



سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع بحث مقدم من قبل

الاستاذ الدكتور عباس علي محمد الحسيني

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/دائرة البعثات والعلاقات الثقافية

الخلاصة.

إستناداً الى قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص والتي تقضي بأن حكم العقد ينصرف الى اطرافه أو من يقوم مقامهم ، فإن الغير عنهم من المفروض أن لا يتأثر بما ورد فيه من أحكام ، إلا أن العقد لما كان وليد ارادتين ، وأن هذه الارادة التي حددت آثار العقد بين عاقيه ، قد تسمح أحياناً بأنصراف هذه الآثار إلى غيرهما و احياناً أخرى قد يجيز القانون بأن يستفيد أحد من عقد ليس طرفاً فيه بعد أن وضع تلك القاعدة الحاكمة بحصر آثار العقد بين اطرافه فقط. وهذا الغير الذي قد تقتصر حقوقه بالعقد المبرم بعيداً عنه لم يكن من السهل تحديده أو بيان الحدود الفاصلة بين كونه اجنبياً تماماً عن العقد فيسمى غيراً أجنبياً وبين إعتباره غيراً غير اجنبي يتأثر بما تضمنه العقد من أحكام. كما ان تحديد ماهية الحقوق التي يمكن ان يستفيد منها الغير لم تكن هي الأخرى محل اتفاق ووافق ، ولذلك كان لابد من بحث التأصيل القانوني لمفهوم الغير وكذلك تحديد الحقوق التي يمكن سريانها إزائه أو ترتبط بمصالحه ، فضلاً عن بحث الآثار المترتبة على سريان حقوق العقد تجاه الغير والآثار المترتبة على عدم سريان حقوق العقد إزائه.

الكلمات المفتاحية:سلطة ، الشريك ، مشتاع ، المال ، الملكية.

Abstract.

According to the rule of the relative effect of the contract in terms of the people which requires that the rule of the contract goes out to its parties or their deputies , the foreigner of the contract is supposed to be unaffected by the rules of the contract. However, the contract come out from two wishes and these wishes allow sometimes to the non-parties of that contract, and sometimes the law allows others to benefit from that contract after the ruling put that rule to limit the effects of the contract between its parties only. This third party , which may be associated with the contract rights away, is not easy to determine or statement boundaries between being a foreigner is called the contract completely changed between foreigners is influenced by foreign contents , including the provisions of the contract . Also, determine what rights that can take advantage of them non- are not the other shop agreement and reconciliation, and therefore it is necessary to search rooting legal concept of others as well as to determine the rights that effect about it or linked to its interests, as well as discuss the implications of the validity of the contract rights to third parties and the effect implications of the lack of validity of the contract rights toward it .

Key words: Power, Partner, Mstaa, Money, Monarchy.



المقدمة.

1- موضوع البحث .

الملكية في علم القانون ضربان، ملكية مفرزة و ملكية شائعة، وهي في جميع الأحوال تعد أصل الحقوق العينية قاطبة لما تخوله من سلطات جامعة لصاحب الحق من إستعمال وإستغلال وتصرف، وتحرص النظم القانونية المختلفة على حماية هذا الحق بما أوتيت من وسائل بيد أن هذه السلطات تتباين في إستعمالها من حيث النطاق بين الملكية المفرزة والشائعة ، ففي الوقت الذي يباشر المالك هذه السلطات بشكل مطلق على الشيء في الملكية المفرزة لاتحدها سوى مراعاة نصوص القانون وما يمليه عليه النظام العام من قيود ، نجد أن هذه السلطات ليست بالقوة نفسها في الملكية الشائعة، والسبب في ذلك يعود إلى تعدد الشركاء الملاك على الشيء المشاع ومن ثم تعدد الحقوق بتعددهم بحيث يكون لهم سلطات متزاحمة على المال المشاع، الأمر الذي يتطلب تنظيماً تشريعياً يكفل للشركاء مجتمعين حقوقهم ومراعاة لطبيعة الشيوع نفسه ولأسباب الذي نشأ بموجبها ، مع تسليمنا بعدم وجود إختلاف في مدى السلطات التي يتمتع بها المالك في كل منهما من حيث الطبيعة . وإذا كان من حق كل شريك في الشيوع أن يستعمل كل سلطاته على حصته ، إلا أن الأمر قد يتعدى ذلك بأن يباشر الشريك سلطاته على المال المشاع كله أو على جزء مفرز منه ، كما لو قام بتأجيريه إنطلاقاً من السلطات الممنوحة له في إدارة المشاع إدارة معتادة . مما يتطلب الوقوف عند مفهوم وأحكام هذا التأجير ومدى سريانه في حق الشركاء الآخرين سواء كان بموافقتهم أو بدون رضاهم ومن هنا جاء بحثنا الذي أقتصرنا فيه على سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع .

2- أهمية البحث وأسباب اختياره .

ترتبط أهمية البحث في سلطة الشريك في تأجير المال المشاع بطبيعة الشيوع نفسها وبمدى حق كل شريك فيه سواء أقتصر هذا الحق على حصته الشائعة أم على المال المشاع كله كما يرتبط من جانب آخر بسلطات كل شريك في إدارة المال المشاع على إعتبار أن الإيجار يعد من قبيل هذه الأعمال وما يتطلبه القانون من شروط وأحكام لمباشرتها بحيث يتعذر في الغالب على الشريك الواحد أن ينفرد بإدارة هذا المال إدارة معتادة . إلا أن ذلك لاينفي وجود حالات يكون للشريك وبمعزل عن الشركاء الآخرين الحق في تأجير المال كله أو جزء منه . ولعل ما دفعنا الى بحث سلطة التأجير من دون السلطات الأخرى هو الرغبة في إعطاء صورة واضحة ومحددة لها مع تناثر أحكامها التي قد تتعدى نصوص الملكية الشائعة أو حتى نصوص القانون المدني ، فضلاً عن ذلك أنه لاتوجد دراسة متخصصة بسلطة الشريك في تأجير المال المشاع على الرغم من الفقهاء قد بحثوا أعمال الإدارة المعتادة وميزوها عن أعمال الإدارة غير المعتادة ، ولكن مع ذلك تناثرت آرائهم حول تأجير الشريك على الشيوع وكانت لهم إشارات عابرة وعبارات نادرة لم يجمعها ما يوحدتها ويؤطرها في إطار واحد ومحدد. كما أن أبراز صنعة الفقه الإسلامي في هذا الموضوع كان سبباً مهماً ودافعاً لإختياره



ولبيان موقف الفقهاء منه وطريقة معالجتهم أياه وعلى النحو الذي يعزز المقارنة جنباً إلى جنب مع التشريع والقضاء .

3- نطاق البحث .

إن الوقوف على بيان سلطة الشريك في تأجير المال المشاع لا يمكن أن يؤدي ثماره دون إتباع الدراسة التحليلية للآراء الفقهية سواء في الفقه الإسلامي أو المدني . مما حملنا التزام الدراسة المقارنة . فبدون شك أن الفقهاء المسلمين سعوا إلى وضع أحكام تطبيقية لتنظيم العلاقات المشتركة التي تنشأ بين الأفراد في الملكية الشائعة ، ولم تسمح تلك الأحكام لأي واحد من الشركاء الخروج عنها بسبب عدم مقدرته على الإنفراد لوحده بملكية المال المشترك بخلاف ما لو كان مالكا للشئ بشكل مفرز لا يشاركه في ملكيته أحد . وهذا الأمر ينطبق أيضاً على ما عرضه فقهاء القانون المدني وما بذله المشرعون من جهود في سبيل تنظيم أحكامها . ولم يكن القضاء عن ذلك ببعيد . ولهذا فأن إجراء المقارنة بين هذه الآراء وتمحيص النصوص القانونية والوقوف على إتجاهات القضاء خير وسيلة وأفضل طريق لإعطاء هذا البحث الأهمية التي يستحقها .

4- خطة البحث .

سنقسم موضوع بحثنا على مبحثين ، نتناول في الأول منه ماهية تأجير المال المشاع مقسمين إياه الى مطلبين ، نخصص الأول لمكانة الإيجار في الملكية الشائعة ، ونوضح في الفرع الأول منه المقصود بأعمال الإدارة المعتادة ، وفي الفرع الثاني لطبيعة حق الشريك في الشيوع . بينما سنتناول في المطلب الثاني موضوع حق الشريك في تأجير المال المشاع مقسمين إياه أيضاً الى فرعين يتعلق الفرع الأول بمشروعية تأجير المال المشاع بينما يتضمن الثاني حالات تأجير المال المشاع . أما المبحث الثاني فسنتناول فيه أحكام تأجير المال المشاع ويتوزع على مطلبين ، يتعلق الأول منهما بتأجير المال المشاع بموافقة بقية الشركاء ويخصص الثاني للتأجير بدون موافقتهم . وسنقسم المطلب الأول الى فرعين نخصص الأول منهما لمبحث أساس تأجير المال المشاع بموافقة الشركاء ، في الوقت الذي يكون آثار هذا التأجير موضوعاً للفرع الثاني . أما المطلب الثاني . فسيوزع أيضاً الى فرعين نستعرض في أولهما لإحكام تأجير المشاع بدون موافقة الشركاء وفي ثانيهما لأثر القسمة على حق الشريك في التأجير . وفي نهاية البحث . سنعرض من خلال خاتمته لأهم النتائج والتوصيات المنمخضة من هذا الجهد المتواضع .



المبحث الأول/ماهية تأجير المال المشاع .

يعد تأجير المال الشائع من أبرز صور الأستغلال ، وهو هدف وغاية كل شريك في الشيوخ . إلا أن تعدد الشركاء وتنوع رغباتهم لا يؤدي دائماً الى تحقيق هذه الغاية بشكل ميسور دائماً . ولهذا فإن تحديد سلطة الشريك في تأجير المال الشائع تعتمد بالدرجة الأساس على توضيح تكييف عقد الإيجار في الملكية الشائعة وهل بمقدور الشريك القيام بإبرامه بمفرده دون تدخل من باقي الشركاء، كما أن تحديد ماهية تأجير المال الشائع يتطلب الوقوف عند حق الشريك في إستغلال المال الشائع بهذا الطريق ومدى هذا الحق وقيوده. ولأجل توضيح ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الأول منهما مكانة الإيجار في الملكية الشائعة ونستعرض في المطلب الثاني حق الشريك في تأجير المال المشاع.

المطلب الأول/مكانة الإيجار في الملكية الشائعة .

إن تعدد الشركاء في الملكية الشائعة لا يمنع من إبرام تصرفات معينة أو القيام بأعمال محددة هدفها إستغلال المال الشائع من قبل جميع الشركاء أو أحدهم ، وإذا كان الإيجار الصادر من أحد الشركاء يعد من بين هذه الأعمال أو إن صح التعبير من أعمال الإدارة المعتادة ، فإنه يجب ان نبين معنى هذه الأعمال وأنواعها والمكانة التي يحتلها الإيجار منها وإن هذا التوصيف لن يكون بعيداً عن تحديد سلطة الشريك في القيام بهذه الإدارة والتي ترتبط أشد ارتباطاً بطبيعة حق الشريك في الشيوخ ، الأمر الذي يتطلب بحث المقصود بأعمال الإدارة المعتادة ، وطبيعة حق الشريك في الشيوخ . وهذا ما سنبيحه في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول/المقصود بأعمال الإدارة المعتادة.

إن إستغلال المال الشائع من خلال إستثماره يعني القيام بجميع الأعمال اللازمة للحصول على ثماره، وبغية التوفيق بين مصلحة الشريك ومصلحة جميع الشركاء كان لا بد من وضع قواعد وأحكام تعنى ببيان أعمال الإدارة ضماناً لحسن استغلال هذا المال .وأعمال الإدارة التي قد يضطلع أحد الشركاء بها تنقسم الى أعمال إدارة معتادة أو عادية وأعمال إدارة غير معتادة أو غير عادية . وهذا التقسيم قوامه طبيعة هذه الأعمال فيما إذا كانت تمس أصل الشئ بأجراء تعديل فيه وبأحداث تغيير بأغراضه ، أو تقتصر على الحصول على منفعه المقصودة فقط دون المساس بأصله . ولما كان الإيجار يعد من بين أعمال الإدارة المعتادة فإنه يحسن بنا أن نبين المقصود بها في إطار الملكية الشائعة . ويلاحظ إبتداءً أن مصطلح الإدارة المعتادة لم يرد في كتب الفقه الإسلامي ، إلا أن الفقهاء أهتموا في مواطن محددة من كتبهم بالشيوخ وأحكامه ومنها إيجار المال الشائع . والشيوخ الذي نعنيه هنا ما بحثه الفقهاء المسلمون ضمن بحثهم لشركة الملك وهي تعني ثبوت الحق في شئ لأثنين فأكثر على جهة الشيوخ⁽¹⁾ ، وهي تثبت للشركاء بفعلهم كالشراء والهبه والوصية أو تثبت بفرضا عليهم



كالميراث⁽²⁾، فهي بهذا المعنى إجتمع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع⁽³⁾. ويثبت فيها حق الإجماع في إستحقاق أو تصرف⁽⁴⁾. وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية شركة الملك في الشيوع من خلال المادة (1060) منها بقولها كون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر أي مخصوصاً بهما بسبب من أسباب الملك، بعد أن عرفت المشاع في المادة (138) بأنه ما يحتوي على حصص شائعة كالنصف والرابع والسدس وغير ذلك من الحصص السارية إلى كل جزء من أجزاء المال منقولاً كان أم غير منقول، وعرفت الحصة الشائعة في المادة (139) بأنها الحصة السارية إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك⁽⁵⁾. أما عقد الإيجار أو الإجارة فهي عند الفقهاء المسلمين من الألفاظ المنقولة شرعاً من موضوعها لغة، فهي مشتقة من الأجر وهو العوض، ويراد بها تملك المنفعة خاصة بعوض لازم لماهيتها، أو العقد المفيد لذلك. وهي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله⁽⁶⁾ وبعد التقديم لتعريف الشركة والإيجار في الفقه الإسلامي يتبين لنا أن الشركة عندهم هي حدوث الملكية لأكثر من شخص واحد على مملوك واحد وعلى نحو الأشاعة والتشارك بنظرهم هو علاقة إنسانية اقتصادية يختبر فيها المؤمن في أخلاقه وفي دينه وترتب على كل شريك تبعه تجاه شريكه في صيانة المال المشترك وعدم العدوان فيه وذلك بالحرص على الإلتزام بما شرعه الله تعالى لتنظيمها وبيان أحكامها، وهذا ما يتطلبه إدارة المال المشترك بشكل يحقق الغاية من الشيوع وعدم إلحاق الضرر بالشركاء الآخرين وبالمقابل فإن إدارة هذا المال تكون من حق جميع الشركاء مهما كان حصة بعضهم ضئيلة⁽⁷⁾. وقد عني الفقهاء المسلمون بهذه الأحكام وإن لم ترد في نصوصهم إصطلاح إدارة المال الشائع، ولكن وردت فيها قواعد عامة تحكم التصرف بمفهومه الواسع والذي يشمل أعمال الإدارة والتصرف جميعاً، وبينت الكثير من الأحكام التي تعد تطبيقاً لأعمال الإدارة ومنها إيجار المال الشائع⁽⁸⁾. إلا أننا يمكن أن نتلمس تمييز الفقهاء المسلمين بين إيجار المال الشائع بوصفه من أعمال الإدارة وبين التصرف به من خلال ما ورد في نصوصهم بما يؤيد ذلك، إذ أنهم أشاروا في بعض آرائهم إلى الإيجار وناقشوا جوازه من عدمه ثم تعرضوا بعد ذلك إلى التصرف في المشاع ووضعوا له حكماً مغايراً مما يعني أنهم لم يساؤوا بين الإيجار وبين التصرف في المال الشائع⁽⁹⁾. وهكذا فإن من أول وأدق المسائل التي يتصدى لها الشركاء على الشيوع هو موضوع إدارة المال الشائع، والإدارة المقصودة هنا هي الإدارة المعتادة والتي يعد الأيجار من أبرز مصاديقها، ويراد بأعمال الإدارة المعتادة بأنها جميع الأعمال التي لا تقتضي تغييراً أساسياً في المال أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له، وليس المقصود منها ما اعتاد عليه الشركاء كما قد ينصرف الذهن إلى ذلك لأول وهلة. وإنما المراد منها هي الأعمال العادية للإدارة التي لا تنطوي على تغيير أساس في المال الشائع أو في الغرض الذي أعد له. وهي أما أن تكون مادية كجني الثمار وأما أن تكون قانونية، كتأجير المال⁽¹⁰⁾. وقد بحث الفقهاء المسلمون هذا الموضوع وأشرطوا في صحة صدورها أن تكون



بموافقة جميع الشركاء دون أن ينفرد أحدهم بالقيام بها ، كما عبرت عن ذلك مجلة الأحكام العدلية بقولها في المادة (1069) أنه مثلما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما يشاء فلأصحاب الملك المشترك أيضاً بالاتفاق كذلك . وهذا النص يسري على جميع الأعمال الصادرة من الشركاء بما فيها أعمال الإدارة المعتادة ، فلهم الإتفاق على تأجير المال الشائع لوحد منهم أو لأجنبي وتقسيم الأجرة بينهم بنسبة حصصهم . وأعتبر فقهاء القانون المدني وشراحه أيضاً إيجار المال الشائع من أبرز صور الإدارة المعتادة إذ أنهم أشاروا الى ذلك عند بحثهم لأستغلال المال الشائع أو الإنتفاع به ، فأعتبروا من أعمال الإدارة الرئيسية التي تقع كثيراً في العمل وتهدف الى الإنتفاع بالمال الشائع وإستثماره بإيجار الدار وإيجار الأرض الزراعية⁽¹¹⁾ .

وهو ما نهجه مشرع القانون المدني في النصوص القانونية التي عالجت أعمال الإدارة المعتادة ، وفي هذا السياق نصت المادة (3/815) من القانون المدني الفرنسي على أنه(يلزم موافقة جميع الشركاء على القيام بأعمال الإدارة)⁽¹²⁾ وكذلك ما جاء في المادة (827) من القانون المدني المصري التي نصت على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد إتفاق يخالف ذلك⁽¹³⁾ . وهو الحكم ذاته الذي عبرت عنه المادة (1064) من القانون المدني العراقي عندما نصت على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد إتفاق يخالف ذلك . وأشارت المادة (1061) في فقرتها الثالثة من القانون نفسه الى إيجار المال الشائع بعد أن أكدت على إعتبره صورة من صور الإستغلال في الفقرة الثانية من المادة المذكورة . ويفسر إتجاه المشرع العراقي هذا على أنه لم يشأ أن يترك هذه المسألة الهامة لتقدير القضاء وإجتهاده وإنما أثار أن يفصل فيها بنص صريح ، دون أن يجعل للقضاء سبيلاً للتدخل في إدارة المال الشائع إلا عند تعذر الإتفاق على ذلك لأن أدق ما يعرض للشركاء في الشيوخ هو إدارة المال الشائع ، ولذلك تكفل المشرع بوضع قواعد لهذه الإدارة ، وأن يطبع قواعد إدارة المال الشائع بطابع التيسير العملي أسوة بمصادره التاريخية في هذا المجال⁽¹⁴⁾ .

كما أن الفقهاء بحثوا إيجار المال الشائع كتطبيق من تطبيقات أعمال الإدارة المعتادة في عقد الإيجار بمناسبة تحديد من له الحق في صدور الإيجار منه وأعتبروا هذا النوع من الإيجار صحيحاً نافذاً متى صدر من الشركاء أجمعين مستندين في ذلك الى النصوص القانونية السابقة⁽¹⁵⁾ . ولما كان الإيجار يعد باتفاق الفقهاء من أعمال الإدارة المعتادة فهو يختلف بذلك عن أعمال الإدارة غير المعتادة التي تقتضي تعديلاً أساسياً في المال أو في الغرض الذي أعد له كإعادة بناء منزل بجعله أصلح للإستغلال أو البناء على الأرض أو تحويل المطعم الى مقهى . وتحديد ما إذا كان العمل يدخل ضمن أعمال الإدارة المعتادة أو ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة مسألة يختص بتقديرها قاضي الموضوع⁽¹⁶⁾ . وان كانت المحكمة تخضع لرقابة محكمة التمييز عندنا بصدد تمييزها بين أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة . أن إعتبر تأجير المال الشائع من أعمال الإدارة المعتادة لم يكن غريباً عن



موقف القضاء في فرنسا ومصر والعراق ، إذ أعتبر أن أعمال الإدارة المعتادة تشتمل على إجارة المال الشائع ، أو أن هذا الإيجار يدخل في أعمال الإدارة المعتادة التي يقوم الشركاء بأجرائها في الملكية الشائعة⁽¹⁷⁾ . وأعتبر هذا الحق مكفول لجميع الشركاء ما لم يتفقوا على خلاف ذلك⁽¹⁸⁾ . ورتب القضاء على هذا الاعتبار نتائج مهمة بعضها أستند فيها الى نصوص القانون الخاصة بالشيوع وأستمد بعضها الآخر من طبيعة الشيوع وإعتباراته العملية أو من القواعد العامة في القانون المدني منها أن الإيجار مادام صادراً من جميع الشركاء فإنه يكون نافذاً في حقهم جميعاً لأية مدة كانت ، وأن إدارة المال إدارة معتادة لغرض تأجيره تشمل الإدارة ابتداءً ومن باب أولى الموافقة تشمل التنازل عنها من مستأجر الى آخر⁽¹⁹⁾ . كما أن إيجار المال الشائع يدخل في سلطة متولي إدارة هذا المال سواء كان من الشركاء أو من الغير ويدخل في سلطته تبعاً لذلك حق التقاضي فيما ينشأ من هذا الإيجار من منازعات فيصح أن يكون مدعياً أو مدعى عليه فيها⁽²⁰⁾ .

وأن أعمال الإدارة المعتادة فيما بين مدير المال الشائع وباقي الشركاء وقائع مادية ولو تعلقت بتصرف قانوني وبالتالي يجوز إثباتها بكافة الطرق المقررة قانوناً ومنها البينة والقرائن ، أما التصرفات القانونية التي يبرمها المدير مع الغير كمستأجر المال فتخضع في إثباتها إلى القواعد العامة⁽²¹⁾ . وإذا كان تأجير المال الشائع الصادر من قبل جميع الشركاء هو الأصل؛ على أساس من أن أعمال الإدارة المعتادة من حق جميع الشركاء وإن إتفاقهم على تأجيره يكون واجب الاتباع ، فإن لهذا الأصل له ما يسوغه إستناداً الى الطبيعة القانونية الخاصة للملكية الشائعة ، فجميع حقوق الشركاء على المال الشائع متماثلة وأن اختلفت حصصهم وبالتالي فإن سلطاتهم أيضاً تكون متساوية فلا يكون أحدهم متميزاً عن الآخر وعلى النحو الذي يفرض إرادته بأختيار الطريقة التي يختارها لإستغلال المال الشائع ، كذلك فإن ما يسوغ ضرورة وجود الإجماع في مثل هذا الفرض هو أن أغلب حالات الشيوع تنشأ بأسباب لإرادية ورغم إرادة الشركاء كما هو الحال في الميراث إذ لايجد المالك المشتاع نفسه إلا في حالة الشيوع بعد وفاة مورثه ، فليس من العدل أن تخضع إرادته لإرادة غيره من الملاك المشتاعين خاصة إذا علمنا أن حالة الشيوع هذه قد تستمر فترة طويلة من الزمن⁽²²⁾ . ومع ذلك فإن ليس بالأمر الهين الوصول دائماً إلى تحقيق إجماع الشركاء على تأجير المال الشائع، فتعدد الملاك وتنوع رغباتهم وإنتفاء حسن النية عند بعضهم في إستغلال المال الشائع على أحسن وجه قد يسهم كل ذلك في صعوبة إتفاق جميع الشركاء ، وعلى حد قول أحد الفقهاء أنه إذا كان الأصل في إدارة المال الشائع أن يكون بأجماع الشركاء غير أنه يتعذر إجتماعهم فضلاً عن إجماعهم⁽²³⁾ ، الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل إستغلال المال الشائع والإضرار بحقوق الشركاء جميعاً وبالنتيجة الإضرار بالأقتصاد الوطني . ولهذا السبب فقد نظمت القوانين المدنية هذه المسألة تنظيمياً مفصلاً . وواجهت العقبات العملية التي تحول عادة دون حسن إستغلال المال الشائع ، وكان من شأن هذا التنظيم أن تقيدت قاعدة الأجماع بقيود



هامة مبناها أن ما يستقر عليه الأغلبية يلزم الجميع، ولهذا فقد حرص المشرع على التوفيق بين المصالح المتعارضة وعدم تعطيل إستغلال المال الشائع أمام إختلاف مشارب الشركاء وتفاوت أغراضهم وتنوع إتجاهاتهم، فما يريده واحد منهم قد لا يريده الآخرون ، وقد تريد أغليبتهم شيئاً وتقف الأقلية حائلاً دون ما تريد الاغلبية⁽²⁴⁾. وأمام صعوبة الحصول على إجماع الشركاء في مثل هذه الحالة طرح جانب من الفقه في فرنسا حلاً يمكن الرجوع من خلاله الى المادة (1809) من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالشركات وبكيفية إدارة أموال الشركة عند عدم تعيين مدير لها ، بموجبه يعد الشركاء أنهم أنابوا بعضهم بعضاً بشأن إدارة الشركة دون الحاجة إلى رضاهم جميعاً مادامت هذه الإدارة غير مضرّة بمصلحة الشركاء جميعاً⁽²⁵⁾.

ووضع المشرع المصري قاعدة كرسها في المادة (1/828) من القانون المدني مفادها أن ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، فأتفاق الأغلبية من الشركاء على الإيجار يجعلها في وضع تعتبر فيه نائبة نيابة قانونية عن الأقلية وبالتالي يكون هذا الإيجار نافذاً في حق الشركاء جميعاً إلا إذا ثبت أن الإيجار وقع بالتواطؤ إضراراً بالأقلية فحينئذ لا ينفذ الإيجار . وتحسب الأغلبية في القانون المصري على أساس قيمة الأنصبة ، ومعنى ذلك أن من يملك من الشركاء أكثر من نصف المال الشائع يكون له الحق في تأجير هذا المال⁽²⁶⁾. وهذه الأغلبية المطلقة التي أشرطها القانون المصري كانت محلاً لإنتقاد جانب من الفقه في مصر الذين رأوا في الطريقة التي أتبعها المشرع المصري في إحتساب الأغلبية المطلقة التي تقوم على أساس قيمة الأنصبة فقط من شأنها أن تؤدي الى تمكين شريك واحد في الأستئثار بأعمال الإدارة المعتادة على النحو الذي يراه إذا كان يملك وحده أكثر من نصف المال الشائع دون إكترارات لآراء الشركاء الآخريين رغم أن رأيهم قد يكون هو الأصوب ، ولعل عدم أخذ رأيهم يدفعهم الى طلب القسمة وإنهاء الشبوع في الحالات التي لا يستطيعون فيها الطعن بقرارات هذا الشريك بالتعسف في إستعمال الحق إلا أن أصحاب هذا الرأي لم يقدموا بديلاً عن الطريقة التي أتبعها المشرع المصري في إحتساب الأغلبية المطلقة⁽²⁷⁾. وأقرت المادة (835) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932 أيضاً للأكثرية صلاحية إتخاذ القرارات المتعلقة بكيفية إدارة الشئ المشترك وحددت هذه الأكثرية بالشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الأسهم في المال الشائع ، ولها أن تجبر الأقلية على الإذعان لقراراتها في أعمال الإدارة العادية وفي مقدمتها تأجير المال الشائع ، دون أن تستطيع الأقلية التظلم من قرار الأغلبية في إستعمال حقها في الإدارة إلا في حالة التعسف في إستعمال الحق كما لو قامت الأغلبية من خلال إيجارها للمال الشائع بمراعاة مصالحها دون مراعاة مصالح الأقلية ، ويتحقق ذلك لو أجرت المال الشائع لواحد من بينهما بأجرة زهيدة بقصد حرمان الأقلية من المشاركة معها في الإدارة أو حرمانها من الإنتفاع بالمال الشائع طوال مدة عقد الإيجار ، فيحئنذ تستطيع الأقلية الطعن في هذه الأعمال بغية عدم نفاذ الإيجار



في حقها⁽²⁸⁾. أما المشرع العراقي فهو الآخر سار على هذا النهج المتقدم إذ منح الشركاء ممن يملك القدر الأكبر من الحصص الحق في القيام بأعمال الإدارة المعتادة ، وما يستقر عليه رأي أصحاب القدر الأكبر يكون ملزماً للجميع حتى للأقلية التي خالفت هذا الرأي ، والعبارة بالأغلبية هنا بأغلبية الحصص وليس بأغلبية الرؤوس . ولكن المشرع العراقي أرفد حكم عدم تحقق الأغلبية بحكم آخر هو أن من حق أي شريك ان يطلب من المحكمة إتخاذ الإجراءات التي تقتضيها الضرورة كتعيين مدير للمال الشائع ، ثم أضاف المشرع بعد ذلك الى ما تقدم الحق للأغلبية في إختيار مدير لها . إذ جاء نص الفقرة الثانية من المادة (1064) من القانون المدني على النحو الآتي (وما يستقر عليه رأي أصحاب القدر الأكبر من الحصص في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأي ، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من الإجراءات ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً وأن تحدد مدى سلطته في الإدارة) . ويمكن القول أن صياغة هذه الفقرة أربكت الحكم الوارد فيها من خلال ما ذكرته من تداخل بين حق الأغلبية في الإدارة وبين سلطة المحكمة في إتخاذ ما تقتضيه الضرورة عند تعذر الأغلبية فذكرت حق الأغلبية ثم ذكرت صلاحية المحكمة ثم عادت إلى حق الأغلبية ثانية ، وكان من الافضل أن تخصص هذه الفقرة لصلاحية الأغلبية في الإدارة المعتادة ، وأن تكون صلاحية المحكمة في تحديد طريقة الإدارة عند تعذر الأغلبية في فقرة مستقلة منعاً من التداخل في الصياغة . وإذا كان من حق الأغلبية وفقاً لما تقدم تأجير المال الشائع ، فإن ذلك مشروط بسريان هذا الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات في القانون المدني المصري (م559) . وسنة واحدة في قانون الموجبات والعقود اللبناني (م541)⁽²⁹⁾ . أما في القانون المدني العراقي فقد أشتراط أيضاً ان تكون مدة الإيجار لاتزيد عن ثلاث سنوات إذ جاء في المادة (724) منه (ليس لمن لا يملك الأ حق الإدارة ان يعقد اجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات) . فاذا عقدت الاجارة لمدة أطول من ذلك أنقصت المدة الى ثلاث سنوات مالم يوجد نص يقضي بغيره) . وسبب عدم سريان الاجار في حق بقية الشركاء اذا تجاوزت المدة المحددة، هو ان هذا الاجار يكون صادراً من الأغلبية بوصفها أصيلة عن نفسها، ونائبة نيابة قانونية عن الاقلية . والنائب لا يستطيع إبرام الاجار الا لمدة ثلاث سنوات فأقل . وتعتبر الأغلبية فيما زاد عن هذه المدة متعدياً على حقوق الأقلية التي يحق لها آزاء ذلك المطالبة بتعويض الضرر الناجم عن هذا التعدي⁽³⁰⁾ والعبارة في تحديد مدة الاجار ما تضمنه عقد الإيجار ، فإن كانت المدة لا تتجاوز ثلاث سنوات كان الإيجار نافذاً في مواجهة كافة الشركاء حتى لو أمتد الإيجار إمتداداً قانونياً بموجب تشريعات الإيجار الخاصة لمدة تزيد عن ثلاث سنوات ، إذ يظل الإيجار بالرغم من ذلك محدداً بالمدة المتفق عليها بالعقد⁽³¹⁾ . ويعد جانب من الفقه أن تأجير العقارات الواردة في قوانين الإيجار الخاصة والتي تخضع لمبدأ الأمتداد القانوني لعقود الإيجار لا يعد من



أعمال الإدارة التي تستطيع الأغلبية المذكورة سابقاً القيام بها ولذلك فهو يخرج من نطاق أعمال الإدارة المعتادة ويدخل في أعمال الإدارة غير المعتادة بل انه يدخل في أعمال التصرف لأنه يتضمن التنازل عن منفعة العين على نحو يكاد يكون نهائياً ومن ثم فإنه يتطلب أغلبية خاصة للقيام بها⁽³²⁾. ويمكن القول أن هذا الحل المتقدم لا يمكن الأخذ به في القانون العراقي إذ ورد في نهاية المادة (724) من القانون المدني ما يفيد بأن الإيجار الصادر من الأغلبية لمدة تزيد عن ثلاث سنوات لا تنقص مدته الى ثلاث سنوات إذا كان هناك نص قانوني يقضي بذلك . والواضح أن قوانين إيجار العقار الصادرة في العراق قد أقرت الأمتداد القانوني وبالتالي فإن نصوص هذه القوانين تعد بمثابة الجواز التشريعي لزيادة مدة التأجير عن ثلاث سنوات ، كما ورد في نص المادة الثالثة من قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 التي أقرت إمتداد عقد الإيجار بحكم القانون مادام المستأجر شاغلاً للعقار ومستمر أعلى دفع الأجرة رغم أنها عدت بمقتضى قانون رقم 56 لسنة 2000 الذي حدد الحد الأعلى للتديد ب(12) سنة حسب المادة (14/17) من القانون المذكور، على ان يقتصر هذا الحق للأغلبية من الشركاء على العقارات المحددة بتلك القوانين الخاصة . وكذلك ما ورد في نصوص قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 من تحديد لمدة الايجار يعد من النصوص القانونية أيضاً التي يجب العمل بها والتي أشارت اليها المادة (724) من القانون المدني . فبعد أن بينت المادة (40) من قانون رعاية القاصرين واجبات دائرة رعاية القاصرين المتمثلة في واحدة منها في أعمال الإدارة المعتادة اذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي أو قيم تناط به الأعمال المذكورة ، جاءت المادة (41) منه لتبين واجب أي واحد من هؤلاء في المحافظة على أموال القاصرين وأجازت له القيام بأعمال الإدارة المعتادة وفقاً لإحكام القانون المدني ، ومنعت المادة (43/خامساً) أيأ منهم إيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لا تمتد مدة الايجار في أي من الحالتين الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد. وفي الوقت الذي يمكن القول فيه أن الأراضي الزراعية هي عقارات أيضاً رغم أن النص فرق بينهما في الحكم فإن الولي أو الوصي يستطيع متى كان شريكاً في ملك شائع فيه قاصرين أن يؤجر العقار لمدة قد تزيد عن ثلاث سنوات أو اقل حتى بلوغ القاصرين الرشد. وأيد القضاء في كثير من أحكامه حق الأغلبية في تأجير المال الشائع كله أو لجزء منه. فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا تعدد ملاك العقار الشائع فإنه يحق لمن يملك أغلبية الأنصباء فيه أن يؤجروه للغير بوصفه من أعمال الإدارة المعتادة⁽³³⁾. ولما كان النص في المادة (827) من القانون المدني يقضي بأن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك والنص في المادة (828) من ذات القانون على أنه ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ، فمتى كان المؤجر لا يملك أكثر من نصف المال الشائع فلا يسري هذا الإيجار في مواجهة باقي الشركاء⁽³⁴⁾ كما أقر القضاء العراقي لإصحاب القدر الأكبر من الحصص من المال الشائع الحق في تأجيره ، فالملاك الذين يملكون (227) سهماً من أصل (262) سهماً إذا



اجرّوا الملك إستناداً إلى الفقرة الثانية من المادة (1064) من القانون المدني العراقي يكون هذا الإيجار صادراً من أصحاب القدر الأكبر ، ولاعبرة للأعتراضات من باقي الشركاء حول أن الإيجار قد صدر من فضولي وبدون موافقتهم ، فمثل هذه الأعتراضات غير واردة لأن المؤجرين هم أصحاب القدر الأكبر من الحصص⁽³⁵⁾ . وأن ما يستقر عليه أصحاب القدر الأكبر من الحصص من أعمال الإدارة يكون ملزماً للشركاء جميعاً⁽³⁶⁾ وأعتبرت محكمة التمييز الأتحادية أن عقد الإيجار يكون نافذاً بحق الشركاء المالكين إذا كان معقوداً من قبل مالكي أغلبية الأسهم الذين تكون لهم حق الإدارة في المال الشائع ، فإذا كان المؤجر يملك أربعة سهام من أصل اثني عشر سهماً لذا فإنه وعلى فرض صحة إبرام العقد فإنه غير نافذ بحق الشركاء الآخرين لأنه لم يصدر من الأغلبية⁽³⁷⁾ .

الفرع الثاني/طبيعة حق الشريك في الشيووع .

بعد أن بينا بأن إيجار المال الشائع يعد من قبيل أعمال الإدارة المعتادة والتي يحق لجميع الشركاء أو لأغليبتهم القيام بها ، فإن القيام بأعمال الإدارة المعتادة يفترض أن يكون صادراً ممن له الحق في ذلك بوصفه مالكا لهذا المال أو صاحب حق عيني عليه ، وهذا يحتم علينا أن نتوقف على طبيعة حق الشريك في الملكية الشائعة . ففي الفقه الإسلامي تعد شركة الملك هي التعبير الصادق عن الملكية الشائعة وبمقتضى أحكامها أن أموال هذه الشركة تكون مملوكة لجميع الشركاء من دون أن يكون للمجموع شخصية معنوية مستقلة عن شخصية كل شريك من الشركاء⁽³⁸⁾ . وينظر الفقهاء المسلمون إلى هذا النوع من الملكية على أنها إجتماع في إستحقاق أو تصرف ، وينشأ هذا الإجتماع من تعدد لحقوق الملاك في الشئ الواحد⁽³⁹⁾ ، وقد انعكس هذا التكييف للملكية الشائعة في الفقه الاسلامي على تنظيم الفقهاء لسلطات المالك المشتاع، إذ وردت أحكامها ضمن أبواب الشركة ، ولم ترد في الأبواب الخاصة بالملكية⁽⁴⁰⁾ .

وعن طبيعة حق الشريك في هذا النوع من الملكية يرى جانب من الفقهاء أن حق الشريك في المال المشترك على الشيووع هو حق ملكية ، فالشريك يملك في هذا المال حصة شائعة ، ومعنى ذلك أن هذه الحصة تنتشر وتفرق في كل أجزاء الشئ المشاع ، وبالتالي تكون أمام ملكية متعددة للشركاء تتعدد بتعددهم فيه ، فلا يكون الملك مملوكاً كله لشريك منهم على إنفراد وإنما يكون حق كل شريك متعلق بالشئ المشترك كله مع بقية الشركاء الآخرين⁽⁴¹⁾ ويعبر الفقهاء المسلمون عن كون المال المشاع مملوك لجميع الشركاء بتعبيرات مختلفة تؤدي إلى معنى واحد وهو أن أحد الشركاء لا يستطيع أن يستأثر بمزايا الملك كله ، فقد جاء في بعض كتبهم أنه إذا تحققت الشركة بين الأشخاص فلا يجوز لأحدهم أن يتصرف دون إذن بقية الشركاء ، وأن أذن لأحد بالتصرف في حد معين لا يجوز أن يتجاوز⁽⁴²⁾ . وسبب ذلك أن كل واحد من الشركاء أجنبي في نصيب صاحبه فلا يجوز له التصرف دون أذن ولأن المطلق للتصرف الملك أو الولاية وليس لكل واحد منهم في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو بالقرابة ، وبالتالي لايجوز له ذلك لأن التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً يعد من قبيل خيانة الأمانة وهو قبيح عقلاً⁽⁴³⁾ . ويرى جانب من الفقه المدني أن الملك المشاع في الفقه الاسلامي هو حق ملكية تامة مثله في ذلك مثل الملكية المفترزة



وليس هناك فارق بينه وبين هذه الملكية، بينما يرى جانب آخر أنه ليس لهذا الرأي سند في نصوص الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة ، وأن التكييف الأفضل لحق الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي بأنه حق من نوع خاص، وذلك لأعتراف الفقه الإسلامي للمالك المشتاع بالحق في إستغلال المال الشائع مع مراعاة حقوق الشركاء الآخرين⁽⁴⁴⁾. ولم يستقر الفقه المدني على رأي موحد حول طبيعة حق الشريك على الشيوخ فهو من أكثر موضوعات القانون المدني غموضاً ولازال ، فذهب جانب منهم إلى أن حق الشريك هو حق شخصي يخوله الحق في إكتساب منافع المال حتى حصول القسمة النهائية ، وبعدها يتحول حقه من حق شخصي إلى حق عيني، إذ يتحدد محله تحديداً مادياً يميزه عن غيره من الحقوق . أما حق الشريك قبل القسمة فلا يعدو أن يكون محددًا تحديداً حصيصاً أو معنوياً فقط ويصعب تمييزه عن غيره⁽⁴⁵⁾.

إلا أن الرأي الذي أجمع عليه الفقه المدني هو إعتبار حق الشريك في الملكية الشائعة هو حق ملكية، ولكن الأمر المختلف فيه هل أنها ملكية جماعية أو فردية أو أنها ملكية من نوع خاص. ولهذا بدأ الفقهاء في طرح التمييز بين الملكية الفردية والملكية الجماعية وصولاً الى تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك . فالملكية الفردية هي التي يكون فيها المالك شخصاً واحداً ولو كان شخصاً إعتبارياً أي مجموعاً من الأفراد متمتعاً بالشخصية المعنوية . أما الملكية الجماعية فهي التي يكون فيها المالك جماعة من الناس لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي فإن ملكية المال تنسب الى جميع الشركاء . فلا يجوز لأي من الملاك القيام بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو إستعمال المال أو الانتفاع به دون موافقة جميع الشركاء ، ومن ثم فالعمل الفردي الصادر من أحد الشركاء لا أثر له ، بل يحل محله العمل الجماعي الصادر باجماع الشركاء ومن ثم لايعتبر هذا النظام الأخير من قبيل الملكية الفردية⁽⁴⁶⁾.

ولايمكن إعتبار الملكية الشائعة على أنها ملكية جماعية وإن كانت تتضمن مايشير الى جماعية المشتاعين فيها من خلال تقرير حق الاغلبية في القيام بأعمال الادارة المعتادة، لأن مجموع الشركاء لا يتمتع بالشخصية القانونية بحيث يجعل منه شخصاً مستقلاً عن باقي الشركاء ، فلا يمكن إعتبار مجموع الشركاء صاحباً للحق من دون وجود هذه الشخصية ذلك لأن الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص القانونية . زيادة على ذلك أن الشئ المملوك على الشيوخ لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه وهذا الذي يميز الملكية الشائعة من الملكية المشتركة أو الجماعية . كما أن الملكية المشتركة لا تنشأ الا بالاتفاق أي بالأرادة المشتركة للشركاء ، أما الملكية الشائعة فقد تنشأ دون وجود هذا الاتفاق السابق كما في تملك التركة من قبل الورثة قبل تقسيمها ، وفي الملكية المشتركة ينتقل الحق العيني لكل شريك على ما يقدمه من أموال الى مجموع الشركاء ويتحول حقه الى مجرد حق شخصي في استغلال الشئ وفي الحصول على نصيب من الأنتاج او الأرباح ، بينما يكون للشريك على الشيوخ حقاً عينياً على الشئ المملوك على الشيوخ ، ومن جانب آخر فان الحصة التي يملكها الشريك شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب معين منه بالذات وهذا هو الذي يميز الملكية الشائعة من الملكية المشتركة⁽⁴⁷⁾. ولهذا توصل أصحاب هذا الرأي ممن ينادي بتوصيف حق الشريك على أنه حق ملكية الى نتيجة مفادها أن حق الشريك في الملكية الشائعة يقف وسطاً بين حق الشريك في الملكية المشتركة وبين حق



المالك في الملكية المفترزة ويدعمون رأيهم بما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري بخصوص تعريف الملكية الشائعة ، إذ تبين من تعريفها بأنها ملكية وسط بين الملكية المفترزة وبين الملكية المشتركة (الجماعية) ، وهذه المكانة لحق الشريك في الشيوع أثرت على تحديد طبيعة حق الشريك إستناداً الى أن الملكية المشتركة يكون فيها المالك جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه ، بل الكل يملكون مجتمعين دون ان تكون لهم شخصية معنوية ، وبالمقابل يكون حق الشريك في المال الشائع حقاً عينياً ينصب على ما يملكه من حصة فيه وبالتالي تكون ملكيته ملكية فردية وليس ملكية مشتركة . وينتهي أصحاب هذا الرأي الى القول بأن الملكية الشائعة تشترك في الطبيعة مع الملكية المفترزة، فكل من الملكية الشائعة والملكية المفترزة هي ملكية فردية ، فلا يوجد أختلاف بينهما من حيث الطبيعة لأن المالك في الملكية المفترزة هو شخص واحد سواء كان طبيعياً أم معنوياً وأن المالك على الشيوع هو شخص واحد سواء كان طبيعياً أم معنوياً وان كان يملك حصة في الشيء ويملك غيره من الشركاء باقي الحصص ، ولكن يكمن هذا الأختلاف في مدى السلطات التي يتمتع بها المالك في كل منهما الأمر الذي يؤثر في مضمون الحق مما يجعل منه حقين متميزين تشملهما طائفة واحدة وهي الملكية الفردية ، فالشيوع حالة من أحوال الملكية يكون الشيء فيها محلاً لملكيات فردية متعددة بتعدد الملاك ، وأن حق الملكية ذاته بوصفه حقاً مالياً هو الذي يتعدد ، أما محل حق الملكية او الشيء الذي ترد عليه حقوق الملكية يظل غير منقسم ولو كان يقبل القسمة وهذا يستتبع القول بان حق كل شريك هو حق جزئي يقع على الشيء المشترك بأكمله وتتحدد فيها أنصبة كل منهم في الشيء دون تمييز سواء كان الشيء قابلاً للقسمة ام لم يكن ، وبالتالي نكون أمام تعدد للملاك على الشيء ولكن دون ان يختص أي واحد منهم بجزء مفرز منه وإنما يملك فيه حصة شائعة في كل المال من دون أن تتركز في جانب معين منه بالذات ، فالملكية أما ان تكون ملكية فردية او ملكية جماعية ، والملكية الفردية أما أن تكون ملكية مفترزة او ملكية شائعة ، ومن ثم تكون الملكية الشائعة هي حق ملكية حقيقية ، ورتبوا على التكييف المتقدم إنه إذا خصص أحد الشركاء منقولاً مملوكاً له لخدمة العقار الشائع ، فان المنقول يصبح عقاراً بالتخصيص على اعتبار ان الشريك في ملكية العقار الشائع هو مالك لهذا العقار وبالتالي يتوافر شرط اتحاد المالك كأحد شروط تطبيق العقار بالتخصيص⁽⁴⁸⁾ .

وإذا ما انتهينا بحسب هذا الرأي الى أن حق الشريك هو حق ملكية من طبيعة الملكية المفترزة فان ذلك التكييف يصطدم مع حقيقة أن الملكية حق جامع ومانع فكيف يمكن التوفيق بين هاتين الخاصيتين لحق الملكية مع طبيعة الملكية الشائعة القائمة على أساس من تعدد الشركاء وعدم امكانية إستئثار احدهم بملكية المال كله ؟ إن إعتبار حق الملكية حق جامع يعني أنه يخول صاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء الذي يرد عليه وهو ما يعبر عنه بانه حق مطلق . والنتيجة المنطقية لهذا الوصف أنه لايمكن أن يثبت هذا الحق وبصورة فردية لأكثر من شخص في وقت واحد وآلا تعارضت حقوق الشركاء بحيث تؤدي الى ثبوت حق أحدهم الى



إستبعاد حق الآخرين . فكيف يمكن تصور إجتماع عدة ملكيات فردية على شئ واحد دون أن ينقسم هذا الشئ ، فتعدد الحقوق يكون بتعدد الأشخاص . وللاجابة على ما تقدم يذهب جانب من الفقه في فرنسا الى أن الذي ينقسم بين الشركاء ليس هو الشئ وإنما الحق نفسه ، فحق الملكية هو الذي ينقسم بين الشركاء ، أما الشئ فيبقى غير منقسم فيجب النظر الى حق كل شريك بوصفه وارداً على كل ذرة من ذرات الشئ ويصادف في ذلك حقوق الشركاء الآخرين . وإذا سلمنا بتعدد الحقوق بسبب تعدد الشركاء فلا بد من اللجوء الى فكرة التجزئة سواء بالتجزئة المعنوية للشئ محل الحق او تجزئة الحق نفسه ، وهو أمر لا بد منه لتعذر التسليم بأجتماع أكثر من حق ملكية كامل على الشئ الواحد لأن حق الملكية حق جامع ، وبهذا يتعين وصف حق الشريك في الشئ بوصفاً يؤدي الى إبراز فكرة لاشك فيها وهي أنه لا يخول صاحبه الأ جزءاً من منافع الشئ الشائع وهو ما سعى اليه الفقه المدني للقول بتجزئة الشئ تجزئة معنوية او بتجزئة الحق ذاته ، اما تجزئة الشئ معنوياً فمؤداه ان كل شريك يملك حصة ذات طبيعة معنوية ، واما تجزئة الحق عند القائلين به فهو لا يختلف عن تقسيم الشئ معنوياً ، فالشئ الذي يكون لعدة شركاء يعد شائعاً اذا كان حق كل مالك يرد على مجموع الشئ وليس على جزء معين منه . وان القول بتعدد الحقوق لا يستقيم الا اذا قلنا ان محل كل حق متميز عن محال الحقوق الأخرى ولهذا فأن تقسيم الحق يؤدي بالضرورة الى التقسيم المعنوي للشئ⁽⁴⁹⁾. كما انتقد هذا التكييف لحق الشريك بأنه حق ملكية إستناداً الى كون أن حق الملكية حق مانع أو حق أستثنائي، بمعنى انه يمنع غير المالك من التمتع معه بالشئ أو إستغلاله في وقت واحد وهي خاصية تتعارض مع منطوق الشئوع الذي يفترض تعدداً في أصحاب حق الملكية في وقت واحد على شئ واحد ، بحيث لا يستطيع أي احد منهم ان يستأثر بالانتفاع بالشئ الشائع واستغلاله وهذا يعني أن طبيعة حق الشريك في الشئوع تختلف عن حق المالك في الملكية المفردة ومن ثم لا يمكن إعتبار الملكية الشائعة كالملكية المفردة نوعاً من انواع الملكية الفردية⁽⁵⁰⁾. ورد جانب من الفقه هذا الأنتقاد بقوله أن الأستثنائ متوافر ايضاً في الملكية الشائعة شأنها شأن الملكية المفردة فمن يستأثر بالمال الشائع هو مجموع الشركاء ويكون إستثنائهم مانعاً للغير من مشاركتهم فيه فمعنى الأستثنائ هو منع الغير غير المالك وما دام الشركاء المشتاعون جميعاً ملاكاً فان الأستثنائ الذي يتميز به ملكية كل منهم لا يقتضي منع المشتاعين الآخرين ، فكلهم ملاك ولا يصدق على أي منهم وصف غير المالك⁽⁵¹⁾. ولكن الفقه المعارض لإعتبار حق الشريك حق ملكية أستمر في إنتقاد القائل بأن الملكية الشائعة والمفردة من طبيعة واحدة ، ذلك بان الشريك إذا كان يستأثر بحصته على اساس من كون ذلك حقاً مانعاً وأستثنائياً يخوله إستعمالها وإستغلالها ، الأ أن الحصة الشائعة هي ليست كل المال الشائع لأنه إذا كان الشريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً فان الأستعمال والأستغلال يردان على الشئ الشائع نفسه على اساس من كونه شيئاً مادياً وليس على الحصة الشائعة لأنها شئ معنوي ولا يستطيع المالك المشتاع أن يستأثر بأستعمال المال الشائع وأستغلاله كما أنه يصعب الأعتراف بالأستثنائ لجميع الشركاء إذا كنا نعترف لمجموع الشركاء بالشخصية المعنوية وبالتالي بحق الملكية⁽⁵²⁾ ولكن ما هو مجمع عليه من قبل الفقه المدني أنه ليس لمجموع الشركاء شخصية معنوية تؤهله أكتساب الحقوق وتحمل الألتزامات وبالتالي لا يستطيع هذا المجموع أن



يمتلك المال الشائع بوصفه وحدة قائمة بذاتها يتوافر لها صفة الأستثناء ، فالبحت عن توافر هذه الصفة أذن يجب أن يكون بالنسبة لكل شريك في علاقته بشركائه الآخرين وفي مواجهة الغير، فالشريك وليس مجموع الشركاء يستطيع إكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. ولهذا فان حق الشريك في الملكية الشائعة هو حق ملكية من نوع خاص وأن هذا التكييف هو الأرجح بخصوص تكييف نظام قانوني ذي طبيعة متميزة ، فالملكية الشائعة وفقاً لهذا الرأي لها صور ثلاث ، مفرزة وجماعية وشائعة ، وأن حق الشريك يتميز عن الملكية المفرزة أنه لا يخوله سوى نسبة معينة من مزايا الشيء ، ولكن بنفس طبيعة الملكية المفرزة ، وعند تعذر الشريك مباشرة إحدى سلطات الملكية ، فإن مظهر حقه في مباشرته إياها يكون عن طريق المساهمة مع غيره من الشركاء وهذا ما يسمح بوضع الملكية الشائعة مع الملكية المفرزة . ولكن من جانب آخر ان الشريك ينتفع بنسبة من منافع الشيء كما أن حق الشريك هو حق مؤقت مصيره الى الزوال وهو زوال يختلف عن زوال أي حق عيني آخر اذ يترتب على زوال الشيوع نشوء ملكية مفرزة او عدة ملكيات مفرزة وهذا هو السبب الذي يفسر خضوع سلطات المالك المشتاع في استعمال المال الشائع وإستغلاله لقواعد ونصوص تغاير القواعد والنصوص التي تحكم سلطات المالك ملكية مفرزة في استعماله لمحل حقه أو إستغلاله فكلاهما حق ملكية ولكن الأول حق ملكية شائعة والثاني انه حق ملكية مفرزة، وهكذا فإن المالك على الشيوع وإن كان له حق الأستعمال والأستغلال ولكن في الوقت نفسه تنقيد حقوقه بما يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء وهذا ما يجعل الملكية الشائعة تنفرد بأحكام خاصة في إدارتها وإستغلالها (53).

ومن المؤيدين لهذا الرأي ذهب الى أن وصف حق الشريك بأنه حق ملكية من نوع خاص أمر مقبول في جميع الحالات التي يتبين فيها ان خصائص هذا الحق لا تتفق مع خصائص أي حق معروف آخر ، وان الاعتراف به يؤدي الى إبتداع حق جديد لم ينص عليه المشرع لأن المشرع نظم حق الشريك في الشيوع (54). ولكن تعرض هذا الرأي الى إنتقاد مقتضاه هو أن الشيوع إذا كان ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكاً لجميع الشركاء ولا لكل من الشركاء ، فاذا لم يكن الشيء المشاع مملوكاً لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء ، فمن يكون إذن مالك الشيء الشائع (55). ولكن يمكن القول أن الرأي الأخير الذي يذهب الى إعتبار حق الشريك من نوع خاص أكثر رجحاناً من الآراء السابقة، ذلك أن وصف الحق في الملكية الشائعة بأنه حق ملكية من نوع خاص لا يسلب عنه صفات وميزات هذا الحق ولكن يخضعه لتنظيم قانوني يتناسب مع طبيعة الشيوع ومضمون حق الشريك ، صحيح أن الأجماع منعقد على ان حق الشريك هو حق ملكية بالنسبة لحصة الشريك ولكن يجب الاعتراف بأن الشيء الشائع يتضمن عدة حصص ، وإذا ما أراد إيجار المال الشائع فلا بد من أن تشترك إرادته مع إرادة الشركاء الآخرين ، وهذا أيضاً أقرّ به كل من بحث في طبيعة حق الشريك على الشيوع حتى ذلك الفريق



الذي يرى أن حق الشريك هو حق ملكية بالمعنى الدقيق أو هو صورة من صور الملكية الفردية التي تشترك مع الملكية المفترزة من حيث الطبيعة. إن إعتبار حق الشريك على الشيوع حق ملكية أكدته نصوص التشريعات المدنية إذ جاء في المادة (826) من القانون المدني المصري قولها (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً.....) وأكدت هذا المعنى أيضاً نص المادة (837) من قانون الموجبات والعقود اللبناني إذ اعطت لحق الشريك في الشيوع جميع أوصاف حقوق المالك في الملكية المفترزة ، وجاءت المادة (1/781) من القانون المدني السوري، والمادة (1/835) من القانون المدني الليبي مطابقاً لما ورد في نص المادة (826) من القانون المدني المصري ، وهو المعنى نفسه الذي رددته المادة (2/1061) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً ...) ويقول الفقهاء أن هذه النصوص تصف صراحة أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع ، أي أن حقهم فيه هو حق ملكية فلهم سلطة التصرف والاستعمال والأستغلال وذلك في الحدود التي لا يضر فيها كل شريك بحقوق الشركاء الآخرين⁽⁵⁶⁾.

وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري في هذا الشأن أن الملكية على الشيوع كالملكية المفترزة تشمل على عناصر ثلاثة هي الاستعمال والأستغلال والتصرف ، إلا أن الاستعمال والأستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يخلق الضرر بحقوق سائر الشركاء⁽⁵⁷⁾. وذهبت احكام المحاكم الى هذا الاتجاه إذ اعترفت بأن لكل مالك على الشيوع حق ملكية في كل ذرة من ذرات العقار الشائع⁽⁵⁸⁾. وإذا كان للشريك على الشيوع أن يستولي على ثمار حصته وأن يستعملها إلا أن ذلك مشروطاً بأن لا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء ، فإذا أتخذ الشريك من هذه الحصص مقرأً لأعماله وتسبب بأضرار الشركاء الآخرين فإن الحكم يكون صحيحاً فيما قضى به من طرد الشريك من عين النزاع⁽⁵⁹⁾. وأستعانت المحاكم بالنصوص القانونية القاضية بملكية الشريك لحصته الشائعة لرد دعوى منع المعارضة التي يقيمها باقي الشركاء على إعتبار أن كل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً⁽⁶⁰⁾.

المطلب الثاني/حق الشريك في تأجير المال المشاع .

إذا كان إيجار المال الشائع بوصفه من أبرز تطبيقات أعمال الإدارة المعتادة من حق الشركاء مجتمعين أو لأغليبيتهم عند تحقق الأجماع في كثير من الأحيان ، وأن هذا الحق قد أعترفت به التشريعات المدنية وأقره الفقه وأيده القضاء ، إلا أن الأمر الذي لازال محل خلاف هو حق الشريك في تأجير المال الشائع ، وتزداد شدة الخلاف إذا كان الأيجار منصباً على المال الشائع كله أو على جزء مفرز منه . وتتفاوت حدة الخلاف تبعاً للمحل الذي ورد عليه عقد الأيجار إذ انها تزداد شدة في حالة إذا كان الأيجار منصباً على المال الشائع كله أو على جزء منه وتقل حدة فيما لو تعلق الأيجار بالحصص الشائعة التي يملكها الشريك . ورغم هذا الخلاف فإن ثمة حالات يجوز



فيها للشريك أن يؤجر المال الشائع كله أو جزءاً منه سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني يستفاد من بعض أحكام النصوص القانونية. ولتوضيح ما تقدم سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في أولهما مشروعية تأجير المال الشائع ، ونتعرض في ثانيهما الى حالات تأجير المال الشائع .

الفرع الأول/مشروعية تأجير الشريك للمال المشاع .

تتحدد ملكية الشريك في المال المشاع بما له من حق في حصته الشائعة التي ترد على كل ذرة من ذرات هذا المال ، ولكن في الوقت نفسه تتزاحم حصة هذا الشريك مع حصص الشركاء الآخرين والتي تنتزع هي الأخرى في ذرات المال المشاع . وهذا أدى الى الاعتراف بحق الشريك على حصته في الوقت الذي يعد فيه اجنبياً عن حصص شركائه الآخرين . وقد ترك هذا الحكم أثره في مدى مشروعية تأجير الشريك للمال المشاع . إذ يلاحظ ابتداءً أن الفقهاء المسلمين أقرّوا أنه متى تحقق الشيوع بين الأشخاص فلا يجوز لأحدهم أن يتصرف دون إذن بقية الشركاء بالمال المشاع ، وهذا هو الحكم العام الذي يطبق على الشيوع ، إلا أنهم اختلفوا في مشروعية حق التأجير للشريك سواء كان هذا التأجير لشريك آخر أو لأجنبي. وسبب اختلاف الفقهاء يستند الى مدى إمكانية إستيفاء المنفعة من تأجير الحصة الشائعة وكونها مقدورة التسليم والمقصود من عقد الأيجار وهو تمكين المستأجر من الأنتفاع بالعين المؤجرة ، وكون الأيجار بيع للمنفعة من عدمه . وكذلك فقد بحث الفقهاء هذا الموضوع ضمن شروط الصحة في عقد الأيجار أو في أحكام الأيجار أو في لواقحه . فعند الأمام ابي حنيفة أنه يشترط لصحة عقد الأيجار في المعقود عليه وهو المنفعة أن تكون معلومة علماً يمنع من المنازعة ، فمتى كان المعقود عليه مجهولاً بحيث تؤدي الجهالة الى المنازعة التي تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد ويكون العقد عبثاً لخلوه من الفائدة الحميدة . ولهذا لا تجوز إجارة المشاع مطلقاً لغير شريك لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله ، إذ الشائع أسم لجزء من الجملة غير معين⁽⁶¹⁾ . فيتعذر على المستأجر الأنتفاع بالحصة المؤجرة مع وجود الشيوع ، فأجارة الدار مثلاً إنما هي للأنتفاع بعينها وهذا غير متصور في المشاع حيث لا يمكن التسليم ، ولهذا ينبغي الحكم بعدم جواز هذه الأجارة إجماعاً لأن المعقود عليه كما قلنا مجهولاً وأن جهالة المعقود عليه تمنع جواز الأجارة إجماعاً⁽⁶²⁾ ، ولهذا فإن إستيفاء المنفعة في الجزء الشائع تكون غير مقدورة التسليم بنفسها لأنها سهم شائع من كل وانما يتصور تسليمها مع غيرها وهو غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعاً . أما الأجارة من الشريك فهي جائزة لأن المعقود عليه مقدور الأستيفاء ، فمنفعة كل الدار تحدث مثلاً على ملك المستأجر أما بسبب الأجارة وأما بسبب الملك⁽⁶³⁾ . ويتضح من هذا الرأي أنه لايجوز تأجير المال الشائع سواء كان المأجور حصة شائعة أم كان جزءاً معلوماً منه كالربع أو النصف إذا كان هذا التأجير لأجنبي أي لغير شريك ، وسواء كان المأجور قابلاً للقسمة ام لا ولكن المراد من الشيوع هنا لترتيب هذا الحكم هو الشيوع الأصلي الذي ينشأ باتفاق الشركاء، أما الشيوع الطارئ الذي يحدث بعد العقد كما لو توفي شريكان أجزاً داراً مشتركة بينهما فأنفسخت الأجارة بموت المتوفى



بمقدار حصته وتبقى في حصة الحي فإنه لا يؤثر على الأجرة لأن المانع من جواز العقد وهو الشيوخ كان بسبب عدم القدرة على التسليم ، والقدرة على التسليم ليست بشرط لبقاء العقد ودوامه ، إذ ليس كل ما يشترط في إنشاء العقد عند ابتدائه يشترط لبقاء العقد⁽⁶⁴⁾. وذهب الفقيهان من الحنفية أبو يوسف ومحمد الى جواز تأجير الحصة الشائعة التي يملكها الشريك لشريك آخر أو لأجنبي سواء كان المال المشاع قابلاً للقسمة أم لا شرط أن يبين الشريك مقدار الحصة المراد تأجيرها ، وذلك لأن الأيجار هو في حكم بيع للمنافع ، وفي عقد الأيجار تقوم المنافع مقام الاعيان ومن ثم يكون الأيجار حكمه حكم البيع من حيث الجواز فالأيجار نوع من التمليك فيجوز كالبيع ، أما التسليم فيكون بالتخلية أو بالتهايؤ كما يجوز ذلك في البيع ، والأجرة أحد نوعي البيع. والحيلة في جواز إيجار المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فإنه يجوز لأن الشيوخ الطارئ لا يفسدها كما مر ويحكم الحاكم بجوازه⁽⁶⁵⁾.

ويتطابق هذا الرأي الأخير مع ما ذهب اليه جانب آخر من الفقهاء المسلمين الذين يمثلون جمهور الفقهاء جواز إجارة المشاع سواء كان الأجرة لشريك أو لأجنبي، ودليلهم على ذلك عموم أدلة الأجرة وان الشركة والأشاعة لا يصلحان للمنع لعدم المنافاة ، ولأمكانية الانتفاع بالمأجور بالأشاعة مع شريكه. كما أن المشاع يصح بيعه كالمفروز ولذلك تجوز إجارته ولا فرق بين البيع والأيجار في العين المفروزة والمشاعة . ولهذا فهم يعللون صحة إجارة المشاع بأن الأشاعة لا تمنع من إستيفاء المنافع من العين المستأجرة مع موافقة الشريك الآخر ولا فرق في صحة الأجرة بين أن تؤجر العين المشاعة الى شريكه أو الى غيره⁽⁶⁶⁾. ويتضح أن اصحاب هذا الرأي أجازوا إيجار المال الشائع من حيث أنه ينعقد صحيحاً إلا أنه لكي يرتب آثاره يجب ان يكون الأيجار بأذن الشركاء الآخرين لأن المال هنا مشترك ويجب الحصول على إذنهم في إجراء مثل هذا التصرف ، وهذا يعني أنهم لم يعارضوا الأيجار سواء في حصة المال الشائع أو في جزء منه او كله لسبب متعلق بطبيعة المعقود عليه ولم يجعلوا من شروط صحة الأيجار أن لا يكون المأجور مشاعاً وإنما اشترطوا إذن الشركاء لترتيب أثر العقد المتمثل بتسليم المعقود عليه الى المستأجر. ويبدو أن فقهاء القانون المدني قد تأثروا بالرأي المعارض لتأجير الشريك للمال الشائع على إعتبار أن حقه يتداخل مع حقوق الشركاء الآخرين، ولذلك لا يجوز له من حيث الأصل ان يؤجر المال الشائع كله أو جزءاً منه إلا الى شريك آخر معه في الشيوخ، فيصح أن يؤجر أحد الشريكين مثلاً نصيبه للشريك الآخر ويصبح الشريك المستأجر في مثل هذا الفرض منتفعاً بنصيبه على اساس من كونه مالكاً وبنصيب شريكه على اساس من كونه مستأجراً، فإذا أنقضى الأيجار كان للشريك المستأجر أن يتفق مع الشريك المؤجر على طريقه إستغلال العين أو الانتفاع بها بعد إنتهاء الأيجار ، كما لو أقتسما العين قسمة مهايأة أو أجزاها لشخص ثالث . أو ينتفع كل منهما بها كل بمقدار نصيبه إن لم يطلب أحدهما القسمة النهائية اما اذا كان الأيجار صادراً الى شخص آخر من غير الشركاء ، فإن مثل هذا الأيجار الصادر من الشريك سيقع حتماً على ما يملك وما لا يملك وعندئذ يعد الأيجار صادراً ممن لا يملك الحق في التأجير ، بل حتى لو أجز الشريك حصته الشائعة فقط فأنهم يرون مع إعترافهم بصحة هذا العقد بين أطرافه انه يتعذر على المؤجر تنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع وتسليمه العين المؤجرة⁽⁶⁷⁾ ، لأن



الأيجار منصب على حصة وهي شئ معنوي يتعذر تسليمها وهذا الأمر نتيجة طبيعية لتعدد الحقوق على المال الشائعي حيث يصعب تحديد معرفة من يملك الحق في تأجيرها فالأيجار يخول الأنتفاع بجزء مفرز على وجه الأستثناء وهو ما يتعارض مع طبيعة المال الشائع . ولهذا فهم أجازوا إيجار الشريك لحصته الى شريك آخر ورتبوا على ذلك ان ما يتفق عليه الشركاء فيما بينهم من مهياة مكانية والمتمثلة بأختصاص كل شريك بجزء من المال الشائع يعادل حصته تخضع لأحكام عقد الأيجار ، فكما يمكن تكييف هذه المهياة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية كذلك يمكن تكييفها بأنها إيجار ففي المهياة المكانية يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الأنتفاع بباقي الأجزاء ، فهي إذن منفعة في مقابل منفعة ، ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى ، وفي المهياة الزمانية يتناوب الشريك الأنتفاع بالمال الشائع كله ، فيحصل كل شريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع في مقابل حصول شركائه كل في نوبته على نصيبه هو في منفعة هذا المال ، ومقايضة الأنتفاع بالأنتفاع تكون إيجاراً . فليس من الضروري أن تكون الأجرة في الأيجار نقداً كما في البيع ، ولما كانت المهياة تخضع من حيث تكييفها الى عقد الأيجار فيشترط في الشريك ان تتوافر فيه الأهلية وإن كانت الأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الأدارة وليس أهلية التصرف على اساس من ان الأيجار هنا من أعمال الأدارة . كما يلتزم كل شريك بكل التزامات المؤجر والمستأجر ويكون له نفس حقوقهما من دفع الأجرة ، وإستعمال العين بحسب ما أعد لها والمحافظة عليها وردها عند انتهاء المهياة⁽⁶⁸⁾ .

ولكن جانب من الفقه المدني أجاز للشريك ان يؤجر المال الشائع كله او في جزء منه او حصته الشائعة سواء كان التأجير لشريك آخر او لأجنبي متى كان يعلم الشركاء الباقين وعدم إعتراضهم فيكون عقد الأيجار نافذاً في حق الجميع ولكن لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات⁽⁶⁹⁾ . وبعبس ذلك فان الأيجار فيما يتعلق بنصيب الشركاء الأخرين يكون صادراً من غير ذي صفة . وهكذا فان فقهاء القانون المدني نظروا الى عدم إمكانية تأجير الحصة الشائعة لغير شريك الى عدم إمكانية تسليمها مفرزة الى المستأجر ، والحكم نفسه يطبق لو أجز الشريك جزءاً مفرزاً يعادل حصته الشائعة فكذلك يتعذر تسليمها الى المستأجر إذا اعترض الشركاء الأخرى ويكون الأيجار معلقاً على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر⁽⁷⁰⁾ . ويمكن القول أن الأعتراف بحق الشريك في تأجير حصته الشائعة لا غبار عليه ولكن يبقى كيفية إنتفاع المستأجر بهذه الحصة محل نقاش وجدل ، فلا بد أن يتوقف على إتفاق الشركاء لكي يتمكن المستأجر من الأنتفاع بها على أحسن وجه . وهذا يعني أن موافقة الشركاء لا تتصرف الى حق الشريك في إبرام عقد الأيجار وإنما الى تنفيذه ، أما لو تعلق الأيجار بجزء من المال الشائع وإن كان يعادل حصة الشريك الشائعة أو تعلق بالمال الشائع كله فهنا لابد من موافقة الشركاء ابتداءً على إبرام عقد الأيجار وذلك لأن محل العقد هنا يرد عليه حقوق جميع الشركاء فلا يستطيع



الشريك المؤجر الأفراد بأبرام هذا العقد، ومتى ما وافق الشركاء على هذا العقد فهذا يعني أنهم وافقوا على تسليم المال الشائع كله أو جزءاً منه الى الشريك المستأجر. وهكذا نصل الى حقيقة أن إرادة الشركاء يجب ان يكون لها دور في ابرام العقد أو في تنفيذه. وإذا كان حق الشريك في تأجير المال الشائع من عدمه يستمد مشروعيته في الفقه الاسلامي والمدني من طبيعة الشيوخ الذي يقف حائلاً دون هذا الحق تارة ويسمح للشريك بأستعمال هذا الحق تارة اخرى، إلا أن هذا الحق أستمد مشروعيته في التقنينات المدنية المقارنة من النصوص القانونية التي أعطت للشريك الحق في القيام ببعض أعمال الإدارة المعتادة، أو النص بشكل صريح فضلاً عن ذلك على حق الشريك في تأجير حصته الشائعة لشريك آخر أو لأجنبي عن الشيوخ فالمشرع الفرنسي أعطى الحق للشريك من خلال المادة (9/815) من القانون المدني في أن يستعمل المال الشائع وأن ينتفع به وفقاً للغرض المعد له وبالقدر الذي لا يتعارض فيه مع حقوق الشركاء الآخرين ، أو مع الآثار المترتبة على التصرفات المبرمة قانوناً أثناء الشيوخ ، وفي حالة عدم الاتفاق بين الشركاء على ذلك فأن مباشرة هذه الحقوق تحدد بشكل مؤقت عن طريق رئيس المحكمة وان الشريك الذي يستعمل أو ينتفع بالمال الشائع على سبيل الأفراد يلتزم ما لم يوجد اتفاق مخالف بدفع تعويض عن ذلك⁽⁷¹⁾.

وكذلك ما اورده المشرع المصري في المادة (826) في القانون المدني بأن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً ، و يتصرف فيها و يستولي على ثمارها و يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء⁽⁷²⁾، كما أعطت المادة (3/828) من القانون نفسه للشريك الحق في إدارة الأعمال المعتادة شريطة عدم حصول إعتراض من سائر الشركاء الآخرين. اما المشرع العراقي فبعد أن أعترف للشريك في الشيوخ بحق ملكيته لحصته الشائعة ملكاً تاماً أجاز له الحق في إستغلالها بحيث لا يضر بشركائه ، إذ جاء في المادة (2/1061) من القانون المدني العراقي أنه (كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً ، وله حق الأنتفاع بها وإستغلالها بحيث لا يضر بشركائه) إلا أن المشرع العراقي لم يكثف بما أورده من نص لتقرير حق الشريك في إدارة المال الشائع إدارة معتادة وإستغلاله للحصول على منفعه وإنما أورد نصاً آخرأ صريحاً في عبارته وقاطعاً في حكمه على حق الشريك في تأجير حصته الشائعة إذ جاء في المادة (3/1061) مانصه (ويجوز للشريك في الشيوخ أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه) مما دعا الى التساؤل عن حاجة المشرع العراقي للنص الأخير الذي لا وجود له في النصوص المدنية المقارنة إذا كان الايجار يعد من أبرز صور الأستغلال التي أعتترف المشرع للشريك الحق في القيام بها قبل ذلك ، وقد برر جانب من الفقه المدني العراقي أسلوب المشرع العراقي هذا بقوله (وعندي أن السبب الذي جعل واضعي القانون يتبنون هذه الفقرة هو أنهم أرادوا بها قطع كل شك وريبة حول حق الشريك في إجارة حصته الشائعة وبيان هذا أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية يذهبون الى أنه لايجوز للشريك أن يؤجر حصته الشائعة لغير الشريك وقد أراد المشرع العراقي بالنص المتقدم قطع كل شك في حق الشريك في إجارة حصته للشريك



أو لغير شريك⁽⁷³⁾ . وزاد المشرع العراقي تأكيده على هذا الحق ضمن أحكام عقد الأيجار عندما نصت المادة (731) من القانون المدني على المبدأ نفسه (يجوز ايجار الحصة الشائعة للشريك أو غيره) وإذا كان المشرع العراقي قد حسم أمره في الاعتراف للشريك بحق تأجير حصته الشائعة لشريك أو لأجنبي عن الشيوع ، وبذلك فقد أيد رأي جمهور الفقهاء المسلمين ، وعزف عن رأي الأمام أبو حنيفة الذي أعطى الحق للشريك في تأجير حصته للشريك الآخر دون الأجنبي ، إلا أن المسألة التي لم يبينها المشرع العراقي هو كيف يمكن تنفيذ ما جاء به في الواقع ، إذ بدون شك أن حق الشريك في تأجير حصته لأجنبي لا يتوقف على موافقة الشركاء الآخرين ، فكيف يمكن تسليم هذه الحصة الى المستأجر إذا كان أجنبياً عن الشيوع ، ولأبأس من الرجوع هنا الى رأي جمهور الفقهاء المسلمين الذي أستقى المشرع منه هذا الحكم وهو ما سنبينه في بحثنا لإحكام تأجير المال الشائع لاحقاً .

أما حكم تأجير الشريك لجزء من المال الشائع ولو كان معادلاً ل حصته أو تأجير كل المال الشائع فيبدو أن الحكم فيه في العراق هو نفسه في التقنينات المدنية المقارنة وهو أن الشريك يعد أجنبياً عن حصص شركائه الآخرين وهو ما اقرته المادة (1/1062) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأي وجه كان من غير رضاه) وبالتالي ليس لأحد الشركاء أن ينفرد بأستعمال الشئ الشائع أو بأستغلاله كله أو بجزء مفرز منه دون موافقة بقية الشركاء. ولكن يلاحظ من خلال نص المادة (2/1061) والمادة (1/1062) أن الأولى أشارت الى الأستعمال والأستغلال فضلاً عن التصرف إذ أجازت للشريك ذلك شريطة عدم الأضرار بسائر الشركاء بينما أشارت الثانية الى التصرف فقط ولم تشر الى الأستغلال الذي يعد الأيجار صورة منه . فهل يعني ذلك أن الشريك عندنا يكون أجنبياً في حصص شركائه الآخرين في التصرف فقط دون الأستعمال والأستغلال؟ لو أخذنا بحرفية وظاهرية النصوص لتوصلنا الى هذه النتيجة ولكن لو وقفنا على طبيعة الملكية الشائعة وخصائصها وأحكامها لأعترافنا بأن مراد المشرع العراقي من المادة (1/1062) يشمل جميع صور الأستعمال والأستغلال والتصرف رغم أنه لم يصرح بذلك والآن لما تميزت الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة بشئ يذكر . وسار القضاء على النهج ذاته الذي بيناه سابقاً بخصوص موقف الفقه والتشريع من حق تأجير الشريك لكل أو لجزء من المال المشاع مؤكداً عدم الاعتراف له بهذا الحق على أساس أن هذا الأيجار يقع في جزء منه على ملك الغير⁽⁷⁴⁾ . ولكن المحاكم أجازت من جانب آخر للشريك القيام بالتأجير على اساس من كون ذلك من أعمال الإدارة المعتادة إن لم يعترض عليه سائر الشركاء وتستطيع المحكمة أن تستخلص من ظروف الدعوى عدم وجود هذا الأعتراض⁽⁷⁵⁾ . وإذا كان الشريك يحوز كل المال الشائع فيجوز له ان يؤجر جزءاً منه للغير سواء كان المستأجر من الشركاء المشتاعين أو من غيرهم ، أما إذا لم يكن حائزاً له فان تنفيذ مثل هذا العقد يكون مستحيلاً لعدم امكانية تسليم كل المأجور نظراً لأن العقد لم يتناول سوى اسهم شائعة منه، ولهذا فان المحاكم تلجأ الى الحكم بأن الشريك متى قام بتأجير حصته من المال المشاع عليه أن يتفق مع شركائه الآخرين بتسليم المال كله للمستأجر لينتفع بمقدار الحصة التي



أجرها الشريك ، فمتى ما أجر الشريك حصته الشائعة وأتاب المستأجر في تسليم هذه الحصة مفرزة بالاتفاق مع باقي شركائه وقام المستأجر فعلاً بتسليمها مفرزة ووضع يده عليها وعلم الشريك بذلك وأقر به فانه لايجوز له توقيع الحجز التخفظي على نصيبه الشائع⁽⁷⁶⁾ . ولم يفرق القضاء بين الحصة الشائعة والجزء المفرز في هذه الخصوص فكلاهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه الحائز (المستأجر) على وجه التخصيص والأفراد ولافارق بينهما إلا من حيث أن الحائز للنصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، اما حائز الحصة فيده بحكم الشيوخ تخالط يد غيره من المشتاعين ، وفي الوقت نفسه أجازت بعض الأحكام للشريك على الشيوخ أن يستأجر كل العقار أو جزءاً منه من شركائه الآخرين ، إذ ليس هناك ما يمنع قانوناً من إبرام عقد إيجار معهم عن هذا العقار الشائع⁽⁷⁷⁾. وفي العراق اقرت المحاكم حق الشريك في الإدارة والانتفاع في الملكية الشائعة وحقه في التأجير وأختلف مدى هذا الحق بين ما إذا كان محل العقد المال الشائع كله أو حصة معينة منه ، فأذا ثبت للمحكمة أن الأيجار واقع على عموم العقار (الدكان) فللشركاء الآخرين حق طلب منع المعارضة بسهامهم من الملك المأجور ، أما إذا ثبت أن الأيجار كان قاصراً على حصة المؤجر فأن ايجاره لسهامه يكون صحيحاً لأن الشريك في الشيوخ له حق الانتفاع بحصته بشرط عدم الأضرار بشركائه وله إيجارها لشريكه او لغيره⁽⁷⁸⁾ .

الفرع الثاني/حالات تأجير المال المشاع .

أنتهينا الى أن تأجير المال المشاع بوصفه من أعمال الإدارة المعتادة هو حق لجميع الشركاء بالاتفاق فيما بينهم ، وعند تعذر هذا الاتفاق فأن للأغلبية وفي حدود معينة الحق في إبرام عقود تأجير المال المشاع ، وهذا يعني أن من لايملك الأغلبية من الشركاء ليس له القيام بذلك ، ومن باب أولى أن الشريك الذي يملك حصة في هذا المال ليس له الحق في التأجير ، فلا يستطيع أن ينفرد أي شريك من الشركاء بالقيام بأدارة المال المشاع إدارة معتادة عن طريق تأجيره. وإذا سلمنا أن الشريك له الحق في إدارة وإستغلال حصته الشائعة من خلال الحصول على منافعها وثمارها إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للجزء المفرز من المال المشاع أو بالنسبة للمال كله. وإذا كان لكل شريك الحق في إتخاذ جميع الوسائل اللازمة لحفظ الشيء وإن كان ذلك دون موافقة بقية الشركاء ، كأعمال الحفظ والصيانة مثل تسوير العقار الشائع إلا أن ذلك لايعد من أعمال الإدارة الرئيسية وإنما هي أعمال جانبية ، ولهذا فهي لا تتفق في أحكامها مع أحكام تأجير المال المشاع. وإذا كان من حق جميع الشركاء أن يؤجروا المال المشاع لواحد من الشركاء أو لأجنبي عنهم بحيث يكون نافذاً في حق جميع الشركاء ولأي مدة كانت على إعتبار أنه صادر ممن يملك الحق في إدارة هذا المال وإستغلاله ، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لقيام الشريك بتأجير المال المشاع كله أو لجزء مفرز منه. ولم يتعرض الفقهاء المسلمون الى ما اسميناه بحالات تأجير المال الشائع ولكن ذلك لايعني أن هذا الموضوع كان بعيداً عن توقعاتهم أو أن حكم تحققها بعيدة عن منال كتبهم وأبحاثهم ويمكن أن نتلمس الأساس الذي يستند اليه مدى حق الشريك في تأجير المال المشاع كله أو جزءاً منه من خلال القاعدة التي أرساها الفقهاء المسلمون والتي تقضي بأنه اذا



تحققت الشركة بين الأشخاص ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف دون إذن بقية الشركاء ، وأن اذن لأحد منهم بالتصرف في حد معين لايجوز له أن يتجاوز ما تم تحديده (79) على إعتبار أن هذا الشريك هو أجنبي في حصص الشركاء الآخرين فلا يجوز له التصرف فيها بغير إذنه⁽⁸⁰⁾. وهذا يعني أن الفقهاء المسلمين أسسوا حق الشريك في التصرف بالمال المشاع ومن بين ذلك الحق في تأجيله على أساس من موافقة الشركاء مجتمعين وأنه ليس للشريك بغير هذا الأذن أن يؤجر المال الشائع كله أو جزءاً مفرزاً من أما في الوقت المعاصر فقد تعددت الوسائل وتباينت الطرق التي من خلالها يستطيع الشريك أن يستعمل حقه في تأجيل المال الشائع، ومن خلال هذه الطرق يمكن القول أن من بين حالات التأجيل التي اقرها فقهاء القانون المدني بصورة صريحة تعتمد على إذن الشركاء الآخرين سواء كان هذا الأذن صريحاً أم ضمناً. بينما هناك حالات أخرى يمكن إستخلاصها بشكل غير مباشر أو تستفاد بصورة ضمنية من بعض الأحكام. فقد يتفق الشركاء جميعاً على الأذن لأحدهم بأستغلال المال الشائع من خلال تأجيله خاصة إذا تعذر على الشركاء الأنتفاع بالمال المشترك مجتمعين ، فهذا أبرز مصاديق تأجيل المال المشاع من قبل الشريك المشتاع . ودون الدخول في أحكام هذا التأجيل الذي سنبحثه لاحقاً نقول أن هذا العقد يكون نافذاً في حق الشركاء جميعاً. ولكن ليست هذه الحالة الوحيدة التي يكون بأستطاعة الشريك فيها تأجيل المال المشاع ، فكما رأينا أن حق الاستغلال موكول الى الشركاء مجتمعين ، ولكن عند تعذر الأجماع يكون لمن يملك الأغلبية حق تأجيل المال المشاع كتعبير عن إدارته إدارة معتادة ، وكما تكون الأغلبية مجموعة من الشركاء ، فقد يحدث أن يكون أحد الشركاء مالكاً لأغلبية الحصص في الشبوع وعلى النحو الذي حددناه سابقاً ، فمتى ملك الشريك أكثر من نصف الحصص ثبت له الحق في تأجيل المال الشائع ، حيث يكون أصيلاً عن نفسه في هذا الأيجار ونائباً نيابة قانونية عن الآخرين ، حتى عن الأقلية التي أعترضت على التأجيل. ويسري على المؤجر الشريك في هذا الفرض جميع الأحكام التي تسري على حق الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة المعتادة من حيث أن مدة الأيجار الذي يعقده يجب أن لاتكون أكثر من ثلاث سنوات وضرورة مراعاة مصلحة الأقلية .

ولكن اعطاء الشريك الذي يملك هذه الأغلبية حق الأستئثار بأستغلال المال الشائع كله يؤدي في أغلب الاحيان الى الأضرار بالشركاء الآخرين الذين يشعرون أنهم رغم تعددهم فإن آرائهم ليس لها أثر في إستغلال المال الشائع وأن شريكاً واحداً هو الذي يستأثر بهذا الأستغلال رغم أن آراء المجموع أفضل من رأي شخص واحد مع ضعف حصصهم في المال الشائع ولعل ذلك قد يدفعهم عند عدم أخذ رأيهم في طريقة الأستغلال الى طلب القسمة والتخلص من الشبوع إذا كانت الطريقة التي أختارها الشريك تؤدي الى الحاق الضرر بمصالحهم وإذا لم يتمكنوا من الأعراب عن تظلمهم من تصرف الشريك في إستعمال حقه في الإدارة عن طريق التعسف في إستعمال الحق، خاصة أنه ليس للمحكمة حق التعقيب على القرار الصادر من الشريك في هذه الحالة⁽⁸¹⁾. وقد يملك الشريك أحياناً أقل من أغلبية الحصص ، أي لا يملك أكثر من النصف، كما لو ملك في حدود الثلث وأجر المال الى شريك آخر يملك هو أيضاً الثلث كان الشريكان المؤجر



والمستأجر موافقين على الأيجار ، ولما كان يملكان الثلثين ، فان الأيجار يسري في حق باقي الشركاء، وكذلك الحال إذا اتفق هذان الشريكان على تأجير المال الى أجنبي عن الشركاء⁽⁸²⁾. وقد لا يملك الشريك أغلبية الحصص بمفرده أو مع شريك آخر في الشيوخ ، فهنا يعود أمر تأجير المال الشائع الى الأغلبية من الشركاء وهذا هو الأصل إن تعذر الأجماع وتستطيع الاغلبية بما لها من حق أن تحدد الطريقة المناسبة لإدارة وإستغلال المال الشائع ، فقد يحصل في الواقع أن أغلبية الشركاء ليس لديها الوقت الكافي للقيام بأعمال الإدارة أو تحمل عبئها ، فتلجأ الى إختيار شخص يتولى الإدارة والاستغلال وهذا الشخص قد يكون من غير الشركاء وقد يكون من بينهم وفي هذه الحالة الأخيرة تثبت للشريك الحق في تأجير المال الشائع ويطلق على هذا الشريك إسم المدير الذي تختاره الأغلبية ، وقد تطلق الأغلبية لهذا المدير الحرية في القيام بجميع أعمال الادارة العادية مادامت حاجة المال تقتضي ذلك ولها ايضاً ان تحدد له القيام بعمل أو أعمال معينة كما لها أن تضع نظاماً لإدارة وإستغلال المال الشائع يضمن حسن الأنتفاع به ، وهذا النظام يلتزم به الشريك المدير أو تقيده بقواعد تضعه في هذا النظام بحيث تسري هذه القواعد على الجميع بما فيهم الأقلية ، ومن بين هذه القيود كأن يقوم الشريك المؤجر بأيداع ما يعود عليه من أجره بسبب الإيجار في مصرف معين ، أو تلزمه بتقديم حساب شهري أو سنوي عنه أو عدم تأجير المال إلا لمدة معينة ، ويحق للأغلبية دائماً تعديل هذا النظام الذي وضعته، ولكن لا يشترط أن يصدر هذا التعديل من الأغلبية نفسها التي وضعته ، فقد تضع أغلبية معينة نظاماً للإدارة ثم تقوم اغلبية أخرى بتعديله⁽⁸³⁾. وإختيار هذا المدير قد يكون صريحاً وهذا لامشكلة فيه من حيث وضوحه وقد يكون ضمناً كما لو تولى الشريك إدارة المال واستغلاله دون معارضة من بقية الشركاء او كان المعترضون حائزين لأقل من نصف المال الشائع ، ولكن متى صدر الأعتراض من الاغلبية التي عينت الشريك المدير أو أغلبية أخرى غير التي عينته ، فإن ذلك يعد عزلاً له من عمله كمدير ومن ثم لا يستطيع المضي في إدارة المال الشائع ، فأذا أجر العين الشائعة بالرغم من عزله فلا يكون هذا الأيجار سارياً في حق جميع الشركاء⁽⁸⁴⁾. ويجب الإشارة الى أن تعيين المدير وإن كان من حق الأغلبية كما قلنا ، لكن ذلك لا يمنع من أن يقوم الشركاء مجتمعين بتعيين أحد الشركاء لإدارة المال المشاع ، ويخولوه القيام بهذه الأعمال ومنها تأجير المشاع . وإذا حصل إختلاف في إدارة المال الشائع وإستغلاله بين الشركاء ولم تتحقق الأغلبية في طريقة الإدارة المعتادة ثبت الحق لكل شريك في اللجوء الى المحاكم لتأمر بما يراه صالحاً ، ولها عند الضرورة تعيين مدير للمال المشترك والذي يمكن تسميته بالعدل سواء كان من الشركاء أو من غيرهم⁽⁸⁵⁾. ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة ويقدم حساباً للشركاء الى أن يعود الشركاء أو اغليبتهم الى الاتفاق فتنتهي مهمة المدير الذي أختارته المحكمة عن طريق تنحيه⁽⁸⁶⁾ وهذا يعني أن المحكمة عندما تتدخل إنما يكون ذلك بناء على توفر شرط تعذر الأغلبية من جهة وبناء على طلب أحد الشركاء من جهة أخرى وهي لاتتخذ من الإجراءات إلا ما تقتضيه الضرورة من تدابير ، فليس لها أن تجعل من نفسها مديرة مستمرة للمال الشائع ولكن لها ان تعين عند الحاجة مديراً للمال الشائع اذا لم تتفق الأغلبية على إختياره⁽⁸⁷⁾. ويقصد



بالتدابير التي تقتضيها الضرورة بأنها أعمال الإدارة العادية التي لا يمكن تأجيلها أو التي يترتب على تأجيلها الحاق ضرر جسيم بالمال الشائع ، أو بمصلحة الشركاء ، ومن بين ذلك تعيين من يدير المال الشائع سواء كان من بين الشركاء أو من غيرهم⁽⁸⁸⁾ ، فمتى ما تم إختيار أحد الشركاء من قبل المحكمة لإدارة المال الشائع إدارة عادية ثبت له حق الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات شأنه في ذلك شأن حق الأغلبية في التأجير. وأخيراً قد يثبت للشريك الحق في تأجير المال الشائع متى ما لم تتحقق هذه الفروض السابق ذكرها وهو فرض كما يصفه جانب من الفقه المدني بأنه غير نادر الحصول إذ يعد أن هناك وكالة ضمنية صادرة من باقي الشركاء الى الشريك الذي أبرم عقد تأجير المال المشاع كله أو جزءاً منه ، ويكون هذا العقد نافذاً في حق جميع الشركاء⁽⁸⁹⁾ .

وقد كرست النصوص القانونية المبادئ السابق ذكرها مبينة الحالات التي يجوز فيها تأجير المال الشائع من قبل الشريك أما عن طريق إعتبره من الأغلبية أو من الذين تختارهم الأغلبية أو المحكمة لإدارة المال وإستغلاله أو من خلال توكيل جميع الشركاء له توكيلاً صريحاً أو ضمناً بحيث ينفرد الشريك على اثر ذلك بتأجير المال المشاع . فرغم أن القاعدة العامة لإدارة المال المشاع في القانون المدني الفرنسي تستند الى إجماع الشركاء في إدارة المال الشائع ، إذ استحدث المشرع الفرنسي نصوصاً لتنظيم هذه الإدارة بمقتضى القانون رقم (76-1862) في 1971/12/31 والذي قررت فيه المادة (3/815) منه ضرورة موافقة جميع الشركاء فيما يتعلق بأدارة المال الشائع ، إلا أن المشرع الفرنسي أورد إستثناءً على هذه القاعدة من خلال نص المادة (5/815) من القانون نفسه الذي جاء فيه (يستطيع كل شريك الحصول على إذن من القضاء بالإفراد وحده بالقيام بعمل تعتبر موافقة شريك آخر عليه ضرورية إذا كان رفض هذا الأخير يعرض المصلحة المشتركة للخطر) وكذلك ما جاء في المادة (6/815) من القانون نفسه على أنه (لرئيس المحكمة الإبتدائية الأمر أو الأذن بأخذ كافة التدابير المستعجلة التي تتطلبها المصلحة المشتركة) وبمقتضى النص الأول يستطيع كل شريك أيّاً كان مقدار حصته أن يطلب من القضاء المختص الأذن له بالقيام بعمل يلزم موافقة جميع الشركاء في الأصل للقيام به ، وذلك عند رفض أحدهم أو بعضهم الموافقة على هذا العمل مما يؤدي الى تعريض المصلحة المشتركة للخطر. وبمقتضى النص الثاني يستطيع كل شريك أن يطلب من المحكمة في حالة الإستعجال إتخاذ كافة التدابير التي تتطلبها المصلحة المشتركة والأذن لأحد الشركاء القيام بأعمال الإدارة أو تعيينه مديراً للمال الشائع والمحكمة هي التي تحدد المقصود من المصلحة المشتركة ومدى تعرضها للخطر ونقدرها في كل حالة على حدة في ضوء الظروف والوقائع الخاصة بكل دعوى وأيضاً أجازت المادة (3/815) بعد أن اعتبرت الإيجار من أعمال الإدارة المعتادة لكل شريك القيام بها بعلم بقية الشركاء ودون إعتراض منهم فيستطيع القيام بكل ما تتطلبه هذه الأعمال⁽⁹⁰⁾ وكذلك أورد المشرع المصري هذه الحالات المتقدم ذكرها من خلال نص المادة (828) من القانون المدني التي جاء نصها (1- ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال



الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الانصباء . فان لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ماتقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . 2- وللأغلبية ايضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً . 3- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقين عدّ وكيلاً عنهم). وفي المعنى نفسه نصت المادة (1064) من القانون المدني العراقي على أنه (2- وما يستقر عليه رأي أصحاب القدر الأكبر من الحصص في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع حتى الأقلية التي خالفت هذا الرأي ، فأن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من الإجراءات ماتقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع وللأغلبية ايضاً أن تختار مديراً وان تحدد مدى سلطته في الادارة . 3- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم) .

ويظهر من أحكام هذين النصين أنهما لاينطبقان الأعلى أعمال الإدارة المعتادة كأيجار المال المشترك وإذا كان ثمة اختلاف بينهما فأن هذا الاختلاف لايعدوان يكون إختلافاً لفظياً بينهما فيما عدا العبارة الثانية من الفقرة الثانية من المادة (828) من القانون المدني المصري التي نصت على أن للأغلبية ((أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً)) فان هذه العبارة لامقابل لها في نص المادة (2/1064) من القانون المدني العراقي ، والظاهر كما يقول فقهاء القانون المدني العراقي أن عدم ذكرها من قبل المشرع العراقي كان مقصوداً ، اذ لم يشأ المشرع إلزام خلفاء الشركاء بمثل هذا النظام⁽⁹¹⁾ . ويرى جانب من فقهاء القانون المدني المصري أن للمحكمة أن تأمر بأيجار المال المشاع لمن يتقدم لأستئجاره بأجرة مناسبة خوفاً من فوات الصفقة وتندب أحد الشركاء لإبرام عقد الأيجار⁽⁹²⁾ . الأ أن هناك من ذهب من شراح القانون المدني المصري بعكس ذلك إذ يرى أنه ليس بوسع المحكمة عند تعذر إتفاق الأغلبية على القيام بأعمال الإدارة العادية أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه المصلحة ، كتأجير المال الشائع لمن يتقدم بأستئجاره ، وذلك لأن سلطة المحكمة مقتصرة على إتخاذ الإجراءات أو التدابير التي تقتضيها الضرورة وهو تضيق من المشرع لسلطة المحكمة في إدارة المال الشائع إدارة عادية . ولهذا ذهب أصحاب هذا الاتجاه بخصوص المادة (828) من القانون المدني المصري الى دعوة المشرع الى تعديل هذا النص وتوسيع سلطة المحكمة المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة عند تعذر توفر الأغلبية بحيث يكون للمحكمة سلطة في إتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير تقتضيها المصلحة دون أن تقتصر على إتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة⁽⁹³⁾ . وهو عين ما ندعو اليه مشرعنا بخصوص المادة (2/1064) ، فمثل هذا التضيق لسلطة المحكمة بعد عجز الأغلبية عن تحديد طريقة إدارة المال المشاع لامبرر له ، ومن شأن العمل به أن يؤدي الى تعطيل إدارة المال في أحيان كثيرة لاتتوافر فيها الأغلبية مما يدفع الى حصول خلاف بين الشركاء حول طريقة الادارة أو يدفع بعضهم الى



طلب القسمة والخروج من الشيوع وهذا ما لا ينسجم مع القواعد التي وضعها المشرع لتنظيم الملكية الشائعة . وهو الأمر الذي تنبه اليه المشرع اللبناني الذي تأثر بموقف المشرع الفرنسي السابق الذكر من حيث اعتماد معيار المصلحة المشتركة ، إذ جاء في المادة (835) من قانون الموجبات والعقود اللبناني (- وإذا لم يكن للأغلبية ثلاثة أرباعها فللشركاء أن يلجأوا الى القاضي فيقرر ما يراه أكثر انطباقاً على مصلحة الشركة العامة ...) بينما جمع المشرع الكويتي من خلال المادة (822) من القانون المدني بين التدابير التي تقتضيها الضرورة وبين المصلحة فجعل للمحكمة الخيار في إتخاذ التدابير التي تقتضيها المصلحة أو الضرورة حيث جاء في النص المذكور (... فللمحكمة بناء على طلب أي شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة ...) . وعلى أية حال فأنا نستطيع أخيراً أن نوفق بين النصوص المتقدم ذكرها فيما يتعلق بمدى سلطة المحكمة الى القول بأن جميع النصوص التي ذكرناها تجيز للمحكمة تعيين مديراً لإدارة المال الشائع رغم إختلافها حول طبيعة التدابير التي تتخذها المحكمة سواء كانت ضرورية أم تقتضيها المصلحة . ويستطيع هذا المدير الذي تفضله أن يكون من الشركاء لأنه أدرى بأدارة المال المشترك من غيره ممن يكون من خارج الشيوع ، أن يقوم بتأجير المال المشاع لأحد الشركاء أو للغير لضمان حسن الأنتفاع بالمال الشائع .

ولم يكن القضاء بعيداً عن الإعتراف للشريك في حق تأجير المال الشائع كله أو جزءاً منه إذ أشارت أحكامه الى إحدى الحالات التي ذكرناها ، فقد أستقرت محكمة النقض الفرنسية على إعطاء الحق للشريك أن يطلب من القضاء المختص القيام بتأجير المال المشاع إذا رفض الشركاء الآخرون مما يؤدي الى تعريض المصلحة المشتركة للخطر ، وأن تحديد المقصود من المصلحة المشتركة ومدى تعرضها للخطر هو من إطلاقات السلطة التقديرية لقاضي الموضوع يقدرها وفقاً لكل حالة على حدة في ضوء الظروف وقائع الدعوى ، كما أن للقاضي وطبقاً لهذه المصلحة أن يمنح الإذن أو يرفضه ، كما أن للمحكمة أن تعين وضمن إجراءاتها المستعجلة أحد الشركاء مديراً للمال الشائع مع الزامه بتقديم كفالة إن كان لها مقتضى . ويكون بوسع المدير المعين إذا لم يحدد له القاضي سلطاته الحق في إبرام عقد إيجار المال الشائع وكذلك تجديده⁽⁹⁴⁾ وأكد القضاء المصري على أنه إذا تعدد ملاك العقار الشائع فإنه يحق لمن يملك أغلبية الإنصبا فيه أن يؤجره للغير بوصفه من أعمال الإدارة المعتادة⁽⁹⁵⁾ . فمن يملك أكثر من نصف المال الشائع ولو كان شخصاً واحداً له الحق بتأجير المال ويكون تصرفه ملزماً لباقي الشركاء الذين ليس لهم حق الإعتراض على رأي الأغلبية، فإذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام المحكمة إنها مالكة أكثر من نصف العقار الذي يحتوي شقة النزاع ودللت على ذلك بتقديم عقد بيع مسجل وأن اتفاقها مع المطعون ضدها الثانية على إنهاء إيجارها للشقة وإستلام الطاعنة لها يدخل في نطاق إستخدامها لحقها في إدارة العقار المعتادة بما يجعل هذا التصرف ملزماً للشريك الآخر المطعون ضده الأول الذي ليس له حق الإعتراض عليه لصدوره من صاحب الأغلبية⁽⁹⁶⁾ . أما إذا كان الشريك لا يملك أكثر من نصف الأنصبة فلا يكون بوسعه إبرام عقد إجارة المال الشائع إلا إذا أرتضى الشركاء الآخرون ذلك الإيجار صراحة أو ضمناً⁽⁹⁷⁾ ، وإذا أتفتت



الإغلبية على إختيار مدير من بين الشركاء كان هو صاحب الشأن في الإدارة⁽⁹⁸⁾ ، وبالتالي فان إيجار المال الشائع وطلب إخلاء العين المؤجره يدخل في سلطة متولي الإدارة من هؤلاء الشركاء ويدخل تبعاً لذلك حق التقاضي فيما تنشأ عن هذا الإيجار من منازعات ، ويكون كل ما يوجه اليه من دعاوى تكون قد وجهت الى من له صفة. وإذا تولى أحد الشركاء تأجير المال الشائع دون إعتراض من الباقيين فإنه يكون صحيحاً ، فاذا أقام الشريك دعوى إخلاء المأجور منفرداً ولم يعترض شركاءه الآخرون فان ذلك يكفي لأعتبار أن هذا العمل صدر ممن تتوافر فيه الصفة في هذا الشأن⁽⁹⁹⁾. كما أيدت المحاكم العراقية حق الشريك الذي يملك أكثر من نصف الحصص في تأجير المال المشاع وإعتبار تصرفه صادراً من الأغلبية ، فليس لأحد الشركاء أن يطلب منع معارضة الشريك الذي يمتلك ثلاثة حصص من أصل أربع حصص من الدار موضوع الدعوى في الأنتفاع بالمال الشائع⁽¹⁰⁰⁾. كما أجاز القضاء العراقي إختيار الأغلبية لأحد الشركاء لكي يكون مديراً لإدارة المال الشائع وحق هذا المدير في المطالبة بالأجر الذي يستحقه لقاء قيامه بعمله⁽¹⁰¹⁾.

المبحث الثاني/أحكام تأجير المال المشاع .

إذا تم تأجير المال المشاع من قبل أحد الشركاء سواء كان لكل المال أو لجزء منه أو لحصّة فيه وسواء كان التأجير صادراً منه الى شريك آخر أو الى أجنبي عن الشبوع ، فلا بد من أحكام تترتب على إبرام هذا العقد ، وتتحدد هذه الأحكام من جهتين ، الأولى تتمثل في الحقوق التي يستمدها المستأجر من هذا العقد ، والثانية تتجسد في مدى سريان هذا الإيجار في حق جميع الشركاء. ومن دون شك فإن هذه الأحكام تختلف باختلاف ما إذا كان التأجير للمال المشاع قد أبرم بموافقة جميع الشركاء ، أو إنه أنعقد دون موافقتهم ، إذ يتأثر مدى هذه الأحكام بتحقيق أحد الفرضين المذكورين. وقبل الدخول في بحث هذه الأحكام يجب علينا الإشارة إلى إننا نعني بها هي الأحكام الخاصة بتأجير أحد الشركاء للمال المشاع أو من الشركاء الذين لايمثلون الأغلبية أما لو صدر الإيجار من جميع الشركاء أو من أغليبتهم حتى وإن كانت هذه الأغلبية متمثلة بشريك واحد على النحو الذي عرضنا، فيكون الإيجار صادراً ممن له الحق في ذلك وترتب على هذا الإيجار جميع آثاره كأى عقد إيجار صادر من المالك أو من له الحق فيه . ولأجل توضيح ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في أولهما ، تأجير المال المشاع بموافقة جميع الشركاء ونستعرض في المطلب الثاني ، تأجير المال المشاع بدون موافقة بقية الشركاء .

المطلب الاول/تأجير المال المشاع بموافقة بقية الشركاء .

بيننا فيما سبق أن حق الإنتفاع والإستغلال للمال المشاع مكفول لجميع الشركاء كقاعدة عامة فهم وحدهم الذين يحددون طريقة هذا الإنتفاع وبيان شروطه ونطاقه ، ولذلك فقد يأذن الشركاء لأحدهم بأن ينتفع بالمال الشائع أو يستغله للحصول على ثماره وغلاته ، متى ما رأوا أن ذلك يحقق أفضل إستغلال لهذا المال أو مراعاة لمصلحة الشريك المأذون له من دون أن يلحقهم بذلك



ضرر معين . وبدون شك فإن مثل هذا الإيجار وإن كان مسموحاً به للشريك المؤجر لابد من أن يترك آثاراً في علاقته بالمستأجر من جهة وبشركائه الآخرين من جهة أخرى . وهذا ما سنعمد إلى بحثه في هذا المطلب مقسمين إياه الى فرعين نخصص الأول منهما لبحث أساس تأجير المال المشاع، ونبحث في الفرع الثاني آثار تأجير المال المشاع بموافقة بقية الشركاء .

الفرع الأول/أساس تأجير الشريك للمال المشاع .

لاشك في أن للشريك الحق في تأجير حصته الشائعة بوصفه مالكاً لها ملكاً تاماً ، وقد يثبت له الحق أيضاً في تأجير كل المشاع أو ما زاد عن حصته متى كان هذا الشريك مالكاً للأغلبية ، وقد بحثنا حق الشريك في تأجير حصته بوصفه مالكاً وكذلك حقه في تأجير كل المال الشائع متى كان مالكاً للقدر الأكبر من الحصص فيه أي مالكاً للأغلبية، وبيننا أساس حق الشريك ومشروعية التأجير، ولكن في مقابل ذلك قد يؤجر الشريك المشتاع ما زاد عن حصته الشائعة في غير هاتين الحالتين ، وهو بالتأكيد لا يستطيع أن يبرم مثل هذا العقد و ينتفع بالمال المشاع إلا إذا كان مستنداً إلى الإذن الصادر إليه من الشركاء الآخرين . وقد رأينا أن الفقهاء المسلمين منعوا عند قيام الشركة تصرف الشريك بالمال المشترك إلا بأذن بقية الشركاء ، وهذا يعني أن إبرام عقد تأجير المال المشترك من قبل أحد الشركاء بموافقة بقية الشركاء يكون صحيحاً نافذاً .

ويكون الشريك المؤجر بمنزلة الوكيل عن شركائه الآخرين وتنعقد الوكالة على اساس من كونها من العقود التي تلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود الأخرى ، بكل لفظ يدل على الإذن من الموكل وبكل فعل أو قول يدل على القبول من الوكيل ، وأجاز الفقهاء المسلمون أن يكون قبول الوكيل في عقد الوكالة بالفعل فضلاً عن اللفظ، ومثال الفعل أن يباشر الوكيل إجراء التصرف الموكول فيه بدون أن يصدر منه لفظ القبول ، لأن في هذه المباشرة لإجراء التصرف دلالة على قبول الوكيل للوكالة إذ لو لم يكن قابلاً لما باشر إجراء التصرف ، كما يمكن أن تنعقد الوكالة بسكوت الوكيل ، فسكوت الوكيل يعد قبولاً، ولو لم يكن قابلاً لها لردّها . لذلك فهم قالوا أن الوكالة تعتبر مقبولة ما لم يردّها الوكيل. إلا أنهم أشتراطوا في الوكالة التي تصدر من الشركاء في مثل هذا الفرض أن تكون وكالة صريحة، فهي لا تصح إلا باللفظ مقارنة بمن يريد أن يتصرف في مال غير مشترك . فلا ينعقد التصرف دون التصريح باللفظ ، ولعل إشتراط الفقهاء المسلمين لصحة تصرف الشريك في حصص شركائه الآخرين ، إستناداً الى الوكالة الصريحة الصادرة اليه من شركائه الآخرين ، هو الخشية من إنتفاع الشريك بالمال أكثر من الآخر ، فالأموال محرمة على غير أربابها إلا إذا كان ذلك بطيب أنفسهم ، فكل واحد من الشركاء أن يطيب نفسه من ماله بما شاء ما لم يمنعه من ذلك نص⁽¹⁰²⁾. وهكذا يتضح أن الفقهاء المسلمين يشترطون تعبيراً صريحاً لصحة الوكالة الصادرة من الشركاء الى أحدهم لأستغلال المال والحصول على ثماره ، لخطورة هذا الإجراء من قبل الشريك وأهميته ، ولهذا فان الوكالة الضمنية لاتصلح لإبرام عقد الإيجار من قبل الشريك نيابة عن الشركاء الآخرين . وهو مالم يشترطه فقهاء القانون المدني ، إذ أنهم أجازوا الوكالة الضمنية وأعتبروها الصورة الغالبة والراجحة في إدارة المال



الشائع إدارة معتادة. ولم يشترطوا شكلاً محدداً للوكالة سوى أن من حق الشريك إدارة المال من دون إعتراض من الباقيين ، ويعني ذلك أنه متى تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون إعتراض من الشركاء الآخرين عدّ وكيلاً عنهم⁽¹⁰³⁾. وبين الفقهاء حدود هذه الوكالة عند تعذر إجتماع الاغلبية من الشركاء على طريقة الإدارة وعدم قيام المحكمة بتعيين مديراً للمال الشائع ، فعندئذ يجوز لأي شريك أن يتولى إدارة المال الشائع ويقوم بتأجيره بشرط كما قلنا عدم إعتراض الآخرين عليه. ويقر فقهاء القانون المدني في باب إنعقاد الوكالة بأنه يمكن أن يكون رضا الموكل والوكيل ضمناً فتكون الوكالة في الحالتين وكالة ضمنية، وإن كان يغلب أن يطلق عبارة الوكالة الضمنية على الوكالة التي يكون رضا الموكل فيها ضمناً وهو ما يقع عادة في جميع الحالات التي تكون فيها علاقة الموكل بالوكيل من شأنها أن تسمح بأستخلاص هذه الوكالة الضمنية من جانب الموكل فيكون الرضا بها مستخلصاً من الإذن أو الأمر له بالقيام بالعمل وإن كان إذناً لاحقاً وتستطيع المحكمة أن تستخلص من المستندات المقدمة إليها في الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية، وهذا الفرض غير نادر الحصول في الواقع في الملكية الشائعة ويحدث ذلك في حالة الميراث غالباً حيث يتولى الأخ الأكبر إدارة الشركة لصالح الورثة دون إعتراض منهم⁽¹⁰⁴⁾.

وتقرر الوكالة الضمنية لأي شريك في الشروع أيّاً كان مقدار حصته ويستطيع بها تأجير المال كله أو جزءاً منه ، وتنعقد هذه الوكالة الضمنية بين جميع الشركاء على الشروع ، فالوكيل الضمني هو أحد الشركاء ، والموكل هم الشركاء الآخرون في المال الشائع نفسه. وتتحقق هذه الوكالة عند قيام أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة ويمضي فيه وكأنه قد تلقى وكالة صريحة من شركائه الآخرين للقيام به . ويعد هذا الشريك وكيلاً ضمناً عن الشركاء الآخرين من اللحظة الأولى التي يقوم فيها بأعمال الإدارة . بعلم بقية شركائه الآخرين وسكوتهم وعدم إعتراضهم وتقرب الوكالة الضمنية السابق الإشارة إليها الى ما يسميه جانب من الفقه في فرنسا بالنيابة المفترضة بين الشركاء على إعتبار أن هناك شبه تفويض من بعض الشركاء الى بعضهم الآخر في إدارة المال الشائع فيكون لكل شريك وفقاً لهذه القاعدة أن يقوم بأدارة المال المشاع عن طريق تأجيره مع ضرورة الإشارة الى أن وجود هذه الوكالة الضمنية أو النيابة المفترضة لا يمنع الشركاء من توكيل أحدهم بتأجير المال الشائع وكالة صريحة تصدر منهم جميعاً أو من أغليبيتهم. إذ يتم الاتفاق على إعطاء الإدارة لأحد الشركاء صراحة ويكون بمنزلة الوكيل عنهم ويقوم هذا الوكيل بمقتضى هذه الوكالة أن يؤجر المال المشاع الى الغير. إلا أن قيام الشريك بتأجير المال المشاع إستناداً الى موافقة الشركاء الآخرين ضمناً يجب أن لا يختلط بحالة قيام الشركاء أو أغليبيتهم بأختيار أحد الشركاء مديراً لإدارة المال المشاع كما يذهب الى ذلك جانب من الفقه المدني ، إذ يرى أنه كما يمكن إختيار الشركاء للمدير صراحة فإنه يتحقق ضمناً عند تولي أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقيين فيعد هذا المدير أصيلاً عن نفسه ووكيلاً وكالة ضمنية عن باقي الشركاء ، وتقوم هذه الوكالة الضمنية على أساس من الإفتراض في وجود إتفاق بين جميع الشركاء أو أغليبيتهم على تعيين هذا الشريك مديراً⁽¹⁰⁵⁾. وما يدعونا الى القول بأن هناك إختلاف بين تأجير الشريك للمال الشائع إستناداً الى الوكالة الضمنية وبين تأجير



الشريك لهذا المال إستناداً الى كونه مديراً له هو أن من يختاره الشركاء لإدارة المال المشاع يعد شخصاً معيناً منهم أو من الأغلبية ويتقاضى أجوره منها وفق نظام محدد يضعه الشركاء أو الأغلبية صراحة بينما في حالة التأجير وفقاً للوكالة الضمنية يكون إستناداً الى سكوت الشركاء وقبولهم بهذا العمل ضمناً ، ثم أن إختيار المدير يكون وفق إعتبرات معينة يحددها الشركاء ويتم على أساسها التعيين ولكن لايشترط وجود تلك الأعتبرات عند قيام الشريك بتأجير المال بأذن الشركاء ضمناً إذ يحق لأي شريك القيام بذلك متى أقرن عمله بسكوت الشركاء الآخرين . وهذا هو الذي دعا المشرع الى التمييز بين الحالتين وتنظيمهما في فقرتين مستقلتين سواء في القانون المدني العراقي أو المصري. ولكن إذا سلمنا بأعتبر الشريك في مثل هذا الفرض وكيلاً عن بقية الشركاء فهل يستحق اجراً لقاء قيامه بهذا العمل ؟ذهب جانب من الفقه في فرنسا الى أن الوكيل عن الملاك المشتاعين لا يستطيع أن يطالبهم بأجر مقابل قيامه بتأجير المال المشاع إلا إذا كان هناك إتفاق مستنداً في ذلك الى نص المادة (1986) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه (تكون الوكالة مجانية ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك) على اساس من أن هذا النص هو بمثابة القاعدة العامة التي تنظم عمل الوكيل ، بينما ذهب رأي آخر الى أن الوكيل عن الملاك المشتاعين يستطيع أن يطالبهم بأجر مقابل قيامه بأعمال الإدارة ومنها الأيجار إلا إذا وجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك مستنداً في ذلك الى نص المادة (12/815) من قانون 1976/12/31 التي نصت على أنه (... وله الحق في الحصول على أجر مقابل أعماله بالشروط التي يحددها الأتفاق...) على اساس من أن هذه المادة هي إستثناء من المادة (1986) السابق الإشارة اليها في حين يرى جانب آخر من الفقه أن المادة (12/815) من القانون 1976 يتعلق تطبيقها على الوكيل المدير الذي يدير المال الشائع بمقتضى وكالة عامة وليس الوكيل الذي يؤجر المال الشائع إعتماًداً على رضا الشركاء الآخرين الضمني⁽¹⁰⁶⁾.

ويبدو ان الرأي الأخير هو الأرجح على اساس من أن الشريك الذي يعين مديراً للمال المشاع إنما يعين بناءً على إتفاق بين الشركاء ويحدد هذا الأتفاق اجراً على ذلك العمل . أما قيام الشريك بتأجير المال الشائع بموافقة الشركاء إعتماًداً على رضاهم الضمني لايتوقف على إتفاق في الغالب ،ويؤيد ذلك ما ذكره جانب من الفقه المدني أن الشريك يقوم بهذا العمل من تلقاء نفسه أو يتطوع لإدارة المال الشائع⁽¹⁰⁷⁾. وهذا يعني أن الشريك المؤجر لاينتظر وجود إتفاق مع باقي الشركاء أو يتوقع اجراً على إدارته المعتادة . وإن كان لاينكر أن الشريك المؤجر تعود عليه الفائدة من هذا التأجير.وعالجت التشريعات المدنية تأجير الشريك المشاع للمال المشاع بموافقة الشركاء بنصوص قانونية تكاد تتفق جميعها من حيث المعنى وإن أختلفت في بعض صياغتها ، ولاسيما التقنيات المدنية العربية . أما القانون المدني الفرنسي فقد نظم هذا الموضوع من خلال المادة (815) المعدلة بالقانون 1976 من القانون المدني حيث جاء في فقرتها الأولى ما يدل على حق الشركاء بتوكيل أحدهم للقيام بأعمال الإدارة المعتادة بمقتضى وكالة عامة صريحة وأشترطت وجود وكالة خاصة وأن كانت صريحة أيضاً للقيام بتأجير المال الشائع وبمقتضاها يتم تحديد نوع العمل المطلوب القيام به ، وكذلك تحديد الأموال الشائعة المراد



تأجيرها لكي يكون الإيجار نافذاً في حق جميع الشركاء . أما الفقرة الثانية من المادة نفسها فقد أشارت الى حالة أخرى من الوكالة وهي الوكالة الضمنية ومفادها أن قيام أحد الشركاء بأدارة المال الشائع بعلم شركائه الآخرين وبدون إعتراضهم يجعل منه وكيلاً ضمناً عنهم . ويعطي هذا النص لكل شريك أياً كان مقدار حصته الحق في إدارة المال الشائع بواسطة الوكالة الضمنية ولقد استقى المشرع الفرنسي هذا النص من نصوص المواد (1432 و1540) من القانون المدني الفرنسي التي تسمح لكل زوج بأدارة الأموال المشتركة في نظام إشتراك الأموال بين الزوجين إذا قام بهذه الإدارة بعلم زوجه وعدم إعتراضه وإعتباره وكيلاً ضمناً عنه في هذه الحالة⁽¹⁰⁸⁾. كما اكد على ذلك المشرع المصري في القانون المدني من خلال المادة (3/828) والتي جاء فيها (وإذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم⁽¹⁰⁹⁾). وجاءت المادة (3/1064) من القانون المدني العراقي مطابقة للنص المتقدم ذكره إذ ورد فيها(3- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم). وواضح من هذه النصوص أن المشرع قد أفترض تولى أحد الشركاء إدارة المال المشاع دون إتفاق مسبق مع شركائه الآخرين وإلا لما ذكر المشرع عبارة دون إعتراض من الباقيين ، كما يستفاد من هذا النص أن الوكالة تتحقق عند قيام أحد الشركاء بالتأجير بخلاف لو قام بهذا التأجير شخص آخر من الغير إذ لا يعد هذا الغير وكيلاً عن الشركاء وإنما يعد فضولياً عنهم. ويضاف الى ما تقدم ذكره ما أوضحه المشرع العراقي في بعض أحكام الوكالة التي يكون القبول فيها بصور محددة كمباشرة إجراء التصرف من قبل الوكيل أو أن الوكيل هو الذي يعرض خدماته وأن الوكالة تدخل في مهنة الوكيل ، فإن توكيله يعتبر مقبولاً ما لم يرد الوكالة في الحال وذلك صريح في المادة (929) من القانون المدني العراقي ونصها (1- تنفيذ الوكالة يعتبر قبولاً لها . لكن إذا ردت الوكالة بعد العلم بها أرتدت ولاعبرة بتنفيذها بعد ذلك 2- وإذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل أو كان الوكيل قد عرض خدماته علناً بشأنها ولم يرد الوكالة في الحال عدت مقبولة) أي لم يرد الوكيل الوكالة حال صدور إيجابها. ولم يتعرض المشرع العراقي الى صور الإيجاب والقبول الأخرى في الوكالة ، وسكوته يأتي أكتفاء بما جاء في القواعد العامة فيما يتعلق بصيغ العقود وإبرامها، وما ذكره في باب الوكالة من صور فإن ذلك يرجع الى إختصاص هذه الصور من الإيجاب والقبول بالوكالة دون غيرها من العقود . وسلكت بعض القوانين المدنية العربية النهج نفسه ، فلم تشر أصلاً الى مسألة صيغة عقد الوكالة وإنما يرجع في تحديد ذلك الى ما ذكرته هذه القوانين من قواعد عامة عند معالجتها مسألة انعقاد العقد بوصفه مصدرراً من مصادر الإلتزام كما هو حال القانون المدني المصري والسوري وغيرها .وقد طبق القضاء الفرنسي قبل صدور قانون 1976 نظرية الوكالة الضمنية في العديد من أحكامه قاصداً من ذلك التخفيف من إشتراط الإجماع في إدارة المال لشائع ، واخذت أحكامه في الكثير منها بنظرية الوكالة الضمنية⁽¹¹⁰⁾ . وتواترت الأحكام القضائية المصرية على تطبيق قاعدة الوكالة الضمنية في جميع حالات تأجير المال الشائع من أحد الشركاء إذا كان الشركاء الآخرون قد أرتضوا ذلك الإيجار وإن كان ضمناً⁽¹¹¹⁾ ، فأذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقيين عد وكيلاً



عنهم⁽¹¹²⁾. وأعتبرت محكمة النقض المصرية هذا الشريك متطوعاً للقيام بهذه الأعمال إذ جاء في أحد أحكامها (أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لما كانت المادة(3/828) من القانون المدني تقضي بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون إعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت الى الشريك الذي تطوع لإدارة المال الشائع عن باقي الشركاء ويعد هذا الشريك أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة معتادة وهي تشتمل الإجارة ابتداءً...)⁽¹¹³⁾. وتستخلص المحكمة من المستندات المقدمة لها في الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام وكالة ضمنية من الشركاء لأحدهم في إدارة المال الشائع كأفراد أحد الشركاء دون الباقين بالتوقيع على عقد الإيجار وقبضه وحده للأجرة وإدارته للعقار الكائن به عين النزاع دون إعتراض من باقي الورثة فهذا يعد دليلاً على وكالة الضمنية عنهم⁽¹¹⁴⁾. وكذلك إذا تولى أحد الشركاء إقامة دعوى إخلاء المأجور منفرداً دون إعتراض من الباقين يحمل على أنه رفعها بوصفه وكيلاً عنهم في إقامتها وهو ما يكفي بذاته لأكمال صفته في إقامة الدعوى⁽¹¹⁵⁾.

وفرقت بعض الأحكام بين الشريك المدير الذي يتولى إجارة المال المشاع وبين الشريك الذي ينفرد طواعية بهذا العمل (فإنه إذا أتفقت الأغلبية على إختيار مدير من بين الشركاء كان هو صاحب الشأن في الإدارة أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم⁽¹¹⁶⁾. ولم يبتعد القضاء العراقي في أحكامه عن المبادئ السابق ذكرها فأشترط لنفذ تأجير الشريك للمال الشائع في حق الشركاء الآخرين أن يكون ذلك العقد قد أبرم بأذنهم أو بعلمهم⁽¹¹⁷⁾. ومن القرائن التي أستدلّت بها محكمة التمييز الأتحادية في موافقة الشركاء بأبرام عقد الإيجار هي الموافقة على اللجوء الى التحكيم لتحديد بدل الإيجار، إذ أعتبرت المحكمة تلك الموافقة بأنها تدل بصورة قاطعة على موافقة ورضاء أصحاب الملك على بقاء المستأجر شاغلاً للمأجور⁽¹¹⁸⁾. وكذلك ايضاً أستفادات المحكمة من سكوت الشركاء على تأجير المال من أحد الشركاء على أنه يعد قبولاً به، إذ جاء في أحد احكامها (إذا كان الإيجار واقعاً على عموم الملك المشترك فللشريك غير المؤجر أن يستعمل حقه في خيار النقص أو الإجازة خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بالعقد، وإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد أعتبر العقد نافذاً⁽¹¹⁹⁾).

إلا أن المحكمة نفسها قد جمعت حالتها الشريك الذي يتولى إدارة المال الشائع دون إعتراض من الشركاء الآخرين والشريك الذي يعين مديراً من قبلهم لإدارة المال الشائع من حيث أحقيته في المطالبة بالأجر الذي يستحقه، فقد جاء في أحد أحكامها (من حق مدير إدارة المال الشائع أن يطلب أجر مثل إدارة المال الشائع إذا لم يتم تحديد أجره له عن الإدارة لأنه يعد وكيلاً عن الشركاء حيث أن الثابت من التحقيقات الجارية من قبل محكمة البداة من أن المميز عليه المدعي كان مديراً لإدارة المال الشائع وحيث أن الشريك عند توليه لإدارة المال الشائع دون إعتراض من شركائه يعد وكيلاً عنهم . وحيث لم يدع أحد الطرفين تحديد أجره لتلك الوكالة فإن طلب المميز عليه الحكم بأجر المثل عن تلك الإدارة له سند من القانون)⁽¹²⁰⁾. ويبدو أن المحكمة



قد أسندت في حكمها هذا إلى نص المادة (1/940) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (إذا أشرت الأجرة في الوكالة وأوفى الوكيل العمل يستحقها ، وإن لم تشتط فأن كان الوكيل ممن يعمل بأجرة فله أجر المثل وإلا كان متبرعاً) ، ويلاحظ أن عمل الشريك كمدير للمال المشاع يدخل في حكم هذه المادة على أساس من أن عمله يدخل في الأعمال التي يستحق عنها الوكيل أجراً وبالتالي إذا لم يتفق الشركاء على هذا الإجر كان له أن يطلب من المحكمة أن تحكم له بأجرة المثل، أما إذا تولى الشريك إدارة المال الشائع منفرداً دون اعتراض من الباقيين فهنا لا يمكن اعتبار عمله من بين الأعمال التي يستحق عنها الوكيل أجرة وبالتالي يمكن القول أنه يجب التمييز بين الحالتين وعدم توحيدهما وتطبيق حكم واحد بشأنهما.

الفرع الثاني/أثار تأجير الشريك للمال المشاع .

إذا تحققت الشروط اللازمة لتأجير الشريك للمال الشائع عند صدور إذن من الشركاء الآخرين عدّ هذا الشريك المؤجر وكيلاً عن شركائه ، بحيث يكون أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عنهم وبالتالي فإن أحكام الوكالة هي التي تكون واجبة التطبيق وعلى النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيوع . وقد رأينا أن الفقهاء المسلمين أشرتوا في هذا النوع من الوكالة أن تكون صريحة ، فمتى ما ثبت هذا، أنعدت وكالة الشريك بهذه الطريقة من التعبير عن إرادة الشركاء ، وعندئذ يجري على عقد الشركة حكم الوكالة في تصرف كل واحد من الشركاء في حصص الشركاء الآخرين ، فيكون حكم تصرف الشريك هو نفس حكمه في تصرف نفسه⁽¹²¹⁾ . وعلى حد تعبير أحد الفقهاء المسلمين أنه إذا وجد الإذن من الطرفين تسلط كل واحد منهما على التصرف ، وتصرف الشريك كتصرف الوكيل وإذا لم يأذن أحدهما للآخر فلا يحق له التصرف إلا بحصته⁽¹²²⁾ . ويترتب على هذه الوكالة أحكامها في ثبوت ولاية التصرف للوكيل ، فمتى ما أذن الشركاء للشريك في تأجير المال المشاع ، فيكون هذا الإذن تفويضاً له ويمكن اعتبار وكالة الشركاء في القيام بأعمال الإدارة المعتادة من قبل أحد الشركاء في حكم الوكالة المقيدة فيكون الشريك الوكيل ملزماً بتنفيذ الوكالة على ضوء القيود التي حددها الشركاء أو تلك التي أذنوا له في إجراءاتها ، فالوكيل بالتأجير لدار مبلغ معين وفي محل محدد لا يستطيع تأجيره بغير ما عينه الموكل ، فالوكيل إذن ملزم بالحدود المرسومة فلا يخرج عنها .

ولما كان الوكيل يعمل لحساب الموكل نيابة ويقوم بتنفيذ أمور عائدة له بأذنه فإنه يكون للموكل حق مراقبة تنفيذ وكالته ، فمن حقه ان يطالب وكيله بكشف حسابي يوضح فيه ما وصل اليه في تنفيذ الوكالة. إذ يقول جانب من الفقهاء أن كل أمين طلب منه البيان والحساب لزمه ، وبالمقابل فإن الوكيل لما كان أميناً فإن كل ما يقبضه لموكله يعد أمانة في يده فإذا تلف دون تعد منه ولا تقصير فلا ضمان عليه لأن معنى الأمانة هو دفع الضمان أي مادام التلف لم يحدث بتعد من الوكيل او تفريط منه⁽¹²³⁾ . ولا تعد هذه الوكالة لازمة لأحدهما ، فللموكل أن يعزل الوكيل شرط علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ فإذا لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضراراً به⁽¹²⁴⁾ . فإذا عزله وهو حاضر أنعزل وكذا لو كان غائباً وكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم به لأن الكتاب من الغائب



كالخطاب من الحاضر . كما يشترط في عزل الموكل للوكيل أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير ، فأذا تعلق بها حق للغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه ولا سبيل إليه . ويحق للوكيل بالمقابل عزل نفسه فالوكالة غير لازمة بحقه أيضاً فله أن يطلب العزل بحضور الموكل أما بغيابه فإن أغلب الفقهاء المسلمين ذهبوا إلى جواز ذلك أي سواء حصل العزل بحضور الموكل أم لا وسواء علم به الموكل أم لا لأن الوكيل قد فسخ عقداً لا يحتاج للرضا فيه وما لا يحتاج للرضا فيه لا يحتاج إلى العلم فيه كذلك ، بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء حرمة عزل الوكيل نفسه إذا علم أنه لو عزل نفسه تترتب مفسدة في إعتزله كما لو أدى ذلك إلى تلف المال ، فلا يكون إعتزله نافذاً ويكون ضامناً لهذا التلف إن وقع ، بينما ذهب رأي آخر إلى ضرورة علم الموكل بعزل الوكيل لنفسه لأن العزل فسخ للعقد فلا يصح بدون علم صاحبه ولأن الوكالة معاملة بين الوكيل والموكل فلا تنفسخ إلا بمجموعها أي الموكل والوكيل وإذا كان الشخص وكيلاً عن عدة موكلين فإنه يملك عزل نفسه عن الوكالة بالنسبة لبعض الموكلين إذا كان الموكل فيه قابلاً للتقسيم والتجزئة وإن لم يكن كذلك فإن الوكيل لا يملك عزل نفسه إلا بالنسبة لجميع الموكلين ⁽¹²⁵⁾ .

وتطبيق ذلك أن من حق الشركاء عزل وكيالهم الشريك بمجرد الإعتراض على عمله إذ جاء في باب الشركة في بعض الكتب الفقهية (لكل واحد فسخ الشركة متى شاء كالوكالة فلو قال أحدهما للآخر عزلتك عن التصرف أو لا تتصرف في الشيء أنعزل المخاطب) ولكن إن كان عزل الشركاء للشريك يصطدم بحقوق الغير (المستأجر) الذي تعاقد مع الشريك (المؤجر) فليس لهم أن يطلبوا عزل الشريك والاعتراض على إيجاره وذلك لتعلق حق للغير بالوكالة ⁽¹²⁶⁾ . وبالمقابل لم يتعرض الفقهاء المسلمون إلى أثر سكوت الشركاء (الموكل) لما قام به الشريك (الوكيل) من إيجار للمال الشائع بل هم تعرضوا إلى اثر سكوت الوكيل وأعتبروه قبولاً بالوكالة إن نفذ الوكيل موضوعها . ولهذا فلا وجود للوكالة الضمنية التي قصدتها فقهاء القانون المدني في كتب الفقه الإسلامي كما قلنا سابقاً . ولا يختلف حكم الإجارة الصادرة من الشريك في الفقه المدني كثيراً عن ما قرره الفقهاء المسلمون من حيث كون الشريك المؤجر يكون بحكم الوكيل عن بقية الشركاء الآخرين وتستمر هذه الوكالة مادام إعتراض لم يصدر منهم . فعدم الإعتراض يعد موافقة ضمنية على الإجارة ، ويعد الشريك في هذه الإجارة متطوعاً ، ويتحمل مسؤولية الإدارة دون التفات إلى علم الغير من عدمه بوضع الشريك القانوني ، فلا يهم إعلان الشريك إلى الغير بأنه يقوم بأدارة المال الشائع لحساب جميع الشركاء ، ولا محل للبحث هنا عن حسن نية المستأجر من الشريك المؤجر ، أي سواء كان يعلم أن هذا المال هو مملوك على الشيوخ أو مملوكاً ملكية مفرزة فالوكالة ترتب أثرها فقط من خلال سكوت الشركاء وعلمهم ، إذ أن سكوتهم يعد قبولاً بالوكالة وبالتأكيد فهم لا يتخذون هذا الموقف إلا إذا كان قيام الشريك بتأجير المال المشاع فيه منفعة لهم ولذلك فهم يؤثرون إتخاذ هذا الموقف ⁽¹²⁷⁾ . وأما طريقة إثبات هذا العلم والسكوت من الشركاء فلا يثير أية مشكلة ، إذ يخضع ذلك لكافة طرق الإثبات بوصفه من الوقائع المادية ، أما إذا إراد الشركاء عدم السكوت وتقديم إعتراض على إيجار المال الشائع فيجب أن يتم ذلك قبل



إتمام الشريك عمله المتعلق بالإدارة أي قبل إكمال إبرام عقد الإيجار ، فأذا بادر الشريك الى إبرام هذا العقد وأستمر فيه وأكمل مستلزمات انعقاده بعلم الشركاء الآخرين ، فلا يستطيع أي من الشركاء الاعتراض على عمله ولا يكون لأعتراضهم في هذه الحالة أثر رجعي ، فهم يلتزمون بالإيجار وكأنه قد صدر منهم جميعاً ، أما إذا أعترض الشركاء على تأجير شريكهم قبل إتمام مراحل إبرام العقد فإنه يجب على هذا الأخير التوقف عن الإستمرار في هذا العمل ، فأذا استمر رغم الأعتراض فإنه يتحمل وحده نتائج عمله في مواجهة الغير وفي مواجهة شركائه⁽¹²⁸⁾. ويبدو أن إنفراد أحد الشركاء في تأجير المال المشاع يدفع الشركاء أو اغلبيتهم الى الاعتراض على هذا العقد ، وهذا هو الأصل ولكن سكوت الشركاء بعد علمهم بعقد الأيجار يعد إستثناءً ولهذا لا يجوز التوسع في تفسيره، فمتى ما حصل شك حول سكوت الشركاء أو علمهم فيجب أن لا يفسر ذلك بقبولهم وتوكيلهم لهذا الشريك ، على أنه في حالة موافقة جميع الشركاء أو عدم إعتراضهم عليه فيعد هذا الشريك وكياً عن الجميع ، أما إذا أعترضت الأقلية فهنا يكون الشريك المؤجر وكياً عن الأغلبية ونائباً عن الأقلية ، ويكون إيجاره نافذاً في حق الجميع لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ويعلل جانب من الفقهاء ذلك بأن القانون هو الذي فرض وجود الوكالة السابقة من الشركاء على الأيجار مستفاداً من عدم إعتراض الشركاء ولهذا لا يكون هذا الأيجار نافذاً إلا لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات شأن أي إيجار يصدر من الوكيل أو النائب ، وهو بخلاف ما لو قلنا أن عدم إعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من أحدهم إنما هو إقرار لاحق لتوكيل سابق فيتعين عندئذ أن يسري الإيجار في حق الشركاء لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات، لأن الشركاء يكونون قد أقرروا الإيجار بالمدة المحددة فيه⁽¹²⁹⁾.

وأياً كان التصوير الفقهي لسكوت الشركاء وعدم إعتراضهم فإن هذه الوكالة إنما تقوم على إفتراض من القانون يستند إلى إتفاق جميع الشركاء أو أغلبيتهم على تعيين هذا الشريك مادام يتولى الإدارة دون إعتراض منهم، ويعد الشريك بحكم النائب القانوني عن بقية الشركاء وبالتالي يكون الإيجار صادر من ذي صفة أي ممن يملك الحق في التأجير، ويعد هذا الإيجار صحيحاً في العلاقة بين طرفيه فلا يجوز لأحدهما طلب ابطاله ، كما يكون هذا الإيجار نافذاً في حق باقي الشركاء ، سواء من حيث قبض الشريك للأجرة أو دفع الضرائب عن هذا الأيجار أو الأنفاق لأية مصروفات ، فأذا أعترض الشركاء جميعاً أو اغلبيتهم على إدارة الشريك للمال الشائع فإن ذلك يعد بمثابة عزل لهذا الشريك من أعمال الوكالة الضمنية . أما إذا أعترض عليه الأقلية فإن ادارته تظل سارية بوصفه يمثل الاغلبية⁽¹³⁰⁾. ويترتب على ما تقدم ذكره أن توافر عناصر الوكالة الضمنية يجعل الأعمال التي تشملها هذه الوكالة ملزمة لجميع الشركاء وكأنها قد صدرت منهم جميعاً فيتحملون كافة الإلتزامات المترتبة على هذه الوكالة بغض النظر عما إذا كان الوكيل الضمني قد صرح قبل أو عند قيامه بهذه الأعمال بأنه يقوم بها لحساب مجموع الشركاء . ويحق للمستأجر من الشريك أن يرجع على كل الشركاء بمقتضى دعاوى شخصية لمطالبتهم بكل ما ينشأ من عقد الإيجار من التزمات⁽¹³¹⁾. ويكفي أن يثبت المستأجر أن المؤجر له كان مفوضاً من قبل بقية الشركاء في إبرام عقد الإيجار أو أن بقية الشركاء قد أرتضوا هذا الإيجار صراحة أو



ضمناً⁽¹³²⁾ ، وبالمقابل لا يجوز للمستأجر أن يطلب الفسخ مادام المؤجر بإمكانه الإنتفاع بالعين ولم يتعرض له أحد⁽¹³³⁾. ويترتب على نفاذ هذا الإيجار أيضاً حق الدائنين للمستأجر إستيفاء دينهم من خلال تقسيمه على الشركاء وذلك بالحجز على المال المشاع وبيعه وإستيفاء حقوقهم من ثمنه⁽¹³⁴⁾. ولما كان الشريك يعد وكيلاً عن باقي الشركاء فإن مقتضى هذه الوكالة أن يحل محل الشركاء في إبرام الإيجار وتنفيذه وفق الحدود التي يرتضيها الشركاء مع بذل الشريك الوكيل العناية المطلوبة في التنفيذ وبكل أمانة ، فعليه الإلتزام بتنفيذ هذه الوكالة في حدودها المرسومة التي يقتضيها إدارة المال الشائع فلا يجوز له الخروج عن تلك الحدود سواء فيما يتعلق بمدى سعة الوكالة أو طريقة تنفيذها ، فإذا ما جاوز الوكيل حدود وكالته فإن العمل الذي يقوم به الوكيل لا ينفذ في حق موكله إلا إذا أقره ، فإن أقره أصبح كأنه قد تم في حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لامن وقت الإقرار⁽¹³⁵⁾. فالأفتراض القانوني القائم على وكالة الشركاء للشريك إنما تنحصر في أعمال الإدارة المعتادة ومن بينها الإيجار، فإذا ما تجاوز الشريك حدود هذه الأعمال التي وصلت حد أعمال الإدارة غير المعتادة كما لو زادت مدة الإيجار عن ثلاث سنوات فإن سكوت الشركاء وعدم إعتراضهم يجب أن لا يفسر بأنه قبولاً منهم بهذه الأعمال إستناداً إلى أن هذا القبول يعد إستثناءً عن الأصل فلا يجوز التوسع فيه.

كما يلتزم الشريك بمقتضى وكالته الضمنية بتنفيذ كل ما يتطلبه تنفيذها وأن لم ينص على ذلك العقد وإنما يتطلبها التنفيذ كما لو تطلب من الشريك أن يبحث عن مستأجر جيد أو شروط أفضل للإجارة ولا يغير من أمر إلتزامه شيئاً أن كانت وكالته دون أجر كما هو الحال في تأجير الشريك للمال الشائع في مثل هذا الفرض ، إذ أنه يكون ملزماً بتنفيذ وكالته على الوجه الصحيح ذلك لأنه أمين والامانة تقتضي ذلك . وقد تقتضي تنفيذ الوكالة من الشريك أن يبذل نفقات ومصروفات فيجب على الشركاء الآخرين (الموكل) دفعها للشريك الوكيل . فهذه النفقات تعد من مقتضيات تنفيذ الوكالة ما لم يكن الوكيل قد تبرع فيها أيضاً وأن رجوع الوكيل على الشركاء بما يستحقه يكون كل بمقدار حصته في الشبوع⁽¹³⁶⁾. وعلى صعيد التقنيات المدنية نلاحظ أنها أستعملت تعبيراً واحداً لحالة قيام الشريك بأعمال الإدارة المعتادة بعلم الشركاء ودون إعتراضهم بأن هذا الشريك يكون وكيلاً عنهم وقد أستعرضنا هذه النصوص في الفرع السابق، ولكننا نشير هنا الى ما يترتب على هذه الوكالة من أحكام ، إذ نجد أن المشرع الفرنسي من خلال المادة (2/815) المعدلة قد أعتبر الشريك في مثل هذا الفرض وكيلاً ضمناً. ويحق له بمقتضى هذه الوكالة القيام بأعمال الإدارة المعتادة دون أعمال التصرف وإبرام إيجار المال الشائع وتجديده، ويبدو أن المشرع الفرنسي أخذ بنية الشركاء عند سكوتهم وعدم إعتراضهم على قيام احدهم بتأجير المال المشاع إذ أن هذه النية في الموافقة الضمنية تتصرف الى أعمال الإدارة المعتادة دون أعمال الإدارة غير المعتادة وهو من مقتضيات الوكالة الضمنية ، وإضافة الى ذلك أعطى المشرع الفرنسي بمقتضى المادة (815) من القانون المدني الحق للمتعاقد مع الشريك الرجوع على كل شريك من الشركاء بدعوى شخصية لمطالبته بحصته من الدين المترتب على العمل الذي قام به



الوكيل الضمني (3/815) ، كما أجاز في المادة نفسها للدائنين إستيفاء دينهم من خلال تقسيمه على الشركاء وذلك بالحجز على المال الشائع وبيعه وإستيفاء حقهم من ثمنه (17/815) . وإذا ما أراد الشركاء الإعتراض على عمل الشريك فيجب أن يحدث هذا قبل إتمام الشريك لعمله المتعلق بالإدارة ذلك أن البحث في توافر أو عدم توافر عناصر الوكالة الضمنية يكون لحظة إنتهاء الشريك من عمله وحتى لا يحدث إعتراض الشركاء بعد ذلك إضطراباً في المعاملات ومساساً بحقوق الغير الذين اكتسب حقاً من تعامله مع الوكيل الضمني ، فضلاً عن ذلك فإن المشرع الفرنسي لم يطلق الحرية لكل شريك في الإعتراض على إدارة غيره من الشركاء دون رقابة، فوفقاً لنص المادة (5/815) من القانون المدني الفرنسي يستطيع الوكيل الضمني في حالة إعتراض أحد من شركائه على إدارته أن يطلب السماح له بإتمام أعمال إدارته إذا كان الإعتراض غير جدي ومن شأنه أن يعرض المصلحة المشتركة للشركاء للخطر⁽¹³⁷⁾. وجاءت نصوص القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي متطابقة في حالة قيام الشريك بتأجير المال المشاع بسكوت الشركاء الباقين وعدم إعتراضهم رغم علمهم به إذا أعتبرت كل من المادة (3/828) مدني مصري والمادة (3/1064) مدني عراقي الشريك في مثل هذا الفرض وكياً عن الشركاء الآخرين كما ذكرنا هذين النصين سابقاً . ولكن فيما يتعلق بآثار هذه الوكالة نذكر أنه ليس بالضرورة أن يسكت جميع الشركاء وإنما يكفي أن لا يعترض ممن يملك الأغلبية من السهام أو الحصص من الشركاء ، وإن هذا الإيجار يكون نافذاً في حق الشركاء جميعهم بما فيهم الأقلية المعارضة ولمدة لاتزيد عن ثلاث سنوات مالم يوجد نص قانوني يخالف ذلك، وبالمقابل فإن عزل هذا الوكيل يكون بقرار صادر عن إجماع الشركاء أو أغليبتهم من خلال الأعتراض الصادر منهم على إستمراره في الإيجار وإذا ما حصل هذا فيجب على الشريك أن يتنحى ، إلا أن الملاحظ في هذه النصوص القانونية السالف الذكر أنها لم تتناول موضوع عزل الشركاء لهذا الشريك من خلال تسجيل إعتراضهم . ولكن لا يمكن عد ذلك نقصاً في التشريع وإنما يمكن الأستعانة بالنصوص القانونية الأخرى التي تنظم عقد الوكالة بعد أن حدد المشرع طبيعة عمل الشريك بوصفه وكالة صادرة من الشركاء اليه.

فقد بينت كل من المادة (703) من القانون المدني المصري والمادة (933) من القانون المدني العراقي وجوب تنفيذ الوكيل للوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة . كما أوجبت أحكام الوكالة أن يبذل الوكيل العناية التي يبذلها في شؤون نفسه إن كانت بلا اجر ، وأن ما يقبضه من الغير لحساب موكله يكون أمانة في يده ولا يسأل عن الضمان إذا هلك دون تعد منه ، كما يجب على الشريك الوكيل أن يطلع شركائه الموكلين إياه بهذا الإيجار على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة وأن يقدم لهم حساباً بعد إنقضائها . وبالمقابل يلتزم الموكل بأن يرد إلى الوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة أي كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته وإذا لم يعلن الشريك وقت تعاقدته مع الغير أنه وكيل عن الشركاء في مال شائع ولم يكن يستفاد من الظروف أن الغير قد علم بأن المتعاقد معه هو وكيل عن الشركاء أو أن هذا الشريك إنما يؤجر مالملاً مملوكاً له وليس على الشروع



فإن آثار هذا العقد تنصرف الى الشريك وليس الى شركائه الآخرين ، أما إذا كان الغير يعلم بأن المؤجر شريكاً على الشيوع أو ساعدته الظروف على ذلك أو كان يستوي عنده التعاقد معه كوكيل أو كأصيل فهنا يحق له أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل ولأيهما ان يرجع عليه. وتنتهي وكالة هذا الشريك بعزل الموكل له أو أن يعزل نفسه مالم يتعلق بهذه الوكالة حق للغير فلا يجوز العزل الا برضا الغير، وعلى أية حال فان العزل لاينهي الوكالة دون علم الطرف الآخر⁽¹³⁸⁾. وسايرت المحاكم الفرنسية نصوص القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بأحكام الوكالة الضمنية ورتبت آثارها سواء فيما يتعلق بين الشركاء والشريك المؤجر الوكيل أو فيما يتعلق بحقوق الغير من هذا العقد من مستأجر أو دائنين له وأعتبرت الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي بأن كل ما ينشأ من أعمال بموجب هذه الوكالة تكون نافذه في حق جميع الشركاء ويلتزمون بها وكأنها قد صدرت منهم جميعاً⁽¹³⁹⁾.

وبعد أن أعتبر القضاء المصري في أحكامه العديدة حالة قيام الشريك بتأجير المال المشاع كصورة من صور إدارته دون إعتراض من الباقيين أنه وكيلاً عنهم وعبرت عن هذه الوكالة بأنها وكالة ضمنية قد صدرت الى الشريك الذي تطوع لإدارة المال الشائع عن باقي الشركاء وأن هذا الشريك يعد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة معتادة ، فتنفذ الأعمال التي تصدر منه في حق الشركاء الباقيين ، مما يعد معه هذا الشريك وكيلاً عن باقي الشركاء وكالة عامة بالأدارة⁽¹⁴⁰⁾. ولكي تكون الإجارة الصادرة من الشريك نافذة في حق الشركاء يلزم أن تكون صحيحة وجدية ، فإذا شاب تصرفات الشريك التحايل على أحكام القانون فللشركاء أن يعترضوا على تلك التصرفات⁽¹⁴¹⁾. وإذا كان للشركاء حق الاعتراض على عمل الشريك والذي يعد بمثابة عزل له ، فإذا تبين أن المستأجر أستأجر العين محل التداعي بموجب العقد الصادر من أحد الشركاء بوصفه وكيلاً عن جميع الملاك في الشيوع فإن هذا الشريك كان ذو صفة في إبرام التعاقد الذي ينصرف أثره الى موكله ويلتزمون به ولايملكون التحلل منه ولايكون لعزل الوكيل في تاريخ لاحق لإبرام العقد أثر على سريانه ونفاذه⁽¹⁴²⁾. وأشارت بعض أحكام القضاء العراقي الى وجود هذه الوكالة وآثارها وإن كانت لم تشر بشكل واضح الى كونها وكالة ضمنية ، إذ أن هذا المصطلح لم تتعرض له أحكام المحاكم عندنا وإنما أشارت فقط الى بعض أحكام تأجير الشريك لما زاد عن حصته إذ أعتبرت ذلك بحكم العقد الموقوف الذي يطبق بشأنه أحكام المادة (136) من القانون المدني العراقي . وأوجبت على المحكمة أن تتحقق من علم الشركاء بعقد الإيجار وجعلت ذلك إلزاماً يقع على الشريك المؤجر ، فأن عجز عن ذلك جاز له أن يطلب تحليف الشركاء الآخرين اليمين على عدم علمهم بالعقد . أما إذا لم يصدر في مدة الثلاث أشهر من تاريخ علمهم بالعقد ما يدل على الرغبة في نقض العقد أعتبر نافذاً في حقهم⁽¹⁴³⁾ ولايستطيع الشركاء أن يطلبوا الحكم بمنع معارضة شريكهم إذا كانوا قد بينوا في عريضة الدعوى علمهم بعقد الإيجار ، فيكون هذا الإيجار نافذاً في حقهم ولايقبل منهم إدعائهم بأن المؤجر ليس بصاحب القدر الأكبر من الحصص؛ مادام أنهم لم يستعملوا خيار النقص خلال المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (136) من القانون المدني⁽¹⁴⁴⁾. ورتبت محكمة التمييز



الاتحادية في أحد أحكامها على قيام الشريك بتأجير المال الشائع حق للشركاء الآخرين بأن يطالبوا هذا الشريك الذي يستلم بدلات الإيجار بحصتهم من الأجر المسمى وليس بأجر المثل وهذا دليل على أن الشركاء الباقين قد أرتضوا بهذا الإيجار⁽¹⁴⁵⁾.

المطلب الثاني/تأجير الشريك للمال المشاع بدون موافقة بقية الشركاء .

إذا كان من الثابت أن من حق الشريك أن يؤجر حصته الشائعة إستناداً الى حقه في ملكيته لهذه الحصة ملكية تامة . كما أنه بمقدوره أن يؤجر المال المشاع كله أو جزءاً منه إعتقاداً على موافقة بقية الشركاء صراحة أو ضمناً، وفي كلتا الحالتين يترتب الإيجار جميع آثاره بوصفه إيجاراً صادراً ممن له صفة في إبرامه سواء تحددت هذه الآثار في العلاقة بين الشريك المؤجر وشركائه أو تعدتها الى العلاقة فيما بينه وبين المستأجر. ولكن الأمر ليس كذلك فيما لو أجزر الشريك ما زاد عن حصته في الشيوع بدون موافقة بقية الشركاء الآخرين الذين لم يرتضوا هذا العقد ، وبالتالي تترتب أحكاماً أخرى مغايرة عن تلك التي تترتب لو أن الإيجار أقتصر على حصة الشريك أو كان الإيجار بموافقة الشركاء . إلا أنه ورغم عدم موافقة الشركاء على إبرام هذا العقد فقد يترتب مع ذلك آثاراً محددة ، كما أن زوال الشيوع بقسمة المال الشائع قد يؤدي الى إتساع هذه الآثار إستناداً الى ما تمتع به القسمة من الطبيعة الكاشفة لما يملكه الشريك. ولتوضيح ما تقدم سنتناول في هذا المطلب أحكام تأجير الشريك للمال المشاع بدون موافقة بقية الشركاء من خلال الفرع الاول منه . ونتعرض في الفرع الثاني الى أثر القسمة على حق الشريك في تأجير المال المشاع .

الفرع الأول/أحكام تأجير المال المشاع دون موافقة بقية الشركاء .

أن من الأحكام الرئيسية التي تترتب على قيام الشيوع بين الشركاء هو ان كل شريك يعد اجنبياً عن حصص بقية الشركاء ، فلا يجوز له ان يتصرف فيما زاد عن حصته حفاظاً على حقوق الشركاء مجتمعين . وهذا الحكم اقره الفقهاء المسلمون وفقهاء القانون المدني على حد سواء ومن هذا الحكم العام ينفرع حكم تأجير الشريك للمال الشائع كله او في جزء منه دون موافقة بقية الشركاء . وأكد الفقهاء المسلمون على الحكم المتقدم ذكره ، إذ جاء في بعض أقوالهم بخصوص شركة الملك أن حكمها واحد وهو أن كل واحد من الشركاء أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه، ولأن صحة التصرف تتوقف على الملكية أو الوكالة وليس للشريك في نصيب صاحبه شيء من ذلك، وبمقتضى هذا الحكم لايجوز إجارة المشاع إلا إذا أجره الشركاء جميعاً لعدم إمكانية تسليم المشاع الى المستأجر بدون موافقة الجميع⁽¹⁴⁶⁾. وإيجار الشريك للمال الشائع فيما زاد عن حصته يجعل إيجاره من قبيل خيانة الأمانة وهو قبيح عقلاً⁽¹⁴⁷⁾. كما يجعل منه غاصباً لحصة شريكه ، فمتى ما غصب أحد الشريكين من الآخر وتصرف بالجميع بطل في نصيب شريكه ولايبطل في نصيبه . والسبب في ذلك أن الأصل في تصرف الشريك للمال الشائع هو أن تصرفه بعدم الاذن، ولهذا فأن على الشريك المتصرف أن يثبت حصول هذا الاذن⁽¹⁴⁸⁾.



وإذا كان هذا الإيجار يرتب آثاره بين الشريك المؤجر والمستأجر ولا تتعدى إلى بقية الشركاء الآخرين فإنه يكون للمستأجر الخيار بين فسخ العقد أو المضي فيه لو تبين له فيما بعد أن المال المؤجر هو مال مشاع ، وتطبيقاً لذلك إذا أجر المالك الدار كلها لأخر مدة معينة ثم تبين للمستأجر أن نصف الدار التي استأجرها مملوكة لغير المؤجر ولم يجز المالك الآخر عقد الإجارة في حصته من الدار ثبت للمستأجر خيار الفسخ إذا كان جاهلاً بأن الدار مشتركة فيجوز له أن يفسخ العقد ويسترد الأجرة ، ويجوز له أن يمضي في الإجارة في نصف الدار بنصف الأجرة المسماة (149). وإلى هذا الرأي يذهب أيضاً الإتجاه من الفقه الإسلامي ممن أجاز تأجير الحصة الشائعة إلى أجنبي عن الشيوع ، إذ أنه أشرط أن تسلم العين الشائعة إلى المستأجر بأذن الشركاء الآخرين وإذا لم يأذنوا له يرفع الأمر إلى الحاكم عند تنازع الشركاء ، وإن لم يكن المستأجر عالماً بحالة الشيوع ثبت له الخيار (150) . وهكذا تبين لنا أن قيام أحد الشركاء بتأجير المال الشائع كله أو ما زاد عن حصته رغم معارضة الشركاء الآخرين لا يكون نافذاً في حقهم أي كان مقدار حصة الشريك المؤجر، ويعد في هذه الحالة غاصباً لحصص باقي شركائه وتنطبق عليه أحكام الغصب (151) .

وأستند فقهاء القانون المدني في بيان حكم الإيجار الصادر من أحد الشركاء الذي لا يملك أغلبية الحصص أو لم يكن من قبيل أصحاب القدر الأكبر من الأسهم دون موافقة الشركاء إلى القاعدة العامة في إدارة المال الشائع وإستغلاله والتي تتطلب إتفاق الشركاء أو على الأقل موافقة أغليبيتهم ومن ثم لا يجوز لأي شريك أن يقوم بأستغلال الشئ الشائع منفرداً أو حتى بأستغلال جزء منه يعادل حصته لأن نصيبه غير محدد مادياً في الشئ ، ومن ثم يُعد تصرفه إعتداءً على حقوق باقي الشركاء ، وإذا كان من حق الشريك إستغلال حصته بوصفه مالكا لها ، إلا أنه يتقيد بعدم القيام بأي عمل من شأنه أن يلحق الضرر بحقوق بسائر الشركاء وفقاً لحالة أو طبيعة الشيوع (152). وفي ضوء هذه القاعدة المتقدم ذكرها بينوا أحكام هذا الإيجار، وتوزعت هذه الأحكام في مدار العلاقة بين الشريك المؤجر وشركائه الآخرين ، والعلاقة بين الشريك المؤجر والمستأجر منه ففيما يتعلق بأحكام هذا النوع من الإيجار بين الشريك المؤجر وشركائه الآخرين بين الفقهاء هذه الأحكام في ضوء ثلاثة فروض:

الأول : إذا كان محل الإيجار كل المال الشائع ، وهنا تعد الإجارة صادرة من الشريك بوصفه مالكا في حدود حصته وصادرة ممن لا يملك الحق في التأجير بالنسبة لما زاد عن حصته وبالتالي يكون هذا الإيجار غير نافذ في حقهم مادام أنهم لم يرتضوه صراحة أو ضمناً ولهم أن يعدوه غير قائم بالنسبة لهم ، لأن هذا الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير وهو في هذا الفرض باقي الشركاء ، ومن ثم يحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا تأجيله إلى مستأجر آخر وعندئذ يلتزم الشريك المؤجر بدون حق بتسليم العين إلى المستأجر من الشركاء ولا يكون للمستأجر من الشريك الذي لا يملك الأغلبية الحق في الإعتراض على هذا الإيجار حيث لا يكون له أكثر مما لمدينه ، فالقاعدة أنه لا يجوز لأحد أن يبدل لغيره بأكثر مما يملك . وإذا كان المستأجر الأول قد شغل العين المؤجره



جاز لهم أن يطلبوا طرده منها ولايستطيع هذا الأخير أن يبقى في أي جزء منها مهما صغر بعد أن أصبح بالنسبة اليهم متعرضاً فيما يملكون ، ولايجوز لهذا المستأجر أن يدفع دعوى الاخلاء وجوب انتظار نتيجة القسمة لأحتمال أن تقع العين المؤجرة في نصيب الشريك المؤجر(153) الثاني : أن يؤجر الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع وإن كان معادلاً لحصته الشائعة ، فمثل هذا العقد يكون موقوفاً على اجازة بقية الشركاء لأنه يكون تصرفاً في حقوقهم بقدر ما يكون لهم من حق في هذا الجزء ، فأن رضوا به عدّ نافذاً ، وإن لم يرضوا به عدّ باطلاً ولايرتب أي أثر من آثار الإيجار بالنسبة اليهم ، كما يتعذر على الشريك المؤجر تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر إذا عارضه بقية الشركاء في هذا الإيجار وليس أمام المستأجر إلا إنتظار نتيجة القسمة ومن ثم تترتب على هذا الإيجار بالنسبة للشركاء الآخرين الآثار ذاتها لو كان الإيجار واقعاً على المال الشائع كله (154). الثالث : أن يؤجر الشريك حصته الشائعة ، وفي مثل هذا الفرض يمكن القول أنه لا أهمية لأعتراض الشركاء على قيام الشريك بتأجير حصته الشائعة على اساس من أنه مالكا لها ،ويحق له أن يتصرف بها تصرف المالك دون حاجة الى موافقة شركائه الآخرين ، غير أن الفقهاء يجعلون هذه الحالة أيضاً ضمن حالات تاجير الشريك للمال الشائع بدون موافقة بقية الشركاء مستندين في ذلك الى تعذر تسليم الشريك المؤجر لهذه الحصة الى المستأجر لأنها شئ معنوي لايمكن تسليمه وبالتالي يتعذر على الشريك المؤجر تنفيذ إنترامه بتمكين المستأجر من الإنتفاع بها ولايكون لهذا المستأجر سوى مشاركة المؤجر إنتفاعه بأي جزء من أجزاء العين المؤجرة، فلا يكون له أكثر من حقوق الشريك المؤجر (155).

أما فيما يتعلق بأحكام إيجار الشريك للمال الشائع في خصوص العلاقة بينه وبين المستأجر سواء كان الإيجار واقعاً على كل المال أو على جزء منه أو اقتصر هذا الإيجار على حصة الشريك الشائعة فقط ، فمما لاشك فيه أن هذه الإجارة تعتبر صادرة من مالك في حدود نصيب الشريك المؤجر ومن ثم يكون العقد صحيحاً في علاقة أطرافه وناظراً في مواجهة الشريك المؤجر فيلتزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة(156) ، رغم عدم نفاذه في حق الشركاء الآخرين فيما زاد عن حصته ، فلا يجوز للمؤجر ان يتحلل منه بحجة إعتراض باقي الشركاء عليه ، وإن كان جانب من الفقه المدني يذهب إلى أن إيجار الشريك للعين الشائعة دون موافقة بقية الشركاء وان كان صحيحاً بين أطرافه أي بين الشريك المؤجر والمستأجر . إلا أنه لاينفذ حتى في حصة الشريك المؤجر ، اذ هو لايستطيع تسليم هذه الحصة مفرزة للمستأجر ما دامت العين لم تقسم قسمة مهايأة (157).أما بالنسبة الى المستأجر فإنه يبقى ملتزماً بالعقد المبرم مع الشريك ، فلا يجوز له ان يطلب فسخ العقد بحجة إعتراض باقي الشركاء عليه بسبب عدم نفاذه في حقهم ،كما لايجوز له ذلك مادام الشريك المؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين دون أن يتعرض له أحد ، ولكن مع ذلك يجب علينا أن نفرق في مدى حق المستأجر في طلب إبطال الإيجار بين ما إذا كان هو حسن النية أم سيء النية ، فإذا كان المستأجر حسن النية أي يعتقد بأن الملكية كانت خالصة للمؤجر ، فله أن يطلب بإبطال العقد لوقوعه في غلط جوهرى بأن يثبت عدم علمه بملكية العين على الشيوخ وإعتقاده بأنها ملك خاص للمؤجر ، وكان المؤجر قد وقع في الغلط نفسه أو



كان عالماً بأن المستأجر قد وقع فيه أو كان من السهل عليه أن يتبينه (158)، أما إذا كان سيء النية أي يعلم انه يستأجر مالا مملوكاً على الشيوع فلا يكون له ذلك ، ويبقى العقد نافذاً بين طرفيه وله أحد أمرين ،أما أن يطالب المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين ، أو أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى إذا لم يستطيع الشريك المؤجر من تمكينه من الانتفاع بالمأجور. وإذا قامت أغلبية الشركاء بتأجير المال المشاع بعد أعتراضهم على الإيجار فلا يكون بوسع المستأجر من الشريك إلا الرجوع على المؤجر بالتعويض (159) .

ويمكن إيجاد السند التشريعي لعدم نفاذ مثل هذا الإيجار في حق الشركاء الآخرين الى ما قررته النصوص القانونية المتعلقة بأدارة المال الشائع، كالمادة (228) من القانون المدني المصري والمادة (1064) من القانون المدني العراقي وعلى النحو السابق ذكرهما . إذ بموجب هذين النصين يكون حق تأجير المال الشائع لأغلبية الشركاء ، ولا يثبت لأحد الشركاء بمفرده مادام أنه لا يملك أكثر من نصف السهام أو الحصة ، وأن هذا الإيجار لم يحظ بقبول الشركاء الآخرين صراحة او ضمناً . ويترتب على هذا الإيجار عدم سريانه في حق الشركاء وإعتبراره غير قائم بالنسبة اليهم ،وأضاف المشرع العراقي الى ما تقدم نصاً آخر يمكن الإستفادة منه لبيان أثر إيجار الشريك للمال الشائع كله دون موافقة بقية الشركاء ، إذ جاء في المادة (2/1063) بأنه إذا أنتفع كل شريك بالعين كلها في سكنى أو مزرعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الإنتفاع بلا إذن شركائه وجب عليه لهم أجر المثل على أنه إذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة . ويفسر جانب من الفقه في العراق بصدد شرحه لهذه المادة إتجاه المشرع العراقي بأنه أجاز لبقية الشركاء الرجوع على الشريك المؤجر على أساس الأجرة المسماة وليس بأجر المثل إن أجرها بما يزيد عن أجر المثل وذلك منعاً لللاثراء دون سبب على حساب الغير ، وهذا الذي يقرره المشرع العراقي يختلف عما يذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية، فهم يقررون أنه إذا كان شريك المنتفع مالكاً رشيداً وكان حاضراً وقت إنتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له أن يطالبه بأجرة المدة الماضية ولا أن يطالب بالإنتفاع بالعين المشتركة بقدر ما أنتفع شريكه لأنه بسكوته خلال هذه المدة التي أنتفع فيها شريكه يعد راضياً دلالة ،وإذا كان شريك المنتفع مالكاً رشيداً ولكنه كان غائباً فلا يخلو الحال من أن يكون الإنتفاع يضر بالعين المشتركة أو لا يضر بها . فان كان يضر بها فلا يجوز له الإنتفاع ، وإن أراد الإنتفاع بها أن يطلب من القاضي إقامة وكيل عن الغائب ليقاسمه الإنتفاع ويكلف بأستثمار حصة الشريك الغائب الى حين حضوره ، وان كان الإنتفاع لا يضر كان له أن ينتفع بها دون أن يلزم بدفع أجرة حصة الشريك إذا حضر ، لأن الإنتفاع غير مضر بالعين الشائعة .ويلاحظ أن المشرع العراقي ذهب الى خلاف هذا الرأي وقرر أنه إذا أستقل أحد الشركاء بالإنتفاع بالعين من دون إذن الشركاء كان لهم أن يرجعوا عليه بأجر مثل حصصهم إلا اذا كان أنتفاعه بها عن طريق التأجير ، وكانت الأجرة المسماة تزيد على أجر المثل، فإن الرجوع عليه يكون على أساس الأجر المسمى وليس على أساس أجر المثل . ولم يفرق كما فرق الفقهاء المسلمون بين ما إذا كان الإنتفاع مضرأ بالعين أو غير مضر بها، وحسناً فعل⁽¹⁶⁰⁾ .ويبدو أن المشرع العراقي قد ميز بين



أمريين بصدد إلزام الشريك بدفع حصص الشركاء من الأجرة. الاول: إذا كان الشريك قد أستأجر العين الشائعة لحساب نفسه فهنا يلتزم بدفع أجر المثل لبقية الشركاء. والثاني: إذا أجر الشريك العين الشائعة إلى الغير سواء كان المستأجر شريكاً أو أجنبياً فهو يلتزم بدفع الأجر المسمى لكل الشركاء الآخرين حسب حصصهم إذا كان الإيجار يزيد عن أجر المثل ، أما إذا كان الإيجار بقدر أجر المثل أو أقل منه فهنا يلزم الشريك بدفع أجرة المثل الى الشركاء الآخرين لضمان عدم الأضرار ببقية الشركاء، وهذا الحل هو الذي يتماشى مع منطوق نص المادة (2/1063) السابقة الذكر. وأيدت أحكام المحاكم ما ذهب اليه الفقه حول حق الشريك في تأجير المال المشاع دون رضا الشركاء الآخرين .

فقد أستقر القضاء الفرنسي على أن الإيجار الصادر من أحد الشركاء دون موافقة الشركاء الآخرين يعد صحيحاً في العلاقة بين المؤجر والمستأجر وينتج آثاره بين الطرفين، لكنه لا يعد نافذاً في حق الشركاء الباقين(161) . وبهذا الإتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها ، إذ أعتبرت أن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك الأغلبية لا يسري في مواجهة باقي الشركاء ، ويترتب على عدم سريان الإيجار الصادر من أحد المشتاعين في مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء في إعتبر الإيجار غير قائم بالنسبة لهم(162) . وأعتبرت بعض الأحكام المستأجر من الشريك المؤجر بمثابة من يتعرض لهم فيما يملكون وإذا كان المستأجر قد شغل العقار بالفعل دون رضاهم فأن لهم أن يطلبوا إخراج المستأجر من العين كلها دون إنتظار نتيجة القسمة (163) . وذهبت أحكام القضاء العراقي مؤيدة للنصوص التشريعية المتعلقة بتأجير المال الشائع كله ومسايرة للقضاء المقارن بهذا الإتجاه ، إذ جاء في أحد أحكام محكمة التمييز الإتحادية أنه إذا أجر الشريك كل العين الى شخص أجنبي فللشركاء أن يرجعوا عليه بما يصيبهم من الأجر المسمى حسب أحكام المادة (2/1063) من القانون المدني (164) . وإذا تصرف الشريك بما يملكه الشريك الآخر من حصص دون رضاه أو موافقته يجعل تصرفه بمثابة الغصب ويكون للشركاء الخيار في المطالبة بأجر مثل لخصصهم عند إنتفاع الشريك بها أو اقامة دعوى منع المعارضة (165). وفي حكم آخر جاء أنه إذا حلف المدعون اليمين على عدم علمهم بالإيجار فلا تسري عليهم أحكامه ولهم حق طلب منع المعارضة بسهامهم من الملك المأجور(166). وإذا كان المؤجر يملك أربعة سهام من أصل اثني عشر سهماً فإن إيجاره للعقار الشائع لا يكون نافذاً بحق الشركاء الآخرين لأنه لم يصدر من الأغلبية بالإضافة الى عدم ثبوت علم الشركاء به أو موافقتهم على ابرامه ، لذا فيعد الشريك غاصباً لسهام الشركاء لحصول الإيجار دون إذن وموافقة الشركاء(167) .

الفرع الثاني/أثر القسمة على حق الشريك في تأجير المال المشاع .

إذا كان من حق الشركاء الاعتراض على ما يقوم به الشريك من أعمال الإدارة المعتادة والمتمثلة بتأجير المال الشائع كله أو جزءاً مفرزاً منه ، وبالتالي يكون مثل هذا الإيجار غير نافذ في حقهم لكونه صادر دون موافقتهم ، فأن هذه الموافقة قد لا يكون لها محل رغم تأجير الشريك لجزء من المال الشائع أو انها تعلق على تحقيق أمر معين عند تأجير الشريك لخصصته أو لكل المال



الشائع . وهذان الأمران يتحققان في حالة إتفاق الشركاء على قسمة المال المشاع قسمة مهياًة أو الإتفاق على القسمة النهائية لهذا المال وبالتالي ازالة شيوعه أو الحكم بهما من قبل المحكمة. وبدون شك أن من حق الشركاء الإتفاق على قسمة المهياًة فيما بينهم وذلك لغرض تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع ، فهي تنحصر بقسمة المنفعة دون أن تتعدها الى قسمة المال نفسه. وقد أقر الفقهاء المسلمون الإتفاق على قسمة المنافع وهي المهياًة او المهانأة ، والأولى تعني أن كل واحد هياً لصاحبه ما ينتفع به، والثانية تعني المهانأة لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه له للإنتفاع به في زمان أو مكان معين وهي عند الجميع أما مهياًة بالأعيان وأما بالأزمان والأولى أن يقسم الشركاء الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة ، كما لو حصل التهايو في دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهم طائفة منها يسكنها . أو أتفق على أن يأخذ أحدهما السفلى والآخر العلو ، وهذه المهياًة المكانية . والثانية أن ينتفع كل واحد منهم بالعين مدة مساوية لمدة إنتفاع صاحبه ، ومثالها أن يتهايو في بيت صغير على أن يسكنه هذا يوماً وهذا يوماً ، وهذه المهياًة الزمانية . ولكل واحد من الشركاء أن يستقل ما أصابه بالمهياًة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط ، لأن الإنتفاع بعد المهياًة تحدث على ملك كل واحد منهما فيما اخذه فيملك التصرف فيه (168).

وهذا يعني أن من حق الشركاء أن يتهايو المال المشترك فيما بينهم سواء كانت المهياًة بالمكان أو بالزمان ويستطيع كل شريك أن يؤجر الجزء الذي وقع في نصيبه خلال مدة المهياًة المكانية أو يؤجر المال المشاع كله خلال مدة المهياًة الزمانية بدليل ما ورد في عباراتهم أن الإنتفاع إنما يحدث في ملك كل واحد منهم ، ومن ثم فإنه لا عبرة بموافقة الشركاء على هذا الإيجار ويكون نافذاً في حق الشركاء جميعاً . ولم يختلف الفقه المدني حول تعريف المهياًة وبيان أنواعها عن الفقه الاسلامي ، وجعل فقهاء القانون المدني المهياًة على اساس من كونها أهم صورة للإنتفاع على تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع بين الشركاء عندما يتعذر عليهم جميعاً إستغلال المال الشائع أو ندرة حالات قيام أحد الشركاء بأستغلال المال الشائع دون موافقة بقية الشركاء، ورغبة الشركاء في البقاء على الشيوع وعدم إعترامهم على ازالته بطلب قسمته(169) ، لذلك أقروا الإنتفاع لكل شريك بجزء من المال الشائع يعادل حصته مع بقاء حالة الشيوع وهو ما يعرف بالمهياًة المكانية، أو الإنتفاع بكل المال الشائع فترة من الزمن تتناسب مع حصته في المال الشائع وهو ما يعرف بالمهياًة الزمانية ، ويترتب على ما تقدم أن يستقل كل شريك من الشركاء بالأدارة والأستغلال دون حاجة الى إذن أو تدخل باقي الشركاء ، فإذا كانت المهياًة مكانية فإن الشريك المؤجر يحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي أختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفترزة الأخرى ، وبالتالي يكون له تأجير الجزء المفترز الذي أختص به إيجاراً نافذاً في حق باقي الشركاء الذي يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لألتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب اغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في



الاستغلال (170) . وإذا كانت المهاية زمانية فإن كل شريك يستغل المال الشائع كله على أساس نسبة ما يملكه فيه ، ومقتضى هذا الاستغلال أن يستغل الشريك حقه بالأصالة ، ولا يكون نائياً عن شركائه إلا فيما يتعلق بوضع اليد المادي على المال خلال مدة الأيجار دون أن يكون له تأثير في حق التأجير ذاته ، فلا يكون الشريك المؤجر ملزماً بتعويض الشريك الآخر على أساس أنه كان غاصباً نصيبه أو مانعاً أياه من الإنتفاع به، فكل ما يحصل عليه من الغلة يختص بها وحده دون أن يحاسبه أحد ولا يقدم حساباً عنها الى شركائه . ولولا قسمة المهاية وإختصاص الشريك بكل المال الشائع أو بجزء منه لتعذر عليه تسليم ما تعاقده عليه مفرزاً الى المستأجر ولأصبح الإيجار نتيجة ذلك غير نافذ في حق الشركاء الآخرين بل لا ينفذ حتى في حق الشريك المؤجر نتيجة لتعذر التسليم (171) .

كما يترتب على هذه المهاية بنوعها أن المستأجر من الشريك تكون له حقوق شبيهه بحقوق الشريك المؤجر ، إذ تنقيد حقوقه وإلتزاماته بجميع الحقوق والالتزامات المتولدة من المهاية نفسها ، وهي ذات الألتزامات التي يولدها عقد الإيجار على أساس أن المهاية تخضع لأحكام عقد الإيجار ، فيتحمل الشريك المؤجر بوصفه مهائياً الألتزام بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية . ولما كانت المهاية تخضع لأحكام عقد الإيجار فيعد كل شريك مؤجر ومستأجر في الوقت نفسه ولهذا فإن الشريك يلتزم كما يلتزم المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدني في الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه بعد إنتهاء نوبته في الإنتفاع بها وإلا كان غاصباً ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر، كما أن قيام الشريك بالتأجير يعد في واقع الأمر من قبيل الإيجار من الباطن للمال الشائع أو لجزء منه وتطبق احكام الإيجار من الباطن⁽¹⁷²⁾ . ولم ينظم المشرع الفرنسي في ضوء قانون 31 كانون الأول لسنة 1976 أحكام قسمة المهاية ولم يعرف تسمية هذا المصطلح ولم يتطرق الى صورته بشكل صريح وإنما أكتفى بأحكام تنظيم الإتفاق على الإنتفاع بالمال الشائع السابق الإشارة اليها . وطبقاً لهذه الأحكام يستطيع الشركاء الأتفاق على الطريقة التي يرونها مناسبة لهم وتتفق مع طبيعة المال الشائع ، وهي في كل الأحوال لاتخرج عن قسمته على اساس المكان ، وهي ماتشبه قسمة المهاية المكانية أو قسمته على أساس الزمان وهي التي تشبه المهاية الزمانية⁽¹⁷³⁾ . وأشارت المادة (846) من القانون المدني المصري إلى قسمة المهاية بقولها (في قسمة المهاية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الأنتفاع بباقي الاجزاء.....) . بينما أشارت المادة (847) من القانون نفسه إلى المهاية الزمانية بقولها (تكون قسمة المهاية أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته) . وأخضعت المادة (848) قسمة المهاية الى أحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لاتتعارض مع طبيعة هذه القسمة⁽¹⁷⁴⁾ . وبينت المادة (1078) من القانون المدني العراقي أنواع المهاية ، إذ جاء في الفقرة الأولى منها بأنه (يجوز الإتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهاية فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ...). وجاء في الفقرة الثانية تحديد لمعنى المهاية الزمانية (ويصح أن تكون المهاية زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته) .



كما أخضعت المادة (1079) أحكام المهاية إلى أحكام عقد الإيجار من حيث أهلية المتهايين وحقوقهم وإلتزاماتهم ما دامت هذه الأحكام لاتتعارض وطبيعة المهاية. إلا أن الملاحظ على ما جاء في نصوص القانون المدني العراقي وجرياً مع نصوص القانون المدني المصري المتعلقة بالمهاية إنها جاءت ضمن النصوص المتعلقة بالقسمة وإزالة الشبوع، مما يعني أن مشرنا قد أعتبر قسمة المهاية طريقاً من طرق إنهاء الشبوع وهو ما لم تصرح به النصوص القانونية وحكمة التشريع منها ومصادرنا التاريخية، فهي لا تعدو أن تكون طريقاً من طرق إدارة المال الشائع أثناء الشبوع، ولهذا كان من الأفضل أن تعالج قسمة المهاية ضمن النصوص المتعلقة بحقوق الملاك في الشبوع بعد المادة (1064) من القانون المدني العراقي. وإذا كان ما يشفع للمشرع المصري أنه بحث قسمة المهاية ضمن القسمة النهائية من أنه جعل لها في بعض الأحيان حكماً شبيهاً بالقسمة النهائية عندما نص في المادة (846) من القانون المدني على تحول قسمة المهاية إلى قسمة نهائية إذا أستمرت خمس عشرة سنة. فان المشرع العراقي لم يشأ الأخذ بها في المادة (1078) من القانون المدني.

وقد ايد القضاء في بعض أحكامه ما ذهب اليه الفقه والتشريع بخصوص إعتبر قسمة المهاية للمال الشائع بأنها طريق للانتفاع بالمال الشائع على الوجه الذي ينسجم وطبيعة هذا المال وهي طريقة لإدارة المال الشائع إدارة معتادة ولاتؤدي إلى إنهاء الشبوع بين الشركاء فيه، ولاتعدو الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لأقتسام منفعة ذلك المال كل منهم بمقدار حصته بما يعني مقايضة إنتفاع كما هو الحال في عقد الإيجار، ويختص كل شريك بهذا الجزء ويستقل بأدارته وإستغلاله ويكون له تأجير الجزء المفرز الذي اختص به إيجاراً نافذاً في حق باقي الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لألتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا اصحاب اغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الأجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في الإيجار. وبالمقابل يلتزم الشريك المؤجر بأن يرد هذا الجزء أو المال الشائع بعد إنتهاء نوبة إنتفاعه ما لم تتغير صفة حيازته من حيازة وقتية الى حيازة بقصد التملك متى ما جابه الشريك شركائه بما يفيد قصده القاطع في التملك⁽¹⁷⁵⁾.

مما تقدم يتبين أن حق الشريك في تأجير المال المشاع كله أو جزءاً مفزراً منه يستند إلى طبيعة المهاية المستندة إلى إتفاق الشركاء أو إلى حكم المحكمة عند عدم الإتفاق عليها، ولهذا فإن موافقة الشركاء أو عدم موافقتهم على هذا الإيجار لا يكون له أثر في نفاذه سواء في مواجهة الطرفين أو في مواجهتهم. ولكن في بعض الأحيان قد يؤجر الشريك المال الشائع كله دون موافقة بقية الشركاء، وكما قلنا أن حكم هذا الإيجار يكون غير نافذ في حقهم، ومن مقتضى عدم النفاذ أن يطلبوا إخراج المستأجر من العين المؤجرة كلها دون إنتظار نتيجة القسمة ولايستطيع المستأجر من حيث الأصل أن يدفع دعوى التخلية التي يقيمها الشركاء إنتظاراً للقسمة وما قد يترتب عليها من إختصاص الشريك المؤجر لهذه العين بعد القسمة. وقد يؤجر الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع دون موافقة الشركاء، ويكون نفاذ هذا الإيجار معلقاً على شرط حصول



القسمة بين الشركاء ووفوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر وكذلك لو أجز الشريك حصته الشائعة ، فعلى الرغم من أن هذا الإيجار يكون صحيحاً وناقداً على أساس من صدوره من مالك إلا أنه يتعذر تسليم هذه الحصاة الى المستأجر لكي ينتفع بها حتى تتم القسمة ومن ثم لا يكون للمستأجر أكثر مما للشريك المؤجر، وبالمقابل فإن المستأجر من الشريك متى كان حسن النية أي يعتقد أن المال المشاع كان مملوكاً للمؤجر على وجه الإستقلال فإن بوسعه إن لم يطلب نقض الإيجار بسبب الغلط أن ينتظر حتى وقوع القسمة ، هذا ما قال به الفقهاء والمراد من كلامهم هنا هي القسمة النهائية التي ترد على رقية المال الشائع وليس على منفعة⁽¹⁷⁶⁾، وإن كان من الممكن توحيد الحكم في تأجير الشريك لكل المال الشائع أو لجزء منه من حيث نفاذه في حق الشركاء إنتظاراً لنتيجة القسمة .

والمواقع أن السبب في إنتظار نتيجة القسمة للقول بنفاذ الإيجار الصادر من الشريك مثلما ذكرنا إنما يرتبط بطبيعة القسمة من حيث كونها ناقلة للملكية أم كاشفة لها. وإذا كان جانب من الفقه الإسلامي قد عرف القسمة بأنها إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض ، فإن معنى ذلك أن طبيعة القسمة تتحدد بكونها كاشفة للحق من جهة وناقلة له من جهة أخرى. فالقسمة هي مبادلة وإفراز⁽¹⁷⁷⁾ . فقسمة المال تتضمن المبادلة والإفراز ، والمبادلة أن يأخذ كل شريك بعض ما كان لغيره من الشركاء في المال المشترك نظير ما أخذوه من ملكه في هذا المال والإفراز أن يأخذ كل شريك بعض حقه عيناً . فالقسمة ناقلة بما يزيد عن حصاة الشريك في الجزء الذي أختص به ، فكل شريك ينقل الى غيره ما كان له في الجزء الذي أختص به هذا الغير وذلك في مقابل أن ينقل له غيره ما كان لهذا الغير في الجزء الذي أختص به هو نفسه ، وهي كاشفة بالنسبة لما كان للشريك من حق في الجزء الذي أختص به ، فيبقى في ملكه مفرزاً عن حقوق الآخرين⁽¹⁷⁸⁾ .

ومع التسليم بهذا الأثر المزدوج للقسمة في الفقه الإسلامي وترجيح أحدهما على الآخر أحياناً إلا أن هذا الموضوع شغل بال فقهاء القانون المدني قديماً وحديثاً ، ورغم أنهم رجحوا الأثر الكاشف للقسمة لمقتضيات عملية بحتة ولمعالجة ما ينشأ من الشبوع من مشاكل لاتجد حلاً إلا باتباع هذا الحل ، إلا أنهم أقرروا بأن للقسمة أثر مزدوج بطبيعتها ، فبعد تقسيم المال المشترك يصبح الشريك مالكاً للنصيب المفرز له رغم أن هذا النصيب قبل القسمة وأثناء الشبوع كان ملكاً للشريكين ، فالإفراز ثبت للشريك ملكيته في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابته قبل القسمة وتنقل اليه ملكية شريكه الثابته قبل القسمة في النصف الآخر ، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب ، وأثر ناقل في النصف الآخر ، ويكون للقسمة اذن بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل . ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، فيجب تغليب أحدهما على الآخر في جميع المواضع التي يحسن فيها من الناحية العملية تغليب هذا الأثر⁽¹⁷⁹⁾. وقد كرست نصوص القانون المدني المقتضيات العملية التي أسندت تغليب الأثر الكاشف على الأثر الناقل ، فجاءت المادة (843) من القانون المدني



المصري بعبارات واضحة تفيد هذا المعنى عندما نصت (يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشبوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص)⁽¹⁸⁰⁾. ونصت المادة (1075) من القانون المدني العراقي (ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائماً مالكا للحصة المفترزة التي آلت اليه وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص). والملاحظ على النص العراقي أن القسمة فيه معنى الإفراز ومعنى المبادلة ، وهذا التصوير للقسمة موروث من الفقه الاسلامي ، أما القانون المدني المصري فقد أخذ بالتصوير الفرنسي الذي تعتبر فيه القسمة كاشفة من جميع الوجوه. ولهذا فان المشرع العراقي الذي قضى بأن القسمة إفراز ومبادلة وحسب رأي جانب من الفقه هو أصدق نظراً وأقرب الى المنطق من التشريعات الأخرى التي أخذت بالصفة الكاشفة للقسمة⁽¹⁸¹⁾.

ولم تكن تلك الإعتبارات العملية بعيدة عن أحكام المحاكم التي أعتبرت قسمة المال الشائع مفترزة أو كاشفة للحق لها اثر رجعي ، فيعد المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك من الشبوع وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشبوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفترز الذي خصص له في القسمة مظهراً من هذه الحقوق بوصفها كاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها⁽¹⁸²⁾. ويبدو أن التمسك بهذا الأثر المزدوج أو الأثر الكاشف للقسمة هو الذي دفع فقهاء القانون المدني الى تعليق نفاذ تأجير الشريك لكل المال أو لجزء مفترز منه دون موافقتهم على نتيجة القسمة ، فأذا أنتظر الشركاء نتيجة القسمة بالفعل ووقع المال الشائع أو الجزء المؤجر في نصيب الشريك المؤجر أصبح الإيجار نافذاً بحكم الأثر الكاشف للقسمة . أما إذا وقع في نصيب الشريك مال شائع آخر أو جزء مفترز آخر في نصيب الشريك المؤجر ، فإن الراي في مصر أنقسم الى إتجاهين ، حيث ذهب إتجاه إلى أنه في حالة وقوع جزء آخر في نصيب الشريك المؤجر ، فإن حق الإيجار ينتقل اليه بحكم الحلول العيني المقرر في التصرف في جزء مفترز من المال الشائع وفقاً للمادة (2/826) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (إذا كان التصرف منصباً على جزء مفترز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف أنتقل حق التصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة) .

وأستعان هذا الإتجاه بالقياس من خلال القول بأن هذا النص ينطبق على التصرفات الناقلة للملكية أو تلك التي تقرر حقاً عينياً ، فانه يجب تطبيقه من باب أولى بصدد أي عمل من أعمال الإدارة والمتمثل هنا في إبرام عقد ايجار وتطبيق ذلك أنه يجب تفسير لفظ التصرف الوارد في المادة المذكورة تفسيراً واسعاً يشمل جميع الأعمال القانونية التي تصدر عن المالك على الشبوع. كما أن الأخذ بهذا الراي هو الأيسر من الناحية العملية لأنه يؤدي إلى إستقرار معاملة نشأت صحيحة بين أطرافها (183). ومقتضى هذا الراي أن الإيجار ينتقل إلى الجزء الآخر الذي وقع في نصيب الشريك المؤجر بحكم الحلول العيني . بينما ذهب إتجاه آخر الى أن نص المادة (2/826) يتحدث عن الحلول العيني الذي بمقتضاه يتم تصحيح التصرفات القانونية الصادرة من أحد الشركاء قبل القسمة ، ولم يتناول أعمال الإدارة التي تصدر من الشريك قبل القسمة ولهذا



لايسري على الإجارة الصادرة من الشريك قبل القسمة إذا أوقعت القسمة في نصيبه جزءً آخر غير الذي أجره . ومقتضى هذا الرأي إذا لم يقع في نصيب الشريك المؤجر الجزء المفروز الذي أجره قبل القسمة فإن الإيجار لاينتج أثره ، ويبقى للمستأجر حق الرجوع على الشريك المؤجر⁽¹⁸⁴⁾. ولم يتعرض الفقه في العراق لهذه المسألة كما لا يوجد نص في قانوننا المدني يقابل نص المادة (2/826) من القانون المدني المصري فيما لو تم الإتفاق مع الرأي الأول السابق الذكر. ومع ذلك فإن جانب من الفقه عندنا ذهب إلى عدم جواز الأخذ بنظرية الحل العيني فيما لو تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع قبل القسمة ووقع في نصيبه جزءً آخر بعد القسمة إستناداً إلى أن المادة (1062) من القانون المدني العراقي أشرت في فقرتها الثانية لكي يكون لتصرف الشريك في جزء من المال الشائع نافذاً أن يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك⁽¹⁸⁵⁾. وهذا يعني أن فقهاء القانون المدني العراقي لا يسلمون بما ذهب اليه الفقهاء في مصر جملة وتفصيلاً فإن كانوا لا يسلمون بأنتقال الجزء الذي تصرف به الشريك تصرفاً ناقلاً للملكية قبل القسمة إلى الجزء الذي آل اليه بعد القسمة فإن معنى كلامهم أن هذا الحل لاينطبق على الإيجار من باب أولى . وإذا تعذرت القسمة وبيع المال الشائع بالمزاد العلني ورسا المزاد على الشريك المؤجر نفذ الإيجار في كل المال طبقاً للأثر الكاشف للقسمة ، أما إذا رسا المزاد على شريك آخر فإن الإيجار لا ينفذ في حقه ويكون له حق إسترداد المأجور من تحت يد المستأجر ، وإذا رسا المزاد على شخص أجنبي عن الشركاء فإن حكم مرسي المزاد يكون بمثابة بيع لمن رست عليه المزايدة ويلتزم بأحترام عقود الإيجار الصادرة من سلفها مادام العقود ثابتة التاريخ وسابقة على البيع . ومع ذلك يستطيع الراسي عليه المزاد أخراج المستأجر من المأجور ولا يبقى أمام المستأجر سوى حق الرجوع على الشريك المؤجر⁽¹⁸⁶⁾. وأقر القضاء المصري الحق للشريك في أن يؤجر المال المشاع متى كان يملك أكثر من نصف الأنصبة بعد أن أكد على أن حق التأجير هذا يثبت للأغلبية⁽¹⁸⁷⁾.

الخاتمة .

بعد أن أوضحنا من خلال هذا البحث سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع من حيث الماهية والأحكام مبينين حالات التأجير المستندة الى طبيعة حق الشريك في الملكية الشائعة وموقف الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون المدني منها ، والمعالجة التشريعية المتمثلة بالنصوص الواردة في القوانين المدنية وبعض القوانين الخاصة وما توصلت اليه أحكام القضاء من مبادئ بغية الوصول الى الحلول الناجعة لسلطة الشريك ، وكان لزاماً علينا ونحن في نهاية مطاف بحثنا أن نوجز أهم النتائج والتوصيات التي تمخضت عنه وعلى النحو الآتي .

أولاً // النتائج .

1- لقد عنى الفقهاء المسلمون بموضوع الشيوخ من خلال عقد الشركة عناية فائقة ، فعندهم أن الشركة هي حدوث الملكية لأكثر من شخص واحد على مملوك واحد وعلى نحو الأشاعة ، ونظر هؤلاء إلى المشاركة نظرة تمتزج بها العلاقة الإنسانية والإقتصادية ، فهي إختبار للمؤمن في



أخلاقه ودينه من جهة ، ومسؤولية لكل واحد من الشركاء تجاه شركائه الآخرين في صيانة المال المشترك وعدم الاعتداء على حقوقهم من جهة أخرى ، فضلاً عن تنظيم أحكامها .

2- إذا كان تأجير المال الشائع الصادر من قبل جميع الشركاء هو الأصل بالنظر لكون هذا التأجير من أعمال الإدارة المعتادة ، وإذا كان لهذا الإجماع له ما يسوغه إستناداً إلى الطبيعة القانونية للشيوخ المتجسدة في تساوي حقوق الشركاء وتمائلها رغم إختلاف حصصهم ، ولكون أن أغلب حالات الشيوخ تكون أسبابها غير إرادية كالميراث ، ولذلك فليس من العدل أن تخضع إرادة أي شريك لإرادة غيره من الملاك المشتاعين ، إلا أنه ليس من السهولة بمكان الوصول إلى هذا الإجماع بسبب تعدد رغبات الشركاء وإنتفاء حسن نية بعضهم ، فقد يتعذر إجتماعهم فضلاً عن تعذر إجتماعهم ، ولهذا حاولت النصوص القانونية أن تواجه العقبات العملية التي قد تحول دون حسن إستغلال المال الشائع من خلال الإقرار بسلطة الأغلبية وما تستقر عليه من أعمال الإدارة المعتادة الذي يكون ملزماً للجميع حتى الأقلية التي تخالف القرار سواء كانت الأغلبية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة أو القدر الأكبر من الحصص . وهذه الأغلبية قد تتحقق في شريك واحد فقط وبالتالي يحق له تأجير المال المشاع .

3- رغم إختلاف فقهاء القانون المدني حول طبيعة حق الشريك في الشيوخ إلا أن الرأي الذي رجحناه هو إعتبار هذا الحق بأنه حق ملكية من نوع خاص في جميع الحالات التي يتبين فيها أن خصائص هذا الحق لا تتفق مع خصائص أي حق معروف آخر . فهذا التكييف الأخير لا يسلب صفات وميزات هذا الحق عن الشريك ولكن يخضعه لتنظيم قانوني يتناسب مع طبيعة الشيوخ ومضمون حق الشريك ، فأيجار المال الشائع من قبل أحد الشركاء لن يتحقق إلا بأشتراك إرادة هذا الشريك مع إرادة الشركاء الآخرين وهو ما أقره أصحاب الرأي القائل بأن حق الشريك هو حق ملكية بالمعنى الدقيق .

4- لم يتفق الفقهاء المسلمون على مشروعية حق التأجير سواء كان هذا التأجير لشريك أو لأجنبي ، وسبب ذلك هو الأختلاف في مدى إمكانية إستيفاء المنفعة من تأجير الحصة الشائعة وكونها مقدورة التسليم وكون الأيجار بيع للمنفعة من عدمه . فأشترط جانب من فقهاء الحنفية لصحة عقد الأيجار في المعقود عليه وهو المنفعة أن تكون معلومة علماً يمنع من المنازعة فجهالة المنفعة تؤدي إلى المنازعة التي تمنع التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد ولهذا لا تجوز الأجارة للمال المشاع مطلقاً لشريك أو لغير شريك . وفي مقابل ذلك ذهب جانب آخر من فقهاء الحنفية مع رأي الجمهور بأنه يجوز تأجير الحصة الشائعة للشريك إلى شريك آخر أو إلى أجنبي سواء كان المال المشاع قابلاً للقسمة أم لا ، لأن الأيجار هو حكم بيع المنافع فالأيجار نوع من التمليك فيجوز كالبيع ، والتسليم يتحقق بالتخلية أو بالتهايؤ كما يجوز ذلك في البيع ، وإن أدلة عموم الأجارة تسمح بذلك ، وأن الشركة والأشاعة لا يصلحان للمنع لعدم المنافاة إلا أن ذلك كله مرهون بأذن الشركاء الآخرين لكي يرتب هذا العقد آثاره لأن المال مشترك ويجب الحصول على إذنهم في إجراء مثل هذا التصرف .



5- قد يؤجر الشريك ما زاد عن حصته الشائعة دون أن يكون مالكا للأغلبية ، فمثل هذا الإيجار لا يعقد الا بأذن شركائه الآخرين بحيث يكون الشريك المؤجر بمنزلة الوكيل عنهم. إلا أن الفقهاء المسلمين أشتراطوا في هذه الوكالة أن تكون صريحة عن طريق اللفظ وذلك لخشية إنتفاع أحد الشركاء بالمال أكثر من الآخر ، فالأموال محرمة على غير أربابها إلا إذا كان ذلك بطيب أنفسهم ولهذا فالوكالة الضمنية لا تصلح لأبرام عقد الإيجار من قبل الشريك نيابة عن الشركاء الآخرين وهو ما لم يشترطه فقهاء القانون المدني ولم تمنعه نصوص القانون وأيدته أحكام القضاء. فالوكالة الضمنية قد تكون هي الصورة الغالبة والراجحة في إدارة المال الشائع إدارة معتادة. وهذه الوكالة الضمنية تنقرر للشريك أيأ كان مقدار حصته وبها يستطيع تأجير كل المال الشائع أو جزء منه. وهي تتعقد بين الشركاء على الشيوع ، فالوكيل الضمني هو أحد الشركاء والموكل هم الشركاء الآخرون في المال الشائع نفسه . أما تحقيقها فيتم عند قيام أحد الشركاء بتأجير المال دون إعتراض من بقية الشركاء الآخرين . وفي الغالب أن يكون متطوعاً ويقوم بالعمل من تلقاء نفسه وقد لا يحصل على أجر على عمله .

6- أتفق الفقه الإسلامي والمدني على إعتبار الشريك الذي يؤجر المال الشائع كله أو أي جزء مفرز منه أو ما زاد عن حصته دون موافقة بقية الشركاء بحكم الغاصب إستناداً إلى أن كل واحد من الشركاء أجنبي عن حصص بقية الشركاء الآخرين . ولأن صحة التصرف تتوقف على الملكية أو الوكالة وليس للشريك المؤجر شئ من ذلك . وإن كان فقهاء القانون المدني المتأثرين برأي مجلة الأحكام العدلية ذهبوا إلى أن هذا التصرف فيما زاد عن حصة الشريك يكون موقوفاً على إجارة بقية الشركاء وإن أثار هذا الإيجار تترتب بين الشريك المؤجر والمستأجر دون أن تتعدى إلى بقية الشركاء الآخرين .

7- أن المتتبع لأحكام المادة (2/1063) من القانون المدني يرى أن المشرع العراقي قد ميز بين أمرين بصدد إلتزام الشريك بدفع حصص الشركاء الآخرين من الأجرة . الأول هو ألتزام الشريك بالأجر المسمى إن كان قد أستأجر المال الشائع لنفسه . والثاني هو ألتزام الشريك بدفع الأجر المسمى إن أجر المال إلى الغير وكان يزيد عن أجر المثل . أما إذا كان الإيجار بقدر أجر المثل أو أقل منه فهنا يلزم الشريك بدفع أجرة المثل إلى الشركاء الآخرين لعدم الإضرار بهم .

ثانياً // التوصيات .

1- الدعوة إلى تخصيص الفقرة الأولى من المادة (1064) من القانون المدني العراقي لصلاحيية الأغلبية في إدارة المال الشائع إدارة معتادة سواء في تحديد معنى الأغلبية وقوة إلتزام قراراتها للجميع حتى للأقلية التي خالفت القرار وقدرة الأغلبية في إختيار مدير لإدارة المال المشاع بعد أن تحدد سلطاته . لأن الوضع الراهن للنص فيه تداخل لحق الأغلبية المشار إليه وسلطة المحكمة التي لها أن تتخذ ما تقتضيه الضرورة لتسهيل إدارة المال المشاع وإستغلاله . فيمكن ان تحدد الفقرة الأولى لسلاطة الأغلبية وتختص الفقرة الثانية لسلاطة المحكمة وصولاً إلى تنظيم تشريعي واضح لهذه الإدارة .



2- من الضروري إعطاء دور وسلطة للمحكمة بشكل أوسع مما هو مقرر في المادة (2/1064) بحيث تشمل التدابير التي تقتضيها المصلحة المشتركة للشركاء فضلاً عن التدابير الضرورية ، لأن مثل هذا التضييق لسلطة المحكمة بعد عجز الأغلبية عن تحديد طريقة إدارة المال المشاع لا مبرر له ، ومن شأن العمل به أن يؤدي إلى تعطيل إدارة المال في أحيان كثيرة لا تتوافر فيها الأغلبية ، الأمر الذي يدفع إلى حصول خلاف بين الشركاء حول طريقة الإدارة أو يدفع بعضهم إلى طلب القسمة والخروج من الشبوع وهو ما لا ينسجم مع القواعد التي وضعها المشرع لتنظيم الملكية الشائعة .

3- بما أن قسمة المهايأة هي طريقة من طرق الإنتفاع بالمال الشائع فإنه من الأفضل أن توضع أحكامها ضمن النصوص القانونية التي عالجت حقوق الملاك على الشبوع ، أي بعد المادة (1064) من القانون المدني العراقي . ذلك لأن المشرع العراقي وجرياً مع المشرع المصري أعالج قسمة المهايأة ضمن النصوص المتعلقة بالقسمة وإزالة الشبوع . مما يعني أن مشرعنا قد اعتبرها من طرق إنهاء الشبوع . وإذا كان ما يشفع للمشرع المصري هذا السلوك إنه أعتبر قسمة المهايأة قسمة نهائية لو أستمرت مدة خمسة عشر سنة إلا أن المشرع العراقي لم يشأ الأخذ بذلك الحكم وهذا معناه أنها لا يمكن ان تتحول الى قسمة نهائية أبداً .

4- لأجل وضع تنظيم قانوني لسلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع ضمن المجموعة المدنية أو الأيجارية وعلى النحو الذي يعترف به للشريك بهذا الحق . فإنه من اللازم وضع الحلول العملية لتأجير الشريك لحصته الشائعة . إذ أقتصرت النصوص القانونية على بيان الجانب النظري التأسيسي لهذا الحق دون أن تهتم بوضع الخطوات العملية لتحقيق ذلك التأسيس على ارض الواقع . وهذا أمر يكتنفه الغموض ويعتريه اللبس حول كيفية تطبيقه .

5- الدعوة إلى إعطاء القضاء سلطة أوسع في فهم الوقائع وإعطاء الحكم المناسب بعد التحرر جزئياً من رقابة محكمة التمييز لكي يكون لهذا القضاء الموقف الذي يعكس الجانب العملي في تأجير الشريك للمال الشائع خصوصاً أن الملكية الشائعة تثير الكثير من المشكلات العملية التي لا تجد سوى القضاء الذي يوفر لها الحلول القانونية من خلال تطويع النصوص القانونية وتوسيع تطبيقها وفهمها بشكل يساير حقائق الواقع بعد أن عكست حقيقة المشرع وإرادته .

الهوامش .

- 1- سليمان بن محمد بن عمر ، حاشية البيجرمي ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2000، ص3.
- 2- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة ، بيروت ، 2000 ، ص90.
- 3- محمد جواد الحسيني العاملية ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، الجزء (20) ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، 1428هـ ، ص310.



4- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، الجزء الخامس ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، دون ذكر سنة الطبع ، ص3. وإلى جانب شركة الملك توجد أنواع أخرى للشركات تسمى بشركات العقود أو شركات المكاسب ، وهذه الأخيره على ضروب متعددة منها شركة الوجوه والأبدان والعنان والمفاوضة . وهذه الأنواع مختلف في إجازة بعضها دون الآخر وإن كان أغلب الفقهاء قد جوزا شركة العنان دون الأخرى. وثبتت الشركة بالكتاب كقوله تعالى (فان لله خمس) (الأنفال/41) وفي السنة قول الرسول الكريم (ص)(يد الله مع الشريكين) والأجماع . راجع في ذلك ، أحمد بن يحيى المرتضى . البحر الزخار . الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، الطبعة الاولى ، المجلد الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2001، ص138. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم ، الجزء (3) ، الطبعة الأولى ، بيروت، 2002، ص243.

5- سليم رستم باز، شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، 1998، ص515، 62.

6- البحر الزخار ، المجلد الخامس ، المصدر السابق ، ص45. مفتاح الكرامة ، الجزء (19) ، المصدر السابق ، ص219، حاشية البيجرمي ، المجلد الثالث ، المصدر السابق ، ص169. وهي ثابتة بالكتاب لقوله تعالى (فأتوهن أجورهن) (النساء/24) وقوله تعالى (على أن تأجرني) (القصص/27) وفي السنة قول الرسول الكريم (ص) (أوف الأجير أجره) وقوله (ص) (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) والاجماع إذ أجر الأمام علي (ع) نفسه لسقي الماء ، وأجمع أهل العلم في كل عصر وفي كل مصر على جواز الإجارة المعقود المستوفي بالعقد وذلك هو المنافع. المغني ، الجزء (5) ، المصدر السابق ، ص432. الأم ، الجزء (4) ، المصدر السابق ، ص25. البحر الزخار ، المصدر السابق ، ص45، بدائع الصنائع ، الجزء الرابع ، المصدر السابق ، ص265.

7- علي محمد علي دروبي ، شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص147.

8- د.أيمن سعد عبد المجيد ، سلطات المالك على الشيوخ في إستعمال المال الشائع وإستغلاله دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص180.

9- من ذلك مثلاً أنظر ما جاء في بعض نصوص الفقه الإسلامي (يجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه وهبته..... ولايجوز التصرف في المشاع بغير إذن الشريك الآخر ...) . عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، المجلد(19) ، الطبعة الثانية مطبعة كوثر، 1425 هـ ق، 1382 هـ ش، ص91. وكذلك أنظر ماورد في مجلة الأحكام العدلية ، سليم رستم باز، المصدر السابق، ص207.

10- د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ، مصادرها . الإسكندرية ، 2002 ، ص113. د. فايز أحمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007، ص109.



- 11- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991 ، ص 1071 فقرة ، 490. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، 1961 ، ص 125.
- 12- د. ايمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص 185. فقرة (214) .
- 13- أنظر كذلك المادة (820) من القانون المدني الكويتي (موافق) والمادة (1/1033) من القانون المدني الاردني (مطابق) .
- 14- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، دون ذكر مكان وسنة الطبع ، ص 73، فقرة (69).
- 15- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السادس ، العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء (الإيجار) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 79، فقرة 52.
- 16- د. فايز أحمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص 113. د. أحمد عبد العال أبو قرين ، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1999 ص 164.
- 17- CIV. 25 juin. 1971
- أشار اليه د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص 185 .
- وأيضاً نقض مدني مصري ، جلسة 1988/12/15. أنور طلبية ، المطول في شرح القانون المدني، الجزء (11) ، الطبعة الثانية ، المكتب الجامعي الحديث ، بيروت ، 2006 ، ص 413 .
- قرار محكمة التمييز العراقية ا 977/حقوقية رابعة /1970 في 1970/7/27 ، النشرة القضائية . يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق ، س 1، ع 3، أيار ، 1971 ، ص 136.
- 18- نقض مدني مصري ، جلسة ، 1984/5/28 ، عبد المنعم حسني المحامي ، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام 1931 وحتى عام 2005 ، الأصدار الثاني ، الجزء (13) ، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة ، 2006 ، ص 128.
- 19- نقض مدني مصري في 1981/1/17 ، المصدر نفسه ، ص 122.
- 20- نقض مدني مصري في 1989/6/22. أنور طلبية ، المطول ، المصدر السابق ، ص 416.
- 21- نقض مدني مصري في 1969/11/18 ، المصدر نفسه ، ص 432.
- 22- د. ايمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص 186.
- 23- د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، دار الفضلة للطباعة ، 1997 ، ص 100.
- 24- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثامن ، المصدر السابق ، ص 1072، فقرة . 490. د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص 123.



- 25- أنظر تفصيل هذا الرأي والانتقادات الموجهة اليه ، على محمد دروي ، المصدر السابق ص159.
- 26- د. رمضان أبو السعود ، العقود المسماة ، عقد الإيجار ، الأحكام العامة في الإيجار منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص120-121.
- 27- أنظر تفصيل هذه الآراء ، د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص230.
- 28- علي محمد علي دروي ، المصدر السابق ، ص146.
- 29- د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص121.
- 30- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء السادس ، المصدر السابق ، ص82، فقرة 52.
- 31- انور طلبة ، المطول ، الجزء (11) ، المصدر السابق ، ص413.
- 32- د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص122.
- 33- نقض مدني مصري جلسة . 1990/5/23 ، أشار اليه د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق، ص231.
- 34- نقض مدني مصري ، جلسة 1992/7/30. الموسوعة الماسية ، الجزء (13)، المصدر السابق، ص143. وأنظر المزيد من أحكام محكمة النقض المصرية في هذا الموضوع من ص110- ص157. وأيضاً أنظر قرار محكمة التمييز اللبنانية ، الغرفة الخامسة رقم 219 في 10 شباط 1998، وقرارها رقم 135 في 16 تشرين الأول 2001، أشار اليهما على محمد علي دروي المصدر السابق ، ص146.
- 35- قرار محكمة التمييز 232/ مدنية أولى / 1974 في 1974/11/8، النشرة القضائية المصدر السابق ، ع4، س5، 1974، ص51.
- 36- قرار محكمة التمييز 997/حقوقية رابعة /1970 في 1970/7/17، النشرة القضائية المصدر السابق ، ع3، س1، آيار ، 1971 ، ص136.
- 37- رقم القرار 730 في 2008/4/7، علاء صبري التميمي ،المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، بغداد ، 2009 ، ص271-272 .
- 38- د. محمد علي محمد قيس ، ملكية البناء المتعدد الملاك ، دراسة مقارنة بين القانون المدني اليمني والقانون المدني المصري والفقهاء الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ص111.
- 39- مفتاح الكرامة ، الجزء (20) المصدر السابق ، ص310. المغني ، الجزء (5) ، المصدر السابق، ص3.
- 40- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص35. وأنظر تأييد لذلك ، البدائع ، الجزء (6)،المصدر السابق ، ص91، حاشية البيجرمي ، المجلد الثالث ، المصدر السابق ، ص4.



- وكذلك ماورد في مجلة الأحكام العدلية من المادة 1069-1090 في عقد الشركة بسليم رستم باز ،المصدر السابق، ص517-526.
- 41- د. محمد علي محمد قيس ، المصدر السابق ، ص112.
- 42- محمد أمين زين الدين ، كلمة التقوى ، الجزء الرابع ، بدون مكان وسنة الطبع، ص523.
- 43- البدائع ، الجزء (6) ، المصدر السابق ، ص91. وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية ، الجزء (9)، ايران ، 1383هـ، ص92. مفتاح الكرامة ، الجزء (20) ، المصدر السابق ، ص346. وهو يقول (والوجه الظاهر لا يصح التصرف في مال الغير بغير إذنه).
- 44- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص35.
- 45- المصدر نفسه ، ص28.
- 46- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (8) ، المصدر السابق ، ص1049، فقرة (485). د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص132.
- 47- د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص113. د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ، ص95.
- 48- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (8)، المصدر السابق ، ص1051-1052، فقرة (485). د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص129. د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق، ص111.
- 49- د. منصور مصطفى منصور ، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، ع1، ص6، 1964، ص91-100.
- 50- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص31. د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص104.
- 51- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص129. د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق، ص94.
- 52- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص31-34.
- 53- د. فايز أحمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص107.
- 54- د. منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص96.
- 55- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1982، ص161، فقرة (111) .
- 56- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (8) ، المصدر السابق ، ص105، فقرة 485. د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص129.
- 57- نقلاً عن د. فايز أحمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص107.
- 58- نقض مدني مصري جلسة 1940/3/7 وجلسة 1986/2/23، أشار اليهما أنور طلبية ، المطول، الجزء السابع ، المصدر السابق ، ص93 و107. وقرار محكمة التمييز الاتحادية



- العراقية ، رقم 581 في 2007 /3/28 ،الذي جاء فيه (كل شريك في الشروع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً) ، المجموعة المدنية ، المصدر السابق ، 319.
- 59- نقض مدني جلسة 1979/2/7 ، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص120.
- 60- قرار محكمة التمييز العراقية 890 /حقوقية ثالثة /1970 في 1970/7/26 ، النشرة القضائية ، س1، ع3، أيار ،1971، ص125-126.
- 61- البدائع ، الجزء (4) ، المصدر السابق ، ص264-265.
- 62- محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، الجزء (9) ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 2003، ص186.
- 63- د. وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء (5) ، العقود ، الطبعة الثامنة ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، 2005، ص3814. وذهب الى هذا الرأي أيضاً من الحنفية الفقيه زفر ، وكذلك رأي في الحنابلة. أنظر تفصيل ذلك ، الموسوعة الفقهية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، الكويت، 1999، ص263.
- 64- إبراهيم بن محمد الحلبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 2001 ، ص420.
- 65- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المجلد الخامس ، الطبعة الثانية ، بيروت ، 1424هـ، ص146. د. وهبة الزحيلي ، المصدر السابق ، ص. 3815.
- 66- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، الجزء (15) ، الطبعة الأولى ، دار الفكر، بيروت ، 1996 ، ص319. محمد بن علي الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، الجزء الثالث ، القاهرة ، 1994، ص193. مفتاح الكرامة ، الجزء(19)، المصدر السابق ، ص260.
- 67- د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص130، د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص249.
- 68- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (8) ، المصدر السابق ، ص1087-1088 ، فقرة 493. د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص153.
- 69- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص237.
- 70- د. السنهوري، الوسيط ، الجزء (6)، المصدر السابق ، ص87، فقرة، 52.
- 71- أشار اليه د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص143.
- 72- أنظر كذلك ، المادة (1/835) من القانون المدني الليبي . والمادة (1/781) مدني سوري . والمادة (1/819) مدني كويتي والمادة (1/1031) مدني أردني . والمادة (837) موجبات وعقود لبناني د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (8) ، ص1053-1054 ، فقرة ، (486) .
- 73- د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص68 ، فقرة (64).



74- أنظر في القضاء الفرنسي .

civ. // mai 1982 .

civ.30 avril , 1969 .

أشار اليهما د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص240 . وفي القضاء المصري أنظر،

نقض مدني جلسة 1977/12/31، الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، ص121.

75- نقض مدني ، جلسة 1981/6/20، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص125-126.

76- نقض مدني ، جلسة 1950/10/26، أشار اليه د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص429. وأيضا حكم محكمة بداءة لبنان ، 49 في 1974/2/4. اشار اليه علي محمد علي دروي ، المصدر السابق ، ص156.

77- نقض مدني مصري ، جلسة 1970/6/9، أشار اليه أنور طلبه ، المطول ، الجزء (7) ، المصدر السابق ، ص100.

78- قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 142/ مدنية ثالثة عقار / 71 في 1971/10/6، النشرة القضائية ، المصدر السابق ، ع4، س6، ايلول، 1973، ص65.

79- البدائع ، الجزء (6) ، المصدر السابق ، ص99. الجواهر الفخرية ، الجزء(9)، المصدر السابق ، ص22.

80- كلمة التقوى ، المصدر السابق، ص523. وأنظر ماجاء في المادة (1075) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها (كل من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة سائرهم ولايجوز له من ثم أن يتصرف في حصة شريكه بدون إذنه.....)، سليم رستم باز، المصدر السابق، ص519.

81- د. نبيل إبراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص113. د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص230-234.

82- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (6) ، المصدر السابق ، ص81، فقرة، 52.

83- د. رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص123، د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص72.

84- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص158.

85- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص89-90.

86- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (8)، المصدر السابق ، ص1098، فقرة ، 498.

87- د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص125.

88- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص267.

89- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء (8)، المصدر السابق ، ص1094، فقرة ، 496.

90- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص56. د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق، ص268-277.



- 91- د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص125.
- 92- د. السنهوري ، الوسيط ، جزء(8) ، المصدر السابق ، ص1066، فقرة ، 498.
- 93- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص267.
- 94- نقض مدني فرنسي في 1990/10/17، ونقض مدني فرنسي ، في 1988/2/9، ولمزيد من الأحكام حول هذا الموضوع راجع ، د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص275-276.
- 95- نقض مدني مصري ، جلسة 1990/5/23. د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص90، هامش (1) وأيضاً حكم محكمة التمييز اللبنانية الذي ذهبت فيه إلى أن حق المدعي الذي يملك أكثر من ثلاثة أرباع السهام طلب إدارة المال المشترك . جلسة 1969/3/31. أشار إليه د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص67.
- 96- نقض مدني جلسة 2004/5/24، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص155.
- 97- نقض مدني جلسة 1988/11/15، أنور طلبية، المطول ، الجزء (11) ، المصدر السابق ، ص216. وكذلك جلسة 1992/11/11، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص145.
- 98- نقض مدني ، جلسة 1982/6/6 و جلسة 1985/12/9، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص127، ص139.
- 99- نقض مدني ، جلسة 1989/6/22، أشار إليه د. رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص124، هامش (1) .
- 100- قرار محكمة التمييز الأتحادية رقم 860 / حقوقية ثالثة / 1970 في 1970/7/26، النشرة القضائية، س1، ع3، ايار ، 1971، ص125-126.
- 101- قرار محكمة التمييز الأتحادية 431 في 2007/2/27. المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الأتحادية ، المصدر السابق ، ص220.
- 102- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، الجزء(8) ، دار الفكر ، بيروت، 2003، ص68. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي ، روضة الطالبين ، المجلد الثالث ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2008، ص515. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار ، الجزء (6)، دار الفكر، بيروت، 2001، ص117. وفي مقابل ذلك يشير أحد شراح مجلة الأحكام العدلية بصدد المادة (1071) منها بأن الأذن نوعان صريح ودلالة ، فالأول يتصرف الشريك بمقتضاه بحصة شريكه سواء كان التصرف نافعاً أم ضاراً أما في الثاني فأنما يتصرف بها على ما هو معروف ومعتاد وليس له أن يتصرف تصرفاً يضر بالشريك . سليم رستم باز ، المصدر السابق، ص518.
- 103- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (8) ، ص1093، فقرة ، 495 ، د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص68.
- 104- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص92-93.



- 105- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص 200-205. علي محمد علي دروي ، المصدر السابق ، ص 148. د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ، ص 105. د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص 125.
- 106- أنظر تفصيل ذلك ، د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص 191-193.
- 107- د. فايز أحمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص 112. د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص 92.
- 108- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص 201.
- 109- المادة (783) مدني سوري (مطابق) . المادة (837) مدني ليبي (مطابق). المادة (2/133) مدني أردني (مطابق). المادة (123) مدني كويتي (موافق) .
- 110- راجع تفصيل هذه الأحكام د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص 201-202.
- 111- أنظر حكم محكمة النقض المصرية ، جلسة 1988/12/15 ، انور طلبية، المطول ، الجزء (11)، المصدر السابق ، ص 416، وكذلك جلسة 2005/2/22 ، المجموعة الماسية ، المصدر السابق، ص 156.
- 112- حكم محكمة النقض المصرية ، جلسة 1972 /4/16 ، حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الجزء (9) ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1982. ص 246.
- 113- حكمها في 1981/1/17 ، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص 123.
- 114- حكم محكمة النقض المصرية ، جلسة 1981/6/20 ، المصدر نفسه ، ص 126.
- 115- حكم محكمة النقض المصرية ، جلسة 1984 /5/2 ، أشار اليه د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (8) ، ص 1094 ، هامش (1).
- 116- نقض مدني مصري ، جلسة ، 1983/6/12 ، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص 127.
- 117- قرار محكمة التمييز الأتحادية 922 في 2008/4/27 المجموعة المدنية ، المصدر السابق ص 271. وكذلك قرارها 11754 / الهيئة المدنية عقار / 2010 في 2010/9/14 (غير منشور).
- 118- أنظر قرارها 2320 / مدنية أولى / 1974 في 1974/11/8 ، النشرة القضائية ع4، س1974، ص 51.
- 119- أنظر قرارها ، 142 / مدنية ثلاثة عقار / 71 في 1971/10/16 ، النشرة القضائية ، ع4، س2، أيلول ، 1973 ، ص 65.
- 120- أنظر قرارها 3131 في 2007/3/15 ، المجموعة المدنية ، المصدر السابق ، ص 321.
- 121- الحاوي الكبير ، المصدر السابق ، ص 168.
- 122- روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص 515.
- 123- د. محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون مطبعة العاني ، بغداد ، 1975 ، ص 236-240.



- 124- علي أصغر مرواريد ، المصادر الفقهية ، الجزء (23) ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2001، ص77.
- 125- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة، 1425هـ. ق. ص359. د. محمد رضا عبد الجبار ، المصدر السابق ، ص439-441.
- 126- روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص515.
- 127- د. فايز أحمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص122.
- 128- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص200-2005.
- 129- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (6)، ص83.
- 130- د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص125. د. فايز أحمد عبد الرحمن ، المصدر السابق، 112.
- 131- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص205.
- 132- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص160.
- 133- د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص167.
- 134- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص206.
- 135- د. قدرى عبد الفتاح ، المصدر السابق ، ص125-126.
- 136- د. محمد رضا عبد الجبار ، المصدر السابق ، ص325.
- 137- د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص204-206.
- 138- أنظر المواد (704، 705، 710، 715) من القانون المدني المصري والمواد (1/934، 935، 936، 1/941، 1947) من القانون المدني العراقي. ولمزيد من التفصيل حول أحكام الوكالة في القوانين العربية، أنظر، د. محمد رضا عبد الجبار، المصدر السابق، ص373 وما بعدها. د. قدرى عبد الفتاح ، المصدر السابق ، ص123 وما بعدها .
- 139- انظر في تفصيل هذه الأحكام د. ايمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص201 وما بعدها .
- 140- أنظر احكام محكمة النقض المصرية في 17/1/1981 و19/3/1981 و14/12/1996 و24/5/2004 منشورة في المجموعة الماسية، المصدر السابق من ص123-155.
- 141- نقض مدني مصري جلسة 1995/2/26، أشار اليه السيد عبد نايل ، المصدر السابق ، ص64.
- 142- نقض مدني مصري جلسة 1987/6/10، المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص132.
- 143 - أنظر القرار 142/مدنية ثالثة /عقار / 71 في 6/10/1971، النشرة القضائية، ع4، س2 أيلول ، 1973 ، ص71.
- 144- أنظر القرار 4117/ الهيئة الأستئنافية / العقار / 2010 / 2/2 (غير منشور) .



- 145- انظر القرار 293 في 2008/3/25، المجموعة المدنية، المصدر السابق، ص 227.
- 146- البدائع، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 91. كلمة التقوى، المصدر السابق، ص 523. مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ص 345، المصادر الفقهية، المصدر السابق، ص 484.
- 147- الجواهر، المصدر السابق، ص 92.
- 148- المبسوط للأمامية، المصدر السابق، ص 337-340.
- 149- كلمة التقوى، المصدر السابق، ص 364.
- 150- مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ص 260.
- 151- د. أيمن سعد عبد المجيد، المصدر السابق، ص 243. وأنظر بهذا الخصوص كتاب المبسوط للأمامية الذي ورد فيه باب غصب المشاع، المصدر السابق، ص 342.
- 152- د. محمد حسنين منصور، المصدر السابق، ص 90-91.
- 153- د. السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، الجزء (6)، ص 85. د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر السابق، ص 114، السيد عبد نايل، المصدر السابق، ص 64.
- 154- د. أيمن سعد عبد المجيد، المصدر السابق، ص 243.
- 155- د. رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ص 129.
- 156- د. أحمد عبد العال أبو قرين، المصدر السابق، ص 163.
- 157- د. السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، الجزء (6)، ص 84-85.
- 158- د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر السابق، ص 115.
- 159- د. السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، الجزء (6)، ص 88. د. أحمد عبد العال أبو قرين، المصدر السابق، ص 163.
- 160- د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص 70-71.
- 161- civ . 3// mai , 1982 .

- أشار إليه وإلى أحكام أخرى . د. ايمن سعد عبد المجيد، المصدر السابق، ص 240.
- 162- أنظر حكمها في 1988/12/15، أنور طلبه، المطول، المصدر السابق، الجزء (11)، ص 216.
- 163- أنظر على سبيل المثال، نقض مدني مصري في 1992/1/15 و 1992/1/11، المجموعة الماسية، المصدر السابق، ص 141-145. وكذلك في 1978/2/1، الموسوعة الذهبية، المصدر السابق، ص 247. وبهذا المعنى ذهب القضاء اللبناني إذ جاء في حكم محكمة بداية لبنان رقم 49 في 4 شباط 1974 (إذا قام الشريك الذي لا يملك أكثرية الأسهم في العقار بتأجيره إلى الغير دون موافقة شركائه، فإن العقد غير ملزم لهم ... ويعتبر إشغال المستأجر للمأجور بالنسبة إليهم دون مسوغ شرعي ويحق لهم إلزامه بالأخلاء). علي محمد دروي، المصدر السابق، ص 156.



- 164- أنظر قرارها 11754/ الهيئة المدنية عقار / 2010/ في 2010/9/14 (غير منشور) .
- 165- أنظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم 196/ هيئة عامة / 1971 في 1971/9/4. النشرة القضائية، س2، ع3، نيسان ، 1973، ص51.
- 166- أنظر القرار رقم 142/ مدنية ثالثة عقار / 71 في 1971/10/6، النشرة القضائية ، س2، ع4، أيلول ، 1973، ص65. وكذلك القرار رقم 4117/الهيئة الأستئنافية / العقار / 201/ في 2010/12/30 (غير منشور) .
- 167- أنظر القرار 1429 في 2008/4/27، المجموعة المدنية ، المصدر السابق ، ص272.
- 168- البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (5)، ص482-483. شمس الدين الشيخ محمد عرفه ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء (3) دار الفكر ، بيروت ، 2002. ص77. الهداية ، نقلاً عن المصادر الفقهية ، المصدر السابق ، ص447. وأيضاً أنظر المادتين (1174، 1176) من مجلة الأحكام العدلية. سليم رستم باز ، المصدر السابق، ص557-558.
- وقد ذهب جانب من الفقه الإسلامي الى ضرورة أن تكون المهاية الزمانية محددة باليوم والشهر دون المهاية المكانية ، لأن في الأخيرة تكون المنفعة معلومة بتحديد مكانها فتصبح معلومة بالعلم بمكانها ، أما المهاية الزمانية ، فالمنفعة فيها مقدرة بالزمان فلا تصبح معلومة إلا بذكر زمان معلوم . وهناك من الفقهاء من لم يشترط ذلك في صحة المهاية وإن اشترطها في لزومها . أنظر تفصيل ذلك ، البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (5) ، ص484-485. حاشية الدسوقي ، المصدر السابق ، الجزء (3) . ص77. وقد تأثر المشرع الأردني بالرأي الأول إذ نصت المادة (1055) من القانون المدني (يجب تعيين المدة في المهاية زماناً ولايلزم في المهاية مكاناً)
- 169- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص149. د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص118.
- 170- السيد عبيد نايل ، المصدر السابق ، ص65-66. د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص89.
- 171- د. رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص127. د. أحمد أبو قرين ، المصدر السابق ، ص152-153.
- 172- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص154. د. العطار ، المصدر السابق ، ص109.
- 173- أشار اليه د. أيمن سعد عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص86-87.
- 174- أنظر ايضاً المواد (800-803) مدني سوري و (850-853) مدني ليبي و (843-846) مدني كويتي و(1054-1056) مدني أردني .
- 175- أنظر نقض مدني مصري في 1969/2/11 و 1970/5/19 و 1989/12/16. المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص166-177. وأيضاً قرار محكمة التمييز الأتحادية في العراق رقم 184 في 2007/1/25 ورقم 212 في 2008/4/22، المجموعة المدنية ، المصدر السابق ، ص216-218.



- 176- د. أيمن سعد عيد المجيد ، المصدر السابق ، ص242-249. د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص163.
- 177- الهداية ، المصدر السابق ، ص422. وأنظر المادة (1116) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها (القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة) ، سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص533.
- 178- د. منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص110-111.
- 179- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (8) ، ص1259. ومع ذلك فهناك من ذهب إلى تأييد الأثر الناقل للقسمة ، فحسب رأيه أنه يكفي أن يقال أن القسمة تتضمن مبادلة الأنصبة الشائعة، أما الإفراز فهي نتيجة لازمة للمبادلة إذ يتحقق بمجرد ما تحدثه المبادلة من نقل الأنصبة الشائعة . وإن فكرة الأثر الناقل لا تزال هي الأولى بالقبول . د. منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص111 و174.
- 180- أنظر المادة(797) مدني سوري والمادة(847) مدني ليبي والمادة (838) مدني كويتي .
- 181- د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص168. د. حسن الذنون ، المصدر السابق ، ص83-84.
- 182- نقض مدني مصري في 1985/12/12 و1992/1/30، المجموعة الماسية ، المصدر السابق، ص173 و180.
- 183- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، المصدر السابق ، ص163-164. د. محمد حسنين منصور ، المصدر السابق ، ص190.
- 184- د. رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص130-131.
- 185- د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص137. د. حسن الذنون ، المصدر السابق ، ص68. د. غني حسون طه ، حق الملكية ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1977، ص115.
- 186- د. رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص129.
- 187- نقض مدني مصري ، في 1978/28 . أشار اليه ، د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (6) ، ص85، هامش (1) .

المصادر.

- 1- إبراهيم بن محمد الحلبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 2001.
- 2- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، الجزء(8) ، دار الفكر ، بيروت ، 2003.
- 3- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المجلد الخامس ، الطبعة الثانية ، بيروت ، 1424 هـ .



- 4- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، 1425 هـ.ق .
- 5- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، الجزء (15) ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، بيروت ، 1996.
- 6- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي ، روضة الطالبين ، المجلد الثالث ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2008.
- 7- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم ، الجزء (3) ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2002.
- 8- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه ، المغني ، الجزء الخامس ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض ، دون ذكر سنة الطبع .
- 9- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار ، الجزء (6) ، دار الفكر ، بيروت ، 2001.
- 10- أحمد بن يحيى المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، الطبعة الأولى ، المجلد الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2001.
- 11- د. أحمد عبد العال أبو قرين ، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة، 1999.
- 12- أنور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء (11)، الطبعة الثانية ، المكتب الجامعي الحديث ، بيروت ، 2006.
- 13- د. أيمن سعد عبد المجيد سليم ، سلطات المالك على الشيوع في إستعمال المال الشائع وإستغلاله ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، 2000.
- 14- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الجزء (9) ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1982.
- 15- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية ، دون ذكر مكان وسنة الطبع .
- 16- د. رمضان أبو السعود ، العقود المسماة ، عقد الإيجار ، الأحكام العامة في الإيجار ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1996.
- 17- سليمان بن محمد بن عمر ، حاشية البيجرمي ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 2000 .
- 18 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، بيروت ، 2002.
- 19- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، 1961.



- 20- عبد الأعلى الموسوي البرزاري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، المجلد (19)، الطبعة الثانية، مطبعة الكوثر، 1425 هـ، 1382 هـ ش
- 21- د. عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، العقود الواردة على الإنتفاع بالشئ (الإيجار والعارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 22- د. عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 23- عبد المنعم حسني المحامي، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام 1931 وحتى عام 2005، الأصدار الثاني، الجزء (13)، مركز حسني للدراسات والإستثمارات القانونية والمحاماة، 2006.
- 24- د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
- 25- د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفضلة للطباعة، 1997.
- 26- علاء الدين إبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 2000.
- 27- علي أصغر مرواريد، المصادر الفقهية، الجزء (23)، الطبعة الأولى، بيروت، 2001.
- 28- علي محمد علي دروبي، شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- 29- د. غني حسون طه، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت، 1977.
- 30- د. فايز أحمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 31- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2005.
- 32- محمد أمين زين الدين، كلمة التقوى، الجزء الرابع، بدون مكان وسنة الطبع
- 33- محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، الجزء (9)، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003
- 34- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الجزء الثالث، القاهرة، 1994.
- 35- محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، الجزء (20)، الطبعة الأولى مؤسسة النشر الاسلامي، قم، 1428 هـ.
- 36- د. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
- 37- د. محمد علي محمد قيس، ملكية البناء المتعدد الملاك، دراسة مقارنة بين القانون المدني اليمني والقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.



- 38- د. منصور مصطفى منصور ، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية ، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، ع1، س60، 1964.
- 39- د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها – مصادرها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002.
- 40- وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية ، الجزء (9) ، إيران 1383 هـ .
- 41- د. وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء(5)، العقود ، الطبعة الثامنة ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، 2005.
- 42- الموسوعة الفقهية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، الكويت ، 1993.
- 43-النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق ، س1، ع3، ايار ، 1971.
- س2، ع4، 1973، س5، ع4، 1974.
- 44- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 45- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 46- قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 وتعديلاته مع الأوامر التشريعية الصادرة بعد 2003.
- 47- قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.