

التصرف القانوني للشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة) (*)

أ.م.د. ضحى محمد سعيد

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

يعد الشيوع صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة اشخاص من دون ان تتركز حصة كل منهم في جانب منه بالذات ، وانما تتحدد بصورة رمزية او حسابية في الحق ذاته ، فحق الملكية ذاته يقسم في حالة الشيوع بين عدة اشخاص بحيث يكون لكل منهم نصيب معين فيه كالثلث او النصف او الربع ، ولكن الشيء الذي ينصب عليه الحق يظل غير منقسم ولو كان في الاصل قابلاً للانقسام .

فاذا تمت القسمة اصبح لكل متقاسم ملكية فردية مفرزة يستأثر بها مادياً دون غيره من الشركاء . وتعدد الملاك لشيء واحد أي الشيوع من شأنه ان يجعل استغلال هذا الشيء اكثر تعقيداً مما لو انفرد بملكيته شخص واحد ، اذ كثيراً ما تختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي الى صعوبات قد تصل الى حد تعطيل استغلال الشيء ، لهذا يعد الشيوع حالة غير مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها.

ولعل اهم المشاكل التي يثيرها الشيوع في العمل هي مشكلة تصرف احد الشركاء في المال الشائع او في جزء منه دون موافقة الشركاء وليس خفياً ان التصرفات تقسم الى تصرفات مادية واخرى قانونية والتصرف المادي في الشيء المملوك على الشيوع يكون باستهلاكه او اعدامه وهذا الامر لا يثبت الا للشركاء مجتمعين . فاذا قام به احدهم كان معتدياً على حقوق شركائه وكان مسؤولاً عما يصيبهم من ضرر من جراء ذلك فلا يجوز للشريك أن يتصرف في المال الشائع

(*) أستلم البحث في ٢٠٠٤/٩/١٢ *** قبل للنشر في ٢٠٠٥/١/٣ .

تصرفاً مضرراً بدون إذن شركائه لأنه يعد أجنبياً بالنسبة الى حصص غيره من الشركاء .

كما قد يكون التصرف المادي بالشيء المملوك على الشيوع بالتغيير فيه كالبناء والغراس والترميمات وهذا الامر بدوره يخرج عن نطاق مفهوم التصرف ليدخل في عموم اعمال الادارة غير المعتادة . عليه اقتصر بحثنا على التصرفات القانونية الصادرة من الشريك على حصته الشائعة او على جزء مفرز من المال الشائع او على كل المال الشائع والمتمثلة بالبيع والرهن وترتيب حق انتفاع للغير فمن حق الشريك التصرف في الحصه الشائعة كلها أو بعضها تبرعاً أو معاوضة سواء أكان المتصرف اليه شريكاً آخر أم أجنبياً عن الشركاء بشرط ألا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . ومن حقه ايضاً رهن حصته الشائعة رهنأً حيازياً باجازة صريحة من المشرع العراقي الذي حسم بموقفه هذا خلافاً ما زال قائماً في التشريعات الاخرى . كما ان للشريك في الشيوع الحق في أن يؤجر حصته الشائعة للشريك أو لغيره وتكون الاجارة صحيحة نافذة دون أن تتوقف على اجازة الشركاء أو موافقتهم . في حين ان تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع لا يكون له أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك .

Abstract

Is a common form of ownership where the thing owned by several people, without being concentrated share all of them, in part, in particular, but is determined by the symbolic or calculation in the same right, right of property itself is divided in the case of common between several people, so that each of them share a certain the Kalthelt or half or quarter, but the thing that focuses upon the right remains divided even if it was originally capable of being split .

If the division has become a shared ownership for each individual detachment accounted for the material without the other partners. And multiple owners for one thing any common that would make use of this thing more complicated than if he were ownership of one person, as often very

different views of the owners in how to exploitation which leads to difficulties that may amount to hinder the exploitation of thing, this is a common case of unwanted which in economic terms but nonetheless a necessary condition can not be avoided.

Perhaps the most important problems raised by the common work is the problem of disposal of one of the partners in the money, common or in part without the consent of the partners and is no secret that the actions are divided into the actions of material and other legal and dispose of the material in the thing owned in common with the consumption or execution, and this does not prove only to partners combined. If one was done by the aggressor on the rights of partners and was responsible for the suffer harm because of it not permissible for a partner to dispose of the money is common behavior harmful to its partners without permission because he is a foreigner in relation to the shares of other partners. It may also conduct physical thing owned in common with the change such as construction and planting and repairs and this in turn beyond the scope of the concept of disposition to enter into the general work of administration is not normal. It only discussed the legal acts issued by the partner to share common or on the part secretor of money is common, or at all the money is common and of the sale, mortgage and arrange the right of use to others it is the right partner to dispose of share common all or part of a donation or set-off whether it is disposed to him another partner or foreign partners, provided that harms the rights of other partners. It is also their right under its share common subject to the possessory sanctioning explicit the Iraqi legislature, which won this stand, contrary to what still exists in other legislation. As that of a partner in the common right to be rewarded for its share of common for the

partner or others, and are leasing incorrect window without stopping on a vacation partners or their consent. While the disposal of a partner in the secretary portion of the money is common not have an impact only if there is this part when you divide in the share of the partner

القدمة :

ان الصورة العادية للملكية هي الملكية الفردية ، أي تلك التي تنحصر بمالك واحد الا ان للملكية صورة اخرى استثنائية حين تتزاحم على الشيء الواحد حقوق اكثر من مالك فيقال لها الملكية الشائعة .

فالشيوع هو صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة اشخاص من دون ان تتركز حصة كل منهم في جانب منه بالذات ، وانما تتحدد بصورة رمزية او حسابية في الحق ذاته ، فحق الملكية ذاته يقسم في حالة الشيوع بين عدة اشخاص بحيث يكون لكل منهم نصيب معين فيه كالثلث او النصف او الربع ، ولكن الشيء الذي ينصب عليه الحق يظل غير منقسم ولو كان في الاصل قابلاً للانقسام .

فاذا تمت القسمة اصبح لكل متقاسم ملكية فردية مفرزة يستأثر بها مادياً دون غيره من الشركاء . وتعدد الملاك لشيء واحد أي الشيوع من شأنه ان يجعل استغلال هذا الشيء اكثر تعقيداً مما لو انفرد بملكته شخص واحد ، اذ كثيراً ما تختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي الى صعوبات قد تصل الى حد تعطيل استغلال الشيء ، لهذا يعد الشيوع حالة غير مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها.

ولعل اهم المشاكل التي يثيرها الشيوع في العمل هي مشكلة تصرف احد الشركاء في المال الشائع او في جزء منه دون موافقة الشركاء لهذا وقع اختيارنا على هذا الموضوع لغرض الاحاطة بحكمه وتفصيلاته و موقف الفقه والقضاء من بعض المسائل الدقيقة التي يثيرها والتي جاءت التشريعات ساكته عن معالجتها

ليس خفياً ان التصرفات تقسم الى تصرفات مادية وقانونية والتصرف المادي في الشيء المملوك على الشيوع يكون باستهلاكه او اعدامه وهذا الامر لا

يثبت الا للشركاء مجتمعين . فاذا قام به احدهم كان معتدياً على حقوق شركائه وكان مسؤولاً عما يصيبهم من ضرر من جراء ذلك .

كما قد يكون التصرف المادي بالشيء المملوك على الشيوع بالتغيير فيه كالبناء والغراس والترميمات وهذا الامر بدوره يخرج عن نطاق مفهوم التصرف ليدخل في عموم اعمال الادارة غير المعتادة . عليه سينحصر بحثنا هذا بالتصرفات القانونية الصادرة من الشريك على حصته الشائعة او على جزء مفرز من المال الشائع او على كل المال الشائع والمتمثلة بالبيع والرهن وترتيب حق انتفاع للغير . اما الايجار الذي يعقده الشريك مع غيره فان كان الاصل فيه انه يعد من اعمال الادارة ، فقد وجدنا ان القضاء العراقي يعتبره من اعمال التصرف احياناً ، فضلاً عن ان موضوع ايجار الشريك للمال الشائع يعد من اكثر المواضيع اثاره للخلاف بين الشركاء والتي لا ينضب معين الدعاوى الناشئة عنها والتي تملأ سرح القضاء . لهذا فقد ارتأينا معالجة حكم ايجار الشريك لحصته الشائعة او لجزء من المال الشائع او لكل المال الشائع .

وقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المقارنة بين القانون المدني العراقي والقوانين المدنية في كل من مصر ولبنان فضلاً عن الاشارة الى موقف الفقه الاسلامي كلما اقتضى الامر .

اما فيما يتعلق بتقسيمات البحث ، فقد جاء البحث بثلاثة مباحث سبقها تمهيد حاولنا فيه عرض الاجتهادات الفقهية الرامية للتوصل الى تكييف حق الشريك وجاء المبحث الاول لبيان حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة والمبحث الثاني لبيان حكم تصرف الشريك في جزء مفرزاً من المال الشائع ثم المبحث الثالث والذي عالج حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع واخيراً ختمنا البحث بخاتمة بينا فيها اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها داعين المولى عز وجل ان يوفقنا الى ما فيه خير لامتنا وبلدنا انه نعم المولى ونعم النصير .

تمهيد

تكييف حق الشريك

ان بحث مدى امكانية تصرف الشريك في المال الشائع سواء ورد تصرفه على حصته الشائعة ام كل المال الشائع ام على جزء مفرز منه يقتضي منا ان نبين اولاً طبيعة حق الشريك المشتاع كي تكون هادياً لنا في الوقوف على حكم هذه التصرفات ، فعند بحث حق الشريك في المال الشائع نجد ان هنالك خلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذا الحق ومدى امكان درجه تحت نوع من انواع الحقوق المعروفة .

فذهب رأي الى ان المال الشائع يكون مملوكاً ملكية مشتركة لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحده قائمة بذاتها مستقلة عن كل شريك أي ان اصحاب هذا الرأي يذهبون الى اعتبار حق الشريك مجرد حق شخصي يخوله اقتسام منافع الشيء الشائع الى ان تتم القسمة وبهذا يكيف حق الشريك بموجب هذا الاتجاه على انه ملكية مشتركة ولا يكون للشريك بمقتضاها سلطة قانونية مباشرة على الشيء الشائع اذ المجموع وحده يستقل بهذه السلطة . ولكن قيل للرد على هذا الرأي ان النظامين يختلفان في ان الملكية المشتركة تفترض وجود هدف او غرض مشترك لمجموع الشركاء في حين ان الثابت في الشيوع انه قائم على اغراض فردية قد تكون متعارضة فيما بينهم ثم ان هذا القول اذا كان يصلح لتفسير بعض النظم الاجنبية كنظام ملكية اليد المشتركة المعروف في القوانين الجرمانية فانه لا يصح الاخذ به في القوانين التي لا تعترف بالحقوق الا للاشخاص طبيعية كانت ام معنوية ولا تعترف لمجموع الشركاء في المال الشائع بالشخصية الاعتبارية ومن ناحية أخرى فإن اعتبار حق الشريك حقاً شخصياً يتعارض مع ما يخوله القانون لكل شريك من سلطات مباشرة على الشيء الشائع .

وذهب رأي آخر الى أن حق الشريك حق عيني من نوع خاص إذ أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك ولا يكون فيها الشيء الشائع مملوكاً لمجموع الشركاء ولا كل من الشركاء . وهذا الرأي انتقد لأنه يجعل الشيء الشائع بدون مالك مع أنه اعتبر الشيوع صورة من صور التملك وهذا يقتضي إما اعتبار الشيء مملوكاً لمجموع الشركاء أو اعتباره مملوكاً لكل من الشركاء .

لذا كان الرأي السائد في الفقه أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق وكل ما في الامر أن حق الملكية الوارد على الشيء الشائع ليس له مالك واحد كما في الملكية العادية المفترزة وإنما له ملاك متعددون . أما الشيء محل هذه الملكية فلا يتجزأ ، أي أن الملكية تنقسم الى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء بينما لا يكون هناك تقسيم مادي للشيء .

وبمقتضى هذا الرأي يرد حق كل شريك على الشيء في مجموعه وله أن يمارس عليه سلطات المالك ولكن بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق الشركاء الآخرين ، وهذا ليس من شأنه أن ينفي عن حقه وصف الملكية^(١) .
وبهذا الرأي الاخير أخذت القوانين المقارنة فاعتبرت حق الشريك في الشيوع حق ملكية حيث نصت المادة ١٠٦١ من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك))^(٢) .

المبحث الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

((كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً ، وله حق الانتفاع بها و استغلالها ، بحيث لا يضر شركائه ، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنتهم))^(٣) .
فحق الشريك اذا كان نظامه المادي هو الشيء الشائع كله ، الا ان نطاقه المعنوي او الحسابي هو الحصة الشائعة التي يملكها في هذا الشيء ومن ثم فان تصرف الشريك في حصته الشائعة هو تصرف في حقه الذي لا يزاحمه فيه غيره من الشركاء^(٤) .

فيكون للشريك ان يتصرف في حصته كلها او بعضها تبرعاً او معارضة سواء كان المتصرف اليه شريكاً اخر ام اجنبياً عن الشركاء ولا يمنعه من

(١) اراء الفقه اشار اليها د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ١٦١ و ١٦٢ ، كما اشار اليها د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٨٣ و ٨٤ .

(٢) تقابلها المادة ٨٢٥ مدني مصري ((اذا ملك اثنان او اكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على المشيوع)) والمادة ٨٢٤ موجبات وعقود لبناني ((عندما يكون شيء او حق ما ملكاً شائعاً ومشترکاً بين عدة اشخاص)).

(٣) المادة (١٠٦١/٢) مدني عراقي تقابلها المواد ٨٢٦ مدني مصري والمادة ٨٣٧ موجبات وعقود لبناني .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق ، ص ١٨٩ .

التصرف فيها ان يكون متفقاً على البقاء في الشيوخ مدة معينة^(١). ويكون تصرفه نافذاً في مواجهة باقي الشركاء دون حاجة الى اعلانهم به او القيام باي اجراء اخر ، فليس من الضروري ان يقوم الشريك باعلان التصرف الذي يقوم به الى بقية الشركاء كما انه لا يشترط موافقة الشركاء على هذا التصرف لاعتباره صحيحاً نافذاً في حقهم ذلك ان حق الشريك في الشيوخ هو حق عيني لا حق شخصي. وكما يجوز للشريك ان يتصرف في كل حصته الشائعة يجوز كذلك ان ينصب التصرف على قسم من هذه الحصة. فاذا كان الشريك يملك في المال الشائع النصف مثلاً ، جاز له ان يبيع نصف هذه الحصة فيبيع ربع كل المال الشائع ويدخل المشترك شريكاً في المال الشائع بقدر الربع مع سائر الشركاء ومن ضمنهم الشريك البائع الذي يبقى شريكاً بقدر الربع بعد ان باع نصف حصته الشائعة. هذا وقد يملك المجموعة نفسها من الشركاء عدة اموال على وجه الشيوخ ، فاذا تصرف احد الشركاء بحصته الشائعة في احد هذه الاموال كما لو كانت داراً داخله في شركة وباع الوارث حصته الشائعة في الدار وحدها دون سائر الاموال الشائعة جاز ذلك وحل المشتري شريكاً في هذه الدار مع سائر الورثة وفي هذه الحال اذا اريد ازالة الشيوخ . فلا بد من اجراء قسمتين ، الاولى بين المشتري وبقية الورثة في الدار التي اصبح المشتري شريكاً فيها ، والقسم الثانية بين الوارث الذي باع حصته في الدار وبين بقية الورثة في اموال الشركة الاخرى^(٢). وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض المصرية بان للشريك على الشيوخ في عدة عقارات ان يبيع حصته الشائعة في بعض العقارات واذا سجل المشتري عقده انتقلت اليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعاً ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٢٤ / م / ٤ / ٧٣ في ٧٣/٢/١٦ والذي جاء فيه (ان تعهد الشريك بعدم تصرفه بالملك المشاع مدة معينة وبدفعه تعويضاً عن مخالفة ذلك هو تعهد باطل) منشور في النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الرابعة ، ص ٧٩.

(٢) د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، الجزء الثامن ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ص ٨٤٤ وهو يشير الى موقف التقنين المدني الالمانى الذي منع تصرف الشريك في حصة شائعة في مال داخل في مجموع اموال الا باتفاق الشركاء . وطالما ان المشرع العراقي لم يمنع صراحة مثل هذه الحالة فالاصل فيها اذن انها جائزة.

القسمة التي تجري بخصوص هذه الاعيان^(١) ولم نعثر على حكم نصت فيه محكمة التمييز في العراق الى مثل هكذا حالة .

ومبدأ تصرف الشريك على الشيوع في حصته الشائعة يشمل جميع انواع التصرفات التي يتصور ورودها على الحق الشائع في ذاته دون ان تتعدى الى حقوق بقية الشركاء فيجوز ان يكون التصرف الصادر من الشريك ناقلاً لملكية حصته الشائعة كالبيع والهبة ويجوز ان يكون التصرف مقررراً لحق من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كالانقاع او بترتيب حق من الحقوق العينية التبعية كالرهن فكل هذه التصرفات يمكن ان ترد من الشريك على حصته الشائعة دون المساس بالشيء المحمل به حقوق الشركاء الاخرين^(٢) .

لكن قد تستعصي طبيعة بعض الحقوق من ورودها على حصة الشريك الشائعة وبالتالي يمتنع على الشريك ان يرتب على حصته الشائعة مثل هذا النوع من الحقوق ويتجلى الامر بالنسبة لحق الارتفاق مثلاً الذي لا يمكن ان يرد على حصة شائعة فلا يجوز للشريك في العقار الشائع ان يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق ، لان حق الارتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق اعمالاً لا تصح مباشرتها الا على عقار مفرز فترتيب مثل هذا الحق (حق الارتفاق) يقتضي اجماع الشركاء في العقار الشائع على ترتيبه على هذا العقار ففي هذه الحالة يبقى حق الارتفاق على العقار كله ايأ كانت نتيجة القسمة^(٣) .

فالملكية على الشيوع كالملكية المفترزة تشتمل على عناصر ثلاثة هي : حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، الا ان الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الاخرين فالمالك في الشيوع له ان يستعمل حقه وان يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء اما حق الشريك في التصرف بحصته

(١) نقض مدني ٢٠ اكتوبر بسنة ١٩٥٥ اشار اليه د. السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٨٤٥ .

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ١٣٢ .

(٣) د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٤٥ كذلك د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ كذلك د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١٣٤ .

الشائعة فهو كحق المالك ملكية مفرزة ، على ان يقع تصرفه على حصته الشائعة^(١).

ولعل اهم صور التصرف في الحصة الشائعة هي نقل ملكيتها ورهنها وترتيب حق انتفاع للغير على الحصة الشائعة لذلك سنخصص هذه الصور بشيء من التفصيل ونظراً لما لموضوع ايجار الشريك لحصته الشائعة من اهمية فسنعالجه ايضاً في فقرة مستقلة .

أولاً : بيع الشريك لحصته الشائعة :

للشريك في الملك الشائع ان يبيع حصته الشائعة في العقار وفي المنقول للشركاء الاخرين او للغير ولا يتوقف نفاذ هذا البيع على اذن او اجازة من باقي الشركاء وليس لبقية الشركاء معارضته في ذلك فما دامت ملكيته على حصته ملكية تامة فمن حقه تبعاً لذلك ان يبيع هذه الحصة وبالبديل الذي يراه دون ان يسمع أي اعتراض او معارضة من بقية الشركاء ، والملاحظ ان القانون المدني العراقي كان قد اخذ بحق الشفعة وهو ((حق تملك المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة))^(٢) . وان حق الشفعة هذا كان يثبت للشريك في العقار الشائع وللجار الملاصق وللخليط وذلك حسب الحالات التي اشارت اليها المواد ١١٢٨ – ١١٤٤ من القانون المدني العراقي الا ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٢٤ قد نص على عدم نفاذ حق الشفعة وحصرها بالشريك في دار السكن الشائعة شريطة ان لا يملك هذا الشريك داراً على وجه الاستقلال حيث جاء في هذا القرار اولاً تلغى المادة ١١٢٩ من القانون المدني ويحل محلها ما ياتي : (أينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ان لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال.ب.تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لاغراض هذا القرار)^(٣) ، وهكذا يكون المشرع العراقي قد حصر حق

(١) د. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية

، الجزء الاول ، في حق الملكية ، مطبعة المعارف ، ١٩٥٩ ، ص ٤٦٢

(٢) المادة (١١٢٨) مدني عراقي تقابلها المادة (٩٣٥) مدني مصري.

(٣) منشور بالوقائع العراقية العدد ٢٦٦٧ في ٩٧٨/٨/٧ وتطبيقاً لهذا القرار قضت محكمة

التمييز في قرار لها رقم ٤٤٠/٢م/١٩٨١ في ١٩٨١/١٢/١٤ بان حق طلب الشفعة

ينحصر بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ان لا يملك دار سكني على وجه الاستقلال

، منشور في مجموعة الاحكام العدلية عدد ٤ ، السنة ١٢ ، ١٩٨١ ، ص ٤١.

الآخذ بالشفعة بالشريك في دار السكن أو الشقة السكنية الشائعة واسقط كل ما عدا ذلك من أحوال ثبوت الشفعة التي كانت المادة (١١٢٩) الملغاة من القانون المدني العراقي تجيز الآخذ بالشفعة فيها .

وبالتالي فإنه في حالة بيع الشريك حصته الشائعة في عقار لأحد من غير الشركاء بدون أذنهم فعندئذ يثبت لكل من الشركاء ممن لا يملك منهم داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال يثبت له حق الشفعة في هذه الحصة . أما لو باع الشريك حصته الشائعة في منقول لأجنبي فبيعه صحيح نافذ في حق الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم ولا يستطيعون الاعتراض على البيع أو المطالبة بالآخذ بالشفعة لأن هذه الأخيرة لا تثبت إلا في العقار .

أما في القوانين المقارنة فإن قانون الملكية العقارية اللبناني يعطي للشركاء حق أخذ حصة الشريك المبيعة بطريق الشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار وكان الشريك قد باع حصته لأجنبي عن الشركاء (١) .

أما في القانون المدني المصري فإنه في حالة تصرف الشريك في حصته الشائعة بيعاً لأجنبي فنجد الشارع يخول بقية الشركاء الحق في الحلول محل المشتري ويتحقق هذا الحلول بطريق الشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار أو بطريق الاسترداد للحصة المبيعة إذا كانت هذه الحصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال .

فالمشرع المصري راعى في تخويله الشركاء حق الاسترداد أنهم قد يتضررون من دخول الأجنبي بينهم فاتاح لهم أن يمنعوا دخوله شريكاً بينهم بهذه الوسيلة أي أن حق الاسترداد يتفق مع حق الشفعة في المبررات التي يقوم عليها ولا يختلف عنه سوى من حيث نطاقه ومع ذلك وجدنا أن القانون المدني العراقي قد جاء خالياً من تنظيم أحكام حق الاسترداد .

ويلاحظ أنه حسب قواعد الأحكام العدلية فإن الشفعة تثبت في العقار دون المنقول أي أن المجلة كانت تجيز للشريك بيع حصته الشائعة لأجنبي باذن الشركاء في العقار ولو بدون أذنهم في المنقولات بشرط عدم الأضرار بالشركاء الآخرين إلا أنه إذا كانت الشركة قد نشأت عن الخلط أو الاختلاط فإن بيع الشريك حصته

(١) المادة ٢٣٩ ملكية عقارية لبناني

لاجنبي لا يجوز ولو لم يكن فيه ضرر على الشريك وذلك لعدم المقدرة على التسليم في الحالة الاخيرة^(١).

ولكن ما الحكم اذا باع الشريك حصته الشائعة لشريك اخر ، هل يثبت حق الشفعة لبقية الشركاء على هذه الحصة او لا ؟ نجد الاجابة عن هذا التساؤل في المادة ١١٣٢ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها : ((اذ كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شافعاً فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقتهم او من طبقة ادنى ولكن بتقدمه الذين من طبقة اعلى)) وبموجب هذا النص فانه اذا باع احد الشركاء حصته الشائعة لشريك اخر فليس للشركاء الاخرين ان يشفعوا فيها لان المشتري هو أيضاً شافع من نفس المرتبة التي ينتمي اليها الشركاء الاخرون .

وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرارها الذي جاء فيه ((اذا توافرت في مشتري العقار المشفوع الشروط التي تجعله شافعاً فيفضل على الشفعاء الذين من طبقتهم وان كان قد اشترى العقار المشفوع به قبل دقائق من شرائه العقار المشفوع))^(٢).

وهكذا يمكن القول بان الشفعة لا تثبت للشريك الا اذا بيعت حصة شريكه في العقار الشائع لاجنبي وهذا القول يقرره ايضاً القانون المدني المصري واللبناني^(٣) في حين كانت مجلة الاحكام العدلية تثبت حق الشفعة للشريك في العقار سواء بيعت الحصة الشائعة لشريك او لغير شريك^(٤).

هذا و يترتب على بيع الشريك لخصته الشائعة ان يحل المشتري محل الشريك البائع مع ملاحظة انه يجب تسجيل البيع اذا كانت الحصة الشائعة عقاراً . او كانت

(١) م ١٠٨٨ مجلة الاحكام وانظر في شرح هذه المادة الأستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ،

مطبعة النفيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٤٢ ، ص ١٨ .

(٢) رقم القرار ٢١٣ / هيئة عامة أولى / ٩٧١ في ٩٧٢/٥/٢٧ منشور في النشرة القضائية

العدد الثاني ، السنة الثالثة ، ص ٥١ .

(٣) المادة ٩٣ / ف ٣ مدني مصري ، المادة ٢٤١ ملكية عقارية لبناني .

(٤) منير القاضي ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

حصة في مال يشترط القانون شكلية معينة كالتسجيل في العقد الناقل لملكيته كالسيارات والمكائن^(١).

ففي هذه الاحوال يصبح المشتري بعد التسجيل شريكاً لباقي الشركاء وتكون له حقوق الشريك والتزاماته ويثبت له حق طلب القسمة ويجب على باقي الشركاء اختصاصه في دعواها. واذا كانت القسمة قد تمت بين الشركاء فلا يحتج عليه بها اذ كان تاريخ تسجيل انتقال الملكية اليه قبل تاريخ القسمة الحاصلة بين الشركاء فيكون له طلب اجراء القسمة من جديد ولا محل لمثل هذا الافتراض اذا كانت القسمة قضائية وذلك ان القضاء سيتأكد من صورة قيد العقار باسم الشركاء ، وياخذ حكم البيع المقايضة التي تعتبر نوعاً من انواع البيع فلا يشترط في العوض الذي ياخذه احد المتبايعين ان يكون مبلغاً من النقود بل يمكن ان يكون أي مال اخر سواء أكان مثلياً ام قيمياً .

ولكن اذا كان الشريك قد وهب حصته الشائعة فان الموهوب له يحل محل الشريك الواهب في ملكية الحصة الشائعة مع مراعاة التسجيل حسب مقتضى الاحوال ودون ان يكون لبقية الشركاء الحق في الاخذ بالشفعة اذا كان الموهوب له اجنبياً عنهم^(٢).

ثانياً : رهن الشريك لحصته الشائعة :

يجوز للشريك ان يرهن في اثناء قيام الشروع حصته الشائعة رهنأ تامينياً او رهنأ حيازياً سواء كان المرتهن شريكاً اخر ام اجنبياً ودون ان تتوقف صحة الرهن على اذن او اجازة من الشركاء الاخرين ، على انه اذا كان الرهن تامينياً فانه لا يتم ولا يصبح نافذاً الا بعد تسجيله باسم المرتهن اما اذا كان الرهن حيازياً

(١) استاذنا د جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مطبعة التعليم العالي في الموصل ، ١٩٨٩ ، ص ٧٩.

(٢) انظر المادة (١١٣٣) مدني عراقي والتي جاء فيها ((لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع)) وانظر قرار محكمة التمييز رقم ٥٧٢ / حقوقية غير المنقول / ٦٩ في ١٩٦٩/٨/٢٨ الذي جاء فيه ((الشفعة لا تثبت الا ببيع العقار المشفوع وان يكون بيعه قد تم قانوناً بتسجيله في دائرة الطابو)) ، منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد السادس ، ص ٣٠٢ .

يوم من الايام نظراً للآثر الرجعي للقسمة وبذلك يعدّ انه قد رهن ما لا يملك وحيث تعذرت الاجازة فالرهن باطل لوقوعه على ملك الغير . بينما يذهب قسم اخر من الفقه الفرنسي الى راي معاكس باعتبار ان الراهن كان مالكاً يوم الرهن وبذلك للمرتهن التقدم على ما يقابل الحصة الشائعة المرهونة من الثمن^(١).

اما في الحالة الثانية أي (في حالة رسو العقار على الغير) فان الفقه مجمع على ان للدائن المرتهن حق التقدم على ثمن الحصة الشائعة التي كانت مرهونة لان هذه الحالة تعتبر بيعاً ، اما الحالة الاولى فقسمة والبيع ناقل للملكية وليس كاشفاً عنها^(٢).

وإذا ترتب على القسمة ان تحدد نصيب الشريك الراهن بالمنقولات ، فهذه الحالة لم يتعرض لها المشرع العراقي ولا غيره من مشرعي القوانين المقارنة ، واذا كان من المقبول القول بانتقال الرهن الى هذه المنقولات اذا كان الرهن حيازياً استناداً الى م ١٢٩١ مدني عراقي . فان المنطق يؤدي الى عدم قبول القول بانتقال الرهن الى ما اختص به الراهن من منقولات اذا كان الرهن تامينياً ، ذلك ان الرهن التاميني لا يرد على المنقولات فهل ينعدم اثر الرهن في مثل هذه الحالة واذا كان الامر كذلك فلا شك ان هذه النتيجة غير مقبولة كان على المشرع ان يتفادها بنص يقضي بانتقال حق الدائن المرتهن الى كل ما يقع في نصيب الراهن ايا كانت طبيعته^(٣).

هذا ويلاحظ ان المشرع العراقي بنصه صراحة على جواز رهن المال الشائع رهنأ حيازياً قد حسم خلافاً ما زال قائماً في التشريعات التي جاءت خالية من نص صريح بجواز ذلك ففي القانون المدني المصري يجوز رهن الحصة الشائعة رهنأ رسمياً تامينياً^(٤). ويقرر عدد من الفقهاء^(٥) جواز رهن الحصة

(١) راي الفقه الفرنسي نقلاً عن الدكتور صلاح الدين الناهي ، حق الملكية في ذاته ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٠ ص ٢١٦-٢١٩ ، كذلك اشار اليها د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ٨٦ .

(٢) شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ٤٦٤ ، كذلك محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ ، كذلك عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق ، ص ١٩٣ .

(٣) بهذا المعنى انظر : د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ .

(٤) المادة (١٠٣٩/ف) مدني مصري .

(٥) د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٤٧

الشائعة رهناً حيازياً ايضاً وان لم يوجد نص صريح بذلك في حين يشترط البعض الاخر لجواز رهن الحصة الشائعة حيازياً ان يكون بالامكان حيازة المرهون^(١). اما في القانون اللبناني فقد كانت المادتان (٢٣) و(١٥٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني تحظران رهن الحصة الشائعة رهناً حيازياً . ولكن هاتين المادتين الغيتا مع غيرهما من المواد المتعلقة بالشيوع في هذا القانون وذلك بموجب نصوص تقنين الموجبات والعقود التي نظمت من جديد موضوع الشيوع تنظيمياً شاملاً . فجاءت المادة ٨٣٧/٢ ف موجبات وعقود صريحة في جواز رهن الحصة الشائعة حيازياً^(٢).

اما في مجلة الاحكام العدلية فلا يوجد نص خاص بشأن رهن الحصة الشائعة وفقهاء الشريعة على خلاف بهذا الصدد فعند الحنفية لا يصح رهن الحصة الشائعة رهناً حيازياً وذلك لان الرهن لا يتم الا بالقبض الكامل والقبض الكامل في الحصة الشائعة غير ممكن . اما المالكية والشافعية والحنابلة والامامية فانهم يجيزون رهن الحصة الشائعة رهناً حيازياً سواء اكان الرهن لدى شريك ام غيره وسواء اكان المال الشائع مما يقبل القسمة ام لا يقبلها^(٣) . وبهذا يكون المشرع العراقي قد فعل صواباً بنصه الصريح على جواز رهن الحصة الشائعة رهناً حيازياً ، وبذلك ان حسمه لهذا الموضوع لم يتات اعتباطاً بل على اساس ان الرهن الحيازي وان تطلب حيازة الشيء الشائع ككل ، فان هذه الحيازة يمكن ان تتحقق بوسائل متعددة . كان يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء جميعاً على ان يتولى احدهم حيازة الشيء الشائع . فيصبح هذا الشريك حائزاً لحصة شريكه الراهن نيابة عن الدائن المرتهن . وبذلك يكون الشريك الحائز في هذه الحالة هو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان^(٤) . وقد يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على ان يتولى هو حيازة الشيء الشائع فيكون حائزاً لا نصبة الشركاء على اساس الوكالة وقد يكون المال الشائع مقسوماً بين الشركاء قسمة مهياة فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الاخير من قسمة المهياة المكانية ، وهكذا فان هنالك

(١) محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ .

(٢) عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ .

(٣) لتفصيلات موقف الفقهاء المسلمين راجع ، شاکر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ٣٦٥ ، وما بعدها .

(٤) المادة (١٣٢٣) مدني عراقي .

صوراً متعددة لحيازة الحصاة الشائعة حيازة مادية ويترتب على ذلك ان شيوع الحصاة لا يمنع من امكان رهنها رهناً رهن حيازة^(١).

ثالثاً : ترتيب الشريك حق منفعة^(٢) على حصته الشائعة :

لصاحب الحصاة الشائعة ان يرتب حق انتفاع للغير على حصته الشائعة وعندها يكون لصاحب حق المنفعة (المنتفع) في الحصاة الشائعة جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق بما يتلائم مع الشيوع فيكون له استعمال الحصاة الشائعة واستغلالها بما يستتبع ذلك من اشتراك في الادارة بان يقوم بادارتها ادارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع بحيث يحسب صوته في الحساب ، اذ اريد معرفة ما يستقر عليه راي اصحاب الاكبر من الحصص في اعمال الادارة المعتادة^(٣). أي انه اذا اقتضى شان من شؤون هذه الادارة اتفاق اصحاب القدر الاكبر من الحصص على راي واحد يعتبر براي صاحب حق المنفعة لا براي الشريك صاحب الرقبة اما فيما يجاوز الادارة المعتادة الى الادارة غير المعتادة وكذلك بالنسبة للتصرف في المال الشائع وفي طلب القسمة فان الشريك صاحب الرقبة يكون هو صاحب الشان في ذلك و لا شان لصاحب حق المنفعة . واذا انقضى حق المنفعة قبل انقضاء الشيوع عادت الملكية كاملة الى الشريك صاحب

(١) د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص٨٤٧ ، كذلك د. عبد المنعم فرج الصده ، مصدر سابق ، ص١٩٢ .

(٢) حق المنفعة حق عيني متفرع عن حق الملكية يجرد المالك من سلطتي الاستعمال والاستغلال لتكونا لشخص اخر هو المنتفع اما سلطة التصرف فيحتفظ بها المالك الذي يسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة ، وفي هذا المعنى تقول المادة (١٢٤٩) من القانون المدني العراقي ((يصح ان تملك منافع الاعيان دون رقبتها سواء كانت الاعيان عقاراً او منقولاً)) ولم يرد في القانون المدني العراقي ولا في القانون المدني المصري تعريف لحق المنفعة (الانتفاع) ويعرفه الفقه بانه (حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بشيء مملوك للغير شرط المحافظة على ذات الشيء لرده عند نهاية مدة الحق والذي ينتهي حتماً بوفاة المنتفع). انظر : د. غني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص٣٠٠ .

(٣) المادة (١٠٦٤) مدني عراقي .

الرقبة^(١). اما اذا بقي حق المنفعة قائماً بعد انقضاء الشيوخ بان قسمت العين الشائعة فليس هنالك من علاج قانوني او فقهي لمثل هذه الحالة الا ان المنطق يشير الى ان حق المنفعة ينتقل الى الجزء الذي آل الى الشريك المتصرف وبحدود الحصة الشائعة فقط . اما اذا زال الشيوخ بالبيع او وقع في نصيب الشريك المتصرف مبلغ نقدي فينتقل حق المنتفع الى الثمن او المبلغ الذي وقع في نصيب المتصرف^(٢).

رابعاً : ايجار الشريك لحصته الشائعة :

يجوز للشريك في الشيوخ ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه^(٣). فمن الواضح ان القانون المدني العراقي قد اجاز صراحة للشريك ان يؤجر حصته الشائعة للشريك ولغيره واجارة الحصة الشائعة للشريك ليس فيها خلاف . لان استيفاء المنفعة يكون مقدوراً لامكان تسليمها الى الشريك المستأجر، ولكن الخلاف يمكن ان ينهض اذا كانت اجارة الحصة الشائعة لغير الشريك اذ يثار التساؤل في مثل هذه الحالة عن مدى نفاذ هذه الاجارة في حق الشركاء فهل تتوقف على اجازتهم وموافقهم ام لا ؟ لا شك ان الاجابة عن هذا التساؤل في غاية السهولة وفقاً للتشريع العراقي الذي حسم الامر ولم يدع مجالاً للتساؤل اصلاً وذلك باجازته صراحة في نصين^(٤). من نصوص القانون المدني للشريك ان يؤجر حصته الشائعة للشريك او للغير .

ومع هذا يتسال بعض الفقه^(٥) عما اذا كان المشرع قد اراد الجواز على اطلاقه على اعتبار ان كون التصرف جائزاً ليس معناه انه حتماً نافذ في حق الغير (الشركاء) لا سيما ان اجارة الحصة الشائعة لغير الشريك كانت فاسدة بمقتضى

(١) د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٤٦ . كذلك د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ .

(٢) المادة (١٢٥٨) مدني عراقي .

(٣) المادة (١٠٦١/٣ف) مدني عراقي .

(٤) المادة ٧٣١ مدني عراقي (يجوز ايجار الحصة الشائعة للشريك او غيره) والمادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي .

(٥) شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ٣٦٩ .

احكام المجلة^(١) على اساس عدم امكان تسليم الحصة الشائعة مفردة . حيث لا يكون استيفاء المنفعة مقدوراً . الا ان هذا الفقه نفسه يعود ليقرر ان الجواز في القانون المدني يتضمن تقرير لامكان التسليم .

وهكذا لو اجر الشريك حصته الشائعة لغير الشريك وسلمها للمستاجر فهذه الاجارة صحيحة ونافذة في حق الشركاء ، فطبيعي والشريك يملك حصته ملكية تامة ان يثبت له سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف ومنها الايجار الذي هو من ابرز صور الاستغلال واذا تمت الاجارة فنظرياً يحل المستاجر محل الشريك المؤجر في حصته فينتفع بالماجور بنسبة الحصة التي استأجرها . ونادراً ما يحصل اتفاق بين المستاجر وباقي الشركاء ، فاذا حصل خلاف بينهم وهذا ما يحصل في الغالب عملاً ، حيث يرفض الشركاء دخول المستاجر بينهم فلا يمكنه من الانتفاع فعلاً بالماجور ، فيصار في مثل هذه الحالة الى حل الخلاف بازالة الشيوخ او بالقسمة ، كما قد يتفق الشركاء على المهاية ، اما المستاجر فيكون له ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى وذلك تبعاً للظروف^(٢) . ويلاحظ ان تسليم الحصة الشائعة للمستاجر انما يكون تسليمياً حكماً بالاذن له بقبضها مع ازالة كل ما يحول دون قبضه لها . ومن ناحية اخرى فانه ليس للشريك الذي اجر حصته الشائعة ان يسلم جزءاً مفرزاً من المال الشائع حتى لو كان معادلاً لنصيبه فيه الا اذا وافق الشركاء على ذلك فان لم يجيزوا كان للمستاجر ان يطلب تسليمها له شائعة والا فله فسخ العقد .

واياً كان الامر فان اجارة الشريك لحصته الشائعة لا تمنع بقية الشركاء من المطالبة بازالة شيوخ المال الشائع والمشرع العراقي وان اجاز للشريك ايجار حصته الشائعة الا انه لم يبين مصير هذا الايجار اذا تمت القسمة لهذا نؤيد الرأي الذي يذهب^(٣) الى انه اذا ازيل الشيوخ بالقسمة العينية فان الاجارة تنتقل الى الحصة المفرزة التي آلت الى الشريك المؤجر^(٤) . وكذلك تبقى الاجارة نافذة في حدود الحصة الشائعة فقط اذا ازيل الشيوخ عن طريق البيع وحصل البيع للشريك المؤجر الا ان عقد الايجار لا يكون نافذاً اذا حصل البيع لغير الشريك ما لم يكن له

(١) المصدر السابق وفي الصفحة نفسها .

(٢) المادة ٧٥٤ مدني عراقي .

(٣) شاکر ناصر حيدر - مصدر سابق - ص ٣٧٠ .

(٤) وذلك لان للقسمة اثر رجعي . انظر المادة (١٠٧٥) مدني عراقي .

تاريخ ثابت سابق على البيع^(١). اما في القوانين المقارنة فلا يوجد في القانون المدني المصري ولا في القانون اللبناني نص صريح بشأن اجارة الحصة الشائعة ومع هذا استقر الفقه على ان الشريك اذا اجر حصته الشائعة فقط لاكل العين ولا جزءاً مفرزاً منها ففي هذه الحالة يكون الايجار صحيحاً ولكن يتعذر على المؤجر ان يسلم حصته الشائعة الى المستاجر والى ان تتم القسمة لا يكون لمستاجر الحصة الشائعة اكثر مما للشريك المؤجر الا ان هذا الايجار غير ملزم لبقية الشركاء ولا يكون نافذاً بحقهم حيث يكون لهم طلب استرداد المال الشائع اذا كان المستاجر قد تسلمه فعلاً^(٢).

وهكذا ننتهي الى ان نصوص القانون المدني المصري واللبناني ليس فيها ما يسعف الشريك ويمكنه من استغلال نصيبه في الملك الشائع بطريق الايجار فلا يكون له الا برضاء الشركاء الاخرين .

المبحث الثاني

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

(إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك)^(٣) .
فالاصل أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان تصرفه وارداً على جزء من المال الشائع يعادل نصيبه فيه ولا يتعداه . ذلك أن حق الشريك لا ينصب على جزء محدد من المال الشائع ، بل ينسبط الى المال كله على وجه الشيوخ مع بقية الشركاء . وبعبارة أخرى يكون حق الشريك منتشراً في كل جزئيات المال الشائع فلا يكون له على أي جزئية منه ملكية خالصة بل يشاركه فيها بقية شركائه كل بنسبة ما يملكه في المال الشائع وبهذا فإن تصرف

(١) المادة (٧٨٦) مدني عراقي (١ . اذا انتقلت ملكية المايجور الى شخص اخر فلا يكون

الايجار نافذاً في حقه اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي ترتب عليه

انتقال الملكية) ، انظر كذلك د. سعيد عبد الكريم مبارك - مصدر سابق - ص ٨٨ .

(٢) د. مصطفى محمد الجمال - مصدر سابق - ص ١٢٥ ، كذلك د. السنهوري - مصدر

سابق - ص ٨٢٨ هامش ٢ ، كذلك محمود حمال الدين زكي - مصدر سابق - ص

. ١١٩

(٣) المادة (١٠٦٢) مدني عراقي .

الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعتبر في جزء منه تصرفاً وارداً على ملك الغير .

على أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع وإن كان يتضمن تصرفاً في ملك الغير إلا أنه حالة قائمة بنفسها ولها حكمها الخاص وتختلف عن حالة تصرف الفضولي في بعض أحكامها ذلك أن الشريك على الشيوع وإن كان لا يملك على وجه الاستقلال الجزء المفرز الذي تصرف فيه ، إلا أن له نصيباً شائعاً فيه أولاً ، وثانياً لأن ذلك الجزء المفرز كله قد يكون بالقسمة مملوكاً له من تاريخ التصرف بحكم الاثر الرجعي للقسمة^(١) .

وبموجب المادة ١٠٦٢ من القانون المدني العراقي ، إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فإن تصرفه يكون موقوفاً على نتيجة القسمة فإن وقع الجزء الذي تصرف به الشريك في نصيبه يكون تصرفه صحيحاً نافذاً من تاريخ التصرف وليس من تاريخ القسمة وذلك أخذاً بفكرة الاثر الرجعي للقسمة^(٢) . أما إذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف فلا يكون للتصرف المذكور أي أثر ويكون باطلاً ، لأن الشريك المتصرف يعدّ كأنه لم يكن مالكاً أبداً لهذا الجزء الذي تصرف به ولم يقع في نصيبه ، كأن يبيع شريك جزءاً مفرزاً من منقول شائع بينه وبين شريك آخر . فإذا اقتسم الشريكان العين الشائعة ووقع الجزء المفرز الذي تصرف به الشريك البائع في نصيبه يكون البيع صحيحاً و نافذاً من تاريخ التصرف . أما إذا وقع الجزء المباع في نصيب الشريك الآخر فيكون البيع باطلاً وليس له أي أثر ويكون بحكم من تصرف بملك الغير وهكذا الحال بالنسبة للرهن وغيره من التصرفات ، ونعتقد أن تطبيق القواعد العامة كان يلزم على المشرع أن يقيد حق الشريك الذي وقع الجزء الذي ورد عليه التصرف في نصيبه بابطال التصرف بأن يكون قد استعمل حقه في اجازة التصرف أو نقضه خلال المدة القانونية استناداً الى المادة (١٣٥) مدني عراقي .

أما قبل القسمة ، ومصير التصرف ما يزال معلقاً فنجد خلافاً في الفقه اذ ذهب البعض الى أنه لا سبيل الى ابطال التصرف من جانب المتصرف له بدعوى صدوره من غير مالك . لأن الشريك المتصرف لا يعدّ من الغير إلا بتمام القسمة ووقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب غيره ، عليه لا يكون للمشتري قبل القسمة

(١) محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص١٤٣ ، كذلك شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص٣٨٤ .

(٢) المادة (١٠٧٥) مدني عراقي .

طلب ابطال العقد^(١) . في حين ذهب البعض الآخر الى أن للمشتري الحق في طلب ابطال التصرف ودون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة فجعل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها ويستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة وليس من العدل تحميل المشتري بها ، على أن أصحاب الرأي الاخير ينقسمون الى قسمين فمنهم^(٢) من يشترط عدم علم المشتري بحالة الشيوع لكي يثبت له حق طلب ابطال البيع ومنهم من يثبت له هذا الحق سواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشيوع أم كان يجهله^(٣) .

وهنا يظهر التساؤل عن مجال تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي أو بعبارة أخرى ما هو مدى امكان تطبيق هذا النص إذا كان المال الشائع عقاراً أو منقولاً يشترط القانون تسجيل التصرفات الواردة عليه للقول بصحتها ونفاذها؟

للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن نص المادة ١٠٦٢/٢ مدني عراقي - كما يذهب البعض من الفقه^(٤) وبحق - يمكن تطبيقه في بعض الحالات ولا يمكن تطبيقه في حالات أخرى ، فيمكن تطبيقه بالنسبة الى المنقولات بصورة عامة . أما إذا كان المال الشائع عقاراً أو منقولاً يستلزم القانون تسجيل التصرفات الواردة عليه فيمكن تطبيق نص المادة المذكورة إذا كان التصرف الصادر من أحد الشركاء تصرفاً مادياً ، كأن بنى أحد الشركاء على جزء معين من الارض الشائعة . كما يمكن تطبيقه في حالة ايجار أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع ، فإن مصير العقد يتوقف في هذه الحالة على نتيجة القسمة وبعبارة أخرى فإن النص المذكور يسري على التصرفات المتعلقة بالحقوق الشخصية التي يجريها الشريك على جزء مفرز من المال الشائع .

أما بالنسبة للتصرفات المتعلقة بالحقوق العينية التي تتطلب التسجيل ، فلا يمكن تطبيق النص المذكور فلا يمكن تطبيقه في حالة البيع أو الهبة أو الرهن أو

(١) شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول في حق الملكية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص ٤٦٩ ، وأنظر أيضاً كتابه الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٣٨٦ .

(٢) السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٧٠ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ ، وكذلك محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .

(٤) شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ٤٧١ .

الوصية فإذا باع أحد الشركاء مثلاً بعقد غير مسجل جزءاً مفرزاً من العقار الشائع، فإن هذا البيع لا يمكن من الناحية العملية تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، ذلك لأن هذه الدوائر سوف تأبى قيد هذا الجزء المفرز من المال الشائع باسم المشتري المتصرف إليه إلا إذا أفرز هذا الجزء بطريق القسمة العينية الرضائية أو القضائية وإلا إذا كانت لديه وكالة أو نيابة قانونية عن الشركاء الآخرين .

وعلى ذلك فإذا باع أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العقار الشائع بعقد غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، ثم وقع ذلك الجزء بنتيجة القسمة في نصيب الشريك البائع، فلا يكون لوقوعه في نصيب الشريك البائع أثراً تلقائياً لاعتباره صحيحاً، لأنه باطل بطلاناً مطلقاً من الأساس لتخلف ركن من أركان انعقاده وهو التسجيل ولذا لا يصبح ذلك الجزء مملوكاً للمشتري بمجرد وقوعه بنتيجة القسمة في نصيب الشريك البائع، بل لا بد لاعتباره كذلك من بيع جديد بعد القسمة يتم تسجيله وفقاً للإجراءات المتطلبية قانوناً^(١).

أما موقف القوانين المقارنة من حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فنجد الاختلاف واضحاً بالنسبة لموقف القانون المدني المصري، حيث قضت المادة ٢/٨٢٦ منه على أنه "إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في ابطال التصرف".

(١) شاكر ناصر حيدر، الوجيز، مصدر سابق، ص ٤٧١، وهو يشير إلى أن المشرع العراقي قد أخذ نص المادة ١٠٦٢/٢ ف مدني من نص المادة (٢/١١٩٤) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري دون ملاحظة الفرق بين قواعد التسجيل العقاري المقررة في القانون العراقي وبين تلك المقررة في القانون المصري إذ أن البيع غير المسجل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً في القانون العراقي في حين أنه بمقتضى القانون المصري ينعقد البيع غير المسجل ولكن أثراً واحداً فقط من آثاره وهو انتقال الملكية يتوقف على التسجيل، ويترتب على ذلك أنه ليس للمشتري بمقتضى القانون العراقي الزام البائع بالتسجيل في حين أن له ذلك بمقتضى القانون المصري .

فيتضح من هذا أن المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري تناول فقط حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فيما بين طرفيه ، سواء أكان ذلك بالبيع أم بالهبة أم بالرهن أم بترتيب حق عيني آخر وذلك في المرحلة التي تأتي بعد القسمة^(١) وذلك بأن اعتبرت التصرف الذي أجراه الشريك المتصرف على الجزء المفرز من المال الشائع صحيحاً إذا وقع ذلك الجزء في نصيب الشريك المتصرف حيث يستقر حق المتصرف اليه نتيجة للآثر الكاشف للقسمة الذي يعتبر المتصرف بمقتضاه مالكا لهذا الجزء المفرز ملكية خالصة منذ بداية الشروع.

والى هذا الحد يتفق الحكم مع موقف القانون العراقي ولكن يبدو الاختلاف إذا وقع في نصيب الشريك المتصرف جزء مفرز آخر ، غير الجزء الذي وقع عليه التصرف ، ذلك أن مؤدى الآثر الكاشف للقسمة أن يعد التصرف وارداً على ملك الغير وهذا ما أخذ به فعلاً المشرع العراقي . في حين عطل المشرع المصري هذه النتيجة وقضى في المادة ٢/٨٢٦ بانتقال حق المتصرف اليه الى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف وذلك في حدود القدر الذي حصل التصرف فيه .

ولكن قد يكون المتصرف اليه غير راغب عن هذا الجزء بل كان قد أجرى التصرف على أساس ذلك الجزء الذي وقع في نصيب شريك آخر . فانتقال حق المتصرف اليه الى جزء مفرز لم يردده قد لا يروقه ، لذلك أجاز له المشرع المصري ابطال التصرف بشرط أن يكون غير عالم إن الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، أما إذا كان يعلم أن المتصرف لا يملك سوى حصة شائعة فلا يكون له طلب ابطال التصرف لأنه كان عليه أن يتوقع مثل هذه النتيجة وأن يدخلها في حساباته عند التعاقد^(٢) ، فيبدو ظاهراً مدى حرص المشرع المصري على تحقيق العدالة في هذه الحالة ذلك أن الشريك قد يتصرف في جزء من المال الشائع ثم يتفق مع الشركاء على أن يأخذ جزء مفرز آخر عند القسمة وبذلك يضيع حق المتصرف اليه .

وقد أثار الفقه المصري بعض التساؤلات حول ما إذا لم يقع في نصيب المتصرف جزء مفرز بل آل اليه بمقتضى القسمة مبلغ من النقود وآل الجزء المتصرف فيه الى نصيب شريك آخر. ومثل هذا التساؤل يمكن طرحه فيما يخص

(١) أما في مرحلة ما قبل التسجيل فقد ثار خلاف في الفقه سبق أن وضحناه .

(٢) محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ ، كذلك محمد كامل مرسي ، مصدر

سابق ، ص ١٤٨ .

القانون العراقي أيضاً . وقد ذهب الفقه^(١) الى القول أن للمتصرف اليه أن يطلب ابطال التصرف سواء كان يعلم بأن المتصرف لا يملك سوى حصة شائعة أم كان لا يعلم على أساس أن التصرف يكون قد ورد على ملك الغير .

ولكن تطبيق أحكام التصرف في ملك الغير^(٢) وفقاً للقانون العراقي يقتضي منا القول أنه إذا كان للمشتري الحق في طلب ابطال التصرف قبل اجازة التصرف من قبل الشريك الذي وقع الجزء المفرز في نصيبه فلا يكون من حق المتصرف اليه أن يطالب بابطاله بعد الاجازة وعلى العكس من هذا فإن سكوت المتصرف اليه أو تمسكه بصحة التصرف لا يمنع الشريك الذي وقع الجزء في نصيبه من ابطال التصرف الذي أجراه شريكه قبل القسمة استناداً الى المادة (١٠٦٢) مدني .

وخلاصة القول إن التقنين العراقي يختلف عن التقنين المصري في أنه إذا لم يقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة لم يكن للتصرف أثر في التقنين العراقي . في حين ينتقل حق المتصرف اليه الى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف في التقنين المصري . أما في القانون اللبناني فلم يرد نص بخصوص تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، ولكن ورد نص خاص بالتأمين (الرهن التأميني) حيث تنص المادة (١٢٢) ملكية عقارية لبناني على أنه "إن التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع بدون إذن من شركائه يحول بعد القسمة الى الحصة التي تقع في نصيبه ، أما المبالغ التي تصيب عاقد التأمين من تعادل قيم الحصص أو المبالغ التي تستحق له من ثمن العقار في حالة بيعه من شركائه فتخصص لتسديد مال التأمين" .

ومن ثم فإن حكم المادة (١٢٢) ملكية عقارية يقتصر على ما إذا كان التصرف الذي أجراه الشريك مرتباً لتأمين (الرهن التأميني) على جزء مفرز من المال الشائع فإذا وقع ذلك الجزء بعد القسمة في نصيب الشريك المتصرف أو وقع جزء آخر غيره فإن التأمين ينتقل الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العين التي رتب عليها التأمين في الاصل وإذا لم يقع في نصيب الشريك الذي رتب حق

(١) الصدة ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ ، كذلك محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ ، كذلك أنور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة ، الجزء الرابع ، المجلد الأول ، مكتبة جامعة طنطا ، الطبعة الاولى ، بلا سنة طبع ، ص ٢٧٨ .

(٢) المادة (١٣٥) مدني عراقي .

التأمين عند القسمة شيء من الاعيان الشائعة وإنما اختص بمقابل نقدي انتقل حق الدائن (صاحب التأمين المرتهن) الى هذا المقابل النقدي بمقتضى ماله من أفضليه . أما إذا كان التصرف المنصب على جزء مفرز من المال الشائع تصرفاً ناقلاً للملكية أو مرتباً لحق عيني أصلي آخر كحق الانتفاع فأمام سكوت المشرع اللبناني لا مفر من تطبيق القواعد العامة واعتبار التصرف وارداً على ملك الغير إذا لم يقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف^(١) .

أما موقف مجلة الاحكام العدلية من حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فأمام سكوتها عن معالجة هذه الحالة يبدو أنها تطبق عليها حكم تصرفات الفضولي ، وهذه الاخيرة تنعقد موقوفة على اجازة المالك ، فإن أجازها نفذت بأثر رجعي لأن الاجازة اللاحقة وكالة سابقة وإن لم يجزها بطلت وقبل الاجازة يجوز لكل من المشتري والفضولي فسخ التصرف . أما فقهاء الشريعة ففي اختلاف حول حكم تصرفات الفضولي ، فعلى رأي الحنفية يكون للمشتري حق الفسخ قبل اجازة المالك ، على أساس أنه لو قبض المبيع قبل الاجازة يصبح مضموناً عليه فله أن يدفع الضمان عن نفسه ، وعند الشافعية إن تصرف الفضولي غير منعقد وباطل على أحد الروايات ، وفي رواية أخرى إن عقد الفضولي موقوف على اجازة المالك ، أما عند الحنابلة فيبيع الفضولي باطل ولا ينعقد أصلاً^(٢) .

وربما يثار التساؤل عن حكم ايجار الشريك لجزء مفرز من المال الشائع فما مصير هذا الايجار بعد القسمة ، والمشكلة الحقيقية تكمن في اعتبار الايجار من ضمن أعمال التصرف وبالتالي تقضي تطبيق المادة (١٠٦٢) السالفة الذكر ، أم أن الايجار يدخل في نطاق أعمال الادارة ؟ نجد الاجابة عن هذا التساؤل في قرار لمحكمة تمييز العراق قضت فيه بأنه "إذا كان الشريك قد أجر العقار المشاع مدة تزيد على ثلاث سنوات فلا يعتبر تصرفه من أعمال الادارة التي تنفذ بحق الشركاء

(١) الصدة ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ و ١٨٥ ، وعلى العكس من هذا الرأي يذهب الدكتور توفيق حسن فرج الى انتقال حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى الشريك المتصرف بطريق القسمة ، أنظر : د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية ، ١٩٨٨ ، ص ١٧٥ .

(٢) موقف الفقهاء المسلمين نقلاً عن شاكر ناصر حيدر ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٣٨٤ .

الآخرين إذا سكتوا عنها لأن الايجار لكي يعتبر من أعمال الادارة يجب أن لا تزيد مدته عن ثلاث سنوات^(١) . فبموجب هذا القرار اعتبرت محكمة التمييز الايجار من أعمال التصرف إذا زادت مدته على ثلاث سنوات فيقتضي الحال تطبيق أحكام المادة (١٠٦٢) مدني عراقي وبموجبها إذا أجر الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع فإن الايجار يكون موقوفاً على نتيجة القسمة . فإذا حصلت القسمة ووقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر نفذ الايجار وإذا لم يقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر وإنما وقع في نصيب شريك آخر فلا ينفذ الايجار في حق هذا الاخير ، وكان المفروض أن يقيد المشرع حق الشريك في ابطال التصرف بأن يكون قد استعمل حقه في خيار الاجازة أو النقص خلال المدة القانونية .

وهنا يذهب البعض^(٢) الى امكانية تطبيق قاعدة الحلول العيني في هذه الحالة في حين يذهب البعض الآخر^(٣) الى أن الايجار لا ينتقل الى الجزء الذي وقع في نصيب المؤجر لعدم امكانية اقرار الحلول العيني لأن الحلول مقرر في حالة التصرف بالعين لا في حالة ادارتها .

على أن القسمة ليست أمراً لازماً فقد يؤجر الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع ولا يكون للشركاء رغبة في القسمة فهنا لا تكون الاجارة نافذة في حقهم وإنما تتوقف على اجازتهم فإن اجازوها نفذت واشترك الجميع في الاجرة بنسبة حصصهم في ذلك المال . أما إذا لم يجيزوها فإنها تبطل ، ليس فقط بما يعادل حصصهم بل في كل الجزء المفرز المؤجر فليس لأحد الشركاء أن يخصص لنفسه جزءاً معيناً من المال الشائع بدون رضا الشركاء ولو أعتبرت الاجارة نافذة في جزء شائع من ذلك الجزء المفرز فإن ذلك مضر بالشركاء وهو ما لا يكون^(٤) .

(١) رقم القرار ٣٢٥ ، هيئة عامة أولى / ٧٣ في ١٩٧٤/٢/٢٣ نقلاً عن ابراهيم المشاهدي ، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، منشورات مركز البحوث القانونية ، ١٩٨٨ ، ص ٤٤٤ .

(٢) رمضان أبو السعود نقلاً عن د. جعفر الفضلي ، ايجار العقار الشائع في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل ، العدد الأول ، ٢٠٠١ ، ص ٨٢ .

(٣) BAUDRY نقلاً عن المصدر السابق نفسه ، ص ٨٣ .

(٤) شاكر ناصر حيدر ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٣٧٠ ، وما هذا إلا إعمالاً لأحكام التصرف في ملك الغير ، المادة (١٣٥) مدني عراقي .

وبالشروط والحدود التي يتطلبها القانون . وفيما عدا ذلك فإن تصرف الشريك في المال الشائع كله أو في جزء منه يزيد على حصته الشائعة فيه فإن تصرفه يعتبر صادراً من غير مالك بالنسبة الى ما زاد عن حصته .

وعلى ذلك ، إذا باع أحد الشركاء المال الشائع أو أجره بدون إذن الشركاء الآخرين فإن تصرفه هذا يكون موقوفاً على اجازة شركائه فإن هم أجازوه نفذ ، وإن لم يجيزوه نفذ في حدود حصته وبطل في حصص الآخرين .

وكذلك الحال إذا رهن أحد الشركاء المال الشائع أو ما يزيد على حصته فيه بدين على نفسه وبدون إذن شركائه ، فإن هذا الرهن يكون موقوفاً على اجازة الشركاء فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه بقي نافذاً في حصة الشريك الراهن وبطل في حصص الشركاء الآخرين . مع ملاحظة إن المال الشائع إذا كان عقاراً أو منقولاً يستلزم القانون تسجيل التصرفات الواردة عليه فلا يستطيع الشريك من الناحية العملية بيع هذا المال الشائع أو رهنه أو اجراء أي تصرف متعلق بالحقوق العينية الاصلية أو التبعية لأن دوائر التسجيل العقاري سوف تأبى تسجيل مثل هذه التصرفات فهي لن تسمح للشريك أن يرهن حصص شركائه مثلاً بدون إذن منهم أو بدون وكالة أو نيابة قانونية عنهم . وإنما يكون باستطاعته أن يرهن حصته الشائعة فقط^(١) .

وهنا آثار بعض الفقهاء^(٢) التساؤل الآتي : إذا فرض أن المال الشائع كان منقولاً ورهنه أحد الشركاء رهنًا حيازياً وسلمه الى المرتهن بدون إذن شركائه ، ثم أن الشركاء لم يجيزوا هذا الرهن فهم لهم أن يستردوا حيازتهم عليه ؟ للإجابة عن هذا التساؤل يختار الفقه الذي طرح التساؤل بين حلين ، الأول هو أن القاعدة في الشريعة الاسلامية هي أن المرتهن من الغاصب يعتبر في حكم غاصب الغاصب ، وغاصب الغاصب في حكم الغاصب ، وإن للمالك المغصوب منه أن يسترد ملكه من المرتهن ، وقد أخذ القانون المدني بقاعدة أن غاصب الغاصب في حكم الغاصب^(٣) .

(١) د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص ١٢٧-١٢٨ ، كذلك سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ٨٦ ، كذلك الصدة ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

(٢) شاكر ناصر حيدر ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٣٨١ .

(٣) المادة (١٩٨/١) مدني عراقي .

وعلى ذلك يصبح من حق الشركاء الذين لم يجيزوا رهن شريكهم للمال الشائع أن يستردوا حيازتهم عليه بمقدار حصصهم . أما الحل الثاني الراجح فهو أن القانون المدني قد أقر قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)^(١) . فهل تسري هذه القاعدة لصالح المرتهن فيكون من حقه أن يحتفظ بالمرهون الى أن يسترد الدين إذا ما توافرت شروط هذه القاعدة بأن حاز المرهون بحسن نية اضافة الى السبب الصحيح ؟

إن الاجابة عن هذا التساؤل الاخير تعتمد على نطاق تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . فإذا كان نطاقها يشمل من يحوز المنقول بنية اكتساب حق عيني عليه كحق الرهن ولا يقتصر على حق الملكية فعندئذ يمكن القول أن باستطاعة المرتهن أن يتمتع عن رد المرهون الى الشركاء وأن يمنعهم من استرداد حيازتهم عليه حتى يستوفي دينه بالكامل ، وفي هذه الحالة يكون باستطاعة الشركاء الرجوع على الشريك الراهن الذي يكون ضامناً ومسؤولاً أمامهم لتعديه . ولا حاجة لمثل هذه الحيرة في القانون المصري ذلك أن نص المادة ١/٩٧٦ مدني مصري يشمل كافة الحقوق العينية وليس حق الملكية فقط كما أن الشراح المصريين^(٢) منفقون على أنه في حالة رهن ملك الغير رهنأ حيازياً بدون أدنه يكون من حق المرتهن الذي توفرت لديه شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أن يتمتع عن رد المرهون الى مالكة حتى يستوفي دينه بتمامه .

إلا أنه وأمام سكوت المشرعين المصري واللبناني عن ايراد حكم لحالة تصرف الشريك في كل المال الشائع أو في جزء يزيد عن حصته الشائعة فيه فقد وجدنا اختلافاً في الفقه حول مصير مثل هذا التصرف . فذهب جانب من الفقه^(٣) الى أن تصرف الشريك في المال الشائع كله أو في مقدار شائع يزيد على حصته في هذا المال سواء كان ذلك بالبيع أو بالرهن أو بانشاء حق عيني آخر فإن تصرفه يكون صادراً من غير مالك بالنسبة الى ما زاد على حصته . فإذا كان هذا التصرف بيعاً مثلاً وقع البيع قابل للابطال فيما بين طرفيه بالنسبة الى ما زاد على

(١) المادة (١١٦٣) مدني عراقي . ويلاحظ أن هذا النص غير واضح في شموله لحالة من يحوز المنقول بنية اكتساب حق عيني عليه غير حق الملكية ، يقابلها نص المادة (٩٧٦/ف١) مدني مصري والتي جاء فيها : (من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته) .

(٢) محمد كامل مرسي ، التأمينات ، ١٩٥١ ، بلا مكان طبع ، ص ٣٧٦ .

(٣) الصدة ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

حصة الشريك البائع طبقاً لحكم المادة ٤٦٦ مدني مصري والمادة ٣٨٥ موجبات وعقود لبناني . فيحق للمشتري أن يطلب الابطال دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة . أما بالنسبة الى الشركاء الآخرين فإن هذا التصرف لا يكون نافذاً في حقهم فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف وذلك سواء على أساس حكم المادتين المذكورتين أو على أساس القاعدة العامة في الشيوخ والتي تقضي بأنه ليس للشريك أن يأتي عملاً فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين . فيحق لهؤلاء الشركاء ألا ينفذوا البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار القسمة ، في حين يذهب الرأي الغالب من الفقه^(١) الى التمييز بين حالتين ، الاولى حالة ما إذا كان المشتري (المتصرف له) لا يعلم أن للبائع (الشريك المتصرف) شريكاً في المال الشائع ويعتقد أن المال مملوك للبائع وحده وبين ما إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال .

ففي الحالة الاولى إذا كان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للابطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهري وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير ، أما في الحالة الثانية التي يعلم فيها المشتري أن للمتصرف شركاء في المال الذي تصرف فيه اقتصر حقه في طلب ابطال التصرف على ما زاد على حصته .

وبمقتضى المذاهب الاسلامية ، ليس للشريك أن يتصرف في حصص الشركاء تصرفاً مضرأ مادياً كان هذا التصرف أو قولياً بدون اذنهم . فإذا كان يسكن في دار شائعة مثلاً مع شركائه فليس له أن يدخل فيها أجنبياً عنهم بدون اذنهم ولو كان ذلك الدخول بقصد الزيارة فإذا كانت الدار مشتركة بين أخوين واختين فأسكن الاخوان زوجتيهما في تلك الدار ، فليس لاختيهما أن يطلبوا اسكان زوجيهما معهم . وعند بعض الفقهاء لا يجوز لأحد الشركاء أن يتصرف في المال الشائع كله أو بعضه بدون اذن شركائه سواء أكان التصرف مضرأ أم غير مضر^(٢) .

(١) محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ . كذلك السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٧٨ . كذلك مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ ، كذلك محمد كامل

مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٥١ هامش (٢) .

(٢) شاكر ناصر حيدر ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٤٦٤ .

وأخيراً واستكمالاً للموضوع يقتضينا الأمر معالجة حكم ايجار الشريك للمال الشائع . فما حكم انفراد أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة كلها ؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من تطبيق القواعد العامة في التصرف بملك الغير (الفضالة) ذلك أن التشريعات المقارنة وحسناً فعلت لم تفرد لهذه الحالة نصاً خاصاً طالما أنه يمكن معالجتها بتطبيق القواعد العامة . وهذا هو اتجاه محكمة التمييز أيضاً إذ قضت في قرار لها بأنه "إذا كان ايجار الشريك واقعاً على عموم المال المشترك فللشريك غير المؤجر أن يستعمل حقه في خيار النقص أو الاجازة خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بالعقد وإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة من نقض العقد اعتبر العقد نافذاً"^(١) .

وبمقتضى هذه القواعد الاخيرة إذا أجر الشريك كل المال الشائع بدون موافقة بقية الشركاء فإن هذه الاجازة يتوقف نفاذها على اجازة باقي الشركاء . فإن أجازوها نفذت واشترك الجميع في بدل الايجار كل بمقدار حصته في المال الشائع . وإن لم يجيزوها بطلت في حصصهم أي أن الايجار المذكور لا يكون نافذاً بحق بقية الشركاء الذين لم يجيزوه فيكون لهم مطالبة المستأجر بالتخلية ويكون لهم أن يستغلوا العين الشائعة دون اعتبار لوجود المستأجر من شريكهم فيؤجرونها مثلاً الى مستأجر آخر ويصبح هذا الاخير هو صاحب الحق في الانتفاع بها إذا كان قد استأجرها بموافقة أصحاب القدر الاكبر من الحصص في المال الشائع . وإذا كان المستأجر من الشريك المستأجر (الأول) قد شغل العين الشائعة جاز لهم أن يطلبوا التخلية ولا يكون لهذا المستأجر الحق في الاعتراض^(٢) .

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٤٢/م/٣ عقار/٩٧١ في ٦/١٠/٧١ نقلاً عن المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٤٤٠ .

(٢) أنظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٧١/هيئة موسعة أولى/ ٨٠ في ٢٧/٢/١٩٨٢ والذي جاء فيه (إذا أجر العقار الشريك الذي يملك السهام الأقل دون إذن من بقية الشركاء فلهؤلاء حق طلب اخراج المستأجر من المأجور ولهذا الحق في الرجوع بالاجرة على المؤجر لأن العقد كما هو غير نافذ بحق الشركاء أصحاب القدر الأكبر من الاسهم وهو غير نافذ أيضاً بحصة المؤجر لأنه لا يستطيع تسليمها مفرزة الى المستأجر ما دام العقار غير قابل للقسمة أو أن اجراءات القسمة لم تتم بعد) ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، عدد ١ ، سنة ١٣ ، ١٩٨٢ ، ص ١٧ .

وينبغي ملاحظة أن الايجار الذي ينفرد أحد الشركاء بإبرامه يقع صحيحاً بين طرفيه ، فلا يجوز للشريك المؤجر أن يتحلل منه بحجة أن شركائه قد اعترضوا عليه ولا يجوز للمستأجر التحلل منه بحجة أنه لا يتمكن من الانتفاع بالمأجور لعدم نفاذ الايجار بحق الشركاء الآخرين ، إلا إذا كان قد وقع في غلط بأن حسب أن الملكية خالصة للمؤجر ثم تبين له بعد ذلك أنها شائعة . ففي هذه الحالة يكون المستأجر قد وقع في غلط جوهري مما يجعل الايجار موقوفاً فيكون له أن يبطله خلال ثلاثة أشهر من يوم أن يتبين أن الملكية شائعة^(١) .

وقد يؤدي ايجار أحد الشركاء للمال الشائع دون موافقة شركائه الى احتدام الخلاف بين الشركاء مما يدفعهم أو أحدهم الى طلب انتهاء حالة الشبوع قبل اخراج المستأجر فإذا كانت العين الشائعة مما لا يمكن قسمتها فإنها تباع في المزااد العلني . وهنا نكون أمام ثلاثة احتمالات فإما أن يرسو المزااد على الشريك المؤجر نفسه أو على شريك آخر غيره وإما أن يرسو على شخص أجنبي عن الشركاء . ففي الحالة الاولى فإن رسو المزااد على الشريك المؤجر يجعله مالكا للمال الشائع منذ بداية الشبوع طبقاً للآثر الرجعي وبالتالي تكون التصرفات التي أجراها صحيحة نافذة ومنها الايجار . أما في الحالة الثانية إذا رسي المزااد على شريك آخر فإن مصير الايجار يتوقف على استعمال الشريك الراسي عليه المزااد لخيار الاجازة أو النقص خلال المدة المحدودة . أما في الحالة الثالثة إذا كان الشخص الذي رسي عليه المزااد أجنبياً فإن الايجار إن كان ثابت التاريخ وسابق على عقد البيع فإنه يكون نافذاً بحق المشتري الذي يلتزم باحترام عقود الايجار الصادرة عن سلفه^(٢) . ومما تجدر الإشارة اليه أن الشريك الذي انفرد بايجار العين الشائعة يلتزم أمام شركائه بأجر المثل المأجور ، إذا كان لم يتفق مع المستأجر على مقدار الاجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر اثبات الاجرة المدعى بها^(٣) ، أما إذا تبين أن الاجرة تزيد على أجر المثل وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة^(٤) .

(١) الصدة ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ ، كذلك الجمال ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ .

(٢) أستاذنا د. جعفر الفضلي ، ايجار العقار الشائع ، مصدر سابق ، ص ٨٢ ، ص ٨٣ ، وكذلك محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

(٣) المادة ٧٣٨ مدني عراقي .

(٤) المادة (١٠٦٣/٢) ف/٢ مدني عراقي .

أما إذا تم اثبات مقدار الاجرة وتبين أنها تقل عن أجر المثل فإن رجوع بقية الشركاء عليه يكون على أساس أجر المثل في مثل هذه الحالة يؤيد ذلك قرار لمحكمة التمييز العراقية قضت فيه بأن الشريك الذي يتصرف بالعين الشائعة بالاجارة هو الذي يضمن حصص شركائه الباقين من أجر المثل أو الاجر المسمى أيهما أكثر^(١).

الخاتمة

توصلنا من خلال هذا البحث الى النتائج والتوصيات الآتية نوردها تباعاً :

أولاً : النتائج :

١. حق الشريك على الشيوع هو حق ملكية يتمتع بموجبه بالسلطات التي يتمتع بها مالك الملكية المفروزة من استعمال واستغلال وتصرف .
٢. للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها تبرعاً أو معاوضة سواء أكان المتصرف اليه شريكاً آخر أم أجنبياً عن الشركاء بشرط ألا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .
٣. للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهناً حيازياً باجازة صريحة من المشرع العراقي الذي حسم بموقفه هذا خلافاً ما زال قائماً في التشريعات الاخرى .
٤. للشريك في الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة للشريك أو لغيره وتكون الاجارة صحيحة نافذة دون أن تتوقف على اجازة الشركاء أو موافقتهم .
٥. تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع لا يكون له أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك .
٦. لا يجوز للشريك أن يتصرف في المال الشائع تصرفاً مضرراً بدون إذن شركائه فالشريك يعتبر أجنبياً بالنسبة الى حصص غيره من الشركاء .

ثانياً : التوصيات :

١. تنظيم المشرع العراقي لحق الاسترداد الذي أخذ به المشرع المصري والذي يخول الشركاء في المال المنقول الحق في تملك المنقول جبراً عن المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة فالشركاء قد يتضررون من دخول

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٣٩٣/ح/٩٦٧ في ١٩٦٧/٦/٨ أشار اليه الدكتور سعيد عبد

الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

- الاجنبي بينهم (في حالة بيع الشريك لحصته الشائعة في المال المنقول) فالأفضل أن يثبت لهم حق الاسترداد خصوصاً وأن المشرع العراقي راعى هذه المبررات بالنسبة لحق الشفعة في العقار .
٢. الأخذ بفكرة الحلول العيني والتي بموجبها ينتقل حق المتصرف اليه الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة ولو لم يكن هو الجزء الذي ورد عليه التصرف متى كان المتصرف له حسن النية بأن لا يكون عالماً بأن المتصرف يملك العين المتصرف فيها على وجه الشيوخ بل كان يعتقد إنه يملكها مفرزة وهذا الامر يقتضي تعديل المادة (١٠٦٢) مدني عراقي .
٣. تطبيقاً لفكرة الحلول العيني المتقدمة نقتراح تعديل المادة (١٢٩١) مدني عراقي بنص يقضي بانتقال حق الدائن المرتهن الى كل ما يقع في نصيب الراهن أياً كانت طبيعته .
٤. إن المشرع العراقي وإن أجاز للشريك ايجار حصته الشائعة إلا أنه لم يبين مصير هذا الايجار إذا تمت قسمة المال الشائع . فكان عليه أن يفرق بين حالة القسمة العينية ووقوع جزء مفرز في نصيب الشريك المؤجر فيقرر بقاء الايجار في هذه الحالة وبين حالة ازالة الشيوخ بالبيع . وفي هذه الحالة إذا حصل البيع للشريك المؤجر تبقى الاجارة نافذة في حدود الحصه الشائعة فقط ، وإذا حصل البيع لغير الشريك سواء أكان لشريك آخر أم لأجنبي فلا يكون الايجار نافذاً إلا إذا كان له تاريخ ثابت سابق على البيع .

المصادر

أولاً : الكتب والمراجع :

١. ابراهيم المشاهدي ، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، منشورات مركز البحوث القانونية ، ١٩٨٨ .
٢. أنور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة ، الجزء الرابع ، المجلد الأول ، مكتبة جامعة طنطا ، الطبعة الاولى ، بلا سنة طبع .
٣. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية ، ١٩٨٨ .
٤. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مطبعة التعليم العالي في الموصل ، ١٩٨٩ .

٥. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧٣ .
٦. شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الأول في حق الملكية ، مطبعة المعارف ، ١٩٥٩ و ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الأول في حق الملكية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩ .
٧. صلاح الدين الناهي ، حق الملكية في ذاته ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٠ .
٨. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، الجزء الثامن ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ .
٩. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٢ .
١٠. غني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، دار الكتب للطباعة والنشر بجامعة الموصل ، ١٩٨٢ .
١١. ذمحمدم كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الثاني ، المطبعة العالية بمصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٥١ و التأمينات ، بلا مكان طبع ، ١٩٥١ .
١٢. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني ، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٣ .
١٣. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .
١٤. د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، بلا سنة طبع .
١٥. منير القاضي ، شرح المجلة ، مطبعة النفيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٤٢ .

ثانياً : البحوث :

١٦. د. جعفر الفضلي ، ايجار العقار الشائع في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة العدالة ، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل ، العدد الأول ، ٢٠٠١ .

ثالثاً : الدوريات والنشرات القضائية والموسوعات :

١٧. النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الرابعة ، بلا سنة .
١٨. مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة الثانية عشر ، ١٩٨٢ .
١٩. مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة الثالثة عشر ، ١٩٨٢ .
٢٠. النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة .
٢١. قضاء محكمة التمييز ، المجلد السادس .
٢٢. جريدة الوقائع العراقية ، العدد ٢٦٦٧ ، في ١٩٧٨/٨/٧ .

رابعاً : القوانين :

٢٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢٤. القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٢٥. قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.