي الاستقلالي و بين وحدة الوعاء ، و بالجمع بينهما ينتج لنا عجز الوعاء عن تلك الرغبات المتعددة فيتولد التزاحم ، و اتضح أن الوعاء في الغالب يكون هو العين طالما نتحدث عن الملكية و أسبابها ، إلا أن الوعاء و في مرة واحدة استثنائية لم يكن هو العين بل كان الأثر العقدي و هذا الوعاء مختص بفلسفة العقد و التوازن العقدي فقط باعتبار العقد سبباً لكسب الملكية ، وقد تبين أن هذا الأثر العقدي تارة يكون أثراً أقوى للعقد و تارة يكون أثراً أقوى في العقد .

ثالثاً : المقترحات

١- فيما يخص التشريعات القانونية التي لم تتناول الكثير من التطبيقات الخاصة بفكرة التزاحم في أسباب كسب الملكية نقترح عليها النص على مزيدٍ من التطبيقات التي يمكن للباحث أو الفقيه القانوني أن يستخلص منها شروطاً و أركاناً و مقومات تدعم كيان هذه الفكرة و تسهل من الغور في تفاصيلها .

٢- نقدم اقتراحنا للفقهاء و الكتّاب إن قبلوه منا، و مفاده الاهتمام ببحث الاشتراك الشخصي فيما يتعلق بالعين بعيداً عن الشركة العقدية و التجارية، و أن يلتمسوا في ذلك ما خطّته أقلام الفقهاء المسلمين في هذا المجال.

الهوامش :

(١) السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٣ ، المعاملات ، طبعة مصححة و منقحة ، دار البذرة ، النجف الأشرف ، ١٤٣٩هـ ، ص١٨٧.

(٢) السيد علي الحسيني السيستاني ، مسألة رقم ٥٧٤ ، مصدر سابق ، ص١٨٧ .

(٣) د. فاروق إبراهيم جاسم ، الموجز في الشركات التجارية ، طبعة جديدة و منقحة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص٢٤ .

(٤) أحمد بن محمد القُدُوري الحنفي البغدادي ، مختصر القُدُوري في الفقه الحنفي ، تحقيق كامل محمد محمد عويضة ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ ، ص١١٠؛ و ينظر كذلك : د. عبد العزيز الخياط ، الشركات في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، ج٢ ، ط٤ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ص٢٢.

(٥) أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الرّوُياني المعروف بشيخ الشافعية ، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي ، تحقيق طارق فتحي السيد ،ج٦، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص٤ .

(٦) عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام ، ج٣ ، ط١ ، دار الثقلين للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨ ، ص٩٤؛ و ينظر كذلك : أبو عمر يوسف النمري المعروف بابن عبد البر ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، ج٢ ، بلا طبعة ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، السعودية ، بلا سنة نشر ، ص١٥٢.

(٧) عبد الرحمن الجزيري ، مصدر سابق ، ص٩٩ .

(٨) أبو جعفر محمد بن الحسن المعروف بشيخ الطائفة الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، تحقيق الشيخ محمد تقي الكشفي ، ج٢ ، بلا طبعة ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، النجف الأشرف ، بلا سنة نشر ، ص٣٤٣.

(٩) أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان العكبري البغدادي المعروف بالشيخ المفيد ، المُقنعة ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ط٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، جماعة المدرسين ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤١٠ هـ ، ص٦٣٢.

(١٠) أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ، ج٦، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المقدسة ، ١٤١٥ هـ ، ص٢٣٠ .

(١١) قسّمنا أسباب كسب الملكية إلى أسباب تمليكية و أسباب تملكية ، فالاستيلاء تمليكي؛ لأن المالك السابق قد تخلى عما يملك ، و حيث أنه تخلى عن ذلك فهو إنما قد هيّأ مقدمات الملكية للمستولي بطريقة غير مباشرة، وكذلك الوصية و العقد التي يقوم الموصي و العاقد بنقل الملكية إلى الموصى له أو العاقد الآخر ، وأما الأسباب التملكية فهي الأسباب الأخرى . يمكن الاستفادة من رسالة ماجستير بعنوان (التزاحم في أسباب كسب الملكية) في شأن ذلك.

(١٢) الشيخ عباس علي الزارعي السبزواري ، القواعد الفقهية في فقه الإمامية ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ج٦، ط١ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، جماعة المدرسين ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤٣٥ هـ ، ص ١٧٦.

(١٣) السيد محمد الحسيني البهشتي ، الاقتصاد الاسلامي ، بلا طبعة ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨ ، ص٣٢ .

(١٤) ومنها ما ورد عن الإمام موسى بن جعفر الكاظم سلام الله عليهما: (إنّ المسلمين شركاء في الماء و النار و الكلأ) ينظر: أبو جعفر محمد بن الحسن المعروف بشيخ الطائفة الطوسي ، تهذيب الأحكام، تحقيق الشيخ محمد جواد الفقيه،ج٧، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر، ص١٤٦.

(١٥) السيد محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ج٥ ، ط١ ، ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قُم المقدسة ، ١٤٢٠ هـ ، ص٢٧٥.

(١٦) رأي السيد محمد باقر الصدر ، بقلم السيد عبد الغني الأردبيلي ، شبكة الملكيات ، مجلة الاجتهاد و التجديد ،العدد الأول ، السنة الأولى ، ١٤٢٦هـ ، قم المقدسة ، ص٥٨.

(١٧) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٩، أسباب كسب الملكية ، بلا طبعة ، دار إحياء التراث ، بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر ، ص٢٤.

(١٨) السيد علي الحسيني السيستاني ، المسائل المنتخبة ، ط٩ ، مكتب سماحة آية الله العظمى السيد علي السيستاني ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤٢٢هـ ، مسألتي ١٢٦٦ ، ١٢٦٩ ، ص٤٩٦.

(١٩) السيد محمود الهاشمي الشاهرودي ، موسوعة الفقه الإسلامي المقارن ، تحقيق مؤسسة دائرة المعارف ، ج٥ ، ط١ ، مؤسسة دائرة المعارف ، قم المقدسة ، ١٤٣٢هـ ، ص٨٧ .

(٢٠) السيد محمد صادق الروحاني ، فقه الصادق عليه السلام ، ج٢٠ ، ط٣ ، مدرسة الإمام الصادق عليه السلام ، قم المقدسة ، ١٤١٢هـ ، ص٤٥٢-٤٥٣؛ و ينظر كذلك : الشيخ محمد حسن النجفي المعروف بصاحب الجواهر ، جواهر الكلام ، ج٢٨ ، ط٧ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص٢٩٩ .

(٢١) محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٥ ، ط٣ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، مصر ، ١٣٢٣هـ ، ص٤٢٣ -٤٢٤ .

(٢٢) محمد بن محمد المعروف بالخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ،ج٣ ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر، ص٦٧ . و ينظر : أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، ج٣ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص٥٩ .

(٢٣) أبو محمد عبدالله بن أحمد المعروف بابن قدامة ، المُغني ، ج٦ ، بلا طبعة ، دار الكتاب العربي، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص١٢٩.

(٢٤) د. لاشين محمد الغاياتي ، د. رضا متولي وهدان ، الحقوق العينية الأصلية ، مكتب الأشول للطباعة ، طنطا، مصر ، ١٩٩٦ ، ص١٦٠.

(٢٥) فواز يوسف الجبوري ، الصورية في التعاقد ، ط٢ ، الدار العلمية للنشر و التوزيع ، عمّان ، الأردن ، ٢٠١٩ ، ص١٨٨ .

(٢٦) د. محمد عبد الظاهر حسين، أحكام الشهر العقاري، بلا طبعة و دار نشر، جامعة القاهرة ،٢٠٠١ ، ص٦١.

(٢٧) د. غني حسون طه ، أ. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١ ، بلا طبعة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص١٩٧.

(٢٨) د. السيد محمد الحسيني البهشتي ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

(٢٩) د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، ط١، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمّان، ٢٠٠١،ص٢٢٠.

(٣٠) أستاذنا د. حسين عبد القادر معروف ، الغش في عقد البيع العقاري، ط١، مركز النخب للثقافة و الدراسات الاجتماعية،٢٠١٨ ، ص ٥٤؛ و استدل على ذلك بقرارٍ قضائي منشور من محكمة التمييز العراقية الاتحادية رقم (١٣٨٦/ مدنية عقار /٢٠٠٦) بتأريخ (٢٠٠٦/٧/٢٥) .

(٣٠) أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تحقيق محسن بيدارفر ، الجوهر النضيد في شرح منطق التجريد ، ط٤، انتشارات بيدار ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤٣٠هـ ، ص٦٦ .

(٣١) السيد محمد سعيد الحكيم ، المُحكم في أصول الفقه ، ج١ ، ط١ ، مؤسسة المنار ، قم المقدسة ، إيران ، ١٩٩٤، ص٥٠٤ .

(٣٢) السيد هاشم الهاشمي ، تقريرات الإمام السيستاني ، تعارض الأدلة و اختلاف الحديث ، ج٤ ، بلا دار ، ١٤٣٦هـ ، ص٥١.

(٣٣) السيد محمد علي الربّاني ، تقريرات الإمام السيستاني ، القواعد الفقهية ، ج٧ ، ص٣٠٧ .

قائمة المصادر:

أولاً : المصادر الإسلامية

١- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام ، تحقيق محمد حسين علي ، ج٢ ، ط١ ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، بلا سنة نشر .

٢- أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الرّوُياني المعروف بشيخ الشافعية ، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي ، تحقيق طارق فتحي السيد ،ج٦، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٩.

٣- أبو جعفر محمد بن الحسن المعروف بشيخ الطائفة الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، تحقيق الشيخ محمد تقي الكشفي ، ج٢ ، بلا طبعة ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، النجف الأشرف ، بلا سنة نشر.

٤- أبو جعفر محمد بن الحسن المعروف بشيخ الطائفة الطوسي ، تهذيب الأحكام، تحقيق الشيخ محمد جواد الفقيه،ج٧، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر.

٥- أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان العكبري البغدادي المعروف بالشيخ المفيد ، المُقنعة ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ط٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، جماعة المدرسين ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤١٠هـ.

٦- أبو عمر يوسف النمري المعروف بابن عبد البر ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، ج٢ ، بلا طبعة ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، السعودية ، بلا سنة نشر.

٧- أبو محمد عبدالله بن أحمد المعروف بابن قدامة ، المُغني ، ج٦ ، بلا طبعة ، دار الكتاب العربي، بيروت ، بلا سنة نشر.

٨- أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ، ج٦، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المقدسة ، ١٤١٥هـ .

٩- أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تحقيق محسن بيدارفر ، الجوهر النضيد في شرح منطق التجريد ، ط٤، انتشارات بيدار ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤٣٠هـ .

١٠- أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، ج٣ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠.

١١-أحمد بن محمد القُدُوري الحنفي البغدادي ، مختصر القُدُوري في الفقه الحنفي ، تحقيق كامل محمد محمد عويضة ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧.

١٢- السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٣ ، المعاملات ، طبعة مصححة و منقحة ، دار البذرة ، النجف الأشرف ، ١٤٣٩هـ.

١٣- السيد علي الحسيني السيستاني ، المسائل المنتخبة ، ، ط٩ ، مكتب سماحة آية الله العظمى السيد علي السيستاني ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤٢٢هـ.

١٤- السيد محمد الحسيني البهشتي ، الاقتصاد الاسلامي ، بلا طبعة ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨.

١٥- السيد محمد سعيد الحكيم ، المُحكم في أصول الفقه ، ج١ ، ط١ ، مؤسسة المنار ، قم المقدسة ، إيران ، ١٩٩٤.

١٦- السيد محمد صادق الروحاني ، فقه الصادق عليه السلام ، ج٢٠ ، ط٣ ، مدرسة الإمام الصادق عليه السلام ، قم المقدسة ، ١٤١٢هـ.

١٧- السيد محمد علي الربّاني ، تقريرات الإمام السيستاني ، القواعد الفقهية ، ج٧، بلا دار نشر ، ١٤٣٦هـ .

١٨- السيد محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ج٥ ، ط١ ، ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قُم المقدسة ، ١٤٢٠هـ.

١٩- السيد محمود الهاشمي الشاهرودي ، موسوعة الفقه الإسلامي المقارن ، تحقيق مؤسسة دائرة المعارف ، ج٥ ، ط١ ، مؤسسة دائرة المعارف ، قم المقدسة ، ١٤٣٢هـ.

٢٠- السيد هاشم الهاشمي ، تقريرات الإمام السيستاني ، تعارض الأدلة و اختلاف الحديث ، ج٤ ، بلا دار ، ١٤٣٦هـ.

٢١- الشيخ عباس علي الزارعي السبزواري ، القواعد الفقهية في فقه الإمامية ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ج٦، ط١ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، جماعة المدرسين ، قم المقدسة ، إيران ، ١٤٣٥هـ.

٢٢- الشيخ محمد حسن النجفي المعروف بصاحب الجواهر ، جواهر الكلام ، ج٢٨ ، ط٧ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨١.

٢٣- الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق ، ط١ ، مؤسسة التاريخ العربي للنشر و التوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٤.

٢٤- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام ، ج٣ ، ط١ ، دار الثقلين للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨.

٢٥- محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٥ ، ط٣ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، مصر ، ١٣٢٣هـ.

٢٦- محمد بن محمد المعروف بالخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ،ج٣ ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر.

ثانياً : المصادر القانونية

١- د. حسين عبد القادر معروف ، الغش في عقد البيع العقاري، ط١، مركز النخب للثقافة و الدراسات الاجتماعية ، ٢٠١٨.

٢- د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، ط١، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمّان، ٢٠٠١ .

٣- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٩، أسباب كسب الملكية ، بلا طبعة ، دار إحياء التراث ، بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر .

٤- د. غني حسون طه ، أ. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١ ، بلا طبعة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٤.

٥- د. فاروق إبراهيم جاسم ، الموجز في الشركات التجارية ، طبعة جديدة و منقحة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ .

٦- فواز يوسف الجبوري ، الصورية في التعاقد ، ط٢ ، الدار العلمية للنشر و التوزيع ، عمّان ، الأردن ، ٢٠١٩.

٧- د. لاشين محمد يونس الغاياتي ، التزاحم بين الشفعاء عند تعددهم في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، بلا طبعة و دار نشر ، طنطا ، مصر ، ٢٠٠٢.

٨- د. لاشين محمد الغاياتي ، د. رضا متولي وهدان ، الحقوق العينية الأصلية ، مكتب الأشول للطباعة ، طنطا، مصر ، ١٩٩٦.

٩- د. محمد عبد الظاهر حسين، أحكام الشهر العقاري، بلا طبعة و دار نشر، جامعة القاهرة ،٢٠٠١.

ثالثاً : الأطاريح و الرسائل الجامعية

١- إقبال مبدر نايف ، الأثر الأقوى للعقد ، أطروحة دكتوراه ، معهد العلمين للدراسات العليا ، الكوفة ، ٢٠٢٢.

٢- عبد المهدي كاظم ناصر ، الاقتصاد في الفسخ ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٧.

رابعاً : البحوث و المقالات

١- السيد محمد باقر الصدر، شبكة الملكيات ، بقلم السيد عبد الغني الأردبيلي، مجلة الاجتهاد و التجديد ،العدد الأول ، السنة الأولى ، ١٤٢٦هـ ، قم المقدسة.

٢- د. ضمير حسين المعموري ، أ. نبيل مهدي زوين ، فكرة الأثر الأقوى في العقد ، مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد السابع.

خامساً : التشريعات

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) .