

رهن العقار الشائع شيوعاً إجبارياً

Compulsory mortgage of a common property

م.م. عدنان عباس حمزة

م.م. شذى علي احمد

ماجستير في القانون

جامعة القاسم الخضراء

Assist. Lec. Adnan Abbas Hamza

Assist. Lec. Shatha Ali Ahmed

M.c.s. in Law

Hilla University College

(قدم للنشر في 20 / 12 / 2023 ، وقبل للنشر في 20 / 2 / 2024)

الملخص

يعد الرهن من انجح وسائل الائتمان في التعاملات المدنية لما يوفره من ضمانات لإصحاب رؤوس الاموال لإستثمار اموالهم ، وفي المقابل فإن صاحب العقار قد يرغب في الحصول على المال الكافي لتمويل بعض المشروعات او تشغيلها ، لذا يكون الرهن في مقدمة الوسائل التي تحقق هذه الغايات ، الا إن العقارات لا تكون دائماً مملوكة ملكية معززة لإصحابها ، اذ ان كثيراً منها تكون مملوكة على الشيوع ، الامر الذي يؤدي الى تراحم الملاك المشاعين في مباشرة سلطاتهم على العقار المملوك على الشيوع بينهم ، والشيوع لا يكون دائماً بصورته العادية فقد يكون بصورة اخرى والمعروفة بالشيوع الاجباري ، وهذه الصورة وليدة التطور في المجتمع وزيادة عدد السكان ومحدودية الاراضي داخل المدن والحاجة الى وحدات سكنية ، لذا نجد ان القانون نظم احكام هذه الصورة من الشيوع ومنها ملكية العلو والسفل و ملكية الشقق والطبقات وكما هو الحال في الشيوع العادي فإن الشريك في العقار الشائع شيوعاً إجبارياً قد يباشر سلطاته على مايملك ولاسيما الراهن ، الأمر الذي يقتضي بحث حالات الرهن التأميني التي ترد على هذا النوع من الشيوع واهمها حالة رهن ملكية العلو والسفل وحالة رهن ملكية الشقق والطبقات.

الكلمات المفتاحية : جرائم، معلوماتية، شبكة الانترنت، العقوبة

Abstract

Mortgage is considered one of the most successful means of credit in civil transactions because it provides guarantees for owners of capital to invest their money, and in return, the owner of the property may want to obtain sufficient money to finance or operate some projects, so the mortgage is at the forefront of the means that achieve these goals, except that Real estate is not always owned by the owners, as many of them are owned in common, which leads to competition between the common owners in directing their powers over the property owned in common among them, and the common is not always in its normal form, it may be in another way known as compulsory common, and this image is born The development in society, the increase in the population, the limited land within cities, and the need for housing units, so we find that the law regulates the provisions of this form of communalism, including ownership of the upper and lower, and ownership of apartments and layers. Especially the current one, which necessitates examining the insurance mortgage cases that respond to this type of prevalence

Keyword : crimes, informatics, the Internet, punishment.

المقدمة

إن الشيوع لا يكون دائماً بصورته العادية فقد يتخذ صورة أخرى ، وهي ما يطلق عليها بالشيوع الإجباري ، وهذه الصورة هي وليدة تطور المجتمع وحاجاته المستمرة ، فالزيادة في عدد السكان وارتفاع قيمة الأراضي وندرتها في المدن والحاجة إلى الوحدات السكنية والتجارية أدى إلى انتشار البناء العمودي والذي يؤدي إلى اشتراك مجموعة من الأشخاص في عقار معين ، حيث يكون لكل واحد منهم ملكية مفرزة فيما يملك ضمن شقة خاصة أو طابق خاص به ، ويكون له كذلك ملكية مشتركة مع باقي الملاك ضمن العقار نفسه ، ويتخذ الشيوع الإجباري صوراً متعددة بحسب التشريعات ، فنجد إن القانون المدني العراقي نص على ملكية العلو و السفلى ونظم أحكام هذا النوع من الملكية وهي صورة من صور الشيوع الإجباري ، إضافة إلى تنظيمه أحكام الحائط المشترك والطريق الخاص المشترك ، وهما صورة أخرى من صور الشيوع الإجباري .

والشيوع الإجباري فقط بالعقارات ، فلا يتصور أن يكون محله المنقولات لان طبيعة الأشياء لا تقتضي الاشتراك في منقول على الدوام لخدمة عدة عقارات بحيث تمتنع قسمته ولكن الشيوع الإجباري قد يتصور استثناءً في المنقولات مثلاً في الوثائق والصور العائلية ، ويختلف الشيوع الإجباري عن الشيوع العادي في إن الأول لا يجيز لأي من الشركاء طلب القسمة فيه ، لأن الغرض الذي اعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى على الشيوع بشكل دائم ، كما إن هناك أحكام أخرى تميز الشيوع الإجباري يمكن أن نستخلصها من الطبيعة المميزة له ، وهي إعداد المال الشائع ليبقى على الدوام في الشيوع وبالإستعانة بالأحكام التفصيلية التي نص عليها القانون بشأن حالات الشيوع الإجباري ، ف فيما يتعلق بسلطة التصرف في الحصة الشائعة ، فانه لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته تصرفاً يتعارض مع الغرض الذي اعد له ، أما في الشيوع العادي فان للشريك أن يتصرف في حصته بمختلف أنواع التصرفات ، والشيوع الإجباري أما أن يكون أصلياً وهو يتحقق بالنسبة للأشياء المستقلة التي تتخصص لخدمة مجموعة من الأفراد بصورة دائمية كوثائق الأسرة ومدافنها ، أو أن يكون تبعياً وهو يتحقق إذا كان المال الشائع عبارة عن أموال غير منقولة ومخصصة لإستعمال وخدمة أموال غير منقولة مملوكة لمالكين مختلفين ومن صور الطريق المشترك والحائط المشترك.

وعلى ذلك يكون الشيوع الإجباري على صور متعددة ، ولغرض بيان أحكام رهن الحصة الشائعة في الشيوع الإجباري ، لابد أن نبين حكم الرهن في ملكية العلو والسفل وكذلك ملكية الشقق والطبقات باعتبارها من أهم تطبيقات الشيوع الإجباري وقبل بحث ذلك سوف نبين بشكل موجز طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري ، لذا قسمنا هذا البحث إلى ثلاث مطالب ، نتناول في المطلب الأول طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري ،

وفي المطلب الثاني حكم رهن ملكية العلو والسفل ، أما المطلب الثالث فقد خصصناه لحكم رهن ملكية الشقق والطبقات.

المطلب الأول

طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري

أن حق الشريك في الشيوع الإجباري فقد ظهر في تكييفه وتحديد طبيعته رأيان ، يذهب الرأي الأول – وهو رأي الفقه الفرنسي القديم – إلى إن الشيوع الإجباري ينطوي على ملكية مفرزة لكل مالك ، مع تحملها بحق ارتفاق للشركاء الآخرين.⁽¹⁾

أي إن حق الشريك في الشيوع هو حق ارتفاق ، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى نص المادة (644) من القانون المدني الفرنسي والتي تنظم ملكية الطبقات ، إذ نصت على "إذا كانت طبقات المنزل المختلفة مملوكة لعدة مالكي ولم تذكر سندات الملكية شيئاً عن الإصلاح والتعمير وجب إجراءها على الوجه الآتي ، تكون الجدران الكبيرة وسقف المنزل على نفقة جميع المالكين كل منهم بنسبة قيمة الطابق المملوك له ومالك كل طابق ينشئ الأرضية التي يمشي عليها ، ومالك الطابق الأول ينشئ السلم الموصل إلى طابقه ومالك الطابق الثاني ينشئ السلم الموصل إلى طابقه ابتداءً من الطابق الأول وهكذا".

وحجة أصحاب هذا الرأي ومنهم الفقيه الفرنسي (هوك) إن المادة (644) سألقة الذكر وردت في باب الارتفاقات مما يعني أن المشرع الفرنسي يعد حق مالك الشقة على الأجزاء المشتركة هو حق ارتفاق.⁽²⁾

إلا إن هذا الرأي لم يعد موجوداً بعد صدور قانون (28) يونيو لسنة 1938 الفرنسي ، وكذلك صدور قانون (10) يوليو لسنة 1965 ، وبموجب هذين القانونين اعتبرت الأجزاء المشتركة مملوكة لجميع ملاك الشقق ملكية شائعة.⁽³⁾

وفي ظل القانون المصري القديم كان الرأي السائد إن حق الشريك في الشيوع الإجباري هو ارتفاق أيضاً ، إذ كان المالك لطبقة يعتبر مالكا لها ولجدرانها الرئيسية ملكية مفرزة ويكون له حق ارتفاق على ما تحته من سفل أو ما فوقه من علو إلا إن الأرض وأنابيب المياه والأسلاك الكهربائية ونحوها كانت مملوكة ملكية شائعة لجميع مالكي الطبقات ، أما في ظل القانون المدني الحالي فإن هذا الرأي ينطبق على ملكية العلو و السفل بخلاف ملكية الشقق والطبقات ، وإن جمهور الفقهاء يعتبر الأجزاء المشتركة فيها مملوكة ملكية شائعة.⁽⁴⁾

- (1) د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ، 1955 ، ص 231 .
- (2) د. سعاد حسين ، ملكية الطوابق والشقق ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1978 ، ص 173 .
- (3) عبد الناصر توفيق العطار ، تملك الشقق والطبقات ، ط 2 ، (بدون دار نشر ولا سنة نشر) ص 55 .
- (4) د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الأصلية ، ج 2 ، مصدر سابق ، ص 275 .

وعليه فإن الفقه الوضعي يذهب إلى تكيف الملحقات والعناصر المختلفة المخصصة للاستعمال المشترك سواء في ملكية الطوابق والشقق أو الطريق الخاص أو الحائط المشترك بأنها ملكية شائعة وليست حقوق ارتفاق.⁽¹⁾ يتبين أن الرأي القائل بأن حق الشريك في الشيوع الإجباري هو حق ارتفاق لم يعد منسجماً مع النصوص القانونية التي عالجت هذا النوع من الشيوع سواء القانون المدني العراقي أو المصري أو الفرنسي ، كما إننا لم نجد أي صدى له في الفقه العراقي أو القضاء .

أما الرأي الثاني في تكيف حق الشريك في الشيوع الإجباري – وهو رأي غالبية الفقه – يذهب إلى أنه حق ملكية شائعة على الأجزاء المشتركة التابعة إلى ملكيات مفرزة عائدة إلى مالكيين مختلفين.⁽²⁾

أي بمعنى إن حق الشريك في الأجزاء المشتركة حق ملكية شائعة ، وهي النظرية السائدة اليوم ويرى أنصارها إن للشركاء في ملكية الشقق والطوابق مجموعتين من الحقوق ، حقوق خاصة بالأجزاء المفرفة ، وحقوق مشتركة على الأجزاء المشتركة للبناء ، وقد أكد أصحاب هذه النظرية على الترابط بين هاتين المجموعتين من الحقوق ، ولذلك سميت بنظرية ازدواج الحق ، والتي اصطلح عليها بالنظرية التقليدية.⁽³⁾

وقد أخذت معظم التشريعات بهذه النظرية ومنها قانون ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقي ، إذ نص على "إذا تعدد ملاك الطوابق أو الشقق في بناء وكان كل منهم يملك طابقه أو شقته ملكية مفرزة ، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع".⁽⁴⁾

وكذلك قانون التسجيل العقاري والذي نص على "تكون الملكية العقارية في العمارة عند تسجيل إفرازها أو قسمتها على نوعين : 1- ملكية شائعة بين المالكين في أرض العمارة والأجزاء والمرافق المعدة للاستعمال العام في العمارة ، 2- ملكيات مستقلة للطوابق أو الشقق باسم جميع الشركاء عند الإفراز أو باسم المتقاسمين عند القسمة".⁽⁵⁾

- (1) صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ط 1 ، 1961 ، ص 158 ، عبد المنعم البدر اوي ، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية ، ط 2 ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1956 ، ص 201.
- (2) السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1967 ، ص 987 ، صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ج 1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1953 ، ص 158.
- (3) سعاد حسين ، مصدر سابق ، ص 178.
- (4) المادة (3) من قانون ملكية الطوابق والشقق في العمارات العراقية رقم 61 لسنة 2000.
- (5) المادة (292) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.

وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري ، إذ نص على انه "إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض و ملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأبنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وكل أنواع الأنايبب".⁽¹⁾

أما المشرع الفرنسي فقد أخذ بهذه النظرية أيضاً إذ نص على "يطبق هذا القانون على كل عقار مبني أو مجموعة عقارات مبنية تتوزع ملكيتها بين عدة أشخاص وفق أقسام يتضمن كل منها قسماً خاصاً و حصّة في الأجزاء المشتركة".⁽²⁾

يتبين من خلال النصوص السابقة ورأي أصحاب النظرية الثنائية – نظرية ازدواج الحق – إن للشريك في ملكية الشقق والطبقات باعتبارها التطبيق الأبرز في الشيوع الإجباري حقين ، الأول هو حق ملكية مفرزة في الطابق أو الشقة المملوكة له ، والثاني هو حق ملكية شائعة في الأجزاء المشتركة أو المعدة للاستعمال المشترك ، إلا إن هناك جانب من الفقه يرى بان للشريك حق واحد يشمل الأجزاء المفرزة ونصيب من الأجزاء المشتركة. فكيف يمكن اعتبار ملكية الأجزاء المشتركة ملكية مشتركة ، مع انه لا يمكن التصرف بهذه الحصّة بصورة مستقلة عن الجزء المفزر ، في حين يعتبر حق التصرف من أهم عناصر الملكية ، لذا لا يعد الحق حق ملكية إذا منع صاحب هذا الحق من التصرف في الشيء بشكل أبدي.⁽³⁾

ونحن نؤيد هذا الرأي لأنه اقرب إلى الحقيقة ، بحيث تشمل ملكية الشقة الأجزاء المفرزة ونصيب من الأجزاء المشتركة معاً ، وهذا ما سنبينه في حكم رهن ملكية الشقق والطبقات.

(1) المادة (856) من القانون المدني المصري .

(2) المادة (1) من القانون الفرنسي الصادر في 10 تموز سنة 1965 .

(3) السنهاوري ، الوسيط ، ج 8 ، مصدر سابق ، ص 496 .

المطلب الثاني

رهن ملكية العلو و السفل

أخذ القانون المدني العراقي بنظام العلو و السفل ونظم أحكامه في المواد (1082 – 1086) ، وقد استمد المشرع العراقي أحكام هذا النظام من الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية ، ويقوم هذا النوع من الملكية على أساس من ملكية مفرزة هي ملكية العلو و السفل – أي الطبقات التي يشتمل عليها البناء أو الدار – و ملكية شائعة في الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك إذا تبين ذلك من سندات الملكية .⁽¹⁾

فكل مالك يملك على وجه الاستقلال علوه أو سفله فيكون له ما للمالك في الملكية التامة من حقوق ، فله أن يستعمله أو يستغله ، وله أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات ، سواء بيع أو هبة أو غير ذلك من التصرفات ولا سيما الرهن ، دون أن يتوقف ذلك على إذن من المالك الآخرين .⁽²⁾

وعليه فإن حق كل مالك في ملكية العلو و السفل هو حق الملكية التامة المفرزة إلا أنه يتعلق بها حق الغير ، كما إن الوضع الخاص الذي يربط بين العلو و السفل يجعل أحدهما يتأثر بما يجري في الآخر ، الأمر الذي يؤدي إلى فرض حقوق والتزامات على ملكية صاحب العلو و صاحب السفل لصالح الآخر ، وتأتي هذه الالتزامات من حق القرار الدائم للعلو على السفل المعروف في الفقه الإسلامي ، وقد أخذ قانوننا المدني هذه الالتزامات عن مجلة الأحكام العدلية.⁽³⁾

والى جانب الأجزاء المفرزة من البناء في هذا النوع من الملكية والتي تكون مملوكة على وجه الاستقلال ، توجد الأجزاء المشتركة المعدة للاستعمال المشترك.

وقد جاء قانوننا المدني بمثال واحد لهذه الأجزاء ، والتي تكون ملكيتها مشتركة بين صاحب العلو وصاحب السفل ، دون الإشارة إلى باقي الأجزاء الأخرى ، إذ نص على "إذا كان باب السفل والعلو واحد فلكل من صاحبيهما استعماله مشتركاً فلا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخلاً وخروجاً".⁽⁴⁾

للاستعمال المشترك على الباب المشترك ، مثل مخزن العقار والأنابيب والمصاعد وغيرها.⁽⁵⁾

- (1) د. قصي سلمان ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، ط1 ، منشورات جامعة جيهان ، اربيل ، الذاكرة للطباعة والنشر ، 2012 ، ص61.
- (2) محمد طه البشير ، غني حسون طه، الحقوق العينية ، دار السنهوري ، بيروت طبعة جديدة منقحة ، 2016 ، ص 144-145.
- (3) محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية ، المصدر نفسه ، ص 146 ، د. شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953 ، ص 190.
- (4) المادة (1083) من القانون المدني العراقي.
- (5) حامد مصطفى ، شرح القانون المدني العراقي ، الملكية واسبابها ، ج 1 ، شركة التجارة والصناعة المحدودة ، بغداد ، 1953 ، ص148.
- ويرى جانب من الفقه انه بالرغم من عدم إشارة المشرع إلى الأجزاء المشتركة الأخرى واختصاره على الباب المشترك إلا انه يمكن قياس الأجزاء الأخرى من البناء المعدة
- في حين يذهب جانب آخر إلى إن ملكية العلو والسفل على وجه الاستقلال تفترض الاشتراك في ملكية الأرض وأجزاء أخرى من البناء هي الأجزاء والمرافق المشتركة بين الجميع.⁽¹⁾
- ونرى إن عدم ذكر المشرع لباقي الأجزاء المشتركة توجه صحيح ومحمود ، كون هذه الأجزاء كثيرة ومتجددة ويصعب حصرها وانه ذكر فقط الباب المشترك على سبيل المثال ويمكن أن تقاس عليه باقي الأجزاء.⁽²⁾
- إن حقوق والتزامات الملاك في هذه الأجزاء تحكمها القواعد العامة والمقررة في حالة الشيوخ الإجباري ، ومن ثم فليس لأحد الملاك أن يتصرف بها مستقلاً أي نوع من أنواع التصرفات ، في حين إن للملاك أن يتصرفوا في الملكية المفروزة جميع أنواع التصرفات بصورة مستقلة وينصرف اثر تلك التصرفات إلى الأجزاء المشتركة ، أي انه إذا قام صاحب العلو مثلاً برهن ملكيته المفروزة في العلو فان الرهن يشمل نصيب من الأجزاء المشتركة.⁽³⁾
- كما أسلفنا فإن القانون المدني العراقي نظم أحكام ملكية العلو والسفل في المواد (1082-1086) إلا انه لم يشير إلى حكم تصرف الشريك في هذا النوع من الملكية فيما يخص الأجزاء المملوكة ملكية تامة مفروزة ⁽⁴⁾ ، وخصوصاً تصرف الشريك برهن حصته الشائعة ، لذا يطبق عليها القواعد العامة ، كما إننا نرى إن هذا النظام لا وجود له اليوم ولا يمكن تطبيقه من الناحية العملية في ظل وجود قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة

1971 ، وكذلك قانون الشقق والطبقات في العمارة رقم (61) لسنة 2000 اللذان ينظمان ملكية الشقق والطبقات وهي النظام السائد في الوقت الحاضر.

(1) سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، ط 1 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973 ، ص 113 .

(2) د. قصي سلمان ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، الذاكرة للطباعة والنشر ، اربيل ، 2012 ، ص 63 .

(3) د. صفانة سمير ، رهن الملكية الشائعة تأمينياً ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الأداب ، العدد الثالث عشر ، ص 496 .

(4) د. قصي سلمان ، مصدر سابق ، ص 61.

المطلب الثالث

رهن ملكية الشقق والطبقات

إن البناء أو الدار بمقتضى نظام ملكية الشقق والطبقات يتكون من ملكية مفرزة هي ملكية الطبقات أو الشقق و ملكية شائعة شيوعاً إجبارياً في الأجزاء والمرافق المشتركة.⁽¹⁾

فيملك الشقق أو الطبقات ملاك متعددون وكل مالك من هؤلاء يملك شقته أو طابقه ملكية مفرزة على وجه الاستقلال.⁽²⁾

وهذا النظام يختلف عن ملكية العلو والسفل والتي سبق الحديث عنها ، إذ إن هذا النظام مقتبس من القانون الفرنسي⁽³⁾ ، بعكس ملكية العلو والسفل والذي اقتبسه المشرع العراقي من الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية ، وقد اخذ بهذا النظام – نظام ملكية الشقق والطبقات – قانون التسجيل العقاري وقانون ملكية الشقق والطبقات العراقيين وكذلك أخذت بهذا النظام القوانين المدنية العربية ، فبالإضافة إلى الملكية المفرزة في هذا النظام توجد الأجزاء المشتركة والتي تتمثل بأرض البناء والأجزاء المعدة للاستعمال المشترك كالأسس والجدران والممرات والأسطح والمصاعد والسلّم وأنابيب المياه والتوصيلات الكهربائية والحديقة المشتركة وأجهزة التكييف وكل ما كان معداً للاستعمال المشترك ، وإلى جانب الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك ، هناك أجزاء مشتركة بين بعض الملاك فقط كالجدران التي تفصل بين شقتين ، ففي هذه الحالة تكون ملكية هذه الجدران أو الفواصل مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين . وهذه الأجزاء المشتركة حُصيت بعناية كبيرة في التشريعات التي أخذت

بنظام الشقق والطبقات ، وذلك لأهميتها البالغة ، سواء من حيث ملكيتها أو من حيث إدارتها أو الانتفاع بها أو نفقات صيانتها. (4)

فقد ورد ذكر الأجزاء المشتركة في قانون التسجيل العقاري العراقي ، إذ نص على "تكون الملكية العقارية في العمارة عند تسجيل إفرادها أو قسمتها على نوعين 1- ملكية شائعة بين المالكين في ارض العمارة والأجزاء والمرافق المعدة للاستعمال العام في العمارة ، 2- ملكيات مستقلة للطوابق والشقق...." (5)

كما نصت تعليمات التسجيل العقاري على تعداد الأجزاء المشتركة أيضاً على سبيل المثال. (6)

- (1) د. أحمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، دار التعاون للطباعة ، القاهرة ، 1966 ، ص 152 .
 - (2) د. حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، ج 1 ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1965 ، ص 597 .
 - (3) د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 224 .
 - (4) محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 152 .
 - (5) المادة (292) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 .
 - (6) المادة (3) من تعليمات التسجيل العقاري رقم (4) لسنة 1971 والتي نصت على "1- أرض العمارة والساحات والحدائق 2- الأساسات والجدران الرئيسية"
- وكذلك نص عليها قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات إذ نص على "إذا تعدد ملاك الطوابق والشقق في بناء وكان كل منهم يملك طابقه أو شقته ملكية مفرزة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص في ملكية الأسس والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والسقوف والأسطح والمصاعد والسلالم والممرات والدهاليز والأنابيب إلا ما كان منها داخل أو الشقة ذاتها ، ما لم يذكر في سندات الملكية ما يخالف ذلك". (1)
- ونص القانون نفسه على انه "تكون ملكية الجدران أو الحواجز الفاصلة بين شقتين مشتركة بين مالكي هاتين الشقتين". (2)

ونرى إن المشرع العراقي قد نص على وجود نوعين من الأجزاء المشتركة ، أجزاء مشتركة بين جميع مالكي الشقق والطوابق والتي نصت عليها المادة (3) من قانون تنظيم ملكية الطابق والشقق وأجزاء مشتركة بين بعض المالكين دون الآخرين كالحواجز الفاصلة بين شقتين والممرات الموصلة بين شقتين والتي نصت عليها المادة (5) من نفس القانون.

أما موقف المشرع المصري فقد نص على الأجزاء المشتركة في قانونه المدني إذ نص على "إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأبنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل ذلك ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه".⁽³⁾

ويلاحظ على النص إن المشرع المصري لم يذكر السلم كجزء مشترك ، ويرى البعض إن عدم ذكره جاء نتيجة السهو.⁽⁴⁾

كما يلاحظ إن القانون المصري يطابق ما جاء به قانون تنظيم ملكية الشقق والطبقات العراقي وخصوصاً نص المادة (3) والمادة (5) منه ، أما المشرع الفرنسي فقد نص قانون الملكية المشتركة لعام 1965 على أنه "تعتبر أجزاء مشتركة الأجزاء المخصصة في الأبنية والأراضي لاستعمال أو لمنفعة جميع الأشخاص الشركاء في الملكية أو لعدد منه في حال سكوت أو تعارض مضمون السندات ، وتعتبر مشتركة 1- الأرض والباحات والمنتزهات 2-".⁽⁵⁾

كما نص على أنه "تعتبر الفواصل أو الحيطان الفاصلة بين الأجزاء الخاصة وغير المشمولة بالأساسات وحيطان الدعم مشتركة بين الأماكن التي تفصل بينها".⁽⁶⁾

أي بمعنى إن الجدران الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتهما مشتركة بين أصحاب الشقتين فقط وهذا نفس الحكم في القانون العراقي والمصري.

كما نص على أنه "تعتبر الفواصل أو الحيطان الفاصلة بين الأجزاء الخاصة وغير المشمولة بالأساسات وحيطان الدعم مشتركة بين الأماكن التي تفصل بينها".⁽¹⁾

أي بمعنى إن الجدران الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتهما مشتركة بين أصحاب الشقتين فقط وهذا نفس الحكم في القانون العراقي والمصري.

(1) المادة (3) من قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق رقم (61) لسنة 2000.

(2) المادة (5) من نفس القانون.

(3) المادة (856) من القانون المدني المصري.

(4) السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ، مصدر سابق ، ص 1020.

(5) المادة (3) من قانون الملكية المشتركة في الطوابق والشقق الفرنسي رقم (557) لسنة 1965.

(6) المادة (7) من نفس القانون.

فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية المحلة الجامعة

وبعد هذا العرض الخاص بملكية الشقق والطبقات يمكن أن نبين حكم رهن الحصة الشائعة في هذا النظام من الملكية ، فلا خلاف في إن المالك يملك الشقة أو الطبقة ملكية تامة على وجه الاستقلال ومن ثم فان له أن يتصرف فيها كمالك ملكية خاصة ، وان يباشر جميع أنواع التصرفات من بيع أو إيجار أو رهن وغيرها من أنواع التصرفات.(1)

فكل شريك في ملكية الشقق والطوابق يملك شقته أو طابقه ملكية مفرزة وله أن يرهن ما يملكه سواء رهنا تأمينيا أم حيازيا وتسري عليه أحكام الرهن المقررة في القواعد العامة للرهن.(2)

أما عن حكم رهن الأجزاء المشتركة ، فان حق الشريك في هذه الأجزاء حق الشيوع الإجباري الدائم والذي لا يمكن إجراء القسمة فيه ، وان حصة كل مالك في هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفرز الذي يملكه ، وليس له أن يتصرف في هذه الحصة بشكل مستقل عن التصرف في الجزء المفرز الذي يملكه ، وبالتالي فانه لا يستطيع أن يرهن تلك الأجزاء بصورة مستقلة عن الجزء المفرز ، ولكن إذا رهن ملكيته المفرزة في الشقة فان الرهن يمتد إلى مقدار ما يمتلكه من الجزء الشائع.(3)

وهذا من نتائج التبعية بين الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة ، فان ملكية الجزء المشترك في البناء تعتبر تابعة لملكية الجزء الخاص بحيث لا يمكن الفصل بينهما فيما يخص كافة التصرفات القانونية كالبيع والإيجار و الرهن.(4)

(1) سفانه سمير ، رهن الملكية الشائعة تأمينيا ، مصدر سابق ، ص 498 .

(2) السنهوري ، الوسيط ، ج8 ، مصدر سابق ، ص 1019 .

(3) نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، بيروت ، 2010 ، ص228 ، د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص 152 .

(4) د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، ط 2 ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، 1967 ، ص270 .

الخاتمة

توصلنا في خاتمة بحثنا هذا الى جملة من النتائج والمقترحات وكما يلي:-

اولاً : النتائج

1. ان الشيوع لا يكون دائماً بصورته العادية فقد يتخذ صور اخرى وهي ما يطلق عليه الشيوع الاجباري ، ويختلف الاخير عن الشيوع العادي في عدم جواز طلب القسمة فيه لأي من الشركان ، لأن الغرض الذي

اعد له المال الشائع يقتضي ان يبقى على الشيوع بشكل دائم ، كما أن الشيوع الإجباري يكون محله العقار فقط ولا يمكن تصويره في المنقولات.

2. تختلف طبيعة الشيوع الاجباري عن العادي ، ويمكن ان نستخلص الطبيعة المميزة له وهي الغرض الذي اعد له المال الشائع وبالأستعانة بالاحكام التفصيلية التي نص عليها القانون بشأن حالات الشيوع الاجباري وخصوصاً سلطة التصرف في الحصة الشائعة ، اذ لايجوز للشريك ان يتصرف في حصته تصرفاً يتعارض مع الغرض الذي اعد له.

3. انقسم الفقه في تحديد طبيعة حق الشريك في الشيوع الاجباري الى اتجاهين ، يذهب الاتجاه الأول الى ان حق الشريك هو حق ارتفاق وهو رأي الفقه الفرنسي القديم ، بينما يذهب اصحاب الاتجاه الثاني – وهو رأي غالبية الفقه الى ان حق الشريك حق ملكية شائعة على الاجزاء المشتركة التابعة الى ملكيات مفرزة عائدة الى مالكين مختلفين.

4. نظم القانون المدني العراقي احكام ملكية العلو والسفل في المواد (1082 – 1086) الا انه لم يشير الى حكم تصرف الشريك في هذا النوع من الملكية فيما يخص الاجزاء المملوكة ملكية تامة معززة ، لذا يطبق عليها القواعد العامة ، وهذا النظام نادر الوجود في الوقت الحاضر ولا يمكن تطبيقه من الناحية العملية في ظل وجود قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 ، وقانون الشقق والطبقات في العمارة رقم (61) لسنة (2000) اللذان ينظمان ملكية الشقق والطبقات وهي النظام السائد اليوم.

5. ان المشرع العراقي عندما نظم ملكية العلو والسفل في القانون المدني قد جاء بمثال واحد على الاجزاء المشتركة المعدة للأستعمال المشترك والتي تكون ملكيتها مشتركة بين صاحب العلو والسفل دون الاشارة الى باقي الاجزاء الاخرى ، وهو الباب المشترك بينهما ، إذ لايسوغ لإحدهما ان يمنع الآخر من الانتفاع به ، ولعل مادفع المشرع الى هذا التوجه هو عدم امكانه حصر الاجزاء الكثيرة والمتجددة.

6. اقتبس المشرع نظام ملكية الشقق والطبقات من القانون الفرنسي ، وقد اخذ به قانون التسجيل العقاري وقانون ملكية الشقق والطبقات.

7. يملك الشريك في الشيوع الاجباري ولاسيما ملكية الشقق والطبقات بإعتبارها الصورة الأكثر انتشاراً في الواقع العملي ، الشقة او الطبقة ملكية تامة على وجه الاستقلال ومن ثم يمكن ان يتصرف بها بجميع انواع التصرفات ومنها الرهن.

8. لكل شريك في ملكية الشقق والطبقات ان يراهن مايملكه رهناً تأمينياً ام حيازياً وتسري عليه احكام الرهن المقررة في القواعد العامة للرهن ، اما الاجزاء المشتركة فإن حق الشريك فيها هو حق الشيوع الاجباري الدائم والذي لايمكن اجراء القسمة فيه وأن حصة كل مالك في هذا الاجراء تكون بنسبة قيمة الجزء المعزز

فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية المحلة الجامعة

الذي يملكه وليس له ان يتصرف في هذه الحصة بشكل مستقل من التصرف عن التصرف في الجزء المعزز الذي يملكه ، وبالتالي لا يمكنه رهن تلك الاجزاء بصورة مستقلة عن الجزء المعزز ، ولكن اذا رهن ملكيته المعززة في الشقة فإن الرهن يمتد الى مقدار ما يمتلكه من الجزء الشائع.

ثانياً : المقترحات

1. نقترح على المشرع العراقي اغاء احكام ملكية العلو والسفل المنصوص عليها في القانون المدني والأكتفاء بالإحكام الواردة في قانون التسجيل العقاري وقانون ملكية الشقق والطبقات والتي تطبق على جميع المسائل المتعلقة بملكية الوحدات العمودية بجميع تفاصيلها ، وذلك للتقليل من الترهل التشريعي.
2. نقترح الغاء الفقرة الاولى من المادة (317) من قانون التسجيل العقاري كونها وضعت قيداً على حرية المدين الراهن في اجراء التصرفات الناقلة الملكية على العقار المرهون مما يؤدي الى اضعاف القيمة الائتمانية للعقار ، كما ان هذا القيد لا مسوغ له كون التصرفات الناقلة للملكية تخضع لإجراءات التسجيل التي تضمن عدم الاضرار بحقوق الدائنين.

المصادر

1. د. أحمد سلامه , دروس في التأمينات المدنية , دار التعاون للطباعة , القاهرة , 1966.
2. السنهوري , الوسيط , ج 8 , دار إحياء التراث العربي , بيروت , 1967.
3. د. حسن كيره , الحقوق العينية الأصلية , منشأة المعارف , الإسكندرية , 1965.
4. د. حامد مصطفى , الملكية وأسبابها , ج 1 , شركة التجارة والطباعة , المحدودة , بغداد , 1953.
5. د. صلاح الدين الناهي , الحقوق العينية الأصلية , ج 1 , شركة الطبع والنشر الأهلية , بغداد , 1961.
6. د. عبد المنعم فرج الصده , حق الملكية , ط 3 , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , القاهرة , 1967.
7. د. عبد الناصر توفيق العطار , تملك الشقق والطبقات , ط 2 , (بدون دار نشر ولا سنة طبع).
8. د. قصي سلمان , الحقوق العينية , دراسة مقارنة , ط 1 , الذكرة للطباعة والنشر , أربيل , 2012.
9. د. محمد طه البشير , د. غني حسون طه , الحقوق العينية , دار السنهوري , بيروت , طبعة جديدة منقحة , 2016 .
10. د. محمد كامل مرسي , الموجز في التأمينات الشخصية والعينية , المطبعة العالمية , القاهرة , 1949 .

فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية المحلة الجامعة

11. د. محمد كامل مرسى , التأمينات الشخصية والعينية , نسخة منقحة , منشأة المعارف , الإسكندرية , 2005 .
12. د . نبيل إبراهيم سعد , الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني , دار النهضة العربية , القاهرة , 1995 .
13. سعاد حسين , ملكية الطوابق والشقق , رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون , جامعة بغداد , 1978 .
14. د. سفان سمير , رهن الملكية الشائعة تأمينيا , دراسة مقارنة , بحث منشور في مجلة الآداب , العدد الثالث عشر .
15. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 .
16. قانون ملكية الشقق والطوابق رقم 61 لسنة 2000 .
17. قانون الملكية المشتركة في الطوابق والشقق الفرنسي رقم (557) لسنة 1965 .