

سلطة المالك على الشيوع في استعمال وإستغلال المال الشائع في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)

The Power Of The Owner Over The Common Use And Exploitation
Of Money That Is Common In Sharia And Law
(Comparative Study)

م.م. حسن عباس جمال العبيدي

Hassan Abbas Jamal Al-Obaidi - Iraqi University

الجامعة العراقية

الملخص

الملكية الشائعة هي صورة من صور الملكية ولها أحكام خاصة بها، وتختلف عن الملكية المفردة في أنّ الشركاء لهم بقدر حصصهم كل ذرة من ذرات المال الشائع، وهي كالملكية المفردة يتمتع المالك فيها بكل السلطات الملكية في التصرف الاستعمال والاستغلال، ويكون الشريك له حق الانتفاع بحصته بأي صور الانتفاع إلا أنّ حقه يتوقف عند حد عدم الإضرار ببقية الشركاء فلا يمكن له الانتفاع بحصته عندما يتسبب انتفاعه ضرر ببقية الشركاء، وفي حالة تصرفه بدون إذن ببقية الشركاء يكون عليه أجر المثل لهم. وبالإمكان لأغلبية الشركاء أن يمنحوا أحدهم أو من غيرهم حق الإدارة المعتادة للمال الشائع بالاتفاق فيما بينهم أو من المحكمة، والأغلبية هي أغلبية الحصص لأغلبية الشركاء، وقرار الأغلبية يكون ملزماً للأقلية، وللأقلية حق الطعن على قرار الأغلبية أمام المحكمة إذا كان القرار منطوي على تعسف في استعمال الحق، أما الإدارة غير المعتادة فقد اشترط المشرع للأغلبية بعد الحصول على إذن المحكمة المختصة لهم حق إدارة المال الشائع، وأعطى المشرع للأقلية حق الاعتراض على قرار الأغلبية لدى المحكمة، وفيما يخص أعمال المحافظة على المال الشائع أعطى المشرع لأي شريك الحق بالقيام بأعمال حفظه، وبالإمكان الانتفاع بالمال الشائع بطرق المهياة سواء كانت (زمانية أم مكانية)، فهي وسيلة للانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء وتكون بالاتفاق بينهم. وتخضع أحكام المهياة إلى أحكام عقد الإيجار.

Abstract:

Common ownership is a form of ownership and it has its own provisions, and it differs from separated ownership in that the partners have according to their shares of every atom of common money, and it is like the detached property where the owner enjoys all the royal powers in disposing, using and exploiting, and the partner has the right to use his share in any way. Types of usufruct, but his right ceases to the extent of not harming the rest of the partners, so he cannot benefit from his share when his use causes harm to the rest of the partners, and in the event that he disposes without the permission of the rest of the partners, he shall be subject to a remuneration for them. It is common by agreement among themselves or by the court, and the majority is the majority of shares, not the majority of the partners, The decision of the majority is binding on the minority, and the minority

has the right to appeal the decision of the majority before the court if the decision involves abuse of the right. As for the unusual administration, the legislator stipulated the majority after obtaining the permission of the competent court for them to have the right to administer common money, and the legislator gave the minority the right to object On the decision of the majority of the court, and with regard to the work of preserving the common money, the legislator has given any partner the right to carry out the work of preserving it, and it is possible to use the common money by means of adaptation, whether (temporal or spatial). The provisions of the adaptation are subject to the provisions of the lease contract.

* * *

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه اجمعين .
وبعد؛ إنّ الصورة العادية للملكية هي الملكية الفردية المفردة حيث يكون الشيء المملوك لشخص واحد . ولكن قد يحصل ما يجعل الشيء الواحد مملوكاً لعدد من الأشخاص على أن يختص كل واحد منهم بحصة رمزية شائعة من هذا الشيء فتكون في هذه الحالة ملكية شائعة بينهم .

إذ إنّ الأصل في تملك الأشياء أن تخول الملكية صاحبها حق التصرف بها واستغلالها واستعمالها بما يعود على المالك بالنفع ، وهذا طبيعي في الملكية الفردية فلا أحد ينازع المالك بالانتفاع أو التصرف في حدود ملكيته ، ولكن في الملكية الشائعة تبرز عدة مشاكل عند استعمال أو استغلال الشيء المملوك لعدة أشخاص ، نتيجة لاختلاف وجهات النظر ، أو لإنعدام الثقة فيما بينهم نتيجة استئثار أحدهم على المال الشائع وانفراده في الانتفاع به دون الآخرين ، فهذه من أهم المشاكل التي تبرز في الحياة العملية ، مما يثير ذلك حفيظة بقية الشركاء ويدفعهم للمطالبة بحقوقهم في إزالة هذا الانتفاع الذي أقامه الشريك من دون موافقتهم أو بدون علمهم أو يدفعهم الى المطالبة في الاشتراك بالانتفاع في المال الشائع من الجزء أو الحصة من الشيء الشائع الذي انتفع به الشريك .

وبالرغم من أن المشرع العراقي أسوة ببقية التشريعات الأخرى قد أفرد نصوصاً عالج فيها كيفية إدارة الشيء الشائع ، إلا أنّ هذه النصوص أثارت في تفسيرها خلافاً حول تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع بما يعادل حصته الشائعة .

فما مدى سلطة المالك في الشيء الشائع في الانتفاع به أطلق القانون هذه السلطة أم وضع قيود عليها ؟ وهل تعدّ هذه السلطة حجة في مواجهة بقية الشركاء ؟ هذا ما سنتناوله في بحثنا هذا ، مقتصرين بسلطة الشريك في الاستعمال والاستغلال أي الانتفاع بالشيء الشائع فقط دون الخوض بسلطة التصرف ، لأهمية سلطة الانتفاع ، ولعدم اتساع المقام في الخوض بالسلطات كافة ، كما أنّ التصرف قلما يحصل من أحد الشركاء إذا ما قورن بكثرة ما يتفرد به أحد الشركاء بالانتفاع بالشيء الشائع .

وتشمل خطة بحثنا تقسيمه الى :

المبحث الأول : بيان مفهوم الملكية الشائعة .

المطلب الأول : تعريف الملكية الشائعة

المطلب الثاني : مصادر الملكية الشائعة وتكييف حق الشريك فيها .

المبحث الثاني: أحكام الملكية الشائعة.

المطلب الأول: سلطة المالك على حصته الشائعة.

المطلب الثاني: سلطات الملاك المشاعين على المال الشائع.

* * *

المبحث الأول

مفهوم الملكية الشائعة

الملكية الشائعة من حيث تصوير مفهومها هي وسط بين ملكيتين هما: الملكية المفززة والملكية المشتركة، فالنصيب الذي يملكه الشريك في الشيوع تفرقت حصته في ذرات الشيء الشائع دون تحديد جانب معين منه على وجه التحديد، فملكته لهذه الحصّة هي ملكية معنوية وهذا ما تمتاز به الملكية الشائعة عن الملكية المفززة. كما أنّ المال الشائع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل لكل شريك فيه نسبة معينة تمثل حصته وكأنه مستقل بها، وهذا ما تمتاز به عن الملكية المشتركة، ففي الأخيرة يشترك الشركاء كل شريك بشيء مستقل عن الآخر كما لو اشتركوا في مصنع فاحدهم تعهد بشراء الأرض، والآخر بشراء المكائن، والآخر تعهد بالإدارة وتوفير اليد العاملة وهكذا، فهذا لا يوجد في الملكية الشائعة، بل كل شريك تكون حصته موزعة على ذرات الشيء الشائع كل بحسب حصته. وسنتناول في هذا المبحث على تعريف الملكية الشائعة لغةً واصطلاحاً في المطلب الأول، وما مصادرها، وما التكييف القانوني لحق الشريك فيها في مطلبٍ ثانٍ.

• المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة.

ما يهمنا في هذا البحث التعرف على بيان مفهوم الشيوع وليس التعرف على الملكية فهي مشتركة بين كل أنواع الملكية سواء كانت مفززة أم مشتركة أو شائعة لذا سنقتصر على بيان مفهوم الشيوع لغةً واصطلاحاً في الفقه الاسلامي وفي القانون.

١- الشيوع لغةً: من الفعل، شاع، يقال شاع الشيب شيعاً وشياعاً وشيعاناً وشيوعاً وشيوعاً، ومشيعةً ظهر وتفرق وشاع فيه الشيب، والمصدر ما تقدم^(١).

وفي القاموس المحيط^(٢): سهم شائع وشاع ومشاع غير مقسوم.

فالشيوع لغةً بدل على معنيين يقتضي المعنى الأول منها الثاني، فهو كل متفرق غير معزول وهو يقتضي كونه غير مقسوم.

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، لسان العرب، بدون دار نشر، ط١، ١٩٩٧ م، ج٣، ص٥٠٣.

(٢) مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، القاموس المحيط، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م، ص٧٥٤.

ومن المعنى الأول : يقال: أشعت المال بين القوم ، والقدر في الحي إذا فرقته فيهم ولم يفرز .
والمعنى الثاني : تقول العرب اشاعت الناقة ، أي: إذا أرسلت بولها إرسالاً غير متقطع .

٢- تعريف الشيوع في اصطلاح الفقهاء .

تعرض الفقهاء القدامى لتعريف الشيوع عند تحديدهم لشروط الشفعة ، فمن شروطها أن يبقى العقار على صفة الشيوع ، أي: شائعاً غير مقسوم وهو ما ذكره الحديث النبوي بصراحة ، ففي حديث جابر رضي الله عنه : ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة))^(١). وقد تقاربت عبارات جمهور الفقهاء في هذا الباب ، ففي الفواكه الدواني : «وإنما الشفعة في المشاع ، وهو غير المتميز على حده»^(٢).

وفي المغني ، لابن قدامة : قوله (فلا تثبت إلا بشروط أربعة ، أحدهما : أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم)^(٣).

وتعرض الفقه الإسلامي لتعريف الشيوع في باب القسمة^(٤) فلا تقع القسمة إلا لمال شائع ، وكذا أبواب الهبة أو الرهن^(٥). وذلك عند تناول الفقهاء لحكم الرهن المشاع وهبته أو حكم التصرف في المال الشائع بالمصطلح العصري ، غير أن هذه التعاريف هي أقرب ما تكون للتعاريف اللغوية والتي حددت صفات الملك المشاع كونه غير مقسوم .

وأدق تعريف للشيوع هو ما ذكره الحنفية في مجلة الأحكام العدلية وهو قولهم : النصيب المشاع هو : السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك^(٦). فالملكية الشائعة هي ما تعلق كل نصيب منها بجزء نسبي غير معين ولا معزول تتكون في كل ذرة من نصيب أحد الشركاء المشتاعين مشتركة بين ذرات انصباء الشركاء كلهم .

(١) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، قوله كتاب الشفعة بسم الله ، طبعة دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ ، ج ٤ ، ص ٤٣٦ .

(٢) أحمد بن غنيم النفراوي ، الفواكه الدواني ، طبعة دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م ، ج ٢ ، ص ١٥١ .

(٣) موفق الدين ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ط ٤ ، دار الكتب ، الرياض ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م ، ج ٧ ، ص ٤٣٦ .

(٤) النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط ٣ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م ، ج ١١ ، ص ٢٠٤ .

(٥) النووي ، المصدر نفسه ، ص ٣٨ ، ابن قدامة المقدسي ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٢٤٧-٢٤٨ .

(٦) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠م ، ج ١ ، ص ٥٨ .

ويعدُّ تعريف الاحناف هو التعريف الذي التقت عليه كلمة الفقهاء المعاصرين في تعريفهم للملكية الشائعة بقولهم: (هي كل ما كان نصيب كل شريك في جميع أجزاء الشيء المملوك)^(١). فالملكية الشائعة لا يُعدُّ فيها المشتاع مالاً للشيء الشائع كله أو مالاً لجزء مفرز منها وإنما كل شريك يملك حصة شائعة يباح فيها الشركاء المشتاعين ، وتمتع الشريك بملكه لا يتعدى حدود حصته . فمن ذلك كله نرى أنَّ مرجع الشيوخ الملك يعود أساساً إلى تعدد الملاك في ذات الملك وهي حالة استثنائية لأصلية ، فالأصل أنَّ ينفرد كل مالك بملكه بملكه مفرزة يتمتع بشمارها استغلالاً واستعمالاً وتصرفاً.

٣- تعريف الملكية الشائعة في القانون .

عرف المشرع العراقي الملكية الشائعة بنص المادة (١٠٦١) بقولها : (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً ، فهو شركاء فيه على الشيوخ وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقدّم الدليل على غير ذلك). وهي بهذا التعريف تقابل شركة الملك التي عرفت في مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٠٦٠) بقولها : (شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر، أي: (مخصوصاً بهما بسبب من أسباب التملك) . كما عرفها المشرع المصري بنص المادة (٨٢٥) بقولها: (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوخ وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقدّم الدليل على غير ذلك)^(٢). فمن ذلك نرى أنَّ الملكية الشائعة هي حق لاثنتين أو أكثر في شيء لا تتعين حصة أحدهم في جزء معين منه ، وهذا واضح في تعريف المشرع المصري عندما أضاف عبارة (غير مفرزة حصة كل منهم فيه) على عكس تعريف المشرع العراقي الذي لم يبيّن ذلك ، واكتفى ببيانها على أنَّها تملك اثنتين أو أكثر شيئاً ، دون بيان أن هذا التملك حصصهم غير مفرزة ، أي : أنَّ كل شريك تنصرف ملكيته إلى كل ذرات المال الشائع بقدر حصته ، وكان الأجدر أن يوضح ذلك بمثل ما ذهب إليه المشرع المصري بتعريف دقيق وشامل لكل الجوانب.

• المطلب الثاني: مصادر الملكية الشائعة وتكييف حق الشريك فيها.

عند النظر إلى مصادر الملكية الشائعة نجد أنها نفس مصادر نشوء الملكية العادية فهي تنشأ من عدة مصادر ، فإذا حاز شخصان أو أكثر شيئاً حيازة مشتركة فإنَّ هذه الحيازة تؤدي إلى اكتسابهم لملكية هذا الشيء على الشيوخ إذا مضت على حيازتهم المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم. وقد تنشأ كذلك بالتصرف القانوني كأن يشتري شخصان أو أكثر شيئاً على الشيوخ ، كما يمكن أن يحصل الشيوخ بطريق

(١) د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، طبعة دار الفكر ، دمشق سوريا ، ط ٣ ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩ م ، ج ٥ ، ص ٦٥٦ .

(٢) ونص على ذلك المشرع الجزائري بنص مماثل في المادة (٧١٣).

الوصية كأن يوصي شخص بملكية شيء ما لثنتين أو أكثر، وقد يحصل كذلك بأسباب الملكية كالالتصاق والشفعة، على أن بعد كل هذه الأسباب المؤدية لكسب الملكية الشائعة، إلا أن من أكثر الأسباب تحققاً للملكية الشائعة في الواقع العملي هو ما ينشأ عن طريق الميراث، فعندما يتوفى شخص عن أكثر من وارث فإن أمواله تنتقل شائعة إلى ورثته إلى أن تتم قسمتها بينهم، والمعلوم أن الميراث يقسم على وفق حصص وأسهم بقدر حصة كل وارث فتنتقل الملكية من الوارث إلى الورثة بقدر حصة كل وارث دون تحديد ملكية معينة، أو مفرزة لكل واحد منهم.

وبعد أن تنشأ الملكية الشائعة بين أكثر من شخص بأي طريقة كانت، يكون للشركاء ملكية الشيء المشاع فيما بينهم، ولكن هذه الملكية تختلف عن الملكية العادية كما مر بنا، وقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة حق الشريك في الشيوع؟ فذهب بعضهم إلى أنه مجرد حق شخصي وليس حقاً عينياً، لأن الحق العيني يفترض وجود محل معين مفرز، والحق الشخصي يخوله الحصول على منافع الشيء وسلطة إفراز حصته وبهذا الإفراز يتحول إلى حق عيني.

وقد أنتقد هذا الرأي على اعتبار أن حق الشريك حق عيني لا شخصي، وذهب آخرون إلى تكييفه على أنه ملكية مشتركة لكل الشركاء لكل شريك على حده، وبذلك لا يكون لأي شريك سلطة قانونية مباشرة تقع على الشيء الشائع بل تكون لجميع الشركاء كل بحسب حصته بالشيء الشائع، وحيث يكون الشريك مجرد دائن بحق شخصي.

وذهب رأي على عدّه حقاً عينياً من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية المعروفة^(١)، لأن الرأي السائد في الفقه قديماً وحديثاً يذهب إلى أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق فهو يشمل على جميع عناصر حق الملكية، فله سلطات التصرف والانتفاع بالشيء الشائع كما سنرى، وأن اختلافها عن الملكية العادية فقط في تعدد الشركاء، أما الشيء محل هذه الملكية فلا يتجزأ. ومقتضى ذلك أن حق كل شريك يرد على الشيء الشائع كله، وإن كان محدداً بقدر حصته، وكذلك جوبه هذا التكييف بالنقد من بعض الفقهاء على أساس أن حق الشريك المشتاع يختلف عن حق المالك ملكية مفرزة. ولا شك في حقيقة هذا الاختلاف، فسلطات كل مشتاع تحد منها سلطات المشتاعين الآخرين. وكذلك فإن حق الشريك المشتاع لا يتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الشريك المشتاع، وهي خاصية الاستئثار حيث إن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشيء ما دام للمشتاعين الآخرين حقوق ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله. لذلك يفضل هؤلاء الفقهاء تكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق

(١) حسن كبيرة، أصول القانون المدني، ج١، الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، ١٩٦٥، فقرة ١٠٤ وما بعدها.

عيني من نوع خاص^(١). وبالرغم من أن هذا الرأي يتناسب ووضع الملكية الشائعة، إلا أن هنالك عدة تساؤلات تتمحور حول هذا التكييف^(٢)، فإذا كان حقُّ الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، فمن هو مالك الشيء الشائع؟ ولا يجوز القول بأن ملكية الشيء الشائع تثبت لمجموع المشتاعين؛ إذ ليس لهذا المجموع شخصية اعتبارية. كما أنه يبقى التساؤل قائم، ما مضمون هذا الحق العيني؟ فإذا قيل: إنَّ للشريك المشتاع بمقتضى هذا الحق سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف فإنه يكون حينئذ حق ملكية، وهو ما يتنافى مع وصفه بأنه حق عيني من نوع خاص. وإذا قيل: إنه يعدُّ اقتطاعاً من سلطات الملكية، نعود مرة أخرى نَسأل: من هو إذن مالك الشيء؟ الشائع ولما كان من غير المعقول أن يقال: إنَّ الشيء الشائع يكون بغير مالك^(٣)، لذلك ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بأن الشيوع بذاته يتضمن صورة من صور التملك كالملكية المفترزة فلا يعدُّ الشيء بغير مالك، ولو أنه ليس مملوكاً لكل من الشركاء ولا لمجموع الشركاء، وهذه النتيجة تكشف عن عجز هذا الرأي عن الخروج من هذا المأزق، ولا يطعن في عدِّ حقِّ الشريك المشتاع حق ملكية بالاستناد إلى فكرة الاستئثار التي تعدُّ خاصية أساسية لحق الملكية. فإذا كانت الملكية حق جامع لكل السلطات ومانع لغير المالك من الاستئثار بها، فإن منع الاستئثار هنا موجه إلى الآخر، وما دام المشتاعون جميعاً ملاكاً، فإن الاستئثار الذي تمتاز به ملكية كل منهم لا يكون موجه لهم، ولذا لا يقتضي منع المشتاعين الآخرين، فكلهم ملاك، فلا يصدق على أي منهم وصف الآخر، غير المالك^(٤). ولا مناص من الأخذ برأي أنه حق عيني من نوع خاص لما يفرض ذلك الواقع العملي للملكية الشائعة فهي صورة من صور الملكية تختص بأحكام تنظمها تكون مختلفة عن صور الملكية الأخرى، وبهذا أخذت أغلب التشريعات العربية الحديثة، وقد أخذ المشرع العراقي^(٥) بذلك، ونص عليه بالمادة (١٠٦١/٢) بقوله: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً).

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٠، بيروت، لبنان، ص ١١٠-١١١.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر نفسه، ص ١١١.

(٣) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، ١٩٩٣، بدون دار نشر، فقرة ٧٣، ص ١٥٨-١٥٩.

(٤) إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية ج ١، حق الملكية، بدون دار نشر ومكان نشر، فقرة ٨٦، ص ١٩٨.

(٥) د. محمد طه البشير، و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر. ص ٩٩.

المبحث الثاني

أحكام الملكية الشائعة

إنَّ للملكية الشائعة أحكاماً خاصة بها تختلف عن الملكية المفردة ، فهي وإن كانت تشترك معها في جوانب عدة ، إلا أنَّها تختلف عنها في مسائل كثيرة ، ومن أهمها هو مدى السلطات التي تخولها للمالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف ، فالمالك على الشيوخ يملك حصته ملكية تامة فله الانتفاع بها، ولكن هذه السلطة مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين ، فحقوق الملاك على الشيوخ تتضمنها جميعاً قاعدة أساسية وهي أنَّ كل شريك يعدُّ مالكاً لحصته واجنبياً بالنسبة لحصص الآخرين ، وهذا ما يجعل للشيء الشائع احكاماً خاصة به من حيث استعماله واستغلاله والتصرف فيه . فنتناول سلطة المالك المشتاع على حصته الشائعة بالمطلب الأول. ونتناول سلطة الملاك المشتاعين على الشيء الشائع بمطلب ثانٍ.

• المطلب الأول : سلطة المالك على حصته الشائعة .

إنَّ حق الشريك في الشيوخ هو حقُّ ملكية بالمعنى الدقيق كصاحب أي حق فله الانتفاع في حقه بمختلف أوجه الانتفاع وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٦١ بفقرتيها الثانية والثالثة) من القانون المدني العراقي بقوله : (٢- وكل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه ، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنه٣ . - ويجوز للشريك في الشيوخ أن يؤجر حصته لشريكه أو لغير شريكه).

نرى من النص أنَّ المشرع أعطى الحق للشريك بالانتفاع في حصته ، ولكن هذا الانتفاع مقيد بقيد وهو عدم الإضرار بالشركاء الآخرين ، إذ ينتهي حقه عند بداية حقوقهم ، والشريك في هذه الحالة يكون بين تعارض المقتضى والمانع^(١)، كما موجود في الفقه الإسلامي ، فمقتضى الملكية يطلق يد التصرف والانتفاع بالشيء الشائع ، ومانع الشيوخ يقيد تصرفه ، فيقدم المانع على المقتضى ، فتبقى صحة تصرفات الشريك في حدود ملكيته وهو ما اجتمعت عليه كلمة الفقهاء ، إلا في استثناءات خاصة .

(١) القاعدة الفقهية : إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع : انظر الشيخ أحمد بن محمد الزقا ، شرح القواعد الفقهية، ج١، ص٢٤٤، الموسوعة الشاملة ، الإصدار الثالث .

والشريك في الشيوع إما أن يقوم بالانتفاع بحصته الشائعة بنفسه أو أن يقوم بترتيب حقوق للآخر على الحصة الشائعة ، ونتناول كلتا الحالتين في الفقرتين الآتيتين :

١- الانتفاع بالحصة الشائعة .

رأينا من نص المادة (١٠٦١/ ف٢) أن للشريك الانتفاع بحصته الشائعة كونه مالكا لها ، فله استعمالها واستغلالها على وفق ما أعد له الشيء الشائع ، أو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره ، ويجوز له الانتفاع بالحصة الشائعة واستغلالها والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف .
ولأن حق الشريك في الانتفاع بالشيء الشائع يتعلق به حق الشركاء الآخرين ، إذ إن حقوق الشركاء في الشيء الشائع تنصرف إلى كل ذرة من ذرات الشيء الشائع كل بحسب مقدار انصبتهم ، ولذلك فإن أي صورة من صور الانتفاع تقتضي وضع اليد على الشيء الشائع والاستئثار به فهذا يؤدي إلى المساس بحقوق الشركاء الآخرين سواء أكان الانتفاع بكل المال أم بجزء منه ، ولهذا فإذا كان انتفاع الشريك بغير إذن الشركاء وجب عليه أجر المثل لهم ، فهو يعد بحكم الغاصب لحصص الشركاء الآخرين ، ويجب على الشريك دفع أجر المثل لشركائه حتى لو كان الجزء الذي ينتفع به يعادل حصته الشائعة ، بل حتى لو كان أقل منها ، لأن هذا الجزء يعد مملوكاً للشركاء جميعاً^(١) . وهذا ما عليه القضاء العراقي في أكثر من حكم صادر من محكمة التمييز إذ لها حكم في هذا الشأن مفاده : (إذا انتفع الشريك بالعين كلها بأي وجه من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه وجب عليه لهم أجر المثل)^(٢) . ولها كذلك حكم آخر في نفس السياق بقولها : (إذا انتفع أحد الشركاء بالعين كلها في سكنى أو مزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه وجب عليه لهم أجر المثل)^(٣) . ولها أيضا حكم آخر بقولها : (إن كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه عملاً بأحكام المادة ١٠٦١ من القانون المدني وإن زاد استغلاله عن مقدار حصته فيلزم بعد ذلك بأجر مثل حصص شركائه إذا ثبت انتفاعه بها بلا إذن منهم)^(٤) .

ويجوز للشركاء الآخرين أن يعترضوا على أي عمل استثنائي من الشريك على أي جزء من المال الشائع مهما كان مقداره سواء بالزراعة أو البناء ، لأنه أجنبي بالنسبة لحصصهم ، ولا يجوز للشريك أن يأتي بعمل

(١) درع حماد عبد ، الحقوق العينية الاصلية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص ١١٩-١٢٠ .

(٢) الحكم التمييزي بالعدد : ٢٣٣ / مدنية عقار / ٢٠١٣ في ٢٧ / ١ / ٢٠١٣ ، غير منشور ، كما اورده .د. درع حماد عبد ، مصدر سابق ، هامش رقم ١ ، ص ١٢٠ .

(٣) الحكم التمييزي بالعدد : ١٨٦٤ / عقار / ٢٠١٤ في ١٣ / ٤ / ٢٠١٤ ، .د. درع حماد عبد ، المصدر نفسه ، هامش رقم ١ ، ص ١٢٠ .

(٤) الحكم التمييزي بالعدد : ١٥٧٢ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠١٤ في ٩ / ٤ / ٢٠١٤ (غير منشور) كما اورده .د. درع حماد عبد ، المصدر نفسه ، هامش رقم ١ ، ص ١٢٠ .

يضر به الشركاء الآخريين ، فلا يوجد ما يمتاز به عنهم ، بل جميعهم متساوون في ممارسة حقوقهم^(١).
فأي انتفاع يقوم به الشريك بدون موافقة الشركاء يكون فيه اضرار بالشركاء ، لذا لا بد أن يكون انتفاعه بموافقتهم ليتمكن من الانتفاع به .

٢- ترتيب حق للآخرين على الحصصة الشائعة .

ومما يمكن أن يقوم الشريك به هو إنشاء حق عيني على الحصصة الشائعة للآخرين كحق انتفاع أو حق الرهن وما إلى ذلك ، فإذا تضمن هذا التصرف حق انتفاع اقتضى نفاذه في مواجهة الشركاء. فيترتب على ذلك نيابة المتصرف إليه في كل ما يتعلق بالإدارة العادية للمال الشائع ، بما في ذلك قسمة المال الشائع قسمة منافع (المهاياة) فهو الشريك في الشيوع المعبر رأيه فيما يتعلق بإدارته ، ويستثنى من ذلك سلطات الإدارة غير المعتادة ، وكذا القسمة النهائية للمال الشائع ، فتبقى بيد المتصرف ، لكونه المالك الأصلي للرقبة فحق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانتهاء أجله ، أو وفاة المنتفع^(٢)، على أن يكون تصرف الشريك ما يقع ضمن حصته ، أمّا ما زاد على حصته أو كان في العين كلها وكان بدون إذن الشركاء ، فيكون ملزماً باجر المثل للشركاء كل بحسب حصته ، وإذا كان أكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الأجر المسمى^(٣).

وقد يثار تساؤل عن مصير حق المنفعة أو الرهن الذي يترتب على حصته الشائعة إذا تمت القسمة قبل أن ينقضي حق المنفعة . لم يعرض القانون المدني العراقي إلى مصير حق المنفعة ، ولا لمصير الرهن التأميني ، إلا في حالة واحدة نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (١٢٩١) بقولها : (وإذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصصة المفترزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك). وهذه الحالة الوحيدة التي عرض لها القانون المدني العراقي . فبمقتضى هذا النص ، يبقى التساؤل قائماً في حالة إذا وقع في نصيب الشريك الراهن ، أموال غير التي رهن حصته فيها ، وكذلك التساؤل قائماً عن مصير حق المنفعة .

ومن صور الاستعمال للحصصة الشائعة التي تناولها المشرع العراقي في المادة (٢/١٠٦١) بقولها : (وكل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه ، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم). وبالرغم من وضوح النص أعلاه وأن الاستغلال

(١) درع حماد عبد ، المصدر نفسه ، ص ١٢١.

(٢) امتيازات المالك على الشيوع استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً ، دراسة فقهية ، صحراوي غريب ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، جامعة يحيى فارس بالمدينة ، الجزائر ، ص ٦١ ، ٢٠١٩ م.

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني العراقي

يشمل جميع أوجه الاستغلال جاء المشرع في الفقرة الثالثة من نفس المادة بالنص على: (ويجوز للشريك في الشيوخ أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه). ولم يكن بحاجة للنص على الإيجار، لأنه يدخل ضمناً في حقوق وسلطات الشريك بالفقرة الأولى، فالإجارة من ضمن صور الاستغلال. وذهب الفقهاء^(١) إلى أن المشرع نص على إمكانية إيجار حصة الشريك وإلى النص ما قبل ذلك على سلطته في التصرف بحصته بجميع أنواع التصرفات، ولكنه خصّ منها بالذكر البيع والرهن رغبتة في إزالة كل شك قد يثار حول سلطة الشريك في الشيوخ بالتصرف في حصته الشائعة ببعض أنواع التصرفات هذه السلطة كانت تتقيد في الفقه الحنفي ومجلة الاحكام العدلية بالنسبة لبعض العقود، وهي: الإجارة، والهبة، والرهن.

فإجارة الحصة الشائعة للشريك صحيحة، أمّا إيجارها لغير الشريك ففاسدة، والفساد هنا مبني على أساس عدم إمكان تسليم الحصة الشائعة مفرزة.

وإذا كان الانتفاع بالمال الشائع لا يتطلب وضع اليد عليه ذلك، فإن الأعمال التي يجوز للشريك أن يقوم بها هي التي تتفق مع ما أعد له الشيء الشائع ويستطيع الشركاء جميعاً في ذات الوقت أن يقوموا بها، كأن يكون الشيء طريقاً يستطيع كل شريك أن يمر منه أو بئراً يستقي منه^(٢)

• المطلب الثاني: سلطات الملاك المشتاعين على الشيء الشائع.

الملكية الشائعة بعدّها ملكية تخول صاحبها حق كل سلطات الملكية المعروفة وهي الاستغلال والاستعمال والتصرف، إلا أن هذا النوع من الملكية ترد عليه قيود تحتم على المالك أن تكون سلطته محدودة، فإذا كانت ملكيته بنسبة حصته في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع فهو في نفس الوقت يعدّ أجنبياً بالنسبة لحصص الآخرين كما مر بنا، فلا يعدّ أي شريك نائباً عن شريكه الآخر، ولهذا لا يجوز لأي شريك أن ينتفع أو يتصرف بحصة شريكه بدون إذنه، فلا يكون لأي من الشركاء سلطة مستقلة على الشيء الشائع، بل تعود هذه السلطة للشركاء جميعاً في الانتفاع بالشيء عن طريق استعماله أو استقلاله، أو التصرف فيه، وقد تكون للأغلبية أيضاً سلطة الانتفاع به، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل، فنتناول أولاً سلطة أغلبية الشركاء، وثانياً سلطة الشركاء مجتمعين.

أولاً: سلطة أغلبية الشركاء.

أجاز المشرع العراقي لأغلبية الشركاء إدارة المال الشائع بنص المادة (١/١٠٦٤) بيد أنه ليس لأغلبية الشركاء أن ينتفعوا بالمال الشائع استعمالاً أو استغلالاً، إلا في الأحوال التي لا تتطلب استثمارهم بحيارة

(١) محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ١٦٣.

جزء من المال الشائع؛ لأنَّ هذا الجزء وإن كان يعادل حصصهم في المال الشائع فإنَّه مع ذلك يتعلق به حق الأقلية، غير أنَّ لأغلبية الشركاء أن يرتبوا حقوقاً على حصصهم في المال الشائع إذا كانت لا تتطلب الاستئثار بحيازة هذه الحصة، كترتيب حق انتفاع على حصصهم الشائعة أو حق رهن عليها وغير ذلك من الحقوق، ولهم أيضاً التصرف بحصصهم الشائعة بيعاً لشركائهم أو للآخر على النحو الذي رأيناه بالنسبة لسلطات الشريك على الشيوع^(١). ويكون للأغلبية القيام بأعمال الإدارة في الشيء الشائع، إلا أنَّ المشرع فرق بين أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة، وما قد يتطلب من حفظها وما يحتاجها من نفقات عليها لدوام المحافظة عليها، وتناولها تبعاً.

١- أعمال الإدارة المعتادة.

نظم المشرع إدارة الشيء الشائع تنظيمياً يكفل تسيير القيام بها ويحسم الخلافات التي تقع في شأنها، وأعطت الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٤)^(٢) أغلبية الشركاء حق القيام بأعمال الإدارة المعتادة، والأغلبية هنا هي أغلبية الحصص لأغلبية عدد الشركاء، والمراد بأعمال الإدارة المعتادة هي التي لا تؤدي إلى أحداث تغيير جوهري أو تعديل في الغرض الذي أُعد له الشيء الشائع، وتشمل هذه الأعمال إيجار الشيء الشائع واستغلاله. بشرط أن يكون الإيجار بحدود ثلاث سنوات؛ لأنه إذا زاد على ذلك عدَّ تصرفاً^(٣).

والقرار الذي يصدر من الأغلبية بخصوص أعمال الإدارة يكون ملزماً للأقلية التي خالفت، إلا أنَّ لهم الطعن أمام المحكمة بالقرارات التي تصدر من الأغلبية إذا انطوت على التعسف في استعمال حقها بالإدارة. وإذا لم تتوافر الأغلبية المطلوبة وأدى هذا إلى تعطيل الإدارة جازاً لأي من الشركاء أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضي الضرورة، وللمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير الشيء الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم^(٤).

وقد يقوم أحد الشركاء بالانفراد في أعمال الإدارة فما حكم عمله؟

يحق في هذا الفرض لباقي الشركاء أو من يمثل منهم الأغلبية المطلوبة الاعتراض عليه كما أنَّ ما يأتيه هذا الشريك من عمل يعدُّ غير نافذ في حق الشركاء الآخرين^(٥). وتطبيقاً لذلك إذا انفرد أحد الشركاء بتأجير

(١) د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٢) تناولت أغلب التشريعات العربية نفس السلطة للأغلبية باختلاف في الصياغة، انظر المادة (١/٨٢٨) من القانون المصري، والمادة (١/١٣٤) من القانون المدني الأردني.

(٣) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص ٦٠، هامش رقم ١.

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٥) نقض ١٩٨١/٦/٢٠، س ٣٢، ص ١٨٧٣ لكن هذا الإيجار ينفذ في حقهم إذا أفروه صراحةً أو ضمناً نقض ١٩٩٤/٢/٢٤ الطعن

العين الشائعة كلها أو بعضها فإن هذا الإيجار لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ، فيعدُّ غير موجود، ويحق لهم تأجيره إلى مستأجر آخر يصبح هو صاحب الحق في الانتفاع بها إذا كان قد استأجرها من الأغلبية التي تملك سلطة التأجير.

وإذا كان المستأجر الأول قد شغل العين المؤجرة جاز لهم أن يطلبوا طرده منها ، ولا يحق لهذا المستأجر أن يدفع دعوى الإخلاء بوجود انتظار نتيجة القسمة لاحتمال أن يقع العين المؤجرة في نصيب المؤجر^(١). ويكون حكم الإيجار بالنسبة لطرفيه نافذاً وصحيحاً فلا يجوز للمؤجر أن يتحلل منه بحجة اعتراض باقي الشركاء عليه ، كما لا يجوز للمستأجر ذلك استناداً ؛ لعدم نفاذ الإيجار في حق باقي الشركاء، وإنما يجوز للمستأجر أن يطلب إبطال الإيجار على أساس الغلط بشرط أن يثبت عدم علمه بملكية العين على الشيوخ واعتقاده بأنها ملك خاص للمؤجر ، وكان المؤجر واقعاً بنفس الغلط ، أو كان عالماً بأن المستأجر قد وقع فيه^(٢)، كما لا يجوز له أن يطلب الفسخ طالما أن المؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين ولم يعترض له أحد^(٣). وإذا تولى أحد الشركاء أعمال الشيء الشائع دون اعتراض من الشركاء عدَّ وكيلاً عنهم في هذه الأعمال.

٢- أعمال الإدارة غير المعتادة .

ويقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة هي الأعمال التي تنطوي على تغيير في أساسيات المال الشائع أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له هذا المال^(٤). وهي بهذا تكون أخطر من أعمال الإدارة ، لأنها تتضمن تغييراً أساسياً أو تعديلاً في الغرض الذي أعد من أجله ، كهدم العقار وإعادة بنائه بشكل أفضل أو تحويل دار سكن إلى مخازن وغير ذلك . ونظراً لخطورة هذه الأعمال فقد تطلب المشرع أغلبية خاصة تمثل عدد من الشركاء يملكون ما لا يقل عن ثلاثة أرباع الشيء الشائع ، كما اشترط المشرع أن يكون الهدف منها تحسين الانتفاع بالشيء الشائع ، واشترط أيضاً أن يكون ذلك بعد الحصول على اذن من المحكمة المختصة . وبهذا الشرط خالف المشرع العراقي أغلب التشريعات العربية^(٥)، التي لم تشترط اذن المحكمة واكتفت بتبليغ باقي الشركاء ، ولهم الرجوع إلى المحكمة عند الاعتراض على أي عمل في مدة شهرين . فإذا كان لا

رقم ١٦٢٢ لسنة ٥٩ق ، نقض ١٩٩٥/٣/٩ الطعن رقم ٧٦٨ لسنة ٦٠ق.د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ ، هامش رقم ١.

(١) عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٨ ، فقرة ١١٤ ، ص ١٦٧ .

(٢) نبيل إبراهيم سعد ، المصدر نفسه ، ص ١٢٢ .

(٣) إسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، بدون مكان نشر وسنة نشر ، فقرة ٦ ، ص ١٥٠ .

(٤) المادة (١/١٠٦٥) من القانون المدني العراقي .

(٥) انظر المادة (٨٢٩) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٠٣٥) من القانون الاردني ، والمادة (١/٥٣٥) من قانون

المعاملات المدنية السوداني .

يوجد أي اعتراض من باقي الشركاء ، فما الداعي لأخذ إذن من المحكمة ، فنرى أنّ ذلك فيه تعقيد أكثر مما هو تسهيل للإجراءات وإيجاد حلول للخلافات ، وكان الأجدر بالمشرع العراقي عدم اشتراط ذلك ، والاكتفاء بالرجوع إلى المحكمة عند الاعتراض فقط الذي أعطاه المشرع حتى للأقلية فلهم حق الاعتراض على قرار الأغلبية لدى المحكمة ، وللمحكمة إن وجدت أنّ لاعتراض الأقلية وجهاً مقبولاً ألغت قرار الأغلبية ، وإن وجدت أنّ الاعتراض ليس له أسباب مقبولة أقرت للأغلبية قرارها .

ومن أجل التوفيق بين رأي الأغلبية والأقلية ، اعطى المشرع للمحكمة أن تقر ما تراه مناسباً من الإجراءات كأن تأمر الإبقاء بشروط معينة لتنفيذ قرار الأغلبية ولها أن تأمر بوجه خاص بإعطاء المخالفين لقرار الاغلبية كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق لهم من تعويضات^(١).

٣- الأعمال اللازمة لحفظ الشيء الشائع .

تنص المادة (١٠٦٧)^(٢) من القانون المدني على أنّ: (لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء). ويتضح من هذا النص أنّ لكل شريك الحق في اتخاذ ما يلزم لحفظ الشيء الشائع ولو بدون موافقة الشركاء .

وأعمال الحفظ كثيرة وتشمل كل من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، فمثال الأعمال المادية القيام بالترميمات الضرورية وجني الثمار قبل أن تتلف ، ومثال التصرفات القانونية الوفاء بالضرائب المفروضة على العين والوفاء بدين الدائن المرتهن العين الشائعة وقايةً من التنفيذ عليها ، وقطع التقادم المكسب لملكية العين الشائعة ضد من يحوزها بغية اكتساب ملكيتها، وكذلك رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى رفع يد الآخرين عن العقار المملوك على الشيوع^(٣).

ولعلّ العلة في اعطاء أي شريك القيام بمثل هذه الأعمال منفرداً دون الحصول على موافقة الشركاء مجتمعين مثل هذه الاعمال تنزل منزلة الضرورة للعين الشائعة ويجب أن تتم على وجه الاستعجال ؛ لتفادي ضرر الشركاء الآخرين، وليس في أعمال الحفظ مساس بحقوق الشركاء بل على العكس من ذلك يعود عليهم بالنفع من المحافظة على الشيء الشائع . ولذلك تعود منفعة هذه الأعمال على الشيء كله فيستفيد سائر الشركاء ، ويكون للشريك الرجوع على باقي الشركاء كل بقدر نصيبه في النفقات التي انفقها لحفظ الشيء^(٤)، بإذن من المحكمة.

(١) المادة (٢/١٠٦٥) من القانون المدني العراقي .

(٢) تقابلها (٨٣٠) من القانون المدني المصري .

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ١٢٤-١٢٥ .

(٤) المادة (١٠٦٨) من القانون المدني العراقي .

٤- الاشتراك في نفقات ادارة المال الشائع وتكاليفه.

بينت المادة (١٠٦٨) من القانون المدني العراقي على أنه : (١- إذا احتاج المال الشائع مرمة أو عمارة يعمره اصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم . ٢- وإذا كان بعض الشركاء غائباً أو أبى بعضهم الترميم أو التعمير ورغب بعضهم فيه ، جاز للراغب أن يقوم بالتعمير أو الترميم بإذن المحكمة ويرجع على شركائه بقدر حصصهم).

وكما موضح من هذا النص أنّ نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وكل التكاليف في عمارة الشيء الشائع يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، إلا أنّ المشرع العراقي خلافاً لأغلب التشريعات العربية^(١) ، وحسناً فعل أن اشترط الرجوع على الشركاء بإذن المحكمة تلافياً لأي خلاف يحصل نتيجة لذلك ، فأى شريك ومن دواعي الحرص على العين الشائعة قد يقوم بالإتفاق عليها ويعترض عليها آخرون ، لذلك جاز أن يقوم بالإتفاق عليها بعد أخذ الإذن من المحكمة ، ويرجع على بقية الشركاء بقدر حصصهم .

اما اذا انهدمت العين الشائعة كلياً و اراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون ، فلا يجبر الأبى على العمارة ، كما هو ظاهر من نص المادة (١٠٦٩) من القانون المدني العراقي . وهذا نص شاذ في معالجة حالة الانهدام ، ففي هذا الفرض الذي وضعه والحكم الذي أعطاه ، فمن حيث الفرضية إعادة البناء تدخل إما في أعمال الإدارة غير المعتادة التي تقع ضمن سلطة الأغلبية بعد الحصول على إذن المحكمة ، أو تكون متعلقة بنفقات الحفظ والترميم ، ويجوز لكل شريك القيام بها بإذن المحكمة أو غير إذنها حسب الأحوال .

وأما من حيث الحكم فإنّه لم يقرر إجبار الشريك الأبى على العمارة مما يؤدي إلى فوات استغلال العقار والانتفاع به^(٢) . وبذلك كان بالإمكان عدّ إعادة البناء من أعمال الإدارة غير المعتادة وبهذا تكون لأغلبية الشركاء سلطة إعادة بناء العقار إذا انهدم بشرط الحصول على إذن المحكمة مسبقاً.

ثانياً: سلطة أغلبية الشركاء .

لجميع الشركاء أن يتفقوا على إدارة الشيء الشائع ، كما ولهم أن يتفقوا على الوجه الذي يرونه مناسباً كما لو كان لشخص واحد ، فلهم بالاتفاق على تحديد طريقة الانتفاع بالشيء المشترك فلهم الانتفاع به كل بنسبة حصته من المال الشائع أو بالقدر الذي يتفقون عليه ، ولهم أن يأذنوا لاحدهم بالانتفاع بالعين الشائعة على وجه الاستقلال على أن لا يكون هذا الانتفاع ضاراً ببقية الشركاء ، ولهم أن يتفقوا مجتمعين

(١) انظر المادة (٨٣١) من القانون المصري ، والمادة (١٠٣٧) من القانون الاردني ، والمادة (٥٣٦) من قانون المعاملات المدنية السوداني .

(٢) درع حماد عبد ، مصدر سابق ، ص ١٣١.

بالعين الشائعة كأن يكون هذا الشيء داراً معدة للسكنى ، فيسكنها الشركاء جميعاً ، ولكن على الأغلب قد يتعذر فيها الاستعمال المشترك في نفس الوقت ، وقد لا يتحقق الإجماع بينهم على طريقة الانتفاع ، كما أنه في حالة اعطاء الأغلبية حق إدارة العين الشائعة ، فإن ذلك قد ينطوي على تغليب مصلحة الأكثرية على مصلحة الأقلية ، ولهذا كانت الصورة المثلى للانتفاع من قبل الشركاء جميعاً تكون عن طريق المهैयाة ، وهي قسمة منافع الشيء الشائع بين الشركاء^(١) . فعند تعذر استعمال الشيء الشائع بين الشركاء استعمالاً وليس في نيتهم إنهاء حالة الشيوع ، فتكون عندئذ الطريقة المثلى للانتفاع به هي المهैयाة . وقد نظم المشرع العراقي أحكامها بالمواد (١٠٧٨-١٠٨٠) في ختام الكلام عن إزالة الشيوع بالقسمة . والمهैयाة ليست قسمة للشيء الشائع ، بل هي قسمة لمنفعته^(٢) ، فلا ينتهي الشيوع بها ، وإنما يبقى المال الشائع ملك لجميع الشركاء ، ويبدو أن المشرع العراقي سار على ما سار عليه المشرع المصري في ذلك ، ولكن المشرع المصري وضع نصاً يتعلق بالمهैयाة يكون بموجبه من إحدى طرق انقضاء الشيوع وهو ما نصت عليه المادة (٢/٨٤٦) إذ عدت المهैयाة لمدة خمس عشرة سنة ، عادداً المهैयाة بذلك من صور القسمة النهائية . وهذا ما لم يشير إليه المشرع العراقي في حديثه عن المهैयाة ، وكان الأجدر أن لا يعدّها من ضمن موضوع إزالة الشيوع .

والمهैयाة نوعان : «مهैयाة مكانية ومهैयाة زمانية» :

١- المهैयाة المكانية.

هي اتفاق الشركاء على انتفاع كل واحد منهم بجزء مفرز من المال الشائع بما يعادل حصته الشائعة ، كما لو كان المال الشائع ارض مشتركة بينهما فيتم الاتفاق بينهما على قسمة الانتفاع بها مهैयाة مكانية ، فيكون لكل واحد منهم جزء من الأرض يستغلها . أو أن يكون المال الشائع دار سكنية ، فيكون لاحدهما السكن بالطابق الأرضي ، والآخر يشغل الطابق الثاني ، وهكذا .

وقد حدد المشرع مدة زمنية يجوز للشركاء الاتفاق على قسمة المهैयाة المكانية خلالها ، وهي خمس سنوات ولا يصح للشركاء الاتفاق على مدة تزيد عليها ، أمّا إذا لم تحدد مدة زمنية للمهैयाة فتعدّ لمدة سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك شركائه الآخرين قبل إنتهاء السنة بثلاثة أشهر على الأقل أنه لا يرغب في تجديدها (١/١٠٧٨) من القانون المدني العراقي ، وإذا كان لا يصح الاتفاق في المهैयाة المكانية لأكثر من خمس سنوات فإنه لا يمنع من تجديد الاتفاق على هذه المهैयाة من جديد ، سواء قبل انتهاء المدة المتفق عليها أم بعد انتهائها ، وقد عدّ المشرع المصري تجديد المهैयाة كما مر بنا لمدة خمس عشرة سنة تحويلها

(١) عرفت مجلة الأحكام العدلية المهैयाة في المادة (١١٧٤) بقولها : (المهैयाة عبارة عن قسمة المنافع).

(٢) د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٠٦.

إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك.

٢- المهاية الزمانية .

وفي هذا النوع من المهاية يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بالشيء الشائع كل منهم لمدة معينة تتناسب مع مقدار حصته (م ٢/١٠٧٨) القانون المدني العراقي، فإذا تساوت الحصص تساوت مدة الانتفاع، كما لو كان المال مملوكاً على الشيوع مناصفة واتفق الشريكان على أن ينتفع به كل واحد لمدة سنة، فالزمن هو مقياس لنوبة انتفاع الشريك، ولا يوجد قيد يحدد عدد المرات التي يتناوب فيها الشركاء بالانتفاع في المال الشائع.

ولا يمنع وجود المهاية من طلب الشريك قسمة المال الشائع قسمة نهائية، لأنَّ منعه من القسمة قد يتضمن إجباره على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات وهو غير جائز (م ١٠٧٠).^(١)

وتناولت المادة (٢/١٠٧٩) من القانون المدني العراقي أحكام المهاية، حيث تخضع لأحكام عقد الإيجار بصورة عامة، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة المهاية، فمن حيث الأهلية فإنه لما كان كل شريك مؤجر ومستأجر في نفس الوقت وجب أن يتمتع الشركاء بأهلية الإيجار والاستئجار، وهي أهلية الإدارة وتنطبق أحكام عقد الإيجار بشأن حقوق والتزامات اطراف المهاية فلكل شريك حقوق المستأجر من حيث تسليم الجزء المتفق على الانتفاع به في المهاية المكانية وتسليمه كل المال الشائع في المهاية الزمانية، وله الحق في المطالبة بضمان التعرض والاستحقاق^(٢).

ويترتب على عدّ المهاية إيجاراً أنها لا تنقضي بموت أحد المتهايين أو كلهم، وتسري بحق ورثتهم باعدّهم خلفاً عاماً ما لم يقض اتفاق المهاية بغير ذلك.

وبالرغم من ذلك فإن المشرع العراقي لم ينص صراحةً على سريان اتفاق المهاية على الآخر. وحصرت المادة (١٠٧٩) من القانون المدني العراقي على تطبيق أحكام عقد الإيجار من حيث الأهلية والحقوق والإلتزامات ولم يشر المشرع إلى جواز الاحتجاج بالمهاية على الآخرين كما فعل المشرع المصري الذي أوجب تطبيق أحكام عقد الإيجار من حيث الاحتجاج بالمهاية على الآخر^(٣). ولهذا يتعين اللجوء إلى أحكام القواعد العامة في انتقال الحقوق والإلتزامات الى الخلف الخاص^(٤).

(١) درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٢) درع حماد عبد، المصدر نفسه، ص ١٣٥.

(٣) انظر المادة (٨٤٨) من القانون المدني المصري.

(٤) درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٣٦.

والمهياة بنوعها يمكن أن تتم من المحكمة إذا كان المال منقولاً من خلال تقديم أحد الشركاء طلباً للمحكمة في حالة عدم اتفاق الشركاء على المهياة ولم يطلب أحدهم إزالة الشيوع ، المادة (١٠٨٠) من القانون المدني العراقي ، ويلاحظ أنّ المشرع قصر المهياة القضائية على المنقولات فقط ، خلافاً لمجلة الاحكام العدلية حيث ورد نص المادة (١١٨١) عاماً يبيح المهياة في المنقول والعقار على حدّ سواء^(١).

* * *

(١) محمد طه البشير، مصدر سابق، ١٠٧.

الخاتمة

- وفي الختام نخلص الى أنّه من هذه الدراسة نتوصل إلى جملة من النتائج ونلخصها فيما يأتي :
- ١- تمتاز الملكية الشائعة عن غيرها من صور الملكية ، فلا هي ملكية مفرزة يستأثر بها صاحبها دون غيره، ولا هي ملكية مشتركة لا يجوز التصرف فيها دون توكيل أو تفويض من بقية الشركاء، إذ للمالك على الشيوع كل ما يستأثر به المالك من استعمال أو استغلال وتصرف ، لكنه لا يتعدى حدود حصته .
 - ٢- كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وتمتد إلى كل ذرة من ذرات المال الشائع ، وله الانتفاع والتصرف فيها ، ولكن بشرط أن لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .
 - ٣- يعدّ الشيوع وضعاً مادياً غير عادي ، إذ أغلبه ينشأ عن الميراث ، ولذا فهو وضع غير اختياري بالنسبة للشركاء ، وينتج عن ذلك الاختلاف في وجهات النظر بين الشركاء في الانتفاع بالمال الشائع ، وقد يؤدي إلى استثثار بعض الشركاء به دون بقية الشركاء ولذا إلى مزيد من الخلافات بينهم .
 - ٤- إذا انتفع أحد الشركاء بالمال الشائع بدون إذن بقية الشركاء يجب عليه دفع أجر المثل لهم ، وذلك لعدّ غاصب لخصصهم .
 - ٥- وضع المشرع العراقي عند القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة على المال الشائع من أغلبية الشركاء شرط الاذن من المحكمة في المادة (١٠٦٥/١) ، ولم يكن بحاجة لذلك إذ إنّه أعطى للأقلية حق الاعتراض على ذلك لدى المحكمة بأن تنظر بذلك ، ولذلك ما الجدوى من أخذ الإذن ابتداءً ، وقد انفرد المشرع العراقي بهذا الشرط والذي لم تشترطه أغلب التشريعات العربية . ونرى ان المشرع قد وفق في اشتراطه بالمادة (٢١٠٧٨) ، وذلك عند القيام بعمارة المال الشائع أو المحافظة عليه للذي يقوم بالإنفاق بشرط الإذن من المحكمة ، وهنا يرجع على البقية بما انفقه بموجب إذن المحكمة .
 - ٦- تكلم المشرع عن المهاية في موضوع ازالة الشيوع وهي بالحقيقة قسمة منافع لا قسمة المال الشائع إذ إنّ الشيوع باقٍ رغم ذلك ، ويبدو أن المشرع العراقي نهج في ذلك نهج المشرع المصري ، في حين أنّ الأخير نص على أنه بمرور خمس عشرة سنة في قسمة المهاية يمكن أن يكون ذلك قسمة نهائية، فبهذا النص تكون صورة من صور تقسيم المال الشائع وهذا ما لم ينصّ عليه المشرع العراقي .
 - ٧- نصّ المشرع العراقي بالمادة (١٠٧٩) على عدّ أحكام المهاية من حيث الأهلية والحقوق والإلتزامات ، لأحكام عقد الإيجار ولم ينصّ على الاحتجاج على الآخر وبالتالي يكون في هذه الحالة الرجوع إلى أحكام

القواعد العامة ، في حين أنّ المشرع المصري وضح ذلك بالمادة (٨٤٨) على خضوع احكام المهاية من حيث الاهلية والحقوق والالتزامات والاحتجاج بالآخر ، لأحكام عقد الإيجار .

* * *

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر اللغوية والفقهية:

- ١- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي ، لسان العرب ، بدون دار نشر ، ط١ ، ١٩٩٧ م.
- ٢- أحمد بن غنيم النفراوي ، الفواكه الدواني ، طبعة دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م .
- ٣- النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط٣ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م .
- ٤- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، طبعة دار الفكر ، دمشق سوريا ، ط٣ ، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م .
- ٥- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠ م .
- ٦- مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي ، القاموس المحيط ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م .
- ٧- موفق الدين ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ط٤ ، دار الكتب ، الرياض ، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م .
- ٨- ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، قوله كتاب الشفعة بسم الله ، طبعة دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩ هـ .
- ٩- الشيخ أحمد بن محمد الزقا ، شرح القواعد الفقهية ، الموسوعة الشاملة ، الاصدار الثالث .

ثانياً: المصادر القانونية :

- ١- د. إسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، بدون مكان نشر وسنة نشر .
- ٢- د. حسن كيرة ، اصول القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، القاهرة ، ١٩٦٥ .
- ٣- د. حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، احكامها ومصادرها ، ١٩٩٣ ، بدون دار نشر .
- ٤- د. درع حماد عبد ، الحقوق العينية الأصلية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٨ م .
- ٥- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٨ .
- ٦- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ م .
- ٧- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح الحقوق العينية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١ .
- ٨- د. محمد طه البشر ، ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

٩- د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، ٢٠١٠ ، بيروت ، لبنان .

ثالثاً: البحوث والقرارات القضائية:

١- امتيازات المالك على الشيوع استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً ، دراسة فقهية ، صحراوي غريب ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، جامعة يحيى فارس بالمدينة ، الجزائر .

٢- الحكم التمييزي بالعدد : ٢٣٣ / مدنية عقار / ٢٠١٣ في ٢٧ / ١ / ٢٠١٣ ، غير منشور .

٣- الحكم التمييزي بالعدد : ١٨٦٤ / عقار / ٢٠١٤ في ١٣ / ٤ / ٢٠١٤ .

٤- الحكم التمييزي بالعدد : ١٥٧٢ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠١٤ في ٩ / ٤ / ٢٠١٤ (غير منشور) .

٥- نقض ٢٠ / ٦ / ١٩٨١ ، س ٣٢ .

٦- نقض ٢٤ / ٢ / ١٩٩٤ الطعن رقم ١٦٢٢ لسنة ٥٩ ق .

٧- نقض ٩ / ٣ / ١٩٩٥ الطعن رقم ٧٦٨ لسنة ٦٠ ق.د.

رابعاً: القوانين :

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٣- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

٤- القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ .

٥- قانون المعاملات السودانية لسنة ١٩٨٤ .

* * *